**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه502 – 04/ 10/ 1400 استصحاب تعلیقی /تنبیهات /استصحاب**

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسه­ی گذشته به تنبیهاتی که در کلام مرحوم آقای صدر در بحث استصحاب تعلیقی ذکر شده بود وارد شدیم.

تنبیه اول عدم جریان استصحاب تعلیقی در موضوعات بود.

تنببه دوم مناقشه در مثالیت عنب و زبیب برای بحث استصحاب تعلیقی بود.

تنبیه سوم جریان استصحاب در عقود تعلیقی بود به نحوی که اشکالات مربوط به استصحاب تعلیقی در موردش مطرح نشود.

این جلسه به ادامه­ی تنبیه سوم و تبیین آن پرداخته می شود.

# جریان استصحاب در عقود تعلیقی بدون مواجهه با اشکالات استصحاب تعلیقی

برخی عقود اثر تنجیزی دارند مانند بیع که بالفعل موجب نقل و انتقال ثمن و مثمن است؛ و لکن برخی عقود اثر تنجیزی و بالفعل ندارند و اثرشان تعلیقی است مانند جعاله و وصیت.

محقق خوئی[[1]](#footnote-1) و محقق نائینی[[2]](#footnote-2) معتقدند در عقودی که اثرشان تعلیقی است، با شک در جائز و لازم بودن این عقود، بعد از تحقق فسخ می توان استصحاب را جاری کرد و حکم به لزوم آن عقد نمود بی­آنکه با اشکالات استصحاب تعلیقی مواجه شویم. [[3]](#footnote-3)

## بیان محقق نائینی: استصحاب نفس قرار

محقق نائینی در عقود تعلیقی، محط استصحاب را نفس قراری دانسته اند که بالفعل موجود است بنابراین بعد از فسخ می توان نفس همان قرار را استصحاب کرد و اشکال تعلیق هم در موردش مطرح نمی شود. ایشان می فرماید هر چند نفس عقد، آنی الحصول بوده و در زمان واقع می شود و قار الذات نیست ولی عقلاء برای آن نوعی بقا در نظر می گیرند و این بقا همان قراری است که به اعتبار عقلاء بالفعل موجود بوده و قابل استصحاب است. [[4]](#footnote-4)

### استوار بودن بیان محقق نائینی بر مبنای فقهی بقای عقد

مرحوم آقای صدر کلام محقق نائینی را بر یک مبنای فقهی استوار می دانند که خودشان آن را قبول داشته و می فرمایند استاد ما محقق خوئی آن را قبول ندارد.[[5]](#footnote-5)

مرحوم آقای صدر مبنای فقهی ذکر شده را این گونه تبیین می کنند:

و أمّا ما ذكره المحقّق النائيني (رحمه الله) من استصحاب القرار فهو مبنيّ على مبنى فقهيّ في باب الفسخ، مقبول عندنا، و هو أنّ العقد في باب العقود و إن كان بحسب الحقيقة أمراً آنياً يتحقّق و ينتهي، لكنّه بحسب اعتبار المُعتَبِر في نظر العقلاء له نوع قرار و استمرار ينقطع بالفسخ إذا كان متزلزلًا، فعند الشكّ في التزلزل يستصحب هذا الاستمرار بعد الفسخ و يترتّب عليه أثره،

ایشان در ادامه می فرماید استادشان محقق خوئی این مبنا را قبول ندارد بلکه معتقد به مبنای دیگری است:

لكنّ هذا المبنى غير مقبول عند السيّد الاستاذ، و إنّما هو يقول بأنّ الفسخ أخذ عدمه قيداً في الملكية المجعولة، لا أنّه رفع لذلك القرار و للاستمرار، و بناءً على هذا المبنى لا مجال للاستصحاب في المقام عدا الاستصحاب التعليقي.

استاد ما آقای حائری در حاشیه به مرحوم آقای صدر اشکال می کنند:

إن كان يعتبر للعقد نوع قرار و استمرار فإنّما هو قراره في نفس العاقد، و هو ينتهي بالفسخ سواءً كان لازماً أو متزلزلًا. أمّا الذي يبقى بعد الفسخ لو كان لازماً فهو الأثر، و ليس القرار.[[6]](#footnote-6)

## وجوه متصور در تحلیل عقود

عقد در یک لحظه، محقق شده و سپس زائل می شود، سؤال این است که چطور عقد زائل می شود ولی اثرش باقی می ماند؟

با صرف نظر از مبنای محقق نائینی برای روشن شدن بحث می توان سه نوع تصویر در مورد عقود تصور کرد:

1. تصویر اول این است که عقد بوجوده الحدوثی، حدوث و بقای اثر را به دنبال دارد و به عبارت دیگر حدوث عقد کافی است برای تحقق یک اثر مستمر و این یعنی علت محدثه­ی اثر با علت مبقیه­ی آن یکی است (یعنی همان حدوث العقد) مثل این که بیعی حادث می شود و همین حدوث، برای ملکیت مستمر مشتری نسبت به مثمن و ملکیت مستمر بائع نسبت به ثمن کافی است.

طبق این تصویر، فسخ باعث می شود عقد بوجوده الحدوثی دیگر بقای اثر را به دنبال نداشته باشد و به عبارت دیگر تأثیر حدوث عقد، در بقای اثر مشروط به عدم تحقق فسخ است لذا با آمدن فسخ همان عقد حدوثی، دیگر در بقاء اثرگذار نیست.

گویا مبنای فقهی محقق خوئی مطابق همین تصویر بوده لذا برای خود عقد بقا تصویر نکرده است تا قابل استصحاب باشد و بقا تنها مربوط به اثر عقد است و با توجه به این که اثر عقد تعلیقی است نمی توان فارغ از اشکالات استصحاب تعلیقی، بحث را دنبال کرد.

1. تصویر دوم این است که بگوئیم حدوث عقد، حدوث اثر و بقای عقد، بقای اثر را به دنبال دارد پس علت محدثه­ی اثر، حدوث عقد و علت مبقیه­ی اثر، بقای عقد است و در پاسخ به این سؤال که «چگونه می توان گفت عقد که قائم به اعتبارِ معتبِر است، در ظرف غفلت یا نائم بودن معتبِر نیز بقا داشته باشد؟» می گوئیم عقلاء به جهت وجود اراده­ی شأنیِ معتبِر مبنی بر پایبندی به عقد برای عقد نوعی از بقا ملاحظه می کنند به این صورت که می گویند اگر معتبِر را ملتفت کنیم می گوید «من بر عقد خود پایبند هستم» و همین پایبندی شأنی و تعلیقی، برای این که عقلاء عقد را باقی بیانگارند کفایت می کند و این بقای عقلائی منشأ بقای اثر عقد خواهد بود.

به نظر می رسد تصویری که در کلام آقای حائری از بیان محقق نائینی وجود دارد، همین تصویر است لذا ایشان در حاشیه اشکال می کنند که اگر بقای عقد را قائم به اعتبار شأنی معتبر بدانیم در جایی که خود معتبر عقد را فسخ کرده باشد دیگری اعتبار شأنی ندارد تا عقلاء بخواهند عقد را باقی بدانند و طبق این تصویر اشکال آقای حائری وارد است.

1. تصویر سوم این است که که بگوئیم حدوث عقد، حدوث اثر و بقای عقد، بقای اثر را به دنبال دارد پس علت محدثه­ی اثر، حدوث عقد و علت مبقیه­ی اثر، بقای عقد است و تفاوتش با تصویر دوم در این است که در پاسخ به این سؤال که «چگونه می توان گفت عقد، که قائم به اعتبارِ معتبِر است، در ظرف غفلت یا نائم بودن معتبِر نیز بقا داشته باشد؟» می گوئیم عقلاء نه به تبع اراده و اعتبار شأنی معتبِر بلکه مستقل از آن برای عقد نوعی از بقا قائل اند.

طبق این تصویر بعد از فسخ فاسخ، با شک در انتفای عقد، می توان بقای آن را استصحاب نمود و کلام محقق نائینی تصحیح شده و اشکال آقای حائری نیز به آن وارد نمی باشد.

### اتخاذ موضع در قبال وجوه سه گانه

به نظر می رسد دلیلی نداریم که یکی از این سه تصویر را متعین دانسته و آن را بر تمام عقود حاکم بدانیم.

عقد لازم به دو شکل قابل تصویر است:

در عقد لازم ممکن است تصویر سوم را قائل شویم و بگوئیم حدوث الاثر تابع حدوث العقد و بقاء الاثر تابع بقاء العقد است یعنی علت این که فسخ باعث نمی شود عقد لازم از اثرگذاری ساقط شود این است که خود عقد بعد از فسخ هنوز باقی است و بقاء العقد علت مبقیه­ی اثر است ولی ممکن است به تصویر اول قائل شویم و بگوئیم حدوث و بقای اثر، تابع همان حدوث عقد است و لزومی ندارد برای عقد لازم، بقا قائل شویم چون ابقای عقد در نظر عقلاء برای این است که بتواند متعلق فسخ قرار گیرد و این تنها در عقد جائز است؛ ظاهر فسخ این است که یک شیئی که دارای استمرار است مثل طناب بریده و قطع شود پس باید یک شیئی بالفعل موجود باشد تا با فسخ قطع و بریده شود بنابراین در عقد جائز به ابقای عقد نیاز داریم تا بتواند متعلق فسخ قرار گیرد ولی در عقد لازم که فسخ کردنی نیست به ابقای عقد نیازی نیست تا متعلق فسخ قرار گیرد.

#### عقلائی نبودن تصویر محقق خوئی (تصویر اول از صور سه گانه)

گویا تصویر محقق خوئی این است که فسخ عقد به معنای این است که همان عقد بوجوده الحدوثی می توانست اثر مستمر داشته باشد و ما با فسخ، جلوی استمرار این اثر را می گیریم ولی این تصویر عقلائی نیست چون ظاهر فسخ عقد این است که عقد موجود است نه این که عقد در یک لحظه حادث شده است و سپس زائل شده و ما با فسخ می خواهیم جلوی استمرار اثرش را بگیریم؛ فسخ به شیئی شبیه طناب تعلق می گیرد که پاره شود پس فسخ عقد به معنای این است که عقد همانند طنابی است که دارای استمرار و بقا است.

این نکات در جایی است که عقد جائز بوده و فسخ اثر دارد ولی اگر عقد لازم بوده و فسخ بی اثر است نکته­ی عقلائی وجود ندارد که برای عقد بقا فرض کنند.

### حکم شک در جائز بودن و لازم بودن عقد

اگر عقد لازم را به تصویر اول برگردانیم و بگوئیم عقد بوجوده الحدوثی هم حدوث و هم بقای اثر را به دنبال دارد و عقد جائز هم عقدی است که دارای حدوث و بقا است در نتیجه با شک در جائز بودن یا لازم بودن عقد در واقع شک داریم که این عقد دارای بقا است یا دارای بقا نیست؛ در اینجا ممکن است توهم شود، احتمال می دهیم عقدِ حادث شده، باقی باشد و با شک در بقای آن می توان استصحاب را در موردش جاری کرد و لزوم عقد و ترتیب اثر بعد از فسخ را نتیجه گرفت.

و لکن این توهم درست نیست چون اثبات بقای عقد با استصحاب، اثبات نمی کند عقد بوجوده البقائی هم منشأ اثر باشد لذا این استصحاب بی فائده است.

در پاسخ به این اشکال ممکن است گفته شود اگر عقد لازم باشد و اثر برای وجود حدوثی عقد باشد با شک در انتفای اثر بعد از فسخ، نفس اثر را استصحاب می کنیم و اگر اثر برای حدوث و بقای عقد باشد خود عقد قابل استصحاب است بنابراین در هر دو تقدیر می توان با استصحاب، اثر مطلوب را نتیجه گرفت.

این پاسخ نیز ناتمام است چون اگر اثر برای حدوث عقد باشد، دیگر خود عقد قابل استصحاب نیست و استصحاب اثرش از قبیل استصحاب تعلیقی است و نمی توان بدون حل اشکالات استصحاب تعلیقی آن را حل کرد؛ بحث در اصل جریان استصحاب نیست بلکه بحث این است که بدون این که به اشکالات استصحاب تعلیقی دچار شویم استصحاب جاری کنیم.

مثلا در همان وصیت وقتی شک داریم بعد از فسخ موصی، هنوز وصیت نافذ است یا نافذ نیست در واقع شک داریم اثر وصیت (ملکیت موصی له) برای نفس ایصاء (بما هو آنی الحصول) است یا اثر وصیت، برای بقای وصیت است، در اینجا اگر بخواهیم در فتره­ی زمانی ما بین فسخ تا موت، اثر وصیت یعنی ملکیت موصی له را استصحاب کنیم این اثر معلق بر موت بوده و مصداق استصحاب تعلیقی است و همان اشکالات را دارد.

1. مصباح الأصول ( طبع موسسة إحياء آثار السيد الخوئي )، ج‏2، ص: 167 [↑](#footnote-ref-1)
2. أجود التقريرات، ج‏2، ص: 411 [↑](#footnote-ref-2)
3. ر ک مباحث الأصول، ج‏5، ص: 419 [↑](#footnote-ref-3)
4. أجود التقريرات، ج‏2، ص: 411 [↑](#footnote-ref-4)
5. مباحث الأصول، ج‏5، ص: 420 [↑](#footnote-ref-5)
6. حاشیه­ی مباحث الأصول، ج‏5، ص: 420 [↑](#footnote-ref-6)