

## ایقاع: تعلیق و شرط فاسخ

عزیزالله فهیمی\*

احد شاهی\*\*

### چکیده

ایقاع عبارت از انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده تکوین می‌یابد. در ایقاع نیز مانند عقد، باید به تقسیم و شناسایی اقسام آن، اهمیت داد؛ زیرا دقت و پژوهش در ویژگی‌های هر قسم، سبب تبیین مفهوم ایقاع و استنباط احکام متناسب با آن می‌شود. یکی از تقسیمات ایقاع، تقسیم آن به ایقاع مُنَجَز و مُعَلَّق است. بعضی از فقهای امامیه، تعلیق در ایقاع را نمی‌پذیرند و اصل تعلیق‌ناپذیر بودن ایقاع را برگزیده‌اند؛ مگر این که از سوی قانون‌گذار یا شارع حکمی بر خلاف آن بیان شده باشد؛ در حالی که برخی دیگر از فقیهان، اصل را بر تعلیق‌پذیر بودن ایقاع می‌گذارند. در خصوص امکان تعلیق در ایقاع، بین فقیهان عامه اختلاف نظر کمتری دیده می‌شود و حتی بعضی از فقهای اهل سنت، درباره تعلیق در ایقاع، نظریه افراطی داشته و از امکان تعلیق در طلاق بحث می‌کنند. حقوق‌دانان نیز تا حدودی به بحث درباره تعلیق در ایقاع پرداخته‌اند. با وجود این، نظریه امکان تعلیق در ایقاع، به دلایل وجود مصداق‌هایی شرعی برای ایقاع مُعَلَّق و عدم تخلف مُسَبَّب از سبب در آن، باید به عنوان قاعده‌ای فراگیر و نه حکمی استثنائی پذیرفته شود. برعکس، شرط فاسخ در ایقاعات صحیح نیست.

**واژگان کلیدی:** ایقاع، منجز، معلق، انشاء، منشاء، شرط فاسخ.

Aziz.fahimi@yahoo.com

Shahiahad@gmail.com

\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه قم

این مقاله درصدد اثبات این ادعا است که آیا ایقاع راه از لحاظ کیفیت و نحوه انشاء آن، می‌توان به ایقاع مُنَجَّر و مُعَلَّق تقسیم کرد؛ همانطور که در ماده ۱۸۹ قانون مدنی، تقسیم مذکور در مورد عقد پیش‌بینی شده است؟

ایقاع مُنَجَّر، ایقاعی است که انشاء آن مستقیم و بی‌قید و شرط است و به علت تأثیرپذیری منشأ از انشاء، اثر آن نیز مستقیم و بی‌قید و شرط می‌باشد؛ در حالی که ایقاع مُعَلَّق، انشاء آن همراه با قید و شرط است و در نتیجه، منشأ آن نیز مقید و مشروط محسوب می‌شود. برای مثال، موجری ابراء ذمه مستأجر را از بابت اجاره‌بهای گذشته معلق به تخلیه ملک پس از انقضاء مدت اجاره می‌نماید. در این مثال، موجر ابراء ذمه مستأجر را به نحو مطلق انشاء نکرده است؛ بلکه آن را با امر دیگری که تخلیه ملک بعد از انقضاء مدت اجاره باشد، مورد انشاء قرار داده است.

مثال دیگر: مالکی اجازه معامله فضولی را منوط به صدور پروانه ساختمانی از طرف شهرداری برای زمین خود می‌کند.

بدین ترتیب، در بحث ایقاع: تعلیق و شرط فاسخ، باید به این مسائل پاسخ داده شود: تعلیق در ایقاع امکان‌پذیر است یا خیر و در صورت امکان‌پذیر بودن آن، ایقاع معلق باید به‌عنوان قاعده‌ای فراگیر پذیرفته شود یا حکمی استثنایی؟ وضعیت حقوقی شرط فاسخ در ایقاع چیست؟

مقاله حاضر به دنبال اثبات فرضیه‌های امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاع، اصل تعلیق‌پذیر بودن آن و بطلان شرط فاسخ در ایقاع است.

### ۱. امکان‌پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ایقاع

حقوق‌دانان و فقیهان، در خصوص امکان‌پذیر بودن یا نبودن تعلیق در اعمال حقوقی و به طور جزئی‌تر در ایقاع، اختلاف و تردید دارند. قبل از بیان دیدگاه‌های مذکور و دلایل آن‌ها، ذکر این نکته ضروری است که، فقهای امامیه و عامه، اصولاً، موضوع تعلیق در عقود و ایقاعات راه، با یک عنوان، مطالعه کرده‌اند.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، نظریه‌های مربوط به امکان‌پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ایقاع را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

۱. حسینی‌مراغه‌ای، میرعبدالفتاح، العناوین، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ ق، ص ۱۹۲؛ عنوان چهلم کتاب العناوین «شرطیه التنجیز فی العقود والایقاعات» است؛ موسوی‌خویی، ابوالقاسم، مصباح‌الفقاهه فی المعاملات، جلد ۳، چاپ اول، بیروت، دارالهادی، ۱۴۲۱ ق، صص. ۲۲۳ به بعد؛ محقق‌داماد، مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، مرکز نشر علوم

## ۱-۱- امکان پذیر نبودن تعلیق

بعضی از فقیهان، نظریه امکان پذیر نبودن تعلیق در ایقاع را پذیرفته و برای اثبات نظریه خود، به دلایل گوناگونی استناد کرده‌اند.<sup>۱</sup> از آنجا که ملاک امکان یا عدم امکان تعلیق در عقد و ایقاع یکسان است؛ در توضیح دلایل فقهای امامیه و عامه، در امکان پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ایقاع، گاهی به جای اصطلاح «ایقاع» از عنوان «عقد» استفاده شده است:

الف) اسباب ایقاعات از امور توقیفی است؛ لذا در این اسباب باید به قدر متیقن اکتفاء شود و آن سبب خالی از تعلیق می‌باشد. در واقع، مبنای توقیفی بودن اسباب در ایقاعات، این است که صیغه انشاء ایقاع حصری است و با توجه به ظهور ادله در ترتیب اثر بر سبب (صیغه انشاء ایقاع به محض انعقاد آن)، اشتراط تأخیر اثر آن به حصول معلق علیه، تشریح جدیدی است یا شرط کردن چنین امری (اشتراط تأخیر اثر صیغه به حصول معلق علیه)، به شرط کننده بر نمی‌گردد؛ بلکه به شارع برگشت می‌نماید.<sup>۲</sup> به همین جهت، باید گفت که صحت ایقاع معلق و تأخیر اثر صیغه انشاء ایقاع به حصول معلق علیه، در حدود اختیار شارع است و نیاز به نص شرعی دارد و در خصوص صحت آن، نص شرعی وجود ندارد؛

ب) تعلیق در ایقاع امری غیرمعقول است و ایقاع معلق در خارج وجود ندارد تا چه برسد به این که درباره صحت آن بحث شود. از این گذشته، از لحاظ عقلی، تعلیق در انشاء امکان پذیر نیست. زیرا ایجاد چه اعتباری باشد یا تکوینی، معلق کردن آن بر امر دیگر امکان ندارد؛ یعنی، همانطور که وقوع ضرب بر دیگری، معلق بر دشمن بودن او ممکن نیست، انشاء و اخبار امری که معلق بر امر دیگر باشد نیز امکان پذیر نیست. چون ایجاد معنای مقصود به لفظ؛ وجود دارد یا ندارد. بدین ترتیب، ایجاد معلق به تناقض برگشت می‌کند.<sup>۳</sup>

اسلامی، ۱۳۸۸، صص. ۱۴۵ به بعد؛ زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، جلد ۴، دمشق، دارالفکر، بی تا، صص. ۳۰۹۹ به بعد.

۱. نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات درسی نائینی)، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ق، ص. ۲۵۳؛ نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۰ ق، ص. ۷۸؛ انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم، دارالحکمه (علامه)، ۱۴۱۸ ق، ص. ۱۷۰.

۲. نجفی، همان.

۳. نجفی خوانساری، پیشین، صص. ۲۵۳-۲۵۴.

به عبارت دیگر، از نظر تحلیلی، انشاء به معنای ایجاد است و نمی‌تواند مُعَلَّق باشد. انشاء باید وجود داشته یا نداشته باشد و انشاء معلق، قابل تصور نیست. زیرا یک پدیده وجود دارد یا ندارد و وجود مُعَلَّق به عدم برگشت می‌کند. بنابراین، ايقاع مُعَلَّق باطل است؛ (ج) از ظاهر آیه «أوفوا بالعقود»، با این تعبیر که منظور از عقد همان «عهد» است که شامل ايقاع نیز گردد، مانند سایر خطابات وضعیه و تکلیفیه، استنباط می‌شود که: حکم وجوب وفای به عقد یا ايقاع، منوط بر تحقق موضوع آن در خارج است و تحقق موضوع عقد یا ايقاع، باید از نظر زمانی از خود عقد انفکاک نیابد و این اقتضای وجوب وفا به عقد یا ايقاع فعلی است؛ نه عقد یا ايقاع مُعَلَّق که وجوب فعلی بر آن قابل تصور نیست. پس، عقود و ايقاعات مُعَلَّق از مفاد آیه مذکور خارج است و فرض بر این است که خطاب دیگری، که اقتضای وجوب وفا به عقود و ايقاعات مُعَلَّق کند، وجود ندارد.<sup>۱</sup>

(د) عمومات دلالت بر صحت ايقاعات منجز دارند و آنچه در عرف و عادت متعارف است (آن چیزی که کثرت و شیاع عرفی دارد)، این است که: انعقاد ايقاعات باید به صورت منجز انجام شود. در واقع، عموم ادله صحت، شامل ايقاع مُعَلَّق نمی‌گردد. زیرا از لحاظ عرفی، در صدق عنوان ايقاع بر ايقاع مُعَلَّق، اختلاف و تردید وجود دارد.<sup>۲</sup>

(ه) با پذیرش امکان تعلیق در ايقاعات، قاعده عدم تخلف مُسَبَّب از سبب، زیرسؤال می‌رود و در رعایت این قاعده، فرقی بین اسباب شرعی و عقلی وجود ندارد.<sup>۳</sup>

به بیان دیگر، از ادله عقد (ایقاع)، سببیت آن بدست می‌آید و به صرف وجود عقد (سبب)، اثر آن (مُسَبَّب) نیز پدید می‌آید؛ در حالی که در عقد (ایقاع) مُعَلَّق تا حصول مُعَلَّق علیه، اثر عقد (ایقاع) بوجود نمی‌آید.<sup>۴</sup>

### ۱-۲- امکان پذیر بودن تعلیق

حقوق دانان و برخی از فقیهان امامیه و عامه، نظریه تعلیق پذیر بودن ايقاع را پذیرفته‌اند.<sup>۵</sup> طرفداران نظریه مذکور را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. شهیدی تبریزی، فتاح، هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب، جلد ۲، چاپ اول، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵، ص. ۲۰۱.
۲. نجفی خوانساری، پیشین، ص. ۲۵۵.
۳. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ص. ۲۵۳.
۴. همان.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۷؛ همو، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، انتشارات مشعل آزادی، تهران، بی تا، ص. ۸۹۱.

## ۱-۲-۱- امکان تعلیق در انشاء ایقاع و نه منشأ آن

بعضی از فقهای امامیه، نظریه امکان تعلیق در انشاء ایقاع و نه منشأ آن را قبول کرده- اند.<sup>۱</sup> این دسته از فقیهان، برای اثبات نظریه خود، به دلایل زیر استناد می‌نمایند:

الف) قیاس ایجاد اعتباری با ایجاد تکوینی، قیاس مع‌الفارق است و از امتناع تعلیق در تکوین، امتناع تعلیق در عالم تشریح و اعتبار، لازم نمی‌آید. به عبارت دیگر، ملازمه‌ای بین امتناع تعلیق در تکوین با امتناع تعلیق در تشریح و عالم اعتبار وجود ندارد. بنابراین، در جمله «ان جاءک زید فاضربه» قید و تعلیق، راجع به هیئت (انشاء) و نه ماده (منشأ) است و انبعاث اعتباری، مُعَلَّق به آمدن شده است و در ظرف آمدن، انبعاث اعتباری نیز تحقق می‌یابد؛

ب) این مطلب که پذیرش انشاء مُعَلَّق، مستلزم تناقض است، قابل قبول نیست. زیرا تناقض با وجود ایجاد و عدم فعلی، لازم می‌آید. در واجب مشروط، انشاء مشروط است و لازمه مشروط بودن انشاء، تحقق ایجاب و وجوب، بعد از تحقق شرط است. بدین ترتیب، در جمله: «ان طلعت الشمس بعثک هذا بهذا»، انشاء بیع (ایجاد اعتباری آن)، مشروط به طلوع شمس شده است؛

ج) رجوع قید به ماده و منشأ در تعلیق، لازمه‌اش این است که ملکیت بالفعل، به عنوان مثال، در روز جمعه به انشاء شونده تعلق داشته و ملک از هم اکنون تا روز جمعه، متعلق به انشاء کننده باشد. پس، جایز است که انشاء کننده، بتواند ملک را در روز شنبه، به کسی و در روز یکشنبه، به فرد دیگری تملیک کند؛ مانند عقد اجاره.

با این فرض که ملکیت بالفعل تمام انشاء‌شوندگان لازم شود، هرکدام مالک ملک در پاره‌ای از زمان می‌شوند؛ در حالی که ملک با متکثر شدن زمان، متکثر نمی‌شود و با

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷، صص. ۴۶-۴۹ و ۱۵۸-۱۵۹؛ شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۱؛ گرجی، ابوالقاسم، مبانی حقوق اسلامی، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۹؛ مکارم‌شیرازی، ناصر، انوارالفقاهه (کتاب‌البیع)، چاپ دوم، قم، منشورات مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۳، ص. ۱۵۱؛ موسوی‌خویی، پیشین، ص. ۲۳۱؛ زحیلی، پیشین، ص. ۳۱۰۲؛ ابن‌قیم، اعلام‌الموقعین عن رب‌العالمین، جلد ۲، چاپ اول، دمشق، مکتبه دارالبیان، ۱۴۲۱، صص. ۵۹، ۳۵۹، ۳۶۷ و ۴۳۶-۴۳۸.

۱. موسوی‌خمینی، روح‌الله، کتاب‌البیع، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق، صص. ۳۴۷-۳۵۲؛ اراکی، محمدعلی، بیع، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق، صص. ۱۴۲ به بعد.

تعدد مملوکیّت، متعدد نمی‌گردد. بنابراین، برای اجتناب از اشکال مذکور، باید قائل شد که تعلیق به انشاء برمی‌گردد؛ نه به منشأ.<sup>۱</sup>

### ۱-۲-۲- امکان تعلیق در منشأ ایقاع و نه انشاء آن

بعضی از فقیهان و حقوق‌دانان، به نظریه امکان تعلیق در منشأ ایقاع و نه انشاء آن اعتقاد دارند<sup>۲</sup> و برای اثبات نظریه مذکور، به دلایل زیر استناد می‌کنند:

الف) تعلیق در انشاء قابل قبول نیست؛ بلکه انشاء باید به وجود آید یا نیاید. تعلیق در انشاء، از بحث تعلیق خارج است؛ چه اصولاً موضوع سخن ما، تعلیق در انشاء نیست.<sup>۳</sup> تعلیق در منشأ، اشکالی در امکانش وجود ندارد؛ بلکه در احکام شرعی و عرفی فراوان و بیش از حد تصوّر، یافت می‌شود.<sup>۴</sup>

ب) این دلیل که ایقاع معلق از آیه وجوب وفای به عقد، با این تعبیر که مقصود از عقد «عهد» است تا شامل ایقاع نیز شود، و سایر خطابات وضعیه و تکلیفیه خارج است، قابل قبول نیست؛ چرا که امضاء شرعی عقد یا ایقاع، تابع قرارداد متعاقدین یا انشاء‌کنندگان آن است. بنابراین، مثلاً وقتی که بیع یا ابراء، به نحو مطلق، منعقد می‌شود، شارع ملکیت یا برائت ذمه منجز غیرمشروط بر امری را بر آنها، مترتب می‌کند و هنگامی که بیع یا ابراء به نحو معلق، منعقد می‌شود، اثر شرعی مترتب بر آنها نیز، ملکیت یا ابراء معلق است.<sup>۵</sup>

ج) استناد به این دلیل که عمومات دلالت بر صحت عقود و ایقاعات منجز می‌کنند، منطقی نیست. زیرا اولاً، انصراف - اگر صحیح باشد - در مطلقات تمام است. زیرا ثبوت اطلاق در مطلقات، نیاز به مقدمات حکمت دارد. بعلاوه، اگر بعضی از افراد مطلق در

۱. موسوی خمینی، پیشین، صص. ۳۵۲-۳۴۷؛ اراکی، پیشین، ص. ۱۴۲؛ هم‌چنین از بین حقوق‌دانان، که از نظر تحلیلی، تعلیق در انشاء را بدون اشکال می‌داند، ر. ک: شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، جلد ۱، چاپ ششم، انتشارات مجد، ۱۳۸۶، ص. ۷۴.

۲. مکارم‌شیرازی، پیشین، ص. ۱۵۱؛ موسوی‌خویی، پیشین، ص. ۲۳۱؛ محقق داماد، پیشین، صص. ۱۴۵-۲۰. به بعد؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ چهاردهم، انتشارات مجد، ۱۳۸۹، صص. ۲۱-۲۰.

۳. شهیدی تبریزی، پیشین، ص. ۲۰۱.

۴. خراسانی، محمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، چاپ اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص. ۲۹؛ جزائری، محمدجعفر، هدی‌الطالب فی شرح‌المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق، ص. ۵۶۴؛ حسینی‌روحانی، صادق، منهاج‌الفقاهه، جلد ۳، چاپ پنجم، قم، انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق، ص. ۲۳۸.

۵. موسوی‌خویی، پیشین، ص. ۲۳۲؛ حسینی‌روحانی، پیشین، ص. ۲۳۶.

خارج متعارف نباشند و متعارف بودن تعلیق در بعضی از افراد ایقاع با متعارف نبودن تعلیق در بعضی از افراد دیگر ایقاع برابر باشد؛ در این صورت، انعقاد اطلاق برای مطلق مشکل است؛ در حالی که این ادعا، در عموماتی که دلالت بر صحت هر عقد یا ایقاعی می‌کنند، منطقی به نظر نمی‌رسد؛ چرا که تمسک به عموم آنها، مشروط به وجود مقدمات حکمت نیست.<sup>۱</sup> بدین ترتیب، عموم ادله‌ای که دلالت بر صحت هر عقد یا ایقاعی می‌کنند، عمومیت آنها وضعی است و مانعی وجود ندارد که عقود یا ایقاعات معلق نیز، مشمول این ادله شوند؛

ثانیاً، حتی اگر وجود انصراف پذیرفته شود؛ ولی این ادعا که عقود و ایقاعات معلق، از عقود و ایقاعات غیر متعارف می‌باشند، پذیرفته نیست. زیرا عقود معلق به نحو فراوان در عرف و عادت دیده می‌شود. مانند تعلیق بیع بر اجازه پدر یا دوست یا همسایه که دارای ارتکاز عرفی و عقلایی است؛<sup>۲</sup>

د) این استدلال که پذیرش تعلیق در منشأ، با قاعده عدم تخلف مسبب از سبب یا امتناع جدایی میان علت و معلول تعارض دارد، قابل قبول نیست. زیرا در تعلیق ایقاع، ایقاع معلق نه علت تامه؛ بلکه جزء اخیر علت است و جزء دیگر علت، معلق علیه است که بعد از تحقق آن، بدون هیچ فاصله‌ای اثر حقوقی ایقاع معلق، ظاهر می‌شود.<sup>۳</sup>

۱. باید دانست که، در اصول فقه، دلالت عام بر افرادش از طریق وضع است؛ در صورتی که دلالت مطلق بر مصادیق خود به کمک مقدمات حکمت است. بنابراین، در جمله «به همه قراردادهای وفادار باشید»، لفظ «همه» مَبْنُی این است که تمام قراردادهای باید اجرا شود و دلالت لفظ «همه» بر عموم وضعی است؛ لیکن در جمله «به قراردادهای وفادار باشید»، لزوم وفاداری به مطلق قراردادهای، از طریق مقدمات حکمت است. لذا منظور از مقدمات حکمت، مجموع شرایط و اوضاع و احوال عقلی است که امکان دلالت مطلق بر افرادش را فراهم می‌کند؛ از جمله مقدمات حکمت، در مقام بیان بودن گوینده و فقدان قرینه بر تقیید و مانند این‌ها، است. با لحاظ مطالب مذکور، این ادعا که عمومات، انصراف به صحت عقود و ایقاعات منجز دارند و نه مُعَلَّق، در اطلاق قابل قبول است. زیرا همانطور که اشاره شد، در دلالت عموم بر افرادش، مانند دلالت عمومات بر صحت ایقاعات به نحو عام و در بر گرفتن ایقاع منجز و مُعَلَّق، نیازی به فقدان انصراف وجود ندارد و دلالت آن وضعی است. گذشته از این‌ها، در اصول فقه در تلقی فقدان انصراف، به عنوان یکی از مقدمات حکمت، اختلاف و تردید وجود دارد. از سوی دیگر، ایراد انصراف دلالت عمومات [اطلاقات] بر صحت عقود و ایقاعات، باید بر انصراف ناشی از کثرت استعمال لفظ (بدین معنا که لفظ عقد یا ایقاع بیشتر درباره عقد یا ایقاع منجز استعمال می‌شود) و نه انصراف بدوی، حمل گردد؛ چرا که انصراف بدوی مانع از دلالت اطلاق بر افرادش نیست.

۲. موسوی خویی، پیشین، صص. ۲۳۵-۲۳۴.

۳. انصاری، پیشین، صص. ۱۶۹-۱۶۸؛ محقق داماد، پیشین، صص. ۱۵۱-۱۵۰.

### ۱-۳- نظریه برگزیده

به نظر ما، با توجه به اقوال بیان شده در خصوص امکان پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ایقاع، برای جمع نظریه‌های مذکور، می‌توان گفت که تعلیق در انشاء ایقاع امکان پذیر است؛ توضیح آن که، اگر انشاء مستقیم و بی‌قید و شرط باشد، اثر آن (منشأ) نیز مستقیم و بی‌قید و شرط است و اگر انشاء همراه با قید و شرط باشد، منشأ نیز مقید و مشروط است. زیرا اولاً، در انشاء مقید و مشروط، نظریه عدم تخلف معلول از علت، زیر سؤال نمی‌رود. در حقیقت، در انشاء مقید و مشروط (علت)، منشأ مقید و مشروط (معلول) نیز، بلافاصله به وجود می‌آید. برای مثال، از انشاء مقید و مشروط اجرای حق شفعه یا رد یا اجازه بیع فضولی (علت)، منشأ مقید و مشروط تملک قهری ملک مورد شفعه یا بطلان یا تنفیذ بیع فضولی (معلول)، حادث می‌شود.

به عبارت دیگر، در نظریه بطلان انشاء مقید و مشروط در ایقاعات، به دلیل عدم جدایی معلول از علت، به منشأ مقید و مشروط ناشی از انشاء مقید و مشروط، توجهی نشده است؛ در حالی که معلول انشاء مستقیم و بی‌قید و شرط، منشأ مستقیم و بی‌قید و شرط و انشاء توأم با قید و شرط، منشأ همراه با قید و شرط است؛

ثانیاً، در شرع مصداق‌هایی برای ایقاع معلق دیده می‌شود. مثلاً، تدبیر یا وصایت که در انشاء آنها، نوعی تعلیق وجود دارد.<sup>۱</sup> زیرا از انشاء تدبیر، که در آن آزادی بنده، معلق بر وفات مولا شده است، منشأ مقید و مشروط به وجود می‌آورد یا از انشاء وصایت، که در آن انجام کار یا تصرفات دیگری، معلق بر فوت موصی شده است، منشأ مقید و مشروط حادث می‌گردد. به عنوان نتیجه بحث، می‌توان گفت: اصولاً انشاء بدون قید و شرط، جزو جوهر و ذات ایقاع نیست.

### ۲. اصل یا استثناء بودن امکان تعلیق در ایقاع

در اغلب نظام‌های حقوقی و فقهی، امکان تعلیق در ایقاع پذیرفته شده است. به عنوان مثال، ماده ۴۲۳ قانون مدنی عراق، در خصوص امکان تعلیق در ابراء، مقرر می‌دارد: «تعلیق در ابراء صحیح است؛ لذا اگر دائن ابراء مدیون از بعضی دین را مشروط به ادای بعضی دیگر آن نماید؛ اگر مدیون آن بعضی دین را ادا نماید، از تمام دین ابراء بَرَأَت

۱. نجفی کاشف‌الغطاء، علی، شرح خیرات‌اللمعه، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق، ص. ۲۱۰.



می‌یابد و اگر آن بعضی دین را ادا نکند، بَرَأَت نمی‌یابد و تمام دین بر ذمه‌اش باقی می‌ماند»<sup>۱</sup>.

همچنین، امکان تعلیق در ابراء در حقوق کشورهای مصر<sup>۲</sup> و آمریکا<sup>۳</sup> دیده می‌شود. در حقوق کشور ما نیز، برخی از حقوق‌دانان از امکان تعلیق در ابراء سخن گفته‌اند.<sup>۴</sup> علاوه بر این‌ها، از نظر فقه تطبیقی، بعضی از فقهای امامیه و اکثر فقیهان عامه، امکان تعلیق در ایقاع را پذیرفته‌اند.<sup>۵</sup>

بدین ترتیب، با توجه به مطالب مذکور، این سؤال به ذهن می‌رسد که: آیا امکان تعلیق در ایقاع، قاعده است تا این که اگر قانون‌گذار خلاف آن را بیان نکرده باشد یا تعلیق با طبیعت ایقاع مخالفت نداشته باشد، تعلیق در ایقاع پذیرفته شود یا اصل بر استثناء بودن امکان تعلیق در ایقاع است و لذا در مورد تردید نسبت به امکان تعلیق در ایقاع، باید به اصل رجوع نمود و به عدم امکان تعلیق در ایقاع حکم داد. در پاسخ به سؤال مزبور، بین حقوق‌دانان و فقیهان امامیه و عامه اختلاف نظر دیده می‌شود. این نظریه‌ها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد که به نحو اختصار بیان می‌گردد:

## ۲-۱- استثناء بودن امکان تعلیق

بعضی از فقیهان امامیه، در خصوص استثنائی بودن تعلیق در ایقاع اعتقاد دارند که تنجیز در تمام ایقاعات معتبر است؛ مگر در موردی که شارع آن را استثناء کرده باشد.<sup>۶</sup>

۱. متن عربی ماده ۴۲۳ قانون مدنی عراق، بدین شرح است: «یصح تعلیق البراء، فان علق الدائن ابراء مدینه من بعض الآخر واداه المدین بری وان لم یکن یؤده فلا یبرأ ویبقی علیه الدین کله» (کرباسی، علی محمدابراهیم، موسوعه التشريعات العقاریه (۳) القانون المدنی، بغداد، بی‌تا، ۱۹۸۶، ص. ۱۱۳؛ وسواسی، علاءالدین؛ و عبدالرحمن محمودعلام، تخریج القانون المدنی العراقی، بغداد، مطبعه العانی، ۱۹۵۳، ص. ۵۵).

۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۳، قاهره، دارالنهضة العربیه، بی‌تا، صص. ۹۷۴ به بعد.

3. Calamarai, John; and Joseph Perillo, the Law of Contracts, 2nd ed, West Publishing Co, 1977, p. 772.

۴. شهیدی، پیشین، ص. ۱۴۱؛ کاتوزیان، پیشین، صص. ۳۷۶-۳۷۷؛ صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سوم، میزان، ص. ۲۵۵.

۵. مکارم‌شیرازی، پیشین، ص. ۱۵۱؛ موسوی‌خویی، پیشین، ص. ۲۳۱؛ زحیلی، پیشین، ص. ۳۰۱۲؛ ابن‌قیم، پیشین، صص. ۳۵۹، ۳۶۷، ۴۳۷-۴۳۶.

۶. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۴، تهران، انتشارات المکتب الاسلامیه، بی‌تا، ص. ۹۹.

مثالی که در حقوق اسلام، برای امکان پذیر بودن تعلیق در ايقاع دیده می‌شود، «تدبیر» است. تدبیر عبارت است از آزاد کردن بنده، که معلق بر وفات مولی شده است. بنابراین، امکان تعلیق در تدبیر، به دلیل روایاتی که درباره آن وجود دارد، از حکم بطلان تعلیق در ايقاع خارج شده است.<sup>۱</sup>

ممکن است توهم شود که برای اثبات استثنایی بودن امکان تعلیق در ايقاع، می‌توان به ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی استناد نمود. در واقع، به موجب این ماده «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است». نحوه استدلال به ماده مذکور، بدین صورت است که، در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی طلاق خصوصیتی ندارد؛ لذا می‌توان از آن نتیجه گرفت که ايقاع مُعَلَّق باطل است.

ولی، این توهم را باید از ذهن زدود. زیرا الغاء خصوصیت نیاز به دلیل دارد و در این خصوص، دلیلی وجود ندارد. به هر حال، نمی‌توان گفت، بطلان طلاق مُعَلَّق، در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، خصوصیتی ندارد و بطلان مطلق ايقاع مُعَلَّق منظور قانون گذار بوده است.

علاوه بر دلایل مذکور، بعضی از فقیهان امامیه در بطلان طلاق معلق گفته‌اند که وقتی که عقد معلق صحیح نباشد، به طریق اولی طلاق معلق صحیح نیست.<sup>۲</sup> در این دلیل، وجه اولویت بطلان طلاق مُعَلَّق در مقایسه با بطلان عقد مُعَلَّق بیان نگردیده است. با وجود این، به نظر می‌رسد که وجه اولویت بطلان طلاق مُعَلَّق نسبت به بطلان عقد مُعَلَّق، این است که وقتی عقد مُعَلَّق با اموال و دارایی اشخاص ارتباط دارد، باطل محسوب شود، به طریق اولی طلاق مُعَلَّق، که درباره بقاء و انحلال خانواده است، صحیح نیست.

## ۲-۲- اصل بودن امکان تعلیق

امکان تعلیق در ايقاع، به عنوان قاعده‌ای فراگیر، باید پذیرفته شود. به تعبیر حقوقدانان، تعلیق در ايقاعات، مطابق قاعده و اصل است و با توجه به ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، قانون گذار به طور کلی تعلیق در ايقاعات را باطل ندانسته است، استنباط می‌گردد که اصل بر صحت ايقاع مُعَلَّق است.<sup>۳</sup> به همین جهت، گفته شده است که بطلان هر ايقاع

۱. مکارم شیرازی، پیشین، ص. ۱۵۱.

۲. نجفی، پیشین، ص. ۷۸.

۳. صفایی، پیشین، ص. ۲۵۵.

معلق، نیازمند نص خاصی است.<sup>۱</sup> دلیل بعضی از حقوقدانان برای اثبات قاعده بودن تعلیق در ایقاع، این است که عقد محصول تراضی است و نه خود آن. بدین ترتیب، عقد خصوصیتی ندارد و می‌توان نظریه عام امکان تعلیق در ایقاع را ارائه کرد.<sup>۲</sup>

### ۲-۳- نظریه برگزیده

به نظر می‌رسد که با توجه به مطالب مذکور، اصل بر امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاعات است. در واقع، اگر دو اراده بتواند کارساز و موجد اثر باشد، یک اراده هم می‌تواند کارساز و موجد اثر محسوب شود. به عبارت دیگر، نکته مهم در عقد یا ایقاع، کارساز و موجد اثر بودن اراده است. بنابراین، همانطور که اراده در اخذ به شفعه یا حیازت مباحات یا اجرای خیار غبن یا رد یا تنفیذ بیع فضولی منجز، کارساز و نافذ است؛ در اخذ به شفعه یا حیازت مباحات یا اجرای خیار غبن یا رد یا تنفیذ بیع فضولی مُعَلَّق نیز، باید کارساز و موجد اثر باشد.<sup>۳</sup>

ممکن است ایراد شود که استنباط نظریه عمومی تعلیق‌پذیر بودن ایقاع، از مصادیقی، مانند وصایت که در آن انشاء مُعَلَّق است، قیاس به شمار می‌آید. چه اصولاً، در مسائل حقوقی که گفته می‌شود که وصایت، با وجود مُعَلَّق بودن انشاء آن صحیح است؛<sup>۴</sup> نمی‌توان ایقاعات دیگر، مثل ابراء را به وصایت قیاس کرد و اظهار داشت که وجه حکم به صحت وصایت، کارساز و خلاقه بودن اراده است، و در سایر ایقاعات نیز قضیه از همین قرار است. بنابراین، هرگاه انشاء ابراء، حیازت مباحات، فسخ و رد معامله فضولی، مُعَلَّق باشد، باید به صحت این ایقاعات حکم داد.

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ص. ۱۳۷.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص. ۴۶؛ همو، تحولات حقوق خصوصی (زیرنظر)، چاپ چهارم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، صص. ۲۱۰-۲۰۸.

۳. برای مطالعه تفصیلی در خصوص خودسامانی و کارساز بودن اراده در حقوق فرانسه، ر.ک:

Terré, François, Introduction Générale au Droit, 56<sup>ed</sup>, Paris, Dalloz, 2000. pp. 304-306.

۴. باید توجه داشت که بعضی از فقیهان گفته‌اند که اگر در وصایت، مرگ موصی تنها دلیل بر زمان اجرای آن باشد (بدین معنی که فوت موصی وقت اجرای وصایت را معلوم می‌کند) و اصل وصایت با خود انشاء، ایجاد شده است، دیگر وصایت ایقاع مُعَلَّق محسوب نمی‌شود (حسینی‌مراغه‌ای، پیشین، ص. ۲۰۵). به هر حال، مبنای اشکال مذکور در متن، این است که، وصایت ایقاع مُعَلَّق است و با فوت موصی انشاء آن اثر می‌گذارد.

این ایراد، از لحاظ این که تعلیق در انشاء وصایت به دلیل مقتضای آن و حکم قانون است و نمی‌توان از آن نظریه کلی تعلیق‌پذیر بودن ایقاعات را بدست آورد، قابل قبول است.

ولی، باید به خاطر داشت که با توجه به ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، که در آن طلاق مُعَلَّق باطل اعلام شده است، استنباط می‌شود که قاعده کلی بر امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاع است. زیرا قانون تنها تعلیق در طلاق را موجب بطلان آن می‌داند و سایر ایقاعات مُعَلَّق را باطل ندانسته است.

وانگهی، منطبق عرف هم تعلیق را در پاره‌ای از ایقاعات می‌پذیرد. برای مثال، موجری ابراء طلب خود از مستأجر را از بابت اجاره‌بها گذشته، منوط به تأدیه به هنگام اجاره‌بها آینده یا تخلیه ملک می‌نماید و این تعلیق هم، منطبق روشنی دارد. در واقع، ابراء مُعَلَّق اجاره بها، باعث می‌شود که مستأجر انگیزه‌ای برای رعایت تعهدهای ناشی از عقد اجاره داشته باشد و نیز این اطمینان خاطر را در موجر به وجود می‌آورد که اگر مستأجر به شرط عمل نکند، ابراء او مبنای خود را از دست می‌دهد. از نظر منطقی نیز، هیچ دلیلی وجود ندارد که ایقاع مُعَلَّق باطل باشد. پس، تعلیق‌پذیری در زمره قواعد کلی ایقاعات است و حکمی استثنایی نیست که باید تنها در حدود نص اجرا گردد. بدین ترتیب، قاعده کلی بر امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاعات است؛ مگر این که قانون - گذار حکمی برخلاف آن تصریح کرده باشد (مانند بطلان طلاق مُعَلَّق مندرج در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی) یا تعلیق در ایقاع با طبیعت و مقتضای آن مخالفت داشته باشد (مانند حق شفعه، خیار غبن و فسخ، به جهت این که اجرای آن‌ها فوری است، تعلیق در اجرای حق شفعه، خیار غبن و فسخ با مقتضای آنها، تعارض دارد). به هر حال، استثنای قاعده امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاعات، مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۲-۳-۱- عدم امکان تعلیق در طلاق

قانون‌گذار با پیروی از نظریه فقهای امامیه، عدم امکان تعلیق در طلاق را پذیرفته است. مطابق ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی «طلاق باید منجز باشد و طلاق مُعَلَّق به شرط باطل است». برخی از فقیهان، در تبیین اقسام تعلیق در طلاق، گفته‌اند که تعلیق در طلاق یا تعلیق بر شرط است یا تعلیق بر صفت.<sup>۱</sup> منظور از تعلیق طلاق بر شرط، تعلیق

۱. طوسی، محمدین حسن، خلاف، جلد ۴، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق، ص. ۴۵۷؛ گلپایگانی، محمدرضا، هدایه‌العباد، جلد ۲، قم، بی‌نا، ۱۴۱۳ ق، ص. ۳۹۴.

آن بر امری است که در آینده ممکن‌الوقوع باشد. مثلاً، طلاق‌دهنده بگوید «انت طالق ان جاء زید» یا «انت طالق ان دخلت الدار». چه آمدن زید یا ورود زوجه به خانه، امری احتمالی است؛ مفهوم تعلیق طلاق بر صفت، این است که طلاق مُعَلَّق بر امری شود که در حین طلاق وجود ندارد؛ لیکن در آینده قطعی‌الوقوع است. برای مثال، طلاق‌دهنده بگوید «انت طالق ان طلعت الشمس». زیرا طلوع آفتاب، امری قطعی است.<sup>۱</sup> از دیدگاه فقیهان امامیه، هر دو قسم تعلیق در طلاق باطل است.<sup>۲</sup>

تعلیق طلاق بر شرایط تحقق یا صحت آن، صحیح است.<sup>۳</sup> منظور از شرایط تحقق یا صحت طلاق، شرایطی است که تحقق یا صحت طلاق منوط به وجود آن‌ها است. به طور مثال، تحقق طلاق منوط به این است که طلاق‌شونده، زوجه طلاق‌دهنده باشد. البته فقیهان امامیه بر این اعتقادند که اگر طلاق‌دهنده بگوید: «ان کانت هذه زوجتی فهی طالق»، این طلاق صحیح است.<sup>۴</sup> بدیهی است که عنوان زوجیت در صدور طلاق از طرف زوج، دخالت دارد. مثال برای شرایط صحت طلاق، عدم طلاق در مدت عادت و نفاس زوجه (ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی) یا اهلیت طلاق‌دهنده (ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی) است که تعلیق طلاق بر این شرایط باطل نیست.<sup>۵</sup>

۱. نجفی، پیشین، ص. ۷۸.

۲. طوسی، پیشین، ص. ۴۵۷؛ همو، المبسوط فی فقه‌الامامیه، جلد ۵، چاپ سوم، تهران، المکتبه-المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۱۴؛ علم‌الهدی، مرتضی، الانتصار، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ ق، ص. ۲۹۸؛ سبحانی، جعفر، سلسله المسائل الفقهیه، جلد ۱۶، چاپ اول، قم، بی‌نا، بی‌تا، صص. ۸-۵؛ همو، الاعتصام بالکتاب و السنه، چاپ اول، قم، بی‌نا، بی‌تا، ص. ۲۲۲. در واقع، مبنای روایی بطلان طلاق مُعَلَّق، روایت بکیر بن أعین از اهل بیت علیهم‌السلام است؛ در روایت مذکور، اعلام شده است: «هل بیت(ع) فرموده‌اند که طلاق، تنها به صیغه طلاق از طرف زوج به زوجه؛ در حالی که با زوجه نزدیکی نشده باشد [طلاق در طهر واقع نباشد] و دو نفر [دو مرد عادل]، شاهد طلاق باشند، واقع می‌شود و هر امری، به استثنای این امور، باطل است» (سبحانی، جعفر، نظام‌الطلاق فی الشریعه الاسلامیه‌الفراء، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۴ ق، ص. ۹۲؛ طباطبایی قمی، تقی، منهاج‌الصالحین، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، منشورات قلم‌الشرق، ۱۴۲۶ ق، صص. ۳۵۳-۳۵۲).

۳. محقق‌داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوقی خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ ششم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶، صص. ۳۹۳ به بعد.

۴. گلپایگانی، پیشین، ص. ۳۹۴.

۵. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و هفتم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹، ص. ۶۹۸.

برخی از استادان حقوق، در خصوص امکان تعلیق طلاق به شرایط صحت آن، قائل به تفصیل شده و گفته‌اند که یک حالت، این است که طلاق‌دهنده به وجود شرایط صحت طلاق در هنگام اجرای صیغه آن یقین دارد. این حالت از تعلیق، صحیح است؛ حالت دیگر، این است که طلاق‌دهنده به وجود شرایط صحت طلاق در هنگام اجرای صیغه آن یقین ندارد. در حالت دوم، تعلیق باطل است.<sup>۱</sup>

نظریه مذکور قابل قبول نیست. زیرا شرایط صحت طلاق از «شرایط علمی» نیستند؛ بلکه از «شرایط واقعی» هستند. به عبارت دیگر، عدم وجود شرایط صحت طلاق، موجب می‌شوند که اصلاً طلاق واقع نشود و داشتن یقین به وجود شرایط صحت طلاق در هنگام اجرای صیغه آن، مؤثر در مقام نیست.<sup>۲</sup> با وجود این، بعضی از فقهای حنبلی و حنفی، نظریه صحت تعلیق در طلاق را پذیرفته‌اند.<sup>۳</sup>

### ۲-۳-۲- تعارض تعلیق در ایقاع با طبیعت و مقتضای آن

در پاره‌ای موارد، امکان تعلیق در ایقاع با طبیعت و مقتضای آن تعارض دارد. برای مثال، اجرای حق شفعه از طرف شفیع، منوط به رعایت مدت فوری متعارف است.<sup>۴</sup> با توجه به فوریت اجرای حق شفعه و استثنایی بودن تملک قهری مال دیگری، شفیع در اجرای حق شفعه، به نحو منجز، باید اعلام اراده نماید. بنابراین، اگر شفیع بگوید که اجرای شفعه کردم، اگر شهرداری پروانه ساختمانی برای زمین من صادر کند؛ اجرای حق شفعه مذکور، باطل است. همچنین، مطلب فوق درباره اجرای خیار غبن، عیب و فسخ نکاح، به این دلیل که در زمان فوری متعارف باید اجرا شوند، صادق است.<sup>۵</sup>

۱. محقق داماد، پیشین، ص. ۳۹۵.

۲. موسوی خویی، پیشین، ص ۲۲۹؛ گلپایگانی، پیشین، ص. ۳۹۴.

۳. ابن قیم، پیشین، صص. ۵۹، ۴۳۷-۴۳۶؛ زحیلی، پیشین، ص. ۳۰۱۲؛ حنفی، ابن‌همام، شرح فتح‌القدير، جلد ۵، بیروت، دارالفکر، بیروت، بی‌تا، صص. ۱۶۲-۱۶۱؛ ضویان، محمدبن سالم، منارالسبیل فی شرح-الدلیل، چاپ اول، بیروت، دارالکتب‌العلمیه، ۱۴۱۷ ق، صص. ۱۷۰-۱۶۹؛ حجاوی، موسی بن احمد، الإقناع لطالب‌الانتفاع، جلد ۳، ریاض، دارالملک‌العزیز، ۱۴۲۳ ق، ص. ۵۰۸؛ ابوالخیر، علی‌عبدالمجید و محمد وهبی‌سلیمان، المتعمد فی فقه‌الامام احمد، جلد ۲، چاپ سوم، بیروت، دارالخیر للطباعه والنشر والتوزیع، ۱۴۲۱ ق، ص. ۲۷۱.

۴. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام، جلد ۳۷، چاپ ششم، تهران، دارالکتب-الاسلامیه، ۱۳۹۷ ق، صص. ۴۲۷-۴۲۴.

۵. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۵۹.

### ۳. نفوذ یا بطلان شرط فاسخ در ایقاع<sup>۱</sup>

منظور از شرط فاسخ در ایقاعات، این است که ایقاع کننده (مُوقِع)، انحلال اثر ایقاع را منوط به وقوع شرطی در آینده نماید. برای مثال، ماجر شرط کند که اگر مستأجر اجاره بهاء آینده را به هنگام پرداخت نکند، ابراء اجاره بهاء گذشته نیز بی اثر گردد. در حقوق انگلیس، امکان شرط فاسخ در ابراء پذیرفته شده است.<sup>۲</sup> حقوق دانان و فقیهان امامیه و عامه، در خصوص نفوذ یا بطلان شرط فاسخ در ایقاع (وضعیت حقوقی آن)، پژوهش و دقت نظر نکرده اند.

نکته دیگری که باید تذکر داده شود، این است که شرط فاسخ با شرط خیار در ایقاعات متفاوت است. زیرا در شرط خیار، ایقاع کننده برای خود شرط خیار قرار می دهد که حقوق دانان و فقیهان آن را باطل دانسته اند.<sup>۳</sup> لیکن در شرط فاسخ، ایقاع با وقوع شرط، به طور قهری و خودکار منفسخ می شود. به نظر می رسد که حتی اگر نفوذ شرط فاسخ در قراردادهای پذیرفته شود.<sup>۴</sup> نمی توان نظریه اعتبار شرط فاسخ در ایقاعات را پذیرفت. دلیل بطلان شرط فاسخ در ایقاع، بر حسب اثر حقوقی آن، متفاوت است که به بیان آن پرداخته می شود.

الف) ایقاعاتی که اثر حقوقی آن اسقاط است. در این قسم از ایقاعات، برگشت اثر اسقاط شده، نیاز به دلیل شرعی یا قانونی دارد و مؤید این ادعا، قاعده منطقی «الساقط لا یعود»<sup>۵</sup> کما آن المعدوم لا یعود» است.<sup>۵</sup> بدین ترتیب، شفیع شرط نماید که اگر شهرداری پروانه

۱. این ادعا که شرط فاسخ در ایقاع، مربوط به ایقاع است؛ لیکن تحت عنوان تعلیق در ایقاع نمی گنجد، قابل قبول نیست. زیرا تعلیق در ایقاع، بر دو قسم است: (۱) تعلیق در وجود و ایجاد اثر حقوقی؛ (۲) تعلیق در انحلال. در ادبیات حقوقی، تعلیق نوع دوم، «شرط فاسخ» نامیده می شود. با این همه، برای اجتناب از اشکال مذکور، عنوان مقاله به جای «تعلیق در ایقاع»، «ایقاع: تعلیق و شرط فاسخ»، گذاشته شده است.

2. Chitty, Contracts (General Principles), 25th ed, London, 1983, n. 1467.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص. ۶۰؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳، تهران، دارالکتب-الاسلامیه، ۱۴۰۰ ق، صص. ۶۳-۶۵. با وجود این، بعضی از فقیهان، نظریه صحت شرط خیار در ایقاعات را پذیرفته اند: «مقتضی القاعده جواز شرط الخیار فیہ ایضاً، سواء ذلک العتق والطلاق والابراء و غیرها» (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، جلد ۲، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق، ص. ۳۱).

۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۱، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳، ص. ۵۳.

۵. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، جلد ۱، قم، مکتبه النجاشی - فیروزآبادی، بی تا، صص. ۲۶-۲۷؛ رستم بازلبنانی، سلیم، شرح المجله، جلد ۱، چاپ سوم، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا، ص. ۴۰؛ منیر القاضی، شرح المجله، جلد ۱، چاپ اول، بی تا، مطبعه العانی، ۱۹۴۹، ص. ۱۱۱؛ آتاسی،

ساختمانی برای زمین او صادر کند، حق شفعه اسقاط شده، بی اثر شود، چنین شرطی در ایقاعات، نفوذ حقوقی ندارد.

ب) ایقاعاتی که اثر حقوقی آن ایجاد است. مثلاً، مالک شرط کند که اگر فرزند او سالم به دنیا نیاید، اجازه‌اش نسبت به معامله فضولی بی‌اثر شود. چنین شرطی نیز در ایقاعات باطل است. زیرا از بین بردن امر به وجود آمده، نیازمند اذن یا دلیل خاص، از طرف قانون‌گذار یا شارع است؛ در حالی که این دلیل یا اذن وجود ندارد.

ج) ایقاعاتی که اثر حقوقی آن رد و فسخ است. به طور مثال، مالک شرط کند که اگر در آزمون ورودی دانشگاه قبول نشود، رد معامله فضولی بی‌اثر شود یا صاحب خیار شرط کند که اگر پدر بیمارش فوت کند، فسخ نکاح بی‌اثر گردد. در این قسم از ایقاعات نیز، شرط صحیح نیست. زیرا امر مردود و فسخ شده، به معدوم می‌ماند و بازگشت مجدد آن، امکان‌پذیر نیست. بر همین مبنا، قانون‌گذار در ماده ۲۵۰ قانون مدنی، در خصوص اجازه معامله فضولی، مقرر می‌دارد: «اجازه در صورتی مؤثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد».

د) ایقاعاتی که اثر حقوقی آن ایجاد حق است. برای مثال، شفیع شرط کند که اگر شهرداری پروانه کسب به ملک مورد شفعه ندهد، شفعه اجرا شده او بی‌اثر شود. با وجود اینکه قانون‌گذار، در پاره‌ای موارد، به افراد اجازه می‌دهد که با اراده خود حقی را برای خود یا دیگری به وجود آورند؛ در ایقاعات مذکور نیز، شرط فاسخ امکان‌پذیر نیست زیرا پذیرش نفوذ شرط فاسخ در ایقاعات موجد حق، با اصولی از جمله «اصل عدم امکان تصرف در دارایی دیگری» و «اصل عدم ولایت فردی بر فرد دیگر» و مانند اینها، تعارض دارد. علاوه بر اینها، ملازمه‌ای بین اختیار ایجاد حق و از بین بردن آن، وجود ندارد؛

ه) ایقاعاتی که اثر حقوقی آن اذن یا اباحه در تصرف است. در این نوع از ایقاعات، که اصولاً جایز می‌باشند و امکان رجوع از آنها وجود دارد، شرط فاسخ در آنها منطقی نیست. این ادعا، از مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی نیز، استنباط می‌شود.

در انتها باید بیافزاییم که به تعبیر فقیهان نفوذ شرط فاسخ «مُشَرَّع» نیست و برای اثبات نفوذ آن، نباید به اطلاق روایت «المؤمنون عند شروطهم»، استناد گردد. زیرا وقتی می‌توان به اطلاق روایت مذکور، استناد کرد که نفوذ شرط فاسخ، از نظر شرعی، ثابت شده باشد. به بیان دیگر، آنچه دارای ارتکاز عرفی و عقلایی بوده، این است که از



بین بردن عمل حقوقی نیازمند فسخ یا سبب جدید است و نمی‌توان به طور قهری و خود کار، عمل حقوقی را از بین برد.<sup>۱</sup>



۱. محقق داماد، پیشین، ص. ۱۵۸؛ قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، حسن و ابراهیم عبدی پور، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص. ۱۵۷؛ حیدر، علی، دررالحکام، شرح مجله الأحکام، جلد ۱، چاپ اول، بیروت، دارالجیل، بیروت، ۱۴۱۱ ق، ص. ۵۴؛ همو، قواعدالمجله، چاپ اول، مصر، داراسلام للطباعة والنشر والتوزیع والترجمه، مصر، ۱۴۲۳ ق، ص. ۹۸.

### نتیجه و پیشنهاد

با توجه به مطالب مورد بحث می‌توان نتایج این نوشتار را به این ترتیب خلاصه کرد:

۱. تعلیق ايقاع بر شرایطی که در تحقق مفهوم یا صحت آن دخالت دارند، صحیح است. زیرا تحقق یا صحت ايقاع، منوط بر وجود شرایط مذکور است. در واقع، این نوع تعلیق «تعلیق واقعی» نیست بلکه «تعلیق صوری» است. با وجود این، تعلیق در انشاء ايقاع امکان‌پذیر است. توضیح آن که اگر انشاء مستقیم و بی‌قید و شرط باشد، اثر آن نیز مستقیم و بی‌قید و شرط است و اگر انشاء همراه با قید و شرط باشد، منشأ نیز مقید و مشروط است. انشاء مقید و مشروط، با نظریه عدم تخلف معلول از علت، تعارضی ندارد و در انشاء مقید و مشروط (علت)، منشأ مقید و مشروط نیز، بلافاصله به وجود می‌آید. برای مثال، از انشاء مقید و مشروط اجرای حق شفعه یا رد یا اجازه بیع فضولی (علت)، منشأ مقید و مشروط تملک قهری ملک مورد شفعه یا بطلان یا تنفیذ بیع فضولی (معلول)، حادث می‌شود. علاوه بر آن، ايقاع مُعَلَّق مصداق‌های شرعی دارد و نمونه‌های بارز آن در فقه و حقوق، تدبیر و وصایت است که در انشاء آن‌ها، نوعی تعلیق وجود دارد و منطوق عرف هم تعلیق را در پاره‌ای از ايقاعات می‌پذیرد؛

۲. نظریه عمومی بر امکان‌پذیر بودن تعلیق در ايقاعات است. چه اصولاً اگر دو اراده بتواند ایجاد اثر کند، یک اراده هم می‌تواند کارساز و موجد اثر باشد. بدین ترتیب، اراده ايقاع‌کننده در انشاء ايقاع، به صورت مُعَلَّق، کارساز و موجد اثر است. وانگهی، با لحاظ ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، که در آن طلاق مُعَلَّق باطل اعلام شده است، استنباط می‌شود که، اصل بر تعلیق‌پذیر بودن ايقاعات است؛ مگر این‌که قانون‌گذار حکمی برخلاف آن مقرر کرده باشد (مانند بطلان طلاق مُعَلَّق مندرج در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی) یا تعلیق در ايقاع با طبیعت و مقتضای آن تعارض داشته باشد (مانند حق شفعه، خیار غبن و فسخ، به علت این‌که اجرای آنها فوری است، تعلیق در اجرای حق شفعه، خیار غبن و فسخ با مقتضای آنها مخالفت دارد)؛

۳. شرط فاسخ در ايقاعات صحیح نیست. زیرا بازگشت امر از بین رفته یا از بین بردن امر ایجاد شده، نیاز به اذن یا اختیار ویژه از سوی قانون‌گذار یا شارع دارد. به عبارت دیگر، نفوذ شرط فاسخ «مُشَرَّع» نیست و آنچه ارتکاز عرفی و عقلایی دارد، این است که، از بین بردن عمل حقوقی، نیازمند اراده انشایی یا سبب جدید است و نمی‌توان به طور قهری و خود کار، عمل حقوقی را از بین برد.

احاله امکان‌پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ايقاع به قواعد عمومی، دادرس را در مقام اجرای قاعده مناسب درباره نفوذ یا بطلان پاره‌ای از ايقاعات مُعَلَّق به تردید می‌اندازد.

به علاوه، قانون برای عموم افراد نوشته می‌شود و عموم افراد باید بتوانند نتیجه امکان‌پذیر بودن یا نبودن تعلیق در ایقاع را بدون اجرای اصل حقوقی دریابند. بنابراین، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که، ماده‌ای را در این خصوص بدین شرح تصویب نماید: «قاعده کلی بر امکان‌پذیر بودن تعلیق در ایقاعات است؛ مگر این‌که قانون حکمی برخلاف آن تصریح کرده باشد (مانند بطلان طلاق مندرج در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی) یا تعلیق در ایقاع با طبیعت و مقتضای آن مخالفت داشته باشد (مثل حق شفعه، خیار غبن و فسخ، از آن‌جایی که اجرای آن‌ها فوری است، تعلیق در اجرای حق شفعه، خیار غبن و فسخ با مقتضای آنها تعارض دارد)».



## منابع

- آل کاشف الغطاء، محمدحسین، **تحریرالمجله**، جلد ۱، قم، مکتبه النجاشی - فیروزآبادی، بی تا.
- ابن قیم، **اعلام الموقعین عن رب العالمین**، تصحیح و تعلیق، بشیر محمد عیون، جلد ۲، چاپ اول، دمشق، مکتبه دارالبیان، ۱۴۲۱ ق.
- ابوالخیر، علی عبدالمجید و محمد وهبی سلیمان، **المتعمد فی فقه الامام احمد**، جلد ۲، چاپ سوم، بیروت، دارالخیر للطباعه و النشر والتوزیع، ۱۴۲۱ ق.
- آتاسی، محمدخالد، **شرح المجله**، ج ۱، بی جا، ۱۳۴۹ ق.
- اراکی، محمدعلی، **البیح**، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.
- امامی، حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.
- انصاری، مرتضی، **المکاسب**، جلد ۲، چاپ اول، قم، دارالحکمه (علامه)، ۱۴۱۸ ق.
- جزائری، محمدجعفر، **هدی الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- \_\_\_\_\_، **الفارق (دائرہ المعارف عمومی حقوق)**، ج ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_، **دائرہ المعارف حقوق مدنی و تجارت**، جلد ۱، تهران، انتشارات مشعل آزادی، بی تا.
- حجاوی، موسی بن احمد، **الإقناع لطالب الانتفاع**، جلد ۳، چاپ سوم، ریاض، داره الملك عبدالعزيز، ۱۴۲۳ ق.
- حسینی روحانی، صادق، **منهاج الفقاهه**، جلد ۳، چاپ پنجم، قم، انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
- حسینی مراغه‌ای، میرعبدالفتاح، **العناوین**، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
- حنفی، ابن‌همام، **شرح فتح القدير**، جلد ۵، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- حیدر، علی، **شرح قواعدالمجله**، چاپ اول، مصر، دارالسلام للطباعه والنشر والتوزیع والترجمه، ۱۴۳۲ ق.

- \_\_\_\_\_ ، درالحکام شرح مجله الأحكام، ج ۱، چاپ اول، بیروت، دارالجيل، ۱۴۱۱ ق.
- حسینی روحانی، صادق، منهاج الفقاهه، ج ۳، چاپ اول، قم، انتشارات انوارالهدی، ۱۴۲۹ ق.
- خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، تحقیق و تصحیح، مهدی شمس‌الدین، چاپ اول، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، چاپ چهارم، دمشق، دارالفکر (دارالفکر معاصر)، ۱۴۱۸ ق.
- رستم بازلبنایی، سلیم، شرح المجله، جلد ۱، چاپ سوم، بیروت - لبنان، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- سبحانی، جعفر، الانصاف فی مسائل دام فیها الخلاف، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_ ، سلسله المسائل الفقہیہ، جلد ۱۶، چاپ اول، قم، بی تا، بی تا.
- \_\_\_\_\_ ، الاعتصام بالکتاب والسنه، چاپ اول، قم، بی تا، بی تا.
- \_\_\_\_\_ ، نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه الغراء، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۳، قاهره، دارالنهضة العربیه، بی تا.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم (چاپ سوم مجد)، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_ ، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- \_\_\_\_\_ ، حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- شهیدی تبریزی، فتاح، هدایه الطالب الی أسرار المکاسب، جلد ۲، چاپ اول، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵.
- صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.

- ضویان، محمد بن سالم، **منارالسبیل فی شرح الدلیل**، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبایی قمی، تقی، **مبانی منهاج الصالحین**، محقق، عباس حاجیان، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، **حاشیه المکاسب**، جلد ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
- طوسی، محمدبن حسن، **خلاف**، جلد ۴، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ق.
- \_\_\_\_\_، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد ۵، تحقیق، محمد تقی کشفی، جلد ۵، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- علم الهدی، مرتضی، **الانتصار**، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ ق.
- قنواتی، جلیل، **وحدتی شبیری**، حسن و ابراهیم عبدی پور، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، **تحولات حقوق خصوصی (زیرنظر)**، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_، **حقوق مدنی ( قواعد عمومی قراردادها)**، جلد ۱، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- \_\_\_\_\_، **حقوق مدنی (ایقاع)**، چاپ چهارم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ بیست و هفتم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹.
- کرباسی، علی محمد ابراهیم، **موسوعه التشريعات العقاریه (۳) القانون المدنی**، بغداد، بی نا، ۱۹۸۶.
- گرجی، ابوالقاسم، **مبانی حقوق اسلامی**، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- گلپایگانی، محمدرضا، **هدایه العباد**، تحقیق، علی ثابتی همدانی و علی نیری همدانی، جلد ۲، قم، بی نا، ۱۴۱۳.
- محقق داماد، مصطفی، **بررسی فقهی حقوق خانواده ( نکاح و انحلال آن)**، چاپ ششم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

- \_\_\_\_\_ ، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه (کتاب البیع)**، چاپ دوم، قم، منشورات مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۳ ق.
- منیرالقاضی، **شرح المجله**، جلد ۱، چاپ اول، بی‌جا، مطبعه العانی، ۱۹۴۹.
- موسوی خمینی، روح‌الله، **کتاب البیع**، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
- موسوی خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، جلد ۳، چاپ اول، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ ق.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تصحیح و تحقیق و تعلیق، محمود قوچانی، جلدهای ۳۲، ۳۴، ۳۵ و ۳۷، چاپ ششم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۷ ق.
- \_\_\_\_\_ ، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تصحیح و تعلیق، علی آخوندی، جلد ۲۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۰ ق.
- نجفی خوانساری، موسی، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، تقریرات، محمدحسین نایینی، جلد ۱، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- نجفی کاشف‌الغطاء، علی، **شرح خيارات اللمعه**، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق.
- وسواسی، علاء‌الدین و عبدالرحمن محمود علام، **تخریج القانون المدنی العراقی**، بغداد، مطبعه العانی، ۱۹۵۳.
- Calamarai, John and Joseph Perillo, **the Law of Contracts**, 2<sup>nd</sup> ed, West Publishing Co, 1977.
- Chitty, Joseph, **Contracts (General Principle)**, Vol. I, 25<sup>th</sup> ed, London, 1983.
- Terré, François, **Introduction Générale au Droit**, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2000.