



Jurisprudential Re-examination of Suspension, in Contracts and Transactions

Seyyedeh Masomeh Miri Gorji¹, sara akhondi^{2*}, Faezeh Moghtadaei³

1. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, NT.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, NT.C. Islamic Azad University, Tehran, Iran.

3. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, NT.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:33-48

Article history:

Received: 27 Mar 2025

Edition:30 Apr 2025

Accepted: 10 Jun 2025

Published online: 27 Sep 2025

Keywords:

Writing, Origin, Contract, Suspension.

Corresponding Author:

sara akhondi

Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad University, NT.C, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law.

Orchid Code:

0009-0001-4387-6796

Tel:

09123004991

Email:

S-akhondi@iau-tnb.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aims: One of the conditions discussed by jurists regarding the validity of contracts and transactions is their fulfillment, which is opposed to suspension of the contract. One of the issues that is disputed by jurists is the issue of suspended contracts and transactions. purpose of the present article is to examine suspended contracts and transactions in jurisprudence.

Materials and Methods: The present article is descriptive and analytical. The materials and data are also qualitative, and questionnaires were used to collect the materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty, and trustworthiness have been observed.

Findings: Regarding the suspension contract in these cases, there are two views among jurists. Some jurists consider suspension in the creation to be correct, but suspension in the origin to be invalid, and some have the opposite opinion. Each of view. Among jurists, the dominant theory is the validity of contracts with suspension in the writing and they consider suspension invalid only in cases specified in the law, such as Articles 1068 and 699 of the Civil Code.

Conclusion: By following their opinions, what was obtained is that the famous view of jurists considers suspension in the writing invalid, but they considered suspension in the origin and the subject of the origin correct; of course, there is also a contrary view to the famous one, who believe that suspension in the writing is correct and suspension in the origin is invalid.

Cite this article as:

Miri Gorj, M; akhondi, S; Moghtadaei, F. *Jurisprudential Re-examination of Suspension, in Contracts and Transactions*. Economic Jurisprudence Studies. 2025.

فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره هفتم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

بررسی فقهی تعلیق در عقود و معاملات

سیدمعصومه میری گرجی^۱، سارا آخوندی^۲، فایزه مقتدایی^۳

۱. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۳. گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده	اطلاعات مقاله
زمینه و هدف: یکی از شروط مورد بحث فقها، در صحت عقود، تنجیز است. در مقابل آن تعلیق قرار دارد که مورد اختلاف فقها است. با توجه به وجود عقود معلق در معاملات و اهمیت موضوع و آثار عقد معلق از یک سو و وجود تعابیر مختلف و تعریف‌های گوناگون، بررسی آن ضروری است. بر همین اساس، هدف مقاله حاضر بررسی عقود و معاملات معلق در فقه است. مواد و روش‌ها: مقاله حاضر از روش تحلیلی و توصیفی بهره برده و ابزار انجام پژوهش کتابخانه‌ای است. ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است. یافته‌ها: در بین فقها در خصوص صحت عقد معلق اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها تعلیق در انشاء را باطل، ولی تعلیق در منشاء را صحیح می‌دانند. در مقابل برخی عقیده‌ای بالعکس دارند. هر یک نیز برای اثبات حقانیت و صحت دیدگاه خود به دلایل عقلی و شرعی تمسک نموده‌اند. نتیجه: با توجه به لزوم و رواج معاملات معلق و آثار آن از جهت صحت و بطلان، با وجود اختلاف آرای فقها در عقود معلق، لازم است حکم فقهی و حقوقی در این زمینه با نگاه دقیق تری تدوین شود.	نوع مقاله: پژوهشی صفحات: ۴۸-۳۳ سابقه مقاله: تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۷ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۲/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵ واژگان کلیدی: انشاء، عقد، عقدمعلق، منشاء، متعلق منشاء. نویسنده مسئول: سارا آخوندی آدرس پستی: گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران تلفن: 09123004991 کد ارکید: 0009-0001-4387-6796 پست الکترونیک: Ma1.he S-akhondi@iau-tnb.ac.ir

۱. مقدمه

عمل حقوقی می‌تواند منجز یا معلق باشد. مفهوم «عقد معلق» امروزه در بین حقوق دانان بسیار شناخته شده است و در صحت آن شک ندارند. در معنای عقد معلق آمده است، امری را به شرط یا قیدی وابسته کنیم که طرفین در عقد انشاء می‌کنند. (ایزد پناه، ۱۳۸۲، ۶) که به تعلیق در انشاء و یا منشاء و متعلق منشاء، تقسیم می‌شود. هر کدام از این نوع تعلیق آثار متفاوتی بر قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین خواهد داشت. لذا تبیین تمایز بین این تعلیقات در انعقاد قرارداد ضروری است. انشاء یک اثری دارد که تملیک عین به عوض معلوم است که می‌شود منشاء یا اثر انشاء و متعلق منشاء هم به اثر منشاء گفته می‌شود که در عقد بیع ثمن برای بایع و مبیع برای مشتری می‌شود. به نظر می‌رسد، اختلافات بسیاری در بین فقها بر اثر این که تعلیق در انشاء است یا منشاء یا متعلق منشاء، وجود دارد. علامه حلی در کتاب خود به نام تذکره الفقها انشاء عقد را بر شرط یا وصف معلق نمی‌داند. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ۱۲) اما امام خمینی در این زمینه، دستاورد جدیدی در عقود معلق ارائه دادند. بر اساس آنچه گفته شد، سوال اساسی این است بازپژوهی فقهی تعلیق، در عقود و معاملات چگونه است؟ به منظور بررسی سوال مورد اشاره، ابتدا تعلیق در انشاء و منشاء و متعلق منشاء از منظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته است.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

یافته‌ها نشان داد در بین فقها در خصوص صحت عقود و معاملات معلق اختلاف نظر وجود دارد. عقل و واجب مشروط، مهم‌ترین ادله فقهی موافقین صحت تعلیق در انشاء است. بر این باورند که در این نوع از واجب، قید یا شرط به هیئت برمی‌گردد. با توجه به عموم آیات و روایات و قاعده لازمه از جمله، «وفوا بالعقود» که اعم از عقود معلق و عقود منجز است. اما فقهایی که قائل به بطلان تعلیق در انشاء هستند، معتقدند که قید و شرط به هیئت بر نمی‌گردد بلکه به ماده برمی‌گردد؛ انشاء وجوب را به صورت مطلق و بدون هیچ قید و شرطی می‌دانند. و مقایسه تعلیق در انشاء با واجب مشروط نادرست است.

۵. بحث

از نظر فقها تعلیق؛ امری را به شرط یا وصفی وابسته کردن، می‌باشد، و منجز نباشد. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ۴۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ۳۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ۳۶۸) عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد. «در عقد معلق، عقد منعقد می‌شود ولی آثار آن معلوم نیست و اثر آن منوط به حادثه خارجی یا معلق علیه می‌باشد. (شهیدی، ۱۳۸۵، ۶۵).

۵-۱. تحلیل صحت و بطلان فقهی

تعلیق در انشاء

عبارتند از:

۵-۱-۱- تبیین تعلیق در انشاء

میر عبدالفتاح مراغی، اولین فقیهی هست که در کتاب العناوین الفقهیه به بررسی تعلیق در انشاء و

منشا پرداخت. (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۱۹۲-۳۳۴) بعد از ایشان «صاحب جواهر» (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ۵۰-۵۱-۱۰۶) و شیخ اعظم انصاری مسئله را از جوانب مختلف مورد بررسی قرار داده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۷، ۹۶) و از حواشی متعدد محققین بر کتاب مکاسب، به دست می‌آید که بسیاری از فقهای دیگر نیز به بحث تعلیق در انشاء و منشاء، پرداخته‌اند. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ۷۱)

اگر عقدی معلق گردد، مانند جایی که شخصی می‌گوید من موبایلت را خواهم خرید اگر پدرت از حج باز گردد. در این جا ایجابی که صورت گرفته قطعی و منجز نیست، زیرا گفته، خواهم خرید، لذا هنوز عقدی منعقد نشده است بلکه، معلق به یک امر خارجی که همان باز گشتن پدر از حج، که در آینده صورت می‌گیرد، شده است. در این جا حتی اگر طرف مقابل هم قبول کند، عقد چون به صورت معلق واقع شد نه منجز، صحیح نیست. اکثر فقهای متقدم و متأخر بر این باورند که تعلیق در انشاء محال است و تعلیق در انشاء امکان ندارد، اعم از این که انشاء و ایجاد متعلق امر تکوینی و موجود خارجی باشد یا امر اعتباری. (بروجردی، ۱۴۱۸، ۲۱۷-۲۱۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱؛ نائینی، همان، ج ۱، ۲۵۳) زیرا وجود فعلی یک شیء نمی‌تواند وابسته به چیز دیگری باشد، ایجاد نیز از وجود جدا نیست نمی‌تواند به گونه وابسته تحقق پذیرد. (قنواتی، ۱۳۹۰، ۱۷۶) همان‌طور که اخبار معلق امکان‌پذیر نیست (مثلاً بگوید: الان خورشید گرفته است اگر فردا باران ببارد) انشای معلق نیز امکان‌پذیر نیست. (همان) بنابراین از جهت انشاء و ایجاد امر دائر بین وجود و عدم، به صورت منجز است. پس اگر شیئی خارجی و موجودات تکوینی در عالم خارج یا

موجودات ذهنی در ذهن یا امر اعتباری مانند ملکیت باشد تعلیق در انشاء محقق نمی‌گردد و انشاء به صورت جازم و بدون تعلیق حاصل می‌شود. (بروجردی، همان) پس در نتیجه فقها تعلیق در انشاء را عقلاً محال می‌دانند. «چنانکه در عالم مادی ایجاد هیچ امری تعلیق پذیر نیست، در امور اعتباری نیز نمی‌توان ایجاد اثر را منوط به امر دیگری ساخت. بنابراین برای انشاء دو حالت بیشتر وجود ندارد یا باید گفت طرفین مفاد عقد را ایجاد کرده‌اند یا انشاء را منکر شده‌اند؛ و نمی‌توان تصور حالتی را کرد که عقد، به شرط وقوع حادثه‌ی خارجی، در ذهن به وجود می‌آید» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ۵۴)

شیخ انصاری فرموده‌اند: «قادح صحت عقد، تعلیق انشاء است، اما اگر عقدی بدون تعلیق انشاء شود، هرچند انشاء کننده در ترتب اثر بر انشاء از نظر شرعی یا عرفی تردید نداشته باشد، عقد صحیح خواهد بود.» (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳، ۱۷۲) فقهای شافعی نیز تعلیق در انشاء را باطل می‌دانند، (شیخ الاسلام، ج ۱، ۱۹۳) و تنجیز در صیغه، شرط صحت عقد بیع است. (همان، ص ۱۲۰) البته باید تعلیق در انشاء همانند پیش‌قرارداد است و صحیح است؛ اما عقد اصلی محسوب نمی‌شود، زیرا هنوز بین طرفین ایجاب و قبولی صورت نگرفته است.

۵-۱-۲. دلایل بیان نظریات (نظریه

صحت - نظریه بطلان)

۵-۱-۲-۱. نظریه صحت

برخی (خمینی) از فقهای اعتقاد به صحت تعلیق در انشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند: دلایل فقها دال بر صحت تعلیق در انشاء، از جمله این موارد می‌تواند باشد؛ ۱- عقل: فقها معتقدند که تعلیق در انشاء یک امر اعتباری است

و نباید به امور تکوینی مقایسه شود. (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۳۳) امر تکوینی به امری گفته می‌شود که، اشیاء در عالم خارج وجود دارند؛ هرگاه خداوند اراده به موجودیت اشیاء کند، موجود می‌شوند و امکان ندارد که در این امر، تعلیقی صورت بگیرد. مانند آیه ۸۲ سوره «یس» که خداوند می‌فرماید: «إنما أمره إذا أراد شيئاً أن يقول له کن فیکون» به این معنا که: شأن او این است که چون پدید آمدن چیزی را اراده کند، فقط به آن می‌گوید: باش؛ پس بی‌درنگ موجود می‌شود. لذا در امر تکوین هر اشیاء که اراده شود که به وجود بیاید حتماً به وجود می‌آید و در این مورد هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد و اصلاً خلاف راه ندارد. مانند این که خداوند تصمیم به خلق این جهان و موجودات حاضر در این جهان گرفت، پس آن‌ها موجود شدند. ولی امر اعتباری به امری گفته می‌شود که در خارج وجود ندارد در ذهن قابل تصور است. و در لغت آن را به معنای؛ قراردادی، اضافی، نسبی آورده‌اند. بنابراین فقها معتقدند که اصلاً مقایسه امر اعتباری و تکوینی باهم صحیح نیست و نباید گفت: چون امر تکوینی، تعلیق در آن وجود ندارد، پس امری اعتباری هم نباید تعلیق پذیر باشد. مضافاً اینکه امور تکوینی و اعتباری کاملاً مجزا هستند و هیچ‌گونه ملازمه‌ای باهم ندارند. پس تعلیق در انشاء که از امور اعتباری است درست می‌باشد.

۲. واجب مشروط: واجب مشروط در مقابل واجب مطلق قرار دارد. (خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ۹۵) واجب مشروط واجبی است که وجوب آن مشروط به امر دیگری باشد. نام دیگر واجب مشروط، واجب مقید است. مانند وجوب حج که مشروط به استطاعت مکلف می‌باشد. (مظفر، ۱۴۳۰، ج ۱، ۱۳۴) قانون مدنی نیز در ماده ۳۴۱ می‌گوید: «بیع ممکن

است مطلق باشد یا مشروط و نیز ممکن است که بر تسلیم تمام یا قسمتی از مبیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده شود.» اما نکته‌ای که در این مورد وجود دارد و اصولیین در آن اختلاف نظر دارند این است که در این نوع از واجب، شرط به هیئت بر می‌گردد یا به ماده؟ (مظفر، همان، ۱۳۶) مشهور از اصولیان بر این باورند که قید یا شرط به هیئت بر می‌گردد؛ به این معنا که هر گاه قید یا شرط به وجود بیایند در این صورت وجوب نیز انشاء می‌شود و هر گاه انشاء تحقق پیدا کند به تبعیت از آن ماده که در بحث ما همان منشأ باشد، نیز به وجود می‌آید و به همین دلیل تعلیق در انشاء را درست دانسته‌اند، چون آن‌ها معتقدند که در جایی که انشاء وجوب در واجب مشروط به شرط بستگی دارد و معلق بر آن شده است، پس انشاء هم می‌تواند معلق بر قید یا شرط شود و تعلیق در انشاء درست می‌باشد. (خوبی، ۱۴۰۷)

البته برخی از اصولیون از جمله امام خمینی، با این نظر مخالف‌اند و می‌گویند که قید یا شرط به ماده بر می‌گردد؛ برای واضح‌تر شدن این بحث مثالی بیان می‌شود: مثلاً شارع بیان می‌کند که، اگر دانشجوی‌های الهیات را دیدید، احترام کنید. از نظر این دسته از اصولیان آن‌چه که مورد پسند و مطلوب آمر است این است که، هر گاه دانشجوی الهیات دیده شد، مورد احترام واقع شود. وقتی گفته شود این مطلوب و پسند شارع است به این معناست که وجوب یعنی این که شما می‌خواهید کاری انجام شود. بر این اساس در این موارد حکم که، اکرام کردن باشد منوط به شرط شده است. اما انشاء وجوب معلق به شرط نشده اما متعلق وجوب منوط به شرط شده است، لذا وجوب به

همه جمله (احترام به دانشجوهای الهیات) برمی‌گردد. (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ۱۶۹)

با توجه به نظراتی که فقها بیان کرده است می‌توان نتیجه گرفت که کسانی که معتقدند قید و شرط به هیئت برمی‌گردد تعلیق در انشاء را با توجه به دلایل بیان شده درست می‌دانند؛ اما کسانی که برخلاف نظر آنها معتقد بودند که قید و شرط به هیئت بر نمی‌گردد بلکه به ماده برمی‌گردد؛ انشاء وجوب را به صورت مطلق و بدون هیچ قید و شرطی می‌دانند و آن‌چه که در این‌جا مقید شده است متعلق وجوب می‌باشد (اکرام کردن) و این اکرام کردن در صورتی شکل می‌گیرد که دانشجویان الهیات دیده شوند، لذا وجوب به اکرام دانشجویان الهیات در فرض دیدن آن‌ها برمی‌گردد.

۵-۱-۲-۲- نظریه بطلان

فقهایی که اعتقاد به بطلان تعلیق در انشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند: دلایل فقها دال بر بطلان تعلیق در انشاء این موارد است؛ با نقد و بررسی ادله‌های موجود در صحت تعلیق در انشاء، می‌توان به بطلان تعلیق در انشاء رسید و گفت: ۱- تعلیق در انشاء دور از ذهن و عقل آدمی هست، (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۹۱) چون ایجاد چه از نوع اعتباری باشد یا از نوع تکوینی فرقی نمی‌کند، در هر صورت غیرممکن است. مانند جایی که شخصی از فردی دزدی می‌کند چه این شخصی که دزدی کرده قبلاً آن شخص را می‌شناخته و با وی مشکل داشته و به وسیله این مشکل می‌خواست با سرقت به او خسارت بزند یا نه اصلاً فرد سارق آن فرد را نمی‌شناخته، در هر صورت به هر دو شخص کلمه سارق بار می‌شود. با این اوصاف نمی‌شود گفت که، انشاء و اخبار را می‌شود بر چیز دیگر معلق کرد؛ چون این امر

محال است. انشاء و اخبار یا مطلقاً به وجود می‌آیند یا هرگز وجود نخواهند داشت. پس با این گفته‌ها ما نمی‌توانیم چیزی که دور از عقل آدمی است را بپذیریم؛ زیرا وجود و عدم وجود دو امر متناقض هستند. (همان)

۲- فقهایی که تعلیق در انشاء را صحیح می‌دانند، واجب مشروط را با تعلیق در انشاء مقایسه می‌کنند و می‌گویند: که شرط به هیئت برمی‌گردد نه به ماده، درحالی‌که چنین چیزی اصلاً صحیح نیست و شرط به ماده برمی‌گردد نه به هیئت و مقایسه تعلیق در انشاء با واجب مشروط نادرست است. می‌دانیم که در واجب مشروط، وجوب بر شرط معلق شده است. بر همین اساس تعلیق منشاء یک امر محال و غیر قابل باور نیست. در مثالی که در این مورد بیان کردیم «اگر دانشجوهای الهیات را دیدی، احترام کن» در این‌جا وجوب به صورت قطعی و منجز صورت گرفته است، ولی به فعلیت نرسیده است و با دیدن دانشجوهای الهیات به فعلیت می‌رسد. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۳۰۷) در این صورت با توجه به نظر فقها تعلیق در انشاء محال است؛ زیرا امکان ندارد که انشاء یک چیز به صورت معلق منعقد شود زیرا انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد و وجود یک امر معلق نمی‌شود، آن چیز یا به وجود می‌آید یا به وجود نمی‌آید.

در مقابل دیدگاه فقها در صحت و بطلان تعلیق در انشاء، امام خمینی (قدس سره) بیان متفاوتی در باب تعلیق در انشاء مطرح کرده‌اند. ایشان در کتاب البیع می‌فرمایند: «آن‌چه را که بعضی از فقها گمان کرده‌اند که تعلیق در منشاء باشد نه در انشاء» دارای اشکال است، زیرا اشکال آن قیاس نمودن امر اعتباری به امر تکوینی است که این قیاس مع الفارق است و لازمه ممتنع بودن تعلیق

در معانی تصویریه است که تعلیق معقولی نیست و باید به معانی تصدیقیه رجوع کرد. حق این است که اگر قید رجوع به انشاء نماید، مطلقاً صحیح است و تعلیق در منشاء محل تردید است.» (خمینی، همان، ج ۱، ۳۴۷-۳۵۲)

تعلیق در عقود، مربوط به عالم اعتباریات است زیرا وجود اعتباری را باید از وجود تکوینی جدا کرد. قواعد حاکم بر هر یک از این وجود و امور قابل تسری به دیگری نیست. به عنوان مثال، در امور تکوینی با فراهم آمدن سبب، مسبب حاصل می‌شود یا نمی‌شود، در حالیکه یکی از خصایص امور اعتباری، لغو پذیر بودن امور است. به عبارت دیگر، امور اعتباری وابسته به اراده و تشخیص مصلحت افراد است. کسانی که به قیاس میان امور اعتباری و تکوینی استناد می‌کنند، حکم به بطلان تعلیق در انشاء می‌دهند. معتقدند در عالم تکوین چون نمی‌تواند بین سبب و مسبب فاصله وجود داشته باشد، در امور اعتباری نیز چنین امری محال است. لذا تعلیق در انشاء را از لحاظ عقلی محال می‌دانند، و فقط تعلیق در منشاء را پذیرفته اند. (خویی، ۱۴۰۷، ج ۳، ۷۰) انشاء یعنی ایجاد کردن و ایجاد معلق، اگر گفته شود مرجعش به تناقض است، امام این را رد می‌کند. زیرا این قیاس ایجاد اعتباری با ایجاد تکوینی است. عالمی که تعلیق آن ممتنع می‌باشد، عالم تکوینی است نه عالم اعتبار. و قید برای هیئت و انشاء است نه ماده و منشاء. امام می‌فرماید: انشاء غیر از لفظ است که به وسیله‌ی آن انشاء واقع می‌شود، زیرا لفظ، امری وجودی است و تعلیق امر وجودی غیرممکن است برخلاف انشاء که یک امر اعتباری است. و عدم تفکیک بین این دو باعث شد که بگویند بین آنچه واقع می‌شود و آنچه واقع نمی‌شود و بین وجوب و عدم، تناقض پیش می‌آید

و این معقول نیست زیرا ایجاد و عدم بالفعل لازم می‌آید. ولی در واجب مشروط انشاء معلق است و تحقق ایجاب و وجوب بعد از شرط لازم می‌آید و ایشان معتقدند که اگر قید به انشاء برگردد مطلقاً صحیح است و اگر قید به منشاء برگردد مطلقاً باطل است و معنا ندارد که قید به منشاء برگردد، زیرا تعلیق در معانی تصویریه معقول نیست. بلکه تعلیق به معانی تصدیقیه برمی‌گردد خبریه باشد یا انشاییه. (همان، ۳۴۹-۳۴۸)

بنابر این امام خمینی قیاس امور اعتباری با امور حقیقی را قابل قبول ندانسته‌اند، برخلاف اکثر فقهای متقدم و متاخر که قائل به عدم صحت تعلیق در انشاء می‌باشند، قائل به صحت تعلیق در انشاء هستند.

۵-۲. تحلیل فقهی تعلیق در منشاء

می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۵-۲-۱. تبیین تعلیق در منشاء

در تعلیق در منشاء از نظر فقها، موضوع به تعریف ایشان از منشاء برمی‌گردد. به این صورت که اگر در تعریف منشاء، منشاء از اثر جدا بشود و هر کدام به صورت جدا مطرح گردد، تعلیق در اصل منشاء محال بوده و در آثار آن ممکن می‌شود و به محض ایجاد شدن انشاء، منشاء نیز خلق می‌گردد و آثار آن در طی زمان و با تأخیر حاصل می‌شود. برای تشخیص منشاء باید دید که هر یک از طرفین عقد، چه قصد و اراده‌ای دارند. منشاء عقود مختلف می‌تواند براساس نوع عقد، برای طرفین عقد متفاوت و یا یکسان باشد. اگر منشاء در عقود از قبیل بیع باشد که منشأ برای یک طرف ثمن و برای طرف دیگر مثنی است و یا در عقد معاوضی که منشاء برای یک طرف عوض و برای دیگری معوض است، در این جا منشأ متفاوت است. اما مثلاً در جایی مانند نکاح که هر

دو طرف قصد زوجیت دارند و منشاء همان زوجیت است، یعنی هم زوج و هم زوجه هر دو زوجیت را قصد کرده‌اند، در اینجا منشاء یکسان است، و هر دو به یک منشاء مشترک دست پیدا می‌کنند.

۵-۲-۲. دلایل بیان نظریات (نظریه صحت - نظریه بطلان)

۵-۲-۲.۱. نظریه صحت

فقه‌ها در صحت تعلیق در منشاء هم مثل انشاء، به دو دسته تقسیم می‌شوند، برخی از فقها اعتقاد به صحت تعلیق در منشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند: دلایل فقها دال بر صحت تعلیق در منشاء این موارد است؛ ۱- فقهایی که تعلیق در منشاء را صحیح میدانند و شبهه‌ای در امکان آن نمی‌دانند؛ (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۳، ۲۳۵) معتقدند، تعلیق در مخبر به جایز بوده، باید تعلیق در منشاء نیز جایز و صحیح باشد، زیرا بین ایجاد تکوینی و تشریعی تفاوت‌هایی وجود دارد بنابراین موجود در ایجاد تشریعی اعتباری است و مانعی برای آن وجود ندارد. (یزدی، ۱۳۸۶، ج ۱، ۹۱) تعلیق منشأ در عالم تشریع و اعتباریات است برخلاف امور تکوینی که تعلیق پذیر نیستند پس در امور اعتباری، امری می‌تواند معلق بر امر دیگری شود و مانعی برای معلق شدن آن وجود ندارد. (بجنوردی، ۱۴۰۱، ۲۹۰) ۲- شیخ انصاری بیان می‌کنند که ما در تعلیق، اقسامی داریم (اقسام معلق علیه) گاه شرطی که موجب تعلیق می‌شود فی‌الحال و در زمان عقد وجود دارد یا ندارد، گاه در آینده به وجود می‌آید و نیز ما در مواقعی به این شرط علم داریم و در بعضی مواقع نیز علمی نسبت به آن نداریم، در بعضی مواقع این شرط وجودش احتمالی است شاید به وجود بیاید، شاید به وجود نیاید. در همه این موارد باید بررسی شود که

تعلیق در کدام قسم راه دارد و در قسم دیگر امکان راه یافتن تعلیق وجود ندارد. (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ۳۷۸) ۱- اگر شرط در هنگام عقد موجود باشد و نسبت به آن علم داشته باشیم و صحت عقد منوط به آن باشد. در این صورت عقد معلق درست است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، ۵۴) ۲- اگر شرط در هنگام عقد موجود باشد و نسبت به آن علم داشته باشیم ولی صحت عقد منوط به آن شرط نیست. در این جا نیز عقد معلق درست می‌باشد. (زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۹، ۳۲۵۲) ۳- اگر شرطی که در زمان عقد احتمالی است نمی‌دانید که این شرط وجود دارد یا خیر؟ اما صحت شرط منوط به وجود این شرط است. هرچند اختلافاتی وجود دارد؛ ولی بعضی از فقها صحت عقد را مطرح کرده‌اند. (قلی‌پور، ۱۳۸۲، ۷۸) ۴- شرطی که در حال عقد احتمال وقوع آن وجود دارد؛ محتمل الوقوع است، و درستی عقد منوط به آن نمی‌باشد. در این مورد فقها رأی به بطلان چنین معاملاتی داده‌اند، زیرا این مورد از موارد بارز عقد معلق است. (همان، ص ۷۹) ۵- شرطی که قطعاً در آینده تحقق پیدا می‌کند و صحت عقد منوط به وجود این شرط می‌باشد؛ اگر بایع از این امر اطلاع داشته باشد و عقد را معلق کند در این صورت گفته شده عقد صحیح است. (زنجانی، ۱۴۱۹، ۳۲۵۳) ۶- شرطی که قطعاً در آینده تحقق پیدا می‌کند و صحت عقد منوط به وجود چنین شرطی نیست؛ از نظر فقها چنین عقدی صحیح نمی‌باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، ۵۴) ۷- شرطی که احتمالی است؛ ممکن است به وجود بیاید و ممکن است به وجود نیاید، و نیز صحت عقد بستگی به آن شرط ندارد. (زنجانی، ۱۴۱۹، ۳۲۵۳) لذا نظر فقها در مورد تعلیق در منشاء این است که ظرف زمانی معلق علیه یا حال است و یا

نظر این دسته از فقها لازمه‌ی تعلیق در منشاء تفکیک بین منشاء و انشاء است خصوصاً در صورتی که معلق علیه استقبالی باشد زیرا انشاء بالفعل حاصل شده و منشاء حاصل نمی‌گردد و منشاء تخلف از انشاء نمی‌تواند بکند. (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ۳۸۱)

اما باید گفت، که تعلیق در منشأ وجود دارد و صحت آن بر کسی پوشیده نیست، بلکه وقوع آن در احکام شرعی، بیش از حد شمارش است. برخی از محققین، در نفی تعلیق در انشاء و اثبات آن در منشا از راه دیگری وارد شده اند و آن واجب مشروط است. همان‌طوری که در واجب مشروط، تعلیق در نفس انشاء نیست، بلکه در مدلول آن یعنی منشاء است در عقد معلق نیز تعلیق در منشاء است. بدین جهت، همان‌طوری که در واجب مشروط، شرط قید مطلوب واجب است نه طلب وجوب، همچنین در عقد، قید منشاء است نه انشاء. در نتیجه واجب مشروط شبیه ملکیت در وصیت است. از این جهت که انشاء در آن فعلی است اما منشأ منوط به مدت وصیت کننده است. (یزدی، همان)

نکته قابل توجه اینکه؛ آیت‌الله خویی بین معنای تعلیق منشاء و عقد مشروط تفاوت قائل شد و در صورتی که این دو به یک معنا دانسته می‌شود، ایشان تعلیق در منشاء را بنابر اجماع باطل می‌دانند. (خویی، ۱۴۰۷، ج ۲، ۵۲) شیخ انصاری بحشی تحت عنوان (التنجیز فی العقد)، در ذیل بحث تعلیق در منشاء، می‌فرماید: عقد معلق از نظر عقلی و تحلیلی اشکالی ندارد؛ اما ایشان به تبعیت از اکثریت فقها چنین عقدی را باطل اعلام می‌کند. فقها دیگر از جمله علامه حلی، شهیدین، فخرالدین و سایر فقها نظر به بطلان کل تعلیق عقد، چه تعلیق در انشاء و منشاء داده‌اند. آن‌ها

آینده، و هر یک از آنها وجودشان یا مشکوک الحصول است یا معلوم الحصول. فقها در این که در این صورهای بیان شده در جایی که معلق علیه مشکوک الحصول است چه در زمان حال باشد یا آینده فرقی نمی‌کند در هر صورت آن را موجب بطلان عقد می‌دانند و در صور دیگر عقد صحیح است.

۳- ادله‌ای دیگر فقها برای صحت تعلیق در منشاء: تعلیق در منشاء از نظر عقلی صحیح است. دلیل آن قضیه شرطیه است؛ که مثلاً در جایی که بیان می‌شود: اگر خورشید طلوع کند، روز می‌شود. در این قضیه علم به صورت فعلی شکل می‌گیرد؛ اما معلوم معلق می‌شود. لذا در این صورت در تعلیق منشأ هیچ اشکالی وجود ندارد. (زنجانی، همان، ۳۲۵۲)

۵-۲-۲-۲. نظریه بطلان

برخی دیگر از فقها (خمینی)، تعلیق در منشاء را جایز ندانسته و آن را باطل می‌دانند و چنین استدلال می‌کنند: «۱- در امور اعتباری نیز نظیر امور تکوینی و مادی، منشاء نمی‌تواند از انشاء تخلف کند زیرا چگونه ممکن است امری که ایجاد آن بستگی و اراده‌ی طرفین عقد وارد به طور منجز انشاء شود ولی به وجود آمدنش منوط به واقع‌هی دیگر باشد؟» (کاتوزیان، همان، ۵۵) ۲- تعلیق در منشاء معنایی ندارد، زیرا در معنای تصویریه تعلیق معقول نیست پس اجباراً تعلیق به معنای تصدیقیه برمی‌گردد خواه این معنای خبری باشند یا انشایی و فرض خالی بودن ماده از هیئت تصدیقیه جایز نیست و تعلیق در منشاء مانند این امر است. پس دلیل عقلی بر این معنا وجود ندارد؛ (خمینی، ۱۳۷۹، ۲۳۴) ۳- از جهت دیگر فرق بین رجوع شرط به انشاء یا به منشاء فرق بین واجب مشروط و واجب معلق است. به طور خلاصه در

انشاء و بعث اعتباری برآمدن پدر معلق است و اگر پدر نیامد هیچ‌گونه بعثی ضرورتاً نیست و در ظرف تحقق آمدن، بعث اعتباری تحقق می‌یابد: و بالجمله قبل از حصول معلق علیه نه ایجابی هست و نه وجوبی.» (خمینی، ۱۳۷۹، ۳۴۸)

اما باید گفت: ایشان همانطور که به راستی قیاس امور اعتباری با امور حقیقی را در انشاء غیرقابل قبول می‌دانند باید همین عدم قیاس را در منشاء هم پیاده می‌کردند، اما ظاهراً در عدم قبول تعلیق در منشاء، خود شان امور اعتباری و تکوینی را با یکدیگر قیاس کردند که تعلیق در منشاء را به چالش کشیدند، وگرنه نباید مانعی برای تعلیق در منشاء وجود داشته باشد؟ به نظر می‌رسد، با توجه به عموم آیه شریفه «ووفوا بالعقود» که اعم از عقود معلق و عقود منجز است، عقود معلق بطور مطلق صحیح باشند.

۵-۳. تعلیق در متعلق منشاء:

تعلیق منشاء و تأخر منشاء از انشاء، هم در باب اوامر واقع می‌گردد که همان واجبات مشروطه (که شرط آن در آینده تحقق می‌یابد) می‌باشد و هم در باب عقود و ایقاعات مثل باب سبق و رمایه که در آن ملکیت برای کسی که جلو بیفتد انشاء شده است. (بنابراین ملکیت مشروط به جلو افتادن است و در آینده هم تحقق می‌یابد)، و با تدبیر که در آن حریت بعد از وفات اعتبار می‌گردد و باب وصیت که ملکیت بعد الموت انشاء شده است و باب جعاله، که در آن ملکیت جعل برای عامل مشروط به تحقق شرط عمل اعتبار گردیده است، در تمام این موارد انشاء فعلی است و تعلیقی در آن نیست ولی منشاء معلق یا متأخر است (یعنی خود منشاء نه متعلق المنشاء). خلاصه تعلیق منشاء و تأخر آن از انشاء اشکال عقلی ندارد، خارجاً وقوع دارد. و عقد نکاح هم

عقد وکالت را آورده‌اند و گفته‌اند تعلیق در چنین عقدی راه ندارد، پس در سایر عقود همانند وکالت تعلیق نادرست است؛ زیرا همان‌طور که می‌دانید وکالت عقدی جایز است وقتی عقد، جایز در آن تعلیق را ندارد؛ یقیناً در عقود لازم تعلیق هم جایگاهی ندارد و باطل است. فقها برای بطلان تعلیق اجماع دارند.

اما امام خمینی (ره) صحت عقد معلق را ثابت کردند، و جهت اثبات آن به واجب مشروط تمسک کردند. (خمینی، ۱۳۷۹، ۳۴۷) و در ادامه اجماعی که فقها در جهت تنجیز عقود ذکر کردند، می‌فرمایند: «از آن‌جا که در چنین مسئله (تعلیق و تنجیز) برای عقل گام‌های استواری وجود دارد، لذا ادعای اجماع و شهرت غیرممکن است پس بنابراین به طور مطلق تنجیز در معاملات شرط نیست.» یعنی چه معلق علیه معلوم الحال یا معلوم الاستقبال و چه یک امر مجهول باشد، یعنی معلق علیه، هرچیزی باشد، حتی اگر معلق علیه، معلوم العدم هم باشد، تعلیق مطلقاً صحیح است و تنجیز مطلقاً شرط نیست. (همان، ۳۵۲) البته امام در کتاب تحریرالوسیله در مورد بعضی از عقود، از جمله وکالت و نکاح می‌فرمایند: احتیاطاً در وکالت، و صحت نکاح، تنجیز شرط است. (خمینی، ۱۳۷۶، ۶۷)

اما رویکرد امام خمینی متفاوت از سایرین است؛ ایشان تعلیق در منشاء را به چالش کشیده‌اند. فرمودند: تعلیق در منشأ معنا ندارد چون معانی تصویریه تعلیق و اناطه ندارد. و معتقدند، ایجاد اعتباری را با ایجاد تکوینی نمی‌توان قیاس کرد، و از امتناع تعلیق تکوینی نمی‌توان ممتنع بودن آن در عالم اعتبار را بدست آورد. پس اگر بگویید «اگر پدرم نزد تو آمد او را احترام کنید در این‌جا قید، قید (هیئت) انشاء است نه ماده و منشاء پس

مستثنی از سایر عقود در صحت نباید باشد. (خویی، ۱۴۰۷، ج ۳۳، ۱۴۶).

تعلیق متعلق المنشاء، مثل این که شما الان زید را وکیل در فروش خانه در فردا می‌کنید، وکالت هم از همین الان فرض شده ولی موکل فیه، «فروش خانه در فردا» می‌باشد، تعلیق متعلق المنشاء در این جا شبیه واجب معلق است که در آن وجوب فعلی است ولی واجب استقبالی (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ۳۸۱). فقها معتقدند: تعلیق متعلق المنشاء جایز است بلا خلاف.

۴-۵. بررسی دیدگاه فقها در تعلیق در معاملات

۴-۵-۱. صاحب عروه

اگر عقد نکاح معلق شده باشد به شرطی که در آینده حاصل می‌شود، باطل خواهد بود. خواه به‌نحو شرط مقارن باشد یا شرط متأخر و خواه آن شرط در آینده قطعی‌الحصول باشد یا مشکوک‌الحصول. اما اگر عقد معلق شده باشد بر شرط حالی نه شرط استقبالی. در این حالت مرحوم سید می‌فرماید: اگر آن امر حالی محقق و معلوم باشد تعلیق مضر نیست، اما اگر مشکوک باشد، حکم به صحت عقد مشکل است. (یزدی طباطبایی، همان، ج ۲، ۸۵۳)

۴-۵-۲. شیخ انصاری

شیخ انصاری می‌فرماید: «گاهی معلق علیه قطعی‌الحصول است و گاهی مشکوک‌الحصول و هر یک از این دو، یا حالی است و یا استقبالی، شرط استقبالی هم گاهی به‌نحو شرط مقارن لحاظ می‌شود و گاهی به‌نحو شرط متأخر. هم چنین شرطی که عقد بر او معلق شده گاهی از اموری است که صحت عقد متوقف بر او است، مثلاً می‌گوید: اگر تو بی‌شوهر باشی با تو ازدواج

کردم» و معلوم است که بی‌شوهر بودن زن، شرط صحت نکاح است. گاهی هم معلق علیه در صحت عقد دخیل نیست مثلاً می‌گوید: اگر الان روز جمعه فلان ساعت باشد با تو ازدواج کردم»، در مورد قسم قبلی که تعلیق بر شرط صحت عقد کرده باشد، لازم است تفکیکی صورت بگیرد که ذکر نشده است چون این قسم خودش دو حالت دارد. گاهی شرط صحت، عقلایی است یعنی جزو تأسیسات شارع نیست و عقلاً آن را شرط می‌دانند مثل بی‌شوهر بودن زن در مثال سابق که عند العقل شرط صحت نکاح است. و گاهی شرطیت فقط جنبه شرعی دارد. مثلاً در حال احرام نبودن، شرط صحت نکاح است شرعاً یا در عده نبودن زن شرط صحت نکاح است شرعاً و همچنین خواهرزن نبودن و غیره. در بررسی حکم هر یک از صور مسأله می‌توان گفت: صورت اولی: معلق علیه امر حالی قطعی‌الحصول باشد یعنی طرفین بدانند در همین زمان کنونی حاصل است. در این صورت ظاهراً مسلم است و خلافی در کار نیست که عقد صحیح است و فرقی نمی‌کند که معلق علیه شرط صحت عقد باشد یا نباشد» (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳، ۱۶۶).

« صورت ثانی: معلق علیه، امر متأخر یا زمان متأخر باشد به‌نحو شرط مقارن (یعنی منشأ، تحقق نکاح در همان زمان متأخر باشد). از کلمات علما در مجموع استفاده می‌شود که این صورت باطل است. این حکم اختصاص به باب نکاح هم ندارد و در سایر عقود هم باطل است. صور ثالث: معلق علیه امر استقبالی و مشکوک‌الحصول باشد و به‌نحو شرط متأخر لحاظ شده باشد یعنی حصول شرط در زمان متأخر، کاشف از این باشد که منشأ از ابتدا حاصل شده‌است. از کلمات علما استفاده می‌شود که بطلان عقد در این صورت نیز

فعلی باشد نه استقبالی و معلق علیه هم قطعی الحصول باشد خواه در آینده یا در حال باشد، مثلاً اگر بگوید: چنانچه امروز سه‌شنبه باشد، تو زن من باش. صورت دوم: در جایی که معلق علیه امری است که صحت معلق (همچون نکاح) بر آن متوقف است در این‌جا هم تعلیق اشکالی ندارد، هرچند تحقق معلق علیه قطعی نباشد». (خوئی، ۱۴۰۷، ج ۳۳، ۱۴۶)

مرحوم خوئی صحت تعلیق در این دو صورت را مسلم دانسته‌اند. اما مرحوم خوئی دو صورت دیگر هم ذکر می‌کند: «صورت سوم: جایی است که معلق علیه مقطوع الحصول است، لکن معلق که همان منشاء و معتبر است امری استقبالی، مانند: اگر چنین باشد (که قطعاً هم محقق است) تو از فردا زوجه من باش. صورت چهارم: جایی است که معلق علیه مشکوک‌الحصول است ولی منشأ و معتبر حالی است مثل این‌که بگوید: اگر چنین باشد (که تحقق آن مشکوک است) تو از الان زوجه من باش. ایشان یکی از ادله بطلان عقد معلق را در این صورت استنکار عرفی است» (خوئی، همان، ۱۴۸)

تحلیل نویسنده این است که در بررسی کلام مرحوم آقای خوئی در این صورها؛ در دو مرحله باید بحث کرد: مرحله اول: آیا تعلیق در این موارد عرفاً مستنکر است (بحث صفروی). مرحله دوم: آیا عقدی که عرفاً مستنکر است باطل می‌باشد (بحث کبروی). در مورد بحث صفروی وی گفتنی است که مرحوم آقای خوئی به سیره متشرعه استدلال نکرده‌اند بلکه به سیره عقلاییه و عرف عام تمسک کرده‌اند و تعلیق را در نزد عقلا به‌طور کلی مستنکر دانسته‌اند، ولی به‌نظر می‌رسد که این مطلب صحیح نیست، اگر گفته شود: چنانچه تو در امتحان قبول شوی، زن من باش،

جزء مسلمات است. صورت رابعه: معلق علیه امر استقبالی قطعی‌الحصول باشد و به‌نحو شرط متأخر لحاظ شده باشد. این صورت محل بحث و تردید واقع شده است. ظاهر عبارت مرحوم سید این است که تعلیق بر امر استقبالی مطلقاً موجب بطلان است، ولی آقای خوئی ره این صورت را صحیح دانسته است. صورت خامسه: معلق علیه امر حالی مشکوک‌الحصول است که درعین‌حال، شرط صحت عقد نیز می‌باشد مثل «إن كان هذا لی فقط بعثک اياه». مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: ظاهر کلمات فقها بطلان عقد را در این صورت است چون گفته‌اند شرط صحت عقد این است که شخص نسبت به وقوع منشاء جازم باشد و این شرط در این‌جا مفقود است. و چنانچه معلق علیه شرط صحت نباشد به‌نظر ایشان اجماعاً باطل است» (خوئی، ۱۴۰۷، ج ۳۳، ۱۴۶). با بررسی صورت گرفته می‌توان گفت: مرحوم شیخ در مورد تعلیق در مکاسب می‌فرماید: «لا ریب فی انه امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیرا فی الاوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات». (انصاری، همان، ۱۷۰). شیخ در جایی که انشاء وجوب با صیغه افعال و مانند آن‌که معانی حرفیه دارند صورت گرفته باشد، تقيید نفس وجوب را نادرست می‌داند، مثل «اقیموا الصلاه و اتوا الزکاه»، (بقره، ۴۳-۸۳-۱۱۰) ولی اگر وجوب با اسم باشد و از ماده استفاده شده باشد نه هیات، همچون «کتب علیکم الصیام»، (بقره، ۱۸۳) «فرض علیکم الحج»، «نامرکم بکذا». بنابراین شیخ جواز تعلیق را قبول دارد.

۵-۴-۳. آیت الله خوئی

«مرحوم خوئی، بطلان تعلیق را مستند به اجماع دانسته‌اند، البته چند صورت را مسلم انگاشته‌اند که تعلیق اشکالی ندارد. صورت اول: معلق امری

یا چنانچه من معتاد شوم تو مطلقه باشی. در این جا هر چند معلق علیه مشکوک باشد چنین تعلیقی را عرف مستنکر نمی‌داند. در مورد بحث کبروی هم گفتنی است که مراد از استنکار عرف چیست؟ اگر مراد این است که عرف عقود معلق را باطل می‌دانند می‌توان استدلال ایشان را از جهت کبروی پذیرفت.

مرحوم آقای خویی بر بطلان تعلیق به روایات هم تمسک کرده اند و در تأیید صاحب جواهر اشاره‌ای به روایات کرده‌است «که بعضی مربوط به باب نکاح نیست. آن که مربوط به باب نکاح است، روایت ابان بن تغلب است: قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: اتزوجك متعه علي كتاب الله و سنت نبی الله صلی الله علیه واله وسلم لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوماً وإن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان او كثيراً، فإذا قالت: نعم فقد رضيت فهي امراتك وأنت أولى الناس بها» (طوسی، همان، ج ۷، ۱۴۸) «پس این روایت دلالت دارد بر این که با گفتن ایجاب و قبول مطلب تمام می‌شود و حالت منتظره‌ای باقی نمی‌ماند و این فقط با تنجیز در عقد سازگار است لذا کاشف از بطلان عقود معلق است. البته در کلام و استدلال آقای خوئی ره مناقشاتی وجود دارد. اولاً: در سند این روایت که ایشان از آن به صحیح‌ه تعبیر کرده‌است، ابراهیم بن فضل وجود دارد که در هیچ کتاب رجالی توثیق نشده است. ثانیاً: متعارف عقد نکاح، عقود منجزه است و روایت متعرض فرد متعارف شده و تعرض فرد متعارف دلالت بر انحصار نمی‌کند. ثالثاً: در خود روایات قرائنی است که دلالت روایت بر مفهوم را از کار می‌اندازد. چون ظاهراً این روایت در مقام بیان تمام فروض

نیست، بلکه چون ازدواج متعه مسئله تازه‌ای بوده حضرت خواسته اند از باب مثال، یک فرد روشن از فروض متعارف را مطرح کنند. این روایت متعرض فرض تعلیق نشده. چون تعلیق نکاح متعه خلاف متعارف است و افراد معمولاً بر این که بالفعل استمتاع ببرند اقدام به این نکاح می‌کنند نه این که آن را بر تحقق امر دیگری معلق کنند. لذا نمی‌توان بطلان عقد معلق را از این روایت نتیجه گرفت. رابعاً: این روایت ناظر به همه فروض نیست. منظورش خصوص آن فرض است که شخص قصد استفاده بالفعل دارد. و با زن خلوت کرده و صرفاً می‌خواهد صیغه عقد را بخواند تا استمتاع جایز شود حضرت هم بر طبق سؤال او جواب داده اند. و اصلاً ناظر به فرض تعلیق عقد نیستند. خامساً: بر فرض تمامیت این استدلال نمی‌توان از مورد روایت که عقد معته است به عقد دائم تعدی کرد، چون در عقد متعه خصوصیتی معتبر شده که در عقد دائم معتبر نیست. بنابراین، نمی‌توان اعتبار تنجیز در عقد نکاح را با ادله لفظیه ثابت کرد» (طوسی، همان، ج ۷، ۱۴۸).

۴-۴-۵. صاحب کشف اللثام

صاحب کشف اللثام اعتبار تنجیز را اتفاقی دانسته است. و می‌فرماید: «لا عقد مع التعليق» (فاضل، همان، ج ۷، ۴۸) سپس اضافه می‌کند: حتی در مواردی که معلق علیه قطعی الحصول است و خود شخص هم واقعاً قصد تعلیق ندارد. در این جا هم تعلیق مبطل عقد است مثل «ان كان اليوم يوم الجمعة فقد زوجتك» در صورتی که قصدش صرفاً تأکید است نه تعلیق، درعین حال، ایشان در این فرض نیز قائل به بطلان است. (همان)

۵-۴-۵. صاحب جواهر

صاحب جواهر ره هم «به تبع کشف اللثام ادعای اتفاق بر اعتبار تنجیز می‌کند، ولی در مورد این

عقودی که تعلیق در آنها موجب بطلان آن عقد می‌شود تنها تعداد اندکی از عقود را نام برده است و در مورد سایر عقود سکوت کرده است. با توجه به نظرات فقها و حقوق‌دانان تعلیق در سایر عقود که امروزه بسیار کاربرد دارند؛ مانند عقد اجاره و عقد بیع و غیره را صحیح دانسته‌اند و بیان کرده‌اند، که اگر عقدی معلق شود در صورتی حکم به صحت آن می‌شود که شرط تعلیق که در عقد بیان شده نامشروع نباشد، یا آن شرط از جمله شروطی نباشد که تحقق آن غیرممکن باشد، یا شرط خلاف مقتضای عقد نباشد، یا اثر عقد را منوط به اراده متعهد نکند، در این صورت چنین عقدی هرچند که شرط تعلیق در آن بیان شده صحیح دانسته شده است. امام خمینی هم نسبت به ادله مشهور فقها نسبت به تعلیق در انشاء و منشاء نظری خاص دارند. ایشان معتقدند، معلق علیه هر شرایطی داشته باشد، چه معلوم الحال و یا معلوم الاستقبال باشد و چه یک امر مجهول باشد، حتی اگر معلق علیه، معلوم العدم هم باشد، تعلیق صحیح است و تنجیز مطلقاً شرط نیست. با توجه به عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود» که اعم از عقود معلق و عقود منجز است، پس عقود معلق می‌توانند بطور مطلق صحیح باشند.

۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان حاضر در این پژوهش مشارکت برابر داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

ادعای کشف اللثام که تعلیق بر امری قطعی الحصول حتی در صورتی که قصد تعلیق نداشته باشد موجب بطلان عقد است. صاحب جواهر ره اشکال می‌کند که ما قطع داریم به صحت در فرض مزبور». (نجفی، همان، ج ۲۹، ۱۴۲).

۵-۴-۶. علامه حلی

علامه در تذکره می‌فرماید: «از آن‌جا که در عقود جزم معتبر است و تعلیق با جزم نمی‌سازد، لذا عقود معلقه باطل می‌باشند. مثلاً آن کانت اثنی فزوجکها یا اگر در حال احرام نباشی تو را تزویج کردم. بنابراین مرحوم علامه می‌فرماید: حتی اگر معلق علیه حالی بوده و شرط صحت عقد هم باشد، چنانچه مشکوک‌الحصول باشد عقد باطل است حتی اگر در واقع آن شرط موجود باشد. و علامه تعبیر عندنا به کار برده که از آن استفاده می‌شود مسأله را اجماعی عند الخاصة می‌داند. و در بین عامه ابوحنیفه تعلیق را مضر نمی‌داند. و شافعی دو قول دارد و اصح قولین نزد او بطلان عقد معلق است. اما اگر قطعی الحصول باشد. ایشان از بعض شافعیه نقل می‌کند که حکم به صحت کرده‌اند». (علامه، همان، ج ۲، ۵۸۴) در نقد و بررسی کلام علامه ره؛ به نظر می‌رسد ادعای اجماع در کلام علامه صحیح نباشد و این استنباط شخصی ایشان است. چون قبل از یحیی بن سعید که از مشایخ علامه ره بوده هیچ‌کس این مسئله را عنوان نکرده غیر از ابن جنید.

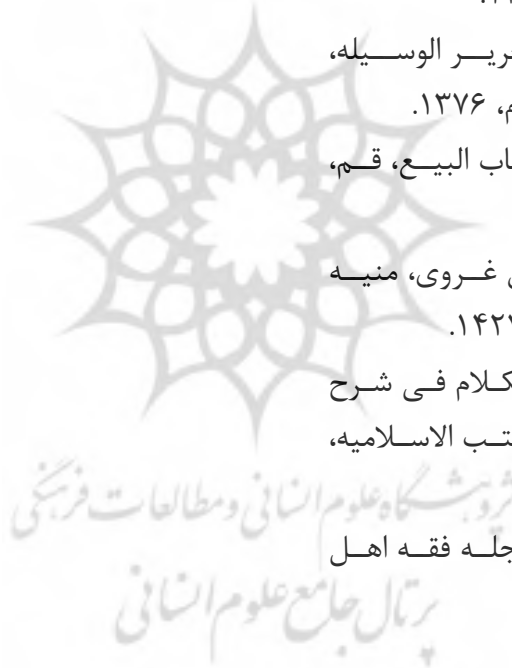
۶. نتیجه

حقوق‌دانان و فقها در صحت تنجیز در عقود توافق نظر دارند، اما اختلاف آن‌ها در عقد معلق می‌باشد. قبل از بیان صحت و عدم صحت عقد معلق باید بیان شود که عقد معلق شامل تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء و متعلق منشاء می‌باشد. در قانون مدنی قانون‌گذار در مورد

منابع

- قرآن کریم
- اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، بی جا، پایه دانش، ۱۴۱۸.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۹۹.
- امامی نمینی، محمود، بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی، تهران، مجله مطالعات اسلامی، ۱۳۸۸.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، قم، الهادی، ۱۴۱۹.
- ایزدپناه، عبدالرضا، فصلنامه فقه، شماره ۳۶، ۱۳۸۲.
- بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، تهران، موسسه عروج، ۱۴۰۱.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، بی جا، گنج دانش، ۱۳۸۰.
- جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، انتشارات داورى، ۱۴۱۰.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، مجموعه قانون مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۱.
- حرعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۹۹.
- حکیم، سید محسن، منهج الصالحین، بی جا، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، قم، موسسه آل بیت، ۱۴۰۱.
- خراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، نشر وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.
- خویی، ابوالقاسم، مبانی العروه الوثقی، قم دارالهادی، ۱۴۰۷.
- زنجانی، کتاب النکاح، قم، نشر موسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- شیخ الاسلام، محمد، راهنمای مذهب شافعی، تهران، دانشگاه تهران، بی تا.
- صفایی، سید حسین، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، (دوره مقدماتی حقوق مدنی)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۶.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، قم، کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۱۳۷.
- فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- قلی پور، مسلم، بیع، انتشارات نشر اخلاق، ۱۳۸۲.
- قنواتی، جلیل، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.

- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۸.
- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.
- مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.
- مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین، ترجمه زراعت، تهران، جنگل، ۱۳۹۱.
- مظفری، محمدرضا، اصول الفقه، بی جا، انتشارات نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۶.
- موسوی خمینی، روح الله، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیه الطالب، بی جا، داراحیاء التراث، ۱۴۲۴.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
- هاشمی شاهرودی، محمد، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳، ۱۳۷۴.





پروہشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی