

بازپژوهی تعلیق در انشاء و منشاء در فقه و حقوق

سیده معصومه میری گرجی^۱

سارا آخوندی^۲

فائزه مقتدایی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۴

چکیده

یکی از شروط مورد بحث فقها و حقوقدانان در مورد صحت عقد، تنجیز آن می‌باشد که در مقابل آن تعلیق عقد است. مباحثی که مورد اختلاف فقها و حقوقدانان است، مسئله عقود معلق است. تعلیق انواع مختلف دارد که شامل تعلیق در انشاء و منشاء می‌باشد. در خصوص عقد تعلیق در انشاء و منشاء، میان فقها دو دیدگاه وجود دارد. برخی از فقها تعلیق در انشاء را صحیح ولی تعلیق در منشاء را باطل می‌دانند و برخی عقیده‌ای بالعکس دارند. هر یک نیز برای اثبات حقانیت و صحت دیدگاه خود به دلایل عقلی و شرعی تمسک نموده‌اند. در بین حقوق‌دانان نظریه غالب صحت عقود تعلیق در انشاء است و تعلیق باطل را صرفاً در موارد مصرح در قانون نظیر مواد ۱۰۶۸ و ۶۹۹ قانون مدنی می‌دانند. در این پژوهش با روش توصیفی و تحلیلی، آرای حقوقدانان و فقها از جمله امام خمینی مورد بررسی قرار گرفته است. با تتبع در آرای ایشان آنچه حاصل گردید، آن است که، امام خمینی (ره) با دیدگاه مشهور فقها که تعلیق در انشاء را باطل، اما تعلیق در منشاء را صحیح می‌دانند؛ اختلاف نظر دارند و معتقدند تعلیق در انشاء صحیح و تعلیق در منشاء باطل است.

واژگان کلیدی: انشاء، منشاء، عقد، تعلیق، فقه و حقوق اسلامی.

^۱. دانشجوی دکترای گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

M-mirigorji@iau-tab.ac.ir

^۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

S-akhondi@iau-tnb.ac.ir

^۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

F-moghtadaei@iau-tnb.ac.ir

مقدمه

عمل حقوقی می تواند 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 می کنند. (ایزد پناه، ۱۳۸۲، ص ۶) که به تعلیق در انشاء و یا منشاء تقسیم می شود. هر کدام از این نوع تعلیق آثار متفاوتی بر قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین خواهد داشت. لذا تبیین تمایز بین این دو تعلیق در انعقاد قرارداد ضروری است. انشاء در حقیقت به اراده دو طرف گفته می شود مانند این که در عقد بیع هرگاه می خواهند عقد را منعقد کنند ابتدا باید دو طرف وجود داشته باشند؛ زیرا عقد از رضایت دو طرف معامله گرفته می شود. پس در این جا با بیع عقد بیع را انشاء کرده است. حال این انشاء یک اثری دارد که تملیک عین به عوض معلوم است که می شود منشاء یا اثر انشاء. و متعلق منشاء هم به اثر منشاء گفته می شود که در عقد بیع ثمن برای بایع و مبیع برای مشتری می شود. یافته ها نشان داد اختلافات بسیاری در بین فقها بر اثر این که تعلیق در انشاء است یا منشاء وجود دارد. علامه حلی در کتاب خود به نام تذکره الفقهاء انشاء عقد را بر شرط یا وصف معلق نمی داند. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۱۲) اما امام خمینی در این زمینه، دستاورد جدیدی در عقود معلق ارائه دادند. مقاله حاضر توصیفی-تحلیلی است. مواد و داده ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده ها استفاده شده است.

در این نگارش، هدف نگارندگان بررسی تعلیق در انشاء و منشاء، از دیدگاه فقها و حقوق دانان می باشد. سؤالاتی که در این مقاله نسبت به پاسخ به آن تلاش شده است اولاً، ادله دال بر صحت و بطلان تعلیق در انشاء و منشاء در عقود از منظر فقها و حقوق دانان چیست؟ ثانیاً، چه تفاوت و شباهتی بین فقها و حقوق دانان در این خصوص وجود دارد؟ لذا، در این پژوهش، ضمن ارائه و تعمق در نظرات حقوق دانان و فقها، تمایز تعلیق در انشاء و منشاء در انعقاد عقود، پرداخته خواهد شد و اینکه این تمایز چه آثاری را بر قرارداد خواهد داشت؟ در این پژوهش، مطلب به دو مبحث تقسیم گشته است که در مبحث نخست، تعریف و تبیین هر کدام از تعلیق عقود از جهت انشاء و منشاء تشریح شده و سپس در مبحث دوم، احکام این دو تعلیق از حیث صحت و بطلان، بررسی شده است.

پیشینه پژوهش

تاکنون تعلیق در انشاء انعقاد قرارداد، به طور مستقل مورد پژوهش قرار نگرفته است؛ اما پژوهش هایی که پیرامون عقد معلق به نگارش در آمده است، مبحثی کوتاه و مختصر را به بررسی تفاوت این دو نوع تعلیق اختصاص داده است. از جمله کتاب قواعد عمومی قراردادها و مقاله «مفهوم ماهیت و آثار شرط انفساخ در حقوق ایران». در

تألیفاتی که پیرامون فقه اسلامی نوشته شده، تعلیق در انحلال عقد و انعقاد آن به طور جداگانه مورد مطالعه قرار گرفته است؛ بنابراین، تفاوت این نوشتار با پژوهش‌های پیشین در این است که اولاً، تعلیق در انشاء و منشاء در انعقاد قرارداد، به طور مستقل مورد مطالعه قرار گرفته و ثانیاً، این مطالعه، دیدگاه امام خمینی هم بیان شده است.

۱- مفهوم شناسی

عقد: در قرآن کریم، عقد به معنای عهد و پیمان آمده است، با این تفاوت که عقد، توافقات دو طرفه است؛ اما عهد از سوی یک نفر نیز کفایت می‌کند. لذا عقد را به عهد مؤکد توصیف می‌کنند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۶۱) فقها معتقدند اگر ایجاب و قبول از عقد حذف شود، صرفاً تراضی است و عقد نمی‌باشد و هر یک از آنها آثار و احکام مختص به خود را دارند. (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۵۱) در قانون آمده است: «عقد در جایی به کار می‌رود که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر چیزی نماید و هر دو طرف آن را قبول داشته باشند.»

تعلیق: از نظر فقها تعلیق؛ امری را به شرط یا وصفی وابسته کردن، می‌باشد، و منجز نباشد. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۴۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۳۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص 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، ص ۶۵) تنجیز مخالف تعلیق است؛ پس اگر عقد به چیزی وابسته شود، آن عقد، عقد منجز نمی‌باشد، بلکه عقد معلق است و آثار خود را نیز به دنبال دارد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، ص ۶۴۰)

انشاء: بعضی از فقها در تعریف انشاء آورده‌اند: «ان الانشاء قصد مدلول اللفظ و تحققه». (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۳۳۵؛ خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۳۲) انشا به معنای احداث و ایجاد است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ص ۲۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۷۰؛ حکیم، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۲۲۱) و انشاء علتی است که واسطه میان فاعل مختار و آثار انشاء قرار می‌گیرد اعم از این که فعلی انشاء می‌گردد، جزء افعال قلبی باشد یا جزء افعال خارجی باشد. معنای انشایی بودن عقود آن است که معنای خود یعنی انتقال و تملیک را به وجود می‌آورند. (فیض، ۱۳۹۱، ص ۱۵۶)

منشاء: منشأ، نتیجه و یا اثر هر عقد و عمل حقوقی می‌باشد که برای حصول آن، طرفین معامله تن به انشاء و امضاء عقد می‌دهند. (امامی نمینی، ۱۳۸۳، ش ۶۳، صص ۱۱-۴۸) وقتی طرفین، یک عمل حقوقی را واقع می‌سازند، حاصل کار آنان منشأ نامیده می‌شود. (قنوتی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۶) برخی فقها، مفهوم منشأ را از اثر آن جدا دانسته‌اند. (انصاری، همان، ج ۱، ص ۲۷۸)

۲- تحلیل صحت و بطلان فقهی و حقوقی تعلیق در انشاء

الف- تبیین تعلیق در انشاء

میر عبدالفتاح مراغی متوفای (۱۲۵۰ ه.ق) اولین فقیهی هست که در کتاب العناوین الفقهیه به بررسی تعلیق در انشاء و مشا پرداخت. (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، صص ۱۹۲-۳۳۴) بعد از ایشان «صاحب جواهر» (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳۳، صص ۵۰-۵۱-۱۰۶) و شیخ اعظم انصاری مسئله را از جوانب مختلف مورد بررسی قرار داده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۷، ص 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. (اصفهان، ۱۴۱۸، ج ۱، ص 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، ص ۹۱؛ نائینی، همان، ج ۱، ص 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، همان، ص ۱۷۶) همان‌طور که اخبار معلق امکان‌پذیر نیست (مثلاً بگوید: الان خورشید گرفته است اگر فردا باران بیارد) 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، ص 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،

همان، ج ۳، ص ۱۷۲) برخی از فقهای شافعی نیز تعلیق در انشاء را باطل میدانند، (شیخ الاسلام، ج ۱، ص ۱۹۳) و تنجیز در صیغه، شرط صحت عقد بیع است. (همان، ص ۱۲۰)

البته باید تعلیق در انشاء همانند پیش قرارداد است و صحیح است؛ اما عقد اصلی محسوب نمی شود، زیرا هنوز بین طرفین ایجاب و قبولی صورت نگرفته است.

ب) دلایل بیان نظریات (نظریه صحت - نظریه بطلان)

نظریه صحت: برخی از فقها و حقوقدانان، اعتقاد به صحت تعلیق در انشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند:

الف) فقها: دلایل فقها دال بر صحت تعلیق در انشاء، از جمله این موارد می تواند باشد؛ ۱- عقل: فقها معتقدند که تعلیق در انشاء یک امر اعتباری است و نباید به امور تکوینی مقایسه شود. (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۳۳) امر تکوینی به امری گفته می شود که، اشیاء در عالم خارج وجود دارند؛ هرگاه خداوند اراده به موجودیت اشیاء کند، موجود می شوند و امکان ندارد که در این امر، تعلیقی صورت بگیرد. مانند آیه ۸۲ سوره «یس» که خداوند می فرماید: «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 می گوید: باش؛ پس بی درنگ موجود می شود. لذا در امر تکوین هر اشیاء که اراده شود که به وجود بیاید حتماً به وجود می آید و در این مورد هیچ گونه 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 می شود که در خارج وجود ندارد در ذهن قابل تصور است. و در لغت آن را به معنای؛ قراردادی، اضافی، نسبی آورده اند. 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 هیچ گونه ملازمه ای باهم ندارند. پس تعلیق در انشاء که از امور اعتباری است درست می باشد. ۲- واجب مشروط: واجب مشروط در مقابل واجب مطلق قرار دارد. (خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص 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 می باشد. (مظفر، ۱۴۳۰، ج ۱، ص ۱۳۴) قانون مدنی نیز در ماده ۳۴۱ می گوید: «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 نکته ای 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 می گردد یا به ماده؟ (مظفر، همان، ص ۱۳۶) بعضی از اصولیان بر این باورند که قید یا

شرط به هیئت برمی گردد؛ به این معنا که هر گاه قید یا شرط به وجود بیایند در این صورت وجوب نیز انشاء می شود و هر گاه انشاء تحقق پیدا کند به تبعیت از آن ماده که در بحث ما همان منشأ باشد، نیز به وجود می آید و به همین دلیل تعلیق در انشاء را درست دانسته اند، چون آن ها معتقدند که در جایی که انشاء وجوب در واجب مشروط به شرط بستگی دارد و معلق بر آن شده است، پس انشاء هم می تواند معلق بر قید یا شرط شود و تعلیق در انشاء درست می باشد.

البته برخی از اصولی های دیگر با این نظر مخالف اند و می گویند که قید یا شرط به ماده بر می گردد؛ برای واضح تر شدن این بحث مثالی بیان می شود: مثلاً شارع بیان می کند که، اگر دانشجویان الهیات را دیدید، احترام کنید. از نظر این دسته از اصولیان آنچه که مورد پسند و مطلوب آمر است این است که، هر گاه دانشجو 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 می خواهید 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 دانشجویان الهیات) برمی گردد. (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۶۹)

با توجه به نظراتی که فقها بیان کرده است می توان نتیجه گرفت که؛ کسانی که معتقدند قید و شرط به هیئت برمی گردد تعلیق در انشاء را با توجه به دلایل بیان شده درست می دانند؛ اما کسانی که برخلاف نظر آنها معتقد بودند که قید و شرط به هیئت بر نمی گردد بلکه به ماده برمی گردد؛ انشاء وجوب را به صورت مطلق و بدون هیچ قید و شرطی می دانند و آنچه که در این جا مقید شده است متعلق وجوب می باشد (اکرام کردن) و این اکرام کردن در صورتی شکل می گیرد که دانشجویان الهیات دیده شوند، لذا وجوب به اکرام دانشجویان الهیات در فرض دیدن آن ها برمی گردد.

(ب) حقوقدانان: دلایل حقوقدانان دال بر صحت تعلیق در انشاء این موارد است؛ ۱- اینکه در قانون مدنی در مورد عقد معلق و تفکیک تعلیق انشاء، منشاء، چیز صریحی بیان نشده است. در قانون مدنی تنها در ماده ۱۸۳ عقد معلق را به عنوان یکی از اقسام عقود معرفی کرده است و در ماده ۱۸۹ عقد منجز تعریف کرده و از مفهوم مخالف آن می شود به تعریف عقد معلق دست یافت؛ پس خود قانون به طور واضح چیزی در مورد عقد معلق بیان نکرده است. لذا حقوقدانان خود به بررسی عقد معلق و تعلیق در انشاء و منشأ پرداختند. ۲- ادله حقوقدانان بر صحت تعلیق در انشاء، همان نظر فقها را دارند که، تعلیق در انشاء را با واجب مشروط مقایسه کرده اند. از نظر آن ها در این موارد عقد بیان می شود؛ اما انتقال مال و انشاء آن همانند منشاء زمانی صورت می گیرد که، معلق علیه محقق شود. پس تا سال قبل آن، حق تصرف در مال وجود ندارد. مانند جایی که شخصی به پسر خود بیان

می‌کند، اگر امسال در کنکور قبول شوی من این ماشین را به تو می‌بخشم. (امامی، ۱۳۹۹، ج ۱، صص ۱۶۵-۱۶۶) در این جا ظاهر عقد به صورت لفظی بیان شده است؛ اما انتقال ماشین به پسر صورت نمی‌گیرد؛ زیرا انشاء عقد همانند منشاء به تحقق معلق علیه که قبولی در کنکور باشد بستگی دارد. بعد از قبولی در کنکور پسر حق تصرف در ماشین را دارد، ولی تا قبل آن هیچ گونه تصرفی نمی‌تواند انجام دهد. آنها معتقدند در واجب مشروط، تحقق وجوب بستگی به تحقق شرط دارد. لذا تعلیق در انشاء را درست می‌دانند.

۳- همچنین آن‌ها بیان می‌کنند کسانی که در مورد عقلی نبودن تعلیق در انشاء نظر داده‌اند، کاملاً نادرست است؛ زیرا انشاء و اخبار هر دو تعلیق‌پذیر هستند. حقوق‌دانان بیان می‌کنند: قانون مدنی در هیچ ماده‌ای بیان نکرده است که عقد معلق باطل است. اتفاقاً آن‌ها می‌گویند، چون عقد معلق در تقسیم‌بندی عقود نام برده شده، این نشان دهنده آن است که، عقد معلق در قانون مدنی پذیرفته شده است. و در ماده ۱۸۹ ق. م عقد معلق را مفهوماً تعریف کرده است نه منطوقاً. قانون وقتی به بحث عقود که رسیده تنها دو عقد را بیان می‌کند که اگر معلق شوند باطل‌اند. یکی ضمان است و دیگری نکاح. وقتی ما چندین عقود داریم و قانون‌گذار تنها دو عقد، معلقشان را باطل دانسته، این به این معناست که در سایر عقود باطل نیستند.

۴- دلیل دیگر آن‌ها هم اصل صحت است می‌گویند: ما اصل صحت داریم؛ ماده ۲۳۳ ق. م بیان می‌کند: «هر معامله‌ای صحیح است مگر این که فساد آن مشخص شود.» با این دلایلی که بیان شد، عقد صحیح است. (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۷۳)

نظریه بطلان: برخی از فقها و حقوق‌دانان، اعتقاد به بطلان تعلیق در انشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند:

الف) فقها: 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، ص 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.

۲- فقهای که تعلیق در انشاء را صحیح می دانند، واجب مشروط را با تعلیق در انشاء مقایسه می کنند و می گویند: که شرط به هیئت برمی گردد نه به ماده، درحالی که چنین چیزی اصلاً صحیح نیست و شرط به ماده برمی گردد نه به هیئت و مقایسه تعلیق در انشاء با واجب مشروط نادرست است. می دانیم 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 این جا وجوب به صورت قطعی و منجز صورت گرفته است، ولی به فعلیت نرسیده است و با دیدن دانشجوهای الهیات به فعلیت می رسد. (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 نمی شود، آن چیز یا به وجود می آید یا به وجود نمی آید.

(ب) حقوقدانان: دلایل حقوقدانان دال بر بطلان تعلیق در انشاء این موارد است، ۱- از نظر حقوق دانان دلیل بطلان تعلیق در انشاء، عقل است، چنین عقدی از نظر عقلی نادرست است؛ پس قانونگذار به وسیله این که، در قانون مدنی ماده ای بیان نشده است تا بطلان آن را بیان کند این نوع از عقود را نباید صحیح بداند. (لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۱) ۲- ادله دیگر ایشان در مورد واجب مشروط است. ایشان بیان می کنند که در این نوع از عقود ایجاب به صورت قطعی و منجز بیان می شود و آنچه که معلق می شود منشاء عقد است. لذا تعلیق در انشاء باطل است. همچنین ایشان بیان می کنند که تعلیق در انشاء یعنی این که ایجاد یک فعل را بر چیز دیگری معلق کنیم در این صورت این امر کاملاً نادرست است زیرا هنوز عقدی صورت نگرفته است و تحقق عقد بستگی به حصول معلق علیه دارد. (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۷۴) ۳- ادله دیگر، بطلان ادله قائلین به صحت تعلیق در انشاء، که اصل صحت ذکر شد، این است که بعضی از حقوق دانان از انشاء، به قصد انشاء و ایجاد یاد کرده اند و گفته اند افرادی که تعلیق در انشاء را صحیح دانسته اند و اصل صحت را مطرح کرده اند باید بدانند، هرگاه انشاء معلق شود دیگر قصد انشایی وجود ندارد بلکه همانند این می باشد که شما قولی برای ایجاد عقد می دهید که فعلاً صورت نمی گیرد بلکه در آینده شکل می گیرد، در قانون مدنی قصد انشاء در عقد بسیار مهم می باشد به طوری که اگر قصد انشاء نباشد، عقد باطل می شود. پس در این موارد اصل صحت کاربرد ندارد. (شهیدی، همان، ص ۷۵)

در مقابل دیدگاه فقها در صحت و بطلان تعلیق در انشاء، امام خمینی (قدس سره) بیان متفاوتی در باب تعلیق در انشاء مطرح کرده اند. ایشان در کتاب البیع می فرمایند: آنچه را که بعضی از اعظم عصر گمان کرده اند 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، صص 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 می شود یا نمی شود، 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 می کنند، حکم به بطلان تعلیق در انشاء می دهند. معتقدند در عالم تکوین چون نمی تواند 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 می دانند، و فقط تعلیق در منشاء را پذیرفته اند. (خویی، همان، ج ۳، ص ۷۰) انشاء یعنی ایجاد کردن و ایجاد معلق، اگر گفته شود مرجعش به تناقض است، امام این را رد می کند. زیرا این قیاس ایجاد اعتباری با ایجاد تکوینی است. عالمی که تعلیق آن ممتنع می باشد، عالم تکوینی است نه عالم اعتبار. و قید برای هیئت و انشاء است نه ماده و منشاء. امام می فرماید: انشاء غیر از لفظ است که به وسیله آن انشاء واقع می شود، زیرا لفظ، امری وجودی است و تعلیق امر وجودی غیر ممکن است برخلاف انشاء که یک امر اعتباری است. و عدم تفکیک بین این دو باعث شد که بگویند بین آنچه واقع می شود و آنچه واقع نمی شود و بین وجوب و عدم، تناقض پیش می آید و این معقول نیست زیرا ایجاد و عدم بالفعل لازم می آید. ولی در واجب مشروط انشاء معلق است و تحقق ایجاب و وجوب بعد از شرط لازم می آید 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 برمی گردد خبریه باشد یا انشاییه. (همان، صص ۳۴۹-۳۴۸)

بنابراین امام به درستی قیاس امور اعتباری با امور حقیقی را قابل قبول ندانسته اند، برخلاف اکثر فقهای متقدم و متاخر که قائل به عدم صحت تعلیق در انشاء می باشند، قائل به صحت تعلیق در انشاء هستند.

۳- تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق در منشاء

الف- تبیین تعلیق در منشاء

در تعلیق در منشاء از نظر فقها، موضوع به تعریف ایشان از منشاء برمی گردد. 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 می شود و به محض ایجاد شدن انشاء، منشاء نیز خلق می گردد و آثار آن در طی زمان ها و با تأخیر

حاصل می‌شود. برای تشخیص منشاء باید دید که هر یک از طرفین عقد، چه قصد و اراده‌ای دارند. منشاء در 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 منشأ 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 منشأ یکسان است، و هر دو به یک منشأ مشترک دست پیدا می‌کنند.

ب) دلایل بیان نظریات (نظریه صحت - نظریه بطلان)

نظریه صحت: فقها در صحت تعلیق در منشاء هم مثل انشاء، به دو دسته تقسیم می‌شوند، برخی از فقها و حقوقدانان، اعتقاد به صحت تعلیق در منشاء دارند، و دلایلی هم در این مورد ذکر کردند:

الف) فقها: دلایل فقها دال بر صحت تعلیق در منشاء این موارد است؛ ۱- فقهای که تعلیق در منشاء را صحیح میدانند و شبهه‌ای در امکان آن نمی‌دادند؛ (نائینی، همان، ج ۳، ص 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، همان، ج ۱، ص 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، همان، ص ۲۹۰) ۲- شیخ انصاری بیان می‌کنند که ما در تعلیق، اقسامی داریم (اقسام معلق علیه) گاه شرطی که موجب تعلیق می‌شود فی الحال 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، ص 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، ص 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. (زنجان، ۱۴۱۹، ج ۹، ص 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 کرده اند. (قلی پور، ۱۳۸۲، ص 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 معامله‌ای داده‌اند، زیرا این مورد

از موارد بارز عقد معلق است. (همان، ص ۷۹) ۵- شرطی که قطعاً در آینده تحقق پیدا می کند و صحت عقد منوط به وجود این شرط می باشد؛ اگر بایع از این امر اطلاع داشته باشد و عقد را معلق کند در این صورت گفته شده عقد صحیح است. (زنجانی، همان، ص ۳۲۵۳) ۶- شرطی که قطعاً در آینده تحقق پیدا می کند و صحت عقد منوط به وجود چنین شرطی نیست؛ از نظر فقها چنین عقدی صحیح نمی باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، ص 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، همان)

لذا نظر فقها در مورد تعلیق در منشاء این است که ظرف زمانی معلق علیه یا حال است و یا 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 نمی کند در هر صورت آن را موجب بطلان عقد می دانند و در صورت دیگر عقد صحیح است.

۳- ادله ای 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 می شود: اگر خورشید طلوع کند، روز می شود. در این قضیه علم به صورت فعلی شکل می گیرد؛ اما معلوم معلق می شود. لذا در این صورت در تعلیق منشأ هیچ اشکالی وجود ندارد. (زنجانی، همان، ص ۳۲۵۲)

ب) حقوق دانان: در مورد صحت تعلیق در منشاء، همان دلایلی که برای صحت تعلیق انشاء ارائه دادند، بیان کرده اند. ۱- قانون گذار در قانون مدنی، ماده ای را بیان نکرده که دال بر بطلان عقد معلق باشد؛ این حمل می شود بر این که، قانون گذار عقد معلق را باطل ندانسته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴) ۲- حقوق دانان، به وسیله ماده ۲۲۳ اصل صحت را بیان کرده اند؛ زیرا در قانون مدنی ماده ای دال بر بطلان عقد معلق اعلام نشده است. لذا عقد معلق همانند عقود دیگر شامل حکم ماده ۲۳۳ خواهد شد. ۳- همچنین ماده ۱۰ ق. م را مطرح کرده اند، زیرا؛ این ماده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را مطرح می کند، براساس این ماده اگر عقدی خلاف قانون نباشد صحیح است، پس اگر در عقد معلق چیزی که خلاف قانون باشد وجود نداشته باشد چنین عقدی صحیح است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۸) ۴- در قانون مدنی در ماده ۶۹۹ و ماده ۱۰۶۸ ق. م فقط دو عقد وجود دارد که قانون، تعلیق در آن ها را باطل اعلام کرده است که آن دو، شامل عقد ضمان و نکاح می باشد. در حالیکه در قانون مدنی عقود بسیاری است، یعنی در سایر عقود تعلیق وجود داشته باشد، صحیح می باشد. (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۷۱) ۵- همچنین ماده ۱۹۰ ق. م؛ که در آن شرایط مورد نیاز برای صحت معامله بیان شده است، در این ماده از کلمه تنجیز نامی برده نشده، لذا تنجیز شرط صحت عقد نمی باشد. پس عقد معلق درست می باشد. (همان، ص ۷۴)

نظریه بطلان:

الف: برخی دیگر از فقها، 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، ص ۵۵) ۲- تعلیق در منشاء معنایی ندارد، زیرا در معانی تصویری تعلیق معقول نیست پس اجباراً تعلیق به معنای تصدیقیه برمی‌گردد خواه این معانی 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، همان، ص 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 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، همان، ج ۱۴، ص 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 منشأ از راه دیگری وارد شده‌اند 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 وصیت‌کننده 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، ص ۵۲) شیخ انصاری بحثی 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 عقده‌ی 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 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، ص ۳۴۷) و در ادامه اجماعی که فقها در جهت تنجیز عقود ذکر کردند، می‌فرمایند: «از آن جا 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، ص ۳۵۲) البته امام در کتاب تحریر الوسیله در مورد بعضی از عقود، از جمله وکالت و نکاح می‌فرمایند: احتیاطاً در وکالت، و صحت نکاح، تنجیز شرط است. (خمینی، ۱۳۷۶، ص ۶۷)

ب) حقوق‌دانان: برخی از حقوق‌دانان قائل به بطلان تعلیق در منشاء هستند و از جمله ادله‌ای که بیان کرده‌اند این است که، ۱- در قانون مدنی تعلیق را در دو عقد صراحتاً موجب بطلان عقد اعلام کرده است. لذا در عقد ضمان و نکاح که قانون‌گذار در ماده ۶۹۹ و ۱۰۶۸ ق.م در مورد آنها را بیان کرده است؛ تعلیق راه ندارد. (امامی، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۱۶۷)

۲- اگر متعهد یا مدیون آن‌طور که خودشان می‌پسندند، معلق علیه را اراده کنند؛ مانند جایی که بایع می‌گوید «این گوسی را به تو فروختم اگر دوست داشتم». در این جا چون عقد به صورت منجز صورت نگرفته و آن چه که انشاء شده با معلق علیه مخالف است، در نتیجه چنین عقدی باطل است. (شهیدی، همان، ص ۷۴)

۳- اگر تعلیق بر موردی باشد که قادر به انجام آن نباشیم یا آن عمل نامشروع باشد، در این صورت چنین عقدی باطل است. زیرا اگر عقدی خلاف اخلاق حسنه و خلاف قانون و قواعد حقوقی باشد، چون در این صورت شرط یا معلق علیه تحقق پیدا نمی‌کند، در این جا عقد هیچ تأثیری ندارد گویی عقد اتفاق نیفتاده است. در ماده ۲۳۲ ق.م نیز در این مورد بیان شده است، که گفته شده است: شرطی غیر مقدور و نامشروع باشد باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴)

۴- حقوق‌دانان ماده ۲۳۳ ق.م را بیان کرده‌اند که بر اساس این ماده اگر شرطی که در عقد صورت می‌گیرد به صورت مجهول بیان شود که موجب شود نسبت به عوضین جهل داشته باشیم در این صورت چنین عقدی باطل است. مانند جایی که بایع می‌گوید: «من این لپ‌تاپ را به تو فروختم به شرط آن که در آن تصرف نکنی» اقتضاء عقد این است که تصرف صورت بگیرد. بدون تصرف عقد صحیح نیست. (شهیدی، همان، ص ۷۳)

اما رویکرد امام خمینی متفاوت از سایرین است؛ ایشان تعلیق در منشاء را به چالش کشیده‌اند. فرمودند: تعلیق در منشأ معنا ندارد چون معانی تصوریه تعلیق و اناطه ندارد. و معتقدند، ایجاد اعتباری را با ایجاد تکوینی نمی‌توان

قیاس کرد، و از امتناع تعلیق تکوینی نمی توان ممتنع بودن آن در عالم اعتبار را بدست آورد. پس اگر بگویید «اگر پدرم نزد تو آمد او را احترام کنید در این جا قید، قید (هیئت) انشاء است نه ماده و منشاء پس انشاء و بعث اعتباری برآمدن پدر معلق است و اگر پدر نیامد هیچ گونه بعثی ضرورتاً نیست و در ظرف تحقق آمدن، بعث اعتباری تحقق می یابد: و بالجمله قبل از حصول معلق علیه نه ایجابی هست و نه وجوبی.» (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۴۸)

اما باید گفت: ایشان همانطور که به راستی قیاس امور اعتباری با امور حقیقی را در انشاء غیرقابل قبول می دانند باید همین عدم قیاس را در منشاء هم پیاده می کردند، 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، و گرنه نباید مانعی برای تعلیق در منشاء وجود داشته باشد؟ به نظر می رسد، با توجه به عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» که اعم از عقود معلق و عقود منجز است، عقود معلق بطور مطلق صحیح باشند.

نتیجه:

حقوق دانان و فقها در صحت تنجیز در عقود توافق نظر دارند اما اختلاف آن ها در عقد معلق می باشد و قبل از بیان صحت و عدم صحت عقد معلق باید بیان شود که عقد معلق شامل تعلیق در انشاء و تعلیق در منشأ می باشد. مشهور فقها و حقوق دانان اجماع دارند که تعلیق در انشاء باطل است، زیرا انشاء به معنای ایجاد عقد می باشد و امکان ندارد که ایجاد و موجود شدن عقد معلق شود و در این صورت عقدی صورت نمی گیرد، لذا حکم به بطلان چنین عقدی می دهند. اما در مورد تعلیق در منشاء اکثریت فقها و حقوق دانان چنین عقدی را صحیح دانسته اند و بیان داشته اند که ایجاد عقد به طور منجز شکل گرفته است و اگر در منشاء تعلیق ایجاد شود اشکالی در عقد ایجاد نمی شود.

در قانون مدنی قانون گذار در مورد عقودی که تعلیق در آنها موجب بطلان آن عقد می شود تنها تعداد اندکی از عقود را نام برده است و در مورد سایر عقود سکوت کرده است. با توجه به نظرات فقها و حقوق دانان تعلیق در سایر عقود که امروزه بسیار کاربرد دارند مانند عقد اجاره و عقد بیع و غیره را صحیح دانسته اند و بیان کرده اند که اگر عقدی معلق شود در صورتی حکم به صحت آن می شود 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 منشأ 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.

منابع:

۱. قرآن کریم
۲. اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه المکاسب، بی جا، پایه دانش.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۹۹)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه.
۴. امامی نمینی، محمود، (۱۳۸۳)، بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی، تهران، مجله مطالعات اسلامی.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۹)، مکاسب، قم، الهادی.
۶. -----، (۱۳۹۱)، شرح مکاسب، ترجمه مسعود عباسی، تهران، انتشارات جنگل.
۷. ایزدپناه، عبدالرضا، (۱۳۸۲)، فصلنامه فقه، شماره ۳۶.
۸. بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱)، قواعد فقهیه، تهران، موسسه عروج.
۹. بروجردی عبده، (۱۳۸۰)، محمد، حقوق مدنی، بی جا، گنج دانش.
۱۰. جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، انتشارات داوری.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مجموعه قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۱۲. -----، (۱۳۹۱)، ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران، گنج دانش.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۴. حکیم، سید محسن، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، بی جا، دارالتعارف للمطبوعات.
۱۵. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، قم، موسسه آل بیت.
۱۶. خراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۶)، حاشیه کتاب المکاسب، نشر وزارت ارشاد اسلامی.
۱۷. خویی، ابوالقاسم، (۱۴۰۷)، مبانی العروه الوثقی، قم دارالهادی.
۱۸. زنجان، (۱۴۱۹)، کتاب النکاح، قم، نشر موسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۲۰. شیخ الاسلام، محمد، راهنمای مذهب شافعی، تهران، دانشگاه تهران، بی تا
۲۱. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۴)، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. -----، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، (دوره مقدماتی حقوق مدنی)، تهران، نشر میزان.
23. طباطبایی یزدی، (۱۳۸۶)، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

۲۴. فیض، علیرضا، (۱۳۹۱)، مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۵. قلی پور، مسلم، (۱۳۸۲)، بیع، انتشارات نشر اخلاق.
۲۶. فنوتی، جلیل، (۱۳۹۰)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۸. -----، (۱۳۹۱)، اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۹. -----، (۱۳۹۲)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.
۳۰. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.
۳۱. محقق داماد، مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. مراغی، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۸)، العناوین، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۳۳. مراغی، میر عبدالفتاح، (۱۳۹۱)، العناوین، ترجمه زراعت، تهران، جنگل.
۳۴. مظفری، محمدرضا، (۱۴۰۵)، اصول الفقه، بی جا، انتشارات نشر دانش اسلامی.
۳۵. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۷۶)، تحریر الوسیله، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۳۶. -----، (۱۴۱۰)، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان.
۳۷. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۲۴)، منیه الطالب، بی جا، دار احیاء التراث.
۳۸. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار الکتب الاسلامیه.
۳۹. هاشمی شاهرودی، محمد، (۱۳۷۴)، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳.