

## تعلیق در عقود، اعتبار و آثار آن

امیرمهدی قربانیپور

### مقدمه

قواعد عمومی قراردادها به عنوان مبنایی ترین بخش حقوق مدنی محسوب می‌شود، تا آنجا که معظم تحلیل‌های حقوقی بر همین مبنا استوار است. بدیهی است تحقیق و تتبع در این حوزه راهگشای نیل به نظام حقوقی مستحکم و مستدل است و چنین کاوشی نیز بدون در نظر گرفتن کتب فقهی به عنوان منبع اصلی حقوق کامل و جامع نخواهد شد. از طرفی نیز با محصور شدن در چهارچوب منابع فقهی و چشم پوشیدن از مطالعات نوین حقوق، نمی‌توان پویایی و نوگرایی جامعه حقوقی را در راستای نیل به عدالت واقع‌گرایانه در انتظارداشت.

از آنجا که در کتب فقهی بخش مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها، وجود ندارد، اکثریت مباحث این عنوان ذیل احکام عقد بیع و احياناً عقود دیگر مطرح شده است. همین پراکندگی و عدم تمرکز بیان این قواعد مبنایی در فقه، خود سبب شده است تا محقق عموماً قراردادها را از لابلای مباحث راجع به عقود در کتب فقهی جستجو کنند که خود مستلزم اشراف بر مباحث فقهی است و این اشراف سهل الوصول نمی‌باشد.

یکی از مباحث مطروحه در حوزه این قواعد مبنایی، تحلیل و بررسی اقسام عقود است که

عقد معلق و منجز ذیل این عنوان مطرح می‌شود. آنچه که در این مقاله مورد بحث قرار گرفته است صرفاً نقد و تحلیل اختلافات ناشی از تعلیق در عقود است و منصرف از نکات مورد اتفاق علمای حقوق است. عقد معلق چه از حیث مفهوم و چه اعتبار و آثار آن، محل نزاع اکثر فقها و حقوقدانان بوده و هست. منشأ نزاع در هر یک از این ابعاد ریشه در مسائلی تحول‌انگیز در علم حقوق و علم اصول دارد که در فصول این مقاله به آن خواهیم پرداخت. در واقع همین نقاط عطف و مبنایی انگیزه‌ای بود در نگارش این مطالب، منتهی بیان احکام عقد معلق صرفاً به مثابه مدخلی است بر این مسائل.

**در فصل اول** این مقاله به بیان مفهوم تعلیق پرداخته و معنای اصطلاحی آن را در علم حقوق مورد نقد و بررسی قرار خواهیم داد. با توجه به معنای اصطلاحی صحیح از تعلیق و به تبع آن عقد معلق، **در فصل دوم** به بررسی اعتبار این عقد پرداخته و در نتیجه رد دلایل فقهای امامیه مبنی بر بطلان عقد معلق، اعتبار آن را تثبیت خواهیم کرد. **در فصل سوم** آثار ناشی از عقد معلق را به فرض پذیرش صحت و اعتبار آن تحلیل کرده و نقطه نظرهای حقوقدانان و ثمره عملی اختلافات آنان را بیان می‌کنیم.

با توجه به این که در میان فقهای امامیه، تنها شیخ مرتضی انصاری، بحث مستقلی را در باب تعلیق و تنجیز ذیل احکام عقد بیع، در کتاب مکاسب به این مطلب اختصاص داد است لذا در فصل مربوط به بررسی اعتبار عقود معلق، تا حدودی محوریت را مطالب این کتاب ایفا می‌کند. به هر حال مجموعه حاضر نتیجه تلاش ناچیزی است در تکمیل نظام حقوقی عقود و قراردادهای که امید است مفید واقع شود.

## فصل اول

### مفهوم تعلیق

تعلیق از نظر لغوی به معنای توقف حصول امری بر وقوع امر دیگر است، چنانچه در برخی از کتب لغت در تعریف آن چنین آمده است: «هو ربط حصول مضمون جمله بحصول مضمون آخری»<sup>(۱)</sup>

آنچه حایز اهمیت است، درک معنای اصطلاحی تعلیق در عرصه علم حقوق و خصوصاً مبحث عقود و قراردادها است. در این حوزه تعلیق عملی است که در یک عمل حقوقی رخ می‌دهد و به آن آثار و احکام خاصی می‌بخشد. فقها و حقوقدانان تعاریف مختلفی از تعلیق یا به طور خاص عقد معلق ارائه کرده‌اند که تفاوت‌های ظریفی در آنها به چشم می‌خورد. فقهای که رأی بر بطلان عقد معلق داده‌اند، در حقیقت ساختمان حقوقی چنین عقدی را بر پایه‌ای نادرست بنا نهاده‌اند که پی‌ریزی چنین بنایی در تعاریف پیشنهادی آنها کاملاً مشهود است. پس استدلال صاحب‌نظران در خصوص اعتبار و احکام عقد معلق تا حد زیادی متأثر از بنای فکری آنها در خصوص تعریف تعلیق است.

برخی از فقها تعلیق در عقد معلق را تعلیق در افشا می‌دانند و به همین دلیل حکم به بطلان عقد داده‌اند که در فصل بعد به نقد و تحلیل مدعای ایشان خواهیم پرداخت. گروهی از حقوقدانان در این خصوص قایل به تعلیق در اثر عقد هستند، بدین معنا آنچه منوط به وقوع شرط تعلیقی شده، اثر یا نتیجه عقد است (اثر عقد با ماهیت اعتباری عقد که از آن به مقتضای عقد یا منشأ یاد می‌شود، متفاوت است).<sup>(۱)</sup>

البته چنین تعریفی خالی از اشکال نیست گرچه اشکالات گروهی از فقها در عقد معلق مبنی بر تفکیک سبب و انشاء از مسبب (منشأ) را مرتفع می‌سازد ولی با توجه به احکام عقد معلق که اصولاً بر آن جاری است، این منشأ یا مقتضای عقد است که معلق گردیده نه اثر عقد، که این دو تفاوت جزئی با هم دارند. چنانچه برخی دیگر از حقوقدانان همین نظریه را اتخاذ کرده‌اند.<sup>(۲)</sup>

در مقایسه چنین تعریفی با تعاریف حقوقدانان و تعریف منعکس در قانون مدنی، پی به نقاط ضعف و عدم استحکام آن می‌بریم.

قانون مدنی ایران، تعریف بسیار دقیقی از عقد معلق ارائه می‌دهد به نحوی که با اندکی تأمل در آن، معظم احکام مترتب بر چنین عقدی قابل استخراج است. ماده

۱- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱؛ ش ۲۷.

۲- شهیدی، مهدی؛ نکشیل قراردادها و تعهدات؛ ش ۲۷. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱؛ ص ۱۶۶.

۱۸۹ق.م چنین اشعار می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری نباشد و الاً معلق خواهد بود». با توجه به کلمه «تأثیر» مندرج در ماده که همان منشأ یا مقتضای عقد است، می‌توان ادعا کرد، قانون مدنی، تعلیق در منشأ را پذیرفته است.

یکی از استادان در طرح پیشنهادی برای اصلاح قانون مدنی چنین تعریفی از عقد معلق کرده است: <sup>(۱)</sup> «عقد معلق آن است که قصد عاقد در حین انعقاد عقد فعلیت داشته باشد ولی اثر حاصل از آن قصد، بسته به حصول امری محتمل الوقوع در آینده باشد. تبصره: تعلیق عقد مبطل عقد نیست مگر آن که قانون تصریح کند مانند تعلیق در نکاح که مُفسد عقد است.»

تعریف فوق با توجه به منطوق ماده، تعلیق در اثر را پذیرفته است.

## فصل دوم: اعتبار عقد معلق

از آنجا که عقد معلق از حیث اعتبار، محل مناقشه بسیاری از فقها بوده است در گفتار اول این فصل به ذکر دلایل اقامه شده مبنی بر بطلان عقد معلق از دیدگاه آنان پرداخته و ضمن ردّ هر یک از این دلایل سعی در تثبیت اعتبار عقد معلق خواهیم داشت. در گفتار دوم این فصل نیز نیم نگاهی به حقوق سایر کشورها در باب اعتبار این عقد انداخته و اندکی در این مورد سخن خواهیم راند.

البته شایان ذکر است که اعتبار عقد معلق اجماعاً مورد پذیرش حقوقدانان معاصر است و چون نسبت به این مطلب اجمالاً متفق القول هستند از تفصیل بحث خودداری می‌کنیم. <sup>(۲)</sup>

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشای قانون مدنی به انضمام طرح اصلاحی قانون مدنی؛

ص ۷۶۳

۲- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۱۶۹. عدل، مطلقاً حقوق مدنی؛ شش ۷۶۹ و ۷۵۰ جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنی؛ ش ۱۱۹؛ کانونیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ←

## گفتار اول - اعتبار عقد معلق از دیدگاه فقها

اکثریت فقها تنجیز را شرط صحت عقد می‌دانند و عقد معلق را به دلیل فقدان این شرط باطل می‌دانند و دلایلی در مورد لزوم چنین شرطی در عقد اقامه می‌کنند که این دلایل را بررسی می‌کنیم. قبل از ذکر این دلایل، گروهی از فقهای معاصر از این که تعلیق برخی از عقود جایز در کتب فقهاء باطل اعلام شده است<sup>(۱)</sup>، به قیاس اولویت بطلان عقد معلق را اجماعی دانسته‌اند<sup>(۲)</sup> و به این طریق استدلال کرده‌اند از آنجا که تعلیق در عقد جایزی مثل وکالت، که با هر لفظی دلالت بر اذن می‌کند، مبطل آن است، پس هرگاه در این عقد با توجه به جایز بودن آن تنجیز شرط بوده باشد پس در عقود لازمه، به طریق اولی چنین خواهد بود.

این استدلال جای اشکال دارد؛ چرا که از دیدگاه فقها ضرورت تنجیز در عقد از این جهت است که عقدی مبهم و با سرنوشتی نامعلوم نمی‌تواند موجد یا مسقط حق شود و در حقیقت امکان تعلیق در عقود، لا بشرط از نوع آنها از حیث جواز و لزوم است و به تبع این که صیغ عقود جایزه بمایراها العاقد است، نمی‌توان آن را مبنایی در نتیجه‌گیری عدم امکان تعلیق در عقود لازمه با استمداد از قیاس اولویت قرار داد. پس استدلال فوق در جهت تدلیل اجماعی بودن شرط تنجیز مخدوش است. در ضمن این استدلال فقها که اشکال فوق بر آن وارد بود مبتنی بر این نظر فقهای متقدم بوده که عقد را تنها با ادای صیغه معینی به رسمیت می‌شناختند و بر توقیفی بودن صیغ عقود لازمه پافشاری داشتند و در مقابل اکثر عقود جایز را با هر ایجاب و قبولی می‌پذیرفتند؛ ولی با توجه به سیره فقهای متأخر و قانون مدنی که محمول بر نظر مشهور فقهای امامیه است، می‌توان گفت چنین پایبندی به صیغ مأثوره وجود ندارد. هر لفظی که کاشف از قصد متعاملین باشد

→ ج ۲۸۱؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات ش ۳۷.

۱- شرح الارشاد؛ فخرالمحققین؛ به نقل از شیخ حر عاملی در مفتاح الکرامه؛ ج ۷، ص ۵۲۶.

۲- تقریرات آیه الله پایانی؛ ندوین جواد فخار طوسی؛ در محضر شیخ انصاری ج ۱۲، ص ۲۲۷.

می تواند خالق عقد شناخته شود (ماده ۱۹۱ ق.م).

عده زیادی از فقهای امامیه در بطلان عقد معلق دلایلی ذکر کرده اند که به نقد و ارزیابی آن می پردازیم:

۱- تعلیق با جزم در حال انشاء منافات دارد (انه منافٍ للجزم حال الانشاء)<sup>(۱)</sup> و از این مجرا حکم به بطلان عقد معلق داده اند؛ ولی این گروه فروش کالا، معلق بر مالکیت فروشنده را صحیح می دانند و علت آن را علم فروشنده و مشتری به مالکیت کالا می دانند سپس ایشان مسأله را تعمیم داده و تعلیق بر هر شرطی که تحققش معلوم باشد معتبر می دانند ولی چنانچه بعداً خواهیم گفت چنین تعلیقی، تعلیق واقعی نیست. در مورد تنافی تعلیق با جزم گروهی از فقها،<sup>(۲)</sup> فقط آن را ناظر بر شرط مجهول الحصول می دانند نه معلوم الحصول، پس تعلیق بر شرط معلوم الحصول را می پذیرند ولی همان طوری که گفتیم چنین تعلیقی، تعلیق واقعی نیست؛ آنچه مورد پذیرش برخی از فقهای معاصر و حقوقدانان قرار گرفته است، صحت عقد معلق با وجود تعلیق بر امر محتمل الوصول است. البته نظر مخالفی هم وجود دارد که جزم با هرگونه تعلیقی منافات دارد، زیرا شرط مورد نظر حتی اگر هم معلوم الحصول باشد در معرض عدم حصول قرار دارد زیرا این امکان وجود دارد که تا قبل از تحقق شرط، عالم هستی منقرض شود و چرخ هستی از چرخش باز ایستد (شرط معلوم الحصول مثل این که بگوییم: فروختم خانه ام را اگر روز جمعه فرا رسد که فرا رسیدن روز جمعه معلوم است).<sup>(۳)</sup>

در پاسخ به هر دو گروه چه آنهایی که عقد معلق بر شرط محتمل الحصول را باطل می دانستند و چه کلیه شروط، اعم از محتمل الحصول و معلوم الحصول باید پرسید منظور شما از جزم چیست؟ اگر مقصود از جزم، جزم در انشاء است، در عقد معلق انشاء منجز است و ملکیت بر تقدیر، امری جزماً انشاء می شود، ولی اگر مقصود از جزم، جزم

۱- التذكرة، علامه حلی؛ ج ۲، ص ۱۱۴

۲- جامع المقاصد؛ محقق کرکی؛ ج ۸، ص ۳۰۵.

مسالك الافهام؛ شهید ثانی؛ ج ۵، ص ۲۷۶.

۳- القواعد و الفوائد؛ شهید اول؛ ج ۱، ص ۶۵ (انه ینافی التعلیق لانه یرضه عدم الحصول).

به حصول منشأ است، درست است که عقد معلق فاقد چنین جزئی است ولی این نوع جزم در عقد لازم نمی‌باشد که فقدان آن موجب بطلان شود. چرا که اگر چنین جزئی لازم می‌بود، بایستی فقها عقد (فروختم خانه‌ام را اگر ملک من است)، باطل اعلام می‌کردند، در حالی که قایل به بطلان آن نیستند. پس نمی‌توان از دیدگاه فقها جزم در منشأ را برای صحت عقد لازم دانست.<sup>(۱)</sup> باید دانست استدلال فوق در دفاع از عقد معلق و پاسخ به دلیل مذکور تنافی تعلیق با جزم، در برابر گروهی که تعلیق بر شرط معلوم‌الحصول را موجب بطلان نمی‌دانستند، قانع‌کننده نیست.

۲- دلیل دومی که بر ضرورت تنجیز (بطلان تعلیق) اقامه شده است، این است که انشاء هرگز قابلیت تعلیق را ندارد، چرا که انشاء به معنای ایجاد است و ایجاد از امور کشفی است و تعلیق در امور کشفی راهی ندارد.<sup>(۲)</sup>

در پاسخ به این گروه نیز باید گفت آنچه در عقد معلق تعلیق شده است، انشاء نیست که اشکال فوق بدان وارد باشد بلکه این منشأ است که معلق شده است.<sup>(۳)</sup>

شیخ مرتضی انصاری پاسخ مستدلی به این گروه داده است.<sup>(۴)</sup> استدلال شیخ بدین صورت است: مقصود گروه فوق به دو صورت قابل تصور است: الف - مراد از انشاء مدلول کلام است پس در این صورت شککی نیست که مدلول کلام یعنی دلالت تصویری الفاظ مستعمل در انشاء هرگز قابلیت تعلیق را ندارد. به طور کلی دلالات تصویری الفاظ حتی اگر از ناحیه فرد بی شعوری صادر شود، نمی‌تواند معلق شود. بر فرض مثال نمی‌توان لفظ آب را گفت و ایجاد تصور آب در ذهن را معلق بر امری کرد. بر خلاف مدلول تصویری، مدلول تصدیقی یک کلام قابلیت تعلیق و تقیید را دارد. مثلاً قید شعور و

۱- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۸.

۲- از جمله این فقها، سیدمحمدکاظم طباطبایی؛ تعلیقه بر مکاسب؛ ج ۱، ص ۱۹۸ و ص ۱۹۹.

۳- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات.

امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، ص ۱۶۶.

نهج‌الفقاهه؛ سیدمحمدحسن حکیم؛ ج ۱، ص ۱۰۸ و ۱۰۹.

۴- مکاسب؛ شیخ مرتضی انصاری؛ چاپ کنگر. شیخ انصاری؛ ج ۳، ص ۱۷۰.

سایر قیود هم سبب را در متکلم می‌توان شرط تصدیق الفاظ مؤدا دانست.

ب - ممکن است بگوییم مقصود، عدم امکان ایجاد ملکیت تقدیری است. اگر این امر مراد باشد، در حقیقت این گروه که دلیل فوق‌الذکر را اقامه کرده‌اند، قایلند که انسان فقط توانایی ایجاد ملکیت خاصی تحت عنوان ملکیت مطلقه را دارد و از ایجاد ملکیت تقدیری که همان ثبوت ملکیت برای فرد مقابل در عقد معلق است، ناتوان می‌باشد. که این یک ادعای بی‌پایه و اساس است. (اقوا دلیل لاء مکان شیء و وقوعه). بسیاری از احکام تکلیفی را داریم که وصف تقدیری بودن در آنها وجود دارد. مثل واجب مشروط که وجوب عمل بر مکلف مقدر است بر تحقق شرط (حج که وجوبش مقدر است بر تحقق شرط استطاعت).

۳- دلیل دیگری که بر بطلان تعلیق اقامه می‌کنند، ممانعت تعلیق از تأثیر سبب و تنافی این منع با سببیت عقد است که از دو جهت اشکال فوق را تبیین می‌کنند، که هر کدام از این وجوه را بیان کرده و به نقد و بررسی آن می‌پردازیم:

الف - وجه اول این اشکال این است که چنین تعلیقی از تأثیر سبب (انشاء) ممانعت کرده و موجب تفکیک بین انشاء و منشأ می‌شود و طبق احکام عقود که رابطه سببیت بین انشاء و منشأ برقرار است، وقتی انشاء (سبب) به وجود آید، منشأ یا ماهیت اعتباری عقد (مسبب) نیز باید حاصل شود و هرگونه حیلولت بین این دو غیر ممکن است.

نقد وجه اول اشکال که بیان شد، مقدمه‌ای را می‌طلبد که ما را به وادی دیالکتیک واقعیت و ارزش یا همان حقیقت و اعتبار سوق می‌دهد که سؤال مهمی در این خصوص مطرح است که آیا در عرصه اعتبار و ارزش ملزم به رعایت لزومات منطقی عالم حقیقت و واقعیت هستیم یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان کشفیات را به اعتباریات تسری داد یا خیر؟

به طور کلی انسان دارای دو دسته ادراکات است: یکی ادراکات حقیقی که با عالم کشف و هستی سروکار دارد و دیگری ادراکات اعتباری که ظرف آن عالم اعتبار از ناحیه



شارع یا قانونگذار است. همان طوری که احکام این مدرکات تفاوت دارند، منطبق و ملزومات این دو نیز منفک از یکدیگر است و به یک چوب راندن این مدرکات روا نیست. معظم استدلالات علم اصول به آفت خلط اعتبار و حقیقت دچار است. این آفت زادهٔ تغافل در بازشناسی احکام این دو است. به عنوان مثال وقتی می‌گوییم فلانی مالک است این یک حکم اعتباری است نه حقیقی یعنی فلانی مالک «شمرده می‌شود» یا «محسوب می‌شود» و این شارع است که شخص را مالک شناخته است.

در اکثر احکام اعتباری این قید «شمرده می‌شود» یا «محسوب می‌شود»، مورد بی‌توجهی قرار گرفته است و در نتیجه گهگاهی حکم حقیقی بر آن بار کرده‌اند نه اعتباری. منطق اعتباریات قواعد خاص خود را دارد و لزومی در تبعیت از منطق کشفیات وجود ندارد. مثلاً در عالم حقیقت، شرط باید مقدم بر مشروط باشد، با پیدایش سبب، مسبب هم به وجود می‌آید و... ولی در اعتباریات لزومی در تقدم آنچه شرط شمرده می‌شود بر آنچه که مشروط شمرده می‌شود وجود ندارد و همچنین حیلولت بین آنچه که سبب شمرده می‌شود و آنچه که مسبب شمرده می‌شود، محال نمی‌باشد.

علت این عدم تبعیت که نمونه‌هایی از آن را ذکر کردیم، به نفس اعتبار بر می‌گردد، چرا که شارع خود چنین تقدم یا چنین حیلولتی را اعتبار کرده است و در اعتباریات نیز هدف تأمین غرض شارع است و بس. جهت تنویر اذهان چند مثال ذکر می‌کنیم: شرط حرکت اجسام وارد شدن نیرویی در جهت جابه‌جایی آن است و حرکت (مشروط) حاصل نمی‌شود مگر با اعمال نیرو (شرط). (البته رابطهٔ سبب و مسببی هم می‌توان در این مثال جاری کرد)؛ ولی در اعتباریات لزوماً شرط مقدم بر مشروط نیست چنانچه در مورد زن مستحاضه می‌گوییم روزه بگیرد و روزه‌اش صحیح است به شرط این که بعداً تطهیر کند که شرط مؤخر بر مشروط شد.

مثال دیگر: هر سببی در عالم هستی، مسببی دارد و ما به تعداد اسباب، مسببات داریم ولی در عالم اعتبار لزوماً چنین نیست. خواب سبب وجوب وضو ساختن حین نماز

است، بول کردن هم سبب وضو است. حال اگر کسی هم خوابید و هم بول کرد، نمی‌گوییم که دوبار وضو بگیرد پس از تعداد اسباب در عالم اعتبار لزوماً تعدد مسببات پدید نمی‌آید.<sup>(۱)</sup>

نظیر چنین بحثهایی را می‌توان در بیع فضولی مطرح کرد که این نقطه نظر می‌تواند خاتمه دهنده اختلافات فقها و حقوقدانان در کاشف یا ناقل بودن رضای مالک باشد، که تفصیل بیشتر مطلب در این مجال نمی‌گنجد. علامه طباطبایی در حاشیه‌ای که بر کفایة الاصول آخوند خراسانی، نگاشته است، سخن از خلط اعتبار و حقیقت کرده و آن را سر منشأ بسیاری از اشتباهات فقها و اصولیین دانسته است این حاشیه بعد از رحلت ایشان به طبع رسیده است.

از دانشمندان اروپایی، رایناخ بر این نظر است که قواعد حقوق موضوعه در بیشتر موارد با ذوات مطابقت ندارد و قابل است که قواعد حقوقی نمی‌توانند با مبانی اولی و ذاتی تباین و تضاد داشته باشند چرا که قاعده حقوقی نه یک داوری عینی (judgement of fact) بلکه یک هنجار را تشکیل می‌دهد.<sup>(۲)</sup>

به نظر می‌رسد جدای از بحث امکان یا عدم امکان تقارن و ملازمه منطقی حقیقت و اعتبار، اصولاً در عقد معلق که محل نزاع است، تفکیک سبب از مسبب صورت نگرفته است تا بخواهیم چنین شکافی را با طرح مطالب فوق رفو کنیم؛ چرا که لحاظ انشای بدون معلق علیه، صرفاً علت ناقصه‌ای است در تحقق مقتضای عقد و بدیهی است تا علت تامه محقق نشود، معلول که همان ماهیت اعتباری عقد است، حاصل نمی‌شود. اگر بعد از معلق علیه در عقد معلق، در ایجاد مقتضای عقد تأخیر ایجاد می‌شد، می‌توان گفت که تفکیک بین سبب و مسبب ایجاد شده و در نتیجه بحث تقارن و ملازمه پیش

۱- مطالب فوق مقتبس از سخنرانی دکتر عبدالکریم سروش در باب خلط اعتبار و حقیقت در علم اصول فقه است.

۲- نیکوس پولانزاس؛ واقعیت و حقوق - پژوهشی درباره دیالتیک واقعیت و ارزش؛ ترجمه نجادعلی‌الماسی؛ ج ۱، ص ۴۰.

کشیده می‌شد.

ب - وجه دیگر اشکال این است که عقد سبب است، وفای به اثر و نتیجه آن به مقتضای آیه «أوفوا بالعقود» واجب است. پس تفکیک سبب از مسبب به علت نقض آیه شریفه صحیح نیست.

در پاسخ باید گفت وفای به عهد در چه عقدی مدنظر است. اگر عقد منجز باشد، عمل به مضمون این آیه چنین اقتضا دارد که وقتی سبب ایجاد شد، مسبب هم ایجاد شود و در نتیجه وفای به عهد شود ولی اگر عقد، معلق باشد وفای به عهد متناسب با نوع عقد که معلق بر شرطی شده است، معنی پیدا می‌کند. بعد از تحقق شرط تعلیقی اگر مسبب واقع نشود و عمل به مفاد عقد نشود، می‌توان گفت وفای به عهد نشده است.

۴- دلیل چهارم که بر ضرورت تنجیز اقامه شده است، این است که عقود اسباب شرعی هستند و شارع، هر عقدی را سبب تأثیری خاص قرار داده است و لازمه توقیفی بودن آن بسنده نمودن به آنچه که از ناحیه شرع رسیده، می‌باشد و چون قدر متیقن در عقدی که از سوی شارع، به عنوان سبب پذیرفته شده، عقد خالی از تعلیق است، پس عقد معلق فاقد اعتبار و باطل است.

پاسخی که بر این اشکال داده شده این است که اطلاق و عموم ادله‌ای همچون (احل الله البيع)، (الناس مسلطون علی اموالهم) و (أوفوا بالعقود) و... عقد تعلیقی را هم شامل می‌شود و صحت و سببیت شرعی آن را امضا کرده است پس تعلیق در عقد منافاتی با توقیفی بودن آن ندارد.

#### دیدگاه شیخ مرتضی انصاری در باب اعتبار عقد تعلیق:

نظر شیخ انصاری در مورد اعتبار عقد معلق دایر مدار تعیین نوع معلق علیه است. معلق علیه یا شرط تعلیقی ممکن است معلوم الحصول باشد یا مجهول الحصول. شرط معلوم الحصول هم ممکن است از نظر متعاقدین، حین العقد محقق شده باشد<sup>(۱)</sup> یا در

۱- مثلاً عاقد می‌داند که زید از مسافرت آمده می‌گوید: «این خانه را به تو فروختم اگر زید از سفر برگشته

آینده تحقق پیدا کند<sup>(۱)</sup>.

شرط مجهول‌الحصول نیز ممکن است حین‌العقد، محتمل باشد<sup>(۲)</sup>، یا این که عدم تحققش حین‌العقد معلوم است ولی در آینده محتمل است.<sup>(۳)</sup> شیخ انصاری در میان انواع شروط تعلیقی فوق‌الذکر، فقط تعلیق بر شرط معلوم‌الحصول حین‌العقد را معتبر می‌داند و قایل بر بطلان عقد معلّی تعلیقی بر سایر شروط است. ایشان همانند برخی از فقها، تعلیق بر شرط معلوم‌الحصول در آینده را در خصوص اعتبار، از ناحیه اهل سنت اجماعی می‌داند.<sup>(۴)</sup>

در مورد شروط مجهول‌الحصول، شیخ انصاری مطلقاً قایل بر بطلان تعلیق بر چنین شروطی است؛ ولی در اجماعی یا اختلافی بودن آن بین شرط صحت عقد و شروط دیگر (غیر مّصحح) قایل به تفصیل است.

شروط صحت عقد، شروطی هستند که اطلاق عقد از این شروط، مقتضی لزوم رعایت آن است. از جمله شروط صحت عقد می‌توان شرط بر صحت شرعی تملک<sup>(۵)</sup>، جواز خارج ساختن کالا از ملکیت<sup>(۶)</sup> عدم ممنوعیت تملک کالا از ناحیه مشتری،<sup>(۷)</sup> صحت اجرای عقد از سوی وی را نام برد.<sup>(۸)</sup> شیخ در مورد شروط مجهول‌الحصول مّصحح عقد (چه محتمل حین‌العقد و چه بعد از عقد) اعتبار تعلیق را اختلافی می‌داند، پس بطلان را اجماعی نمی‌داند. ولی در مورد شروط مجهول‌الحصول غیر مّصحح عقد

- ۱- مثلاً عاقد می‌داند که فردا جمعه است و می‌گوید: «این خانه را به تو فروختم اگر فردا جمعه فرا برسد.»
- ۲- عاقد شک دارد که زید از سفر آمده یا نه و می‌گوید: «این خانه را به تو فروختم اگر زید از سفر بیاید.»
- ۳- عاقد می‌داند زید حین‌العقد از سفر نیامده است و می‌گوید: «این خانه را به تو فروختم اگر زید از سفر بیاید.»

۴- المبسوط؛ شیخ طوسی: ج ۳، ص ۲۹۹.

- ۵- مثلاً تملک خون و شراب از نظر مسلمین بلااثر است. عاقد چنین انشاء می‌کند «در صورتی که تملک این کالا در شرع ممنوع نباشد این کالا را به تو فروختم.»
- ۶- مثلاً مولی حق فروش کنیز امّ ولد را ندارد و در مقام انشاء چنین می‌گوید «اگر این کنیز ام ولد نیست، آن را به تو فروختم.»

۷- عید در اسلام حق تملک ندارد. عاقد چنین انشاء می‌کند «این کالا را به تو فروختم اگر عید نباشی.»

۸- بلوغ شرط نفوذ عقد است و عاقد چنین انشاء می‌کند «این کالا را به تو فروختم اگر بالغ هستی.»

مطلقاً بطلان را اجماعی دانسته است.<sup>(۱)</sup>

نکته‌ای که در پایان بحث اعتبار عقد معلق از دیدگاه فقها، لازم به ذکر است، این است که:

اولاً برخی از فقها در مقام بیان صیغه عقد معلق، الفاظی را بیان کرده‌اند که حکایت از تعهد نسبت به امری در آینده دارد نه عقد معلق. مثلاً این که فردی بگوید «أنت وکیل فی الیوم الجمعه ان تیبع عبدی»<sup>(۲)</sup> (تو وکیل من خواهی بود در روز جمعه که عبد مرا بفروشی)، صرفاً تعهدی است ناظر به آینده نه عقد معلق. و اصولاً عقدی منعقد نشده است.

ثانیاً الفاظ و عبارات در جهت کشف قصد متعاملین، از حیث تعلیق و تنجیز یا هر امر دیگری، طریقت دارند نه موضوعیت؛ منتهی اصالت در مدلول عرفی الفاظ مستعمل در صیغ العقود است مگر در صورت اثبات افاده خلاف مدلول آن که بار اثبات دلیل هم بر دوش متعاملین است.

پس ایجاد چنین وابستگی شدید بین الفاظ عقود و آثار آن ما را دچار بازی با الفاظ خواهد کرد. چنین تقیدی به لفظ، زمانی منطقی است که کشف قصور متعاملین سهل الوصول نباشد (مثلاً فوت یکی از آنها).

### گفتار دوم - اعتبار عقد معلق از منظر قانون مدنی

از آنجا که قانون مدنی محمول بر نظر مشهور فقهای امامیه است و همان طور که دیدیم. نظر مشهوری مبنی بر اعتبار معلق، میان فقها وجود ندارد و مسأله اختلافی است، لذا در قانون نسبت به صحت یا عدم صحت عقد معلق، حکم صریحی وجود ندارد. گرچه تعدادی از عقود معین معلق باطل اعلام شده است (نکاح و ضمان) ولی بطلان چنین عقودی دال بر بطلان مطلق عقد معلق نیست.

۱- مکاسب، شیخ انصاری: ج ۳، ص ۱۶۸ (فهر المتقین من معقد انفاهم).

۲- علامه حلی به نقل از شیخ انصاری در مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۳.

نظر حقوقدانان بر این است که عقد معلق مورد پذیرش قانون مدنی قرار گرفته است و دلایلی بر این ادعا ذکر کرده‌اند:

۱- اصل صحت منعکس در ماده ۲۲۳ ق.م.مقتضی پذیرش و اعتبار این عقد است زیرا حکم صریحی نیز مبنی بر بطلان این عقد وجود ندارد.

۲- قانون مدنی در ماده ۱۸۴، عقد معلق را به عنوان یکی از اقسام عقود احصاء کرده است و خود قرینه‌ای است که این قانون عقد معلق را به رسمیت شناخته است چنانچه اگر این عقد باطل می‌بود هیچ‌گاه در این ماده در کنار عقود صحیح دیگر ذکر نمی‌شد با توجه به این که تعریف عقد معلق در ماده ۱۸۹ ق.م. خود مؤید این اعتبار است.

۳- اگر عقد معلق در کل باطل می‌بود نیازی نبود که قانونگذار، به شکل موردی برخی از عقود را به طور معلق باطل اعلام کند. چنانچه عقد ضمان معلق (ماده ۶۹۹ ق.م) و نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸ ق.م) باطل اعلام شده است.

۴- در ماده ۷۲۳ ق.م. تعهد معلق پذیرفته شده است هم چنین در ماده ۳۵۰ ق.ت در مقام بیان استحقاق دلالت در گرفتن اجرت چنین آمده است:

«هرگاه معامله مشروط به شرط تعلیقی باشد دلالت پس از حصول شرط مستحق اجرت خواهد بود.»

۵- قراردادی که به صورت معلق منعقد شده باشد می‌تواند مشمول ماده ۱۰ ق.م. قرار گیرد و در نتیجه حکم به نفوذ آن داده شود. مطابق این ماده برای اثبات بطلان هر قرارداد لازم است که قانون به صراحت آن را باطل بشناسد، پس با توجه به سکوت قانونگذار در عدم اعلام صریح بر بطلان و هم چنین قراین موجود بر صحت چنین عقدی می‌توان به استناد این ماده نیز حکم به اعتبار و صحت آن داد.

مسلم است آنچه قانون مدنی بر صحت آن نظر دارد، تعلیق واقعی است و آن تعلیقی است که: ۱- سرنوشت آثار عقد بین طرفین نامعلوم باشد و گرنه تعلیق صوری انجام گرفته است. چنانچه مثلاً فردی بگوید: این کتاب را به تو بخشیدم اگر روز جمعه فرا

رسد» یا «این کتاب را به تو فروختم اگر مالک آن باشم».

۲- تعلیق نسبت به یک امر خارجی انجام پذیرد نه امری که به دستور قانون جزو شرایط صحت عقد است. (که قبلاً در مورد شرایط صحت عقد بحث شد)<sup>(۱)</sup> به عنوان مثال ماده ۷۰۰ ق.م. نمونه‌ای از تعلیق غیر واقعی است.

برخی از تعلیقات غیر واقعی مبطل عقد است:

الف - تحقق معلق علیه منوط به اراده مدیون باشد که موجب بطلان عقد است. مثلاً بایع بگوید: این خانه را به تو فروختم اگر آن را به صرفه تشخیص دادم. چرا که این شروط با قصد انشاء منافات دارد و تعهدی را به وجود نمی‌آورد و در عقود معوض سبب بطلان عقد و سقوط تعهد طرف دیگر است.

ب - تعلیق بر امر غیر مقدور یا نامشروع باشد: «خانه‌ام را به تو فروختم اگر ماه را به زمین نزدیک کنی» تعلیق بر امر نامشروع مثل «این کالا را تو به فروختم اگر فلان چیز را بذردی».

### گفتار سوم: اعتبار عقد معلق در سایر کشورها (نگاه اجمالی)

در قانون مدنی فرانسه مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۸۴ به بیان احکام عقد معلق اختصاص یافته است که خود حکایت از پذیرش عقد معلق دارد. قانون مدنی این کشور در مورد تعهد معلق چنین اشعار دارد: تعهد معلق عبارت است از تعهدی که متوقف بر واقعه آینده و محتمل الوقوع باشد، خواه آن که پیدایش تعهد متوقف بر آن باشد یا انحلال آن.

قانون تعهدات سوئیس، تعهد معلق را به رسمیت شناخته است و در ماده ۱۵۱ این قانون به چگونگی تأثیر معلق علیه از حیث کشف و نقل پرداخته هم چنین در قانون آلمان و قانون تعهدات لهستان اعتبار عقد معلق مورد پذیرش قرار گرفته و فقط آنچه مورد اختلاف است، کاشف یا ناقل بودن معلق علیه است.

۱- جزوه حقوق مدنی (۳)، تقریرات دکتر بهرامی، دفتر اول، ص ۲۰

## فصل سوم: آثار عقد معلق

معلق علیه با شرط تعلیقی، نقش محوری در جهت‌دهی آثار عقد دارد، لذا حقوق‌دانان معمولاً آثار عقد معلق را در سه بخش مورد بررسی قرار می‌دهند:

۱- پیش از وقوع معلق علیه ۲- نحوه تأثیر معلق علیه از حیث کشف و نقل ۳- پس از وقوع معلق علیه

از آنجا که دو بخش اول، محل نزاع و چالش نظرات حقوقی بوده است، ما نیز صرفاً به تحلیل آثار عقد معلق در این دو بخش می‌پردازیم:

### گفتار اول: آثار عقد معلق پیش از وقوع معلق علیه

در این بخش به بررسی وضعیت حقوقی تصرفات ناقل در موضوع عقد معلق خواهیم پرداخت. در مورد آثار عقد معلق در فاصله انشا تا وقوع معلق علیه از حیث جواز و عدم جواز تصرفات ناقل در عین یا منفعت حاصله از مورد معامله، می‌توان قایل به دو نظر شد:

۱- یکی این که، اختیار مطلق ناقل (مثلاً بایع در بیع معلق) در هرگونه استیفای منفعت و حتی اتلاف مال مورد معامله را بپذیریم. استدلالی که در دفاع از این نظر ارائه شده است، ناتمام بودن عقد قبل از وقوع شرط تعلیقی است چراکه عقد با اجتماع تمامی علل ناقصه و ارتفاع موانع، تأثیر خواهد داشت، پس تا زمانی که معلق علیه محقق نشده است، سلطه مطلق مالکانه ناقل با برجاست و هنوز مورد انتقال قرار نگرفته است و ناقل به اقتضای قاعده تسلیط حق هرگونه تصرف در مورد عقد را دارد.

نظر فوق خالی از اشکال نیست، چراکه اگر عین مورد انتقال در عقد معلق تا پیش از وقوع شرط، مورد اتلاف قرار گیرد یا به شخص ثالثی منتقل شود، اجرای مقتضای عقد یا ماهیت اعتباری عقد، حین وقوع معلق علیه، بی‌فایده و عقیم خواهد ماند چراکه مورد



عقد در مالکیت مالک نبوده یا اصلاً معدوم شده است.

و در نتیجه منتقل الیه متضرر شده و عملاً راه سوء استفاده ناقل برای شانه خالی کردن از تعهدات مفاد انشاء باز خواهد شد.

۲- منطقی به نظر می‌رسد که برای انشای عقد معلق، گرچه تا حلول اجل (زمان تحقق شرط تعلیقی)، جزیی از علت تامه تأثیر عقد است، قایل به اعتبار موقت آن در فاصله بین انشاء تا وقوع معلق علیه باشیم. این به رسمیت شناختن انشا و اعطای اعتبار موقت به آن چیزی جز اعطای یک نوع حق خاص<sup>(۱)</sup> یا مقدماتی برای منتقل الیه یا متعهد له در عقد معلق نیست و محقق دانستن او در این دوره زمانی، اختیار مقید مالک را در تصرفات عین مورد عقد، در پی خواهد داشت.

حال که قایل به حق خاص منتقل الیه تا قبل از وقوع شرط، شدیم، تبیین و تشریح دو مطلب از اهمیت بسزایی برخوردار است:

الف - ماهیت این حق خاص      ب - قلمرو متعلقات این حق (حوزه اعمال آن)

مبحث اول: «ماهیت حق خاص منتقل الیه تا قبل از وقوع شرط»

گروهی از حقوقدانان این حق خاص را همان حق اصلی منتقل الیه، هنگام تحقق معلق علیه می‌دانند، منتهی با این تفاوت که فقط یک سری اوصاف و شرایط طلب ساده و عادی را ندارد.<sup>(۲)</sup> از جمله این که متعهد له (منتقل الیه) پیش از وقوع معلق علیه، به استناد این حق خاص نمی‌تواند عین مورد معامله را مطالبه کند و همچنین در صورتی که مورد عقد نزد متعهد له باشد، نمی‌توان وی را مالک شناخت و دعوای استرداد عین از ناحیه متعهد (ناقل) مسموع خواهد بود. در پاسخ به این گروه باید گفت درست است که چنین حق خاصی از نظر حوزه اعمال، محدودتر از حق اصلی است ولی نمی‌توان آن را از جنس حق اصلی دانست؛ زیرا حق اصلی معلولی است که علت آن تمام شرایط

۱- برخی از نویسندگان در نوشته‌های خود از چنین حقی به حق مقدماتی، ابتدایی، ناقص، متزلزل نام می‌برند. نمونه‌ای از چنین حق متزلزل را می‌توان در بیع فضولی تصور کرد.

۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۷ به بعد.

سببیت عقد است ولی علت حق خاص صرفاً انشاء یا جزء ناتمام عقد است؛ در نتیجه نمی‌توان قایل به یکسان بودن ماهیت دو معلول که علل متفاوت دارند، شد گرچه آثار نسبتاً مشترکی را افامه کنند. گروه دیگری از حقوقدانان ماهیت این خاص را عنصری کاملاً متمایز از حق اصلی می‌دانند گرچه قایلند تمامی آثار حق اصلی را ندارد. از این جهت این حق خاص را حق ابتدایی و مقدماتی نامیده‌اند. با شناختن قلمرو متعلقات این حق یا حوزه مجاز قانونی برای محق در اعمال آن، می‌توان تمایزات آن را از حق اصلی باز شناخت.

دو نظر فوق دارای ثمره عملی نیز می‌باشد که بعداً به شرح آن خواهیم پرداخت.

#### مبحث دوم: «حوزه متعلقات حق خاص منتقل الیه قبل از وقوع شرط»

شناخت میزان اختیارات محق (متعهد له یا منتقل الیه) در استفاده از حق خویش از جهت میزان تکلیف متعهد در احترام به این حق حایز اهمیت است. چنانچه وضعیت حقوقی تصرفات ناقل یا متعهد، در مورد عقد معلق با شناخت قلمرو حق متعهدله، رابطه مستقیم دارد. البته در مورد وضعیت حقوقی چنین تصرفاتی صحبت خواهیم کرد. درک فلسفه اعطای حق خاص و مقدماتی به متعهدله در شناخت قلمرو آن راهگشاست.

همان‌طور که اشاره شد، اعطای اختیار مطلق به مالک این تالی فاسد را در پی داشت که ممکن بود تصرفات به گونه‌ای باشد که هنگام تحقق شرط تعلیقی عین موضوع عقد معدوم شده باشد یا این تصرفات مانع انتقال قانونی و بی‌عیب و نقص عین باشد. پس تا حدی مجاز به تقیید اختیار ناقل هستیم یا به عبارت دیگر تا حدی مجاز به توسیع قلمرو حق متعهدله هستیم که تحقق معلق علیه به عنوان ارتفاع «آخرین مانع» در سببیت عقد باشد و تصرفات به گونه‌ای نباشد که بعد از ارتفاع مانع مربوط به عدم تحقق شرط تعلیقی، مانعی دیگر نیز زاده چنین تصرفات ناقل، حادث شود.

مثلاً در بیع معلق، با بیع تا پیش از تحقق شرط تعلیقی، نمی‌تواند مبیع را تلف کند، زیرا در صورت تلف مبیع دیگر عین موجود نیست تا با تحقق شرط تعلیقی، به خریدار منتقل شود. به عبارت آخری معدوم شدن مبیع در صورت تلف، مانعی است که تا زمان تحقق

معلق علیه ادامه دارد و از تأثیر بلا مانع شرط تعلیقی ممانعت می‌کند.

در حقیقت تصرفات فروشنده باید تا حدودی انجام گیرد که با تحقق معلق علیه، تمامی شرایط صحت عقد که ناظر به مورد معامله است، فراهم باشد و هرگونه مداخله فروشنده تا حدی مجاز است که به این اصل خللی وارد نشود.

حال که ماهیت و قلمرو این خاص متزلزل یا مقدماتی را شناختیم، به وضعیت حقوقی تصرفات ناقل در این دوره زمانی می‌پردازیم.

مبحث سوم: «وضعیت حقوقی تصرفات ناظر بر مورد عقد معلق قبل از وقوع شرط

تعلیقی»

آن دسته از تصرفات متعهد در عقد معلق که مخّل به حق مقدماتی یا خاص متعهد له محسوب می‌شود، غیر نافذ است و با توجه تعیین قلمرو متعلقات این حق به آسانی می‌توان چنین تصرفات غیر نافذ را از سایر تصرفات متعهد (ناقل) تمیز داد. منتهی برای بررسی دقیق چنین تصرفاتی این مبحث را در دو بند بررسی می‌کنیم:

بند اول - تصرفات ناقل عین، تصرفات ناقل عین، چه در قالب بیع، مصالحه، معاوضه،... در حقیقت تجاوزی به حق خاص متعهدله است چرا که یکی از شروط صحت عقد به معنی الاعمّ (نفوذ عقد به معنی الاخصّ) این است که شخص مالک مالی باشد که مورد انتقال قرار می‌دهد، و اگر ناقل یا متعهد مال موضوع عقد معلق را به دیگری انتقال دهد، زمان وقوع شرط تعلیقی، دیگر مال موضوع عقد در مالکیت متعهد نیست چرا که قبلاً به دیگری منتقل شده است.

هر وقت صحبت از یک عمل حقوقی غیر نافذ می‌شود، در مقابل، فردی که به حقش تجاوز شده است، صلاحیت قانونی خواهد داشت که چنین تصرف یا عمل حقوقی متضمن تجاوز را اجازه یا رد نماید. زمان کسب چنین صلاحیتی یا به عبارت دیگر زمان پیدایش حق اعلام رضایت یا عدم رضایت، بحث مانحن فیه مهم است. با توجه به این که حق خاص یا ابتدایی برای متعهدله یا منتقل الیه از زمان انشاء پدیدار شده است پس حق متعهدله در اجازه یا رد چنین معامله غیر نافذ از زمان انشاء است.

بند دوم - تصرفات ناقل منفعت، مصداق بارز تصرفات ناقل منفعت عین مورد عقد معلق، اجازه مورد عقد است. در باب وضعیت حقوقی واگذاری منافع، مدت اجاره از یک طرف و زمان تحقق معلق علیه از طرف دیگر، نقش تعیین کننده دارد.

اگر مدت مضبوطی تا وقوع معلق علیه قابل تصور باشد (مثلاً وقوع معلق علیه قطعی باشد)، پس می توان مدت اجاره را نسبت به این مدت مضبوط، سنجید و نسبت به مدت اضافه بر آن حکم به عدم نفوذ اجاره منعقد، «بعد از وقوع معلق علیه» داد. نکته دقیق حقوقی که در این جا باید مورد توجه قرار گیرد، این است که حکم عدم نفوذ چنین اجاره ای نسبت به مدت زمان اضافی فوق الذکر، به دلیل تجاوز به «حق اصلی» متعهدله در عقد معلق است، نه حق خاص (بر عکس مبنای عدم نفوذ تصرفات ناقل عین که تجاوز به حق خاص یا ابتدایی محسوب می شد) این نکته ظریف چنین ثمره ای را به دنبال خواهد داشت که ما حق اظهار نظر متعهدله در عقد معلق را نسبت به اجازه یا رد چنین اجاره ای از زمان «وقوع معلق علیه» به رسمیت بشناسیم (حالت عکس تصرفات ناقل عین که صلاحیت اجازه یا رد از زمان انشاء به وجود می آمد) حال اگر مدت مشخص و معینی تا وقوع معلق علیه قابل سنجش نباشد (مثلاً وقوع معلق علیه احتمالی باشد و شرط محتمل الوقوع)، نمی توان نسبت به عقد اجاره مزبور از طریق مدت اجاره از حیث زیادت و نقصان با دوره نامشخص فوق الذکر (دوره نامشخص تا وقوع معلق علیه)، حکم نفوذ یا عدم نفوذ داد. پس زیادت و نقصان مدت اجاره نسبت به این دوره مجهول است در نتیجه می توان به اقتضای اصل صحت حکم به نفوذ چنین اجاره ای داد و چنانچه در اثر وقوع معلق علیه، مدت اجاره هنوز به اتمام نرسیده باشد، نسبت به مدت باقیمانده عقد اجاره غیر نافذ خواهد بود.

### گفتار دوم: «نحوه تأثیر معلق علیه از حیث کشف و نقل»

با وقوع شرط تعلیقی به عنوان آخرین علت سببیت عقد، مقتضای عقد محقق شده و متعهد ملزم به ایفای تعهد در حق متعهد می شود. مثلاً در بیع معلق با وقوع شرط،

مقتضای عقد بیع (منشأ) که همان انتقال مالکیت است. محقق شده و خریدار حایز مالکیت تام و منجز بر عین و منافع مبیع می شود، متعهدله که تا قبل از وقوع معلق علیه یک نوع حق مقدمانی یا متزلزل داشت، پس از آن دارای حق اصلی در برابر متعهد است. آنچه که در باب وقوع معلق علیه، محل نزاع است، ناظر بر نحوه تأثیر آن از حیث کاشفیت و ناقلیت است. که این نزاع را در چهاربخش مورد بررسی قرار خواهیم داد:

الف - اصول حقوقی

ب - قانون مدنی

ج - فقهای امامیه

د - نگاهی اجمالی به حقوق سایر کشورها در این باب

مبحث اول: «نحوه تأثیر معلق علیه بر مبنای اصول حقوقی»

در نگاه مبتنی بر اصول و قواعد حقوقی، نظریه نقل ارجح است؛ زیرا قبل از وقوع معلق علیه عقد ناتمام و ناقص است و عقد ناتمام نمی تواند موجب آثار حقوقی خود باشد و انشاء منحصرأ تا زمان ارتفاع موانع، توان خلق منشأ را ندارد و عدم وقوع شرط تعلیقی مانعی بر سر راه جریان آثار عقد است. البته این به معنای فقدان اثر حقوقی انشاء نیست چرا که وقوع معلق علیه به انضمام انشاء سابق است که علت تامه سببیت عقد را فراهم می کند. و به همین دلیل است که قایل به حق خاص متعهدله، قبل از وقوع معلق علیه شدیم.

توجه داشته باشیم که به رسمیت شناختن حق خاص مقدماتی برای متعهدله، قبل از وقوع معلق علیه، به معنای پذیرش نظریه کشف نیست. کاشفیت معلق علیه حکایت از تسری تمام آثار حقوقی عقد به قبل از وقوع معلق علیه داشته و در حقیقت به معنای شناختن حق اصلی ناشی از عقد برای متعهدله در این دوره زمانی است. در حالی که اثبات شد، متعهدله چنین حقی در این دوره ندارد و حق خاص مقدماتی از لحاظ جنسیت و منشأ متمایز از حق اصلی است؛ گرچه به مراتب محدودتر است. چنین تحلیلی انتفای نظریه کاشفیت حکمی معلق علیه را نیز در پی دارد.

گروهی از حقوقدانان با تحلیل دیگری قایل به کاشفیت حکمی معلق علیه هستند<sup>(۱)</sup>

و مبنای این تحلیل را روایات فقهی ای دانسته‌اند که منافع و منایات مورد عقد را در موارد دارای ملاک واحد، از زمان انشاء، متعلق به منتقل الیه معرفی کرده‌اند و این مسأله را با احکام معامله فضولی که اجازه دارای کاشفیت حکمی است، قیاس کرده‌اند. چنین تحلیلی خالی از اشکال نیست. زیرا روایات ناظر بر کاشف بودن اجازه مالک در خصوص بیع فضولی وارده شده است و چون چنین روایاتی خلاف قواعد و اصول حقوقی حاکم بر عقود است، پس باید آن را در موضع خود که بیع فضولی است مجری دانست و تفسیر مضیق کرد و مجاز به تفسیر مضمون روایت به احکام عقد معلق نیستیم.

#### مبحث دوم: «نحوه تأثیر معلق علیه از منظر قانون مدنی»

اگر اندکی دقیق‌تر به ماده ۱۸۹ ق.م. نظر کنیم می‌توان نظریه نقل را استنباط کرد. ماده ۱۸۹ ق.م. چنین اشعار می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری نباشد و الاً معلق خواهد بود»

با توجه به مفهوم استثنای این جمله تأثیر عقد معلق بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری است. از کلمه «موقوف» می‌توان چنین برداشت کرد که تأثیر معلق قبل از انشاء متوقف است و تا قبل از وقوع شرط تعلیقی آثار عقد جریان ندارد و این مفهومی جز نظریه نقل ندارد. البته چنین استنباطی از ماده فوق منافاتی با شناختن حق خاص مقدماتی برای متعهدله قبل از وقوع شرط تعلیقی ندارد.

البته حکم به ناقل بودن معلق علیه زمانی است که متعاقدین تراضی بر کاشفیت آن نکرده باشند که در این صورت چنین تراضی معتبر است.

#### مبحث سوم: «نحوه تأثیر معلق علیه از دیدگاه فقهاء»

همان طوری که در بخش اعتبار عقد معلق بدان پرداختیم، برآیند نظریات و استدلالات فقهاء، حکایت از عدم مقبولیت تعلیق در عقود است. ولی از آنجا که برخی از عقود به صورت تعلیقی در جامعه و روابط فیما بین اشخاص، منعقد می‌شد، فقهاء در بیان احکام این عقد متوسل به تفسیرهایی شده‌اند که با اصول و مبانی عقود و قراردادهای ناسازگار است. مجموعاً سه نظریه در این خصوص وارد شده است که برخی از

نویسندگان حقوقی آنها را ذکر کرده و احیاناً نقدهایی نیز بر آن وارد ساخته‌اند. ما نیز این نظریات را با بیان دیگر و احیاناً نقدی مضاف بر مطالب آنان، مطرح می‌کنیم.

بند ۱- نظریه واجب متأخر بر وجه کشف، بر مبنای این نظریه از وجود شرط، کشف می‌شود که مقتضای عقد از زمان انشای عقد موجود شده است نه از زمان حصول شرط.

در حقیقت وجود شرط همچنان که در ما بعد خود اثر می‌کند، بلکه تأثیر در عقد مقدم داشته و حکایت از تحقق مقتضای آن دارد. مثلاً در هبه معلق، متهب می‌تواند قبل از وقوع شرط در عین موهوبه تصرف کند و چنین تصرفی غصب نمی‌باشد. پس این گروه از فقها کاملاً کاشف بودن معلق علیه را می‌پذیرند. در نقد نظریه فوق علاوه بر ناسازگار بودن آن با اصول حقوقی که قبلاً بیان شد، می‌توان گفت پذیرش تأثیر معلق علیه به نحو کشف، نتیجه غیرمنطقی در پی خواهد داشت. چه با تعبیری که این نظریه دارد، وجود یا عدم شرط، مداخلیتی در اجرای مقتضای عقد ندارد و تمام آثار عقد منجز بر آن بار است.

بند ۲- نظریه واجب مشروط، در این نظریه، عقد اگرچه فعلاً تلفظ می‌شود ولی انشای انتقال در آن زمان به وجود نمی‌آید بلکه انشاء مانند منشأ در زمان تحقق شرط تعلیقی، حاصل می‌گردد. در حقیقت پیروان به این نظر هم انشاء را معلق می‌دانند و هم منشأ را.

نظریه فوق گرچه ناقل بودن معلق علیه را نتیجه می‌دهد، ولی این که انشاء را هم معلق بر تحقق شرط کرده، دچار اشکال است. به دو دلیل:

۱- انشاء یعنی ایجاد کردن و ایجاد، تعلیق‌پذیر نیست زیرا به مجرد بیان الفاظ و با احتساب شرایط، انشاء حاصل و اظهر می‌گردد و قانون مدنی نیز با توجه به مفهوم ماده ۱۸۹ نظر بر منجز بودن انشاء دارد.

۲- همان طور که می‌دانیم اولاً پیدایش منشأ به اعتبار انشاء بوده است. درست است که این پیدایش در مقام وجود منوط به معلق علیه و تحقق شرط است ولی آنچه به منشأ روح قانونی می‌دهد، منویات عاقد است در قالب الفاظ و ثانیاً هیچ لفظ جدیدی که حکایت از انشاء کند، در زمان وقوع معلق علیه وجود ندارد و هرچه هست مربوط به انشای سابق است که منجزاً ادا شده است.

در جمع‌بندی دو نظریه فوق آنچه که مشهود است، عدم پذیرش تفکیک انشاء از منشأ است که منجر به چنین تفاسیری شده است. حال گاهی انشاء را منتقل به زمان حصول منشأ کرده و نظریه واجب مشروط را نتیجه می‌گیرند و گاهی منشأ را به زمان انشاء منتقل کرده و نظریه واجب متأخر بر وجه کشف را ارائه می‌دهند. در حقیقت فقها با عینک تنجیز به عقد معلق می‌نگرند (چرا که در عقد منجز تفکیکی بین انشاء و منشأ وجود ندارد) در نتیجه سعی در جبران این نقیصه دارند این است که نقص تفکیک را به سوزن تلقیق رفو کرده و نظریات فوق را مطرح می‌کنند.

بند ۳- نظریه واجب معلق، بر مبنای این نظریه، فقط منشأ معلق است و انشاء منجزاً ادا می‌شود. این نظریه نسبت به دو نظریه قبل به مراتب منطقی‌تر است و مطابق با ساختار صحیح عقد معلق که در فصول پیشین اشاره شد، می‌باشد.

#### مبحث چهارم: «نظر اجمال بر نحوه تأثیر معلق علیه در سایر کشورها»

در حقوق فرانسه اصل بر کاشف بودن شرط تعلیقی در عقد معلق است مگر این که طرفین، نقل را قرارداد کرده باشند ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی این کشور چنین مقرر داشته است «معلق علیه واقع شده اثر قهرایی دارد و اثر قهرایی از روز تشکیل قرارداد است. اگر متعهدله پیش از حصول معلق علیه فوت کند، حقوق او به ورثه او منتقل می‌شود». برعکس در حقوق سوئیس و آلمان اصل بر ناقل بودن معلق علیه است؛ (مثل حقوق ایران) مگر این که طرفین کشف را قرارداد کرده باشند.