

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين

جلسه ۱۹۴ (یکشنبه ۱۳۹۹/۱۲/۲۴)

کلام در این بود که آیا اگر مشتری عیب در مبيع پیدا کرد، ارش هم می تواند بگیرد یا ارش نمی تواند بگیرد؟ به عبارت اوضح، آیا ارش در عرض فسخ است؟ یا نه، ارش در صورتی است که تصرف کند؟ اگر تصرف نکند ارش نمی تواند بگیرد. فقط حق فسخ دارد؟

مرحوم شيخ اعظم ره فرمود روایات، اخبار، ارش را در صورتی که تصرف کند دلالت می کند. اما در صورت عدم تصرف، به ارش دلالتی دارد.

بعضی ها خواسته اند علی القاعده این ارش را درست کنند که مرحوم شيخ ره فرمود این تاسف است که کسی بخواهد ارش را علی القاعده درست کند.

اما مع ذلك كله ایشان ره می فرماید «فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الاجماع على التخيير بين الرد و الارش» اینجا یک عبارتی مرحوم شيخ اعظم ره در بالا داشت «وقد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الاخبار» که ارش را می خواسته اند از سائر اخبار غیر از روایت فقه رضوی، به دست بیاورند. و اصعب از آن این است که کسی بخواهد این ارش را علی القاعده درست کند.

خب گفتیم از سائر اخبار، ممکن است کسی بگوید "رد" یعنی ردّ فی الجملة، اعم است از ردّ تمام مثنی یا ردّ بعضی از مثنی.

مرحوم آقای ایروانی ره دو تا بیان در فرمایشاتش هست برای این تکلف که یعنی کسی بخواهد ارش را بدون تصرف هم درست کند. اگر تصرف در مبيع بکند که اخبار دلالت بر ارش می کند. ولی اگر تصرف در مبيع نکند، ارش را چطور درست کند؟ می فرماید به این که ثبوت ارش مع التصرف، وقتی که روایات دلالت کرد بر ثبوت ارش مع التصرف، خب تصرف مسقط رد است، وقتی که مسقط رد بود، پس معلوم می شود که ارش، اقوی ثبوتاً از رد و از فسخ است. چون تصرف، فسخ

را ساقط می کند ولی ارش را ساقط نمی کند. خب این معلوم می شود که ارش، اقوی ثبوتاً هست. خب وقتی که قبل از تصرف، فسخ ساقط باشد به طریق اولی و به احری، ارش هم ثابت است. آن وقتی که رد ساقط است، ارش ثابت است. خب وقتی که رد، ثابت است به طریق اولی ارش ثابت است. این یک بیان.

یک بیان دیگر هم این است که می فرماید ممکن است این تکلف، اصطیاد بشود از آنی که در کلام مصنف می آید چون بعداً خواهد آمد که این ارش، کی ثابت می شود؟ آیا به ظهور عیب یا به نفس عقد و از حین عقد؟ آنجا شیخ ره می فرماید آخر ظهور عیب که معنا ندارد که موجب اشتغال ذمه بشود. خب پس لازمه اش این است که این ارش، از حین عقد ثابت باشد.

ایشان می فرماید مقصود مصنف این است که تصرف در واقع سبب اشتغال ذمه نمی شود. اگر اشتغال ذمه ای هست، که از اول هست. اگر هم نیست، که از اول نیست. منتها ایشان می فرماید این وجوه، برای استیناس خوب است ولی برای استدلال خب نیست. برای استدلال باید چه کار کنیم؟ می فرماید تمسک به قاعده نفی ضرر. اگر حکم به خيار در اخبار به مناط نفی ضرر باشد، خب نفی ضرر، چطوری که فسخ را درست می کند، ارش را هم درست می کند. اما اگر خيار در اخبار به تعبد باشد نه به مناط نفی ضرر، خب ضرر کما این که به فسخ مرتفع می شود، به ارش هم مرتفع می شود. بنابراین اگر شما گفتید که این اخبار که دلالت بر خيار می کنند، به جهت تعبد است، این ارش ثابت نمی شود. اما اگر گفتید این اخبار که دلالت بر خيار می کنند، به جهت لاضرر است. خب لاضرر، چطوری که فسخ را ثابت می کند، ارش را هم ثابت می کند چون چطوری که با حق فسخ، ضرر از بین می رود، با ارش هم ضرر از بین می رود.

تلخیص مما ذکرنا که اینها وجوهی بود که به وسیله این وجوه، ممکن بود کسی ارش را علی القاعده یا از اخبار درست بکند. ولی شیخ ره اشکالاتی کرد که علی القاعده، ارش درست نمی شود که آن اشکالات را بررسی کردیم و عرض کردیم ما باشیم علی القاعده یا از آن روایات، ارش در نمی آید.

بعد شیخ ره می فرماید بله اجماع داریم بر تخییر بین رد و ارش.

خب در این اجماع اشکال کرده اند که این اجماع تعبدی نیست. این اجماع، اجماع مدرکی است و به مدرکش که نگاه بکنیم ناتمام است.

بله می فرماید شیخ ره در چند جای مبسوط این را دارد که «ان اخذ الارش مشروط بالیاس عن الرد» وقتی که مایوس از رد شد ارش ثابت می شود.

این را شیخ ره می فرماید اولاً این با ظاهر کلامش در نهایت و با بعضی از جاهای مبسوط، تنافی دارد که فرموده مشروط به یاس است. غیر از این، «ینافیه اطلاق الاخبار بجواز اخذ الارش» بعد یک کلمه دارد «فافهم».

ممکن است کسی بگوید جناب شیخ! شما که فرمودی اخبار، اطلاق ندارد که ارش را ثابت بکند حتی قبل از تصرف و بدون تصرف. اینجا می فرماید ینافیه اطلاق اخبار را، این که تنافی شد بین صدر و ذیل کلام شما.

فافهم ممکن است اشاره به این جهت باشد که تنافی نشد چون اینجا مشروط بالیاس عن الرد، این بالیاس عن الرد را شیخ ره زده به این که یعنی اگر مبیع تلف شد. اگر مبیع تلف شد، شیخ در مبسوط فرموده حق فسخ ثابت است. اطلاق اخبار مخالف این است چون اخبار، دلالت می کند که با تصرف ارش جائز است، حالا چه این تصرف، موجب تلف بشود و چه موجب تلف نشود. آن اطلاقی را که شیخ ره اشکال کرد، آن اطلاق اخبار بود که بگوییم ارش ثابت است سواء تصرف ام لم يتصرف. این را شیخ ره منکر شد. این اطلاق اخباری که اینجا می فرماید، این اطلاق اخبار، مرادش اطلاق اخبار است بالنسبة به حالتی که مبیع تلف بشود یا تلف نشود. لذا هیچ تنافی ای بین صدر و ذیل فرمایش شیخ اعظم ره نیست. فافهم ممکن است اشاره به این نکته باشد که عرض کردیم.

ممکن است اشاره به نکته دیگری باشد و آن نکته این است که ممکن است مراد از این مشروط بالیاس عن الرد، یعنی رد تعبدی که شارع فرموده باشد دیگر حق نداری رد بکنی. نه رد تلف که عقلاً ممکن نباشد. لذا اگر این باشد، با همان تصرف درست در می آید و تنافی با اخبار ندارد.

بعضی ها اشکال کرده اند - در فرمایشات آقای ایروانی ره و فرمایشات دیگران هست - فرموده اند اصلاً ذمه بخواهد از حین عقد مشغول باشد به ارش یا به فسخ، احد الامرین، این در واقع محال است. بعضی ادعای استحاله کرده اند. در فرمایش آقای ایروانی "عدم معقولیة اشتغال الذمة باحد الامرین". من این را نفهمیدم چه اشکال دارد ذمه مشغول باشد به ارش یا به فسخ؟

بعد یک توجیهی خود مرحوم آقای ایروانی ره کرده، آن توجیه این است که بگوییم اصلاً در واقع ذمه مشغول به ارش نیست. خب اگر ذمه مشغول به ارش نیست، پس چیست؟ ایشان می فرماید چطوری که انسان می تواند مال کافر حربی را اصطیاد بکند و بگیرد بدون رضایت او، کسی هم که عینی خرید بعد معیب در آمد و در مبيع هم تصرف کرده بود، می تواند این مقدار از مال بائع را تملک کند مثل مال کافر حربی. این یعنی ساقط است از احترام این مقدار مال. لذا ممکن است بگوییم این ارش که از اول عقد ثابت است؛ نه این که ذمه مشغول است چون عقلاً محال است ذمه مشغول باشد بالتخیر. بلکه مراد این است که این مقدار از مال بائع در حق خصوص مشتری، احترام ندارد و می تواند این مقدار مال را بردارد.

خب این حرف عجیب است. یعنی جناب آقای ایروانی! اگر این بائع مالش را مخفی کرد و زور داشت و نگذاشت که شما از مالش برداری، یعنی معنایش این است که او گناهی نکرده و مالی را از تو نخورده و بر او واجب نیست که چیزی بدهد مثل کافر. کافر که مالش احترام ندارد، معنایش این نیست که بر او واجب است که آن مال را بدهد. شما می توانی برداری. خب شما می توانی برداری، اینجا هم شما می توانی برداری ولی بر او واجب نیست بدهد؟ این خلاف روایات و خلاف فتاوی فقهاست. لذا یا باید بگوییم این ارش، ذمه مشغول نیست و از باب حق التغريم است یعنی مثل باب لقطه که هر وقت مطالبه کرد، به مطالبه ذمه مشغول بشود یعنی بر او واجب است بدهد. یا این

که نه، یک وجوب تکلیفی است. اشتغال ذمه نیست. و اما مثل مال کافر حربی به مقدار ارش، از احترام ساقط باشد، این از آن حرفهایی بود که قابل تفوه نیست.

بعد شیخ اعظم ره عرض کردیم در این مساله متعرض سه تا مطلب می شود. یک مطلب این بود که این هم حق فسخ داشته باشد و هم حق گرفتن ارش داشته باشد که تنها دلیلی که در مقام بود، اجماع بود و عدم الخلاف بود. که این حرف، ناتمام بود. جناب شیخ ره در مبسوط مخالفت کرده به قول شیخ اعظم ره. به همین جهت ما ارش را در عرض فسخ قبول نداریم و این که اصلا ارش، آیا حتی آنجایی که بائع می گوید ولو تصرف کردی ولی من حاضرم عینم را پس بگیرم، آیا اینجا هم ارش ثابت است یا ثابت نیست؟ اینجا در سیره عقلاء ارش ثابت نیست. باید ان شاء الله این را در روایات بررسی کنیم. اجماع ناتمام است و فقط در صورت تصرف آن هم با این قید که بائع حاضر نباشد مالش را پس بگیرد. این یک مطلب بود.

مطلب دوم این بود که آیا ظهور عیب سبب خیار است؟ یا نه، خود وجود واقعی عیب سبب خیار است و ظهور، کاشف و طریق است؟

شیخ ره می فرماید اظهر این است که به مجرد عیب و غبن واقعا خیار ثابت می شود. اگر چه که بعضی عبارتها به وهم می اندازد که ظهور عیب موجب حدوث خیار است مخصوصا که ظهور عیب به منزله رؤیت مبیع است. چطوری که رؤیت مبیع علی خلاف ما اشترط موجب خیار می شود، ظهور عیب هم همینطور است چون گفتیم صحت شرط شده.

علامه ره تصریح کرده که اسقاط خیار رؤیت قبلش جائز نیست به خاطر این که خیار ثابت می شود به رؤیت. خب وقتی علامه بفرماید خیار ثابت می شود به رؤیت، پس باید بفرماید که خیار ثابت می شود به ظهور عیب.

و لکن شیخ ره می فرماید متفق علیه ولو در باب خیار رؤیت محل خلاف است که آیا اسقاط خیار قبل از رؤیت موجب سقوط می شود یا نمی شود؟ ولی در خیار عیب گفته اند جائز است تبری و اسقاط خیار عیب ولو قبل از ظهور عیب.

بعد مرحوم شیخ اعظم ره یک مؤیدی ذکر می کند که ثبوت خيار عیب، ممکن است ما بگوییم به نفس عیب است نه به ظهور عیب. مؤیدش این است که یکی از دو طرف خيار، استحقاق مطالبه به ارش است. اگر شما بگویید که خيار با نفس ظهور عیب می آید نه به نفس عقد، خب لازمه اش این است که مطالبه به ارش هم به ظهور عیب بیاید. شیخ ره می فرماید معنا ندارد که ثابت بشود ارش به ظهور عیب که ظهور عیب، خودش یکی از اسباب اشتغال ذمه باشد. فرموده این لا معنی لثبوته.

آقای ایروانی ره اشکال کرده و نعم ما استشکل که یعنی چه که لا معنی؟ این فقط یک استبعاد محض است. تازه من استبعادش را هم نمی فهمم. چه اشکال دارد که ظهور عیب، موجب مطالبه ارش بشود؟! حالا مرحوم آقای ایروانی ره فرموده مجرد استبعاد است ولی دلیل نمی شود لذا تعبیر به "یؤید" کرده. که عرض کردیم آقای ایروانی ره اشکال کرده که ممکن است ما بگوییم اشتغال ذمه نیست در مقام. آنچه که هست این است که می تواند از مال بائع تملک کند که عرض کردیم و اشکالش را هم عرض کردیم.

بعد مرحوم شیخ ره یک کلمه ای دارد که می فرماید ما ممکن است در خيار عیب، همان حرفی که در خيار غبن زدیم

پس تا اینجا مطلب این شد که شیخ ره فرمود ظاهر این است که ثبوت عیب واقعا موجب خيار است نه ظهور. بعد یک مؤید هم ذکر کرد. بعد از مؤید می فرماید ظاهر از بعضی از اخبار مساله این است که سبب، نفس عیب است نه این که سبب، ظهور عیب باشد چون اخبار مساله این بود که « و به عیب أو عوار» و لکن شیخ ره می فرماید اشکال ندارد. ظاهر بعضی از اخبار این است که نفس عیب سبب است ولی این دلالت نمی کند که نفس عیب، علت تامه است. ممکن است نفس عیب مقتضی باشد و ظهور عیب هم شرط باشد. به همین جهت از اخبار، نمی شود این را در آورد.

بعد می فرماید « فکیف کان فالتحقیق ما ذکرنا فی خيار الغبن» که در خيار غبن گفتیم ممکن بگوییم غبن واقعی سبب اصل خيار می شود. اعمال خيار، با ظهور غبن است. اینجا هم بگوییم اعمال خيار با ظهور عیب است. ما باید بینیم دلیل هر حکمی از احکام خيار، یعنی یک حکمی هست که مربوط

به اعمال خيار است، آنهایی که مربوط به اعمال خيار است، آنها متوقف بر ظهور عیب است. آن حکمی که مترتب بر اصل خيار است، آنجا نفس عقد است. اگر یک جایی هم معلوم نشد که این حکم، مترتب بر اصل خيار است یا مترتب بر اعمال خيار است؟ آنجا قواعد است. بعد هم یک "فافهم" دارد.

من خیال می کنم "فافهم" اشاره به این است که ما هیچ حکمی نداریم که مترتب باشد بر اعمال خيار. بعد هم اگر یک کسی خیال می کرد که خيار حیوان دارد. اعمال کرد، بعد معلوم شد که عیب دارد، خب خيار عیب دارد. اعمال خيار هم متوقف نیست بر ظهور عیب.

و آخرین مطلبی که در ما نحن فیه هست این است که شیخ ره می فرماید در این خيار، فرقی بین ثمن و مثن نیست کما صرح به العلامة و غیره در باب صرف و این مما لا خلاف فیه است. اگر چه که مورد اخبار، مبیع است چون که معمولاً ثمن از نقود است و عیب در نقود معنا ندارد. به همین جهت ایشان می فرماید فرقی بین ثمن و مثن نیست.

مرحوم سید یزدی ره به شیخ اشکال کرد. شیخ ره آنجا فرمود که ظاهر از بعضی از اخبار مساله این است که سبب، نفس عیب است و لکن این دلالت بر علیت تامه نمی کند. ممکن است که بگوییم ظهور عیب شرط است. سید ره اشکال کرده که اگر گفتیم سبب، نفس عیب است، اینجا شما باید دلیل بیاوری که شرط، ظهور عیب است و الا این خلاف ظاهر است. به مجرد این که احتمال دارد ظهور عیب شرط باشد، این که دلیل نمی شود ما از ظاهر اخبار که علیت تامه است رفع ید بکنیم.

مگر این که مرحوم شیخ انصاری ره بفرماید ظهور در علیت تامه ندارد.

نه، قطعاً ظهور در علیت تامه دارد چون راوی می گوید من یک چیزی خریدم و به عیب او عوار، حضرت فرمود خيار دارد مادامی که تبری نجسته باشد از عیب. خب این ظاهرش این است که تبری نجسته باشد از عیب، یعنی خيار قبلش هست.

و للكلام تتمه ان شاء الله فردا.

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين.