

تأملی اصولی در قاعده‌انگاری "مقتضی و مانع" *

- فتح‌الله قربانی **
- قدرت‌الله نیازی ***
- لیلا قربانی ****

چکیده

قاعده مقتضی و مانع از جمله قواعدی است که علی‌رغم مهجوریت، می‌تواند گره‌گشای بسیاری از مسائل فقهی و حقوقی باشد. فحوای قاعده حاکی از آن است که در صورت قطع به مقتضی و شک در وجود مانع؛ باید بنا را بر منتفی بودن مانع و ثبوت مقتضی گذاشت. پژوهش پیش‌رو با روش توصیفی-تحلیلی ضمن تبیین قاعده مقتضی و مانع، وجوه افتراق و اشتراک آن با دو اصل استصحاب و قاعده یقین و مستندات هر یک، با تکیه بر نظرات برخی از اصولیان مشهور، کارآیی این قاعده را در تحلیل‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهد. از جمله می‌توان به اصطلاح «مقتضی موجود و مانع مفقوداست» در تحلیل برخی مباحث فقهی و حقوقی اشاره شده است. شباهت دو قاعده استصحاب و مقتضی و مانع نیز از دیگر مباحثی است که در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: استصحاب، مقتضی، مانع، رافع، شک، یقین.

* تاریخ وصول: ۱۴۰۳/۲/۲۵ تاریخ تصویب: ۱۴۰۳/۱۰/۳۰.

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، (نویسنده مسئول)
(f.ghorbani@ltr.basu.ac.ir).

*** دانشیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان (gh.niazi@basu.ac.ir).

**** کارشناس ارشد علوم قرآن و حدیث، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان
(F.1121.ghorbani@gmail.com).

مقدمه

قاعده مقتضی و مانع از جمله قواعد مهم در علم اصول می‌باشد که کمتر مورد توجه قرار گرفته و بدین خاطر برخی نیز آن را به عنوان یک قاعده اصولی نمی‌دانند. شیخ انصاری در ضمن بیان اقوال یازده گانه استصحاب، از مقتضی و مانع در هنگام شک در مقتضی یاد نموده و استصحاب را در هنگام شک در مقتضی جاری نمی‌داند؛ در حالی که در مورد شک در مانع، قائل به اجرای استصحاب می‌باشد. همچنین محقق خوانساری در کتاب "حاشیه شرح الدروس" به این مسئله اشاراتی داشته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲۸) که البته تبیین شیخ با توضیح محقق خوانساری اندکی تفاوت دارد.

از دیدگاه محقق خوانساری باید بین مستصحبی که قابلیت بقا و استمرار دارد و مستصحبی که در وجود غایت و رافعش شک وجود دارد؛ تفاوت گذاشت. در نتیجه استصحاب، در اولی جاری و در مورد دوم قابلیت جریان ندارد، مضافاً اینکه در این مورد شک در مصداق غایت از نوع شبهه مصداقیه است نه شبهه مفهومی. پس از شیخ انصاری، آخوند خراسانی در کفایة الاصول موضوع را به طور کامل توضیح و تفصیل داده است (خراسانی، ۱۳۶۶: ۲/۲۸۸). همچنین در تقریرات میرزای نائینی مانند آخوند خراسانی موضوع به خوبی بررسی شده است (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۳: ۴/۳۷۷) و در تقریرات آقا ضیاءالدین عراقی در نهیة الافکار (بروجردی نجفی، ۱۴۱۱: ۴/۸۴) و اصفهانی در نهیة الدرایه فی شرح الکفایه (اصفهانی، ۱۴۰۸: ۵/۴۸) نیز بحث‌هایی صورت گرفته است.

مبتکر مقتضی و مانع به عنوان یک قاعده اصولی، شیخ هادی تهرانی از شاگردان به نام شیخ انصاری می‌باشد؛ که قصدش از ابداع این قاعده کنار گذاشتن اصل استصحاب و مطابقت روایات مربوط به استصحاب با قاعده مقتضی و مانع بوده است (تهرانی، ۱۴۲۰: ۲/۱).

تاکنون پژوهشی مستقل و مستوفی در خصوص اینکه آیا می‌توان "مقتضی و مانع" را یک قاعده اصولی نامید تدوین نگردیده است. از مقالاتی که استطراداً مرتبط با موضوع است می‌توان به مقاله "بررسی و نقد گزاره «مقتضی موجود، مانع مفقود» به قلم احمد احسانی فر" اشاره نمود.

آنچه نوشتار حاضر را بدیع و متمایز می‌نماید بررسی "مقتضی و مانع" به مثابه یک قاعده اصولی می‌باشد.

در این مقاله، ضمن بررسی قاعده مقتضی و مانع و روایات مربوط به استصحاب و تفصیل شک در مقتضی و مانع بیان می‌گردد که روایاتی چون «لا تَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ» اشعار به استصحاب یا قاعده مقتضی و مانع و یا قاعده «الیقین» دارد. همچنین بیان خواهیم نمود که استصحاب در کدام یک از دو جزء قاعده مقتضی و مانع حجیت دارد. استصحاب در شک در مقتضی حجیت دارد؟ یا فقط در شک در مانع حجیت دارد؟ با استناد به ادله و مدارک موجود در کتب اصولیان در پی اثبات موارد مذکور و تطبیق آن بر مباحث فقهی و حقوقی می‌باشیم.

مفهوم‌شناسی

در این بخش به بررسی مفهوم لغوی اصطلاحات می‌پردازیم:

۱. **مقتضی:** اسم فاعل باب افتعال، از ماده قَضَى، می‌باشد که برای آن چندین معنا ارائه شده است:

۱-۱. مقتضی علتی است که آماده تأثیر می‌باشد؛ ولی مانعی آن را از کار انداخته است (عجم، ۱۴۲۰: ۱۵۲۷).

۲-۱. مقدمه‌ای که ذاتاً به شرط اینکه عوامل مساعد برای تأثیرش موجود باشد؛ تأثیر گذار است. (قمی، ۱۴۰۱ق، ۱/۱۰۰)

۳-۱. مقتضی یعنی عدم مانع و نبود مانع بسان مقدمه برای ذی‌المقدمه، مثلاً حرمت جمع بین نکاح دو خواهر مانع انعقاد عقد خواهر زن است، وجود چنین مقدمه‌ای مانع تحقق ذی‌المقدمه می‌شود و برای تحقق بخشیدن به ذی‌المقدمه لازم است چنین مانعی را قبلاً از بین برد (امامی، ۱۳۷۸: ۱/۲۹۸).

۴-۱. مقتضی حکم؛ مثل عقیدیه که مقتضی تملیک و تملک است و این اقتضا قابلیت دوام دارد (عجم، ۱۴۲۰: ۱۵۶۰)

۲. مانع: آنچه بین دو چیز حائل می‌گردد.

۳. اصل: به معنای قوام سایر اشیاء تلقی می‌شود (تهانوی، ۱۳۷۹: ۹۵)، و در اصطلاح، چیزی است که بدون ملاحظه کشف واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید به عنوان دلیل شناخته شده است؛ چه مثبت حکم باشد یا موضوع (محمدی، ۱۳۶۶: ۲۷۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱۸).

۴. استصحاب: در لغت به معنای همراهی و همراه داشتن چیزی و اصطلاحاً به معنای: «ابقاء ماکان» می‌باشد (موسوی سبزواری، ۱۴۰۶: ۲/۲۴۸).

مفاد قاعده

قائلین به قاعده بودن مقتضی و مانع در خصوص مفاده آن نگاشته‌اند: در قاعده مقتضی و مانع، متعلق یقین و شک متفاوت است یعنی اینکه هرگاه به وجود مقتضی (با کسر ضاد) یقین شود باید بنا را بر تحقق یافتن مقتضی (با فتح ضاد) گذاشت و همین امر کفایت می‌کند، بدون اینکه به احراز عدم مانع از تأثیر مقتضی نیاز باشد؛ بدین معنا که هنگام احراز مقتضی و شک در وجود مانع، باید بنا را بر تأثیر مقتضی و منتفی بودن مانع گذاشت (صدر، ۱۴۱۲: ۱/۴۲۳؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹: ۴/۳۱۵).

به‌طور مثال هرگاه در وجود موثر اصلی یقین داشته باشیم، ولی محتمل باشد چیز دیگری نیز وجود داشته باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند؛ حکم به تأثیر مقتضی و عدم وجود مانع می‌نماییم مثلاً دستور موقت دادگاه مقتضی تأثیر است و آثار قانونی بوجود می‌آورد. پس از آن هرگاه به استناد ماده ۷۸۴ آئین دادرسی مدنی دستور موقت لغو شود؛ الغای دستور موقت، امری است زمانی و عدمی که جلو ادامه تأثیر دستور موقت را می‌گیرد (صدر، ۱۴۱۲: ۱/۴۲۳؛ لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۲۶).

اثبات قاعده

آیت الله خوئی با استناد به روایت زراره، وجود قاعده مقتضی و مانع را اثبات می‌کند:
قال زراره: قلت له: الرجل ینام و هو علی وضوء، أیوجب الخففة و الخفقتان علیه

الوضوء؟ قال: يا زرارہ، قد تمام العین و لا ینام القلب و الاذن، فإذا نامت العین و الاذن فقد وجب الوضوء. قلت: فإن حرك فی جنبه شیءٌ و هو لا یعلم؟ قال: لا حتی یتیقن أنه قد نام، حتی یجیء من ذلك أمر بینٌ. و إلا فإنه علی یقین من وضوئه و لا ینقضُ الیقین بالشکِّ أبداً و لكنه ینقضه بیقین آخر.

از نظر آیت‌الله خوئی این روایت بر استصحاب دلالت ندارد. به دلیل اینکه از حرمت نقض یقین توسط شک بحث شده است و این نکته زمانی صحیح است که یقین و شک به یک چیز تعلق بگیرد، در این روایت یقین و شک به دو چیز تعلق دارد، زیرا آنچه در این روایت متعلق یقین قرار گرفته است؛ وضو می‌باشد؛ نه اینکه متعلق یقین، طهارت باشد؛ و آنچه که متعلق شک قرار گرفته است این است که آیا مانعی به وجود آمده است تا جلوی طهارت را که اثر آن متیقن است بگیرد. در این روایت وحدت متعلق یقین و شک جهت تحقق استصحاب فراهم نیست، بنابراین روایت فوق قاعده مقتضی و مانع را اثبات می‌کند. (واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۲۴۱) البته شماری از اصولیان این روایت را مستند استصحاب می‌دانند (صدر، ۱۴۱۲: ۱۶/۶).

مستندات قاعده

الف) روایات

زراره بیان می‌کند:

به امام عرض کردم مردی که دارای وضو است می‌خوابد، آیا یک یا دو چرت زدن سبب می‌شود که دوباره وضو بگیرد؟ امام فرمود: «ای زرارہ، گاهی چشم می‌خوابد اما قلب و گوش نمی‌خوابد پس هنگامی که چشم و گوش و (قلب) همگی بخواهند وضو واجب می‌شود.» به امام گفتم: اگر در کنار او چیزی حرکت کند و او متوجه نشود؟ امام فرمود: «نه، تا وقتی که یقین پیدا کند به خواب رفته است و تا وقتی که دلیل محکم و روشنی بر خواب بودن او دلالت کند، در غیر این صورت به یقین قبلی خود یعنی یقین بر وضو عمل می‌کند و یقین هیچ‌گاه با شک برداشته نمی‌شود؛ بلکه تنها یقین دیگری می‌تواند آن را بردارد (طوسی، ۱۴۰۱: ۸/۱؛ طوسی، ۱۴۰۶: ۸۰/۱).

نقد: اکثر اصولیان این روایت را مستندی برای استصحاب می‌دانند نه قاعده مقتضی و مانع (صدر، ۱۴۱۲ق، ۶/۱۶)، لکن بنا به نظر آیت‌الله خویی و صاحب کتاب اصول الفقه چون یقین و شک در این روایت به دو چیز مختلف تعلق گرفته است؛ این روایت به قاعده مقتضی و مانع اشاره دارد (واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۲۴۱؛ مظفر، ۱۴۱۲: ۲/۲۶۸).

ب) بنای عقلا

هرگاه عقلا به وجود مقتضی علم پیدا کنند؛ و پس از مدتی شک نمایند که به واسطه احتمال وجود مانع، تأثیر مقتضی دچار تزلزل شده باشد، به این احتمال توجه نمی‌کنند و آثار بقا را بر آن مترتب می‌نمایند (بجنوردی، ۱۴۱۵: ۲/۵۰۱).

نقد: این اشکال بر بنای عقلا وارد است که بنای عقلا نمی‌تواند مستند و دلیلی برای این قاعده باشد. به علاوه اینکه حکم کردن به وجود مقتضی (به فتح) به صرف وجود مقتضی (به کسر) با احتمال وجود چیزی که مانع تأثیر مقتضی (به کسر) است، هیچ مبناء و مستند عقلی و نقلی ندارد. (بجنوردی، ۱۴۱۵: ۲/۵۰۲).

آیت‌الله تسخیری بنای عقلا را در این مسئله قابل جریان نمی‌داند، و بر این عقیده است که بنای عقلا پس از احراز تأثیر مقتضی و وجود مقتضی (به فتح) جاری است، ایشان حتی اثبات می‌کند که عقلا حتی خلاف این قاعده نیز عمل می‌نمایند و با مثالی از این نظریه دفاع می‌نمایند:

اگر شخصی به طرف شخصی دیگر سنگی پرتاب نماید، و حال شک نماییم که آیا مانعی وجود دارد که مانع اصابت سنگ شود، با این وصف که اگر این سنگ به آن شخص اصابت نماید او را به قتل می‌رساند، آیا عقلاء در این صورت حکم به قتل و قصاص می‌کنند؟ (تسخیری، ۱۴۲۵ق، ۴/۳۹۸).

از نظر آیت‌الله خویی، بنای عقلا را نمی‌توان مستند قاعده به حساب آورد؛ و با استناد به «اصالت عدم مانع» در صورتی که وجود مقتضی محرز شد، اصل را باید بر عدم وجود مانع گذاشت (واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۲۴۱).

میرزای نائینی برای مستند قاعده (مقتضی و مانع) سه وجه ذکر کرده است که عبارتند از:

۱. گاه اثر مقتضی، تکوینی است (تسخیری، ۱۴۲۵: ۱/۳۹۸)؛ ۲. گاهی اثر مقتضی، شرعی است؛ ۳. گاه مقتضی، ملاک حکم است زیرا هر حکمی با توجه به ملاک خود، تشریح می‌شود با این استناد که احکام شرعی دارای ملاکات هستند (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹: ۴/۳۱۵؛ واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۲۴۱).

از نظر صاحب فوائد الاصول منظور از مقتضی، هیچ‌یک از موارد سه‌گانه نیست؛ بلکه منظور استعداد مستصحب است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲/۲۹۷)

از نظر شیخ انصاری، شک در بقای مستصحب گاهی به خاطر مقتضی است و منظور از شک در مقتضی، شک در استعداد و قابلیت ذاتی مقتضی است که چقدر قابلیت بقا دارد؛ گاهی نیز یقین به بقای قابلیت مقتضی است ولی شک در وجود مانع است (انصاری، ۱۲۱۸: ۱۹۵).
از نظر بسیاری از اصولیان علت مهجوریت این قاعده عدم مدرک روایی می‌باشد (تسخیری، ۱۴۲۵: ۴/۳۹۸؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲/۲۹۷).

مصادیق "مقتضی و مانع" در فقه و حقوق

۱. هرگاه مشتری مبیع را در ایام خیاری، رهن دهد، حق خیاری خود را از این رهگذر ساقط کرده است و رهن صحیح است. اما اگر راهن، بایع باشد رهن او فضولی است. در این صورت اگر مشتری که دارای خیاری است اعمال خیاری کند و مبیع به بایع رد شود؛ بنا بر قاعده «مقتضی و مانع» این عقد صحیح است. زیرا مقتضی عقد رهن بر مال غیر موجود، و مانع، مالکیت غیر، بوده است که آن هم بر طرف، شده است و با رفع مانع، مقتضی، مؤثر واقع می‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۶۴؛ همو، ۱۳۷۵: ۵۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۱: ۴/۳۶۹).

۲. در سند وثیقه ای، بانک به عنوان بستانکار اجرائیه‌ای صادر کرده و به دلیل عدم وجود خریدار در مزایده و طبق مقررات که باید بعداً حراج می‌شد، قبل از حراج، بانک تمام حقوق ناشی از سند وثیقه را به یک نفر دیگر صلح می‌نماید. سؤالی که مطرح می‌گردد؛ این که چون حراج مذکور طبق ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۱۳۲۰ مختص بانک است و مصالح نمی‌تواند از حراج استفاده کند با این وضع آیا به استناد مزایده مذکور می‌توان سند انتقال

اجرائی به نفع متصالح صادر کرد؟ علت سؤال این است که متصالح در موقع مزایده بستانکار سند نبود تا سند انتقال اجرائی به طرفیت او صادر گردد (لنگرودی، ۱۳۷۵: ۳۴۷۱). می‌توان ابراز داشت که در مورد اسناد وثیقه نظر به ماده ۳۴ و از نظر قانون گذار، مقتضی انتقال مورد وثیقه، همان مزایده است. لکن در زمان مزایده وجود بانک، مانع از تملیک قهری وثیقه به بانک طبق قانون بوده است. اکنون که این مانع به علت انعقاد عقد صلح از بین رفته است آن مقتضی اثر خود را می‌گذارد و شورای عالی ثبت در سال ۱۳۵۴ به آن رأی داده است (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵/۳۹۲؛ سیوطی، ۱۴۱۵: ۱۰۳؛ لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۴۳۸).

۳. اگر به عنوان نمونه یک بیع فضولی را با عقد فضولی رهن در مال مورد رهن، مقایسه کنیم به نتایج ذیل دست می‌یابیم:

الف) در یک عقد فضولی معمولی که یک نفر به نام عاقد فضولی، مال ثالث را به طرف دیگر «که اصیل نامیده می‌شود» می‌فروشد هر چند به حسب ظاهر امر، ایجاب و قبول واقع شده است ولی رضای مالک مبیع، حاصل نشده است در اینجا این سؤال مطرح است که کدامیک از دو عامل زیر می‌تواند مقتضی تأثیر عقد بیع باشد؟ (ایجاب و قبول که بین عاقد فضولی و اصیل رد و بدل شده است؟ یا رضای مالک مبیع که اساساً در این عقد، دخالت نکرده است؟ بدون تردید رضای مالک، عاملی واقعی است و به اصطلاح، مقتضی تأثیر در یک بیع، رضای مالک است نه عقد فضولی شخص فضول (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۹۵). اگرچنین باشد در بیع فضولی که با بیع، مالک مبیع نیست، «مانند بیع اموال مسروقه توسط سارق» در واقع، مقتضی تأثیر، وجود ندارد. اما در موردی که رهن بعد از عقد رهن، مال الرهانه را بدون جلب اذن مرتهن به شخص ثالث می‌فروشد رضای مالک «که همان رهن است» وجود دارد پس مقتضی تأثیر در این مورد وجود دارد. وجود مقتضی تأثیر، از نظر حقوقی منشأ آثار قابل ملاحظه‌ای است که ذیلاً اشاره می‌شود. (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۶۴)

ب) هرگاه مرتهن بخواهد حق وثیقه خود را ساقط کند به طوری که طلب او بدون وثیقه باشد؛ مانعی ندارد در این صورت با فک رهن، مقتضی مزبور تأثیر خود را ظاهر می‌سازد و بیع فضولی رهن، نافذ و کامل خواهد شد. در نتیجه اجازه مرتهن، شرط تأثیر عقد فضولی رهن

است. در عمل هم اگر از مرتهن تقاضا کنند که عقد فضولی راهن را اجازه کند چون او می‌داند که اجازه بدون اسقاط حق وثیقه مرتهن، عملی نمی‌شود، مستقیماً حق وثیقه خود را اسقاط می‌کند تا به تقاضای مزبور ترتیب اثر بدهد، برای مرتهن در درجه اول روشن کردن حق خودش مطرح است و بدو راجع به حق خودش تصمیم می‌گیرد یعنی در برابر تقاضای مذکور ساده‌ترین عمل حقوقی برای مرتهن اسقاط حق وثیقه خویش است پس با رفع مانع از طرف مرتهن، مقتضی مزبور شروع به تأثیر می‌گذارد و اجازه مرتهن تأثیری ندارد و مجالی برای اجازه دادن باقی نمی‌ماند تا صحبت ناقل و یا کاشف بودن اجازه شود (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۹۶).

نقد: اسقاط حق وثیقه از جانب مرتهن از ایقاعات است و محتاج به قصد انشاء است. ثانیاً- قصد انشاء از حین ابراز، تأثیر می‌کند و تأثیر قهقرایی ندارد، بنابر دو مقدمه مذکور چون مقتضی مزبور «یعنی رضای راهن به انتقال مالکیت مال الرهانه به ثالث که ضمن بیع فضولی ابراز شده است» تا زمانی که مانع «که حق وثیقه مرتهن است» موجود است بی‌اثر است و از لحظه‌ای که مانع از بین رفت شروع به تأثیر می‌گذارد، نتیجه این می‌شود که منافع کالا از تاریخ بیع فضولی تا زمان اسقاط حق وثیقه مرتهن به خود راهن که مالک کالا است تعلق دارد و حال اینکه در عمل خلاف این دیده می‌شود یعنی با رفع مانع مزبور مشتری مالک عین و منافع مزبور هم می‌شود (نجفی، ۱۴۰۱: ۴/۳۲۹). صاحب جواهر عقیده دارد که مرتهن می‌تواند عقد فضولی راهن را اجازه کند و تبعاً حق وثیقه خود را اسقاط نماید و این نظر دلیلی ندارد و تصور معکوس قضیه است. یعنی مرتهن نخست حق خود را ساقط می‌کند و ربطی به اجازه عقد فضولی راهن ندارد. پاسخ این است که رضای راهن به تملیک عین «و تبعاً به تملیک منافع» از حین عقد فضولی ابراز شده است و با رفع مانع در برابر این رضا، تأثیر رضا از حین ابراز آغاز می‌شود و این حالت ربطی به تأثیر قهقرایی فسخ عقد رهن ندارد، علاوه بر این اساساً فسخ، متکی به قصد انشاء نیست.

گاهی نتیجه یک قرارداد فقط ایجاد مانع برای عقدی است که بعداً قرار است بسته شود، مثلاً عقد نکاح از نظر حقوقی یک مقتضی نسبت به آثار ناشی از نکاح به شمار می‌آید، همین عقد اقتضاء دارد که زوج به دلخواه خود مکان و محل زندگی خانواده را در هر شهری

که بخواهد معین کند، حال اگر دو نفر که قصد ازدواج دارند قبل از انعقاد عقد نکاح راجع به عدم خروج زوجه آینده از خانه پدرش به موجب عقد صلح توافقی کنند؛ نتیجه این توافق ایجاد مانعی بر سر راه مقتضی «یعنی عقد نکاح آینده» از جهت حق زوج راجع به انتخاب مسکن می‌باشد (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۴۳۸؛ سیوطی، ۱۴۱۵: ۱۰۳).

هرگاه قبل از عقد نکاح، مرد و زن به موجب عقد صلح توافقی کنند؛ ازدواج بین آنان واقع شود و زوج حق نداشته باشد زوجه را از منزل پدرش «یا منزل شخصی زوجه و یا شهر معین» به جای دیگر منتقل کند آیا این صلح، درست است یا خیر؟ چون صلح مذکور بر خلاف صریح هیچ ماده قانونی نیست و طبق ماده ۷۵۴ قانون مدنی صحیح است و ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی مؤید این نظر است: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند؛ سکنی نماید. مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زوجه داده شده باشد (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۵) از مفاد این ماده استفاده می‌شود که صلح مذکور صحیح است.

در هر حال صلح مذکور، صلح معدوم است زیرا عقد نکاح در مورد سکنی حقی به نفع زوج علیه زوجه پدید می‌آورد که طرفین عقد صلح قبل از تحقق نکاح و حق مزبور، به تراضی، مانع تحقق آن حق شده‌اند و در واقع ایجاد «مانع» کرده‌اند نه «اسقاط مالیم یجب» (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۲۱).

۴. وارثی در زمان حیات موّث، سهم الارث خود را به ثالث با سند رسمی صلح می‌نماید، پس از فوت موّث و صدور برگ حصر وراثت، متصالح تقاضای صدور سند مالکیت می‌کند وراثت هم عقد صلح مذکور را تنفیذ می‌نماید آیا صدور سند مالکیت در این شرایط جائز است؟ در پاسخ می‌توان گفت، عقد صلح مذکور فضولی بوده و سند صلح هم که دلالت بر وقوع عقد فضولی دارد ذاتاً اعتباری ندارد ولی همان طور که در عقد فضولی، اقتضاء نفوذ وجود دارد «و با تأیید مالک، نافذ می‌شود» در سند عقد فضولی هم اقتضای نفوذ وجود دارد لکن عقد فضولی را مالک، تنفیذ می‌کند اما سند رسمی عقد فضولی را باید شورای عالی ثبت به استناد ماده ۲۵ مکرر قانون ثبت، تنفیذ کند و پس از تنفیذ، صدور سند مالکیت بی‌اشکال است (لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۲۱).

۵. در ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» مقتضی نافذ بودن قراردادهای خصوصی موجود و مانع احتمالی یعنی نافذ نبودن قراردادها به علت مخالفت با نص صریح قانون هنوز اثبات و احراز نشده است، که با استناد به قاعده مقتضی و مانع، احتمال (مانع مذکور) نمی‌تواند مانع تأثیر مقتضی (نافذ بودن قراردادهای خصوصی) گردد.

اقسام شک در مقتضی

موارد شک در مقتضی عبارتست از: ۱. اصل اقتضا مورد شک باشد، مانند این که حکم، فوری باشد؛ ۲. مقدار اقتضا مورد شک باشد؛ شک در این باشد که آیا آن مقدار اقتضایی که ثابت است، تمام شده است، یا خیر؟ ۴. شک در وجود بردارنده و زاینده‌ای که باطل کنندگی آن روشن است، نسبت به شبهه موضوعه: مثل این که یقین به نکاح و در نتیجه حلیت وجود دارد، لکن شک در این است که آیا انحلال یا فسخ و مانند آن که به طور قطع از بین برنده نکاح و حلیت هستند، پدید آمده است یا نه؟ که استصحاب در این فرض حجت است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴/۴۴۹)؛ ۵. فرض بالا: نسبت به شبهه حکمی، مثل این که شک در پدید آمدن نسخ شود که از بین برنده قطعی نسبت به شبهه حکمی است، که تنها نسبت به نسخ فرض دارد و اجماع این است که: اصل بر، عدم وقوع نسخ است و در نتیجه، حکم به بقاء می‌شود؛ ۶. شک در بردارنده و زاینده بودن آنچه که وجود دارد: منشأ شک: آنچه که بر آن، استصحاب جاری شده و وجود آن یقینی است، (مستصحب متیقن الوجود) دو احتمال در آن وجود دارد (تسخیری، ۱۴۲۵: ۱/۳۳۹)؛ ۷. شک در بردارنده آنچه که وجود دارد، از آن جهت که معلوم نیست؛ بردارنده است، یا نه؟ ۸. شک در بردارنده و زاینده موجود، به خاطر شبهه مصداقیه (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱/۲۳)؛ ۹. شک به خاطر شبهه مفهومی (فرجی، ۱۳۸۵: ۱۱۸).

اصولیان بین مقتضی و در بردارنده و برطرف‌کننده فرق گذاشته و استصحاب را در مواردی که شک در مقتضی راه یافته، به هر سه قسم آن، حجت نمی‌دانند، اما در مواردی که

شک در بردارنده و زاینده راه یافته، استصحاب را مطلقاً حجت می‌داند، چه اقتضای بقاء، از دلیل خود حکم، و چه از خارج ثابت شده باشد (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱/۲۵).

محقق سبزواری، در خصوص شک در وجود بردارنده و زاینده، استصحاب را حجت می‌داند (طوسی، ۱۴۰۱: ۲/۲۴۸). محقق خوانساری هم در شک در وجود بردارنده و بردارندگی و برطرف کننده بودن موجود، حکم به حجیت استصحاب کرده است، شیخ انصاری و محقق حلی همه مواردی که شک در بردارنده، خواه مقتضی بقا در ذات آنچه استصحاب در آن جاری شده (مستصحب) باشد یا به دلیل حکم و یا از خارج ثابت شده باشد و خواه شک در وجود بردارنده شود، یا شک در بردارنده موجود باشد استصحاب را حجت می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۳۲۸). شیخ انصاری به پیروی از محقق خوانساری دیدگاه تفصیل بین شک در مقتضی و در بردارنده و زاینده را پذیرفته (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۴/۳۲۴؛ واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۱۰).

اقسام شک در رافع

شک در رافع به دو نوع تقسیم می‌شود: شک در وجود رافع مانند طلاق احتمالی در عقد نکاح و تردید در به وجود آمدن یکی از اسباب سقوط تعهد در موردی که تعهدی به وجود آمده باشد. (حائری، ۱۳۲۷ق، ۲) و دوم شک در رافعیت موجود مانند اینکه طلاق واقع شده است ولی تردید داشته باشیم که طلاق واقع شده، واجد شرائط لازم بوده است یا خیر؟ مثلاً بین زن و شوهر اختلاف افتاده است که آیا طلاق در طهر واقعه انجام گرفته یا در طهر غیر واقعه که در صورت اول طلاق باطل و بی‌اثر و در صورت دوم صحیح می‌باشد. یا اینکه تردید کنیم تلف مورد معامله پس از قبض موجب سقوط خیار است یا خیر؟ (محمدی، ۱۳۶۶ش، ۳۲۹) شک در رافعیت موجود سه قسم است:

الف) موردی که منشأ شک این است که مستصحب مردد بین چیزی است که آن شیء خارجی موجود، نسبت به آن رافعیت دارد و رافع آن است و بین چیزی که آن شیء خارجی موجود، رافع آن نیست (صدر، ۱۳۷۵: ۴/۶۴) مثال این مورد مانند آن است که مکلف می‌داند در ظهر روز جمعه ذمه او به یک نمازی مشغول شده است ولی نمی‌داند که آیا این نماز، نماز

جمعه است یا نماز ظهر؟ پس اگر مثلاً نماز ظهر را به جا آورد در این صورت به ناچار مرد می‌شود که آیا این نماز موجود که از طرف او انجام شده است آیا نسبت به اشتغال ذمه او به تکلیف مذکور رافعییت دارد و اشتغال ذمه او را از بین برده است یا اینکه رافع اشتغال ذمه او نیست؟ در این مثال مستصحب مرد بین نماز ظهر و جمعه است (کوثرانی، ۱۴۱۴: ۱/۱۵۶).

ب) موردی که منشأ شک به خاطر جهل به خصوصیت آن امر موجود است که نمی‌دانیم آیا از نظر شارع استقلالاً رافعییت دارد و رافع مستقلاً در شرع محسوب می‌شود یا خیر؟ مانند اینکه در مورد شرط فاسد شک کنیم که آیا می‌تواند مستقلاً عقد را فاسد کند یا خیر؟ با وجود اینکه می‌دانیم شرط فاسد، مصداق جهل به عوضین که قطعاً رافع عقد است؛ نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۳: ۴/۱۸۵).

ج) موردی که شک به خاطر جهل به خصوصیت آن امر موجود است از این لحاظ که نمی‌دانیم آیا این امر موجود، مصداق آن رافع شرعی که مفهوم آن معلوم است می‌باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر در مصداق رافع شک داریم مثال این مورد اول مانند آن است که در مکانی نماز خوانده ایم و بعد از فارغ شدن از نماز شک بوجود می‌آید که این مکان غصبی است و مانع صحت نماز می‌باشد؟ یا غصبی نیست و مانع نماز نمی‌باشد؟ با وجود اینکه مفهوم غصب و عدم آن و همچنین حکم آن دو برای ما معلوم و روشن است، نوع دیگر آن این است که منشأ شک به خاطر جهل به آن امر موجود است از لحاظ اینکه نمی‌دانیم آیا این امر موجود مصداق آن رافع که مفهوم آن معلوم نیست می‌باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر جهل به مصداق بودن این امر موجود برای رافع، ناشی از جهل به مفهوم رافع می‌باشد مثال این مورد مانند آن است که در مورد خوابی که پیش آمده است شک می‌کنیم آیا بر گوش و چشم غالب بوده است که در نتیجه رافع وضو است؟ یا اینکه فقط بر چشم غالب بوده است؟ با وجود اینکه می‌دانیم خواب ناقض وضو است اما نسبت به مفهوم خوابی که ناقض است جهل داریم از لحاظ اینکه آیا شامل خوابی می‌شود که فقط بر چشم غالب می‌شود یا شامل چنین خوابی نمی‌شود (کوثرانی، ۱۴۱۴: ۱/۱۵۸). به عقیده شیخ انصاری در تمامی این اقسام، استصحاب جاری می‌شود، و فرقی نمی‌کند که شک در وجود رافع باشد یا اینکه در رافعییت موجود با اقسام سه گانه آن شک شود، بر خلاف محقق سبزواری که استصحاب را تنها در

صورت شک در وجود رافع معتبر دانسته است. اما در مورد شک در رافعیّت موجود آن را معتبر نمی‌داند (خوانساری، ۱۳۸۳: ۱/۱۷۶؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۳۴۷).

واکاوی حجیت استصحاب در شک در مقتضی

اصولیان در مورد اینکه آیا استصحاب در هنگام شک در مقتضی جریان دارد یا خیر؟ دو دیدگاه مختلف دارند:

دیدگاه اول: شماری چون شیخ انصاری و میرزای نائینی، استصحاب را در شک در مقتضی معتبر ندانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۳۲۸؛ کاظمی خراسانی، ۱۳۷۳: ۴/۳۷۷).

دیدگاه دوم: آخوند خراسانی و آقاضیاء الدین عراقی، استصحاب را با استناد به بنای عقلا، حکم عقل، اجماع و اخبار در باب شک در مقتضی و مانع مطلقاً حجت دانسته‌اند (خراسانی، ۱۳۶۶: ۲/۲۸۵؛ عراقی، ۱۳۰۵: ۴/۷۶) لذا به مهم‌ترین ادله که روایات می‌باشد؛ بسنده می‌شود:

۱. مهم‌ترین روایت، صحیح زراره در مورد وضو است. چنانچه شخصی که وضو دارد؛ بخوابد و سپس شک کند که آیا وضو دارد یا خیر؟ امام باقر علیه السلام در جواب می‌فرماید: «فَأَنَّهُ عَلَى يَقِينٍ مِنْ وَضُوئِهِ وَلَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ أَبَدًا وَ لَكِنَّهُ يَنْقُضُهُ بِيقينٍ آخِرٍ» (طوسی، ۱۴۰۱: ۸/۱؛ طوسی، ۱۴۰۶: ۸۰/۱)

نقد: در این روایت اضممار وجود دارد.

پاسخ: این اضممار به روایت مذکور ضرری وارد نمی‌کند. چون زراره فقط از امام علیه السلام روایت نقل می‌کند، احتمال دارد که اضممار در روایت به دلیل تقطیع باشد (زیرا روای نام امام علیه السلام را در صدر روایت ذکر کرده ولی در سایر سوال‌ها از ضمیر استفاده کرده و بعدها در کتب حدیثی روایت تقطیع شده و هربخش آن در محل مناسب قرار داده شده است.

در این روایت همه روایات موثق‌اند و این کفایت می‌نماید، به اضافه این که شواهد دیگری نیز دال بر اعتبار و صحت آن وجود دارد (حکیم، ۱۴۰۸: ۲/۴۰۰).

چون روایت در مقام تعلیل است و اشاره به یک قضیه مرتکز دارد از جمله «ولا تنقض اليقين بالشك ابداً» افاده عموم می‌نماید و اختصاص به باب وضو ندارد، از نظر میرزای نائینی باید از

متعلق یقین الغای خصوصیت شود چرا که جمله جزا «فانه علی یقین من وضوئه» قضیه شخصیه نیست و اضافه یقین به وضو، در حکم دخالت ندارد (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹: ۴/۳۷۷).

شیخ انصاری در این راستا بیان می‌دارد: از دیدگاه اصولیان گذشته این روایت دلالت بر حجیت استصحاب به طور مطلق دارد، حتی اگر شک در مقتضی باشد ولی این استدلال مخدوش است، چنانچه محقق خوانساری بر آن اشکال گرفته است.

شیخ بر این عقیده است که نقض به معنای شکستن امری محکم است، اما چون در این مورد یقینی وجود ندارد پس اسناد نقض به معنای حقیقی نیست بلکه متعلق نقض، متیقن است نه یقین و به معنای رفع ید از امر ثابت است، یعنی امری که قابلیت بقا دارد نه رفع ید از هر امری، پس روایت دلالت بر حجیت استصحاب در شک در مقتضی ندارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۳۲۶).

نقد: البته می‌توان این گونه بر کلام شیخ انصاری اشکال وارد نمود که در استصحاب عدم نسخ در حکم شرعی که شک در آن از نوع شک در مقتضی است استصحاب جاری می‌شود زیرا از ابتدا محرز نشده که آیا این حکم استمرار دارد یا به غایتی محدود است، زیرا نسخ در حقیقت پایان زمان حکم است. چرا که در غیر این صورت بداء لازم می‌آید که در حق خداوند محال است (واعظ حسینی، ۱۴۰۸: ۳/۲۸).

آخوند خراسانی معتقد است نقض از دو جهت قابلیت بررسی دارد:

۱. از جهت ماده: نقض به معنای زایل نمودن امر محکم است و یقین نیز امری محکم است، پس اسناد نقض به نفس یقین است نه به متیقنی که مقتضی بقاء دارد. بنابراین اگر اسناد نقض به نفس چیزی که مقتضی بقا دارد صحیح باشد باید اسناد نقض به حجر در جمله «نقضت الحجر عن مکانه» نیز صحیح باشد، لکن چنین نیست.

۲. از جهت هیأت: هیأت نهی اطلاق دارد و شامل مقتضی و رافع می‌شود، لذا نقض حقیقی امکان ندارد، زیرا غیر قابل نهی است و در اختیار مکلف نیست، از این جهت تفاوتی میان اسناد نقض به نفس یقین و به متیقن نیست و هر دو از اختیار مکلف خارج است، پس متیقن به حقیقت نزدیک‌تر نیست، این در حالی است که اطلاق مؤید عدم تفاوت میان مقتضی و رافع است (خراسانی، ۱۳۶۶: ۲/۲۸۵؛ خمینی، ۱۳۸۰: ۱/۶۸). امام خمینی بر این عقیده است که صحیحه زاره شامل شک در مقتضی نیز می‌شود زیرا نقض در برابر ابرام است (خمینی، ۱۳۸۵: ۹۴).

همچنان که شمار کثیری از اصولیان بر این عقیده‌اند نقض، ضد ابرام است، لذا اسناد نقض به یقین صحیح است (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۴/۴۳؛ اصفهانی، ۱۴۰۸: ۵/۴۹؛ تهرانی، ۱۳۲۰: ۲۲۸؛ حائری یزدی، ۱۳۶۱: ۲/۱۶۱).

به عقیده میرزای نائینی نقض یقین توسط شک هنگامی صحیح است که زمان شک، زمان متعلق یقین باشد در حالی که باید متیقن از نظر زمان، قابلیت بقا داشته باشد تا از ابتدا به زمان مشخصی محدود نباشد، چرا که در غیر این صورت، پس از این زمان متیقن مشکوک‌الوجود خواهد بود و در نتیجه دست برداشتن از آثار وجود متیقن، نقض یقین توسط شک نیست، زیرا در یقین باید آثار متیقن پس از این زمان جاری شود، پس چگونه دست برداشتن از آثار نقض یقین توسط شک است (کازمی خراسانی، ۱۴۰۹: ۴/۳۷۷)، ولی استناد نقض به خود یقین است که مسئله‌ای است قطعی و با ثبات که اسناد نقض به آن صحیح است، هرچند متعلق آن قابلیت بقا و استمرار نداشته باشد و روشن است که فرض ابرام در منقوض، به فرض ثبات در متعلق یقین نیاز ندارد تا حرمت نقض، به شک در رافع اختصاص یابد صحیح نیست، که از یقین متیقن اراده شود، چون مستلزم مجاز در کلمه یا حذف مضاف می‌شود و تا استعمال حقیقی امکان‌پذیر باشد نوبت به مجاز نمی‌رسد.

تقدیر مضاف نیز اشتباه است به همین دلیل ضیاء‌الدین عراقی معتقد است این خبر عمومیت دارد و شامل شک در مقتضی و رافع می‌شود، زیرا اگر نقض، به خود یقین استناد داده شود؛ دیگر برای اسناد نقض به آن احتیاج نیست که متیقن قابلیت بقا و استمرار داشته باشد (بروجردی نجفی، ۱۴۱۱: ۴/۷۷).

واکاوی حجیت استصحاب در شک در رافع

در این راستا نیز روایاتی موجود است که بر حجیت استصحاب در شک در رافع دلالت دارد:

الف) صحیح زاره: «لَا تَنْقُضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ» (طوسی، ۱۴۰۱: ۸/۱).

در مورد این که روایت ناظر به قاعده استصحاب یا قاعده مقتضی و مانع و یا قاعده یقین، می‌باشد؛ از نظر شیخ انصاری، دلالت بر قاعده مقتضی و مانع دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۵۶۶). اما این حدیث از لحاظ سندی و دلالتی قابل بررسی می‌باشد (طوسی، ۱۴۰۱: ۸/۱).

این روایت نیز از لحاظ سندی مخدوش است چرا که مضمومه است، ولی چون شخصی مانند زراره با عظمت علمی و اخلاقی که دارد فقط از امام علیه السلام روایت نقل می‌نماید، لذا اضممار این حدیث، مشکلی برای استدلال پیش نمی‌آورد.

از نظر دلالتی: آیا می‌توان گفت این روایت دلالت بر حجیت استصحاب در شک در رافع که مختار شیخ انصاری است دارد یا خیر؟ شیخ انصاری بیان می‌دارد: در مورد معنای روایت سه احتمال وجود دارد که به حسب احتمال اول: معتبر بودن قانون کلی استصحاب در شک در رافع در کل ابواب فقه ثابت می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۵۶۶). بر اساس این احتمال برای جمله «و الا» که حاوی این شرطیه و فعل شرط به قرینه ماقبل اش است «وإن لم یَتَیَقَّنْ أَنَّهُ قَدْ نَامَ» جزای شرط در تقدیر می‌گیریم که معنای عبارت این گونه می‌شود «وإن لم یَتَیَقَّنْ أَنَّهُ قَدْ نَامَ فَلَا یَجِبُ عَلَیْهِ الْوُضُوءُ»؛ لذا این حکم شرعی نتیجه جریان استصحاب در شک در رافع و جمله بعدی امام علیه السلام به عنوان یک قیاس متشکل از صغری (جمله اولی) و کبری (جمله ثانیه) که در کل بیانگر اصل استصحاب است.

نکات روایی عبارت است از بحث فقه الحدیث؛ چرا امام شک در بقا را ناقض یقین به حدوث به حساب می‌آورد؟ با آنکه متعلق شک غیر از متعلق یقین است و شک نمی‌تواند ناقض یقین باشد؟ جواب: از لحاظ عرفی زمان قابل الغا است و حدوث و بقای شی دو چیز مجزا ملاحظه نمی‌شود بدین ترتیب متعلق واحد به حساب می‌آید و شک ناقض یقین خواهد بود (صدر، ۱۳۷۵: ۳/۱۳۵).

بحث دیگر آنکه در روایت فوق یقین به وضو تعلق گرفته و وضو مقتضی طهارت است و شک در حدوث خواب، و به طور کلی خواب رافع طهارت است پس مقتضی معلوم و مانع مشکوک است و به قاعده مقتضی و مانع تطبیق می‌شود.

دو جمله «فانه علی یقین من وضوئه و لا تنقض الیقین بالشک» به عنوان جزای شرط است، اما این احتمال یک اشکال دارد و آن اینکه ظاهر این جمله خبریه است اما امام علیه السلام در مقام بیان حکم شرعی است نه خبر از گذشته. بنابراین باید جمله را به فعل امر تأویل نمود که این مسئله مخالف با قواعد علم اصول است، بنابراین در این شرایط چون جزای شرط تابع فعل شرط است و فعل شرط درباره وضو است، بنابراین جزا هم مفید استصحاب به

عنوان یک قانون تعبدی در خصوص وضو است و لذا (ال) در یقین، عهد ذکری است و البته این ادعای شیخ انصاری را ثابت نمی‌کند (حلی، ۱۴۰۴: ۱/۲۵۰).

احتمال دیگر: جمله «وَلَا تَقْضُ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ» جزای شرط است و جمله «فانه علی یقین من وضوئه» از باب (مقدمه) بین شرط و جزای جدایی انداخته است در این صورت نیز جزا تابع شرط و (ال) یقین عهد ذکری است که باز هم ادعای شیخ ثابت نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۱: ۱/۴۲۱).

ب) صحیحه دوم زراره: «قُلْتُ: فَإِنْ ظَنَنْتُ أَنَّهُ أَصَابَهُ وَ لَمْ أَتَيْقِنَ ذَلِكَ فَتَظَرْتُ وَ لَمْ أَرِ شَيْئاً فَصَلَيْتُ فِيهِ فَرَأَيْتُ مَا فِيهِ؟ قَالَ تَغَسَّلَهُ وَ لَا تُعِيدُ الصَّلَاةَ قُلْتُ: لَمْ ذَلِكَ؟ قَالَ: لِأَنَّكَ كُنْتَ عَلَى يَقِينٍ مِنْ طَهَارَتِكَ فَشَكَّكَتَ وَ لَيْسَ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَقْضِيَ الْيَقِينَ بِالشَّكِّ أَبَدًا» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۲/۱۰۰۶).

شیخ انصاری ابراز می‌دارد: به شرطی این روایت بر حجیت استصحاب در شک در رافع ناظر است که منظور زراره این باشد، خونی که پس از نماز دیده است، احتمال دارد همان خون قبل از نماز باشد و احتمال دارد پس از شروع نماز و یا حتی بعد از نماز، خون جدیدی به لباس اصابت کرده باشد، شیخ انصاری بر این نظر است که فحوای قسمت پایانی روایت ناظر بر حجیت استصحاب در شک در رافع است.

در این خصوص روایت‌های دیگری نیز از جمله «صحیحه سوم زراره، موثقه عمار، حدیث خصال از محمد بن مسلم، و مکاتبه علی بن محمد القاسانی» وجود دارد که به دلیل دلالت نداشتن آنها بر اعتبار استصحاب در شک در رافع از بیان آنها بی‌نیاز هستیم (کلینی، ۱۳۷۲: ۳/۳۵۲؛ طوسی، ۱۴۰۱: ۲/۳۴۹؛ صدوق، ۱۳۷۷: ۶۱۹؛ مفید، ۱۴۱۳: ۱۵۹).

شیخ انصاری در نتیجه‌گیری کلی ابراز می‌دارد: از مجموع روایات با وجود همه اشکالات وارد بر آنها فقط صحیحه اول و دوم دلالت بر حجیت استصحاب در شک در رافع دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۵۶۶).

نتیجه

۱. "مقتضی و مانع" به عنوان یک قاعده اصولی نقش به‌سزایی در مباحث فقهی و حقوقی ایفا می‌نماید.

۲. با استناد به قاعده مقتضی و مانع، چنانچه در پیدایش اثری یقین داشته باشیم، ولی احتمال مسئله دیگری نیز وجود داشته باشد که از تأثیر آن جلوگیری کند؛ حکم به تأثیر مقتضی و عدم وجود مانع می‌نماییم.
۳. با توجه به اینکه قاعده مقتضی و مانع به اشکال متعدد، تحت عنوان «مقتضی موجود و مانع مفقود» در مباحث اصولی، فقهی و حقوقی مطرح گردیده چنانچه وجود مقتضی احراز گردد و مانعی نیز اثبات نشده باشد؛ می‌توان با استناد به مقتضی به آن عمل نمود.
۴. تعبیر «مقتضی موجود و مانع مفقود» که در منابع اصولیان بسیار به چشم می‌خورد مسامحتاً در نظر گرفته می‌شود، چرا که عبارت مذکور گویای قطعیت یافتن به عدم وجود مانع است در صورتی که این قطعیت خارج از علم انسان است. بنابراین، فحوای تعبیر فوق طبق صحیح‌ترین اقوال حاکی از آن است که مقتضی احراز شده است اما وجود مانع هنوز احراز نشده است.
۵. قائلین به صحت این قاعده معتقدند؛ وقتی که به وجود مقتضی (با کسر ضاد) یقین شود باید بنا را بر تحقق یافتن مقتضی (با فتح ضاد) گذاشت و همین امر کفایت می‌کند؛ بدون اینکه به احراز عدم مانع از تأثیر مقتضی نیاز باشد؛ یعنی صرف احراز نمودن مقتضی برای مترتب ساختن آثار مقتضای آن کفایت می‌کند.
۶. بسیاری از فقیهان و حقوق‌دانان در برخی از تحلیل‌های فقهی-حقوقی خویش، به قاعده مقتضی و مانع و به خصوص تعبیر «مقتضی موجود و مانع مفقود» استناد نموده‌اند، از جمله حقوق‌دانان در تفسیر ماده ۱۰ قانون مدنی به قاعده مذکور استناد نموده‌اند چنان‌که در این ماده آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»؛ نحوه تطبیق نیز این‌گونه است که مقتضی نافذ بودن قراردادهای خصوصی موجود است و مانع احتمالی یعنی نافذ نبودن قراردادها به علت مخالفت با نص صریح قانون هنوز اثبات و احراز نشده است، که در اینجا با استناد به قاعده مقتضی و مانع می‌گوییم: احتمال مانع مذکور نمی‌تواند مانع تأثیر مقتضی (نافذ بودن قراردادهای خصوصی) گردد.

کتابنامه

-
- آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه بر فرائد الاصول. قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۱۳ق.
- _____، کفایه الاصول، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۶ق.
- آشتیانی، محمدحسن، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، منشورات مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق.
- ابوزهره، محمد، اصول الفقه، بیروت، دار الفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۲ق.
- اصفهانی، سید ابوالحسن، منتهی الوصول الی غوامض کفایه الاصول. تهران، چاپخانه فردوسی، ۱۳۷۶.
- اصفهانی، شیخ محمدحسین، الفصول الغریبه، چاپ اول تهران، چاپ سنگی، ۱۴۰۱ق.
- _____، بحوث فی الاصول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- _____، نهاییه الدراية فی شرح الکفایه، بیروت، آل البيت لاحیا التراث، چاپ سوم، ۱۴۰۸ق.
- امامی، دکتر حسن، حقوق مدنی. تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۸.
- انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول (رسائل)، چاپ اول قم، زاهدی، ۱۴۱۵ق.
- _____، مطارح الانظار. چاپ اول قم، مؤسسه آل البيت، ۱۲۸۱ق.
- بروجردی نجفی، محمدتقی، نهاییه الافکار، (تقریرات آقا ضیاءالدين عراقی)، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- تسخیری، محمدعلی، القواعد الاصولية و الفقهية علی مذهب الامامية، تهران، نشرالمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب اسلامیه، ۱۴۲۵ق.
- تهانوی، محمدعلی بن علی، کشف اصطلاحات الفنون، تهران، انتشارات خیام، بی تا.
- تهرانی، محمدهادی، محجة العلماء. (تعلیق بر فرائد الاصول)، تهران، دار الخلافه، ۱۳۲۰ق.
- جبعی عاملی، حسن بن زین الدین، معالم الدين و ملاذ المجتهدين، بیروت، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۷۸ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ارث، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵.
- _____، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.

- _____، دانشنامه حقوقی، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
- _____، دایرة المعارف علوم اسلامی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۱.
- _____، رهن و صلح، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۱.
- _____، فن استدلال، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
- _____، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰.
- حائری، عبدالرحیم، الفصول الغروية فی الأصول الفقهية. قم، دارالاحیاء العلوم الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۲۷ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- حسینی، سید محمد، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، تهران، انتشارات سروش، ۱۳۸۲.
- حکیم، محمدتقی، الاصول العامة للفقہ المقارن، بیروت، دار الاندلس، ۱۹۶۳.
- حیدری، سید علی نقی، اصول الاستنباط، قم، مکتبه المفید، چاپ سوم، ۱۴۱۰ق.
- سبزواری، محمدباقر، کفایة الاحکام، تهران، افست، ۱۲۶۰ق.
- سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، الاشباه و النظائر فی الفروع، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.
- شهید صدر، سید محمدباقر، علم الاصول. چاپ دوم، قم، مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۱۲ق.
- _____، قواعد کلی استنباط، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵ق.
- شیخ صدوق، ابوجعفر، الخصال، نجف، انتشارات حیدری، ۱۳۹۱ق.
- _____، المقنع مع الهدایه و مجالس الامامی، تهران، انتشارات جهان، چاپ دوم، ۱۳۷۷ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۶ق.
- _____، تهذیب الاحکام، بیروت، انتشارات دار الصفوه، ۱۴۰۱ق.
- عاملی، سید محمد بن علی، مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، چاپ سنگی، بی تا.
- العجم، دکتر رفیق، موسوعه مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین، بیروت، نشر کتبه لبنان ناشرون، ۱۴۲۰ق.

- عراقی، محمود، **قوامع الفضول**، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۰۵ق.
- علامه حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر، **تحریر الاحکام**، قم، مؤسسه آل‌البتیت، چاپ دوم، ۱۴۱۲ق.
- _____، **قواعد الاحکام**، قم، انتشارات رضی، ۱۴۰۴ق.
- _____، **مبادئ الوصول الى علم الاصول**، قم، مکتب اعلام اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- غروی نائینی، محمدحسین بن عبدالرحیم، **منية الطالب في حاشیه المکاسب**، تهران، مطبعه حیدریه، ۱۳۷۳ق.
- غزالی، زین‌الدین ابوحامد محمد، **المستصفی من علم الاصول**، مصر، مطبعه الامیریه، ۱۳۲۲ق.
- فیض، علیرضا، **مبادئ فقه و اصول**، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دهم، ۱۳۷۹.
- قمی، ابوالقاسم (میرزای قمی)، **قوانین الاصول**، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۱ق.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی، **التقریرات**، قم، مکتبه المصطفوی، چاپ دوم، ۱۳۷۳ق.
- _____، **فوائد الاصول**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- کرکی، علی (محقق ثانی)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، قم، مؤسسه آل‌البتیت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- کوثرانی، شیخ محمود، **الاستصحاب في الشریعه الاسلامیه المذاهب الثمانیه**، بیروت، انتشارات دارالصفوه، ۱۴۱۴ق.
- گرگی، ابوالقاسم، **تاریخ فقه و فقهاء**، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن بن یحیی، **معارج الاصول**، قم، مؤسسه آل‌البتیت، ۱۳۶۲ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، **مباحثی از اصول فقه**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۸.
- محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۶.
- مظفر، محمدرضا، **اصول الفقه**، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۲ق.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، **القواعد الفقهیه**، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۳ق.
- _____، **منتهی الاصول**، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۱۵ق.
- موسوی خمینی، روح‌الله، **الاستصحاب**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
- _____، **الرسائل**، تهران، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.

_____، مناهج الوصول الى علم الاصول. تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، چاپ دوم، ۱۳۸۰.

موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، تهذیب الاصول، بیروت، الدارالاسلامیه، ۱۴۰۶ق.

مؤمنی، عابدین، اصول عملیه در نگاه شیخ انصاری و امام خمینی، تهران، نشر عروج، ۱۳۸۳.

نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۱ق.

واعظ حسینی بهسودی، محمدسرور، «مصباح الاصول». قم، مکتبه الداوری، ۱۴۰۸ق.

