**اصول: استصحاب، جلسه 64: 22/10/1400، 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**

یک سری نکاتی در توضیح عرائض گذشته عرض کنم مرحوم شهید صدر سه مبنا برا تحلیل حقیقت نسخ ذکر کرده بودند مبنای اول این بود که نسخ در جایی است که آن حکم منسوخ اطلاق زمانی دارد نسخ این اطلاق را از بین می برد اطلاق زمانی مربوط به مقام ثبوت است ثبوتا یک جعل حکم مستمر تعلق گرفته این جعل حکم مستمر با آمدن ناسخ از بین می رود سابقا توضیح میدادیم که جعل وقتی می خواهد مجعول را ایجاد کند جعل در هر زمان باید موجود باشد تا مجعولش را ایجاد کند ولو جعل یک حکم مستمر باشد این جعل حکم مستمر اگر نسخ شود دیگر مجعولی را هم ایجاد نمی کند من این مطلب را عرض کرده بودم که سابق ولی یک غفلتی دیروز کردم این نتیجه اش این نیست که ما نیاز به استصحاب داشته باشیم در جایی که شک می کنیم که حکم نسخ شده است یا نشده است. در جایی که شک می کنیم که حکم نسخ شده است یا نشده است به اطلاق دلیل می شود تمسک کرد در واقع، اطلاق این است که این حکم نسخ نخواهد شد درست هر حکم تا زمانی که نسخ نشده است اثر دارد ولی اگر خوب یک دلیلی شارع اقامه کرد که این دلیل نسخ نمی شود این دلیل محکّم است حجت داریم که این حکم نسخ نشده است یعنی در موارد شک به آن اطلاق دلیل تمسک می کنیم باید بقای جعل اثبات شود ولو به وسیله اطلاق اثبات شود قبلا بحث این بود که مجرد حدوث جعل در یک زمان کافی نیست برای اینکه مجعول را در آینده ایجاد کند هر زمانی جعل باقی بود مجعول هم به تبع آن باقی خواهد بود ولی این که آیا دلیل اثبات آن جعل کافی است یا نه بستگی به این دارد که اطلاق داشته باشد یا نداشته باشد وقتی دلیل جعل می گوید یک جعل مستمر معنای آن این است که می خواهد بگوید این جعل نسخ نمی شود و جایی که ناسخ می آید در واقع با ظهور این معارض است ما در جایی که معارض ثابت نشده باشد باید به دلیل و حجت اخذ کرد به نظر می رسد که نیازی به استصحاب نباشد همان خاصیت استصحاب را به وسیله اطلاق دلیل می شود به دست اورد نکته دیگر اینکه در مورد معاملات یک صحبتی برخی دوستان مطرح کردند در جایی که من یک ملکی را اجاره می دهم منافع یکساله این ملک را اجاره میدهم یعنی باید الان مالک منافع یکساله باشم مالکیت منافع تابع مالکیت عین است پس همین الان باید مالک عین باشم و این قانون را تشبیه می کردیم به عقود و در عقود می گفتیم مثلا عقد بیع ، اصل ملکیت انشا می شود نه ملکیت مستمره کأن درست نیست این اشکال مطرح شد.

پاسخ این است که اول یک جنبه وجدانی قضیه را عرض کنم سپس تحلیل. وقتی کسی می گوید من این را به شما فروختم انشائی که می کند در این انشا ملکیت مستمره را لحاظ می کنیم یا اصل ملکیت را ؟ به نظر می رسد اصل ملکیت است ملکیت مستمره انشا نمی شود ولی ممکن است بگوییم که آن ملکیتی که زمان دار ملاحظه نشده است عقلاء شرع مقدس آن را مستمر در نظر می گیرند مستمر در نظر گرفتن دو جور تصویر می شود اول: عقلا می گویند کسی که مالک یک عین است این مالکیتش استمرار دارد تا زمان آمدن ناسخ. دوم: مالکیت را می گویند کسی که الان مالک این عین است مالک این عین در آینده هم است مملوک من عین در آینده است قبلی این بود که مملوک ، عین است قید زمان ندارد کسی که یک شی را مالک است وقتی زمان تغییر کرد باز هم مالکیتش استمرار دارد هر زمان مالکیت نسبت به مملوکیت آن زمانی تعلق گرفته من الان مالک این خانه هستم در امروز . فردا هم مالک این خانه هستم در فردا . یعنی مالکیت به عین تعلق می گیرد مالکیت در هر زمان به عین در آن زمان تعلق می گیرد به نحوی که شرع گفته کسی که الان مالک یک عینی است فردا هم مالک است پس فردا هم مالک است همین جور استمرار دارد.

یک موقع هم می گویی شارع مقدس گفته الان کسی که مالک یک شی است آن شیء در آینده را هم از الان مالک است یعنی من خانه را هم الان مالک هستم و هم وجود های استقبالی خانه را از همین الان مالک هستم و به تبع مالکیت بالفعل عین در اینده مالکیت منافع برای من ثابت است الان چرا مالک منافع هستم چون همین الان ملکیت عین استقبالی را دارا هستم این عینی که در مستقبل تحقق خواهد کرد من از همین الان مالک هستم هر کدام از این دو تصویر که باشد با عرض ما منافات ندارد بحث ما این بود که در انشا که انشا می کنیم یک انشای مستمر نمی کنیم یعنی بایع اصل ملکیت را انشا می کند حالا شارع می گوید کسی که عین الان را ملاک است عین آینده را هم مالک باشد از همین الان آن یک حکم شرعی است که در موضوع ملاک الفعل یعنی مالکی که عین الان را مالک است عین اینده را هم مالک باشد از همین الان آن یک حکم شرعی است که در موضوع مالک عین بالفعل یعنی مالکی که عین الان را مالک است عین آینده را هم مالک است مگر اینکه آن را با قراردادی آن را از ملک خودش خارج کرده باشد سبب مزیلی برای این ازاله یا تضیق این ملکیت حاصل شده باشد اما یک جور دیگر این است که بگوییم من الان نسبت به ملک الان مالک هستم فردا هم نسبت به ملک فردا مالک هستم این ملکیت یک امر مستمری است هر زمانی که این ملکیت ادامه پیدا کرد مملوک آن زمان را ؟؟؟یعنی در هیچ زمانی در آن مملوک من زمان لحاظ نمی شود ولی به تبع استمرار ملکیت ، مملوک هم استمرار پیدا می کند این قسم دوم این اشکال پیش می آید که اگر الان من مملوک من عین استقبالی نیست چطور منافع آن را من مالک هستم ممکن است پاسخ داده شود که ما دلیلی نداریم که منفعت تابع عین است به این معنا که باید همین الان هم مالک عین استقبالی باشم همین که مقتضی مالکیت عین استقبالی موجود باشد به نحوی که اگر یک عاملی نباشد ملکیت من نسبت به عین خود به خود ادامه پیدا می کند کافی است برای اینکه عقلاکسی را که یک ملکیتی دارد که این ملکیت اقتضا استمرار دارد این شخص را مالک منافع آینده اش هم می دانند در مورد ملک، اعتبار مالکیت نسبت به اینده نمی کنند چون نیازی نیست ولی در مورد منافع چون می خواهد منافع را منتقل کند و در منافع ، قید زمان در آن مطرح است منافع کدام زمان را ؟ در مورد منافع از همین الان عقلا من را مالک شیء می کند ت اینده و ممکن است بگوییم نیازی نیست که ملکیت من نسبت به عین را به این نحو بدانند که عین را به نحو مستمر و زماندار ملاحظه کنند نه اصل عین را ملاحظه می کنند ولی ملکیت اقتضای بقا دارد ملکیت عینی که اقتضای بقا دارد عقلا در ان مورد ملکیت منافع را به نحو استمراری ملاحظه میکنند شارع مقدس از همین الان من را نسبت به عین بعد از مرگ مالک تصور کرده اینکه می خواهیم بگوییم نه اینکه مانعی وجود داشته باشد که عقلا اینگونه ملاحظه کنند به طور متعارف ملاحظه نمی کنند ممکن است یک جایی هم ملاحظه کنند یک قراردادهایی است قراردادهای ملکیت زمانی مثلا این خانه زمستان برای کسی بهار برای فرد دیگری تابستان برای یکی و پاییز برای یکی . چهار تا مالک دارد خود عین چهار تا مالک دارد یک شراکت داریم که در یک زمان مالک هستند یک شراکت زمانی داریم که در آن واحد این شریک ها نسبت به ملک. خوب این یک ملاحظه عقلایی است الان هم وجود دارد بحث این نیست که عقلائا نمی شود این شکلی ملاحظه کرد ولی بحث این است که در متعارف موارد این شکلی نیست خوب در بعضی موارد به همان نکته ای که شارع مقدس می خواهد . بعضی چیزها از همین الان باید تکلیفش روشن شود من را شارع نسبت به مالم بعد از مرگم نسبت به یک سوم از همین الان مالک فرض میکند به دلیل اینکه زمان مند کردن مالکیت اینجا اثر دارد من که نیستم که اعمال اقتدارکند شارع من را از همین الان نسبت به آینده مالک فرض می کند به غرض اینکه من از اللان بتوانم نسبت به ان مملوک خودم تعیین تکلیف کنم مالکیت فرض کردن برای این است که آثار مالکیت را بار کنیم یکی از آثار مالکیت تعیین مالک بعدی است شخصی که مالک عینی است می تواند مالک بعدی را تعیین کند و این که الان من را نسبت به بعد از مرگم می توانند مالک فرض کنند حتی ببینید من در مواردی که نسبت یک نکته ای را عرض کنم در مواردی که وقف میکنید و موقوف علیه تعیین می کنید نفس عین را از ملکیت خودتان خارج می کنید عین مالکی ندارد عین بدون مالک است ولی در مورد منافع اش تعیین میکنید که منافع آن در چه راهی صرف شود این منافع کل منافع عین را از همین الان شما اختیاردار آن هستید درحالیکه در آینده شما نیستید که نسبت به عین آن از همین الان هیچ اختیاری یعنی در بعضی موارد مالک انسان نسبت به منافع تابع مالکیت عین نیست حتی اقتضایی . من مالک عین هستم تا زمان حیات خودم نسبت به بعد حیات خودم نسبت به ثلث است ولی نسبت به منافع شیء اختیار دارم -درمحدوده وقف – که منافع را به وسیله وقف به افراد خاصی منتقل کنم این بستگی دارد چگونه ملاحظه شود .

سوال و پاسخ: حالا آن بحث دیگر است بحث این نیست که ملکیت نسبت به منفعت تابع فعلیت ملکیت نسبت به عین است تابع ملکیت اقتضایی است انجا ملکیت اقتضایی بوده شما با انتقال آن ملکیت اقتضایی را مانع برایش ایجاد کردید بحث این است که در برخی موارد ملکیت اقتضایی هم وجود ندارد چون نیستم ملکیت اقتضایی تابع این است که من خودم باشم وقتی نیستم چجوری ملکیت . الان هم نسبت به آینده ملکیت را ملاحظه نمیکنند اگر من مالک چیزی در آینده باشمی باید بتوانم از الان وصیت کنم چون مالک ان شی در آینده هستم باید اختیار آن دست من باشد. نه اینجا مالکیت من نسبت به منافع بستگی به آن اثری که قانونگذار می خواهد مترتب کند ممکن من را مالک عین آینده نداند ولی مالک منافع بداند این حق را به من بدهد که منفعت های زمانی که من خودم نیستم آن را منتقل کند به شخص خاصی .

سوال: عقلا این حق را برای همه قائل هستند که می تواند وصیت کند شارع آمده اختصاص به اندازه خاصی.

پاسخ : فرض کنید که عقلا هم قائل باشند یک همچنین چیزی را، ولی به اعتبار اینکه بخواهد وصیت کند قائل هستند. عقلا کاملا تفکیک می کنند نسبت به منافع، منافع را به وسیله وقف می تواند منتقل کند اما به وسیله دیگر نمی تواند من نمی توان منفعت عین خودم را برای بعد از مرگ خودم اجاره بدهم ولی می توانم وقف کنم این را تفکیک می کنند

سوال : عقلا می گویند اجاره نمی توانی بدهی ولی وقف می توانی بکنی نسبت به بعد از مرگ؟

پاسخ: بله. اشکال ندارد.

این دو صورت منافاتی با عرائض ما ندارد من نکته ای که می خواستم تاکید کنم این بود که در یک شیء که عقد قراردادی که می شود اصل ملکیت منتقل می شود حالا عقلا نسبت به آن کسی که ملکیت شی را داشته باشد می گویند این ملکیتش نسبت به آینده هم وجود داشته باشد یا نداشته باشد آن منافاتی با عرض من ندارد همچنان که در مورد من حاز ملک همین است من حاز ملک حاج آقا مرتضی حائری اشاره دارد که من حاز ملک مفادش این نیست که کسی که حیازت می کند ملکیت مستمر دارد این ناظر به اصل ثبوت ملکیت است استمرار الملک به حکم عقلا است یا حکم شرعی دیگر است حالا ان استمرارش به چه نحو است من را از همین الان نسبت به آینده مالک می داند یا آن به آن این مالکیت چون خود مالکیت استمرار پیدا می کند به تبع مملوک هم یعنی مالک و مملوک به تبع همدیگر عمرش چیز می شود یعنی همچنان که مملوک الان وجود ندارد ملکیتش هم الان وجود ندارد ب امدن مملوک ، ملکیت من هم تحقق پیدا می کند یعنی دوش به دوش هم اینها تحقق پیدا می کنند این یک اعتبار عقلایی است که می تواند به این نحو باشد

سوال: همین که طرف بتواند نکاح موقت یک ساعته جعل کند نکاح دائمش که دائم جعل می کند همان هم زمان در آن ملحوظ است عرف حقیقت این ها را دو تا نمیداند که در دائم خودش باقی می ماند ولی در موقت زمان درآن لحاظ شده است ؟

پاسخ: بحث نکاح شاید مقداری فرق داشته باشد. نکاح موقت و دائم دارد اصل زوجیت آن دائم و موقت است بیع نسبت به عین تملیک موقت و دائم ندارد ببینید نکاح از اول زوجیت یک ساعته را میتوانم ملاحظه کنم می گویم این زوجیت یک ساعته با دائمه کأن یک ملاحظه واحد است بیع چون اینگونه نیست بیع های متعارفی که تا حالا بود مدل های جدید را نمی خواهم تحلیل کنم عرض کنم که این دو تا را باید با هم دیگر ظاهرا یکسان نیستند به هر حال اینها تحلیل هایی است که هر دو جورش تصویر عقلایی دارد من فکر می کنم که تصویر متعارف عقلایی این است که ملکیت نسبت به عین همین الان من مالک عین اینده نیستم در هر زمان خود به خود استمرار پیدا می کند به شرطی که موقت نباشد ملکیت منافع، ملکیتش زماندار است نسبت به منفعت زماندار ملاحظه می شود ولی نسبت به عین زماندار ملاحظه نمی شود فکر می کنم عقلائا همچنین تفکیکی باشد .

بنابراین نتیجه این می شود که خلاصه عرض ما این است که یک قانون که جعل می شود اگر از اول موقت جعل نشده باشد زماندار جعل نشده باشد ولو توقیت تردیدی نداشته باشد این قانون خود به خود استمرار پیدا می کند در اعتبار عقلا. نسخ می آید جلوی استمرار قانون را می گیرد و اگر شک کردیم که این قانون استمرار دارد یا ندارد می توانیم به استصحاب بقای قانون تمسک کنیم استصحاب بقای قانون ربطی به استصحاب بقای مجعول هم ندارد و استصحاب بقای جعل است ممکن است به جای استصجاب بقای جعل بگوییم خود این یک قانون عقلایی است که یک قانون تا ناسخ آن ثابت نشده استمرار پیدا می کند اصالت عدم نسخ منهای استصحاب خودش یک قانون عقلایی خاص هم ممکن است که باشد.

سوال پاسخ: منهای اطلاق ازمانی ما میخواهیم بگوییم به طور معمول بحث اطلاق ازمانی در آن مطرح نیست. چیزی که متعارف است . این قانون ناسخ بودن جلوی مقتضی شیء را می گیرد یعنی قانون خودش یک امری است که استمرار دارد قانون می اید این را من تشبیه به این می کنم بنایی که خانه را می سازد بنا خود خانه را می سازد استمرار خانه به خاطر استحکام خانه است بنّا علت مبقیه بنا نیست علت مبقیه آن استحکام مصالح است علت محدثه است ممکن است علت محدثه با علت مبقیه فرق داشته باشد چیزی شبیه قانون ساختمان سازی من این ساختمان را می سازم ممکن است که این ساختمان را ویران کنم نسخ به معنای ویران ساختن این ساختمان است قانون هم کأن استمرار پیدا می کند مگر اینکه . فرض کنید یک موقع ای خانه ای از اول ساخته اید که سست است با برف خانه ساختید خوب آب می شود استعداد بقا ندارد آن قانون های موقتی این جور است قانون به نحوی جعل شده که خودش زماندار است با گذشت زمان خود به خود از بین می رود ولی قانون هایی که زماندار نیستند آن قانون باقی هستند تا زمانی که ناسخ نیاید نه اینکه در ان قانون همچنین چیزی اخذ شده باشد وجه سوم را نمی گوییم وجه سوم این بود که موضوع قانون مقید است مالم یرد الناسخ. این شکلی نیست ولی این پدیده یک پدیده است که با آمدن ناسخ از بین می رود و ناسخ جلوی آن را می گیرد .

حالا بریم در بحث اشکال استصحاب شرایع سابقه:

در استصحاب شرایع سابقه مرحوم سید در حاشیه رسائل در تقریراتشان ایشان غیر از اشکال مرحوم شیخ اشکال دیگری مطرح می کنند که ابتدا این اشکال را طرح میکنم: شرایع منسوخه واقعا محدود هستند الی مجیء شریعة الناسخة کأن یک شریعت زمانداری هستند و ان کان ظاهرها الدوام ظاهرشان هم دوام است می گوید چون ظاهرش دوام است شریعت لاحقه را ناسخ شریعت سابقه دانسته اند روایات داریم که این شریعت حضرت رسول صلی الله علیه و آله ناسخ شریعت های سابقه است بحث است که این ناسخ بودن به چه اعتباری است می فرماید ظاهر شریعت سابقه این است که مستمر هستند و این شریعت لاحقه جلوی این ظهور می ایستد به خاطر همین به ناسخ تعبیر شده و می فرماید مراد از نسخ شریعت هم نسخ جمیع احکام آن شریعت است بله ممکن است در شریعت پیامبر مشابه آن حکمی که در شریعت سابقه بوده در این هم باشد آنجا حرمت غصب بوده اینجا هم است حرمت زنا بوده اینجا هم است ولی نه اینکه عین آن شریعت باقی باشد نه ممکن است مشابه آن احکامی که در شریعت سابقه بود در شریعت لاحقه هم باشد.

سوال:اقای خویی گفتند که در نسخ ظاهرش این بوده که مطلق بوده ولی در واقع مقید بوده

پاسخ: اینجا نسبت به شرایع سابقه همین است .

بنابراین در جایی که شک می کنیم که یعنی اصلا شک در نسخ به یک معنا نداریم شک ما به این است که آن حکمی که در شریعت سابقه است مشابه آن در این شریعت جعل شده است یا نه اصل عدم جعل است ربطی به هم ندارند حکمی در شریعت سابقه بوده که رفته ممکن است مشابه آن در این شریعت هم جعل شده باشد

حاشية فرائد الأصول، ج‏3، ص: 260 :« إذا تحقق ذلك فنقول: لا معنى لاستصحاب حكم من أحكام الشريعة السابقة، لأنّ نفس ذلك الحكم مقطوع الارتفاع بحصول غاية الشريعة السابقة و حدّها، و حدوث مثله في الشريعة اللاحقة لو فرض ليس ببقاء له، فلو شك فيه فالأصل عدمه، و الحكم بثبوته قياس لا استصحاب، و يشهد لما ذكرنا أنه لم يحتمل أحد جواز التمسك باطلاقات أدلة أحكام الشرائع السابقة عند الشك في نسخها لو كان فيها إطلاق أزماني نظير قوله (عليه السلام) «الناس مسلّطون على أموالهم» بل يتمسكون بأصالة الاباحة قبل الشرع أو أصالة الحظر على الخلاف، و دعوى أنّ ذلك حيث لم يكن إطلاق دليل من الشرع السابق و إلّا فلعلّهم يتمسكون بالاطلاق، مدفوعة بأنّ الأخذ بجانب الأصل مشروط بالفحص عن الدليل و عدم الظفر به، و لم يعهد من أحد الفحص أوّلا عن أحكام الشرائع السابقة ثم بعد العجز عن العلم بها يتشبّث بأصل الاباحة أو الحظر، و وجه ذلك كلّه ليس إلّا أنّ المركوز في الأذهان بملاحظة نسخ الشريعة السابقة أنّ كل حكم إلهي يحتاج إلى دليل يدلّ على ثبوته في الشريعة اللاحقة و فرض الشريعة السابقة كأن لم يكن.»

یک نکته ای را عرض کنم بقیه بحث برای جلسه آینده. ایشان تمسک می کند که معهود نیست که از احکام شریعت سابقه فحص کنند اصل مشروط به فحص است ممکن است شما بگویید اینکه اصل مشروط است به فحص از دلیل این را ادله شرعی می گوید که اجرای اصل مشروط به فحص از دلیل باشد و الا اطلاق ادله اقتضا می کند که مشروط نباشد انچه که مسلم است فحص از احکام این شریعت ، قید این اصل است اما فحص از احکام شریعت سابقه هم قید استصحاب عدم تکلیف و امثال اینها باشد دلیل نداریم پس مجرد اینکه فحص نمی کردند دلیل بر این نیست که اگر اطلاقی آن دلیل سابق داشت به آن تمسک نمی کردند. این را جلسه بعد ادامه می دهیم با فرمایش بقیه آقایان. این بحث را یکی دو جلسه بیشتر ادامه نخواهیم داد

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین