

## مقالة في ترتب المنشأ المعاملي للعقد بمجرد الإنشاء من دون توقّف على انقضاء الخيار

(مسألة): يترتب المنشأ المعاملي للعقد بمجرد انعقاده، من دون أن يتوقّف على أمر آخر كانقضاء الخيار و نحوه، نعم لو كان حصول المنشأ المعاملي بمقتضى طبع العقد معلقاً على تحقق أمر - كالوصية حيث يكون تحقق الملكية فيها معلقاً على موت الموصي - ترتب المنشأ المعاملي بعد حصول المعلق عليه.[١]

[١] قال الشيخ الأعظم الأنصاري (رضوان الله تعالى عليه) في مكاسبه:

« المشهور أن المبيع يملك بالعقد و أثر الخيار تنزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه في ملك الآخر و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار.»<sup>١</sup>  
و معلوم أنه لا خصوصية للبيع بل مصبّ البحث كل عقد يدخل فيه الخيار.

و قد اختلفت كلماتهم فيما أراده الشيخ من التوقف المزبور، فان منهم من قال بان الشيخ التزم بذلك في مطلق زمان الخيار و إن كان مختصاً بالمشتري أو يقول بذلك فيما كان الخيار ثابتاً للمتبايعين معاً أو لخصوص البائع، كما وقع الخلاف في أنه يقول بذلك في الخيار المتصل أو في الخيار المنفصل أيضاً و قد نسب إليه القول بعدم التوقف فيما إذا صار أحد المتبايعين مفلساً الى غير ذلك من الاختلافات التي تظهر بمراجعة كلماتهم و العمدة ملاحظة أدلة كل من الطرفين:

أمّا القول المشهور فقد استدلل له بوجوه:

<sup>1</sup> المكاسب، ج ٣، ص ٨٨.

منها: أن مقصود المتعاقدين من العقد حصول المنشأ من أول الأمر و أدلة الإمضاء شاملة لما قصده، فإنّ العقود تابعة للمقصود.

قال في الجواهر: «...و لأن المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه بينهما انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب، أو باطلة من أصلها، لا أنها صحيحة على غير ما قصده و تراضيا عليه، و إثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكد ذلك لا ينافيه، فالمقتضي للملك حينئذ موجود و المانع منه مفقود.»<sup>2</sup>

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم (رضوان الله عليه) مدعيًا بكونه أضعف الوجوه بأن مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن الإنشاء لما كان علةً لتحقيق المنشأ عند تحققه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكن العلية إنما هو عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقق شرائط أخر بعده، كالقبض في السلم و الصرف، و انقضاء الخيار في محل الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجرداً عن الزمان، لكنه عرفاً علة تامّة لمضمونه، و إمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلة، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، و إنما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، و لا ضرر فيه.<sup>3</sup>

و فيه: إن مقتضى إطلاق المتعاقدين للعقد و عدم تقييدهما له بانقضاء الخيار أو غيره من قبلهما كونهما قاصدين لترتب الأثر المقصود على مجرد الإيجاب و القبول و الشارع قد أمضى ما قصده الا ما خرج بالدليل.

و منها: التمسك بما ورد من أنّ «البيعان بالخيار» بتقريب أن الخيار عبارة عن حق استرجاع العين، و هو فرع الخروج عن ملكه، فتكون الملكية حاصلة من الأول.

<sup>2</sup> جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٧٩.

<sup>3</sup> المكاسب، ج ٣، ص ٩٤.

و أورد عليه جملة من الأعلام منهم السيّد اليزدي صاحب (رضوان الله عليه) بأننا نمنع كونه حقاً في الملك بل هو ملك فسخ العقد<sup>4</sup>. فالعقد بما هو - مع قطع النظر عن زمن حصول الملك أو أي منشأ معاملي آخر به - له وفاء و نقض، فلا تدلّ الرواية على المطلوب.

لكنّ الإنصاف أنّ عنوان البيع انما يصدق على كلّ من البائع و المشتري بعد حصول الملكية التي هي الأثر المتوقع من العقد لا قبله بمجرد تصديهما للإيجاب و القبول، فإطلاق «البيعان» عليهما يكشف عن حصول الملكية لهما في زمن الخيار، و من المستبعد جداً أن تكون للبيع خصوصية في البين.

و منها: ما دلّ على جواز النظر إلى الجارية و سائر الاستمتاع منها في زمان الخيار التي لم تكن محللة قبل البيع، كصحيحة على بن رثاب؛ قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: «الخيار لمن اشترى» ... قلت له: رأيت إن قبلها المشتري أو لأمس؟ قال: فقال: «إذا قبل أو لأمس، أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط و لزمته»<sup>5</sup>

فإنه يدل على الحلّ بعد العقد في زمن الخيار. و ناقش في دلالة هذه الأخبار الشيخ الأعظم (رضوان الله عليه) بقوله: «إلا أن يلتزم بأنه نظير حل و طء المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع»<sup>6</sup> و يقصد به أنه يمكن أن يكون التصرفات الواقعة على الجارية بعد العقد في زمان الخيار مملّكة و مسقطه للخيار في نفس الوقت كما يتحقق الرجوع بنفس الوطى في زمان العدة في المطلقة الرجعية فإنه إذا طلق الرجل زوجته ثم وطئها في العدة بغير أن يرجع إليها يكون رجوعاً.

و أورد عليه بعض الأعظم (رضوان الله عليه) بما حاصله: أنّ في المطلقة الرجعية ان علقه الزوجية لم تنقطع بعد الطلاق و من هنا اشتهر في السنة الفقهاء أن المطلقة رجعية زوجة و عليه فلو وطئها الزوج انما

<sup>4</sup> حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٦٦.

<sup>5</sup> الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ٤، ح ٣

<sup>6</sup> المكاسب، ج ١، ص ٩١.

وطئ زوجته حقيقة من غير أن تكون الزوجية حاصلة بنفس الوطئ و إنما الوطئ يكون دليل على الرجوع و رافعا لأثر الطلاق فقط، سواء قصد به الرجوع أم لا، بل الأمر كذلك حتى لو قصد عدم الرجوع، بل قصد الزنا أيضاً كأن كان جاهلاً لحصول الرجوع بذلك الوطئ و قصد الزنا فإنه لا يكون إلا تجريباً محضاً و أما الحرام فلا بداهة أن الوطئ إنما صدر من أهله و وقع في محله فيكون رافعاً لأثر الطلاق. بخلاف المقام، فإنه على القول بعدم حصول الملكية في زمن الخيار يكون التصرف واقعاً في ملك الغير فيكون حراماً و قد حكم الامام عليه السلام بحلية ذلك، فيكشف من ذلك أن الملكية قد حصل في زمان الخيار و الحلية مستندة إليها.<sup>7</sup>

هذا، و لا يخفى أن الإشكال المزبور إنما يكون على المثال المذكور في كلام الشيخ الأعظم (رضوان الله عليه) و لا يرد على أصل ما أفاده ضرورة أنه من المعقول ثبوتاً أن يكون حصول الملك و جواز التصرفات المترتبة عليه في زمان واحد فإنه لا دليل على لزوم التقدم الزماني بينهما مضافاً إلى التقدم الرتبي، كما التزم بذلك بعض الأعاضم نفسه. (رضوان الله عليه).

**و منها:** ما دل من كون نماء المبيع في بيع الخيار برد مثل الثمن للمشتري، كصحيحة اسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره ف جاء الى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتترط لى ان أنا جئتك بثمانها الى سنة أن ترد علي. «فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنة ردها عليه. قلت: فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة. فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> مصباح الفقاهة، ج ٧، ص ٥٠٩.

<sup>8</sup> الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ٨، ح ١.

و دلالتة تامّة على المدعى، بل الذيل يكون دالاً على أنّ كون المبيع مملوكاً بنفس العقد و تبعيّة النماء للأصل من الارتكازات العقلائيّة المضاة فاستشهد الإمام (صلوات الله عليه) بهما في مقام الجواب عن سؤال السائل.

و منها: الأخبار الواردة في العينة - و هي أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيئة ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً - كصحيح بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه. «قال: نعم لا بأس به. فقلت له: اشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك.»<sup>9</sup>

بتقريب: ان جواز بيعه يدلّ على كونه مالكاً له، كما أنّ قوله (عليه السلام): «ليس هو متاعك»، يدلّ على خروج العين بالبيع.

و قد استشكل عليه الشيخ الأعظم (رضوان الله تعالى عليه) بقوله: «لا دلالة لها من هذه الحيثية لأن يبيعه على بائعها الأول و إن كان في خيار المجلس أو الحيوان إلا أن يبيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس نعم بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بهذا لمذهب المشهور مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه قال نعم لا بأس به: قلت اشتري متاعي فقال ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك فإن في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها أيضاً عند التأمل لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطى على هذا البيع»<sup>10</sup>

<sup>9</sup> المصدر السابق، أبواب أحكام العقود، ج ٥، ص ٣.

<sup>10</sup> المكاسب، ج ٣، ص ٩٢.

و فيه: أنّ مجرد التواطئ على البيع لا يكون موجباً لسقوط الخيار فإنّ إسقاط الحقّ يكون من الإنشائيات التي لا بدّ في تحققها من المبرز الصريح الكاشف عن القصد و الذي يكون مفقوداً في المقام. كما أنّ مجرد التواطئ على البيع من دون إنشائه لا يترتب عليه أي أثر، و هو واضح.

و منها: صحيحة محمد بن مسلم عن رجل أتاه فقال ابتع لي متاعاً لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله « قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»<sup>11</sup>

بتقريب أنّ إطلاق قوله (عليه السلام): «ليس له بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» شامل لحصول الملكية عن زمان العقد و من الواضح أنّ حصولها من زمان العقد يقتضي حصولها في زمان خيار المجلس أيضاً كما هو واضح، و إذن فتدل الرواية على مسلك المشهور.

و فيه: أنه لا ينعقد لهذه الرواية إطلاق من هذه الجهة فإنّها تكون في مقام بيان أمر آخر و هو ما أفاده سيّدنا الأئمعي الإمام الهاشمي (روحي فداه) في بعض تصانيفه بقوله: «انّ الجهة المنظور إليها في هذه الروايات إنّما هي البيع لما لا يملكه و إيجابه قبل الشراء، أو بيع شيء نسيئة بأكثر بعد شرائه بأقل نقداً، و يجعل ذلك بنحو بحيث يكون للمشتري نسيئةً من أوّل الأمر، أي بمجرد شرائه بالنقد بحيث لا يتحمل صاحب النقد الخسارة و لكن يربح التفاوت الذي فيه شبهة الربا أو ربح ما لم يضمن، و هذا ما لا يرضى به الشارع.»<sup>12</sup>

و منها: ما دلّ على مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام): قال: سألته عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً. قال: «فقال المال للبائع انما باع نفسه، الا أن يكون شرطه عليه ان ما كان له مال أو متاع فهو له.»<sup>13</sup>

11 الوسائل، ج 18، كتاب التجارة، ابواب أحكام العقود، ب، 8، ح 8.

12 قراءات فقهية معاصرة، ج 2، ص 279.

13 الوسائل، ج 18، كتاب التجارة، ابواب بيع الحيوان، ب، 7، ح 1.

و فيه: ما أفاده بعض الفحول الأساطين (رضوان الله عليه) بقوله: «بل هذا الاستدلال من الغرائب فإنه لا نظر في هذه الأخبار إلى حيثية ثبوت الخيار و عدمه أصلاً»<sup>١٤</sup>

و منها: الأخبار الواردة في خيار الحيوان الدالة على ثبوت الخيار للمشتري في ضمن ثلاثة كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام»<sup>١٥</sup> حيث ان إطلاق لفظ «صاحب» على المشتري ظاهر في أن الملكية إنما حصلت في زمان الخيار و إلا لم يصح إطلاق الصاحب عليه، و توهم أنه باعتبار أنه سيصير صاحباً خلاف الظاهر من الرواية جداً.

و منها: النبوي المشهور: «الخراج بالضمان» و تقريب الاستدلال به أن المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختص بالبائع، في ضمان المشتري، فخراجه له، و بقاعدة التلازم بين ملك المنفعة، و ملك العين يثبت حصول الملك بنفس العقد.

و فيه: أولاً: أن الحديث ضعيف سنداً و لم يجبر بعملهم. و ثانياً: أن المراد منه على فرض تسليم صدوره هو الضمان العقدي لا مطلق الضمان. كما نبه إليه بعض الأساطين منهم السيد الأستاذ الإمام المفدى (أدام الله تعالى أيامه) في كتاب المضاربة حيث أفاد: «هذه الرواية نقلتها كتبهم في الضمان العقدي لا ضمان الغاصب، ففي سنن أبي داود بسند إلى عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فردّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الخراج بالضمان أى حيث إن المشتري

14 حاشية المكاسب للسيد اليزدى، ج ٢، ص ١٦٦.

15 الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ١، ح ١.

اشترى العبد وضمن ثمنه بالمعاوضة والعقد فله خراج المبيع ونمائه؛ لأنّه يملكه بذلك، وقد أساء فهمه فقهاء العامة فتعدّوا إلى ضمان اليد كما في الغاصب، وهو القياس الباطل الذي شنّع عليه الإمام الصادق (عليه السلام) في صحيح أبي ولّاد.<sup>١٦</sup> و من المعلوم أنّ الضمان المعاملي في المقام معدوم بناء على مسلك غير المشهور - مسلك الشيخ الطوسي (رضوان الله عليه) - لعدم تحقّق الملك الى انقضاء زمان الخيار عند أرباب هذا المسلك، فتدبرّ.

هذه عمدة ما استدلّ به للمشهور و أمّا مسلك الشيخ الطوسي (رضوان الله عليه) فاستدلّ له ببعض الأخبار أيضاً؛

**منها:** ما دلّ على أن تلف المبيع في ضمن ثلاثة أيام في خيار الحيوان أو شرط أيام معدودة من مال البائع كصحيحة ابن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري العبد أو الدابة بشرط الى يوم أو يومين، فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ «فقال على البائع، حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري.»<sup>١٧</sup>

فإنّ هذه الرواية ظاهرة في أنّ المبيع في زمان الخيار في ملك مالكة الأول أي البائع، و لذا يكون تلفه عليه و انما تحصل الملكية بعد مضي زمان الخيار و لذا قال (عليه السلام) حتى ينقضي ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري.

و فيه: أنّ هذا الظهور لا يقاوم صريح بعض ما تقدّم من الروايات كقوله (عليه السلام): «ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك» فيرفع عنه اليد و يحمل على صيرورته ملكاً لازماً له.

<sup>16</sup> كتاب المضاربة، لسماحة آية الله العظمى السيّد محمود الهاشمي، ص ١٦٥.

<sup>17</sup> الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ٥، ح ٢.



و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام) أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، «قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم ليبعه إن شاء فإن أقامه في السوق و لم يبيع فقد وجب عليه.»<sup>١٨</sup>

و نحوها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله و يأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله؟ «قال (عليه السلام): إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، و لا يجعل في نفسه أن يردّ الثوب على صاحبه إن ردّ عليه.»<sup>١٩</sup>

و تقريب الاستدلال بهما أنه لو كان مالكاً في زمان الخيار لم يحتج بيعه إلى إسقاط الخيار قبله.

و فيه: ما أفاده بعض الأساطين (رضوان الله عليه)<sup>٢٠</sup> من أنه لا دلالة في الرواية على عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار بل غايته عدم جواز ان يبيع ما اشتراه بخيار قبل إسقاط خياره.

و منها: رواية الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها «فقال (عليه السلام): إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء.»<sup>٢١</sup>

بتقريب أنه لو كان ملكية الشاة محققة للمشتري كان اللبن حادثاً في ملكه فلم يكن وجه لردّ ثلاثة أمداد إلى البائع.

لكن الرواية موهونة لتضمنه لما يكون مخالفاً للمشهور بل في الجواهر عدم الظفر بعامل به و احتمال كون القائل به من العامة.<sup>٢٢</sup>

18 الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ١٢، ح ١.

19 المصدر، ح ٢.

20 إرشاد الطالب، ج ٥٢٣، ٤.

21 الوسائل، ج ١٨، كتاب التجارة، أبواب الخيار، ب ١٣، ح ١.

22 الجواهر، ج ٢٣، ص ٢٦٤.

و منها: النبوي المشهور: «الخراج بالضمان» و تقريب الاستدلال به أنّ المنافع تكون بإزاء الضمان و ينعكس بعكس النقيض الى أن من ليس ضامناً ليس الخراج له، و بضميمة قاعدة التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له ينتج عدم حصول الملك في زمان الخيار، فان كون التلف على البائع في زمان خيار المشتري يقتضي أن يكون منافع المبيع للبائع لأن الخراج بالضمان و مقتضى كون المنافع له أن يكون المبيع أيضاً في ملكه، و اذن فلم تحصل الملكية للمشتري في زمان الخيار، و هكذا العكس بأن كان الخيار للبائع دون المشتري كما هو واضح.

و فيه: مضافاً إلى ضعف السند و عدم انجباره بشيء ما تقدّم من أنّ الضمان فيه هو الضمان العقدي و الحديث بصدد بيان التلازم بين الضمان المزبور و ملكيّة المنافع - و ملكيّة العين بالتلازم - و قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له تكون بصدد بيان نفي التلازم المزبور في موردّها فإنّها تبين أنّ الملكيّة - للعين و منافعها - و إن كانت حاصلة لذي الخيار الا أنّ الضمان ليس عليه الا بعد انقضاء زمان خياره. فعلى هذا تكون هذه القاعدة كمخصّص لمفاد النبوي لا محالة فلا يمكن التمسك به لإثبات المدعى. فتأمل.

و كيف كان فلا يوجد فيما استدلّ به على مسلك شيخ الطائفة (رضوان الله عليه) ما يصلح للمعارضة مع مذهب المشهور، و على فرضها يرجح الطائفة الأولى من الأخبار لموافقته لإطلاقات الكتاب العزيز.