

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

المطلب الثالث: في ثمرات اختلاف المباني في تحديد مدلول الشرط المعاملي الوارد في الروايات الشريفة، كقوله (صلى الله عليه وآله): "الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"^(١).

١- الثمرة الأولى: في باب النكاح، فلو أن امرأة زوّجت نفسها لرجل واشترطت عليه ضمن العقد أن يكون لها الخيار في الفسخ.

فعلى مبنى الظرفية: يقع النكاح والشرط صحيحاً؛ لأن النكاح وإن كان بعنوانه الأوّل عقداً لازماً، إلا أنه إذا اشترط فيه الخيار صار قابلاً للفسخ، وحيث وقع العقد صحيحاً فالشرط في ضمنه صحيح، ومقتضاه ثبوت الخيار للزوجة كما اشترطت.

وعلى مبنى رجوع الشرط للتعليل: فقد أفاد السيّد الخوئي (قدّس سرّه) بأن النكاح يقع باطلاً؛ والسّر في ذلك أن المنشأ العقديّ (وهو الزوجيّة) حيث علق على ما اشترط بينهما -وهو أن يكون الخيار لها-، فإن الزوجيّة المنشأة ليست زوجيّة دائمة ولا منقطعة. أمّا عدم كونها منقطعة فلأن النكاح المنقطع ما كان محدّداً بالأجل الزمني المحدد، وهذا ليس كذلك. وأمّا عدم وقوعه دائماً فلأن المفروض أن المرأة لم تنشئ زوجيّة لا بشرط، والنكاح الدائم هو ما كان المنشأ فيه الزوجيّة لا بشرط، بل أنشأت زوجيّة محدودة بعدم الفسخ من قبلها. وحيث إنّ النكاح الممضي من قبل المشرع إمّا دائم وإمّا منقطع، وهذا ليس منهما، فيقع باطلاً.

ولكن قد يُشكل على ما ذكره السيّد الخوئي (قدّس سرّه) بأن بطلان النكاح محلّ تأمل -حتى على مختاره من أن الشرط من سنخ التعليق-؛ والوجه في ذلك أن ما ذكره مبنيّ على مبنى آخر في باب الخيار -مضافاً لمبناه في باب الشرط-، وهو أن مرجع اشتراط الخيار في العقود إلى تحديد المنشأ من ناحية الزمن، ففي باب البيع مثلاً، لو قال البائع للمشتري: "بعتك السلعة بألفٍ على أن لي الخيار"، فلمشهور يرون أن اشتراط الخيار ليس مضيّقاً لمدلول العقد، بل الملكية المنشأة ملكيّة طليقة، غاية ما في

(١) راجع: وسائل الشيعة، الحر العاملي، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ح ٤.

الباب أنّ له الخيار في أن يرفعها متى شاء، فالفسخ رافعٌ للملكية لا قيدٌ فيها. بينما مبنى السيد الخوئي (قدس سره) أن مرجع اشتراط الخيار إلى تضيق الملكية، وأن الملكية المنشأة محدودةٌ بعدم الفسخ، بحيث يكون الفسخ حدًا للملكية من الأوّل لا رافعاً لها، وهذا منافٍ للمرتكزات العقلائية القائمة على كون الخيار خارجاً عن إطار المنشأ العقدي، أي أن معنى اشتراط الخيار هو اشتراط السلطنة على الفسخ وهو مضمون متأخر رتبة عن المنشأ العقدي فلا معنى لتقوم المنشأ به، والا لزم أن تكون الملكية في باب النقل ذات أنحاء ثلاثة، لازمة، ومتزلزلة، ومؤقتة وهي الملكية المحدودة بعدم الفسخ، ولا وجود لذلك لدى المرتكزات.

فبناءً على ذلك، لو أن المرأة زوجت نفسها واشترطت الخيار، فليس معناه تضيق الزوجية بالألا تفسخ، بل الزوجية طليقة، غاية الأمر أنّها إن فسخت رفعت الزوجية لا أن الزوجية انقضت لقصور فيها عند وقوع الفسخ، فيقع النكاح دائماً - حتى على مبنى السيد الخوئي (قدس سره) في باب الشرط - وجائزاً قابلاً للفسخ، وذلك لرجوع التعليق فيه إلى ربط الرضا بالمنشأ (الزوجية) - أي تنفيذه بثبوت حق الفسخ للزوجة، أي أن السلطنة على هدم رباط العلة الزوجية، فإذا قبل الرجل بذلك كان العقد نافذاً -، لا إلى تعليق الزوجية على الالتزام، إذ ثبوت الخيار ليس من الأفعال كي يقع تحت التعهد والالتزام، ولا إلى عدم تمليك الزوجة التزامها بالعقد للزوج.

٢- الثمرة الثانية: ما في كتاب البيع فيما توطأ عليه قبل العقد، فمثلاً: لو توطأ المتبايعان على أمرٍ قبل العقد، كأن يتعهد المشتري بكنس المسجد، ثم أوقعا البيع مبنياً على ذلك دون ذكره في العقد. فعلى المبنى الأول من أن الشرط التزام في التزام وأن العلة بين الشرط والعقد علة ظرفية، فإن البيع لم يقع مشروطاً؛ إذ لم يُذكر في ضمنه شرط، وإنما بُني العقد لبّاً على ما توطأ عليه. وعلى مبنى النائيني (قدس سره) من أن الشرط تعليق، فإن العقد قد صدر معلّقاً لبّاً على ما توطأ عليه، وإن لم يتضمّن لفظاً أيّ شرط.

ولكن قد يُقال: إنّ هذه الثمرة غير تامة؛ لأنّ المدار في الشرط - على كلا المبنيين - هل هو على ضوء مقام الإثبات (لفظاً) أم مقام الثبوت (لبّاً)؟

فإن كان المدار على مقام الإثبات - كأن يكون الشرط على المبنى الأول التزاماً في التزام إثباتاً (أي لفظاً)، وعلى المبنى الثاني عبارة عن تعليق إثباتي - فلا يوجد شرط على كلا المبنيين لعدم التلفّظ به.

وإن كان المدار على مقام الثبوت، فهناك شرط على كلا المبنيين؛ لأنّ ما توطأ عليه بمثابة القرينة المتّصلة بالعقد، فالعقد متضمّن عرفاً للشرط، حتى على القول بأن العلة بينهما علة ظرفية، إذ لا معنى لاختصاصها بالظرفية اللفظية مع أن العقد بحسب المرتكز العرفي متضمن للشرط بمقتضى التواطؤ والبناء عليه. فهذه الثمرة الثانية غير تامّة.

٣- الثمرة الثالثة: في محل الكلام وهو الرافعة الماليّة، فقد يُقال: إنه بناءً على مسلك كون الشرط عبارة عن التعليق والربط، لو صدر القرض من البنك الأهلي التجاري مشروطاً بالفائدة فإن مرجعه -وفق هذا المسلك- إلى وقوع القرض معلّقاً على التزام المقرض وتعهده حال القرض بأداء الفائدة، فإن لم يقبل هرباً من المحذور التكليفيّ، لم يملك القرض؛ لأنّ أصل التملك وقع معلّقاً على تعهده والتزامه حين القرض بأداء الفائدة في ظرفها، وحيث لم يلتزم لم يقع المعلق وهو القرض، وكان استلامه للمال غصباً.

وأما على مسلك كون الشرط التزاماً في التزام وأن العلة بين الشرط والعقد ظرفية ومقارنة، فلا مانع من التفكيك بين القرض والشرط، وذلك بأن يقبل المقرض العقد دون الشرط ولا يلزم منه محذور؛ لأنّه لا يوجد ربط وتعليق بين القرض والالتزام بالفائدة، بل هما التزامان متقارنان، فيمكنه أن يقبل القرض دون الشرط، فيصحّ القرض ويبطل الشرط، وهذا ما أفتى به السيّد الخميني (قدّس سرّه) في تحرير الوسيلة^(٢)، بينما أفتى السيّد الخوئي (قدس سرّه)^(٣) طبقاً لمبناه في باب الشرط إلى أنّه لو قبل العقد دون الشرط لم يصحّ العقد، مما يعني أن المقرض لو قبل القرض دون الشرط لم يملك، لأن مرجع الشرط إلى تعليق القرض على التزامه وقبوله، وحيث لم يلتزم لم يملك.

وقد تبين مما سبق أنّه بناء على مبنى بعض الأكابر (قدس سرّه) يمكن التخلص من محذور الشرط الربوي بالتفكيك في القبول بين القرض والشرط.

المطلب الرابع والأخير: في نقد المحاولة الثالثة للتخلّص من الربا

(٢) تحرير الوسيلة، السيّد روح الله الخميني (قده)، باب القرض، المسألة ١٣.

(٣) منهاج الصالحين، السيّد أبو القاسم الخوئي (قده)، كتاب التجارة، شروط العقد، المسألة ٥٠.

إن المحاولة الثالثة قد بُنيت على كون الشرط فيما ورد في الروايات المعتبرة، كما في معتبرة يحيى بن الحجاج: "إنَّما جاء الربا من قبل الشروط، وإنَّما تفسده الشروط"^(٤)، بمعنى التزام في التزام، وهو مما يمكن التخلص منه في المعاملات الربوية.

ولكن المناقشة فيه تقع تارة في الكبرى وأخرى الصغرى:

١ - فأما الكبرى: فما ذكره بعض الأكابر (قدس سره) من أنَّ الشرط التزام في التزام دون ربط ليس صحيحاً؛ فعنوان الشرط الوارد في الروايات مأخوذ لغةً وعرفاً من مادة الربط، ومنه الشريط الذي هو الخيط الرابط بين الطرفين، والجملة الشرطية المقابلة للجملة الوصفية في تقوُّمها بالربط بين الجزاء والشرط. كما أنَّ واقع الشرط المعاملي لدى المرتكز العقلاني متقوم بعلاقة الربط بين المعاملة والشرط، ومما ينبَّه على ذلك أنه لو حصل العقد مشروطاً - كما لو باع شخص سلعته بثمن معين بشرط كذا -، فقبل المشتري البيع دون الشرط، فإنَّ المرتكز العقلاني لا يرى تطابقاً بين الإيجاب والقبول، إذ ما صدر من البائع بيع مشروط لا يبيع لا بشرط، وهذا منبَّه على أنَّ علاقة العقد بالشرط ليست علاقة المقارنة فقط، إذ لو كانت علاقة مقارنة لتحقق التطابق بالتفكيك بينهما، فعدم تطابق القبول مع الإيجاب ارتكازاً منبه على أنَّ الشرط عبارة عن الربط لا مجرد الظرفية.

إلا أنَّ هذا لا يعني تمامية مطلب المحقق النائيني والسيد الخوئي (قدس سرهما) من أنَّ مرجع قوله "بعثك هذا الكتاب بألف بشرط أن تكنس المسجد" إلى تعليق لأصل الملكية على أنَّ يلتزم فعلاً بالكنس، ولو لم يلتزم فعلاً لم يملك؛ بل الصحيح كما حررناه في مباحث فقه المعاملات أنَّ حقيقة الشرط المعاملي هي الربط، ولكن مصاديقه تختلف باختلاف الأغراض العقلائية منه. وبيان ذلك: أنَّ الغرض قد يكون لدى أحد المتعاملين - شركة، أو قرضاً، أو نكاحاً، أو غيرهما - عدم تنفيذ العقد بترتيب آثاره إلا مع قبول الطرف الآخر بالشرط، وهذا يعني أنه إذا قال "أقرضتك بشرط الفائدة"، فالمحتملات أربعة:

أ - أنَّ يكون المنوط بالشرط إنشاء العقد، وهذا غير معقول؛ لأنه لا يعقل في الإنشاء أن يقع معلقاً لأنه عمل تكويني.

(٤) راجع: وسائل الشيعة، الحر العاملي، الباب ١٢ من أبواب الصرف، ح ٣.

ب- أن يكون الوجود الاعتباري للمنشأ - وهو الملكية - منوطا بدفع الفائدة خارجا، ولازم ذلك التعليق المبطل.

ج- أن يكون المنشأ العقدي منوطا بالالتزام حين العقد، - وهذا مضافا لاختصاصه بما إذا كان متعلق الشرط مما يقبل الالتزام به لكونه من سنخ الأفعال، فلا شمول فيه لفرض كون متعلق الشرط وصفا من الأوصاف غير الاختيارية - فإن الموافق للمرتكزات هو أن الشرط المعاملي كالشرط الشرعي من حيث الدخل في فعلية المشروط لا في أصل وجوده الاعتباري، فكما أن في الشرط الشرعي - كاشتراط وجوب الحج بالاستطاعة - يتحقق الوجوب في وعاء الاعتبار بنفس الإنشاء إلا أنه لا فعلية له بنحو ترتب الآثار عليه إلا بفعلية الاستطاعة خارجا، فكذلك الشرط المعاملي، فإنه إذا وقع العقد مشروطا كان مقتضى الاشتراط عدم نفوذ العقد، بمعنى ترتب الآثار إلا بقبول الشرط، لا أن تحقق المنشأ في وعاء الاعتبار منوط بالالتزام حين العقد.

د- أن يكون المنوط بوجود المشروط خارجا هو الالتزام بالعقد بمعنى عدم فسخه^(٥)، ولكنه ليس مطردا لسائر العقود فهناك من العقود ما لا يقبل الفسخ لدى المرتكز العقلاني، كالنكاح مثلا.

فالصحيح أن الشرط وإن كان بمعنى الربط إلا أن الربط يختلف باختلاف الغرض العقلاني:

- فتارة يكون الغرض العقلاني هو التوافق على المعاملة بسائر شروطها وحدودها، كما في عقد الشركة فإنه لا يمضي أحد الطرفين عقد الشركة إلا مع التوافق التام على الشروط، مما يعني أن مرجع الشرط هنا إلى ربط الرضا بالعقد - بمعنى تنفيذه وترتيب الأثر عليه - بقبول الطرف الآخر بمضمونه - سواء كان فعلا أو وصفا -، ولا يبعد أن مرجع اشتراط الفائدة في القرض لذلك.

نعم؛ الكاشف العرفي عن القبول إما التوقيع الرسمي في معاملة العقد أو عدم إبراز الرفض، إذ ليس المهم لدى العقلاء الموافقة النفسية في حد ذاتها، بل المهم القبول القانوني المبرز بإحدى الطرق العرفية الكاشفة عنه، فمتى قبل بأصل العقد ترتبت عليه الآثار لدى العقلاء، وإن كان الطرف الآخر غير بانٍ على تنفيذ الشرط في نفسه - إما لعدم مبالاته أو لغفلته عنه -، ولذلك فإن تملك العميل

(٥) انظر: المحاضرات في الفقه الجعفري، السيد علي الهاشمي الشاهرودي، ج ٢، ص ١٥١.

للقرض من قبل البنوك لا يتوقف على قبول الشرط في نفسه، بمعنى أن يقبل إناطة المنشأ العقدي به، أو أن يبيني في نفسه على تنفيذه بعد قبوله؛ بل على التوقيع الرسمي بأحد مبرزاته العرفية.

وما ذكرناه من رجوع الشرط في بعض مصاديقه لإناطة الرضا بالعقد بقبول الشرط مغاير لما في مسلك المحقق النائيني والسيد الخوئي (قدس سرهما) من رجوعه لتعليق المنشأ العقدي على الالتزام. والمنبه على اختلافهما - حقيقة وأثراً - تنازل المشتري عن شرطه بعد إيجاب العقد مشروطاً، كما لو كان الشرط لصالح الطرف الآخر، فلو قال البائع: "بعثك الكتاب بكذا واشترطت لك على نفسي أن أكنس بيتك" فقبل المشتري البيع دون الشرط، صحَّ البيع بلا حاجة للاستئناف، وكذا لو كان الشرط لصالح البائع لكنه تنازل عن شرطه بعد تمامية الإيجاب، فإنه يصح العقد ولا حاجة للاستئناف، مع أنه لو كان المنشأ العقدي معلقاً على القبول لم يصح العقد في فرض التنازل، بل كان لا بد من الاستئناف، وذلك منبه على الفارق الجوهرى بين إناطة المنشأ في وجوده الاعتباري بالقبول للشرط، أو إناطة تنفيذه وترتيب الأثر عليه بذلك.

كما تبين من خلال ما مضى أن هناك فرقاً بين تعذر الشرط وفساده وبين عدم القبول به، ففي حال قبول الشرط، ولكنه تعذر أو كان فاسداً، فقد تم العقد وكان موضوعاً للنفوذ، بخلاف فرض عدم القبول به من الأساس، فإنه لا يصلح كون العقد موضوعاً للنفوذ وترتب الأثر.

- وتارة يكون الغرض العقلاني في تحقق الشرط خارجاً بنحو لو لم يتحقق لكان الطرف المشتري في سعة وفسحة من الالتزام بالعقد، كما في كثير من المعاولات وما يلحق بها، كالبيع والإجارة والمضاربة ونحوها، وأثر ذلك ثبوت الخيار عند تخلف الشرط. وبذلك تتضح المناقشة في ما ذكره بعض الأكابر (قدس سره) في كتاب البيع^(٦)، وبعض الأعلام (قدس سره)^(٧)، من أن ثبوت الخيار في ظرف تخلف الشرط حكمٌ عقلائيٌّ من دون احتواء العقد على نوع من الربط بين العقد والشرط.

ووجه التأمل: أنه ليس في بناء العقلاء تعبد ولا اعتباط، وإنما هو مبني على ما يستفاد من طبيعة العقد والشرط، وإلا فلا فرق في سنخ الشرط إثباتاً بين عقد وآخر، مع أن الأثر لبعض الشروط مختلف عن البعض الآخر، مما يكشف عن أن نحو الإناطة والربط مختلف في العقود تبعاً لاختلاف

(٦) كتاب البيع، السيد روح الله الخميني، ج ٥، ص ٣٠٧.

(٧) مصباح المنهاج، السيد محمد سعيد الحكيم، كتاب التجارة، ص ٦٨.

الأغراض، فإن كان الغرض في العقد المتقيد بالشرط لا مطلقاً، وفهم ذلك من بعض القرائن، كان مرجع الاشتراط إلى ربط الرضا بالعقد بقبول الشرط، وإن كان الغرض في الشرط وعدم التقيد بالعقد لولاه وفهم ذلك كان مقتضاه ثبوت الخيار عند التخلف.

وأما دعوى أن الشرط بمعنى أن للشارط سلطنة على المشروط عليه، أي أن مرجع قول البائع "بعثك الكتاب بألف على أن تكس المسجد" إلى جعل البائع لنفسه سلطنة على المشتري فهو تفسير للشرط بأثره، وذلك في خصوص العقود التي يكون متعلق الشرط فيها فعلاً من الأفعال الاختيارية، كي يتصور تعلق حق المطالبة به، وإلا فلا معنى لحق المطالبة في فرض اشتراط وصف في البيع غير اختياري، كما لا أثر له إلا ثبوت الخيار عند التخلف.

٢- وأما الصغرى: فإنه لو فرض تمامية ما ذكر في بعض الكلمات من أن الشرط عبارة عن التزام في التزام، فمع ذلك لا يصلح تخريجاً للتخلص من محذور القرض الربوي في البنوك. وبيانه: أن الروايات الشريفة - كما تم عرضها فيما تقدم - ذات لسانين:

الأول: ما في المعتمدة: "جَاءَ الرَّبَّاءُ مِنْ قَبْلِ الشَّرْطِ إِنَّمَا يُفْسِدُهُ الشَّرْطُ"^(٨).

الثاني: ما ورد بعنوان الجر: نحو "إِذَا كَانَ قَرْضًا يَجْرُ شَيْئًا فَلَا يَصْلُحُ"^(٩).

وهذان اللسانان إذا عرضا على العرف لم يفهم منهما سوى أن المناط في الربا المحرم استلزام القرض لعود منفعة على المقرض، سواء صدق عليه عنوان الشرط أم لا، فإن اختلاف اللسانين اختلاف لفظي، وإلا فالمنسب لذي العرف من الجر والشرط معنى واحد، وهو كون القرض مستلزماً لعود منفعة على المقرض. وبالتالي، فالخلاف في أن الشرط هل هو بمعنى التعليق أو بمعنى الالتزام في الالتزام ليس ذا ثمرة في محل البحث، إذ القرض على كليهما مستلزم عود منفعة للمقرض، فيكون قرضاً ربوياً.

وعليه، فإن الرافعة المالية - بناء على تفسيرها بالقرض المشروط بالفائدة - بما أنها تتضمن تعهد البنك الاستثماري بإقراض العميل المتداول مبلغاً لرفع القوة الشرائية لرصيده ليتمكن من المداولة

(٨) راجع: وسائل الشريعة، الحر العاملي، الباب ١١ من أبواب الصرف، ح ١.

(٩) راجع: وسائل الشريعة، الحر العاملي، باب ١٩ من أبواب الدين والقرض، ح ٩.

بنحو أوسع، بشرط أن تكون المداوولات تحت سلطنة البنك أو بشرط الفائدة، فهو قرضٌ استلزم عود منفعة للمقرض، سواء سمي تعليقاً أو سلطنة، فهو قرضٌ ربويّ.

نعم؛ بناء على ما ذكره بعض المختصين بعمليات البنوك الاستثمارية من رجوع المعاملة في الرافعة المالية إلى التزام بالضمان من الطرفين، فلا حاجة للتخلص من المحذور بأي من المحاولات السابقة لعدم كون المعاملة معاملة ربوية. وتوضيح ذلك: أن الأسهم هي ملك للشركة الاستثمارية، غاية الأمر أن الشركة التزمت للعميل بنسبة من أرباحها عند ارتفاع أسعارها مقابل أن يلتزم بضمان خسارة انخفاض سعر الأسهم من رصيده، دون أن تكون في البين عملية شراء وبيع عنه ولا إقراض إليه، وبناء عليه فلا قرض ربوي كي يبحث في طرق التخلص منه.

والحمد لله رب العالمين