

تأملی انتقادی - تحلیلی بر مبانی نظری عقد تعلیقی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

محمد روشن^۱

سعید کرمی^۲

چکیده: در خصوص عقد معلق میان فقها دو دیدگاه مطرح گردیده است. عده‌ای آن را صحیح و عده‌ای آن را باطل اعلام کرده‌اند. هر یک نیز برای اثبات حقانیت و صحت دیدگاه خود به دلایل عقلی و شرعی تمسک نموده‌اند. مخالفین صحت عقد تعلیقی، به اجماع به عنوان مهم‌ترین دلیل خود تمسک کرده‌اند. موافقین صحت عقد تعلیقی نیز - که عمدتاً از فقهای متأخر و معاصرند - نظیر امام خمینی، ضمن رد اجماع، اعتبار تنجیز در عقد را به چالش کشیده‌اند. در بین حقوقدانان نظریه غالب صحت عقود تعلیقی است و تعلیق باطل را صرفاً در موارد مصرح در قانون نظیر مواد ۱۰۶۸ و ۶۹۹ قانون مدنی می‌دانند. در نگاهی انتقادی به نظریه تعلیق در انشا و منشأ می‌توان افزود که تعلیق در انشا اساساً بی‌مناسبت، چرا که در تعلیق در انشا هیچ‌گاه ساختمان عقد شکل نمی‌گیرد تا بتوان بر صحت یا بطلان آن نظر داد؛ زیرا صحت و بطلان در زمره احکام وضعیه است و لازمه احکام وضعیه وجود یک موضوع خارجی است و از آنجایی که در تعلیق در انشا هویت عقد شکل نگرفته نمی‌توان از این جهت درباره صحت یا عدم صحت آن نظر داد. از دیگر سو می‌توان اظهار داشت که عقود و معاملات حقیقت شرعیه نیستند و شرع جز در چند مورد خاص دخالتی در سیره عقلاً نداشته و مسأله کاملاً عرفی و معتبر است.

کلیدواژه‌ها: عقد معلق، انشا، منشأ، تنجیز، قانون مدنی، عرف.

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی
e-mail: m-roshan@sbu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی
e-mail: Karami.t54@gmail.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۹۱/۹/۲۴ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۸ مورد تأیید قرار گرفت.

مقدمه

در قانون مدنی ایران عقد با توجه به آثار و ذوات آن به گونه‌های متنوعی تقسیم شده است. عقد با تمرکز بر چگونگی انشا به معلق و منجز تقسیم شده است. در ماده ۱۸۴ ق.م.صورت‌بندی دوگانه دیگر عقد با در نظر گرفتن دوام آن به لازم، جایز و خیاری تقسیم گردیده است. در این نوشتار، عقد با توجه به کیفیت انشاء مورد مطالعه قرار می‌گیرد، که از آن با عنوان عقد معلق یاد می‌شود و سؤال اصلی نیز معطوف به این است که آیا عقد معلق باطل است یا خیر؟ موضع فقها، دکترین حقوقی و قانون مدنی ایران در این خصوص چیست؟ تلاش ما معطوف به این است که خوانشی تحلیلی - انتقادی از این مفهوم بیان کنیم.

(۱) مفهوم شناسی عقد تعلیقی

برای عقد معانی مختلفی در لغت و اصطلاح وضع گردیده است.

(۱-۱) معنای لغوی

عقد در لغت به معنای گره زدن، بستن، محکم کردن، عهد و پیمان است. همچنین معنای تضمین کردن را نیز برای آن بیان کرده‌اند (دهخدا بی تا: ۱۴۱۱۰).

(۱-۲) معنای اصطلاحی

فقها عقد را به کاربردن عبارات و الفاظ خاص بین طرفین قرارداد که برای عناوینی نظیر اجاره، بیع، نکاح به کار برده می‌شود، می‌دانند خواه این الفاظ از یک طرف عقد یا طرفین عقد صادر شود که متضمن مقصودی مشترک باشد (حائری شهابی ۱۳۷۶ ج ۲: ۱۴۴) در علم حقوق نیز عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی، از این تعریف نیز بر می‌آید که اراده طرفین، عقد را در عالم اعتبار ایجاد می‌کند. حرکت اراده در جهت ایجاد عقد را اصطلاحاً «انشای عقد» و به آنچه به وسیله اراده انشا می‌شود منشأ به صیغه اسم مفعول گفته می‌شود. بنابراین منشأ همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنای محصولی است که در عالم اعتبار ساخته می‌شود (شهیدی ۱۳۷۷: ۶۷).

۱-۳) عقد تعلیقی

تعلیق در لغت به معنی آویختن، آویزان کردن چیزی به دیگری است (دهخدا بی تا: ۵۹۷۰). همان طوری که در ماده ۱۸۹ قانون مدنی نیز آمده است: عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری باشد که آن امر را اصطلاحاً معلق علیه می نامند. هر عقد دارای آثار مخصوصی است که بلافاصله بعد از انعقاد آن عقد پدید می آید؛ ولی طرفین می توانند به وسیله تعلیق پیدایش آن را بر وجود امر دیگری منوط کنند (عمید ۱۳۴۲: ۱۵). برخی از حقوقدانان بر این باورند که تعلیق عقد آن است که اثر حاصل از آن، که در همان حال عقد موجود می شود به علت نحوه مذاکرات طرفین، به طور ناقص ایجاد شود و زوال آن نقص، بسته به پیدایش عامل یا عوامل جدیدی باشد. پس چنین نیست که در عقد معلق آثار عقد در حین عقد محقق نگردد و گرنه لازم می آید که بین انشا و منشأ فاصله زمانی حاصل شود، که این حتی در ایجاد موجودات اعتباری هم محال است (جعفری لنگرودی ۱۳۷۸: ۱۵). برخی فقها نیز گفته اند تعلیق عبارت است از اینکه عاقد اثر عقد را معلق بر چیز دیگری نماید نه اینکه به طور طبیعی اثر عقد معلق بر چیز دیگر شود؛ چرا که به آن دیگر تعلیق گفته نمی شود بلکه تعلق است (مراغی ۱۴۱۷: ۲۲۷).

۱-۴) تعلیق و شرط

در ادبیات حقوقی و فقهی این دو به گونه ای با یکدیگر متفاوتند. تعلیق موکول و وابسته کردن عقد به امر دیگری است به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه، عقد به وجود نمی آید در حالی که شرط، امری فرعی و متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست بلکه عقد در زمان انشا محقق می گردد و آثار آن را نیز با خود پدید می آورد. در بیان مفهوم شرط از عبارت «مشروط به اینکه» و برای تعلیق از واژه «اگر» استفاده می شود، به طور مثال معنی جمله «خانه ام را فروختم اگر ظرف یک سال برای من خانه بسازی» با معنی جمله «خانه ام را فروختم به شرط اینکه ظرف یک سال برای من خانه بسازی» کاملاً متفاوت است. در معنای جمله اول فروش خانه و به تبع آن انتقال مالکیت موکول به ساختن خانه برای فروشنده است و اگر نسازد خانه مزبور فروخته نشده است. در حالی که معنی جمله دوم این است که فروش خانه موکول به ساختن خانه برای وی نشده است و مالکیت از همان ابتدا به طرف مقابل منتقل می شود ولیکن ذمه خریدار هم، به ساختن خانه برای فروشنده اشتغال پیدا می کند و به نوعی او متعهد به فعل می شود اگر خریدار از انجام

تعهد ناشی از شرط امتناع کند، فروشنده می‌تواند با توسل به مراجع قضایی او را ملزم به ساختن خانه نماید (شهیدی ۱۳۷۷: ۷۰).

تعلیق در واقع ترتب امری است غیر موجود بر امر موجود، ولی شرط، التزام امر غیر موجود بر امر موجود است.

۱-۵) عقد معلق و مؤجل

در عقد مؤجل اثر عقد به‌طور کامل به‌وجود می‌آید و فقط مطالبه دین و اجرا مدتی به تأخیر می‌افتد اما در عقد معلق پیش از وقوع تعلیق تعهد به‌وجود نیامده است. در عقد مؤجل چون ماهیت حقوقی منشأ پیش از انقضای زمان مذکور تحقق نیافته است نمی‌توان آن‌را در زمان انشا معتبر یا غیر معتبر دانست اما معلوم است که عقد پس از انقضای مدت، معتبر خواهد بود در صورتی که تحقق عقد معلق بر واقعه احتمالی آینده، معلوم نیست (کاتوزیان ۱۳۷۶: ۲۴).

۲) آرا و دیدگاه‌های متقابل

آیا تعلیق در عقد، تعلیق در انشا است یا تعلیق در منشأ؟ در عالم طبیعت بین فعل و محصول فعل جدایی وجود ندارد و پس از انجام فعل اثر مستقیم آن بدون وابستگی به چیزی موجود می‌گردد مانند قراردادن یک فلز داغ بر روی دست که بلافاصله اثر خود را که همان «سوزاندن» است ایجاد می‌کند. اما در عالم اعتبار که ناشی از قرارداد و جعل معتبر است، نظام طبیعت در آن حاکم نیست، بنابراین هرگونه عمل حقوقی که مورد نیاز باشد و با مصالح جامعه و عدالت و نظم و امنیت عمومی تضاد نداشته باشد می‌تواند اعتبار یابد و محقق شود. بنابراین، نظریه غالب این است که تعلیق در انشا را صحیح و معتبر نمی‌دانند. اما سؤال این است که اگر وضعیت تعلیق از قراین و اوضاع و احوال قابل استنتاج نبود، تعلیق را باید بر چه چیزی حمل کنیم تعلیق در انشا یا منشأ؟ به نظر ما، تعلیق در انشا به معنی فقدان قصد انشا و عدم تشکیل عقد است، در صورتی که در عقدی که ماهیت منشأ آن معلق باشد، از حیث تعلیق مانعی در تشکیل و اعتبار عقد پس از حصول معلق علیه، وجود ندارد لذا تردید در تعلیق در انشا یا منشأ به تردید در تشکیل یا عدم تشکیل عقد برمی‌گردد که مقتضای اصل، عدم تشکیل عقد یا بطلان آن یعنی حمل تعلیق به تعلیق در انشا است (شهیدی ۱۳۷۷ ج ۱: ۶۹).

نمره این نزاع در دیدگاه «کشف و نقل» است. چرا که اگر انشا معلق بر شرط باشد و وقوع، منوط به شرط شده باشد دیگر نمی‌توان مدعی بود که پس از تحقق شرط، عقد از روز انعقاد مؤثر واقع می‌گردد و وقوع شرط کاشف از این است که اثر آن از هنگام تراضی به وجود آمده است؛ ولی اگر تعلیق در منشأ باشد، برای تعیین ایجاد تعهد، تحلیل و قصد طرفین ضرورت دارد؛ زیرا در چنین صورتی آنان می‌توانند روز وقوع شرط را تاریخ ایجاد اثر عقد قرار دهند یا آن را مؤثر در گذشته سازند (اثر قهقرایی داشته باشد) (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۱۵).

۲-۱) ادله و اقوال فقها

فقها برای بیان بطلان یا صحت تعلیق در عقد اعم از انشا و منشأ دیدگاه‌های متفاوت و مختلفی ارائه نموده‌اند.

قائلین به بطلان

برای بطلان عقد تعلیقی دلایل مختلفی - اعم از عقلی و شرعی - بیان شده‌است که عبارتند از:

الف) اصل استصحاب: استصحاب را «بقاء ماکان» گویند. هرگاه عقد معلقی واقع شود مانند بیع معلق که مشخص نباشد که آیا این بیع قانوناً ناقل میباید به مشتری است یا نه و همچنین مشخص نیست که بیع مذکور ناقل ثمن به بایع است یا نه در این صورت براساس اصل استصحاب مالکیت، هر یک از متعاملین مالک همان مالی هستند که پیش از عقد بیع داشته‌اند. این نتیجه علامت بطلان عملی بیع است، به عبارت دیگر بیع مزبور عملاً مانند یک بیع باطل است (عبده بروجردی ۱۳۲۹: ۱۵۶).

ب) عموم و اطلاق الفاظ وارده: تعلیق در عرف و عادات اجتماعی و در عقدهای مرسوم در بین مردم شایع نیست. عقد منجز متعارف و متعادل است نه عقد معلق، همچنین اطلاقات و عمومات صحت عقود، به عقد منجز منصرف است نه عقد معلق، بنابراین عقد معلق را باید صرفاً در موارد خاص و منصوص، صحیح و معتبر دانست نه به طور کلی (نائینی ۱۴۱۸: ۱۱۲).

ج) صاحب عمروه می‌گوید اگر عقد بر شرطی که در آینده حاصل می‌شود معلق شده باشد، باطل خواهد بود خواه به نحو شرط مقارن باشد یا شرط متأخر و خواه آن شرط در آینده قطعی الحصول باشد یا مشکوک الحصول (به نقل از شبیری زنجانی ۱۴۱۹: ۲۴۶).

د) مرحوم شهید اول در کتاب *قواعد* آورده است که، انتقال ثمن و مثن باید به سبب تراضی طرفین باشد و تا جزم و قطع نباشد، تراضی هم نیست و تعلیق منافی جزم است. مبنای استدلال این است که وقتی عقد معلق باشد، معامله کننده، مصمم بر عقد نیست، پس رضا موجود نیست و انتقال مالکیت تحقق پیدا نخواهد کرد و عقدی به وجود نمی آید (شهید اول ۱۴۰۰: ۶۵).

ه) شیخ انصاری در کتاب *مکاسب* بیان داشته است که تعلیق با قصد انشا نمی تواند وجود داشته باشد. بنابراین تعلیق نمی تواند در هیچ عقدی جایز باشد. مثلاً در عقد بیع اگر بایع حین اقدام به عقد بیع قصد انشا نماید، باید اثر انشا و ایجاد او بلافاصله در همان حین عقد به وجود آید حال آنکه تعلیق مانع می شود که اثر مزبور بلافاصله پس از عقد به وجود آید (انصاری ۱۳۷۴: ۲۷۸-۲۹۶).

و) عمده دلیل مخالفان تعلیق، اجماع است. بنابر اجماع های نقل شده تعلیق در هیچ عقدی جایز نیست مگر آنکه شارع تصریح به صحت آن نموده باشد (نجفی ۱۹۸۱: ۲۵۳).

ز) به طور کلی به نظر می رسد تعلیق هم در انشا و هم در منشأ محال است؛ زیرا هویت عقد قصد و انشا است و انشا در افق نفس واقع می شود و نفس عالم عین است بنابراین بر اساس قانون علیت «الشیء ما لم یجب لم یوجد» تعلیق چه در انشا و چه در منشأ محال است؛ زیرا انشا وجود و منشأ موجود است و بین هر دو وحدت حقیقی است و تغایرشان اعتباری است (موسوی بجنوردی ۱۳۹۰: ۱۲۱).

قائلین به صحت

فقهای دیگر که قائل به صحت تعلیق در عقدند دلایل خویش را بدین نحو استوار ساخته اند:

الف) در میان فقهای معاصر، امام خمینی در این زمینه می فرماید آنچه را که بعضی از اعظام عصر گمان کرده اند که «تعلیق در منشأ باشد نه در انشا» دارای اشکال است؛ زیرا اشکال آن قیاس نمودن ایجاد اعتباری به ایجاد تکوینی است که این قیاس مع الفارق است و لازمه ممتنع بودن تعلیق در معانی تصویری تعلیق معقول نیست و ناگزیر باید به معانی تصدیقیه رجوع نمود.

حق این است که اگر قید رجوع به انشا نماید، مطلقاً صحیح است و تعلیق در منشأ محل تردید است. (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱: ۳۵۲-۳۴۷). از این رو، امام خمینی اساساً تعلیق در انشا را قبول نداشته و تعلیق در منشأ را به چالش کشیده اند که همین موضوع — تعلیق در منشأ — در نظام های دیگر

حقوقی و مقررات بین‌المللی نظیر یوسی پی ۶۰۰^۱ زمانی که تعلیق وابسته به اراده یکی از اطراف و متعهدین عقد باشد محل تأمل و چالش جدی قرار گرفته و از موجبات بطلان عقد تلقی می‌گردد.

ب) اصل استصحاب: تمسک به این دلیل زمانی است که عموم یا اطلاقی در بین نباشد اما با وجود عموم و اطلاق، نمی‌توان به استصحاب استناد نمود. شارع در برابر عقد معلق ساکت نیست، هر چند در این مورد نص خاص وجود ندارد ولی نص عام موجود است. عموم حلیت بیع از «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) استنباط می‌شود چرا که بیع معلق نیز بیع به حساب می‌آید. آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) این آیه اطلاق دارد و هر نوع تجارت و معامله را در بر می‌گیرد، چرا که عقد معلق نیز با تراضی طرفین صورت می‌گیرد. مفاد آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیز دلالت بر لزوم وفا به عهد در هر عقدی و از جمله عقود معلق دارد. بنابراین در صورت شک به اصول، تمسک می‌کنیم و با دلالت عمومات مذکور، شک، که موضوع استصحاب است، مرتفع می‌گردد (خویی بی تا: ۶۷).

ج) در خصوص رد انصراف عمومات و اطلاقات گفته‌اند که، اگر بپذیریم که انصراف در مطلقات صحیح است، مبرهن و واضح است که ثبوت اطلاق در ادله صحت باید به مقدمات حکمت باشد؛ بنابراین برخی از افراد مطلق، در خارج متعارف نیست، و افراد مطلق در حکم متساوی هستند و اگر غیر از این باشد اطلاق مطلق قاذح و روشن است که عدم تساوی بین افراد نیاز به قرینه بر عدم اراده اطلاق دارد بنابراین تمسک به انصراف صحیح نیست (خویی بی تا: ۷۰).

د) در رد تنافی تعلیق و جزم استدلال شده است که: اولاً، نص شرعی جزم را لازم نکرده است تا آن را شرط صحت عقد بدانیم. ثانیاً، در وجدان و عقل و عرف صرف احتمال منفعت برای اقدام به انعقاد و قصد انشا کفایت می‌کند و تعلیق به هیچ وجه حاکی از بی‌جزمی نیست (عمید ۱۳۴۲: ۱۹) در **نهج الفقاهه** نیز برای رد این تنافی آمده است: ما برای معتبر بودن جزم به انشای عقد به هر معنی که فرض شود دلیلی نداریم. رضایت دادن به چیزی متوقف بر امکان حصول آن شیء نیست، چه

۱. UCP600: مقررات متحد الشکل اعتبار اسنادی را گویند. مقررات جدید اسنادی موسوم به UCP600 حاوی مواد جدیدی است که در زمینه بانکداری، بیمه و حمل و نقل و نحوه گشایش اعتبارات اسنادی از آن استفاده می‌شود. این مقررات توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی که مقر آن در پاریس است وضع می‌شود. این مقررات مرجعی جامع جهت تجارت بین‌المللی به شمار می‌رود.

رسد به اینکه بخواهیم به وقوع آن جزم داشته باشیم. بنابراین همانطوری که رضایت به عقدی که به صورت مطلق بیان شده است، تعلق می‌گیرد، به عقد معلق نیز تعلق می‌گیرد (حکیم بی تا: ۱۰۷).

ه) در هر عقد و ایقاع و هر جمله انشائیه، یک انشا و جعلی وجود دارد که کار موجب و قابل است و آن عبارت است از جعل و ایجاد امری از امور و یک منشأیی وجود دارد که اثر انشا است و عبارت است از ملکیت، زوجیت و... به عبارت دیگر سببی وجود دارد که عقد باشد و مسببی وجود دارد که اثر حاصل عقد باشد. اگر مراد آن است که نفس انشا و ایجاد معنی در عالم اعتبار قابل تعلیق نیست، درست است؛ زیرا که نفس انشا مدلول صیغه است و با آمدن دال، مدلول هم می‌آید و از هم قابل انفکاک نیست و اگر مراد این است که منشأ به این انشا یعنی حصول ملکیت، زوجیت و... تعلیق بردار نیست که مثلاً بگوید «هذا لك إن جاء زيداً غداً» که انشا ملک الآن است ولی خود ملکیت منوط به آمدن زید در فردا است چنین چیزی هم، عقلاً متصور و معقول است و در عرفیات و شرعیات چه در امور عبادی یا معاملی و عقود و ایقاعات نمونه‌های فراوانی دارد؛ مثلاً در امر واجب مشروط داریم که اصلاً انشای وجوب با آمدن امر است؛ ولی منشأ یعنی نفس وجوب پس از حصول شرط می‌آید (جعفری لنگرودی ۱۳۴۰: ۵۳). اعتقاد به اینکه هر گاه عقد آمد ملک هم حتماً می‌آید و تخلف بردار نیست، اعتقادی درست نیست چرا که در موارد زیادی می‌بینیم که اثر یعنی ملک از مؤثر یعنی عقد تخلف کرده، مانند بیع صرف و سلم، بیع فضولی، وقف، وصیت و... اینکه عده‌ای بر این باورند که تعلیق مخالف با ترتب مسبب از سبب است و موجب تخلف معلول از علت می‌گردد. این صرفاً در عقود تعلیق نیست، بلکه موارد نقض دیگری هم دارد؛ به طور مثال اگر بایع بگوید: «به تو فروختم اگر بخواهی» که عقد را بر مشیت مشتری معلق کرده است بلاشکال است و این هم نوعی تعلیق است با وجود این با مجرد قبول مشتری ملکیت هم می‌آید؛ پس تعلیق موجب انفکاک اثر از مؤثر نشد، یا اگر مشتری بگوید: «خریدم اگر فروشنده‌ای» و بایع بگوید «فروختم» باز عقد معلق است ولی اثر آن بلافاصله است. پس از هیچ طرف منافات یا ملازمه‌ای نیست؛ یعنی نه تنجیز همه جا موجب آن است که بلافاصله پس از عقد ملکیت بیاید و نه تعلیق موجب آن است که همه اثر عقد از خود عقد جدا شود. ضرورت ترتب مسبب نسبت به سبب، مربوط به امور تکوینی و اسباب و مسبب‌های عالم طبیعت است و در عالم حقوق، که عالم اعتباریات است، الزاماً قواعد طبیعی حاکم نیست و محتمل است که به اراده

طرفین عقد، منشأ از انشا فاصله پیدا کند و هرگونه عمل حقوقی که نیاز معاملاتی افراد را برطرف سازد محقق گردد، مگر اعمالی که بطلان آنها ثابت شده باشد (انصاری ۱۳۷۴: ۲۹۶).

و) وقوف بر اتفاق آرای همه فقها، در این زمان مشکل و بلکه ممتنع است (آخوند خراسانی ۱۴۰۶: ۲۹). بنابراین نقل اجماع هم نمی‌تواند مستند باشد؛ زیرا نقل اجماع به صورت خبر واحد موقعی ارزش و اعتبار استدلالی دارد که سندیت و حجیت خبر واحد مورد بحث و ایراد نباشد و حال آنکه حجیت خبر واحد مورد ایراد است. به علاوه مستند اجماع هم مشخص نیست. لذا ادعای اجماع، عنوان اجماع را ندارد. چنانچه مستند اجماع هریک از دلایل مذکور باشد هم، اعتبار آن محل بحث است؛ زیرا علم نداریم که این اجماع کاشف از رأی و نظر معصوم باشد (طباطبایی یزدی ۱۳۷۸: ۱۹۶) آیت الله شبیری زنجانی در *کتاب النکاح* عقد معلق را صحیح دانسته و مستند آن را عرف و سیره عقلا می‌دانند (شبیری زنجانی ۱۴۱۹: ۳۲۶). و گفته‌اند: بدون تردید سیره عمومی عقلا بر بطلان تعلیق نیست و اجماع را نیز مورد لحاظ قرار نداده‌اند (شبیری زنجانی ۱۴۱۹: ۲۶۶).

۳) عقد معلق در قانون مدنی

قانون مدنی درباره صحت یا بطلان عقد معلق حکم کلی ندارد و در برابر آثار و شرایط این گونه تعهدات مجمل است. در مواد ۶۹۹ و ۱۰۶۲ قانون مدنی بر بطلان تعلیق عقود ضمان، نکاح و طلاق تصریح نموده است. منطبق تفسیر حقوقی نیز ایجاب می‌نماید با عنایت به ماده ۱۸۹ قانون مدنی و عدم تصریح به بطلان این گونه از عقود، این عقد باطل نباشد. دادرس نمی‌تواند به استناد هیچ‌یک از مواد قانونی یا نقض یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله، حکم به بطلان عقد مزبور بدهد (امامی ۱۳۷۳: ۱۶۶). از دیگر سو قانونگذار شرایط صحت معاملات را در ماده ۱۹۰ ق.م.ب.ه. صورت اطلاق، بیان کرده است و از آنجایی که در مقام بیان بوده است اگر چیزی را به‌عنوان شرایط صحت معامله بیان ننموده با توجه به مقدمات حکم و اصل اطلاق، پس آن چیز که بیان نشده است در زمره شرایط صحت تلقی نمی‌گردد. همچنین اگر در دیدگاه قانونگذار عقد معلق باطل بود به‌طور کلی، ضرورتی برای بیان بطلان عقد در پاره‌ای موارد نظیر عقد نکاح و ضمان و طلاق وجود نداشته است. ماده ۱۰ قانون مدنی نیز اثبات خلاف صریح قانون بودن را شرط بطلان معاملات و قراردادهای دانسته است. عقد معلق را نباید با عقد مشروط اشتباه نمود. عقد مشروط عقدی

است که مرکب از دو تعهد است که یکی اصلی است و دیگری به صورت شرط در آن قرار داده شده است (امامی ۱۳۷۳: ۶).

قریب به اتفاق حقوقدانان عقد معلق را معتبر می‌دانند. دکتر لنگرودی در کتاب *الفارق* که در زمره آخرین آثار این استاد گرانقدر است تعلیق‌های عقد را اینگونه تبیین نموده‌اند:

الف) تعلیق عقد در عبارت «فروشنده خانه تعهد انتقال مالکیت آن را در حین بیع می‌کند» بدین شرح قابل واکاوی است:

انشا	تعهد بایع	به نقل مالکیت	خانه خود به مشتری در برابر ثمن
	مُنشأ	موضوع تعهد بایع یا التزام بایع	مُتَعَلِّق موضوع تعهد بایع (=معقود علیه)
		محل تعلیق ممکن = (متعهد به)	

در زمان اظهار قصد انشاء، منشأ هم پدید می‌آید. تعلیق در منشأ وارد نمی‌شود، تصور تعلیق در منشأ محال است پس انفکاک منشأ از انشاء، محال است. اما در ستون سوم (از راست به چپ) یعنی نقل مالکیت ممکن است همزمان با عقد بیع نباشد بلکه نقل آن، موقوف بر حدوث امری محتمل الوقوع در آینده باشد. پس محل تعلیق ستون سوم است نه دوم. در ستون سوم امور دیگری را ممکن است قرار دهید؛ مانند فعل معین، ترک فعل معین، اسقاط معین، در همه اینها تعلیق تصور می‌شود و تراضی شامل حال تعلیق می‌شود. عناصر تعلیق عبارتند از:

- ۱) وقوع عقدی از عقود به‌طور صحیح، یعنی با همه عناصر عمومی و اختصاصی عقد؛
- ۲) التزام به نقل مالکیت مال یا فعل معین یا ترک فعل معین یا اسقاط؛
- ۳) حدوث اثر التزام (= موضوع تعهد عاقد نه خود تعهد) به تراضی طرفین، موقوف بر وقوع امری در آینده باشد. پس اگر دو نفر در بدهی نفیاً و اثباتاً منازعه کنند و ثالثی بگوید اگر او مدیون باشد من ضامنم، به علت انتفای عنصر سوم تعلیق، تعلیق وجود ندارد. با ذکر عبارت «حدوث اثر» در این عنصر، ما نیز تعلیق فاسخ را تعلیق نمی‌دانیم.

۴) امر مذکور در عنصر سوم محتمل الوقوع باشد. پس التزام به نقل ملک از تاریخ معینی پس از تاریخ بیع، تعلیق نیست.

۵) آن امر محتمل الوقوع در آینده تحت اختیار یکی از عاقدین نباشد (=تعلیق اتفاقی) است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۸ ج ۲: ۱۷۴).

ب) تعلیق واقعی در صورتی است که تحقق شرط در آینده، احتمالی و نامعلوم و مربوط به حادثه خارجی باشد نه درستی و نفوذ عقد (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۲۵).

انحلال عقد نیز ممکن است معلق به تحقق شرطی در آینده شود؛ مانند اینکه تأخیر در پرداخت اقساط اجاره سبب انحلال آن باشد و تولد فرزند شرط انفساخ هبه (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۲۶).

ضمان و نکاح معلق باطل است (ماده ۶۹۹ و ۱۰۶۸ ق.م) و در سایر موارد تعلیق عقد درست است مگر اینکه شرط تعلیق نامشروع یا غیرممکن یا مخالف مقتضای عقد باشد یا اثر عقد را منوط به اراده متعهد کند (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۲۹).

تحقق عقد در آینده مؤثر است و اثر عقد در گذشته به وجود نمی آید، مگر اینکه برخلاف آن تراضی شده باشد. (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۳۶-۳۵) در بند نخست ماده ۱۹۹ ق.م ضمان (انتقال دین) معلق می شود ولی در بند دوم فرضی مطرح شده است که ضمان و انتقال دین به طور منجز واقع می شود و ضامن (مدیون جدید) التزام به تأدیه دین خود را معلق به عدم تأدیه مدیون یا امر دیگر می کند. بدین ترتیب باید بین مفهوم «دین» و «التزام به تأدیه» تفاوت گذارد (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۱۳۷-۱۳۶).

در فرض بند ۲ ماده ۶۹۹ قانون مدنی اختلاف شده است که آیا ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن ضمیمه شده است یا انتقال دین انجام گردیده است؟ به نظر می رسد که مقصود انتقال دین باشد (کاتوزیان ۱۳۷۴: ۱۳۶).

ج) عقد معلق قراردادی است که تأثیر آن موقوف به امر دیگری است و تا آن امر تحقق نیابد، عقد اثر کامل خود را به بار نمی آورد. (ماده ۱۸۹ ق.م) عقد معلق به طور کلی در حقوق ایران صحیح و معتبر است؛ ولی در نکاح، قانونگذار نظر به اهمیت خاص آن، مقرر داشته است که «تعلیق در عقد موجب بطلان است» (ماده ۱۰۶۸ ق.م). مثلاً اگر زنی با مردی ازدواج کند به شرط اینکه لیسانس حقوق بگیرد یا فلان ملک را به او واگذار کند یا پست معینی را به دست آورد و مقصود این باشد که عقد نکاح اثری به بار نیاورد مگر بعد از تحقق چیزی که شرط شده است، این نکاح باطل است. نکاح قراردادی بس مهم است که با قراردادهای دیگر تفاوت دارد. رابطه

زناشویی و وضع خانواده از آغاز باید روشن و قطعی و منجز باشد نه متزلزل و معلق. تعلیق، با هدف استحکام رابطه زناشویی و روشن بودن وضع زوجین از آغاز امر سازگار نیست. آیا ممکن است نکاح معلق به شرایط صحت باشد؟ چنانکه زن به مرد بگوید با تو ازدواج کردم اگر برادر رضاعی من نباشی، یا مرد به زن بگوید با تو پیمان زناشویی بستم، به شرط اینکه در عده نباشی، آیا اینگونه تعلیق موجب بطلان نکاح است. برخی از استادان حقوق گفته‌اند: این گونه تعلیق نیز بنا بر اطلاق ماده ۱۰۶۸ ق.م.موجب بطلان است، مگر اینکه طرفین بدانند که شرط صحت هنگام وقوع عقد موجود است که در این صورت تعلیق در قصد به عمل نیامده و نکاح صحیح است. بعضی دیگر بدون تفکیک بین علم به وجود شرط و جهل به آن اظهار عقیده کرده‌اند که تعلیق به شرایط صحت، تعلیق واقعی نیست، چرا که در هر حال عقد مشروط به شرایط صحت است. پس هرگاه شرط صحت در زمان وقوع عقد وجود داشته باشد نکاح صحیح خواهد بود (حائری شهاباغ ۱۳۷۶: ۱۰۸). در تأیید این نظریه می‌توان به ملاک ماده ۷۰۰ قانون مدنی استناد کرد که می‌گوید «تعلیق ضمان به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود». به علاوه چون عقد معلق در حقوق ایران اصولاً صحیح است و ماده ۱۰۶۸ یک قاعده استثنایی به شمار می‌آید نباید آن را به‌طور موسع تفسیر کرد و به‌جاست که موارد مشکوک طبق قاعده عمومی صحیح تلقی شود (صفایی و امامی ۱۳۹۰: ۴۷-۴۶).

اهل تسنن تعلیق را در عقد نکاح پذیرفته و آن را معتبر می‌دانند (شیرازی زنجانی ۱۴۱۹: ۲۶۰).

د) از نظر منطق قضایی عقد معلق جزء یکی از عقود بوده و هیچ ماده قانونی صریحی دال بر بطلان آن در دست نیست لذا آن عقود معلق که به صورت شرط متأخر یا واجب مشروط باشد را قبول داشته و آن را داخل در ماده ۱۰ ق.م. و جزء عقود صحیح می‌دانند. اگرچه حصول اجماع در این مورد معنی ندارد، به جهت اینکه این معنی صرفاً یک امر عقلایی است لکن تحقیق آن است که تنجیز در ماهیت و هویت عقد دخالت دارد (موسوی بجنوردی ۱۳۸۳ ج ۲: ۳۸۹).

ح) در ماده ۷۲۳ قانون مدنی، تعهد در قالب شرط ضمن عقد آمده است و برخی به همین دلیل معتقدند که تعلیق در شرط مبطل تلقی نمی‌شود. طرفین عقد می‌توانند به وسیله تعلیق، پیدایش آن را منوط بر وجود امر دیگر بنمایند؛ مثلاً پدری می‌خواهد خانه خود را به پسرش ببخشد ولی برای تشویق پسر به درس خواندن به او می‌گوید: «خانه‌ام مال تو هرگاه سال جاری لیسانس تمام شد» و پسر قبول می‌نماید. با این بیان عقد هبه منعقد می‌شود و پدر خانه را به پسر منتقل کرده نه به‌طور

مطلق (امامی ۱۳۷۳: ۲۸۳)، این است که گفته می‌شود براساس ماده ۱۸۹ ق.م اثر عقد معلق و موقوف بر امر دیگری است. بنابراین عقد معلق صحیح است و به وسیله آن ناچار حق معلق ایجاد می‌گردد و ممکن است قبل از تحقق معلق علیه در انعقاد عقد معلق بین متعاملین اختلافی شود و مورد رسیدگی دادگاه قرار گیرد و طرف اقرار به انعقاد آن بنماید در این صورت اقرار نسبت به عقد معلق ملازمه با اقرار به حق معلق دارد (امامی ۱۳۷۳: ۲۸).

نتیجه‌گیری و نظریه منتخب

میان فقها در خصوص عقد معلق دو دیدگاه مطرح گردیده است. عده‌ای آن را صحیح و عده‌ای آن را باطل اعلام کرده‌اند. هر یک نیز برای اثبات حقانیت و صحت دیدگاه خود به دلایل عقلی و شرعی تمسک نموده‌اند. مخالفین صحت عقد تعلیقی به اجماع به عنوان مهم‌ترین دلیل خود تمسک کرده‌اند. موافقین صحت عقد تعلیقی، که عمدتاً از فقهای متأخر و معاصرند، ضمن رد اجماع، اعتبار تنجیز در عقد را به چالش کشیده‌اند. نگارنده بر این باور است که با توجه به وفور موارد کثیره‌ای از عقود که به نوعی تعلیق در آنها به وضوح قابل رصد است نظیر وصیت، وقف، معاطات، بیع فضولی و... و همچنین امضایی بودن اینگونه عقود از دیدگاه شارع و تحقق وقوع این عقود در معاملات و امور تجاری و حتی در مقررات و اسناد بین‌المللی نظیر UCP600 و نیز با توجه به تحولات اجتماعی و اقتصادی در سطح داخلی و مقررات بین‌المللی قول دوم (صحت عقد تعلیقی) به واقع و سیره عقلاً نزدیک‌تر و صحیح‌تر است. در بین حقوقدانان نظریه غالب صحت عقود تعلیقی است و تعلیق باطل را صرفاً در موارد مصرح در قانون نظیر مواد ۱۰۶۸ و ۶۹۹ قانون مدنی می‌دانند. همچنین می‌توان برای تأیید این دیدگاه به مواد ۷۰۰ و ۷۲۳ قانون مدنی نیز استناد کرد و اظهار داشت که مواد ۱۰۶۸ و ۶۹۹ قانون مدنی یک قاعده استثنائی به شمار می‌رود و نباید آن را به‌طور موسع تفسیر کرد و به‌جاست که موارد مشکوک طبق قاعده عمومی صحیح تلقی شود. از دیگر سو به نظر می‌رسد که مباحثی چون تعلیق در انشا و منشأ نیز برای توجه به مسأله اجماع مطرح گردیده است و این در حالی است که اجماع مزبور محصل نبوده و اجماع مدرکی نیز قابل قبول نیست، مضافاً اینکه اساساً اجماع از دیدگاه تشیع اصالت نداشته و صرفاً جنبه طریقت دارد نه موضوعیت. در نگاهی انتقادی به نظریه تعلیق در انشا و منشأ می‌توان افزود که تعلیق در انشا اساساً بی‌مبناست چرا که در تعلیق در انشا هیچ‌گاه ساختمان عقد شکل نمی‌گیرد تا بتوان بر صحت

یا بطلان آن نظر داد؛ زیرا صحت و بطلان در زمره احکام وضعیه محسوب می‌شوند و لازمه احکام وضعیه وجود یک موضوع خارجی است و از آنجایی که در تعلیق در انشا هویت عقد شکل نگرفته نمی‌توان درباره صحت یا عدم صحت آن نظر داد. انشا همان افق نفس است که امری معنایی و باطنی است. امر باطنی هم به خودی خود برای ما قابل کشف نیست و کشف آن صرفاً بر اساس میرزاتی نظیر لفظ یا کتابت و ... قابل فهم است، از این رو، طرح موضوع تعلیق در انشا و منشأ از اساس دچار خدشه است. همانطور که در بیان امام خمینی نیز آمده است آنچه محل تعلیق قرار می‌گیرد و قابل بررسی و واکاوی است تعلیق در منشأ است. در حقوق موضوعه نیز اساتید و صاحب نظران همین تعلیق را با توجه به اینکه به طور مثال واگذار به ید احد از طرفین عقد باشد یا موکول به آینده مبهم باشد به چالش کشیده و آن را موجب بطلان تلقی کرده‌اند. واقعیت دیگر آن است که عمدتاً فقهای متأخر با توجه به اینکه الفاظ عقود محمول بر معانی عرفیه هستند و عقود و معاملات حقیقت شرعیه نیستند و شرع جز در چند مورد خاص، دخالتی در سیره عقلا نکرده است (موسوی بجنوردی ۱۳۸۸: ۲۰) همچنین در عرف معاملات و قراردادهای تجاری و بازرگانی و پیمانکاری عقود تعلیقی فراوانی نظیر معاملاتی که با وزارتخانه‌های دولتی منعقد می‌شود مانند وزارت راه، شهرداری‌ها و بانک‌ها که برنده شدن در معاملات مزایده‌ای و مناقصه‌ای آنها منوط به تأیید کمیسیون معاملات آن دستگاه مربوطه می‌شود. از این رو، تعلیق در عقود جز در موارد منصوص شرعی و قانونی معتبر است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین. (۱۴۰۶ ق) *تعلیقه و حاشیه علی المکاسب*، بی‌جا: وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹) *کتاب البیوع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۳) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامی، چاپ چهاردهم.
- انصاری، سید مرتضی. (۱۳۷۴) *المکاسب*، قم: دهقانی، چاپ سوم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۴۰) *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: دانشکده حقوق.
- _____ . (۱۳۷۸) *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نهم.
- _____ . (۱۳۸۸) *الفارق*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.

- حائری شاهباغ، سید علی. (۱۳۷۶) شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- حکیم، محسن. (بی تا) نهج الفقاهه، تعلیقه علی کتاب البیع من المکاسب، نجف: المطبعة العلمیه.
- خویی، ابوالقاسم. (بی تا) مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم: مؤسسه انصاریان.
- دهخدا، علی اکبر. (بی تا) لغتنامه، بی جا: مؤسسه لغتنامه دهخدا.
- شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق) کتاب النکاح، قم: مؤسسه پژوهش رأی پرداز، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۰۰ق) القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷) تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: حقوقدان، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی. (۱۳۹۰) حقوق مختصر خانواده، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ بیست و هشتم.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸) عروه الوثقی، قم: دارالتفسیر، چاپ ششم.
- عبده بروجردی، محمد. (۱۳۲۹) حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی علمی.
- عمید، موسی. (۱۳۴۲) هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، بی جا، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶) حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر یلدا، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۷۴) حقوق مدنی قواعد قراردادهای، تهران: شرکت انتشار، چاپ سوم.
- مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق) عناوین، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۸) حقوق فقه مدنی ۲، تهران: انتشارا مجد، چاپ دوم.
- _____ . (۱۳۹۰) فقه مدنی، تهران: انتشارات مجد.
- _____ . (۱۳۸۳) قواعد فقهیه، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق) منیه الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسین. (۱۹۸۱) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی