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

**جلسه514 – 22/ 10/ 1400 استصحاب عدم نسخ /تنبیهات /استصحاب**

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسات گذشته به سه مبنا در حقیقت نسخ و کیفیت استصحاب عدم نسخ طبق این مبانی اشاره نودیم و در ادامه به این سه مبنا اشکال کردیم و مبنای چهارمی اختیار نموده و سپس به تفاوت این مبنا با سه مبنای ذکر شده پرداختیم.

در این جلسه به ذکر نکات تکمیلی در تفاوت بین مبنای مختار و سه مبنای ذکر شده پرداخته و سپس به بحث استصحاب عدم نسخ احکام شرائع سابقه وارد می شویم.

# بی نیاز شدن از استصحاب عدم نسخ بر اساس مبنای اول در حقیقت نسخ

مرحوم شهید صدر[[1]](#footnote-1) به سه مبنا در حقیقت نسخ اشاره نمودند و ما نیز به تبیین و بررسی آن پرداختیم.

مبنای اول این بود که دلیل منسوخ از همان ابتدا به لحاظ ثبوتی به نحو مطلق و مستمر جعل شده است و به عبارت دیگر متعلق آن در عالم ثبوت دارای اطلاق ازمانی بوده و بیانگر این است که این حکم هیچگاه پایان نمی یابد.

طبق این مبنا نسخ در واقع جعل معارض برای منسوخ است چون دلیل منسوخ بإطلاقه دلالت بر استمرار حکم داشت و این مطلب به معنای این است که هیچگاه ناسخی برای آن جعل نمی شود و در نتیجه با شک در تحقق ناسخ می توان به اطلاق دلیل تمسک نموده و اثبات کرد ناسخی وجود ندارد.

با توجه به این که گفتیم بقای اثر و فعلیت مجعول در آینده تابع اطلاق متعلق جعل نیست بلکه تابع بقای خود جعل است در نتیجه برای این که بتوانیم، اثر این جعل را در آینده اثبات کنیم نیازمند به بقای حکمی خود جعل هستیم لذا در جلسه­ی گذشته توهمی مطرح شد مبنی بر این که هرچند متعلق جعل، دارای اطلاق است ولی با توجه به این که خود جعل هم باید باقی باشد تا بتواند بقای اثر را به دنبال داشته باشد ما برای عدم تحقق ناسخ یا همان بقای جعل نیاز به اصلی از اصول همچون استصحاب داریم چون نمی توانیم با تمسک به اطلاق متعلق، بقای جعل را نتیجه بگیریم.

و لکن این توهم ناتمام است چون خود دلیل منسوخ بیانگر این است که حکم جعل شده مستمر است و لازمه­ی این مطلب عدم تحقق ناسخ و بقای حکمی جعل می باشد لذا تمسک به اطلاق ازمانی دلیل، ما را از جریان استصحاب عدم نسخ و امثال آن مستغنی می کند؛ پس هر چند هر بقای جعلی مشروط به عدم جعل مضاد است ولی زمانی که متعلق یک جعل اطلاق داشته باشد لازمه اش این است که هیچگاه جعل مضاد صورت نخواهد گرفت لذا اطلاق موجود در متعلق بمثابه­ی یک دلیل خارجی است که می گوید این جعل نسخ نخواهد شد و با وجود این دلیل دیگر نیازی به جریان اصل نخواهیم داشت.

# تشبیه ناسخ و منسوخ به عقود و معاملات

در جلسات گذشته گفته شد اگر بخواهیم قوانین را به عقود و معاملات تشبیه کنیم باید به عقود جائز و فسخ پذیر تشبیه کنیم چون قوانین نیز همچون عقود جائز نسخ پذیر هستند؛ در عقود جائز گفتیم با توجه به فسخ پذیر بودن باید عقدی بالفعل موجود باشد تا متعلق فسخ قرار گیرد و این به معنای بقای حکمی عقود جائزه است و اثر عقد نیز مستند به بقای خود عقد است لذا قوانین نیز به همین شکل تحلیل می شود یعنی قانون یک نحوه بقایی دارد که نسخ به آن تعلق می گیرد و بقای اثر قانون نیز مستند به بقای خود قانون است.

برخی از دوستان در نقض به مطلب مذکور اشکالی در مورد معاملات مطرح کردند مبنی بر این که مثلا شخصی به عقد بیع خانه ای را می خرد و سپس با اجاره، منافع یک سال آینده را به تملیک مستأجر در می آورد پس بالفعل مالک منافع این ملک در یک سال آینده می باشد در حالی که هنوز زمان آینده فرا نرسیده تا بگوئیم عقد بیع در آن زمان بقای حکمی دارد و بقای ملکیت، تابع بقای خود بیع است در نتیجه اطلاق متعلق بیع است که منشأ ملکیتش در زمان حال و آینده شده است نه بقای خود عقد بیع؛ و از سوی دیگر چون منافع، تابع اعیان هستند همین بیان در مورد ملکیت عین نیز مطرح می شود یعنی شخص مالک بالفعل منافع و اعیان در حال و آینده می شود.

در پاسخ به این نقض می توان گفت:

به لحاظ وجدانی به نظر می رسد این گونه نیست که وقتی شخصی با بیع، مالک شیئی می شود بایع در تملیک خود استمرار را ملاحظه کرده باشد بلکه او اصل ملکیت را به مشتری منتقل می کند و زمان در نظر او مورد لحاظ قرار نمی گیرد لذا باید برای توجیه ملکیت بالفعل نسبت به آینده بیان دیگری را ارائه داد.

### عدم تبعیت کامل منفعت نسبت به عین

حال با توجه به این که ملکیت بالفعل نسبت به حال و آینده نمی تواند مستند به بقای خود بیع و همچنین نمی تواند مستند به اطلاق متعلق باشد پس می توان به یکی از این دو بیان اجاره­ی منافع آینده را توجیه کرد:

1. ممکن است گفته شود ملکیتی که مقید به زمان نیست و اصلا زمان در آن ملاحظه نشده به حکم عقلاء یا به حکم شرع مقدس مستمر و ادامه دار در نظر گرفته می شود به نحوی که مالک عین، بالفعل نسبت به حال و آینده ملکیت دارد \_البته تا زمانی که مزیل آن را جعل نکند\_ پس این ملکیت مستند به حکم عقلاء یا شرع مقدس است نه مستند به اطلاق متعلق عقد بیع.
2. تحلیل دیگر این است که بگوئیم ملکیت عین در هر زمان، مستند به بقای بیع در همان زمان است و علت این که قبل از رسیدن زمان آینده می تواند منافع آن زمان را اجاره دهد این است که دلیلی نداریم ملکیت منافع از جمیع جهات تابع ملکیت عین باشد یعنی ممکن است ملکیت بالفعل عین تنها نسبت به زمان حال باشد ولی همین مقدار که اقتضای ملکیت عین در زمان آینده وجود دارد کافی است برای این که منافع آینده بالفعل مملوک شخص باشد و بتواند آن را اجاره دهد؛ طبق این تحلیل ملکیت اقتضایی عین در آینده کافی است برای ملکیت بالفعل منافع؛ فرق منفعت و عین در این است که ملکیت عین، نیازی به ملکیت بالفعل نسبت به آینده نیست ولی در منافع چنین ملکیتی نیاز است لذا نسبت به عین ملکیت بالفعل نسبت به آینده اعتبار نمی شود ولی نسبت به منفعت ملکیت بالفعل اعتبار می شود.

البته ممکن است احیانا نسبت به عین هم ملکیت بالفعل نسبت به زمان آینده اعتبار شود مانند این که شارع مقدس شخص موصی را نسبت به ثلث اموالش در زمان بعد از مرگش ملکیت بالفعل اعتبار کرده است البته این اعتبار ملکیت به لحاظ وصیت است؛ در تحلیل وصیت می توان گفت چون شارع مقدس می بیند اگر بخواهد ملکیت بالفعل نسبت به عین را متوقف بر رسیدن زمان آینده قرار دهد این شخص دیگر زنده نیست تا بتواند برای مالش تصمیم بگیرد لذا به جعل ملکیت بالفعل نسبت به زمان آینده نیاز بوده است.

شاهد بر عدم تبعیت ملکیت منفعت نسبت به ملکیت عین، وقف است؛ در وقف، واقف منافعِ مال موقوف را در اختیار موقوف علیهم قرار می دهد در حالی که در آن زمان دیگر عین در ملک هیچکس نیست یعنی واقف عین را از ملکیت خارج می کند ولی تنها منفعتش را در اختیار دیگری قرار می دهد و عین کماکان بلامالک باقی می ماند؛ در وقف ملکیت عین حتی به نحو اقتضایی نیز نسبت به آینده وجود ندارد ولی ملکیت منافع نسبت به آینده محقق است؛ البته این تفکیک بین عین و منفعت در وقف است نه در همه جا.

خلاصه این که امکان اجاره­ی منافع آینده منافاتی با مطالبی که سابقا متذکر شدیم (یعنی عدم استناد بقای اثر به اطلاق متعلق) ندارد و این امور بستگی به نحوه­ی ملاحظه دارد.

البته مطالبی در مورد بیع گفته شد \_یعنی این که در بیع ملکیت بدون زمان ملاحظه می شود\_در بیع های متعارفی است که تا کنون با آن مواجه بودیم چون جدیدا عقد های قراردادی شکل گرفته است که در آن ملکیت عین نیز به شکل زمان دار اعتبار می شود مثلا گفته می شود در فصل بهار زید و در فصل تابستان عمرو و در فصل پاییز بکر و در فصل زمستان خالد، مالک این خانه باشند که در این صورت ملکیت با زمان ملاحظه شده است.

در جایی که موجر بعد از اجاره، عین مستأجره را به شخص دیگری تملیک می کند، عین به شخص ثالث منتقل می شود ولی منافع کما کان در اختیار مستأجر است چرا که مالک نسبت به عین در آینده به نحو اقتضایی ملکیت داشته و برای این اقتضا مانع درست کرده است و همین ملکیت اقتضایی باعث شده بتواند منافع آینده را بدون عین به مستأجر تملیک کند.

به طور کلی ممکن است در ملکیت یک شخص در برخی موارد مانند وقف به این نحو ملاحظه شود که نسبت به عین حتی به نحو اقتضایی مالک نباشد ولی نسبت به منفعت، بالفعل مالک باشد لذا این گونه امور تابع نحوه­ی لحاظ است.

در وصیت هم ممکن است بگوئیم عقلاء تنها در خصوص وصیت، برای مالک نسبت به عین و منفعت آینده ملکیت بالفعل ملاحظه می کنند ولی نه این که در غیر وصیت مانند اجاره هم چنین ملکیت بالفعلی نسبت به حال و آینده ملاحظه شود و این تفکیک بین وصیت و غیر وصیت قابل التزام است همانطور که بین وقف و اجاره در نحوه­ی ملاحظه­ی ملکیت تفکیک شده است.

حاج آقا مرتضی حائری در برخی مباحثشان به این نکته اشاره می کنند که «من حاز ملک» ناظر به اصل حدوث ملکیت است نه ناظر به استمرار آن و علت بقای ملکیت و استمرار آن ملاحظه ای است که در بین عقلاء وجود دارد؛ البته این که استمرارش به چه نحو است بحث دیگری است چون ممکن است گفته شود این ملکیت مستمر به این نحو است که مالک و مملوک دوش به دوش یکدیگر در عمود زمان حرکت می کنند و با رسیدن هر زمان ملکیت آن زمان بالفعل می شود.

ممکن است بگوئیم در امثال عقد نکاح مطلب به شکل دیگری است یعنی همین که در نکاح موقت می توان عقد یک ساعته و دو ساعته و یک ماهه و ... را اعتبار کرد کاشف است از این که در عقد دائم نیز دوام زوجیت در متعلق ملحوظ است چون حقیقت نکاج موقت و نکاح دائم تفاوت ماهوی ندارند یعنی این طور نیست که در عقد موقت میزان بقای زوجیت تابع زمان ملحوظ در عقد باشد ولی در عقد دائم بقای زوجیت خود به خود و بدون لحاظ زمان در متعلق باقی بماند ؛ ولی یبع و نکاح فرق دارد و به نظر می رسد در بیع اصل ملکیت انشاء می شود بدون لحاظ دوام.

خلاصه این که به نظر می رسد هر دو تصویر (لحاظ دوام در متعلق و عدم لحاظ آن در متعلق) عقلائیا تصویر دارد ولی تصویر روشن تر این است که در تملیک اصل ملکیت بدون ملاحظه زمان انشاء می شود و قوانین نیز از همین سنخ هستند.

## جمع بندی بحث حقیقت نسخ

نتیجه­ی بحث این می شود که یک قانون که جعل می شود اگر این قانون از ابتدا موقت جعل نشود \_اعم از این که وقتش معین باشد یا مردد باشد\_ در اعتبار عقلاء بقای حکمی داشته و ناسخ می آید و جلوی این بقای حکمی را می گیرد.

و چنانچه در بقای قانون شک کردیم باید به استصحاب یا اصالت عدم نسخ عقلائی و امثال آن تمسک کنیم چرا که فرض این است که در متعلق جعل اول اطلاق و دوام ملاحظه نشده است و در نتیجه نمی توان با تمسک به اطلاق دلیل اول احتمال نسخ را منتفی کرد.

اگر بخواهیم قانون را به امور محسوس تشبیه کنیم همانند ساختمان است که بنّا این ساختمان را می سازد یعنی علت محدثه­ی آن، بنّا است ولی بقای این ساختمان یا همان علت مبقیه، استحکام مصالح ساختمان است نه خود بنّا، لذا اگر این ساختمان با برف ساخته شده باشد دیگر استعداد بقا نداشته و بعد از مدتی خود بخود از بین می رود و چنین ساختمانی شبیه قانونی است که موقت و مدت دار جعل شده است.

در قانون نیز اگر قانونی بدون زمان ملاحظه شود علت محدثه اش جعل اولیه است ولی علت مبقیه اش دیگر جعل اولیه نیست

# استصحاب احکام شرائع سابقه

مرحوم سید یزدی در حاشیه­ی رسائل در تقریراتشان، نسبت به استصحاب احکام شرائع سابقه اشکالی غیر از اشکال مرحوم شیخ مطرح کرده اند. **[[2]](#footnote-2)**

ایشان تصویری شبیه تصویر محقق خوئی در حقیقت نسخ ارائه می دهد و می فرماید شرائع سابقه هر چند به حسب ظاهر مطلق جعل شده باشند ولی ثبوتا مقید و محدود بوده و با آمدن شریعت جدید کل شریعت سابق نسخ می شود. عبارت ایشان از این قرار است:

و هو أنّ الشرائع المنسوخة محدودة واقعا إلى مجي‏ء الشريعة الناسخة و إن كان ظاهرها الدوام، و بملاحظة هذا الظهور يقال إنّ الشريعة السابقة نسخت و رفعت إلّا أنّها واقعا محدودة و إلّا لزم البداء المحال، و المراد من نسخ الشريعة نسخ جميع أحكامها لأنه الظاهر من النسخ المضاف إلى‏ الدين و الشريعة و الملة و نحوها كما ورد في الأخبار، فيلزم أن يكون جميع أحكام الشريعة المنسوخة محدودة إلى مجي‏ء الشريعة الناسخة،.

ایشان می فرمایند: ما روایاتی داریم که بیانگر ناسخ بودن شریعت اسلام نسبت به شرائع سابق است؛ بحث این است که این ناسخ بودن به چه اعتبار است؟

ایشان می فرماید: ظهور احکام شرائع سابقه در اطلاق ازمانی و دوام است ولی شریعتی که بعد از آن می آید جلوی این اطلاق ظاهری را گرفته و کاشف از موقت بودن جعل های موجود در شریعت سابق است.

و لا ينافي ذلك تطابق جملة من أحكام الشريعتين كحرمة الظلم و السرقة و الزنا و شرب الخمر و نحوها مثلا، إذ يمكن نسخها بملاحظة الشريعة السابقة و جعلها و انشاؤها ثانيا بملاحظة الشريعة اللاحقة، بمعنى أنّ الشارع أمر باتّباع شريعة موسى (عليه السلام) أو عيسى (عليه السلام) مثلا إلى زمان محمد (صلّى اللّه عليه و آله) و من جملة أحكامها حرمة الظلم و السرقة، ثم أمر عند مجي‏ء محمّد (صلّى اللّه عليه و آله) باتّباع شريعته التي من أحكامها حرمة الظلم و السرقة أيضا، غاية الأمر أنّ بعض أحكام الشريعة اللاحقة مماثلة لأحكام الشريعة السابقة لا أنه لم ينسخ الشريعة السابقة باعتبار هذا الحكم 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،

بر این اساس چنانچه حکم مشترکی همچون حرمت غصب و زنا و ... بین این دو شریعت وجود داشته باشد یک حکم مشابه محسوب می شود نه همان حکم سابق لذا در جایی که شک می کنیم حکم شریعت سابق نسخ شده یا نه، در واقع شک در نسخ نیست بلکه شک در جعل حکم مشابه است که مجرای اصل عدم جعل است.

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.

ایشان می فرمایند اصلا معهود نیست که کسی از احکام شریعت سابق فحص کند در حالی که اگر می خواستند به اصل تمسک کنند شرط جریان اصل این است که ابتدا فحص صورت گیرد؛ ممکن است در پاسخ گفته شود اطلاق اولیه­ی ادله اصول اقتضا می کند اصل بدون فحص جاری شود ولی چون دلیل خارجی داریم که نسبت به احکام شریعت خودمان بدون فحص حق جریان اصل نداریم به همین مقدار از اطلاقات اصول رفع ید می کنیم ولی نسبت به بیش از این مقدار دلیلی بر لزوم فحص نداریم پس مجرد این که فحص نمی کردند دلیل بر این نیست که اگر اطلاق وجود داشت به اصل عمل نمی کردند.

در جلسه­ی آینده­ی به توضیح و تکمیل بحث پرداخته می شود.

1. مباحث الأصول، ج‏5، ص: 421 [↑](#footnote-ref-1)
2. حاشية فرائد الأصول، ج‏3، ص: 259 [↑](#footnote-ref-2)