

بسم الله الرحمن الرحيم

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

جلسه ۱۹۵ (دوشنبه ۱۳۹۹/۱۲/۲۵)

کلام در این بود که ارش آیا در عرض فسخ است که ذوالخيار که معمولاً مشتری است، مخیر است بین این که معامله را فسخ کند یا ارش بگیرد؟ یا نه، ارش در صورتی است که تصرف کند در مبیع و الا قبل از تصرف نمی تواند ارش بگیرد؟

مرحوم شیخ اعظم ره فرمود در عرض هم است چون درست است که اخبار اطلاق ندارد و علی القاعده نمی شود ارش را در عرض فسخ درست کرد و فقه رضوی که سند ندارد. روی این جهت در ما نحن فیه تنها و تنها دلیلی که شیخ ره می آورد می فرماید «و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة بل الإجماع على التخيير بين الردّ و الأرش» عدم خلاف هست. نقل اجماع شده. این اجماع معتضد به شهرت است.

نگویید که شیخ طوسی ره در چند جای مبسوط فرموده اخذ ارش مشروط بالیأس عن الرد. خب پس اجماع منعقد نمی شود.

این کلام شیخ طوسی ره را می فرماید اولاً در جاهای دیگری در مبسوط بلکه در ظاهر کلامش در نهاییه بلکه در خلافش، فرموده که ارش در عرض رد است. مضافاً به این که این کلام شیخ طوسی ره منافات با اطلاق اخبار دارد. خب اینها را در روز گذشته عرض کردیم.

حالا ما چه بگوییم؟ بگوییم ارش در عرض فسخ و رد است یا نه؟

مرحوم سید یزدی ره اینجا مطالبی فرموده و تقریباً مطلب را مستوفی بحث کرده و این کلمات را در این بحث حداقل، نه شیخ اعظم ره آورده و نه مرحوم آقای خوئی ره آورده. حالا ممکن است در جاهای دیگر باشد. ما چون اینجا سید یزدی ره بحث کرده و جایش هم همینجاست، حالا نمی

دانم چرا شيخ ره اينها را ذکر نفرموده. على اى حال ما اينها را بررسى مى کنيم ان شاء الله، بعد وارد مسقطات خيار عيب مى شويم.

چند وجه ممکن است در مقام، استدلال شود براى اين که ارش در عرض فسخ و رد است.

وجه اول اين است که فقه رضوى، روايتش ضعيف است ولى عمل اصحاب جبرش ميکند. مشهور است و منجبر به عمل اصحاب است.

اين را اشکال کرده اند که اصلا فقه رضوى، روايت بودنش معلوم نيست. بايد اول روايت باشد تا بعد بگويم خبر ضعيف منجبر مى شود به عمل اصحاب.

اين اشکال به عقل قاصر ما وارد نيست چون تارة مشهور به اين خبر استناد کرده اند. خب اگر استناد کرده باشند، خود اين استناد خبر بودنش را ثابت مى کند. اين که ما بگويم فقه رضوى، فتاواى پدر صدوق ره است، على بن موسى بابويه قمى که اين کتاب فقهى را داشته و شيخ بها ظاهرا رفته بوده در يک سفرى کتابى را پيدا مى کند که نوشته بوده فقه على بن موسى. بعد او فکر کرده که فقه على بن موسى الرضا عليه السلام هست. و قدما فتوايشان متن روايات بوده. شاهدش هم اين است که آنچه که در اين کتاب هست، اکثرش مطابق با فتاواى مرحوم پدر شيخ صدوق است. لذا اصلا اين روايت نيست. ما عرض مى کنيم اگر مشهور استناد کرده باشند، خود استناد مشهور، چطورى که ضعف سند را درست مى کند، روايت را هم درست مى کند و معلوم مى شود که ما اشتباه مى کنيم و اين روايت است. و اگر استناد نکرده باشند، اين حرف معنا ندارد که شما بگويد اين ثابت نيست که روايت باشد تا بعد بگويم که منجبر به عمل اصحاب است. مضافا به اين که قبلا عرض کرديم اصلا يک خبر در مقام باشد يا نباشد، اثر عملى ندارد چون يا اين فتواى مشهور حجت است و يا حجت نيست. اگر حجت باشد، مثلا کسى بگويد کاشف از تسالم اصحاب است، خب اين خودش روايت باشد يا نباشد چه اثرى دارد؟ اگر حجت نباشد و کسى بگويد مشهور کاشف از تسالم نيست، چه بسا ممکن است اشتباه بکنند؛ خب اين که دليل نمى شود و روايت هم باشد فائده ندارد. اگر مقصود اين است که يعنى يک قرائى پيدا کرده اند بر صدق اين روايت؛ اگر اين مشهور

عملش کاشف از این باشد که یعنی یک قرائنی پیدا کرده اند بر صدق این روایت که آن قرائن حجت است، خب اگر چنین چیزی درست باشد ما همین حرف را می زنیم که می گوییم مشهور وقتی که این فتوی را داده اند معلوم می شود که یک دلیلی پیدا کرده اند. چطور کاشف از قرائن قطعیه هست بر صدق حدیث، خب کاشف از دلیل هم هست. چه فرقی می کند. لذا نمی دانم این اشکال چه وجهی دارد که بعضی ها ذکر کرده اند؟!

پس این که سید یزدی ره اشکال کرده و فرموده « و الرضوی لم یثبت خبریته لینجبر ضعفه بالشهرة » این را ما نمی فهمیم.

اما دلیل دومی که ذکر کرده اند، گفته اند به لا ضرر. که این تخییر مذکور، مستفاد از لا ضرر است. خب چرا؟ چون گفته اند لزوم بدون ارش، ضرری است. خب رفع این ضرر یا به فسخ است یا به ارش است. لزوم با ارش که ضرری نیست. لزوم بدون ارش ضرری است.

این کلام را هم مرحوم سید یزدی ره اشکال می کند و می فرماید اولاً نقض به سائر الخيارات. خب اگر قرار باشد که این حرف را بزیم در خيار غبن هم همین حرف را می شود زد. در خيار غبن هم می شود گفت که اگر این ارش بگیرد، این مغبون می شود. لزوم بدون ارش غبن است و الا لزوم با ارش که غبن نیست. در خيار رؤیت هم همینطور می توانیم بگوییم. حتی در خيار شرط هم همینطور می توانیم بگوییم. حالا در خيار شرط ممکن است کسی اشکال بکند. خب اولاً نقض به سائر خياراتی که به قاعده لا ضرر اثبات شده مثل خيار غبن و خيار رؤیت که اینها به قاعده لا ضرر اثبات شده.

اشکال دوم این است که اگر قرار باشد شما بگویید لزوم بدون ارش ضرری است؛ خب لازمه اش این است که امر به دست بائع باشد چون بائع دلش بخواهد ارش را انتخاب می کند و اگر بائع بخواهد فسخ را انتخاب می کند و حال آن که فقها فرموده اند امر به ید مشتری است. مشتری می تواند فسخ را انتخاب کند و می تواند ارش را انتخاب کند.

اشکال سوم این است که لاضرر، می فرماید من حکم ضرری را بر می دارم. حکمی که یوجب الضرر در مقام، لزوم است. نه لزوم بدون ارش. لزوم بدون ارش یعنی چه؟! «إذ لا مقتضي للأرش حتى يكون عدمه موجبا للضرر فالمرفوع هو اللزوم و لا دليل على ثبوت الأرش» چون ارش که در کار نیست.

«و رابعا أن إلزام البائع بالأرش ضرر عليه» رابعا اشکال کرده که الزام بائع بدون ارش ضرر است. اگر شما بخواهید بگویید که بائع باید ارش بدهد، ضرر بر اوست. بله اگر رد ممکن نباشد، اینجا قاعده لاضرر ارش را اثبات می کند اما اگر رد ممکن باشد، ما بخواهیم به بائع بگوییم تو ارش بده، اینجا ضرری است.

این اشکالاتی است که مرحوم سید یزدی ره به لاضرر وارد کرده.

خب ما در جای خودش گفتیم که لاضرر اصلا اثبات خیار نمی کند چون لاضرر در واقع می گوید این معامله باطل است یا حداقل این است که لاضرر، جامع بین بطلان و جواز فسخ را اثبات می کند. اما این اشکال سومی که به قاعده لاضرر کرده که اصلا آنچه که ضرری است لزوم است نه لزوم بدون ارش. خب این ممکن است ما یک اشکال کنیم و بحثش نظائر هم دارد و بحث مفیدی هم هست. مثلا یک جانی هست که این آقا نان دارد و شما دارید از گرسنگی می میرید یا مریض می شوید. حرمت تصرف در این نان، برای تو ضرری است. خب ممکن است کسی بگوید جواز تصرف تو در این نان هم بر مالک ضرری است. گفته اند خب می گوییم جواز تصرف با قیمت نان. اگر قیمت نان را بدهی، دیگر جواز تصرف بر او ضرری نیست. اطلاق جواز تصرف، بر او ضرری است. ولی تقیید بکنیم جواز تصرف را به این که اگر پول این نان را بدهی، یا مثلا در باب کسی که زنش را اذیت می کند، زندگی با این مشکل است، اگر بخواهد این زن برود بدون طلاق، اطلاق لاضرر در ما نحن فیه قابل اخذ نیست. ولی این جواز نکاح بعد از آن که حاکم طلاق بدهد، شک داریم، به لاضرر تمسک می کنیم. فکر می کنم اگر اشتباه نکنم آقای صدر در یک جاهایی طلاق حاکم را به همین وسیله لاضرر ثابت کرده.

اشکالی که مرحوم سید یزدی ره کرده این است که آنچه که در مقام، ضرری است لزوم است. می گوئیم نه، اطلاق لزوم ضرری نیست. لزوم اطلاق دارد، چه او ارش بدهد و چه ارش ندهد، این معامله لازم است. ولی اگر او ارش بدهد، لزوم با وجوب رد ارش ضرری نیست. چرا لاضرر این را بر ندارد؟ ایشان می فرماید «إذ لا مقتضى للأرش». مقتضی برای ارش نمی خواهیم. اطلاق این حکم. کما این که اگر شما بخواهید وضو بگیرید، اطلاق جواز وضو ولو با آب سرد، خب اگر اطلاق یک حکمی ضرری شد، شارع اطلاق را بر می دارد. اصلش که ضرری نیست. اصلش را چرا بردارد؟ این اشکالی که ایشان کرده، فثیاً جواب ندارد. ولی قابل اخذ هم نیست. پس اگر اینطوری باشد، شما مثلاً فرض کنید اگر خانه این آقا را خراب نکنید، شما خیلی ضرر می بینید. بگوئید حرمت تصرف در این ملک، الآن برای من ضرری است. اگر بگوئید جواز تصرف بر او ضرری است. می گوید نه اگر پولش را بدهی ضرری نیست چون کار او اصلاً بساز و بفروش است. او اصلاً نمی خواهد در این خانه بنشیند. خب اینجا ما بگوئیم پس جائز است تصرف کنید. اینها قابل اخذ نیست. یعنی انسان می فهمد که این رویه را در فقه، فقها قبول نکرده اند ولو این که جواب فثی هم ما نداریم مگر این که کسی بگوید در سیره عقلاء این نوع اطلاقات قابل اخذ نیست کما این که قبلاً گفتیم، چون اطلاق، به سیره عقلاست و عقلاء باید این کار را بکنند. اینها قابل اخذ نیست و شاید نظر سید یزدی ره هم همین باشد اگر چه که عبارت، ناقص است

اما این که فرموده «الزام البائع بالارش ضرر علیه» ما بائع را بر ارش الزام نکردیم. ما می گوئیم که چه اشکال دارد که ما بگوئیم خیار عیب، اگر چنانچه او حاضر به ارش شد، اینجا جواز رد ندارد. اگر دلیل ما بر خیار، لاضرر باشد، انصافش این است که ارش ثابت می شود.

خب از اینجا روشن شد که این اشکال دومی ایشان هم ناتمام است چون اشکال دوم این است که لازمه ذلک این است که امر به دست بائع باشد. خب چرا امر به دست بائع باشد؟ چون بائع اگر بگوید «من ارش می دهم، تو فسخ نکن»، خب این هم ممکن است ما بگوئیم که امر باید به دست بائع باشد به چه دلیل؟ لاضرر می گوید حکم ضرری جعل نکردم. لزوم، ضرری است. اگر او ارش

بدهد، بگوید ضرری نیست، خب اگر او ارش بدهد ضرری نیست، ممکن است بگوییم که اینی که این را مجبور کند به گرفتن ارش، این هم ضرر بر این است مگر این که کسی جواب دهد که نه، ضرر نیست چون این به لحاظ مالی، چیزی از دستش نمی رود. مگر این که اصلا این معیب، به درد این اصلا نخورد که آن از محل بحث خارج است.

فتلخص مما ذکرنا که اگر لاضرر، دلیلش باشد می شود لولا آن اشکالی که عرض کردیم این خلاف ارتکاز متشرعه و خلاف اطلاق در سیره عقلاست، بعید نیست که ما بتوانیم به وسیله لاضرر، ارش را هم ثابت کنیم ولو این که ما عرض کردیم اصلا لاضرر، خیار را ثابت نمی کند.

و لکن در مقام، مرحوم سید یزدی ره روایاتی را ذکر فرموده که این روایات، ممکن است از آن استفاده شود تخییر بین رد و بین ارش.

یکی از آن روایات، « کخبر عمر بن یزید قال کنت أنا و عمر بالمدينة فباع عمر جرابا هرويا کل ثوب بكذا و کذا فأخذوه فاقسموه فوجدوا ثوبا فيه عيب فقال لهم عمر أعطیکم ثمنه الذي بعتمکم به قالوا لا و لکننا نأخذ منک قيمة الثوب فذکر ذلك عمر لأبي عبد الله ع فقال يلزمه ذلك » جراب یعنی یک بسته ای که هر ثوبش به این قیمت. بعد گرفتند و تقسیم کردند و ثوبی را یافتند که در آن عیب بود. فقال لهم عمر من ثمن آنی که به شما فروختم، پس می دهم. قالوا لا، نه، قبول نمی کنیم. ما قیمت ثوب را از تو می خواهیم. امام صادق علیه السلام فرمود باید آن را قبول کند. باید این کار را بکند. « بناء علی أن یكون المشار إليه بذلك قيمة الثوب و یكون المراد من القيمة تفاوت ما بین الصّحة و العیب و عدم کون القسمة تصرّفا » بنا بر این که مراد از "ذلك" قیمت ثوب باشد که اگر مشتری گفت ما قیمت ثوب را می گیریم، امام علیه السلام فرمود که تو باید قیمت ثوب را بدهی. و مراد از قیمت هم تفاوت بین صحیح و معیب یعنی ارش باشد، نه قیمت واقعی ثوب. پس این روایت دلالت می کند بر این که واجب است ارش بر بایع منتها بر سه شرط؛ یکی این که قسمت، خودش تصرف نباشد. دو این که مراد از این قیمت ثوب ارش باشد یعنی ما به التفاوت باشد. سه این که "یلزمه ذلك" مراد از "ذلك" قیمت ثوب باشد نه این که مراد از آن فسخ باشد که ثمنه الذی بعتمکم به.

این یک روایت که دلالت می کند بر لزوم پرداخت ارش بر بائع.

روایت دوم خبر سکونی: إنّ علیاً ع قضا فی رجل اشتری من رجل عکة (ظرف) سمن احتکرها حکرة فوجد فیها ربّا (یعنی سمن مغشوش که خالص نیست بود) فخاصمه إلى علی ع فقال ع لك بکیل الرب سمننا (به اندازه ای که ربّ در این هست، باید سمن بدهی) فقال له الرجل إنّما بعته حکرة (گفت من فقط این ظرف را فروختم) فقال له علی ع إنّما اشتری منك سمننا و لم یشتر منك ربّا (این از تو روغن خریده و ربّ که نخریده)

« بناء علی أن یكون الربّ مخلوطا بالسمن بحيث یعدّ عیبا » بنا بر این که مراد از ربّ مخلوط به سمن باشد به حیثی که این عیب باشد نه این که اصلا ربّ نباشد. « و کون أخذ السمن بکیله من باب الأرش » و این هم که سمن به همان اندازه بگیرد، از باب ارش باشد.

خب این دوتا روایت دلالت می کند بر لزوم ارش قبل از تصرف.

بعد می فرماید اما اخباری که دال بر تعین ارش است بعد التصرف، اشکالی در آنها نیست. اینها تخصیص می زند اطلاق این روایت را من حیث التصرف و عدمه. اطلاق طائفتین را، آن روایاتی که دال بر جواز رد است، آن روایاتی که ارش است، اینها را تخصیص می زند.

بعد می فرماید تعارض، بین اطلاق دو طائفه است. چرا؟ چون طائفه اولی، دلالت می کند بر لزوم رد اذا لم یتصرف. طائفه دومی دلالت می کند بر تعین ارش اذا لم یتصرف. مقتضای جمع بین این دوتا این است که حکم به تخییر بکنیم که مخیر است بین ارش و بین رد. سرّ تخییر این است که آن روایاتی که دلالت می کند بر لزوم ردّ، نص در اکتفاء به رد و ظهور در لزوم رد و تعین دارد. آن یکی هم ظهور در تعین دارد. از ظهور هر کدام به نصوصیت دیگری رفع ید می کنیم. این یک وجه برای تخییر. أو یقال اینها تعارض می کنند، حکم به تخییر می شود که تخییر بین رد و ارش، بنابر آنی که معروف بین اصولیین است که تخییر در متعارضین، تخییر عملی است نه تخییر فتوائی که یکیش را انتخاب کند و فتوی بدهد، نه، تخییر عملی است چون در باب تعارض، « اذن فتخییر » تخییر

در مقام فتوی است که یعنی یکی از دو روایت را انتخاب کند و بر طبقش فتوی بدهد. یا نه، تخییر عملی است. خب اگر ما گفتیم تخییر عملی است، تعارض می کند و تخییر عملی می شود.

مرحوم سید یزدی ره به این جمعی که گفتیم ایشان فرموده جمع بین دوتا طائفه، به این است که حمل بر تخییر می شود اشکال کرده و فرموده این جمع، احتیاج به شاهد دارد. یا بایستی بگوییم این شاهد این است که عرف، حکم می کند به اراده ذلک. یعنی وقتی دوتا خبر را می بیند، عرف حکم می کند به تخییر و هو ممنوع چون اینها عند العرف، از متعارضین است. جمع عرفی ندارد. پس شما جمع کردید به تخییر. این جمع به تخییر، شاهد می خواهد. یا شاهد این است که خود عرف اینطور جمع می کند، ایشان فرموده خود عرف اینطور جمع نمی کند. یا نه، یک نص خاصی، روایتی داریم که شاهد جمع است بین دوتا طائفه. این را هم که می فرماید ما روایتی نداریم چون روایتش منحصر در فقه رضوی است که آن هم سند ندارد. این اشکال اول.

اشکال دیگری کرده که این جمع منحصر نیست بلکه ممکن است یک جمع دیگری بکنیم. جمع دیگر به چیست؟ به این که روایاتی که دلالت می کند بر تعیین ارش، اینها را حمل کنیم بر بعد از تصرف. روایاتی که دلالت می کند بر وجوب رد، حمل کنیم بر قبل از تصرف. این هم یک جمع است. چرا؟ چون بعد می فرماید به خاطر این که اخباری داریم که شاهد جمع است مثل مرسله جمیل که این تفصیل را داده.

بنابراین به این که بگوییم جمع بین اخبار، این اقتضاء را دارد به این جمع، دوتا اشکال کرد. یکی این که اولاً این جمع، جمع تبرعی است و شاهد ندارد. دو این که این جمع، متعین نیست. یک جمع دیگری هم هست که روایاتی که دال بر تعیین ارش است، حمل کنیم بر بعد از تصرف و روایاتی که دال بر تعیین رد است، حمل کنیم بر قبل از تصرف.

اما این که شما بگویید نه، این خبرین، متعارضین هستند و در متعارضین، حکم به تخییر می شود آن هم تخییر عملی نه تخییر اصولی و تخییر در مقام فتوی. این را می فرماید اولاً این که متعارضین حکم به تخییر می شود در صورتی است که روایات جمع عرفی نداشته باشد. اگر روایات جمع

عرفی داشته باشد، نوبت به تخییر نمی رسد. و اینجا جمع عرفی ممکن است. یا جمع عرفی یا مرجح. خب اینجا مرجح هست. پس در واقع سید ره می فرماید اگر شما بگویید این دو تا روایت متعارضین هستند و حکم در تعارض، تخییر است به این دو تا اشکال می کند. اشکال اول این است که اولاً تعارض و تخییر، مبتنی بر این که جمع عرفی نداشته باشد و اینجا جمع عرفی دارد چون یکی را حمل می کنیم بر صورت عدم تصرف و یکی را حمل می کند به صورت بعد از تصرف. ثانیاً "اذن فتخیر" مال جایی است که مرجح نداشته باشد و اینجا مرجح دارد. مرجحش این است که اخبار رد، اکثر و اصح است. ثالثاً اصلاً این روایاتی که دال بر تعیین ارش است، این روایات را اشکال کردیم و گفتیم که دلالت این روایات تمام نیست چون آن "یلزمه ذلک" و این که اینها ارش باشد مخدوش بود و دلالت نداشت.

بعد مرحوم سید یزدی ره می فرماید مقتضای ملاحظه اخبار، حکم به اختصاص ارش است بما اذا لم یمكن الرد. ارش در جایی است که رد ممکن نباشد. حالا یا از جهت تصرف و یا از جهت غیر تصرف کما این که شیخ ره در مبسوط هم فرمود یأس از رد که کنایه از عدم امکان باشد و اگر اجماعی تمام بشود که فیها و نعم. اگر اجماع تمام نشود، فرموده اینجا ما باز تخییر را قبول نداریم چون اینجا مقتضای قاعده، دوران امر بین تعیین و تخییر، مقتضای قاعده تعیین است نه تخییر. در جایی که دوران امر بین تخییر و تعیین در حکم تکلیفی باشد، مقتضای قاعده تعیین است [تخییر درست است]. ولی در جایی که دوران امر بین تعیین و تخییر در حکم وضعی باشد، مقتضای قاعده تعیین است. پس خلاصه اشکالات سید یزدی ره این شد که اولاً این جمع، جمع تبرعی است و درست نیست و شاهد جمع ندارد. ثانیاً جمع منحصر به این نیست و در متعارضین، مقتضای قاعده تخییر نیست چون تخییر وقتی است که اولاً جمع عرفی ممکن نباشد و ثانیاً دو تا خبر متکافی باشد. و للكلام تتمه ان شاء الله فردا.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین و لعنة الله علی اعدائهم اجمعین.