

تأملی نوین بر ماهیت تعلیق اراده با رویکرد به چالش‌های عملی

عظیم کوچکی پهنه‌کلایی*، حکمت‌اله عسکری**، محمدحسین انصاری حقیقی***

چکیده

انسان برای رفع احتیاجات اجتماعی و حقوقی قاعدتاً به مدد اعمال حقوقی نیل به مقصود می‌نماید. به لحاظ گونه‌گونی این احتیاجات، تنوع اعمال حقوقی پدید آمده است. یکی از اوصاف این گوناگونی تعلیق اعمال حقوقی است. شکی نیست که اعمال حقوقی با اراده انسان سروکار دارد و اراده تنها خالق آن است؛ بنابراین برای شناخت تعلیق اراده چاره‌ای جز تحلیل نفس اراده وجود ندارد. در این مقام، دیدگاه‌های مشهور مقرر وقوع تعلیق اراده را در انشا و مُنشأ جست‌وجو کرده‌اند. در اینجا نظریه‌های نوین و متفاوتی نیز ارائه گردیده که در جهت نقد نظریات گذشته گام برداشته است. واضح است در این رهگذر باید تحلیلی مورد پذیرش واقع شود که در همه شئون و انواع اعمال حقوقی قابلیت تطبیق داشته و با عرف عملی و خواست واقعی منشی سازگاری بیشتری داشته باشد. در این پژوهش با این نگاه، اراده تعلیقی مورد کنکاش واقع گردید. در این راستا باید به اصالت علم حقوق و قواعد آن تأکید شود و برای یافتن درک ماهیات حقوقی نباید به سراغ رهیافت‌های غیر مرتبط علوم دیگر که با موضوعات علم حقوق سنخیتی ندارد مراجعه کرد. از این منظر در اینجا به شناخت نفس التزام ناشی از ابراز اراده به‌عنوان روش درک صحیح ماهیت تعلیق توجه شده است.

واژگان کلیدی: اراده، تعلیق، انشا، مُنشأ، التزام

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد

Milad.koochaki4269@gmail.com

شیراز)، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شیراز)، شیراز، ایران

Hekmat_askari@yahoo.com

*** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شیراز)، شیراز، ایران

Ansari.mh47@gmail.com

مقدمه

امروزه تنوع روابط بین انسان‌ها رو به ازدیاد است و مآلاً مباحث حقوقی درباره این روابط نیز توسعه یافته است و چنانچه به روش عملی به مسائل موجود تئوریک حقوق بنگریم، بدیهی است که نتایجی که از تحلیل آن‌ها به دست می‌آید بسیار با تحلیل‌های رایج فلسفی و کلامی و غیره فاصله خواهد داشت. مسلم است که عموماً و بدواً روابط معاملاتی و حقوقی بین مردم رواج داشته و سپس مورد کنکاش صاحب‌نظران و متخصصین واقع شده است و این مسئله خود می‌تواند گواه میزان تأثیر و دخالت عرف و جایگاه ویژه آن در ارزیابی یک مسئله حقوقی از جهت تحلیل‌های دماغی باشد. با این دیدگاه، اراده انسانی در حوزه ایجاد اعمال حقوقی باید بیشتر از آنکه یک مسئله فلسفی و منطقی (علم منطقی) و کلامی (علم کلام) باشد، یک مسئله عرفی تلقی شود و نباید تدقیق در موضوع سبب نفوق این علوم بر عرف و خواست حقیقی مُنشئ در راستای تحلیل یک ماهیت حقوقی قرار گیرد. اعمال حقوقی و قواعد ناظر بر آن، اساساً، حقیقت شرعیه ندارد بلکه حقیقت متشرعه و عرفیه دارد. لذا اراده و مباحث پیرامون آن در علم حقوق باید با زبان حقوق و عرف مورد مذاقه واقع شود، نه به زبان فلسفی و غیر آن.

یکی از عوارضی که در علم حقوق بر اراده وارد شده است تعلیق است؛ بدین نحو که اگر به کتب فقهی در طول تاریخ نگریسته شود، همواره رد پای این موضوع قابل مشاهده است. در ابتدا، شاید به این دلیل که فقها موضوع را واضح می‌پنداشته‌اند در رد یا قبول تعلیق اشارتی می‌کردند و گذرا از آن رد می‌شدند. اما با گذشت زمان، مباحث مطرح‌شده در این زمینه پربار گردید که علت اصلی آن را باید در این جست‌وجو کرد که یافتن راهی برای صحت تعلیق در اعمال حقوقی مدنظر بوده است؛ چه اینکه نیازهای اقتصادی و وجوه اغراض انسانی و احتیاجات اجتماعی ضرورت پذیرش تعلیق در عرصه معاملات را روزبه‌روز پررنگ‌تر می‌نمود.

پرواضح است که تحلیل یک ماهیت حقوقی ارادی میسر نخواهد شد مگر آنکه اراده انسانی واکاوی شود و معین گردد وقتی از اراده سخن به میان می‌آید منظور از آن چیست؟ و در حوزه چه علمی می‌توان رهیافت صحیحی از ماهیت اراده ارائه نمود؟ در این پژوهش به صورت تحلیلی بدواً این مسئله مورد مذاقه واقع شده است. در قدم بعدی با بررسی نظریات فقهی و مواد مرتبط با تعلیق در قانون مدنی تلاش شده است به این نکته مهم پرداخته شود که در بحث تعلیق اراده و اثر وضعی انواع آن بر سرنوشت عمل حقوقی با توجه به تضارب نظرات در این زمینه چگونه می‌توان یک نظریه منسجم به دست داد که در تمامی صور تعلیق ارادی قابل قبول و مطابق با اراده مُنشئ عمل حقوقی باشد که در این رهگذر اراده تعلیقی را واجد شأنی دانست که توجه به عرف عملی مقوم اصلی آن

تحلیل تلقی گردد و نشان داده شود که اراده از دیدگاه حقوقی، تعلیق و عرف چه نسبت و کارکردی در عالم اعتباری با یکدیگر دارند. چه اینکه شناخت درست از اراده همواره می‌تواند در شناسایی ماهیت تعلیق تأثیرگذار باشد. با این وصف اگر اراده از نگاه حقوقی را با نگاه سایر علوم، مانند منطق و کلام و فلسفه، جدا بدانیم، طبیعتاً تحلیلی که در این دیدگاه از اراده حقوقی به دست می‌آید با اراده از نظر منطقی و فلسفی و کلامی متفاوت خواهد بود. برای پاسخ به این پرسش لازم است ابتدا مفهوم اراده مورد بررسی واقع شود و سپس ماهیت تعلیق در آن روشن شود.

۱. مفهوم اراده

اراده در فارسی به معنی خواست، میل و قصد است (معین، ۱/۱۳۷۶: ۱۸۶). در لسان عربی، از اراده به طلب و اختیار نیز یاد شده است (القیومی‌المقری، ۱/۱۴۱۸: ۲۸). اراده انسانی امری مرتبط با نفس است و خالق جز قوه خالقه درونی (قلبی و ذهنی) انسان ندارد. بنابراین بدیهی است که علوم مختلفی که با تعقل و تفکر و خصایص معنوی و درونی انسان ارتباط دارند بدان پرداخته‌اند. در علم کلام بحث از اراده بیشتر حول محور شناخت اراده الهی و مباحثی از جمله قدیم یا حادث بودن اراده خداوند و امثال آن که موضوعاتی اعتقادی هستند می‌گردد. در علم اصول (مظفر، ۱۳۷۹: ۵۷) در بحث از اوامر، طلب و اراده مورد بررسی واقع شده است. در فلسفه (مصباح یزدی، ۱۳۹۰: ۴۸۳) نیز اراده یکی از مسائل مهم است. اراده تشریحی و تکوینی و سخن از نفس اراده از مباحث پرکاربرد این علم می‌باشد. در علم منطق، مستقیماً مفهوم اراده مورد کنکاش واقع نشده است و به نظر می‌رسد علمی مانند فلسفه که به دنبال ارائه تعریف از اراده بوده‌اند از تصور و تصدیق موجود در منطق استمداد جسته‌اند و همان طور که در این مقاله خواهد آمد در تعاریف حقوقی نیز از علم منطق در تبیین مفهوم اراده استفاده شده است. در علوم جدید مانند روان‌شناسی نیز بستر گسترده‌ای در خصوص شناخت اراده و تعریف آن وجود دارد که پرداختن بدان از موضوع ما خارج است.

نکته حائز اهمیت این است که آیا در علم حقوق شناسایی مفهوم اراده متوقف بر استمداد از علوم دیگر است یا خیر. به عبارت دیگر، سایر علوم مانند منطق چه میزان در شناخت معنای واقعی اراده از نگاه حقوقی تأثیرگذار می‌باشند. برای پاسخ‌دادن به این پرسش ناچار باید تعاریفی که در عالم حقوق از اراده به دست داده‌اند مورد توجه واقع شود که در ذیل پاره‌ای از آن‌ها را ذکر می‌کنیم.

در علم حقوق تعاریف ذیل از اراده به چشم می‌خورد:

الف) اراده یک کیفیت نفسانی است که پس از تصور و تصدیق کامل در نفس حاصل می‌شود

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۰)؛

ب) اراده شروع به اجرای باور تصدیق است؛ خواه در معاملات باشد یا نه. مانند اقرار از روی اراده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱۰)؛

ج) اراده سنجش ذهن است با گزینش ضمیر در رابطه با فعل یا ترک فعل (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۴۲).

با نگرش به تعاریف مذکور واضح است که اصطلاحات منطبق در تعریف اراده به کار گرفته شده است. در تعریف اول، پس از تصور و تصدیق، یک امر نفسانی دیگری رخ می‌دهد و از آن به اراده یاد می‌شود و در تعریف دوم اراده شروع به اجرای تصدیق ذهنی است؛ یعنی به نوعی اراده ادامه تصدیق است و با مقایسه با تعریف اول جدای از آن قرار نمی‌گیرد و در تعریف سوم، ظاهراً اراده در مرحله تصدیق (گزینش ضمیر) باقی می‌ماند و مفهومی معادل تصدیق در علم منطبق دارد.

صاحب‌نظران عقیده دارند که انسان وقتی در مورد چیزی می‌اندیشد بدون آنکه نظری (تصدیق) در آن کند، هنوز در مرحله تصور قرار دارد. زمانی که اندیشه صرف تغییر می‌کند و به حالتی ذهنی برسد که در این زمان انسان نفیاً یا اثباتاً در آن موضوع که تصور کرده است اظهار نظر کند، تصدیق حاصل می‌شود. پس از حصول تصدیق، یک چگونگی روانی در مزاج آدمی پدید می‌آید که آن را اراده می‌گویند؛ بنابراین پیدایش اراده وابسته به تصدیق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۰).

با عنایت به آنچه بیان شد عمل ارادی مسبوق به سه چیز خواهد بود: تصور، تصدیق و اراده؛ یعنی پس از وجود تصور و تصدیق کامل، اراده به‌طور قهری منتهی به عمل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۰). ابهامات روشنی در این گفتارها وجود دارد؛ بدین شرح که تصور و تصدیق حقیقتاً چیست و چه ارتباطی به اراده در علم حقوق دارد. یافتن معنی تصور و تصدیق با نگاه به علم منطق میسر است. در علم منطق، تصور صورتی از شیء است که در عقل پدید می‌آید (مظفر، ۱۳۸۰: ۲۳). ابن‌سینا، در اشارات، تصدیق را به تصویری که توأم با حکم است تعبیر می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۵). به عبارت دیگر، تصور بدون حکم، تصور و تصور توأم با حکم تصدیق است؛ بنابراین تصدیق هم نوعی تصور است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۳). حال در علم حقوق بررسی می‌کنیم که چگونه از تصور و تصدیق در راستای تعریف اراده مدد گرفته شده است. در علم حقوق، مراحل تشکیل اراده عبارت‌اند از: تصور، سنجش، رضا و قصد. حال سؤال اینجاست که اگر تصور یک شیء مانند خانه را در مرحله تصور (تصور) از منظر حقوق و مطابق با تصور منطقی بدانیم و سنجش را تصدیق تلقی کنیم، اراده در مرحله رضاست یا قصد. به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال در علم منطق یافت نمی‌شود؛ چه اینکه منطق تنها متکفل تبیین تصور و تصدیق بوده است و اراده از منظر حقوق واجد عناصری است که شناسایی آن فارغ از تکالیف علم منطق است. ممکن

است این تصور ایجاد شود که تبیین اراده از لحاظ حقوقی نیز بدون مدد منطق ممکن نیست؛ چراکه تصور و تصدیق در تعریف اراده مدخلیت دارد و شناخت این‌ها نیز توسط علم منطق میسر است؛ حال آنکه اگر به این نظر تمکین نماییم، مشکلات مضاعف خواهد شد؛ چه اینکه در منطق تصدیق را عموماً به دو قسم یقین و ظن تقسیم می‌کنند و یقین وقوع خبری است که تصدیق شود و در آن احتمال کذب نباشد یا اینکه به عدم وقوع آن تصدیق شود و احتمال صدق آن نباشد و به‌طور جزم تصدیق به یک طرف واقع شود و این عالی‌ترین نوع تصدیق است و ظن عبارت است از اینکه وقوع خبر یا عدم آن نسبت به طرف دیگر ترجیح داده شود در عین احتمال و امکان طرف دیگر و از میان دو قسم تصدیق این قسم پست‌تر است (مظفر، ۱۳۸۰: ۲۳) در این محل از وهم و شک نیز بحث رفته است که ارتباط به بحث ما ندارد. حال آیا منظور از تصدیق کامل که در تعاریف اراده از نظر حقوقی آمده است تصدیق یقینی است یا ظنی و اینکه آیا تصدیق یقینی یا ظنی دخالتی در تشخیص قصد انشا یا فقدان آن که عنصر اصلی اراده حقوقی است دارد یا خیر. بدیهی است که نه‌تنها تطبیق مفاهیم علم منطق در اینجا کارساز نخواهد بود، بلکه واجد فایده‌ای نیز نمی‌تواند باشد؛ چه اینکه مراحل تشکیل اراده در علم حقوق مفاهیمی است که معانی خاصی را به خود اختصاص داده است که تنها در علم حقوق قابل جست‌وجو می‌باشد. از آنچه گذشت می‌توان گفت در علم حقوق باید به دنبال تعریفی از اراده بود که با مختصات این علم سازگاری داشته باشد. مختصات تعریف حقوقی از اراده مبتنی بر موارد ذیل است:

الف) اراده یک کیفیت نفسانی و ذهنی است؛

ب) حصول اراده، بدون توجه به متعلق اراده، مولودی اعتباری است و راه شناخت آن از طریق

مبرز خارجی است؛

ج) شناسایی اراده از دیدگاه حقوقی مستلزم شناخت تصدیق در علم منطق نیست؛

د) اراده در اعمال حقوقی منطبق با قصد انشاست که همان التزام مُنشئ به علم حقوقی می‌باشد.

با توجه به این عناصر می‌توان اراده از دیدگاه حقوقی را این‌گونه تعریف کرد: اراده خواست و التزام

درونی و قلبی انسان نسبت به بیان یک موضوع یا ایجاد موجودی اعتباری است. در این تعریف، اراده

انشایی (ایجاد) یا غیرانشایی قابل تفکیک است. اتصاف انشایی به اراده بدین معنی است که اراده

انشایی تنها به قصد انشا اطلاق دارد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۵) و در اقرار و شهادت، اراده به معنی آن

اراده انشایی وجود ندارد. قصد انشا مقارناتی در ضمیر مُنشئ است که اگر همراه با قصد انشا تجلی

خارجی نیابد، اغراض و دواعی نامیده می‌شود و وقتی تجلی می‌یابد، قصد انشا نام دارد (جعفری

لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۶۳). این مراد از اراده در عقد و ایقاع قابل شناسایی است و منظور از اراده در اعمال حقوقی همین است که چیزی جز التزام نخواهد بود.

۲. ماهیت تعلیق اراده

با توجه به تحلیلی که از اراده بیان شد باید در نظر داشت که اراده در علم حقوق تعریفی مختص به خود یافته است. اراده از نگاه حقوقی نیازمند شناخت عرف عملی و وجدان انسانی است که درک آن برای همگان آسان است. وقتی میل و خواست فرد متعلق ایجاد یک ماهیت اعتباری می‌گردد، اراده‌مُنشی در حال ایجاد کارکرد خود می‌باشد؛ با این وصف، تعلیق در همین مرحله (نفس خواست درونی) انسان رخ می‌دهد و به وسیله مبرز اعم از لفظ و نوشته و غیره بروز خارجی می‌یابد و واجد اثر می‌گردد. برای شناخت بیشتر ماهیت تعلیق اراده تحلیل‌های مختلفی بیان شده است که در ذیل بدان‌ها پرداخته خواهد شد.

۲-۱. دیدگاه‌های مشهور نظری

۲-۱-۱. تعلیق انشا

انشا به معنی لفظ (قول) است که ایجاد معنی و مفهوم می‌نماید. تعبیر «الانشا ایجاد المعنی بالفظ» (خویی، ۱۴۰۰: ۵۱) و «الانشا هو القول الذی یوجد به مدلوله فی نفس الامر» (عاملی، ۱۴۰۰: ۲۵۲ و حائری‌شاه باغ، ۱۳۸۲: ۱۴۹) دلالت بر آن ماهیت ایجاد انشا دارد. در اصطلاح فقهی و حقوقی انشا مرادف با قصد انشاست و منظور از انشاء معلق عبارت است از اینکه اراده‌مُنشی ایجاد معنی عقد را منوط به وقوع شرط می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۵۵). قصد انشا در علم حقوق ساخته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵/۱۷۱). عنصر اساسی انشا این است که یک کیفیت نفسانی در مرحله‌ای از ذهن و قلب حاصل می‌شود و موجبات ایجاد عمل حقوقی می‌گردد (طباطبایی، ۱۰۸: ۱ و صفایی، ۱۳۸۹: ۲/۶۳). با این وصف تعلیق در انشا وابسته‌کردن تشکیل و ایجاد عمل حقوقی به وقوع حادثه خارجی است (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۱۶). پس در تعلیق در انشا، نفس اراده انشایی (قصد انشا) معلق است.

۲-۱-۱-۱. دلالت نظریه

الف) عدم استحاله عقلی و بطلان قیاس امور اعتباری با امور تکوینی: وجه استدلال در این مقام این است که در امور اعتباری نیاز نیست که حتماً بعد از انشا بلافاصله منشأ و اثر انشا ایجاد شود بلکه در امور اعتباری تعلیق در انشا غیر عقلانی نیست (خمینی، ۱۴۲۶: ۱/۳۴۹؛ امامی، ۱۳۸۳: ۱/۱۷۸). درست است که در امور مادی و تکوینی تعلیق راه ندارد اما این بدان معنا نیست که قیاس

امور اعتباری با امور مادی باعث شود که تعلیق در امور اعتباری عقلاً محال تصور شود؛ بنابراین این قیاس ناصیح است و تعلیق در انشا رخ می‌دهد (موسوی بجنوردی، ۴/۱۴۱۹: ۲۵۶).

ب) وجود انشا با وصف تعلیق: وقتی قصد انشا معلق است، الزاماً به معنی نفی وجود قصد انشا نیست؛ به عبارت دیگر، تعلیق در انشا تنها تحقق انشا را معلق به حصول معلق علیه در آینده می‌نماید لکن وجود قصد انشا نفی نمی‌گردد.

۲-۱-۱-۲. نقد نظریه

الف) استحاله عقلی: بیان شده است که در فرض تعلیق در انشا استحاله عقلی وجود دارد؛ بدین ترتیب که وقتی انشا ابراز می‌گردد یا واجد اثر می‌شود که در این زمان تعلیق منقضی است یا اینکه اثری پیدا نمی‌کند که باز هم تعلیق در کار نیست؛ بنابراین پذیرش تعلیق در انشا یک نوع تناقض است؛ بنابراین عقلاً محال است که در انشا تعلیق راه یابد و ذات انشا تعلیق‌بردار نیست (قدیری، ۱/۱۴۱۸: ۲۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۶۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۹۷؛ علمی اردبیلی، ۱۴۳۱: ۵۵؛ حسینی المراه‌ای، ۱/۱۳۹۲: ۱۵۹). در این جایگاه، امور اعتباری فرقی با امور تکوینی ندارد و همان طور که در امور تکوینی در عالم خارج (مادی) ایجاد قابل تعلیق نیست، در امور اعتباری نیز چنین است و عقلاً تفاوتی بین دو نمی‌توان قائل شد (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۶۱؛ خمینی، ۱/۱۳۷۶: ۱۶۸).

ب) لزوم وجود قصد انشا: مشهور است که وجود قصد انشا از شرایط اساسی صحت اعمال حقوقی می‌باشد و اگر تعلیق در انشا باشد، در واقع قصد انشا وجود ندارد؛ پس تعلیق منافی با نفس انشا است؛ بنابراین تعلیق در انشا امکان‌پذیر نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۶۱؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۶۱؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۲۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۲/۱۳۹۱: ۴۳۲). در مواد ۱۹۱ و ۱۹۵ قانون مدنی ایران نیز لزوم وجود قصد انشا برای ایجاد عقد ضروری دانسته شده است؛ بنابراین وقتی تعلیق در انشا باشد، در حقیقت یک قول و وعده متقابل انشای عقد پس از حصول معلق علیه وجود دارد و انشا در این زمان وجود نخواهد داشت (افضلی قادی، ۱۳۸۴: ۱۳۵) و وقتی انشا وجود ندارد، چیزی حاصل نمی‌شود و تعلیق در آن بی‌معنی است. همچنین وقتی انشا معلق باشد، انشا بلا تکلیف است و قصد انشا کامل نیست و کمال آن محتاج پیدایش عامل دیگری است؛ زیرا انشا بعد از تصور و تصدیق حاصل می‌شود و تصدیق معلق محال است و بعد از حصول تصدیق هم قهراً قصد انشا کامل واقع می‌شود. پس قصد انشای معلق قابلیت تصور ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۶۵).

۲-۱-۲. تعلیق منشأ

منشأ چیزی است که از انشا حاصل می‌شود و ثمره و محصول انشاست؛ لذا وقتی از تعلیق در منشأ سخن می‌رود، وقوع تعلیق در محصول و اثر انشا مطرح می‌گردد؛ چه اینکه صاحب نظران منشأ

را اثر یا آثاری می‌دانند که به وسیله اراده به وجود می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶/۵: ۳۲؛ نوین، ۱۳۸۴: ۶۱؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۸؛ امیرمعزی، ۱۳۷۹: ۹). رابطه انشا و منشأ رابطه علت و معلولی است (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۴۳؛ آل‌راضی، ۱۳۷۹: ۱۴۹). بنابراین اثر حقوقی که با قصد انشا در یکی از اعمال حقوقی به وجود می‌آید منشأ نام یافته است (قنواتی و دیگران، ۱۳۷۹: ۱/۱۴۹). با این حال دانستن معنا و مصداق قابل تشخیص منشأ بدین آسانی نیز نمی‌باشد؛ چه اینکه میان اندیشمندان برای شناخت آن نظرات مختلفی ارائه شده است که در ذیل آن‌ها را ذکر می‌کنیم.

الف) تعهد ناشی از عمل حقوقی: برخی تعهد را نتیجه عمل حقوقی و از عناصر عمومی همه عقود می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۱۲۹۷)؛ یعنی اینکه اولاً به ذات هر عمل حقوقی یک تعهد ایجاد می‌کند و از ظاهر ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقلاً نیز چنین تبادر احساس می‌شود. هر عقدی که انشا می‌شود یک تعهد ایجاد می‌کند و منشأ همان تعهد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۷۲).

ب) آثار عمل حقوقی: بر اساس این نظر، منشأ همان اثر یا آثار عمل حقوقی است وقتی منشأ مبادرت به انشا می‌نماید، آثار یک عمل حقوقی را در عالم خارج ایجاد می‌کند؛ بنابراین منشأ اثری است که از اراده منشأ حاصل می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۵۳۲).

ج) ماهیت عمل حقوقی: به حرکت اراده در جهت ایجاد عقد انشا می‌گویند و به آنچه به وسیله اراده انشا می‌شود منشأ می‌گویند. منشأ همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنی محصولی است که در عالم اعتبار ساخته می‌شود؛ بنابراین تعلیق در انشا یعنی وابسته کردن و معلق کردن ایجاد و ساختن عقد به امر دیگری در حالی که تعلیق در منشأ به معنی وابسته و معلق کردن تحقق ماهیت عقد انشاشده در عالم اعتبار به امر دیگری است. در تعلیق در انشا فعل ایجاد کردن، یعنی عقد به معنی مصدری، موکول به امر دیگری است. در صورتی که تعلیق در منشأ فعل خلق کردن و ساختن منجز است و معلق نیست و اراده طرفین در جهت ایجاد کردن ماهیت عقد حرکت می‌کند. منتها آن ماهیت ایجاد شده (عقد به معنی حصولی) مطابق اراده طرفین باید بعد از تحقق معلق علیه تحقق یابد (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۳۴). بنابراین به خلاف نظر فوق که آثار عمل حقوقی منشأ تلقی می‌شود باید گفت که اراده مستقیماً اثر عقد را انشا نمی‌کند. قانون برای هر یک از عقود آثار خاصی شناخته است که پس از تحقق ماهیت هر یک از اعمال حقوقی آثار قانونی مربوط به آن ماهیت خودبه‌خود به وجود می‌آید؛ پس آنچه مستقیماً اراده طرفین آن را ایجاد می‌کند ماهیت عقد است، نه آثار آن. لذا منشأ همان ذات عقد (ماهیت عقد) است (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۳۴).

د) مخلوق اعتباری سلطه یا حق: آنچه که از انشا به وجود می‌آید یک مخلوق اعتباری است و در ظرف اعتبار این مخلوق به وجود می‌آید. چیزی که به وسیله قصد انشا به وجود می‌آید حق یا

سلطه است و حق یا سلطه موجودی است اعتباری که در ظرف اعتبار موجود می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۶۶)؛ مثلاً بایعی که مبیع را می‌فروشد همان حق مالکیت که این حق یک سلطه یا اقتدار است که در ظرف اعتبار وجود دارد. بعد از تحقق انشا این سلطه که بایع داشته است بر مبیع زائل می‌شود و سلطه خریدار جایگزین می‌شود. این سلطه همان مخلوق اعتباری و منشأ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۴۳).

هـ) موضوع تعهد: منشأ همان چیزی است که حاصل انشاست و این محصول موضوع تعهد ناشی از عمل حقوقی است و موضوعات تعهد از چهار صورت خارج نیست که عبارت است از: (۱) اسقاط؛ (۲) فعل؛ (۳) ترک فعل؛ (۴) انتقال. بنابراین منشأ همان موضوعات چهارگانه است که بیان شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۷۵۲).

۱-۲-۱-۲. دلایل نظریه

الف) عدم استحاله تعلیق منشأ: غالب صاحب‌نظران فقهی (خویی، ۳/۱۴۱۲: ۳۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۱/۱۳۷۸: ۹۱) و حقوقی (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۹۷؛ شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۶؛ افتخاری، ۴۴: ۱۳۸۳) در قریب به دو قرن اخیر تعلیق در انشا را بدین علت که چون عقلاً تعلیق انشا امکان ندارد و این اشکال در منشأ مندرج است صحیح تلقی کرده‌اند و بیان می‌کنند که ایجاد تعلیقی در امور تکوینی و اعتباری هر دو امکان ندارد ولی وجود (منشأ) تعلیقی مشکل عقلانی ندارد.

ب) امکان تفکیک انشا و منشأ: در این خصوص به دو وجه استدلال شده است: یکی اینکه تفکیک بین انشا و منشأ در امور اعتباری فاقد اشکال است و جدایی سبب از مسبب در اعمال حقوقی که از امور اعتباری‌اند صحیح بوده و با این تفکیک تعلیق در منشأ صحیح است؛ وجه دوم اینکه اساساً در تعلیق تفکیکی بدان معنا واقع نمی‌شود بلکه انشا مطلق است و منشأ معلق است و در صورت تعلیق منشأ و انشا، هر دو، محقق می‌شود لکن انشا بدون قید و به‌نحو مطلق و منشأ به‌نحو معلق تحقق می‌یابد و تفکیکی حاصل نمی‌شود (حسینی مقدم، ۵۹: ۱۳۸۷).

ج) قیاس تعلیق منشأ با واجب مشروط: صورت استدلال در اینجا این است که همان طور که در واجب مشروط در علم اصول انشا وجوب فعلی لکن واجب معلق به شرط است، به مانند آنچه در وصیت که انشاء مالکیت بعد از موت است رخ می‌دهد، پس تعلیق در منشأ به مانند واجب مشروط است و همان طوری که در واجب مشروط این تعلیق راه دارد، در تعلیق در منشأ نیز وضعیت یکسان و مشابه است (آملی، ۹/۱۳۸۰: ۲۰۵؛ قمی، ۲/۱۴۱۳: ۱۳۳).

د) اصل صحت: گفته شده است که اصل صحت مقتضی صحت تعلیق در منشأ است و وجه استدلال این است که در ماده ۱۹۱ قانون مدنی وجود قصد انشا لازم است و تعلیق در آن موجب

نفی قصد انشا و نهایتاً موجب بطلان عمل حقوقی است. حال آنکه در تعلیق در مُنشأ به علت عدم ذکر این مسئله و حصول شک و رجوع به اصل صحت باید قائل به جریان تعلیق در مُنشأ و صحت آن شد (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۶۱).

۲-۱-۲-۲. نقد نظریه

الف) استحالة عقلی تعلیق مُنشأ: بعد از ابراز انشا یا انشا حاصل می‌شود یا نمی‌شود. اگر حاصل است، دیگر سخن از تعلیق راه ندارد. اگر حاصل نیست، به امر عدم چیزی قابل اتصاف نیست. این استدلال در اینجا نیز کاربرد دارد؛ چه اینکه بعد از انشا، مُنشأ خودبه‌خود حاصل می‌گردد و بعد از ایجاد، وجود حاصل است؛ بنابراین همان طور که ایجاد معلق محال است، موجود معلق نیز محال است (نجفی خوانساری، ۲/۱۴۱۸: ۱۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۵۵).

ب) عدم انفکاک مُنشأ و انشا: بدیهی است در عالم تکوین ملازمه عقلی بین سبب و مسبب وجود دارد و پس از ایجاد، وجود حاصل می‌شود و این دو قابل تفکیک نیستند. این امر در مسائل اعتباری نیز جاری است و دلیلی که بتوان بر مبنای آن در امور اعتباری تفکیک و انفصال بین سبب و مسبب را توجیه کرد وجود ندارد و تفکیک بین انشا و مُنشأ محال است (حسینی المرغه‌ای، ۲/۱۴۱۷: ۳۳۳؛ امامی، ۱/۱۳۸۳: ۷۷).

ج) بطلان قیاس تعلیق مُنشأ با واجب مشروط: واجب مشروط از مباحث علم اصول است و امر تعلیق را در علم حقوق باید جدای از مختصات آن در علم اصول دانست و قیاس در این مقام نباید امکان تعلیق در مُنشأ را که امری غیر معقول است سبب گردد.

د) عدم جریان اصل صحت: استدلال برای اقتضای صحت تعلیق به موجب جریان اصل صحت بر این پایه استوار است که چون در ماده ۱۹۱ قانون مدنی وجود انشا ضرورتی دانسته شده و در نتیجه در تعلیق در مُنشأ صرفاً مُنشأ عمل حقوقی تا زمان وقوع معلق علیه حاصل نمی‌شود. لذا اصل صحت اقتضا دارد که تعلیق در مُنشأ صحیح باشد. در اینجا ذکر این نکته ضروری است که ماده ۱۹۱ در مقام بیان این نکته است که برای به‌وجود آمدن عمل حقوقی قصد و اراده نیاز است و این بدان معنی نیست که تعلیق در مُنشأ را توجیه نماید. بنابراین استدلال مذکور خالی از قوت به نظر می‌رسد.

ه) معین نبودن معنا و مصداق: یکی از دلایل بسیار قوی بر بطلان نظریه تعلیق مُنشأ این است که در حالی که هنوز مصداق و مفهوم یک چیز معینی نیست، چگونه می‌توان برای آن حکم جاری کرد. وقتی که هنوز متخصصین در تشخیص مصداق و مفهوم مُنشأ درک واحدی ندارند، چگونه می‌توان حکم را برای امر مجهول جاری کرد. دیدیم که نظرات در تشخیص مصداق مُنشأ آن قدر متفاوت است که تشخیص قدر متیقن از آن نیز امکان‌پذیر نمی‌باشد.

۲-۲. دیدگاه‌های نوین نظری

۱-۲-۲. تعلیق موضوع تعهد

بر پایه این نظریه، مقرر و محل تعلیق اراده موضوع تعهد است؛ بدین صورت که مُنشئ وقتی عمل حقوقی را انشا می‌نماید، یک تعهد با اراده وی ایجاد می‌شود و با توجه به ظاهر ماده ۱۸۳ قانون مدنی که اشعار می‌دارد: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد»، پس تعهد ثمره اولیه هر عقدی است و در هر عمل حقوقی تعهد که از عناصر عمومی است به وجود می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۲: ۱۹۲) و این تعهد ناشی از عمل حقوقی قابل تعلیق نیست (جعفری لنگرودی، ۲/۱۳۹۰: ۷۵۸). پس باید دید در اراده مُنشئ چه چیزی تعلیق‌بردار است و آن محل قابلیت تعلیق را دارا است. در پاسخ به این سؤال گفته شده است که هر تعهدی موضوع دارد و موضوعات تعهد از چهار چیز خارج نیست: انتقال، فعل، ترک فعل و اسقاط (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۵۹) و در خصوص این چهار چیز است که امکان تعلیق وجود دارد. به دیگر سخن، در هر عمل حقوقی انشا وجود دارد و این انشا اثر دارد و تعهد را ایجاد می‌کند و خود انشا و نفس تعهد قابل تعلیق نیست (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۶: ۱۷۳). حالیه چهار مورد موضوع تعهد و بی‌نهایت متعلق موضوع تعهد وجود دارد و در این محل تعلیق رخ می‌دهد. صاحب این نظریه بیان می‌کند که وقتی برخی فقها بیان می‌کنند که قصد انشا نمی‌تواند معلق باشد ولی مُنشئ می‌تواند معلق باشد. منظورشان همان موضوع تعهد است و گفتار آنان مبهم است لکن مقصود همین است که بیان شد (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۶: ۱۷۳) حال برای تقریب‌به‌ذهن به صورت جدولی این نظریه عرضه می‌گردد.

تعهد	موضوع تعهد	متعلق موضوع تعهد
تعهد مُنشئ (بایع)	انتقال	خانه

با ملحوظ نظر قراردادن این نظریه در می‌یابیم مُنشئ همان موضوع تعهد تلقی می‌شود و تعهد قابل تعلیق در اراده منشئ نیست و محل تعلیق اراده موضوع تعهد است. حالیه تحلیل اینجا پایان نمی‌یابد. در جای دیگری صاحب همین نظریه جدولی برای نشان‌دادن مقرر تعلیق اراده ترسیم نموده است که عیناً آن را در ذیل می‌آوریم و سپس به بررسی آن می‌پردازیم (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۶: ۱۷۳).

انشا	تعهد بایع	به نقل مالکیت	خانه خود به مشتری در برابر ثمن
انشاء بایع	مُنشئ	موضوع تعهد بایع یا التزام بایع محل تعلیق ممکن = متعهدبه	متعلق موضوع تعهد بایع = معقودعلیه

۱-۱-۲-۲. دلایل نظریه

الف) استحاله عقلی انشاء معلق: قبلاً بیان شد وقتی انشا بیان شد فرصت وصف و اتصاف و قید نمی‌یابد و به محض ابراز یا ایجاد می‌شود یا نمی‌شود پس تعلیق در آن راه ندارد و باید راهی برای توجیه تعلیق اراده پیدا کنیم و راه حل با تجزیه اراده امکان پذیر است و نتیجه این تجزیه و دقت این است که تعلیق با وصفی که گذشت در موضوع تعهد رخ می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۸).
ب) عدم تفکیک انشا و منشأ: در انشا به علت آنکه در عالم خارج وقتی انشا بروز می‌یابد، هم‌زمان منشأ نیز رخ می‌دهد؛ چراکه رابطه علت و معلولی و سبب و مسببی بین این‌ها وجود دارد و علت و معلول از هم جداپذیر نیستند که ما با توجه به آن بتوانیم در منشأ تعلیق را بپذیریم. پس محل تعلیق را در جای دیگری جست‌وجو باید کرد که آن محل موضوع تعهد است.

۲-۲-۱-۲. نقد نظریه

با بررسی این نظریه دو اشکال اساسی بدان وارد می‌شود: یکی اینکه بر فرض اینکه تعلیق در انشا و منشأ امکان‌پذیر نیست. حال چگونه در ایجاد اعمال حقوقی بدین‌سان ذهن منشأی قائل به تفکیک و انتخاب محل تعلیق می‌گردد و انشا و منشأ را در درون قوای دماغی تحلیل کرده و از هم تمیز داده و سپس تعلیق را در محلی دیگر که موضوع تعهد است جاری می‌سازد. بدیهی است که این تحلیل بسیار از واقع اراده و عرف عملی و تلقی متعاقدین دور است. دوم اینکه همان‌طور که گذشت صاحب نظریه فوق موضوع تعهد را در جدول اول منشأ و تعلیق را در این محل ممکن دانسته و در جای دیگری (جدول دوم) منشأ را نفس تعهد دانسته است. بنابراین معین می‌گردد که این تحلیل منقح نبوده و، به واسطه تعارض تحلیلی آشکار، قابل اتکا نیست.

۲-۲-۲. تعلیق متعلق منشأ

اساس این نظریه مشعر بر این است که ما در اعمال حقوقی که فضای امور اعتباری است یک اموری را بعد از انشا به نظر عقلا ایجاد می‌کنیم. این امور تبعی و تأسیسی نیستند بلکه امضائی‌اند. اگر به دنبال ارتکازات مردم برویم (ارتکازات عرفی)، می‌بینیم که در نزد مردم و عقلا با انشا یک تعهد برقرار می‌شود. پس با انشا، یک چیزی در ظرف اعتبار ایجاد می‌گردد و این وجود یک امر اعتباری است و امر حقیقی نیست؛ بنابراین مثلاً در بیع ما یک تملیک داریم. این تملیک انشائی است. بیع تملیک است. این تملیک در عالم خارج و اعتبار بعد از انشا رها و باز نیست که بگوییم با بیع تملیک کرد. در اینجا یک متعلق دارد و آن متعلقش ملکیت شیء است؛ آن ملکیت شیئی که متعلق این تملیک است یا آزاد است یا مطلق یا مشروط. پس کسانی که تعلیق را در منشأ می‌پندارند، در اصل،

تعلیق را در متعلق می‌دانند و گرنه منشأ تملیک است و انشا تملیک همان (بِعْتُ كَفْتَن) در بیع است؛ بنابراین تعلیق در واقع در متعلق منشأ رخ می‌دهد.^۱

و در انشا و منشأ تعلیق راه ندارد و اگر بخواهیم برای ارائه بهتر موضوع اقدام کنیم، ترسیم جدول ذیل مفید به نظر می‌رسد:

انشا	منشأ	متعلق منشأ
اظهار و بیان اراده در بیع (بِعْتُ كَفْتَن بایع)	نفس تملیک شیء	مالکیت شیء مورد نظر

با این بیان، محل تعلیق اراده در این نظریه پیرامون منشأ و نه خود منشأ بلکه متعلق آن تصور شده است. برخی از این نظریه به نام متعلق متعلق انشا نیز یاد کرده‌اند.

۱-۲-۲-۲. دلایل نظریه

الف) وصف جدید منشأ با لحاظ اتحاد انشا و منشأ: انشا به معنی ایجاد یک امر بسیط است و بعد از ابراز انشا، یا منشأ ایجاد می‌شود یا نمی‌شود. منشأ به معنی وجود است که این هم امری بسیط است و در واقع انشا و منشأ یک چیز است؛ منتها به دو اعتبار. پس یک چیز با دو اعتبار نمی‌تواند دو حکم داشته باشد که بگوییم در یکی تعلیق ممکن و در دیگری ممکن نیست؛ مثلاً در بیع ما یک تملیک داریم. اگر خود این تملیک را به لحاظ نفس خودش ملاحظه کنیم، می‌شود منشأ. اگر این تملیک را به بایع نسبت دهیم، می‌شود انشا؛ یعنی وقتی می‌گوییم بایع تملیک کرد، تملیک و انشا یک حقیقت است به دو اعتبار. حال اگر انشا تعلیق بردار نباشد، منشأ نیز تعلیق بردار نیست. بنابراین زمانی که در تعلیق سخن از منشأ می‌شود، باید متعلق منشأ را در نظر گرفت، نه خود منشأ را که منشأ تعلیق بردار نیست (سند، ۱/۱۴۲۸: ۲۸۱).

ب) استحاله عقلی انفکاک انشا و منشأ: اساس این نظریه بر پایه استحاله عقلی انفکاک انشا و منشأ است. چه اینکه وقتی قائل به این باشیم که این دو از هم جداپذیر نیستند، بنابراین تعلیق نیز امکان راه‌یابی نخواهد یافت؛ چه اینکه وقتی کسانی که تعلیق را در منشأ می‌پذیرند، قائل به این هستند که منشأ چیزی جدا از انشا است.

۲-۲-۲-۲. نقد نظریه

عمده اشکال این نظریه تحلیل دور از ذهن نسبت به خواست منشأ عرفی و غامض بودن آن است که به دشواری قابل درک و تطبیق با اراده تعلیقی است و اساساً محمل تعلیق اراده را به سمتی کشانده

۱. درس خارج فقه آیت‌الله عبدالله جوادی آملی، مورخ ۹۷/۷/۲۲، قابل دسترس در آدرس اینترنتی:

است که هیچ‌گاه ذهن متوجه آن نبوده است. نباید از نظر دور داشته باشیم که ما در مقام شناخت اراده واقعی مُنشئ هستیم و نباید طوری آن را تحلیل کنیم که با عرف عملی چنان فاصله داشته باشد که هیچ قابل‌شناسایی برای عرف نباشد. علت این‌گونه تحلیل‌ها دو چیز است: یکی اینکه قیاس امور تکوینی و اعتباری در آن قوت دارد و دیگری اینکه به هر طریقی علاقه‌مندی برای توجیه و تمکین به نظر پیشینیان در آن قابل‌شناسایی است. بدیهی است زمانی که اصل تعلیق در مُنشأ مخدوش است، چگونه می‌توان با توجیه و تمسک به آن مجدداً حول محور مُنشأ تعلیق را تفسیر کرد.

۳-۲-۲. تعلیق انشا با پیش‌فرض مُنشئ

بر اساس این نظریه، تعلیق بر مبنای ظاهر کلام مُنشئ و ارتکاز عرفی به انشا برمی‌گردد و در عین حال انشای معلق، با وصفی که خواهد آمد، محال نیست. در این نظریه، فهم عرفی و تلقی مُنشئ بسیار اهمیت دارد. بدین صورت که بیان می‌شود وقتی از ظاهر کلام با گفتن (اکرم زیداً ان جاء) نفس اکرام در فرض آمدن زید (پیش‌فرض) مورد نظر مُنشئ و گوینده تصور می‌شود؛ بنابراین با پیش‌فرض، انشا ابراز می‌شود و تا وقتی که فضای پیش‌فرض محقق نشود، انشا نیز وجود نمی‌یابد. به عبارت دیگر، درست است که انشا ایجاد است اما اگر تعلیق در آن واقع شود، ایجاد با یک پیش‌فرض مدنظر است؛ در نتیجه، انشا با پیش‌فرض واقع شده است و خاصیتش این است که تا فرض حاصل نشود، این انشا موجد اثری نیست و عقلاً هم به آن اثری بار نمی‌کنند. پس انشا، ایجاد با نوعی پیش‌فرض است که در نظر مُنشئ وقتی باعثیت پیدا می‌کند که پیش‌فرض نیز حاصل شود و در غیر این صورت اساساً انشا وجود ندارد. پس تعلیق در انشا با یک پیش‌فرض همراه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۲) که همان معلق‌علیه است. به عبارت دیگر، در مثال «اکرم زیداً ان جاء» ظاهر آن است که شرط قید جزاست و جزا اصل است در نزد عربیت و حاصل مراد از تعلیق این است که اکرام کن زید را در وقت آمدن او. آنچه انشاست طلب اکرام است و طلب در حال است. گو مطلوب مقید باشد؛ بنابراین مطلق انشا منافات با تعلیق ندارد و اگر با پیش‌فرض مطرح گردد، تعلیق انشا فاقد اشکال است (قمی، بی‌تا/۴: ۱۰ و مکارم شیرازی، ۱/۱۴۲۵: ۱۲۹).

۱-۳-۲-۲. دلایل نظریه

الف) عدم انفکاک انشا و مُنشأ و عدم استحاله انشا با پیش‌فرض؛ در این نظریه پذیرفته شده است که انشا و مُنشأ از هم جداپذیر نیستند و هر جایی که انشا بود، مُنشأ هم پدید می‌آید و انشا ایجاد است و ایجاد وجود یکی هستند و نمی‌توان معتقد بود که ایجاد حین انشا وجود در زمان دیگری حاصل گردد. اما وجه استدلال این است که حال که انشا و مُنشأ جداناپذیر هستند، ما در این رهگذر ایجاد مفروض را برای انشا قائل می‌شویم، نه ایجاد مطلق را. به عبارت ساده‌تر، مُنشأ

نمی‌تواند محمول تعلیق واقع شود؛ چون با ایجاد یکی است و انشا نیز تعلیق‌بردار نیست؛ چراکه در امور اعتباری به مانند امور تکوینی ایجاد معلق نمی‌تواند صحیح باشد. چه اینکه بعد از انشا موجود یا هست یا نیست. پس تعلیق در این زمان بی‌معناست. لکن اگر انشا با پیش‌فرض باشد، انشا و منشأ (وجود) هر دو معلق هستند و در عین حال تعلیق به انشا برمی‌گردد. بنابراین بین انشا و منشأ انفکاک حاصل نمی‌گردد. هر وقت پیش‌فرض واقع شد (معلق علیه)، در آن زمان انشا حاصل می‌گردد و استحاله عقلی ناشی از انفکاک انشا و منشأ نیز پدید نمی‌آید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۲).

ب) قیاس تعلیق با واجب مشروط؛ همان طوری که در واجب مشروط تا بعث و پیش‌فرض واقع نشود، باعثیت نیز وجود ندارد و در فرض مثال (ان استطعت یجب علیک الحج) ان شرطیه نماد پیش‌فرض است و باعثیت معلق به وجود پیش‌فرض شده و صحیح نیز است. حال در تعلیق در انشا نیز با این قیاس می‌توان این پیش‌فرض را در اراده تعلیقی داخل کرد که تعلیق در انشا با پیش‌فرض (معلق علیه) رخ می‌دهد و اشکالی برای آن متصور نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۲).

ج) تطابق نظریه با ظاهر کلام و اراده منشئی؛ اگر از منشئی سؤال شود در عمل حقوقی تعلیقی چه چیزی مدنظر است، قطعاً خود منشئی ظاهر کلام را به‌عنوان معنای مبرز خود ذکر می‌کند و این ظاهر کلام چیزی جز انشا با پیش‌فرض نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۱۲).

۲-۳-۲. نقد نظریه

هرچند در این نظریه سعی شده است به واقعیت عملی اراده توجه بیشتری شود و کمی از تحلیل‌های سابق و غامض و دور از ذهن دست شسته شود، همچنان این نظریه واجد اشکال است؛ چه اینکه باعثیت در واجب مشروط امری غیرمرتبط با تحلیل اراده تعلیقی است؛ چراکه در واقع در اراده معلق به دنبال این هستیم که معین کنیم حقیقت اراده منشئی در تعلیق به چه نظر دارد و اینکه همچنان اگر بر انشا و اتصاف وصف جدیدی بدان برای تحلیل اراده معلق بهره گرفته شود، اشکالات تعلیق در انشا را متبادر می‌نماید؛ چه اینکه درست است که این نظریه در منشأ تعلیق راه نداده است لکن نشانگر این است که انشا وقتی ابراز می‌شود، با وصفی که دارد (پیش‌فرض)، در آینده واقع می‌شود و آن زمان انشا حاصل می‌شود و این جا همان محل اشکال است؛ چراکه اگر تعلیق بخواهد به انشا برگردد، در زمان ابراز انشا محمول و زمانی نیست که قید بدان متصف شود. این دلیل هرچند مدنظر ما نیست اما عمده دلیل مخالفین می‌تواند تلقی شود. با این بیان، دلیل همه این اشکالات تمکین به لایتغیربودن انشا و محوریت داشتن انشای اصطلاحی است که می‌توان در تحلیل‌های واقع‌گرایانه‌تر از این تمکین دست کشید. مؤیدهایی برای این طرز تلقی در بین برخی فقها نیز ملاحظه می‌شود که در ذیل عیناً ذکر آن را مفید فایده می‌دانیم که در این اینجا بیان می‌کنیم: «ما در فقه گاهی

اوقات یک سنگ‌بنا گذاشتیم، هزار مشکل برای خودمان درست کردیم. می‌گوییم معاملات از امور انشایی است، پس قصد انشا لازم است. معاملات از امور اعتباری است که اعتبار از معتبر جدا نیست. پس نمی‌شود این معلق باشد. اما وقتی تحلیل عرضی و واقعی‌اش می‌کنیم می‌بینیم این اشکالات در آن نیست. معاملات یک امور التزامی است. تعلیق برای آن التزام قلبی است و حسب ظاهر، لفظ را معلق کردیم. این مربوط به همان التزام است. التزام گاهی منجز است، گاهی معلق است.^۱ با این وصف اشکال نظریه اخیر روشن‌تر شد.

۴-۲-۲. تعلیق التزام

برای تبیین این نظریه ناگزیر از بیان مقدماتی هستیم:

مقدمه اول اینکه التزام چیست. این واژه در معنی تعهد ناشی از عقود یا تعهدات خارج از عقود کاربرد دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۷۸). التزام مترادف با تعهد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۱). در فقه دو قسم التزام وجود دارد: یکی التزامات ناشی از قصد و اراده ملتزم، مانند التزامات ناشی از عقود و ایقاعات و دیگری التزامات بدون دخالت قصد ملتزم، مانند وضع ید بر مال غیر از روی جهل (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۶۲) که در حدیث «علی الید ما اخذت حتی تودیبه» علی به معنی عهد و التزام است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۱)؛ مثلاً در عقد بیع التزام با بیع به تسلیط مبیع وجود دارد و به دو صورت است: (۱) تسلیط عین موجود؛ (۲) تسلیط عین کلی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۱). مقدمه دوم اینکه عنصر التزام چیست. بیان شده است که قصد انشا عنصر التزام است. در اعمال حقوقی آنجا که قصد انشا نباشد، مثل اعراض و اقرار، التزام وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۲).

حال با این مقدمات به این نکته می‌پردازیم که حقیقت نظریه چه سنخیتی با مقدمات فوق دارد. برای پاسخ به این پرسش بیان می‌کنیم که جوهره اصلی اعمال حقوقی اراده انسان است و نظریه التزام دائرمدار آن می‌گردد؛ بنابراین بحث از نظریه التزام بحث از معناست، نه صورت. العقود تابعه للقصود هم ناظر به معناگرایی در ماهیات حقوقی است؛ یعنی اینکه باید دید مُنشئ از ابراز اراده چه خواسته است. با این وصف در اعراض و اقرار هم التزام وجود دارد و دلیلی به اینکه بیان شود التزام منحصرراً در عقود و ایقاعات است وجود ندارد. در نظریه التزام، تأکید بر چگونگی نگرش به ماهیت اراده است و لفظ التزام مطمح‌نظر نیست. هر لفظ دیگری مفید به این مقصود باشد اشکالی در

۱. درس خارج فقه آیت‌الله محمد جواد فاضل لنگرانی، تعلیق البیع، جلسه ۱۰۵، قابل دسترس در آدرس اینترنتی ذیل:

استدلال نخواهد داشت. نظریه التزام شکل واضح و واقع از ماهیت اراده به دست می‌دهد و آن تحلیل‌های غامض و دور از عرف عملی را از تشخیص ماهیت اراده و اراده تعلیقی دور می‌کند و با پیراستن مطلب زائد به فهم عرفی و دقیق‌تر ماهیت اراده توجه می‌کند. در این نظریه، مبرز سهم شایانی ندارد؛ چه اینکه هر مبرزی انسان را به درک مقصود مُنشئ نائل آورد برای درک ماهیت اراده کفایت خواهد نمود. تعلیق در اینجا در نفس اراده رخ می‌دهد و با همان کیفیت مورد نظر مُنشئ بیان می‌گردد. در این نظریه شباهت‌هایی با نظریه تعلیق در انشا با پیش‌فرض مُنشئ وجود دارد لکن تفاوت در این است که اصالت انشای اصطلاحی مورد نظر نیست. اگر دقیق‌تر به نظریه‌های نوین توجه شود، درمی‌یابیم که جملگی به دنبال بیان همین مقصود بوده‌اند لکن پایبندی به قواعد کهنه و اصالت دادن به علمی مانند منطق و کلام و فلسفه و دخالت دادن آن‌ها در علم حقوق مجال ارائه تحلیلی با دیدگاه علم حقوق را برای نظریه‌پردازان دشوار کرده است.

۱-۴-۲. دلایل نظریه

الف) اصالت عمل در معاملات؛ در معاملات اصالت عمل کارساز است و ماهیت امور اعتباری در عمل بروز دارد و باید در مقام تحلیل حقوقی بدان توجه شود. به عبارت دیگر، باید دید مردم در مقام عمل چگونه در معاملات رفتار می‌کنند. همان طوری که یکی از صاحب‌نظران بیان کرده است، در مجهولات قضایی دنبال قطع و یقین که فلاسفه خواستار آن هستند نباید رفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۶)؛ چه اینکه عرصه معاملات بحث متعارف بین مردم است و نباید از نظر دور داشت که از قدیم ابتدا معاملات رواج داشت، بعد کم کم تحلیل آن‌ها به میان آمد. این خود دلیلی محکم است که با منطق عرف عملی باید به تحلیل اعمال حقوقی دست زد، نه با مدد علم حقوق و علوم دیگر.

ب) امضائی بودن معاملات؛ منظور از امضائی بودن معاملات تأیید شارع نسبت به اعمال مردم است؛ یعنی همان چیزی که بین مردم رواج داشته و همان تلقی که از ماهیات حقوقی بین مردم بوده است مورد تأیید و امضای شارع واقع شده است. عدم نهی نیز نوعی امضا تلقی می‌شود؛ مثلاً در آیه «احل الله البيع و حرم الربا» فهم عرفی از بیع و ربا بین مردم مورد نظر شارع است و بر اساس همان، بیع امضا شده است. با این بیان، تأیید بیع تأیید لوازم و عوارض آن نیز می‌باشد؛ همان عوارضی که عرف بر بیع بار می‌کند و می‌تواند از جمله فهم عرفی چگونگی بیان اراده برای ایجاد بیع را شامل شود. بنابراین باید تحلیل عرفی و واقعی مهم‌ترین راه تحلیل اعمال حقوقی و عوارض آن باشد.

ج) انطباق با ظاهر و حقیقت اراده ابرازی؛ در زمانی که اراده انسان در مسائل اجتماعی بخواهد اثرگذار باشد، قاعدتاً باید بیان شود و طریق بیان طبعاً مبرز است که مهم‌ترین آن لفظ است.

حال وقتی لفظ بیان شد، ظاهر لفظ اولین چیزی است که مخاطب آن را درک می‌کند و عموماً همان منظوری است که بیان‌کننده در نظر دارد و این همان حقیقت اراده است. وقتی در نظریه التزام اصالت با معنا و درون‌مُنشی است، بنابراین مبرز حکایت از درون می‌کند و آنچه منطبق با ظاهر است معنای تعلیق است که در مبرز مثلاً لفظ آمده است اما اصالت همچنان با معنا و درون است. بنابراین اگر درباره تعلیق از هر مُنشی سؤال شود، تعلیق در التزام را به واسطه انطباق با ظاهر درمی‌یابد. لکن در شناخت تعلیق انشا و مُنشأ و غیره حتی متخصصین هم درمانده‌اند.

د) مستمسک قرآنی و روایی؛ تراضی عنصر اساسی معاملات است. تعاریف فقهی از بیع در متون فقهی چنین است: «ان البیع انتقال عین من شخص الی غیر بمعوض مقدر علی وجه التراضی» (محقق کرکی، ۴:۵۴/۱۴۱۴) یا بیان شده است: «و البیع ینعقد علی تراضی بین الاثنین» (شیخ مفید، ۱:۱۴۱۰/۵۹۱). در قرآن کریم پیرامون معاملات یک قاعده کلی وجود دارد که بیان می‌فرماید: «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» (نساء، ۲۹). با این وصف این سؤال مطرح است که ارتباط لوازم و عوامل موجب تراضی با نفس تراضی چیست. به عبارت دیگر، از نگاه شارع نفس تراضی ملاک است یا شکل ایجاد آن و مبرز آن. انشای اصطلاحی چه جایگاهی در بحث دارد. برای پاسخ به این پرسش‌ها به یک روایت مشهور احتجاج می‌کنیم که بیان می‌فرماید: «البیعان بالخیار مالم یفترقا فاذا افترقا فلاخیار بعد الرضا». ملاحظه می‌کنیم که در روایت مذکور واژه رضا به کار رفته است، نه واژه انشا. یعنی این موضوع نشان می‌دهد اصالت با عمل و تراضی است و طریق آن عموماً موضوعیت ندارد. پس وقتی از تعلیق اراده سخن به میان می‌آید، باید معنا و تراضی ملاک باشد، نه چیز دیگر. بنابراین در اراده باید دید تراضی چگونه بیان شده است. حال در تعلیق روشن است که اراده تعلیقی با تراضی طرفین از طریق مبرز بروز می‌یابد و تراضی را نشان می‌دهد و چیز دیگری افزون بر این برای تحلیل و صحت اراده تعلیقی در علم فقه و حقوق ضرورت ندارد. با این بیان می‌توان گفت که عموماً نشانگر آن است که تراضی وجه مورد نظر شارع در معاملات است و مسائلی مانند انشای اصطلاحی و غیره به‌علت آنکه در زمان تشریح این قواعد اساساً مطمح نظر عرف نبوده است و از آنجایی که در معاملات شارع به عرف احاله داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۷۸)، لذا موضوعاتی مانند انشای اصطلاحی و مسائل مرتبط امور لایتغیر نیستند و نفس اراده و تراضی ملاک عمل است که تعلیق در التزام روشن‌ترین تحلیل از موضوع تراضی است که با عرف سازگاری کامل دارد.

ه) مستمسک قانونی؛ ممکن است با توجه به ماده ۱۹۱ و ۱۹۵ قانون مدنی که وجود قصد انشا را در اعمال حقوقی ضروری می‌پندارد این نظر تقویت شود که انشای اصطلاحی جزء لاینفک

اعمال حقوقی است و تعلیق، منتج به نفی انشا می‌شود؛ بنابراین تعلیق در انشا قطعاً باطل است. کما اینکه پاره‌ای به این وجه استدلال کرده‌اند. حال با این وصف اگر به ماده ۱۹۹ قانون مدنی نظر کنیم ملاحظه می‌کنیم که قانون‌گذار اشعار می‌دارد: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.» سؤال اینجاست مگر روشن نیست که در اکراه رضا مخدوش است، پس چگونه قانون‌گذار بیان داشته است: «رضای حاصل در نتیجه اکراه». این تعارض حل نخواهد شد مگر آنکه مقصود از رضا در ماده ۱۹۹ قانون مدنی را به اراده تلقی کنیم. بدین ترتیب که هر جا در اعمال حقوقی اراده نباشد، ماهیت حقوقی پدید نمی‌آید و اراده حاصل ناشی از اکراه یا اشتباه مثلاً فلان اثر وضعی دارد. پس در قانون مدنی قصد، قصد انشا، رضا به معنی عام اراده قابل تفسیر است. در ماده ۷۲۳ قانون مدنی در تأیید این‌گونه نگرش، می‌توان ردپای دیگری نیز پیدا کرد. این ماده بیان می‌دارد: «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیة دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست.» این التزام چیزی غیر از اراده نیست و ملتزم شدن چیزی جز اعلام اراده نیست و تعلیق به التزام مذکور در قانون همان تعلیق در اراده است که به‌عنوان مؤیدی دیگر از قانون از آن می‌توان برای توجیه نظریة التزام استمداد جست.

۲-۲-۴-۲. دفع اشکالات مقدر

ممکن است به این نظریه انتقاد شود که به‌کلی از مشهور که تعلیق انشا و مُنشأ را مدنظر دارند بی‌بهره مانده است و اسلوب تحلیل تعلیق ارادی را متغیر ساخته است. در پاسخ به این اشکال بیان می‌شود که معاملات و لوازم آن امور امضائی هستند و اصالت در آن‌ها عرف عملی است و قبلاً هم بیان شد که تعلیق در انشا و مُنشأ و غیره ساخته اهل علم فقه و حقوق است و حقیقت شرعیه ندارد که لایتغیر فرض شود. لذا تمکین به این موضوعات تصور درستی نیست و اشکال دوم محتمل است در این خصوص باشد که در نظریة التزام فرق بین التزام ناشی عمل حقوقی و ضمان قهری از هم تفکیک نشده است و مطلب منقح نیست. در پاسخ خواهیم گفت التزام ارادی فرض مقدر معنای التزام در اعمال حقوقی است. به‌علاوه، همان طوری که گذشت لفظ در این نظریه ملاک انتخاب نیست بلکه معنای نظریه مدنظر است. فارغ از اینکه هر نامی بر آن گذاشته شود، این نظریه قابلیت انطباق بیشتری با حقیقت اراده دارد.

۳. محذورات عملی

مهم‌ترین مشکل در تأثیر وضعی انتخاب هریک از ماهیات تعلیق اراده بروز می‌نماید. به‌عنوان مثال، اگر دادرس در یک دعوا در مقام بررسی یک عقد تعلیقی باشد، چگونه باید دریابد که تعلیق اراده در چه محملی از اراده رخ داده است: تعلیق در انشاست، در مُنشأ است یا غیره؟ به‌علاوه، اراده

طرفین که توسط میرز کتبی بیان شده است، مثلاً در یک سند، چگونه قابل بازشناسی است که مُنشی چه چیزی را در مقام تعلیق خواسته است؟ چه اینکه بر اساس همین مبنا، تعلیق را فقط در مبرز لفظ ممکن دانسته‌اند (حسینی مقدم، ۱۳۸۷: ۳۱). یا وقتی، در عقد، قابل معمولاً فقط ایجاب را می‌پذیرد، در اینجا نقش اراده قابل چیست؟ اگر قابل بگوید من از ایجاب تعلیق انشا را برگزیدم و موجب تعلیق مُنشأ را اراده کند، اثر عقد چگونه است؟ قول کدام مقدم است و چگونه اراده قابل تشخیص است؟ و اینکه لفظ که برای مراد تعلیق از آن استفاده شده است چه توانمندی و خصوصیتی دارد که برای دادرسی امکان تشخیص تعلیق در انشا، مُنشأ، موضوع تعهد و غیره را فراهم آورد؟ به علاوه، با این نگاه که مفهوم برخی از تحلیل‌های اراده تعلیقی حتی برای متخصصین بزرگ حقوقی و فقهی روشن نیست و نظیر آنچه در تعیین مصداق مُنشأ گذشت معین نیست که مُنشأ حقیقتاً چیست؟ حال دادرسی یا طرفین عمل حقوقی چگونه می‌توانند هنگام ایجاد عمل حقوقی بدان وقوف داشته باشند یا دادرسی بعداً بدان وقوف یابد؟ معضل اصلی و دیگری که در عمل رخ می‌دهد این است که ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی اشعار می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده و در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند.» حال اگر دادرسی بخواید بر اساس نظریات فقهی و منابع و فتوا در بحث تعلیق حکم قضیه را پیدا کند، با انبوهی از تعارض نظریات مواجه خواهد شد که پذیرش هر یک اثر وضعی عمل حقوقی را تحت تأثیر قرار خواهد داد. بدین گونه که یک دادرسی با توجه به فقدان قانون در بحث تحلیل اراده تعلیقی با انتخاب تعلیق در مُنشأ به صحت عمل حقوقی تعلیقی بر فرض توان شناخت اراده حقیقی طرفین نسبت به تعلیق مُنشأ و دادرسی دیگر تعلیق در موضوع تعهد را صحیح می‌یابد. با این وصف معضل عملی از آراء متعارض در محاکم رخ می‌نماید. دشواری دیگر این است که یکی از متعاملین برای خروج از تعهدات قراردادی تعلیقی به نظریه تعلیق در انشا تمسک می‌کند و با علم به اینکه این نوع تعلیق باطل است درصدد اقامه دلیل برمی‌آید که نظر وی تعلیق در انشا بوده است. حال چه مکانیزمی برای تشخیص صحت یا عدم صحت گفتار وی و تشخیص اراده درونی که امری پنهان است برای دادرسی وجود دارد؟ آیا با این محظورات نباید به اصل استحکام معاملات توجه کرد؟ آنهایی که مسائل صرفاً تئوریکی و نظری را در تحلیل تعلیق بیان کرده‌اند هرگز متعرض این دشواری‌ها نشده‌اند. آیا با توجه به این محظورات نباید از تحلیل نظری و غیرکاربردی دست شست و بر پایه اصالت عمل، که نظر شارع نیز در معاملات احاله به عرف و عمل است، به تحلیل اراده تعلیقی دست زد؟ به نظر می‌رسد

نظریه التزام منطبق با حقیقت و ظاهر اراده است و در علم حقوق باید به همین مسئله توجه کرد و از تحلیل‌های فلسفی و کلامی از ماهیت‌های حقوقی دوری جست.

۱-۳. جلوه محذورات در تعلیق ایجاد عمل حقوقی

جلوه دشواری در این خصوص با ذکر نظریات برخی قضات دادگاه‌های حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد که در مقام پاسخ‌گویی به سؤال مطرح‌شده در یک نشست قضایی ابراز گردیده است. سؤال این است که دو فقره چک صادر شده است و صادرکننده به موجب نوشته عادی متعهد گردیده است چنانچه چک‌ها در تاریخ معین وصول نشود، با صدور گواهی عدم پرداخت از ناحیه بانک، اتومبیل خود را که در تحویل دارنده چک‌هاست رسماً به نام او منتقل نماید. آیا این تعهد از تعهدات معلق شمرده می‌شود یا خیر؟ حکم قضیه چیست؟

در اینجا دو نظریه مطرح شده است:

الف) نظریه اکثریت: اگرچه مشهور فقها عقد معلق را باطل می‌دانند، این نظر اجماعی نیست و برخی قائل به صحت تعلیق در منشأ هستند و حتی گفته شده است برخی از فقها هم تعلیق در انشا و هم منشأ را صحیح دانسته‌اند و دکتر امامی در هر حال عقد را صحیح اعلام کرده است و استنباط می‌شود که از نظر قانون مدنی عقد معلق صحیح است.

ب) نظریه اقلیت: قرارداد مذکور انتقال اتومبیل است، به شرط عدم وصول چک و نوعی قرارداد معلق است که تعلیق بر اراده مدیون و در واقع تعلیق در انشا شده و به این علت باطل است. به دیگر سخن، اگر تعلیق در منشأ باشد، صحیح است و اما در تعلیق در انشا به علت فقدان یکی از عناصر اساسی عقد در بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی باطل است و فرض سؤال تعلیق در انشا و باطل است (میرزایی، ۱۳۹۷: ۷۶).

با توجه به نظریات فوق، در راستای نقد نظریه اکثریت می‌توان گفت که تحلیل ماهیتی از فرض مطرح‌شده و بررسی اراده واقعی منشئی در آن به چشم نمی‌خورد و صرفاً به ذکر دو نظریه مشهور در فقه راجع به تعلیق در انشا و منشأ پرداخته است که این خود معضل اساسی در بررسی اعمال حقوقی معلق است و آن عبارت است از اینکه با تشت و تعدد آراء در این قضیه دادرسی چگونه باید در یک عقد تعلیقی ماهیت اراده و متعاقب آن حکم وضعی قرارداد را روشن نماید و اگر گفته شود هر دادرسی با استمداد از ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مثلاً با رجوع به فتوا حکم مسئله را تعیین می‌کند، با فرض تعدد نظریات فقهی و حقوقی در مسئله تعلیق، که قبلاً به آن‌ها اشاره شد، در یک موضوع واحد در ساختار قضایی واحد تعدد و تهافت بسیار در آراء به وجود خواهد آمد. در نظریه اقلیت نیز علاوه بر وجود اشکال فوق نکته دیگری نیز بیان شده است که قابل تأمل است و اینکه ذکر شده در تعلیق در

انشا به علت فقدان یکی از عناصر اساسی عقد (بند یک ماده ۱۹۰ قانون مدنی) عقد باطل است. یعنی اینکه اساساً بر طبق این نظر در فرض تعلیق در انشا، قصد وجود ندارد. در پاسخ به آن همان طوری که پیش تر گفته شد، در تعلیق در انشا قصد نفی نمی شود بلکه قصد با کیفیت و عوارض خاصی (معلق) ابراز می گردد و بین فقد قصد و وجود قصد با قید تعلیق در آن تفاوت وجود دارد. نکته مهم تر در اینجا این است که اگر بخواهیم از شش نظریه مطرح شده در باب ماهیت و محل تعلیق در اراده و انطباق آن با فرض سؤال سخن به میان آوریم، قدر مسلم آن است که هم در تحلیل تئوریک و هم در نتیجه حکم وضعی نتایج متناقضی را شاهد خواهیم بود و عقل سلیم نمی پذیرد که در موضوع واحد چنین نتایج متعدد قابل درک و پذیرش باشد.

۲-۳. جلوه محذورات در تعلیق انحلال عمل حقوقی

یکی از جلوه های تحلیل اراده تعلیقی در آراء قضایی در محمل تعلیق در انحلال رخ می نماید و لزوم تدقیق درباره تعلیق در انحلال نسبت به تعلیق در ایجاد از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ چه اینکه از یک طرف تشخیص ماهیت اراده در اینجا سخت بوده و از طرف دیگر فقدان نظریه ای دقیق و منسجم، در خصوص موضوع، تحلیل را دشوارتر می نماید. حال با ذکر این نکته ضمن تحلیل آراء قضایی به تحلیل می پردازیم در بخشی از رأی دادگاه آمده است:

«وکیل خواهان مدعی شده که موکلش به موجب مبایعه نامه های مورخه ۱۳۹۰/۰۶/۰۳ دو واحد آپارتمان ملکی خود را با شرایط مقید در آن فروخته و خریدار بابت ثمن معامله با صدور یک فقره چک ملتزم به پرداخت وجه آن گردیده اما وجه آن پرداخت نگردید. و این در حالی است که بند ۵ مبایعه نامه شرط گردیده به هر علتی چک مذکور غیر قابل وصول اعلام گردد، مبایعه نامه مورخه ۱۳۹۰/۰۶/۰۳ باطل و بی اعتبار بوده و خریدار اساساً ملزم به بازگرداندن مبیع به فروشنده می باشد. از آنجایی که مطابق ماده ۳۴۰ قانون مدنی در ایجاب و قبول الفاظ و عبارات باید صریح در معنی بیع باشد و از آنجایی که قراردادهایی که افراد با یکدیگر منعقد می کنند حاصل روابط اجتماعی آنان است (اصل حاکمیت اراده) و چون عقد تابع قصد می باشد (العقود تابعة للقصد) و (تراضی) عمده ترین عنصر سازنده در عقد بیع است، بر همین اساس در مبایعه نامه مستند خواهان درباره تضمین پرداخت ثمن مؤجل شرط گردیده که چنانچه به هر علت از علل وجه چک مذکور در تاریخ سررسید یا بعد از آن پرداخت نگردد، مبایعه نامه باطل و بی اعتبار است و از آنجایی که نتیجه وقوع شرط مزبور، یعنی پرداخت نشدن وجه چک که یک حادثه خارجی است، انفساخ و برهم زده شدن خود به خودی عقد سابق می باشد. از آنجایی که هدف نهایی متعاملین در تمامی معاملات معوض اجرای تعهدات و نه ایجاد آن و از آنجایی که اجرای نادرست قرارداد نیز در حکم عدم اجرای آن می باشد، لذا طرفین در زمان تنظیم مبایعه نامه مورخ

۱۳۹۰/۰۶/۰۳ شرط فاسخ بیع که اسباب آن در زمان عقد تدارک شده و به قرینه عقد معلق موضوع ماده ۱۸۹ قانون مدنی واجد آثار خودبه‌خودی می‌باشد فلذا دادگاه حکم به اعلام انفساخ و بی‌اعتباری مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۳ می‌نماید.» (بازگیر، ۱۳۸۲: ۱۴۴)

رای فوق به‌وضوح نشانگر تلاش دادگاه به تأکید بر اصالت داشتن خواست و اراده طرفین قراردادی است و دادگاه با تمسک به مستندات در جهت تحکیم شرط فاسخ قدم برداشته است. ذکر جمالتی مانند «قراردادهایی که افراد با یکدیگر منعقد می‌کنند حاصل روابط اجتماعی آنان است»، «اصل حاکمیت اراده»، «العقود تابعة للقصد» و «تراضی»، «از آنجایی که اجرای نادرست قرارداد نیز در حکم عدم اجرای آن می‌باشد و به قرینه عقد معلق موضوع ماده ۱۸۹ قانون مدنی واجد آثار خودبه‌خودی» جملگی نشانگر تمایل دادگاه در جهت پذیرفتن خواست حقیقی متعاقدين قراردادی است که در آن شرط فاسخ درج شده است. اما با توجه به اینکه در قانون به شرط فاسخ اشارتی صریح نگردیده است و در منابع نیز تشت آراء و عدم تحلیل تعلیق در انحلال نمایان است، دادگاه به بیان مواردی دست زده است که ارتباطی اساسی با تحلیل تعلیق در انحلال ندارد؛ چه اینکه ذکر «اصل حاکمیت اراده» خود معنایی جدای از آن دارد که قراردادها حاصل روابط اجتماعی متعاقدين است. در حالی که ظاهراً دادگاه با ذکر آن‌ها کنار هم آن دو را واجد یک معنا دانسته است و بیان کرده است که «اجرای نادرست قرارداد در حکم عدم اجرای آن می‌باشد» و به‌وضوح این سخن قابل نقد است. چه اینکه اصولاً اجرای نادرست قرارداد در حکم عدم اجرا تلقی نمی‌گردد و ظاهراً منظور دادگاه از ذکر این مطلب این بوده است که در قراردادهای تعلیقی عدم تحقق شرط (در رأی مذکور عدم پرداخت چک مربوط به بخشی از ثمن معامله) در نگاه متعاقدين حصول وضعیتی است که در نظر آنان عدم تحقق شرط قراردادی، یعنی حصول معلق‌علیه، (شرط فاسخ) را در پی دارد؛ چه اینکه این امر چنان برای طرفین (یا دست‌کم برای فروشنده) مهم بوده است که عدم تحقیق شرط در حکم عدم اجرای اصل و اساس قرارداد است و از همین جهت این شرط (شرط فاسخ) در قرارداد گنجانده شده است.

نکته دیگر اینکه دادگاه بدون اینکه تحلیلی عمیق از تعلیق در انحلال به دست دهد به ذکر «به قرینه عقد معلق موضوع ماده ۱۸۹ قانون مدنی» اشاره کرده است. بدیهی است که این مطلب از منقح‌نبودن این جهت در قانون و منابع حقوقی و فقهی حکایت دارد که در رویه قضایی نیز رسوخ نموده است. نکته اساسی دیگری که باید در خصوص رأی مذکور به آن اشاره کرد ذکر کلمه انحلال (خودبه‌خودی) قرارداد است. این کلمه در آراء دادگاه‌های عالی نیز در خصوص موضوع شایان توجه است.

کلمه خودبه‌خودی در این رهگذر مفید این معناست که اراده قابلیت آن را دارد که انحلال قرارداد را به وقوع معلق‌علیه موقوف نماید. در حالی که این اراده در زمان ایجاد عمل حقوقی واجد اثر بوده

و اثر آن در زمان وقوع معلق علیه بروز می‌یابد. با این توضیح دست‌کم می‌توان ادعا کرد که، در غالب آراء مربوط به تعلیق در انحلال، تحلیل جدی از اراده تعلیقی صورت نمی‌پذیرد و صرفاً ظاهر قرارداد مورد توجه واقع می‌شود و این خود نشان از آن دارد که دادرس هرگاه خود را فراروی تحلیل این‌گونه قراردادها می‌دیده است، متعرض آن‌ها نشده است؛ چه اینکه وقتی از تعلیق در انحلال سخن به میان می‌آید، اولین مسئله این خواهد بود که چگونه اراده تعلیقی در این مقام قابل شناسایی است. کدام یک از نظریات در این زمینه برای تعلیق در انحلال قابل انطباق است؟ تقریباً در قریب به اتفاق کتب فقهی و حقوقی به تحلیل تعلیق در انحلال به این‌که مقرر تعلیق اراده چگونه قابل بازشناسی است توجهی نشده است و آن دسته اندک هم که گذری بر آن داشته‌اند تحلیل را غامض تر نموده‌اند. به نظر می‌رسد به علت وجود مشکل بسیار عمیق در تحلیل از یک طرف و توجه به اصل استحکام قراردادها از طرف دیگر و مصالح اجتماعی، قضات را بر آن داشته است که معمولاً از کنکاش در اینجا خود را فارغ کنند. در حالی که با این عذر نمی‌توان از مسئله صرف نظر کرد. چنانچه در مقام رسیدگی، یکی از طرفین دعوا به هر علت این اشکال را وارد رسیدگی کند، دادرس چگونه می‌تواند آن را تحلیل نماید؟ در اینجا با ذکر رأی شعبه سوم دیوان عالی کشور از سوی دیگری نظر رویه قضایی را در خصوص موضوع بررسی می‌کنیم. در رأی اشاره شده آمده است: «همچنان که طرفین عقد ممکن است اثر عقد را موکول به شرطی در آینده کنند، ممکن است انحلال عقد را معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده بنمایند. از نظر تحلیلی بین ساختمان شروط تعلیقی و فاسخ هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا اثر تراضی در شروط تعلیقی ایجاد تعهد و در شروط فاسخ انحلال آن است.» وجه نقد بر این رأی واضح است: چه اینکه بدون ذکر تحلیل ماهیت تعلیق اراده صرفاً با قیاس اینکه تراضی در تعلیق در ایجاد و فاسخ عنصر اساسی است از تحلیل ماهیت اراده تعلیقی دور شده است و هرچند صحیح است که عنصر اصلی هر عمل حقوق تراضی (توافق) است، این توافق مرتبط با اراده و بررسی آن از موضوعات مربوط به تحلیل ماهیت اراده است که در رأی فوق مقرر و محل تعلیق اراده مورد کنکاش واقع نشده است. علت اصلی آن شاید عدم دسترسی یا وجود تحلیل در این مقام (ماهیت تعلیق اراده در شرط فاسخ) باشد. بنابراین ملاحظه می‌کنیم عدم وجود مبنای واحد در بحث تحلیل تعلیق در انحلال نیز دامن‌گیر ارائه‌کنندگان نظریاتی مانند تعلیق در انشا و منشا و غیره خواهد بود. با این بیان در جهت شناسایی مشکل نظری مسئله نیز ذکر تحلیل یکی از صاحب‌نظران حقوقی مفید خواهد بود که آن را عیناً ذکر می‌نماییم: «آنچه مورد نظر ماست این است که منشا در این عقد یکی بیش نیست و آن عبارت است از ماهیت عقدی که با حصول معلق علیه منفسخ می‌شود به عبارت دیگر انفساخ معامله پس از حصول معلق علیه قید ماهیت منشا و از خصوصیات آن است نه یک منشا مستقل.» (شهیدی،

۱۳۸۶: ۶۰) همان طوری که ملاحظه می‌شود این تحلیل نه‌تنها مشکل را حل نمی‌نماید بلکه بر مشکلات می‌افزاید؛ چراکه اگر به فرض قبول کنیم که تعلیق در منشأ واقع می‌شود و صحیح هم هست، حال قید ماهیت منشأ چگونه قابل شناسایی است که در تعلیق در انحلال آن را کشف و اراده تعلیقی را در آنجا مستقر نماییم. واضح است پذیرش امکان تعلیق در منشأ نیز پیش‌تر با مشکلاتی حل‌نشدنی مواجه بوده است. نکته دیگر اینکه اساساً منشئی در زمان انعقاد عمل حقوقی به منشأ و قید ماهیت منشأ اندیشه و نظر ندارد. چگونه می‌شود چیزهایی که اساساً منشئی در اراده خود بدان‌ها آگاه نیست و بدان علم هم ندارد جزء اراده وی شمرده شود؟ این تحلیل‌ها هم از عرف عملی و واقع امر و هم از العقود تابعة للقصد بسیار دور است. با این بیان به نظر می‌رسد بهترین تحلیل در اینجا استفاده از نظریه التزام است؛ به طوری که در این نظریه منشئی آنچه را می‌خواهد در اراده درونی پردازش می‌کند و تنها به واسطه میرز آن را بیان کرده و نمود خارجی می‌بخشد و همان نیز در عالم خارج و اعتبار واجد اثر خواهد بود. بنابراین تعلیق واقعی در درون منشئی وقوع می‌یابد، چه این تعلیق مربوط به انعقاد باشد و چه مربوط به انحلال.

نتیجه

بازپژوهی تحلیل اراده تعلیقی نشانگر آن است که مسئله تعلیق در طول زمان تحولات اساسی نظری را به خود دیده است. بررسی آراء فقهی نمایانگر آن است که در ابتدا بدون ارائه تحلیلی از تعلیق صرفاً آن را موجب بطلان عمل حقوقی می‌دانسته‌اند. اولین دلالتی که برای بطلان تعلیق ذکر شده است عدم جزمیت در انشا بوده است؛ گویی که تعلیق مخالف جزم است. اما با گذشت زمان نحوه استدلال‌ها تغییر یافته است و عموماً به دلالت عقلی که مهم‌ترین آن قیاس امور تکوینی و اعتباری است معطوف گردیده است. به این شرح که همان طوری که در امور تکوینی تعلیق معنا ندارد، در انشاء امور اعتباری نیز این امکان متصور نیست.

نیازهای اجتماعی و اقتصادی رفته‌رفته موجب تغییر استدلال‌ها و تلاش صاحب‌نظران برای یافتن راهی برای توجیه و امکان ورود تعلیق به اعمال حقوقی شده است. طرز تلقی اندیشمندان از چگونگی راه‌یابی تعلیق در اراده ابتدا حول محور انشا قابل شناسایی است؛ بدین نحو که بیان شده است که تعلیق در انشا، به‌علت اینکه امور اعتباری فضای جدایی از فضای تکوین است، امکان‌پذیر بوده و اشکالی بر آن مترتب نیست. اما این نظریه طرفداران چندانی در بین فقها و حقوق‌دانان نیافته است. از همین رو نظریه تعلیق در منشأ شیوع یافته و در این تحلیل بیان شده است که تعلیق در انشا استحاله عقلی دارد. لکن تعلیق در اثر یا چیزی که منشئی از انشا در نظر دارد بلامانع است. به این نظریه نیز اشکال وارد شده است که به محض انشا منشأ نیز واقع می‌شود و محمل و زمانی وجود ندارد که اراده

تعليق را در مُنشأ مستقر نمايد. بر همین اساس، پاره‌ای از دانشمندان نظریات تعليق در موضوع تعهد، تعليق در متعلق انشا و تعليق در انشا با پیش فرض مُنشئ را مطرح کرده اند و با این کار هم خواسته‌اند به نظرات کهن در خصوص تعليق وابستگی نشان دهند و هم راهی برای توجیه امکان و چگونگی تعليق اراده به دست دهند که به هریک از نظریات اشکالات مختلفی وارد است که اساسی‌ترین آن فاصله‌داشتن تحلیل‌ها از نفس و ظاهر اراده منشی بوده است که ناشی از دخالت‌دادن علوم دیگر مانند منطق و فلسفه و غیره در تحلیل امر حقوقی می‌باشد. با این بیان، مشکلات پیش رو در این رهگذر آن است که وقتی یک عمل حقوقی تعلیقی در پروسه رسیدگی قضایی مطرح می‌گردد، دادرسی چگونه می‌تواند اراده تعلیقی را در محمل تعليق در انشا یا مُنشأ و غیره شناسایی کند. بدیهی است که در یک قرارداد الفاظ قابلیت متقنی برای شناسایی مقرّر و محل تعليق اراده منشی نشان نمی‌دهد و تشخیص امر بسیار سخت خواهد بود. دشواری بعدی آن است که هر دادرسی ممکن است به یکی از نظریات در باب تعليق اراده تمایل نشان دهد. حال با توجه به تعدد و تهافت این نظریات، امنیت قضایی در مخاطره قرار خواهد گرفت؛ زیرا در یک موضوع واحد چندین رأی متعارض ممکن است صادر گردد و این امری نامطلوب خواهد بود. برای پرهیز از این مشکلات به نظر می‌رسد باید گفت که عالم اعمال حقوقی عالم و عرصه عرف است و شارع نیز در معاملات به عرف احاله داده است و از طرفی علم حقوق امروزه خود متکفل عناصر مختص به خود است و اراده حقوقی را باید با مشخصات و تحلیل‌های حقوقی بازشناسی کرد. بنابراین باید دید اراده حقوقی از تعليق چه چیزی را درک می‌کند. با بررسی موضوع درمی‌یابیم که اراده در ذهن شکل می‌گیرد و مبرز تنها راهی است که می‌توان اراده را از طریق آن دریافت. بنابراین در واقع مبرزی مانند لفظ موضوعیتی ندارد و اصل و اساس نفس اراده است. بنا بر ظاهر و عرف عملی، مُنشئ با ابراز اراده ملتزم به عمل حقوقی می‌شود و عمل حقوقی می‌تواند منجز یا معلق باشد و این پایه نظریه التزام است و برای شناخت تعليق نیاز به تحلیل‌های غامض و دور از ذهن نیست و نظریه التزام به دلیل انطباق با حقیقت اراده می‌تواند راهی درست برای تحلیل اراده تعلیقی باشد.

در این نظریه مبرز صرفاً طریقی برای کشف اراده است و تعليق در بستر اراده شکل می‌گیرد و انشای اصطلاحی نیز واجد جایگاه ویژه‌ای نیست و اراده از نگاه حقوقی عناصر مختص به خود را داراست که مهم‌ترین آن تلقی منطبق با عرف و ظاهر اراده منشی از تعليق است. در این نظریه اشکالات سایر نظریات نیز مندفع است و از وقوع دشواری‌های نظری و عملی نیز جلوگیری خواهد شد.

منابع

فارسی

- افضلی قادی، فریبا (۱۳۸۴)، «بررسی احکام و آثار عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه»، مجله فقه و حقوق خانواده، شماره ۳۷ و ۳۸.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ هفدهم، تهران: اسلامیه.
- افتخاری، جواد (۱۳۸۳)، حقوق مدنی ۳، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- امیرمعزی، احمد (۱۳۷۹)، حقوق مدنی ۳ عقود و ایقاعات، چاپ اول، تهران: مجد.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۲)، قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور، چاپ دوم، تهران: فردوسی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران: مجد.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، چاپ اول، تهران: دانشگاه امام صادق.
- پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۶)، انتقال مالکیت در عقد بیع، چاپ اول، تهران: شالیزه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، الفارق، جلد اول و دوم، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، دوم، پنجم، چاپ سیزدهم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، منطق ادبی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ترمینولوژی حقوق، چاپ هفدهم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق مدنی اصول عامه اذن و اذنیات، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، فرهنگ عناصر شناسی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ضمان عقدی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، سیستم‌شناسی در علم حقوق، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، علم حقوق در گذر تاریخ، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- حسینی مقدم، سید عسگری (۱۳۸۷)، تعلیق در قراردادها، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.
- حائری شاه باغ، سیدعلی (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- ره پیک، سیامک (۱۳۸۷)، حقوق مدنی حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۳ تعهدات، چاپ هشتم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۶، چاپ چهارم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، چاپ اول، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ ششم، تهران: مجد.

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، سقوط تعهدات، چاپ هشتم، تهران: مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران: میزان.
- قنواتی، جلیل، وحدتی بشیری، سیدحسن، عبدی پور، ابراهیم زیر نظر: سیدمصطفی محقق داماد (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، چاپ اول، تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول و پنجم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، مظفر، محمدرضا (۱۳۸۰)، منطق، ترجمه منوچهر صانعی دره بیدی، چاپ پنجم، تهران: حکمت.
- معین، محمد (۱۳۷۶)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: امیرکبیر.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۰)، آموزش فلسفه، چاپ اول، قم: انتشارات موسسه امام خمینی.
- میرزایی، علیرضا (۱۳۹۷)، محشی قانون مدنی، چاپ دهم، تهران: انتشارات بهنامی.
- نوین، پرویز (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۳ انعقاد و انحلال قراردادها، چاپ اول، تهران: تدریس.

عربی

- آل راضی، محمدطاهر (۱۴۲۶ق)، بداية الوصول فی شرح کفایة الاصول، جلد دوم، چاپ اول، قم: مطبعة الآداب.
- آملی، محمدتقی (۱۳۸۰)، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، جلد نهم، چاپ اول، تهران: بی نا.
- حسینی المراغه‌ای (۱۴۱۷ق)، میرعبه الفتح، العناوین، جلد دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- حسینی المراغه‌ای (۱۳۹۲)، العناوین، ترجمه و شرح عباس زراعت، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: جنگل.
- خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۶ق)، کتاب البیع، جلد اول، چاپ اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سیدمصطفی (۱۳۷۶)، البیع، جلد اول، چاپ اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، مصباح الفقاهة، جلد سوم، بیروت: دارالهادی.
- خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۰ق)، مصباح الفقاهة، جلد دوم، چاپ اول، قم: سیدالشهدا.
- سند، محمد (۱۴۲۸)، فقه المصارف والنقود، جلد اول، چاپ اول، قم: محبین.
- طباطبائی حکیم، سیدمحسن (۱۳۹۱ق)، متمسک العروة الوثقی، جلد دوازدهم، چاپ سوم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- طباطبائی حکیم (بی تا)، نهج الفقاهة، جلد اول، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- طباطبائی قمی، سیدتقی (۱۴۱۳)، عمده المطالب فی التعليق علی المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، قم: بی نا.
- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۸۷ق)، حاشیه المکاسب، جلد اول، قم: اسماعیلیان.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: موسسه ال البيت عليهم السلام.
- علمی اردبیلی، علی (۱۳۸۹)، دلیل الفقه من شرایط عقد البیع الی نهایه عقد الفضولی، چاپ اول، قم: بوستان کتاب.

- عاملی، شمس‌الدین محمد بن مکی بن احمد (شهید اول) (۱۴۰۰ق)، القوائد الفوائد، جلد اول، چاپ اول، قم: بی‌نا.
- القيومی المقری، احمد بن محمد بن علی (۱۴۱۸ق)، مصباح المنیر، جلد اول، المكتبة العصرية.
- قدیری، محمدحسن (۱۴۱۸ق)، البیع، جلد اول، چاپ اول، قم: موسسه العروج.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (بی‌نا)، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، جلد چهارم، بی‌نا.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۹)، اصول الفقه، چاپ پانزدهم، قم: اسماعیلیان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، انوارالفقاهة كتاب البیع، جلد اول، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- مکارم شیرازی (۱۴۲۴ق)، تهیه و تنظیم جمعی از فضلا، كتاب النکاح، جلد اول، چاپ اول، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، القوائد الفقهیه، جلد چهارم، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- محمدبن محمد بن نعمان (شیخ مفید) (بی‌نا)، المقنعه، جلد اول، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب، جلد دوم، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسین قم.