

مجموعه

# مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۲۲)



«ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثلث أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فليل المشتري على وجه آخر لم ينعد ووجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالإيجاب...»<sup>١</sup> [١].

[١] ما يستفاد من كلامه ﷺ في هذا الشرط - أي أصل التطابق بين الإيجاب والقبول - عدم كون المطابقة اللفظية، بل المراد هو المطابقة من حيث المعنى، وهذه تارة في عنوان المعاملة، كقول البائع: (بعتك داري بكذا) ويقول المشتري: (قبلت البيع بكذا). وأما لو قال: (قبلت الصلح أو الهبة) بطل العقد؛ لعدم المطابقة والارتباط بينهما، فلا يتحقق المعاودة والمعاهدة. ومن المعلوم لزوم تطابق العهدين بعد كون العقد هو العقد المشدد والمرتب بعهد آخر، فمع عدم المطابقة لم يتحقق التعاهد، فما أنشأ الموجب لم يقبله القابل وما قبله لم ينشأ الموجب.

ولذلك صرح المحقق النائيني ﷺ في «منية الطالب»: «بأن اعتبار التطابق من القضايا التي قياساتها معها؛ لأن العقد عبارة عن أمر وجداني متحصل عن الإيجاب والقبول، فلو أنشأ أحدهما البيع والآخر

قبل بعنوان الهبة أو أحدهما باع الجارية والآخر اشترى العبد لم يتحصّل معنى واحد منهما؛ لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر<sup>١</sup>.

وتارة: يراد التطابق بين الإيجاب والقبول في ناحية المبيع والمثمن، كأن يقول البائع: (بعتك داري بكذا) ويقول الآخر: (قبلت بيع البستان) فهذا أيضاً باطل؛ لعدم تحقّق الربط بين العهدين وأيضاً كذلك بالنسبة إلى الثمن.

وتارة: يراد التطابق من ناحية البائع والمشتري، فلا يصح لو باع لزيد في ذمّته وقبل عمرو في ذمّته أو قبل زيد لعمرو، والوجه واضح هنا؛ لعدم ورود الإيجاب والقبول على مورد واحد.

قد يقال: إنّ اشتراط المطابقة من ناحية البائع والمشتري ينافي ما قدّمناه في تعريف البيع - من أنّه تبديل عين بعوض في جهة الإضافة - بتوضيح: أنّ مقتضى هذا التعريف هو عدم ملاحظة البائع الخاص وأيضاً عدم ضرورة لحاظ المشتري المعيّن في تحقّق مفهوم البيع، بل مقتضاه: عدم ملاحظة كون البائع مالكاً للمبيع وأيضاً المشتري مالكاً للثمن وهنا نحكم بصحّة المعاملة الفضولية. ولا يقاس البيع في ذلك بالنكاح؛ لأنّ التطابق بين الزوجين في الإيجاب والقبول ممّا لا بدّ منه؛ فإنّ منزلة الزوجين منزلة العوضين وقد اشترطنا اعتبار التطابق فيه.

ولكنّه يقال: إنّ ما توهمه فاسد؛ لأنّا سلّمنا اقتضاء التعريف المذكور عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول بالنسبة إلى البائع والمشتري الخاصّ ولكنّه فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية.

وأما إذا كان أحدهما كلياً في الذمّة، فحينئذٍ لا بدّ من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري؛ لأنّ اعتبار الذمّة في الأشخاص مختلف، وربما لا يعتمد على الشخص في الأمور الخطيرة بل ولا الحقيرة، هذا مضافاً إلى أنّ قوام تشخّص الذمّة عن استقرار الثمن في ذمّة فالشيء في ذمّة زيد يغيّر ما في ذمّة عمرو.

فلم يتوارد الإيجاب والقبول على مورد واحد.

هذا ما أفاده المحقّق الخوئي رحمته الله مع توضيح وتصرف منّا، فهو فصل بين العين والدين وحصر البطالان بالدين إلّا أنّه لو حصل البيع يمكن الإيراد أيضاً من جهة عدم صدق الالتزام المربوط؛ حيث إنّ البائع مثلاً التزم بما لم يلتزم به المشتري، فإنّه إذا باع مصرّحاً باسم المشتري وقبله غيره لم يتحقّق الارتباط المشترط وعلى الأقلّ يشكّ في تحقّقه وصدق المفهوم ومع التشكيك في الصدق لا يكون مندرجاً تحت عنوان آية الوفاء.

وأما اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد، كأن يبيع البائع مشروطاً «... بأن يخيّط ثوبه» وقبله المشتري من دون الشرط أو يبيع مشروطاً لنفسه الخيار (خيار الفسخ) ويقبل

المشتري البيع دون الخيار، فعند مخالفة القبول للإيجاب وعدم التطابق ففي المسألة قولان:

أحدهما: قول المشهور بين الفقهاء من أنّ تعذّر الشرط أو تخلفه موجب للخيار دون أن يبطل العقد مع عدم التطابق. ولعلّه لأنّ الشرط أمر خارجي لا يوجب تخلفه بطلان العقد وما هو الملاحظ في العقد: أنّ حقيقة المعاوضة عبارة عن التزام الطرفين بأصل العقد دون الشرط الذي هو خارج عن حقيقته.

ثانيهما: ما اختاره الشيخ رحمته الله وهو لزوم اعتبار التطابق في شروط العقود، وإنّ الإخلال بها يؤدّي إلى بطلان العقد ووجهه واضح، فإنّ الارتباط بين الالتزامين من مقومات الوجودية للعقد وعدم تحقّقه سبّب البطلان. مضافاً إلى أنّه يؤدّي إلى عدم تعلّق رضى القابل بنفس ما تعلّق به رضى الموجب (وهو نقل المال مع الشرط) وهذا ما صرّح به الشيخ رحمته الله وعلق على كلامه رحمته الله المحقّق الإيرواني بقوله: «إذا كان فساد الشرط لا يخلّ بصحّة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذي تضمّن الإيجاب أولى بعدم الإخلال...»<sup>١</sup>.

فما أفاده ناظر إلى التفكيك بين أصل العقد والشرط المتعلّق به وأنّه لا يؤدّي الإخلال بالشرط إلى حدوث الخلل في أصل الارتباط العقدي؛ لأنّ الشروط ليست مقوّمه للارتباط العقدي وإنّما المعلّق على الشرط

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): ج ١، ص ٩٢.

هو الالتزام بالتمزام بالمعاملة.

وبعبارة أخرى: إنّ أصل العقد غير مرتبط بالشرط وإنّما المرتبط هو مجرد لزومه ولا أكثر، فلذلك لو قبل المشتري الإيجاب مجرداً عن الشرط لا يؤدي ذلك إلى إخلال التطابق بين الإيجاب والقبول في أصل العقد. والشاهد: أنّ عدم قبول الشرط ليس بأسوء حالاً من الشرط الفاسد وأنّ العقد المشروط بالشرط الفاسد يبطل شرطه الفاسد ولا يؤدي إلى بطلان العقد. ولذلك لو قبل المشتري العقد بدون الشرط الفاسد صحّ قبوله ووقع العقد صحيحاً مؤثراً، (كما في القرض المشروط فيه الربا فإنّه يصح مع رفض الشرط).

وذهب المحقق الإصفهاني إلى صحّة العقد برغم فساد الشرط قائلاً: «.. لا يخفى عليك أنّ صحّة العقد المشروط عند تعذّر الشرط أو فساده وكذا صحّة العقد في مورد تبعض الصفقة إذا كانت على القاعدة فلا محالة يتوقف الصحّة على وقوع المعاقدة على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقة. وحينئذٍ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن لا يمنع عن تحقّق المعاقدة، فاللازم تحقّق المعاقدة بالإضافة إلى ما يراد الحكم بصحّته فتدبر»<sup>١</sup>.

توضيح بيانه: إنّ معنى ثبوت الخيار في الموردين (تخلّف الشرط وتبعض الصفقة) لا ينافيان تحقّق المعاقدة، فالنتيجة: أنّ القول بثبوت الخيار في تلك الموارد وصحّة المعاملة في صورة تخلّف الشرط وتعذّره

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج ١، ص ٢٩١.

بعد وقوع البيع ينافي الحكم بطلانها في صورة عدم قبول الشرط من أول الأمر.

وبعبارة واضحة: إنَّ فصل الشرط عن أصل العقد وعدم تحقّقه من جهة تعذّره أو فسادهِ أو عدم الالتزام به لا يؤدّي إلى الخلل في أصل العقد، بل الأصل يبقى ثابتاً وإن لم يتحقّق الشرط لإحدى الدواعي المذكورة.

فالإشكال يندفع بانحلال البيع إلى أجزاء بمعنى: أن التملك ينحلّ فيصحّ بالنسبة إلى الحصّة المملوكة ويبطل بالنسبة إلى غير المملوكة (في تبعض الصفقة) وكذلك شرط انضمام أجزاء المبيع وأيضاً في الشرط الفاسد أو المتعذّر، يبقى العقد في جميع هذه الصور صحيحاً وإن انسلك عن الشرط المرتبط به.

وافق السيد الخوئي رحمته الله مع شيخه في الدورة الأولى حيث قال: «لا يمكن أن يكون الشرط مرتبطاً بالالتزام العقدي المعاملي وإلاّ لزم التعليق المبطل، فيقول البائع: (بعتك على أن تخيط ثوبي) لا يمكن أن يكون التزامه البيعي معلّقاً على خياطة الثوب؛ لأنّه يستلزم التعليق وقد تقدّم في بحث التعليق والتنجز أن البيع يبطل بالتعليق وعليه، فحقيقة الشرط هي تعليق الالتزام ببقاء هذه المعاملة على الشرط ومعلوم أن المعاملة تتضمّن لالتزامين:

أحدهما: التزام بكون العين ملكاً للآخر.

والثاني: التزام ثانٍ بالبقاء على التزام الأول.



فالأول غير معلق؛ لأنه يلزم منه التعليق في البيع، بل المعلق هو الالتزام الثاني؛ حيث علق التزامه بخياطة الثوب ويلزم من التخلف مجرد ثبوت الخيار دون بطلان العقد».

ولكنه رجع عما اختار وقال في الدورة الثانية ببطلان العقد وخيرة الشيخ رحمته الله قائلاً: «والوجه في ذلك ما ذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو إلى تعليق لزمه على شيء، أو تعليقهما معاً. أمّا الأول: فكاشرط شرط في عقد الزواج. أمّا الثاني: فكاشرط الكتابة في العبد المبيع. أمّا الثالث فكاشرط عمل في البيع ونحوه، ونذكر في المبحث المذكور: أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار وجعل الخيار إنمّا يرجع إلى تحديد المنشأ وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان...»<sup>١</sup>.

بيان ما أفاده السيد الخوئي رحمته الله بعد تقسيمه الشروط إلى أقسام ثلاثة:  
**أولها:** عود الشرط إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء  
 كاشتراط شرط في النكاح وهذا يعود إلى الشروط الاختيارية.  
**ثانيها:** عود الشرط إلى تعليق لزمه على شيء، كاشتراط الكتابة في العبد المبيع.

**ثالثها:** يعود إلى تعليقهما معاً، كاشتراط عمل في البيع.

فالشروط تارة يؤدي إلى صيرورة الالتزام العقدي بنفسه معلّقاً. وأخرى: يكون الشرط في ضمن عقد لا يقبل الخيار (كالنكاح) وثالثة: يكون الشرط في ضمن عقد يقبل الخيار، فإذا كان العقد معلّقاً على شرط كخيطة الثوب فهو تعليق مبطل؛ لأنّ خياطة الثوب أمر مشكوك الحصول والتعليق على مثله مبطل.

أمّا إذا كان المعلّق عليه هو الالتزام الصادر من المشتري بالفعل وهو الالتزام بالخيطة فلا يضرّ بصحة العقد؛ لأنّه تعليق على أمر محقّق الحصول حالاً، وقد مرّ في مبحث التعليق والتنجز أنّه لا مانع منه، فلو باع ماله بشرط خياطة الثوب وأناط بيعه بالالتزام المشتري بالخيطة، فإذا قبله المشتري بدون الشرط، لا بدّ من بطلان العقد من جهة انتفاء التطابق؛ لأنّ الالتزام المبيعي من قبل البائع معلّق على هذا الالتزام الذي لم يلتزم به القابل؛ حيث قبل الالتزام بدون التعليق وهو يؤدي إلى بطلان العقد.

هذا كلّ في الأمور الاختيارية، وأمّا في الأمور غير الاختيارية (كما لو باع بشرط أن يكون العبد كاتباً) أو باع بشرط وحدة المبيع في موارد تبعض الصفقة، فإنّ كتابة العبد ووحدة الصفقة تعدّان من الأمور الخارجة عن الاختيار التي يستحيل الالتزام بهما؛ إذ الالتزام يتعلّق بالأمور الاختيارية ولذلك قال (الخوئي): بأنّ الالتزام العقدي غير معلّق على الشرط غير الاختياري وإنّما المعلّق هو الالتزام اللزومي أي الالتزام بالبقاء على وعده.

أمّا الالتزام العقدي فلخروجه عن الاختيار غير قابل للتعليق.

ومن جميع ما ذكر منه في الدورتين يتّضح أنّه لم يعلّق الالتزام العقدي بالشرط (في الدورة الأولى) وكانت النتيجة صحّة العقد وإن لم يلتزم بالشرط ببقاء الالتزام العقدي على حاله.

وأما (في الدورة الثانية) فقد جعل الالتزام العقدي معلّقاً بالالتزام بالشرط ومع قبوله بدون الشرط لم يعدّ الالتزام متحقّقاً، فيبطل العقد (ولا يخفى أنّ هذا في الأمور الاختيارية).

وأما في الأمور غير الاختيارية فقد مرّ آنفاً أنّ المعلّق هو الالتزام بالبقاء على وعده، ففي فرض التخلف لا يكون العقد باطلاً واختار (في الدورة الأولى) عدم لزوم التطابق مستنداً إلى أنّ شرط الأمور غير الاختيارية بل مطلق الشروط يعود في الواقع إلى شرط الخيار بمعنى: أنّه يشترط خيار فسخ العقد مع التخلف، فشرط الخيار يعود في الحقيقة إلى التملك المحدود.

فبناءً على مختاره في الدورة الأولى فإنّه لا يضرّ بصحّة العقد عدم التطابق، فلورضي بأصل العقد دون الشرط صحّ العقد الواقع؛ لأنّ المشروط هو الالتزام بالبقاء دون الالتزام العقدي.

وأما بناءً على مختاره (في حاشية العروة) من تقسيم الشروط إلى الاختيارية وغير الاختيارية والتفصيل بينهما بجعل العقد معلّقاً فيما إذا كان الشرط اختيارياً فيصح مع حصوله ويبطل مع توقّع الحصول لاحقاً. وأما في الشرط غير الاختياري فبما أنّ التعليق يختص بالالتزام على اللزوم ينتج عدم ثبوت حقّ الخيار عند عدم تحقّق الشرط.

ولكن المختار بعد التلا والتي لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول في التوابع أيضاً مطلقاً أي في مطلق الشروط؛ لأننا تارة نقول بأن الجواز واللزوم من انقسامات البيع، فحينئذ لا شك في أنه إذا وقع العقد مشروطاً ولم يقبله القابل فإنه بناءً على ثبوت الخيار للموجب عند عدم تحقق الشرط يستلزم ذلك تطابق الإيجاب مع القبول؛ لأنه بعد فرض انقسام التمليك إلى اللازم والجائز، فإنه حين ما يقدم الموجب على الملكية المشروطة بالشرط فإنه يقوم في الحقيقة بإنشاء الملكية اللازمة بحيث لا يكون بنفسه الخيار وحق الفسخ. وأما القابل فبما أنه يرفض الشرط فهو يتعهد بالوفاء بأصل العقد دون الشرط، فيؤدي ذلك إلى ثبوت حق الخيار للموجب، فيكون النتيجة عدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

وتارة نقول: بأن اللزوم والجواز يعدان من الأحكام المترتبة على الملك (كما التزم به الشيخ رحمته الله) بمعنى عدم تقسيم الملكية إلى نوعين وإنما هي سنخ واحد تارة محكوم باللزوم وأخرى بالجواز، فعلى هذا يصير الشرط من أحكام الملك لا من مقسمات الملكية ومنوعاتها، وإن اختلف السبب المملك؛ إذ لا يمكن حصول الاختلاف في الحكم بالنسبة إلى الملك مع وحدة السبب المملك، فإذا عاد الاختلاف إلى السبب المملك فإن حكم الإيجاب في البيع الجائز يختلف مع حكم الإيجاب في البيع اللازم بالضرورة وإن تعدد المطلوب لئلاً. وحينئذ لا بد من الالتزام بثبوت الخيار ومن ثم الالتزام ببطالان العقد لتعدد الإيجاب

والقبول المستوجبان لعدم التطابق والبطلان ولا بأس بذكر بيان آخر لتوجيه البطلان: لا شك في وجود الاختلاف بين البيع الخياري المشتمل على الشرط وبين البيع اللازم الفاقد للشرط ولا يمكن تصوير الاختلاف في السبب إلا باختلاف الإيجاب بمعنى: أنه لا يمكن تحقق مفهوم عقد أوجبه الموجب مع رفض القابل له، فالحق مع الشيخ رحمته الله من الحكم باعتبار التطابق، فإن عدم قبول القابل ما أوجبه الموجب يؤدي إلى انقلاب العقد اللازم خيارياً والعقد الخياري يختلف مع العقد غير الخياري اللازم عرفاً. ويكفي هذا في عدم اندراج العقد في مدلول آية الوفاء.

ومما ذكرنا ظهر الإشكال فيما أفاده المحققان الإيرواني والإصفهاني مضافاً إلى أن السبب المملّك هو العقد الذي انبسط على جميع أجزاء المبيع وشرائطه، وتملك المشتري للبعض موقوف على العقد وتامة العقد موقوفة على قبول المشتري فكيف يكون مالاً للنصف أو الفاقد للشرط وهو غير قابل للعقد، أما في موارد تبعض الصفقة فالمفروض تامة العقد ولكنه ظهر بدليل شرعي عدم صلاحية نصف المبيع لملكية المشتري فهو يفترق مع المقام ويلزم أيضاً التطابق بين أجزاء المبيع للزوم اتحاد المنشأ.

ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كلّ من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد<sup>١</sup> [١].

[١] ما يستفاد من كلام الشيخ رحمته الله لزوم كون المتعاقدين واجدين لجميع الشرائط التي يتقوّم به مفهوم المعاوضة وكذا ما يعتبر في صحّة المعاملة. وبعبارة أخرى: جميع الشرائط العقلية وكذا الشرعية. والأوّل كالعقل والحياة وعدم الإغماء، بل اليقظة التي دخيل في صحّة التخاطب. والثاني كالبلوغ وعدم الرقية وعدم الحجر التي دخيل في صحّة العقد. ومستند الشيخ رحمته الله للأوّل: إنّه لو لا هذه الشرائط لم يتحقّق المعاملة والمعاودة ولا ينتقض بالوصية التي يكون القبول من الموصى له في ظرف وفاة الميت؛ حيث أجاب عنه الشيخ رحمته الله في المقام «فهو (القبول) شرط تحقّقه لا ركن، فإنّ حقيقة الوصية الإيصاء» وفصّل في كتاب الوصية بما ملخصه: إنّ القبول في باب الوصية لا يعدّ ركناً يتقوّم به وإنّما القبول مجرد شرط في تحقّقها. ويشهد لذلك قيام وارث الموصى له مقامه في القبول إن مات. وهذا دليل على أنّ القبول لا يعدّ سبباً لتحقّق الوصية وليس بأكثر من الشرط لتأثيرها في تحقّق الملك وأمّا

الملكية بنفسها إنما تتحقق بنفس الوصية بخلاف البيع وغيره من العقود؛ حيث يعدّ القبول فيها ركناً وجزءاً من السبب. وبالجملّة: أنّه بمجرد الإيصاء من الموصي يتحقّق السبب ويثبت الحقّ للموصى له وينتقل الحقّ إلى وارثه إن مات. وبهذا يحكم بصحّة قبول الوارث مع أنّه لم يكن له حقّ القبول قبل وفاة الموصى له<sup>١</sup>. فما أفاده الشيخ هنا من عدم كون القبول من الموصى له بعد وفاة الموصي يضر بصحّة الوصية؛ لأنّ القبول لحق بالإيجاب بعد تمامية السبب الذي لم يكن حياة الموصي معتبراً فيه. وهذا على خلاف البيع وأشباهه، فإنّه لو قلنا بصحّة لحوق القبول فيها يكون ذلك قبل تمامية السبب.

ثمّ أفاد ثانياً: «... وإن كان (عدم قابلية المتعاقدين) لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاهد والتعاقد؛ لأنّ المعتبر فيه (هذا المفهوم) عرفاً رضا كلّ منهما لما ينشأه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رقّ أو قرض (لو فرض) أو مرض موت...»<sup>٢</sup>.

ومراده من هذا البيان: لزوم بقاء الشروط المعتبرة في الرضا بالنقل والانتقال وعدم حدوث ما يمنع عن صحّة الرضا (أي القبول) بسبب من الأسباب المذكورة.

١ . رسالة في الوصايا: ص ٣٢.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٧٧-١٧٨.

ثم أضاف إلى ما أفاده (من الوجهين): «والأصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق...»<sup>١</sup>.

ومن هذا يفهم لزوم اعتبار رضى الموجب وبقائه عليه إلى آخر العقد وإتمامه ولذلك لو فسخ قبل لحوق القبول ورجع عن إيجابه لم يبق مجال للحقوق الرضا؛ لانتفائه بانتفاء رضا الموجب.

فيتضح وجه حكم الشيخ رحمته الله في الجميع بحكم واحد وهو لزوم تحقق الشروط وبقيائها في الموجب والقابل من أول العقد إلى إتمامه ولو لا ذلك لم يتحقق عنوان المعاوضة والمعاملة وأما ما يقال من الحكم بصحة عقد المكره إذا لحقه الرضا مع عدم تحقق الشروط من الأول إلى الآخر (بعد القبول باعتبار وجود الشرائط حتى النهاية) فقد التزم الشيخ رحمته الله بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع ودعوى الإجماع على لزوم وجود الرضا فيه من أول الأمر.

فالمتحصّل من كلامه: لزوم وقوع الإيجاب والقبول فكلّ منهما في حال يجوز الإنشاء بينهما (بمعنى وجود الشرائط العامة من العقل والبلوغ و.. وعدم الحجر وأن لا يضرّ فقدانه في فترة الإيجاب والقبول) لعدم تحقق المعاهدة والمعاقدة، وتبعه على ذلك المحقّق النائي رحمته الله قائلاً: إنّ هذا الشرط كسابقه من القضايا التي قياساتها معها؛ بديهية أنّ العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد



حين أنشأ أحدهما بطل العقد ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده<sup>١</sup>.  
ووافق المحقق الإصفهاني رحمته الله الشيخ في الشروط المعبرة فة تحقق مفهوم العقد دون الشروط المعبرة في صحته، (والأول مثل الحياة والعقل. والثاني كالبلوغ ... وأيضاً الحجر).

«وأما عدم الأهلية لما يوجب امتناع تحقق المعاهدة والمعاقدة كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فإنّ مناط عهد كلّ منهما والتزامه وإن كان حياة المتعهد وعقله ويقظته وهي مفروضة الحصول هنا، إلّا أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب وفي حال القبول. إذ معية المتعاقدين ليست معية جسم مع جسم ولا معية حيوان مع حيوان، بل معية شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير ويلتزم له الغير وإلا فلا ينقذح القصد الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلاً<sup>٢</sup>.

ومحصّل كلامه: إنّ عنوان المعاقدة والمعاهدة متقوم بالمعية وهي ليست خارجية (كمعية جسم مع جسم) بل نفسانية وهي العهد وقوامه بالالتفات والشعور، فلا بدّ أن يكون بينهما معية الإدراك والالتفات من أوّل العقد إلى آخره، فلو فقد شيء من الشرائط عند إنشاء الآخر انتفت المعية، فالعقد غير متحقّق.

١ . منية الطالب: ج١، ص ١١٤.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج١، ص ٢٩١.

وبعبارة واضحة تارة: يكون الشروط دخيلة في تحقّق المعاهدة والمعاهدة فيستحيل تحقّقها من دونها، كالحياة والعقل.

وتارة: لا يكون كذلك بأن تمنع المعاهدة بفقدائها ولكن يعتبر وجودها لمدخليتها في اعتبار الرضا؛ لأنّ اعتبار الرضا موقوف عليه وهذا القسم من الشروط على أقسام:

منها: ما يكون على نحو لم يتحقّق الرضا بدونه.

منها: اعتباره لا لعدم تحقّق الرضا بدونه وإنّما لتحقّق المقتضي به كالبلوغ؛ حيث إنّ الرضا وإن لم يكن منتفياً من غير البالغ إلاّ أنّه ليس فيه ما يقتضي الاعتبار.

منها: ما ينتفي بعقده الرضا لكن لا من جهة عدم الاقتضاء وإنّما لقيام المانع الذي يمنع عن نفوذ الرضا، كالحجر المانع عن نفوذ رضاه وإن كان عاقلاً بالغاً.

وأما القسم الأول: فهو الذي قال بضرورة وجوده وعدّه ممّا يكون قوام المعاهدة به في كلّ من المتعاقدين إلى نهاية المعاهدة؛ لأنّ الموضوع لترتب الآثار هو عنوان المعاهدة والمعاهدة ولو لا المعية المذكورة (في كلامه) لاستحال تحقّق المعاهدة ولذلك قال: «لو أوجب البائع وكان القابل نائماً أو بالعكس) فتزول المعية وبالتالي تزول المعاهدة؛ لانتفاء الشعور بما يلتزم به ثمناً ومثماً وكذلك فيما كان أحدهما مجنوناً حال إنشاء الآخر ويكون المعاهدة حينئذٍ كالمعاهدة مع الجدار.

وفي المقام تفصيل عن السيد عليه السلام في الحاشية: «لا دليل على هذه الكلّية وعدم صدق المعاقدة والمعاودة وإنّما يتم في بعض الفروض كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون. وأمّا في بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأنّ المشتري يقبل لا محالة، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه»<sup>١</sup>. هذه جملة من الأقوال في المقام بين الحكم باعتبار جميع الشرائط العامة في المتعاقدين وذهب إليه الشيخ عليه السلام وتبعه المحقّق النائي عليه السلام وقول بالتفصيل بين الشروط المعتبرة في تحقّق مفهوم العقد والشروط المعتبرة في صحّة العقد.

وقول بالتفصيل (السيد عليه السلام) من أنّه يجب أن يكون الموجب واجداً للشروط في ظرف قبول القابل دون العكس.

وقول بالتفصيل من المحقّق الخوئي عليه السلام: عكس التفصيل المذكور في كلام السيد.

وأورد على مقالة النائي عليه السلام: بأنّ العقد ليس من مقولة الأفعال ولا الألفاظ الخارجية ولا من الاعتبار النفسية المحض، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر وإظهاره بمبرز خارجي ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا، فيكون مشمولاً للعمومات

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام): ج ١، ص ٩٢.

والإطلاقات ولم يدلّ دليل من الكتاب والسنة والإجماع والسيرة على كون كلّ منهما واحداً لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر والدليل يدلّ على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء دون الفاقد لها فقط<sup>١</sup>. وبما ذكر يظهر الإشكال فيما استدللّ به الشيخ رحمته الله من أنّه لو لا الشرائط المذكور لم يتحقّق المعاهدة، وكذا ما أفاده من لزوم بقاء الشروط في الرضا بالنقل والانتقال ومراده عدم حدوث ما يمنع عن صحّة الرضا؛ بداهة صدق عنوان المعاهدة على جميع الموارد عرفاً وعدم الدليل على اعتبار واجديتهما لشرائط الإنشاء حين إنشاء الآخر.

وأما الإشكال على ما أفاده المحقّق الإصفهاني رحمته الله: فإنّه رحمته الله بعد أن يقول بلزوم الالتزام من الطرفين والارتباط بين المتعاقدين (في كلّ عقد) فهذا لا يقتضي لزوم بقاء الطرفين على الشرائط من الابتداء إلى الانتهاء؛ لأنّ ذات الالتزام لا يقتضي أكثر من وجود الشرائط حين الإنشاء وعدم الرجوع عن الالتزام وأما البقاء والاستمرار فلا دليل عليه، هذا أولاً.

وثانياً: قيام السيرة القطعية المتداولة بين الأشخاص في معاملاتهم ومعاهداتهم على الكتابة وإرسال ما نصّوا بها من الوثائق بالآلات المعدّة للطرف الآخر مع كون الطرف غير شاعر بذلك حين إنشاء الموجب إمّا للفصل بين زمان الإيجاب والوصول وإمّا لنومه مثلاً يكون الطرف في الغرب وهو في الليل والموجب في الشرق وهو في صدر

١ . نقله عنه في مصباح الفقاهة: ج ٣، ص ٧٥.

النهار وهذا ممّا لا ينكر.

فلا إشكال في القول بتحقيق الإيجاب حين إنشائه وإن كان القابل فاقداً للشروط، ولحقوق القبول به متأخراً إلا أنّه مانع منه؛ لأنّ الشرط كما حقّق غير دخیل في تحقّق أصل العقد نعم، هو معتبر من جهة الرضا المعتبر، فإن كان محلاً نقول ببطلان العقد لكن لا بما أفاده الشيخ عليه السلام وغيره من عدم تحقّق العقد عنواناً؛ لأنّه حاصل، بل من جهة فقدان الشرط المذكور (وهو الرضا) في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>١</sup>، فالعقد محقّق لكنّه لفقد الشرط المعتبر وهو الرضا يكون باطلاً.

وأما بالنسبة إلى الحجر وغيره من الموانع فلا بأس بالقول بعدم اعتبار العدم في المتعاقدين حين الإنشاء، بل يكفي وجوده حين إنشاء كلّ واحد، فلو كان القابل مفلساً حين الإيجاب ثم رفع عنه الفلس وأنشأ القبول فالأصل صحّته؛ لتمامية جميع الشروط حين وقوع العقد.

وبما بيّناه ظهر وجه الإشكال على ما أفاده السيد عليه السلام في الحاشية من القول بعدم صدق المعاهدة والمعاقدة فيما إذا كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغماء أو النوم أو الجنون دون سائر الصور وقال بصدق هذا العنوان في عكس الصورة بمعنى صورة قبول المشتري عند ما نام البائع.

والإشكال: (عن المحقق الخوئي رحمته الله) «إنَّ التحقيق يقتضي الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط الصحة حال إنشاء البائع وبالفاسد في عكسه (بأن لا يكون البائع واجداً لشرائط الصحة حال إنشاء المشتري). والوجه في ذلك: إنَّ المناط في تحقّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وقد عرفته سابقاً - وعليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً أو غافلاً أو مغمى عليه ثم التفت المشتري إلى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع صدق عليه عنوان العقد جزماً ويحكم بصحته؛ للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود، بل تدلّ على ذلك السيرة الواقعة بين التجار؛ لأنّ المتعارف فيما بينهم غالباً أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمة معيّنة ويقبله المكتوب إليه، مع أنّه ربما يكون عند كتابة البائع نائماً أو غافلاً أو مجنوناً. ولا شبهة في صحة هذه المعاملة، وأمّا إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد؛ إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الإنشاء عنه ولا يتّصل التزامه بالتزام المشتري إلّا في مثل النوم والغفلة فإنّهما لا ينافيان بقاء التزام البائع؛ للسيرة المزبور وهذا واضح لا شك فيه<sup>١</sup>.

وبهذا يظهر الإشكال فيما أفاده المحقق الإيرواني: «لا يعتبر في تحقّق مفهوم المعاقدة إلّا وجود الشرائط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه نعم، لو ارتفع رضا الموجب بالمعاملة حال لحوق القبول

١ . حاشية المكاسب للإيرواني رحمته الله: ج ١، ص ٩٢.

من الآخر لم يبعد عدم صدق المعاهدة، بخلاف ما لو مات أو جنّ أو أُغمي عليه، فإنّ كلّ ذلك غير مانع من تحقّق مفهوم المعاهدة عند قبول الطرف الآخر...»<sup>١</sup>.

والإشكال عليه: هو ارتفاع التزامه بانتفاء شرائط الإنشاء عنه والخلل في صدق عنوان العقد؛ لعدم صلاحية الميت للالتزام عرفاً؛ لأنّ الموت والجنون والإغماء يزول مفهوم التخاطب الصحيح (ولعلّه لذلك قيل بعدم صلاحية المجتهد الميت للتقليد بمعنى: أنّ العرف يرى قيام الفتوى والرأى بنفس الجسم الفاقد للحياة) فكذلك الأمر في العقود والمعاملات نعم، بالنسبة إلى النوم لم يقل ولا نقول به (أي اشتراط اليقظة) لأنّا لم نقل بدوران عنوان العقد على التخاطب والمعاهدة حتّى يشكل في الصّحة؛ لعدم صحّة المعاهدة والمعاهدة مع النائم ولكنّا بنينا المدار في أمر العقد مدار صدق العقد والالتزام المرتبط، فإنّه يصحّ العقد وإن صدر القبول حين نوم الموجب؛ لكفاية التفات الموجب حال إيجابه والتزامه ولا يخلّ النوم بهذه الالتزامات والتعهدات.

وأما بالنسبة إلى الإغماء فقد ألحقه جمع بالنوم وعدّة قال بشرطية عدمه. وفصل بعضهم بالإغماء الخفيف والقوي الطويل. وهذه المسألة مطروحة عند القدماء في مسألة الإجازات والوكالات وفي كلمات المتأخرين يوجد دعاوي قوية على اعتبار عدم الإغماء والحكم في المقام هو الاحتياط.

بقي الكلام في قوله ﷺ: «ثُمَّ إِنَّهُمْ صَرَّحُوا بِجَوَازِ لِحُوقِ الرِّضَا بِبَيْعِ الْمَكْرِهِ وَمُقْتَضَاهُ عَدَمُ اعْتِبَارِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا حِينَ الْعَقْدِ، بَلْ يَكْفِي حَصُولُهُ بَعْدَهُ فَضْلاً عَنْ حَصُولِهِ بَعْدَ الْإِيجَابِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ، اَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُلْتَزَمَ بِكَوْنِ الْحُكْمِ فِي الْمَكْرِهِ عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ لِأَجْلِ الْإِجْمَاعِ...»<sup>١</sup> [١]

[١] حاصل ما أفاده اعتباره وجود الشرائط العامة من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقدة، فإذا لم يكن الإيجاب والقبول قائماً بنفس المتكلم من البداية إلى النهاية أو قام ولم يكن قيامه معتبراً - كما في المفلس والمجنون - لم يتحقق معنى المعاقدة، فما صرح به في كلماتهم من كفاية لحوق رضا المكره فيدلل عليه دليل خاص، مع أن القاعدة المذكورة تقتضي بطلان عقد المكره وإن لحق به الرضا.

وعلق على كلامه المحقق الإصفهاني رحمته «إِنَّ جَعْلَ الْحُكْمِ فِي الْمَكْرِهِ عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ - لِأَجْلِ الْإِجْمَاعِ - غَيْرُ وَجِيهٍ؛ إِذِ الْإِجْمَاعُ لَا يَجْعَلُ غَيْرَ الْعَقْدِ عَقْداً، بَلْ هُوَ عَقْدٌ حَقِيقِي مَنْوُطٌ تَأْثِيرُهُ بِتَبَدُّلِ الْإِكْرَاهِ بِالرِّضَا الطَّبْعِيِّ، فَإِذَا تَبَدَّلَ دَخَلَ فِي التَّجَارَةِ عَنْ تَرَاضٍ حَقِيقَةٍ»<sup>٢</sup>.

وحاصل ما أفاده: مؤثرية لحوق الرضا خلافاً للشيخ رحمته وهذه على وفق القاعدة؛ لأنَّ المكره ملتفت إلى المعنى قاصد له.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٧٨.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته): ج ١، ص ٢٩٢.



نعم إنّه مكره على هذا القصد، فلم يصدر عنه بطيب النفس، كما لو كان مضطراً إلى بيع متاعه بمعنى: أنّ الرضا الفعلي موجود وإن لم يكن عن طيب النفس، فإذا لحقه الرضا يؤثر أثره، وأمّا إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان المبرز مجرد لفظ ولقلقة اللسان فلا أثر للرضا اللاحق أيضاً.

وكيف كان: إنّ المكره إنّما أكره على التكلم وإبراز الاعتبار ولكنه غير مجبور على قصد المعنى، ولكنّ الصّحة يدور مدار صدور الكلام من المنشئ حال الرضا وطيب النفس ومع انتفاء الرضا والقصد فسد العقد الجاري على لسانه، فاعتبار الرضا في الصّحة اعتبار شرعي وليس له دخل في تحقّق مفهوم العقد، فصّحة حكم المكره من جهة موافقته للقاعدة، وقد مرّ أنّه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضا كونه على النحو المقارن، بل يكفي لحوقه. وسيأتي في مبحث بيع المكره إن شاء الله.

ولمزيد التوضيح نقول: إنّ الفارق بين المقام والألفاظ الصادرة من المجنون والمغمى عليه عدم انطباق عنوان العقد والمعاملة عليها منهم.

فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة فهل يجوز أن يكتفي كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول...<sup>١</sup> [١].

[١] قسم الصور إلى ثلاثة:

الأول: فساد العقد (فيما لو قال أحدهما بفساد العقد بغير العربية مثلاً، أو اشترط الماضوية في الصيغة والآخر لا يعتبر وهكذا بالنسبة إلى القول بكفاية الكناية واشترط الآخر الصراحة إلى غير ذلك).  
والوجه للحكم بالفساد أنّ العقد أمر واحد متقوم بالطرفين فلا بدّ من اتفاقهما على جهة صحّة العقد.

الثاني: صحّة العقد وأنّ الاختلاف لا يضرّ بصحّة العقد.  
وثالثها: «اشتراط عدم كون العقد المركب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسية» وقال الشيخ رحمته الله: «أردوها أخيراً».

ثم شرع الشيخ رحمته الله في مقام بيان مستند القولين الأولين بقوله: «والأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية، المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية... أم هي أحكام عذرية لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّ فيها...» [١].

[١] توضيح مراده: تارة نقول: بأنّ الأحكام الظاهرية بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، فيكون نسبة الأمارات القائمة عليها نسبة الأسباب إلى مسبباتها ونسبة الموضوعات إلى أحكامها.

وتارة نقول: بأنّها أحكام عذرية بمعنى: أنّها ليست أحكاماً حقيقية في قبال الأحكام الواقعية، بل يكون العامل بها معذوراً في عمله قبل كشف الخلاف، فبناء على الأول فالمؤثّر عند أحد المتعاقدين مؤثّر عند الآخر ولو كان الآخر مخالفاً له.

على الثاني، فلا يترتب عليه أثر أصلاً؛ لأنّ المنشئ وإن اعتقد ترتّب الأثر على إنشائه، إلّا أنّ الآخر يعتقد أنّه مخطئ في اجتهاده أو تقليده وإنشائه لغو، فلا يترتب أثر على إنشائه.

هذا كلّه فيما إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتعاقدين راجعاً إلى فعل الآخر ومستنداً إليه كالصرّاحة والعريّة والماضوية والترتيب. وأمّا إذا كان الاختلاف في مورد ويكون لمورد الاختلاف تأثير في الطرف الآخر، كالاختلاف في اشتراط التنجيز أو الموالاة أو بقاء المتعاقدين على صفة صحّة الإنشاء إلى آخر العقد فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع.

وعلّله بقوله بما محصّله: ضرورة أنّ فساد العقد من ناحية الأمور المذكورة يسري من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر. وذلك من جهة أنّ قبول الإنشاء التعليقي تعلّقي، وأنّ القبول المنفصل عن الإيجاب عند من لا يعتبر التوالي يوجب الانفصال عند من اعتبره، وإنّ قبول الإيجاب الصادر ممن ليست له أهلية الإنشاء يكون معاملة مع شخص خارج عن أهلية الإنشاء، ثمّ تأمّل.

ولعلّ وجه التأمل هو ما ذكرناه آنفاً من كفاية كون المتعاقدين واجداً لشرائط الإنشاء حال إنشاء نفسه، أو أنّ اعتقاد القابل عدم فوات الموالاة كافٍ في صحّة العقد.

وبالجملة: على القول بفساد أحد الجزئين لا يسري الفساد إلى الجزء الآخر.

ومحصل كلامه ﷺ: ابتناء القول بالصحة على القول بالسببية بمعنى: أن أدلة الأحكام الشرعية تثبت واقعاً اضطرارياً في حق المكلّفين وأنّ ما أدّى إليه رأي المجتهد فهو حكم واقعي اضطراري في حقه وفي حق مقلّديه، فحينئذٍ يجب على كلّ واحد من المتعاقدين ملاحظة الحجة القائمة في حقه وإن خالف الحجة القائمة في حق الآخر، ومثل له الشيخ بعقد الأخرس أو تيمّم فاقد الماء.

وابتناء القول بالفساد على القول بالطريقة بمعنى: أن أدلة الأحكام الشرعية طرق شرعية مجعولة ولا توجب تغيير الأحكام الواقعية وأنّها محفوظة وباقية على ما عليها، ثمّ إنّ بعد ذلك قال: بأنّ الاختلاف بينهما تارة في أمر لا يوجب فساد فساد عمل الآخر، كما لو اعتبر أحدهما لزوم العربية في الصيغة دون الآخر، فالإخلال هنا من أحدهما لا يوجب الإخلال بالآخر، فلا بدّ من الحكم بالصحة بناءً على مبنى السببية.

وتارة: يكون الاختلاف في شرط التنجيز أو الموالاة أو الترتيب وهكذا... فلا سبيل لتصحيح العقد؛ لأنّ الإخلال بمثل هذه الشروط يؤدّي إلى الإخلال في العقد، فلم يبق مجال للحكم بالصحة.

وبالجملة: أنّ الاستفادة من كلامه التفصيل في الصحة والفساد بين ما إذا كان الإخلال بالشرط يوجب الخلل في تمام العقد، فقد حكم بالفساد. وأمّا إذا كان عمله ورأيه يؤدّي إلى حدوث الخلل في فعل نفسه، فإنّ العقد متحقّق والمعاملة صحيحة.

وأما بناءً على القول بالطريقة، فيبطل المعاملة وليس لأحدهما العمل بمقتضى اجتهاده ورأيه أو رأي مقلّده ويجب عليه مراعاة صاحبه.

وأورد على الشيخ رحمته الله بوجه:

الأول: إنّ الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية وإلاّ يستلزم التصويب. بتوضيح: أنّه لا يمكننا الالتزام بالواقعي الثانوي بقيام الطرق والأمارات والأصول؛ لأنّ حكم المجتهد لا بدّ وأن ينتهي إمّا إلى الطريق أو الإمارة أو الأصل وكلاهما عاجزان عن تغيير الواقع بإبداع واقع ثانوي، وما التزم به الشيخ يستلزم التصويب.

والإشكال: أنّ الشيخ رحمته الله في المقام بصدد بيان مستند الأقوال دون أن يختار أحدهما هذا. مضافاً إلى أنّه في الأصول صرّح بأنّ أدلّة الطرق لا تعدّ مخصّصة للواقع وإنّما هي طريق إليه، والطريق يستحيل أن يكون مخصصاً له. وعليه فإذا قام طريق على الخلاف يكون مقتضى إطلاق دليل الواقع العمل بما يقتضيه الطريق الثاني. ولا يخفى أنّه رحمته الله قد تصدّي (في الأصول) على إبطال ما يقال بتغيير التكاليف الواقعية عمّا هي عليها بالدليل أو الأصل.

الثاني: ما أورده المحقّق الآخوند رحمته الله: «هذا إذا قلنا بأنّها أحكام واقعية مطلقاً ولو في حقّ من رأى خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلك بمن رأى بواقعيتها - كما هو الأظهر - فلا يتفاوت كونها أحكاماً واقعية أو عذرية

فيما هو المهم في المقام وإنّما التفاوت بينهما في مقام آخر عند كشف الخلاف، فلا تغفل...»<sup>١</sup>.

تقريب ما أفاده رحمته الله: إنّ المستفاد من كلام الشيخ رحمته الله ابتناء المسألة (اختلاف المتعاقدين) على الطريقية والسببية بأنّ الحكم المجعول إذا كان عذرياً فلا يكون العمل المبني عليه مجزياً عن كشف الخطأ، إذا قلنا بأنّه حكم واقعي ثانوي يؤثّر، لأنّه يوجب حدوث المصلحة للعمل لكلّ من المتعاقدين.

ولكنّ الإشكال: أنّ هذين المبنيين يؤثّران في عمل المجتهد أو المقلّد. وأمّا القول بأنّه لو كان حكماً واقعياً ثانوياً يؤثّر بالنسبة إلى غيره فلا وجه له؛ لأنّ القول بشمول التأثير للغير موقوف على قيام دليل يدلّ على أنّ الأحكام الظاهرية كما تثبت الحكم الواقعي الثانوي الاضطراري لمن قام الدليل له كذلك تثبت الحكم الواقعي بالنسبة إلى غيره.

وبعبارة واضحة: لو حصل للموجب الحكم كذلك كان حكماً شرعياً، إلّا أنّه لا ربط لذلك الحكم بالقابل، فلا فرق بين القولين في النتيجة؛ لأنّ من قامت لديه الأمانة يكون سبباً لقيام المصلحة في المؤدّي وهو مكلف بذلك الحكم ولا ربط له بغيره.

هذا ولكن يظهر من كلام الشيخ أنّه ملتفت إلى هذا الأمر في مباحثه في الأصول في التقارير عن أجزاء الأمر الظاهري والاضطراري عن

١ . حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ص ٢٩.

الأمر الواقعي ويبحث هناك عن القاعدة بالنسبة إلى الأعمال الصادرة عن الآخرين.

وفي المقام عند ما يتنى المسألة (اختلاف المتعاقدين) على الموضوعية أو الطريقية قائلاً: «... فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربية وكصلاة المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء»<sup>١</sup>.

وذكر هذه المصاديق والأمثلة يشهد على التفاته على أنّ الحكم الواقعي الثانوي لا يختصّ بالعامل به، بل يعمّ غيره كصلاة المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء كما صرح بذلك في الرواية الواردة صحيحة جميل بأنّ الجنب يتيّم ويؤمّ المصلّين<sup>٢</sup> وعُلِّل في كلامه «بأنّ التراب أحد الطهورين» وهكذا إشارة الأخرس مثلاً في الطلاق يعدّ حكماً واقعياً موضوعاً للأثر له ولغيره، فيجوز للمرأة بعد وقوع الطلاق كذلك الاعتداد والتزويج وللغير أن ينكحها، وورد الدليل على ذلك (صحيحة البزنطي<sup>٣</sup> وموثقة السكوني<sup>٤</sup> وهكذا رواية يونس<sup>٥</sup>)

تنبيه: أظنّ ضرورة الرجوع إلى مبحث الإجزاء إجمالاً وما أفاده بعض في مقام ردّ كلام الآخوند، فأقول: وقع الخلاف فيما إذا كان لنا أمران:

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ١٧٩.

٢. انظر وسائل الشريعة: ج ٨، ص ٣٢٧؛ أبواب صلاة الجماعة: ب ١٧، ح ١.

٣. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٧؛ أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه: ب ١٩، ذيل الحديث ١.

٤. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٨؛ أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه: ب ١٩، ح ٣.

٥. وسائل الشريعة: ج ٢٢، ص ٤٨؛ أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه: ب ١٩، ح ٤.

أمر أوّلى واقعي لا يمكن للمكلّف امتثاله؛ لتعدّره أو لجهله به وأمر ثانوي اضطراري في فرض تعدّر الأوّل وأمر ظاهري في فرض الجهل بالأوّل.

ويبحث في مبحث الإجزاء عن كفاية الأمر الثانوي بالنسبة إلى الأمر الأوّلي وإجزائه، الظاهر المتفق عليه كفاية الإتيان بالأمر الثانوي الاضطراري عن الواقعي حتّى بعد كشف الخلاف. وأمّا بالنسبة إلى الأمر الظاهري فقد حكم بتنجيز الواقع بعد انكشاف الخطأ، إلّا بناءً على القول بأنّ مع قيام الأمانة يحدث فيه مصلحة ملزمة وافية بمصلحة الواقع. ولكنّ هذا بمعنى التصويب المجمع على بطلانه نعم، بناءً على القول بالمصلحة السلوكية بمعنى: أنّ في نفس متابعة الأمانة مصلحة يتدارك ما فات من الواقع من دون حدوث مصلحة في نفس الفعل، إلّا أنّ هذا لا يستلزم القول بالإجزاء؛ لبقاء مصلحة الواقع على ما هي عند انكشاف الخطأ.

وهنا يبحث عن عدم الفرق في عدم الإجزاء بين اختلاف الحجّة بالنسبة إلى شخص واحد أو شخصين، فكما لا يجوز ترتيب الآثار الواقع على ما كان يبني عليه أوّلاً من الحكم تبعاً للحجّة كذلك لا يجوز ترتيب آثار الواقع على ما قامت عليه الحجّة لديه على خلافه، لذلك لا يجوز لمن لا يرى صحّة العقد بالفارسية أن يكون أحد طرفي العقد لمن يرى صحته كذلك وأجزأه، وهكذا لمن يرى نجاسة العصير العنبي لا يجوز أن يعامل مع من يراه طاهراً، ولا يجوز لمن يرى جزئية السورة لمن لا يرى جزئيتها إذا تركها... وقد استثنى من ذلك في باب



الطهارة وحكم بالإجزاء، كمعاملة الطهارة مع من اختلف معنا من العامة في كيفية التطهير وكفاية زوال العين. وأضاف السيد الخوئي رحمته الله باب النكاح متمسكاً بما ورد من أنّ لكلّ قوم نكاحاً، فيلزم ترتيب آثار الصحة على النكاح بالفارسية على من لا يرى صحته.

ولا يخفى أنّ هذا (عدم الفرق في حكم عدم الإجزاء بين شخص واحد أو شخصين) لا يختصّ بالبناء على عدم الإجزاء، بل حتّى بناءً على الإجزاء في حقّ من قامت لديه الأمانة لا يمكن القول بانقلاب الواقع لدى الشخص الآخر الذي قامت الأمانة على خلافه لديه، بل موضوع البحث هو ما بيّنه الشيخ رحمته الله من أنّ الحكم الظاهري في حقّ شخص هل يكون حكماً واقعياً في حقّ غيره أو لا؟ ومن الواضح الضروري أنّ صيرورته حكماً واقعياً في حقّ غيره مجرد وهم نعم، سلّمنا الاستثناء في باب الطهارة من جهة الحكم بالإجزاء ولكن لا يبتنى هذا على الإجزاء، بل البناء على الطهارة إمّا للبناء على أنّ غيبة المسلم مطهّرة ولا تختصّ بمورد دون آخر واختلف رأياً في كيفية التطهير. وإمّا للبناء على جريان أصالة الصحة في عمل الغير ولو مع الاختلاف اجتهاداً أو تقليداً في العمل الصحيح وذلك لترتيب الآثار الصحيح الواقعي على العمل المأتي به.

وأما ما استثناء السيد الخوئي رحمته الله (باب النكاح) لا يتم؛ لأنّ النصّ المستدلّ به أجنبى عمّا أراد، بل هو وارد لبيان إلغاء اعتبار الشروط المأخوذة في النكاح شرعاً بالنسبة إلى غير المسلمين وكفاية اشتماله

على الشروط المعتبرة عندهم ولذلك صحّة نكاح المسلمين متوقّفة على توقّف الشروط المعتبرة فيه، فعند اختلاف الشخصين وبناء أحدهما على فقدان نكاح الآخر لبعض الشروط، فلا يجوز ترتيب آثار الصحّة عليه.

وعلى الجملة: إنّ ما ذكره الشيخ رحمته الله (عند ما يلتزم بأنّ الحكم مبنيّ في موارد الاختلاف من الموضوعية أو الطريقية) وتمثّل بإشارة الأخرس وبالفعل الصادر عن العاجز عن الإنشاء وتبيّم المحدث في مقام تطبيق المني شاهد على أنّه يقصد بيان الواقعي الثانوي بالنسبة إلى غير العامل أيضاً كإشارة الأخرس في الطلاق بمقتضى صحيحة البزنطي و... تبيّم المحدث بمقتضى صحيحة جميل... .

فإنّ الحكم برغم أنّه واقعي ثانوي ولكنّه موضوع للأثر بالنسبة إلى غير العامل أيضاً.

وفي المقام تفاصيل:

منها: ما عن السيد (في الحاشية) حيث فصل وقال: «إنّما يتمّ ما ذكره المصنّف لو كان المؤثّر في حقّ البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح وبالنسبة إلى المشتري القبول الصحيح وليس كذلك؛ إذ المؤثّر المجموع وهو فعل كلّ واحد منهما. وبعبارة أخرى: ليس جواز القبول معلقاً على وجود إيجاب صحيح من الغير حتّى يقال: إنّ المفروض أنّه محكوم بالصحّة عند الموجب»<sup>١</sup>. وبعبارة واضحة: ليس

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله): ج ١، ص ٩٣.

جواز القبول معلّقاً على وجود إيجاب صحيح من الغير حتّى يقال: إنّ المفروض أنّه محكوم بالصحة عند الموجب، بل البيع فعل واحد مشترك فلا بدّ من كونه صحيحاً في مذهب كلّ منهما ليتمكن ترتّب الأثر عليه؛ إذ العقد عمل مشترك يرتبط كلّ طرف بالآخر، فلا بدّ من أن يكون العمل صحيحاً عندهما كما في من أجر شخصاً ليحجّ عن ميت واختلف المؤجّر مع المستأجر اجتهداً أو تقليداً، فقيام الحكم الظاهري لأحدهما لا يعدّ مجزياً بالنسبة إلى الآخر، فلا بدّ أن يكون العمل المأمّي به موافقاً لرأي المستأجر حتّى يحكم عليه بالصحة، فحكم العقد حكم الإجارة في لزوم إحداث ما هو الصحيح عند الطرفين لا عند أحدهما.

ولكنّ الإشكال على التفصيل (في كلامه): أنّه إن قصد بالعمل التشريكي أنّ كلّاً من الإيجاب والقبول جزءاً من السبب وبتحقّقهما يتحقّق المسبّب فكلامه تامّ، وإن قصد أنّ العقد برغم وحدته ولكنّ قيام الدليل على صحته بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر وهذا وإن كان لا محذور فيه ثبوتاً ولكنّ هل يقتضي الدليل التفصيل إثباتاً؟

والحقّ: أنّ مقتضى الأدلّة الدالّة على اعتبار العربية في العقد مثلاً هو الحكم بطلان العقد الفارسي ومقتضى الدليل على عدم اعتبارها هو الحكم بصحة العقد الفارسي، فإذا الحكم بصحة العقد بناءً على صحته عند أحد الطرفين وإن كان الآخر يراه باطلاً لا يعدّ جمعاً بين المتناقضين لجواز عمل كلّ منهما العمل بما يقوم عنده الدليل ولا يضرّه مخالفة الآخر إلّا إذا كان التخلف مبطلاً عند كلّ من الطرفين.

منها (تفصيل آخر): عن المحقق الآخوند رحمته الله بأنه لو كان مستند الاختلاف بينهما بأن يكون مستند أحدهما هي الطرق والأمارات وهو مخالف لحكم الطرف الآخر فإن القاعدة تقتضي البطلان. وأمّا إذا كان المستند الأصول كالاستصحاب وقاعدة الحلّ وحديث الرفع فإن مقتضى القاعدة هو الحكم بصحة العقد للطرفين.

والدليل: إنّ حديث الرفع متكفّل لترتيب آثار الواقع بالنسبة إلى المشكوك وعليه فهذا الأصل يقلّب العقد الفاقد لبعض الأجزاء والشروط إلى عقد صحيح يترتب عليه الآثار من النقل والانتقال. ومعنى ترتّب الأثر أنّ العقد الفاقد لإيجاب العربي يكون ذا أثر كالعقد الواحد له وهكذا الأمر في اختلاف الإمام والمأموم حيث يجري حديث الرفع ويرفع عن الإمام المانع الذي كان المأموم يراه فيه. وحينئذٍ تصحّ إمامته بالنسبة إلى المأموم ويصحّ له الإقتداء به. وإليك نصّ عبارته في «الكفاية»: في أجزاء الإتيان بالمأمور به بالأمر الظاهري وعدمه.

والتحقيق: أنّ ما كان منه يجري في تنقيح ما هو موضوع التكليف وتحقيق متعلّقه وكان بلسان تحقّق ما هو شرطه أو شطره، كقاعدة الطهارة أو الحليّة، بل واستصحابهما في وجه قويّ ونحوها بالنسبة إلى كلّ ما اشترط بالطهارة أو الحليّة يجزي، فإنّ دليله يكون حاكماً على دليل الاشتراط ومبيّناً لدائرة الشرط وأنّه أعمّ من الطهارة الواقعية والظاهرية فانكشف الخلاف فيه لا يكون موجباً لانكشاف فقدان العمل بشرطه، بل بالنسبة إلى كون من قبيل ارتفاعه من حين ارتفاع الجهل

وهذا بخلاف ما كان منها بلسان أنّه ما هو الشرط واقعاً كما هو لسان الأمارات فلا يجزي، فإنّ دليل حجّيته حيث كان بلسان أنّه واجد لما هو شرطه الواقعي فبارتفاع الجهل ينكشف أنّه لم يكن كذلك، بل كان لشرطه فاقداً...»<sup>١</sup>.

وتوضيح ما أفاده: إنّ الأمر الظاهري الجاري في تنقيح ما هو موضوع التكليف أي الشرط والجزء (دون ما قام وجرى في إثبات أصل التكليف) فهو ممّا يجزى لا محالة كقاعدة الطهارة أو الحليّة أو استصحابهما (بناءً على كونه من الأصول العملية) فإذا أحرزنا مثلاً طهارة الثوب بقاعدة الطهارة وصلّينا فيه أو أحرزنا حليّة اللحم بقاعدة الحلّ وصلّينا في جلده، أو شعره، أو أحرزنا الطهارة أو الحليّة بالاستصحاب ثمّ انكشف الخلاف يجزي المأتي به عن الواقعي ولا يحتاج إلى الإعادة والقضاء.

وعلّله: بأنّ الأصول المذكورة ممّا يتحقّق ويجعل به الشرط أو الجزء في ظرف الشكّ والجهل ولو ظاهراً، فتكون حاكمة على أدلّة الشرط والجزء وتتوسّع بها دائرتهما، فدليل الشرط الذي شرط الطهارة (في الثوب وكذا الحليّة...) يوجب ويؤدّي إلى أنّ الطهارة المعبرة وكذا الحليّة هي أعمّ من الواقعية والظاهرية المجعولة بالأصل أو القاعدة، ولذلك نقول: إنّ بانكشاف الخلاف لا ينكشف وقوع الصلاة بلا طهارة نعم بارتفاع الجهل ترتفع الطهارة الظاهرية وهذا غير انكشاف فقدان

العمل بشرطه... .

والإشكال عليه: إنّ غاية ما يدلّ عليه ويثبت حديث الرفع هو رفع المانعية والشرطية لا ترتيب أثر الواقع، فحديث الرفع نافٍ وليس بمثبت. ففي المقام يكون حديث الرفع يتكفّل رفع شرطية العربية، لكنّه غير متكفّل لإثبات صحّة العقد بالفارسي ومع التنزل والقول بأنّ الحديث والبرائة الشرعية يؤدّيان إلى ترتيب أثر الواقع، لكنهما بما أنّ موضوعهما الشاكّ يختصّان بالمجتهد الشاكّ دون المقلّد المخالف الذي لا يمكن تصور الشك في حقّه، فالحديث والبرائة يؤثّران في ترتيب الأثر الواقعي للمجتهد دون غيره وهو ليس مثل بيع الأخرس ونكاحه المترتب عليه آثار الصحّة والنفوذ في حقّه وفي حقّ غيره.

مضافاً إلى أنّ قياس العقود والمعاملات باب صلاة الجماعة قياس مع الفارق؛ لأنّ الشك في مانعية شيء أو شرطيته في العبادة يعود إلى الشك في الأقلّ والأكثر الارتباطيين ومقتضى الأصل استصحاب عدم مانعية المشكوك أو البرائة منه فلا مانع من جريان الأصل فيها، فيتحقّق شروط الإمامة ويصحّ الاقتداء، ولكن لا مجال لجريان استصحاب عدم المانعية أو البرائة من اشتراط العربية في المعاملات؛ لأنّه لا ترديد بين الأقلّ والأكثر (في المعاملات) ويحتاج فيها إلى حصول النقل والانتقال والملكية وإثبات هذه عن طريق الأصل مثبت.

وبعبارة واضحة: أنّ الأصل في المعاملات عند الشكّ في الصحّة والفساد هو البطلان، فيما أنّ جريان حديث الرفع وغيره من الأصول يعدّ مثبتاً، فلا وجه لقياس المقام بباب العبادات.

والإشكال الأهم: أنه التزم وبني ما أفاده على القول بحكومة هذه الأصول بالنسبة إلى الأدلة الواقعية من الشرط والجزء، ولكنها قد حَقَّقْنَا في الأصول أنها حكومة ظاهرية غير واقعية فهي حاكمة مادام الجهل باقياً، فلذلك يستحيل انقلاب ما كان يعتبره المجتهد فاسداً إلى الصحيح، والفرق واضح؛ لأنَّ بالحكومة الواقعية يوسَّع دائرة المحكوم واقعاً أو يضيق كذلك، كما إذا قال: أكرم العلماء ثم قال: «ولد العالم عالم» أو «النحوي ليس بعالم». وأمَّا الحكومة الظاهرية كالأصل العملي لا يوسَّع دائرة الشرط واقعاً، فإنَّ قاعدة الطهارة لا تجعل شيئاً في قبال الطهارة الواقعية سوى الترخيص في البناء عليها في ظرف الشك ومع ارتفاعه ارتفع الحكم ومجرد ذلك لا يقتضى عند كشف الخلاف أنَّ العمل الفاقد للطهارة يجزي عن العمل الواحد لها، فلا فرق بين هذه الأصول وبين الأمارات التي لسانها لسان الحكاية عن الواقع من القول بعدم الإجزاء إلا بناءً على القول بالسببية كما حَقَّق في محله وقد مرَّت الإشارة إليها آنفاً هذا.

وفي تنظيره بالنسبة إلى صلاة الجماعة حيث قال: «لو تمسَّك الإمام بحديث الرفع عند الشك في المانعية الواقعية، فإنَّه تصح الصلاة في حقه وفي حق من اتَّمم به» كلام. وقد مرَّ الآن أنَّ الحديث يتكفَّل رفع المانعية في خصوص الشاك وأمَّا بالنسبة إلى غيره كالمأموم في المقام فلا يفيد ما جرى في حق الإمام، هذا أولاً.

وثانياً: إنَّ الاختلاف تارة في القراءة وتارة في الأركان وتارة في الجزء غير الركني. أمَّا في الأول فإنَّه لا يجوز للمأموم الإقتداء؛ لأنَّ الإمام

يتكفل القراءة (مثلاً) عن المأموم بشرط صحّتها وسقط عن المأموم وإلا فلا ولا مجال لجريان قاعدة لا تعاد؛ لأنها خاصّ ببابه.

وأما الثاني: كما إذا يرى المأموم فعل الإمام مخلاً بالركن، فلا يجوز له الائتمام به؛ لعدم صحّة صلاة الإمام عند المأموم.

وأما الثالث: فحينئذٍ لا يبعد القول بالصحة لصحة صلاة الإمام بمقتضى حديث الرفع، مضافاً إلى أنّ حديث (لا تعاد) محقق للصحة الواقعة لصلاة الإمام إذا كان الخلل في الأجزاء غير الركنية.

التفصيل الثالث (ما ذكره المحقق الإصفهاني رحمته الله): قال: هذا إذا كانت الملكية من الأمور الواقعية والموضوعات الخارجية على مسلك حجة الأمانة من باب الطريقية المحقة وعلى مسلك حجة الأمانة من باب الموضوعية. وأما إذا كانت الملكية من الاعتبارات فأسبابها أيضاً جعلية، فربما يكون ذات العقد العربي بما هو ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية من الشارع وربما يكون العقد الفارسي - لا بما هو - بل بما هو عقد قامت الحجة على سببته شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسي ملك شرعاً حقيقة حيث لا واقع للاعتبار إلا نفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقق سببته في حق المعتقد وغيره وإن كان لا سببية للعقد الفارسي بالإضافة إلى غير المعتقد...<sup>١</sup>

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج ١، ص ٢٩٥.



وحاصل ما أفاده عليه السلام: إنه فرق بين الأحكام التكليفية والوضعية قائلاً: إنَّ الأوامر الواردة في التكليفات كقوله: «صدّق العادل» بعث إلى ما أخبر عنه العادل وبمقتضى ظهور الأمر في الوجوب يستكشف ترتّب مصلحة ثانوية عرضية على مورد إخبار العادل إلّا أنّ الدليل ذاته غير متكفّل لإجزاء هذه المصلحة الثانوية عن مصلحة الواقع، بخلاف الوضعيات فقد تكون المصلحة مترتبة على العقد العربي تارة فترتّب الشارع الأثر على تقدير العربية، وقد تكون المصلحة مترتبة على كفاية العقد الفارسي لترتّب آثار الملكية عليه، فإذا قامت المصلحة وترتّب عليه الاعتبار فإنّ هذا الاعتبار ثابت في حقّ الجميع دون أحد الطرفين وأنّه غير قابل للزوال، فالنتيجة: أنّ القاعدة تقتضي الإجزاء في الوضعيات دون التكليفات؛ لوجود الموجب للاعتبار في كلّ من الإيجاب العربي والقبول الفارسي وعدم اختصاص صحّة العقد بأحد الطرفين، بل يشمل الطرفين وإن كانا مختلفين في الاجتهاد أو التقليد. ولا يخفى ابتناء هذه النظرية على فرض الاعتبار الشرعية أموراً وليس ورائها واقع إلّا الاعتبار، وأيضاً المفروض عنده إنّ موضوعات تلك الاعتبار يكون مجعولة من قبل الشارع، فلهذا يتمّ للشارع أن يجعل العربية سبباً للملكية تارة والفارسية تارة أخرى. ومن هنا لا يكون في هذه الموارد كشف خلاف، بل بتبدّل الرأي تبدّل الموضوع لا محالة ولذا (بناءً على التفريق المذكور) إذا قامت الأمانة على وجوب صلاة الجمعة وإن كان يوجب أن يكون الصلاة الجمعة واجدة للمصلحة الإلزامية إلّا أنّه لا

يقتضي أن يكون المصلحة الموجودة فيها بدلاً عن المصلحة الواقعية، فإذا انكشف الخلاف يعلم بقاء المصلحة الواقعية على حالها، فيجب تحصيلها مع أن في باب المعاملات ليست مصلحة لازمة التحصيل لأنها اعتبارات محضة وليس وراء الاعتبار واقع حتى يلزم تحصيله بعد كشف الخلاف، بل عند تبدل الرأي ينتهي مدار الاعتبار. ولكن الإيراد عليه أولاً: إن ما أفاده يتم بناءً على السببية وقد حقق عدم تماميتها حتى بناءً على المصلحة السلوكية.

وثانياً: إن المستفاد من مجموع كلماته (في مبحث الإجزاء) إنه يقول بتوقف الحجة المبحولة في جميع الطرق والأمارات على وجود الواقع، ومع عدمه لا مجال للتنجيز (بناءً على القول بقيام أدلة الاعتبار بجعل الحجة والمنجزية للواقع) كما لا مجال للإنشاء بداعي الإيصال إلى الواقع (بناءً على القول بأن الأدلة من الشارع قامت عن طريق الإنشاء (كقوله: صدق العادل) بداعي الإيصال إلى الواقع) فبناءً على ما التزم من أنه لا جعل ولا تنجيز في الأمارات إلا بعد وجود الواقع كيف يعقل القول: بأن الاعتبار الشرعية قد تكون لها واقع وقد لا تكون لها واقع، وهذا لا يناسب مبناه من انتفاء الإنشاء إذا لم يكن ورائه الواقع.

فالحق بعد الالتزام بأن الأدلة في باب الأمارات هو اعتبار الطريقة والكاشفية من دون دخل لمدلول الأمانة وأنه في الحكم التكليفي والوضعي، ففي مورد الاختلاف (مثلاً في اعتبار العربية وعدمها) يقتضي القاعدة أن يعمل كل منهما بمقتضى الحجة القائمة عنده بمعنى: أن العقد وإن كان متقوماً بالإيجاب والقبول، إلا أن ذلك يقتضي

التلازم (في الصحة والفساد) بحسب الحكم الواقعي؛ لأنّه لا يمكن انتقال المبيع إلى المشتري وعدم انتقال الثمن إلى البائع، وأمّا بالنسبة إلى الحكم الظاهري، فلا مانع من الالتزام بالتفكيك بمعنى جواز عمل كلّ منهما (الموجب والقابل) بما يقتضيه وظيفته الظاهرية، ففي المقام: إذا كان البائع مقلّداً لمن يرى صحّة العقد بالفارسي وكان المشتري لمن يقول بالبطلان جاز للبائع التصرف في الثمن؛ لأنّه يراه ملكاً لنفسه كما لا يجوز له التصرف في المبيع بعد أن أخرجه عن ملكه في نظره، ولا يجوز للمشتري التصرف في المبيع؛ لأنّه لا يراه ملكاً لنفسه بل المبيع باقياً على ملك البائع في نظره، ولا بأس للعلاج بالتصالح أو القول باندراج المقام وجعله من صغريات المقبولة ورفع الخلاف بحكم الحاكم، هذا مضافاً إلى أنّ التفكيك في الأحكام الظاهرية غير عزيز كما أنّ الماء القليل ينفعل عند بعض ولا ينفعل عند بعض آخر، وماء البئر ينفعل بملاقاة النجس عند قوم ولا ينفعل عند آخرين، والغسالة محكومة بالنجاسة عند فقيه وبالطهارة عند فقيه آخر إلى غير ذلك من الموارد التي وقع التفكيك في الأحكام الظاهرية.