

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي جعلنا من جنس النعمان
والمؤمنين

أَيْضًا الظَّالِمِينَ

إِلَى الْكَافِرِينَ

شرح وافيف في حق الكتاب، يعرض على القارئ

وإنباء مقاصده في أخباره وتوضيح

موسمنا
بسم الله



a32101 007372103b

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

آية الله المجاهد

الحاج الشيخ محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

الجزء الخامس عشر

ايصال الطالب الى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابداء مقاصده في ايجاز و توضيح .

القسم الخامس من كتاب الخيارات

مشورات الاعلى - طهران

(Arab)

HC 499

Z9 P773

1970z

jur' 15

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 في حكم الشرط الفاسد

الكلام فيه يقع في امور .

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

(القول في حكم الشرط الفاسد) اي الشرط الباطل (والكلام فيه

يقع في امور) .

(الاول) في ان الشرط الفاسد هل يجب الوفاء به كالمشروط الصحيحة ام لا ؟ فنقول : (ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به) لان الوفاء واجب بالنسبة الى الشرط الصحيح (بل هو داخل في الوعيد) لان المشروط عليه وعد ان يفعل كذا - اذا كان شرط فعل لا شرط غاية (فان كان العمل به) اي بذلك 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 لمحدور 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 الذي 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 بدينار ؟ 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 دينارا ؟ او يسوى نصف دينار
 - مثلا - (فيكون البيع غررا) وقد نهى النبي 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 في البطلان محل اشكال .

(وكذا) لا تأمل عند المصنف (لو كان الاشتراط موجبا لمحدور آخر)
 غير الغرر (في اصل البيع ، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا) والمحدور

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

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

ما ذكره بقوله : (لانه موجب للدور) وما 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
وفيه 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 .

(وكا 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 دل 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

وانما الاشكال فيما كان فساده 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 .
وثانيهما : للعلامة والشهيدى والمحقق الثانى وجماعة ممن تبعهم .

النوع الثانى مما يحرم التكسب 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 فساده لا لامر مخل بالعقد) كالمثله 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) وهو فساد العقد بفساد الشرط (عن الشيخ و الاسكافى و ابن البراج و ابن سعيد) .

(و ثانيهما) وهو عدم فساد العقد بفساد الشرط (للعلامة و الشهيدى والمحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم) وهم السيد الطباطبائى و الشيخ الشهيدى وغيرهما ، 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 سنبلًا و البسر تمرًا ، و بين 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 صح 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 سنبلًا و البسر تمرًا
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 فاسده 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 مقدور و رية الشرط
(صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه) فكان الشرط جزءً و اذا كان الجزء
غير مقدور كان الكل غير مقدور ، اذا النتيجة تابعة لآخس المقدمتين .
(و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من) الشرط (الفاسد
عن محل الخلاف) بين الفقهاء ، و كان مما لحق بما ذكرنا اولًا من انه لا ينبغى
التأمل فى كونه مفسدًا (لرجوعه) اى رجوع الشرط غير المقدور (كالشروط

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين .
 لكن صريح العلامة في التذكرة وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور،
 و مثل بالمثالين المذكورين .
 و نسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا .
 و الحق 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 و هو: (وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور، و مثل) التذكرة
 (بالمثالين المذكورين) اي صيرورة الزرع سنيلاو البسر تما .
 (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 - .

(و الحق) ما ذكره العلامة، (فان 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 المتوِّج البحرانى التفصيل بين الفاسد لاجل عدم

مقدور) اى لا من حيث آخر ، كما سيأتى 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 حال 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 مثلا ، فانه
خارج عن محل الكلام فى الشرط المجهول ، وانه هل يوجب الافساد ، ام لا ؟

(و ربما ينسب الى ابن المتوِّج البحرانى) قول رابع ، وهو (التفصيل

بين) الشرط (الفاسد لاجل عدم

تعلق غرض مقصود للعقلاء^٦ به فلا يوجب فساد العقد ، كاكل طعام بعينه او لبس 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^٦ به فلا يوجب فساد الشرط (فساد العقد ، ك) ما اذا شرط (اكل طعام بعينه او لبس ثوب كذ لك) يعينه .

اذ لافرق بين هذا الطعام و ذاك الطعام ، وهذا الثوب و ذاك الثوب فى ان اشتراط احد هما 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 فسد لاجل كونه لغوا ، 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 ظاهر فى لغوية
 اشتراط كيل المسلم فيه بمكيال شخصى معين .
 و ظاهر ذلك كله التسالم على صحة العقد و لو 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 .
 وعدم 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
 المثلن مؤجلا بعد ستة اشهر مثلا (بمكيال شخصى معين) اذ لا خصوصية
 لمكيال زيد مثلا ، لان العقلاء يعتبرون الكيل فقط لا اكثر .
 (و ظاهر ذلك كله) اى الامور الثلاثة التى ذكرناها من قولنا « تقدم »
 و « الخلاف » و « عدم الخلاف » (التسالم) من الفقهاء (على صحة العقد
 و لو مع لغوية الشرط) .
 وهذا 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 ينمى 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 ، فلاجها له 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
عن تراضٍ ، 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 لغوا ، لانه بدون هذا الشرط لا يرضى المشروط له بالعقد
فاللزام بطلان العقد (الا) ان هذا الاستدلال ايضا لا يدل على وجود
قول بان الشرط اللغو مفسد لما نرى ان بعضهم استدلال بهذا الاستدلال
« اى بعدم التراضى مع انتفاء الشرط » ومع ذلك قال : بان الشرط
اللغوا يوجب الفساد ، فيدل كلامه هذا على نفي ما ذكرناه من قولنا
(ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط) .

ف (ان الشهيد ينمى استدلال بهذا

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

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

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

(و كيف كان فالقول بالصحة) و ان الشرط الفاسد ليس مفسداً (فى اصل المسئلة لا يخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم) ذكرهم من الاعلام .
و ذلك (لعموم الادلة) الدالة على الوفاء بالعقود ، والتجارة عن تراض ، وغيرهما (السالم) ذلك العموم (عن معارضة ما يخصه) فلما خص له بالنسبة الى ما كان اشتراط فيه بشرط باطل (عد اوجوه) 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 ، (صار 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 مقابله شئ من الدينار ، وعند ذاك لا يعلم قيمة الكتاب ، و من 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 لاحد هما 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 .
 و لذا 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 (و الشرع لم
 يحكم على هذا العقد) المشتمل على الشرط (الا بامضائه على النحو
 الواقع عليه) فالشرع لم يحكم بان الشرط له قسط من العوض (فلا يقابل
 الشرط بجزء من العوضين) لاشرعاً 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، ان 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 بوجود الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك .

(و ثانيا : منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض) على تقدير تسليم ان بعض العوض بازاء الشرط (ان 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 الحجّ 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 يستردّ 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 بوجود الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك) بان باعه عبداً بشرط ان يعتقه فاذا لم يعتقه كان للمشتري الارش و هو التفاوت بين قيمة العبد المبيوع بيعاً مطلقاً، 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 يستردّ 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 طرء 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 يقدر ، فاذا

اشترى شيئين بدينار ، ثم ظهر احدهما مستحقا للغير بما لم يستعد ان

يقبل بيعه سقط بعض المعوض ، و يسقطه سقط بعض العوض ، فاذا لم

يعلم قدر قيمة الباقي لم يضرب ذلك فى صحة البيع ، و ذلك لان الجهل

طارىء و الجهل الطارىء لا يضرب •

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 (قاذا 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) و هو باطل ، فلا يبقى العقد السابق .

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

(و فيه : منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفائه) اى انتفاء هذا الارتباط (الى معاوضة جديدة عن تراض جديد و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك) .

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

والحاصل ان بعض الارتباطات يراها العرف مقوماً فانتفائه يوجب انتفاء الرضا ، وبعض الارتباطات لا يراها العرف مقوماً و لذا لم يكن انتفائه يوجب انتفاء الرضا و من هذا القبيل انتفاء الشرط .

فحاله (كما اذا تبين نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة فى البيع كالكتابة والصحة) فانه اذا اشترى كيلوا 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 وفاقداً لوصف

و كالشروط 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 كالشروط 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 بقصد 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 اولا ثم بنى العقد عليه (لاحكم له) فلا يجب الوفاء به (صحيحا كان ذلك الشرط غير المذكور) (او فاسدا) مع انه لا رضا 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 رضاهما 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 المقيد ، وارتباط فقده يوجب فقد المقيد ، والاصل 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 المقيد 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 والمقيد)

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

وانه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لاعن تراض، جوزه الشارع تعيدا 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 الفاسد عسرا .

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

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

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

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

(والحاصل) في منع دعوى ان الاصل في الارتباط انتفاء الشئ
بانتفاء ما ارتبط به (انه يكفي للمستدل بالعمومات) اي عمومات صحة
العقد استدلالا لاجل بقاء العقد بعد انتفاء الشرط، فالشرط الفاسد
ليس مفسداً .

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

(وحل ذلك) و انه كيف يمكن ذهاب الارتباط و بقاء العقد (ان
القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية) كما اذا قال : ائتنى بعبد
كاتب (و الشرعية) كالشرط في العقد (منها ما هو ركن المطلوب، ككون
المبيع حيوانا ناطقا لانهقا) و انه يريد العبد لكتابه ، فاذا لم يكن كاتباً
لا يريده ، لانه انما يريد شرائه ليكون محاسباً 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 في هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الاصفر مقام التتن ولا التيمم مقام الغسل .

ومنها : ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحا والتتن جيّدا، والغسل بماء الغرات، فان العرف يحكم في هذه الموارد بكون انتفاء نفس المطلوب

النارجيل (و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لاجل التنظيف) لا بالمضاف وان اوجب بعض التنظيف (فان العرف يحكم في هذه الامثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء 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 .

(و منها) اى من القيود (ما ليس كذلك) 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، و الا فمطلق العبد صالح للشغل، والمولى يريد الشغل حتى اذا لم يكن كاتباً كان يريد العبد الامّى (و التتن) للشطب (جيّدا، والغسل بماء الغرات) فاذا لم يكن جيّدا وكان من سائر المياه ايضا اراده (فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون انتفاء) للشرط (نفس المطلوب) ولكن قد فقد زيادة المطلوبة .

.....
 والظاهر ان الشرط من هذا القبيل ، لامن 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

(و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل) اى من قبيل كمال المطلوب
 لامن قبيل ركن المطلوب .
 وانما استظهرنا ذلك لما رأينا من حكم الشارع فى موارد متعددة بان
 ذهاب الشرط لا يوجب ذهاب المشروط (لامن قبيل الاول) الذى يكون
 القيد فيه مقوما وركنا (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 ، ذ 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 قيّدناه 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 وضيفة هل يستقيم هذا؟ وكيف هنا؟ وما حد ذلك؟ قال لا ينبغى .

والظاهر ان المراد الحرمة 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 من 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 وضيفة) فاذا بعث الطعام و المتاع و خسرت فيهما فالخسارة على البائع (هل يستقيم هذا؟) البيع (و كيف هذا؟) الشرط (وما حد ذلك؟) التعامل الذى يصح والذى لا يصح (قال) عليه السلام (لا ينبغى) بناء على ان: لا ينبغى مربوط باصل العقد لا بالشرط (و الظاهر ان المراد) بلا ينبغى (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، و وجه 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

.....
 ورواية الحسين ابن المنذر، قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام :
 الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة فاشترى المتاع لاجله ، ثم ابيعه اياه
 ثم اشتره منه مكانى ، قال فقال اذا كان هو بالخيار ، ان شاء باع ، و
 ان شاء لم يبيع ، وكننت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت لم
 تشتتر ، 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 - على
 تقدير بطلانه - و الوفاء بالوعد لا يكره .

(ورواية 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 اشتره 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 يبيع ، وكننت انت ايضا بالخيار ان شئت اشتريت ، وان شئت
 لم تشتتر ، فلا بأس) .

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

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 في ترك المعاملة الثانية .

وعدم الاختيار في تركها انما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد

لا يجوز ، وان كان (الاشتراء) بالخيار لك و له جاز (قال : فقلت : ان اهل المسجد) اي حلقات علماء العامة الذين يجلسون في 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 (و اشتريه) بعد اشهر في قبال (اشتريه منه مكاني) الذي قال الامام عليه السلام بصحته (قال) ليس كلام اهل المسجد صحيحا ، ف (انما هذا) تقديم و تأخير (فان كان يصح (اشتريه 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 في 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 في ترك المعاملة الثانية) اي (اشتريه منه مكاني)

(وعدم الاختيار في تركها) اي ترك المعاملة الثانية (انما يتحقق باشتراط فعلها) اي فعل المعاملة الثانية (في

ضمن العقد

الاول ، والافلايلزم 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 (فلايلزم) - 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 لاوجه لفساد الثانى الاعدم 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 ، ولاوجه 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 مكروه .

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 الثانى فى 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 .

(و الجواب اما عن الاولى) اي رواية عبد الملك (فبظهور : لا ينبغي فى 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 الروايتين، فأولاً بان الظاهر من الروايتين بقريته حكاية
 فتوى اهل المسجد على خلاف قول الامام (ع) فى الرواية الاولى هو
 رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء .
 ولا ينحصر وجه فسادة فى فساد البيع

تابعة لاختصاص المقدّمين .

و الحاصل : ان المستدل قال ((لا ينبغى)) يعنى ((حرام)) والمراد
 ((حرمة البيع)) لا ((حرمة الشرط)) لظهور كون السؤال عن البيع فالجواب
 ايضا عن البيع .

ومن المعلوم انه لاحرمة للبيع الا لاجل حرمة الشرط، فهذا الحديث
 يدل على ان الشرط الفاسد مفسد .

وانما قلنا ((لا ينبغى)) يعنى ((حرام)) لانه اذا كان البيع صحيحاً
 لامعنى لكراهة الوفاء بالوعد .

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

(واما عن الروايتين، فأولاً بان الظاهر من الروايتين بقريته 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 فسادة) 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 لاعن رضا منه
 فيفسد ،

على ان الشرط الفاسد مفسد (لاحتمال ان يكون) فساد الشراء (من جهة
 عدم الاختيار فيه) اى هو شراء بدون اختيار و رضا 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 (احد هما فى خارج
 العقد الاول ، كان وقوعه) اى وقوع العقد الثانى (للزومه عليه عرفا) اى
 انه يبيعه بالعقد الثانى ، لزمه انه لازم عليه - حسب الشرط خارج
 العقد - (فيقع) العقد الثانى (لاعن رضا منه) اى من البائع الثانى
 (فيفسد) لانه بدون رضا .

وانما احتملنا ان الشرط كان خارجا عن العقد ، لانه لم يذكروا 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 خارجى .

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 ، ووفائه 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 ، وشرط ارجاعه معناه عدم ارجاعه 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) وانما 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) و ان 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 .

والحاصل انى لم اجد لتخصيص العمومات فى هذه المسئلة ما

يطمئن به النفس .

ويدل 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 ، فاشترتها

يستند اليها) اى الى هذه المسئلة (احد فى مسئلتنا هذه) فلم يستدل

احدا لاجل ان الشرط الفاسد مفسد ، بان شرط البيع من البائع فاسد .

(والحاصل) 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 والظوسى ره

(فى) الخبر) الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام ، انه ذكر) عليه

السلام (ان بريرة) وهى امة مملوكة (كانت عند زوج لها وهى مملوكة ، فاشترتها

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

و

عائشة فاعتقتها فخيرها) اي خير بريرة (رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : ان شئت قعدت) بعد العتق (عند زوجها ، وان شئت فارقته) و ابطلت نكاحها ، فان الامة اذا اعتقت وكانت متزوجة فلها الخيار بين ابقاء النكاح و بين فسخه (و كان مواليها) اي اسياها (الذين باعوها) الى عائشة (اشترطوا على عائشة ان لهم ولائها) فان العبد الذي اعتق اذا مات و له مال و ليس له وارث ورثه الذي اعتقه .
(فقال صلى الله عليه وآله) هذا الشرط على عائشة باطل ، فان (الولاة لمن اعتق) اذ عائشة هي المعتقة فلا يصح ان يرثها من باعها دون من اعتقها .

و الشرط لنقل الارث عن الوارث كالشرط لارث الاجنبي و كلاهما باطل الا في باب المتعة على بعض الاقوال ، حيث يصح اشتراط ارث الزوجة المتمتع بها .

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

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

.....
 حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعلييل فساده، فى هذه
 الرواية، اشارة و فى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة .
 فالانصاف ان الرواية فى غاية الظهور .

و منها : مرسله جميل ، و صحيحة 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 لتعلييل فساده) اى فساد هذا الشرط .

و (فى هذه الرواية ، اشارة) حيث قال عليه السلام : الولا لمن
 اعتقه ، الى ان حكم الله سبحانه ذلك ، فالشرط المخالف له مخالف
 لحكم الله (و فى غيرها صراحة) اذ صرح فى رواية اخرى ان شرط الله
 قبل شرطهم (بكونه مخالفا للكتاب و السنة) .

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

مفسدا .

(و منها : مرسله جميل ، و صحيحة 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 و كانت وارثه له بان اعتقها و تزوجها لا يعطيها الارث ، او ان المراد
 لا يرث الجارية و رثة المولى بان تحرر الجارية عند موت المولى ، و هذا
 المعنى اظهر و انسب للرواية الثانية (قال) عليه السلام

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

يفى بذلك اذا اشترط لهم الا الميراث ، فان الحكم بوجود 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 بوجود الوفاء
بالاولين) عدم البيع وعدم الهبة (دون الثالث) وهو عدم الميراث (مع اشتراط
الجميع فى العقد لا يكون الامع عدم فساد العقد بفساد شرطه) فان شرط عدم
الميراث باطل ومع ذلك فالعقد صحيح ولذا 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 : اولان نحن لا نقول ببطلان هذين الشرطين كما عرفت سابقا
فى معنى تحليل الحرام وتحريم الحلال .

و ثانيا (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)

و يكون 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 ابى عبد الله عليه السلام عن الشرط فى الاماء لا تباع
ولا تورث ولا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث ، فانها تورث و كل شرط
خالف كتاب الله فهو ردّ ، 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 .

(و الثانية) اى صحيحة الحلبي (عن ابى عبد الله عليه السلام عن
الشرط فى الاماء لا تباع ولا تورث ولا توهب قال) عليه السلام (يجوز ذلك)
الشرط (غير) شرط (الميراث ، فانها تورث) اى اذا مات المولى ورثها
اقارب المولى (و كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ) اى مردود ، الذى
آخر (الخبر) حيث دلّ على ان الشرط الفاسد ليس بفسد (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 المخ » (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 باطلاً لم يكن وجه لقوله « الشرط باطل » بل اللازم ان يقول : البيع باطل .

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

ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح) .

حيث دلّ ذلك على بقاء النكاح كماخبار 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 توقف فيها بعضُ تبعاً للمحقق قدس سره .

و خبر الوشاء عن الرضا عليه السلام الدال على انه ان شرط بعض المهرلاب المرأة ان النكاح صحيح والشرط باطل .
ولعل المصنف انما جعل هذه الاخبار مؤيدة لادليلا ، 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 لا شرط (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 اتوقف فيها بعضُ 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 فلا اشكال فى انه لا خيار له،
 اذا الشارع لم يرتب الخيار على الشرط الفاسد، ولا يشمله دليل : لا ضرر
 لانه اقدم على ضرر نفسه، فتأمل .
 اما مع الجهل فلنخيار 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

.....

• ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته .

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

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

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

(ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته) فاذا علم باصل

الخيار او بانه على الفور جاز له الاخذ بالخيار لان دليل : لاضرر 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 : لاضرر (لاتصلح لتأسيس

الحكم الشرعى اذالم يعتضد بعمل جماعة) والاجماع له قدر متيقن ، ولذا

لا يمكن سحبه الى المقام واما ان دليل لاضرر ، يحتاج الى العمل فى

تأسيس الحكم (لان العموم اجمالا) اى علما اجماليا (انه لو عمل

بعمومها) واستت الاحكام فى كل مورد : لاضرر (لزم منه تأسيس فقه

جديد) فانه اذا اجرى الانسان المعاملة جاهلا بالموضوع فكثيرا ما يلزم

منه الضرر ، فاذا كان جهله بالموضوع يوجب جريان : لاضرر ، وتأسيس

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذرا فرب 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) وانـه
 يشملـه دليل : لا ضرر ، فيلزم تدارك ذلك الضرر ، فان الفقه الجديـد على
 هذا يكون اوسع .

وانما قلنا خصوصا لما ذكره بقوله : (قرب ضرر يترتب على المعاملات
 من اجل الجهل باحكامها) اى احكام المعاملات (خصوصا) الجهل بـ
 (الصحة و الفساد) فكثيرا ما يجهل 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 الموجر 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 السابق وان تضـرر

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 او اجمالاً ، نقول بالخروج مع اشكال فى ما علم اجمالاً ، ومانحن فيه
ليس من تلك الموارد ، فانه لا علم تفصيلاً بخروجه ، و العلم الاجمالى منحل
لان كل تلك الموارد التى علمنا اجمالاً بخروجها ، قام الدليل على خروج
بعضها فانحل العلم الاجمالى .

ولذا اتريهيم يتمسكون بلا ضرر ، فى المسائل الجديدة ، مع انه لا عمل
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 بالفاسد
ايضاً ، 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 بفاسد الشرط سواء كان جاهلاً قاصراً او

مع ان مقتضى تلك الادلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر
 فى دفعه ، سواء كان الجاهل متعلقا بالموضوع ، ام بالحكم .
 وان قام الدليل فى 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 فى جهله فاذا توجه الضرر اليه كان ذلك الضرر من الشرع ،
 فنفى الضرر يشمل القاصر ولا يشمل المقصر .

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

(و) كيف كان فان الجاهل التقصيرى ليس مشمولا لادلة : لاضرر ،
 فى غالب المسائل ، (و) ان قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين
 القاصر والمقصر) وان الجاهل 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 مقصراً ، كما فى مورد الجهر والاخفات والقصور والاطمات ، وبعض مسائل
الحج ، لكن التسوية انما هى بدليل خارجى لا بقاعدة : لا ضرر .
(فالاقوى فى المقام) عند المصنف (عدم الخيار) فيما اذا شرط شرطاً
فاسداً جهلاً بالحكم او الموضوع قصوراً او تقصيراً (وان كان يسبق خلافه)
وان للشارط الخيار (فى بادئ الانظار) لكن لا عبرة 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 اولاً ، ولا دليل على انعقاده بعد الاسقاط
فيكون حاله حال ما اذا كان احد العوضين مجهولاً 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 طرء الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع لان متعلق
 الرضا لم يعقد عليه، ومتعلق العقد لم يرض به .
 ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد فى الفساد بعد اسقاط
 الشرط، قال: يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون محلا
 فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمر لم

الشرط فيكون كتراضيهما عليه) اى على العقد المجرد (حال العقد) .
 (وفيه) انه لافائدة 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 طرء الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع) فى
 تصحيح العقد (لان متعلق الرضا) وهو التعويض بدون الشرط (لم
 يعقد عليه، ومتعلق العقد) وهو 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 التردد فى الفساد بعد اسقاط
 الشرط) الفاسد .

فانه ره (قال: يشترط فى العمل المشروط على البائع ان يكون
 محلا) 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) اي بالعقد (خالياعنه) اي عن الشرط (و) الشرط (هو المانع من صحة البيع) فاذا سقط صح البيع (ومن اقتران البيع بالمبطل) فاذا بطل في 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 البيع بدونه) اي بدون الشرط (فان لم يرض بدونه) اي 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 ، او لا 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
 (و يظهر 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 لفظاً، فان كانا يعلمان بان
الشرط المتقدم لاحكم له فلا اثر له، والا توجه بطلان العقد، كما لو
ذكراه فى متنه، لانهما لم يقدم الا على الشرط، و لم يتم لهما فيبطل
العقد، انتهى .

يستلزم الدور، او ما اشبه (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) شرطاً
(لفظاً، فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لاحكم له فلا اثر له) اى ليس
يمبطل (والا) بان علما ان الشرط المتقدم له حكم (اتجه بطلان العقد)
فيكون حاله (كما لو ذكراه فى متنه) .

و حاصل تفصيله ان للمسئلة صوراً .

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 الشرطه و) الحال انه

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

وقع لم يقصد (انتهى) كلام المسالك .

و في باب المراهجة بعد ذكر المحقق في المسئلة المذكورة انه لو كان من قصد هما ذلك ولم يشترطاه لفظا ، كرهه، قال في المسالك اى لم يشترطاه في 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 (في باب المراهجة بعد ذكر المحقق في المسئلة المذكورة انه لو كان من قصد هما ذلك) الشرط (و لم يشترطاه لفظا ، كرهه قال في المسالك اى لم يشترطاه في نفس العقد ، ف) ان العبرة بالشرط اللفظى في متن العقدان وجد الشرط في 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 في متن العقد لكنه (نسي ذكره) اى الشرط (فيه) اى في العقد (مع ذكره قبله ، اتجه الفساد) .

فقوله « 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 لللفظ 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 وكذلك الصحة ولم يوجد
فى الفرض .

ثم قال قدس سره وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما معافى الصحة يقتضى

القصد لللفظ 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 ولم 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 المجرى وحده (فى
البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد) معا (وكذلك الصحة)
تتوقف على اللفظ والقصد معا (ولم 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 (قدس سره وفيه) 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 الساهى و الغالط و المكره ، 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 رده ، وانما يفتقر قصد هما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار ، نظرا الى وثوق البائع بالمشتري انه لا يمتنع من رده 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) اى الى ان تخلف جزء يقتضى البطلان (عبارة الساهى و الغالط و المكره ، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة ، و الا فاللفظ موجود) فعدم القصد فقط اوجب بطلان عقودهم .

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

و مروتہ ، انتهى كلامه .

اقول اذا اوقعا العقد المجرى على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط والا لنتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه .

اى اختيار المشتري (و مروتہ) لانه اذا وعد و فى (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 البطلان فيما اذا بنى المتعاقدان عليه — بان كان حاله كحال الشرط المقارن — فان البناء عليه مبطل و لا مدخلية للعلم و الجهل فيه ، كما ان البيع فاسد ، و لا مدخلية لان يعلم الانسان فسادہ و لا يعلم .

ف (اذا اوقعا العقد المجرى) عن ذكر الشرط (على النحو الذى يوقعانه مقترنا بالشرط) اى بنى على الشرط (و فرض عدم التفاوت بينهما) المجرى و المقترن (فى البناء على الشرط و الا لنتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه) فان فى المقترن تلفظ بالشرط ، و فى المجرى 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 كاقدم من يعتقد الصحة ، كما لافرق 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 و بنى فى العقد عليه
 (بل اقدامه) اى اقدام العالم بالفساد (كاقدم من يعتقد الصحة) فى
 ان كلامهما 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 لافرق 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 لافرق بين العالم بفساد الشرط و بين غير

و بالجملۃ : 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 بالجملۃ) 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 ، فإى فرق بين ان يعلمنا فساد ه ، و بين ان لا يعلمنا فساد ه .

(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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط ، ثم طرء عليه النسيان في 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 في التذكرة - في 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) و البناء عليه (ثم طرء عليه النسيان) اي نسيان ذكر الشرط الفاسد (في محل ذكر الشرط) مثل آخر العقد ، فانه محل ذكر الشرط غالبا (كان) حاله في البطلان - ان قلنا ان الشرط الفاسد مفسد - (كتارك ذكر الشرط عمدا) تعويلا على تواطئهما السابق) في انه اذا قلنا ان الشرط البنائي 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) في المقام (لغوا غير مفسد للعقد) .

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

فى مواضع اخرى - فى باب الشروط - بصحة العقد و لغوية الشرط، وقد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار اذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما و مرجعه 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 اخرى - 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 اول انها 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 اذ ان الشرع

انما امضى الشروط العقلائية (و لم يكن فى تخلفها او تعذرها خيار)

لان ادلة الخيار منصرفة الى الشروط العقلائية ، اولانه لا اجماع فى

الخيار فيما اذا تخلف الشرط غير العقلاى ، وكذ لك لا يشمل له لعل : لا ضرر

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

خرجت عن قابلية تقييد العقد بها، لعدم عدّها كاجزء من احدا العوضين
ويشكل بان لغويتها لاتنافى تقييد العقد بهافي نظر المتعاقدين .
فاللازم 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 كاجزء من احدا 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
لاتنافى تقييد العقد بهافي نظر المتعاقدين) فيشملة دليل : الشرط
الفاسد مفسد .

(فاللازم) حيث كان الشرط اللغو قيديا (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 مبطلا بطل العقد ، والاوجب الوفاء به ،
فتأمل .

الكلام

فى احكام الخيار

الخيار موروث بانواعه ، بلا خلاف بين الاصحاب ، كما فى الرياض ، و
ظاهر الحدائق ، وفى التذكرة ان الخيار عندنا موروث ، لانه من
الحقوق كالشفعة والقصاص 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 (بلاخلاف بين الاصحاب
كما) ادعى عدم الخلاف (فى الرياض ، وظاهر الحدائق ، 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
للآخر 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 دعمرو ثم مات عمرو ، كان لوارث عمرو ان يقتص من زيد
بان يقطع يده ، كما له ان يعفوعن القطع و يأخذ الدية (فى جميع
انواعه) اى جميع انواع الخيار .

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

.....

و به قال الشافعى الافى خيار المجلس .

• و ادعى فى الغنية الاجماع على ارث خيار المجلس و الشرط .

• و استدل عليه مع ذلك بانه حق للميت ، فيورث ، لظاهر القرآن .

• و تبعه بعض من تأخر عنه .

• و زيد عليه الاستدلال بالنبوى : ماترك الميت من حق فلو ارثه .

اذا كان هناك موجب من موجبات فسح النكاح ، كالجنون و نحوه بعد ان

مات من عليه الفسخ ، احتملان .

(و به) اى بان الخيار يورث (قال الشافعى الافى خيار المجلس)

• حيث لم يقل الشافعى بانه موروث .

(و ادعى فى الغنية الاجماع على ارث خيار المجلس و الشرط) لكن

الظاهر ان مراده الشرط المطلق ، لا الشرط الخاص باحد هما و باجنبى

فانه لو قيد خيار الشرط لم يكن وجه لكونه موروثا .

(و استدل) صاحب الغنية (عليه) اى على ان الخيار موروث (مع

ذلك) الاجماع (بانه حق للميت فيورث ، لظاهر القرآن) بقوله سبحانه :

وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، و قوله : يُوصِيكُمُ اللَّهُ

فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، و غيرها .

(و تبعه) فى دعوى الاجماع (بعض من تأخر عنه) اى عن ابن زهرة

(و زيد عليه) فى كلام أولئك المتأخرين (الاستدلال بالنبوى : ما

ترك الميت من حق فلو ارثه) فان الحق و ان كان ربما يطلق على المال و

ربما 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 شرعيا ، كاجازة العقد الفضولى و
 جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة ، فان الحكم الشرعى مما
 لا يورث ، وكذا ما تردّ د 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 اشبهه ، والحكم
 ليس كذلك ، مثلا : وجوب الصلاة حكم و وجوب رد السلام حكم اما السكنى
 فى المدرسة و ما اشبهه 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 تردّ د 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 حـق
 (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 ذاك الخيار له اسقاط خياره اجماعا - كما تقدم - (فيكشف) هـذا
 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 .

و انما نحتاج الى الدليل على انه قابل للانتقال (ليصدق انه مما

ترك الميت بان لا يكون وجود الشخص وحياته مقوما له ، والافمثل حـق
الجلوس فى السوق والمسجد وحق التولية والنظارة غير قابل للانتقال
فلايورث .

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

ترك الميت) فيكون مصداقا لقوله عليه السلام : ماترك الميت من حق فلوارثه
وقوله تعالى : ماترك ، فى آيات الارث (بان لا يكون وجود الشخص
وحياته مقوما له) اى لهذا الحق (والافمثل حق الجلوس فى السوق والمسجد و
حق التولية والنظارة) بان يكون ناظرا على المتولى (غير قابل للانتقال) .
فلايصح ان يقول زيد لعمره : 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 (فلايورث) هذا الحق
لان كل ما لا ينتقل لا يورث .

(و اثبات 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 ، لابنحو الوكالة ، وعليه فثبوت 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 انقطاعه بموت ذى الحق اشكل ، 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 انقطاعه 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 منقوما به - وهو 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 ، وهو 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 نسبا 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 .

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

و ذلك لان اطلاق « ماترکه الميت » يشمل الخيار ، وان لم يشمل
المال لدليل: ان المال للديان .

(و لو كان الوارث ممنوعا) عن الارث (لنقصان فيه) لا 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)

و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعى ، كالزوجة غير ذات الولد او مطلقا بالنسبة الى العقار ، وغير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوة ، ففى حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا

فان الكفر وما اشبهه يقطع الارتباط بين المورث و الوارث من كل انواع الارث ملكا كان او حقا .

(و لو كان حرمانه) اى حرمان الوارث (من المال لتعبد شرعى) لا لنقص فى المال كالدين المستغرق ، ولا لنقص فى الوارث كالوارث الكافر (كالزوجة غير ذات الولد او مطلقا) بان كانت ذات ولد ام لا (بالنسبة الى العقار) اى الارض ، سواء كانت ارضا جرداء او ارضا ذات بناء ، فانه اختلف فى ان الزوجة لاترث مطلقا من الارض و لاترث 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 ، و المصحف ، و الخاتم خاصة بالولد الاكبر ، و سائر الاولاد ليس لهم منها نصيب .

(ف) قد اختلف الفقهاء فى انه هل تحرم الزوجة و سائر 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 و الاولاد ، 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 کذلک وجوه ، بل اقوال .

ثالثها : التفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا الی المیت ، او

عنه .

فیرث فی الاول ، صرح به فخرالدین فی الايضاح وفسر به عبارة

والده کالسید العمید ، وشیخنا الشہید فی الحواشی .

ان شاء فهل ان الزوجة لها حق الخیار فی ان یردّها ام لا ، وهکذا
 بالنسبة الی الحیوة ، و غیر الولد الاکبر .

فاذا کان الاب مشتريا للسيف وجعل لنفسه حق الخیار ، فهل ان

سائر الاولاد لهم حق الارجاع بخیار ابيهم ؟ وکذا اذا کان الاب بائعا

سيفه وجعل لنفسه حق الخیار فهل ان الاولاد لهم حق استرجاع

السيف ؟ (او عدم حرمانه کذلک) مطلقا (وجوه ، بل اقوال) .

(ثالثها : التفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا الی المیت او

منتقلا عنه) .

(فیرث فی الاول) فیما کان منتقلا الی المیت ، بان اشترى الارض و

السيف مثلا .

ولا یرث فی الثانی فیما اذا کان منتقلا عن المیت كما اذا باع الارض

و السيف وجعل الخیار لنفسه (صرح به) ای بهذا التفصیل (فخرالدین

فی الايضاح وفسر به عبارة والده) العلامة (ک) ما فتى بذک (السيد

العمید ، وشیخنا الشہید) الاول (فی الحواشی) .

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 المثلث 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 (و الاشكال 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 « فى 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 المييت فهو لباقي الورثة ولا سلطنة لهـذا
 المحروم .

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

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

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

(وان كان قد انتقل الى المييت فهو لباقي الورثة) لان الارض لغير
 الزوجة و الحبوة للاكبر من الاولاد ، ولاحق لسائر الاولاد فيها (ولا سلطنة
 لهذا) الانسان (المحروم) كالزوجة و سائر الاولاد على الارض و الحبوة .
 (و الخيار حق فيما انتقل عنه) بان يسترده (بعد احراز) و تحقق
 (تسلطه) اي تسلط ذي الخيار (على ما وصل بازائه) اي بازاء ما انتقل

عنه .

و الحاصل مثلا : ان الارض لو كانت انتقلت الى المشتري
 فلا سلطة للزوجة عليها حتى يتسلط على استرجاعها ،
 وان كانت انتقلت الى المييت فلا سلطة للزوجة عليها
 حتى يتسلط على استرجاع الثمن الذي هو بازاء

الارض .

و لكن 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 : المثلن والثلن ، بان يسترجع احد هما ويرد الآخر ، واذ اكانت 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 ، وكذ لك الحبوة
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 « و ملك 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

بائعاً 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

وهذه العلاقة لا تنتقل من الميت الا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك ، فاذا فرض ان الميت باع ارضا بثمن ، فالعلاقة المذكورة انما هى لسائر الورثة دون الزوجة ، لانها - بالخيار - لاترد شيئا من الارض الى نفسها ولا الى آخره ، 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 .

(وهذه 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 بثمن ، 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 (آخره ، هى من قبله لتكون) الزوجة (كالاجنبى المجمعول له) الخيار .

هذا كله 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 .
 و حاصله ان الميِّت انما كان له الخيار والعلاقة فيما انتقل عنه من حيث
 تسلطه على رد مافى 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 .

(و حاصله) 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 مافى يده) اى

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

الارض (لتملك ما انتقل عنه بازائه) اي بازاء ما في يده ، فالميّت مسّط على ردّ الارض لتملك الثمن الذي انتقل عنه (فلا تنتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذلك من ورثته) الذي يكون له تسلّط في ردّ الارض لتملك ما انتقل عنه بازاء الارض .

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

فقوله (كما) مثال « لا انتقال العلاقة » ، لا لقوله « فلا تنتقل هذه العلاقة » اي مثال للمنفى لا للنفي (و ليست الزوجة كذلك) اي ليست كمن هو كذلك 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) اي خيار المجلس (مسوقة لبيان تسلّط ذي الخيار على صاحبه) اي طرف البيع (من جهة تسلطه) اي تسلّط ذي الخيار (على تملك ما في

يده ، فلا يثبت بهاتسلط الوكيل على ما وصل اليه لموكله ، وما نحن فيه
كذلك .

و يمكن دفعه بان ملك بائع الارض للثمن لما كان متزلزلا 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 ما فى يد نفسه ، فلا يفسخ، فمن
يملك ما فى يده يملك ما فى يد غيره (فلا يثبت بها) اى بادلته خيار
المجلس (تسلط الوكيل على ما وصل اليه لموكله) فان الوكيل ليس مسلطا
على ما وصل الى الموكل ، فليس مسلطا على ما فى يد الطرف الآخر ، فلا
خيار له (وما نحن فيه) من الارض التى اشتراها الميِّت (كذلك) فلاحق
للزوجة فى فسخها ، اذ لا تسلط لها على الارض فلا تسلط لها على الثمن
الذى بيد البائع .

(و يمكن دفعه) اى دفع ما ذكرنا من الاشكال بقولنا « نعم لو كان

الميِّت 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 متزلزلا) فان خيار المشتري الميِّت جعل ملكية الطرف للثمن متزلزلا
(وفى معرض الانتقال الى جميع الورثة) اذا اخذ بالخيار (اقتضى بقاء
هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار) .

وانما يبقى لدليل « ماترکه الميِّت فلو ارثه » (ثبوت حق للزوجة)

وان لم يكن لها تسلط على نفس الارض .
 والفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل ان الخيار هناك و
 تنزل ملك الطرف الآخر، وكونه في معرض الانتقال الى موكل الوكيل كان
 متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده ، و تنزل ملك الطرف الآخر هنا
 وكونه في معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال ، ولو لم نقل
 بثبوت الخيار للزوجة ، فان باقى

((ثبوت)) مفعول ((اقتضى)) (وان لم يكن لها تسلط على نفس الارض)
 فلا تلازم بين عدم حقها ، وعدم التسلط على الارض .
 (والفرق بين ما نحن فيه) من حق الزوجة في الفسخ وان لم تتسلط
 على الارض (و بين ما تقدم في الوكيل) من انه لاحق له في الفسخ ، حيث
 لا تسلط له على ما انتقل الى الموكل ، ان الوكيل اذا فسخ لا يرتبط به ما
 ينتقل الى الموكل ، والزوجة اذا فسخت ارتبط بها ما ينتقل الى سائر الورثة
 و هو بعض الثمن ، فانها ترث من الثمن بعد الفسخ .
 ف (ان الخيار هناك) في باب الوكيل (و تنزل ملك الطرف الآخر
 كونه في معرض الانتقال الى موكل الوكيل) .

وقوله ((و تنزل)) و ((كونه)) عطف بيان لقوله ((ان الخيار)) (كان
 متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده) بخلافه في مسألة الزوجة (و ذلك
 لان (تنزل ملك الطرف الآخر هنا) في باب الزوجة (و كونه في 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

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

المورثة لو رددوا الارض واستردوا الثمن شاركهم الزوجة فيه) اى فى
الثمن بلا اشكال .

و عليه : (فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت فلها استيفائه) اى
استيفاء هذا الحق (بالفسخ) فلاتقاس مسألة الزوجة بمسألة الوكيل .
(ثم ان ما ذكره) فى مقام دفع الايراد عن ثبوت الخيار للزوجة فى صورة
كون الارض التى تحرم منها الزوجة منتقلة الى الميِّت المترتب عليه ثبوت
الخيار لها فى تلك الصورة (وارد) اى جار فى صورة انتقال الارض عن
الميِّت ، فيأتى الكلام المذكور ايضا (على فسخ باقى المورثة للارض المبيعة)
التى باعها الميِّت (بثمن معين تشارك 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 و ان لم نقل بثبوت الخيار للزوجة ، فانه لباقى المورثة فسخ المعاملة
واسترجاع الارض و رد الثمن الذى تشارك فيه الزوجة على تقدير عدم
لفسخ .

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

تسلّطهم على الفسخ ، الا فى مقدار حصّتهم من الثمن ، فيلزم تبغيض 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 اى 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 (الا فى مقدار حصّتهم من الثمن) فلمهم ان يفسخوا بمقدار حصّتهم ، وان يستردّوا بعض الارض (فيلزم تبغيض الصفقة) على المشتري للارض .

و نتيجته عدم تنزل 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، و ايك عبارتا القواعد والايضاح لتستبين المسئلة اكثر فاكثر .

(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 لترث من الثمن ، انتهى .

وقال فى الايضاح : ينشأ الاشكال من عدم ارثها منها ، فلا يتعلق

بها فلا ترث من خيارها .

و من ان الخيار لا يتوقف على الملك ، كالاجنبى .

ثم فرّع المصنف انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها

من الخيار ، لان لها حقا فى الثمن .

لا ترث (ان اشترى) الزوج الميِّت الارض (بخيار) له فى ان يفسخ و يرد

الارض فليس لها ان تفسخ (لترث 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 ترث من خيارها) وهذا وجه عدم

الخيار .

(و من ان الخيار لا يتوقف على الملك) اذ من الممكن ان تكون الزوجة

لا تملك الارض و لكن تملك الخيار (كالاجنبى) الذى جعل له الخيار فانه

لا يملك المبيع ، ولكن له الخيار .

(ثم) قال فى الايضاح (فرّع 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 علّل بارثها دار، والأصح اختيار المصنف لان الشراء يستلزم منعها من شئ نزله الشارع منزلة جزء من التركة ، وهو الثمن ، فقد تعلق الخيار بما ترث منه .

الارض و استرجعت المال - الثمن - كان لها حصة منه ، اذ هي ترث من الثمن و لاترث من الارض .

(و يحتمل عدمه) اى ليس لها الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميّت (لانها لاترث من الثمن الا بعد الفسخ ، فلو علّل بارثها) اى حقها فى الخيار بان لها حقا فى الثمن ، ل (دار) لان ارثها من الثمن متوقف على حقها فى الفسخ ، لانه لولا حقا فى الفسخ لاترث من الثمن و حقا 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 الميّت فيرث ، وبين ما انتقل عن الميّت 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 نزله الشارع منزلة جزء من التركة ، وهو) اى ذلك الشئ (الثمن ، فقد تعلق الخيار بما ترث) المرثة (منه) و هو الثمن ، فان الثمن مع قطع النظر من الشراء كان جزء من التركة موروثا للزوجة ، والشراء منع من ذلك .

فلوقلنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث ، 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
 الميِّت قد اشترى ارضا بخيار ، فارادت الفسخ لترث من الثمن ، واما اذا
 باع ارضا بخيار ، فالاشكال حينئذ بحاله ، لانها اذا فسخت في هذه الصورة

موروث شأنها ذلك يوجب عدم الدور (انتهى) عبارة الايضاح في شرح كلام
 القواعد .

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

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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....

لم ترث شيئاً .

و حمل 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 سيقف 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 سيقف 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 لا وجه 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 لىس
 بنقل (استقام ذلك) الذى ذكره الشارحان ، من : ان المرءة ترث الخيار
 اذ: المال المنتقل الى المشتري بعد فى 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 التي 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 (لانها) 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 التي 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 التي اشتراها الميت (مستبعد جدأ، وابطال
حق قد ثبت لغيرها) وهو حق الورثة فى الارض التي اشتراها
الميت (يحتاج الى دليل) وهو مفقود .
(نعم قوله) اى قول العلامة فى عبارة القواعد السابقة (لترث من

.....
الثن - 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 .

الثن - 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 ما حملا) 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 و بين
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 كيفية 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 الباقيون .

(مسالة : فى كيفية 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 يرتقالة الى عدة اجزاء ، والثانى يوجب تقسيم اعداد صحيحة كل عد دعليحدة ، 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 مستقلا كمورثه) فحاله حال ما اذا شرط ان يكون له الخيار مادام حياً ، فاذا مات كان لكل وارث من وراثه خيارا مستقلا ، بحيث ان له الفسخ و الامضاء فاذا فسخ لم يكن حق للباقيين فى الامضاء ، وان امضى لم يكن حـق للباقيين فى الفسخ (بحيث يكون له الفسخ فى الكل ، وان اجاز الباقيون) بعد فسخه ، او ان معنى ذلك ان لكل واحد الفسخ و ان امضى الباقيون قبل ذلك ، فالفسخ مقدم على الاجازة ، سواء تقدم عليها و تأخر ، او تقارن

.....

نظير حدّ القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين .

وكذلك 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) .

(وكذلك حق الشفعة) فانه اذا كان شريكاً فى دار مثلاً ، فباع احدهما حصته لاجنبى ، كان للشريك الآخر ان يعطى الثمن للاجنبى و يأخذ حصة 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 الميت من حق فلو ارثه (وغيره) من الادلة الدالة على ارث اولى الارحام (ثبوت الحق لكل وارث) .

اذ الامر دائر بين عدم الخيار و خيار 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 .

الثانى : استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه فله الفسخ فيه ، دون باقى الحصص .

ان يكون لكل واحد خيار .

والاول : خلاف الدليل .

والثانى : 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 الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك) اى مثل اطلاق ان المال للوارث (على ارادة الاشتراك) وان لكل وارث حصة من المال (لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد ، بخلاف محل البحث) الذى هو الحق ، فانه لا دليل على عدم تعدد من له الحق لحق واحد .

(الثانى) من الاقوال فى كيفية استحقاق الورثة للخيار (استحقاق

كل واحد) منهم خيارا مستقلا فى نصيبه) من المال (فله الفسخ) والاضاف

(فيه دون باقى الحصص) فاذا كان الوارث ثلاثة ، كان لكل واحد منهم

الخيار فى ثلث المال .

.....
 غاية الامر مع اختلاف الورثة فى الفسخ و الامضاء تبعض الصفقة

على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار .

ووجه ذلك ان الخيار لما لم يكن قابلا للتجزئة، و كان مقتضى ادلة

الارث — كما سيجئ — اشترك 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

وامضى آخرون (تبعض الصفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار)

فان شاء فسخ المعاملة كلاوا استرجع ماله ، وان شاء رضى بالقدر المضى

من قبل الورثة بالنسبة الى الثمن .

(ووجه ذلك) اى وجه هذا القول الثانى (ان الخيار لما لم يكن

قابلا للتجزئة) اى ان يكون له اجزاء كاجزاء الميرثالة 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 — اشترك الورثة فيما ترك مورثهم تعيين تبعضه) اى تبعض الخيار

(بحسب متعلقه) اى المال الذى تعلق به الخيار — ثمنا كان او ثمنا —

(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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فيشركون فيه من دون ارتكاب تعدده 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 ، و الا كانت المعاملة باقية (من دون ارتكاب تعدده) اي الخيار (بالنسبة الى جميع المال) كما اشار اليه القول الاول (ولا بالنسبة الى حصة كل منهم) كما اشار اليه القول الثانى 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 او 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 .

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع و هو ان يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه ، لامن حيث كونه مجموعا ، فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ مالم 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) لعلة 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 ، لامن حيث كونه مجموعا) فالخيار للطبيعة لا للافراد (فيجوز لكل منهم) اى من الورثة (الاستقلال بالفسخ مالم يجز) الوارث (الآخر) .

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

اذ الطبيعة التى هى لها الاجازة و الفسخ 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 بهما هية الوارث واحد اكان او متعدد اء ، كان امضاه الواحد كفسخه ماضيا ، فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر ، لان الاول قد استوفاه و لو اتحد ا زمانا كان ذلك كالا مضاه 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 بهما هية الوارث) من حيث هى مهية (واحداً كان ، او متعدد اء ، كان امضاه الواحد كفسخه) اى مثل فسوخ الواحد (ماضيا) نافذا (فلا عبرة بما يقع) من فسوخ او امضاه (متأخرا عن الوارث (الآخر ، لان) الوارث (الاول) الذى فيسوخ او امضى (قد استوفاه) اى استوفى الحق ، فلامجال بعده لو ارث آخر .

(و لو اتحدا) الممضى و الفاسخ (زمانا) بان فسوخ احدهما و امضى الآخر (كان ذلك كالا مضاه و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد) حيث يتساقطان .

مثل ما اذا باع كتابا بدينار وجعل لنفسه الخيار ثم وهبهما معا لزيد ، فان تصرفه فى الكتاب معناه الفسخ ، و تصرفه فى الدينار معناه الامضاه و كذلك اذا باع عبداً بمقابل جارية ثم اعتقهما معا .
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 تجارية .

(ثم) اذا عرفت مستند الوجوه الاربعه 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 لعمرو بدينار ، وجعلا
 لانفسهما الخيار فماتا وورثهما معا بكره ، 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 لعمرو 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 - مثلا - (لان المراد بالوارث فى النبوى) ما تركه الميت من حق فلو ارثه
(و) فى (غيره) مما ذكر فيه لفظ الوارث او شبه هذا اللفظ ، و لو 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، و مقتضى هذا هو الاجمال الذى ذكره المصنف بقوله (و قيام
 الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الاربعة المتقدمة)) (او الاستغراق
 القابل للحمل على المجموعى) اى جميع افراد الوارث المنضم بعضهم الى
 بعض ، و مقتضى هذا هو الوجه الثالث ايضا (و) الحمل على (الافرادى)
 اى كل فرد فرد بدون ملاحظة الانضمام ، و مقتضى 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 و الجمعية او لم يلاحظ فيه ذلك .

و اذا لم يلاحظ فاما ان يراد منه جنس الفرد الصادق على الواحد

و الكثير ، او يراد منه الاستغراق ، و تمام الافراد .

و اذا 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 مستقلا فى الكل .
اما الاولى فلان المفروض ان ما كان للميت وتركه للوارث حق واحد
شخصي، وقيامه بالاشخاص المتعددين اوضح استحالة، واظهر بطلانا

(والاظهر) من الجمع (هو الثانى) اى ما اريد منه جنس الفرد
الصادق على الواحد والكثير (كفاى نظائره) و لذا 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
مستقلا فى الكل) وهذا دليل ثان لفساد الوجه الاول ايضا .
والحاصل : ان فساد 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 ما كان للميت و) قد (تركه) بعده
(للوارث حق واحد شخصي) فان الخيار حق واحد شخصي (وقيامه
بالاشخاص المتعددين) 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
 قياما مستقلا بهذا و قياما 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 (« و اُولُو
 الْاَرْحَامِ بَعْضُهُمْ اَوْلٰى بِبَعْضٍ ») (فى معنيين) و ذلك خلاف الظاهر ، بل
 قال بعض الاعلام باستحالة (هذا ، مع ان مقتضى ثبوت : ما كان للميت

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 باد احد الورثة فامضى ، لم يكن لغيره الفسخ ، واذا اباد 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 مما لم يدل عليه ادلة الارث .

اما ما كان منها كالنبي غير متعرض للقسمة فواضح ، واما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها في 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 في

متعلقه كما تقدم مما لم يدل عليه ادلة الارث) فلا دليل على ان الخيار يكون اجزاء جزئ لهذا الوارث وجزء لذاك الوارث وهكذا .

(اما ما كان منها كالنبي 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 (و اما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الارث بين الورثة) مثل : **يُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ اَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْاُنثٰى** ، ومثل : **فَلَمَنْ رُبِعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ** ، وما اشبه ذلك (فغاية ما يستفاد منها في المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا) اي ان حق الخيار المتروك من قبل الميت لا يقبل التجزئة بان يكون لكل وارث جزء خيار اذا الخيار اما موجود واما مفقود ولا معنى لوجود جزء الخيار (ثبوت القسمة) (ثبوت) خبر (غلبة ما يستفاد) ثبوت الشيء (فيما يحصل) اي المال (باعمال هذا الحق) اي الخيار (او اسقاطه) اي اسقاط هذا الحق (فيقسم بينهم) اي بين الورثة (العين المستردة) استرداد (او) بالفسخ ، (او) يقسم بينهم (ثمنها) اي ثمن العين (الباقي في

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث .
 و اما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته فلايستفاد من تلك
 الادلة ، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصي للمجموع
 فان اتفق المجموع على الفسخ الفسخ في المجموع ، والافلاذ ليل على
 الانفاسخ في شئ منه .
 و من ذلك يظهر ان المعنى الثانى للوجه الثالث و هو قيام الخيار

ملكهم بعد الاجازة) اى اسقاط حق الخيار تقسيما (على طريق الارث)
 لِذَلِكَ مِثْلُ حُظِّ 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 (فلايستفاد
 من تلك الادلة) اى ادلة الارث .

وعلى هذا (فالمتيقن من مفادها) اى مفاد ادلة الارث (هو ثبوت
 الخيار الواحد الشخصى للمجموع) لا الواحد النوعى ، بان يكون لكل واحد
 خيار (فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ) العقد (فى المجموع) اى
 مجموع المال (والا) يتفق المجموع على الفسخ ، بل اراد بعضهم الفسخ
 (فلاذليل على الانفاسخ فى شئ منه) لافى المجموع ولا فى حصة هذا
 الفاسخ .

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

.....
 بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع ايضا لادليل عليه ، فلايؤثر 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 (فلايؤثر 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

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

نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع ، كما في حد القذف ، فان
 النص قد دل على انه لا يسقط بعفو احد الشريكين .

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

الآخر

بالمجموع ، لا بكل فرد فرد بان يكون لكل فرد حق في الجميع ، ولا بكل
 فرد فرد بان يكون لكل فرد حق في حصة نفسه ، ولا بالطبيعة بحيث يمكن
 لاي واحد القيام به (جارفي كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج) اي
 لم يعلم بدليل خارجي (كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة) اي
 لكل واحد حق مستقل في الكل ، او في حصته ، او يكون الحق للطبيعة .
 فاذا لم يدل دليل خارجي 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 في حد القذف ، فان النص قد دل على انه لا يسقط بعفو
 احد الشريكين) فيدل الدليل على ان الحق على نحو الوجه الاول اي ان
 لكل واحد من المقدوفين ان يأخذ بحقه وان عفى عنه المقدوف الآخر .
 (وكذا حق القصاص) فيما اذا قتل جان اباهما فعفى احد
 الولدين (فانه لا يسقط بعفو احد الشريكين ، لكن مع دفع الآخر) الذي

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 احدا 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) .
 وانما يدفع المقدار (جمعابين الحقيين) مثلاً قتل زيد والدعمرو وبكر
 فعفى عمرو عن زيد ، فان لبكر ان يقتص من زيد ، لكنه يجب ان يدفع الى
 ولّى زيد نصف الدية ، فان للقاص نصف الحق لاكل الحق ، وهكذا اذا كانت
 الورثة ثلاثة وعفى اثنان ، فان للثالث القاص ان يدفع الى ولى القاتل
 ثلثى الدية ، ولو عفى واحد من الثلاثة و اخذ بالحق اثنان كان عليهما ان
 يدفعوا الى ولى القاتل ثلث الدية ، فيدفع كل واحد سدس الدية ، و
 ذلك جمعابين حق ولى 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 احتمل الخلاف (فى الدروس ، من ان احدا الورثة اذا
 عفى عن الشفعة كان للآخر الاخذ بكل المبيع) مع انه ليس له البعض
 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 السر في عدم سقوط حدى
القذف و القصاص بعفو البعض ، لان الحكمة فيهما التشفى 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 الا بدليل
خارجي .

(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 السر في عدم سقوط حدى القذف و
القصاص بعفو البعض) بل للبقية الاخذ بالحق (لان الحكمة فيهما
التشفى) من المقدوف 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 و
 الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم .
 قال فى القواعد : و هل للورثة التفريق فيه نظر ، اقربه المنع ، وان
 جوزناه مع تعدد المشتري .
 وزاد فى الايضاح - بعد توجيه المنع بانه لم يكن لمورثهم الا خيار

(ثم ان ما اخترناه من الوجه الاول) اى اولى وجهى المعنى الثالث
 و هو 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) وولده فى
 الايضاح والشهيد فى الدروس والشهيد الثانى فى المسالك و حكى (
 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 جوزناه
 مع تعدد 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 الا خيار

واحد - انه لا وجه لاحتمال التفريق .

وقال فى الدروس فى باب خيار العيب: لوجوزنا لاحد المشتريين الرد لم نجوزه 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 .

اذ 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 فى الشرع ما يدل عليه . والحاصل : ان التفريق اما بجعل اولى شرعى ، واما بجعل اولى للمتعاقدين ، واما لاجل تعدد الورثة ، فالتفريق لامر طارى و كل ذلك غير تام .

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

.....
 و فى المسالك - بعد المنع عن تفرق المشترين فى الخيار - هذا
 كله فيما لو تعدد المشتري اما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري
 ابتداءً ، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد ، فانه ليس لهم التفرق
 لاتحاد الصفقة والتعدد طار مع احتمالها ، انتهى .
 و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة
 قال : لو فسخ بعضهم و اجاز الآخر ، فالاقوى انه يفسخ فى الكل
 كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و اجاز فى البعض ، انتهى .

(و فى المسالك - بعد المنع عن تفرق المشترين فى الخيار -)
 و انه و ان 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) و كذا فيما لو تعدد اوليائه كما اذا جنّ مثلاً فانه ليس
 لهم التفرق لاتحاد الصفقة (فى حال المعاملة) و التعدد طار (فلا دليل
 على ان طرّ التعدد يوجب تعدد الخيار) (مع احتمالها) اى هناك احتمال
 ان يتعدد الخيار بطرّ التعدد ، كما فى الوارث (انتهى) كلام المسالك
 (و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الاول من الوجوه المتقدمة)
 و هو ان يكون لكل واحد منهم خيار مستقل (قال : لو فسخ بعضهم و
 اجاز الآخر ، فالاقوى انه يفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حياته فى
 البعض و اجاز فى البعض ، انتهى) فان قوله « انه يفسخ فى الكل »
 ظاهر فى ان كل واحد له الخيار ، والا فلو 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 .
 وكيف كان فقد ذكر - فى خيار العيب - انه لو اشترى عبداً ، فمات ، و

• للانفساخ

وقوله « كالمورث » فانه اذا فسخ المورث الذى له خيار واحد فى بعض الصفقة ففيه احتمالان .

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 متعلقاً بكل جزء ، كالامر المتعلق بالمركب الذى يكون كل جزء منه مأموراً 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 اشبهه (نظير فسخ المورث فى البعض) اذا قلنا بصحة فسخه ، فقد تقدم ان هناك احتمالين .

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

لو اشترى عبداً فمات) المشتري (و

خلف وارثين ، فوجدا به عيبا لم يكن لاحد همارد 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 و خيار

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

و نقل 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) فارج ردّ البعض يوجب تبعض الصفقة ، اما اخذ الارش للبعض فلا
يوجب تبعض الصفقة .

و لذا كان للمورث ان يأخذ بعض الارش و لم يحق له ان يرد بعض
المبيع .

(والظاهر) من لسان الادلّة (ان) حكم (خيار العيب و خيار

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
ياخذ 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 احدهم ، 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 احدهم انفسخ فى الكل .
 و ما ابعدين هذه الدعوى ، و بين ما فى الرياض، من قوله : و لو
 اختلفوا - يعنى الورثة - قيل قدم الفسخ

ان يفسخ احد الورثة فى الكل و يخير الآخر (فان فسخ احدهم) 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 بدينا رومات زيد ، وكان له ابنان فاجاز احدهما
 المعاملة و فسخها الآخر انفسخت المعاملة .

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

(و ما ابعدين هذه الدعوى) من صاحب الحدائق (و بين ما فى
 الرياض ، من قوله : ولو اختلفوا - يعنى الورثة -) ففسخ احدهم 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

و فيه نظر .

لكن الاظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا، و ان المراد بعدم جـواز 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 و معناه عدم نفوذ التخالف .

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

على تقديم الفاسخ (و فيه 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 يفسخ 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 ب « وجوب توافقهما » الوجوب الشرعى التكليفى ، فانه لا وجوب شرعافى المقام (و معناه 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 المزوجة غير ذات الولد : اقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن قديدل على ان فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لترث منه .

احدهما مع فسخ صاحبه) .

اذ الاجازة معناها بقاء العقد على ما هو عليه ، وهذا نافذ اى كائن فان العقد باق مالم 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 ، لان 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 الارض (بخيار لترث من الثمن) فهذه العبارة من العلامة (قديدل على) كلام الحدائق ، و (ان فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لترث 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 لغى
 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 لغى 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 الامنضا ، 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 الميِّت دفعوه الى المشتري ، و ان لم يكن موجوداً اخرج من مال الميِّت ، ولا يمنعون من ذلك و ان كان على الميِّت دين مستغرق للتركة ، لان

يصحّ فسخ الآخر لان التوافق كان شرطاً في الفسخ ، و لم يحصل و الله سبحانه العالم .

(فرع : اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم فان كان عين الثمن) الذي اخذه من المشتري (موجوداً في ملك الميِّت 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 و ان كان مثلياً ، كما لا يحق للمشتري ان يبدل المثل بغيره و ان كان مثلياً ، فحال الورثة حال مورثهم في وجوب ارجاع نفس الثمن (و ان 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 الميِّت ، ولا يمنعون من ذلك) اي من اخراج الثمن من مال الميِّت (و ان كان على الميِّت دين مستغرق للتركة) (ان) وصلياً كما اذا باع الميِّت داره بالف ، وكان له الآن الف دينار ، وكان عليه دين الف دينار ، فان الورثة يسترجعون الدار و يعطون الالف الموجود لمشتري الدار ، و تكون الدار للديان .
 و انما كان لهم الفسخ و ان كان على الميِّت دين مستغرق (لان

المحجور له الفسخ بخياره .

وفى اشتراط ذلك بمصلحة الديان وعدمه ، وجهان .

ولو كان مصلحتهم فى الفسخ

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

(وفى اشتراط ذلك) اى الفسخ من الورثة (بمصلحة الديان) كما اذا كانت الدار تسوى الفاواكثر 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 وان كان فى ذلك ضرر الديان ، كما اذا كان فى الفسخ ضرر المشتري .

مثلا : تسوى الدار حال الفسخ بالفين ، فان فسحهم يوجب ضرر

الفعلى المشتري .

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

(ولو كان مصلحتهم) اى مصلحة الديان (فى الفسخ) كما اذا باع

الميت داره بالف ، والآن 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 المجعل له الخيار او

فعلية (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 ، و البنت 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 المجعل له الخيار)
 فكما انه اذا جعل الخيار للاجنبى ، له ان يفسخ و ليس عليه ان يعطى
 الثمن فيما اذا لم يكن للميت او الحى البائع مال ، فكذلك الورثة ليس لهم
 اعطاء مال من كيسهم (او

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

الوكيل المستتاب فى الفسخ والامضاء) فانه اذا كان الخيار لنفس البائع
 و افلس من كل مال فانه يصح له ان يوكل انسانا فى ان يمضى البيع عنه
 او يفسخ ، فاذا فسخ الوكيل لم يكن على الوكيل شئ ، وان لم يكن للموكل
 شئ ببده عوض الثمن (و الاحق (انحلال العقد المستلزم) ذك
 الانحلال (لدخول المبيع) كالدائر ، فى المثال (فى ملك الميِّت يوفى عنه)
 اى عن المبيع و « يوفى » بصيغة المجهول (ديونه ، وخروج) عطف على
 « انحلال » (الثمن من ملكه) اى ملك الميِّت (فى) الثمن (المعين) الموجود
 (و اشتغال) عطف على « خروج » (ذمته) اى الميِّت (ببده) اى ببده
 الثمن (فى الثمن الكلى) فيما اذ صرف الميِّت الثمن الشخصى وكان له مال
 او لم يكن له مال ، فانه يصبح الثمن حينئذ كليا فى 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 ، كما لا علاقة بين مال الاجنبى المجمعول له الخيار ، و
 بين المبيع (الاعلى وجه كونه) اى كون مال الورثة (وفاء لدين الميِّت)
 اى ليس عوضا بان اذا شاءوا وفوا دين الميِّت من مالهم بدون اجبار .

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

(و حينئذ) اي حين لم يكن مال الورثة عوضا بل اذا اشأوا كان وفاء (فلا اختصاص له) اي للوفاء (بالورثة) فان الوفاء امر تبرئى (على حسب سهامهم) كما تقدم احتمالا له (بل يجوز للغير) الاجنبى عن الميت (اداء ذلك الدين) الذى على الميت (بل) لو لم يكن للميت غرماً كلان للمشتري ان يتقاضى حقه من نفس الدار ، سواء كانت اكثر من حقه ، او اقل ، او مساوية لحقه ، و (لو كان للميت غرماً) آخرون (ضرب المشتري مع الغرماً) فى نفس هذه الدار بالحصص (وهذا) اي حق المشتري فى الدار سواء كان معه غرماً آخرون ، ام لا (غير اشتغال ذم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع) اذ لم تشتغل ذمة الورثة بشئ .

و انما 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 قائلون مقام الميت فى الفسخ برد الثمن ، او بد له) « برد » متعلق ب « الفسخ » اي انهم كالميت فى انه لاحق له فى الفسخ الا بان يرد الثمن اذا كان الثمن موجودا ، و رد بد له مثلا او قيمة اذا كان الثمن تالفا (و تملك المبيع) (و تملك

« عطف على » الفسخ) .

فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميِّت اشتغلت ذممهم بئمنه من حيث انهم كنفس الميِّت كما ان معنى ارثهم لحق الشفعة استحقاتهم لتملك الحصة بئمن من مالهم ، لا من مال الميِّت ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وان لم يوافقه الباقي وفسخ ففى انتقال المبيع الى الكل او الى الفاسخ ، وجهان .

فكما ان الميِّت لا يحق له الفسخ بدون رد الثمن اذ معنى الفسخ اعطاء ما عنده واخذ ما عند طرفه ، كذلك الورثة لان خيار الميِّت ، فلا يتمكنون من الفسخ بدون رد الثمن (فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميِّت) فاللازم ان نقول ايضا : (اشتغلت ذممهم بئمنه من حيث انهم كنفس الميِّت) .

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 الميِّت بالذات (كما ان معنى ارثهم) اى الورثة (لحق الشفعة استحقاتهم لتملك الحصة بئمن من مالهم ، لا من مال الميِّت) لان المال يدخل فى كيسهم ، فاللازم ان يدفعوا بدله ، والميِّت لاعلاقة له بالشفعة الا بانه ورثها .

(ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة وان لم يوافقه الباقي وفسخ) فى 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

• وما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت

والاظهر في الفرعين هو كون ولاية الوارث لا كولاية الولي او الوكيل

في كونها لاستيفاء حق للغير بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه ،

فهو كنفس الميت ، لانائب عنه في الفسخ •

(مما ذكرنا من مقتضى الفسخ) بان الفسخ يوجب اعطاء الفاسخ للبدل

فاذا خرج الثمن كله من كيس الفاسخ دخل المثلن كله في كيس الفاسخ

ولا علاقة لسائر الورثة بذلك •

(و) من (ما ذكرنا اخيراً من مقتضى النيابة) عن الميت (و القيام مقام

الميت) فيكون فسخه كفسخ الميت ، وكما انه اذا فسخ الميت كان المال

للميت فيرثه كل ورثته ، كذلك اذا فسخ احدهم رجع المال ، وكأنه للميت

فيرثه كل الورثة •

(و الاظهر في الفرعين) فرع ذكره بقوله « و لو لم يكن للميت مال » و

فرع ذكره بقوله « ثم لو قلنا بجواز الفسخ » (هو كون ولاية الوارث) على

الفسخ (لا كولاية الولي او الوكيل في كونها لاستيفاء حق للغير) ليس

هكذا (بل هي ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه) فالوارث يعمل حق نفسه

بينما الولي و الوكيل يعمل حق غيره (فهو) اي الوارث (كنفس الميت)

فكما ان للميت ولاية لنفسه ، كذلك للوارث ولاية لنفسه (لانائب عنه

في الفسخ) فاذا ابطالوا العقد دفعوا المثلن من كيسهم و دخلت المدار

المستردة الى كيسهم •

.....
 ومن 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 .
 والمسئلة تحتاج الى تنقيح زائد .

وكذلك اذا فسخ احدهم دخل كل الدار في كيسه و خرج كل الثمن
 من كيسه .
 (ومن هنا جرت السيرة) بين المتشرعة (بان ورثة البائع يبيع
 خيار ردّ الثمن) اي اذا كان خيار شرط بان يرد البائع الثمن ويسترد
 المثل (يردون مثل الثمن من اموالهم ، ويستردون المبيع لانفسهم) .
 وهذه السيرة كاشفة عن ارتكاز المتشرعة بان الوارث كالميت نفسه ، لا
 انه كالوكيل والولى (من دون ان يلزموا باداء الديون منه) اي من المال
 المسترد (بعد الاخراج) اي اخراج الثمن منه ، او المراد بعد اخراج
 المثل الى انفسهم .
 (والمسئلة) بعد (تحتاج الى تنقيح زائد) والله العالم بحقائق
 الاحكام .

مسئلة

لو كان الخيار لاجنبى و مات ، ففى انتقاله الى وارثه كما فى 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 (كما فى 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 الا فلاشكال 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 المجهول 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 المجمعول
 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 ، فاشتراه ثم مات عمرو ، انتقل خياره الى زيد الموكل له ، لا الى
 وارث عمرو ، اذا الخيار جاء من قبل الموكل ، فاذا مات الوكيل رجع الى
 الموكل ، و هذاوجه القول الثانى .

(و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبى) فى
 الخيار (فلايدخل) الخيار (فى) عموم (ماتركه) الميِّت فلو ارثه ، فاذا مات
 انقطع الخيار .

اما اذا كان ظاهر الجعل ذلك فلوضوح انهما جعلالاختيار له خاصة
 بشرط ان يكون هو الآخذ به ، فلايسرى الخيار الى غيره .
 و اما اذا كان محتمل الجعل ذلك ، فلانه اذا كان الجعل خاصا و
 لو احتمالا ، لم يعلم الجعل الاوسع ، فالاصل الاقتصار على القدر المتيقن

و هذا لا يخلو عن قوة ، لاجل الشك فى مد خلية نفس الاجنبى .
 و فى القواعد : لوجعل الخيار لعبد احد هما ، فالخيار لمولاه ولعله
 لعدم نفوذ فسخه ، ولا اجازته بدون رضا مولاه ، و اذا امره باحد هما اجبر
 شرعا عليه ، فلو امتنع للمولى فعله عنه ، فيرجع الخيار بالأخرة له .

(وهذا) القول الاخير و هو سقوطه بموت المجعول له (لا يخلو عن
 قوة ، لاجل الشك فى مد خلية نفس الاجنبى) فلا يكون الخيار مما تركه
 الميِّت ، 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 لعبد احد هما ، 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 مَمْلُوكٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ، و فى الحديث « افشئ
 الطلاق؟ » يعنى ان ما كان شيئا لا يملكه العبد ، و من المعلوم ان الخيار
 شئ (و اذا امره باحد هما اجبر شرعا عليه) لوجوب اطاعة المولى على
 العبد (فلو امتنع) العبد مما امره المولى به (فللمولى فعله عنه) لانه اولى
 له (فيرجع الخيار بالأخرة له) اى للمولى؛ انتهى كلام العلامة .

لكن هذا يقتضى ان يكون عبد الاجنبى كذ لك مع انه قال لو كان
العبد لاجنبى لم يملك مولاه ، ولا يتوقف على رضاه ، اذا لم يمنع حقا
للمولى .

فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا وحلا .

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

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

(فيظهر من ذلك) الكلام الذى ذكره العلامة فى عبد الاجنبى (فساد
الوجه المذكور) فى باب خيار عبد احدهما وان مولاه يرجع الخيار اليه
بالأخرة (نقضا وحلا) .

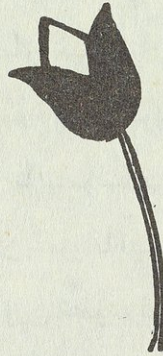
اما النقض : فلانه كما لا يرجع خيار عبد الاجنبى الى ذلك الاجنبى
فكذ لك لا يرجع خيار عبد احدهما الى احدهما .

واما الحل : فلان الخيار جعل للعبد حسب الفرض فلما دخليقة

للمولى فيه .

.....
 فافهم .

نعم اذا كان اعمال العبد للخيار مزاحما لحق المولى كان للمولى
 منعه و ليس معنى ذلك اوجاع 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 و وكيله 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 و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف اجازة فعليه ، كذ لك 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 و التزام العقد بالتصرف) فى ما يكون فيه الخيار (فيكون التصرف اجازة فعليه) كما يصح اسقاط الخيار بالا جازة القولية ، كان يقول : التزمت بالبيع و اسقطت الخيار (كذ لك يحصل الفسخ بالتصرف) فى ما انتقل عنه (فيكون فسخا فعليا) فاذا باع زيد داره من عمرو بالف بخيار ، فان تصرف البائع فى الثمن كان اسقاطا للفسخ ، وان تصرف فى الدار كان تصرفه فسخا فعليا فترجع الدار اليه و يعود الثمن الى المشتري .

(وقد صرح فى التذكرة بان الفسخ كالا جازة قد يكون بالقول ، وقد يكون بالفعل) .

و الظاهر ان الاشارة و الكتابة تقومان 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 فسحا، 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، لافى 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 فسحا) لانه فعل الفسخ كما ان قوله : فسخت، هو الفسخ (وان وقع) التصرف (فما 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 هو ليس 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 .

و اما ما لا يدل على ارادة الفسخ ، فلاوجه 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 ، فلاوجه لانفساخ العقد به) اى

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

القصد فى ما انتقل اليه (بناء على حمل الصحيحة) المعللة 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
 كلماتهم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف - يدل على اعتبار الدلالة على

شريعياً 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 .

و الحاصل : 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
 المضى فيما انتقل اليه، وبين الفاسخ فيما انتقل عنه، بل الملازم اما
 لزوم اقتران كليهما بالقصد او عدم اقتران كليهما بالقصد .

(و هذا الاتفاق وان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما
 عرفت كلماتهم 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 الممضى (اعتبارا للدلالة
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 الممضى
لزوم دلالة على الرضا بضميمة الاجماع على اتحاد باب الامضاء ، و باب
الفسخ من هذه الجهة ، فما قالوه 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 ، و من المشتري اجازة لدلائها على طلب المبيع ، و
 استيفائه وهذا هو الاقوى .
 ونحوها جامع المقاصد

(والرهن غير المقبوض) بان يرهن البائع المثلثن و لم 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 التصرفات غير الناقلة
 فحال الرهن والهبة - مع عدم قبضهما - حال العرض على البيع و
 الاذن فيه و التوكيل له (فالاقرب انها من البائع فسخ) اذا وقع على ما
 انتقل عنه - فى زمن خيار البائع - (و من المشتري اجازة) اذا وقع فى
 زمن خيار المشتري ، و معنى كونها اجازة ، اى امضاء فيسقط بذلك
 خياره (لدلائها) اى دلالة هذه الامور من البائع (على طلب المبيع)
 و انه ابطال البيع (و) لدلائها من المشتري على (استيفائه) اى استيفاء
 المشتري للمثلثن و انه اسقط خياره (وهذا هو الاقوى) هذا من تنمة
 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 الرد ، و نحوه مما لم يدل على الالتزام اصلا، لكن الامر هنا سهل ، بناء على ان ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك او باذنه دل 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 ، ننقل 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 ب « امثلتهم » كركوب الدابة فى طريق الرد) 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 (مما لم يدل على الالتزام) اى التزام المشتري بالبيع و اسقاط خياره (اصلا ، لكن الامر هنا) اى فى باب التصرف فى المنتقل عنه الموجب للفسخ (اسهل ، بناء على ان ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه) فيما اذا كان له خيار الفسخ (تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك او باذنه دل ذلك) التصرف (- بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا -) اى صحيحا شرعيا (على ارادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف) ان لولا ارادة الانفساخ كان تصرفه باطلا ، و ذلك خلاف ما دل على حمل فعل

قال فى التذكرة لوقبل الجارية بشهوة او باشرفيما دون الفرج أو لمس بشهوة ، فالوجه عندنا انه يكون فسخا ، لان الاسلام يصون صاحبه عن القبيح ، فلو لم يختر الامساك لكان مقدما على المعصية ، انتهى .
ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمّن 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) التى 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 اذا لم تكن بشهوة بقرينة ان اللبس بلا شهوة ايضا كذلك فتأمل (او باشرفيما دون الفرج) لان لو طى فسخ قطعاً (او لمس بشهوة فالوجه عندنا انه يكون فسخا لان الاسلام يصون صاحبه عن القبيح) فكونه مسلما دليل على انه لا يفعل القبيح ، ففعله ليس بقبيح ، ولا يتحقق ذلك الا باختيار الفسخ او السهو والنسيان ، لكن اصالة عدم السهو والنسيان يوجب حمل فعله على الفسخ (فلو) كان قد فعل ذلك فى حال انه (لم يختر الامساك) اى امساك الجارية المبيعة بارادة ردها ، وكذا امساك الجارية المشتراة بارادة امضاء العقد (لكان مقدما على المعصية) و الاصل عدمه (انتهى) .

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

و في جامع المقاصد عند قول المصنف قدس 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 في عمل المسلم مع الفسخ .

لكن لا يخفى ان كلام العلامة في القبله بالنسبة الى الجارية المبيعه لقوله - انه يكون فسحا - و كلام الشافعي في القبله بالنسبة الى الجارية المشتراة لقوله - نظرا الى حدوث - لان البائع لا يقبل الجارية التي باعها فليس كلام الشافعي مصادما لكلام العلامة ، فتأمل .

(و في جامع المقاصد عند قول المصنف) و هو العلامة (قدس سره و يحصل الفسخ بوطئ البائع) للجارية التي باعها (و بيعه و عتقه و هبته ، قال) و انما يكون فسحا (لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد اليه) اي الى الحمل على الصحيح (سبيل ، و) لوجوب (تنزيل فعله) اي فعل المسلم (على ما يجوز له فعله مع ثبوت) اي 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 اصلا عمليا ، حتى لا تثبت لوازمه ، فليس مثل الاستصحاب بل من الاصل الذي بمعنى الامارة

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

مما يثبت لازمه ، مثل اصالة حجية السوق واليد ونحوهما .
 فان اصل صحة عمل المسلم يوجب ان نقول ان اللحم الذى بيده ويبيعه قد ذكى تذكية شرعية ، وان المرثة التى تحته عقد عليها عقدا صحيحا ، فلا يجوز تزويج تلك المرثة ، وهكذا بالنسبة الى كل اللوازم ، فحال الامارات حال خبر الواحد ونحوه فى حجية لوازمها .
 ف (ان اصالة 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 الاصالة (كغيرها من الامارات الشرعية) والامارة اصطلاح يقال لما يقابل الاصل ، فان كانت لوازمه حجة سمي امانة ، و الأسمى اصلا ، فلا استصحاب اصل و سوق المسلمين امانة (فيدل) تصرف البائع فى المنتقل عنه مثل تقبيله للجارية التى باعها (على الفسخ لا من الاصول التعبدية حتى يقال انها) اى الاصول التعبدية (لا تثبت ارادة المتصرف للفسخ) « للفسخ » متعلق بـ « ارادة » (لما تقرر من ار الاصول التعبدية) كالا استصحاب والبراءة والاحتياط والتخيير (لا تثبت الا اللوازم الشرعية لمجاريها) .

و هنا كلام مذكور فى الاصول .

ثم ان مثل التصرف الذى يحرم شرعا الاعلى المالك او مأذونه
التصرف الذى لا ينفذ شرعا الامن المالك او مأذونه و ان لم يحرم

فاللازم و الملازم و الملزوم العقلية و العرفية و العادية ، لا تثبت
بالاصول العملية ، كما قرر فى الاصول .

نعم اللازم الشرعى ثابت بالاصل العملى .

فاذا استصحب الطهارة جاز له ان يصى بتلك الطهارة المستصحبه
لان صحة الصلاة من اللوازم الشرعية للطهارة .

(و هنا كلام مذكور فى الاصول) و هو الاشكال فى اثبات اصل الصحة

للازمه ، بل الثابت به عدم تفسيره و ما اشبهه .

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 ، و كذلك 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 الذى يحرم شرعا الاعلى المالك او مأذونه) مثل

وكيله ، هو) التصرف الذى لا ينفذ شرعا الامن المالك او مأذونه و ان لم

يحرم) .

فالمراد بالتصرف الذى يوجب الفسخ ليس التصرف الدائر بين الحرام و

.....
 كالبيع والاجارة والنكاح ، فان هذه العقود وان حلت لغير المالك لعدم
 عدّها تصرفا فى ملك الغير ، الاّ انها تدل على ارادة الانساح بها بضميمة
 اصالة عدم الفضولية كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف والاجازة
 والتزويج 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 ، وتردد فى ان يكون ذلك فسخا او
 فضوليا قدّم كونه فسخا على كونه فضوليا (كالبيع والاجازة والنكاح ، 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 الانساح بها) اى بهذه العقود (بضميمة
 اصالة 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 والبيع - كان اصل الصحة بضميمة
 عدم الفضولية موجبا للفسخ (كما صرح بها) اى بدلالة هذه العقود على
 الانساح (جامع المقاصد عند قول المصنف) وهو العلامة ره (والاجازة 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 اصالة عدم
قصد العقد عن الغير ، فهو حاكم على اصالة

الى المثلثن دلت على الانفساخ .

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

اذ : الظاهر ان الانسان اذا عقدا ما يعقد عن نفسه لافضولة عن
غيره اذ يحتاج ذلك الى عناية زائدة .

(ف) حيث ان المراد به الظاهر (لوجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ)
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 اصالة عدم الفسخ لا يعارض الاصل
الاجتهادى و هو اصالة عدم الفضولية .

فان الظواهر تقدم على الاصول العملية كما قرر فى الاصول (مع انه
لو اريد به) اي باصل عدم الفضولية الاصل العملى و هو الاستصحاب ،
بان فسرناه ب (اصالة 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 اصالة عدم الفسخ ، و ان كان
كل منهما اصلا عملياً لان اصل عدم قصد العقد عن الغير (حاكم على اصالة

.....
 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
 لوازمه 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 و الامضاء عند تصرفه
 فى المنتقل اليه (بدلالة التصرف عليه) اى على قصده الفسخ و الامضاء .

(و يؤيده) اى يؤيدان مرادهم فيما اذا كان التصرف دال على قصد
 الفسخ و الامضاء (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 فسحا .

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 فسحا
فاشكالهم يدل على انهم لا يعتبرون مجرد التصرف امضاء او فسحا ،
بل يلزم عندهم ان يكون التصرف دال 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 فسحا (و كما ذكره
(في وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع و الاذن فيه) بالنسبة
الى المثلن الذي انتقل عنه (فسحا) 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 فسحا .

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

.....
 و ماذا كزنا 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 ماذا كزنا) 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 امضاءً والثانى فسخاً ، كما لا يخفى والله
 العالم .

مسئلة

هل الفسخ يحصل بنفس التصرف ، او يحصل قبله متصلابه .
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 (متصلابه) و هو ما يسمّى بالفسخ
الانائى .

(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 لا بد من حصوله بالقول او الفعل .

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

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

و

بل لا بد 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 بصيانته 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 (محرماً) ولم يُصنّ فعله عن القبيح .

(و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا) 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 و ليس 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 ذي الخيار
على وطى المشتري معللًا بان السكوت لا يدل على الرضا ، فان هذا الكلام
ظاهر في ان العبرة بالرضا .
و صرح في المبسوط بانه لو علم رضاه بوطى المشتري سقط خياره ،
فاقتصر في

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 ذي 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 (معللًا بان السكوت لا يدل
على الرضا ، فان هذا الكلام ظاهر في ان العبرة) فى الفسخ و الامضاء
(بالرضا) لا بالفعل .

(و صرح فى المبسوط بانه لو علم رضاه) 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 فمراد هم بهانيتها
الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد .
والبناء 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 للامضاء و
الفسخ فكيف اتفقوا على ان الفسخ لا يحصل بالنية .
قلت: (اما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمراد هم بها)
اي بالنية المجردة بدون الفعل الكاشف عنها، فليس الفاسخ (نية
الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد) « لبقاء » متعلق ب « الكراهة »
(و البناء) عطف على « الكراهة » (على كونه) اي العقد (منفسخا من
دون ان يدل عليها بفعل مقارن له) اي للبناء على الفسخ .

(و اما مع اقترانها) اي النية (بالفعل) المظهر لتلك النية ، كما لو
باع ما انتقل عنه (فلا قائل بعدم تأثيرها) اي بعدم تأثير النية (فيما
يكفى فيه الفعل) اي 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 لا انشاء 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 .

ويدل على ان الفاسخ ليس هو الفعل ما ذكره بقوله : (لان الفعل

لا انشاء 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 بالكرهة 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 الواطى مع الوطى او قبيله
 فيكون حلالا .

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

(مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ) .
 فاذا قلت : 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 وطفى البائع للجارية المبيعة فسخ لبيعها
 (عود الملك الى الواطى) بسبب النية ، وقوله « عود » خبر « ان اللازم »
 (مع الوطى او قبيله ، فيكون) الوطى (حلالا) والافاذا انتقل الملك الى
 الواطى بعد الآن الاول من الوطى يقع الآن الاول من الوطى حراما ،
 لانه وطفى 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 و هو 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 شيئاً ، ثم باع الموهوب
 من انسان آخر ، فهل يصحّ هذا البيع و يكون ذلك رجوعاً ؟ اولا يصح
 هذا البيع ، لانه واقع على ملك الموهوب له .

و قد 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 عقداً 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 ، صحّ عقد الواهب وصحّ وطى ذى
 الخيار ، لانه يقع العقد والوطى فى ملك العاقد الواهب والبائع الوطى
 وان قلنا بان الفسخ بالفعل هو نفس الفعل كان العقد باطلاً و

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

و جزم الشهيد والمحقق الثانياً بالحلّ نظراً الى حصول الفسخ
قبله بالقصد المقارن .

ثم انه لوقلنا : بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال

الوطى حراماً ، لانه لا عقد الا فى ملك ، ولا وصى 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 شيئاً
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 و طى ذى الخيار .

(و جزم الشهيد والمحقق الثانياً بالحلّ) اى حل و طى ذى الخيار
(نظراً الى حصول الفسخ قبله) اى قبل الوطى (بالقصد المقارن) للفعل
فيحصل الفسخ آناماً ، 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 آناماً
ثم يعتقان عليه .

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

فلا اشكال في وقوعها في 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 التي هي شرط لصحتها .

والرهن و البيع و ما اشبه في ذى الخيار ، سواء كان الخيار مجعولا كبيع الامة بخيار البائع لو كان العقد جائزا كالهبة مثلا (فلا اشكال في وقوعها) اى وقوع هذه الافعال (في 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) التي كانت منتقلة عن البائع و الواهب ، ثم اجرى عليها البيع ثانيا او الرهن كما يصح و طيه فيكون الولد حلالا و يصح عتقه فيعتق (لمصادفتها) اى لبيع و سائر العقود و كذلك العتق و الوطى (للملك) اى ملك ذى الخيار ، لانه قبل الفعل دخل في ملكه آنا ما (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 (التي هي شرط لصحتها) فانه لا و طى 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 بما فى التذكرة عن بعض العامة من ان الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، كما ان التكبير 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 (بما فى التذكرة عن بعض العامة من ان الشئ الواحد) كالعقد ونحوه (لا يحصل به الفسخ والعقد) و كانه للتنافى بينهما (كما ان التكبير الثانية فى الصلاة بنية الشروع) فيما اذا قال تكبير 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 التكبير الثانية مبطله ، وعاقدة فى وقت واحد ، بل تكون مبطله فقط .

(و) ثانيا (بان البيع موقوف على الملك) لانه لا يبيع 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 » اذا « فالبيع يتوقف على البيع » .

.....
 و اجاب فى التذكرة عن الاول بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد
 لشيء واحد بالنسبة الى شيئين .
 و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع الدور التوقفى ، وان الدور معنى
 وقال فى الايضاح : ان الفسخ يحصل باوّل جزء من العقد .

(و اجاب فى التذكرة عن الاول) اى ان الشيء الواحد لا يحصل به
 الفسخ والعقد (بمنع عدم صحة حصول الفسخ والعقد لشيء 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 ، وعاقده للصلاة الثانية .

(و اجاب الشهيد عن الثانى بمنع) الاشكال الثانى وهو (الدور)
 فانه ليس بالدور (التوقفى) الذى يلزم منه وجود الشيء 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 .

وفىما 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 باوّل جزء من العقد) فوقع

الفسخ باوّل العقد .

و زادنى 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 الفسخ 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 والعتق على الملك، نحو قوله :
 لا يبيع الا في ملك، ولا عتق الا في ملك، هو اشتراط وقوع الانشاء في ملك
 المنشئ فلان من 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 لتملك العاقد مقدا عليه، لان المسبب
 انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد

ف (ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البيع والعتق على الملك
 نحو قوله : لا يبيع الا في ملك، ولا عتق الا في ملك، هو) (هو) خبر (ان
 المستفاد) (اشتراط وقوع الانشاء في ملك المنشئ) العاقد (فلان من
 عن القول بالبطلان لان صحة العقد حينئذ) اي حين اشتراط وقوع كل
 الانشاء في ملك المنشئ (يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء
 العقد، لتقع) جميع اجزاء العقد (فيه) اي في 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 ابدا لا
 للعقد السابق، واما جزء العقد فسخ، لانه جزء من المبطل كاول جزء من
 الحدث الذي يبطل الطهارة مثلا (كان) ذلك العقد او جزء من اجزائه
 (سببا لتملك العاقد مقدا عليه) اي على التملك (لان المسبب) الذي
 هو التملك (انما يحصل بالجزء الاخير من سببه) اذ بدون تمام السبب لا
 يحصل المسبب (فكلما فرض جزء من العقد) و هو الجزء الموصوف بان

قابل للتجزئة سببا للتملك، 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 للتملك) اى لتملك العاقد
اذ بهذه الباء مثلا يسترجع البائع ذوالخيار ما بابه (كان التملك متأخرا عن
بعض ذلك الجزء) فالتملك متأخر 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 .
فى اول جزء من تلك الاجزاء الصغار يبطل العقد السابق ، وفى
الجزء منه اى من « ب » بعث ، يتحقق العقد اللاحق فيكون « بعث واقعا
فى ملك الفاسخ و ان كان جزء من « باء بعث » وقع قبل ملك الفاسخ
و من المعلوم انه لا يلزم فى العقد ان 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 العقلى و
 لا الوهمى .

و من الواضح ان كل شئ مهما تصورته 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 يتجزء لا يفيد المستدل، (ان غاية الامر حينئذ) اى
 حين وجود جزء لا يتجزء (المقارنة بينه) اى بين ابطال العقد السابق
 بهذا الجزء (وبين التملك) .

فالجزء الاول من الباء مبطل للعقد السابق و مملك للمال للفاسخ
 وهذا يقتضى ان يكون بعض اجزاء العقد هو الجزء الاول من الباء
 مقارنة للملك، 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 »
 فقله « 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 به 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 الاستفادة من تلك الادلة

فلو باع الابن مال ابيه لنفسه ثم مات الاب وورث الابن المال لم
 يحتج الى اجازة ما باعه ، وما نحن فيه من هذا القبيل ، لان ذا الخيار
 يبيع ما فيه الخيار لنفسه فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد .
 (لكن هذا) اى كون ما نحن 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 عبد بخيار 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 لفظه 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 لا تقع فى العتق ونحوه هذا كله مربوط بقوله
 قبل اسطر : اقول ان قلنا بان الاستفادة الخ .
 (وان قلنا : ان الاستفادة من تلك الادلة) اى ادلة : ولا يبيع الا فى

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير المؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه
فالممنوع شرعا تمام السبب فى ملك الغير لا وقوع بعض اجزائه فى ملك
الغير وتمامه فى ملك نفسه لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه ،
فلامانع من تأثير هذا العقد لا انتقال ما انتقل الى البائع باول 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 وهو بيع ذى الخيار المنتقل عنه ، ليس
كذلك .

و ذلك (ف) ان (الممنوع شرعا) وقوع (تمام السبب) اى البيع (فى
ملك الغير) و (لا) يكون الممنوع (وقوع بعض اجزائه) اى اجزاء السبب
(فى ملك الغير وتمامه) 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 .
والحاصل : 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 (فلامانع من تأثير هذا العقد)
الذى يوجب بعضه ملك العاقد ، وبعضه يوجب الانتقال من ملك العاقد
الى ملك المشتري (لا انتقال ما انتقل الى البائع باول جزء منه) .
وانما قلنا « لامانع » لانه لا يشمل « لايبيع الا فى ملك » حسب الفرض (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 يعم 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 و المملوك يحصل باول
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 البيع
فى ملك الغير) فهذا هو المراد ب «لا بيع» (او) البيع (فى غير ملك)

اى ما ليس بمملوك اصلا) كالمباحات الاصلية، فلا يعم المستثنى منه) اى
«لا بيع» (البيع الواقف بعضه فى ملك الغير وتمامه فى ملك البائع) و

كذلك البيع الواقف بعضه على المباح و بعضه على الملك، كما اذا قال
«ب» واخذ عودا من الارض او سمكة من البحر، ثم اتمه بقوله «عت هذا

الشئ بكذا» .

هذا .

مع انه يقرب ان يقال : ان المراد بالبيع هو النقل المعرفى الحاصل من العقد ، لانفس العقد ، لان المعرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا المعنى المأخوذ فى قولهم : بعته .
و حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل باول جزء من العقد والنقل و التملك العرفى يحصل بتمامه فيقع النقل فى الملك .

اذ لا يشمل مثل ذلك قوله « لا بيع الا فى ملك » (هذا) وجه شمول الدليل لما نحن فيه .

(مع) تقريبا ان الحصر اضافى ، و يمكن ان يقال ان الحصر حقيقى و مع ذلك يشمل الدليل ما نحن فيه ، و ذلك بان يكون المراد بالبيع النقل و النقل يكون بعد « تاء » بعته ، وفى هذا الحال يكون الشئ ملكا للبايع ، لانه دخل فى ملكه ب « الباء » .

ف (انه يقرب ان يقال : ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد ، لا) ان المراد بالبيع هو نفس العقد ، لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا المعنى) اى النقل لا العقد (المأخوذ فى قولهم : بعته) فان معناه نقلت ، لاعقدت .

(و حينئذ) اى حين كان المراد بالبيع النقل (فالفسخ) للعقد السابق (الموجب للملك اى لملك العاقد) يحصل باول جزء من العقد و النقل ، و التملك العرفى يحصل بتمامه) اى باخر العقد (فيقع النقل فى الملك) فهو بيع - اى نقل - فى ملك ، ولا يكون مصداقا للمستثنى منه

.....
وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية عقداً كان وايقاعاً
ولعل هذا معنى ما في الايضاح من : ان الفسخ يحصل باول جزء
و بتمامه 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

في « لا يبيع الا في ملك » .

(وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القولية عقداً كان او
ايقاعاً) .

فمعنى « لا عتق الا في ملك » ان الحرية لا تكون الا في ملك ، فاذا قال
« اعتقتك » كان الف اعتقتك فاسخاً ومملكاً ، وبقية الصيغة موجبة للحرية ،
فالحرية لم تقع الا في ملك الفاسخ .

(ولعل هذا) الذي ذكرناه من ارادة النقل لا العقد والحرية ولا
الاعتاق ، وهكذا (معنى ما في الايضاح من : ان الفسخ يحصل باول جزء)
من « اعتقتك » (و بتمامه يحصل العتق) انتهى .

(نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى والاكل) لما باعه
بخياراً (ونحوهما) كاقبلة للجارية والشرب للماء و اللبس لللباس (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 التكليفى ، 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 (التكليفى) اى الاباحة
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 التكليفى .

.....
 مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحة ما يحصل به تعيين حمل
 ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعاً بينه ، وبين ما دل على عدم
 جواز ذلك التصرف ، الا اذا وقع في الملك .

و بالجمله فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسئلة لا يخلو
 عن قوة ، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً .
 وهذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث جوز للمتصرفين

و ثانياً (مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على اباحه ما يحصل به)
 الفسخ بان دل الدليل على الحكم التكليفي ايضاً (تعيين حمل ذلك)
 الدليل الدال على الاباحة (على حصول الفسخ قبيل التصرف) آناً .
 و انما نحمل هذا الحمل (جمعاً بينه) اي بين دليل الاباحة (وبين
 ما دل على عدم جواز ذلك التصرف) كالوطى (الا اذا وقع في الملك)
 كقوله : لا وطى الا في ملك ، فانه يدل على عدم الجواز الا في المملوك لان
 الملك الا نامائى هو وجه الجمع بين الدليلين .

(و بالجمله فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان في المسئلة) من
 الملك الا نامائى (لا يخلو عن قوة ، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات)
 اي تصرفات ذى الخيار فى ما انتقل عنه تصرفاً فعلياً قبل الفسخ القولى ،
 و تصرفاً نقلياً كالبيع و نحوه قبل الفسخ القولى (تكليفاً) فهى حلال (و
 وضعاً) فهى نافذة .

(وهذا) الملك الا نامائى (هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث
 جوز للمتصرفين) اي بائعى الصرف و هو 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 يصح 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) اى عند الشيخ (يحصل بانقطاع الخيار)

فان الشيخ يرى انه مادام الخيار موجوداً لم يحصل الملك ، فمادام

في المجلس لم يحصل الملك لآى منهما ، بل اذا خرج 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 ،

فآنا ما قبل 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) اى ملك البائع بيعا ثانيا (لكنه) رحمه الله (في باب الهبة لم

يصح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها) اى في الهبة .

فاذا وهب لآنسان شيئا ثم ان الواهب باع الموهوب لم يصح بيعه

.....

معللا بى عدم وقوعه فى الملك .

فرع : لو اشترى عبداً بى جارية مع الخيار له ، فقال : اعتقهما فربما
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 (معللا
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 بى جارية 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 اولى وعتق ما
انتقل منه فضولى ، اذ لا تجرى الفضولية فى العتق كما تقدم .
اما صحة العتق فى احدهما (فربما 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 تباعا بخيار لهما
فاجاز احدهما وفسخ الآخرة ، 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 احد هما
 العبد واعتق الآخر الجارية و كان العتقان فى آن واحد (انما المسلم) فى
 باب تقديم الفسخ على الاجازة (تقديم الفسخ الصادر من احد الطرفين
 على الاجازة الصادرة من الطرف الآخر) .

و انما يقدم الفسخ على الاجازة لان لزوم العقد من احد الطرفين
 بمقتضى اجازته) فان معنى الاجازة انه اسقط خياره ف (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

.....
 الآخرة بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد .
 ونحوه فى الضعف القول بعقد العبد، لان الاجازة ابقاء للعقد، و
 الاصل فيه الاستمرار .
 وفيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس .
 نعم الاصل استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق اصلا،
 وهو

الآخرة، بخلاف اللزوم والانفساخ من طرف واحد) فانه لا يقدم فسخه على
 لزومه، اذ ان له حقا واحدا اما الامضاء واما الفسخ، فاذا عملهما
 تضاربا ولم يقدم احدهما .

(ونحوه) 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
 فى انه هل بطل العقد ام لا؟ فالاصل بقاءه، فالعبد للمشتري فيقع العتق
 عليه .

(وفيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس) وهو
 عتق الجارية موقوف على عدم عتق العبد، فاذا اعتقا وقع بينهما التضارب
 ولاوجه مصحح لتقديم احدهما على الآخر .

(نعم) اذا تضاربا ولم يكن احدهما مقدا على الآخر (الاصل
 استمرار العقد وبقاء الخيار وعدم حصول العتق اصلا) لاننا فى انه
 هل ان العتقين اوجبا بطلان العقد او سقوط الخيار فالاصل العدم (وهو

.....
 الاقوى ، كما اختاره جماعة منهم العلافه فى التذكرة و القواعد 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 و القواعد والمحقق
 الثانى فى جامع المقاصد ، لان عتق احدهما لا وجه له لانه معارض
 بعق الآخر ، كما لو تزوج بالاختين ، او بالبت والام معا ، فانه لا يقع
 زواج ، لاعلى هذه ولاعلى تلك .

و (عتقهما معا لا ينفذ ، لان العتق لا يكون فضوليا) .

نعم اذا باعها صح البيعان ، بيع مال نفسه اصاله و بيع مال
 الطرف الآخر فضولة (و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل) حتى يصح
 عتقهما معا (لان ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك) و القرعة
 فيها اشكال لانها تحتاج الى العمل كما قالوا .

و عليه فمقتضى القاعدة بطلان العتقين اذ : الاحتمالات الاخر وهى

عتق العبد ، او عتق الجارية ، او عتقهما ، او القرعة كلها مخدوشة .

(و لو كان الخيار فى الفرض المذكور) فى اول « فرع » (لبائع

العبد) .

و هذا عكس ما ذكرناه اولاً بقولنا « لو اشترى عبداً بجارية 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 ، و سياتى الكلام فى الاول .
 و ان كان الخيار لهما ، فى القواعد والايضاح و جامع المقاصد صحة
 عتق الجارية و يكون فسخا

والحاصل : انه اذا لم يكن للمشتري خيار بان اشترى العبد و جعل
 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 و فسخ كان له القيمة او حق له ان يبطل
 العتق ، لان حقه سابق على العتق (و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى)
 (والثانى) اى عتق الفضولى (غير صحيح اتفاقا) لان بنائهم ان
 الفضولية لا تجرى فى الايقاعات و العتق ايقاع (و سياتى الكلام فى الاول)
 اى تصرف من ليس له الخيار فيما فيه الخيار ، و فيه احتمالات واقوال .
 (و ان كان الخيار لهما) اى لكل من البائع و المشتري فى اشتراء
 العبد بالجارية (فى 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) اي مع
اجازة البائع - بان امضى البيع و اسقط خياره - (يكون اجازة منه) اي
من البائع (لبيعه) اي اسقاطا للخيار ، وحينئذ يكون للمشتري وحده
الخيار .

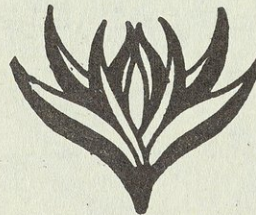
فمعنى عتقه العبد امضائه للبيع .

و معنى عتقه الجارية فسخه للبيع (و الفسخ مقدم على الاجازة) .
و الحاصل : انه اذا كان الخيار لهما و اعتقهما المشتري فلا يعتق
العبد ، سواء اسقط البائع خياره او لم يسقط خياره ، ولا يعتق كلاهما
لعدم جريان الفضولية في العتق ، ولا يبطل العتقان لانه لا وجه لبطلانهما
بل تعتق الجارية ، سواء اسقط البائع خياره او بقى على خياره .

(و الفرق بين هذا) اي صورة ان يكون لهما الخيار ، واعتقهما
المشتري حيث قلنا بصحة عتق الجارية (و بين) صورة اختصاص المشتري
بالخيار) واعتقهما المشتري الذي قلنا بانه لا يعتق لالعبد ولا الجارية
(ان) في صورة خيار المشتري وحده (عتق كل من

.....
 المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً ، بخلاف ما نحن 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 فسخا (بخلاف ما نحن فيه) الذى كان لهما الخيار .
 اذ عتق 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 ولازمه 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 .

(مسئلة : 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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

ستجئ عبارة الدروس .

هذا ولكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفاً في المسئلة .
و الموجود 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 و ابن 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 .
(و الموجود 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 ، و كان لعمره الخيار ، فلزيد ان يرهن الدار (بل ظاهره) اى ظاهر المحقق (عدم الخلاف في ذلك) اى في الرهن (بين كل من قال : بانتقال الملك بالعقد) و اما 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 لا خلاف فى ذلك (حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك ولو مع ثبوت الخيار) للبائع .
 فلو باع زيداً ربيعين شاةً 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 لا اشكال 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف .
 وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس ، حيث قال في باب الصرف :
 لو باع احدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق ، فالوجه الجواز ، وفاقاً
 للفاضل .

و منعه الشيخ قدس سره ، لانه يمنع الآخر من خياره .
 وردّ 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 .

(وكذا 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) مثلاً : باع المشتري ما قبضه على انسان ثالث غير
 البائع (قبل التفرق) من مجلس البيع الاول (فالوجه الجواز) مع انه
 يبيع ما فيه الخيار لوجود خيار المجلس (وفاقاً 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 .

(وردّ) اي ردّ الشيخ (باننا نقول : ببقاء الخيار) وانه لا يسقط
 الخيار بتصرف المنتقل اليه ، فاذا فسخ استرجع بدله او عينه بابطاله
 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 اللمعة ، 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 يبيع المشتري للبائع فى باب الصرف او غير الصرف فلاشكال فيه لانه فى حكم اسقاط البائع لخيار نفسه (وهو) اى جواز التصرف فيما فيه الخيار (ظاهر اللمعة ، بل صريحها فى مسألة رهن مافيه الخيار ، وان شرحها فى الروضة بما لا يخلو عن تكلف) .

فانه قال فى اللمعة : و يصح الرهن فى زمن الخيار وان كان الخيار للبائع ، لان انتقال 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 الشيخ 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 اللمعة

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

ويمكن 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 » رد لكلامه قبل اسطر « مبنى 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 لاجتماع المانع .

مثلا : اذا كان الثوب رطبا 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 فى زمن الخيار (الاستناد)

فى عدم جواز التصرف (الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار) لا الى

ان التصرف يوجب بطلان حق ذى الخيار (بل لعل القول بعدم الانتقال)

فى 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 و هو لا ينافيه و ان غاية الملك التصرف
 الممتنع فى مدة الخيار، انتهى *

وظاهر هذا الكلام كالمقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف فى

التصرف، فيعللون ذلك بانه لا يملك، فليس لا يملك، اصلا، ولا يتصرف
 فرعا بل : لا يتصرف اصل ينتقل منه الى انه : لا يملك (كما يظهر) اى يظهر
 كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم (من بيان مبنى هذا الخلاف
 فى الدروس) اى الخلاف فى انه 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 و بين المشهور *

و (مأخذه ان الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك) حتى
 اذا ندم ذوالخيار استرجع ماله (و هو) اى الخيار (لا ينافيه) اى لا ينافى
 النقل بالعقد (و ان غاية الملك) وفائدته (التصرف الممتنع فى مدة
 الخيار) و حيث امتنع التصرف فلا خيار (انتهى) كلام الدروس *

(و ظاهر هذا الكلام) اى قوله « الممتنع فى مدة الخيار » (كالمقدم
 عن جامع ابن سعيد) و هو قوله « ولا ينفذ تصرف المشتري فيه » (كون
 امتناع التصرف فى

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 زمن الخيار مسلما بين القولين الا ان يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك
 بطلانه بالفسخ ولا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ .

زمن الخيار مسلما بين 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 في حال الخيار اذ قد عرفت ان المشهور الذين قالوا بالنقل
 في 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 و قول المشهور يراد به
 امتناع (نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ) فلمن عليه الخيار
 الحق في 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 مثلا - من
 المشتري الذى عليه الخيار .

والحاصل ان الشيخ يقول : لا يتصرف في 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 .

.....
 و التصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند
 الفسخ ، او مستعقب للضمان لامحالة .
 وهذا الاحتمال وان بعد عن ظاهر عبارة الدروس ، الا انه يقربه
 انه قد س سره قال بعد اسطر : ان فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك
 الخيار ، وجهين .

(و التصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه) كما يقوله المشهور
 (معرض لبطلانه عند الفسخ) اذا تصرف من عليه الخيار تصرفا ناقلا (او
 مستعقب للضمان لامحالة) 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 (و ان 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 ، لان 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 اولانفى نفوذ التصرف ، وثانيا تكلم حول اصل
 التصرف و بهذا تحقق ان المراد بعدم التصرف هو عدم نفوذ التصرف .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

والحاصل : ان كلمات العلامة والشهيد ، بل وغيرهما قد سسرهم
 في 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 سسرهم
 في هذا المقام) اي في انه لا يجوز تصرف من عليه الخيار او يجوز له
 التصرف و لكن لا ينفذ تصرفه (لا يخلو - بحسب الظاهر - عن اضطراب)
 لانه تارة يظهر منهم انه يمتنع التصرف في زمن الخيار .
 وتارة يظهر منهم انه لا يمتنع التصرف وانما لا ينفذ التصرف ، والى
 هنا تحقق قولان في 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) .

ومعنى ذلك انه اذا كان سائر التصرفات ممنوعاً ، لم يكن العتق
 ممنوعاً ، واذا تشبث العبد بالحرية بتححرر 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 .
 (واختار 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 يفسخ 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)

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

يحل 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 البدل 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 في العين المنتقلة اليه بالخيار (بما يبطل ذلك الحق) وهو الخيار (باتلافها او نقلها الى شخص آخر) او عتقها او استيلادها او الحيلولة بينها وبين مالكيها كالتفاهي البحر، او ما اشبه ذلك كاطلاق سراح الطائر والوحش.

(ومنه) 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 البدل) 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 ببديل 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 بمتلفه ، فان
 الاتلاف حرام تكليفا والانتقال الى البديل حكم وضعى (كما ان تعلق حق
 الرهن ببديل العين المرهونة بعد تلفها) كما اذا اتلفها الراهن واتفقت
 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 ينافى بقاء الخيار لعدم منافات التصرف ، لعدم الالتزام بالعقد ، و ارادة الفسخ بأخذ القيمة هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه المنع .

لكنه لا يخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين -

بان اذن البائع ذو الخيار، المشتري بان يبيع ما فيه الخيار مثلا (سقط خياره) .

وجه التأيد 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 ينافى بقاء الخيار لعدم منافات التصرف) المتلف (لعدم الالتزام بالعقد) فيأذن ذو الخيار فى 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 فى الفسخ ، لان موضوع حقه قد ذهب باذنه (هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه المنع) اى منع الطرف من التصرف فى متعلق الخيار .

(لكنه لا يخلو عن نظر ، فان الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين -) و انما نحتاج الى هذه الملاحظة حتى نعلم بان الفسخ لا يتوقف شرعا ولا عرفا على وجود العين التى 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 بدلها (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 ، و ارجاع 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 - و الخيار 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 بالتززل 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 متززل، فلو كان التززل يمنع عن
التصرف لمنع فى الشفعة ولو كان التززل لا يمنع عن التصرف لم يمنع
فى الخيار، هذا اولا .

وثانيا : (مع ان الملك فى الشفعة اولى بالتززل 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 البذل - كما ذكره جمع - .

(و) ان قلت: اذا كان حق الطرف لا يمنع تصرف المالك فلماذا
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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....

و لو لم يكن متلفا ولا ناقلا .

و اما سقوط الخيار بالتصرف الذى اذن فيه ذو الخيار ، فلدلالة

العرف لا للمنافات .

و الحاصل : ان عموم : الناس مسلطون على اموالهم لم يعلم تقييده

بحق يحدث لذي 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 فلاشكال فى

التصرف غير المتلف وغير 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 للمنافات ، بل (لدلالة العرف) و لذا لو قال تصرف ، و لكن يبقى

خيارى لم يرا العرف مانعا عن ذلك ، و (لا) يكون السقوط (للمنافات)

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 لذي الخيار) حتى (يزاحم به) اى بذلك الحق لذي 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)

كخيار المجلس و خيار الغبن و خيار العيب و خيار الحيوان و ما اشبهه .

.....

• واما الخيارات المَجعولة 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 المَجعولة علة للجعل .

و

(واما الخيارات المَجعولة بالشرط) و جمع الخيارات باعتبار
افراده ، 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 المَجعولة) بالشرط (علة للجعل) لاحكمة فقط ،
ففى الخيارات غير المَجعولة - اى الاصلية - حيث ان ابقاء حكمة
جاز التصرف المتلف ، اما فى الخيارات المَجعولة حيث ان ابقاء علة لم
يجز التصرف المتلف .

(و) ان قلت : اذا كانت العلة فى الخيارات المَجعولة السلطنة ، كان
لازم ذلك انه اذا تلف متعلق الخيار سقط الخيار لان المعلول عدم
عند عدم علته .

لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى .

وعليه فيتعين الانتقال الى البدل عند الفسخ مع الاتلاف .

وامام فعل مالا 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 أولاً ، و بد لها ثانياً ، فاللازم التحفظ على العين و اذا تلفت كان له الخيار لاخذ بد لها .

مثلاً : من باع داره التى تسوى بالـف - اضطراراً - بمائة مع الشرط فانه يريد ذات الدار مع بقائها وقيمة الدار - اى الالف - مع تلفها ، فاذا فسخ وقد تلفت الدار اعطى المائة و اخذ الالف الذى هو قيمة الدار . (و عليه) اى بناء على بقاء الخيار (فيتعين الانتقال الى البدل عند الفسخ مع الاتلاف) للعين .

(و اما مع فعل) المشروط عليه (مالا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاذ) اذام الولد لا تنتقل (ففى تقديم حق الخيار لسبقه) فاذا اخذ البائع بالخيار استرجع الجارية و ابطل 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 ، وتسلط

فان المانع الشرعى (ك) المانع (العقلى ، وجهان ، اقويهما الثانى)
 اللهم الا ان يقال : يشك فى اطلاق دليل الاستيلاد لما هنا فالمرجع
 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 ، و الى
 البدل اذا كانت تالفة او كالتالفة ، فان الاستيلاد كالتالف فيرجع المالك
 الى بدل الجارية .

(و منه) اى مما ذكرنا من صورة استيلاد الجارية و ان ذى 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 (وتسلط

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

العاقدا الثاني على ماله عدما يتخيل من ان تملك العاقدا 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 .

العاقدا الثاني) اى تسلط من عليه الخيار على الثمن و تسلط المشتري على المثلث (على ماله) بمقتضى : الناس مسلطون على اموالهم . و الحاصل انه يشمله « اَوْفُوا بِالْعُقُودِ » و « الناس مسلطون على اموالهم » لان الخيار لا ينافيهما ، اذا الخيار يقتضى الرجوع الى العين او البديل (عداما يتخيل) استثناء من « فلاداعى » (من ان تملك العاقدا الثاني مبنى على العقد الاول) .

اذ لا يصح بيع المشتري للاجنى الابعدا 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 المنتقل 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) كالاتيلا 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 مستندا 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 بائعا ولا مشتريه مشتريا (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 (مستندا الى تملك المشتري) الاول (له) اى للمبيع (آنامًا ، لان مقتضى سلطنته) اى سلطنة المشتري الاول (فى ذلك الآن) (الآنامًا) (صحة جميع ما يترتب عليه) اى على ذلك التملك (من التصرفات) .

و الحاصل : ان المشتري الاول ملك المبيع آنامًا ، فله سلطة على كل

تصرف، فيكون نقله و سائر تصرفاته فيه صحيحا .

(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 و آثاره باقية ، ولذا فناء المثلن بين العقد الاول و
 الفسخ للمشتري ، و نفاء المثلن 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 بدينار خارجى ، ثم
 قبض الكتاب و باع عمرو الكتاب ، و لما اراد ان يقبض زيد الدينار و جده
 تالفا و (انفسخ البيع الاول) لان التلف قبل القبض من مال مالكة (دون
 الثانى) اى بيع عمرو للكتاب (و استحق) 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 لاسلطنة 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 بيع
 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 التزلزل (امر
 اختياري كالخيار) المجمعول اختياريما الموجب لتزلزل العقد (او امر
 اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه) كما فى المثال ، فان التلف لم يكن باختيار
 المشتري - مثلا - (غير مجد فيما نحن بصدده) اذ نحن بصدد ان الفسخ
 لا يوجب الرفع العقد من حين الفسخ ، ولا يوجب رفع العقد من اصل العقد
 سواء كان الفسخ باختيارى او بامر اضطرارى .
 (ثم) بعد ان تحقق ان العقد الثانى لا يزول بفسخ العقد الاول
 (انه لافرق بين كون العقد الثانى لازما) كالبيع (او جائزا) كالمهبة غير
 اللازمة ، فاذا فسخ العاقد الاول لم يكن له ان يسترجع الموهوب (لان
 جواز العقد يوجب سلطنة العاقد) كالمشتري فى المثال (على فسخه
 لاسلطنة الثالث) الذى هو العاقد الاول (الاجنبى) عن المهبة فى المثال .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

نعم يبقى هنا التزام العاقد بالفسخ بناءً على ان البدل للحيلولة، و
هي مع تعذر المبدل .

ومع التمكن يجب تحصيله ، الا ان يقال باختصاص ذلك بما اذا
كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل ، كما في المغصوب
الآبق، اما فيما نحن فيه

(نعم يبقى هنا) اي في ما نقله المشتري بالعقد الجائز (الـزام
العاقد) اي التزام البائع الشارط العاقد الثاني وهو المشتري الواهب
(بالفسخ) للمهبة (بناءً على ان البدل) اي اخذ الفاسخ للبدل انما هو
(لحيلولة) اي حيث حيل بينه وبين متاعه يأخذ بدله (وهي) اي الحيلولة
انما تتحقق (مع تعذر المبدل) بان تلف او القى في البحر او اعتق او
استولدت او بيع بيعا لازما او ما اشبهه .

(و) اما (مع التمكن) اي تمكن المشتري الواهب من استرجاع
المبدل (يجب تحصيله) وفي 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) اي اختصاص الاسترجاع
(بما اذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل ، كما في
المغصوب الآبق) فانه اذا غضب عمرو من زيد عبده ، ثم ابق العبد ورجع
زيد الى عمرو ، فان عمروا يجب عليه ان يرجع العبد الذي غضبه الى مالك
العبد .

و (اما فيما نحن فيه) وهو الذي وهب المشتري ما اشتراه ثم فسخ البائع

.....
 فان العين ملك للعاقدا الثانى ، والفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض ، وهو العاقدا الاول ، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقدا الثانى ، فيستقر بد له على العاقدا الاول .
 و لا دليل 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 (و الفسخ انما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض) و هو خروج الثمن من ملك المشتري الاول ليدخل فى ملكه الثمن الذى كان دفعه الى البائع الفاسخ (و هو) اى من يدخل فى ملكه العوض (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 بد له على العاقدا الاول) اى يلزم على العاقدا الاول الفاسخ ان يرجع الى المشتري البدل و هو الثمن الذى اخذه .
 (و) اما المشتري فانه يعطى الى البائع الاول بدل المعوض لانفس المعوض .

اذ (لا دليل على الزامه بتحصيل المبدل) الموهوب (مع دخوله) اى دخول ذلك المبدل (فى ملك ثالث) و هو الموهوب له (وقد مرّ بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن) .

فتحصّل ان قوله « نعم » يقول « حيث ان المشتري وهب القاع فالفاسخ يلزمه بالاسترجاع) .

هذا ولكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع : الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار .
و توجيهه بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان ، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى 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 فاللازم على الغاصب ان يرجعه اليه » .
ولكن لا يخفى ما فى قوله « الا ان يقال ٠٠٠ الخ » من عدم الاستقامة بل هذا الكلام اقرب الى بدل الحيلولة من نفس المعين بان يقرر هكذا « حيث ان المغصوب الآبق لا يمكن رده فالواجب على الآبق بدل الحيلولة اما الموهوب حيث يمكن استرجاعه فاللازم على المشتري الواهب استرجاعه بابطال الهبة » و الذى اظنه ان فى النسخة غلطا او سقطا .
(هذا ولكن) هذا رد لقوله « الا ان يقال » (قد تقدم ان ظاهر عبارة 'دروس و الجامع : الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار) فاذا فسخ العاقد الاول بطلت هبة المشتري فيسترجع العاقدين ماله .

(و توجيهه) اى توجيه عدم النفوذ الذى قاله الدروس و الجامع (بارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان ، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى 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 البدل ، 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 باطلة لان التصرفات
 صحيحة و لكن مع ضمان البدل .
 فالمعنى : ان التصرفات بلا بدل غير صحيحة ، وهذا المعنى يعيد
 جداً عن كلامهما .

(و) مع انها ادعى الاتفاق (لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز)
 اى بجواز التصرفات (عنه الرجوع الى البدل) بل يرجع الفاسخ الى نفس
 العين .

(١) فالدروس و الجامع 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
 البدل فى هاتين المسئلتين .

(٣) و نحن نرى ان مقتضى القاعدة صحة التصرفات والرجوع الى
 البدل (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) .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 للخيار 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
الذي فسخه العاقد الاول ذو الخيار) يتلقى 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) اي 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) اي 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 يتنجز فيه الخيار ، اما لعدم
تحقق سببه ، كما فى خيار التأخير

الفسخ) و هو 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) و هو 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 يتنجز فيه الخيار ، اما
لعدم تحقق سببه ، كما فى خيار التأخير) فان الخيار انما يحدث بعد التأخير

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 معوض الارتفاع
 و هو موجود هنا، وان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ .
 و من انه لاحق بالفعل لذى الخيار فلما مانع 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، و هو) 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 - .

(و من انه لاحق بالفعل لذى الخيار فلما مانع من التصرف) - وهذا
 وجه جواز التصرف - .

(و يمكن) التفصيل فى المسئلة و (الفرق) بين اقسام الخيار والمستقبله
 بان يفرق (بين الخيار المتوقف على حضور الزمان) كخيار الشرط و لكن
 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

لان ثبوت الحق فى الاول معلوم وان لم يحضر زمانه ، بخلاف الثانى .
ولذا 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 امر كالعين

فى الخيار الزمانى لا يحق له التصرف .

وفى القسم الثانى يحق له التصرف (لان ثبوت الحق) وهو 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) سبب
تلف ما لم يقبض) .

وقوله « من جهة » متعلق ب « لم يقل » مع انه لو كان الخيار والمستقبلى

مانعا عن التصرف لزم منع المشتري من التصرف فى الثمن ، لان العقد
فى معرض الانفساخ (وسيجئ ما يظهر منه قوة هذا التفصيل) الذى ذكرناه
بقولنا « ويمكن الفرق » .

(وعلى كل حال ، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امر كالعين

.....
 والعيب والرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلاخلاف ظاهرا
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

والعيب والرؤية على خلاف الوصف) لانه لا خيار قبل ظهور الغبن، وظهور
 العيب، وقبل الرؤية فى خيار تخلف الوصف - كما تقدم - (غير مانع من
 التصرف، بلاخلاف ظاهرا) .

ثم حيث ان الخيار حق لذى الخيار وليس حكما جاز لذى الخياران
 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
 بالواطى .
 لكن قيل ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك .

المبسوط والغنية والخلاف) .

(لكن) يرد على شيخ الطائفة انه كيف يفتى بجواز الوطى فى زمن
 الخيار ، و الحال 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 واطى 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 بالواطى) فان من عليه
 الخيار لا يملك ، لامن له الخيار .
 (لكن قيل) واستشكل على الدروس ب (ان عبارة) الشيخ فى
 (المبسوط لا تقبل ذلك) الحمل ، بل ظاهره واطى 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

.....
 اذ 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 ، و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فاذا استوفاهما المشتري بالاجارة ، فلاجوه 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 (اذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلّمه) اى تسلم ما فيه الخيار (لاجل استيفاء منفعة) .

المهم 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) اذ الخيار يعطى ذو الخيار حق الفسخ والابطال ، لا ان الملك الذى فيه الخيار ملك من نوع ثان ، غير الملك الذى ليس فيه الخيار (و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة) اذ كما ملك المشتري العين ملك النماء (فاذا استوفاهما المشتري بالاجارة ، فلاجوه 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 ذلك 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 و خمسين سنة
 للبطن الثانى — فيما اذا دام كل بطن خمسين سنة — .

(فالملك) بالنسبة الى البطن الاول (ينتهى بانتهاء استعداده) كما
 لو مات البطن الاول .

لكن لا يخفى انه اذا انقصت قيمة العين بسبب الاجارة ، كان للفاسخ

مطالبة التفاوت .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 و كان 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 مسلوبه 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 و ليس 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 (و كان 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 و يجعله 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 المدّة للفاسخ لا للمشتري .

قلت : اولانه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة بان باعه
 بيعا لازما ، ثم آجره المشتري ، ثم تفاسخا عن رغبتهما فان الاجرة كليهما
 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 لولا الراجع آناً .

ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة
بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن .

وعلّه بأنه 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 لولا الراجع)
تحقق الملك (آناً) .

اذ بمجرد ملكية المشتري للعين ، ملك كل منفعه ، 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)
التي 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 علّله) اى علّل ماجزم به (بأنه 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 اجازة
فى ملك الغير

وان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع انتهى .
 فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعة لبقاء الملك ، او
 الملك المستند الى ذلك الملك ، فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلا ، وان
 المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام .

وان كان مرجعه الى شئ آخر فليبين حتى ينظر فيه ، مع ان الاصل

(و ان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة) 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
 تابعة لبقاء الملك) فى حيازة المشتري (او) المنفعة عبارة عن (الملك
 المستند الى ذلك الملك) بقاءً و حذوثاً فمادام اصل الملك فى حيازة المشتري
 كانت المنفعة فى حيازته ، فاذا خرج الملك عن حيازته خرجت المنفعة من
 حيازته (فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلا) فى قولنا : قلت اولاً و ثانياً (و)
 عرفت (ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام) و ان خرج بعد ذلك
 عن الملك .

نعم فى الملك غير المستعد للدوام كالوقف ليست المنفعة تابعة للملك
 بل ملك كل بطن للمنفعة بقدر حيازته

(و ان كان مرجعه الى شئ آخر فليبين حتى ينظر فيه) .

وربما احتمال 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 للتملك 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 الراجع 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 للتملك قبله) اى قبل الفسخ .
فمثلا : اذا كان الفسخ بعد شهر من البيع ، فالمنفعة بعد الشهر الى السنة قابلة لان يملكها المشتري للمستأجر ، لان الملك الانامائى يقتضى ملكية المنفعة الى الابد .

فيكون حال مانجن فيه (كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة) بان باعه يبيعا قطعيا ثم آجره 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، و ارادة الفسخ و اخذ القيمة كما
 نيهنا عليه فى المسئلة السابقة .

و به يندفع الاشكال الذى اوردته المحقق الاردبيلى من عدم دلالة
 ذلك على سقوط الخيار .

و اما 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 .

و انما يسقط خياره (اما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا)
 فمعنى اذنت لك فى العتق - مثلا - انى رفعت يدي عن خيارى (وان
 لم يكن منافاة) عقلا (بين الاذن فى التصرف و فى) الاتلاف، و) بين
 (ارادة) ذى الخيار (الفسخ و اخذ القيمة) لانه يمكن ان يريد ذى الخيار
 الفسخ، ومع ذلك يأذن للمشتري فى اتلافه .

و انما يريد لانه اذا اتلفه اخذ قيمته بدلا عن العين (كما نيهنا عليه)
 اى على عدم المنافاة (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 .

(و اما 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 المعتق او المبيع الى الفاسخ (ولا يتعلق الحق) اي حق ذي الخيار بعد ان فسخ (بالبدل ، لان اخذ البديل ب) بعد (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 و تصرف من عليه الخيار .

(ولو اذن و لم 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 موجوده سواء تصرف المأذون او لم يتصرف (ولا يقدح فيها) اى فى
 دلالة الاذن على سقوط الخيار (تجرده) اى مجرد الاذن (عن التصرف)
 (و) لكن (قدم منع دلالة الاذن المجرد) عن التصرف على سقوط

الخيار (فى المسالك و جامع المقاصد والقواعد) .

(والاولى) ان لا نقول بقول «قيل» بل اللازم (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 ولا:
 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

ايصال الطالب الى المكاسب ج ١٥

غير جائز شرعا، فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التي لا يصح شرعا الا
 بجعلها فسخا .

و اما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف اجازة و اسقاطا
 لخياره ، فيمكن الاستشكال فيه ، لان الثابت بالنص و الاجماع ان التصرف
 فيما انتقل اليه اجازة ، وليس الاذن من ذلك .
 و انما 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 ابطل البيع (كسائر
 التصرفات التي لا يصح شرعا الا بجعلها فسخا) و ابطالا للبيع — هذا فيما
 اذا اذن ذو الخيار بالتصرف لاجنبى ، فانه فسخ — .

(و اما كون اذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف) فيما فيه الخيار
 (اجازة و اسقاطا لخياره ، فيمكن الاستشكال فيه ، لان الثابت بالنص و
 الاجماع 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

.....

المواقع باذنه صحيح نافذ .

و التسلط 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 .

المواقع) 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

حالكونه (متعلقا للحق) اى حق ذى الخيار ، واحال 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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

وقد صرح فى المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطى المشتري سقط

خياره .

و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما .

فهذا القول لا يخلو عن قوة .

الجارية هناك مسقط .

(وقد صرح فى 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 فى

كون العرض على البيع) فيمن له خيار الفسخ (التزاما) بالبيع و اسقاطا

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 بال عقد و اثر الخيار تنزل 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 بال عقد) فبمجرد العقد يملك البائع الثمن و المشتري الثمن (و اثر الخيار) الاصلى كخيار المجلس و المجمعول كخيار الشرط (تنزل 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) .

مثلا : 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) و اذا 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 الجنيد 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 و المبسوط .

(و) لكن (ظاهر ابن الجنيد 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 : و ربما 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 و المبسوط) .

فالشيخ فى الخلاف و المبسوط 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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

اذ 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 (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 مورد الخلاف بين الشيخ وبين المشهور —
 الخيار المختص بالبائع و الخيار الذى لهما .

وعليه فمقاله 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
 و بين خيار البائع وحده ، و خيارهما بيعد ، بان الكل يوجب عدم ملك
 المشتري و بان الخيار اذا كان للمشتري وحده زال ملك البائع ، و اذا 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك في المبيع ، نظير لزوم العقد من طرف الاصيل اذا وقع مع الفضولى و بين 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 ، و يكون الخيار مع الطرف الآخر ، سواء اجاز او رفض (و بين) ما قال : من (عدم انتقاله الى المشتري بحسب الظاهر ، حتى ينقض خياره) .

فعدم الانتقال انما هو بحسب الظاهر ، ففي 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 داخل 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 مالكاً 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 اللزم منه بقاء الملك بلا مالك .
 و حاصل هذا القول ان الخيار يوجب تنزيل الملك .
 و يمكن حمله ايضا على ارادة الملك اللزم الذى لاحق ولا علاقة لما لكة
 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
 اللزم 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) اذالم نقل بان ظاهر كلام الشيخ ما ذكرناه ، بل قلنا : بان ظاهره
 عدم الملك الا بعد انقضاء الخيار (يمكن حمله ايضا على ارادة الملك اللزم)
 فنقول ان مراد الشيخ - خلافا لظاهر كلامه - من قوله « لا يملك الا بعد
 انقضاء الخيار » انه لا يملك ملكا لازما ، فالشيخ ينفى الملك اللزم (الذى
 لاحق ولا علاقة لما لكم السابق فيه) .

وعلى هذا المعنى (فوافق) الشيخ (المشهور) فى انه يملك بالعقد
 ملكا مترزلا .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 ولذا عبر 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 لزمه بنفس العقد لزم بنفس العقد .
 وان كان مشروطا بشرط

فتحصل اننا 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 (عبر 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) لانقضاء خيار المجلس
 بالتفرق .

(وان كان مشروطا لزمه بنفس العقد) بان شرطا عدم خيار المجلس
 (لزم بنفس العقد) لانه لا خيار حينئذ .

(وان كان مشروطا بشرط) مثل ان يشترط ان لا حد هما الخيار الى اسبوع

.....
 لزوم بانقضاء الشرط .

و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري .
 لكن قال في 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 .

(لزوم) العقد (بانقضاء الشرط) لانه يلزم بعد انتهاء الخيار .
 (و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري)
 في الحالات الثلاث ، وهى : عدم الشرط ، و شرط عدم الخيار ، و شرط
 الخيار .
 (لكن قال) الشيخ (في 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
 للشريك ان يأخذ الملك من المشتري (لان الشفعة انما تجب) اى تثبت (اذا
 انتقل الملك اليه) اى الى المشتري و الملك لا ينتقل الى المشتري فى زمن
 الخيار .
 (وان كان الخيار للمشتري) فقط (وجب الشفعة للشفيع) و تمكن
 الشريك 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 مأخذاً متقدماً من النسبة في ذيل عبارة الدروس .
 هذا ولكن الحلّى قدس سره في السرائر 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) الذي
 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 (مأخذاً متقدماً من النسبة في
 ذيل عبارة الدروس) اذ هذا الكلام صريح فيما ذكره الدروس .
 هذا ولكن الحلّى قدس سره في السرائر ادعى رجوع الشيخ عما
 ذكره في الخلاف) .

(و) كيف كان ف (يمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق
 المشهور) من انتقال الملك بمجرد العقد ، لا بانقضاء الخيار (مثل استدلاله
 - في مواضع - على المنع عن التصرف في مدة الخيار بان فيه ابطالا لحق
 ذي الخيار) والمراد بالتصرف المتلف ، وما شبهه (كما في مسألة بيع احد
 النقدين على غير صاحبه في المجلس) فان فيه خيار المجلس (وفي مسألة

.....
 رهن مافيه الخيار للبائع .

فانه لو قال : بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا بابطال حق
 ذى الخيار من الخياره لان التعليل بوجود المانع فى مقام فقد المقتضى
 كماترى .

ومنها : انه ذكر فى باب الصرف : جواز تباع المتصارفين ثانيا فى
 المجلس لان شروعاتهما 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 بابطال حق ذى الخيار من الخيار) .
 فتعليله بابطال حق ذى الخيار دال على انه يقول بالملك ، (لان
 التعليل بوجود المانع) اى الخيار المانع عن التصرف (فى مقام فقد
 المقتضى) اى الملك (كماترى) خبر (لان) .

فانه اذا لم تكن هناك نار وكان الحطب رطبا ، 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 ثانيا فى
 المجلس) بان يبيع المشتري المثلث الى البائع (لان شروعاتهما فى البيع)
 الثانى (قطع للخيار) اى خيار المجلس الذى كان للبيع الاول (مع انه لم يصح

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 فى باب الهبة البيع الذى يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه فى الملك
 فلو لاقوله فى الخيار بمقالة المشهور لم يصحّ البيع ثانيا لوقوعه فى غير
 الملك على ما ذكرنا فى الهبة .

و ربما ينسبه 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 ، و الحال انه لا يبيع 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 ، و انه
 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
 امالا ان الشئ ملك للمنتقل اليه فى زمن الخيار لكن الشيخ لا يقول بان
 ابطال للخيار ، كما ظهر من كلامه فى باب الهبة ، فلا بد وان يقول بان الشئ
 ملك فى زمن الخيار .

و لذا قال المصنف : (فلو لاقوله 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 يصحح » .

(و ربما ينسبه الى المبسوط اختيار) كلام (المشهور) القائلين بحصول
 النقل و الانتقال بمجرد البيع (فيما اذا صار احد المتبايعين

الذى له الخيار مفلسا حيث حكم بانّ 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 بانّ 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 دليل فى
كلامه لصحة النسبة .

(وقال ابن سعيد قدس سره فى الجامع على ما حكى عنه ان المبيع يملك

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 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 و وضعاً - (واكل
 المال، اذا كانت تجارة عن تراض) بقوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ**
يَا بَاطِلٍ، 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 ما 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 للناقل، 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 ما يحل له قبل ذلك) العقد (فانه يدل على
 الحل) اى حل النظر (بعد العقد فى زمن الخيار) فيدل على انتقال الملك
 الى المشتري، والافلو 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 لا وجه لهذا الالتزام، فان نظر المشتري لا وجه 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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 للمشتري و تلفه 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 فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال ، وما يشهد له من
 بعض العنوانات .

لكن تقدم انه بعيد فى الغاية .

او يقال : ان النماء فى مورد الرواية نماء المبيع فى زمان لزوم البيع ،

هذا البيع (للمشتري و تلفه منه) اى من المشتري ، (فيكشف ذلك) اى كون
 النماء للمشتري و التلف منه (عن ثبوت اللزوم ، وهو الملك) فانه لو كان المبيع
 للبائع ذى الخيار ، لم يكن وجه لكون النماء للمشتري (الا ان يلتزم بعدم كون
 ذلك) و هو 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 فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال ، وما يشهد له

من بعض العنوانات) اى عنوان العينة .

(لكن تقدم انه) اى كونه من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن

(بعيد فى الغاية) .

(او يقال : ان النماء فى مورد الرواية) التى دلت على كون النماء

للمشتري فى مورد بيع الشرط (نماء المبيع فى زمان لزوم البيع) لافى 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 .

و الحاصل : ان اطلاق الرواية شامل لما اذا كان الخيار من اول
 العقد ، ولما اذا حدث من حين رد الثمن ، وشمول الرواية للصورة الاولى
 شاهد للمشهور (هذا ، مع) انه لو قيل بان الرواية تشمل الصورة الثانية
 ايضا اى فيما اذا حدث الخيار عند رد 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) .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

و ربما يتمسك بالاخبار الواردة في العينة و هى ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ، ثم يبيعه باقل منه فى ذلك المجلس نقداً .
 لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية ، لان بيعها على بايعها الاول و ان كان فى خيار المجلس او الحيوان ، الا ان بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقاً .

فالشيوخ يرى انه لا يملك المشتري الا بعد انقضاء كل خيار ، سواء كان متصلاً بالعقد او منفصلاً .

(و ربما يتمسك) لمذهب المشهور (بالاخبار الواردة فى العينة) بكسر العين (وهى ان يشتري الانسان شيئاً بنسيئة ، ثم يبيعه باقل منه فى ذلك المجلس نقداً) .

مثلاً : يشتري زيد صاعاً من الحنطة من الحنيط بدرهم نسيئة ، ثم يبيعه من نفس الحنيط باربعةين فلساً ، فيأخذ منه اربعين فلساً و يطلبه الحنيط خمسين فلساً ، وذلك 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 لها من هذه الحيثية) اى حيثية كون المبيع ملكاً للمشتري فى زمن الخيار (لان بيعها على بايعها الاول و ان كان فى خيار المجلس او الحيوان ، الا ان بيعه عليه) اى على البائع (مسقط لخيارهما) اى خيار المجلس و الحيوان (اتفاقاً) فلا ينافى البيع عدم الملك و تصور ان البيع يسقط الخيار ، مع انه يلزم ان يكون البيع فى 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 المذهب
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 ذيلها 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 المذهب 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 ذيلها) و هو قوله « ليس هو متاعك الخ » (دلالة على انتقال
المبيع قبل انقضاء الخيار) اذ كون الشئ متاع المشتري فى زمان الخيار
لا يكون الا بانتقال المتاع الى المشتري (و) لكن (لا استيناس بها) اى بهذه

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 و يذَّبْ بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقا من ان الملك اذا حصل بنفس البيع الثانى، مع انه موقوف على الملك، للزم الدور الوارد على من صحَّح البيع الذى يتحقق به الفسخ.

الرواية (ايضا) كما لا دلالة لاختبار 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 للبائع 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: (يذَّبْ) 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 (للمرور).

فملك المشتري الاول موقوف على بيعه، حتى يسقط الخيار بالبيع، و يبيعه موقوف على ملكه، لانه لا يبيع الا فى ملك (الوارد) ذلك الدور (على من صحَّح البيع الذى يتحقق به الفسخ).

.....
 و حينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله : اشترى متاعى ، من جهة ركوز مذهب الشيخ عند هم من عدم جواز البيع قبل الافتراق ، و يكون 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 بتواطئكما 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 ، و الملك فى زمن الخيار يكون للبائع ، فاذا اشتراه فكان قد اشترى متاع نفسه (و يكون 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) و انما خرج عن ملكك (بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما) فان التواطى رضا منهما والرضا يسقط الخيار ، لقوله عليه السلام (لانه رضا) كما تقدم تقريبه (لا) ان الخيار يسقط

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 للكلام السائل وكلام الامام عليه السلام
(فى غاية الموضح 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) لمذ هبهم لما اشكلناه فى دلالاته (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 بذك 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 ، والا فلو كان الخيار يوجب عدم ملكه فكيف يشتريه منه الرجل الآتى .
وانما قلنا : ان هذه الرواية لا دلالة 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 « لا تبع ما ليس عندك » فانه لا يجوز للانسان ان يبيع لنفسه متاعا هو ملك لانسان آخر بقصد ان يشتريه منه بعد البيع ، ثم يسلمه 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 وارادة 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 لبيعهما 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 اريد به الاستدلال للمشهور (كما يظهر) ما ذكرناه من معنى الحديث (من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر وارادة 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 اولها لرواية لا دلالة لها على كلام المشهور .

و ثانيا : (مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة) اى فيما اذا اشترى انسان شيئا ثم باعه لغيره (قيام الرجل) اى الواسطة - الدلال - (الى مكان غيره) صاحب البضاعة (لياخذ منه المتاع) و يشتريه منه (و رجوعه) اى الواسطة (الى منزله) دكانا كان او غيره (لبيعه من صاحبه الذى طلب منه

.....
 ذلك ، فيلزم العقد الاول بالتفرق .

و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد ، كان تعريفه للمبيع ثانيا بحضور
 البائع د الاعرفا على سقوط خياره ، و يسقط خيار المشتري بالتعريض للمبيع
 و بالجملة ليس فى قوله : بعد ما يملكه ، دلالة على ان تملكه بنفس
 العقد ، مع انها على تقدير الدلالة تدفع النقل

ذلك) المتاع (فيلزم العقد الاول بالتفرق) ولا يكون البيع الثانى فى زمان
 خيار البائع الاول حتى يقال : ان الشئ صار مالا للمشتري — مع انه فى
 زمن 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 تعريفه) اى تعريف الواسطة
 (للمبيع ثانيا) للمشتري من الواسطة (بحضور البائع د الاعرفا على سقوط
 خياره) لانه رضى بهذا البيع ، والرضا — كما عرفت سابقا — مسقط للخيار
 (و يسقط خيار المشتري بالتعريض للمبيع) فلا خيار فى هذا المال ، بل
 اصبح مالا للواسطة بدون خيار له ولا لبايعه فهو ملكه ، يبيعه من المشتري .
 فالرواية لا تدل على مذهب المشهور القائلين بان الشئ فى زمن
 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 .

ونحوه 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) وانه قد انتقل الى المشتري بالعقد وانما كان انقضاء
الخيار كاشفا عن الملكية حال العقد (كما لا يخفى) .

(ونحوه 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

مشتري .

وان 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 رداً لكلام الشيخ .

(و) ان قلت : الرواية باطلاقها خلاف قول الشيخ ، لان الرواية تشمل
ما اذا شرط البائع الخيار لنفسه وما اذا لم يشترط ، فتدل الرواية على انه
اذا كان الخيار للبائع بالشرط و للمشتري ايضاً 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

واشدّ ضعفاً من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين والذى وقع التراضى عليه انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد .
فهذه المعاملة اما صحيحة كذ لك - كما عند المشهور - فثبت المطلوب او باطلة من اصلها ، او انها صحيحة الا انها على غير ما قصداه وتراضيا عليه .
توضيح الضعف

(واشدّ ضعفاً) بحيث لا يمكن الاستدلال به لمذهب المشهور (من الكل) اى من كل ما تقدم من ادلتهم (ما قيل من) ان المتبايعين ارادوا 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 الثمن والمثمن) الى طرفى العقد فى (حال العقد) لا بعد انقضاء الخيار (فهذه المعاملة) بهذا القصد (اما صحيحة كذ لك) بان ينتقل حال العقد (- كما عند المشهور - فثبت المطلوب) بان الملك يحصل بالعقد (او باطلة من اصلها) وهذا خلاف الاجماع فان الشيخ والمشهور كليهما يقولان بصحة المعاملة (او انها صحيحة الا انها على غير ما قصداه وتراضيا 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 اضاف الى « كون العقد علة » علة اخرى فى حصول نقل الملك وهى 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 ، كالتبض فى السلم والصرف وانقضاء الخيار

فى محل الكلام ، فالعقد مدلوله مجرد التمليك 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 (كالتبض) للمثلن (فى السلم) فانه شرط

لتحقق المنشأ شرعا ، مع ان العرف لا يراه شرطا (والصرف) فانه يحتاج

الى القبض (وانقضاء الخيار فى محل الكلام) اى مطلق النقل والانتقال (فالعقد

مدلوله مجرد التمليك والتملك مجرداً عن الزمان) اذ الزمان ليس داخلا

لكنه عرفا علة تامة لمضمونه .

وامضاء الشارع له تابع لمقتضى الادلة ، فليس في تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد وانما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين ، ولا ضرر فيه . وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة .

وقد يستدل ايضا بالنبوى المشهور

في مدلول العقد ، كما عرفت (لكنه) اي العقد (عرفا علة تامة لمضمونه) الذي هو النقل ، فاذا حصلت العلة حصل المعلول .

(و) لكن (امضاء الشارع له) اي لكون العقد علة (تابع لمقتضى الادلة) وهل ان الشارع جعل العقد فقط علة او شرطا معه شرط آخر (فليس في تأخير الامضاء) اذا الشارع يمضى النقل بعد انتهاء الخيار (تخلف اثر العقد عن المقصود) للمتبايعين (المدلول عليه بالعقد وانما فيه) التخلف عن داعي المتعاقدين ، ولا ضرر فيه (اي في تخلف الداعي ، بل كثيرا) يكون تخلف الداعي ، ولا محذور فيه .

مثلا : اذا اشترى زيد دارا بقصد السكنى ، ثم اتفق ان اضطر الى السفر عن المدينة الى مدينة اخرى كان هناك تخلف الداعي ، ولا يوجب ذلك بطلان العقد ، ولا يصدق « عدم اتباع العقد للمقصد » (وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة) في باب عقد الفضولي .

(وقد يستدل ايضا) لمذهب المشهور القائلين بان العقد سبب للنقل والانتقال ، لانقضاء 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 القول
 بكون 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 والّا لم يستندوا اليه (و هو ان الخراج بالضمان) فمن
 ضمن شيئا فله خراجه مثل : تلف الشئ من مالكه 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 (و هى) 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
 القول بكون 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 .
 و استدلال لقول 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 و الانتقال يكون من حين العقد (عموم ادلة : حل
 البيع ، و: التجارة عن تراض ، واخبار الخيار) و ان كانت لهم في بعض
 الادلة الاخر ايضا دلالة ، هذا .

(و استدلال لقول 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 .
 و الثانية : ان من يكون التلف من كيسه يكون المال ماله .
 اما المقدمة الاولى : فتدل عليها بعض الاخبار الآتية .
 و اما المقدمة الثانية : فيدل عليها ان الضمان و النماء متلازمان
 و ان النماء و الملك متلازمان ، فالضمان و الملك متلازمان .
 و يرد الاشكال على هذا القول في المقدمة الثانية في قولهم « ان
 الضمان و النماء متلازمان » فنقول : لا تلازم بين الضمان و النماء ، 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 : و ان 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 فمما 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 ، و ذلك 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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

فماتت عنده وقد قطع الثمن ، على من يكون ضمان ذلك؟ قال : ليس على
الذي اشترى ضمان حتى يمضى شرطه .

و مرسله ابن رباط : ان حدث في الحيوان حدث قبل ثلاثة ايام فهو
من مال البائع .

و النبوى المروى فى قرب الاسناد فى العبد المشتري بشرط ، فيموت
قال : يستحلف بالله ما رضيه ، ثم هو برئ من الضمان .

فيها ردّها (فماتت) الامة (عنده وقد قطع الثمن) اى انتهى البيع و (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 رضيه)
قبل ان يموت (ثم هو) بعد الحلف (برئ من الضمان) و يكون ضمانه على
البائع .

اما اذا رضيه 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 ظاهرا لبيان المتقدمة عن الجامع .

وعلى اى حال .

(وهذه الاخبار انما تجدى) لالشيخ ، 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 ظاهرا لبيان 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصصة لادلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك والضمان، او لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسئلة .
فيرجع بعد التكافؤ الى اصالة 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 المال للبائع والضمان عليه .
وعلى هذا : رفعنا اليد عن ما دل على ان النقل بمجرد العقد ، او نقول : لاتلازم بين الملك والضمان ، فانقل 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 اصالة 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 ماتقدم 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 فمن لا خيار له .

(ثم ان مقتضى اطلاق ماتقدم من عبارتى المبسوط والخلاف مع 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)

.....

لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط ايضا .

فخيار العيب والغبن والرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان

الخلاف فيها .

و مما يدل على الاختصاص ان ما ذكر من الادلة مختصة بالخيارين .

وان الظاهر من لفظ الانقضاء - فى تحريرات محل الخلاف - انقطاع

الخيار الزمانى .

واما خيار المجلس ، فالظاهر

اي عدم شمول الحكم بالنقل عند انقضاء الخيار (لخيار غير الشرط و الحيوان)

وانما يشمل خيار الحيوان لما ذكره بقوله : (الذى يطلق عليه الشرط

ايضا) فى الاخبار و كلمات الفقهاء - كما تقدم - .

وعلى هذا (فخيار العيب والغبن والرؤية و التدليس الظاهر) من

التخصيص المذكور (عدم جريان الخلاف فيها) بل يكون النقل فيها بمجرد

العقد .

(و مما يدل على الاختصاص) اي اختصاص الخلاف بالحيوان و الشرط

فقط (ان ما ذكر من الادلة) و هى الروايات التى ذكرناها قبل اسطر

(مختصة بالخيارين) فان المذكور فى الروايات خيار الشرط و خيار الحيوان

(و كذلك) ، ف (ان الظاهر من لفظ الانقضاء - فى تحريرات محل

الخلاف - انقطاع الخيار الزمانى) اذ الانقضاء ، انما يقال : للزمان .

(و اما خيار المجلس ، ف) هل هو داخل فى محل الخلاف ، ام لا ؟ لانه لا يعبر

عنه بالانقضاء و ليس دخلا فى الروايات المتقدمه التى ذكرت الشرط و الحيوان (الظاهر

.....
 دخوله فى محل الكلام لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب
 الشفعة، ولقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك، الا ان
 مشروط بان يتفرقا بالابدان، ولا يفسخا العقد، و لنصّ 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 (لنصّ الشيخ
 بذلك) اى دخوله فى محل الخلاف (فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة
 ولقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك) وهو الثمن للبائع و
 الثمن للمشتري (الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، ولا يفسخا العقد)
 فان كلامه صريح بان الملك يتوقف على انقضاء خيار المجلس (و لنصّ
 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 خيارى 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 منقولا نقلا جائزا متزلزلا -
 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 .

و كذ لك العبارة المتقدمة - فى عنوان هذا الخلاف - عن الجامع .
 وقد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط : ان خيار المجلس مانع عن
 التصرف فى احد العوضين .

و من 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 عنون مأخذ الخلاف بحيث يدل على
 (ان كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع ، فهو داخل فيما يتوقف الملك
 على انقضائه) و خيار المجلس ايضا يمنع من التصرف فى المبيع .

(و كذ لك العبارة المتقدمة - فى عنوان هذا الخلاف - عن الجامع)

تشمل خيار المجلس ايضا .

(و ذلك ، لانه (قد تقدم عن الشيخ فى) باب بيع ال (صرف) من كتاب

(المبسوط : ان خيار المجلس مانع عن التصرف فى احد العوضين) فاذا

ضممنا كلام الدروس الى كلام المبسوط انتج ان خيار المجلس داخل فى

النزاع .

(و من ذلك) الذى ذكره الدروس مأخذ هذا الخلاف بانه كلما منع

عن التصرف (يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب واخوته) وهى خيار الغبن

و الرؤية 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، و تنجز 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
 الاربع (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 الاربع
 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 و يخرج 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 الاربع (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 كالصريح 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) .

اذ المنع عن التصرف بدون وجود الخيار - لان الخيار انما يحدث
بعد الظهور - لوجه له ، والخروج عن الملك بعد الدخول فيه - خروجاً
بلاسبب شرعى او عرفى - غير صحيح ، هذا وجه لعدم جريان الخلاف فى
خيار العيب واخوته .

(مع) ان هناك وجه آخر ، ف (ان كلام العلامة فى المختلف كالصريح
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 ثناء ، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه ، محتجا بالاجماع وبالنبوى :
الخراج بالضمنان ، وسيجئ تنمة 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 ثناء ، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه) فان عدم رد الثناء دليل الملك
(محتجا) لعدم رد الثناء (بالاجماع ، وبالنبوى : الخراج بالضمنان) فان
المشترى كان ضامنا للمبيع فله خراجه (وسيجئ تنمة 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 « التالف فى زمن الخيار ممن لا خيار له » .

و انما قلنا « فى الجملة » لما سياتى 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 التالف 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 ولاخلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع .

و يدل عليه ماتقدم فى المسئلة السابقة من الاخبار .

و كذ لك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلاخلاف 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 ولاخلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع)

و تلفه على البائع .

(و يدل عليه ماتقدم فى المسئلة السابقة من الاخبار) كقوله عليه

السلام : على البائع حتى ينقض الشرط ثلاثة ايام ، ويصير المبيع للمشتري

شرط له البائع او لم يشترط .

(و كذ لك الخيار الثابت له) اى للمشتري (من جهة الشرط) بان

شرط المشتري على البائع ان يكون له خيار (بلاخلاف) بين الفقهاء (فى

ذلك) اى فى خيار الشرط (لقوله عليه السلام — فى ذيل صحيحة ابن

سنان — : وان كان بينهما) اى بين البائع و المشتري (شرط اياما معدودة

فهلك) الحيوان (فى يد المشتري) اى بلا تعدد ولا تفریط (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 ل احد الطرفين فقط (ولو كان للمشتري فقط

.....
 خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله عليه السلام : حتى ينقضى شرطه و
 يصير المبيع للمشتري كذالك ، بناء على ان المناط انقضاء الشرط الذى
 تقدم انه يطلق على خيار المجلس فى الاخبار ، بل ظاهره ان المناط فى
 رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على
 سلبه عن نفسه .

و الى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فى السرائر ، حيث قال
 فكل من كان له

خيار المجلس دون البائع) بان شرط فى ضمن العقد عدم خيار المجلس
 للبائع (فظاهر قوله عليه السلام) - فى الرواية المتقدمة فى المسئلة السابقة
 - (حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري كذالك) اى ان التلف فى
 زمن خيار المشتري من كيس البائع (بناء على ان المناط انقضاء الشرط
 الذى تقدم انه يطلق على خيار المجلس فى الاخبار) فلا خصوصية للشرط
 اللفظى ، بل كل شرط كذالك ، سواء كان خيار شرط او خيار حيوان او خيار
 مجلس .

و كون مورد الرواية خيار الشرط لا يوجب التخصيص (بل ظاهره ان
 المناط فى 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 (فى السرائر ، حيث قال فكل من كان له

.....
 خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار، لانه قد استقر عليه العقد، و
 الذي له الخيار ما استقر عليه العقد، و لزم .

فان كان الخيار للبائع دون المشتري، وكان المتاع قد قبضه المشتري
 و هلك في يده، كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لان العقد
 مستقر عليه، ولازم من جهته .

و من هنا يعلم انه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل
 خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان : التلف في 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، والذي 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 وهلك)

المتاع (في يده) اي يدى المشتري (كان هلاكه من مال المشتري دون البائع)
 و ذلك (لان العقد مستقر عليه) اي على المشتري (ولازم من جهته)

و انما شرطنا (قبض المشتري) لانه اذا لم يكن قد قبضه فتلفه من

كيس البائع، لقاعدة : التلف قبل القبض من مال مالكة .

(و من هنا) الذي تمسكنا بالمناط في تعدى الحكم الى خيار

المجلس الذي كان لاحدهما، وفي تعدى الى خيار البائع دون المشتري
 (يعلم انه يمكن بناءً على فهم هذا المناط) و هو ان التلف ممن يستقر

عليه العقد (طرد الحكم) بانه ممن لا خيار له (في كل خيار، فتثبت
 القاعدة المعروفة من ان : التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، من

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن والتمن ، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب ، بل نسبه جماعة الى اطلاق الاصحاب .

قال في الدروس - في احكام القبض - وبالقبض 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 والتمن) .

فان كان الثمن مستقرا ثم تلف كان من كيس من لا خيار له .
و لو كان الثمن 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 - وبالقبض) للمتع 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 المصراة
 او الامة المدّسة فلاشئ له ، وكذا لو تعيّبت عنده قبل علمه بالتد ليس .
 قال : و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر ، لان العيب اذا تجدد
 بعد علمه يكون كذلك .

الا ان يقال انه غير مضمون عليه الآن ، لثبوت خياره .

(و) قال : (فى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف) وهو العلامة
 (و لو ماتت الشاة المصراة) التى جمع اللبن فى ثدييها لايهاام المشتري
 انها ذات لبن كثير (او الامة المدّسة) وهى التى اظهرت نفسها اجمل
 عن واقعها ليرغب المشتري فيها .

فعليه فاذا ماتت عند المشتري (فلاشئ له) اى للمشتري من الثمن ،
 لان التلف من كيسه ، حيث ان المشتري لا خيار له قبل علمه بالتد ليس (و
 كذا لو تعيّبت) الشاة او الامة (عنده) اى عند المشتري (قبل علمه بالتد ليس)
 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 المشتري
 بالتد ليس فى الشاة و الامة (يكون كذلك) كما لو تجدد قبل العلم .

(الا ان يقال) هناك فرق بين قبل العلم و بعد العلم ، (انه) اى
 المتاع (غير مضمون عليه) اى على المشتري (الآن) اى بعد العلم (لثبوت
 خياره) اذ قبل العلم لا خيار للمشتري فالعيب من كيس المشتري ، اما بعد
 العلم فيكون الخيار للمشتري ، 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 تردّ دفيه و فى خيار الرؤية .
 و فى المسالك - فى مسألة ان العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب
 القديم و ان الحادث

فى زمن الخيار ممن لا خيار له (و لم اظفر فى كلام المصنف) و هو 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 و الحيوان .

(وقال) جامع المقاصد : (فى شرح قول المصنف قدس سره) و هو
 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 تردّ دفيه و فى خيار الرؤية) و هل انه من كيس البائع ، ام لا ؟

(و فى المسالك - فى مسألة ان العيب الحادث) عند المشتري (يمنع
 من الرد بالعيب القديم) الذى كان عند البائع (و ان) 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
 البائع) « من » متعلق بـ « 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) والالم تكن قاعدة .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 ممن لا خيار له
 وفى مفتاح الكرامة : ان قولهم التلف فى مدة الخيار ممن 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 ممن لا خيار له (معترفا بعمومها) اى
 عموم قاعدة : التلف فى زمن الخيار ممن 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 ممن لا خيار له (بين اقسام الخيار) وهى الحيوان والشرط
 و المجلس والعيب والغبن وغيرها (ولا بين الثمن و الثمن ، ولا بين الخيار
 المختص بالبائع و المختص بالمشتري) .

(ولذا) الذى يظهر من كلماتهم الاطلاق (نفى فى الرياض الخلاف
 فى ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له) فاثبت بان هذه قاعدة كلية .
 (وفى مفتاح الكرامة : ان قولهم التلف فى مدة الخيار ممن 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 اتقاقهم عليه .

فان ظاهر قولهم : التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى ، وهو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه لامطلق 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) الاولية فان هذه القاعدة مخالفة للقواعد الاولية .

اذ مقتضى القاعدة الاولية : 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 اتقاقهم 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 يشمله هذا الكلام (وهو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه) وقالوا انه مادام الخيار موجودا ، فالمال للبائع — كما تقدم فى المسئلة السابقة — (لامطلق الخيار) زمانيا كان او غير زمانى

-
- يشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب و نحوها
 - الاترى انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع ، و لو كان الموت بعد العلم بالعيب
 - الاترى : ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى اذا كان فى خيار المشتري ، كان من ضمان البائع

(يشمل خيار الغبن و الرؤية و العيب) و التدليس (ونحوها) مما لازمان فيها

(الاترى) 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

(الاترى : ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى) فان العبد اذا جنى كان للمجنى عليه ان يقتص منه (اذا كان) جريان القصاص عليه (فى خيار المشتري ، كان من ضمان البائع) مع ما يأتى من قوله « يراد به خيار الحيوان . . و هل خيار الغبن و الرؤية كذ لك » يدل على ان مراد الفقهاء من قولهم « التلف فى زمن الخيار من لا خيار له » يريدون بالخيار بعض اقسام الخيار ، لا كل اقسام الخيار

وحيث كان كلام المحقق « و لو تعيبت » يوهم ان المحقق يتعدى من خيارى الشرط و الحيوان الى خيار العيب ، فيقول فى خيار العيب ايضا بان « التلف فى زمان الخيار من لا خيار له »

.....
 واما ما نقلنا 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 ما نقلنا » فجملة « واما ما نقلنا » جملة معترضة بين « الاترى » و بين « معانه » وهذه الجملة المعترضة كالا استثناء من مفاد « الجملتين » .

فكان المصنف قال « المحقق الثانى يرى : ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له » خاص بالشرط و الحيوان ، ولا يراه فى الغبن و الرؤية و العيب .

و اما قوله « و لو تعيبت » الظاهر فى كون القاعدة آتية فى خيار العيب ، فهو مجرد احتمال .

(واما ما نقلنا عنه سابقا فى شرح قوله) اى قول العلامة (و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس) حيث قال المحقق « انه غير مضمون عليه الا ان 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 (و هو العلامة) فى باب العيوب ، وكل عيب تجد د فى الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار ، فانه) اى ذلك

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 .

وهل خيار الغبن والرؤية كذلك ، يبعد القول به خصوصا 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 » و الاحتمال يراد به
ما ذكره المصنف بقوله « مجرد احتمال » (على وجه الجزم) فقد نفى ان العيب
يكون غير مضمون على المشتري نفياً جزماً (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
(وهل خيار الغبن) للمشتري (والرؤية) للمشتري (كذلك) اي ان
التلف في زمان هذين الخيارين من كيس البائع الذي لا خيار له (يبعد
القول به) اي انهما ايضاً من كيس البائع (خصوصا 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 ينقضى 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 فهومن 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 ينقضى شرطه و يصير المبيع
 للمشتري —) .

فالمناط (هو انقضاء خيار المشتري الذى يطلق عليه) اى على خيار
 المشتري (الشرط فى

الاجبار .

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 .

الاجبار .

(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 وليس 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 مترزلا (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 مخالف 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 لفظه: حتى الظاهرة فى الابتداء.

و هذا المعنى مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو 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 و يصير 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 لفظه : حتى ، الظاهرة فى الابتداء) .

فانه اذا قال : اَبَقُ هنا حتى الفجر، فان ظاهره البقاء من اول الليل الى الفجر .

(و هذا المعنى) و هو كون التزلزل من اول العقد (مختص بخيار المجلس و الحيوان و الشرط ، و لو كان) الشرط (منفصلا) فانه و ان 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 .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 و لذا ذكرنا جريان الخلاف في المسئلتين السابقتين فيه .
 و اما الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و
 تبعض الصفقة ، فهي توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد .
 و الحاصل ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى
 ان يصير المبيع لازما على المشتري .
 و هذا مختص بالبيع المتزلزل من اول الامر ، فلا يشمل التزلزل
 المسبوق باللزوم بان

(و لذا) الذي كان متزلزلا من اول الامر - و ان كان الشرط منفصلا -
 (ذكرنا جريان الخلاف في المسئلتين السابقتين) المتفرعتين على تزلزل
 المبيع (فيه) اي في الشرط المنفصل .
 (و اما) خيار (الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس
 المشتري و تبعض الصفقة ، فهي توجب التزلزل عند ظهورها) اي ظهور
 هذه الامور (بعد لزوم العقد) من اول الامر ، فلا تشمل الصحيحة لمثل
 هذه الخيارات .

(و الحاصل) 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 بالبيع
 المتزلزل من اول الامر) حين العقد (فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم)
 بان كان اول العقد لازما ثم تزلزل ، و التزلزل المسبوق باللزوم هو (بان

.....
 يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ، ثم يرجع بعد عروض التزلزل
 الى ضمان البائع .

فاتضح بذلك ان الصحيحة المختصة 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 المختصة بالخيارات الثلاثة) وهى الشرط و
 الحيوان والمجلس (على تأمل فى خيار المجلس) وهى انه فى زمن الخيار
 فى ضمان البائع ، ام لا ؟

(ثم ان مورد هذه القاعدة) وهى 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 غيرهما (فلا تشمل هذه القاعدة) اى
 قاعدة التلف فى زمن الخيار من لا خيار له (خيار التأخير) .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 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 التأخيراته 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 و يصير 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 مالكه للثمن ايضا كما تشمل المثمن .

(وتوهم عدم جريانه) اى عدم جريان الاستصحاب (مع اقتضاء القاعدة)
 الاولية (كون الضمان من مال المالك ،

.....
 خرج منه ما قبل القبض .

مدفوع : بان الضمان الثابت قبل القبض وبعده فى مدة الخيار لئس مخالفا لتلك القاعدة ، لان المراد به انفساخ العقد و دخول 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) و ما بعد القبض يرجع الى القاعدة .

فهذا التوهم (مدفوع : بان الضمان الثابت قبل القبض وبعده) اى بعد القبض (فى مدة الخيار لئس مخالفا لتلك القاعدة) اى قاعدة : كل تلف فهو من ماله ، لاننا نقول بان التلف لئكون من مال البائع و ضمانه على المشتري ، بل (لان المراد به) اى بكون التلف من المشتري — فيما كان البائع له الخيار فى الثمن — (انفساخ العقد و دخول العوض) اى الثمن — فى المثال — (فى ملك صاحبه الاصلى) و هو المشتري (و تلفه من ماله) اى من مال صاحبه الاصلى .

فكون تلف الثمن فى زمان خيار البائع ، من مال المشتري موافق للقاعدة الاولية اى قاعدة (كل تلف فهو من مال ماله) .

(نعم هو) اى انفساخ العقد و رجوع الثمن الى المشتري ثم تلفه من كئس المشتري (مخالف لاصالة عدم الانفساخ ، وحيث ثبت المخالفة قبل القبض) فانه اذا لم يقبض البائع الثمن — و كان له خيار — ثم تلف الثمن عند المشتري انفسخ العقد و رجع الثمن الى المشتري و تلف من ماله

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

فالاصل بقائها بعد القبض في مدة الخيار .
 نعم يبقى هنا ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع
 الخيارى من المشتري فينفسخ البيع و يرد المبيع الى البائع .
 و التزام عدم الجريان من حيث ان الخيار في ذلك البيع انما يحدث
 بعد رد الثمن او مثله ، فتلف الثمن في

(فالاصل بقائها) اي المخالفة (بعد القبض في مدة الخيار) ايضا .
 (نعم يبقى هنا) اي يستشكل على (ان تلف الثمن في زمن خيار
 البائع يكون من المشتري) (ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن في 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 و يرد المبيع الى البائع)
 لانه كان الشرط مهما رد الثمن الى المشتري ينفسخ البيع و قدر رد الثمن
 الى المشتري .

(و) ان قلت : ان هذا الاشكال غير وارد ، حيث ان الخيار في 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) اي عدم جريان قاعدة () التلف في زمن
 الخيار ممن لا خيار له () من حيث ان الخيار في ذلك البيع (اي في البيع
 الخيارى) انما يحدث بعد رد الثمن او مثله) اي مثل الثمن (فتلف الثمن في

-
- 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 ((التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له)) (انما يتحقق) ذلك التلف (بعد ردّه) اى رد الثمن (قبل الفسخ) فاذا تحقق ردّ الثمن تحقق زمن الخيار ، فيتحقق ((ان التلف فى زمن الخيار)) (لاقبله) اى لاقبل ردّ الثمن ، فالتلف 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 ممن 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 .

فلا فرق 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 كذلك 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 من لا خيار له ، وقوله (فالاولى) تصديق (للثانية) كما لا يخفى

(اذا كان الثمن شخصيا) كما اذا باع زيد داره لعمره بهذه المائة دينار

الشخصية ثم تلفت المائة عند زيد (بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ

البيع ، فيكون كذلك) اى تلفه موجبا لانفساخ البيع (بعد القبض)

.....
مع خيار البائع ، و لو منفصلا عن العقد .

و اما 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 لافرق بين الخيار المتصل و المنفصل .
(و اما اذا كان الثمن كلياً ، ف) لانتزيم بجريان قاعدة «التلف فى زمن الخيار» بل (حاله) اى حال الثمن الكلى (حال المبيع اذا كان كلياً) فانه لا يشمل «التلف فى زمان الخيار» و كذلك لا يشمل «الثمن الكلى» (كما اذا اشترى طعاما كلياً بشرط الخيار له) اى للمشتري (الى مدة) كاسبوع مثلا (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» و الضمير 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

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

و دخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض .
و هذا مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة فتأمل .

هذا الفرد المقبوض رجع الى البائع .

(و) من المعلوم ان (دخول الفرد) الذي قبضه المشتري (في ملك المشتري) لانه اذا تلف الفرد كان كما قبل القبض - على ما قلنا - (لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان) اي ضمان البائع (بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلي) المبيع (كغير المقبوض) .

فحاله حال ما اذا ظهر الفرد معيبا، حيث ان للمشتري ان يرد هذا و يأخذ غيره .

(وهذا) الذي ذكرناه في تلف المبيع او الثمن اذا كان كل منهما كلياً بان يكون كغير المقبوض (مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة) فانها دلت على ان التلف في الشخصى من كيس من لاختيار له، ولا تدل على ان التلف في الكلي يكون كغير المقبوض (فتأمل) .

فان الاخبار بضميمة قاعدة (عدم ضمان الشخص لملك الغير) تدل على الامرين وهما : الانفساخ في الشخصى ، حتى يدخل الشئ الشخصى في ملك مالكة السابق و يتلف من ذلك المالك .

و كونه كغير المقبوض في الكلي ، حتى يدخل هذا المقبوض في ملك مالكة السابق و يتلف من ذلك المالك .

فقوله « وهذا 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
 ايضاً من قول الشهيد قدس سره فى الدروس و بالقبض ينتقل الضمان الى
 القابض 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 ، و يدخل 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 ايضاً من قول الشهيد قدس سره فى الدروس)
 حيث قال : (و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له) اى للقابض

ايصال الطائب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 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 في ملك ناقله ، بل هو ظاهر القاعدة ، وهي : ان التلف في 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) اي الى القابض (بل يبقى) الضمان
 (على ناقله) اي ناقل الضمان (الثابت قبل القبض) .

و اذا تحقق ان الشهيد يقول « بعدم انتقال الضمان مع خيار
 القابض » نضم اليه مقدمة اخرى ، وهي « ان التلف قبل القبض يكون
 بانفساخ العقد » .

فنتيجة القدمتين « ان التلف بعد القبض يكون بانفساخ العقد » - و
 هذا هو الذي ذكره المشهور - .

وجه المقدمة الاخرى ما ذكره بقوله : (وقد عرفت ان معنى الضمان
 قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه) اي الشئ الذي تلف (في ملك
 ناقله ، بل هو) اي انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله (ظاهر القاعدة ، و
 هي : ان التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له) .

وانما كان الانفساخ ظاهر القاعدة لما ذكره بقوله : (فان معنى تلفه
 منه) اي 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
 وقاعدة التلازم بين الضمان و الخراج ، فانا اذا قدرنا المبيع فى ملك
 البائع آناً ، لم يلزم مخالفة شئ من القاعدتين .

و الحاصل : ان ارادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الريب فيها .
 و مع 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 و الخراج) وان كل من
 له النماء يكون عليه الضرر ، فانه اذا قلنا بمقتضى الاخبار ، وان « التلف
 من كيس البائع فى زمان خيار المشتري » و لم 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 و الضمان للبائع (فانا اذا قدرنا
 المبيع فى ملك البائع) الذى لا خيار له (آناً) ثم تلف منه (لم يلزم مخالفة
 شئ من القاعدتين) بخلاف ما اذا لم نقل بالملك الآناً .

(و الحاصل : ان ارادة) الروايات و الفقهاء (ما ذكرنا من الضمان) اى

الانفساخ (مما لا ينبغى الريب فيها) .

(و مع ذلك كله) الذى ذكرنا ان ظاهر الرواية و صريح 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 و ان 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) و ان 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 اولي ، اي خيار كان كخيار المجلس و خيار الحيوان وغيرهما لان الخيار يحتاج الى المتعلق و قد ذهب المتعلق (و بعده) اي لو تلف المبيع بعد القبض (لا يبطل الخيار) ولا البيع .

و انما لم يذكر : البيع ، لوضوح انه اذا بقي الخيار كان معناه بقاء البيع ، و انما لا يبطلان لانه لا وجه للبطلان (و ان كان التلف) اي تلف المبيع (من) كيس (البائع) و هذا عكس الفرع السابق الذي كان التلف فيه من كيس المشتري ، لانه كان مقبوضا و كان الخيار للبائع فقط لان التلف حينئذ كان من كيس المشتري ، و (ان) و صليّة بقوله « لا يبطل الخيار » (كما اذا اختص الخيار بالمشتري) لان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له .

-
- فلو فسخ البائع رجوع بالبدل فى صورة عدم ضمانه .
 - و لو فسخ المشتري رجوع 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 (رجوع بالبدل) مثلا وقيمة الى المشتري (فى صورة عدم ضمانه) اى انما يتصور فسخ البائع فى صورة ما لم يكن البائع ضامنا للتلف ، وهى صورة ما اذا كان الخيار للمشتري فقط . فحيث ان البائع ضامن ، فلا يكون الفسخ ولا الرجوع بالبدل ، فقوله « (فى صورة) » من باب تحقيق موضوع « فلو فسخ » .

(و لو فسخ المشتري) فى صورة ما كان له الفسخ (رجوع بالثمن وغرم البدل) للبائع مثلا وقيمة (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 مثلا 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 من 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 .

فى 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 قطعا .

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

لا مجال لهذا الفرع بعد كون التلف قبل القبض موجبا لفساد المعاملة .

الثالث قوله « و فى انسحابه - اى انسحاب عدم التأثير - نظرا »

لان مقتضى النظر يحتمل التأثير والحال انه مناف لما حكم اولا من بطلان

الخيار ، والكلام فى شرح العبارة و شرح وجوه التأمل طويل نكتفى منه

بهذا القدر .

(وقد يظهر ذلك) اى عدم الانفساخ خلافا للمشهور (من اطلاق

عبارة التذكرة) فهو موافق للدروس (قال : لو تلف المبيع بأفة سماوية فى

زمن الخيار) .

(فان كان) التلف (قبل القبض انفسخ البيع قطعا) لان التلف قبل

القبض من مال مالكة .

(وان كان) التلف (بعده) اى بعد القبض (لم يبطل خيار المشتري و

لا البائع ، ويجب القيمة) او المثل (على

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

• ما تقدم

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 •

• ما تقدم (م)

(ثم حكى عن الشافعية وجهين فى الانفساخ بعد القبض وعدمه)
اي 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 و خيار 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)
اي فى هذه الصورة ، فاذا انفسخ العقد لم يكن وجه لبقاء الخيار ، اذ بقاء

.....
 وربما يحتمل ان معنى قولهم (ان التلف ممن لا خيار له) ان عليه
 ذلك اذا فسخ صاحبه ، لانه يفسخ كما فى التلف قبل القبض .
 واما 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 - .

(وربما 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 ممن لا خيار له) انه يفسخ العقد ، بل (معنى قولهم
 « ان التلف ممن لا خيار له » ان عليه) اى على من لا خيار له (ذلك) التلف
 (اذا فسخ صاحبه) الذى له الخيار (لانه يفسخ) 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 .

(واما حيث يوجب المشتري) الذى له الخيار ذلك العقد بان كان
 له الخيار واخذ 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 الثمن استرجع الثمن الذى كان فى مقابل الثمن

ايصال المطالب الى المكاسب - ج ١٥

و يحتمل ان لا يرجع بشئ ، فيكون معنى له الخيار ، ان له الفسخ .
 ثم المظاهر ان حكم تلف البعض ، حكم تلف الكل .
 وكذا حكم تلف الموصف الراجع الى وصف الصحة بلا خلاف على المظاهر
 لقوله فى 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 المظاهر ان حكم تلف البعض ، حكم تلف الكل) فكما ان تلف الكل
 فى زمان الخيار ممن لا خيار له ، كذلك كان تلف البعض فى زمن الخيار
 ممن لا خيار له .

(وكذا حكم تلف الموصف الراجع الى وصف الصحة) حتى يسمى تلفا
 فان تمرض مثلا فانه فلا يسمى تلف البعض وانما يسمى تلف الموصف ، فلا يشمل
 مثل نسيان العبد الكتابة ، اذ تلف الموصف لا يرجع الى تلف وصف الصحة .
 لكن المظاهر ان قوله عليه السلام « يحدث فيه حدث » يشمله (بلا
 خلاف) فى الاقسام الثلاثة من التلف (على المظاهر) من كلام الفقهاء (لقوله)
 عليه السلام (فى الصحيحة السابقة : او يحدث فيه حدث ، فان المراد
 بالحدث اعم من فوات الجزء و الموصف) .

ثم المظاهر 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 .

التى اوجبت تلفه ، او نحو ذلك .

و المراد بالآفة السماوية فى مقابل اتلاف الانسان له ، سواء كان
 بائعا او مشتريا او اجنبيا (و منها) اى من الآفات السماوية (حكم الشارع
 عليه بالاتلاف) مثل : ان يكون العبد قاتلا فحكم الشارع عليه بالقتل و نفدّه
 الحاكم الشرعى .

(و اما) 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 ممن 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 غازا ضمن الشاة .

(و ان كان باتلاف غير ذى الخيار) اى من لزم العقد من جهته كالبائع
 فلا اشكال فى انه داخل فى مسألة « من اتلف » و مسألة « التلف فى زمن
 الخيار ممن لا خيار له » .

و على هذا (لم يبطل) بالاتلاف (خيار صاحبه ، فيتخير بين امضاء
 العقد و الرجوع بالقيمة) ا و المثل (و) بين (الفسخ و الرجوع بالثمن) لكن

وان كان باتلاف اجنبى تخير ايضا بين الامضاء و الفسخ .
 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 التلّف يوجب الفسخ .

اللهم الا ان يقال ان ذلك فيما اذا كان التلّف بأفء سماوية فتأمل -
 (وان كان باتلاف اجنبى تخير ايضا بين الامضاء) للعقد و الرجوع
 بالقيمة (و) بين (الفسخ) و الرجوع 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 التلّف 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
 التلّف .

.....
 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 ما له من المتلف (اولا اعتبارها) اى العين (عند الفسخ ملكا
 تالفا للفاسخ) ((او)) عطف على قوله ((قبل تلفها)) .

مثلا : وقع التلف يوم الجمعة و الفسخ 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 (فى
 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 وهو فى يد
 المشتري (كما لو كانت العين فى يد الاجنبى) ففسخ العقد والخيار ،
 فانه يرجع الى الاجنبى ببدله .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

ومن انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلن فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن وصار فى ذمته ، لان ضمان المتلف محلّه الذمة ، لا الامور الخارجية .

وحاصل وجه رجوع الفاسخ الى الاجنبى ان الكتاب كان فى مقابل الثمن ، فاذا اتلف انسان الكتاب سدّ فراغه الثمن ، فكان الثمن انتقل الى ذمة الاجنبى عند اتلاف الاجنبى الكتاب ، سواء قلنا بانتقال الثمن الى ذمة الاجنبى يوم اتلافه ، او يوم فسخ المشتري للمعاملة .

ثم لا يخفى ان كلمة الفاسخ ، فى نسخة مكاسبنا فى المكائين ، 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 : (و من انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلن فى ملكه) اى دخل الثمن حال العقد فى ملك البائع ، فحيث دخل المثلن فى ملك البائع ليكون تلفه عليه (خرج عن ملكه بدل المثلن) اى الثمن (وصار فى ذمته) اى صار ضامنا له .

وانما صار فى ذمته (ل) انه صار ضامنا له .

ومن المعلوم (ان ضمان المتلف) اى التالف (محلّه الذمة ، لا الامور الخارجية) فتكون ذمته مشغولة ، لا امواله الخارجية ، هذا بالنسبة الى

.....

• وما فى 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 ، يبديل المتلف

و اما بالنسبة الى عدم اشتغال ذمة المتلف الاجنبى ، فلما ذكره

بقوله : (وما فى ذمة المتلف) الاجنبى (انما تشخص مالا للمالك) اى البائع

لانه قبل التلف صار ملكا للبائع فقد اتلف مال البائع •

(و) ان قلت : ما فى ذمة المتلف بدل عن العين فاذا صارت العين

للبيع صار بدله للمشتري ، فاللازم رجوع المشتري الى المتلف •

قلت : (كونه) اى ما فى 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 بدله الى البائع (لانه) اى ما فى 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 ، لالى 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 لمالكها على
 متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك
 لا المتلف ومن كون يدا المفسوخ عليه يضمن بالعرض 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 لمالكها 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) « في »
 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 يدا المفسوخ عليه) اي البائع - في المثال المتقدم -
 (يضمن بالعرض) 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 (و بالقيمة

بعده .

و اتلاف الاجنبى ايضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع وهذا اضعف

الوجوه .

بعده) فاذا تلفت العين لزم على البائع ان يدفع قيمة العين التى
المشتري بدل ما اخذ منه من الثمن .

(و اتلاف 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

ومن 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 : ومن 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 بذلك 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 يلازم ذلك 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 يلازم اسقاط حقه الى الاجنبى .
(وقال بعض الشافعية : ليس له استرداده) لانه قد اسقط حقه

.....
 و له اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه ، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع ،
 انتهى .

و يظهر منه ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما
 التسليم .

و اما التسليم — ابتدا^{٤١} — 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 الامرين عليه .

بالتسليم ، فلا دليل على بقاء حقه بعد ذلك (و له) اى للمسلم (اخذ ما عند
 صاحبه بدون رضاه) 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
 استرداد ، ام لا ؟ و هل يتمكن من جبر صاحبه ، ام لا ؟

(و اما التسليم — ابتدا^{٤٢} — فلا يجب من ذى الخيار اجماعا) لان
 العلامة ادعى الاجماع بل يظهر من كلامه .

(ثم انما 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 الامرين عليه) اى
 يجب على ذى الخيار احدا الامرين ، 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

وبالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجهها معتمدا ، ولم اجد من عنونه و

تعرض لوجهه .

(و الظاهر انه غير مراد) لان ظاهره لا يجب عليه التسليم لا انه لا يتعين

عليه التسليم .

(و ان 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 ملكا له فهو مسلط عليه ، ولا وجه لمنعه

عن ماله الذي له سلطة عليه .

(و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجهها معتمدا ، و لم اجد من عنونه و

تعرض لوجهه) .

نعم على قول من يقول انه مادام الخيار فالملك لم ينتقل فله وجه ، اذ

ليس الشئ ملكا للمنتقل 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 مالكة ، 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 ، فلامورد للخيار ، وهذا بخلاف الخيار المشترك ، فاذا تلف احد العوضين فانه يخرج من كيس المنتقل اليه ، لا من كيس المنتقل عنه فيبقى مورد للخيار .

ايصال المطالب الى المكاسب - ج ١٥

.....
 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 في ملك من في يده لا يسقط به خياره، ولا خيار صاحبه، وهو كذلك، لان الخيار كما عرفت عبارة عن ملك ففسخ العقد، و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ .
 و لذا يشرع الاقالة حينئذ اتفاقا، فلا مزيل

(و من المعلوم ان تلف العين) مثنا كان او ثمنا (حينئذ) اي حين كان قبل القبض ، و اوفى زمان الخيار المختص (موجب لانفساخ العقد ، فلا يبقى خيار) اصلا (فيكون المراد) اي مراد العلامة (التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار) بل يبقى الخيار على حاله .
 (و بعبارة اخرى : تلف العين في ملك من في يده لا يسقط به) اي 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 ففسخ 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) الذي يقبل العقد الفسخ حتى بعد تلف العين (يشرع الاقالة حينئذ) اي بعد التلف (اتفاقا) .

فانه لافرق بين الاقالة و الفسخ في 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، كما فى العيب، فان تخيره بين الرد و الارش لان الصبر على العيب ضرر، ولو مع اخذ الارش فتداركه 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 ، كما فى 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 ضرره— (فتداركه) 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 بالريح و اخبره برأس المال (فيما لو ظهر كذب

.....
 البائع مرا بحة فى اخباره برأس المال ، بعد تلف المتاع ، بل عن المبسوط
 و بعض 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
 تحققة .

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 (مرا بحة) كذب (فى اخباره برأس المال) و ان 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
 و يسترجع 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 ، نظرو (اشارة الى ما
 ذكرنا من ان الثابت) بالدليل (هو جواز الرد) بعنوان انه رد (فيختص
 الفسخ بصورة تحققة) 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)

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

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 و هم 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 مثلاً .
 فعلة (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 العقد ان يتحمل الضرر .

(مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام) فى باب تلقى الركبان : (و هم بالخيار اذا دخلوا السوق) فان اطلاقه يشمل صورة تلف العين ايضا (مع انه لو استند) فى خيار الغبن (الى الاجماع) - و القدر 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 في جامع المقاصد بخيار الغبن في 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 تسري

الحكم من موضوع الى موضوع .

(الا ان يدعى انعقاده) اي الاجماع (على التسلط على الرد فيختص)

الخيار (بصورة البقاء) اذ بعد التلف لا يسمى ردا - كما تقدم شبه ذلك قبل

اسطر .

((٣)) (و الحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد) في انه

هل يبقى الخيار بعد تلف العين ، ام لا ؟ (خيار الرؤية) في انه هل يبقى

خيار الرؤية ، بعد تلف العين ام لا ؟ احتمالا .

((٤)) (ومن مواضع التردد) في انه هل يبقى الخيار ، ام لا ؟ (ما اذا

جعل المتعاقدان الخيار) اي 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) اي بقاء العين ، فاذا تلفت العين ولم

.....
 والتمكن 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 والمجلس انه يبقى الخيار ولو مع تلف العين؟
 والحال ان مورد الادلة فى هذين الخيارين الرد ايضا .

قلت: (التمكن من الرد والاسترداد وان كان حكمة فى خيارى
 المجلس والحيوان) .

فان الحكمة التى جعل لاجلها الخيار تمكن الطرفين - فى خيار
 المجلس - وتمكن مشتري الحيوان - فى خيار الحيوان - من رد ما بيده
 (الا ان الحكم بالرد اعم موردا من الحكمة) .

وانما 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 بردّ 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 ردها
مثلها او قيمتها .

(و من هنا) الذى ذكرنا استظهار رد العين من كلامهما عند بيع
الشرط (يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط بردّ الثمن فى البيع
الخيارى ، اذا تلف المبيع عند المشتري) (اذا) متعلق ب « عدم بقاء » (لان
الثابت من اشتراطهما هو) صورة (التمكن من استرداد المبيع) بعينه
(بالفسخ عند ردّ 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 .

اللهم الا ان 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 المتزم بذلك او تعرض له .
 ومن هنا يمكن ان يقال فى هذا المقام - وان كان مخالفا للمشهور
 - بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دل عليه الدليل .
 اذ لم تدل اداة الخيار من الاخبار والاجماع الاعلى التسلط على
 الرد 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 دل عليه الدليل) الخاص ببقاء الخيار
 حتى بعد التلف .

(اذ لم تدل اداة الخيار من الاخبار والاجماع الاعلى التسلط) اى
 تسلط من له الخيار (على الرد او الاسترداد) .
 فالتسلط انما هو فى صورة التمكن من رد ما عنده و استرداد ما 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

و قوله « ايضا » يدل على التعرض للفسخ بدون التلف .
 (و) ان قلت : اليس 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 و الاسترداد
 (لما عرفت فى اول باب الخيارات من انه) اى ارادة ملك الفسخ
 (استعمال غالب) لمعنى الخيار (فى كلمات بعض
 المتأخرين) .

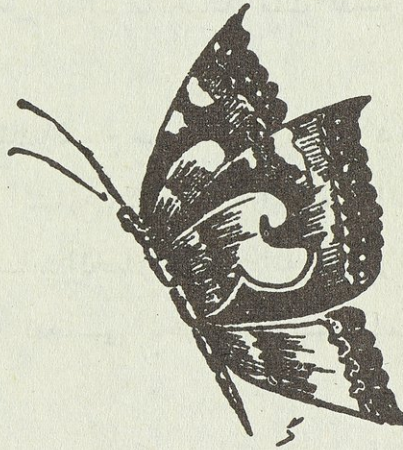
و عليه فاذا تلف المبيع لم يكن خياره ، لا خيار اصيل كخيار المجلس و
 لا خيار مجعول كخيار الشرط .

(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 اداة السلطنة ، ولو ابقاه و تلف كان ضامناً ، لان
 يده عدوانية .



مسئلة

لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلاخلاف 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

مألكية ، 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 يتسلمه 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 الاشترء 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 القيمي (كما فى البيع الفاسد) فانه حيث يبطل العوض المسمى

.....
هذا .

و لكن المسئلة لاتخلو عن اشكال .

و اما العين فى يدا 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 لاتخلو عن اشكال) لاحتمال ان يكون عموم : اليد ،
منصرفا الى الايادى العادية .

و حيث ان يدا 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 يدا الفاسخ .

(و اما العين فى يدا المفسوخ عليه) فاذا فسخ البائع كان المبيع فى
يدا 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 — .

ايصال الطالب الى المكاسب - ج ١٥

و من ان الفسخ لما كان من قبل الآخرفتركه العين في يد صاحبه
مشعر بالرضا به المقتضى للاستيمان .
و ضعفه في جامع المقاصد بان مجرد هذا لا يسقط الامر الثابت و
الله العالم هذا بعض الكلام في الخيارات و احكامها ، والباقي محول الى
الناظر الخبير بكلمات الفقهاء ، والحمد لله صلى الله على محمد وآله .

(و من ان الفسخ لما كان من قبل الآخرا) كالبايع في المثال (فتركه)
اي ترك الآخرا (العين في يد صاحبه) - كالمشترى في المثال - (مشعر)
ذلك الترك (بالرضا به) اي بكونه في يد صاحبه (المقتضى) ذلك الرضا
(للاستيمان) فلا ضمان .

(و ضعفه) 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 للفسخ في اخذه من المفسوخ عليه ، او ما اشبه ذلك
(والله العالم ، هذا بعض الكلام في الخيارات و احكامها ، والباقي) من
الخيارات حيث انها بعضهم الى اربعة عشرقسما ، 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 ويبحث في : (النقد و النسيئة)
فعند ذلك نتوابع مع الاخوان ونسئل
من الله العزيز التوفيق للجميع .
الناشر

محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة الشارح
٥	في بيان حكم الشرط الفاسد
٦٣	في احكام الخيار
٦٩	في ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال
٩٠	في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار
١١٩	فيما اذا اجتمعت الورثة على الفسخ
١٢٧	فيما لو كان الخيار لاجنبي ومات
١٣٢	في سقوط الخيار بالتصرف
١٤٨	في حصول الفسخ بنفس التصرف او قبله
١٧٣	فيما لو اشترى عبدا بجارية
١٨٠	في عدم جواز تصرف غير ذى الخيار
٢٣١	في ان المبيع يملك بالتصرف
٢٧٤	في كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار
٣١٦	في انه لا يجب على المتبايعين التسليم فى زمن الخيار
٣١٩	في ان الخيار لا يبطل بتلف العين
٣٣١	فيما لو فسخ ذوالخيار فالعين مضمونة فى يده
٣٣٦	محتويات الكتاب

12/30

