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

**جلسه504 – 06/ 10/ 1400 استصحاب تعلیقی /تنبیهات /استصحاب**

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسه­ی گذشته در تنبیه سوم استصحاب تعلیقی به تحلیل اعتبار عقود و نحوه­ی اثرگذاری آن پرداخته و به سه تصویر در مورد بقای عقد و نحوه­ی اثرگذاری آن اشاره کردیم و در این جلسه به تکمیل آن بحث می پردازیم.

# بقا داشتن یا نداشتن نفس عقد

بحث در این بود که آیا برای عقد نوعی بقاء \_ولو بقای حکمی\_ تصویر می شود یا نه.

به نظر می رسد در باقی بودن و باقی نبودن، بین عقود فرق است.

1. در عقودی که جائز و فسخ پذیر هستند با توجه به این که متعلق فسخ به لحاظ عقلائی باید شیء موجود باشد بنابراین به بقای عقد نیاز داریم؛ البته نه این که تعلق فسخ به شیئی که سابقاً موجود شده و سپس معدوم شده، اشکال عقلی داشته باشد چون این گونه امور از سنخ اعتباریات بوده و خفیف المؤونه اند لذا می توان الآن چیزی را که سابقاً موجود بوده معدوم انگاشت و آثارش را منتفی دانست ولی بحث این است که تلقی متعارف از فسخ کردن این است که شیئی که ولو حکماً موجود می دانند، فسخ را در موردش اطلاق می کنند.

با مراجعه به روایات نیز هر چند تعبیر فسخ شایع نیست و بجای آن تعبیر ردّ اطلاق شده است ولی این نکته بحث را تغییر نمی دهد چون ردّ در روایات نیز، به خود عقد تعلق گرفته است نه به متعلق آن لذا رد العقد همانند فسخ بوده و به شکل متعارف در جایی بکار می رود که عقد نوعی بقا داشته باشد.

توضیح مطلب این است که ردّ می تواند به خود عقد تعلق بگیرد و می تواند به متعلق عقد تعلق بگیرد و بین این دو فرق است؛ اگر ردّ را در مورد متعلق عقد بکار ببریم مثلا بگوئیم ردّ المبیع یا ردّ الثمن یا ردّ الزوجه می تواند به معنای باقی بودن خود عقد بیع و شراء و نکاح نباشد ولی وقتی ردّ را در مورد خود عقد و نه متعلق آن به کار می بریم مثلا می گوئیم ردّ البیع یا ردّ الشراء یا ردّ النکاح، در اینجا خود عقد متعلق ردّ بوده و به حسب متعارف باقی دانسته شده و تعبیر ردّ در موردش اطلاق شده است.

1. در مواردی که عقدی لازم است و فسخ پذیر نیست مطلب به شکل دیگری است و خود این عقود لازم نیز با یکدیگر متفاوت هستند؛ در امثال بیع و اجاره وقتی شخصی عین یا منفعت شیئی را به دیگری واگذار می کند دیگر حق رجوع نداشته و این عین و منفعت با همان عقد اولیه، به شخص مقابل منتقل شده است لذا عقد بوجوده الحدوثی برای تحقق یک اثر مستمر کافی بوده و دلیلی ندارد برای عقد بقا تصویر کنیم تا انتقال منفعت آینده به مشتری تصحیح شود چون این منفعت با همان حدوث عقد به شخص مقابل منتقل شده است.
2. در برخی از عقود لازم مطلب به این شکل نیست و به لحاظ عقلائی حقیقت آن عقد به نحوی است که اثرش تابع بقای خود عقد است؛ مثلا وکالت \_در جایی که لازم باشد چون شرط نفوذ فسخ وکالت، وصولش به وکیل است\_ از همین سنخ بوده و به نظر می رسد بقای اثرش تابع بقای خود عقد وکالت است؛ به نظر می رسد حقیقت وکالت به لحاظ اثری که دارد عبارت از این است که عمل وکیل، عمل موکل تلقی شود و این حقیقت اقتضا می کند در هر زمان موکل، وکیل را به وکالتش باقی بداند و الا اگر وکیلش را به وکالت باقی نداند به لحاظ عقلائی نمی توان گفت عمل وکیل کما کان عمل موکل تلقی می شود لذا این تلقی عرفی منحصر به جایی است که برای وکالت نوعی بقا ملاحظه شود؛ البته همانند بحث وکالت، اگر دلیل خاصی داشته باشیم که حتی با فسخ موکل، تا وقتی این فسخ به وکیل واصل نشده، وکالتش باقی است معنایش این است که توکیل مالکی، دیگر وجود ندارد ولی شرع توکیل سابق را باقی دانسته و یک نحو بقای حکمی از نظر شارع دارد. در جایی که موکل وکالت را فسخ می کند ولی به وکیل واصل نمی شود شارع می گوید عمل وکیل کما کان نافذ است، و این نفوذ می تواند به معنای این باشد که شارع مقدس فرموده همان عقد بوجوده الحدوثی هنوز اثرگذار است ولی می توان گفت شارع برای خود عقد نوعی بقای حکمی ملاحظه کرده است و لذا اثرش را مترتب می کند.

شبیه این بحث در نیت نماز مطرح است؛ در نیت نماز دو مبنا وجود دارد یک مبنا این است که نیت نماز همان داعی است و داعی حقیقتا در طول نماز موجود است ولی مبنای دیگر این است که نیت نماز عبارت است از اخطار ولی چون نمی شود در طول نماز دائماً اخطار کرد بقای حکمی اخطار در طول نماز کفایت می کند و بقای حکمی اخطار به عدم اخطار مخالف است یعنی همین که نیت نماز نخواندن نداشته باشیم بقای حکمی اخطار نماز، محسوب می شود و برای تصحیح نماز کفایت می کند.

این بقای حکمی بر بحث وکالت نیز تطبیق می شود به این صورت که تا وقتی موکل وکیل را عزل نکرده بقای حکمی مالکی دارد و از وقتی عزل می کند تا وقتی ایصال نشده بقای حکمی شرعی دارد و این بقای حکمی مصحح بقای اثر وکالت است و الا وکالت به نحوی نیست که بدون این بقای حکمی اثرش باقی بماند و بتوان گفت کما کان عمل موکل عمل وکیل تلقی می شود.

البته تصویر محقق خوئی به این شکل نیست[[1]](#footnote-1)؛ ایشان وجود حدوثی عقد را برای بقای اثر کافی می دانند؛ تصویر ایشان هر چند دارای اشکال عقلی نیست ولی به نظر می رسد خارجاً آنچه واقعیت دارد این است که عقلاء عقد وکالت را باقی می دانند و به همین اعتبار عمل موکل را عمل وکیل تلقی می کنند.

## اشاره به فتوایی از آیت الله شبیری حفظه الله در ارتباط با حقیقت وکالت

آیت الله والد در مورد وکالت بلاعزل قائل به تفصیل شده اند؛ ایشان می فرماید اگر وکالت بلاعزل به نحو شرط فعل باشد اشکالی ندارد به این صورت که در عقد شرط شود که، موکل وکیل را عزل نکند؛ ولی اگر به نحو شرط نتیجه باشد اشکال دارد به این صورت که شرط شود موکل حتی اگر وکیل را عزل کند، وکیل عزل نشود؛ ایشان وکالت بلاعزل به نحو شرط نتیجه را مخالف حقیقت وکالت می دانند چون حقیقت وکالت در نظر عرف به این شکل است که عمل وکیل، عمل موکل تلقی شود و این حقیقت تنها در جایی محقق است که موکل، وکیل خود را به وکالت باقی بداند چون اگر وی را عزل کرده باشد دیگر به لحاظ عرفی نمی توان پذیرفت کما کان عمل وکیل، عمل موکل است؛ البته این نکته­ی عرفی توسط شارع منوط به این شده است که عزل به وکیل ایصال شود و الا وکالت به حکم شارع باقی می ماند لذا اگر در جایی دلیل خاصی داشته باشیم متبع است.

نمونه­ی عقلائی این مثال، بحث انتخابات نمایندگی مجلس است؛ مردم با انتخاب نماینده، تا چهار سال نماینده ای را انتخاب می کنند و بعد از چهار سال دیگر این انتخاب و عقدی که محقق شده ادامه ندارد ولی همین جا اگر به دلیل اینکه انتخابات دوره­ی جدید برگزار نشده قانون گذار می تواند بگوید تا وقتی نماینده­ی جدید تعیین نشده همان نماینده­ی سابق بر نمایندگی اش باقی است هر چند مردم آن را قبول نکنند؛ بحث عزلی که ایصال نشده باشد نیز از همین قبیل است یعنی هر چند موکل دیگر وکالت را قبول ندارد ولی قانونگذار شرع می فرماید تا وقتی ایصال نشده وکیل به وکالتش باقی است لذا بقای وکالت و نمایندگی مجلس در این دو مثال مستند به موکل نبوده و مستند به قانونگذار است.

### نقض و ابرام

ممکن است توهم شود خود عقلاء هم برای تحقق عزل ایصال عزل را شرط می دانند و این مطلب شاهد بر این است که حتی اگر موکل، وکالت را قبول نداشته باشد باز هم اثر وکالت باقی است پس بقای اثر مستند به بقای وکالت در نظر موکل نیست بلکه مستند به همان وجود حدوثی توکیل است.

و لکن این توهم باطل است چون در همین جا نیز می توان گفت بجای شارع خود عقلا یک بقای حکمی برای وکالت تصویر می کنند و بقای اثر را مستند به همان بقای حکمی وکالت می دانند نه مستند به وجود حدوثی.

### توضیحی در مورد اجاره و وصیت

اگر شخصی در قالب عقد اجاره، منفعت ملکش را به شخصی تملیک کند و پیش از به پایان رسیدن مدت اجاره از دنیا برود طبق قاعده­ی اولیه (با صرف نظر از فتاوای آقایان) باید گفت موت موجر کشف می کند از ابتدا مالک این بازه­ی زمانی بعد از مرگ نبوده و اجاره در ملک غیر واقع شده لذا از این به بعد باطل می شود.

ممکن است در نقض به این مطلب گفته شود اگر موت کاشف از عدم ملکیت در زمان بعد از موت است پس چرا در وصیت، موصی می تواند برای بعد از مرگش تصمیم بگیرد؛ در پاسخ باید گفت در وصیت نیز شارع مقدس گفته تنها در یک سوم مال حق تصرف دارد آن هم نه مطلق تصرف به نحو اجاره و بیع و ... بلکه این ملکیت بعد از موت تنها به لحاظ وصیت است یعنی در همین یک سوم هم اگر قبل از موتش اجاره ای را برای بعد از مرگ انشاء کند تصرف در ملک ورثه محسوب شده و باطل است.

## جمع بندی

به نظر می رسد در امثال بیع و اجاره و نکاح که عقد های لازم هستند همان وجود حدوثی عقد برای بقای اثر کافی بوده و چون فسخ پذیر نیستند دلیلی نداریم عقد را باقی بدانیم تا متعلق فسخ قرار گیرد ولی در امثال وکالت در جایی که لازم باشد به لحاظ حقیقت وکالت باید آن را باقی دانست تا اثرش باقی بماند و همچنین در عقدهای جائز با توجه به فسخ پذیر بودن باید نوعی بقا برای عقد ملاحظه کرد تا بتواند متعلق فسخ قرار گیرد.

ما دلیلی نداریم تمام عقود را به یک نحو تحلیل کنیم.

# اشاره به نکاتی در کلام مرحوم آقای سید محمدکاظم یزدی

در کلام مرحوم آقای سید محمدکاظم یزدی، در حاشیه­­ی رسائل، نکات جالبی وجود دارد که به برخی از آن ها اشاره می کنیم و تفصیلش را در جلسه­ی بعد دنبال می کنیم:

1. محور اول کلام ایشان عبارت از این است که استصحاب تعلیقی گاهی در شبهات حکمیه­ی کلیه جاری می شود و گاهی در حکم در شبهات موضوعیه جاری می شود و گاهی در خود موضوع جاری می شود و برای هر یک از اینها مثالهای فقهی جالب توجهی مطرح می کنند.
2. محور دوم کلام ایشان اشکالشان به شیخ انصاری است؛ مرحوم شیخ انصاری در پاسخ به اشکال استصحاب تعلیقی مبنی بر این که حکم معلق وجود ندارد پاسخ می دهند اینطور نیست که حکم معلق هیچ حظی از وجود نداشته باشد و همین مقدار وجودی که دارد برای استصحاب کافی است؛ مرحوم سید یزدی در اشکال به ایشان می فرماید مرحوم شیخ با توجه به این که واجب مشروط را قبول ندارد چطور می شود حکم مشروط را تصویر کرده باشد.
3. محور سوم کلام ایشان عبارت از این است که مرحوم شیخ استصحاب ملازمه را مطرح می کند در حالی که ملازمه یک حکم وضعی تلقی می شود و مرحوم شیخ انصاری حکم وضعی را قبول ندارند.
4. ایشان در پایان بحثی دارند مبنی بر این که جریان استصحاب تعلیقی مشروط به شرعی دانستن آن است در حالی که امر تعلیقی در عمده­ی مثال­ها شرعیت نداشته و یک امر انتزاعی عقلی محسوب می شود.[[2]](#footnote-2)
1. ر ک مباحث الأصول، ج‏5، ص: 420 [↑](#footnote-ref-1)
2. حاشية فرائد الأصول، ج‏3، ص: 253 [↑](#footnote-ref-2)