

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

خلاصه جلسه گذشته

ملاحظه فرمودید مرحوم شیخ انصاری (اعلی الله مقامه الشریف) فرمودند در عقود تعلیقیه - یعنی عقودی که مفاد آن عقد معلق بر یک امری است؛ مثل عقد وصیت که ملکیت موصی له معلق بر موت موصی است - در این عقود تعلیقیه اگر احد الطرفین رجوع کردند و یا فسخ کردند، استصحاب لزوم در اینجا جریان ندارد.

در مثال ذییب و عنب شیخ قائل به جریان استصحاب تعلیقی شد اما در اینجا می فرمایند نمی توانیم بگوئیم این مفاد معلق بر آن امر است و بیائیم استصحاب تعلیقی را جاری کنیم. اساس دلیل شیخ این است که ما اینجا چیزی نداریم. الآن اگر موصی بعد از وصیتش رجوع کرد، دیروز عرض کردیم یک احتمال این است که بگوئیم خود این مال در ملک موصی هست إلى زمان الموت و بعد زمن الموت به موصی له منتقل می شود. احتمال دیگر این است که بگوئیم ملکیت از مال موصی جدا شده و موصی الآن ملکیت ندارد و ملکیت این مال در اثر عقد وصیت می آید منتهی معلق بر موت است.

عبارات آقایان در بحث وصیت هیچ اشعاری به یکی از این دو طرف ندارد ولی این در بحث ما نقشی ندارد، اینکه بگوئیم این مال بر ملک موصی باقی می ماند تا زمان موت یا باقی نمی ماند نقشی ندارد.

عدم مداخلیت زمان انتقال مال به موصی

سؤال:...

پاسخ استاد:

ابتدا به ذهن می آید که بگوئیم در عقد وصیت با وصیت این مال از ملک موصی خارج می شود و ملکیت مال برای موصی له می آید منتهی معلقاً علی الموت. احتمال دیگر هم این است که بگوئیم این مال به ملک موصی باقی می ماند و تا زمان موتش باقی می ماند و بعد از موتش مال موصی له می شود. حالا می خواهیم بگوئیم این دو احتمال در این بحثی که می کنیم فرقی نمی کند. چرا؟ برای اینکه می گوئیم مفاد عقد وصیت، ملکیت معلقه ی بر موت است. اگر موصی آمد رجوع کرد آیا این مفاد - یعنی ملکیت بعد الموت - از بین می رود؟

فرض این است که راه برای همه ی ادله بسته شده و ما هستیم و شک. اگر بگوئیم حدیث سلطنت است، بگوئیم عقد وصیت عقد

جایزی است، چون من طرف الموصی که همه می‌گویند جایز است، اگر گفتیم جایزه که دیگر بحثی ندارد. منتهی فرض ما در جایی است که ما حدیث سلطنت را کنار بگذاریم، باقی می‌ماند به صورت شک.

نظر شیخ این است که در این عقود غیر معلقه مثل معاطات، ما بعد از رجوع احد الطرفین آن ملکیت مفاد معاطات را استصحاب می‌کنیم. می‌گوئیم با معاطات یک ملکیت جدیدی برای طرفین آمد و بعد رجوع احد الطرفین آیا این ملکیت از بین می‌رود یا نه؟ استصحاب می‌کنیم بقاء ملکیت و هذا هو اللزوم. اما این استصحاب می‌فرماید در عقود تعلیقیه جریان ندارد و نمی‌توانیم بگوئیم اگر بعداً بمیرد این ملکیت حاصل می‌شود. پس این ملکیت را استصحاب کنیم قبل از معلق علیه چیزی وجود ندارد و در نتیجه شیخ در مورد ذبیب استصحاب تعلیقی را تفصیل می‌دهد و می‌گوید: ذبیب الآن که غلیان پیدا کرد ما برایش حرمت را استصحاب می‌کنیم، چرا؟ می‌گوئیم اگر عنب قبلاً غلیان پیدا کرده بود حرام بود، در ذبیب استصحاب می‌کنیم، آن هم در فرضی که الآن غلیان پیدا کرده باشد - باز این نکته را عرض کنیم؛ نزاع در استصحاب تعلیقی در جایی است که معلق علیه الآن موجود باشد - بعد شیخ می‌فرماید: در ذبیب وقتی غلیان آمد ما آن حرمت معلقه را استصحاب می‌کنیم و الا در همین ذبیب اگر غلیان هم نیاید باز چه چیز را می‌خواهید استصحاب کنید؟ مگر بروید روی حرف مرحوم صدر که «إذا غلی یحرم» را استصحاب کنیم. یا روی حرف مرحوم شیخ سببیت را بخواهید استصحاب کنید؟ اگر ما نظریه سببیت را کنار بگذاریم - یعنی سببیه الغلیان للحرمة - اگر نظریه‌ی آقای صدر را کنار بگذاریم - که «إذا غلی یحرم» را بخواهیم استصحاب کنیم - مورد استصحاب تعلیقی و مفروضش در کلام شیخ و دیگران این است که حالا با تغییر حالت اگر غلیان موجود شد اینجا می‌گویند استصحاب تعلیقی جریان دارد و الا اگر در همین ذبیب هنوز غلیان نیامده، از شیخ سؤال کنیم در اینجا شما استصحاب تعلیقی را جاری می‌کنید می‌گوید نه، غلیان هنوز نیامده است.

پس در جوابی که می‌خواهیم ذکر کنیم این نکته خیلی مهم است. چرا شیخ در ذبیب و در عنب استصحاب تعلیقی را جاری می‌کند اما در این عقود تعلیقیه استصحاب تعلیقی را جاری نمی‌کند.

سؤال:...

پاسخ استاد:

مثال استصحاب تعلیقی این است که شما یک عنب داشتید، این عنب قبلاً غلیان پیدا نکرده بود، حالا این عنب تبدیل به ذبیب شده، و غلیان هم پیدا کرده است. روی مبنای نائینی و شیخ و مشهور الآن غلیان موجود است. می‌خواهیم ببینیم حالا که غلیان آمده حرمت هست یا نه؟ می‌گوئیم این حرمت کانت معلقه سابقاً، شما وقتی می‌گوئید استصحاب تعلیقی یعنی مستصحب شما معلق است، مستصحب شما حرمت است، می‌گوئید این حرمت «کانت موجوده معلقه سابقاً»، الآن هم که این معلق علیه حاصل شده همان حرمت را استصحاب کنیم، این حرف مشهور است. بیائیم روی کلام سببیت یا روی کلام مرحوم آقای صدر کلام عوض می‌شود و الا مشهور مثال را اینطور مطرح می‌کنند.

کلام مرحوم خوئی

مرحوم آقای خوئی به تبع استادشان مرحوم نائینی یک جوابی را در مصباح الاصول^[1] ذکر کردند که عرض کردم اساس جواب در منية الطالب^[2] آمده است.

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید در عقود تعلیقیه ما یک التزامی من المتعاقدين داریم، وقتی عقد وصیت می‌شود یک التزامی بین المتعاقدين است، وقتی عقد سبق و رمایه بین المتسابقين با خود عقد یک التزام بالفعل بینهما موجود است و این التزام را شارع امضا و تأیید کرده است. حال وقتی احد الطرفین رجوع می‌کند، شما شیخ چرا می‌فرمائید هیچی وجود ندارد؟ مرحوم شیخ

فرمود در عقد وصیت تا معلق علیه نیاید ملکیت نیست. وقتی ملکیت نیست ما چه چیز را استصحاب کنیم؟

ایشان در جواب می‌فرماید: نه، یک التزامی وجود دارد و با رجوع می‌خواهند این التزام را فسخ کنند و از بین ببرند. سپس یک کبرای کلی ارائه می‌دهند و می‌فرمایند: «الفسخ فی العقود کالنسخ فی التکالیف» می‌گویند چطور اگر مولا یک تکلیفی را آورد بعداً مولا می‌تواند این تکلیف را نقض کند، اگر یک عقدی در عالم خارج موجود شد، فسخ نسبت به عقود مانند نص نسبت به تکالیف است. همانطوری که شما اگر در نص شک کنید، استصحاب عدم نسخ جاری می‌شود، در اینجا نیز شما اگر در فسخ شک کنید استصحاب بقاء مفاد آن عقد را می‌کنیم و اینجا می‌گوئیم این فسخ دیگر اثر ندارد. این عقد یک مفادی دارد که التزام من الطرفین است و بعد احد الطرفین آمده فسخ کرده و رجوع کرده، شک می‌کنیم اثر کرد یا نه؟ بقاء مفاد عقد را استصحاب می‌کنیم.

عرض کردم این تعبیر در کلمات مرحوم نائینی در جلد 1 منیة صفحه 62 هست که می‌فرماید الفسخ فی العقود کالنسخ فی التکالیف، لذا می‌فرمایند اینجا مجال برای استصحاب هست.

بررسی کلام مرحوم خوئی

اینجا به نظر ما اصلاً یک خلطی واقع شده و باید این خلط روشن شود و آن این است که مرحوم شیخ چرا آمد بین ذبیب و عقود تعلیقیه فرق گذاشت. ما در توضیح کلام شیخ گفتیم الآن معلق علیه که غلیان است در ذبیب موجود شده ولی در خود عنب مفروض این است که در آن زمانی که عنب بوده غلیانی نبوده است. الآن غلیان در ذبیب موجود شده است. حال می‌خواهیم ببینیم آن حرمت معلقه را الآن می‌شود استصحاب کنیم یا نه؟

در این عقود تعلیقیه ما می‌گوئیم اصلاً معلق علیه به هیچ وجه نیامده است. در عقود تعلیقیه می‌گوئیم ملکیت موصی له معلق بر موت است. آیا زمانی داریم که بگوئیم قبلاً چنین چیزی بوده اما الآن شک کنیم در آن هست یا نیست؟ هنوز موتی نیامده است. بعد از آنکه موت حاصل شد، ممکن است بگوئیم آنجا حالا که موت حاصل شد، شک کنیم ملکیت از موصی له خارج شد یا خیر؟ ولی فرض کلام شیخ این است که همین زمان حیات موصی، می‌گوید در زمان حیات مفاد عقد ملکیت بعد الموت است، موت هم هنوز نیامده، الآن اگر موت نیامده پس ملکیت برای موصی له ثابت نیست. اصلاً ملکیت بالفعل الآن نداریم، چه چیز را می‌خواهید استصحاب کنید.

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید اینجا التزام من الطرفین است. این التزام الآن بالفعل متعلق دارد یا ندارد؟ التزام فعلیت دارد. خلطی که واقع شده این است که آقای خوئی می‌فرمایند چون التزام بالفعل در این عقد ثابت است، یک عقد وصیت، یک عقد سبق، یک عقد رمایه‌ای هست و بین الطرفین یک التزام بالفعل است، این التزام بعد رجوع احد الطرفین باید استصحاب شود. بگوئیم قبلاً بوده و الآن هم باید باشد، در نتیجه لزوم را بخواهند استصحاب کنند. ولی سؤال ما این است که بین این التزام و متعلقش می‌توانید تفکیک کنید؟ اینجا موصی ملتزم شده است که بعد از موتش این مال از موصی له باشد، موت هم که هنوز نیامده است. درست است که اصل التزام فعلی است ولی متعلق التزام مربوط به بعد الموت است. وقتی متعلق التزام مربوط به بعد الموت است، این رجوع هم مربوط به متعلق التزام است. می‌گوید تا حالا نظرم این بوده که بعد الموت این مال از موصی له شود ولی حالا می‌خواهم از این رجوع کنم. معنا ندارد بگوئیم از التزام رجوع می‌کند! التزام پیدا کرد تمام شد. اما از متعلق التزام می‌خواهد رجوع کند و بگوید من تا حالا ملتزم بودم به ملکیت بعد الموت، الآن از این ملکیت بعد الموت می‌خواهم برگردم، اینجا به مرحوم آقای خوئی می‌گوئیم چه چیز را می‌خواهد استصحاب کند.

یک وقتی هست که می‌گوئیم یک التزامی بوده، بعد از رجوع شک می‌کنیم آن التزام از اول بوده یا نبوده؟ می‌گوئیم التزام بوده، خود موصی هم می‌گوید بوده ولی متعلق التزام ملکیت بعد الموت است این را می‌خواهد خرابش کند، بعبارةً أخرى اصل التزام

برای ما فایده‌ای ندارد. اصل التزام چه اثری دارد؟ در اینجا به متعلق التزام دقت شود. لذا این اشکالی که هم مرحوم نائینی و هم مرحوم آقای خوئی کردند، حتی مرحوم آقای خوئی می‌گویند ای کاش مرحوم شیخ به عکس می‌فرمود، یعنی می‌فرمود در عقود تعلیقیه استصحاب جاری است و در ذبیب استصحاب جاری نیست، ملاک اشکال در هر دو واحد است، بلکه در ذبیب معلق علیه موجود شده است. اینکه شیخ آمده در ذبیب می‌گوید استصحاب جاری است چون فرض این است که معلق علیه در ذبیب موجود شده ولی در عقود تعلیقیه هنوز معلق علیه نیامده است.

جمع بندی بحث

ما در استصحاب تعلیقی در دو بیان بحث داریم. اول سال هم عرض کردیم. تا اینجا مقام اول تمام شد. البته 30 جلسه طول کشید اما دو بحث خیلی مهم در جوف این بحث بود. در استصحاب تعلیقی یک بحث این است که آیا خود استصحاب تعلیقی جریان دارد یا خیر؟ ما انتظار را دنبال کردیم. آخوند فرمود جریان دارد، مرحوم عراقی فرمود جریان دارد، امام فرمود جریان دارد، مرحوم والد ما قائل به جریانش است، نائینی فرمود جریان ندارد، مرحوم آقای خوئی می‌فرمایند جریان ندارد، صاحب منتقی می‌فرمایند جریان ندارد، آقای حکیم و مرحوم صدر یک تفصیل دادند و مرحوم شهید صدر (رضوان الله علیه) یک تفصیل دیگری دادند.

ما هم بطلان کلام مرحوم آقای حکیم و سید را اثبات کردیم. چون مرحوم حکیم و سید هم که آمدند بین اینکه این قید برای موضوع باشد یا قید برای حکم فرق گذاشتند. باز روی این مبنا بود که قبول داشتند باید موضوع فعلیت پیدا کند تا حکم فعلیت پیدا کند. یعنی آن اصل مبنای نائینی که فعلیت مشروط به وجود خارجی است مبنای کلام آقای حکیم است، ایشان این را قبول دارد و ما این مبنا را قبول نکردیم و اساساً برخی دیگر از مبانی نائینی را هم قبول نکردیم.

تا اینجا از حیث جریان استصحاب تعلیقی مشکلی نداریم و می‌گوئیم مولا برای یک عنب اعتباری کرده که «الحرمة فی فرض الغلیان» است. این اعتبار قبلاً بوده بعد که ذبیب شد نمی‌دانیم آن اعتبار هست یا نه؟ بقای آن اعتبار را استصحاب می‌کنیم روی تفصیلی که خودمان برای آن حکم داشتیم. مقام اول تمام می‌شود، خودتان هم این بحث را اشکالاتش را با دقت مرور بفرمایید اما مقام دوم این است که گفته‌اند استصحاب تعلیقی دائماً مبتلای به یک معارض است، ببینیم که این بحث معارضش چیست؟

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] □ بقي في المقام امور:

الأول: ذكر الشيخ (قدس سره) أنَّ العقود التي لها آثار فعلية إذا شك في لزومها وجوازها، يتمسك لاثبات اللزوم باستصحاب بقاء تلك الآثار الفعلية، ولذا تمسك باستصحاب بقاء الملكية في المعاطاة وفي غير موضع من أبواب الخيارات. وأمَّا العقود التي ليس لها آثار فعلية، بل لها آثار تعليقية كالوصية والتدبير والسبق والرمية، فإنه لا يترتب على هذه العقود والایقاعات أثر فعلاً، بل الأثر متوقف على شيء آخر من الموت كما في الوصية والتدبير، أو حصول السبق أو إصابة الهدف في الخارج كما في عقد السبق والرمية، فإذا شك في لزوم هذه العقود وجوازها، لا يجري الاستصحاب لاثبات اللزوم، لعدم ترتب أثر فعلي على هذه العقود حتى نقول الأصل بقاء هذا الأثر، فيكون الاستصحاب تعليقياً ولا مجال لجريانه.

هذا ملخص ما ذكره الشيخ (قدس سره) في المقام، فالمتحصل من كلامه (قدس سره) هو التفصيل في جريان الاستصحاب التعليلي بين مسألة الزبيب وموارد العقود التعليقية، بالقول بجريانه في الاولى بنحو استصحاب السببية على ما تقدم، دون الثانية. والتحقيق يقتضي الالتزام بعكس ما ذكره الشيخ (قدس سره)، فإنَّ ما ذكرناه من المانع عن جريان الاستصحاب التعليلي في

مسألة الزيبب لا يجري في موارد العقود التعليقية، لأنّ ملخص ما ذكرناه من المانع في مسألة الزيبب، هو أنّ موضوع الحرمة مركب، والمفروض أنّه لم يتحقق بتمام أجزائه، فلم يتحقق حكمه لنستصحبه ونحكم ببقائه، وهذا بخلاف موارد العقود التعليقية فإنّ الالتزام بمفاد العقد من المتعاقدين قد وقع في الخارج وأمضاه الشارع، فقد تحقق هو في عالم الاعتبار، فاذا شك في بقاءه وارتفاعه بفسخ أحد المتعاقدين، فالأصل يقتضي بقاءه وعدم ارتفاعه بالفسخ.

وبالجملة: الفسخ في العقود نظير النسخ في التكليف، وقد ذكرنا أنّه لا مانع من جريان الاستصحاب التعليقي في النسخ، فكذا لا مانع من جريانه في الفسخ. نعم، إذا بنينا على عدم جريان الاستصحاب في موارد الشك في النسخ، كان موارد الشك في بقاء الحكم بعد الفسخ أيضاً مثلها. (مصباح الأصول، ج2، ص: 167)

[2] لا يخفى أنّ مراده (قدّس سره) من كلّ عقد هو العقود العهديّة لا العقود الإذنية فإنّها لا تجري فيها أصالة اللّزوم لأنّ قوام هذه العقود بالإذن فإذا ارتفع بفسخ المالك و نحو الفسخ يرتفع المنشأ بها قطعاً و لا يبقى شكّ حتّى يستصحب أثر العقد و المنشأ به و أمّا العهديّة فلا فرق فيها بين التنجيزيّة و التعليقيّة.

و مناقشة المصنف (قدّس سره) في جريان قاعدة اللّزوم في نحو السّيق و الرّماية و الجعالة لو شكّ في تأثير فسخ من جعل السّيق مثلاً للسّابق قبل وصوله إلى المحلّ المعيّن غير جارية لأنّ الاستصحاب في هذه العقود كاستصحاب عدم النّسخ في الأحكام و يا ليت أنّه (قدّس سره) عكس الأمر و ناقش في جريان الاستصحاب التعليقي في مثل الزيبب و التمر لا في العقود التّعليقيّة فإنّها من قبيل القضايا الحقيقة في الأحكام التّكليفيّة و أوضحنا تنقيح ذلك في الاستصحاب فراجع.

و بالجملة لا إشكال في جريان أصالة اللّزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه و جوازه لشبهة حكمية و كذا فيما شكّ في لزومه و جوازه لشبهة موضوعيّة كما لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هبة أو بيع مع العلم بكون الأوّل جائزاً و الثّاني لازماً نعم في دوران الأمرين الوديعة و القرض لا يجري أصالة اللّزوم لعدم إحراز تملّك من بيده المال في وقت حتّى يستصحب فمورد البحث هو العقود المملّكة المشكوك جوازها أو لزومها فمن يدعي اللّزوم هو المنكر لمطابقة قوله للأصل و احتمال كون المقام من باب التداعي إذا كان مصبّ الدّعوى تعيين العقد الواقع في الخارج كما يظهر من صاحب الجواهر (قدّس سره) تبعاً لبعض من تقدّم عنه و تبعه السيد الطّباطبائي في حاشيته على المتن و في بعض كلماته في كتاب القضاء احتمال لا يعتنى به كما أوضحناه في كتاب القضاء. و إجماله أنّ باب التداعي هو ما كان قول كلّ منهما مطابقاً للأصل أو مخالفاً و أمّا إذا كان قول أحدهما مطابقاً للأصل دون الآخر فهو باب المدّعي و المنكر و كفيّة تحرير الدّعوى لا أثر لها بل المدار على الغرض منها على وجه يرجع إلى أثر عقلائي كتأثير الفسخ أو اشتغال ذمة الآخر أو نحو ذلك لا إلى مجرد إثبات أنّ العقد صلح بلا عوض أو هبة غير معوّضة و إلّا لا تسمع هذه الدّعوى رأساً فإنّها كدعوى أن بر إفريقاً كذا مساحة.

ثم لا يخفى أنّ النّزاع تارة في اللّزوم و الجواز و أخرى في الضّمان و عدمه ففي الأوّل المنكر هو مدّعي اللّزوم و في الثّاني المنكر هو مدّعي الضّمان على المشهور و المختار خلافاً لمن تمسّك بأصالة البراءة و ذلك لأنّ مقتضى قاعدة اليد مع أصالة عدم إقدام مالكة الأصلي على المجانيّة هو الضّمان فإن موضوع الحكم مركّب من عرضين لمحلّين و هو اليد على ملك الغير المحرز بالوجدان مع عدم إقدام مالكة على التبرّع المحرز بالأصل فإذا تمّ الموضوع يترتّب عليه الحكم و هو الضّمان.

و قد بيّنا في الأصول أنّ التمسك بقاعدة على اليد للحكم بالضّمان في موارد الشكّ في المجانيّة و رافع الضّمان ليس من باب التمسك بالعموم في الشبهات المصادقيّة و لا من باب قاعدة المقتضي و المانع و لا من باب استصحاب العدم النعتي في حال عدم الموضوع بل لما ذكرنا من أنّ الضّمان مترتّب على وضع اليد على مال الغير مع عدم إحراز المجانيّة الذي هو العدم النعتي حال وجود الموضوع فإنّ التبرّع و التّضمين من نعوت المالك فلو لم يكن متبرّعاً في وقت يستصحب عدم التبرّع و لا يعارض بأصالة عدم قصد التّضمين فإنّ ضمان مال الغير لا يتوقف على قصد فتدبّر جيداً. (منية الطالب في حاشية المكاسب، ج1، ص: 62)