

بررسی فقهی و حقوقی تعلیق و تنجیز در عقد نکاح با تأکید بر دیدگاه‌های فقه‌ای امامیه

زهرا خالوزاده^۱

چکیده

از نظر مشهور فقها یکی از شرایط صحت معاملات اعم از عقود و ایقاعات، تنجیز (عدم تعلیق) می باشد. این پژوهش با هدف بررسی شرط تنجیز و تأثیر تعلیق بر عقد نکاح، با رویکردی تحلیلی-تطبیقی به تحلیل آرای فقهی و ادله مرتبط می پردازد. با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، صور مختلف تعلیق بیان شده و دیدگاه‌های فقها در سه دسته کلی (ابطال مطلق تعلیق، جواز تعلیق در برخی صور، و تفصیل بین عقود معاوضی و اذنی) مورد بحث واقع شده است. ادله قائلان به شرط تنجیز، شامل اجماع، روایات، اصالة الفساد، استنکار عرفی، و دلیل عقلی، مورد نقد و بررسی قرار گرفته و ناتمام بودن آن‌ها نشان داده شده است. یافته‌ها حاکی از آن است که دلیلی معتبر (اجتهادی یا فقه‌ای) برای شرطیت تنجیز در عقد نکاح وجود ندارد و تعلیق لزوماً به بطلان عقد منجر نمی شود. این پژوهش پیشنهاد می دهد با توجه به فرق بین شرط و تعلیق، و عدم وجود ادله قاطع، می توان تعلیق در معاملات اعم از ایقاعات و عقود و از جمله عقد نکاح را پذیرفت، مشروط بر حفظ جزم و قصد انشاء.

واژگان کلیدی: تعلیق، تنجیز، عقد نکاح، فقه امامیه



مقدمه

موضوع این تحقیق "تعلیق و تنجیز در عقد نکاح" است. یکی از شرایط صحت در عقود، تنجیز یا عدم تعلیق است و فی الجمله اعتبار تنجیز در صحت عقد مورد اتفاق فقهاست. بحث از این شرط در ابواب مختلف فقهی مطرح شده از جمله: در کتاب الوقف، کتاب العتق، کتاب الوکاله، کتاب البیع و کتاب النکاح. مراد از تنجیز آن است که بوسیله ادات شرط، انشاء عقد را بر چیزی معلق نکنند. یعنی قصد متعاقدان این نباشد که انعقاد معامله در صورت وجود آن چیز باشد. مراد از تعلیق آن است که انشاء عقد معلق بر چیزی باشد. و این سوال پیش می‌آید آیا با تعلیق، ماهیت عقد ایجاد می‌شود؟ یا ماهیت عقد زمانی ایجاد می‌شود که عقد به صورت منجز (بدون تعلیق بر شیء) باشد؟

تعلیق اقسام گوناگونی دارد. شیخ انصاری در کتاب البیع، شانزده صورت برای تعلیق در نظر گرفته و می‌فرماید: معلق علیه یا تحقق آن قطعی است یا تحقق آن محتمل است. و در هر دو صورت تحقق معلوم یا محتمل، یا در زمان حال می‌باشد یا در زمان آینده. و در چهار صورت فوق شرط یا مصحح عقد است یا مصحح عقد نیست. و در هشت صورت ایجاد شده، تعلیق یا مصرح است یا لازمه کلام است. که مجموعاً شانزده صورت می‌شود (کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۱۶۶).

اما صورت‌های مهم و محل بحث از صور شانزده گانه عبارتند از:

۱- معلق علیه امر محقق الحصول و حالی باشد، یعنی معلق علیه همین الآن حاصل است. مانند اینکه متعاقدين هر دو می‌دانند امروز جمعه است و یکی از آن دو می‌گوید: ان كان هذا يوم الجمعة زوجتك بكذا.

۲- معلق علیه امر مشکوک الحصول و حالی است و معلق علیه شرط صحت عقد است مثلاً می‌گوید: ان كانت هذه بنتی فزوجتها لك.

۳- معلق علیه امر محقق الحصول و استقبالی است و به نحو شرط مقارن اخذ شده است. یعنی اگر این شرط در آینده تحقق پیدا کرد، از همان زمان تحقق شرط، عقد هم محقق می‌شود. مثلاً می‌گوید: ان كان الشهر الآتی شهر رمضان، انت زوجتی.



۴- معلق علیه امر محقق الحصول و استقبالی است و به نحو شرط متاخر اخذ شده است. یعنی اگر این شرط در آینده تحقق پیدا کرد، از همین الآن عقد محقق می شود مثلاً بگوید: ان كان الغد يوم الجمعة فزواجك بكذا یعنی اگر فردا جمعه باشد (و فردا قطعاً جمعه است) تو از الآن زوجه من هستی.

۵- معلق علیه امر مشکوک الحصول و استقبالی و به نحو شرط مقارن اخذ شده، مثلاً می گوید: ان جاء زيد غدا فزواجك بكذا. اگر زید فردا بیاید در حالی که آمدن زید فردا مشکوک است، تو از همان فردا زوجه من هستی.

۶- معلق علیه امر مشکوک الحصول و استقبالی و به نحو شرط متاخر اخذ شده است. مثلاً می گوید: ان جاء زيد غدا فزواجك بكذا. اگر زید فردا بیاید در حالی که آمدن زید فردا مشکوک است، تو از الآن زوجه من هستی.

در تحریر محل نزاع باید گفت: بین شرط و تعلیق فرق است. شرط چیزی است که خارج از ماهیت شیء است و بدون آن، شیء تحقق می یابد ولی اگر مشروط علیه با شرط مخالفت کند برای مشروط له مثلاً حق فسخ ایجاد می شود. ولی در تعلیق، فرض آن است که معلق علیه در ماهیت شیء (عقد) دخالت دارد به گونه ای که بدون آن، عقد محقق نمی شود. بنظر می رسد در کلمات فقهاء بین شرط و تعلیق خلطی صورت گرفته است.

لازم به ذکر است از آن جا که بحث تعلیق و تنجیز در همه معاملات اعم از عقود و ایقاعات مطرح است و اختصاصی به عقد نکاح ندارد و از طرف دیگر، همه فقهاء بحث از تنجیز و تعلیق را در کتاب نکاح مورد بررسی قرار ندادند، در بیان نظرات فقهاء، ادله و نقد و بررسی آن ها از کتب مختلف فقهی استفاده شده است.

در خصوص شرطیه تنجیز در عقود مختلف چند قول وجود دارد.

قول اول: شرطیه تنجیز در عقود مطلقاً

یعنی تعلیق به هر شکلی باعث بطلان عقد می شود. حتی اگر تعلیق بر امر محقق الحصول فی الحال باشد. شاید بتوان گفت این دیدگاه مشهور فقهاءست.



قول دوم: جواز تعلیق در برخی از صور

در برخی از موارد عقد با تعلیق صحیح است. مثلاً حضرت امام در تحریر می‌فرماید: ... نعم لو علقه علی امر محقق الحصول کما اذا قال فی یوم الجمعة "انکحت ان کان الیوم یوم الجمعة" لم یبعد الصحه (تحریر الوسیله، کتاب النکاح، مسئله ۱۰، ص ۷۰۴). همچنین مرحوم سید می‌فرماید: ... نعم لو علقه علی امر محقق معلوم کان یقول ان کان هذا یوم الجمعة زوجتک فلانه مع علمه بانه یوم الجمعة صح و اما مع عدم علمه فمشکل (العروه الوثقی، ج ۵، ص ۵۹۳). برخی از فقهای دیگر نیز چند مورد از صورتهای شانزده گانه را استثناء کرده‌اند.

قول سوم: تفصیل بین عقود معاوضی و عقود اذنی

قول سوم دیدگاه محقق خوئی است. ایشان می‌فرماید: ان اعتبار التنجیز یختص بالعقود المعاوضیه و ما یشبهها و اما العقود الاذنیه کالوکاله و ما شابهها فالظاهر انه لا مانع من تعلیقها (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۴). عقود معاوضی عقودی هستند که در آنها عوض و معوض وجود دارد و عقود اذنی عقودی هستند که در آنها رضایت مالک معتبر است. بنابراین وکالت با اینکه عقدی است که نیاز به ایجاب و قبول دارد ولی چون متوقف بر رضایت مالک است از عقود اذنی محسوب می‌شود.

ادله قائلین به شرطیه تنجیز در عقود

دلیل اول: اجماع

از دیدگاه بسیاری از فقها شرط صحت عقد تنجیز می‌باشد، و تعلیق در عقد، مبطل است. از جمله کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند:

- ۱- علامه حلی می‌فرماید: اذا علق الوقف علی شرط او صفه لم ینعقد و کان باطلا... ولا یعلم فیه خلافا (تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۸۴)
- ۲- شهید ثانی می‌فرماید: و علل عدم صحه تعلیق هذه العقود (البيع، الرهن، الصلح، الوقف و الاجاره) علی الشرط مع الاتفاق علیه (تمهید القواعد، قاعده ۱۹۸، ص ۵۳۳).
- ۳- محقق کرکی در باب الوکاله می‌فرماید: یجب ان تكون الوکاله منجزه عند جمیع علمائنا

جامع المقاصد، ج ۸، ص ۱۸۰).

۴- فاضل هندی در کتاب النکاح می‌فرماید: بشرط التنجیز اتفاقا اذ لا عقد مع التعليق (کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۸). تعلیق در عقد مبطل است حتی اگر معلق علیه امر قطعی الحصول باشد و شخص قصد تعلیق هم نداشته باشد. زیرا در صحت عقد شرط است از الفاظ صریح استفاده شود پس وقتی می‌گوید: ان كان هذا يوم الجمعة فزوجتك، این صراحت ندارد و باعث بطلان عقد می‌شود.

۵- صاحب جواهر در کتاب النکاح می‌فرماید: و من ذلك اعتبار التنجيز اتفاقا فلو علقه ولو بامر متحقق لم يصح (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۲). تنجیز در عقد معتبر است اجماعا و در ادامه اشکالی بر فاضل هندی می‌گیرند. زیرا فاضل هندی فرمود تعلیق در عقد نکاح مبطل است گرچه قصد تعلیق هم نداشته باشد. ولی صاحب جواهر می‌فرماید در صورتی که قصد تعلیق نداشته باشد، قطعا حکم به صحت نکاح می‌شود.

۶- محقق خوئی می‌فرماید: اعتبار التنجيز متسالم بين الاصحاب (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۴). از نظر ایشان اعتبار تنجیز مورد تسالم اصحاب است اما در خصوص عقود معاوضی که مشتمل بر عوض و معوض است. اما در عقود اذنی که معاوضه ای در آن وجود ندارد و ملاک در آن رضایت مالک است، تعلیق مانعی ندارد و فرقی نمی‌کند تعلیق بر امر حالی یا استقبالی باشد، و فرقی ندارد معلق علیه قطعی الحصول باشد یا مشکوک الحصول. زیرا وقتی مالک رضایت خود را اعلام می‌کند هر چند این رضایت معلق بر شیء باشد، این رضایت با فرض تحقق معلق علیه وجود دارد و گویا اصلا تعلیقی صورت نگرفته است. و می‌فرمایند از این موارد تعلیق در عقود، بین عامه مردم زیاد است و از نظر عرف، مستنکر هم نیست. مثلا شخصی به دوستش بگوید: من فردا مسافرم و اگر تا یک ماه آینده برنگشتم تو وکیل‌ی خانه مرا بفروشی.

نقد و بررسی

بحث از اشتراط تنجیز در عقد، در ابواب فقهی مختلف از جمله طلاق، عتق، وکالت، بیع و نکاح مطرح شده است. برای بررسی صحت و سقم دلیل اجماع لازم است پیشینه مختصری





درباره شرطیه تنجیز در عقد، شرطیه تنجیز در عقد نکاح بخصوصه، و ادعای اجماع در شرطیه تنجیز بیان شود. اولین کسی که شرط تنجیز در عقد را مطرح کرده، شیخ طوسی می باشد. ایشان می فرماید: اذا علق الوکاله بصفه مثل ان يقول: ان قدم الحاج او جاء راس الشهر فقد وکلتک فی البیع، فان ذلک لا یصح لانه لا دلیل علیه (المبسوط، ج ۲، ص ۳۹۹). ابن ادریس حلی در باب الوکاله می فرماید: اذا قال: ان جاء راس الشهر فقد وکلتک فی الشئ الفلانی فان الوکاله لا تنعقد (السرائر، ج ۲، ص ۹۹). علامه در کتاب النکاح می فرماید: یشرط تجرید الصیغه عن الشرط فلو قال: ان کان ولدی انثی فقد زوجتکها لم یصح و ان کانت انثی (تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، ج ۳، ص ۴۳۱).

اولین کسی که شرطیه تنجیز در عقد نکاح را مطرح کرده ابن سعید حلی است. ایشان می فرماید: و لا یصح تعلیقه علی وقت مستقبل (الجامع للشرایع، ص ۴۳۷). بعد از ایشان علامه حلی در بحث نکاح فرموده: یشرط التنجیز فلو علقه لم یصح (قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۰). و سپس شهید اول می فرماید: لا یجوز تعلیق انعقاد العقود علی شرط... و در ادامه چند مثال می زنند از جمله: ان کان ابی قد مات فقد زوجتک امته، او ان کانت موکلتی قد انقضت عدتها فقد زوجتکها. و در این موارد حکم به بطلان عقد نکاح می کند (القواعد و الفوائد، ج ۲، قاعده ۲۳۸، ص ۲۳۷). سپس محقق کرکی این بحث را مطرح کرده و می فرماید: و یشرط التنجیز فلو علقه لم یصح... لا تنفاء الجزم بدون فی بطل (جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۷).

ظاهراً اولین کسی که ادعای اجماع بر شرطیه تنجیز در عقد نکاح کرده، فاضل هندی است که فرموده: یشرط التنجیز اتفاقاً اذ لا عقد مع التعلیق (کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۸). و بعد از ایشان صاحب جواهر در کتاب نکاح ادعای اجماع بر شرط تنجیز در عقد نکاح کرده است. محقق خوئی نیز ادعای تسالم بر شرطیه تنجیز در عقود معاوضی را بیان کرده اند. و کلمات ایشان در بیان دلیل اجماع گذشت.

از بررسی کلمات فقها بدست می آید برخی از فقها شرط تنجیز در عقد نکاح را مطرح نکردند. برخی دیگر شرطیه تنجیز در عقد نکاح را بیان کردند ولی ادعای اجماع نکردند. بلکه بعضی از فقها شرطیه تنجیز در عقد نکاح را مطرح کرده و ادعای اجماع بر آن کرده اند (البته برخی فقها



ادعای اجماع در سایر ابواب فقهی را بیان کردند) پس بنظر می‌رسد با تکیه بر آراء معدودی نمی‌توان ادعای اجماع بر شرطیه تنجیز در عقد نکاح را پذیرفت.

دلیل دوم: روایات

مرحوم صاحب جواهر در کتاب الطلاق می‌فرماید: تعلیق در طلاق جایز نیست زیرا این شرط از شروط مخالف با کتاب و سنت است و حلال شمردن چیزی است که حرام است. زیرا ادله ظهور دارند در اینکه با آمدن سبب (الفاظ ایجاب و قبول) اثر مترتب می‌شود و دیگر حالت منتظره ای وجود ندارد. و اینکه ترتب اثر تا حصول شرط به تاخیر بیفتد، این شرع جدید است (جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۷۹). صاحب جواهر تعلیق را مخالف با کتاب و سنه می‌داند ولی به روایات اشاره ای نمی‌کند.

محقق خوئی در کتاب النکاح روایاتی را بیان کرده و می‌فرماید: یمكن الاستدلال علیه بجملة من النصوص الواردة فی النکاح و البیع و غیرهما من العقود الظاهر فی لابیة ترتب اثر العقد علیه بالفعل (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۲). روایات عبارتند از:

۱- صحیحہ ابان بن تغلب از امام صادق علیه السلام: کیف اقول بها اذا خلوت بها قال تقول: اتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه... فاذا قالت نعم فقد رضیت و هی امراتک و انت اولی الناس بها) وسائل الشیعه، ج ۲۱، ابواب المتعه، باب ۱۸، ح ۱، ص ۴۳. این روایت دلالت دارد بر اینکه در نکاح متعه وقتی مرد و زن صیغه ایجاب و قبول را جاری کردند، زوجیت و آثار آن بلافاصله محقق می‌شود و تحقق زوجیه بلافاصله بعد از ایجاب و قبول، با تنجیز سازگار است نه با تعلیق.

نقد و بررسی

اولاً: از روایت استفاده می‌شود با اجرای صیغه اگر عقد منجز باشد، اثر مترتب می‌شود. ولی روایت ثابت نمی‌کند اگر عقد معلق بود باطل می‌شود. به عبارت دیگر اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند.

ثانیاً: سلمنا از روایت شرط تنجیز در عقد نکاح استفاده شود، ما دو دسته روایات داریم: یک



دسته روایاتی داریم که امام خودش ابتدا به ساکن بالای منبر رفته و مسائل شرعی را برای مردم بیان کرده، که از این روایات، براساس قاعده اشتراک احکام، عمومیه استفاده می‌شود. و دسته دوم روایاتی هستند که فردی از امام مسئله شرعی می‌پرسد و امام پاسخ می‌دهد. در این روایات احتمال وجود قرائن حالیه و مقالیه بین امام و راوی وجود دارد و چه بسا سائل و امام با اعتماد به آن قرائن سوال و جواب کرده باشند. در این دسته روایات که صحیحه حلبی نیز از این دسته می‌باشد چه بسا نتوان به آسانی عمومیت را استفاده کرد و گفت چون در عقد متعه تنجیز شرط است، در عقد دائم و سایر عقود هم این شرط وجود دارد.

ان قلت: در دسته دوم هم براساس اصل عدم قرینه و اصل وثاقت راوی و اطمینان به اینکه هر چه در فهم روایت تاثیر داشته، راوی آن را بیان کرده و به استناد قاعده اشتراک می‌توان عمومیت را از روایت فهمید.

قلت: بله به کمک این اصول عمومیت فهمیده می‌شود یعنی اینکه پاسخ امام اختصاص به این سائل نداشته و برای هر کسی که بخواهد عقد متعه انجام دهد، کاربرد دارد. ولی از این اصول، سرایت حکم متعه به عقد دائم و یا سایر عقود فهمیده نمی‌شود. خصوصاً با توجه به اینکه عقد دائم و منقطع با وجود یکسری اشتراکات، اختلافات متعددی دارند.

۲- روایات مربوط به شراء امه

چند روایت در این باره مطرح شده است. که از باب اختصار یک روایت بیان می‌شود.

- ابن ابی عمیر از حفص بن بختری از امام صادق ع نقل می‌کند: فی الرجل یشتري الامه من رجل فیقول انی لم اطهاها فقال: ان وثق به فلا باس بان یاتیها (وسائل الشیعه، ج ۱۸، ابواب بیع الحيوان، باب ۱۱، ح ۲، ص ۲۶۰). از این روایت و روایات دیگر این باب استفاده می‌شود اگر بایع ثقه باشد و خبر از استبراء امه دهد، به محض اینکه مشتری امه را خریداری کرد، وطئ با او جایز است. و اینکه به مجرد شراء ملکیت و آثار آن بار می‌شود با تنجیز عقد سازگار است.



نقد و بررسی

اولاً: همانطور که از متن روایت استفاده می‌شود، ترتب اثر متوقف بر استبراء امه است. یعنی درست است امه مانند حره، عده ندارد ولی استبراء دارد و تا استبراء نشود به صرف شراء و ملکیت، جواز وطئ او ثابت نمی‌شود. مگر اینکه بایع فرد موثقی باشد و بگوید: با امه وطئ نکردم یا زمان لازم گذشته و امه استبراء شده است. در این صورت می‌توان به قول بایع اعتماد کرد و به محض شراء با امه ارتباط برقرار کرد. لذا بنظر می‌رسد این روایت بیشتر برای جواز تعلیق مناسب است تا شرط تنجیز.

ثانیاً: روایت درباره امه است و در بسیاری از احکام امه با حره متفاوت است. پس، از اثبات حکمی برای امه، نمی‌توان آن را بدون دلیل به حره سرایت داد.

۳- صحیحہ حلبی از امام صادق علیه السلام

انه سئل عن رجل قال لامراته ان تزوجت عليك او بت عنك فانت طالق. فقال: ان رسول الله صلى الله عليه... قال: من شرط شرطاً سوى كتاب الله لم يجز ذلك عليه ولا له (وسائل الشیعه، ج ۲۲، ابواب مقدمات طلاق، ح ۱، ص ۴۴). حضرت می‌فرماید اگر کسی در طلاق شرطی بر خلاف کتاب خدا قرار دهد، این شرط نه به نفع او و نه به ضرر او، قابل قبول نیست. البته محقق خوئی نسبت به این روایت دو احتمال می‌دهند و می‌فرمایند ممکن است منظور روایت، طلاق شرطی باشد که باطل است و ممکن است منظور روایت، توکیل در طلاق باشد که در این صورت صحیح است و دلیلی بر ما نحن فیه نخواهد بود. ولی در نهایت بیان می‌کنند مستفاد از روایات آنست که به صرف اجرای عقد، اثر مترتب می‌شود و تنجیز در عقود معتبر است (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۳).

نقد و بررسی

اولاً: از روایت استفاده می‌شود اصل تعلیق (شرط گذاشتن) برای طلاق (یا برای معاملات) جایز است. ولی شرط نباید مخالف با کتاب باشد.

ثانیا؛ روایت دلالت ندارد بر اینکه تعلیق، شرط مخالف با کتاب است. بلکه پیامبر در مقام بیان آن است که شرطی که این مرد گذاشته، شرط مخالف با کتاب است. زیرا گفته اگر زن دیگری گرفتم تو را طلاق می دهم. یعنی این مرد چند همسری را برای خودش ممنوع کرده در حالی که چند همسری طبق آیه قرآن جایز است. زیرا خداوند می فرماید: و ان خفتم الا تقسطوا فی الیتامی فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع (نساء، آیه ۳)

ثالثا؛ همانطور که محقق خوئی بیان کردند این روایت ذواحتمالین است. یعنی احتمال دارد روایت مربوط به توکیل در طلاق باشد و احتمال دارد منظور طلاق شرطی باشد. پس روایت مجمل می شود و نمی توان به آن استناد کرد. بنابراین به نظر می رسد هیچکدام از روایاتی که محقق خوئی بیان کردند دلالت بر شرطیه تنجیز یا بطلان تعلیق در عقد ندارد.

دلیل سوم: اصله الفساد در معاملات

این دلیل نیز در کلام محقق خوئی بیان شده است. ایشان در بطلان تعلیق بر امر مشکوک الحصول، چند دلیل بیان کردند و یکی از آن ادله اصله الفساد است. می فرمایند: اگر عقد معلق بر امر مشکوک الحصول شود، و شک کنیم آیا این عقد صحیح و نافذ است یا نه؟ اصله الفساد جاری می شود و حکم به عدم نافذ بودن عقد می کنیم (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۲).

نقد و بررسی

اولا؛ اصله الفساد بعنوان یک اصل عملی در این جا مطرح شده است. زیرا مراد از آن، اصل عدم ترتب اثر در معاملات یا همان استصحاب عدمی است. و الاصل دلیل حیث لا دلیل. بنابراین اگر برای صحت عقد تعلیقی دلیل خاص هم نداشته باشیم، می توان با تمسک به عمومات و اطلاعات در باب معاملات، حکم به صحت عقد تعلیقی کرد و دیگر نوبت به اصل عملی نمی رسد.

ثانیا؛ سلمنا محل بحث مجرای اصله الفساد باشد، به نظر می رسد اصله الفساد یا استصحاب عدم، یک اصل اولی است. و اصله الصحه به عنوان یک اصل ثانوی از باب حکومت



بر آن مقدم است. بعباره آخری در تعارض الاصلین، اصل سببی بر اصل مسببی حاکم است. ثالثاً: در اصاله الصحه اختلاف است که آیا اصل عملی است یا از امارت معتبره است. بر فرض اینکه اصاله الصحه از امارات باشد، وارد بر اصاله الفساد می شود. زیرا امارات موضوع اصول عملیه را از بین می برند و با بودن اماره، اساساً نوبت به اصل نمی رسد.

دلیل چهارم: استنکار عرفی

این دلیل را نیز محقق خوئی بیان کردند. ایشان می فرمایند: تعلیق بر امر مشکوک الحصول در عقد، نزد عامه مردم، غیر متعارف و مستنکر می باشد و اطلاق ادله اوفوا بالعقود از شمول چنین عقدی، انصراف دارد و شامل عقد معلق بر امر مشکوک الحصول نمی شود. پس این تعلیق باعث بطلان عقد می شود (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۲).

نقد و بررسی

اولاً: درست است تعلیق بر امر مشکوک الحصول نزد عامه مردم غیر متعارف بلکه مستنکر است، ولی بنظر می رسد ملازمه ای بین غیر متعارف بودن نزد عرف با بطلان شرعی نباشد. زیرا شارع بجز در مواردی، معاملات عرفی را امضاء کرده ولو آن معاملات متعارف نباشد. مثلاً بیع سفهایی مثل اینکه شخصی شیء کم ارزشی را به بهای گزافی بفروشد، با این که این بیع در بین مردم متعارف نیست بلکه چه بسا در عرف مستنکر هم باشد ولی چون عرف این معامله را صحیح و نافذ می داند شارع آن را امضاء کرده است. پس ملازمه ای بین استنکار عرف و بطلان شرعی نیست. کما اینکه بالعکس ملازمه ای بین آنچه متعارف بین مردم است با صحت و جواز شرعی نیست. مثلاً رباخواری بین مردم متعارف است، ولی از نظر شرعی حرام است. ثانیاً: معمولاً کارکرد عرف مستقیماً در استنباط حکم شرعی نیست. بلکه کارکرد عرف در کشف ظواهر، کشف مفاهیم و مصادیق موضوعات می باشد.

ثالثاً: بنظر می رسد استنکار عرفی نمی تواند دلیل بر بطلان عقد معلق باشد. بلکه میتواند به عنوان شاهد یا موید استفاده شود. مگر اینکه بگوییم منظور از عرف در کلام محقق خوئی، سیره



عقلاء می باشد، که در آن صورت هم سیره عقلاء بما هی هی حجیت ندارد و حجیت سیره عقلاء شروطی دارد که باید آن شروط ثابت شوند.

دلیل پنجم: دلیل عقلی

مرحوم حکیم می فرماید: ان الانشاء ایجاد للمنشا و کما ان الایجاد الحقیقی لا یقبل الاناطه و التعلیق کذلک الانشاء، لانه ایجاد ادعائی (مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۰).
مرحوم حکیم می فرماید: عقد انشاء است و انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد و وجود بعینه یکی هستند. منتهی ایجاد گاهی تکوینی و گاهی اعتباری است. و از آن جا که تعلیق در ایجاد حقیقی و وجود محال است زیرا وجود یا هست یا نیست و بعبارت دیگر وجود امر بسیط است و امور بسیطه دائر مدار بین الوجود و العدم هستند، انشاء هم که ایجاد ادعائی است نمی تواند معلق بر چیزی باشد.

نقد و بررسی

اولا: محقق خوئی از این استدلال عقلی پاسخ دادند به اینکه: انشاء ایجاد نیست تا اشکال فوق وارد شود. بلکه انشاء، ابراز اعتبار نفسانی است. و این انشاء همان طور که می تواند به امر منجز تعلق بگیرد، می تواند معلق بر امر متاخر شود (کتاب النکاح، ج ۲، ص ۱۸۳).
ان قلت: اگر انشاء ابراز است فما الفرق بین الخبر و الانشاء؟
محقق خوئی پاسخ می دهند: فکما ان الجملة الانشائية لا تتصف بالصدق او الکذب بل انها مبرزه لامر من الامور النفسانية فکذلک الجمل الخبریه فانها مبرزه لقصد الحکایه عن الواقع (محاضرات فی الاصول، ج ۱، ص ۸۷). پس انشاء و اخبار هر دو ابراز هستند ولی در خبر، قصد حکایت هست ولی در انشاء قصد حکایت نیست.

اشکال بر محقق خوئی

از نظر محقق خوئی موضوع له جمله خبریه و جمله انشائیه یکی است و تنها تفاوت آنها در قصد حکایت است. در حالی که این مبنی از نظر مشهور اصولیین قابل قبول نیست. از نظر

مشهور انشاء به معنای ایجاد المعنی باللفظ است در ظرف مناسب خودش.

ثانیا: مرحوم حکیم نیز از استدلال عقلی این گونه پاسخ دادند: اولاً: بین انشاء و ایجاد فرق است. و فرق آن دو، فرق بین حقیقت و ادعاست و باب ادعا وسیع است. یعنی ایجاد مربوط به امور تکوینی است. ایجاد و وجود امر تکوینی، معلق بر چیزی نیست. تعلیق در وجود، در امور تکوینی محال است ولی انشاء مربوط به امور اعتباری است. در امور اعتباری می توان انشاء را معلق بر امری در آینده کرد. ثانیا: می توان گفت تعلیق برای خود انشاء نیست بلکه برای منشا است. یعنی از آنجا که در هر انشائی، یک منشا داریم فرق بگذاریم بین انشاء و منشا. بگوئیم تعلیق در انشاء محال است ولی تعلیق در منشا هیچ محذور عقلی ندارد (مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۰). در ادامه مرحوم حکیم اشکالی را بیان می کنند:

ان قلت: اگر تعلیق برای منشا باشد نه برای انشاء، لازمه آن تفکیک بین انشاء و منشا است در جایی که معلق علیه استقبالی باشد. در حالی که تفکیک بین انشاء و منشا مثل تفکیک بین ایجاد و وجود، محال است. زیرا ایجاد و وجود، حقیقه یک چیزند و اختلافشان اعتباری است. وجود شی را اگر نسبت به فاعل بسنجیم می شود ایجاد، و اگر وجود را نسبت به ماهیت شی در نظر بگیریم می شود وجود شی. و همانطور که تفکیک بین ایجاد و وجود محال است (یعنی نمی شود فاعل، شی را ایجاد کرده باشد ولی شی، وجود پیدا نکرده باشد) در انشاء هم تفکیک بین انشاء و منشا محال است (همان، ص ۳۸۱).

قلت: مرحوم حکیم از این اشکال جواب می دهند: در این فرض، منشا در حین انشاء حاصل است و تفکیکی بین این دو رخ نداده. یعنی همین الآن که انشاء می کند، منشا هم وجود دارد ولی نه به نحو مطلق بلکه بصورت معلق. پس وقتی می گوید بعت هذا معلقا علی قدوم الحاج، انشاء ملکیت کرده و انشاء الآن موجود است ولی منشا (ملکیت) در فرض قدوم حاج در نظر گرفته شده، و "ملکیت در فرض قدوم حاج" هم الآن موجود است. پس تعلیق در منشا محذور عقلی ندارد و تفکیک بین انشاء و منشا پیش نمی آید.

ثالثا: اگر تعلیق در عقود و ایقاعات، عقلا محال بود، از آن جا که احکام عقلی، کلی بوده و تخصیص بردار نیستند، نباید در هیچ موردی عقد یا ایقاع معلق داشته باشیم. در حالی که





شکی نیست در اینکه وصیت تملیکی معلق بر موت، صحیح است. عتق معلق بر موت صحیح است. نذر معلق بر امر استقبالی صحیح است. و صحت این معاملات تعلیقی، دلیل است بر اینکه تعلیق در عقود و ایقاعات نمی تواند عقلا محال باشد (همان، ص ۳۸۲).

پس دلیل عقلی بر شرطیه تنجیز در عقود نیز ناتمام است. تا اینجا ادله قائلین به شرطیه تنجیز در عقود بیان شد و مورد نقد و بررسی قرار گرفت. دو دیدگاه دیگر درباره شرطیه تنجیز در عقود مطرح بود که با توجه به اشکالات مطرح شده در دیدگاه اول، پاسخ به آن دو دیدگاه نیز معلوم است. و طرح آن دو دیدگاه مستلزم تکرار مطالب است.

نتیجه گیری

موضوع این پژوهش تعلیق و تنجیز در عقد نکاح است. درباره شرطیه تنجیز در عقود سه دیدگاه وجود دارد. ۱- دیدگاه مشهور: تنجیز شرط در عقود است و تعلیق باعث بطلان عقد می شود. ۲- دیدگاه مرحوم امام و مرحوم سید در عروه: تعلیق در بعض موارد جایز است. مانند آن که عقد معلق بر شرط محقق الوجود و حالی باشد. ۳- دیدگاه محقق خوئی: تفصیل بین عقود معاوضی و عقود اذنی. ادله دیدگاه اول، مطرح و اشکالات وارد بر آن ادله بیان شد. و معلوم شد هیچکدام از ادله، از جمله: اجماع، روایات، اصالة الفساد، استنکار عرفی و دلیل عقلی تمام نبود. با توجه به اشکالات وارد شده به ادله مشهور، اشکال به دو دیدگاه دیگر نیز مشخص می شود و نیازی به تکرار مطالب نیست. بنابراین از آن جا که ادله مطرح شده شرطیه تنجیز را اثبات نمی کند می توان گفت: تعلیق در عقود از جمله عقد نکاح، موجب بطلان نمی شود.

نظر مختار

از بررسی ادله شرطیه تنجیز یا عدم جواز تعلیق در عقد و ناتمام بودن این ادله، می توان گفت دلیلی اعم از اجتهادی و فقهائی (اصل عملی)، بر شرطیت تنجیز در عقود و ایقاعات وجود ندارد. به نظر می رسد نکته ای که باعث شده فقها این شرط را مطرح کنند آن است که از نظر آنها عقد باید همراه با جزم و قصد و قطعیت باشد و تعلیق با این جزم سازگار نیست. در حالی که

ملازمه ای بین تنجیز و جزم نیست. بلکه می شود جزم و قصد داشت چه عقد منجز باشد چه معلق، تعلیق هم چه بصورت حالی یا استقبالی، چه معلق بر امر قطعی الحصول چه معلق بر امر مشکوک الحصول.

هم چنین به نظر می رسد در کلام فقهاء بین شرط و تعلیق تفکیکی صورت نگرفته است. همانطور که در مقدمه اشاره شد شرط، خارج از ماهیت شیء است ولی تعلیق در تحقق ماهیت عقد (انشاء یا منشاء) دخالت دارد و بیان شد تعلیق در انشاء و منشاء باعث بطلان عقد نمی شود.

مضافاً اینکه بنظر می رسد خود شرطیه تنجیز در عقود، نوعی تعلیق در عقد است. وقتی عقد را مشروط به تنجیز می کنید، اگر منظور مشهور، شرط اصطلاحی باشد، که از محل بحث خارج است چون بحث در تعلیق است نه شرط. و شرط خارج از ماهیت عقد است. مانند شروط ضمن عقد که خارج از ماهیت عقد هستند و با وجود این شروط، انشاء عقد می شود. و حتی در صورت تخلف از شرط، عقد باطل نمی شود بلکه حقی مثل حق فسخ را برای مشروط له ایجاد می کند. و اگر منظور از شرطیه تنجیز، تعلیق باشد، چه چیزی بر این تنجیز معلق شده است؟ انشاء عقد یا منشاء؟ بعبارت دیگر تنجیز در ماهیت عقد دخیل است یا خیر؟ اگر دخیل نباشد که ادعای ما ثابت می شود و اگر بفرمایید تنجیز در تحقق عقد (انشاء یا منشاء) دخیل است، که در این صورت تعلیق در عقد را جایز دانستید. در حالی که از نظر مشهور، تعلیق در عقد باعث بطلان عقد می شود. پس می توان گفت: شرطیه تنجیز از اموری است که از اثبات آن، عدم آن لازم می آید. والله العالم المستعان.





منابع

• قرآن کریم.

۱. علامه حلی. تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. مشهد: مؤسسة آل البيت عليه السلام، بی تا، ۲ جلد.
۲. خمینی، سید روح الله. تحریر الوسیلة. تهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش، ۱ جلد.
۳. شهید ثانی (زین الدین بن علی العاملی). تمهید القواعد. مکتب الإعلام الإسلامی، بی جا، بی تا، ۱ جلد.
۴. محقق کرکی. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۰ هـ، ۱۳ جلد.
۵. حلی، یحیی بن سعید. الجامع للشرایع. مؤسسة سید الشهداء عليه السلام، بی جا، ۱۴۰۵ هـ، ۱ جلد.
۶. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش، ۴۳ جلد.
۷. ابن ادریس حلی. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ هـ، ۳ جلد.
۸. یزدی، سید محمد کاظم. العروة الوثقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۷ هـ، ۶ جلد.
۹. علامه حلی. قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱۴۱۹ هـ، ۳ جلد.
۱۰. شهید اول. القواعد والفوائد. قم: کتابفروشی مفید، بی تا، ۲ جلد.
۱۱. انصاری، مرتضی. کتاب المکاسب. تراث الشیخ الأعظم، بی جا، بی تا، ۶ جلد.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم. کتاب النکاح. نجف اشرف: منشورات مدرسة دار العلم، ۱۴۰۴ هـ، ۲ جلد.
۱۳. فاضل هندی. کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، بی تا، ۱۱ جلد.
۱۴. طوسی، محمد بن حسن بن علی. المبسوط فی فقه الإمامية. تهران: المکتبة

المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ هـ، ٨ جلد.

١٥. حكيم، سيد محسن. مستمسك العروة الوثقى. بيروت: دار إحياء التراث العربي، بی تا،

١٤ جلد.

١٦. خوئی، سيد ابوالقاسم. محاضرات فی الأصول. بی تا، بی جا، بی تا، ٥ جلد.

١٧. عاملی، شیخ حر. وسائل الشیعة. قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، بی تا، ٣٠

جلد.

