

## تحلیل دوران‌های مختلف بین اجزای علت تامه نهادهای فقهی و حقوقی

احمد احسانی فر<sup>۱</sup>

### چکیده

نهادهای فقهی و حقوقی، معلول علل خاص خود هستند؛ که علت تامه این نهادها مشتمل بر سه جزء است: سبب، شرط و عدم مانع. از انضمام اسباب و شرایط و ارتفاع موانع، اطمینان به حدوث نهاد ایجاد می‌شود. برای تشخیص اجزاء علت تامه نهاد، رجوع به ادله مشرّع آن نهاد، کارایی لازم و کافی برای شناسایی سبب و شرط و مانع را دارد. اما گاهی در تشخیص اجزاء علت نهاد، تردید رخ می‌دهد و تمییز سه رکن سبب، شرط و مانع را با دشواری مواجه می‌سازد و دوران بین اجزاء علت حدوث نهاد رخ می‌دهد. از آنجا که نقش و اثر هر یک از اجزای علت تامه در حدوث نهاد متفاوت است؛ باید این دوران را به نحوی مدیریت کرد که بتوان تشخیص و تمییز اجزاء علت را مستند به مبانی و ادله فقهی و اصولی نمود. در مقاله پیش رو اقسام دوران‌های بین اجزای علت تامه نهادهای فقهی و حقوقی و روش مدیریت آن‌ها و شیوه تمییز آن‌ها از یکدیگر بر مبنای ادله فقهی و حقوقی و ضوابط اصولی و مواد قانونی مورد بررسی قرار می‌گیرد. و در نهایت، روش مناسبی برای این تشخیص و تمییز معرفی می‌گردد.

واژگان کلیدی: سبب، شرط، مانع، مقتضی، دوران.

۱. پژوهش‌گر مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، Ehsanifarahmad@gmail.com

## مقدمه

از آنجا در عالم اعتباریات حقوقی با نهادهای گوناگونی مواجهیم. اعمال و وقایع حقوقی دو دسته بزرگ از این نهادها هستند. نهادهای حقوقی به مثابه پدیده‌های حقوقی دارای آثار اعتباری هستند و خود، معلول سلسله‌ای از علل هستند که با پیوستن آن‌ها به یکدیگر علت تامه برای تشکیل این پدیده‌ها به وجود می‌آید. علت تامه پدیده‌های حقوقی، همانند علت تامه پدیده‌های تکوینی از ترکیب سه جزء سبب، شرط و عدم مانع بوجود می‌آید. (احسانی فر، ۱۳۹۵ش، ص ۸۸)

سبب، سازنده و خالق اصلی پدیده است. بین سبب و پدیده حقوقی تناسب ذاتی و عرفی برقرار است. به عنوان مثال، طبق بند اول ماده ۱۹۱ قانون مدنی، قصد انشاء، سبب ایجاد عقد است. نسبت شرط با معلول زمینه‌سازی و بسترآفرینی است؛ یعنی شرط زمینه و بستر را فراهم می‌کند تا سبب در این بستر بنشیند و به پدیدآوری معلول حقوقی مشغول گردد؛ بسان مبرز اراده که طبق بند دوم ماده ۱۹۱ قانون مدنی، شرط ایجاد عقد می‌باشد. عدم مانع نیز در اصل ایجاد معلول هیچ مداخلیتی ندارد؛ بلکه معلول با به وجود آمدن سبب و شرط پدیدار می‌گردد. نقش مانع، آن است که وجودش مضاد و مبین با وجود معلول است؛ بدین معنا که اگر وجود مانع قطعی و محرز گردد، وجود معلول منتفی می‌گردد و با شک در وجود مانع، معلول با احراز سبب و شرط حادث می‌شود. این مطلب در فقه و اصول با عنوان قاعده «مقتضی و مانع» مشهور است. به عنوان مثال جهت نامشروع، مانع ایجاد عقد می‌باشد (احسانی فر، ۱۳۹۵ش، ص ۱۵۲-۱۵۵). از ترکیب سبب و شرط، مقتضی به وجود می‌آید (تبریزی، ۱۳۶۹ش، ص ۵۶۷؛ بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲).

معلول اگر نسبت به سبب سنجیده شود، عنوان مسبب می‌گیرد و اگر نسبت به شرط مورد لحاظ قرار گیرد، عنوان مشروط می‌یابد و اگر نسبت به مانع ملاحظه شود، عنوان ممنوع دارد و اگر نسبت به مقتضی سنجش شود به مقتضا ملقب می‌گردد. (احسانی فر، ۱۳۹۵، ص ۸۹) پس تفاوت ماهوی بین الفاظ مسبب و مشروط و ممنوع و مقتضا وجود

ندارد و همگی به معنای معلول اشعار دارند. همان‌طور که گفتیم نقش و جایگاه و کارکرد و تأثیر هر یک از اجزای علت تامه در حدوث معلول حقوقی با جزء دیگر متفاوت است. تشخیص این که کدام عنصر، سبب و کدام یک شرط و کدام مانع است؛ گاه با دقتی اجمالی و بدون اشکال، منجز می‌شود و گاه با اختلاف بین عالمان و تردید و ابهام مواجه می‌گردد که از آن به «دوران بین اجزای علت تامه» یاد می‌شود.

روش مدیریت این دوران در کتب حقوقی مورد عنایت و استقبال واقع نشده است. نمای کلی بحث بدین صورت است که گاه در تعیین یک جزء به عنوان سبب، شرط یا مانع تردید رخ می‌دهد. سه حالت دوران در این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت که بعضی موارد حالت اول و دوم با یکدیگر هم‌پوشانی دارند. دوران بین مقتضی و عدم مانع، دوران بین شرط و عدم مانع و دوران بین سبب و شرط، حالاتی هستند که در این مقاله مورد تدقیق قرار می‌گیرند. علت این که بعضی موارد حالت اول و دوم هم‌پوشانی دارند، آن است که مقتضی، اعم از شرط و سبب می‌باشد. در حقیقت حالت دوم، فرد و مصداقی از حالت اول است که به دلیل اهمیت وافر آن، ضمن یک حالت مستقل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱. دوران بین عدم مقتضی و وجود مانع

گاه اتفاق می‌افتد که در بعضی مصادیق، عده‌ای گویند که در این جا مقتضی محرز نشده است، نه این که شک در مانع وجود داشته باشد؛ عده‌ای دیگر در همین مصادیق اعتقاد دارند که مقتضی کامل شده است و آن چه در آن تردید وجود دارد، مانع است نه مقتضی. این جاست که بحث دوران بین عدم مقتضی و وجود مانع مطرح می‌گردد. یک سر این دوران، شک در عدم مقتضی است و سر دیگر آن شک در وجود مانع است. در یک مصداق مشخص بین عدم مقتضی و وجود مانع تردید رخ می‌دهد (احسانی فر، ۱۳۹۵ش، ص ۱۶۱ و ۱۶۲).

بعضی از فقها در این دوران، تعلیل به انتفای مقتضی را مقدم و مرجح بر تعلیل به وجود مانع دانسته‌اند (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۰۹). استدلال این گروه آن است که انتفای مقتضی موافق با اصل است (اصل عدم وجود مقتضی)، اما وجود مانع مخالف

اصل می‌باشد (اصل عدم وجود مانع). این عده فروعات زیادی را بر این دوران مترتب می‌دانند که یکی از آن‌ها معاملات صغیر ممیز می‌باشد.

نقص معاملات صغیر ممیز را می‌توان با دو علت بیان نمود. علت نخست آن که معاملات صغیر ممیز اقتضای صحت ندارند؛ زیرا اهلیت، مقتضی تصرف در مال غیر می‌باشد. علت دوم آن که مشکل معاملات صغیر ممیز، نه از زاویه انتفای مقتضی است، بلکه از لحاظ وجود مانع است. مانع عبارت است از تصرف مستقل صغیر ممیز، بدون اذن ولی. اما فایده انتخاب یکی از دو قول در این مطلب بروز می‌یابد که اگر ولی معامله صغیر را اجازه دهد؛ طبق قول اول عقد تصحیح نمی‌شود و طبق قول دوم عقد تصحیح می‌گردد. زیرا طبق قول اول، عقد مقتضی صحت را دارا نیست. بدین سان اذن ولی در صحت عقد تأثیری ندارد. اما طبق قول دوم، عقد واجد مقتضی است و تنها یک مانع دارد و آن مانع نیز تصرف مستقل صغیر است که با اذن ولی، مانع نیز مرتفع می‌شود. (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۱۰)

بعضی از نخبگان اصولی به خوبی به تفاوت اثر عدم مقتضی و وجود مانع دقت داشته‌اند و به گونه‌ای قلم زده‌اند که کسی نمی‌تواند تردد بین عدم مقتضی و وجود مانع را به آنان نسبت دهد؛ بلکه صراحت یا ظهور کلامشان دلالت بر آن دارد که یکی از نظریات را برگزیده‌اند؛ یا عدم مقتضی را و یا وجود مانع را.

نمونه این قلم دقیق را در کتاب «کفایه الاصول» می‌توان ملاحظه کرد که صاحب این کتاب می‌نویسد: «شکی نیست که اماره غیر علم آور بسان قطع نیست که حجیت از لوازم و از مقتضیات آن باشد». (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۵) نتیجه آن چه که در این قسمت افاده شده است آن است که اماره غیر علمی، نه بسان قطع، علت تامه برای حجیت است، و نه مقتضی برای حجیت می‌باشد. زیرا کاشف تام از واقع نیست، بلکه حجیتش احتمالی است و هرگاه حجیت دلیلی احتمالی باشد و نه ذاتی، اعتبارش متوقف بر آن است که توسط شارع اثبات گردد. به عنوان مثال، رجوع به کارشناس و متخصص مورد دعوا دلیل ظن آور است و نه قطع آور. زیرا نظر کارشناس، موضوع را برای دادرس معلوم

و متیقن نمی‌سازد و به همین دلیل «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد» (ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی). ظن‌آور بودن رجوع به کارشناس کافی است که اصل اعتبار آن و حدود اعتبار آن توسط مقنن تنصیص شود (ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ والا رجوع به کارشناس حجت نخواهد بود.

یکی از شارحان می‌نویسد: «در متن کفایه از لفظ مقتضیات استفاده شده است؛ به علت این که قائلین به حجّیت قاعده «مقتضی و مانع» نگویند که ظن، مقتضی برای حجّیت است و حین شک در وجود مانع بر سر راه این حجّیت با استناد به این قاعده، این مانع رفع می‌شود و اعتبار آن ثابت می‌گردد. در این صورت با استفاده از قاعده «مقتضی و مانع»، اصل عدم حجّیت ظن به اصل اعتبار ظن تبدیل می‌گردد». (جزائری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۲۰۴) طبق این تفسیر، ظن اقتضای حجّیت ندارد، نه این که بعد از داشتن اقتضا در مانع شک شود.

عده‌ای از محققین، در دوران بین عدم مقتضی و وجود مانع دچار خلط گشته‌اند. به عنوان مثال «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند ... هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند». (ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی) یکی از تصمیماتی که دادگاه در صورت اثبات فسق ولی، حق اتخاذ آن را دارد و مورد تصریح فقها نیز هست، عزل ولیّ از ولایت بر فرزندش می‌باشد. حال اگر از زمان اثبات فسق و حکم عزل ولی، مدتی بگذرد و تردید به وجود آید که آیا ولیّ معزول کماکان فاسق است یا خیر، یکی از فقها معتقد است که مقتضی برای ولایت ولی پس از گذشت مدت زمانی از اثبات فسق و حکم عزل موجود است و شک ما در وجود مانع است. مانع بر سر راه ولایت، فسق می‌باشد. (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۲۵۶)

روشن است که اشکال عمده‌ای که بر مطلب ایشان وارد است آن است که هنگامی که فسق ولیّ در سابق اثبات شده است و مدتی از آن زمان می‌گذرد و پس از آن در فسق

او مرددیم، چنین پدری مقتضی ولایت ندارد. اصل اقتضای ولایت برای این پدر در این حالت ثابت نیست، نه این که مقتضی ولایت وجود داشته باشد و شک در مانع گردد. به جهت این که بحث دوران بین عدم مقتضی و وجود مانع تکمیل شود، دو مصداق را که در فقه امامیه مطرح شده است می‌آوریم.

### ۱-۱. اقتضای صحت در عقد مردد بین دو وصف صحت و فساد

عقدی منعقد شده است که مردد بین دو وصف است. یک وصف قابلیت اتصاف عقد به صحت را دارد و وصف دیگر قابلیت اتصاف عقد به بطلان را. به عنوان مثال می‌دانیم که مورد معامله باید «... متضمن منفعت عقلانی مشروع باشد» (ماده ۲۱۵ قانون مدنی). اما در خارج عقدی منعقد شده که نمی‌دانیم مورد آن متضمن منفعت عقلانی مشروع هست تا متصف به وصف صحت گردد و یا دارای چنین منفعتی نیست تا متصف به وصف فساد گردد. بعضی در این موارد به اصل صحت در عقود تمسک جسته و با استناد به آن، عقد را تصحیح کرده‌اند (ماده ۲۲۳ قانون مدنی). عقد را مقتضی برای صحت می‌دانند و به شک در مانع که همان دارا بودن منفعت غیرعقلانی یا غیر مشروع است، با استناد به قاعده «مقتضی و مانع»، اعتنا نمی‌کنند. عده‌ای دیگر این شک را شک در موردی دانسته‌اند که در ارکان عقد مدخلیت دارد و به همین دلیل شک موجود را شک در مقتضی می‌دانند و در این صورت، مقتضا که همانا صحت عقد است را با شک در مقتضی ثابت نمی‌دانند (تبریزی، ۱۳۶۹ش، ص ۵۶۶).

### ۱-۲. قاعده «الزائل العائد کالذی لم یعد»

وقتی که تمام شرایط و اسباب تجمیع شوند و حدوث یابند و موانع نیز مفقود باشند، نتیجه تشکیل این مقدمات، حدوث مقتضاست. حال بعد از حدوث مقتضا، اگر عارضی بر سر راه یکی از شروط بیاید و شرط را از کار بیندازد، روشن است که با انتفای شرط، مشروط نیز منتفی می‌گردد. بنابراین مقتضا دیگر نمی‌تواند ادامه حیات دهد و ترک وجود خواهد کرد. حال اگر همان شرط ازاله شده موجود گردد و دوباره اعاده حیات یابد، بحث بر سر آن رخ می‌دهد که آیا مشروط و مقتضا با اعاده شرط، خود به خود و بدون نیاز به احراز تمام مقتضی اعاده می‌شود و حیات دوباره می‌یابد؟ اکثریت قاطع گویند باز

نمی‌گردد، زیرا با عروض عارض و رفع شرط، مقتضی از اقتضا می‌افتد و بعد از رفع عارض و حیات دوباره شرط، معلوم نیست که مقتضی نیز حیات دوباره یابد. بلکه ثبوت دوباره مقتضا نیاز به اثبات مقتضی دارد. بحث نظری را مصداقی کنیم که علم حقوق مدنی در دوره ما به شدت محتاج تطبیق کلیات بر فروع و مصداق‌یابی برای اصول و قواعد است. مهم‌ترین فرعی که این مبحث در آن مطرح شده است، شرایط وصی است. هرگاه بعد از فوت موصی، وصی او واجد شرایط قانونی بوده و در اثناء ایفاء وظایف خود بعضی از شرایط را از دست بدهد، مانند اهلیت (ماده ۸۵۶ قانون مدنی) یا اسلام (ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی)؛ مثلاً سفیه یا مجنون یا کافر شود و یا عاجز گردد تکلیف چیست؟ در موردی که وصی عاجز می‌شود، گفته شده است که حاکم به او ضمّ امین می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۴۹۰). در قانون مدنی با وحدت ملاک از بند دوم ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی می‌توان به همین نظر رسید؛ از این لحاظ که ولی قهری و وصی، هر دو زیرمجموعه عنوان ولی خاص محسوب می‌شوند (ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی)؛ ولی اگر وصی سفیه یا مجنون یا کافر گردد، ولایت او به کلی زائل می‌شود و حاکم نصب قیم می‌کند و اگر دوباره واجد شرایط گردد، اختلاف شده است که آیا دوباره وصایت به او باز می‌گردد یا خیر؟ نظر مشهور آن است که وصایت بازمی‌گردد. (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۴۸۰ و ۴۸۱؛ سبزواری، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۶) در این میان، صاحب جواهر اصرار دارد که وصایت با بازگشت شرط، باز می‌گردد. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۴۳۳)

گروه مشهور به دلایلی متمسک شده‌اند از این قبیل: با توجه به مفاد قاعده «الزائل العائد کالذی لم یعد» (رفته بازگشته، چون بازنگشته است)، وصایت باز نمی‌گردد. در مقابل گروه اقل به قاعده «الزائل العائد کالذی لم یزل» یا قاعده «إذا زال المانع عاد الممنوع» استناد کرده‌اند. صاحب جواهر به این قاعده با این عبارت استناد جسته است: «فاذا زال العارض عادت ولایت» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۴۳۳).

همچنین گروه اقل، عروض عارض و رفع شرط وصایت را باعث بطلان وصیت نمی‌دانند؛ بلکه معتقدند نهایت مطلبی که می‌توان به آن جزم داشت؛ این است که حین

رفع شرط، تصرفات وصی صحیح نیست، اما دلالت بر بطلان اصل وصیت ندارد. همچنین این گروه، مورد را با ولایت قهری قیاس کرده‌اند. همان‌طور که در ولایت ولی بعد از اعاده شرط، ولایت نیز باز می‌گردد؛ در وصیت نیز به همین نحو است. اشکال شده است بر این قیاس که ولی قهری منصوب قانون‌گذار است و وصی منصوب موصی است و قیاس، مع الفارق می‌باشد. مقتضی ولایت ولی قهری با حکم قانون به وجود آمده است، اما وصایت با اراده موصی به وجود آمده است و ممکن است بعد از اعاده شرط، موصی راضی به وصایت وصی نباشد و بدین صورت مبنای وصایت او از بین می‌رود. پس با انتفاء شرط، وصیت عهدی به صورت مقتضی قانونی معلوم نیست وجود داشته باشد، اما اقتضای قانونی برای ولی پابرجاست. بدین ترتیب اساساً در اقتضاء مقتضی در وصایت تردید وجود دارد. بعد از سقوط شرط و از کار افتادن اقتضای مقتضی نمی‌توان حکم به حدوث قهری مقتضا، بعد از رفع مانع کرد.

وقتی مقتضی محرز نیست و علت عدم احرازش، از دست دادن اقتضایش در حالت سابق است، صرف معدومیت عارض و اعاده شرط، صالح بر اعاده مقتضا نیست. دو قاعده «الزائل العائد کالذی لم یزل» یا «إذا زال المانع عاد الممنوع» نیز هیچ سند و مدرک صحیحی از عقل و نقل ندارد. بلکه دلیل عقلی خلاف آن را حکم می‌کند؛ زیرا عقل تا مقتضی را محرز نداند، ابداً به اعاده مقتضا حکم نمی‌کند. در واقع اگر عارض، مانع اصطلاحی باشد و این عارض بعد از حدوث، منتفی گردد و انتفایش نیز محرز شود، با زوال عارض، مانع نیز منتفی شده و ممنوع (مقتضا) نیز اعاده می‌گردد؛ اما اگر عارض، شرط را از بین برد، با انتفای عارض، معلوم نیست که مقتضی دوباره اعاده شود، بلکه اعاده مقتضی نیاز به اثبات دارد و اثبات اعاده مقتضا، محتاج به اثبات اعاده مقتضی است. دلیل این تفاوت بین مانع و شرط آن است که عدم مانع در ثبوت مقتضا مدخلیت ندارد تا نیاز به احراز داشته باشد، بلکه مانع جلوی ثبوت مقتضا را می‌گیرد و وجودش منافی و مصادم و مضاد با وجود مقتضاست. ولی شرط در ثبوت مقتضا مدخلیت دارد و انتفایش منجر به انتفای مقتضی می‌گردد.



## ۲. دوران بین فقدان شرط و وجود مانع

برای به وجود آمدن مقتضا باید شرط احراز شود؛ زیرا در ترتب مقتضی، شرط مدخلیت دارد و از اجزاء مقتضی است (جزائری، ۱۴۱۵ق، ج ۷، ص ۱۳۱؛ بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲). با شک در شرط نمی‌توان معلول حقوقی را حادث شده پنداشت؛ زیرا با وجود چنین شکی، مقتضی احراز نشده است (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۰۶).

اما گاه اتفاق می‌افتد که می‌دانیم یک قید، جزء ارکان علت تامه است؛ اما تردید داریم که آیا آن قید، شرط است یا مانع است؟ این‌جاست که بحث دوران بین شرطیت و مانعیت رخ می‌دهد. به عنوان مثال می‌دانیم که بیع اشیای فاقد مالیت یا فاقد منفعت عقلانی مشروع باطل است. اما تردیدمان از آن جهت است که نمی‌دانیم بی‌تأثیر بودن قصد در این‌گونه معاملات ناشی از فقدان شرایط مربوط به مورد معامله است یا ناشی از مانعیتی است که قانون‌گذار وضع کرده است. یکی از حقوق‌دانان، شرطیت را در این مصداق بهتر دانسته‌اند. اما مانعیت را نیز به کلی رد نمی‌کنند و تردیدشان باقی است. (شهیدی، ۱۳۸۵ق، ص ۱۷۲) اثر این دوران در ایجاد یا عدم ایجاد پدیده حقوقی رخ می‌نماید. خواهیم دید که برگزیدن هر یک از دو سوی این دوران، نتیجه‌ای متفاوت خواهد داشت. اگر شرطیت انتخاب شود، به علت عدم احراز مقتضی، آن پدیده حقوقی، توان موجود شدن در عالم اعتبار را نخواهد یافت و اگر مانعیت برگزیده شود، مقتضی محرز است و شک در مانع خواهد بود و طبق قاعده «مقتضی و مانع» آن پدیده حقوقی حادث می‌شود.

بدین‌سان این بحث مهم و مفید که در حقوق مدنی ایران به ندرت از آن سخن رفته است و کماکان قلمرو و حدود بحث و زوایای پیچیده و مبهم آن در جامعه حقوقی ناشناخته مانده است را ضمن چند بند به طرح می‌نهمیم تا اسلوب بحث روشن شود و راهنمای تحقیقات عمیق‌تر قرار گیرد.

### ۲-۱. اثر دوران بین شرطیت و مانعیت و مسأله عدالت ولی، شاهد و وصی

از جهت اثباتی برای حکم به تحقق مقتضا، اصولاً احراز وجود شرط ضروری است؛ در صورتی که احراز فقدان مانع لازم نیست و برای حکم به وقوع مقتضا، فقط عدم ثبوت

وجود مانع کافی است (آشتیانی، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۴۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۹۴؛ جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۶۳۶؛ بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۰). برای فهم روشن مطالب، آن را بر عقد به عنوان فراگیرترین پدیده حقوقی پیاده می‌کنیم.

هرگاه در توافق قصد طرفین در ماهیت عقد یا موالات بین ایجاب و قبول تردید شود و کسی مدعی گردد که مقصود او ماهیت دیگری غیر از ماهیت مقصود طرف دیگر بوده است یا قبول پس از فاصله زیاد و غیر متعارف با ایجاب تحقق یافته است و دیگری ادعا کند که مقصود طرفین یک ماهیت بوده یا قبول بدون فاصله صادر شده است، چون تردید مزبور در حقیقت تردید در وجود شرط تأثیر قصد می‌باشد، باید شرط و در نتیجه وقوع عقد را منتفی دانست؛ مگر این که اصل صحت در مواردی بر انعقاد عقد دلالت کند. برعکس، هرگاه در وقوع اشتباه یکی از طرفین در ماهیت مورد معین عقد تردید شود، با توجه به این که تردید مزبور، تردید در وجود مانع تأثیر قصد می‌باشد، مطابق قاعده «مقتضی و مانع» باید حکم کرد که اشتباه واقع نشده و در نتیجه عقد محقق گردیده است. برای توضیح بیشتر اضافه می‌کنیم که جریان اصل عدم شرط تأثیر قصد و حکم به بطلان معامله مربوط به مواردی است که وجود شرط مورد تردید قرار گیرد و اوضاع و احوال، ظهور در وجود شرط نداشته باشد. مثلاً هرگاه شخصی در مقام انشای عقد ناقل عین بگوید: این فرش را در برابر یک میلیون ریال به شما می‌دهم و مخاطب در همین موقعیت بگوید: قبول دارم. سپس قبول کننده ادعا کند که مقصود ایجاب کننده انشای بیع بوده، ولی مقصود من در انشای قبول عقد صلح بوده است، این ادعا به لحاظ ظهور انشای ایجاب کننده در عقد بیع بر اساس رویه متعارف فاقد اثر بوده و باید حکم بر وقوع بیع صادر گردد.

نکته دیگر آن است که در همه موارد تردید در وجود شرط تأثیر قصد با تکیه بر اصل صحت نمی‌توان حکم به وجود شرط و اعتبار معامله صادر کرد. زیرا اصل صحت در موردی جریان پیدا می‌کند که ایجاب و قبول واقع شده باشد و عرفاً صورتی از عقد تحقق یابد و بعد در صحت و اعتبار قانونی آن ماهیت عرفی تردید شود، در حالی که با شک در تحقق برخی از شرایط تأثیر قصد مانند تردید در توافق طرفین در ماهیت عقد، تحقق

عرفی ماهیت نیز منتفی خواهد بود. زیرا بازگشت این تردید به تردید در اصل وقوع ماهیت عرفی عقد است و از اصل صحت نمی‌توان وقوع مزبور را نتیجه گرفت. باید اضافه کنیم هرگاه موردی از تردید در وجود شرطی از شرایط تأثیر قصد مشمول اصل صحت تلقی شود، این امر لطمه‌ای به آن چه درباره تفکیک بین شرط و مانع تأثیر قصد ذکر شد وارد نمی‌سازد. زیرا مورد بحث تفکیک بین شرط و مانع، صرف نظر از شمول یا عدم شمول اصل صحت و با لحاظ مقتضای اصلی شرط و مانع می‌باشد. بدین جهت در مورد تردید در وجود مانع تأثیر قصد، قاعده «مقتضی و مانع» پیش از جریان اصل صحت جاری می‌شود و به ثبوت مقتضا یعنی صحت عقد ارشاد می‌نماید.

به منظور تکمیل این بحث یک مصداق مورد نزاع را مورد کنکاش قرار می‌دهیم. بحث در شرط عدالت در بعضی از جایگاه‌های ویژه حقوقی است؛ مثلاً قضاوت، شهادت در دادگاه، شهادت بر طلاق، ولایت و وصایت.

در مورد ولی، بعضی عدالت را شرط دانسته‌اند. این نظر به سید ابن زهره نسبت داده شده است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۰۲) بعضی دیگر عدالت را شرط ولی نمی‌دانند، بلکه فسق را مانع ولایت می‌پندارند. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۶۲۸) عده دیگری نه تنها عدالت را شرط ندانسته‌اند، بلکه فسق را نیز مانع ولایت نمی‌دانند و با وجود فسق نیز حکم به ادامه ولایت داده‌اند. این نظر به علامه حلی در «تذکره» نسبت داده شده است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۰۲) صاحب جواهر معتقد است که نه عدالت شرط ولایت است و نه فسق مانع آن. بلکه اضرار به فرزند از ناحیه ولی، مانع ادامه ولایت او می‌باشد. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۰۲)

روشن است که اگر عدالت شرط باشد، در مورد شخصی که در عدالت یا فسقش تردید وجود دارد نمی‌توان حکم به ولایتش داد. اما اگر فسق مانع باشد، در مورد چنین شخصی مقتضی ولایت وجود دارد و فسق که مانع ادامه ولایت است نیز محرز نمی‌باشد. بدین سان با استناد به قاعده «مقتضی و مانع» می‌توان حکم به ولایتش داد. (فخرالمحققین،

۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۶۲۸)

در مورد شاهد، عده‌ای فسق را مانع پنداشته‌اند و معتقدند که در این صورت اگر در مورد عدالت یا فسق شاهد تردید کردیم شهادتش را می‌پذیریم، چون عدم احراز مانع کفایت می‌کند. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۱۷) عده زیادتری عدالت را شرط شاهد دانسته‌اند و مفاد قول کسی که احوالش از لحاظ عدالت و فسق مجهول است را مردود دانسته‌اند و هیچ اثری را بر اقوال او مترتب نمی‌سازند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۱۷۲-۱۷۳؛ اسماعیل‌پور قمشه‌ای، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۰۸)

روشن است که نظریه اول بر اساس قاعده «مقتضی و مانع» به استدلال پرداخته و در نظریه دوم راهی برای اعمال قاعده وجود ندارد.

در مورد معیار عدالت نیز آرای عالمان متشکست است و انواع نظریات در این باب موجود است. نظر پاره‌ای از محققین آن است که معیار تشخیص عدالت، اسلام به همراه عدم ظهور و بروز فسق است. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۲۱۷؛ شیرازی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۲۱۳) این نظریه بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» انسجام یافته است. (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۲۴۵-۲۴۶)

اسلام را مقتضی برای اطاعت از اوامر و ترک نواهی پروردگار دانسته‌اند و فسق را مانع آن. مانع نیز در حالت مشکوک قرار دارد و به حکم قاعده «مقتضی و مانع» تا وقتی ابراز و اظهار و احراز نشود مقتضا بر مقتضی مترتب شده و عدالت فرد منجز می‌گردد. قانون مدنی قبل از سال ۱۳۷۰، در ماده ۱۳۱۳ و در بیان شرایط شاهد چنین مقرر می‌داشت: «معروف به فساد اخلاق نباشد»، آشکارا از تئوری منع استفاده شده بود و فساد اخلاق را مانع پذیرش شهادت می‌دانست. در سال ۱۳۷۰ قانون به نظر مشهور عودت داده شد و عدالت را شرط دانست که از تئوری شرط استفاده شد. در تبصره یک این ماده اثر برگزیدن هر یک از دو تئوری به وضوح می‌آید و می‌گوید: «عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود». اگر فسق مانع بود عدم احراز آن کفایت می‌کرد؛ ولی حالا که تئوری از بنیان تغییر یافته است؛ عدالت که شرط شهادت است باید احراز شود تا مقتضی برای پذیرش مفاد شهادت تکمیل گردد. مراد از طرق شرعی همان

معیارهای عدالت است که گفتیم اقوال در آن مقوله متعدد است و نظر بعضی از محققین بر مبنای قاعده «مقتضی و مانع» انسجام یافته است.

در مورد شرط عدالت در وصی به طور کلی سه نظریه در بین عالمان حقوق مطرح شده است. هر یک از این سه نظریه متفرعات گوناگون دارد. نظریه اول عدالت را شرط وصی می‌داند. اما دو نگاه به عدالت در این زمینه وجود دارد. عده‌ای عدالت را شرط موضوعی می‌بینند و عده دیگری عدالت را شرط طریقی. آنان که عدالت را شرط طریقی می‌نگرند معتقدند شرط عدالت در این جا تنها راهی به سوی احراز وثاقت وصی جهت انجام مفاد وصایت است. برای این که موصلی اعتماد کند که وصی مفاد وصایت را به عمل می‌گذارد؛ نیاز است که به وصی وثوق یابد. جهت دستیابی به این وثوق است که شرط عدالت مطرح شده است؛ و الا خود عدالت نقشی در این زمینه ندارد. بدین ترتیب عدالت شرطی مانند دیگر شروط نیست. مثل عقل در وصی نیست که با انتفای شرط، مشروط نیز منتفی گردد و به قول شیخ انصاری (ره): «با اندک تأملی در بیانات فقها روشن می‌شود که عدالت در وصی شرط شده است تا آن که طریق شرعی به سوی واقع باشد؛ و حال اگر واقع (به طریق دیگری) احراز شود، انتفای شرط عدالت ضروری به وصایت نمی‌رساند». (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۶)

مراد از واقع در بیانات شیخ، وثاقت وصی و اعتماد به او برای انجام مفاد وصایت است. مرحوم شیخ تا حدی در این نظریه افراط کرده است که آن را محل اتفاق و اجماع فقها می‌داند. به جز ایشان، تعداد دیگری از محققین نیز به این نظریه گرایش دارند. (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۳۱۴ و ۳۱۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۷۵)

آنان که عدالت را شرط موضوعی می‌دانند معتقدند که خود عدالت در اعمال و اقوال وصی شرط است، نه آن که راهی باشد برای احراز وصف دیگری. بدین ترتیب شرط عدالت به مانند دیگر شروط است که با انتفای آن، مشروط نیز معدوم می‌گردد. نماینده بارز این نظریه در فقه، صاحب جواهر است که بعد از آن که نظریه شرط طریقی را عجیب می‌داند می‌نویسد: «و بر تو پوشیده نیست که این نظر (نظریه شرط طریقی) با

اشتراط عدالت در وصی منافات دارد؛ زیرا اشتراط عدالت در وصی در سیاق اشتراط عقل است که با فقدان شرط، مشروط نیز معدوم می‌گردد». (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۳۹۵) عده‌ای از محققین بدون آن که شرط عدالت را حتی به صورت طریقی مطرح کنند معتقدند که شرط وصی آن است که عمل بر طبق مفاد وصایت کند. (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۳۰۳) عده‌ای دیگر نیز بدون آن که عدالت را حتی به صورت طریقی مطرح کنند معتقدند که شرط وصی وثاقت و امانت اوست. این عده ضمن بیان این نظر، به صراحت عدالت را به کلی از اوصاف وصی خارج می‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹ و ۴۳۰) در دو نظریه اخیر به خود واقع توجه شده است و طریق آن را به دست عرف سپرده است تا از هر طریقی که واقع به دست آمد اقدام به وصیت کند، چه این واقع از طریق احراز عدالت به دست آید یا از طرق دیگر.

نظریه دوم، نظریات تفصیلی است. دو نظریه تفصیلی در این زمینه وجود دارد. در نظریه اول که شیخ انصاری آن را به بعضی از فقها نسبت می‌دهد؛ بین وصیتی که به حقوق اغیار تعلق می‌گیرد مانند وراثت یا فقرا و وصیتی که به حقوق غیرموصی تعلق نمی‌گیرد تفصیل برقرار شده است. در مورد اول عدالت را شرط وصی می‌داند و در مورد دوم عدالت را شرط نمی‌داند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۲)

در نظریه دوم بین وصیت مالی و وصیت غیر مالی تفاوت می‌نهد. در اولی که به موضوعات مالی تعلق دارد؛ عدالت شرط نیست. و در دومی که به موضوعات غیرمالی مانند کفن و دفن موصی تعلق می‌گیرد؛ عدالت شرط است. شیخ انصاری این نظریه را از کتاب «مهذب» قاضی ابن برآج حکایت کرده است و خودش آن را بهترین نظریات می‌داند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۳)

اما نظریه سوم آن است که فسق مانع می‌باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۴۲) شهید ثانی ضمن انتقاد از کسانی که عدالت را در وصی شرط دانسته‌اند؛ مطرح می‌کند که آن چه در وصی مهم است آن است که بتوان به او اعتماد کرد. اما بعضی فقها گفته‌اند که برای آن که بتوان به شخصی وثوق و اعتماد پیدا کرد باید عدالتش ثابت شود. ولی

بین این دو مقوله چه ارتباط و تلازمی وجود دارد؟ چه نسبتی است بین وثاقت و عدالت؟ ایشان سپس به بیان این مطلب می‌پردازد که بین کسی که فسقش ظاهر و آشکار است و کسی که عدالتش ظاهر و آشکار است، واسطه و فاصله‌ای وجود دارد. این واسطه عبارت است از کسی که وضعیتش از لحاظ عدالت و فسق روشن نیست و اتفاقاً اکثر افراد چنین هستند. فقهای که عدالت را شرط می‌دانند؛ نمی‌توانند مجوز وصیت به چنین فردی را صادر کنند؛ چون عدالتش احراز نشده است؛ و حال آن که آنان عدالت را شرط وصی دانسته‌اند. در حالی که صحیح آن است که انسان تا وقتی وارد مقوله فسق نشده است گفتارش تصدیق شود و اگر کسی به چنین شخصی اتهام فسق وارد کند باید تعزیر شود. در مورد فرد مجهول الحال از لحاظ عدالت و فسق، عده‌ای گفته‌اند که اگر فسق را مانع بدانیم، انتفای این مانع باید اثبات شود. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۰۱) این همان نظریه‌ای است که مبنایی برای رد تفاوت شرط و مانع قرار گرفته است. استدلال می‌شود به این که برای حدوث مقتضا، عدم مانع نیز باید احراز شود، همانند شرط که باید احراز گردد. در مسئله مورد بحث نیز بعضی چنین گفته‌اند. اگر فسق وصی مانع وصایت باشد، تا وقتی عدم فسق محرز نشود، وصی قرار دادن او معتبر نیست.

شیخ انصاری با نص صریح به این مطلب اشاره می‌کند و اثبات عدم مانع را نیز برای حصول مقتضا ضروری می‌داند. اما با این حال قاعده «مقتضی و مانع» را نیز می‌پذیرد. عبارات ایشان چنین است: «[در مورد تفاوت شرط و مانع] تحقیق آن است که گفته شود: مانع از اجزای علت تامه است و مثل دیگر اجزای علت تامه باید علم به عدم آن به وجود آید؛ جز این که اگر مانع و شرط هر دو امر وجودی باشند، حین شک در وجود آن‌ها اصل بر عدم است و بدین ترتیب جایی که شک در وجود شرط می‌شود، معلول و مقتضا منتفی می‌گردد. و جایی که شک در وجود مانع می‌شود، معلول و مقتضا اثبات می‌گردد. زیرا اصل (اصل عدم) در حکم علم است و قائم مقام علم می‌باشد». (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۲۸)

ابتدای عبارت، عدم مانع را نیز به مانند شرط دانسته و احراز آن را برای ثبوت مقتضا ضروری می‌داند. اما در بند دوم عبارت، قاعده «مقتضی و مانع» را به رسمیت شناخته است.

در واقع، آن جا که مانع مشکوک و محتمل است، احراز عدم مانع با اصل عدم صورت می‌پذیرد؛ با این تعلیل که اصل به منزله علم است. این همان نتیجه‌ای است که معتقدان به قاعده «مقتضی و مانع» می‌گیرند و شیخ نیز مفاد این قاعده را مورد پذیرش قرار می‌دهد.

اما شیوه عده دیگری از بزرگان چنین نیست. اینان به حق، اثر تفاوت بین شرط و مانع را در این قضیه می‌دانند که عدم مانع نیاز به احراز ندارد و شرط، لاجرم باید اثبات شود. بدین ترتیب در مسئله مورد بحث نیز در جایی که حال شخص از لحاظ عدالت و فسق آشکار نیست، با احتساب این که فسق مانع باشد می‌نویسند: «وقتی حالت وصی از لحاظ عدالت یا فسق روشن نباشد می‌توان او را وصی قرار داد». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹)

دقیق‌ترین متن علمی در این زمینه به شهید ثانی تعلق دارد که می‌نویسد: «و اما محقق حلی و دیگران برای اشتراط عدالت در وصی استدلال کرده‌اند به این که 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 این که علم به انتفای مانع، شرط باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۴۲)

## ۲-۲. دیدگاه‌ها پیرامون ارجحیت شرط یا مانع

بحث در این قسمت بر حول این موضوع می‌گردد که در حالت دوران بین شرطیت و مانعیت، کدام یک بر دیگری تقدم و ترجیح می‌یابد. آیا شرطیت را باید مقدم داشت یا جانب مانعیت را ترجیح داد؟ در این باب نظریات، متعدد است و در حالت کلی پنج نظریه دیده می‌شود که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۲-۱. تقدم مانعیت

به مشهور نسبت داده شده است که در حالت دوران، مانعیت را مقدم می‌دارند و چنین استدلال آورده‌اند که در حالت دوران بین شرط و مانع، در واقع هیچ قیدی شرط نشده است و صرفاً خصوصیت ضد آن منتفی انگاشته شده است. (شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۰) مثلاً در این دعوا که آیا اسلام وصی شرط است یا کفر او مانع است (ماده ۱۱۹۲ قانون



مدنی)، در واقع اسلام شرط نشده است و صرفاً خصوصیت کفر از خصوصیات اوصیاء زدوده و متنفی گشته است.

### ۲-۲-۲. تقدم شرطیت

عده‌ای از محققین که البته تعدادشان نیز اندک نیست در این دوران قائل به شرطیت شده‌اند. میرزای شیرازی، شروع کننده این نظریه را علامه حلی در «منتهی المطلب» می‌داند که تصریح به تقدم شرطیت دارد. سپس ظهور عبارات «کشف اللثام» و «مفتاح الکرامه» را در همین نظریه می‌داند. (شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۱)

یکی از فقها در بحث دوران معتقد است که ابتدا باید به دلیل مراجعه شود. اگر در ادله عقلی یا نقلی در این زمینه نصی وجود داشته باشد که صراحت یا ظهور در شرطیت یا مانعیت داشته باشد، مفاد دلیل را اخذ می‌کنیم. اگر در این زمینه دلیلی وجود نداشته باشد، مثل همه موارد دیگر با فقدان دلیل نوبت به اصول عملی می‌رسد (الأصل دلیل حیث لا دلیل).

اگر مجرای یکی از اصول عملی باشد به مفاد اصل عمل می‌شود و اگر اصل نیز توانایی حل مسئله را نداشته باشد، باید بنا را بر شرطیت نهاد. البته باید توجه نمود که امر عدمی هیچ‌گاه نمی‌تواند شرط قرار گیرد، ولو این که عدم مضاف باشد.

نکته قابل توجه در بیانات ایشان آن است که نسبت به اصل شرطیت یک مورد استثنا وجود دارد. یعنی در این حالت باید بنا را بر مانعیت نهاد که اتفاقاً آن یک مورد استثنا، عمده مصادیق حقوقی را فرا گرفته است. ایشان در بیان استثنا معتقدند که در مورد معاملات که عرف آن‌ها را صحیح می‌پندارد، اگر دوران بین شرطیت یا مانعیت قیدی پیش آید، باید بنا را بر مانعیت نهاد و این تنها استثنا بر اصل شرطیت می‌باشد. علت این استثنا آن است که با شک در شرطیت آن قید، از اقتضای عقد برای صحت و تأثیر نهادن کاسته نمی‌شود؛ چون مرجع این شک باز می‌گردد به این که آیا قانون‌گذار بر دایره سلطه شخص نسبت به اموالش تضییق یا محدودیتی وارد آورده و او را از کاری که اقتضای تسلط نسبت به آن کار وجود دارد منع کرده است یا خیر؟ پس شک در اشتراط قید به شک در مانعیت بر تسلط اشخاص باز می‌گردد و وقتی مقتضی تسلط موجود است و

شک در وجود مانع بر سر راه اثرگذاری آن است، قاعده «مقتضی و مانع» حکم می‌کند که مقتضا را بر مقتضی مترتب کنیم. (بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۲)

### ۲-۲-۳. عدم تقدم

عده‌ای از محققین در بحث دوران بین شرطیت و مانعیت معتقدند که هیچ دورانی بین این دو به وجود نمی‌آید. علت آن است که اصلاً هیچ تفاوتی بین شرط و عدم مانع وجود ندارد. بدین ترتیب که دو جزء تعریف شرط ملازمه با دو جزء تعریف عدم مانع دارد. در جزء اول تعریف شرط باید چنین گفت: شرط آن است که از عدمش، عدم مقتضا حاصل می‌آید. در مورد عدم مانع نیز می‌گوییم: از عدم مانع (یعنی وجود مانع)، عدم مقتضا حاصل می‌آید. ملاحظه می‌شود که عدم هر یک از شرط و عدم مانع به نتیجه واحد، یعنی عدم مقتضا می‌رسد. در جزء دوم تعریف شرط نیز باید چنین گفت: از وجود شرط به تنهایی، وجود مقتضا لازم نمی‌آید، چون ممکن است اجزای دیگر علت تامه موجود نشده باشند. در مورد عدم مانع نیز می‌گوییم: اگر صرفاً مانع معدوم شده باشد، نمی‌گوییم که مقتضا لازم می‌آید، به همان دلیلی که در مورد شرط بیان شد. پس صرف وجود شرط و عدم وجود مانع به نتیجه واحد می‌انجامد و آن عدم ثبوت حتمی مقتضاست. با این وجود چرا نتوانیم بگوییم شرط و عدم مانع یکسانند و اصولاً بین این دو تباینی وجود ندارد تا حالت دوران بین این دو رخ دهد. (تبریزی، ۱۳۶۹، ص ۵۶۷)

در این جا ضروری است تا تفاوت مبنایی شرط و عدم مانع را روشن سازیم تا اشکال این نظریه روشن شود. بدین منظور با ذکر یک مصداق و بحث پیرامون آن، مطلب را تبیین می‌کنیم.

عقدی در خارج منعقد شده است که احتمال صحت و فساد آن وجود دارد. این احتمال از آنجا ناشی می‌شود که عقد مردد است بین اتصاف به دو وصف. اگر متصف به یکی از دو وصف گردد صحیح است و اگر متصف به وصف دیگر گردد باطل است. مانند بیعی که مردد است بین این که بایع حین انعقاد بیع، بالغ بوده تا عقد صحیح باشد یا صغیر بوده تا عقد باطل باشد (ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی). شخصی که به جنون ادواری

مبتلا می‌شود، اجاره‌ای منعقد می‌کند و ما مرددیم بین این که عقد را حین افاقه منعقد نمود تا صحیح باشد یا هنگام جنون بوده تا باطل باشد (ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی). کالایی فروخته شد و در همان زمان، قانون، خرید و فروش آن کالا را ممنوع اعلام می‌کند. مرددیم که آیا بیع قبل از صدور قانون منعقد شده تا صحیح باشد یا پس از آن تا باطل باشد (ماده ۳۴۸ قانون مدنی). حال در این موارد، آیا استناد به اصل صحت برای تصحیح عقود ممکن است یا خیر؟

عده‌ای از محققین معتقدند که اصل صحت مختص مواردی است که عقد قابلیت ذاتی برای اتصاف به وصف صحت را داشته باشد و هنگامی عقد چنین قابلیت را دارا است که ارکان آن همگی تکمیل شوند، اعم از شروط متعلق به متعاقدین و عوضین و کلیه شروط صحت متعلق به عقد. بعد از تجمیع تمام شرایط صحت، آن‌گاه اگر شک کردیم در این که شرطی که مفسد عقد است آیا ضمن عقد شرط شده یا شرط نشده است به اصل صحت رجوع می‌کنیم. شیخ انصاری از قول محقق ثانی نقل می‌کند که ایشان در باب اجاره می‌نویسند: «شکی نیست که وقتی اتفاق نظر بر حصول تمام اموری که در عقد، شرط صحت هستند؛ اعم از ایجاب و قبول و اهلیت طرفین و عوضین حاصل شد و سپس بین متعاقدین اختلاف افتاد مبنی بر این که آیا شرط مبطل عقد در ضمن عقد، شرط شد یا خیر؟ قول مدعی صحت عقد به همراه سوگندش مقدم می‌گردد؛ زیرا قول او موافق با اصل صحت است، زیرا اصل بر آن است که چنین شرط مبطلی در ضمن عقد شرط نشده است و اصل در فعل مسلمان، صحت است. اما اگر اختلاف بین متعاقدین در اموری که شرط صحت عقد هستند حاصل شود، استناد به اصل صحت، ثمری ندارد.» (انصاری، بی تا، ج ۲، ص ۷۲۳)

مستند و دلیل این نظریه می‌تواند در دو علت خلاصه شود:

دلیل اول آن که مبنای قاعده حمل فعل مسلمان بر صحت، قاعده «مقتضی و مانع» است. در اینجا چون در مواردی که در ارکان عقد مداخلت دارند تردید وجود دارد؛ نمی‌توان مقتضا را حادث دانست؛ زیرا اجرای قاعده «مقتضی و مانع» منحصر در جایی

است که شک در مانع باشد، مانند شک در اشتراط شرط مبطل، نه جایی که در اصل مقتضی تردید وجود دارد. (تبریزی، ۱۳۶۹ق، ص ۵۶۶-۵۶۷)

اما علت دوم، تفاوت ریشه‌ای شرط و عدم مانع است. ابتدا این تفاوت را به صورت نظری ارائه می‌دهیم و سپس آن را بر مسئله مورد بحث تطبیق می‌دهیم تا تمام مطلب روشن شود. وقتی قانون‌گذار موضوعی را مقید به شرایطی می‌کند و سپس بر این موضوع، حکمی را مترتب می‌نماید و بر سر راه ترتب حکم بر این موضوع، موانعی را نیز قرار می‌دهد، دو حالت ممکن است رخ دهد. حالت اول این که اگر موضوع متلبس به یکی از آن شروط که قانون‌گذار در آن موضوع به صورت قید قرار داده است نباشد، در این حالت این موضوع از دلیل حکم خروج موضوعی و تخصیصی دارد. حالت دوم این که اگر آن موضوع با تمام شروطی که قانون‌گذار اراده کرده است تا قید آن موضوع باشد حاضر گردد، ولی بر سر راه ترتب حکم بر این موضوع مانعی حادث شود، این موضوع از دلیل حکم خروج حکمی و تخصیصی دارد.

اثر تفاوت بین این دو حالت، آن است که اگر در تلبس موضوع به شرطی که قید آن موضوع است تردید به وجود آید، نمی‌توان به عموم یا اطلاق حکم تمسک کرد؛ زیرا تمسک به عموم یا اطلاق حکم فرع بر وجود موضوع با تمام اجزاء و شرایطش می‌باشد، و حال آن که تقید موضوع به یکی از شرایط قانونی، محل شبهه و تردید است. اما اگر در فقدان مانع تردید صورت گیرد، می‌توان به عموم یا اطلاق حکم تمسک کرد؛ زیرا عدم مانع در شکل‌گیری موضوع مداخلیتی نداشته است، بلکه مانع تنها جلوی ترتب حکم بر موضوع را سد می‌کند. به همین دلیل وقتی حدوث موضوع با تمام اجزاء و شرایطش قطعی است و شک در وجود مانع به وجود می‌آید تمسک به عموم و اطلاق حکم مجاز است. اینک به تطبیق این تفاوت مبنایی بین شرط و عدم مانع با مسئله مورد بحثمان می‌پردازیم تا به وضوح فایده علم اصول در علم حقوق مدنی هویدا شود.

وقتی قانون‌گذار برای صحت بیع شروطی را اعتبار کرده است، موضوع بیع مقید به آن شروط شده است. حال عقدی که حمل بر حکم صحت بیع می‌گردد، عقدی است که جامع

تمام شرایط صحت باشد و عقدی که جامع این شرایط نباشد موضوعاً از حکم صحت خارج می‌شود، نه حکماً. مقتضای تمام ادله‌ای که بر صحت عقود دلالت می‌کنند اعم از «احل الله البیع» (بقره/۲۷۵) و «المؤمنون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۸۶) و «اوفوا بالعقود» (مائده/۱) و «تجارة عن تراض» (نساء/۱۹) آن است که عقدی را تحت شمول خود قرار می‌دهند که جامع تمام شرایط صحت باشد، حال چه مانعی بر سر راه ترتب حکم صحت بیاید و چه مانعی نیاید. مقتضای تمام ادله‌ای که دلالت بر عدم ترتب اثر بر عقدی که با مانعی برخورد کرده است می‌کند (مانند مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱، ۲۱۷، ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر قانون مدنی) آن است که این عقود از حکم صحت عقد خارج می‌شوند، نه از موضوع عقد. به همین دلیل می‌گوییم خروج عقدی که فاقد یکی از شرایط صحت است از ادله صحت عقود، خروج موضوعی است. و خروج عقدی که واجد یکی از موانع صحت است از ادله صحت عقود، خروج حکمی است. علت این مطلب آن است که شروط از اجزای مقتضی است و اقتضای عقد برای صحت منوط بر آن است که مقتضی که اعم از اسباب و شروط است تکمیل گردد و به همین دلیل، حکم صحت تنها بر عقدی ثبوت می‌یابد که جامع شرایط باشد و موضوع برای حکم صحت، تنها عقدی است که متشکل از تمام شرایط باشد. بر خلاف موانع که مانع ترتب حکم و اثر می‌باشند، بعد از این که عقد صلاحیت تأثیرگذاری را داشته باشد. روشن است که این معنا از موانع، ملازمه ندارد با این که عدم مانع نیز در موضوع حکم شرط شده باشد. زیرا طبق آنچه گفته شد، وجود شرط در مفهوم موضوع اخذ شده است و حال آن که عدم مانع در مفهوم موضوع اخذ نمی‌گردد.

پس ضروری است که بین شروط و موانع عقد تفصیل داده شود. اگر شک در صحت عقد ناشی از شک در وجود یا عدم وجود یک شرط باشد، نمی‌توان به عمومات و اطلاقات صحت عقود رجوع کرد؛ زیرا رجوع به عموم و اطلاقات زمانی مفید است که موضوع احراز گردد. بر خلاف جایی که شک ما در صحت عقد ناشی از شک در وجود یا عدم وجود مانع است که در اینجا می‌توان به عمومات و اطلاقات ادله صحت عقود تمسک جست؛ زیرا برای دفع احتمال مانع، قاعده «مقتضی و مانع» نقش خود را ایفا

می‌کند. (تبریزی، ۱۳۶۹ش، ص ۵۶۷؛ شوشتری، بی‌تا، ص ۱۳۴؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۶۷۶؛ جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۲۵۳)

این بحث به طور مستوفی ذکر شد تا جلوی خلط بین شرط و عدم مانع گرفته شود و باب نظریه عدم دوران بین شرطیت و مانعیت مسدود گردد.

### ۲-۲-۴. توقف

عده‌ای از محققین در بحث دوران بین شرطیت و مانعیت چنین مطرح می‌کنند که با وجود آن که شرط و عدم مانع متباین و متغایرنند؛ اما راهی به سمت تمیز این دو از یکدیگر وجود ندارد. تفاوت این نظریه با نظریه سابق واضح است. در نظریه سابق بین شرط و عدم مانع اصولاً تفاوتی وجود نداشت، ولی در این نظریه بین این دو تفاوت وجود دارد، اما راه‌ها را به سوی درک تفاوت و تشخیص شرط از مانع بسته می‌بینند.

مثال معروفی که صاحب کتاب «الفوائد العلیة» از قول محقق خویی حکایت کرده است آن است که به همان صورت که ممکن است فسخ، مانع دوام و استمرار سببیت عقد باشد؛ ممکن است عدم فسخ، شرط دوام و استمرار سببیت عقد قرار گیرد. و هیچ دلیلی نیز وجود ندارد تا یک جانب احتمال را تقویت کند. پس باید توقف نمود و هیچ یک از طرفین احتمال را راجح ندانست. (بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۹)

با این نظریه تمام فواید عملی نظریه مقتضی، شرط، مانع و سبب نادیده گرفته می‌شود و این نظریه قویم به کلی از اثر می‌افتد. چه فایده‌ای دارد اگر شرط و مانع و سبب با یکدیگر متمایز باشند، ولی تمیز آنها از یکدیگر ممکن نباشد؟

اشکال مهمی که بر این نظریه وارد آمده است این است که انشاء فسخ منوط است به این که عقد، مقتضی دوام و استمرار سببیت را داشته باشد؛ و الا اگر عقد فاقد چنین اقتضایی باشد چه حاجت به فسخ دارد. و از همین روی فسخ را مختص عقود لازم قرار داده‌اند که اقتضای دوام و استمرار سببیت را داراست (ماده ۴۵۶ قانون مدنی). به عنوان مثال «اگر در عقد اجاره، مدت به طور صریح ذکر نشود و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد؛ اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح

خواهد بود...» (ماده ۵۰۱ قانون مدنی). حال پس از اتمام این مدت، اگر موجر بخواهد «مراضات حاصله» را بر هم زند، آیا کسی واژه فسخ را در این جا برای رجوع موجر استعمال می‌کند؟ روشن است که پس از این مدت عقد اجاره اقتضای دوام و استمرار سببیت را ندارد و به همین دلیل است که واژه فسخ استعمال نمی‌شود؛ چرا که «عقد اجاره به محض انقضاء مدت برطرف می‌شود...» (ماده ۴۹۴ قانون مدنی). استعمال واژه فسخ منوط بر کشف اقتضای دوام در عقد می‌باشد و حال اگر تمیز مقتضی از مانع غیر ممکن باشد، چگونه و از چه راه اقتضای دوام کشف شده است؟ (بهبهانی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۱۱) سؤالی که قائلین به نظریه عدم تمیز از حل آن در مانده‌اند.

### ۲-۲-۵. عدم اطلاق

در این نظریه که عده‌ای از محققین را به سمت خود کشانده است، بر عکس دو نظریه نخست که به اطلاق سخن گفته‌اند و به تأسیس اصل پرداخته‌اند، از اطلاق‌گویی پرهیز شده است و تأسیس اصل را رها کرده است. در عوض به بیان ملاکات تمیز شرط از مانع پرداخته‌اند. به یاد می‌آوریم که نظریه اول در حالت دوران بین شرطیت و مانعیت، مطلقاً مانع را غالب دانسته است و اصل مانعیت را تأسیس کرده است. در نظریه دوم نیز به اطلاق، شرط را غلبه داده‌اند و اساس اصل شرطیت را بنا نهاده‌اند. اما در نظریه پنجم، دست از اطلاق‌گویی برداشته می‌شود و دو اصل مزبور کنار نهاده شده و به بیان ملاکات شرط و مانع پرداخته می‌شود. گفته می‌شود که ملاکات تشخیص شرط کدام است و ملاکات تمیز مانع کدام، که در مبحث آتی به شش ملاک اشاره می‌شود. (تبریزی، ۱۳۶۹ش، ص ۵۶۸)

### ۲-۳. ملاکات تمییز شرط و مانع

### ۳-۳-۱. مذاق شریعت یا قانون (روح قانون - مقاصد و اغراض و اهداف شارع یا قانون‌گذار)

به عنوان مثال از مذاق شریعت می‌توان دریافت که شارع، بلوغ و عقل و رشد و معلوم بودن عوضین و ملکیت بر عوضین را شرط صحت بیع می‌داند؛ بلکه تمام آنچه که در ارکان بیع ورود دارند را شرط صحت آن می‌داند. همچنین از مذاق شریعت می‌توان پی

برد که جهت نامشروع و تمام شروط مفسد عقد از قبیل مانع می‌باشند، مانند اشتراط ساختن شراب از انگور در ضمن عقد بیع.

### ۳-۳-۲. ظاهر یا نصّ ادله لفظی شرعی یا قانونی

گاه شارع یا قانون‌گذار منصوص می‌کند که فلان قید، شرط است یا فلان قید، مانع می‌باشد. برای مثال ابراز قصد در ماده ۱۹۱ قانون مدنی شرط صحت عقد دانسته شده است و زنده بودن وارث حین موت مورث در ماده ۸۷۵ قانون مدنی شرط صحت وراثت عنوان شده است و توالی عرفی ایجاب و قبول در ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی شرط صحت عقد قلمداد شده است و معین بودن موضوع در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی شرط صحت عقد نام برده شده است. هم چنین در ماده ۸۸۰ قانون مدنی قتل مانع وراثت دانسته شده است. در مواد مذکور، نص عبارات دلالت بر شرطیت یا مانعیت داشتند. اما در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی ظاهر عبارات دلالت بر مانعیت اشتباه دارند و نه شرطیت عدم اشتباه. در این مواد ظهور عبارات دلالت بر مانعیت دارند، نه نصّ آن‌ها.

### ۳-۳-۲. ظاهر الزام و امتناع (امر و نهی)

هنگامی که شارع یا قانون‌گذار به شیوه الزام‌آوری، امر به آوردن قید در موضوع دیگری بنماید، در غالب موارد آن قید در آن موضوع به گونه شرط اخذ شده است؛ و هنگامی که به شیوه ممنوع کننده‌ای نهی از آوردن قید در موضوع دیگری بنماید، در اغلب موارد آن قید مانع ترتب حکم بر آن موضوع می‌باشد.

به عنوان مثال در ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی قانون‌گذار به شیوه‌ای دستوری و الزام‌آور امر می‌کند به این که وصف معلومیت باید در مهر قرار گیرد. قید معلومیت را در موضوع مهر به شیوه الزام‌آور دستور می‌دهد و این نشانه تمیز شرط است. یعنی قانون‌گذار با این لحن بیان اشعار می‌دارد به این که معلومیت، شرط صحت مهر می‌باشد. یا در ماده ۲۱۵ قانون مدنی قانون‌گذار با همان لحن آمرانه دستور می‌دهد به این که وصف مالیت و منفعت عقلایی مشروع باید در مورد معامله اخذ گردد. قید مالیت و منفعت عقلایی مشروع را در موضوع معامله به شیوه الزام‌آور امر می‌کند و این نشانه تمیز شرط است.



یعنی قانون‌گذار با این لحن بیان، اشعار می‌دارد به این که مالیت و منفعت عقلانی مشروع شرط صحت عقد می‌باشند.

اما در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی، قانون‌گذار به شیوه‌ای دستوری همگان را از نکاح با محارم خویش نهی می‌کند و از نکاح با محارم منع می‌کند. وصف محرمیت نباید در نکاح قرار گیرد. از آوردن قید محرمیت در نکاح به شیوه امتناعی نهی می‌کند و این نشانه تمیز مانع است. یعنی قانون‌گذار با این لحن بیان، اشعار می‌دارد به این که محرمیت، مانع صحت عقد نکاح می‌باشد. یا در ماده ۶۱۷ و ۶۱۸ قانون مدنی قانون‌گذار با لحن دستوری و به شیوه امتناعی مستودع را از تصرف غیر مرتبط با جهت حفاظت منع می‌نماید و او را از این کار نهی می‌کند و این نشانه تمیز مانع است. یعنی قانون‌گذار با این لحن بیان، اشعار می‌دارد به این که تصرف غیر مرتبط با جهت حفاظت، مانع امانی بودن ید مستودع می‌باشد.

این نشانه در خطابات شارع و قانون‌گذار، فراوان استعمال شده است؛ اما نکته مهمی که ذکر آن در این جا ضرورت دارد آن است که این علامت، علامت غالبی است. گفتیم در اغلب موارد امر الزام‌آور به آوردن قید در موضوع دلالت بر شرطیت می‌کند و نهی ممنوع کننده از آوردن قید در موضوع دلالت بر مانعیت می‌کند. اما ممکن است در جایی شرطیت به روش نهی و مانعیت به روش امر صورت پذیرد. به عنوان مثال نبوی مشهور «لاتبع ما لیس لک بملک» نهی از بیعی می‌نماید که بایع، مالک میبیع نیست. شیوه بیان، نهی است و حال آن که مالکیت شرط صحت است. این نکته را بدین علت بیان کردیم که ظاهر عبارات بعضی از عالمان دلالت بر آن دارد که این ملاک را در کل فقه و به شیوه‌ای قطعی و بدون استثنا، ملاک تمیز شرط از مانع دانسته‌اند و حال آن که این علامت، نشانه اغلبی است، نه استغراقی.

### ۲-۳-۴. اصول و قواعد فقهی و حقوقی

راه دیگر و ملاک دیگری که برای تشخیص شرط از مانع پیشنهاد شده است، توجه به اصول و قواعد حقوقی است. (مادی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) برای مثال قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» دلالت بر آن دارد که قرابت رضاعی در حکم قرابت نسبی است و چون قرابت نسبی مانع صحت نکاح است، قرابت رضاعی نیز مانع صحت نکاح

می‌باشد. یا قاعده «استیمان» دلالت بر آن دارد که ید مستودع و کسانی که در حکم اویند امانی می‌باشد، مانند دلال و مرتهن و شریک و عامل مضاربه و مستعیر و عامل مزارعه و مساقات و مستأجر و وکیل و یابنده مال گمشده و مدیون، اگر داین از وصول دین امتناع ورزد و وصول دین به حاکم غیر مقدور باشد. تلف مال تحت تصرف آنان، اگر بدون تعدی و تفریط آنان صورت گیرد، ضمانی را متوجه آنان نخواهد کرد. (مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۴۸۲) بدین سان استیمان، مانع ضمانی بودن ید امین می‌گردد. زیرا اعمال ید بر مال غیر به حکم قاعده «علی الید»، مقتضی برای ضمان است. (مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۴۱۶) به همین ترتیب قواعد اذن و احسان نیز مانع ضمانی بودن ید مأذون و محسن می‌گردد. (مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۴۷۴ و ۵۰۶) بدین ترتیب جلوی اثرگذاری مقتضی که همانا اعمال ید می‌باشد در مقتضا که همانا ضمان می‌باشد را می‌گیرد.

### ۳-۲-۵. انس و الفت ذهنی (نسم فقاہت یا حقوق دانی)

تحصیل در دانش‌های فقه و حقوق، مسائلی را با ذهن محصل مانوس و مألوف می‌گرداند؛ مسائلی که بعد از تحصیل یک دوره کامل در ذهن او مرتکز می‌شوند. به عنوان مثال در هیچ متن قانونی و روایی مشاهده نمی‌شود که طلاق بائن را خلاف مقتضیات طبیعی طلاق بدانند. در هیچ یک از این متون به تصریح نیامده است که اقتضای طلاق در رجعی بودن آن است. بلکه ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی بسان رویه مرسوم فقهی طلاق بائن را هم عرض طلاق رجعی و قسیم او می‌گرداند و در بادی امر به ذهن چنین القاء می‌کند که طلاق یا اقتضای خاص ندارد و یا هم اقتضای رجعی بودن را داراست و هم اقتضای بائن بودن را. اما پس از فراگیری دانش فقه و حقوق و بررسی مدققانه تمام فروع و اجزای آن، این القاء اولیه در ذهن از بین رفته و تبدیل به اصل رجعی بودن می‌گردد. ذهن حقوق‌دانان به این مطلب خو گرفته است که طلاق، مقتضی در رجعی بودن است و اسباب بینونت، موانع آن. الفت ذهنی آنان به این سوگرایش می‌یابد که شیوه طبیعی و اقتضای متعارف طلاق بر مبنای رجعی بودن آن انگاشته شده است و مصادیقی از قبیل خلع و مبارات، مانع بر سر راه این مقتضی است (ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی).

با این وجود، تأکید بیش از اندازه بر انس ذهنی، دانش فقه و حقوق را از منطق استدلالی خود دور خواهد کرد. انس ذهنی تا جایی که هیچ شبهه‌ای در آن نباشد مقبول است؛ اما اگر بخواهد به شیوه ادعایی درآید و جایگزین استدلالات حقوقی گردد، جزماً غیرمعتبر است. منطق فقه و حقوق تمرکز بر ادله خاص آن است، نه تمرکز بر مرتکبات و تألیفات ذهنی فقیهان و حقوق‌دانان.

### ۳-۲-۶. نظم و انسجام منطقی حاکم بین موضوعات مرتبط (تناسب و تجانس حکم و موضوع - قیاس فحوا و اولویت - قیاس منصوص العله - تنقیح مناط - تحقیق مناط - الغاء خصوصیت)

در دانش فقه و حقوق، در روابط بین موضوعات مرتبط، عادتاً باید یک نظم منطقی حاکم باشد. مصادیق متفرق با رشته‌ای مرتبط می‌شوند؛ رشته‌ای مبرم و مستحکم که منجر به پیوند مسایل متفرق می‌شود و بینشان حکومت نظم استقرار می‌یابد. حکم غیرنافذ بودن عقد فضولی را با همین شیوه به عقد اکراهی تسری داده‌اند؛ زیرا در هر دو، عنصر رضای مالک به وجود نیامده است. همچنین اسباب ضمان قهری بسان اتلاف و تسبیب و استیفاء و غصب با همین شیوه تحت احکام نسبتاً واحدی قرار گرفته‌اند.

به عنوان مثال در هیچ متنی از متون قانون مدنی معاملات صغیر ممیز غیرنافذ شناخته نشده است. مواد ۲۱۰ به بعد قانون مدنی و مواد ۱۲۰۷ و ۱۲۱۰ و ۱۲۱۲، هیچ یک نه تنها صراحتی در بیان حکم عدم نفوذ معاملات صغیر ممیز ندارند، بلکه حتی ظهوری نیز در این حکم از آن مواد برداشت نمی‌شود و گاه عبارات قانونی در بطلان این معاملات ظهور می‌یابد (ماده ۲۱۲ قانون مدنی). این حقوق‌دان است که بر پایه نظم منطقی حاکم بر روابط بین موضوعات مرتبط به سنجش و تصمیم نهایی می‌رسد. قوه عاقله سفیه را بررسی می‌کند و در کنار قوه عاقله صغیر ممیز می‌نهد. از قیاس این دو قوه عاقله، بین آن دو تفاوتی مشاهده نمی‌کند، مگر اندک. بر فلسفه حجر سفیه و صغیر ممیز نیز دقت می‌ورزد. رنگ و بویی از حمایت از محجور در هر دو می‌نگرد، نه الغای عبارات آنان. می‌بیند که علت حجر، بطلان کلمات و عبارات آنان نیست، بلکه حمایت از آنان است.

با در نظر گرفتن تمام این موارد، حکم موجود بر معاملات سفیه را قابل تسری به معاملات صغیر ممیز نیز می‌داند (ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی). از آنجا که در معاملات سفیه، تصرف مستقل او مانع است و این مانع می‌تواند با اذن ولی از بین رود، در معاملات صغیر ممیز نیز به همین حکم سوق می‌یابد و تصرفات مستقل صغیر را مانع صحت معاملات او می‌داند. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۱۵۱-۱۵۲)

بسان ملاک قبل، در این ملاک نیز نمی‌توان پا را از حد تعادل فراتر نهاد و به ظنون غیر معتبر بها داد. شوق نظم‌بخشی به روابط بین موضوعات مرتبط نباید سبب استعمال قیاسات نابجا گردد که رجوع به اصول فقه امامیه اثبات می‌کند که هیچ دلیلی به اندازه قیاس غیر صحیح، مورد نهی و زجر قرار نگرفته است. با این ملاک باید محتاط برخورد کرد تا پا از دایره علم فراتر نرود و کشف ملاک شرطیت و مانعیت، بهانه‌ای برای حجیت بخشی به ظن غیرمعتبر نگردد.

### ۳. دوران بین شرط و سبب

شرط و سبب هر دو از اجزای مقتضی می‌باشند. پس برای اثبات حدوث مقتضا و معلول حقوقی، هر دوی آن‌ها باید اثبات و احراز گردند. گاه اتفاق می‌افتد که در شرطیت یا سببیت یک جزء تردید ایجاد می‌شود. برای مثال در عقود عینی احسانی، مثل هبه و وقف، این سؤال و تردید رخ می‌دهد که آیا قبض مورد عقد، جزء سبب ناقل ملک است یا همان ایجاب و قبول، ناقل ملک است و قبض، شرط تأثیر سبب می‌باشد؟ در مواد ۵۹ و ۷۹۸ قانون مدنی از جزئیت قبض در عقود وقف و هبه سخن رفته است، اما مشخص نکرده است که این جزئیت به طریق سببیت است یا شرطیت.

برخی قبض را در هبه جزء سبب شمرده‌اند؛ یعنی آن را مانند ایجاب و قبول رکن می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۰۶)؛ و بعضی دیگر نظر به آن دارند که قبض، شرط ترتب اثر بر ایجاب و قبول است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۱۶۳) در تعلیل بر این نظر گفته شده است که همین که ایجاب و قبول تمام می‌شود اسم عقد بر آن صدق می‌کند، بدون فرق بین رسته‌های مختلف عقود. پس عقد به ایجاب و قبول تمام است و

حاجت به رکن دیگر ندارد. بنابراین ماسوای ایجاب و قبول را باید شرط ترتب اثر (شرط تأثیر سبب) دانست، اگر دلیلی برای قبول آن ما سوا باشد.

گاه شبهه بین شرطیت یا سببیت در قانون مدنی نیز رخنه می‌کند و قانون‌گذار را به خلط می‌کشاند. نمونه بارز آن مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی می‌باشد که در اولی قصد را هم‌عرض رضا، از شرایط عقد می‌داند و در دومی قصد را به‌تنهایی سبب عقد دانسته است. همچنین در سرفصل ماده ۱۰۶۲ از شرایط صحت نکاح سخن گفته است و آن‌گاه در خود ماده ۱۰۶۲ ایجاب و قبول را که به اتفاق آرا جزء ارکان است داخل در شروط کرده است.

### نتیجه‌گیری

پدیده‌ها و نهادهای فقهی و حقوقی در لایه‌های درونی خود از علل و اسباب، تکوّن می‌یابند. علل و اسباب این پدیده‌ها را که منشاء حدوث این پدیده‌ها و نهادهاست، اجزای علت تامه می‌نامند. در حالت کلی علل و اسباب تکوّن‌بخش را در سه جزء تقسیم می‌کنند که عبارتند از: سبب، شرط و عدم مانع.

هر یک از اجزای علت تامه در بردارنده نقش و کارایی خاصی در تولید و احداث پدیده فقهی و حقوقی هستند. تأثیرگذاری هر جزء از اجزاء با جزء دیگر متفاوت است؛ از این رو تشخیص اینکه هر رکن به کدام یک از اجزاء سه‌گانه تعلق دارد از اهمیت وافری برخوردار است. اشتباه در این تشخیص باعث می‌شود پدیده موجود، ناموجود تلقی شود، و یا پدیده ناموجود، موجود به شمار آید. از این رو تلاش برای تشخیص و تمییز این سه رکن از علت تامه پدیده‌های فقهی و حقوقی از اهمیت بسیار برخوردار است.

رجوع به ادله شرعی و قانونی هر پدیده و نهاد فقهی و حقوقی، و تدقیق در آن می‌تواند در بسیاری از موارد و مصادیق به این تشخیص و تمییز بینجامد. سخن در جایی است که در تشخیص ماهیت برخی علل و اجزاء تردید و تعارض در انظار و دیدگاه‌ها رخ می‌دهد؛ به گونه‌ای که یک جزء مردد بین دو جزء می‌گردد. از آنجا که نوع مداخلت و تأثیرگذاری هر جزء از اجزاء علت تامه با جزء دیگر متفاوت است، نیازمند مدیریت

حالات تردد و دوران میان دو جزء هستیم تا با شناسایی صحیح به رهیافت درستی از حدوث یا عدم حدوث پدیده یا نهاد فقهی و حقوقی دست یابیم.

در مقاله از نظر گذرانیده شده، سه دوران مورد اشاره و بررسی قرار گرفت:

۱. دوران میان عدم وجود مقتضی و وجود مانع؛

۲. دوران میان فقدان شرط یا وجود مانع؛

۳. دوران میان سبب و شرط.

در دوران نخست، یعنی دوران میان عدم وجود مقتضی و وجود مانع، قیدی در پدیده و نهاد فقهی و حقوقی وجود ندارد که تردید در این است که قید مزبور نقش مقتضی در آن پدیده دارد، و یا نقش مانع در آن پدیده دارد؟ مثلاً بلوغ قید حدوث عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع است. تردید در این است که آیا بلوغ مقتضی حدوث عمل حقوقی است، یا صغر مانع حدوث. اگر بلوغ را مقتضی بدانیم اذن لاحق ولی نمی‌تواند مصحح عمل باشد، و اگر صغر را مانع بپنداریم اذن لاحق ولی می‌تواند مصحح عمل باشد. مثال دیگر اینکه بعد از عزل ولی یا وصی فاسق از سمت ولایت و وصایت در بازگشت وصف عدالت یا بقاء فسق تردید می‌شود. در اینجا تردید می‌شود که آیا مقتضی ولایت و وصابت ایجاد شده است، یا آن که کماکان مانعی بر سر راه ولایت و وصایت وجود دارد.

در دوران میان فقدان مقتضی و وجود مانع، نمی‌توان پدیده و نهاد فقهی و حقوقی را حادث پنداشت؛ زیرا تا وقتی مقتضی مشکوک باشد نمی‌توان مقتضا (پدیده یا نهاد) را موجود به شمار آورد.

در دوران دوم، یعنی دوران میان شرط و مانع، قیدی در پدیده و نهاد حقوقی و فقهی وجود ندارد که نقش این قید محل ابهام و تردید است که آیا وجودش شرط حدوث پدیده است یا عدمش مانع حدوث پدیده. برای مثال قید مالیت یا تضمین منفعت عقلائی و مشروع در تکوّن عقد محل ابهام است که آیا وجودش شرط شکل‌گیری عقد است، یا عدمش مانع شکل‌گیری عقد. و یا تردید و نزاع وجود دارد که آیا عدالت، شرط صحت ولایت و وصایت و شهادت است، یا آن که فسق مانع این سه نهاد. اینجاست که باید از ضوابط و معیارهای

تمییز شرط و مانع بهره گرفت. این ضوابط و معیارها عبارتند از: توجه به مذاق شریعت یا قانون، روح شریعت یا قانون، مقاصد و اغراض و اهداف حکم شرعی یا قانونی، ظاهر یا نص عبارات شرعی یا قانونی، اصول و قواعد فقهی و حقوقی، ملاکات و حکمت یا علت حکم شرعی یا قانونی، انس و الفت ذهنی فقیهان و حقوق دانان و قرابت به ذهن ویژه دانان فقه و حقوق، شمه فقاہت و حقوق دانی، نظم و انسجام منطقی حاکم بین موضوعات مرتبط، تناسب و تجانس حکم و موضوع، قیاس فحوا و قیاس اولویت، قیاس منصوص العله، تنقیح مناط، تحقیق مناط و الغاء خصوصیت. همچنین از ظاهر امر شرعی و قانونی که ظهور در الزام و جویی دارد می‌توان شرطیت قید را به دست آورد و از ظاهر نهی شرعی و قانونی که ظهور در ممنوعیت و انزجار قید دارد می‌توان مانعیت آن را بدست آورد.

در سومین دوران، یعنی دوران میان شرط و سبب، این سؤال رخ می‌دهد که قیدی که در پدیده و نهاد حقوقی باید وجود داشته باشد، نقش سببیت دارد یا نقش شرطیت. از آن جا که حدوث مقتضا (پدیده یا نهاد حقوقی) منوط بر احراز سبب و شرط است، تا قبل از احراز این قید نمی‌توان پدیده را نافذ دانست. لکن تشخیص شرطیت یا سببیت قید این فایده و تأثیر مهم را برجای می‌نهد که اگر قید مزبور نقش شرطیت داشته باشد، فقدان شرط باعث بطلان نهاد حقوقی، نظیر اعمال حقوقی از قبیل عقد یا ایقاع نمی‌شود. ممکن است به علت فقدان شرط، عمل حقوقی به نحو غیرنافذ بروز کند که صحت یا بطلان عقد منوط به حدوث شرط گردد و عقد بی‌اثر باقی بماند تا این شرط حادث گردد و وقتی شرط حادث شد، آثار عقد از حین عمل حقوقی (به نحو کاشفیت) یا از زمان حدوث شرط (به نحو ناقلیت) رخ می‌دهد. ولی اگر قید مشکوک نقش سببیت داشته باشد، فقدان سبب عمل حقوقی را رأساً باطل می‌کند و دیگر عمل مراعی و منتظر وقوع رویداد دیگری باقی نمی‌ماند.

## منابع

۱. آشتیانی، محمد حسین (۱۴۰۴ق). بحر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان. تحقیق: آقا مجتبی عراقی و دیگران. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین (بی تا). فرائد الاصول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). رسالة فی الوصایا، چاپ اول، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. احسانی فر، احمد (۱۳۹۵). «تحلیل اجزای علت تامه در پدیده های فقهی و حقوقی»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۸۸، ۱۴۳-۱۷۴.
۶. اسماعیل پور قمشه ای، محمد علی (۱۴۲۱ق). البراهین الواضحات. چاپ اول، قم: بی نا.
۷. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۸. بهبهانی، سید علی (۱۴۰۵ق). الفوائد العلیة. چاپ دوم، اهواز: مکتبه دارالعلم.
۹. تبریزی، موسی بن جعفر بن احمد (۱۳۶۹ش). اوثق الوسائل فی شرح الرسائل. چاپ اول، قم: انتشارات کتبی نجفی.
۱۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. چاپ سوم، قم: مدرسه الامام الصادق علیه السلام.
۱۱. حسینی شیرازی، سید صادق (۱۴۲۶ق). بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی. چاپ دوم، قم: دارالانصار.
۱۲. حسینی شیرازی، سید محمد حسن (۱۴۱۳). رسالة فی حکم اللباس المشکوک فیه. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



۱۳. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*. تحقیق: محمد باقر خالصی. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۲۹ق). *العناوین*. چاپ سوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۵. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية*. تحقیق: ابراهیم بهادری. چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. تحقیق: سیدحسین موسوی کرمانی و دیگران. چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۸. حلی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. تحقیق: عبدالحسین محمد علی بقال. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). *کفایة الاصول*. چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۰. دزفولی کاظمی (شوشتری)، اسدالله (بی تا). *مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار*. چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۱. سبزواری، محمد باقر بن محمد مومن (بی تا). *کفایة الاحکام*. چاپ چهارم، قم: انتشارات مهدوی.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵ش). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد.
۲۳. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل*. تحقیق: محمد بهره مند و دیگران. چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۲۴. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵ق). سؤال و جواب. تحقیق: سید مصطفی محقق داماد و دیگران. چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. تحقیق: علی خراسانی و دیگران. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. عاملی (شہید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام. چاپ اول، قم: موسسه المعارف الاسلامیہ.
۲۷. عاملی (شہید اول)، محمد بن مکی (بی تا). القواعد والفوائد. تحقیق: سید عبدالہادی حکیم. چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید.
۲۸. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم، قم: مؤسسہ آل البیت علیہ السلام.
۲۹. مروج جزائری، سید محمد جعفر (۱۴۱۵ق). منتهی الدراية فی توضیح الکفایہ. چاپ دوم، قم: انتشارات دارالکتاب جزائری.
۳۰. مروج جزائری، سید محمد جعفر (۱۴۱۶ق). ہدی الطالب فی شرح المکاسب چاپ اول، قم: مؤسسہ دارالکتاب.
۳۱. مشکینی، علی (۱۴۱۳ق). اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثہا. چاپ پنجم، قم: دفتر نشر الہادی.
۳۲. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء. تقریر سید علی حسینی میلانی. چاپ اول، قم: دار القرآن الکریم.
۳۳. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تحقیق: عباس قوچانی و دیگران، چاپ ہفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.