



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

اصطلاحات الفقه

المالكية

شرح واقف برزخ الكفاية في اصطلاحات
مسئلة الفقه المالكية في الفقه والاصطلاح

أيد القدر المصطفى

السيد محمد الحسين بن السيد محمد

بن محمد

١٥

الفتوة والاصطلاح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ايصال الطالب الي المكاسب

كاتب:

آية الله العظمى السيد محمد الحسيني الشيرازي

نشرت في الطباعة:

اعلمي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
8	ايصال الطالب الي المكاسب المجلد 15
8	هوية الكتاب
9	اشارة
11	[مقدمة المؤلف]
13	[اتمة القول في الخيار]
13	[اتمة القول في أقسام الخيار]
13	[اتمة السابع في خيار العيب]
13	[اتمة القول في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]
13	القول في حكم الشرط الفاسد
13	اشارة
13	الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمّل في عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل في الوعيد،
57	الثاني: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده لم يصح بذلك العقد لانعقاده بينهما على الفساد،
60	الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك
68	الرابع: لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء،
71	الكلام في احكام الخيار
71	الخيار موروث بانواعه،
71	اشارة
73	الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت امرين.
73	احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا،
74	الثاني: كونه حقا قابلا للانتقال،
77	بقي الكلام في ان إرث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا
98	مسئلة في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شيء واحد غير قابل للتجزئة و التقسيم

- 98 الأول: ما اختاره بعضهم من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا كموثته،
- 100 الثاني: استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه فله الفسخ فيه،
- 102 الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار -
- 127 فرع: اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه موثتهم
- 135 مسألة لو كان الخيار لأجنبي و مات،
- 140 مسألة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار،
- 156 مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، او يحصل قبله متصلا به.
- 156 اشارة
- 181 فرع: لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له، فقال: اعتقهما
- 188 مسألة من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ على قول الشيخ.
- 188 اشارة
- 223 فرعان:
- 223 الأول لو منع عن التصرف المتلف في زمن الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذى الخيار من العين،
- 225 الثاني: انه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار بدون اذن ذى الخيار؟
- 239 مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه،
- 282 مسألة و من احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة
- 324 مسألة و من احكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع، و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار.
- 327 مسألة قال في القواعد: لا يبطل الخيار بتلف العين،
- 327 اشارة
- 330 [مواضع التردد في ثبوت الخيار مع التلف]
- 330 اشارة
- 330 [ما ذكره العلامة]
- 331 [ما ذكره المحقق الثاني]
- 333 و من مواضع التردد ما اذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه ارادتهما التسلط على مجرد الردّ.

339 مسئلة لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر،

344 محتويات الكتاب

345 تعريف مركز

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: الحسيني الشيرازي، محمد، 1380 - 1305، شارح

عنوان واسم المؤلف: ايسال الطالب الي المكاسب: شرح واف بغرض الكتاب، تعرض لحل مشكلاته و ابدأ مقاصد في ايجاز و توضيح/
محمد الحسيني الشيرازي

تفاصيل المنشور: تهران : مؤسسة كتابسراي اعلمي ، 1385.

خصائص المظهر: ج 16

شابك : 964-94017-6-8(دوره)؛ 964-7860-59-5(ج. 1)؛ 964-7860-58-7(ج. 2)؛ 964-7860-57-9(ج. 3)؛
964-7860-56-0(ج. 4)؛ 964-7860-54-4(ج. 6)؛ 964-7860-53-6(ج. 7)؛ 964-7860-55-2(ج. 8)؛
964-7860-52-8(ج. 9)؛ 964-7860-51-X(ج. 10)؛ 964-7860-50-1(ج. 11)؛ 964-7860-49-8(ج. 12)؛
964-7860-45-X(ج. 13)؛ 964-7860-47-1(ج. 15)؛

لسان : العربية

ملحوظة : الفهرسة على أساس المعلومات فيپا

ملحوظة : هذا الكتاب هو وصف "المكاسب مرتضي بن محمد امين انصاري" يكون

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضي بن محمدامين، 1281 - 1214ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضي بن محمدامين، 1281 - 1214ق. المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/190BP/الف8م1337021385

تصنيف ديوي: 297/372

رقم الببليوغرافيا الوطنية: م 85-16816

ص: 1

اشارة

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين.

و بعد: فهذا هو القسم الخامس من كتاب الخيارات و الجزء الخامس عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفدّ آية الله الانصارى قدس سره.

و يشع في القول في حكم الشرط الفاسد.

كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به في يوم لا ينفع فيه مال و لا بنون الا من اتى الله بقلب سليم.

كربلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي.

ص: 3

[تتمة القول في الخيار]

[تتمة القول في أقسام الخيار]

[تتمة السابع في خيار العيب]

[تتمة القول في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها]

القول في حكم الشرط الفاسد

إشارة

الكلام فيه يقع في امور.

الأول: ان الشرط الفاسد لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل في الوعيد،

فان كان العمل به مشروعاً استحب الوفاء به على القول بعدم فساد اصل العقد.

(القول في حكم الشرط الفاسد) اي الشرط الباطل (و الكلام فيه يقع في امور).

(الاول) في ان الشرط الفاسد هل يجب الوفاء به كالشروط الصحيحة أم 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 و وعد ان يفعل كذا- اذا كان شرط فعل لا شرط غاية- (فان كان العمل به) اي بذلك الشرط الفاسد (مشروعاً استحب 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.

ص: 5

و لا تأمل أيضا فى ان الشرط الفاسد لاجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه الى جهالة احد العوضين فيكون البيع غررا.

و كذا لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فى اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا.

(و) كذلك (لا تأمل أيضا فى 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) و هو العوض الذي يكون الشرط الى جانبه.

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

و اذا قال المشتري للبائع هذا الكتاب مقابل دينار و شرط ما، لم يعلم الثمن ما هو، هل هو دينار و شرط يسوى دينارا؟ او يسوى نصف دينار مثلا- (فيكون البيع غررا) و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر.

لكن لا- يخفى ان ما ذكره بقوله «الى جهالة احد العوضين» فيه نظر، اذا الشرط ليس مقابلا للعوض - على ما تقدم تحقيقه- فلا توجب جهالته جهالة العوض، فنفيه للتأمل فى البطلان محل اشكال.

(و كذا) لا- تأمل عند المصنف (لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر) غير الغرر (فى اصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا) و المحذور

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

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

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

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

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

ولكن ربما يقال: ان الثمن ليس في مقابل الشرط فبطلان الشرط لا يسرى الى بطلان البيع (و لبعض الاخبار) الواردة في بطلان مثل هذا البيع كما ذكره في المسألة الاولى من مسائل القسم الثاني من اقسام

و انما الاشكال فيما كان فساده لا لامر مخل بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، أم يبقى العقد على الصحة؟

قولان.

حكى اولهما عن الشيخ والاسكافى وابن البرّاج وابن سعيد.

و ثانيهما: للعلامة والشهيدى والمحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم.

النوع الثانى مما يحرم التكسب به فراجع.

و على 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) كالمثلة السابقة المخلة بالعقد، و كما اذا كان الشرط خلاف مقتضى العقد- ولم يذكره المصنف- (فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد، أم يبقى العقد على الصحة؟) و يفسد الشرط فقط (قولان).

(حكى اولهما) و هو فساد العقد بفساد الشرط (عن الشيخ والاسكافى و ابن البرّاج و ابن سعيد).

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

ص: 8

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 الأول عدم الخلاف فى الفساد و الافساد.

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 (صيورة الزرع سنبلًا و البسر تمرًا و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى فى الاول) اى فى الشرط غير المقدور (عدم الخلاف فى الفساد و الافساد) و فى الثانى و هو الشرط المقدور الذى كان فساده من جهة اخرى الخلاف، فى انه هل يفسد، أم لا.

(و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك) اى فى عدم الخلاف فى ان الشرط غير المقدور فاسد و مفسد انه بسبب غير مقدورية الشرط (صيورة المبيع غير مقدور على تسليمه) فكان الشرط جزء و إذا كان الجزء غير مقدور كان الكل غير مقدور، اذ النتيجة تابعة لاختصاص المقدمتين.

(و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من) الشرط (الفاقد عن محل الخلاف) بين الفقهاء، و كان مما لحق بما ذكرنا أولاً من انه لا ينبغى التأمل فى كونه مفسداً (لرجوعه) اى رجوع الشرط غير المقدور (كالشرط

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين.

لكن صريح العلامة في التذكرة وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور، ومثل بالمثاليين المذكورين.

ونسب القول بصحة العقد الى بعض علمائنا.

والحق ان الشرط غير المقدور من حيث هو غير

المجهول الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين) لان من شرط العوضين القدرة على التسليم، وليس كلامنا في هذا الباب- وهو باب ان الشرط الفاسد مفسد أم 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 أم 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، ومثل) التذكرة (بالمثاليين المذكورين) اي صيرورة الزرع سنبلًا والبسر تمرا.

(ونسب القول بصحة العقد) و ان كان شرطه غير مقدور (الى بعض علمائنا).

لكن لا- يخفى ان كلام العلامة لا- يناقض كلام ابن زهرة لتأخر العلامة عنه بقرون، فلعله لم يكن خلاف في زمن ابن زهرة، بينما حصل الخلاف بعد زمانه- على ما نقله العلامة ره-.

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

مقدور لا يوجب تعذر التسليم في احد العوضين.

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

وربما ينسب الى ابن المتوِّج البحراني التفصيل بين الفاسد لاجل عدم

مقدور) اى لا من حيث آخر، كما سيأتى في قوله: نعم لو اوجبه (لا يوجب تعذر التسليم في 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 في احد العوضين، كما اذا قال: ابيعك هذا على شرط ان تسلمنى الثمن في المكان الفلاني، او في الزمان الفلاني فيما لا يقدر المشتري التسليم في ذلك المكان او الزمان (فهو خارج عن محل النزاع) لان النزاع في الشرط غير المقدور من حيث هو هو، لا في الشرط الذي اوجب عدم قدرة تسليم احد العوضين.

فيكون جال الشرط غير المقدور الموجب لتعذر التسليم (ك) حال (الشرط المجهول) الذي تسرى جهالته الى جهالة العقد (حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر) كما اذا شرط تسليم البضاعة في وقت مجهول مثلا، فانه خارج عن محل الكلام في الشرط المجهول، وانه هل يوجب الافساد، أم لا؟

(وربما ينسب الى ابن المتوِّج البحراني) قول رابع، و هو (التفصيل بين) الشرط (الفاسد لاجل عدم

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد، كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك، وبين غيره.

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

تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب) فساد الشرط (فساد العقد، ك) ما إذا شرط (أكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك) بعينه.

إذا لا فرق بين هذا الطعام وذاك الطعام، وهذا الثوب وذاك الثوب في أن اشتراط أحدهما 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 إذا كان الشرط فاسدا لاجل عدم استكمال شروط صحة الشرط.

وإنما لا يستلزم فساد الشرط اللغو فساد العقد، لأن الشرط إنما فسد لاجل كونه لغوا، والعقد ليس بلغو، فلا يلزم من لغوية الشرط لغوية العقد، حتى يفسد العقد، بخلاف جهالة الشرط مثلا فإنها تستلزم جهالة العقد، ونحوها سائر الشروط الباطلة، فتأمل.

(و) حيث عرفت أن فساد الشرط اللغو لا يستلزم فساد العقد نقول:

أنه لا يستلزم الخيار أيضا، فإنه (قد تقدم- في اشتراط كون الشرط مما يتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذكرة وغيرها- أن هذا الشرط) الذي لا يتعلق به غرض العقلاء (لغو لا يؤثر الخيار، و) كذلك قد تقدم (الخلاف

فى ان اشتراط الكفر صحيح أم لا، و عدم الخلاف ظاهرا 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 أم لا).

فالصحة لانه يتعلق به غرض بعض العقلاء لئلا يشتغل بالعبادة عن خدمة المولى.

و عدم الصحة لانه لغو، و هذا أيضا يؤيد ان الشرط اذا كان لغوا لم يصح و لم يوجب بطلانا للعقد و لا خيارا (و عدم الخلاف ظاهرا) حسب ما استظهرناه من كلماتهم، و قوله «و عدم» 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).

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

(و أيضا 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 التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محل الكلام لهذا الشرط الا ان الشهيدين ممن استدل 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.

و انما كان هذا الكلام مؤيدا، لان الشرط اذا كان لغوا لم يكن له قسط من الثمن، فلا جهالة فى الثمن فلا بطلان.

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

ف (ان الشهيدين ممن استدل بهذا

الوجه، و صرح بلغوية اشتراط الكفر، و الجهل بالعبادات بحيث يظهر منه صحة العقد، فراجع.

و كيف كان فالقول بالصحة فى اصل المسألة لا يخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم لعموم الادلة السالم عن معارضة ما يخصّصه عدا وجوه.

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، و العقد صحيح، و ان لم يكن رضا، فقولهم باشتراط الرضا انما هو فى غير الشرط اللغو، فلا عموم لاستدلالهم بحيث يشمل محل الكلام (فراجع) و لا تغفل.

(و كيف كان فالقول بالصحة) و ان الشرط الفاسد ليس مفسدا (فى اصل المسألة لا يخلو عن قوة وفاقا لمن تقدم) ذكرهم من الاعلام.

و ذلك (لعموم الادلة) الدالة على الوفاء بالعقود، و التجارة عن تراض، و غيرهما (السالم) ذلك العموم (عن معارضة ما يخصّصه) فلا مخصص له بالنسبة الى ما كان اشترط فيه بشرط باطل (عدا وجوه) استدلل بها القائل بالبطلان.

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

وفيه بعد النقض بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزلة جزء من الصداق، فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع الى مهر المثل
أولا: منع مقابلة الشرط بشي ء من العوضين عرفا و لا شرعا.

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

مثلا: اذا باعه كتابا بدينار، و اشترط البائع لنفسه ان يعمل له صنما، فان الدينار يقع فى مقابل الكتاب و الصنم، فاذا لم يعمل الصنم لانه غير
مشروع سقط فى مقابله شي ء من الدينار، و عند ذاك لا يعلم قيمة الكتاب، و من المعلوم انه يلزم معلومية العوضين.

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

و الدليل الدال على عدم بطلان النكاح ليس فى مثل هذا المقام، فتأمل.

(أولا: منع مقابلة الشرط بشي ء من العوضين عرفا و لا شرعا) فان

لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثلن.

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

ولذا لم يكن فى فقده الا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجانا، كما عرفت.

الشرط يزيد و ينقص من قيمة العوضين، لا ان فى مقابله شىء من العوضين (لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثلن) و هذا هو المعنى العرفى للعقد.

(غاية الامر كون الشرط قيذا لاحدهما) و هما العوض او المعوض (يكون له) اى لهذا القيد (دخل فى زيادة العوض و نقصانه).

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) لا شرعا و لا عرفا.

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

و ثانيا: منع جهالة ما يزاء الشرط من العوض، اذ ليس العوض المنضم الى الشرط، و المجرد عنه الا كالمتمصف بوصف الصحة، و المجرد 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 يزاء الشرط من العوض) على تقدير تسليم ان بعض العوض يزاء الشرط (اذ ليس العوض المنضم الى الشرط، و) العوض (المجرد عنه) اى عن الشرط (الا- كالمتمصف بوصف الصحة، و المجرد 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 و الدار المجردة عن الحج معلومتان عند العرف من حيث القيمة كما ان العبد المتمصف بوصف الصحة و العبد الاعمى مضبوطان عند العرف من حيث القيمة، و لذا اذا ظهر العبد اعمى كان للمشتري ان يستردّ بعض الثمن.

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

(و لذا) الذي لا جهالة فيما يزاء الشرط من العوض (حكم العلامة فيما تقدم بوجود الارش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع المملوك) بان باعه عبدا بشرط ان يعتقه فاذا لم يعتقه كان للمشتري الارش و هو التفاوت بين قيمة العبد المبيوع بيعا مطلقا، و بين قيمة العبد

و بلزوم قيمة الصبغ المشروط فى بيع الثوب.

و ثالثا: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة، انما القاذح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

المبيوع بشرط العتق.

مثلا: اذا كان الفرق بينهما عشر القيمة المسماة كان للمشتري البائع ان يستردّ العشر، و لو كان ما يزاء الشرط مجهولا لم يصح ما ذكره العلامة (و) حكم العلامة أيضا (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 و غير المصبوغ و هو قيمة الصبغ (و ثالثا: منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة) بعد تسليم ان يزاء العوض شيء و انه مجهول، فان الجهل طرأ على العوض بعد فساد الشرط و سقوط جزء من العوض من جهة فساد الشرط و (انما القاذح به) فى جهل العوض (هو الجهل به) اى بالعوض (عند إنشاء العقد).

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

ص: 19

الثانى: ان التراضى انما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص فاذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضى، لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعوضة بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضة اخرى محتاجة الى تراض جديد و إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف اكالا للمال لا عن تراض.

(الثانى) من ادلة القائلين بانّ 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 إليه- فيما اذا شرط ان يبيع المشتري الى البائع- فقد ذكر بعضهم انه دور (فاذا تعذرت (الخصوصية لم يبق التراضى) وذلك (لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد، وعدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل) فاذا ذهب الرضا لم يصدق تجارة عن تراض، فيبطل العقد (فالمعوضة بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضة اخرى) غير المعاوضة الاولوية التى كانت مع الشرط الفاسد (محتاجة الى تراض جديد و إنشاء جديد).

اذ مجرد الرضا لا يكفى فى المعاوضة، لانّ المعاوضة تحتاج الى الرضا و الانشاء معا (و بدونه) اى بدون رضا جديد و إنشاء جديد (يكون التصرف) فى العوضين (اكالا للمال لا عن 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 يقتضي ذلك كما اذا تبين نقص احد العوضين او انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة و الصحة،

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

فان بعض الارتباطات اذا انتفت تنتفى المعاوضة السابقة كما اذا انتفى ارتباط العوض بالطرف و ظهر العوض الشخصى ملكا للغير.

وبعض الارتباطات اذا انتفت لا تنتفى المعاوضة مثل انتفاء ارتباط العقد بالشرط.

و الحاصل ان بعض الارتباطات يراها العرف مقوّمًا فانتفائه يوجب انتفاء الرضا، و بعض الارتباطات لا يراها العرف مقوّمًا 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 في البيع كالكتابة و الصحة) 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 مربوطا بالنصف الآخر المملوك لغيره- فى باب خيار تبعض الصفقة.

و كذلك فيما اذا ظهر المبيع فاقتدا لوصف الصحة او فاقتدا لوصف

و كالشروط الفاسدة فى عقد النكاح فانه لا خلاف نصا و فتوى 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 أيضا ان ظاهرهم ان الشرط غير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان او فاسدا.

الكمال المشترط عند البيع، فانه لا يوجب البطلان (و كالشروط الفاسدة فى عقد النكاح) الذى دل النص و الاجماع على انه لا يوجب بطلان النكاح، و ليس النص و الاجماع من باب الاستثناء للقاعدة، بل هما على وفق القاعدة حسب رؤية العرف (فانه لا خلاف نصا و فتوى 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 بفقد هذا الشرط، و هذا يدل على ان بنائهم ان فقد الشرط لا يوجب فقد التراضي.

(و تقدم أيضا ان ظاهرهم ان الشرط غير المذكور فى العقد) بان ذكر أولا ثم بنى العقد عليه (لا حكم 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 الشيء بانتهاء 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 و العقد

الشرط، فان رضاهما كان مقيدا بذلك الشرط، و ذلك يدل على ان فقد بعض الارتباطات لا يوجب انتفاء العقد.

(و) ان قلت: صحيح ان الارتباط على قسمين، ارتباط فقده لا يوجب فقد المقيد، و ارتباط فقده يوجب فقد المقيد، و الاصل 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 الشيء بانتهاء 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، و السلم، و ما اشبه حيث ان ما يرتبط به يذهب و الشيء 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 و ان الامثلة من باب التخصيص بل المقصود (انه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد)

ص: 23

وانه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض، جوّزه الشارع تعبد او قهرا 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 و يبقى العقد (وانه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به) اي بعد انتفاء الشرط (في الموارد المذكورة) وهى الامثلة التي مثلنا بها، حيث ان فيها ذهب الشرط وبقى المشروط (تصرفا لا عن تراض) ولكن (جوّزه الشارع تعبدا وقهرا على المتعاقدين) بل في الامثلة المذكورة الرضا موجود بلا اشكال.

(فما) اي الشيء الذي (هو التوجيه في هذه الامثلة، هو التوجيه فيما نحن فيه) الذي هو انتفاء الشرط لفساده، وبقاء المشروط الذي هو العقد.

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

و الحاصل: انه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستندا الى النقض بهذه الموارد.

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

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

فيكفي للمستدل (منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض) حتى اذا فسد الشرط فسد العقد.

و انما يمنع (مستندا) في منعه (الى النقض بهذه الموارد) حيث ذهب الشرط و بقي العقد.

(و حلّ 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 لا ناهقا) و انه يريد العبد لكتابته، فاذا لم يكن كاتبا لا يريد، لانه انما يريد شرائه ليكون محاسبا لتجارته (و كون مطلوب المولى اتيان تنن الشطب، لا الاصفر الصالح للنارجيل) حيث انه لا يشرب

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

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحا و التتن جيّدا، و الغسل بماء الفرات، فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب

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

(ومنها) اى من القيود (ما ليس كذلك) اى ليس ركنا فى المطلوب و لا- مقوما له، بل من باب زيادة المطلوب و تعدّده (ككون العبد صحيحا) اذ الاعور أيضا يأتى منه العمل، او انه يريد العبد الكاتب لانه اكمل، و الا فمطلق العبد صالح للشغل، و المولى يريد الشغل حتى اذا لم يكن كاتبا كان يريد العبد الامّى (و التتن) للشطب (جيّدا، و الغسل بماء الفرات) فاذا لم يكن جيّدا و كان من سائر المياه أيضا اراده (فان العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد) للشرط (نفس المطلوب) و لكن قد فقد زيادة المطلوبية.

و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الاوّل فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراض.

نعم غاية الامر ان فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين، و لا مانع من التزامه و ان لم يظهر منه

(و الظاهر ان الشرط من هذا القبيل) اى من قبيل كمال المطلوب لا من قبيل ركن المطلوب.

و انما استظهرنا ذلك لما رأينا من حكم الشارع فى موارد متعددة بان ذهاب الشرط لا يوجب ذهاب المشروط (لا من قبيل الاوّل) الذي يكون القيد فيه مقوماً و ركناً (فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراض) حتى يكون فساد الشرط موجبا لفساد العقد.

(نعم) لا يبقى العقد بعد فقد الشرط على لزومه، ف (غاية الامر ان فوات القيد هنا) فى باب الشرط الفاسد (موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد) لان بقاء اللزوم ضرر على المشروط، فلا ضرر يدل على رفع اللزوم.

ولذا قيّدناه بكونه جاهلاً لانه ان كان عالماً بالفساد فقد اقدم على ضرر نفسه، فلا خيار له (نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين) اذا لم يأت بهما الطرف لاجل عدم قدرته عليهما، او عمداً فان المشروط له و الذي فقد الجزء يكون مختاراً بين القبول و الفسخ (و لا مانع من التزامه) اى التزام الخيار فى باب الشرط الفاسد (و ان 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 عليّ وضيعة هل يستقيم هذا؟

و كيف هنا؟ و ما حد ذلك؟ قال لا ينبغي.

و الظاهر 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) سأله (عن الرجل ابتاع منه طعاما او متاعا على) شرط (ان ليس منه) اى من الطعام و المتاع (عليّ وضيعة) فاذا بعت الطعام و المتاع و خسرت فيهما فالخسارة على البائع (هل يستقيم هذا؟) البيع (و كيف هذا؟) الشرط (و ما حد ذلك؟) التعامل الذي يصح و الذي لا يصح (قال) عليه السلام (لا ينبغي) بناء على ان: لا ينبغي مربوط باصل العقد لا بالشرط (و الظاهر ان المراد) بلا ينبغي (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 الذي هو كون خسارة المشتري على البائع، فتدل على ان الشرط الفاسد مفسد.

و انما يكون هذا الشرط فاسدا، لانه لا معنى لاعطاء انسان خسارة

ص: 28

ورواية الحسين ابن المنذر، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فاشترى المتاع لاجله، ثم ابيعه اياه ثم اشتره منه مكاني، قال فقال: اذا كان هو بالخيار، ان شاء باع، وان شاء لم يبع، و كنت انت أيضا بالخيار ان شئت اشترت، و ان شئت لم تشتت، فلا بأس

انسان آخر.

وانما ربطنا: لا ينبغي باصل البيع لا بالشرط، لان: لا ينبغي، 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 لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني فيطلب مني العينة) بكسر العين، و هي ان يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم الى اجل مسمى، ثم يشتريها منه باقل من الثمن الذي باعها منه (فاشترى المتاع لاجله، ثم ابيعه اياه، ثم اشتره منه مكاني) اى فى نفس المكان، و فائدة هذا العمل ان يأخذ الرجل الطالب من هذا الآخر تسعين دينارا و يعطيه مائة، كعلاج الربا في القرض (قال فقال) عليه السلام (اذا كان هو) اى طرفك (بالخيار، ان شاء باع و ان شاء لم يبع، و كنت انت أيضا بالخيار ان شئت اشترت، و ان شئت لم تشتت، فلا بأس).

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

ص: 29

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

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

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

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

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

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

الاول، و الا) تشترط في ضمن المعاملة الاولى (فلا يلزم)- بصيغة المجهول- اي لم يلزم احدهما (عليها) اي على المعاملة الثانية (فيصير الحاصل)- وهو وجه الاستدلال بهذه الرواية على ان الشرط الفاسد مفسد- (انه) اي الدلال (اذا باعه بشرط ان يبيعه منه) اي يبيعه المشتري من الدلال (او يشتريه) الدلال (منه)- فانه لا فرق بين ان يكون الشرط بيع المشتري للدلال، او اشتراء الدلال من المشتري- (لم يصح البيع الاول) المشتمل على هذا الشرط (فكذا) لم يصح البيع (الثاني) لانه اذا بطل البيع الاول بطل البيع الثاني الذي هو من توابع البيع الاول (او لم يصح) البيع (الثاني)- اي بيع المشتري الى الدلال- (لاجل فساد الاول) فانه لا وجه لفساد الثاني إلا عدم صحة البيع الاول (اذ لا مفسد له) اي للثاني (غيره) اي غير فساد الاول.

وانما قال المصنف «لم يصح... او لم يصح» لان قوله عليه السلام «فلا بأس» اما مربوط بالبيع الاول و هو بيع الدلال للمشتري، او مربوط بالبيع الثاني و هو بيع المشتري للدلال، فكان الامام عليه السلام قال:

ان كان بدون الشرط لا بأس و ان كان مع الشرط ففيه البأس، اي في بيع الدلال للمشتري البأس فيبطل البيع الثاني أيضا، او في بيع المشتري للدلال البأس، و لا وجه للبأس الا من جهة بطلان البيع الاول

ورواية على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام، قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتراه بخمسة نقدا، أ يحل؟ قال:

إذا لم يشترط ورضيا، فلا بأس، ودلالاتها 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، لأنه لم يأت فساد احد البيعين الا من جهة الشرط الفاسد الذي هو اشتراط البيع الثاني في ضمن البيع الاول.

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

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

و اما عن الروایتین، فأولا بان الظاهر من الروایتین بقرينة حكاية فتوى اهل المسجد على خلاف قول الامام (ع) فى الرواية الاولى هو رجوع البأس فى المفهوم الى الشراء.

و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع

تابعة لآخر المقدمتين.

و الحاصل: ان المستدل قال «لا ينبغى» يعنى «حرام» و المراد «حرمة البيع» لا «حرمة الشرط» لظهور كون السؤال عن البيع فالجواب أيضا عن البيع.

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

و انما قلنا «لا ينبغى» يعنى «حرام» لانه اذا كان البيع صحيحا لا معنى لكراهة الوفاء بالوعد.

و جواب المصنف ان «لا ينبغى» يعنى مكروه و المراد كراهة اجراء هذا البيع المشروط بهذا الشرط، بل هذا هو المعنى العرفى المستفاد من ظاهر النص.

(و اما عن الروایتین، فأولا بان الظاهر من الروایتین بقرينة حكاية) السائل (فتوى اهل المسجد) و هم 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 ففیه بأس، و ان لم يشترط فلا بأس فيه (و لا ينحصر وجه فساده) اى فساد الشراء (فى فساد البيع) حتى يدل

لاحتتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الاول، فان العرف لا يفرقون فى الزام 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 لا عن رضا منه فيفسد.

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

وانما احتملنا ان الشرط كان خارجا عن العقد، لانه لم يذكر فى الرواية ان الشرط كان داخلا او خارجا، فاذا كانت الرواية محتملة للامرين لم يمكن الاستدلال بها على افساد الشرط لاسن الاستدلال تابع لوجود الظهور، ولا ظهور مع الاحتمال، اى ان يكون هناك احتمالان للبطلان كما لا يخفى.

و ثانيا: بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا، و هو 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 لغيره ذلك.

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

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

و لعله لما ذكرنا لم

(بل التحقيق ان مسألة: اشتراط بيع المبيع، خارجة عما نحن فيه) الذي هو: هل ان الشرط الفاسد مفسد أم لا، لاننا نتكلم فى ان الشرط الفاسد فى نفسه لمخالفة الكتاب و نحوه هل انه مفسد أم لا، و شرط بيع المبيع، ليس فاسدا فى نفسه، لانه ليس مخالفا للكتاب و نحوه و انما هذا الشرط يجب ان لا يكون فى المعاملة- لاجل الدور او عدم القصد او الدليل الخاص- (لان الفساد ليس لاجل كون نفس الشرط فاسدا)

و انما قلنا: ليس (لانه) اى هذا الشرط (ليس مخالفا للكتاب و السنة، و لا 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، لا ان البيع الذي هو متعلق الشرط حرام (وقد اشرنا الى ذلك فى اول المسألة) و ان الكلام فى الشرط الفاسد لاجل انه متعلق بشي ء فاسد.

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

يستند إليها احد في مسئلتنا هذه.

و الحاصل اني لم اجد لتخصيص العمومات في هذه المسألة ما يطمئن به النفس.

و يدل على الصحة أيضا جملة من الاخبار.

منها: ما عن المشايخ الثلاثة في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام، انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها و هي مملوكة، فاشترتها

يستند إليها) اى الى هذه المسألة (احد في مسئلتنا هذه) فلم يستدل احد لاجل ان الشرط الفاسد مفسد، بان شرط البيع من البائع فاسد.

(و الحاصل) في ابطال ادلة القائلين بان الشرط الفاسد مفسد (اني لم اجد لتخصيص العمومات) الدالة على صحة العقد، و التجارة عن تراض، و نحوهما (في هذه المسألة) اى مسألة الشرط الفاسد (ما يطمئن به النفس) حتى نقول: ان كل عقد صحيح الا ما كان مشتملا على شرط فاسد.

(و) بالإضافة الى العمومات و القواعد العامة الدالة على ان العقد صحيح و ان كان شرطه فاسدا (يدل على الصحة) للعقد (أيضا جملة من الاخبار).

(منها: ما عن المشايخ الثلاثة) و هم الكليني و الصدوق و الطوسى ره (في) الخبر (الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام، انه ذكر) عليه السلام (ان بريرة) و هي امة مملوكة (كانت عند زوج لها و هي مملوكة، فاشترتها

عائشة فأعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: ان شاءت قعدت عند زوجها، و ان شاءت فارقته، و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولائها.

فقال صلى الله عليه وآله: الولاء لمن اعتق.

عائشة فاعتقتها فخيرها) اى خير بريرة (رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فقال: ان شاءت قعدت) بعد العتق (عند زوجها، و ان شاءت فارقته) و ابطلت نكاحها، فان الامة اذا اعتقت و كانت متزوجة فلها الخيار بين ابقاء النكاح و بين فسخه (و كان مواليتها) اى اسيادها (الذين باعوها) الى عائشة (اشترطوا على عائشة ان لهم ولائها) فان العبد الذي اعتق اذا مات و له مال و ليس له وارث و ورثه الذي اعتقه.

(فقال صلى الله عليه وآله) هذا الشرط على عائشة باطل، فان (الولاء 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 فى باب المتعة على بعض الاقوال، حيث يصح اشتراط ارث الزوجة المتمتع بها.

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

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

حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساد، فى هذه الرواية، اشارة وفى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة.

فالانصاف ان الرواية فى غاية الظهور.

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

للعقد لانه ليس شرطا فى ضمن العقد.

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

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

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

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

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

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

(يفى بذلك) اى بالشرط لبائعها (اذا اشترط لهم الا الميراث) لما تقدم من ان اشتراط ان لا يرث الوارث مخالف لحكم الله تعالى (فان الحكم بوجوب الوفاء بالاولين) عدم البيع وعدم الهبة (دون الثالث) وهو عدم الميراث (مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه) فان شرط عدم الميراث باطل و مع ذلك فالعقد صحيح و لذا يجب عليه الوفاء بالشرطين الآخرين.

(و) ان قلت: ان هذه الرواية ساقطة، لانها قالت بالوفاء بالشرطين مع انهما أيضاً باطلان على ما قاله جمع، لان البيع والهبة من شئون الملك، فاشتراط عدمهما فى الملك مخالف لحكم الله.

قلت: أولاً نحن لا نقول ببطلان هذين الشرطين كما عرفت سابقاً فى معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال.

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

و يكون استثناء شرط الارث لان الملك فيه قهري للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشتري به، مع ان تحقق الاجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانية: عن ابي عبد الله عليه السلام عن الشرط في الاماء لاتباع و لا تورث و لا توهب قال يجوز ذلك غير الميراث، فانها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ، الخبر، فان قوله

لانه شرط الفاسد، و مع ذلك لم يقل الامام عليه السلام بفساد البيع.

(و) ان قلت: فلما ذفرّق الامام عليه السلام بين شرط الارث فابطله و شرط عدم البيع و الهبة فقرّره و لو استحبابا.

قلت: (يكون استثناء شرط الارث لان الملك فيه قهري 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 و لا يهب (مع ان تحقق الاجماع) الذي ادعاه كاشف الرموز (على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع، كما لا يخفى) و تقدم في مسألة تحليل الحرام و تحريم الحلال.

(و الثانية) اى صحيحة الحلبي (عن ابي عبد الله عليه السلام عن الشرط في الاماء لا تباع و لا تورث و لا 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، الى آخر (الخبر) حيث دلّ على ان الشرط الفاسد ليس بمفسد (فان قوله)

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

و يؤيده ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح.

عليه السلام (فانها تورث، يدل على بقاء البيع- الذي شرط فيه ان لا تورث- على الصحة) اذ لو كان البيع فاسدا 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 و جل فهورد، اى لا يعمل به) يستفاد من قوله «كل شرط الخ» (ان جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها) اى بتلك الاخبار الدالة على ان الشرط المخالف لا يعمل به (عدم العمل بالشرط) مع بقاء البيع (لا بطلان اصل البيع) اذ لو كان اصل البيع باطلا لم يكن وجه لقوله «الشرط باطل» بل اللازم ان يقول: البيع باطل.

(و يؤيده) اى يؤيد ما ذكرنا من ان الشرط الفاسد ليس بمفسد (ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح).

حيث دلّ ذلك على بقاء النكاح كاخبار ابن مسلم و محمد ابن قيس و منصور و يونس و غيرها، كما تقدم الكلام فى ذلك فى أوّل الباب، فراجع.

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

والانصاف ان المسألة في غاية الاشكال.

ولذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقق قدس سره.

و خبر الوشاء عن الرضا عليه السلام الدال على انه ان شرط بعض المهر لأب المرأة ان النكاح صحيح و الشرط باطل.

و لعلّ المصنف انما جعل هذه الاخبار مؤيدة لا دليلا، لاحتمال ان يكون ذلك من باب التخصيص لخصوصية في النكاح.

(وقد يستدل على الصحة) اى على صحة العقد مع بطلان الشرط (بان صحة الشرط فرع على صحة البيع) اذ لو لا 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 المسألة) و هى: هل ان الشرط الفاسد مفسد، أم لا؟

(في غاية الاشكال) لاختلاف كبار الفقهاء في ذلك.

(و لذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقق قدس سره) حيث توقّف هو أيضا.

لكن الاظهر ما عرفت من عدم كون الشرط الفاسد مفسدا، والله العالم

ثم على تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط، وجه من حيث كونه في 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 فللخيار وجه (من حيث كونه) اى عدم الشرط (فى حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعى) وهو حكم الشارع بفساد الشرط (كالعقلى) كما اذا لم يتمكن من اداء الشرط لعدم القدرة عليه (فيدل عليه) اى على الخيار فى الشرط الفاسد (ما يدل على خيار تخلف الشرط) من قاعدة: لا ضرر، ونحوها.

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

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

ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار او بفوريته.

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

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

لانه يقال: العالم بالحكم لا يشمله دليل الخيار و هو: لا ضرر، و ما اشبهه، و هذا يشمل الجاهل بالحكم، و لو 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: لا ضرر و نحوه يشمله (ولكن يشكل) ثبوت الخيار للمشروط له شرطا فاسدا اذا كان جاهلا بالحكم او بالموضوع (بان العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الاجماع، و ادلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة انها) اى قاعدة: لا ضرر (لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى اذا لم يعتضد بعمل جماعة) و الاجماع له قدر متيقن، و لذا لا يمكن سحبه الى المقام و اما ان دليل لا ضرر، يحتاج الى العمل فى تأسيس الحكم (لان العموم اجمالا) اى علما اجماليا (انه لو عمل بعمومها) و اسست الاحكام فى كل مورد: لا ضرر (لزم منه تأسيس فقه جديد) فانه اذا جرى الانسان المعاملة جاهلا بالموضوع فكثيرا ما يلزم منه الضرر، فاذا كان جهله بالموضوع يوجب جريان: لا ضرر، و تأسيس

خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذرا فرب ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها خصوصا الصحة و الفساد.

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

الحكم، لزم فقه جديد.

و وجهه ما ذكره بقوله «فان ضرورة الشرع» (خصوصا اذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى) مضافا الى الجهل بالموضوع (عذرا) و انه يشمله دليل: لا ضرر، فيلزم تدارك ذلك الضرر، فان الفقه الجديد على هذا يكون اوسع.

و انما قلنا خصوصا لما ذكره بقوله: (فرب ضرر يترتب على المعاملات من اجل الجهل باحكامها) اى احكام المعاملات (خصوصا) الجهل ب (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 اشبهه، 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 لا حق له فى السبق و ان تضرّر

فرسه و ذهب وقته، الى غير ذلك من الامثلة التي يجدها الانسان في مختلف كتب الفقه.

وانما قال «لان المعلوم اجمالا» اذ لا نعلم تفصيلا عدم جريان:

لا ضرر، في بعض الموارد، بل الذي نعلم انه لو جرى: لا ضرر، في الجملة في كل الموارد لزم تأسيس فقه جديد، و الفقه الجديد معلوم البطلان بالضرورة، فتأسيس الاحكام من: لا ضرر، باطل قطعاً.

نعم لو عمل العلماء بلا ضرر في مورد لم يلزم تأسيس الفقه الجديد فانه فقه قديم.

لكن ربما يقال: بان: لا ضرر، دليل عام فما علم بخروجه منه علما تفصيلا او اجمالا، نقول بالخروج مع اشكال في ما علم اجمالا، و ما نحن فيه ليس من تلك الموارد، فانه لا علم تفصيلا بخروجه، و العلم الاجمالي منحل لأن كل تلك الموارد التي علمنا اجمالا بخروجها، قام الدليل على خروج بعضها فانحل العلم الاجمالي.

ولذا تريهم يتمسكون بلا ضرر، في المسائل الجديدة، مع انه لا عمل من الاصحاب على طبقها.

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

و كيف كان فهذا هو الاشكال الاول على جريان دليل لا ضرر لاثبات الخيار للمشروط له اذا كان جاهلا بفساد الشرط سواء كان جاهلا قاصرا او

مع ان مقتضى تلك الادلة نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع، أم بالحكم.

وان قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر.

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

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

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

فلاقوى فى المقام عدم الخيار وان كان يسبق خلافه فى بادئ النظر.

الثانى: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بافساده لم يصح بذلك العقد لانعقاده بينهما على الفساد،

فلا ينفع اسقاط المفسد و يحتمل الصحة بناء على ان التراضى انما حصل على العقد المجرد عن

او مقصّرا، كما فى مورد الجهر و الاخفات و القصر و الاتمام، و بعض مسائل الحجّ، لكن التسوية انما هى دليل خارجى لا بقاعدة: لا ضرر.

(فلاقوى فى المقام) عند المصنف (عدم الخيار) فيما اذا شرط شرطا فاسدا جهلا بالحكم او الموضوع قصورا او تقصيرا (وان كان يسبق خلافه) و ان للشارط الخيار (فى بادئ النظر) لكن لا عبرة بالنظر الاوّل.

(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 ينفع اسقاط المفسد) فان العقد لم ينعقد أولا، و لا دليل على انعقاده بعد الاسقاط فيكون حاله حال ما اذا كان احد العوضين مجهولا عند العقد ثم علم به، فان العلم المتأخر لا يوجب الصحة بعد ان فسد بالجهل.

(و يحتمل 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 التراضي انما ينفع اذا وقع عليه العقد، او لحق العقد السابق، كما في بيع المكروه والفضولي.

واما اذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع لان متعلق الرضا لم يعقد عليه، و متعلق العقد لم يرض به.

ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد اسقاط الشرط، قال: يشترط في العمل المشروط على البائع ان يكون محللا فلو اشترى العنب على شرط ان يعصره البائع خمرا لم

الشرط فيكون كتراضيهما عليه) اي على العقد المجرد (حال العقد).

(وفيه) انه لا فائدة في الرضا المتأخر، ف (ان التراضي انما ينفع اذا وقع عليه العقد، او لحق العقد السابق، كما في بيع المكروه والفضولي) بان كان العقد بجميع اركانه و خصوصياته مقارنا للرضا، او ملحوقا بالرضا (و اما اذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد، فلا ينفع) في تصحيح العقد (لان متعلق الرضا) و هو التعويض بدون الشرط (لم يعقد عليه، و متعلق العقد) و هو التعويض بالشرط (لم يرض به) بل لو كان الرضا حين العقد بشيء آخر أيضا لم يصح فكيف بالرضا المتأخر.

(ويظهر من بعض مواضع التذكرة التردد في الفساد بعد اسقاط الشرط) الفاسد.

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

يصح الشرط، و البيع، على اشكال ينشأ من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خاليا عنه و هو المانع من صحة البيع و من اقتران البيع بالمبطل و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا، او ايقاف البيع بدونه، فان لم يرض بدونه بطل، و الاصح، انتهى.

و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الايقاف.

يصح الشرط) قطعاً (و) لم يصحّ (البيع، على اشكال ينشأ) ذلك الاشكال (من جواز اسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به) اى بالعقد (خاليا عنه) اى عن الشرط (و) الشرط (هو المانع من صحة البيع) فاذا سقط صح البيع (و من اقتران البيع بالمبطل) فاذا بطل فى حينه لم يمكن تصحيحه بعد ذلك.

قال: (و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من اصله) «بطلان» مفعول «يثمر» (بحيث لو رضى صاحبه باسقاطه لا يرجع البيع صحيحا، او) يثمر الشرط (ايقاف البيع بدونه) اى بدون الشرط (فان لم يرض بدونه) اى بدون الشرط (بطل، و الا) بان رضى بدون الشرط (صح) فان البيع مع الشرط باطل، و البيع بدون الشرط موقوف، بمعنى انه محتمل لان يلحقه الرضا فيصح، او لا يلحقه فيبطل (انتهى) كلام العلامة.

(و لا يعرف وجه) معتد به (لما ذكره من احتمال الايقاف) لما تقدم من ان المرضي به غير صحيح، و الصحيح غير مرضي به.

اللهم الا ان يقال: ان العقد قابل للتجزئة، فاذا كان المرضي به

الثالث: لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك

بناء على ان الشرط الفاسد مفسد له أم لا، وجهان بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

فان قلنا: بانه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدم في الشروط لم يفسد، و الا فسد.

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 الفضولي.

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

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

المراد باشتراط ذلك: شرطه فى متن العقد، فلو كان فى انفسهما ذلك ولم يشترطاه لم يضر، ولو شرطاه قبل العقد لفظاً، فان كانا يعلمان بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا اثر له، و الا اتجه بطلان العقد، كما لو ذكراه فى متنه، لانهما لم يقدموا الاعلى الشرط، ولم يتم لهما فيبطل العقد، انتهى.

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

و حاصل تفصيله ان للمسألة صوراً.

الاولى: الشرط النفسى فلا يوجب البطلان.

الثانية: الشرط فى متن العقد فيوجب البطلان.

الثالثة: الشرط قبل العقد و هما يعلمان انه لا حكم فلا يوجب البطلان الرابعة: الشرط قبل العقد و هما يعلمان بان له حكم التأثير و يوجب البطلان.

وانما اوجب البطلان (لانهما لم يقدموا الاعلى الشرط و) الحال انه (لم يتم لهما) لانه شرط فاسد (فيبطل العقد) فان ما قصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد (انتهى) كلام المسالك.

ص: 53

وفى باب المراجعة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة انه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظاً، كره، قال فى المسالك اى لم يشترطاه فى نفس العقد، فلا عبرة بشرطه قبله.

نعم لو توهم لزوم ذلك او نسى ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد، انتهى.

ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره و جواباً عنه بقوله: قيل عليه ان مخالفة

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

(نعم لو توهم لزوم ذلك) الشرط المذكور قبله (او) لم يتوهم ذلك، بل ذكر الشرط قبله و اراد ذكره فى متن العقد لكنه (نسى ذكره) اى الشرط (فيه) اى فى العقد (مع ذكره قبله، اتجه الفساد).

فقوله «لو توهم لزوم ذلك» تأييد لما ذكره قبله «و الا اتجه بطلان العقد» (انتهى) كلام المسالك.

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

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

واجيب عنه بان القصد وان كان معتبرا في الصحة، فلا يعتبر في البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ والقصد وكذلك الصحة ولم يوجد في الفرض.

ثم قال قدس سره وفيه منع ظاهر فان اعتبارهما معا في الصحة يقتضي

القصد للفظ تقتضى بطلان العقد، لان العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ) للقصد، حيث قال المحقق في عبارته المتقدمة «لو كان من قصدهما ذلك ولم يشترطه لفظا كره».

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

(ثم قال) صاحب المسالك (قدس سره وفيه) هذا ردّ لقوله: «واجيب 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 (معا في الصحة يقتضي

كون تخلف احد هما كافيًا في البطلان.

ويرشد إليه عبارة الساهي والغالط والمكره، فان المتخلف الموجب للبطلان هو القصد خاصة، و الا فاللفظ موجود.

ثم قال: و الذي ينبغي فهمه انه لا بد من قصدهما الى البيع المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه ردّه، و انما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظرا الى وثوق البائع بالمشتري انه لا يمتنع من ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره

كون تخلف احدهما كافيًا في البطلان) لانه اذا كان الشيء مشروطا بامرین فانه اذا ذهب احد الامرین ذهب المركب، لان الكل عدم عند عدم جزء له (و يرشد إليه) اى الى ان تخلف جزء يقتضي البطلان (عبارة الساهي 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: في باب شرط البيع الى البائع (و الذي ينبغي فهمه) و الحكم به في المسألة (انه لا بد من قصدهما الى البيع) اى يبيع البائع الى المشتري (المترتب عليه اثر الملك للمشتري على وجه لا- يلزمه ردّه) اى لا- يلزم بيع المشتري للبائع (و انما يفتقر) و يحتاج المقام الى (قصدهما لردّه) اى ردّ المشتري الى البائع بالبيع (بعد ذلك) اى بعد البيع الاول (بطريق الاختيار، نظرا الى وثوق البائع بالمشتري) و انه اذا باعه الى المشتري ردّه المشتري إليه بكل اختياره، فقد وثق البائع ب (انه) اى المشتري (لا يمتنع من ردّه إليه بعقد جديد بمحض اختياره)

و مروّته، انتهى كلامه.

اقول اذا اوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترنا بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما فى البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه.

اى اختيار المشتري (و مروّته) لانه اذا وعد و فى (انتهى كلامه) اى كلام صاحب المسالك.

(اقول) التفصيل الذي ذكره المسالك بين من يعلم بان الشرط المتقدم لا حكم له فلا يوجب الشرط الفاسد المتقدم البطلان، و بين من لا يعلم بان الشرط المتقدم لا حكم 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 فساده او لا يعلم.

ف (اذا اوقعا العقد المجرد) عن ذكر الشرط (على النحو الذي يوقعانه مقترنا بالشرط) اى بنيا على الشرط (وفرض عدم التفاوت بينهما) المجرد و المقترن (فى البناء على الشرط و الالتزام به الا بالتلفظ بالشرط و عدمه) فان فى المقترن تلفظ بالشرط، و فى المجرد لا تلفظ بالشرط، اما البناء على الشرط فهو موجود فى كليهما.

ص: 57

فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط، و غيره، فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق فى ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب اثر شرعى عليه، و غيره.

(فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ فى تأثير الشرط الصحيح و الفاسد) و ان الشرط يعطى اثره سواء كان شرطا تلفظيا او شرطا بنائيا (فلا وجه للفرق) الذى ذكره المسالك (بين من يعلم فساد الشرط) فلا يوجب الشرط فساد العقد (و غيره) الذى لا يعلم فساد الشرط فيوجب الشرط فساد العقد، بل كلاهما باطل، اذ العالم بالفساد أيضا يقيد العقد بالشرط، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد (فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه) بالفساد (عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد) لفرض ان الشرط كان قبل العقد و بنى فى العقد عليه (بل اقدامه) اى اقدام العالم بالفساد (كاقدام من يعتقد الصحة) فى ان كلا منهما قيد العقد بالشرط، فحال الشرط الفاسد حال نفس العقد الفاسد، فهل هناك فرق فى العقد الفاسد بين من يعلم فساده و بين من لا يعلم فساده.

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

وبالجملة: فالاقدام على العقد مقيدا امر عرفي يصدر من المتعاقدين و ان علما بفساد الشرط.

و اما 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 في بطلان العقد لان العقد المقيّد بهذا الشرط الفاسد لا يقع مقيدا- لفساد الشرط- ولا مطلقا لانه غير مقصود على ما علّله المسالك.

(وبالجملة) نقول في جواب المسالك (فالاقدام على العقد مقيدا) بالشرط الفاسد سواء تلفظ به أم قدّم على العقد (امر عرفي يصدر من المتعاقدين، و ان علما بفساد الشرط) وهذا الامر لا يقع لان الشارع لم يمضه، فأيّ فرق بين ان يعلمنا فساد، و بين ان لا يعلمنا فساد.

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

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

نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط، ثم طرأ 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 و لا يزيد به المالية، فانه لغوا لوجب الخيار، وقد صرح

(نعم لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط) و البناء عليه (ثم طرأ 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 أيضا مفسد، و ان لم نقل انه مفسد فهذا أيضا ليس بمفسد (الرابع) من المسائل المتعلقة بالشرط الفاسد (لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء، ف) هل هذا مفسد، أم 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 و لا يزيد به) اي بهذا الشرط اللغو (المالية) و هذا عطف بيان لقوله «ما لا غرض» (فانه) اي هذا الشرط (لغوا لوجب) تخلفه (الخيار، وقد صرح)

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

و قد ذكروا فى السلم لغوية بعض الشروط كاشتراط الوزن بميزان معين.

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

صاحب التذكرة (فى مواضع اخر- فى باب الشروط- بصحة العقد و لغوية الشرط، و) هذا أيضا 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).

(و قد 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 أولا 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 اذا الشرع انما امضى الشروط العقلانية (و لم يكن فى تخلفها او تعذرها خيار) لان ادلة الخيار منصرفة الى الشروط العقلانية، او لانه لا اجماع فى الخيار فيما اذا تخلف الشرط غير العقلانى، و كذلك لا يشمله دليل: لا ضرر

خرجت عن قابلية تقييد العقد بها، لعدم عدّها كالجزم من احد العوضين ويشكل بان لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين.

فاللازم اما بطلان العقد، و اما وجوب الوفاء كما اذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالا فى العرف.

لانه لا يتضرر الشارط بعدم هذا الشرط اللغو (خرجت عن قابلية تقييد العقد بها) فالعقد مطلق غير مقيد (لعدم عدّها كالجزم من احد العوضين) و من المعلوم ان دليل: الشرط الفاسد مفسد، انما يشمل ما لو كان هناك قيد فى العقد، و المفروض انه لا قيد هنا، و الحاصل ان القيد الفاسد مفسد و الشرط اللغو ليس بقيد.

(و يشكل) قولنا «ان الشرط اللغو ليس بقيد» (بان لغويتها لا تنافى تقييد العقد بها فى نظر المتعاقدين) فيشملة دليل: الشرط الفاسد مفسد.

(فاللازم) حيث كان الشرط اللغو قيذا (اما بطلان العقد) ان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (و اما وجوب الوفاء) بالشرط اللغو ان قلنا بان الشرط الفاسد ليس بمفسد.

فحال الشرط اللغو (كما اذا جعل بعض الثمن مما لا يعدّ مالا فى العرف) فى انه اذا كان مثله مبطلا بطل العقد، و الا وجب الوفاء به، فتأمل.

اشارة

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

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

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

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

وبه قال الشافعي الا في خيار المجلس.

وادعى في الغنية الاجماع على إرث خيار المجلس و الشرط.

واستدل عليه مع ذلك بانه حق للميت، فيورث، لظاهر القرآن.

وتبعه بعض من تأخر عنه.

وزيد عليه الاستدلال بالنبوي: ما ترك الميت من حق فلو فلوارثه.

اذا كان هناك موجب من موجبات فسخ النكاح، كالجنون ونحوه بعد ان مات من عليه الفسخ، احتمالان.

(وبه) اي بان الخيار يورث (قال الشافعي الا في خيار المجلس) حيث لم يقل الشافعي بانه موروث.

(وادعى في الغنية الاجماع على إرث خيار المجلس و الشرط) لكن الظاهر ان مراده الشرط المطلق، لا الشرط الخاص باحدهما او باجنبي فانه لو قيد خيار الشرط لم يكن وجه لكونه موروثا.

(واستدل) صاحب الغنية (عليه) اي على ان الخيار موروث (مع ذلك) الاجماع (بانه حق للميت فيورث، لظاهر القرآن) كقوله سبحانه:

وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ*، وقوله: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وغيرهما.

(وتبعه) في دعوى الاجماع (بعض من تأخر عنه) اي عن ابن زهرة (وزيد عليه) في كلام اولئك المتأخرين (الاستدلال بالنبوي: ما ترك الميت من حق فلوارثه) فان الحق وان كان ربما يطلق على المال وربما يطلق على ما يقابل المال لكن الظاهر هنا بقريظة الاطلاق انه شامل

الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين فى إرث ما ترك الميِّت يتوقف على ثبوت امرين.

احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا،

كاجازة العقد الفضولى و جواز الرجوع فى الهبة و سائر العقود الجائزة، فان الحكم الشرعى مما لا يورث، و كذا ما تردّد بينهما، للاصل.

لكلا الامرين، فانه عند الاطلاق يشملهما، كما لا يخفى.

(اقول: الاستدلال على هذا الحكم) اى على ان الخيار موروث (بالكتاب و السنة الواردين فى إرث ما ترك الميِّت) فنقول: كل ادلة الارث تشمل الخيار، فالخيار موروث و (يتوقف على ثبوت امرين).

(احدهما: كون الخيار حقا لا حكما شرعيا) و قد سبق الفرق بين الحق و الحكم، فالحق ما يقبل الانتقال و يقبل الاسقاط و ما اشبهه، و الحكم ليس كذلك، مثلا: وجوب الصلاة حكم و وجوب ردّ 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، و لذا تقبل الاسقاط و يرثها الوارث (فان الحكم الشرعى مما لا يورث) و لا ينتقل و لا يقبل الاسقاط الى غيرها من الفروق بين الحق و الحكم (و كذا ما تردّد بينهما) فلم يعلم انه حق او حكم اللازم ان لا ترتب عليه آثار الحق (للاصل) لانه اذا شككنا فى انه يورث أم لا، فالاصل عدم الارث، و كذا اذا شككنا فى انه ينتقل أم لا 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 لا حكما، مستغنى عنه بقيام الاجماع على نفس الحكم.

الثانى: كونه حقا قابلا للانتقال،

ليصدق انه مما

(و ليس فى الاخبار ما يدل على ذلك) اى على ان الخيار حق (عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بانه رضا، كما تقدم فى خيار الحيوان) فانه اذا كان اسقاط الخيار بيد المتصرف كان ذلك دليلا على انه حق، اذ لو كان حكما لم يسقط بتصرف ذى الخيار.

(و) عدا (التمسك) من الفقهاء (بالاجماع على سقوطه بالاسقاط) فان ذا الخيار له اسقاط خياره اجماعا- كما تقدم- (فيكشف) هذا الاجماع (عن كونه حقا لا حكما) فى حالكون 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، فلا حاجة الى الاستدلال بالاجماع على انه يورث.

(الثانى: كونه حقا قابلا- للانتقال) فان مجرد كونه حقا لا يلزم كونه قابلا للانتقال، لما نشاهد 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 و حياته مقوما له، و الا فمثل حق الجلوس فى السوق و المسجد و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال فلا يورث.

و اثبات هذا الامر بغير الاجماع أيضا مشكل.

و التمسك فى ذلك

ترك الميت) فيكون مصداقا لقوله عليه السلام: ما ترك الميت من حق فلوارثه وقوله تعالى: ما ترك*، فى آيات الارث (بان لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له) اى لهذا الحق (و الا فمثل حق الجلوس فى السوق و المسجد و حق التولية و النظارة) بان يكون ناظرا على المتولى (غير قابل للانتقال).

فلا يصح ان يقول زيد لعمره: لى الحق فى الجلوس فى المسجد فايبيعك هذا الحق، او اذا مات زيد ورث هذا الحق ولده، فيكون للولد حقان فى جلوس المسجد، حق نفسه و حق والده (فلا يورث) هذا الحق لان كل ما لا ينتقل لا يورث.

(و اثبات هذا الامر) اى ان الخيار قابل للانتقال (بغير الاجماع أيضا 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، لا بنحو الوكالة، و عليه فثبوت نوع من انواع الانتقال لا يلازم 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 لا نعلم بانه هل سقط هذا الحق أم بقي، فنستصحب بقاءه (اشكل، لعدم احراز الموضوع، لان الحق لا يتقوم الا بالمستحق) فالشخص الذي كان الحق متقوما 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 شيئا 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 إرث الخيار ليس تابعا لارث المال فعلا

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار الى الوارث.

ولو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه كالرقية، او القتل للمورث، او الكفر، فلا اشكال فى عدم الارث لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق.

(بقى الكلام فى ان إرث 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 إرث 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 المثل و يكون المثل للديان.

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

(ولو 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 و القاتل لمورثه لا يرثه و الكافر لا يرث المسلم (فلا اشكال فى عدم الارث) فانهم لا يرثون حق الخيار أيضا كما لا يرثون اصل المال (لان الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق)

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

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

(ولو 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 أم لا (بالنسبة الى العقار) اى الارض، سواء كانت ارضا جرداء او ارضا ذات بناء، فانه اختلف فى ان الزوجة لا ترث مطلقا من الارض او لا ترث اذا كانت غير ذات ولد اما اذا كانت ذات ولد فانها ترث (و) مثل (غير الاكبر من الاولاد بالنسبة الى الحبوقة).

فالحبوقة 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 أم لا يحرمون الى أربعة 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 و جعل لنفسه الخيار فى استرجاعها ان شاء، فهل للزوجة حق الخيار أم ليس لها حق الخيار فى تلك الارض، و كذا لو اشترى الزوج ارضا و جعل لنفسه الخيار فى ردّها

او عدم حرمانه كذلك وجوه، بل اقوال.

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

فيرث في الاول، صرح به فخر الدين في الايضاح وفسّر به عبارة والده كالسيد العميد، و شيخنا الشهيد في الحواشى.

ان شاء فهل ان الزوجة لها حق الخيار فى ان يردها أم لا، وهكذا بالنسبة الى الحبة، و غير الولد الاكبر.

فاذا كان الأب مشتريا للسيف و جعل لنفسه حق الخيار، فهل ان سائر الاولاد لهم حق الارجاع بخيار ابيهم؟ وكذا اذا كان الأب بائعا سيفه و جعل لنفسه حق الخيار فهل ان الاولاد لهم حق استرجاع السيف؟ (او عدم حرمانه كذلك) مطلقا (وجوه، بل اقوال).

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

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

ولا- يرث فى الثانى فيما اذا كان منتقلا عن الميت كما اذا باع الارض و السيف و جعل الخيار لنفسه (صرح به) اى بهذا التفصيل (فخر الدين فى الايضاح وفسّر به عبارة والده) العلامة (ك) ما افنى بذلك (السيد العميد، و شيخنا الشهيد) الاول (فى الحواشى).

ورابعها: عدم الجواز في تلك الصورة، و الاشكال في غيرها، صرح به في جامع المقاصد ولم 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 إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثلثين و بعبارة اخرى: الخيار

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

و عليه فقوله السابق «بل اقوال» يريد ثلاثة اقوال فقط، لا أربعة، نعم «الوجه» أربعة (و ان امكن توجيهه) اي 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) فلا حق للزوجة و سائر الاولاد بالفسخ (لانه) قبل الفسخ كان في كيسهما ثمن المبيع.

اما اذا فسخ، ف (لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن) «من» بيان «ما» (شيء من المثلثين) «شيء» فاعل «لا ينتقل».

(و بعبارة اخرى) في وجه هذا الاحتمال، و هو حرمانه مطلقا (الخيار

علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه ولا علاقة هنا ولا سلطنة.

وان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة ولا سلطنة لهذا المحروم.

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

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

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

(وان كان قد انتقل الى الميت فهو لباقي الورثة) لان الارض لغير الزوجة والحبوة للاكبر من الاولاد، ولا حق لسائر الاولاد فيها (ولا سلطنة لهذا) الانسان (المحروم) كالزوجة و سائر الاولاد على الارض والحبوة.

(والخيار حق فيما انتقل عنه) بان يستردّه (بعد احراز) و تحقق (تسلطه) اى تسلط ذى الخيار (على ما وصل يازائه) اى يازاء ما انتقل عنه.

والحاصل مثلا: ان الارض لو كانت انتقلت الى المشتري فلا سلطة للزوجة عليها حتى يتسلط على استرجاعها، وان كانت انتقلت الى الميّت فلا سلطة للزوجة عليها حتى يتسلط على استرجاع الثمن الذي هو يازاء الارض.

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

فعمومات الارث بالنسبة الى الخيار لم يخرج عنها الزوجة، وان خرجت عنها بالنسبة الى المال.

والحاصل: ان حق الخيار ليس تابعا للملكية.

(و) ان شئت قلت: حق الخيار انما يكون مع التسلط على طرفيه وهما: المثلث و الثمن، بان يسترجع احدهما ويرد الآخر، و اذا كانت الارض فى البين لم يكن لها سلطة عليها، فلا خيار.

(لكن يرد ذلك) اى دليل القائل بالحرمان سواء انتقل إليه او انتقل عنه (بما فى الايضاح من ان الخيار لا يتوقف على الملك) و على سلطة ذى الخيار على الطرفين سلطة ملكية (كخيار الاجنبى) فانه اذا جعل الخيار لاجنبى ثالث كان له الخيار، وان لم تكن له سلطة ملكية.

و كذا 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، و كذلك الحبة بالنسبة الى سائر الورثة.

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

ولذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار فى الصورتين.

ويضعفه 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.

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

خيار» فعدم الملك لا يلازم عدم الخيار.

(ولذا) 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.

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

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

ص: 75

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

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

الى من جعل له الخيار.

(و هذه العلاقة لا تنتقل من الميت الا الى وارث يكون كالميت فى كونه مالكا لان يملك) اى يملك الارض المنتقلة عنه الى المشتري (فاذا فرض ان الميت باع ارضا بثمان، فالعلاقة المذكورة) اى علاقة ان يسترده الى نفسه او موكله (انما هى لسائر الورثة دون الزوجة).

وانما ليست للزوجة (لانها- بالخيار- لا ترد شيئا من الارض الى نفسها ولا الى) انسان (آخر، هى من قبله لتكون) الزوجة (كالا جنبى المجعول له) الخيار.

هذا كله فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت الى المشتري.

(نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الارض) و كان 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 أيضا

ص: 76

مالكة لتملك حصتها من الثمن.

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

وعبر عنه في جامع المقاصد، بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير.

و حاصله ان الميِّت انما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على ردّ ما فى يده

مالكة لتملك حصتها من الثمن) اذا اخذت بالخيار.

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

(وعبر عنه) اى عما ذكرنا بقولنا «لكن فيه» (فى جامع المقاصد ب) 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، و هو ان الزوجة مسلطة على الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميِّت (ان الميِّت انما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه) اى الثمن الّذي اعطاه بإزاء ما اشتراه من الارض (من حيث تسلطه) اى الميِّت (على ردّ ما فى يده) اى

ص: 77

لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذلك من ورثته كما مرّ نظيره في عكس هذه الصورة، وليست الزوجة كذلك.

وقد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل ان ادلة الخيار مسوقة لبيان تسلّط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما فى

الارض (لتملك ما انتقل عنه بإزائه) اى بإزاء ما فى يده، فالميت مسلّط على ردّ الارض لتملك الثمن الذي انتقل عنه (فلا تنتقل هذه العلاقة الا الى من هو كذلك من ورثته) الذي يكون له تسلّط فى ردّ الارض لتملك ما انتقل عنه بإزاء الارض.

ومن المعلوم: ان الزوجة التى لا- ترث الارض لا- تسلط لها فى ردّ الارض اذ لا تسلط لها على الارض (كما مرّ نظيره فى عكس هذه الصورة) وهى صورة انتقال الارض عن الميت، فان الزوجة لها تسلط على الثمن المنتقل الى الميت ولذا لها حق الخيار.

فقوله «كما» مثال «لانتقال العلاقة»، لا لقوله «فلا تنتقل هذه العلاقة» اى مثال للمنفى لا للنفى (وليس الزوجة كذلك) اى ليست كمن هو كذلك من ورثته، ولذا فلا خيار لها.

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

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

يده، فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، و ما نحن فيه كذلك.

ويمكن دفعه بان ملك بائع الارض للثمن لما كان متزلزلا وفي معرض الانتقال الى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجة

شيرازى، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمي، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 15، ص: 79

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 بادلّة خيار المجلس (تسلّط الوكيل على ما وصل إليه لموكله) فان الوكيل ليس مسلّطاً على ما وصل الى الموكل، فليس مسلّطاً على ما فى يد الطرف الآخر، فلا خيار له (و ما نحن فيه) من الارض التى اشتراها الميّت (كذلك) فلا حق للزوجة فى فسخها، اذ لا تسلّط لها على الارض فلا تسلّط لها على الثمن الذى بيد البائع.

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

و حاصل الدفع ان الزوجة و ان لم يكن لها تسلّط على الارض لكنها مسلطة على الثمن، لان الثمن متزلزل (بان ملك بائع الارض للثمن لما كان متزلزلا) فان خيار المشتري الميّت جعل ملكية الطرف للثمن متزلزلا (وفي معرض الانتقال الى جميع الورثة) اذ اخذ بالخيار (اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار).

و انما يبقى للدليل «ما تركه الميّت فلوارثه» (ثبوت حق للزوجة)

ص: 79

و ان لم يكن لها تسلط على نفس الارض.

و الفرق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم في الوكيل ان الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر، و كونه في معرض الانتقال الى موكل الوكيل كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه في معرض الانتقال الى الورثة ثابت على كل حال، و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فان باقى

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

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

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

و قوله «و تزلزل» و «كونه» عطفًا بيان لقوله «ان الخيار» (كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده) بخلافه في مسألة الزوجة (و) ذلك لان (تزلزل 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

الورثة لوردوا الارض و استردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه، فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت، فلها استيفائه بالفسخ.

ثم ان ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للارض المبيعة بثمان معين تشترك فيه الزوجة، الا ان يلتزم عدم

الورثة لوردوا الارض و استردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه) اى فى الثمن بلا اشكال.

و عليه: (فحق الزوجة فى الثمن المنتقل الى البائع ثابت فلها استيفائه) اى استيفاء هذا الحق (بالفسخ) فلا تقاس مسألة الزوجة بمسألة الوكيل.

(ثم ان ما ذكر) 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 أيضا (على فسخ باقى الورثة للارض المبيعة) التى باعها الميِّت (بثمان معين تشترك فيه) اى فى ذلك الثمن (الزوجة) اذ الزوجة ترث من ثمن الارض، وانها لا ترث من نفس الارض.

وانما كان واردا لان تزلزل ملك الطرف الآخر للارض ثابت على كل حال و ان لم نقل بثبوت الخيار للزوجة، فانه الباقي الورثة فسخ المعاملة و استرجاع الارض و ردّ الثمن الذي تشترك فيه الزوجة على تقدير عدم لفسخ.

و يترتب على هذا ان يقال بالوجه الثانى، و هو 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 تبويض الصفقة فما اختاره فى الايضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة.

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

تسلّطهم) اى عدم تسلط سائر الورثة (على الفسخ) فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميّت (الا فى مقدار حصّتهم من الثمن) فلهم ان يفسخوا بمقدار حصّتهم، وان يستردّوا بعض الارض (فيلزم تبويض الصفقة) على المشتري للارض.

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

وعلى هذا (فما اختاره فى الايضاح من التفصيل) الّذي جعله المصنف ثالث الوجوه (مفسرا به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة) بعد سقوط القولين الاولين وهما: إرث الخيار مطلقا، وعدم إرث الخيار مطلقا، و أليك عبارتا القواعد و الايضاح لتستبين المسألة اكثر فاكثرا.

(قال فى القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال) الّذي 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، كالا جنبي.

ثم فرّع المصنف انه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار، لان لها حقاً فى الثمن.

لا ترث (ان اشترى) الزوج الميِّت الارض (بخيار) له فى ان يفسخ ويرد الارض فليس لها ان تفسخ (لترث من الثمن) بل ليس لها ان تفسخ البيع لترد الارض وتسترجع الثمن (انتهى).

(وقال فى الايضاح: ينشأ الاشكال) الَّذي 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 ولكن تملك الخيار (كالا جنبي) الَّذي 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 المسألة الاصلية التى هى ان الميِّت باع الارض بخيار (فالاقرب ارثها) اى الزوجة (من الخيار، لان لها حقاً فى الثمن) فانها اذا فسخت بيع

و يحتمل عدمه لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ، فلو علّل بارثها دار، و الأصحّ اختيار المصنف لان الشراء يستلزم منعها من شيء
نزله الشارع منزلة جزء من التركة، و هو الثمن، فقد تعلق الخيار بما ترث منه

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

(و يحتمل عدمه) اى ليس لها الفسخ فيما اذا كانت الارض منتقلة الى الميّت (لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ، فلو علّل بارثها) اى
حقها فى الخيار بان لها حقًا فى الثمن، ل (دار) لان ارثها من الثمن متوقف على حقها فى الفسخ، لانه لو لا حقها فى الفسخ لا ترث من
الثمن و حقها فى الفسخ يتوقف على ارثها من الثمن، لانها لو لم ترث من الثمن لم يكن لها حق فى الفسخ، و هذا دور صريح.

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

و اما اذا اشترى فالوارث يرث (لان الشراء يستلزم منعها) اى الزوجة (من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة، و هو) اى ذلك الشيء
(الثمن، فقد تعلق الخيار بما ترث) المرأة (منه) و هو الثمن، فان الثمن مع قطع النظر من الشراء كان جزء من التركة موروثا للزوجة، و الشراء
منع من ذلك.

فلو قلنا بثبوت الخيار لها لا يلزم تعلق الخيار بغير الموروث، فالثمن

وقد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب، واستظهر 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 ارضاً بخيار، فارادت الفسخ لترث من الثمن، واما اذا باع ارضاً بخيار، فالاشكال حينئذ بحاله، لانها اذا فسخت في هذه الصورة

موروث شأننا وذلك 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 إرث 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 ارضاً بخيار، فارادت) الزوجة (الفسخ لترث من الثمن، واما اذا باع) الميِّت (ارضاً بخيار، فالاشكال حينئذ) في ارثها الخيار، باق (بحاله، لانها اذا فسخت في هذه الصورة) اي صورة بيع الميِّت الارض بخيار

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، و هو خلاف الظاهر.

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

(لم ترث شيئاً) فانها اذا فسخت عادت الارض الى الميىت، و هى لا ترث من الارض.

(و حمل الشارحان) و هما: صاحب الايضاح و السيد العميد (العبارة) اى عبارة القواعد (على ان الاقرب ارثها) اى إرث الزوجة للخيار (اذا اشترى) الميىت الارض (بخيار).

و انما ترث (لانها حينئذ) اى حين اشترى الميىت (تفسخ) البيع (فترث من الثمن، بخلاف ما اذا باع) الميىت الارض (بخيار) لانها اذا فسخت رجعت الارض الى الميىت، فلا ترث (و هو) اى استفادة ارثها من عبارة القواعد (خلاف الظاهر).

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

ص: 86

غير مستقيم أيضا، فان الارض حق لباقي الوارث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها، و اخراجها عن ملكهم.

نعم لو قلنا ان ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار، استقام ذلك، و أيضا فانها اذا ورثت في هذه الصورة، و جب ان ترث في ما اذا باع الميِّت ارضا بخيار بطريق اولي.

غير مستقيم أيضا، فان الارض) المنتقلة الى الميِّت (حق لباقي الوارث استحقوها بالموت) اي موت المورث (فكيف تملك الزوجة ابطال استحقاقهم لها) اي للارض (و اخراجها) اي الارض (عن ملكهم).

فكلام الشارحين لا وجه له، لا من جهة ظاهر العبارة، و لا من جهة الحكم في نفسه.

(نعم لو قلنا ان ذلك) اي ملك المشتري للارض و ملك الميِّت للثمن (يحصل بانقضاء مدة الخيار) كما يقول الشيخ بان مدة الخيار ليس بنقل (استقام ذلك) الذي ذكره الشارحان، من: ان المرأة ترث الخيار اذ المال المنتقل الى المشتري بعد في ملك الميِّت، فالزوجة ترث من الثمن (و أيضا) يرد اشكال ثالث على الشارحين بالإضافة الى انه خلاف ظاهر العبارة و انه غير مستقيم من حيث الحكم (فانها) اي الزوجة (اذا ورثت) الخيار (في هذه الصورة) اي صورة انتقال الارض الى الميِّت (و جب ان ترث) الخيار (في) الصورة الثانية أيضا، و هي (ما اذا باع الميِّت ارضا بخيار بطريق اولي) فكيف يقول الشارحان بعدم ارثها في صورة انتقال الارض.

لأنها 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: و الحق ان ارثها من الخيار فى الارض المشتراة مستبعد جدا، و ابطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج الى دليل.

نعم قوله لترث من

وانما كان بطريق اولى (لأنها) اى الزوجة (ترث حينئذ) اى حين باع الميت الارض (من الثمن) فلها الحق فى ان تتصرف فى الثمن الذى ورثته بابطال ملكيتها له و ارجاعه الى المشتري.

(واقصى ما يلزم من ارثها من الخيار) فى صورة انتقال الارض من الميت الى المشتري (ان تبطل) الزوجة (حقها من الثمن و هو) 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 (و الحق ان ارثها من الخيار فى الارض المشتراة) اى التي اشتراها الميت (مستبعد جدا، و ابطال حق قد ثبت لغيرها) و هو حق الورثة فى الارض التي اشتراها الميت (يحتاج الى دليل) و هو مفقود.

(نعم قوله) اى قول العلامة فى عبارة القواعد السابقة (لترث من

ص: 88

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

وقد تقدم ما يمكن ان يقال على هذا الكلام.

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

الثلث - على هذا التقدير -) اى تقدير كلام جامع المقاصد فى تفسير عبارة القواعد، و التقدير هو ان «ذلك» فى عبارة القواعد اشارة الى عدم الارث (يحتاج الى تكلف زيادة تقدير) كما ذكرناه نحن فى شرح العبارة للقواعد (بخلاف 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 إرث الزوجة من خيار الارض المنتقلة الى الميِّت اى على اختيار جامع المقاصد - فتأمل.

(ثم ان الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبة من الورثة) اى غير الولد الاكبر (اذا اشترى الميِّت) الحبة (او باع بعض اعيان الحبة) بيعا (بخيار) فهل لسائر الورثة إرث الخيار مطلقا، او لا يرثون الخيار مطلقا، او هناك تفصيل بين الحبة المنتقلة الى الميِّت وبين الحبة المنتقلة عن الميِّت (هو الكلام فى ثبوته) اى الخيار (للزوجة فى الارض المشترأة) اى التى اشترها الميِّت (و المبيعة) اى التى باعها الميِّت، والله العالم بحقائق الاحكام.

مسئلة فى كىففة اسآحقاق كل من الورآة للآبار مع انه شىء واحد غير قابل للآجزئة و الآقسفم

وآوه.

الأول: ما آآاره بعضهم من اسآحقاق كل منهم آبارا مسآقلا كمورآه،

بآفآ فكون له الفسخ فى الكل، و ان آجاز الباقون.

(مسألة: فى كىففة اسآحقاق كل من الورآة للآبار) اذا كان الوارآ مآعددا (مع انه) اى الآبار (شىء واحد غير قابل للآجزئة و الآقسفم) بمعنى ان الشارآ آعل آبارا واحدا لا ان الآقسفم غير معقول ففه.

و الفرق بفن الآجزئة و الآقسفم، ان الأول فوجب آكسفر عآد صآفآ واحد كآجزئة ٱرآقالة الى عآة آزاء، و الثانى فوجب آقسفم اعداد صآفآة كل عآد على آة، كآقسفم عشرة ٱرآقالات على آمسة اشآاص مآلا فالآبار لا آزاء له و لا اعداد آآى فقبل الآجزئة و الآقسفم (وآوه).

(الأول: ما آآاره بعضهم من اسآحقاق كل منهم آبارا مسآقلا كمورآه) فآاله آال ما اذا شرط ان فكون له الآبار ما دام آفآ، فاذا مات كان لكل وارآ من وراثه آبارا مسآقلا، بآفآ ان له الفسخ و الامضاء فاذا فسخ لم فكن آق للباآفن فى الامضاء، و ان امضى لم فكن آق للباآفن فى الفسخ (بآفآ فكون له الفسخ فى الكل، و ان آجاز الباقون) بعآ فسخه، او ان معنى ذلك ان لكل واحد الفسخ و ان امضى الباقون قبل ذلك، فالفسخ مآدم على الآآازة، سواء آقدم عليها او تأآر، او آقارن

ص: 90

نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين.

وكذلك حق الشفعة على المشهور.

واستند في ذلك الى ان ظاهر النبوى المتقدم، وغيره: ثبوت الحق لكل وارث

معه.

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

(وكذلك حق الشفعة) فانه اذا كان شريكان في دار مثلا، فباع احدهما حصته لا جنبي، كان للشريك الآخر ان يعطى الثمن للاجنبي 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 كليا، بل لمن شاء من الورثة ان يأخذ بحق الشفعة.

(واستند) هذا القائل (في ذلك) الذي ذكره من ان كل واحد من الورثة له حق خيار مستقل (الى ان ظاهر النبوى المتقدم) ما تركه الميِّت من حق فلوارثه (وغيره) من الأدلة الدالة على إرث اولى الارحام (ثبوت الحق لكل وارث).

اذ الامر دائر بين عدم الخيار و خيار واحد للكل، و تجزئة الخيار، و

ص: 91

لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذي لا بدّ من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك، لعدم تعدد المالك 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 تجزءون المال الى اجزاء.

قلت: هناك فرق بين الخيار و المال (لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لا بدّ من تنزيل مثل ذلك) اى مثل اطلاق ان المال للوارث (على إرادة الاشتراك) و ان لكل وارث حصة من المال (لعدم تعدد المالك شرعا لمال واحد، بخلاف محل البحث) الذي 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) و الامضاء (فيه دون باقى الحصص) فاذا كان الوراث 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 سيجيء- اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعين تبعضه بحسب متعلقه.

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

(غاية الامر مع اختلاف الورثة فى الفسخ و الامضاء) بان فسخ بعض و امضى آخرون (تبعض الصفقة على من عليه الخيار، فيثبت له الخيار) فان شاء فسخ المعاملة كلا و استرجع ماله، و ان شاء رضى بالقدر الممضى 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 البرتقالة بان يكون لكل وارث جزء خيار، اذ لا معنى لجزء الخيار، فانه ان كان له الفسخ فله الخيار كاملا، و ان لم يكن له الفسخ فلا خيار له (و كان مقتضى ادلة الارث- كما سيجيء- اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعين تبعضه) اى تبعض الخيار (بحسب متعلقه) اى المال الذى تعلق به الخيار- ثمنا كان او مثمنا- (فيكون) ما نحن فيه (نظير المشتريين لصفقة واحدة) فى ان لكل واحد منهما ان يفسخ بالنسبة الى حصته اذا كان هناك خيار، كما اذا كانت الصفقة حيوانا او كان فى المعاملة غبن لهما، او ما اشبه ذلك (اذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما) مستقلا.

الثالث: استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار

فيشركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبة الى جميع المال، ولا بالنسبة الى حصة كل منهم، لان مقتضى ادلة الارث في الحقوق غير القابلة للتجزئة، و الاموال القابلة لها امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك 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 لاحدهم 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 تعدّده) اى الخيار (بالنسبة الى جميع المال) كما اشار إليه القول الاول (و لا بالنسبة الى حصة كل منهم) كما اشار إليه القول الثانى و الدليل 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 (و الاموال القابلة لها) اى للتجزئة فانه يكون لكل وارث جزء من المال المتروك (امر واحد، فهو ثبوت مجموع ما ترك) 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) اى كل من الورثة (بحصة مشاعة) كالنصف او الثلث، و ذلك لعدم وجود ملك كل واحد لشيء واحد (بخلاف الحقوق فانها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها) اى فى تلك الحقوق (فلا يجوز لاحدهم الاستقلال

بالفسخ، لا فى الكل، و لا فى حصته، فافهم.

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

بالفسخ، لا فى الكل) لان الكل ليس له (و لا فى حصته) الخاصة به لان الخيار ليس متعددا بعدد كل حصة حصة، بل اللازم اجتماع الكل على الفسخ حتى يكون الفسخ (فافهم) لعله اشارة الى ان التقسيم فى المال امر ممكن، و التقسيم 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 ردّ البرتقالات العشرة ان يكون له جزء خيار فى جزء من العشرة اى برتقالة واحدة، و هذا الامر قسّم بين الورثة.

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

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

اذا 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 اقام بماهية الوارث واحدا كان او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه ماضيا، فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر، لان الاول قد استوفاه و لو اتّحدا زمانا كان ذلك كالامضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد، لا ان 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 ذو الخيار المعاملة ثم اراد فسخه (لان الخيار الواحد اذا اقام بماهية الوارث) من حيث هى ماهية (واحدا كان، او متعددا، كان امضاء الواحد كفسخه) اى مثل فسخ الواحد (ماضيا) نافذا (فلا عبرة بما يقع) من فسخ او امضاء (متأخرا عن) الوارث (الآخر، لان) الوارث (الاول) الذي فسخ او امضى (قد استوفاه) اى استوفى الحق، فلا مجال بعده لوارث آخر.

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

مثل ما اذا باع كتابا بدينار و جعل لنفسه الخيار ثم وهبهما معا لزيد، فان تصرفه فى الكتاب معناه الفسخ، و تصرفه فى الدينار معناه الامضاء و كذلك اذا باع عبدا بمقابل جارية ثم اعتقهما معا.

و مثل ذلك اذا كان له وكيلان فامضى احدهما و فسخ الآخر (لا ان الفاسخ

متقدم كما سيجيء في احكام التصرف.

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

متقدم كما سيجيء في احكام التصرف).

وجه ان الفاسخ ليس مقدما قد تعرض له المصنف بعد، عند قوله:

فرع لو باع عبدا بجارية.

(ثم) اذا عرفت مستند الوجوه الاربعه المحتملة في إرث الوارث المتعدد للخيار نقول: لو انعكس الفرض بان كان لاثنين خيار فورثهما واحد مثل ان يكون عمّا زيد وكيلين عن البائع والمشتري، هما وورثتهما في 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 بكر، فانه لا معنى لخياره لا عن هذا ولا عن ذلك، اذ قد اصبح الكتاب والدينار له، ولا معنى لفسخ الانسان مال نفسه.

و كيف كان: ف (انه لا ريب في فساد مستند وجه الاول المذكور له) اى الذي ذكر مستندا للاحتمال الاول و هو ان يكون لكل وارث خيار مستقل (لمنع ظهور النبوى وغيره) من ادلة الارث (في ثبوت ما ترك) الميّت (لكل واحد من الورثة) فكل ما ترك لزيد الوارث، و كل ما ترك لعمرو الوارث

ص: 97

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 ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فلا يخفى ان المراد به أيضا اما جنس الجمع، او جنس الفرد

أيضا- مثلا- (لان المراد بالوارث فى النبوى) ما تركه الميِّت من حق فلوارثه (و) فى (غيره) مما ذكر فيه لفظ الوارث او شبه هذا اللفظ، ولو كان بصيغة الجمع او نحوه مثل «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ»* (مما افرد فيه لفظ الوارث) بل و ما 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 الطبائع.

(وقيام 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).

(واما ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فلا يخفى ان المراد به) اى بالجمع (أيضا اما جنس الجمع) بما هو مجموع لوحظ فيه انضمام الافراد بعضها الى بعض، و مقتضى هذا هو الوجه الثالث (او جنس الفرد) بانسلاخه عن معنى الجمع و الانضمام، و هذا يصدق على الواحد، و

الكثير، و مقتضى هذا هو الاجمال الذي 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 أيضا (و) الحمل على (الافرادى) اى كل فرد فردون 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.

و ان 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 و ان لكلهم خيار واحد او يكون على النحو الافرادى، و ان لكل واحد خيار مستقل.

و الاظهر هو الثانى كما فى نظائره، هذا كله مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل.

اما الاولى فلان المفروض ان ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصي، و قيامه بالاشخاص المتعددين اوضح استحالة، و اظهر بطلانا

(و الاظهر) من الجمع (هو الثانى) اى ما اريد منه جنس الفرد الصادق على الواحد و الكثير (كما فى نظائره) و لذا يصدق هذا فيما اذا كان للميت وارث واحد، كما يصدق اذا كان له ورثة متعددون.

فالمجموعيان: اى جنس الجمع و الاستغراق باطلان، لانهما لا يصدقان مع كون الوارث واحدا (هذا كله) فى بيان فساد الوجه الاول الذي ذكره بقوله: و لا ريب فى فساد مستند وجه الاول الخ (مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته) اى الخيار (لكل واحد مستقلا فى الكل) و هذا دليل ثان لفساد الوجه الاول أيضا.

و الحاصل: ان لفساد الوجه الاول دليلين.

الاول: انه خلاف الظاهر من النبوى وغيره.

الثانى: انه خلاف القرينة العقلية و اللفظية.

(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 مشخص (و قيامه بالاشخاص المتعددين) بان يكون هذا الحق الواحد لهذا الوارث مستقلا، و لذلك الوارث مستقلا أيضا (اوضح استحالة، و اظهر بطلانا

من تجزئة و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور ادلة الارث فيه.

و اما الثانية فلان مفاد تلك الادلة بالنسبة الى المال المتروك و حق المتروك شي ء واحد، و لا يستفاد منها بالنسبة الى المال الاشتراك، و بالنسبة الى الحق التعدد، الا مع استعمال الكلام فى معينين 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 بذلك، فان الشي ء 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 إرادة ثبوت الخيار لكل واحد مستقلا فى الكل (فلان مفاد تلك الادلة) اى ادلة الارث (بالنسبة الى المال المتروك و حق المتروك شي ء 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 (الا مع استعمال الكلام) اى دليل الارث مثل «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ»* (فى معينين) و ذلك خلاف الظاهر، بل قال بعض الاعلام باستحالته (هذا، مع ان مقتضى ثبوت: ما كان للميت

لكل من الورثة ان يكونوا كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم او فسخه و لا يؤثر اللحق، فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره.

و اما الوجه الثانى فهو، و ان 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 (كالكلاء المستقلين، فيمضى السابق من اجازة احدهم او فسخه) فاذا بادر احد الورثة فامضى، لم يكن لغيره الفسخ، و اذا بادر ففسخ، لم يكن لغيره الاجازة (و لا يؤثر اللحق) و ان كان اللحق الفسخ (فلا وجه لتقدم الفسخ على الاجازة على ما ذكره) القائل بالوجه الاول من الوجوه الاربعة لكيفية إرث الخيار.

و حاصل قوله «هذا مع ان» انه لو سلمنا ان لكل واحد خيار مستقل كان اللازم نفوذ اول ما يصدر من احدهم من فسخ او امضاء، لا ان يكون الفسخ مقدّما، سواء صدر أولا، او صدر بعد الامضاء.

هذا كله فى باب الاشكال على الوجه الاول من الوجوه الاربعة.

(و اما الوجه الثانى) من الوجوه الاربعة، و هو استحقاق كل واحد خيارا مستقلا فى نصيبه (فهو، و ان 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 الذي ورثه هو (الا ان تجزئة الخيار) الى اجزاء (بحسب

متعلقه كما تقدم ممّا لم يدل عليه ادلة الارث.

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

متعلقه كما تقدم ممّا لم يدل عليه ادلة الارث) فلا دليل على ان الخيار يكون اجزاء، جزء لهذا الوارث و جزء لذاك الوارث و هكذا.

(اما ما كان منها كالنبيوى غير متعرض للقسمة) فان قوله عليه السلام ما كان للميت من حق فلوارثه 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:

يُوصِيَكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، و مثل: وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ، و ما اشبه ذلك (فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا) اى ان حق الخيار المتروك من قبل الميت لا يقبل التجزئة بان يكون لكل وارث جزء خيار اذ الخيار اما موجود و اما مفقود و لا معنى لوجود جزء الخيار (ثبوت القسمة) «ثبوت» خبر «غاية ما يستفاد» ثبوت الشيء (فيما يحصل) اى المال (باعمال هذا الحق) اى الخيار (او اسقاطه) اى اسقاط هذا الحق (فيقسم بينهم) اى بين الورثة (العين المستردة) استرداداً (بالفسخ، او) يقسم بينهم (ثمنها) اى ثمن العين (الباقي فى

ملكهم بعد الاجازة على طريق الارث.

و اما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا في حصته فلا- يستفاد من تلك الادلة، فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع فان اتفق المجموع على الفسخ انفسخ في المجموع، و الا فلا دليل على الانفساخ في شي ء 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) لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ*، الى غيره من تقسيمات الارث.

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

و على 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 (و الا) يتفق المجموع على الفسخ، بل اراد بعضهم الفسخ (فلا دليل على الانفساخ في شي ء منه) لا فى المجموع و لا فى حصة هذا الفاسخ.

(و من ذلك) الَّذِي ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْخِيَارَ قَائِمٌ بِالْمَجْمُوعِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ مَجْمُوعٌ (يُظْهِرُ أَنَّ الْمَعْنَى الثَّانِيَ لِلْوَجْهِ الثَّلَاثِ) الَّذِي ذَكَرَهُ قَبْلَ اسْطَرِّ بِقَوْلِنَا «و هُنَا مَعْنَى آخِرُ لِقِيَامِ الْخِيَارِ بِالْمَجْمُوعِ» (و هو قيام الخيار

بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع أيضا لا دليل عليه، فلا يؤثر فسخ احدهم و ان لم يجرز الآخر.
مع ان هذا المعنى أيضا مخالف لادلة الارث، لما عرفت من ان مفادها بالنسبة الى المال و الحق واحد.
و من المعلوم ان المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع.

ثم ان ما ذكرنا

بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع) فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ (أيضا لا دليل عليه).

وعليه (فلا يؤثر فسخ احدهم و ان لم يجرز الآخر) اى سواء اجاز الآخر او لم يجرز، فان الخيار ليس قائما بالطبيعة حتى يؤثر فسخ احدهم.
(مع ان هذا المعنى) و هو المعنى الثانى للوجه الثالث (أيضا مخالف لادلة الارث، لما عرفت) قبل اسطر (من ان مفادها) اى مفاد ادلة الارث (بالنسبة الى المال و الحق واحد) فكما يورث المال يورث الحق.
(و من 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 ما ذكرنا) من ان الحق الذي هو للجميع، انما هو قائم

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

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

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

بالمجموع، لا- بكل فرد فرد بان يكون لكل فرد حق فى الجميع، ولا بكل فرد فرد بان يكون لكل فرد حق فى حصة نفسه، ولا بالطبيعة بحيث يمكن لائى واحد القيام به (جار فى كل حق ثبت لمتعدد لم يعلم من الخارج) اى لم يعلم بدليل خارجى (كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة) اى لكل واحد حق مستقل فى الكل، او فى حصته، او يكون الحق للطبيعة.

فاذا لم يدل دليل خارجى على احدى الكيفيات الثلاث فاللازم ان نقول ان الحق للمجموع من حيث المجموع.

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

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

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

يريد القصاص (مقدار حصة الباقي من الدية الى اولياء المقتصّ منه).

وانما يدفع المقدار (جمعاً بين الحقيين) مثلاً قتل زيد والد عمرو و بكر فعفى عمرو عن زيد، فان لبكر ان يقتصّ من زيد، لكنه يجب ان يدفع الى وليّ زيد نصف الدية، فان للقاصّ نصف الحق لا كل الحق، وهكذا اذا كانت الورثة ثلاثة وعفى اثنان، فان للثالث القاصّ ان يدفع الى وليّ القاتل ثلثي الدية، و لو عفى واحد من الثلاثة و اخذ بالحق اثنان كان عليهما ان يدفعوا الى وليّ القاتل ثلث الدية، فيدفع كل واحد سدس الدية، و ذلك جمعاً بين حق وليّ المقتول فى القصاص، و حق القاتل فى العفو الذي عفى به بعض اولياء المقتول.

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

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

و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل.

و يمكن ان يفرق بالضرر، فانه لو سقطت الشفعة بعفو احد الشريكين تضرر الآخر بالشركة، بل لعل هذا هو السرّ في عدم سقوط حدّي القذف و القصاص بعفو البعض، لانّ الحكمة فيهما التشفّي فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى، و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

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

(و الفرق بينه) اى بين حق الشفعة (و بين ما نحن فيه) من إرث حق الخيار (مشكل).

اذ لا فارق بينهما فكيف يحق لكل واحد الاخذ بالشفعة و لا 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 ما نحن فيه من إرث الخيار (بل لعل هذا) اى الضرر (هو السرّ في عدم سقوط حدّي القذف و القصاص بعفو البعض) بل للبقية الاخذ بالحق (لانّ الحكمة فيهما التشفّي) من المقذوف و لى الدم (فابطالهما بعفو احد الشركاء اضرار على غير العافى) و لا ضرر فى الاسلام (و هذا) الاضرار (غير موجود فيما نحن فيه) اى حق الخيار، لان الوارث فى مقابل الشيء المنقول الى الاجنبى و فى خيار الغبن له حق الارش (فتأمل) لوجود الضرر هنا أيضا.

ص: 108

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

قال فى القواعد: و هل للورثة التفريق فيه نظر، اقربه المنع، و ان جَوَزناه مع تعدد المشترى.

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 إليه بقوله «و هنا معنى آخر» (و) كذا مختار (ولده فى الايضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى) هذا القول أيضا (عن غيرهم) فان بنائهم ان المجموع لهم خيار واحد.

(قال فى القواعد: و هل للورثة التفريق) فى الخيار بان يأخذ بالخيار بعض، و لا يأخذ به بعض آخر (فيه نظر، اقربه المنع، و ان جَوَزناه مع تعدد المشترى) 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.

(وزاد 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: لو جَوَّزنا لآحد المشترين الردّ لم نجوّزه لآحد 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 لتعدّد الخيار من الاول فهو ليس كذلك وان كان لآجل تعدّد الورثة فالتعدّد ليس من موجبات الخيار وان كان لآجل ان الشارع قرر ذلك فليس فى الشرع ما يدل عليه.

والحاصل: ان التفريق اما بجعل اّولي شرعى، واما بجعل اّولي للمتعاقدين، واما لآجل تعدّد الورثة، فالتفريق لآمر طارى و كل ذلك غير تام.

(وقال فى الدروس فى باب خيار العيب: لو جَوَّزنا لآحد المشترين الرد) فيما اذا كان المشترى متعددا (لم نجوّزه لآحد الوارثين عن واحد) اذ اورثا من واحد فى مقابل ما اذا ورثا من اثنين، بان كان هناك مشترىان، فماتا و ورثهما ولدهما (لان التعدد طار على العقد) و الامر الطارئ لا يوجب تعدد الخيار، بل الخيار يكون كحاله قبل طرؤ التعدد (سواء كان الموروث خيار عيب او غيره) كخيار الشرط و الغبن و غيرهما (انتهى) عبارة الشهيد.

وفى المسالك- بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار- هذا كله فيما لو تعدد المشتري اما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشتري ابتداء، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد، فانه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتمالته، انتهى.

وظاهر 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.

(وفى المسالك- بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار-) وانه 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 ابتداء، كما لو تعدد وارث المشتري الواحد) و كذا فيما لو تعدد اوليائه كما اذا جنّ مثلا (فانه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة) فى حال المعاملة (و التعدد طار) فلا دليل على ان طرّو التعدد يوجب تعدد الخيار (مع احتمالته) اى هناك احتمال ان يتعدد الخيار بطرّو التعدد، كما فى الوارث (انتهى) كلام المسالك (وظاهر 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، و الا 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.

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

للافساح.

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

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

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

(و كيف كان) مراد العلامة (فقد ذكر) ره (- فى خيار العيب- انه لو اشترى عبدا فمات) المشتري (و

ص: 112

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

وقال فى التحرير: لو ورت اثنان عن ابيهما خيار عيب، فرضى احدهما سقط حق الآخر من الردّ دون الارش.

و الظاهر 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 «و يحتمل» اذ هذا الكلام خلاف «و يحتمل» كما لا يخفى (انتهى) كلام العلامة.

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

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

(و الظاهر) من لسان الادلة (ان) حكم (خيار العيب و خيار

ص: 113

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

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

و حينئذ

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

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

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

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

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

و لازم ذلك الاتفاق على انه متى فسخ احدهم انفسخ فى الكل.

و ما ابعده بين هذه الدعوى، و بين ما فى الرياض، من قوله: و لو اختلفوا- يعنى الورثة- قيل قدم الفسخ

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

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

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

(و ما ابعده بين هذه الدعوى) من صاحب الحدائق (و بين ما فى الرياض، من قوله: و لو 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

وفيه نظر.

لكن الاظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا، و ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم 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 (وفيه نظر) هذه تنمة لكلام الرياض، فانه لا يقول بتقديم الفاسخ.

(لكن الاظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا، و) هو (ان المراد بعدم جواز التفريق ان فسخ احدهم 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، و ليس المراد ب «وجوب توافقهما» الوجوب الشرعى التكليفى، فانه لا وجوب شرعا فى المقام (و معناه عدم نفوذ التخالف) اى اذا تخالف الوارثان فاجاز احدهما و فسخ الآخر لم ينفذ عملهما.

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

ص: 116

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

و اصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير، ثم التذكرة.

نعم ما تقدم من قوله فى الزوجة غير ذات الولد: اقربه ذلك ان اشترى بخيار لثرت من الثمن قد يدل على ان فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لثرت منه.

احدهما مع فسخ صاحبه).

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

(و اصرح منه) اى من كلام القواعد (ما تقدم من عبارة التحرير، ثم التذكرة) فانهما دلا على ان المراد عدم نفوذ فسخ احدهما الا اذا فسخ الآخر أيضا، لا ان المراد ما ذكره الحدائق من ان الفاسخ مقدم على المجهز (نعم ما تقدم من قوله) اى قول العلامة (فى الزوجة غير ذات الولد):

اقربه ذلك ان اشترى الميث الارض (بخيار لثرت من الثمن) فهذه العبارة من العلامة (قد يدل على) كلام الحدائق، و (ان فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لثرت منه) و انما ليس مراد العلامة استرداد الزوجة بمقدار حصتها من الثمن - كالربع و الثمن -.

ص: 117

اذ: استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده وعند غيره.

وكيف كان فمقتضى ادلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذي اخترناه، و حاصله انه متى فسخ احدهم و اجاز 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 لأجنبيين 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 و مراد غيره (فمقتضى ادلة الارث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث) من الوجوه الاربعة (الذي اخترناه، و حاصله انه متى فسخ احدهم و اجاز الآخر لغى الفسخ) لا ما ذكره الحدائق من انه متى ما كان ذلك تقدم الفسخ على الاجازة.

(وقد يتوهم استلزام ذلك) الذي اخترناه (بطلان حق شخص) الفاسخ (لعدم اعمال الآخر) و هو المميز (حقه) فان المميز لم يعمل حقه فى الفسخ.

(ويندفع ب) انه لا حق للفاسخ إلا منضمًا، لا انه بطل حقه بسبب عدم اعمال الآخر حقه.

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

فرع: اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم

فان كان عين الثمن موجودا فى ملك الميِّت دفعوه الى المشتري، وان لم يكن موجودا اخرج من مال الميِّت، ولا يمنعون من ذلك وان كان على الميت دين مستغرق للتركة، لان

يصحّ فسخ الآخر لان التوافق كان شرطا فى الفسخ، ولم يحصل والله سبحانه العالم.

(فرع: اذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم فان كان عين الثمن) الّذي اخذه من المشتري (موجودا فى ملك الميِّت دفعوه الى المشتري) لان ذلك مقتضى رجوع كل عوض الى ملك صاحبه الاول من غير فرق بين ان يكون الثمن مثليا او قيميا، فلا يحق لهم ان يبدلوه بغيره وان كان مثليا، كما لا يحق للمشتري ان يبدل المثلث بغيره وان كان مثليا، فحال الورثة فحال الورثة حال مورثهم فى وجوب ارجاع نفس الثمن (وان لم يكن) الثمن (موجودا) بان كان تالفا او فى حكم التالف، كما اذا غصبه غاصب اوضاع او القى فى البحر (اخرج) الثمن مثله او قيمته (من مال الميِّت، ولا- يمنعون من ذلك) اى من اخراج الثمن من مال الميِّت (وان كان على الميت دين مستغرق للتركة) «ان» وصلية كما اذا باع الميت داره بالف، و كان له الآن الف دينار، و كان عليه دين الف دينار، فان الورثة يسترجعون الدار ويعطون الألف الموجود لمشتري الدار، و تكون الدار للديان.

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

المحجور، له الفسخ بخياره.

وفي اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه، وجهان.

و لو كان مصلحتهم فى الفسخ.

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

(و فى اشتراط ذلك) اى الفسخ من الورثة (بمصلحة الديان) كما اذا كانت الدار تسوى الفا و اكثر- فى المثال- (و عدمه) كما اذا كانت الدار تسوى باقل من الف حيث ان فى الفسخ ضرر الديان (وجهان).

من ان الفسخ حق لهم فلهم الاخذ به و ان كان فى ذلك ضرر الديان، كما اذا كان فى الفسخ ضرر المشتري.

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

و من ان تركة الميِّت صارت متعلق حق الديان، فليس لهم ان يتصرفوا فيها بما يوجب ضررا لهم، لدليل: لا ضرر، و دليل: لا يتوى حق امرئ مسلم لكن الظاهر تقدم حق الورثة لانه مقدم رتبة على حق الديان.

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

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

ولو لم يكن للميت مال، ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصاص وجهان.

من انه ليس لهم الا حق الفسخ كالا جنبي المجمعول له الخيار او

فعليه (لم يجبروا الورثة عليه) اي على الفسخ (لانه حق لهم، فلا يجبرون على اعماله) و الاصل عدم الجبر.

نعم الافضل لهم الفسخ لانقاذ الميت من الدين.

(ولو) باع الميت شيء بخيار واخذ الثمن واتفقه، و (لم يكن للميت مال) في الحال الحاضر، فاخذ الورثة بالخيار وفسخوا العقد (ففي وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصاص) كالولد الذي يرث ثلثين يدفع ثلثي الثمن، و البنت التي ترث ثلثا تدفع ثلث الثمن، و هكذا بالنسبة الى سائر الورثة.

او عدم وجوب شيء عليهم وانما هم يفسخون لحقهم في الفسخ فتصبح الدار ملكا للميت فاذا كان للميت دين - و منه دين المشتري الذي يطلب منه الثمن - كانت الدار موزعة على الديان بالحصاص (وجهان) اما وجه انهم ليس عليهم ان يعطوا الثمن من مالهم فهو ما ذكره بقوله: (من انه ليس لهم الا حق الفسخ كالا جنبي المجمعول له الخيار) فكما انه اذا جعل الخيار للاجنبي، له ان يفسخ وليس عليه ان يعطى الثمن فيما اذا لم يكن للميت او الحي البائع مال، فكذلك الورثة ليس لهم اعطاء مال من كيسهم (او

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

الوكيل المستناب فى الفسخ و الامضاء) 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 شيء، و ان لم يكن للموكل شيء ء ببذله عوض الثمن (و) الاحق (انحلال العقد المستلزم) ذلك الانحلال (لدخول المبيع) كالدرا، فى المثل (فى ملك الميِّت يوفى عنه) اى عن المبيع و «يوفى» بصيغة المجهول (ديونه، و خروج) عطف على «انحلال» (الثمن من ملكه) اى ملك الميِّت (فى) الثمن (المعين) الموجود (و اشتغال) عطف على «خروج» (ذمته) اى الميت (ببذله) اى ببذل الثمن (فى الثمن الكلى) فيما اذ صرف الميِّت الثمن الشخصى و كان 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 و على هذا: (فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع) اذ لا علاقة بين مالهم و بين المبيع، كما لا علاقة بين مال الاجنبى المجموع 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 غرماء ضرب المشتري مع الغرماء و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع.

و من انهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن او بدله و تملك المبيع

(و حينئذ) اي حين لم يكن مال الورثة عوضا بل اذا شاءوا كان وفاء (فلا اختصاص له) اي للوفاء (بالورثة) فان الوفاء امر تبرعي (على حسب سهامهم) كما تقدم احتمالاه (بل يجوز للغير) الاجنبي عن الميت (اداء ذلك الدين) الذي على الميت (بل) لو لم يكن للميت غرماء كان للمشتري ان يتقاضى حقه من نفس الدار، سواء كانت اكثر من حقه، او اقل، او مساوية لحقه، و (لو كان للميت غرماء) آخرون (ضرب المشتري مع الغرماء) في نفس هذه الدار بالحصص (و هذا) اي حق المشتري في الدار سواء كان معه غرماء آخرون، أم لا (غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع) اذ لم تشتغل ذمة الورثة بشي ء.

و انما لم يرثوا من الدار لوجود حق على الميت في تركته مما منع ذلك الحق الورثة من الارث، هذا كله وجه عدم ضمان الورثة للثمن.

اما وجه ضمانهم للثمن فهو ما ذكره بقوله: (و من انهم قائمون مقام الميت في الفسخ برد الثمن، او بدله) «برد» متعلق ب «الفسخ» اي انهم كالميت في انه لا حق له في الفسخ الا بان يرد الثمن اذا كان الثمن موجودا، و ردّ بدله 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 ذمهم 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 ردِّ الثمن اذ معنى الفسخ اعطاء ما عنده واخذ ما عند طرفه، كذلك الورثة لان خيارهم غير خيار الميِّت، فلا- يتمكنون من الفسخ بدون رد الثمن (فاذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث انهم قائمون مقام الميِّت) فاللازم ان نقول أيضا:

(اشتغلت ذمهم بئمنه من حيث انهم كنفس الميِّت).

وهناك فرق بين الـاجنبى الّذي له الخيار وبينهم، فان الـاجنبى ليس قائما مقام احد الطرفين ولذا 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، و الميِّت لا علاقة له بالشفعة الا بانه ورثها.

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

ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ.

و ما ذكرنا اخيرا من مقتضى النيابة والقيام مقام الميّت.

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

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

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

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

ص: 125

و من هنا جرت السيرة بان ورثة البائع بيع خيار ردّ الثمن يردون مثل الثمن من اموالهم، و يستردون المبيع لانفسهم من دون ان يلزموا باداء الديون منه بعد الاخراج.

و المسألة تحتاج الى تنقيح زائد.

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

(و من هنا جرت السيرة) بين المتشرعة (بان ورثة البائع بيع خيار ردّ الثمن) اى اذا كان خيار شرط بان يرد البائع الثمن و يسترد المثلثمن (يردون مثل الثمن من اموالهم، و يستردون المبيع لانفسهم).

و هذه السيرة كاشفة عن ارتكاز المتشرعة بان الوارث كالميت نفسه، لا انه كالوكيل و الولي (من دون ان يلزموا باداء الديون منه) اى من المال المسترد (بعد الاخراج) اى اخراج الثمن منه، او المراد بعد اخراج المثلثمن الى انفسهم.

(و المسألة) بعد (تحتاج الى تنقيح زائد) و الله العالم بحقائق الاحكام.

مسئلة لو كان الخيار لأجنبي و مات،

ففى انتقاله الى وارثه كما فى التحرير او الى المتعاقدين او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين.

وربما يظهر من القواعد وجوه.

(مسألة: لو كان الخيار لا جنبي) بان جعل المتبايعان له خيار الفسخ (و مات) ذلك الاجنبى (ففى انتقاله الى وارثه) و لو كانت زوجة و كان ما فيه الخيار الارض (كما فى التحرير، او الى المتعاقدين) بمعنى من جعل منهما الخيار له.

فان شرط البائع الخيار للاجنبي كان الخيار للبائع.

و ان شرطه المشتري للاجنبي كان الخيار للمشتري.

و ان شرطاه معا للاجنبي فلهما الخيار (او سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين).

(وربما يظهر) السقوط أيضا (من القواعد وجوه).

و لكن هذه الاحتمالات انما هى فيما اذا لم يجعل الخيار خاصا به و الا فلا اشكال فى سقوطه، اذ ينتفى الخيار بانتفاء موضوعه فليس ذلك اولى من ما اذا جعل الخيار خاصا باحد المتعاقدين، بحيث جعل منحصر له، فانه لا اشكال فى سقوطه بموته، حيث انه لا اقتضاء للخيار اكثر من نفس المجهول له.

من انه حق تركه الميِّت، فلوارثه.

و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لانه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره الى موكله دون وارثه.

و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبي، فلا يدخل في ما تركه.

(من انه حق تركه الميِّت، ف) يكون (لوارثه) من بعده، وهذا وجه القول الاول.

(و من انه حق لمن اشترط له من المتعاقدين) فاذا مات المَجْعول له انتقل الى الجاعل (لانه بمنزلة الوكيل الذي حكم في التذكرة بانتقال خياره) اذا مات (الى موكله دون وارثه) فاذا وكل زيد عمروا في اشتراء دار له بشرط، فاشتراه ثم مات عمرو، انتقل خياره الى زيد الموكل له، لا الى وارث عمرو، اذا لخيار جاء من قبل الموكل، فاذا مات الوكيل رجع الى الموكل، وهذا وجه القول الثاني.

(و من ان ظاهر الجعل او محتمله مدخلية نفس الاجنبي) في الخيار (فلا يدخل) الخيار (في) عموم (ما تركه) الميِّت فلوارثه، فاذا مات انقطع الخيار.

اما اذا كان ظاهر الجعل ذلك فلوضوح انهما جعلوا الخيار له خاصة بشرط ان يكون هو الآخذ به، فلا يسرى الخيار الى غيره.

و اما اذا كان محتمل الجعل ذلك، فلانه اذا كان الجعل خاصا ولو احتمالا، لم يعلم الجعل الاوسع، فالاصل الاقتصار على القدر المتيقن

و هذا لا يخلو عن قوة، لاجل الشك في مدخلية نفس الاجنبى.

وفى القواعد: لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه، و لا اجازته بدون رضا مولاه، و اذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخرة له.

(و هذا) القول الاخير و هو سقوطه بموت المجعول له (لا يخلو عن قوة، لاجل الشك في مدخلية نفس الاجنبى) فلا يكون الخيار مما تركه الميت، حتى يكون لوارثه، و لا- انه كالوكيل حتى يرجع الى المتعاقدين اذ لو جعل 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: لو جعل الخيار لعبد احدهما، فالخيار لمولاه، و لعله) اى لعل كون الخيار للمولى مع انه مجعول للعبد (لعدم نفوذ فسخه، و لا اجازته بدون رضا مولاه) لان الفسخ و الاجازة شي ء، و قد قال الله تعالى: عبد مملوك لا يقدِرُ على شئٍ ء، و فى الحديث «أفشي ء الطلاق؟» يعنى ان ما كان شيئا لا يملكه العبد، و من المعلوم ان الخيار شي ء (و اذا امره باحدهما اجبر شرعا عليه) لوجوب اطاعة المولى على العبد (فلو امتنع) العبد مما امره المولى به (فللمولى فعله عنه) لانه الولى له (فيرجع الخيار بالأخرة له) اى للمولى، انتهى كلام العلامة.

لكن هذا يقتضي ان يكون عبد الاجنبى كذلك مع انه قال لو كان العبد لا جنبى لم يملك مولاه، ولا يتوقف على رضاه، اذا لم يمنع حقا للمولى.

فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلًا.

(لكن هذا) الذي ذكره العلامة في العبد (يقتضي ان يكون عبد الاجنبى كذلك) فلمولاه جبره، و اذا امتنع كان لمولاه ان ينفذ الخيار فسخا او امضاء، لان العلة في عبد احد المتعاقدين موجود في عبد الاجنبى أيضا (مع انه) اى العلامة لا يقول بذلك في عبد الاجنبى.

فانه (قال: لو كان العبد لا جنبى لم يملك مولاه) الفسخ و الامضاء (ولا يتوقف) خيار العبد (على رضاه) اى رضا المولى (اذا لم يمنع) خياره (حقا للمولى) و الا فان منع حقا له توقف على رضاه، كما اذا جعل المتعاقدان الخيار للعبد بان يأتى الى المكان الفلانى و يختار، فان ذهب العبد الى ذلك المكان يمنع حق المولى.

(فيظهر من ذلك) الكلام الذي ذكره العلامة في عبد الاجنبى (فساد الوجه المذكور) فى باب خيار عبد احدهما و ان مولاه يرجع الخيار إليه بالأخرة (نقضا و حلًا).

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

و اما الحل: فلان الخيار جعل للعبد حسب الفرض فلا مدخلية للمولى فيه.

نعم اذا كان اعمال العبد للخيار مزاحما لحق المولى كان للمولى منعه و ليس معنى ذلك ارجاع الخيار الى المولى (فافهم).

فان العلامة لم يذكر فى خيار عبد احدهما ان الخيار يكون للمولى بل قال بانه اذا امره المولى أو نهاه كان له ذلك.

نعم يبقى الاشكال فى انه اذا امتنع العبد كان للمولى فعله عنه، لان المولى ليس نائبا عن العبد ووكيلا عنه، فكيف يمكن ان يأخذ بالخيار نيابة عن العبد.

مسئلة و من احكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار،

وقد مرّ بيان ذلك فى مسقطات الخيار، و المقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فىكون التصرف اجازة فعليه، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف فىكون فسحا فعليا.

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

(مسألة: و من احكام الخيار سقوطه) اى سقوط الخيار (بالتصرف) من ذى الخيار (بعد العلم بالخيار، و قد مرّ بيان ذلك فى مسقطات الخيار، و المقصود هنا بيان انه كما يحصل اسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف) فى ما يكون فيه الخيار (فىكون التصرف اجازة فعليه) كما يصحّ اسقاط الخيار بالاجازة القولية، كان يقول: التزمت بالبيع و اسقطت الخيار (كذلك يحصل الفسخ بالتصرف) فى ما انتقل عنه (فىكون فسحا فعليا) فاذا باع زيد داره من عمرو بالف بخيار، فان تصرف البائع فى الثمن كان اسقاطا للفسخ، و ان تصرف فى الدار كان تصرفه فسحا فعليا فترجع الدار إليه و يعود الثمن الى المشتري.

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

و الظاهر ان الاشارة و الكتابة تقومان مقام الفعل، لا مقام القول.

وقد ذكر جماعة كالشيخ وابن زهرة وابن ادريس و جماعة من المتأخرين عنهم، كالعلامة وغيره قدس الله اسرارهم، ان التصرف ان وقع فيما انتقل عنه كان فسخا، و ان وقع فيما انتقل إليه كان اجازة.

وقد عرفت في مسألة الاسقاط انّ ظاهر الاكثر ان المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا.

وقد دلّ عليه الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط

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

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

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

(وقد دلّ عليه) اي على ان التصرف المؤذن بالرضا مسقط (الصحيحة المتقدمة في خيار الحيوان المعللة للسقوط) اي سقوط الخيار

بان التصرف رضا بالعقد، فلا خيار.

و كذا النبوى المتقدم.

و مقتضى ذلك منهم ان التصرف فيما انتقل عنه انما يكون فسحا اذا كان مؤذنا بالفسخ، و ليكون فسحا فعليا.

و اما ما لا يدل على إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به و ان قلنا بحصول الاجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا

(بان التصرف رضا بالعقد، فلا خيار) بعد الرضا لانه اسقط بنفسه خيار نفسه (و كذا النبوى المتقدم) فى مسقطات خيار الحيوان، و هو ما رواه جعفر عليه السلام عن ابيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: فى رجل اشترى عبدا بشرط الى ثلاثة ايام فمات العبد فى الشرط قال صلى الله عليه و آله و سلم: يستحلف بالله تعالى ما رضىه، ثم هو بريء 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 فسحا اذا كان) التصرف (مؤذنا) و مشعرا (بالفسخ و ليكون) التصرف (فسحا فعليا) لانه فعل يقترن بقصد الفسخ.

(و اما ما لا يدل على إرادة الفسخ، فلا وجه لانفساخ العقد به) اى بذلك التصرف (و ان قلنا بحصول الاجازة به) اى بالتصرف الخالى عن القصد فى ما انتقل إليه (بناء على حمل الصحيحة) المعللة لسقوط الخيار بان التصرف رضا (المتقدمة) الدالة (على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا

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 لو ورد على ما فى يده، يكون فسخا اذا ورد منه على ما فى يد صاحبه.

و هذا الاتفاق و ان كان الظاهر تحققه الا ان اكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف- يدل على اعتبار الدلالة على

شرعياً من غير ان يكون فيه) اى فى التصرف فيما انتقل إليه (دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد، كما تقدم نقله) اى نقل هذا القول، و هو ان التصرف فيما انتقل إليه مسقط، و ان 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 إليه فهو امضاء، فالرضا فى ما انتقل إليه حكمة، و فيما 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 إليه (يكون فسخا اذا ورد منه) اى ممن له الخيار (على ما فى يد صاحبه) اى المنتقل عنه فلا فرق فى التصرف بين الممضى فيما انتقل إليه، و بين الفاسخ فيما انتقل عنه، بل اللازم اما لزوم اقتران كليهما بالقصد او عدم اقتران كليهما بالقصد.

(و هذا الاتفاق و ان 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 فيلز مهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ فى التصرف الفاسخ.

و يدل عليه كثير من كلماتهم فى هذا المقام أيضا.

قال فى التذكرة اما العرض على البيع و الاذن فيه و التوكيل

الرضا فى التصرف المسقط) فالتصرف الخالى عن الرضا فى المنتقل إليه لا يكون امضاء (فيلز مهم بالمقابلة) لاتحاد الفاسخ و الممضى (اعتبار الدلالة 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 (أيضا)

و الحاصل ان اللازم ان يكون التصرف فيما انتقل عنه بقصد الفسخ و الا لم يكن فاسخا.

و بناء الفقهاء على ذلك أولا لانهم 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 أيضا ان التصرف يلزم ان يكون ذالا على الفسخ.

و أليك 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 (و التوكيل) لبيعه

و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة غير المقبوضة فالاقرب انها من البائع فسخ، و من المشتري اجازة لدلالاتها على طلب المبيع، و استيفائه و هذا هو الاقوى.

و نحوها جامع المقاصد

(و الرهن غير المقبوض) بان يرهن البائع المثلث و لم يقبضه المرتهن (بناء على اشتراطه) اى القبض (فيه) اى فى الرهن فلا يلزم الرهن بدون الاقباض (و الهبة غير المقبوضة) بان باع شيئاً ثم وهبه و لم يقبضه.

و انما ذكر عدم القبض، لانه يريد بيان اقسام التصرفات غير الناقلة فحال الرهن و الهبة- 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 (لدلالاتها) اى دلالة هذه الامور من البائع (على طلب المبيع) و انه ابطل البيع (و) دلالتها من المشتري على (استيفائه) اى استيفاء المشتري للمثلث و انه اسقط خياره (و هذا هو الاقوى) هذا من تنمة كلام العلامة اى ان هذا اقرب الى الذهن و الاقوى فتوى.

(و نحوها) اى نحو هذه العبارة عبارة (جامع المقاصد) فان قوله «لدلالاتها ... الخ» ظاهر فى ان العلامة يشترط فى التصرف الفاسخ ان يكون دالاً على قصد الفسخ.

فان معنى قوله «طلب المبيع» هو عبارة اخرى عن قصد الفسخ فاذا

ثم انك قد عرفت الاشكال فى كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة فى طريق الردّ، ونحوه مما لم يدل على الالتزام اصلا، لكن الامر هنا اسهل، بناء على ان ذا الخيار اذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا الا من المالك او باذنه دلّ ذلك- بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا- على إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف

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

فقول: (ثم انك قد عرفت الاشكال فى كثير من امثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة) «للتصرفات» متعلق ب «امثلتهم» (كركوب الدابة فى طريق الردّ) فيما اذا اشترى دابة ثم اراد ردها فركبها فى الطريق، فانهم ذكروا ان هذا الركوب يوجب امضاء العقد و اسقاط الخيار، لانه تصرف (ونحوه) 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 دلّ ذلك) التصرف (- بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا-) اى صحيحا شرعيا (على إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف) اذ لو لا إرادة الانفساخ كان تصرفه باطلا، و ذلك خلاف ما دلّ على حمل فعل

قال فى التذكرة لو قبّل الجارية بشهوة او باشر فيما دون الفرج او 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 عدم نظرا الى حدوث هذه الامور عمّن تردّد فى الفسخ و الاجازة.

المسلم على الصحيح، فقد قال عليه السلام «ضع امر اخيك على احسنه» ويدل على ما ذكرناه ما (قال فى التذكرة لو قبّل الجارية) التى باعها و كان له خيار فيها (بشهوة) او بلا شهوة أيضا لانه لا يجوز تقبيل جارية الناس اللهم الا ان يريد القبلة من الحاجز فانها لا تحرم اذا لم تكن بشهوة بقربنة ان اللّمس بلا شهوة أيضا كذلك فتأمل (او باشر فيما دون الفرج) لان الوطي 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، و لا يتحقق ذلك الا باختيار الفسخ او السهو و النسيان، لكن اصالة عدم السهو و النسيان يوجب حمل فعله على الفسخ (فلو) كان قد فعل ذلك فى حال انه (لم) يختر الامساك) اى امساك الجارية المبيعة بإرادة ردّها، و كذا امساك الجارية المشترية بإرادة امضاء العقد (لكان مقدما على المعصية) و الاصل عدمه (انتهى).

(ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال عدم) 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

وفى جامع المقاصد عند قول المصنف قدّس سره، ويحصل الفسخ بوطي البائع وبيعه وعتقه وهبته، قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل، و تنزِيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز، انتهى.

ثم

ملك له الآن.

والحاصل انه لا يلزم اصل الصحة فى عمل المسلم مع الفسخ.

لكن لا يخفى ان كلام العلامة فى القبلة بالنسبة الى الجارية المبيعة لقوله- انه يكون فسخا- وكلام الشافعى فى القبلة بالنسبة الى الجارية المشترية لقوله- نظرا الى حدوث- لان البائع لا يقبل الجارية التى باعها فليس كلام الشافعى مصادما لكلام العلامة، فتأمل.

(وفى جامع المقاصد عند قول المصنف) وهو العلامة (قدّس سره ويحصل الفسخ بوطي البائع) للجارية التى باعها (وبيعه وعتقه وهبته، قال) وانما يكون فسخا (لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه) اى الى الحمل على الصحيح (سبيل، و) لوجوب (تنزِيل فعله) اى فعل المسلم (على ما يجوز له فعله مع ثبوت) اى وجود و امكان (طريق الجواز) حتى لا- ينسب المسلم الى انه فعل حراما (انتهى) كلام جامع المقاصد.

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

ص: 140

انّ اصاله 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 إرادة المتصرف للفسخ، لما تقرر من ان الاصول التعبدية لا تثبت الا اللوازم الشرعية. لمجاريها.

مما يثبت لازمه، مثل اصاله حجية السوق و اليد و نحوهما.

فان اصل صحة عمل المسلم يوجب ان نقول ان اللحم الذي بيده و يبيعه قد ذكى تذكية شرعية، او ان المرأة التي تحته عقد عليها عقدا صحيحا، فلا يجوز تزويج تلك المرأة، وهكذا بالنسبة الى كل اللوازم، فحال الامارات حال خبر الواحد و نحوه في حجية لوازمها.

ف (انّ اصاله حمل فعلم المسلم على الجائز) شرعا اى الصحيح (من باب الظواهر) اى مثل ظاهر القرآن و ظاهر خبر الواحد (المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة) و هو الظاهر من ادلتها.

فحال هذه الاصاله (كغيرها من الامارات الشرعية) و الامارة اصطلاح يقال لما يقابل الاصل، فان كانت لوازمه حجة سمي امانة، و الا سمي اصلا، فالاستصحاب 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 إرادة المتصرف للفسخ) «للفسخ» متعلق ب «إرادة» (لما تقرر من ان الاصول التعبدية) كالاستصحاب و البراءة و الاحتياط و التخيير (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 الا من المالك او مأذونه و ان لم يحرم

فالا لازم 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 يصلى بتلك الطهارة المستصحبة لان صحة الصلاة من اللوازم الشرعية للطهارة.

(و هنا كلام مذكور فى الاصول) و هو الاشكال فى اثبات اصل الصحة للوازمه، بل الثابت به عدم تفسيره و ما اشبه.

مثلا: اذا قال لك المسلم كلاما و ترددت فى انه هل سبك او سلم عليك، فاصل الصحة يقول انه لم يسبك فليس بفاسق، اما انه سلم عليك فيجب عليك الجواب فلا، 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 الا من المالك او مأذونه و ان لم يحرم).

فالمراد بالتصرف الذى يوجب الفسخ ليس التصرف الدائر بين الحرام و

كالبيع و الاجارة و النكاح، فان هذه العقود و ان حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرفا في ملك الغير، ألا أنّها تدل على إرادة الانفساخ بها بضميمة اصالة عدم الفضولية كما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف و الاجازة و التزويج في معنى البيع.

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

فانه اذا باع البائع ما باعه للمشتري، و تردّد في ان يكون ذلك فسخا او فضوليا قدّم كونه فسخا على كونه فضوليا (كالبيع و الاجازة و النكاح، فان هذه العقود و ان حلت لغير المالك) فضولة (لعدم عدّها تصرفا في ملك الغير) المنهية عنه شرعا (ألا أنّها) اذا صدرت عن البائع بالنسبة الى المثلث (تدل على إرادة الانفساخ بها) اى بهذه العقود (بضميمة اصالة عدم الفضولية) فاذا صدر عن البائع شيء بالنسبة الى المثلث، فان كان عملا حراما في نفسه كقبلة الجارية المبعة دل ذلك على الفسخ لاصالة حمل فعل المسلم على الصحيح، و ان كان عملا جائزا في نفسه فان كان لا يصح الا من المالك كالتق حيث قالوا ان الفضولية لا تجرى في الايقاعات كان اصل الصحة موجبا للفسخ، و ان كان يصح من المالك هو من غير المالك فضولا- كالنكاح و البيع- كان اصل الصحة بضميمة عدم الفضولية موجبا للفسخ (كما صرح بها) اى بدلالة هذه العقود على الانفساخ (جامع المقاصد عند قول المصنف) و هو العلامة ره (و الاجازة و التزويج في معنى البيع) فهذه الامور اذا صدرت من البائع بالنسبة

و المراد بهذا الاصل الظاهر.

فلا وجه 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) اى اصل عدم الفضولية (الظاهر).

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

(ف) حيث ان المراد به الظاهر (لا وجه لمعارضته باصالة عدم الفسخ) حيث توهم انه من طرف الاصل عدم الفضولية- وذلك يقتضي الفسخ- و من طرف آخر الاصل عدم الفسخ فيتساقطان 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) اى باصل عدم الفضولية الاصل العلمى 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) أيضا مقدم على اصالة عدم الفسخ، و ان كان كل منهما اصلا عمليًا لان اصل عدم قصد العقد عن الغير (حاكم على اصالة

لكن الانصاف انه لو اريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقد للفسخ.

و كيف كان فلا اشكال فى اناطة الفسخ بذلك عندهم كالا جازة بدلالة التصرف عليه.

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

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

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

(و كيف كان فلا اشكال فى اناطة الفسخ بذلك) اى بالتصرف فى المنتقل عنه (عندهم كالا جازة) اى اناطة الاجازة و الامضاء عند تصرفه فى المنتقل إليه (بدلالة التصرف عليه) اى على قصده الفسخ و الامضاء.

(و يؤيده) اى يؤيد ان مرادهم فيما اذا كان التصرف دالا على قصد الفسخ و الامضاء (استشكالهم فى بعض افراده) اى بعض افراد التصرف (من حيث) الشك فى (دلالاته) اى دلالة التصرف (ب) دلالة (الالتزام) العرفى (على الالتزام بالبيع) فى ما اذا تصرف فى المنتقل إليه (او) ب (فسخه) فى ما اذا تصرف فى المنتقل عنه يعنى بعض افراد التصرف

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

يدل على الالتزام بالبيع او بالفسخ، و هذا القسم من التصرف يوجب الامضاء و الفسخ، و بعض افراد التصرف لا يدل على التزام البائع بالبيع و الفسخ.

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 دالا على قصد الامضاء و قصد الفسخ (و من حيث امكان صدوره) اي صدور ذلك الفرد من التصرف (عمن تردّد في الفسخ) فالتصرف الفاسخ هو التصرف الدال بالالتزام على امضاء البيع لا التصرف الذي لا يدل، و لا التصرف الذي يصدر عن المتردد في الامضاء و الفسخ (كما ذكره في الايضاح و جامع المقاصد) بان التصرف اذا كان ممكنا صدوره عن الثالث لم يكن ذلك التصرف امضاء و لا فسحا (و) كما ذكره (في وجه اشكال القواعد في كون العرض على البيع و الاذن فيه) بالنسبة الى المثلث الذي انتقل عنه (فسحا) حيث ان مجرد هذا العمل لا يدل دلالة عرفية على الفسخ.

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

و اما التصرف غير الدال، و التصرف المشكوك في انه يدل أو لا، لا

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

يكون امضاء و لا فسخا.

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

ولكن لا يخفى ان هذا انما هو في عالم الاثبات، اما عالم الثبوت فان كان قاصدا للامضاء فيما تصرف في المنتقل إليه او للفسخ فيما تصرف في المنتقل عنه، كان الاول امضاء و الثاني فسخا، كما لا يخفى و الله العالم.

ص: 147

اشارة

وبعبارة 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 حالكونه (متصلا به) وهو ما يسمّى بالفسخ الآتأمائى.

(وبعبارة اخرى التصرف سبب) للفسخ (او كاشف) عن سبب سابق قبل التصرف (فيه وجهان، بل قولان).

وجه ان التصرف فاسخ ما ذكره بقوله: «1» (من ظهور كلماتهم فى كون نفس التصرف فسحا) فيما لو تصرف فى المنتقل عنه (او اجازة) فيما لو تصرف فى المنتقل اليه.

(و) «2» قولهم أيضا (انه) اى التصرف (فسخ فعلى فى مقابل) الفسخ (القولى).

(و) «3» (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 بصيانة فعل المسلم عن القبيح و من المعلوم انه لا يضان عنه الا اذا وقع الفسخ قبله و الا لوقع الجزء الاول منه محرّما.

و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا على كونه دالا عليه 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 بصيانة فعل المسلم عن القبيح).

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

(و يمكن ان يحمل قولهم بكون التصرف فسخا) اى القول الاول بما لا ينافى القول الثانى بحمله (على كونه) اى الفعل (دالا عليه) 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.

ويؤيده ما دل من الاخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار و ان اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف.

وقد عرفت هناك التصريح بذلك من الدروس، و صرح به في التذكرة أيضا 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 دالا على الفسخ (يكفي في جعله) اي في جعل الفعل (مقابلا للقول) فان الفعل سواء كان بنفسه فسخا او كاشفا عن الفسخ يكون مقابلا للقول.

(ويؤيده) 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 (و ان 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، و صرح به في التذكرة أيضا).

فان التذكرة و ان 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

ص: 150

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

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

و صرّح فى المبسوط بانه لو علم رضاه بوطي المشتري سقط خياره، فانتصر فى

التصرف.

(فمقتضى المقابلة) بين الامضاء و الفسخ (هو كون كراهة العقد باطنا و عدم 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، و الا فكيف يتصرف فى مال الناس.

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

(و صرّح فى المبسوط بانه لو علم رضاه) اى رضا البائع (بوطي المشتري) للجارية التى للبائع خيار فيها (سقط خياره فاقتصر) المبسوط (فى

ص: 151

الاجازة على مجرد الرضا.

و اما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بها نية الانفساخ اعنى الكراهة الباطنية لبقاء العقد.

و البناء على كونه منفسخا من دون ان يدل عليها بفعل مقارن له.

و اما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيرها فيما يكفى فيه الفعل.

اذ كلما يكفى فيه الفعل من الإنشاءات

الاجازة) المسقطه للخيار (على مجرد الرضا).

(و) ان قلت: فاذا كان مجرد الرضا و الكراهة موجبا للامضاء و الفسخ فكيف اتفقوا على ان الفسخ لا يحصل بالنية.

قلت: (اما ما اتفقوا عليه من عدم حصول الفسخ بالنية فمرادهم بها) اى 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) اى العقد (منفسخا من دون ان يدل عليها بفعل مقارن له) اى للبناء على الفسخ.

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

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

ص: 152

و لا- يعتبر فيه خصوص القول، فهو من هذا القبيل، لان الفعل لا إنشاء فيه فالمنشأ يحصل بإرادته المتصلة بالفعل، لا بنفس الفعل، لعدم دلالة عليه.

نعم يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا لان اللفظ- ابدأ-

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

و الحاصل: ان هناك قول مجرد، و نية مجردة، و نية و قول.

و ما اتفقوا على انه لا يكفى، انما هو النية المجردة، و كلامنا انه تكفى النية المقترنة بالفعل فليس ما ذكرناه خلاف اتفاقهم.

و يدل على ان الفاسخ ليس هو الفعل ما ذكره بقوله: (لان الفعل لا إنشاء فيه) اذ الانشاء امر ارادى و ايجاد الفعل ليس كذلك (فالمنشأ) بصيغة المفعول- (يحصل بإرادته) اى بإرادة المنشئ (المتصلة) تلك الإرادة (بالفعل، لا بنفس الفعل، لعدم دلالة) اى الفعل (عليه) اى على الانشاء.

و لكن ربما يقال: لا فرق بين القول و الفعل فكيف تقولون بحصول الانشاء بالقول، و لا تقولون بحصوله بالفعل.

(نعم) اذا قلنا بان الفسخ يحصل بالكراهة القلبية، و الفعل كاشف (يلزم من ذلك ان لا يحصل الفسخ باللفظ اصلا) فاذا تلفظ بالفسخ لزم ان يكون اللفظ كاشفا- كالفعل- لا فاسخا (لان اللفظ- ابدأ-) و دائما

مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ.

وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة ان اللازم- بناء على القول بتضمن الوطي للفسخ- عود الملك الى الواطئ مع الوطي او قبيله فيكون حالالا.

هذا وكيف كان فالمسألة ذات قولين، ففي التحرير قوى جهة الوطي الذي

(مسبوق بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدال على الفسخ).

فاذا قلتم: ان القصد الذي هو قبل الفعل فاسخ، فاللازم ان تقولوا بان القصد الذي هو قبل القول فاسخ فكيف تقولون ان اللفظ فاسخ.

و الحاصل: ان القول و الفعل، اما كلاهما فاسخان، و اما ان القصد السابق عليهما فاسخ، فلا فرق بينهما.

(وقد ذكر العلامة) ما يدل على ان القصد هو الفاسخ في باب الفعل حيث انه ذكر (في بعض مواضع التذكرة ان اللازم- بناء على القول بتضمن الوطي للفسخ-) اي ان وطى البائع للجارية المبيعة فسخ لبيعها (عود الملك الى الواطئ) بسبب النيّة، وقوله «عود» خبر «ان اللازم» (مع الوطي او قبيله، فيكون) الوطي (حالالا) و الآ فاذا انتقل الملك الى الواطئ بعد الآن الاول من الوطي يقع الآن الاول من الوطي حراما، لانه وطى في ما ليس بملك له.

شيرازى، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 15، ص: 154

(هذا وكيف كان فالمسألة) اي مسألة ان الفسخ هل يحصل بالفعل او قبل الفعل بالنيّة (ذات قولين، ففي التحرير قوى جهة الوطي الذي

ص: 154

يُحصل به الفسخ وان الفسخ يحصل باول جزء منه، فيكشف عن عدم الفسخ قبله و هو لازم كل من قال: بعدم صحة عقد الواهب الذي يتحقق به الرجوع كما في الشرائع.

و عن المبسوط و المهذب و الجامع و الحكم في باب الهبة و الخيار واحد.

يُحصل به الفسخ وان الفسخ يحصل باول جزء منه) اى من الوطي (فيكشف) كلام التحرير (عن) قوله: ب (عدم الفسخ قبله) اى قبل الوطي (و هو) اى كون الوطي هو الفاسخ (لازم كل من قال: بعدم صحة عقد الواهب الذي يتحقق به الرجوع) فيما اذا وهب شيئاً، ثم باع الموهوب من انسان آخر، فهل يصحّ هذا البيع ويكون ذلك رجوعاً؟ أو لا يصح هذا البيع، لانه واقع على ملك الموهوب له.

وقد ورد انه لا-بيع الا- في 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 في ملك الواهب (كما) افتى به (في الشرائع).

(و عن المبسوط و المهذب و الجامع) حيث افتوا بعدم صحة عقد الواهب (و الحكم في باب الهبة و الخيار واحد).

فان قلنا بان الفسخ قبل الفعل، صحّ عقد الواهب و صحّ و طى ذى الخيار، لانه يقع العقد و الوطي في ملك العاقد الواهب و البائع الواطئ و ان قلنا بان الفسخ بالفعل هو نفس الفعل كان العقد باطلاً و

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

و جزم الشهيد و المحقق الثانى بالحلّ نظرا الى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن.

ثم انه لو قلنا: بحصول الفسخ قبيل هذه الافعال

الوطى حراما، لانه لا عقد الا فى ملك، و لا و طى الا فى ملك، و المفروض ان الواهب لم يملك الموهوب قبل العقد و الواطى لم يملك الجارية التى له فيها الخيار قبل الوطى.

(و توقف الشهيد فى الدروس فى المقامين) و هما: عقد الواهب و و طى ذى الخيار (مع حكمه بصحة رهن ذى الخيار) فيما اذا باع شيئا بخيار ثم رهن ذو 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، و بصحة و طى ذى الخيار.

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

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

فلا اشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فيترتب عليها آثارها، فيصح بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين لمصادفتها للملك و لو قلنا:

بحصوله بنفس الافعال فينبغى عدم صحة التصرفات المذكورة كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرط لصحتها.

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

وقد يقرر المانع بما في التذكرة عن بعض العامة من ان الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، كما ان التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها عن الصلاة ولا يشرع بها في الصلاة.

وبان البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع

(وقد يقرر المانع) اي المانع عن التصرفات المذكورة أولا (بما في التذكرة عن بعض العامة من ان الشيء الواحد) كالعقد ونحوه (لا يحصل به الفسخ والعقد) وكائه للتناهي بينهما (كما ان التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع) فيما اذا قال تكبير الاحرام مرتين (يخرج بها عن الصلاة) لانها ركن، ولا يمكن الاتيان بركنين من جنس واحد في الصلاة، فتكون الثانية مبطللة للركن الاول (ولا يشرع بها في الصلاة) على المشهور فلا تكون التكبير الثانية مبطللة، وعاقدة في وقت واحد، بل تكون مبطللة فقط.

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

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

وتكون صورة الدور هكذا «البيع يتوقف على الملك» و«الملك يتوقف على الفسخ» و«الفسخ يتوقف على البيع» اذا «البيع يتوقف على البيع».

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

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

(و اجاب فى التذكرة عن الاول) اى ان الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد (بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشيء واحد بالنسبة الى شيئين) بان يكون فسحا لعقد سابق، و عقدا لعقد لاحق، فأى دليل لعدم الصحة.

كما ان المثال بالتكبيره أيضا فيه نظر، فالمانع من ان تكون التكبيره الثانية مبطله للصلاة الاولى، و عاقدة للصلاة الثانية.

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

وفيما نحن فيه يكون الفسخ و العقد بشيء واحد اى يتوقف البيع على الفسخ، و يتوقف الفسخ على البيع و كلاهما يقعان بشيء واحد.

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

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

وزاد في باب الهبة قوله: فيبقى المحل قابلاً لمجموع العقد، انتهى وقد يستدل للصحة بانه اذا وقع العقد على مال الغير، فملكه بمجرد العقد كاف كمن باع مال غيره ثم ملكه.

اقول:

(وزاد في باب الهبة قوله: فيبقى المحل) وهو المثلث (قابلاً ل) ورود (مجموع العقد) اي باقى العقد عليه، فليس الفسخ و العقد يقعان بشي ء واحد، بل بشيئين أول العقد و آخر العقد (انتهى) كلام الايضاح (وقد يستدل للصحة) اي 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 الأب، 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 قابلاً 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.

ص: 160

ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البيع و العتق على الملك، نحو قوله:

لا بيع الا فى ملك، و لا عتق الا فى ملك، هو اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشئ فلا مناص عن القول بالبطلان، لان صحة العقد حينئذ يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد، لتنع فيه، فاذا فرض العقد او جزء من اجزائه فسحا كان سببا لتملك العاقد مقدما عليه، لان المسبب انما يحصل بالجزء الاخير من سببه، فكلما فرض جزء من العقد

ف (ان قلنا بان المستفاد من ادلة توقف البيع و العتق على الملك نحو قوله: لا بيع الا فى ملك، و لا عتق الا فى ملك، هو) «هو» خبر «ان المستفاد» (اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشئ) العاقد (فلا مناص عن القول بالبطلان لان صحة العقد حينئذ) اى حين اشتراط وقوع كل الانشاء فى ملك المنشئ (يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع اجزاء العقد، لتنع) جميع اجزاء العقد (فيه) اى فى ملك العاقد (فاذا فرض) كل (العقد او جزء من اجزائه فسحا) لان المفروض ان العقد وقع على ملك المشتري، فاما كل العقد فسخ، لانه ما لم يتحقق العقد لم يكن ابطالا- للعقد السابق، و اما جزء العقد فسخ، لانه جزء من المبطل كاؤل جزء من الحدث الذي يبطل الطهارة مثلا (كان) ذلك العقد او جزء من اجزائه (سببا لتملك العاقد مقدما عليه) اى 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 بانه

قابل للتجزئة سببا للتملك، كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء و الا لزم تقدم وجود المسبب على السبب.

و الجزء الذي لا يتجزى غير موجود

(قابل للتجزئة) كالباء من قوله «بعث» (سببا للتملك) اي لتملك العاقد اذ بهذه الباء مثلا يسترجع البائع ذو الخيار ما باعه (كان التملك متأخرا عن بعض ذلك الجزء) فالتملك متأخر عن «ب» في «بعث» (و الا) فلو لم يتأخر التملك عن بعض ذلك الجزء (لزم تقدم وجود المسبب على السبب) وذلك كما يستحيل في المقولات الحقيقية، كذلك يستحيل في المقولات الاعتبارية.

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

(و) ان قلت: نجزي العقد الى اجزاء صغار فمثلا «ب» من: بعث نجزئه الى عدة اجزاء بحيث يكون كل جزء من اجزاء «ب» لا يتجزأ.

ففي اول جزء من تلك الاجزاء الصغار يبطل العقد السابق، وفي الجزء منه اي من «ب» بعث، يتحقق العقد اللاحق فيكون «بعث» واقعا في ملك الفاسخ و ان كان جزء من «باء بعث» وقع قبل ملك الفاسخ و من المعلوم انه لا يلزم في العقد ان يكون لفظ «الباء» من: بعث «باء» كاملا، بل يكفي ما يصدق عليه «الباء» عرفا.

قلت: (الجزء الذي لا يتجزى غير موجود) كما قرر في الفلسفة اذ معنى

فلا يكون سبباً، 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 شىء غير قابل للانقسام الخارجى ولا العقلى ولا الوهمى.

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

فالجزء الاول من الباء مبطل للعقد السابق ومملك للمال للفاسخ وهذا يقتضى ان يكون بعض اجزاء العقد وهو الجزء الاول من الباء مقارنا للتملك، لا ان 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.

و اما دخول المسألة فيمن باع شيئاً ثم ملكه، فهو بعد فرض القول بصحته يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقف لزوم العقد المذكور على الاجازة.

الا ان يقال: ان المتوقف على الاجازة عقد الفضولي وبيعه للمالك و اما يبيعه لنفسه نظير بيع الغاصب، فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد.

(و اما) ما ذكره القائل بالصحة من (دخول المسألة فيمن باع شيئاً ثم ملكه) بل قد تقدم ان المقام اولى (فهو بعد فرض القول بصحته) لان جماعة يقولون بطلان البيع اذا باع شيئاً ثم ملكه، لقوله عليه السلام «لا تبع ما ليس عندك» و لقوله (ع) «لا يبيع الا في ملك» (يوجب اعتبار اجازة العاقد ثانيا) فلو باع دار ابيه ثم ورثه لزم ان يجيز الابن ما باعه أولاً- (بناء على ما ذكرنا في مسألة الفضولي من توقف لزوم العقد المذكور) اى العقد الذي عقده قبل ان يملكه (على الاجازة) بان يجيزه بعد ان ملكه، و الحال 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 الفضولي وبيعه للمالك) فلو باع الابن للاب ثم ورثه احتاج الى ان يجيز البيع الذي اوقعه أولاً فضولة.

(و اما يبيعه لنفسه نظير بيع الغاصب فلا يحتاج الى الاجازة بعد العقد)

لكن هذا على تقدير القول به و الاغماض عما تقدم فى عقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق غير القابل للفضولى.

و ان قلنا: ان المستفاد من تلك الادلة

فلو باع الابن مال ابيه لنفسه ثم مات الأب وورث الابن المال لم يحتج الى اجازة ما باعه، و ما 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 و الاغماض عما تقدم فى عقد الفضولى) من الاشكال فى بيع الغاصب لنفسه- سواء اجاز بعد ان ملك او لم يجز- (لا- يجرى فى مثل العتق) كما اذا باع عبدا بخيار لنفسه ثم اعتقه (غير القابل للفضولى) فان المشهور بينهم ان الاقاعات كالطلاق و العتق و البراء و ما اشبه لا تقبل الفضولية، بل الفضولية تجرى فى العقود فقط.

و انما لا يجرى ما ذكرناه فى العتق لان اول لفظة العتق مثل «ا» فى «اعتقتك» وقع فى ملك الغير، فان «ا» هو الذى ابطل 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 أم لا فيما كان من قبيل بيع الغاصب.

وقد عرفت ان الفضولية لا تقع فى العتق و نحوه هذا كله مربوط بقوله قبل اسطر: اقول ان قلنا بان المستفاد الخ.

(و ان قلنا: ان المستفاد من تلك الادلة) اى ادلة: و لا يبيع الا فى

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 و تمامه فى ملك نفسه لينقل بتمام العقد الملك الحادث ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل الى البائع باؤل جزء منه و

ملك و لا عتق الا فى ملك (هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير) ذلك البيع (المؤثر فى نقل مال الغير بغير اذنه) اى ان الشارع لا يريد نقل مال الغير بغير اذنه ففى المقام و هو بيع ذى الخيار 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 و تمامه) اى بقية السبب (فى ملك نفسه لينقل) العاقد (بتمام العقد) اى باجزائه الاخيرة (الملك الحادث) اى الملك الذى حدث للعاقد (ببعضه) اى ببعض العقد و المراد «ببعضه» اؤل العقد.

و الحاصل: ان ذا الخيار حدث له الملك ب «باء» بعت، و بقية العقد اوجب نقل هذا الملك الحادث الى المشتري، و هذا لا بأس به لان تمام البيع لم يقع فى ملك الغير (فلا مانع من تأثير هذا العقد) الذى يوجب ببعضه ملك العاقد، و ببعضه يوجب الانتقال من ملك العاقد الى ملك المشتري (لانتقال ما انتقل الى البائع باؤل جزء منه).

و انما قلنا «لا مانع» لانه لا يشمل «لا بيع الا فى ملك» حسب الفرض (و

هذا لا يخلو عن قوة، اذ لا دلالة في ادلة اعتبار الملكية في المبيع الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا.

و الحصر في قوله: لا يبيع الا في ملك اضافى بالنسبة الى البيع في ملك الغير او في غير ملك كالمباحات الاصلية، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير و تمامه في ملك البائع

هذا) الذي ذكرنا انه «لا مانع» (لا يخلو عن قوة، اذ لا دلالة في ادلة اعتبار الملكية) و هي الادلة التي تقول بان «لا يبيع الا في ملك» (في المبيع الا على اعتبار كونه مملوكا قبل كونه مبيعا) بان لا يصدق عليه المبيع الا بعد ان يصدق عليه المملوك.

و من المعلوم ان المبيع يحصل باخر العقد و المملوك يحصل باول العقد، فالمملوكية قبل المبيعية.

(و) ان قلت: ظاهر «لا يبيع الا في ملك» ان كل العقد يلزم ان يكون في الملك.

قلت: (الحصر في قوله: لا يبيع الا في ملك اضافى بالنسبة الى البيع في ملك الغير) فهذا هو المراد ب «لا يبيع» (او) البيع (في غير ملك) اى ما ليس بمملوك اصلا (كالمباحات الاصلية، فلا يعمّ المستثنى منه) اى «لا يبيع» (البيع الواقع بعضه في ملك الغير و تمامه في ملك البائع) و كذلك البيع الواقع بعضه على المباح و بعضه على الملك، كما اذا قال «ب» و اخذ عودا من الارض او سمكة من البحر، ثم اتمّه بقوله «عت هذا الشيء بكذا».

هذا.

مع انه يقرب ان يقال: ان المراد بالبيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد، لا نفس العقد، لان العرف لا يفهمون من لفظ البيع الا هذا المعنى المأخوذ فى قولهم: بعت.

و حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل باؤل جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه فيقع النقل فى الملك.

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

(مع) تقريب 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» بعت، و فى هذا الحال يكون الشيء ملكا للبائع، 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:

بعت) فان معناه نقلت، لا عقدت.

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

ص: 168

وكذا الكلام فى العتق وغيره من التصرفات القولية عقدا كان او ايقاعا ولعلّ هذا معنى ما فى الايضاح من: ان الفسخ يحصل باؤل جزء و بتمامه يحصل العتق.

نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و الاكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الاول منها.

فان ظاهر قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ***، اعتبار

فى «لا بيع الا فى ملك».

(و كذا الكلام فى العتق وغيره من التصرفات القولية عقدا كان او ايقاعا).

فمعنى «لا عتق الا فى ملك» ان الحرية لا تكون الا فى ملك، فاذا قال «اعتقتك» كان الف اعتقتك فاسخا و مملكا، و بقية الصيغة موجبة للحرية، فالحرية لم تقع الا فى ملك الفاسخ.

(ولعلّ هذا) الذى ذكرناه من إرادة النقل لا العقد و الحرية و لا الاعتاق، و هكذا (معنى ما فى الايضاح من: ان الفسخ يحصل باؤل جزء) من «اعتقتك» (و بتمامه يحصل العتق) انتهى.

(نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطى و الاكل) لما باعه بخيار (و نحوهما) كالقابلة للجارية و الشرب للماء و اللبس للباس (لا وجه لجواز الجزء الاول منها) اذ ان الجزء الاول يقع فيما ليس بملك.

(فان ظاهر قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ***) و ظاهر: **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ*** (اعتبار

وقوع الوطي فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطي 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 الوطي فيما اتصف بكونها مملوكة، فالوطي 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، و كذلك 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 «كالوطي».

او بالقول «كقوله فسخت» (جاز كل ما يحصل به) الفسخ (قولا كان) ما يفسخ به (او فعلا).

فهذا التوهم (فاسد) أولا (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 الإباحة فكل فعل او قول يوجب ارجاع المال الى الفاسخ لا ان كل فعل او قول فهو جائز و مباح شرعا (فلا ينافى) وجود الحكم الوضعى (تحريم ما يحصل به الفسخ) كالوطي (كما لا يخفى) اذ لا تلازم بين الحكم الوضعى و بين الحكم التكليفى.

مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه، وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف، الا اذا وقع في الملك.

وبالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة لا يخلو عن قوة، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات تكليفا ووضعا.

و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط حيث جوّز للمتصارفين

و ثانيا (مع انه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به) الفسخ بان دلّ الدليل على الحكم التكليفي أيضا (تعين حمل ذلك) الدليل الدالّ على الإباحة (على حصول الفسخ قبيل التصرف) آنا ما.

و انما نحمل هذا الحمل (جمعا بينه) اي بين دليل الإباحة (وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف) كالوطى (الا اذا وقع في الملك) كقوله: لا و طى الا في ملك، فانه يدل على عدم الجواز الا في المملوك لان الملك الأنامائي هو وجه الجمع بين الدليلين.

(وبالجملة فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان في المسألة) من الملك الأنامائي (لا- يخلو عن قوة، وبه يرتفع الاشكال عن جواز التصرفات) اي تصرفات ذى الخيار فى ما انتقل عنه تصرفا فعليا قبل الفسخ القولى، و تصرفا نقليا كالبيع و نحوه قبل الفسخ القولى (تكليفا) فهي حلال (ووضعا) فهي نافذة.

(و هذا) الملك الأنامائي (هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث جوّز للمتصارفين) اي بائعى الصرف و هو الذهب و الفضة

تبائع النقدين ثانيا في مجلس الصرف.

وقال ان شروعاتهما في البيع قطع لخيار المجلس، مع ان الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقع على الملك، لكنه في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها،

(تبائع النقدين ثانيا في مجلس الصرف).

مثلا: باع الذهب بالفضة ثم ثانيا باع المشتري ما اشتراه الى البائع.

(وقال) الشيخ (ان شروعاتهما في البيع) الثاني (قطع لخيار المجلس، مع ان الملك عنده) اي عند الشيخ (يحصل بانقطاع الخيار) فان الشيخ يرى انه ما دام الخيار موجودا لم يحصل الملك، فما دام في المجلس لم يحصل الملك لايّ منهما، بل اذا اخرجنا من المجلس او اسقط الخيار حصل الملك لهما.

وعليه فما دام الخيار لا ملك فكيف يبيعان بيعا ثانيا الا بان يكون قصد البيع موجبا لانقطاع الخيار، لانه تصرف و التصرف يسقط الخيار، فانا ما قبل البيع يدخل كل عوض في ملك المنتقل إليه ليصح بيعه بيعا ثانيا، فالملك يحصل بانقطاع الخيار (المتحقق) ذلك الانقطاع (هنا) في مورد بيع ثان في المجلس (بالبيع المتوقع) ذلك البيع الثاني (على الملك) اي ملك البائع بيعا ثانيا (لكنه) رحمة الله (في باب الهبة لم يصحح البيع الذي يحصل به الرجوع فيها) اي في الهبة.

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

ص: 172

معللا بعدم وقوعه فى الملك.

فرع: لو اشترى عبداً بجارية 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 ممّا وقع الاجازة و الفسخ

لانه لا يملكه الا بعد الفسخ للهبة، و المفروض 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، و الله العالم العاصم.

(فرع: لو اشترى عبداً بجارية مع) كون (الخيار له) اى للمشتري (فقال: اعتقهما) فان ذلك لا يصح فيهما، لانه ان صح البيع لا يصح عتق العبد، و لا يصح عتقهما باعتبار ان عتق ما انتقل إليه اصلى و عتق ما انتقل منه فضولى، اذ لا تجرى الفضولية فى العتق كما تقدم.

اما صحة العتق فى احدهما (ربما يقال بانعتاق الجارية) المنتقلة الى البائع (دون العبد) المنتقل الى المشتري (لان الفسخ مقدم على الاجازة) فهو فسخ للبيع و رجوع للجارية الى ملك المشتري و عتق لها.

و انما نقول بان الفسخ مقدم لانه كذلك فيما اذا تبايعا بخيار لهما فاجاز احدهما و فسخ الآخر، فان الفسخ يقدم على الاجازة فانه معنى:

ان يكون له الخيار.

(وفيه انه لا دليل على التقديم فى مثل المقام ممّا وقع الاجازة و الفسخ

من طرف واحد دفعة، سواء اتحد المجيز و الفاسخ كما فى المقام، او تعدّد كما لو وقعا من وكيلى 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 احدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف

من طرف واحد دفعة) واحدة، بخلاف ما اذا تعاقبا فان المقدم منهما هو الذي ينفذ (سواء اتحد المجيز و الفاسخ كما فى المقام، او تعدّد كما لو وقعا) الفسخ و الاجازة (من وكيلى ذى الخيار دفعة واحدة).

كما اذا كان للمشتري فى مثال العبد و الجارية وكيلان فاعتق احدهما العبد و اعتق 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).

وانما 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) و لازما من الطرف الآخر، مثل ان يكون احدهما مغبونا او كان ما انتقل إليه معيبا، او جعل لنفسه الخيار، او ما اشبهه فان اللزوم من جانب لا ينافى ان يكون حق الفسخ للجانب الآخر (يفسخ) هذا الجانب الذي له الخيار (مع لزوم العقد من الطرف

الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد.

و نحوه فى الضعف القول بعق العبد، لان الاجازة ابقاء للعقد، و الاصل فيه الاستمرار.

وفيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس.

نعم الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا، و هو

الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد) فانه لا يقدم فسخه على لزومه، اذ ان له حقا واحدا اما الامضاء و اما الفسخ، فاذا عملهما تضاربا و لم يقدم احدهما.

(و نحوه) اى نحو القول بعق الجارية- لتقديم الفسخ- (فى الضعف القول بعق العبد) المنتقل الى المشتري، و ذلك لتقديم الاجازة على الفسخ (لان الاجازة ابقاء للعقد، و الاصل فيه الاستمرار) لانا نشك فى انه هل بطل العقد أم لا؟ فالاصل بقاءه، فالعبد للمشتري فيقع العتق عليه.

(وفيه ان عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية، كالعكس) و هو عتق الجارية موقوف على عدم عتق العبد، فاذا اعتقا وقع بينهما التضارب و لا وجه مصحح لتقديم احدهما على الآخر.

(نعم) اذا تضاربا و لم يكن احدهما مقدما على الآخر (الاصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق اصلا) لأننا نشك فى انه هل ان العتقين اوجبا بطلان العقد او سقوط الخيار فالاصل العدم (و هو

الاقوى، كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة و القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد، لان عتقهما معا لا ينفذ، لان العتق لا يكون فضوليا و المعتق 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 و المحقق الثانى فى جامع المقاصد، لان عتق احدهما لا وجه له لانه معارض بعتق الآخر، كما لو تزوج بالاختين، او بالبنت و الام معا، فانه لا يقع زواج، لا على هذه و لا على تلك.

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

نعم اذا باعهما صحّ 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 و هى عتق العبد، او عتق الجارية، او عتقهما، او القرعة كلها مخدوشة.

(و لو كان الخيار فى الفرض المذكور) فى اوّل «فرع» (البائع العبد).

و هذا عكس ما ذكرناه أولا بقولنا «لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له» لان الخيار هنا للبائع، و هناك الخيار للمشتري.

بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار، وعتق الجارية على جواز عتق الفضولى.

و الثانى غير صحيح اتفاقا، وسيأتى الكلام فى الاول.

وان كان الخيار لهما، ففي القواعد و الايضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسخا

و الحاصل: 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)

(و الثانى) اى عتق الفضولى (غير صحيح اتفاقا) لان بنائهم ان الفضولية لا تجرى فى الايقاعات و العتق ايقاع (و سيأتى الكلام فى الاول) اى تصرف من ليس له الخيار فيما فيه الخيار، و فيه احتمالات و اقوال.

(وان كان الخيار لهما) اى لكل من البائع و المشتري فى اشتراء العبد بالجارية (ففى القواعد و الايضاح 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 لا عتق اصلا، و ذلك غير صحيح أيضا اذ لا وجه له بعد ان كان عتق الجارية او عتق العبد، و ذلك

ص: 177

لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح، بدون اجازة البائع و معها يكون اجازة منه لبيعه، و الفسخ مقدم على الاجازة.

و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشتري بالخيار ان عتق كل من

غير صحيح أيضا (لان عتق العبد من حيث انه ابطال لخيار بايعه غير صحيح، بدون اجازة البائع) فان العبد انتقل الى المشتري و كان لبائعه الخيار فيه، فاللازم على المشتري ان يتحفظ على ما فيه الخيار للبائع كما تقدم من ان موضع الخيار يجب ان يتحفظ عليه (و معها) اى مع اجازة البائع- بان امضى البيع و اسقط خياره- (يكون اجازة منه) اى من البائع (لبيعه) اى اسقاط للخيار، و حينئذ 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، و لا يعتق كلاهما لعدم جريان الفضولية فى العتق، و لا يبطل العتقان لانه لا وجه لبطلانهما بل تعتق الجارية، سواء اسقط البائع خياره او بقى على خياره.

(و الفرق بين هذا) اى صورة ان يكون لهما الخيار، و اعتقهما المشتري حيث قلنا بصحة عتق الجارية (و) بين (صورة اختصاص المشتري بالخيار) و اعتقهما المشتري الذي قلنا بانه لا يعتق لا العبد و لا الجارية (ان) فى صورة خيار المشتري وحده (عتق كل من

المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما، بخلاف ما نحن فيه.

نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتري في زمان خيار البائع، كان الحكم كما في تلك الصورة.

المملوكين كان من المشتري صحيحا لازما) فعتق العبد كان امضاء وعتق الجارية كان فسحا (بخلاف ما نحن فيه) الذي كان لهما الخيار.

اذ عتق المشتري للعبد غير صحيح، فان البائع حيث له الخيار لا يحق للمشتري التصرف في العبد الذي 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 (في زمان خيار البائع، كان الحكم) هنا (كما في تلك الصورة) اى صورة خيار المشتري فقط و لازمه بطلان عتقهما، فلا يصح العتقان لا عتق العبد ولا عتق الجارية- كما سبق وجهه-.

ص: 179

اشارة

والمحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب، منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى قدس سرهم، بل فى مفتاح الكرامة فى مسئلة عدم انتقال حق الرجوع فى الهبة الى الورثة ان حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقلة عند الاكثر.

(مسألة: من احكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ) كان يتلفه او يلقيه فى البحر او يستولدها او يوقفه او يعتقه او ما اشبه ذلك.

هذا (على قول الشيخ).

(والمحكى عن ابن سعيد فى جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الاصحاب، منهم العلامة فى القواعد و المحقق و الشهيد الثانى 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 لا حق 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

و عن 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: و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار.

وقيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع، و

بالنسبة الى ما فيه الخيار، بالإضافة الى ما تقدم من مثل الاتلاف.

(و عن 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، أم 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: و ينتقل 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، و هذا هو المشهور (و لا ينفذ تصرف المشتري فيه) اى فى المبيع (حتى ينقضى خيار البائع) فان ظاهر ارساله المسألة ارسال المسلمات انه لا خلاف فيها (و

هذا ولكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفا فى المسألة.

و الموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرائع جواز الرهن فى زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع او المشتري اولهما، بل ظاهره عدم الخلاف فى ذلك بين كل من قال: بانتقال الملك بالعقد.

ستجى ء عبارة الدروس) الظاهرة فى عدم الخلاف.

(هذا و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد) و قولهما بعدم جواز تصرف غير ذى الخيار (مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفا فى المسألة) لان غير ذى الخيار لا يحق له التصرف لانه ليس بماله فى مدة الخيار.

نعم من يقول: بانه ملك فى مدة الخيار، و يقول: بانه لا يجوز له التصرف فهو مخالف فى المسألة اى مسألة جواز تصرف المالك.

(و الموجود فى ظاهر كلام المحقق فى الشرائع جواز الرهن فى 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 لعمرو الخيار، فلزيد ان يرهن الدار (بل ظاهره) اى ظاهر المحقق (عدم الخلاف فى ذلك) اى فى الرهن (بين كل من قال: بانتقال الملك بالعقد) و اما من لا يقول بانتقال الملك بالعقد بل يقول بانتقال الملك بالعقد و انقضاء الخيار،

و كذا ظاهره فى باب الزكاة حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار.
نعم استشكل فيه فى المسالك فى شرح المقامين على وجه يظهر منه ان المصنف معترف بمنشأ الاشكال.
و كذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن و ان اعترض عليه جامع المقاصد بما مرّ من المسالك.

فلا يصح الرهن ما دام الخيار، لانه ليس ملكه، و الحال انه: لا رهن الا فى ملك.

(و كذا ظاهره فى باب الزكاة) انه لا خلاف فى ذلك (حيث حكم بوجوب الزكاة فى النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار) للبائع.

فلو باع زيد اربعين شاة و جب على المشتري اعطاء زكاتها و ان جعل البائع لنفسه الخيار فيها.

(نعم استشكل فيه) اى فى كلام المحقق (فى المسالك فى شرح المقامين) و هما: الرهن و الزكاة (على وجه يظهر منه ان المصنف) و هو المحقق (معترف بمنشأ الاشكال) و هو انه كيف يحق له التصرف، و الحال ان الملك فى معرض الزوال.

(و كذا ظاهر كلام القواعد فى باب الرهن) انه لا اشكال فى رهن من عليه الخيار فى مدّة الخيار (و ان اعترض عليه جامع المقاصد بما مرّ من المسالك) فى اعتراضه على المحقق انه كيف يمكن رهن الملك المتزلزل.

لكن صريح كلامه فى التذكرة فى باب الصرف جواز التصرف.

وكذا صريح كلام الشهيد فى الدروس، حيث قال فى باب الصرف:

لو باع احدهما ما قبضه على غير صاحبه قبل التفرق، فالوجه الجواز، وفاقا للفاضل.

منعه الشيخ قدس سره، لانه يمنع الآخر من خياره.

وردّ بانّا نقول: ببقاء الخيار، انتهى.

(لكن) على خلاف المسالك و جامع المقاصد المستشكلين فى جواز تصرف من عليه الخيار (صريح كلامه فى التذكرة فى باب الصرف جواز التصرف) فيما فيه الخيار.

(وكذا صريح كلام الشهيد فى الدروس، حيث قال فى باب الصرف) وهو بيع النقود- الذهب و الفضة- بعضها ببعض (لو باع احدهما ما قبضه على غير صاحبه) مثلا: باع المشتري ما قبضه على انسان ثالث غير البائع (قبل التفرق) من مجلس البيع الاول (فالوجه الجواز) مع انه بيع ما فيه الخيار لوجود خيار المجلس (وفاقا للفاضل) و هو العلامة.

(ومنعه الشيخ قدس سره، لانه) اى البيع (يمنع الآخر من خياره) اذ خياره يتعلق بما باعه، فاذا فسخ الآخر لم يجد متعلق الخيار، فلا يتمكن من استرداد ماله.

(وردّ) اى ردّ الشيخ (بانّا نقول: ببقاء الخيار) و أنّه لا يسقط الخيار بتصرف المنتقل إليه، فاذا فسخ استرجع بدله او عينه باطلاله المعاملة الثانية (انتهى) كلام الدروس.

و صرح فى المختلف- فى باب الصرف- بان له ان يبيع ماله من غير صاحبه، و لا يبطل حق خيار الآخر، كما لو باع المشتري فى زمان خيار البائع، و هو ظاهر اللمعة، بل صريحها فى مسألة رهن ما فيه الخيار، و ان 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، و لا يبطل حق خيار الآخر) اى صاحبه (كما لو باع المشتري فى زمان خيار البائع) فى غير باب الصرف.

اما بيع المشتري للبائع فى باب الصرف او غير الصرف فلا اشكال فيه لانه فى حكم اسقاط البائع لخيار نفسه (و هو) اى جواز التصرف فيما فيه الخيار (ظاهر اللمعة، بل صريحها فى مسألة رهن ما فيه الخيار، و ان شرحها فى الروضة بما لا يخلو عن تكلف).

فانه قال فى اللمعة: و يصح الرهن فى زمن الخيار و ان كان الخيار للبائع، لانتقال المبيع بالعقد على الاقوال انتهى.

و ظاهره ان يرهن المشتري ما فيه 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، و لا يخفى ان ما ذكره صاحب الروضة خلاف ظاهر كلام اللمعة (هذا).

ويمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشأ القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه، و الا 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 منشأ كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم،

(ويمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه بالمنع) من التصرف في ما فيه الخيار (ليس منشأ القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه).

و لا يخفى ان قوله «ويمكن» ردّ لكلامه قبل اسطر «مبنى على عدم قولهما بتملك المبيع ... الخ» (و الا) فلو كان منشأ 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 الشيء بعدم مقتضيه لا بوجود المانع.

مثلا: اذا كان الثوب رطبا و لم تكن هناك نار، فيقال لم يحترق الثوب لانه لا نار، و لا يقال لم يحترق لان الثوب رطب (بل المتعين حينئذ) اى حين كان علة عدم جواز التصرف عدم الملكية في زمن الخيار (الاستناد) في عدم جواز التصرف (الى عدم حصول الملك مع وجود الخيار) لا الى ان التصرف يوجب بطلان حق ذى الخيار (بل لعل القول بعدم الانتقال) في زمن الخيار - على ما يقوله الشيخ - (منشأ كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم) اى عند الشيخ و اتباعه، فكانهم يرون انه لا يحق له

كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف او النقل خلاف مأخذه ان الناقل العقد والغرض بالخيار الاستدراك وهو لا ينافيه وان غاية الملك التصرف الممتنع فى مدة الخيار، انتهى.

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

التصرف، فيعلّلون 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 وبين المشهور.

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

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

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 أيضا يقولون بامتناع التصرف (الا ان يراد به) اى يكون فرق بين قول الشيخ بامتناع التصرف وقول المشهور بامتناع التصرف.

فقول الشيخ يراد به امتناع التصرف مطلقا وقول المشهور يراد به امتناع (نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ) فلمن عليه الخيار الحق في ان يبيع، لكن اذا فسخ من له الخيار فله ان يبطل نقل المشتري الى الاجنبى (و لا 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 الذي عليه الخيار.

والحاصل ان الشيخ يقول: لا يتصرف في زمن الخيار و المشهور يقولون يتصرف لكنه اذا فسخ فللفاسخ ابطال المعاملة الجديدة و ضمان العين اذا تلفت.

فالشيخ يقول: لا يتصرف مطلقا، و المشهور يقولون: لا ينفذ التصرف بحيث لا ابطال و لا ضمان.

والتصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ، او مستعقب للضمان لا محالة.

وهذا الاحتمال و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس، الا انه يقربه انه قدس سره قال بعد اسطر: ان فى جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار، وجهين.

والتصرف فى زمن الخيار على القول بجوازه) كما يقوله المشهور (معرض لبطلانه عند الفسخ) اذا تصرف من عليه الخيار تصرفا ناقلا (او مستعقب للضمان لا محالة) اذا تصرف من عليه الخيار تصرفا متلفا.

(وهذا الاحتمال) اى احتمال ان يراد بعدم التصرف، عدم التصرف على وجه لا يملك البطلان و لا يتعقبه ضمان (و ان بعد عن ظاهر عبارة الدروس) لعدم ذكر لفظ النفوذ فيها، بل هى صريحة فى ان التصرف ممتنع فى زمن الخيار، حيث قال فى عبارته المتقدمة «لانه يمنع الآخر من خياره» فظاهره: ان التصرف ممتنع لانه مانع عن الخيار، لا ان نفوذ التصرف ممتنع (الا انه يقربه) اى يقرب ان يريد الدروس «ان نفوذ التصرف ممتنع» «فلا يمنع اصل التصرف» (انه قدس 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 أولا نفى نفوذ التصرف، و ثانيا تكلم حول اصل التصرف و بهذا تحقق ان المراد بعدم التصرف هو عدم نفوذ التصرف.

و الحاصل: ان كلمات العلامة و الشهيد، بل و غيرهما قدس سرهم فى هذا المقام لا يخلو- بحسب الظاهر- عن اضطراب.

ثم ان الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات.

وربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب.

(و الحاصل: ان كلمات العلامة و الشهيد، بل و غيرهما قدس سرهم فى هذا المقام) اى فى 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 فى زمن الخيار.

و تارة يظهر منهم انه لا يمتنع التصرف و انما لا ينفذ التصرف، و الى هنا تحقق قولان فى مسألة: هل ان من عليه الخيار يتمكن من التصرف أم لا؟ من يقول بانه لا يتمكن، و من يقول بانه يتمكن.

(ثم) هنا قولان آخران، التفصيل بين العتق و غيره، و التفصيل بين التصرف المتلف و غيره.

و إليهما اشار بقوله: (ان الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات) لوحدة الدليل فيهما.

(و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق) فاذا اشترى عبدا و كان للبائع الخيار كان للمشتري ان يعتقه، و ليس له ان يبيعه مثلا (لبنائه على التغليب).

و معنى ذلك انه اذا كان سائر التصرفات ممنوعا، لم يكن العتق ممنوعا، و اذا تشبث العبد بالحرية بتحرر بعضه سرى ذلك الى سائر

و كذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف و التصرفات الناقلة.

و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف و تجويز غيره، لكن مع انفساخه من اصله عند فسخ ذى الخيار و قيل بانفساخه من حينه.

حجة القول بالمنع ان الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث ارجاعهما

اجزائه، كل ذلك لان الشارع يحبّ التحرير.

(و كذا الظاهر عدم الفرق بين الاتلاف و التصرفات الناقلة) فمن قال بالجواز قال فيهما، و من قال بالمنع قال فيهما.

(و اختار بعض افاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الاتلاف) فلا يحق لمن عليه الخيار ان يتلف ما فيه الخيار (و تجويز غيره) كالبيع و نحوه (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 (و قيل بانفساخه من حينه) فالبيع الثانى يفسخ من يوم الاحد، و يكون الثمر بين اليومين لبكر.

(حجة القول بالمنع) و انه لا يحق لمن عليه الخيار ان يتصرف فيما فيه الخيار مطلقا (ان الخيار حق) لذى الخيار (يتعلق بالعقد المتعلق) ذلك العقد (بالعوضين من حيث) «من» متعلق ب «المتعلق» (ارجاعهما)

بحل العقد الى ملكهما السابق، فالحق بالآخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه، فلا يجوز ان يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق باتلافها او نقلها الى شخص آخر.

و منه 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 مالكة الاول (فالحق بالآخرة متعلق بالعين التي انتقلت منه الى صاحبه) وان كان الحق أولا وبالذات متعلقا بالعقد، لان الخيار ملك فسخ العقد و امضائه (فلا يجوز) للمنقول إليه (ان يتصرف فيها) اي فى العين المنتقلة إليه بالخيار (بما يبطل ذلك الحق) و هو الخيار (باتلافها او نقلها الى شخص آخر) او عتقها او استيلادها او الحيلولة بينها وبين مالكة كإلقائها فى البحر، او ما اشبه ذلك كاطلاق سراح الطائر و الوحش.

(و منه) اي مما ذكرناه من ان كون العين متعلق حق الغير فلا- يجوز التصرف فيها (يظهر: ان جواز الفسخ) من ذى الخيار (مع التلف) للعين، فيتدارك (بالرجوع الى البدل) مثلا او قيمة (لا يوجب جواز الاتلاف).

وجه الظهور (لان الحق متعلق بخصوص العين، فاتلافها) اي اتلاف العين (اتلاف لهذا الحق) و لا يجوز اتلاف حق الغير، وان تحمل المتلف

و ان انتقل الى بدله لو تلف بنفسه كما ان تعلق حق الرهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق.
و الى ما ذكر يرجع ما فى الايضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانة حق البائع فى العين المعينة عن الابطال.
و يؤيد ما ذكرنا انهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم: بان التصرف الناقل اذا وقع باذن ذى الخيار

بدله (و ان انتقل) الحق (الى بدله لو تلف بنفسه) اى بمتلف، فان الاتلاف حرام تكليفا و الانتقال الى البدل حكم وضعى (كما ان تعلق حق الرهن ببذل العين المرهونة بعد تلفها) كما اذا اتلفها الراهن او تلفت هى بنفسها (لا يوجب جواز اتلافها على ذى الحق).
فان الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف و التلف من أسوأ اقسام التصرف، كما لا يخفى.

(و الى 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) و حفظ (حق البائع فى العين المعينة) التى هى العبد (عن الابطال) فلو اعتق العبد كان قد اتلف حق البائع فى ذات العين.

(و يؤيد 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)

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، وإرادة 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 التأييد ما ذكره بقوله: (فلو لم يكن) الخيار (حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك) الاذن (موجبا لسقوط الخيار) و اذا لم يكن حقا .. لم يكن موجبا (فان تلف العين لا تنافى بقاء الخيار لعدم منافات التصرف) المتلف (لعدم الالتزام بالعقد) فيأذن ذو الخيار فى التصرف المتلف و مع ذلك ليس بملتزم بالعقد (و) انما له (إرادة الفسخ بأخذ القيمة).

اما اذا كان الحق متعلقا بالعين، كان بين الاذن بالتصرف وبين إرادة الفسخ منافاة لانه قد اذن بتلف حقه فلا حق 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 و لا عرفا على وجود العين التى فيها

هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين وفقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التصرف جوازا، و منعا فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس على اموالهم.

الا ترى ان حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين

خيار الفسخ، ولا على وجود العوض الآخر الذى لا يكون الخيار متعلقا به (هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن) و اعمال تلك السلطنة (فى حالتى وجود العين وفقدها) فان كانت موجودة استرجعت و ان كانت مفقودة استرجع بدلها (فلا دلالة 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 و منعا (فالمرجع فيه) اى فى التصرف فى متعلق الخيار (ادلة سلطنة الناس على اموالهم) فان المشتري المنتقل إليه المثلث يكون المثلث ماله، فيشمله: الناس مسلطون على اموالهم.

و يؤيد ذلك تعارف تصرف الناس فى متعلق الخيار، فيشربون و يأكلون الشئ المشتري فى مجلس العقد، و يتصرفون فى ثمن الحيوان فى الثلاثة الى غيرها.

(الا ترى) و هذا 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 و خياره.

و مجرد الفرق بينهما بان الشفعة سلطنة على نقل جديد، فالملك مستقر قبل الاخذ بها- غاية الامر تملك الشفيع نقله الى نفسه، بخلاف الخيار، فانها سلطنة على رفع العقد، وارجاع الملك الى الحالة السابقة- لا يؤثر فى الحكم المذكور

(و) ان قلت: هناك فرق بين الخيار فى البيع و الخيار للشفيع، فالخيار فى البيع معناه ابطال البيع فالعين غير مستقرة عند المشتري- فيما كان للبايع 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 وارجاع 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 و لا يجوز فى متعلق الخيار.

مع ان الملك فى الشفعة اولى بالتزلزل لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقا و اما حق الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب ابقائه و عدم السلطنة على اتلافه مضافا الى النصّ و الاجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا.

و انما لا يؤثر، لان الملك فى كليهما متزلزل، فلو كان التزلزل يمنع عن التصرف لمنع فى الشفعة ولو كان التزلزل لا يمنع عن التصرف لم يمنع فى الخيار، هذا أولا.

و ثانيا: (مع ان الملك فى الشفعة اولى بالتزلزل لإبطالها) 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 ذو الخيار لم يبطل النقل، و انما يرجع ذو الخيار الى البدل- كما ذكره جمع-.

(و) ان قلت: اذا كان حق الطرف لا- يمنع تصرف المالك فلما ذا تقولون بان الراهن لا يتمكن من التصرف فى العين المرهونة التى هى متعلق حق المرتهن.

قلت: (اما حق الرهن، فهو) مانع عن تصرف المالك (من حيث كون الرهن وثيقة) على الدين.

ف (يدل على وجوب ابقائه و عدم السلطنة على اتلافه) اذا الاتلاف ينافى كونه وثيقة، فهناك قرينة من الخارج على حرمة التصرف لا مجرد انه حق (مضافا الى النصّ و الاجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا

ولو لم يكن متلفا ولا ناقلا.

و اما سقوط الخيار بالتصرف الذي اذن فيه ذو الخيار، فلدلالة العرف لا للمنافات.

والحاصل: ان عموم: الناس مسلطون على اموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك، فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الاصلية.

ولو لم يكن) التصرف (متلفا ولا ناقلا) اما في باب الخيار فلا اشكال في التصرف غير المتلف وغير الناقل.

(و) ان قلت: فلماذا؟ اذا اذن ذو الخيار في التصرف سقط خياره الا ان يدل ذلك على منافات الخيار للتصرف.

قلت: (اما سقوط الخيار بالتصرف الذي اذن فيه ذو الخيار، ف) ليس للمنافات، بل (لدلالة العرف) ولذا لو قال تصرف، ولكن يبقى خيارى لم ير العرف مانعا عن ذلك، و (لا) يكون السقوط (للمنافات) بين التصرف وبين الخيار.

(والحاصل: ان عموم: الناس مسلطون على اموالهم) الشامل لتصرف المشتري فيما فيه الخيار للبايع (لم يعلم تقييده ب) سبب (حق يحدث لذى الخيار) حتى (يزاحم به) اى بذلك الحق لذى الخيار (سلطنة المالك) فلذى الخيار حق، و المالك يقدر على التصرف (فالجواز) اى جواز التصرف فيما فيه الخيار (لا يخلو عن قوة في الخيارات الاصلية) كخيار المجلس و خيار الغبن و خيار العيب و خيار الحيوان و ما اشبه.

و اما الخيارات المجعولة بالشرط.

فالظاهر من اشتراطها إرادة ابقاء الملك ليسترده عند الفسخ، بل الحكمة في اصل الخيار هو ابقاء السلطنة على استرداد العين، الا انها في الخيارات المجعولة علة للجعل.

و

(و اما الخيارات المجعولة بالشرط) و جمع الخيارات باعتبار افراده، لا ان للشرط خيارات متنوعة.

(ف) انما لا يحق للمشروط عليه التصرف لان الشرط هو ان لا يتصرف لا لان مقتضى الخيار- بما هو خيار- ان لا يتصرف.

اذ (الظاهر من اشتراطها) اى اشتراط الخيارات (إرادة) المشترط (إبقاء) المشروط عليه (الملك ليسترده) الشرط (عند الفسخ، بل الحكمة في اصل الخيار) اصليًا كان او مجعولا (هو ابقاء) الشرط (السلطنة) اى سلطنة نفسه (على استرداد العين) متى ما اراد (الا انها) اى الحكمة (في الخيارات المجعولة) بالشرط (علة للجعل) لا حكمة فقط، ففي الخيارات غير المجعولة- اى الاصلية- حيث ان الابقاء حكمة جاز التصرف المتلف، اما في الخيارات المجعولة حيث ان الابقاء علة لم يجز التصرف المتلف.

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

ص: 199

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

وعليه فيتعين الانتقال الى البديل عند الفسخ مع الاتلاف.

و اما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلاذ ففى تقديم حق الخيار لسبقه، او الاتيلاذ 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 بدلها ثانيا، فاللازم التحفظ على العين و اذا تلفت كان له الخيار لاخذ بدلها.

مثلا: من باع داره التى تسوى بالف- اضطرار- بمائة مع الشرط فانه يريد ذات الدار مع بقائها وقيمة الدار- اى الألف- مع تلفها، فاذا فسخ و قد تلفت الدار اعطى المائة و اخذ الألف الذى هو قيمة الدار.

(و عليه) اى بناء على بقاء الخيار (فيتعين الانتقال الى البديل عند الفسخ مع الاتلاف) للعين.

(و اما مع فعل) المشروط عليه (ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاتيلاذ) اذام الولد لا تنتقل (ففى تقديم حق الخيار لسبقه) فاذا اخذ البائع بالخيار استرجع الجارية و ابطل حق الاتيلاذ، كما تباع أم الولد فى دين نفسها، لتقديم حق الدين على الاتيلاذ (او) تقديم (الاتيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعى) الذى هو الاتيلاذ.

كالعقلى، وجهان، أقواهما الثانى و هو 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، و انه ينتقل الى البدل، لانه اذا جاز التصرف فلا داعى الى اهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم، و تسلط

فان المانع الشرعى (ك) المانع (العقلى، وجهان، أقواهما الثانى) اللهم الا ان يقال: يشك فى اطلاق دليل الاستيلاء لما هنا فالمرجع عموم ادلة الخيار (و هو) اى تقديم حق الاستيلاء (اللائح) اى الظاهر (من كلام التذكرة من باب الصرف) و هو بيع الاثمان- الذهب و الفضة (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 الاستيلاء كالتالف، فيرجع المالك الى بدل الجارية.

(و منه) اى مما ذكرنا من صورة استيلاء الجارية و ان ذا الخيار يرجع الى البدل (يعلم حكم نقله) اى ما فيه الخيار (عن ملكه، و انه) اى حق ذى الخيار (ينتقل الى البدل) و ليس 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 (و تسلط

العاقِد الثاني على ماله عدا ما يتخيل من ان تملك العاقِد الثاني مبنى على العقد الاول، فاذا ارتفع بالفسخ و صار كان لم يكن، و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود.

العاقِد الثاني) اى تسلط من عليه الخيار على الثمن و تسلط المشتري على المثلث (على ماله) بمقتضى: الناس مسلطون على اموالهم. و الحاصل انه يشمله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الناس مسلطون على اموالهم» لان الخيار لا ينافيهما، اذ الخيار يقتضى الرجوع الى العين او البديل (عدا ما يتخيل) استثناء من «فلا داعى» (من ان تملك العاقِد الثاني مبنى على العقد الاول).

اذ لا يصح بيع المشتري للاجنبى الا بعد تمامية البيع الاول (فاذا ارتفع) العقد الاول (بالفسخ) من ذى الخيار (و صار) العقد الاول (كان لم يكن، و لو بالنسبة الى ما بعد الفسخ) لان الفسخ لا يرفع العقد من اصله بل يرفعه من حين الفسخ، و لذا يكون النماء و الثمر بين العقد و الفسخ للمنتقل إليه 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) كالاستيلاء و البيع و العتق و غيرها.

و الحاصل ان العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الاول، فاذا فرض الاثراء كان لم يكن، و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى.

و يمكن دفعه بان تملك العاقد الثانى مستند الى تملك المشتري له أنا ما، 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 الاثراء) الاول (كان لم يكن) لان ذا الخيار ابطال العقد، فلا يكون ذو الخيار بائعا و لا مشتريه مشتريا (و ملك البائع الاول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك) اى بسبب تملك البائع الاول للعين (ما استند إليه) 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 (أنا ما، لان مقتضى سلطنته) اى سلطنة المشتري الاول (فى ذلك الآن) الأنا ما (صحة جميع ما يترتب عليه) اى على ذلك التملك (من التصرفات).

و الحاصل: ان المشتري الاول ملك المبيع أنا ما، فله سلطة على كل تصرف، فيكون نقله و سائر تصرفاته فيه صحيحا.

(و) ان قلت: فسخ 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 الثاني، واستحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه.

فاذا ارتفع العقد الاول ارتفع العقد الثاني 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، و لذا فنماء المثلث بين العقد الاول و الفسخ للمشتري، و نماء المثلث للبائع.

(و) لذا الذي 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 لعمرو بدينار خارجي، ثم قبض الكتاب و باع عمرو الكتاب، و لما اراد ان يقبض زيد الدينار وجده تالفا و (انفسخ البيع الاول) لان التلف قبل القبض من مال مالكة (دون الثاني) اى بيع عمرو للكتاب (و استحق) زيد البائع الاول (بدل العوض) اى بدل الكتاب (المبوع ثانيا) استحقه (على من باعه) اى استحقه من عمرو فان الكتاب لا يرجع إليه، بل يأخذ زيد عوض الكتاب من عمرو - قيمة او مثلا -

و الفرق بين تزلزل العقد من حيث انه امر اختياري كالخيار او امر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه غير مجد فيما نحن بصددده.

ثم انه لا فرق بين كون العقد الثاني لازما او جائزا، لان جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الا جنبي.

و هذه الفتوى من المشهور تدل على ان الفسخ لا يؤثر في التصرفات التي حدثت قبل الفسخ.

(و) ان قلت: تلف الدينار- في المثال- امر اضطراري، و بيع المشتري الذي عليه الخيار- فيما نحن فيه- امر اختياري، فلا يقاس ما نحن فيه بمسألة التلف.

قلت: (الفرق بين تزلزل العقد من حيث انه) اي التزلزل (امر اختياري كالخيار) المجمعول اختياريا الموجب لتزلزل العقد (او امر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه) كما في المثال، فان التلف لم يكن باختيار المشتري- مثلا- (غير مجد فيما نحن بصددده) اذ نحن بصدد ان الفسخ لا يوجب الرفع العقد من حين الفسخ، و لا يوجب رفع العقد من اصل العقد سواء كان الفسخ بامر اختياري او بامر اضطراري.

(ثم) بعد ان تحقق ان العقد الثاني لا يزول بفسخ العقد الاول (انه لا فرق بين كون العقد الثاني لازما) كالبيع (او جائزا) كالهبة غير اللازمة، فاذا فسخ العاقد الاول لم يكن له ان يسترجع الموهوب (لان جواز العقد يوجب سلطنة العاقد) كالمشتري في المثال (على فسخه لا سلطنة الثالث) الذي هو العاقد الاول (الاجنبي) عن الهبة في المثال.

نعم يبقى هنا الزام العاقد بالفسخ بناء على ان البديل للحيلولة، و هي مع تعذر المبدل.

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

(نعم يبقى هنا) اي في ما نقله المشتري بالعقد الجائز (الزام العاقد) اي الزام البائع الشارط العاقد الثاني و هو المشتري الواهب (بالفسخ) للهيئة (بناء على ان البديل) اي اخذ الفاسخ للبديل انما هو (للحيلولة) اي حيث حيل بينه و بين متاعه يأخذ بدله (و هي) اي الحيلولة انما تتحقق (مع تعذر المبدل) بان تلف او القى في البحر او اعتق او استولدت او بيع بيعا لازما او ما اشبه.

(و) اما (مع التمكن) اي تمكن المشتري الواهب من استرجاع المبدل (يجب تحصيله) و في العقد الجائز يتمكن من تحصيله (الا ان يقال) لا يجب على المشتري الواهب استرجاع الموهوب- و ان كان العقد جائزا- فان المقام من بدل الحيلولة (باختصاص ذلك) اي اختصاص الاسترجاع (بما اذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البديل، كما في المغصوب الآبق) فانه اذا غصب عمرو من زيد عبده، ثم ابق العبد و رجع زيد الى عمرو، فان عمروا يجب عليه ان يرجع العبد الذي غصبه الى مالك العبد.

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

فان العين ملك للعاقد الثاني، و الفسخ انما يقتضي خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض، و هو العاقد الاول، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثاني، فيستقر بدله على العاقد الاول.

و لا دليل على الزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن.

العقد (فان العين) الموهوبة (ملك للعاقد الثاني) حيث اشترها من العاقد الاول (و الفسخ انما يقتضي خروج المعوض عن ملك من يدخل في ملكه العوض) و هو خروج المثل من ملك المشتري الاول ليدخل في ملكه الثمن الذي كان دفعه الى البائع الفاسخ (و هو) اى من يدخل في ملكه العوض (العاقد الاول، فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثاني) لانه لا يملكه الآن، لانه وهبه فكيف يخرج المعوض من ملك الواهب، و الحال انه لا يملكه (فيستقر بدله على العاقد الاول) اى يلزم على العاقد الاول الفاسخ ان يرجع الى المشتري البديل و هو الثمن الذي اخذه.

(و) اما المشتري فانه يعطى الى البائع الاول بدل المعوض لا نفس المعوض.

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

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

هذا ولكن قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار.

و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار، بعيد جدا.

وقوله «الا ان يقال» يقول «ليس الموهوب ملكا للواهب حتى يسترجعه الفاسخ فيسترجع بدله، وهذا بخلاف مثل المغصوب، فانه حيث كان ملكا للمغصوب منه فاللازم على الغاصب ان يرجعه إليه».

ولكن لا يخفى ما فى قوله «الا ان يقال ... الخ» من عدم الاستقامة بل هذا الكلام اقرب الى بدل الحيلولة من نفس العين بان يقرّر هكذا «حيث ان المغصوب الآبق لا- يمكن ردّه فالواجب على الآبق بدل الحيلولة اما الموهوب حيث يمكن استرجاعه فاللازم على المشتري الواهب استرجاعه بابطال الهبة» و الذي اظنه ان فى النسخة غلطا او سقطا.

(هذا ولكن) هذا ردّ لقوله «الا ان يقال» (قد تقدم ان ظاهر عبارة الدروس و الجامع: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار) فاذا فسخ العاقد الاول بطلت هبة المشتري فيسترجع العاقد عين ماله.

(و توجيهه) اى توجيه عدم النفوذ الذي قاله الدروس و الجامع (يارادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان، بان يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار) بان يكون مراد هباب «لا تنفذ التصرفات» انه لا تنفذ التصرفات نفوذا بلا ضمان (بعيد جدا).

و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع الى البدل، الا فى مسألة العتق و الاستيلاد، فالمسألة فى غاية الاشكال.

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الاول؟

او من اصله

اذ ظاهر «لا تنفذ التصرفات» ان التصرفات باطلة لا ان التصرفات صحيحة و لكن مع ضمان البدل.

فالمعنى: ان التصرفات بلا بدل غير صحيحة، و هذا المعنى بعيد جدا عن كلامهما.

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

«1» فالدروس و الجامع يدعيان: الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات و «2» القائلون بجواز التصرفات ظاهرهم: نفوذ التصرفات و الرجوع الى العين بعد الفسخ.

(الا فى مسألة العتق و الاستيلاد) حيث قال بعض بالرجوع الى البدل فى هاتين المسألتين.

«3» و نحن نرى ان مقتضى القاعدة صحة التصرفات و الرجوع الى البدل (فالمسألة فى غاية الاشكال) و الله العالم.

(ثم على القول بانفساخ العقد الثانى) بعد فسخ العقد الاول (فهل يكون من حين فسخ) العقد (الاول؟ او من اصله).

ص: 209

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 لا بد 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 ما فيه الخيار يوم الجمعة، وفسخ البائع البيع يوم السبت فهل يكون المبيع يوم الجمعة للمشتري الثاني حتى يكون نمائه للمشتري الثاني؟ او يفسخ العقد الثاني من اول لحظة وقع فيها حتى يكون المبيع يوم الجمعة للمشتري الاول، و النماء للمشتري الاول (قولان اختار ثانيهما بعض افاضل المعاصرين، محتجا بان مقتضى الفسخ) الذي فسخه العاقد الاول ذو الخيار (تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين) فالفاسخ يتلقى المعوض من المشتري، والمشتري يتلقى العوض من الفاسخ (فلا يجوز ان يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثاني) وهو المشتري الثاني (بل لا بد من انفساخ العقد الثاني بفسخ) العقد (الاول، ورجوع العين الى ملك المالك الاول) و هو المشتري (ليخرج منه) اى من المشتري (الى ملك الفاسخ).

وهذا انما يتحقق اذا قلنا بان الفسخ اوجب ان يكون العقد الثاني كان لم يكن، اذ لو بقى العقد الثاني الى حين الفسخ كان الفاسخ يتلقى الملك من المشتري الثاني.

(الا ان يلتزم بان ملك العاقد الثاني) اى المشتري الثاني (الى وقت

الفسخ، فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الاول ورده بعدم معروفة 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 و الزمان المشروط فيه الخيار، و اما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار، اما لعدم تحقق سببه، كما فى خيار التأخير

الفسخ) و هو فسخ الفاسخ- البائع الاول- فبمجرد فسحه 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 معروفة التملك الموقت فى الشرع) حتى يقال بان المشتري الثانى ملك المتاع الى حين الفسخ، و بمجرد الفسخ انتقل الملك الى المشتري الاول، فتلقاه الفاسخ من المشتري الاول (فافهم) لوجود الملك الموقت، كما فى اشتراء الولد اباه فانه يملكه ملكا آتامانيا، ثم يعتق عليه، هذا مضافا الى انه لا دليل على انه يلزم ان يتلقى الفاسخ الملك من المشتري الاول، و الله 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، و اما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار، اما لعدم تحقق سببه، كما فى خيار التأخير) فان الخيار انما يحدث بعد التأخير

بناء على ان السبب في ثبوته تضرر البائع بالصبر الى ازيد من الثلاث.

و اما لعدم تحقق شرطه، كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطا للخيار وعدم تحققه قبله، و كاشتراط الخيار في زمان متأخر ففي جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه، وجهان

(بناء 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 و ان لم يعلم به البائع- فهو خارج عن محل كلامنا، لان كلامنا في الزمان الذي ليس فيه خيار و انما يتحقق الخيار بعد ذلك.

(و اما لعدم تحقق شرطه) اي شرط الخيار (كما في بيع الخيار بشرط رد الثمن) فيما اذا باعه و قال: لي الخيار في استرجاع المثلث اذا ارجعت عليك الثمن (بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه) اي الخيار (قبله) اي قبل رد الثمن (و كاشتراط الخيار في زمان متأخر).

مثلا: باعه الشيء و قال لي الخيار بعد اسبوع، فان في مدة الاسبوع لا خيار له.

(ففي جواز التصرف) ممن عليه الخيار (قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه) اي سبب الخيار، كما في خيار التأخير.

و انما قال: خصوصا، لانه لا خيار حتى في عالم الاقتضاء (وجهان) وهما: جواز التصرف لانه لا خيار، و عدم جواز التصرف لانه في معرض

من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و كونه فى معرض الارتفاع و هو موجود هنا، و ان لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ.

و من انه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف.

و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان، و المتوقف على شي ء آخر، كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف.

الخيار.

(من ان المانع عن التصرف هو تزلزل العقد، و كونه) اى العقد (فى معرض الارتفاع، و هو) اى هذا المانع (موجود هنا) و ان لم يكن خيار فعلى (و ان لم يقدر ذو الخيار)- الخيار المستقبلى - (على الفسخ حينئذ) اى حين قبل مجى ء زمان الخيار- و هذا وجه عدم جواز التصرف-.

(و من انه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف)- و هذا وجه جواز التصرف-.

(و يمكن) التفصيل فى المسألة و (الفرق) بين اقسام الخيار المستقبلة بان يفرق (بين الخيار المتوقف على حضور الزمان) كخيار الشرط و لكن بعد اسبوع مثلا (و) بين الخيار (المتوقف على شي ء آخر، كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف).

فان من اشترى شيئاً بالوصف ثم رأى انه خلاف الوصف، كان له الخيار فى ردّه او قبوله.

ص: 213

لان ثبوت الحق فى الاول معلوم و ان 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 و سيجي ء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل.

وعلى كل حال، فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور امر كالغبن

ففى الخيار الزمانى لا يحق له التصرف.

و فى القسم الثانى يحق له التصرف (لان ثبوت الحق) و هو الخيار (فى الاول) اى الخيار المتأخر زمانا (معلوم و ان 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 و ان لم يقبض البائع الثمن بعد (من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ ب) سبب (تلف ما لم يقبض).

وقوله «من جهة» متعلق ب «لم يقل» مع انه لو كان الخيار المستقبلى مانعا عن التصرف لزم منع المشتري من التصرف فى المثلن، لانّ العقد فى معرض الانفساخ (و سيجي ء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل) الذى ذكرناه بقولنا «ويمكن الفرق».

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

و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا

فرعان:

الأول لو منع عن التصرف المتلف في زمن الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين،

كوطى الامة في زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار قولان للمانعين، اكثرهم على الجواز كالعلامة في القواعد و الشارح في جامع المقاصد، و حكى عن

و العيب و الرؤية على خلاف الوصف) لانه لا خيار قبل ظهور الغبن، و ظهور العيب، و قبل الرؤية في خيار تخلف الوصف- كما تقدم- (غير مانع من التصرف، بلا خلاف ظاهرا).

ثم حيث ان الخيار حق لذى الخيار و ليس حكما جاز لذى الخيار ان يأذن لمن عليه الخيار بالتصرف، سواء اراد التصرف المسقط للخيار او التصرف الجامع مع الخيار، فانه من باب تعدد المطلوب، فيقول له: تصرف، فاذا فسخت اخذت منك البديل.

(فرعان: الاول لو منع عن التصرف المتلف في زمن الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذي الخيار من العين) بدون تلف لها (كوطى الامة في زمان الخيار، بناء على ان الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار) فيما كان الوطي موجبا لانعقاد النطفة.

و انما قال: بناء لما تقدم من احتمال تقدم حق ذي الخيار على حق الاستيلاد (قولان للمانعين) اى من منع عن التصرف المتلف (اكثرهم على الجواز كالعلامة و الشارح) للقواعد المحقق الثاني (في جامع المقاصد، و حكى عن

ص: 215

المبسوط و الغنية و الخلاف.

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 خصّ الخيار بالواطى.

لكن قيل ان عبارة المبسوط لا تقبل ذلك.

المبسوط و الغنية و الخلاف).

(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 وطفى 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 خصّ الخيار بالواطى) فان من عليه الخيار لا يملك، لا من له الخيار.

(لكن قيل) و استشكل على الدروس ب (ان عبارة) الشيخ فى (المبسوط لا تقبل ذلك) الحمل، بل ظاهره وطفى المشتري فى زمان خيار البائع، هذا كله فى القول الاول الذى يقول بانه يجوز الاستيلاد فى زمان الخيار.

ص: 216

و ظاهر المحكى عن التذكرة، و ظاهر الدروس المنع عن ذلك، لكون الوطي 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 الوطي فى زمن الخيار (لكون الوطي معرضا لفوات حق ذى الخيار من العين) و ذلك ينافى كون ذى الخيار له سلطة على الفسخ و استرجاع جاريته.

لكن حيث عرفت انا 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؟) أم لا يجوز، و مثل الاجارة الرهن و نحوهما مما لا يتلف العين (فيه وجهان).

(من كونه ملكا له) اى للموجر 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، و لو كانت الاجارة طويلة المدة، لم يتمكن هو بنفسه من استرداد

ص: 217

اذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه 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 استوفها المشتري بالاجارة، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة، كما اذا باعه بعد الاجارة.

العين اصلا كما اذا أجره لمدة مائة سنة مثلا (اذا الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه) اى تسلم ما فيه الخيار (لاجل استيفاء منفعة).

اللهم الا ان يقال: ان له حق الاجارة فاذا فسخ ذو الخيار ابطل الاجارة لتقدم حقه على حق الاجارة.

(ولو أجره من ذى الخيار) نفسه (او) أجره لثالث (باذنه ففسخ) ذو الخيار (لم يبطل الاجارة، لان المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام) اذا الخيار يعطى ذا الخيار حق الفسخ و الابطال، لا ان الملك الذي فيه الخيار ملك من نوع ثان، غير الملك الذي ليس فيه الخيار (و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة) اذ كما ملك المشتري العين ملك النماء (فاذا استوفها المشتري بالاجارة، فلا وجه لرجوعها الى الفاسخ) فحال ذلك 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 إليه) 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 بانتهاه استعداداه.

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 و اخذ 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 بانتهاه استعداداه) كما لو مات البطن الاول.

لكن لا يخفى انه اذا نقصت قيمة العين بسبب الاجارة، كان للفاسخ مطالبة التفاوت.

فان قلت: ان ملك المنفعة تابع لملك العين بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، و كان زوالها بالانتقال الى آخر، ملك المنفعة الدائمة، لان المفروض ان المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة.

و اما 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 مسلوبة المنفعة- كما ذكرتم- لكن الفاسخ يملك الملك مستندا الى ما قبل تملك المشتري، فهو لا يتلقى الملك من المشتري و من المعلوم ان الملك قبل تملك المشتري ليس مسلوب المنفعة.

و الحاصل ان الفاسخ يرفع سبب ملك المشتري، لا ان الملك ينتقل إليه من المشتري، فالمنفعة تابعة لملك العين و ليس للفاسخ اخذ المنفعة فيما اذا كان (بمعنى انه اذا ثبت الملكية فى زمان، و كان زوالها بالانتقال الى آخر، ملك) الاول، و هو المشتري فى المثال (المنفعة الدائمة) فالفاسخ لا حق له فى المنفعة (لان المفروض ان المنتقل إليه) و هو الفاسخ (يتلقى الملك من ذلك المالك) المشتري (فيتلقاه) اى الفاسخ (مسلوب المنفعة) هذا.

(و اما اذا ثبت) ت الملكية للمشتري (و كان زوالها بارتفاع سببها، لم

يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الاول، و مستند إليه، بل كان مستندا الى ما كان قبل تملك المالك الاول، فيتبعه المنفعة، كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاه سببه لا برفعه، كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه، فان المنفعة تتبع مقدار تملكه.

قلت: أولا انه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة.

يكن ملك من عاد) الملك (إليه) اى الى الفاسخ (متلقى عن المالك الاول) الذى هو المشتري (و) لم يكن (مستندا إليه) 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 بانتهاه سببه لا برفعه) اى رفع السبب.

فالمشتري فى المقام حاله (كما فى ملك البطن الاول من الموقوف عليه فان المنفعة تتبع مقدار تملكه) فاذا آجره المشتري لمدة سنة و بعد شهر فسخ من له الخيار، كانت اجارة بقية المدة للفاسخ لا للمشتري.

(قلت: أولا- انه منقوض بما اذا وقع التفاسخ بعد الاجارة) بان باعه بيعا لازما، ثم آجره المشتري، ثم تفاسخا عن رغبتهما فان الاجرة كلها للمشتري (مع عدم التزام احد ببطلان الاجارة) فما يقال هنا يقال هناك فى صورة الفسخ بالخيار اذ لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة.

و ثانيا: انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعدّ للدوام لولا الرفع آنا مّا.

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

و علّله بانه يعلم بفسخ البيع ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ

(و ثانيا) بالحلّ، ف (انه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة) بان تكون المنفعة للمشتري (تحقق الملك) للمشتري (المستعدّ للدوام لولا الرفع) تحقق الملك (آنا مّا).

اذ بمجرد ملكية المشتري للعين، ملك كل منفعه، فله الحق فى ان يهبها او يصالحها او ينقلها الى غيره، فاذا فسخ من له الخيار و كان فى العين نقص بسبب الاجارة، كان له اخذ التفاوت من المشتري بعنوان بدل النقص.

(ثم ان فاضل القمى فى بعض اجوبة مسائله جزم ببطلان الاجارة) التى آجرها المشتري فيما كان للبائع الخيار (بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن) اى خيار الشرط، بان شرط البائع انه كلما ردّ الثمن الى سنة مثلا، كان له فسخ البيع.

(و علّله) اى علل ما جزم به (بانه يعلم بفسخ البيع) اى اذا فسخ البيع (ان المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ) و انما يملك المشتري المنافع الى حال الفسخ، فكانت اجازته لما بعد الفسخ اجازة فى ملك الغير

وان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة الى فسخ البيع انتهى.

فان كان مرجعه الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك، او الملك المستند الى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلًا، و ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام.

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

(وان الاجارة كانت متزلزلة و مراعاة) اسم مفعول و ليس بمصدر (بالنسبة الى فسخ البيع) فما لم تفسخ الاجارة كانت المنفعة للمشتري اما بعد الفسخ فالمنفعة للبائع (انتهى) كلامه ره.

(فان كان مرجعه) اي مرجع ما ذكره (الى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك) في حيازة المشتري (او) المنفعة عبارة عن (الملك المستند الى ذلك الملك) بقاء و حدودا فما دام اصل الملك في حيازة المشتري كانت المنفعة في حيازته، فاذا خرج الملك عن حيازته خرجت المنفعة من حيازته (فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلًا) في قولنا: قلت أولا و ثانيا (و) عرفت (ان المنفعة تابعة للملك المستعد للدوام) و ان خرج بعد ذلك عن الملك.

نعم في الملك غير المستعد للدوام كالوقف ليست المنفعة تابعة للملك بل ملك كل بطن للمنفعة بقدر حيازته (وان كان مرجعه الى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه).

وربما احتمل ان الشرط يقتضي ذلك بان شرط ذو الخيار ان لا حق لك في المنفعة الا مدة بقاء الملك عندك (مع ان الاصل) لو شك في انه

عدم الانفساخ، لان الشك فى ان حق خيار الفسخ فى العين يوجب تزلزل ملك المنفعة، أم لا مع 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، أم لم تنفسخ؟ (عدم الانفساخ، لان الشك) فى الراجع مع العلم باقتضاء المقتضى، فليس الشك فى المقتضى الذى قلنا فى الاصول انه ليس مجرى للاستصحاب لانا نشك (فى ان حق خيار الفسخ فى العين يوجب تزلزل ملك) المشتري (المنفعة، أم 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 الأنامائى يقتضى ملكية المنفعة الى الابد.

فيكون حال ما نحن فيه (كما اذا تقايلا البيع بعد الاجارة) بان باعه بيعا قطعيا ثم أجره مدة سنة مثلا، ثم تقايلا البيع بدون الخيار، بعد ساعة من الاجارة، فان الاجارة لا تبطل و المنفعة 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 و ان لم يكن منافاة بين الاذن فى التصرف و الاتلاف، و إرادة الفسخ و اخذ القيمة كما نبهنا عليه فى المسألة السابقة.

و به يندفع الاشكال الذي اورده المحقق الاردبيلي من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار.

و اما لان التصرف الواقع تفويت لمحلّ هذا الحق

بهذا التصرف) الذي اذن فيه.

كما اذا باعه العبد بشرط ان يكون للبائع الخيار، ثم اذن للمشتري بالعتق، و اعتق 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 (و ان لم يكن منافاة) عقلا (بين الاذن فى التصرف و) فى (الاتلاف، و) بين (إرادة) ذى الخيار (الفسخ و اخذ القيمة) لانه يمكن ان يريد ذو الخيار الفسخ، و مع ذلك يأذن للمشتري فى اتلافه.

و انما يريد لانه اذا اتلفه اخذ قيمته بدلا عن العين (كما نبهنا عليه) اى على عدم المنافات (فى المسألة السابقة).

(و به) اى بما ذكرنا من ان سقوط الخيار بالاذن انما هو بالدلالة العرفية (يندفع الاشكال الذي اورده المحقق الاردبيلي من عدم دلالة ذلك) الاذن (على سقوط الخيار) و ان العرف شاهد على الدلالة.

(و اما لان التصرف الواقع) من المشتري (تفويت لمحلّ هذا الحق)

و هي العين باذن صاحبه فلا ينفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل، لان اخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوط عنه.

ولو اذن و لم يتصرف المأذون، ففي القواعد و التذكرة انه يسقط خيار الأذن، و عن الميسية انه المشهور.

اى حق الخيار (و هي العين) فان العين محل الخيار، فاذا ذهبت العين لم يبق محل للخيار.

و كان ذلك التفويت (باذن صاحبه) اى صاحب الحق و هو ذو الخيار (ف) اذا تصرف المشتري بان اعتق او باع ثم فسخ ذو الخيار (لا ينفسخ التصرف) بان يرجع العبد المعتق او المبيع الى الفاسخ (و لا يتعلق الحق) اى حق ذى الخيار بعد ان فسخ (بالبدل، لان اخذ البدل ب) عد (الفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه) يعنى اذا كان الحق حالا فى العين ثم تلفت رجوع ذو الخيار الى البدل (لا مع سقوطه عنه).

فاذا سقط الحق عن العين فى حال كونها عند المشتري، ثم ذهبت العين فلا حق اصلا، فلا يكون للمالك حق البدل هذا كله فيما اذا اذن ذو الخيار فى التصرف و تصرف من عليه الخيار.

(ولو اذن و لم يتصرف المأذون، ففي القواعد و التذكرة انه) بمجرد الاذن (يسقط خيار الأذن) اسم فاعل من اذن يأذن (و عن الميسية انه) اى سقوط خيار الأذن (المشهور) بين العلماء.

قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور في سقوط الخيار في الصورة السابقة الى دلالة مجرد الاذن و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف و قد منع دلالة الاذن المجرد في المسالك و جامع المقاصد و القواعد.

و الاولى ان يقال بان الظاهر كون اذن ذى الخيار في التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف و لان إباحة بيع مال الغير لنفسه

(قيل كان منشأ هذه النسبة) الى المشهور (فهم استناد المشهور) اى ان المشهور مستندون (في سقوط الخيار في الصورة السابقة) و هى ما اذا اذن و تصرف المأذون (الى دلالة مجرد الاذن) فان كان الاذن دالا فهو موجود، سواء تصرف المأذون او لم يتصرف (و لا يقدح فيها) اى فى دلالة الاذن على سقوط الخيار (تجرده) اى تجرد الاذن (عن التصرف) (و) لكن (قد منع دلالة الاذن المجرد) عن التصرف على سقوط الخيار (فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد).

(والا-ولى) 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 لا جنبى فى العتق او البيع مثلا (فيما انتقل عنه) اى الاذن فى العين التى انتقلت من ذى الخيار أوّلا:

يكون (فسخا لحكم العرف) الذي يقولون بان اذن ذى الخيار للاجنبى معناه الفسخ و قوله «فسخا» اى ابطالا للبيع (و) ثانيا: (لان إباحة بيع مال الغير لنفسه) بان يبيح ذو الخيار ان يبيع لا جنبى مال ذى الخيار لنفسه

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 إليه اجازة، و ليس الاذن من ذلك.

و انما حكم بالسقوط فى التصرف عن اذنه، لا لاجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن، بل لاجل تحقق المسقط، لما عرفت من ان التصرف

(غير جائز شرعا) اذ 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 لا جنبي، 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 إليه اجازة، و ليس الاذن من ذلك) اى من اقسام التصرف.

(و) ان قلت: فكيف حكتم بانه اذا اذن و تصرف المشتري سقط خياره؟

قلت: (انما حكم بالسقوط) للخيار (فى التصرف) اى تصرف المشتري (عن اذنه) اى اذن ذى الخيار (لا لاجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار) سبب (الاذن، بل لاجل تحقق المسقط) الخارجى (لما عرفت من ان التصرف

و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق.

فالاذن فيما نحن فيه نظير اذن المرتهن في بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة، ويجوز الرجوع قبل البيع.

نعم يمكن القول باسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد، فانه ليس بادون من رضا المشتري بتقبيل الجارية.

الواقع) من المشتري (بأذنه) اى اذن ذى الخيار (صحيح نافذ) فلا حق لذى الخيار فى الرجوع الى العين، كما لا حق له فى الرجوع الى بدله.

(و) ذلك لان (التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري) فى حالكونه (متعلقا للحق) اى حق ذى الخيار، و الحال انه خرج عن ملك المشتري و لا حق 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، و يجوز الرجوع) عن اذنه (قبل البيع) اى بيع الراهن، فمجرد الاذن لا- يسقط بل الاذن المقترن بالتصرف، سواء فى ما نحن 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 (للمرضا بالعقد، فانه) اى الاذن هنا (ليس بادون من رضا المشتري) بالعقد المسقط لخياره المكشوف ذلك الرضا (بتقبيل الجارية) فالاذن هنا مسقط، كما ان تقبيل

وقد صرح فى المبسوط بانه اذا علم رضا البائع بوطنى المشتري سقط خياره.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 15، ص: 230

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 بوطنى 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، و ليس 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) و الله العالم.

ص: 230

مسئلة المشهور ان المبيع يملك بالعقد و اثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه،

فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر.

و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و اطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشتري.

و صرح فى التحرير بشموله لذلك.

(مسألة: المشهور ان المبيع يملك بالعقد) فبمجرد العقد يملك البائع الثمن و المشتري المثلث (و اثر الخيار) الاصلى كخيار المجلس و المجمعول كخيار الشرط (تزلزل الملك بسبب القدرة) من ذى الخيار (على رفع سببه) اى سبب الملك (فالخيار) يوجب شيئاً هو عبارة (حق لصاحبه) اى صاحب الخيار (فى ملك الآخر).

مثلاً: فمعنى خيار البائع ان له حق فى ملك المشتري- اى المثلث- 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 المثلث، كما انه كذلك اذا كان الخيار للبائع فقط، او كان الخيار لهما و للاجنبي فقط، او مع احدهما او مع كليهما.

(و صرح فى التحرير بشموله) اى شمول اطلاق كلام الشيخ (لذلك)

لكن الشهيد فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار بمعنى الكشف او النقل، خلاف، مأخذه ان الناقل: العقد، والغرض من الخيار الاستدراك، و هو لا ينافى الملك و ان غاية الملك التصرف الممتع فى زمان الخيار.

وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار.

اى للخيار المختص بالمشتري.

(لكن الشهيد فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد او بعد الخيار) و اذا قلنا انه بعد الخيار فهل ذلك (بمعنى الكشف) و ان انقضاء الخيار يوجب ان تكشف ان المال صار ملكا حين العقد (او) بمعنى (النقل) و ان انقضاء الخيار يوجب ان يصبح المال ملكا حين انقضاء الخيار (خلاف) و احتمالات ثلاثة (مأخذه ان الناقل: العقد، والغرض من الخيار الاستدراك) بان يتمكن ذو الخيار من ابطال الملك الذى تحقق بسبب العقد (و هو) اى الاستدراك (لا ينافى الملك) بسبب العقد، و هذا وجه القول بان العقد سبب الملك، ا (و ان غاية الملك التصرف) فان فائدة الملك ان يتصرف المنتقل إليه فى ما انتقل إليه (الممتع) ذلك التصرف (فى زمان الخيار) و هذا وجه القول بان انقضاء الخيار سبب الملك، ثم يأتى فى هذا الوجه الاحتمالان اى الكشف و النقل.

(وربما قطع الشيخ بملك المشتري اذا اختص الخيار) بالمشتري اما اذا كان الخيار للبايع او لهما او لا جنبى فلا ملك للمشتري.

ص: 232

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 و ان كان الخيار مختصا به (انتهى) كلام الدروس.

(فان فى هذا الكلام) الذى قاله الدروس (شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ).

الشهادة الاولى قوله: وربما قطع الشيخ حيث انه صريح فى ان الخيار اذا كان مختصا بالمشتري فالشيخ يقول بالملك.

و الشهادة 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 «و ان 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.

قال فى محكى الخلاف: العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول، فان كان مطلقا، فانه يلزم بالافتراق بالابدان.

وان كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط، فان كان الشرط لهما او للبائع 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، و من لم يقل بجواز التصرف لم يقل بالملك.

و هنا ننقل كلام الشيخ فى الكتابين ليظهر منه ما ذكرناه من انه لا يجوز التصرف فى زمن الخيار فلا ملك.

(قال فى محكى الخلاف: العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول، فان كان) العقد (مطلقا) بلا شرط (فانه) اى العقد (يلزم بالافتراق) اى افتراق المتعاملين (بالابدان).

اما قبل الافتراق فلا لزوم لخيار المجلس، حيث قال عليه السلام «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع».

(وان كان) العقد (مشروطا) بان جعل الخيار لهما او لاحدهما مدة ف (يلزم) العقد (بانقضاء الشرط، فان كان الشرط لهما او للبائع) فقط (فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم) فانقضاء الخيار كاشف عن ان العقد اوجب الملك.

(وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك) - اى العين - (بنفس

العقد، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار، فان انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد الاول، انتهى.

وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف.

العقد، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار) فزال ملك البائع لانه عقد، و لكن 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، و ان مورد الخلاف بين الشيخ وبين المشهور فى الخيار المختص بالبائع و الخيار الذي لهما.

وعليه فما قاله التحرير وغيره من ان الشيخ يقول بعدم الملك حتى فى الخيار المختص بالمشتري ليس ظاهرا من كلام الشيخ. هذا.

و لكن الذي يظهر من كلام الشيخ انه فرق بين خيار المشتري وحده و بين خيار البائع وحده، و خيار هما بعد، 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.

(وظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف) لانه قال: زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، وقال: بالعقد الاول، فانقضاء الخيار كاشف عن الملك لا ناقل حين انقضاء الخيار.

و انما قال «كما قيل» لاحتمال ان يريد النقل بمعنى ان زوال الخيار ناقل، لكن كان السبب هو العقد.

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

فعدم الانتقال انما هو بحسب الظاهر، ففى الواقع ان امضى ذو الخيار كان المبيع- من حين العقد- منتقلا الى المشتري و خارجا عن ملك البائع، و ان فسخ لم يكن المبيع لا خارجا عن ملك البائع و لا داخلا فى ملك المشتري (فاذا انقضى) زمن الخيار (ملك) المشتري (بسبب العقد الاول).

وقولنا «ملك» (بمعنى كشف الانقضاء) اى انقضاء زمان الخيار (عنه) اى عن كون المشتري مالكا من حين العقد (فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير اجازة عقد الفضولى) فى انه اذا اجاز المالك كشفت اجازته عن حصول

و لا یرد حیثئذ علیه ان الالزم منه بقاء الملك بلا مالك.

و حاصل هذا القول ان الخيار یوجب تزلزل الملك.

و یمکن حملة أيضا على إرادة الملك الالزم الّذي لا حق و لا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور.

النقل حين العقد (و لا یرد حیثئذ) ای حين قلنا بالكشف (عليه) ای على كلام الشيخ القائل بانه خرج عن ملك البائع و لم یدخل فی ملك المشتري (ان الالزم منه بقاء الملك بلا مالك).

و انما «لا-یرد» لانه ان اجاز دخل فی ملك المشتري من حين العقد و ان لم یجز لم یکن ملكا للمشتري من الاول، بل كان باقيا فی ملك البائع (و حاصل هذا القول) ای قول الشيخ (ان الخيار یوجب تزلزل الملك) لا انه تفصیل بین الخيار المختص بالمشتري فالمشتري یملك، و بین غیره فالمشتري لا یملك الا بعد انقضاء الخيار، كما استفاده الدروس من كلام الشيخ.

(و) اذا لم نقل بان ظاهر كلام الشيخ ما ذكرناه، بل قلنا: بان ظاهره عدم الملك الا بعد انقضاء الخيار (یمکن حملة أيضا على إرادة الملك الالزم) فنقول ان مراد الشيخ- خلافا لظاهر كلامه- من قوله «لا یملك الا بعد انقضاء الخيار» انه لا یملك ملكا لازما، فالشيخ ينفي الملك الالزم (الّذي لا حق و لا علاقة لمالكه السابق فيه).

و على هذا المعنى (فوافق) الشيخ (المشهور) فی انه یملك بالعقد ملكا متزلزلا.

ولذا عبّر في غاية المراد بقوله: ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار، ولم ينسب ذلك إليه صريحا.

وقال في المبسوط: البيع ان كان مطلقا غير مشروط فانه يثبت بنفس العقد، ويلزم بالتفرق بالابدان.

وان كان مشروطا لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد.

وان كان مشروطا بشرط

فتحصل انا نقول أولا كلام الشيخ موافق للمشهور، وهذا ما اشار إليه بقوله «و حاصل».

و ثانيا: نقول - على تسليم ان كلامه خلاف كلام المشهور - نحمل كلامه على كلام المشهور.

(ولذا) الذي لا يكون كلام الشيخ صريحا في خلاف المشهور (عبّر في غاية المراد بقوله: ويلوح من كلام الشيخ توقف الملك على انقضاء الخيار) قاله بلفظ «يلوح» اي يشعر (ولم ينسب ذلك إليه) 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 لزومه بنفس العقد) بان شرطا عدم خيار المجلس (لزم بنفس العقد) لانه لا خيار حينئذ.

(وان كان مشروطا بشرط) مثل ان يشترط ان لاحدهما الخيار الى اسبوع

لزم بانقضاء الشرط.

وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري.

لكن قال في باب الشفعة: اذا باع شقصا بشرط الخيار.

فان كان الخيار للبائع، اولهما لم يكن للشفيع الشفعة، لان الشفعة انما تجب اذا انتقل الملك إليه.

وان كان الخيار للمشتري وجب الشفعة للشفيع، لان الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبة بعد انقضاء الخيار.

(لزم) العقد (بانقضاء الشرط) لانه يلزم بعد انتهاء الخيار.

(وظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري) في الحالات الثلاث، وهي: عدم الشرط، و شرط عدم الخيار، و شرط الخيار.

(لكن قال) الشيخ (في باب الشفعة: اذا باع شقصا) 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 إليه) 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، و له) اى للمشتري (المطالبة) باخذ المبيع (بعد انقضاء الخيار).

ص: 239

و حكم خيار المجلس و الشرط فى ذلك سواء، على ما فصلناه.

و لعلّ هذا مأخذ ما تقدم من النسبة فى ذيل عبارة الدروس.

هذا و لكن الحلّى قدس سره فى السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره فى الخلاف.

و يمكن ان يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور، مثل استدلاله- فى مواضع- على المنع عن التصرف فى مدّة الخيار بان فيه ابطالا لحق ذى الخيار، كما فى مسألة بيع احد النقدين على غير صاحبه فى المجلس، و فى مسألة

ثم قال الشيخ: (و حكم خيار المجلس و الشرط فى ذلك) الذى ذكرنا من التفصيل بين خيار المشتري فيملك، او خيار البائع او خيارهما معا فلا يملك (سواء، على ما فصلناه) انتهى كلام الشيخ.

(و لعلّ هذا) الكلام من الشيخ هو (مأخذ ما تقدم من النسبة فى ذيل عبارة الدروس) اذ هذا الكلام صريح فيما ذكره الدروس.

(هذا و لكن الحلّى قدس سره فى السرائر ادعى رجوع الشيخ عما ذكره فى 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 فى مواضع- على المنع عن التصرف فى مدة الخيار بان فيه ابطالا لحق ذى الخيار) و المراد التصرف المتلف، و ما اشبهه (كما فى مسألة بيع احد النقدين على غير صاحبه فى المجلس) فان فيه خيار المجلس (و فى مسألة

رهن ما فيه الخيار للبائع.

فانه لو قال: بعدم الملك تعين تعليل المنع به لا باطل حق ذى الخيار من الخيار، لان التعليل بوجود المانع فى مقام فقد المقتضى كما ترى.

ومنها: انه ذكر فى باب الصرف: جواز تباع المتصارفين ثانيا فى المجلس لان شروعاتهما فى البيع قطع للخيار، مع انه لم يصحح

رهن ما فيه 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 باطل حق ذى الخيار من الخيار).

فتعليه باطل حق ذى الخيار دال على انه يقول بالملك، (لان التعليل بوجود المانع) اى الخيار المانع عن التصرف (فى مقام فقد المقتضى) اى الملك (كما ترى) خبر «لان».

فانه اذا لم تكن هناك نار و كان 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 المثل الى البائع (لان شروعاتهما فى البيع) الثانى (قطع للخيار) اى خيار المجلس الذى كان للبيع الاول (مع انه لم يصحح

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

وربما 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 و ان كان له خيار (لعدم وقوعه) اى البيع (فى الملك) اى ملك البائع، و الحال انه لا بيع الا فى ملك، بل اللازم ان يسترجع الواهب الهبة أولا 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 و ان كان هناك خيار، اذ صحة البيع ثانيا اما لانه ابطال للخيار و اما لان الشيء ملك للمنتقل إليه فى زمن الخيار لكن الشيخ لا يقول بانه ابطال للخيار، كما ظهر من كلامه فى باب الهبة، فلا بد و ان يقول بان الشيء ملك فى زمن الخيار.

ولذا قال المصنف: (فلو لا قوله فى الخيار بمقالة المشهور) من الملك فى زمن الخيار (لم يصح البيع ثانيا) فى مجلس الصرف (لوقوعه) اى البيع (فى غير الملك على ما ذكرنا) اى ما نقلنا عن الشيخ (فى الهبة) فى قولنا «مع انه لم يصح».

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

الَّذِي لَهُ الْخِيَارُ مَفْلُوسًا حَيْثُ حُكِمَ بِأَنَّ لَهُ الْخِيَارَ فِي الْإِجَازَةِ وَالْفَسْخِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِبْتِدَاءِ مَلِكٍ، لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ سَبَقَ بِالْعَقْدِ، أَنْتَهَى.

لكن النسبة لا تخلو عن تأمل، لمن لاحظ باقى العبارة.

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

الَّذِي لَهُ الْخِيَارُ مَفْلُوسًا حَيْثُ حُكِمَ بِأَنَّ لَهُ الْخِيَارَ فِي الْإِجَازَةِ وَالْفَسْخِ).

لا يقال: ان الاجازة و الفسخ تصرف فى المال و المفلس ممنوع عن التصرف فى المال، فكما لا يجوز له البيع و الشراء كذلك لا تجوز له الاجازة و الفسخ فيما اذا كان له الخيار.

لانه يقال: انما قلنا: له الاجازة و الفسخ (لانه) اى اعماله الاجازة و الفسخ (ليس بابتداء ملك) فليس من قبيل البيع و الشراء (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 و الفسخ، و من قال: لا ينتقل الا بانقطاع الخيار، لم يجز امضاء البيع.

و هذا الكلام كما ترى ظاهر فى انه يربط جواز الاجازة و الفسخ بالقولين و حيث 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

بالعقد و بانقضاء الخيار، وقيل بالعقد، ولا ينفذ تصرف المشتري الا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى.

وقد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيدي أيضا.

وكيف كان، فالأقوى هو المشهور لعموم ادلة: حلّ البيع، و اكل المال اذا كانت تجارة عن تراض، وغيرهما، مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف الذي هو من لوازم الملك.

بالعقد و بانقضاء الخيار، وقيل بالعقد) فقط (و لا ينفذ تصرف المشتري) كالبيع و نحوه فيما كان الخيار للبائع (الا بعد انقضاء خيار البائع، انتهى) كلام ابن سعيد.

(وقد تقدم حكاية التوقف) في عبارة الدروس (عن ابن الجنيدي أيضا) اي توقف الملك على انقضاء الخيار.

(و كيف كان، فالأقوى هو المشهور) القائلون بان الملك يحصل بالعقد بدون توقف على انقضاء الخيار (لعموم ادلة: حلّ البيع) فانه شامل لحالة الخيار، فالبيع حلال وضعا- بنقل الملك- و تكليفا- بجواز التصرف- بمجرد العقد، كما ان في مقابل ذلك حرمة الربا- تكليفا و وضعا- (و اكل المال، اذا كانت تجارة عن تراض) بقوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ فان التجارة عن تراض تحصل بمجرد العقد، فيجوز اكل المال (و غيرهما، مما ظاهره كون العقد علة تامة لجواز التصرف الذي)- صفة جواز- (هو من لوازم الملك) كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

ويدل عليه لفظ الخيار في قولهم عليهم السلام: البيعان بالخيار و ما دل على جواز النظر في الجارية- في زمان الخيار- الى ما لا يحل له قبل ذلك فانه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار الا ان يلتزم بانه نظير حل وطي المطلقة الرجعية الذي يحصل به الرجوع.

ويدل عليه ما تقدم في ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون نماء المبيع

(ويدل عليه) أيضا (لفظ الخيار في قولهم عليهم السلام: البيعان بالخيار) لما تقدم من ان الخيار حق في الملك الذي 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 (و ما دل على جواز النظر في الجارية في زمان الخيار- الى ما لا يحل له قبل ذلك) العقد (فانه يدل على الحل) اي حل النظر (بعد العقد في زمن الخيار) فيدل على انتقال الملك الى المشتري، و الا فلو بقيت ملكا للبائع لم يحل للمشتري النظر إليها (الا ان يلتزم بانه) اي النظر في زمن الخيار (نظير حل وطي المطلقة الرجعية الذي يحصل به) اي بذلك الوطي (الرجوع) فانه بمجرد النظر يحصل الملك ويسقط الخيار.

لكن لا وجه لهذا الالتزام، فان نظر المشتري لا وجه لان يسقط خيار البائع.

(ويدل عليه ما تقدم في ادلة بيع الخيار بشرط رد الثمن) اي يبيعه المال بشرط انه اذا رد الثمن استرجع المبيع (من كون نماء المبيع) في مثل

للمشتري و تلفه منه، فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم، و هو الملك، الا- ان يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ الثمن.

وقد تقدم فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال، و ما 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، و هو 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 بردّ الثمن) فلا خيار للبائع، بل يشترط انه اذا ردّ الثمن انفسخ البيع، فاليبيع هنا لازم و لا خيار.

(وقد تقدم فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال، و ما يشهد له من بعض العنوانات) اى عنوان العينة.

(لكن تقدم انه) اى كونه من باب اشتراط انفساخ البيع بردّ 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) لا فى زمان الخيار

لان الخيار يحدث برّد مثل الثمن، وان ذكرنا فى تلك المسألة 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 بإطلاقه الشامل لما اذا جعل الخيار من أوّل العقد فى فسخه مقيدا برّد مثل الثمن، هذا، مع ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضا.

(لان الخيار يحدث برّد مثل الثمن) فلا خيار قبل ذلك بل البيع لازم، فالنماء فى مدة لزوم البيع للمشتري (وان ذكرنا فى تلك المسألة) اى مسألة بيع الخيار (ان الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الاصحاب ليس مشروطا حدوثه بالردّ) 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 بالردّ فلا خيار قبله (الا- ان يتمسك) لمذهب المشهور (بإطلاقه الشامل) ذلك الاطلاق (لما اذا جعل الخيار من أوّل العقد فى فسخه) «فى» متعلق ب «الخيار» (مقيدا) ذلك الفسخ (برّد مثل الثمن) فيكون دليلا للمشهور.

والحاصل: ان اطلاق الرواية شامل لما اذا كان الخيار من أوّل العقد، و لما اذا حدث من حين ردّ الثمن، و شمول الرواية للصورة الاولى شاهد للمشهور (هذا، مع) انه لو قيل بان الرواية تشمل الصورة الثانية أيضا اى فيما اذا حدث الخيار عند ردّ الثمن، فكون النماء قبل ذلك للمشتري أيضا دليل المشهور، ل (ان الظاهر ان الشيخ يقول بالتوقف) اى توقف الملك على انقضاء الخيار (فى الخيار المنفصل) عن العقد (أيضا).

وربما يتمسك بالاخبار الواردة فى 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 يبعه عليه مسقط لخيار هما اتفاقاً.

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

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

مثلاً: يشتري زيد صاعاً من الحنطة من الحنط بدرهم نسيئة، ثم يبيعه من نفس الحنط بأربعين فلساً، فيأخذ منه أربعين فلساً و يطلبه الحنط خمسين فلساً، و ذلك للفرار من الربا.

وجه دلالة هذه الاخبار ان الشيء المشتري اذا لم يصير 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 يبعه 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 في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس.

نعم بعض هذه الاخبار يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتره من صاحبه الذي يبيعه منه، قال: نعم لا بأس به، قلت اشترى متاعى؟ فقال:

ليس هو متاعك، ولا بقرك ولا غنمك، فان في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار ولا استيناس بها

(وقد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك) اى يبيعه على مالكة في المجلس (مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس) لانه في زمان الخيار، وفي هذا الزمان لا يملك المشتري، ولا يبيع الا في ملك.

(نعم بعض هذه الاخبار) الواردة في مسألة العينة (يشتمل على فقرات يستأنس بها لمذهب المشهور) القائلين بان الشي ء يملك بمجرد العقد (مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتره) بعد ذلك (من صاحبه الذي 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، و انما تشتري انت متاعه (فان في ذيلها) و هو قوله «ليس هو متاعك الخ» (دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار) اذ كون الشي ء متاع المشتري في زمان الخيار لا يكون الا بانتقال المتاع الى المشتري (و لكن (لا استيناس بها) اى بهذه

أيضاً 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 يذبّ بذلك عن الاشكال المتقدم نظيره سابقاً من ان الملك اذا حصل بنفس البيع الثانى، مع انه موقوف على الملك، للزم الدور الوارد على من صحّح البيع الذي يتحقق به الفسخ.

الرواية (أيضاً) كما لا دلالة لآخبار العينة (عند التأمل، لما عرفت) عند قولنا «وقد صرح الشيخ» (من ان هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف) اى بتوقف الملك على انقضاء الخيار (لسقوط خيارهما) اى البائع و المشتري 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 ملكاً للبائع، لانه فى زمن الخيار فكيف يبيع المشتري ما ليس له.

قلت: (يدبّ) و يدفع (بذلك) الذي ذكرناه من ان التواطى مسقط لخيارهما، فيصبح الملك للمشتري (عن الاشكال المتقدم نظيره سابقاً من ان الملك) للبائع و هو 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 (للمتاع الدور).

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

و حينئذ فيمكن ان يكون سؤال السائل بقوله: اشترى متاعى، من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق، و يكون جواب الامام عليه السلام مبنيًا 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 إليك بالشراء انما انتقل إليك بعد خروجه عن ملك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما، 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 عندهم) 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 مبنيًا على جواز بيعه على البائع، لان تواطيهما على البيع الثانى) و هو بيع المشتري للبائع (اسقاط للخيار من الطرفين، كما فى صريح المبسوط) الذي نقلناه.

(فقوله) عليه السلام (ليس هو متاعك اشارة الى ان ما ينتقل إليك بالشراء انما انتقل إليك بعد خروجه عن ملك) و انما خرج عن ملك (بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما) فان التواطى رضا منهما و الرضا يسقط الخيار، لقوله عليه السلام «لانه رضا» كما تقدم تقريبه (لا) ان الخيار يسقط

بنفس العقد.

و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة.

ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس 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 لكلام السائل و كلام الامام عليه السلام (فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة) 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 (و الاستيناس) لمذهبهم لما اشكلناه فى دلالته (لم يدفع به الا القول بالنقل) اى ان انتهاء الخيار يوجب نقل الملك، فان النقل ينافى البيع فى زمن الخيار، لانه ما دام الخيار موجودا كان ملكا للبائع، فلا يمكن بيعه (دون الكشف) اذا البيع الثانى يكشف عن سبق الملك حين العقد.

فهذه الرواية تدل على الملك فى زمن الخيار فلا نقل، و لا تنافى الرواية الكشف.

فمن يقول بان انتهاء الخيار يكشف عن سبق الملك، و فى 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

ص: 252

والاستيناس صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل، فقال: ابتع لى متاعا، لعلى اشترىه 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: و لا استيناس بها أيضا عند التأمل، (صحيحة محمد بن مسلم عن رجل اتاه رجل، فقال: ابتع لى متاعا، لعلى اشترىه منك بنقد او بنسيئة) اى ان اشترائى منك كذا، لا ان ابتياعك كذا (فابتاعه الرجل من اجله) هل بذلك 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، و الا فلو كان الخيار يوجب عدم ملكه فكيف يشتريه منه الرجل الآتى.

و انما 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 يباعا عن نفس زيد لخالد، ثم يشتري

و ان بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول.

فقوله: بعد ما يملكه اشارة الى استيجاب العقد مع الاول، كما يظهر من قولهم عليهم السلام فى اخبار اخر واردة فى هذه المسألة، ولا توجب البيع قبل ان تستوجه مع ان الغالب فى مثل هذه المعاملة قيام الرجل الى مكان غيره ليأخذ منه المتاع ورجوعه الى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه

الدار من عمرو و يعطيها لخالد وفاء لبيعه لخالد، كما قد سبق (و ان بيعه) للآتى (لم يكن قبل استيجاب البيع مع الاول).

قوله «و ان 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، لا ان 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 واردة فى هذه المسألة) اى مسألة انه لا بأس بالبيع من انسان اذا اشتراه من انسان آخر (و لا توجب البيع قبل ان تستوجه) اى لا تبع الشيء قبل ان تشتريه، هذا أولا فالرواية 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 (ليأخذ 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.

ولو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد، كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا- عرفا على سقوط خياره، ويسقط خيار المشتري بالتعويض للبيع وبالجملة 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 الشىء صار ما لا للمشتري- مع انه فى زمن خيار البائع- فيدل على مذهب المشهور.

(ولو فرض اجتماعهما) اى البائع للواسطة والمشتري من الواسطة (فى مجلس واحد) حتى يكون الخيار للبائع ما دام لم يبع الواسطة المال للمشتري والحال انه ملك للبائع، لانه (كان تعريضه) اى تعريض الواسطة (للبيع ثانيا) للمشتري من الواسطة (بحضور البائع دالا عرفا على سقوط خياره) لانه رضى بهذا البيع، والرضا- كما عرفت سابقا- مسقط للخيار (ويسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع) 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 الشىء فى زمن الخيار ملك اذا لا خيار.

(وبالجملة 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) وانه ينتقل الى المشتري بعد

ص: 255

لا الكشف كما لا يخفى.

ونحوه فى الضعف الاستدلال فى التذكرة بما دلّ 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 و انما 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 بما دلّ على ان مال العبد المشتري لمشتريه مطلقا) سواء شرط ان يكون مال العبد للمشتري، أم لم يشترط (او مع الشرط) فاذا شرط المشتري ان يكون مال العبد له، كان له، و الا كان ماله للبائع (او علم البائع).

فاذا علم البائع بان للعبد مالا و مع ذلك باعه بلا شرط كان المال للمشتري.

و ان لم يعلم البائع ان للعبد مالا و باعه فماله 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 المسألة على ما نحن فيه.

ف (ان الكلام) فى الروايات الدالة على ان مال العبد للمشتري (مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت

ص: 256

العبد له، وانه يدخل في شراء العبد حتى اذا ملك العبد ملك ماله.

مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار المختص بالمشتري و التمسك بإطلاق الروايات لما اذا شرط البائع الخيار كما ترى

العبد) المشتري (له، وانه) اى مال العبد (يدخل في شراء العبد) كما يدخل المفتاح في شراء الدار (حتى اذا ملك) المشتري (العبد ملك ماله) أيضا هذا أولا و ثانيا.

(مع ان الشيخ لم يثبت منه هذا القول) اى ان في زمن الخيار لا يملك المبيع (في الخيار المختص بالمشتري) وفي اشتراء العبد فالخيار مختص بالمشتري فالرواية تقول: ان في زمن خيار المشتري يكون مال العبد ملكا للمشتري بمجرد العقد.

و الشيخ يقول: في زمان خيار البائع او خيار كليهما لا يملك المشتري المبيع الا بعد انقضاء الخيار فالرواية لا تكون ردًا لكلام الشيخ.

(و) ان قلت: الرواية بإطلاقها خلاف قول الشيخ، لان الرواية تشمل ما اذا شرط البائع الخيار لنفسه و ما اذا لم يشترط، فتدل الرواية على انه اذا كان الخيار للبائع بالشرط و للمشتري أيضا لخيار الحيوان، اصبح مال العبد للمشتري بمجرد البيع، و هذا خلاف قول الشيخ الذي يقول بانه اذا كان الخيار لهما لم ينتقل المال الى المشتري الا بعد انقضاء الخيار.

قلت: (التمسك بإطلاق الروايات) الواردة في اشتراء العبد الذي له مال (لما اذا شرط البائع الخيار) لنفسه (كما ترى) اذ ليست الروايات بصدد هذا الحكم اى ما اذا شرط البائع الخيار لنفسه.

و اشدّ ضعفا من الكل ما قيل من ان المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كل من الثمن و المثل من حال العقد.

فهذه المعاملة اما صحيحة كذلك- كما عند المشهور- فثبت المطلوب او باطلة من اصلها، او انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه.

توضيح الضعف

(و اشدّ ضعفا) بحيث لا يمكن الاستدلال به لمذهب المشهور (من الكل) اى من كل ما تقدم من ادلتهم (ما قيل من) ان المتبايعين ارادا الانتقال بالعقد، فلا يخلو عن «1» حصول مراد هما فهو المطلوب «2» او بطلان العقد و هذا ما لا يقول به احد «3» او ان العقد صحيح، و لكن على خلاف قصدهما، و هذا خلاف ما ذكروا من ان العقود تتبع القصد.

ف (ان المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كل من الثمن و المثل من) الى طرفى العقد فى (حال العقد) لا بعد انقضاء الخيار (فهذه المعاملة) بهذا القصد (اما صحيحة كذلك) بان ينتقل حال العقد (- كما عند المشهور- فثبت المطلوب) بان الملك يحصل بالعقد (او باطلة من اصلها) و هذا خلاف الاجماع فان الشيخ و المشهور كليهما يقولان بصحة المعاملة (او انها صحيحة الا انها على غير ما قصدها و تراضيا عليه) بان تصح و لكن الملك ينتقل بعد الخيار- كما يقوله الشيخ- و هذا غير تام لانه مناف للعقد تتبع القصد (توضيح الضعف) انا نقول بالشق الثالث، و نقول ان الشارع اضاف الى «كون العقد علة» علة اخرى فى حصول نقل الملك و هى انقضاء زمن

ص: 258

ان مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد.

لكن الانشاء لما كان علة لتحقق 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 و الصرف و انقضاء الخيار فى محل الكلام، فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان

الخيار، كما اضاف شروطا اخر فى بعض المعاملات، و ليس ذلك يوجب بطلان قاعدة: العقود تتبع القصود.

ف (ان مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد) بل مدلوله نقل المثلن الى مالك الثمن و بالعكس.

(لكن الانشاء لما كان علة لتحقق المنشئ) اى النقل (عند تحققه) اى تحقق الانشاء (كان الداعى على الانشاء حصول المنشئ عنده) اى عند الانشاء، اذا الداعى الى العلة هو الداعى الى المعلول.

(لكن العلية انما هو عند العرف) فان العرف يرون انه مهما تحققت العلة و هى العقد، تحقق المعلول و هو النقل (فلا ينافى) هذا النظر العرفى (كونه) اى العقد (فى الشرع سببا) للنقل (محتاجا الى تحقق شرائط اخر بعده) اى بعد العقد (كالتبض) للثلن (فى السلم) فانه شرط لتحقق المنشأ شرعا، مع ان العرف لا يراه شرطا (و الصرف) فانه يحتاج الى القبض (و انقضاء الخيار فى محل الكلام) اى مطلق النقل و الانتقال (فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجردا عن الزمان) اذ الزمان ليس داخلا

لكنه عرفا علة تامة لمضمونه.

وامضاء الشارع له تابع لمقتضى الادلة، فليس فى تأخير الامضاء تخلف اثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد و انما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين، و لا ضرر فيه، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة.

و قد يستدل أيضا بالنبوى المشهور

فى مدلول العقد، كما عرفت (لكنه) اى العقد (عرفا علة تامة لمضمونه) الذى هو النقل، فاذا حصلت العلة حصل المعلول.

(و) لكن (امضاء الشارع له) اى لكون العقد علة (تابع لمقتضى الادلة) و هل ان الشارع جعل العقد فقط علة او شرطا معه شرط آخر (فليس فى تأخير الامضاء) اذ الشارع يمضى النقل بعد انتهاء الخيار (تخلف اثر العقد عن المقصود) للمتبايعين (المدلول عليه بالعقد و انما فيه التخلف عن داعى المتعاقدين، و لا ضرر فيه) اى فى تخلف الداعى، بل كثيرا يكون تخلف الداعى، و لا محذور فيه.

مثلا: اذا اشترى زيد دارا بقصد السكنى، ثم اتفق ان اضطر الى السفر عن المدينة الى مدينة اخرى كان هناك تخلف الداعى، و لا يوجب ذلك بطلان العقد، و لا يصدق «عدم اتباع العقد للقصد» (و قد تقدم الكلام فى ذلك فى مسألة كون الاجازة كاشفة او ناقلة) فى باب عقد الفضولى.

(و قد يستدل أيضا) لمذهب المشهور القائلين بان العقد سبب للنقل و الانتقال، لا انقضاء الخيار كما قاله الشيخ (بالنبوى المشهور

المذكور في كتب الفتوى للخاصة و العامة على جهة الاستناد إليه، و هو ان الخراج بالضمان بناء على ان المبيع في زمان الخيار المشترك، او المختص بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، و هي علامة ملكه.

وفيه 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 في قول المشهور

المذكور في كتب الفتوى للخاصة و العامة نقلا (على جهة الاستناد إليه) مما يدل على حجيته و الآ لم يستند إليه (و هو ان الخراج بالضمان) فمن ضمن شيئا فله خراجه مثل: تلف الشيء من مالكة فله فائدته أيضا.

وجه الاستدلال بهذا الحديث للمقام ما ذكره بقوله: (بناء على ان المبيع في زمان الخيار المشترك، او) الخيار (المختص بالبائع في ضمان المشتري) بمعنى ان تلفه و نقصه على المشتري (فخرجه) و فائدته (له) اي للمشتري، فمعنى «الخراج بالضمان» ان الفائدة في مقابل الضرر فمن عليه الغرم فله الغنم (وهي) اي 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

(وفيه 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 يأتي دور تلازم النماء و الملك.

(و) كيف كان، ف (قد ظهر بما ذكرنا: ان العمدة في قول المشهور)

عموم ادلة: حلّ البيع، و: التجارة عن تراض، و اخبار الخيار.

و استدلل للقول الآخر بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار فيدلّ 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: حلّ البيع، و: التجارة عن تراض، و اخبار الخيار) و ان كانت لهم في بعض الادلة الاخر أيضا دلالة، هذا.

(و استدلل للقول الآخر) القائل بان الملك انما يتحقق بانقضاء الخيار (بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار فيدلّ 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: انّ 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 مثلا زمان 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، و الحال ان ضمانه على البائع لقاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له».

مثل صحيحة ابن سنان عن الرجل يشتري العبد او الدابة بشرط، الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط، قال: وان كان بينهما شرط، اياما معدودة، فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع.

ورواية عبد الرحمن ابن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط، يوما او يومين.

وكيف كان فمما تدل على ان الضمان في 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 كسر او ما اشبهه (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) اذ الشرط في الثلاثة وجوده كعدمه، فان الخيار موجود على اى حال (قال) عليه السلام: (وان كان بينهما شرط، اياما معدودة، فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع) مدة تلك الايام، وذلك حسب خيار الشرط.

(ورواية عبد الرحمن ابن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الرجل اشترى امة من رجل بشرط، يوما او يومين) ان لم يرغب

فماتت عنده وقد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على 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 بريء من الضمان.

فيها ردّها (فماتت) الامّة (عنده و قد قطع الثمن) اى انتهى البيع ف (على من يكون ضمان ذلك؟) و من كيس من يخرج؟ (قال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضى شرطه) اى مدة الشرط، فان كان ثلاثة فهو خيار طبعي، و ان كان اكثر فهو خيار الشرط.

(و مرسله ابن رباط: ان حدث في 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».

و هذه 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.

و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع.

و على اى حال.

(و هذه الاخبار انما تجدى) لا للشيخ، فلا يمكن ان تكون هذه الاخبار مستندا للشيخ اذ هذه الاخبار تقول: لا يملك المشتري، بدليل: ان الضمان على المالك، و هذه 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.

(و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع) فهذه الاخبار ليست موافقة لمذهب الشيخ فيما نحن فيه، اى صورة اختصاص الخيار بالمشتري.

(و على 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 و الضمان بضميمة: ما دل على ان النقل بمجرد العقد.

ص: 265

فهذه الاخبار اما ان تجعل مخصّصة لادلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان، او لقاعدة التلازم بضميمة ادلة المسألة.

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: لا نقل بمجرد العقد فالمال للبائع و الضمان عليه.

و على هذا: رفعنا اليد عن ما دل على ان النقل بمجرد العقد، او نقول: لا تلازم بين الملك و الضمان، فالنقل بمجرد العقد و لكن الضمان على البائع.

(فهذه الاخبار) التي استدلت بها للشيخ (اما ان تجعل مخصّصة لادلة المشهور) الدالة على ان النقل بمجرد العقد اى الطائفة الاولى (بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان، او) تجعل هذه الاخبار التي استدلت بها للشيخ مخصّصة (لقاعدة التلازم) بين الملك و الضمان (بضميمة ادلة المسألة) اى ادلة المشهور بان النقل بمجرد العقد اى الطائفة الثانية.

(فيرجع بعد التكافؤ) لانه لا مرجع لان نجعل هذه الاخبار و هي الطائفة الثالثة مخصصة للطائفة الاولى، او الطائفة الثانية (الى اصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار) و تكون النتيجة مع الشيخ - لكن من جهة الاصل لا من جهة الدليل -.

ولكن هذا فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالا جماع المحكى عن السرائر.

ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتي المبسوط و الخلاف من كون الخلاف في العقد المقيّد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد، كما اذا شرط الخيار من الغد، كما ان مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله

(ولكن هذا) اى الرجوع الى الاصل (فرع التكافؤ المفقود في المقام من جهات اعظمها الشهرة المحققة) على ان الملك يتحقق بمجرد العقد (المؤيدة بالا جماع المحكى عن السرائر) لانه قال: ان الشيخ رجع عن رأيه، ووافق المشهور.

وعليه فاللازم ان نجعل الطائفة الثالثة مخصّصة للطائفة الثانية بان نقول ان: قاعدة التلازم بين الملك و الضمان، لا تأتي في المقام، فالملك- في باب الخيار- للمشتري، و الحال ان الضمان على المالك، لقاعدة التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له.

(ثم ان مقتضى اطلاق ما تقدم من عبارتي المبسوط و الخلاف من كون الخلاف في 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 في هذا اليوم أيضا 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 الذي يطلق عليه الشرط أيضا.

فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

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

و ان الظاهر من لفظ الانقضاء- في تحريرات محل الخلاف- انقطاع الخيار الزمانى.

و اما خيار المجلس، فالظاهر

اي عدم شمول الحكم بالنقل عند انقضاء الخيار (لخيار غير الشرط و الحيوان) و انما يشمل خيار الحيوان لما ذكره بقوله: (الذي يطلق عليه الشرط أيضا) في الاخبار و كلمات الفقهاء- كما تقدم-.

و على هذا (فخيار العيب و الغبن و الرؤية 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) اذا الانقضاء، انما يقال: للزمان.

(و اما خيار المجلس، ف) هل هو داخل فى محل الخلاف، أم لا؟ لانه لا يعبر عنه بالانقضاء و ليس داخلا فى الروايات المتقدمة التى ذكرت الشرط و الحيوان (الظاهر

دخوله فى محل الكلام لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة، و لقوله فى الإستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك، الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد، و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط 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) و الخلاف بين الشيخ و المشهور (نص الشيخ بذلك) اى دخوله فى محل الخلاف (فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة و لقوله فى الاستبصار ان العقد سبب لاستباحة الملك) و هو الثمن للبائع و المثلن للمشتري (الا انه مشروط بان يتفرقا بالابدان، و لا يفسخا العقد) فان كلامه صريح بان الملك يتوقف على انقضاء خيار المجلس (و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على ان التفرق) عن مجلس العقد (كانقضاء الخيار) فى الشرط و الحيوان (فى لزوم العقد به).

فكما ان لزوم العقد يتوقف على انتهاء خيارى الشرط و الحيوان، 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 و الحيوان.

فكما ان انقضائهما سبب الملك كذلك انقضاء خيار المجلس (لا مقابل الجواز) فليس مراده ان ما قبل ذلك يكون الملك منقولاً نقلاً جائزاً متزلزلاً- كما يقوله المشهور- (كما لا يخفى، مع ان ظاهر عبارة الدروس المتقدمة

فى مأخذ هذا الخلاف ان كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع، فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه.

وكذلك العبارة المتقدمة- فى عنوان هذا الخلاف- عن الجامع.

وقد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط: ان خيار المجلس مانع عن التصرف فى احد العوضين.

ومن ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و اخوته عن محل الكلام

فى مأخذ هذا الخلاف) بين الشيخ و المشهور، يدل على ان خيار المجلس أيضا 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 أيضا يمنع من التصرف فى المبيع.

(و كذلك العبارة المتقدمة- فى عنوان هذا الخلاف- عن الجامع) تشمل خيار المجلس أيضا.

(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 ضمنا كلام الدروس الى كلام المبسوط انتج ان خيار المجلس داخل فى النزاع.

(و من ذلك) الذي ذكره الدروس مأخذا لهذا الخلاف بانه كلما منع عن التصرف (يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و اخوته) و هى خيار الغبن و الرؤية و التدليس (عن محل الكلام) بين الشيخ و المشهور.

فان الظاهر عدم منعها من التصرف فى العوضين قبل ظهورها، فلا بد ان يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور، و الخروج عن الملك بعد الظهور، و تنجز الخيار.

و هذا غير لائق بالشيخ فثبت ان دخولها فى محل الكلام مستلزم اما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار، و اما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، و كلاهما

(فان الظاهر) من كلام الفقهاء (عدم منعها) اى هذه الخيارات الاربع (من التصرف فى العوضين قبل ظهورها).

و انما تمنع عن التصرف بعد الظهور- كما تقدم فى هذه الخيارات- و حيث ان الامر فى عدم الملك دائر مدار منع الخيار عن التصرف (فلا بد ان يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور) لهذه الخيارات الاربع بعدم ظهور العيب و الغبن و التدليس و عدم الرؤية (و الخروج عن الملك) اى خروج المبيع عن الملك (بعد الظهور، و تنجز الخيار) «و تنجز» عطف بيان على «الظهور».

(و هذا) الكلام و انه يملك قبل ظهور العيب و اخوته و يخرج عن الملك بعد الظهور (غير لائق بالشيخ).

اذ كيف يمكن الخروج عن الملك بلا سبب شرعى و لا عرفى (فثبت ان دخولها) اى دخول هذه الخيارات الاربع (فى محل الكلام) بين الشيخ و المشهور (مستلزم اما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار) من الاول، حتى قبل الظهور (و اما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله) فى الملك (و كلاهما

غير لائق بالتزام.

مع ان كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا، فى المعيب، لانه ذكر فى الاستدلال ان المقتضى للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب.

وذكر أيضا انه لا منافات بين الملك و الخيار، كما فى المعيب.

غير لائق بالتزام).

اذ المنع عن التصرف بدون وجود الخيار- لان الخيار انما يحدث بعد الظهور- لا وجه له، و الخروج عن الملك بعد الدخول فيه- خروجًا بلا سبب شرعى او عرفى- غير صحيح، هذا وجه لعدم جريان الخلاف فى خيار العيب و اخوته.

(مع) ان هناك وجهًا 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، و الخيار لا يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب) فان الخيار موجود فيه و لا يمنع عن الملك، فليكن خيار الشرط و الحيوان كذلك.

(وذكر أيضا انه لا منافات بين الملك و الخيار) اى خيار الشرط و الحيوان (كما فى المعيب) فانه ملك مع وجود الخيار.

ص: 272

وقد صرح الشيخ قدس سره في المبسوط أيضا بانه اذا اشترى شيئا فحصل منه نماء، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه، محتجا بالاجماع و
بالنبوى:

الخراج بالضمان، وسيجيء ء تتمه ذلك ان شاء الله تعالى.

(و) يدل على ان العيب ليس محلا للخلاف كلام الشيخ، فانه (قد صرح الشيخ قدس سره في المبسوط أيضا بانه اذا اشترى شيئا فحصل منه
نماء، ثم وجد به عيبا رده دون نمائه) فان عدم ردّ النماء دليل الملك (محتجا) لعدم ردّ النماء (بالاجماع، و بالنبوى: الخراج بالضمان) فان
المشترى كان ضامنا للمبيع فله خراجه (وسيجيء ء تتمه ذلك ان شاء الله تعالى) فتحصل ان مورد الخلاف بين الشيخ والمشهور في ثلاث
خيارات وهى الشرط و الحيوان و المجلس، اما سائر الخيارات ففيها اتفاق على ان النقل يحصل بالعقد، لا بانقضاء الخيار، و الله العالم.

ص: 273

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 شيئاً وقد جعل المشتري لنفسه الخيار و لم يكن للبائع خيار، ثم تلف المبيع خرج من كيس البائع الذى لا خيار له.

و على هذه القاعدة اشتهر قولهم «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له».

و انما قلنا «فى الجملة» لما سيأتى من ان هذه القاعدة لا تجرى الا فى بعض الخيارات (على المعروف بين القائلين بتملك المشتري للمتع بالعقد).

اما الشيخ الذى يرى انه لا يملك بالعقد بل يملك المشتري المتاع بانقضاء الخيار، فكون التلف فى مال البائع على وفق القاعدة، لان المتاع مال البائع - على هذا - فيكون تلفه من كيسه.

(و توضيح هذه المسئلة ان الخيار اذا كان للمشتري فقط من جهة

الحيوان، فلا اشكال و لا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع.

و يدل عليه ما تقدم فى المسألة السابقة من الاخبار.

وكذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف فى ذلك: لقوله عليه السلام- فى ذيل صحيحة ابن سنان:- وان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فى يد المشتري، فهو من مال بايعه و لو كان للمشتري فقط

(الحيوان) بان اشترى حيوانا فكان له الخيار ثلاثة ايام- لان خيار الحيوان ثلاثة ايام- (فلا اشكال و لا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع) و تلفه على البائع.

(و يدل عليه ما تقدم فى المسألة السابقة من الاخبار) كقوله عليه السلام: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام، و يصير المبيع للمشتري شرط له البائع او لم يشترط.

(و كذلك الخيار الثابت له) اى للمشتري (من جهة الشرط) بان شرط المشتري على البائع ان يكون له خيار (بلا خلاف) بين الفقهاء (فى ذلك) اى فى خيار الشرط (لقوله عليه السلام- فى ذيل صحيحة ابن سنان:- وان كان بينهما) اى بين البائع و المشتري (شرط اياما معدودة فهلك) الحيوان (فى يد المشتري) اى بلا تعدد و لا تقريظ (فهو) اى الهلاك (من مال بايعه).

اما اذا كان الخيار لهما، فالتلف من كيس من تلف فى يده لان الحكم السابق انما هو فيما اذا كان الخيار لاحد الطرفين فقط (و لو كان للمشتري فقط

خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله عليه السلام: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلك، بناء على ان المناط انقضاء الشرط الآذي 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 المسألة السابقة (حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري كذلك) اى ان التلف فى زمن خيار المشتري من كيس البائع (بناء على ان المناط انقضاء الشرط الآذي تقدم انه يطلق على خيار المجلس فى الاخبار) فلا خصوصية للشرط اللفظى، بل كل شرط كذلك، 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، و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك في يده، كان هلاكه من مال المشتري دون البائع، لان العقد مستقر عليه، و لازم من جهته.

و من هنا يعلم انه يمكن بناء 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، و الذي له الخيار ما استقر عليه العقد، و) ما (لزم) عليه، هذا فيما اذا كان الخيار للمشتري (فان كان الخيار للبائع دون المشتري و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك) المتاع (في يده) اى يدى المشتري (كان هلاكه من مال المشتري دون البائع) و ذلك (لان العقد مستقر عليه) اى على المشتري (و لازم 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، و في تعديه الى خيار البائع دون المشتري (يعلم انه يمكن بناء على فهم هذا المناط) و هو ان التلف ممن يستقر عليه العقد (طرد الحكم) بانه ممن لا خيار له (في كل خيار، فتثبت القاعدة المعروفة من ان: التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، من

غير فرق بين اقسام الخيار ولا بين الثمن و المثلثن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الاصحاب، بل نسبة جماعة الى اطلاق الاصحاب.

قال فى الدروس - فى احكام القبض - و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض، اذا لم يكن له خيار، انتهى.

فان ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري فى عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، و نحوه كلامه قدس سره فى اللمعة.

غير فرق بين اقسام الخيار) فى باب البيع، لكن لا يتعدى الى سائر العقود (و لا بين الثمن و المثلثن).

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 نسبة جماعة الى اطلاق الاصحاب) فهو شبه اجماع.

(قال فى الدروس - فى احكام القبض - و بالقبض) للمتاع او الثمن (ينتقل الضمان الى القابض) لانه قبل القبض يكون الضمان على من بيده (اذا لم يكن له) اى للقابض (خيار، انتهى).

اما اذا كان للقابض الخيار فالضمان يبقى على المقبوض منه (فان ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشتري) اى خيار كان (فى عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض).

و انما استفدنا الاطلاق من كلامه، لانه لم يقيد الخيار بقسم خاص (و نحوه كلامه) المطلق (قدس سره فى اللمعة).

وفى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصرة او الامة المدلّسة فلا شي ء له، و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس.

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) و هو العلامة (و لو ماتت الشاة المصرة) التى جمع اللبن فى ثديها لايهام المشتري انها ذات لبن كثير (او الامة المدلّسة) و هى التى اظهرت نفسها اجمل عن واقعها ليرغب المشتري فيها.

فعليه فاذا ماتت عند المشتري (فلا- شي ء له) اى للمشتري من الثمن، لان التلف من كيسه، حيث ان المشتري لا- خيار له قبل علمه بالتدليس (و كذا لو تعيبت) الشاة او الامة (عنده) اى عند المشتري (قبل علمه بالتدليس) هذا قيد لكلّ من الموت و التعيب انتهى كلام العلامة.

(قال) جامع المقاصد: (و تقييد الحكم) اى عدم شي ء له (بما قبل العلم غير ظاهر، لان العيب اذا تجدد بعد علمه) اى بعد علم المشتري بالتدليس فى الشاة و الامة (يكون كذلك) كما لو تجدد قبل العلم.

(الا ان يقال) هناك فرق بين قبل العلم و بعد العلم، ل (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، و خسارة العيب من كيس البائع، لان التلف

ولم اظفر فى كلام المصنف وغيره بشي ء 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 تردد فيه وفى خيار الرؤية.

وفى المسالك- فى مسألة ان العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم وان الحادث

فى زمن الخيار ممن لا خيار له (ولم اظفر فى كلام المصنف) وهو العلامة (وغيره بشي ء فى ذلك) اى فى التلف بعد العلم (انتهى) كلام جامع المقاصد.

وشاهدنا 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) وهو العلامة (ولا يسقط الخيار بتلف العين) انتهى كلام العلامة.

ف (مقتضى اطلاق كلامهم انه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشتري) فانه جعل التلف فى زمن الخيار ممن لا- خيار له فى خيار الغبن، كما جعله كذلك- قبلا- فى خيار العيب (ثم تردد فيه وفى خيار الرؤية) وهل انه من كيس البائع، أم لا؟

(وفى المسالك- فى مسألة ان العيب الحادث) عند المشتري (يمنع من الرد بالعيب القديم) الذي كان عند البائع (وان) العيب (الحادث

فى ايام خيار الحيوان مضمون على البائع- قال: وكذا كل خيار مختص بالمشتري.

وعن مجمع البرهان فى مسألة ان تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا 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 ب «تلف».

وانما كان من البائع (استنادا الى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض) فان التلف قبل القبض من مال بائعه.

قال: (ان هذه القاعدة) اى قاعدة: ان التلف قبل القبض من مال بائعه (معارضة بقاعدة اخرى، وهى: ان تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشتري) فاللازم ان يكون التلف على المشتري، انتهى كلام مجمع البرهان.

(فان الظاهر) من كلام مجمع البرهان (من جعل هذه قاعدة) حيث قال «بقاعدة اخرى» (كونها مسلمة بين الاصحاب) والا لم تكن قاعدة.

و صرّح بنحو ذلك المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة، و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفا بعمومها من جهات اخرى.

و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين اقسام الخيار، و لا بين الثمن و المثلن، و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري.

ولذا نفى فى الرياض الخلاف فى ان التلف فى مدة الخيار ممن لا خيار له و فى 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، و استظهر) 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) و ان 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) و هى الحيوان و الشرط و المجلس و العيب و الغبن و غيرها (و لا بين الثمن و المثلن، و لا 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.

(و فى 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 المسألة مطابق للقاعدة.

لكن الانصاف انه لم يعلم من حال احد من معتبرى الاصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلا عن اتفاقهم عليه.

فان ظاهر قولهم: التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى، و هو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه لا مطلق الخيار،

كلية (لا خلاف فيها، ثم ذكر فيه) اى فى مفتاح الكرامة (تبعا للرياض: ان الحكم) بان التلف ممن لا خيار له (فى بعض افراد المسألة مطابق للقاعدة) الاولية فانّ 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) و ان التلف مطلقا ممن لا خيار له (فضلا عن اتفاقهم عليه) كما ادعاه الرياض و مفتاح الكرامة.

(فان ظاهر قولهم: التلف فى زمان الخيار هو الخيار الزمانى) اى الخيار المحدد بالزمان، كخيار الحيوان و خيار الشرط المحددين بالزمان و انما استظهرنا ذلك لقولهم «فى زمان الخيار»- فالخيار الذى لا زمان له لا يشمل هذا الكلام (و هو الخيار الذى ذهب جماعة الى توقف الملك على انقضائه) وقالوا انه ما دام الخيار موجودا، فالمال للبائع- كما تقدم فى المسألة السابقة- (لا مطلق الخيار) زمانيا كان او غير زمانيا

ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب ونحوها.

الا ترى انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب.

الا ترى: ان المحقق الثانى ذكر ان الاقتصاص من العبد الجانى اذا كان فى خيار المشتري، كان من ضمان البائع.

(ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب) والتدليس (ونحوها) مما لا زمان فيها.

(الا ترى) هذا دليل على انهم لا يقولون «بان التلف فى كل خيار يكون على من لا خيار له» (انهم اتفقوا على انه اذا مات المعيب لم يكن مضمونا على البائع، ولو كان الموت بعد العلم بالعيب) مع انه بعد العلم بالعيب يكون الخيار للمشتري ولا خيار للبائع.

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

و حيث كان كلام المحقق «ولو تعيبت» يوهم ان المحقق يتعدى من خيارى الشرط والحيوان الى خيار العيب، فيقول فى خيار العيب أيضا بان «التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له».

و اما ما نقلنا عنه سابقا فى شرح قوله: و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس فهو مجرد احتمال، حيث اعترف فيه بانه لم يظفر على شي ء مع انه ذكر فى شرح قول المصنف فى باب العيوب، و كل عيب تجدد فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فانه

استدرك المصنف ذلك التوهم بقوله «و اما ما نقلنا» فجملة «و اما ما نقلنا» جملة معترضة بين «الا ترى» و بين «مع انه» و هذه الجملة المعترضة كالاستثناء من مفاد «الجملتين».

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

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

(و اما ما نقلنا عنه سابقا فى شرح قوله) اى قول العلامة (و لو تعيبت قبل علمه بالتدليس) حيث قال المحقق «انه غير مضمون عليه الآن 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 شي ء) ذكره الفقهاء فى هذا الباب، اى باب خيار العيب (مع انه ذكر فى شرح قول المصنف) و هو العلامة (فى باب العيوب، و كل عيب تجدد فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فانه) اى ذلك

لا- يمنع الردّ 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 الردّ 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 (و الرؤية) للمشتري (كذلك) اي ان التلف في زمان هذين الخيارين من كيس البائع الذي لا خيار له (يبعد القول به) اي انهما أيضا من كيس البائع (خصوصا على القول بالفورية).

لان الانسان اذا علم بالغبن يكون له الخيار فورا في دقائق، فاذا تلف يكون التلف خارجا 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 إليه، الا ما اشرنا إليه من ان مناط خروج المبيع عن ضمان البائع - على ما يستفاد من قوله عليه السلام حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري - هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط فى

و من هذا الكلام علم ان المحقق الثانى يقول: ان قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا - خيار له» خاص بالشرط و الحيوان، لا سائر الخيارات فكلامه السابق «و لو تعيبت» كان مجرد احتمال، و لذا قال «الا ان يقال».

(و من ذلك) الذي ذكرنا ان المحقق الثانى يخصص «قاعدة التلف ممن لا خيار له» بخيارى الحيوان و الشرط (يعلم حال ما نقلناه عنه فى خيار الغبن) حيث افتى أولا بانه اذا حدث فيه عيب فهو من مال البائع، ثم تردد فيه.

و الحاصل انه لا - يقول بجريان قاعدة «التلف ممن لا خيار له» فى خيار الغبن (فلم يبق فى المقام) من اقوال الفقهاء (ما يجوز الركون إليه) حتى نقول «بان التلف فى زمان كل خيار ممن لا خيار له» (الا ما اشرنا إليه من ان مناط خروج المبيع عن ضمان البائع) حتى لا يكون تلفه على البائع (- على ما يستفاد من قوله عليه السلام حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشتري -).

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

وصيرورة المبيع مختصا بالمشتري لازما عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه فيدل على ان كل من له شرط وليس المعوض الذي وصل إليه لازما عليه فهو غير ضامن له حتى ينقضى شرطه و يصير مختصا به لازما عليه وفي الاعتماد على هذا الاستظهار تأمل في مقابلة القواعد، مع انه يمكن منع دلالة هذا المناط المستتبط عليه.

الاخبار).

(وصيرورة) عطف على «انقضاء» اى 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 إليه) اى لم يكن المبيع (لازما عليه فهو غير ضامن له) فلا يكون تلفه عليه (حتى ينقضى شرطه) اى خياره (و يصير) المبيع (مختصا به) لا متزلزلا (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 فى الشرط و الحيوان قاعدة كلية بالنسبة الى كل الخيارات (تأمل فى 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) فلا نقول بان هناك مناظ- و لكنه مخالف للقواعد- بل نقول انه لا مناط (المستتبط عليه) صفة المناط اى المناط الذي استتبط على هذا المناط حتى فهم وجه منعه.

لان ظاهر الصحيحة الاختصاص بما كان التزلزل وعدم كون المبيع لازما على المشتري ثابتا من اول الامر، كما يظهر من لفظة: حتى، الظاهرة في الابتداء.

وهذا المعنى مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط، ولو كان منفصلا، بناء على ان البيع متزلزل ولوقبل 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 لفظة: حتى، الظاهرة في الابتداء).

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

(وهذا المعنى) وهو كون التزلزل من اول العقد (مختص بخيار المجلس والحيوان والشرط، ولو كان) الشرط (منفصلا) فانه وان لم يكن التزلزل من حين العقد (بناء على ان البيع متزلزل ولوقبل حضور زمان الشرط).

اذ: ما يشرف على التزلزل فى حكم المتزلزل فكانه متزلزل من قبل حصول وقت الشرط أيضا.

ولذا ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين 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 المترلزل من اول الامر، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم بان

(ولذا) الذي كان مترلزلا من اول الامر- و ان كان الشرط منفصلا- (ذكرنا جريان الخلاف في المسألتين السابقتين) المتفرعتين على تزلزل المبيع (فيه) اى فى الشرط المنفصل.

(و اما) خيار (الغبن و العيب و الرؤية و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقة، فهي توجب التزلزل عند ظهورها) اى ظهور هذه الامور (بعد لزوم العقد) من اول الامر، فلا تشمل الصحيحة لمثل هذه الخيارات.

(و الحاصل) فى وجه منع المناط (ان ظاهر الرواية استمرار الضمان الثابت قبل القبض الى ان يصير المبيع لازما على المشتري) بانقضاء زمان الخيار.

(و هذا) اى كون الضمان مستمرا من قبل القبض (مختص بالبيع المترلزل 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 مختصة بالخيارات الثلاثة على تأمل فى خيار المجلس.

ثم ان مورد هذه القاعدة انما هو ما بعد القبض، واما 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 لا تشمل مثل هذا المورد، فلا مناط اصلا.

(فاتضح بذلك) الذى ذكرنا من ان الرواية خاصة بما اذا كان التزلزل من اول العقد (ان الصحيحة مختصة بالخيارات الثلاثة) وهى الشرط و الحيوان و المجلس (على تأمل فى خيار المجلس) و هل انه فى زمن الخيار فى ضمان البائع، أم لا؟

(ثم ان مورد هذه القاعدة) و هو التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (انما هو ما بعد القبض، واما 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 مالكه، ولذا فهو جار سواء كان هناك خيار أم لا، و سواء كان الخيار خيار شرط او حيوان او غيرهما (فلا تشمل هذه القاعدة) اى قاعدة التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له ل (خيار التأخير).

و اما عموم الحكم للثمن و المثلث بان يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري، فهو غير بعيد، نظرا الى المناط الذى استفدناه و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة.

مضافا الى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

و توهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة، كون الضمان من مال المالك،

لانا قلنا: ان هذه القاعدة انما تجرى بعد القبض، و المفروض فى خيار التأخير انه لا قبض، هذا كله تمام الكلام فى المثلث، و انه اذا كان للمشتري خيار دون البائع.

(و اما عموم الحكم للثمن) بالإضافة الى ما تقدم (و) ذكرناه من الحكم فى (المثلث بان يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص به من مال المشتري) الذى لا خيار له، كما اذا باع داره بالف و قبض الألف و جعل البائع الخيار لنفسه الى مدة شهر بان يرد الثمن و يسترجع 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» (و يشمله) اى الثمن (ظاهر عبارة الدروس المتقدمة).

(مضافا الى) انه لو وصلت النوبة الى الاصل، ف (استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض) محكم، لانه لا اشكال فى شمول قاعدة التلف قبل القبض من مال مالكة للثمن أيضا كما تشمل المثلث.

(و توهم عدم جريانه) اى عدم جريان الاستصحاب (مع اقتضاء القاعدة) الاولى (كون الضمان من مال المالك،

خرج منه ما قبل القبض.

مدفوع: بان الضمان الثابت قبل القبض وبعده فى مدة الخيار لفس 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، و حيث 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 لفس مخالفا لتلك القاعدة) اى قاعدة: كل تلف فهو من مالكة، لاننا لا نقول بان التلف يكون من مال البائع و ضمانه على المشتري، بل (لان المراد به) اى يكون التلف من المشتري- فيما كان البائع له الخيار فى الثمن- (انفساخ العقد 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 مالكة».

(نعم هو) اى انفساخ العقد و رجوع الثمن الى المشتري ثم تلفه من كيس المشتري (مخالف لاصالة عدم الانفساخ، و حيث 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

ص: 293

فلاصل بقائها بعد القبض فى مدة الخيار.

نعم يبقى هنا ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدة خيار البيع الخيارى من المشتري فيفسخ البيع ويرد المبيع الى البائع.

والتزام عدم الجريان من حيث ان الخيار فى ذلك البيع انما يحدث بعد ردّ الثمن او مثله، فتلف الثمن فى

(فلاصل بقائها) اى المخالفة (بعد القبض فى مدة الخيار) أيضا.

(نعم يبقى هنا) اى يستشكل على «ان تلف الثمن فى زمن خيار البائع يكون من المشتري» (ان هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدة خيار البيع الخيارى من المشتري) «من المشتري» خبر قوله «ان تلف الثمن» فاذا باع داره بيعا خياريا وقبض 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 (يفسخ البيع ويرد المبيع الى البائع) لانه كان الشرط مهما ردّ الثمن الى المشتري يفسخ البيع وقد ردّ الثمن الى المشتري.

(و) ان قلت: ان هذا الاشكال غير وارد، حيث ان الخيار فى البيع الخيارى يكون بعد ردّ الثمن او مثل الثمن، فليس قبل ردّ الثمن خيار للبائع حتى يكون التلف من كيس المشتري.

قلت: (التزام عدم الجريان) اى عدم جريان قاعدة «التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» (من حيث ان الخيار فى ذلك البيع) اى فى البيع الخيارى (انما يحدث بعد ردّ الثمن او مثله) اى مثل الثمن (فتلف الثمن فى

مدة الخيار انما يتحقق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله.

مدفوع بما اشترنا إليه سابقا من منع ذلك.

مع ان المناطق فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه الى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقق، و لو بالخيار المنفصل، كما اشترنا 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» (لا- قبله) اى لا قبل ردّ الثمن، فالتلف قبل ردّ الثمن ليس من كيس المشتري لان قبل ردّ الثمن ليس زمن الخيار.

(مدفوع) خبر «و التزام» (بما اشترنا إليه سابقا من منع ذلك) اى منع التزام عدم الجريان.

و ما اشترنا إليه سابقا هو ان مقتضى استصحاب قبل القبض جار لما بعد القبض أيضا.

(مع) انه يرد اشكال آخر على قوله «التزام» و هو (ان المناطق فى ضمان غير ذى الخيار) اى «من لا خيار له» (لما انتقل عنه الى ذى الخيار) اى ضمان الثمن الذي انتقل ممن لا خيار له- و هو المشتري- الى من له الخيار- و هو البائع- (تزلزل البيع) خبر «ان المناطق» (المتحقق) ذلك التزلزل (و لو بالخيار المنفصل، كما اشترنا) إليه (سابقا) و قلنا انه لا يشترط اتصال الخيار بالعقد.

فلا فرق بين ان يشترط ان يكون الخيار له من حين العقد، او ان يكون

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، اذ الخيار يحدث ردّ الثمن، و القاعدة تقول «التلف فى زمن الخيار».

الرابعة: لا نظر فى الاستشكال، اذ حال الخيار المنفصل حال الخيار المتصل.

وقد اشار المصنف الى الاولى بقوله «و اما عموم الحكم» و الى الثانية بقوله (نعم يبقى هنا) و الى الثالثة بقوله «و التزام عدم الجريان» و الى الرابعة بقوله «مدفوع».

(فالاولى الالتزام بجريان هذه القاعدة) اى قاعدة: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، وقوله «فالاولى» تصديق «للثانية» كما لا يخفى (اذا كان الثمن شخصيا) كما اذا باع زيد داره لعمر و 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، ولو منفصلاً عن العقد.

و اما اذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع اذا كان كلياً، كما اذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له الى مدة، فقبض فرداً منه فتلف في يده فان الظاهر عدم ضمانه على البائع لان مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له - على ما فهمه غير واحد - بقائه على ما كان عليه قبل القبض.

للاستصحاب الآتي تقدم الكلام حوله (مع خيار البائع، ولو) كان الخيار (منفصلاً عن العقد) لما سبق انه لا فرق بين الخيار المتصل و المنفصل.

(و اما اذا كان الثمن كلياً، ف) لا نلتزم بجريان قاعدة «التلف في زمن الخيار» بل (حاله) اي حال الثمن الكلي (حال المبيع اذا كان كلياً) فانه لا يشمل «التلف في زمان الخيار» وكذلك لا يشمل «الثمن الكلي» (كما اذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له) اي للمشتري (الى مدة) كاسبوع مثلاً (فقبض) المشتري (فرداً منه) اي من ذلك الكلي (فتلف) ذلك الفرد من الطعام (في يده) اي في يد المشتري (فان الظاهر عدم) كون (ضمانه على البائع).

و ذلك (لان مقتضى ضمان المبيع في 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 الذي قبضه المشتري بخيار له بقي الطعام على ما كان عليه قبل القبض اي رجع الطعام الى الكليّة، فكانّ

ودخول الفرد في ملك المشتري لا يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبة الى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض.

وهذا 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 الكلى) المبيع (كغير المقبوض).

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

(وهذا) الذي ذكرناه في تلف المبيع او الثمن اذا كان كل منهما كليا بان يكون كغير المقبوض (مما لا يدل عليه الاخبار المتقدمة) فانها دلت على ان التلف في الشخصي من كيس من لا خيار له، و لا تدل على ان التلف في الكلى يكون كغير المقبوض (فتأمل).

فان الاخبار بضميمة قاعدة «عدم ضمان الشخص لملك الغير» تدل على الامرين وهما: الانفساخ في الشخصي، حتى يدخل الشيء الشخصي في ملك مالكة السابق و يتلف من ذلك المالك.

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

فقوله «وهذا مما لا تدل عليه الاخبار المتقدمة» غير تام، بل تدل

ثم ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين: ان المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل الى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه، و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف، و هو الظاهر أيضا 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 آنا ما، و يدخل الشىء فى ملك مالكة الاول ثم يتلف منه، و بين الشهيد حيث قال بان العقد لا يفسخ.

ف (ان ظاهر كلام الاصحاب، و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين: ان المراد بضمان من لا خيار له) فى قاعدة: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له (لما انتقل الى غيره) اى ضمانه للشىء 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 آنا ما 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 آنا ما ثم تلف من كيس البائع (و هو) اى ما هو ظاهر الاصحاب (الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس) حيث قال: (و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض ما لم يكن له) اى للقابض

ص: 299

خيار حيث ان مفهومه انه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه 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، و هي: 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 إليه) اي الى القابض (بل يبقى) الضمان (على ناقله) اي ناقل الضمان (الثابت قبل القبض).

و اذا تحقق ان الشهيد يقول «بعد انتقال الضمان مع خيار القابض» نضمّ إليه مقدمة اخرى، و هي «ان التلف قبل القبض يكون بانفساخ العقد».

فنتيجة المقدمتين «ان التلف بعد القبض يكون بانفساخ العقد»- وهذا هو الذي ذكره المشهور-

و وجه المقدمة الاخرى ما ذكره بقوله: (وقد عرفت ان معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه) اي الشيء 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).

و انما 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 في مدة خيار المشتري بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكة وقاعدة التلازم بين الضمان و الخراج، فانا اذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنا ما، لم يلزم مخالفة شي ء من القاعدتين.

و الحاصل: ان إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغي الريب فيها.

و مع ذلك كله

(مع انه) اي الانفساخ (ظاهر الاخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع في مدة خيار المشتري بضميمة) قاعدتين اخريين و هما قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكة) فان كل تلف من ملك مالكة و لا علاقة له بإنسان آخر (وقاعدة التلازم بين الضمان و الخراج) و ان كل من له النماء يكون عليه الضرر، فانه اذا قلنا بمقتضى الاخبار، و ان «التلف من كيس البائع في زمان خيار المشتري» و لم نقل بالانفساخ يلزم اما رفع اليد عن قاعدة «عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكة» بان نقول:

ضمن البائع لما تلف في ملك المشتري، او رفع اليد عن قاعدة «الضمان بالخراج» بان نقول: الخراج للمشتري و الضمان للبائع (فانا اذا قدرنا المبيع في ملك البائع) الذي لا خيار له (آنا ما) ثم تلف منه (لم يلزم مخالفة شي ء من القاعدتين) بخلاف ما اذا لم نقل بالملك الآتائي.

(و الحاصل: ان إرادة الروايات و الفقهاء (ما ذكرنا من الضمان) اي الانفساخ (مما لا ينبغي الريب فيها).

(و مع ذلك كله) الذي ذكرنا ان ظاهر الرواية و صريح الفقهاء

فظاهر عبارة الدروس فى الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم، بل يدل على عدم الانفساخ.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 15، ص: 302

قال قدس سره: لو تلف المبيع قبل قبض المشتري، بطل البيع والخيار، وبعده لا يبطل الخيار وان كان التلف من البائع كما اذا اختص الخيار بالمشتري.

الانفساخ (فظاهر عبارة الدروس فى الفرع السادس من فروع خيار الشرط يوهم، بل يدل على عدم الانفساخ) وان ضمان من لا خيار له يتحقق بدون الانفساخ.

قال قدس سره: لو تلف المبيع قبل قبض المشتري، بطل البيع والخيار) فان التلف قبل القبض من مال مالكة، فاذا بطل البيع بطل الخيار بطريق اولى، اى خيار كان كخيار المجلس و خيار الحيوان وغيرهما لان الخيار يحتاج الى المتعلق وقد ذهب المتعلق (وبعده) اى لو تلف المبيع بعد القبض (لا يبطل الخيار) ولا البيع.

وانما لم يذكر: البيع، لوضوح انه اذا بقى الخيار كان معناه بقاء البيع، وانما لا يبطلان لانه لا وجه للبطلان (وان كان التلف) اى تلف المبيع (من) كيس (البائع) وهذا عكس الفرع السابق الآذني كان التلف فيه من كيس المشتري، لانه كان مقبوضا و كان الخيار للبائع فقط لان التلف حينئذ كان من كيس المشتري، و«ان» وصلية بقوله «لا يبطل الخيار» (كما اذا اختص الخيار بالمشتري) لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.

ص: 302

فلو فسخ البائع رجع بالبدل فى صورة عدم ضمانه.

ولو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل فى صورة ضمانه.

ولو اوجبه المشتري فى صورة التلف قبل القبض لم يؤثر فى تضمين البائع القيمة او المثل.

(فلو فسخ البائع) فى ما كان له الخيار، او كان لهما الخيار (رجع بالبدل) مثلا او قيمة الى المشتري (فى صورة عدم ضمانه) اى انما يتصور فسخ البائع فى صورة ما لم يكن البائع ضامنا للتلف، و هى صورة ما اذا كان الخيار للمشتري فقط. فحيث ان البائع ضامن، فلا يكون الفسخ و لا الرجوع بالبدل، فقولته «فى صورة» من باب تحقيق موضوع «فلو فسخ».

(ولو فسخ المشتري) فى صورة ما كان له الفسخ (رجع بالثمن و غرم البدل) للبائع مثلا او قيمة (فى صورة ضمانه) اى ضمان المشتري.

كما اذا كان لهما الخيار و تلف المتاع عند المشتري، فان خياره لا يبطل، فاذا اخذ بالخيار و ابطل البيع اخذ ثمنه و ارجع بدل المبيع مثلا او قيمة.

(ولو 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، فلا مورد لايجاب المشتري، فلا مجال للبدل الذى هو المثل او القيمة.

و فى انسحابه فيما لو تلف بيده فى خياره، نظر، انتهى.

و العبارة محتاجة الى التأمل من وجوه.

(و فى انسحابه) اى انسحاب عدم تأثير ايجاب المشتري (فيما لو) قبض المشتري المتاع، و (تلف بيده فى) زمان (خياره) اى خيار المشتري، بان تلف المتاع فى يد المشتري فى زمان خياره الخاص الذى يكون التلف من البائع، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، بان قال المشتري اوجبت البيع مريدا بذلك ان لا يبطل البيع، بل يتلف المبيع من كيس البائع ليرجع الى مثله او قيمته.

ففى هذا الانسحاب (نظر) لاحتمال ان الايجاب مؤثر فى رجوع المشتري الى المثل او القيمة.

و الحاصل من قوله «و لو اوجبه» اى للمسألة صورتين.

الاولى: لو كان الخيار لهما و تلف المبيع قبل القبض و قال المشتري اوجبت البيع، و اسقطت خيارى لم يؤثر الايجاب شيئا، 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 شيئا، أو لا يؤثر؟ احتمالا، و فى 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، و الحال ان

وقد يظهر ذلك من اطلاق عبارة التذكرة، قال: لو تلف المبيع بأفة سماوية فى زمن الخيار.

فان كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً.

وان كان بعده لم يبطل خيار المشتري ولا البائع، ويجب القيمة على

ظاهر المشهور و الروايات الانساح فان الدروس قال: لا يبطل الخيار وان كان التلف من البائع، مع انه يلتزم بطلان الخيار لبطلان البيع، فاذا ذهب اصل البيع ذهب الفرع الذي هو خيار.

الثانى قوله: ولو اوجبه المشتري فى صورة التلف قبل القبض فانه لا مجال لهذا الفرع بعد كون التلف قبل القبض موجبا لفساد المعاملة.

الثالث قوله «وفى انسحابه- اى انسحاب عدم التأثير- نظر» لان مقتضى النظر يحتمل التأثير والحال انه مناف لما حكم أولاً من بطلان الخيار، والكلام فى شرح العبارة وشرح وجوه التأمل طويل نكتفى منه بهذا القدر.

(وقد يظهر ذلك) اى عدم الانساح خلافاً للمشهور (من اطلاق عبارة التذكرة) فهو موافق للدروس (قال: لو تلف المبيع بأفة سماوية فى زمن الخيار).

(فان كان) التلف (قبل القبض انفسخ البيع قطعاً) لان التلف قبل القبض من مال مالكة.

(وان كان) التلف (بعده) اى بعد القبض (لم يبطل خيار المشتري ولا البائع، ويجب القيمة) او المثل (على

ما تقدم.

ثم حكي عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض و عدمه - بناء على الملك بالعقد -.

ويمكن حمله على الخيار المشترك كما ان قوله في القواعد لا يسقط الخيار بتلف العين محمول على غير صورة ضمان البائع للمبيع، لما عرفت من تعيين الانفساخ فيها.

ما تقدم).

(ثم حكي عن الشافعية وجهين في الانفساخ بعد القبض و عدمه) اي عدم الانفساخ.

وانما احتمال عدم الانفساخ (- بناء على الملك بالعقد-) فان الشيء صار ملكا بسبب العقد، و الاصل عدم الانفساخ.

(و) لكن ليس كلام العلامة خلاف المشهور.

اذ (يمكن حمله على الخيار المشترك) بين البائع و المشتري، اذ من الممكن ان قوله «خيار المشتري و لا- 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، و ان اراد خيار احدهما كان كلامه مخالفا لكلام المشهور (كما ان قوله في 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 في هذه الصورة، فاذا انفسخ العقد لم يكن وجه لبقاء الخيار، اذ بقاء

ص: 306

وربما يحتمل ان معنى قولهم «ان التلف ممن لا خيار له» ان عليه ذلك اذا فسخ صاحبه، لا انه يفسخ كما فى التلف قبل القبض.

و اما حيث يوجب المشتري، فيحتمل انه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل او القيمة، وبين الرجوع بالثمن.

ويحتمل 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) الذي له الخيار (لا انه يفسخ) بنفسه، اذا تلف (كما فى التلف قبل القبض) فانه اذا فسخ الذي لم يقبض كان له ذلك، وان لم يفسخ كان له المثل او القيمة.

(و اما حيث يوجب المشتري) الذي له الخيار ذلك العقد بان كان له الخيار و اخذ المبيع، ثم تلف فى يده فوجب البيع و اسقط خياره (فيحتمل انه) اى المشتري الموجب (يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل او القيمة) ان كان مثليا فمثلا، او كان قيميا فقيمة (و بين الرجوع بالثمن) لان الثمن للبائع فيما اذا اعطاه المبيع اما اذا لم يعطه فيحق له ان يطلب الثمن.

(ويحتمل تعيين الرجوع بالثمن) لانه كان فى مقابل المثل، فاذا تعذر المثل استرجع الثمن الذي كان فى مقابل المثل

ويحتمل ان لا يرجع بشي ء، فيكون معنى له الخيار، ان له الفسخ.

ثم الظاهر ان حكم تلف البعض، حكم تلف الكل.

وكذا حكم تلف الوصف الراجع الى وصف الصحة بلا خلاف على الظاهر لقوله فى الصحيحة السابقة: او يحدث فيه حدث، فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف هذا كله اذا تلف بأفة سماوية.

(ويحتمل ان لا يرجع بشي ء، فيكون معنى له الخيار، ان له الفسخ) فاذا فسخ استرجع الثمن، وان لم يفسخ لم يكن له شي ء.

(ثم الظاهر 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 الوصف الراجع الى وصف الصحة) حتى يسمّى تلفا فان تمرّض مثلا فانه فلا يسمّى تلف البعض وانما يسمّى تلف الوصف، فلا يشمل مثل نسيان العبد الكتابة، اذ تلف الوصف لا يرجع الى تلف وصف الصحة.

لكن الظاهر ان قوله عليه السلام «يحدث فيه حدث» يشمل (بلا خلاف) فى الاقسام الثلاثة من التلف (على الظاهر) من كلام الفقهاء (لقوله) عليه السلام (فى الصحيحة السابقة: او يحدث فيه حدث، فان المراد بالحدث اعم من فوات الجزء و الوصف).

ثم الظاهر ان كل ما يسمّى تلفا فهو داخل فى عنوان المسألة ولو كان بنحو الحيلولة مثل الوقوع فى البحر او طيران الطير او ذهب الوحش الى القفار (هذا كله اذا تلف بأفة سماوية) مثل الحرق و الغرق و الزلزلة

و منها حكم الشارع عليه بالاتلاف.

و اما اذا كان باتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته و ان كان باتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخير بين امضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

التي او جبت 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 نفذه 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 ممّن لا خيار له» لا يشمل اتلاف نفس ذى الخيار، فالمرجع فيه مقتضى القواعد و هى ان الانسان اذا اتلف مال نفسه لم يضمه غيره فى غير مسألة الغرور، كما اذا اعطاه شاته ليذبحها، فظن ان الشاة للمعطى، فان المعطى حيث كان غارّا 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 ممّن لا خيار له».

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

وان كان باتلاف اجنبى تخير أيضا بين الامضاء و الفسخ.

و هل يرجع حينئذ بالقيمة الى المتلف او الى صاحبه، او يتخير، وجوه من ان البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيستردّه بالفسخ.

هذا ينافى ما تقدم من ان التلف يوجب الفسخ.

اللهم الا- ان يقال ان ذلك فيما اذا كان التلف بأفة سماوية- فتأمل- (وان كان باتلاف اجنبى تخير أيضا بين الامضاء) للعقد و الرجوع بالقيمة (و) بين (الفسخ) و الرجوع بالثمن.

(و هل يرجع حينئذ) اى حين الفسخ (بالقيمة الى المتلف) الاجنبى (او الى صاحبه) الذى هو طرف المعاملة (او يتخير) بين الرجوع الى هذا او ذلك (وجوه) ثلاثة.

اما وجه الرجوع الى المتلف، فهو ما ذكره بقوله:

«1» (من ان البدل) للعين المتلفة (القائم) ذلك البدل (مقام العين فى ذمة المتلف) مثلا: لو اشترى المشتري كتابا بخيار لنفسه فاتلف الكتاب زيد، فان التلف يكون من كيس البائع، فاذا فسخ المشتري تعلق ثمن الكتاب بذمة المتلف، فعوض ان يرجع المشتري الى البائع لاختذ ثمنه يرجع الى المتلف الذى تعلق الثمن بذمته (فيستردّه) اى يسترد المشتري هذا البدل- مثلا او قيمة- (بالفسخ) من الاجنبى، و لا حق للاجنبى فى الرجوع الى البائع لان المتلف قد استقر عليه ضمان التلف.

و لان الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ، او لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم التلف او يوم الفسخ.

و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الاجنبى

«2» (و لان 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، و البدل بالفسخ صار ملكا للمشتري فالمشتري يأخذ ماله من المتلف (او لاعتبارها) اى العين (عند الفسخ ملكا تالفا للفسخ) «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.

(و على التقديرين) اى تقدير يوم التلف او يوم الفسخ (فهى) اى العين المتلفة (فى ضمان المتلف) فحال اتلاف الاجنبى و هو فى يد المشتري (كما لو كانت العين فى يد الاجنبى) ففسخ العقد ذو الخيار، فانه يرجع الى الاجنبى ببذله.

و من انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلثن فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثلثن و صار فى ذمته، لانّ ضمان المتلف محلّه الذمة، لا الامور الخارجية.

و حاصل وجه الرجوع الفاسخ الى الاجنبى ان الكتاب كان فى مقابل الثمن، فاذا اتلف انسان الكتاب سدّ فراغه الثمن، فكانّ 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 المكانين، و لكننا اتبعنا السيد الطباطبائي حيث انه ذكر ان «الفاسخ» غلط و ان «المفسوخ عليه» صحيح، و ان كان بالامكان تصحيح «الفاسخ» أيضا، و لكنه بنوع من التكلف اما تصحيحه «المفسوخ عليه» الى «الفاسخ» فى آخر العبارة فلم يظهر لى وجهه.

و اما وجه الرجوع الى صاحبه- طرف المعاملة- لا المتلف فهو ما ذكره بقوله: (و من انه اذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثلثن فى ملكه) اى دخل الثمن حال العقد فى ملك البائع، فحيث دخل المثلثن فى ملك البائع ليكون تلفه عليه (خرج عن ملكه بدل المثلثن) اى الثمن (و صار فى ذمته) اى صار ضامنا له.

و انما صار فى ذمته (ل) انه صار ضامنا له.

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

و ما 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، لا انه بدل خارج يترتب عليه جميع احكام العين حتى بالنسبة الى غير التلف.

فهذا البدل نظير بدل العين لو

اشتغال ذمة الطرف و هو البائع، ببديل المتلف.

و اما بالنسبة الى عدم اشتغال ذمة المتلف الاجنبى، فلما ذكره بقوله: (و ما 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 للبائع صار بدله للمشتري، فاللازم رجوع المشتري الى المتلف.

قلت: (كونه) اى ما فى ذمة المتلف (بدلا عن العين انما هو) اى البدل (بالنسبة الى التلف) بدل (من حيث وجوب دفعه الى المالك كالعين لو وجدت).

فكما انه اذا كانت العين التى هى للبائع موجودة و كان الواجب على الاجنبى ان يسلمها الى البائع، كذلك اذا تلفت العين لزم على الاجنبى تسليم بدلها الى البائع (لا انه) 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 إليه، لا الى البائع.

(فهذا البدل) الذى هو فى ذمة الاجنبى (نظير بدل العين لو

باعها المشتري، ففسخ البائع، فانه لا يتعين للدفع الى الفاسخ.

و اما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة فى ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ، وبالقيمة

باعها المشتري) و كان للبائع الفسخ (فسخ البائع، فانه) ليس يبدل، بمعنى انه (لا يتعين للدفع الى الفاسخ) فالبديل فيما نحن فيه و كذا البديل فى النظر لهما ثمرة واحدة، وهى وجوب الدفع الى البائع، لا اكثر من ذلك.

(و اما الفسخ فهو موجب لرجوع العين) التى هى متعلق الفسخ (قبل تلفها) فى حالكون تلك العين (مضمونة لمالكها على متلفها) فان المتلف ضامن للعين بان يسلمها الى المالك (بالقيمة) فانها حيث تلفت ضمن المتلف القيمة.

فقوله «بالقيمة» متعلق ب «مضمونة» (فى ملك الفاسخ) «فى» متعلق ب «رجوع» (فيكون تلفها) اى العين تلفا بسبب الاجنبى (بهذا الوصف) اى بوصف كونها راجعة الى ملك المفسوخ عليه (مضمونا على المالك لا المتلف) ولذا يرجع الفاسخ الى المفسوخ عليه و هو المالك، لا الى الاجنبى (و من كون يد المفسوخ عليه) اى البائع- فى المثال المتقدم- (يد ضمان بالعوض) اى عوض العين (قبل الفسخ) فان البائع ضامن للمشتري بان يدفع العين إليه او عوض العين اذا تلفت العين بدل ما اخذ منه من الثمن (و بالقيمة

واتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان فيتخيّر فى الرجوع و هذا اضعف الوجوه.

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

(واتلاف الاجنبى أيضا سبب للضمان) لقاعدة: على اليد ما اخذت وقاعدة، من اتلف مال الغير فهو له ضامن (فيتخيّر) 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 الشيء من كيس المفسوخ عليه لم يكن معنى لرجوع الفاسخ الى المتلف، و ان لم يتلف الشيء من كيس المفسوخ عليه لم يكن معنى لرجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه.

ثم لا يخفى ان رجوع الفاسخ الى المفسوخ عليه انما هو بالقيمة المعاوضيّة، و اما الى المتلف فهو بالمثل او القيمة السوقية.

مسئلة و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع، و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار.

ولو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع قضية للخيار.

و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده،

(مسألة: و من احكام الخيار ما ذكره فى التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع، و لا 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.

(ولو تبرع احدهما بالتسليم، لم يبطل خياره) لان التسليم لا يوجب ذهاب حقه (و لا يجبر) الطرف (الآخر) الذى له خيار أيضا (على تسليم ما عنده) لان المسلم قد اسقط حقه، و لا يلازم ذلك اسقاط طرفه حقه أيضا (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، و اسقاط حقه فى الجملة لا يلازم اسقاط حقه الى الاجنبى.

(و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده) لانه قد اسقط حقه

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

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

واما التسليم- ابتداءً- 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 احد الامرين عليه.

بالتسليم، فلا دليل على بقاء حقه بعد ذلك (وله) اى للمسلم (اخذ ما عند صاحبه بدون رضاه) لان حق صاحبه كان فى مقابل حق المسلم، فاذا سقط حق المسلم سقط حق صاحبه أيضا (كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع) فان صاحبه يجبر على تسليم ما عنده (انتهى).

(ويظهر منه) حيث ذكر خلاف الشافعية فى الفرعين الاخيرين فقط (ان الخلاف بين المسلمين انما هو بعد اختيار احدهما التسليم) هل له استرداده، أم لا؟ وهل يتمكن من جبر صاحبه، أم لا؟

(واما التسليم- ابتداءً- فلا يجب من ذى الخيار اجماعا) لا ان العلامة ادعى الاجماع بل يظهر من كلامه.

(ثم انه ان اريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة ان له الفسخ، ف) حيث له الفسخ (لا يتعين عليه التسليم، فمرجه) اى بناء على هذا الوجه يكون مرجع كلام العلامة (الى وجوب احد الامرين عليه) اى يجب على ذى الخيار احد الامرين، الفسخ او التسليم.

و الظاهر انه غير مراد.

وان اريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه اذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله.

ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم: سلطنة الناس على اموالهم و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه.

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

(وان اريد عدم تسلط المالك) الذي ملك بالعقد (على ما انتقل إليه 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 إليه صار ملكا له فهو مسلط عليه، و لا وجه لمنعه عن ماله الذي له سلطة عليه.

(و بالجملة فلم اجد لهذا الحكم وجها معتمدا، و لم اجد من عنونه و تعرض لوجهه).

نعم على قول من يقول انه ما دام الخيار فالملك لم ينتقل فله وجه، اذ ليس الشيء ملكا للمنقول إليه كما لا يخفى، و الله العالم.

ص: 318

و هذا 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 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، و هكذا اذا جعل البائع الخيار لنفسه و تلفت القيمة التى اخذها (و هذا 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، و اذا بطل العقد لم يكن مورد للخيار اصلا (او الخيار المختص بعده) اى بعد القبض، لان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، فاذا كان للمشتري- مثلا- الخيار و تلف المثل، فقد انفسخ العقد و خرج المثل من كيس البائع، فلا مورد للخيار، و هذا بخلاف الخيار المشترك، فاذا تلف احد العوضين فانه يخرج من كيس المنتقل إليه، لا من كيس المنتقل عنه فيبقى مورد للخيار.

و من المعلوم ان تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار، فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار وبعبارة اخرى: تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره، و لا خيار صاحبه، و هو كذلك، لان الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد، و معلوم ان العقد بعد التلف قابل للفسخ.

و لذا يشرع الاقالة حينئذ اتفاقا، فلا مزيل

(و من المعلوم ان تلف العين) مثمانا كان او ثمنا (حينئذ) اى حين كان قبل القبض، او فى زمان الخيار المختص (موجب لانفساخ العقد، فلا يبقى خيار) اصلا (فيكون المراد) اى مراد العلامة (التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار) بل يبقى الخيار على حاله.

(وبعبارة اخرى: تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به) اى بهذا التلف (خياره، و لا خيار صاحبه) سواء كان لهما الخيار او لاحدهما (و هو كذلك) كما ذكره القواعد (لان الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد) فذو الخيار له سلطة بان يفسخ العقد (و معلوم ان العقد بعد التلف) كحاله قبل التلف (قابل للفسخ) فانه اعتبار و الفسخ أيضا اعتبار و العقلاء يرون بقاء الاعتبار و ان تلفت العين.

(و لذا) الذي يقبل العقد الفسخ حتى بعد تلف العين (يشرع الاقالة حينئذ) اى بعد التلف (اتفاقا).

فانه لا فرق بين الاقالة و الفسخ فى انه لو كان المتعلق العين لم يصح، ولكن 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 في 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 او لكليهما (و لا 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).

و عليه (ف) لا خيار بعد التلف، اذ (ينتفى هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب) فيما اذا ظهر المبيع معيبا (فان تخيره بين الرد و الارش) انما هو (لان الصبر على العيب ضرر، ولو مع اخذ الارش) فالشارع خيره بين شيئين ان شاء صبر على الضرر و اخذ التفاوت، و ان 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 ضررهم (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 و انما 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 و الارش فى باب خيار

ص: 321

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 و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.

[مواضع التردد في ثبوت الخيار مع التلف]

اشارة

نعم هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، او يظهر منهم العدم.

[ما ذكره العلامة]

كما تردد العلامة قدس سره في باب المرابحة 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 الشيء معيبا فله الرد (لا بالخيار) فلم يقل: اذا كان الشيء معيبا فله الخيار (اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف) ذلك الرد (على بقاء العين) او كان هناك دليل آخر على ان الخيار خاص بقاء العين، كما اذا جعل الشرط بانه اذا بقيت العين، لى او لك حق الرد (هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس 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 العدم) اى عدم الخيار مع التلف.

«1» (كما تردد العلامة قدس سره) في بقاء الخيار مع التلف (في باب المرابحة) اى اذا باعه بالربح و اخبره برأس المال (فيما لو ظهر كذب

البائع مرابحة في اخباره برأس المال، بعد تلف المتاع، بل عن المبسوط وبعض آخر الجزم بالعدم نظرا الى ان الرد انما يتحقق مع بقاء العين وفيه اشارة الى ما ذكرنا من ان الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة تحققه.

لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد، ثبوت الخيار لوجود المقتضى وعدم المانع.

[ما ذكره المحقق الثاني]

و كما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه.

البائع) ييعا (مرابحة) كذبه (في اخباره برأس المال) و ان رأس المال كان اقل مما اخبره به (بعد تلف المتاع) فهل له الخيار في الرد، أم لا؟ تردّد فيه العلامة مع انه قبل التلف لا اشكال في ان له الخيار في ان يرد المتاع و يسترجع ثمنه (بل عن المبسوط وبعض 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 ردّ (وفيه) اى في هذا الدليل، نظر و (اشارة الى ما ذكرنا من ان الثابت) بالدليل (هو جواز الرد) بعنوان انه ردّ (فيختص الفسخ بصورة تحققه) اى تحقق مفهوم الردّ.

(لكن قوى في المسالك و جامع المقاصد، ثبوت الخيار لوجود المقتضى) للخيار و هو كذب البائع و غبن المشتري (و عدم المانع) اذا التلف لا يوجب ذهاب العين، اما العقد الذي هو متعلق الخيار فهو باق.

(2) (و كما تردد المحقق الثاني في سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه)

و ظاهر تعليل العلامة فى التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه، بعدم امكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع التلف و الاقوى بقائه لان العمدة فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه.

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 مثلا.

فعلله (بعدم امكان الاستدراك) اى استدراك الغبن (حينئذ) اى حين النقل (هو عدم الخيار مع التلف) بطريق اولى.

(و) لكن (الاقوى بقائه) اى بقاء خيار الغبن بعد التلف (لان العمدة فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه).

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 أيضا (مع انه لو استند) فى خيار الغبن (الى الاجماع)- و القدر المتقين من الاجماع هو حالة بقاء العين- (امكن التمسك بالاستصحاب) اى استصحاب الخيار بعد تلفه، لان العرف يرى

الا ان يدعى انعقاده على التسلط على الردّ فيختص بصورة البقاء.

و الحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردّد خيار الرؤية.

و من مواضع التردد ما اذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه ارادتهما التسلط على مجرد الردّ

المتوقف على بقاء العين، فان الفسخ و ان لم يتوقف على بقاء العين، الا- انه اذا فرض الغرض من الخيار الردّ او الاسترداد، فلا- يبعد اختصاصه بصورة البقاء.

انه لا مدخليّة لبقاء العين فالموضوع باق عرفا و ليس ذلك من تسرى الحكم من موضوع الى موضوع.

(الا ان يدعى انعقاده) اي الاجماع (على التسلط على الردّ فيختص) الخيار (بصورة البقاء) اذ بعد التلف لا يسمّى ردّا- كما تقدم شبه ذلك قبل اسطر-.

(3) (و الحق في جامع المقاصد بخيار الغبن في التردد) في انه هل يبقى الخيار بعد تلف العين، أم لا؟ (خيار الرؤية) في انه هل يبقى خيار الرؤية، بعد تلف العين أم لا؟ احتمالا ان.

(4) (و من مواضع التردد) في انه هل يبقى الخيار، أم لا؟ (ما اذا جعل المتعاقدان الخيار) اي خيار الشرط (على وجه ارادتهما التسلط على مجرد الردّ) فقالا- لنا الخيار ان نردّ العين (المتوقف) صدق الردّ (على بقاء العين، فان الفسخ و ان لم يتوقف على بقاء العين) اذ لم يعلقا الفسخ برّد العين (الا انه اذا فرض الغرض من الخيار الردّ او الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء) اي بقاء العين، فاذا تلفت العين و لم

والتمكن من الرد والاسترداد وان كان حكمة في خيارى المجلس و الحيوان، الا ان الحكم اعم موردا من الحكمة اذا كان الدليل يقتضي العموم، بخلاف ما اذا كان اطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به فى الكلام او استظهاره منه بعدم تعلق الغرض الا بالرد، او الاسترداد.

يتمكنا من الرد والاسترداد لم يكن خيار.

(و) ان قلت: اذا كان الحكم بالخيار دائرا مدار الرد فى ما ذكرتم، فلم قلتهم فى خيار الحيوان و المجلس انه يبقى الخيار و لو مع تلف العين؟

و الحال ان مورد الادلة فى هذين الخيارين الرد أيضا.

قلت: (التمكن من الرد و الاسترداد و ان كان حكمة فى خيارى المجلس و الحيوان).

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

و انما كان اعم موردا (اذا كان الدليل) الدال على هذين الخيارين (يقتضي 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 الا بالرد او الاسترداد).

ص: 326

و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في 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 ردّ مثلها او قيمتها.

(و من هنا) الذي ذكرنا استظهار رد العين من كلامهما عند بيع الشرط (يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في 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 المتقين من ظاهر كلامهما، الا اذا صرحا 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 أيضا اذا فقدت العين.

مثلا: احيانا تباع الدار التى تسوى بعشرة آلاف بالف دينار، و من المعلوم ان البائع، انما باع و لم يرهن لاجل الفرار من كون الراهن

لكن لم اجد من التزم بذلك او تعرض له.

و من هنا يمكن ان يقال فى هذا المقام- وان كان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل.

اذ لم تدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط على الردّ او الاسترداد، و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا

ممنوعا عن التصرف لا انه يريد مقابلة الدار بالف دينار فقط.

(لكن لم اجد من التزم بذلك) وقال: بان الثابت من اشتراطهما صورة التمكّن من استرداد المبيع (او تعرض له) فعدم الالتزام من باب عدم التعرض، لا من باب التزام العدم.

(و من هنا) الذي قلنا ان الثابت من الخيار هو صورة التمكّن من استرداد المبيع (يمكن ان يقال فى هذا المقام) اى مقام خيار الفسخ- فى كل مورد كان لاحدهما الفسخ- (- وان كان) هذا القول (مخالفا للمشهور-) لان المشهور يقولون بثبوت الخيار عند التلف (بعدم ثبوت الخيار عند التلف الا فى موضع دلّ عليه الدليل) الخاص ببقاء الخيار حتى بعد التلف.

(اذ لم تدل ادلة الخيار من الاخبار و الاجماع الا على التسلط) اى تسلط من له الخيار (على الردّ او الاسترداد).

فالتسلط انما هو فى صورة التمكّن من ردّ ما عنده و استرداد ما عند طرفه (و ليس فيها) اى فى ادلة الخيار (التعرض للفسخ المتحقق) ذلك الفسخ (مع التلف أيضا).

وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع، لما عرفت في أوّل باب الخيارات من انه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين.

نعم لو دَلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف، او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضا، والله

وقوله «أيضا» يدل على التعرض للفسخ بدون التلف.

(و) ان قلت: أليس المراد بالخيار ملك الفسخ وذلك يتحقق حتى مع التلف.

قلت: (إرادة ملك الفسخ من الخيار) بان يراد بالخيار ملك الفسخ (غير متعينة في كلمات الشارع) لاحتمال إرادة ملك الرد والاسترداد (لما عرفت في أوّل باب الخيارات من انه) اي إرادة ملك الفسخ (استعمال غالب) لمعنى الخيار (في كلمات بعض المتأخرين).

وعليه فاذا تلف المبيع لم يكن خيار، لا خيار اصيل كخيار المجلس ولا خيار مجعول كخيار الشرط.

(نعم لو دَلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق).

و معنى المطلق ما ذكره بقوله: (الشامل لصورة التلف) أيضا، كما يشمل صورة وجود العين (او جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى) الشامل لصورة التلف (ثبت) الخيار (مع التلف أيضا، والله

العالم) بحقائق الاحكام.

ثم انه لو فسخ من له الفسخ وجب على المفسوخ عليه ان يرد عينه اذا كانت موجودة، و بدلها اذا كانت تألفة فورا، لانه ملك غيره فلا يحق له ابقائه عنده، فانه خلاف ادلة السلطنة، و لو ابقاه و تلف كان ضامنا، لان يده عدوانية.

ص: 330

مسئلة لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة بلا خلاف على الظاهر،

لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ، اذ: لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض، و الاصل بقائه، اذ: لم يتجدد ما يدل على رضا مالكة بكونه فى يد الفاسخ امانة، اذ: الفسخ انما هو من قبله.

و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

(مسألة: لو فسخ ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة) لمالكها (بلا خلاف على الظاهر) من كلماتهم (لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ).

و انما كانت مضمونة (اذ لم يسلمها ناقلها الا فى مقابل العوض) المسمى (و الاصل بقائه) اى بقاء الضمان، منتهى الامر فقبل الفسخ كانت مضمونة بالمسمى، و الآن - بعد الفسخ - مضمونة بالمثل.

و انما 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 - و انما اخذه بالضمان قبل الفسخ فالاصل عدم ضمانه.

(و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ) لاثبات ضمانها - اى ضمان العين - بعد الفسخ، حيث قلنا «و الاصل بقائه» (بيان عدم ما يقتضى كونها امانة

مالكية، او شرعية، ليكون غير مضمونة برضا المالك، او بجعل الشارع.

و اذن الشارع فى الفسخ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما فى القبض بالسوم.

و مرجع ذلك الى عموم: على اليد ما اخذت، او الى انها قبضت مضمونة، فاذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعرض الواقعى اعنى المثل او القيمة، كما فى البيع الفاسد.

مالكية) بان كان المالك اودعه اياه (او شرعية) بان يكون الشارع اودعه 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، و معنا اذنه ان يبقى الشئ فى يده امانة حتى يتسلمه المالك.

قلت: (اذن الشارع فى الفسخ، لا يستلزم رفع الضمان عن اليد) لا استلزاما عقليا و لا استلزاما شرعيا (كما فى القبض بالسوم) اى اذا قبضه من يريد الاشراء 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 بالعرض الواقعى اعنى المثل) فى المثل (او القيمة) فى القيمي (كما فى البيع الفاسد) فانه حيث يبطل العرض المسمى

هذا.

ولكن المسألة لا تخلو عن اشكال.

واما العين في يد المفسوخ عليه ففي ضمانها او كونها امانة اشكال.

مما في التذكرة من انه قبضها قبض ضمان، فلا يزول الا بالردّ الى مالكها.

- لفرض ان البيع فاسد- يثبت المثل او القيمة (هذا) كله حسب القواعد الاولية.

(ولكن المسألة لا تخلو عن اشكال) لاحتمال ان يكون عموم: اليد، منصرفا الى الايادي العادية.

وحيث ان يد المتبايعين ليست عدوانية لم يكن وجه للضمان، بل قد يكون مشمولا لقوله سبحانه: مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، هذا تمام الكلام في العين التي في يد الفاسخ.

(واما العين في يد المفسوخ عليه) فاذا فسخ البائع كان المبيع في يد المشتري، فهل هو مضمون أم لا؟ (ففي ضمانها) عند المفسوخ عليه (او كونها امانة) فتلفها بلا تعدّ ولا تفریط لا يوجب خسارة على المفسوخ عليه (اشكال).

وجه الضمان ما ذكره بقوله: (مما في التذكرة من انه قبضها قبض ضمان فلا يزول) الضمان (الا بالردّ الى مالكها) لاستصحاب الضمان قبل الفسخ الى ما بعد الفسخ، منتهى الامر في الاول كان ضمان المسمّى، وبعد الفسخ يكون ضمان المثل او القيمة- كما تقدم-.

ص: 333

و من ان الفسخ لمّا كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضى للاستيمان.

وضعه في جامع المقاصد بانّ مجرد هذا الا يسقط الامر الثابت و الله العالم هذا بعض الكلام في الخيارات و احكامها، و الباقي محول الى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء، و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله.

(و من ان الفسخ لمّا كان من قبل الآخر) كالبائع في المثل (فتركه) اي ترك الآخر (العين في يد صاحبه) - كالمشتري في المثل - (مشعر) ذلك الترك (بالرضا به) اي بكونه في يد صاحبه (المقتضى) ذلك الرضا (للاستيمان) فلا ضمان.

(وضعه) اي عدم الضمان (في جامع المقاصد بانّ 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 (و الله العالم، هذا بعض الكلام في الخيارات و احكامها، و الباقي) من الخيارات حيث انهاها بعضهم الى أربعة عشر قسما، و من احكامها التي قد ذكرت جملة منها في الجواهر، و جملة منها في حاشية السيد الطباطبائي و غيرهما (محول الى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء، و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله) الطاهرين.

بعونه تعالى سيصدر القسم الاخير من الكتاب (ايصال الطالب الى المكاسب) عن قريب و يبحث في: (النقد و النسيئة) فعند ذلك نتوابع مع الاخوان و نسأل من الله العزيز التوفيق للجميع.

الناشر

ص: 335

الموضوع الصفحة مقدمة الشارح 3

في بيان حكم الشرط الفاسد 5

في احكام الخيار 63

في ان ارث الخيار ليس تابعا لارث المال 69

في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار 90

فيما اذا اجتمعت الورثة على الفسخ 119

فيما لو كان الخيار لا جنبي و مات 127

في سقوط الخيار بالتصرف 132

في حصول الفسخ بنفس التصرف او قبله 148

فيما لو اشترى عبدا بجارية 173

في عدم جواز تصرف غير ذي الخيار 180

في ان المبيع يملك بالتصرف 231

في كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار 274

في انه لا يجب على المتبايعين التسليم في زمن الخيار 316

في ان الخيار لا يبطل بتلف العين 319

فيما لو فسخ ذو الخيار فالعين مضمونة في يده 331

محتويات الكتاب 336

ص: 336

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان
الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

