

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضموناً على المشتري كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.»

خلاصه مطالب گذشته

مرحوم شیخ (أعلي الله مقامه شریف) بعد از نقل کلام صاحب مقایس (ره) فرموده‌اند: باید ببینیم که در فسخ چه مبنایی داریم؟ در باب فسخ دو مبنای مهم در بین فقهاء رایج است؛ مبنای اول این است که در فسخ معتبر است که فاسخ ملک را از مفسوخ علیه تلقی کند، یعنی در موردی فسخ امکان دارد که ملک از مفسوخ علیه خارج شود و داخل در ملک فاسخ قرار بگیرد.

اگر این مبنا را معتبر دانستیم، در ما نحن فیه که بایع من ینعتق علیه را فروخته، امکان ندارد که این ملک یعنی این مال از ملک مشتری خارج و به ملک بایع داخل شود، چون این مبیع به مجرد اینکه بیع واقع شد، یک ملکیت تقدیریه و فرضی برای مشتری محقق شده، که بعد از آن این مبیع خود به خود آزاد شده است.

نتیجه این می‌شود که هر ملکیتی را برای این مشتری در هر زمانی بخواهیم تصویر و فرض کنیم، هیچ اثری غیر از انعتاق ندارد، یعنی اگر صد مرتبه‌ی دیگر هم برای ملکیت مشتری را نسبت به من ینعتق علیه فرض کنیم، تنها اثر این ملکیت انعتاق است.

در نتیجه اگر کسی بگوید که: بعد از «فسخ» بایع، من ینعتق علیه تقدیراً و فرضاً دو مرتبه داخل در ملک مشتری شود و بعد از ملک مشتری خارج و در ملک فاسخ داخل گردد، می‌گوییم که این خلاف فرض است، چون فرض کردیم که این ملکیت تقدیریه هیچ اثری غیر از انعتاق ندارد، مانند سایر موارد ملکیت نیست که آثار متعدد داشته باشد، بلکه تنها اثرش انعتاق است.

لذا مرحوم شیخ (ره) فرموده: بنا بر این مبنا که بگوییم: در فسخ خروج مال از ملک مفسوخ علیه و دخولش در ملک فاسخ معتبر است، حتی اگر مبنای صاحب مقایس (ره) را هم قائل شویم، که خیار به عقد است و انعتاق به ملک است، باز هم در اینجا فسخ محقق نمی‌شود.

مبنای دوم در باب فسخ

مبنای دوم در باب فسخ این است که بگوییم: در باب فسخ خروج مال از ملک مفسوخ علیه معتبر نیست، بلکه فسخ معنایش این است که وقتی فاسخ گفت: «فسخ»، اگر عین مال موجود است، همان به ملک فاسخ می‌آید و اگر عین مال موجود نبود و تلف

شده یا در حکم تلف است، مثل اینکه مشتری این مال را به دیگری فروخته، در اینجا قیمت این مال به ملک فاسخ می‌آید.

شیخ(ره) فرموده: اگر این مبنا را در باب فسخ قائل شویم، که اوفق به عمومات خیار هم همین است، در اینجا هم قائل به خیار شده می‌گوییم که: برای بایع خیار مجلس وجود دارد و بایع، -ولو عبدي را به مشتری فروخته که پدرش است، که خود به خود هم آزاد می‌گردد- اگر بگوید: «فسخت» و پول را تحویل مشتری دهد، حال که عبد وجود ندارد، مشتری باید قیمتش را به بایع برگرداند، که عرض کردیم گاهی اوقات بین قیمت و ثمن معامله فرق وجود دارد.

عدم خیار بر فرض علم بایع و مشتری

بعد در اینجا مطلبی را مطرح کرده فرموده‌اند: مگر در جایی که بایع و مشتری عالمنده به اینکه این مبیع من ینعتق علی مشتری است، که قاعده این است که بگوییم: چون اینها بر ابطال و إخراج از مالیت اقدام کرده‌اند، لذا در اینجا نه نسبت به عین و نه نسبت به قیمت خیاری وجود ندارد.

در موردی که اقدام بر إخراج از مالیت است، دیگر خیار وجود ندارد، بلکه خیار در جایی است که بعداً بخواهد تروی کند و ببیند به ضررش بوده یا نه؟ اما در اینجا از اول می‌خواسته بر اتلاف اقدام کند، لذا نسبت به قیمت هم خیار نیست، چون وقتی که نسبت به عین مال إتلاف و إخراج از مالیت است، دیگر نسبت به قیمت هم خیاری وجود ندارد.

2- استثنای دوم: «العبد المسلم المشتري من الكافر»

استثنای دوم در مورد مبیعی است که در آن مبیع خیار مجلس وجود ندارد و آن در جایی است که عبد مسلمانی را از کافری خریداری کنند، که بعد از اینکه معامله تمام شد در اینجا خیار مجلس وجود ندارد.

شیخ(ره) فرموده: این مسئله و استثناء بنا بر این مبناست که قائل شویم به اینکه کافر اختیاراً مالک مسلمان نمی‌شود و اگر زمانی مالک مسلمان باشد اضطراراً و عرضاً است، مثل جایی که کافری عبد کافری داشته، اما این عبد کافر مسلمان شده، در اینجا بعد از اینکه مسلمان می‌شود، نمی‌گویند که: از ملک این مولای کافر خارج می‌شود، بلکه می‌گویند: باید او را مجبور کنند بر اینکه این عبدش را بفروشد.

لذا اگر فقیهی گفت: به نظر من مالکیت کافر نسبت به عبد مسلمان بلاشکال است، دیگر این استثناء به طور کلی موضوعش منتفی می‌شود.

در اینجا در اینکه خیار برای هر دو نیست، یعنی نه بایع و نه مشتری و یا اینکه خصوص بایع خیار ندارد کلمات مختلف و دو نظریه است.

نظریه اول: عدم وجود خیار مجلس نه برای بایع و نه مشتری

یک نظریه این است که بگوییم: نه نسبت به بایع خیار مجلس است و نه نسبت به مشتری، نه در عین یعنی خود این عین عبد مسلمان و نه در قیمتش.

اما در عینش خیار نیست، چون اگر بگوییم: خیار مجلس وجود دارد، معنایش این است که بایع یا مشتری می‌توانند از خیار مجلس استفاده کنند، یعنی دوباره این عبد به ملک کافر برگردد، در حالی که گفتیم: کافر اختیاراً نمی‌تواند مالک مسلمان شود، که این را رد کردیم.

اما نسبت به قیمت هم خیار نیست، چون وقتی گفتیم که: امکان رجوع خود عین یعنی عبد مسلم، به ملک بایع نیست و وقتی تعلق خیار نسبت به خود عین منتفی شد، نسبت به قیمت هم که بدلش هست منتفی می‌شود.

بعد شیخ(ره) فرموده: مرحوم فقیه آملی(ره) در مفتاح الکرامه همین نظریه را داشته که بگوییم: در این معامله نه برای بایع و نه برای مشتری، نه نسبت به عین و نه نسبت به قیمت خیار مجلس وجود ندارد و عبارتی از ایشان را در اینجا آورده که ایشان فرموده است: «إنَّه یباع و لا یثبت له خیار المجلس و لا الشرط»

نظریه دوم: عدم وجود خیار مجلس برای بایع و ثبوت آن برای مشتری

بعد در کلام فقیه آملی(ره) احتمال دوم داده که این احتمال با کلام فخر المحققین(ره) در کتاب ایضاح هم موافق است و آن این است که بگوییم: مرحوم فقیه آملی(ره) صاحب مفتاح الکرامه نظرش این است که خیار فقط برای بایع نیست اما منع خیار برای مشتری نکرده است.

شبهه این مطلب را صاحب ایضاح الفوائد(ره) پسر علامه داشته که فرموده: در جایی که بایع عبد مسلمان را می‌فروشد، در اینجا دو حقیقت وجود دارد؛ از یک طرف استنفاض و از یک طرف دیگر بیع است، یعنی از طرفی می‌خواهیم عبد مسلمان را از دست بایع نجات دهیم و بایع هم می‌خواهد به پولش برسد پس باید وقتی که عبد را می‌فروشد، از طرف او بیع نیست و استنفاض و استیفاء است، اما از طرف مشتری حقیقتاً بیع است.

حال از آنجا که خیار مجلس در بیع است و در این معامله، که بایع کافر عبد مسلمان را به مشتری می‌فروشد، فخر المحققین(ره) فرموده: چون از طرف مشتری فقط بیع است، پس مشتری خیار دارد، اما از طرف بایع، چون صدق بیع نمی‌کند و می‌خواهد پولش را بگیرد و یا نسبت به بایع می‌خواهیم عبد را از دست او نجات بدهیم، واقعاً بیع نیست، لذا خیار مجلس هم ندارد.

نقد و بررسی نظریه دوم

مرحوم شیخ(ره) فرموده: این فرمایش باطل است، به دلیل اینکه ادله‌ی خیار مجلس ظهور دارد در آن معامله‌ای که طرفینش بیع باشد، اما اگر معامله‌ای از یک طرف بیع باشد، دیگر خیار مجلس جریان ندارد.

تطبیق عبارت

«و لا یجوز تقدیره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع»، «لا یجوز» به معنای «لایمکن» است. مرحوم شهیدی(ره) در حاشیه ضمیر در «تقدیره» را به ملکیت برگردانده است، یعنی «تقدیر ملکیت للمشتري»، بعد از اینکه بایع «فسخت» می‌گوید و قبل از آزاد شدن، در خارج ملکیت را برای مشتری فرض کنیم.

اما این مرجع ضمیر با عبارت «خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع»، ناسازگار است و به نظر ما ضمیر «تقدیره» به «من

ینعتق» برمی‌گردد، آن وقت این «بعد الفسخ قبل الانعتاق» را در پرائنتز قرار دهید، یعنی همین عیدی که منعقد است، امکان ندارد که فرض کنیم که من ینعتق از ملک مشتری خارج شده و داخل در ملک بایع شده باشد.

بنا بر این مبنا داریم حرف می‌زنیم که در فسخ معتبر است که هر جا می‌خواست فسخ واقع شود، باید مال از ملک مفسوخ علیه که در این مثال مشتری است خارج و در ملک فاسخ داخل شود، حال مرحوم شیخ(ره) خواسته بگوید که: این در اینجا امکان ندارد، فرموده: «لایجوز...».

حال چه زمانی نیاز به این تقدیر داریم؟ فرموده: تا قبل از اینکه بایع فسخت بگوید، بحثی نیست و مشکلی پیش نیامده است و آنهایی که می‌خواهند این ملکیت و خروج تقدیری و فرضی را مطرح کنند، آن جایی است که بایع «فسخت» خودش را گفته که بگوییم: بعد از آن و قبل از اینکه واقعاً آزاد شود، دوباره بیاید به ملک مشتری آمده و از ملک مشتری به ملک بایع برود، «ثُمَّ انعتاقه مضموناً علی مشتری»، سپس باید انعتاق در ملک بایع حاصل شود، که این از ملک بایع خارج و آزاد می‌شود، اما قیمتش بر ذمه‌ی مشتری باشد.

اما شیخ(ره) فرموده: «لایمکن...»، که وجهش همان مطلبی بود که دیروز در آخر بحث عرض کردیم که بر این ملکیت مشتری یک اثر بیشتر مترتب نیست و آن انعتاق فوری و قهری است.

(سؤال و پاسخ استاد محترم) بالأخره این عبد باید آزاد شود و منعقد است، حال می‌خواهیم کاری کنیم که ملاک فسخ، که خروج از ملک مفسوخ علیه و دخول در ملک بایع است محقق شود، منتهی اشکال همین است که هر آنی را فرض کنید که این عبد داخل در ملک مفسوخ علیه است، در همان آن از ملک مفسوخ علیه آزاد می‌شود، این جواب این مطلب است.

«کما لو فرض...»، بعضی از محشین مثل مرحوم شهیدی(ره) گفته‌اند که: این «کما...» تشبیه در منفی است، اما بعضی دیگر محشین گفته‌اند که: این «کما...» تشبیه در نفی است، که حرف صحیح هم همین است، یعنی موردی می‌آوریم که در آن هم تقدیر ملکیت «لایجوز»، که مثالش این است که اگر معامله‌ای واقع شود که بایع خیار دارد، حال اگر مشتری در زمان خیار، مبیع را در عقد لازمی، به شخص ثالثی منتقل کند، در اینجا مرحوم شیخ(ره) فرموده: امکان ندارد که بگوییم: این مبیع یک لحظه تقدیراً داخل در ملک بایع شده است و از ملک بایع خارج شده است، در ما نحن فیه هم چنین ملکیت تقریریه‌ای امکان ندارد.

«کما لو فرض بیع مشتری للمبیع فی زمن الخیار ثم فسخ البائع»، اگر مشتری مبیع را در زمان خیار بفروشد، که خیار برای بایع است و بعد از آن بایع فسخ کند، در اینجا شیخ(ره) فرموده: حال که مبیع را فروخته، الآن که «فسخت» می‌گوید، قیمتش را باید به بایع بدهد، اما نیازی نیست و امکان آن هم نیست که بگوییم: قبل از اینکه بفروشد، ملکیت تقریریه‌ای برای بایع ما فرض کنیم و بعد بگوییم که: از ملک بایع خارج شده است، برای اینکه در کتاب البیع برای ملکیت تقدیریه گفتیم که: جمع بین الأدله آن را اقتضاء می‌کند و ما را به این وادی می‌کشاند که ملکیت تقریریه‌ای را در بعضی موارد درست کنیم، اما آن ملاکی که برای اثبات ملکیت تقریریه‌بود، در اینجا وجود ندارد.

«و الحاصل: أنَّ الفاسخ يتلقَّى الملك من المفسوخ عليه»، فاسخ از مفسوخ علیه که مشتری است ملک را تلقی می‌کند، «و هذا غیر حاصل فیما نحن فیه»، اما این تلقی در ما نحن فیه حاصل نیست، پس خیار مجلس وجود ندارد.

«و إن قلنا...»، این مبنای دوم در باب فسخ است که «إنَّ الفسخ لا يقتضي أزيد من ردَّ العين إن كان موجوداً و بدله إن كان تالفاً أو كالتالف»، اگر بگوییم: فسخ معنایش این است که اگر خود عین موجود است که همان وگرنه اگر تلف شده و یا كالتلف است مثل همین صورت عتق، بدل عین را می‌دهد و بگوییم که: «و لا يعتبر في صورة التلف إمكان تقدیر تلقِّي الفاسخ الملك من

المفسوخ عليه و تملكه منه»، و معتبر نیست که فاسخ ملک را از مفسوخ علیه بگیرد، یعنی در جایی که امکان دارد، مثل جایی که عین موجود است، آن را تلقی می‌کند، اما در جایی که امکان ندارد، نیاز به تلقی نیست، «بل يكفي أن تكون العين المضمونة قبل الفسخ بئمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف»، بلکه کفایت می‌کند که عینی که قبل از فسخ مضمون به ثمنش بود، بعد از فسخ در صورت تلف به قیمتش مضمون باشد.

وقتی معامله واقع می‌شود، عین مضمون در مقابل ثمن و ثمن هم مضمون در مقابل عین است، که به آن ضمان معاوضی و معاملی می‌گویند.

بعد دو شاهد آورده که بعد از تلف عین مضمون به قیمت است؛ شاهد اول این است که «كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدّم من مسألة البيع بشرط العتق ثمّ ظهور المبيع منعقاً على المشتري»، یعنی به این ضمان در مقابل قیمت حکم می‌دهد، جواز فسخ و رجوع به قیمت، آنچه در بحث گذشته خواندیم که اگر بایع بگوید: این عبد را به تو می‌فروشم، به شرط اینکه آن را آزاد کنی و بعد معلوم شود که این عبد منعق است، که در اینجا گفتیم که: بایع می‌تواند «فسخت» بگوید و از خيار شرطش استفاده کند، اما در مقابل این عبد قیمتش را بگیرد، که مضمون به قیمت است.

شاهد دوم این است که «و حکمهم بر رجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم»، اگر معامله‌ای شد که بایع خيار داشت و مشتری در زمان خيار بایع، مبيع را به عقد لازمی که قابل به هم زدن نیست فروخت، در اینجا گفته‌اند که: بایع می‌تواند از خيارش استفاده کند، اما وقتی که از خيارش استفاده کرد، قیمت را از مشتری می‌گیرد، «مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذي هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ»، که در اینجا که مشتری مبيع را در زمان خيار بایع فروخته، امکان ندارد که بگوییم: قبل از اینکه بفروشد، یک آن این مبيع در ملک بایع رفته و به عنوان ملک بایع فروخته، آن هم إنتقالي که به منزله‌ی تلف است، چون گفتیم که: برای ملکیت تقدیریه دلیل می‌خواهیم و در جایی هم که آن را پذیرفتیم، چاره‌ای جز این راه نداشتیم و جمع بین ادله ما را به آن می‌کشاند، اما اینجا نیازی به آن نداریم.

قبلاً عرض کردیم که «كما» تشبیه در نفي است و شاهدش همین عبارت است.

«كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمة»، این جواب آن «أن قلنا ..» است، که این مبنا در باب فسخ و رجوع به قیمت اوفق به عمومات خيار است، اما در اینجا فقط یک استثناء می‌کنیم و آن هم اینکه «إلا مع إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعق عليه»، در جایی که متبايعین علم دارند که مبيع از «من ينعق عليه» و با این حال اقدام بر معامله می‌کنند، «فالأقوى العدم»، یعنی در این فرض اقوی عدم خيار است، «لأنهما قد تواطئا على إخراج عن المالیة»، چون بایع و مشتری بر إخراج از مالیت تواطی کردند، «الذي هو بمنزلة إتلافه»، «الذي» صفت تواطئ است و صفت إخراج که فرقی هم نمی‌کند، یعنی إخراج یا تواطئ که به منزله‌ی إتلاف است.

«و بالجملة، فإن الخيار حق في العين»، خيار حقی مربوط به عین است، «و إنما يتعلّق بالبدل بعد تعذّره لا ابتداءً»، که بهد از تعذر به بدل تعلق پیدا می‌کند.

شیخ (ره) خواسته به یک نکته‌ای اشاره کند و که گفتیم که: در باب فسخ دو مبنا وجود دارد، یک مبنا این است که فسخ در جایی است که ملک را از مفسوخ علیه تلقی کند، که این مبنا روی این است که بگوییم: خيار به عقد تعلق پیدا می‌کند، اما مبناي دوم روی این جهت است که بگوییم: خيار کاری به عقد ندارد و به عین متعلق است، اگر عین موجود است خودش برمی‌گردد و اگر موجود نیست بدلش برمی‌گردد.

بعد فرموده: «فإذا كان نقل العين إبطاً لماليتها و تفويتاً لمحل الخيار»، اگر نقل عین إبطال مالیت و تفویت محل خيار باشد و محل خياری که روی مبنای دوم خود عین است از بین برود، کان «و کان کتفویت نفس الخيار باشتراط سقوطه»، مثل جایی است که خود خيار را با شرط سقوط خيار تفویت کند. «فلم يحدث حق في العين حتى يتعلق ببدله»، که در اینجا از اول حقی در عین حادث نشده است، تا اینکه بخواهد به بدلش تعلق پیدا کند.

«و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع»، که مراد از «بعضهم» صاحب جواهر(ره) است، که تصریح کرده که با إتلاف مبيع خيار بايع می‌گردد.

یک فرعی است که اگر ببینی واقع شد که بايع در آن خيار دارد، حال اگر همین بايع که خيار دارد، مبيع را در يد مشتري اتلاف کند، صاحب جواهر(ره) گفته است که: در اینجا با این کاری که کرده خيارش را از بین برده است.

بعد مرحوم شیخ(ره) یک صغری و کبری درست کرده و فرموده: پس کبری این است که هر جا اتلاف باشد، خيار از بین می‌رود و صغری این است که «و نقله إلى من ينعق عليه كالإتلاف له من حيث المالية»، نقل مبيع از بايع به من ينعق عليه، مثل إتلاف مبيع است، که از حيث مالیت آن را إتلاف کرده است.

«دفع الخيار به أولى و أهون من رفعه»، لذا دفع خيار به این بیع، یعنی اینکه از اول بگوییم: خيار وجود ندارد، أولى و أهون از رفع خيار در جایی است که بايع مبيع را إتلاف می‌کند با إتلافش خيار را رفع می‌کند. اما اینجا که از اول من ينعق را می‌دهد، می‌گوییم: از اول خياری حادث نشده است.

«فتأمل.»، این را مختلف معنا کرده‌اند، برخی گفته‌اند اشاره دارد به اینکه این قاعده «الدفع أهون من الرفع» یک قاعده‌ی عقلی است و صلاحیت برای دلیل شرعی بودن ندارد، یعنی یک اعتبار عقلی است که قابلیت استناد دلیل شرعی را ندارد.

برخی دیگر هم گفته‌اند: بین این دو قیاس مع الفارق است، در جایی که بايع مبيع را در دست مشتري اتلاف می‌کند، این اتلاف کاشف از رضایت بايع به معامله است، که معنایش این است که خيارش از بین می‌رود، اما اینجا که من ينعق را می‌دهد، چنین چیزی وجود ندارد، لذا این قیاس مع الفارق است.

«و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر»، از موارد دیگری که استثناء شده، عبد مسلمانی است که از کافر خریداری می‌شود، «بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً»، بنابر اینکه بگوییم: کافر اختیاراً مالک مسلمان نمی‌شود، اما اضطراراً مالک می‌شود، مثل جایی که یک عبد کافری ملک یک مولای کافری بوده، اما بعداً همین عبد کافر مسلمان شده، که روی اضطرار باید بگوییم که: ملکیت مولای کافر هنوز هم هست، «فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما.»، یعنی نه برای بايع و نه برای مشتري خياری نیست، «أما بالنسبة إلى العين فلترض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تملكه إياه»، اما نسبت به عین خيار نیست چون اگر بگوییم: نسبت به عین برای بايع یا مشتري خيار است، معنایش این است که از خيار استفاده شود، که این عبد دوباره به ملک کافر برگردد، که این دفعه دیگر اضطراری نیست و اختیاری می‌شود و گفتیم که اختیاراً مالک نمی‌شود.

«و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي و لو تقديرًا»، اما نسبت به قیمت قبلاً گفتیم که: فسخ و خيار تعلق به عین پیدا می‌کند و اگر در عینی از اول خيار وجود نداشت، در قیمتش هم خيار نیست، ولو این رجوع به عین تقدیری و فرضی باشد، «لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه»، تا اینکه این عین، به قیمتش بر آن کسی که به او منتقل شده، مضمون باشد.

بعد فرموده: «و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز»، در حالی که در اینجا فرض کردیم که مسلمان نمی‌تواند داخل در ملک کافر شود و این جائز نیست.

«و هذا هو المحكي عن حواشي الشهيد (رحمه الله) حيث قال: إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط.»، یعنی عدم ثبوت خيار به براي بايع و نه براي مشتري، محكي از حواشي شهيد (ره) است که فرموده: عبد مسلمان فروخته می‌شود، اما براي بايع خيار مجلس و شرط نیست.

«و يمكن أن يريـد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري»، چون فرموده: «و لا يثبت له» بگوئیم که: امکان دارد اراده کند عدم ثبوت خيار را براي کافر فقط و اگر چه خيار براي مشتري ثابت است، «فيوافق مقتضى كلام فخر الدين قدس سره في الإيضاح: من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ»، که آن وقت كلام شهيد (ره) با مقتضاي كلام فخرالدين (ره) در كتاب إيضاح موافق می‌شود که فرموده: در جايي که بايع عبد مسلمان را به مشتري می‌فروشد، از طرف بايع بيع نیست و استنقاذ است، «و بالنسبة إلى المشتري كالبيع»، و از طرف مشتري بيع است، لذا می‌گوئیم: آنکه از طرف او بيع است، خيار مجلس دارد، در نتیجه بايع خيار ندارد ولي مشتري خيار دارد.

البته باید مدرک اصلي كلام فخرالدين (ره) را در إيضاح ببینیم، در بعضي از نسخ مکاسب به جاي استنقاذ، إستيفاء هم آمده، که معنایش این است که این مولاي کافر حال که نمی‌تواند از عبدش استفاده کند و آن را نگه دارد، می‌گوید: لا اقل من پولش را به دست می‌آورم، پس از طرف کافر استيفاء است، یعنی پولش را بگیرد، اما استنقاذ یعنی عبد را از چنگ او نجاتش بدهند.

«بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له»، بنا بر اینکه مولاي کافر مالک عبد نمی‌شود، «لأن الملك سبيل» چون ملک سبيل و سلطنت می‌آورد، «و إنما له حق استيفاء ثمنه منه.»، و براي کافر حق استيفاي ثمنش از این عبد است و این استيفاء هم مؤيد بر این است که آن استنقاذ هم باید استيفا باشد.

حال آیا فرمایش فخر الدين (ره) درست است که بگوئیم: از یک طرف بيع نیست و از یک طرف بيع است؟ شيخ (ره) فرموده: «لكن الإنصاف: أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً»، انصاف این است که بنا بر این تقدير دليلي نداریم که مشتري هم خيار داشته باشد، «لأن الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين»، چون دليل خيار مجلس ظهور در این دارد که خيار در جايي است که بيع از دو طرف باشد، پس این اشکال اول که این بر خلاف ظاهر ادله ي خيار مجلس است و خيار مجلس در موردی است که بيع از هر دو طرف باشد.

اشکال دوم این است که «مع أنه لا معنى لتحقيق العقد البيعي من طرف واحد»، اگر بيع هست که از هر دو طرف بيع است و اگر بيع نیست، از هیچ طرفي بيع نیست، «فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين و إلا لم يتحقق أصلاً»، شرایط بيع اگر موجود است، که بيع از هر دو طرف محقق است و اگر موجود نیست، أصلاً بيع محقق نمی‌گردد، «كما اعترف به بعضهم في مسألة بيع الكافر الحربي من ينعق عليه.»، یعنی همان گونه که برخي در مسئله بيع کافر حربي نسبت به من ينعق عليه به آن اعتراف کرده‌اند.

مراد از «بعضهم» صاحب جواهر (ره) است و مسئله‌اش این است که اگر کافر حربي با قهر و غلبه کافر حربي دیگر را به دست آورد، بعد معلوم شد که این کافري را که با قهر و غلبه به دست آورده، مثلاً پدرش هم هست، أحد العمودين است و بعد همین من ينعق عليه را بفروشد، در اینجا صاحب جواهر (ره) گفته است که: بيع اصلاً تحقق پیدا نمی‌کند به دليل اینکه در اینجا از یک طرف موجب ملکيت است، که آن قهر و غلبه است که اقتضاء می‌کند که دائماً ملکش شود و از یک طرف عامل انعقاد است، که این أحد العمودين است.

فخرالدين(ره) فرموده: اين دو دائماً با هم تقابل مي‌کنند، اما اعتناق چون ريشه‌ي ذاتي دارد، بر عامل ملک مقدم مي‌شود و لذا به هيچ وجه بيع تحقق پيدا نمي‌کند.

وصلی الله على محمد و آله الطاهرين