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

**جلسه503 – 05/ 10/ 1400 استصحاب تعلیقی /تنبیهات /استصحاب**

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسه­ی گذشته به بحث از تنبیه سومی که در کلام مرحوم آقای صدر در بحث استصحاب تعلیقی ذکر شده بود پرداخته و در این جلسه به تکمیل این بحث می پردازیم.

# وجوه متصوّر در حقیقت عقد و نحوه­ی تأثیرگذاری آن­

بحث را در قالب یک مثال دنبال می کنیم.

فرض کنید شخصی بیعی انجام می دهد و این بیع موجب ملکیت ثمن برای بایع و ملکیت مثمن برای مشتری، می شود و این اثر تا مزیلی محقق نشود باقی می ماند؛ حال سؤال اصلی این است که بقای این اثر به چه اعتبار است؟

در پاسخ به این سؤال سه مبنا قابل تصویر است:

1. تصویر اول این است که بگوئیم بقای اثر مستند به بقای عقد نیست یعنی اثر باقی می ماند بدون این که عقد باقی بماند بنابراین عقد که یک امر آنی الحصول است در همان مرحله­ی حدوث باقی می ماند ولی اثرش ادامه دار است.
2. تصویر دوم این است که برای عقد که یک امر آنی الحصول است، نوعی از بقا را در نظر بگیریم و بقای اثر را تابع بقای عقد بدانیم و این بقای اعتباری را تابع اراده­ی خود معتبِر بدانیم ولو به این نحو که اگر معتبِر را ملتفت کنیم و از او سؤال کنیم می گوید هنوز عقد پابرجاست.
3. تصویر سوم این است که برای عقد که یک امر آنی الحصول است، نوعی از بقا را در نظر بگیریم و بقای اثر را تابع بقای عقد بدانیم و تفاوتش با تصویر دوم این است که بقای عقد دیگر تابع اراده­ی شأنی و تعلیقی معتبِر نباشد بلکه خود عقلاء عقد را باقی دانسته و همین بقای عقلائی موجب بقای اثر آن می شود.

## تحلیل بقای عقد

در تصویر دوم و سوم گفته شد بقای اثر تابع بقای عقد است؛ بحث در این است که اساساً چرا باید برای عقد بقا تصویر کنیم؛ ممکن است علت بقای عقد را این بدانیم که در عقد جائز باید عقدی باشد تا فسخ به آن تعلق بگیرد ولی در عقد لازم، که فسخ پذیر نیست دلیلی نداریم که قائل به بقای عقد شویم؛ فسخ در نگاه عقلاء به شیء موجود تعلق می گیرد نه به شیئی که سابقاً حادث شده و سپس زائل شده پس در جایی که قابلیت فسخ وجود دارد عقد هم قابلیت بقا دارد و برای آن بقا تصویر می شود ولی اگر فسخ پذیر نباشد و لازم باشد دیگر دلیلی نداریم برای باقی دانستن عقد.

### نقض و ابرام

ممکن است در نقض به این مطلب گفته شود فسخ هم در عقد لازم رخ می دهد هم در عقد جائز، پس هر چند در عقد لازم فسخ نافذ نیست ولی در عقد لازم این فسخ به همان چیزی تعلق می گیرد که در عقد جائز به آن تعلق گرفته است و آن چیزی نیست جز عقدی که نوعی بقا برایش تصور شده است.

در پاسخ به این مطلب باید گفت در موارد عقد لازم نیز فاسخ ولو به لحاظ اعتبار شخصی برای عقد نوعی بقا قائل است که آن را فسخ می کند ولی شارع یا عقلاء این اعتبار شخصی را تأیید نمی کنند و این عقد را باقی نمی دانند پس در عقد لازم نیز لازم نیست یک نحوه بقایی که مورد تأیید شارع و عقلاء باشد وجود داشته باشد هرچند بقای در اعتبار فاسخ وجود داشته باشد.[[1]](#footnote-1)

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

طبق بیان ذکر شده مبنی بر این که در عقد لازم، عقد بقا ندارد و در عقد جائز بقا دارد، شک در لازم و جائز بودن عقد به شک در بقا و عدم بقای عقد بازگشت نموده و همانطور که محقق نائینی فرمودند می توان نفس عقد را استصحاب کرد و بعد از فسخ، عقد را باقی دانست.

و لکن این مطلب ناتمام است چون طبق بیان ذکر شده ما بعد از فسخ قطع به زوال عقد داریم زیرا اگر عقد لازم باشد و قابل فسخ نباشد همانطور که گفته شد دلیلی نداریم عقد را باقی بدانیم و اگر این عقد جائز باشد معنایش این است که با فسخ از بین می رود پس این عقد یا به دلیل این که لازم بوده بقا ندارد و یا به دلیل این که جائز بوده و متعقب به فسخ شده دیگر بقا ندارد و معنای این مطلب این است که ما شکی در بقای عقد نداریم تا آن را استصحاب کنیم.

به عبارت دیگر معنای استصحاب بقای عقد این است که این عقد لازم نیست و جائز است و معنای جوازش این است که با فسخ مرتفع می شود.[[2]](#footnote-2)

با عنایت به نکته­ی فوق، ان قلت و قلت هایی که در جلسه­ی گذشته در مورد این استصحاب بیان شد از اساس ناتمام است.

# اتخاذ مبنای صحیح از بین صور سه گانه

حال باید مبنای صحیح از بین صور سه گانه را تعیین کرد.

در این جا دو مرحله بحث وجود دارد:

1. اعتبار عاقد به حدوث الاثر تعلق می گیرد یا به حدوث و بقای اثر؟
2. بقای اثر به بقای عقد است یا حدوث العقد برای بقای اثر کفایت می کند؟

## مرحله­ی اول: اشاره به دو مبنا در چگونگی اعتبار

در مرحله­ی اول، ابتدا به نکته ای در کلام مرحوم حاج آقا مرتضی حائری اشاره می کنیم:

بحث ایشان این است که مثلا در عقد بیع، عاقد ملکیت را انشاء می کند ولی سؤال این است که این ملکیت به نحو استمراری انشاء شده است یا اصل ملکیت انشاء شده است؟ یا مثلا در نکاح اصل زوجیت انشاء می شود یا زوجیت مستمره انشاء می شود؟ در پاسخ به این سؤال دو وجه وجود دارد:

1. وجه اول این است که در عقد، اصل زوجیت و ملکیت انشاء می شود نه زوجیت و ملکیت مستمره، ولی عقلاء بنائشان بر این است که وقتی ملکیت و زوجیت حادث شد تا وقتی مزیل آن محقق نشود اثرش را باقی می دانند پس بقای ملکیت و زوجیت مستند به کیفیت اعتبار عاقد نیست بلکه مستند به بنای عقلا است.

طبق این وجه، نیازی به ابقای عقد نداریم چون بقای اثر مستند به عقد نیست بلکه مستند به بنای عقلا است.

ممکن است توهم شود ما مُنشا را اصل ملکیت و زوجیت می­دانیم نه زوجیت و ملکیت مستمره ولی در عین حال عقلاء به جهت باقی دانستن عقد اثرش را باقی می دانند پس بین وجه اول در کلام مرحوم آقای حائری و باقی دانستن عقد منافاتی وجود ندارد و به عبارتی یک مصحح عقلائی برای باقی دانستن اثر العقد، باقی دانستن خود عقد است.

در پاسخ به این توهم باید گفت مقصود ما از وجه اول این است که عاقد، حدوث الملکیه را انشاء می کند پس انشای عقد صرفاً ناظر به حدوث الاثر است و در این صورت باقی دانستن آن مشکلی را حل نمی کند چون این عقد ناظر به حدوث الاثر است و نظارتی به بقای اثر ندارد تا با باقی دانستن عقد، بخواهیم برای بقای اثرش مصحح درست کنیم پس طبق وجه اول بقای اثر ربطی به بقای عقد نخواهد داشت.

1. وجه دوم این است که بگوئیم عاقد نه اصل ملکیت و زوجیت بلکه زوجیت و ملکیت مستمره را انشاء می کند.

طبق این وجه، می توان بقای اثر عقد را مستند به همان عقد بوجوده الحدوثی دانست بی­آنکه برای عقد بقایی در نظر بگیریم چون طبق این وجه، عاقد در همان مرحله­ی حدوث عقد، اثر را با قید استمرار اعتبار کرده است پس بقای اثر مستند به همان عقد بوجوده الحدوثی است.

### تحلیل بقای اثر بدون استناد به بقای عقد

اگر بقای اثر را مستند به بقای عقد ندانستیم پس بقای اثر یا مستند به بنای عقلا است و یا مستند به نحوه­ی اعتبار عاقد است که چون اعتبارش با قید استمرار اثر بوده، موجب شده اثر باقی بماند.

ممکن است در نقض به این مطلب گفته شود همین که فسخ را مطرح می کنیم یعنی برای عقد نوعی بقا تصویر کرده ایم پس چگونه بقای اثر را مستند به بقای عقد ندانیم.

در پاسخ به این مطلب می توان به مبنای محقق خوئی اشاره کرد (فارغ از صحت و سقمش) چون ایشان برای عقد بقایی قائل نیست و می گوید فسخ در واقع شرط استمرار اثر همان عقد حدوثی است یعنی عقد حدوثی، اثر دائمی دارد مشروط به این که فسخ صورت نگیرد.

### تحقیق مبنای صحیح در چگونگی اعتبار

بنابراین یک مرحله از بحث این است که عاقد، اصل ملکیت را انشاء می کند یا ملکیت مستمر را انشاء می کند. در اینجا دو نکته وجود دارد:

**نکته­ی اول**: به نظر می رسد دست­کم در برخی عقود، عاقد علاوه بر اصل اثر، دوام آن را نیز در مُنشأ اخذ می کند.

برای روشن شدن مدعا می توان به تحلیل چند مثال پرداخت:

1. در نکاح موقت، ممکن است شخصی زوجیت یک ساعته یا یک روزه یا یک ماهه را انشاء کند پس مقدار زوجیت تابع نحوه­ی انشای عاقد است و این مطلب شاهد بر این است که در عقد دائم نیز نفس دوام و استمرار مد نظر عاقد بوده و در مُنشئش لحاظ شده است؛ به نظر می رسد به لحاظ وجدان عقلائی، بین ماهیت زوجیتی که در عقد دائم انشاء می شود و ماهیت زوجیتی که در عقد موقت انشاء می شود تفاوتی وجود ندارد یعنی این طور نیست که عقلاء بگویند مقدار بقای زوجیت در عقد موقت تابع نحوه­ی اعتبار عاقد است ولی مدل زوجیت در عقد دائم متفاوت بوده و تابع نحوه­ی اعتبار نیست یعنی حتی اگر دوام در آن قید نشود خود عقلاء آن را به خودی خود باقی می انگارند، بر خلاف عقد موقت که دقیقاً تابع نحوه­ی اعتبار عاقد است، خلاصه این که هویت عقد موقت و دائم یکی است و تفاوتش تنها به نحوه­ی اعتبار عاقد است.
2. مثال دیگر تملیک منفعت است که در اجاره صورت می گیرد؛ در اجاره می توان منافع را یک ماهه یا یک ساله یا چند ساله تملیک کرد پس مقدار ملکیت تابع نحوه­ی اعتبار عاقد است نه این که تفاوت ماهوی بین این ها موجب تفاوت در سعه و ضیق مقدار ملکیت شود.

البته دوامی که در مُنشأ ملاحظه می شود مشروط به عدم تحقق مزیل است یعنی ملکیت مستمره و زوجیت مستمره ای که جعل می شود مغیا به تحقق مزیل است.

**نکته­ی دوم**: نکته­ی دیگری که وجود دارد این است که آیا ملکیت مالک نسبت به مملوک، مقید به همان زمان حاضر است یا از همین الآن ملکیت زمان آینده نیز محقق است؛ به عبارت دیگر آیا مالک از همین الآن مالک مملوک در تمام زمان­هاست یا مالکیتش مقید به زمان بوده و با فرارسیدن هر قطعه از زمان ملکیت همان قطعه از زمان محقق می شود؟ پاسخ به این سؤال که ملکیت و امثال آن به چه شکل است در تحلیل نحوه­ی اعتبار عاقد و تملیک و تملکی که صورت می گیرد تأثیرگذار است.

به نظر می رسد ملکیت شخص نسبت به مملوکش مقید به زمان نبوده و از همین الآن نسبت به زمان آینده نیز مالک است؛ برای روشن شدن مدعا باید به تحلیل چند مثال پرداخت:

1. شخصی که وصیت می کند بعد از مرگش اموالش به شخص خاصی منتقل شود هیچ اشکالی در آن وجود ندارد؛ سرّ مطلب در این است که موصی از همین الآن اختیار اموال خود در زمان بعد از مرگ را نیز دارد و مالک اموال خود در زمان حاضر و بعد از مرگ می باشد لذا همانطور که در برخی روایات تعبیر شده این شخص مالک ثلث اموال خود بعد از مرگ است؛ البته از نگاه عقلاء همانطور که در برخی از کشورهای خارجی به قانون تبدیل شده است این ملکیت بعد از مرگ مطلق بوده و مقید به ثلث نیست ولی شارع مقدس این ملکیت را به ثلث مال اختصاص داده است.
2. در اجاره می توان منافع یک سال آینده را به شخص دیگری تملیک کرد و این مطلب نشان دهنده­ی این است که مالک از همین الآن نسبت به منافع یک سال آینده مالک است.

ممکن است گفته شود بین ملکیت منافع و ملکیت عین تفاوت است یعنی در ملیکت منافع می توان مدت دار بودن و کوتاه و بلند بودن این مدت را تصویر کرد ولی نسبت به ملکیت عین این طور نیست.

در پاسخ به این مطلب باید گفت ملکیت عین و منفعت از یکدیگر جدا نبوده و ملکیت منفعت تابع ملکیت عین است یعنی علت این که می تواند منفعت یک سال آینده یا کمتر یا بیشتر را به دیگری منتقل کند این است که نسبت به عین هم به همین شکل مالکیت دارد لذا در این جهت بین عین و منفعت فرقی نیست همانطور که در مثال وصیت، عین و منفعت قبل از مرگ در اختیار موصی است و حق دارد در ثلث آن وصیت کند و اگر وصیت نکند به حکم شارع این عین و منفعت به ورثه منتقل می شود لذا بین عین و منفعت در این جهات فرقی نیست.[[3]](#footnote-3)

1. مثال دیگر زوجیت است؛ یک خانم می تواند همین الآن اختیار دائمی خود را در ازای نفقه و سائر حقوقی که دارد، در اختیار مرد قرار دهد پس از همین الآن مالک و اختیار دار زمان آینده­ی خود نیز می باشد.

### جمع بندی

با توجه به مجموع نکات به نظر می رسد عاقد از همان ابتدا، ملکیت و زوجیت در تمام زمان­ها را به شخص مقابل واگذار می کند پس استمرار در مُنشأ ملاحظه شده است و این که بگوئیم عاقد اصل ملکیت را اعتبار می کند و عقلاء این عقد را خود به خود باقی می انگارند، اعتبار روشنی نیست.

## مرحله­ی دوم: کفایت حدوث عقد برای بقای اثر

با عبور از مرحله­ی اول و پذیرش این که در اعتبار عاقد، دوام و عدم دوام ملاحظه شده است وارد مرحله­ی جدی دیگری می شویم مبنی بر این که آیا انشای ملکیتی که به نحو مستمر اعتبار شده، باید بقا داشته باشد تا اثرش باقی باشد یا این انشای ملکیت بوجوده الحدوثی برای بقای اثر کافی است؟

در ازدواج، زن اختیار خود را در حال و آینده به مرد واگذار می کند و با این واگذاری دیگر نمی تواند تحت هر شرایطی عقد را بهم بزند؛ یعنی شارع مقدس فرموده همان اول فکرهایت را بکن چرا که اگر عقد خوانده شد دیگر حق انتخاب مطلق نداری و تنها در برخی موارد خاص \_ که در زن کمتر از مرد است مثل طلاق ولایی و ...\_ امکان ارتفاع زوجیت وجود دارد و همین طور در مورد مرد این حق انتخاب بدوی بوده و در ادامه دیگر حق انتخاب مطلق ندارد و در شرایط خاصی می تواند زوجیت را منتفی کند؛ مثلا نمی تواند هر موقع اراده کرد زنش را طلاق دهد و به عنوان نمونه حق طلاق مقید به این است که در طهر غیر مواقعه باشد.

گاهی اختیار شخص بدوی است یعنی اگر در بدو امر یک طرف را انتخاب کرد دیگر حق رفع ید از آن را ندارد مثل این که قانونگذار به جهت جلوگیری از هرج و مرج و بی نظمی، به مردم می گوید در انتخاب نمایندگان مجلس، حق انتخاب بدوی دارید ولی اگر یک شخص را انتخاب کردید دیگر تا چهار سال حق رفع ید از انتخاب خود را ندارید؛ ولی گاهی اختیار شخص استمراری است مثل رئیس جمهور که هر وقت بخواهد می تواند وزیر خود را عزل کند؛ در واقع نمایندگی این شخص در این چهار سال معلول همان انتخاب بدوی است.

حال باید دید در عقود و معاملات این اختیار به چه شکل است و با انشای اثر مستمر، آیا استمرار اثر مستند به همان انشای بدوی است یا این که برای این انشاء نوعی بقا ملاحظه شده و بقای اثر مستند به بقای این انشاء خواهد بود.

به نظر می رسد بین انواع عقود، تفاوت وجود دارد و مبانی ذکر شده در جایی که اثر عقود تعلیقی است اثرگذار است؛ در آینده به تکمیل این بحث خواهیم پرداخت.

1. این نقض و ابرام حاصل سؤال و جوابی است که بعد از جلسه­ی درس صورت گرفت. [↑](#footnote-ref-1)
2. اشاره به نکته­ی«یلزم من وجوده عدمه» البته به لحاظ عرفی نه عقلی. [↑](#footnote-ref-2)
3. این پاراگراف نقل به معنای کلام استاد است. [↑](#footnote-ref-3)