

چالش جریان استصحاب لزوم در عقود تعلیقی

مرضیه حیدرزاده^۱

رضا پور صدیقی^۲

چکیده

اصل لزوم در عقود، یکی از مباحث بنیادین در فقه معاملات است که به استحکام و پایداری قراردادها می‌انجامد. در این میان، عقود تعلیقی همچون نذر، جعاله و مسابقه، به دلیل وابستگی تحقق یا اثرگذاری‌شان به وقوع یک شرط خارجی، همواره مورد بحث و اختلاف نظر بوده‌اند. برخی فقها به سبب این تعلیق، قائل به جواز فسخ چنین عقودی شده‌اند، در حالی که گروهی دیگر، با استناد به اصل استصحاب، تداوم لزوم را پذیرفته‌اند. مسئله اصلی آن است که آیا تعلیق در اثر عقد، ماهیت الزام‌آور آن را متزلزل می‌سازد یا آنکه اصل لزوم همچنان بر این عقود حکومت دارد؟

این پژوهش با رویکردی تحلیلی-انتقادی، ضمن واکاوی مبانی فقهی و اصولی، به ارزیابی دیدگاه‌های موافق و مخالف پرداخته و تلاش دارد با تبیین جایگاه استصحاب، لزوم عقود تعلیقی را اثبات کند. همچنین، تطبیق این اصول بر مصادیق معاصر همچون قراردادهای پیش‌فروش و معاملات مشروط، بعد عملی این تحقیق را برجسته می‌سازد. به نظر می‌رسد که تعلیق

^۱ فارغ التحصیل سطح چهار رشته فقه خانواده و پژوهشگر پژوهشگاه جامعه الزهرا س.

heydarzade.m.1357@gamil.com

^۲ استاد دانشگاه قم و مدیر گروه اصول مرکز فقهی ائمه اطهار ع، قم، ایران.

rezapoorsedghi@gmail.com



در این عقود، صرفاً ناظر بر تأثیر آنها بوده و تأثیری بر ماهیت الزام‌آورشان ندارد؛ از این رو، اصل لزوم همچنان پابرجاست و نمی‌توان این عقود را صرفاً به دلیل وابستگی به شرط، قابل فسخ دانست.

بررسی‌های اصولی و فقهی نشان می‌دهد که ایرادات وارده بر جریان استصحاب در عقود تعلیقی قابل رفع بوده و پذیرش لزوم در این عقود، فواید متعددی به همراه دارد. نخست، این پذیرش موجب تحکیم اعتماد و امنیت در معاملات می‌شود. دوم، از تزلزل حقوق طرفین و اختلافات احتمالی جلوگیری کرده و موجب انسجام نظام حقوقی خواهد شد. سوم، در قراردادهای معاصر، پذیرش اصل لزوم از بروز آشفتگی در مناسبات اقتصادی جلوگیری کرده و زمینه‌ساز تعاملات پایدار و منسجم می‌شود. در مجموع، پذیرش لزوم در عقود تعلیقی، نه تنها پشتوانه‌ای محکم در فقه دارد، بلکه در عمل نیز از بی‌ثباتی حقوقی و اقتصادی پیشگیری می‌کند.

واژگان کلیدی: اصل لزوم، عقود تعلیقی، استصحاب، عقد.

مقدمه

قراردادها، به عنوان سنگ بنای نظام حقوقی و اقتصادی، بستری برای تنظیم روابط میان افراد و نهادها فراهم می آورند. در این میان، تحقق آثار هر عقد وابسته به شرایط و نحوه اجرای آن است. برخی از عقود، به محض انعقاد، نتایج خود را آشکار می سازند، حال آنکه برخی دیگر، تحققشان در گرو وقوع شرطی در آینده است. این دسته از عقود که در فقه و حقوق به «عقود تعلیقی» شهرت دارند، از دیرباز مورد توجه اندیشمندان و صاحب نظران قرار گرفته اند.

عقد تعلیقی، برخلاف عقد منجز، تعهدی است که اثر آن وابسته به رخدادی نامعین در آینده می شود. این ویژگی، علاوه بر آنکه پرسش های متعددی را در حوزه حقوق قراردادها مطرح می کند، آثار قابل توجهی بر امنیت حقوقی، معاملات اقتصادی و نظم عمومی بر جای می گذارد. از یک سو، گروهی از فقها و حقوقدانان معتقدند که به دلیل وابستگی این عقود به شرط، الزام آوری آنها محل تردید است. از سوی دیگر، نظریه پردازانی که بر اصل استصحاب و تفکیک شرط از ماهیت عقد تأکید دارند، این عقود را همانند سایر قراردادها لازم و معتبر می دانند.

با توجه به گستردگی این عقود در معاملات معاصر، از جمله قراردادهای پیش فروش، نذرهای مشروط، و تعهدات معلق، بررسی دقیق جایگاه آنها در نظام حقوقی ضروری به نظر می رسد. این مسئله نه تنها از بُعد نظری، بلکه از منظر کاربردی و اقتصادی نیز حائز اهمیت است؛ چراکه تفسیر نادرست از ماهیت این عقود، می تواند به کاهش اعتماد عمومی، تزلزل در معاملات و اختلال در تعهدات قراردادی منجر شود.



پرسش اساسی این است که آیا وابستگی تحقق عقد به شرط، از الزامی بودن آن می‌کاهد؟ آیا اصل استصحاب می‌تواند مبنای اثبات لزوم در عقود تعلیقی باشد؟ این پژوهش، با استفاده از روش تحلیلی-انتقادی و بهره‌گیری از منابع فقهی و حقوقی، تلاش دارد ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف، تحلیلی جامع از مبنای لزوم عقود تعلیقی ارائه دهد.

تردیدی نیست که دقت در قواعد فقهی و اصول حقوقی می‌تواند راهگشای بسیاری از چالش‌های حقوقی باشد. از این رو، این مقاله می‌کوشد با نگاهی نو، ظرفیت قواعد فقهی را در پاسخ به نیازهای عملی جامعه نشان دهد و بر اهمیت پایبندی به اصل استصحاب در تقویت امنیت حقوقی و اقتصادی تأکید کند. ساختار مقاله به شرح ذیل است:

مفهوم شناسی مفاهیمی چون اصاله اللزوم، عقد معلق، استصحاب تعلیقی:
تعریف دقیق این مفاهیم، تبیین جایگاه آن‌ها در فقه و حقوق، و بررسی مبانی نظری مرتبط.

تحلیل نظرات فقها درباره استصحاب لزوم در عقود تعلیقی: بررسی دیدگاه‌های مختلف فقهی درباره الزام‌آوری این عقود و دلایل پذیرش یا رد آن‌ها. **بررسی اشکالات وارد بر اصل لزوم و پاسخ به آن‌ها:** نقد ایرادات مطرح شده نسبت به اصل لزوم و ارائه پاسخ‌های منطقی و مستدل از منظر حقوقی و فقهی.

مفهوم‌شناسی

«اصاله اللزوم» یکی از اصول بنیادین در فقه اسلامی است که بیان می‌کند اصل در تمامی عقود، اعم از تملیکی یا عهدي، لزوم آن‌هاست. به این معنا که

پس از انعقاد عقد، طرفین ملزم به پایبندی به آن هستند و نمی‌توانند به صورت یک‌جانبه آن را فسخ کنند.

برای درک صحیح و دقیق این اصل و جریان استصحاب در عقود تعلیقی، نیاز است که مفاهیمی همچون «اصل»، «لزوم»، «عقد معلق» و «استصحاب تعلیقی» به طور روشن تعریف شوند.

اصل

برای واژه «اصل» معانی گوناگونی ذکر شده است:

رجحان و اغلیت: برخی اصل را به معنای «غالب بودن» (عاملی، بی‌تا، ص ۶۰۷) می‌دانند. بر این اساس، «اصاله اللزوم» یعنی در بیشتر موارد، عقود لازم هستند نه جایز. برای نمونه، صاحب کتاب «جامع المقاصد» اصل را چنین معنا کرده است: «اغلب عقود لازم هستند.» (عاملی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۲۸۲).

قاعده کلی: برخی اصل را به معنای قاعده‌ای کلی می‌دانند که در صورت نبود دلیل خاص، به آن مراجعه می‌شود. این تعبیر مشابه با قواعدی مانند اصل طهارت و اصل براءت است. بر این اساس، لزوم عقود قاعده‌ای مستند به کتاب و سنت است که هنگام شک به آن استناد می‌شود (عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۴۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۴۱؛ یزدی، ۱۴۰۶، ص ۱۶۰).

استصحاب: معنای دیگر «اصل»، استصحاب است. این بدان معناست که وقتی عقدی منعقد می‌شود، لازم بودن آن نیز ایجاد می‌گردد. در صورت شک در ادامه لزوم، استصحاب حکم به بقای آن می‌دهد. علامه حلی در آثار خود بر این معنا تأکید کرده و آن را مبنای استصحاب لزوم دانسته است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۱، ص ۵؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۱۴؛ خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۹).



در نتیجه، به نظر می‌رسد «اصل» در «اصاله اللزوم»، بیشتر ناظر به معنای استصحاب است. به این معنا که در صورت شک درباره بقای لزوم عقد، استصحاب جاری می‌شود و به بقای اثر عقد حکم می‌کند.

لزوم

از نظر برخی محققان، «لزوم» به معنای ثبات و پیوستگی ناگسستنی، ملازمه با شی و دوام بر آن معنا شده است که نشان‌دهنده ارتباط ضروری میان دو امر است، به گونه‌ای که جدایی آن‌ها ممکن نیست. (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۴ ص ۲۴۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۵۴۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۷۳۹). اما برخی لغت‌شناسان، «لزوم» را به معنای «ثبوت و وجوب» تعبیر کرده‌اند. (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۵۲؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶، ص ۱۶۲؛ مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۱۰، ص ۱۸۷؛ قرشی، ۱۴۱۲، ج ۶، ص ۱۸۹). همچنین برخی از فقهاء، «لزوم» را به «تملیک التزام» تعریف نموده است؛ تعهدی قراردادی که به صورت یک حق یا مسئولیت به طرف مقابل منتقل می‌شود. این تعریف بر ماهیت انتقالی و حقوقی لزوم در معاملات تأکید دارد. (نایینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۸۴).

بنابراین مفهوم «لزوم» وابسته به دو مؤلفه است: ثبوت و دوام که بر پایداری دلالت دارد و اتصال و جدایی‌ناپذیری که رابطه‌ای گسست‌ناپذیر را نشان می‌دهد. این تعریف کاربردهای متنوع واژه را در زمینه‌های مختلف روشن می‌سازد.

عقد معلق

در متون لغت، واژه «عقد» به معانی مختلفی آمده است. از جمله:
- وفای به عهد: عقد به معنای سوگند یا پیمانی است که باید به آن وفا شود (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۴۰).

– گره و استحکام: عقد دلالت بر بستن و ایجاد اطمینان دارد (ابن زکریا، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۸۴).

– میثاق و معاهده: عقد به معنای میثاق و عهد نیز به کار می‌رود (ابن اثیر، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۷).

تعلیق نیز به معنای وابسته ساختن یک چیز به چیز دیگر است (ابن زکریا، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۱۲۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۰۹).

عقد معلق در برابر عقد منجز قرار می‌گیرد و اثربخشی آن به وقوع شرط یا امر دیگری وابسته است. به عنوان مثال، اگر پدری بخواهد خانه‌ای را به پسرش ببخشد، اما این امر را مشروط به فارغ‌التحصیلی پسر کند، این یک عقد معلق خواهد بود. نمونه‌هایی از عقود معلق شامل وصیت، نذر مشروط، و جعاله است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱، ص ۱۱۳).

عقود تعلیقی به عقود گفته می‌شود که تحقق و اثرگذاری آن‌ها به وقوع شرط یا رویدادی به نام «معلق‌علیه» وابسته است. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۵۱؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۵، ص ۴۴۵). برای مثال، در عقد بیع، فروشنده می‌تواند تملیک کالا را به شرط بازگشت زید از سفر منوط کند، به‌طوری‌که مشتری تنها در صورت بازگشت زید مالک کالا می‌شود.

استصحاب تعلیقی

همان استمرار حکمی مشروط؛ مانند حرمت انگور در فرض غلیان پس از تبدیل به کشمش می‌باشد. (انصاری، مرتضی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۲۲۱؛ تنظیمی فرد، محمد، ۱۳۹۷، ص ۴۴).



بررسی مفهوم‌شناسی «اصاله الزوم» و «عقد معلق» نشان می‌دهد که این مفاهیم به طور دقیق در متون فقهی تبیین شده‌اند و می‌توان از آن‌ها به عنوان مبنایی برای تحلیل عقود تعلیقی و لزوم آن‌ها استفاده کرد.

نظرات در استصحاب تعلیقی

نسبت به استصحاب تعلیقی، دو نظریه است:

نظریه اول: جریان استصحاب تعلیقی

برخی فقها استصحاب تعلیقی را جایز می‌دانند؛ زیرا ارکان آن در صورت تحقق شرط به‌طور کامل برقرار است. طبق این نظر، تداوم احکام و وضعیت‌ها با توجه به شرایط و وابستگی‌های آن‌ها قابل تبیین است. (انصاری، ۱۴۱۶، ص ۲۲۱). مرحوم آخوند نیز از فقهایی است که قائل به جواز استصحاب تعلیقی هستند. ایشان در مثال تبدیل انگور به کشمش این‌گونه می‌فرمایند: «در استصحاب، تغییر حالت مانع اتحاد قضیه متیقن و مشکوک نیست و حکم تعلیقی مانند تنجیزی جریان می‌یابد.» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۴۱۱). در تعارض بین دو استصحاب نیز قائل هستند که دو اصل ملازمه دارند و با وجود یک اصل، دیگری جریان نمی‌یابد. ایشان در این مورد می‌فرمایند: «استصحاب تعلیقی طهارت و استصحاب نجاست، در مورد غلیان کشمش با یکدیگر ملازمه دارند و به دلیل تناقض ذاتی، نمی‌توانند هم‌زمان جاری شوند.» (همان، ص ۲۳۲).

بنابراین طبق نظر مرحوم شیخ، تمام ارکان استصحاب تعلیقی تمام است و استصحاب جاری است. مرحوم آخوند نیز با بیان وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه و رد تعارض بین دو استصحاب، قائل به جریان استصحاب تعلیقی می‌باشد.

نظریه دوم: عدم جریان استصحاب تعلیقی

در مقابل برخی دیگر قائل به عدم جریان استصحاب تعلیقی می‌باشند؛ زیرا آن را معارض با قضیه متیقنه، فاقد ثبات در شرایط و موجب تشکیک در احکام می‌دانند. همچنین، عدم بقاء موضوع و تعارض دو استصحاب از دیگر دلایل مخالفت آنان است. (تبریزی سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۳۷).

در پاسخ به این اشکالات، مرحوم شیخ، با استناد به ادله و دلایل خود، سعی در اثبات جواز استصحاب تعلیقی دارد و به ویژه به این نکته تأکید می‌کند که ارکان استصحاب در صورت وجود شرط، همچنان کامل و معتبر خواهد بود.

ادله عدم جریان استصحاب تعلیقی و نقد آن

دلیل های متعددی بر عدم استصحاب تعلیقی بیان شده که مرحوم شیخ این ادله را بی پاسخ نگذاشته‌اند.



شماره چهار
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

دلیل اول: عدم وجود قضیه متیقنه

اشکالی که در این جا مطرح است؛ استصحاب تعلیقی به دلیل وابستگی حکم به شرطی که ممکن است محقق نشود، با مشکل عدم تحقق قضیه متیقنه مواجه است. فقها معتقدند که چون حکم (مثل حرمت انگور بعد از غلیان) در گذشته به صورت مستقل وجود نداشته، شرط استصحاب در این مورد منتفی است. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۳ ص ۲۲۲).

جواب اول بر دلیل: تمامیت ارکان و جریان استصحاب تعلیقی

در استصحاب شرط است که مستصحب، موجود باشد و شک در ارتفاع آن نیز محقق باشد. این امکان به حسب خود استصحاب تعلیقی، موجود است. (همان، ص ۲۳). بنابراین ارکان تام است، استصحاب تعلیقی جریان دارد.

جواب دوم بر دلیل : بازگشت استصحاب تعلیقی به تنجیزی

پاسخ دوم به نفی حجیت استصحاب تعلیقی این است که در هر استصحاب تعلیقی، می‌توان استصحاب تنجیزی را جاری کرد؛ مثلاً در مورد حرمت انگور پس از غلیان، با فرض غلیان و ملازمه، استصحاب تنجیزی برقرار و نتیجه مشابه با استصحاب تعلیقی حاصل می‌شود. (همان). پس در هر استصحاب تعلیقی به نوعی استصحاب تنجیزی وجود دارد و باعث می‌گردد، استصحاب تعلیقی نیز جریان پیدا کند.

دلیل دوم: عدم ثبات استصحاب تعلیقی در شرایط

استصحاب تعلیقی به دلیل وابستگی به شرایط متغیر، نمی‌تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد؛ زیرا حکم مستصحب وابسته به وضعیت موجود است و با تغییر شرایط، حکم قبلی ممکن است دگرگون شود. این وابستگی موجب عدم ثبات در احکام شده و اعتبار استصحاب تعلیقی را تضعیف می‌کند. (مصطفوی، کاظم، درس خارج اصول، مدرسه فقاہت، ۲۶ / ۰۹ / ۱۳۹۶).

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

جواب بر دلیل : اثبات کاربرد استصحاب تعلیقی در استنباط احکام فقهی

استصحاب تعلیقی ابزاری مفید برای استنباط احکام فقهی است که در موارد وابستگی حکم به یک شرط خاص کاربرد دارد. شیخ انصاری تأکید می‌کند که با تحقق شرط؛ مثل غلیان در حرمت مایع انگور، یقین به وجود حکم معلق می‌تواند موجب اجرای استصحاب و اثبات حکم گردد. (همان).

دلیل سوم: استصحاب تعلیقی سبب تشکیک در احکام

استصحاب تعلیقی می‌تواند باعث تناقض در احکام شرعی شود؛ زیرا وابستگی به شرط ممکن است به نتایج متناقضی منجر گردد. این تشکیک‌ها

می تواند اختلاف نظر میان فقها ایجاد کند و اعتبار استصحاب تعلیقی را تضعیف کند. (تبریزی سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۳۷).

جواب بر دلیل: اعتبار استصحاب تعلیقی در احکام شرعی

استصحاب تعلیقی به تنهایی برای اثبات حکم کافی نیست؛ زیرا وابسته به شرایط متغیر است. با این حال، برخی فقها معتقدند که اگر با سایر دلایل همراه شود، می تواند موجب تثبیت احکام شده و اصل «لا تنقض الیقین بالشک» نیز اعتبار آن را تقویت می کند. (همان).

دلیل چهارم: عدم بقا موضوع در استصحاب تعلیقی

اشکال دیگری که مرحوم شیخ بیان می کنند: «در استصحاب، اصل بقا در موضوع الزامی است، اما در استصحاب تعلیقی، با تغییر ماهیت موضوع، بقا از بین می رود. به همین دلیل، استصحاب تعلیقی نمی تواند بر اساس اصل بقا جاری شود و در این شرایط اعتبار ندارد.» (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۳ ص ۲۲۲). بنابراین چون یکی از ارکان موجود نیست، استصحاب تعلیقی نیز جاری نمی شود.

جواب بر دلیل: عدم تغییر ماهیتی استصحاب تعلیقی

مرحوم شیخ در جواب اشکالی که مطرح نمودند، می فرماید: «تبدیل انگور به کشمش تغییر موضوعی محسوب نمی شود؛ زیرا وابستگی ماهوی کشمش به انگور، تنها تغییر فیزیکی است و بنابراین استصحاب حلیت انگور برای کشمش معتبر باقی می ماند.» (همان)

دلیل پنجم: ترجیح استصحاب حلیت بر استصحاب تعلیقی حرمت

در استصحاب تعلیقی، معمولاً استصحاب دیگری نیز در تعارض با آن ایجاد می شود که به دلیل شهرت فقهی یا عمومات معتبرتر است؛ مانند ترجیح

استصحاب حلیت کشمش بر استصحاب تعلیقی حرمت در جوشیدن کشمش. (همان، ص ۲۲۴) بنابراین استصحاب حلیت مرجح بر استصحاب حرمت می‌شود و استصحاب تعلیقی حرمت کشمش، جاری نیست.

جواب بر دلیل: حاکمیت استصحاب تعلیقی حرمت بر حلیت و مرجح نبودن استصحاب حلیت

استصحاب تعلیقی حرمت بر استصحاب تعلیقی حلیت کشمش بعد از جوشیدن حاکم است زیرا حکم حرمت به کشمش جوشیده تعمیم می‌یابد. (همان). بنابراین با وجود حکومت استصحاب تعلیقی حرمت بر استصحاب حلیت دیگری موضوعی برای استصحاب حلیت نمی‌ماند و می‌توان استصحاب تعلیقی حرمت را جاری نمود.

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

همچنین بر اساس دیدگاه مرحوم شیخ، استصحاب تعلیقی و تنجیزی تفاوتی ندارند و استصحاب تعلیقی می‌تواند حتی در غیاب ملزوم نیز جاری باشد، زیرا ملازمه بین حکم و موضوع همیشه برقرار است. (همان، ص ۲۲۴).

اکنون که روشن شد مرحوم شیخ استصحاب تعلیقی را می‌پذیرند، لازم است تا به تحلیل استصحاب لزوم در عقود تعلیقی با تکیه بر دلیل استصحاب بپردازیم. در این راستا، نظرات فقها و ادله‌ای که آنان برای اثبات یا رد این مسئله ارائه داده‌اند، باید به دقت مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. این بررسی می‌تواند شامل بررسی مواضع مختلف فقهی، استدلال‌های ارائه شده و همچنین شواهد و مستندات مورد استناد قرار گیرد تا به درک عمیق‌تری از اثرات و الزامات عقود تعلیقی دست یابیم.

نظرات و ادله در جریان و عدم جریان استصحاب لزوم عقود تعلیقی

دو دیدگاه در بحث استصحاب در عقود تعلیقی موجود است: ۱- جواز (عدم جریان استصحاب لزوم) ۲- لزوم (جریان استصحاب لزوم)

نظریه اول: عدم جریان استصحاب لزوم (جواز)

برخی از فقها معتقدند که در عقود تعلیقی، عقد تا زمان تحقق شرط، لزوم ندارد و جایز است. دلیل این گروه بر جواز، این است که مادامی که شرط تحقق نیافته، اثر تملیک و الزام‌آوری عقد به‌طور کامل به وجود نمی‌آید. از آنجایی که عقد معلق به شرط است، تحقق آن در آینده نامعلوم است، پس نمی‌توان حکم به لزوم عقد داد و طرفین حق فسخ دارند. (حلی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۴۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳ ص ۱۰۳).



شماره چهار
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

مرحوم شیخ انصاری با وجود پذیرش جریان استصحاب در عقود غیرتعلیقی مانند بیع و معاطات، این اصل را در عقود تعلیقی جاری نمی‌داند. ایشان معتقد است که در عقود تعلیقی، ملکیت هنوز به‌طور کامل تحقق نیافته است تا بتوان بقای آن را استصحاب کرد. وی معتقد است در این دسته از عقود، اثر عقد وابسته به شرطی است که هنوز محقق نشده است. برای مثال: در عقد وصیت، ملکیت موصی‌له وابسته به فوت موصی است. در عبد مدبر، آزادی عبد مشروط به مرگ مولی است. در سبق و رمایه، مالکیت پاداش یا جایزه منوط به تحقق شرطی همچون سبقت یا اصابت تیر به هدف است. مرحوم شیخ بیان می‌کند که در این موارد، چون هنوز شرط تحقق نیافته، ملکیت بالفعل ایجاد نشده است و فعلاً معلق است بنابراین، نمی‌توان بقای ملکیت را استصحاب کرد. این بیان بر این نکته استوار است که در عقود تعلیقی، اثر عقد (مانند ملکیت یا آزادی) تا پیش از تحقق شرط، ایجاد نمی‌شود. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۵۳).

ایشان دو دلیل بر عدم استصحاب لزوم عقود تعلیقی بیان می‌کند:

دلیل اول: در عقود تعلیقی، ملکیت و آثار عقد وابسته به تحقق شرط هستند؛ چون تا قبل از تحقق شرط، ملکیتی ایجاد نمی‌شود، استصحاب ملکیت یا لزوم عقد قابل جاری شدن نیست و تنها استصحاب عدم تحقق شرط ممکن است. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۹۷؛ همان، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۱۷).

دلیل دوم: در عقود تنجیزی، چون عقد قطعی انجام شده و ملکیت ایجاد شده، استصحاب بقا برای اثبات لزوم عقد جاری است. اما در عقود تعلیقی، به دلیل عدم قطعیت عقد، استصحاب لزوم قابل جاری شدن نیست. (همان، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۵۲).

همچنین شیخ انصاری در بحث خیارات می‌فرماید که «در عقود تنجیزی مانند بیع، استصحاب ملکیت جاری است، اما در عقود تعلیقی مانند سبق و رمایه، چون قبل از تحقق عمل هیچ ملکیتی ایجاد نمی‌شود، استصحاب جاری نمی‌شود و فسخ یکی از طرفین باعث می‌شود استصحاب به نفع جواز جریان یابد.» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵ ص ۲۳؛ شهیدی، درس خارج فقه استاد شهیدی، مدرسه فقاقت، ۱۳۹۵/۱۱/۲۰).

بنابراین طبق نظر مرحوم شیخ، تملیک در این عقود بر امری غیر موجود، معلق است و عقود مانند جعاله، سبق و رمایه، چون عمل هنوز انجام نشده است، استصحاب لزوم در این عقود جاری نمی‌شود. پس قبل از تحقق معلق علیه، هیچ ملکیتی ثابت نیست که استصحاب بقا شود. به بیان دیگر، قضیه متیقن در این عقود موجود نیست. از این رو، اثر فعلی و منجز ندارند. در نتیجه مرحوم شیخ اگر چه استصحاب تعلیقی را می‌پذیرند، اما استصحاب لزوم در عقود تعلیقی را نپذیرفتند.

نظریه دوم: جریان استصحاب لزوم (لزوم)

شماری از فقیهان؛ (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۰۵) چون مرحوم آخوند و مرحوم نایینی معتقدند که در عقود تعلیقی نیز می‌توان استصحاب بقا آثار عقد را جاری کرد، بنابراین در صورت شک در بقای اثر (مانند ملکیت)، استصحاب در هر دو نوع عقد، تنجیزی و تعلیقی، قابل اعمال است. (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱ ص ۶۲؛ خویی، بی‌تا، ج ۶، ص ۵۲). مرحوم آخوند خراسانی نیز تأکید دارد که: «استصحاب احکام مشروط یا معلق نیز همانند احکام مطلقه صحیح است؛ زیرا قوام استصحاب (یقین به ثبوت و شک در بقاء) در هر دو حالت وجود دارد و وقوع شرایط جدید باعث اختلال در آن نمی‌شود.» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۴۱۱).



شماره چهار
پاییز و زمستان
۱۴۰۳

مرحوم نایینی در پیروی از کلام مرحوم آخوند خراسانی می‌فرماید: «اگر متعاقدين به عقد خود بازگردند، می‌توانند اثر معلق را در عقود تعلیقی استصحاب کنند و هیچ مانعی برای جریان استصحاب در این عقود وجود ندارد و اصل در عقود تعلیقی، لزوم است.» (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱ ص ۶۲). همچنین مرحوم نایینی به این نکته اشاره دارد که «فسخ در عقود مانند نسخ در تکالیف است و در صورت شک در فسخ عقود، استصحاب بقاء مفاد عقد به عنوان ابزاری برای حفظ التزام و آثار آن به کار می‌رود.» (نایینی، همان، ص ۱۶۷)

مرحوم خویی به تبع استاد خویش می‌فرماید: «در عقود تعلیقی، رجوع یکی از طرفین باید با توجه به تأثیر آن بر التزام شرعی و حقوقی ناشی از عقد سنجیده شود.» (خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۴۷۵).

از دیگر فقها، مرحوم بجنوردی است که قائل به جریان استصحاب در عقود تعلیقیه می‌باشند. ایشان در کتاب «القواعد الفقیه» بیان می‌دارند که: «لزوم در عقود تنجیزی و تعلیقی یکسان است و تفاوت تنها در منشأ آن‌هاست؛ عقود تنجیزی مبتنی بر ملکیت منجز و عقود تعلیقی بر ملکیت معلق هستند. در عقود تعلیقی، با

تحقق موضوع در خارج، لزوم و آثار عقد به طور کامل برقرار می شود.» (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۰۶). به بیانی دیگر مرحوم بجنوردی می فرماید: «شارع مقدس، امضا عاقد را هم در عقود تنجیزی و هم تعلیقی تأیید می نماید و فرقی بین امضا شارع در این دو نوع عقد نیست.» (همان، ص ۲۴۴).

شهید صدر نیز معتقد است که استصحاب لزوم در عقود تملیکی به صورت استصحاب تعلیقی جاری است، برخلاف نظر شیخ که استصحاب تعلیقی را در عقود تعلیقی جاری نمی داند. ایشان بیان می کند: «استصحاب در حکم تعلیقی جاری است و این استصحاب مشابه «العنب المغلی حرام» نیست، بلکه شبیه «العنب اذا غلی یحرم» است.» (صدر، بی تا، ج ۶، ص ۲۸۸). همچنین شهید معتقد است که استصحاب تعلیقی دارای توجیهی برای تصحیح است؛ به این معنا که

مستصحب، حرمت منجز نیست، بلکه حرمت معلق به غلیان و مشروط به «إن» شرطیه است. بدین سبب، استصحاب تعلیقی در عقود نیز جاری و معتبر است؛ چون قضیه انتزاعی از قضیه تنجیزیه است. (صدر، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۸۲؛ آل فقیه عاملی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۱۵۷). از این رو، استصحاب تعلیقی با سنجش حرمت ثابتۀ در صورت غلیان، مانند استصحاب تنجیزی عمل کرده و به عنوان قضیه انتزاعیه در عقود تعلیقی جاری است.

بنابراین، در بحث استصحاب در عقود تعلیقی، نظرات متفاوتی میان فقها وجود دارد. شیخ معتقد بود که استصحاب در این عقود جاری نیست؛ چون آثار آن ها معلق بر تحقق شرط هستند. و جای بسی تعجب است که ایشان با وجود پذیرش استصحاب تعلیقی ولی در عقود تعلیقی، قائل به عدم لزوم در آن شده اند. اما فقهای چون مرحوم نایینی و مرحوم خویی به جریان استصحاب تعلیقی تأکید دارند و آن را مشابه استصحاب تنجیزی می دانند. مرحوم صدر نیز نظری میان این

دو گروه ارائه می‌دهد و معتقد بودند که استصحاب تعلیقی در صورتی که شرط محقق شود، قابل پذیرش است.

ادله جریان استصحاب لزوم در عقود تعلیقی

بعد از بررسی نظرات فقها بر جواز و لزوم استصحاب در عقود تعلیقی، اکنون نوبت بدان رسیده که به ادله این جریان پرداخته شود. محققان، به ادله بسیاری بر استصحاب لزوم در عقود تعلیقی اشاره نموده‌اند که به چند دلیل از آن به صورت مختصر اشاره می‌شود.

دلیل اول: اطلاق ادله استصحاب

ادله استصحاب با اطلاق خود، شامل استصحاب تعلیقی می‌شود و در عقود تنجیزی و تعلیقی به یک نحو جاری است. همچنین استصحاب در هر دو نوع عقد، تعلیقی و تنجیزی، به‌طور یکسان قابل اجراست؛ زیرا تمامی ارکان استصحاب، از جمله یقین سابق، شک لاحق، اثر شرعی و وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه، در هر دو برقرار است. (حسینی شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۷ ص ۱۷۰). از این رو با پذیرش اطلاق ادله، می‌توان در عقود تعلیقی نیز استصحاب را جاری دانست و لزوم در این عقود، اثبات گردد.

دلیل دوم: عدم فرق مستصحب در استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی

برخی فقها معتقدند که فرقی بین مستصحب در استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی وجود ندارد و در حجیت استصحاب، تفاوتی بین مستصحب‌های حکمی فعلی و مشروط وجود ندارد؛ زیرا تمامی ارکان استصحاب، از جمله یقین سابق و شک لاحق، در استصحاب تعلیقی نیز برقرار است. به عنوان مثال، حرمت آب انگور مشروط به جوشاندن است و شک در



بقای آن موجب اثبات حرمت زیب در صورت جوشاندن می‌شود. (جزایری، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۴۴۸). بنابراین استصحاب حرمت کشمش جاری است؛ زیرا مقتضی استصحاب موجود می‌باشد. پس استصحاب تعلیقی بمانند استصحاب تنجیزی است و فرقی بین این دو استصحاب نیست.

دلیل سوم: عدم تعارض در استصحاب تعلیقی

برخی اصولیون (نراقی، بی‌تا، ص ۲۳۹؛ خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۴۴) معتقدند استصحاب تعلیقی با مانعی مواجه است؛ زیرا تعارض آن با استصحاب تنجیزی موجب سقوط هر دو می‌شود.

تقریب تعارض: بدین گونه است که در مثال انگور و کشمش، استصحاب‌های متعارضی ایجاد می‌شود: ۱- استصحاب حرمت کشمش در حال جوشیدن ۲- استصحاب حلیت کشمش قبل از جوشیدن. این دو استصحاب به دلیل تعارض، تساقط می‌کنند. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۴۲۱؛ نراقی، همان؛ خویی، همان، ص ۴۴).

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

جواب اول بر تقریب تعارض: استصحاب تنجیزی مقدمه استصحاب تعلیقی

مرحوم آخوند (رحمه الله علیه) در پاسخ به تعارض می‌فرماید: «استصحاب تنجیزی نه تنها با استصحاب تعلیقی معارض نیست، بلکه می‌تواند آن را تأیید کند؛ زیرا اگر حکم تنجیزی وجود داشته باشد، نیازی به بررسی استصحاب تعلیقی نیست و حکم بدون قید و شرط مقدم بر تعلیق است.» (آخوند، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۳۳). بنابراین در مواردی که استصحاب تنجیزی وجود دارد، حکم بدون نیاز به شرط و قید خاص اثبات می‌شود و استصحاب تعلیقی نمی‌تواند بر آن غلبه کند. البته برخی فقها (سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۴ ص ۱۴۷) از طریق حکومت، در صدد رفع این تعارض برآمدند. اما مرحوم آخوند، اصل

تعارض را زیر سؤال می برد و قائل به عدم تعارض بین دو استصحاب است. (آخوند، همان).

جواب دوم بر تقریب تعارض : عدم تعارض بین دو استصحاب

استصحاب تنجیزی و تعلیقی تعارضی ندارند؛ زیرا حرمت و حلیت انگور به طور مشروط، به جوشیدن و عدم جوشیدن وابسته است. (آخوند، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۳۳؛ انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۵۴؛ جزایری، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۴۴۸؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۲۲؛ حیدری فسایی، درس خارج اصول، کفایة الاصول - اصول عملیه و تعارض جلسه ۹۰: استصحاب ۳۳، سایت دررالگفتار). بنابراین می توان نتیجه گرفت که استصحاب حرمت غلیان و استصحاب حلیت انگور به طور همزمان وجود دارد، اما هیچ گونه تعارضی بین این دو وجود ندارد.



شماره چهار
پاییز و زمستان
۱۴۰۳

جواب سوّم: تقدّم استصحاب حرمت تعلیقی بر حلیّت (حاکمیت سببی بر مسببی)

مرحوم شیخ (رحمه الله علیه) به اشکال معارضه پاسخ می دهند و می فرمایند: «استصحاب حرمت انگور پس از جوشیدن معتبر باقی می ماند؛ زیرا انتفای موضوع و معارضت با حلیت قبل از جوشیدن بر اعتبار آن تأثیری ندارد و حاکم است.» (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۲۲۳). از این رو با حاکمیت اصل سببی بر مسببی این تعارض مرتفع می گردد و استصحاب حرمت تعلیقی کشمش جاری است.

بنابراین با توجّه به اشکال و جوابی که مطرح شد، استصحاب تعلیقی از نوع استصحاب مرکب نیست و مانعی ندارد. بنابراین، در تطبیق این نوع استصحاب تعلیقی بر استصحاب لزوم ملکیت، اگر ملکیت به نحو تعلیق مطرح شود، استصحاب لزوم در ملکیت بدون مانع جاری می شود، اما اگر قید به عنوان

موضوع یا قید واجب باشد، موجب ترکیب موضوع و عدم امکان استصحاب خواهد شد.

دلیل چهارم: یقین به وجود مستصحب

برخی، مانند مرحوم صاحب ریاض، اشکال کرده‌اند که در استصحاب تعلیقی، یقین به وجود مستصحب در گذشته منتفی است؛ زیرا در مثال جوشیدن کشمش، حرمتی در گذشته وجود نداشته است. اما مرحوم آخوند پاسخ می‌دهند: «شرط استصحاب، یقین به وجود مستصحب در گذشته است، نه وجود خاص و این یقین در واقع موجود است؛ زیرا حکم تعلیقی، وجود تعلیقی انشایی دارد که در مقابل عدم محض قرار می‌گیرد. بدین سبب، شرط استصحاب در این مورد وجود دارد.» (آخوند، ۱۴۰۹، ج ۳ ص ۲۳۲).

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

بنابراین، استصحاب تعلیقی می‌تواند لزوم در عقود معلق را اثبات کند، همان‌طور که در مورد جوشیدن کشمش، استصحاب حرمت جاری است، همان‌گونه می‌توان استصحاب لزوم عقود را در جانب مشتری برقرار دانست و لزوم در معاملات را نتیجه گرفت.

ادله عدم جریان استصحاب لزوم در عقود تعلیقی و اشکالات بر آن

فقهایی که به عدم جریان استصحاب در عقود تعلیقی معتقدند، دلایلی چون عدم تحقق متیقن و اصل مثبت بودن استصحاب می‌آورند. اما این دلایل قابل نقد هستند؛ زیرا شرط می‌تواند به عنوان مستند استصحاب قرار گیرد و حکم اولیه حتی در غیاب شرط معتبر باقی بماند. در نتیجه، استصحاب در این عقود می‌تواند جریان یابد و استمرار حکم سابق حفظ شود. لذا لازم است به بررسی این ادله پرداخته شود.

دلیل اول: عدم تحقق متیقن (مستصحب)

اشکال اصلی در استصحاب تعلیقی به عدم وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه مربوط است. در استصحاب معمولی، باید یک قضیه متیقنه وجود داشته باشد تا استمرار آن حکم شود، اما در استصحاب تعلیقی، به دلیل عدم تحقق شرط لازم برای موضوع، متیقن سابق وجود ندارد.. بنابراین، بدون وجود قضیه متیقنه، اجرای استصحاب در این موارد ممکن نیست و وحدت موضوع و حال بین متیقن و مشکوک قابل اثبات نیست. (خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۱۶۸).

جواب بر دلیل اول

در جواب گفته شده که در مثال حرمت انگور، انگور هم حکم فعلی (حلیت) و هم حکم معلق (حرمت مشروط به غلیان) دارد. حتی قبل از جوشیدن، یقین به حلیت وجود دارد و شک لاحق نسبت به حرمت، که موجب می شود استصحاب در هر دو حالت (فعلی و تعلیقی) جاری باشد از این رو حکم معلق به معنای بقای حکم تعلیقی انگور در صورت جوشیدن است که با تبدیل آن به کشمش، استصحاب بقای حکم تعلیقی جاری شده و حکم اولیه حفظ می شود.» (آخوند، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۱۱؛ خویی، همان).

در توضیح کلام آخوند، مرحوم جزایری در «متهی الدرایه» وجه حجیت استصحاب تعلیقی را بیان می کند و می فرماید: «دلیل حجیت استصحاب تعلیقی این است که ارکان آن؛ یعنی یقین قبلی و شک در بقا، همراه با اثر شرعی موجود است و به این ترتیب، حکم تعلیقی در شرایط تغییر مانند تبدیل انگور به کشمش با استصحاب جاری می شود تا حکم اولیه حفظ گردد..» (جزایری، ۱۴۱۵، ج ۷، ص ۴۴۸).



شماره چهار
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

بنابراین، استصحاب هم در احکام مطلق و هم در احکام معلق به دلیل وجود ارکان کامل استصحاب، یعنی یقین سابق و شک لاحق، جاری است و حکم ثابت می‌تواند با تغییرات همچنان اعتبار خود را حفظ کند. (آخوند، ۱۴۰۹ ج ۱، ص ۴۱۱). بنابراین طبق نظر برخی فقها، اگر استصحاب در احکام معلق پذیرفته شود، می‌توان از آن برای اثبات لزوم در عقود تعلیقی نیز استفاده کرد و در نتیجه، اثر قانونی و لزوم این عقود حفظ خواهد شد.

دلیل دوم: اصل مثبت بودن استصحاب تعلیقی

برخی فقها به اشکال «اصل مثبت» در استصحاب تعلیقی اشاره کرده‌اند که به این معناست که قید «جوشش» به عنوان جزء موضوع، مفروض الوجود در نظر گرفته شده و تنها در فرض وجود آن است که حرمت ثابت می‌شود. از این رو، استصحاب نمی‌تواند واقعیتی را که قبل از تحقق قید جوشش وجود نداشته، ثابت کند و این مشابه «سببیت سم» برای قتل است. (مطر، علی حسن، ۱۴۱۸، ج ۲ ص ۱۶۶). پس هم استصحاب حلیت معلق بر «عدم جوشش» و هم استصحاب حرمت معلق بر «جوشش» با مشکل اصل مثبت روبه‌رو هستند؛ زیرا تا زمانی که شرط (جوشش) تحقق نیابد، حرمت یا حلیت اثر ندارد و اثبات آن از طریق استصحاب بقا، اصل مثبت به حساب می‌آید. (آخوند، محمد کاظم، ۱۴۰۹، ج ۱ ص ۴۱۱). بنابراین استصحاب تعلیقی دچار مشکل اصل مثبت است؛ زیرا حرمت معلق تا زمانی که شرط آن (جوشش) محقق نشود، اثری ندارد و استصحاب نمی‌تواند فعلیت آن را اثبات کند.

جواب بر دلیل دوم

در پاسخ گفته شده که باید بین «لوازم استصحاب» و «مستصحب» تمایز قائل شد. به این صورت که حلیت تعلیقی همانند حرمت تعلیقی است و نمی‌توان آن را لازمه یکدیگر دانست. بدین معنی که اگر شارع حکم به حلیت تعلیقی می‌دهد، منظور این است که حلیت با وجود شرطی خاص (مثل جوشش) برقرار است و با از بین رفتن آن شرط، حلیت نیز از میان می‌رود. این مسئله نتیجه استصحاب است، نه مستصحب. (مطر، ۱۴۱۸، ج ۲ ص ۱۶۶).

مرحوم آخوند در جواب به اشکال؛ اصل مثبت در «نذر» که از عقود تعلیقی می‌باشد، بیان می‌دارد که با استفاده از عنوان مشیری در عقود تعلیقی مانند نذر، استصحاب حیات فرزند را بدون مشکل اصل مثبت می‌داند؛ زیرا این عنوان، افراد خاصی را به عنوان موضوع حکم شرعی قرار می‌دهد و وفای به نذر را در صورت حیات فرزند واجب می‌سازد. بدین گونه، حکم شرعی مستقیماً به ویژگی‌های خاص افراد مرتبط است. (آخوند، ۱۴۱۰، ج ۱ ص ۳۵۸).

بنابراین اگرچه استصحاب در عقود تعلیقی مانند نذر با مشکل اصل مثبت مواجه است، اما مرحوم آخوند با استفاده از عنوان مشیری، استصحاب حیات فرزند را بدون مشکل می‌داند؛ زیرا این عنوان افراد خاصی را به عنوان موضوع حکم شرعی قرار می‌دهد.

دلیل سوم: استصحاب لزوم از نوع استصحاب فرد مردد

استصحاب ملکیت سابق بر فسخ که اثر آن لزوم است، گاه مقصود از آن، استصحاب شخص ملکیت است و گاه استصحاب کلی ملکیت یعنی جامع بین ملک مستقر و بین ملک متزلزل؛ بدین بیان که شخص ملکیت موجوده به انشای متعاملین، مردد است بین ملکیت مستقره ثابته (که قهراً فسخ در آن بی اثر است) و



ملکیت متزلزله غیر ثابتہ (کہ قہرا فسخ در آن موثر است). در این صورت ارکان استصحاب عبارت است از یقین به حدوث ملکیت و شک در بقای آن ملکیت و منشا شک هم مردد بودن ملکیت حادثہ، بین ملکیت مستقرہ و ملکیت متزلزله است. پس این استصحاب از مصادیق، استصحاب فرد مردد است کہ ارکان استصحاب در آن تمام نیست؛ بہ جهت این کہ قضیہ متیقنہ عبارت از فرد مردد بین ملکیت مستقرہ و متزلزله و این معنی بعد از فسخ قابلیت بقا ندارد؛ زیرا بقای فرد مردد بہ وصف این کہ بعد از فسخ مردد است، معقول نیست. بہ تعبیر دیگر پس از فسخ، اگر ملکیت مستقرہ قطع بہ بقاء داریم و اگر متزلزلہ بودہ بہ ارتفاع ملکیت قطع داریم. بنابراین نسبت بہ هیچ یک از دو فرد ارکان استصحاب تمام نیست. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۵۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۲). بقاء و عدم بقاء ملکیت اثر مشترک بین دو فرد نیست تا بحث استصحاب کلی نوع دوم در آن قابل طرح باشد.

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

جواب بر دلیل سوم

بہ نظر می رسد کہ استصحاب بقای ملکیت برای مشتری پس از فسخ مالک اول، استصحاب شخصی و غیر مردد است؛ بدین بیان کہ انقسام ملکیت بہ ملکیت متزلزله و مستقرہ ناشی از تنويع در حقیقت و ماہیت ملکیت نیست، بلکہ لزوم و جواز از احکام شرعیہ ای هستند کہ از ناحیہ سبب مملک پدید می آیند؛ اما ملکیت یک امر وحدانی و غیر متکثر بہ حسب ماہیت و حقیقت است. بہ تعبیر دیگر، ملکیت دارای دو وجود نیست کہ پس از فسخ مالک اول، یک وجود محکوم بہ بقا و وجود دیگر محکوم بہ زوال باشد. (آخوند، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۱۰).

بدین ترتیب، موضوع ملکیت کلی که جامع بین متزلزله و مستقره است از بین می رود و قهرا ملکیت به همان نحو به تشخصه و تفرده که انشا شده است، باقی می ماند و در صورت تردید در جواز و لزوم، بدین معنا که آیا شارع مقدس حکم به جواز رجوع می کند یا به عدم جواز رجوع که قهرا توجیه کننده رجوع، مالک اول خواهد بود. پس استصحاب بقای ملکیت مالک دوم جاری است؛ زیرا ارکان استصحاب که مهمترین آنها وحدت دو قضیه متیقنه و مشکوکه است، ثابت می باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۳۳).

نتیجه

استصحاب لزوم در عقود تعلیقی از مسائل مهم فقه معاملات است که دو دیدگاه اصلی درباره آن وجود دارد. برخی فقها، از جمله شیخ انصاری، معتقد بودند که چون اثر این عقود وابسته به تحقق شرط است تا قبل از وقوع شرط، عقد کامل نشده و استصحاب لزوم قابل اجرا نیست. به همین دلیل، این عقود را جایز دانسته و امکان فسخ را تا پیش از تحقق شرط مجاز می دانند.

در مقابل، فقیهانی مانند مرحوم آخوند خراسانی، مرحوم نایینی، مرحوم خویی و مرحوم بجنوردی بر این باورند که استصحاب لزوم در عقود تعلیقی جاری است. آنان معتقدند که شرط، تنها اثر عقد را به تأخیر می اندازد، اما در ماهیت الزام آور آن تغییری ایجاد نمی کند. بنابراین، اصل در این عقود نیز لزوم است و در صورت شک، استصحاب به نفع بقای آن حکم می کند.

موافقان جریان استصحاب لزوم به ادله ای چون اطلاق دلیل استصحاب، عدم تفاوت میان استصحاب تعلیقی و تنجیزی، و یقین به وجود مستصحب استناد می کنند. در مقابل، مخالفان به نبود قضیه متیقنه، عدم تحقق ملکیت و سایر آثار عقد تا قبل از تحقق شرط و اصل مثبت بودن استصحاب اشاره دارند. شهید



شماره چهار
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

صدر با ارائه دیدگاهی میانه، استصحاب تعلیقی را معتبر دانسته و آن را به احکام مشابه در سایر مسائل فقهی قیاس کرده است. او معتقد است که با وجود برخی اشکالات، می‌توان با استفاده از مبانی اصولی، استصحاب را در این موارد جاری دانست.

در نتیجه، پذیرش اصل لزوم در عقود تعلیقی نه تنها از نظر اصولی و فقهی قابل دفاع است، بلکه پیامدهای مهمی چون ثبات حقوقی، تقویت امنیت اقتصادی، جلوگیری از تزلزل قراردادها و حفظ حقوق طرفین را نیز به همراه دارد. بر این اساس، نظریه قائل به جریان استصحاب لزوم در عقود تعلیقی از پشتوانه قوی‌تری برخوردار است و با مبانی فقهی و اصولی سازگاری بیشتری دارد.

فهرست منابع

۱. ابن اثیر، مجد الدین، النهایه فی غریب الحدیث، ۵ جلد، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، اول، بی تا.
۲. ابن زکریا، ابوالحسین، معجم المقاییس الغه، ۶ جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، اول، ۱۴۰۴.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ۱۵ جلد، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، بیروت - لبنان، سوم، ۱۴۱۴.
۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، درر الفوائد فی حاشیه علی فرائد، آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد - تهران، چاپ: اول، ۱۴۱۰.
۵. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیه المکاسب (للاخوند)، در یکی جلد، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، اول، ۱۴۰۶.
۶. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایه الأصول (طبع آل البیت) - قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹.
۷. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، در یک جلد، دار العلم - الدار الشامیه، لبنان - سوریه، اول، ۱۴۱۲.
۸. آل فقیه عاملی، ناجی طالب، دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة)، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۱.
۹. انصاری، مرتضی، المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ، قم، اول، ۱۴۱۵.
۱۰. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، مؤسسه نشر التابعه لجماعه المدرسین بقم، قم، پنجم، ۱۴۱۶.



شماره چهار
پاییز و زمستان

۱۴۰۳

۱۱. بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیه (للبجنوردی، السید حسن)، ۷ جلد، نشر الهادی، قم، اول، ۱۴۱۹.
۱۲. تنظیمی فرد، محمد، کاربرد استصحاب تعلیقی در احکام فقهی، مؤسسه فقاہت و تمدن‌سازی اسلامی، تهران، ۱۳۹۷.
۱۳. جزایری، محمد جعفر، منتهی الدرایۃ فی توضیح الکفایۃ، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۵.
۱۴. جمعی از پژوهشگران، موسوعۃ الفقہ الإسلامی طبقاً لمذہب أهل البيت علیہم السلام، مؤسسه دائرۃ المعارف فقہ اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، ۱۴۲۳.
۱۵. حسینی شیرازی، صادق، بیان الأصول - قم، چاپ: دوم، ۱۴۲۷.
۱۶. حلّی، علامه، حسن بن یوسف، تذکرۃ الفقہاء (ط - الحدیثۃ)، مؤسسه آل البيت علیہم السلام، قم، اول، ۱۴۱۴.
۱۷. حلّی، علامه، حسن بن یوسف، مختلف الشیعۃ فی أحكام الشریعۃ، دفتر انتشارات اسلامی، قم، دوم، ۱۴۱۳.
۱۸. حلّی، قواعد الأحکام فی معرفۃ الحلال والحرام، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳.
۱۹. خمینی، روح الله، کتاب الطہارۃ (للإمام الخمينی، ط - الحدیثۃ)، ۴ جلد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۱.
۲۰. خویی، ابوالقاسم، مصباح الأصول، قم، چاپ: اول، ۱۴۲۲.
۲۱. خویی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهۃ (المکاسب)، بی تا.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر، المحصول فی علم الأصول - قم، چاپ: اول، ۱۴۱۴.
۲۳. شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهۃ - کتاب النکاح (لمکارم)، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیہ السلام، قم، اول، ۱۴۲۵.

۲۴. صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الأصول، بی تا، قم، سوم، ۱۴۱۷.
۲۵. صدر، محمد باقر، دروس فی علم الأصول؛ الحلقة الثالثة (طبع مجمع الفكر) - قم، اول، ۱۴۲۳.
۲۶. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم، ۱۴۱۶.
۲۷. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، قم، اول، بی تا.
۲۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیة، قم، اول، ۱۴۱۳.
۲۹. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، دوم، ۱۴۱۴.
۳۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ۸ جلد، نشر هجرت، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰.
۳۱. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، در یک جلد، منشورات دار الرضی، قم - ایران، اول، بی تا.
۳۲. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ۷ جلد، دار الکتب الإسلامیة، تهران - ایران، ششم، ۱۴۱۲.
۳۳. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه ها (سمت)، تهران، ۱۳۸۱.
۳۴. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۴ جلد، مرکز کتاب برای ترجمه و نشر، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۲.
۳۵. مطر، علی حسن، الحلقة الثالثة؛ اسئلہ و اجوبہ، قم، چاپ: اول، ۱۴۱۸.



۳۶. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، المكاسب و البيع (للمیرزا النائینی)، دفتر انتشارات اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۳.
۳۷. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیه الطالب فی حاشیه المكاسب، المكتبه المحمديه، تهران، اول، ۱۳۷۳.
۳۸. نراقی، احمد بن محمد، مناهج الاحکام و الاصول، مخطوط، قم، بی تا.
۳۹. یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (محقق داماد)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، دوازدهم، ۱۴۰۶.
۴۰. هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، قم، ۱۳۸۲.

مقالات

چالش جریان استصحاب لزوم
در عقود تعلیقی

۴۱. شکاری، روشعلی، استصحاب و اتصاله اللزوم، فصلنامه مطالعات حقوقی خصوصی، دوره ۳۹، شماره ۱، خرداد ۱۳۸۸
- درس خارج فقه و اصول
۴۲. مصطفوی، کاظم، درس خارج اصول، مدرسه فقاہت، ۱۳۹۶/۰۹/۲۶
۴۳. حیدری فسایی، درس خارج اصول، کفایۃ الاصول - اصول عملیه و تعارض جلسه ۹۰: استصحاب ۳۳، سایت دررالگفتار. ۱۳۹۹/۹/۱۸.
۴۴. شهیدی، درس خارج فقه استاد شهیدی، مدرسه فقاہت، ۱۳۹۵/۱۱/۲۰.