

بررسی احکام و آثار عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه

فریبا افضل‌ی قادی
پژوهشگر

چکیده

تنجیز در برابر تعلیق قرارداد و یکی از شرایط صحت عقد محسوب می‌شود و منظور از آن این است که آنچه در عقد انشاء شده، به قیدی معلق نباشد. عده کثیری از فقها قائل به بطلان عقد معلق می‌باشند و عده‌ای نیز این شرط را صحیح نمی‌دانند. قانون مدنی نیز در بیان وضعیت آن بیان صریحی ندارد و فقط در پاره‌ای موارد عقد ضمان، نکاح و طلاق را بصورت معلق باطل معرفی کرده و نسبت به بقیه عقود نظری نداده است. قائلان به بطلان عقد معلق برای مبطل بودن تعلیق به چندین دلیل استناد می‌کنند که تمامی آن ادله مورد انتقاد و مناقشه مخالفان قرار گرفته البته این استدلال‌ها مبنی بر صحت عقد معلق و انتقادهای وارد در فقه امامیه مطرح گردیده است.

حقوقدانان ما نیز تنها مواردی را که قانون با صراحت به بطلان آنها اشاره کرده جزء عقود می‌دانند که تعلیق موجب بطلان‌شان می‌شود و بقیه را بطور مطلق صحیح می‌دانند. نویسنده در این مقاله جایگاه تعلیق در عقد را به بحث و تحلیل فقهی - حقوقی گذارده است.

واژگان کلیدی

عقد، شرط، تنجیز، تعلیق، انشاء، مشأ

اشخاص در زندگی، برای رفع حوایج و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می‌ورزند، ولی با وجود وسعت معاملات و کثرت مبادلات و حجم روز افزون قراردادها، به آثار و احکام این عقود آگاهی ندارند. لذا بر آن شدیم تا مطالبی نسبتاً جامع در این زمینه و بخصوص در مورد عقد معلق ارائه دهیم

و از آن جا که تاکنون کتاب مستقلی در این خصوص تدوین نگردید، سعی بر آن است که همه آثار و مصادیق آن عقد همراه با تجزیه و تحلیل فقهی - حقوقی بطور یک جا مورد بررسی قرار گیرد.

بطور کلی عقد دارای تقسیم بندی‌های مختلفی است که بعضی در قانون ذکر شده و بعضی نه. در قانون دو نوع تقسیم بندی آمده است. ماده ۱۸۴ ق.م. می‌گوید عقود و معاملات به اقسام زیر منقسم می‌شود لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق؛ که سه قسم اول از یک مقسم است و منجز و معلق اقسام مقسم دیگر هستند. تقسیم اول از نظر دوام و تقسیم دوم از نظر کیفیت انشای عقد است که ما در این مقاله به تقسیم دوم می‌پردازیم. قبل از ورود به بحث بطور اجمال به اصطلاحات کلیدی بحث اشاره‌ای خواهیم داشت.

الف - عقد

عقد در لغت به معنی بستن، گره زدن، محکم کردن، عهد و پیمان آمده است. به معنی قطعی کردن نیز بکار می‌رود. «عقدالبیع» یعنی معامله را قطعی کرد. تضمین کردن از دیگر معانی این کلمه است (دهخدا، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۱۴۱۰۰).

بین فقهای شیعه، عقد عبارت است از الفاظ مخصوصه که در هر یک از عناوین خاص معاملات مثل بیع، صلح، اجاره و غیره طرفین عقد با رعایت مقررات و نظاماتی بکار می‌برند؛ خواه هر یک از دو طرف عقد یک نفر باشند یا هر دو طرف متعدد و یا یک طرف، یک نفر و طرف دیگر متعدد باشد. این اقسام منافاتی با معنی لغوی آن ندارد بلکه عین آن است. زیرا معنی عقد، بستن است. در مورد عقود هم همین که لفظ خاصی از یکی از طرفین ایجاد شد و از طرف دیگر هم لفظی دیگر به معنی دیگری انشاء شد، از اتصال و ارتباط این دو معنی به یکدیگر معنای مقصود اصلی بین متعاقدين محقق خواهد شد (حائری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۴۴).

ب - شرط

در کتب لغت، شرط را به لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی

و نیز ملزم ساختن یا ملتزم شدن به چیزی در هنگام معامله معنی کرده‌اند (جر، ج ۲، ص ۱۲۶۰؛ صفی پور، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۲۳). و گاهی نیز آن را به معنی عهد و پیمان یا تعلیق به امری تعریف نموده‌اند (جهانبخش، ۱۳۶۱، ص ۱۷۸). همچنین گفته شده که شرط امری است که برای الزام و التزام به آن، در بیع یا هر عقد دیگری وضع گردد (دهخدا، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۲۵۳۵).

برخی از بزرگان علم حقوق برای شرط، از جهات مختلف، معانی متفاوتی را بیان کرده‌اند؛ چنانکه شرط را در مفهوم مدنی امری دانسته‌اند که وقوع آن در آینده محتمل است و طرفین عقد یا شخص ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد و ایقاع را متوقف بر حدوث آن امر می‌کند. نیز آن را وصفی دانسته‌اند که یکی از طرفین عقد وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشند. از طرفی در معنای فقهی آن را به معنی مطلق تعهد می‌دانند. معنای دیگر شرط از نظر اصولی، امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگری لازم آید. در تعریف آن آمده است «*الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لا یلزم من وجوده الوجود*» یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط به وجود نمی‌آید، ولی اگر به وجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۳۱۰).

ج - تعلیق

تعلیق در لغت به معنی آویختن، معلق کردن، آویزان کردن چیزی به چیز دیگر می‌باشد (دهخدا، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۹۷۰). به معنی چنگ زدن و یادداشت کردن و نوشتن مطالب به صورت حواشی نیز می‌باشد که جمع آن تعلیقات است و اصطلاحاً عبارت است از مترتب کردن حکم بر ثبوت یا نفی حکم دیگر که حکم اول جزا و حکم دوم را شرط می‌گویند (سعدی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۳۶۰). چنانچه از مفهوم ماده ۱۸۹ ق.م. بر می‌آید معلوم می‌شود که عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد که آن امر را در اصطلاح معلق علیه گویند. هر عقدی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله پس از انعقاد عقد به وجود می‌آید ولی طرفین عقد می‌توانند بوسیله تعلیق پیدایش آن را بر وجود امر دیگری منوط نمایند (عمید، ۱۳۴۲، ص ۱۵).

عده‌ای از حقوقدانان نیز معتقدند که تعلیق عقد آن است که اثر حاصل از آن، که در همان حال عقد موجود می‌شود به علت نحوه مذاکرات طرفین، به طور ناقص ایجاد شود و زوال آن نقص، بسته به پیدایش عامل یا عوامل جدید باشد. پس چنین نیست که در عقد معلق آثار عقد در حین عقد موجود نگردد و الا لازم می‌آید که بین انشاء و منشأ فاصله زمانی حاصل شود، که این حتی در ایجاد موجودات اعتباری هم محال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ص ۱۶۵).

بعضی فقها نیز گفته‌اند تعلیق عبارت است از اینکه عاقد اثر عقد را معلق بر چیزی دیگری نماید نه اینکه به طور طبیعی اثر عقد معلق بر چیزی دیگر شود چرا که به آن دیگر تعلیق گفته نمی‌شود بلکه تعلق است (المراغی، ۱۴۱۷هـ، ص ۲۲۷).

د- تنجیز

تنجیز مصدر باب تفعیل است. از ریشه «نجز» به معنی اتمام و انتهاء. همچنین به معنی حاضر آمدن و تعجیل نیز می‌باشد (دهخدا، بی‌تا، ج ۴، ص ۶۱۴۱). عقد منجز طبق ماده ۱۸۹ ق.م. عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امری دیگر نباشد و الا معلق خواهد بود. هر عقدی دارای اثر مخصوصی است که طرفین عقد برای به دست آوردن آن به انعقاد عقد اقدام می‌نمایند که آن را مقتضای عقد گویند. در صورتی که عقد بدون هیچ گونه قید منعقد گردد مقتضای آن بلافاصله پس از عقد حاصل می‌شود. پس در عقد منجز التزام دو طرف موکول به هیچ امر دیگری نیست و با توافق آنها به وجود می‌آید (مامی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۵۵).

ه- انشاء و منشأ

در تعریف عقد به معنی مصدری گفتیم «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی». از این تعریف بر می‌آید که اراده طرفین، عقد را در عالم اعتبار ایجاد می‌کند به حرکت اراده در جهت ایجاد عقد اصطلاحاً «انشای عقد» و به آنچه به وسیله اراده انشاء می‌شود منشأ به صیغه اسم مفعول گفته می‌شود. بنابراین

منشأ همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنی محصولی است که در عالم اعتبار ساخته می‌شود^۱ (شهبازی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۷).

و - تفاوت تعلیق و شرط

تعلیق و شرط را نباید با هم اشتباه کرد هر چند گاهی به تعلیق شرط و به عقد معلق عقد مشروط در معنی اعم گفته می‌شود؛ ولی باید دانست که بین مفهوم تعلیق و مفهوم شرط در معنی اخص آن تفاوت اساسی وجود دارد. تعلیق موکول و وابسته کردن عقد به امر دیگری است، به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه، عقدی به وجود نمی‌آید. در صورتی که شرط، امر فرعی متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست، بلکه عقد در زمان انشاء محقق می‌گردد و شرط یا آثار آن را نیز با خود به وجود می‌آورد. برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از کلمه «اگر» و برای مفهوم شرط از عبارت «بشرط اینکه» استفاده می‌شود. مثلاً در مقام مقایسه، معنی جمله «خانه‌ام را فروختم اگر ظرف یک سال برای من خانه بسازی» با معنی جمله «خانه‌ام را فروختم به شرط اینکه ظرف یک سال برای من خانه بسازی» در صورتی که شرط در معنی اخص بکار رفته باشد کاملاً متفاوت است. معنی جمله اول این است که فروش خانه متوقف بر ساختن خانه برای فروشنده است و اگر خریدار ظرف یک سال برای فروشنده خانه بسازد، خانه فروشنده به او فروخته شده است و اگر نسازد خانه مزبور فروخته نشده است، اما خریدار ملزم به ساختن خانه برای فروشنده نیست پس انتقال مالکیت خانه هم تا زمان ساختن خانه برای فروشنده، معلوم نیست، در حالی که معنی جمله دوم این است که فروش خانه منوط به ساختن خانه برای فروشنده نیست. و فروش خانه در همان زمان نخست واقع می‌شود و همان زمان تعهدی هم در مورد ساختن خانه برای فروشنده در ذمه خریدار ثابت

۱- انشاء در لغت به معنی آغاز کردن، ایجاد نمودن چیزی، از نیستی به هستی در آوردن چیزی، موجودی را به وجود اعتباری پدید آوردن، آمده است. قصد انشاء در ۲ ماده ۱۸۹ و ۱۹۱ ق.م. به معنای وجود اعتباری پدید آوردن بکار رفته است. یعنی کسی که قصد انشاء می‌کند در واقع یک پدیده حقوقی یا ماهیت حقوقی را در عالم اعتبار به وجود می‌آورد. قصدی که می‌تواند یک اثر حقوقی را در قلمرو اعتبار ایجاد کند، قصد انشاء نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۹۲) و منشأ به معنی موجود است.

می‌شود که در صورت امتناع خریدار از انجام تعهد ناشی از شرط، فروشنده می‌تواند با توسل به مرجع قضایی او را ملزم به ساختن خانه کند^۱ بنابر آنچه گذشت، به کاربردن واژه شرط برای تعلیق خلاف اصطلاح تخصصی می‌باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۰).

ز - تفاوت عقد معلق و موجّل

در عقد معلق پیش از وقوع شرط، تعهد به وجود نیامده است، ولی در عقد موجّل، اثر به طور کامل به وجود می‌آید و فقط اجرا و مطالبه دین مدتی به تأخیر می‌افتد. پس همانطور که تحقق عقد می‌تواند معلق بر حدوث احتمالی واقعه‌ای در آینده باشد، ممکن است معلق بر فرا رسیدن زمان معینی باشد؛ مانند اینکه در زمان حاضر اتوموبیلی به مبلغ معین برای سه ماه بعد فروخته شود که عقد بیع پس از سه ماه در عالم اعتبار تحقق پیدا کند. این گونه عقد را نباید در حقیقت عقد معلق نامید. زیرا هر چند در زمان انشاء عقدی به وجود نمی‌آید، اما تشکیل آن پس از انقضای مدت مذکور قطعی است و احتمال خلافی در آن راه ندارد و این عقد پیش از حصول معلق علیه معتبر است. بدیهی است چون ماهیت حقوقی منشأ پیش از انقضای زمان مذکور تحقق نیافته است نمی‌توان آن را در زمان انشاء 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، ص ۲۴). اینک از مباحث مطروحه به عنوان مدخلی جهت ورود به بحث اصلی که بررسی عقد معلق می‌باشد، استفاده می‌نماییم.

وضعیت عقد معلق در فقه امامیه

عقد معلق نیز مانند سایر عقود با ایجاب و قبولی واقع می‌شود و فقط آثار آن «تعهد و

۱- تعلیق در واقع ترتیب امری است غیر موجود، بر امر موجود ولی شرط التزام امر غیر موجود بر امر موجود است. در واجب مشروط پیدایش وجوب منوط به موجود شدن شرط است. به این نحو که در واقع وجوب و طلب قبل از تحقق بشرط موجود نیست. در این قسم از واجب، فرض آن است که منشأ عبارت می‌باشد از طلب بنابر تقدیر پیدایش شرط. در بحث تعلیق در انشاء و منشأ مفصلاً به این مبحث خواهیم پرداخت.

نقل مالکیت» پس از تحقق شرط به وجود می‌آید. حال این پرسش به میان می‌آید که آیا اناطه اثر عقد بر وقوع شرط نتیجه تعلیق در انشاء است یا طرفین به طور منجز و قطعی درباره ایجاد التزام تصمیم گرفته‌اند و آثار آن «منشاء» را به وجود شرط معلق ساخته‌اند.

و - تعلیق در انشاء و منشاء

تعلیق در انشای عقد یعنی وابسته کردن و معلق کردن ایجاد عقد به امری دیگر. در صورتی که تعلیق در منشاء به معنی وابسته و معلق کردن تحقق ماهیت عقد انشاء شده در عالم اعتبار به امر دیگری است. انشاء فعل ایجاد کردن عقد و منشاء محصول انشاء است. در تعلیق در منشاء فعل خلق کردن و ساختن منجز است و معلق نیست و اراده طرفین در جهت ایجاد کردن ماهیت عقد، حرکت می‌کند منتها آن ماهیت ایجاد شده یعنی عقد به معنی حصولی، مطابق خواسته طرفین، باید فقط در صورت حصول معلق علیه تحقق پیدا کند نه به طور آزاد. مانند اینکه فروشنده بگوید «خانه‌ام را به فلان مبلغ به شما فروختم اگر ظرف سه ماه شهرداری پروانه‌ای را که برای ساختن خانه برای خود تقاضا کرده‌ام، صادر کند». تعلیق در منشاء با ذهن طبیعی نامأنوس است که بدو ذهن آن را نمی‌یابد.

می‌دانیم که در طبیعت، بین فعل و محصول فعل جدایی پیدا نمی‌شود و پس از انجام فعل، اثر مستقیم آن نیز بدون وابستگی به چیزی موجود می‌گردد. مثلاً زمانی که انسان زنگی را با دست حرکت می‌دهد، صدای زنگ همان زمان تولید می‌شود و امکان ندارد برخاستن صدای زنگ موکول به حدوث واقعه‌ای شود که یک ماه دیگر به وجود می‌آید. اما در عالم اعتبار که نظام طبیعت در آن حاکم نیست، هرگونه عمل حقوقی که مورد نیاز باشد و با مصالح جامعه تضاد نداشته باشد، می‌تواند اعتبار و محقق شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ص ۶۷). اینکه اراده طرفین در انشاء یا منشاء بوده است برای تعیین وضعیت عقد اهمیت اساسی دارد. نیت طرفین از قرائن و شواهد و بطور معمولی از الفاظ و کلماتی که هنگام اظهار خواسته خود به کار می‌برند، دانسته می‌شود اما هرگاه در مورد اختلاف بین طرفین، از لفظ یا قراین دیگر نوع تعلیق مشخص نباشد این سؤال مطرح است که تعلیق را از حیث وضعیت عقد باید به چه نوع تعلیقی حمل کنیم. تعلیق در انشاء یا منشاء به تردید

در تشکیل یا جز توسل به قواعد و اصول حقوقی نیست بلکه تردید در تعلیق در انشاء یا منشاء به تردید در تشکیل یا عدم تشکیل عقد بر می‌گردد که مقتضای اصل، عدم تشکیل عقد یا بطلان آن یعنی حمل تعلیق به تعلیق در انشاء است (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۰).

۲- اثر عملی در تشخیص نوع تعلیق

پاسخ این مسأله نه تنها از لحاظ نظری اهمیت زیادی دارد، از جهت عملی نیز مفید است؛ زیرا اگر انشاء، معلق بر شرط باشد و متعاملین ایجاد مفاد عقد را موکول بر آن کرده باشند دیگر نمی‌توان ادعا کرد که پس از تحقق شرط، عقد از روز نخست مؤثر واقع می‌شود و وقوع شرط کاشف از این است که اثر آن از هنگام تراضی به وجود آمده است ولی اگر تعلیق در منشاء باشد، برای تعیین تاریخ ایجاد تعهد، تحلیل 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 (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۵۴).

۳- آثار عقد معلق

الف- آثار عقد معلق با تعلیق انشاء

سابقاً بیان شد که عقد معلق با تعلیق در انشاء باطل است؛ بنابراین هیچ گونه آثار قانونی بر آن مترتب نمی‌باشد. این وضعیت، اختصاص به زمان پیش از تحقق معلق علیه ندارد و در صورت عدم حصول معلق علیه و نیز پس از تحقق آن عقدی وجود ندارد و تبعاً آثاری هم برای آن قابل تصور نخواهد بود؛ زیرا فرض این است که ماهیت حقوقی‌ای انشاء نشده و انشای آن موکول به حصول معلق علیه شده است.

بنابراین توافق بر تعلیق انشاء در حقیقت قول و وعده متقابل انشای عقد پس از حصول معلق علیه است که به خودی خود اثر حقوقی ندارد مگر اینکه به صورت تعهد باشد.

طرفین می‌توانند طبق قراردادی در برابر یکدیگر تعهد و قبول کنند که پس از وقوع امر معلق علیه معین، معامله مشخصی را واقع سازند (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۷).

ب - آثار عقد معلق با تعلیق منشأ

حالت نخست - آثار عقد معلق پیش از وقوع شرط: ممکن است بدواً به نظر برسد که عقد معلق پیش از وقوع معلق علیه هیچ اثر حقوقی ندارد؛ از این جهت که حتی ماهیت عقد در این مرحله تحقق نیافته است و تبعاً آثار آن هم موجود نخواهد شد. این توجیه در مکانیسم عقد قابل قبول به نظر می‌رسد، اما با در نظر آوردن سرنوشت نهایی عقد و امکان حدوث معلق علیه و در نتیجه انتقال حق مربوط به عین معین مانند مالکیت عین در عقد تفکیکی با لزوم وفای به تعهد در عقود عهدی باید پذیرفت که صرف انشای طرفین در عقد معلق، پیش از تحقق ماهیت اعتباری عقد، نوعی حق و تعهد ابتدایی در دوره انتظار به وجود می‌آورد که موضوع آن منحصراً حفظ مورد عقد در وضعیت زمان انشاء تا معلوم شدن سرنوشت نهایی عقد است. مثلاً در عقد بیع معلق یک خانه، به اقتضای اراده استثنایی طرفین، فروشنده متعهد به نگه داشتن خانه از جهت مادی و حقوقی در شرایط زمان انشای عقد است و نمی‌تواند تا روشن شدن وضعیت نهایی معلق علیه، تصرف ناقل یا منفعت یا حق مربوط به مورد معامله یا تصرف مادی داشته باشد که موجب تغییر عینی مورد معامله شود، همان طور که برای خریدار نوعی حق ابتدایی، نسبت به آن خانه به وجود می‌آید که به لحاظ این حق می‌تواند فروشنده را از هر گونه تصرف معارض با مفاد عقد در صورت حصول معلق علیه منع کند. مثلاً مانع تغییر وضع ساختمان بشود (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۷).

اگر بخواهیم این واقعیت خارجی را با اصطلاحات مربوط به وجود اعتباری بیان کنیم، باید بگوییم اثر عقد معلق پیش از حصول معلق علیه، وجود اعتباری ناقصی دارد. این وجود را می‌توان به طور اختصار «وجود اقتضایی» نامید که فعلیت هم دارد و علامت فعلیت آن این است که «اصالة اللزوم» در عقود به محض ختم عقد و قبل از حصول معلق علیه شامل آن می‌شود و متعاقدين عقد معلق به عذر تعلیق، حق فسخ آن را ندارند. این وجود اقتضایی، اقتضای این امر را دارد که بعد از حصول معلق علیه به مرحله کمال برسد

و وقتی که به مرحله کمال رسید، وجود مزبور را می‌توان در مقابل وجود اقتضایی، وجود نهایی نامید. پس پیش از وقوع شرط، سرنوشت آثار عقد هنوز نامعلوم است. زیرا اگر آن شرط به دلخواه تحقق پذیرد، تعهدات ناشی از عقد بطور قطعی به وجود می‌آید. و هر گاه روشن شود که معلق علیه انجام شدنی نیست، عقد نیز هیچ اثری به جا نمی‌گذارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۵۱).

حالت دوم- آثار عقد پس از وقوع شرط: پس از وقوع شرط تعهدات نهایی طرفین با تمام آثار حقوقی خود محقق می‌شود و صاحب حق می‌تواند از انجام مزایای آن استفاده کند؛ ولی تمام اشکال در این جاست که قانون مدنی حکم خاصی درباره زمان تحقق آثار عقد ندارد و معلوم نیست که آیا وقوع شرط از ابتداء، عقد را بصورت منجز در می‌آورد و در گذشته نیز تأثیر می‌کند یا اثر آن ناظر به آینده است و از آن تاریخ، حقوق و تعهدات دو طرف به وجود می‌آید؟

همین مسأله است که در زبان حقوقی زیر عنوان کاشف یا ناقل بودن شرط مطرح می‌شود. بدین معنی که در عقود تحلیلی آثار تحقق شرط کاشف از این است که انتقال از تاریخ عقد واقع شده است یا ناقل ملکیت است و نسبت به گذشته اثر ندارد (شهیدی، ۱۳۳۷، ج ۱، ص ۱۶۹).

بعضی از حقوقدانان طرفدار کشف و بعضی طرفدار نقلند (حکیم، بی‌تا، ص ۱۰۸-۱۰۹). منظور از کشف این است که آثار عقد از روز انعقاد است و منظور از نقل این است که آثار عقد از زمان تحقق معلق علیه به وجود می‌آید. طرفداران کشف می‌گویند: اولاً- اراده مفروض طرفین بر این بود که تحقق معلق علیه از روز عقد مؤثر باشد؛ ثانیاً- عقد سبب دارد و تحقق شرط فقط به آن نفوذ حقوقی می‌بخشد. طرفداران نقل نیز همین استدلالها را به نفع خود توجیه می‌کنند. ایشان می‌گویند طرفین خود خواسته‌اند که اثر عقد از روز تحقق معلق علیه باشد و درست است که عقد، سببیت دارد، ولی رابطه حقوقی که در عقد معلق به وجود می‌آید. قبل و بعد از تحقق شرط متفاوت است. طرفین خود اثر عقد را موکول به تحقق شرط کرده‌اند. به نظر می‌رسد نحوه بیان ماده ۱۸۹ مؤید ناقل بودن شرط معلق علیه است و در صورتی که نظر بر کشف آن بود صراحتاً ذکر می‌نمود. چرا که طبق

ماده ۲۲۴ ق.م (الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه) و طبق ماده ۲۲۵ ق.م «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

حالت سوم- آثار عقد معلق در صورت عدم وقوع شرط: در صورت عدم حصول معلق علیه در مدت مقرر ماهیت عقد معلق هرگز تحقق پیدا نمی‌کند و تبعاً آثار حقوقی آن نیز جریان نمی‌یابد. در این حالت عقد را باید باطل دانست اگر چه انشای ایجاب و قبولی یعنی عقد به معنای مصدری را به لحاظ حقوقی آن، که پیدایش حق و تعهد ابتدایی در قبال حفظ وضعیت مورد عقد تا پایان دوره انتظار می‌باشد، باید صحیح تلقی کرد. بنابراین در این حالت، تعهد متعهد در نگه داشتن وضعیت مورد معامله از بین می‌رود. و تأمین مربوط به عقد، در صورتی که پیش از وقوع معلق علیه برقرار شده باشد، زایل خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۶۱).

۴- تصور حق و تعهد در عقد معلق

ما در عقد معلق به وجود گونه‌ای حق ابتدایی مسلم نه احتمالی که موضوع آن جلوگیری متعهد یا ناقل، از هرگونه تصرف معارض با حق متعهدله یا منتقل‌الیه در صورت وقوع معلق علیه می‌باشد، معتقدیم. به بیان دیگر در عقد معلق دو نوع حق ممکن است پدید آید.

حق آلی، یعنی حقی که آلت و وسیله برای پیدایش حق نهایی است. این حق منجز است و به ارث می‌رسد پیش از حدوث حق نهایی. و به جهت وجود این حق آلی است که در بیع معلق، بایع نمی‌تواند مبیع را به شخص ثالث بفروشد هر چند که هنوز حق نهایی برای خریدار به وجود نیامده است (نائینی، ۱۴۱۸هـ ج ۱، ص ۱۳۳).

پس پیش از حصول شرط نباید حق و طلب را محقق دانست، اما رابطه حقوقی ناشی از آن انکار ناپذیر است، زیرا همین رابطه مقدماتی است که پس از وقوع شرط، به صورت حق و تکلیف اصلی در می‌آید و زمینه و پایه ساختمان حقوقی آن قرار می‌گیرد. در عقود معلق با وقوع ترازی اصل حق و دین به وجود می‌آید و آنچه در واقع منوط به حصول

شرط می‌شود، نفوذ آن است. در اثر عقد معلق حق خاصی به وجود می‌آید که از حیث آثار و خصوصیات، میانه امید به صاحب حق شدن و اصل آن است و همین حق زمینه تحقق طلب اصلی را تشکیل می‌دهد و در اثر وقوع شرط به آن تبدیل می‌شود بنابراین، عقد معلق نیز درجه ضعیف همان حق اصلی را بین طرفین ایجاد می‌کند و قانون نیز این حق مقدماتی و ضعیف را محترم می‌شمارد. رابطه حقوقی ایجاد شده پیش از وقوع شرط دارای آثار مهمی است:

۱- در عقود لازم، به بهانه معلق بودن عقد نمی‌توان آن را فسخ کرد. زیرا مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. «عقد معلق نیز بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر آنکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۲- حقی که در اثر عقد معلق به وجود می‌آید، در حدود مقتضای اراده طرفین نفوذ حقوقی نیز دارد و به همین جهت مانند سایر حقوق مالی قابل انتقال است. پس صاحب حق در این حالت نیز می‌تواند آنچه را دارد به دیگری منتقل کند و در صورت فوت او نیز وارثانش به قائم مقامی مورث خود طلبکار خواهند شد.

۳- پیش از وقوع شرط نیز هر یک از طرفین می‌تواند اقداماتی را که برای حفظ وضع موجود و حقوق احتمالی آینده او ضرورت دارد، انجام دهد. برای مثال خریداری که در حفظ مالی که بطور معلق انتقال گرفته است از نظر مادی و حقوقی ذی نفع است و می‌تواند در دعوایی که بین مالک و دیگران درباره مالکیت آن جریان دارد به عنوان ثالث وارد شود (ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی مدنی) و در صورت لزوم در برابر دعوی به مرور زمان استناد کند (ماده ۷۳۴ همین قانون) و تقاضای تأمین حقوق مشروط خود را در بعضی موارد بکند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۶۹).

- حق نهایی، که وجود آن موقوف است بر حدوث معلق علیه محتمل الوقوع در آینده. در حقوق فرانسه برای ماهیت رابطه حقوقی عقد معلق پیش از تحقق معلق علیه دو خاصیت ذکر شده یکی اینکه در این حالت هنوز تعهد به وجود نیامده است و دوم اینکه احتمال پیدایش تعهد با تحقق معلق علیه وجود دارد.

از جهت خصیصه نخست، به علت عدم پیدایش تعهد، اجرای آن نه تنها قابل مطالبه نیست، بلکه مانند تعهد مؤجل، مرور زمان نیز در مورد آن جریان پیدا نمی‌کند. به این جهت اگر بدهکار به اشتباه، دین معلق را بپردازد، این پرداخت ناروا خواهد بود و بدهکار می‌تواند آن را استرداد کند. در عقود تملیکی معلق نیز پیش از حصول معلق علیه، مالکیت مورد معامله به متعهدله، منتقل نمی‌شود. مثلاً در عقد بیع، بایع هم چنان تا زمان تحقق معلق علیه مالک باقی می‌ماند و خطرات مربوط به مورد معامله بر عهده او خواهد بود. از جهت خاصیت دوم، هر چند تعهد وجود ندارد، اما طرفین تعهد معلق، در هر حال نسبت به هم بیگانه نیستند و بنابراین یک حق و یک تعهد احتمالی وجود دارد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۰۶).

۵- اقوال و ادله فقها در باب تعلیق در انشاء و منشاء

الف- قائلین به بطلان

قول اول، بسیاری از نویسندگان، تعلیق در انشاء را محال دانسته‌اند و می‌گویند که در عالم مادی ایجاد هیچ امری تعلیق پذیر نیست. در امور اعتباری نیز نمی‌توان ایجاد اثر عقد را منوط به امر دیگری ساخت. آنها معتقدند که برای انشاء دو حالت بیشتر وجود ندارد. یا باید گفت که طرفین مفاد عقد را ایجاد کرده‌اند یا باید انشاء را منکر شد و نمی‌توان حالتی را تصور کرد که عقد به شرط وقوع حادثه خارجی، در ذهن به وجود آید. ولی وجود منشاء قابل تعلیق است؛ زیرا امکان دارد که طرفین سبب ایجاد تعهد را به وجود آورند و آثار آن را موکول به امر دیگری کنند، چنان که در وصیت، انشاء انتقال با اعلام آن واقع می‌شود و مالکیت موصی‌له منوط و معلق به فوت موصی است (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۷ و ۱۶۷).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

ادله بطلان عقد معلق با تعلیق در انشاء

۱- از نظر تحلیلی تعلیق در انشاء یعنی موکول کردن فعل ساختن عقد بر امر دیگری، و روشن است که در این فرض اراده در جهت ایجاد کردن عقد، در زمان تعلیق و بالفعل حرکت نمی‌کند.

معنی این حالت آن است که فعلاً عقدی انشاء نمی‌شود و آنچه ابراز می‌گردد، صرفاً قول و وعده انشای عقد در زمان آینده و در صورت حصول معلق علیه است.

۲- نمی‌توان گفت اصل، صحت چنین عقدی است، چون در قانون به بطلان آن تصریح نشده است، ولی در صورت تعلیق در انشاء، قصد انشاء وجود ندارد و در ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م. وجود قصد انشاء برای صحت معامله ضروری اعلام شده و در ماده ۱۹۵ ق.م. عقد فاقد قصد انشاء باطل است. پس اصل صحت هم در مورد این عقد، حاکم نخواهد بود، زیرا فساد آن به حکم قانون ثابت است.

ادله صحت عقد معلق با تعلیق در منشاء

۱- اصل صحت معامله حکم می‌کند که هر معامله صحیح تلقی شود، مگر اینکه فساد آن معلوم گردد. عقد معلق نیز مانند سایر معاملات مشمول این حکم می‌باشد و قانونگذار در ماده ۱۸۹ ق.م. عقد معلق را تعریف کرده گرچه در هیچ یک از مقررات قانون مدنی آن را بطور مطلق باطل اعلام نکرده است.

۲- در بین عقود، قانون، عقد ضمان و عقد نکاح معلق را باطل معرفی کرده که اختصاص حکم بطلان به این دو عقد بی‌تردید قرینه‌ای است بر صحت سایر عقود معلق (شهبیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۷۵).

قول دوم- پاره‌ای دیگر، تعلیق در منشاء را نیز ممکن نشمرده و گفته‌اند که در امور اعتباری نیز نظیر امور تکوینی و مادی، منشاء نمی‌تواند از انشاء تخلف کند. زیرا چگونه ممکن است امری که ایجاد آن بستگی به اراده طرفین عقد دارد، بطور منجز انشاء شود ولی به وجود آمدنش منوط به واقعه دیگر باشد؟ همان گونه که در امور تکوینی شکستن،

ملازمه عقلی با شکسته شدن دارد، در عالم اعتبار نیز تفکیک انشاء از منشاء محال است (امامی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۳۸).

ب - قائلان به صحت

بعضی از محققان، تعلیق در انشاء را در امور اعتباری ممکن شمرده‌اند. به نظر اینان چون ایجاد امور اعتباری وابسته به قصد انشاء کننده است، هیچ مانعی ندارد که بنا بر حاکمیت اراده او، انشاء نیز منوط به امور خارجی شود (حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۸). در میان فقهای معاصر، امام خمینی (ره) در این زمینه می‌فرماید آنچه را که بعضی از اعظام عصر گمان کرده‌اند که «تعلیق در منشاء باشد نه در انشاء» دارای اشکال است؛ زیرا اشکال آن قیاس نمودن ایجاد اعتباری به ایجاد تکوینی می‌باشد که این قیاس مع‌الفارق است و لازمه ممتنع بودن تعلیق در معانی تصوریه تعلیق معقول نیست و ناگزیر باید به معانی تصدیقیه رجوع نمود.

حق این است که اگر قید رجوع به انشاء نماید، مطلقاً صحیح است و اگر به منشاء رجوع نمود، مطلقاً باطل خواهد بود (موسوی الخمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۳۳-۲۳۶).

وضعیّت عقد معلق در قانون مدنی

قانون مدنی که بطور معمولی از عقیده مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است، درباره صحت و بطلان عقود معلق حکمی ندارد و در برابر آثار و شرایط این گونه قراردادها مجمل باقی مانده است. این در حالی است که در ماده ۶۹۹ و ۱۰۶۸ بطلان عقد ضمان و نکاح معلق به صراحت اعلام شده است.

از نظر منطق قضایی با توجه به شمردن عقد معلق به عنوان یکی از اقسام عقود طبق ماده ۱۸۹ ق.م. و تصریح نمودن قانون به بطلان آن، نمی‌توان عقد معلق را باطل دانست. بنابراین هر گاه عقد معلق بین دو نفر منعقد شود و یکی از آن دو به طرفیت دیگری به ادعای خلاف قانون بودن عقد معلق، از دادگاه در خواست اعلام بطلان آن را بنماید، دادرسی نمی‌تواند به استناد هیچ یک از مواد قانون یا نقص یکی از شرایط اساسی برای

صحت معامله، حکم به بطلان عقد مزبور بدهد (امامی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۶۶). پس اگر به نظر قانونگذار ما نیز منجز بودن از شرایط صحت معاملات بود، می‌بایست آن را در ماده ۱۹۰ را یادآوری می‌کرد و همچنین اگر عقد معلق به نظر او همه جا باطل می‌آمد چه ضرورتی داشت که در پاره‌ای موارد به بطلان عقد تصریح و در سایر معاملات سکوت اختیار کند.^۱ مطابق ماده ۱۰ ق.م. برای اثبات بطلان هر قرارداد، لازم است که قانون به صراحت آن را باطل بشناسد. پس آیا سکوت و اجمال‌گرایی مقنن را نباید بر این حمل کرد که نمی‌خواسته است تعلیق را مبطل عقد قرار دهد؟ در اذهان غالب حقوقدانان ما نیز تردیدی درباره صحت عقد معلق وجود ندارد، هر چند عده‌ای قائلند که قانون مدنی به طور مطلق هرگونه تعلیق در عقد را مبطل دانسته اگرچه در قصد منجز باشد (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۷). در محاکم نیز کمتر اتفاق می‌افتد که کسی در این باب آغاز سخن کند. دادگاه‌های کشور نیز مدتهاست که اصل صحت عقود معلق را پذیرفته‌اند (عمید، ۱۳۴۲، ص ۲۱).

صحت و بطلان عقد معلق

از جمله کسانی که به شرطیت تنجیز تصریح کرده‌اند، شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه و کلیه کسانی هستند که پس از علامه آمده‌اند از قبیل شهید اول و دوم و محقق کرکی، ثانی و صاحب جواهر، صاحب کتاب القواعد و ... البته علمایی هم چون فاضل سبزواری و مقدس اردبیلی و محدث بحرانی در اعتبار تنجیز تأمل کرده‌اند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۱- ماده ۱۹۰ ق.م. برای صحت هر معامله شرایط زیر اساسی است:
۱-۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله

الف - ادله بطلان عقد معلق در اندیشه فقیهان

بطور کلی آنچه را که می‌توان بر منع تعلیق استدلال آورد اموری هستند که بعضی از آنها شرعی و بعضی دیگر عقلی هستند. و لازمه بعضی ادله عدم صحت است مطلقاً و برخی دیگر تفصیل. اهم این دلایل عبارتند از:

۱- **تعلیق با جزم منافات دارد:** این دلیل از دلایل عقلی محسوب می‌شود عده‌ای از علما نه تنها تنجیز را در قبال تعلیق معتبر می‌دانند، بلکه ابتدا به ساکن، خود، جزم را شرط کرده سپس عدم جواز تعلیق را بر آن مبتنی و متفرع ساخته‌اند. وجه آن این است که با عدم جزم انشاء و قصد ایجاد تحقق پیدا نمی‌کند و ایجاد فعل از فاعل با شک در اینکه مورد فعل در خارج هست یا نه؟ امری غیر معقول است. اراده ایجاد بیع و انشاء آن فرع حصول جزم فاعل است (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۶۲). مرحوم شهید هم در کتاب قواعد خود، از این نظر تبعیت کرده و فرموده است انتقال ثمن و مثن باید به سبب تراضی طرفین باشد و تا جزم و قطع نباشد، تراضی هم نیست و تعلیق با جزم منافی است. مبنای استدلال ایشان هم این است که وقتی عقد معلق باشد، معامله کننده مصمم بر عقد نیست؛ پس رضا موجود نیست و انتقال مالکیت تحقق نخواهد داشت و عقدی وجود پیدا نمی‌کند (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۵).

۲- **اصل استصحاب:** این دلیل نیز از دلایل عقلی است که در مواقع شک در حکم واقعی، عمل به آن جایز است و حکم به «ابقاء ما کان» می‌شود. به موجب این اصل، مخالفان عقد معلق معتقدند که عقد از اسباب تملک است. ولی به علت سکوت قانون شرع، معلوم نیست که عقد معلق نیز از اسباب نقل مالک است یا نه؟ بنابراین هر گاه عقد معلق واقع شود مانند بیع معلق معلوم نیست که این بیع قانوناً ناقل مبیع به مشتری است یا نه؟ و نیز معلوم نیست که بیع مزبور ناقل ثمن به بایع است یا نه؟ در این صورت اصل استصحاب مالکیت، هر یک از متعاقدين مالک همان مالی هستند که پیش از عقد بیع داشته‌اند. این نتیجه علامت بطلان عملی بیع است یعنی بیع مزبور در عمل مانند یک بیع باطل است (بروجردی عبده، ۱۳۲۹هـ، ص ۱۵۶).

۳- انصرافات عمومات و اطلاقاقت: عمومات و اطلاقاقت صحت عقد، منصرف به عقد منجز است نه عقد معلق، و عقد معلق خلاف قاعده می‌باشد و جنبه استثنایی دارد. بدیهی است که تعلیق در بین عرف و عادات و در عهدهای متعارف و عقود مرسوم بین مردم شایع نیست و قانون شرع در مورد معاملات، عرف و عادات را امضاء کرده است. و بدیهی است که عقد منجز متعارف و متعادل است نه عقد معلق. و اگر بطور استثنایی در مورد پاره‌ای از عقود، تعلیق متعارف باشد، فقط در همان مورد خاص، عقد معلق درست است نه بطور کلی (نائینی، ۱۴۱۸هـ، ج ۱، ص ۱۱۲).

۴- اجماع: عمده دلیل مخالفان تعلیق، اجماع است. به موجب اجماع‌هایی که نقل شده، تعلیق در هیچ عقدی جایز نیست، مگر اینکه شارع صریحاً در مورد خاصی آن را درست دانسته باشد (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۲، ص ۲۵۳).

۵- اسباب توقیفیه: عقود، توقیفی هستند و از شارع مقدس تلقی شده‌اند. پس باید به همان نحوی که شارع انشاء کرده و برای آنها تعیین ضابطه نموده، انشاء کنیم و اگر طبق موازین شرعی انشاء شد، صحیح است و گرنه باطل خواهد بود؛ هر چند از حیث معنا فرقی نداشته باشند. آن قدر متیقن که از طرف شارع به ما رسیده است، این است که اسباب، معلق بر چیزی نباشند و در مازاد مشکوک از اصالة الفساد استفاده می‌شود.

۶- تعلیق با قصد انشاء منافات دارد: این دلیل از دلایل عقلی به شمار می‌آید. شیخ انصاری در مکاسب این تنافی تعلیق با قصد انشاء را به توهّم نسبت داده و فرموده است بعضی توهّم کرده‌اند که وجه اعتبار تنجیز، عدم قابلیت انشاء است برای تعلیق. مثلاً در عقد بیع اگر بایع حین اقدام به عقد بیع قصد انشاء نماید، باید اثر انشاء و ایجاد او بلافاصله در همان حین عقد به وجود آید؛ حال آنکه تعلیق مانع می‌شود که اثر مزبور بلافاصله پس از عقد وجود پیدا کند. بنابراین تعلیق با قصد انشاء با هم جمع نمی‌شوند و باید از یکی چشم پوشید و چون هیچ عقدی بدون قصد انشاء نمی‌تواند وجود داشته باشد، بنابراین تعلیق نمی‌تواند در هیچ عقدی جایز باشد (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۷۸ و ۲۹۶).

۷- **تنافی تعلیق با سببیت:** برخی مدعی شده‌اند طبق ظاهر آیه «**اوفوا بالعهود**» (مائده، ۱)، «وجوب وفا به عقد» انند سایر خطاب‌های وضعی و تکلیفی مترتب است بر تحقق موضوعش در خارج و از آن جدا نمی‌شود و این مقتضی وجوب وفا به هر عقد فعلی است که در آن تعلیق نباشد. چون متصور نیست وفا فعلی به عقود تعلیقی، و اگر چنین بشود خارج از حدود مدلول آیه است و چون خطاب دیگری که مقتضی وجوب وفاء به عقود تعلیقیه باشد، نداریم پس این عقود باطل خواهند بود (خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۶۷؛ نجفی، ۱۹۱۱م، ج ۲۲، ص ۲۵۳).

۸- **از طریق اولویت:** فقها در باب وکالت نه تنها فتوا به اشتراط تنجیز داده‌اند، بلکه بر آن ادعای اجماع هم کرده‌اند. حال اگر در وکالت، که از عقود جایز است و در عقود جایز بنا بر سهل‌گیری است، تعلیق مبطل شناخته شده و در عقود لازمه به طریق اولی چنین خواهد بود و تعلیق مخل است (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۳).

ب - ادله صحت عقد معلق در اندیشه فقیهان

عده‌ای دیگر از عللی که قائل به صحت عقد معلق می‌باشند دلایل فوق را مورد انتقاد قرار داده و آنها را رد کرده‌اند که ما به اهم آنها می‌پردازیم.

۱- **رد تنافی تعلیق و جزم:** برخی از علما برای اثبات ضرورت تنجیز به ناسازگاری تعلیق با جزم تمسک جستند، اما این دلیل به نظر عده‌ای دیگر از علما یارای اثبات مدعای آنها را ندارد چه آنکه بر پایه آن تنها تعلیق بر امر مجهول الحصول ناصحیح است زیرا چنین تعلیقی مشمول این تعلیق است و اما تعلیق بر امر معلوم الحصول قاذح نیست زیرا با جزم در انشاء منافاتی ندارد. پس دلیل اخص از مدعیان است (محقق حلّی، ۱۳۱۳، ج ۳، ص ۱۹). عده‌ای نیز با بیان دیگر به رد این استدلال پرداخته‌اند که اولاً نص قانونی 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 انشاء کفایت می‌کند و تعلیق به هیچ وجه حاکی از بی‌جزمی نیست (عمید، ۱۳۴۲، ص ۱۹). مرحوم حکیم در نهج الفقاهه می‌فرماید ما برای معتبر بودن جزم به انشاء عقد به هر معنی که فرض شود دلیلی نداریم. رضایت

دادن به چیزی متوقف بر امکان حصول آن شیء نیست تا چه رسد بخواهیم به وقوع آن جزم داشته باشیم پس همان طور که رضایت به عقدی که بصورت مطلق بیان شده است تعلق می‌گیرد، به عقد معلق نیز تعلق می‌گیرد (حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۷).

۲- اصل استصحاب: تمامیت این دلیل وقتی است که عموم یا اطلاقی در بین نباشد اما با وجود عموم یا اطلاق، باید به آنها استناد نمود. قانون در برابر عقد معلق ساکت نیست. در این مورد نص خاص وجود ندارد، ولی نص عام وجود دارد. مانند: الف - عموم حلیت بیع «**احل الله البیع**» چون بیع معلق هم از اقسام بیع است، مشمول این قانون می‌شود؛ ب - قاعده تسلیط «**الناس مسلطون علی اموالهم**» هر دو نوع بیع از شعب سلطنت مردم بر اموالشان است؛ ج - «**لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراضی**»، چون آیه اطلاق دارد هر دو نوع تجارت را در بر می‌گیرد. چرا که تجارت معلق نیز همراه با تراضی طرفین صورت می‌گیرد؛ د - مفاد آیه «**اوفوا بالعقود**»، نیز دلالت بر لزوم وفا به عهد در هر عقدی و از جمله عقد معلق دارد. پس در صورت شک، به اصول تمسک می‌کنیم و با دلالت عمومات مذکور شک که موضوع استصحاب است، مرتفع می‌شود (خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۶۷).

۳- انصراف عمومات و اطلاعات: در پاسخ به این دلیل عده‌ای قائلند به اینکه اولاً- وقوع تعلیق در عقود نزد عرف در غایت کثرت است خصوصاً در نذر و عهود و شروط. و با این حال دعوی انصراف بی‌وجه خواهد بود (عمید، ۱۳۴۲، ص ۱۷). و لذاست که شیخ انصاری در مکاسب فرموده اثبات شرط تنجیز در عقود با عموم ادله عقود و وقوع بسیاری از آنها در عرف بطور معلق، به غیر اجماع محصل یا منقول مشکل است همچنین دعوی انصراف به تنجیز و اثبات آن در نهایت اشکال است (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۷)؛ ثانیاً- اگر بپذیریم انصراف صحیح است در مطلقات، تمام است به دعوی اینکه ثبوت اطلاق در ادله صحت باید به مقدمات حکمت باشد. بنابراین بعضی از افراد مطلق در خارج متعارف نیست و افراد مطلق در حکم متساوی هستند. اگر غیر از این باشد اطلاق مطلق قاذح است و روشن است که عدم تساوی بین افراد نیاز به قرینه بر عدم اراده اطلاق دارد. بنابراین تمسک به انصراف صحیح نیست (خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۷۰).

۴- رد اجماع: در این مورد می‌توان گفت که وقوف بر اتفاق آرای همه فقها، در این زمان مشکل بلکه ممتنع است (خراسانی، ۱۴۰۶هـ، ص ۲۹). و نقل اجماع هم نمی‌تواند مستند باشد. زیرا نقل اجماع به صورت خبر واحد موقعی اعتبار و ارزش 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 این اجماع عنوان اجماع را ندارد و چنانچه مستند اجماع هر یک از دلایل مذکور باشد هم اعتبار آن محل بحث است زیرا علم نداریم که این اجماع کاشف از رأی معصوم علیهم السلام باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۹۶).

۵- اسباب توقیفه: وجهی برای اخذ به قدر متیقن در این موارد نیست، بلکه عمومات و مطلقات ادله‌ای هم چون «احل الله البیع» و «اوفوا بالعقود» دلالت بر صحت هر چیزی که عنوان عقد بر آن شود، می‌کنند. بلکه اگر دلیل بر صحت عقود، اجماع یا سیره بود، توهم بالا و جیه بود (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۷).

۶- رد تنافی تعلیق با قصد انشاء: بطلان این توهم واضح است، زیرا در هر عقد و ایقاع و بلکه هر جمله انشائیه‌ای، یک انشاء 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 انشاء است و عبارت است از ملکیت، زوجیت و فراق و ... به عبارت دیگر سببی وجود دارد که عقد باشد و مسببی وجود دارد که اثر حاصل عقد است. اگر مراد متوهم آن است که نفس انشاء و ایجاد معنی در عالم اعتبار قابل تعلیق نیست، درست است. زیرا که نفس انشاء 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 انشاء یعنی حصول ملکیت، زوجیت و ... تعلیق بردار نیست که مثلاً بگوید «هذا لك إن جاء زيد غداً» که انشاء ملک الان است، ولی خود ملکیت منوط به آمدن زید در فردا می‌باشد چنین چیزی هم عقلاً متصور و معقول است و محذوری ندارد که بر تقدیری حاصل شود و بر تقدیری حاصل نشود؛ و نمونه‌اش هم در عرفیات و هم در شرعیات فراوان است چه در امور عبادی و چه معاملی. چه در عقود چه

در ایقاعات، مثلاً در امر واجب مشروط داریم که اصلاً انشاء و جوب با آمدن امر است ولی منشأ یعنی نفس وجوب پس از حصول شرط می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۵۳؛ انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۶).

۷- ردّ تنافی تعلیق با سببیت: فقها به چند بیان به این دلیل پاسخ داده و آن را رد

کرده‌اند:

۱-۷- ادله صحت و لزوم معاملات منحصر در آیه «**اوفوا بالعقود**» نبوده بلکه عمومات و اطلاقاتی داریم که هر یک از عقود و ایقاعات معلق و منجز را شامل می‌شود.

۲-۷- معنای وجوب وفای به عقد، پابندی به مدلول آن است. بنابراین اگر مدلول عقد، معلق است، باید بطور معلق بر مدلول آن ملتزم گردد؛ چنان که در صورت منجز بودن التزام و پابندی منجز ضرورت می‌یابد. پس آیه فقط دلالت دارد بر اینکه به مفاد عقد و قرارداتان عمل کنید. اما اینکه عقد شما منجز است یا معلق، آیه با آن کاری ندارد، بلکه عموماً هر دو قسم را در بر می‌گیرد.

۳-۷- اینکه فرمودید «عقد که آمد، مسبب آن هم حتماً باید بیاید و تخلف محال است» باید ببینیم منظور از مسبب چیست؟ آیا مراد مدلول عقد است؟ یا اثر شرعی عقد؟ اگر مراد مدلول عقد باشد ما هم قبول داریم و اصولاً از محالات بدیهی است که عقد و کلام بیاید، ولی مدلول آن نیاید و کلام دال بر آن نباشد و مخاطب چیزی از آن نفهمد.

و اگر مراد از مسبب، اثر شرعی عقد است، ما هم نمی‌پذیریم که اثر مطلق بیع، خصوصاً ملکیت منجزه باشد، بلکه اثر مطلق بیع مطلق ملک است. آن گاه اگر بیع مطلق بود و بر امری معلق نبود، اثر آن هم که ملکیت باشد مطلق بوده و معلق نخواهد بود و اگر بیع معلق بود، اثر شرعی آن هم معلق خواهد بود. پس خود آیه «وفای به عقد» هم به نفع ماست (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۶).

۴-۷- شما معتقدید که هر گاه عقد آمد ملک هم حتماً می‌آید و تخلف بردار نیست. اما در موارد بی‌شماری دیده می‌شود که اثر یعنی ملک از مؤثر یعنی عقد تخلف کرده. هم چون بیع صرف و سلم، معاطات، بیع فضولی، وصیت، وقف و سبق و رمایه.

۵-۷- شما که معتقدید تعلیق مخالف با ترتب مسبب از سبب است و موجب تخلف معلول از علت می‌گردد، ما موارد نقض آن را خواهیم آورد. مثلاً اگر بایع بگوید «**بعتک ان شئت**» یا «**ان قبلت**» که عقد را بر مشیت یا قبول مشتری معلق کرده بلاشکال این هم نوعی تعلیق است و مع ذلک بر مجرد قبول مشتری ملکیت می‌آید. پس تعلیق باعث انفکاک اثر از مؤثر نشد. یا اگر مشتری بگوید «**اشتریت منک ان بعت**» و بایع بگوید «**بعتک**» 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.

۶-۷- ضرورت ترتب مسبب نسبت به سبب و اینکه نباید از هم فاصله بگیرند، مربوط به امور تکوینی و اسباب و مسبب‌های عالم طبیعی است و در عالم حقوقی که عالم اعتبار است، الزاماً نظام طبیعی حاکم نیست و ممکن است به اراده طرفین عقد منشاء از انشاء فاصله پیدا کند و هرگونه عمل حقوقی که نیاز معاملاتی افراد را برطرف سازد، جز اعمالی که بطلان آنها ثابت شده باشد مطابق ادله صحت اعتبار عقود، باید صحیح تلقی شود (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ۲۹۶).

شرایط در عقد معلق

الف - اوصاف شرط تعلیق

۱- ناظر به تحقق حادثه‌ای در آینده باشد. اگر شرط مزبور مربوط به حادثه‌ای در زمان حال یا گذشته باشد، تعهد را معلق نمی‌کند حتی اگر در زمان انشاء سبب تعهد، دو طرف آگاه به وقوع آن نباشند. در این صورت هرگاه حادثه «معلق علیه» در زمان تراضی رخ داده باشد، باید عقد و تعهد را منجز شمرد و از زمان انعقاد مؤثر دانست. برای مثال اگر کسی تعهد کند بدهی دوست خود را بپردازد مشروط به اینکه تاکنون او نپرداخته باشد و بعد معلوم شود که بدهی باقی بوده است تعهد از آغاز تراضی به وجود می‌آید و معلق نیست. بر عکس، هرگاه معلق علیه در گذشته واقع نشده بود، تعهد نیز ایجاد نمی‌شود و هیچ‌گاه در حال تعلیق نیست. همچنین است تعهد جاعل به دادن پاداش به دیگری برای پیدا کردن

مال گمشده، در حالتی که پیش از آن، عامل آن را یافته است، با وجود این، چون در فرضی که دو طرف از وضع واقعی حادثه آگاه نیستند انشاء تعهد در قصد مشترک معلق است، عقد را معلق می‌نامند. توجیه دیگر که درباره تعلیق عنوان شد، این است که در قرار داد دو طرف می‌توانند امری را که در گذشته رخ داده است در رابطه خود در حکم آینده قرار دهند. ولی بهتر است گفته شود که دو طرف تعهد را مراعی به کشف واقع کرده‌اند.

باید افزود که آنچه درباره تعلیق تعهد به وقوع امری در گذشته و حال گفته شد، ناظر به موردی است که دو طرف نسبت به وقوع آن امر، جاهل و در تردید باشند و گرنه، هر گاه بدانند که تعهد را برابر واقع شده معلق می‌کنند، تعلیق صوری است و اثر ندارد همچنین اگر قطع داشته باشند که تحقق نیافته است، تعهد ایجاد نمی‌شود؛ چرا که اراده جدی بر آفرینش آن نداشته‌اند (المراعی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۳).

۲- تحقق یا عدم وقوع شرط در آینده معلوم نباشد. مانند اینکه تعهد به خرید مالی منوط به ازدواج خریدار یا برنده شدن در دعوی طرح شده یا درمان بیماری به وسیله او شود. در فرضی که محقق شرط در زمان آینده معلوم و معین است مانند «فرا رسیدن نوروز در آینده» در واقع تعهد موجد است نه معلق ولی درباره توصیف حقوق تعلیق تعهد به مرگ «موعد نامعلوم» اختلاف شده است.

در حقوق ما وصیت از مصداقهای بارز تعلیق در تصرف است و تعلیق به مرگ طرف تعهد نیز تابع همین حکم است. در موردی هم که وقوع شرط در آینده محال است، تعهد موقوف به امری نمی‌شود؛ یعنی از آغاز به وجود نمی‌آید و به همین جهت تعلیق به محال را باید در حکم عدم دانست، خواه محال طبیعی باشد مانند «توقف حرکت زمین» یا قانونی باشد مانند «اخذ به شفعه به غیر شریک» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۵۲).

۳- مربوط به شرایط وقوع عقد یا تعهد نباشد. در قوانین، وقوع عقد یا تعهد منوط به شرایطی شده است که باید از ارکان اصلی و داخلی آنها شمرده شود؛ در حالی که تعلیق به معنای خاص خود، منوط ساختن تعهد به وقوع امر خارجی و فرعی است. پس اگر عقد بیع معلق بر تراضی دو طرف یا وجود مبیع شود، نباید این را تعلیق واقعی و مورد بحث ما پنداشت. رابطه حقوقی باید قابلیت وقوع بدون شرط را نیز داشته باشد و تنها در این

صورت است که تعلیق را باید از اعراض تعهد شمرد و در زمره ارکان اصلی یا جوهر تعهد
نیاورد (بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۱۶۰).

ب - از لحاظ کیفیت وقوع و تحقق شرط

به طور کلی معلق علیه از دو حال خارج نیست. یا امری است معلوم التحقق که طرفین
علم به وقوع آن در حال یا مستقبل دارند یا امری مجهول الحصول و محتمل التحقق. و به
هر دو تقدیر گاه وقوع شرط در زمان حال و حین عقد است، یا زمان آینده و بعد از عقد.
و بنابر هر یک از چهار فرض، یا شرط از شرطی است که مصحح عقد است و در صحت
آن دخالت دارد، یعنی چیزی را که به نحوی شرط صحت عقد بوده در عقد آورده و عقد
را بر آن معلق می‌کند یا در صحت آن دخالتی ندارد.

۱- شرطی که حصول آن در حال عقد معلوم است. خواه شرط مصحح عقد باشد مثل

مثل «ان كان لي فقد بعته» و خواه در صحت عقد دخیل نباشد مثل «ان كان اليوم يوم السبت فقد
بعته» به عقیده بسیاری از فقها مبطل نیست (شهید اول، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۷؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۹،
ص ۱۴۲). شیخ انصاری پس از بیان این حکم در مکاسب عده‌ای از بزرگان از قبیل
محقق اول، علامه، شهید اول، شهید ثانی، محقق ثانی و صیمری را نیز با این نظر موافق
می‌داند (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۴). دلیلی که بر این فتوا ذکر می‌کنند این است که طرفین
در این مورد، با اعتقاد به منجز بودن عقد، صیغه را بطور معلق بیان می‌نمایند و این تعلیق
صوری است و مبطل نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۶).

۲- شرطی که حصولش در آینده معلوم باشد. خواه مصحح عقد باشد مثل «اگر در بیع
سلم قبض ثمن در مجلس صورت گیرد می‌فروشم» و می‌دانند که صورت خواهد گرفت،
خواه مصحح عقد نباشد مثل تعلیق به طلوع آفتاب، ظاهراً مشمول حکم عدم جواز تعلیق
که دانشمندان بر آن اتفاق نظر دارند، بوده و مبطل محسوب می‌گردد (طوسی، بی تا، ج ۳،
ص ۲۹۹؛ شهید ثانی، بی تا، ج ۱، ص ۲۳۹).

۳- شرطی که حصول آن مشکوک است یا مصحح عقد نیست مثل «ان رزقت ولداً آجره» یا مصحح عقد باشد، مثل «ان لم یکن خماً بعتک» کلام فقها در این باب مطلق است؛ یعنی تعلیق عقد را بر شرط مجهول الحصول قادح می‌دانند مطلقاً (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۵ و ۱۵۶).

صورت نخست که شرط مصحح عقد نباشد، در متیقن و فرد اکمل از معقد اجماع فقهاست که ادعای اجماع بر بطلان آن کرده‌اند. اما در موردی که شرط مصحح عقد باشد شیخ طوسی نقل کرده که بعضی از اهل سنت قائل به صحت چنین عقدی می‌باشند. البته ظاهر امر نشان می‌دهد که این رأی اهل سنت مورد پسند شیخ هم بوده است. این بسیار مهم است، زیرا که عمده دلیل ما به اشتراط تنجیز و قدح تعلیق، اجماع است و با مخالفت شیخ اجماع از بین می‌رود (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۵؛ طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۵).
عده‌ای از فقها هم دلیل قول به صحتشان را جریان عرف و عادت ذکر کرده‌اند (نائینی، ۱۴۱۸ هـ، ج ۱، ص ۲۵۵). بعضی حقوقدانان نیز معتقد به بی‌فایده بودن این تعلیق می‌باشند و صحیح بودن «تعلیق ضمان به شرایط صحت» را به عنوان مصداقی بر تأیید خود ذکر می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴).

ج - تعلیق با لحاظ کردن موضوع

۱- شرط و تعلیقی که به وجود موضوع راجع است: مفاد عقود و ایقاعات اعم از تملیک یا تسلیط و هر چه از این قبیل باشد، گاه فی حد نفسه متعلق به چیزی است که بدون آن تحقق پیدا نمی‌کند مثل «شرط وجود»؛ زیرا تملیک چیزی خواه عین باشد یا منفعت به وجود آن عین، یا منفعت در خارج موقوف می‌باشد به این معنی که باید عین در زمانی که غرض متعاقدین به آن تعلق گرفته است و همچنین منفعت در زمانی که مقصود از آن انتفاع است، موجود باشد و اگر وجود نداشته باشد، ماهیت عقد و ایقاع تحقق نخواهد یافت (بروجردی‌عده، ۱۳۲۹، ص ۱۵۹). تنجیز به این معنی در هیچ یک از معاملات شرط نیست زیرا اگر معلق شود، تعلیق آن منافی با مقتضای عقد یا ایقاع نبوده بلکه بیان واقع است و اگر مقصود تجرید صیغه است از تعلیق در مرحله لفظ، اگر چه در عالم معنی

معلق باشد، دلیلی بر آن نداریم. بلکه این نحو از تعلیق، مؤکد مقتضای معامله است، مگر اینکه گفته شود که عاقد باید در حین اجرای عقد، علم به وجود متعلق آن داشته باشد و همچنین در ایقاع که موهون بودن این قول در منتهی درجه ظهور است. «پس هر عقد یا ایقاعی متعلق به وجود متعلق است و تعلق به وجود متعلق در آن مطوی است به این معنی که عاقد لُباً قصد وقوع آن را بر تقدیر وجود دارد و دلیلی نداریم بر اینکه تصریح به آن در لفظ مانع بوده و یا ترک آن شرط باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۳).

۲- شرط و تعلیقی که به کیفیات موضوع راجع باشد. مثل اینکه بگوید «تو را وکیل کردم در فروش اسب، اگر مورد پسند فلانی باشد»، اکثر فقها قائلند که چنین شرطی تعلیق نیست، بلکه قید تصرف است و عاقد نخواستسته است اصل توکیل را معلق بر این شرط کند؛ بلکه مقصود این بوده که او را از همان حین اجرای عقد وکیل کرده باشد که در فلان وقت یا فلان وضع، عمل را انجام دهد. پس منظور از این شرط، محدود کردن دایره اختیار وکیل است و قید راجع به تصرف است. پس اگر به همان نحوی که با وکیل شرط شده است عمل صورت گیرد، معامله نافذ است و الا نافذ نبوده بلکه فضولی است (بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۶۰). و در صورتی که تحقق اثر عقد منوط به اراده مدیون شود و به صورت دلخواه در آید، مانند اینکه فروشنده بگوید «قالی خود را به تو فروختم اگر آن را به صرفه تشخیص دهم یا معماری بگویم متعهدم خانه تو را در برابر ۱۰ هزار ریال تعمیر کنم به شرط اینکه بخوام» در این دو پیمان مالک یا متعهد اراده جدی به بستن عقد ندارد و به همین جهت خود را ملتزم نمی‌سازد و سرنوشت عقد را موکول به تصمیم بعدی می‌کند. پس این گونه شروط با قصد انشاء منافی است و تعهدی به وجود نمی‌آورد و در عقود معوض، سبب بطلان عقد و سقوط تعهد طرف دیگر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۶۰).

راهکار عملی در عقد معلق بر شروط مقوم

اگر شرط از شروطی باشد که بدون آن، عقد و ایقاع، سالبه به انتفاع موضوع می‌شود، مانند زوجیت که مقوم انشاء طلاق است و بدون آن طلاق مفهومی ندارد، یا رقیبت که مقوم

انشاء عتق است، گفتیم علم به وجود آنها در انشاء معتبر است و با شک در تحقق این شروط، عقد یا ایقاع محقق نمی‌شود. و به طریق اولی با علم به عدم اینها است که ولو منجزاً هم انشاء شوند، کافی نیست. حال اگر احیاناً نیازمند چنین انشایی شدید مثلاً فردی ادعای وکالت در تزویج زنی برای ما دارد یا زنی مدعی زوجیت برای ماست و ما منکر هستیم و مسأله محرز نیست. در این جا برای خلاصی از نفقه و ... برای آزاد بودن زن برای ازدواج با غیر، نیاز داریم که احتیاط کرده و صیغه طلاق را انشاء کنیم. از طرفی معتقدیم که تعلیق انشاء به این گونه از شروط صحیح نیست که بگوید «**ان کانت فلالنه زوجتی فهی طالق**» این جاست که علما راه‌هایی را پیشنهاد می‌کنند:

۱- به شخص ثالثی که از مسأله بی‌اطلاع است و نمی‌داند که این مرد با آن زن نزاع دارد و زوجیت مسلم نیست و خیال می‌کند که او زوجه این مرد است وکالت، در انشاء طلاق دهد. و وکیل در اثر جهل به قضیه و خیال زوجه بودن قصد طلاق جزمی کند (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۸).

۳- ابتدا معامله را بطور مطلق واقع سازد مثلاً «تو مطلقه هستی» و بار دیگر آن عقد یا ایقاع را بر شرایط صحت معلق نماید مثل «تو مطلقه هستی اگر پاک باشی» (بروجردی عبده، ۱۳۲۹، ص ۱۶۱). اما عده‌ای از علما جزم به بطلان چنین عقدی داشته و راهکاری ارائه نمی‌دهند (شهید اول، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۸).

صور گوناگون عقد معلق

الف - تعلیق با لحاظ زمان جریان آثار

۱- عقد مشروط به شرط متأخر بر وجه کشف: در این صورت عقد معلق مانند عقد مشروط به شرط متأخر تصور می‌شود، یعنی پیش از حصول معلق علیه ماهیت و آثار عقد معلق وجود ندارد، اما وقوع معلق علیه همانند شرط متأخر، در تحقق ماهیت عقد و جریان آثار آن از زمان انشاء مؤثر و در عین حال کاشف از آن است. همان طور که رضای مالک پس از عقد فضولی، به صورت شرط متأخر کاشف، در نظر گرفته شده است. در نتیجه، وقوع معلق علیه مانند شرط متأخر، زمینه را برای تحقق و جریان آثار آن از زمان انشاء

فراهم کرده و کاشف از آن تلقی می‌گردد. روشن است که تحلیل عقد معلق به این صورت مخالف با قواعد حقوقی است و نمی‌تواند قابل قبول باشد. در عبارت «شرط متأخر» بین صفت و موصوف تضاد وجود دارد. از این جهت شرط چون زمینه را برای تحقق مشروط فراهم می‌کند، اصولاً باید مقدم بر مشروط باشد، در حالی که صفت «متأخر» با تقدم شرط مبیانت دارد.

۲- بصورت واجب مشروط: که نه تنها تحقق کیفیت واجب فعلیت ندارد، بلکه حق تحقق ایجاب نیز مشروط است. تعلیق در این صورت، از نوع تعلیق در انشاء است در حالی که در صور دیگر تعلیق مربوط به منشاء یعنی ماهیت عقد است هر گاه عقد معلق را به این صورت تصور کنیم، روشن است که نه پیش از حصول معلق علیه و نه حتی بعد از آن، وجودی برای ماهیت عقد و آثار آن نمی‌توان شناخت و به طریق اولی منافع و نمائات مورد عقد به طرف مقابل منتقل نمی‌شود؛ زیرا در این صورت اصلاً عقدی انشاء نشده است.

۳- به صورت واجب معلق: در فقه واجب معلق عبارت است از واجبی که انشای وجوب نسبت به همه اشخاص مکلف دارای شرایط عمومی به صورت منجز انجام گرفته باشد، منتها محقق تکلیف واجب بر عهده اشخاص، معلق بر امر دیگری شده است؛ مانند فریضه حج که وجوب نسبت به همه مؤمنان انشاء گردیده است، ولی زمانی ایشان مکلف به انجام این فریضه خواهند شد که استطاعت مالی و جسمی برای انجام کار پیدا کنند. هر گاه معلق را به این صورت تصور کنیم، باید بپذیریم که هرگز نمی‌توان برای عقد و آثار آن، وجود پیش از حصول معلق علیه تصور کرد.

در بین صور سه گانه عقد معلق، این صورت سوم با قواعد حقوقی منطبق است (شهبیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۰۸).

ب - تعلیق با توجه به ادات شرط

باید توجه کرد که تعلیق یا صریح می‌باشد و به وسیله ادات شرط ابراز می‌گردد، مثل «بعت هذا بهذا ان جاء زيد من السفر» که به آن تعلیق لفظی می‌گوییم یا معنوی است که این نوع

از تعلیق لازمه کلام است به عبارتی در حکم تعلیق است مثل «**بعت هذا بهذا يوم الجمعة**». که در این جمله اگر از ادات شرط استفاده نشده و نگفته «**ان كان اليوم، يوم الجمعة**» ولی تقیید انشاء به يوم الجمعة و آوردن آن بصورت ظرف تملیک، دلیل آن است که این تملیک به آمدن جمعه معلق شده است. یعنی بر این فرض تملیک می‌کند که جمعه هم اکنون، حین عقد یا در آینده بیاید نه بر فرض دیگر (ثانی، ۱۴۱۸هـ، ج ۱، ص ۲۵۳). شاهد بر عدم تفاوت بین دو قسم مذکور از تعلیق، فتوایی از علامه و فخر است که علامه (ره) در «نهایه الاحکام» (علامه حلی، ۱۳۴۸، ج ۲، ص ۴۴۷) و فخرالدین پسر ایشان در «ایضاح الفوائد» (فخرالمحققین، ۱۴۱۶هـ، ج ۲، ص ۳۶)، در این مسأله که وارثی گمان داشت که مورث او مرده و با این گمان مال او را فروخت و در ظاهر هم به جزم گفت «**بعت هذا بهذا**» آن دو بزرگوار احتمال داده‌اند که این بیع باطل است. به این دلیل که عقد مذکور در صورت و ظاهر منجزاً انشاء شده، ولی در سیرت و باطن معلق است و گویا گفته «**ان مات مورثی، فقد بعتک**» و لذا اشکال دارد و این نمی‌باشد جز از رهگذر تعلیقی که در عبارت یاد شده نهفته است بنابراین بهتر است چنین گفته شود که اگر عقد را بوسیله ادات شرط یا آنچه که معنای این ادات را می‌رساند بر چیزی معلق نمایند، تعلیق صورت گرفته است (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹۵). در این رابطه عده‌ای از علما بر آنند که تعلیق تنها در صورتی تحقق دارد که عقد را بوسیله ادات شرط بر چیزی معلق نمایند (سریتی، ۱۹۲۳م، ص ۳۱۰).

ج - تعلیق با لحاظ وقوع معلق علیه

۱- عقد معلق فرضی: در عقد فرضی، قصد طرفین خلق ماهیت عقد بر فرض وقوع معلق علیه است و آنچه طرفین در این عقد اراده می‌کنند، این است که اگر معلق علیه واقع شود عقد در همان زمان انشاء محقق می‌گردد. در حقیقت نتیجه تعلیق در این عقد صرفاً نامعلوم بودن تحقق و عدم تحقق ماهیت عقد در زمان انشای عقد است. این گونه تعلیق می‌تواند در عالم اعتبار قابل تصور باشد، هر چند که در عالم تکوین نمی‌تواند تصور گردد. در این عقد معلق باید آثار عقد را از زمان انشای عقد جاری دانست و مثلاً در عقد تملیکی ناقل عین یا منافع و نمائات مورد معامله در فاصله بین انشاء و حصول معلق علیه را متعلق

به منتقل الیه شناخت. این حکم صرفاً بخاطر اراده مشترک طرفین درباره جریان آثار عقد از زمان انشاء نیست، بلکه از این جهت است که مقصود مشترک طرفین، خلق ماهیت در همان زمان انشاء لکن در فرض حصول معلق علیه در آینده است.

۲- عقد معلق مترتب: در این عقد اراده طرفین انشای عقدی است که پس از حصول معلق علیه محقق می‌گردد. نتیجه تعلیق در این عقد، تأخیر تشکیل عقد تا زمان حصول معلق علیه است در تشکیل این عقد پس از حصول معلق علیه نیز مانعی بنظر نمی‌رسد؛ اما با در نظر گرفتن مفهوم تعلیق، ماهیت عقد و چگونگی ارتباط عقد با معلق علیه، عقد معلق و آثار آن را فقط باید پس از وقوع معلق علیه محقق دانست، نه پیش از آن. اگر چه ممکن است اراده طرفین عقد بر این تعلق گرفته باشد که با وقوع معلق علیه عقد و آثار آن از زمان انشاء محقق گردد. زیرا مطابق قاعده و روال جاری در اسباب حقوقی و نظم کلی روابط حقوقی، عقود نمی‌توانند نسبت به زمان پیش از رفع مانع خود تأثیر کنند، هم چنان که در زمان پیش از اجتماع همه اجزاء و شرایط خود نمی‌توانند ایجاد اثر کنند. مگر در مواردی که قانون استثنائاً مقرر کرده باشد. استدلال بر وجود روایات معتبر فقهی که در موارد مشابه آثار عقد را نسبت به زمان پیش از تکمیل و تحقق عقد جاری معرفی کرده است نظیر آثار عقد فضولی پس از تنفیذ نسبت به زمان انشای عقد تا تنفیذ آن و حاکمیت شناختن برای اراده در مورد این گونه آثار و متابعت مبنایی مقررات قانون مدنی، در موارد سکوت درباره احکام فقهی مسلم یا مشهور، نمی‌تواند موجب قبول این امر باشد که حصول معلق علیه بر خلاف قاعده اولیه در حکم کاشف از تحقق عقد و آثار آن در زمان انشاء است. مانند معامله فضولی و مکره و سفیه که در آنها نظریه کشف بر روایات فقهی معتبر متکی است، زیرا این استنباط مبتنی بر گونه‌ای قیاس است که در حقوق ما حجیت ندارد (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۱۰۷).

پژوهش‌های علمی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

د - تعلیق در انحلال عقد

مفهوم شرط فاسخ: همان گونه که طرفین عقد ممکن است اثر عقد را موقوف بر شرطی در آینده نمایند، انحلال عقد و از بین بردن تعهد نیز گاهی معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده می‌شود. چنین شرطی را می‌توان شرط فاسخ نامید.

در قراردادی که شرط فاسخ آمده است، در اثر تراضی، تعهد به طور منجز ایجاد می‌شود ولی تحقق شرط، آن را خود به خود از بین می‌برد. از نظر تحلیلی بین ساختمان شروط تعلیقی و فاسخ، هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا در مورد اخیر اثر تراضی در شروط تعلیقی ایجاد دین و در شروط فاسخ، انحلال و سقوط آن است. پس تمام مباحثی که درباره آثار شروط تعلیقی عنوان می‌شود، در شرط فاسخ نیز پیش می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۷).

اثر شرط فاسخ: تعهدی که در آن شرط فاسخ آمده، هر چند در خطر زوال قرار گرفته است، ولی نافذ و قابل اجرا می‌باشد. یعنی باید گفت شرط فاسخ، انحلال تعهد موجود و قابل مطالبه را معلق می‌کند. این تعلیق در قراردادها با چهره تعلیق در انفساخ عقد ظاهر می‌شود و انحلال تعهد در آن تبعی است برای مثال، بانکی به بازرگانی مبلغی وام می‌دهد و در قرارداد وام، برای پرداخت بدهی اقساط ماهیانه معین می‌شود؛ به گونه‌ای که پس از دو سال تمام دین تأدیه شود و در آن شرط می‌کنند که تأخیر در پرداخت هر یک از اقساط تا ده روز سبب انفساخ قرارداد وام و حال شدن اقساط باقی مانده می‌شود.

در این جا انفساخ عقد و انحلال تعهد وام دهنده در اینکه پیش از فرار رسیدن موعد، آن را مطالبه نکند، معلق به تأخیر در پرداخت هر یک از اقساط است. پس اگر شرط تحقق پذیرد، تعهد از بین می‌رود و اقساط حال می‌شود، اما اگر تأخیری رخ ندهد، تعهد نیز از خطر زوال می‌رهد و وام دهنده را تا پایان مدت، ملزم به رعایت قرارداد می‌کند. در حالی که در شرط تعلیق، تحقق نیافتن آن، زمینه و مقتضای ایجاد تعهد را از بین می‌برد. در این فرض که اجرای تعهد استمرار دارد، اثر تحقق شرط فاسخ، بی‌گمان ناظر به آینده است و در گذشته اثر ندارد ولی در فرضی که تعهد به گونه‌ای قاطع پیش از تحقق شرط، ایجاد و اجرا شود. در گذشته نیز مؤثر است. برای مثال اگر اسبی به مبلغ معین و پیش از آغاز

مسابقه فروخته شود و در آن بیاید که «اگر اسب در مسابقه برنده نشود، بیع منفسخ است» تحقق شرط فاسخ سبب انحلال تملیک پیشین مبیع و ثمن و در نتیجه ایجاد الزام به بازگرداندن آنهاست. اثر اصلی بیع با وقوع عقد، بی‌درنگ محقق می‌شود و اگر حادثه‌ای بتواند در آن اثر کند در گذشته مؤثر افتاده است.

در نتیجه باید پذیرفت که اثر تحقق و زوال شرط فاسخ، جز در موارد استثنایی که طبیعت انحلال عقد و نفوذ شرط ایجاب می‌کند، به آینده نظر دارد و در گذشته بی‌اثر است.

شرط فاسخ قهقرایی: آنچه گفته شد، درباره اثر طبیعی شرط فاسخ است، ولی دو طرف تعهد می‌توانند آثار شرط را به تراضی در خصوص گذشته نیز مؤثر سازند، به گونه‌ای که تحقق شرط باعث حذف کامل تعهد در رابطه با آنان شود و همه چیز را به جای خود برگرداند و انتقاد آن، تعهد را از آغاز ایجاد بی‌قید و بسیط کند. منتها باید افزود که شرط فاسخ با اثر قهقرایی در حقوق شایع نیست و در قراردادهای به طور معمول یا حق خیار شرط می‌شود یا حادثه‌ای سبب انفساخ عقد می‌گردد. اما در حقوق فرانسه شرط فاسخ نیز مانند شرط تعلیق اثر قهقرایی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۸ به بعد).

ه- تعلیق بر مشیت

عده‌ای قائل به جواز چنین تعلیقی شده‌اند و استدلال می‌آورده‌اند که فروشنده، جاهل به ثبوت و اصل وجود مشیت در حال عقد است و نمی‌داند که طرف مقابل طالب و خواستار آن هست یا نیست؟ از طرفی طرفین یا لاقبل فروشنده نمی‌داند که تا آخر عقد این مشیت باقی خواهد ماند یا نه و چون جاهل است جازم نیست لذا این منافای با جزم است و مردود می‌باشد (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۶۲).

عده‌ای دیگر از فقها می‌گویند هیچ فرقی بین تعلیق بر شرط و صفت با تعلیق بر مشیت نیست مگر از جهت تبرک و تیمن. زیرا تعلیق ماضی آن هم بر مشیت الهی هیچ معنایی ندارد و تعلیق آینده بر مشیت الهی مقبول نیست، زیرا خداوند خواسته ما الفاظ را این طور

بکار ببریم، دیگر نیازی نیست که دوباره بر مشیت الهی معلق شود (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، ص ۸۱).

ناگفته نماند که در مبسوط و خلاف آمده طلاق و عتق می‌توانند بر مشیت الهی معلق شوند و استثناء هستند. در «نهج‌الفقاهه» نیز آمده اگر عقد مطلق باشد و به مشیت مشتری هم مقید نباشد، ولی ذاتاً به آن معلق باشد. زیرا در عقود، قبول متوقف بر مشیت مشتری خواهد بود و بدون آن نه قبولی هست نه عقدی و نه بیعی. و در غیر این صورت ایقاع است نه عقد، و این خلاف فرض است (حکیم، بی‌تا، ص ۱۰۷).

نتیجه آنکه، آنچه تاکنون مورد بحث و بررسی قرار گرفت یکی از اقسام عقود به نام «عقد معلق» است. در میان فقها و حقوقدانان پیرامون صحت و عدم صحت عقد معلق نظرات مختلفی وجود دارد. عده‌ای قائل به صحت آن بوده، ادله‌ای در اثبات آن ارائه نموده و حتی ادعای اجماع بر آن می‌کنند. عده‌ای دیگر از اعظام فقها، قائل به صحت عقد معلق بوده و اعتبار تنجیز در عقد را انکار می‌نمایند که به نظر می‌آید قول اخیر، اقوی باشد. اما در میان نظرات ارائه شده از سوی شارحان قانون مدنی راجع به دیدگاه قانون مدنی، دو نظریه بیان شده است. یک گروه قائلند به اینکه قانون مدنی بطور مطلق هرگونه تعلیق در عقد را مبطل دانسته و قائلان نظر دوم مبطل بودن عقد معلق را نپذیرفته‌اند و جز در مواردی که قانون صریحاً بطلان آن را بیان داشته، بقیه موارد را صحیح می‌دانند.

ممکن است قائلان به صحت، دلیلشان طبق مبنایی باشد که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی به آن تصریح شده و آن عبارت است از «قاضی موظف است که کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» طبق اصل مذکور باید در چنین مواردی به فتوای معتبر رجوع نمود و همان گونه که بیان شد، نظر مشهور عدم صحت عقد معلق می‌باشد. لذا باید گفت عقد معلق باطل می‌باشد. اما با توجه به عدم تصریح قانون مدنی به بطلان عقد معلق و شمردن آن در ردیف اقسام عقود، و نظر علمایی که قائل به صحت چنین عقدی می‌باشند، با دلایل ارائه شده ما را به تأمل وا

می‌دارد. و حکم در مسأله را مشکل می‌نماید. بهتر است که محققان و فقهای عظام دلایل صحت و بطلان عقد معلق را به صورت کامل و همه جانبه مورد بررسی و تحقیق قرار داد، و مبانی خود را برای شارحان قانون مدنی و نویسندگان حقوق مدنی مطرح کنند و مجموعه این آراء و نظرات در اختیار قانونگذار قرار گیرد تا قوانین روشنی در این مورد تدوین گردد.

به نظر نگارنده، از آن جا که در قانون مدنی و فقه امامیه عقد معلق با تعلیق در انشاء باطل و عقد معلق با تعلیق در منشاء صحیح است، با این تفصیل نیازی به بررسی حکم تعلیق در تک تک عقود نمی‌باشد. چرا که حکم کلی مشخص است؛ با اینکه در حقوق مدنی این مسأله به دقت مورد بررسی قرار نگرفته است. چرا که نویسندگان حقوق مدنی ایران بطور مطلق عقد معلق را صحیح دانسته‌اند، بدون اینکه بین عقد با تعلیق در انشاء و عقد با تعلیق در منشاء تفاوتی ذکر نمایند.



منابع و مأخذ

- ✓ امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیه، چاپ ۱۴، ۱۳۷۳
- ✓ انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم، دهاقانی، چاپ سوم، ۱۳۷۴
- ✓ بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۹
- ✓ جر، خلیل، *فرهنگ لاروس*، ترجمه: حمید طبیبیان، تهران، امیرکبیر، چاپ ششم،

۱۳۷۵

- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی اقتصادی، ۱۳۴۰
- ✓ همو، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۸
- ✓ جهان بخش، ولی الله، *فرهنگ بیان*، بی جا، دنیای مطبوعات و انتشارات حجتی، ۱۳۶۱
- ✓ حائری، علی، *شرح حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶
- ✓ حکیم، محسن، *نهج الفقاهه*، تعلیقه: علی کتاب البیع من المکاسب، نجف، الطبعه العلمیه، بی تا
- ✓ الحلّی، مهدی بن علامه، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، چاپ اول، بی جا، مؤسسه صادق (ع)، ۱۴۱۶ هـ
- ✓ همو، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، استقلال، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ هـ
- ✓ خراسانی، محمد کاظم، *حاشیه کتاب المکاسب*، بی جا، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ
- ✓ خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه فی المعاملات*، قم، مؤسسه انصاریان، بی تا
- ✓ دهخدا، علی اکبر، *لغتنامه*، بی جا، مؤسسه لغتنامه دهخدا، بی تا
- ✓ سریتی، عبدالودود محمد، *تاریخ الفقه الاسلامی و نظریاته العامه*، بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۲۳ م
- ✓ سعدی، ابو حیب، *القاموس الفقهیه لغه و اصطلاحاً*، دمشق، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ
- ✓ شهیدی، مهدی، *تشکیل قرار دادها و تعهدات*، تهران، حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷
- ✓ صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم، *فرهنگ عربی منتهی الارب فی اللغه العرب*، بی جا، کتابخانه سنایی، بی تا

- ✓ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *عروة الوثقی*، قم، دارالتفسیر، چاپ ششم، ۱۳۷۸
- ✓ طوسی، ابن جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی الفقه الامامیه*، بی جا، مکتبه الرضویه لاحیاء، آثار الجعفریه، بی تا
- ✓ العاملی، زین الدین بن جبعی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم، دارالهدی، بی تا
- ✓ عاملی، محمد بن مکی، *القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول العربیه*، قم، مکتبه المفید، بی تا
- ✓ عبدالناصر، جمال، *موسوعه الفقه الاسلامی*، بی جا، بی نا، بی تا
- ✓ علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، بی جا، بی تا، بی نا
- ✓ همو، *نهایة الاحکام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۴۸
- ✓ عمید، موسی، *هیه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، بی جا، بی نا، ۱۳۴۲
- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات*، تهران، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴
- ✓ همو، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۴
- ✓ محقق داماد، مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن*، بی جا، نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۴
- ✓ المراغی، عبدالفتاح بن علی، *عناوین*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷هـ
- ✓ موسوی الخمینی، روح الله، *البیع*، قم، مهر، بی تا
- ✓ نائینی، محمد حسین، *منیته الطالب فی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ
- ✓ نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱م