

## بازشناسی تعلیق در انشاء

### در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران\*

- سیدمحمد تقی قبولی درافشان<sup>۱</sup>
- سیدمحمد هادی قبولی<sup>۲</sup>

#### چکیده

یکی از شرایط قابل بررسی در صحت قرارداد، منجز بودن آن است که در صورت پذیرش، عقد معلق باطل خواهد بود و اگر تنجیز شرط نباشد، تعلیق مبطل قرارداد نخواهد بود. این مسئله قبل از شیخ انصاری رحمته الله علیه به طور مطلق و بدون تفکیک میان تعلیق در انشاء و منشاء، محل مناقشه فقیهان بوده است، اما از زمان ایشان، تعلیق در عقد به تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء تفکیک شد و مباحث عمیق و دقیقی درباره صحت یا بطلان هر یک از انواع تعلیق از سوی فقیهان امامی مطرح گردید. در این میان، مشهور فقیهان و حقوق دانان به صحت عقد معلق در صورت تعلیق در منشاء نظر داده و عقد معلق را با تعلیق در انشاء باطل دانسته‌اند، در حالی که برخی از بزرگان فقه امامی و اساتید حقوق مدنی از نظریه صحت عقد معلق با تعلیق در انشاء، دفاع کرده و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۳/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۵/۲۴.

۱. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد (ghabooli@ferdowsi.um.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (smhghabooli21@yahoo.com).

استدلال‌هایی قابل توجه در این باره ارائه نموده‌اند.

با توجه به اهمیت عقود معلق در حقوق قراردادها و نظر به اینکه در خصوص تعلیق در انشا نیز همچون تعلیق در منشا میان فقیهان و حقوق‌دانان وحدت نظر وجود نداشته و قانون مدنی نیز در این زمینه سکوت کرده است، جستار حاضر به تبیین، نقد و بررسی ادله ارائه‌شده برای صحت و بطلان این نوع تعلیق پرداخته و نظریه بطلان را از منظر فقه استدلالی و حقوق ایران، اقوی دانسته است.

واژگان کلیدی: عقد معلق، تعلیق در انشا، واجب مشروط، فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران.

#### مقدمه

قانون‌گذار مدنی ضمن اینکه بین تعلیق در انشا و منشا قائل به تفکیک نگردیده، درباره صحت و بطلان عقد معلق نیز ساکت است. در قانون مدنی، درباره عقد معلق مطلب زیادی به چشم نمی‌خورد و حتی تعریف صریحی از آن نشده است. قانون‌گذار، تنها در ماده ۱۸۴ ق.م. عقد معلق را در زمره اقسام عقود و معاملات برشمرده و در ماده ۱۸۹ ق.م. به تعریف عقد منجز پرداخته است که از مفهوم مخالف آن، می‌توان تعریفی از عقد معلق به دست آورد. قانون مدنی در برخی موارد استثنایی، تعلیق در عقد ضمان و عقد نکاح و نیز ایقاع طلاق را موجب بطلان دانسته است. بر همین اساس، حقوق‌دانان بر آن شده‌اند تا با بحث و بررسی درباره عقد معلق و تقسیم آن به تعلیق در انشا و منشا، نسبت به صحت یا بطلان عقد معلق در موارد مزبور با تکیه بر قواعد و اصول حقوقی اظهار نظر نمایند. در این بین برخی از آنان به صحت عقد معلق با تعلیق در انشا اعتقاد یافته و برخی دیگر نظریه بطلان را پذیرفته‌اند.

بر همین اساس و با توجه به سکوت قانون‌گذار مدنی و نظر به نقش بنیادی و مبنایی فقه امامی در نظام حقوقی ایران، در این جستار ابتدا ضمن تبیین جایگاه تعلیق عقد در فقه، به واکاوی نقادانه و استدلالی دیدگاه‌های ارائه‌شده توسط فقیهان امامی درباره تعلیق در انشا پرداخته و سپس موضوع را از نظر حقوقی بررسی خواهیم کرد.

۱. جایگاه تعلیق عقد و بررسی وضع تعلیق در انشا در فقه امامیه  
برای تبیین وضع عقد معلق با تعلیق در انشا، ابتدا جایگاه عقد معلق در فقه بیان  
می‌شود، سپس با تمرکز بر مسئله تعلیق در انشا، نظرات گوناگون فقهی بررسی و  
تحلیل خواهد شد.

### ۱-۱. نگاهی به جایگاه عقد معلق در فقه امامیه و تحولات آن

جایگاه بحث از عقد معلق و مسئله تعلیق در منابع فقهی یکسان نیست. با بررسی  
پژوهش‌های ارزشمند فقیهان امامی روشن می‌شود که در قرن‌های اخیر، به ویژه از  
زمان شیخ انصاری به بعد، مسئله تعلیق به طور معمول در کتاب‌های بیع، ضمن بحث  
شرطیت تنجیز در عقد، بررسی شده است (ر.ک: انصاری، ۱۳۷۵: ۹۹-۱۰۰؛ موسوی خمینی،  
۱۳۶۳: ۱۴۰/۱؛ خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۹؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۲۴/۲ به بعد؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۵/۱؛  
ایروانی، ۱۴۰۶: ۹۱/۱). البته برخی فقیهان مسئله شرطیت تنجیز در عقود و ایقاعات را به  
عنوان قاعده‌ای فقهی بررسی کرده‌اند (ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۱۹۱/۲ و ۳۲۹ به بعد؛  
عاملی، بی‌تا: ۲۳۷/۲).

برخی فقیهان امامی نیز در سایر ابواب فقه به ویژه وکالت و وقف به آن  
پرداخته‌اند (ر.ک: طوسی، ۱۳۷۷: ۶۵۵/۱؛ همو، ۱۳۸۷: ۳۹۹/۲؛ حلی، ۱۳۸۹: ۱۹۳/۲؛ حلی، بی‌تا:  
۲۵۲/۱؛ عاملی، بی‌تا: ۲۳۷/۲؛ کرکی، ۱۴۱۰: ۱۸۰/۸). در این راستا، برخی از بزرگان فقه امامیه  
معتقدند که اگر موکل عقد وکالت را بر وصفی معلق نماید، مثل اینکه به وکیل  
بگوید: «اگر حجاج از حج بازگشتند یا اول ماه فرا رسید، تو را وکیل در بیع نمودم»،  
وکالت صحیح نیست؛ زیرا دلیلی بر صحت این عقد وجود ندارد (طوسی، ۱۳۷۷:  
۶۵۵/۱؛ همو، ۱۳۸۷: ۳۹۹/۲). بعضی دیگر از فقیهان، تنجیز را جزء شرایط وکالت دانسته  
و تعلیق آن را بر شرط محتمل یا وقت متجدد<sup>۱</sup> صحیح ندانسته‌اند (حلی، ۱۳۸۹: ۱۹۳/۲؛  
حلی، بی‌تا: ۲۵۲/۱).

۱. مراد از وقت متجدد، واقعه‌ای است که تحقق آن در آینده قطعی است. به نظر می‌رسد از آنجا که  
واقعه‌ای که در آینده قطعاً رخ خواهد داد به منزله یک نوع زمان و وقت است، مرحوم محقق از آن  
تعبیر به وقت نموده‌اند.

برخی دیگر از محققان نیز شرطیت تنجیز در وکالت را به فقهای امامیه نسبت داده و قائل به عدم صحت تعلیق در آن گردیده‌اند (کرکی، ۱۴۱۰: ۱۸۰/۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۹/۵؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۲۶/۷). بعضی دیگر هم از عدم صحت تعلیق در وقف سخن گفته و دلیل آن را عدم جزم به وقف دانسته و عدم صحت تعلیق را به بیع و هبه نیز سرایت داده‌اند (کرکی، ۱۴۱۰: ۱۴/۹-۱۵). برخی نیز بر بطلان توکیل در صورت تعلیق به شرط، ادعای اجماع نموده‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ۵۱۸/۳).<sup>۱</sup> صاحب‌جوهر نیز پس از ادعای نفی خلاف بین فقها مبنی بر شرطیت تنجیز در وکالت، به وجود اجماع محصل و منقول در این زمینه اشاره کرده و تعلیق در وکالت را به دلیل منافات با مقارنت سبب و مسبب<sup>۲</sup> که از ادله سببیت عقود قابل استفاده است، باطل می‌داند (نجفی، ۱۹۸۱، ۳۵۲/۲۷) و در باب بیع نیز شرطیت تنجیز را بلاشکال و عدم صحت عقد غیر منجّز را بلاختلاف دانسته است (همان: ۲۵۳/۲۲). اما در این میان برخی در شرطیت تنجیز تأمل کرده و به صحت تعلیق متمایل شده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۳۳/۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۲۵/۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۵۲۷/۷).

ممکن است این سؤال مطرح گردد که چگونه می‌توان شرطیت را به همه عقود سرایت داد و حال آنکه بیشتر فقها آن را در باب وکالت ذکر نموده‌اند؟ در پاسخ باید گفت که اولاً برخی از فقها (حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۱۵؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۵۲/۲۷) تنجیز را در همه عقود شرط دانسته‌اند. ثانیاً می‌توان به اولویت مستفاد از فتاوا و اجماع اصحاب درباره وکالت، استناد نموده و گفت که وقتی در وکالت - که از عقود جایز است و هر لفظی که دلالت بر اذن نماید در آن کفایت می‌کند - تنجیز شرط باشد، به طریق اولی در سایر عقود همچون بیع نیز تنجیز شرط است (انصاری، ۱۳۷۵: ۹۹؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۲۸/۲؛ حسینی شیرازی، بی‌تا: ۳۰۱/۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۹).

بنابراین با توجه به نظرات ارائه شده می‌توان گفت که تا زمان شیخ انصاری تقریباً اختلافی در شرطیت تنجیز در عقود وجود نداشته و صرف نظر از اجماع، حداقل

۱. ایشان معتقد است که اگر اجماع فقها مبنی بر بطلان تعلیق وجود نداشت، سخن قائلان به صحت تعلیق، متین بود به جهت اینکه انشا منافاتی با تعلیق ندارد.

۲. منظور از مقارنت سبب و مسبب این است که مسبب بلافاصله بعد از سبب حاصل گردد.

قول مشهور فقیهان امامی، شرطیت تنجیز در عقود و مبطل بودن تعلیق بوده است<sup>۱</sup> (ر.ک: ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۳/۲ و ۱۸). اما از زمان شیخ انصاری به بعد -و پس از بررسی‌های محققان ایشان در شرطیت تنجیز و نقد و بررسی ادله آن- بین تعلیق در انشا و منشأ تفکیک صورت گرفت و انواع معلق علیه به نحوی دقیق‌تر تبیین گردید تا مواردی که اجماع بر بطلان تعلیق وجود دارد و به عبارت دیگر قدر متیقن از اجماع مشخص گردد. البته اختلاف نظرهایی نیز در باب صحت و بطلان هر یک از این دو نوع تعلیق به وجود آمده است. هر چند بعضی معتقدند که اصولاً هنگام بحث از تعلیق، تعلیق در منشأ مد نظر است و تعلیق در انشا امکان عقلی ندارد (قناتی و دیگران، ۱۳۷۹: ۱۴۸/۱)<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد که در این زمینه نیز حتی میان فقهای معاصر اختلاف نظرهایی وجود دارد (ر.ک: موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲۳۳/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۴).

## ۲-۱. نقد و بررسی نظرات فقهی در خصوص تعلیق در انشا

انشا که گاهی از آن به قصد انشا تعبیر می‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۸: ۶۰۰/۵)، ممکن است معلق بر امر خارجی گردد. برخی فقیهان با این استدلال که انشا از مقوله اعتباریات است، تعلیق آن را بر امری دیگر جایز دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲۳۳/۱؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۱۴۳/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۱/۳). در مقابل، برخی دیگر انشا را نوعی احداث و ایجاد دانسته، معتقدند همان‌طور که وجود فعلی یک شیء نمی‌تواند به چیز دیگری وابسته باشد، تحقق انشا به صورت معلق نیز امکان‌پذیر نیست (نائینی، ۱۴۱۸: ۲۵۳-۲۵۴؛ خوبی، بی‌تا: ۶۶/۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۹۱/۱). در ادامه ضمن واکاوی ادله هر یک از آن‌ها، ابتدا نظریه صحت و سپس نظریه بطلان را بررسی می‌کنیم.

### ۱-۲-۱. نظریه صحت

طرف داران صحت عقد معلق با تعلیق در انشا، امکان عقلی تعلیق در انشا را دلیل عمده خود مبنی بر صحت آن ذکر کرده و معتقدند که نباید امور اعتباری را با امور

۱. برای دیدن نظر مخالف، ر.ک: قمی، ۱۴۱۳: ۱۳۵/۲.

۲. شایان ذکر است که بیشتر فقیهان متأخر بین تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ تفکیک کرده و مورد اول را از لحاظ عقلی محال و دومی را بی‌اشکال دانسته‌اند (ر.ک: قناتی و دیگران، ۱۳۷۹: ۱۴۸/۱).

تکوینی قیاس نمود و ایجاد اعتباری را به مثابه ایجاد تکوینی - که قابلیت تعلیق ندارد - دانست (موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲۳۳/۱؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۱۴۳/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۴۶/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۱/۳). این اندیشمندان بر این اعتقادند که بین عدم امکان تعلیق ایجاد در عالم تکوین و عدم امکان آن در عالم اعتبار، ملازمه‌ای وجود ندارد.

طرف داران امکان تعلیق در انشاء، بحث را به واجب مشروط که از مباحث اصول فقه است معطوف داشته‌اند (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۹: ۹۵؛ شوشتری، ۱۴۱۵: ۱۸۹/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲۳۳/۱؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۴۷/۱). در توضیح باید گفت که در اصول فقه، واجب به انواع مختلفی تقسیم می‌شود که واجب مطلق و مشروط یکی از آنهاست. واجب مطلق آن است که وجوب آن مشروط به شرطی نباشد؛ مانند نماز. ولی واجب مشروط آن است که وجوبش مشروط به شرط باشد؛ مانند حج که مشروط به تحقق استطاعت است (مظفر، بی‌تا: ۱۳۴/۱؛ فیض، ۱۳۶۶: ۲۳۹). در این قسم از اقسام واجب، در اینکه شرط قید هیئت است یا ماده، بین اصولیان اختلاف نظر مبنایی وجود دارد. برای مثال، اگر گفته شود: «اگر زید آمد او را اکرام کن»، بین علمای اصول اختلاف نظر است در اینکه آیا «آمدن زید» قید هیئت فعل امر (انشای وجوب یا ایجاب) است یا قید ماده (اکرام) (ر.ک: خراسانی، ۱۴۰۹: ۹۵؛ قمی، بی‌تا: ۱۲۴؛ مظفر، بی‌تا: ۱۳۶/۱).

برخی اندیشمندان اصولی معتقدند که شرط (آمدن زید)، قید هیئت است؛ یعنی انشای وجوب، بر تحقق شرط معلق بوده و با تحقق شرط، انشاء نیز تحقق می‌یابد و به دنبال آن، ماده (وجوب اکرام) و به تعبیر دیگر، منشأ تحقق می‌یابد (خراسانی، ۱۴۰۹: ۹۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۷: ۱۷۶/۱؛ همو، ۱۴۱۴: ۳۴۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۷۱/۳). این دسته از فقها با استناد به این مطلب، تعلیق در انشاء را ممکن دانسته، معتقدند همان گونه که انشای وجوب در واجب مشروط، معلق بر شرط است، در عقود معلق نیز انشای عقد، معلق بر تحقق شرط است. بر اساس این دیدگاه، همان گونه که تعلیق در اخبار، امکان‌پذیر است، تعلیق در انشاء نیز ممکن است (خراسانی، ۱۴۰۹: ۹۷؛ اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳۳۹/۱).

شایان ذکر است که طرف داران نظریه صحت عقد معلق با تعلیق در انشاء بر این اعتقادند که هر یک از طرفین عقد می‌تواند قبل از تحقق شرط، از آنچه که گفته رجوع کند؛ زیرا در فرض مذکور تملیک بعد از وقوع شرط تحقق می‌پذیرد

(خراسانی، ۱۴۰۹: ۹۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۳: ۲۳۳/۱ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۴).

ولی برخی دیگر از فقیهان اصولی، در واجب مشروط مبنای دیگری را انتخاب کرده، معتقدند که شرط، قید ماده است (انصاری، بی تا: ۴۵-۴۸؛ نائینی، ۱۴۰۴: ۱-۲/۲۱۴؛ خویی، ۱۳۶۸: ۱۳۱/۱؛ همو، ۱۴۱۹: ۲/۳۴۸؛ حسینی یزدی فیروزآبادی، ۱۳۸۵: ۱/۳۰۶). بر این اساس، معنای جمله «اگر زید نزد تو آمد، او را اکرام کن» عبارت است از اینکه «اکرام زید در فرض آمدن نزد تو مطلوب من (شارع) است»؛ به عبارت دیگر، اکرام زید در فرض آمدن او متعلق و وجوب است. برای روشن شدن مسئله اشاره به دو نکته لازم است: نخست اینکه وجوب به معنای خواستن انجام کاری است (حیدری، ۱۳۶۴: ۵۶)، به همین جهت در معنای جمله یادشده، از مطلوب بودن سخن به میان آمد.

دیگر اینکه هر قضیه شرعی متضمن سه رکن است که عبارتند از: ۱. رکن حکم که یکی از احکام خمسۀ تکلیفیه است؛ ۲. رکن متعلق حکم که فعل یا ترک فعلی است که حکم بر آن مترتب می شود؛ ۳. رکن موضوع حکم. برای مثال، وقتی گفته می شود: «اکرام زید واجب است»، حکم و وجوب، و متعلق حکم اکرام، و موضوع حکم زید است.

با توجه به نکات یادشده باید گفت که بر اساس مبنای اصولیانی که شرط را قید ماده می دانند (انصاری، بی تا: ۴۵-۴۸؛ خویی، ۱۳۶۸: ۱۳۱/۱؛ همو، ۱۴۱۹: ۲/۳۴۸؛ حسینی یزدی فیروزآبادی، ۱۳۸۵: ۱/۳۰۶)، در جمله «اگر زید آمد، او را اکرام کن» رکن متعلق حکم، مقید به شرط است؛ یعنی در واقع، متعلق حکم عبارت است از «اکرام زید در فرض آمدن وی». بدیهی است که طبق این مبنا، ایجاب (انشای وجوب) به طور مطلق صورت پذیرفته و مقید به شرط (آمدن زید) نشده، بلکه متعلق وجوب (اکرام) مقید به شرط مزبور (آمدن زید) شده و وجوب به مجموع آن (اکرام زید در فرض آمدن او) تعلق گرفته است.

## ۱-۲-۲. نظریه بطلان

اندیشمندان فقهی که عقد معلق با تعلیق در انشاء را باطل می دانند، معتقدند که دلیل طرف داران صحت (مبنی بر امکان پذیر بودن تعلیق در ایجاد اعتباری)، اشکالی

اساسی دارد و آن اینکه تعلیق در انشا (ایجاد)، از لحاظ عقلی محال است (نائینی، ۱۴۱۸: ۲۵۳-۲۵۴؛ خوبی، بی تا: ۳/۶۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱/۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۲/۱۳۲)؛ حسین‌ی روحانی، ۱۴۲۹: ۳/۲۳۱). آنان معتقدند که تعلیق در ایجاد - اعم از اعتباری و تکوینی - محال است؛ همان طور که امکان ندارد وقوع «ضرب» بر کسی، معلق بر آن شود که وی دشمن باشد؛ زیرا به محض اینکه شخصی مورد «ضرب» قرار گرفت، چه دشمن باشد و چه نباشد مضروب واقع می‌شود. به همین ترتیب، تعلیق انشا و اخبار چیزی بر امر دیگر امکان‌پذیر نیست؛ چون انشا و اخبار از دو حال خارج نیستند؛ یا به نحو مطلق و بدون قید و شرط تحقق می‌یابند یا اصلاً تحقق پیدا نمی‌کنند و همان طور که می‌دانیم از لحاظ منطقی رابطه بین وجود و عدم تناقض است (نائینی، ۱۴۰۴: ۱-۲/۲۱۴) و نمی‌توان به بهانه اعتباری بودن انشا، قواعد مسلم عقلی را کنار گذاشت. به عبارت دیگر، هر چند بین عالم تکوین و اعتبار تفاوت‌هایی وجود دارد، قواعد مسلم عقلی در هر دو جاری است.

دلیل دیگری که از سوی برخی فقیهان در رد نظریه قائلان به صحت عقد معلق با تعلیق در انشا مطرح گردیده، عدم صحت قیاس تعلیق در انشا با واجب مشروط است؛ زیرا در واجب مشروط، شرط قید ماده است، نه قید هیئت (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱/۹۲-۹۱؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۲/۱۳۲). به بیان دیگر، در واجب مشروط، سخن از تعلیق در وجوب است و وجوب به عنوان منشأ، معلق بر تحقق شرط می‌باشد و تعلیق در منشأ محال نیست. به اعتقاد این دسته از فقیهان، در جمله «اگر زید نزد تو آمد، او را اکرام کن» انشای وجوب به صورت منجز صورت گرفته است، اما وجوب آن، فعلی نبوده و در فرض آمدن زید فعلیت می‌یابد.

## ۲. تعلیق در انشا در حقوق موضوعه ایران

قانون‌گذار مدنی ضمن عدم تفکیک بین تعلیق در انشا و منشأ، درباره صحت و بطلان عقد معلق نیز سکوت کرده است. در قانون مدنی، درباره عقد معلق مطلب

۱. بعضی از شارحان قانون مدنی، اصطلاح انشای تعلیقی را در مقابل انشای منجز به کار برده‌اند (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۱/۱۵۰).

زیادی به چشم نمی خورد و حتی تعریف صریحی از آن نشده است. قانون گذار، تنها در ماده ۱۸۴ ق.م.ا<sup>۱</sup> عقد معلق را در زمره اقسام عقود و معاملات برشمرده و در ماده ۱۸۹ ق.م.ا<sup>۲</sup> به تعریف عقد منجز پرداخته است که از مفهوم مخالف آن می توان تعریفی از عقد معلق به دست آورد. قانون مدنی در برخی موارد استثنایی، تعلیق در عقد ضمان (ماده ۶۹۹)،<sup>۳</sup> عقد نکاح (ماده ۱۰۶۸)<sup>۴</sup> و نیز ایقاع طلاق (ماده ۱۱۳۵)<sup>۵</sup> را موجب بطلان دانسته است. بر همین اساس، حقوق دانان بر آن شده اند تا با بحث و بررسی درباره عقد معلق و تقسیم آن به تعلیق در انشا و منشا، نظرات خود را مبنی بر صحت یا بطلان عقد معلق با تکیه بر قواعد و اصول حقوقی ارائه نمایند. در این بین، بعضی از اندیشمندان حقوق به صحت عقد معلق با تعلیق در انشا اعتقاد یافته (امامی، ۱۳۷۷: ۱۷۵/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۶۱) و برخی دیگر نظریه بطلان را پذیرفته اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۴ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۷/۱). در این قسمت، ابتدا نظریه صحت و سپس نظریه بطلان تبیین می گردد.

## ۱-۲. نظریه صحت

برخی اساتید حقوق با طرح بحث واجب مشروط، امکان تعلیق در انشا را پذیرفته و به صحت تعلیق به صورت واجب مشروط نظر داده و ضمن مثالی آن را بیان کرده اند: پدری قصد دارد خانه خود را به فرزندش هبه نماید و از طرفی نمی خواهد که این بخشش، مطلق و بدون قید بوده و فرزند وی بلافاصله مالک خانه، گردد بلکه می خواهد برای تشویق فرزندش به تحصیل دانش، خانه خود را به او بدهد و به همین خاطر، خانه را به صورت معلق به او هبه می کند و می گوید: «خانه ام مال تو هرگاه دیپلم گرفتی» و پسر قبول می نماید (امامی، ۱۳۷۷: ۱۷۵/۱).

۱. ماده ۱۸۴: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق».
۲. ماده ۱۸۹: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود».
۳. ماده ۶۹۹: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است ولی التزام به تأدیه، ممکن است معلق باشد».
۴. ماده ۱۰۶۸: «تعلیق در عقد موجب بطلان است».
۵. ماده ۱۱۳۵: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط، باطل است».

به اعتقاد این دسته از حقوق‌دانان، در فرض یادشده هرچند عقد فعلاً تلفظ می‌شود، انشای انتقال در این زمان به وجود نمی‌آید، بلکه انشا مانند منشأ (ملکیت خانه) در زمان گرفتن دیپلم، برای فرزند حاصل می‌گردد. بر همین اساس، وی پس از عقد، حق تصرف در خانه را ندارد، اگرچه گرفتن دیپلم تحقق یابد؛ به دلیل اینکه او قبل از اخذ دیپلم مالک خانه نمی‌باشد (ر.ک: همان).

این اندیشمندان، صورت مذکور را تعلیق در انشا و صحیح دانسته و در توجیه نظر خود گفته‌اند که در واجب مشروط، پیدایش وجوب (انشای وجوب) منوط به تحقق شرط است؛ چنان که جمله «هرگاه زید آمد، به او احترام بگذار» از نظر ادبی ظهور در این دارد که شرط از قیود بعث بوده و خواستن (انشای) احترام زید، معلق بر آمدن اوست. به عبارت دیگر، نمی‌توان گفت که در جمله یادشده، طلب، ایجاب و خطاب، فعلی و مطلق است، ولی واجب مقید. همچنین قائلان به نظریه صحت عقد معلق با تعلیق در انشا (همان: ۱۷۵/۱-۱۷۶). در پاسخ به ایرادی که درباره عدم امکان عقلی تعلیق در انشا مطرح شده، گفته‌اند: همان گونه که اخبار معلق امکان‌پذیر است، انشای معلق نیز معقول و قابل تصور است.

استدلال دیگر آنان درباره صحت عقد مذکور با استناد به ماده ۱۸۴ ق.م. این است که قانون‌گذار در ماده مزبور عقد معلق را به عنوان یکی از اقسام عقود ذکر کرده و بطلان آن را اعلام نکرده است. لذا با استناد به اصل صحت و ماده ۲۲۳ ق.م. باید پذیرفت که به نظر قانون‌گذار عقد معلق به طور مطلق صحیح است؛ چرا که اصل صحت معامله حکم می‌کند که هر معامله‌ای صحیح تلقی شود، مگر اینکه فساد آن معلوم گردد و عقد معلق نیز مانند سایر معاملات مشمول این حکم می‌باشد و در هیچ یک از مقررات قانون مدنی، این عقد به صورت مطلق باطل اعلام نشده است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۷/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۳). همچنین برخی از اساتید حقوق معتقدند که تعلیق، مبطل عقد نیست، مگر در موارد مصرح در قانون که حتی تعلیق در منشأ را هم باطل شمرده باشد، چنان که ماده ۱۰۶۸ ق.م. نمونه بارز آن است

۱. ماده ۱۸۴: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق».
۲. ماده ۲۲۳: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود».

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۶۱).

دلیل دیگر طرف‌داران صحت عقد معلق با انشای تعلیقی این است که قانون‌گذار فقط بعضی از اعمال حقوقی معلق مانند نکاح و طلاق را باطل اعلام کرده است و اختصاص حکم بطلان به موارد یادشده، بی‌تردید قرینه‌ای بر صحت سایر عقود معلق است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۷/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۳).

## ۲-۲. نظریه بطلان

اندیشمندان حقوقی که به بطلان عقد معلق با تعلیق در انشا نظر داده‌اند، به عدم امکان عقلی تعلیق در انشا استدلال نموده‌اند<sup>۱</sup> که از این جهت قانون‌گذار نیز نمی‌تواند آن را صحیح بداند (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۶۱) و معتقدند که با توجه به عدم امکان عقلی تعلیق در انشا نمی‌توان به اعتبار اینکه ماده صریحی بر بطلان آن وجود ندارد یا با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی<sup>۲</sup> عقد معلق با تعلیق در انشا را صحیح و معتبر دانست.

اینان بر آنند که در واجب مشروط نیز ایجاب معلق و مشروط نبوده و آنچه که مشروط است، وجوب یا منشاء می‌باشد و به عبارت دیگر، وجوب چیزی جز منشاء نیست (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۴ به بعد). بر اساس دیدگاه قائلان به بطلان، نباید وجوب را با ایجاب خلط نمود. باید توجه داشت که در واجب مشروط، ایجاب (انشای وجوب) به صورت منجز صورت می‌گیرد، لیکن انشای وجوبی صورت می‌گیرد که آن وجوب، مقید به شرط است.

تعلیق و شرط را نباید با هم یکی دانست؛ هرچند گاهی به تعلیق، شرط و به عقد معلق، عقد مشروط در معنای اعم گفته می‌شود، باید دانست که بین مفهوم تعلیق و مفهوم شرط در معنای اخص آن تفاوت اساسی وجود دارد. تعلیق، موکول و وابسته کردن عقد به امری دیگر است، به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه، عقدی به

۱. جالب توجه است که برخی از حقوق‌دانان با اینکه تعلیق در انشا را از نظر عقلی محال ندانسته‌اند، قائل به بطلان آن شده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۵).

۲. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

وجود نمی‌آید، در صورتی که شرط امر فرعی متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست بلکه عقد در زمان انشا محقق می‌گردد و شرط یا آثار آن را نیز با خود به وجود می‌آورد. به نظر می‌رسد که استفاده از کلمه شرط به جای تعلیق خلاف اصطلاح تخصصی است.

قائلان به بطلان بر این اعتقادند که از نظر تحلیلی، تعلیق در انشا یعنی موکول کردن فعل ایجاد عقد بر امر دیگر، و روشن است که در این فرض، اراده در جهت ایجاد عقد در زمان تعلیق و بالفعل حرکت نمی‌کند. معنای این حالت این است که فعلاً عقدی انشا نمی‌شود و آنچه ابراز می‌گردد صرفاً قول انشای عقد در آینده و در صورت حصول معلق علیه است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۴).

این دسته از حقوق‌دانان استناد قائلان به بطلان را به اصل صحت پذیرفته و گفته‌اند که در صورت تعلیق در انشا، قصد انشا وجود ندارد و در مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م.ا وجود قصد انشا ضروری اعلام شده و در ماده ۱۹۵ ق.م.ا، عقد فاقد قصد انشا باطل معرفی شده است. بنابراین اصل صحت نیز در مورد این عقد حاکم نمی‌باشد؛ زیرا فساد آن به حکم قانون ثابت است (همان: ۷۴).

بیان این مطلب نیز ضروری است که در برخی موارد، انشای بعدی عقد مورد توافق متعاقدين قرار می‌گیرد، اما باید توجه داشت که این گونه موارد، مد نظر نبوده و خارج از بحث است؛ زیرا موارد مزبور، وعده یا تعهد به انجام عقد بوده و تعلیق در انشا به معنای مصطلح نیست (ر.ک: همو، ۱۳۷۷: ۵۶)؛ برای مثال در فرضی که کسی به دیگری می‌گوید: «اگر فرزندم در ماه آینده از خارج برگردد، ماشینم را به تو می‌فروشم»، وعده بیع یا تعهد به بیع<sup>۳</sup> داده شده و انشای بیع، معلق بر تحقق شرط

۱. ماده ۱۹۰: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آن‌ها ۲. اهلیت موضوع ۳. معین که مورد معامله باشد ۴. مشروعیت جهت معامله».

ماده ۱۹۱: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

۲. ماده ۱۹۵: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است».

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۵۹-۶۲؛ همو، ۱۳۷۶: ۱/۳۷۸؛ قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۱۹۶-۱۹۷؛ علومی یزدی، ۱۳۷۹: ش ۷۶/۳.

نگریده است. به بیان دیگر، در فرض مذکور هنوز انشایی صورت نگرفته و انشای عقد به زمان پس از بازگشت فرزند از خارج موکول شده است.

### نتیجه گیری

درباره صحت و بطلان عقد معلق با انشای تعلیقی، بین فقیهان و حقوق دانان اختلاف نظر است. برخی، عقد معلق را با عقد مشروط قیاس نموده و امکان تعلیق در انشا را پذیرفته و به صحت آن حکم داده‌اند. عدم بطلان عقد معلق به صورت مطلق در هیچ یک از مقررات قانون مدنی، و اختصاص حکم بطلان به نکاح و طلاق، و حاکمیت اصل صحت بر سایر عقود مشکوک، دلیل دیگر قائلان به بطلان است. برخی دیگر، به بطلان عقد معلق با تعلیق در انشا نظر داده و در این راستا به عدم امکان عقلی تعلیق در انشا، عدم وجود انشای فعلی و عدم قابلیت استناد به اصل صحت در مورد مذکور استدلال نموده‌اند.

بدیهی است که اعتقاد به هر یک از نظریه‌های ارائه شده از نظر حقوقی و نظری و از دیدگاه فقه استدلالی مفید فایده است. ضمن اینکه وجود عقد معلق با عدم آن مساوی نبوده و حداقل بر اساس نظریه صحت عقد معلق با انشای تعلیقی، هر یک از دو طرف عقد می‌توانند قبل از تحقق شرط از آنچه گفته‌اند رجوع کنند؛ زیرا در فرض مذکور، تملیک بعد از وقوع شرط تحقق می‌پذیرد. برای مثال، فروشنده‌ای که مال خود را به بیع معلق با تعلیق در انشا به فروش رسانده، می‌تواند از گفته خود رجوع نماید و همان مال را به دیگری انتقال دهد و خریدار هم نمی‌تواند با استناد به قرارداد اول از اجرای قرارداد دوم جلوگیری کند، در حالی که از دیدگاه فقیهان و حقوق دانانی که از عدم امکان عقلی چنین تعلیقی سخن گفته و به بطلان و عدم تشکیل عقد مذکور نظر داده‌اند، امکان رجوع طرفین قرارداد از آنچه گفته‌اند، سالبه به انتفای موضوع است.

## کتاب شناسی

۱. اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
۳. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، بی جا، ۱۴۱۸ ق.
۴. همو، نهایی الدراییه فی شرح الکفایه، قم، سیدالشهداء، ۱۳۷۴ ش.
۵. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ نوزدهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۶. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، چاپ دوم، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۷. همو، مطارح الانظار، قم، آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۸. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۹. ایروانی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۰. جعی عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۳. حسینی روحانی، سیدصادق، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۴. حسینی روحانی، سیدمحمد، منتهی الاصول، چاپ دوم، قم، الهادی، ۱۴۱۶ ق.
۱۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد، ایصال الطالب الی المکاسب، تهران، اعلمی، بی تا.
۱۶. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۱۷. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۸. حسینی زردی فیروزآبادی، سیدمرتضی، عنایة الاصول فی شرح کفایة الاصول، چاپ هفتم، قم، فیروزآبادی، ۱۳۸۵ ش.
۱۹. حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکرة الفقهاء، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. همو، قواعد الاحکام، قم، الرضی، بی تا.
۲۲. حیدری، سیدعلی نقی، اصول الاستنباط، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴ ش.
۲۳. خراسانی، محمدکاظم، حاشیه المکاسب، قم، آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۲۴. خمینی، سیدمصطفی، تحریرات فی الاصول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. خوبی، سیدابوالقاسم، اجود التقریرات، چاپ دوم، قم، مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.
۲۶. همو، محاضرات فی اصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. همو، مصباح الفقاهة فی المعاملات، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۲۸. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ق.
۲۹. شوشتری، سیدمحمدجعفر، منتهی الدراییه، چاپ ششم، نجف، دار الکتب للجزائری، ۱۴۱۵ ق.

۳۰. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۳۱. همو، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۷ ش.
۳۲. طباطبایی قمی، سید تقی، عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ ق.
۳۴. همو، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف فی الفقه، چاپ دوم، تهران، چاپخانه رنگین، ۱۳۷۷ ق.
۳۶. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ دوم، تهران، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. عاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه المفید، بی تا.
۳۸. علموی یزدی، حمیدرضا، مفهوم تسلیم و ارتباط آن با انتقال مالکیت و ریسک (ضمنان معاوضی) در عقد بیع، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، سال پنجم، شماره ۳، ۱۳۷۹ ش.
۳۹. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۶ ش.
۴۰. قبولی درافشان، سید محمد هادی، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادهای در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، شلاک، ۱۳۸۶ ش.
۴۱. قمی، ابوالقاسم بن حسن، جامع الشتات، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۴۲. همو، قوانین الاصول، بی جا، بی تا.
۴۳. قناتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، چاپ هفتم، تهران، انتشار، ۱۳۷۸ ش.
۴۵. همو، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶ ش.
۴۶. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البیت، ۱۴۱۰ ق.
۴۷. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. مروج جزایری، سید محمد جعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۴۹. مصطفوی، سید محمد کاظم، فقه المعاملات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ق.
۵۰. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، چاپ دوم، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سید روح الله، تهذیب الاصول، چاپ سوم، قم، دار الفکر، ۱۳۶۷ ش.
۵۳. همو، کتاب البیع، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳ ش.
۵۴. همو، مناهج الوصول الی علم الاصول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ ق.
۵۵. نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۵۶. همو، منیه الطالب فی شرح المکاسب، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۵۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتمال جامع علوم انسانی