

بررسی اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات^۱

علی مظهر قراملکی^۲، بی بی صدیقه مکی^۳

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۰۱/۲۳ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۴/۰۳/۰۲)

چکیده

این پژوهش با هدف بررسی اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات انجام گرفته است، به این معنا که معلق کردن عقد یا ایقاع به امر دیگری، موجب بطلان آن می‌شود. بعضی از فقها با دلایلی اثبات کرده‌اند که تعلیق، مبطل قراردادها، اعم از عقد و ایقاع است. در این پژوهش، دلایل اشتراط تنجیز به چالش کشیده شده است و اثبات شد که همه آن دلایل هر یک به نحوی مخدوش است و مسئله رجوع تعلیق به انشاء یا منشاء هم تأثیری در حکم آن ندارد.

واژه‌های کلیدی: ایقاع، تعلیق، تنجیز، عقد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۱. این مقاله مستخرج از پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران با موضوع "بررسی ماهیت تعلیق مضر به صحت قراردادها" است که به راهنمایی استاد حجه‌الاسلام دکتر علی مظهر قراملکی تدوین و به تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۲۵ در پردیس فارابی دانشگاه تهران با درجه عالی دفاع شد.

۲. استاد و عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

۳. نویسنده مسئول: دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام؛

Email: bibimakki@yahoo.com

مقدمه

فقها عقد و ایقاع را از دو جنبه بررسی کرده‌اند، یکی خصوصیات ماده و دیگری خصوصیات هیأت، در قسم اخیر سه شرط ترتیب، موالات و تنجیز؛ اصلی‌ترین خصوصیات است که برای هیأت ترکیبی عقود برشمرده‌اند. اغلب ایشان دو شرط نخست را نپذیرفته و در اشتراط سومی به نقد و نظر پرداخته‌اند. عده‌ای با لازم دانستن شرط تنجیز، قائل به بطلان عقود و ایقاعات معلق هستند و گروهی با مردود شمردن این پیش‌فرض، عقود و ایقاعات معلق را نیز صحیح و مؤثر می‌دانند.

ثمره این بحث در باب عقود و معاملات، فراوان است. با کاوشی اجمالی در کلمات فقها در این باب در می‌یابیم که ادعای بعضی محققان مبنی بر اینکه فقها تنجیز را از شرایط عمومی قراردادها می‌دانند (حسینی مقدم: ۱۵؛ افضل قادی) صحیح نیست. روشن است که رابطه منطقی تعلیق و تنجیز ملکه و عدم است، بنابراین هر جا ادعا شود تعلیق محال است، ممکن نیست تنجیز را شرط کرده باشد، بنابراین چنین مواردی از بحث ما خارج است.

مهم اینکه در این نوشتار در پی بررسی اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات هستیم و اگر اثبات کنیم که چنین اشتراطی اثبات‌شدنی نیست، هرگز به آن معنا نخواهد بود که تعلیق هیچ‌گاه مبطل نیست، چرا که ممکن است در مواردی شارع مقدس با دلیل خاص، در انشای عقد به مسنون اکتفا یا تنجیز را شرط کرده باشد، یا تعلیق به‌گونه‌ای باشد که منافی اهداف عقد یا مقتضای آن باشد یا تعلیق بر شرط حرامی باشد که همه این موارد و مشابه آنها به دلیل ثانوی نیاز دارند و تخصصاً از بحث ما خارج هستند. در این مقاله ابتدا به مفهوم‌شناسی تعلیق و تنجیز، سپس به بیان ادله عقلی و نقلی اشتراط تنجیز می‌پردازیم. در پایان به بررسی و نقد دلایل عقلی و نقلی و نیز اجماع، به‌عنوان مهم‌ترین دلیل مدعیان اشتراط تنجیز خواهیم پرداخت.

مفهوم‌شناسی تعلیق و تنجیز

واژه تعلیق کلمه‌ای عربی و چنانکه از آهنگ واژگانی آن پیداست، مصدر باب تفعیل است و به معنای آویختن و معلق بودن و دارای نوعی بلا تکلیفی می‌آید (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۲۶۲؛ واسطی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۵۳).

تعلیق در اصطلاح فقه، در برابر تنجیز قرار دارد و به عقدی منجز گفته می‌شود که از

هرگونه تعلیق - به شرط یا وصف - خالی باشد؛ چنانکه پس از اجرای عقد، بدون نیاز به تحقق شیء دیگر، آثارش به فعلیت برسد (حسینی مقدم، ۱۳۸۷: ۴۳).

مهم اینکه عقد منجّز به مفهوم خالی بودن عقد از هرگونه قید و شرط نیست، بلکه عقد منجّز عقدی است که پس از انشای عقد، قصد متعاقدان یعنی منشأ پدیدار شده و اثر آن تحقق می‌یابد؛ هرچند شرطی در ضمن عقد باشد، تا زمانی که شرط مذکور اثر عقد را به تأخیر نیندازد و مانع فعلیت یافتن قصد متعاقدان نشود، به تنجّز عقد ضرری نمی‌رساند (همان).

تعلیق صوری

با نگاه دقیق به برخی اقسام تعلیق، فهمیده می‌شود که با وجود ظاهری معلق، باطنی منجّز دارد، ما از این اقسام که موضوعاً از بحث خارج هستند، با نام تعلیق صوری یاد می‌کنیم، مثل اینکه گفته‌اند؛ آنچه عقد به آن معلق شده، اگر غیراستقبالی باشد به عقیده بسیاری از فقها مبطل نیست (شهید اول، بی تا، ج ۲: ۲۳۷؛ نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲۹: ۱۴۲؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۹۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۳۹).

شیخ انصاری در کتاب مکاسب، عده‌ای از بزرگان از قبیل محقق اول، علامه، شهید اول، شهید ثانی و محقق ثانی را با این نظر موافق می‌داند (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۴) دلیلی که بر این فتوا ذکر می‌کنند، این است که طرفین در این مورد، با اعتقاد به منجّز بودن عقد، صیغه را به‌طور معلق بیان می‌کنند و این تعلیق صوری است و مبطل نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۱۸۶).

پس تعلیق، به وقوع امری در گذشته و حال، ناظر به موردی است که دو طرف نسبت به وقوع آن امر، جاهل و در تردید باشند، وگرنه هرگاه بدانند که تعهد را بر امر واقع شده معلق می‌کنند، تعلیق صوری است و اثر ندارد. همچنین اگر قطع داشته باشند که تحقق نیافته است، تعهد ایجاد نمی‌شود؛ چرا که اراده جدی بر آفرینش آن نداشته‌اند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱: ۲۹۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۱۳).

شاید به‌همین دلیل باشد که برخی از فقهای شیعه، تعلیق به شرط معلوم‌الحصول را، تعلیق صوری قلمداد کرده‌اند و برخی از فقهای عامه، چنین عقد معلق را در حکم عقد منجّز قرار داده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۲۱۶؛ خویی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۴).

تعليق انشا يا منشأ

بسیاری از فقها، تعلیق در انشا را محال دانسته‌اند و می‌گویند همان‌طوری که در عالم مادی ایجاد هیچ امری تعلیق‌پذیر نیست، در امور اعتباری نیز نمی‌توان ایجاد اثر عقد را به امر دیگری منوط کرد، بر خلاف منشأ که هم امکان دارد و هم واقع شده؛ چنانکه در وصیت، انشای انتقال با اعلام آن واقع می‌شود و مالکیت موصی‌له منوط و معلق به فوت موصی است (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۷). محقق خوبی تصریح دارند که تعلیق در انشا از محل نزاع خارج است (خوبی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۲۳۱).

بعضی محققان، تعلیق در انشا را در امور اعتباری ممکن شمرده‌اند. به نظر این افراد چون ایجاد امور اعتباری وابسته به قصد انشاکننده است، هیچ مانعی ندارد که بنا بر حاکمیت اراده او، انشا نیز به امور خارجی منوط شود (حکیم، بی‌تا، ج ۱: ۱۰۸). در میان فقهای معاصر، امام خمینی در این زمینه نوشته‌اند: آنچه را که بعضی از اعظام عصر گمان کرده‌اند که تعلیق در منشأ است نه در انشا، دارای اشکال است؛ و اشکال آن قیاس نمودن ایجاد اعتباری به ایجاد تکوینی است که این قیاس مع‌الفارق است و حق این است که اگر قید، رجوع به انشا نماید، مطلقاً صحیح است و اگر به منشأ رجوع نمود، مطلقاً باطل خواهد بود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۲۳۳؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۳۸).

شهید خمینی در پاسخ گفته است: اینکه استاد والد محقق - مدظله - در صحت تعلیق در منشأ اشکال کرده است که جمله‌های تصویریه قابل تعلیق نیستند، حتی اگر تعلیق مرتبط به منشأ باشد، در حالی که هیأت انشاییه فقط به جمله‌های تصویریه تعلق می‌گیرند؛ پاسخ این است که مفاد هیأت با قطع نظر از ماده تصویری، تصدیقی است، پس تعلیق مرتبط می‌شود به منشئی که در جمله تصدیقیه است، و فرض خالی بودن ماده از هیأت تصدیقیه جایز نیست (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۷۱).

به نظر می‌رسد زاویه نظر به بحث، موجب اختلاف رأی ایشان شده، و گرنه روشن است که تعلیق در انشا اگر به معنای موکول کردن فعلیت عقد بر امر دیگر باشد، در این فرض اراده در جهت ایجاد عقد یا ایقاع، فعلیت ندارد و این یعنی فعلاً عقدی انشا نمی‌شود و صرفاً وعده انشای عقد در زمان آینده و در صورت حصول معلق‌علیه است.

به نظر می‌رسد چنین دقت‌های عقلی و موشکافانه - که خارج از فهم عرف است - در باب معاملات، که نظر شارع به امضای رفتار عرف است، جایی ندارد و بحث را از فقهی و حقوقی بودن خارج می‌کند و ثمره‌ای در دست‌یابی به حکم نیز ندارد.

ادله نقلی اشتراط تنجیز و نقد آنها

انصراف عمومات و اطلاقات ادله

دلیل اوفوا بالعقود با توجه به عموم و اطلاقی که دارد و در آن مشخص نشده که منظور عقود منجّز است یا اعم از منجّز و معلق، انصراف پیدا می‌کند به قدر متیقن و این قدر متیقن از عرف دانسته می‌شود.

بنابراین عمومات و اطلاقات ادله صحت عقد، منصرف به عقد منجّز است نه عقد معلق (نایینی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۱۲) پس عقد معلق، مشمول ادله صحت عقود نیست، زیرا صدق عنوان عقد بر عقود معلق مشکوک است (همان؛ خوبی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۲).

نقد و بررسی

۱. وقوع تعلیق در عقود، نزد عرف در نهایت فراوانی است، خصوصاً در نذر و عهود و شروط. و با این حال ادعای انصراف ادله به منجّز، وجهی نخواهد داشت (عمید، ۱۳۴۲: ۱۷) و از این جهت شیخ انصاری می‌نویسد: دعوی انصراف ادله به تنجیز و اثبات آن، در نهایت اشکال است (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۷).

۲. آن گونه که دانشمندان علم اصول تصریح کرده‌اند، انصراف در صورتی مانع تمسک اطلاق می‌شود که ناشی از ظهور لفظ باشد و نفس لفظ به علت کثرت استعمال به آن منصرف شود، اما در صورتی که انصراف به سبب امر خارجی باشد و نه لفظ، مانند غلبه وجودی فرد منصرف‌آلیه یا متعارف بودن ممارست خارجی آن، انصراف مانع تمسک به اطلاق نمی‌شود (مظفر، بی‌تا، ج ۱: ۱۷۲) و در اینجا چنین است، زیرا ظهور لفظ عقد، در مطلق عقدها اعم از عقد معلق و عقد منجّز است، علاوه بر آن تقسیم عقد، به معلق و منجّز از ابتکارات فقها محسوب می‌شود و چنین تقسیمی در لسان شارع مقدس و امامان معصوم (ع) وجود ندارد، از این رو دلیلی بر انحصار عقد به عقدهای منجّز نیست (خوبی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۲).

توقیفیت اسباب عقود و ایقاعات

ادعا شده است که عقود توقیفی هستند و از جانب شارع مقدس القا شده‌اند. پس باید به همان نحوی که شارع انشا و برای آنها تعیین ضابطه کرده است، انشا کنیم و اگر طبق موازین شرعی انشا شد، صحیح، وگرنه باطل خواهد بود؛ آن قدر متیقن هم که از طرف

شارع به ما رسیده، این است که اسباب، معلق بر چیزی نباشند و در آنجا که مشکوک است، از اصالة الفساد استفاده می‌شود و در نتیجه عقد غیر منجّز باطل است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۴۱).

نقد و بررسی

۱. عموم و اطلاقات ادله حلیت بیع و تجارة عن تراض، اوفوا بالعقود و حدیث سلطنت، بر صحت هر عقدی دلالت دارد که عنوان عقد بر آن صادق است. بر عقد تعلیقی نیز عنوان عقد صادق خواهد بود، لذا داخل در عمومات و اطلاقات ادله فوق خواهد بود و با وجود عمومات و اطلاقات، دلیلی بر تمسک به قدر متیقن و اخراج بخشی از عقود و ایقاعات از آن نیست (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۶؛ خویی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۲).

۲. اصل اینکه اسباب عقود و ایقاعات، امور توقیفی هستند، خود خدشه‌پذیر است، زیرا گرچه شاید چنین سخنی با دلیل خاص در برخی عقود و ایقاعات چون نکاح و طلاق درست باشد، در تمام عقود و ایقاعات پذیرفته نیست، چرا که مبنای شارع مقدس در معاملات، بر عرف و روشی خواهد بود که در بین مردم و عقلای جامعه رایج است.

ظهور دلیل اوفوا بالعقود

ظاهر آیه *اوفوا بالعقود* (مائده: ۱) بر وجوب وفا به عقد دلالت دارد و مانند سایر خطابات وضعی و تکلیفی، حکم به وجوب وفا؛ بر تحقق موضوع آن در خارج مترتب است و هیچ زمانی از آن جدا نمی‌شود و این مطلب، وجوب وفا به هر عقد فعلی را اقتضا می‌کند که تعلیق در آن نیست. هنگامی که وفا به صورت فعلی برای عقود تعلیقی متصور نباشد، از حدود مدلول آیه خارج می‌شود و در اینجا خطاب دیگری که اقتضای وفا به عقود تعلیقی را داشته باشد، وجود ندارد، پس این عقود باطل است (خویی، پیشین؛ نجفی، ج ۲۲: ۲۵۳).

نقد و بررسی

مراد از عقد در دلیل، تعهد به مضمون عقد است، بنابراین تابع کیفیت آن است. پس اگر عقد منجّز باشد، وفا به همان مضمون منجّز واجب می‌شود و اگر معلق باشد، وفا به آن واجب نمی‌شود، مگر بعد از حصول معلق‌علیه؛ چنانکه در وجوب وفا به نذر این‌گونه

است. در عهد و نذر نیز، دلایل وجوب وفا به عهد یا نذر، ناظر بر وجوب وفای به آنهاست به هر گونه‌ای که در خارج تحقق یابد، فرقی نمی‌کند که منجّز باشند یا معلق. بنابراین امضای شارع برای عقد، تابع جعل متعاقدين است اگر منجّز عقد کنند، منجّز امضا می‌شود و اگر معلق، معلق (خویی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۶).

ادله اکتفا به نصوص و احتراز از بدعت

تعلیق طلاق به شرط، غیرمنصوص و صیغه‌ای که در ایقاع طلاق مشروع شده، صیغه غیرمعلق است. لذا با طلاق معلق، جدایی زن و مرد حاصل نمی‌شود، زیرا جدایی زوجین، حکم شرعی است و تنها طریقی که برای آن وجود دارد، همان طریق شرع مقدس است و زمانی که دلیل شرعی بر جدایی زوجین نباشد، جدایی تحقق نمی‌یابد (سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۲۹۹).

سید مرتضی، در پاسخ این اشکال که به چه دلیل طلاق معلق، غیرمشروع است، می‌نویسد: بدون شک، خداوند برای کسی که قصد طلاق دارد، طلاق معلق بر شرطی که ممکن است تحقق یابد یا نه، تشریح نکرده، زیرا چنین طلاق‌ی در معرض بطلان است (همان).

نقد و بررسی

۱. شاید دلیل فوق در برخی عقود و ایقاعات چون طلاق و نکاح وجهی داشته باشد، اما در بسیاری از عقود و ایقاعات چون اجاره و شرکت و ... جاری نمی‌شود، زیرا در این عقود و ایقاعات، مبنای شارع مقدس، امضا و تأیید قراردادهایی است که در میان مردم رایج و متعارف هستند، مگر آنکه مخالفت و منعی از طرف شارع صادر شده باشد و در صورت عدم منع شرعی، بر پایه اصل فوق، بر صحت عقود و ایقاعات متعارف حکم می‌شود.

۲. اینکه طلاق معلق، غیرمنصوص است، به دلیل نیاز دارد، مگر آنکه دلیل معتبری آن را از عمومات و اطلاقات ادله فوق خارج کند، اما بحث در مواردی نیست که با دلیل خاص از تحت قاعده خارج می‌شوند.

روایات خاصه

صاحب جواهر برای اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات به روایات نیز استدلال کرده است، از

جمله روایت ابان بن تغلب^۱ (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۱: ۴۳) که از آن فهمیده می‌شود که با گفتن ایجاب و قبول، اثر شرعی عقد بلافاصله مترتب می‌شود و حالت منتظره‌ای در کار نیست؛ این موضوع دلیل است بر اینکه فقط عقود شرعاً صحیح هستند که منجز باشند، چون در عقود معلق حالت منتظره وجود دارد و تا معلق‌علیه حاصل نشود، اثر مترتب نمی‌شود و این برخلاف مقتضای ادله مزبور است (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۹: ۳۲۶۴).

نقد دلیل

۱. در سند این روایت که ایشان از آن به صحیحه تعبیر کرده‌اند، ابراهیم بن فضل وجود دارد که در توثیق او شبهه شده است (همان).
۲. عقد نکاح، غالباً منجز انشا می‌شود و روایت، متعرض فرد غالب است و تعرض فرد غالب بر انحصار دلالت نمی‌کند.

ادله عقلی اشتراط تنجیز و نقد آنها

استلزام ملکیت دو نفر بر شیء واحد

از این جنبه که فرق بین رجوع شرط به انشا یا به منشأ، مانند فرق بین واجب مشروط و واجب معلق است؛ پس مثلاً انتقال ملک در بیع، مقید شده است به روز جمعه، یا از روز جمعه؛ بنابراین در دوره انتظار، ملک بدون مالک یا دارای دو مالک است، چرا که مالک عین، مالک اعیان بر حسب قطعات زمان نیست و ملکیتش برای آن تکثیر نمی‌شود، چنانکه در اجاره تکثیر می‌شود. پس بالجمله: تعلیق در منشأ جایز نیست، زیرا لازم می‌آید عین، ملک دو نفر باشد (امام خمینی، بی تا، ج ۱: ۲۳۴).

نقد دلیل

۱. ملاک در صحت و بطلان این امور، ترتب و عدم ترتب ثمره عقلایی بر آن است. پس

۱. محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن عمرو بن عثمان، عن ابراهیم بن الفضل، عن أبان بن تغلب، وعن علی بن محمد، عن سهل بن زیاد عن إسماعیل بن مهران و محمد بن أسلم، عن ابراهیم بن الفضل، عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبی عبدالله (علیه السلام): کیف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجک متعة علی کتاب الله و سنة نبیه لا و ارثة و لامورثة کذا و کذا یوما، و إن شئت کذا و کذا سنة، بکذا و کذا درهما، و تسمى من الاجر ما تراضیتما علیه قليلا کان أو کثیرا، فإذا قالت: نعم فقد رضیت و هی امرأتک و أنت أولى الناس بها.

اشکالی به التزام به مانند آن نیست، چنانکه در وقف خاص و وقف منقطع این گونه است.
 ۲. مفاد بیع - در همه افراد - تملیک نیست، پس اگر یکی از حاکمان مال فقیر را به این کیفیت به دیگری فروخت، سبب تقسیم سلطنت بر حسب قطعات زمان می شود و اشکالی هم ندارد (امام خمینی، بی تا، ج ۱: ۱۷۰).

استنکار عرف

معاملات اعم از عقود و ایقاعات در صورتی مورد امضای شارع است که مورد انکار عرف نباشد، حال اینکه عقد معلق مورد استنکار عرف است، پس مورد امضای شارع نیست (خویی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۶).

نقد دلیل

۱. قطعاً عرف تعلیق را باطل نمی داند، در برخی از عقود همچون وصیت، تدبیر، سبق و رمایه، به عقیده تمام فقهای شیعه و سنی، تعلیق صحیح است. در عقود دیگر همچون عقد طلاق و عتاق نیز، شیخ طوسی و سید مرتضی بطلان تعلیق را از متفردات امامیه قرار داده اند و فتوای تمام اهل سنت را بر صحت طلاق و عتق معلق، برمی شمیرند و بدیهی است که ایشان جزیی از عرف هستند (امام خمینی، بی تا، ج ۱: ۱۷۳).
 ۲. بسیاری از انشای طلاقها در نظر عرف مذموم است و آن را تقبیح می کنند، با این حال به صحت آن حکم شده، همچنین بسیاری از معاملات مورد مذمت عقلاست، ولی آن را باطل نمی دانند، شارع صحت معاملات صحیح در نزد عقلا را به طور کلی امضا کرده است (همان).

منافات تعلیق با سببیت

تعلیق در عقد و ایقاع، مانع از تأثیر سبب است، زیرا تا منجز نباشد، اثر مترتب نخواهد شد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲: ۳۹۱) یعنی مسبب و اثر به مجرد وجود سبب حاصل می شود و تعلیق در عقد مانع از تأثیر سبب است، زیرا تا معلق علیه به وجود نیاید، اثر مترتب نخواهد شد.

نقد دلیل

اگر مقصود از اثر و مسبب شرعی عقد، مقتضای عقد است، مانند انتقال عین در بیع و

منافع در اجاره، ادله ظهوری در ترتب آن اثر به مجرد حصول سبب ندارد، زیرا مفاد اوفوا بالعقود آن است که باید مطابق مضمون عقد عمل شود، عقد معلق باشد یا منجز؛ و اگر مقصود از اثر و مسبب، مدلول عقد است، مدلول عقد معلق از عقد تخلف نمی‌کند (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۲: ۲۹۶).

ضرورت ترتب مسبب نسبت به سبب و اینکه نباید از هم فاصله بگیرند، به امور تکوینی و اسباب و مسبب‌های عالم طبیعی مربوط است و در عالم حقوقی که عالم اعتبار است، الزاماً نظام طبیعی حاکم نیست و شاید به اراده طرفین عقد، منشأ از انشا فاصله پیدا کند و هرگونه عمل حقوقی که نیاز معاملاتی افراد را برطرف کند، جز اعمالی که بطلان آنها ثابت شده باشد، مطابق ادله صحت اعتبار عقود، باید صحیح تلقی شود (همان) همچون بیع صرف و سلم، معاطات، بیع فضولی، وصیت، وقف و سبق و رمایه.

منافات تعلیق با جزم

یکی از شرایط تحقق عقد این است که متعاقدين با جزم، قصد خود را انشا کنند و در صورتی که انشای متعاقدين بدون جزم باشد، عقد باطل می‌شود و در عقد معلق، متعاقدين بدون جزم، عقد را انشا می‌کنند، در نتیجه عقد معلق باطل است (حلی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۴۲۶؛ بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲: ۳۹۰).

تعلیق با جزم منافی است و بی‌جزمی با رضایت و بی‌رضایتی با اثر انشا منافات دارد! (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۶۵).

نقد دلیل

اگر منظور، جزم در انشای عقد باشد، اصل انشای عقد منجز است. اما اگر منظور از جزم، جزم به حصول اثر عقد یا منشأ باشد، چنین جزمی در عقد لازم نیست. بنابراین، تعلیق به هیچ وجه از بی‌جزمی حکایت ندارد (عمید، پیشین: ۱۹؛ حکیم، پیشین، ج ۱: ۱۰۷؛ یزدی، ۱۴۱۹، ج ۱۲: ۴۳۲؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۱۹).

منافات تعلیق با قصد انشا

شیخ انصاری در مکاسب می‌نویسد: بعضی توهم کرده‌اند که وجه اعتبار تنجیز، عدم قابلیت انشاست برای تعلیق. مثلاً در عقد بیع، اگر بایع حین اقدام به عقد بیع قصد انشا

۱. الانتقال بحکم الرضا و لارضاء إلا مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق

کند، باید اثر انشا و ایجاد او بلافاصله در همان حین عقد به وجود آید؛ حال آنکه تعلیق مانع می‌شود که اثر مزبور بلافاصله پس از عقد وجود پیدا کند. بنابراین تعلیق با قصد انشا با هم جمع نمی‌شوند و باید از یکی چشم پوشید و چون هیچ عقدی بدون قصد انشا نمی‌تواند وجود داشته باشد، بنابراین تعلیق نمی‌تواند در هیچ عقدی جایز باشد (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۴ و ۲۹۶).

نقد دلیل

بطلان این توهّم واضح است، زیرا در هر عقد و ایقاع و بلکه هر جمله انشایی، انشا و جعلی وجود دارد که بر عهده موجّب و قابل است، و آن عبارت است از جعل و ایجاد امری از امور.

و نیز منشی وجود دارد که اثر انشا و عبارت است از ملکیت، زوجیت و فراق و ... به عبارت دیگر سببی وجود دارد که عقد باشد و مسببی که اثر حاصل عقد است. اگر مراد متوهّم آن است که نفس انشا و ایجاد معنا در عالم اعتبار تعلیق پذیر نیست، درست است. چرا که نفس انشا مدلول صیغه است و با آمدن دال، مدلول هم می‌آید و این دو انفکاک پذیر نیستند.

و اگر هم مقصود این باشد که آنچه به این انشا ایجاد شده، مثل ملکیت، زوجیت و ... تعلیق بردار نیست؛ در جواب باید گفت چنین چیزی، عقلاً متصور و معقول است و محذوری ندارد. نمونه‌اش هم در عرفیات و هم در شرعیات فراوان است، چه در امور عبادی و چه معاملی، چه در عقود و چه در ایقاعات؛ مثلاً در امر واجب مشروط داریم که اصلاً انشا وجوب با آمدن امر است، ولی منشأ یعنی نفس وجوب پس از حصول شرط می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۵۳).

استصحاب

این دلیل نیز - بنا بر یک نظر - از دلایل عقلی است و در اینجا فرقی هم نمی‌کند عقلی باشد یا مستفاد از نقل، بلکه مهم در استدلال این است که در شک در بقای حکم سابق، حکم به ابقای ماکان می‌شود.

بنابراین هرگاه عقد معلق واقع شود، مانند بیع معلق، معلوم نیست که این بیع شرعاً ناقل مبیع به مشتری یا ناقل ثمن به بایع باشد.

در این صورت با استصحاب مالکیت، هر یک از متعاقدين مالک همان مالی هستند که پیش از عقد بیع داشته‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۲۹: ۱۵۶).

نقد دلیل

تمامیت این دلیل وقتی است که عموم یا اطلاقی در بین نباشد، اما با وجود عموم یا اطلاق، باید به آنها استناد کرد. قانون شرع در برابر عقد معلق ساکت نیست. البته در این مورد نصّ خاص وجود ندارد، ولی نصّ عام موجود است. الف) عموم دلیل حلیت بیع^۱، چون بیع معلق هم از اقسام بیع است، مشمول این قانون می‌شود.

ب) قاعده تسلیط^۲، هر دو نوع بیع از افراد آن است.

ج) مفاد آیه تجارت^۳، چون آیه اطلاق دارد هر دو نوع تجارت را دربر می‌گیرد، چرا که تجارت معلق نیز با تراضی طرفین همراه است.

د) مفاد آیه اوفوا بالعقود (مأئده: ۱) نیز بر لزوم وفای به عهد در هر عقدی و از جمله عقد معلق دلالت دارد.

پس در صورت شک، به اصول تمسک می‌کنیم و با دلالت عمومات مذکور، شک که موضوع استصحاب است، مرتفع می‌شود (خویی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۱۴).

اجماع

با توجه به اشکال‌های متعددی که بر دیگر ادله وارد است، اصلی‌ترین دلیل قائلان به اشتراط تنجیز اجماع است.

بین فقها، ادعای اجماع در این باب دو گونه‌اند:

الف) یکی ادعای اجماع منقول که به موجب آن، تعلیق در هیچ عقدی جایز نیست، مگر اینکه شارع، صریحاً در مورد خاصی آن را درست دانسته باشد (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲۳: ۲۵۳).

ب) در باب وکالت که ادعای اجماع بر اشتراط تنجیز در آن شده است و گفته‌اند اگر در وکالت (که از عقود جایز و در آن بنا بر سهل‌گیری است) تعلیق مبطل شناخته شده است،

۱. احل الله البیع؛ بقره: ۲۷۵.

۲. الناس مسلطون علی اموالهم

۳. لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاراً عن تراض.

در عقود لازمه به طریق اولی چنین خواهد بود (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۲۹۳).
 بنابراین ادعای اجماع مبتنی بر دو مقدمه است:
 اجماع در اشتراط تنجیز در وکالت.
 اثبات اجماع با قیاس اولویت برای سایر عقود و ایقاعات.

نقد صورت اول اجماع

۱. در این مورد می‌توان گفت که وقوف بر اتفاق آرای همه فقها، در این زمان مشکل بلکه ممتنع است (خراسانی، ۱۴۱۶: ۲۹).
۲. قول به تفصیل در مسئله، موجب انهدام اجماع است، حال آنکه شیخ انصاری با تتبع در اقوال فقها، قدر متیقن از معقد اجماع فقها را آنجا می‌داند که معلق علیه مصحح عقد نباشد (انصاری، ۱۴۳۲، ج ۱: ۱۰۰) اما در موردی که شرط مصحح عقد باشد، شیخ طوسی نقل کرده‌اند که بعضی از اهل سنت قائل به صحت چنین عقدی هستند و خود نیز با آنها اظهار موافقت دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۵؛ نایینی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۵۵) با مخالفت شیخ طوسی با مجممین، بنا بر مبنای لزوم اتفاق همه علمای یک عصر، اصلاً اجماع محقق نمی‌شود. ضمن آنکه از مقدس اردبیلی و محقق قمی مخالفت صریح با اشتراط تنجیز رسیده است (اردبیلی، ج ۱: ۲۳۶). البته مبنای دیگری در اجماع وجود دارد که مخالفت یک یا چند نفر از علمای یک عصر به اجماع ضرر نمی‌زند که اشکال بعدی با تکیه بر آن مبنا وارد است.
۳. اجماع وقتی حجت است که کاشف از قول معصوم (ع) باشد و چنین کاشفیتی هنگامی اثبات شدنی است که اجماع یگانه دلیل در مقام باشد، ولی احتمال دارد و بلکه ظهور دارد که اجماع کنندگان در اینجا به وجوهی که فقها بر بطلان تعلیق به آن استدلال کرده‌اند، استناد ورزیده باشند (خویی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۳۱۷).
 به چنین اجماعی اجماع مدرکی یا محتمل‌المدرک گفته می‌شود که به دلیل عدم کاشفیت از قول معصوم حجت نیست (همان).

نقد صورت دوم اجماع

۱. اگرچه در کلمات برخی از متأخرین و فقهای پس از علامه حلی، عده‌ای چون

فخرالمحققین^۱ و محقق کرکی و شهید ثانی ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰: ۲۱ به نقل از فخرالمحققین؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۷۷؛ حلی، ۱۳۸۸، ج ۱۷: ۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۴۱) ولی چنین اجماعی در مسئله وکالت اثبات‌شدنی نیست. شهید خمینی می‌نویسد: پس باید به عمومات و اطلاقات کلمات فقها مراجعه کنید تا بفهمید چرا می‌گوییم چنین اتفاقی از کلام ایشان فهمیده نمی‌شود (خمینی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۷۲).

بر فرض بپذیریم که در باب وکالت چنین اجماعی هست؛ باز هم نمی‌توانیم در مورد سایر عقود معاوضی نیز با قیاس اولویت اثبات کنیم که تعلیق باطل است. زیرا در باب وکالت، قرینه‌ای وجود دارد که حکم به بطلان تعلیق، تنها مخصوص به همان باب است و نمی‌توان به سایر ابواب تعدی کرد و آن قرینه عبارت از این است که علما در دو صورت از وکالت (که از نظر عرف هیچ تفاوتی با یکدیگر ندارند) فقط در یک قسم به بطلان حکم کرده‌اند و این خود شاهد بر آن خواهد بود که حکم به بطلان، حکمی تبعیدی و بر خلاف قواعد عامه است، آن هم مخصوص یک صورت از اقسام وکالت، لذا نمی‌توان به ابواب دیگر تعدی کرد.

نتیجه‌گیری

۱. بحث اشتراط تنجیز در صورتی در مورد انشا مطرح است که تعلیق انشا محال نباشد، چرا که رابطه تعلیق و تنجیز ملکه و عدم است.
۲. رجوع تعلیق به انشا یا منشأ در حکم مسئله تأثیری ندارد و در هر صورت تنجیز، شرط صحت عقد یا ایقاع نیست.
۳. بر اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات به نحو مطلق، دلیلی وجود ندارد؛ بنابراین عقد و ایقاع معلق صحیح است، مشروط بر آنکه شرط یا شروطی که تعلیق بر آن واقع می‌شود، منع عقلی یا شرعی برای واقع شدن به‌عنوان معلق‌علیه، نداشته باشد و دلیل خاص نیز بر توقیفی بودن صیغه عقد یا ایقاع مخصوصی، در بین نباشد.

۱. انّ تعلیق الوکالة علی الشرط، لایصحّ عند الامامية

منابع

• قرآن کریم

- [۱]. ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۱۴). لسان العرب. چاپ سوم، لبنان، دارالفکر.
- [۲]. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ هـ ق.
- [۳]. افضلی قادی، فریبا «بررسی احکام و آثار عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه»، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۷، شماره ۳۷ - ۳۸: ۱۰.
- [۴]. امام خمینی، سید روح الله (بی تا). کتاب البیع. مقرر: محمد حسن قدیری، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- [۵]. ----- (۱۴۲۵). تحریر الوسیله. مترجم: علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۶]. امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی. چاپ اول، تهران، انتشارات اسلامی.
- [۷]. انصاری، مرتضی (۱۴۳۲). کتاب المکاسب. چاپ هفدهم، قم، مجمع فکر اسلامی.
- [۸]. بجنوردی، سید محمد بن حسن موسوی (۱۴۰۱). القواعد الفقهیه. چاپ سوم، تهران، مؤسسه عروج.
- [۹]. بحرانی، احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. مصحح: محمد تقی ایروانی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۰]. بروجردی عبده، محمد (۱۳۲۹). حقوق مدنی. چاپ اول، تهران، علمی.
- [۱۱]. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
- [۱۲]. حر العاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴). وسائل الشیعة فی تحصیل مسائل الشریعة. چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۱۳]. حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۷). تعلیق در قراردادها. چاپ اول، قم، بوستان کتاب.
- [۱۴]. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶). مستمسک العروة الوثقی. چاپ اول، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
- [۱۵]. حکیم، سید محسن طباطبایی (بی تا). نهج الفقاهاه تعلیقہ علی کتاب البیع من المکاسب. نجف، الطبعة العلمیه.

- [۱۶]. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۳۸۸). *تذکره الفقهاء*. چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۱۷]. ----- (۱۳۴۸). *نهاية الاحكام*. قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۸]. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶). *کفایه الاصول*. چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- [۱۹]. خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸). *کتاب البیع*. چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- [۲۰]. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۸). *مصباح الفقاهة*. مقرر: محمد علی توحیدی، چاپ اول، بی جا، نشر الفقاهة.
- [۲۱]. زنجانی، سید موسی شبیری (۱۴۱۹). *کتاب النکاح*. چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- [۲۲]. شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی (۱۴۱۵). *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۳]. شهید اول، محمد بن مکی عاملی (بی تا). *القواعد و الفوائد*. چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید.
- [۲۴]. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳). *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*. چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية.
- [۲۵]. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). *الخلاص فی الاحکام*. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۶]. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. مصحح: محمد باقر خالصی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۷]. عراقی، آغا ضیاء الدین (۱۴۱۱). *نهاية الافکار*، مقرر: بروجردی، محمد تقی نجفی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۸]. عراقی، آغا ضیاء الدین (۱۴۲۱). *حاشیه المکاسب*. تقریرات للنجم آبادی، علی کزازی، چاپ اول، قم، انتشارات غفور.
- [۲۹]. عمید، حسن (بی تا). *فرهنگ عمید*. چاپ اول، تهران، انتشارات جاویدان.
- [۳۰]. عمید، موسی (۱۳۴۲). *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*. بی جا، بی نا.
- [۳۱]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *اعمال حقوقی قراردادها: ایقاع*. چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

- [۳۲]. ----- (۱۳۷۴). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها. چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- [۳۳]. ----- (۱۳۷۴). حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات. چاپ اول، تهران، نشر بلد.
- [۳۴]. کرکی، محقق ثانی علی بن حسین عاملی (۱۴۱۴). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- [۳۵]. محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۴). بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن. چاپ پنجم، بی‌جا، نشر علوم اسلامی.
- [۳۶]. مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷). **العناوین الفقهیه**. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۷]. مظفر، محمد رضا (۱۳۸۸). **المنطق**. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۸]. ----- (بی تا). **اصول الفقه**. چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۳۹]. نایینی، محمد حسین (۱۴۱۸). **منیة الطالب فی شرح المکاسب**. چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۴۰]. نجفی، کاشف‌الغطاء (۱۳۵۹). **تحریر المجلة**. چاپ اول، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه.
- [۴۱]. نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱). **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. چاپ هفتم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- [۴۲]. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲). **رسائل و مسائل**. چاپ اول، قم، کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
- [۴۳]. واسطی، سید محمد مرتضی حسینی زبیدی حنفی (۱۴۱۴). **تاج العروس من جواهر القاموس**. مصحح: علی شیری، چاپ اول، لبنان، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- [۴۴]. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۹). **العروة الوثقی فیما تعم به البلوی**. مصحح: احمد محسنی سبزواری، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۴۵]. ----- (۱۴۲۱). **حاشیة المکاسب**. چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.