بررسی و نقد گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» در تحلیل‌های فقهی و اصولی

احمد احسانی‌فر: دکترای حقوق خصوصی از پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی قم
ایمیل: ehsanifarahmad@gmail.com

چکیده

احکام فقهی به مثابه پدیده‌هایی اعتباری هستند که معلول و متکی به اسباب و عللی هستند که با پیوست این علت‌ها به یکدیگر علت تامه برای شکل‌گیری آن پدیده حاصل می‌شود. علت تامه از دو جزء مقتضی و عدم مانع به وجود آمده است. به همین دلیل به منظور اثبات محقق شدن پدیده‌های فقهی از عبارت «مقتضی موجود، مانع مفقود» بهره گرفته می‌شود. برای حدوث معلول ضروری است که در عالم ثبوت، مقتضی با عدم مانع پیوند بخورد. اما در عالم اثبات و در مورد نهادها و احکام فقهی‌ای که از پدیده‌های اعتباری محسوب می‌شوند کشف تمام موانع - چه از لحاظ کمی و چه از لحاظ کیفی - نامقدور است. علم وجدانی به عدم مانع در سیطره علوم خداوند است و آدمی با وجود ضعف و محدودیت ادله اثباتی خویش به عدم مانع علم حقیقی دست نمی‌یابد. از این‌رو همواره احتمال مانع، ولو اندک باقی است؛ مانعی که از اثرگذاری مقتضی در حدوث معلول جلوگیری می‌کند. اگر این احتمال بتواند مانع واقعی برای حدوث معلول تلقی گردد، مسیر آگاهی به بسیاری از نهادها و احکام فقهی مسدود می‌گردد. به همین دلیل در این مقاله نشان می‌دهیم که در گزاره مشهور «مقتضی موجود، مانع مفقود» که در تحلیل‌های فقهی به کار می‌رود، مسامحه رخ داده است و فقدان مانع هیچ‌گاه محرز و یقینی نمی‌گردد؛ بلکه مراد از فقدان مانع، همانا عدم اثبات مانع می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: مقتضی، مانع، یقین، شک، علت تامه.

مقدمه

در نظام فقهی و حقوقی توحیدمحور که بر مبنای اراده شارع بنا نهاده می‌شود، برای کشف هر حکم باید به فحص در منابعی که بیانگر اراده شارع هستند اقدام نمود. این منابع همان ادله اربعه (کتاب، سنت، اجماع، عقل) است که می‌توان از مندرجات و محتویات آن به مدارک و اسنادی دال بر اراده شارع تعبیر نمود. بدین ترتیب مدارک و اسناد موجود در ادله

اربعه در نقش و جایگاه علت احکام شرعی می‌باشند. با این حال، در بسیاری از احکام شرعی، بستر آگاهی به حکم از مجرای توجه به وجود مقتضی (سبب و شرط) و فقدان مانع می‌گذرد. از همین رو اگر حکم شرعی را معلول تصور کنیم، علت آن مدارک و مستندات موجود در ادله اربعه بوده و مباحث مربوط به وجود مقتضی و فقدان مانع نیز زمینه‌ساز آگاهی نسبت به حکم تلقی می‌گردد. فقیهان و اصولی‌ها نیز با همین مفروضات، در بسیاری از احکام فقهی که از امور اعتباری محسوب می‌شوند، از مباحث علت و معلول و اجزای علت تامه و شرایط آگاهی به علت یاد کرده‌اند.

آگاهی به بسیاری از نهادها و احکام فقهی نیازمند تحقیق در مبادی وصول علم به آن حکم و نهاد می‌باشد. این مبادی از ترکیب سه جزء سبب، شرط و عدم مانع به وجود می‌آید. سبب پدیدآورنده اصلی و خالق واقعی معلول فقهی است که با معلول تناسب ذاتی و عرفی دارد. شرط نیز بسترساز سبب است و زمینه ایجاد معلول فقهی را فراهم می‌آورد تا سبب در این بستر قرار گیرد و به احداث پدیده فقهی بینجامد، برای مثال قصد انشاء سبب ایجاد عقد است و مبرز اراده شرط آن می‌باشد (ماده ۱۹۱قانون مدنی). از پیوستن سبب و شرط به یکدیگر، مقتضی حادث می‌گردد (تبریزی، ۱۳۶۹: ۵۶۷؛ بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/ ۲۲). پس مبادی وصول علم به بسیاری از احکام فقهی شامل دو عنصر مقتضی و عدم مانع است. به همین دلیل در بسیاری از متون فقهی و حقوقی برای اثبات حدوث یک رخداد فقهی به گزاره مشهور «مقتضی موجود، مانع مفقود» تمسک می‌شود. در این مقاله ضمن بحث در مورد ماهیت مانع و نقش عدم مانع در پیدایش مخلوقات فقهی به نقد گزاره مشهور خواهیم پرداخت.

۱. ماهیت مانع

در حقیقت و ماهیت مانع اختلاف نظر وجود دارد که مجموعاً می‌توان به سه نظریه در این زمینه اشاره کرد:

الف. عدم مانع به مثابه قید مأخوذ

منطبق با این دیدگاه، عدم مانع در معلول شرط می‌باشد (نائینی، ۱۳۶۸: ۲/ ۳۴۸؛ صنقور علی، ۱۴۳۲: ۲/ ۴۵۱). این معنا به معنای شرط برمی‌گردد؛ همان‌طور که وجود شرط در وجود معلول مدخلیت دارد، به گونه‌ای که وجود معلول مقید و متصف به وجود شرط است، عدم مانع نیز در وجود معلول مدخلیت دارد، به گونه‌ای که وجود معلول مقید و متصف به عدم مانع است. به عبارت دیگر: عدم مانع شرط در حدوث معلول است. از منظر صاحبان این دیدگاه، علت تامه دربرگیرنده دو امر وجودی است: مقتضی و عدم مانع. محقق بهبهانی یکی از نگاشته‌های قائلان به این دیدگاه را این‌گونه ارائه می‌کند:

همان‌طور که احتمال می‌رود عقد به نحو اطلاق سبب ملکیت باشد و فسخ، مانع برقراری ملکیت گردد، و شک در انحلال عقد از طریق فسخ از قبیل شک در مانع باشد، به همین صورت چنین احتمال می‌رود که سببیت عقد در ایجاد ملکیت مقید به عدم فسخ شده باشد و با وجود فسخ، سبب عقد مورد شک واقع گردد (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/ ۹).

در این عبارت ابتدا فسخ، مانع عقد تلقی شده و سپس احتمال اینکه عدم فسخ شرط تلقی شود نیز داده شده است و از آنجا که در جمله اخیر، عدم فسخ را در سببیت عقد مدخلیت داده، چنین برداشت می‌شود که از نظر این نویسنده عدم مانع و شرط در معلول تأثیر می‌گذارند.

به این دیدگاه اشکال شده است که امکان ندارد عدم چیزی در سببیت و اقتضا دخالت کند؛ زیرا امر عدمی محال است که مؤثر یا متأثر واقع گردد. اینکه گاه وجود امری را مستند به عدم وجود امر دیگر می‌کنند، مراد آن است که بین وجود این دو امر منافات وجود دارد، نه اینکه عدم امری مؤثر در وجود امر دیگر باشد. مثلاً اینکه وجود عقد را مستند به عدم وجود غرر در آن می‌کنند، بدان معنا نیست که عدم غرر (امر عدمی) در حدوث عقد مدخلیت و تأثیر دارد، بلکه مراد آن است که بین دو وجود عقد و غرر تنافی و تصادم وجود دارد (همان: ۱/ ۱۰).

اینکه گاه بین عدم مطلق و عدم مضاف در برخی آثار فلسفی - نظیر اسفار - تفصیل ایجاد می‌شود و عدم مضاف دارای حظی از وجود دانسته می‌شود و برخی اصولی‌ها مانند آخوند خراسانی نیز بر همین مبنا قدم برداشته‌اند، با ذوقیات فلسفی سازگار است و در دانش اصول جایگاهی ندارد. به عقیده بزرگان اصولی، مبنای فوق، حتی در دانش فلسفه نیز صحیح نیست و کلامی مسامحی به شمار می‌آید که نمی‌توان اعتنایی به آن نمود؛ چرا که نمی‌توان برای حیثیت عدم هیچ حظ یا شائبه‌ای از وجود را در نظر گرفت؛ همان‌گونه که امام خمینی در ایراد به محقق اصفهانی، در مورد تفصیل عدم به عدم مطلق و عدم مضاف چنین می‌فرماید: «و ما یقال: من أنّ للأعدام المضافة حظّا من الوجود، کلام مسامحی لا یعوّل علیه، فإنّ حیثیة العدم لا یمکن أن تکون ذات حظّ من الوجود» (خمینی، ۱۴۱۵: ۲/ ۱۱). به عبارت برخی دیگر از اصولی‌های معاصر، اساساً عدم، مقوله‌ای نیست که بتوان آن را به مطلق یا مضاف تقسیم کرد؛ چرا که عدم حتی با استشمام رایحه وجود نیز سازگاری ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱: ۵/ ۳۹۰ - ۳۹۱).

ب. عدم مانع به مثابه حد معلول

مطابق این دیدگاه، در امور تکوینی مانع جلوی حدوث معلول را می‌گیرد؛ اما در امور اعتباری فقهی بدین صورت نیست که مانع جلوی حدوث معلول را بگیرد؛ بلکه هم مانع حدوث می‌یابد و هم معلول. برای مثال ربا مانع صحت و تأثیرگذاری بیع است. حال اگر ایجاب و قبول بیع به همراه سایر شرایط صحت به وجود آید و ربا نیز در عقد وارد شود، هم عقد بیع حادث می‌شود و هم ربا، و این طور نیست که مانع جلوی حدوث عقد را بگیرد؛ زیرا عقد بیع متشکل از اجزایی است (اسباب و شرایطش) که وقتی به وجود آمدند، عقد بیع نیز حدوث می‌یابد و در کنار آن، مانع ربوی بودن نیز حادث می‌شود. وقتی این واقعیت عیان شد برای اینکه مانع بتواند مانعیت داشته باشد و جلوی اثرگذاری معلول را بگیرد، باید برای عدم مانع تقیدی در معلول لحاظ شود؛ وگرنه بدون لحاظ تقید، هم مانع و هم معلول، هر

دو به وجود می‌آیند، حال آنکه ما می‌خواهیم مانع، مانعیت داشته باشد، یعنی جلوی اثرگذاری معلول را بگیرد. اما مشکل تقید عدم مانع در معلول آن است که امر عدمی حظی از وجود ندارد تا بتواند تأثیر و تأثر داشته باشد.

اینجاست که باید برای جمع بین این دو مطلب کاری کرد. مطلب اول اینکه عدم مانع، قید وجود معلول است. مطلب دوم اینکه عدم مانع تأثیر و تأثر ندارد. راه جمع بدین صورت است که گفته شود عدم مانع حد معلول است. برای توضیح مطلب مثالی می‌آوریم:

معجونی مرکب از چند ماده اولیه و تأثیرش درمان بیماری خاص است و نوعی سم نیز از اجزای متشکله آن می‌باشد. لکن مقدار این سم باید تا یک مثقال باشد، نه بیشتر. معنای «نه بیشتر» این نیست که سم تأثیر و تأثری در اثرگذاری معجون دارد، بلکه معنایش حد است و به عنوان محدودیت دایره اثرگذاری معجون، استعمال شده است. به عبارت روشن‌تر: آنچه در این معجون نقش دارد، هم وجود یک مثقال از سم است و هم نبودن زاید بر یک مثقال. این نبودن زایده، نقشی در تأثیر معجون ندارد. تقید معلول به عدم مانع نیز به همین صورت است. معنای تقید این نیست که عدم مانع نقشی در معلول دارد، بلکه معنایش آن است که عدم مانع حد و محدوده معلول می‌باشد. در این صورت هم معلول مقید به عدم مانع است و هم عدم مانع اثر و نقشی ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹: ۸/ ۱۳-۲۱).

نتیجه این دیدگاه آن است که عدم مانع هیچ نقش و تأثیری در حدوث معلول ندارد و نقشش فقط ترسیم حد برای معلول پس از حدوث مقتضی، معلول حادث می‌شود تا آن گاه که این حد به اثبات رسد.

ج. تضاد مانع با معلول

در این نظریه عدم مانع نقش و مدخلیتی در حدوث معلول ندارد و رابطه مانع با معلول تنها مثل رابطه سفیدی و سیاهی می‌باشد. در نظریه اول معنای مانع، به شرطیت عدم برمی‌گردد؛ اما در نظریه سوم مانع در رابطه با وجود است. بدین معنا که وجودش مضاد با

وجود معلول است و اجتماع این دو محال است. در این نظریه معلول هیچ تقیدی به عدم مانع ندارد (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/ ۱۰). مثلاً در سفیدی، آیا تقید به عدم سیاهی وجود دارد؟ فقط گفته می‌شود که اگر سفیدی آمد، دیگر راهی برای حدوث سیاهی نیست؛ چون این دو متضادند. طبق تحلیلی که در نقد نظریه اول صورت پذیرفت، نظر صحیح همین نظریه سوم می‌باشد.

۲. جایگاه عدم مانع در علت تامه

بر مبنای اختلاف نظری که در بحث سابق مطرح گردید، دو نظریه راجع به نقش و کارکرد عدم مانع در علت تامه رخدادهای فقهی مطرح شده که در ذیل بررسی می‌گردد.

الف. عدم مانع به مثابه جزء علت تامه

برای حکم به حدوث معلول، تکمیل علت تامه ضرورت دارد. وقتی عدم مانع احراز نشود علت تامه همچنان ناقص است. در این صورت علت تامه تنها رکن مقتضی است و رکن دیگرش (احراز عدم مانع) به مقتضی نپیوسته تا علت تکمیل گردد (خویی، ۱۴۱۷: ۵/ ۳۷۲-۳۷۳؛ بجنوردی، [بی‌تا]: ۲/ ۳۸۰؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۷؛ روحانی، ۱۴۱۳: ۶/ ۴۷؛ اسماعیل پور قمشه‌ای؛ ۱۴۲۱: ۱/ ۲۲۴).

در این نظریه بین مقتضی و عدم مانع از لحاظ نیاز به احراز آن برای تکمیل علت تامه هیچ تفاوتی نهاده نمی‌شود. همان‌طور که برای تکمیل علت نیاز است که مقتضی معلوم و محرز و ثابت گردد، نیاز است که عدم مانع نیز معلوم و محرز گردد و همان‌طور که حین شک در وجود مقتضی، حکم به ثبوت معلول داده نمی‌شود، حین شک در عدم مانع نیز حکم به ثبوت معلول داده نمی‌شود (آملی، ۱۳۸۰: ۱/ ۱۰۴-۱۰۵).

ب. عدم احراز مانع به مثابه جزء علت تامه

منطبق با این دیدگاه، تفاوت بین مقتضی و مانع آن است که مقتضی باید احراز گردد،

ولی مانع احتیاجی به احراز ندارد؛ بلکه در مورد مانع، تا وقتی احراز صورت نگرفته، به احتمال مانع توجهی نمی‌شود. پس علت تامه معطل نمی‌ماند تا عدم مانع احراز گردد؛ بلکه با عدم اثبات مانع، علت، تام و کامل است (آشتیانی، ۱۴۰۴: ۳/ ۴۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۱/ ۱۹۴؛ جزائری، ۱۴۱۶: ۷/ ۶۳۶؛ بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/ ۲۰).

دو دلیل بر این مطلب وجود دارد:

۱. طبق نتیجه‌ای که از مبحث ماهیت مانع تحصیل کردیم، عدم مانع در وجود معلول و ایجاد سبب برای حدوث معلول هیچ نقش و مدخلیتی ندارد و تنها وجودش با وجود معلول تزاحم دارد. پس اگر وجود مانع به درجه احراز نرسد، سبب نقصی ندارد.

۲. اصولاً عدم مانع احراز شدنی نیست. ادله توانایی اثبات امور وجودی را دارند، اما قادر به اثبات امور عدمی در هیچ حالتی نیستند. تمام افعال بشر با موانع احتمالی فراوان همراه است که قابل شمارش نیستند. اگر بشر برای انجام هر کاری منتظر اثبات عدم مانع بماند، هیچ کاری نباید انجام گیرد (نجفی عراقی، [بی‌تا]: ۱/ ۱۴۴).

بر اساس قاعده «مقتضی و مانع»، اگر مقتضی برای حدوث یک پدیده فقهی اثبات شد و وجود مانع مشکوک بود، بدون اینکه موانع احتمالی محرز گردیده باشند، باید حدوث آن پدیده فقهی را مسلم پنداشت. بنای عقلا نیز بر این رویه استقرار یافته است که احراز عدم مانع برای اثبات معلول هیچ‌گاه مورد توجه آنان نبوده است؛ بلکه عقلا با صرف عدم احراز مانع، معلول را حادث شده می‌پندارند (همان: ۱/ ۱۴۶).

دقیق‌ترین متن علمی در این زمینه به شهید ثانی تعلق دارد که در انتقاد به نظر کسانی که عدالت را در وصی شرط دانسته‌اند می‌نویسد:

> و اما محقق و دیگران برای اشتراط عدالت در وصی استدلال کرده‌اند به اینکه وقتی فسق، مانع است، پس باید انتفای آن مانع اثبات شود و این همان اشتراط عدالت است. این استدلال باطل است؛ زیرا در مانع، علم به عدم آن، شرط تأثیر نیست؛ بلکه عدم علم به وجودش کفایت می‌کند؛ همان‌طور که شأن و جایگاه مانع نیز همین است که عدم علم به وجود آن کفایت در تأثیر کند، نه اینکه علم به انتفای مانع، شرط باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۶/ ۲۴۲).

اگر مراد از اصل عدم مانع که بر زبان عالمان فقه و اصول جاری است، همان استصحاب عدم مانع بادش که در اکثر موارد، استصحاب عدم ازلی نعتی است که غیرمعتبر می‌باشد (خویی، ۱۴۱۷: ۵/ ۲۰۷؛ خمینی، ۱۴۱۵: ۲/ ۲۵۸-۲۵۹)؛ یعنی عدم مانع هیچ حالت سابقه معلومی ندارد تا استصحاب شود. اما اگر یک قاعده عقلی و عقلایی باشد، تنها بدین وسیله توجیه می‌شود که مراد از عدم مانع، فقدان قطعی موانع نیست؛ چرا که احراز فقدان موانع ممکن نیست؛ بلکه عدم احراز موانع است. پس اگر مراد از اصل عدم مانع، اثبات معلول از راه عدم احراز مانع باشد، این اصل از جمله امارات و لوازم آن است و معتبر می‌باشد (نجفی عراقی، [بی‌تا]: ۱/ ۱۴۵)؛ همان‌طور که شیخ انصاری با استفاده از این مطلب از اصل عدم مانع استفاده کرده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/ ۲۹۲).

۳. نقد گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود»

این عبارت را به کرات در متون فقهی و اصولی می‌بینیم: «مقتضی موجود، مانع مفقود». نتیجه سخنان مذکور در بحث سابق آن است که این عبارت مسامحه در تعبیر است. علم به فقدان قطعی مانع و احراز یقینی عدم مانع، تنها در سیطره علم باری‌تعالی است و بشر فاقد این توانایی است. مراد از این عبارت آن است که وجود مقتضی را احراز کرده‌ایم و وجود مانع نیز به درجه احراز و اثبات نرسیده است. حضور مانع، هرچند محتمل است، اما محرز نیست. بدین ترتیب «مانع غیر محرز» می‌باشد که معنون به عنوان «مانع مفقود» شده است.

بدین ترتیب تمام مصادیقی که در نگاشته‌های فقهی با این استدلال آورده می‌شوند که «مقتضی موجود و مانع مفقود است»، مصداقی از قاعده «مقتضی و مانع» است؛ بدین صورت که مقتضی را احراز کردیم و مانع احتمالی همچنان مشکوک بوده و اثبات نشده است. در این شرایط قاعده «مقتضی و مانع» معلول را بر این مقتضی، مترتب می‌کند.

ماده ۱۰ قانون مدنی نمونه‌ای از این استدلال است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». بدین

ترتیب قانون‌گذار مقتضی نفوذ و اعتبار را بر مبنای قاعده صحت برای تمام قراردادها صادر می‌کند و بر سر راه اثرگذاری این مقتضی، یک مانع قرار می‌دهد که عبارت است از مخالفت صریح مفاد عقد با قانون. اگر قراردادی منعقد شود و احتمال مخالفت مفاد آن با قانون امری وجود داشته باشد، منطقه اعمال قاعده «مقتضی و مانع» است که به مانع مشکوک اجازه جلوگیری از اثرگذاری مقتضی را ندهد.

شیوه‌ای که صاحب حدائق معمولاً در بسیاری از فروعات کتاب خویش از آن بهره می‌برد آن است که در موضوع مورد بررسی ابتدا مقتضی را روشن کرده و احراز شدن آن را به مخاطب القا می‌کند. سپس آن مواردی که ممکن است مانع احتمالی این مقتضی باشند یا مواردی که فقهای دیگر آنها را مانع مقتضی دانسته‌اند را یک یک بررسی و مانعیت آنها را با استدلال رد می‌کند. تا اینجا مقتضی را به احراز رسانیده و مانع محتمل را تا حد زیادی مخدوش کرده است. روش جالب صاحب حدائق آن است که وقتی به این مرحله می‌رسد احتمال می‌دهد که خواننده هنوز قدری نسبت به وجود مانع مردد باشد. خصوصاً در مواردی که فقهای بلند پایه‌ای بسان شیخ طوسی، علامه حلی یا محقق حلی نظر به مانعیت آنها دارند و صاحب حدائق اعتقاد به عدم مانعیت آنها دارد، احتمال قوی می‌دهد که مخاطب بعد از ملاحظه آرای بزرگان فقه به وجود مانع، همچنان قدری نسبت به وجود مانع تردید داشته باشد. اینجاست که از عبارت مشهور «مقتضی موجود، مانع مفقود» بهره می‌گیرد تا به مخاطب بفهماند که اگر هنوز احتمال وجود مانع را می‌دهد، تا وقتی این مانع احراز نشده است باید به مقتضی پای‌بند بماند و احراز مقتضی را با احتمال مانع نقض نکند.

با تفسیر ارائه شده از این عبارت و بیان شیوه مرسوم صاحب حدائق، تمام مصادیق مذکور توسط ایشان که با گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» عرضه شده، از مصادیق قاعده «مقتضی و مانع» محسوب می‌شوند. برای آشنایی با این روش، هشت مصداق را در ذیل مورد کنکاش قرار می‌دهیم (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴/ ۳۳۶؛ و ۵/ ۵۰۱؛ و ۱۰/ ۶؛ و ۱۱/ ۴۰؛ و ۱۲/

۷۸؛ و ۱۲/ ۳۰۹؛ و ۱۸/ ۴۱۷؛ و ۱۹/ ۲۲۷؛ و ۱۹/ ۲۴۸ و ...)

الف. بیع حیوان در مقابل گوشت

سه دیدگاه در بحث بیع حیوان در مقابل گوشت وجود دارد:

دیدگاه اول: بیع حیوان در مقابل گوشت به نحو مطلق باطل است؛ چه گوشت هم‌جنس حیوان باشد و چه گوشت غیر هم‌جنس حیوان باشد (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۷۸؛ سلار، ۱۴۰۴: ۱۷۹)؛ مثلاً بیع گاو در مقابل گوشت گاو باطل است و بیع گاو در مقابل گوشت گوسفند نیز باطل است.

دیدگاه دوم: بیع حیوان را در مقابل گوشت هم‌جنسش باطل و در مقابل گوشت غیر هم جنسش صحیح است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/ ۹۹- ۱۰۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/ ۸۰؛ ابن‌حمزه، ۱۴۰۸: ۲۵۴).

دیدگاه سوم: بیع حیوان در مقابل گوشت، مطلقاً صحیح است؛ چه گوشت هم‌جنسش باشد و چه غیر هم‌جنسش (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۲۵۸).

قائلان به بطلان بیع، بر محور عمل به احتیاط به جهت مصون ماندن از ربا استدلال کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/ ۸۰). بر این استدلال چنین پاسخ داده شده است که ربا زمانی در اموال مکیل یا موزون، وارد می‌شود که عوضین هم‌جنس باشند و یکی بر دیگری زیادتی داشته باشد. در بیع حیوان در مقابل گوشت، عوضین هم‌جنس نیستند. برای مثال گاو همان گوشت گاو نیست تا مشکل ربوی بودن به وجود آید (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۲۵۸).

با وجود آیه «احل الله البیع» (بقره: ۲۷۵)، عقد بیع مقتضی صحت است و مانع ربوی بودن نیز اولاً با استدلال مذکور رد می‌شود و ثانیاً اندک احتمال باقی مانده نیز با تمسک به گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» وبر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» از بین می‌رود (همان).

ب. معامله وکیل با خود

اگر کالای موکل در دست وکیل باشد و موکل از وکیل فروش آن کالا را مطالبه کرده باشد، یا خرید کالایی را از وکیل بخواهد، بحث بر سر آن است که آیا وکیل می‌تواند مباشرت به انعقاد عقدی نماید که یک طرف آن را به نیابت از موکل بر عهده بگیرد و طرف دیگر عقد نیز خودش باشد؟ یعنی کالای موکل را به خود بفروشد و کالای خود را به نیابت از موکل بخرد؟ بحث در دو فرض ارائه شده است:

در فرض اول اذن موکل وجود دارد. بدین معنا که موکل صریحاً یا ضمناً به وکیل اذن معامله با خود را می‌دهد.

فرض دوم آن است که چنین اذنی موجود نیست. کلام موکل مطلق است و قرینه‌ای دال بر اذن به معامله با خود نیز در آن یافت نمی‌شود.

در فرض اول (اذن موکل)، اقلیتی بر بطلان عقد نظر دارند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/ ۳۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶/ ۳۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۳۳۸). اما مشهور به صحت عقد تمایل دارند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۳/ ۱۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/ ۱۶۵). یکی از دلایلی که برای نظریه بطلان اقامه شده آن است که اصل بر عدم انتقال اموال و عدم اباحه تصرف در اموال دیگران است. حال اگر طرفین عقد افراد متعددی باشند با دلیل خاص از اصل مزبور خارج می‌شود. اما در جایی که یک نفر مباشرت به انعقاد عقد می‌کند طبق اصل عمل می‌شود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸/ ۱۶۶).

دلیلی که بر رد این استدلال مطرح شده آن است که عقد مقتضی صحت است. فقها با تمسک به عموم دلیل وفای به عقود: «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و دلیل حلیت بیع: «احلّ الله البیع» (بقره: ۲۷۵)، قائل به این اقتضا می‌شوند و حقوق‌دانان بر مبنای مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی بر مقتضی بودن عقود برای صحت و ایجاد اثر استدلال می‌کنند. همچنین رضای موکل نیز به چنین عقدی موجود است و عقد از فرد واجد اهلیت صادر شده است و خود عقد نیز واجد شرایط صحت می‌باشد و اصل نیز بر آن است که شرط دیگری در صحت

عقد مدخلیت ندارد (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۶۷۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/ ۴۱۷). حضور این شرایط در کنار سببیت عقد برای ایجاد اثر، مقتضی صحت، نفوذ و اثرگذاری را تکمیل می‌کند.

اما مانع احتمالی بر سر راه مقتضی، اتحاد طرفین عقد است. دلیل اول بر این مانعیت آن است که در نتیجه این اتحاد، موجب همان قابل و قابل همان موجب می‌گردد. دلیل دوم آنکه شرط لزوم عقد بر طبق روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/ ۵) تفرق طرفین است. ثمره این اتحاد آن است که هیچ‌گاه بین وکیل و خودش تفرق حاصل نمی‌شود و بدین ترتیب عقد بیع هیچ‌گاه لازم نمی‌شود و این خلاف ادله لزوم بیع است (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۶۷۴).

دلیل اول بر مانعیت، رد می‌شود به این بیان که اختلاف اعتباری بین موجب و قابل کفایت می‌کند. همین قدر که وکیل در عالم اعتبار به نیابت از موکل، موجب باشد و خود اصالتاً آن را قبول کند کافی است تا موجب و قابل اختلاف داشته باشند و این اختلاف اعتباری، اثر اختلاف واقعی را در تصحیح عقد بر جای می‌نهد. دلیل دوم مانعیت نیز رد می‌شود به این طریق که اولاً: وقتی موکل عقد را اذن یا اجازه می‌دهد، عقد لازم می‌شود و نیازی به تفرق وجود ندارد. ثانیاً: وقتی وکیل از طرف موکل اقدام به انعقاد بیع می‌کند قائم مقام اوست و نقش او را ایفا می‌کند. پس جدایی بین وکیل و موکل، خود عامل افتراق طرفین عقد می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳/ ۳۴۷).

دلایل فوق تا حد زیادی شبهه مانعیت را از ذهن می‌زداید. اندک احتمال باقی‌مانده نیز ولو به دلیل آنکه فقهای بزرگی بسان شیخ طوسی تصریح به مانعیت دارند، با استناد به گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» و بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» مرتفع می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/ ۴۱۷).

در فرض دوم، یعنی جایی که اذن موکل به طور مطلق باشد و دلالت صریح یا ضمنی بر امضای معامله وکیل با خود ندارد، برخی قائل به بطلان عقد می‌باشند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/ ۳۸۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲/ ۳۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/ ۱۶۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۶/ ۳۲).

دلیلش اصل است؛ یعنی عدم جواز تصرف در مال غیر است. این تصرف چه از طریق عقد صورت گیرد و چه از طریق غیر عقد تفاوتی ندارد. آنچه تصرف در مال غیر را تصحیح می‌کند اذن مالک است که در اینجا اذن موکل معلوم نیست؛ چون به طریق اطلاق بیان شده و رضایتش در خصوص معامله وکیل با خود مبهم است.

دو پاسخ به این استدلال بیان شده که هر دو با تکیه بر گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» و بر مبنای استنتاج از قاعده «مقتضی و مانع» به مطلوب رسیده است (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۶۷۹-۶۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶/ ۳۲).

پاسخ نخست آنکه مقتضی برای صحت و نفوذ و اثرگذاری عقد موجود است. مانع احتمالی، عدم اذن خاص موکل به وکیل است. این مانع نیز با اجازه موکل بعد از انعقاد عقد منتفی می‌شود و این احتمال که اذن موکل متبادر در بیع با غیر است نیز مانعیت را به اثبات نمی‌رساند. نهایت آن است که مانع، محتمل و مشکوک باقی می‌ماند و به درجه احراز نمی‌رسد که در این شرایط نیز احتمال مانع با استناد به قاعده «مقتضی و مانع» از بین می‌رود.

پاسخ دوم آنکه اذن موکل به طریق عام یا اطلاق بیان شده است. کلام عام یا مطلق مقتضی شمول بر تمام افراد و مصادیق تحت شمولش را داراست و به بیع وکیل با شخص ثالث تخصیص یا تقیید نمی‌خورد. مانع احتمالی نیز عبارت است از عدم رضای موکل به بیع وکیل با خود. این عدم رضا معلوم نیست و بدین ترتیب مانع از درجه احتمال فراتر نمی‌رود و محرز نمی‌شود تا قدرت سد کردن راه مقتضی برای حدوث معلول را داشته باشد. بدین ترتیب قاعده «مقتضی و مانع» حکم می‌کند که مقتضی معلوم (عمومیت اذن موکل) توان اثرگذاری خود را داشته باشد.

ج. رهن یک مال برای دو دَین متوالی

اگر راهن در مقابل دینی که بر ذمه‌اش قرار گرفته مالی را نزد مرتهن به وثیقه گذارد و بعد

از آن، دین دیگری در مقابل مرتهن برعهده‌اش قرار گیرد، آیا می‌تواند همان مال را برای دو دین متوالی در وثیقه مرتهن قرار دهد؟

منشأ تردید در صحت این توافق آن است که بعد از انعقاد رهن اول بر این مال، عقد در عالم اعتبار به اتمام رسید؛ به گونه‌ای که عین مرهونه برای همان دین، وثیقه طلب داین قرار گرفته و انعقاد عقد اول سبب استقرار این وثیقه شده است. رهن مال در برابر دین اول به ثبوت رسیده و وثیقه آن برای دین دوم به منزله خروج از استقرار و ثبوت رهن اول است. آیا با وجود ثبات و استقرار رهن اول که مال را در برابر دین اول مقید کرد، می‌توان دین دیگری را نیز به دین اول افزود و رهن اول را از استقرار خود خارج کرد؟

به شهید اول در «دروس» منتسب شده که نخستین رهن باید فسخ شود و رهن مجددی برای هر دو دین منعقد گردد (شیرازی، ۱۴۰۴: ۲۰۲). به ابوحنیفه نیز منتسب شده که دومین رهن باطل است. استدلال این آرا آن است که همان دین اول، مال مرهون را به خویش اختصاص می‌دهد و تمام عین مرهونه توسط دین اول اشتغال می‌یابد. حال اگر مرهونه بخواهد وثیقه دین دیگری نیز قرار گیرد، دین دوم مالی را به اشتغال خویش در آورده است که سابقاً تمام آن به دین دیگری مشغول شده بوده و این امر، ممتنع است (همان).

در مقابل، کثیری از علما اعتقاد به صحت رهن دوم دارند. این شهرت عظیم مستند شده به وجود مقتضی برای صحت عقد و کنار نهادن مانع محتمل. مانع مشکوک قادر نیست که از اثرگذاری مقتضی مسلم جلوگیری به عمل آورد؛ چرا که توثیق مال در مقابل یک دین منافاتی با توثیق آن برای دین دیگر ندارد و اثبات نشده است که اشتغال کامل مال برای دین اول مانع مشغولیت آن در مقابل دین دوم است. مانع غیرمحرز توانایی جلوگیری از تأثیر مقتضی محرز را ندارد و بدین ترتیب می‌توان با تکیه بر عبارت «مقتضی موجود، مانع مفقود» و بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» به صحت رهن دوم حکم نمود (شیرازی، ۱۴۰۴: ۲۰۲-۲۰۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰/ ۲۷۴).

د. وجود حق شفعه در بیع خیاری

اگر در بیعی که برای شریک بایع حق شفعه ایجاد می‌کند خیار وجود داشته باشد، آیا حق شفعه ثابت می‌شود؟

تردید در ایجاد حق شفعه برای شریک بایع از آن روست که اثر وجود خیار در عقد، متزلزل کردن عقد است و اعمال خیار باعث بازگشت حصه مشاع که مورد بیع قرار گرفته به جایگاه نخستینش (ملک بایع) می‌شود و با بازگشت مبیع، حق شفعه فلسفه خود را از دست می‌دهد.

صاحب حدائق در تأیید وجود حق شفعه می‌نویسد:

حق شفعه ثابت می‌گردد؛ زیرا مقتضی حاصل شده است که همانا بیع ناقل ملکیت است، در حالی که بایع، شریک دارد و مانع نیز مفقود است.؛ زیرا مانعی جز وجود خیار در اینجا وجود ندارد... و ثابت نشده که خیار بتواند مانع اعمال حق شفعه گردد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰/ ۳۱۵).

بدین ترتیب «خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست» (ماده ۸۱۴ قانون مدنی). همان‌طور که گفته شد، مراد از«مقتضی موجود، مانع مفقود» به عدم احراز مانع است. این تفسیر را در عبارت فوق از محدث بحرانی به خوبی می‌توان دریافت. ابتدا به همان عبارت مشهور «مانع مفقود» استناد می‌کند و سپس درمی‌یابد که احراز عدم مانع ممکن نیست، چون عدم مانع امر عدمی است و امر عدمی صلاحیت اثبات یقینی ندارد. از این‌رو «مانع مفقود» را به «مانع غیر محرز» تفسیر می‌نماید.

استدلال مذکور جز با قاعده «مقتضی و مانع» ثابت نمی‌شود. اگر احتمال مانع وجود دارد، میدان برای اعمال قاعده فوق هموار می‌گردد و فقیهی بسان صاحب حدائق، اگر هم در لفظ، نام این قاعده را نمی‌شناسد، اما با مفادش به خوبی آشنایی دارد. مانع غیر محرز قدرت مقابله با مقتضی محرز را ندارد و بدین ترتیب حین شک در مانع، معلول بر مقتضی مترتب می‌شود.

هـ تسلسل در ضمان

اگر مضمون عنه، ضامنِ ضامن شود برای همان دینی که ضامن، ضمان آن را برعهده گرفته است، در صحت چنین ضمانی تردید و اختلاف وجود دارد. عده‌ای ضمان دوم را باطل می‌دانند و در تأیید نظرشان به این دلیل تکیه می‌کنند که در عقد ضمان، مضمون عنه برای ضامن، اصل است و ضامن برای مضمون عنه فرع می‌باشد؛ زیرا اگر مضمون عنه و دین او نباشد عقد ضمان سالبه به انتفای موضوع است. حال عقد ضمان دوم سبب می‌شود که اصل، فرع قرار گیرد و فرع نیز اصل و این امری ناصحیح و ممتنع است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/ ۳۴۰).

اینجاست که تردید می‌شود که آیا جانشینی اصل به جای فرع و فرع به جای اصل توان مانعیت نسبت به عقد ضمان دوم را دارد یا خیر؟

کثیری از عالمان این عقد را معتبر می‌دانند. مستند آنان این است که مقتضی برای صحت عقد ضمان دوم موجود است.؛ زیرا عقد از سوی دو شخص دارای اهلیت منعقد شده و از کسی که دین بر ذمه‌اش بوده ضمانت شده است؛ زیرا با انعقاد عقد ضمان اول، دین بر ذمه ضامن محقق شده و ذمه مضمون عنه از آن بری شده است. پس مضمون عنه مانند شخص ثالث است که می‌خواهد از مدیون ضمانت کند (ماده ۶۹۸ قانون مدنی). شرط دیگری هم برای صحت عقد ضمان وجود ندارد. پس عقد اقتضای خویش را در صحت و ترتیب آثار داراست. اما مانعی که گروه اول آن را بیان کرده‌اند نیز محرز نیست و مانعیتش به درجه اثبات نرسیده است تا بتواند سد راه مقتضی معلوم گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/ ۴۷۰). استدلال به «مقتضی موجود، مانع مفقود» با ابتنا بر قاعده «مقتضی و مانع» حکم به ترتب معلول بر مقتضی را در شرایطی که مانع، مشکوک و محتمل است صادر می‌کند.

و. تفسیر طلاق به بیش از یک طلاق

اگر مطلّق، طلاقش را به دو طلاق یا سه طلاق تفسیر کند، قطعاً طلاق‌های دوم و سوم اتفاق نمی‌افتند. اما بحث بر سر آن است که آیا یک طلاق نیز رخ نمی‌دهد یا طلاق اول صحیح می‌باشد؟ اگر چه مشهور معتقدند که یک طلاق صحیح رخ می‌دهد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳/ ۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷/ ۳۷۸)؛ اما تعدادی از عالمان معتقدند که هیچ‌یک از طلاق‌ها صحیح نمی‌باشند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴/ ۴۷۲).

بر صحت یک طلاق این‌گونه استدلال شده که مقتضی صحت و نفوذ طلاق، بیان صیغه طلاق است که این مقتضی موجود است. مانع احتمالی عبارت است از عدم جدا کردن طلاق‌ها از یکدیگر و یا همان تفسیر طلاق به بیش از یک طلاق (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۳۰۸). اما این مانع، محرز نیست. به دلیل آنکه سه طلاق از یک طلاق و دو طلاق دیگر ترکیب شده است. پس یک طلاق جزء سه طلاق است و بین جزء و کل تعارضی وجود ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷/ ۳۷۸).

استدلال فوق در رد مانعیت قانع‌کننده نیست؛ چرا که ممکن است صحت طلاق مقید به عدم تفسیر آن به بیش از یک طلاق شده باشد. در این صورت نمی‌توان گفت سه طلاق همان یک طلاق به اضافه دو طلاق دیگر است؛ بلکه اگر صحت و نفوذ طلاق مقید به عدم تفسیر آن به بیش از یک طلاق شده باشد، تنها می‌توان گفت که تفسیر طلاق به بیش از یک طلاق، صحت و نفوذ آن را زایل می‌کند. اما چنین قیدی معلوم الوجود نیست و تنها احتمال آن وجود دارد.

تنها استدلالی که احتمال مانعیت را زایل می‌کند، مبتنی بر گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» می‌باشد؛ به این صورت که مقتضی صحت و نفوذ طلاق با صیغه آن حاصل شده و مانع نیز مقید بودن این صیغه به عدم تفسیر است. این مانع، مشکوک و محتمل است؛ چون از ادله نمی‌توان وجود چنین قیدی را برای صحت و نفوذ طلاق استنتاج کرد. نتیجه اینکه قاعده «مقتضی و مانع» حکم می‌کند که در مواقع علم به مقتضی و شک در مانع، معلول بر

مقتضی مترتب می‌شود که در این صورت صحت یک طلاق به دست می‌آید.

ز. اثر بطلان مهر بر عقد نکاح

اگر زوج و زوجه، مهر را از جمله اموالی قرار دهند که قابل تملک برای مسلم نیست، مانند شراب و خوک، مهر باطل می‌باشد (ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی). اما بحث بر سر آن است که این مهر باطل چه تأثیری بر عقد نکاح می‌نهد؟

گروهی عقد را باطل می‌دانند (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۰۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۶۹). لکن باور مشهور متأخرین، صحت عقد است و همانند صورتی می‌دانند که اصلاً مهری در ضمن عقد ذکر نشده باشد. بدین ترتیب بعد از نزدیکی، مرد موظف به پرداخت مهر المثل می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۴/ ۲۷۲؛ ابن‌زهره، ۱۴۱۷: ۳۴۸؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۵۷۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/ ۲۶۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۴۲۶). برخی نیز بعد از قول به صحت عقد قائل به آن هستند که بعد از نزدیکی، مرد موظف به پرداخت قیمت آن مالی است که به عنوان مهر قرار داده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/ ۲۶۸).

علت بطلان نکاح آن است که رضا شرط صحت عقد است و در اینجا رضا بر قرار گرفتن شراب در مقابل بضع است. عقد نکاح نیز مانند بیع، عقد معاوضی است و بین مهر و بضع معاوضه رخ می‌دهد. بنابراین آنچه رضا به آن تعلق گرفته باطل است و آنچه صحیح است، تراضی بر آن نشده است. به همین دلیل مانند بیع که با فساد عوض، عقد باطل می‌شود، در اینجا نیز با فساد مهر عقد باطل می‌گردد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۴۲۵).

قائلان به صحت عقد سه دلیل اقامه کرده‌اند:

نخست آنکه عقد و مهر دو قرارداد مستقلند و عقد بدون ذکر مهر نیز صحیح است. به همین دلیل فساد یکی تأثیری در فساد دیگری ندارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴/ ۳۶۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۴۲۶).

دوم آنکه مهر از شرایط صحت عقد نیست تا بطلانش سبب بطلان عقد گردد. ذکر مهر

فاسد در عقد، چیزی فراتر از عدم ذکر مهر نیست. وقتی عدم ذکر مهر باعث بطلان نکاح نشود، ذکر مهر فاسد به طریق اولی باعث فساد نکاح نمی‌گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴/ ۳۶۳).

دلیل سوم با استناد به گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» و بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» است. طبق این تحلیل مقتضی برای صحت نکاح موجود است؛ زیرا در ادله، مشروعیت و صحت نکاح بیان شده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۵۷۷). مفهوم خود نکاح نیز در ادله به ایجاب و قبول با شرایط مقرر تبیین شده است. این ایجاب و قبول نیز در اینجا به وجود آمده و مقتضی برای صحت بدین ترتیب تکمیل شده است. مانع احتمالی هم مشکوک است؛ زیرا احراز نشده است که مهر فاسد مانع صحت عقد نکاح گردد. وقتی که مانع به سرحد ثبوت نرسد و مقتضی معلوم باشد، معلول نیز بر مقتضی مترتب می‌گردد. بدین ترتیب عقد نکاح صحیح است و به احتمال مانع اعتنا نمی‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۴۲۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۵۷۷).

ح. شرط خیار در عقد نکاح

ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی چنین مقرر می‌دارد: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...». ماده به بطلان شرط تصریح دارد، اما وضعیت عقد در صورت وجود این شرط در ضمن آن، نه در این ماده و نه در مواد دیگر قانون مدنی بیان نشده است. نظر مشهور، بطلان چنین عقدی است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۴/ ۹۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷/ ۱۰۱) و عده‌ای نیز قائل به صحت آن هستند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۵۴۵).

ادله مشهور متعدد است؛ مانند اینکه نکاح، معاوضه محض نیست تا اشتراط خیار در آن روا باشد، بلکه در آن شائبه عبادت وجود دارد و در عبادات مجوز برای دخول خیار وجود ندارد. همچنین استدلال شده به اینکه اگر اشتراط خیار در عقد صحیح باشد، مرد بعد از دخول، عقد را فسخ می‌کند و این به ضرر زن است که ادله نفی ضرر جلوی آن را می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۷/ ۱۰۱).

اما این دلایل بیشتر صلاحیت آن را دارند که خود شرط را محکوم به فساد کنند و دلیلی

بر فساد عقد نیستند. برای آنکه شائبه عبادت در نکاح حفظ شود و به معاوضه محض تبدیل نگردد، کافی است شرط خیار از عقد حذف شود و عقد محفوظ بماند. همچنین برای اینکه مرد با فسخ عقد اقدام ضرری علیه زن روا ندارد، کافی است او را از خیار فسخ محروم کنیم تا حق اقدام چنین کاری را نداشته باشد؛ اما احتیاج به بطلان عقد برای نفی ضرر نیست.

اما دلیل دیگری که آنرا دلیل بطلان خود عقد معرفی می‌کنند آن است که طرفین تراضی کرده‌اند به عقدی که شرط خیار در ضمن آن وجود داشته باشد و عقد فاقد و مجرد از خیار رضایت نداده‌اند. از آنجا که عقود دایرمدار قصدند و قصد طرفین به عقد خالی از خیار نبوده، پس در اینجا عقد تابع قصد نیست. بنابراین یا باید عقد و شرط هر دو صحیح باشند و یا هر دو باطل. در اینجا چون شرط باطل است، پس عقد نیز باطل می‌باشد تا قاعده تبعیت عقد از قصد محفوظ بماند. طبق این تحلیل، قاعده‌ای در فقه به وجود آمده که عبارت است از: «فساد شرط موجب فساد عقد می‌گردد». گفته می‌شود که یکی از ارکان عقد، رضای معاملی در متعاقدین است. در معاملاتی هم که متضمن شرط باشد رضای معاملی بر مجموع (اصل معامله و شرط) قرار می‌گیرد. به تعبیر دیگر: ورود شرط و اوصاف در معاملات سبب می‌شود تا معامله مقید به شرط یا مقید به وصف مذکور گردد. بنابراین رضای معاملی به مجموع قید و مقید تعلق می‌گیرد. در صورت فساد شرط، عدم لزوم وفای به شرط قهراً قید را در معامله منتفی می‌سازد و با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود. بنابراین با انتفای شرط، رضای معاملی نیز منتفی می‌گردد؛ چون معامله فاقد شرط، مورد رضای متعاملین قرار نگرفته است و نیاز به تراضی و انشای جدید دارد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۳/ ۹۶).

لکن به نظر می‌رسد که این استدلال از بنای عرف که بساط معاملات را تبیین می‌کند و اولین نظریه‌پرداز در وادی معاملات به شمار می‌رود، دور شده است؛ زیرا عرف تراضی حاصل بین متعاملین را تراضی نسبت به تقابل میان عوضین می‌داند و مفاد این تراضی به هیچ امر دیگری مقید نیست. البته انکار هم نمی‌توان کرد که عرف، شروط و اوصاف را به

منزله علت غایی برای وقوع معاملات می‌داند. اما وجود داعی سبب نمی‌شود که معامله، مقید به آن داعی و یا متخصص به آن خصوصیت گردد. به تعبیر دیگر: شروط در انشاء از جهات تعلیلیه محسوب می‌گردند نه از جهات تقییدیه. لذا تخلف از آنها موجب بطلان عقد نمی‌گردد؛ زیرا ملاک در حکم بطلان، هر قیدی است که جهت تقییدیه داشته باشد که این جهت هم باید محرز شود و هم باید مربوط به خود موضوع عقد باشد به گونه‌ای که با رفتن آن، موضوع عقد قهراً منعدم گردد. ولی در جایی که قیدی به نحو تعلیلی ملحوظ شده باشد، یا جهت تقییدی آن برای موضوع محرز نباشد، نمی‌توان گفت که موضوع عقد با انتفای آن قید منتفی می‌شود؛ بلکه آن موضوع خارجی به تنهایی مورد انشاء قرار گرفته و قهراً تخلف از آن قید تأثیری در بطلان عقد ندارد. به تعبیر دیگر: انشای عقدی قبل از وجود شرط تحقق یافته و انشای شرطی یک انشای جدید و قراری مستقل به شمار می‌آید. هرچند در عالم واقع بین این دو انشای ارتباطی هست، ولی این ارتباط سبب نمی‌شود تا شرط را تقییدیه قرار دهیم؛ به گونه‌ای که بقای عقد بدون شرط محال باشد.

تقیید عقد از قبیل مانع است؛ به این صورت که اگر احراز شد که شرطی به گونه تقییدی در ضمن عقد قرار گرفته است، فساد شرط، راه را برای صحت عقد و ادامه حیات آن سد می‌کند و مانع آن می‌شود. لکن این مانع باید احراز شود، وگرنه شرط از قبیل تقییدی است و نمی‌توان به بطلان عقد نظر داد.

البته این تحلیل در جایی صحیح است که فساد شرط موجب سرایت به خود عقد نشود؛ مثلاً اگر فساد شرط منجر به جهالت عوضین و غرری شدن عقد گردد و یا باعث تناقض با مفاد عقد گردد، عقد قهراً باطل است. منتها در اینجا بطلان عقد به دلیل صرف بطلان شرط ضمن آن نیست؛ بلکه بطلان عقد به دلیل انتفای شرایط صحت آن است.

در مورد نکاحی که شرط خیار در ضمن آن واقع شده، دلایلی مبنی بر بطلان شرط خیار در عقد نکاح مطرح شده است. اما برای آنکه بطلان این شرط بتواند سبب بطلان عقد نکاح نیز بشود باید جهت تقییدی آن آشکار گردد. باید احراز شود که این شرط چنان به عقد پیوند

خورده که متعاقدین یا عقد و شرط را با هم قصد کرده‌اند و یا هیچ کدام را نمی‌خواهند. راه احراز نیز رجوع به عرف است که منطقش، منطق معاملات است. رجوع به عرف گواه آن است که در نکاح مشروط به شرط خیار این ملاحظه تقییدی بین عقد نکاح و شرط خیار را در اراده متعاقدین صورت نبسته است. پس با احراز مقتضی صحت نکاح که همانا ادله مشروعیت، لزوم و صحت نکاح است و عدم احراز مانعیت شرط خیار، میدان برای اعمال گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» فراهم می‌شود تا به مانع مشکوک اجازه جلوگیری از ترتب معلول بر مقتضی را ندهد و عقد نکاح را بدون اشکال بداند. صاحب حدائق در این زمینه می‌نویسد:

و از اینجا روشن می‌شود که نظر ابن‌ادریس در این مسئله که قائل به صحت عقد نکاح و بطلان شرط خیار است قوی می‌باشد و علتی که ابن‌ادریس به آن تمسک کرده آن است که مقتضی برای صحت عقد نکاح که همانا اجتماع شرایط صحت عقد می‌باشد موجود است و مانع نیز مفقود است؛ زیرا مانعی به جز اشتراط خیار ضمن عقد نکاح وجود ندارد و وقتی عقد، قابلیت برای ورود خیار به داخل آن را ندارد، شرط باطل می‌باشد و طبق مقتضی عقد عمل می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/ ۵۴۵).

نتیجه

گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» که نقش عمده‌ای در استدلالات حقوقی ایفا می‌کند بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» تنظیم شده است. طبق این قاعده معتقد، در حین حدوث یقینی مقتضی و احتمال وجود مانع، معلول که همانا نهادی فقهی است حادث می‌گردد؛ دلیل آنکه عدم مانع مدخلیتی در حدوث معلول ندارد و حدوث مقتضی به تنهایی منجر به حدوث معلول می‌گردد و مانع در صورت حتمی الوقوع بودن، سد راه ایجاد معلول می‌گردد. پس آنچه عدم احراز مانع جزء علت تامه است، نه احراز عدم مانع. با وجود موانع احتمالی بی‌پایان، احراز عدم مانع امری محال می‌باشد.

بنابراین در گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» که جهت اثبات ایجاد پدیده‌های فقهی به کار گرفته می‌رود، تسامحی صورت گرفته است؛ چرا که مراد از فقدان مانع، عدم اثبات

مانع است، نه علم به فقدان آن.

منابع

آشتیانی، محمّدحسین، **بحر الفوائد فی شرح الفرائد**، قم، کتابخانه آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.

آملی، محمّدتقی، **مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی**، تهران، مؤلف، چاپ اول، ۱۳۸۰ق.

اردبیلی، احمد بن محمّد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، تحقیق آقا مجتبی عراقی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

انصاری، مرتضی، **کتاب الطهارة**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

اسماعیل پور قمشه‌ای، محمّدعلی، **البراهین الواضحات**، قم، [بی‌نا]، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، **حاشیة المکاسب**، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، **الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة**، تحقیق: محمّدتقی ایروانی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.

بهبهانی، سیّد علی، **الفوائد العلیة**، اهواز، مکتبة دار العلم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.

تبریزی، موسی بن جعفر، **اوثق الوسائل فی شرح الرسائل**، قم، انتشارات کتبی نجفی، چاپ اول، ۱۳۶۹.

حرّ عاملی، محمّد بن حسن، **تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ق.

حسینی حلبی، سیّد ابن زهره حمزة بن علی، **غنیة النزوع إلی علمی الأصول والفروع**، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.

حسینی شیرازی، سیّد محمّد، **الفقه- کتاب القرض، الرهن**، بی‌جا، چاپخانه سیّد الشهداء علیه‌السلام، ۱۴۰۴ق.

حسینی عاملی، سیّد جواد، **مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة**، تحقیق محمّدباقر

خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.

حلّی، ابن ادریس محمّد بن منصور، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق.

ـــــــــ، **تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة**، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ق.

ـــــــــ، **قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

ـــــــــ، **تذکرة الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

حلّی (محقّق)، نجم الدین جعفر بن حسن، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تحقیق: عبدالحسین محمّد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.

روحانی، سیّد محمّدحسین، **منتقی الاصول**، تقریر: سیّد عبدالصاحب حکیم، بی‌جا، چاپخانه امیر، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز، **المراسم العلویة و الاحکام النبویة فی الفقه الإمامی**، تحقیق: محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.

شریف مرتضی، سیّد علی بن حسین موسوی، **الانتصار فی انفرادات الامامیة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.

صنقورعلی، محمّد، **المعجم الاصولی**، بیروت، مؤسسة التاریخ العربی، چاپ اول، ۱۴۳۲ق.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، **النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی**، بیروت، دارالکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ق.

ـــــــــ، **المبسوط فی فقه الامامیة**، تحقیق سیّد محمّدتقی کشفی، تهران، المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ق.

ـــــــــ، **الخلاف**، تحقیق: علی خراسانی و دیگران، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ق.

طوسی، محمّد بن علی بن حمزه، **الوسیلة الی نیل الفضیلة**، تحقیق: محمّد حسون، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

عاملی (شهید اول)، محمّد بن مکی، **غایة المراد فی شرح نکت الارشاد**، تحقیق: رضا مختاری، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.

ـــــــــ، **الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۷ق.

غروی نائینی، محمدحسین، **اجود التقریرات**، تقریر: سیّد ابوالقاسم موسوی خویی، قم، انتشارات مصطفوی، چاپ دوم، ۱۳۶۸.

فاضل لنکرانی، محمّد، **اصول فقه شیعه**، تقریر: محمود ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم‌السلام، چاپ اول، ۱۳۸۱.

ـــــــــ، **سیری کامل در اصول فقه شیعه**، تقریر: محمّد دادستان، قم، انتشارات فیضیه، ۱۳۷۹.

فیض کاشانی، محمّد محسن، **مفاتیح الشرائع**، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۱ق.

مروج جزائری، سید محمدجعفر، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.

مفید، محمّد بن محمّد بن نعمان عکبری، **المقنعة**، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ق.

موسوی بجنوردی، سیّد محمّدحسن، **منتهی الاصول**، بی‌جا، انتشارات بصیرتی، چاپ دوم بی‌تا.

موسوی خمینی، سید روح الله، **کتاب الطهارة**، تقریر: محمّد فاضل موحدی لنکرانی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

ـــــــــ، **مناهج الوصول الی علم الاصول**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله،

چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة**، تقریر: محمّدعلی توحیدی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق.

ـــــــــ، **محاضرات فی اصول الفقه**، تقریر: محمّداسحاق فیاض، قم، انتشارات انصاریان، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ق.

نجفی عراقی، عبدالنبی، **المحاکمات بین الاعلام**، تقریر مسلم سرابی تبریزی، قم، چاپخانه قم، بی‌تا.