

أَصْلُهُ لَطَائِفُ

إِلَى الْمَكْسِبِ

شرح ألف بفتح الكاف ، شير من أجل مُشْكِلِهِ
وَأَبْدَاءُ مَقَاصِدِهِ - فِي إِبْجَازِ وَتَوْضِيحِ

تَالِفُهُ

أَكْبَرُ أَهْلِ الْإِسْلَامِ

الْإِمَامُ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْقَاسِمِ الْأَنْصَارِيُّ

« دَامَ ظَلَمُهُ »

الْمَنْعُ إِلَى الْخَامِسِ عَشَرَ

مَوْسَمًا كَرِيمًا

طَبْعُ

آية الله المجاهد

أحمد الرشيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

الجزء الخامس عشر

إيصال الطالب إلى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابدأ مقاصده في إيجاز وتوضيح .

القسم الخامس من كتاب الخيارات

مشورات الأعلیٰ - طهران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد وآله الطاهرين و
لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين .
و بعد : فهذا هو القسم الخامس من كتاب الخيارات والجزء الخامس
عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ القذآية
الله الانصارى قدس سره .
و يشرع فى القول فى حكم الشرط الفاسد .
كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به فى يوم لا ينفع فيه مال
ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم .

محمد بن المهدي الحسينى
الشيرازى

كربلاء المقدسة

القول فى حكم الشرط الفاسد

الكلام فيه يقع فى امور .

الاول : ان الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعيد ، فان كان العمل به مشروعاً استحباب الوفاء به على القول بعدم فساد اصل العقد .

(القول فى حكم الشرط الفاسد) اى الشرط الباطل (والكلام فيه

يقع فى امور) .

(الاول) فى ان الشرط الفاسد هل يجب الوفاء به كالشروط الصحيحة ام لا ؟ فنقول : (ان الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به) لان الوفاء واجب بالنسبة الى الشرط الصحيح (بل هو داخل فى الوعيد) لان المشروط عليه وعد ان يفعل كذا - اذا كان شرط فعل لا شرط غاية - (فان كان العمل به) اى بذ لك الشرط الفاسد (مشروعاً استحباب الوفاء به على القول بعدم فساد اصل العقد) .

اما اذا كان اصل العقد فاسداً فانه لم يبق مجال للاستحباب ، اذ ليس بوعد ، فان الوعد كان على تقدير العقد ، فاذا بطل العقد لم يبق وعد .

اما اذا كان الشرط غير مشروع حرم العمل به كما اذا شرط عليه شرب الخمر مثلاً .

ولا تأمل ايضا في ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد
لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين فيكون البيع غررا .
وكذا لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر في اصل البيع ، كاشتراط
بيع المبيع من البائع ثانيا .

(و) كذلك (لا تأمل ايضا في ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة)
بالشرط كما اذا قال : اشترى منك هذا المتاع بشرط سوف ابينه ، فانه
(يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين) وهو
العوض الذى يكون الشرط الى جانبه .

فمثلا : اذا قال البائع للمشتري هذا الكتاب بشرط ما ، مقابل دينار
لم يعلم الثمن ماهو ، هل هو كتاب باضافة ما يسوى دينار ؟ او باضافة
ما يسوى بنصف دينار .

و اذا قال المشتري للبائع هذا الكتاب مقابل دينار وشرط ما ، لم يعلم
الثمن ماهو ، هل هو دينار و شرط يسوى دينار ؟ او يسوى نصف دينار
- مثلا - (فيكون البيع غررا) وقد نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم
عن بيع الغرر .

لكن لا يخفى ان ما ذكره بقوله ((الى جهالة احد العوضين)) فيه
نظر ، اذا الشرط ليس مقابلا للعوض - على ما تقدم تحقيقه - فلا توجب
جهالته جهالة العوض ، فنفيه للتأمل فى البطلان محل اشكال .
(وكذا) لا تأمل عند المصنف (لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر)
غير الغرر (فى اصل البيع ، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا) والمحذور

.....
لانه موجب للدور او لعدم القصد الى البيع الاول ، او للتعبد من اجل
الاجماع او النص .

و كما اشتراط جعل الخشب المبيع صنما لان المعاملة على هذا الوجه
اكل للمال بالباطل ، و لبعض الاخبار .

ما ذكره بقوله : (لانه موجب للدور) و ما كان وجوده يستلزم المحال
لا يمكن وجوده ، اذ ملزوم المحال محال .

لكنك قد عرفت سابقا ان شرط بيع المبيع من البائع ثانيا لا يستلزم
الدور (او لعدم القصد الى البيع الاول) فيما اذا شرط بيعه الى البائع
و فيه نظر لان القصد موجود (او للتعبد من اجل الاجماع او النص)
الوارد فى بطلان البيع المشروط فيه ان يبيعه المشتري على البائع ، وهل
الذين قالوا بانه مستلزم للدور ، او انه لا قصد فى البيع حقيقة انما قالوا
ذلك لاجل تطبيق النص على القاعدة كما نريهم يفعلون النصوص بما
يوافق القواعد اسكاتا للعامة او ما اشبه ذلك .

(و كما اشتراط جعل الخشب المبيع صنما) هذا مثال آخر لما يستلزم
محذور من الشرط (لان المعاملة على هذا الوجه اكل للمال بالباطل)
اذ الثمن يكون فى مقابل الحرام فيشمله ما دلّ على ان الله اذا حرّم شيئا
حرّم ثمنه .

و لكن ربما يقال : ان الثمن ليس فى مقابل الشرط فبطلان الشرط
لا يسرى الى بطلان البيع (و لبعض الاخبار) الواردة فى بطلان مثل
هذا البيع كما ذكره فى المسئلة الاولى من مسائل القسم الثانى من اقسام

.....
 واما الاشكال فيما كان فساد لا لامر مخل بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، ام يبقى العقد على الصحة؟
 قولان .

حكى اولهما عن الشيخ والاسكافى وابن البراج وابن سعيد .
 و ثانيهما : للعلامة والشهيدى والمحقق الثانى و جماعة ممن
 تبعهم .

النوع الثانى مما يحرم التكبس به فراجع .
 وعلى ما ذكرنا فقد عرفت الاشكال فى بطلان البيع فى كل الاقسام
 التى ذكر المصنف انها لا تأمل فى بطلانها .
 (و) كيف كان ، ف (انما الاشكال) فى نظر المصنف منحصر (فيما كان
 فساد لا لامر مخل بالعقد) كالا مثله السابقة المخلة بالعقد، وكما اذا
 كان الشرط خلاف مقتضى العقد - ولم يذكره المصنف - (فهل يكون
 مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، ام يبقى العقد على الصحة ؟) و
 يفسد الشرط فقط (قولان) .

(حكى اولهما) و هو فساد العقد بفساد الشرط (عن الشيخ و
 الاسكافى و ابن البراج و ابن سعيد) .

(و ثانيهما) و هو عدم فساد العقد بفساد الشرط (للعلامة و
 الشهيدى و المحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم) و هم السيد الطباطبائى
 و الشيخ الشهيدى و غيرهما ، فنقلوا ان النسبة بالعكس ، وان الشيخ و
 من تبعه قائلون بعدم الافساد ، والعلامة و من تبعه قائلون بالافساد .

.....
 و ظاهر ابن زهرة فى الغنية التفصيل بين الشرط غير المقدور ،
 كصيورة الزرع سنبلا و البسر تمرا ، وبين غيره من الشروط الفاسدة فادعى
 فى الاول عدم الخلاف فى الفساد والافساد .
 و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك صيرورة المبيع غير مقدور
 على تسليمه .

و لو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل
 الخلاف ، لرجوعه كالشرط

(و ظاهر ابن زهرة فى الغنية) هذا قول ثالث و هو (التفصيل بين
 الشرط غير المقدور ، ك) ما اذا شرط (صيرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا
 و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى فى الاول) اى فى الشرط غير
 المقدور (عدم الخلاف فى الفساد والافساد) و فى الثانى و هو الشرط
 المقدور الذى كان فسادا من جهة اخرى الخلاف ، فى انه هل يفسد ،
 ام لا .

(و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك) اى فى عدم الخلاف
 فى ان الشرط غير المقدور فاسد و مفسد انه بسبب غير مقدورية الشرط
 (صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه) فكان الشرط جزءا و اذا كان الجزء
 غير مقدور كان الكل غير مقدور ، اذ النتيجة تابعة لاختصاص المقدمتين .
 (و لو صحّ ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من) الشرط (الفاسد
 عن محل الخلاف) بين الفقهاء ، و كان مما لحق بما ذكرنا و لا من انه لا ينبغى
 التأمل فى كونه مفسدا (لرجوعه) اى رجوع الشرط غير المقدور (كالشرط

.....

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين .

لكن صريح العلامة في التذكرة وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور،

و مثل بالمثاليين المذكورين .

و نسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا .

والحق ان الشرط غير المقدور من حيث هو غير

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين) لان من شرط

العوضين القدرة على التسليم، وليس كلامنا في هذا الباب - وهو باب

ان الشرط الفاسد مفسد ام لا - في ما يوجب فساد العقد لفقد شرط في

نفس العقد، بل كلامنا في ما اذا كان العقد صحيحا في نفسه، فهل

يسرى فساد الشرط الى العقد حتى يفسد العقد بفساد الشرط ام لا يفسد،

بل يبقى العقد سليما .

(لكن صريح العلامة في التذكرة) يدل على خلاف ما ذكره صاحب

الغنية وهو: (وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور، و مثل) التذكرة

(بالمثاليين المذكورين) اي صيرورة الزرع سنبلًا والبسر تمرًا .

(و نسب القول بصحة العقد) وان كان شرطه غير مقدور (الى

بعض علمائنا) .

لكن لا يخفى ان كلام العلامة لا يناقض كلام ابن زهرة لتأخر العلامة

عنه بقرون، فلعله لم يكن خلاف في زمن ابن زهرة، بينما حصل الخلاف

بعد زمانه - على ما نقله العلامة ره - .

(والحق) ما ذكره العلامة، ف(ان الشرط غير المقدور من حيث هو غير

مقدور لا يوجب تعذر التسليم فى احد العوضين .

نعم لو اوجبه فهو خارج عن محل النزاع ، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر .

و ربما ينسب الى ابن المتوَّج البحرانى التفصيل بين الفاسد لاجل عدم

مقدور) اى لامن حيث آخر ، كما سأتى فى قوله : نعم لو اوجبه (لا يوجب تعذر التسليم فى احد العوضين) لان الشرط ليس جزء ، بل هو تابع ، و تعذر التابع لا يوجب تعذر المتبوع ، كما ان جهالة التابع لا توجب جهالة المتبوع .

(نعم لو اوجبه) اى اوجب تعذر الشرط تعذر التسليم فى احد العوضين ، كما اذا قال : ابيعك هذا على شرط ، ان تسلمنى الثمن فى المكان الفلانى ، او فى الزمان الفلانى فيما لا يقدر المشتري التسليم فى ذلك المكان او الزمان (فهو خارج عن محل النزاع) لان النزاع فى الشرط غير المقدور من حيث هو هو ، لافى الشرط الذى اوجب عدم قدرة تسليم احد العوضين .

فيكون جال الشرط غير المقدور الموجب لتعذر التسليم (ك) حال (الشرط المجهول) الذى تسرى جهالته الى جهالة العقد (حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر) كما اذا شرط تسليم البضاعة فى وقت مجهول مثلاً ، فانه خارج عن محل الكلام فى الشرط المجهول ، وانه هل يوجب الافساد ، ام لا ؟ (و ربما ينسب الى ابن المتوَّج البحرانى) قول رابع ، وهو (التفصيل

بين) الشرط (الفاسد لاجل عدم

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد ، كاكل طعام بعينه او ليس ثوب كذ لك ، وبين غيره .

وقد تقدم - فى اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها - ان هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار والخلاف

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد الشرط (فساد العقد ، ك) ما اذا شرط (اكل طعام بعينه او ليس ثوب كذ لك) بمعينه .

اذ لفرق بين هذا الطعام و ذاك الطعام ، وهذا الثوب و ذاك الثوب فى ان اشتراط احدهما دون الآخر مع تساويهما عند العقلاء لغو محض فان فساد مثل هذا الشرط لا يوجب فساد العقد (وبين غيره) مما يتعلق غرض العقلاء به فيما اذا كان الشرط فاسداً لاجل عدم استكمال شروط صحة الشرط .

وانما لا يستلزم فساد الشرط اللغو فساد العقد ، لان الشرط انما يفسد لاجل كونه لغواً ، والعقد ليس بلغو ، فلا يلزم من لغوية الشرط لغوية العقد ، حتى يفسد العقد ، بخلاف جهالة الشرط مثلاً فانها تستلزم جهالة العقد ، ونحوها سائر الشروط الباطلة ، فتأمل .

(و) حيث عرفت ان فساد الشرط اللغو لا يستلزم فساد العقد نقول : انه لا يستلزم الخيار ايضا ، فانه (قد تقدم - فى اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها - ان هذا الشرط) الذى لا يتعلق به غرض العقلاء (لغو لا يؤثر الخيار ، و) كذ لك قد تقدم (الخلاف)

.....
فى ان اشتراط الكفر صحيح ام لا ، وعدم الخلاف ظاهرا فى لغوية
اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصى معين .
و ظاهر ذ لك كله التسالم على صحة العقد ولو مع لغوية الشرط .
و يؤيد الاتفاق على عدم الفساد

فى ان اشتراط الكفر) فى العبد (صحيح ام لا) .
فالصحة لانه يتعلق به غرض بعض العقلاء لئلا يشتغل بالعبادة
عن خدمة المولى .

و عدم الصحة لانه لغو ، وهذا ايضا يؤيد ان الشرط اذا كان لغوا
لم يصح و لم يوجب بطلانا للعقد ولا خيارا (وعدم الخلاف ظاهرا) حسب
ما استظهرناه من كلماتهم ، وقوله « وعدم » جملة مستأنفة (فى لغوية
اشتراط كيل المسلم فيه) اى ما باعه سلما بان اخذ الثمن حالا ليعطيه
التمن مؤجلا بعد ستة اشهر مثلا (بمكيال شخصى معين) اذ لا خصوصية
لمكيال زيد مثلا ، لان العقلاء يعتبرون الكيل فقط لا اكثر .

(و ظاهر ذ لك كله) اى الامور الثلاثة التى ذكرناها من قولنا « تقدم »
(والخلاف) و « عدم الخلاف » (التسالم) من الفقهاء (على صحة العقد
ولو مع لغوية الشرط) .

و هذا ما يؤيد كلام ابن المتوج ، كما يدل على ان نسبة الشق الاول من
التفصيل المنسوب الى ابن المتوج ليس فى محله ، بل هو كسلام كل
الفقهاء .

(و) ايضا (يؤيد الاتفاق على عدم الفساد) فى ما اذا كان الشرط

استدلال القائلين بالافساد بان للشرط قسطا من الثمن ، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا .

نعم استدلالهم الآخر على الافساد بعدم التراضى مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط الا ان الشهيد ينمن استدلال بهذا

لغوا (استدلال القائلين بالافساد) اى بان الشرط الفاسد مفسد (بان للشرط قسطا من الثمن ، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولا) .

و من المعلوم ان جهالة احد العوضين يوجب البطلان .

وانما كان هذا الكلام مؤيدا ، لان الشرط اذا كان لغوا لم يكن له قسط من الثمن ، فلاجهالة فى الثمن فلا بطلان .

(نعم استدلالهم الآخر على الافساد) اى على ان الشرط الفاسد مفسد (بعدم التراضى مع انتفاء الشرط) فاذا فقد الشرط لم يتحقق تجارة عَنْ تَرَاضٍ ، فيبطل العقد لانه بدون رضى من جانب المشروط له (ربما يؤيد عموم محل الكلام) فى ان الشرط مفسد ، ام لا (لهذا الشرط) اى الشرط الذى هو لغو ، لانه بدون هذا الشرط لا يرضى المشروط له بالعقد فاللازم بطلان العقد (الا) ان هذا الاستدلال ايضا لا يدل على وجود قول بان الشرط اللغو مفسد لما نرى ان بعضهم استدل بهذا الاستدلال « اى بعدم التراضى مع انتفاء الشرط » و مع ذلك قال : بان الشرط اللغو لا يوجب الفساد ، فيدل كلامه هذا على نفى ما ذكرناه من قولنا « ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط » .

ف (ان الشهيد ينمن استدلال بهذا

الوجه ، وصرح بلغوية اشتراط الكفر ، والجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد ، فراجع .

وكيف كان فالقول بالصحة فى اصل المسئلة لا يخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم لعموم الادلة السالم عن معارضة ما يخصه عد اوجه .
احدها : ما ذكره فى المبسوط للمانعين من ان للشرط قسطا من
العوض مجهولا ، فاذا سقط

الوجه) اى بان الشرط الفاسد مفسد ، لانه لا رضى اذا انتفى الشرط (و)
الحال ان كلامهما (صرح بلغوية اشتراط الكفر ، و) اشتراط (الجهل
بالعبادات) فى العبد المشتري (بحيث يظهر منه صحة العقد) فالشرط
لغو ، والعقد صحيح ، وان لم يكن رضى ، فقولهم باشتراط الرضا انما هو
فى غير الشرط اللغو ، فلا عموم لا استدلالهم بحيث يشمل محل الكلام
(فراجع) ولا تغفل .

(وكيف كان فالقول بالصحة) وان الشرط الفاسد ليس مفسداً (فى
اصل المسئلة لا يخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم) ذكرهم من الاعلام .
وذلك (لعموم الادلة) الدالة على الوفاء بالعقود ، والتجارة عن
تراض ، وغيرهما (السالم) ذلك العموم (عن معارضة ما يخصه) فلا مخصص
له بالنسبة الى ما كان اشتراط فيه بشرط باطل (عد اوجه) استدلال بها
القائل بالبطلان .

(احدها : ما ذكره فى المبسوط) دليلا للمانعين من ان للشرط
قسطا من العوض) فى حال كون ذلك القسط (مجهولا ، فاذا سقط)

لفساده صار العوض مجهولا .

وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق ، فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع الى مهر المثل
اولا : منع مقابلة الشرط بشئ من العوضين عرفا ولا شرعا ،

الشرط (لفساده) سقط بقدره من العوض و يبقى اصل العوض المقابل بالعوض ، (فصار العوض مجهولا) .

مثلا : اذا باعه كتابا بدينار ، واشترط البائع لنفسه ان يعمل له صنما ، فان الدينار يقع في مقابل الكتاب والصنم ، فاذا لم يعمل الصنم لانه غير مشروع سقط في مقابلة شئ من الدينار ، وعند ذاك لا يعلم قيمة الكتاب ، ومن المعلوم انه يلزم معلومية العوضين .

(وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح) الشرط (الذي يكون بمنزلة جزء من الصداق) كما لو تزوجها بمائة واشترطت عليه ان تخرج من الدار سافرة ، فان الصداق حينئذ امران المائة والخروج سافرة ، فاذا سقط الشرط يكون المهر دون مرضيها ، فيلزم بطلان المهر (فيجب على هذا سقوط المسمى والرجوع الى مهر المثل) والحال انه لا يقول بهذا احد ، بل يلزم القول بفساد اصل النكاح ، لان البضع كان في مقابل المهر المسمى وقد سقط جزء منه ، فاللازم بطلان النكاح .

والدليل الدال على عدم بطلان النكاح ليس في مثل هذا المقام ، فتأمل .

(اولاً : منع مقابلة الشرط بشئ من العوضين عرفا ولا شرعا) فان

.....

لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثلن .

غاية الامر كون الشرط قيداً لاحدهما يكون له دخل فى زيادة
العوض و نقصانه ، والشرع لم يحكم على هذا العقد الا بامضائه على النحو
الواقع عليه ، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين .

ولذا لم يكن فى فقده الا الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً ، كما
عرفت .

الشرط يزداد وينقص من قيمة العوضين ، لان فى مقابله شئ من العوضين
(لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثلن) وهذا هو
المعنى العرفى للعقد .

(غاية الامر كون الشرط قيداً لاحدهما) وهما العوض او المعوض
(يكون له) اى لهذا القيد (دخل فى زيادة العوض ونقصانه) .

فاذا كان الشرط ، زاد قيمة العوض الذى انضم معه الشرط لانه
عوض و شرط و اذا سقط الشرط ، نقص قيمته لانه عوض فقط (والشرع لم
يحكم على هذا العقد) المشتل على الشرط (الا بامضائه على النحو
الواقع عليه) فالشرع لم يحكم بان الشرط له قسط من العوض (فلا يقابل
الشرط بجزء من العوضين) لاشرا ولا عرفاً .

(ولذا) الذى ليس فى مقابله شئ (لم يكن فى فقده الا الخيار بين
الفسخ والامضاء مجاناً ، كما عرفت) ولو كان فى مقابله شئ كان من قبيل
تبعض الصفقة ، واللازم حينئذ ان الامضاء يكون مع استرجاع ما يقابل
الشرط من العوض و لم يقل بذلك احد .

و ثانيا : منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض، اذ ليس العوض المنضم الى الشرط، والمجرد عنه الا كالمتمصف بوصف الصحة، والمجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف .

و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك .

(وثانيا : منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض) على تقدير تسليم ان بعض العوض بازاء الشرط (اذ ليس العوض المنضم الى الشرط ، و) العوض (المجرد عنه) اى عن الشرط (الا كالمتمصف بوصف الصحة ، والمجرد عنه) اى عن وصف الصحة (في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف) .

فاذا باع دارا بشرط ان يحج المشتري عن والده بالف دينار ، كانت الدار المنضمة الى الحج والدار المجردة عن الحج معلومتان عند العرف من حيث القيمة كما ان العبد المتمصف بوصف الصحة والعبد الاعمى مضبوطان عند العرف من حيث القيمة ، ولذا اذا ظهر العبد اعمى كان للمشتري ان يسترد بعض الثمن .

ولا يقال ان مقابل وصف الصحة مجهول فاذا ظهر المبيع معيبا لزم جهالة الثمن فيبطل اصل البيع .

(و لذا) الذى لاجهالة فيما بازاء الشرط من العوض (حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك) بان باعه عبدا بشرط ان يعتقه فاذا لم يعتقه كان للمشتري الارش و هو التفاوت بين قيمة العبد المبيع وبيعا مطلقا ، وبين قيمة العبد

و بلزوم قيمة الصبغ المشروط فى بيع الثوب .
و ثالثا : منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة ، انما القادح
به هو الجهل به عند انشاء العقد .

المبيوع بشرط العتق .

مثلا : اذا كان الفرق بينهما عشر القيمة المسماة كان للمشتري البائع
ان يسترد العشر ، ولو كان ما بازاء الشرط مجهولا لم يصح ما ذكره العلامة
(و) حكم العلامة ايضا (بلزوم قيمة الصبغ المشروط فى بيع الثوب)
فاذا باع ثوبا و شرط عليه المشتري ان يصبغه ثم لم يصبغه ، فللمشتري
ان يأخذ الارش اى التفاوت بين المصبوغ وغير المصبوغ و هو قيمة الصبغ
(و ثالثا : منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة) بعد
تسليم ان بازاء العوض شئ و انه مجهول ، فان الجهل طرأ على العوض
بعد فساد الشرط و سقوط جزء من العوض من جهة فساد الشرط و (انما
القادح به) فى جهل العوض (هو الجهل به) اى بالعوض (عند انشاء
العقد) .

و لذا نرى ان الجهل بالعوض فى تبعض الصفقة لا يقدح ، فاذا
اشترى شيئين بدينار ، ثم ظهر احدهما مستحقا للغير بما لم يستعد ان
يقبل بيعه سقط بعض الميعوض ، و بسقوطه سقط بعض العوض ، فاذا لم
يعلم قدر قيمة الباقي لم يضر ذلك فى صحة البيع ، وذلك لان الجهل
طارىء و الجهل الطارئ لا يضر .

.....

الثانى : ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص
فاذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضى ، لانتفاء المقيد بانتفاء القيد ، و
عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل ، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون
الشرط معاوضة اخرى محتاجة الى تراض جديد وانشاء جديد ، و بدونه
يكون التصرف اكلاً للمال لاعن تراض :

(الثانى) من ادلة القائلين بان الشرط الفاسد مفسد للعقد (ان
التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص) اى المشروط
بالشرط المذكور .

كما اذا رضى البائع بالبيع بشرط ان يرد المشتري المبيع اليه -
فيما اذا شرط ان يبيع المشتري الى البائع - فقد ذكر بعضهم انه دور (فاذا
تعذر) (الخصوصية لم يبق التراضى) و ذلك (لانتفاء المقيد بانتفاء
القيد ، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل) فاذا ذهب الرضا لم يصدق
تجارة عن تراض ، فيبطل العقد (فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون
الشرط معاوضة اخرى) غير المعاوضة الاولوية التى كانت مع الشرط الفاسد
(محتاجة الى تراض جديد وانشاء جديد) .

اذ مجرد الرضا لا يكفى فى المعاوضة ، لان المعاوضة تحتاج الى
الرضا والانشاء معا (و بدونه) اى بدون رضا جديد وانشاء جديد -
(يكون التصرف) فى العوضين (اكلاً للمال لاعن تراض) وهو باطل ، فلا
يبقى العقد السابق .

وفيه : منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما اذا تبين نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة فى البيع كالكتابة والصحة ،

(وفيه : منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه) الى معاوضة جديدة عن تراض جديد ومجرد الارتباط لا يقتضى ذلك) .

فان بعض الارتباطات اذا انتفت تنتفى المعاوضة السابقة كما اذا انتفى ارتباط العوض بالطرف وظهر العوض الشخصى ملكا للغير .
وبعض الارتباطات اذا انتفت لا تنتفى المعاوضة مثل انتفاء ارتباط العقد بالشرط .

والحاصل ان بعض الارتباطات يراها العرف مقوماً لانتفائه يوجب انتفاء الرضا ، وبعض الارتباطات لا يراها العرف مقوماً ولذا لم يكن انتفائه يوجب انتفاء الرضا ومن هذا القبيل انتفاء الشرط .

فحاله (كما اذا تبين نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة فى البيع كالكتابة والصحة) فانه اذا اشترى كيلو من الحنطة بدرهم ، ثم تبين ان نصفه راجع الى غير البائع لا يستلزم ذلك بطلان البيع ، مع ان البيع لهذا النصف المملوك للبائع كان مربوطاً بالنصف الآخر المملوك لغيره — فى باب خيار تبعض الصفقة — .

وكذلك فيما اذا ظهر المبيع فاقداً لوصف الصحة او فاقداً لوصف

و كالمشروط الفاسدة فى عقد النكاح فانه لا خلاف نصا وفتوى فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه .

وقد تقدم ان ظاهرهم فى الشرط غير المقصود للعقلاء فى السلم وغيره عدم فساد العقد به .

و تقدم ايضا ان ظاهرهم ان الشرط غير المذكور فى العقد لاحكم له صحيحا كان او فاسدا .

الكمال المشترط عند البيع ، فانه لا يوجب البطلان (و كالمشروط الفاسدة فى عقد النكاح) الذى دل النص والاجماع على انه لا يوجب بطلان النكاح ، وليس النص والاجماع من باب الاستثناء للقاعدة ، بل هما على وفق القاعدة حسب رؤية العرف (فانه لا خلاف نصا وفتوى فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه) .

و ذلك لان الارتباط لم يكن مقوما حتى اذا ذهب الارتباط ذهب النكاح القائم بذلك المقوم .

(وقد تقدم ان ظاهرهم فى الشرط غير المقصود للعقلاء فى السلم وغيره) كما اذا شرط الكيل بمكيال شخص خاص (عدم فساد العقد به) اى يفقد هذا الشرط ، وهذا يدل على ان بنائهم ان فقد الشرط لا يوجب فقد التراضى .

(وتقدم ايضا ان ظاهرهم ان الشرط غير المذكور فى العقد) بان ذكر اولاً ثم بنى العقد عليه (لاحكم له) فلا يجب الوفاء به (صحيحا كان ذلك الشرط غير المذكور) او فاسدا) مع انه لا رضى للطرفين بدون ذلك

و دعوى ان الاصل فى الارتباط ، هو انتفاء الشئ بانتفاء ما ارتبط .

• به

و مجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لاجل الدليل لا يوجب التعدى مدفوعة بان المقصود من بيان الامثلة انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد

الشرط ، فان رضاها كان مقيدا بذلك الشرط ، وذلك يدل على ان فقد بعض الارتباطات لا يوجب انتفاء العقد •

(و) ان قلت : صحيح ان الارتباط على قسمين ، ارتباط فقده لا يوجب فقد المقيّد ، وارتباط فقده يوجب فقد المقيّد ، والاّصل فى الارتباط ان يكون من القسم الثانى الا اذا دلّ الدليل على انه من القسم الاول فالاصل فى انتفاء الارتباط الشرطى فقد المشروط بفقده •

قلت : (دعوى ان الاصل فى الارتباط ، هو انتفاء الشئ بانتفاء ما ارتبط به) لان ذلك هو معنى الارتباط ، فان المقيّد عدم ، بعدم قيده ، و الكل عدم ، بعدم جزئه •

(و مجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لاجل الدليل) الخاص (لا يوجب التعدى) كما فى الامثلة التى ذكرتم ، كالنكاح ، والسلم ، وما اشبه حيث ان ما يرتبط به يذهب والشئ باق على حاله لا ينتفى كما علم فى الامثلة المذكورة (مدفوعة بان المقصود من بيان الامثلة) ليس هو اثبات قاعدة كلية ، حتى يقال : بان القاعدة الكلية بالعكس وان الامثلة من باب التخصيص بل المقصود (انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط والعقد)

.....
 وانه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لاعن تراض، جوّزه الشارع تعبدا وقهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه في هذه الامثلة، هو التوجيه فيما نحن فيه .
 ولذا اعترف في جامع المقاصد بان في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفائد عسرا .

بان يذهب الشرط ويبقى العقد (وانه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به) اي بعد انتفاء الشرط (في الموارد المذكورة) وهي الامثلة التي مثلنا بها، حيث ان فيها ذهب الشرط وبقي المشروط (تصرفا لاعن تراض) و لكن (جوّزه الشارع تعبدا وقهرا على المتعاقدين) بل في الامثلة المذكورة الرضا موجود بلا اشكال .
 (فما) اي الشئ الذي (هو التوجيه في هذه الامثلة ، هو التوجيه فيما نحن فيه) الذي هو انتفاء الشرط لفساده ، وبقاء المشروط الذي هو العقد .

(ولذا) الذي لا يوجب ذهاب ما ارتبط به انتفاء الشئ (اعترف في جامع المقاصد بان في الفرق بين الشرط الفاسد) الذي قالوا بانه اذا فسد ، فسد العقد (و الجزء الفاسد) الذي قالوا بانه اذا انتفى الجزء لا ينتفى العقد، بل يأتي خيار تبعض الصفقة (عسرا) اذ لو كان ذهاب ما ارتبط بوجوب انتفاء العقد، لزم القول بانتفاء العقد في الجزء ايضا، و لو كان ذهاب ما ارتبط بوجوب انتفاء العقد، لزم القول بعدم ذهاب العقد بانتفاء الشرط ايضا .

والحاصل : انه يكفى للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لاعن تراض، مستندا الى النقض بهذه الموارد .

وحلّ ذلك ان القيود المأخوذة فى المطلوبات العرفية و الشرعية منها ما هو ركن المطلوب، ككون المبيع حيوانا ناطقا لاناهاقا، و كون مطلوب المولى اتيان تتن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجيل

(و الحاصل) فى منع دعوى ان الاصل فى الارتباط انتفاء الشئ بانتفاء ما ارتبط به (انه يكفى للمستدل بالعمومات) اى عمومات صحة العقد استدلالا لاجل بقاء العقد بعد انتفاء الشرط، فالشرط الفاسد ليس مفسداً .

فيكفى للمستدل (منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لاعن تراض) حتى اذا فسد الشرط فسد العقد .
وانما يمنع (مستندا) فى منعه (الى النقض بهذه الموارد) حيث ذهب الشرط وبقى العقد .

(وحلّ ذلك) وانه كيف يمكن ذهاب الارتباط و بقاء العقد (ان القيود المأخوذة فى المطلوبات العرفية) كما اذا قال : ائتنى بعبد كاتب (و الشرعية) كالشرط فى العقد (منها ما هو ركن المطلوب، ككون المبيع حيوانا ناطقا لاناهاقا) وانه يريد العبد لكتابته، فاذا لم يكن كاتبا لا يريده، لانه انما يريد شرائه ليكون محاسبا لتجارته (و كون مطلوب المولى اتيان تتن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجيل) حيث انه لا يشرب

و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف، فان العرف يحكم فى هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لا انتفاء هذه القيود، فلا يقوم احمرار مقام العبد، ولا الاصفر مقام التتن ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها : ما ليس كذ لك، ككون العبد صحيحا والتتن جيّدا، والغسل بماء الفرات، فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد نفسا المطلوب

النارجيل (و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف) لا بالمضاف وان اوجب بعض التنظيف (فان العرف يحكم فى هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لا انتفاء هذه القيود) لان المولى العرفى او الشرعى لا يريد ذات المقيد لانه لا يعنى بغرضه (فلا يقوم) العبد غير الكاتب مقام العبد الكاتب، ولا (الحمار مقام العبد، ولا الاصفر مقام التتن ولا التيمم مقام الغسل) فيما كان الماء موجوداً، ولا ماء الورد مقام الماء المطلق وان لم يكن الماء موجوداً.

(ومنها) اى من القيود (ما ليس كذ لك) اى ليس ركنا فى المطلوب ولا مقوماله، بل من باب زيادة المطلوب وتعدّده (ككون العبد صحيحا) اذ الاعور ايضا يأتى منه العمل، او انه يريد العبد الكاتب لانه اكمل، والا فمطلق العبد صالح للشغل، والمولى يريد الشغل حتى اذا لم يكن كاتباً كان يريد العبد الامى (والتتن) للشطب (جيّدا، والغسل بماء الفرات) فاذا لم يكن جيّدا وكان من سائر المياه ايضا اراده (فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد) للشرط (نفسا المطلوب) ولكن قد فقد زيادة المطلوبة.

والظاهر ان الشرط من هذا القبيل ، لا من قبيل الاول فلا يعد
التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لاعن تراض .
نعم غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له
جاهلا بالفساد ، نظير فوات الجزء ، والشرط الصحيحين ، ولا مانع من
التزامه وان لم يظهر منه

(والظاهر ان الشرط من هذا القبيل) اى من قبيل كمال المطلوب
لا من قبيل ركن المطلوب .
وانما استظهرنا ذلك لما رأينا من حكم الشارع فى موارد متعددة بان
ذهاب الشرط لا يوجب ذهاب المشروط (لا من قبيل الاول) الذى يكون
القيد فيه مقوماً وركناً (فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد
الشرط تصرفا لاعن تراض) حتى يكون فساد الشرط موجبا لفساد العقد .
(نعم) لا يبقى العقد بعد فقد الشرط على لزومه ، ف (غاية الامر ان
فوات القيد هنا) فى باب الشرط الفاسد (موجب للخيار لو كان المشروط له
جاهلا بالفساد) لان بقاء اللزوم ضرر على المشروط ، فلا ضرر يدل على
رفع اللزوم .

ولذا قيدناه بكونه جاهلا لانه ان كان عالما بالفساد فقد اقدم على
ضرر نفسه ، فلا خيار له (نظير فوات الجزء والشرط الصحيحين) اذا لم
يأت بهما الطرف لاجل عدم قدرته عليهما ، او عمدا فان المشروط له و
الذى فقد الجزء يكون مختارا بين القبول والفسخ (ولا مانع من التزامه)
اى التزام الخيار فى باب الشرط الفاسد (وان لم يظهر منه) اى من الخيار

اثر فى كلام القائلين بهذا القول .

الثالث: رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضا عليه السلام عن الرجل ابتاع منه طعاما او متاعا على ان ليس منه علقى وضيعة هل يستقيم هذا؟ وكيف هنا؟ وما حد ذلك؟ قال لا ينبغي .

والظاهر ان المراد بالحرمة لا الكراهة، كما فى المختلف، اذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد .

(اثر فى كلام القائلين بهذا القول) اى القائل بان الشرط الفاسد مفسد (الثالث) من ادلة القائلين بان الشرط الفاسد مفسد جملة ممن الروايات، مثل: (رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضا عليه السلام) سئله (عن الرجل ابتاع منه طعاما او متاعا على) شرط (ان ليس منه) اى من الطعام و المتاع (علقى وضيعة) فاذا بعت الطعام و المتاع و خسرت فيهما فالخسارة على البائع (هل يستقيم هذا؟) (البيع) (وكيف هذا؟) الشرط (وما حد ذلك؟) (التعامل الذى يصح والذى لا يصح) (قال) عليه السلام (لا ينبغي) بناء على ان: لا ينبغي مربوط باصل العقد لا بالشرط (و الظاهر ان المراد) بلاينبغي (الحرمة لا الكراهة، كما فى المختلف اذ) (لا معنى للكراهة فانه) (مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد) فمعنى الرواية: ان العقد غير صحيح، ووجه عدم صحته اشتماله على الشرط الفاسد الذى هو كون خسارة المشتري على البائع، فتدل على ان الشرط الفاسد مفسد .

وانما يكون هذا الشرط فاسدا، لانه لا معنى لاعطاء انسان خسارة

و رواية الحسين ابن المنذر، قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام :
الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة فاشترى المتاع لاجله ، ثم ابيعه اياه
ثم اشتريه منه مكانى ، قال فقال ؛ اذا كان هو بالخيار ، ان شاء باع ، و
ان شاء لم يبع ، وكنت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت لم
تشتري ، فلا بأس

انسان آخر .

وانما ربطنا : لا ينبغى باصل البيع لا بالشرط ، لان : لا ينبغى ، لا
يلائم الشرط ، فانه اذا كان اصل البيع صحيحا كان الشرط وعدا به على
تقدير بطلانه — و الوفاء بالوعد لا يكره .

(و رواية الحسين ابن المنذر ، قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام
الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة) بكسر العين ، وهى ان يبيع من رجل
سلعة بثمن مغلوم الى اجل مسمى ، ثم يشتريها منه باقل من الثمن الذى
باعها منه (فاشترى المتاع لاجله ، ثم ابيعه اياه ، ثم اشتريه منه مكانى)
اى فى نفس المكان ، وفائدة هذا العمل ان يأخذ الرجل الطالب من
هذا الآخر تسعين دينارا ويعطيه مائة ، كعلاج لدفع الربا فى القرض
(قال فقال) عليه السلام (اذا كان هو) اى طرفك (بالخيار ، ان شاء باع
وان شاء لم يبع ، وكنت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت
لم تشتري ، فلا بأس) .

فمحل الشاهد فى الرواية « ابيعه اياه ثم اشتريه منه مكانى » فان
الامام عليه السلام قال : ان كان « الاشتراء » مشروطا فى « ابيعه —هـ »

قال : فقلت : ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد ، ويقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح ، قال : انما هذا تقديم و تأخير لا بأس ، فان مفهومه ثبوت البأس اذا لم يكونا او احدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية .

و عدم الاختيار فى تركها انما يتحقق باشتراط فعلها فى ضمن العقد

لا يجوز ، وان كان « الاشتراء » بالخيار لك و له جاز (قال : فقلت : ان اهل المسجد) اى حلقات علماء العامة الذين يجلسون فى المسجد ويفتنون الناس (يزعمون ان هذا) النحو من البيع (فاسد) لانه حيلة شرعية (و يقولون انه ان جاء به بعد اشهر صح) بمعنى انه يكون « ابيعه » الآن « واشتره » بعد اشهر فى قبال « اشتره منه مكانى » الذى قال الامام عليه السلام بصحته (قال) ليس كلام اهل المسجد صحيحا ، ف (انما هذا تقديم و تأخير) فان كان يصح « اشتره منه » صح ، سواء كان الآن او بعد اشهر ، وان كان لا يصح لم يصح ، سواء كان الآن او بعد اشهر (لا بأس) به فان الزمان لا مدخلية له فى هذه المعاملة .

و وجه الاستدلال بهذه الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد ما ذكره بقوله : (فان مفهومه ثبوت البأس اذا لم يكونا او احدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية) اى « اشتره منه مكانى »

(و عدم الاختيار فى تركها) اى ترك المعاملة الثانية (انما يتحقق باشتراط فعلها) اى فعل المعاملة الثانية (فى ضمن العقد

الاول ، والا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل انه اذا باعه بشرط ان يبيعه منه او يشتريه منه ، لم يصح البيع الاول ، فكذا الثانى ، او لم يصح الثانى لاجل فساد الاول ، اذ لا مفسد له غيره .

الاول ، والا) تشتط فى ضمن المعاملة الاولى (فلا يلزم) - بصيغة المجهول - اى لم يلزم احدهما (عليها) اى على المعاملة الثانية (فيصير الحاصل) - وهو وجه الاستدلال بهذه الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد - (انه) اى الدلال (اذا باعه بشرط ان يبيعه منه) اى يبيعه المشتري من الدلال (او يشتريه) الدلال (منه) - فانه لافرق بين ان يكون الشرط بيع المشتري للدلال ، او اشتراء الدلال من المشتري - (لم يصح البيع الاول) المشتمل على هذا الشرط (فكذا) لم يصح البيع (الثانى) لانه اذا بطل البيع الاول بطل البيع الثانى الذى هو من توابع البيع الاول (او لم يصح) البيع (الثانى) - اى بيع المشتري الى الدلال - (لاجل فساد الاول) فانه لا وجه لفساد الثانى لعدم صحة البيع الاول (اذ لا مفسد له) اى للثانى (غيره) اى غير فساد الاول .

وانما قال المصنف « لم يصح . . او لم يصح » لان قوله عليه السلام « فلا بأس » اما مربوط بالبيع الاول وهو بيع الدلال للمشتري ، او مربوط بالبيع الثانى وهو بيع المشتري للدلال ، فكان الامام عليه السلام قال : ان كان بدون الشرط لا بأس وان كان مع الشرط ففيه البأس ، اى فى بيع الدلال للمشتري البأس فيبطل البيع الثانى ايضا ، او فى بيع المشتري للدلال البأس ، ولا وجه للبأس الا من جهة بطلان البيع الاول

و رواية على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام، قال : سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا، ايحل؟ قال : اذا لم يشترطا ورضيا، فلا بأس، و دلالتها اوضح من الاولى .
والجواب اما عن الاولى فبظهور : لا ينبغي، في الكراهة ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من ان البيع صحيح غير مكروه، **و الوفاء** بالشرط بمكروه .

وعلى كل تقدير فتدل الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد، لانه لم يأت فساد احد البيعين الا من جهة الشرط الفاسد الذي هو اشتراط البيع الثاني في ضمن البيع الاول .

(و رواية على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام، قال : سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا، ايحل؟) هذا العمل (قال : اذا لم يشترطا ورضيا، فلا بأس) فان المفهوم من هذه الرواية انه مع الشرط لا تصح هذه المعاملة، وليس ذلك الا لان الشرط الفاسد مفسد (ودلالتها اوضح من الاولى) اي من رواية الحسين ابن المنذر .

(والجواب اما عن الاولى) اي رواية عبد الملك (فبظهور : لا ينبغي في الكراهة) لافى الحرمة، كما استدل بها القائل بافساد الشرط الفاسد (ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو) و بين هذا النحو بقوله : (من ان البيع صحيح غير مكروه، والوفاء بالشرط مكروه) فالبيع المشتمل على هذين الامرين وهما : الامر غير مكروه والامر المكروه، مكروه، لان النتيجة

.....
 واما عن الروایتين ، فأولاً بان الظاهر من الروایتين بقريئة حكاية
 فتوى اهل المسجد على خلاف قول الامام (ع) فى الرواية الاولى هو
 رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء .
 ولا ينحصر وجه فساد ه فى فساد البيع

تابعة لاختصاص القدرتين .

والحاصل : ان المستدل قال « لا ينبغي » يعنى « حرام » والمراد
 « حرمة البيع » لا « حرمة الشرط » لظهور كون السؤال عن البيع فالجواب
 ايضا عن البيع .

و من المعلوم انه لا حرمة للبيع الا لاجل حرمة الشرط ، فهذا الحديث
 يدل على ان الشرط الفاسد مفسد .

وانما قلنا « لا ينبغي » يعنى « حرام » لانه اذا كان البيع صحيحاً
 لا معنى لكراهة الوفاء بالوعد .

وجواب المصنف ان « لا ينبغي » يعنى مكروه والمراد كراهة اجراء
 هذا البيع المشروط بهذا الشرط ، بل هذا هو المعنى العرفى المستفاد
 من ظاهر النص .

(واما عن الروایتين ، فأولاً بان الظاهر من الروایتين بقريئة حكاية)
 السائل (فتوى اهل المسجد) وهم العامة (على خلاف قول الامام (ع) فى
 الرواية الاولى هو رجوع البأس) الذى ذكره الامام (فى المفهوم الى
 الشراء) لا فى البيع ، يعنى ان شرط فقيه بأس ، وان لم يشترط فلا بأس فيه
 (ولا ينحصر وجه فساد ه) اى فساد الشراء (فى فساد البيع) حتى يدل

.....
 لاحتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الاول ، فان العرف لا يفرقون فى التزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط فى متن العقد او فى الخارج فاذا التزم به احد هما فى خارج العقد الاول ، كان وقوعه للزومه عليه عرفا ، فيقع لاعتراض من منته فيفسد .

على ان الشرط الفاسد مفسد (لاحتمال ان يكون) فساد الشراء (من جهة عدم الاختيار فيه) اى هو شراء بدون اختيار ورضا من احدهما او من كليهما (الناشئ) ذلك (عن التزامه) اى الشرط (فى خارج العقد الاول) فهو اجرى العقد الثانى بدون رضا استناداً الى شرط غير ملزم لانه شرطه خارج العقد (فان العرف لا يفرقون فى التزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط) ولا يفرقون (بين وقوع الشرط فى متن العقد او فى الخارج) عن العقد (فاذا التزم به) اى بالشرط (احدهما فى خارج العقد الاول ، كان وقوعه) اى وقوع العقد الثانى (للزومه عليه عرفا) اى انه يبيعه بالعقد الثانى ، لزعمه انه لازم عليه - حسب الشرط خارج العقد - (فيقع) العقد الثانى (لاعتراض من) اى من البائع الثانى (فيفسد) لانه بدون رضا .

وانما احتملنا ان الشرط كان خارجا عن العقد ، لانه لم يذكر فى الرواية ان الشرط كان داخلا وخارجا ، فاذا كانت الرواية محتملة للامرين لم يمكن الاستدلال بها على افساد الشرط لان الاستدلال تابع لوجود الظهور ، و لا ظهور مع الاحتمال ، اى ان يكون هناك احتمالا للبطالان كما لا يخفى .

.....
 و ثانيا : بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه
 ثانيا وهو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال : بعدم فساد العقد بفساد شرطه
 كالشيخ فى المبسوط ، فلا يتعدى منه الى غيره ، فلعل البطلان فيه
 للزوم الدور كما ذكره العلامة ، او لعدم قصد البيع ، كما ذكره الشهيد
 قدس سره ، او لغير ذلك

(و ثانيا : بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه)
 اى بيع المشتري (عليه) اى على البائع (ثانيا ، وهو مما لا خلاف فيه حتى
 ممن قال : بعدم فساد العقد بفساد شرطه ، كالشيخ فى المبسوط) فانه
 يقول : بان الشرط الفاسد ليس بمفسد ، ومع ذلك يقول : بان هذا
 الشرط يوجب الفساد ، لدليل خارجي .

لكن لا يخفى ان فى المسئلة خلافا (فلا يتعدى منه) اى من هذا
 الشرط الخاص (الى غيره) بان نقول كل شرط فاسد مفسد (فلعل البطلان
 فيه) اى فى شرط البيع على البائع (للزوم الدور كما ذكره العلامة) حيث
 ان ملك المشتري يتوقف على وفائه بالشرط ، و وفائه بالشرط بان يبيعه
 المشتري الى البائع ما يتوقف على ملك المشتري له ، لكنك قد عرفت
 الاشكال فى الدور (او لعدم قصد البيع) من البائع الاول حقيقة اذ قصد
 البيع معناه الاخراج عن الملك ، و شرط ارجاعه معناه عدم اخراجه عن
 ملكه (كما ذكره الشهيد قدس سره ، او لغير ذلك) مثل احتمال انه يكون
 سببا لفساد المال ، كما ذكر هذا التعليل فى روايات حرمة الربا ، و ان
 الله سبحانه لم يحرم الربا لاسمه ، وانما لاجل انه موجب لفساد المال

.....
 بل التحقيق ان مسألة : اشتراط بيع المبيع ، خارجة عما نحن فيه ، لان
 الفساد ليس لاجل كون نفس الشرط فاسدا ، لانه ليس مخالفا للكتاب و
 السنة ، ولا منافيا لمقتضى العقد ، بل الفساد فى اصل البيع لاجل نفس
 هذا الاشتراط فيه ، لا لفساد ما اشترط ، وقد اشرنا الى ذلك فى اول
 المسئلة .

و لعله لما ذكرنا لم

(بل التحقيق ان مسألة : اشتراط بيع المبيع ، خارجة عما نحن فيه)
 الذى هو : هل ان الشرط الفاسد مفسد ام لا ، لاننا نتكلم فى ان الشرط
 الفاسد فى نفسه لمخالفة الكتاب ونحوه هل انه مفسد ام لا ، و شرط بيع
 المبيع ، ليس فاسدا فى نفسه ، لانه ليس مخالفا للكتاب ونحوه وانما
 هذا الشرط يجب ان لا يكون فى المعاملة - لاجل الدور او عدم القصد
 او الدليل الخاص - (لان الفساد ليس لاجل كون نفس الشرط فاسدا)
 و انما قلنا : ليس (لانه) اى هذا الشرط (ليس مخالفا للكتاب و
 السنة ، ولا منافيا لمقتضى العقد ، بل الفساد فى اصل البيع) يكون (لاجل
 نفس هذا الاشتراط فيه) اى فى البيع (لا لفساد ما اشترط) .

مثلا : شرط شرب الخمر ، شرط حرام ، لان متعلقه اى شرب الخمر
 حرام ، اما شرط البيع فالشرط حرام ، لان البيع الذى هو متعلق الشرط
 حرام (وقد اشرنا الى ذلك فى اول المسئلة) وان الكلام فى الشرط
 الفاسد لاجل انه متعلق بشئ فاسد .

(و لعله لما ذكرنا) من ان هذه المسئلة خارجة عما نحن فيه (لم

يستند اليها احد فى مسئلتنا هذه .

و الحاصل انى لم اجد لتخصيص العمومات فى هذه المسئلة ما يطمئن به النفس .

و يدل على الصحة ايضا جملة من الاخبار .

منها : ما عن المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام ، انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها وهى مملوكة ، فاشتريتها

يستند اليها) اى الى هذه المسئلة (احد فى مسئلتنا هذه) فلم يستدل احد لاجل ان الشرط الفاسد مفسد ، بان شرط البيع من البائع فاسد .
(و الحاصل) فى ابطال ادلة القائلين بان الشرط الفاسد مفسد (انى لم اجد لتخصيص العمومات) الدالة على صحة العقد ، والتجارة عن تراض ، ونحوهما (فى هذه المسئلة) اى مسئلة الشرط الفاسد (ما يطمئن به النفس) حتى نقول : ان كل عقد صحيح الا ما كان مشتملا على شرط فاسد .

(و) بالاضافة الى العمومات والقواعد العامة الدالة على ان العقد صحيح وان كان شرطه فاسدا (يدل على الصحة) للعقد (ايضا جملة من الاخبار) .

(منها : ما عن المشايخ الثلاثة) وهم الكليني والصدوق والطوسى (فى) الخبر (الصحيح) عن الحلبي عن الصادق عليه السلام ، انه ذكر (عليه السلام) (ان بريرة) وهى امة مملوكة (كانت عند زوج لها وهى مملوكة ، فاشتريتها

.....

عائشة فاعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : ان شئت قعدت عند زوجها ، وان شئت فارقته ، وكان مواليها الذين باعوها اشتروا على عائشة ان لهم ولائها .

فقال صلى الله عليه وآله : الولاء لمن اعتق .

و

عائشة فاعتقتها فخيرها) اى خير بريرة (رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : ان شئت قعدت) بعد العتق (عند زوجها ، وان شئت فارقته) وابطلت نكاحها ، فان الامة اذا اعتقت وكانت متزوجة فلها الخيار بين ابقاء النكاح و بين فسخه (وكان مواليها) اى اسيادها (الذين باعوها) الى عائشة (اشتروا على عائشة ان لهم ولائها) فان العبد الذى اعتق اذا مات وله مال و ليس له وارث ورثه الذى اعتقه .

(فقال صلى الله عليه وآله) هذا الشرط على عائشة باطل ، فان (الولاء لمن اعتق) اذ عائشة هى المعتقة فلا يصح ان يرثها من باعها دون من اعتقها .

و الشرط لنقل الارث عن الوارث كالشرط لارث الاجنبى وكلاهما باطل الا فى باب المتعة على بعض الاقوال ، حيث يضح اشتراط ارث الزوجة المتمتع بها .

وجه الدلالة فى هذه الرواية ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم حكم ببطلان الشرط ، و مع ذلك لم يبطل العقد الذى وقع هذا الشرط فى ضمنه .

(و) ان قلت : لعل الشرط كان خارجا عن العقد فعدم ابطالها

.....
حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فسادها، فى هذه
الرواية، اشارة وفى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب والسنة .
فالا نصاب ان الرواية فى غاية الظهور .

و منها : مرسله جميل ، وصحيحة الحلبي الاولى عن احدهما فى
الرجل يشتري الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب ولا ترث قال

للعقد لانه ليس شرطا فى ضمن العقد .

قلت : (حملها) اى حمل هذه الرواية (على الشرط الخارج عن
العقد مخالف لتعليل فسادها) اى فساد هذا الشرط .

ف (فى هذه الرواية ، اشارة) حيث قال عليه السلام : الولاء لمن
اعتق . الى ان حكى الله سبحانه ذلك ، فالشرط المخالف له مخالف
لحكم الله (وفى غيرها صراحة) اذ صرح فى رواية اخرى ان شرط الله
قبل شرطهم (بكونه مخالفا للكتاب والسنة) .

(فالانصاب ان الرواية فى غاية الظهور) على ان الشرط الفاسد ليس

مفسدا .

(و منها : مرسله جميل ، وصحيحة الحلبي الاولى) اى المرسله (عن
احدهما) اى الباقر او الصادق عليهما السلام (فى الرجل يشتري
الجارية و يشترط لاهلها ان لا يبيع ولا يهب) اياها (ولا ترث) اى انه اذا
مات وكانت وارثه له بان اعتقها و تزوجها لا يعطيها الارث ، وان المراد
لا يرث الجارية ورثة المولى بان تحرر الجارية عند موت المولى ، وهذا
المعنى اظهر و انسب للرواية الثانية (قال) عليه السلام

يفى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث ، فان الحكم بوجوب الوفاء
بالاولين ، دون الثالث ، مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون الامع
عدم فساد العقد بفساد شرطه .

و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع والهبة حتى
انه حكى عن كاشف الرموز انى لم اجد عاملا بهذه الرواية كان الامر بالوفاء
محمولا على الاستحباب ، ويتم المطلوب ايضا .

(يفى بذلك) اى بالشرط لبايعيها (اذا اشترط لهم الا الميراث) لما تقدم من ان
اشتراط ان لا يرث الوارث مخالف لحكم الله تعالى (فان الحكم بوجوب الوفاء
بالاولين) عدم البيع وعدم الهبة (دون الثالث) وهو عدم الميراث (مع اشتراط
الجميع فى العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه) فان شرط عدم
الميراث باطل ومع ذلك فالعقد صحيح ولنا يجب عليه الوفاء بالشرطين الآخرين .
(و) ان قلت : ان هذه الرواية ساقطة ، لانها قالت بالوفاء بالشرطين
مع انها ايضا باطلان على ما قاله جمع ، لان البيع والهبة من شئون
الملك ، فاشتراط عدمهما فى الملك مخالف لحكم الله .

قلت : اولاً نحن لا نقول ببطلان هذين الشرطين كما عرفت سابقاً
فى معنى تحليل الحرام وتحريم الحلال .

و ثانياً (لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع والهبة
حتى . انه حكى عن كاشف الرموز انى لم اجد عاملا بهذه الرواية) الدالة
على الوفاء بشرط عدم البيع وعدم الهبة (كان الامر بالوفاء محمولا
على الاستحباب) لانه وعد بعدم البيع والهبة (ويتم المطلوب ايضا)

.....
 ويكون استثناء شرط الارث لان الملك فيه قهرى للوارث لا معنى
 لاستحباب وفاء المشتري به ، مع ان تحقق الاجماع على بطلان شرط
 عدم البيع والهبة ممنوع ، كما لا يخفى .

والثانية : عن ابي عبد الله عليه السلام عن الشرط فى الاماء لاتباع
 ولا تورث ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث ، فانها تورث و كل شرط
 خالف كتاب الله فهو رد ، الخبر ، فان قوله

لانه شرط الفاسد ، ومع ذلك لم يقل الامام عليه السلام بفساد البيع .
 (و) ان قلت : فلماذا فرق الامام عليه السلام بين شرط الارث فابطله
 و شرط عدم البيع والهبة فقرره و لو استحبابا .

قلت : (يكون استثناء شرط الارث لان الملك فيه قهرى للوارث)
 ف (لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به) اذ لا معنى لاستحباب ان لا يعطى
 الارث بخلاف الشرطين الآخرين ، فان له معنى استحباب ان لا يبيع
 ولا يهب (مع ان تحقق الاجماع) الذى ادعاه كاشف الرموز (على بطلان
 شرط عدم البيع والهبة ممنوع ، كما لا يخفى) و تقدم فى مسألة تحليل
 الحرام و تحريم الحلال .

(والثانية) اى صحيحة الحلبي (عن ابي عبد الله عليه السلام عن
 الشرط فى الاماء لاتباع ولا تورث ولا توهب قال) عليه السلام (يجوز ذلك)
 الشرط (غير) شرط (الميراث ، فانها تورث) اى اذ مات المولى ورثها
 اقارب المولى (و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد) اى مردود ، الى
 آخر (الخبر) حيث دل على ان الشرط الفاسد ليس بمفسد (فان قوله)

فانها تورث، يدل على بقاء البيع - الذى شرط فيه ان لا تورث - على الصحة بل يمكن ان يستفاد من قوله بعد ذلك كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ، اى لا يعمل به ان جميع ماورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان اصل البيع .

و يؤيّده ماورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح .

عليه السلام (فانها تورث، يدل على بقاء البيع - الذى شرط فيه ان لا تورث - على الصحة) اذ لو كان البيع فاسداً لم ترث الامة اقارب المولى الثانى، بل كانت مملوكة للمولى الاول اجنبية عن المولى الثانى (بل يمكن ان يستفاد من قوله عليه السلام (بعد ذلك) اى بعد قوله عليه السلام « فانها تورث ») (كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ ، اى لا يعمل به) يستفاد من قوله « كل شرط الخ » (ان جميع ماورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها) اى بتلك الاخبار الدالة على ان الشرط المخالف لا يعمل به (عدم العمل بالشرط) مع بقاء البيع (لا بطلان اصل البيع) اذ لو كان اصل البيع باطلا لم يكن وجه لقوله « الشرط باطل » بل اللازم ان يقول : البيع باطل .

(و يؤيّده) اى يؤيد ما ذكرنا من ان الشرط الفاسد ليس بمفسد (ما

ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح) .

حيث دلّ ذلك على بقاء النكاح كاخبار ابن مسلم و محمد ابن قيس و

منصور و يونس وغيرها، كما تقدم الكلام فى ذلك فى اول الباب، فراجع .

وقد يستدل على الصحة بان صحة الشرط فرع على صحة البيع ، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط ، لزم الدور ، وفيه ما لا يخفى .

والانصاف ان المسئلة فى غاية الاشكال .
ولذا توقّف فيها بعضٌ تبعاً للمحقق قدس سره .

و خبر الوشاء عن الرضا عليه السلام الدال على انه ان شرط بعض المهر لاب المرأة ان النكاح صحيح والشرط باطل .
و لعل المصنف انما جعل هذه الاخبار مؤيدة لاد ليلا ، لاحتمال ان يكون ذلك من باب التخصيص لخصوصية فى النكاح .

(وقد يستدل على الصحة) اى على صحة العقد مع بطلان الشرط (بان صحة الشرط فرع على صحة البيع) اذ لولا البيع لاشترط (فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط ، لزم الدور) لكن الدور باطل ، فتوقف صحة البيع على صحة الشرط باطل (وفيه ما لا يخفى) فان صحة البيع ليست موقوفة على صحة الشرط ، بل موقوفة على عدم اشتغال العقد على الشرط الفاسد .

(والانصاف ان المسئلة) وهى : هل ان الشرط الفاسد مفسد ، ام لا ؟
(فى غاية الاشكال) لاختلاف كبار الفقهاء فى ذلك .

(ولذا توقّف فيها بعضٌ تبعاً للمحقق قدس سره) حيث توقف هو ايضا .
لكن الاظهر ما عرفت من عدم كون الشرط الفاسد مفسدا ، والله العالم

ثم على تقدير صحة العقد ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله
بفساد الشرط، وجه من حيث كونه فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان
المانع الشرعى كالعقلى، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط .
ولا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه بالموضوع او بالحكم
الشرعى .

(ثم على تقدير صحة العقد) وعدم ابطال الشرط الفاسد له (ففى
ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط، وجه) .
اما مع علم المشروط له بفساد الشرط فلاشكال فى انه لا خيار له،
اذا الشارع لم يرتب الخيار على الشرط الفاسد، ولا يشمل دليل : لا ضرر
لانه اقدم على ضرر نفسه، فتأمل .

اما مع الجهل فللخيار وجه (من حيث كونه) اى عدم الشرط (فى حكم
تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى) وهو حكم الشارع بفساد
الشرط (كالعقلى) كما اذا لم يتمكن من اداء الشرط لعدم القدرة عليه
(فيدل عليه) اى على الخيار فى الشرط الفاسد (ما يدل على خيار تخلف
الشرط) من قاعدة : لا ضرر، ونحوها .

(ولا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار) اى خيار الشارط اذا كان
الشرط فاسدا وهو لا يعلم (بين كونه بالموضوع) كما اذا شرط عليه ان
يشرب ما فى هذا الاناء، فتبين انه خمر (او بالحكم الشرعى) كما اذا شرط
ان يشرب الخمر وهو جاهل بان الخمر حرام .

لا يقال : الجاهل بالحكم غير معذور، ولذا اشتهر ان الجاهل المقصر

و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بغوريته .

و لكن يشكل بان العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع ، و ادلة نفي الضرر ، قد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة ، لان المعلوم اجمالا انه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد

كالعامة ، فاللازم ان يكون الجاهل المقصر بالحكم حاله حال العالم بالفساد فى انه لا يوجب خيارا .

لانه يقال : العالم بالحكم لا يشمله دليل الخيار وهو : لا ضرر ، وما اشبه ، وهذا يشمل الجاهل بالحكم ، ولو كان جهلا عن تقصير .

(ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بغوريته) فاذا علم باصل الخيار او بانه على الفور جاز له الاخذ بالخيار لان دليل : لا ضرر ونحوه يشمله (ولكن يشكل) ثبوت الخيار للمشروط له شرطا فاسدا اذا كان جاهلا بالحكم او بالموضوع (بان العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع ، و ادلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة انها) اى قاعدة : لا ضرر (لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة) والاجماع له قدر متيقن ، ولذا لا يمكن سحبه الى المقام واما ان دليل لا ضرر ، يحتاج الى العمل فى تأسيس الحكم (لان العموم اجمالا) اى علما اجماليا (انه لو عمل بعمومها) واستت الاحكام فى كل مورد : لا ضرر (لزم منه تأسيس فقه جديد) فانه اذا اجرى الانسان المعاملة جاهلا بالموضوع فكثيرا ما يلزم منه الضرر ، فاذا كان جهله بالموضوع يوجب جريان : لا ضرر ، وتأسيس

.....
 خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذرا قرب ضرر يترتب على
 المعاملات من اجل الجهل باحكامها خصوصا الصحة والفساد .
 فان ضرورة الشرع قاضية فى اغلب الموارد بان الضرر المترتب على
 فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك .

الحكم ، لزم فقه جديد .

و وجهه ما ذكره بقوله (فان ضرورة الشرع) (خصوصا اذا جعلنا
 الجهل بالحكم الشرعى) مضافا الى الجهل بالموضوع (عذرا) و انه
 يشمل د ليل : لا ضرر ، فيلزم تدارك ذلك الضرر ، فان الفقه الجدي على
 هذا يكون اوسع .

و انما قلنا خصوصا لما ذكره بقوله : (قرب ضرر يترتب على المعاملات
 من اجل الجهل باحكامها) اى احكام المعاملات (خصوصا) الجهل ب
 (الصحة و الفساد) فكثيرا مايجهل الانسان حكم المعاملة و انها فاسدة
 فيجرى المعاملة ، و ذلك يوجب ضررا له ، فان كان دليل : لا ضرر ، يرفع
 تلك الاحكام لزم فقه جديد .

(فان ضرورة الشرع قاضية فى اغلب الموارد بان الضرر المترتب على
 فساد معاملة مع الجهل به) اى بفسادها (لا يتدارك) .

مثلا : لو آجر نفسه اجارة فاسدة - بان كان المستأجر غير مالك -
 لبناء دار او ما اشبه ، ثم ظهر فساد الاجارة ، و كان الموجد متضررا
 بصرف وقته و ماله فى البناء ، فان دليل : لا ضرر ، لا يوجب ان يأخذ ضرره
 من المالك او سابق مسابقة فاسدة فانه لاحق له فى السبق وان تضمر

فرسه وذهب وقته ، الى غير ذلك من الامثلة التى يجدها الانسان فى مختلف كتب الفقه .

وانما قال « لان المعلوم اجمالا » اذ لانعلم تفصيلا عدم جريان :
لا ضرر ، فى بعض الموارد ، بل الذى نعلم انه لوجرى : لا ضرر ، فى الجملة
فى كل الموارد لزم تأسيس فقه جديد ، والفقه الجديد معلوم البطلان
بالضرورة ، فتأسيس الاحكام من : لا ضرر ، باطل قطعاً .
نعم لو عمل العلماء بلا ضرر فى مورد لم يلزم تأسيس الفقه الجديد
فانه فقه قديم .

لكن ربما يقال : بان : لا ضرر ، دليل عام فما علم بخروجه منه علماً
تفصيلاً و اجمالا ، نقول بالخروج مع اشكال فى ما علم اجمالا ، و مانحن فيه
ليس من تلك الموارد ، فانه لاعلم تفصيلاً بخروجه ، و العلم الاجمالى منحل
لان كل تلك الموارد التى علمنا اجمالا بخروجها ، قام الدليل على خروج
بعضها فانحل العلم الاجمالى .

ولذا اتريهم يتمسكون بلا ضرر ، فى المسائل الجديدة ، مع انه لاعمل
من الاصحاب على طبقها .

ثم انه ما بعد ما بين هذا الكلام من الشيخ المصنف وبين ما ذكره
السيد الطباطبائى ره بان خيار تخلف الشرط يجرى فى العالم بالفساد
ايضا ، لانه لم يحصل على شرطه ، كما انه ذكر عدم الخيار لو اتى المشروط
عليه بالشرط الفاسد ، كما اذا شرط عليه شرب الخمر فشرب .

وكيف كان فهذا هو الاشكال الاول على جريان دليل لا ضرر لاثبات
الخيار للمشروط له اذا كان جاهلاً بفساد الشرط سواء كان جاهلاً قاصراً او

مع ان مقتضى تلك الادلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر
 في دفعه ، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع ، ام بالحكم .
 وان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر .

(مع ان) هناك اشكالا آخر ايضا على دليل : لاضرر ، فانه لا يشمل
 ما اذا كان الضرر ناشئا من تقصير المتضرر ، بان كان جاهلا مقصرا ، اذ
 الجاهل المقصر يتوجه الضرر اليه من تقصيره بخلاف الجاهل القاصر
 فانه معذور في جهله فاذا توجه الضرر اليه كان ذلك الضرر من الشرع ،
 فنفي الضرر يشمل القاصر ولا يشمل المقصر .

فان (مقتضى تلك الادلة) اي ادلة : لاضرر (نفي الضرر غير الناشئ
 عن تقصير المتضرر في دفعه) «في» متعلق بـ «تقصير» فاذا كان الانسان
 مقصرا في دفع الضرر عن نفسه لا يشمله دليل : لاضرر (سواء كان الجهل)
 التقصيري الذي اوجب ضرر الجاهل (متعلقا بالموضوع ، ام بالحكم) فاذا
 لم يعلم ان مافي الاناء خمر ، او لم يعلم ان الخمر لا يصح اشتراط شربها
 في ضمن العقد فشرط شربها ، فانه لا خيار له اذا لم يف المشروط عليه
 بالشرط فيما كان جهله عن تقصير لان تقصيره هو الذي اوقعه في الضرر
 لان الشارع اوقعه في الضرر ، فلا يشمله دليل : لاضرر ، ولا يخفى ما في
 هذا التفصيل ، فتأمل .

(و) كيف كان فان الجهل التقصيري ليس مشمولا لادلة : لاضرر ،
 في غالب المسائل ، و (ان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين
 القاصر والمقصر) وان الجهل يرفع الحكم مطلقا سواء كان جاهلا قاصرا

فالاقوى فى المقام عدم الخيار وان كان يسبق خلافه فى بادئ
الانظار .

الثانى ؛ لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده لم
يصح بذلك العقد لانعقاده بينهما على الفساد ، فلا ينعف اسقاط المفسد
ويحتمل الصحة بناء على ان التراضى انما حصل على العقد المجرد
عن

او مقصرا ، كما فى مورد الجهر والاخفات والقصور والاتمام ، وبعض مسائل
الحجج ، لكن التسوية انما هى بدليل خارجى لا بقاعدة : لا ضرر .

(فالاقوى فى المقام) عند المصنف (عدم الخيار) فيما اذا شرط شرطا
فاسدا جهلا بالحكم او الموضوع قصورا او تقصيرا (وان كان يسبق خلافه)
وان للشارط الخيار (فى بادئ الانظار) لكن لاعبرة بالنظر الاول .

(الثانى) من المسائل المتعلقة بالشرط الفاسد (لو اسقط المشروط
له الشرط الفاسد) بعد ان شرطه فى ضمن العقد (على القول بافساده)
اى بان الشرط الفاسد مفسد (لم يصح بذلك العقد) .

وانما لم يصح بذلك (لانعقاده بينهما على الفساد ، فلا ينعف اسقاط
المفسد) فان العقد لم ينعقد اولا ، ولا دليل على انعقاده بعد الاسقاط
فيكون حاله حال ما اذا كان احد العوضين مجهولا عند العقد ثم علم به ،
فان العلم المتأخر لا يوجب الصحة بعد ان فسد بالجهل .

(ويحتمل الصحة) اى صحة العقد بعد اسقاط الشرط الفاسد (بناء
على ان التراضى) بعد اسقاط الشرط (انما حصل على العقد المجرد عن

الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد .
 وفيه ان التراضى انما ينفع اذا وقع عليه العقد، او لحق العقد
 السابق، كما فى بيع المكره والفضولى .
 واما اذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع لان متعلق
 الرضا لم يعقد عليه، ومتعلق العقد لم يرض به .
 و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردّد فى الفساد بعد اسقاط
 الشرط، قال : يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون محللا
 فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمر لم

الشرط فيكون كتراضيهما عليه) اى على العقد المجرد (حال العقد) .
 (وفيه) انه لا فائدة فى الرضا المتأخر، ف (ان التراضى انما ينفع
 اذا وقع عليه العقد، او لحق العقد السابق، كما فى بيع المكره والفضولى)
 بان كان العقد بجميع اركانه و خصوصياته مقارنا للرضا، او ملحقا بالرضا
 (واما اذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع) فى
 تصحيح العقد (لان متعلق الرضا) و هو التعويض بدون الشرط (لم
 يعقد عليه، ومتعلق العقد) و هو التعويض بالشرط (لم يرض به) بل لو
 كان الرضا حين العقد بشئ آخر ايضا لم يصح فكيف بالرضا المتأخر .
 (و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردّد فى الفساد بعد اسقاط
 الشرط) الفاسد .

فانه ره (قال : يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون
 محللا) شرعا (فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمر لم

يصح الشرط، والبيع، على اشكال ينشأ من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خالياعنه وهو المانع من صحة البيع ومن اقتران البيع بالمبطل و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا، وايقاف البيع بدونه، فان لم يرض بدونه بطل، والاصح، انتهى .
ولا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف .

يصح الشرط) قطعاً (و) لم يصح (البيع، على اشكال ينشأ) ذلك الاشكال (من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع والرضا به) اى بالعقد (خالياعنه) اى عن الشرط (و) الشرط (هو المانع من صحة البيع) فاذا سقط صح البيع (ومن اقتران البيع بالمبطل) فاذا ابطال فى حينه لم يمكن تصحيحه بعد ذلك .
قال : (و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله) « بطلان » مفعول « يثمر » (بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا ، او يثمر الشرط) ايقاف المبيع بدونه) اى بدون الشرط (فان لم يرض بدونه) اى بدون الشرط (بطل ، والا) بان رضى بدون الشرط (صح) فان البيع مع الشرط باطل ، والبيع بدون الشرط موقوف ، بمعنى انه محتمل لان يلحقه الرضا فيصح ، ولا يلحقه فيبطل (انتهى) كلام العلامة .

(ولا يعرف وجه) معتد به (لما ذكره من احتمال الايقاف) لما تقدم من ان المرضى به غير صحيح ، والصحيح غير مرضى به .
اللهم الا ان يقال : ان العقد قابل للتجزئة ، فاذا كان المرضى به

.....

الثالث : لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا ولم يذكر في العقد ،
فهل يبطل العقد بذلك بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له ام لا، وجهان
بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد .

فان قلنا : بانه لاحكم له كما هو ظاهر المشهور ، وقد تقدم في الشروط
لم يفسد ، والافسد .

ويظهر من المسالك هنا قول ثالث ، قال : في مسألة اشتراط بيع
المبيع من البائع

الكل الفاسد ، فرضى بالبعض غير الفاسد ، كان بمنزلة لحقوق الرضا
بالعقد الفضولى .

(الثالث) من مسائل الشرط الفاسد (لو ذكر الشرط الفاسد قبل
العقد لفظا و لم يذكر في العقد ، فهل يبطل العقد بذلك) الشرط
المتقدم (بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له) اى للعقد (ام لا ، وجهان
بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد) بحيث يبنى عليه العقد
وعدم تأثيره .

(فان قلنا : بانه لاحكم له) اى للشرط قبل العقد (كما هو ظاهر
المشهور ، وقد تقدم في الشروط) فلا يجب الوفاء في الشرط الصحيح (لم
يفسد) العقد بالشرط الفاسد الذى لم يتلفظ به الانسان حين العقد (و
الا) بان كان للشرط قبل العقد حكم (فسد) العقد بالشرط الفاسد قبله
(ويظهر من المسالك هنا قول ثالث) بالتفصيل (قال : في مسألة
اشتراط بيع المبيع من البائع) بناء على ان هذا الشرط باطل ، لانه

.....
المراد باشتراط ذلك : شرطه فى متن العقد ، فلو كان فى انفسهما ذلك
و لم يشترطاه لم يضر ، ولو شرطاه قبل العقد لفظا ، فان كانا يعلمان بان
الشرط المتقدم لاحكم له فلا اثر له ، والا اتجه بطلان العقد ، كما لو
ذكراه فى متنه ، لانهما لم يقدم الا على الشرط ، و لم يتم بهما فيبطل
العقد ، انتهى .

يستلزم الدور ، او ما شبه (المراد باشتراط ذلك) اى بيعه من البائع
(شرطه فى متن العقد ، فلو كان فى انفسهما ذلك) الشرط (و لم
يشترطاه) فى متن العقد ولا قبله (لم يضر ، ولو شرطاه قبل العقد) شرطا
(لفظا ، فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لاحكم له فلا اثر له) اى ليس
بمبطل (والا) بان علما ان الشرط المتقدم له حكم (اتجه بطلان العقد)
فيكون حاله (كما لو ذكراه فى متنه) .

و حاصل تفصيله ان للمسئلة صورا .

الاولى : الشرط النفسى فلا يوجب البطلان .

الثانية : الشرط فى متن العقد فيوجب البطلان .

الثالثة : الشرط قبل العقد وهما يعلمان انه لاحكم فلا يوجب البطلان

الرابعة : الشرط قبل العقد وهما يعلمان بان له حكم التأثير و

يوجب البطلان .

وانما اوجب البطلان (لانهما لم يقدم الا على الشرط) و الحال انه

(لم يتم لهما) لانه شرط فاسد (فيبطل العقد) فان ما قصد لم يقع ، وما

وقع لم يقصد (انتهى) كلام المسالك .

.....
 وفى باب المراجعة بعد ذكر المحقق فى المسئلة المذكورة انه لو
 كان من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظا ، كرهه ، قال فى المسالك اى لم
 يشترطاه فى نفس العقد ، فلا عبرة بشرطه قبله .
 نعم لو توهم لزوم ذلك او نسي ذكره فيه مع ذكره قبله ، اتجه الفساد ،
 انتهى .

ثم حكى اعتراضا على المحقق قدس سره و جوابا عنه بقوله : قيل عليه
 ان مخالفة

(و) قال المسالك (فى باب المراجعة بعد ذكر المحقق فى المسئلة
 المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك) الشرط (و لم يشترطاه لفظا ، كرهه
 قال فى المسالك اى لم يشترطاه فى نفس العقد ، ف) ان العبرة بالشرط
 اللفظى فى متن العقدان وجد الشرط فى متن العقد كان حكمه كذا ، وان
 لم يوجد كان حكمه كذا ، والآف (لا عبرة بشرطه) اى شرط الربح (قبله)
 اى قبل العقد .

(نعم لو توهم لزوم ذلك) الشرط المذكور قبله (او) لم يتوهم ذلك ،
 بل ذكر الشرط قبله و اراد ذكره فى متن العقد لكنه (نسي ذكره) اى
 الشرط (فيه) اى فى العقد (مع ذكره قبله ، اتجه الفساد) .
 فقله « لو توهم لزوم ذلك » تأييد لما ذكره قبلا « و الا اتجه بطلان
 العقد » (انتهى) كلام المسالك .

(ثم حكى) المسالك (اعتراضا على المحقق قدس سره و جوابا عنه)
 اى عن الاعتراض (بقوله : قيل عليه) اى اشكل على المحقق (ان مخالفة

.....
القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لان العقود تتبع القصد، فكيف يصح
العقد مع مخالفة اللفظ .

واجيب عنه بان القصد وان كان معتبرا فى الصحة، فلا يعتبر فى
البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد وكذا لك الصحة و لم يوجد
فى الفرض .

ثم قال قد س سره و فيه منع ظاهر فان اعتبارهما معافى الصحة يقتضى

القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لان العقود تتبع القصد، فكيف يصح
العقد مع مخالفة اللفظ) للقصد، حيث قال المحقق فى عبارته المتقدمة
« لو كان من قصد هما ذلك و لم يشترطاه لفظا كره » .

(واجيب عنه) اى قال المسالك (قد اجيب عن هذا الاعتراض «
(بان القصد وان كان معتبرا فى الصحة) حتى انه لو اجرى اللفظ
بدون القصد لم ينعقد العقد، (فلا يعتبر) القصد المجرد وحده (فى
البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد) معا (وكذا لك الصحة)
تتوقف على اللفظ والقصد معا (و لم يوجد) اللفظ والقصد الموجبان
للبطلان (فى الفرض) اى مفروض كلام المحقق، لان مفروض كلام المحقق
انه وجد القصد ولم يوجد اللفظ، وعليه فلامورد للاعتراض عليه .

(ثم قال) صاحب المسالك (قد س سره و فيه) هذا رد لقوله : «و
اجيب عنه» (منع ظاهر) اذ الجواب قال : ان الصحة تتوقف على اللفظ
والقصد، والبطلان يتوقف على اللفظ والقصد، وهذا غير تام (فان
اعتبارهما) اى اللفظ والقصد (معافى الصحة يقتضى

كون تخلف احدهما كافيا في البطلان .

و يرشد اليه عبارة الساهي والغالط والمكره ، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة ، والا فاللفظ موجود .

ثم قال : والذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصد هما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه ردّه ، وانما يفتقر قصد هما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار ، ونظرا الى وثوق البائع بالمشتري انه لا يمتنع من ردّه اليه بعقد جديد بمحض اختياره

كون تخلف احدهما كافيا في البطلان) لانه اذا كان الشئ مشروطا بامرين فانه اذا ذهب احد الامرين ذهب المركب ، لان الكل عدم عند عدم جزءه (ويرشد اليه) اي الى ان تخلف جزء يقتضي البطلان (عبارة الساهي والغالط والمكره ، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة ، و الا فاللفظ موجود) فعدم القصد فقط اوجب بطلان عقودهم .

(ثم قال) صاحب المسالك : في باب شرط البيع الى البائع (والذي ينبغي فهمه) والحكم به في المسئلة (انه لا بد من قصد هما الى البيع) اي بيع البائع الى المشتري (المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه ردّه) اي لا يلزم بيع المشتري للبائع (وانما يفتقر) ويحتاج المقام الى (قصد هما لردّه) اي رد المشتري الى البائع بالبيع (بعد ذلك) اي بعد البيع الاول (بطريق الاختيار ، فظرا الى وثوق البائع بالمشتري) و انه اذا باعه الى المشتري ردّه المشتري اليه بكل اختياره ، فقد وثق البائع ب (انه) اي المشتري (لا يمتنع من ردّه اليه بعقد جديد بمحض اختياره)

و مروتہ ، انتهى كلامه .

اقول اذا اوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقتصرنا بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط والا لنتزام به الا بالتلفظ بالشرط وعدمه .

اى اختيار المشتري (و مروتہ) لانه اذا وعد وفى (انتهى كلامه) اى كلام صاحب المسالك .

(اقول) التفصيل الذى ذكره المسالك بين من يعلم بان الشرط المتقدم لاحكم له فلا يوجب الشرط الفاسد المتقدم البطلان ، و بين من لا يعلم بان الشرط المتقدم لاحكم له فانه يوجب البطلان ، غير تام .

فانه اذا كان الشرط المتقدم يوجب ابطلان فيما اذا بنى المتعاقدان عليه — بان كان حاله كحال الشرط المقارن — فان البناء عليه مبطل و لامدخلية للعلم والجهل فيه ، كما ان البيع فاسد ، ولامدخلية لان يعلم الانسان فساده اولا يعلم .

ف (اذا اوقعا العقد المجرد) عن ذكر الشرط (على النحو الذى يوقعانه مقتصرنا بالشرط) اى بنى على الشرط (وفرض عدم التفاوت بينهما) المجرد والمقترن (فى البناء على الشرط والا لنتزام به الا بالتلفظ بالشرط وعدمه) فان فى المقترن تلفظ بالشرط ، وفى المجرد لا تلفظ بالشرط ، اما البناء على الشرط فهو موجود فى كليهما .

فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد ،
 فلاوجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط ، وغيره ، فان العالم بالفساد
 لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج
 العقد ، بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة ، كما لا فرق فى ايقاع العقد
 الفاسد بين من يعلم فساد ه وعدم ترتب اثر شرعى عليه ، وغيره .

(فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد)
 وان الشرط يعطى اثره سواء كان شرطاً تلفظياً او شرطاً بنائياً (فلا
 وجه للفرق) الذى ذكره المسالك (بين من يعلم فساد الشرط) فلا
 يوجب الشرط فساد العقد (وغيره) الذى لا يعلم فساد الشرط فيوجب
 الشرط فساد العقد ، بل كلاهما باطل ، اذا العالم بالفساد ايضا يقيّد
 العقد بالشرط ، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد (فان العالم بالفساد
 لا يمنعه علمه) بالفساد (عن الاقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه
 خارج العقد) لفرض ان الشرط كان قبل العقد وبنى فى العقد عليه
 (بل اقدامه) اى اقدام العالم بالفساد (كاقدام من يعتقد الصحة) فى
 ان كلا منهما قيد العقد بالشرط ، فحال الشرط الفاسد حال نفس العقد
 الفاسد ، فهل هناك فرق فى العقد الفاسد بين من يعلم فساد ه و بين
 من لا يعلم فساد ه .

قانه (كما لا فرق فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساد ه وعدم
 ترتب اثر شرعى عليه ، و) بين (غيره) ممن لا يعلم فساد ه فلا فرق بينهما
 فى بطلان العقد ، كذلك لا فرق بين العالم بفساد الشرط و بين غير

و بالجمله : فالاقدام على العقد مقيدا امر عرفى يصدر من المتعاقدين
وان علما بفساد الشرط .
واما حكم صورة نسيان ذكر الشرط فان كان مع نسيان اصل الشرط ،
كما هو الغالب .
فالظاهر الصحة ، لعدم الاقدام على العقد مقيدا ، غاية الامر انه
كان عازما على ذلك لكن غفل عنه .

العالم بفساد الشرط فى بطلان العقد لان العقد المقيد بهذا الشرط
الفاسد لا يقع مقيدا - لفساد الشرط - ولا مطلقا لانه غير مقصود على ما
علته المسالك .

(و بالجمله) نقول فى جواب المسالك (فالاقدام على العقد مقيدا)
بالشرط الفاسد سواء تلفظ به ام قدم على العقد (امر عرفى يصدر من
المتعاقدين ، وان علما بفساد الشرط) وهذا الامر لا يقع لان الشارع لم
يمضه ، فاي فرق بين ان يعلمنا فساد ، وبين ان لا يعلمنا فساد .

(واما حكم صورة نسيان ذكر الشرط فان كان مع نسيان اصل الشرط)
فلم يذكر الشرط ولا بنى عليه (كما هو الغالب) من ان نسيان الذكر يلازم
نسيان الاصل .

(فالظاهر الصحة) اى صحة العقد حتى اذا قلنا بان الشرط الفاسد
مفسد (لعدم الاقدام على العقد مقيدا ، غاية الامر انه كان عازما على
ذلك) القيد (لكن غفل عنه) ولا دليل على ان العزم المنسى يوجب البطلان .

.....
 نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط ، ثم طرأ عليه النسيان
 فى محل ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمدا تعويلا على تواطئهما السابق
الرابع : لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند
 العقلاء ، فظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه لغوا
 غير مفسد للعقد .

قال فى التذكرة - فى باب العيب - لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء
 ولا يزيد به المالية ، فانه لغو لا يوجب الخيار ، وقد صرح

(نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط) والبناء عليه
 (ثم طرأ عليه النسيان) اى نسيان ذكر الشرط الفاسد (فى محل ذكر
 الشرط) مثل آخر العقد ، فانه محل ذكر الشرط غالبا (كان) حاله فسى
 البطلان - ان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد - (كتارك ذكر الشرط عمدا)
 تعويلا على تواطئهما السابق) فى انه اذا قلنا ان الشرط البنائى مفسد
 فهذا ايضا مفسد ، وان لم نقل انه مفسد فهذا ايضا ليس بمفسد
(الرابع) من المسائل المتعلقة بالشرط الفاسد (لو كان فساد الشرط
 لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء ، ف) هل هذا مفسد ، ام لا ؟
 (ظاهر كلام جماعة من القائلين بافساد الشرط الفاسد كونه) فى المقام
 (لغوا غير مفسد للعقد) .

(قال فى التذكرة - فى باب العيب - لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء
 ولا يزيد به) اى بهذا الشرط اللغو (المالية) وهذا عطف بيان لقوله «(مالا
 غرض)» (فانه) اى هذا الشرط (لغو لا يوجب) تخلفه (الخيار ، وقد صرح)

فى مواضع اخر- فى باب الشروط - بصحة العقد و لغوية الشرط، وقد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار اذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما ومرجعه الى لغوية الاشتراط .

وقد ذكروا فى السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين .

و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط ان الوفاء بها لما لم يجب شرعا و لم يكن فى تخلفها او تعذرها خيار

صاحب التذكرة (فى مواضع اخر- فى باب الشروط - بصحة العقد و لغوية الشرط ، و) هذا ايضا يظهر من الشهيد حيث (قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار) اى خيار تخلف الشرط (اذا اشترط) المشتري (كون العبد كافرا فبان مسلما و مرجعه) اى مرجع كلام الشهيد (الى لغوية الاشتراط) .

(وقد ذكروا فى) باب (السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين) اذا لم يكن لهذا الشرط غرض عقلاى .

(و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط) هو اولاهلها لا توجب البطلان و ان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد و ثانيا انها لا توجب الخيار و (ان الوفاء بها لما لم يجب شرعا) لفرض انها لا اعتبار بها فى نظر الشرع اذا الشرع انما امضى الشروط العقلانية (و لم يكن فى تخلفها او تعذرها خيار) لان ادلة الخيار منصرفة الى الشروط العقلانية ، اولانه لا جماع فى الخيار فيما اذا تخلف الشرط غير العقلانى ، وكذا لك لا يشمله دليل لا ضرر

.....
 خرجت عن قابلية تقييد العقد بها ، لعدم عدّها كالأجزاء من أحد العوضين
 ويشكل بان لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين .
 فالإلزام اما بطلان العقد ، واما وجوب الوفاء كما اذا جعل بعض
 الثمن مما لا يعدّ مالا في العرف .

لانه لا يتضرر الشارط بعدم هذا الشرط اللغو (خرجت عن قابلية تقييد
 العقد بها) فالعقد مطلق غير مقيد (لعدم عدّها كالأجزاء من أحد العوضين)
 ومن المعلوم ان دليل : الشرط الفاسد مفسد ، انما يشمل ما لو كان هناك
 قيد في العقد ، والمفروض انه لا قيد هنا ، والحاصل ان القيد الفاسد مفسد
 والشرط اللغو ليس بقيد .

(ويشكل) قولنا (ان الشرط اللغو ليس بقيد) (بان لغويتها
 لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين) فيشملة دليل : الشرط
 الفاسد مفسد .

(فالإلزام) حيث كان الشرط اللغو قيداً (اما بطلان العقد) ان قلنا
 بان الشرط الفاسد مفسد (واما وجوب الوفاء) بالشرط اللغو ان قلنا بان
 الشرط الفاسد ليس بمفسد .

فحال الشرط اللغو (كما اذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالا في
 العرف) في انه اذا كان مثله مبطلاً بطل العقد ، والاوجب الوفاء به ،
 فتأمل .

الكلام

فى احكام الخيار

الخيار موروث بانواعه ، بلا خلاف بين الاصحاب ، كما فى الرياض ، و
ظاهر الحقائق ، وفى التذكرة ان الخيار عندنا موروث ، لانه من
الحقوق كالشفعة و القصاص فى جميع انواعه .

(الكلام فى احكام الخيار) ولا يخفى ان (الخيار موروث بانواعه)
فيما اذا لم يكن خيار خاص ، كما اذا جعل الخيار لنفس زيد ، فانه
لا يورث ، اذا الخيار هنا مقيد بزيد نفسه ، فارثه يعد من القدر المجهول و
كيف كان فالكلام فى الخيار بانواعه فى الجملة (بلا خلاف بين الاصحاب
كما) ادعى عدم الخلاف (فى الرياض ، و ظاهر الحقائق ، و) قال (فى
التذكرة ان الخيار عندنا موروث) وكلمة : عندنا ، ظاهرها الاجماع (لانه
من الحقوق) .

فصورة القياس هكذا : الخيار من الحقوق ، وكل حق موروث فالخيار
موروث (كالشفعة) فانه اذا كان هناك شريكان و باع احدهما حصته كان
للاخر ان يبطل البيع و يأخذ الحصة لنفسه بالشروط المقررة فى كتاب
الشفعة فاذا مات من له الشفعة ورثه فى حق الشفعة وارثه (والقصاص)
فاذا قطع زيد يد عمرو ثم مات عمرو ، كان لو ارث عمرو ان يقتص من زيد
بان يقطع يده ، كما له ان يعفو عن القطع و يأخذ الدية (فى جميع
انواعه) اى جميع انواع الخيار .

لكن هل يجرى فى مثل خيار المروثة او الرجل الفسخ للنكاح فى ما

- وبه قال الشافعى الافى خيار المجلس .
- وادعى فى الغنية الاجماع على ارب خيار المجلس والشرط .
- واستدل عليه مع ذلك بانه حق للميت ، فيورث ، لظاهر القرآن .
- وتبعه بعض من تأخر عنه .
- وزيد عليه الاستدلال بالنبوى : ماترك الميت من حق فلو ارثه .

اذا كان هناك موجب من موجبات فسخ النكاح ، كالجنون و نحوه بعد ان مات من عليه الفسخ ، احتملان .

(وبه) اى بان الخيار يورث (قال الشافعى الافى خيار المجلس)

حيث لم يقل الشافعى بانه موروث .

(وادعى فى الغنية الاجماع على ارب خيار المجلس والشرط) لكن الظاهر ان مراده الشرط المطلق ، لا الشرط الخاص باحدهما او باجنبى فانه لو قيد خيار الشرط لم يكن وجه لكونه موروثا .

(واستدل) صاحب الغنية (عليه) اى على ان الخيار موروث (مع ذلك) الاجماع (بانه حق للميت فيورث ، لظاهر القرآن) كقوله سبحانه : **وَأُولُواْلرَّحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ اللّهِ** ، وقوله : **يُوصِيكُمُ اللّهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ خِطِّ الْأُنثِيَيْنِ** ، وغيرهما .

(وتبعه) فى دعوى الاجماع (بعض من تأخر عنه) اى عن ابن زهرة (وزيد عليه) فى كلام أولئك المتأخرين (الاستدلال بالنبوى : ما ترك الميت من حق فلو ارثه) فان الحق وان كان ربما يطلق على المال وربما يطلق على ما يقابل المال لكن الظاهر هنا بقريته الاطلاق انه شامل

.....
 اقول : الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب والسنة الواردين فى
 ارث ماترك الميِّت يتوقف على ثبوت امرين .
 احدهما : كون الخيار حقا لاحكاما شوعيا ، كاجازة العقد الفضولى و
 جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة ، فان الحكم الشرعى مما
 لا يورث ، وكذا ما تردّد بينهما ، للاصل .

لكلا الامرين ، فانه عند الاطلاق يشملهما ، كما لا يخفى .
 (اقول : الاستدلال على هذا الحكم) اى على ان الخيار موروث
 (بالكتاب والسنة الواردين فى ارث ماترك الميِّت) فنقول : كل ادلة
 الارث تشمل الخيار ، فالخيار موروث (يتوقف على ثبوت امرين) .
 (احدهما : كون الخيار حقا لاحكاما شرعيا) وقد سبق الفرق بين
 الحق والحكم ، فالحق ما يقبل الانتقال و يقبل الاسقاط وما شبهه ، والحكم
 ليس كذلك ، مثلا : وجوب الصلاة حكم و وجوب رد السلام حكم اما السكنى
 فى المدرسة و ما اشبه فهو حق (كاجازة العقد الفضولى و جواز الرجوع
 فى الهبة و سائر العقود الجائزة) فانها حقوق ، ولذا تقبل الاسقاط و
 يرثها الوارث (فان الحكم الشرعى مما لا يورث) ولا ينتقل ولا يقبل الاسقاط
 الى غيرها من الفروق بين الحق والحكم (وكذا ما تردّد بينهما) فلم يعلم
 انه حق او حكم اللازم ان لا ترتب عليه آثار الحق (للاصل) لانه اذا شككنا
 فى انه يورث املا ، فالاصل عدم الارث ، وكذا اذا شككنا فى انه ينتقل املا
 الى غير ذلك .

و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضا ، كما تقدم فى خيار الحيوان .
 و التمسك بالاجماع على سقوطه بالاسقاط فيكشف عن كونه حقا
 لاحكاما ، مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم .
 الثانى : كونه حقا قابلا للانتقال ، ليصدق انه مما

(و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك) اى على ان الخيار حق
 (عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضا ، كما تقدم فى
 خيار الحيوان) فانه اذا كان اسقاط الخيار بيد المتصرف كان ذلك دليلا
 على انه حق ، اذ لو كان حكما لم يسقط بتصرف ذى الخيار .
 (و عدا (التمسك) من الفقهاء) بالاجماع على سقوطه بالاسقاط (
 فان ذا الخيار له اسقاط خياره اجماعا - كما تقدم - (فيكشف) هذا
 الاجماع (عن كونه حقا لاحكاما) فى حال كون هذا الاجماع على سقوطه
 بالاسقاط (مستغنى عنه) اى عن التمسك (بقيام الاجماع على نفس
 الحكم) اى ان الخيار يورث ، فان الاجماع على انه يسقط بالاسقاط يدل
 على انه حق ، فاذا ثبت كونه حقا ثبت انه يورث ، فلاحاجة الى الاستدلال
 بالاجماع على انه يورث .

(الثانى : كونه حقا قابلا للانتقال) فان مجرد كونه حقا لا يلزم كونه
 قابلا للانتقال ، لما شاهد فى الشريعة من وجود بعض الحقوق التى ليست
 قابلة للانتقال .

وانما نحتاج الى الدليل على انه قابل للانتقال (ليصدق انه مما

ترك الميت بان لا يكون وجود الشخص وحياته مقوما له ، والا فمثل حق الجلوس فى السوق والمسجد وحق التولية والنظارة غير قابل للانتقال فلا يورث .

واثبات هذا الامر بغير الاجماع ايضا مشكل .
و التمسك فى ذلك

ترك الميت) فيكون مصداقا لقوله عليه السلام : مات ترك الميت من حق فلوارثه وقوله تعالى : مَا تَرَكَ ، فى آيات الارث (بان لا يكون وجود الشخص وحياته مقوما له) اى لهذا الحق (والا فمثل حق لجلوس فى السوق والمسجد وحق التولية والنظارة) بان يكون ناظرا على المتولى (غير قابل للانتقال) .
فلا يصح ان يقول زيد لعمرو : لى الحق فى الجلوس فى المسجد فابيعك هذا الحق ، او اذا مات زيد ورث هذا الحق ولده ، فيكون للولد حقان فى جلوس المسجد ، حق نفسه وحق والده (فلا يورث) هذا الحق لان كل ما لا ينتقل لا يورث .

(واثبات هذا الامر) اى ان الخيار قابل للانتقال (بغير الاجماع ايضا مشكل) بان يقال : انه لما كان حقا كان الاصل فيه الانتقال ، لانه معنى كونه بيد ذى الحق ، بل لا يخفى انه ربما لا يكون قابلا للانتقال بغير الارث ، كما اذا اراد ان يبيع خيار المجلس او خيار الحيوان ، مثل بيع الملك حتى يكون المشتري له ذلك ، لانه هو الوكالة ، وعليه فثبت نوع من انواع الانتقال لا يلزم ثبوت نوع آخر من الانتقال .
(و التمسك فى ذلك) اى فى كون الخيار حقا قابلا للانتقال

باستصحاب بقاء الحق وعدم انقطاع بموت ذى الحق شكل ، لعدم احراز الموضوع ، لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق .
وكيف كان ففى الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية ، ان شاء الله تعالى .

(باستصحاب بقاء الحق) وهو الخيار (وعدم انقطاع بموت ذى الحق)
بان يقال كان لزيد حق الخيار ، فاذا مات لانعلم بانه هل سقط هذا
الحق ام بقى ، فنستصحب بقاءه (اشكل ، لعدم احراز الموضوع ، لان
الحق لا يتقوم الا بالمستحق) فالشخص الذى كان الحق متقوما به - و
هو الميت - قد ذهب ، والوارث لا يعلم ان الحق يتقوم به فهو من قبيل
تسرى الحكم من موضوع الى موضوع آخر .

(وكيف كان ففى الاجماع المنعقد على نفس الحكم) وان الخيار
يورث (كفاية ، ان شاء الله تعالى) هذه كلمة تبرك .

ثم ان بعض الفقهاء شرط لانتقال الحق الى الوارث شرطا ثالثا ، و
هو ان لا يكون الحق دائرا مدار عنوان مفقود فى الوارث ، كما اذا كان
شئ حقا للاعلم ، فانه اذا مات الاعلم لا يرثه وارثه بل يرثه الاعلم ، وان لم
يكن وارثا نسبيا او سببا .

وفيه تأمل لان انتقال الحق حينئذ الى الاعلم الثانى ليس من
باب الارث بل من باب عموم الدليل له ، وبينهما فرق واضح كما لا
يخفى .

بقى الكلام فى ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا فلو

فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث .
و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه كالرقية ، او القتل للمورث ، او
الكفر ، فلاشكال فى عدم الارث لان الموجب لحرمانه من المال موجب
لحرمانه من سائر الحقوق .

(بقى الكلام فى ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا فلو

فرض استغراق دين الميت لتركته) فانه لا يرث الوارث المال قطعا بل
يوزع المال بين الغرماء (لم يمنع) عدم ارث المال من (انتقال الخيار
الى الوارث) .

فاذا كان الميت قد اشترى شيئا بالخيار ، كان للوارث ان يرده و
يقبض الثمن و يكون الثمن للديان .

واذا كان الميت قد باع شيئا بالخيار كان للوارث ان يرده الثمن و
يقبض الثمن و يكون الثمن للديان .

و ذلك لان اطلاق (ماتركه الميت) يشمل الخيار ، وان لم يشمل
المال لدليل ان المال للديان .

(و لو كان الوارث ممنوعا) عن الارث (لنقصان فيه) لانه لا يرث
المال — من جهة محذور فى المال — (كالرقية ، او القتل للمورث ، او
الكفر) فان العبد لا يرث والقاتل لمورثه لا يرثه والكافر لا يرث المسلم (فلا
اشكال فى عدم الارث) فانهم لا يرثون حق الخيار ايضا كما لا يرثون اصل
المال (لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق)

.....
 ولو كان حرمانه من المال لتعبد شرعى ، كالزوجة غير ذات الولد او
 مطلقا بالنسبة الى العقار ، وغير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوة ،
 ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا

فان الكفر وما اشبه يقطع الارتباط بين المورث والوارث من كل انواع
 الارث ملكا كان او حقا .

(و لو كان حرمانه) اى حرمان الوارث (من المال لتعبد شرعى) لا
 لنقص فى المال كالدین المستغرق ، ولا لنقص فى الوارث كاليوارث الكافر
 (كالزوجة غير ذات الولد او مطلقا) بان كانت ذات ولدا لا (بالنسبة الى
 العقار) اى الارض ، سواء كانت ارضا جرداء او ارضا ذات بناء ، فانه
 اختلف فى ان الزوجة لاترث مطلقا من الارض ولا ترث اذا كانت غير ذات
 ولدا ما اذا كانت ذات ولد فانها ترث (و) مثل (غير الاكبر من الاولاد بالنسبة
 الى الحبوة) .

فالحبوة و هى السيف ، والمصحف ، والخاتم خاصة بالولد الاكبر ، وسائر
 الاولاد ليس لهم منها نصيب .

(ف) قد اختلف الفقهاء فى انه هل تحرم للزوجة وسائر الاولاد من الخيار
 المتعلق بالارض و بالحبوة ام لا يحرمون الى اربعة اقوال (فى حرمانه
 من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا) سواء كان المال آتيا الى الزوج
 والاولاد ، او ذاهبا عنهم ، مثلا : لو باع الزوج ارضا وجعل لنفسه الخيار
 فى استرجاعها ان شاء ، فهل للزوجة حق الخيار ام ليس لها حق الخيار
 فى تلك الارض ، وكذا لو اشترى الزوج ارضا وجعل لنفسه الخيار فى ردها

.....
 او عدم حرمانه كذلـك وجوه ، بل اقوال .

ثالثها : التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت ، او عنه .

فيرث فى الاول ، صرح به فخرالدين فى الايضاح وفسّر به عبارة والده كالسيد العميد ، وشيخنا الشهيد فى الحواشى .

ان شاء فهل ان الزوجة لها حق الخيار فى ان يردها ام لا ، وهكذا بالنسبة الى الحبوة ، وغير الولد الاكبر .

فاذا كان الاب مشتريا للسيف وجعل لنفسه حق الخيار ، فهل ان سائر الاولاد لهم حق الارجاع بخيار ابئهم ؟ وكذا اذا كان الاب بائعا سيفه وجعل لنفسه حق الخيار فهل ان الاولاد لهم حق استرجاع السيف ؟ (او عدم حرمانه كذلـك) مطلقا (وجوه ، بل اقوال) .

(ثالثها : التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت او منتقلا) عنه) .

(فيرث فى الاول) فيما كان منتقلا الى الميت ، بان اشترى الارض و السيف مثلا .

ولا يرث فى الثانى فيما اذا كان منتقلا عن الميت كما اذا باع الارض و السيف وجعل الخيار لنفسه (صرح به) اى بهذا التفصيل (فخرالدين فى الايضاح وفسّر به عبارة والده) العلامة (ك) ما فتى بـذلـك (السيد العميد ، وشيخنا الشهيد) الاول (فى الحواشى) .

و رابعها : عدم الجواز فى تلك الصورة ، و الاشكال فى غيرها، صرح به فى جامع المقاصد و لم اجد من جزم بعدم الارث مطلقا، و ان امكن توجيهه بان ما يحرم منه هذا الوارث ان كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له ، لانه لا ينتقل اليه بازاء ما ينتقل عنه من الثمن شئ من الثمن و بعبارة اخرى : الخيار

(و رابعها) اى رابع الاقوال (عدم الجواز فى تلك الصورة) فلا خيار للزوجة و لسائر الورثة فى ما اذا كانت الارض و السيف منتقلان عن الميت (والاشكال فى غيرها) اى غير تلك الصورة فيما اذا كانت الارض و السيف منتقلان عن الميت (صرح به) اى بهذا القول الرابع (فى جامع المقاصد و لم اجد من جزم بعدم الارث) للخيار (مطلقا) اى ما ذكرناه بقولنا « ففى حرمانه من الخيار مطلقا » .

و عليه فقوله السابق (بل اقوال) يريد ثلاثة اقوال فقط ، لا اربعة ، نعم « الوجوه » اربعة (و ان امكن توجيهه) اى توجيه حرمانه مطلقا (بان ما يحرم منه هذا الوارث) كالارض بالنسبة الى الزوجة ، و كالحبوة بالنسبة الى سائر الورثة (ان كان قد انتقل عن الميت) كان باع الميت الارض و السيف ، و جعل الخيار لنفسه (فالفسخ لا معنى له) فلاحق للزوجة و سائر الاولاد بالفسخ (لانه) قبل الفسخ كان فى كيسهما ثمن المبيع . اما اذا فسخ ، ف (لا ينتقل اليه بازاء ما ينتقل عنه من الثمن) (من) بيان « ما » (شئ من المثلث) « شئ » فاعل « لا ينتقل » .

(و بعبارة اخرى) فى وجه هذا الاحتمال ، وهو حرمانه مطلقا (الخيار

.....
 علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه ولا علاقة هنا ولا سلطنة .
 وان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة ولا سلطنة لهـذا
 المحروم .

والخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز تسلطه على ما وصل بازائه .

علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب تلك العلاقة (سلطنته عليه) بان
 يستردّه الى نفسه (ولا علاقة هنا ولا سلطنة) .

اذلا تتمكن الزوجة من ان تنقل الى نفسها الارض ، ولا سائر الورثة
 من ان ينقلوا الى انفسهم الحبة .

(وان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة) لان الارض لغير
 الزوجة والحبة للاكبر من الاولاد ، ولاحق لسائر الاولاد فيها (ولا سلطنة
 لهذا) الانسان (المحروم) كالزوجة و سائر الاولاد على الارض والحبة .
 (والخيار حق فيما انتقل عنه) بان يستردّه (بعد احراز) وتحقيق
 (تسلطه) اى تسلط ذى الخيار (على ما وصل بازائه) اى بازاء ما انتقل
 عنه .

والحاصل مثلاً : ان الارض لو كانت انتقلت الى المشتري
 فلا سلطة للزوجة عليها حتى يتسلط على استرجاعها ،
 وان كانت انتقلت الى الميت فلا سلطة للزوجة عليها
 حتى يتسلط على استرجاع الثمن الذى هو بازاء
 الارض .

.....
 ولكن يرد ذلك بمافى الايضاح من ان الخيار لا يتوقف على الملك ،
 كخيار الاجنبى .

فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج عنها الزوجة ، وان خرجت
 عنها بالنسبة الى المال .
 والحاصل : ان حق الخيار ليس تابعا للملكية .

(و) ان شئت قلت : حق الخيار انما يكون مع التسلط على طرفيه
 وهما : المثلث والمثلث ، بان يسترجع احدهما ويرد الآخر ، واذا كانت الارض
 فى البين لم يكن لها سلطة عليها ، فلا خيار .
 (لكن يرد ذلك) اى دليل القائل بالحرمان سواء انتقل اليه او
 انتقل عنه (بمافى الايضاح من ان الخيار لا يتوقف على الملك) وعلى
 سلطة ذى الخيار على الطرفين سلطة ملكية (كخيار الاجنبى) فانه اذا
 جعل الخيار لاجنبى ثالث كان له الخيار ، وان لم تكن له سلطة ملكية .
 وكذا الحال هنا فى الزوجة فانها ترث الخيار وان لم تكن لها سلطة
 ملكية .

(فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج عنها الزوجة) لعدم
 الدليل على خروجها (وان خرجت) الزوجة (عنها) اى عن عمومات الارث
 (بالنسبة الى المال) الدال على حرمانها من الارض ، وكذلك الحبرة
 بالنسبة الى سائر الورثة .

(والحاصل : ان حق الخيار ليس تابعا للملكية) بل بينهما عموم
 من وجه « ملك بلا خيار » و « خيار بلا ملك » كما فى الاجنبى « وملك و

.....

و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى الصورتين .

و يضعفه ان حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير من حيث التسلط على استرداده الى نفسه ، او الى من هو منصوب من قبله ، كما فى الاجنبى .

و بعبارة اخرى : ملك لتملك المعوض لنفسه ، او لمن نصب عنه .

خياراً) فعدم الملك لا يلزم عدم الخيار .

(و لذا) الذى ذكرنا من انه لا دليل على خروج الزوجة عن الخيار (قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى الصورتين) سواء انتقلت الارض الى الزوج ، او عن الزوج .

(و يضعفه) اى اطلاق حق الخيار ، فان المصنف يريد الآن تضعيف ان للزوجة الخيار فيما انتقلت عن الميت فلا خيار للزوجة اذا كان الزوج بائعا للارض (ان حق الخيار علقه فى الملك المنتقل الى الغير) بان يسترجعه (من حيث التسلط) لذى الخيار (على استرداده الى نفسه ، او الى من هو منصوب من قبله) اى ذو الخيار منصوب من قبل ذلك الانسان الذى يرجع المال اليه (كما فى الاجنبى) فانه يرد المال الى موكله الذى جعل له الخيار ، و الزوجة لا تسترد الارض لا الى نفسها و لا الى موكلها ، فليست كالاصيل ، ولا كالاجنبى فقياسها بالاجنبى ذى الخيار ، قياس مع الفارق .

(و بعبارة اخرى) الخيار (ملك لتملك المعوض) اى استرجاع الارض تملكاً (لنفسه ، او لمن نصب) ذو الخيار (عنه) بان يسترجع الاجنبى الملك

و هذه العلاقة لا تنتقل من الميت الا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك ، فاذا فرض ان الميت باع ارضا بثمان ، فالعلاقة المذكورة انما هى لسائر الورثة دون الزوجة ، لانها - بالخيار - لاترد شيئا من الارض الى نفسها ولا الى آخر ، هى من قبله لتكون كالاجنبى المجمعول له .

نعم لو كان الميت قد انتقلت اليه الارض ، كان الثمن المدفوع الى البائع متزلزلا فى ملكه ، فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة و منهم الزوجة فهى ايضا

الى من جعل له الخيار .

(و هذه العلاقة لا تنتقل من الميت الا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك) اى يملك الارض المنتقلة عنه الى المشتري (فاذا فرض ان الميت باع ارضا بثمان ، فالعلاقة المذكورة) اى علاقة ان يسترده الى نفسه او موكله (انما هى لسائر الورثة دون الزوجة) .
وانما ليست للزوجة (لانها - بالخيار - لاترد شيئا من الارض الى نفسها ولا الى) انسان (آخر ، هى من قبله لتكون) الزوجة (كالاجنبى المجمعول له) الخيار .

هذا اكله فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت الى المشتري .
(نعم لو كان الميت قد انتقلت اليه الارض) وكان للزوجة حق الخيار (كان الثمن المدفوع الى البائع متزلزلا فى ملكه ، فيكون فى معرض الانتقال الى جميع الورثة) اذا اخذ بالخيار (و منهم الزوجة فهى ايضا

.....
 مالكة لتملك حصتها من الثمن .

لكن فيه ما ذكرنا سابقا من ان الخيار حق فيما انتقل عنه بعد احراز
 التسلط على ما وصل بازائه .

وعبر عنه فى جامع المقاصد ، بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير .
 وحاصله ان الميِّت انما كان له الخيار والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث
 تسلطه على رد ما فى يده

مالكة لتملك حصتها من الثمن) اذا اخذت بالخيار .

(لكن فيه) اى فى ان يكون لها حق الخيار اذا انتقلت الارض الى
 الزوج الميت (ما ذكرنا سابقا من ان الخيار حق فيما انتقل عنه) حيث ان
 ذا الخيار له ان يسترد ما انتقل عنه (بعد احراز التسلط على ما وصل
 بازائه) فاذا لم يحرز التسلط على ما وصل بازائه ، فلاحق له فيما انتقل
 عنه ، اى لا خيار .

(وعبر عنه) اى عما ذكرنا بقولنا (لكن فيه) (فى جامع المقاصد) ان
 خيار الزوجة فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الزوج معناه (لزوم تسلط
 الزوجة على مال الغير) اذا الارض ملك لسائر الورثة ، فاذا تسلطت
 الزوجة على الفسخ كان معنى ذلك انها مسلطة على ملك سائر الورثة .

(وحاصله) اى حاصل الاشكال فى هذا الوجه ، وهو ان الزوجة
 مسلطة على الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميت (ان الميت
 انما كان له الخيار والعلاقة فيما انتقل عنه) اى الثمن الذى اعطاه بازاء
 ما اشتراه من الارض (من حيث تسلطه) اى الميت (على رد ما فى يده) اى

لتملك ما انتقل عنه بازائه فلا تنتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذ لك
من ورثته كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة ، و ليست الزوجة كذ لك .
وقد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل ان ادلة الخيار
مسوقة لبيان تسلّط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما في

الارض (لتملك ما انتقل عنه بازائه) اى بازاء ما في يده ، فالميّت مسلّط
على ردّ الارض لتملك الثمن الذى انتقل عنه (فلا تنتقل هذه العلاقة الا
الى من هو كذ لك من ورثته) الذى يكون له تسلّط فى ردّ الارض لتملك ما
انتقل عنه بازاء الارض .

و من المعلوم : ان الزوجة التى لا ترث الارض لا تسلط لها فى ردّ
الارض اذ لا تسلط لها على الارض (كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة) و
هى صورة انتقال الارض عن الميّت ، فان الزوجة لها تسلط على الثمن
المنتقل الى الميّت ولذا لها حق الخيار .

فقوله (كما) مثال (لا انتقال العلاقة) ، لاقوله (فلا تنتقل هذه
العلاقة) اى مثال للمنفى لا للنفى (و ليست الزوجة كذ لك) اى ليست
كمن هو كذ لك من ورثته ، ولذا فلا خيار لها .

(وقد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل) ما يشبه ما ذكرناه
هنا بقولنا (انما كان له الخيار فيما انتقل عنه من حيث تسلطه الخ) .

ف (ان ادلة الخيار) اى خيار المجلس (مسوقة لبيان تسلّط ذى
الخيار على صاحبه) اى طرف البيع (من جهة تسلطه) اى تسلّط ذى
الخيار (على تملك ما في

يده ، فلايثبت بهاتسلط الوكيل على ماوصل اليه لموكله ، ومانحن فيه
كذلك .

ويمكن دفعه بان ملك بائع الارض للثمن لماكان متزلزلاً وفى معرض
الانتقال الى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار
ثبوت حق للزوجة

يده) اى ان له الخيار لانه قادر ان يملك مافى يد نفسه ، فلايفسخ، فمن
يملك مافى يده يملك مافى يد غيره (فلايثبت بها) اى بادلة خيار
المجلس (تسلط الوكيل على ماوصل اليه لموكله) فان الوكيل ليس مسلطاً
على ماوصل الى الموكل ، فليس مسلطاً على مافى يد الطرف الآخر ، فلا
خيار له (ومانحن فيه) من الارض التى اشتراها الميت (كذلك) فلاحق
للزوجة فى فسخها ، اذلا تسلط لها على الارض فلا تسلط لها على الثمن
الذى بيد البائع .

(ويمكن دفعه) اى دفع ما ذكرنا من الاشكال بقولنا (نعم لو كان
الميت الخ) .

وحاصل الدفع ان الزوجة وان لم يكن لها تسلط على الارض لكنها
مسلطة على الثمن ، لان الثمن متزلزل (بان ملك بائع الارض للثمن لما
كان متزلزلاً) فان خيار المشتري الميت جعل ملكية الطرف للثمن متزلزلاً
(وفى معرض الانتقال الى جميع الورثة) اذاخذ بالخيار (اقتضى بقاء
هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار) .

وانمايبقى لدليل (ما تركه الميت فلو ارثه) (ثبوت حق للزوجة)

.....

و ان لم يكن لها تسلط على نفس الارض .

و الفرق بين مانحن فيه و بين ماتقدم فى الوكيل ان الخيار هناك و
تزلزل ملك الطرف الآخر، وكونه فى معرض الانتقال الى موكل الوكيل كان
متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده ، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا
و كونه فى معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال ، ولو لم نقل
بثبوت الخيار للزوجة ، فان باقى

((ثبوت)) مفعول ((اقتضى)) (و ان لم يكن لها تسلط على نفس الارض)
فلا تلازم بين عدم حقها ، و عدم التسلط على الارض .

(و الفرق بين مانحن فيه) من حق الزوجة فى الفسخ وان لم تتسلط
على الارض (و بين ماتقدم فى الوكيل) من انه لاحق له فى الفسخ ، حيث
لا تسلط له على ما انتقل الى الموكل ، ان الوكيل اذا فسخ لا يرتبط به ما
ينتقل الى الموكل ، و الزوجة اذا فسخت ارتبط بها ما ينتقل الى سائر الورثة
و هو بعض الثمن ، فانها ترث من الثمن بعد الفسخ .

ف (ان الخيار هناك) فى باب الوكيل (و تزلزل ملك الطرف الآخر و
كونه فى معرض الانتقال الى موكل الوكيل) .

و قوله ((و تزلزل)) و ((كونه)) عطفًا بيان لقوله ((ان الخيار)) (كان
متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده) بخلافه فى مسئلة الزوجة (و ذلك
لان (تزلزل ملك الطرف الآخر هنا) فى باب الزوجة (و كونه فى معرض
الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال) اذ لسائر الورثة حق الفسخ (و
لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة) و انما كان ثابتا على كل حال (فان باقى

الورثة لو ردّوا الارض واستردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه ، فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت ، فلها استيفائه بالفسخ .
ثم ان ما ذكره وارد على فسخ باقى الورثة للارض المبيعة بثمن معين تشترك فيه الزوجة ، الا ان يلتزم عدم

الورثة لو ردّوا الارض واستردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه) اى فـى الثمن بلاشكال .

وعليه : (فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت فلها استيفائه) اى استيفاء هذا الحق (بالفسخ) فلاتقاس مسألة الزوجة بمسألة الوكيل .
(ثمان ما ذكر) فى مقام دفع اليراد عن ثبوت الخيار للزوجة فى صورة كون الارض التى تحرم منها الزوجة منتقلة الى الميّت المترتب عليه ثبوت الخيار لها فى تلك الصورة (وارد) اى جار فى صورة انتقال الارض عن الميّت ، فيأتى الكلام المذكور ايضا (على فسخ باقى الورثة للارض المبيعة) التى باعها الميّت (بثمن معين تشترك فيه) اى فى ذلك الثمن (الزوجة) اذ الزوجة ترث من ثمن الارض ، وانها لا ترث من نفس الارض .
وانما كان وارداً لان تنزل ملك الطرف الآخر للارض ثابت على كل حال وان لم نقل بثبوت الخيار للزوجة ، فانه لباقى الورثة فسخ المعاملة واسترجاع الارض وردّ الثمن الذى تشترك فيه الزوجة على تقدير عدم
الفسخ .

ويترتب على هذا ان يقال بالوجه الثانى ، وهو ارثها للخيار مطلقا سواء انتقلت الارض الى الميّت او انتقلت عن الميّت (الا ان يلتزم عدم

.....

تسلّطهم على الفسخ ، الا فى مقدار حصّتهم من الثمن ، فيلزم تبعض الصفقة فما اختاره فى الايضاح من التفصيل مفسراً به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة .

قال فى القواعد : الخيار موروث بالحصص كالمال من اىّ انواعه كان الا الزوجة غير ذات الولد فى الارض على اشكال ، اقربه ذلك

تسلّطهم) اى عدم تسلط سائر الورثة (على الفسخ) فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت (الافى مقدار حصّتهم من الثمن) فلمهم ان يفسخوا بمقدار حصّتهم ، وان يستردّوا بعض الارض (فيلزم تبعض الصفقة) على المشتري للارض .

و نتيجته عدم تزلزل ملك الطرف الآخر فى جميع الارض حتى على تقدير اختصاص الخيار بغير الزوجة .

وعلى هذا (فما اختاره فى الايضاح من التفصيل) الذى جعله المصنف ثالث الوجوه (مفسراً به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة) بعد سقوط القولين الاولين وهما : ارث الخيار مطلقاً، وعدم ارث الخيار مطلقاً، واليك عبارتنا القواعد والايضاح لتستبين المسئلة اكثر فاكثراً .

(قال فى القواعد : الخيار موروث بالحصص كالمال) الذى يورث بالحصص (من اى انواعه كان) سواء كان خيار العيب او خيار الغبن او خيار الشرط او غيرها (الا الزوجة غير ذات الولد) .

اما الزوجة ذات الولد فانها ترث (فى الارض) فانها لا ترث الخيار المتعلق بالارض (على اشكال) فى انها لا ترث (اقربه ذلك) اى انها

.....
 ان اشترى بخيار لثرت من الثمن ، انتهى .

وقال فى الايضاح : ينشأ الاشكال من عدم ارثها منها ، فلا يتعلق بها فلا تراث من خيارها .

و من ان الخيار لا يتوقف على الملك ، كالاجنبى .
 ثم فرع المصنف انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار ، لان لها حقا فى الثمن .

لاتراث (ان اشترى) الزوج الميِّت الارض (بخيار) له فى ان يفسخ و يرد الارض فليس لها ان تفسخ (لثرت من الثمن) بل ليس لها ان تفسخ البيع لترد الارض و تسترجع الثمن (انتهى) .

(وقال فى الايضاح : ينشأ الاشكال) الذى ذكره القواعد بقوله « على اشكال » (من عدم ارثها) اى الزوجة (منها) اى من الارض (فلا يتعلق) البيع (بها) اى بالزوجة (فلا تراث من خيارها) وهذا وجه عدم الخيار .

(و من ان الخيار لا يتوقف على الملك) اذ من الممكن ان تكون الزوجة لامتلك الارض و لكن تملك الخيار (كالاجنبى) الذى جعل له الخيار فانه لا يملك المبيع ، ولكن له الخيار .

(ثم) قال فى الايضاح (فرع المصنف) اى العلامة (انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار) بان كان الميِّت قد اشترى ارضا بخيار فى مقابل المسئلة الاصلية التى هى ان الميِّت باع الارض بخيار (فالاقرب ارثها) اى الزوجة (من الخيار ، لان لها حقا فى الثمن) فانها اذا فسخت بيع

و يحتمل عدمه لانها لاترث من الثمن الا بعد الفسخ ، فلو عُلِّلَ بارتها دار، والاصح اختيار المصنف لان الشراء يستلزم منعها من شئ نزل به الشارع منزلة جزء من التركة ، وهو الثمن ، فقد تعلق الخيار بمارث منه .

الارض واسترجعت المال - الثمن - كان لها حصة منه ، اذ هي ترث من الثمن ولا ترث من الارض .

(و يحتمل عدمه) اى ليس لها الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميِّت (لانها لاترث من الثمن الا بعد الفسخ ، فلو عُلِّلَ بارتها) اى حقها فى الخيار بان لها حقا فى الثمن ، ل (دار) لان ارثها من الثمن متوقف على حقها فى الفسخ ، لانه لولا حقها فى الفسخ لاترث من الثمن و حقها فى الفسخ يتوقف على ارثها من الثمن ، لانها لو لم ترث من الثمن لم يكن لها حق فى الفسخ ، وهذا دور صريح .

ثم قال صاحب الايضاح (والاصح اختيار المصنف) العلامة - من التفصيل بين ما انتقل الى الميِّت فيرث ، وبين ما انتقل عن الميِّت فلا يرث اما اذا باع المورث فقد عرفت ان الوارث لا يرث .

واما اذا اشترى فالوارث يرث (لان الشراء يستلزم منعها) اى الزوجة (من شئ نزل الشارع منزلة جزء من التركة ، وهو) اى ذلك الشئ (الثمن ، فقد تعلق الخيار بمارث) الميرث (منه) وهو الثمن ، فان الثمن مع قطع النظر من الشراء كان جزء من التركة موروثا للزوجة ، والشراء منع من ذلك .

فلقولنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير المورث ، فالثمن

.....
انتهى .

وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب ، و
استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فانه بعد بيان منشأ الاشكال على
ما يقرب من الايضاح قال : فالاقرب من هذا الاشكال عدم ارثها ان كان
الميت قد اشترى ارضا بخيار ، فارادت الفسخ لثرت من الثمن ، واما اذا
باع ارضا بخيار ، فالاشكال حينئذ بحاله ، لانها اذا فسخت فى هذه الصورة

موروث شأنه ان ذلك يوجب عدم الدور (انتهى) عبارة الايضاح فى شرح كلام
القواعد .

(وقد حمل العبارة) اى عبارة العلامة فى القواعد (على هذا المعنى)
الذى ذكره الايضاح (السيد العميد الشارح للكتاب) اى لكتاب القواعد
(واستظهر خلاف ذلك) اى خلاف تفصيل العلامة (من عبارة جامع
المقاصد) .

اذ قد تقدم ان جامع المقاصد يقول بالقول الرابع ، بينما العلامة
يقول بالقول الثالث (فانه) اى جامع المقاصد (بعد بيان منشأ الاشكال)
فى ارث الزوجة من الارض المنتقلة الى الميت (على ما يقرب من الايضاح)
انه يستلزم الدور (قال : فالاقرب من هذا الاشكال عدم ارثها) اى الزوجة
من الارض (ان كان الميت قد اشترى ارضا بخيار ، فارادت) الزوجة
(الفسخ لثرت من الثمن ، واما اذا باع) الميت (ارضا بخيار ، فالاشكال
حينئذ) فى ارثها الخيار ، باق (بحاله ، لانها اذا فسخت فى هذه
الصورة) اى صورة بيع الميت الارض بخيار

.....

لم ترث شيئاً .

وحمل الشارحان العبارة على ان الاقرب ارثها اذا اشترى بخيار لانها حينئذ تفسخ فترث من الثمن ، بخلاف ما اذا باع بخيار ، وهو خلاف الظاهر .

فان المتبادر ان المشار اليه بقوله ذلك هو عدم الارث الذي سيقى لاجله العبارة ، مع انه من حيث الحكم

(لم ترث شيئاً) فانها اذا فسخت عادت الارض الى الميِّت ، وهى لا ترث من الارض .

(وحمل الشارحان) وهما : صاحب الايضاح والسيد العميد (العبارة) اى عبارة القواعد (على ان الاقرب ارثها) اى ارث الزوجة للخيار (اذا اشترى) الميِّت الارض (بخيار) .

وانما ترث (لانها حينئذ) اى حين اشتراء الميِّت (تفسخ) البيع (فترث من الثمن ، بخلاف ما اذا باع) الميِّت الارض (بخيار) لانها اذا فسخت رجعت الارض الى الميِّت ، فلا ترث (وهو) اى استفادة ارثها من عبارة القواعد (خلاف الظاهر) .

(فان المتبادر) من العبارة (ان المشار اليه بقوله) اى قول القواعد (ذلك) فى عبارته السابقة على اشكال اقربه ذلك (هو عدم الارث) كما استفاده جامع المقاصد (الذى سيقى لاجله العبارة) لان العلامة قال ((الا الزوجة)) فساق العبارة لاجل استثناء الزوجة (مع انه) اى القول بانها ترث الخيار فى ما اذا انتقلت الارض الى الميِّت (من حيث الحكم

.....
غير مستقيم ايضا ، فان الارض حق لباقى الوراث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها ، و اخراجها عن ملكهم .
نعم لو قلنا ان ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار ، استقام ذلك ، و
ايضا فانها اذا ورثت فى هذه الصورة ، وجب ان ترث فى ما اذا باع
الميت ارضا بخيار بطريق اولى ،

غير مستقيم ايضا ، فان الارض) المنتقلة الى الميت (حق لباقى السوراث
استحقوها بالموت) اى موت المورث (فكيف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم
لها) اى للارض (و اخراجها) اى الارض (عن ملكهم) .
فكلام الشارحين لوجه له ، لا من جهة ظاهر العبارة ، ولا من جهة
الحكم فى نفسه .

(نعم لو قلنا ان ذلك) اى ملك المشتري للارض و ملك الميت للثمن
(يحصل بانقضاء مدة الخيار) كما يقول الشيخ بان مدة الخيار ليس
بنقل (استقام ذلك) الذى ذكره الشارحان ، من : ان الميرث ترث الخيار
اذ: المال المنتقل الى المشتري بعد فنى ملك الميت ، فالزوجة ترث من
الثمن (و ايضا) يرد اشكال ثالث على الشارحين بالاضافة الى انه خلاف
ظاهر العبارة و انه غير مستقيم من حيث الحكم (فانها) اى الزوجة (اذا
ورثت) الخيار (فى هذه الصورة) اى صورة انتقال الارض الى الميت
(وجب ان ترث) الخيار (فى) الصورة الثانية ايضا ، و هى (ما اذا باع
الميت ارضا بخيار بطريق اولى) فكيف يقول الشارحان بعدم ارثها فى
صورة انتقال الارض .

لانها ترث حينئذ من الثمن .

واقصى ما يلزم من ارثها من الخيار ان تبطل حقها من الثمن ، وهو
اولى من ابطال ارثها حق غيرها من الارض التى اختصوا بملكها .
ثم قال : والحق ان ارثها من الخيار فى الارض المشتراة مستبعد
جداً ، وابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج الى دليل .
نعم قوله لترث من

وانما كان بطريق اولى (لأنها) اى الزوجة (ترث حينئذ) اى حين باع
الميت الارض (من الثمن) فلها الحق فى ان تتصرف فى الثمن الذى
ورثته بابطال ملكيتها له وارجاعه الى المشتري .
(واقصى ما يلزم من ارثها من الخيار) فى صورة انتقال الارض من
الميت الى المشتري (ان تبطل) الزوجة (حقها من الثمن وهو) اى ابطال
حقها من الثمن (اولى من ابطال ارثها) اى ارثها للخيار (حق غيرها من
الارض التى اختصوا بملكها) .
فانها اذا ورثت الخيار كان لازم ذلك ان تبطل حق الورثة فى
الارض - فيما اذا انتقلت الارض الى الميت - .
(ثم قال) صاحب جامع المقاصد (والحق ان ارثها من الخيار فى
الارض المشتراة) اى التى اشتراها الميت (مستبعد جداً ، وابطال
حق قد ثبت لغيرها) وهو حق الورثة فى الارض التى اشتراها
الميت (يحتاج الى دليل) وهو مفقود .
(نعم قوله) اى قول العلامة فى عبارة القواعد السابقة (لترث من

الثلث - على هذا التقدير - يحتاج الى تكلف زيادة تقدير بخلاف ما حملا عليه ، انتهى .

وقد تقدم ما يمكن ان يقال على هذا الكلام .

ثم ان الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبة من الورثة اذا اشترى الميت او باع بعض اعيان الحبة بخيار هو الكلام فى ثبوته للزوجة فى الارض المشتراة والمبيعة .

الثلث - على هذا التقدير - اى تقدير كلام جامع المقاصد فى تفسير عبارة القواعد ، و التقدير هو ان « ذلك » فى عبارة القواعد اشارة الى عدم الارث (يحتاج الى تكلف زيادة تقدير) كما ذكرناه نحن فى شرح العبارة للقواعد (بخلاف محملا) اى الشارحان عبارة القواعد (عليه) من الارث (انتهى) .

(و) لا يخفى انه (قد تقدم ما يمكن ان يقال على هذا الكلام) اى قد تقدم الاشكال على عدم ارث الزوجة من خيار الارض المنتقلة الى الميت - اى على اختيار جامع المقاصد - فتأمل .

(ثم ان الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبة من الورثة) اى غير الولد الاكبر (اذا اشترى الميت) الحبة (او باع بعض اعيان الحبة) بيعا (بخيار) فهل لسائر الورثة ارث الخيار مطلقا ، ولا يرثون الخيار مطلقا ، او هناك تفصيل بين الحبة المنتقلة الى الميت وبين الحبة المنتقلة عن الميت (هو الكلام فى ثبوته) اى الخيار (للزوجة فى الارض المشتراة) اى التى اشتراها الميت (والمبيعة) اى التى باعها الميت ، والله العالم بحقائق الاحكام .

مسئلة

فى كىففة استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شئ واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم وجوه .

الاول : ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كمورثه ، بحيث يكون له الفسخ فى الكل ، وان اجاز الباكون .

(مسأله : فى كىففة استحقاق كل من الورثة للخيار) اذا كان الوارث متعددأ (مع انه) اى الخيار (شئ واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم) بمعنى ان الشارع جعل خيارا واحداً لان التقسيم غير معقول فيه . و الفرق بين التجزئة و التقسيم ، ان الاول يوجب تكسير عدد صحيح واحد كتجزئة يرتقاله الى عدة اجزاء ، والثانى يوجب تقسيم اعداد صحيحة كل عدد على حدة ، كتقسيم عشرة يرتقالات على خمسة اشخاص مثلاً فالخيار لاجزاء له ولا اعداد حتى يقبل التجزئة و التقسيم (وجوه) .

(الاول : ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه) فحاله حال ما اذا شرط ان يكون له الخيار مادام حياً ، فاذا مات كان لكل وارث من ورثته خيارا مستقلاً ، بحيث ان له الفسخ والامضاء فاذا فسخ لم يكن حق للباقيين فى الامضاء ، وان امضى لم يكن حق للباقيين فى الفسخ (بحيث يكون له الفسخ فى الكل ، وان اجاز الباكون) بعد فسخه ، او ان معنى ذلك ان لكل واحد الفسخ و ان امضى الباكون قبل ذلك ، فالفسخ مقدم على الاجازة ، سواء تقدم عليها او تأخر ، او تقارن

.....
 نظير حدّ القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين .

و كذ لك حق الشفعة على المشهور .

واستند فى ذلك الى ان ظاهر النبوى المتقدم ، وغيره : ثبوت الحق

لكل وارث

معه .

(نظير حدّ القذف) فاذا قذف انسان شخصاً بالزنا كان للمقذوف ان يشتكيه الى الحاكم ، فيجلده الحاكم ، فاذا مات المقذوف كان لكل واحد من ورثته ان يطلب اقامة الحد على القاذف ، وان عفى الورثة الآخرون (الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين) .

(وكذ لك حق الشفعة) فانه اذا كان شريكاً فى دار مثلاً ، فباع احدهما حصته لاجنبى ، كان للشريك الآخر ان يعطى الثمن للاجنبى و يأخذ حصّة شريكه ، فاذا مات هذا الشريك غير البائع كان لورثته ان يأخذوا بحق شفيعته ، فانه (على المشهور) اذا اسقط بعض الورثة حقه فلا يوجب سقوط حق الشفعة كلياً ، بل لمن شاء من الورثة ان يأخذ بحق الشفعة .

(واستند) هذا القائل (فى ذلك) الذى ذكره من ان كل واحد من الورثة له حق خيار مستقل (الى ان ظاهر النبوى المتقدم) ما تركه الميّت من حق فلو ارثه (وغيره) من الادّة الدالة على ارث اولى الارحام (ثبوت الحق لكل وارث) .

اذا الامر دائر بين عدم الخيار وخيار واحد لكل ، وتجزئة الخيار ، و

لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على ارادة الاشتراك، لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث .

الثاني : استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه ، دون باقي الحصص .

ان يكون لكل واحد خيار .

والاول : خلاف الدليل .

والثاني : خلاف ظاهر الدليل ، اذ معنى ان كل متروك للميت فهو لوارثه ، انه لكل واحد واحد من الورثة بالاستقلال .

والثالث : خلاف كون الخيار امرا بسيطا غير قابل للتجزئة .

ان قلت : فكيف تجزئون المال الى اجزاء .

قلت : هناك فرق بين الخيار والمال (لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك) اي مثل اطلاق ان المال للوارث (على ارادة الاشتراك) وان لكل وارث حصة من المال (لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد ، بخلاف محل البحث) الذي هو الحق ، فانه لا دليل على عدم تعدد من له الحق لحق واحد .

(الثاني) من الاقوال في كيفية استحقاق الورثة للخيار (استحقاق

كل واحد منهم خيارا مستقلا في نصيبه) من المال (فله الفسخ) (الاضافه) فيه دون باقي الحصص فاذا كان الورثة ثلاثة ، كان لكل واحد منهم الخيار في ثلث المال .

.....
 غاية الامر مع اختلاف الورثة فى الفسخ و الامضاء تبعض الصفقة
 على من عليه الخيار ، فيثبت له الخيار .

و وجه ذلك ان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة ، و كان مقتضى ادلة
 الارث — كما سيجئ — اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعيين تبعضه بحسب
 متعلقه .

فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة اذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما .

(غاية الامر مع اختلاف الورثة فى الفسخ و الامضاء) بان فسخ بعض
 و امضى آخرون (تبعض الصفقة على من عليه الخيار ، فيثبت له الخيار)
 فان شاء فسخ المعاملة كلاهما استرجع ماله ، وان شاء رضى بالقدرا المضى
 من قبل الورثة بالنسبة الى الثمن .

(و وجه ذلك) اى وجه هذا القول الثانى (ان الخيار لما لم يكن
 قابلا للتجزئة) اى ان يكون له اجزاء كاجزاء الهبة قاله بان يكون لكل وارث
 جزء خيار ، اذ لا معنى لجزء الخيار ، فانه ان كان له الفسخ فله الخيار
 كاملا ، وان لم يكن له الفسخ فلا خيار له (و كان مقتضى ادلة الارث — كما
 سيجئ — اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعيين تبعضه) اى تبعض الخيار
 (بحسب متعلقه) اى المال الذى تعلق به الخيار — ثمنه كان او مثمنا —
 (فيكون) مانحن فيه (نظير المشتريين لصفقة واحدة) فى ان لكل واحد
 منهما ان يفسخ بالنسبة الى حصته اذا كان هناك خيار ، كما اذا كانت
 الصفقة حيوانا او كان فى المعاملة غبن لهما ، او ما اشبه ذلك (اذا قلنا
 بثبوت الخيار لكل منهما) مستقلا .

.....
الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة الى جميع المال، ولا بالنسبة الى حصة كل منهم، لان مقتضى ادلة الارث في الحقوق غير القابلة للتجزئة، والاموال القابلة لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ماترك لمجموع الورثة، الا ان التقسيم في الاموال لما كان امرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة، بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها، فلا يجوز لاحد هم الاستقلال

(الثالث) من وجوه استحقاق الورثة للخيار الواحد (استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشركون فيه) فان فسخ الكل انفسخت المعاملة، والا كانت المعاملة باقية (من دون ارتكاب تعدّده) اي الخيار (بالنسبة الى جميع المال) كما اشار اليه القول الاول (ولا بالنسبة الى حصة كل منهم) كما اشار اليه القول الثاني والدليل على هذا القول ما ذكره بقوله (لان مقتضى ادلة الارث في الحقوق غير القابلة للتجزئة) كما تقدم من انه لا معنى لان يكون لكل وارث جزء خيار (والاموال القابلة لها) اي للتجزئة فانه يكون لكل وارث جزء من المال المتروك (امر واحد، فهو ثبوت مجموع ماترك) من حق و مال (لمجموع الورثة، الا ان التقسيم في الاموال لما كان امرا ممكنا) بان يأخذ كل وارث جزء من المال (كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كل منهم) اي كل من الورثة (بحصة مشاعة) كالنصف او الثلث، وذلك لعدم وجود ملك كل واحد لشيء واحد (بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها) اي في تلك الحقوق (فلا يجوز لاحد هم الاستقلال

.....

بالفسخ ، لافى الكل ، ولافى حصته، فافهم .

وهنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع وهو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه ، لا من حيث كونه مجموعا ، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقيق الطبيعة فى الواحد

بالفسخ ، لافى الكل) لان الكل ليس له (ولافى حصته) الخاصة به لان الخيار ليس متعدد ا بعدد كل حصة حصة ، بل اللازم اجتماع الكل على الفسخ حتى يكون الفسخ (فافهم) لعله اشارة الى ان التقسيم فى المال امر ممكن ، والتقسيم فى الحق امر غير ممكن اول الكلام .

فكما امكن ان يعطى لكل وارث جزء من المال امكن ان يعطى له جزء من الخيار اى الخيار المتعلق بماله ، فان معنى ان يكون للمورث الخيار فى رد البرتقالات العشرة ان يكون له جزء خيار فى جزء من العشرة اى برتقالة واحدة ، وهذا الامر قسّم بين الورثة .

(وهنا) اى فى القول الثالث (معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع) غير ان يجتمع الكل على الفسخ فبدون الاجتماع لافسخ (وهو ان يقوم) الخيار) بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه ، لا من حيث كونه مجموعا) فالخيار للطبيعة لا للأفراد (فيجوز لكل منهم) اى من الورثة (الاستقلال بالفسخ ما لم يجز) الوارث (الآخر) .

وانما له الاستقلال بالفسخ (لتحقيق الطبيعة فى) الوارث (الواحد) اما اذا اجاز وارث واحد فليس للآخرين الفسخ .

اذا الطبيعة التى هى لها الاجازة والفسخ قد اجازت كما انه بعد فسخ

.....

و ليس له الاجازة بعد ذلك ، كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده ،
لان الخيار الواحد اذا قام به اية الوارث واحد اكان او متعدد ، كان امضاً
الواحد كفسخه ماضياً ، فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر ، لان الاول قد استوفاه
و لو اتحد ازمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف
واحد ، لان الفاسخ

احد الافراد ، فليس للبقية الاجازة (و ليس له) اى للفرد (الاجازة بعد
ذلك) الفسخ الصادر عن الطبيعة (كما انه لو اجاز الآخر لم يجز الفسخ
بعده) اذ حال الفسخ حينئذ حال ما لو امضى ذى الخيار المعاملة ثم اراد
فسخه (لان الخيار الواحد اذا قام به اية الوارث) من حيث هى مهية
(واحداً كان ، او متعدد ، كان امضاً الواحد كفسخه) اى مثل فسخ
الواحد (ماضياً) نافذاً (فلا عبرة بما يقع) من فسخ او امضاء (متأخراً عن)
الوارث (الآخر ، لان) الوارث (الاول) الذى فسخ او امضى (قد استوفاه)
اى استوفى الحق ، فلا مجال بعده لوارث آخر .

(و لو اتحد) الممضى و الفاسخ (زماناً) بان فسخ احدهما و امضى
الآخر (كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد) حيث
يتساقطان .

مثل ما اذا باع كتاباً بدینار وجعل لنفسه الخيار ثم وهبهما معاً
لزيد ، فان تصرفه فى الكتاب معناه الفسخ ، وتصرفه فى الدينار معناه الامضاء
و كذلك اذا باع عبداً بمقابل جارية ثم اعتقهما معاً .
ومثل ذلك اذا كان له وكيلان فامضى احدهما وفسخ الآخر (لان الفاسخ

.....

متقدم كما سيجئ فى احكام التصرف .

ثم انه لا ريب فى فساد مستند وجه الاول المذكور له ، لمنع ظهور النبوى وغيره فى ثبوت ماترك لكل واحد من الورثة ،

متقدم كما سيجئ فى احكام التصرف) .

وجه ان الفاسخ ليس مقدما قد تعرض له المصنف بعد ، عند قوله :
فرع لو باع عبداً بجارة .

(ثم) اذا عرفت مستند الوجوه الاربعة المحتملة فى ارث الوارث المتعدد للخيار نقول : لو انعكس الفرض بان كان لاثنين خيار فورثهما واحد مثل ان يكون عمّا زيد وكيلين عن البائع والمشتري ، هما وورثتهما فى الخيار فماتا وورثهما زيد ، فانه لا يتحد الخيار ، بل يكون له خياران ان سقط احد الخيارين بقى الآخر .

نعم قد يسقط الخياران كما اذا باع زيد كتابا لعمر و بدینار ، وجعلا لانفسهما الخيار فماتا وورثهما معا بكرة ، فانه لا معنى لخياره لاعن هذا و لاعن ذاك ، اذ قد اصبح الكتاب والدينار له ، ولا معنى لفسخ الانسان مال نفسه .

وكيف كان : ف (انه لا ريب فى فساد مستند وجه الاول المذكور له) اى الذى ذكر مستندا للاحتمال الاول وهو ان يكون لكل وارث خيار مستقل (لمنع ظهور النبوى وغيره) من ادلة الارث (فى ثبوت ماترك) الميّت (لكل واحد من الورثة) فكل ماترك لزيد الوارث ، وكل ماترك لعمر و الوارث

لان المراد بالوارث فى النبوى وغيره مما افرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق فى ضمن الواحد والكثير .

وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة كما لا يخفى على المتأمل .

واما ماورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فلا يخفى ان المراد به ايضا اما جنس الجمع ، او جنس الفرد

ايضا - مثلاً - (لان المراد بالوارث فى النبوى) ما تركه الميت من حق فلوارثه (و) فى (غيره) ما ذكر فيه لفظ الوارث او شبه هذا اللفظ ، ولو كان بصيغة الجمع او نحوه مثل (وَأَوْ لَوْ الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ) (مما افرد فيه لفظ الوارث) بل وما جمع فيه - لوضوح ان المراد به ليس الجمع بما هو جمع كما سيأتى - (جنس الوارث المتحقق فى ضمن الواحد والكثير) فحاله حال لفظ الماء ، والخبز ، و سائر الطبايع .

(و قيام الخيار بالجنس) ليس معناه ان يكون لكل فرد خيار مستقل بل (يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة) اى يحتمل هذا المعنى ، او ذلك ، او الثالث بشقيه ، فلا دلالة فى النبوى على الوجه الاول فقط - كما اراده المستدل - (كما لا يخفى على المتأمل) .

(و اما ماورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فلا يخفى ان المراد به) اى بالجمع (ايضا اما جنس الجمع) بما هو مجموع لوحظ فيه انضمام الافراد بعضها الى بعض ، ومقتضى هذا هو الوجه الثالث (او جنس الفرد) بانسلاخه عن معنى الجمع والانضمام ، وهذا يصدق على الواحد ، و

او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الافرادى .

الكثير، ومقتضى هذا هو الاجمال الذى ذكره المصنف بقوله (وقيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة) (او الاستغراق القابل للحمل على المجموعى) اى جميع افراد الوارث المنضم بعضهم الى بعض ، ومقتضى هذا هو الوجه الثالث ايضا (و) الحمل على (الافرادى) اى كل فرد فرد بدون ملاحظة الانضمام ، ومقتضى هذا هو الوجه الاول ، بان يكون لكل وارث خيار مستقل ، فاذا قال المولى هذا المال لعبيدى فقد يريد ان المال لكلهم بقيد الكلية ، فمجموع المال لمجموعهم .
وقد يريد ان المال لجنس العبد سواء انضم او لم ينضم .
وقد يريد ان المال لكل فرد فرد بقيد الانضمام .
وقد يريد انه لكل فرد فرد بدون قيد الانضمام ، فيصح ان يستقل به اى عبد منهم .

وان شئت قلت : المراد من الجمع الورثة .
فاما ان يلاحظ فيه الانضمام والجمعية او لم يلاحظ فيه ذلك .
واذا لم يلاحظ فاما ان يراد منه جنس الفرد الصادق على الواحد والكثير ، او يراد منه الاستغراق ، وتام الافراد .
واذا اريد الاستغراق فاما ان يكون على النحو المجموعى وان لكلهم خيار واحد

او يكون على النحو الافرادى ، وان لكل واحد خيار مستقل .

والاظهر هو الثانى كفاى نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية واللفظية على عدم ارادة ثبوته لكل واحد مستقلاى الكل .

اما الاولى فلان المفروض ان ماكان للميت وتركه للوارث حق واحد شخصى، وقيامه بالاشخاص المتعدد دين اوضح استحالة، واظهر بطلانا

(والاظهر) من الجمع (هو الثانى) اى ما اريد منه جنس الفرد الصادق على الواحد والكثير (كفاى نظائره) ولذا يصدق هذا فيما اذا كان للميت وارث واحد، كما يصدق اذا كان له ورثة متعددون .

فالمجموعيان : اى جنس الجمع والاستغراق باطلان، لانهما لا يصدقان مع كون الوارث واحداً (هذا كله) فى بيان فساد الوجه الاول الذى ذكره بقوله : ولا ريب فى فساد مستند وجه الاول الخ (مع قيام القرينة العقلية واللفظية على عدم ارادة ثبوته) اى الخيار (لكل واحد مستقلاى الكل) وهذا دليل ثان لفساد الوجه الاول ايضا .

والحاصل : ان لفساد الوجه الاول دليلين .

الاول : انه خلاف الظاهر من النبوى وغيره .

الثانى : انه خلاف القرينة العقلية واللفظية .

(اما الاولى) اى وجود القرينة العقلية على انه ليس لكل وارث خيار مستقل فى كل المال (فلان المفروض ان ماكان للميت و) قد (تركه) بعده (للوارث حق واحد شخصى) فان الخيار حق واحد مشخص (و قيامه بالاشخاص المتعدد دين) بان يكون هذا الحق الواحد لهذا الوارث مستقلا، ولذلك الوارث مستقلا ايضا (اوضح استحالة، واظهر بطلانا

من تجزئة و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه .
 و اما الثانية فلان مفاد تلك الادلة بالنسبة الى المال المتروك وحق
 المتروك شئ واحد ، ولا يستفاد منها بالنسبة الى المال الاشتراك ، و
 بالنسبة الى الحق التعدد ، الامع استعمال الكلام فى معنيين هذا ، مع
 ان مقتضى ثبوت : ما كان للميت

من تجزئة و انقسامه على الورثة) فان الصفة البسيطة الواحدة لا تقوم
 قيا ما مستقلا بهذا و قيا ما مستقلا بذاك ، فان الشئ الواحد قابل للتجزئة
 و الانقسام مهما كان بسيطا و اما ان يكون قائما بهذا و ذاك فلا يعقل
 (فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه) فان ما ليس بمعقول لا يقوله الشارع
 حتى يكون لكلامه ظهور فيه .

لكن لا يخفى : ان القيام على سبيل البدل ليس مستحيلا كما قاله
 الفقهاء بالنسبة الى القصاص .

(و اما الثانية) اى قيام القرينة اللفظية على عدم ارادة ثبوت الخيار
 لكل واحد مستقلا فى الكل (فلان مفاد تلك الادلة) اى ادلة الارث (بالنسبة
 الى المال المتروك و حق المتروك شئ واحد ، و) عليه ف (لا يستفاد منها)
 اى من ادلة الارث (بالنسبة الى المال الاشتراك) فتكون الورثة مشتركين
 فى المال (و بالنسبة الى الحق التعدد) حتى يكون كل وارث له حق
 مستقل فى الخيار (الامع استعمال الكلام) اى دليل الارث مثل «وَأُولُو
 الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (فى معنيين) و ذلك خلاف الظاهر ، بل
 قال بعض الاعلام باستحالته (هذا ، مع ان مقتضى ثبوت : ما كان للميت

لكل من الورثة ان يكونوا كالوكلاء المستقلين ، فيمضى السابق من اجازة
احدهم او فسخه ولا يؤثر اللاحق ، فلاوجه لتقدم الفسخ على الاجازة على
ما ذكره .

واما الوجه الثانى فهو ، وان لم يكن منافيا لظاهر ادلة الارث من
ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث الا ان تجزئة الخيار بحسب

لكل من الورثة) « لكل متعلق ب « ثبوت » (ان يكونوا) اى الورثة
(كالوكلاء المستقلين ، فيمضى السابق من اجازة احدهم او فسخه) فاذا
بادر احد الورثة فامضى ، لم يكن لغيره الفسخ ، واذا بادر ففسخ ، لم يكن
لغيره الاجازة (ولا يؤثر اللاحق) وان كان اللاحق الفسخ (فلاوجه لتقدم
الفسخ على الاجازة على ما ذكره) القائل بالوجه الاول من الوجوه الاربعة
لكيفية ارث الخيار .

وحاصل قوله « هذا مع ان » انه لو سلمنا ان لكل واحد خيار مستقل
كان اللازم نفوذ اول ما يصدر من احدهم من فسخ او امضاء ، لان يكون
الفسخ مقدما ، سواء صدر اولاً ، او صدر بعد الامضاء

هذا كله فى باب الاشكال على الوجه الاول من الوجوه الاربعة .
(واما الوجه الثانى) من الوجوه الاربعة ، وهو استحقاق كل واحد
خيارا مستقلا فى نصيبه (فهو ، وان لم يكن منافيا لظاهر ادلة الارث)
المستفاد (من) ها (ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث) .

فكما ان لكل وارث جزء من المال كذلك لكل وارث الخيار بالنسبة
الى ماله الذى ورثه هو (الا ان تجزئة الخيار الى اجزاء) بحسب

.....

متعلقه كما تقدم ممّا لم يدل عليه أدلة الارث .

اما ما كان منها كالنبيوى غير متعرض للقسمة فواضح ، واما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمة فيما يحصل باعمال هذا الحق او اسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ ، او ثمنها الباقي فى

متعلقه كما تقدم ممّا لم يدل عليه أدلة الارث) فلادليل على ان الخيار يكون اجزاء، جزء لهذا الوارث و جزء لذاك الوارث وهكذا .

(اما ما كان منها كالنبيوى غير متعرض للقسمة) فان قوله عليه السلام ما كان للميت من حق فلو ارثه لم يتعرض لقسمة الارث و انما قال المجموع للمجموع (فواضح) انه لا يدل على تعدد الخيار بالنسبة الى كل وارث وارث (واما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة) مثل : **يُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِى اَوَّلٰى دِكْرِكُمْ لِذِكْرِ مِثْلِ حَظِّ الْاُنْثِيَيْنِ** ، ومثل : **فَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ** ، وما اشبه ذلك (فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا) اى ان حق الخيار المتروك من قبل الميت لا يقبل التجزئة بان يكون لكل وارث جزء خيار اذا الخيار اما موجود و اما مفقود ولا معنى لوجود جزء الخيار (ثبوت القسمة) « ثبوت » خبر « غاية ما يستفاد » ثبوت الشئ (فيما يحصل) اى المال (باعمال هذا الحق) اى الخيار (او اسقاطه) اى اسقاط هذا الحق (فيقسم بينهم) اى بين الورثة (العين المستردة) استرداد (بالفسخ ، او) يقسم بينهم (ثمنها) اى ثمن العين (الباقي فى

.....

ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث .

و اما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته فلا يستفاد من تلك الادلة ، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع ، والا فلا دليل على الانفساخ في شئ منه .

ومن ذلك يظهر ان المعنى الثاني للوجه الثالث وهو قيام الخيار

ملكهم بعد الاجازة) اي اسقاط حق الخيار تقسيما (على طريق الارث)
لِذِكْرِ مِثْلِ حَظِّ الْاِثْنَيْنِ ، الى غيره من تقسيمات الارث .

(و اما ثبوت الخيار لكل واحد (منهم مستقلا في حصته) بان يكون لكل واحد الخيار ، فان شاء رد حصته ، وان شاء اجاز حصته (فلا يستفاد من تلك الادلة) اي ادلة الارث .

وعلى هذا (فالمتيقن من مفادها) اي مفاد ادلة الارث (هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع) لا الواحد النوعي ، بان يكون لكل واحد خيار (فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ) العقد (في المجموع) اي مجموع المال (والا) يتفق المجموع على الفسخ ، بل اراد بعضهم الفسخ (فلا دليل على الانفساخ في شئ منه) لافي المجموع ولا في حصة هذا الفاسخ .

(ومن ذلك) الذي ذكرنا من ان الخيار قائم بالمجموع من حيث انه مجموع (يظهر ان المعنى الثاني للوجه الثالث) الذي ذكره قبل اسطر بقولنا « و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع » (وهو قيام الخيار

.....
 بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع ايضا لادليل عليه ، فلا يؤثر فسخ
 احدهم وان لم يجز الآخر .

مع ان هذا المعنى ايضا مخالف لادلة الارث ، لما عرفت من ان
 مفادها بالنسبة الى المال والحق واحد .

ومن المعلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن
 المجموع .

ثم ان ماذكرنا

بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع (فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ
 (ايضا لادليل عليه) .

وعليه (فلا يؤثر فسخ احدهم وان لم يجز الآخر) اى سواء اجاز
 الآخر او لم يجز ، فان الخيار ليس قائما بالطبيعة حتى يؤثر فسخ
 احدهم .

(مع ان هذا المعنى) وهو المعنى الثانى للوجه الثالث (ايضا
 مخالف لادلة الارث ، لما عرفت) قبل اسطر (من ان مفادها) اى مفاد
 ادلة الارث (بالنسبة الى المال والحق واحد) فكما يورث المال يورث
 الحق .

(ومن المعلوم ان المالك للمال) اى الورثة المالكون للمال (ليس
 هو الجنس) اى جنس الورثة (المتحقق فى ضمن المجموع) فكذلك
 الوارث المالك للحق ليس هو جنس الورثة المتحقق فى ضمن المجموع .
 (ثم ان ماذكرنا) من ان الحق الذى هو للجميع ، انما هو قائم

جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة .

نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع ، كما فى حدّ القذف ، فان النص قد دلّ على انه لا يسقط بعفو احد الشريكين .

وكذا حق القصاص فانه لا يسقط بعفو احد الشريكين ، لكن مع دفع الآخر

بالمجموع ، لا بكل فرد بان يكون لكل فرد حق فى الجميع ، ولا بكل فرد بان يكون لكل فرد حق فى حصة نفسه ، ولا بالطبيعة بحيث يمكن لاي واحد القيام به (جارفى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج) اى لم يعلم بدليل خارجى (كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة) اى لكل واحد حق مستقل فى الكل ، او فى حصته ، او يكون الحق للطبيعة .
فاذا لم يدل دليل خارجى على احدى الكيفيات الثلاث فاللازم ان نقول ان الحق للمجموع من حيث المجموع .

(نعم لو علم ذلك) بان الحق ليس للمجموع بل باحدى الكيفيات الثلاث الاخر (من دليل خارج) من نص او اجماع (اتبع) ذلك الدليل الخارج (كما فى حدّ القذف ، فان النص قد دلّ على انه لا يسقط بعفو احد الشريكين) فيدل الدليل على ان الحق على نحو الوجه الاول اى ان لكل واحد من المقذوفين ان يأخذ بحقه وان عفى عنه المقذوف الآخر .

(وكذا حق القصاص) فيما اذا قتل جان اباهما فعفى احد الولدين (فانه لا يسقط بعفو احد الشريكين ، لكن مع دفع الآخر) الذى

.....
 مقدار حصة الباقي من الدية الى اولياء المقتص منه جمعابين الحقيين
 لكن يبقى الاشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم ، و
 ان احتمله فى الدروس ، من ان احد الورثة اذا عفى عن الشفعة كان
 للآخر الاخذ بكل المبيع ، فان الظاهر ان قولهم بذلك ليس لاجل دليل
 خارجى .

يريد القصاص (مقدار حصة الباقي من الدية الى اولياء المقتص منه) .
 واما يدفع المقدار (جمعابين الحقيين) مثلاً قتل زيد والد عمرو وبكر
 فعفى عمرو عن زيد ، فان لبكر ان يقتص من زيد ، لكنه يجب ان يدفع الى
 ولّى زيد نصف الدية ، فان للقاص نصف الحق لكل الحق ، وهكذا اذا كانت
 الورثة ثلاثة وعفى اثنان ، فان للثالث القاص ان يدفع الى ولّى القاتل
 ثلثى الدية ، ولو عفى واحد من الثلاثة واخذ بالحق اثنان كان عليهما ان
 يدفعوا الى ولّى القاتل ثلث الدية ، فيدفع كل واحد سدس الدية ، و
 ذلك جمعابين حق ولّى المقتول فى القصاص ، وحق القاتل فى العفو
 الذى عفى به بعض اولياء المقتول .

(لكن يبقى الاشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم ، و
 ان احتمله) اى احتمال الخلاف (فى الدروس ، من ان احد الورثة اذا
 عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع) مع انه ليس له الا بعض
 المبيع .

وانما يبقى الاشكال لما ذكره بقوله : (فان الظاهر ان قولهم بذلك) و
 حق الآخر فى الاخذ بكل المبيع (ليس لاجل دليل خارجى) والحال

و الفرق بينه و بين مانحن فيه مشكل .

و يمكن ان يفرق بالضرر ، فانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين
تضرر الآخر بالشركة ، بل لعل هذا هو السرفى عدم سقوط حدى
القذف و القصاص بعفو البعض ، لان الحكمة فيهما التشقى فابطالهما
بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى ، وهذا غير موجود فيما نحن فيه
فتأمل .

انا ذكرنا ان مقتضى القاعدة كون الحق للمجموع من حيث المجموع الابدليل
خارجى .

(و الفرق بينه) اى بين حق الشفعة (و بين مانحن فيه) من ارث حق
الخيار (مشكل) .

اذلا فارق بينهما فكيف يحق لكل واحد الاخذ بالشفعة ولا يحق لكل
واحد من الورثة الاخذ بالخيار .

(و يمكن ان يفرق بالضرر ، فانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين
تضرر) الشريك (الآخر بالشركة) و ذلك بخلاف مانحن فيه من ارث الخيار
(بل لعل هذا) اى الضرر (هو السرفى عدم سقوط حدى القذف و
القصاص بعفو البعض) بل للبقية الاخذ بالحق (لان الحكمة فيهما
التشقى) من القذوف و ولى الدم (فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار
على غير العافى) ولا ضرر فى الاسلام (وهذا) الاضرار (غير موجود فيما
نحن فيه) اى حق الخيار ، لان الوارث فى مقابل الشئ المنقول الى
الاجنبى وفى خيار الغبن له حق الارش (فتأمل) لوجود الضرر هنا ايضا .

ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول هو مختار العلامة فى القواعد بعد ان احتمل الوجه الثانى ، وولده فى الايضاح والشهيد فى الدروس والشهيد الثانى فى المسالك وحكى عن غيرهم .

قال فى القواعد : و هل للورثة التفريق فيه نظر ، اقربه المنع ، وان جوّزناه مع تعدّد المشتري .

وزاد فى الايضاح — بعد توجيه المنع بانه لم يكن لمورثهم الاختيار

(ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول) اى اولى وجهى المعنى الثالث وهو استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار ، فان المعنى الثالث كان له وجهان اشار الى وجهه الثانى بقوله « و هنا معنى آخر » و (هو مختار العلامة فى القواعد بعد ان احتمل الوجه الثانى) من وجهى المعنى الثالث الذى اشار اليه بقوله « و هنا معنى آخر » (و كذا مختار) ولده فى الايضاح والشهيد فى الدروس والشهيد الثانى فى المسالك وحكى (هذا القول ايضا) عن غيرهم (فان بنائهم ان المجموع لهم خيار واحد .) قال فى القواعد : و هل للورثة التفريق فى الخيار بان يأخذ بالخيار بعض ، ولا يأخذ به بعض آخر (فيه نظر ، اقربه المنع ، وان جوّزناه مع تعدّد المشتري) كما اذا اشترى شخصان شيئا بخيار لهما ثم اراد احدهما الفسخ ، فان له ذلك لان البيع من شخصين فى قوة بيعين ، و لذا يكون لكل واحد منهما خيار مستقل .

(و زاد فى الايضاح —) على كلام العلامة (بعد توجيه المنع) اى

توجيه ما ذكره العلامة بقوله « اقربه المنع » (بانه لم يكن لمورثهم الاختيار

واحد - انه لا وجه لاحتمال التفريق .

وقال في الدروس في باب خيار العيب: لوجوزنا لاحد المشتريين الرد لم نجوز له لاحد الوارثين عن واحد، لان التعدد طار على العقد، سواء كان الموروث خيار عيب او غيره، انتهى .

واحد - فكيف يكون للورثة خيارات متعددة (انه لا وجه لاحتمال التفريق) (انه) فاعل (زاد) اى لا وجه لتفريق الورثة بان يكون لكل واحد منهم خيار مستقل . *

اذا ان وجه التفريق ان كان لتعدد الخيار من الاول فهو ليس كذلك وان كان لاجل تعدد الورثة فالتعدد ليس من موجبات الخيار وان كان لاجل ان الشارع قرر ذلك فليس في الشرع ما يدل عليه .
والحاصل : ان التفريق اما بجعل اولى شرعاً ، واما بجعل اولى للمتعاقدين ، واما لاجل تعدد الورثة ، فالتفريق لامر طارى و كل ذلك غير تام .

(وقال في الدروس في باب خيار العيب: لوجوزنا لاحد المشتريين الرد) فيما اذا كان المشتري متعدد (لم نجوز له لاحد الوارثين عن واحد) اذا ورثا من واحد في مقابل ما اذا ورثا من اثنين ، بان كان هناك مشتريان ، فماتا وورثهما ولدهما (لان التعدد طار على العقد) و الامر الطارى لا يوجب تعدد الخيار ، بل الخيار يكون كحاله قبل طرؤا لتعدد (سواء كان الموروث خيار عيب او غيره) كخيار الشرط والغبن وغيرهما (انتهى) عبارة الشهيد .

وفى المسالك - بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار - هذا كله فيما لو تعدد المشتري اما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري ابتداءً ، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد ، فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة والتعدد طار مع احتماله ، انتهى .

وظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة قال : لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر ، فالاقوى انه يفسخ فى الكل كالمرور لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض ، انتهى .

(وفى المسالك - بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار -)
وانه وان كان فى معاملة واحدة مشتريان فليس لهما خياران ، بل خيار واحد ، قال : (هذا) المنع (كله فيما لو تعدد المشتري اما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري ابتداءً ، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد) وكذا فيما لو تعدد اوليائه كما اذا جنّ مثلاً) فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة (فى حال المعاملة) (والتعدد طار) فلا دليل على ان طرّو التعدد يوجب تعدد الخيار (مع احتماله) اى هناك احتمال ان يتعدد الخيار بطرّو التعدد ، كما فى الوارث (انتهى) كلام المسالك (وظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة)
وهو ان يكون لكل واحد منهم خيار مستقل (قال : لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر ، فالاقوى انه يفسخ فى الكل كالمرور لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض ، انتهى) فان قوله « انه يفسخ فى الكل » ظاهر فى ان كل واحد له الخيار ، والافلو كان الخيار للمجموع فلا وجه

و يحتمل ان لا يريد بذلك ان لكل منهما ملك الفسخ فى الكل ، كما هو مقتضى الوجه الاول ، بل يملك الفسخ فى البعض ، و يسرى فى الكل نظير فسخ المورث فى البعض .

و كيف كان فقد ذكر - فى خيار العيب - انه لو اشترى عبدا ، فمات ، و

للافساخ .

و قوله « كالمورث » فانه اذا فسخ المورث الذى له خيار واحد فى بعض الصفقة ففيه احتمالا ن .

الاول : ان لا يكون لفسخه اثر ، اذا الخيار كان فى الكل فلا اثر للفسخ فى البعض .

الثانى : ان يكون لفسخه اثر ، اذا الخيار المتعلق بالكل يكون متعلقا بكل جزء ، كالامر المتعلق بالمركب الذى يكون كل جزء منه مأمورا به ، هذا (و لكن) يحتمل ان لا يريد العلامة (بذلك) اى بقوله « انه يفسخ فى الكل » (ان لكل منهما) اى من الوارثين (ملك الفسخ فى الكل كما هو) ملك الفسخ فى الكل (مقتضى الوجه الاول) من الوجوه الاربعه (بل) مراده انه (يملك الفسخ فى البعض) كما هو مقتضى الوجه الثانى (و يسرى) الفسخ (فى الكل) من باب تبعض الصفقة او ما اشبه (نظير فسخ المورث فى البعض) اذا قلنا بصحة فسخه ، فقد تقدم ان هناك احتمالاين .

(و كيف كان) مراد العلامة (فقد ذكر) ره (- فى خيار العيب - انه

لو اشترى عبدا فمات) المشتري (و

خلف وارثين ، فوجدا به عيبا لم يكن لاحد هما رد حصته خاصة للتشقيص ، انتهى .

وقال فى التحرير : لو ورث اثنان عن ابيهما خيار عيب ، فرضى احدهما سقط حق الآخر من الردّ دون الارش .
والظاهر ان خيار العيب وخيار

خلف وارثين ، فوجدا به عيبا لم يكن لاحدهما ردّ حصته خاصة للتشقيص (اى لانه يوجب تبعض الصفقة على البائع .
وهذا الكلام من العلامة ره يدل على انه لا يقول بان لكل واحد من الورثة خيارا فى حصته .

ونقل الشيخ هذا الكلام من العلامة اى قوله « فقد ذكر » انما يريد به ردّ ما ذكره بقوله « ويحتمل » اذ هذا الكلام خلاف « ويحتمل » كما لا يخفى (انتهى) كلام العلامة .

(وقال فى التحرير : لو ورث اثنان عن ابيهما خيار عيب ، فرضى احدهما) بالمعيب (سقط حق الآخر من الردّ) وهذا يدل على ان كل واحد من الورثة ليس له الرد فى الكل ولا فى حصته الخاصة به (دون الارش) فان ردّ البعض يوجب تبعض الصفقة ، اما اخذ الارش للبعض فلا يوجب تبعض الصفقة .

ولذا كان للمورث ان يأخذ بعض الارش ولم يحق له ان يرد بعض المبيع .

(والظاهر) من لسان الادلة (ان) حكم (خيار العيب وخيار

المجلس واحد ، كما تقدم عن الدروس فلعله رجوع عما ذكره فى خيار المجلس .

ثم انه ربما يحمل ما فى القواعد وغيرها من عدم جواز التفريق على انه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة ، بل لا بد من الفسخ ، او الاجازة فى الكل ، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ فى الكل .
و حينئذ

المجلس واحد ، كما تقدم عن الدروس) حيث قال « سواء كان الموروث خيار عيب او غيره » (فلعله) اى لعل كلام العلامة فى التحرير (رجوع عما ذكره فى خيار المجلس) لانه ذكر فى خيار المجلس ان لكل واحد خيارا مستقلا ، و ذكرهنا انه لا خيار الا لمجموعهم .

(ثم انه ربما يحمل ما فى القواعد وغيرها من عدم جواز التفريق على انه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ والاجازة) لا التبعض بان يأخذ احدهم بالخيار فى الكل ، ولا يأخذ احدهم بالخيار (بل لا بد من الفسخ او الاجازة فى الكل) .

والحاصل : ان المبيع لا يتبعض ، اما تبعض الورثة بان يجيز احدهم او يفسخ فى الكل فلا اشكال فيه (فلا دلالة فيها) اى فى عبارة القواعد وغيره ممن قال : بعدم جواز التفريق (على عدم استقلال كل منهم على الفسخ فى الكل) .

(و حينئذ) اى حين قلنا بان مراد العلامة عدم تبعض المبيع فيجوز

.....
 فان فسخ اقدمهم ، و اجاز الآخر قدّم الفسخ على الاجازة ، وينسب تقديم
 الفسخ الى كل من منع من التفريق ، بل فى الحدائق تصريح الاصحاب
 بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز .

ولازم ذلك الاتفاق على انه متى فسخ اقدمهم انفسخ فى الكل .
 و ما ابعد بين هذه الدعوى ، و بين ما فى الرياض ، من قوله : و لو
 اختلفوا - يعنى الورثة - قيل قدم الفسخ

ان يفسخ احد الورثة فى الكل و يخيّر الآخر (فان فسخ اقدمهم) فى الكل
 (و اجاز الآخر) فى الكل (قدّم الفسخ على الاجازة ، وينسب تقديم الفسخ)
 على الاجازة (الى كل من منع من التفريق ، بل فى الحدائق تصريح
 الاصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز) .

فاذا اشترى زيد كتابا بدينار و مات زيد ، وكان له ابنان فاجاز احدهما
 المعاملة و فسخها الآخر انفسخت المعاملة .

(و لازم ذلك) اى لازم تقديم الفاسخ (الاتفاق على انه متى فسخ
 اقدمهم انفسخ فى الكل) سواء كان فسخه للكل اذا قلنا بان له حقا فى
 ذلك او كان فسخه لحصة نفسه .

(و ما ابعد بين هذه الدعوى) من صاحب الحدائق (و بين ما فى
 الرياض ، من قوله : و لو اختلفوا - يعنى الورثة -) ففسخ اقدمهم و اجاز
 آخر (قيل قدم الفسخ) .

فوجه البعد بين الكلامين ان صاحب الرياض قال « قيل » مما يدل
 على جهل القائل بتقديم الفاسخ ، بينما ادعى صاحب الحدائق الاجماع

وفيه نظر .

لكن الاظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا ، و ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احد هم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين ، كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك فى باب خيار العيب : اما لو اورثا خيار العيب ، فلا اشكال فى وجوب توافقهما فان المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى ومعناه عدم نفوذ التخالف .

ولا ريب ان عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من

على تقديم الفاسخ (وفيه نظر) هذه تنتمه لكلام الرياض ، فانه لا يقول بتقديم الفاسخ .

(لكن الاظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا ، و) هو ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احد هم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقيين) بل اللازم ان يجتمع الكل حتى ينفسخ العقد (كما يدل عليه) اى على ان مراد العلامة لزوم اجتماعهم على الفسخ (قوله فيما بعد ذلك فى باب خيار العيب : اما لو اورثا خيار العيب ، فلا اشكال فى وجوب توافقهما) هذه هى عبارة القواعد (فان المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى) اى يشترط فى نفوذ الفسخ ان يتوافقا فى الفسخ ، وليس المراد بـ (وجوب توافقهما) الوجوب الشرعى التكليفى ، فانه لا وجوب شرعى للمقام (ومعناه عدم نفوذ التخالف) اى اذا تخالف الوارثان فاجاز احدهما وفسخ الآخر لم ينفذ عملهما .

(ولا ريب ان عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الاجازة من

.....
 احدهما مع فسخ صاحبه ، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته
 لفسخ صاحبه و هو المطلوب .

واصرح منه ماتقدم من عبارة التحرير ، ثم التذكرة .
 نعم ماتقدم من قوله فى الزوجة غير ذات الولد : اقربه ذلك ان
 اشترى بخيار ليرث من الثمن قيد دل على ان فسخ الزوجة فقط كاف فى
 استرجاع تمام الثمن ليرث منه .

احدهما مع فسخ صاحبه) .

اذا الاجازة معناها بقاء العقد على ما هو عليه ، وهذا نافذ اى كائن
 فان العقد باق ما لم يفسخ (بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون
 اجازته لفسخ صاحبه) فلا ينفذ فسخ زيد من دون ان يجيز عمرو فسخه
 فيجب ان يتفقا فى الفسخ (و هو المطلوب) فان مطلوبنا ان نظرا العلامة
 انه « لا ينفذ فسخ احدهما الا اذا كان معه فسخ صاحبه ايضا » .

(و اصرح منه) اى من كلام القواعد (ماتقدم من عبارة التحرير ، ثم
 التذكرة) فانهما دلا على ان المراد عدم نفوذ فسخ احدهما الا اذا فسخ
 الآخر ايضا ، لا ان المراد ما ذكره الحدائق من ان الفاسخ مقدم على المجيز
 (نعم ماتقدم من قوله) اى قول العلامة (فى الزوجة غير ذات الولد :
 اقربه ذلك ان اشترى) الميت الارضى (بخيار ليرث من الثمن) فهذه
 العبارة من العلامة (قيد دل على) كلام الحدائق ، و (ان فسخ الزوجة
 فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن ليرث منه) وانما ليس مراد العلامة
 استرداد الزوجة بمقدار حصتها من الثمن — كالربع و الثمن — .

.....
 اذ: استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره .
 وكيف كان فمقتضى ادلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه
 الثالث الذى اخترناه ، وحاصله انه متى فسخ احدهم واجاز الآخر لغيره
 الفسخ .
 وقد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم اعمال الآخر حقه .
 ويندفع بان الحق اذا كان مشتركا لم يجز اعماله الا برضا الكل كما لو
 جعل الخيار لاجنبيين على سبيل التوافق .

(اذ: استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند
 غيره) فانك قد عرفت انه لا تبعض الصفقة على من عليه الخيار .
 (وكيف كان) مراد العلامة ومراد غيره (فمقتضى ادلة الارث ثبوت
 الخيار للورثة على الوجه الثالث) من الوجوه الاربعة (الذى اخترناه ، و
 حاصله انه متى فسخ احدهم واجاز الآخر لغيره الفسخ) لا ما ذكره الحدائق
 من انه متى ما كان ذلك تقدم الفسخ على الاجازة .
 (وقد يتوهم استلزام ذلك) الذى اخترناه (بطلان حق شخص)
 الفاسخ (لعدم اعمال الآخر) وهو المجيز (حقه) فان المجيز لم يعمل
 حقه فى الفسخ .
 (ويندفع ب) انه لاحق للفاسخ الانضمام ، لانه بطل حقه بسبب
 عدم اعمال الآخر حقه .

لوضوح (ان الحق اذا كان مشتركا لم يجز اعماله الا برضا الكل كما لو
 جعل الخيار لاجنبيين على سبيل التوافق) فانه اذا لم يفسخ احدهما لم

فرع : اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم فان كان عين الثمن موجوداً في ملك الميّت دفعوه الى المشتري ، وان لم يكن موجوداً اخرج من مال الميّت ، ولا يمنعون من ذلك وان كان على الميّت دين مستغرق للتركة ، لان

يصحّ فسخ الآخر لان التوافق كان شرطاً في الفسخ ، ولم يحصل والله سبحانه العالم .

(فرع : اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم فان كان عين الثمن) الذي اخذه من المشتري (موجوداً في ملك الميّت دفعوه الى المشتري) لان ذلك مقتضى رجوع كل عوض الى ملك صاحبه الاول من غير فرق بين ان يكون الثمن مثلياً او قيمياً ، فلا يحق لهم ان يبدلوه بغيره وان كان مثلياً ، كما لا يحق للمشتري ان يبدل المثل من بغيره وان كان مثلياً . فحال الورثة حال مورثهم في وجوب ارجاع نفس الثمن (وان لم يكن) الثمن (موجوداً) بان كان تالفاً او في حكم التالف ، كما اذا غصبه غاصب اوضاع او القى في البحر (اخرج) الثمن مثله او قيمته (من مال الميّت ، ولا يمنعون من ذلك) اي من اخراج الثمن من مال الميّت (وان كان على الميّت دين مستغرق للتركة) (ان) وصلياً كما اذا باع الميّت داره بالف ، وكان له الآن الف دينار ، وكان عليه دين الف دينار ، فان الورثة يسترجعون الدار ويعطون الالف الموجود لمشتري الدار ، وتكون الدار للديان .

وانما كان لهم الفسخ وان كان على الميّت دين مستغرق (لان

المجور، له الفسخ بخياره .

و فى اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه ، وجهان .

و لو كان مصلحتهم فى الفسخ

المجور) اى الممنوع عن التصرف فى ماله (له الفسخ بخياره) فان
المجور يمنع عن التصرف فى امواله ، لافى حقوقه و ان كانت تلك الحقوق
مرتبطة بالمال مثلا ، والورثة ليسوا باكثر من المجور ، فهم لا يتمكنون من
التصرف فى مال الميت ، اما التصرف فى حقهم فى الخيار فلهم ذلك .

(و فى اشتراط ذلك) اى الفسخ من الورثة (بمصلحة الديان) كما
اذا كانت الدار تسوى الفا واكثر - فى المثال - (وعدمه) كما اذا كانت
الدار تسوى باقل من الف حيث ان فى الفسخ ضرر الديان (وجهان) .
من ان الفسخ حق لهم فلهم الاخذ به و ان كان فى ذلك ضرر
الديان ، كما اذا كان فى الفسخ ضرر المشتري .

مثلا : تسوى الدار حال الفسخ بالفين ، فان فسخهم يوجب ضرر
الف على المشتري .

و من ان تركة الميت صارت متعلق حق الديان ، فليس لهم ان يتصرفوا
فيها بما يوجب ضرراً لهم ، لدليل : لاضرر ، ودليل : لا يتوى حق امرء مسلم
لكن الظاهر تقدم حق الورثة لانه مقدم رتبة على حق الديان .

(و لو كان مصلحتهم) اى مصلحة الديان (فى الفسخ) كما اذا باع
الميت داره بالف ، و الآن تسوى بالفين ، فان الفسخ يوجب ان يملك
الديان الدار التى تسوى بالفين عوض (الف التركة) .

.....

لم يجبروا الورثة عليه لانه حق لهم ، فلا يجبرون على اعماله .

و لو لم يكن للميت مال ، ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر
الحصص وجهان .

من انه ليس لهم الاحق الفسخ كالاجنبى المجهول له الخيار او

فعليه (لم يجبروا الورثة عليه) اى على الفسخ (لانه حق لهم ، فلا

يجبرون على اعماله) و الاصل عدم الجبر .

نعم الافضل لهم الفسخ لانقاذ الميت من الدين .

(و لو) باع الميت الشئ بخيار و اخذ الثمن و اتلفه ، و (لم يكن للميت

مال) فى الحال الحاضر ، فاخذ الورثة بالخيار و فسخوا العقد (ففى

وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص) كالولد الذى يرث ثلثين يدفع

ثلثى الثمن ، والبنت التى ترث ثلثا تدفع ثلث الثمن ، وهكذا بالنسبة الى

سائر الورثة .

او عدم وجوب شئ عليهم و انما هم يفسخون لحقهم فى الفسخ فتصبح

الدار ملكا للميت فاذا كان للميت دين — و منه دين المشتري الذى

يطلب منه الثمن — كانت الدار موزعة على الديان بالحصص (وجهان)

اما وجه انهم ليس عليهم ان يعطوا الثمن من مالهم فهو ما ذكره

بقوله : (من انه ليس لهم الاحق الفسخ كالاجنبى المجهول له الخيار)

فكما انه اذا جعل الخيار للاجنبى ، له ان يفسخ و ليس عليه ان يعطى

الثمن فيما اذا لم يكن للميت او الحي البائع مال ، فكذلك الورثة ليس لهم

اعطاء مال من كيسهم (او

.....
 الوكيل المستتاب في الفسخ والامضاء و انحلال العقد المستلزم لدخول
 المبيع في ملك الميِّت يوفى عنه ديونه ، وخروج الثمن من ملكه في المعيّن
 واشتغال ذمته ببده في الثمن الكلى فلا يكون مال الورثة عوضا عن
 المبيع ، الاعلى وجه كونه وفاء لدين الميِّت .

الوكيل المستتاب في الفسخ والامضاء) فانه اذا كان الخيار لنفس البائع
 و افلس من كل مال فانه يصح له ان يوكل انسانا في ان يمضى البيع عنه
 او يفسخ ، فاذا فسخ الوكيل لم يكن على الوكيل شئ ، وان لم يكن للموكل
 شئ ببده له عوض الثمن (و) الاحق (انحلال العقد المستلزم) ذ لك
 الانحلال (لدخول المبيع) كالدار ، في المثال (في ملك الميِّت يوفى عنه)
 اى عن المبيع و « يوفى » بصيغة المجهول (ديونه ، وخروج) عطف على
 « انحلال » (الثمن من ملكه) اى ملك الميِّت (في) الثمن (المعيّن) الموجود
 (واشتغال) عطف على « خروج » (ذمته) اى الميِّت (ببده) اى ببذل
 الثمن (في الثمن الكلى) فيما اذ صرف الميِّت الثمن الشخصى وكان له مال
 او لم يكن له مال ، فانه يصبح الثمن حينئذ كليا في ذمته .

و انما يصبح كليا ، لقابلية انطباقه على كل مثل او كل قيمة قيمة
 وعلى هذا : (فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع) اذ علاقة بين
 مالهم و بين المبيع ، كمالات علاقة بين مال الاجنبى المجعول له الخيار ، و
 بين المبيع (الاعلى وجه كونه) اى كون مال الورثة (وفاء لدين الميِّت)
 اى ليس عوضا بان اذا شاءوا فوادين الميِّت من مالهم بدون اجبار .

و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم ، بل يجوز للغير اداء ذلك الدين بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء وهذا غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع .
ومن انهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن او بدله وتملك المبيع

(و حينئذ) اى حين لم يكن مال الورثة عوضا بل اذا اشاءوا كان وفاء (فلا اختصاص له) اى للوفاء (بالورثة) فان الوفاء امر تبرعى (على حسب سهامهم) كما تقدم احتماله (بل يجوز للغير) الاجنبى عن الميت (اداء ذلك الدين) الذى على الميت (بل) لو لم يكن للميت غرماء كان للمشتري ان يتقاضى حقه من نفس الدار ، سواء كانت اكثر من حقه ، او اقل ، او مساوية لحقه ، و (لو كان للميت غرماء) آخرون (ضرب المشتري مع الغرماء) فى نفس هذه الدار بالحصص (وهذا) اى حق المشتري فى الدار سواء كان معه غرماء آخرون ، ام لا (غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع) اذ لم تشتغل ذمة الورثة بشئ .
وانما لم يرثوا من الدار لوجود حق على الميت فى تركته مما منع ذلك الحق الورثة من الارث ، هذا كله وجه عدم ضمان الورثة للثمن .
اما وجه ضمانهم للثمن فهو ما ذكره بقوله : (و من انهم قائمون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن ، او بدله) « برد » متعلق ب « الفسخ » اى انهم كالميت فى انه لاحق له فى الفسخ الا بان يرد الثمن اذا كان الثمن موجودا ، و رد بدله مثلا او قيمة اذا كان الثمن تالفا (و تملك المبيع) (و تملك » عطف على « الفسخ » .

فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائلون مقام الميّت اشتغلت ذممهم بثلثه من حيث انهم كنفس الميّت كما ان معنى ارثهم لحق الشفعة استحقاقهم لملك الحصة بثلث من مالهم ، لا من مال الميّت ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وان لم يوافقه الباقي وفسخ ففى انتقال المبيع الى الكل او الى الفاسخ ، وجهان .

فكما ان الميّت لا يحق له الفسخ بدون ردّ الثمن اذ معنى الفسخ اعطاء ما عنده و اخذ ما عند طرفه ، كذلك الورثة لان خيارهم غير خيار الميّت ، فلا يتمكنون من الفسخ بدون رد الثمن (فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائلون مقام الميّت) فاللزام ان نقول ايضا : (اشتغلت ذممهم بثلثه من حيث انهم كنفس الميّت) .

وهناك فرق بين الاجنبى الذى له الخيار وبينهم ، فان الاجنبى ليس قائما مقام احد الطرفين و لذا يكون للاجنبى الخيار وليس للطرف الجاعل له الخيار خيار ، بخلاف الورثة فانهم انما ورثوا خيار الميّت بالذات (كما ان معنى ارثهم) اى الورثة (لحق الشفعة استحقاقهم لملك الحصة بثلث من مالهم ، لا من مال الميّت) لان المال يدخل فى كيسهم ، فاللزام ان يدفعوا بدله ، والميّت لاعلاقة له بالشفعة الا بانه ورثها .

(ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وان لم يوافقه الباقي وفسخ) ففى الكل (ففى انتقال) كل (المبيع الى الكل) اى كل الورثة من فسخ و من لم يفسخ (او الى الفاسخ) وحده (وجهان) .

مما ذكرنا من مقتضى الفسخ .

و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميّت .

والاظهر فى الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي او الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه ، فهو كنفس الميّت ، لانائب عنه فى الفسخ .

(مما ذكرنا من مقتضى الفسخ) بان الفسخ يوجب اعطاء الفاسخ للبدل فاذا خرج الثمن كله من كيس الفاسخ دخل الثمن كله فى كيس الفاسخ ولا علاقة لسائر الورثة بذلك .

(و) من (ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة) عن الميّت (و القيام مقام الميّت) فيكون فسخه كفسخ الميّت ، وكما انه اذا فسخ الميّت كان المال للميّت فيرثه كل ورثته ، كذلك اذا فسخ احدهم رجع المال ، وكأنه للميّت فيرثه كل الورثة .

(و الاظهر فى الفرعين) فرع ذكره بقوله « و لو لم يكن للميّت مال » و فرع ذكره بقوله « ثم لو قلنا بجواز الفسخ » (هو كون ولاية الوارث على الفسخ) لا كولاية الولي او الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير) ليس هكذا (بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه) فالوارث يعمل حق نفسه بينما الولي و الوكيل يعمل حق غيره (فهو) اى الوارث (كنفس الميّت) فكما ان للميّت ولاية لنفسه ، كذلك للوارث ولاية لنفسه (لانائب عنه فى الفسخ) فاذا ابطالوا العقد دفعوا الثمن من كيسهم و دخلت امدار المستردة الى كيسهم .

.....
 و من هنا جرت السيرة بان ورثة البائع يبيع خيار ردّ الثمن يردون
 مثل الثمن من اموالهم ، ويستردون المبيع لانفسهم من دون ان يلزموا
 باداء الديون منه بعد الاخراج .
 و المسئلة تحتاج الى تنقيح زائد .

و كذلك اذا فسخ احدهم دخل كل الدار في كيسه و خرج كل الثمن
 من كيسه .

(و من هنا جرت السيرة) بين المتشّعة (بان ورثة البائع يبيع
 خيار ردّ الثمن) اي اذا كان خيار شرط بان يرد البائع الثمن و يسترد
 المثلث (يردون مثل الثمن من اموالهم ، و يستردون المبيع لانفسهم) .
 و هذه السيرة كاشفة عن ارتكاز المتشّعة بان الوارث كالميت نفسه ، لا
 انه كالوكيل والولي (من دون ان يلزموا باداء الديون منه) اي من المال
 المستردّ (بعد الاخراج) اي اخراج الثمن منه ، او المراد بعد اخراج
 المثلث الى انفسهم .

(و المسئلة) بعد (تحتاج الى تنقيح زائد) والله العالم بحقائق

الاحكام .

مسئلة

لو كان الخيار لاجنبى و مات ، ففى انتقاله الى وارثه كفاى التحرير
او الى المتعاقدين او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين .
و ربما يظهر من القواعد وجوه .

(مسألة : لو كان الخيار لاجنبى) بان جعل المتبايعان له خيار
الفسخ (و مات) ذلك الاجنبى (ففى انتقاله الى وارثه) و لو كانت زوجة
و كان مافيه الخيار الارض (كفاى التحرير ، او الى المتعاقدين) بمعنى
من جعل منهما الخيار له .

فان شرط البائع الخيار للاجنبى كان الخيار للبائع .
و ان شرطه المشتري للاجنبى كان الخيار للمشتري .
و ان شرطاه معا للاجنبى فلهما الخيار (او سقوطه كما اختاره غير
واحد من المعاصرين) .

(و ربما يظهر) السقوط ايضا (من القواعد وجوه) .
و لكن هذه الاحتمالات انما هى فيما اذا لم يجعل الخيار خاصا به
و الافلاشكال فى سقوطه ، اذ ينتفى الخيار بانتفاء موضوعه فليس ذلك
اولى من ما اذا جعل الخيار خاصا باحد المتعاقدين ، بحيث جعل
منحصرا له ، فانه لا اشكال فى سقوطه بموته ، حيث انه لا اقتضاء للخيار
اكثر من نفس المجمعول له .

.....

من انه حق تركه الميِّت ، فلو ارثه .

و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لانه بمنزلة الوكيل

الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره الى موكله دون وارثه .

و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبى ، فلايدخل

فى ماتركه .

(من انه حق تركه الميِّت ، ف) يكون (لو ارثه) من بعده ، و هذاوجه

القول الاول .

(و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين) فاذا مات المَجْعول

له انتقل الى الجاعل (لانه بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال

خياره) اذا مات (الى موكله دون وارثه) فاذا وكل زيد عمروا فى اشتراء دار

له بشرط ، فاشترى ثم مات عمرو ، انتقل خياره الى زيد الموكل له ، لاالى

وارث عمرو ، اذا الخيار جاء من قبل الموكل ، فاذا مات الوكيل رجع الى

الموكل ، وهذاوجه القول الثانى .

(و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبى) نفسى

الخيار (فلايدخل) الخيار (فى) عموم (ماتركه) الميِّت فلو ارثه ، فاذا مات

انقطع الخيار .

اما اذا كان ظاهر الجعل ذلك فلووضح انهما جعلالاخيارله خاصة

بشرط ان يكون هو الآخذ به ، فلايسرى الخيار الى غيره .

واما اذا كان محتمل الجعل ذلك ، فلانه اذا كان الجعل خاصا و

لو احتمالا ، لم يعلم الجعل الاوسع ، فالاصل الاقتصار على القدر المتيقن

.....
 وهذا لا يخلو عن قوة ، لاجل الشك فى مدخلية نفس الاجنبى .
 وفى القواعد : لوجعل الخيار لعبدا احدهما ، فالخيار لمولاه ولعله
 لعدم نفوذ فسخه ، ولا اجازته بدون رضا مولاه ، واذا امره باحدهما اجبر
 شرعا عليه ، فلو امتنع فللمولى فعله عنه ، فيرجع الخيار بالأخرة له .

(وهذا) القول الاخير وهو سقوطه بموت المجعول له (لا يخلو عن
 قوة ، لاجل الشك فى مدخلية نفس الاجنبى) فلا يكون الخيار مما تركه
 الميّت ، حتى يكون لو ارثه ، ولا انه كالوكيل حتى يرجع الى المتعاقدين
 اذ لوجعل الخيار لانسان ، لم يكن للجاعل الخيار ، لانه خلاف الاصل ،
 حتى انه اذا اراد اعمال الخيار فى حياة الاجنبى لم يتمكن ، فلا وجه
 لانتقاله الى الجاعل بعد موته .

و مثل موت الاجنبى جنونه او ما اشبه مما لا يتمكن معه من اعمال الخيار
 (و) قال (فى القواعد : لوجعل الخيار لعبدا احدهما ، فالخيار
 لمولاه ، ولعله) اى لعل كون الخيار للمولى مع انه مجعول للعبد (لعدم
 نفوذ فسخه ، ولا اجازته بدون رضا مولاه) لان الفسخ والاجازة شئ ، وقد
 قال الله تعالى : عَبْدٌ مَّوْلُوكٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ، وفى الحديث « افشئ
 الطلاق ؟ » يعنى ان ما كان شيئا لا يملكه العبد ، ومن المعلوم ان الخيار
 شئ (واذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه) لوجوب اطاعة المولى على
 العبد (فلو امتنع) العبد مما امره المولى به (فللمولى فعله عنه) لانه لولى
 له (فيرجع الخيار بالأخرة له) اى للمولى ، انتهى كلام العلامة .

لكن هذا يقتضى ان يكون عبدا لاجنبى كذ لك مع انه قال لو كان
العبدا لاجنبى لم يملك مولاه ، ولا يتوقف على رضا ، اذا لم يمنع حقا
للمولى .

فيظهر من ذ لك فساد الوجه المذكور نقضا وحلا .

(لكن هذا) الذى ذكره العلامة فى العبد (يقتضى ان يكون عبدا
الاجنبى كذ لك) فلمولاه جبره ، واذا امتنع كان لمولاه ان ينفذ الخيار
فسخا او امضاء ، لان العلة فى عبدا احدا المتعاقدين موجود فى عبدا
الاجنبى ايضا (مع انه) اى العلامة لا يقول بذ لك فى عبدا لاجنبى .

فانه (قال لو كان العبد لاجنبى لم يملك مولاه) الفسخ والامضاء (و
لا يتوقف) خيار العبد (على رضا) اى رضا المولى (اذا لم يمنع) خياره
(حقا للمولى) والا فان منع حقا له توقف على رضا ، كما اذا جعل المتعاقدان
الخيار للعبد بان يأتى الى المكان الفلانى ويختار ، فان ذ هاب
العبد الى ذ لك المكان يمنع حق المولى .

(فيظهر من ذ لك) الكلام الذى ذكره العلامة فى عبدا لاجنبى (فساد
الوجه المذكور) فى باب خيار عبدا احدهما و ان مولاه يرجع الخيار اليه
بالأخرة (نقضا وحلا) .

اما النقض : فلانه كما لا يرجع خيار عبدا لاجنبى الى ذ لك الاجنبى
فكذ لك لا يرجع خيار عبدا احدهما الى احدهما .

واما الحل : فلان الخيار جعل للعبد حسب الفرض فلما د خلية

للمولى فيه .

فافهم .

نعم اذا كان اعمال العبد للخيار مزاحما لحق المولى كان للمولى
منعه و ليس معنى ذلك ارجاع الخيار الى المولى (فافهم) .
فان العلامة لم يذكر فى خيار عبد احد هما ان الخيار يكون للمولى
بل قال بانه اذا امره المولى او نهاه كان له ذلك .
نعم يبقى الاشكال فى انه اذا امتنع العبد كان للمولى فعله عنه ،
لان المولى ليس نائبا عن العبد ووكيلا عنه ، فكيف يمكن ان يأخذ
بالخيار نيابة عن العبد .

مسئلة

و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار ، وقد مربيان
ذلك فى مسقطات الخيار ، والمقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار
والتزام العقد بالتصرف فيكون التصرف اجازة فعليه ، كذلك يحصل
الفسخ بالتصرف فيكون فسخا فعليا .
وقد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالا جازة قد يكون بالقول ، وقد يكون
بالفعل .

(مسألة : و من احكام الخيار سقوطه) اى سقوط الخيار (بالتصرف)
من ذى الخيار (بعد العلم بالخيار ، وقد مربيان ذلك فى مسقطات
الخيار ، والمقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار والتزام العقد
بالتصرف) فى ما يكون فيه الخيار (فيكون التصرف اجازة فعليه) كما يصح
اسقاط الخيار بالا جازة القولية ، كان يقول : التزمت بالبيع واسقطت
الخيار (كذلك يحصل الفسخ بالتصرف) فى ما انتقل عنه (فيكون فسخا
فعليا) فاذا باع زيد داره من عمرو بالف بخيار ، فان تصرف البائع فى
التمن كان اسقاطا للفسخ ، وان تصرف فى الدار كان تصرفه فسخا فعليا
فترجع الدار اليه ويعود الثمن الى المشتري .
(وقد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالا جازة قد يكون بالقول ، وقد
يكون بالفعل) .

والظاهر ان الاشارة والكتابة تقوم مقام الفعل ، لا مقام القول .

وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادریس وجماعة من المتأخرين عنهم ، كالعلامة وغيره قدس الله اسرارهم ، ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخا ، وان وقع فيما انتقل اليه كان اجازة .
وقد عرفت فى مسألة الاسقاط ان ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا .

وقد دل عليه الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان المعلة للسقوط

وقولهم لا اعتبار بالكتابة انما يراد به فى مقام الاثبات ، لا فى مقام الثبوت ، اما النية المجردة فلا اعتبار بها .

(وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادریس وجماعة من المتأخرين عنهم ، كالعلامة وغيره قدس الله اسرارهم ، ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه) اى عن صاحب الخيار (كان فسخا) لانه فعل الفسخ كما ان قوله : فسخت ، هو الفسخ (وان وقع) التصرف (فيما انتقل اليه كان اجازة) لما سبق من ان التصرف دليل الرضا .

(وقد عرفت فى مسألة الاسقاط) اى اسقاط الخيار (ان ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا) بالعقد ، فليس كل تصرف مسقطا فانه ربما يتصرف لان الطرف اباح له التصرف فى ماله ، فليس التصرف مسقطا ، الا اذا اقترن بالرضا الفعلى بالعقد ، والحاصل ان الرضا علة وليس بحكمة .

(وقد دل عليه) اى على ان التصرف المؤذن بالرضا مسقط (الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان المعلة للسقوط) اى سقوط الخيار

.....

بان التصرف رضا بالعقد ، فلا خيار .

و كذا النبوى المتقدم .

و مقتضى ذلك منهم ان التصرف فيما انتقل عنه انما يكون فسخا اذا

كان مؤذنا بالفسخ ، وليكون فسخا فعليا .

واما ما لا يدل على ارادة الفسخ ، فلا وجه لانفساخ العقد به وان قلنا

بحصول الاجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار

بالتصرف تعبدًا

(بان التصرف رضا بالعقد؛ فلا خيار) بعد الرضا لانه اسقط بنفسه خيار نفسه

(و كذا النبوى المتقدم) فى مسقطات خيار الحيوان ، وهو ما رواه

جعفر عليه السلام عن ابيه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله و

سلم : فى رجل اشترى عبداً بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد فى الشرط قال

صلى الله عليه وآله وسلم : يستحلف بالله تعالى ما رضىه ، ثم هو برئ من

الضمان فان المراد بالرضا الالتزام بالعقد - كما تقدم - .

(و مقتضى ذلك) اى ان التصرف دال على الرضا (منهم) اى من الفقهاء

(ان التصرف فيما انتقل عنه انما يكون فسخا اذا كان) التصرف (مؤذنا) و

مشعرا (بالفسخ وليكون) التصرف (فسخا فعليا) لانه فعل يقترب بقصد الفسخ .

(و اما ما لا يدل على ارادة الفسخ ، فلا وجه لانفساخ العقد به) اى

بذلك التصرف (وان قلنا بحصول الاجازة به) اى بالتصرف الخالى عن

القصد فى ما انتقل اليه (بناء على حمل الصحيحة) المعلة لسقوط الخيار

بان التصرف رضا (المتقدمة) الدالة (على سقوط الخيار بالتصرف تعبدًا

.....
 شرعياً من غير ان يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، كما
 تقدم نقله عن بعض، الا ان يدعى الاجماع على اتحاد ما يحصل به
 الاجازة و الفسخ، فكلما يكون اجازة لوورد على ما فى يده، يكون فسخاً
 اذا ورد منه على ما فى يد صاحبه.

و هذا الاتفاق وان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما عرفت
 كلما تم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف — يدل على اعتبار الدلالة على

شرعياً من غير ان يكون فيه) اى فى التصرف فيما انتقل اليه (دلالة عرفية
 نوعية على الرضا بلزوم العقد، كما تقدم نقله) اى نقل هذا القول، وهو
 ان التصرف فيما انتقل اليه مسقط، وان لم يدل على الرضا الفعلى (عن
 بعض الفقهاء).

والحاصل: ان التصرف الخالى عن الرضا فى المنتقل عنه لا يفسخ
 اما التصرف الخالى عن الرضا فى المنتقل اليه فهو امضاء، فالرضا
 فى ما انتقل اليه حكمة، وفيما انتقل عنه علة (الا ان يدعى الاجماع على
 اتحاد ما يحصل به الاجازة و الفسخ) من التصرف (فكلما يكون اجازة لو
 ورد على ما فى يده) اى المنتقل اليه (يكون فسخاً اذا ورد منه) اى ممن له
 الخيار (على ما فى يد صاحبه) اى المنتقل عنه فلا فرق فى التصرف بين
 الماضى فيما انتقل اليه، وبين الفاسخ فيما انتقل عنه، بل اللازم اما
 لزوم اقتران كليهما بالقصد او عدم اقتران كليهما بالقصد.

(و هذا الاتفاق وان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما
 عرفت كلما تم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف — يدل) كلامهم (على
 اعتبار الدلالة) اى بكون التصرف دالا (على

.....
الرضا فى التصرف المسقط فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ
فى التصرف الفاسخ .

و يدل عليه كثير من كلماتهم فى هذا المقام ايضا .
قال فى التذكرة اما العرض على البيع والاذن فيه والتوكيل

الرضا فى التصرف المسقط) فالتصرف الخالى عن الرضا فى المنتقل اليه
لا يكون امضاء (فيلزمهم بالمقابلة) لاتحاد الفاسخ و المضى (اعتبارا لدلالة
على الفسخ فى التصرف الفاسخ) فاذا لم يقصد الفسخ ذو الخيار عند
تصرفه فى المنتقل عنه ، لم يكن تصرفه فاسخا .

(و يدل عليه) اى على اشتراط قصد الفسخ حتى يكون التصرف فاسخا
(كثير من كلماتهم فى هذا المقام) اى مقام التصرف فى ما انتقل عنه (ايضا)
و الحاصل ان اللازم ان يكون التصرف فيما انتقل عنه بقصد الفسخ
و الا لم يكن فاسخا .

و بناء الفقهاء على ذلك اولالانهم ذكروا فى باب التصرف المضى
لزوم دلالته على الرضا بضميمة الاجماع على اتحاد باب الامضاء ، وباب
الفسخ من هذه الجهة ، فمقالوه فى باب الاجازة يأتى فى باب الفسخ .
و ثانيا : لانهم ذكروا فى باب الفسخ ايضا ان التصرف يلزم ان يكون
ذالا على الفسخ .

و اليك جملة من كلماتهم فى هذا الباب :

(قال فى التذكرة اما العرض) اى عرض المنتقل عنه (على البيع و
الاذن فيه) بان يأذن البائع انسانا ببيع ما انتقل عنه (والتوكيل) لبيعه

والرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه والهبة غير المقبوضة فالاقرب
انها من البائع فسخ ، ومن المشتري اجازة لدلائها على طلب المبيع ، و
استيفائه وهذا هو الاقوى .
ونحوها جامع المقاصد

(والرهن غير المقبوض) بان يرهن البائع المثلثن ولم يقبضه المرتهن
(بناء على اشتراطه) اى القبض (فيه) اى فى الرهن فلا يلزم الرهن بدون
الاقباض (والهبة غير المقبوضة) بان باع شيئاً ثم وهبه ولم يقبضه .
وانما ذكر عدم القبض ، لانه يريد بيان اقسام المتصرفات غير الناقلة
فحال الرهن والهبة — مع عدم قبضهما — حال العرض على البيع و
الاذن فيه والتوكيل له (فالاقرب انها من البائع فسخ) اذا وقع على ما
انتقل عنه — فى زمن خيار البائع — (ومن المشتري اجازة) اذا وقع فى
زمن خيار المشتري ، ومعنى كونها اجازة ، اى امضاء فيسقط بذلك
خياره (لدلائها) اى دلالة هذه الامور من البائع (على طلب المبيع)
وانه ابطال البيع (و) لدلائها من المشتري على (استيفائه) اى استيفاء
المشتري للمثلثن وانه اسقط خياره (وهذا هو الاقوى) هذا من تتممة
كلام العلامة اى ان هذا اقرب الى الذهن والاقوى فتوى .
(ونحوها) اى نحو هذه العبارة عبارة (جامع المقاصد) فان قوله
(لدلائها . . . الخ) ظاهر فى ان العلامة يشترط فى التصرف
الفاسخ ان يكون دال على قصد الفسخ .
فان معنى قوله (طلب المبيع) هو عبارة اخرى عن قصد الفسخ فاذا

ثم انك قد عرفت الاشكال فى كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة فى طريق الردّ ، و نحوه معالم يدل على الالتزام اصلا، لكن الامر هنا سهل ، بناءً على ان ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لايحوز شرعا الامن المالك او باذنه دلّ ذلك - بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا - على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف

تحقق ذلك و انه يشترط ان يكون التصرف الفاسخ فى المنتقل عنه تصرفا بقصد الفسخ ، ننتقل الى الكلام فى انه هل كل تصرف بقصد الفسخ يكفى او اللازم ان يكون تصرفا معتدأ به .

فنقول : (ثم انك قد عرفت الاشكال فى كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة) (للتصرفات) متعلق بـ « امثلتهم » كركوب الدابة فى طريق الردّ) فيما اذا اشترى دابة ثم اراد ردّها فركبها فى الطريق ، فانهم ذكروا ان هذا الركوب يوجب امضاء العقد واسقاط الخيار ، لانه تصرف (و نحوه) كقول المشتري للجارية : ناولينى الثوب او اغلقى الباب او اسقيني الماء (معالم يدل على الالتزام) اى التزام المشتري بالبيع و اسقاط خياره (اصلا ، لكن لا مرهنا) اى فى باب التصرف فى المنتقل عنه الموجب للفسخ (اسهل ، بناءً على ان ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه) فيما اذا كان له خيار الفسخ (تصرفا لايحوز شرعا الامن المالك او باذنه دلّ ذلك) (التصرف) - بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا - اى صحيحا شرعيا (على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف) اذ لولا ارادة الانفساخ كان تصرفه باطلا ، و ذلك خلاف ما دلّ على حمل فعل

قال فى التذكرة لوقبل الجارية بشهوة او باشرفيما دون الفرج او لمس بشهوة ، فالوجه عندنا انه يكون فسحا ، لان الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختار الامساك لكان مقدما على المعصية ، انتهى .
ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمن تردّد فى الفسخ و الاجازة .

المسلم على الصحيح ، فقد قال عليه السلام « ضع امراخيك على احسنه » ويدل على ما ذكرناه ما (قال فى التذكرة لوقبل الجارية) التمسى باعها وكان له خيار فيها (بشهوة) او بلا شهوة ايضا لانه لا يجوز تقبيل جارية الناس اللهم الا ان يريد القبلة من الحاجز فانها لا تحرم ذالم تكن بشهوة بقرينه ان التمس بلا شهوة ايضا كذا فتأمل (او باشرفيما دون الفرج) لان الوطى فسخ قطعاً (او لمس بشهوة فالوجه عندنا انه يكون فسحا لان الاسلام يصون صاحبه عن القبيح) فكونه مسلماً دليل على انه لا يفعل القبيح ، ففعله ليس بقبيح ، ولا يتحقق ذلك الا باختيار الفسخ او السهو والنسيان ، لكن اصابة عدم السهو والنسيان يوجب حمل فعله على الفسخ (فلو) كان قد فعل ذلك فى حال انه (لم يختار الامساك) اى امساك الجارية المبيعة بارادة ردّها ، وكذا امساك الجارية المشتراة بارادة امضاء العقد (لكان مقدما على المعصية) والاصل عدمه (انتهى) .

(ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم) اى عدم كون هذه الامور فسحا (نظرا الى حدوث هذه الامور عمن تردّد فى الفسخ و الاجازة) فيما اذا اشترى جارية ثم قبلها ، فانه لا يصادم التردّد لانها

و فى جامع المقاصد عند قول المصنف قدّس سره ، ويحصل الفسخ بوطئ البائع وبيعه وعتقه و هبته ، قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه سبيل ، و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز ، انتهى .

ثم

ملك له الآن .

و الحاصل انه لا يلزم اصل الصحة فى عمل المسلم مع الفسخ .
 لكن لا يخفى ان كلام العلامة فى القبله بالنسبة الى الجارية المبعة لقوله - انه يكون فسخا - وكلام الشافعى فى القبله بالنسبة الى الجارية المشتراة لقوله - نظرا الى حدوث - لان البائع لا يقبل الجارية التى باعها فليس كلام الشافعى مصادما لكلام العلامة ، فتأمل .
 (و فى جامع المقاصد عند قول المصنف) وهو العلامة (قدّس سره و يحصل الفسخ بوطئ البائع) للجارية التى باعها (و بيعه و عتقه و هبته ، قال) و انما يكون فسخا (لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه) اى الى الحمل على الصحيح (سبيل ، و) لوجوب (تنزيل فعله) اى فعل المسلم (على ما يجوز له فعله مع ثبوت) اى وجود و امكان (طريق الجواز) حتى لا ينسب المسلم الى انه فعل حراما (انتهى) كلام جامع المقاصد .

(ثم) ان اصل حمل فعل المسلم على الصحيح ليس اضلاعليا ، حتى لا تثبت لوازمه ، فليس مثل الاستصحاب بل من الاصل الذى بمعنى الامارة

انّ اصاله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الامارات الشرعية ، فيدل على الفسخ لامن الاصول التعبدية حتى يقال انها لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ ، لما تقرر من ان الاصول التعبدية لا تثبت الا للوازم الشرعية ، لمجاريها .

مما ثبت لازمه ، مثل اصاله حجية السوق واليد و نحوهما .
 فان اصل صحة عمل المسلم يوجب ان نقول ان اللحم الذى بيده و يبيعه قد ذكى تذكية شرعية ، وان المرئة التى تحته عقد عليها عقد ا صحيحا ، فلا يجوز تزويج تلك المرئة ، وهكذا بالنسبة الى كل اللوازم ، فحال الامارات حال خبر الواحد و نحوه فى حجية لوازمها .
 ف (ان اصاله حمل فعلم المسلم على الجائز) شرعا اى الصحيح (من باب الظواهر) اى مثل ظاهر القرآن و ظاهر خبر الواحد (المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة) و هو الظاهر من ادلتها .
 فحال هذه الاصاله (كغيرها من الامارات الشرعية) و الامارة اصطلاح يقال لما يقابل الاصل ، فان كانت لوازمه حجة سمي اماره ، و الاسمى اصلا ، فالاستصحاب اصل و سوق المسلمين اماره (فيدل) تصرف البائع فى المنتقل عنه مثل تقيله للجارية التى باعها (على الفسخ لامن الاصول التعبدية حتى يقال انها) اى الاصول التعبدية (لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ) (للفسخ) متعلق ب « ارادة » (لما تقرر من ان الاصول التعبدية) كالا استصحاب والبراءة والاحتياط والتخير (لا تثبت الا للوازم الشرعية لمجاريها) .

وهنا كلام مذكور في الاصول .

ثم ان مثل التصرف الذي يحرم شرعا الاعلى المالك او مأذونه
التصرف الذي لا ينفذ شرعا الامن المالك او مأذونه وان لم يحرم

فاللزام والملازم والملزوم العقلية والعرفية والعادية ، لا تثبت
بالاصول العملية ، كما قرر في الاصول .

نعم اللازم الشرعى ثابت بالاصل العملى .

فاذا استصحب الطهارة جاز له ان يصلى بتلك الطهارة المستصحبة
لان صحة الصلاة من اللوازم الشرعية للطهارة .

(و هنا كلام مذكور في الاصول) وهو الاشكال فى اثبات اصل الصحة
للوازمه ، بل الثابت به عدم تفسيقه وما اشبه .

مثلا : اذا قال لك المسلم كلاما و ترددت فى انه هل سبك او سلم
عليك ، فاصل الصحة يقول انه لم يسبك فليس بفاسق ، اما انه سلم عليك
فيجب عليك الجواب فلا ، وكذلك اذا قال كلاما شككت فى انه هل قال :
زوجتك بنتى او اغتاب انسانا مسلما ، فان اصل الصحة يقول انه لم يغتاب
انسانا ، اما اثبات انه زوجك ابنته حتى اذا قلت انت قبلت صارت بنته
زوجة لك فلا .

(ثم ان مثل التصرف الذي يحرم شرعا الاعلى المالك او مأذونه) مثل
وكيله ، هو (التصرف الذي لا ينفذ شرعا الامن المالك او مأذونه وان لم
يحرم) .

فالمراد بالتصرف الذي يوجب لفسخ ليس التصرف الدائر بين الحرام و

كالببيع والاجارة و النكاح ، فان هذه العقود وان حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرفا فى ملك الغير ، الاّ انها تدل على ارادة الانفساخ بها بضميمة اصاله عدم الفضولية كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف والاجازة و التزويج فى معنى البيع .

الفاسخ فقط ، بل الاعمّ منه و من التصرف الدائر بين التصرف المالكى و بين التصرف الفضولى :

فانه اذا باع البائع ماباعه للمشتري ، وتردّ دفى ان يكون ذلك فسخا او فضوليا قدّم كونه فسخا على كونه فضوليا (كالببيع والاجازة و النكاح ، فان هذه العقود وان حلت لغير المالك) فضولة (لعدم عدّها تصرفا فى ملك الغير) المنهى عنه شرعا (الاّ انها) اذا صدرت عن البائع بالنسبة الى المثلث (تدل على ارادة الانفساخ بها) اى بهذه العقود (بضميمة اصاله عدم الفضولية) فاذا صدر عن البائع شئ بالنسبة الى المثلث ، فان كان عملا حراما فى نفسه كقبلة الجارية المبيعة دل ذلك على الفسخ لاصالة حمل فعل المسلم على الصحيح ، وان كان عملا جائزا فى نفسه فان كان لا يصح الا من المالك كالعقود حيث قالوا ان الفضولية لا تجرى فى الايقاعات كان اصل الصحة موجبا للفسخ ، وان كان يصح من المالك هو من غير المالك فضولا - كالنكاح و البيع - كان اصل الصحة بضميمة عدم الفضولية موجبا للفسخ (كما صرح بها) اى بدلالة هذه العقود على الانفساخ (جامع المقاصد عند قول المصنف) و هو العلامة ره (و الاجازة و التزويج فى معنى البيع) فهذه الامور اذا صدرت من البائع بالنسبة

و المراد بهذا الاصل الظاهر .

فلاوجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ مع انه لو اريد به اصاله عدم قصد العقد عن الغير ، فهو حاكم على اصاله

الى المثلث دلت على الانفساخ .

(و المراد بهذا الاصل) اى اصل عدم الفضولية (الظاهر) .

اذ : الظاهر ان الانسان اذا عقد انما يعقد عن نفسه لافضوله عن غيره اذ يحتاج ذلك الى عناية زائدة .

(ف) حيث ان المراد به الظاهر (لاوجه لمعارضته باصالة عدم لفسخ) حيث توهم انه من طرف الاصل عدم الفضولية - و ذلك يقتضى الفسخ - و من طرف آخر الاصل عدم الفسخ فيتساقتان فيبقى العقد السابق على حاله .

و انما قلنا « فلا وجه » لان المراد باصالة عدم الفضولية الظاهر ، و من المعلوم ان الاصل العملى و هو اصاله عدم الفسخ لايعارض الاصل الاجتهادى و هو اصاله عدم الفضولية .

فان الظواهر تقدم على الاصول العملية كما قرر فى الاصول (مع انه لو اريد به) اى باصل عدم الفضولية الاصل العملى و هو الاستصحاب ، بان فسرناه ب (اصاله عدم قصد العقد عن الغير) لان هذا قصد زائد على قصد العقد ، فاذا شك فيه كان الاصل عدمه ، فان اصل العقد محرز ، و الشك فى الزيادة (فهو) ايضا مقدم على اصاله عدم الفسخ ، و ان كان كل منهما اصلا عملياً لان اصل عدم قصد العقد عن الغير (حاكم على اصاله

.....

عدم الفسخ .

لكن الانصاف انه لو اريد به هذا لم يثبت به ارادة العاقد للفسخ .
وكيف كان فلاشكال فى اناطة الفسخ بذلك عندهم كالا جازة بدلالة
التصرف عليه .

و يؤيده استشكالهم فى بعض افراده من حيث دلالة بالالتزام على
الالتزام بالبيع او فسخه

عدم الفسخ) لان الشك فى الفسخ ناشئ عن الشك فى القصد عن الغير
فهما من قبيل السبب والمسبب .

(لكن الانصاف انه لو اريد به) اى باصل عدم الفضولية (هذا) اى
اصل عدم قصد العقد عن الغير (لم يثبت به ارادة العاقد للفسخ) لان
لوازم الاصل العملى ليست بحجة ، بخلاف ما لو اريد به الظاهر ، فان
لوازم حجة ، اذ هو اصل اجتهادى كما عرفت .

(وكيف كان فلاشكال فى اناطة الفسخ بذلك) اى بالتصرف فى
المنتقل عنه (عندهم كالا جازة) اى اناطة الاجازة والامضاء عند تصرفه
فى المنتقل اليه (بدلالة التصرف عليه) اى على قصده الفسخ والامضاء .
(و يؤيده) اى يؤيدان مرادهم فيما اذا كان التصرف دال على قصد
الفسخ والامضاء (استشكالهم فى بعض افراده) اى بعض افراد التصرف
(من حيث) الشك فى (دلالة) اى دلالة التصرف (ب) دلالة (الالتزام)
العرفى (على الالتزام بالبيع) فى ما اذا تصرف فى المنتقل اليه (او ب
(فسخه) فى ما اذا تصرف فى المنتقل عنه يعنى بعض افراد التصرف

و من حيث امكان صدوره عن تردّد في الفسخ كما ذكره في الايضاح و
جامع المقاصد و في وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع و
الاذن فيه فسخا .

يدل على الالتزام بالبيع او بالفسخ ، وهذا القسم من التصرف يوجب
الامضاء و الفسخ ، وبعض افراد التصرف لا يدل على التزام البائع بالبيع
والفسخ .

وقد اشكل الفقهاء في هذا القسم من التصرف في كونه امضاء او فسخا
فاشكالهم يدل على انهم لا يعتبرون مجرد التصرف امضاء او فسخا ،
بل يلزم عندهم ان يكون التصرف دالا على قصد الامضاء وقصد الفسخ (و
من حيث امكان صدوره) اي صدور ذلك الفرد من التصرف (عن تردّد في
الفسخ) فالتصرف الفاسخ هو التصرف الدال بالالتزام على امضاء البيع
لا التصرف الذي لا يدل ، ولا التصرف الذي يصدر عن المتردّد في الامضاء
والفسخ (كما ذكره في الايضاح و جامع المقاصد) بان التصرف اذا كان
ممكنا صدوره عن الثالث لم يكن ذلك التصرف امضاء ولا فسخا (و كما ذكره
(في وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع و الاذن فيه) بالنسبة
الى المثلث الذي انتقل عنه (فسخا) حيث ان مجرد هذا العمل لا يدل
دلالة عرفية على الفسخ .

فتحصّل ان التصرف الدال على الامضاء بالقصد يكون امضاء ، والتصرف
الدال على الفسخ بالقصد يكون فسخا .

واما التصرف غير الدال ، والتصرف المشكوك في انه يدل اولا ، لا

.....
 و مما ذكرنا يعلم انه لو وقع التصرف فيما انتقل عنه نسيانا للبيع او
 مسامحة فى التصرف فى ملك الغير او اعتمادا على شهادة الحال بالاذن
 لم يحصل الفسخ بذلك .

يكون امضاء ولافسخا .

(و مما ذكرنا) من لزوم دلالة التصرف على القصد (يعلم انه لو وقع
 التصرف) من البائع (فيما انتقل عنه نسيانا للبيع او مسامحة فى التصرف
 فى ملك الغير) بان يتصرف هذا الانسان فى املاك الناس مسامحة
 بدون اذنه (او اعتماداً على شهادة الحال بالاذن) لانه صديق
 المشتري وقد اذن له بالفحوى فى التصرف فى كل امواله (لم يحصل
 الفسخ بذلك) اى بهذا النحو من التصرف المشكوك فى كونه عن قصد
 الفسخ اولا .

و لكن لا يخفى ان هذا انما هو فى عالم الاثبات ، اما عالم الثبوت
 فان كان قاصداً للامضاء فيما تصرف فى المنتقل اليه او للفسخ فيما تصرف
 فى المنتقل عنه ، كان الاول امضاء والثانى فسخا ، كما لا يخفى والله
 العالم .

مسئلة

هل الفسخ يحصل بنفس التصرف ، او يحصل قبله متصلا به .
و بعبارة اخرى التصرف سبب او كاشف ، فيه وجهان ، بل قولان .
من ظهور كلماتهم فى كون نفس التصرف فسحا او اجازة .
وانه فسخ فعلى فى مقابل القولى .
و ظهور اتفاقهم على ان الفسخ ، بل مطلق الانشاء لا يحصل بالنية

(مسألة : هل الفسخ يحصل بنفس التصرف) فالتصرف فاسخ فعلى
كما ان قوله « فسخت » فاسخ لفظى (او يحصل) الفسخ عند التصرف
(قبله) اى قبل التصرف فى حال كونه (متصلا به) و هو ما يسمى بالفسخ
الآتائى .

(و بعبارة اخرى التصرف سبب) للفسخ (او كاشف) عن سبب سابق
قبل التصرف (فيه وجهان ، بل قولان) .
وجه ان التصرف فاسخ ما ذكره بقوله : « (١) » (من ظهور كلماتهم فى
كون نفس التصرف فسحا) فيما لو تصرف فى المنتقل عنه (او اجازة) فيما
لو تصرف فى المنتقل اليه .

(و) « (٢) » قولهم ايضا (انه) اى التصرف (فسخ فعلى فى مقابل
الفسخ (القولى) .

(و) « (٣) » (ظهور اتفاقهم على ان الفسخ ، بل مطلق الانشاء) فسحا
كان او غير فسخ (لا يحصل بالنية

.....

بل لابد من حصوله بالقول او الفعل .

و مما عرفت من التذكرة وغيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح و من المعلوم انه لا يسان عنه الا اذا وقع الفسخ قبله و الا لوقع الجزء الاول منه محرّما .

و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسحا على كونه دالاعليه و ان لم يتحقق به .

و

بل لابد من حصوله بالقول او الفعل) .

فالنّية قبل الفعل لا تسبب الفسخ هذا كله وجه ان الفعل هو الفاسخ اما وجه ان الفسخ يحصل قبل التصرف، فهو ما ذكره بقوله : (و مما عرفت من التذكرة وغيرها من تعليل تحقق الفسخ بصيانة فعل المسلم عن القبيح) .

وجه دلالة هذا الكلام على كون الفسخ قبل الفعل ما ذكره بقوله (و من المعلوم انه لا يسان) فعلم المسلم (عنه) اى عن القبيح (الا اذا وقع الفسخ قبله) اى قبل الفعل (والا) فلو تحقق الفسخ بالفعل (لوقع الجزء الاول منه) اى من الفعل (محرّما) ولم يُصنّ فعله عن القبيح .

(و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسحا) اى القول الاول بما لا ينافى القول الثانى بحمله (على كونه) اى الفعل (دالاعليه) اى على الفسخ (و ان لم يتحقق به) اى بنفس الفعل .

(و ان قلت : ظاهر قولهم « الفعل فاسخ » فى مقابل قولهم « القول

.....
هذا المقدار يكفي في جعله مقابلا للقول .

و يؤيده ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد وسقوط الخيار وان اعتبركونه مكشوفاً عنه بالتصرف .

وقد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس ، وصرح به في التذكرة ايضا حيث ذكر ان قصد المتبايعين لاحد عوضى الصرف قبل التصرف رضا بالعقد

فاسخ) ان نفس الفعل فاسخ لظهور المقابلة في ذلك .

قلت : (هذا المقدار) اي كون الفعل دال على الفسخ (يكفي في جعله) اي في جعل الفعل (مقابلا للقول) فان الفعل سواء كان بنفسه فسخا او كاشفا عن الفسخ يكون مقابلا للقول .

(و يؤيده) اي يؤيد ان الفعل كاشف وليس بفاسخ (ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و مناط سقوط الخيار) لظهور قوله « لانه رضى » اي الرضا هو المسقط للخيار (وان اعتبر كونه) اي الرضا (مكشوفاً عنه بالتصرف) فالتصرف ليس هو بنفسه فاسخا بل هو كاشف عن الرضا الذي هو فاسخ ، فليس الفعل فاسخا .

(وقد عرفت هناك) في باب ان الرضا هو مناط سقوط الخيار (التصريح

بذلك من الدروس ، وصرح به في التذكرة ايضا) .

فان التذكرة وان لم يذكر ذلك في باب الفسخ لكن ذكره في باب الامضاء فيكفي بعد وضوح اتحاد باب الامضاء مع باب الفسخ من هذه الجهة (حيث ذكر ان قصد المتبايعين لاحد عوضى الصرف) بان اراده (قبل التصرف رضا بالعقد) فالرضا الموجب لسقوط الخيار حاصل بدون

فمقتضى المقابلة هو كون كراهة العقد باطنا، وعدم الرضا به هو
الموجب للفسخ اذا كشف عنه التصرف .

و يؤيده انهم ذكروا انه لا تحصل الاجازة بسكوت البائع ذى الخيار
على وطى المشتري معللا بان السكوت لا يدل على الرضا ، فان هذا الكلام
ظاهر فى ان العبرة بالرضا .

و صرح فى المبسوط بانه لو علم رضاء بوطى المشتري سقط خياره ،
فاقتصر فى

• التصرف

(فمقتضى المقابلة) بين الامضاء والفسخ (هو كون كراهة العقد باطنا
وعدم الرضا به هو الموجب للفسخ اذا كشف عنه) اى عن ذلك الكره
(التصرف) بان تصرف فى المنتقل عنه فانه كاشف عن كون البائع لا يريد
العقد ، والا فكيف يتصرف فى مال الناس .

(و يؤيده) اى يؤيد كون الكراهة فاسخة و الفعل كاشف عنه) انهم
ذكروا انه لا تحصل الاجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطى المشتري
فاذا باع البائع جارية و جعل لنفسه الخيار ثم وطئها المشتري و سكت
البائع لم يكن سكوته دالا على اسقاط خياره (معللا بان السكوت لا يدل
على الرضا ، فان هذا الكلام ظاهر فى ان العبرة) فى الفسخ و الامضاء
(بالرضا) لا بالفعل .

(و صرح فى المبسوط بانه لو علم رضاء) اى رضا البائع (بوطى
المشتري) للجارية التى للبائع خيار فيها (سقط خياره فاقتصر) المبسوط فى

الاجازة على مجرد الرضا .

واما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بهائىة
الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد .
و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدل عليها بفعل مقارن له .
واما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل .
اذ كلما يكفى فيه الفعل من الانشاءات

الاجازة) المسقطه للخيار (على مجرد الرضا) .

(و) ان قلت : فاذا كان مجرد الرضا والكراهة موجبا للمضاء و
الفسخ فكيف اتفقوا على ان الفسخ لا يحصل بالنية .
قلت : (اما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بها)
اي بالنية المجردة بدون الفعل الكاشف عنها ، فليس الفاسخ (نية
الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد) « لبقاء » متعلق بـ « الكراهة »
(و البناء) عطف على « الكراهة » (على كونه) اى العقد (منفسخا من
دون ان يدل عليها بفعل مقارن له) اى للبناء على الفسخ .

(و اما مع اقترانها) اى النية (بالفعل) المظهر لتلك النية ، كما لو
باع ما انتقل عنه (فلا قائل بعدم تأثيرها) اى بعدم تأثير النية (فيما
يكفى فيه الفعل) اى فيما لا يحتاج الى اللفظ ، اما ما يحتاج الى اللفظ
كالنكاح والطلاق فلا تكفى النية المقترنة بالفعل ، الا فى الاخرس و من
شابهه .

(اذ) علة لقوله « اما مع اقترانها » (كلما يكفى فيه الفعل من الانشاءات

ولا يعتبر فيه خصوص القول ، فهو من هذا القبيل ، لان الفعل لانشاء فيه فالمنشأ يحصل بارادته المتصلة بالفعل ، لا بنفس الفعل ، لعدم دلالة عليه .

نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا لان اللفظ —
ابدا —

ولا يعتبر فيه خصوص القول ، فهو من هذا القبيل) اى ان النية المقارنة للفعل تكون موجبة لتحقيق ذلك الانشاء .

والحاصل : ان هناك قول مجرد ، ونية مجردة ، ونية وقول .
وما اتفقوا على انه لا يكفى ، انما هو النية المجردة ، وكلامنا انه تكفى النية المقترنة بالفعل فليس ما ذكرناه خلاف اتفاقهم .

و يدل على ان الفاسخ ليس هو الفعل ما ذكره بقوله : (لان الفعل لانشاء فيه) اذ الانشاء امر ارادى و ايجاد الفعل ليس كذلك (فالمنشأ) — بصيغة المفعول — (يحصل بارادته) اى بارادة المنشئ (المتصلة) تلك الارادة (بالفعل ، لا بنفس الفعل ، لعدم دلالة) اى الفعل (عليه) اى على الانشاء .

ولكن ربما يقال : لافرق بين القول والفعل فكيف تقولون بحصول الانشاء بالقول ، ولا تقولون بحصوله بالفعل .

(نعم) اذا قلنا بان الفسخ يحصل بالكراهة القلبية ، والفعل كاشف (يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا) فاذا تلفظ بالفسخ لزم ان يكون اللفظ كاشفا — كالفعل — لا فاسخا (لان اللفظ — ابدا —) ودائما

مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ .
وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة ان اللازم - بناء على
القول بتضمن الوطى للفسخ - عود الملك الى الوطى مع الوطى وقبيله
فيكون حلالا .

هذا وكيف كان فالمسئلة ذات قولين ، ففي التحرير قوى جهة الوطى
الذى

(مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ) .
فاذا قلتم : ان القصد الذى هو قبل الفعل فاسخ ، فاللازم ان تقولوا
بان القصد الذى هو قبل القول فاسخ فكيف تقولون ان اللفظ فاسخ .
والحاصل : ان القول والفعل ، اما كلاهما فاسخان ، واما ان القصد
السابق عليهما فاسخ ، فلا فرق بينهما .
(وقد ذكر العلامة ما يدل على ان القصد هو الفاسخ فى باب الفعل
حيث انه ذكر (فى بعض مواضع التذكرة ان اللازم - بناء على القول
بتضمن الوطى للفسخ -) اى ان وطى البائع للجارية المبيعة فسخ لبيعها
(عود الملك الى الوطى) بسبب النية ، وقوله « عود » خبر « ان اللازم »
(مع الوطى او قبيله ، فيكون) الوطى (حلالا) والّا فاذا انتقل الملك الى
الوطى بعد الآن الاول من الوطى يقع الآن الاول من الوطى حراما ،
لانه وطى فى ما ليس بملك له .

(هذا وكيف كان فالمسئلة) اى مسئلة ان الفسخ هل يحصل بالفعل
او قبل الفعل بالنية (ذات قولين ، ففي التحرير قوى جهة الوطى الذى

يحصل به الفسخ وان الفسخ يحصل باول جزء منه ، فيكشف عن عدم الفسخ قبله وهو لازم كل من قال : بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع كما فى الشرائع .

وعن المبسوط والمهذب والجامع والحكم فى باب الهبة والخيار واحد .

يحصل به الفسخ وان الفسخ يحصل باول جزء منه) اى من الوطى (فيكشف) كلام التحرير (عن) قوله : ب (عدم الفسخ قبله) اى قبل الوطى (وهو) اى كون الوطى هو الفاسخ (لازم كل من قال : بعدم صحة عقد الواهب الذى يتحقق به الرجوع) فيما اذا وهب شيئا ، ثم باع الموهوب من انسان آخر ، فهل يصح هذا البيع ويكون ذلك رجوعا ؟ اولا يصح هذا البيع ، لانه واقع على ملك الموهوب له .

وقد ورد انه لا بيع الا فى ملك ، وانما كان ذلك لازم كل من قال ، اذ لو كان الفسخ يقع قبل الفعل كان اللازم صحة عقد الواهب ، لان الفسخ وقع قبل العقد فيصح العقد لانه كان عقدا فى ملك الواهب (كما) افتى به (فى الشرائع) .

(وعن المبسوط والمهذب والجامع) حيث افتوا بعدم صحة عقد الواهب (والحكم فى باب الهبة والخيار واحد) .

فان قلنا بان الفسخ قبل الفعل ، صح عقد الواهب وصح وطى ذى الخيار ، لانه يقع العقد والوطى فى ملك العاقد الواهب والبائع الواطى وان قلنا بان الفسخ بالفعل هو نفس الفعل كان العقد باطلا و

.....
 و توقف الشهيد في الدروس في المقامين مع حكمه بصحة رهن ذى
 الخيار .

و جزم الشهيد والمحقق الثانيان بالحلّ نظرا الى حصول الفسخ
 قبله بالقصد المقارن .

ثم انه لو قلنا : بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال

الوطى حراما ، لانه لا عقد الا فى ملك ، ولا وطى الا فى ملك ، والمفروض ان
 الواهب لم يملك الموهوب قبل العقد والوطى لم يملك الجارية التى له
 فيها الخيار قبل الوطى .

(و توقف الشهيد في الدروس في المقامين) وهما : عقد الواهب و
 وطى ذى الخيار (مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار) فيما اذا باع شيئا
 بخيار ثم رهن ذى الخيار المبيع ، مع انه لا رهن الا فى ملك .

و مقتضى فتواه بصحة الرهن ان الملك يحصل قبل الفعل ، و لازم
 ذلك ان يقول بصحة عقد الواهب ، وبصحة وطى ذى الخيار .

(و جزم الشهيد والمحقق الثانيان بالحلّ) اى حل وطى ذى الخيار
 (نظرا الى حصول الفسخ قبله) اى قبل الوطى (بالقصد المقارن) للفعل
 فيحصل الفسخ آنا ، ثم يقع الوطى ، كما ذكرنا مثل ذلك فى باب عتق
 العمودين اذا اشتراهما الانسان ، فان مقتضى « لا عتق الا فى ملك » و
 « عدم ملك العمودين » ان العمودين يدخلان فى ملك الانسان آنا
 ثم يعتقان عليه .

(ثم انه لو قلنا : بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال) وهى : الوطى

فلا اشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ ، فيترتب عليها آثارها ، فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا : بحصوله بنفس الافعال فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها .

و الرهن و البيع و ما اشبه فى ذى الخيار ، سواء كان الخيار مجعولا كبيع الامة بخيار البائع لو كان العقد جائزا كالهبة مثلا (فلا اشكال فى وقوعها) اى وقوع هذه الافعال (فى ملك الفاسخ ، فيترتب عليها) اى على هذه الافعال (آثارها) الشرعية (فيصح بيعه) اى بيع المبيع (و سائر العقود الواقعة منه) اى من ذى الخيار (على العين) التى كانت منتقلة عن البائع و الواهب ، ثم اجرى عليها البيع ثانيا او الرهن كما يصح وطيه فيكون الولد حلالا و يصح عتقه فيعتق (لمصادفتها) اى البيع و سائر العقود و كذلك العتق و الوطى (للملك) اى ملك ذى الخيار ، لانه قبل الفعل دخل فى ملكه آناء (و لو قلنا : بحصوله) اى حصول الفسخ (بنفس الافعال) المذكورة فبنفس الوطى يكون الفسخ و بنفس البيع يكون فسخ الهبة ، وهكذا (فينبغى) القول ب (عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع و العتق) و الوطى و سائر العقود (من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد) المصادفة (التى هى شرط لصحتها) فانه لا وطى الا فى ملك ، ولا بيع الا فى ملك ، ولا عتق الا فى ملك ، ولا وقف الا فى ملك ، وهكذا ، و المفروض ان الامور المذكورة لم تقع فى ملك الواطى و العاقد و الواقف و المعتق .

وقد يقرر المانع بمافى التذكرة عن بعض العامة من ان الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، كما ان التكبيرة الثانية فى الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة ولا يشرع بها فى الصلاة .
و بان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع

(وقد يقرر المانع) اى المانع عن التصرفات المذكورة اولا (بمافى التذكرة عن بعض العامة من ان الشئ الواحد) كالعقد ونحوه (لا يحصل به الفسخ والعقد) و كانه للتنافى بينهما (كما ان التكبيرة الثانية فى الصلاة بنية الشروع) فيما اذا قال تكبيرة الاحرام مرتين (يخرج بها عن الصلاة) لانها ركن ، ولا يمكن الاتيان بركنين من جنس واحد فى الصلاة ، فتكون الثانية مبطله للركن الاول (ولا يشرع بها فى الصلاة) على المشهور فلا تكون التكبيرة الثانية مبطله ، وعاقدة فى وقت واحد ، بل تكون مبطله فقط .

(و) ثانيا (بان البيع موقوف على الملك) لانه لا بيع الا فى ملك (الموقوف) ذلك الملك (على الفسخ) .

اذ لولا الفسخ لم يحصل ملك للفاسخ (المتأخر) ذلك الفسخ (عن البيع) لفرض ان البيع هو الموجب للفسخ ، فيلزم الدور ان قلنا بان البيع محقق للفسخ .

و تكون صورة الدور هكذا « البيع يتوقف على الملك » و « الملك يتوقف على الفسخ » و « الفسخ يتوقف على البيع » اذ « فالبيع يتوقف على البيع » .

.....
 و اجاب فى التذكرة عن الاول بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد
 لشئ واحد بالنسبة الى شيئين .

و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى ، وان الدور معنى
 وقال فى الايضاح : ان الفسخ يحصل باول جزء من العقد .

(و اجاب فى التذكرة عن الاول) اى ان الشئ الواحد لا يحصل به
 الفسخ والعقد (بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد لشئ واحد
 بالنسبة الى شيئين) بان يكون فسخا لعقد سابق ، وعقدا لعقد لاحق ،
 فإى دليل لعدم الصحة .

كما ان المثال بالتكبيره ايضا فيه نظر ، فالمانع من ان تكون التكبيره
 الثانية مبطله للصلاة الاولى ، وعاقدة للصلاة الثانية .

(و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع) الاشكال الثانى وهو (الدور)
 فانه ليس بالدور (التوقفى) الذى يلزم منه وجود الشئ قبل وجوده ، و
 ذلك محال (و ان الدور معنى) من قبيل توقف السقف على العمود ، وتوقف
 العمود على السقف ، فكل واحد منهما قائم بالآخر ، وهذا ليس بمحال .

و فيما نحن فيه يكون الفسخ والعقد بشئ واحد اى يتوقف البيع على
 الفسخ ، ويتوقف الفسخ على البيع وكلاهما يقعان بشئ واحد .

وعلى هذا فقول المستشكل : الملك يتوقف على الفسخ ليس تاما ،
 بل الملك والفسخ يقعان معا .

(وقال فى الايضاح : ان الفسخ يحصل باول جزء من العقد) فوقع
 الفسخ باول العقد .

.....
 و زاد فى باب الهبة قوله : فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد ، انتهى
 وقد يستدل للصحة بانه اذا وقع العقد على مال الغير ، فملكه بمجرد
 العقد كاف كمن باع مال غيره ثم ملكه .
 اقول :

(و زاد فى باب الهبة قوله : فيبقى المحل) وهو المثلث (قابلا)
 ورود (مجموع العقد) اى باقى العقد عليه ، فليس بالفسخ و العقد يقعان
 بشئ واحد ، بل بشيئين اول العقد و آخر العقد (انتهى) كلام الايضاح
 (وقد يستدل للصحة) اى لصحة ان يكون بيع ذى الخيار فسخا و
 بيعا فى آن واحد (بانه اذا وقع العقد على مال الغير ، فملكه بمجرد
 العقد كاف) فانه يبيع مال الغير ثم يملكه ، فيصح بيعه (كمن باع مال
 غيره ثم ملكه) .

مثلا : باع الابن مال ابيه ثم مات الاب ، و ملك الابن ذلك المبيع ،
 فانه يصح بيعه السابق ، بل فيما نحن فيه اولى لانه فيمن باع ثم ملك
 يكون كل الملك بعد كل العقد و فيما نحن فيه يكون بعض الملك بعد
 بعض العقد .

(اقول) ما ذكره الايضاح من انه يحصل الفسخ بجزء العقد فيبقى
 المحل قابلا لمجموع العقد ، انما يتم ان قلنا بان جزء الانشاء يكفى فى
 ما اذا كان فى ملك المنشئ .

و اما ان قلنا بانه يجب ان يكون كل الانشاء فى ملك المنشئ فلا
 يصح ما ذكره الايضاح ، اذ : كل الانشاء لم يقع فى ملك المنشئ .

.....
ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البيع والعقود على الملك، نحو قوله :
لا بيع الا فى ملك، ولا عتق الا فى ملك، هو اشتراط وقوع الانشاء فى ملك
المنشئ فلان مناص عن القول بالبطلان، لان صحة العقد حينئذ يتوقف على
تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد، لتقع فيه، فاذا فرض العقد
او جزء من اجزائه فسخا كان سببا لتمكنك العاقد مقدما عليه، لان المسبب
انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد

ف (ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البيع والعقود على الملك
نحو قوله : لا بيع الا فى ملك، ولا عتق الا فى ملك، هو) (هو) خبر (ان
المستفاد) (اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشئ) العاقد (فلان مناص
عن القول بالبطلان لان صحة العقد حينئذ) اى حين اشتراط وقوع كل
الانشاء فى ملك المنشئ (يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء
العقد، لتقع) جميع اجزاء العقد (فيه) اى فى ملك العاقد (فاذا فرض)
كل (العقد او جزء من اجزائه فسخا) لان المفروض ان العقد وقع على
ملك المشتري، فاما كل العقد فسخ، لانه ما لم يتحقق العقد لم يكن باطلا
للعقد السابق، واما جزء العقد فسخ، لانه جزء من المبطل كاول جزء من
الحدث الذى يبطل الطهارة مثلا (كان) ذلك العقد او جزء من اجزائه
(سببا لتمكنك العاقد مقدما عليه) اى على التملك (لان المسبب) الذى
هو التملك (انما يحصل بالجزء الاخير من سببه) اذ بدون تمام السبب لا
يحصل المسبب (فكلما فرض جزء من العقد) و هو الجزء الموصوف بانه

قابل للتجزئة سببا للملك ، كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء
والا لزم تقدم وجود المسبب على السبب .
والجزء الذي لا يتجزى غير موجود

(قابل للتجزئة) كالباء من قوله « بعث » (سببا للملك) اى لملك العاقد
اذ بهذه الباء مثلا يسترجع البائع ذوالخيار ما باعه (كان التملك متأخرا عن
بعض ذلك الجزء) فالتملك متأخرا عن « ب » فى « بعث » (والا) فلو لم
يتأخر التملك عن بعض ذلك الجزء (لزم تقدم وجود المسبب على السبب)
و ذلك كما يستحيل فى المقولات الحقيقية ، كذ لك يستحيل فى
المقولات الاعتبارية .

فكما يستحيل تقدم المعلول على جزء العلة بل اللازم ان تتم العلة
ثم يأتى المعلول بعدها رتبة ، كذ لك يلزم تمام سبب الملك ثم يأتى الملك
بعده .

(و) ان قلت : نجزى العقد الى اجزاء صغار فمثلا « ب » من : بعث
نجزئه الى عدة اجزاء بحيث يكون كل جزء من اجزاء « ب » لا يتجزء .
ففى اول جزء من تلك الاجزاء الصغار يبطل العقد السابق ، وفى
الجزء منه اى من « ب » بعث ، يتحقق العقد اللاحق فيكون « بعث » واقعاً
فى ملك الفاسخ و ان كان جزء من « باء بعث » وقع قبل ملك الفاسخ
و من المعلوم انه لا يلزم فى العقدان يكون لفظ « الباء » من : بعث
(« باء » كاملا ، بل يكفى ما يصدق عليه « الباء » عرفا .

قلت : (الجزء الذى لا يتجزى غير موجود) كما قرر فى الفلسفة اذ معنى

فلا يكون سببا ، مع ان غاية الامر حينئذ المقارنة بينه وبين التملك .
وقد عرفت ان الشرط بمقتضى الادلة سبب التملك على جميع اجزاء
العقد قضاء لحق الظرفية .

ذلك ان يكون فى الوجود شئ غير قابل للانقسام الخارجى ولا العلقى و
لا الوهمى .

ومن الواضح ان كل شئ مهما صورته صغيرا فهو قابل للانقسام
الوهمى ، وان سلم انه ليس بقابل للانقسام الخارجى (فلا يكون) مثل
هذا الجزء غير الموجود (سببا) لبطلان العقد السابق (مع) انه لو
فرض وجود جزء لا يتجزأ لا يفيد المستدل ، لـ (ان غاية الامر حينئذ) اى
حين وجود جزء لا يتجزأ (المقارنة بينه) اى بين ابطال العقد السابق
بهذا الجزء (وبين التملك) .

فالجزء الاول من الباء مبطل للعقد السابق وملك للمال للفاسخ
وهذا يقتضى ان يكون بعض اجزاء العقد هو الجزء الاول من الباء
مقارنا للتملك ، لان يكون التملك سابقا على العقد .

(وقد عرفت ان الشرط بمقتضى الادلة) تقدم (سبب التملك على
جميع اجزاء العقد) فانه يشترط ان يتقدم سبب الملك على كل اجزاء
العقد (قضاء لحق الظرفية) حيث قال عليه السلام « لا بيع الا فى ملك »
فقلوه « فى » معناه ان الملك يجب ان يكون سابقا على كل اجزاء
البيع ، والا لم يقع بعض البيع فى الملك ، بل تقارن بعض البيع مع
التملك .

واما دخول المسئلة فيمن باع شيئا ثم ملكه ، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا في مسئلة الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة .

الا ان يقال : ان المتوقف على الاجازة عقد الفضولى وبيعه للمالك واما بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب ، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد .

(واما) ما ذكره القائل بالصحة من (دخول المسئلة فيمن باع شيئا ثم ملكه) بل قد تقدم ان المقام اولى (فهو بعد فرض القول بصحته) لان جماعة يقولون ببطلان البيع اذا باع شيئا ثم ملكه ، لقوله عليه السلام « لا تبع ما ليس عندك » و لقوله (ع) « لا بيع الا فى ملك » (يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا) فلو باع دارا بيه ثم ورثه لزم ان يجيز الابن ما باعه اولا (بناء على ما ذكرنا في مسئلة الفضولى من توقف لزوم العقد المذكور) اى العقد الذى عقده قبل ان يملكه (على الاجازة) بان يجيزه بعد ان ملكه ، والحال ان القائل بالصحة هنا لا يقول بالاحتياج الى الاجازة بعد تمام العقد .

(الا ان يقال) ان العقد هناك يحتاج الى الاجازة اما هنا فلا يحتاج الى الاجازة (ان المتوقف على الاجازة عقد الفضولى وبيعه للمالك) فلو باع الابن للاب ثم ورثه احتاج الى ان يجيز البيع الذى وقع منه اولا فضولة .

(واما بيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد)

.....
 لكن هذا على تقدير القول به والاعراض عما تقدم فى عقد الفضولى
 لا يجرى فى مثل العتق غير القابل للفضولى ،
 وان قلنا : ان المستفاد من تلك الادلة

فلو باع الابن مال ابيه لنفسه ثم مات الاب وورث الابن المال لم
 يحتاج الى اجازة ما باعه ، ومانحن فيه من هذا القبيل ، لان ذا الخيار
 يبيع مافيه الخيار لنفسه فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد .

(لكن هذا) اى كون مانحن فيه من قبيل بيع الغاصب لنفسه (على
 تقدير القول به والاعراض عما تقدم فى عقد الفضولى) من الاشكال فى بيع
 الغاصب لنفسه — سواء اجاز بعد ان ملك او لم يجز — (لا يجرى فى مثل
 العتق) كما اذا باع عبدا خيار لنفسه ثم اعتقه (غير القابل للفضولى) فان
 المشهور بينهم ان الايقاعات كالطلاق والعتق والابراء وما اشبه لا تقبل
 الفضولية ، بل الفضولية تجرى فى العقود فقط .

وانما لا يجرى ما ذكرناه فى العتق لان اول لفظة العتق مثل « ا »
 فى « اعتقتك » وقع فى ملك الغير ، فان « ا » هو الذى ابطال العقد
 السابق ، فقد وقع اول العتق فى ملك الغير ثم انتقل العبد الى المعتق
 فاللازم ان يكون اول العتق فضوليا سواء قلنا باحتياجه الى الاجازة ام لا
 فيما كان من قبيل بيع الغاصب .

وقد عرفت ان الفضولية لاتقع فى العتق ونحوه هذا كله مربوط بقوله
 قبل اسطر : اقول ان قلنا بان المستفاد الخ .

(وان قلنا : ان المستفاد من تلك الادلة) اى ادلة : ولا يبيع الا فى

هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير المؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه فالمنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه فى ملك الغير وتمامه فى ملك نفسه لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه ، فلما منع من تأثير هذا العقد لا نتقال ما انتقل الى البائع بأول جزء منه و

ملك ولاعتق الا فى ملك (هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير) ذلك البيع (المؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه) اى ان الشارع لا يريد نقل مال الغير بغير اذنه ففى المقام و هو بيع ذى الخيار المنقول عنه ، ليس كذلك .

و ذلك (ف) ان (المنوع شرعا) وقوع (تمام السبب) اى البيع (فى ملك الغير) و (لا) يكون المنوع (وقوع بعض اجزائه) اى اجزاء السبب (فى ملك الغير و تمامه) اى بقية السبب (فى ملك نفسه لينقل) العاقد (بتمام العقد) اى باجزائه الاخيرة (الملك الحادث) اى الملك الذى حدث للعاقد (ببعضه) اى ببعض العقد و المراد (ببعضه) اول العقد . و الحاصل : ان ذا الخيار حدث له الملك ب « باء » بعت ، وبقية العقد اوجب نقل هذا الملك الحادث الى المشتري ، وهذا لا بأس به لان تمام البيع لم يقع فى ملك الغير (فلما منع من تأثير هذا العقد) الذى يوجب بعضه ملك العاقد ، وبعضه يوجب الانتقال من ملك العاقد الى ملك المشتري (لا نتقال ما انتقل الى البائع بأول جزء منه) . و انما قلنا « لا مانع » لانه لا يشمل « لا يبيع الا فى ملك » حسب الغرض (و)

هذا لا يخلو عن قوة ، اذ لا دلالة فى ادلة اعتبار الملكية فى المبيع الاعلى اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا .

والحصر فى قوله : لا بيع الا فى ملك اضافى بالنسبة الى البيع فى ملك الغير او فى غير ملك كالمباحات الاصلية ، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه فى ملك الغير وتمامه فى ملك البائع

هذا الذى ذكرنا انه « لا مانع » (لا يخلو عن قوة ، اذ لا دلالة فى ادلة اعتبار الملكية) وهى الادلة التى تقول بان « لا بيع الا فى ملك » (فى المبيع الاعلى اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا) بان لا يصدق عليه المبيع الا بعد ان صدق عليه المملوك .

و من المعلوم ان المبيع يحصل بآخر العقد والمملوك يحصل باوّل العقد ، فالمملوكية قبل المبيعية .

(و) ان قلت : ظاهر « لا بيع الا فى ملك » ان كل العقد يلزم ان يكون فى الملك .

قلت : (الحصر فى قوله : لا بيع الا فى ملك اضافى بالنسبة الى المبيع فى ملك الغير) فهذا هو المراد بـ « لا بيع » (او) البيع (فى غير ملك) اى ما ليس بمملوك اصلا (كالمباحات الاصلية ، فلا يعمّ المستثنى منه) اى « لا بيع » (البيع الواقع بعضه فى ملك الغير وتمامه فى ملك البائع) و كذلك البيع الواقع بعضه على المباح و بعضه على الملك ، كما اذا قال « ب » واخذودا من الارض او سمكة من البحر ، ثم اتمّه بقوله « عت هذا الشئ بكذا » .

هذا .

مع انه يقرب ان يقال : ان المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد ، لانفس العقد ، لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا المعنى المأخوذ في قولهم : بعته .
و حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد والنقل و التملك العرفي يحصل بتمامه فيقع النقل في الملك .

اذ لا يشمل مثل ذلك قوله « لا بيع الا في ملك » (هذا) وجه شمول الدليل لما نحن فيه .

(مع) تقريبا ان الحصر اضافي ، و يمكن ان يقال ان الحصر حقيقي و مع ذلك يشمل الدليل ما نحن فيه ، و ذلك بان يكون المراد بالبيع النقل و النقل يكون بعد « ثاء » بعته ، وفي هذا الحال يكون الشيء ملكا للبائع ، لانه دخل في ملكه ب « الباء » .

ف (انه يقرب ان يقال : ان المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد ، لا) ان المراد بالبيع هو نفس العقد ، لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا المعنى) اي النقل لا العقد (المأخوذ في قولهم : بعته) فان معناه نقلت ، لاعقدت .

(و حينئذ) اي حين كان المراد بالبيع النقل (فالفسخ) للعقد السابق (الموجب للملك اي لملك العاقد) يحصل بأول جزء من العقد و النقل ، و التملك العرفي يحصل بتمامه) اي بآخر العقد (فيقع النقل في الملك) فهو بيع - اي نقل - في ملك ، ولا يكون مصداقا للمستثنى منه

.....
وكذا الكلام فى العتق وغيره من التصرفات القولية عقدًا كان او ايقاعا
و لعلّ هذا معنى ما فى الايضاح من : ان الفسخ يحصل باوّل جزء
وبتمامه يحصل العتق .

نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى والاكل ونحوهما لوجه
لجواز الجزء الاول منها .
فان ظاهر قوله تعالى : **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ، اعتبار

فى « لا يبيع الا فى ملك » .

(وكذا الكلام فى العتق وغيره من التصرفات القولية عقدًا كان او
ايقاعا) .

فمعنى « لا عتق الا فى ملك » ان الحرية لا تكون الا فى ملك ، فاذا قل
« اعتقتك » كان الف اعتقتك فاسخا ومملّكا ، وبقية الصيغة موجبة للحرية ،
فالحرية لم تقع الا فى ملك الفاسخ .

(و لعلّ هذا) الذى ذكرناه من ارادة النقل لا العقد والحرية ولا
الاعتاق ، وهكذا (معنى ما فى الايضاح من : ان الفسخ يحصل باوّل جزء)
من « اعتقتك » (و بتمامه يحصل العتق) انتهى .

(نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى والاكل) لما باعه
بخيار (ونحوهما) كالقبلة للجارية والشرب للماء واللبس للباس (لوجه
لجواز الجزء الاول منها) اذ ان الجزء الاول يقع فيما ليس بملك .

(فان ظاهر قوله تعالى : **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) و
ظاهر : **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ** (اعتبار

وقوع الوطى فيما اتصف بكونها مملوكة ، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون بتمامه
حلالا .

و توهم ان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولاً كان
او فعلاً فاسد ، فان معنى جواز الفسخ لاجل الخيار ، الجواز الوضعى
اعنى الصحة ، لا التكلفى ، فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ كما لا يخفى

وقوع الوطى فيما اتصف بكونها مملوكة ، فالوطى المحصل للفسخ لا يكون
بتمامه) اى لا يكون جميعه (حلالا) فحاله حال ما اذا وطئ ثم فى الاثناء
قالت « زوجتك » وقال « قبلت » حيث ان آخره حلال فقط ، وكذا اذا اكل
فان الجزء الاول من الاكل لا يكون حلالا .

(و توهم ان الفسخ اذا جاز بحكم الخيار) اى ان البائع حيث له
الخيار ففسخه جائز بالفعل كان الفسخ « كالوطى » .
او بالقول « كقوله فسخت » (جاز كل ما يحصل به) الفسخ (قولاً كان)
ما يفسخ به (او فعلاً) .

فهذا التوهم (فاسد) اولاً (فان معنى جواز الفسخ) لذى الخيار
(لاجل) ان له (الخيار : الجواز الوضعى) اى ان فسخه نافذ و موجب
لنقل الملك الى الفاسخ (اعنى الصحة ، لا) الجواز (التكلفى) اى لا باحة
فكل فعل او قول يوجب ارجاع المال الى الفاسخ لان كل فعل او
قول فهو جائز و مباح شرعاً (فلا ينافى) وجود الحكم الوضعى (تحريم ما
يحصل به الفسخ) كالوطى (كما لا يخفى) اذ لا تلازم بين الحكم الوضعى
و بين الحكم التكلفى .

مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به تعيين حمل
ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعاً بينه ، وبين ما دلّ على عدم
جواز ذلك التصرف ، الا اذا وقع فى الملك .

و بالجملة فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان فى المسئلة لا يخلو
عن قوة ، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً .

وهذا هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث جوّز للمتصارفين

و ثانياً (مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به)
الفسخ بان دلّ الدليل على الحكم التكليفي ايضاً (تعيين حمل ذلك)
الدليل الدالّ على الاباحة (على حصول الفسخ قبيل التصرف) آناً .

وانما حمل هذا الحمل (جمعاً بينه) اى بين دليل الاباحة (وبين
ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف) كالوطى (الا اذا وقع فى الملك)
كقوله : لاوطى الا فى ملك ، فانه يدل على عدم الجواز الا فى المملوك لان
الملك الانامائى هو وجه الجمع بين الدليلين .

(و بالجملة فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان فى المسئلة) من
الملك الانامائى (لا يخلو عن قوة ، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات)
اى تصرفات ذى الخيار فى ما انتقل عنه تصرفاً فعلياً قبل الفسخ القولى ،
و تصرفاً نقلياً كالبيع ونحوه قبل الفسخ القولى (تكليفاً) فهى حلال (و
وضعاً) فهى نافذة .

(وهذا) الملك الانامائى (هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث
جوّز للمتصارفين) اى بائعى الصرف وهو الذهب والفضة

.....

تبائع النقدين ثانيا في مجلس الصرف .

وقال ان شروعهما في البيع قطع لخيار المجلس ، مع ان الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك ، لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها ،

(تبائع النقدين ثانيا في مجلس الصرف) .

مثلا : باع الذهب بالفضة ثم ثانيا باع المشتري ما اشتراه الى

البائع .

(وقال) الشيخ (ان شروعهما في البيع) الثاني (قطع لخيار

المجلس ، مع ان الملك عنده) اي عند الشيخ (يحصل بانقطاع الخيار)

فان الشيخ يرى انه ما دام الخيار موجودا لم يحصل الملك ، فماداما

في المجلس لم يحصل الملك لايّ منهما ، بل اذا اخرج من المجلس او

اسقط الخيار حصل الملك لهما .

وعليه فمادام الخيار لا ملك فكيف يبيعان بيعا ثانيا الا بان يكون

قصد البيع موجبا لانقطاع الخيار ، لانه تصرف والتصرف يسقط الخيار ،

فانما مقبل البيع يدخل كل عوض في ملك المنتقل اليه ليصح بيعه بيعا

ثانيا ، فالملك يحصل بانقطاع الخيار (المتحقق) ذلك الانقطاع (هنا)

في مورد بيع ثان في المجلس (بالبيع المتوقف) ذلك البيع الثاني (على

الملك) اي ملك البائع بيعا ثانيا (لكنه) رحمه الله (في باب الهبة لم

يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها) اي في الهبة .

فاذا وهب لانسان شيئا ثم ان الواهب باع الموهوب لم يصح بيعه

معللاً بعدم وقوعه فى الملك .

فرع : لو اشترى عبداً بجارية مع الخيار له ، فقال : اعتقهما فريماً

يقال بانعتاق الجارية دون العبد ، لان الفسخ مقدم على الاجازة .

وفيه انه لا دليل على التقديم فى مثل المقام مما وقع الاجازة والفسخ

لانه لا يملكه الا بعد الفسخ للهبة ، والمفروض ان الفسخ لم يحصل (معللاً بعدم وقوعه) اى البيع (فى الملك) مع ان مقتضى كلامه فى المبسوط الصحة فهو اما رجوع عن كلامه الاول ، او غفلة من القلم ، والله العالم العاصم .

(فرع : لو اشترى عبداً بجارية مع) كون (الخيار له) اى للمشتري

(فقال : اعتقهما) فان ذلك لا يصح فيهما ، لانه ان صح البيع لا يصح عتق العبد ، ولا يصح عتقهما باعتبار ان عتق ما انتقل اليه اصى وعتق ما انتقل منه فضولى ، اذ لا تجرى الفضولية فى العتق كما تقدم .

اما صحة العتق فى احدهما (فريماً يقال بانعتاق الجارية) المنتقلة

الى البائع (دون العبد) المنتقل الى المشتري (لان الفسخ مقدم على

الاجازة) فهو فسخ للبيع ورجوع للجارية الى ملك المشتري وعتق لها .

وانما نقول بان الفسخ مقدم لانه كذلك فيما اذا تباع بالخيار لهما

فاجاز احدهما وفسخ الآخر ، فان الفسخ يقدم على الاجازة فانه معنى :

ان يكون له الخيار .

(وفيه انه لا دليل على التقديم فى مثل المقام مما وقع الاجازة والفسخ

من طرف واحد دفعة ، سواء اتحد المجيز والفاسخ كما فى المقام ، او تعدد كما لو وقعا من وكيله ذى الخيار دفعة واحدة ، انما المسلم تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر لان لزوم العقد من احد الطرفين بمقتضى اجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر ، كما لو كان العقد جائزا من احد هما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف

من طرف واحد دفعة) واحدة ، بخلاف ما اذا تعاقبا فان المقدم منهما هو الذى ينفذ (سواء اتحد المجيز والفاسخ كما فى المقام ، او تعدد كما لو وقعا) الفسخ و الاجازة (من وكيله ذى الخيار دفعة واحدة) .

كما اذا كان للمشتري فى مثال العبد والجارية وكيلان فاعتق احدهما العبد واعتق الآخر لاجارية وكان العتقان فى آن واحد (انما المسلم) فى باب تقديم الفسخ على الاجازة (تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر) .

وانما يقدم الفسخ على الاجازة لان لزوم العقد من احد الطرفين بمقتضى اجازته) فان معنى الاجازة انه اسقط خياره (لا ينافى انفساخه) اى انفساخ العقد (بفسخ الطرف الآخر) لان له الخيار ، فمعنى فسخه اعمال خياره (كما لو كان العقد جائزا من احدهما) ولازما من الطرف الآخر ، مثل ان يكون احدهما مغبونا او كان ما انتقل اليه معيبا ، او جعل لنفسه الخيار ، او ما اشبه فان اللزوم من جانب لا ينافى ان يكون حق الفسخ للجانب الآخر (فيفسخ) هذا الجانب الذى له الخيار (مع لزوم العقد من الطرف

.....
 الآخر، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد .

و نحوه فى الضعف القول بعقد العبد، لان الاجازة ابقاء للعقد، و
 الاصل فيه الاستمرار .

و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس .
 نعم الاصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق اصلا،

و هو

الآخر، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد) فانه لا يقدم فسخه على
 لزومه، اذ ان له حقا واحدا اما الامضاء واما الفسخ، فاذا عملهما
 تضاربا و لم يقدم احدهما .

(و نحوه) اى نحو القول بعقد الجارية - لتقديم الفسخ - (فى
 الضعف القول بعقد العبد) المنتقل الى المشتري، وذلك لتقديم الاجازة
 على الفسخ (لان الاجازة ابقاء للعقد، والاصل فيه الاستمرار) لاننا شك
 فى انه هل بطل العقد ام لا؟ فالاصل بقاءه، فالعبد للمشتري فيقع العتق
 عليه .

(و فيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس) و هو
 عتق الجارية موقوف على عدم عتق العبد، فاذا اعتقا وقع بينهما التضارب
 ولا وجه مصحح لتقديم احدهما على الآخر .

(نعم) اذا تضاربا و لم يكن احدهما مقدما على الآخر ف (الاصل
 استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق اصلا) لاننا شك فى انه
 هل ان العتقين اوجبا بطلان العقد وسقوط الخيار فالاصل العدم (و هو

الاقوى ، كما اختاره جماعة منهم العلافه فى التذكرة والقواعد والمحقق
 الثانى فى جامع المقاصد ، لان عتقهما معا لا ينفذ ، لان العتق لا يكون
 فضوليا والمعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل ، لان ملك احدهما يستلزم
 خروج الآخر عن الملك .

و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد

الاقوى ، كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة والقواعد والمحقق
 الثانى فى جامع المقاصد ، لان عتق احدهما لا وجه له لانه معارض
 بعتق الآخر ، كما لو تزوج بالاختين ، او بالبنات والام معا ، فانه لا يقع
 زواج ، لاعلى هذه ولاعلى تلك .

و (عتقهما معا لا ينفذ ، لان العتق لا يكون فضوليا) .

نعم اذا باعهما صح البيعان ، بيع مال نفسه اصاله وبيع مال
 الطرف الآخر فضولة (والمعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل) حتى يصح
 عتقهما معا (لان ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك) والقرعة
 فيها اشكال لانها تحتاج الى العمل كما قالوا .

وعليه فمقتضى القاعدة بطلان العتقين اذ : الاحتمالات الاخر وهى

عتق العبد ، او عتق الجارية ، او عتقهما ، او القرعة كلبا مخدوشة .

(و لو كان الخيار فى الفرض المذكور) فى اول « فرع » (لبائع

العبد) .

وهذا عكس ما ذكرناه اولا بقولنا « لو اشترى عبدا تجارية مع الخيار

له » لان الخيار هنا للبائع ، وهناك الخيار للمشتري .

.....
 بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار ، و
 عتق الجارية على جواز عتق الفضولى .
 والثانى غير صحيح اتفاقا ، وسيأتى الكلام فى الاول .
 وان كان الخيار لهما ، ففى القواعد والايضاح و جامع المقاصد صحة
 عتق الجارية و يكون فسخا

والحاصل : انه اذا لم يكن للمشتري خيارا بن اشترى العبد وجعل
 الخيار للبائع ، ثم ان المشتري الذى لا خيار له قال « اعتقتهما » (بنى
 عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار) .
 فان قلنا بصحة ذلك مطلقا حتى فى مثل العتق نقول بصحة عتق العبد .
 فاذا اخذ بائع العبد بخياره وفسخ كان له القيمة او حق له ان يبطل
 العتق ، لان حقه سابق على العتق (وعتق الجارية على جواز عتق الفضولى)
 (والثانى) اى عتق الفضولى (غير صحيح اتفاقا) لان بناءهم ان
 الفضولية لا تجرى فى الايقاعات و العتق ايقاع (وسيأتى الكلام فى الاول)
 اى تصرف من ليس له الخيار فيما فيه الخيار ، وفيه احتمالات واقوال .
 (وان كان الخيار لهما) اى لكل من البائع والمشتري فى اشتراء
 العبد بالجارية (ففى القواعد والايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية
 فيما اذا قال المشتري اعتقتهما (و يكون) قوله : اعتقتهما (فسخا) لان
 الامر دائر بين ان يكون عتقا لهما ، و ذلك غير صحيح ، كما عرفت فى اول
 الفرع من ان الفضولية لا تجرى فى العتق ، او لاعتق اصلا ، و ذلك غير
 صحيح ايضا اذا لوجه له بعد ان كان عتق الجارية او عتق العبد ، و ذلك

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح ، بدون اجازة
البائع و معها يكون اجازة منه لبيعه ، والفسخ مقدم على الاجازة .
والفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار ان عتق كل من

غير صحيح ايضا (لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير
صحيح ، بدون اجازة البائع) فان العبد انتقل الى المشتري وكان لبائعه
الخيار فيه ، فاللازم على المشتري ان يتحفظ على ما فيه الخيار للبائع
كما تقدم من ان موضع الخيار يجب ان يتحفظ عليه (و معها) اى مع
اجازة البائع - بان امضى البيع واسقط خياره - (يكون اجازة منه) اى
من البائع (لبيعه) اى اسقاطا للخيار ، وحينئذ يكون للمشتري وحده
الخيار .

فمعنى عتقه العبد امضائه للبيع .

و معنى عتقه الجارية فسخه للبيع (و الفسخ مقدم على الاجازة) .
والحاصل انه اذا كان الخيار لهما واعتقهما المشتري فلا يعتق
العبد ، سواء اسقط البائع خياره او لم يسقط خياره ، ولا يعتق كلاهما
لعدم جريان الفضولية فى العتق ، ولا يبطل العتقان لانه لا وجه لبطلانها
بل تعتق الجارية ، سواء اسقط البائع خياره او بقى على خياره .

(و الفرق بين هذا) اى صورة ان يكون لهما الخيار ، واعتقهما
المشتري حيث قلنا بصحة عتق الجارية (و) بين (صورة اختصاص المشتري
بالخيار) واعتقهما المشتري الذى قلنا بانه لا يعتق لا العبد ولا الجارية
(ان) فى صورة خيار المشتري وحده (عتق كل من

.....

المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً ، بخلاف مانحن فيه .

نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري فى زمان خيار البائع ، كان الحكم كما فى تلك الصورة .

المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً (فعتق العبد كان امضاء وعتق الجارية كان فسخاً) بخلاف مانحن فيه (الذى كان لهما الخيار .

اذعتق المشتري للعبد غير صحيح ، فان البائع حيث له الخيار لا يحق للمشتري التصرف فى العبد الذى انتقل الى المشتري ، لما تقدم من وجوب ابقاء ما فيه الخيار وعدم التصرف فيه .

(نعم لو قلنا هنا) اى فيما كان لهما الخيار (بصحة عتق المشتري) للعبد (فى زمان خيار البائع ، كان الحكم) هنا (كما فى تلك الصورة) اى صورة خيار المشتري فقط ولا زمة بطلان عتقهما ، فلا يصح العتقان لاعتق العبد ولا عتق الجارية — كما سبق وجهه — .

مسئلة

من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ .
و المحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب ، منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى ان قدس سرهم ، بل فى مفتاح الكرامة فى مسئلة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة الى الورثة ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر .

(مسألة : من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ) كان يتلفه او يلقيه فى البحر او يستولدها او يوقفه او يعتقه او ما اشبه ذلك .
هذا (على قول الشيخ) .

(و المحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب ، منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى ان قدس سرهم ، بل) قال (فى مفتاح الكرامة فى مسئلة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة الى الورثة) فاذا وهب انسان شيئا كان له حق الرجوع اذا لم تكن الهبة لذى رحم او معوضة او ما اشبه — مما لاحق فى الرجوع فيها — فاذا مات الواهب لم يحق للورثة الرجوع فى الهبة .

فالمحكى عن هؤلاء (ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر) فالبيع و الهبة و الصلح و الصدقة و ما اشبه لا تصح

.....
 وعن جماعة - فى مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب بخيار
 للبائع - ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع،
 بل ظاهر المحكى عن الجامع كعبارة الدروس عدم الخلاف فى ذلك .
 حيث قال فى الجامع : وينتقل المبيع بالعقد وانقضاء الخيار .
 وقيل بالعقد ولا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع ، و

بالنسبة الى ما فيه الخيار ، بالاضافة الى ما تقدم من مثل الاتلاف .
 (وعن جماعة - فى مسألة وجوب الزكاة على المشتري للنصاب) بان
 اشترى اربعين رأساً من الغنم او خمسة من الابل ، او ثلاثين بقرة او ما
 اشبه (بخيار للبائع -) « بخيار » متعلق ب « المشتري » .
 قالوا (ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار
 البائع) فذكروا ذلك لبيان انه هل هذا المنع عن التصرفات يوجب
 سقوط الزكاة ، ام لا ؟ حيث انه اذا كان النصاب ممنوعاً عن التصرف فيه
 لم تكن فيه زكاة (بل ظاهر المحكى عن الجامع كعبارة الدروس عدم
 الخلاف فى ذلك) اى فى ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات .
 (حيث قال فى الجامع : وينتقل المبيع) الى المشتري (بالعقد و
 انقضاء الخيار) كما هو رأى الشيخ ، حيث انه يرى ان الخيار للبائع يمنع
 من انتقال المبيع الى المشتري .
 (وقيل بالعقد) فقط ، وهذا هو المشهور (ولا ينفذ تصرف المشتري
 فيه) اى فى المبيع (حتى ينقضى خيار البائع) فان ظاهر ارسالها لمسئلة
 ارسال المسلمات انه لا خلاف فيها (و

.....

ستجئ عبارة الدروس .

هذا ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفاً في المسئلة .
والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع او المشتري اولهما، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال : بانتقال الملك بالعقد .

ستجئ عبارة الدروس) الظاهرة في عدم الخلاف .

(هذا ولكن خلاف الشيخ وابن سعيد) وقولهما بعدم جواز تصرف غير ذي الخيار (مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار ، فلا يعدّ مثلهما مخالفاً في المسئلة) لان غير ذي الخيار لا يحق له التصرف لانه ليس بماله في مدة الخيار .

نعم من يقول : بانه ملك في مدة الخيار ، ويقول : بانه لا يجوز له التصرف فهو مخالف في المسئلة اى مسئلة جواز تصرف المالك .

(والموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع جواز الرهن في زمن الخيار ، سواء كان الخيار للبائع او المشتري اولهما) مما يدل على ان من عليه الخيار يجوز له ان يتصرف فيما فيه الخيار .

مثلا : اشترى زيد دارا من عمرو ، وكان لعمرو الخيار ، فلزيد ان يرهن الدار (بل ظاهره) اى ظاهر المحقق (عدم الخلاف في ذلك) اى في الرهن (بين كل من قال : بانتقال الملك بالعقد) واما من لا يقول بانتقال الملك بالعقد بل يقول بانتقال الملك بالعقد وانقضاء الخيار ،

.....
 وكذا ظاهره فى باب الزكاة حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب
 المملوك ولو مع ثبوت الخيار .
 نعم استشكل فيه فى المسالك فى شرح المقامين على وجه يظهر
 منه ان المصنف معترف بمنشأ الاشكال .
 وكذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن وان اعترض عليه جامع
 المقاصد بما مر من المسالك .

فلا يصح الرهن مادام الخيار، لانه ليس ملكه، والحال انه : لارهن الا فى
 ملك .

(وكذا ظاهره فى باب الزكاة) انه لاختلاف فى ذلك (حيث حكم
 بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار) للبائع .
 فلو باع زيداً ربيعين شاة وجب على المشتري اعطاء زكاتها وان جعل
 البائع لنفسه الخيار فيها .

(نعم استشكل فيه) اى فى كلام المحقق (فى المسالك فى شرح
 المقامين) وهما : الرهن والزكاة (على وجه يظهر منه ان المصنف) وهو
 المحقق (معترف بمنشأ الاشكال) وهو انه كيف يحق له التصرف، والحال
 ان الملك فى معرض الزوال .

(وكذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن) انه لاشكال فى رهن من
 عليه الخيار فى مدة الخيار (وان اعترض عليه جامع المقاصد بما مر من
 المسالك) فى اعتراضه على المحقق انه كيف يمكن رهن الملك المتزلزل .

.....

لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف .

و كذا صريح كلام الشهيد في الدروس ، حيث قال في باب الصرف :

لو باع احدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق ، فالوجه الجواز ، وفاقا للفاضل .

و منعه الشيخ قدس سره ، لانه يمنع الآخر من خياره .

ورد باننا نقول : ببقاء الخيار ، انتهى .

(لكن) على خلاف المسالك وجامع المقاصد المستشكلين في جواز

تصرف من عليه الخيار (صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف) فيما فيه الخيار .

(و كذا صريح كلام الشهيد في الدروس حيث قال في باب الصرف) و

هو بيع النقود - الذهب والفضة - بعضها ببعض (لو باع احدهما ما قبضه على غير صاحبه) مثلا : باع المشتري ما قبضه على انسان ثالث غير البائع (قبل التفرق) من مجلس البيع الاول (فالوجه الجواز) مع انه بيع ما فيه الخيار لوجود خيار المجلس (وفاقا للفاضل) وهو العلامة .

(و منعه الشيخ قدس سره ، لانه) اي البيع (يمنع الآخر من خياره)

اذ خياره يتعلق بما باعه ، فاذا فسخ الآخر لم يجد متعلق الخيار ، فلا يتمكن من استرداد ماله .

(ورد) اي ردّ الشيخ (باننا نقول : ببقاء الخيار) وانه لا يسقط

الخيار بتصرف المنتقل اليه ، فاذا فسخ استرجع بدله او عينه باطلاه المعاملة الثانية (انتهى) كلام الدروس .

و صرح فى المختلف - فى باب الصرف - بان له ان يبيع ماله من غير صاحبه ، ولا يبطل حق خيار الآخر ، كما لو باع المشتري فى زمان خيار البائع ، وهو ظاهر اللعة ، بل صريحها فى مسألة رهن مافيه الخيار ، وان شرحها فى الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا .

(و صرح) العلامة (فى المختلف - فى باب الصرف - بان له ان يبيع ماله من غير صاحبه ، ولا يبطل حق خيار الآخر) اى صاحبه (كما لو باع المشتري فى زمان خيار البائع) فى غير باب الصرف .
اما بيع المشتري للبائع فى باب الصرف او غير الصرف فلا اشكال فيه لانه فى حكم اسقاط البائع لخيار نفسه (وهو) اى جواز التصرف فيما فيه الخيار (ظاهر اللعة ، بل صريحها فى مسألة رهن مافيه الخيار ، وان شرحها فى الروضة بما لا يخلو عن تكلف) .

فانه قال فى اللعة : و يصح الرهن فى زمن الخيار وان كان الخيار للبائع ، لانتقال المبيع بالعقد على الاقوال انتهى .

و ظاهره ان يرهن المشتري مافيه الخيار لكن الشارح حمله على اخذ الرهن من المشتري على الثمن فى ذمته ، فيكون المراد انه يجوز اخذ الرهن من المشتري لاشتغال ذمته بالثمن بناء على انتقال المبيع بمجرد العقد ، بخلاف مذهب الشيع حيث قال انه لم ينتقل المبيع فى زمن الخيار فلا يجوز للبائع ان يأخذ الرهن من المشتري ، ولا يخفى ان ما ذكره صاحب الروضة خلاف ظاهر كلام اللعة (هذا) .

و يمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشأه
القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه ، والا لم يكن وجه لتعليل المنع
عن التصرف بلزوم ابطال حق الخيار بل المتعين حينئذ الاستناد الى عدم
حصول الملك مع وجود الخيار ، بل لعل القول بعدم الانتقال منشأه
كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم ،

(و يمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع) من التصرف في
ما فيه الخيار (ليس منشأه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه) .
ولا يخفى ان قوله « و يمكن » ردّ لكلامه قبل اسطر (مبني على عدم
قولهما بتملك المبيع . . . الخ) (والا) فلو كان منشأه القول بعدم
انتقال المبيع كان اللازم ان يعلل « عدم التصرف » « بعدم انتقال
المبيع » (و لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم ابطال حق
الخيار) .

اذ دائما يعلل عدم الشئ بعدم مقتضيه لا بوجود المانع .
مثلا : اذا كان الثوب رطباً ولم تكن هناك نار ، فيقال لم يحترق الثوب
لانه لا نار ، ولا يقال لم يحترق لان الثوب رطب (بل المتعين حينئذ) اى
حين كان علة عدم جواز التصرف عدم الملكية في زمن الخيار (الاستناد)
في عدم جواز التصرف (الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار) لا الى
ان التصرف يوجب بطلان حق ذى الخيار (بل لعل القول بعدم الانتقال)
في زمن الخيار - على ما يقوله الشيخ - (منشأه كون المنع عن التصرف
مفروغا عنه عندهم) اى عند الشيخ و اتباعه ، فكانهم يرون انه لا يحق له

.....
كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف او النقل خلاف مأخذه ان الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه وان غاية الملك التصرف الممتنع فى مدة الخيار، انتهى .

وظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف فى

التصرف، فيعللون ذلك بأنه لا يملك، فليس لا يملك، أصلاً، ولا يتصرف فرعاً بل : لا يتصرف أصل ينتقل منه إلى أنه : لا يملك (كما يظهر) أى يظهر كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم (من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس) أى الخلاف فى أنه لا يملك فى زمن الخيار كما يقوله الشيخ او يملك، كما يقوله المشهور (قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف) فان تمام الخيار يكشف عن كون المبيع ملك من حين العقد (او النقل) فان تمام الخيار ينقل المبيع الآن عند تمام الخيار (خلاف) بين الشيخ وبين المشهور .

و (مأخذه ان الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك) حتى اذا ندّم ذو الخيار استرجع ماله (وهو) أى الخيار (لا ينافيه) أى لا ينافى النقل بالعقد (وان غاية الملك) وفائدته (التصرف الممتنع فى مدة الخيار) وحيث امتنع التصرف فلا خيار (انتهى) كلام الدروس .

(و ظاهر هذا الكلام) أى قوله « الممتنع فى مدة الخيار » (كالمقدم عن جامع ابن سعيد) وهو قوله « ولا ينفذ تصرف المشتري فيه » (كون امتناع التصرف فى

.....
 زمن الخيار مسلمانين القولين الا ان يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك
 بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ .

زمن الخيار مسلمانين القولين) القائل بان النقل بعد انقضاء الخيار -
 كالشيخ - والقائل بان النقل حين العقد - كالمشهور - .

وعلى هذا فليس قول الشيخ بامتناع التصرف، علته ان الشيخ يقول
 بانه لا نقل فى حال الخيار اذ قد عرفت ان المشهور الذين قالوا بالنقل
 فى زمن الخيار ايضا يقولون بامتناع التصرف (الا ان يراد به) اى يكون
 فرق بين قول الشيخ بامتناع التصرف وقول المشهور بامتناع التصرف .

فقول الشيخ يراد به امتناع التصرف مطلقا وقول المشهور يراد به
 امتناع (نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ) فلمن عليه الخيار
 الحق فى ان يبيع ، لكن اذا فسخ من له الخيار فله ان يبطل نقل المشتري
 الى الاجنبى (ولا يتعقبه) اى لا يتعقب تصرف من عليه الخيار (ضمان
 العين بقيمتها عند الفسخ) فلمن عليه الخيار ان يتلف ما فيه الخيار ، لكن
 اذا فسخ من له الخيار فله ان يأخذ بدله العين - قيمة او مثالا - من
 المشتري الذى عليه الخيار .

والحاصل ان الشيخ يقول : لا يتصرف فى زمن الخيار والمشهور
 يقولون يتصرف لكنه اذا فسخ فللفاسخ ابطال المعاملة الجديدة وضمان
 العين اذا تلفت .

فالشيخ يقول : لا يتصرف مطلقا ، والمشهور يقولون : لا ينفذ التصرف
 بحيث لا ابطال ولا ضمان .

.....
 والتصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند
 الفسخ ، او مستعقب للضمان لا محالة .
 وهذا الاحتمال وان بعد عن ظاهر عبارة الدروس ، الا انه يقرب
 انه قد س سره قال بعد اسطر : ان فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك
 الخيار ، وجهين .

(والتصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه) كما يقوله المشهور
 (معرض لبطلانه عند الفسخ) اذا تصرف من عليه الخيار تصرفا ناقلا (او
 مستعقب للضمان لا محالة) اذا تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا .
 (وهذا الاحتمال) اى احتمال ان يراد بعدم التصرف ، عدم التصرف
 على وجه لا يملك البطلان ولا يتعقبه ضمان (وان بعد عن ظاهر عبارة
 الدروس) لعدم ذكر لفظ النفوذ فيها ، بل هى صريحة فى ان التصرف
 ممنوع فى زمن الخيار ، حيث قال فى عبارته المتقدمة « لانه يمنع الآخر
 من خياره » فظاهره : ان التصرف ممنوع لانه مانع عن الخيار ، لا ان نفوذ
 التصرف ممنوع (الا انه يقربه) اى يقرب ان يريد الدروس « ان نفوذ التصرف
 ممنوع » « فلا يمنع اصل التصرف » (انه قد س سره قال بعد اسطر : ان
 فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار) بينهما بان يكون لكل منهما
 خيار (وجهين) فانه يدل على ان الكلام الاول كان فى نفوذ التصرف ، لا
 فى اصل التصرف ، فهو اولافى نفوذ التصرف ، وثانيا تكلم حول اصل
 التصرف وبهذا تحقق ان المراد بعدم التصرف هو عدم نفوذ التصرف .

والحاصل : ان كلمات العلامة والشهيد ، بل وغيرهما قد سـرهم
 فى هذا المقام لا يخلو - بحسب الظاهر - عن اضطراب .
 ثم ان الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره من التصرفات .
 وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب .

(والحاصل : ان كلمات العلامة والشهيد ، بل وغيرهما قد سـرهم
 فى هذا المقام) اى فى انه لا يجوز تصرف من عليه الخيار او يجوز له
 التصرف ولكن لا ينفذ تصرفه (لا يخلو - بحسب الظاهر - عن اضطراب)
 لانه تارة يظهر منهم انه يمتنع التصرف فى زمن الخيار .
 وتارة يظهر منهم انه لا يمتنع التصرف وانما لا ينفذ التصرف ، والى
 هنا تحقق قولان فى مسألة : هل ان من عليه الخيار يتمكن من التصرف
 ام لا ؟ من يقول بانه لا يتمكن ، ومن يقول بانه يتمكن .
 (ثم هنا قولان آخران ، التفصيل بين العتق وغيره ، والتفصيل بين
 التصرف المتلف وغيره .

واليهما اشار بقوله : (ان الظاهر عدم الفرق بين العتق وغيره
 من التصرفات) لوحدة الدليل فيهما .
 (وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق) فاذا اشترى عبداً و
 كان للبائع الخيار كان للمشتري ان يعتقه ، وليس له ان يبيعه مثلاً
 (لبنائه على التغليب) .

و معنى ذلك انه اذا كان سائر التصرفات ممنوعا ، لم يكن العتق
 ممنوعا ، واذا تشبث العبد بالحرية بتحرر بعضه سرى ذلك الى سائر

.....

وكذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف والتصرفات الناقلة .

واختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف وتجويز غيره ، لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذى الخيار وقيل بانفساخه من حينه .

حجة القول بالمنع ان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما

اجزائه ، كل ذلك لان الشارع يحبّ التحرير .

(وكذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف والتصرفات الناقلة) فمن

قال بالجواز قال فيهما ، ومن قال بالمنع قال فيهما .

(و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف) فلا

يحق لمن عليه الخيار ان يتلف ما فيه الخيار (و تجويز غيره) كالبيع ونحوه .

(لكن مع انفساخه) اى انفساخ التصرف الناقل (من اصله) اى من حين

النقل (عند فسخ ذى الخيار) .

فاذا باع زيد داره من عمرو بخيار لزيد ، ثم باعه عمرو الى بكر يوم

السبت ، وفسخه زيد يوم الاحد ، بطل البيع الثانى من يوم السبت (وقيل

بانفساخه من حينه) فالبيع الثانى ينفسخ من يوم الاحد ، ويكون الثمر

بين اليومين لبكر .

(حجة القول بالمنع) وانه لا يحق لمن عليه الخيار ان يتصرف فيما

فيه الخيار مطلقا (ان الخيار حق) لذى الخيار (يتعلق بالعقد المتعلق

ذلك العقد) بالعوضين من حيث (« من » متعلق ب (المتعلق) (ارجاعهما

بحل العقد الى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه، فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها او نقلها الى شخص آخر.

ومنه يظهر: ان جواز الفسخ مع التلف بالرجوع الى البديل لا يوجب جواز الاتلاف، لان الحق متعلق بخصوص العين، فاتلافها اتلاف لهذا الحق

اي العوضين (ب) سبب (حل العقد الى ملكهما السابق) فكل مال يرجع الى مالكه الاول (فالحق بالآخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه) وان كان الحق اولاً وبالذات متعلقاً بالعقد، لان الخيار ملك فسخ العقد وامضائه (فلا يجوز) للمنقول اليه (ان يتصرف فيها) اي فسخ العين المنتقلة اليه بالخيار (بما يبطل ذلك الحق) وهو الخيار (باتلافها او نقلها الى شخص آخر) او عتقها او استيلادها او الحيلولة بينها وبين مالكها كالتقاءها في البحر، او ما اشبه ذلك كاطلاق سراح الطائر والوحش.

(و منه) اي مما ذكرناه من ان كون العين متعلق حق الغير فلا يجوز التصرف فيها (يظهر: ان جواز الفسخ) من ذي الخيار (مع التلف) للعين، فيتدارك (بالرجوع الى البديل) مثلاً او قيمة (لا يوجب جواز الاتلاف).

وجه الظهور (لان الحق متعلق بخصوص العين، فاتلافها) اي اتلاف العين (اتلاف لهذا الحق) ولا يجوز اتلاف حق الغير، وان تحمل المتلف

.....
وان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه كما ان تعلق حق الرهن ببذل العين
المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق .
والى ما ذكر يرجع ما فى الايضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن
الخيار بوجوب صيانة حق البائع فى العين المعينة عن الابطال .
ويؤيد ما ذكرنا انهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم : بان التصرف
الناقل اذا وقع باذن ذى الخيار

بدله (وان انتقل) الحق (الى بدله لو تلف بنفسه) اى بمتلف ، فان
الاتلاف حرام تكليفا والانتقال الى البذل حكم وضعى (كما ان تعلق حق
الرهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها) كما اذا اتلفها الراهن وتلفت
هى بنفسها (لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق) .
فان الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف والتلف من اسوء اقسام
التصرف ، كما لا يخفى .

(والى ما ذكر) من تعلق حق ذى الخيار بالعين (يرجع ما فى
الايضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار) كما اذا باعه عبدا و
جعل البائع الخيار لنفسه ، فانه لا يجوز للمشتري ان يعتق العبد (ب)
سبب (وجوب صيانة) وحفظ (حق البائع فى العين المعينة) التى هى
العبد (عن الابطال) فلو اعتق العبد كان قد اتلف حق البائع فى ذات
العين .

(ويؤيد ما ذكرنا) من ان حق ذى الخيار متعلق بنفس العين (انهم
حكموا من غير خلاف يظهر منهم : بان التصرف الناقل اذا وقع باذن ذى الخيار)

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....

سقط خياره ، فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار ، فان تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منافات التصرف ، لعدم الالتزام بالعقد ، و ارادة الفسخ بأخذ القيمة هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه المنع .

لكنه لا يخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين -

بان اذن البائع ذو الخيار ، المشتري بان يبيع ما فيه الخيار مثلا (سقط خياره) .

وجه التأييد ما ذكره بقوله : (فلو لم يكن) الخيار (حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك) الاذن (موجبا لسقوط الخيار) و اذا لم يكن حقا . . لم يكن موجبا (فان تلف العين لا ينافي بقاء الخيار لعدم منافات التصرف) المتلف (لعدم الالتزام بالعقد) فيأذن ذو الخيار في التصرف المتلف و مع ذلك ليس بملتزم بالعقد (و) انما له (ارادة الفسخ بأخذ القيمة) .

اما اذا كان الحق متعلقا بالعين ، كان بين الاذن بالتصرف وبين ارادة الفسخ منافاة لانه قد اذن بتلف حقه فلاحق له في الفسخ ، لان موضوع حقه قد ذهب باذنه (هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه المنع) اي منع الطرف من التصرف في متعلق الخيار .

(لكنه لا يخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين -) و انما نحتاج الى هذه الملاحظة حتى نعلم بان الفسخ لا يتوقف شرعا ولا عرفا على وجود العين التي فيها

.....
 هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين
 وفقدها، فلادلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التصرف جوازا، ومنعا
 فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس على اموالهم .

الاترى ان حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين

خيار الفسخ ، ولاعلى وجود العوض الآخر الذى لا يكون الخيار متعلقا به
 (هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن) و اعمال تلك السلطة
 (فى حالتى وجود العين وفقدها) فان كانت موجودة استرجعت وان
 كانت مفقودة استرجع بد لها (فلادلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم
 التصرف) اى تصرف غير ذى الخيار (جوازا) بان يكون الخيار مقتضيا
 لجواز التصرف (و منعا) بان يكون الخيار مانعا عن التصرف .

وعند عدم وجود الدلالة للخيار على التصرف جوازا ومنعا (فالمرجع
 فيه) اى فى التصرف فى متعلق الخيار (ادلة سلطنة الناس على اموالهم)
 فان المشتري المنتقل اليه المثلن يكون المثلن ماله ، فيشمله : الناس
 مسلطون على اموالهم .

و يؤيد ذلك تعارف تصرف الناس فى متعلق الخيار ، فيشربون ويأكلون
 الشئ المشتري فى مجلس العقد ، و يتصرفون فى ثمن الحيوان فى الثلاثة
 الى غيرها .

(الاترى) وهذا تقريبا ان الخيار لا ينافى التصرف فى العين (ان
 حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين) قبل اخذ الشريك لحقه ،
 مع ان العين متعلق حق الشفيع وخياره .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

و مجرد الفرق بينهما بان الشفعة سلطنة على نقل جديد ، فالملك مستقر قبل الاخذ بها - غاية الامر تملك الشفيع نقله الى نفسه ، بخلاف الخيار ، فانها سلطنة على رفع العقد ، وارجاع الملك الى الحالة السابقة - لا يؤثر فى الحكم المذكور

(و) ان قلت : هناك فرق بين الخيار فى البيع و الخيار للشفيع ، فالخيار فى البيع معناه ابطال البيع فالعين غير مستقرة عند المشتري - فيما كان للبائع الخيار - والخيار فى الشفعة معناه نقل الشفيع المال نقلا جديدا الى نفسه ، فالعين مستقرة عند المشتري فلا يلزم من جواز تصرف المشتري فى حق الشفيع جواز ان يتصرف المشتري فى العين التى هى محل الخيار .

قلت : (مجرد الفرق بينهما بان الشفعة سلطنة على نقل جديد) فالشفيع له سلطنة بان ينقل المال الى نفسه بعد ان تم نقل الشريك بحصته الى المشتري (فالملك مستقر) عند المشتري (قبل الاخذ) اى اخذ الشفيع (بها) اى بالشفعة (غاية الامر تملك الشفيع نقله) اى الملك (الى نفسه ، بخلاف الخيار فانها سلطنة على رفع العقد و ارجاع الملك الى الحالة السابقة) .

فالملك غير مستقر عند المشتري ، فاذا جاز تصرف من له ملك مستقر لم يلزم ذلك جواز تصرف من ليس له ملك مستقر .

وقوله : (لا يؤثر) خبر « و مجرد » (فى الحكم المذكور) بان يجوز التصرف فى الشفعة ولا يجوز فى متعلق الخيار .

.....
مع ان الملك فى الشفعة اولى بالتزلزل لابطالها تصرفات المشتري اتفاقا
واما حق الرهن ، فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب
ابقائه وعدم السلطنة على اتلافه مضافا الى النص والاجماع على حرمة
التصرف فى الرهن مطلقا ،

وانما لا يؤثر ، لان الملك فى كليهما متزلزل ، فلو كان التزلزل يمنع عن
التصرف لمنع فى الشفعة ولو كان التزلزل لا يمنع عن التصرف لم يمنع
فى الخيار ، هذا اولا .

و ثانيا : (مع ان الملك فى الشفعة اولى بالتزلزل لابطالها) اى
الشفعة اذا اخذ بها الشفيع (تصرفات المشتري اتفاقا) فانه اذا باعه
المشتري ثم اخذ الشفيع بالشفعة بطل بيع المشتري ، بخلاف ما نحن فيه
فانه اذا تصرف المشتري فيه بالنقل ثم اخذ ذوا الخيار لم يبطل النقل ، و
انما يرجع ذوا الخيار الى البدل - كما ذكره جمع - .

(و ان قلت : اذا كان حق الطرف لا يمنع تصرف المالك فلمما ذا
تقولون بان الراهن لا يتمكن من التصرف فى العين المرهونة التى هى
متعلق حق المرتهن .

قلت : (اما حق الرهن ، فهو) مانع عن تصرف المالك (من حيث كون
الرهن وثيقة) على الدين .

ف (يدل على وجوب ابقائه وعدم السلطنة على اتلافه) اذا اتلاف
ينافى كونه وثيقة ، فهناك قرينة من الخارج على حرمة التصرف لا مجرد
انه حق (مضافا الى النص والاجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا

.....
 و لو لم يكن متلفا ولا ناقلا .
 و اما سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، فللدلالة
 العرف لاللمنفات .
 و الحاصل : ان عموم : الناس مسلطون على اموالهم لم يعلم تقييده
 بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك ، فالجواز لا يخلو عن
 قوة فى الخيارات الاصلية .

و لو لم يكن) التصرف (متلفا و لا ناقلا) اما فى باب الخيار فلا اشكال فى
 التصرف غير المتلف و غير الناقل .
 (و) ان قلت : فلماذا ؟ اذا اذن ذو الخيار فى التصرف سقط خياره
 الا ان يدل ذلك على منافات الخيار للتصرف .
 قلت : (اما سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، ف)
 ليس للمنفات ، بل (لدلالة العرف) و لذا لو قال تصرف ، و لكن يبقى
 خيارى لم ير العرف مانعا عن ذلك ، و (لا) يكون السقوط (للمنفات)
 بين التصرف و بين الخيار .
 (و الحاصل : ان عموم : الناس مسلطون على اموالهم) الشامل
 لتصرف المشتري فيما فيه الخيار للبائع (لم يعلم تقييده ب) سبب (حق
 يحدث لذى الخيار) حتى (يزاحم به) اى بذلك الحق لذى الخيار
 (سلطنة المالك) فلذى الخيار حق ، و المالك يقدر على التصرف (فالجواز)
 اى جواز التصرف فيما فيه الخيار (لا يخلو عن قوة فى الخيارات الاصلية)
 خيار المجلس و خيار الغبن و خيار العيب و خيار الحيوان و ما اشبه .

.....

• واما الخيارات المفعولة بالشرط .

فالظاهر من اشتراطها ارادة ابقاء الملك ليسترده عند الفسخ ، بل
الحكمة فى اصل الخيار هو ابقاء السلطنة على استرداد العين ، الا انها
فى الخيارات المفعولة علة للجعل .

و

(واما الخيارات المفعولة بالشرط) وجمع الخيارات باعتبار
افراد هـ ، لان للشرط خيارات متنوعة .

(ف) انما لا يحق للمشروط عليه التصرف لان الشرط هو ان لا يتصرف
لان مقتضى الخيار - بما هو خيار - ان لا يتصرف .

اذ (الظاهر من اشتراطها) اى اشتراط الخيارات (ارادة) المشتراط
(ابقاء) المشروط عليه (الملك ليسترده) الشارط (عند الفسخ ، بل الحكمة
فى اصل الخيار) اصليا كان او مجعولا (هو ابقاء) الشارط (السلطنة)
اى سلطنة نفسه (على استرداد العين) متى ما اراد (الا انها) اى
الحكمة (فى الخيارات المفعولة) بالشرط (علة للجعل) لاحكمة فقط ،
ففى الخيارات غير المفعولة - اى الاصلية - حيث ان ابقاء حكمة
جاز التصرف المتلف ، اما فى الخيارات المفعولة حيث ان ابقاء علة لم
يجز التصرف المتلف .

(و) ان قلت : اذا كانت العلة فى الخيارات المفعولة السلطنة ، كان
لازم ذلك انه اذا تلف متعلق الخيار سقط الخيار لان المعلول عدم
عند عدم علة .

.....

لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى .

وعليه فيتعين الانتقال الى البديل عند الفسخ مع الاتلاف .

واما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاذ ففى تقديم

حق الخيار لسبقه ، او الاستيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود

المانع الشرعى

قلت: (لا ينافى ذلك) اى كونه علة (بقاء الخيار مع التلف) للعين

(كما لا يخفى) لانه من باب تعدد المطلوب ، فالشارط يريد العين أولا ،

و بد لها ثانيا ، فاللزم التحفظ على العين واذا تلفت كان له الخيار لاخذ

بد لها .

مثلا : من باع داره التى تسوى بالف - اضطرارا - بمائة مع الشرط

فانه يريد ذات الدار مع بقائها وقيمة الدار - اى الالف - مع تلفها ، فاذا

فسخ وقد تلفت الدار اعطى المائة واخذ الالف الذى هو قيمة الدار .

(وعليه) اى بناء على بقاء الخيار (فيتعين الانتقال الى البديل عند

الفسخ مع الاتلاف) للعين .

(واما مع فعل) المشروط عليه (ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف

كالاستيلاذ) اذام الولد لا تنتقل (ففى تقديم حق الخيار لسبقه) فلذا

اخذ البائع بالخيار استرجع الجارية وابطل حق الاستيلاذ ، كما تباع

ام الولد فى دين نفسها ، لتقديم حق الدين على الاستيلاذ (او تقديم

(الاستيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعى)

الذى هو الاستيلاذ .

.....
 كالعقلى، وجهان ، اقويهما الثانى وهو اللائح من كلام التذكرة من باب
 الصرف حيث ذكر ان صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار
 للمتعاقدين .

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه ، وانه ينتقل الى البدل ، لانه اذا جاز
 التصرف فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم ، وتسلسل

فان المانع الشرعى (ك) المانع (العقلى ، وجهان ، اقويهما الثانى)
 اللهم الا ان يقال : يشك فى اطلاق دليل الاستيلاد لما هنا فاما لمرجع
 عموم ادلة الخيار (وهو) اى تقديم حق الاستيلاد (اللائح) اى الظاهر
 (من كلام التذكرة من باب الصرف) وهو بيع الاثمان — الذهب والفضة
 — (حيث ذكر ان صحة البيع الثانى) الواقع على ما فيه الخيار (لا ينافى
 حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين) .

فان الحكمة هى رجوع المالك الى العين اذا كانت موجودة ، والى
 البدل اذا كانت تالفة او كالتالفة ، فان الاستيلاد كالتالف ، فيرجع المالك
 الى بدل الجارية .

(و منه) اى مما ذكرنا من صورة استيلاد الجارية وان ذا الخيار يرجع
 الى البدل (يعلم حكم نقله) اى ما فيه الخيار (عن ملكه ، وانه) اى حق
 ذى الخيار (ينتقل الى البدل) وليس لذى الخيار ابطال العقد الثانى
 (لانه اذا جاز التصرف) اى تصرف من عليه الخيار — كما تقدم — (فلا
 داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم) للعقد الثانى (وتسلسل

العاقداً الثاني على ماله عدلاً ما يتخيل من ان تملك العاقداً الثاني مبنى على العقد الاول ، فاذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن ، ولو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود .

العاقداً الثاني) اى تسلط من عليه الخيار على الثمن و تسلط المشتري على المئمن (على ماله) بمقتضى : الناس مسلطون على اموالهم .
والحاصل انه يشمل « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » و « الناس مسلطون على اموالهم » لان الخيار لا ينافيهما ، اذا الخيار يقتضى الرجوع الى العين او البذل (عدا ما يتخيل) استثناء من « فلا داعى » (من ان تملك العاقداً الثاني مبنى على العقد الاول) .

اذ لا يصح بيع المشتري للاجنبى الا بعد تمامية البيع الاول (فاذا ارتفع) العقد الاول (بالفسخ) من ذى الخيار (و صار) العقد الاول (كان لم يكن ، ولو بالنسبة الى ما بعد الفسخ) لان الفسخ لا يرفع العقد من اصله بل يرفعه من حين الفسخ ، ولذا يكون النماء والثمر بين العقد و الفسخ للمنتقل اليه لا للمنتقل عنه .

فاذا باع زيد دجاجة لعمرو بخيار لزيد ، ثم فسخ العقد بعد اسبوع كان البيض فى مدة هذا الاسبوع لعمرو المشتري وقوله : (كان) جواب « فاذا » (من لوازم ذلك) لوازم ارتفاع العقد الاول (ارتفاع ما بنى عليه) اى ما بنى على العقد الاول (من التصرفات و العقود) كالاستيلاذ و البيع و العتق وغيرها .

و الحاصل ان العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الاول، فاذا فرض الاشتراء كان لم يكن، و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند اليه من العقد الثانى .

و يمكن دفعه بان تملك العاقد الثانى مستند الى تملك المشتري له آنامًا، لان مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات .

و

(و الحاصل) اى حاصل التخيل (ان العاقد الثانى) و هو المشتري من المشتري الاول (يتلقى الملك من المشتري الاول، فاذا فرض الاشتراء) الاول (كان لم يكن) لان ذا الخيار ابطال العقد، فلا يكون ذو الخيار باعًا ولا مشتريه مشتريًا (و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك) اى بسبب تملك البائع الاول للعين (ما استند اليه) اى الى العقد الاول (من العقد الثانى) (من) «بيان» (ما استند) .

(و يمكن دفعه) اى دفع التخيل (بان تملك العاقد الثانى) المشتري من المشتري (مستندًا الى تملك المشتري) الاول (له) اى للمبيع (آنامًا، لان مقتضى سلطنته) اى سلطنة المشتري الاول (فى ذلك الآن) (آنامًا) (صحة جميع ما يترتب عليه) اى على ذلك التملك (من التصرفات) .

والحاصل : ان المشتري الاول ملك المبيع آنامًا، فله سلطة على كل تصرف، فيكون نقله و سائر تصرفاته فيه صحيحًا .

(و) ان قلت: فسح البائع الاول اقتضى ان يكون العقد كان لم يكن

.....
 اقتضاء الفسخ لكون العقد كان لم يكن بالنسبة الى ما بعد الفسخ ، لانه
 رفع للعقد الثابت .

وقد ذهب المشهور الى انه لو تلف احد العوضين قبل قبضه و بعد
 بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الاول دون الثانى ، واستحق
 بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه .

فاذا ارتفع العقد الاول ارتفع العقد الثانى المرتب على العقد الاول .

قلت : (اقتضاء الفسخ) من ذى الخيار (لكون العقد) الاول (كان
 لم يكن) انما هو (بالنسبة الى ما بعد الفسخ ، لانه) اى الفسخ (رفع للعقد
 الثابت) فقد كان العقد الاول الى حين الفسخ ، نعم بعد الفسخ لا عقد
 اما قبله فالعقد كان وآثاره باقية ، ولذا فنمأ المثلث بين العقد الاول و
 الفسخ للمشتري ، ونمأ المثلث للبائع .

(و) لذا الذى ان الفسخ لا يؤثر فى رفع العقد الا من حين الفسخ ف
 (قد ذهب المشهور الى انه لو تلف احد العوضين قبل قبضه و بعد بيع
 العوض الآخر المقبوض) كما اذا باع زيد كتابه لعمر و بدینار خارجى ، ثم
 قبض الكتاب و باع عمرو الكتاب ، و لما اراد ان يقبض زيد الدینار وجده
 تالفا و (انفسخ البيع الاول) لان التلف قبل القبض من مال مالكه (دون
 الثانى) اى بيع عمرو للكتاب (واستحق) زيد البائع الاول (بدل العوض)
 اى بدل الكتاب (المبيع ثانيا) استحقه (على من باعه) اى استحقه من
 عمرو فان الكتاب لا يرجع اليه ، بل يأخذ زيد عوض الكتاب من عمرو - قيمة
 او مثلا - .

.....
 و الفرق بين تنزيل العقد من حيث انه امر اختياري كالخيار او امر
 اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه غير مجد فيما نحن بصدده .
 ثم انه لافرق بين كون العقد الثانى لازما او جائزا ، لان جواز العقد
 يوجب سلطنة العاقد على فسخه لسلطنة الثالث الاجنبى .

و هذه الفتوى من المشهور تدل على ان الفسخ لا يؤثر فى التصرفات
 التى حدثت قبل الفسخ .

(و) ان قلت ؛ تلف الدينار - فى المثال - امر اضطرارى ، و يبيع
 المشتري الذى عليه الخيار - فيما نحن فيه - امر اختياري ، فلا يقاس ما
 نحن فيه بمسئلة التلف .

قلت ؛ (الفرق بين تنزيل العقد من حيث انه) اى المتزلزل (امر
 اختياري كالخيار) المجمعول اختياريا الموجب لتنزل العقد (او امر
 اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه) كما فى المثال ، فان التلف لم يكن باختيار
 المشتري - مثلا - (غير مجد فيما نحن بصدده) اذن نحن بصد دان الفسخ
 لا يوجب الرفع العقد من حين الفسخ ، ولا يوجب رفع العقد من اصل العقد
 سواء كان الفسخ بامر اختياري او بامر اضطراري .

(ثم) بعد ان تحقق ان العقد الثانى لا يزول بفسخ العقد الاول
 (انه لافرق بين كون العقد الثانى لازما) كالبيع (او جائزا) كالهبة غير
 اللازمة ، فاذا فسخ العاقد الاول لم يكن له ان يسترجع الموهوب (لان
 جواز العقد يوجب سلطنة العاقد) كالمشتري فى المثال (على فسخه
 لسلطنة الثالث) الذى هو العاقد الاول (الاجنبى) عن الهبة فى المثال .

نعم يبقى هنا الزام العاقد بالفسخ بناء على ان البديل للحيلولة ، و
هى مع تعذر المبدل .

و مع التمكن يجب تحصيله ، الا ان يقال باختصاص ذلك بما اذا
كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل ، كما فى المغصوب
الآبق ، اما فيما نحن فيه

(نعم يبقى هنا) اى فى ما نقله المشتري بالعقد الجائز (الزام
العاقد) اى الزام المباع الشارط العاقد الثانى و هو المشتري الواهب
(بالفسخ) للهبة (بناء على ان البديل) اى اخذ الفاسخ للبديل انما هو
(للحيلولة) اى حيث حيل بينه و بين متاعه يأخذ بدله (وهى) اى الحيلولة
انما تتحقق (مع تعذر المبدل) بان تلف او القى فى البحر او اعتق او
استولدت او بيع بيعا لازما او ما اشبه .

(و) اما (مع التمكن) اى تمكن المشتري الواهب من استرجاع
المبدل (يجب تحصيله) و فى العقد الجائز يتمكن من تحصيله (الا ان يقال)
لا يجب على المشتري الواهب استرجاع الموهوب - وان كان العقد جائزا -
فان المقام من بدل الحيلولة (باختصاص ذلك) اى اختصاص الاسترجاع
(بما اذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل ، كما فى
المغصوب الآبق) فانه اذا غصب عمرو من زيد عبده ، ثم ابق العبد و رجع
زيد الى عمرو ، فان عمروا يجب عليه ان يرجع العبد الذى غصبه الى مالك
العبد .

و (اما فيما نحن فيه) و هو الذى وهب المشتري ما اشتراه ثم فسخ المبيع

.....
 فان العين ملك للعاقدا الثانى ، والفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوض ، وهو العاقدا الاول ، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقدا الثانى ، فيستقر بدله على العاقدا الاول .
 ولادليل على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن .

العقد (فان العين) الموهوبة (ملك للعاقدا الثانى) حيث اشتراها من العاقدا الاول (والفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه المعوض) وهو خروج الثمن من ملك المشتري الاول ليدخل فى ملكه الثمن الذى كان دفعه الى البائع الفاسخ (وهو) اى من يدخل فى ملكه المعوض (العاقدا الاول ، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقدا الثانى) لانه لا يملكه الآن ، لانه وهبه فكيف يخرج المعوض من ملك الواهب ، والحال انه لا يملكه (فيستقر بدله على العاقدا الاول) اى يلزم على العاقدا الاول الفاسخ ان يرجع الى المشتري البدل وهو الثمن الذى اخذه .
 (و) اما المشتري فانه يعطى الى البائع الاول بدل المعوض لانفس المعوض .

اذ (لادليل على الزامه بتحصيل المبدل) الموهوب (مع دخوله) اى دخول ذلك المبدل (فى ملك ثالث) وهو الموهوب له (وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن) .
 فتحصل ان قوله « نعم » يقول « حيث ان المشتري وهب المتاع فالفاسخ يلزمه بالاسترجاع » .

هذا ولكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس والجامع : الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار .
و توجيهه بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان ، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذي الخيار ، بعيد جداً

وقوله « الا ان يقال » يقول « ليس الموهوب ملكا للمواهب حتى يسترجعه الفاسخ فيسترجع بدله ، وهذا بخلاف مثل المغصوب ، فانه حيث كان ملكا للمغصوب منه فاللزام على الغاصب ان يرجعه اليه » .
ولكن لا يخفى ما في قوله « الا ان يقال ٠٠٠ الخ » من عدم الاستقامة بل هذا الكلام اقرب الى بدل الحيلولة من نفس العين بان يقرر هكذا « حيث ان المغصوب الآبق لا يمكن رده فالواجب على الآبق بدل الحيلولة اما الموهوب حيث يمكن استرجاعه فاللزام على المشتري الواهب استرجاعه بابطال الهبة » والذي اظنه ان في النسخة غلطا او سقطا .
(هذا ولكن) هذا رد لقوله « الا ان يقال » (قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس والجامع : الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار) فاذا فسخ العاقد الاول بطلت هبة المشتري فيسترجع العاقدان ماله .

(و توجيهه) اي توجيه عدم النفوذ الذي قاله الدروس والجامع (بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان ، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذي الخيار) بان يكون مرادهما ب « لا تنفذ التصرفات » انه لا تنفذ التصرفات نفوذاً بلا ضمان (بعيد جداً) .

و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البديل ، الا
فى مسألة العتق والاستيلاد ، فالمسئلة فى غاية الاشكال .
ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الاول؟
او من اصله

اذ ظاهر «لاتنفذ التصرفات» ان التصرفات باطله لان التصرفات
صحيحة و لكن مع ضمان البديل .
فالمعنى : ان التصرفات بلا بديل غير صحيحة ، وهذا المعنى بعيد
جداً عن كلامهما .

(و) مع انها ادعى الاتفاق (لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز)
اى بجواز التصرفات (عنه الرجوع الى البديل) بل يرجع الفاسخ الى نفس
العين .

(١) فالدروس والجامع يدعيان : الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات
و «٢» القائلون بجواز التصرفات ظاهرهم : نفوذ التصرفات والرجوع
الى العين بعد الفسخ .

(الافى مسألة العتق والاستيلاد) حيث قال بعض بالرجوع الى
البديل فى هاتين المسئلتين .

(٣) و نحن نرى ان مقتضى القاعدة صحة التصرفات والرجوع الى
البديل (فالمسئلة فى غاية الاشكال) والله العالم .

(ثم على القول بانفساخ العقد الثانى) بعد فسخ العقد الاول (فهل
يكون من حين فسخ) العقد (الاول؟ او من اصله) .

.....
 قولان ، اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين ، محتجا بان مقتضى الفسخ
 تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين ، فلا يجوز ان يتلقى
 الفاسخ الملك من العاقد الثاني ، بل لابد من انفساخ العقد الثاني بفسخ
 الاول ، ورجوع العين الى ملك المالك الاول ليخرج منه الى ملك الفاسخ .
 الا ان يلتزم بان ملك العاقد الثاني الى وقت

مثلا : باع المشتري مافيه الخيار يوم الجمعة ، وفسخ البائع البيع يوم
 السبت فهل يكون المبيع يوم الجمعة للمشتري الثاني حتى يكون نمائه
 للمشتري الثاني؟ او يفسخ العقد الثاني من اول لحظة وقع فيها حتى
 يكون المبيع يوم الجمعة للمشتري الاول ، والنماء للمشتري الاول (قولان
 اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين ، محتجا بان مقتضى الفسخ)
 الذى فسخه العاقد الاول ذو الخيار (تلقى كل من العوضين من ملك كل
 من المتعاقدين) فالفاسخ يتلقى المعوض من المشتري ، والمشتري يتلقى
 العوض من الفاسخ (فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثاني)
 وهو المشتري الثاني (بل لابد من انفساخ العقد الثاني بفسخ) العقد
 الاول ، ورجوع العين الى ملك المالك الاول) وهو المشتري (ليخرج
 منه) اى من المشتري (الى ملك الفاسخ) .

وهذا انما يتحقق اذا قلنا بان الفسخ اوجب ان يكون العقد الثاني
 كان لم يكن ، اذ لو بقى العقد الثاني الى حين الفسخ كان الفاسخ يتلقى
 الملك من المشتري الثاني .

(الا ان يلتزم بان ملك العاقد الثاني) اى المشتري الثاني (الى وقت

.....
الفسخ ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول ورده بعدم
معروفية التملك الموقت فى الشرع ، فافهم .

ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول
به ، هو زمان تحقق الخيار فعلا ، كالمجلس و الثلاثة فى الحيوان والزمان
المشروط فيه الخيار ، واما الزمان الذى لم يتنجّز فيه الخيار ، اما لعدم
تحقق سببه ، كما فى خيار التأخير

الفسخ) وهو فسخ الفاسخ – البائع الاول – فبمجرد فسخه ينتقل الملك
من المشتري الثانى الى المشتري الاول ، فيتلقاه الفاسخ من المشتري
الاول (فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول) وهو المشتري
الثانى (ورده بعدم معروفية التملك الموقت فى الشرع) حتى يقال بان
المشتري الثانى ملك المتاع الى حين الفسخ ، وبمجرد الفسخ انتقل الملك
الى المشتري الاول ، فتلقاه الفاسخ من المشتري الاول (فافهم) لوجود
الملك الموقت ، كما فى اشتراء الولد اباه فانه يملكه ملكا آنا مائيا ، ثم يعتق
عليه ، هذا مضافا الى انه لا دليل على انه يلزم ان يتلقى الفاسخ الملك
من المشتري الاول ، والله العالم .

(ثم ان المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف) فيما فيه
الخيار (على القول به) اى على القول بالمنع من التصرف فى زمن الخيار
(هو زمان تحقق الخيار فعلا ، كالمجلس و الثلاثة فى) خيار (الحيوان و
الزمان المشروط فيه الخيار ، واما الزمان الذى لم يتنجّز فيه الخيار ، اما
لعدم تحقق سببه ، كما فى خيار التأخير) فان الخيار انما يحدث بعد التأخير

بناءً على ان السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلاث .
 واما لعدم تحقق شرطه ، كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن بناءً على
 كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه قبله ، و كاشتراط الخيار في زمان متأخر
 ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقق سببه ، وجهان

(بناءً على ان السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلاث)
 فهو قبل الثلاث ليس بثابت ، لانه لا تضرر .

اما اذا قلنا ان الخيار ثابت من اول الامر اذا كان المشتري لا يأتي
 الى الثلاث - ففي الواقع الخيار ثابت من اول الامر وان لم يعلم به
 البائع - فهو خارج عن محل كلامنا ، لان كلامنا في الزمان الذي ليس فيه
 خيار وانما يتحقق الخيار بعد ذلك .

(واما لعدم تحقق شرطه) اي شرط الخيار (كما في بيع الخيار بشرط
 رد الثمن) فيما اذا باعه وقال : لي الخيار في استرجاع الثمن اذا رجعت
 عليك الثمن (بناءً على كون الرد شرطاً للخيار وعدم تحققه) اي الخيار (قبله)
 اي قبل رد الثمن (و كاشتراط الخيار في زمان متأخر) .

مثلاً : باعه الشيء وقال لي الخيار بعد اسبوع ، فان في مدة الاسبوع
 لا خيار له .

(ففي جواز التصرف) ممن عليه الخيار (قبل تنجز الخيار خصوصاً فيما
 لم يتحقق سببه) اي سبب الخيار ، كما في خيار التأخير .

وانما قال : خصوصاً ، لانه لا خيار حتى في عالم الاقتضاء (وجهان)
 وهما : جواز التصرف لانه لا خيار ، وعدم جواز التصرف لانه في معرض

.....
 من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، وكونه فى معرض الارتفاع
 وهو موجود هنا، وان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ .
 ومن انه لاحق بالفعل لذى الخيار فلامانع من التصرف .
 ويمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان ، والمتوقف على
 شئ آخر ، كالتأخير والرؤية على خلاف الوصف .

الخيار .

(من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، وكونه) اى العقد (فى
 معرض الارتفاع، وهو) اى هذا المانع (موجود هنا) وان لم يكن خيارا فعلى
 (وان لم يقدر ذو الخيار) - الخيار المستقبلى - (على الفسخ
 حينئذ) اى حين قبل مجئ زمان الخيار - وهذا وجه عدم جواز
 التصرف - .

(ومن انه لاحق بالفعل لذى الخيار فلامانع من التصرف) - وهذا
 وجه جواز التصرف - .

(ويمكن) التفصيل فى المسئلة (والفرق) بين اقسام الخيار والمستقبلة
 بان يفرق (بين الخيار المتوقف على حضور الزمان) كخيار الشرط ولكن
 بعد اسبوع مثلا (و) بين الخيار (المتوقف على شئ آخر ، كالتأخير والرؤية
 على خلاف الوصف) .

فان من اشترى شيئا بالوصف ثم رأى انه خلاف الوصف، كان له الخيار
 فى رده او قبوله .

.....

لان ثبوت الحق فى الاول معلوم وان لم يحضر زمانه ، بخلاف الثانى .
 و لذا لم يقل احد بالمنع من التصرف فى احد من العوضين قبل قبض
 الآخر من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض وسيجئ
 ما يظهر منه قوة هذا التفصيل .
 وعلى كل حال ، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امركا لغبن

ففى الخيار الزمانى لا يحق له التصرف .

وفى القسم الثانى يحق له التصرف (لان ثبوت الحق) و هو الخيار
 (فى الاول) اى الخيار المتأخر زمانا (معلوم وان لم يحضر زمانه) فالواجب
 التحفظ على ما فيه الخيار بعدم التصرف (بخلاف الثانى) لان ثبوت الحق
 فيه غير معلوم .

(ولذا) حيث ان الخيار غير المعلوم لا يمنع من التصرف (لم يقل
 احد بالمنع من التصرف فى احد من العوضين قبل قبض الآخر) .
 مثلا : اذا قبض المشتري المتاع يحق له ان يتصرف فيه وان لم
 يقبض البائع الثمن بعد (من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بـ) سبب
 (تلف ما لم يقبض) .

وقوله « من جهة » متعلق بـ « لم يقل » مع انه لو كان الخيار المستقبلى
 مانعا عن التصرف لزم منع المشتري من التصرف فى الثمن ، لان العقد
 فى معرض الانفساخ (و سيجئ ما يظهر منه قوة هذا التفصيل) الذى ذكرناه
 بقولنا (ويمكن الفرق) .

(وعلى كل حال ، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امركا لغبن

.....
و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بخلاف ظاهر
فرعان : الاول لو منعنا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار، فهل يمنع
عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين، كوطى الامة فى
زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من رد العين بالخيار قولان
للمانعين، اكثرهم على الجواز كالعلامة فى القواعد والشارح فى جامع
المقاصد، وحكى عن

و العيب و الرؤية على خلاف الوصف) لانه لا خيار قبل ظهور الغبن، وظهور
العيب، وقبل الرؤية فى خيار تخلف الوصف - كما تقدم - (غير مانع من
التصرف، بخلاف ظاهر) .

ثم حيث ان الخيار حق لذى الخيار و ليس حكما جاز لذى الخيار ان
يأذن لمن عليه الخيار بالتصرف، سواء اراد التصرف المسقط للخيار او
التصرف الجامع مع الخيار، فانه من باب تعدد المطلوب، فيقول له : تصرف،
فاذا فسخت اخذت منك البذل .

(فرعان : الاول لو منعنا عن التصرف المتلف فى زمن الخيار، فهل
يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين) بدون تلف
لها (كوطى الامة فى زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من رد
العين بالخيار) فيما كان الوطى موجبا لانعقاد النطفة .

وانما قال : بناء لما تقدم من احتمال تقدم حق ذى الخيار على حق الاستيلاد
(قولان للمانعين) اى من منع عن التصرف المتلف (اكثرهم على الجواز
كالعلامة و الشارح) للقواعد المحقق الثانى (فى جامع المقاصد، وحكى عن

المبسوط والغنية والخلاف .

لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به
فى الايضاح .

ولذا حمل فى الدروس تجويز الشيخ الوطى على ما اذا خص الخيار
بالوطى .

لكن قيل ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك .

المبسوط والغنية والخلاف .

(لكن) يرد على شيخ الطائفة انه كيف يفتى بجواز الوطى فى زمن
الخيار ، والحال انه يرى ان المشتري لا يملك فى زمن الخيار .

ف (لا يلائم ذلك) اى تجويزه الوطى مع (القول بتوقف الملك على
انقضاء الخيار) لانه لا وطى الا فى ملك (كما اعترف به) اى بانه لا يلائم القول
بتوقف الملك على انقضاء الخيار (فى الايضاح) .

(ولذا) الذى قلنا بانه لا يلائم (حمل فى الدروس تجويز الشيخ
الوطى) فى زمن الخيار (على ما اذا خص الخيار بالوطى) فان من عليه
الخيار لا يملك ، لا من له الخيار .

(لكن قيل) واستشكل على الدروس ب (ان عبارة) الشيخ فى
(المبسوط لا تقبل ذلك) الحمل ، بل ظاهره وطقى المشتري فى زمان خيار
البائع ، هذا كله فى القول الاول الذى يقول بانه يجوز الاستيلاد فى
زمان الخيار .

.....
 و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون
 الوطى معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين .

الثانى : انه هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار بدون اذن ذى
 الخيار؟ فيه وجهان .
 من كونه ملكا له .

و من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ على اخذ العين ،

(و ظاهر المحكى عن التذكرة ، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك) اى
 عن الوطى فى زمن الخيار (لكون الوطى معرضا لفوات حق ذى الخيار من
 العين) و ذلك ينافى كون ذى الخيار له سلطة على الفسخ و استرجاع
 جاريته .

لكن حيث عرفت اننا نقول بجواز كل تصرف ، فالامر فى المقام سهل .
 الفرع (الثانى) بناء على المنع عن التصرف المتلف فى زمن الخيار (انه
 هل يجوز) التصرف غير المتلف ، مثل (اجارة العين فى زمان الخيار بدون
 اذن ذى الخيار ؟) ام لا يجوز ، و مثل الاجارة الرهن و نحوهما مما لا يتلف
 العين (فيه وجهان) .

(من كونه ملكا له) اى للموخر الذى ليس له الخيار فله ان يوجره .
 (و من ابطال هذا التصرف) اى الايجار (لتسلط الفاسخ على اخذ
 العين) فانه اذا فسخ من له الخيار لا يقدر على اخذ العين الا بعد انقضاء
 الاجارة ، ولو كانت الاجارة طويلة المدة ، لم يتمكن هو بنفسه من استرداد

.....
 اذا الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه لاجل استيفاء منفعة .

ولو أجره من ذى الخيار او باذنه ففسخ لم يبطل الاجارة ، لان المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام ، ومن نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فاذا استوفاها المشتري بالاجارة ، فلوجه لرجوعها الى الفاسخ بل يعود الملك اليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة ، كما اذا باعه بعد الاجارة .

العين اصلا كما اذا أجره لمدة مائة سنة مثلا (اذا الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه) اى تسلم ما فيه الخيار (لاجل استيفاء منفعة) .

الملك الا ان يقال : ان له حق الاجارة فاذا فسخ ذو الخيار ابطال الاجارة لتقدم حقه على حق الاجارة .

(ولو أجره من ذى الخيار) نفسه (او أجره لثالث (باذنه ففسخ) ذو الخيار) لم يبطل الاجارة ، لان المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام (اذا الخيار يعطى ذا الخيار حق الفسخ والابطال ، لا ان الملك الذى فيه الخيار ملك من نوع ثان ، غير الملك الذى ليس فيه الخيار (ومن نماء هذا الملك المنفعة الدائمة) اذ كما ملك المشتري العين ملك النماء (فاذا استوفاها المشتري بالاجارة ، فلوجه لرجوعها الى الفاسخ)

فحال ذاك حال ما اذا تمكن من الاستيفاء دفعة واحدة ، مثلا : لو تمكن بعلاج ان يخرج كل بيوض الدجاجة المشتراة بخيار ، فانه لو رجع البائع لم يتمكن من استرجاع البيوض (بل يعود الملك اليه) اى الى البائع ذى الخيار (مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة ، كما اذا باعه بعد الاجارة .)

.....
 و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الاول من الموقوف عليه ، لان البطن
 الثانى لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة ، بل من الواقف
 كالبطن الاول .

فالملك ينتهى بانتهاء استعداده .

فان الانسان اذا آجر ملكه ، ثم باعه ، ملك المشتري العين مسلوب المنفعة
 مدة الاجارة ، لان النماء صار للمستأجر .

نعم اذا جعل المشتري ذك كان له خيار الفسخ .

(و ليس الملك هنا) فى باب فسخ ذى الخيار بعد الاجارة (نظير

ملك البطن الاول من الموقوف عليه) .

حيث انه لو آجره مدة اكثر من حياته ، ثم مات كان للبطن الثانى

ابطال الاجارة واخذ النماء لنفسه .

وانما ليس المقام من قبيل الوقف (لان البطن الثانى لا يتلقى الملك

منه) اى من البطن الاول (حتى يتلقاه مسلوب المنفعة ، بل) يتلقن البطن

الثانى الملك (من الواقف) مباشرة (كالبطن الاول) الذى يتلقى الملك

من الواقف فكان الواقف قال خمسين سنة للبطن الاول وخمسين سنة

للبطن الثانى — فيما اذا دام كل بطن خمسين سنة — .

(فالملك) بالنسبة الى البطن الاول (ينتهى بانتهاء استعداده) كما

لومات البطن الاول .

لكن لا يخفى انه اذا انقصت قيمة العين بسبب الاجارة ، كان للفاسخ

مطالبة التفاوت .

فان قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، وكان زوالها بالانتقال الى آخره ملك المنفعة الدائمة، لان المفروض ان المنتقل اليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة.

واما اذا ثبت وكان زوالها بارتفاع سببها، لم

مثلا: لو اجرها عشر سنوات، فنقص بذلك خمس قيمتها فان للفاسخ مطالبة هذا الخمس من باب ما لو تلف بعض المبيع فانه بمنزلة التلف كما لا يخفى.

(فان قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين) فاذا ملك الفاسخ العين من المشتري ملكها مسلوبة المنفعة - كما ذكرتم - لكن الفاسخ يملك الملك مستنداً الى ما قبل تملك المشتري، فهو لا يتلقى الملك من المشتري ومن المعلوم ان الملك قبل تملك المشتري ليس مسلوب المنفعة.

والحاصل ان الفاسخ يرفع سبب ملك المشتري، لان الملك ينتقل اليه من المشتري، فالمنفعة تابعة لملك العين وليس للفاسخ اخذ المنفعة فيما اذا كان (بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، وكان زوالها بالانتقال الى آخره ملك) الاول، وهو المشتري فى المثال (المنفعة الدائمة) فالفاسخ لاحق له فى المنفعة (لان المفروض ان المنتقل اليه) وهو الفاسخ (يتلقى الملك من ذلك المالك) المشتري (فيتلقاه) اى الفاسخ (مسلوب المنفعة) هذا.

(واما اذا ثبت) الملكية للمشتري (وكان زوالها بارتفاع سببها، لم

يكن ملك من عاد اليه متلقى عن المالك الاول ، ومستندا اليه ، بل كان مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الاول ، فيتبعه المنفعة ، كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه ، كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه ، فان المنفعة تتبع مقدار تملكه .

قلت : اولانه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة .

يكن ملك من عاد (الملك) اليه (اى الى الفاسخ) متلقى عن المالك الاول) الذى هو المشتري (و) لم يكن (مستنداً اليه) حتى يتلقاه مسلوب المنفعة (بل كان) ملك الفاسخ (مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الاول) اى قبل تملك المشتري ، لان الفسخ يرفع ملك المشتري ويجعله كان لم يكن (فيتبعه) اى يتبع تملك الفاسخ للملك (المنفعة) فيكون حال المقام فى استحقاق الفاسخ للمنفعة (كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا برفعه) اى رفع السبب .

فالمشتري فى المقام حاله (كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه فان المنفعة تتبع مقدار تملكه) فاذا آجره المشتري لمدة سنة و بعد شهر فسخ من له الخيار ، كانت اجارة بقية المدة للفاسخ لا للمشتري .

(قلت : اولانه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة) بان باعه بيعاً لازماً ، ثم آجره المشتري ، ثم تفاسخا عن رغبتهما فان الاجرة كلها للمشتري (مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة) فما يقال هنا يقال هناك فى صورة الفسخ بالخيار اذا لفرق بين المسئلتين من هذه الجهة .

و ثانيا : انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعدّ
للدوام ولولا الرافع آناً .

ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة
بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن .
وعلّاه بانه يعلم بفسخ البيع ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ

(و ثانيا) بالحلّ ، ف (انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة) بان تكون
المنفعة للمشتري (تحقق الملك) للمشتري (المستعدّ للدوام ولولا الرافع)
تحقق الملك (آناً) .

اذ بمجرد ملكية المشتري للعين ، ملك كل منافعه ، فله الحق فى ان
يهبها او يصالحها او ينقلها الى غيره ، فاذا فسخ من له الخيار وكان فى
العين نقص بسبب الاجارة ، كان له اخذ التفاوت من المشتري بعنوان بدل
النقص .

(ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة)
التى آجرها المشتري فيما كان للبائع الخيار (بفسخ البيع بخيار ردّ مثل
الثمن) اى خيار الشرط ، بان شرط البائع انه كلما ردّ الثمن الى سنة
مثلا ، كان له فسخ البيع .

(و علّاه) اى علّل ما جزم به (بانه يعلم بفسخ البيع) اى اذا فسخ
البيع (ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ) و انما يملك المشتري
المنافع الى حال الفسخ ، فكانت اجازته لما بعد الفسخ اجارة
فى ملك الغير

.....
 وان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع انتهى .
 فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك ، او
 الملك المستند الى ذلك الملك ، فقد عرفت الجواب عنه نقضا وحلا ، وان
 المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام .
 وان كان مرجعه الى شئ آخر فليبين حتى ينظر فيه ، مع ان الاصل

(وان الاجارة كانت متزلزلة ومراعاة) اسم مفعول و ليس بمصدر (بالنسبة
 الى فسخ البيع) فمالم تفسخ الاجارة كانت المنفعة للمشتري اما بعد
 الفسخ فالمنفعة للبائع (انتهى) كلامه ره .

(فان كان مرجعه) اى مرجع ما ذكره (الى ما ذكرنا من كون المنفعة
 تابعا لبقاء الملك) فى حيازة المشتري (او) المنفعة عبارة عن (الملك
 المستند الى ذلك الملك) بقاءً وحدها فمادام اصل الملك فى حيازة المشتري
 كانت المنفعة فى حيازته ، فاذا خرج الملك عن حيازته خرجت المنفعة من
 حيازته (فقد عرفت الجواب عنه نقضا وحلا) فى قولنا : قلت اولاً وثانياً (و)
 عرفت (ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام) وان خرج بعد ذلك
 عن الملك .

نعم فى الملك غير المستعد للدوام كالوقف ليست المنفعة تابعة للملك
 بل ملك كل بطن للمنفعة بقدر حيازته

(وان كان مرجعه الى شئ آخر فليبين حتى ينظر فيه) .
 وربما احتمل ان الشرط يقتضى ذلك بان شرط ذوالخيار ان لاحق
 لك فى المنفعة الامدة بقاء الملك عندك (مع ان الاصل) لو شك فى انه

عدم الانفساخ ، لان الشك فى ان حق خيار الفسخ فى العين يوجب تنزيل ملك المنفعة ، ام لامع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للملك قبله ، كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة .

ثم انه لا اشكال فى نفوذ التصرف باذن ذى الخيار ، وانه يسقط خياره

هل انفسخت الاجارة بانفساخ البيع ، ام لم تنفسخ ؟ (عدم الانفساخ ، لان الشك) فى الرافع مع العلم باقتضاء المقتضى ، فليس الشك فى المقتضى الذى قلنا فى الاصول انه ليس مجرا للاستصحاب لاننا شك (فى ان حق خيار الفسخ فى العين يوجب تنزيل ملك) المشتري (المنفعة ، ام لا) .

و هذا الشك يكون (مع العلم) اى مع علمنا (بقابلية المنفعة بعد الفسخ للملك قبله) اى قبل الفسخ .
فمثلا : اذا كان الفسخ بعد شهر من البيع ، فالمنفعة بعد الشهر الى السنة قابلة لان يملكها المشتري للمستأجر ، لان الملك الآن مائى يقتضى ملكية المنفعة الى الابد .

فيكون حال مانجن فيه (كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة) بان باعه بيعا قطعيا ثم أجره مدة سنة مثلا ، ثم تقايلا البيع بدون الخيار ، بعد ساعة من الاجارة ، فان الاجارة لا تبطل والمنفعة للمشتري بلا خلاف - كما عرفت - .

(ثم انه لا اشكال فى نفوذ التصرف) الذى يتصرفه من عليه الخيار فى العين اذا كان التصرف (باذن ذى الخيار ، وانه يسقط خياره

.....
 بهذا التصرف، اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا وان لم يكن منافاة بين الاذن فى التصرف والاتلاف، واردة الفسخ واخذ القيمة كما نبهنا عليه فى المسئلة السابقة .

و به يندفع الاشكال الذى اوردته المحقق الاردبيلى من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار .

واما لان التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق

بهذا التصرف) الذى اذن فيه .

كما اذا باعه العبد بشرط ان يكون للبائع الخيار، ثم اذن للمشتري بالعتق، واعتق المشتري، فانه يسقط خيار البائع .

وانما يسقط خياره (اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا)
 فمعنى اذنت لك فى العتق — مثلا — انى رفعت يدى عن خيارى (وان لم يكن منافاة) عقلا (بين الاذن فى التصرف) وفى (الاتلاف)، و (بين ارادة) ذى الخيار (الفسخ واخذ القيمة) لانه يمكن ان يريد ذى الخيار الفسخ ، ومع ذلك يأذن للمشتري فى اتلافه .

وانما يريد لانه اذا اتلفه اخذ قيمته بدلا عن العين (كما نبهنا عليه)
 اى على عدم المنافات (فى المسئلة السابقة) .

(وبه) اى بما ذكرنا من ان سقوط الخيار بالاذن انما هو بالدلالة العرفية (يندفع الاشكال الذى اوردته المحقق الاردبيلى من عدم دلالة ذلك) الاذن (على سقوط الخيار) وان العرف شاهد على الدلالة .

(واما لان التصرف الواقع) من المشتري (تفويت لمحل هذا الحق)

وهي العين باذن صاحبه فلا يفسخ التصرف ولا يتعلق الحق بالبدل ،
لان اخذ البديل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه ، لامع
سقوطه عنه .

ولو اذن ولم يتصرف المأذون ، ففي القواعد والتذكرة انه يسقط خيار
الآذن ، وعن الميسية انه المشهور .

اي حق الخيار (وهي العين) فان العين محل الخيار ، فاذا ذهبت
العين لم يبق محل للخيار .

وكان ذلك التفويت (باذن صاحبه) اي صاحب الحق وهو ذو الخيار
(ف) اذا تصرف المشتري بان اعتق او باع ثم فسخ ذو الخيار (لا يفسخ
التصرف) بان يرجع العبد المعتقد او المبيع الى الفاسخ (ولا يتعلق
الحق) اي حق ذي الخيار بعد ان فسخ (بالبدل ، لان اخذ البديل ب) عدد
(الفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه) يعني اذا كان الحق
حالا في العين ثم تلفت رجع ذو الخيار الى البديل (لامع سقوطه عنه) .

فاذا سقط الحق عن العين في حال كونها عند المشتري ، ثم ذهبت
العين فلاحق اصلا ، فلا يكون للمالك حق البديل هذا كله فيما اذا اذن
ذو الخيار في التصرف وتصرف من عليه الخيار .

(ولو اذن ولم يتصرف المأذون ، ففي القواعد والتذكرة انه) بمجرد
الاذن (يسقط خيار الآذن) اسم فاعل من اذن يأذن (وعن الميسية انه)
اي سقوط خيار الآذن (المشهور) بين العلماء .

.....
 قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار
 فى الصورة السابقة الى دلالة مجرد الاذن ولا يقدح فيها تجرده عن التصرف
 وقد منع دلالة الاذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد والقواعد .
 والاولى ان يقال بان الظاهر كون اذن ذى الخيار فى التصرف
 المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف ولان اباحة بيع مال الغير لنفسه

(قيل كان منشأ هذه النسبة) الى المشهور (فهم استناد المشهور)
 اى ان المشهور مستندون (فى سقوط الخيار فى الصورة السابقة) وهى ما
 اذا اذن و تصرف المأذون (الى دلالة مجرد الاذن) فان كان الاذن دالا
 فهو موجود، سواء تصرف المأذون او لم يتصرف (ولا يقدح فيها) اى فى
 دلالة الاذن على سقوط الخيار (تجرده) اى تجرد الاذن (عن التصرف)
 (و) لكن (قد منع دلالة الاذن المجرد) عن التصرف على سقوط
 الخيار (فى المسالك و جامع المقاصد والقواعد) .

(والاولى) ان لا نقول بقول « قيل » بل الملازم (ان يقال) فى وجه
 اسقاط مجرد الاذن للخيار (بان الظاهر كون اذن ذى الخيار) لثالث
 (فى التصرف المخرج) عن الملك كما اذا اذن لاجنبى فى العتق والبيع
 مثلا (فيما انتقل عنه) اى الاذن فى العين التى انتقلت من ذى الخيار واولا:
 يكون (فسخا لحكم العرف) الذى يقولون بان اذن ذى الخيار للاجنبى
 معناه الفسخ وقوله « فسخا » اى باطلا للبيع (و) ثانيا : (لان اباحة
 بيع مال الغير لنفسه) بان يبيع ذو الخيار ان يبيع لاجنبى مال ذى
 الخيار لنفسه

غير جائز شرعا ، فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التي لا يصح شرعا الا بجعلها فسخا .

واما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف اجازة واسقاطا لخياره ، فيمكن الاستشكال فيه ، لان الثابت بالنص والاجماع ان التصرف فيما انتقل اليه اجازة ، وليس الاذن من ذلك .

وانما حكم بالسقوط فى التصرف عن اذنه ، لاجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن ، بل لاجل تحقق المسقط ، لماعرفت من ان التصرف

(غير جائز شرعا) اذا المثلن اذا خرج من كيس دخل الثمن فى نفس ذلك الكيس (فيحمل) كلام ذى الخيار (على الفسخ) اى انه ابطال البيع (كسائر التصرفات التي لا يصح شرعا الا بجعلها فسخا) وابطالا للبيع - هذا فيما اذا اذن ذو الخيار بالتصرف لاجنبى ، فانه فسخ - .

(واما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف) فيما فيه الخيار (اجازة واسقاطا لخياره ، فيمكن الاستشكال فيه ، لان الثابت بالنص والاجماع ان التصرف فيما انتقل اليه اجازة ، وليس الاذن من ذلك) اى من اقسام التصرف .

(و) ان قلت : فكيف حكمتم بانه اذا اذن وتصرف المشتري سقط خياره ؟ قلت : (انما حكم بالسقوط) للخيار (فى التصرف) اى تصرف المشتري (عن اذنه) اى اذن ذى الخيار (للاجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار ب) سبب (الاذن ، بل لاجل تحقق المسقط) الخارجى (لماعرفت من ان التصرف

.....
الواقع باذنه صحيح نافذ .

والتسلط على بد له فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق .
فالاذن فيما نحن فيه نظير اذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به
حق الرهانة ، ويجوز الرجوع قبل البيع .
نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد ، فانه ليس
بادون من رضا المشتري بتقبيل الجارية .

الواقع (من المشتري (باذنه) اى اذن ذى الخيار (صحيح نافذ) فلاحق
لذى الخيار فى الرجوع الى العين ، كما لاحق له فى الرجوع الى بد له .
(و ذلك لان (التسلط على بد له فرع خروجه عن ملك المشتري) فى
حال كونه (متعلقا للحق) اى حق ذى الخيار ، والحال انه خرج عن ملك
المشتري ولاحق لذى الخيار فيه .

(فالاذن فيما نحن فيه) اى اذا اذن فى تصرف المشتري (نظير اذن
المرتهن فى بيع) الراهن (الرهن لا يسقط به) اى بهذا الاذن (حق
الرهانة ، ويجوز الرجوع) عن اذنه (قبل البيع) اى بيع الراهن ، فمجرد
الاذن لا يسقط بل الاذن المقترن بالتصرف ، سواء فى مانحن فيه ، او فى
حق الرهن .

(نعم يمكن القول باسقاطه) اى اسقاط اذن ذى الخيار لخياره ، و
ان لم يتصرف المشتري (من جهة تضمنه) اى الاذن (للرضا بالعقد ، فانه)
اى الاذن هنا (ليس بادون من رضا المشتري) بالعقد المسقط لخياره
المكشوف ذلك الرضا (بتقبيل الجارية) فالاذن هنا مسقط ، كما ان تقبيل

.....

وقد صرح في المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطى المشتري سقط

خياره .

و يؤيده رواية السكونى في كون العرض على البيع التزاما .

فهذا القول لا يخلو عن قوة .

الجارية هناك مسقط .

(وقد صرح في المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطى المشتري)

للجارية (سقط خياره) لمجرد الرضا ، فكيف بالاذن الذى هو اقوى من الرضا

الباطنى .

(و يؤيده) اى يؤيد كون الاذن مسقطا لانه رضا (رواية السكونى في

كون العرض على البيع) فيمن له خيار الفسخ (التزاما) بالبيع واسقاطا

لخياره ، وليس ذلك الا لانه رضا بالبيع .

(فهذا القول) اى ان اذن ذى الخيار فى تصرف المشتري اسقاط

لخياره ، لانه كاشف عن الرضا بالعقد (لا يخلو عن قوة) والله العالم .

مسئلة

المشهور ان المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار ترتزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه ، فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر .
و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري .
و صرح فى التحرير بشموله لذلك .

(مسألة : المشهور ان المبيع يملك بالعقد) فبمجرد العقد يملك البائع الثمن و المشتري الثمن (و اثر الخيار) الاصلى كخيار المجلس و المَجْعول كخيار الشرط (ترتزل الملك بسبب القدرة) من ذى الخيار (على رفع سببه) اى سبب الملك (فالخيار) يوجب شيئاً هو عبارة (حق لصاحبه) اى صاحب الخيار (فى ملك الآخر) .
مثلاً : فمعنى خيار البائع ان له حق فى ملك المشتري - اى الثمن - و بالعكس

(و) لكن (حكى المحقق و جماعة عن الشيخ) الطوسى ره (توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار) فما دام الخيار موجوداً لا ملك (و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري) فاذا كان الخيار للمشتري فقط لم يملك الثمن ، كما انه كذلك اذا كان الخيار للبائع فقط ، او كان الخيار لهما و للاجنبى فقط ، او مع احدهما او مع كليهما .
(و صرح فى التحرير بشموله) اى شمول اطلاق كلام الشيخ (لذلك)

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 لكن الشهيد في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار
 بمعنى الكشف او النقل ، خلاف ، مأخذه ان الناقل : العقد ، والغرض
 من الخيار الاستدراك ، وهو لا ينافي الملك وان غاية الملك التصرف
 الممتنع في زمان الخيار .
 وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار .

اي للخيار المختص بالمشتري .

(لكن الشهيد في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد او بعد
 الخيار) واذا قلنا انه بعد الخيار فهل ذلك (بمعنى الكشف) وان انقضاء
 الخيار يوجب ان تكشف ان المال صار ملكا حين العقد (او) بمعنى (النقل)
 وان انقضاء الخيار يوجب ان يصبح المال ملكا حين انقضاء الخيار (خلاف)
 واحتمالات ثلاثة (مأخذه ان الناقل : العقد ، والغرض من الخيار
 الاستدراك) بان يتمكن ذو الخيار من ابطال الملك الذي تحقق بسبب
 العقد (وهو) اي الاستدراك (لا ينافي الملك) بسبب العقد ، وهذا وجه
 القول بان العقد سبب الملك ، ا (وان غاية الملك التصرف) فان فائدة
 الملك ان يتصرف المنتقل اليه في ما انتقل اليه (الممتنع) ذلك التصرف
 (في زمان الخيار) وهذا وجه القول بان انقضاء الخيار سبب الملك ، ثم
 يأتي في هذا الوجه الاحتمالان اي الكشف والنقل .

(وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار) بالمشتري
 اما اذا كان الخيار للبائع او لهما ، او لاجنبي فلا ملك
 للمشتري .

.....

و ظاهر ابن الجنيّد توقف الملك على انقضاء الخيار، انتهى .

فان فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف والمبسوط .

(و) لكن (ظاهر ابن الجنيّد توقف الملك على انقضاء الخيار) مطلقا حتى ان المشتري لا يملك وان كان الخيار مختصا به (انتهى) كلام الدروس .

(فان فى هذا الكلام) الذى قاله الدروس (شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ) .

الشهادة الاولى قوله : وربما قطع الشيخ حيث انه صريح فى ان الخيار اذا كان مختصا بالمشتري فالشيخ يقول بالملك .

والشهادة الثانية جعل المأخذ لعدم الملكية المنع من التصرف ، و من المعلوم ان الخيار لو كان للمشتري لم يمنع من التصرف فيلزمه ان يكون مالكا (بل المأخذ المذكور) فى قول الدروس الذى قال « وان غاية الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار » (صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف والمبسوط) .

فالشيخ فى الخلاف والمبسوط حيث منع التصرف فى زمان الخيار كان لازمه القول بعدم الملك .

اما غير الشيخ و سائر كتب الشيخ حيث لم يمنعوا التصرف فى زمان الخيار فهم قائلون بالملك .

قال في محكى الخلاف : العقد يثبت بنفس الايجاب والقبول ، فان كان مطلقا ، فانه يلزم بالافتراق بالابدان .
وان كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط ، فان كان الشرط لهما وللبيع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم .
وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس

اذا الظاهر من كلام الدروس ان الملك دائر مدار جواز التصرف ، فمن قال بجواز التصرف قال بالملك ، ومن لم يقل بجواز التصرف لم يقل بالملك .
وهنا ننقل كلام الشيخ في الكتابين ليظهر منه ما ذكرناه من انه لا يجوز التصرف في زمن الخيار فلا ملك .
قال في محكى الخلاف : العقد يثبت بنفس الايجاب والقبول ، فان كان العقد (مطلقا) بلا شرط (فانه) اى العقد (يلزم بالافتراق) اى افتراق المتعاملين (بالابدان) .
اما قبل الافتراق فلا لزوم لخيار المجلس ، حيث قال عليه السلام « البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع » .
(وان كان) العقد (مشروطا) بان جعل الخيار لهما او لاحدهما مدة ف (يلزم) العقد (بانقضاء الشرط ، فان كان الشرط لهما او للبائع) فقط (فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم) فانقضاء الخيار كاشف عن ان العقد اوجب الملك .
(وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك) - اى العين - (بنفس)

.....
 العقد ، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فان انقضى
 الخيار ملك المشتري بالعقد الاول ، انتهى .
 و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف .

العقد ، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار) فزال ملك البائع
 لانه عقد ، ولكن لم يدخل فى ملك المشتري لمكان الخيار (فان انقضى
 الخيار ملك المشتري بالعقد الاول ، انتهى) كلام الشيخ .

فعلم من هذا الكلام ان الشيخ — فى الخيار المختص بالمشتري —
 يقول بمقالة المشهور ، وان موردا الخلاف بين الشيخ وبين المشهور فى
 الخيار المختص بالبائع والخيار الذى لهما .

وعليه فما قاله التحرير وغيره من ان الشيخ يقول بعدم الملك حتى
 فى الخيار المختص بالمشتري ليس ظاهرا من كلام الشيخ . هذا .

و لكن الذى يظهر من كلام الشيخ انه فرق بين خيار المشتري وحده
 وبين خيار البائع وحده ، وخيارهما بسعد ، بان الكل يوجب عدم ملك
 المشتري وبان الخيار اذا كان للمشتري وحده زال ملك البائع ، واذا كان
 للبائع اولهما لم يزل ملك البائع فتأمل .

(و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف) لانه قال : زال ملك البائع
 عن الملك بنفس العقد ، وقال : بالعقد الاول ، فانقضاء الخيار كاشف عن
 الملك لاناقل حين انقضاء الخيار .

و انما قال (كما قيل) لاحتمال ان يريد النقل بمعنى ان زوال الخيار
 ناقل ، لكن كان السبب هو العقد .

فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى المبيع ، نظير لزوم العقد من طرف الاصيل اذا وقع مع الفضولى وبين عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر ، حتى ينقض خياره ، فاذا انقضى ، ملك بسبب العقد الاول بمعنى كشف الانقضاء عنه ، فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولى ،

(فحينئذ) اى حين اراد الكشف (يمكن الجمع بين) كلامى الشيخ حيث قال (انه يخرج عن ملك البائع) وقال (لا يدخل فى ملك المشتري) فحيث قال ب (زوال ملك البائع) اراد (بمعنى عدم حق له بعد ذلك) العقد (فى المبيع ، نظير لزوم العقد من طرف الاصيل اذا وقع مع الفضولى) فان الاصيل لزم عقده لتمامية اركان العقد بالنسبة اليه ، ويكون الخيار مع الطرف الآخر ، سواء اجاز اورفض (وبين) ما قال : من (عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر ، حتى ينقض خياره) .

فعدم الانتقال انما هو بحسب الظاهر ، ففى الواقع ان امضى ذو الخيار كان المبيع - من حين العقد - منتقلا الى المشتري وخارجا عن ملك البائع ، وان فسخ لم يكن المبيع لا خارجا عن ملك البائع ولا داخلا فى ملك المشتري (فاذا انقضى) زمن الخيار (ملك) المشتري (بسبب العقد الاول) .

وقولنا (ملك) (بمعنى كشف الانقضاء) اى انقضاء زمان الخيار (عنه) اى عن كون المشتري مالكا من حين العقد (فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولى) فى انه اذا اجاز المالك كشفت اجازته عن حصول

.....
 ولا يرد حينئذ عليه ان اللازم منه بقاء الملك بلا مالك .
 و حاصل هذا القول ان الخيار يوجب تنزيل الملك .
 و يمكن حمله ايضا على ارادة الملك اللازم الذى لاحق ولا علاقة لما لـ
 السابق فيه ، فوافق المشهور .

النقل حين العقد (ولا يرد حينئذ) اى حين قلنا بالكشف (عليه) اى على
 كلام الشيخ القائل بانه خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشتري (ان
 اللازم منه بقاء الملك بلا مالك) .

وانما « لا يرد » لانه ان اجاز دخل فى ملك المشتري من حين العقد و
 ان لم يجز لم يكن ملكا للمشتري من الاول ، بل كان باقيا فى ملك البائع
 (و حاصل هذا القول) اى قول الشيخ (ان الخيار يوجب تنزيل
 الملك) لانه تفصيل بين الخيار المختص بالمشتري فالمشتري يملك ، وبين
 غيره فالمشتري لا يملك الا بعد انقضاء الخيار ، كما استفاده الدروس من
 كلام الشيخ .

(و) اذ لم نقل بان ظاهر كلام الشيخ ما ذكرناه ، بل قلنا : بان ظاهره
 عدم الملك الا بعد انقضاء الخيار (يمكن حمله ايضا على ارادة الملك اللازم)
 فنقول ان مراد الشيخ — خلافا لظاهر كلامه — من قوله « لا يملك الا بعد
 انقضاء الخيار » انه لا يملك ملكا لازما ، فالشيخ ينفى الملك اللازم (الذى
 لاحق ولا علاقة لما لـ السابق فيه) .

وعلى هذا المعنى (فوافق) الشيخ (المشهور) فى انه يملك بالعقد
 ملكا متزلزلا .

و لذا عبّر في غاية المراد بقوله : ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار ، ولم ينسب ذلك اليه صريحا .
وقال في المبسوط : البيع ان كان مطلقا غير مشروط فانه يثبت بنفس العقد ، ويلزم بالتفرق بالابدان .
وان كان مشروطا لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد .
وان كان مشروطا بشرط

فتحصل انا نقول اولا كلام الشيخ موافق للمشهور ، وهذا ما اشار اليه بقوله « و حاصل » .
و ثانيا : نقول - على تسليم ان كلامه خلاف كلام المشهور - نحمل كلامه على كلام المشهور .
(ولذا) الذي لا يكون كلام الشيخ صريحا في خلاف المشهور (عبّر في غاية المراد بقوله : ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار)
قاله بلفظ « يلوح » اي يشعر (و لم ينسب ذلك اليه) اي الى الشيخ (صريحا) هذا تمام كلام الشيخ في الخلاف .
(وقال في المبسوط : البيع ان كان مطلقا غير مشروط) بشرط (فانه يثبت) الملك (بنفس العقد ، ويلزم بالتفرق بالابدان) لا نقضاء خيار المجلس بالتفرق .
(وان كان مشروطا لزومه بنفس العقد) بان شرطا عدم خيار المجلس (لزوم بنفس العقد) لانه لا خيار حينئذ .
(وان كان مشروطا بشرط) مثل ان يشترط ان لاحدهما الخيار الى اسبوع

.....
لزم بانقضاء الشرط .

و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري .

لكن قال فى باب الشفعة : اذا باع شقفا بشرط الخيار .

فان كان الخيار للبائع ، اولهما لم يكن للشفيع الشفعة ، لان الشفعة

انما تجب اذا انتقل الملك اليه .

وان كان الخيار للمشتري وجب الشفعة للشفيع ، لان الملك يثبت

للمشتري بنفس العقد ، وله المطالبة بعد انقضاء الخيار ،

(لزم) العقد (بانقضاء الشرط) لانه يلزم بعد انتهائ الخيار .

(و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري)

فى الحالات الثلاث ، وهى : عدم الشرط ، و شرط عدم الخيار ، و شرط
الخيار .

(لكن قال) الشيع (فى باب الشفعة : اذا باع شقفا) اى حصة من

الملك (بشرط الخيار) فيما اذا كانت شروط الشفعة متوفرة .

(فان كان الخيار للبائع ، اولهما لم يكن للشفيع الشفعة) فليس

للمشرك ان يأخذ الملك من المشتري (لان الشفعة انما تجب) اى تثبت (اذا

انتقل الملك اليه) اى الى المشتري والملك لا ينتقل الى المشتري فى زمن

الخيار .

(وان كان الخيار للمشتري) فقط (وجب الشفعة للشفيع) و تمكن

المشرك من الاخذ بالشفعة (لان الملك يثبت للمشتري بنفس العقد ، وله

اى للمشتري (المطالبة) باخذ المبيع (بعد انقضاء الخيار) .

.....
 وحكم خيار المجلس والشرط في ذلك سواء ، على ما فصلناه .
 ولعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبة في ذيل عبارة الدروس .
 هذا ولكن الحلّى قدس سره في السوائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره
 في الخلاف .

ويمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور ، مثل
 استدلاله - في مواضع - على المنع عن التصرف في مدة الخيار بان فيه
 ابطالا لحق ذي الخيار ، كما في مسألة بيع احد النقدين على غير صاحبه
 في المجلس ، وفي مسألة

ثم قال الشيخ : (وحكم خيار المجلس والشرط في ذلك) الذى
 ذكرنا من التفصيل بين خيار المشتري فيملك ، او خيار البائع او خيارهما
 معا فلا يملك (سواء ، على ما فصلناه) انتهى كلام الشيخ .
 (ولعل هذا) الكلام من الشيخ هو (مأخذ ما تقدم من النسبة فى
 ذيل عبارة الدروس) اذ هذا الكلام صريح فيما ذكره الدروس .
 (هذا ولكن الحلّى قدس سره فى السوائر ادعى رجوع الشيخ عما
 ذكره فى الخلاف) .

(و كيف كان فـ) يمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق
 المشهور) من انتقال الملك بمجرد العقد ، لا بانقضاء الخيار (مثل استدلاله
 - فى مواضع - على المنع عن التصرف فى مدة الخيار بان فيه ابطالا لحق
 ذي الخيار) والمراد بالتصرف المتلف ، وما شبهه (كما فى مسألة بيع احد
 النقدين على غير صاحبه فى المجلس) فان فيه خيار المجلس (وفى مسألة

.....
 رهن مافيه الخيار للبائع .

فانه لو قال : بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا باطلال حق
 ذى الخيار من الخياره لان التعليل بوجود المانع فى مقام فقد المقتضى
 كمارى .

ومنها : انه ذكر فى باب الصرف : جواز تباع المتصارفين ثانياً فى
 المجلس لان شروعهما فى البيع قطع للخيار ، مع انه لم يصح

رهن مافيه الخيار للبائع) فانه اذا كان الخيار للبائع لم يصح رهن
 المشتري للمبيع .

(فانه لو قال) الشيخ (بعدم الملك) فى زمن الخيار (تعين تعليل
 المنع به) اى بعدم الملك (لا باطلال حق ذى الخيار من الخيار) .
 فتعليله باطلال حق ذى الخيار دال على انه يقول بالملك ، (لان
 التعليل بوجود المانع) اى الخيار المانع عن التصرف (فى مقام فقد
 المقتضى) اى الملك (كمارى) خبر (لا ن) .

فانه اذا لم تكن هناك نار وكان يحطب رطباً ، يقال : ان الرطب
 لا يحترق لعدم النار ، ولا يقال : انه لا يحترق لوجود الرطوبة .
 فتحصل ان كلام الشيخ هنا موافق للمشهور الذين يقولون بان الملك
 يحصل بالعقد وان كان هناك خيار .

(ومنها : انه ذكر فى باب الصرف : جواز تباع المتصارفين ثانياً فى
 المجلس) بان يبيع المشتري المثلث الى البائع (لان شروعهما فى البيع)
 الثانى (قطع للخيار) اى خيار المجلس الذى كان للبيع الاول (مع انه لم يصح

فى باب الهبة البيع الذى يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه فى الملك
فلولا قوله فى الخيار بمقالة المشهور لم يصحّ البيع ثانيا لوقوعه فى غير
الملك على ما ذكرنا فى الهبة .

و ربما ينسب الى المبسوط اختيار المشهور فيما اذا صار احد المتبايعين

فى باب الهبة البيع الذى يتحقق به الرجوع فيها) اى فى الهبة ، فان
الواهب لا يجوز له ان يبيع الموهوب وان كان له خيار (لعدم وقوعه)
اى البيع (فى الملك) اى ملك البائع ، والحال انه لا بيع الا فى ملك ، بل
اللازم ان يسترجع الواهب الهبة اولاً ثم يبيعها فلو جمعنا بين كلاميه انه
يجوز البيع ثانيا فى المجلس فى باب الصرف مع ان لهما الخيار ، وانه
لا يصح بيع الموهوب قبل ابطال الهبة ، انتج ان الشيخ يقول بان الملك
يتحقق وان كان هناك خيار ، اذ صحة البيع ثانيا امالا انه ابطال للخيار و
امالان الشئ ملك للمنتقل اليه فى زمن الخيار لكن الشيخ لا يقول بانه
ابطال للخيار ، كما ظهر من كلامه فى باب الهبة ، فلا بد وان يقول بان الشئ
ملك فى زمن الخيار .

ولذا قال المصنف : (فلولا قوله فى الخيار بمقالة المشهور) من الملك
فى زمن الخيار (لم يصحّ البيع ثانيا) فى مجلس الصرف (لوقوعه) اى البيع
(فى غير الملك على ما ذكرنا) اى ما نقلنا عن الشيخ (فى الهبة) فى قولنا
(مع انه لم يصح) .

(و ربما ينسب الى المبسوط اختيار) كلام (المشهور) القائلين بحصول

النقل والانتقال بمجرد البيع (فيما اذا صار احد المتبايعين

.....
الذى له الخيار مفلسا حيث حكم بان له الخيار فى الاجازة والفسخ لانه
ليس بابتداء ملك، لان الملك قد سبق بالعقد انتهى .

لكن النسبة لا تخلو عن تأمل، لمن لاحظ باقى العبارة .

وقال ابن سعيد قدس سره فى الجامع على ما حكى عنه ان المبيع

يملك

الذى له الخيار مفلسا حيث حكم بان له الخيار فى الاجازة والفسخ) .

لا يقال : ان الاجازة والفسخ تصرف فى المال والمفلس ممنوع عن
التصرف فى المال، فكما لا يجوز له البيع والشراء كذلك لا تجوز له الاجازة و
الفسخ فيما اذا كان له الخيار .

لانه يقال : انما قلنا : له الاجازة والفسخ (لانه) اى اعماله الاجازة و
الفسخ (ليس بابتداء ملك) فليس من قبيل البيع والشراء (لان الملك قد
سبق بالعقد، انتهى) فان صريح هذا الكلام : ان الملك يحصل بالعقد
(لكن النسبة لا تخلو عن تأمل، لمن لاحظ باقى العبارة) .

لان الشيخ قال فى آخر العبارة فمن قال : ينتقل بنفس العقد قال :
له الاجازة والفسخ، ومن قال : لا ينتقل الا بانقطاع الخيار، لم يجز امضاء
البيع .

وهذا الكلام كما ترى ظاهر فى انه يربط جواز الاجازة والفسخ بالقولين
وحيث انه يذهب الى ان انتقال الملك بانقطاع الخيار فلا بد ليل فى
كلامه لصحة النسبة .

(وقال ابن سعيد قدس سره فى الجامع على ما حكى عنه ان المبيع يملك

.....
 بالعقد وبانقضاء الخيار ، وقيل بالعقد ، ولا ينفذ تصرف المشتري الا بعد انقضاء
 خيار البائع ، انتهى .

وقد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيدي ايضا .

وكيف كان ، فالاقوى هو المشهور لعموم ادلة : حل البيع ، واكل المال
 اذا كانت تجارة عن تراض ، وغيرهما ، مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز
 التصرف الذي هو من لوازم الملك .

بالعقد وبانقضاء الخيار ، وقيل بالعقد فقط (ولا ينفذ تصرف المشتري)
 كالبيع ونحوه فيما كان الخيار للبائع (الا بعد انقضاء خيار البائع ، انتهى)
 كلام ابن سعيد .

(وقد تقدم حكاية التوقف) في عبارة لدروس (عن ابن الجنيدي ايضا) اي
 توقف الملك على انقضاء الخيار .

(وكيف كان ، فالاقوى هو المشهور) القائلون بان الملك يحصل بالعقد
 بدون توقف على انقضاء الخيار (لعموم ادلة : حل البيع) فانه شامل لحالة
 الخيار ، فالبيع حلال وضعاً - بنقل الملك - وتكليفاً - بجواز التصرف -
 بمجرد العقد ، كما ان في مقابل ذلك حرمة الربا - تكليفاً وضعاً - (واكل
 المال ، اذا كانت تجارة عن تراض) بقوله تعالى : **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ**
بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ، فان التجارة عن تراض تحصل
 بمجرد العقد ، فيجوز اكل المال (وغيرهما ، مما ظاهره كون العقد علة تامة
 لجواز التصرف الذي) - صفة جواز - (هو من لوازم الملك) كقوله تعالى
((أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)) .

.....
 ويدل عليه لفظ الخيار فى قولهم عليهم السلام : البيعان بالخيار و
 مادل على جواز النظر فى الجارية - فى زمان الخيار - الى مالا يحل له
 قبل ذلك فانه يدل على الحل بعد العقد فى زمن الخيار الا ان يلتزم بانه
 نظير حل وطى المطلقة الرجعية الذى يحصل به الرجوع .
 ويدل عليه ماتقدم فى ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون
 نماء المبيع

(ويدل عليه) ايضا (لفظ الخيار فى قولهم عليهم السلام : البيعان
 بالخيار) لما تقدم من ان الخيار حق فى الملك الذى بيد الطرف الآخر ، فلو
 كان لا يزال ملكا للنقل ، لم يكن معنى لكونه حقا ، فلا يصح ان يقال : ان
 الانسان له حق الخيار على مال نفسه (ومادل على جواز النظر فى الجارية
 - فى زمان الخيار - الى مالا يحل له قبل ذلك) العقد (فانه يدل على
 الحل) اى حل النظر (بعد العقد فى زمن الخيار) فيدل على انتقال الملك
 الى المشتري ، والا فلو بقيت ملكا للبائع لم يحل للمشتري النظر اليها (الا
 ان يلتزم بانه) اى النظر فى زمن الخيار (نظير حل وطى المطلقة الرجعية
 الذى يحصل به) اى بذلك الوطى (الرجوع) فانه بمجرد النظر يحصل الملك
 ويسقط الخيار .

لكن لوجه لهذا الالتزام ، فان نظر المشتري لوجه لان يسقط خيار
 البائع .

(ويدل عليه ماتقدم فى ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن) اى يبيعه
 المال بشرط انه اذا رد الثمن استرجع المبيع (من كون نماء المبيع) فى مثل

.....
 للمشتري وتلفه منه ، فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم ، وهو الملك ، الا ان يلتزم
 بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار ، بل من باب اشتراط انفساخ البيع
 برد الثمن .

وقد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال ، وما يشهد له من
 بعض العنوانات .

لكن تقدم انه بعيد في الغاية .
 او يقال : ان النماء في مورد الرواية نماء المبيع في زمان لزوم البيع ،

هذا البيع (للمشتري وتلفه منه) اي من المشتري . (فيكشف ذلك) اي كون
 النماء للمشتري والتلف منه (عن ثبوت اللزوم ، وهو الملك) فانه لو كان المبيع
 للبائع ذي الخيار ، لم يكن وجه لكون النماء للمشتري (الا ان يلتزم بعدم كون
 ذلك) وهو البيع بشرط الخيار (من اشتراط الخيار ، بل من باب اشتراط
 انفساخ البيع برد الثمن) فلا خيار للبائع ، بل يشترط انه اذا رد الثمن
 انفسخ البيع ، فالبيع هنا لازم ولا خيار .

(وقد تقدم في مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال ، وما يشهد له
 من بعض العنوانات) اي عنوان العينة .

(لكن تقدم انه) اي كونه من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن
 (بعيد في الغاية) .

(او يقال : ان النماء في مورد الرواية) التي دلت على كون النماء
 للمشتري في مورد بيع الشرط (نماء المبيع في زمان لزوم البيع) لا في زمان الخيار

لان الخيار يحدث برّد مثل الثمن ، وان ذكرنا فى تلك المسئلة ان الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد فى ادلة بيع الخيار ، الا ان الرواية قابلة للحمل عليه ، الا ان يتمسك باطلاقه الشامل لما اذا جعل الخيار من اول العقد فى فسخه مقيداً برّد مثل الثمن ، هذا ، مع ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل ايضا .

(لان الخيار يحدث برّد مثل الثمن) فلا خيار قبل ذلك بل البيع لازم ، فالنماء فى مدة لزوم البيع للمشتري (وان ذكرنا فى تلك المسئلة) اى مسئلة بيع الخيار (ان الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد) حتى انه لا يكون خيار قبل الرد ، كما لا يخفى لمن نظر (فى ادلة بيع الخيار ، الا ان الرواية) الدالة على بيع الخيار (قابلة للحمل عليه) اى على ان الخيار يحدث بالرد فلا خيار قبله (الا ان يتمسك) لمذهب المشهور (باطلاقه الشامل) ذلك الاطلاق (لما اذا جعل الخيار من اول العقد فى فسخه) (فى) متعلق بـ « الخيار » (مقيداً) ذلك الفسخ (برّد مثل الثمن) فيكون دليلاً للمشهور .

والحاصل : ان اطلاق الرواية شامل لما اذا كان الخيار من اول العقد ، ولما اذا حدث من حين ردّ الثمن ، وشمول الرواية للصورة الاولى شاهد للمشهور (هذا ، مع) انه لو قيل بان الرواية تشمل الصورة الثانية ايضا اى فيما اذا حدث الخيار عند ردّ الثمن ، فكون النماء قبل ذلك للمشتري ايضا دليل المشهور ، (ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف) اى توقف الملك على انقضاء الخيار (فى الخيار المنفصل) عن العقد (ايضا) .

.....
 وربما يتمسك بالاخبار الواردة في العينة و هي ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ، ثم يبيعه باقل منه في ذلك المجلس نقداً .
 لكنه لا دلالة لهامن هذه الحيثية ، لان بيعها على بايعها الاول و ان كان في خيار المجلس او الحيوان ، الا ان بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً .

فالشيخ يرى انه لا يملك المشتري الا بعد انقضاء كل خيار ، سواء كان متصلاً بالعقد او منفصلاً .
 (و ربما يتمسك) لمذهب المشهور (بالاخبار الواردة في العينة) بكسر العين (و هي ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ، ثم يبيعه باقل منه في ذلك المجلس نقداً) .
 مثلاً : يشتري زيد صاعاً من الحنطة من الحنّاط بدرهم نسيئة ، ثم يبيعه من نفس الحنّاط باربعةين فلساً ، فيأخذ منه اربعين فلساً و يطلبه الحنّاط خمسين فلساً ، و ذلك للفرار من الربا .
 وجه دلالة هذه الاخبار ان الشئ المشتري اذا لم يصرم ملكاً للمشتري و الحال ان خيار المجلس موجود لم يكن وجه لان يبيعه المشتري .
 (لكنه لا دلالة لهامن هذه الحيثية) اي حيثية كون المبيع ملكاً للمشتري في زمن الخيار (لان بيعها على بايعها الاول و ان كان في خيار المجلس او الحيوان ، الا ان بيعه عليه) اي على البائع (مسقط لخيارهما) اي خيار المجلس و الحيوان (اتفاقاً) فلا ينافي البيع عدم الملك و تصور ان البيع يسقط الخيار ، مع انه يلزم ان يكون البيع في ملك قد سبق تفصيلاً .

.....
وقد صرح الشيخ فى المبسوط بجواز ذلك ، مع منعه عن بيعه على
غير صاحبه فى المجلس .

نعم بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب
المشهور ، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتره من
صاحبه الذى يبيعه منه ، قال : نعم لا بأس به ، قلت اشترى متاعى ؟ فقال :
ليس هو متاعك ، ولا بقرك ولا غنمك ، فان فى ذلك دلالة على انتقال المبيع
قبل انقضاء الخيار ولا استيناس بها

(وقد صرح الشيخ فى المبسوط بجواز ذلك) اى بيعه على مال له فى
المجلس (مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس) لانه فى زمان
الخيار ، وفى هذا الزمان لا يملك المشتري ، ولا بيع الا فى ملك .
(نعم بعض هذه الاخبار) الواردة فى مسألة العينة (يشتمل على
فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور) القائلين بان الشئ يملك بمجرد
العقد (مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتره) بعد
ذلك (من صاحبه الذى يبيعه منه ، قال) عليه السلام : (نعم لا بأس به)
اى بالبيع الثانى (قلت) هل (اشترى متاعى ؟) فان البائع اذا اشتراه من
المشتري فقد اشترى متاعه (فقال) عليه السلام : (ليس هو متاعك ، ولا بقرك
ولا غنمك) بل انتقل منك الى المشتري فصار ملكا له ، وانما تشتري انت متاعه
(فان فى ذلك دلالة على انتقال المبيع) (ليس هو متاعك الخ) (دلالة على انتقال
المبيع قبل انقضاء الخيار) اذ كون الشئ متاع المشتري فى زمان الخيار
لا يكون الا بان انتقال المتاع الى المشتري (و) لكن (لا استيناس بها) اى بهذه

.....
 ايضا عند التأمل ، لما عرفت من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف
 لسقوط خيارهما بالتواطى على هذا البيع ، كما عرفت التصريح به من المبسوط
 ويذبّ بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من ان الملك اذا
 حصل بنفس البيع الثانى ، مع انه موقوف على الملك ، للزم الدور الوارد
 على من صحّ البيع الذى يتحقق به الفسخ .

الرواية (ايضا) كما لا دلالة لاخبار العينة (عند التأمل ، لما عرفت) عند
 قولنا « وقد صرح الشيخ » (من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف)
 اى بتوقف الملك على انقضاء الخيار (لسقوط خيارهما) اى البائع والمشتري
 سواء كان خيار مجلس ، او خيار حيوان (بالتواطى على هذا البيع) الثانى
 (كما عرفت التصريح به من المبسوط) .

(و) ان قلت : المتاع قبل البيع الثانى كان ملكا للبائع ، لانه فى
 زمن الخيار فكيف يبيع المشتري ما ليس له .

قلت : (يذبّ) ويدفع (بذلك) الذى ذكرناه من ان التواطى مسقط
 لخيارهما ، فيصبح الملك للمشتري (عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من
 ان الملك) للبائع وهو المشتري الاول (اذا حصل بنفس البيع الثانى ، مع
 انه) اى البيع الثانى (موقوف على الملك) اى ملك المشتري الاول لانه
 لا يبيع الا فى ملك (للزم الدور) .

فملك المشتري الاول موقوف على بيعه ، حتى يسقط الخيار بالبيع ، و
 بيعه موقوف على ملكه ، لانه لا يبيع الا فى ملك (الوارد) ذلك الدور (على
 من صحّ البيع الذى يتحقق به الفسخ) .

.....
 وحينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله : اشترى متاعى ، من جهة ركوز مذهب الشيخ عند هم من عدم جواز البيع قبل الافتراق ، ويكون جواب الامام عليه السلام مبني على جواز بيعه على البائع ، لان تواطيهما على البيع الثانى اسقاط للخيار من الطرفين ، كما فى صريح المبسوط .
 فقوله ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملك بتواطئك على المعاملة الثانية المسقط لخياركما ، لا

فالجواب عن الدور : ان بيع المشتري الاول يتوقف على الملك ، و الملك لا يتوقف على البيع ، بل على التواطى كما ذكرنا .
 (و حينئذ) اى حين قلنا انه لا يلزم الدور (فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله : اشترى متاعى ، من جهة ركوز مذهب الشيخ عند هم) اى عند اصحاب الائمة عليهم السلام (من عدم جواز البيع قبل الافتراق) لانه فى زمن الخيار ، والملك فى زمن الخيار يكون للبائع ، فاذا اشتراه فكان قد اشترى متاع نفسه (ويكون جواب الامام عليه السلام مبني على جواز بيعه على البائع ، لان تواطيهما على البيع الثانى) و هو بيع المشتري للبائع (اسقاط للخيار من الطرفين ، كما فى صريح المبسوط) الذى نقلناه .
 (فقوله) عليه السلام (ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل اليك بالشراء انما انتقل اليك بعد خروجه عن ملك) وانما خرج عن ملكك (بتواطئك على المعاملة الثانية المسقط لخياركما) فان التواطى رضا منهما والرضا يسقط الخيار ، لقوله عليه السلام (لانه رضا) كما تقدم تقريبه (لا) ان الخيار يسقط

.....

بنفس العقد .

و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسئلة .

ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة والاستيناس لم يدفع به الا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى .

و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة

(بنفس العقد) حتى يلزم الدور .

(و هذا المعنى) الذى ذكرنا الكلام السائل وكلام الامام عليه السلام

(فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسئلة) و فهم وجه كلامهما .

لكن لا يخفى ان الرواية على ما ذكره المشهور اظهر .

وقوله (اشترى متاعى) عبارة عرفية و ما ذكره المصنف بعيد فى الغاية

(ثم لو سلم ما ذكر) فى هذه الرواية (من الدلالة) على مذهب

المشهور (والاستيناس) لمذهبهم لما اشكلناه فى دلالته (لم يدفع به الا

القول بالنقل) اى ان انتهاء الخيار يوجب نقل الملك ، فان النقل ينافى

البيع فى زمن الخيار ، لانه مادام الخيار موجوداً كان ملكاً للبائع ، فلا يمكن

بيعه (دون الكشف) اذ البيع الثانى يكشف عن سبق الملك حين العقد .

فهذه الرواية تدل على الملك فى زمن الخيار فلانقل ، ولا تنافى الرواية

الكشف .

فمن يقول بان انتهاء الخيار يكشف عن سبق الملك ، وفى زمن الخيار

لا ملك مكشوف لا تنافى هذه الرواية كلامه (كما لا يخفى) .

(و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة) على مقالة المشهور من الملك

والاستيناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل ، فقال : ابتع لى متاعا ، لعلى اشتريه منك بنقد او بنسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال : ليس به بأس ، انما يشتريه منه بعد ما يملكه ، فان الظاهر ان قوله : انما يشتريه . . . الخ ، اشارة الى ان هذا ليس من بيع ما ليس عنده .

فى زمن الخيار (و) فى عدم (الاستيناس) كما قلنا سابقا : ولا استيناس بها ايضا عند التأمل ، (صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل ، فقال : ابتع لى متاعا ، لعلى اشتريه منك بنقد او بنسيئة) اى ان اشترائى منك كذا ، لا ان ابتياعك كذا (فابتاعه الرجل من اجله) هل بذ لك بأس (قال) عليه السلام (ليس به بأس) لان الرجل الآتى (انما يشتريه منه بعد ما يملكه) . وجه الدلالة لكلام المشهور : ان الرواية مطلقة شاملة لما اذا اشتراه الرجل الآتى فى نفس المجلس الذى ابتاعه الرجل المأتى ، او فى غير ذلك المجلس ، فتدل على ان خيار المجلس لا يوجب عدم ملك المشتري الاول ، والافلو كان الخيار يوجب عدم ملكه فكيف يشتريه منه الرجل الآتى .

وانما قلنا : ان هذه الرواية لادالة فيها ، لما ذكره بقوله : (فان الظاهر ان قوله : انما يشتريه . . . الخ ، اشارة) الى مطلب آخر لا علاقة له بما نحن فيه .

فالرواية تشير (الى ان هذا ليس من بيع ما ليس عنده) لانه قال عليه السلام «لاتبع ما ليس عندك» فانه لا يجوز للانسان ان يبيع لنفسه متاعا هو ملك لانسان آخر بقصد ان يشتريه منه بعد البيع ، ثم يسلّمه الى مشتريه وفاء ، كان يبيع زيد دار عمرو بيعا عن نفس زيد لخالده ، ثم يشتري

وان بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول .

فقوله : بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الاول ، كما يظهر من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر واردة فى هذه المسئلة ، ولا توجب البيع قبل ان تستوجه مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره لياخذ منه المتاع ورجوعه الى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه

الدار من عمرو و يعطيها لخالد و فاء لبيعها لخالد ، كما قد سبق (وان بيعه) للآتى (لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول) .

قوله « وان بيعه » عطف بيان لقوله « ليس من بيع » .

(فقوله) عليه السلام (بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الاول) بان يشتري من الاول ثم يبيعه للآتى ، لان المراد « بعد ما يملكه » بالعقد وقبل انقضاء الخيار ، كما يريد به الاستدلال للمشهور (كما يظهر) ما ذكرناه من معنى الحديث (من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر واردة فى هذه المسئلة) اى مسئلة انه لا بأس بالبيع من انسان اذا اشتراه من انسان آخر (ولا توجب البيع قبل ان تستوجه) اى لا تتبع الشئ قبل ان تشتريه ، هذا اولاً فالرواية لا دلالة لها على كلام المشهور .

و ثانياً : (مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة) اى فيما اذا اشتري انسان شيئاً ثم باعه لغيره (قيام الرجل) اى بواسطة - الدلال - (الى مكان غيره) صاحب البضاعة (لياخذ منه المتاع) و يشتريه منه (و رجوعه) اى بواسطة (الى منزله) دكانا كان او غيره (لبيعه من صاحبه الذى

طلب منه

ذ لك ، فيلزم العقد الاول بالتفرق .

و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد ، كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور
البائع دالاعرفا على سقوط خياره ، و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع
و بالجملة ليس فى قوله : بعد ما يملكه ، دلالة على ان تملكه بنفس
العقد ، مع انها على تقدير الدلالة تدفع النقل

ذ لك) المتاع (فيلزم العقد الاول بالتفرق) ولا يكون البيع الثانى فى زمان
خيار البائع الاول حتى يقال : ان الشئ صار مالا للمشتري — مع انه فى
زمان خيار البائع — فيدل على مذهب المشهور .

(و لو فرض اجتماعهما) اى البائع للواسطة و المشتري من الواسطة
(فى مجلس واحد) حتى يكون الخيار للبائع مادام لم يبع الواسطة المال
للمشتري و الحال انه ملك للبائع ، لانه (كان تعريضه) اى تعريض الواسطة
(للبيع ثانيا) للمشتري من الواسطة (بحضور البائع دالاعرفا على سقوط
خياره) لانه رضى بهذا البيع ، والرضا — كما عرفت سابقا — مسقط للخيار
(و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع) فلا خيار فى هذا المال ، بل
اصبح مالا للواسطة بدون خيار له ولا لبائعه فهو ملكه ، يبيعه من المشتري .
فالرواية لا تدل على مذهب المشهور القائلين بان الشئ فى زمان
الخيار ملك اذ لا خيار .

(و بالجملة ليس فى قوله : بعد ما يملكه ، دلالة على ان تملكه بنفس
العقد) حتى يثبت مذهب المشهور (مع انها على تقدير الدلالة) على ان
المبيع يملك بنفس العقد (تدفع النقل) و انه ينتقل الى المشتري بعد

لا الكشف كما لا يخفى .

و نحوه فى الضعف الاستدلال فى التذكرة بمادّل على مال العبد
المشتري لمشتريه مطلقا ، او مع الشرط ، او علم البائع من غير تقييد بانقضاء
الخيار .

اذ فيه ان الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت

الخيار (لا الكشف) و انه قد انتقل الى المشتري بالعقد و انما كان انقضاء
الخيار كاشفا عن الملكية حال العقد (كما لا يخفى) .

(و نحوه فى الضعف) اى فى عدم دلالة على مذهب المشهور
(الاستدلال) الذى ذكره (فى التذكرة بمادّل على ان مال العبد المشتري
لمشتريه مطلقا) سواء شرط ان يكون مال العبد للمشتري ، ام لم يشترط (او
مع الشرط) فاذا شرط المشتري ان يكون مال العبد له ، كان له ، والا كان
ماله للبائع (او علم البائع) .

فاذا علم البائع بان للعبد مالا ومع ذلك باعه بلا شرط كان المال
للمشتري .

و ان لم يعلم البائع ان للعبد مالا وباعه فما له للبائع (من غير تقييد)
لكون المال للمشتري (بانقضاء الخيار) فانه يدل على ان المال التابع
للعبد صار ملكا للمشتري بمجرد العقد .

(اذ فيه) انه لا دلالة لهذه المسئلة على ما نحن فيه .

ف (ان الكلام) فى الروايات الدالة على ان مال العبد للمشتري (مسوق

لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت

.....
 العبد له ، وانه يدخل فى شراء العبد حتى اذا ملك العبد ملك ماله .
 مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول فى الخيار المختص بالمشتري
 و التمسك باطلاق الروايات لما اذا شرط البائع الخيار كما ترى

(العبد) المشتري (له ، وانه) اى مال العبد (يدخل فى شراء العبد) كما
 يدخل المفتاح فى شراء الدار (حتى اذا ملك) المشتري (العبد ملك ماله)
 ايضا هذا اولاً وثانياً .

(مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول) اى ان فى زمن الخيار لا
 يملك المبيع (فى الخيار المختص بالمشتري) وفى اشتراء العبد فالخيار
 مختص بالمشتري فالرواية تقول : ان فى زمن خيار المشتري يكون مال
 العبد ملكاً للمشتري بمجرد العقد .

والشيخ يقول : فى زمان خيار البائع او خيار كليهما لا يملك المشتري
 المبيع الا بعد انقضاء الخيار فالرواية لا تكون ردّاً للكلام الشيخ .

(و) ان قلت الرواية باطلاقتها خلاف قول الشيخ ، لان الرواية تشمل
 ما اذا شرط البائع الخيار لنفسه و ما اذا لم يشترط ، فتدل الرواية على انه
 اذا كان الخيار للبائع بالشرط و للمشتري ايضا لخيار الحيوان ، اصبح
 مال العبد للمشتري بمجرد البيع ، وهذا خلاف قول الشيخ الذى يقول بانه
 اذا كان الخيار لهما لم ينتقل المال الى المشتري الا بعد انقضاء الخيار .

قلت : (التمسك باطلاق الروايات) الواردة فى اشتراء العبد الذى
 له مال (لما اذا شرط البائع الخيار) لنفسه (كما ترى) اذ ليست الروايات
 بصددها الحكم اى ما اذا شرط البائع الخيار لنفسه .

.....
 و اشدّ ضعفا من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين والذى وقع
 التراضى عليه انتقال كل من الثمن والمثل حال العقد .
 فهذه المعاملة اما صحيحة كذالك - كما عند المشهور - فثبت المطلوب
 او باطله من اصلها ، او انها صحيحة الا انها على غير ما قصداه و تراضيا
 عليه .

توضيح الضعف

(و اشدّ ضعفا) بحيث لا يمكن الاستدلال به لمذهب المشهور (من
 الكل) اى من كل ما تقدم من ادلتهم (ما قيل من) ان المتبايعين ارادا
 الانتقال بالعقد ، فلا يخلو عن (١) حصول مرادهما فهو المطلوب (٢) او
 بطلان العقد وهذا ما لا يقول به احد (٣) او ان العقد صحيح ، ولكن على
 خلاف قصدهما ، وهذا خلاف ما ذكرنا من ان العقود تتبع القصد .
 ف (ان المقصود للمتعاقدين والذى وقع التراضى عليه انتقال كل من
 ائمن والمثل) الى طرفى العقد فى (حال العقد) لا بعد انقضاء الخيار
 (فهذه المعاملة) بهذا القصد (اما صحيحة كذالك) بان ينتقل حال العقد
 (- كما عند المشهور - فثبت المطلوب) بان الملك يحصل بالعقد (او باطله من
 اصلها) وهذا خلاف الاجماع فان الشيخ والمشهور كليهما يقولان بصحة المعاملة
 (او انها صحيحة الا انها على غير ما قصداه و تراضيا عليه) بان تصح و لكن الملك
 ينتقل بعد الخيار - كما يقوله الشيخ - وهذا غير تام لانه مناف للعقد تتبع القصد
 (توضيح الضعف) انا نقول بالشق الثالث ، ونقول ان الشارع اضا ف
 الى (كون العقد علة) علة اخرى فى حصول نقل الملك و هى انقضاء زمن

.....
 ان مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد .

لكن الانشاء لما كان علة لتحقيق المنشئ عند تحققه كان الداعى على
 الانشاء حصول المنشئ عنده .

لكن العلية انما هو عند العرف، فلا ينافى كونه فى الشرع سببا محتاجا
 الى تحقق شرائط اخر بعده ، كالقبض فى السلم والصرف وانقضاء الخيار
 فى محل الكلام ، فالعقد مدلوله مجرد التملك والتملك مجرداً عن الزمان

الخيار، كما اضاف شروطا اخر فى بعض المعاملات، وليس ذلك يوجب
 بطلان قاعدة : العقود تتبع القصد .

ف (ان مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد) بل مدلوله
 نقل المثلن الى مالك المثلن وبالعكس .

(لكن الانشاء لما كان علة لتحقيق المنشئ) اى النقل (عند تحققه) اى
 تحقق الانشاء (كان الداعى على الانشاء حصول المنشئ عنده) اى عند
 الانشاء ، اذ الداعى الى العلة هو الداعى الى المعلول .

(لكن العلية انما هو عند العرف) فان العرف يرون انه مهما تحققت
 العلة وهى العقد ، تحقق المعلول وهو النقل (فلا ينافى) هذا النظر
 العرفى (كونه) اى العقد (فى الشرع سببا) للنقل (محتاجا الى تحقق
 شرائط اخر بعده) اى بعد العقد (كالقبض) للمثلن (فى السلم) فانه شرط
 لتحقيق المنشأ شرعا ، مع ان العرف لا يراه شرطا (والصرف) فانه يحتاج
 الى القبض (وانقضاء الخيار فى محل الكلام) اى مطلقا لنقل والانتقال (فالعقد
 مدلوله مجرد التملك والتملك مجرداً عن الزمان) اذ الزمان ليس داخلا

.....

لكنه عرفا علة تامة لمضمونه .

وامضاء الشارع له تابع لمقتضى الادلة ، فليس فى تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد وانما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين ، ولا ضرر فيه . وقد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة .

وقد يستدل ايضا بالنبوى المشهور

فى مدلول العقد ، كما عرفت (لكنه) اى العقد (عرفا علة تامة لمضمونه) الذى هو النقل ، فاذا حصلت العلة حصل المعلول .

(و) لكن (امضاء الشارع له) اى لكون العقد علة (تابع لمقتضى الادلة) وهل ان الشارع جعل العقد فقط علة او شرطا معه شرط آخر (فليس فى تأخير الامضاء) اذ الشارع يمضى النقل بعد انتهاء الخيار (تخلف اثر العقد عن المقصود) للمتبايعين (المدلول عليه بالعقد وانما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين ، ولا ضرر فيه) اى فى تخلف الداعى ، بل كثيرا يكون تخلف الداعى ، ولا محذور فيه .

مثلا : اذا اشترى زيد دارا بقصد السكنى ، ثم اتفق ان اضطر الى السفر عن المدينة الى مدينة اخرى كان هناك تخلف الداعى ، ولا يوجب ذلك بطلان العقد ، ولا يصدق « عدم اتباع العقد للمقصد » (وقد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة) فى باب عقد الفضولى .

(وقد يستدل ايضا) لمذهب المشهور القائلين بان العقد سبب للنقل والانتقال ، لا انقضاء الخيار كما قاله الشيخ (بالنبوى المشهور

.....
 المذكور فى كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد اليه ، و هو ان
 الخراج بالضمان بناء على ان المبيع فى زمان الخيار المشترك ، او المختص
 بالبائع فى ضمان المشتري ، فخرجه له ، وهى علامة ملكه .
 و فيه انه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار اقول
 يكون ضمانه على المشتري حتى يكون نمائه له .
 وقد ظهر بما ذكرنا : ان العمدة فى قول المشهور

المذكور فى كتب الفتوى للخاصة و العامة (نقلا على جهة الاستناد اليه)
 مما يدل على حجيته والا لم يستندوا اليه (و هو ان الخراج بالضمان) فمن
 ضمن شيئا فله خراجه مثل : تلف الشئ من ماله فله فائدته ايضا .
 وجه الاستدلال بهذا الحديث للمقام ما ذكره بقوله : (بناء على
 ان المبيع فى زمان الخيار المشترك ، او) الخيار (المختص بالبائع فى
 ضمان المشتري) بمعنى ان تلفه و نقصه على المشتري (فخرجه) و فائدته
 (له) اى للمشتري ، فمعنى (الخراج بالضمان) ان الفائدة فى مقابل الضرر
 فمن عليه الغرم فله الغنم (وهى) اى كون الفائدة للمشتري (علامة ملكه)
 و الحاصل : ان الخسارة على المشتري فالفائدة له ، لقاعدة : الخراج
 بالضمان ، و اذا كانت الفائدة له فهو ملكه للتلازم بين الفائدة و الملك
 (و فيه انه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار
 اقول يكون ضمانه على المشتري) فهم لا يلتزمون بان ضمانه على المشتري
 (حتى) يلزمهم بان (يكون نمائه له) حتى يأتى دور تلازم النماء و الملك .
 (و) كيف كان ، ف (قد ظهر بما ذكرنا : ان العمدة فى قول المشهور)

عموم ادلة: حل البيع، و: التجارة عن تراض، واخبار الخيار .
 واستدل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع في
 زمان الخيار فيدل بضميمة: قاعدة كون التلف عن المالك، لانه مقابل
 الخراج على كونه في ملك البائع .

القائلين بان النقل والانتقال يكون من حين العقد (عموم ادلة: حل
 البيع، و: التجارة عن تراض، واخبار الخيار) وان كانت لهم في بعض
 الادلة الاخرى ايضا دلالة هذا .

(واستدل للقول الآخر) القائل بان الملك انما يتحقق بانقضاء الخيار
 (بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار فيدل
 بضميمة: قاعدة كون التلف عن المالك، لانه مقابل الخراج على كونه في
 ملك البائع) .

فهنا مقدمتان، الاولى: ان التلف في زمن الخيار من مال المالك .
 والثانية: ان من يكون التلف من كيسه يكون المال له .

اما المقدمة الاولى: فتدل عليها بعض الاخبار الآتية .

واما المقدمة الثانية: فيدل عليها ان الضمان والنماء مثلا زمان
 وان النماء والملك متلازمان، فالضمان والملك متلازمان .

ويرد الاشكال على هذا القول في المقدمة الثانية في قولهم « ان
 الضمان والنماء متلازمان » فنقول: لا تلازم بين الضمان والنماء، فان
 نماء الملك في زمن الخيار للمشتري، والحال ان ضمانه على البائع لقاعدة
 « التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له » .

.....
 مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد او الدابة بشرط ،
 الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان
 ذلك؟ فقال : على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع
 للمشتري شرط له البائع او لم يشترط ، قال : وان كان بينهما شرط ، اياما
 معدودة ، فهلك فى يد المشتري فهو من مال البائع .
 و رواية عبد الرحمان ابن ابى عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله عليه
 السلام ، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط ، يوما او يومين .

و كيف كان فعما تدل على ان الضمان فى زمن الخيار من البائع جملة
 من الروايات .

(مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد او الدابة بشرط ،
 الى يوم او يومين) فاذا لم يرغب فيه رده (فيموت العبد او الدابة او يحدث
 فيه حدث) كمرض او كسرا وما اشبه (على من ضمان ذلك؟ فقال : على البائع
 حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام) فان خيار الحيوان ثلاثة ايام (و يصير
 المبيع للمشتري) سواء (شرط له البائع او لم يشترط) اذا الشرط فى الثلاثة
 وجوده كعدمه ، فان الخيار موجود على اى حال (قال) عليه السلام : (و
 ان كان بينهما شرط ، اياما معدودة ، فهلك فى يد المشتري فهو من
 مال البائع) مدة تلك الايام ، وذلك حسب خيار الشرط .

(و رواية عبد الرحمان ابن ابى عبد الله قال : سئلت ابا عبد الله عليه
 السلام ، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط ، يوما او يومين) ان لم يرغب

فماتت عنده وقد قطع الثمن ، على من يكون ضمان ذلك؟ قال : ليس على
الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه .
و مرسله ابن رباط : ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو
من مال البائع .
و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط ، فيموت
قال : يستحلف بالله ما رضىه ، ثم هو برئ من الضمان .

فيهاردها (فماتت) الامة (عنده وقد قطع الثمن) اى انتهى البيع ف (على
من يكون ضمان ذلك؟) ومن كيس من يخرج؟ (قال : ليس على الذى
اشترى ضمان حتى يمضى شرطه) اى مدة الشرط ، فان كان ثلاثة فهو
خيار طبيعى ، وان كان اكثر فهو خيار الشرط .
(و مرسله ابن رباط : ان حدث فى الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام) و
هى مدة خيار الحيوان (فهو) اى الحدث (من مال البائع) و يذهب من
كيسه ، فللمشتري الحق فى ان يأخذه منه .
(و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط) اى
يشترط المشتري لنفسه ، انه اذا لم يرغب فيه ارجعه فى مدة معينة (فيموت)
على من الضمان؟ (قال) عليه السلام (يستحلف) المشتري (بالله ما رضىه)
قبل ان يموت (ثم هو) بعد الحلف (برئ من الضمان) و يكون ضمانه على
البائع .
اما اذا رضىه فقد اسقط خياره ، لما سبق من ان الرضا مسقط للخيار،
لقوله عليه السلام «لانه رضى» .

.....
وهذه الاخبار انما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع
اختصاص الخيار .

وقد عرفت : ان ظاهر المبسوط فى باب الشفعة — ما حكاه عنه فى
الدروس — من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار .
وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع .
وعلى اى حال .

(وهذه الاخبار انما تجدى) لا للشيخ ، فلا يمكن ان تكون هذه الاخبار
مستندا للشيخ اذ هذه الاخبار تقول : لا يملك المشتري ، بدليل : ان الضمان
على المالك ، وهذه الاخبار جعلت الضمان على البائع ، فهى تجدى (فى
مقابل) من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار) بالمشتري .
(وقد عرفت : ان ظاهر المبسوط فى باب الشفعة — ما حكاه عنه فى
الدروس — من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار) بالمشتري .
(وكذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع) فهذه الاخبار ليست
موافقة لمذهب الشيخ فيما نحن فيه ، اى صورة اختصاص الخيار بالمشتري .
(وعلى اى حال) فسواء كانت هذه الاخبار موافقة للشيخ : او مخالفة
له ، فهناك ثلاث طوائف من الادلة .

الاولى : ما دل على ان النقل بمجرد العقد ، بضميمة تلازم الملك و
الضمان .

الثانية : ما دل على تلازم الملك والضمان بضميمة : ما دل على ان
النقل بمجرد العقد .

فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصصة لادلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان ، او لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسئلة .
فيرجع بعد التكافؤ الى اصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار .

الثالثة : ما دل على ان التلف في زمن الخيار من كيس البائع .
فهذه الطائفة الثالثة توجب رفع اليد عن احدى الطائفتين الاوليين ، بان نقول : لانقل بمجرد العقد فالمل للبائع والضمان عليه .
وعلى هذا : رفعنا اليد عن ما دل على ان النقل بمجرد العقد ، او نقول : لا تلازم بين الملك والضمان ، فالنقل بمجرد العقد ولكن الضمان على البائع .

(فهذه الاخبار) التي استدل بها للشيخ (اما ان تجعل مخصصة لادلة المشهور) الدالة على ان النقل بمجرد العقد اى الطائفة الاولى (بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان ، او) تجعل هذه الاخبار التي استدل بها للشيخ مخصصة (لقاعدة التلازم) بين الملك والضمان (بضميمة ادلة المسئلة) اى ادلة المشهور بان النقل بمجرد العقد اى الطائفة الثانية .

(فيرجع بعد التكافؤ) لانه لا مرجح لان نجعل هذه الاخبار وهى الطائفة الثالثة مخصصة للطائفة الاولى ، او الطائفة الثانية (الى اصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار) وتكون النتيجة مع الشيخ -
لكن من جهة الاصل لا من جهة الدليل - .

.....
 و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات اعظمها الشهرة
 المحققة المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر .

ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتى المبسوط والخلاف من كون
 الخلاف فى العقد المقيّد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد ،
 كما اذا شرط الخيار من الغد ، كما ان مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان
 المذكور عدم شموله

(و لكن هذا) اى الرجوع الى الاصل (فرع التكافؤ المفقود فى المقام
 من جهات اعظمها الشهرة المحققة) على ان الملك يتحقق بمجرد العقد
 (المؤيدة بالاجماع المحكى عن السرائر) لانه قال : ان الشيخ رجع عن
 رأيه ، و وافق المشهور .

و عليه فاللازم ان نجعل الطائفة الثالثة مخصصة للطائفة الثانية
 بان نقول ان : قاعدة التلازم بين الملك والضمان ، لا تأتى فى المقام ،
 فالملك — فى باب الخيار — للمشتري ، والحال ان الضمان على المالك ،
 لقاعدة التلف فى زمن الخيار معن لا خيار له .

(ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتى المبسوط والخلاف من كون
 الخلاف فى العقد المقيّد بشرط الخيار عمومه) « عمومه » خبر « ان مقتضى »
 اى عموم الحكم بان النقل يكون بعد انقضاء الخيار — على مذهب الشيخ —
 (للخيار المنفصل عن العقد ، كما اذا شرط الخيار من الغد) فانه فى هذا
 اليوم ايضا لا ينتقل ، لان الخيار المستقبل مانع عن ذلك (كما ان مقتضى
 تخصيص الشيخ (الكلام بالعنوان المذكور) اى بشرط الخيار (عدم شموله)

.....
 لـخيار غير الشرط والحيوان الذي يطلق عليه الشرط ايضا .

فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر عدم جريان
 الخلاف فيها .

و مما يدل على الاختصاص ان ما ذكر من الادلة مختصة بالخيارين .
 وان الظاهر من لفظ الانقضاء - في تحريرات محل الخلاف - انقطاع
 الخيار الزماني .
 واما خيار المجلس ، فالظاهر

اي عدم شمول الحكم بالنقل عند انقضاء الخيار (لخيار غير الشرط والحيوان)
 وانما يشمل خيار الحيوان لما ذكره بقوله : (الذي يطلق عليه الشرط
 ايضا) في الاخبار وكلمات الفقهاء - كما تقدم - .
 وعلى هذا (فخيار العيب والغبن والرؤية والتدليس الظاهر) من
 التخصيص المذكور (عدم جريان الخلاف فيها) بل يكون النقل فيها بمجرد
 العقد .

(و مما يدل على الاختصاص) اي اختصاص الخلاف بالحيوان والشرط
 فقط (ان ما ذكر من الادلة) وهى الروايات التى ذكرناها قبل اسطر
 (مختصة بالخيارين) فان المذكور فى الروايات خيار الشرط وخيار الحيوان
 (و كذا لك ، ف) ان الظاهر من لفظ الانقضاء - فى تحريرات محل
 الخلاف - انقطاع الخيار الزماني (اذا لانقضاء ، انما يقال : للزمان .
) واما خيار المجلس ، (ف) هل هو داخل فى محل الخلاف ، ام لا ؟ لانه لا يعبر
 عنه بالانقضاء وليس دخلا فى الروايات المتقدمة التى ذكرت الشرط والحيوان (الظاهر

.....

دخوله فى محل الكلام لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة، ولقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك، إلا أنه مشروط بأن يتفرقا بالابدان، ولا يفسخا العقد، ولنصّ الشيخ فى الخلاف والمبسوط على ان التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به .

و مراده من اللزوم تحقق علة الملك، لا مقابل الجواز كما لا يخفى، مع ان

ظاهر عبارة الدروس المتقدمة

دخوله فى محل الكلام) والخلاف بين الشيخ والمشهور (نصّ الشيخ بذلك) اى دخوله فى محل الخلاف (فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة ولقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك) وهوالثمن للبائع و الثمن للمشتري (الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، ولا يفسخا العقد) فان كلامه صريح بان الملك يتوقف على انقضاء خيار المجلس (ولنصّ الشيخ فى الخلاف والمبسوط على ان التفرق) عن مجلس العقد (كانقضاء الخيار) فى الشرط والحيوان (فى لزوم العقد به) .

فكما ان لزوم العقد يتوقف على انتهاء خيار الشرط والحيوان،

كذلك لزوم العقد يتوقف على انتهاء خيار المجلس بالتفرق .

(و مراده من اللزوم تحقق علة الملك) فقبله لا ملك بقرينة جعل انقضاء

خيار المجلس كانقضاء خيار الشرط والحيوان .

فكما ان انقضائهما سبب الملك كذلك انقضاء خيار المجلس (لا مقابل

الجواز) فليس مراده ان ما قبل ذلك يكون الملك منقولاً نقلاً جائزاً متزلاً — كما يقوله المشهور — (كما لا يخفى، مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة

.....

فى مأخذ هذا الخلاف ان كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع ، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه .

وكذلك العبارة المتقدمة - فى عنوان هذا الخلاف - عن الجامع . وقد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط : ان خيار المجلس مانع عن التصرف فى احد العوضين .

ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته عن محل الكلام

فى مأخذ هذا الخلاف بين الشيخ والمشهور ، يدل على ان خيار المجلس ايضا داخل فى الخلاف ، لان الدروس عنوان مأخذ الخلاف بحيث يدل على (ان كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع ، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه) وخيار المجلس ايضا يمنع من التصرف فى المبيع .

(وكذلك العبارة المتقدمة - فى عنوان هذا الخلاف - عن الجامع)

تشمل خيار المجلس ايضا .

(و ذلك ، لانه (قد تقدم عن الشيخ فى) باب بيع الـ (صرف) من كتاب

(المبسوط : ان خيار المجلس مانع عن التصرف فى احد العوضين) فاذا ضمنا كلام الدروس الى كلام المبسوط انتج ان خيار المجلس داخل فى النزاع .

(ومن ذلك) الذى ذكره الدروس مأخذاً لهذا الخلاف بانه كلما منع

عن التصرف (يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته) وهى خيار الغبن والرؤية والتدليس (عن محل الكلام) بين الشيخ والمشهور .

.....
 فان الظاهر عدم منعها من التصرف فى العوضين قبل ظهورها، فلا بد
 ان يقول الشيخ بال لزوم والملك قبل الظهور، والخروج عن الملك بعد
 الظهور، وتنجز الخيار .

وهذا غير لائق بالشيخ فثبت ان دخولها فى محل الكلام مستلزم اما
 لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار، واما للقول بخروج المبيع عن الملك
 بعد دخوله، وكلاهما

(فان الظاهر) من كلام الفقهاء (عدم منعها) اى هذه الخيارات
 الاربعة (من التصرف فى العوضين قبل ظهورها) .

وانما تمنع عن التصرف بعد الظهور - كما تقدم فى هذه الخيارات -
 وحيث ان الامر فى عدم الملك دائر مدار منع الخيار عن التصرف
 (فلا بد ان يقول الشيخ بال لزوم والملك قبل الظهور) لهذه الخيارات الاربعة
 بعدم ظهور العيب والغبن والتدليس وعدم الرؤية (والخروج عن الملك)
 اى خروج المبيع عن الملك (بعد الظهور، وتنجز الخيار) « وتنجز » عطف
 بيان على « الظهور » .

(وهذا) الكلام وانه يملك قبل ظهور العيب واخوته ويخرج عن الملك
 بعد الظهور (غير لائق بالشيخ) .

اذ كيف يمكن الخروج عن الملك بلا سبب شرعى ولا عرفى (فثبت ان
 دخولها) اى دخول هذه الخيارات الاربعة (فى محل الكلام) بين الشيخ
 والمشهور (مستلزم اما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار) من الاول، حتى قبل
 الظهور (واما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله) فى الملك (وكلاهما

غير لائق بالالتزام .

مع ان كلام العلامة فى المختلف كالصریح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا ، فى المعيب ، لانه ذكر فى الاستدلال ان المقتضى للملك موجود والخيار لا يصلح للمنع ، كما فى بيع المعيب .
وذكر ايضا انه لا منافات بين الملك والخيار ، كما فى المعيب .

غير لائق بالالتزام) .

اذا المنع عن التصرف بدون وجود الخيار - لان الخيار انما يحدث بعد الظهور - لوجه له ، والخروج عن الملك بعد الدخول فيه - خروجاً بلا سبب شرعى او عرفى - غير صحيح ، هذا وجه لعدم جريان الخلاف فى خيار العيب واخوته .

(مع) ان هناك وجه آخر ، ذ (ان كلام العلامة فى المختلف كالصریح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا) بين الفقهاء (فى المعيب ، لانه) اى العلامة (ذكر فى الاستدلال) ما جعل المعيب ، مشبها به فى كون الملك موجودا مع العيب ، فلو لم تكن ملكية المعيب اتفاقية ، لم يكن وجه لجعلها مشبها به حيث ان العلامة قال : (ان المقتضى للملك موجود ، والخيار لا يصلح للمنع ، كما فى بيع المعيب) فان الخيار موجود فيه ولا يمنع عن الملك ، فليكن خيار الشرط والحيوان كذلك .

(و ذكر ايضا انه لا منافات بين الملك والخيار) اى خيار الشرط والحيوان (كما فى المعيب) فانه ملك مع وجود الخيار .

.....
 وقد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط ايضا بانه اذا اشترى شيئا
 فحصل منه ثماء ، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه ، محتجا بالاجماع وبالنسبوى :
 الخراج بالضمان ، وسيجئ تنتمه ذلك ان شاء الله تعالى .

(و) يدل على ان العيب ليس محلا للخلاف كلام الشيخ ، فانه (قد
 صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط ايضا بانه اذا اشترى شيئا فحصل
 منه ثماء ، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه) فان عدم رد الثماء دليل الملك
 (محتجا) لعدم رد الثماء (بالاجماع ، وبالنسبوى : الخراج بالضمان) فان
 المشتري كان ضامنا للمبيع فله خراجه (وسيجئ تنتمه ذلك ان شاء الله
 تعالى) فتحصل ان مورد الخلاف بين الشيخ والمشهور فى ثلاث خيارات و
 هى الشرط والحيوان والمجلس ، اما سائر الخيارات ففيها اتفاق على ان
 النقل يحصل بالعقد ، لا بانقضاء الخيار ، والله العالم .

مسئلة

و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى
الجملة على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد .
و توضيح هذه المسئلة ان الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة

(مسئلة : و من احكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له
الخيار فى الجملة) .

فاذا اشترى زيد من عمرو شيئا وقد جعل المشتري لنفسه الخيار و لم
يكن للبائع خيار ، ثم تلف المبيع خرج من كيس البائع الذى لا خيار له .
و على هذه القاعدة اشتهر قولهم « التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار
له » .

و انما قلنا « فى الجملة » لما سأتى من ان هذه القاعدة لا تجرى الا
فى بعض الخيارات (على المعروف بين القائلين بتملك المشتري) للمتاع
(بالعقد) .

اما الشيخ الذى يرى انه لا يملك بالعقد بل يملك المشتري المتاع
بانقضاء الخيار ، فكون التلف فى مال البائع على وفق القاعدة ، لان المتاع
مال البائع — على هذا — فيكون تلفه من كيسه .

(و توضيح هذه المسئلة ان الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة

الحيوان ، فلاشكال ولا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع .

و يدل عليه ماتقدم فى المسئلة السابقة من الاخبار .

وكذل الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف فى ذلك : لقوله

عليه السلام — فى ذيل صحيحة ابن سنان — : وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فى يد المشتري ، فهو من مال بايعه ولو كان للمشتري فقط

(الحيوان) بان اشترى حيوانا فكان له الخيار ثلاثة ايام — لان خيار الحيوان ثلاثة ايام — (فلاشكال ولا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع) وتلفه على البائع .

(و يدل عليه ماتقدم فى المسئلة السابقة من الاخبار) لقوله عليه السلام : على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ، ويصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط .

(وكذل الخيار الثابت له) اى للمشتري (من جهة الشرط) بان شرط المشتري على البائع ان يكون له خيار (بلا خلاف) بين الفقهاء (فى ذلك) اى فى خيار الشرط (لقوله عليه السلام — فى ذيل صحيحة ابن سنان — : وان كان بينهما) اى بين البائع والمشتري (شرط اياما معدودة فهلك) الحيوان (فى يد المشتري) اى بلا تعد ولا تفريط (فهو) اى الهلاك (من مال بايعه) .

اما اذا كان الخيار لهما ، فالتلف من كيس من تلف فى يده لان الحكم السابق انما هو فيما اذا كان الخيار لاحد الطرفين فقط (ولو كان للمشتري فقط

.....
 خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله عليه السلام : حتى ينقض شرطه و
 يصير المبيع للمشتري كذلک ، بناءً على ان المناط انقضاء الشرط الذي
 تقدم انه يطلق على خيار المجلس في الاخبار ، بل ظاهره ان المناط في
 رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري واختصاصه به بحيث لا يقدر على
 سلبه عن نفسه .

والى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم في السرائر ، حيث قال
 فكل من كان له

خيار المجلس دون البائع (بان شرط في ضمن العقد عدم خيار المجلس
 للبائع (فظاهر قوله عليه السلام) - في الرواية المتقدمة في المسئلة السابقة
 - (حتى ينقض شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلک) اى ان التلف في
 زمن خيار المشتري من كيس البائع (بناءً على ان المناط انقضاء الشرط
 الذي تقدم انه يطلق على خيار المجلس في الاخبار) فلا خصوصية للشرط
 اللفظي ، بل كل شرط كذلک ، سواء كان خيار شرط او خيار حيوان او خيار
 مجلس .

و كون مورد الرواية خيار الشرط لا يوجب التخصيص (بل ظاهره ان
 المناط في رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به) اى
 يختص المبيع بالمشتري بانتهاء الخيار (بحيث لا يقدر) المشتري (على سلبه
 عن نفسه) فهذا مناط ثان غير المناط الاول ، و اقوى من المناط الاول .

(و الى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم) اى كون الخيار يوجب
 كون التلف من كيس من لا خيار له (في السرائر ، حيث قال فكل من كان له

.....
 خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لانه قد استقر عليه العقد، و
 الذى له الخيار ما استقر عليه العقد، و لازم .

فان كان الخيار للبائع دون المشتري، وكان المتاع قد قبضه المشتري
 و هلك فى يده، كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لان العقد
 مستقر عليه، ولازم من جهته .

و من هنا يعلم انه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم فى كل
 خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان : التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له من

خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار) .

و التعليل هو قوله : (لانه قد استقر عليه العقد، والذى له الخيار
 ما استقر عليه العقد، و) ما (لزم) عليه، هذا فيما اذا كان الخيار للمشتري
 (فان كان الخيار للبائع دون المشتري وكان المتاع قد قبضه المشتري وهلكه)
 المتاع (فى يده) اى يدى المشتري (كان هلاكه من مال المشتري دون البائع)
 و ذلك (لان العقد مستقر عليه) اى على المشتري (ولازم من جهته)
 و انما شرطنا (قبض المشتري) لانه اذا لم يكن قد قبضه فتلفه من
 كيس البائع، قاعدة : التلف قبل القبض من مال مالكة .

(و من هنا) الذى تمسكنا بالمناط فى تعدى الحكم الى خيار
 المجلس الذى كان لاحدهما، وفى تعدى الى خيار البائع دون المشتري
 (يعلم انه يمكن بناء على فهم هذا المناط) و هو ان التلف ممن يستقر
 عليه العقد (طرد الحكم) بانه ممن لا خيار له (فى كل خيار، فتثبت
 القاعدة المعروفة من ان : التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، من

.....

غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن والعشمن ، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب ، بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب .

قال في الدروس - في احكام القبض - وبالقبط ينتقل الضمان الى القابض ، اذا لم يكن له خيار ، انتهى .

فان ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض ، ونحوه كلامه قدس سره في اللمعة .

غير فرق بين اقسام الخيار) في باب البيع ، لكن لا يتعدى الى سائر العقود (ولا بين الثمن والعشمن) .

فان كان الثمن مستقرا ثم تلف كان من كيس من لا خيار له .
و لو كان العشمن مستقرا ثم تلف كان من كيس من لا خيار له (كما يظهر)
هذا التعميم) من كلمات غير واحد من الاصحاب ، بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب) فهو شبه اجماع .

(قال في الدروس - في احكام القبض - وبالقبط) للمتاع او الثمن (ينتقل الضمان الى القابض) لانه قبل القبض يكون الضمان على من بيده (اذا لم يكن له) اي للقابض (خيار ، انتهى) .

اما اذا كان للقابض الخيار فالضمان يبقى على المقبوض منه (فان ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري) اي خيار كان (في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض) .

وانما استفدنا الاطلاق من كلامه ، لانه لم يقيد الخيار بقسم خاص (و نحوه كلامه) المطلق (قدس سره في اللمعة) .

.....
 وفى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصرية
 او الامة المدّسة فلاشئ له ، وكذا لو تعيّبت عنده قبل علمه بالتدليس .
 قال : و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر ، لان العيب اذا تجدد
 بعد علمه يكون كذل لك .
 الا ان يقال انه غير مضمون عليه الآن ، لثبوت خياره .

(و) قال : (فى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف) و هو علامة
 (و لو ماتت الشاة المصرية) التى جمع اللبن فى ثدييها لايها المشرى
 انها ذات لبن كثير (او الامة المدّسة) و هى التى اظهرت نفسها اجمل
 عن واقعها ليرغب المشرى فيها .
 فعليه فاذا ماتت عند المشرى (فلاشئ له) اى للمشرى من الثمن ،
 لان التلف من كيسه ، حيث ان المشرى لا خيار له قبل علمه بالتدليس (و
 كذا لو تعيّبت) الشاة او الامة (عنده) اى عند المشرى (قبل علمه بالتدليس)
 هذا قيدٌ لكل من الموت والتعيب انتهى كلام العلامة .
 (قال) جامع المقاصد : (و تقييد الحكم) اى عدم شئ له (بما قبل
 العلم غير ظاهر ، لان العيب اذا تجدد بعد علمه) اى بعد علم المشرى
 بالتدليس فى الشاة و الامة (يكون كذل لك) كما لو تجدد قبل العلم .
 (الا ان يقال) هناك فرق بين قبل العلم و بعد العلم ، (انه) اى
 المتاع (غير مضمون عليه) اى على المشرى (الآن) اى بعد العلم (لثبوت
 خياره) اذ قبل العلم لا خيار للمشرى فالعيب من كيس المشرى ، اما بعد
 العلم فيكون الخيار للمشرى ، وخسارة العيب من كيس البائع ، لان التلف

.....

و لم اظفر فى كلام المصنف وغيره بشئ فى ذلك ، انتهى .

وقال : فى شرح قول المصنف قدس سره ولا يسقط الخيار بتلف العين مقتضى اطلاق كلامهم انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشتري ، ثم تردّد فيه وفى خيار الرؤية .
وفى المسالك - فى مسألة ان العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم وان الحادث

فى زمن الخيار ممن لا خيار له (و لم اظفر فى كلام المصنف) وهو العلامة (وغيره بشئ فى ذلك) اى فى التلف بعد العلم (انتهى) كلام جامع المقاصد .

و شاهدنا فى قوله « لثبوت خياره » فانه اطلق فى ان ثبوت الخيار للمشتري يوجب ان يكون التلف من كيس البائع فى سائر الخيارات غير خيار الشرط والحيوان .

(وقال) جامع المقاصد : (فى شرح قول المصنف قدس سره) وهو العلامة (ولا يسقط الخيار بتلف العين) انتهى كلام العلامة .

ف (مقتضى اطلاق كلامهم انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشتري) فانه جعل التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له فى خيار الغبن ، كما جعله كذلك - قبلا - فى خيار العيب (ثم تردّد فيه وفى خيار الرؤية) وهل انه من كيس البائع ، ام لا ؟

(وفى المسالك - فى مسألة ان العيب الحادث عند المشتري يمنع من الرد بالعيب القديم) الذى كان عند البائع (وان) العيب الحادث

.....
فى ايام خيار الحيوان مضمون على البائع - قال : وكذا كل خيار مختص بالمشتري .

وعن مجمع البرهان فى مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استناداً الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض ، ان هذه القاعدة معارضة بقاعدة اخرى ، وهى : ان تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري .

فان الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الاصحاب .

فى ايام خيار الحيوان) اى ثلاثة ايام (مضمون على البائع - قال : وكذا كل خيار مختص بالمشتري) فانه عمم الحكم بكل خيار .

(وعن مجمع البرهان فى مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة) ايام (مع خيار التأخير) اى تأخير المشتري عن اخذ المبيع واعطاء الثمن (من المبيع) (« من » متعلق ب « تلف ») .

وانما كان من البائع (استناداً الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض) فان التلف قبل القبض من مال بائعه .

قال : (ان هذه القاعدة) اى قاعدة : ان التلف قبل القبض من مال بائعه (معارضة بقاعدة اخرى ، وهى : ان تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري) فاللازم ان يكون التلف على المشتري ، انتهى كلام مجمع البرهان .

(فان الظاهر) من كلام مجمع البرهان (من جعل هذه قاعدة) حيث قال « بقاعدة اخرى » (كونها مسلمة بين الاصحاب) والا لم تكن قاعدة .

و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة ، واستظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض ، معترفا بعمومها من جهات اخرى .
 و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين اقسام الخيار ، ولا بين الثمن و الثمن ، ولا بين الخيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري .
 ولذا نفى فى الرياض الخلاف فى ان التلف فى مدة الخيار من لا خيار له وفى مفتاح الكرامة : ان قولهم التلف فى مدة الخيار من لا خيار له قاعدة ،

(و صرح بنحو ذلك) اى من جعل ذلك قاعدة (المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة ، واستظهر) جمال الدين (بعد ذلك اختصاصه) اى اختصاص حكم القاعدة المذكورة (بما بعد القبض) فقبل القبض التلف من كيس البائع ، اما بعد القبض فالتلف من لا خيار له (معترفا بعمومها) اى عموم قاعدة : التلف فى زمن الخيار من لا خيار له (من جهات اخرى) وان كانت خاصة من جهة اختصاصها بما بعد القبض .

(و ظاهر هذه الكلمات) التى نقلناها من هؤلاء العلماء (عدم الفرق) فى كون التلف من لا خيار له (بين اقسام الخيار) وهى الحيوان والشرط والمجلس والعيب والغبن وغيرها (ولا بين الثمن و الثمن ، ولا بين لا خيار المختص بالبائع والمختص بالمشتري) .

(ولذا) الذى يظهر من كلماتهم الاطلاق (نفى فى الرياض الخلاف فى ان التلف فى مدة الخيار من لا خيار له) فاثبت بان هذه قاعدة كلية .
 (وفى مفتاح الكرامة : ان قولهم التلف فى مدة الخيار من لا خيار له قاعدة)

.....
لا خلاف فيها ، ثم ذكر فيه تبعا للرياض : ان الحكم فى بعض افراد المسئلة مطابق للقاعدة .

لكن الانصاف انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الاصحاب الجزم بهذا التعميم ، فضلا عن اتفاقهم عليه .

فان ظاهر قولهم : التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى ، وهو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار ،

كلية (لا خلاف فيها ، ثم ذكر فيه) اى فى مفتاح الكرامة (تبعا للرياض : ان الحكم) بان التلف ممن لا خيار له (فى بعض افراد المسئلة مطابق للقاعدة) الاولى فان هذه القاعدة مخالفة للقواعد الاولى .

اذ مقتضى القاعدة الاولى : ان تلف ملك كل انسان يكون من كيسه الخاص به ، لا من كيس انسان آخر .

(لكن الانصاف انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الاصحاب) و اعيانهم (الجزم بهذا التعميم) وان التلف مطلقا ممن لا خيار له (فضلا عن اتفاقهم عليه) كما ادعاه الرياض و مفتاح الكرامة .

(فان ظاهر قولهم : التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى) اى الخيار المحدد بالزمان ، كخيار الحيوان و خيار الشرط المحددين بالزمان — وانما استظهرنا ذلك لقولهم « فى زمان الخيار » — فالخيار الذى لازمان له لا يشمل هذا الكلام (وهو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه) وقالوا انه مادام الخيار موجودا ، فالعامل للبائع — كما تقدم فى المسئلة السابقة — (لا مطلق الخيار) زمانيا كان او غير زمانى

ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها .
 الا ترى انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب لم يكن مضمونا على
 البائع ، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب .
 الا ترى : ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى اذا
 كان فى خيار المشتري ، كان من ضمان البائع .

(ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب) والتدليس (ونحوها) مما لا زمان
 فيها .

(الا ترى) هذا دليل على انهم لا يقولون « بان التلف فى كل خيار
 يكون على من لا خيار له » (انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب لم يكن
 مضمونا على البائع ، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب) مع انه بعد العلم
 بالعيب يكون الخيار للمشتري ولا خيار للبائع .

(الا ترى : ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى)
 فان العبد اذا جنى كان للمجنى عليه ان يقتص منه (اذا كان جريمان
 القصاص عليه) فى خيار المشتري ، كان من ضمان البائع (مع ما يأتى من قوله
 « يراد به خيار الحيوان ») وهل خيار الغبن والرؤية كذلك يدل على
 ان مراد الفقهاء من قولهم « التلف فى زمن الخيار من خيار له » يريدون
 بالخيار بعض اقسام الخيار ، لا كل اقسام الخيار .

وحيث كان كلام المحقق « ولو تعيب » يوهم ان المحقق يتعدى من
 خيارى الشرط والحيوان الى خيار العيب ، فيقول فى خيار العيب ايضا
 بان « التلف فى زمان الخيار من لا خيار له » .

واما مانقلنا عنه سابقا فى شرح قوله : و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال ، حيث اعترف فيه بانه لم يظفر على شئ مع انه ذكر فى شرح قول المصنف فى باب العيوب ، وكل عيب تجد د فى الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، فانه

استدرك المصنف ذلك التوهم بقوله « واما مانقلنا » فجملة « واما ما نقلنا » جملة معترضة بين « الاترى » و بين « مع انه » وهذه الجملة المعترضة كالاستثناء من مفاد « الجملتين » .

فكان المصنف قال « المحقق الثانى يرى : ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له » خاص بالشرط والحيوان ، ولا يراه فى الغبن والرؤية والعيوب .

واما قوله « و لو تعيبت » الظاهر فى كون القاعدة آتية فى خيار العيب ، فهو مجرد احتمال .

(واما مانقلنا عنه سابقا فى شرح قوله) اى قول العلامة (و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس) حيث قال المحقق « انه غير مضمون عليه الا ن لثبوت خياره » اى خيار المشتري (ف) ليس هذا الكلام المنقول دليلا على ان المحقق يقول بقاعدة « التلف ممن لا خيار له » فى خيار العيب .

اذ ما ذكره المحقق (هو مجرد احتمال ، حيث اعترف فيه بانه لم يظفر على شئ) ذكره الفقهاء فى هذا الباب ، اى باب خيار العيب (مع انه ذكر فى شرح قول المصنف) وهو العلامة (فى باب العيوب ، وكل عيب تجد د فى الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، فانه) اى ذلك

لا يمنع الرد في الثلاثة، نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم حيث قال
الخيار الواقع في العبارة يراد به خيار الحيوان، وكذا كل خيار يختص
بالمشتري كخيار الشرط له .

و هل خيار الغبن والرؤية كذلك، يبعد القول به خصوصاً على القول
بالفورية، لا خيار العيب، لان العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب
القديم قطعاً، انتهى .

العيب (لا يمنع الرد في الثلاثة) انتهى كلام العلامة .

ف (نفى ذلك الاحتمال) (نفى) مفعول « ذكر » والاحتمال يراد به
ما ذكره المصنف بقوله « مجرد احتمال » (على وجه الجزم) فقد نفى ان العيب
يكون غير مضمون على المشتري نفياً جزمياً (حيث قال الخيار الواقع في
العبارة) اي عبارة العلامة في قوله « قبل انقضاء الخيار » (يراد به خيار
الحيوان ، وكذا كل خيار يختص بالمشتري كخيار الشرط له) اي للمشتري
(و هل خيار الغبن) للمشتري (و الرؤية) للمشتري (كذلك) اي ان
التلف في زمان هذين الخيارين من كيس البائع الذي لا خيار له (يبعد
القول به) اي انها ايضا من كيس البائع (خصوصاً على القول بالفورية) .
لان الانسان اذا علم بالغبن يكون له الخيار فوراً في دقائق ، فاذا
تلف يكون التلف خارجاً عن الدقائق فلا يكون في زمان الخيار ، وكذا في
خيار الرؤية ، فتأمل (لا خيار العيب) .

فان التلف في زمن الخيار ليس من البائع (لان العيب الحادث يمنع
من الرد بالعيب القديم قطعاً ، انتهى) كلام جامع المقاصد .

.....
 و من ذلك يعلم حال ما نقلناه عنه فى خيار الغبن ، فلم يبق فى المقام
 ما يجوز الركون اليه ، الا ما اشرنا اليه من ان مناط خروج المبيع عن ضمان
 البائع — على ما استفاد من قوله عليه السلام حتى ينقض شرطه و يصير
 المبيع للمشتري — هو انقضاء خيار المشتري الذى يطلق عليه الشرط فى

و من هذا الكلام علم ان المحقق الثانى يقول : ان قاعدة « التلّف
 فى زمن الخيار ممن لا خيار له » خاص بالشرط و الحيوان ، لا سائر الخيارات
 فكلامه السابق « و لو تعيبت » كان مجرد احتمال ، ولذا قال « الا ان
 يقال » .

(و من ذلك) الذى ذكرنا ان المحقق الثانى يخص « قاعدة التلّف
 ممن لا خيار له » بخيارى الحيوان و الشرط (يعلم حال ما نقلناه عنه فى
 خيار الغبن) حيث افتى اولا بانه اذا حدث فيه عيب فهو من مال البائع ،
 ثم تردد فيه .

و الحاصل انه لا يقول بجريان قاعدة « التلّف ممن لا خيار له » فى خيار
 الغبن (فلم يبق فى المقام) من اقوال الفقهاء (ما يجوز الركون اليه) حتى
 نقول « بان التلّف فى زمان كل خيار ممن لا خيار له » (الا ما اشرنا اليه من
 ان مناط خروج المبيع عن ضمان البائع) حتى لا يكون تلفه على البائع
 (— على ما استفاد من قوله عليه السلام حتى ينقض شرطه و يصير المبيع
 للمشتري —) .

فالمنط (هو انقضاء خيار المشتري الذى يطلق عليه) اى على خيار
 المشتري (الشرط فى

الاجابة .

و صيرورة المبيع مختصا بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه
عن نفسه فيدل على ان كل من له شرط و ليس المعوض الذي وصل اليه
لازما عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه و يصير مختصا به لازما عليه
و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد ،
مع انه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه .

الاجابة .

(و صيرورة) عطف على « انقضاء » اي المناط هو صيرورة (المبيع مختصا
بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر) المشتري (على سلبه عن نفسه فيدل)
هذا المناط (على ان كل من له شرط و ليس المعوض الذي وصل اليه)
اي لم يكن المبيع (لازما عليه فهو غير ضامن له) فلا يكون تلفه عليه (حتى
ينقضى شرطه) اي خياره (و يصير) المبيع (مختصا به) لا متزلزا (لازما عليه)
فلا يتمكن من ارجاعه ، ففي مثل هذا الوقت يكون ضمانه على المشتري .
(وفي الاعتماد على) مثل (هذا الاستظهار) بان نستفيد من قولهم
عليهم السلام في الشرط و الحيوان قاعدة كلية بالنسبة الى كل الخيارات
(تأمل في مقابلة القواعد) الدالة على ان تلف مال الانسان من كيس نفسه
و الدالة على عدم ضمان انسان لتلف مال انسان آخر .
(مع انه يمكن منع دلالة هذا المناط) فلانقول بان هناك مناطا - و
لكنه مخايف للقواعد - بل نقول انه لا مناط (المستنبط عليه) صفة المناط اي
المناط الذي استنبط على هذا المناط حتى فهم وجه منعه .

لان ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازما على المشتري ثابتا من اول الامر ، كما يظهر من لفظة : حتى الظاهرة فى الابتداء .

وهذا المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ، ولو كان منفصلا ، بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط .

(لان ظاهر الصحيحة) اى صحيحة ابن سنان التى قالت « حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري » (الاختصاص بما كان التزلزل) عند المشتري - اى بما كان خيار المشتري - (وعدم كون المبيع لازما على المشتري) عطف بيان للتزلزل (ثابتا من اول الامر) خبر « بما كان » (كما يظهر) لزوم كونه من اول الامر (من لفظة : حتى ، الظاهرة فى الابتداء) .

فانه اذا قال : اَبْقُ هنا حتى الفجر ، فان ظاهره البقاء من اول الليل الى الفجر .

(وهذا المعنى) وهو كون التزلزل من اول العقد (مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط ، ولو كان) الشرط (منفصلا) فانه وان لم يكن التزلزل من حين العقد (بناء على ان البيع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط) .

اذ : ما يشرف على التزلزل فى حكم المتزلزل فكانه متزلزل من قبل حصول وقت الشرط ايضا .

.....

ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسئلتين السابقتين فيه .

واما الغبن والعيب والرؤية وتخلف الشرط وتقليس المشتري و
تبعض الصفقة ، فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد .

والحاصل ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى
ان يصير المبيع لازما على المشتري .

وهذا مختص بالمبيع المتزلزل من اول الامر ، فلا يشمل التزلزل
المسبوق باللزوم بان

(ولذا) الذي كان متزلزلا من اول الامر - وان كان الشرط منفصلا -
(ذكرنا جريان الخلاف في المسئلتين السابقتين) المتفرعتين على تزلزل
المبيع (فيه) اي في الشرط المنفصل .

(واما) خيار (الغبن والعيب والرؤية وتخلف الشرط وتقليس
المشتري وتبعض الصفقة ، فهي توجب التزلزل عند ظهورها) اي ظهور
هذه الامور (بعد لزوم العقد) من اول الامر ، فلا تشمل الصحيحة لمثل
هذه الخيارات .

(والحاصل) في وجه منع المناط (ان ظاهر الرواية استمرار الضمان
الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازما على المشتري) بانقضاء زمان
الخيار .

(وهذا) اي كون الضمان مستمرا من قبل القبض (مختص بالمبيع
المتزلزل من اول الامر) حين العقد (فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم)
بان كان اول العقد لازما ثم تزلزل ، والتزلزل المسبوق باللزوم هو (بان

.....
 يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ، ثم يرجع بعد عروض التزلزل
 الى ضمان البائع .

فاتضح بذلك ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل فى
 خيار المجلس .

ثم ان مورد هذه القاعدة انما هو ما بعد القبض ، وما قبل القبض ، فلا
 اشكال ولا خلاف فى كونه من البائع من غير التفات الى الخيار ، فلا تشمل
 هذه القاعدة خيار التأخير .

يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض) لانه كان لازما حين العقد (ثم
 يرجع بعد عروض التزلزل) بظهور العيب والغبن ونحوهما (الى ضمان
 البائع) فان الصحيحة لاتشمل مثل هذا المورد ، فلانماط اصلا .

(فاتضح بذلك) الذى ذكرنا من ان الرواية خاصة بما اذا كان التزلزل
 من اول العقد (ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة) وهى الشرط و
 الحيوان والمجلس (على تأمل فى خيار المجلس) وهل انه فى زمن الخيار
 فى ضمان البائع ، ام لا ؟

(ثم ان مورد هذه القاعدة) وهو التلف فى زمن الخيار من لا خيار له
 (انما هو ما بعد القبض ، وما قبل القبض ، فلا اشكال ولا خلاف فى كونه من
 البائع من غير التفات الى الخيار) بل بجريان قاعدة اخرى ، وهى التلف
 قبل القبض من مال مالكة ، ولذا فهو جار سواء كان هناك خيار ام لا ، وسواء
 كان الخيار خيار شرط او حيوان او غيرها (فلاتشمل هذه القاعدة) اى
 قاعدة التلف فى زمن الخيار من لا خيار له ل (خيار التأخير) .

.....
 واما عموم الحكم للثمن والمثمن بان يكون تلف الثمن فى مدة خيار
 البائع المختص به من مال المشتري ، فهو غير بعيد ، نظرا الى المناط
 الذى استفدناه ويشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة .
 مضافا الى استحباب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض .
 وتوهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة ، كون الضمان من مال المالك ،

لاناقلنا : ان هذه القاعدة انما تجرى بعد القبض ، والمفروض فى
 خيار التأخير انه لا قبض ، هذا كله تمام الكلام فى المثمن ، وانه اذا كان
 للمشتري خيار دون البائع .

(واما عموم الحكم للثمن) بالاضافة الى ما تقدم (و) ذكرناه من الحكم
 فى (المثمن بان يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص به من مال
 المشتري) الذى لا خيار له ، كما اذا باع داره بالف وقبض الالف وجعل
 البائع الخيار لنفسه الى مدة شهر بان يرد الثمن ويسترجع الدار ، فتلف
 الثمن فى هذه المدة (فهو غير بعيد ، نظرا الى المناط الذى استفدناه)
 من قوله عليه السلام « حتى ينقضى الشرط ويصير المبيع للمشتري »
 (ويشمله) اى الثمن (ظاهر عبارة الدروس المتقدمة) .

(مضافا الى) انه لو وصلت النوبة الى الاصل ، ف (استحباب ضمان
 المشتري له الثابت قبل القبض) محكم ، لانه لا اشكال فى شمول قاعدة التلف
 قبل القبض من مال مالكة للثمن ايضا كما تشمل المثمن .

(وتوهم عدم جريانه) اى عدم جريان الاستصحاب (مع اقتضاء القاعدة)
 الاولى (كون الضمان من مال المالك ،

.....

خرج منه ما قبل القبض .

مدفوع : بان الضمان الثابت قبل القبض وبعده فى مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة ، لان المراد به انفساخ العقد ودخول العوض فى ملك صاحبه الاصلى ، و تلفه من ماله .

نعم هو مخالف لاصالة عدم الانفساخ ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض

خرج منه) اى من مقتضى هذه القاعدة (ما قبل القبض) وما بعد القبض يرجع الى القاعدة .

فهذا التوهم (مدفوع : بان الضمان الثابت قبل القبض وبعده) اى بعد القبض (فى مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة) اى قاعدة : كل تلف فهو من ماله ، لاننا نقول بان التلف يكون من مال البائع و ضمانه على المشتري ، بل (لان المراد به) اى يكون التلف من المشتري — فيما كان البائع له الخيار فى الثمن — (انفساخ العقد ودخول العوض) اى الثمن — فى المثال — (فى ملك صاحبه الاصلى) وهو المشتري (و تلفه من ماله) اى من مال صاحبه الاصلى .

فكون تلف الثمن فى زمان خيار البائع ، من مال المشتري موافق للقاعدة الاولى اى قاعدة (كل تلف فهو من مال ماله) .

(نعم هو) اى انفساخ العقد ورجوع الثمن الى المشتري ثم تلفه من كيس المشتري (مخالف لاصالة عدم الانفساخ ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض) فانه اذا لم يقبض البائع الثمن — وكان له خيار — ثم تلف الثمن عند المشتري انفسخ العقد ورجع الثمن الى المشتري و تلف من ماله

فالاصل بقائها بعد القبض فى مدة الخيار .
 نعم يبقى هنا ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدة خيار البيع
 الخيارى من المشتري فينفسخ البيع ويرد المبيع الى البائع .
 والتزام عدم الجريان من حيث ان الخيار فى ذلك البيع انما يحدث
 بعد رد الثمن او مثله ، فتلف الثمن فى

(فالاصل بقائها) اى المخالفة (بعد القبض فى مدة الخيار) ايضا .
 (نعم يبقى هنا) اى يستشكل على (ان تلف الثمن فى زمن خيار
 البائع يكون من المشتري) (ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدة خيار
 البيع الخيارى من المشتري) (من المشتري) خبر قوله (ان تلف الثمن)
 فاذا باع داره بيعا خياريا و قبض الثمن ثم تلف الثمن ، لزم ان
 يخرج الثمن من كيس المشتري للدار الذى لا خيار له (ف) اذا : ذهب
 الثمن من كيس المشتري ، لزم ان (ينفسخ البيع ويرد المبيع الى البائع)
 لانه كان الشرط مهما رد الثمن الى المشتري ينفسخ البيع وقد رد الثمن
 الى المشتري .

(و) ان قلت : ان هذا الاشكال غير وارد ، حيث ان الخيار فى البيع
 الخيارى يكون بعد رد الثمن او مثل الثمن ، فليس قبل رد الثمن خيارا للبائع
 حتى يكون التلف من كيس المشتري .

قلت : (التزام عدم الجريان) اى عدم جريان قاعدة (التلف فى زمن
 الخيار ممن لا خيار له) (من حيث ان الخيار فى ذلك البيع) اى فى البيع
 الخيارى (انما يحدث بعد رد الثمن او مثله) اى مثل الثمن (فتلف الثمن فى

مدة الخيار انما يتحقق بعد ردّه قبل الفسخ لاقبله .

مدفوع بما اشرنا اليه سابقا من منع ذلك .

مع ان المناط فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه الى ذى الخيار

تزلزل البيع المتحقق ، ولو بالخيار المنفصل ، كما اشرنا سابقا .

مدة الخيار) الموجب لجريان قاعدة « التلّف فى زمن الخيار من لا خيار

له » (انما يتحقق) ذلك التلّف (بعد ردّه) اى رد الثمن (قبل الفسخ) فاذا

تحقق ردّ الثمن تحقق زمن الخيار ، فيتحقق « ان التلّف فى زمن الخيار »

(لاقبله) اى لاقبل ردّ الثمن ، فالتلّف قبل ردّ الثمن ليس من كيس المشتري

لان قبل ردّ الثمن ليس زمن الخيار .

(مدفوع) خبر « والتزام » (بما اشرنا اليه سابقا من منع ذلك) اى

منع التزام عدم الجريان .

و ما اشرنا اليه سابقا هو ان مقتضى استصحاب قبل القبض جار لما

بعد القبض ايضا .

(مع) انه يرد اشكال آخر على قوله « التزام » وهو (ان المناط فى

ضمان غير ذى الخيار) اى « من لا خيار له » (لما انتقل عنه الى ذى الخيار)

اى ضمان الثمن الذى انتقل من لا خيار له - وهو المشتري - الى من له

الخيار - وهو البائع - (تزلزل البيع) خبر « ان المناط » (المتحقق)

ذلك التزلزل (ولو بالخيار المنفصل ، كما اشرنا) اليه (سابقا) وقلنا انه

لا يشترط اتصال الخيار بالعقد .

فلافرق بين ان يشترط ان يكون الخيار له من حين العقد ، وان يكون

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة اذا كان الثمن شخصيا ، بحيث
يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع ، فيكون كذ لك بعد القبض

الخيار له بعد اسبوع - مثلا - .

فتحصل الى هنا كلمات اربع .

الاولى : انه اذا تلف الثمن فى زمان خيار البائع كان التلف من
المشتري لقاعدة (التلف فى زمن الخيار) .

الثانية : يستشكل انه بناء على ذلك يلزم بطلان بيع الشرط اذا تلف
الثمن .

الثالثة : فى الاستشكال نظر ، اذا الخيار يحدث رد الثمن ، والقاعدة
تقول (التلف فى زمن الخيار) .

الرابعة : لانظر فى الاستشكال ، اذ حال الخيار المنفصل حال
الخيار المتصل .

وقد اشار المصنف الى الاولى بقوله (واما عموم الحكم) والى الثانية
بقوله (نعم يبقى هنا) والى الثالثة بقوله (والالتزام عدم الجريان) والى
الرابعة بقوله (مدفوع) .

(فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة) اى قاعدة : التلف فى زمن
الخيار ممن لا خيار له ، وقوله (فالاولى) تصديق (للثانية) كما لا يخفى
(اذا كان الثمن شخصيا) كما اذا باع زيد داره لعمرى بهذه المائة دينار
الشخصية ثم تلفت المائة عند زيد (بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ
البيع ، فيكون كذ لك) اى تلفه موجبا لانفساخ البيع (بعد القبض)

.....

مع خيار البائع ، و لو منفصلا عن العقد .

واما اذا كان الثمن كلياً ، فحاله حال المبيع اذا كان كلياً ، كما اذا اشترى طعاما كلياً بشرط الخيار له الى مدة ، فقبض فردا منه فتلف فى يده فان الظاهر عدم ضمانه على البائع لان مقتضى ضمان المبيع فى مدة الخيار على من لا خيار له — على ما فهمه غير واحد — بقاءه على ما كان عليه قبل القبض .

للاستصحاب الذى تقدم الكلام حوله (مع خيار البائع ، و لو) كان الخيار (منفصلا عن العقد) لما سبق انه لا فرق بين الخيار المتصل والمنفصل .
(واما اذا كان الثمن كلياً ، ف) لا يلتزم بجريان قاعدة «التلف فى زمن الخيار» بل (حاله) اى حال الثمن الكلى (حال المبيع اذا كان كلياً) فانه لا يشمل «التلف فى زمان الخيار» وكذلك لا يشمل «الثمن الكلى» (كما اذا اشترى طعاما كلياً بشرط الخيار له) اى للمشتري (الى مدة) كاسبوع مثلاً (فقبض) المشتري (فردا منه) اى من ذلك الكلى (فتلف) ذلك الفرد من الطعام (فى يده) اى فى يد المشتري (فان الظاهر عدم) كون (ضمانه على البائع) .

و ذلك (لان مقتضى ضمان المبيع فى مدة الخيار على من لا خيار له — على ما فهمه غير واحد —) من الفقهاء (بقائه) خبر «لان» والضمير عائد الى «المبيع» (على ما كان عليه قبل القبض) .

فاذا تلف هذا الفرد من الطعام الذى قبضه المشتري بخيار له بقى الطعام على ما كان عليه قبل القبض اى رجع الطعام الى الكلية ، فكان

و دخول الفرد فى ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى
الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض .
و هذا مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة فتأمل .

هذا الفرد المقبوض رجع الى البائع .

(و) من المعلوم ان (دخول الفرد) الذى قبضه المشتري (فى ملك
المشتري) لانه اذا تلف الفرد كان كما قبل القبض - على ما قلنا - (لا يستلزم
انفساخ العقد، بل معنى الضمان) اى ضمان البائع (بالنسبة الى الفرد
صيرورة الكلى) المبيع (كغير المقبوض) .

فحاله حال ما اذا ظهر الفرد معيبا، حيث ان للمشتري ان يردّ هذا
و يأخذ غيره .

(وهذا) الذى ذكرناه فى تلف المبيع او الثمن اذا كان كل منهما كلياً
بان يكون كغير المقبوض (مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة) فانها دلت على
ان التلف فى الشخصى من كيس من لا خيار له، ولا تدل على ان التلف فى
الكلى يكون كغير المقبوض (فتأمل) .

فان الاخبار بضميمة قاعدة (عدم ضمان الشخص لملك الغير) تدل
على الامرين وهما : الانفساخ فى الشخصى، حتى يدخل الشئ الشخصى
فى ملك ماله السابق و يتلف من ذلك المالك .

و كونه كغير المقبوض فى الكلى، حتى يدخل هذا المقبوض فى ملك
ماله السابق و يتلف من ذلك المالك .

فقوله « و هذا مما لا تدل عليه الاخبار المتقدمة » غير تام، بل تسدل

.....
 ثم ان ظاهر كلام الاصحاب ، و صريح جماعة منهم كالمحقق والشهيد
 الثانيين : ان المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل الى غيره هو بقاء
 الضمان الثابت قبل قبضه ، و انفساخ العقد آناً قبل التلف ، و هو الظاهر
 ايضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس و بالقبض ينتقل الضمان الى
 المقابض ما لم يكن له

عليه الاخبار المتقدمة .

(ثم) ان فى معنى « ضمان من لا خيار له » خلاف بين الاصحاب ،
 حيث قالوا بان العقد يفسخ قبل التلف آناً ، ويدخل الشئ فى ملك مالكه
 الاول ثم يتلف منه ، و بين الشهيد حيث قال بان العقد لا يفسخ .
 ف (ان ظاهر كلام الاصحاب ، و صريح جماعة منهم كالمحقق والشهيد
 الثانيين : ان المراد بضمان من لا خيار له) فى قاعدة : التلف فى زمن
 الخيار ممن لا خيار له (لما انتقل الى غيره) اى ضمانه للشئ الذى انتقل
 الى غيره (هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه) .

فكما انه اذا تلف قبل ان يقبضه من له خيار كان تلفه ممن لا خيار له ،
 فكذلك اذا قبضه من له خيار (و انفساخ العقد آناً قبل التلف) ليدخل
 فى كيس من يتلف عليه .

فاذا باع شيئاً بخيار للمشتري ثم تلف عند المشتري كان معنى ذلك
 ان المتاع رجع الى البائع آناً ثم تلف من كيس البائع (و هو) اى ما هو
 ظاهر الاصحاب (الظاهر ايضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس)
 حيث قال : (و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له) اى للقابض

خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان اليه بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض .

وقد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله ، بل هو ظاهر القاعدة ، وهى : ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له ، فان معنى تلفه منه تلفه مملوكا له .

(خيار) .

وانما يستفاد كلام المشهور من هذا القول (حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان اليه) اى الى القابض (بل يبقى) الضمان (على ناقله) اى ناقل الضمان (الثابت قبل القبض) .

واذا تحقق ان الشهيد يقول « بعدم انتقال الضمان مع خيار القابض » نضم اليه مقدمة اخرى ، وهى « ان التلف قبل القبض يكون بانفساخ العقد » .

فنتيجة المقدمتين « ان التلف بعد القبض يكون بانفساخ العقد » - وهذا هو الذى ذكره المشهور - .

وجه المقدمة الاخرى ما ذكره بقوله : (وقد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه) اى الشئ الذى تلف (فى ملك ناقله ، بل هو) اى انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله (ظاهر القاعدة ، و هى : ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له) .

وانما كان الانفساخ ظاهر القاعدة لما ذكره بقوله : (فان معنى تلفه منه) اى ممن لا خيار له (تلفه مملوكا له) و لم يقل « تلفه عليه » .

مع انه ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك ماله قاعدة التلازم بين الضمان والخراج ، فانا اذا قدرنا المبيع فى ملك البائع آناماً ، لم يلزم مخالفة شئ من القاعدتين .

والحاصل : ان ارادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الربب فيها .
ومع ذلك كله

(مع انه) اى الانفساخ (ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشتري بضميمة) قاعدتين اخريين وهما (قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك ماله) فان كل تلف من ملك ماله ولا علاقة له بانسان آخر (وقاعدة التلازم بين الضمان والخراج) وان كل من له النماء يكون عليه الضرر ، فانه اذا قلنا بمقتضى الاخبار ، وان « التلف من كيس البائع فى زمان خيار المشتري » ولم نقل بالانفساخ يلزم اما رفع اليد عن قاعدة « عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك ماله » بان نقول : ضمن البائع لما تلف فى ملك المشتري ، او رفع اليد عن قاعدة « الضمان بالخراج » بان نقول : الخراج للمشتري والضمان للبائع (فانا اذا قدرنا المبيع فى ملك البائع) الذى لا خيار له (آناماً) ثم تلف منه (لم يلزم مخالفة شئ من القاعدتين) بخلاف ما اذا لم نقل بالملك الآنامى .

(والحاصل : ان ارادة) الروايات والفقهاء (ما ذكرنا من الضمان) اى الانفساخ (مما لا ينبغى الربب فيها) .

(ومع ذلك كله) الذى ذكرنا ان ظاهر الرواية وصريح الفقهاء

فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم ، بل يدل على عدم الانفساخ .

قال قدس سره : لو تلف المبيع قبل قبض المشتري ، بطل البيع و الخيار ، و بعده لا يبطل الخيار وان كان التلف من البائع كما اذا اختص الخيار بالمشتري .

الانفساخ (فظاهر عبارة الدروس في الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم ، بل يدل على عدم الانفساخ) وان ضمان من لا خيار له يتحقق بدون الانفساخ .

(قال قدس سره : لو تلف المبيع قبل قبض المشتري ، بطل البيع و الخيار) فان التلف قبل القبض من مال مالكة ، فاذا بطل البيع بطل الخيار بطريق اولى ، اى خيار كان كخيار المجلس و خيار الحيوان وغيرهما لان الخيار يحتاج الى المتعلق وقد ذهب المتعلق (و بعده) اى لو تلف المبيع بعد القبض (لا يبطل الخيار) ولا البيع .

وانما لم يذكر : البيع ، لوضوح انه اذا بقى الخيار كان معناه بقاء البيع ، وانما لا يبطلان لانه لا وجه للبطلان (وان كان التلف) اى تلف المبيع (من) كيس (البائع) وهذا عكس الفرع السابق الذى كان التلف فيه من كيس المشتري ، لانه كان مقبوضا وكان الخيار للبائع فقط لان التلف حينئذ كان من كيس المشتري ، و (ان) وصليّة بقوله (لا يبطل الخيار) (كما اذا اختص الخيار بالمشتري) لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له .

.....

فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صورة عدم ضمانه .

و لو فسخ المشتري رجع بالثمن وغرم البدل فى صورة ضمانه .

و لو اوجبه المشتري فى صورة التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع القيمة او المثل .

(فلو فسخ البائع) فى ما كان له الخيار ، او كان لهما الخيار (رجع بالبدل) مثلاً او قيمة الى المشتري (فى صورة عدم ضمانه) اى انما يتصور فسخ البائع فى صورة ما لم يكن البائع ضامناً للتلف، وهى صورة ما اذا كان الخيار للمشتري فقط . فحيث ان البائع ضامن ، فلا يكون الفسخ ولا الرجوع بالبدل ، فقلوه « (فى صورة) » من باب تحقيق موضوع «فلو فسخ» .

(و لو فسخ المشتري) فى صورة ما كان له الفسخ (رجع بالثمن وغرم البدل) للبائع مثلاً او قيمة (فى صورة ضمانه) اى ضمان المشتري .

كما اذا كان لهما الخيار و تلف المتاع عند المشتري ، فان خياره لا يبطل ، فاذا اخذ بالخيار و ابطال البيع اخذ ثمنه و ارجع بدل المبيع مثلاً او قيمة .

(و لو اوجبه) اى البيع (المشتري فى صورة التلف قبل القبض) بان كان لهما الخيار ، ثم قال المشتري اسقطت خيارى و قبل القبض تلف المتاع (لم يؤثر) ايجاب المشتري و اسقاطه لخياره (فى تضمين البائع القيمة او المثل) اذ التلف قبل القبض يوجب بطلان البيع ، فلامورد لا يجاب المشتري ، فلامجال للبدل الذى هو المثل او القيمة .

و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره ، نظر، انتهى .
و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه .

(و فى انسحابه) اى انسحاب عدم تأثير ايجاب المشتري (فيما لو)
قبض المشتري المتاع ، و (تلف بيده فى) زمان (خياره) اى خيار المشتري ،
بان تلف المتاع فى يد المشتري فى زمان خياره الخاص الذى يكون التلف
من البائع ، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، بان قال المشتري
اوجبت البيع مريداً بذلك ان لا يبطل البيع ، بل يتلف المبيع من كس
البائع ليرجع الى مثله او قيمته .

ففى هذا الانسحاب (نظر) لاحتمال ان الايجاب مؤثر فى رجوع
المشتري الى المثل او القيمة .

و الحاصل من قوله « و لو اوجبه » اى للمسئلة صورتين .

الاولى : لو كان الخيار لهما و تلف المبيع قبل القبض و قال المشتري
اوجبت البيع ، واسقطت خيارى لم يؤثر الايجاب شيئاً ، بل بطل البيع
لقاعدة : التلف قبل القبض من مال مالكة .

الثانية : لو كان الخيار للمشتري فقط و قبض المبيع ، ثم تلف فى يد
المشتري - حيث ان التلف من كيس البائع الذى لا خيار له - ثم اسقط
المشتري خياره ، فهل يؤثر هذا الاسقاط شيئاً ، اولا يؤثر؟ احتمالان ، وفى
عدم التأثير نظر لاحتمال التأثير (انتهى) كلام الشهيد .

(و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه) .

الاول : ما تقدم من ان عبارته تدل على عدم الانفساخ ، والحال ان

.....
وقد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكرة ، قال : لو تلف المبيع بأفة
سماوية فى زمن الخيار .

فان كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً .
وان كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع ، ويجب القيمة على

ظاهر المشهور و الروايات الانفساخ فان الدروس قال : لا يبطل الخيار
وان كان التلف من البائع ، مع انه يلتزم بطلان الخيار لبطلان البيع ،
فاذا ذهب اصل البيع ذهب الفرع الذى هو خيار .
الثانى قوله : و لو اوجبه المشتري فى صورة التلف قبل القبض فانه
لامجال لهذا الفرع بعد كون التلف قبل القبض موجبا لفساد المعاملة .
الثالث قوله « و فى انسحابه - اى انسحاب عدم التأثير - نظراً »
لان مقتضى النظر يحتمل التأثير و الحال انه مناف لما حكم اولاً من بطلان
الخيار ، والكلام فى شرح العبارة و شرح وجوه التأمل طويل نكتفى منه
بهذا القدر .

(وقد يظهر ذلك) اى عدم الانفساخ خلافاً للمشهور (من اطلاق
عبارة التذكرة) فهو موافق للدروس (قال : لو تلف المبيع بأفة سماوية فى
زمن الخيار) .

(فان كان) التلف (قبل القبض انفسخ البيع قطعاً) لان التلف قبل
القبض من مال مالكة .

(وان كان) التلف (بعده) اى بعد القبض (لم يبطل خيار المشتري
لاالبائع ، ويجب القيمة) او المثل (على

• ماتقدم •

ثم حكى عن الشافعية وجهين فى الانفساخ بعد القبض وعدمه -
بناءً على الملك بالعقد - •
ويمكن حمله على الخيار المشترك كما ان قوله فى القواعد لا يسقط
الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع ، لما عرفت
من تعيين الانفساخ فيها •

• ماتقدم •

(ثم حكى عن الشافعية وجهين فى الانفساخ بعد القبض وعدمه)
اى عدم الانفساخ •
وانما احتمل عدم الانفساخ (- بناءً على الملك بالعقد -) فان
الشئ صار ملكا بسبب العقد ، والاصل عدم الانفساخ •
(و) لكن ليس كلام العلامة خلاف المشهور •
اذ (يمكن حمله على الخيار المشترك) بين البائع والمشتري ، اذ من
الممكن ان قوله « خيار المشتري ولا البائع » يراد به خيارهما ، كما يمكن ان
يراد به خيار هذا فقط وخيار ذاك فقط •
فان اراد خيارهما لم يكن كلامه مخالفا لكلام المشهور ، وان اراد خيار
احدهما كان كلامه مخالفا لكلام المشهور (كما ان قوله فى القواعد لا يسقط
الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع) •
وانما نحمله على هذه الصورة (لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها)
اى فى هذه الصورة ، فاذا انفسخ العقد لم يكن وجه لبقاء الخيار ، اذ بقاء

.....
 و ربما يحتمل ان معنى قولهم (ان التلف من لا خيار له) ان عليه
 ذلك اذا فسخ صاحبه ، لانه ينفسخ كما فى التلف قبل القبض .
 و اما حيث يوجب المشتري ، فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع
 بالمثل او القيمة ، و بين الرجوع بالثمن .
 و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن .

الخيار فرع بقاء العقد — كما تقدم — .

(و ربما يحتمل ان) المشهور لا يقولون بالانفساخ عند التلف ، بل كما
 نقلناه عن الشهيد و العلامة فالكل متفقون على عدم الانفساخ ، فليس معنى
 قولهم (التلف فى زمن الخيار من لا خيار له) انه ينفسخ العقد ، بل (معنى قولهم
 » ان التلف من لا خيار له « ان عليه) اى على من لا خيار له (ذلك) التلف
 (اذا فسخ صاحبه) الذى له الخيار (لانه ينفسخ) بنفسه ، اذا تلف (كما
 فى التلف قبل القبض) فانه اذا فسخ الذى لم يقبض كان له ذلك ، وان لم
 يفسخ كان له المثل او القيمة .

(و اما حيث يوجب المشتري) الذى له الخيار ذلك العقد بان كان
 له الخيار و اخذ المبيع ، ثم تلف فى يده فوجب البيع و اسقط خياره
 (فيحتمل انه) اى المشتري الموجب (يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل
 او القيمة) ان كان مثليا فمثلا ، او كان قيميا فقيمة (و بين الرجوع
 بالثمن) لان الثمن للبائع فيما اذا اعطاه المبيع اما اذا لم يعطه فيحق له ان
 يطلب الثمن .

(و يحتمل تعيين الرجوع بالثمن) لانه كان فى مقابل الثمن ، فاذا
 تعذر المثل استرجع الثمن الذى كان فى مقابل الثمن

.....
 • ويحتمل ان لا يرجع بشئ ، فيكون معنى له الخيار ، ان له الفسخ .
 ثم الظاهر ان حكم تلف البعض ، حكم تلف الكل .
 وكذا حكم تلف الموصف الراجع الى وصف الصحة بخلاف على الظاهر
 لقوله في الصحيحة السابقة : او يحدث فيه حدث ، فان المراد بالحدث
 اعم من فوات الجزء و الموصف هذا كله اذا تلف بأفة سماوية .

(و يحتمل ان لا يرجع بشئ ، فيكون معنى له الخيار ، ان له الفسخ)
 فاذا فسخ استرجع الثمن ، وان لم يفسخ لم يكن له شئ .
 (ثم الظاهر ان حكم تلف البعض ، حكم تلف الكل) فكما ان تلف الكل
 فى زمان الخيار معن لا خيار له ، كذلك كان تلف البعض فى زمن الخيار
 معن لا خيار له .

(وكذا حكم تلف الموصف الراجع الى وصف الصحة) حتى يسمى تلفا
 فان تمرّض مثلا فانه فلا يسمى تلف البعض وانما يسمى تلف الوصف ، فلا يشمل
 مثل نسيان العبد الكتابة ، اذ تلف الوصف لا يرجع الى تلف وصف الصحة .
 لكن الظاهر ان قوله عليه السلام « يحدث فيه حدث » يشمله (بسلا
 خلاف) فى الاقسام الثلاثة من التلف (على الظاهر) من كلام الفقهاء (لقوله)
 عليه السلام (فى الصحيحة السابقة : او يحدث فيه حدث ، فان المراد
 بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف) .

ثم الظاهر ان كل ما يسمى تلفا فهو داخل فى عنوان المسئلة و لو
 كان بنحو الحيلولة مثل الوقوع فى البحر او طيران الطير او ذهاب الوحش
 الى القفار (هذا كله اذا تلف بأفة سماوية) مثل الحرق والغرق والزلزلة

.....
ومنها حكم الشارع عليه بالاتلاف .

واما اذا كان باتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته
وان كان باتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه ، فيتخير بين
امضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن .

التي اوجبت تلفه ، او نحو ذلك .

و المراد بالآفة السماوية فى مقابل اتلاف الانسان له ، سواء كان
بائعا او مشتريا او اجنيا (ومنها) اى من الآفات السماوية (حكم الشارع
عليه بالاتلاف) مثل : ان يكون العبد قاتلا فحكم الشارع عليه بالقتل و نفذه
الحاكم الشرعى .

(واما) اتلاف الانسان له ، ف (اذا كان باتلاف ذى الخيار) كما اذا
كان الخيار للمشتري فاتلفه (سقط به خياره و لزم العقد من جهته) لان ادلة
« التلف فى زمن الخيار مّن لا خيار له » لا يشمل اتلاف نفس ذى الخيار ،
فالمرجع فيه مقتضى القواعد و هى ان الانسان اذا اتلف مال نفسه لم
يضمنه غيره فى غير مسألة الغرور ، كما اذا اعطاه شاته ليذبحها ، فظن ان
الشاة للمعطى ، فان المعطى حيث كان غائرا ضمن الشاة .

(وان كان باتلاف غير ذى الخيار) اى من لزم العقد من جهته كالبائع
فلاشكال فى انه داخل فى مسألة « من اتلف » و مسألة « التلف فى زمن
الخيار مّن لا خيار له » .

وعلى هذا (لم يبطل) بالاتلاف (خيار صاحبه ، فيتخير بين امضاء
العقد و الرجوع بالقيمة) او المثل (و) بين (الفسخ و الرجوع بالثمن) لكن

.....
 وان كان باتلاف اجنبى تخير ايضا بين الامضاء والفسخ .
 وهل يرجع حينئذ بالقيمة الى المتلف او الى صاحبه ، او يتخير، وجوه
 من ان البديل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيستردّه بالفسخ .

هذا ينافى ما تقدم من ان التلف يوجب الفسخ .
 اللهم الا ان يقال ان ذلك فيما اذا كان التلف بأفة سماوية - فتأمل -
 (وان كان باتلاف اجنبى تخير ايضا بين الامضاء) للعقد والرجوع
 بالقيمة (و) بين (الفسخ) والرجوع بالثمن .
 (وهل يرجع حينئذ) اى حين الفسخ (بالقيمة الى المتلف) الاجنبى
 (او الى صاحبه) الذى هو طرف المعاملة (او يتخير) بين الرجوع الى
 هذا او ذاك (وجوه) ثلاثة .

اما وجه الرجوع الى المتلف ، فهو ما ذكره بقوله :
 « (١) » (من ان البديل) للعين المتلفة (القائم) ذلك البديل (مقام
 العين فى ذمة المتلف) مثلا : لو اشترى المشتري كتابا بخيار لنفسه فاتفق
 الكتاب زيد ، فان التلف يكون من كيس البائع ، فاذا فسخ المشتري تعلق
 ثمن الكتاب بذمة المتلف ، فعوض ان يرجع المشتري الى البائع لاخذ
 ثمنه يرجع الى المتلف الذى تعلق الثمن بذمته (فيستردّه) اى يسترد
 المشتري هذا البديل - مثلا او قيمة - (بالفسخ) من الاجنبى ، ولاحق
 للاجنبى فى الرجوع الى البائع لان المتلف قد استقر عليه ضمان
 التلف .

.....
 ولان الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ ، او
 لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم
 التلف او يوم الفسخ .

وعلى التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الاجنبى

((٢)) (ولان الفسخ) الذى يفسخه المشتري (موجب لرجوع العين
 قبل تلفها فى ملك الفاسخ) حتى يتحقق الفسخ ، فان الكتاب الذى تلف
 انما يتحقق فيه الفسخ اذا كان فى ملك البائع ، فيخرجه المشتري من ملكه
 الى ملك المفسوخ عليه فينتقل ضمانه الى ذمة المتلف ، فان الاجنبى اتلف
 مال البائع فهو له ضامن بالبدل ، والبدل بالفسخ صار ملكا للمشتري
 فالمشتري يأخذ ماله من المتلف (اولاعتبارها) الى العين (عند الفسخ ملكا
 تالفا للفاسخ) ((او)) عطف على قوله « قبل تلفها » .

مثلا : وقع التلف يوم الجمعة والفسخ يوم السبت ، فاما ان نقول ان
 الكتاب دخل فى ملك البائع يوم الجمعة ، او نقول انه دخل فى ملك
 البائع يوم السبت (بناء على الوجهين) فى مسألة ضمان التلف (فهى
 اعتبار يوم التلف او يوم الفسخ) كما تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى صحيحة
 ابن ولاد .

(وعلى التقديرين) اى تقدير يوم التلف او يوم الفسخ (فهى) اى
 العين المتلفة (فى ضمان المتلف) فحال اتلاف الاجنبى و هو فى يد
 المشتري (كما لو كانت العين فى يد الاجنبى) ففسخ العقد والخيار ،
 فانه يرجع الى الاجنبى ببده .

ومن انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلن فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن وصار فى ذمته ، لانّ ضمان المتلف محلّه الذمة ، لا الامور الخارجية .

و حاصل وجه رجوع الفاسخ الى الاجنبى ان الكتاب كان فى مقابل المثلن ، فاذا اتلف انسان الكتاب سدّ فراغه المثلن ، فكانّ المثلن انتقل الى ذمة الاجنبى عند اتلاف الاجنبى الكتاب ، سواء قلنا بانتقال المثلن الى ذمة الاجنبى يوم اتلافه ، او يوم فسخ المشتري للمعاملة .

ثم لا يخفى ان كلمة الفاسخ ، فى نسخة مكاسبنا فى المكاتين ، ولكننا اتبعنا السيد الطباطبائى حيث انه ذكر ان « الفاسخ » غلط وان « المفسوخ عليه » صحيح ، وان كان بالامكان تصحيح « الفاسخ » ايضا ، ولكنه بنوع من التكلف اما تصحيحه « المفسوخ عليه » الى « الفاسخ » فى آخر العبارة فلم يظهر لى وجهه .

واما وجه الرجوع الى صاحبه - طرف المعاملة - لا المتلف فهو ما ذكره بقوله : (ومن انه اذا دخل المثلن فى ملك من تلف المثلن فى ملكه) اى دخل المثلن حال العقد فى ملك البائع ، فحيث دخل المثلن فى ملك البائع ليكون تلفه عليه (خرج عن ملكه بدل المثلن) اى المثلن (وصار فى ذمته) اى صار ضامنا له .

وانما صار فى ذمته (ل) انه صار ضامنا له .
ومن المعلوم (انّ ضمان المتلف) اى التالف (محلّه الذمة ، لا الامور الخارجية) فتكون ذمته مشغولة ، لا امواله الخارجية ، هذا بالنسبة الى

.....
 و مافى ذمة المتلف انما تشخص مالا للمالك .
 و كونه بدلا عن العين انما هو بالنسبة الى التلف من حيث وجوب
 دفعه الى المالك كالعين لو وجدت ، لانه بدل خارج يترتب عليه جميع
 احكام العين حتى بالنسبة الى غير التلف .
 فهذا البديل نظير بدل العين لو

اشتغال ذمة الطرف و هو البائع ، ببديل المتلف .
 و اما بالنسبة الى عدم اشتغال ذمة المتلف الاجنبى ، فلما ذكره
 بقوله : (و مافى ذمة المتلف) الاجنبى (انما تشخص مالا للمالك) الى البائع
 لانه قبل التلف صار ملكا للبائع فقد اتلف مال البائع .
 (و) ان قلت : مافى ذمة المتلف بدل عن العين فاذا صارت العين
 للبائع صار بدله للمشتري ، فاللزام رجوع المشتري الى المتلف .
 قلت : (كونه) اى مافى ذمة المتلف (بدلا عن العين انما هو) اى
 البديل (بالنسبة الى التلف) بدل (من حيث وجوب دفعه الى المالك
 كالعين لو وجدت) .

فكما انه اذا كانت العين التى هى للبائع موجودة و كان الواجب على
 الاجنبى ان يسلمها الى البائع ، كذلك اذا تلفت العين لزم على الاجنبى
 تسليم بدلها الى البائع (لانه) اى مافى ذمة الاجنبى (بدل خارج) عن
 العين التالفة (يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى غير
 التلف) اى حتى بالنسبة الى وجوب رجوع المشتري اليه ، لا الى البائع .
 (فهذا البديل) الذى هو فى ذمة الاجنبى (نظير بدل العين لو

.....
 باعها المشتري ، ففسخ البائع ، فانه لا يتعين للدفع الى الفاسخ .
 واما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لما لكها على
 متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك
 لا المتلف ومن كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ ، وبالقيمة

باعها المشتري) وكان للبائع الفسخ (فسخ البائع ، فانه) ليس ببديل ،
 بمعنى انه (لا يتعين للدفع الى الفاسخ) فالبديل فيما نحن فيه وكذا
 البديل في النظر لهما ثمرة واحدة ، وهي وجوب الدفع الى البائع ، لا
 اكثر من ذلك .

(واما الفسخ فهو موجب لرجوع العين) التي هي متعلق الفسخ
 (قبل تلفها) في حال كون تلك العين (مضمونة لما لكها على متلفها) فان
 المتلف ضامن للعين بان يسلمها الى المالك (بالقيمة) فانها حيث تلفت
 ضمن المتلف القيمة .

فقوله « بالقيمة » متعلق بـ « مضمونة » (في ملك الفاسخ) « فـى »
 متعلق بـ « رجوع » (فيكون تلفها) اي العين تلفا بسبب الاجنبى (بهذا
 الوصف) اي بوصف كونها راجعة الى ملك المفسوخ عليه (مضمونا على المالك
 لا المتلف) ولذا يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه وهو المالك ، لا الى
 الاجنبى (ومن كون يد المفسوخ عليه) اي البائع - في المثال المتقدم -
 (يد ضمان بالعوض) اي عوض العين (قبل الفسخ) فان البائع ضامن للمشتري
 بان يدفع العين اليه او عوض العين اذا تلفت العين بدل ما اخذ منه من
 الثمن (وبالقيمة

.....

بعده .

واتلاف الاجنبى ايضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع وهذا اضعف

الوجوه .

بعده) فاذا تلفت العين لزم على البائع ان يدفع قيمة العين الى
المشتري بدل ما اخذ منه من الثمن .

(واتلاف الاجنبى ايضا سبب للضمان) لقاعدة : على اليد ما اخذت و

قاعدة ، من اتلف مال الغير فهو له ضامن (فيتخير) المشتري بعد ان اتلف
الاجنبى ماله (فى الرجوع الى ايّهما شاء) (وهذا) اى كون الفاسخ له حق
الرجوع الى ايّهما شاء (اضعف الوجوه) .

لانه ان تلف الشئ من كيس المفسوخ عليه لم يكن معنى لرجوع الفاسخ
الى المتلف ، وان لم يتلف الشئ من كيس المفسوخ عليه لم يكن معنى
لرجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه .

ثم لا يخفى ان رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه انما هو بالقيمة
المعاوضة ، واما الى المتلف فهو بالمثل او القيمة السوقية .

مسئلة

و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة، فقال : لا يجب على البائع تسليم المبيع ، ولا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار .
و لو تبرع احدهما بالتسليم ، لم يبطل خياره ، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده ، و له استرداد المدفوع قضية للخيار .
وقال بعض الشافعية : ليس له استرداده ،

(مسألة : و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة ، فقال : لا يجب على البائع تسليم المبيع ، ولا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار)
المشترك بينهما ، او فى زمان خيار احدهما بالنسبة الى ما فى يده .
و لعل فتواه بذ لك لان الشئ المتعلق به الخيار صار متعلقا لحق الملك و لحق الخيار ، فيقدم حق الخيار على حق الملك ، لان حق الخيار وارد على حق الملك ، كما ان حق الرهن وارد على حق الملك ، فيقدم عليه .
(و لو تبرع احدهما بالتسليم ، لم يبطل خياره) لان التسليم لا يوجب ذهاب حقه (ولا يجبر) الطرف (الآخر) الذى له خيار ايضا (على تسليم ما عنده) لان المسلم قد اسقط حقه ، ولا يلزم ذ لك اسقاط طرفه حقه ايضا (و له) اى للمسلم (استرداد المدفوع) بان يأخذه و يسترجعه (قضية للخيار) اى لانه مقتضى الخيار ، فان خياره لا يسقط بتسليمه ، فمتى شاء اخذ متعلق حقه ، واسقاط حقه فى الجملة لا يلزم اسقاط حقه الى الاجنبى .
(وقال بعض الشافعية : ليس له استرداده) لانه قد اسقط حقه

.....
 و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاء ، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع ،
 انتهى .

و يظهر منه ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما
 التسليم .

و اما التسليم - ابتداء - فلا يجب من ذى الخيار اجماعا .
 ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له
 الفسخ ، فلا يتعين عليه التسليم ، فمرجه الى وجوب احدا المرين عليه .

بالتسليم ، فلا دليل على بقاء حقه بعد ذلك (و له) اى للمسلم (اخذ ما عند
 صاحبه بدون رضاء) لان حق صاحبه كان فى مقابل حق المسلم ، فاذا سقط
 حق المسلم سقط حق صاحبه ايضا (كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع)
 فان صاحبه يجبر على تسليم ما عنده (انتهى) .

(و يظهر منه) حيث ذكر خلاف الشافعية فى الفرعين الاخيرين فقط
 (ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما التسليم) هل له
 استرداده ، ام لا ؟ و هل يتمكن من جبر صاحبه ، ام لا ؟

(و اما التسليم - ابتداء - فلا يجب من ذى الخيار اجماعا) لان
 العلامة ادعى الاجماع بل يظهر من كلامه .

(ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له
 الفسخ ، ف) حيث له الفسخ (لا يتعين عليه التسليم ، فمرجه) اى بناء على
 هذا الوجه يكون مرجع كلام العلامة (الى وجوب احدا المرين عليه) اى
 يجب على ذى الخيار احدا المرين ، الفسخ او التسليم .

والظاهر انه غير مراد .

وان اريد عدم تسلط المالك على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله .

ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم : سلطنة الناس على اموالهم وبالجمله فلم اجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً ، ولم اجد من عنونه و تعرض لوجهه .

(و الظاهر انه غير مراد) لان ظاهره لا يجب عليه التسليم لا انه لا يتعين عليه التسليم .

(وان اريد عدم تسلط المالك) الذي ملك بالعقد (على ما انتقل اليه اذا كان للناقل خيار فلذا) الذي لا سلطة له (يجوز منعه عن ماله) .
(ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم : سلطنة الناس على اموالهم) فان المنتقل اليه صار ملكاً له فهو مسلط عليه ، ولا وجه لمنعه عن ماله الذي له سلطة عليه .

(و بالجمله فلم اجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً ، ولم اجد من عنونه و تعرض لوجهه) .

نعم على قول من يقول انه مادام الخيار فالملك لم ينتقل فله وجه ، اذ ليس الشئ ملكاً للمنقول اليه كما لا يخفى ، والله العالم .

مسئلة

قال فى القواعد : لا يبطل الخيار بتلف العين ، وهذا الكلام ليس على اطلاقه — كما اعترف به فى جامع المقاصد — .
فان من جملة افراد الخيار خيار التأخير ، بل مطلق الخيار قبل القبض ، او الخيار المختص بعده .

(مسألة : قال فى القواعد : لا يبطل الخيار بتلف العين) فاذا جعل المشتري الخيار لنفسه فتلفت العين فى يده ، فله الفسخ و الرجوع الى المالك بالقيمة و اعطاء المالك — بدلا عن عينه — المثل او القيمة ، وهكذا اذا جعل البائع الخيار لنفسه و تلفت القيمة التى اخذها (وهذا الكلام ليس على اطلاقه — كما اعترف به) اى بانه ليس على اطلاقه (فى جامع المقاصد —) فى شرح القواعد .

(فان من جملة افراد الخيار خيار التأخير ، بل مطلق الخيار قبل القبض) فان التلف قبل القبض من مال ماله ، فاذا تلف قبل القبض بطل العقد ، واذا بطل العقد لم يكن مورد للخيار اصلا (او الخيار المختص بعده) اى بعد القبض ، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ، فاذا كان للمشتري — مثلا — الخيار و تلف المثل ، فقد انفسخ العقد و خرج المثل من كيس البائع ، فلا مورد للخيار ، وهذا بخلاف الخيار المشترك ، فاذا تلف احدا العوضين فانه يخرج من كيس المنتقل اليه ، لا من كيس المنتقل عنه فيبقى مورد للخيار .

و من المعلوم ان تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد بالتلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار و بعبارة اخرى : تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره، ولا خيار صاحبه، وهو كذلك، لان الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد، و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ .
و لذا يشرع الاقالة حينئذ اتفاقا، فلا مزيل

(و من المعلوم ان تلف العين) مضمنا كان او مضمنا (حينئذ) اى حين كان قبل القبض، و اوفى زمان الخيار المختص (موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار) اصلا (فيكون المراد) اى مراد العلامة (التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار) بل يبقى الخيار على حاله .
(و بعبارة اخرى : تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به) اى بهذا التلف (خياره، ولا خيار صاحبه) سواء كان لهما الخيار او لاحدهما (و هو كذلك) كما ذكره القواعد (لان الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد) فذوالخيار له سلطة بان يفسخ العقد (و معلوم ان العقد بعد التلف) كحاله قبل التلف (قابل للفسخ) فانه اعتبار و الفسخ ايضا اعتبار و العقلاء يرون بقاء الاعتبار و ان تلفت العين .
(و لذا) الذى يقبل العقد الفسخ حتى بعد تلف العين (يشرع الاقالة حينئذ) اى بعد التلف (اتفاقا) .

فانه لافرق بين الاقالة و الفسخ فى انه لو كان المتعلق العين لم يصح، و لكن حيث ان المتعلق العقد و اعتباره باق يصحان (فلا مزيل

لهذا الملك بعد التلف، ولا مقيد له بصورة البقاء .

اللهم الا ان يعلم من الخارج ان شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين، كمافى العيب، فان تخيره بين الرد و الارش لان الصبر على العيب ضرر، ولو مع اخذ الارش فتدركه الشارع بملك الفسخ و الرد، فاذا تلف انتفى حكمة الخيار .

لهذا الملك) اى ملك فسخ العقد (بعد التلف) لاحد العوضين اولكليهما (ولا مقيد له) اى لملك فسخ العقد (بصورة البقاء) اى بقاء العينين .
(اللهم الا ان يعلم من الخارج) بدليل آخر (ان شرع الخيار) فتشريعه انما هو (لدفع ضرر الصبر على نفس العين) .

وعليه (ف) لا خيار بعد التلف، اذ (ينتفى هذا الضرر بتلف العين ، كمافى العيب) فيما اذا ظهر المبيع معيبا (فان تخيره بين الرد والارش) انما هو (لان الصبر على العيب ضرر، ولو مع اخذ الارش) فالشارع خيره بين شيئين ان شاء صبر على الضرر و اخذ التفاوت، وان شاء فسخ و لم يجبره على اخذ التفاوت فقط، لان بعض الناس لا يريدون المعيب اصلا ، فاذا اجبرهم الشارع على اخذ الارش كان معناه انه اوجب ضررهـم (فتدركه) اى الضرر حتى مع الارش (الشارع بملك الفسخ و الرد) بان جعل له سلطة على ان يفسخ اذا شاء (فاذا تلف) المعيب (انتفى حكمة الخيار) فلا خيار له فى الرد وانما يبقى له ان يأخذ الارش فقط .

لكن لا يخفى عدم تمامية هذا الكلام لان الحكم لا يدور مدار الحكمة، و ليس ما ذكره علة فاللازم التمسك باطلاق دليل الرد والارش فى باب خيار

.....
او يقال انه اذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد، لا بالخيار
اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين، هذا مع
قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب والمدّس فيه فلا يرد عدم
اطراد تلك الحكمة.

نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، او يظهر منهم
العدم.

كما ترد العلامة قدس سره في باب المراجعة فيما لو ظهر كذب

العيب .

(او يقال) في بيان سقوط الفسخ بسبب التلف (انه اذا كان دليل
الخيار معنونا بجواز الرد) بان قال الدليل : اذا كان الشئ معيبا فله
الرد (لا بالخيار) فلم يقل : اذا كان الشئ معيبا فله الخيار (اختص ثبوت
الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف) ذاك الرد (على بقاء العين) او كان
هناك دليل آخر على ان الخيار خاص ببقاء العين، كما اذا جعل
الشرط بانه اذا بقيت العين، لى او لك حق الرد (هذا مع قيام الدليل على
سقوط الخيار بتلف المعيب والمدّس فيه) كما تقدم في باب خيار العيب،
فراجع (فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة)

(نعم هنا) في باب ان التلف لا يسقط الخيار (موارد تأملوا في ثبوت
الخيار مع التلف، او يظهر منهم عدم) اي عدم الخيار مع التلف.

(١) (كما ترد العلامة قدس سره) في بقاء الخيار مع التلف (في باب
المراجعة) اي اذا باعه بالربح و اخبره برأس المال (فيما لو ظهر كذب

.....
 البائع مرابحة فى اخباره برأس المال ، بعد تلف المتاع ، بل عن المبسوط
 وبعض آخر الجزم بالعدم نظرا الى ان الرد انما يتحقق مع بقاء العين و
 فيه اشارة الى ما ذكرنا من ان الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة
 تحققه .

لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ، ثبوت الخيار لوجود المقتضى
 وعدم المانع .
 و كما تردد المحقق الثانى فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه .

البائع) بيعا (مرابحة) كذبه (فى اخباره برأس المال) وان رأس المال كان
 اقل مما اخبره به (بعد تلف المتاع) فهل له الخيار فى الرد ، ام لا ؟ تردد
 فيه العلامة مع انه قبل التلف لا اشكال فى ان له الخيار فى ان يرد المتاع
 ويسترجع ثمنه (بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم) و انه لا خيار
 له .

و انما جزم بالعدم (نظرا الى ان الرد انما يتحقق مع بقاء العين)
 فاذا تلفت العين فلا رد (و فيه) اى فى هذا الدليل ، نظروا اشارة الى ما
 ذكرنا من ان الثابت بالدليل (هو جواز الرد) بعنوان انه رد (فيختص
 الفسخ بصورة تحققه) اى تحقق مفهوم الرد .

(لكن قوى فى المسالك و جامع المقاصد ، ثبوت الخيار لوجود المقتضى
 للخيار و هو كذب البائع و غبن المشتري (وعدم المانع) اذا تلف لا يوجب
 ذهاب العين ، اما العقد الذى هو متعلق الخيار فهو باق .

((٢)) و كما تردد المحقق الثانى فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه)

و ظاهر تعليل العلامة فى التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه ، بعدم امكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع التلف و الاقوى بقاءه لان العمدة فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه .

مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام وهم بالخيار اذا دخلوا السوق مع انه لو استند الى الاجماع امكن التمسك بالاستصحاب .

لان العين التى يتعلق بها الخيار قد ذهبت .

(و ظاهر تعليل العلامة فى التذكرة عدم الخيار) اى خيار الغبن (مع نقل المغبون العين عن ملكه) كما لو باعه مثلا .

فعلّله (بعدم امكان الاستدراك) اى استدراك الغبن (حينئذ) اى حين النقل (هو عدم الخيار مع التلف) بطريق اولى .

(و لكن) الاقوى بقاءه (اى بقاء خيار الغبن بعد التلف) لان العمدة فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين وعدمه) .

فانه و ان كانت العين تالفة فالضرر باق بعد ان تقدم فى باب خيار الغبن انه لا يجوز للمغبون اخذ الارش ، فمعنى عدم فسخ العقدان يتحمل الضرر .

(مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام) فى باب تلقى الركبان : (وهم بالخيار اذا دخلوا السوق) فان اطلاقه يشمل صورة تلف العين ايضا (مع انه لو استند) فى خيار الغبن (الى الاجماع) - والقدر المتيقن من الاجماع هو حالة بقاء العين - (امكن التمسك بالاستصحاب) اى استصحاب الخيار بعد تلفه ، لان العرف يرى

.....
 الا ان يدعى انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة البقاء .
 و الحق فى جامع المقاصد بخيار الغبن فى التردد خيار الرؤية .
 و من مواضع التردد ما اذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه
 ارادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقف على بقاء العين ، فان الفسخ و
 ان لم يتوقف على بقاء العين ، الا انه اذا فرض الغرض من الخيار الرد او
 الاسترداد ، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء .

انه لا مدخلية لبقاء العين فالموضوع باق عرفا و ليس ذلك من تسرى
 الحكم من موضوع الى موضوع .
 (الا ان يدعى انعقاده) اى الاجماع (على التسلط على الرد فيختص)
 الخيار (بصورة البقاء) اذ بعد التلف لا يسمى ردّا — كما تقدم شبه ذلك قبل
 اسطر — .

(٣) (و الحق فى جامع المقاصد بخيار الغبن فى التردد) فى انه
 هل يبقى الخيار بعد تلف العين ، ام لا ؟ (خيار الرؤية) فى انه هل يبقى
 خيار الرؤية ، بعد تلف العين ام لا ؟ احتمالا .

(٤) (ومن مواضع التردد) فى انه هل يبقى الخيار ، ام لا ؟ (ما اذا
 جعل المتعاقدان الخيار) اى خيار الشرط (على وجه ارادتهما التسلط
 على مجرد الرد) فقالا لنا الخيار ان نرد العين (المتوقف) صدق الرد (على
 بقاء العين ، فان الفسخ وان لم يتوقف على بقاء العين) اذ لم يعلق
 الفسخ برد العين (الا انه اذا فرض الغرض من الخيار الرد او الاسترداد ،
 فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء) اى بقاء العين ، فاذا تلفت العين و لم

.....
 و التمكن من الرد والاسترداد وان كان حكمة في خيارى المجلس و
 الحيوان ، الا ان الحكم اعم موردا من الحكمة اذا كان الدليل يقتضى
 العموم ، بخلاف ما اذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه
 التصريح به فى الكلام او استظهاره منه بعدم تعلق الغرض بالرد ، او
 الاسترداد .

يتمكنا من الرد والاسترداد لم يكن خيار .

(و) ان قلت : اذا كان الحكم بالخيار دائرا مدار الرد فى ما ذكرتم ،
 فلم قلت فى خيار الحيوان و المجلس انه يبقى الخيار ولو مع تلف العين ؟
 و الحال ان مورد الادلة فى هذين الخيارين الرد ايضا .
 قلت : (التمكن من الرد والاسترداد وان كان حكمة فى خيارى
 المجلس و الحيوان) .

فان الحكمة التى جعل لاجلها الخيار تمكن الطرفين - فى خيار
 المجلس - و تمكن مشتري الحيوان - فى خيار الحيوان - من رد ما بيده
 (الا ان الحكم بالرد اعم مورد من الحكمة) .

و انما كان اعم موردا (اذا كان الدليل) الدال على هذين الخيارين
 (يقتضى العموم) حتى لصورة تلف العين (بخلاف ما اذا كان اطلاق جعل
 المتعاقدين) خيار الشرط (مقيدا على وجه التصريح به فى الكلام) فقالا
 نرد العين الى اسبوع اذا شئنا (او استظهاره) اى استظهار رد العين
 (منه) اى من كلامهما عند الشرط (بعدم تعلق الغرض بالرد او
 الاسترداد) .

ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فى البيع
الخيارى ، اذا تلف المبيع عند المشتري ، لان الثابت من اشتراطهما هو
التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن ، لا التسلط على مطلق
الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف .

مثلا : كان مالك الدار ذا علاقة بهذه الدار بحيث انه لا يريد رد
مثلها او قيمتها .

(و من هنا) الذى ذكرنا استظهار رد العين من كلامهما عند بيع
الشرط (يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فى البيع
الخيارى ، اذا تلف المبيع عند المشتري) « اذا » متعلق بـ « عدم بقاء » (لان
الثابت من اشتراطهما هو) صورة (التمكن من استرداد المبيع) بعينه
(بالفسخ عند رد الثمن) هذا هو القدر المتيقن من ظاهر كلامهما ، الا اذا
صرح بخلاف ذلك او كان كلامهما يشمل غير ذلك (لا التسلط على مطلق
الفسخ المشروط مطلقا) .

و معنى : مطلقا ، ما ذكره بقوله : (و لو عند التلف) اى تلف العين
المبيعة .

الهم الان يقال : ان قلة الثمن دليل على انه لا يريد العين فقط ،
بل يريد بدلها ايضا اذا فقدت العين .

مثلا : احيانا تباع الدار التى تسوى بعشرة آلاف بالف دينار ، ومن
المعلوم ان البائع ، انما باع و لم يرهن لاجل الفرار من كون الراهن

.....

لكن لم اجد من التزم بذلك او تعرض له .

ومن هنا يمكن ان يقال في هذا المقام - وان كان مخالفا للمشهور

- بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل .

اذ لم تدل اداة الخيار من الاخبار والاجماع الاعلى التسلط على

الردّ او الاسترداد، وليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف ايضا

منوعا عن التصرف لا انه يريد مقابلة الدار بالف دينار فقط .

(لكن لم اجد من التزم بذلك) وقال : بان الثابت من اشتراطهما

صورة التمكن من استرداد المبيع (او تعرض له) فعدم الالتزام من باب

عدم التعرض ، لا من باب التزام العدم .

(ومن هنا) الذى قلنا ان الثابت من الخيار هو صورة التمكن من

استرداد المبيع (يمكن ان يقال فى هذا المقام) اى مقام خيار الفسخ -

فى كل مورد كان لاحدهما الفسخ - (- وان كان) هذا القول (مخالفا

للمشهور) لان المشهور يقولون بثبوت الخيار عند التلف (بعدم ثبوت

الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل) الخاص ببقاء الخيار

حتى بعد التلف .

(اذ لم تدل اداة الخيار من الاخبار والاجماع الاعلى التسلط) اى

تسلط من له الخيار (على الردّ او الاسترداد) .

فالتسلط انما هو فى صورة التمكن من ردّ ما عنده واسترداده عند

طرفه (وليس فيها) اى فى اداة الخيار (التعرض للفسخ المتحقق)

ذلك الفسخ (مع التلف ايضا) .

.....
 و ارادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة فى كلمات الشارع ، لما
 عرفت فى اول باب الخيارات من انه استعمال غالب فى كلمات بعض
 المتأخرين .

نعم لودلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل
 لصورة التلف ، او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ،
 ثبت مع التلف ايضا ، والله

وقوله (ايضا) يدل على التعرض للفسخ بدون التلف .
 (و) ان قلت : ليس المراد بالخيار ملك الفسخ و ذلك يتحقق حتى
 مع التلف .

قلت : (ارادة ملك الفسخ من الخيار) بان يراد بالخيار ملك الفسخ
 (غير متعينة فى كلمات الشارع) لاحتمال ارادة ملك الرد والاسترداد
 (لما عرفت فى اول باب الخيارات من انه) اى ارادة ملك الفسخ
 (استعمال غالب) بمعنى الخيار (فى كلمات بعض
 المتأخرين) .

وعليه فاذا تلف المبيع لم يكن خياره ، لا خيار اصيل كخيار المجلس و
 لا خيار مجعول كخيار الشرط .

(نعم لودلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق) .
 و معنى المطلق ما ذكره بقوله : (الشامل لصورة التلف) ايضا ، كما
 يشمل صورة وجود العين (او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ
 بهذا المعنى) الشامل لصورة التلف (ثبت) الخيار (مع التلف ايضا ، والله

.....
العالم .

العالم) بحقائق الاحكام .

ثم انه لو فسخ من له الفسخ وجب على المفسوخ عليه ان يرد عينه
اذا كانت موجودة ، وبدلها اذا كانت تالفة فوراً ، لانه ملك غيره فلا يحق
له ابقائه عنده ، فانه خلاف ادلة السلطنة ، ولوا بقاءه و تلف كان ضامناً ، لان
يده عدوانية .

مسئلة

لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر ، لانها كانت مضمونة قبل الفسخ ، اذ : لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض ، والاصل بقاءه ، اذ : لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه فى يد الفاسخ امانة ، اذ : الفسخ انما هو من قبله .
والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

(مسألة : لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة) لما لكها (بلا خلاف على الظاهر) من كلماتهم (لانها كانت مضمونة قبل الفسخ) .
وانما كانت مضمونة (اذ لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض) المسمى (والاصل بقاءه) اى بقاء الضمان ، منتهى الامر قبل الفسخ كانت مضمونة بالمسمى ، والآن — بعد الفسخ — مضمونة بالمثل .
وانما كان الاصل بقاء الضمان (اذ : لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه) اى المبيع (فى يد الفاسخ امانة) مالكية او شرعية (اذ : الفسخ انما هو من قبله) و ليس من قبل الطرف الآخر حتى يقال ان الطرف الآخر لما فسخ كان الشئ فى يد غير الفاسخ امانة ، لانه لم يأخذه بالضمان — بعد الفسخ — وانما اخذه بالضمان قبل الفسخ فالاصل عدم ضمانه .
(والغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ) لاثبات ضمانها — اى ضمان العين — بعد الفسخ ، حيث قلنا (والاصل بقاءه) (بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

مالكية ، او شرعية ، ليكون غير مضمونة برضا المالك ، او بجعل الشارع .
 و اذن الشارع فى الفسخ ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما فى
 القبض بالسوم .

و مرجع ذلك الى عموم : على اليد ما اخذت ، او الى انها قبضت
 مضمونة ، فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعى
 اعنى المثل او القيمة ، كما فى البيع الفاسد ،

مالكية) بان كان المالك اودعه اياه (او شرعية) بان يكون الشارع او دعه
 اياه (ليكون غير مضمونة ب) سبب (رضا المالك ، او بجعل الشارع) .
 و قوله (برضا) متعلق ب «غير مضمونة» .

(و) ان قلت : ان الشارع اذن فى الفسخ ، ومعنا اذنه ان يبقى
 الشئ فى يده امانة حتى يتسلّمه المالك .

قلت : (اذن الشارع فى الفسخ ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد) لا
 استلزاما عقليا ولا استلزاما شرعيا (كما فى القبض بالسوم) اى اذا قبضه من
 يريد الاشتراء فانه اذا تلف من يده كان ضامنا ، مع ان هناك اذنا من المالك
 بالقبض .

(و مرجع ذلك) الضمان (الى عموم : على اليد ما اخذت) فانه يشمل
 المتاع بعد الفسخ (او الى انها) اى العين (قبضت مضمونة) فان المشتري
 انما قبضها فى مقابل ما دفع من الثمن (فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمى)
 بسبب الفسخ (تعين ضمانه بالعوض الواقعى اعنى المثل) فى المثل (او
 القيمة) فى القيمة (كما فى البيع الفاسد) فانه حيث يبطل العوض المسمى

هذا .

و لكن المسئلة لا تخلو عن اشكال .

واما العين فى يد المفسوخ عليه ففى ضمانها او كونها امانة اشكال .
مما فى التذكرة من انه قبضها قبض ضمان ، فلا يزول الا بالرد الى
مالكها .

— لفرض ان البيع فاسد — يثبت المثل او القيمة (هذا) كله حسب القواعد
الاولية .

(و لكن المسئلة لا تخلو عن اشكال) لاحتمال ان يكون عموم : اليد ،
منصرفا الى الايادى العادية .

و حيث ان يد المتبايعين ليست عدوانية لم يكن وجه للضمان ، بل
قد يكون مشمولا لقوله سبحانه : **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** ، هذا تمام
الكلام فى العين التى فى يد الفاسخ .

(و اما العين فى يد المفسوخ عليه) فاذا فسخ البائع كان المبيع فى
يد المشتري ، فهل هو مضمون ام لا ؟ (ففى ضمانها) عند المفسوخ عليه (او
كونها امانة) فتلفها بلا تعد ولا تفريط لا يوجب خسارة على المفسوخ عليه
(اشكال) .

وجه الضمان ما ذكره بقوله : (مما فى التذكرة من انه قبضها قبض ضمان
فلا يزول) الضمان (الا بالرد الى مالكها) لاستصحاب الضمان قبل الفسخ
الى ما بعد الفسخ ، منتهى الامر فى الاول كان ضمان المسمى ، وبعد الفسخ
يكون ضمان المثل او القيمة — كما تقدم — .

.....
 ومن ان الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه
 مشعر بالرضا به المقتضى للاستيمان .

و وضعه في جامع المقاصد بان مجرد هذا لا يسقط الامر الثابت و
 الله العالم هذا بعض الكلام في الخيارات واحكامها ، والباقي محول الى
 الناظر الخبير بكلمات الفقهاء ، والحمد لله صلى الله على محمد وآله .

(ومن ان الفسخ لما كان من قبل الآخر) كالبايع في المثال (فتركه)
 اي ترك الآخر (العين في يد صاحبه) - كالمشتري في المثال - (مشعر)
 ذلك الترك (بالرضا به) اي بكونه في يد صاحبه (المقتضى) ذلك الرضا
 (للاستيمان) فلا ضمان .

(و وضعه) اي عدم الضمان (في جامع المقاصد بان مجرد هذا) اي
 مجرد الرضا (لا يسقط الامر الثابت) اي الضمان الذي هو مقتضى
 الاستصحاب ، هذا .

مضافا الى انه قد يتلف قبل ترك العين في يده ، فالدليل اخص من
 المدعى ، لانه لا وقت للفاسخ في اخذه من المفسوخ عليه ، او ما اشبه ذلك
 (والله العالم ، هذا بعض الكلام في الخيارات واحكامها ، والباقي) من
 الخيارات حيث انها بعضها بعضهم الى اربعة عشر قسما ، ومن احكامها التي قد
 ذكرت جملة منها في الجواهر ، وجملة منها في حاشية السيد الطباطبائي
 وغيرهما (محول الى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء ، والحمد لله صلى الله
 على محمد وآله) الطاهرين .

بعمونه تعالى



سيصدر القسم الاخير من الكتاب
(ايصال الطالب الى المكاسب) عن
قريب و يبحث فى : (النقد و النسيئة)
فعند ذلك نتوابع مع الاخوان ونسئل
من الله العزيز التوفيق للجميع .
الناشر

محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة الشارح
٥	فى بيان حكم الشرط الفاسد
٦٣	فى احكام الخيار
٦٩	فى ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال
٩٠	فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
١١٩	فيما اذا اجتمعت الورثة على الفسخ
١٢٧	فيما لو كان الخيار لاجنبى ومات
١٣٢	فى سقوط الخيار بالتصرف
١٤٨	فى حصول الفسخ بنفس التصرف او قبله
١٧٣	فيما لو اشترى عبدا بجارية
١٨٠	فى عدم جواز تصرف غير ذى الخيار
٢٣١	فى ان المبيع يملك بالتصرف
٢٧٤	فى كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار
٣١٦	فى انه لا يجب على المتبايعين التسليم فى زمن الخيار ...
٣١٩	فى ان الخيار لا يبطل بتلف العين
٣٣١	فيما لو فسخ ذوالخيار فالعين مضمونة فى يده
٣٣٦	محتويات الكتاب