

ماهیت انشا

حسین اعظمی چهاربرج*

حمیده جهانگیری**

چکیده

بررسی «انشا» و احکام مترتب بر آن از بدو تدوین کتب اصولی از جمله عده‌الاصول شیخ طوسی در قرن پنجم مورد توجه فقها و اصولیین شیعه بوده و در قسمت اوامر و نواهی مورد بحث قرار می‌گرفت. در سیر تطور علم اصول فقهای متأخر «انشا» را با ترکیباتی از جمله «قصد انشا» وارد مباحث فقهی نمودند و متعاقباً با تدوین قانون مدنی این بحث وارد حقوق موضوعه گردید ولی با گذشت بیش از هشتاد سال از تدوین قانون مدنی حقوق‌دانان بحث چندانی در «ماهیت انشا» و تأثیر آن در مباحث حقوقی مطرح نکرده‌اند بنابراین در این نوشتار بر آنیم تا ضمن ذکر درآمدی بر بحث «ماهیت انشا» و تأثیر لفظ بر آن، به بررسی آثار تعیین ماهیت آن در مباحث حقوقی خصوصاً در بحث قصد انعقاد معامله و ماده ۱۹۱ قانون مدنی بپردازیم.

کلید واژگان

انشا، قصد انشا، قصد نتیجه، عقد.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران.

** دادیار دادرسی تهران.

مقدمه

قصد در لغت در معانی گوناگونی به کار رفته است، برخی^۱ آن را عمل از روی عمد معنی کرده‌اند و در فرهنگ‌های عربی^۲ به معنی عزم و توجه به سوی چیزی آمده است، همچنین قصد به مفهوم در پیش گرفتن راه برخورد دقیق تیر به هدف و آوردن شیء مورد نظر نیز به کار رفته است، در مصباح المنیر^۳ آمده است: «در فقه قصد: عزم به انشای التزام است و مراد از عزم به شیء، اراده قلبی بر آن است». شهید (ره) می‌فرماید: «قصد باید به آغاز عمل (ایجاب و قبول) مقرون باشد، آن قسمت از قصد که قبل از شروع عمل حاصل شده است «عزم» نامیده می‌شود و اعتبار و اثری ندارد»^۴.

در واقع قصد مصمم شدن به انجام عمل حقوقی است، خواه تصمیم گیرنده از اقدام خود راضی باشد یا نباشد. به نظر برخی حقوق‌دانان^۵ قصد انشا قصدی است که سبب ایجاد موجود اعتباری می‌شود و عنصر سازنده عقد است که در مرحله اجرای تصمیم محقق می‌شود و وجه مشترک همه عقود و ایقاعات است.

قصد، از حیث اینکه متعلق آن چه باشد، در لسان حقوق‌دانان^۶ به اقسام مختلفی تقسیم شده که بیان انواع آن را با مثالی پی می‌گیریم، برای مثال؛ ممکن است کسی الفاظ

۱. علی اکبر، دهخدا؛ لغت نامه، تهران، چاپ سیروس، ج ۳۷، ص ۳۲۳.

۲. محمد بن یعقوب، فیروز آبادی؛ قاموس محیط، بیروت، مؤسسة العربیة لطباعة و النشر، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۳۹.

۳. احمد بن محمد، فیومی؛ مصباح المنیر، دو جلدی، مؤسسة دارالهجده، مصر، ۱۳۶۷، ج ۱، ماده قصد.

۴. محمد بن جمال‌الدین، مکی عاملی معروف به شهید اول؛ القواعد و الفوائد، تحقیق دکتر سید عبدالهادی حکیم، دو جلدی، منشورات مکتبه، قم، ۱۳۹۸ه.ق، ج ۱، ص ۱۱۴.

۵. محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰، ص ۳.

۶. جلیل، فنواتی؛ مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳ ه.ش، ص ۳۶.

ایجاب و قبول را بدون اینکه قصد داشته باشد بر زبان جاری سازد مثلاً شخصی در حال خواب یا مستی بگوید: «فلان زمینم را هبه کردم» در این حالت قصد لفظ وجود ندارد، زیرا، الفاظ ایجاب و قبول قهراً و بدون اراده فرد جاری شده است و یا اینکه شخص علی‌رغم دارا بودن قصد لفظ ممکن است قصد معنی نداشته باشد مثلاً شخص فارس زبانی که عربی نمی‌داند بگوید «بعث» در این حالت چون متکلم معنای کلمه مذکور را نمی‌دانسته، پس نمی‌تواند قصد معنی آن را بنماید در نتیجه نمی‌توان قصد این شخص را به غیر از حالت قصد تلفظ گسترش داد. ولی اگر همین شخص به شوخی و در حالی که به معنای کلمه «فروختم» آگاهی دارد، به دوست خود بگوید «فلان مالم را به شما فروختم» در این حالت چون الفاظ ایجاب و قبول را از روی قصد اداء کرده و معنای آن الفاظ را هم می‌دانسته، هم قاصد لفظ است و هم قاصد معنای آن، ولی چون گوینده الفاظ ایجاب و قبول را بدون قصد تحقق نتیجه استعمال کرده لذا این الفاظ بدون اثر حقوقی خواهند بود زیرا، برای تحقق عمل حقوقی و ایجاد آثار آن نیاز به قصد دیگری داریم که قصد نتیجه نامیده می‌شود. پس اگر در استعمال الفاظ، معنای آن‌ها مقصود عاقد باشد ولی به اراده استعمالی نه اراده جدی، قصد نتیجه مفقود خواهد بود.

قصد نتیجه، نوع سومی از قصد است که بعد از قصد لفظ و معنا، برای تحقق وجود اعتباری شرط دانسته شده است و به معنی این است که شخص قصد کند الفاظی که ادا کرده نتیجه مطلوب خود را بر جای بگذارد.^۷

حال این سؤال مطرح می‌گردد که آیا قصد نتیجه وجودی مستقل دارد یا ماهیتاً همان «قصد انشا» است و استعمال جداگانه الفاظ «قصد نتیجه» و «قصد انشا» صرفاً تفنن در

۷. محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ه.ش.، ص ۵۴۷.

استخدام کلمات بوده است؟^۸ به عبارتی آیا اقسام قصد سه نوع است یا چهار نوع؟^۹ با دقت در آراء فقها ملاحظه می‌گردد که در خصوص ماهیت انشا و اینکه آیا از کیفیات نفسانی است یا از افعال نفسانی اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند^{۱۰}، ایجاد مفاد عقد، با قصد یا قصد انشا صورت می‌گیرد که همان اراده تکوینی است به این دلیل اگر در معامله‌ای قصد نباشد چون مفاد آن در ذهن ایجاد نشده، در واقع هیچ مفهومی به وجود نیامده تا قابل تنفیذ باشد و ناچار باید آن را باطل دانست مثل معامله دیوانه و مست یا معامله صوری.

در مقابل عده‌ای دیگر از فقها اعتقاد دارند^{۱۱} «... به غیر از اراده، امر دیگری وجود دارد که آن از کارهای نفس است و همان است که اعضای بدن انسان را به کار مادی وادار می‌کند و می‌توان آن را حمله نفس، حرکت نفس یا تصدی نفس نامید و به هر یک از این سه نام که نامیده شود درست است و ما آن را در نفس خود می‌یابیم. پس و رای اراده امر

۸. خصوصاً اینکه استعمال کلمه «قصد انشا» در حقوق مدنی سابقه طولانی ندارد (محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ همان، ص ۱۹۸). تا جایی که بررسی شد اصطلاح «قصد انشا» اولین بار در کتاب (مجمع الفائده والبرهان) اثر محقق اردبیلی (متوفی به سال ۱۲۴۵ ه.ق) استعمال شده است. (احمد محقق اردبیلی مجمع الفائده والبرهان فی ارشاد الازهان، تحقیق: اشتهاردی و عراقی و یزدی، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴ جلدی، قم، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۱۴۵) و بعد از آن در کتب دیگری مانند عوائد الایام نراقی، ص ۵۵ و بلغه الفقیه سید محمد بحر العلوم (ج ۲، ص ۱۹۲) مورد استفاده قرار گرفته است.

۹. منظور از سه نوع قصد یعنی؛ قصد لفظ، قصد معنا و قصد نتیجه که در این تقسیم‌بندی قصد انشا نیز در واقع عبارت اخرای قصد نتیجه خواهد بود و منظور از چهار نوع آن است که؛ در تقسیم‌بندی فوق‌الذکر قصد نتیجه و قصد انشا را دو قسم جداگانه از قصد بدانیم. برای ملاحظه تقسیم‌بندی قصد به اقسام فوق‌الذکر نگاه کنید به: (محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۵۹).

۱۰. شاطبی؛ الموافقات، چهار جلدی، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۵ ه.ق، ج ۳، ص ۸۲

۱۱. فوائد الاصول، تقریرات اصول میرزای نائینی از شیخ محمد علی کاظمی، تحقیق: شیخ رحمتی اراکی، چاپ اول، سه جلدی، جلد اول، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۳۱.

دیگری وجود دارد که باعث وقوع فعل خارجی و صدور آن از فاعلش می‌شود. ایشان درک این مطلب را بدون واسطه و با مراجعه به وجدان میسر می‌دانند و در تأیید آن برهان ذیل را ذکر می‌کنند: «انبعاث (حرکت اعضای آدمی در انجام دادن فعلی از افعال) بدون بعث (برانگیختن) محال است و بعث از مقوله فعل است، در حالی که اراده از افعال نفسانی نیست، پس اگر فعل نفسانی که منشاء انبعاث است در بین نباشد موجب انبعاث بدون بعث می‌گردد (و این محال است)». طبق نظر میرزای نائینی آنچه باعث انشا می‌شود از مقوله فعل و امری خارج از اراده آدمی است.

برخی از حقوق‌دانان^{۱۲} قصد انشا را صورت خارجی و تجلی بیرونی قصد نتیجه می‌دانند، یعنی قصد انشا را یک امر بیرونی می‌دانند که ملازم درونی آن قصد نتیجه است و با این بیان انشا را از مقوله کیفیات نفسانی خارج و داخل در امور مادی و عینی می‌کنند، در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان^{۱۳} قصد انشا را امر معنوی و نفسانی می‌دانند، دکتر شهیدی^{۱۴} در این باره اعتقاد دارد:

«اراده و قصد بدون نیاز به تأثیر ابزار و حرکات مادی سازنده عمل حقوقی است زیرا، عمل حقوقی امر اعتباری است نه موجود مادی تا برای ساخته شدن نیاز به علل و اسباب مادی داشته باشد».

تحلیل این نظرات نیاز به درک چیستی و ماهیت قصد انشا دارد و برای درک چیستی و ماهیت قصد انشا نیز ممکن است طرق مختلفی وجود داشته باشد، ما در این نوشتار سعی داریم از راه تحلیل و بررسی ماهیت انشا به این مهم دست یابیم تا معلوم شود که ماهیت

۱۲. محمد جعفر، جعفری لنگرودی؛ همان، ص ۱۹۷.

۱۳. سیدحسین، امامی؛ حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۹.

۱۴. مهدی، شهیدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، دو جلدی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰ هـ.ش، ج ۱، ص ۱۳۳.

انشا چیست و منظور از ترکیب قصد و انشا چه امری می‌تواند باشد؟ و نهایتاً رابطه بین قصد انشا و قصد نتیجه چیست؟

لذا ابتدا به این سؤال باید پاسخ داد که آیا لفظ و به‌طور کلی کاشف، در ماهیت انشا نقش دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا انشا در درون انسان و به‌واسطه اراده نفسانی محقق می‌گردد یا با کاشف عرفی؟ به این منظور نخست به تبیین این موضوع می‌پردازیم (گفتار اول)، سپس با تکیه به نتیجه‌گیری گفتار اول، نظراتی که در خصوص ماهیت انشا ابراز شده است را بیان می‌کنیم (گفتار دوم).

گفتار اول: تأثیر لفظ بر انشا

با مذاقه در مباحثی که حول بحث تشکیل قراردادها و به‌طور کلی اعمال حقوقی مطرح شده‌اند این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که نقش لفظ و کاشف در شکل‌گیری عمل حقوقی چیست؟ و آیا لفظ در حقیقت و ماهیت انشا نقش دارد؟ به عبارت دیگر وقتی با لفظ «فروختم» انشا بیع می‌کنیم آیا این لفظ در حقیقت انشا نقش دارد یا اینکه انشا در مرحله‌ای قبل از تلفظ تحقق پیدا کرده و لفظ برای ابراز انشایی که قبلاً در نفس عاقد به‌وجود آمده استعمال می‌شود و در ماهیت انشا دخالتی ندارد؟^{۱۵}

در پاسخ به این سؤال دو نظریه در آرای فقهی وجود دارد نظریه اول در آراء و نوشته‌های آیت الله خوئی تبیین گردیده که بر مبنای آن؛ انشا در نفس عاقد تحقق پیدا می‌کند و وسایل اعلام اراده صرفاً راهی است برای ابراز آنچه در ضمیر و نفس عاقد بوده است که این نظریه را به دلیل آنکه مقدمه طرح نظر مشهور است در گفتار حاضر تبیین

۱۵. البته منظور از استعمال کلمه «لفظ» القاء این مطلب نیست که انشا فقط به‌وسیله لفظ قابل تحقق است، بلکه هدف از استخدام آن بیان مورد غالب است و همین مباحث در مورد سایر طرق اعلام اراده مانند (فعل، نوشته و اشاره) نیز مصداق دارد.

می‌کنیم و نظر دوم متسبب به مشهور فقهای امامیه است که لفظ را در ماهیت انشا دخیل و مؤثر می‌دانند که این نظریه را با فروعاتش در گفتار دوم مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بند اول: نظریه کیفیت نفسانی

آیت الله خوئی عقیده دارند^{۱۶} انشا عبارت از اعتبار نفسانی است، ولی با توجه به اینکه «ما فی الضمیر» انسان معلوم نیست، کاشف ابراز شده و از آن پرده بر می‌دارد و به عبارتی استعمال لفظ فوق حکایت از آن دارد که (مثلاً در بیع) در نفس بایع ملکیت میباید برای مشتری اعتبار شده است لذا لفظ، صرفاً به عنوان آشکار کننده آن چیزی است که در نفس عاقد به وجود آمده است^{۱۷}. به نظر ایشان « برای ایجاد امر اعتباری مانند وجوب و حرمت یا ملکیت و زوجیه صرف اعتبار نفسانی کافی است و نیازی به لفظ و استعمال کاشف وجود ندارد؛ بنابراین لفظ در انشا نه تنها علت ایجاد امر اعتباری نیست بلکه در سلسله علل نیز قرار نمی‌گیرد پس انشا با اعتبار نفسانی محقق می‌گردد خواه لفظی وجود داشته باشد یا نداشته باشد. بله، لفظ ابراز کننده ما فی الضمیر در خارج است نه به وجود آورنده آن؛ و وجود آن از حیث ایجاد و اعدام در دست اعتبار کننده است.»^{۱۸} بر اساس این نظریه، جمله‌های انشایی برای ابراز ما فی الضمیر به کار می‌روند ولی مقصود از آن حکایت از واقعه گذشته نیست و از این حیث جملات انشایی مثل حروف تمنی و ترجی هستند.^{۱۹}

۱۶. سید ابوالقاسم، خوئی؛ محاضرات فی اصول الفقه، تحقیق: شیخ محمد اسحاق فیاض، چاپ سوم، پنج جلدی، جلد ۱، قم، دارالهادی، ۱۴۱۰، ص ۹۸.
 ۱۷. ان الجمله الانشائیه موضوعه لابرز امر نفسانی غیر قصد الحکایه و لم توضع لایجاد المعنی فی الخارج. (همان، ص ۹۹).
 ۱۸. همان، ص ۹۹.
 ۱۹. همان، ص ۹۱.

آیت الله خوئی در پاسخ این اشکال که: اگر انشا عقد را در درون نفس عاقد بدانیم در این صورت لازم می‌آید که در مواردی مثل بیع مال مغصوبه توسط غاصب به مشتری عالم، عقد را انشا شده بدانیم در حالی که شارع و عقلا چنین بیعی را باطل می‌دانند، می‌فرمایند^{۲۰}: هر چند در چنین مواردی، شارع و عقلا ملکیتی را برای آن اعتبار نمی‌کنند ولی بحث ما در مورد خود انشا است نه اینکه بگوییم: عقلا برای بیع غصبی ملکیتی اعتبار می‌کنند یا خیر؟ بلکه مقصود این است که غاصب در بیع مال مغصوبه نیز انشا بیع می‌کند، یعنی؛ در نفس خود ملکیت مشتری نسبت به مبیع و ملکیت خودش را نسبت به ثمن اعتبار می‌کند و با الفاظی مثل «فروختم» از اعتبار نفسانی خود پرده بر می‌دارد و امضا نکردن شارع و عقلا به معنای عدم تحقق انشا از ناحیه بایع و مشتری نیست.

در توضیح این نظر می‌توان اضافه کرد که شارع در چند مورد خاص اعتبار ملکیت کرده است:

اول: بعضی از آن موارد غیر ارادی‌اند و اراده و قصد انسان در آن دخالتی ندارد. مثلاً موت مورث، امر غیر اختیاری است و شارع به واسطه آیات ارث، ملکیت وارث را (با سهام معین) نسبت به اموال مورث اعتبار کرده است.

دوم: برخی دیگر از موارد فوق دارای عامل اختیاری هستند ولی «انشا» در آن‌ها مطرح نیست مثلاً حیازت مباحات که امر اختیاری و واقعی است و به دنبال آن شارع ملکیت حیازت‌کننده را اعتبار می‌کند در حالی که انشا در آن نقش ندارد.

سوم: در امور دیگری مثل بیع، شارع با آیاتی مثل «احل الله البيع»^{۲۱} حکم وضعی

۲۰. و اما الاعتبارات الشرعیة او العقلائیة فہی و ان کانت مترتبه علی الجمیل الانشائیة اذ ان ذلك الترتیب، انما هو فیما اذا قصد المنشیء معانی هذه الجمیل بها لا مطلقا و المفروض فی المقام ان الکلام فی تحقیق معانیها، و فی ما تترتب علیہ تلك الاعتبارات. (همان، ص ۹۹).

۲۱. آیه ۲۷۵ سوره مبارکه بقره.

مبنی بر ایجاد ملکیت و اعتبار آن را به وسیله بیع بیان کرده است، به عبارتی شارع بیع عرفی و متداول در جامعه بشری را تنفیذ و امضا نموده است لذا برای اینکه مقدمه اعتبار ملکیت توسط شارع ایجاد گردد، قبلاً باید در حد عرفی بیعی وجود داشته باشد تا مشمول حکم وضعی شارع قرار گیرد و به موجب آن ملکیت با بیع نسبت به ثمن و ملکیت مشتری نسبت به مبیع را اعتبار کند، لذا به نظر محقق خوئی برای تحقق این هدف، متعاقدين بیع را در حد عرفی و در نفس خود اعتبار می کنند و الفاظ و شبیه آن در انشا هیچ تأثیری ندارد.^{۲۲}

ایشان برای اثبات ادعای خود دایر بر اینکه: «آنچه مشهور شده است که (انشا، ایجاد معنی به وسیله لفظ است) مبتنی بر قواعد اصولی و فلسفی نیست»^{۲۳} می فرمایند: «ما از کسانی که در باب انشا روی لفظ تکیه می کنند و می گویند: «ایجاد معنا به وسیله لفظ است» سؤال می کنیم آیا ایجاد معنا توسط لفظ مربوط به عالم تکوین است یا عالم اعتبار؟ روشن است که نمی توان ایجاد معنا توسط لفظ را مربوط به عالم تکوین دانست زیرا، لفظ «بِعْت» نه در مشتری تغییر تکوینی ایجاد می کند و نه در مبیع و گفتن «اشْتَرَيْت» نیز نه در با بیع تغییر تکوینی ایجاد می کند و نه در ثمن بنابراین به نظر ایشان نمی توان ایجاد معنا توسط لفظ را مربوط به عالم اعتبار دانست، زیرا، لفظ مربوط به عالم ماده و دارای وجود عینی و خارجی است لذا نمی تواند در عالم اعتبار دخالت کرده و وجود اعتباری خلق کند، پس همان اعتبار نفسانی با بیع و مشتری «بدون دخالت لفظ» برای تحقق ملکیت در عالم اعتبار کافی است.

۲۲. سید ابوالقاسم، خوئی؛ البیان فی تفسیر القرآن، چاپ چهارم، بیروت، دار الزهراء، ۱۳۵۹ هـ.ق، ص ۴۰۹-۴۱۰.

۲۳. سید ابوالقاسم، خوئی؛ البیان فی تفسیر القرآن، ص ۴۱۰.

۲۴. سید ابوالقاسم، خوئی؛ محاضرات فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۸۸.

بند دوم: نقد نظریه

در تحلیل و بررسی کلام آیت الله خوئی باید اذعان داشت: صرف اعتبار نفسانی متعاقبین را نمی‌توان به عنوان ایجاد کننده وجود اعتباری و انشا کننده عقد دانست زیرا: اولاً: با مراجعه به بناء عقلا و مشرعه درمی‌یابیم که آن‌ها برای لفظ و شبیه آن در معاملات موضوعیت قائلند و آن را صرفاً وسیله و کاشف از انشا معامله نمی‌دانند. مثلاً وقتی شخصی به وکالت صیغه نکاحی را منعقد می‌کند، آیا در نظر عرف و عقلا قبلاً عقد منعقد شده و عاقد صرفاً از آنچه در زمان گذشته به وقوع پیوسته است پرده برداشته و آن را آشکار می‌سازد و به عبارتی آیا الفاظ صیغه نکاح کارکردی مثل عقدنامه دارند که حاکی از وقوع عقد در زمان گذشته است و یا اینکه در نظر عقلا الفاظ و صیغه عقد دارای موضوعیت است و قبل از تلفظ، عقدی به وقوع نمی‌پیوندد؟

به نظر می‌رسد در نظر عقلا، قراردادهایی که به صورت متعارف بسته می‌شود حاکی از این امر نیست که عقد قبلاً منعقد شده است بلکه قرارداد به نفس همین الفاظ انشا می‌گردد و عقلا به صرف اعتبار نفسانی اشخاص اثری بار نمی‌کنند.

ثانیاً: به عقیده محقق خوئی، به دلیل اینکه الفاظ مربوط به عالم حقیقت و واقع هستند، نمی‌توانند در عالم اعتبار، وجودی را انشا کنند، ولی همین اشکال در مورد اراده نیز جاری است، زیرا، اراده نیز وجودی حقیقی دارد، پس چگونه می‌تواند وجود انشایی را در عالم اعتبار خلق کند، چه اینکه، اگر دلیلی بر امکان خلق وجود انشایی توسط کیفیات نفسانی وجود داشته باشد به همان دلیل نیز افعال نفسانی (از جمله الفاظ) می‌توانند، وجود انشایی را در عالم اعتبار خلق کنند.

ثالثاً: برخی گفته‌اند:^{۲۵} اگر الفاظ و وسایل اعلام اراده را تنها به عنوان کاشف از ما فی

۲۵. محمد فاضل، موحد لنگرانی؛ اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، تحقیق: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، چاپ اول، شش جلدی، جلد سوم، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ص ۱۰۱.

الضمیر متعاقدین بدانیم، در این صورت ارزش اماره را خواهند داشت و زمانی کاربرد دارند که ما شک^{۲۶} داشته باشیم و واقع امری را ندانیم، لذا اگر قبل از اینکه بایع در بیع یا زوجه در نکاح و به طور کلی متعاقدین در هر قراردادی، مافی النفس خود را به طریق الفاظ یا سایر طرق ابراز اراده، آشکار سازند یا ما به طریق دیگری یقین به اعتبار نفسانی آنها پیدا کنیم آیا دیگر نیازی به میرز خواهیم داشت؟ آیا این میرز بالاتر کافی است؟ اگر جواب این سؤال منفی باشد، نتیجه می شود که الفاظ جنبه موضوعیت داشته اند لذا قبل از تلفظ چیزی تحقق پیدا نکرده است بلکه با لفظ محقق می گردد.

رابعاً: برخی از اصولیین^{۲۷} شیعه در رد نظر آیت الله خوینی عقیده دارند: لازمه بیان ایشان این است که «بعث انشایی» نیز به عنوان جمله خبریه مطرح باشد، زیرا، بر اساس مبای خود ایشانکه فرق بین انشا و خبر را بیان کرده اند، اگر کسی قبلاً خانه اش را فروخته و الان بگوید: «بعث داری» این جمله خبریه است. در «بعث انشایی» هم این خبر وجود دارد، زیرا، ایشان می گویند: «بعث انشایی» حکایت از اعتبار نفسانی و ما فی الضمیر می کند و ما فی الضمیر اگر یک لحظه قبل هم تحقق پیدا کرده باشد، «بعث انشایی» همانند «بعث خبری» از امری که در زمان قبل اتفاق افتاده حکایت می کند و در باب حکایت فرقی بین حکایت از بیعی که یک ماه قبل اتفاق افتاده با بیعی که یک لحظه قبل انجام شده وجود ندارد. در حالی که اگر بگوییم «بعث» هیچ نقشی در تحقق انشا ندارد و انشا در مرحله قبل از گفتن آن در نفس محقق شده است، لازم می آید که «بعث» در تمام موارد جمله خبریه باشد که مخبر به آن در کم و زیاد بودن زمان گذشته فرق دارند. بعد از ذکر ایرادات استدلالی فوق، در ادامه این نظریه را با محکم مبانی قانونی

۲۶. با توجه به سیاق عبارات آیت الله لنکرانی به نظر می رسد در اینجا منظور از شک معنای دقیق اصولی آن نیست بلکه منظور عدم یقین است زیرا، در ادامه کلام محور بحث را عدم یقین قرار داده است.
۲۷. همان، جلد اول، ص ۳۷۴.

می‌سنجیم تا مشخص شود که آیا این نظر مورد پذیرش قانون‌گذار مدنی بوده است؟ و یا حداقل می‌توان این نظر را به مقنن متناسب کرد؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت: هیچ‌یک از مواد قانونی حکم صریحی در خصوص ماهیت انشا ندارند بنابراین با استقراء در مقررات قانونی سعی داریم تا مبنای مورد پذیرش مقنن مدنی را در این خصوص بیابیم. با بررسی قوانین موضوعه به نظر می‌رسد نظریه فوق مورد پذیرش قانون‌گذار ایران قرار نگرفته و مقررات قانون مدنی بر این مبنا استوار نشده است زیرا، با دقت در مواد این قانون ملاحظه می‌شود؛ انشا معامله بدون استعمال کاشف امکان‌پذیر نیست که از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

بر اساس ماده ۱۹۳ قانون مدنی «**انشای معامله** ممکن است به وسیله عملی که مبین **قصد و رضا** باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد...» ملاحظه می‌گردد که قانون مدنی انشا را توسط کاشف و مبرز اراده قابل تحقق می‌داند نه اینکه قبل از تلفظ یا انجام عمل، انشا معامله را در نفس عاقد محقق دانسته و استفاده از کاشف را صرفاً برای ابراز مافی الضمیر تلقی کند، چه اینکه اگر چنین مبنایی مد نظر تدوین‌کنندگان قانون مدنی می‌بود باید ماده فوق را چنین تدوین می‌کردند: «**اخبار از انشای** معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین **انشا** باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد...».

پس با توجه به ماده فوق این نظر تقویت می‌شود که در مبنای مورد پذیرش قانون‌گذار مدنی نیز انشا عقد با کاشف (اعم از لفظ، فعل و اشاره یا نوشته) واقع می‌گردد و نهایتاً این مبنا به‌طور صریح در ماده ۱۹۴ قانون مدنی ذکر شده است، طبق ماده فوق: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن **انشا معامله** می‌کنند باید موافق باشند...» یعنی قانون‌گذار مبرز و کاشف را **وسیله** انشا معامله می‌داند نه صرف قصد درونی فرد را.

گفتار دوم: نظریات تحلیلی راجع به چگونگی تأثیر لفظ (یا کاشف) در انشا

در گفتار اول به این نتیجه رسیدیم که لفظ در حقیقت انشا دخالت دارد لذا در این

گفتار به بررسی این موضوع می‌پردازیم که کاشف و مبرز چگونه باعث تحقق انشا می‌گردد و نحوه دخالت لفظ در انشا به چه نحو می‌باشد؟ در این خصوص دو نظریه در مباحث فقهی و اصولی شیعه ابراز گردیده که ذیلاً طی دو بند جداگانه به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول: نظریه فعل نفسانی

مشهور عقیده دارند^{۲۸}: «انشا عبارت است از، استعمال لفظ در معنا، به انگیزه تحقق معنا در ظرف مناسب خود». شهید اول در کتاب قواعد الفقهیه می‌فرماید^{۲۹}: «الانشاء هُوَ قَوْلٌ^{۳۰} الَّذِي يُوجَدُ بِهِ مَدْلُولٌ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ^{۳۱}» برای روشن شدن کلام مشهور و درک بهتر موضوع، بحث را به‌طور خاص بر روی ملکیت (به عنوان یکی از اعتبارات عقلا) متمرکز می‌کنیم.

ملکیت قطع نظر از سبب پیدایش آن (چه عامل اختیاری باشد مثل حیازت یا عامل غیر اختیاری مثل ارث و یا انشا باشد مثل بیع) امری است که عقلا و شارع آن را اعتبار

۲۸. همان، ج ۱، ص ۳۷۶.

۲۹. فاضل مقداد، حلی؛ نضد القواعد الفقهیه، تحقیق سید عبد الطیف کوه کمره‌ای، قم، مکتبه آیه الله العظیم نجفی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۱۳۷. لازم به ذکر است: چون کتاب قواعد فقهیه شهید اول (رحمه الله)، دارای ترتیب و نظم خاصی نبوده، مرحوم فاضل مقداد، آن را مرتب کرده و «نضد القواعد الفقهیه» نامیده است به این دلیل کلام شهید (ره) از کتاب فاضل مقداد حلی نقل می‌گردد.

۳۰. البته لفظ در بسیاری از معاملات خصوصیتی ندارد و خصوصاً در باب بیع که با معاطات هم تحقق پیدا می‌کند بنابراین لازم نیست که عامل وجود معنا و سببی که مؤثر در تحقق معنا است، حتماً لفظ باشد و شاید علت اینکه شهید لفظ را مطرح کرده برای احتراز از غیر لفظ نبوده بلکه برای این باشد که لفظ واضح‌ترین چیزی است که انشا به سبب آن تحقق پیدا می‌کند. (محمد فاضل، موحد لکنرانی؛ اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، جلد سوم، ص ۹۳).

۳۱. نفس الامر اعم از عالم اعتبار و واقع است که هر دو را دربرمی‌گیرد.

می‌کنند، البته گاهی شارع اعتبار عقلا را امضا نمی‌کند^{۳۲}، بنابراین ملکیت وجودی از عالم اعتبار است به گونه‌ای که اگر اعتبار عقلا و یا شارع نباشد، ملکیت تحقق پیدا نخواهد کرد، پس باید گفت که حصول و پیدایش آن در عالم اعتبار است و نمی‌توان آن را در عالم واقع و حقیقت (به وجود عینی و خارجی) و یا در عامل ذهن (به وجود ذهنی) قابل تصور دانست.

بنا به نظر مشهور، همان‌طور که ممکن است امور واقعی مانند حیازت یا موت سبب ملکیت^{۳۳} گردند؛ امکان دارد ملکیت با انشا نیز حاصل شود. مثل بیع که ایجاد ملکیت می‌کند. بنابراین حقیقت انشا بیع در نظر مشهور این است که؛ لفظ «بیت» در معنای نهایی خود یعنی؛ اعتبار تملیک عین به عوض معلوم، استعمال شود و طرفین با این اقدام بخواهند سبب دیگری به غیر از امور واقعی فوق‌الذکر^{۳۴} را برای اعتبار شارع و عقلا ایجاد کنند و شارع نیز به واسطه این سبب، تملیک عین به عوض معلوم را اعتبار می‌کند. به عبارت دیگر، بایع می‌خواهد با انشا بیع، سببی برای تحقق ملکیت در عالم اعتبار ایجاد کند. در مورد نکاح نیز همین طور است؛ وقتی زوجه لفظ «أَنْكَحْتُكَ نَفْسِي» را به کار می‌برد می‌خواهد با استعمال این جمله در معنای خود^{۳۵}، سببی برای تحقق زوجیت در ظرف مناسب آن (یعنی عالم اعتبار) ایجاد نماید نه اینکه قصد حکایت از امر ماضی را داشته باشد.

به نظر مشهور این اشکال وارد شده است که: اگر در موضوعی متعاقبین، علم به عدم تأثیر ایجاب و قبول خود داشته باشند، مثلاً بایع و مشتری با علم به غصبیت مبیع، اقدام به

۳۲. مثل بیع ربوی.

۳۳. که از امور اعتباری است.

۳۴. مثل حیازت مباحات یا موت.

۳۵. یعنی اثر غایی و هدف نهایی از استعمال آن.

معامله کرده باشند و یا زن شوهرداری با مردی که عالم به این امر است، اقدام به انعقاد نکاح نمایند، در چنین مواردی بی شک انشا صورت گرفته است در حالی که شارع و عقلا به آن ترتیب اثر نمی‌دهند، لذا اگر بگوییم: «انشایی صورت نگرفته است» امر خلاف وجدانی بیان شده است زیرا، با بیع غاصب نیز مانند مالک با استعمال الفاظ، قصد انشا بیع داشته است و از حیث انشا فرقی بین با بیع غاصب و مالک وجود ندارد و تنها فرقی که بین معامله آن دو وجود دارد صحت بیع مالک و بطلان بیع غاصب است و حال آنکه بطلان بیع غاصب به این معنا نیست که وی انشای بیع نکرده است بلکه تنها چیزی که از آن استنباط می‌شود این است که شارع و عقلا بر انشا بیع او ترتیب اثر نداده‌اند و عدم ترتیب اثر به معنی فقدان انشا نیست. لذا اگر بگوییم که با بیع غاصب نیز می‌تواند انشا بیع نماید، تعریف مشهور فقها از «انشا» صحیح نخواهد بود، زیرا، به عقیده مشهور «انشا» استعمال لفظ در معنای خود به انگیزه تحقق معنا در عالم اعتبار است. لذا زمانی که زن شوهردار می‌داند عقلا و شارع آثار زوجیت را بر انشا وی بار نخواهند کرد، آیا باز می‌توان گفت که وی لفظ را به انگیزه تحقق زوجیت در خارج استعمال کرده است؟ و یا با بیع غاصب می‌تواند جعل سبب ملکیت کند؟ اصولیین با وارد ساختن این اشکال به نظریه مشهور در صدد نفی آن بر آمده‌اند.

بند دوم: نظریه استقلال وجود انشایی از سایر انواع وجود

برخی معتقداند^{۳۶} غیر از چهار حالت وجود (وجود خارجی - وجود ذهنی - وجود

۳۶. شیخ محمد کاظم، آخوند خراسانی؛ کفایة الاصول، ناشر: مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، [بی تا]، [بی جا]، ص ۶۶، ۶۷ و سید ابوالقاسم، خویی؛ محاضرات فی اصول فقه، جلد ۱، ص ۲۱۴ و سید محمد سعید، حکیم؛ المحکم فی اصول فقه، چاپ اول، شش جلدی، ناشر: مؤسسة المنار، [بی جا]، ۱۴۱۴ ه. ق، جلد ۱، ص ۲۱۶. ایشان در مورد ازدواج می‌فرمایند: «عنوان مزوجه از کلمه تزویج منتزع شده و آن نیز مصدر متعدی (زوج) است و مآلاً آن نیز فعلی قائم بر عاقد است نه شارع لذا عناوین زوج و زوجه از نتیجه

لفظی و وجود کتبی) وجود دیگری به عنوان «وجود انشایی» قابل تصور است. در تعریف این وجود گفته شده است^{۳۷}: «وجود انشایی عبارت از این است که لفظی در معنای خود استعمال شود ولی هدف استعمال کننده این باشد که آن معنا به نفس همین استعمال تحقق پیدا کند». مثلاً بایع لفظ «فروختم» را در معنای خودش استعمال کند و هدف وی این باشد که معنای آن (یعنی تملیک) به نفس همین استعمال ایجاد گردد، البته نه در واقع بلکه به وجود انشایی. به نظر این گروه وجود انشایی، وجودی مانند ملکیت و زوجیت است^{۳۸}، یعنی همان گونه که ملکیت امری اعتباری است وجود انشایی نیز امری اعتباری است، مثلاً زمانی که بایع لفظ «فروختم» را در معنای واقعی آن استعمال می کند، یک امری به وجود انشایی موجود می شود که عبارت از ملکیت مبیع نسبت به مشتری است «یعنی اضافه ملکیتی که میان بایع و مبیع وجود داشت به مشتری منتقل می گردد».

قائلین به تحقق وجود انشایی معتقدند^{۳۹}: همیشه این گونه نیست که متعاقب وجود انشایی اثر دلخواه مترتب شود، مثلاً در بیع غاصب، وجود انشایی معنای بیع، تحقق پیدا می کند ولی اعتبار ملکیت محقق نمی گردد زیرا، عقلاً و شارح چنین اعتباری را نمی کنند

ترویج مترتب می شوند پس برای ترویج وجود انشایی است که تابع عقد است و وجود اعتباری تابع امضا شارح و عقلاً.

۳۷. شیخ محمد کاظم، آخوند خراسانی؛ کفایة الاصول، ص ۶۶.

۳۸. به نظر آیت الله حکیم: «با انشا، وجود انشایی به وجود می آید و این وجود از سنخ اعتباریات است لذا هنگامی که قبول کنیم انشا ایجاد معنی به نحوی از انحا وجود است آنگاه ما آن را به وجود انشایی تعبیر می کنیم... در انشا ترتب اثر شرعی یا عرفی شرط نیست لذا می تواند از شخصی که هیچ اثر شرعی و عرفی بر گفته وی بار نمی شود صادر شود مثل مجنون که هر چند گفتار وی لغو است ولی از انشا خارج نمی گردد و بالجمله: انشا عبارت است از ایجاد معنا به وجود انشایی اعتبار که متوقف بر ترتب اثر شرعی یا عقلی نیست.» (عبد الصائب، حکیم؛ منتقى الاصول، چاپ دوم، ۷ جلدی، انتشارات الهادی، قم، ۱۴۱۶، جلد ۱، ص ۱۲۴).

۳۹. عبد الصائب، حکیم؛ منتقى الاصول، جلد ۱، ص ۱۲۴.

ولی در چنین حالتی عقلا و شارع، وجود انشایی را اعتبار می‌کنند و آن را در «عالم اعتبار» موجود می‌پندارند و در نظر آنان در همان ظرفی که ملکیت و امثال آن تحقق دارد، یک وجود دیگری نیز محقق است که از آن به «وجود انشایی» تعبیر می‌شود. این وجود انشایی علاوه بر اینکه در بیع غاصب تحقق دارد، در برخی از مفاهیم که دارای واقعیت خارجی و ذهنی هستند نیز وجود دارد، مثلاً طلب دارای واقعیت خارجی (یعنی اراده قائم به نفس) و واقعیت ذهنی (یعنی تصور مفهوم طلب در ذهن) می‌باشد ولی برای آن یک وجود انشایی نیز وجود دارد و صیغه «افعل» به معنای وجود انشایی طلب است، وجود انشایی طلب، همیشه مسبوق به اراده قائم به نفس نیست، بلکه گاهی تخلف پیدا می‌کند و متکلم، صیغه «افعل» را به کار می‌برد ولی در نفس خود اراده تحقق مأمور به را در خارج ندارد. مثلاً اگر امر مولا، امر امتحانی باشد وجود انشایی طلب تحقق پیدا می‌کند ولی هیچ‌گونه وجود واقعی برای آن در نفس مولا محقق نیست.

اما در خصوص انشا به نظر می‌رسد، چون طبق تعریف ایشان، انشا کننده باید قصد تحقق آن وجود انشایی را در عالم اعتبار داشته باشد و لفظ را با این انگیزه استعمال کند، پس مقدمه تحقق وجود انشایی، وجود قصد بایع یا عاقد است، به این بیان که، عاقد و بایع به این قصد الفاظ ایجاب و قبول را تلفظ می‌کنند که آن لفظ در عالم اعتبار، معنای خود - که ممکن است انتقال اضافه ملکیت بایع به مشتری یا ایجاد رابطه زوجیت و... باشد - را ایجاد کند، یعنی برای ایجاد وجود انشایی اولاً: باید قصد تحقق معنا وجود داشته باشد، ثانیاً: باید الفاظ و کاشفی نیز استعمال گردند تا بعد از آن وجود انشایی تحقق یابد، بعد از این مرحله ممکن است، شارع و عقلا اثر مطلوب را بر این وجود انشایی بار کنند مثلاً مشتری را مالک مبیع بدانند یا اینکه چنین اعتباری را نمایند مثل بیع مال غصبی توسط غاصب که عقلا و شارع اثری بر آن مترتب نمی‌کنند.

در واقع به نظر این گروه، عقلا و شارع دو اعتبار می‌کنند، ابتدا بیع را به وجود انشایی اعتبار، سپس اثر مطلوب را بر آن (که همان ملکیت است) بار می‌کنند.

ایشان معتقدند تشخص وجود انشایی به شخص انشا کننده و لفظ است^{۴۰} به گونه‌ای که اگر شخص دیگری انشا نماید، وجود دیگری تحقق پیدا می‌کند و اگر همین شخص با لفظ دیگری انشا نماید «مثلاً به جای فروختم بگویند، اجاره دادم» وجود انشایی دیگری جز وجود اول ایجاد خواهد شد. مثل وجود ذهنی که اگر کسی دو مرتبه مفهوم انسان را تصور کند، دو وجود ذهنی برای انسان تحقق پیدا می‌کند.

در خصوص نظر این گروه می‌توان گفت: وجود انشایی نیز نوعی از «وجود» است ولی ظرف آن «نفس الامر» است، همان جایی که اعتبار در رابطه با سایر مسائل تحقق پیدا می‌کند، به عبارت دیگر؛ وجود انشایی به عنوان مظروف برای ظرف اعتبار می‌باشد.^{۴۱} برخی بر این نظریه ایراداتی وارد ساخته‌اند:

اول: محقق اصفهانی در بحث طلب و اراده و در تفسیر کلام آخوند خراسانی عقیده دارند که وجود طبق نظر مشهور بر چهار قسم است:^{۴۲}

۱. وجود عینی (خارجی)

۲. وجود ذهنی که مربوط به نفس است

۳. وجود لفظی

۴. وجود کتبی

و وجود پنجمی بنام «وجود انشایی» قابل تصور نیست.

به عقیده ایشان، برای اینکه کلام آخوند خراسانی دارای معنا و مفهوم باشد باید

۴۰. آخوند توضیح فوق را برای مطابقت با قاعده فلسفی «الشیء ما لم یشخص لم یوجد» آورده‌اند که به موجب آن، وجود مساوق با تشخص و جزئیت است، مثل تشخص زید که به خصوصیات فردی وی می‌باشد و تشخص وجود ذهنی که به تصور و تصورکننده است.

۴۱. ملا محمد کاظم، خراسانی؛ همان، ص ۱۳ به بعد.

۴۲. شیخ محمد حسین، اصفهانی؛ نهایه الدرابه، ج ۱، ص ص ۹۱-۱۹۰. به نقل از محمد فاضل، موحد لنگرانی؛ همان، ج ۱، ص ۳۴۷.

ناچار، مراد وی از «وجود انشایی» را به «وجود لفظی»^{۴۳} تاویل کنیم، یعنی همان گونه که ماهیت به واسطه «وجود خارجی» و «وجود ذهنی» تحقق پیدا می کند، به وسیله «وجود لفظی» هم قابل تحقق است زیرا، بین لفظ و معنا، علقه و ارتباطی وجود دارد که سبب وجود معنا به واسطه وجود لفظ می گردد. و تنها تفاوتی که بین «وجود لفظی» با «وجود ذهنی» و «وجود خارجی» وجود دارد، این است که، ماهیت به وسیله «وجود خارجی» و «وجود ذهنی» حقیقتاً وجود پیدا می کند ولی در مورد «وجود لفظی» ماهیت و معنا بالعرض تحقق می یابد یعنی در این مورد وجود حقیقی مربوط به خود لفظ است و آنچه حقیقتاً بالذات وجود پیدا کرده، لفظی است که متکلم آن را تلفظ نموده و وجود ماهیت، وجودی تبعی و بالعرض است.

در واقع طبق نظر محقق اصفهانی، «وجود انشایی» نوع خاصی از «وجود» نیست بلکه تعبیری دیگر از «وجود لفظی» است. و از آنجایی که بین معنا و لفظ علقه و ارتباط جعلی و قراردادی وجود دارد و معنا به تبعیت لفظ تحقق پیدا می کند، لذا اگر هدف متکلم از به کار بردن لفظ، تحقق ماهیت آن به نفس استعمال باشد، جمله انشاییه بوده و وجودی که ایجاد می گردد «وجود انشایی» نامیده می شود، ولی اگر علاوه بر آن، هدف متکلم حکایت از گذشته نیز باشد، جمله خبریه بوده و «وجود لفظی» به وجود خواهد آمد^{۴۴}.

۴۳. آنچه در مورد «وجود لفظی» گفته می شود، در رابطه با «وجود کبی» نیز صادق است.

۴۴. به نظر محقق اصفهانی چند اشکال عمده از جانب اصولیین (محمد فاضل موحد لنگرانی، همان، ج ۱، ص ۳۸۳) وارد شده است که به برخی از آنها اشاره می کنیم.

اشکال اول: مرحوم آخوند در کلام خود قید «فی نفس الأمر» را مطرح کرده اند در حالی که اگر معنای «وجود انشایی» همان «وجود لفظی» باشد، نیازی به ذکر قید فوق نبود، زیرا، بدون تردید وجود لفظ «وجود خارجی» است و با توجه به اینکه معنا به تبعیت از لفظ وجود پیدا می کند پس وجود معنا هم «وجود خارجی» خواهد بود و با این بیان می بایست آخوند خراسانی قید «فی الواقع» را به جای «فی نفس الامر» می آوردند و به نظر می رسد که از استعمال قید اخیر می خواستند معنایی گسترده تر از عالم واقع را بیان کنند.

دوم: ایراد دیگری که ممکن است به این نظریه وارد شود این است که به موجب آن، عقلا و شارع باید در اعمال حقوقی دو اعتبار داشته باشند، یکی اعتبار «وجود انشایی» و دیگری «اعتبار ملکیت» در حالی که ظاهراً عقلا و شارع در هر عقدی فقط یک اعتبار می‌کنند نه دو اعتبار مجزا، لذا این نظریه از این حیث دارای اشکال جلوه می‌کند.

ولی به نظر می‌رسد این ایراد و اشکال قابل رد باشد زیرا، مثلاً: در بیع استعمال لفظ «فروختن» نه سبب تکوینی برای «اعتبار ملکیت» دارند و نه سبب خارجی، لذا باید با استعمال لفظ، سبب اعتباری برای اعتبار ملکیت توسط شارع و عقلا ایجاد گردد، که ما از سبب واسطه‌ای که منجر به اعتبار ملکیت می‌شود، به «وجود انشایی» تعبیر می‌کنیم.

در مقررات قانونی نیز می‌توان نمونه‌هایی از پذیرش نظریه قائلین به استقلال وجود انشایی را مشاهده کرد؛

طبق ماده ۶۹۹ قانون مدنی التزام به تأدیه دین می‌تواند معلق گردد همچنین مستنبط از مفهوم ماده ۱۸۹ قانون مدنی: عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشا معلق به امر دیگری باشد. یعنی؛ ممکن است به محض انعقاد عقد، اثر ذات آن محقق نشود و با این حال عقد صحیح باشد. صحت عقد معلق تنها با تحلیل وجود اعتباری واسط امکان پذیر است. حال اگر قائل بر این نظر باشیم که در عقود از طرف شارع و عقلا فقط یک اعتبار

اشکال دوم: آنچه محقق اصفهانی در خصوص انحصار وجود به چهار حالت بیان کرده‌اند مربوط به عالم واقعیت است در حالی که ما برای ملکیتی که به واسطه حیات و یا ارث حاصل شده وجود قائل هستیم و هیچ کس منکر وجود ملکیت در حیات و ارث نیست در حالی که وجود آن خارج از چهار حالت مورد ادعای محقق اصفهانی است. پس هر وجودی که برای «ملکیت» قائل هستیم، همان وجود را می‌توان بر «وجود انشایی» نیز در نظر گرفت، که در این حالت قطعاً نیاز به حالت پنجمی از وجود خواهیم داشت.

نتیجه اینکه کلام محقق اصفهانی در ارتباط با انشا دارای اشکالاتی است که به راحتی قابل برطرف کردن نیستند.

صورت می‌گیرد که همان «مقتضای ذات عقد» است - مثل ملکیت یا زوجیت - باید عقدی که به صورت معلق انشا می‌شود را باطل بدانیم، زیرا، به نظر قائلین به عدم استقلال وجود انشایی؛ عقلا و شارع، اگر شرایط تحقق وجود اعتباری وجود داشته باشد، فقط اثر ذات عقد را اعتبار می‌کنند و اگر این شرایط وجود نداشته باشد هیچ نوع اعتباری انجام نمی‌دهند. بنابراین اگر اثر ذات عقد محقق نشود، به دلیل اینکه هیچ نوع اعتباری صورت نگرفته است، عقد باطل خواهد بود. در حالی که طبق نظر اکثر حقوق‌دانان^{۴۵} آنچه از ظاهر عبارات قانون مدنی استنباط می‌گردد، صحت عقد معلق است، حال این سؤال مطرح می‌گردد که اگر در عقد معلق مثل بیع معلق یا التزام به تأدیه معلق، ملکیت یا مسئولیت پرداخت دین اعتبار نشده است، پس چه چیزی اعتبار شده که دارای اثر حقوقی است؟

در پاسخ باید گفت: طبق تحلیل فوق، در هر عقدی، عقلا و شارع دو نوع اعتبار دارند: به این صورت که ابتداء وجود انشایی که عبارت است از: «وجود اعتباری حاصل از به کار بردن کاشف به قصد ایجاد معنای آن در عالم اعتبار» را جعل می‌کنند و پس از تحقق آن، مقتضای ذات عقد که حسب مورد ممکن است، ملکیت، زوجیت یا التزام به تأدیه و... باشد را اعتبار می‌نمایند. در برخی موارد ممکن است، این دو اعتبار مقارن هم و به‌طور هم زمان صورت گیرند مثل عقد منجز ولی در برخی دیگر ممکن است فاصله زمانی بین آنها ایجاد گردد خواه این عدم تقارن ناشی از قصد مشترک طرفین باشد مثل عقد معلق و خواه به واسطه مصلحت و نظم معاملاتی و حکم قانون، مثل معامله فضولی و در مواردی نیز ممکن است «وجود انشایی» محقق گردد ولی مقتضای ذات عقد اصلاً به وجود نیاید و عقلا و شارع اثر مطلوب را برای آن اعتبار نکنند مثل نکاح زن شوهردار.

۴۵. مهدی، شهیدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، ص ۷۳ و ناصر، کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ص ۱۹۸ و سید حسن، امامی؛ حقوق مدنی، چاپ بیست و دوم، تهران، ناشر اسلامی، شش جلدی، ج ۱، ۱۳۸۱، ص ۱۷۸.

نتیجه گیری

در آخر باید اشاره کنیم که، آنچه باعث ایجاد وجود انشایی می‌گردد لفظ یا به عبارت عام‌تری کاشف است و در واقع ایجاد و انشا از شئون لفظ است نه قصد، هر چند که انشا متعلق قصد واقع می‌گردد و به عنوان مقدمه تحقق لفظ در معنای خود، باید قصد نیز وجود داشته باشد، همان‌طور که در تعریف «وجود انشایی» گفتیم: متکلم باید قصد تحقق معنا را در عالم اعتبار داشته باشد (قصد نتیجه) ولی هیچ کدام از این امور باعث نمی‌گردد، ملتزم شویم که قصد، ایجاد کننده وجود انشایی است. لذا ترکیب قصد و انشا در ماده ۱۹۱ قانون مدنی را نمی‌توانیم در معنی «قصد ایجاد کننده و انشا کننده» و به عنوان کلمه‌ای مرکب که دارای معنای «فاعلی» است بپذیریم، بلکه طبق مبانی بررسی شده در این نوشتار، باید آن را در معنای «مصدری» و به معنی «قصد ایجاد کردن و انشا نمودن» و در واقع قصد تحقق معنا در عالم اعتبار بدانیم.

با این تحلیل، انشا؛ امری اعتباری است که متعلق قصد قرار می‌گیرد، چنان که ممکن است متعلق آن امور مختلفی از جمله: معنا، نتیجه و تقرب به خدا باشد. بنابراین معنا و مفهوم ماده ۱۹۱ قانون مدنی چنین خواهد بود: «عقد محقق می‌گردد به قصد ایجاد نمودن (وجود اعتباری) به شرطی که مقارن آن قصد، کاشفی که دلالت بر انشا (متعلق قصد) نماید نیز وجود داشته باشد».

پس ملاحظه می‌گردد، قصد انشا جدای از قصد نتیجه است، زیرا، قصد انشا یعنی قصد تحقق معنای لفظ به نفس استعمال آن به عبارتی قصد تحقق وجود انشایی، ولی قصد نتیجه یعنی «قصد تحقق اثر مطلوب مورد اعتبار عقلا و شارع مثل ملکیت یا زوجیت». با توجه به نتیجه این نوشتار می‌توان گفت؛ الفاظ و به‌طور کلی کاشف جزو ارکان تشکیل دهنده عقد است نه اماره‌ای بر تحقق آن و قبل از ابراز بیرونی قصد، اصولاً عقدی محقق نخواهد شد بنابراین در مواردی مثل «معامله با خود» تا زمانی که قصد انعقاد معامله توسط فرد ابراز نشود عقد محقق نخواهد شد. در صورتی که اگر نظر غیر مشهور پذیرفته

شده و کاشف جزو عناصر تشکیل دهنده عقد محسوب نشود ممکن است در مواردی مثل معامله با خود، بعد از سالها اخبار به انجام معامله ای گردد که در نفس عاقد محقق شده و به دلیل عدم ابراز آن کسی از وقوع معامله مطلع نبوده است و چه بسا باعث برهم زدن نظم معاملاتی گردد.

با تحلیلی که از ماهیت انشا صورت گرفت، نباید در صحت عقد معلق تردید کرد. لازم به ذکر است؛ زمانی که تعلیق در منشا باشد عقد معلق صحیح خواهد بود و در صورتی که تعلیق در انشا باشد طرفین هیچ سببی برای اعتبار شارع و عقلا ایجاد نمی کنند و همین امر باعث می شود که اثری بر این عمل آنها بار نشده و باطل دانسته شود.

منابع

۱. آخوند خراسانی، شیخ محمد کاظم؛ کفایة الاصول، [بی جا]، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، [بی تا].
۲. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، شش جلدی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۸۱ ه.ش.
۳. بحر العلوم، سید محمد؛ بلغة الفقیه، شرح و تعلیق: سید محمد تقی آل بحر العلوم، چهار جلدی، جلد دوم، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ه.ق.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰ ه.ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ه.ش.
۶. حکیم، سید محمد سعید؛ المحکم فی اصول فقه، شش جلدی، جلد اول، [بی جا]، مؤسسه المنار، ۱۴۱۴ ه.ق.
۷. حکیم، عبد الصائب؛ منتقى الاصول، چاپ دوم، هفت جلدی، جلد اول، قم، انتشارات الهادی، ۱۴۱۶ ه.ق.
۸. حلی، فاضل مقداد؛ نضد القواعد الفقهیه، تحقیق: سید عبد الطیف کوهکمره‌ای، قم، مکتبه آیه الله العظیم نجفی، ۱۴۰۳ ه.ق.
۹. خویی، سید ابوالقاسم؛ البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار الزهراء، ۱۳۵۹ ه.ش.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم؛ محاضرات فی اصول الفقه، تحقیق: شیخ محمد اسحاق فیاض، پنج جلدی، جلد اول، قم، دارالهادی، [بی تا].
۱۱. دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه، تهران، چاپ سیروس، [بی تا].
۱۲. شاطبی؛ الموافقات، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۳. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، دو جلدی، جلد اول،

- تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۰ه.ش.
۱۴. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب؛ قاموس محیط، بیروت، مؤسسه العربیة لطباعة و النشر، ۱۴۰۱ه.ق.
۱۵. فیومی، احمد بن محمد؛ مصباح المنیر، دو جلدی، جلد اول، مصر، مؤسسه دارالهجده، ۱۳۶۷ه.ق.
۱۶. قناتی، جلیل؛ مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳ه.ش.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱ه.ش.
۱۸. محقق اردبیلی، احمد؛ مجمع الفائده والبرهان فی ارشاد الاذهان، تحقیق: اشتهاوردی و عراقی و یزدی، چهارده جلدی، جلد هشتم، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ه.ق.
۱۹. مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین «معروف به شهید اول»؛ القواعد و الفوائد، تحقیق دکتر سید عبدالهادی حکیم، قم، منشورات مکتبه، ۱۳۹۸ه.ق.
۲۰. موحد لنگرانی، محمد فاضل؛ اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، تحقیق: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، شش جلدی، جلد اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۰ه.ش.
۲۱. موحد لنگرانی، محمد فاضل؛ اصول فقه شیعه (درس‌های خارج اصول)، تحقیق: محمود ملکی اصفهانی و سعید ملکی اصفهانی، شش جلدی، جلد سوم، قم، مرکز

فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۰ ه.ش.

۲۲. میرزای نائینی؛ فوائد الاصول، تقریرات اصول از شیخ محمد علی کاظمی، تحقیق:

شیخ رحمتی اراکی، سه جلدی، جلد اول، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی،

۱۴۰۹ ه.ق.

۲۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الایام، قم، انتشارات بصیرتی، ۱۴۰۸ ه.ق.