

مطالعه تطبیقی تعلیق پذیری اعمال حقوقی در مذاهب حنفی و مالکی

سید محمد اسدی نژاد،^۱ علی صادقی^۲
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۲/۱۹، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۷/۵)

چکیده

عقد معلق هم از نظر شکلی و هم از نظر ماهیتی با عقد منجز تفاوت دارد. شکی در صحت عقد منجز با وجود ارکان عقد نیست. اما وابستگی عقد معلق به امر خارجی دیگر، آن را به یکی از موضوعات چالشی در فقه و حقوق تبدیل کرده است. با توجه به گسترش روزافزون قراردادهای معلق، باطل دانستن آن مانع توسعه حقوق خصوصی و مانع پیشرفت جامعه است. با این هدف در این مقاله دو مکتب فقهی و حقوقی در این زمینه بررسی می‌شود. مسئله اصلی در تحقیق حاضر این است که آیا در مذاهب فقهی حنفی و مالکی تعلیق اعمال حقوقی صحیح است؟ این تحقیق که به صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع معتبر فقهی دو مذهب مذکور صورت گرفته است، نشان می‌دهد که در فقه حنفی و مالکی نظر کلی در مورد امکان تعلیق اعمال حقوقی وجود ندارد، بلکه تعلیق پذیری در اعمال حقوقی مختلف تفکیک شده است. فقیهان حنفی برای عدم صحت اعمال حقوقی معمولاً به غرری بودن عمل حقوقی معلق و مشابهت آن با قمار و مخالفت تعلیق با مقتضای اعمال حقوقی تملیکی استناد می‌نمایند. اما فقیهان مالکی جزم را در معاوضات مالی تملیکی لازم می‌دانند و تعلیق را منافی این جزم می‌دانند. بررسی استدلالهای فقیهان این دو مذهب فقهی نشان می‌دهد که این استدلالها مبنای استواری نداشته و نمی‌تواند دلیل بطلان عقد معلق گردد.

کلیدواژه‌ها: اعمال حقوقی، تعلیق، شرط، شرط صحیح، شرط مناسب.

۱. دانشیار گروه حقوق دانشگاه گیلان (نویسنده مسئول) / asadinezhad@guilan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه گیلان / alisadeqi842@gmail.com

طرح مسئله

در فقه اسلامی اصولاً به اعمال حقوقی که با رضایت طرفین عقد یا شخص ایقاع‌کننده ایجاد شده‌اند، اعتبار داده شده و آثار مشخص بر آنها مرتب می‌شود. در قرآن کریم و سنت نبوی نصوصی وجود دارد که بیانگر اعتبار تصرفات مبتنی بر اراده اشخاص است. از این جمله می‌توان آیات «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱)، «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء، ۲۹) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره، ۲۷۵) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۹۲) را به صورت نمونه ذکر کرد. اعمال حقوقی می‌تواند به شیوه‌های متفاوت ایجاد شود و بر این اساس تقسیم‌بندی‌های متفاوت از اعمال حقوقی وجود دارد. یکی از این تقسیم‌بندیها، تقسیم اعمال حقوقی به اعمال حقوقی منجز و معلق است. عمل حقوقی که وابسته به امر دیگری نباشد، عمل حقوقی منجز و عمل حقوقی که وابسته به امر دیگری باشد، عمل حقوقی معلق است. در صورت وجود سایر شرایط، در مورد صحت اعمال حقوقی منجز تردیدی نیست. اما وابستگی عقد معلق به امر خارجی دیگر، آن را به یکی از موضوعات چالشی در فقه و حقوق تبدیل کرده است. مسئله اصلی در تحقیق حاضر این است که آیا در مذاهب حنفی و مالکی تعلیق اعمال حقوقی بر امر دیگر پذیرفته شده است؟ رویکرد دو مذهب مزبور در این مورد چه تفاوت‌هایی دارد؟ به نظر می‌رسد در فقه اهل سنت به صورت عموم و به صورت مشخص در دو مذهب حنفی و مالکی، امکان تعلیق در اعمال حقوقی مختلف تفکیک شده است؛ بعضی اعمال حقوقی تعلیق‌پذیر و عده‌ای دیگر غیرقابل تعلیق دانسته شده است.

در مورد امکان تعلیق اعمال حقوقی و اعمال حقوقی معلق تحقیقات زیادی صورت گرفته است که به صورت نمونه می‌توان از پایان‌نامه‌های «تعلیق العقود فی الفقه الاسلامی» نوشته ابراهیم بن محمد عبود، «عقد معلق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه» نوشته سید محمد مهدی قبولی درافشان و «الواقعه الشرطیه فی القانون المدنی الاردنی» نوشته اسامه محمد سلیمان الدباس و مقاله‌های «عقد معلق در قانون مدنی و اثر تعلیق به شرایط صحت»، نوشته علی‌آبادی و «وضعیت حقوقی عقد معلق با تعهد به ایجاد معلق‌علیه» نوشته سید حسن وحدتی شبیری و محمد مهدی حمیدی و مقاله عیاشی تحت عنوان «التعلیق العقود مع الاشارة الى بعض التطبيقات المعاصره» نام برد. بعضی از این تحقیقات اختصاص به فقه امامیه، حقوق ایران و بعضی کشورهای دیگر دارد و در عده‌ای دیگر به صورت مختصر

به فقه اهل سنت پرداخته شده است. اما در تحقیق حاضر که به صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به منابع معتبر فقهی قدیم و جدید مذاهب حنفی و مالکی صورت گرفته است، نخست به بیان دیدگاه‌های هر دو مذهب فقهی مذکور پرداخته شده است، استدلال‌های فقیهان مذاهب در مورد صحت یا فساد تعلیق مطرح شده و نقد و ارزیابی شده است و از این نگاه تحقیق جدیدی است.

مفهوم و جایگاه شرط تعلیقی

شرط در لغت به معنای الزام و التزام به چیزی در بیع و امانت آن است (فیروزآبادی، ۱۳۵۲ق، ص ۳۶۸). اما در تعریف اصطلاحی، شرط انواع مختلف دارد که تعریف آن در هر مورد فرق می‌کند. به صورت کلی شرط را به دو نوع شرط شرعی و شرط جعلی تقسیم کرده‌اند. شرط شرعی شرطی است که مربوط به تکلیف است، مثل شرط بودن طهارت برای نماز یا مربوط به وضع است مثل شرط بلوغ برای نماز و وجود اهلیت برای صلاحیت تصرف. اما شرط جعلی شرطی است که از جانب طرف ایجادکننده اعمال حقوقی در آن درج می‌شود. شرط جعلی نیز به سه دسته شرط تقيیدی، شرط اضافی و شرط تعلیقی تقسیم می‌شود (عیاشی، بی تا، صص ۴ و ۶). شرط تقيیدی آن چیزی است که عقد یا ایقاع به وسیله آن مقید می‌شود که در این مفهوم شرط از قبیل تعهد و التزام است (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۹۱). شرط اضافی شرطی است که به وسیله آن ترتیب اثر عقد به تأخیر می‌افتد (عیاشی، بی تا، ص ۶). شرط تعلیقی شرطی است که عمل حقوقی وابسته به آن شده باشد که در این صورت از قبیل جزء علت تامه عمل حقوقی است (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۹۱). از نظر اصولی اصطلاح شرط در جایی است که از عدم وجود شرط عدم مشروط لازم می‌آید ولی از وجود شرط وجود مشروط لازم نمی‌آید. به این معنی که وجودش ملازمه‌ای با وجود مشروط ندارد. به عنوان مثال قبض شرط صحت و وقف است. بنابراین در صورت عدم وجود قبض عدم وجود عقد لازم می‌آید، اما قبض آن لزوماً موجب صحت معامله نمی‌شود. در این تحقیق موضوع اصلی بر محور شروط تعلیقی است و بنابراین به تعریف این نوع شروط پرداخته می‌شود.

با تقسیمی که از انواع شروط صورت گرفت در تعریف شرط تعلیقی گفته‌اند: شرط تعلیقی امری است که برای حصول امر دیگر، حصول آن لازم است (حکیم، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۱۲۳).

یا به تعبیر دیگر شرط (تعلیقی) امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ش، ص ۳۸۰). به صورت کلی می‌توان گفت شرط تعلیقی امر مستقبل غیر محقق الوقوع است که وجود یا از بین رفتن التزام بر آن مترتب می‌شود (سنهوری، بی‌تا، ج ۳، ص ۷). با این تعریف می‌توان گفت شرط چند ویژگی بارز دارد:

۱. امر مربوط به آینده است، پس امر مربوط به گذشته و حال شرط به معنای اصطلاحی نبوده و تعلیق محسوب نمی‌شود. به طور مثال اگر کسی بگوید این خانه را به تو فروختم به شرط اینکه برادر من باشی، در اینجا هیچ تعلیقی وجود ندارد. در این مورد تفاوت ندارد که طرفین به وقوع یا عدم وقوع آن علم داشته باشند یا علم نداشته باشند. به طور نمونه اگر کسی به فرزندش بگوید این ماشین را به تو هبه کردم اگر در امتحان موفق شده باشی، در این صورت تعلیقی وجود ندارد. اگر در امتحان کامیاب شده باشد، تعهد او منجز است و اما در صورتی که در امتحان کامیاب نشده باشد، هیچ تعهدی به وجود نیامده است (سنهوری، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۲). چون در همه این موارد معلق‌علیه مربوط زمان گذشته و یا حال است و مربوط به آینده نیست. بنابراین اگر معلق‌علیه در زمان حال بوده و حتی اگر احتمالی و مشکوک‌الحصول باشد در فقه به آن مراعی گفته می‌شود (شیرازی، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۰۴) و تعلیق واقعی نیست. مثل اینکه گفته شود این مال را به شما فروختم اگر امروز روز جمعه باشد. در این گونه موارد همه اسباب عقد در هنگام عقد محقق است ولی شرط و تعلیقی که شده باید معلوم شود؛ یعنی مراعی برای حصول علم نسبت به معلق‌علیه است. اصطلاح مراعی یعنی تا زمانی که من علم یابم، ولی حین‌العقد موجود است و بنابراین در مواردی که مشکوک‌الحصول در زمان حال است، ما منتظر تحقق معلق‌علیه نیستیم بلکه منتظر کشف حقیقت هستیم و به این امر مراعی گفته می‌شود. در لسان فقها اگر عقد، معلق بر حصول امری در آینده و راجع به یک امر خارجی شده و حصول آن مقطوع و یقینی باشد به آن تعلیق بر صفت گفته می‌شود؛ یعنی قرارداد معلق بر صفت شده است، مثل طلوع خورشید. ولی اگر معلق‌علیه مشکوک‌الحصول در آینده باشد نه در زمان حال، به آن تعلیق بر شرط گویند، مثل آمدن حاجی از حج (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۰۰). یا مثل اینکه گفته شود این کالا را به شما فروختم اگر تحریم برداشته شود. بدیهی است اگر معلق‌علیه معلوم‌الحصول باشد، نوعی از تعلیق است و آثار خود را خواهد داشت، هر چند گفته شود که

چنین تعلیقی صوری است (کاتوزیان، ۱۳۹۷ش، ج ۱، ص ۵۲). بنابراین در فقه معلق علیه می تواند هر امری باشد، اعم از اینکه معلوم الحصول و یا مجهول الحصول بوده باشد. با این حال اگر تعلیق بر یک امر معلوم الحصول و حتی مجهول الحصول در زمان گذشته و حال باشد در حقیقت چنین عقدی معلق محسوب نمی شود، بلکه در ظاهر عقد معلق است.

۲. احتمالی باشد. پس در صورتی که ایجاد یا زوال عمل حقوقی وابسته به امر محقق الوقوع باشد آن را نمی توان معلق به شرط دانست (حکیم، ۱۳۸۵ق، ج ۲، صص ۱۲۵-۱۲۴). به طور نمونه اگر کسی بگوید این ماشین را به تو فروختم به شرط اینکه بعد از زمستان بهار بیاید، در این مثال تعلیق وجود ندارد بلکه عقد منجز است. هم چنین است اگر تعهدش را وابسته به زمان مشخص مثل آمدن فصل کشاورزی نماید. در واقع چنین عقودی معلق نیستند بلکه مؤجل هستند. در ماده ۱۳۰۴ قانون مدنی فرانسه بازنگری شده در سال ۲۰۱۶م نیز تأکید شده که تعهد وقتی معلق است که به یک رویدادی در آینده و نامعلوم متوقف باشد. این مقرر به ویژگی معلق علیه اشاره کرده است، به طوری که معلق علیه باید فقط حادثه‌ای محتمل در آینده باشد^۲. بنابراین سایر تعلیقها از نظر قانونگذار فرانسوی از بحث خارج شده و به هر علتی اعم اینکه صوری بوده باشد و یا متوقف به فرا رسیدن زمان معین باشد تعلیق محسوب نمی شود. ماده ۱۰۱-۱۶ اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز تعلیق بر رویداد و حادثه نامعلوم در آینده را به عنوان ویژگی اصلی معلق تأکید داشته است. در ماده ۵-۳-۱ اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدورا مقرر شده: «یک قرارداد یا تعهد قراردادی ممکن است مشروط به وقوع حادثه‌ای نامعلوم در آینده منعقد گردد، بدین ترتیب که قرارداد یا تعهد قراردادی تنها در صورت وقوع [آن] حادثه اثر گذارد.»

۳. امر عارضی است؛ به این معنی که جز اصل التزام نیست و امری است که امکان وجود التزام بدون آن نیز وجود دارد (سنهوری، بی تا، ج ۳، ص ۲۳؛ عبود، ۱۴۰۲ق، ص ۳۸). بنابراین اگر گفته شود که این ملک را به شما فروختم اگر ظرف یک سال برادرم از مسافرت برگردد، برگشتن برادر از مسافرت جزو تعهدات نبوده بلکه خارج از ارکان عقد است.

۴. هم چنین شرط نباید ناممکن باشد. در صورتی که شرط ناممکن باشد عمل حقوقی به وجود نمی آید (قدری باشا، ۱۳۰۸ق، صص ۳۷-۳۶). بنابراین اگر شرط شود خورشید از غرب به شرق طلوع کند، چنین تعلیقی تعلیق محال و باطل خواهد بود. در صورتی که شرط

مخالف نظم عمومی باشد، در حکم ناممکن بوده و عمل حقوقی نمی‌تواند معلق بر آن باشد. به‌طور مثال در صورتی که شخص هبه مال معینی را مشروط به انجام عمل غیرقانونی کرده باشد، در این صورت این تعلیق صحیح نیست (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۵؛ عبود، ۱۴۰۲ق، ص ۳۷). چنین تعلیقی باطل محسوب می‌گردد.

انواع شرط از نگاه اعتبار

در فقه اهل سنت به خصوص فقه حنفی حکم تعلیق اعمال حقوقی علاوه بر نوع عمل حقوقی، بستگی به نوع شرط از نگاه اعتبار نیز دارد. به‌طور کلی فقهای احناف شروط ضمن عقد را از نگاه اعتبار به سه دسته تقسیم کرده‌اند. دسته اول شروط صحیحند که این شروط لازم‌الوفاء بوده و شامل چهار نوع شرط است: ۱. شروطی که در جهت مقتضای عقد باشد، مانند شرط انتقال مالکیت در بیع یا شرط انتفاع از مورد اجاره در عقد اجاره که به مطلق عقد (بدون شرط) نیز ثابت می‌گردد؛ ۲. شروطی که متناسب با مقتضای عقد و برای تأکید انجام تعهدات ناشی از عقد باشد، مانند شرط رهن یا کفالت برای تضمین تعهد در عقودی که یکی از تعهدات مؤجل باشد، که این شروط به عقد مطلق ثابت نمی‌گردد و اما برای تأکید انجام تعهدات ناشی از عقد است؛ ۳. شروطی که در شریعت نصی در مورد آنها وارد شده باشد، مثل تأجیل ثمن که مخالف تملیک فوری ثمن در مقابل مثنی است و اما مطابق قول خداوند «إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» (بقره، ۲۸۲) جایز دانسته شده است؛ ۴. شروطی که در عرف جاری باشد دسته دوم شروط فاسدند. این شروط سبب فساد عقد نیز می‌شود. فقهای اهل سنت با استناد به روایت «نهی النبی عن بیع و شرط» شرطی را که دارای یکی از حالات شروط صحیح نبوده و در آن برای یکی از طرفین نفعی موجود باشد، شرط فاسد می‌دانند.

دسته سوم شروطی هستند که دارای خصوصیات شروط صحیح نبوده و برای هیچ‌یک از طرفین نفعی در آن موجود نباشد؛ این شروط را فقهای احناف «شروط لغو» نامیده‌اند (حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۱۷؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۸؛ عینی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، صص ۱۸۳-۱۸۰؛ زرقاء، ۱۴۳۳ق، ص ۳۹؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، صص ۴۸۲-۴۷۶؛ عابدیان، ۱۳۸۷ش، صص ۴۷-۴۶). مثل همین تقسیم‌بندی در مواد ۶۰۷ تا ۶۱۰ قانون مدنی افغانستان نیز آمده است. در قانون مدنی ایران نیز شروط باطل و فاسد دو دسته هستند:

شرط غیرمقدور و بی فایده و شرط نامشروع از شروطی هستند که باطل و فاسد بوده ولی موجب بطلان عقد نمی‌شوند (ماده ۲۳۲ قانون مدنی ایران). دسته دو شروطی هستند که هم باطل و هم مبطل عقد هستند. شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین است (ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران).

تعلیق‌پذیری اعمال حقوقی در فقه حنفی

فقهای اهل سنت اعمال حقوقی را از نگاه تعلیق‌پذیری به دسته‌های متفاوت تقسیم کرده‌اند. نسفی اعمال حقوقی را از نگاه درج شرط فاسد در آن به دو دسته تقسیم می‌کند. دسته اول اعمال حقوقی‌اند که درج شرط فاسد در آنها و تعلیق آنها سبب بطلان آن می‌شود. بیع، اجاره، تقسیم، رجوع از طلاق، صلح معوض، ابراء از دین، عزل وکیل، مزارعه، معامله (مساقات)، اقرار، وقف و تحکیم از این دسته‌اند. دسته دوم اعمال حقوقی است که با شرط فاسد باطل نمی‌شود. قرض، هبه، صدقه، نکاح، طلاق، خلع، رهن، ایصاء، وصیت، شرکت، مضاربه، امارت، کفالت، حواله، وکالت، اقاله و چند مورد دیگر در این دسته قرار می‌گیرد (نسفی، ۱۴۳۲ق، ص ۴۴۳).

در نگاه اول از این عبارت ایشان به نظر می‌رسد هر عمل حقوقی که درج شرط فاسد در آن سبب بطلان گردد، تعلیق آن نیز صحیح نیست و برعکس هر عمل حقوقی که درج شرط فاسد در آن سبب بطلان نگردد، تعلیق آن صحیح است. اما شارحان کنز در توضیح این عبارت بطلان با شرط فاسد و امکان تعلیق را از هم تفکیک کرده‌اند. ابن‌عابدین در حاشیه بحرالرائق و حاشیه ردالمحتار بیان می‌کند که «ما یبطل بالشرط الفاسد و لایصح تعلیقه» دو مورد جداگانه است و رابطه‌شان در اینجا تساوی نیست. در حقیقت در اینجا چهار قاعده بیان شده است. مواردی که درج شرط فاسد سبب بطلان آنها می‌شود. مواردی که تعلیق آنها صحیح نیست. مواردی که درج شرط فاسد سبب بطلان آنها نمی‌شود و مواردی که تعلیق آنها صحیح است. موارد اولی همه شامل مورد دوم است؛ یعنی تمام اعمال حقوقی که درج شرط سبب بطلان آن گردد، تعلیق‌پذیر نیست و اما رابطه عکس آن درست نیست، چون اعمال حقوقی مثل ابراء، عزل وکیل رجوع، وقف و امثال که از جمله معاوضات مالی نیست تعلیق‌پذیر نیستند، اما درج شرط فاسد در آنها مبطل نیست. رابطه بین سوم و چهارم نیز جزء و کل است؛ یعنی هر عمل حقوقی که تعلیق آن جایز باشد، شرط فاسد مبطل آن نیست

و اما رابطه عکس آن درست نیست. از طرف دیگر ضرورت فاسد بودن شرط، شامل تعلیق نمی‌شود؛ یعنی در این موارد تعلیق به هر شرط (فاسد و غیر فاسد) صحیح نیست (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۰).

علاوه بر این، نسفی در دسته اول عدم صحت تعلیق را بیان می‌کند، اما در مورد دسته دوم فقط درج شرط را سبب بطلان عمل حقوقی نمی‌داند ولی در مورد تعلیق‌پذیری و عدم تعلیق‌پذیری ساکت است. شارحان، دسته دوم را به دو گروه تقسیم می‌کنند. گروه اول اعمال حقوقی‌اند که تعلیق آنها فقط با شرط مناسب جایز است. گروه دوم اعمال حقوقی قرار دارند که تعلیق آنها به هر شرط جایز است (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸). با این وصف اعمال حقوقی را در فقه حنفی از نگاه تعلیق‌پذیری آنها می‌توان به سه دسته تقسیم‌بندی کرد.

زیلعی در تبیین الحقائق در قسمت شرح این عبارات نسفی، اعمال حقوقی را از نگاه تعلیق‌پذیری به سه دسته تقسیم می‌نماید. اعمال حقوقی که به صورت کلی تعلیق نمی‌پذیرند از جمله یکی عقود تملیکی است. در عقود تملیکی معوض، درج شرط فاسد و تعلیق به شرط جایز نیست و سبب بطلان آن می‌شود. درج شرط به این دلیل باطل و مبطل عمل حقوقی است که پیامبر ﷺ از بیع و شرط (شرط قرار دادن در بیع) نهی کرده است: «نهی النبی عن بیع و شرط». هم‌چنین این نوع شروط نوعی از زیادی بدون عوض است و زیادی بدون عوض مصداق رباست. این ویژگی ربوی شدن با درج شرط، فقط در اعمال حقوقی تملیکی معوض مالی وجود دارد. لذا در مورد اعمال حقوقی تملیکی معوض غیرمالی و تبرعات قابل تطبیق نیست و در آنها عمل حقوقی صحیح و شرط باطل است. هم‌چنین تعلیق اعمال حقوقی تملیکی به شرط به این دلیل درست نیست که در چنین حالتی سرنوشت عمل حقوقی معلوم نیست و این نوعی از قمار است و قمار جایز نیست. اما تعلیق اسقاطات محض به هر شرط جایز بوده و تعلیق اطلاعات و تحریضات^۴ به شرط ملائم (مناسب) صحیح است. ایشان در مورد تحریضات به «من قتل قتیلًا فله سلبه» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص ۹۲) و در مورد اطلاعات به دستور رسول الله ﷺ در غزوه موهه استناد می‌نماید که زید بن حارثه را امیر لشکر تعیین نمود و فرمود: اگر زید بن حارثه شهید شد، جعفر و اگر جعفر شهید شد، عبدالله بن

۴. اموری که برای تحریک و تشویق است.

رواحه امیر لشکر باشد (همان، ج ۵، ص ۱۴۳؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱). در این مورد انتصاب جعفر و عبدالله بن رواحه معلق به شهادت امیر قبلی لشکر شده است. ملا خسرو نیز در در الحکام همین توضیحات را از زیلعی نقل می‌کند. ایشان علاوه بر مواردی که زیلعی ذکر کرده است، اجازه دختر بالغ در حضور پدرش، حجر مأذون و حجر سفیه توسط قاضی را نیز اضافه می‌کند (ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ۲۰۰). ابن نجیم مصری و ابن نجیم حنفی نیز همین تقسیم‌بندی را آورده و به توضیح هر کدام پرداخته‌اند (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰). حصفکی نیز به همین روش رفته و ابن-عابدین از او پیروی کرده است (حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۴۴؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۰). که در اینجا هر دسته به صورت جداگانه ذکر می‌شود.

۱. اعمال حقوقی غیرقابل تعلیق

دسته اول تصرفاتی هستند که به صورت مطلق تعلیق نمی‌پذیرند. عقود تملیکی مانند بیع و اجاره و اسقاطات^۵ مثل وقف و تقييدات مثل رجوع، عزل وکیل و حجر صغیر مأذون در تجارت از این دسته‌اند (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ۲۰۰؛ ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸؛ ابن‌نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰؛ حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۴۴؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۰؛ قدری باشا، ۳۷ و ۳۸؛ عبود، ۱۴۰۲ق، ص ۵۶).

فقیهان حنفی به هر مورد از اعمال حقوقی ذکر شده به صورت جداگانه پرداخته‌اند و جزئیات آن را بیان کرده‌اند (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ۲۰۰؛ حیدر، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۸۳). به طور مثال از نظر این فقیهان تعلیق بیع به شرط صحیح نیست. اما در صورتی که در بیع بگوید این مال را به تو می‌فروشم اگر فلان شخص راضی باشد، صحیح است و در حکم خیار شرط است و برای شخص ثالث برای مدت سه روز خیار ایجاد می‌شود (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸). یعنی این تعلیق در حقیقت تعلیق لزوم عقد است نه انشاء عقد (ابن‌نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰). هم‌چنین در صورتی که بگوید این را به تو می‌فروشم اگر بخواهی،

۵. اعمال حقوقی هستند که سبب اسقاط حق یا حقهایی می‌گردند، مثل ابراء و طلاق.

و طرف مقابل نیز بگوید قبول کردم، عقد صحیح است (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۹؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰).

قابل یادآوری است که اگر تعلیق با «إن» باشد به صورت مطلق صحیح نیست، اما در صورتی که شرط با کلمه «علی» آمده باشد و مطابق مقتضای عقد، مناسب با عقد یا شرطی باشد که در عرف جاری است مثل شرط تسلیم مبیع و یا ثمن سبب فساد بیع نشده و جایز است (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۰؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰). این توضیح در حقیقت بیانگر تفاوت تعلیق با تقييد است، چرا که ذکر شرط با «إن» تعلیق بوده و در موارد ذکر شده صحیح نیست، اما ذکر شرط با «علی» تعلیق نبوده بلکه تقييد است و تابع شروط ضمن عقد است.

۱-۱. اعمال حقوقی تملیکی معوض غیرمالی

در این دسته اعمال حقوقی قرار دارند که معوض است اما حداقل یک طرف آن مال نیست؛ یعنی مبادله مال در مقابل مال نیست، مثل نکاح و خلع. پس تعلیق نکاح به شرط صحیح نیست. به طور مثال اگر کسی بگوید با تو ازدواج می‌کنم اگر پدرم راضی باشد، صحیح نیست چون نکاح تعلیق نمی‌پذیرد (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۱۳؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۶). تعلیق خلع نیز به شرط صحیح نیست. پس اگر کسی خلع را معلق به رضایت برادرش بسازد، صحیح نیست (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸).

۱-۲. اعمال حقوقی تملیکی غیرمعوض

در این دسته اعمال حقوقی قرار دارند که اصولاً در مقابل عوض نیست، مثل هبه، وقف امثال آن. بنابراین تعلیق هبه به شرط صحیح نیست. پس اگر کسی بگوید این مال را به تو هبه کردم اگر دو سال خدمت را کنی، تعلیق صحیح نیست (ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۶). هم‌چنین تعلیق وقف نیز صحیح نیست، چون در آن تملیک منفعت است (ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۱).

هم‌چنین تعلیق ابراء به شرط صحیح نیست، چرا که از یک جهت تملیک است (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۰۳؛ مرغینانی، بی تا، ج ۳، ص ۹۲؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص ۵؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۰؛ رومی بابرته، بی تا، ج ۸، صص ۴۲۹-۴۲۸؛ ابن نجیم حنفی،

۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۲). پس در صورتی که داین به مدیون بگوید: اگر سوگند خوردی، بری هستی، صحیح نیست، چون این برائت معلق به شرط احتمالی است و برائت تعلیق پذیر نیست، اما اگر داین ابراء را معلق به موت خودش کند صحیح است، چرا که در این صورت در حکم وصیت است و تعلیق وصیت به شرط صحیح است (ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۰؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۲؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۵؛ حیدر، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۸۳).

اگر داین بگوید از ده دیناری که مدیون من هستی پنج دینار را بده و از پنج دینار دیگر را به تو ابراء کردم، این ابراء صحیح است؛ حتی اگر پنج دینار را ندهد چون ابراء منجز است. در صورتی که بگوید پنج دینار را به تو ابراء کردم به شرط اینکه پنج دینار دیگر را به صورت حال پرداخت کنی و تمام ده دینار دین حال باشد، این مورد نیز تعلیق ابراء نبوده و ابراء صحیح است، اما اگر دین مؤجل بوده است ابراء باطل است اگر پنج دینار را نپرداخته باشد (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۰۶).

۱-۳. تقییدات

تقییدات اعمال حقوقی است که سبب منع تصرف شخص می شود، مثل عزل از وکالت، عزل نظار وقف و قیم محجور و حجر شخص به سبب جنون، سفه و امثال آن (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۵). از دیدگاه احناف تعلیق این اعمال حقوقی به شرط صحیح نیست. عزل وکیل از وکالت، حجر صغیر مأذون و رجوع از طلاق را می توان به صورت نمونه از این دسته ذکر کرد، چرا که در وکالت به وکیل اختیار و صلاحیت داده می شود و اما در عزل وکیل این صلاحیت برداشته می شود. در حجر صلاحیت ایجاد اعمال حقوقی از صغیر مأذون گرفته می شود. هم چنین است در رجوع، چرا که در طلاق بسیاری از محدودیتها و تکالیف از او برداشته شده بود که توسط رجوع برمی گردد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۱). پس در صورتی که موکل بگوید اگر فلان کار را انجام دادی، تو را عزل کردم، این عزل صحیح نیست (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۰۶؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، صص ۵۲۴-۵۲۳؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۶).

قابل یادآوری است که از دیدگاه فقیهان حنفی هر عمل حقوقی که تعلیق آن به شرط جایز نباشد، اگر به صورت موقوف منعقد شود، تعلیق اجازه آن نیز به شرط صحیح نیست

(ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۰۰؛ حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۴۵). به طور مثال عقد طبق نظر این فقیهان عقد بیع عقد تملیکی بوده و تعلیق آن جواز ندارد و بنابراین در صورتی که این عقد به صورت فضولی منجز منعقد شده باشد، مالک نمی‌تواند اجازه انفاذ عقد را معلق به امر دیگری نماید.

۲. اعمال حقوقی که با شرط مناسب تعلیق پذیرند

دسته دوم اعمال حقوقی قرار دارند که تعلیق آنها با شرط مناسب جایز است. عقود توثیقی مثل کفالت، حواله و اطلاعات^۶ مثل اجازه صغیر برای تجارت در این دسته قرار دارد (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۰؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۲۹۸؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۰؛ حصفکی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۴۴؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۰؛ قدری باشا، ۳۸).

بنابراین تعلیق کفالت به شرط مناسب جایز است (مرغینانی، ۱۳۵۵ق، ص ۱۶۴؛ ملا خسرو، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۲؛ ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۱۵؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۸). به طور نمونه اگر کسی بگوید هر چیزی به فلان شخص فروختی، به عهده من است یا اگر او چیزی از تو غصب کند من ضامنم، این ضمانت صحیح است. در این مورد به «و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» استناد می‌کند (مرغینانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۸۲).

۳. اعمال حقوقی که تعلیق آنها با هر شرط صحیح است

اعمال حقوقی که تعلیق آنها با هر شرطی درست است. وکالت، وصایت، وصیت، اسقاطات محض^۷ مثل طلاق و عتاق و التزاماتی که سوگند به آن صحیح است، در این دسته قرار دارند (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص ۳۱۹؛ ابن نجیم حنفی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۵۲۸).

۶. اطلاعات اعمال حقوقی هستند که سبب ایجاد صلاحیت شخص در انشاء اعمال حقوقی می‌گردد، مثل وکالت، اذن محجور در تجارت و امثال آن (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۴).

۷. ذکر محض به خاطر احتراز از ابراء است چون ابراء از یک جهت اسقاط و از جهت دیگر تملیک است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۱).

بنابراین، تعلیق وکالت به شرط جایز است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۱۹۲؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۵۲). پس اگر کسی به دیگر بگوید اگر امروز به خانه‌ام بیایی، وکیل من هستی، این تعلیق صحیح است. هم‌چنین اگر موکل به وکیل بگوید هر وقت تو را عزل کردم وکیل من هستی، وکالت صحیح است. در این صورت صلاحیت عزل را از دست می‌دهد، چرا که هر وقت عزل کند دوباره وکالت تجدید می‌شود و تعلیق وکالت به شرط صحیح است. ولی بهتر است در این صورت بگوید تو را از تمام وکالت‌هایم عزل نمودم که شامل وکالت معلق و نافذ می‌شود. در غیر آن منجر به تغییر حکم شارع شده و وکالت همانند عقود لازم قرار داده می‌شود و چنین چیزی باطل است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ص ۷). اگر در وقت توکیل بگوید هر زمان تو را عزل کردم، وکیل آینده من هستی، در این صورت اگر او را عزل کند، وکیل عزل می‌شود و اما دوباره وکیل او می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص ۳۸). ولی اگر بگوید هر وقت تو وکیل من شدی، معزول هستی صحیح نیست، چون تعلیق عزل وکالت است و عزل وکالت تعلیق‌پذیر نیست (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۵۲).

تعلیق طلاق به شرط، صحیح است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۷، ص ۱۹۲). بعضی فقیهان تعلیق طلاق را در دو صورت از هم تفکیک کرده‌اند: ۱. اگر تعلیق‌کننده صلاحیت داشته باشد، مثل اینکه کسی به زوجه‌اش بگوید هر وقت تو را دیدم مطلقه هستی؛ ۲. اگر در وقت تعلیق صلاحیت نداشته باشد و اما طلاق را معلق به صلاحیت کند، مثل اینکه کسی به زنی بگوید هر وقت با تو ازدواج کردم مطلقه هستی و بعد با او ازدواج کند. ایشان در هر دو صورت طلاق را صحیح دانسته‌اند، گرچه حالت اول را مورد اتفاق و حالت دوم را اختلافی می‌دانند. مخالفین صحت تعلیق در حالت دوم به حدیثی که ابن عباس و عایشه نقل کرده‌اند استناد می‌نمایند: «لا نذر لابن آدم فیما لا یملک ولا طلاق لابن آدم فیما لا یملک» (ابن حنبل، ۱۴۲۱ق، ج ۱۱، ص ۳۹۲؛ ابن ماجه قزوینی، بی‌تا، ج ۱، صص ۶۶۰ و ۶۸۶). هم‌چنین می‌گویند از ابن عباس در مورد این مسئله پرسیده شد و ایشان گفت: خداوند فرموده است: «إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ» (احزاب، ۴۹). از این آیه دانسته می‌شود که خداوند طلاق را بعد از نکاح مشروع گردانیده است. از طرف دیگر طلاق قبل از نکاح همانند نبود اهلیت در عقد است پس همان‌طور که جایز نیست صغیر بگوید هر وقت بالغ شدم، همسر مطلقه است، تعلیق قبل از نکاح نیز جایز نیست. هم‌چنین طلاق قبل از نکاح، با عدم وجود موضوع عقد شباهت دارد، پس همان‌طور که کسی نمی‌تواند برنده در هوا را بفروشد، قبل از نکاح

نمی‌تواند طلاق بدهد و چون صلاحیت طلاق منجز را ندارد، صلاحیت طلاق معلق را نیز ندارد. هم‌چنین این تعلیق مخالف هدف نکاح یعنی توالد است. اما استدلال ایشان در رد این موارد این است که تعلیق سوگند است و برای سوگند، وجود محل طلاق لازم نیست، چون سوگند تصرف در ذمه خود شخص است و موضوع آن طلاق نیست مگر بعد از وصول به محل طلاق که در آن صورت طلاق بدون محل نیست (عینی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، صص ۴۱۳-۴۱۱؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۲، صص ۲۳۱ و ۱۳۲). ولی اگر که صلاحیت طلاق نداشته باشد و معلق علیه سبب ایجاد صلاحیت ازدواج نیز نباشد، تعلیق صحیح نیست، بنابراین در صورتی که کسی به زن بیگانه بگوید اگر به این خانه داخل شوی مطلقه هستی و بعداً با او ازدواج کند و او در آن خانه داخل شود، طلاق واقع نمی‌شود، چون این تعلیق صحیح نبوده است (عینی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۴۱۵).

تعلیق وصیت نیز به شرط جایز است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۴۶). چون خصوصیت وصیت، تملیک برای بعد از موت است و فوریت در آن نیست و تصور آن در زمان حال ممکن نیست (زیلعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۴).

بعضی نویسندگان اعمال حقوقی را نظر به تعلیق‌پذیری‌شان در فقه حنفی به هشت دسته تقسیم کرده‌اند: ۱. معاوضات مالی مثل بیع، تقسیم، صلح مال در بدل مال و اجاره؛ ۲. نکاح؛ ۳. تبرعات مثل هبه، صدقه وصیت و وقف و ابراء از دین؛ ۴. اطلاعات مثل وکالت و اذن صغیر در تجارت؛ ۵. ولایات مثل تعیین حکام و عمال و سایر موظفین اداری؛ ۶. تقییدات مثل عزل وکیل، موظف و حجر مأذون؛ ۷. التزامات مثل کفالت؛ ۸. اسقاطات محض. از این جمله سه دسته اول تعلیق‌پذیر نیست مگر وصیت و وقف بعد از مرگ که برای تشویق امور خیر جایز دانسته شده است. تعلیق چهار دسته دوم فقط با شرط مناسب صحیح دانسته است و اما دسته اخیر با هر نوع شرط تعلیق‌پذیر است (زرقاء، ۱۴۲۵ق، ج ۱، صص ۵۸۲-۵۸۰). این تقسیم‌بندی در حقیقت همان تقسیمات سه‌گانه‌ای است که قبلاً ذکر شد با این تفاوت که تقییدات در گروه دوم (تعلیق‌پذیر با شرط مناسب) قرار داده شده، در حالی که فقیهان حنفی تعلیق آنها را صحیح نمی‌دانند. زحیلی نیز با اندک تفاوت همین تقسیم‌بندی را دارد. استدلال ایشان در عدم صحت تعلیق عقود تملیکی، این است که ملکیت باید مستقر، جازم و بدون تردید باشد در حالی که تعلیق آنها را مردد بین وجود و عدم می‌سازد و این مشابه قمار است. هم‌چنین در مورد عدم صحت تعلیق مبادلات غیرمالی استدلال می‌کند که این اعمال

حقوقی باید اثرشان به صورت فوری ایجاد شود و تعلیق مانع آن است (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸).

وضعیت اعمال حقوقی معلق در فقه مالکی

از دیدگاه مالکیه اعمال حقوقی نظر به قابلیت تعلیق آنها به دو دسته تقسیم می‌شود. دسته اول آن اعمال حقوقی هستند که تعلیق نمی‌پذیرند. دسته دوم آن اعمال حقوقی هستند که تعلیق آنها صحیح است. قرافی در الفروق (فرق چهل و پنجم) اعمال حقوقی را نظر به قبول شرط و تعلیق پذیری آنها به چهار دسته تقسیم می‌کند: ۱. اعمال حقوقی که شرط و تعلیق می‌پذیرند؛ ۲. اعمال حقوقی که تعلیق می‌پذیرند و اما شرط نمی‌پذیرند؛ ۳. اعمال حقوقی شرط می‌پذیرند اما تعلیق نمی‌پذیرند؛ ۴. اعمال حقوقی که تعلیق و شرط نمی‌پذیرند (قرافی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۸). بنابراین اگر اعمال حقوقی فقط از نگاه تعلیق پذیری مورد توجه قرار گیرد، دو نوع اول در یک دسته و دو نوع دوم در دسته دیگر قرار گرفته و اعمال حقوقی به تعلیق پذیر و تعلیق ناپذیر تقسیم می‌شود. در این قسمت هر یک از دو دسته مذکور به صورت جداگانه بررسی می‌شود.

۱. اعمال حقوقی که تعلیق نمی‌پذیرند

دسته اول اعمال حقوقی که تعلیق آنها به شرط صحیح نیست. معاوضات مالی مثل بیع و اجاره و بعضی از معاوضات غیرمالی مثل نکاح شامل این دسته است. قرافی در دسته بندی اعمال حقوقی از نگاه قبول شرط و تعلیق پذیری، معاوضات مالی مثل بیع و اجاره را در دسته سوم قرار می‌دهد که تقیید آنها به شرط صحیح است و اما تعلیق نمی‌پذیرند. استدلال ایشان این است که «انتقال مالکیت بدون وجود رضا صورت نمی‌گیرد و رضا در صورتی موجود است که جزم وجود داشته باشد و اما در صورت تعلیق جزم موجود نیست.» ایشان بین حالات مختلف شرط (معلق علیه) تشکیک نکرده و عدم صحت تعلیق به شرط را مربوط به جنس شرط می‌داند نه انواع آن. پس در هر صورت، چه شرط معلوم الحصول یا مجهول الحصول باشد، تعلیق این اعمال حقوقی به شرط صحیح نیست (قرافی، بی تا، ج ۱، ص ۲۲۸).

تعلیق نکاح نیز صحیح نیست. خرسی مالکی نیز در شرح مختصر خلیل، بیع و نکاح را غیرقابل تعلیق می‌داند (خرشی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۸۴). پس در صورتی که کسی به دیگری بگوید با تو ازدواج کردم اگر در امتحان فردا کامیاب شوی و او در امتحان کامیاب شود، ازدواج محقق نشده است. اما یک حالت را فقیهان مالکی استثناء می‌کنند و آن حالتی است که پدر بگوید اگر مُردم دخترم را به ازدواج فلان شخص درآوردم. دلیل صحت این تعلیق را مقایسه آن با وصایت و ضرورت تدبیر امور فرزندان ذکر نموده و در این مورد ادعای اجماع کرده‌اند (علیش، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۷۵). گرچه بعضی نویسندگان گفته‌اند در نزد مالکیه تعلیق به شرط در نکاح ضرری نمی‌رساند، حتی اگر محقق الوقوع هم نباشد. پس اگر بگوید دخترم را به نکاح فلان شخص درآوردم اگر راضی باشد، بعداً دختر بگوید راضی هستم ازدواج صحیح است (جزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۸۳). اما مراجعه به آثار فقیهان مشهور مالکی نشان می‌دهد از نظر آنها نکاح غیرقابل تعلیق است.

۲. اعمال حقوقی که تعلیق‌پذیر هستند

دسته دوم اعمال حقوقی قرار دارند که تعلیق آنها صحیح است. تبرعات مثل هبه، ابراء از دین، توثیقات مثل کفالت و اسقاطات مثل طلاق شامل این دسته‌اند (عبود، ۱۴۰۲ق، ص ۷۴). هبه از دیدگاه فقهای حنفی تعلیق‌پذیر است. علیش مالکی التزام معلق بر فعل متعهد را به دو بخش تقسیم می‌کند. در صورت اول قصد متعهد انجام ندادن معلق علیه است، مثل اینکه کسی به همسرش بگوید اگر زن دوم گرفتم، به تو هزار دینار می‌پردازم. در صورت دوم قصد متعهد حصول معلق علیه است، مثل اینکه کسی بگوید اگر از سفر سالم آمدم، به فلان شخص هزار دینار می‌دهم. یا کسی به دیگری بگوید اگر برای فلان شخص فرزندی به دنیا آمد این خانه، مال آن فرزند است؛ این تعهدات صحیح است (علیش، بی‌تا، ج ۱، صص ۲۴۸ و ۲۵۸).

کفالت نیز از دیدگاه فقهای مالکی تعلیق‌پذیر است. پس در صورتی کسی به دیگری بگوید اگر فلان شخص حق تو را ادا نکرد (دین تو را پرداخت) به عهده من است و زمانی برای آن مشخص نکرد، قاضی به حدی که مناسب می‌بیند برای پرداخت زمان در نظر می‌گیرد. اگر در آن زمان پرداخت نشد، کفیل را می‌توان به پرداخت دین ملزم کرد. اما در صورتی که

گفته باشد اگر فلان شخص تا زمان وفات دین تو را نپرداخت، به عهده من است در این صورت قبل از وفات او تعهدی ندارد (همان، ج ۱، ص ۳۰۲).

فقهای مالکی تعلیق طلاق را در حالات مختلف دسته‌بندی کرده‌اند و در غالب موارد تعلیق را صحیح دانسته‌اند (مالک بن انس، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۵۹؛ ابن جلاب مالکی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۱۸؛ قاضی عبدالوهاب، ۱۴۲۵ق، صص ۱۲۷-۱۲۶؛ ابن عسکر بغدادی، بی تا، ج ۱، ص ۶۸؛ ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ص ۱۰۰؛ حطاب، ۱۴۱۲ق، ج ۴، صص ۷۵-۶۸). به طور مثال ابن رشد در بدایه المجتهد طلاق معلق به شرط را به چند دسته تقسیم کرده است: ۱. طلاق معلق به خواستن کسی است و در این صورت ممکن است تعلیق به خواست خداوند یا خواست مخلوق صورت گیرد. در صورتی که معلق به خواست خداوند باشد، مثل اینکه بگوید اگر خدا بخواهد، مطلقه هستی. یا بگوید مطلقه هستی مگر اینکه خدا بخواهد. در هر دو صورت از نظر مالک طلاق واقع می‌شود. اما اگر به خواست مخلوق معلق شده باشد، دو حالت دارد. حالت اولش این است که معلق به خواست کسی باشد که اراده او سالم است. در این صورت طلاق موقوف به اراده همان شخص است و در این مورد در مذهب مالکی اختلاف وجود ندارد. در حالت دوم معلق به اراده شخصی است که اراده سالم ندارد مثل صغیر، مجنون و امثال آنها. در این صورت دو قول وجود دارد بعضیها آن را شبیه طلاق هزل می‌داند و از آنجایی که طلاق هازل را صحیح می‌دانند، در اینجا نیز طلاق واقع می‌شود. بعضی دیگر وجود شرط را لازم می‌دانند و در اینجا چون اراده‌ای وجود ندارد پس طلاق واقع نمی‌شود. ۲. معلق به وقوع عمل آینده است. این اعمال ممکن است سه حالت داشته باشد. حالت اول عملی است که امکان وقوع یا عدم وقوع آن یکسان است، مثل داخل شدن در خانه، آمدن شخص معین و امثال آن. در این صورت طلاق موقوف به وقوع همان عمل است که در این مورد در مذهب مالکی اختلاف وجود ندارد. حالت دوم اعمالی است که وقوع آن حتمی است، مثل طلوع آفتاب و امثال آن. در این صورت از دیدگاه مالک بن انس تعلق به صورت منجز واقع می‌شود. حالت سوم اعمالی است که به صورت غالب واقع می‌شود، مثل وضع حمل یا حائض شدن زن، که در این صورت دو قول است. در قول اول طلاق را منجز دانسته‌اند و در قول دوم طلاق را موقوف به محقق شدن شرط دانسته‌اند. از نظر ابن رشد، قول دوم ارجح است. ۳. معلق به امر مجهول است که تعلیق‌کننده به آن علم ندارد. این صورت نیز دو حالت دارد. در حالتی که راهی برای آگاهی از آن وجود نداشته باشد،

مثل اینکه بگویند اگر خداوند امروز در فلان دریا ماهی‌ای با فلان مشخصات خلق کرد، مطلقه هستی. در این حالت طلاق واقع می‌شود اما اگر آگاهی به آن با محسوس شدن یا موجود شدن آن ممکن باشد، مثل اینکه بگویند اگر نوزادی که متولد می‌شود، پسر باشد، مطلقه هستی. در این صورت طلاق موقوف به محقق شدن همان امر است (ابن‌رشد، ۱۴۲۵ق، ص ۱۰۰).

پس به صورت کلی می‌توان گفت فقیهان مالکیه تعلیق در طلاق را صحیح می‌دانند، چنان‌که بعضی بسیاری از نویسندگان از نظر مذاهب چهارگانه از جمله مالکیه، تعلیق طلاق را صحیح دانسته‌اند (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۴۴۷؛ حفاوی، بی‌تا، ص ۶۱).

مقایسه دیدگاه فقیهان حنفی و مالکی در مورد تعلیق‌پذیری

بررسی تطبیقی دیدگاه فقیهان حنفی و مالکی نشان می‌دهد که این دو مذهب فقهی در مورد تعلیق‌پذیری اعمال حقوقی بعضی رویکردهای مشابه و در مواردی اختلاف نظر دارند. در این قسمت اول وجوه تشابه سپس تفاوت دیدگاه این دو مذهب فقهی بیان می‌گردد.

۱. وجوه تشابه مذاهب حنفی و مالکی

همان‌طور که نظریات فقیهان حنفی و مالکی بیان شد، هر دو مذهب فقهی مذکور تعلیق‌پذیری را در اعمال حقوقی مختلف تشکیک کرده‌اند و اما دسته‌بندی و زیرمجموعه دسته‌بندی‌های هر دو مذهب فقهی با هم یکسان نیست. مقایسه دیدگاه‌های فقیهان هر دو مذهب ذکر شده نشان می‌دهد که بین دیدگاه‌های این دو مذهب فقهی مشابهت‌های ذیل موجود است:

الف) هر دو مذهب اعمال حقوقی را از نگاه تعلیق‌پذیری تشکیک کرده‌اند.

ب) تعلیق در معاوضات مالی مثل بیع و اجاره را هر دو مذهب فقهی صحیح نمی‌دانند.

ج) تعلیق در نکاح را هر دو مذهب فقهی نمی‌پذیرند.

د) تعلیق در اسقاطات محض مثل طلاق را هر دو مذهب فقهی صحیح می‌دانند.

۲. وجوه افتراق مذاهب حنفی و مالکی

باوجود مشابهت‌هایی که دیدگاه‌های فقیهان مذهب حنفی با فقیهان مذهب مالکی در مورد تعلیق‌پذیری اعمال حقوقی دارد، موارد ذیل را نیز می‌توان به‌عنوان وجوه افتراق در این دو مذهب فقهی ذکر کرد:

الف) فقیهان حنفی اعمال حقوقی را از نگاه تعلیق‌پذیری به سه دسته تعلیق‌پذیر، غیرقابل تعلیق و تعلیق‌پذیر با شرط مناسب تقسیم کرده‌اند اما فقیهان مالکی این اعمال را به دو دسته تعلیق‌پذیر و غیرقابل تعلیق تقسیم نموده‌اند.

ب) فقیهان مذهب حنفی تعلیق تبرعات مثل هبه و ابراء را صحیح نمی‌دانند، اما از دیدگاه فقهای مالکی تعلیق این اعمال حقوقی جایز است.

ج) فقیهان حنفی اعمال حقوقی توثیقی مثل کفالت را فقط قابل تعلیق به شرط مناسب می‌دانند، اما فقیهان مالکی به صورت مطلق تعلیق آنها را می‌پذیرند.

نقد دلایل فقیهان مذاهب حنفی و مالکی در مورد عدم صحت تعلیق بعضی از اعمال حقوقی

فقیهان حنفی و مالکی برای عدم صحت تعلیق بعضی اعمال حقوقی دلایلی ارائه نموده‌اند که موارد ذیل را می‌توان به‌عنوان مهمترین دلایل در این دو مذهب فقهی یادآوری کرد:

۱. عدم صحت به دلیل وجود غرر

بسیاری از فقیهان حنفی برای عدم صحت تعلیق معاوضات مالی به وجود غرر در آن استناد نموده‌اند. به باور این فقها ملکیت باید مستقر، جازم و بدون تردید باشد، در حالی که تعلیق عقود تملیکی انتقال ملکیت را مردد بین وجود و عدم می‌سازد که این مشابه قمار است و عقد را غرری می‌کند (زلیعی، ۱۳۱۳ق، ج ۴، ص ۱۳۱؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸؛ ضریر، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۹).

در رد این دلیل گفته‌اند غرری دانستن اعمال حقوقی معلق درست نیست، چون غرر زمانی موجود است که یکی از طرفین در معاوضات مالی یکی از عوضین را دریافت می‌کند و اما حاصل شدن یا اندازه عوض مقابل، مجهول است و اگر حاصل نشود، عوض دریافت‌شده مصداقی از خوردن مال به باطل است و این نوع معاملات صحیح نیست؛ در حالی که در اعمال حقوقی معلق حاصل شدن عمل حقوقی وابسته به امری شده است که در صورت حصول آن امر، عمل حقوقی منجز بوده و هیچ اشکالی ندارد و در صورت عدم حصول آن عمل حقوقی ایجاد نشده و هر یک از عوضین در ملکیت مالک اصلی باقی می‌ماند و غرری در آن موجود نیست (ابن تیمیه، بی‌تا، صص ۲۲۸-۲۲۷).

۲. عدم صحت به خاطر منافات با مقتضای عقد

استدلال دیگر که برای عدم صحت بعضی اعمال حقوقی از جانب فقیهان این دو مذهب مطرح شده است استناد به منافات تعلیق با مقتضای عقد است. به باور این فقها در تملیکات و نکاح، فوریت انتقال مالکیت و ایجاد رابطه زوجیت شرط است اما تعلیق مانع این فوریت است (زحیلی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۲۴۸).

برای پاسخ به این استدلال نیز گفته شده است دلیلی از قرآن و سنت وجود ندارد که نشان دهد مقتضای عقود معاوضی انتقال مالکیت فوری است و لذا بر اساس آیات: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء، ۲۹)، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱)، «إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء، ۳۴) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» به اراده طرفین عقد یا ایقاع کننده اعتبار داده می‌شود. از طرف دیگر مقتضای عقد (و به صورت عام اعمال حقوقی) چیزی است که عمل حقوقی برای آن وضع شده است، مثل نقل مالکیت در بیع یا ایجاد رابطه زوجیت در نکاح و بنابراین تعلیق عمل حقوقی با شرط منافاتی با مقتضای عقد ندارد، چرا که طرفین می‌توانند با تراضی این مقتضا را به صورت معلق یا منجز در نظر گرفته باشند. در صورت تنجیز مقتضای عقد انتقال مالکیت به صورت فوری است، اما در صورت تعلیق مقتضای عقد انتقال مالکیت بعد از تحقق شرط است (شاذلی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۴۴)؛ یعنی انتقال مالکیت به صورت حال مقتضای اطلاق بعضی از این اعمال حقوقی است و نه مقتضای ذات آنها و توافق خلاف مقتضای اطلاق زبانی به صحت عمل حقوقی نمی‌رساند.

۳. عدم صحت به دلیل عدم وجود جزم

استدلالی که فقیهان مالکی و مشخصاً قرافی در الفروق برای عدم صحت تعلیق عقود معاوضی ارائه کرده بود این است که در عقود معاوضی مالی انتقال مالکیت صورت می‌گیرد. برای انتقال مالکیت وجود رضا لازم است. رضا در صورتی موجود است که جزم وجود داشته باشد اما در تعلیق جزم وجود ندارد. بنابراین انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد.

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اولاً فقیهان مالکیه تعلیق در تبرعات را پذیرفته‌اند، در حالی که در تبرعات مثل هبه نیز انتقال مالکیت صورت می‌گیرد و از این جهت تفاوتی با عقود معوض مالی ندارد؛ ثانیاً تعلیق منافاتی با رضا و جزم ندارد، چرا که در صورت تعلیق نیز طرفین عقد یا ایقاع‌کننده با رضایت و قصد جدی عمل حقوقی را انشاء می‌کنند و

اما تفاوت آن با اعمال حقوقی منجز این است که در صورت تعلیق ایجاد عمل حقوقی یا تحقق لزوم آن وابسته به تحقق شرط شده است؛ یعنی در صورت تعلیق نیز جزم وجود دارد و اما این قصد در حدود تحقق شرط محدود شده است (شاذلی، ۱۴۳۰ق، ص ۱۵۰). بنابراین در صورت تفکیک بین قصد و رضا، همان‌طور که تحقق رضا در عقود منجز امکان‌پذیر است در عقود معلق نیز امکان‌پذیر است.

نتیجه

در فقه حنفی و مالکی نظر کلی در مورد امکان تعلیق اعمال حقوقی وجود ندارد. تعلیق‌پذیری در اعمال حقوقی مختلف تفکیک شده است. در فقه حنفی اعمال حقوقی از این نگاه به سه دسته تعلیق‌پذیر با هر شرط، تعلیق‌پذیر با شرط مناسب و غیرقابل تعلیق تقسیم شده است. اما فقیهان مالکی اعمال حقوقی را از نگاه تعلیق‌پذیری به دو دسته تعلیق‌پذیر و غیرقابل تعلیق تقسیم کرده‌اند. با وجود مشابهت‌هایی که در دیدگاه فقیهان حنفی دیده می‌شود، تفاوت دیدگاه‌هایی نیز در این دو مذهب فقهی وجود دارد. فقیهان حنفی برای عدم صحت تعلیق اعمال حقوقی معمولاً به غرری بودن عمل حقوقی معلق و مشابهت آن با قمار و مخالفت تعلیق با مقتضای اعمال حقوقی تملیکی استناد می‌نمایند و اما فقیهان مالکی جزم را در معاوضات مالی تملیکی لازم می‌دانند و تعلیق را منافی این جزم می‌دانند. بررسی استدلال‌های فقیهان این دو مذهب فقهی نشان می‌دهد که این استدلال‌ها مبنای استواری نداشته و نمی‌توانند مانع تعلیق‌پذیری اعمال حقوقی شوند، چرا که تعلیق از یک طرف نه اعمال حقوقی را غرری می‌سازد و نه مخالف مقتضای ذات عقد است و از طرف دیگر تعلیق هیچ منافاتی با جزم و قصد جدی در ایجاد اعمال حقوقی ندارد و فقط ایجاد عمل حقوقی را منوط به تحقق امر دیگری می‌نماید، چون که شخصی که عقد را به صورت معلق انشاء می‌کند در واقع نسبت به تعلیق عقد جازم بوده است. در صورت تعلیق ایجاد عمل حقوقی یا تحقق لزوم آن وابسته به تحقق شرط شده است؛ یعنی در صورت تعلیق نیز جزم وجود دارد و اما این قصد در حدود تحقق شرط محدود شده است و بنابراین برابر ادله عام اعتبار و لزوم اعمال حقوقی اعمال حقوقی معلق نیز صحیح است.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم (بی تا). العقود. قاهره: مکتبه السنه المحمديه.
- ابن جلاب مالکی، عبيدالله بن حسين (۱۴۲۸ق). التفريع في فقه الإمام مالك بن انس. بيروت: دارالكتب العلميه.
- ابن حنبل، احمد بن محمد (۱۴۲۱ق). مسند الإمام احمد بن حنبل. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ابن رشد، محمد بن احمد (۱۴۲۵ق). بداية المجتهد و نهاية المقتصد. قاهره: دارالحديث.
- ابن عابدين، محمدامين بن عمر (۱۴۱۲ق). رد المحتار على الدر المختار. بيروت: دارالفكر.
- ابن عسکر بغدادی، عبد الرحمن بن محمد (بی تا). ارشاد السالك الى اشرف المسالك في فقه الامام مالك. قاهره: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید (بی تا). سنن ابن ماجه. بی جا: دار احیاء الكتب العربيه.
- ابن نجيم حنفي، عمر بن ابراهيم (۱۴۲۲ق). النهر الفائق شرح كنز الدقائق. بيروت: دارالكتب العلميه.
- ابن نجيم مصری، زين الدين بن ابراهيم (۱۴۱۹ق). الأشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان. بيروت: دارالكتب العلميه.
- آل كاشف الغطاء، محمد حسين (۱۴۲۲ق). تحرير المجلة. تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلاميه.
- بخاری، محمد بن اسماعيل (۱۴۲۲ق). صحيح البخارى. دمشق: دار طوق النجاة.
- جزیری، عبد الرحمن (۱۴۲۴ق). الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت: دارالكتب العلميه.
- جعفری لنگرودی محمد جعفر (۱۳۸۰ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- حسینی مراغه ای، سيد عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق). العناوين الفقهيه. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- حصکفی، محمد بن علی (۱۴۲۳ق). الدر المختار شرح تنوير الأبصار و جامع البحار. بيروت: دارالكتب العلميه.
- خطاب، محمد بن محمد (۱۴۱۲ق). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. بيروت: دارالفكر.
- حفاوای، محمد ابراهيم (بی تا). الطلاق. بی جا: مکتبه الايمان.
- حکيم، عبدالمجيد (۱۳۸۵ق). الموجز في شرح القانون المدني العراقي. بغداد: الاهليه.
- حيدر، علی (۱۴۲۳ق). درر الحکام في شرح مجلة الأحكام. رياض: دار عالم الكتب.
- خرشي، محمد بن عبدالله (بی تا). شرح مختصر خليل. بيروت: دارالفكر.
- رومی بابر تقي، محمد بن محمد (بی تا). العناية شرح الهداية. بيروت: دارالفكر.
- زحيلي، وهبه (۱۴۰۵ق). الفقه الإسلامی وادلته. دمشق: دارالفكر.

- زرقاء، مصطفى احمد (١٤٣٣). عقد البيع. دمشق: دارالقلم.
- همو (١٤٢٥ق). المدخل الفقهي العام. دمشق: دارالقلم.
- زيلعي، عثمان بن علي (١٣١٣ق). تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق و حاشية الشلبي. قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية.
- سرخسي، محمد بن احمد (١٤١٤ق). المبسوط. بيروت: دارالمعرفة.
- سنهوري، عبدالرزاق احمد (بی تا). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. بيروت: دارإحياء التراث العربي.
- شاذلي، حسن علي (١٤٣٠ق). نظريه الشرط في الفقه الإسلامي. رياض: دار كنوز اشبيليا.
- شيرازي، سيد محمد (بی تا). ایصال الطالب الى المكاسب. تهران: اعلمي.
- ضرير، محمد امين (١٤١٠ق). الغرر و اثره في العقود في الفقه الإسلامي. بيروت: دارالجبل.
- عابديان، ميرحسين (١٣٨٧ش). شروط باطل و تأثير آن در عقد. تهران: جنگل.
- عبود، ابراهيم بن محمد (١٤٠٢ق). تعليق العقود في الفقه الإسلامي (پایان نامه کارشناسی ارشد). رياض: دانشگاه ملک سعود.
- عليش، محمد بن احمد (بی تا). فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك. بيروت: دارالمعرفة.
- عياشي، فداد (بی تا). التعليقات في العقود مع الإشارة الى بعض التطبيقات المعاصرة. جده: المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب البنك الإسلامي للتنمية.
- عيني، محمود بن احمد (١٤٢٠ق). البناء شرح الهداية. بيروت: دارالكتب العلمية.
- فيروزآبادي، محمد بن يعقوب (١٣٥٢ق). القاموس المحيط. قاهره: مطبعة مصرية.
- قاضي عبدالوهاب، عبدالوهاب بن علي (١٤٢٥ق). التلقين في الفقه المالكي. بيروت: دارالكتب العلمية.
- قدری باشا، محمد (١٣٠٨ق). مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام ابی حنيفة النعمان. بولاق: المطبعة الكبرى الاميريه.
- قرافي، احمد بن ادریس (بی تا). انوار البروق في انواء الفروق. بيروت: عالم الكتب.
- كاتوزيان، ناصر (١٣٩٧ش). قواعد عمومي قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- كاساني، ابوبكر بن مسعود (١٤٠٦ق). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دارالكتب العلمية.
- مالك بن انس (١٤١٥ق). المدونة الكبرى. بيروت: دارالكتب العلمية.
- مرغيناني، علي بن ابی بكر (١٣٥٥ق). بدایه المبتدی. قاهره: محمدعلي صبح.
- همو (بی تا). الهداية في شرح بدایه المبتدی. بيروت: دارإحياء التراث العربي.

- ملا خسرو، محمد بن فرامرز (بی تا). *درر الحکام شرح غرر الأحکام*. بی جا: دارإحیاء الکتب العربیه.
- نسفی، عبدالله بن احمد (۱۴۳۲ق). *کنز الدقائق*. بیروت: دارالبشائر الإسلامیه.