

## • مقدمه دوم: اصل لزوم در عقود

○ احتمالات در معنای اصل

○ ادله اصل لزوم در بیع به معنای قواعد و عمومات

○ اجرای اصل لزوم در بیع به معنای استصحاب

• همانطور که قبلاً گفته شد کلام علامه که فرمودند اصل در بیع لزوم است تا این را دارد که اصل را به معنای استصحاب بگیریم لذا در این قسمت ارکان این استصحاب را بررسی میکنیم

۱. یقین سابق: در بیع و عقود که اثر ملکیت دارند یقین به انتقال ملکیت از مالک به مشتری در لحظه انعقاد عقد داریم

۲. شک لاحق: بعد از فسخت، شک میکنیم که آیا ملکیت به مالک برگشته است یا خیر

۳. مستصحاب: اثر عقد که در ما نحن فیه ملکیت مشتری می باشد.

▪ نتیجه: بقای ملکیت را برای مشتری استصحاب میکنیم بنابراین بعد از فسخت باز هم اثر ملکیت برای مشتری برقرار است و این همان لزوم بیع می باشد.

## • اشکال

▪ به استصحاب اشکالی شده است و آن اشکال این است که:

▪ صغری: در ما نحن فیه استصحاب "علاقه مالک نسبت به مبیع" می باشد که آن استصحاب حکومت بر استصحاب "بقای ملکیت مشتری" دارد. جهت حکومت این است که آن استصحاب در ناحیه سبب جاری می شود و استصحاب مذکور در ناحیه مسبب

• توضیح جریان استصحاب "علاقه مالک نسبت به مبیع":

• ما دو قسم از عقود داریم. یک قسم از عقود که یقیناً جائزه می باشند یا بالذات مثل هبه و وکالت و ... و یا بالعرض مانند عقود که

در آنها جعل خیار شده است. و قسم دوم عقود لازمه هستند مثل نکاح و صلح و ....

• در عقود لازم مثلاً صلح زید پس از اینکه مکاسب را به عمرو صلح کرد دیگر هیچگونه علاقه ای و اضافه ای به این مکاسب

ندارد، و نمی تواند این مکاسب را به ملک خودش برگرداند. ولی در عقود جائزه ادعای اجماع شده که علاقه مالک از عین به

طور کلی سلب نشده است و علاقه و اضافه مالک به عین فی الجمله باقی است.

• بنابراین در یک دسته از عقود علاقه مالک نسبت به عین فی الجمله باقی است و در یک دسته این علاقه به طور کلی منتفی شده است.

• مستشکل می گوید ما در اینجا استصحاب بقای علاقه مالک سابق جاریست

- چون یقین داریم مالک قبل از عقد ملکیت دارد
- بعد از عقد شک داریم موقوفه عقد لازم بوده که علاقه بالکل منتفی شده باشد یا عقد جائز بود تا علاقه فی الجمله باقی باشد، لذا استصحاب بقای علاقه مالک سابق را می‌کنیم.

• توضیح سببی بودن:

- حال مستشکل می‌گوید: شک در بقای ملکیت مشتری مسبب از شک در بقای علاقه مالک است. چون اگر این شک در بقای علاقه مالک به یقین تبدیل شود، اصل محکوم استصحاب بقای ملکیت مشتری بلا موضوع است، چون شک نداریم بلکه یقین به عدم ملکیت مشتری یا به عبارت دقیقتر یقین به ملکیت منزلزل مشتری پیدا می‌کنیم. پس استصحاب اول شک لاحق در استصحاب دوم را برمی‌دارد. لذا اصل سببی مقدم بر اصل مسببی بالحکومه است.

- کبری: هر اصلی که در ناحیه سبب جاری شود حکومت بر اصل مسببی دارد. و با جریان استصحاب سببی نوبت به استصحاب مسببی نمی‌رسد.
- نتیجه: پس با استصحاب بقای ملکیت نمی‌توان اثبات لزوم کلّ عقد را نمود.

▪ تطبیق اشکال در استصحاب بر لزوم عقود {صفحه ۲۲-۲۳}

- وقد عرفت أنّ ذلك {لزوم} مقتضى الاستصحاب أيضاً.
- وربما يقال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك (از عین)، فإنّ الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقه المالك عن العين التي له (مالک) فیها (علاقه) الرجوع، وهذا الاستصحاب حاکم علی الاستصحاب المتقدم (استصحاب بقاء علاقه ملکیت مشتری به عین) المقتضى للزوم.

▪ جواب به اشکال

- مرحوم شیخ می‌فرمایند: در مراد مستشکل از استصحاب بقای علاقه مالک سابق سه احتمال وجود دارد:

- احتمال اول) مراد، علاقه ملکیت و ما یترتّب علی الملیک (جواز تصرف) باشد
- مثلاً زید نسبت به مکاسب علاقه ملکیت داشته است، لذا می‌توانسته آن را وقف کند، هبه کند و ... حال بعد از ساعت ۱۱ که با عقد بیع مکاسب را فروخته است، استصحاب بقای ملکیت می‌کنیم.
- مرحوم شیخ می‌فرمایند: طبق این احتمال شک لاحق وجود ندارد چون ساعت ۱۱ یقین به زوال ملکیت داریم و شکی وجود ندارد. لذا اگر مراد از استصحاب بقای علاقه احتمال مذکور باشد به علت عدم شک لاحق استصحاب جاری نمی‌شود.

• احتمال دوم که مراد از استصحاب بقاء علاقه، استصحاب سلطنت بر برگرداندن عین باشد.

• مثلاً در هبه که عقد جائز است زید که مکاسب را به عمرو هدیه داده است. زید سلطنت و قدرت دارد که مکاسب را از ملک عمرو به ملک خودش باز گرداند. پس مراد مستشکل از استصحاب بقای علاقه، استصحاب بقای قدرت مالک بر برگرداندن عین به ملک خود باشد.

• مرحوم شیخ می‌گوید: این احتمال نیز غلط است چون شک لاحق دارد ولی یقین سابق ندارد.

• یقین سابق نیست چون مستصحب ما، سلطنت بر برگرداندن عین با ملکیت عین سابقاً قابل اجتماع نیست، چون قبلاً که مکاسب ملک زید بوده است قدرت بر اعاده عین و ادخال در ملک خود بی‌معنا است چون هنوز از ملکش خارج نشده است. پس عنوان اعاده و استرداد عین محال است با ملکیت جمع شود، چون خروجی نبوده تا اعاده و بازگشت معنا داشته باشد.

• احتمال سوم مراد بقای علاقه‌ای است که در مجلس عقد بوده است.

• مثلاً زید و عمر که ساعت ۱۱ عقد کرده‌اند تا ساعت ۱۱/۱۵ در مجلس عقد بوده‌اند، در این وقت بایع استناداً به خیار مجلس می‌توانسته مبیع را به ملک خود باز گرداند، پس در مجلس عقد قطعاً علاقه‌ای به مبیع داشته است، حال در ظرف شک مثلاً ساعت ۱۱/۳۰ استصحاب بقای علاقه می‌کنیم.

• مرحوم شیخ به استصحاب بنابراین احتمال سه اشکال می‌کنند:

• اشکال ۱: دلیل اخص از مدعا

• این دلیل به درد عقود می‌خورد که خیار مجلس دارند، اما در عقودی که خیار مجلس ندارند مثل نکاح و صلح و اجاره نمی‌تواند راهگشا باشد، لذا دلیل شما اخص از مدعا است. چون مدعا لزوم کل عقد است و دلیل اثبات اللزوم فی الجملة می‌کند.

• اشکال ۲: شک لاحق نداریم

• روایات مستفیضه (إذا افترقا وجب البیع) می‌گوید: به افتراق قطعاً آن علاقه در مجلس از بین رفته است لذا شک لاحق نداریم.

• اشکال ۳: عمومات داریم و نوبت به استصحاب نمی‌رسد

• از ساعت ۱۱/۱۵ به بعد، بعد از خیار مجلس در ظرف شک آیا رجوع به عموم ازمانی {أوفوا بالعقود} یا رجوع به استصحاب حکم مخصص می‌شود؟

• در ظرف شک رجوع به عموم و اطلاق زمانی {أوفوا بالعقود} می‌شود. لذا رجوع به استصحاب غلط است.

• نتیجه: لذا تنها استصحاب در بحث استصحاب بقای ملکیت مشتری است چون اصلی در ناحیه سبب وجود ندارد اصل محکوم به قوت خود باقی است.

- ورد بآته :
- إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة تتفرع على الملك ، فلا ريب في زوالها (علاقه) بزوال الملك.
- (این احتمال را ما از خارج، احتمال سوم ذکر کردیم:) وإن أريد بها (علاقه) سلطنة إعادة العين في ملكه ، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها (علاقه) مع الملك ، وإنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل؛ فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها (علاقه). {..جلسه..١٤٠١٧/٢٤/..}.
- وإن أريد بها (علاقه) العلاقة التي كانت في مجلس البيع ، فإنها (علاقه) تُستصحب عند الشكّ ، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار ، كما يقال : الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف ، في مقابل من جعلها (هبة) لازمةً بالتصرف ،
  - {اول: دليل از مدعا اخص است} ففيه مع عدم جريانه (دليل) فيما لا خيار فيه في المجلس ،
  - {ثانيا} بل مطلقاً (چه در بيع و چه در غير بيع) بناءً على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشكّ إلى عموم «أوفوا» لا الاستصحاب - :
  - {ثالثا} أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق ،
- فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم.