**اصول: استصحاب، جلسه 53: 05/10/1400، استاد سید محمد جواد شبیری**

**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**

ما در واقع در بحث عقود، فرض کنید یک عقد بیع سبب مالکیت بایع نسبت به ثمن و مالکیت مشتری نسبت به مثمن می شود این مالکیت یک حدوث دارد یک بقا. بقای مالکیت مستند به چیست آیا مستند به آن حدوث عقد است اصلا عقد یک حدوث و بقا درموردش معنا دارد؟ یک موقع ما برای عقد یک بقا تصویر می کنیم یک موقع نه، عقد یک چیزی است که در یک زمان تحقق پیدا می کند تمام میشود میرود و خوب این اگر ما برای عقد بقا تصویر نکنیم یک جور است اگر تصویر کنیم این بقای عقد آیا به اعتبار بقای اراده ی عاقد است عاقد که عقد را اجرا کرده چون ارده اش باقی است ولو به نحو تعلیقی و شأنی. که اگر از او سوال کنند می گوید من چنین اراده ای را دارم این منشأ شده که آن عقد باقی باشد و بقای عقد منشا بقای اثر است یک موقع می گوییم عقد بقای عقلایی دارد و الا خود اراده عاقد در بقای عقد تاثیر گذار نیست این سه تا مبنا که در اینجا مطرح است اصلا چرا باید برای عقد بقا تصویرکنیم ممکن است بگوییم اصل اینکه عقد بقا دارد به دلیل این است که در جایی که فسخ عقد مطرح است فسخ، به ارتکاز عقلا به یک امر موجود تحقق پیدا میکند به یک امری که در زمان سابق تحقق پیدا کرده است فسخ تحقق پیدا نمی کند پس در جایی که فسخ مطرح است عقد باید بقا داشته باشد تا این فسخ بیاد آن عقد بقا دار را از بین ببرد بنابراین در جایی که عقد فسخ پذیر نیست دلیل نداریم که عقد اصلا بقا داشته باشد بنابراین وقتی چنین است ممکن است بگوییم در جایی که ما شک می کنیم که عقد لازم است یا جایز، معنایش این است که اگر عقد لازم باشد یعنی عقد بقا بردار نیست همان عقد حدوثش حدوث دارد اگر لازم باشد بقا بردار است اینجا استصحاب فایده ای ندارد چه چیزی را میخواهید استصحاب کنید شک در این است که عقد باقی است یا نیست اگر عقد باقی باشد معنای عقد این است که فسخ پذیر است بقای عقد با فسخ پذیری طبق این تصور ملازم است اگر عقد لازم باشد یعنی فسخ پذیر نیست اصلا بقا ندارد پس اینکه می گوییم عقد باقی است یا باقی نیست به فرض باقی بودنش، باقی بودنش برای این است که چون فسخ پذیر است باقی است پس بنابراین بر فرض بقای عقد در اینکه با فسخ از بین می رود شکی نداریم ما می خواستیم بگوییم این عقد آیا بعد از فسخ هم موجود است یا موجود نیست طبق این تصور بعد فسخ حتما عقد از بین رفته است پس شک در بقای آن عقد نداریم. این اگر بخواهیم استصحاب کنیم.

سوال؟ شک در بقا نداریم؟ پاسخ: شک در بقای عقد نداریم پس اصل آن ان قلت که در جلسه قبل مطرح کردیم به آن شکل اصلا وجهی ندارد.

حالا اصل اینکه اصل این سه تا مبنا کدام درست است؟ آیا بقای اثر مستند به بقای عقد است و عقد بقا دارد یا نه اصلا بقای اثر مستند به بقای عقد نیست و عقد بقا ندارد و بقای عقد هم معلول بقای اراده ی عاقد است یا بقای عقد به اعتبار عقلا است؟

ابتدا نکته ای را عرض کنیم مرحوم اقای حائری می فرماید در یک عقد مثلا بیع، بایع چه چیزی را انشا می کند اصلا ملکیت را انشا می کند یا ملکیت مستمره را انشا میکند در نکاح عاقد اصل زوجیت را انشا میکند یا زوجین مستمره را ؟ یک تقریر این است که اصل زوجیت، انشا می شود این زوجیت به اعتبار عقلا چیزی است که وقتی انشا شد تا مزیل نیامده است زایل نمی شود ملکیت چیزی است که تا مزیل نیامده باقی است و الا عاقد ملکیت مستمره را انشا نمی کند خوب اگر ما گفتیم که عاقد اصل ملکیت را انشا می کند خوب این جا برای عقد نیازی نداریم بقا تصویر کنیم چون بقای اثر به عقد ربطی ندارد نه حدوثا نه بقائاً . بقای اثر، به اعتبار عقلایی است عقلا آن اثر را خودش را باقی می دانند این با آن مبنایی که قبلا ذکر کردیم فرق دارد یک موقع می گوییم بقای اثر به اعتبار این است که عقلا آن عقد را باقی میدانند عقد که باقی است اثر را هم ایجاد می کند یک موقع می گوییم عقد، احداث ملکیت می کند و بقای ملکیت به عقد ربطی ندارد عقلا وقتی ملکیت محقق می شود می گویند این ملکیت چیزی است که تا مزیل نیامده باقی است این دو جور تصویر است بقای اثر را به بقای عقد مستند نکنیم دو جور تصویر می شود یکی: بقای اثر به خاطر خود بنای عقلا است عقلا می گویند وقتی آن اثر ایجاد شد باقی می ماند دوم: بقای اثر به همان عقد مستند است چون عقد عبارت است از انشای ملکیت مستمره چون خود منشئ و عاقد یک ملکیت مستمره را انشا کرده است به خاطر همین یک ملکیت مستمره با همان حدوث عقد عقد را ممکن است بقا برای آن تصویر نکنیم ولی عاقد با عقدش چه چیزی را انشا می کند مُنشأ اصل ملکیت است یا ملکیت مستمره؟ این یک مرحله غیر از آن چیزی است که در جلسه قبل گفتیم.

سوال: اگر اصل ملکیت باشد عقلا نمی توانند بقا برای عقد تصویر کنند؟ پاسخ: نیازی نیست. چون بقای آن به عقد ربط ندارد آن ملکیت را عقلا می گویند باقی است برای چه برای آن اثر بگذارند علتی که آن انشا ملکیت مستمره است یا نیست به خاطر این است که موضوع اثر چیست آن معلول این است چرا این جوری انشا می کند چون وقتی اصل ملکیت را محقق کرد خود به خود باقی می ماند و نیازی به انشای بقای نیست لذا انشا می کند خود به خود باقی ماند نه به خاطر بقای عقد .

سوال:یک موقع می گوییم مستمر جعل نکرده است اصل ملکیت را جعل کرده است ولی عقلا ملکیت را باقی میدانند اینکه منافاتی ندارد پاسخ: منافات دارد اصل العقد وقتی اصل ملکیت را اعتبار کرده دیگر یعنی چی که عقد باقی است.

سوال: تابع اراده آن نیست که. پاسخ: اصل ملکیت را نه ملکیت آن به آن. ملکیت بعدی که ربطی به این ندارد این را که اصلا انشا نکرده است. که باقی باشد یا نباشد. عقدی که حدوث ملکیت متعلق عقد است بعدا بگویند این حدوث ملکیت هنوز باقی است باشه چه تاثیری دارد عقدی که به حدوث ملکیت تعلق گرفته باقی هم باشه چه تاثیر دارد هیچی. اصل ملکیت همان حدوث ملکیت است. به حدوث ملکیت تعلق گرفته نه ملکیتی که معلوم نیست که حدوث و بقا دارد یا ندارد. نه به حدوث ملکیت تعلق گرفته است. آیا آن چیزی که عقد ایجاد می کند عاقد انشا می کند حدوث ملکیت است یا ملکیت مستمره؟ یکبار می گوییم حدوث ملکیت را انشا می کنم عقلا این ملکیت حادث شده را باقی می دانند این باشه اصلا بقا العقد معنا ندارد علتش این است که اصلا آن انشا به مرحله بقا تعلق نگرفته است .

مرحوم آقای خویی می گوید فسخ عقد شرط است برای بقای عقلای آن ملکیت یعنی ملکیت که حادث می شود در صورتی باقی است که فسخ نکند آن عقد را. آن عقد را وقتی فسخ کرد ملکیت هم بقا ندارد.

بنابراین یک مرحله بحث این است که آیا مُنشا حدوث ملکیت است یا ملکیت مستمره است.

در نکاح موقت در نظر بگیرید فرض کنید زن زوجیت یک ساعته را انشا کند ممکن است زوجیت یک روزه یا یک ماهه را انشا کند این تفاوت ها به آن انشا بر می گردد انشا چگونه بوده؟ مُنشا ما در این مثالها فرق دارد ممکن است بگوییم زوجیت در عقد دائم شبیه به همین است یعنی زوجیت دائمه.

تصویر دیگر این است که در عقد دائم اصل حدوث زوجیت انشا می شود این را عقلا باقی می دانند

به نظر می رسد که آن چیزی که عاقد انشا می کند ملکیت مستمره است. شبیه به زوجیت در عقد اجاره می توانید تصویر کنید منفعت یک ساعت یا منفعت یک روزه یا منفعت یکساله را تملیک کنید در زوجیت توضیح دهیم آیا کسی که یک زوجیت موقت را انشا می کند آن زوجیتی که با عقد موقت حاصل می شود با زوجیتی که با عقد دائم حاصل می شود در آن زمان اول فرض کنید در یک ساعت زوجیت حاصل می شود این زوجیت آیا هویت شان فرق دارد؟ به نظر می رسد زوجیتی که در عقد موقت حاصل می شود با عقد دائم فرقی ندارد چطوری که آن پس از یک ساعت از بین می رود برخلاف دائم؟ به خاطر اینکه آن اعتباری که عاقد کرده فرق دارد عاقد در یکی مقید به یک ساعت کرده در یکی زوجیت مستمره را انشا کرده علت بقا بازگشت می کند به نحوه ی انشا. در عقد موقت زوجیت به گونه ای نیست که پس از اتمام زمان خود به خود ادامه پیدا کند استمرار ندارد بر خلاف دائم بنابر آن تصویر که بگوییم انشا به اصل زوجیت حدوث زوجیت تعلق می گیرد چرا آن زوجیت در دائم خود به خود استمرار پیدا می کند؟ آیا دو جور زوجیت را عقلا لحاظ می کنند؟ یکی را خود به خود باقی میدانیم یکی را خود به خود باقی نمیدانیم.

به نظر می رسد این جور نیست عقلائا. عقلائا هر دو زوجیتی که در آن زمان مشخص است یک سنخ است.

اما چرا در دائم عاقد زوجیت مستمره لولا مزیل را اعتبار کرده است. نکته دیگر اینکه فرض کنید خانه ای را من مالک منافع آن هستم مالک منافع یکسال آینده آن هم هستم مالک منافع تا زمانی که این منافع به مزیل خارج شود هستم چون مالک این منافع در آینده هستم به خاطر مالکیت منافع هست که من حق دارم اینها را به ا جاره واگذار کنم؛ می توانم اجاره دهم چون مالکیت من نسبت به این شیء نسبت به منافع هم منافع حالی را مالک هستم منافع تا یکسال آینده را هم مالک هستم به خاطر همین من این منافع را چون مالک هستم می توانم به غیر منتقل کنم. در مورد منافع هم اینکه من یک منفعت کوتاه مدت را ممکن است انتقال دهم ممکن است منافع دراز مدت را انتقال دهم این تابع اراده من است ممکن است بگویید این ها در مورد ملکیت منافع همین جور است در زوجیت همین جور است ولی ملکیت اعیان این جور نیست ملکیت اعیان در واقع حدوث ملکیت را منتقل به غیر می کنم انشا من به حدوث ملکیت تعلق می گیرد بعد این که این ملکیت در این عین، در ملک هر که قرار گرفت آن ملکیت را آنها باقی می دانند. خوب ببینید من نکته ای را اول عرض کنم من الان نسبت به این مالم در آینده مالک هستم یا نیستم خود اعتبار مالکیت من نسبت به این مال؟ این را در نظر بگیرید ابتدائاً. یک موقع من می گویم من در هر زمان این مال همین زمان را مالک هستم یک موقع می گویم من در همین زمان مال در آینده را هم مالک هستم مملوک من اصل ملکیت نیست یک امر مستمر در زمان است این تصویر دیگری است یک موقع من در هر زمان، این شیء مقید به این زمان را مالک هستم در زمان بعد شیء هم آن شئ مقید به آن زمان را مالک هستم بنابراین چون در هر زمان من آن شئ همان زمانی را مالک هستم همان را هم منتقل می کنم اصلا نسبت به آینده ملکیت مستمره ندارم تا بخواهم ملکیت آن را انشا کنم تملیک فرع مالکیت است اگر از اول اصلا مالکیت من نسبت به هر شی مالکیت به اعیان زمانی نباشد من مالک این خانه هستم نه خانه ای که در آینده است الان مالک باشم در هر زمان خانه ای که الان موجود است مالک هستم فردا هم خانه ای که فردا موجود است مالک هستم اصل ملکیت من چه شکلی است تا آن تملیک که فرع ملکیت من است روشن شود. یک موقع ما می گوییم ملکیت من مقید به زمان نیست یعنی مملوک من مقید به زمان است هر زمانی مملوک من آن مالی است که در آن زمان است مالی که در اینده است مملوک من الان نیست یک موقع می گوییم مال من که در آینده است الان مملوک من است. به نظر می رسد که لااقل در بعضی موارد، اعتباری که عقلائا و شرعا است به اعتبار اینکه این شئ ولو اینکه در آینده است الان آن را مالک می دانم. وصیت ، فرض کنید عقلا من را می گویند حق داری کل مال را وصیت کنم .چون من الان که هستم نه تنها مالک فعلی تمام مالی که الان هست هستم بلکه این مال بعد از مرگ هم الان مالک هستم مال بعد از مرگ هم همین الان مالک هستم لذا می توانم به غیر منتقل کنم الان در خیلی از کشورهای خارجی شخص می تواند کل مالش را وصیت کند به اعتبار اینکه نه تنها مالک این ملک امروزی هستم ملک آینده و بعد از مرگ را هم همین الان مالک هستم مالکیت من الان است مملوک من آینده است الان مملوک آینده را مالک هستم لذا می توانم این ملکیت نسبت به آینده را به غیر منتقل کنم عقلائا چنین تصویری وجود دارد به خاطر همین عقلائا می تواند وصیت به کل مال تعلق بگیرد شرع مقدس اینجا آمده محدود کرده می گوید مالکیت من نسبت به بعد از مرگ نسبت به یک سوم است یعنی من الان یک سوم مملوک آینده را مالک هستم لذا می توانم این ملک را به دیگری منتقل کنم مصرف آن را تعیین کنم اگر مصرف تعیین نکردم شارع بعد از مرگ من این ملک را به ورثه منتقل می کند این اعتباری که در باب وصیت است اینکه عقلائا شخص را حق برایش قائل هستند که نسبت به کل مالش وصیت کند نشانگر این است که ملکیت، به مملوک آنی تعلق نمی گیرد به مملوک مستمره تعلق می گیرد من الان هم مالک خانه امروز هستم هم مالک خانه بعد از مرگ خودم. خانه بعد از مرگ خودم را با وصیت به دیگر ی منتقل می کنم البته شرع محدود کرده گفته مالکیت من نسبت به مملوکی که بعد از مرگ است یک سوم است و الا عقلائا کل آن مال را ملک من می دانستند از این جهت بین عین و منفعت فرقی نیست اینکه من منفعت را می توانم منتقل کنم مالکیت من نسبت به منفعت به تبع مالکیت من نسبت به عین است این جور نیست که من دو مالکیت داشته باشم هم عین را مالک باشم هم منفعت را . چون عین را مالک هستم به تبع منفعت را هم مالک هستم چون الان هم ملک فعلی را مالک هستم هم ملک آینده را ، به تبع مالک بودن من الان خانه سال بعد را مالک هستم بنابراین منافع آن در ملک من هست می توانم به غیر منتقل کنم اینکه منفعت زمان بردار است مالکیت من نسبت به منفعت، زمان بردار است، کاشف این است که مالکیت من نسبت به عین زمانی و مستمره است این جوری نیست که من فقط الان مالک ملک باشم من ملک مستمر مالک هستم و آن را منتقل می کنم . یک خانم به زوجیت دائم در می آید چون هر شخص نسبت به خودش اختیار دارد می تواند این اختیار را به غیر واگذار کند این خانم زوجه آن اقا می شود چون اختیار نسبت به خودش را هم همین الان دارد نه اینکه این زوجیت چون اختیار نداشته یک زوجیت حدوثی را ایجاد کرده و خود به خود باقی مانده. اصل این که زوجیت استمرار داشته به این علت است که این خانم اختیار دار خودش است این خانم طبق عقد ازدواج در اختیار شوهر قرار داده است در ازای نفقه و مهریه و اختیاراتی که در اختیارش قرار گرفته است بنابراین آنچه که انشا می شود ملکیت مستمره است. اینکه من حدوث ملکیت را اعتبار کنم این ملکیت خود به خود باقی باشد این یک اعتبار روشنی نیست به نظر می رسد انشا تعلق می گیرد به ملکیت مستمره.

بعد از این میرسیم به آن مرحله جدی بحث. آن عقد که منشأ عقد می شود حدوثش منشأ می شود که آن بقا را ایجاد کند یا نه چون عقد باقی است ممکن است فرض کنید در عقد ازدواج ممکن است بگوییم من اختیار خودم را دارم اختیار آینده را هم دارم ولی این اختیار آینده را دارم اگر همین الان اختیار اینده من را در اختیار شخص خاصی قراردهم دیگر حق تجدید نظر ندارم فرض کنید در امور عرفی. مردم برای چهار سال یک نماینده انتخاب می کنند اگر پشیمان شدند دیگر اثری ندارد قانون به مردم حق داده که الان یک نماینده برای چهار سال تعیین کنند. تخییر و انتخاب بدوی است وقتی که انتخاب کردیم آن نماینده، نماینده ی چهار سال می شود. حالا اگر بعدا پشیمان هم بشوید فایده ای ندارد وقتی قانون یک اختیار بدوی به شما می دهد . اما یک موقع می گوییم من در هر زمان هم اختیار دارم می توانم فسخ کنم معنای فسخ پذیر این است که اختیار آن به آن دارم میدهم این فرق دارد. بگوییم بگوییم اگر فسخ تصویر کردیم معنایش این است که اختیار را به خود آقا واگذار کردم فرض کنید رییس جمعور در تعیین وزیر اختیار بدوی نیست استمراری است که هر موقع وزیر را عزل کرد او برکنار می شود؛ دو گونه اعتبار قانونی داریم. مردم یک نماینده چهار ساله تعیین می کنند قانون گذار حقی که برای مردم تعیین کرده به نحوه بدوی است. در عقد ازدواج همین گونه است اول باید فکر کرد بعد از آن زوجین حق ندارند هر دو؛ زن که اختیارش برای فسخ که خیلی محدودتر است ، مرد بیشتر است اما اینکه هر موقع خواست نمی تواند عقد را به هم بزند مثلا زن باید پاک باشد در طهر غیرمواقعه باشد. به هر حال یک محدودیتی لحاظ شده است. مصلحت این است یک اختیاری به افراد داده می شود به صورت بدوی. در معاملات چگونه است؟ در معامله لازم یعنی معامله ای که اختیار آن بدوی است معامله جایز یعنی اختیار آن استمراری است میخوام آن تصویری را تثبیت کنم که عقلائا بین معامله لازم و جایز فرق است در لازم، اختیار داده نشده است یعنی همان عقد، بحدوثه منشأ می شود که اثر بقایی را بار کنند اینجور نیست که اثر بقایی معلول بقا عقد باشد حدوث عقد اثر بقایی دارد.

بین عقدها فرق است .مبانی که این جا است در مواردی که عقد تعلیقی باشد تاثیر گذار است ان شالله فردا.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین