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

**جلسه512 – 20/ 10/ 1400 استصحاب عدم نسخ /تنبیهات /استصحاب**

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسات گذشته به سه تصویر از حقیقت نسخ اشاره شد ولی هیچ یک از این تصاویر، مورد پذیرش واقع نشد و تصویر چهارمی در حقیقت نسخ اختیار شد مبنی بر این که ناسخ، بقای خود جعل اولیه را از بین می برد و جلوی استمرارش را می گیرد نه این که اطلاق متعلق جعل اولیه را مقید کند و اساسا اطلاق ازمانی جعل اولیه اثری ندارد چون آنچه باعث بقای اثر می شود و بقای خود قانون است نه اطلاق متعلق آن پس متعلق جعل اولیه مهمل است.

نکته­ی دیگر این بود که استصحاب عدم نسخ در مقام، وابسته به استصحاب تعلیقی و استصحاب کلی قسم ثالث نیست و این توهم ناشی از این است که مجعول را محط استصحاب قرار داده اند.

# تحلیل حقیقت نسخ در سایه­ی تحلیل حقیقت فسخ

بحث در مورد حقیقت نسخ بود.

برای روشن شدن حقیقت نسخ به بحثی که در فقه در رابطه با حقیقت فسخ در معاملات وجود دارد اشاره می کنیم چرا که به نظر می رسد ورود به این بحث فقهی برای روشن شدن حقیقت نسخ مفید است.

چکیده­ی بحث مفصلی که در فقه در رابطه با حقیقت فسخ مطرح کردیم از این قرار است که معاملات و عقود به دو دسته تقسیم می شوند:

1. معاملات فسخ پذیر یا جائز.
2. معاملات فسخ ناپذیر یا لازم.

مقصود از لزوم و جواز در این تقسیم بندی، لزوم و جواز اصطلاحی نیست چون لزوم و جواز اصطلاحی مربوط به مواردی است که یکی از طرفین معامله به تنهایی بتواند معامله را بهم بزند ولی در اینجا مقصود از جواز اعم از فسخ یک طرفه یا فسخ دو طرفه یا همان تقایل است.

بر این اساس می توان بیع را از آن جهت که قابل تقایل است از معاملات جائز تلقی کرد ولی مثلا نکاح \_با غمض عین از مواردی که مجوز فسخ نکاح وجود دارد\_ حتی با تقابل هم قابل فسخ نیست و به همین جهت عقد لازم تلقی می شود.

ممکن است توهم شود طلاق، فسخ نکاح محسوب می شود پس نکاح هم فسخ پذیر است ولی این توهم باطل است چون طلاق یک قرداد است که نتیجه­ی معکوس می دهد بر خلاف فسخ که می خواهد عقد انجام شده را بهم بزند البته این بهم زدن به لحاظ بقای عقد است نه از همان حدوث.

## تفصیل بین عقود جائز و عقود لازم

در جایی که عقدی فسخ پذیر است، فسخ در جایی مطرح می شود که عقدی موجود باشد و برای آن بقا فرض شود لذا عقود جائز علاوه بر حدوث، دارای یک بقای حکمی نیز می باشند ولی در عقود لازم شاید بتوان تصویر روشن تر را در این دانست که عقد، بقا ندارد و بقای اثرش تابع عقد بوجوده الحدوثی است و این یعنی علت محدثه و مبقیه­ی اثر در عقود لازم یکی است.

بنابراین در عقود فسخ پذیر، بقای اثر عقد تابع بقای خود عقد است و مقصود از بقای عقد بقای حکمی عقد است که به عدم فسخ محقق می شود؛ این بقای حکمی گاهی تابع اراده­ی خود متعاملین و ارکان معامله است و گاهی تابع اراده­ی یک شخص حقوقی دیگر مانند شارع یا عقلاء است؛ مثلا وکالت یک عقد فسخ پذیر است حال اگر موکل، وکیل از عزل نموده و وکالت را فسخ کند و آن را ابلاغ کند دیگر اثری باقی نمی ماند لذا بقای اثر وکالت تابع بقای خود عقد وکالت است و این بقای حکمی وکالت به عدم فسخ است و تابع اراده­ی شأنی موکل است به این معنا که هر موقع موکل را از غفلت بیرون بیاوریم و از او سؤال کنیم می گوید من بر عقد خود پایبد هستم پس اراده­ی بالفعل برای بقای حکمی لازم نیست.

البته اگر موکل وکیل را عزل کند ولی عنوز به وی ابلاغ نکرده باشد هر جند از ناحیه­ی موکل عقد باقی نیست ولی شارع مقدس فرموده این عقد یا اثر آن هنوز بقا دارد.

عقد لازم را می توان به حق انتخابات نمایندگان مجلس تشبیه کرد زیرا با همان انتخاب بوجوده الحدوثی شخصی به مدت چهار سال نماینده می شود و اشخاص انتخاب کننده دیگر نمی توانند از این انتخاب برگردند چرا که حق انتخابشان بدوی بوده نه استمراری یعنی چون این انتخاب فسخ ناپذیر است همان وجود حدوثی اش بقای اثر را به دنبال داشته و بقای اثر تابع بقای جعل نیست

شخصی که عقد نکاح دائم را انشاء می کند در واقع ملتزم به تحقق یک زوجیت دائم و مستمر می شود و به یک عقد فسخ ناپذیر ملتزم می شود البته مقصود از دوام و استمرار، لولا المزیل است لذا منافاتی با این ندارد که تحقق طلاق را مانع استمرار زوحیت بداند؛ همچنین مقصود از التزام به زوجیت مستمر التزام تفصیلی نیست یعنی لازم نیست تفصیلا متوجه دوام عقد باشد لذا توجه اجمالی و ارتکازی مقصود است.

همینطور در ازدواج موقت که نسبت به زوجه فسخ ناپذیر است آنچه زوجه انشاء می کند زوجیت موقت است هر چند زوج نیز زوجیت موقت را انشاء می کند ولی در مورد او فسخ پذیر است.

وقتی شخصی شخص دیگر را وکیل می کند اثر این وکالت در طول زمان ادامه می یابد ولی بقای این اثر مستند به چه چیز است؟

یک تصویر این است که بقای اثر وکالت را مسنتد به همان عقد توکیل، بوجوده الحدوثی بدانیم البته مشروط به عدم لحوق فسخ و به لحاظ عقلائی مشکل خاصی ندارد ولی شاید تصویر روشن تر این است که بقای اثر را تابع بقای حکمی خود عقد در هر زمان بدانیم یعنی موکل بک بار حدوث وکالت را ایجاد می کند و در ادامه به این نحو ملاحظه می شود که گویا موکل دائما در حال اعاده­ و ادامه دادن عقد توکیل است به نحوی که می تواند هر وقت اراده کند از وکالتش رفع ید کند پس طبق تصویر دوم که تصویر عقلائی تر و روشن تری به نظر می رسد بقای اثر وکالت تابع بقای حکمی خود توکیل است و این بقای حکمی به عدم فسخ است و تابع اراده­ی شأنی موکل است به ابن صورت که اگر ملتفتش کنیم می گوید هنوز بر عقد خود هستم.

### بی اثر بودن اطلاق یا اهمال متعلق قانون

باید دانست قانون نسخ شدنی است پس اگر بخواهیم به عقود و معاملات تشبیهش کنیم باید به عقود جائزه تشبیه شود که در آن بقای اثر تابع بقای خود عقد دانسته شد.

حال طبق تصویر مختار این سؤال مطرح می شود که آیا در همان عقد توکیلی که صورت می گیرد و بقای اثر هم تابع بقای حکمی خود عقد است، متعلق آن به نحو مطلق و مستمر در نظر گرفته می شود یا استمرار و عدم استمرار در آن ملاحظه نمی شود؟

همانطور که گفته شد بقای اثر وکالت تابع بقای حکمی خود عقد است پس چه متعلق را مطلق لحاظ کند و چه متعلق را مهمل و بدون لحاظ استمرار و عدم استمرار در نظر بگیرد تأثیری در بقای اثر وکالت ندارد چون آنچه باعث می شود اثر باقی بماند بقای حکمی عقد است نه اطلاق متعلق آن پس اطلاق یا اهمال متعلق تفاوتی از این جهت ایجاد نمی کند هر چند اگر قانونگذار بگوید قانون من مطلق و مستمر است احتمال تحقق ناسخ بسیار کم می شود و بقای حکمی قانون را محکم تر کرده است چون با گفتن این کلام در صورت تحقق ناسخ یک دروغ به قانونگذار نسبت داده می شود و نیاز به مجوزات دروغ دارد و این حالت یک حالت نادر و شاذ است لذا احتمال تحقق ناسخ بسیار ضعیف می شود.

بنابراین مطلق بودن متعلق تأثیری از جهت اثر مترقب قانون ندارد هر چند از جهات دیگر اثرگذار باشد چون همانطور که می توان قانون را مستمر جعل کرد و اطلاق ازمانی را در متعلق اخذ کرد یک حالت دیگر هم این است که اصلا قید زمان و استمراری بودن یا نبودن مورد لحاظ اعتبار کننده نباشد و اصلا آن را لحاظ نکرده باشد که در هر دو صورت بقای اثرش به تبع بقای حکمی خود عقد خواهد بود.

خلاصه این که آنچه موجب بقای اثر مترقب عقد و قانون است بقای حکمی خود آن است نه اطلاق یا اهمال متعلق آن لذا چه متعلقش مطلق باشد و چه مهمل باشد تأثیری در بقای اثر ندارد هر چند ممکن است گفته شود در جایی که مهمل هست نیز یک اطلاق شأنی دارد یعنی اگر از اعتبار کننده سؤال کنیم که آیا به نحو مستمر جعل کردی یا موقت می گوید به نحو مستمر جعل کردم ولی باز هم این اطلاق شأنی نیست که منشأ بقای اثر می شود.

شایان ذکر است که مراد از اهمال در متعلق عدم ملاحظه قید زمان و عدم ملاحظه­ی استمرار و عدم استمرار است نه این که زمان را ملاحظه کند ولی بگوید فعلا به مدت یک سال جعل می کنم تا ببینم بعد از یک سال چه می شود زیرا در صورت اول اصلا زمان ملاحظه نشده، ولی در صورت دوم زمان ملاحظه شده ولی اعتبار کننده، می گوید من فعلا نمی دانم چه مقدار جعل می کنم و فرق این دو در این است که اگر زمان اصلا ملاحظه نشود اثر جعل باقی می ماند ولی اگر زمان ملاحظه شود ولی به نحو مبهم اخذ شود نتیجه اش این است که نسبت به حد اقل تأثیرگذار است و برای اثرگذاری بیشتر نیاز به بیان زائد دارد.

اهمالی که در اینجا مد نظر است به معنای عدم لحاظ زمان است یعنی بایع و مشتری که ثمن و مثمن را به ملک یکدیگر در می آورند احیاناً اصلا استمرار و عدم استمرار را لحاظ نمی کنند بلکه اصل ملکیت را در حق یکدیگر انشاء می کنند و نتیجه اش این است که تا وقتی این عقد، فسخ یک طرفه یا دو طرفه نشده باشد به حال خود باقی بوده و همین بقای حکم منشأ بقای اثرش می شود بر خلاف جایی که زمان ملاحظه شود ولی به نحو مبهم اخذ شود که در این صورت به اندازه­ی حداقل اثر می گذارد.

بنابراین در نکاح که فسخ ناپذیر است می توان گفت علت مبقیه­ی اثر همان علت محدثه­ی اثر است یعنی عقد بوجوده الحدوثی هم حدوث الاثر و هم بقاء الاثر را به دنبال دارد و اینجاست که اطلاق متعلق موجب بقای اثر می شود چون در عقد لازم دیگر خود عقد باقی نمی ماند تا باقی اثر مستند به آن باشد بر خلاف عقد جائز که در آن خود عقد باقی می ماند و بقای اثر تابع بقای خود عقد خواهد بود و علت مبقیه غیر از علت محدثه می باشد؛ علت این که در عقد جائز عقد را باقی می دانیم این است که در عقد جائز که فسخ پذیر است اگر فسخ محقق شود باید به عقدی که بالفعل موجود است تعلق گیرد نه عقدی که سابقا حادث شده است و این یعنی برای عقد یک نحوه بقا ملاحظه شده است.

با توضیحاتی که ذکر شد معلوم می شود قانون با توجه به نسخ پذیر بودن همانند عقد جائز است که فسخ پذیر است و آنچه موجب بقای اثر قانون است بقای حکمی خود قانون است و نه اطلاق متعلق آن لذا اگر قانونگذار قانون مالیات بر ارزش افزوده را جعل کرد اثر آن یعنی وجوب فعلی مالیات تا وقتی که فسخ نشده و بقای حکمی دارد باقی خواهد بود چه متعلق قانون مستمر ملاحظه شود و چه مهمل.