

تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق در قراردادها

دکتر سید عسگری حسینی مقدم *

چکیده:

یکی از شرایط عمومی قراردادها، تنجیز است. فقها و حقوق دانان اسلامی معتقدند: تعلیق عقد و ایقاع، سبب بطلان قرارداد می‌شود. فقها در مورد حقیقت تعلیق اختلاف بسیاری دارند. آیا تعلیق عقد بر وقوع شرط یا وصف، نتیجه تعلیق در انشاء بوده، یا نتیجه تعلیق در مُنشأ و یا نتیجه تعلیق در امر دیگری است؟ به عبارت دیگر، در عقد معلق، چه چیزی در واقع معلق خواهد بود؟ بر فرض که تعلیق در عقد معلق، محال نباشد و حداقل در برخی فروض، صحیح باشد، جای این سؤال باقی است. چگونه می‌توان، تعلیق را از دیدگاه فقهی، تجزیه و تحلیل نمود و از نظر حقوقی آن را توجیه کرد؟ در این نوشتار، سعی شده، تا مسئله تعلیق از زوایای مختلف، مورد تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار گیرد.

کلید واژه‌ها: تعلیق، تنجیز، حقیقت و ماهیت تعلیق، تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق.

* استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری

drhosainy@yahoo.com

مفهوم تعلیق

الف. مفهوم لغوی تعلیق:

واژه تعلیق، مصدر باب تفعیل از ریشه (علق یعلق علقاً وعلوقاً)، در لغت، معانی گوناگونی چون درآویختن چیزی به چیز دیگر، بند کردن، علاقه و دل بستگی، متصل کردن چیزی را به چیز دیگر و جعل و ایجاد بستگی بین چیزی با چیز دیگر دارد. (زمخشری، بی تا، ۳۱۱ - طریحی، ۱۴۰۸، ج ۳، ۲۳۱)

ابن منظور در لسان العرب گفته است: علق الشيء بالشيء تعليقاً؛ ای اناطه. یعنی چیزی را به چیز دیگر ارتباط داد. (ابن منظور، بی تا، ج ۴، ۴۰۹) جوهری، مؤلف صحاح اللغة و طریحی، مؤلف مجمع البحرین نیز تعلیق را آویختن چیزی به چیزی دیگر دانسته اند. اگرچه واژه تعلیق، در مرحله کاربرد، معانی متعددی دارد، ولی معنای اصلی آن در لغت: درآویختن چیزی به چیز دیگر و ایجاد بستگی و ارتباط بین دو چیز کاملاً به هم وابسته است. برای همین، بسیاری از دانشمندان علم لغت، (علق به) را (نَسَبَ به) تفسیر کرده اند. (همان) بدین جهت، در لغت، به قطعه خونی که به رحم چسبیده و از مبادی نشو آدمی است و یا کرمی که به بدن چسبیده و خون می خورد (زالو)، علقه، به بستن در، تعلیق الباب گویند. در نتیجه، معنای لغوی واژه تعلیق، متصل کردن چیزی به چیز دیگر و ایجاد ارتباط و بستگی چیزی به چیز دیگر است. این مفهوم، به مفهوم فقهی تعلیق نزدیک تر می نماید.

ب. مفهوم فقهی تعلیق:

واژه تعلیق در اصطلاح علم فقه، عبارت است از این که تحقق عقدی وابسته و منوط بر تحقق شرط یا وصف و یا امر دیگری باشد. مانند آنکه فروشنده بگوید: بعث هذا الكتاب إن طلعت الشمس أو ان جاء محمد. در این صورت فروختن کتاب، منوط بر طلوع شمس یا آمدن محمد است. عقد معلق، در برابر عقد منجز قرار داد که تحقق عقد، معلق بر تحقق شیء دیگر نیست. مانند آنکه فروشنده بگوید: بعث هذا الكتاب.

به عبارت دقیق تر، تعلیق عبارت است از این که، آنچه طرفین در عقد انشاء می کنند (یعنی

مُشَاء) به شرط یا وصفی وابسته نمایند. برای مثال: فروشنده در عقد بیع، تملیک و تملک را به آمدن زید از سفر بدانند، به طوری که اگر زید آمد، مشتری مالک مبیع شود و در غیر این صورت، مالک آن نگردد. سخن دیگر، هدف از اجرای هر عقدی آن است که بعد از تحقق آن، آثار عقد تحقق یابد. مثلاً در عقد بیع، قصد طرفین و قانونگذار این است که بعد از اجرای عقد، خریدار مالک کالا و فروشنده مالک بهاء آن گردد. حال، اگر عقدی طوری جاری شود که بعد از ایجاد آن، آثارش تحقق نیابد و به فعلیت نرسد، بدان عقد معلق گویند، در برابر عقد منجز، که بعد از اجرای عقد، آثارش تحقق می‌یابد و به فعلیت می‌رسد.

بیشتر فقهای اسلام، در مباحث فقهی درباره تعلیق، از تعریف آن سخنی نگفته‌اند و تنها در این باره، مثال آورده‌اند و چه بسا، در تعریف آن، به جمله (عقد معلق آن است که منجز نباشد)، بسنده کرده‌اند. (۱) (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ۴۲۵) گفتی است، تعاریفی که در علم فقه و بسیاری از علوم دیگر بیان می‌شود، چنانکه محقق خراسانی در کفایه‌الاصول بدان تصریح کرده، تعاریف حقیقی نیست، تا از آن سوی، به حقیقت و کنه اشیاء و مفاهیم آن، پی ببریم، بلکه بیشتر، تعاریف‌های شرح‌الاسمی و لفظی است. (محقق خراسانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ۳۳۰ و ۲۵۲) افزون بر آن که به اعتقاد برخی از دانشمندان، بیان تعاریف حقیقی محال بوده (شیخ مظفر، ۱۹۸۰، ج ۱، ۱۰۱) و حتی تعاریفی که از آن در علم منطق و فلسفه، به تعاریف حقیقی یاد می‌شود، اشکال و ایراد دارد. تعریف تعلیق نیز از این قاعده، برکنار نیست و با یک جمله نیز، نمی‌توان حقیقت مفهوم تعلیق را، سازگار با معیارها، ضوابط و ادله فقهی، بیان کرد.

ج. مفهوم اصولی تعلیق:

در علم اصول فقه، واجب را دارای اقسامی، از جمله، معلق و منجز دانسته‌اند. گویا مبتکر این تقسیم، شیخ محمدحسین بن محمد رحیم، مؤلف کتاب الفصول فی الاصول است. ایشان در تعریف تقسیمی که خود بنیاد نهاده، می‌نویسد: تقسیم دیگر برای واجب این است که، اگر وجوب واجب، به مکلف تعلق گیرد و به فعلیت برسد و تحقق آن بر امر غیرمقدوری وابسته نباشد، بدان واجب منجز گویند، اما اگر وجوب واجبی که به مکلف تعلق گرفته است، معلق و منوط بر وقوع امر غیرمقدوری باشد، بدان واجب معلق گویند، مانند حج که وجوبش از زمان استطاعت، متوجه مکلف می‌شود، اما

به جا آوردن آن، منوط به فرا رسیدن ایام حج (ماه ذی الحجه) است و آن زمان نیز در اختیار و قدرت مکلف نیست، بلکه مکلف مستطیع تا رسیدن زمان مقرر، باید صبر کند. (شیخ محمدحسین، ۱۳۷۴، ۷۹) در نتیجه، در واجب معلق باید وجوب آن به فعلیت برسد، اما انجام واجب، معلق و منوط بر تحقق یافتن امر دیگری است. برای همین، در واجب معلق، وجوب، فعلی و واجب، استقبالی خواهد بود. (خونی، ۱۹۳۳، ج ۱، ۱۳۶ - حکیم، ۱۹۷۹، ۶ - مشکینی، ۱۴۱۳، ۲۷۶)

مفهوم تنجیز

الف. مفهوم لغوی تنجیز:

واژه تنجیز، مصدر باب تفعیل (نَجَزَ، يُنَجِّزُ، تَنْجِيزًا) در لغت چنین معنی می‌شود: انجام دادن کار، به جای آوردن خواسته، وفای به وعده، حاضر بودن و سرعت گرفتن در انجام کاری. در کتاب صحاح اللغه، آمده است. نَجَزَ الشَّيْءَ يَنْجِزُ نَجْزًا. کار، پایان یافت. (جوهری، بی تا، ج ۳، ۸۹۷- زمخشری بی تا، ۴۴۷) در کلام عرب (نَجَزَ و نَجَزَ الْحَاجَةَ) یعنی خواسته را انجام داد، (نَجَزَ الْكَلَامَ) یعنی سخن تمام شد (نَجَزَ الْوَعْدَ) یعنی وفای به وعده کرد و همین گونه (ناجَز) به معنای حاضر است. از مطالب مذکور به دست می‌آید که واژه تنجیز بمعنی انجام دادن کاری بدون وابسته بودن به کار یا مسئله دیگر است، که در کاربردهای مختلف، مفاهیم متعددی یافته است. لذا در معاملات، معامله ناجزی یعنی معامله نقدی و بدون مدت، در عهد و پیمان یعنی وفای بدان بدون تأخیر و تعلل، در سخن گفتن یعنی تمام کردن آن بدون قید و شرط و تأخیر بر اساس این، می‌توان گفت، هر کاری که در زمانش، بی تأخیر و تعلل، اناطه و تعلیق و قید و شرط اجرا شود، تنجیز است. شاید علت این که فقها و اصولیان، واژه تنجیز را در برابر تعلیق به کار برده‌اند، مترادف بودن تنجیز و تعجیل (سرعت گرفتن و تسریع در کاری) در نزد عده‌ای است.

ب. مفهوم فقهی تنجیز:

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

هرگونه تعلیق به شرط یا وصف خالی باشد و پس از اجرای عقد، بدون نیاز به تحقق شیء دیگر، آثارش به فعلیت برسد. به عبارت دیگر، هدف متعاقدان از اجرای عقد و قرارداد، تنها بیان الفاظ و ایجاد صوری عقد نیست، بلکه هدف اصلی آنان، ایجاد نوعی التزام و تعهد نسبت به طرف مقابل، بر طبق قرارداد و تحقق آثار آن است. برای مثال، در خرید و فروش، تنها هدف فروشنده و خریدار، اجرای صیغه (بعثُ هذا الكتاب و قبلتُ) نیست، بلکه هدف آنان، تحقق آثار بیع، پس از اجرای انشای عقد است، مانند آن که خریدار، مالک کتاب و فروشنده، مالک بهای آن گردد و هر یک پس از پایان عقد، بتوانند در آن چه مالک شده‌اند، تصرف کنند و به دیگران، انتقال دهند.

بنابراین، اگر پس از انشای عقد، آثاری که هدف اصلی متعاقدان است، بی‌اناطه و تعلیق، تحقق یابد، بدان عقد منجز گویند و گرنه معلق است. قابل توجه آن که، عقد منجز در اصطلاح فقه، به مفهوم خالی بودن عقد، از هرگونه قید و شرط نیست. چنان که به هر عقد مقید به شرط، مانند شروطی که در ضمن عقد یا خارج عقد، آورده شده، عقد معلق نمی‌گویند، بلکه عقد منجز، عقدی است که پس از انشای عقد، قصد متعاقدان (مُنشأ) پدیدار می‌شود و اثر آن تحقق می‌یابد. هر چند شرطی در ضمن عقد باشد، تا زمانی که شرط مذکور، اثر عقد را به تأخیر نیندازد و مانع فعلیت یافتن قصد متعاقدان نگردد، ضرری به عقد نمی‌رساند و جایز است. مگر آن که شرط از شروط فاسد شود.

ج. مفهوم اصولی تنجیز: پژوهش‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

واژه تنجیز، در اصطلاح علم اصول فقه، همچون علم فقه، در برابر تعلیق قرار دارد. و چنانکه در بحث تعلیق گذشت، مبتکر این اصطلاح در اقسام واجب، صاحب کتاب الفصول فی الاصول است که برای حل مسئله‌ای مشکل در علم اصول، بدان پناه جست و از آن راه، به تصحیح و جوب مقدمات پرداخت. صاحب فصول، برای حل این معما، واجب را بر دو قسم معلق و منجز دانست و در تعریف واجب منجز فرمود: در صورتی که وجوب عملی متوجه مکلف شود و تحقق آن بر امر غیر مقدوری متوقف نباشد، بدان واجب منجز گویند. مانند وجوب نماز پس از دخول وقت. اما اگر تحقق واجب، بر حصول امر غیر مقدوری متوقف باشد، بدان واجب معلق گویند. (شیخ

مفهوم حقوقی تعلیق و تنجیز

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، به پیروی از نظرات ارزشمند فقهای بزرگ اسلام، عقد معلق و منجز را چنین تعریف کرده است: عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الاً معلق خواهد بود. (مجموعه قوانین حقوق مدنی ماده ۱۸۹) براساس تعریف بالا، هرگاه دو طرف عقد، اثر برخاسته از آن را بی هیچ قیدی که در آن اخلاص ایجاد کند، به وجود آورند، آن را عقد منجز گویند و در صورتی که اثر آن به وقوع شرط دیگری وابسته باشد، عقد معلق است. (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱، ۵۱) از ظاهر تعریف قانون مدنی، فهمیده می شود که از نظر نویسندگان آن، در عقد معلق، منشأ و اثر عقد، به تحقق امر دیگری وابسته است و گرنه خود عقد، در عقد معلق به امر دیگری وابسته نیست و از این جهت، مانند عقد منجز است. بدین جهت، برخی از حقوق دانان، اصطلاح عقد معلق را مسامحه دانسته اند، زیرا آن چه در عقد معلق، به وقوع شرط منوط شده، اثر عقد (تعهد) است، نه خود عقد. (همان) به نظر نگارنده، سخن فوق پذیرفتنی نیست. زیرا عقد به اعتبارات مختلف تقسیم می شود که از جمله آن، تقسیم عقد به معلق و منجز، به اعتبار اناطه و وابستگی آن بر شرط یا وصف است، چنان که عقد را به اعتبار التزام و تعهد دو طرف، به عقد لازم و جایز تقسیم کرده اند. برای همین، در تقسیم بالا، مسامحه ای صورت نگرفته است. به هر حال، حقوق دانان در تعریف تعلیق و تنجیز در قانون مدنی، مطلب تازه ای، غیر از سخن فقها، بیان نکرده اند.

حقیقت و ماهیت تعلیق

در تعریف تعلیق گفته شد: عقد معلق، عقدی است که بر شرط یا وصفی معلق باشد. طوری که بدون تحقق شرط یا وصف، اصل عقد تحقق نیابد. فقها در مورد حقیقت تعلیق اختلاف بسیاری دارند، بر این که آیا اناطه عقد بر وقوع شرط یا وصف، نتیجه تعلیق در انشاء بوده، یا نتیجه تعلیق در منشأ و یا نتیجه تعلیق در امر دیگری است؟

به عبارت دیگر، در عقد معلق، چه چیزی در واقع معلق خواهد بود؟ آیا انشای عقد که از

طرف متعاقدان صادرشده، معلق است و یا منشأ و قصد متعاقدان؟ که در این صورت، انشای عقد، معلق برامری نیست و از این جهت، عقد منجز خواهد بود. نمای مسأله و بیان افکار فقها نمای مسأله و بیان افکار فقها از این قرار است.

نظریه اول (تعلیق انشا):

جمعی از فقها (۲)، در عقود و ایقاعات تعلیقی، انشای عقد و ایقاع را بر شرط یا وصف معلق می‌دانند و معتقدند که در عقد معلق، انشای عقد، معلق است، (حلی، ۱۳۸۸، ج ۵، ۷ - محقق کرکی، ج ۳۷، ۹) اما جمعی دیگر، به صراحت به این حقیقت اشاره نکرده‌اند، لکن از استدلال آنان در ردّ عقد معلق، فهمیده می‌شود که به نظر آنان، در عقد معلق، انشای عقد، معلق است، نه امر دیگر. (حلی، ۱۳۸۸، ج ۵، ۷ - شهید ثانی، ۱۳۶۵، ج ۱۲، ۲ - ج ۶۷، ۴ - مقدار، ۱۴۰۳، ۵۳) از استدلال شهید اول و علامه حلی فهمیده می‌شود که ایشان علت بطلان تعلیق را منافات آن با جزمیت عقد می‌دانند، زیرا در این صورت، اصل انشای عقد در معرض تحقق نیافتن است و در نتیجه، وقتی انشای عقد تحقق نیابد، عقد و قرارداد به منصفه ظهور نمی‌رسد و آثار آن نیز به وجود نمی‌آید. همین‌گونه از استدلال محقق کرکی، در بطلان تعلیق وقف بر موت واقف و محقق اردبیلی، در بطلان تعلیق در بیع، فهمیده می‌شود که به نظر ایشان، تعلیق به انشاء برمی‌گردد. (اردبیلی، بی‌تا، ج ۱۴۷، ۸ - کرکی، ۱۴۰۸، ج ۳۷، ۹ - شهید اول، بی‌تا، ۶۵) گویا تا قبل از میر عبدالفتاح مراغی، برگشت تعلیق به انشای عقد، پذیرفته شده فقها بوده و پیش از ایشان، کسی به فرق بین تعلیق در انشاء و منشأ، اشاره نکرده و آن چه بر آن استدلال کرده‌اند، بر فرض برگشت تعلیق به انشاء بوده است. اولین فقیهی که تعلیق در منشأ را بیان کرده، محقق توانا، میر عبدالفتاح مراغی (متوفای ۱۲۵۰ هـ) بوده که نزدیک سی سال پیش از شیخ انصاری (متوفای ۱۲۸۱ هـ) می‌زیسته است. وی در کتاب ارزنده العناوین الفقهیه، در زیرعنوان ۴۰ و ۴۸، به تفصیل تعلیق در انشاء و منشأ پرداخته، صور مختلف آن را نقادی کرده، شقوق متعددی بر آن افزوده و بر اشکالات و انتقادات بسیاری، پاسخ گفته است که در ادامه بحث بدان اشاره می‌کنیم. (میرفتاح مراغی، ۱۴۱۱، ج ۲، ۱۹۲ - ۲۳۴) بعد از ایشان، صاحب جواهر به گونه‌ای پراکنده، به مسأله توجه کرده



(نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۳، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۶) و سپس شیخ انصاری، مسأله را از چندین زاویه، بررسی کرده است. (انصاری، ج ۷، ۹۶)

نظریه دوم (تعليق منشا):

بنابر نظریه بسیاری از محققان و دانشمندان حقوق اسلامی، (۳) شرط و وصف معلق در عقود و ایقاعات تعلیقی، منشا و قصد متعاقدان است، نه اصل انشای عقد و ایقاع. برای مثال: در جمله (اگر محمد بیاید، کتابم را فروختم)، انشای عقد بیع، بر شرط معلق نیست بلکه قصد متعاقدان و منشا، بر آن معلق شده و خود انشاء، منجزوبی هر گونه قید است. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۱۱۲ - انصاری، ۱۴۱۰، ج ۷، ۹۶ - یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱) منظور از منشاء، چیزی است که انشاء کننده آن را انشاء و ایجاد نموده است که همان مقصود منشی (انشاء کننده) می باشد. مثلاً در عقد بیع، قصد فروشنده از فروختن کتاب، تملیک آن به مشتری و قصد خریدار، تملیک بهاء آن به فروشنده است. و هر یک در برابر تملیکی که انجام داده اند، شایستگی و حق تملک کالا و بهاء آن را دارند.

به نظر محققین، در عقد معلق خود انشاء که عبارت از ابراز مافی الضمیر باشد و با جمله مثلاً بعث آن جاء محمد، انشاء گردیده است، معلق نیست؛ بلکه مقصود فروشنده که تملیک کالا به خریدار باشد، بر آمدن محمد معلق شده است. بنابراین در عقد معلق، اگرچه انشاء عقد از طرف فروشنده صادر شده و تحقق یافته است و از این جهت، قرارداد، منجز است، لکن مقصود فروشنده، هنوز تحقق نیافته است و منوط بر آمدن محمد خواهد بود.

این دسته از فقها، برای اثبات این نظریه، استدلال می کنند که در جهان تکوین (جهان مادی و خارج)، تعلیق در انشاء و ایجاد اشیاء، ممکن نیست و در عالم اعتبار و تشریح نیز، امکان ندارد و عقلاً ممتنع است. زیرا انشای در عالم تکوین، ایجاد شیء در عالم خارج است که تعلیق در آن متصور نیست، زیرا شیء در خارج، یا تحقق می یابد و یا واقع نمی شود. وقتی انشاء کننده در خارج، چیزی را انشاء و ایجاد کرد، فرضی برای تعلیق آن نیست، و اگر انشاء و ایجاد نکند، انشائی محقق نمی شود تا درباره تعلیق آن بحث شود. برای همین، گفته اند: انشاء در عالم خارج و جهان تکوین، نمی تواند بر چیزی معلق باشد.

وقتی در عالم تکوین چنین است، در عالم اعتبار و تشریح نیز نمی‌تواند معلق باشد، زیرا انشاء در عالم اعتبار، ابراز ما فی‌الضمیر (بیان آن چه در نهان است) انشاء‌کننده است که مقصود خود را به واسطه کلمه یا لفظ و یا هر وسیله دیگری بیان می‌کند، برای مثال: کسی که یک لیوان آب می‌خواهد، با گفتن یک لیوان آب بده، مقصود خود را بیان و انشاء می‌کند. در عالم قرارداد و تعهدات نیز، متعاقدان با انعقاد عقد یا ایقاع، مقصود خود را انشاء می‌کنند و در صورتی که آن را انشاء کرده‌اند، فرضی برای تعلیق آن نیست، زیرا تعلیق، تحقق یافتن چیزی است با وجود چیز دیگر که در آن زمان تحقق نمی‌یابد، و اگر انشاء، تحقق یابد، تعلیق باطل خواهد بود و ارزشی نخواهد داشت. از آن سوی، اگر تعلیق معتبر باشد و به فعلیت برسد انشای عقد، ایجاد نمی‌گردد. (خوئی، ۱۳۶۵، ۱۱۲ _ توحیدی، ۱۴۱۷، ج ۳، ۶۶ - امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۷، ۲۳۳ - ایروانی، ۱۳۷۹، ۹۱ و ۹۲) برای همین، گفته شده: وقوع انشای همراه با تعلیق، به تناقض برمی‌گردد (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۴، ۳۸۱)، زیرا انشاء، به معنی ایجاد، تعلیق، به معنای عدم ایجاد معلق، مگر پس از تحقق معلق علیه.

برخی از محققان، مسأله را گسترانده‌اند و فراتر از این، نه تنها تعلیق در انشاء را جایز ندانسته‌اند، بلکه حتی تعلیق در اخبار راه ممکن شمرده‌اند و گفته‌اند: همان‌گونه که تعلیق در ماهیت و چیستی انشاء ممکن نیست، در خود (اخبار) و خبر رسانی نیز، نامعقول بوده و در واقع، تعلیق، درمخبر به و خبراست. (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱ - امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۳۴) انتقاد خالفان این نظریه، استدلال این گروه را ناتمام دانسته‌اند و معتقدند: قیاس امور اعتباری به امور تکوینی، قیاس مع‌الفارق است و محال بودن تعلیق انشای در عالم تکوین، عدم صحت تعلیق در عالم تشریح و اعتبار را سبب نمی‌شود. برای همین، کلمه (آمدن) در جمله: (اگر محمد آمد، او را بزن) قید هیئت است، نه ماده، و در واقع، انشای اعتباری (فعل زدن)، بر آمدن محمد معلق شده و تا زمانی که محمد نیاید، بعث و زجر به فعلیت نمی‌رسد. در نتیجه پیش از تحقق معلق علیه، نه ایجاب محقق است و نه وجوب، بلکه ایجاب و وجوب، پس از تحقق قید، به وجود می‌آید. (کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ۷۱ - حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۴، ۳۸۱) جواب: در جواب به این اشکال گفته می‌شود: اگرچه قیاس امور اعتباری به امور تکوینی، در تمام جهات، مع الفارق و باطل است، اما قیاس آن،

در برخی جهات، به‌امور تکوینی اشکالی ندارد، و ما نیز در این جا امور اعتباری را در تمام جهات، به امور تکوینی مقایسه نمی‌کنیم، بلکه تنها در جنبه انشاء، قیاس کرده ایم و از این جهت، اشکال بالا وارد نیست، زیرا انشاء، خواه به معنای ایجاد باشد و یا بیان ما فی‌الضمیر (آنچه در نهان)، (بنابر اختلاف در تعریف آن)، در عالم تکوین و اعتبار یکسان خواهد بود، زیرا انشاء در عالم تکوین، ایجاد آن در عالم خارج است و در عالم تشریح: ایجاد و بیان آن چه در نهان و قصد انشاء کننده است. از این جهت، فرقی بین (بزن) و (فروختن) نیست. برای همین، وقتی انشاء تحقق یافت، خواه در عالم تکوین و خواه در عالم تشریح، وجهی برای تعلیق آن نیست و با اساس آن، منافات خواهد داشت. مبانی فکری نظرات بالا را بطور خلاصه می‌توان چنین ارائه نمود:

۱- استدلال برخی از نظرات، مبنی بر قیاس امور تکوینی به تشریحی و اعتباری است و گفته‌اند: همان‌طوری که در امور تکوینی، تعلیق در انشاء محال است، در امور تشریحی نیز، تعلیق انشاء محال است. و لذا تعلیق به منشأ بر می‌گردد. (میرزای نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۱۲ - حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۲، ۴۳۲ و ۴۳۳)

۲- مبنای برخی دیگر، بر قیاس عقد معلق به واجب مشروط است. همان‌طوری که در واجب مشروط، اصل وجوب (هیئت امر) منجز است، اما واجب (ماده امر) مشروط می‌باشد، در عقد معلق نیز اصل انشاء، (طلب) منجز است، اما منشأ (مطلوب)، معلق می‌باشد. (محقق یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱)

۳- برخی ادله نیز بر این پایه استوار بود که تفکیک انشاء از منشأ، معقول نیست. همچنان که در عالم تکوین شکستن ملازم با شکسته شدن است، در عالم اعتبار نیز تحقق انشاء همراه با وقوع منشأ است. (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱، ۵۸ و ۵۹)

۴- مبنای مهمتری که پایه بسیاری از تجزیه و تحلیل‌ها در مسئله می‌باشد، این است که آیا تعلیق، مانند شرط، قید ماده است یا قید هیئت؟ اگر تعلیق، قید ماده عقد باشد، به انشاء برمی‌گردد و اگر تعلیق، قید هیئت عقد باشد، به منشأ بر خواهد گشت. (بنابر اختلافی که در مسئله است). (محقق یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱ - امام خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۳۴)

هر یک از مبانی بالا، دچار اشکالاتی است که بررسی دقیق آن خارج از این گفتار است.

تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق

بر فرض که تعلیق در عقد معلق، محال نباشد و حداقل در برخی فروض، صحیح باشد، جای این سؤال باقی است. چگونه می‌توان، تعلیق را از دیدگاه فقهی، تجزیه و تحلیل نمود و از نظر حقوقی آن را توجیه کرد؟ زیرا فرض بر این است که عاقد، عقد را بر امر مجهول التحقق معلق نموده‌است که در حال یا آینده، در صورت وقوع معلق علیه، تحقق می‌یابد و یا آن که عقد را بر امر محقق الوقوع معلق نموده‌است که در آینده محقق می‌گردد. حال چگونه، شرط یا وصفی که بعداً بوجود می‌آید، می‌تواند در عقدی که قبلاً تحقق یافته است، تأثیر نماید؟ همان طوری که در عالم تکوین، تحقق شرط باید قبل از تحقق مشروط باشد و تا شرط واقع نشود، مشروط بوجود نمی‌آید. مانند اکسیژن که شرط آتش گرفتن شیء است، باید قبل از آتش گرفتن موجود باشد و امکان ندارد، شیء آتش بگیرد و سپس اکسیژن بوجود آید و وجود اکسیژن بعدی در آتش گرفتن قبلی تأثیر داشته باشد، همچنین در عالم اعتبار و تشریح نیز شرط، باید قبل از وجود مشروط، موجود باشد. مثلاً طهارت، شرط نماز است و باید قبل از نماز تحقق یابد و امکان ندارد، شرط بعدی در مشروط قبلی تأثیر نماید. حال در عقد معلق، فرض بر این است که عقد بر شرط یا وصفی معلق شده‌است که بعداً تحقق می‌یابد، در حالی که خود عقد قبل از تحقق معلق علیه ایجاد شده‌است. برای حل این معما، از سوی دانشمندان حقوق اسلامی سه فرضیه برای تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق ارائه شد.

تحلیل اول: واجب مشروط به شرط متأخر بر وجه کشف

فرض اولی که در مسئله تعلیق مطرح شده‌است، این است که معلق علیه را بصورت شرط متأخر بر وجه کشف، فرض نمائیم. بدین صورت که در عقد معلق، شرط یا وصف معلق علیه، اگرچه بعد از تحقق عقد بوجود می‌آید، لکن بصورت شرط متأخر در عقد قبلی تأثیر می‌نماید. و وقتی شرط تحقق یافت، از وجود آن کشف می‌شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است، نه از زمان حصول شرط. در این فرض، شرط کاشف از وقوع عقد از زمان انشاء آن است. (گرجی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۴۹ - دکتر امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۱۶۵ - محقق یزدی، ۱۴۱۰، ج ۳، ۱۹۶)

مانند اجازه در عقد فضولی، بنابراین که اجازه، کاشف از رضایت مالک باشد، حال، وقتی مالک کالا بعد از ۱۰ روز عقد فضولی را اجازه داد، از اجازه او کشف می‌گردد، عقد فضولی‌ای که ۱۰ روز قبل منعقد شده بود، از زمان عقد صحیح بوده‌است و آثار حقوقی بر آن جاری گردیده است. لذا سود و منفعت و نمائی که در این مدت در کالا ایجاد شده، مربوط به مشتری است و سود و منفعتی که در بهاء کالا بوجود آمده، متعلق به فروشنده است. حال در عقد معلق نیز بدین کیفیت است، مثلاً کسی به فرزندش گفته است: خانه‌ام را به تو بخشیدم، اگر به گرفتن دیپلم نائل آئی. وقتی فرزند دیپلم گرفت، معلوم می‌شود از زمان انعقاد عقد هبه، مالک خانه بوده‌است. لذا هرگاه پس از عقد، فرزند در خانه تصرف کند و بعداً به گرفتن دیپلم موفق گردد، در ملک خود تصرف نموده‌است. بنابراین در عقد بیع، تملیک از زمان انشاء است. اگرچه ظرف حصول شرط، آینده است نه اینکه تملیک از زمان حصول شرط باشد. (گرچی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۴۹)

تحلیل فوق در صورتی است که معلق علیه، معلوم‌الحصول در حال یا آینده باشد، که در این صورت، معلق علیه مانند شرط سابق، ضرر و اشکالی برای صحت عقد نخواهد داشت. زیرا معلق علیه بالوجدان تحقق می‌یابد و اجماعی که بر بطلان تعلیق ادعاء شده‌است، شامل این دو قسم نمی‌گردد. (خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۷۹) در نتیجه شرط یا وصفی که صد در صد در آینده یا حال، تحقق می‌یابد، مانند امر تحقق یافته تلقی می‌شود و تأثیر آن در عقد سابق به صورت کاشفیت خواهد بود و با تحقق معلق علیه در آینده، کشف می‌شود که عقد از زمان انشاء تحقق یافته است. مانند آن که فروشنده بگوید: بعتک کتابی ان طلعت الشمس غداً. بدین جهت در منابع فقهی اهل سنت، عقدی که بر شرط محقق‌الوقوع معلق شده، مانند عقد منجز دانسته شده‌است، (کاشانی حنفی، ۱۴۰۹، ج ۳، ۱۲۲ - سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۶، ۸۲ و ۱۱۸ و ۲۰۲) و بنظر فقهاء شیعه، تعلیق صوری خواهد بود. (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۷، ۱۰۸ - خوئی، توحیدی، ۱۴۱۷، ج ۳، ۶۲ - فاضل کاظمی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۲ و ۵۴ و ۶۵)

این فرض تحلیل، در تمام اقسام تعلیق، اعم از اینکه معلق، عقد باشد یا ایقاع، یا متعلق عقد و یا تصرف و... جاری می‌گردد و اختصاص به مورد خاصی ندارد. لذا برخی از محققین، از جمله محقق یزدی در بحث تعلیق در تصرف فرمود: و اما التعلیق علی ما هو حاصل فلا یستلزم التأخیر

بل فی المتوقع ایضاً اذا اخذ علی نحو الكشف بان يكون المعلق علیه وجوده الاستقبالی لایكون الاثر متأخراً نعم لوقام الاجماع علی اعتبار العلم بتحقیق الاثر حین العقد تم فی صورۃ الجهل. (محقق یزدی، بی تا، ج ۲، ۵۱۴)

اما در صورتی که معلق علیه، معلوم العدم یا مشکوک العدم باشد و در زمان انشاء نیز وجود نداشته باشد، بدون شک چنین عقدی باطل خواهد بود و فرضی برای تحلیل فوق نیست. و همچنین در صورتی که معلق علیه، مشکوک الحصول در حال یا آینده باشد، بدلیل اجماع باطل خواهد بود. و در صورت بطلان عقد جایگاهی برای تحلیل مذکور، متصور نیست. (خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۸۰ - ۱۸۱)

تحلیل بالا در صورتی متصور است که تعلیق، به منشاء برگردد. زیرا تعلیق در انشاء، به اتفاق بسیاری از محققین باطل است و امکان ندارد، چیزی که تحقق یافته است، برواقعه یا حادثه‌ای که بوجود نیامده است، معلق گردد.

تحلیل دوم: بصورت واجب مشروط به شرط مقارن

دومین فرضی که برای تحلیل عقد معلق متصور است و برخی از دانشمندان حقوق اسلامی بدان اشاره نموده‌اند، (۵) این است که، همان طوری که در واجب مشروط تا زمانی که شرط تحقق نیابد، وجوب واجب، به فعلیت نمی‌رسد، در عقد معلق نیز بعد از تحقق معلق علیه، انشاء عقد تحقق می‌یابد. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۳۳۷ - خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۷۹) مثلاً، وقتی پدری به فرزندش گفت: اگر دیپلم گرفتی، این خانه را بتو بخشیدم، هنگامی که فرزند دیپلم گرفت، مالک خانه مذکور می‌گردد. بنابراین فرزند پس از انشاء عقد و قبل از اخذ دیپلم، نمی‌تواند در خانه تصرف نماید زیرا قبل از گرفتن دیپلم، مالک آن نیست و تازمانی که معلق علیه تحقق نیابد، انشاء عقد به فعلیت نمی‌رسد.

شایان ذکر است، در اصطلاح دانشمندان علم اصول فقه، واجب مشروط به واجبی گفته می‌شود که وجوب آن مشروط به شرط است و تازمانی که شرط تحقق نیافته باشد، وجوب واجب به فعلیت نمی‌رسد. مانند وجوب حج که مشروط به استطاعت است و تا زمانی که استطاعت تحقق



نیابد، اصل وجوب حج، در حق مکلف به فعلیت نمی‌رسد. اما واجب مطلق، واجبی است که وجوب آن مطلق بوده و بر تحقق شرطی متوقف نیست. مانند وجوب نماز نسبت به وضو که بدان مشروط نیست و قبل از تحقق شرط بالا نیز وجوب نماز در حق مکلف به فعلیت می‌رسد. (اگرچه واجب و امتثال نماز در خارج، مشروط بر وضو است). (محقق خراسانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ۱۲۱ و ۱۲۲ - مظفر، ۱۴۰۵، ج ۱، ۸۱، ۱ - مغنیه، ۱۴۱۱، ۹۶ - صاحب فصول، ۱۲۷۴، ۷۸۹)

در واجب مشروط بین دانشمندان علم اصول اختلاف است. آیا شرط در واجب مشروط، شرط وجوب و هیئت امر (و طلبی که از هیئت امر اتخاذ می‌شود) است و یا نه، شرط واجب و ماده امر است؟ در مسئله دو مبنی مهم ارائه شد:

الف) بنظر شیخ انصاری (ره)، شرط در واجب مشروط به ماده امر (یعنی واجب) بر می‌گردد. لذا استطاعت، شرط واجب و عمل خارجی حج است نه اینکه شرط اصل وجوب حج باشد. بنابراین، انجام دادن اعمال حج در خارج و امتثال آن بر استطاعت مقید است، اما وجوب حج قبل از استطاعت نیز فعلی است. (محقق خراسانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ۱۲۱ - مظفر، ۱۴۰۵، ج ۱، ۸۱)

ب) به نظر مشهور فقهاء و اصولیین از جمله محقق خراسانی، شرط در واجب مشروط به هیئت امر (یعنی وجوب) بر می‌گردد و لذا استطاعت شرط اصل وجوب حج است و تا استطاعت حاصل نشود، وجوب حج به فعلیت نمی‌رسد. (۴۴) بنابراین همان طوری که بنظر مشهور دانشمندان علم اصول، در واجب مشروط اصل وجوب مشروط بر شرط است و تا شرط تحقق نیابد، وجوب به فعلیت نمی‌رسد، در عقد معلق نیز اصل انشاء عقد، بر شرط یا وصف معلق است و تا معلق علیه بوجود نیابد، انشاء عقد به فعلیت نمی‌رسد و ایجاد نمی‌گردد. در نتیجه، این فرض تحلیل در صورتی است که تعلیق به انشاء برگردد. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۱۶۶۴۵) و انشاء عقد، بر شرط یا وصفی معلق باشد، نه آن که تعلیق به منشأ برگردد و اصل انشاء، منجز باشد.

مطلبی که لازم به ذکر است این است که آیا تعلیق بصورت واجب مشروط به شرط مقارن در صورت های مختلف عقد معلق، صحیح است و یا نه، تعلیق بدین کیفیت موجب بطلان عقد معلق خواهد شد؟

الف) تعلیق بر امر محقق الوقوع

به نظر فقها، تعلیق عقد بر شرط یا وصفی که در حال یا آینده محقق الوقوع است، بصورت واجب مشروط به شرط مقارن صحیح نیست و عقد را باطل می‌کند. و اجماع فقها که بر بطلان تعلیق قائم شده‌است، شامل این قسم می‌گردد. لکن برخی از عقود معلق (که ذاتاً بر شرط یا وصفی معلقند) مانند وصیت و تدبیر و... از آن خارج شده‌است. (خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۸۰)

علاوه بر اجماع بالا، برخی از فقهاء در بطلان تعلیق مذکور چنین استدلال نموده‌اند: وجود و ایجاد اگرچه به حسب اعتبار متمایز هستند، اما در واقع یک حقیقتند و اختلافشان به اضافه است. بدین صورت که اگر به ماهیت اضافه شود، بدان وجود گویند و اگر به فاعل اضافه شود، ایجاد گویند. بنابراین جداکردن وجود از ایجاد، طوری که ایجاد بدون وجود تحقق یابد، عقلاً متمنع است و مستلزم خلف می‌باشد. (همان) لذا تعلیق انشاء به صورتی که اصل انشاء عقد، بر شرط یا وصفی معلق گردد، محال است. زیرا انشاء بمعنی ایجاد است و همان طوری که ایجاد و وجود یک حقیقتند و وقتی ایجاد تحقق یافت، وجود تحقق می‌یابد، همینطور وقتی که انشاء تحقق یافت، عقد معلق باید بوجود آید نه آن که وجود و تحقق عقد، بر تحقق شرط یا وصف دیگری معلق باشد، که بعداً بوجود می‌آید.

انتقاد: در انتقاد از جواب بالا گفته شده‌است: اولاً استدلال مذکور بر فرض تمامیت آن، به

امور حقیقی اختصاص دارد و در امور اعتباری، جایگاهی نخواهد داشت. زیرا در امور اعتباری جایز است، ایجاد فعلی باشد اما وجود، بعداً تحقق یابد.

ثانیاً اینکه انشاء به معنی ایجاد باشد، قابل مناقشه است. بلکه انشاء بمعنی ابراز مافی الضمیر (بیان قصد نهانی) است. مانند اخبار، و فرق اخبار و انشاء در قصد حکایت و عدم قصد حکایت است. لذا همان طوری که اخبار به امر متأخر صحیح است، انشاء بدان نیز صحیح خواهد بود و بهترین دلیل بر امکان آن، وقوع آن در عالم خارج است، چنانچه در وصیت و تدبیر چنین است. (همان)

جواب: اگرچه امور حقیقی و اعتباری در برخی جهات با هم مغایرند، اما از جهت انشاء، تغایری به چشم نمی‌خورد. زیرا انشاء در عالم اعتبار، مانند تکوینی به معنی ایجاد و تحقق یک امر

اعتباری است. علاوه بر آن، حتی بنابراین که انشاء به معنی ابراز مافی‌الضمیر باشد، به جهت عدم قصد حکایت، از اخبار جدا می‌گردد. در این صورت، انشاء به معنی ابراز نیز مانند ایجاد، از اموری است که هدف منشی تحقق نمودن یک امر اعتباری در خارج است. و لذا از این جهت با انشاء به معنی ایجاد فرقی نخواهد داشت. اما تمسک به عقد وصیت و تدبیر در تأیید استدلال فوق، نیکو به نظر نمی‌رسد. زیرا این قبیل عقود از محل بحث خارجند. زیرا چنین عقدهای ذاتاً معلق می‌باشند و بدون تعلیق اصلاً اساس عقد تحقق نمی‌یابد. در حالی که بحث ما در عقدهائی است که بر شرط یا وصف دیگری معلق شده‌اند. علاوه بر آن که در چنین عقدهائی، برخی از فقها گفته‌اند، اصل عقد و انشاء آن معلق نیست، بلکه منشأ و قصد عاقد معلق است. (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۲، ۴۳۲)

ب) تعلیق بر امر مشکوک الوقوع

تعلیق عقد، بر شرط یا وصف مشکوک الحصول بصورت واجب مشروط به شرط مقارن مانند قسم قبلی باطل است و بر بطلان آن ادعای اجماع شده است و حتی فقهای که تعلیق در انشاء را فی حد ذاته مردود ندانسته‌اند، تعلیق در اینجا را باطل شمرده‌اند و بر بطلان آن علاوه بر اجماع، چنین استدلال نموده‌اند: انشاء بمعنی ایجاد است و تخلف وجود از ایجاد متمنع است، لذا وقتی فروشنده گفت: کتاب را فروختم. با انشاء آن، ملکیت و تملیک تحقق یافته است. اما زمانی که آن را بر امر مشکوک الحصول معلق نموده است، احتمال دارد آن امر مشکوک تحقق یابد، لذا ملکیت نیز بوجود می‌آید و ممکن است معلق علیه، بوجود نیاید، لذا ملکیت نیز تحقق نخواهد یافت. بنابراین، در این صورت انشاء تحقق یافته است، ولی منشأ محتمل الوقوع است و تخلف انشاء از منشأ عقلاً متمنع است. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۳۳۷-خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۸۱)

انتقاد: انشاء بمعنی ایجاد نیست، بلکه انشاء عبارتست از ابراز مافی‌الضمیر. این معنی انشاء، همان طوری که بر امری، بنا بر هر تقدیری، تعلق می‌گیرد، به امری بنا بر فرض خاص نیز تعلق خواهد گرفت. لذا معتبر حصّه خاصی را انشاء نموده است. همچنان که در اخبار نیز چنین است. مانند آن که، فردی از طلوع خورشید زمانی که ساعت ۶ صبح باشد، خبر دهد. (خوئی، ۱۳۶۵، ج ۲، ۱۸۲)

رد انتقاد: انشاء حتی اگر بمعنی ابراز باشد، نمی‌تواند معلق بر امر مشکوک الوقوع باشد. زیرا

در معنی ابراز نیز وقوع و ایجاد نهفته است. بر خلاف اخبار که حکایت از وقوع خبر یا حادثه‌ای است. علاوه بر آن که برخی از فقهاء، تعلیق در خود اخبار را نیز مردود دانسته‌اند و حتی در اخبار قائل به تعلیق در مخبر به شده‌اند و معتقدند، اصل اخبار مانند انشا منجز است. (میرزای نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ۱۲- یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۹۱- خوئی، ۱۳۶۵، ج ۳، ۱۹۹- حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۴، ۳۸۱ و ج ۱۲، ۴۳۲ و ۴۳۳)

تحلیل سوم: بصورت واجب معلق

تحلیل فقهی دیگری که در مسئله قابل فرض است، این است که آن را مانند واجب معلق تحلیل نمائیم و بگوئیم، همان طوری که در واجب معلق، وجوب واجبی که به مکلف تعلق گرفته‌است، بر وقوع امر دیگری، معلق شده است، (مانند وجوب حج که با استطاعت مکلف، وجوب آن به فعلیت رسیده‌است، اما انجام دادن آن منوط بر فرارسیدن ایام حج است)، در عقد معلق نیز اگرچه انشاء عقد تحقق یافته است، اما عاقد، تملیک فعلی را انشا نکرده‌است و آن را بر تحقق معلق علیه، معلق نموده‌است. (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۱۶۶- یزدی، ۱۳۷۸، ج ۳، ۱۹۶) مثلاً پدری به فرزندش گفته‌است: وقتی دیپلم گرفتی خانه را به تو بخشیدم. شرط دیپلم گرفتن، شرط انشاء عقد نیست، بلکه منشأ و قصد عاقد بر آن معلق است. و لذا تا زمانی که فرزند موفق به گرفتن دیپلم نشد، نمی‌تواند در خانه تصرف کند.

۱۶۱

بنابر تحلیل فوق، تعلیق در منشأ خواهدبود و انشاء عقد معلق، هر چند در خارج تحقق یافته‌است، اما منشأ بر تحقق معلق علیه، معلق شده‌است. در نتیجه، همان طوری که در واجب معلق وجوب واجب فعلی است، ولی انجام دادن واجب، به زمان خاصی منوط شده است که با فرا رسیدن زمانش، واجب نیز در حق مکلف به فعلیت می‌رسد، در عقد معلق نیز انشاء عقد فعلی است، اما منشأ بر شرط یا وصفی معلق شده‌است.

تعلیق عقد بر نحو واجب معلق، در صورتی که معلق علیه امر حالی یا استقبالی معلوم الحصول باشد، صحیح است (وامتناع عقلی ندارد). مانند آن که فروشنده بگوید: کتاب را به تو فروختم، اگر ماه نو فرارسد. (دکتر گرجی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۱۱) زیرا تعلیق بدین کیفیت، تعلیق در منشأ است و

چنانچه متذکر شدیم، تعلیق در منشأ اشکالی ندارد و عقلاً متمنع نیست. مگر آن که اجماع بر بطلان آن قائم شود، و اجماع ادعاء شده، علی فرض صحت و تحقق، شامل این قسم نخواهد شد. چه، در صورتی که معلق علیه، محقق الوقوع در حال یا آینده باشد، در حکم شرط محقق می‌باشد و اخلاقی را متوجه عقد نمی‌نماید. ولذا فقها اهل سنت، عقد معلقی که معلق علیه آن، محقق الوقوع است در حکم عقد منجز شمرده‌اند. (کاشانی حنفی، ۱۴۰۹، ج ۳، ۱۲۲ - سرخسی، ۱۴۰۶، ج ۶، ۸۳ و ۱۱۸ و ۲۰۲) و فقها شیعه نیز چنین تعلیقی را صوری دانسته‌اند. (خوئی، ج ۳، ۶۲ - محقق کرکی، ۱۴۰۸، ج ۸، ۳۰۵)

اما در بقیه صور مانند آن که معلق علیه امر مجهول‌الحصول در حال یا آینده است، تعلیق ولو به صورت واجب معلق، اگرچه عقلاً متمنع نیست، مگر از جهت مجهول‌الوقوع بودن معلق علیه، لکن صحت آن محل اشکال و ایراد است و بعید نیست، اجماع ادعاء شده شامل آن گردد.

تحلیل حقوقی تعلیق

چنانچه در بحث جایگاه عقد معلق در قانون مدنی خواهد آمد، از ظاهر برخی از مواد قانون مدنی استفاده می‌شود که عقد معلق، دست کم در برخی صور صحیح است و برای همین، دانشمندان علم حقوق، در تحلیل تعلیق، از فقهای بزرگ شیعه پیروی کرده‌اند و مطلبی بر گفتار آنان نیفزوده‌اند. بدین جهت، با توجه به تفصیلی که در بیان فقهی مسأله مطرح شد، به ذکر چکیده آن بسنده می‌کنیم.

۱- بسیاری از حقوق دانان، تعلیق در انشاء را محال دانسته و معتقدند: همچنان که تعلیق، در عالم مادی امکان‌پذیر نیست، در امر اعتباری نیز نمی‌توان ایجاد و اثر عقد را به امر دیگری منوط کرد.

۲- بعضی از محققان، تعلیق در انشاء را برخلاف امور تکوینی، در امور اعتباری ممکن شمرده‌اند و معتقدند: چون ایجاد امور اعتباری به قصد انشاء‌کننده وابسته است، مانعی ندارد که انشاء نیز منوط بر امر خارجی باشد.

۳- دیگر از محققان، تعلیق در منشأ را نیز ممکن شمرده و گفته‌اند: در امور اعتباری نیز

مانند امر تکوینی و مادی، منشأ نمی تواند از انشاء تخلف کند و جداسازی انشاء از منشأ محال است و برای همین، تعلیق به دو صورت امکان دارد:

الف. انشاء، معلق است و پس از ایجاد انشاء، منشأ نیز تحقق می یابد.

ب. در چنین عقدی، منشأ نیز به گونه منجز ایجاد می شود، لکن اثر آن بر امر خارجی معلق

است. (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱، ۵۲)

با نگاه به بررسی فقهی مسأله، بررسی دوباره آن بی ثمر خواهد بود، لذا از تکرار آن خودداری

می کنیم.

پی نوشتها:

۱ - از جمله محقق حلی، در شرایع الاسلام، ج ۲/۴۲۵ فرمود: (من شرطها ان تقع منجزه فلو علقت بشرط متوقع أو وقت متجدد لم یصح) - علامه حلی، در تذکره الفقهاء، ج ۲/۸۶ فرمود: (مسأله التنجیز فلو علّقه بمجیء الشهر وقدوم زید لم یصح - شهید ثانی، در شرح لمعه، ج ۴/۳۶۸ فرمود: (ویشترط فیها التنجیز فلو علّقت علی شرط متوقع کقدوم المسافر وصفه مترقبه کطلوع الشمس لم یصح.) نیز ببینند: کشف اللثام، فاضل هندی ج ۲/۱۲۴ - مسالک الافهام، شهید ثانی (چاپ جدید) ج ۵/۲۳۹؛ الجامع للشرایع، ابوسعید حلی ص ۴۷۶.

۲ - حلی / تذکره الفقهاء، چاپ جدید ج ۷/۵ و چاپ قدیم ج ۱/۴۶۲ - محقق کرکی / جامع المقاصد، ج ۱۲/۱۷ و ج ۹/۱۵ و ۱۴۳ - مسالک الافهام ج ۲/۱۲ و ۶۷۵۴ - مقداد / نضد القواعد الفقهیه ص ۵۳ - حکیم / مستمسک عروه الوثقی ج ۱۲/۴۳۲ - شهید اول / القواعد والفوائد ج ۱/۶۵ - خوئی / مصباح الفقاهه ج ۳/۶۶ و مبانی عروه الوثقی کتاب المضاربه ج ۳/۱۹۹ - محقق کمپانی / حاشیه المکاسب ج ۱/۷۱ و ۷۲ - محقق یزدی / حاشیه المکاسب ج ۱/۹۱ و ۱۱۲ - میر عبدالفتاح مراغی / العناوین الفقهیه (چاپ جدید) ج ۲/۳۳۴ - خمینی / البیع ج ۱/۳۳۲ و ۳۳۳

۳ - نائینی / منیه الطالب ج ۱/۱۱۲ - انصاری / المکاسب ج ۷/۹۶ - یزدی / حاشیه المکاسب ج ۱/۹۱ - کمپانی / حاشیه المکاسب ج ۱/۱۱۲ - ایروانی / حاشیه المکاسب ص ۹۲ - مراغی / العناوین الفقهیه ج ۲/۳۳۴ - خوئی / مصباح الفقاهه / ۶۶ - خمینی / البیع ج ۱/۳۳۲ و ۲۳۳ - حکیم / مستمسک عروه الوثقی ج ۱۲/۴۳۲ - دکتر گرجی / مقالات حقوقی ج ۱/۱۰.

۴ - خمینی / البیع ج ۱/۳۳۲؛ یزدی / حاشیه المکاسب ج ۱/۹۱ و.ز.ک: حکیم / مستمسک عروه الوثقی ج ۱۴/۳۸۱ و ج ۱۲/۴۳۲ و ۴۳۳؛ نائینی / منیه الطالب ج ۱/۱۲؛ خوئی / مبانی العروه الوثقی، کتاب المضاربه ج ۳/۱۹۹.



۵- مراغی، عبدالفتاح - العناوين الفقهيه ج ۲ ص ۳۳۷ / خوئی، ابوالقاسم - مبانی العروة الوثقی ج ۲ ص ۱۷۹ / امامی، سید حسن - حقوقی مدنی ج ۱ ص ۱۶۵ / محقق یزدی، محمد کاظم - العروة الوثقی ج ۳ ص ۱۹۶ الثالث ان يكون على نحو الواجب المشروط على نحو الوصية بمعنى حصول الوقفية بعد ذلك لاجن الانشاء

فهرست منابع:

- ۱- القرآن الکریم، ترجمه الہی قمشہ ای، دارالقران الکریم، قم.
- ۲- خوئی، ابوالقاسم، (۱۳۵۲)، اجود التقريرات، تقریرات درس خارج اصول میرزای نائینی، مطبعة العرفان، صیدا.
- ۳- زمخشری، محمود بن عمر، (بی تا)، اساس البلاغة، تحقیق عبدالرحیم محمود، انتشارات دفتر تبلیغات، قم.
- ۴- مشکینی، میرزا علی، (۱۳۷۱)، اصطلاحات الاصول ومعظم ابحاثها، چاپ پنجم، دفتر نشر الہادی، قم.
- ۵- حکیم، محمد تقی، (۱۹۷۹)، الاصول العامة للفقہ المقارن، مؤسسه آل البيت للطباعة و النشر، چاپ دوم.
- ۶- مظفر، محمدرضا، (۱۴۰۵)، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی.
- ۷- فخرالمحققین، محمد بن حسن حلّی، (۱۳۷۸)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، چاپ علمیہ قم، چاپ اول.
- ۸- کاشانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، (۱۴۰۹)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، پاکستان، چاپ اول، المکتبه الحبیبه.
- ۹- ابن رشد حنفی، محمد بن احمد، (بی تا)، بادیة المجتهد و نهاية المقتصد، تصحیح خالد العطار، دارالفکر للطباعة.
- ۱۰- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۷)، تاج اللغة و صحاح العربیة، تحقیق احمد عبدالغفور غفار، دارالعلم للملایین، بیروت چاپ چهارم.
- ۱۱- امام خمینی (موسوی)، روح الله، (۱۴۱۰)، البیع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ چهارم.
- ۱۲- علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۳۸۸)، تذکرة الفقهاء، مکتبه الرضویة لاجیاء اثار الجغرفیة، تهرآن چاپ سنگی.
- ۱۳- ابن سعید حلّی، محمد بن سعید، (بی تا)، الجامع للشرایع، تحقیق و تخریج جمعی از فضلاء.
- ۱۴- محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت لاجیاء التراث، قم، چاپ اول.
- ۱۵- نجفی، محمد حسن، (۱۳۷۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تحقیق و تطبیق شیخ علی

- آخوندی، تهران، چاپ دهم، دارالکتب الاسلامیه.
- ۱۶- محقق اصفهانی (معروف به کمپانی)، (۱۴۱۸)، **حاشیه المکاسب**، تحقیق: شیخ عباس محمد آل سباع، چاپ اول، چاپخانه علمیه، دارالمصطفی لایحیاء التراث.
- ۱۷- محقق ایروانی، علی، (۱۳۷۹)، **حاشیه المکاسب**، چاپ افست، چاپ دوم، چاپخانه رشديه تهران.
- ۱۸- محقق خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۶)، **حاشیه المکاسب**، تصحیح و تعلیق سید مهدی شمس الدین، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- ۱۹- محقق یزدی (طباطبائی)، محمد کاظم، (۱۳۷۸)، **حاشیه المکاسب**، مؤسسه اسماعیلیان قم.
- ۲۰- حکیم (طباطبائی)، سید محسن، (بی تا)، **حقائق الاصول**، چاپخانه بصیرتی قم.
- ۲۱- دکتر امامی، سید حسن، (بی تا)، **حقوق مدنی**، چاپ ششم ۱۳۶۶ ش، تهران، کتابفروشی اسلامی.
- ۲۲- دکتر کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴)، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات بهنشر.
- ۲۳- شهید ثانی، زین الدین، (بی تا)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر، چاپخانه علمیه قم.
- ۲۴- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹)، **شرایح الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، تعلیق سید صادق شیرازی، تهران، چاپ دوم، انتشارات استقلال.
- ۲۵- محقق یزدی (طباطبائی)، محمد کاظم، (۱۴۱۰)، **العروة الوثقی**، بیروت، چاپ اول، دارالاسلامیه.
- ۲۶- محقق یزدی (طباطبائی)، محمد کاظم، (بی تا)، **العروة الوثقی و تکملتها**، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم.
- ۲۷- مغنیه، محمدجواد - دارالکتاب الاسلامی، (۱۴۱۱)، **علم اصول الفقه فی ثوبه الجديدة**، قم.
- ۲۸- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷)، **العناوین الفقهیه**، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ اول (چاپ جدید) و همینطور چاپ قدیم - چاپ سنگی دارالسلطنه تبریز.
- ۲۹- محمدحسین بن محمد رحیم، (۱۳۷۴)، **الفصول فی الاصول**، نسخه خطی با خط محمد مهدی، مربوط به کتابخانه فیضیه قم.
- ۳۰- شهید اول، محمد بن مکی، (بی تا)، **القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیة**، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه المفید.
- ۳۱- محقق خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۱۴)، **کفایة الاصول**، قم، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۳۲- ابن منظور، محمد بن مکرم، (بی تا)، **لسان العرب**، دارالصادر بیروت، چاپ اول.

- ۳۳- علامه دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۳)، لغت نامه، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول.
- ۳۴- شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۱)، **اللمعه دمشقیه**، تهران، چاپ اول، دارالفکر قم و همینطور چاپ دوم ۱۳۶۸، دفتر انتشارات ناصر.
- ۳۵- بروجردی، مرتضی، (۱۳۶۵)، **مبانی العروة الوثقی** (کتاب الاجاره)، تقریرات بحث آیة... العظمی خوئی، مدرسه دارالعلم، چاپ علمیه قم.
- ۳۶- سرخسی، شمس الدین، (۱۴۰۶)، **المبسوط**، دارالعرفه، بیروت، تحقیق جمعی از فضلاء.
- ۳۷- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (بی تا)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تصحیح و تعلیق سید محمد تقی کشفی، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ۳۸- طریحی، فخرالدین، (۱۴۰۸)، **مجمع البحرين**، تنظیم سیداحمدی حسینی، چاپ دوم، مکتب نشرالثقافة الاسلامیه.
- ۳۹- اردبیلی، احمد، (بی تا)، **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، قم، تعلیق و تصحیح مجتبی عراقی و شیخ علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی.
- ۴۰- مدنی، تدوین فرج الله قربانی، (۱۳۶۹)، **مجموعه کامل قوانین اساسی**، تهران، چاپ اول، انتشارات دانشور.
- ۴۱- فاضل کاظمی، جوادی، (۱۳۶۵)، **مسالک الافهام الی آیات الاحکام**، تهران، تعلیق محمدباقر شریف زاده، چاپ دوم، انتشارات مرتضوی.
- ۴۲- حکیم (طباطبائی)، محسن، (۱۳۹۱)، **مستمسک العروة الوثقی**، نجف، چاپ چهارم، انتشارات کتابخانه آیة... مرعشی.
- ۴۳- توحیدی، محمدعلی، (۱۴۱۷)، **مصباح الفقاهة فی المعاملات**، قم، چاپ چهارم، مؤسسه انصاریان.
- ۴۴- دکتر گرجی، ابوالقائم، (بی تا)، **مقالات حقوقی**، (جلد اول)، چاپ سوم ۱۳۷۸ ش، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴۵- شیخ انصاری، مرتضی، (۱۴۱۰)، **المکاسب**، تحقیق سید محمد کلانتری، چاپ اول، مؤسسه النور للمطبوعات، بیروت و چاپ سنگی.
- ۴۶- شیخ مظفر، محمدرضا، (۱۴۰۰)، **المنطق**، بیروت، دارالتعارف.
- ۴۷- نجفی خوانساری، موسی، (۱۳۷۳)، **منیة الطالب فی حاشیة المکاسب**، تقریرات درس خارج فقه میرزای نائینی، نسخه خطی محمدعلی تبریزی، گراور سازی رشدیه.
- ۴۸- فاضل مقداد، جمال الدین، (۱۴۰۳)، **نصده القواعد الفقیهه**، تحقیق عبداللطیف کمری، انتشارات کتابخانه آیةالله العظمی مرعشی.