بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

وخلاصة المسلك الثالث في علاقة العقد بالشرط: أنه عبارة عن تعليق العقد على الالتزام النفسي بالشرط، فإذا لم يحصل الالتزام النفسي حين العقد بالشرط فالعقد لم يتحقق.

وثمرة ذلك تظهر في القرض المشروط بالفائدة، فلو فرض أن شخصاً أقرض المال لزيدٍ – مثلاً – واشترط ضمن القرض الفائدة، فإنه لا يجوز للمقترض الالتزام بالشرط وهو دفع الفائدة؛ حيث أن الالتزام بفعل الحرام حرام.

فإن قلنا بالمسلك الأول في علاقة العقد بالشرط وهي علاقة الظرفية فقط، أو قلنا بالمسلك الثاني وهي عبارة عن تعليق الالتزام بالعقد على وجود الشرط خارجاً، بحيث لو لم يأتِ بالشرط خارجاً فإنه لا يقتضي انتفاء العقد؛ وإنما غاية ما يترتب عليه هو ثبوت الخيار.

فإن المقترض لو لم يلتزم نفسياً بدفع الفائدة فالقرض صحيح وقد مَلك المال المقترض، بخلاف ما إذا قلنا بالمسلك الثالث وهو ما ذهب إليه شيخنا الأُستاذ (قدس سره الشريف) من أن أصل العقد معلقٌ على الالتزام بالشرط، فإذا لم يلتزم المقترض نفسياً بالشرط أي بدفع الفائدة فلا قرض، أي لم يدخل المال المقترض في مِلكه باعتبار أن المُقْرِض قد أناط أصل الإقراض بالتزامه بالشرط.

ولذلك فما ذكره بعض الفقهاء من الحيلة للتخلص من الربا: وهي أن المكلف إذا أراد أن يقترض من البنك الأهلي، والمفروض أن البنك الأهلي يشترط عليه دفع الفائدة، فبإمكانه أن يتخلص من محذور القرض الربوي بأن لا يبني في نفسه على الالتزام بالشرط أي أداء الفائدة، فإن أُلزم بالفائدة بعد استلام المال المقترض دفعها من باب الاضطرار لا من باب الوفاء بالشرط، وإن لم يُلزم بها فهو في راحة.

فهذه الحيلة إنما تتم على المسلكين السابقين في علاقة العقد بالشرط، وأما على المسلك الثالث وهو أن أصل العقد معلقٌ على الالتزام بالشرط، فما لم يلتزم المقترض نفسياً بأداء الفائدة فإنه لا يدخل المال المقترض في مِلكه؛ لأن البنك أناط تمليكه واقراضه بالتزام المقترض بالفائدة، فإذا لم يلتزم ذلك فلا اقراض.

وقد أفاد المحقق الأصفهاني (قدس سره الشريف) في [حاشيته على المكاسب ج١ ص٢٩١]: (أنه لو كان تحقق العقد منوطاً بالشرط لكان تعذر الشرط أو فساده مبطلاً للعقد، مثلا لو فرض أن شخصا باع داره فقال: (بعتُكَ هذه الدار بشرط أن تأتي لي بالكتاب الفلاني) فتعذر الشرط، أو فُرض أن الشرط فاسدٌ كما إذا قال له: (بعتُكَ الدار بشرط أن تُغني، أو بشرط أن تغتاب) والشرط فاسد؛ لكونه حراماً، فلا إشكال لدى أحد في أن العقد صحيح مع أن الشرط مما لم يتحقق إما لتعذره أو لفساده، وهو شاهدٌ على أن العقد ليس منوطاً بالشرط).

ولازم كلامه قدس سره أن عدم استلزام تعذر الشرط أو فساده لانتفاء العقد شاهدٌ على عدم تمامية المسلك الثالث وهو إناطة العقد بالشرط، ببركة الإجماع على صحة العقد في حال تعذر الشرط أو فساده.

ولكن ما ذكره (أعلى الله مقامه) محل تأمل، فإن هناك فرقاً بين إناطة العقد بوجود الشرط وإناطة العقد بالالتزام النفسي بالشرط.

فلو كان المدعى أن نفس العقد منوط بوجود الشرط لتم ما ذكر؛ لأنه إذا كان نفس العقد منوطاً بوجود الشرط فلازمه في حال تعذر الشرط أو فساده أن لا يتحقق العقد؛ مع أنه قام التسالم على تحقق العقد في فرض فساد الشرط أو تعذره، الا أنه لم يقل بذلك أحد.

وأما لو كان المُدعى – كما في المسلك الثالث – أنّ العقد منوطٌ بالالتزام بالشرط، لا بنفس الوجود الخارجي للشرط، فإذا اشترط بائع الدار على المشتري أن يأتيه بالكتاب الفلاني والتزم بالشرط، إلا أنه تعذر الاتيان به، فهذا لا يستلزم بطلان العقد؛ لأنه يكفي في صحة العقد وتحققه الالتزام النفسي بالشرط حين العقد.

المسلك الرابع: ما أفاده سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) في عدة موارد من بحوثه كما في [التنقيح ج١ ص٢٦٢]، وفي [معتمد العروة ج٢ ص٥٣] وفي [مصباح الفقاهة ج٣ ص٧٣]، وهو مؤلف من مطلبين:

المطلب الأول: أن علاقة العقد بالشرط هي علاقة التعليق – كما ذُكر في المسلك الثالث – ولكن تختلف الموارد من حيث المعلق والمعلق عليه.

فإنها وإن اندرجت في جامع مشترك ألا وهو التعليق إلا أنها تختلف من حيث المعلق أو المعلق عليه، ومنشأ الاختلاف إما العقد نفسه، أو صنف متعلق الاشتراط، إذ تارةً يكون العقد غير قابل

للخيار كما في عقد النكاح فلا يعقل أن يكون مرجع الشرط فيه إلى تعليق الالتزام بالعقد على وجود الشرط المنتج لثبوت الخيار، إذ المفروض أن العقد لا يقبل الخيار، فيتعين أن يكون الشرط فيه بمعنى تعليق الالتزام المعاملي على وجود الشرط وثمرته وجوب الوفاء به تكليفاً.

وربما يكون الشرط فعلاً اختيارياً فيصح تعلق الالتزام والتعهد به، وربما لا يكون فعلاً اختيارياً – كالصفات الثابتة في الأعيان الجزئية – فلا معنى لتعلق الالتزام والتعهد به، فيكون مرجع اشتراطه الى تعليق الالتزام بالعقد وعدم رفع اليد عنه على وجوده خارجاً.

وبالتالي فالموارد تختلف باختلاف نوع العقد ومتعلق الشرط.

وقد أوضح ذلك (قدس سره الشريف) كما في [موسوعته، ج١ ص٢٦٢] بقوله: (**إذن يقع الكلام في معنى الاشتراط فنقول: إن معناه في الأُمور الجزئية**) كما لو قال: "بعتُكَ هذه السيارة بكذا على أن تخيط لي ثوباً" (**حسبما يقتضيه الاستقراء والارتكاز أحد أمرين على سبيل منع الخلو: أحدهما: تعليق الالتزام بالمعاملة، وعدم الرجوع فيها على تحقق الشرط في الخارج**) وهو التعليق المنتج للخيار (**وهذا كما في اشتراط كون الفرس من جياد الخيل أو الكتاب من طبعة كذا، وغير ذلك**): (**من الأوصاف والقيود الخارجة عن الاختيار**) أي إذا كان متعلق الشرط وصفاً خارجاً عن الاختيار فلا يمكن أن يعلق العقد على الالتزام به، إذ كيف يلتزم المكلف بما هو خارجٌ عن اختياره، فلا محالة يكون الشرط فيه عبارة عن تعليق الالتزام بالمعاملة على وجود الشرط، لا تعليق العقد على الالتزام بالشرط، فإن المفروض أنّ المشروط مما لا يمكن الالتزام به؛ لعدم كونه اختيارياً (**فإن معنى اشتراطها حسبما يفهمه العرف بارتكازهم – أن التزامي بالبيع معلّق على كون الفرس كذا أو الكتاب من طبعة كذا–، فعند التخلّف يثبت للمشروط له الخيار في الالتزام بالمعاملة أو فسخها**)؛ لأنَّه علق التزامه على وجود الشرط فإذا لم يوجد فله الخيار.

ومؤدى كلامه هو الجمع بين المبنى الثاني والثالث، فإن كليهما يدخل تحت عنوان التعليق، إلا أن المعلق في فرضٍ هو الالتزام بالمعاملة، وفي فرضٍ آخر أصل الالتزام المعاملي أي العقد، والمعلق عليه في الأول وجود الشرط، بينما المعلق عليه في الثاني الالتزام بالشرط.

(**ثانيهما: تعليق أصل الالتزام المعاملي**) يعني أصل العقد (**على التزام الطرف الآخر بتحقق الشرط في الخارج لا على وجوده خارجاً وهذا كما في الموارد التي لا يجري فيها الخيار**) إذ العقد غير القابل للخيار مما لا يعقل تعليق الالتزام به على وجود الشرط (**كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يكون**

اختيار المسكن بيدها) أي اشترطت عليه أن تكون لها الصلاحية مِن قِبله في اختيار المسكن **(فإن النكاح لا يجري فيه الخيار، فمعنى الاشتراط فيه أن التزام الزوجة بالنكاح والزوجية معلق على التزام الزوج بأن يكون اختيار المسكن بيدها، فالزوج بقوله قبلت، يبرز أمرين)** التزامين **(أحدهما: التزامه بأصل الزواج)** وهذا واضحٌ **(وثانيهما: التزامه بالعمل في الخارج)** على أن تكون لها صلاحية اختيار المسكن **(وليست نتيجته الخيار عند تخلف الزوج عما التزم به في المعاملة، فإن النكاح كما مرّ مما لا يجري فيه جعل الخيار عند العقلاء ولا في الشريعة المقدسة بل ولا في الأديان السابقة، فالاشتراط في مثله)** أي: النكاح **(ليس بمعنى التعليق في الالتزام بالمعاملة، وإنما هو من التعليق في أصل الالتزام المعاملي)** أي: أن أصل العقد معلق **(ومثل هذا التعليق غير مضر)** إذ ربما يقول قائل: إن التعليق في العقود مضر.

وجوابه: أن التعليق المضر بالعقود هو التعليق على الوجود الخارجي، وأما تعليق العقد على الالتزام الفعلي بالشرط حين العقد فليس من التعليق المضر **(ومثل هذا التعليق غير مضر بصحة العقد، لأنه تعليق على التزام الطرف الاخر لا على وجود الشرط في الخارج نظير التعليق في الإيجاب لأنه من التعليق على قبول المشتري للالتزام المعاملي. وهذا بخلاف الصورة المتقدمة، لأن كون الفرس أو الكتاب من جياد الخيل أو من طبعة النجف أمر خارج عن الاختيار ولا معنى للالتزام بما هو غير مقدور للملتزم، فما قدّمناه لا يأتي إلّا فيما هو داخل تحت الاختيار. وهذان قسمان ولا يخلو أمر الاشتراط من أحدهما.)**.

ثم أفاد في [ص٢٦٣]: **(نعم الأمران قد يجتمعان)** أي أحياناً يجتمع كلا المعنيين للشرط في عقدٍ واحد **(في بعض الموارد، كما في اشتراط الأمر الاختياري للمشروط عليه في العقود الجاري فيها الخيار كالبيع والإجارة، نظير بيع الدار على أن يخيط المشتري ثوب البائع، وذلك لأنه من تعليق أصل البيع على التزام المشتري بالخياطة وتحققها في الخارج، ونتيجته وجوب الخياطة على المشتري بعد المعاملة، وثبوت الخيار للبائع على تقدير التخلّف وعدم تحقق الخياطة خارجاً)**. أي عندما يقول البائع: (بعتُكَ داري بشرط أن تخيط لي ثوباً) فقد قام بتعليق البيع على التزامه بالشرط وهو الخياطة، وتعليق التزامه بالبيع على وجود الشرط خارجاً وهو الخيار، وأثر التعليق الأول وجوب الوفاء بالالتزام تكليفاً، وأثر التعليق الثاني ثبوت الخيار.

والحمد لله رب العالمين