

همایش ملی مطالعات و پژوهش های علمی علوم انسانی

نهاد برگزار کننده همایش: موسسه قانون یار با حمایت معنوی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه
سردبیر علمی و مسئول برگزاری همایش: دکتر بهنام اسدی شماره مجوز: ۴۸۵۳-۷۸۸۶۴
سال برگزاری همایش: ۱۳۹۷ شماره مقاله: ۸۷۵/۱۹۸ رده بندی کنگره: ج ۵۹۳/۲

بررسی احکام و آثار عقد معلق و شرایط معلق علیه در فقه و

حقوق موضوعه

دکتر علی سهراب زاده

مدرس دانشگاه

چکیده

تنجیز در برابر تعلیق قرارداد و یکی از شرایط صحت عقد محسوب می شود 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 می باشند و عده ای نیز این شرط را صحیح نمی دانند. قانون مدنی نیز در بیان وضعیت آن بیان صریحی ندارد و فقط در پاره ای 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 می کنند که تمامی آن ادله مورد انتقاد و مناقشه مخالفان قرار گرفته البته این استدلال ها 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 می دانند که تعلیق موجب بطلانشان می شود و بقیه را بطور مطلق صحیح می دانند.

واژگان کلیدی: عقد، شرط، تنجیز، تعلیق، انشاء، منشأ

بخش اول: کلیات

قانون مدنی در مقام بیان اقسام عقود در ماده ۱۸۹ تعریفی از عقود منجز ارائه کرده است که از مفهوم مخالف آن می‌توان به تعریف عقود معلق دست یافت. تعلیق نقطه مقابل تنجیز است. عقد منجز طبق تصریح قانونگذار آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود. پس از این تعریف برمی‌آید که عقد منجز عقدی است که در آن ایجاد اثر حقوقی مثلاً در عقد بیع انتقال مالکیت منوط به امری نشده است، در حالی که عقد معلق برعکس آن است یعنی تحقق ماهیت عقد (اثر حقوقی) موقوف بر وقوع امری شده است و در واقع قصد مشترک بدون تحقق آن امر عقد را ایجاد نمی‌کند. قانون مدنی در مقام بیان اقسام عقود در ماده ۱۸۹ تعریفی از عقود منجز ارائه کرده است که از مفهوم مخالف آن می‌توان به تعریف عقود معلق دست یافت. تعلیق نقطه مقابل تنجیز است. عقد منجز طبق تصریح قانونگذار آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود. پس از این تعریف برمی‌آید که عقد منجز عقدی است که در آن ایجاد اثر حقوقی مثلاً در عقد بیع انتقال مالکیت منوط به امری نشده است، در حالی که عقد معلق برعکس آن است یعنی تحقق ماهیت عقد (اثر حقوقی) موقوف بر وقوع امری شده است و در واقع قصد مشترک بدون تحقق آن امر عقد را ایجاد نمی‌کند. نکته حائز اهمیت این است که نباید عقد معلق را با عقد مشروط اشتباه گرفت. در عقد مشروط طرفین در ضمن تعهدات اصلی که دارند یکسری تعهدات ضمنی و فرعی را هم برعهده می‌گیرند که این شرط یا شروط باید صریح و روشن بوده و مشروط علیه ملزم به انجام شرط است والا از طریق دادگاه الزام می‌شود و در صورت عدم امکان اجرای شرط هم حق فسخ برای مشروط له (کسی که شرط به نفع او است) به وجود می‌آید. در حالی که در عقد معلق شرط تعلیقی همان طور که ذیلاً بحث خواهد شد امری ممکن الحصول است که وقوع آن برای طرفین محل تردید است. در ضمن طرفین بدون وقوع شرط اصلاً عقدی را اراده نمی‌کنند و در صورت عدم وقوع شرط نمی‌توان متعهد را ملزم

به انجام شرط کرد. نتیجه اینکه تعلیق موکول کردن عقد به امر دیگری است به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه عقدی به وجود نمی آید در صورتی که شرط امر فرعی متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست. عقد در زمان انشا محقق می شود و شرط یا آثار آن را با خود به وجود می آورد. اشخاص در زندگی، برای رفع حوایج و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می ورزند، ولی با وجود وسعت معاملات و کثرت مبادلات و حجم روز افزون قراردادهای، 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 بندی های مختلفی است که بعضی در قانون ذکر شده و بعضی نه. در قانون دو نوع تقسیم بندی آمده است. ماده ۱۸۴ ق.م. می گوید عقود و معاملات به اقسام زیر منقسم می شود لازم، جایز، خیار، 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 می پردازیم. قبل از ورود به بحث بطور اجمال به اصطلاحات کلیدی بحث اشاره ای 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 می رود. «عقد البیع» یعنی معامله را قطعی کرد. تضمین کردن از دیگر معانی این کلمه است (دهخدا، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۴۱۰۰).

۳ | 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 لایلزم 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 ۳۸۰).

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 مرتب کردن حکم بر ثبوت یا نفی حکم دیگر که حکم اول جزا و حکم دوم را شرط می‌گویند (سعدی، ۱۴۰۸هـ، ص ۲۶۰). چنانچه از مفهوم ماده ۱۸۹ ق.م. بر می‌آید معلوم می‌شود که عقد معلق آن است که تأثیر آن برحسب 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، ۱۳۷۸، ص ۱۶۵). بعضی فقها نیز گفته‌اند تعلیق عبارت است از اینکه عاقد اثر عقد را معلق بر چیز 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 ۶۱۴۸). عقد منجز طبق ماده ۱۸۹ ق.م. عقدی است که تأثیر آن برحسب انشاء موقوف به امری دیگر نباشد والا 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 (امامی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۵۵).

ه- انشاء و منشاء

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 منشاء به صیغه اسم مفعول گفته می‌شود. بنابراین منشاء همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنی محصولی است که در عالم اعتبار ساخته می‌شود (شهیدی، 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 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 بنابر آنچه گذشت، به کاربردن واژه شرط برای تعلیق خلاف اصطلاح تخصصی می‌باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۰).

ز - تفاوت عقد معلق و موجدل

در عقد معلق پیش از وقوع شرط، تعهد به وجود نیامده است، ولی در عقد موجدل، 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.

بخش دوم: وضعیت عقد معلق در فقه امامیه

عقد معلق نیز مانند سایر عقود با ایجاب و قبولی واقع می‌شود و فقط آثار آن «تعهد و 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. 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، ۱۳۷۸، 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 قرائن 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).

بند اول: 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، ۹ |

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).

بند دوم: 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 منشاء

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 منحصرأ 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، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۹). 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، ۱۳۷۴، ص ۶۱).

بند سوم: 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 تراضی 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).

بخش سوم: 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 ۳و ۳۱، ص ۲۹۷ و ۱۶۷).

بند اول: 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.

بند دوم: 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 (شهادی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۵).

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 چگونگی 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).

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 بنابر 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 اعاظم 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، بی تا، ج ۱، ص ۲۳۳-۲۳۶).

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 قراردادهای 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، دادرس نمی‌تواند به استناد هیچ یک از مواد قانون یا نقص یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله، حکم به بطلان عقد مزبور بدهد (امامی، ۱۳۷۳، 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. مطابق ماده ۱۰ ق.م. برای اثبات بطلان هر قرارداد، لازم است که قانون به صراحت آن را باطل بشناسد. پس آیا سکوت و اجمال گرایي 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 هر گونه 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).

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.

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 موجد 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 مثنی باید به سبب تراضی طرفین باشد و تا جزم و قطع نباشد، تراضی هم نیست و تعلیق با جزم منافاتی 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، بی تا، 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 عده، ۱۳۲۹ هـ، ص ۱۵۶).

۳- انصرافات عمومات و اطلاقات: عمومات و اطلاقات 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، ۱۴۱۸ هـ، 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 «وفوا بالعقود» (مائده، ۱)، «وجوب وفا به عقد» اند 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، ۱۹۸۱م، 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 بنابر 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).

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- ردّ تنافی تعلیق و جزم: برخی از علما برای اثبات ضرورت تنجیز به ناسازگاری تعلیق با جزم تمسک جسته‌اند، 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 مدعایشان است (محقق حلی، ۱۳۷۳، 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 می گیرد، به عقد معلق نیز تعلق می گیرد (حکیم، بی تا، 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 می شود؛ 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 تكون تجاره عن تراض»، چون آیه اطلاق دارد هر دو نوع تجارت را در بر می گیرد. چرا که تجارت معلق نیز همراه با تراضی طرفین صورت می گیرد؛ 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 می کنیم و با دلالت عموماً مذکور شک که موضوع استصحاب است، مرتفع می شود (خویی، بی تا، ج ۳، ص ۶۷).

۳- انصراف عموماً و اطلاقات: در پاسخ به این دلیل عده ای 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 بی وجه 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 تساوی 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 ۷۰).

۴- رد اجماع: در این مورد می‌توان گفت که وقوف بر اتفاق آرای همه فقها، در این زمان مشکل بلکه ممتنع است (خراسانی، ۱۴۰۶ هـ، 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 البيع» 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 وجیه 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 انشائی‌ای، 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 ملك 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 وجوب 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).

نتیجه گیری

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 اعاضم 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 پذیرفته‌اند 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 وادار 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 مبنای 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

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ ۱۴، ۱۳۷۳
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، قم، دهقانی، چاپ سوم، ۱۳۷۴
۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۹
۴. جر، خلیل، فرهنگ لاروس، ترجمه: حمید طیبیان، تهران، امیرکبیر، چاپ ششم، ۱۳۷۵
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی اقتصادی، ۱۳۴۰
۶. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، ۱۳۷۸
۷. جهان بخش، ولی الله، فرهنگ بیان، بی جا، دنیای مطبوعات و انتشارات حجتی، ۱۳۶۱
۸. حائری، علی، شرح حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶
۹. حکیم، محسن، نهج الفقاهه، تعلیقه: علی کتاب البیع من المکاسب، نجف، الطبعه العلمیه، بی تا
۱۰. الحلّی، مهدی بن علامه، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، چاپ اول، بی جا، مؤسسه صادق (ع)، ۱۴۱۶هـ
۱۱. همو، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، استقلال، چاپ چهارم، ۱۴۱۵هـ
۱۲. خراسانی، محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، بی جا، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶هـ
۱۳. خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم، مؤسسه انصاریان، بی تا
۱۴. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، بی جا، مؤسسه لغتنامه دهخدا، بی تا
۱۵. سریتسی، عبدالودود محمد، تاریخ الفقه الاسلامی و نظریاته العامه، بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۲۳م