**اصول: استصحاب، جلسه 52: 04/10/1400، استاد سید محمد جواد شبیری**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم و به نستعین انه خیر ناصر و معین**

**الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین و لعن علی اعدائهم اجمعین من الان الی قیام یوم الدین**

خب بحث سر این بود که بعضی از عقود تعلیقی هستند.

در عقود تعلیقی اگر شک کنیم که این عقود جایز هستند یا لازم هستند، آیا می‌توانیم با استصحاب حکم کنیم به اینکه آن اثر عقد بعد از فسخ هم موجود است؛ یعنی نتیجه لزوم را بگیریم.

خب مرحوم نائینی، بدون اینکه با مشکل استصحاب تعلیقی روبرو بشویم. مرحوم نائینی اینجا به این بیان خواستند مشکل را حل کنند که ما استصحاب می‌کنیم قرار را و به این بیان که عقد ولو یک امری هست که در یک زمان تحقق پیدا می‌کند و زمانی هست، قار الذات نیست، ولی عقلا برای آن یک نوع قرار و استمراری در نظر می‌گیرند. حالا آن قرار و استمرار را می‌توانیم ما استصحاب کنیم.

آقای صدر اینجا می‌فرمایند که این کلام مرحوم نائینی بر یک مبنای فقهی استوار است که ما آن مبنای فقهی را قبول داریم، ولی مرحوم آقای خویی آن مبنای فقهی را قبول ندارند. آن مبنای فقهی این است که عرض کنم خدمت شما همین مبنای فقهی که قرار به تعبیر ایشان این است که ان العقد فی باب العقود و ان کان بحسب الحقیقه امرا آنیا یتحقق و ینتهی لکنه بحسب الاعتبار المعتبر فی نظر العقلاء له نوع قرار و استمرار ینقطع بالفسخ اذا کان متزلزلا، فعند الشک فی التزلزل یستصحب هذا الاستمرار بعد الفسخ یترتب علیه اثره؛ بعد ایشان می‌فرمایند که ولیکن این مبنا را مرحوم آقای خویی قبول ندارند. سید استاد قبول ندارند و بلکه ایشان می‌فرمایند که ان الفسخ اخذ عدمه قیدا فی الملکیة المجعوله لا انه رفع لذلک القرار و للاستمرار و بناءا علی هذا المبنا لا مجال للاستصحاب فی المقام علی الاستصحاب التعلیقی.

خب این تقریبی است که مرحوم آقای، کلامی هست که مرحوم آقای صدر اینجا بیان فرمودند. آقای حائری استاد ما، ایشان در حاشیه مطلبی اشاره دارند. ایشان می‌گویند که ان کان یعتبر للعقد نوع قرارا و استمرار فانما هو قراره فی نفس العاقد و هو ینتهی بالفسخ سواءا کان لازما و سواء کان لازما او متزلزلا اما الذی یبقی بعد الفسخ لو کان لازما فهو الاثر و لیس القرار؛ خب این عبارت آقای حائری هست.

من برای اینکه این بحث روشن‌تر بشود، توضیحی بدهم؛ سه جور تصویر در این مسئله تصویر می‌شود؛ حالا مرحوم آقای نائینی مبنایشان چیست نمی‌دانم ولی یک موقعی ببینید اثری که یک عقد در یک زمان تحقق پیدا کرده؛ این که این عقد بقاءا اثر دارد، چرا بقاءا این عقد اثر دارد؟ یک موقعی ما می‌گوییم که خود همان عقد بوجوده الحدوثی‌اش اثر دارد در تحقق آن اثر را بقاءا هم اثر دارد. یعنی یک مثلا فرض کنید عقد بیع که یک ملکیت را ملکیت ثمن را برای بایع، و ملکیت مثمن را برای مشتری می‌آورد، ملکیت یک امر مستمری است دیگر، ملکیت حدوث دارد، بقاء دارد، عقد هم حدوث الملکیه را ایجاد می‌کند، هم بقاء را ایجاد می‌کند هم آن عقد بحدوثه. حدوث عقد یک اثر مستمری ایجاد می‌کند. یک موقعی ما این جوری تصویر می‌کنیم. البته اگر عقد معنای عقد جایز چیست؟ عقد جایز عقدی است که اگر خود شخص فسخ کند، آن تأثیر عقد از بین می‌رود. یعنی شرط اثرگذاری عقد در ایجاد ملکیت بقائی این است که فسخی عارض نشده باشد، و الا اگر فسخ عارض شده باشد، دیگر آن عقد، همان عقد حدوثی تأثیرش در بقاء الملکیه از بین می‌رود، دیگر شارع مقدس ملکیت را بقاءا یا عقلا ملکیت را بقاءا اعتبار نکردند. این یک تصویر است؛ که اثر معلول حدوث العقد است و فسخ جلوی تأثیر حدوث العقد را بقاءا می‌گیرد. حدوث العقد هم اثر را حدوثا ایجاد می‌کند و هم اثر را بقاءا ایجاد می‌کند. این یک تصویر. گویا آقای خویی تصویرشان این است؛ خب ایشان می‌گوید طبق این تصویر عقد بقاءاصلا ندارد، همان عقد حدوثی است، ما شک داریم که این عقد آیا اثرش با فسخ از بین می‌رود، یا اثرش با فسخ از بین نمی‌رود. دیگر آن استصحاب بقاء تأثیر عقد را که نمی‌توانید بکنید. این دقیقا همان استصحاب تعلیقی را فقط می‌توانید کنید؛ بگویید قبل از فسخ عقد اثرش داشت، در عقود معلقه، قبل از فسخ آن اثر تعلیقیه موجود بود، بعد از این که آن شیء چیزش حادث شد، نمی‌دانیم هنوز بعد از فسخ هم آن اثر تعلیقیه وجود دارد یا ندارد، استصحاب می‌کنیم آن اثر تعلیقی را.

این یک مبنا.

مبنای دیگر اینکه ما بگوییم نه عقد حدوثش، حدوث اثر را می‌آورد؛ بقاء عقد بقاء اثر را می‌آورد. خب اینجوری تصویر کنیم. حالا اینکه بقاء عقد چرا عقد باقی است؟ یک موقعی ما می‌گوییم بقاء عقد به خاطر این است که خود چون یک مشکلی اینجا در مورد بقاء عقد است، آن این است که عقد از مقوله اعتبار است. اعتبار بستگی دارد به التفات معتبر. ممکن است در بقاء عقد اصلا معتبر خواب باشد، از بین رفته باشد، هیچ، چطور می‌شود که ما برای آن عقد یک بقاء تصویر می‌کنیم؟ بقاء. اینها می‌گویند که بقاء به این اعتبار است که اراده تعلیقیه معتبر ملاک است. فرض کنید که بنده خدایی که بیع می‌کند، این بیعی که کرده ولو آنا ما همین جور پشت سرهم اراده‌های عدیده ندارد، ولی یک اراده تعلیقیه‌ای دارد که اگر از او سوال کنیم هنوز هم به آن قرارت هستی، می‌گوید آره هستم. اینکه پایبندی به آن قرار به نحو تعلیقی دارد به طوری که اگر ملتفت بشود، اگر از او سوال کنیم، می‌گوید هنوز روی آن عقدم هستم. همین حالت منشأ می‌شودکه عقلا برای آن عقد یک بقائی تصویر کنند. بقاء را به خاطر آن اراده تعلیقیه‌ منشأ عقلا اعتبار می‌کنند. به اعتبار عقلاست ولی به معلول اراده تعلیقیه مُنشأ است.

تصویری که آقای حائری در تقریراتشان از کلام مرحوم نائینی تصویر شده، این تصویر ظاهرا است. تقریبشان این است که ان العقد فی باب العقود و ان کان بحسب الحقیقه امرا آنیا یتحقق وینتهی لکنه بحسب اعتبار المعتبر فی نظر العقلا له نوع قرار و استمرار ینقطع بالفسخ؛ بحسب اعتبار المعتبر فی نظر العقلا یعنی چی؟ بالاخره به حسب نظر اعتبار معتبر است یا فی نظر العقلاء است؟ پاسخ مطلب این است که عقلا به ملاحظه آن اراده تعلیقیه معتبر یک نوع استمرار و قراری برای عقد قائل می‌شوند. یعنی می‌گویند اگر الان از منشأ بپرسیم که آقا هنوز هم روی قرارت هستی؟ می‌گوید بله هنوز هم روی قرارم هست. این یک تصویر.

خب اگر این تصویر باشد همچنان که آقای حائری در پاورقی اشاره می‌فرمایند، وقتی خود معتبر فسخ کرده، اراده تعلیقیه دیگر ندارد. رسما گفته من دیگر از این قرارم دست کشیدم. اگر الان هم از او بپرسند باز هم روی قرارت هستی، می‌گوید نه، پاره‌اش کردم، سوزاندمش، از بین بردمش. خب این یک تصویر.

یک تصویر دیگری وجود دارد غیر از این دو تا تصویری که این وسط هست. آن این است که ما بگوییم که عقلا برای عقد یک قراری خودشان قائلند نه قراری به تبع اراده تعلیقیه آن شخص. خود این عقد را برایش یک قراری قائل هستند، یک استمراری قائل هستند، این استمرار با فسخ از بین می‌رود. استمرار عقلایی عقد با فسخ از بین می‌رود. خب این همین یک تصویر دیگری است.

س: اگر جایز باشد

ج: حالا صبر کنید.

این تصویر سومی که در اینجا وجود دارد. ما نمی‌دانیم که یک همچین خلاصه قراری اینجا این قرار عرض کنم خدمت شما، آیا این شکلی ما تصویر کنیم که با فسخ کأن این قرار، عقلا یک استمراری برای عقد تصویر می‌کنند که این استمراری که برای عقد تصویر می‌کنند با فسخ از بین می‌رود. خب این تصویری که این وسط ممکن است بشود.

خب بنابراین قول سوم ما اگر شک داشته باشیم که آیا با فسخ آن قرار عقلایی از بین می‌رود یا قرار عقلایی از بین نمی‌رود، استصحاب می‌کنیم بقاء آن قرار عقلایی را. و این کلام مرحوم نائینی درست می‌شود و اشکال آقای حائری هم به ایشان وارد نیست. خب این اصل تصویر.

صبر کنید صبر کنید.

خب این ولی به نظر می‌رسد که ما دلیل نداریم که در همه عقود یک شکل واحد از این اشکال ثلاثه حاکم باشد. اگر عقد، عقد لازم باشد، خب عقد لازم ما می‌گوییم عقد لازم معنایش این است که یک نوع فسخی، یک نوع به اصطلاح قراری، عقلا برای این عقد قائل هستند که آن قرار با فسخ چیز از بین می‌رود. ولی آیا در عقدهای لازم هم عقلا برای عقد یک نحوه استمراری فرض می‌کنند یا نمی‌کنند. ممکن است ما بگوییم در عقدهای جایز اثر عقد بقاءا تابع بقاء العقد هست عقلاءا، این بقاء عقد عقلایی که با فسخ از بین می‌رود، ولی در عقد لازم، عقد لازم یعنی چی؟ یعنی عقدی که با همان تحقق عقد دیگر هم حدوث الاثر ایجاد می‌شود و هم بقاء الاثر ایجاد می‌شود. نه اینکه عقد لازم عقدی است که عقلا برایش بقاء فرض می‌کنند، بقائی که با فسخ هم از بین نمی‌رود. بقائی که... یک موقعی ما دو تا تصویر می‌توانیم بکنیم؛ یک تصویر این است که عقد لازم عقدی هست که عقلا فسخ را رافع بقاء العقد نمی‌دانند. این یک تصویر است. و الا اثر عقد بقاءا معلول بقاء العقد است. ولی چون عقلا عقد را بقاءا باقی می‌دانند، چه فسخ بکند چه فسخ نکند، آن عقد باقی است. چون عقد باقی است بقاءا، این عقد بقاء عقد اثر را بقاءا ایجاد می‌کند. علت محدثه اثر با علت مبقی اثر متفاوت است، ولی علت مبقیه‌اش همیشه موجود است. اینجور نیست که علت مبقیه‌اش با فسخ منشأ از بین برود. نه علت مبقیه‌اش موجود است. یک موقع اینجوری تصویر می‌کنیم. ولی یک تصویر دیگر در مورد عقد لازم این است که نه عقد لازم این نیست؛ عقد لازم عقدی است که همان حدوث عقد اثر را حدوثا و بقاءا ایجاد می‌کند. و ما بگوییم که اصلا در عقدهای لازم ما دلیل نداریم که عقلا یک بقائی برای عقد تصویر می‌کنند. چرا ما برای عقد بقاء تصویر می‌کنیم؟ می‌گوییم عقلا بقاء را برای این برای عقد تصویر می‌کنند که آن فسخ را موثر بدانند. فسخ عرفا تعلق می‌گیرد به یک شیء موجود، اما آن جوری که آقای خویی تصویر می‌کنند که فسخ بیاید اثر عقد را در بقاء یعنی تأثیر عقد را در اثر بقاءا از بین ببرد، آن عقلایی نیست. عقلا کأن می‌گویند الان عقد موجود است، عقد می‌آید این فسخ این عقد موجود را نابود می‌کند؛ اما آن عقدی که قبلا تحقق پیدا کند، جلوی اثرش را بگیرد، نگذارد اثر بگذارد، این فسخ نیست؛ فسخ از بین بردن، فسخ یعنی پاره کردن، نابود کردن، فَسَخَ یعنی یک چیزی الان هست مثل یک طنابی را که این طناب به وسیله یک چاقو بریده می‌شود و ارتباط قطع می‌شود، فسخ این است در تصویر عقلایی.

خب این که ما برای عقد یک مرحله بقاء تصویر کنیم اصلا به خاطر فسخ است. در جایی که عقلا برای فسخ اثر قائل هستند، برای عقد یک بقائی فرض می‌کنند که فسخ بیاید آن مرحله بقاء را از بین ببرد، پاره کند، نابود کند. ولی در جایی که فسخ اصلا اثر ندارد، اینجا ما دلیلی نداریم که عقلا، و نکته عقلایی به نظر نمی‌رسد برای اینکه برای آن عقد یک نوع بقاء و قرار و استمراری عقلا فرض کنند.

پس بنابراین ما در واقع در جایی که شک می‌کنیم که این عقد لازم است یا این عقد جایز است، در واقع شک ما به اینجا بر می‌گردد، نمی‌دانیم که اثر به وسیله خود آن بقاء اثر به وسیله حدوث آن عقد است یا بقاء اثر به وسیله بقاء عقد است. بنابراین اصل اینکه برای عقد ما یک بقائی تصویر می‌کنیم آن معلوم نیست. ما نمی‌دانیم، حالا حتی شما برای عقد هم با استصحاب بگویید برای آن عقد استصحاب می‌کنیم بقای عقد را، درست؟ استصحاب می‌کنیم بقای عقد را، این استصحاب بقاء عقد فایده بخش نیست؛ چون معلوم نیست که آن اثر، اثر خود عقد باشد. آن اثر می‌تواند اثر، یعنی بقاء الاثر به بقاء العقد باشد. ممکن است بقاء الاثر مربوط به خود عقد باشد. حدوثش باشد.

خب ان قلت:

س: تکه آخر را یک بار دیگر می‌فرمایید

ج: ببینید بحث این است که در جایی که من شک دارم که آیا این عقد لازم است یا این عقد جایز است؛ اگر جایز باشد یعنی چی؟ معنای جایز بودن این است که این عقد بقاء دارد و بقاء العقد بقاء الاثر را ایجاد می‌کند. اگر لازم باشد، یعنی عقد بقاء ندارد، و بقاء الاثر معلول خود عقد است، یعنی حدوث العقد است. و عقد اصلا بقاء ندارد. عقد بحدوثه اثر را حدوثا و بقاءا ایجاد می‌کند. حدوثا و بقاءا ایجاد می‌کند. پس بنابراین شما بگویید که چون احتمال دارد که این عقد اثر داشته باشد یعنی بقاء داشته باشد، استصحاب کنید بقاء عقد را. چون احتمال دارد که این عقد، آیا این تأثیر دارد؟ خب این فایده ندارد استصحاب بقاء عقد را؛ چون معلوم نیست اثر بقاءا معلول بقاء العقد باشد، ممکن است اثر معلول خود عقد باشد.

خب حالا ان قلت: خب حالا چه فرقی می‌کند، بالاخره ما می‌گوییم یا این اثر، اثر نفس عقد است، که استصحاب می‌کنیم تأثیر عقد را، یعنی بقاء الاثر معلول حدوث العقد است، اثر می‌کنیم تأثیربخشی‌اش را، می‌گوییم قبلا فسخ که این عقد تأثیر بخش بود، نمی‌دانیم بعد از فسخ تأثیربخش هست یا نه، استصحاب می‌کنیم تأثیربخشی حدوث العقد را. یا آن عقد ببقائه تأثیر می‌گذارند، استصحاب می‌کنیم بقاء عقد را حتی بعد از فسخ. این چه تأثیری دارد؟

پاسخ مطلب این است که خب اگر عقد بحدوثه اثرگذار باشد، این معنایش این است که استصحاب می‌شود تعلیقی دیگر، همان بیان اشکال آقای خویی می‌آید دیگر. ما می‌خواهیم یک جوری بحث ما این نیست که استصحاب جاری نیست، بحث ما این است که آیا استصحاب به شکل غیر تعلیقی می‌توانیم جاری‌اش کنیم یا نه، استصحاب به شکل تعلیقی‌اش. فرض این است که استصحاب فرض کنید در مورد همان وصیت، ما وصیت را نمی‌دانیم این وصیت عقد جایز است یا عقد لازم است؛ درست؟ موصی وصیت کرده، ما نمی‌دانیم معنای لازم بودن یا جایز بودن این است؛ اگر وصیت عقد لازم باشد، معنایش این است که همین که موصی وصیت کرد، بر فرض مرگ موصی آن نقل و انتقال صورت می‌گیرد. ولی تأثیر موصی بعد از مرگش است، نه قبل از مرگ. بنابراین در این فاصله مرگ تا وصیت تا مرگ، هیچ اثری ایجاد نکرده است. پس بنابراین فسخ نمی‌تواند بکند، فسخ نمی‌تواند، فسخ چه تأثیری دارد.

خب عرض کنم خدمت شما؛ اما اگر گفتیم که این فسخ تعلق می‌گیرد به بقاء الوصیه، کأن وصیت یک حالت بقایی دارد؛ چون حالت بقایی دارد بنابراین عرض کنم خدمت شما خب آنجا دیگر ما نمی‌دانیم هنوز وصیت موجود است یا موجود نیست، فسخ که می‌آید می‌توانیم استصحاب کنیم، استصحاب بقاء الوصیه را بکنیم. اما اگر شما مبنایتان این باشد که نه، خود وصیت باقی است، خود وصیت ایصاء تعبیر بکنیم حالا، خود ایصاء اثر گذار هست، اینجا استصحاب تعلیقی است. یعنی ایصاء یک اثر تعلیقی دارد. ایصا می‌گوید اگر من موصی بمیرم این منتقل می‌شود به زید. این اثر را شما می‌خواهید برای بعد از فسخ استصحاب کنید. نمی‌دانید با فسخ اگر من بمیرم، این منتقل می‌شود یا نمی‌شود، این قضیه تعلیقیه را می‌‌خواهید استصحاب کنید. خب این همان استصحاب تعلیقی است دیگر.

س: استصحاب می‌کنیم اگر اثر باشد ما قطع داریم بعد از فسخ باقی است

ج: خب همان قضیه تعلیقیه است دیگر

س: نه قطع داریم، شک نداریم که استصحاب جاری کنیم

ج: چی

س: اگر عقد اثر برای حدوث باشد معنایش این است که لازم است، و با فرض دیگر شکی نداریم که بخواهیم استصحاب کنیم

ج: نه ببینید ما، نه توجه بفرمایید ما می‌خواهیم ان قلت این است که ما احتمال می‌دهیم که این عقد یعنی سه تا احتمال ما اینجا داریم؛ سه تا احتمال داریم نه دو تا احتمال. یک احتمالش این است که عقد موجود باشد، ولی با فسخ ...

وصلی الله علی محمد و آل الطاهرین