



## **A Critique and Analysis of the Viewpoint of Choice of Rad and Arsh in Option of Defect (Article 422 of the Civil Code)**

**Hamid Mo'azeni Bistgani<sup>1</sup>**

**Mohammad Reza Kaykha<sup>2</sup>**

Received: 08/10/2019

Accepted: 05/06/2020

### **Abstract**

In option of defect, most of the Imamiyah jurists believe that after the appearance of defect, the customer has the right to abolish and set arsh (compensation) at the same time. The Article 422 of Civil Code based on this viewpoint states that after the deal, if it becomes clear that the goods is defective, then the customer has the authority to take arsh or abolish the deal due to the defective goods. However, the study that has been carried out through descriptive-analytical shows that the arguments of this theory can be accepted. Therefore, using the general hadiths of "al-Nas Mosalatoun ala Amwalahom", "la Yahelo Mal Amro Moslem", "Adeloh la Zarar" as well as Jamil ibn Darraj's narrative and other arguments means lack of choice and the only way to receive arsh is related to the impossibility of Rad (abolition).

### **Keywords**

Option of defect, Abolition of option, Article 422 of the Civil Code, arsh.

- 
1. PhD student in Jurisprudence and principles of Islamic Law, Sistan and Baluchestan University, Iran. moazzeni62@gmail.com
  2. Associate Professor, Sistan and Baluchestan University, Iran. (Author in charge). kaykha@hamoon.usb.ac.ir

---

Mo'azeni Bistgani, H. & Kaykha, M. (2020). A Critique and Analysis of the Viewpoint of Choice of Rad and Arsh in Option of Defect (Article 422 of the Civil Code), *Quarterly Journal of Fiqh*, 27(102), pp. 153-177. Doi: 10.22081/jf.2020.55725.1923

---

## نقد و تحلیل دیدگاه تخییر بین رد و ارش در خیار عیب (ماده ۴۲۲ قانون مدنی)

حمید موذنی بیستگانی<sup>۱</sup>      محمدرضا کیخا<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۱۶

### چکیده

مشهور فقهای امامیه در خیار عیب، معتقدند که مشتری پس از ظهور عیب، حق فسخ و ارش را در عرض هم دارد. ماده ۴۲۲ قانون مدنی نیز مبتنی بر این دیدگاه، مقرر می‌دارد «اگر بعد از معامله، ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده مشتری، مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله»، اما این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که ادله این نظریه قابل خدشه بوده و از این رو، مستفاد از عموماً «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لا یحل مال امرؤ مسلم»، «ادله لاضرر» و نیز روایت جمیل بن دراج و برخی ادله دیگر، عدم تخییر بوده و امکان دریافت ارش تنها مربوط به فرض عدم امکان رد است.

### کلیدواژه‌ها

خیار عیب، مسقطات خیار، ماده ۴۲۲ قانون مدنی، ارش.

۱۵۳



فقه

نقد و تحلیل دیدگاه تخییر بین رد و ارش در خیار عیب

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران. moazzeni62@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه سیستان و بلوچستان، ایران. (نویسنده مسئول). kaykha@hamoon.usb.ac.ir

## مقدمه

اگر عقد به صورت مطلق انجام شود، یعنی سخنی از وجود یا فقدان وصف صحت در متن عقد به میان نیاید یا طرفین، عقد را مقید به سلامت مبیع انجام دهند، چنانچه بعداً کشف عیب صورت گیرد، حکم به ثبوت خیار عیب می‌شود. در فرض وجود خیار عیب، مشهور فقها معتقدند مشتری هم حق فسخ و هم حق اخذ ازش را در عرض هم دارد. ماده ۴۲۲ قانون مدنی نیز مطابق همین دیدگاه تصریح می‌کند به اینکه «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ازش یا فسخ معامله».

اما اندکی از فقها خلاف دیدگاه مذکور را دارند. ایشان که دیدگاه مشهور را فاقد هرگونه دلیل موجه می‌دانند معتقد به تخییر طولی هستند؛ یعنی بر آن‌اند پس از ظهور عیب، مشتری در ابتدا فقط حق فسخ دارد و چنانچه در مبیع، تصرف کند؛ مثلاً آن را تلف و معدوم کند، حق اخذ ازش خواهد داشت (فیض، بی‌تا، ص ۶۹؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۹). شیخ انصاری صریحاً تنها دلیل بر تخییر بین رد و ازش را اجماع ادعاشده از سوی بعضی از فقها می‌داند و ابراز می‌کند چنانچه پای اجماع در میان نبود، هیچ دلیلی بر التزام به تخییر مشتری بین حق رد و حق اخذ ازش، وجود نداشت؛ چراکه اثری از آن در روایات ما وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۵)؛ از این رو مقاله حاضر می‌کوشد تا دیدگاهی را که پیش از این در میان اندکی از فقها مطرح بوده، تقویت کند و به نقد دیدگاه مشهور پردازد. در اینجا لازم است جهت بیان نوآوری مقاله پیش رو به این نکته اشاره شود که گرچه درباره خیار عیب، مقالات متعددی به نگارش درآمده و زوایایی از آن را مورد پژوهش قرار داده، پژوهشی که این فرع فقهی و ماده قانونی را نقد و بررسی کرده باشد، یافت نگردید؛ بنابراین تحقیق درباره آن ضروری به نظر می‌رسد.

## ۱. سازماندهی تحقیق

مطلب مهمی که جهت تبیین کیفیت سازماندهی بحث لازم است مورد اشاره قرار گیرد، این است که اثبات تخییر عرضی به این شکل است که به مقتضای پاره‌ای از ادله، ادعا



فقه

شده حق مشتری مبنی بر دریافت ارش، مطلق است و به مقتضای پاره‌ای ادله دیگر، گفته شده حق مشتری مبنی بر رد، مطلق است و از اطلاق این دو نتیجه گرفته شده است پس هر دو حق در عرض هم هستند؛ از این رو می‌بایست در ادامه مباحث، دو مبحث را تحت عنوان «ادله اثبات امکان رد مبیع» و «ادله اثبات حق دریافت ارش» مطرح سازیم؛ لکن از آنجایی که بر امکان رد مبیع و فسخ معامله، روایات مستفیضه وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۵) و اساساً محل بحث ما نیست از ذکر مباحث آن تحت عنوان «ادله اثبات امکان رد مبیع» پرهیز کرده، صرفاً به ارائه و بررسی ادله‌ای که دلالت بر ثبوت حق اخذ ارش به محض ظهور عیب می‌کنند، می‌پردازیم.

## ۲. مفهوم‌شناسی واژه‌ها

### ۲-۱. خیار

خیار، اسم مصدر اختیار و به معنای اراده کردن بهترین از بین دو چیز است (جزری، بی‌تا، ج ۲، ص ۹۱)؛ همچنین درباره چیزی به کار می‌رود که انسان آن را برای خود خیر می‌داند؛ گرچه شاید واقعاً خیر نباشد (اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۰۱). این واژه در اصطلاح به معنای مالک بودن بر فسخ عقد است. بیشتر متأخران، خیار را این چنین تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱). برخی نیز گفته‌اند خیار به معنای مالک بودن بر تثبیت یا برهم زدن عقد است (حلی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۴۳).

### ۲-۲. عیب

مقصود از عیب، هر چیزی است که برخلاف مقتضای خلقت اصلی خود باشد اعم از اینکه نقص باشد مثل کوربودن یا زیادت باشد مثل انگشت اضافی داشتن یا اینکه صرفاً یک اشکال عرفی محسوب شود مثل اینکه خانه در محله‌ای باشد که محل رفت و آمد نظامیان است. ضمناً اگر عیب در اغلب افراد یک صنف، وجود داشته باشد مثل مدخوله بودن کنیز، به لحاظ اصطلاحی عیب محسوب نمی‌شود (فتی، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۱).





## ۲-۳. ارش

ارش در لغت به معنای دیه جراحات است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۶۳) که برخی معتقدند اصل آن، خدش بوده، سپس بر دیه‌ای که در برابر خدش گرفته می‌شود، اطلاق شده است (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۵۴)؛ اما ارش در اصطلاح، نسبت تفاوت قیمت شیء معیوب و صحیح را نسبت به ثمن مسمی گویند (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲)؛ البته این مالی که بدل از نقص مالی یا بدنی پرداخت می‌گردد، در صورتی ارش نامیده می‌شود که از مقدار معینی در شرع برخوردار نباشد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۰۱). چگونگی محاسبه آن بدین گونه است که قیمت مبیع صحیح و معیوب را جداگانه کارشناسی می‌کنند و به همان نسبت از ثمن را به عنوان ارش منظور می‌کنند (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۸۱).

## ۳. دیدگاه فقها درباره مقتضای خیار عیب

درباره اینکه آیا به مقتضای خیار عیب، چه حقی ثابت می‌شود، آیا صرفاً حق فسخ معامله و رد مبیع برای مشتری ایجاد می‌شود یا اینکه بدلیل آن، حق دریافت ارش هم پیدا می‌کند؛ دو نظریه وجود دارد:

**نظریه اول:** مشهور فقهای امامیه، قائل به تخییر عرضی هستند؛ یعنی پس از ظهور عیب، مشتری هم حق فسخ و هم حق اخذ ارش را در عرض هم دارد. شهرت در این قول به حدی است که بسیاری از فقها این نظریه را به جمیع فقها نسبت می‌دهند و آن را اجماعی می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶) قانون مدنی نیز مطابق همین دیدگاه است (قانون مدنی ماده ۴۲۲).

**نظریه دوم:** برخی از فقها معتقد به تخییر طولی‌اند؛ یعنی پس از ظهور عیب، مشتری در ابتدا فقط حق فسخ دارد؛ اما چنانچه مشتری در مبیع تصرف کند، مثلاً آن را تلف یا معدوم کند، حق اخذ ارش خواهد داشت (فیض، بی تا، ج ۳، ص ۶۹) (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۹). برخی ضمن آنکه قول مشهور را خالی از پیچیدگی نداشته‌اند، نظریه دوم را موافق احتیاط بلکه اقوی دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵). برخی نیز ابراز داشته‌اند اگر پای اجماع یا شهرت در میان نبود، نظریه دوم قوی‌تر به نظر می‌رسید (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۸).

اولین کسی که دیدگاه اول را فاقد هرگونه پشتوانه نقلی معرفی کرد و خاستگاه آن را صرفاً اجماع دانست. صاحب حدائق بود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۶۳).

#### ۴. ادله مشهور بر تخییر عرضی بین رد و ارش در خیار عیب

گفتیم که مشهور فقهای امامیه، خیار عیب را مقتضی ثبوت حق رد و حق اخذ ارش می‌دانند. دایره این شهرت به قدری گسترده و وسیع است که بسیاری از فقها این دیدگاه را به تمام فقهای امامیه نسبت می‌دهند. قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت می‌کند. در اینجا به ارائه ادله ایشان مبنی بر اثبات حق دریافت ارش و بررسی آنها می‌پردازیم.

#### ۴-۱. ادله اثبات حق دریافت ارش

##### ۴-۱-۱. دلیل اول: روایات

روایت اول: در مقطوعه یونس از امام رضا علیه السلام آمده است شخصی کنیزی را به این شرط که باکره است، خریداری می‌کند، اما بعداً می‌بیند که باکره نیست. امام فرمودند: بایع می‌بایست تفاوت قیمت باکره و ثبیه را به مشتری پردازد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۴).

کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری پس از خریدن کنیز، متوجه عیب او یعنی باکره نبودنش می‌شود. از آنجایی که در روایت، سخنی از تصرف مشتری در کنیز به میان نیامده، حکم به اطلاق آن می‌کنیم؛ بنابراین از حدیث گفته شده این به دست می‌آید که به محض اینکه مشتری، مبیع را معیوب بیابد، می‌تواند به نسبت عیب موجود، ارش دریافت کند، گرچه هنوز در آن تصرف نکرده باشد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸). وجود حق رد مبیع نیز که قبلاً گفته شد به مقتضای نصوص مستفیضه، ثابت است؛ پس نتیجه این می‌شود که دو حق در عرض یکدیگر برای مشتری ثابت می‌شود.

نقد: استدلال مشهور مبتنی بر اطلاق حدیث مذکور، صحیح نیست. جهت تبیین اینکه خبر مذکور، فاقد اطلاق است، به بیانی که شیخ انصاری در این باره دارد، اشاره می‌کنیم؛ البته به نظر می‌رسد نقد ایشان نیاز به تکمیل دارد که در ادامه بیان خواهد شد. شیخ اعظم در مقام نقد دلالت خبر مذکور می‌نویسد: «ظاهر حدیث که می‌گوید کنیز را باکره نیافت،





این است که مشتری در کنیز تصرف کرده است» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۷۴). توضیح مطلب آنکه تصرف در کنیز الزاماً منحصر در آمیزش با او نیست، بلکه استمتاعات مقدماتی، همگی مرتبه و مراتبی از تصرف محسوب می‌شوند. یکی از منافع کنیز، بلکه از مهم ترین منافع کنیز، تمتعات جنسی است که از او بُرده می‌شود. تمتعات جنسی اشکال و انواع مختلفی دارد که تحصیل هر مرتبه‌ای از مراتب آن، تحصیل منافع کنیز و تصرف در آن به‌شمار می‌رود. کسی که به بدن کنیز نگاه می‌افکند از کنیز - که مبیع در این بیع است - بهره جسته است و بهره‌جستن، تصرف در مبیع به‌شمار می‌رود؛ از این رو نمی‌توان ادعا کرد که حدیث مذکور، فرض عدم تصرف در مبیع را هم شامل می‌شود.

برخی از فقها و محققان معاصر نیز همین استظهار را از خبر مذکور داشته‌اند و در این باره ابراز کرده‌اند: «روایت یونس ظهور در صورت تصرف دارد؛ یعنی مشتری پس از آمیزش، آن را غیر باکره یافت» (خمینی، بی تا، ج ۵، ص ۲۷۴).

آنچه جهت تکمیل نقد مذکور باید ارائه شود، این است که شاید در مقام اشکال به نقد مذکور گفته شود چه بسا اطلاع از باکره‌نبودن کنیز از راه دیگری حاصل شده باشد مانند اینکه خود کنیز بگوید یا دیگری بگوید. جهت دفع این اشکال این می‌گوییم آنچه نیاز به احراز دارد، اطلاق خبر مذکور است که یک دلالت تعلیقی و معلق بر قطع به عدم نصب قرینه برخلاف و نیز قطع به عدم قرینه‌بودن قیود موجود است. وقتی چنین قطعی بر عدم قرینیت موجود نداشته باشیم، اطلاق‌گیری با خدشه مواجه خواهد شد.

روایت دوم: عمر بن یزید گوید: یک جریب لباس به چند مشتری فروختم. بهای هر لباس، فلان مقدار بود. مشتری‌ها پس از دریافت، آن را میان خود تقسیم کردند. آن‌گاه متوجه یکی از لباس‌ها شدند که معیوب بود؛ از این رو آن را به من برگرداندند. به آنان گفتم پول آن را به همان مبلغ که با شما حساب کرده بودم، به شما پس می‌دهم. گفتند نه! ما قیمت آن را می‌خواهیم. مطلب را با امام صادق علیه السلام در میان گذاشتم. ایشان فرمودند: وی ملزم است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۰).

کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری‌ها مبلغ مابه‌التفاوت بین صحیح و معیوب، یعنی ارزش را مطالبه کردند. امام هم فرمودند بایع، ملزم به پرداخت ارزش است.

این در حالی است که مشتری‌ها هنوز در مبیع، تصرف نکرده بودند. بنابراین آنچه از این حدیث فهمیده می‌شود آن است که مشتری به محض آنکه مبیع را معیوب یافت، حق دریافت ارش دارد، حتی اگر در آن تصرف نکرده باشد؛ در نتیجه حکم به اطلاق آن می‌شود (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

نقد: خبر مذکور از سویی به دو شکل متفاوت نقل شده و از دیگر سو، الفاظ درون متن آن نیز به گونه‌ای است که تا حدودی معنای آن را با ابهاماتی مواجه ساخته است. برخی از تعبیر خبر، چندوجهی و دارای چند احتمال است؛ از اینرو برخی از فقها تمسک به اطلاق آن را مبتنی بر پذیرش مبانی و احتمالات خاصی دانسته‌اند (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸) که در ادامه به آنها اشاره می‌شود:

مبنای اول: ضمیر مفعولی در یلزمه به صیغه مفرد باشد و به بایع برگردد.

جهت توضیح مطلب می‌گوییم دلالت خبر مذکور، مبتنی بر این است که امام، به دفاع از خریداران، بایع را ملزم به ردّ ارش کرده باشد. این در حالی است که اساساً مفرد بودن ضمیر مفعولی مذکور، تنها مطابق یکی از دو نقل است؛ زیرا گرچه طبق نقلی که از تهذیب ارائه شد، در عبارت *يَلْزِمُهُ ذَلِكَ* (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۶۰) ضمیر مفعولی به صیغه مفرد آمده است، اما در برخی نقل‌های دیگر عبارت *يَلْزِمُهُمْ ذَلِكَ* (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۶) آمده است که ضمیر مفعولی در آن به صیغه جمع است. «چنانچه ضمیر مفعولی، جمع باشد، وجهی برای ارجاع آن به بایع باقی نخواهد ماند؛ در نتیجه روایت برخلاف دیدگاه مشهور خواهد بود» (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

افزون بر مطلب مذکور، حتی طبق نقلی که ضمیر مفعولی را به صیغه مفرد آورده است نیز امکان ارجاع آن به مشتری وجود دارد. مجلسی در *روضه المتقین* در مقام تبیین حدیث مذکور می‌نویسد: «قصود از یلزمه ذلك، این است که مشتری ملزم به اخذ ثمن است» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۹۳)؛ البته در این صورت، اشکالی مطرح خواهد شد و آن اینکه «ضمیر مفرد نمی‌تواند به مشتری که جماعتی هستند باز گردد» (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶)؛ اما این اشکال به این بیان پاسخ داده شده که «امکان دارد ضمیر، صرفاً به همان مشتری باز گردد که لباس معیوب به او رسیده است یا اینکه نظر به جنس، ضمیر مفرد







استعمال شده باشد» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۲۲۹). مقصود از نظر به جنس، این است که تعداد مشتریان، ملحوظ نباشد، بلکه جنس مشتری، لحاظ شده باشد و به این اعتبار، ضمیر مفرد به کار رفته باشد.

نظر به آنچه گذشت برخی محققان، دلالت خبر مذکور بر ملزم بودن بایع به پرداخت ازش را مخدوش می‌دانند و تصریح می‌کنند به اینکه «دلالت خبر مذکور، محل تأمل است؛ زیرا مراد از آن واضح نیست؛ چراکه معنای خبر، طبق دو نقل متفاوت، تفاوت می‌یابد» (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۴).

آیت‌الله اراکی نیز در مقام نقد دلالت خبر بر اطلاق می‌نویسد: «طبق نسخه تهذیب [که مشتمل بر ضمیر جمع است] خبر مذکور ربطی به بحث ما پیدا نمی‌کند و طبق نسخه‌های دیگر [که مشتمل بر ضمیر مفرد هستند] نیز لااقل، قائل به اجمال خبر خواهیم شد اگر نگوئیم اساساً ضمیر مفرد از آنجایی که غایب است، ظهور در رجوع به مشتری دارد [نه رجوع به بایع که مخاطب امام است]؛ در نتیجه نسخه‌ای که ضمیر را مفرد آورده با نسخه دیگر، متحد گردد» (اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

مبنای دوم: در صورتی استدلال مذکور، تمام است که مقصود از قیمت، ثمن معین یعنی قیمت ثوب - و نه قیمت بازار - باشد. توضیح مطلب آنکه برخی از فقها که اساساً این روایت را بیگانه از فتوای مشهور توصیف کرده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵)، چرایی نامرتب بودن خبر مذکور به محل بحث را چنین بیان کرده‌اند که «این خبر دلالت بر آن دارد که بایع راضی شده تا خصوص ثوب معیوب را پس بگیرد و ثمن آن را - که در مبیعه، تعیین شده است - برگرداند. این کار گرچه موجب تبعض صنفه بر بایع می‌گردد، لکن خود بایع به چنین امری رضایت داده است؛ اما مشتری، قیمت بازاری ثوب - در وجه صحیح بودن ثوب - را مطالبه نموده است که امام در پاسخ می‌فرماید مشتری یا مشتریان، ملزم به اخذ ثمن معین شده در مبیعه - و نه قیمت بازاری آن - هستند؛ چراکه مقتضای فسخ، صرفاً اخذ ثمن است و ثمره آن در جایی ظاهر می‌شود که ثمن، کمتر از قیمت بازار باشد» (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵). «بر پایه چنین احتمالی اساساً خبر مذکور، بی‌ربط با محل بحث می‌گردد» (اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶). «دقیقاً به همین

جهت، برخی فقها که به خبر مذکور به نفع دیدگاه مشهور، استدلال کرده‌اند این استدلال را مبتنی بر آن می‌دانند که مشارالیه ذلک در یلزمه ذلک، قیمت ثوب یعنی ثمن معین در مبیعه باشد» (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

مبنای سوم: مراد بایع از ثمن، ثمن ثوب معیوب - نه قیمت جراب که مشتمل بر کل ثياب است - باشد و مراد مشتری نیز از قیمت، قیمت ثوب معیوب باشد و گرنه: - چنانچه مراد بایع، ثمن کل جراب یعنی بهای مجموع لباس‌ها و مراد مشتری، قیمت خصوص معیوب باشد، روایت مذکور بی‌ربط از محل بحث خواهد شد و در مقام بیان آن خواهد بود که الزام بایع بر پذیرش فسخ در خصوص بعض معیوب، جایز نیست؛ چراکه مستلزم تبعض صفقه است (اراکي، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶).

- نیز چنانچه مراد بایع، ثمن کل جراب یعنی کل لباس‌ها باشد و متقابلاً مراد مشتری نیز همین باشد، ربطی به محل بحث یعنی مطالبه ارش، پیدا نمی‌کند، بلکه مربوط به فسخ خواهد بود.

مبنای چهارم: مقصود از تقسیم جراب، تصرف نباشد. جهت تبیین این مبنا فراهایی از متن خبر را بررسی خواهیم کرد. در متن خبر مذکور آمده «بَاعَ عُمَرُ جِرَاباً كُلَّ ثَوْبٍ بِكَذَا وَ كَذَا فَأَخَذُوهُ فَأَقْتَسَمُوهُ فَوَجَدُوا ثَوْباً فِيهِ عَيْبٌ» درباره اینکه مبیع، به چه شکل بوده است، دو برداشت از حدیث مذکور می‌توان داشت:

احتمال اول: مبیع، توپ پارچه‌ای بلندی بوده که عمر بن یزید، به فروش رسانده و چند مشتری آن را خریداری کرده‌اند. طبق این احتمال، مقصود از «كُلَّ ثَوْبٍ بِكَذَا» این نیست که پارچه در قالب چند ثوب بوده است، بلکه مقصود این است که یک پارچه‌ای که به اندازه چند ثوب بوده به فروش رسیده، نهایتاً در مقام قیمت‌گذاری، مقیاس اندازه‌گیری، ثوب قرار داده شده است؛ به این معنا که مبلغ هر قواره که به اندازه یک لباس است به فلان مبلغ باشد. آن‌گاه مقصود از «فَوَجَدُوا ثَوْباً فِيهِ عَيْبٌ» نیز به همین تناسب، چنین خواهد بود که مشخص شد یکی از قواره‌ها معیوب است.

بر پایه چنین معنایی مقصود از «فَأَقْتَسَمُوهُ» این خواهد بود که مشتریان، پس از تقسیم پارچه، متوجه عیب شدند. نتیجه آن خواهد بود که حدیث مذکور مربوط به فرض





تصرف مشتری در مبیع خواهد بود و ربطی به محل بحث نخواهد داشت.  
احتمال دوم: مبیع کاملاً به صورت چند لباس مجزا بوده که تحویل مشتری‌ها شده است و مقصود از «فَأَقْتَسَمُوهُ» این است که مشتری‌ها این چند لباس را میان خود تقسیم کردند بی آنکه تصرفی در مبیع، صورت گرفته باشد.

گرچه به نظر می‌رسد خبر مذکور، منحصرأ ظهور در احتمال دوم، داشته باشد یا دست کم، ظهور آن در احتمال دوم قوی‌تر باشد، احتمال اول نیز قابل استظهار است؛ پس برخی از فقهاء که استدلال به اطلاق آن را مبتنی بر استفاده معنای دوم می‌دانند، تصریح به نفی ظهور خبر در معنای اول نکرده‌اند، بلکه صرفاً با نفی استبعاد و استعمال تعبیر «لا یبعد» (اراک، ۱۴۱۴ق، ص ۳۱۶) ابراز داشته‌اند که بعید نیست احتمال دوم، مقصود باشد. فقهای دیگری نیز استظهار اطلاق از خبر مذکور را مبتنی بر پذیرش احتمال دوم دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

وجود چنین احتمالاتی در مقام دلالت خبر مذکور، بسیاری از فقها را بر آن داشته تا صریحاً به نفی ظهور آن در اطلاق تصریح کنند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵؛ خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۳؛ خمینی، روح الله بی تا، ج ۵، ص ۲۰؛ خمینی، مصطفی، بی تا، ج ۱، ص ۶).  
برخی نه تنها خبر مذکور را ظاهر در ثبوت ارش نمی‌دانند، بلکه خلاف آن را برداشت کرده و چنین ابراز داشته‌اند که «روایت عمر بن یزید، هیچ ظهوری در این ندارد که بایع ملزم به پذیرش ارش باشد، بلکه خبر مذکور ظهور در خلاف آن دارد» (خمینی، روح الله، بی تا، ج ۵، ص ۲۰).

روایت سوم: سکونی از امام صادق علیه السلام چنین نقل می‌کند که در زمان امیرالمؤمنین علیه السلام شخصی از دیگری یک ظرف روغن خریداری کرد؛ سپس دید که در آن ظرف، مقداری موارد ته نشین شده وجود دارد. آنان دعوی خود را به نزد علی علیه السلام آوردند. حضرت در مقام قضاوت به بایع فرمودند به همان مقدار ته نشین شده [که قابل استفاده نیست] باید روغن تحویل مشتری دهی. بایع گفت من ظرف را به صورت کلی فروختم. امام فرمودند او از تو روغن خریده نه این مواد ته نشین شده را (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۱۱).

کیفیت استدلال: مطابق حدیث مذکور، مشتری به محض آنکه مبیع را معیوب یافت، حق دریافت ارش دارد با آنکه هنوز در مبیع، تصرف نکرده است؛ بنابراین حدیث مذکور به صورت مطلق حق اخذ ارش را برای مشتری قائل است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).  
 نقد: خیر مذکور به جهت وجود نوفلی در سند آن ضعیف است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۰۰)؛ پس وجهی برای تمسک به آن باقی نمی‌ماند. این در حالی است که اشکالات دلالتی نیز متوجه آن است که عبارت‌انداز:

اولاً: مطابق این روایت، بر بایع لازم است که به مقدار مواد ته‌نشین شده روغن پرداخت کند و این ربطی به ارش ندارد (سبحانی، ۱۴۲۳ق، ص ۶۰)؛ زیرا قبلاً در تعریف ارش گفتیم «مالی را گویند که بدل از نقص مالی یا بدنی پرداخت می‌گردد به شرط آن که از مقدار معینی در شرع برخوردار نباشد» (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۰۱)؛ پس «اینکه مطالبه روغن در مقابل مواد ته‌نشین شده را از باب مطالبه ارش بدانیم، دچار اشکال است؛ چراکه ارش نسبت تفاوت قیمت شیء معیوب و صحیح نسبت به ثمن مسمی را گویند» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲). بلکه اگر بیع به‌طور کلی واقع شده بود، قابلیت انطباق بر قواعد را داشت؛ اما نظر به آنکه خیر مذکور، ظهور در وقوع بیع بر مبیع شخصی است، دلالت آن با خدشه مواجه است (حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۳، ص ۳۷۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲).

ثانیاً: در جایی که مقداری از ظرف، روغن باشد و مقداری از آن غیر روغن باشد، مجرای خیار تبعض صفتقه خواهد بود؛ از همین رو برخی فقها معتقدند مقصود امام در حدیث مذکور، واضح نیست؛ پس «فهم حدیث نیاز به توجیه دارد» (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۵۵) و آن اینکه بگوییم مواد ته‌نشین شده مذکور، قاطی روغن شده یعنی روغن دارای عیب است؛ پس مشمول خیار عیب می‌شود (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)؛ اما این توجیه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا «اگر در شهر مکه، مواد ته‌نشین شده از روغن را عیب می‌شمروند، بر مشتری لازم بود که یا بیع را فسخ کند یا مطالبه ارش نماید نه اینکه در عوض آن، مطالبه روغن نماید» (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۵۲)؛ از این رو شیخ انصاری ابراز می‌دارد توجیه خیر مذکور به گونه‌ای که منطبق بر قواعد گردد مشکل است (حسینی روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۴۹۵).





روایت چهارم: حدیث فقه رضوی: در کتاب فقه منسوب به امام رضا علیه السلام آمده است اگر متاع معیوب در آمد و مشتری، علم به عیب پیدا کرد، حق خیار دارد؛ به این صورت که اگر خواست معامله را فسخ کند یا معامله را امضا کند یا ارش دریافت کند (منسوب به علی بن موسی علیه السلام، ۱۴۰۶ق، ص ۲۵۳). ظاهر این روایت، تخییر مشتری بین رد، امضا یا اخذ ارش است.

نقد: در بین ادله این باب، تنها حدیثی که دلالت بر تخییر بین رد و ارش دارد، حدیث مذکور است؛ پس شیخ انصاری «استفاده حکم تخییر از هر روایتی غیر از حدیث فقه رضوی را تکلف و امر صعب و دشوار توصیف می کند» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ اما اشکال جدی که درباره حدیث مذکور، وجود دارد این است که اساساً اعتبار و وجاهت کتاب فقه الرضا و انتساب آن به امام رضا علیه السلام ثابت نیست (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).

بنابراین روایات مذکور، مهم ترین روایاتی هستند که برای اثبات حق دریافت ارش به صورت مطلق به آنها تمسک شده است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸). با بررسی سند و دلالت آنها آشکار شد که هیچ یک از آنها نمی توانند مستندی بر ثبوت حق دریافت ارش به محض ظهور عیب باشند. به همین جهت به نظر می رسد از هیچ روایتی نمی توان تخییر بین رد و ارش در خیار عیب را استفاده کرد؛ زیرا «فقه رضوی که اصل خبر بودن آن مورد تردید است» (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)، روایات دیگر هم که درباره ارش وارد شده اند، هیچ کدام دال بر تخییر بین ارش و رد نیستند، بلکه مربوط به مواردی هستند که تصرف مشتری، مانع از رد شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

نظر به اشکالاتی که متوجه اخبار این باب بود، برخی از فقها و محققان، دلالت اخبار مذکور بر مدعا را ناتمام می دانند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۳۵؛ خمینی، مصطفی، بی تا، ج ۱، ص ۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۸۴). اولین کسی که دلالت اخبار مذکور بر فتوای مشهور را نقد کرد صاحب حدائق بود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص ۶۳). برخی ضمن آنکه استظهار اطلاق از اخبار مذکور را «توهم» توصیف کرده اند (خمینی، روح الله، بی تا، ج ۵، ص ۲۰)، چنین ابراز داشته اند که «هیچ روایتی که بتوان از آن، اطلاق را برداشت کرد وجود ندارد» (همان) سیدمصطفی خمینی ضمن اشاره به اصرار صاحب جواهر مبنی بر ظهور خبر مذکور در

اطلاق، می نویسد: ثبوت اطلاق برای اخبار مورد تمسک از قبیل خبر عمر بن یزید، غیر واضح است گرچه سید فقیه یزدی بر این افاده اطلاق اصرار ورزیده است (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۶).

#### ۴-۲. دلیل دوم: مقتضای قاعده بودن حق اخذ ارش

مطابق این استدلال گفته می شود تخیر، مشتمل بر دو حق در عرض یکدیگر یعنی حق فسخ و حق دریافت ارش است. حق فسخ که قطعی و مستفاد از اخبار است. تنها چیزی که باید اثبات شود این است که در عرض حق فسخ، حق اخذ ارش هم وجود دارد. طبق دلیل مذکور، اثبات حق اخذ ارش، نیاز به اخبار و ادله خاصه ندارد، بلکه اساساً حق اخذ ارش، مطابق قاعده است.

توضیح مطلب اینکه وصف صحت به منزله جزء است. همان طور که با فقدان جزء، حق خیار تبعض صفقه پیدا می شود که علاوه بر جواز رد می توان مابه التفاوت دریافت کرد، در فقدان وصف صحت هم به همین شکل است؛ بنابراین نیاز به دلیل خاص نیست و گرفتن ارش، مطابق قاعده است (خمینی، روح الله، بی تا، ج ۵، ص ۱۸).

نقد: اولاً شیخ انصاری که این استدلال را ضعیف می داند در نقد آن ابراز می کند وصف صحت نه عرفاً به منزله جزء است و نه شرعاً دلیلی داریم که به منزله جزء باشد؛ پس در فقدان جزء می بایست به نسبت جزئی که مفقود شده، معامله باطل و ثمن عودت داده شود؛ اما در فقدان وصف صحت، چنین نیست که معامله نسبت به آن باطل شود، بلکه نهایتاً مشتری حق دریافت مابه التفاوت بابت تخلف از وصف دارد. ضمن اینکه بایع هیچ الزامی به پرداخت مابه التفاوت از محل ثمن ندارد، بلکه از هر مالی که خودش بخواهد می تواند ضرر مربوط به وصف فوت شده را جبران نماید که این خود، گواهی بر این است که جبران مافات به معنای پرداخت ارش نیست؛ زیرا پرداخت ارش می بایست از محل ثمن باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ البته این نقد بر آن مبنا است که ارش را جزئی از ثمن بدانیم.

ثانیاً اشکال دیگری که شیخ انصاری بر این استدلال دارد به این بیان است که در





خود جزء هم این طور نیست که همیشه به همان نسبت، از ثمن برگردد و مقداری از ثمن در مقابل جزء باشد، بلکه اگر در عین خارجی، جزء مفقود به عنوان جزئیت اخذ نشود، بلکه به عنوان شرطیت اخذ شود، هیچ نسبتی از ثمن، در مقابل جزء مفقود قرار نمی گیرد؛ مثل اینکه شخصی بگوید این زمین را می فروشم به شرط اینکه ده جریب (هر جریب ده هزار متر است) باشد. در اینجا جریب‌ها در واقع جزء زمین هستند؛ ولی در متن عقد به صورت شرط اخذ شده‌اند؛ پس در صورت تخلف نهایتاً حق خیار تخلف شرط ثابت می شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶)؛ از همین رو استفاده حکم تخییر از دلیل بالا، به مراتب دشوارتر از استفاده حکم گفته شده از اخبار است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

#### ۴-۱-۳. دلیل سوم: اجماع

مهم ترین دلیلی که بر تخییر بین رد و ارش در باب خیار عیب آورده می شود، همین دلیل است.

نقد: اولاً علیرغم ادعای بسیاری از فقها بر وجود اجماع بر دیدگاه تخییر، اما با توجه به نظریات متفاوتی که در این باب ارائه کردیم، دانسته شد که ادعای اجماع مردود است و اساساً اجماعی بین فقها در این زمینه وجود ندارد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸)؛ پس شاید بهتر بود فقهای که ادعای اجماع کرده‌اند به جای ادعای مذکور، مدعی عدم خلاف می شدند؛ نظیر شیخ انصاری که در مقام استدلال، از تعبیر بلاخلاف استفاده می کند تا بفهماند در بین اقوالی که تحصیل کرده مخالفی نیافته است؛ البته ایشان نیز در ادامه بحث، از ادعای عدم خلاف، استدراک کرده و مدعی اجماع شده و می گوید: «فالظاهر عدم الخلاف فی المسئله بل الاجماع عل التخییر بین الرد و الارش» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۷۶).

ثانیاً بر فرض که به فتوایی مخالف نظریه تخییر دست نیایم و نقض اجماع برای ما محرز نشود لکن همچنان تمسک به اجماع منقول به تنهایی نمی تواند حکم مذکور را ثابت کند زیرا اساساً اجماع منقول، حجیت ندارد (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۸).

ثالثاً بر فرض که در این زمینه، اجماع وجود داشته باشد و بر فرض که اجماع منقول

به خبر واحد و یا منقول به خبر مستفیض را حجت بدانیم یا برفرض که کسی مدعی تحصیل اجماع شود و بگوید به اجماع محصل دست یافته است، از آنجایی که ملاک اجماع کنندگان منحصر در همین عمومات و ادله خاصه‌ای است که در این ابواب ارائه شده است، اجماع مذکور مدرکی یا محتمل دست کم المدرک خواهد بود. به تصریح اصولیان، اجماع مدرکی یا محتمل المدرک فاقد حجیت است (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰ق، ج ۳، ص ۲۰۸).

#### ۴-۱-۴. دلیل چهارم: جمع بین اخبار

سید یزدی در مقام استدلال بر تخییر، اخبار این باب را سه طایفه دانسته، کوشیده میان آنها جمع کند. دسته اول اخباری هستند که به صورت مطلق حق اخذ ارش را ثابت کرده‌اند. دسته دوم اخبار بسیار زیادی هستند که به صورت مطلق، حق فسخ معامله و برهم زدن آن را ثابت می‌کنند. دسته سوم اخباری هستند که تفصیل داده‌اند و در موردی که مشتری در مبیع، تصرف کرده است، حق اخذ ارش را ثابت می‌کنند و در موردی که مشتری، تصرف نکرده است، حق رد و فسخ معامله را ثابت کرده‌اند؛ بنابراین اخبار در جایی که مشتری در مبیع، تصرف نکرده است به حکم اخبار دسته اول، حق اخذ ارش برای او ثابت است؛ اما به حکم اخبار دسته دوم، چنین حقی برای او ثابت نیست؛ پس حکم به تعارض اخبار می‌شود. در مقام تعارض اخبار، چنانچه جمع بین ادله ممکن باشد، باید بین آنها جمع کرد، و گرنه برخی قائل به ترجیح خبر دارای مرجح هستند و برخی دیگر قائل به تخییرند. حال به نظر می‌رسد جمع بین ادله ممکن است؛ به این نحو که می‌گوییم مقتضای خیار عیب، تخییر بین ارش و رد است که اخبار دسته اول، یک فرد از افراد تخییر یعنی ارش را بیان می‌کنند و اخبار دسته دوم، فرد دیگر از افراد تخییر یعنی رد و فسخ را بیان می‌کنند. شاهد این جمع، حدیث فقه رضوی و اجماع فقها است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

نقد: اولاً قبلاً گفتیم که روایات دسته اول، به لحاظ سندی یا دلالی مخدوش هستند؛ پس اساساً فاقد حجیت هستند و در جایی که یک دسته دلیل، فاقد حجیت باشند اصلاً







قواعد باب جمع و قواعد باب تعارض جاری نمی‌شود؛ زیرا تعارض، فرع بر حجیت هر دو دسته دلیل است؛ از این رو گفته می‌شود تعارض بین حجت و لاجت معنا ندارد (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۲).

ثانیاً جمع در صورتی معتبر است که عرفی باشد و گرنه چنانچه جمع تبرعی باشد، مردود است. جمع عرفی، جمعی است که مورد پسند عرف واقع شود یا شاهی از دلیل ثالث بر آن اقامه شود (مظفر، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۲۳۴). در اینجا هیچ‌یک از این دو عنصر وجود ندارد؛ زیرا از طرفی جمع مذکور، از نظر عرف، پسندیده نیست؛ چرا که عرف چنین روایاتی را از قبیل بیان دو فرد تخییر نمی‌داند، بلکه حکم به تعارض می‌کند. از طرف دیگر دلیل ثالثی که به عنوان شاهد ارائه شده است، حدیثی از کتاب فقه الرضا است که قبلاً گفتیم اعتباری ندارد.

ثالثاً جمع بین ادله، منحصر به جمع مذکور نیست، بلکه مطابق صناعت جمع، یکی از موارد جمع عرفی، حمل مطلق بر مقید است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۰۹)؛ پس باید اخبار مطلق را بر دسته سوم که بین فرض تصرف و عدم تصرف تفصیل داده‌اند، حمل کنیم. رابعاً با توجه به وجه جمعی که بیان کردیم، نوبت به تخییر نمی‌رسد. به همین جهات است که خود سید یزدی در نقد استدلال مذکور می‌گوید وجه جمع مذکور بدون شاهد است (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۸).

## ۵. دیدگاه مختار

گفتیم که مشهور فقهای امامیه خیار عیب را مقتضی ثبوت حق رد و حق اخذ ارش می‌دانند و دایره این شهرت به قدری گسترده و وسیع است که بسیاری از فقها این دیدگاه را به تمام فقهای امامیه نسبت می‌دهند. قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت می‌کند؛ اما با بررسی تمامی ادله این دیدگاه، ثابت شد که ادله دیدگاه مذکور، قابل نقد هستند تا آنجا که بسیاری از فقهاء صراحتاً می‌گویند چنانچه پای اجماع و شهرت در میان نبود و بیم مخالفت با بیشتر فقهای امامیه نمی‌رفت، هرگز فتوا به تخییر نمی‌دادند (خمینی، بی‌تا، ص ۸).

حال پس از نقد دیدگاه مذکور به بیان دیدگاه مختار می‌پردازیم. مطابق دیدگاه مختار، به نظر می‌رسد چنانچه متبایعین به معامله متاعی اقدام کنند، خواه عقد به صورت مطلق منعقد شده باشد یا مشروط به صحت و سلامت مبیع باشد، چنانچه پس از عقد مشخص شود مبیع معیوب بوده است، مشتری تنها حق فسخ دارد و حق امضای معامله و دریافت ارش را ندارد. ادله‌ای که به نفع این احتمال می‌توان اقامه کرد، عبارت‌اند از:

#### ۵-۱. دلیل اول: روایت جمیل بن دراج

جمیل از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام درباره شخصی می‌پرسد که لباس یا متاعی را از دیگری خریداری می‌کند؛ سپس معلوم می‌شود که مبیع معیوب بوده است. امام در پاسخ می‌فرماید: اگر لباس هنوز عیناً مانند قبل، باقی است (کنایه از آنکه در آن تصرفی نشده است)، آن را به صاحبش برمی‌گرداند و ثمن خود را دریافت می‌کند؛ اما اگر لباس را خیاطی یا رنگ کرده یا آن را برش داده است، ارش آن را دریافت می‌کند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۱۷). این روایت، ظهور در آن دارد که قبل از تصرف، تنها حقی که مشتری دارد حق رد و فسخ معامله است و نمی‌تواند بایع را مجبور به پرداخت ارش نماید.

#### ۵-۲. دلیل دوم: عمومیت ادله لاضرر

درباره مفاد ادله لاضرر، اصولیان تصریح می‌کنند به اینکه قاعده لاضرر در مقام امتنان بر امت، صادر شده است؛ پس نمی‌تواند جهت دفع ضرر از مکلفی، به مکلف دیگر ضرری را که وی مستحق آن نیست وارد سازد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۳). حال در فرض ما شارع حق فسخ معامله را تحت هر شرایطی برای مشتری به رسمیت شناخته است؛ پس بایع نمی‌تواند به بهانه اینکه متضرر می‌شوم از اجرای آن سرباز زند؛ اما در جایی که امضای معامله و دریافت ارش به ضرر بایع باشد، در فرضی که هیچ دلیلی بر ثبوت این حق برای مشتری نداریم، چنانچه مشتری بخواهد بایع را مجبور به پرداخت ارش کند، اگر مستلزم وارد ساختن ضرر بر بایع باشد، مشمول ادله لاضرر خواهد بود.





اگر اشکال شود که چگونه با جریان اصل صحت و از آن طرف ضرر خریدار قاعده لاضرر به نفع فروشنده جاری می‌گردد، در پاسخ می‌گوییم وقتی مطابق دیدگاه مختار، سخن از یک حق یعنی حق اخذ ارش به میان می‌آوریم، هم به مقتضای اصل صحت عمل شده و هم ضرر خریدار، جبران شده است؛ اما در جایی که هیچ دلیلی بر جواز رد نداریم و رد مبیع به ضرر فروشنده بینجامد به مقتضای ادله لاضرر، صرفاً حفظ جانب مشتری، ضرورت پیدا می‌کند.

### ۳-۵. دلیل سوم: مقتضای اصل هنگام دوران بین تعیین و تخییر

پس از نقد ادله‌ای که بر اثبات اطلاق ادله حق اخذ ارش بیان شد، اگر همچنان مردد باشیم که آیا مشتری، مخیر بین فسخ و دریافت ارش است یا اینکه حق او منحصراً متعین در فسخ است. در این صورت مسئله ما از باب دوران امر بین تعیین و تخییر خواهد بود. اصولیان تصریح می‌کنند به اینکه هنگام دوران بین تعیین و تخییر، حکم به تعیین می‌شود (حکیم، ۱۴۱۸ق، ص ۶۳۳).

### ۴-۵. دلیل چهارم: مقتضای جمع بین ادله

قبلاً گفتیم ادعا شده که سه دسته روایات در این باب وارد شده است: دسته اول روایاتی که به صورت مطلق، حق دریافت ارش را برای مشتری ثابت می‌کنند؛ دسته دوم روایاتی که به صورت مطلق، حق رد و فسخ معامله را برای مشتری قائل شده‌اند؛ دسته سوم روایاتی که حق اخذ ارش را مقید به تصرف در مبیع می‌کنند.

البته از مباحث گذشته آشکار شد که اساساً روایات دسته اول، فاقد حجیت هستند؛ پس اصلاً تعارض ادله در اینجا صدق نمی‌کند تا نوبت به جمع بین ادله برسد؛ زیرا گفتیم که تعارض، فرع بر حجیت همه ادله است، و گرنه تعارض بین حجیت و لاحجیت معنا ندارد؛ اما فارغ از این اشکال، بر فرض که روایات دسته اول، حجیت داشته باشند، می‌گوییم مقتضای صناعیت جمع، این است که در تعارض بین مطلق و مقید، ادله مطلق را حمل بر مقید کنیم؛ از این رو بر فرض که روایات دسته اول، واجد شرایط حجیت به

لحاظ سند و دلالت باشند، اما می‌بایست اطلاق آنها را حمل بر تقیید موجود در روایات دسته سوم کرد؛ پس می‌گوییم حق اخذ ارش به صورت مطلق برای مشتری وجود ندارد، بلکه تنها در فرض عدم امکان فسخ، این حق ثابت می‌شود.

### نتیجه‌گیری

گرچه در باب خیار عیب، شهرت قریب به اجماع، حکایت از ثبوت حق رد و حق اخذ ارش برای مشتری دارد، واکاوی این مسئله و تأمل در ادله قائلان به آن، به خوبی روشن می‌سازد که قول مذکور، فاقد دلیل معتبر است، بلکه ادله کافی برخلاف آن وجود دارد. افزون بر عموماً «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لایحل مال امرؤ مسلم الا بطیب نفسه» و ادله لاضرر، دلیل خاصی نظیر روایت جمیل بن دراج، دال بر آن است که به محض کشف عیب، حق اخذ ارش برای مشتری ثابت نمی‌شود. برفرض که ادله مذکور، اجمال داشته باشند و در حکم مسئله، شک داشته باشیم، مقتضای اصل در دوران بین تعیین و تخیر، اخذ جانب تعیین است. همچنین تمام اخبار و ادله نقلیه‌ای که به عنوان دلیل بر ثبوت حق دریافت ارش به محض کشف عیب، آورده شده‌اند، به لحاظ دلالتی یا سندی مخدوش‌اند و گفتیم برفرض که ادله مذکور، حجیت داشته باشند، مقتضای جمع بین ادله، حمل روایات مطلق بر مقید است؛ یعنی روایاتی که به صورت مطلق، حق اخذ ارش را برای مشتری ثابت می‌کنند، می‌بایست با قیدی که در روایات مقید، ذکر شده است، مقید شوند و بگوییم مقصود از آنها اثبات حق اخذ ارش در فرض عدم امکان رد است.



## فهرست منابع

\* قرآن کریم.

۱. ابن منظور، ابوالفضل؛ و جمال الدین، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب (ج ۱۵)، ج ۶، چاپ سوم). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق) (چاپ اول). قم: کفایة الأصول (طبع آل البيت علیهم السلام).
۳. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۴ق). الخيارات (للأراکی) (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه در راه حق.
۴. اصفهانی، محمدحسین کمپانی. (۱۴۱۸ق). حاشية كتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة) (ج ۵، چاپ اول). قم: أنوار الهدی.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة) (ج ۶، چاپ اول). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری علیه السلام.
۶. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ق). كتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - القديمة) (ج ۳، چاپ اول). قم: منشورات دار الذخائر.
۷. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة (ج ۲۵، چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب (ج ۴، ج ۴، چاپ سوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد. (بی تا). النهاية فی غریب الحدیث و الأثر. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (ج ۳۰، چاپ اول). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد. (بی تا). إيصال الطالب إلى المكاسب (ج ۱۶، چاپ اول). تهران: منشورات اعلمی.
۱۲. حکیم، محمدتقی بن محمدسعید. (۱۴۱۸ق). الأصول العامة فی الفقه المقارن (چاپ دوم). قم: مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام.



۱۳. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع (ج۴، چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله.
۱۴. خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). کتاب البیع (للإمام الخمينی) (ج۵، چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۱۵. خمینی، سیدمصطفی. (بی تا). الخيارات (للسید مصطفی الخمينی) (ج۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن، (ج ۱، چاپ اول). لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
۱۷. زبیدی حنفی، محب الدین سیدمحمد مرتضی حسینی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۲۰، چاپ اول). بیروت - لبنان: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.
۱۸. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۱۴ق). المختار فی أحكام الخیار، (ج ۱، چاپ اول). قم: مؤسسه امام صادق رحمته الله.
۱۹. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۳ق). دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، (ج ۱). قم: المركز العالمی للدراسات الإسلامیة.
۲۰. شیخ صدوق، ابن بابویه محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه (ج ۴، چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. طباطبایی قمی، سیدتقی. (۱۴۱۳ق). مبانی منهاج الصالحین (ج ۱۰، چاپ اول). قم: منشورات قلم الشرق.
۲۲. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) (ج ۱۰، چاپ چهارم). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۳۰ق). دراسات فی الأصول (چاپ اول). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار رحمته الله.
۲۴. حسینی روحانی قمی، سیدصادق. (بی تا). منهاج الصالحین (لروحانی). قم: الاجتهاد.
۲۵. حسینی روحانی قمی، سیدمحمد. (۱۴۲۰ق). المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات (ج ۲، چاپ اول). تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی).
۲۶. کاشانی، فیض، محمد محسن بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع (ج ۳، چاپ اول). قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی رحمته الله.



۲۷. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول (۲۶ج، چاپ دوم). تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۸. مجلسی، محمدتقی بن مقصود علی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القدیمة) (۱۴ج، چاپ دوم). قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور.
۲۹. مظفر، محمدرضا. (۱۳۷۵). أصول الفقه (چاپ پنجم). قم: طبع اسماعیلیان.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). انوار الأصول (چاپ دوم). مدرسہ امام علی علیه السلام.
۳۱. منسوب به علی بن موسی الرضا، امام هشتم علیه السلام. (۱۴۰۶ق). الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا علیه السلام (۱ج، چاپ اول). مشهد: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبائی. (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب (للیزدی) (۲ج، چاپ اول). قم: مؤسسه اسماعیلیان.



فقه

## References

\* Holy Quran.

1. Akhund Khorasani, M. K. (1409 AH). *Kifaya al-Usul* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
2. Araki, M. A. (1414 AH). *al-Khiyarat* (Vol. 1, 1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar Rahe Haq.
3. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *al-Khiyarat*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works (Ra). [In Arabic].
4. Ayatollah Khomeini. (n.d.). *Kitab al-bay'* (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic].
5. al-Hurr al-amili. (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'a* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Aal al-Bayt Institute. [In Arabic].
6. al-Husayni al-Zabidi, S. M. M. (1414 AH). *Taj al-Arus Min Jawahir al-Qamus* (1<sup>st</sup> ed.). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic].
7. al-Shaykh al-Saduq. (1413 AH). *Man La Yahduruhu al-Faqih* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
8. Bahrani, Y. (1405 AH). *al-Hadaiq al-Nazira fi Ahkam al-Itrat al-Tahira* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Islamic Publications Office. [In Arabic].
9. Fayz Kashani, M. (n.d.). *Miftah al-Sharia'* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ayatollah Marashi Najafi (Ra) Library. [In Arabic].
10. Fazel Movahedi Lankarani, Muhammad. (1430 AH). *Studies in Principles* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
11. Hakim, M. T. (1418 AH). *Public Principles in Comparative Jurisprudence* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
12. Hilli, M. (1404 AH). *al-Tanqih al-Ra'i for the summary of Sharia*. Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library (Ra). [In Arabic].
13. Husseini Shirazi, S. M. (n.d.). *Isal al-talib ila al-makasib* (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: A'lami. [In Arabic].



فقه



14. Ibn Athir. (n.d.). *al-Nahaya fi gharib al-Hadith wal-Athar*. Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
15. Ibn Manzur. (1414 AH). *Lisan al-Arab* (3<sup>rd</sup> ed., Vol. 6). Beirut: Dar al-Fikr. [In Arabic].
16. Jurisprudence attributed to Imam al-Reza (PBUH). (1406 AH). (1<sup>st</sup> ed.). Mashhad: Aal al-Bayt Institute.
17. Kompany Isfahani, M. H. (1418 AH). *Hashiyat Kitab al-Makasib* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Anwar al-Hoda.
18. Majlisi, M. B. (1404 AH). *Mir'at al 'Uqul Fi Sharh Akhbar Al al-Rasul* (2<sup>nd</sup> ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].
19. Majlisi, M. T. (1406 AH). *Rawdat al-Muttaqin fi Sharh Man La Yahduruhu al-Faqih* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: Kushanbour Islamic Cultural Institute. [In Arabic].
20. Makarem Shirazi, N. (1428 AH). *Anwar al-Osul* (2<sup>nd</sup> ed.). Qom: n.p. [In Arabic].
21. Muzaffar, M. R. (1375 AP). *Principles of Jurisprudence* (5<sup>th</sup> ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
22. Qommi, S. M. H. R. (1420 AH). *al-Mortaqa ila Fiqh al-Arqa - Kitab al-Khiarat* (1<sup>st</sup> ed.). Tehran: al-Jalil Foundation for Cultural Research (Dar al-Jali). [In Arabic].
23. Qommi, S. S. H. R. (n.d.). *Minhaj Al-Salehin*. n.p. [In Arabic].
24. Ragheb Isfahani, H. (1412 AH). *Vocabulary of the words of the Qur'an*, (1<sup>st</sup> ed., Vol. 1). Lebanon - Syria: Dar al-Alam - al-Dar al-Shamiya. [In Arabic].
25. Shaykh al-Ansari. (1411 AH). *Kitab al-Makasib* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Dar al-Zakhair. [In Arabic].
26. Shaykh al-Ansari. (1415 AH). *Kitab al-Makasib* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: World Congress in Honor of great Shaykh Ansari (Ra). [In Arabic].
27. Shaykh Tusi. (1407 AH). *Tahdhib al-Ahkam* (4<sup>th</sup> ed.). Tehran: Islamic Books House. [In Arabic].



فقه

28. Sobhani Tabrizi, J. (1414 AH). *al-Mukhtar in the rulings of the option* (1<sup>st</sup> ed., Vol. 1). Qom: Imam Sadiq (PBUH) Institute. [In Arabic].
29. Sobhani Tabrizi, J. (1423 AH). *Curriculum studies in options and conditions* (Vol. 1). Qom: World Center for Islamic Studies. [In Arabic].
30. Tabatabaei Qommi, S. T. (1413 AH). *Mabani Minhaj al-Salehin* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Qalam al-Sharq. [In Arabic].
31. Tabrizi, J. (1416 AH). *Irshad al-Talib ila al-Ta'liq a'la al-Makasib* (3<sup>rd</sup> ed., Vol. 4). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].
32. Yazdi, S. M. K. (1410 AH). *Hashiya al-Makasib* (1<sup>st</sup> ed.). Qom: Ismailiyan. [In Arabic].

