

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

«و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم: من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف.»

اقوال در صورت تخلف اوصاف مبيع

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: در بیع عین غائب، بایع در هنگام بیع باید اوصاف مبيع را ذکر کند و مشتری هم بنا بر این اوصاف معامله را می‌پذیرد، حال اگر بعد از معامله و گرفتن مبيع، مشتری دید که این مبيع بر خلاف آن اوصافی است که در معامله مورد نظر بود، در این مسئله مجموعاً سه قول وجود دارد:

قول اول نظر مشهور فقهاء است که قائل‌اند به اینکه مشتری مخیر است بین اینکه مبيع را نگه دارد و معامله را به هم نزند و ارش هم نگیرد و بین اینکه معامله را فسخ کند.

قول دوم این است که مشتری مخیر است بین اینکه فسخ کند و بین اینکه مبيع را نگه دارد و می‌تواند ارش هم دریافت کند.

قول سوم که در مسئله، که قول صریحی نیست، بلکه از ظاهر کتاب مقنعه و نهایه و مراسم استفاده کرده‌اند که اینها قائل‌اند به اینکه در این مورد، که مبيع بر خلاف آن اوصافی است که در متن عقد ذکر شده، این معامله باطل است.

نقد و بررسی قول سوم

مرحوم شیخ(ره) فرموده: این قول سوم از قول دوم که می‌گفت: در صورت امساک می‌تواند ارش بگیرد اضعف است.

در اینجا مرحوم شیخ(ره) دو کار انجام داده است:

عدم وجود قول به بطلان در بین فقهاء

یکی اینکه تبیین کرده‌اند که اصلاً چنین قولی در بین فقهاء وجود ندارد، حتی فرموده: ظاهر این سه کتاب هم که از آن بطلان استفاده شده، ظهور در بطلان ندارد.

در کتاب مقنعه و نهاییه نگفته‌اند که: «کان البیع باطلا»، بلکه گفته‌اند: «کان البیع مردوداً»، که در مردود دو احتمال وجود دارد؛ یک احتمال این است که «مردوداً بالفعل»، یعنی این به طور کلی و بالفعل مردود است و احتمال دوم این است که یعنی «قابل للردّ مردوداً».

بنا بر احتمال اول که مردودیت را به مردودیت فعلیه معنا کنیم، از آن بطلان استفاده می‌شود، اما این احتمال دوم هم وجود دارد که مراد از مردود، یعنی «قابل للردّ»، که همان عبارت الاخرای وجود خیار و صحت این معامله است.

شیخ(ره) فرموده: برای این مطلب نظیر هم داریم که مرحوم صاحب نهاییه(ره) در باب خیار غبن فرموده: اگر در معامله‌ای غبن واقع شد، بیع مردود است، یعنی به جای تعبیر به خیار غبن، به مردودیت تعبیر کرده است.

پس معلوم می‌شود که اصل وجود چنین قولی محل تردید و انکار است و در بین فقهاء قائلی که این قول را بپذیرد و فتوای به بطلان دهد نداریم.

دلیل بر قول به بطلان عقد

دوم اینکه بر فرض هم که قائل به بطلان داشته باشیم، آیا دلیلی بر قول به بطلان داریم یا نه؟ شیخ(ره) فرموده: دلیلی بر آن، غیر از آنچه مرحوم محقق اردبیلی(ره) در مجمع الفائدة و البرهان بیان کرده نداریم، که فرموده: در اینجا بیع باطل است، به دلیل اینکه «الموجود غیر المعقود علیه»، آنچه به دست مشتری داده شده و موجود است، غیر از آن است که عقد بر روی آن واقع شده و آنچه که معقود علیه است، الآن موجود نیست.

لذا این عقد به خاطر اینکه در آن موجود با معقود علیه مغایرت دارد، پس می‌گوییم که: این معامله، معامله‌ی باطلی است.

نقد و بررسی این دلیل

شیخ(ره) فرموده: وجه ضعف این دلیل روشن است، به دلیل اینکه تخلف اوصاف هیچ وقت مورد مغایرت مبیع نمی‌شود، مثلاً اگر مشتری عیدی را به شرط کتابت از بایع خرید، اما کتابت در این عبد وجود نداشت، وقتی مراجعه به عرف می‌کنیم، عرف نمی‌گوید: این عیدی که دارای این شرط نیست، با آنچه که معقود علیه است مغایرت دارد و همین مقدار که عرف حکم به مغایرت نکند برای ما کافی است.

بیان قاعده کلی در ما نحن فیه

بعد در اینجا یک قاعده‌ی کلی را بیان کرده و فرموده: هر وصفی که از نظر عرف، در حقیقت مبیع دخالت داشته باشد، تخلف از این وصف موجب بطلان بیع است، مثلاً بایع در منزلش چیزی دارد و به مشتری می‌گوید: آنچه را که در منزل دارم، به عنوان اینکه عبد حبشی است، به این صفت می‌فروشم، بعد وقتی که می‌خواهد آن را تحویل دهد، مشتری می‌پند که عبد نیست، بلکه حمار وحشی هست، که اینجا این صفت عبد حبشی، از نظر عرف در حقیقت مبیع دخالت دارد.

لذا شیخ(ره) فرموده: در مواردی که دخالت صفت در مبیع به گونه‌ای باشد، که از نظر عرف در حقیقت مبیع دخالت دارد، در چنین مواردی ظاهر این است، حتی خلاقی هم بین فقهاء وجود ندارد، که معامله باطل است، ولو به صورت شرطیت ذکر شود.

مثلاً گاهی می‌گوید: آن عبد حبشی در خانه را فروختم، اما بعد معلوم می‌شود که آن عبد حمار وحشی بوده است، اما گاهی به صورت اشتراط ذکر کرده و می‌گوید: «بعثک ما فی البیت»، به شرط اینکه عبد حبشی باشد، که عبد حبشی را به عنوان شرط ذکر می‌کند، که شیخ(ره) فرموده: و لو به عنوان شرط هم ذکر شود، اما چون عرفاً حمار وحشی مغایر با عبد حبشی است، در اینجا مسئله‌ی خیار مطرح نیست، بلکه مسئله‌ی بطلان بیع مطرح است.

پس نتیجه می‌گیریم که در هر موردی که شرط، یک صفتی از اوصاف باشد، که قصد مشتری یا قصد طرفین مبتنی بر آن باشد، یعنی عقد مبتنی بر آن قصد باشد، در چنین موردی می‌گوییم: تخلف از مقصود موجب بطلان معامله است.

شاهد بر این قاعده کلیه

بعد شاهد آورده و فرموده: اکثر متأخرین که فساد شرط را موجب فساد مشروط می‌دانند، بنا بر همین قاعده است، که در هر عقدی که یک شرطی شده است، قصد به مشروط در ضمن این شرط تعلق پیدا کرده است، در حالی که اگر مشروط به این شرط نباشد، در اینجا قصد موجود نیست و آنچه که موجود است، غیر مقصود است، لذا معامله عنوان باطل را دارد.

بنابراین تا اینجا دلیل شیخ(ره) برای بطلان این می‌شود که فرموده: هر وصفی که عرفاً دخالت در حقیقت مبیع دارد، تخلف از آن موجب بطلان معامله است.

پاسخ صاحب جواهر(ره) از وجه بطلان

بعد مرحوم شیخ(ره) به کلام صاحب جواهر(ره) اشاره کرده، که وجه بطلان را از قول محقق اردبیلی(ره) نقل و آن را دفع کرده و فرموده: این وجه بطلان مدفوع است، به این بیان که برای وصف را دو تقسیم داریم؛ تقسیم اول اینکه وصفی که مشخص کننده کلیات است و وصفی که معین در شخصیات است.

صاحب جواهر(ره) به محقق اردبیلی(ره) فرموده: شما بین این دو مخلوط کرده‌اید و مطلقاً گفته‌اید که: تخلف وصف باعث بطلان معامله می‌شود، به این دلیل که معقود علیه غیر موجود است و موجود غیر معقود علیه است، در حالی که این حرف در وصف قسم اول، که وصفی، و صف مشخص یک کلی باشد درست است اما در جایی که وصف، و صف مشخص کلی نیست، بلکه یک موجود مشخص خارجی داریم، که وصف آن را بیان می‌کنیم، تخلف وصف موجب برای بطلان معامله نمی‌شود.

تقسیم دوم این است که یک وصف ذاتی داریم و یک وصف عرضی، مثلاً عبد بودن عرفاً عنوان ذاتی دارد، که اگر اوصافی مربوط به اوصاف ذات باشد، تخلفش موجب بطلان معامله است، اما اگر اوصاف عرضی باشد، تخلفش موجب بطلان معامله نیست.

بعد صاحب جواهر(ره) در آخر کلامش فرموده: ما نحن فیه از قبیل تعارض اشاره با وصف است، که در این تعارض اشاره مقدم است.

فقهاء این قاعده و مسئله را در باب نماز جماعت مورد تعرض قرار داده‌اند، که اگر کسی اشاره کند و بگوید: به این امام جماعت اقتدا می‌کنم، به شرط اینکه زید باشد، بعد معلوم شد که این زید نیست، بلکه عمر است، در اینجا از یک طرف اشاره کرده، که اشاره فقط بر وجود مشار الیه در عالم خارج، که الآن موجود است توقف دارد، پس اشاره می‌گوید: نماز صحیح است، اما از طرفی هم وصف تخلف پیدا کرده، برای اینکه گفته: به وصفی که اسمش زید باشد، همان زیدی که می‌شناسم، ولی

بعد معلوم شده که این عمر است، که اینجا در مقام تعارض اشاره و وصف، فقهاء گفته‌اند که: اشاره اقوی است.

صاحب جواهر(ره) فرموده: ما نحن فيه هم همین طور است، اینکه می‌گوید: «بعثک هذا الشيء»، اما به وصف اینکه کاتب است، پس «هذا العبد» اشاره است و کاتب بودن وصف است، که در صورت تعارض اشاره و وصف، که الآن این شیء و مشار الیه را می‌گیریم، اما می‌بینیم که وصف کتابت در آن موجود نیست، در این تعارض اشاره مقدم است.

بعد مرحوم شیخ(ره) فرموده: این کلام مجازفة لا محصل لها، برای اینکه این کلام هیچ مسئله و مشکلی را حل نمی‌کند، که وجهش را در تطبیق عرض می‌کنیم.

تطبیق عبارت

«و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم: من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف.»، ضعیف‌تر از این قول دوم آن چیزی است که به ظاهر مقنعه، نهایه و مراسم نسبت داده می‌شود که اگر مبیع را بر خلاف آنچه که توصیف شده یافت، بیع باطل است.

حال شیخ(ره) خواسته این نسبت را رد کند، که درست است که این نسبت به این سه نفر داده شده، اما وقتی که در عبارات اینها دقت کنیم، قول به بطلان نداریم، «لكن الموجود في المقنعة و النهاية أنه: «إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً»»، یعنی موجود در عبارت مقنعه و نهایه این است که اگر مبیع بر طبق وصف نبود، بیع مردود می‌شود، که تعبیر به «مردوداً» کرده و نه تعبیر به بطلان، «و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد»، و بعید نیست که مراد از مردود یعنی بیع خیار و قابل رد است، «لا الباطل فعلاً»، نه اینکه بالفعل مردود و باطل باشد.

«و قد عبّر في النهاية عن خيار الغبن بذلك»، در نهایه از خیار غبن به همین مردود بودن تعبیر کرده و فرموده: «فقال: و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر مما يسوى»، اشکالی ندارد و انسان می‌تواند جنسی را به بیشتر از قیمت واقعی‌اش بفروشد، «إذا كان المبتاع من أهل المعرفة»، اگر مشتری از اهل معرفت باشد، «فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً»، اما اگر مشتری از اهل معرفت نباشد، یعنی جاهل است و در معامله کلاه سرش برود، بیع مردود است، یعنی قابل رد است.

«و على تقدير وجود القول بالبطلان»، و بنا بر اینکه بپذیریم که قائل به بطلان هم داریم، «فلا يخفى ضعفه»، ضعف این قولش مخفی نیست، «لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً»، چون بعد از انعقاد بیع به نحو صحیح، دلیلی بر بطلان نداریم، «عدا ما في مجمع البرهان»، غیر از آنچه که در مجمع الفائدة و البرهان آمده، «و حاصله: وقوع العقد على شيء مغاير للموجود»، و حاصل دلیل محقق اردبیلی(ره) این است که عقد بر شیئی واقع شده که مغایر با موجود است، «فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه»، پس آنچه که عقد بر او بسته شده، موجود نیست و آنچه هم که موجود است، عقد بر او بسته نشده است.

شیخ(ره) در جواب فرموده: «و يضعف: بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً»، این دلیل از محل کلام خارج است، چون محل کلام در تخلف اوصافی است که عرفاً موجب مغایرت موجود با معقود علیه نمی‌شود و موصوف با موجود عرفاً تغایری نداشته باشد، «بأن يقال: إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه»، به اینکه بگویند: مبیع فاقد اوصافی است که در آن أخذ شده است، «لا أنه مغاير للموجود»، نه اینکه بگوییم: مبیع با آنچه که موجود است مغایرت دارد.

بعد یک قاعده‌ی کلی ارائه داده فرموده: «نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخلٌ في حقيقة المبيع عرفاً»، به اگر تخلف در چیزی باشد که عرفاً دخالت در حقیقت مبیع دارد، یعنی عرف این صفت را دخیل در حقیقت مبیع می‌داند، «فالظاهر عدم الخلاف في البطلان»، ظاهر آن است که تخلف چنین صفتی در اینجا موجب بطلان می‌شود، «و لو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط»، این «ولو» وصلیه است، یعنی ولو اینکه در عبارت عقد به نحو اشتراط ذکر شده باشد، «كأن يقول: بعثك ما في البيت على أنه عبد حبشي فبان حماراً وحشياً»، مثل اینکه بگوید: آنچه را که در خانه است به تو می‌فروشم، یعنی مبیع به عنوان «ما في البيت» می‌آید، به شرطی که عبد حبشی باشد، بعد معلوم می‌شود که این حمار وحشی است، که عرفاً این با آن تغایر دارد.

«إلا أن يقال: إن الموجود وإن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً»، مگر اینکه گفته شود: به اینکه موجود، ولو عرفاً با معقود علیه مغایرت نداشته باشد، «إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانياً على تلك الأوصاف»، اما اینکه اتصاف مبیع به این اوصاف شرط شده، به این معناست که قصد به این بیع در حالی است که بنای بر این اوصاف دارد، «فإذا فُقد ما بُني عليه العقد»، لذا اگر آن اوصافی عقد بر آن بنا شده مفقود باشد، «فالمقصود غير حاصل»، مقصود از عقد حاصل نشده است، «فینبغی بطلان البیع»، پس قول به بطلان هم شایسته است.

این «إلا أن يقال» استدراک و استثنای از این است که تا به حال ضابطه را اینگونه ارائه می‌دادیم که اگر موجود با معقود علیه عرفاً تغایر داشته باشد، در این صورت معامله باطل است، اما بعد از «إلا أن يقال» می‌گوییم که: نیازی به تغایر هم نیست، چون تخلف اوصاف موجب می‌شود که مبیعی که بایع به مشتری می‌دهد، خالی از اوصافی باشد که شرط شده، لذا این مبیع مقصود نبوده و آنچه که مقصود مشتری و متعاملین بوده و رضایتشان مبتنی بر آن است، مثلاً عبد به شرط کتابت است، که اگر عبد بدون کتابت به مشتری بدهند، نسبت به این قصدی نداشته و رضایتی در کار نبوده، پس معامله باطل است.

در حقیقت شیخ(ره) با این عبارت کلام محقق اردبیلی(ره) در مجمع البرهان را تقویت کرده و فرموده: قول به بطلان بیع شایسته است، بعد برای اینجایی که موجود غیر مقصود باشد و قائل به بطلان هستیم شاهی آورده و فرموده: «و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه»، یعنی به خاطر همین بطلان در موردی که موجود غیر مقصود است، اکثر متأخرین قائل شده‌اند که شرط فاسد موجب فساد عقد می‌شود، «فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً في المعقود عليه»، برای اینکه اگر قصد شرط مؤثر در معقود علیه باشد، یعنی اگر بدون این شرط باشد، اصلاً متعلق قصد مشتری نیست، «فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد»، تخلفش باید موجب بطلان عقد شود، «و إلا لم يوجب فساد العقد»، یعنی اگر تخلف این شرط تخلفش و قصدش تأثیری در معقود علیه نداشته باشد، فساد این شرط موجب فساد عقد نمی‌شود، «بل غاية الأمر ثبوت الخيار»، بلکه نهایتش این است که خيار ثابت می‌شود.

«و من هنا يظهر: أن دفع ما ذكر في وجه البطلان»، یعنی از این بیانی که برای بطلان بیع ذکر کردیم دفع مرحوم صاحب جواهر(ره) نسبت به آنچه که در بطلان ذکر شده، «الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعدة»، این «الذي» صفت بطلان است، یعنی بطلانی که محقق اردبیلی(ره) آن را موافق قاعده قرار داد، «و احتمله العلامة(رحمه الله) في النهاية فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه»، علامه(ره) این بطلان را در نهایه در جایی که مشتری قبلاً مبیع را دیده و حال بر خلاف آنچه که دیده در آمده احتمال داده است.

«بأنه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات و بين الوصف الذاتي و العرضي»، این «بأنه» متعلق به دفع است، یعنی صاحب جواهر(ره) کلام اردبیلی(ره) را دفع کرده به اینکه این اشتباهی است که از عدم فرق بین آن وصفی که معین کلیات است و آن وصفی که معین در شخصیات است و بین وصف ذاتی و عرضی ناشی شده است.

وصف معین در کلیات مثل وصفی است که عنوان فصل دارد، مثل وصف مقوم نوع که می‌گوید: این حیوان را می‌خرم، به شرط اینکه حیوان ناطق باشد، یعنی انسان باشد، که در اینجا وصف معین است، که «معین» اولی را باید به اسم فاعل خواند، که تخلفش موجب بطلان است و وصف معین دوم را باید به صورت اسم مفعول خواند، یعنی در شخصیات و موجود خارجی، که می‌گوییم: این عیدی که جلوی رویت هست می‌فروشیم، به شرط اینکه کاتب باشد و همچنین فرق نگذاشته است بین وصف ذاتی و عرضی، در حالی که آن وصفی که ذاتی است با وصفی که عرضی است فرق دارد.

«وَأَنَّ أَقْصَى مَا هُنَاكَ كَوْنُهُ مِنْ بَابِ تَعَارُضِ الْإِشَارَةِ وَالْوَصْفِ وَالْإِشَارَةُ أَقْوَى»، و صاحب جواهر (ره) فرموده: نهایت چیزی که در اینجا وجود دارد این است که ما نحن فیه از باب تعارض اشاره و وصف است، که اشاره مثلاً می‌گوید: «بعتک هذا العبد» و بعد می‌گوید: «علی أن یكون كاتباً»، که در اینجا اشاره با وصف تعارض می‌کند، و اشاره هم اقوی است.

«مجازفة لا محصل لها»، این خبر «أن» در «و من هنا یظهر أن الدفع» است، یعنی این دفع مجازفه و بی دلیل است و برای آن هیچ محصلی وجود ندارد.

بعد شیخ (ره) کلام صاحب جواهر (ره) را رد کرده فرموده: «وَأَمَّا كَوْنُ الْإِشَارَةِ أَقْوَى مِنَ الْوَصْفِ عِنْدَ التَّعَارُضِ»، اینکه ما نحن فیه را از باب تعارض وصف و اشاره قرار داده، نتیجه‌اش این است که اگر اشاره را مقدم دانستیم، بیع صحیح است و خیار هم در آن وجود ندارد، چون وقتی که اشاره را مقدم کردید، وصف کالعدم می‌شود، لذا دیگر خیاری در اینجا وجود ندارد، «فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتباراً بالوصف»، اگر در ما نحن فیه جاری شود، دیگر اعتباری برای وصف وجود ندارد، یعنی وصف کالعدم می‌شود، «فینبغی لزوم العقد»، پس دیگر عقد باید لازم باشد و خیاری هم در آن وجود نداشته باشد.

«و إثبات الخيار من جهة كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلی حَتَّى يَتَقَوَّمَ بِهِ»، اما اثبات خیار از باب اینکه این وصف، وصف برای موجود خارجی است و نه وصف مشخص کلیات، که اگر وصف مشخص کلیات بود، معامله باطل بود، برای اینکه کلی تقوم به آن وصف داشته باشد، که با تخلف وصف آن معامله باطل می‌شود، «و كونه عرضياً لا ذاتياً إِعَادَةً لِلْكَلامِ السَّابِقِ»، و همچنین از جهت اینکه خیار از باب تخلف وصف عرضی است و نه اینکه وصف ذاتی تخلف پیدا کرده باشد، این اعاده کلام سابق است، یعنی همان که گفتیم: مجازفه است و دلیلی ندارد، چه دلیلی دارید که بین وصف ذاتی و عرضی فرق می‌گذارید؟ برای اینکه قصد به هر دو تعلق پیدا کرده، و لذا اگر موجود نباشد، مقصود غیر حاصل است.

تا اینجا از راه قاعده بطلان بیع را استفاده کردیم، «و یمكن أن یقال: إِنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنَ النُّصُوصِ وَ الْإِجْمَاعَاتِ فِي الْمَوَارِدِ الْمُتَفَرِّقَةِ عَدَمُ بَطْلَانِ الْبَيْعِ بِمُخَالَفَةِ الصِّفَةِ الْمَقْصُودَةِ الْغَيْرِ الْمَقْوَّمَةِ لِلْمَبِيعِ»، اما بعضی ممکن است بگویند که: مستفاد از إجماعات و نصوصی که در موارد مختلف داریم، این است که آن وصفی که عرفاً در حقیقت مبیع دخالت ندارد، تخلفش مورد بطلان نمی‌شود، که شیخ (ره) هم این را می‌پذیرد، «سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد»، اعم از اینکه قصد به این صفت از خارج عقد دانسته شود، که بگوییم: قصد مشتری به آن صفت تعلق پیدا کرده است و یا آن صفت در متن عقد ذکر شود، «كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح»، مانند جایی که جنس معیوبی را فروخته، که همه‌ی فقهاء گفته‌اند که: معامله درست است، در حالی که قصد فقط به صحیح تعلق پیدا کرده است.

«و منه المصرة»، و از این مصادیق این معیب مصرات است، یعنی حیوانی که تصریه شده، که شیر گوسفند را دو سه روز نمی‌دوشند، تا کاملاً شیر در او جمع شود، که اولاً مقداری چاق نشان دهد ثانیاً مشتری ببیند که این چقدر شیر می‌دهد و فریب بخورد، که این تصریه یک عیبی در حیوان است، اما مع ذلک اگر کسی حیوان را به این نحو فروخت، نمی‌گویند که: معامله‌اش باطل است، بلکه می‌گویند که: خیار عیب دارد.

«و كالحكم في النصّ و الفتوى بتبعض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك»، همچنین مانند حکم در نصّ و فتوی به تبعض سفته در جایی که مثلاً گوسفندی را با خوک، با هم می‌فروشد، که فقهاء نمی‌گویند که: معامله باطل است، بلکه می‌گویند که: خيار تبعض سبقه دارد و غير این گونه موارد.

«فتأمل.»، اشاره دارد به اینکه با این چند مورد نمی‌توانیم یک قاعده‌ی کلی درست کنیم و بگوییم: هر جا، هر وصفی که مقوم برای مبيع نباشد، تخلف آن موجب بطلان معامله نمی‌شود، «و سیجیع بعض الکلام فی مسئلة الشرط الفاسد إن شاء الله تعالی».

بعد شیخ(ره) در جایی که تخلف وصف علی القاعده موجب بطلان است، که از إجماعات و نصوص استفاده کردیم که وصفی که مقوم برای بیع نیست، موجب بطلان نیست، فرموده: «نعم هنا إشکال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخل في الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع»، فقط یک اشکال صغروی وجود دارد که از کجا بفهمیم که این وصف، آیا مقوم برای مبيع هست یا نه؟ از جهت آن وصفی که عرفاً داخل در حقیقت مبيع است، که خلافتش موجب بطلان بیع است، «و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار»، و وصفی که خارج از حقیقت مبيع است، که خلافتش موجب خيار می‌شود.

«فإن الظاهر دخول الذکورة و الأنوثة في الممالیک في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم»، مثلاً فرموده: وصف ذکوریت و انوئیت در ممالیک مختلف در حقیقت مبيع داخل است، اما در گوسفند مذکر و مؤنث بودنش دخالت ندارد، «و کذا الرومی و الزنجی حقیقتان عرفاً»، و همچنین رومی و زنجی بودن عرفاً دو حقیقت مختلفند، با اینکه دو وصف خارجی هستند، اما عرف می‌گوید: در حقیقت مبيع دخالت دارند.

«و ربما يتغاير الحقیقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف»، گاهی اوقات دو حقیقت در واقع متغایر هستند، اما عرف آنها را یکی می‌داند و در ما نحن فيه از قبیل اوصاف قرار می‌گیرند، «كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس»، مثل اینکه روغن، یا پنیر و یا شیر می‌فروشد، به شرط اینکه از گوسفند باشد، بعد روشن می‌شود که این شیر گاو بوده است، که در اینجا دو حقیقت است، اما عرف اینها را متغایر نمی‌داند، «و کذا لو باعه خلّ الزبيب فبان من التمر»، و مثل اینکه سرکه‌ی کشمش را می‌فروشد، بعد معلوم می‌شود که این سرکه‌ی خرماست.

بعد فرموده: «و يمكن إحالة اتحاد الجنس و مغایرته على العرف»، ممکن است که بگوییم: هر جا عرف گفت که: این موجود با معقود تغایر دارد، معامله باطل است و هر جا که گفت: تغایر ندارد، خيار تخلف وصف ثابت است.

«و إن خالف ضابطة التغایر المذكورة في باب الربا»، اما در باب ربا، گاهی اوقات دو چیزی که عرفاً از جنس واحد هم نیست، گفته‌اند که: مع ذلك حکم جنس واحد را دارد، مثل مسئله‌ی گندم و جو، که با هم تغایر عرفی دارد، اما شارع در اینجا حکم جنس واحد را پیاده کرده و مسئله‌ی ربا را جاری می‌داند، شیخ(ره) فرموده: اگرچه با این ضابطه‌ای که در اینجا ارائه دادیم، در باب ربا مخالف شده است.

پس ضابطه در ما نحن فيه این است که به عرف مراجعه کنیم، ولو اینکه در باب ربا ضابطه‌ی در اتحاد جنس رجوع به عرف نباشد.

«فتأمل.»، اشاره به این دارد که در باب ربا هم ضابطه عرف هست، منتهی در مواردی، تعبداً و به حسب بعضی از روایات حکم جنس واحد را پیاده کردیم.

