

بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی*

دکتر محمود امامی نمینی

استادیار گروه حقوق، دانشگاه مازندران

چکیده

صحت اعمال حقوقی معلق، مورد اختلاف نظر فقیهان و حقوقدانان است. لیکن با بیان ادله طرفداران بطلان و صحت تعلیق و ملاحظه مصادیق قانونی اعمال حقوقی باطل و صحیح، در می‌یابیم که اصل، در عقود و ایقاعات و تعهدات معلق، بر صحت است و استثنائاً در موارد خاص، عمل حقوقی معلق، باطل است و قانون و منطق عرف نیز بر آن صحه می‌نهد. در این مقاله، جهت احتراز از اطاله بحث، متعرض آثار اعمال حقوقی معلق (از نقل و کشف) نمی‌شویم.

کلیدواژه‌ها: تعلیق در انشاء، منشاء، تنجیز، شرط، اثر، معلق علیه.

* - تاریخ وصول: ۸۱/۱۲/۱۲ ؛ تاریخ تصویب نهایی: ۸۲/۲/۱۵ .

مقدمه - مفاهیم کلی

۱. تعریف تعلیق در اعمال حقوقی

وقتی ارادهٔ شخص یا اشخاص، برای ایجاد اثر حقوقی اعلام می‌شود، به نحوی که آن اثر و نتیجه مطابق با قصد فاعل آن باشد و قانون نیز از آن اثر حقوقی حمایت نماید، اصطلاحاً عنوان «عمل حقوقی» را به خود می‌گیرد. اعمال حقوقی به صور عقود، قراردادهای، ایقاعات و تعهدات، تظاهر می‌نماید.

«تعلیق»، وابسته ساختن تحقق عمل حقوقی - اعم از عقود و ایقاعات - به امر احتمالی است که در اصطلاح، «شرط» یا «معلقٌ علیه» نامیده می‌شود. به دیگر سخن، «تعلیق» در برابر «تنجیز»، وابسته نمودن مقتضا و نتیجهٔ عمل حقوقی به تحقق یا حصول امر دیگری است. مادهٔ ۱۸۴ قانون مدنی در بیان اقسام عقود و معاملات، قسمی از عقود را «منجّز» و قسمی دیگر را «معلق» اعلام داشته و در مادهٔ ۱۸۹، عقود منجّز و معلق را به نحو زیر تعریف کرده است:

«عقد منجّز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.» در واقع، عقود از لحاظ کیفیت انشاء و زمان پیدایش آثار، به منجّز و معلق، تقسیم می‌شوند. تنجیز به معنی آزاد نمودن از قید وابستگی است و گهگاه همردیف با «جزم» و «قطع» نیز قرار می‌گیرد. عقد منجّز، عقدی است که تحقق آن موقوف به تحقق امر دیگری نباشد و به محض وقوع عقد، آثار حقوقی آن ظاهر شود. چنانچه در عقد بیع، اتومبیلی بدون هیچ قید وابستگی مورد معامله قرار گیرد، به محض امضای مبایعه نامه، اثر عقد که عبارت است از مالکیت اتومبیل برای مشتری و مالکیت ثمن برای بایع، ظاهر می‌شود: به مجرد امضا، مشتری، مالک اتومبیل، و بایع، مالک بهای آن می‌گردد.

در مقابل تنجیز، تعلیق، قرار دارد و تعلیق به معنی مرتبط ساختن و وابسته کردن عمل حقوقی به یک واقعهٔ محتمل است، و چنان که بیان شد، عمل حقوقی، کلیهٔ عقود

و ایقاعات و تعهدات را شامل می‌شود. هر نوع تعهد، نوعی قرارداد یا عقد به شمار می‌رود: «العقد العهد»، «العقد هو العهد المؤکد»؛ عقد همان عهد است که می‌توان آن را پیمان استوار نامید (نائینی، ۳۳/۱ - ۴۹؛ میرزای قمی، ۴۸۵). ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیز عقد را عبارت از تعهد یک یا چند نفر بر انجام امری می‌داند و همین طور فقیهان «عقد» را به التزام متعاقدين و تعهد آنها بر امری که عبارت از ارتباط ایجاب با قبول است تعریف کرده‌اند: «العقد التزام المتعاقدين أمراً و تعهدهما به و هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول». (سلیم باز، ۶۴) عقیده‌ای که بر اساس آن تعهد اثر عقد است نه خود عقد، مردود است. پس اگر «عقد» را با «عهد» (تعهد) هم معنا بدانیم، قاعده «اوفوا بالعقود» به معنی «اوفوا بالعهد» نیز خواهد بود، لذا تعلیق در تعهد، تعلیق در عقد نیز خواهد بود. بنابراین اگر کسی مثلاً چنین تعهد نماید: «نقشه احداث ساختمان را مجاناً ترسیم می‌نمایم، چنانچه، مبلغ یکصد هزار ریال ماهانه به مدت چهار سال به برادر دانشجویم پرداخت کنی» و مورد قبول طرف دیگر قرار گیرد، مبادرت به تشکیل یک عقد یا عمل حقوقی معلق نموده، که معلق علیه یا شرط، پرداخت مبلغ معین در طول مدت معین و به شخص معین می‌باشد.

۲. تعلیق در انشاء، تعلیق در مُنشأ

«تعلیق»، ممکن است در «انشاء» عمل حقوقی باشد یا در «منشأ» آن. «انشاء» به معنی ایجاد و تشکیل عقد است. «انشاء» از لحاظ ادبی در قبال «اخبار» قرار دارد. چنانچه کسی بگوید: «خانه‌ام را فروختم»، این عبارت می‌تواند معنای انشایی یا اخباری داشته باشد. اگر عبارت مزبور به معنی اخباری باشد، در واقع، متکلم از فروش خانه خود خبر می‌دهد و دیگری را آگاه می‌سازد، که ممکن است سخن او صحیح یا سقیم باشد. این است که گفته‌اند در جمله اخباری، احتمال صدق یا کذب وجود دارد. لیکن اگر عبارت «خانه‌ام را فروختم»، معنی انشایی داشته باشد، متکلم از فروش خانه به

کسی خبر نمی‌دهد تا احتمال صحت یا سقم و صدق یا کذب داشته باشد؛ بلکه وی با ادای چنین کلامی ایجاد و تشکیل یک ماهیت حقوقی را قصد و اراده می‌کند، که آن عبارت است از: تملیک عین خانه به غیر در مقابل ثمن معین. حال، چنانچه فروشنده قصد انشاء معامله را منوط و معلق به تحقق امری نماید که آن امر محتمل الوقوع و مشکوک باشد، مثلاً بگوید: «خانه‌ام را به تو فروختم در صورتی که آن را از غاصب خلع ید نمایی» و با ادای این عبارت، قصد تملیک را معلق بر خلع ید از غاصب نماید، تعلیق در انشاء خواهد بود.

تظاهر قصد انشاء و وقوع عقد، سبب به وجود آمدن ماهیتی می‌شود که اصطلاحاً «منشأ» (آنچه مورد انشاء قرار گرفته) نامیده می‌شود. «منشأ» (به ضمّ اول و فتح سوم)، مقتضای نتیجه یا اثر هر عمل حقوقی است که برای حصول آن، طرفین معامله، تن به انشاء و امضای عمل حقوقی می‌دهند. مثلاً در عقد بیع، مالکیت مبیع برای مشتری و مالکیت ثمن برای بائع مورد انشاء قرار می‌گیرد و «نتیجه» یا «مقتضای» یا «اثر» عقد بیع به شمار می‌رود. همچنین در عقد اجاره، مالکیت منافع عین مستاجر برای مستأجر و مالکیت مال الاجاره برای مؤجر مورد انشاء قرار می‌گیرد و منشأ یا اثر عقد اجاره، محسوب می‌شود. منشأ هر عمل حقوقی معمولاً برای هر یک از طرفهای معامله متفاوت است (مثل مورد بیع و اجاره)، ولی گاهی نیز منشأ برای طرفین عمل حقوقی، واحد و مشترک است، مثل زوجیت در عقد نکاح که هم برای زوج و هم برای زوجه، منشأ و مقتضای محسوب می‌شود.

چنان که در مباحث آتی ملاحظه خواهید نمود، در نظر عموم فقیهانی که دربارهٔ تعلیق در عقود، تفکر کرده‌اند، مراد از «منشأ»، همان «مقتضای» یا «نتیجه» یا «اثر» عمل حقوقی است (انصاری، ۱۰۰؛ طباطبایی یزدی، *حاشیة المکاسب*، صص ۱۹۸/۱ - ۱۹۹؛ خوئی، ۵۸/۳). استادان حقوق نیز عیناً همین معنا را افاده کرده‌اند (امامی، ۱۶۵/۱؛ کاتوزیان، *حقوق مدنی*، ۵۵/۱؛ همو، *تعهدات*، ص ۱۱۲؛ همو، *تحولات حقوق*، ص ۲۰۲).

لیکن، برخی از استادان مفهوم «منشأ» را از «اثر» عمل حقوقی جدا دانسته و اعلام داشته‌اند که «منشأ» ماهیت حقوقی یا محصول انشاء است در حالی که اثر عقد، نتیجه حقوقی آن است (شهیدی، ۶۷/۱ - ۶۸). البته، اگر «منشأ»، نفس عقد یا ماهیت حقوقی و محصول انشاء باشد، چون «اثر» از آن ناشی می‌شود، بنابراین «اثر» به «منشأ» تبدیل می‌گردد و تعلیق در منشأ، همان تعلیق در اثر خواهد بود، لذا اگر به تأسی از عموم فقیهان و استادان، «منشأ» را همان «مقتضا» یا «اثر» یا «نتیجه» عمل حقوقی بدانیم، در بحث تعلیق، سخن به بیراهه نخواهد رفت؛ زیرا مثال خارجی در باب «تعلیق در منشأ» با «تعلیق در اثر» یکسان و مساوی است.

۳. تشخیص نوع تعلیق

از آنجا که بحث «تعلیق»، صرفاً نظری و اعتباری است، معمولاً، تشخیص قصد و اراده طرفین معامله از الفاظ و کلمات به کار رفته در قرارداد، از نوع تعلیق، مشکل است؛ و در عین حال لازم و ضروری. زیرا، چنانچه تعلیق در انشاء باشد عمل حقوقی در نظر کسانی که تعلیق در انشاء را باطل می‌دانند، باطل خواهد بود و در صورتی که تعلیق در منشأ باشد، عمل، صحیح شمرده خواهد شد.

به عقیده برخی از استادان (همان، صص ۷۰ - ۷۱)، در صورتی که نیت متعاملین، تعلیق در انشاء باشد، معمولاً از صیغه مستقبل (مثل می‌فروشم) استفاده می‌شود و اگر منظور آنان، تعلیق در منشأ باشد، صیغه ماضی (مثل فروختم) به کار می‌رود: «علی‌رغم ظهور لفظ مستقبل، در تعلیق در انشاء و ظهور لفظ ماضی در تعلیق در منشأ گاهی ممکن است از قرائن معلوم شود، طرفین در استفاده از لفظ مستقبل، تعلیق در منشأ و از لفظ ماضی، تعلیق در انشاء را اراده کرده‌اند.» (همان) و اگر اختلاف در تشخیص نوع تعلیق رخ دهد، نوع تعلیق را باید تعلیق در انشاء و عقد را باطل دانست. (همان، صص ۷۰ - ۷۱).

اولاً، لفظ مستقبل یا ماضی، همیشه نمی‌تواند تابع و گویای قصدهای طرفین باشد و حداقل اگر الفاظ را قرینه در ادراک معانی و قصود بدانیم، باید بگوییم: لفظ فعل - اعم از مستقبل و ماضی - چنانچه پس از معلق^۱ علیه قرار گیرد، شاید بتواند قرینه بر تعلیق در انشاء باشد، مثال: «مزرعه‌ام را در صورتی که خانه‌ات را به من اجاره بدهی، در مقابل فلان مبلغ به شما فروختم»؛ و اگر لفظ فعل (مستقبل یا ماضی) قبل از معلق^۲ علیه واقع شود، بلکه بتواند قرینه بر تعلیق در منشأ باشد، مثال: «مزرعه‌ام را به فلان مبلغ به شما فروختم در صورتی که خانه‌ات را به من اجاره بدهی.» اگر چه این نیز می‌تواند مورد تشکیک قرار گیرد، زیرا پدیده‌های حقوقی از قصود نشأت می‌گیرند نه از الفاظ (العقود تابعه للقصود). با وجود این، بر دادرس دادگاه است که با تحقیق از متعاقدین، مقصود و منظور واقعی آنان را کشف نماید.

ثانیاً، عقیده‌ای که بر اساس آن «در صورت تردید در تشخیص نوع تعلیق، تعلیق را باید تعلیق در انشاء و عقد را باطل دانست»، نمی‌تواند وافی به مراد باشد، زیرا هر چند عده‌ای از علما، تعلیق در انشاء را (به نحوی که در مباحث آتی خواهد آمد) باطل نمی‌دانند، حتی اگر تعلیق در انشای عقد را باطل بدانیم و مثلاً در تعلیق در انشای عقد بیع، حکم بر بطلان عقد بیع بنماییم، «عقد» را نمی‌توانیم به طور مطلق باطل قلمداد کنیم و بگوییم هیچ عقدی تشکیل نشده و هیچ تعهدی به وجود نیامده است، بلکه احترام به اصل «حاکمیت اراده در قراردادها» اقتضا دارد که به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، در صورت انجام یا تحقق معلق^۳ علیه، متعهد^۴ له را در الزام متعهد به اجرای تعهد، ذی حق بدانیم: در مثال مزبور، متعهد له (خریدار)، پس از انجام مورد شرط (معلق^۳ علیه)، می‌تواند، متعهد (فروشنده) را الزام به انتقال مورد بیع به وی نماید.

۴. تشخیص نوع شرط

گفته شد که «تعلیق»، عبارت است از: وابسته کردن عمل حقوقی به انجام یا تحقق

امری محتمل. این «امر محتمل»، «شرط» یا «معلق علیه» نامیده می‌شود. اگرچه «معلق علیه» نوعی «شرط» است، لیکن «عقد مشروط» با «عقد معلق» تفاوت دارد. شرط را می‌توان به «مطلق» (آلن سریو، ۵۱۶)، «معلق» (همان) و «فاسخ» (همان، ۵۱۸) تقسیم کرد. «شرط مطلق»، شرطی است که تأثیری در تشکیل یا عدم تشکیل عقد ندارد و صرفاً به عنوان یک تعهد فرعی در ضمن عقد قرار می‌گیرد. شروط نتیجه، فعل و صفت از آن جمله است. بنابراین، «عقد مشروط» عقدی است که در آن یکی از شروط مطلق (ماده ۲۳۴ قانون مدنی) مذکور باشد. در عقد مشروط، تحقق عقد یا حدوث آثار آن، منوط به تحقق شرط نیست، بلکه شرط، به عنوان وجود مستقل و تعهد فرعی در ضمن عقد که تعهد اصلی است آورده می‌شود. مثل اینکه در عقد بیع خانه، مشتری شرط کند که بایع، قبل از تحویل مبیع، آن را نقاشی و رنگ آمیزی نماید (شرط فعل مادی). عدم اجرای شرط، در «عقد مشروط» لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌آورد و بر حسب مورد، مشروط له، می‌تواند، مشروط علیه را ملزم به اجرای شرط کند و در صورت عدم امکان آن، عقد را فسخ نماید.

شروط مطلق، ممکن است به نحو معلق در اعمال حقوقی به کار رود. بدین ترتیب، «شرط معلق»، همان «معلق علیه» خواهد بود که در «عقد معلق»، تشکیل عقد یا بروز آثار آن، متوقف بر تحقق آن است. از اینجا، «عقد معلق» با «عقد مشروط» فاصله می‌گیرد؛ زیرا در «عقد معلق»، در صورت عدم تحقق شرط، کشف می‌گردد، که عقدی تشکیل نشده است و بنابراین موجبی برای الزام طرف دیگر جهت اجرای شرط یا فسخ عقد نخواهد بود. حال، ممکن است در تشخیص مدلول الفاظ به کار رفته در متن عقد مبنی بر اینکه عقد، «معلق» است یا «مشروط»، تردید حاصل شود؛ و چنان که گفته شود، اگر عقد، «معلق» باشد، عدم تحقق یا اجرای شرط به معنی عدم وقوع عقد است اگر عقد «مشروط» باشد، عدم تحقق یا انجام شرط، تأثیری در وقوع عقد ندارد.

برخی از استادان بر این باورند که «برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از کلمه «اگر»

و برای مفهوم شرط، از عبارت «به شرط این که» استفاده می‌شود» و نباید واژه «شرط» را برای تعلیق به کار برد. (شهیدی، ۷۱) اولاً، همان طور که به آن اشاره شد، الفاظ، بدون در نظر گرفتن قصد نمی‌توانند نقشی در ایجاد عقد ایفا کنند و قاعده «العقود تابعه للقصود» این جا نیز مصداق پیدا می‌کند؛ و بنابراین کلمات «اگر» برای عقد معلق و «شرط» برای عقد مشروط، نمی‌توانند همیشه، قرینه قرار بگیرد. حداقل ممکن بود بگوییم کلمات و عبارات «اگر»، «چنانچه»، «در صورتی که»، «به شرطی که»، اگر به نحو قید ضمن جمله انشائیة عقد به کار روند، عقد، «معلق» و اگر به نحو استقلال در ضمن عقد آورده شوند، عقد، «مشروط» خواهد بود؛ و یا اینکه بگوییم، اگر در عمل حقوقی، مثلاً در متن مبایعه‌نامه، کلماتی از قبیل «اگر»، «چنانچه» یا «به شرط اینکه» به کار رود و طرفین عقد، آن را امضا نموده و مبیع و ثمن را تسلیم و تسلّم نموده باشند، در این حالت اگر به «شرط» عمل نشده باشد، عقد، «مشروط» محسوب می‌شود، لیکن اگر قبض و اقباض صورت نپذیرفته و متعاملین در انتظار انجام «شرط» باشند، در این حالت، عقد، «معلق» خواهد بود. شاید این عقیده به گراف نباشد، ولی می‌تواند مورد تشکیک قرار گیرد. به هر شکل، بر دادرس دادگاه است که با تحقیق از متعاملین، قراین نزدیک به حقیقت را بر اساس قصدهای آنان کشف نماید.

بدین ترتیب، شروطی چون صفت، و مخصوصاً فعل، ممکن است در متن اعمال حقوقی به عنوان مطلق یا مشروط یا معلق به کار روند. گاهی نیز، شرط ممکن است، صفت «فاسخ» را برای عمل حقوقی داشته باشد. گفته شد «شرط معلق» امر محتملی است که حدوث آثار عمل حقوقی وابسته به آن است. لیکن «شرط فاسخ»، امر محتملی است که بقا و استمرار آثار عمل حقوقی به آن وابسته باشد. در واقع، تحقق یا حصول «شرط معلق» (معلق علیه)، سبب ظهور و حدوث آثار عمل حقوقی می‌شود، لیکن تحقق «شرط فاسخ» (معلق علیه)، موجب سقوط و محو آثار عمل حقوقی می‌گردد. شرط معلق جنبه مثبت و شرط فاسخ، جنبه منفی دارد. چنانچه کسی خانه خود را به

مدت یک سال به دیگری اجاره دهد و با مستأجر شرط نماید، چنانچه یک ماه خانه خالی بماند یا پرداخت مال الاجاره یک ماه به تأخیر افتد، عقد اجاره، منفسخ گردد؛ در صورت تحقق شرط، عقد اجاره منحل می‌شود و اثر انحلال از زمان تحقق شرط به سوی آینده است (کار بونیه، ۲۴۸).

حال، با توجه به اینکه اعمال حقوقی معلق بنا به دلایلی که خواهد آمد در نظر نگارنده (به استثنای چند مورد) نمی‌تواند باطل باشد، لذا جهت روشن شدن امر، اقتضا دارد تا از سویی، ادله بر بطلان و صحت تعلیق را مطمح نظر قرار دهیم و از سوی دیگر مصادیق بطلان و صحت اعمال حقوق معلق را بررسی نماییم:

قسمت اول - ادله بر بطلان و صحت تعلیق

اکثر فقهای امامیه، اعمال حقوقی معلق را به طور کلی باطل اعلام کرده‌اند. برخی از فقهای عظام، تعلیق در انشاء را محال و باطل و بر عکس، تعلیق در منشاء را بلا اشکال دانسته‌اند. (انصاری، صص ۹۹ - ۱۰۰؛ طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/۱۹۸ - ۱۹۹) اقتضا دارد، ادله قائلین بر بطلان از ادله قائلین بر صحت، تفکیک و تشریح گردد:

الف) ادله قائلین بر بطلان تعلیق

دلیل اول: اجماع

بنا به اجماعات منقوله، تعلیق در هیچ عقدی جایز نیست، مگر اینکه شارع مقدس در موارد خاصی تصریح بر آن نموده باشد. از این قرار، بسیاری از فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی، محقق، علامه، شهیدین، محقق ثانی، صیمری و صاحب جواهر - رحمه الله علیهم - به طور کلی، نظر بر بطلان عقود و تعهدات تعلیقی دارند و فقط در مواردی که عقود بر شروط حتمی الوقوع معلق باشند، همچنین تعلیق بر شرایط صحت عقود را خالی از اشکال قلمداد کرده‌اند (انصاری، صص ۹۹ - ۱۰۰؛ طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/۱۹۸ - ۱۹۹؛ خوئی، ۵۸/۳).

دلیل دوم: منافات تعلیق با قصد انشاء

دلیل اکثر فقهای که اعمال حقوقی معلق را باطل می‌دانند، منافات تعلیق با قصد انشاء است (همان). زیرا چنانچه، عاقد قصد خود را معلق بر تحقق شرطی در خارج نموده باشد و در واقع، انشاء عقد، معلق باشد، پس قصد، ناقص و انشاء، غیر محقق است و چنین قصدی نمی‌تواند، عقدی را که منشأ اثر و تعهد باید باشد، انشاء کند. به دیگر سخن، انشاء معلق، عقدی را واقع نمی‌سازد تا بر آن، اثر حقوقی، مترتب باشد؛ زیرا تعلیق مانع می‌شود تا اثر عقد، بلافاصله پس از وقوع، به وجود آید، پس، تعلیق با قصد انشاء، مانع الجمع می‌باشد.

دلیل سوم: استصحاب

عقد معلق به دلیل عقلی استصحاب، باطل است؛ زیرا مثلاً در عقد بیع معلق، مالکیت مالک اول (بایع) از مبیع زایل نمی‌گردد، و چون قانوناً، عقد از اسباب تملک است ولی معلوم نیست عقد معلق نیز از اسباب تملک و نقل مالکیت باشد، پس معلوم نیست در بیع معلق، مبیع به مشتری و ثمن به بایع، نقل شده باشد و چون شک و ظن ایجاد می‌شود، پس باید به اصل تمسک بجوییم و بگوییم که اقتضای اصل استصحاب، بقای مالکیت بایع بر مبیع و مشتری بر ثمن است و حکم بر عدم جواز تصرف مشتری بر مبیع و بایع بر ثمن، بدهیم. نتیجه اینکه در مثال بیع معلق، عقد باطل خواهد بود (بروجردی، ۱۵۶؛ عمید، ۱۶).

دلیل چهارم: منافات تعلیق با سببیت

به قول شیخ مرتضی انصاری در نظر برخی از فقها، تعلیق با سببیت منافات دارد، مسبب و نتیجه عقد باید بلافاصله پس از ایجاد سبب، به وجود آید. چگونه ممکن است، سبب (عقد) به وجود آید ولی مسبب (اثر عقد) به وجود نیاید، بنابراین عقد معلق باطل است (انصاری، ۱۰۰). البته، قول شیخ انصاری، نقل قول از صاحب جواهر

است و گرنه وی برصحت عقد معلق اعتقاد دارد. صاحب جواهر از طرفداران تنجیز در عقد می‌باشد. وی، شرط صحت هر عقدی را تنجیز می‌داند و در باب وکالت می‌نویسد: «شرط عقد وکالت و هر عقد دیگر آن است که منجز باشد زیرا عقد به منزله سبب است نسبت به آثار خود و بین سبب و مسبب نمی‌توان فاصله‌ای قرار داد» (نجفی، ۳۵۲/۲۷). شهید مرتضی مطهری نیز عقد معلق را مطلقاً باطل اعلام کرده‌اند (مطهری، ۳۷).

دلیل پنجم: منافات تعلیق با جزم

شیخ مرتضی انصاری در مکاسب، در مورد وجه اشتراط تنجیز در عقد بیع، نظر برخی از اجلّه فقها را چنین توضیح می‌فرماید: «سخنی را که مرحوم علامه در کتاب تذکره به آن تصریح کرده این است که تعلیق با جزم در حال انشاء منافات دارد و نه تنها تحقق انشاء مشروط به تنجیز است بلکه، علامه شرط عقد را جزم قرار داده و آنگاه عدم جواز تعلیق را بر آن متفرّع ساخته و فرموده است: پنجم از شروط عقد، جزم می‌باشد، پس اگر عقد را معلق بر شرط واقع سازند صحیح نیست، اگر چه شرط مشیّت باشد. دلیل بر بطلان عقد معلق بر مشیّت این است که از سویی به ثبوت وجود مشیّت جهل داریم و نمی‌دانیم طرف مقابل، خواستار آن هست یا نه، و از سوی دیگر با فرض اینکه مشیّت ثابت بوده، نمی‌دانیم مشیّت در طول مدت عقد باقی و مستمر باشد؛ و این یکی از دو قول شافعی است ولی اظهر القولین از نظر شافعی و پیروانش، صحت عقد معلق می‌باشد، چه در نظر شافعی صحت، صفتی است که اطلاق عقد مقتضی آن است زیرا در عقد بیع معلق بر مشیّت، اگر مشتری عقد را نمی‌خواست اقدام به خریدن نمی‌نمود.» (در اینجا سخن علامه تمام می‌شود). سپس شیخ مرتضی انصاری می‌فرماید: «شهید اول در قواعد از نظر علامه تبعیت کرده و عقد معلق بر مشیّت را باطل دانسته است.» شهید اول می‌فرماید: «دلیل بر بطلان بیع معلق این است که انتقال مال از کسی

به دیگری به حکم رضا می‌باشد و رضایتی حاصل نمی‌شود مگر با جزم و یقین از سوی دیگر جزم با تعلیق منافات دارد.» سپس شیخ انصاری ادامه می‌دهد: «مقتضای سخن شهید این است که آنچه در عقد معتبر و شرط بوده، عبارت از این است که بر امر مجهول الحصول معلق نشود، چنانچه مرحوم محقق در باب طلاق به آن تصریح نموده است.» (انصاری، ۹۹) بدین ترتیب، بسیاری از فحول فقهای امامیه، شرط صحت عقد بیع را تنجیز اعلام کرده‌اند، و در نظر آنان عقد معلق باطل است.

ب) ادله قائلین بر صحّت تعلیق

برای اولین بار، شیخ مرتضی انصاری در مکاسب، صحّت تعلیق در اثر عقد را تصور فرموده و ادله بطلان عقد معلق را پاسخ داده‌اند. پس از آن، برخی از فقهای متأخر از جمله سید محمدکاظم طباطبایی یزدی و سید ابوالقاسم خوئی از خط فکری آن بزرگوار پیروی نموده‌اند. ادله بطلان عقد معلق، به شرح زیر پاسخ داده می‌شود:

پاسخ بر دلیل اول

در مورد ادعای بطلان عقد معلق به دلیل اجماع منقوله، برخی از علما پاسخ داده‌اند که تحقق اجماع مسلم نیست (امامی، ۱۶۷/۱ - ۱۶۹). قطع نظر از اینکه در دعوی اجماع نیز، خدشه می‌تواند راه داشته باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۹۸/۱) علاوه بر آن، نقل اجماع نمی‌تواند دلیل روشن بر بطلان تعهدات تعلیقی باشد، زیرا نقل اجماع به صورت خبر واحد، هنگامی معتبر بوده و ارزش استدلالی دارد که سندیت و حجیت خبر واحد مورد اشکال و ایراد نباشد، در صورتی که حجیت خبر واحد مورد انتقاد و اشکال است. (عمید، ۱۸)

پاسخ بر دلیل دوم

تعلیق با قصد انشاء هیچ ممانعت و منافاتی ندارد، زیرا همچنان که انشاء عقد

می‌تواند منشأ منجزی را به وجود آورد، می‌تواند منشأ و مقتضای معلقی را ایجاد کند. مثلاً در بیع معلق، انشاء منجز قاصد، مالکیت معلقه‌ای را برای مشتری ایجاد می‌کند که پس از تحقق معلق علیه، مالکیت مشتری بر مبیع قطعی می‌گردد. در عقد معلق، قصد انشاء، معلق نیست، بلکه اثر و نتیجه انشاء تا حصول شرط معلق است و این موجبی برای بطلان عمل حقوقی به شمار نمی‌رود. (انصاری، ۱۰۰). علاوه بر آن، حتی اگر تعلیق صرفاً در انشاء عقد باشد، باز هم سبب بطلان نمی‌تواند باشد. برخی از فقها و حقوقدانان معاصر - از جمله مرحوم سید محسن حکیم و مرحوم دکتر سید حسن امامی - نه تنها تعلیق در منشأ را پذیرفته‌اند، بلکه تعلیق در انشاء را نیز به صراحت قبول و بر این استدلال کرده‌اند که تعلیق در موجودات مادی و خارجی معقول نیست ولی در امور اعتباری معقول می‌باشد، منتهی در عقد معلق، فقط منشأ و مقتضای عقد، معلق به تحقق شرط است و در واقع، اصل انشاء معلق نیست. مثلاً در تعلیق بر وجه واجب مشروط که تعلیق در انشاء است، در واقع انشاء مانند منشأ پس از تحقق شرط به وجود می‌آید. (حکیم، ۱۰۸/۱ - ۱۰۹؛ امامی، ۱۶۷/۱ - ۱۶۸؛ لنگرودی، مبسوط، ج ۱ و ۲ ش ۲۵۹۵ و ۴۷۹۲)

در تأیید عقیده فوق می‌توان گفت: قانون مدنی، «اصالة الصحه» را در ماده ۲۲۳ پذیرفته و در ماده ۱۸۹ عقد معلق را در عداد عقد منجز به عنوان عمل حقوقی صحیح تعریف نموده و در هیچ کجای قانون عقود معلق به عنوان اعمال حقوقی باطل آورده شده است؛ قطع نظر از آن که قانون مدنی صرفاً و در واقع به عنوان استثنای ضمان معلق (ماده ۶۹۹)، نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸) و طلاق معلق (ماده ۱۱۳۵) را صریحاً باطل اعلام کرده که در نتیجه، قرینه‌ای بر قبول صحت اعمال حقوقی دیگر است. مضافاً اینکه، قانون مدنی تعلیق در تعهدات و الزامات معلقه را ضمن مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ پذیرفته است.

امام خمینی (ره) در کتاب *البیع* به پیروی از نظر نائینی، تعلیق در انشاء را - اعم از

اینکه اعتباری باشد یا تکوینی محال می‌داند: «فإنّ الأیجاد سواء كان اعتباریاً او تکوینیاً يستحيل أن یعلّق علی شیئی کمالاً یمكن ان یعلّق وقوع الضرب علی احد علی کونه عدواً» (ص ۱۲۶) ولی تعلیق در منشأ را مقدور می‌دانند و مانند شیخ انصاری معتقدند که تملیک فعلی ممکن است ایجاد ملکیت منجزه یا معلقه بنماید (صص ۱۲۷ - ۱۲۸).

شیخ مرتضی انصاری که مبتکر تفکیک انشاء از منشأ است، بیش از دیگر فقیهان امامیه در مورد تعلیق در عقود و تعهدات اندیشیده است (مکاسب، ۱۰۰). وی در این مورد می‌فرماید: «اگر هدف از تعلیق این است همان طوری که انشاء ملکیت متحقّق بر هر تقدیر صحیح باشد، انشاء ملکیت بر فرضی بدون فرض دیگر نیز صحیح می‌باشد، مثل اینکه گفته شود: «این مال را به تو هبه کردم اگر زید فردا بیاید» یا «آن مال را قرض بگیر در صورتی که از فلانی دریافت کردی» یا «آن مال را به عنوان مضاربه بپذیر چنانچه از فلانی وصول کردی.» در فروض مزبور، تعلیق بدون تردید امری است متصور و در عرف و شرع بسیار واقع می‌شود، چنانکه در اوامر (واجبات شرعی) و معاملات - اعم از عقود و ایقاعات - می‌باشد.» (همان)

علاوه بر آن، شیخ انصاری از قول شهید اول در کتاب قواعد، چنین نقل می‌کند که: «تعلیق عقد بیع بر امری که شرط صحت آن باشد، صحیح می‌باشد، کما اینکه بایع بگوید: «بعثک ان قبلت» در این مثال، صحت بیع معلق بر قبول است، چنانچه تعلیق بیع بر قبول تصریح شود، اشکالی ندارد، زیرا عقد در تقدیر، معلق بر شرایط صحت است و چنانچه آن شرایط حاصل نشود، عقد تشکیل نمی‌شود.» (همان)

پاسخ بر دلیل سوم

در مورد بطلان عقد معلق به دلیل استصحاب، باید گفت اگرچه در این مورد در مقررات شرعی، نصّ خاص وجود ندارد، لیکن به دلیل وجود نصوص عامّه از قبیل «احلّ الله البیع»، «الناس مسلّطون علی اموالهم» و «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان

تکون تجاره عن تراض»؛ با توجه به این که خداوند بیع را حلال فرموده و عقد بیع ممکن است معلق باشد یا منجز و اصل تسلیط اقتضا می‌کند که عقد به صورت تنجیز یا تعلیق واقع شود و همین طور در عقود معلقه چون رضای طرفین وجود دارد، بنابراین، جایی برای حکومت اصل استصحاب باقی نمی‌ماند و حکم بر صحت عقد معلق می‌شود.

پاسخ بر دلیل چهارم

در مورد منافات تعلیق با سببیت و این که تعلیق در عقد مانع تأثیر سبب است، شیخ مرتضی انصاری چنین پاسخ می‌فرماید: «از طرفی ادله صحت و لزوم عقود، انحصار در مثل آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»، نداشته، بلکه ادله دیگر نیز از قبیل آیه شریفه «احل الله البیع» و «الناس مسلطون علی اموالهم» وجود دارد که برای اثبات جواز تعلیق عقد بر شرط کافی می‌باشند (اطلاق این گونه ادله، کفایت بر صحت و نفوذ عقد معلق دارد). از طرف دیگر، عقد، سبب است برای وقوع مدلولش؛ پس واجب است بر طبق مدلول عقد به آن وفا نمود؛ بنابراین مفاد: «اوفوا بالعقود» همان مفاد «اوفوا بالعهد» (بالعهد) می‌باشد و فرقی بین عقد و عهد نمی‌باشد. پس هرگاه عهد بر وجه تعلیق واقع شود، انتظار تحقق معلق علیه، موجب عدم وفا به عهد نمی‌باشد. در عقد نیز این چنین است و تعلیق نباید موجب عدم التزام به مدلول عقد باشد. و حاصل سخن اینکه، اگر مراد از مسبب، مدلول عقد باشد، عدم تخلف آن از انشاء عقد، از بدیهاتی است که عقل خلاف آن را نمی‌پذیرد. و اگر مراد از مسبب، اثر شرعی یعنی ثبوت ملکیت (در عقد بیع) باشد، پس نمی‌توانیم بپذیریم که از اثر مطلق مطلق بیع ملکیت منجزه است، بلکه اثر بیع، مطلق ملک می‌باشد. فلذا چنانچه بیع، معلق نباشد، اثر شرعی آن نیز ملک غیر معلق خواهد بود. و اگر بیع، معلق انشاء شود، پس اثر آن ملکیت معلقه خواهد بود. البته، باید در نظر داشت که تخلف ملک از عقد خیلی زیاد

رخ می‌دهد و ما نباید آن را به عنوان اشکال مطرح کنیم. علاوه بر آن، تخلف ملک از عقد در بیعی که با صیغه: «اگر بخواهی به تو فروختم» یا «اگر بپذیری به تو فروختم» و مشتری بگوید: «قبول کردم»، انشاء شود، جاری نمی‌باشد، زیرا در این مورد، اثر عقد از آن جدا نیست و بین مسبب و سبب تخلف نمی‌باشد. همین طور، اشکال مذکور در شرط مشکوک التحقق در زمان حال نیز جریان ندارد (شرط مشکوک التحقق در زمان حال عبارت است از شرطی که از نظر متعاقدين مشکوک باشد ولی در واقع تحقق داشته باشد، کما اینکه با بیع بگوید: این خانه را چنانچه امروز روز عید فطر باشد فروختم و آن روز، روز عید فطر باشد. در صورتی که متباعدین نمی‌دانستند آن روز چه روزی است) چه، آن که در این خصوص، عقد مراعی است نه موقوف (حکم بر صحت عقد مورد توقع و انتظار است تا معلوم شود شرط تحقق داشته یا ندارد. معنی مراعی با موقوف متفاوت است. در مراعی، انشاء عقد ارتباطی به تحقق شرط ندارد، بلکه شرط در خارج وجود دارد، منتهی متعاقدين از وجود آن با خبر نیستند. ولی در «موقوف»، انشاء عقد وابسته به تحقق شرط است.) قطع نظر از آنچه ذکر گردید، این امر را نمی‌توان از نظر پنهان داشت که وجه مزبور، در غیر بیع از عقود دیگر که مقتضای آنها را از عقد متأخر می‌باشد، جریان ندارد، و سخن ما هم تنها در خصوص بیع نیست تا بتوان به وجه مزبور استناد کرد و علاوه بر آن برای اعتبار شرط تنجیز در هر عقدی، دلیل جداگانه‌ای وجود ندارد.» (انصاری، ۱۰۰)

بدین ترتیب، شیخ انصاری، بر خلاف علامه و شهید اول نه تنها تنجیز را شرط صحت عقد نمی‌داند، بلکه دلیل سببیت را نیز رد کرده و می‌فرماید: «اثر عقد بیع، ثبوت مطلق ملکیت است که آن هم ممکن است ملکیت منجزه یا معلقه باشد، فلذا ملکیت معلقه نیز به مثبت ملکیت منجزه، صحیح و نافذ است و نتیجتاً تعلیق با سببیت، منافات ندارد.»

پاسخ بر دلیل پنجم

پیش از این گفته شد که علامه - رحمه الله علیه - در کتاب *تذکره*، شرط صحت عقود را، تنجیز قلمداد کرده و با تصریح بر این که تعلیق با جزم در انشاء منافات دارد، عقد معلق را باطل اعلام کرده است. شهید اول نیز در کتاب *قواعد* (به قول شیخ انصاری در همان قسمت از متن *مکاسب*) به پیروی از نظر علامه، عقد معلق را باطل دانسته و در مورد دلیل بطلان می‌فرماید: «انّ الانتقال بحکم الرّضاء و لارضاء الامع الجزم و الجزم ینافی التعلیق.» این نظر به چند دلیل مصون از خدشه نمی‌باشد: نخست اینکه، «انتقال» صرفاً با «رضا» محقق نمی‌شود، بلکه «رضا» باید با قصد انشاء توأم باشد. داشتن رضا برای انتقال کافی نیست، بلکه اراده انشایی نیز باید اعلام گردد. و اصولاً در بحث تعلیق، «رضا» مطمح نظر نیست، زیرا فقدان رضا در حقوق امامیه، موجب بطلان عقد نمی‌باشد. از نظر فقهای امامیه و قانون مدنی (مواد ۱۹۹ الی ۲۰۶) رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب بطلان معامله نمی‌باشد، بلکه سبب عدم نفوذ است و پس از تنفیذ بعدی معامله نافذ می‌گردد. البته می‌توان تصور نمود که مراد شهید اول از «رضا» رضای مولد قصد انشاء است. دوم، در کلام شهید معلوم نیست، مراد از «جزم» جزم در انشاء است یا جزم در منشأ. اگر مراد، جزم در انشاء است، در کلیه عقود معلقه، در انشاء جزم وجود دارد. ولی اگر مراد از جزم، جزم در منشأ و اثر عقد باشد، باید گفت که جزم در منشأ و اثر عقد ضرورت ندارد، زیرا منشأ اصولاً تالی تلو انشاء است، مگر اینکه معلق علیه از شرایط صحت عقد باشد. پس اگر قایل به جزم در منشأ باشیم، در موردی که بایع می‌گوید: «ان کان لی فقد بعته» (اگر مبیع ملک من است آن را به تو فروختم) باید، عقد باطل باشد، حال آن که، به نحوی که ذیلاً ملاحظه خواهیم کرد، محقق ثانی و شهید ثانی چنین عقدی را صحیح می‌دانند، ولی شهید اول آن را باطل می‌داند. پس، استنباط می‌شود که مراد شهید از جزم، جزم در منشأ و اثر عقد است و در نظر این بزرگوار، جزم در ایجاد منشأ و مقتضاء، شرط صحت انتقال می‌باشد.

سوم، در کلام شهید معلوم نیست در مورد شرط تنجیز و بطلان عقد معلق، چه نوع از معلق^۳ علیه، موجب بطلان عقد می‌شود. با توجه به اینکه تعلیق بر شرط معلوم الحصول یا بر شرط صحت عقد یا تعلیق بر امر حاصل، موجب بطلان عقد نمی‌شود، چگونه می‌توان نظر این بزرگوار را مبنی بر اینکه تعلیق با جزم منافات دارد، پذیرفت؟ البته چنان که پیش از این گفته شد، شیخ انصاری درباره کلام شهید فرمود که مقتضای سخن شهید، عدم تعلیق بر امر مجهول الحصول است و گرنه تعلیق بر امر معلوم الحصول خدشه‌ای بر صحت عقد وارد نمی‌آورد و مآلاً، با «جزم»، منافات ندارد. شیخ انصاری به دنبال همان مطلب ادامه می‌دهد:

«محقق ثانی - رحمه الله - در کتاب جامع المقاصد و شهید ثانی - علیه الرحمه - در کتاب مسالك در مورد مسأله «ان كان لي فقد بعته» فرموده‌اند: تعلیق، هنگامی با انشاء در عقود و ایقاعات منافات دارد که معلق^۴ علیه، امر مجهول الحصول باشد. ولی شهید اول در کتاب قواعد در کلامی که قبلاً نقل گردید، فرموده است: همانا جزم با تعلیق منافات دارد، زیرا معلق^۵ علیه در معرض عدم حصول می‌باشد، گرچه علم به حصولش مقدر باشد (به حصول شرط آگاه باشیم)؛ مانند تعلیق بر وصف (منظور از وصف، امری است که در آینده، حصولش، حتمی باشد مانند فرا رسیدن اول ماه) دلیل آن این است که در مورد شرط (تعلیق) جنس، مورد اعتبار قرار می‌گیرد نه انواع آن، پس معنی عام معتبر است نه خصوصیات افراد. به دیگر سخن، در نظر شهید چون معنی عام و کلی تعلیق، مناط است و در واقع، جنس تعلیق مورد نظر است، گرچه برخی از انواع تعلیق، مثل تعلیق بر وصف، معلوم الحصول باشد، حکم به افراد و انواع نمی‌شود، بلکه حکم به طور عام و بر جنس تعلق می‌گیرد. فلذا مطلق تعلیق یا جزم منافات پیدا می‌کند و موجب بطلان عقد می‌گردد. سپس شهید فرموده: بنابراین که مطلق تعلیق، موجب بطلان باشد، چنانچه این مسأله را مطرح کنید: اگر کسی در صورت انکار توکیل بگوید: «ان كان لي فقد بعته منك بكذا»، و بگوید سخنش باطل و موجب وقوع بیع نخواهد

بود (اگر کسی ادعا کند که در فروش مالی وکیل می‌باشد و صاحب مال برای اینکه وکالت او را از طرف خود انکار کند به مشتری چنین سخنی بگوید) پاسخ می‌گوییم: در کلام مذکور، تعلیق موجود، تعلیق بر واقع است نه تعلیق بر امر متوقع الحصول (یعنی اصولاً تعلیقی وجود ندارد زیرا واقع امر این است که اگر مبیع به مالک تعلق داشته باشد می‌تواند مورد بیع قرار بگیرد. این یک امر واقع و حقیقت است که این طور باید باشد و تعلیق بر یک امر واقع مثل تعلیق بر شرایط صحت عقد، تعلیق محسوب نمی‌شود.) پس تعلیق مذکور (تعلیق بر واقع) علت وقوع یا مصاحب و مقرون با وقوع می‌باشد نه آن که وقوع، معلق بر آن شده باشد. همچنین، شهید می‌فرماید: و نیز می‌گوییم، اگر کسی در مقام انکار وکالت برای تزویج و انکار تزویج، در مقابل وقوع تزویجی که زن آن را ادعا می‌کند بگوید: «ان کانت زوجتی فهی طالق»، این سخن باطل نمی‌باشد (زیرا در واقع، تعلیق طلاق بر زوجیت همانند تعلیق بر شرایط صحت عقد، از قبیل تعلیق بر واقع است نه آنکه وقوع طلاق بر زوجیت معلق شده باشد.) (همان، ۹۹)

بدین ترتیب، ملاحظه شد که فقهای متقدم عموماً بر بطلان اعمال حقوقی معلق نظر دارند و در این خصوص به ادله متعدد تمسک جسته‌اند که شیخ انصاری با امعان نظر و باریک بینی، ادله مزبور را مردود دانسته و ضمن تفکیک «انشاء» از «منشأ»، نظر بر بطلان تعلیق در انشاء و صحت آن در منشأ داده‌اند. مفسران مکاسب از این دیدگاه جدید تأسی نموده‌اند (طباطبایی یزدی، حاشیه‌المکاسب، ۱/۱۹۸ - ۱۹۹؛ خوئی، ۵۸/۳).

حقوقدانان نیز در تفسیر مواد ۱۸۴ و ۱۸۹ قانون مدنی، تعلیق در انشاء را محال و باطل و تعلیق در منشأ را ممکن و نافذ دانسته‌اند و حتی برخی از اساتید حقوق از نظر خود مبنی بر بطلان تعلیق در انشاء و صحت تعلیق در منشأ (لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ۱۶۵) عدول کرده و در تألیف اخیر خود، تعلیق در انشاء را نیز صحیح اعلام کرده‌اند: «... با قصد انشاء معلق هم می‌توان موجودات اعتباری را پدید آورد، اشکالی در انشاء معلق نمی‌بینم.» (همو، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱ و ۶۸۷/۲ - ۱۲۹۳).

البته، به شرحی که در «نتیجه» مقاله به وضوح خواهد آمد، چنانچه شخصی قراردادی را با تعلیق در انشاء واقع سازد به نحوی که در صورت تحقق شرط (معلق علیه)، عقد واقع شود، پس از حصول شرط، عقد یا قرارداد، کامل می‌گردد و چنانچه پس از تحقق شرط لازمه ظهور آثار قرارداد، انجام اعمالی از سوی طرف دیگر قرارداد باشد، وی ملزم به اقدام آن است. چنین قراردادی از دیدگاه منطق عرف و قانون مدنی صحیح است. اینک، جای آن دارد قبل از نتیجه‌گیری کلی، مصادیق بطلان و صحت اعمال حقوقی معلق را مورد بحث قرار دهیم.

قسمت دوم - مصادیق بطلان و صحت اعمال حقوقی معلق

در حقوق خصوصی ایران به مواردی برخورد می‌کنیم که در آن صریحاً حکم بر بطلان یا صحت اعمال حقوقی معلق شده است:

الف) مصادیق بطلان اعمال حقوقی معلق

اگر چه ماده ۱۸۹ قانون مدنی، صحت عقود معلق را در مجموع پذیرفته است، لیکن قانون مدنی، بطلان عقد معلق را در مورد ضمان و نکاح و در ایقاعات در مورد طلاق صریحاً اعلام کرده است. به موارد مذکور می‌توان وکالت، وقف و چند مورد دیگر را به شرح زیر افزود:

۱. در مورد عقد ضمان، ماده ۶۹۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تعلیق در ضمان، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است.» با توجه به اینکه قانون مدنی در ماده ۱۸۹ به طور کلی صحت عقود معلق را پذیرفته است، در مورد عقد ضمان نمی‌توانست سکوت اختیار کند، زیرا سکوت در مورد عقد ضمان به منزله پذیرش ضمان معلق و آن پذیرش اصل ضمّ ذمه به ذمه می‌باشد؛ زیرا معلق ساختن تأدیه دین از سوی ضامن به عدم تأدیه از سوی مضمون عنه، مفید ضمّ ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه است که ظاهراً مورد قبول قانون مدنی نمی‌باشد. علاوه بر بطلان

قانونی تعلیق در ضمان، از آنجا که در فقه، «حواله» از اقسام مطلق ضمان (ضمان به معنی عام) محسوب است، تعلیق در عقد حواله نیز سبب بطلان آن است. (طباطبایی حکیم، *مستمسک العروة الوثقی*، ۳۸۰/۱۳) لیکن قانون مدنی در این زمینه سکوت اختیار کرده و تنجیز را شرط صحت حواله نمی‌داند.

۲. در مورد نکاح، ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی می‌گوید: «تعلیق در عقد موجب بطلان است.» مثل اینکه هنگام ازدواج، زن به مرد بگوید: «به شرط همسر تو می‌شوم که فلان باغ را به بیع قطعی به من منتقل نمایی» و منظورش این باشد که پس از انتقال آن باغ، عقد نکاح تشکیل و دارای آثار حقوقی شود. این نوع عقد باطل است. دلیل بطلان عقد نکاح معلق، اهمیت ازدواج و تشکیل خانواده است. از آنجا که قانون به رابطه زوجیت و ایجاد خانواده، اهمیت اجتماعی داده است، با قید بطلان عقد نکاح معلق، خواسته است تا تکلیف زوجیت از ابتداء منجز و قطعی باشد و تعلیق عقد، رابطه زناشویی و ارکان بنای خانواده را متزلزل نسازد. (نجفی، ۳۰/۵؛ مامقانی، ص ۳۵۰)

در این جا سؤالی که ممکن است مطرح شود، تعلیق نکاح به شرایط صحت آن است؛ مثل اینکه مرد به زن بگوید: «تو را به همسری اختیار کردم به شرطی که در عده نباشی». پیش از این، از قول فقهای امامیه گفته شد که اصولاً تعلیق به شرایط صحت عقد موجب بطلان نمی‌باشد. با وجود این، برخی از اساتید حقوق بنا بر اطلاق ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی قایل به بطلان هستند، ولی برخی دیگر معتقدند که چون تعلیق عقد نکاح به شرایط صحت، تعلیق واقعی نیست (زیرا در هر حال، عقد نکاح معلق و مشروط به شرایط صحت است)، پس هرگاه شرط صحت در زمان وقوع عقد وجود داشته باشد، نکاح صحیح خواهد بود (حائری، ۱۰۸/۷). و به طور کلی در تعلیق بر امر موجود (امری که در زمان تشکیل عقد موجود باشد)، مثل اینکه عاقد بگوید: «انکحت ان کان الیوم یوم الجمعة» و آن روز روز جمعه باشد، یا اینکه زن بگوید: «اگر دارای مدرک تحصیلی دانشگاهی باشی به همسری ات درآمدم» و مرد دارای تحصیلات عالی

باشد، ظاهراً عقد باید صحیح باشد. البته در این مورد، برخی از فقها بین مورد علم و جهل عاقد به وجود یا تحقق شرط، قائل به فرق شده‌اند. در مورد اول، عقد را صحیح و در مورد دوم آن را باطل اعلام کرده‌اند (طباطبایی یزدی، *مستمسک عروة الوثقی*، ۷۲۱/۲؛ مامقانی، ۳۵۰). ولی برخی دیگر از فقها بدون تفکیک بین علم و جهل، نظر بر صحت عقد داده و بر این استدلال نموده‌اند که تعلیق عقد بر امری که در زمان عقد محقق و موجود باشد، تعلیق صوری است و مضرّب به صحت عقد نمی‌باشد (الحصری، ص ۱۲۱ به بعد). امام خمینی نیز می‌فرماید: «در عقد نکاح تنجیز شرط است، پس تعلیق عقد بر شرطی یا برآمدن زمانی موجب بطلان است، ولی تعلیق عقد نکاح بر امر محقق الحصول (امری که حقیقتاً حاصل شده است) کما اینکه اگر عاقد در روز جمعه بگوید: نکاح بستم اگر امروز روز جمعه باشد، در این صورت بعید نیست که عقد صحیح باشد.» (تحریر الوسیله، ۲۲۶/۲)

نتیجه این که، تعلیق عقد نکاح بر امر واقع و حاصل لطمه‌ای به صحت عقد نمی‌زند. البته، باید در نظر داشت در تمام مواردی که بر اساس ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی از بطلان نکاح معلق سخن می‌رود، مراد، تعلیق در اصل نکاح است به نحوی که مقتضای عقد (رابطه زناشویی) در اثر تعلیق به وجود نیاید و گرنه تعلیق در مهر، بنا به قواعد عمومی صحت عقد معلق، لطمه‌ای به عقد نکاح وارد نمی‌آورد. پس اگر زن بگوید: «به نکاح درآمد چنانچه مهرم از هزار سکه کمتر نباشد»، به نظر می‌رسد که عقد صحیح باشد.

البته، باید متذکر شد که نظر به تشریفات بودن عقد نکاح، دفاتر اسناد رسمی (ازدواج) بنابر اطلاق ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی جانب احتیاط را بر می‌گزینند و حتی تعلیق در مهر را نیز نمی‌پذیرند و عملاً تعلیق در مهر مصداق پیدا نمی‌کند.

از این قرار، استحکام اساس خانواده اقتضا دارد که عقد نکاح - اعم از دائم و منقطع - به طور منجز واقع شود و بنا به نص ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی، تعلیق در عقد

نکاح موجب بطلان است. البته، عده‌ای از فقهای اهل سنت نکاح معلق را صحیح می‌دانند و برای اثبات صحت آن به آیه ۲۷ سوره قصص استناد می‌کنند. بنا به آیه مذکور، شعیب با حضرت موسی در مورد تزویج یکی از دو دختر خود به شرط آن که حضرت موسی به مدت هشت سال برای او کار کند، سخن می‌گوید (ابن قیّم، ۴۷۶/۳ و ۱۳۱/۴). در واقع، باید در نظر داشت که آیه مزبور دلالت بر نکاح معلق ندارد و بلکه عقد مشروط به شرط فعل می‌باشد.

۳. در مورد عقد وکالت، شیخ مرتضی انصاری مستنداً به نظرهای فقهای امامیه، تنجیز را شرط صحّت اعلام می‌دارد و دلیل بر اشتراط تنجیز در وکالت (از دیدگاه شیخ انصاری) فحوای فتاوی فقها و اجماعات علماست: «در این قبیل عقود جائزه، هر عبارت و لفظی که دلالت بر اذن بکند باید کافی باشد ولی صرف لفظ مفید نیست، بلکه وکالت باید منجز باشد. حتی علامه بنا به آنچه که از او حکایت شده بر عدم صحت عقد وکالت با عبارت زیر ادعای اجماع نموده است: «تو در روز جمعه وکیل من هستی که عیدم را بفروشی». ولی اگر شخصی بگوید: «تو وکیل من هستی ولی عیدم را نفروش مگر در روز جمعه»، اگرچه هدف در هر دو عبارت یکسان است ولی در عبارت اول عقد وکالت باطل و در عبارت دومی صحیح می‌باشد. زیرا در عبارت اولی، قید «در روز جمعه» برای «تو وکیل من هستی»، معنی تعلیق را دارد. به عبارت اخیری، وکالت معلق است بر روز جمعه بودن. در صورتی که در عبارت دومی، قیدی برای وکالت وجود ندارد و عقد منجز است.» عده‌ای از فقها پس از اینکه اعتراف نموده‌اند که عبارت: «انت وکیل فی یوم الجمعة ان تبیع عبدی» در معنای تعلیق به کار رفته، بین دو عبارت مذکور فرق نهاده و بر این نظر داده‌اند که عقود، چون از شارع مقدس تلقی می‌شوند، لاجرم به این قبیل ضوابط منوط می‌باشند و در صورت خروج از این ضوابط، باطل می‌شوند، گرچه با عقود واجد شرایط، فایده و معنای واحدی را افاده کنند.» (انصاری، ۹۹). نتیجه این که، چون در وکالت، تنجیز شرط است در مثال اول صیغه

وکالت معلق و عقد باطل است ولی در دومی صیغه وکالت منجز و عقد صحیح می‌باشد، هر چند هر دو صیغه مفید معنی واحدی می‌باشند. البته، شیخ انصاری در این قسمت از کتاب شریفش (مکاسب) نظر علامه و دیگر فقها را در مورد بطلان وکالت معلق نقل کرده، وگرنه به طوری که قبلاً اشاره رفت، شیخ شخصاً معتقد به بطلان عقود معلقه نمی‌باشد. قانون مدنی نیز در بطلان وکالت معلق حکمی ندارد، بنابراین مطابق اطلاق ماده ۱۸۹ قانون مدنی، وکالت معلق نمی‌تواند باطل باشد.

۴. در مورد وقف، قبلاً گفته شد که شیخ انصاری از قول شیخ طوسی در کتاب مبسوط بیان داشته: «اگر واقف بگوید، وقف کردم در صورتی که اول ماه بیاید، وقف صحیح نیست.» در این مورد، عموم فقهای امامیه و عامه اتفاق نظر دارند. همین طور در صورت مشکوک الحصول بودن معلق علیه در وقف، عقد باطل است، لیکن اگر وقف بر امر حاصلی معلق گردد، موجب بطلان آن نمی‌شود. همین حکم را امام خمینی چنین بیان داشته است: «در صحت وقف بنا به احتیاط، تنجیز، شرط است، پس اگر واقف تحقق وقف را بر امر متوقع الحصول (مثل آمدن زید) یا بر امری که یقیناً حاصل می‌شود (مثال: وقف کردم اگر اول ماه بیاید) معلق کند، عقد وقف احتیاطاً باطل است. ولی معلق کردن وقف بر امر حاصل، چه علم به حصول آن داشته یا نداشته باشد، اشکالی ندارد، چنانچه واقف بگوید: «وقف کردم اگر امروز روز جمعه باشد، و آن روز، جمعه باشد.» (تحریر الوسیله، ۶۵/۲)

قانون مدنی، در مورد بطلان وقف معلق، ساکت است و تنجیز را شرط صحت وقف نمی‌داند، بنابراین تعلیق در منشأ عقد وقف، لطمه‌ای به صحت آن وارد نمی‌آورد. پس چنانچه وقف معلق بر موت واقف باشد، وقف صحیح است. چنانچه واقف بگوید: «خانه‌ام پس از وفاتم، وقف اولادم باشد» به محض وفات واقف، آن خانه موقوفه می‌شود، زیرا در واقع این عمل، وصیت بر وقف است، هر چند عنوان وقف معلق را نیز می‌تواند داشته باشد، زیرا پس از حصول معلق علیه (وفات واقف)، خانه، به عنوان

موقوفه به تصرف موقوفه‌علیهم در می‌آید.

۵. از دیدگاه قانون مجازات اسلامی، تنجیز در خصوص عفو یا گذشت متضرر از جرم که یک عمل حقوقی در زمره ایقاعات است، ضرورت دارد. ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در جرائمی که با گذشت متضرر از جرم، تعقیب یا رسیدگی یا اجرای حکم موقوف می‌گردد، گذشت باید منجز باشد و به گذشت مشروط و معلق، ترتیب اثر داده نخواهد شد...».

۶. در مورد طلاق، ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.» طلاق، همانند نکاح دارای اهمیت فردی و اجتماعی است، بنابراین قانون، استثنائاً، طلاق معلق را همانند نکاح معلق باطل اعلام کرده تا از قطع علقه زوجیت و فروپاشی خانواده‌ها، جلوگیری به عمل آید. لذا مدرک بطلان طلاق معلق را روایتی از امام جعفر صادق (ع) ذکر کرده‌اند: «لا یقع الطلاق المعلق علی شرط» (نوری، ۶/۳). با وجود این، شیخ انصاری چنان که شرح داده شد) از قول شهید در مبحث صحت تعلیق بر واقع می‌گوید: «اگر مردی درباره همسرش بگوید: «ان کانت زوجتی فهی طالق» این نوع تعلیق باطل نیست و طلاق واقع می‌شود زیرا در حقیقت، تعلیق طلاق بر زوجیت از قبیل تعلیق بر واقع است نه آن که وقوع بر آن معلق شده باشد.» ولی نظر شخصی شیخ بر بطلان چنین طلاقی است. این بزرگوار در جای دیگری از بحث تعلیق می‌فرماید: «اصل در طلاق زن مشکوک الزوجیت، عدم وقوع طلاق است، زیرا در این نوع ایقاع، جزم و قطع در حال ایقاع وجود ندارد.» (انصاری، صص ۱۰۰ و ۱۴۲). قانون مدنی نیز از این جا طلاق معلق به شرط را قطع نظر از نوع شرط، باطل اعلام کرده است.

۷. در مواردی که انجام معلق علیه غیر مقدور یا نامشروع باشد، همچنین اگر انجام معلق علیه بر خلاف اخلاق حسنه باشد و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب شود، عقد باطل خواهد بود.

طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرطی که انجام آن غیر مقدور یا نامشروع باشد چنانچه در عقد مندرج شود موجب بطلان نیست، بلکه شرط، خود باطل است. به عبارت اخری، عقد مشروط بر شرط باطل، صحیح است زیرا شرط یک تعهد فرعی است که در کنار تعهد اصلی عقد قرار می‌گیرد. ولی اگر حصول با ایجاد تعهد اصلی وابسته و منوط به شرط کذایی (غیر مقدور یا نامشروع یا برخلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی) باشد و در واقع تشکیل عقد، معلق بر حصول یا ایجاد چنان شرطی باشد، عقد باطل می‌باشد. پس اگر عاقد بگوید: «اتومبیل را به تو فروختم در مقابل ثمن معین به شرطی که یک کیلو مواد مخدر به من بفروشی»، اگر عقد مشروط باشد، با عدم انجام شرط، لطمه‌ای به صحت عقد، وارد نمی‌آید و صرفاً شرط به علت نامشروع بودن باطل است. ولی اگر تلفظ عقد مزبور بر وجه عقد معلق صورت پذیرد به نحوی که قبل از معامله مواد مخدر، عقد بیع اتومبیل، واقع نگردد، در این صورت، عقد، باطل و بلا اثر خواهد بود.

پر واضح است، عقدی هم که بر شرط خلاف مقتضای آن معلق باشد یا عقدی که بر شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین باشد معلق گردد، موجب بطلان می‌باشد (مستفاد از ماده ۲۳۳ قانون مدنی). همچنین، عمل حقوقی معلق بر تحقق امری را که زمان وقوع آن مجهول باشد، همانند بطلان عقد خیار به دلیل مجهول بودن مدت خیار شرط، می‌توان باطل دانست (مستفاد از ماده ۴۰۱ قانون مدنی)

۸. چنان که پیش از این بیان گردید، فقهای امامیه، تعلیق بر مشیت معامل یا متعامل را نیز باطل می‌دانند. در حقوق فرانسه نیز تعلیق بر مشیت مدیون یا متعهد باطل است، مثلاً اگر بایع بگوید: «اتومبیل را به فلان مبلغ به تو فروختم اگر بخواهم» و مشتری بپذیرد، عقد باطل است. همچنین اگر متعهد بگوید: «تعهد می‌کنم در برابر دریافت فلان مبلغ ساختمانی را با فلان مشخصات احداث نمایم به شرط این که بخواهم» قرارداد و تعهد باطل است، زیرا در اینگونه شروط، قصد انشاء وجود ندارد، پس تعهد به وجود نمی‌آورد. (کولن و کاپیتان، ۱۶۸۴/۲؛ فرانسوا تره، ۹۰۲)

شیخ مرتضیٰ انصاری نیز از قول علامه، تعلیق بر مشیت را به دو دلیل باطل می‌داند: «یکی اینکه، به ثبوت و اصل وجود مشیت، جهل داشته و ندانیم طرف مقابل خواستار آن هست یا خیر. دیگر اینکه، به فرض که مشیت ثابت باشد، معلوم نیست تا انتهای عقد باقی و مستمر باشد.» شهید اول نیز در قواعد از علامه تبعیت کرده و عقد معلق بر مشیت را باطل دانسته است. دلیل وی بر بطلان چنین عقدی، نبود «رضا» به دلیل نبود جزم و مآلاً عدم انتقال می‌باشد. چنان که قبلاً بیان گردید، شهید اول فرموده است: «انَّ الانتقال بحکم الرضا و لا رضا الأ مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق.» (مکاسب، ۹۹)

ب) مصادیق صحّت اعمال حقوقی معلق

ماده ۱۸۹ قانون مدنی، در خصوص صحت اعمال حقوقی و تعهدات تعلیقی حکم عام صادر نموده و لیکن در برخی موارد (به شرحی که ملاحظه شد)، تعدادی از عقود و ایقاعات معلقه را به حکم خاص باطل اعلام کرده است. با وجود این، بطلان قانونی برخی از اعمال حقوقی و تعهدات تعلیقی، تزلزلی در حکم ماده ۱۸۹ قانون مدنی ایجاد نمی‌کند. این است که حتی در مواردی که عقد یا ایقاع معلق صریحاً باطل اعلام شده، التزامات معلقه، صحیح و نافذ قلمداد گردیده است. نمونه‌هایی از صحت التزامات معلقه - از جمله در مورد عقد ضمان (مواد ۶۹۹، ۷۰۰ و ۷۲۳ قانون مدنی) - را پیش از این ملاحظه نمودیم. افزون بر آن، در قانون مدنی و قانون تجارت، مصادیقی از صحّت اعمال حقوقی معلق به چشم می‌خورد:

۱. در مورد وصیت تملیکی (ماده ۸۲۶ به بعد قانون مدنی)، تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود، بلکه مالکیت موصی له بر موصی به، معلق است بر وفات موصی و قبول موصی له. در واقع، در هر وصیت تملیکی دو وضع تعلیق وجود دارد: یکی تعلیق در حدوث ملک، دیگری تعلیق در بقای ملک. در وضع اول، موصی له بر

موصی به، موقعی سلطه پیدا می‌کند که موصی وفات کند؛ یعنی حدوث ملکیت، معلق بر وفات موصی است. در وضع دوم (تعلیق در بقای ملک)، بقای سلطه موصی له بر موصی به، معلق بر عدم ردّ وصیت از سوی موصی له می‌باشد. در بیع شرط هم چنین وضعی موجود است؛ یعنی بقای مبیع شرطی در ملکیت مشتری در خارج از موعد اختیار، معلق بر عدم اعمال اختیار است.

۲. در معامله فضولی (ماده ۲۴۷ به بعد قانون مدنی)، چنانچه فضول، مال غیر را به شخص ثالثی منتقل کند، نفوذ و صحت عقد، معلق بر اجازه و قبول مالک یا قائم مقام اوست. در واقع، در معامله فضولی، فضول از سوی غیر (مالک)، قصد انشای معامله را می‌نماید و جایگزین شدن قصد فضول بر قصد غیر، موقوف و معلق بر رضای غیر (مالک) می‌باشد. همچنین، وفق ماده ۲۵۵ قانون مدنی: «هرگاه کسی نسبت به مالی معامله به عنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال، ملک معامله کننده بوده یا ملک کسی بوده است که معامله کننده می‌توانسته است از قبیل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید، در این صورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازه معامل است و الاً معامله باطل خواهد بود.» البته، این معامله را نمی‌توان در عداد معاملات «فضولی» به معنی اخصّ کلمه درآورد، زیرا مالک یا نماینده مالک خود شخصاً متصدی عقد است و قصد انشاء می‌کند و رضا نیز دارد. با توجه به این که رضای حاصل عاقد با توجه به مالکیت خود یا سمت قائم مقامی خود از سوی مالک (خود) به آن عقد رضا بدهد. البته، نظر قانونی مدنی در مورد ماده ۲۵۵، نظر اقلیتی از فقهاست (انصاری، ۱۴۱) ولی نظر اکثریت فقها (انصاری و نیز نائینی، ۲۷۴/۱) در معامله مزبور نفوذ عقد است، زیرا در عقد مذکور، هم قصد وجود داشته و هم رضا و جهل عاقد بر سمت خود (مالکیت، قائم مقامی) سبب عدم نفوذ آن نمی‌شود.

به هر حال، ماهیت وصیت و عقد فضولی با دیگر عقود و قراردادهای معلق متفاوت است، زیرا تعلیق در طبیعت وصیت و عقد فضولی قرار دارد و این دو نهاد از

سوی شارع مقدس به صورت معلق تأسیس شده‌اند و چنانچه معلق نباشند، عنوان وصیت یا معامله فضولی را پیدا نمی‌کنند.

۳. در معامله مبتنی بر اکراه (مواد ۱۹۹ - ۲۰۳ قانون مدنی) نفوذ و صحت معامله، معلق و موقوف بر امضا و تنفیذ مکره پس از رفع اکراه می‌باشد (ماده ۲۰۹ قانون مدنی). اکراه اگر به تشخیص عرف، از درجه شدید باشد، تأثیر منفی بر روی قصد می‌گذارد و آن را زائل می‌کند و پس از رفع اکراه، رضای مکره، تأثیری در وقوع عقد نخواهد داشت. مثلاً رضای حاصل در اثر شکنجه، موجب زوال قصد و مآلاً بطلان عقد می‌باشد. با توجه به اینکه اکراه، عبارت است از تهدید بر جان یا مال یا ناموس شخص یا اقوام نزدیک او به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد (ماده ۲۰۲ و ۲۰۴ قانون مدنی)، برخی از فقها وجود قصد را در عقد مکره مطلقاً مورد تردید قرار داده و عقد مکره را قابل اصلاح و تنفیذ نمی‌دانند (محقق اردبیلی، صص ۲۳ - ۲۴). لیکن، قانون مدنی با تفویض تشخیص درجه اکراه به عرف، آن را قابل اصلاح و تنفیذ می‌داند و در نتیجه از دیدگاه قانون مدنی، اثر عقد مکره، موقوف و معلق بر اجازه مکره، پس از رفع اکراه می‌باشد.

۴. در مورد اشتباه در خود موضوع معامله یا شخص طرف معامله که علت عمده عقد نیست (مواد ۱۹۹، ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون مدنی) اگر بر عدم نفوذ معامله معتقد باشیم، صحت و نفوذ معامله، معلق بر تنفیذ و رضای بعدی اشتباه کننده خواهد بود.

۵. در تمام مواردی که عقد به عللی غیرنافذ است (مثال ماده ۲۱۳ قانون مدنی)، فقها آن را اصطلاحاً «عقد موقوف» می‌نامند، زیرا نفوذ چنین عقودی موقوف و معلق به اجازه قائم مقام قانونی است.

۶. در بیع شرط یا بیع خیار (ماده ۴۵۸ به بعد قانون مدنی)، اگر چه مبیع به مجرد عقد به ملکیت مشتری در می‌آید (المبیع یملک بالعقد)، لیکن با توجه به حق فسخ موجود، بیع مزبور در حقیقت امر، می‌تواند به عبارتی از مصادیق بیع معلق باشد؛

زیرا شرط خیار فسخ بیع، معامله را متزلزل می‌نماید و مادامی که مدت معین برای فسخ منقضی نشده، این تزلزل وجود خواهد داشت. در واقع، مالکیت قطعی خریدار در چنین معامله‌ای معلق بر انقضای مدت خیار، یا انصراف من له الخیار از حق فسخ می‌باشد. تنها فرقی که می‌توان بین بیع شرط و عقد معلق به معنی اخص کلمه قائل شد، این است که مالکیت در بیع شرط از زمان عقد می‌باشد، حال آن که در بیع معلق، مالکیت ممکن است از زمان تحقق معلق علیه باشد یا از زمان عقد.

۷. در جعاله - اعم از عام (ایقاع) یا خاص (عقد جایز) - التزام جاعل به ادای جُعَل (اجرت) در حق عامل، معلق به انجام مورد جعاله می‌باشد. تعلیق موجود در جعاله در ماده ۵۶۷ قانون مدنی، معنی پیدا می‌کند: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد.»

۸. در مورد دلالی، ماده ۳۵۰ قانون تجارت، حکمی دارد که نشانگر پذیرش معاملات تعلیقی است: «هرگاه معامله، مشروط به شرط تعلیقی باشد، دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود.» با توجه به اینکه طبق مقررات قانون تجارت، دلال نمی‌تواند حق دلالی را مطالبه کند، مگر در صورتی که معامله به وساطت او تمام شده باشد، و اگر معامله معلق باشد، پس از تحقق معلق علیه (شرط)، معامله تمام و کامل می‌شود، لذا قانون تجارت، شرط مطالبه اجرت را از سوی دلال، حصول معلق علیه اعلام داشته است. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که قانون تجارت نیز، معاملات تجاری تعلیقی را صریحاً پذیرفته است.

۹. گاهی تعهدات فرعی موجود در بطن عقود نیز معلق به اموری می‌شوند که در صورت تحقق آن، تعهد اجرا می‌شود، بدون آن که به اصل عقد لطمه وارد شود: نخست، در آغاز عقد نکاح، زوجه می‌تواند با استفاده از حق حبس خود، تمکین از زوج را معلق به دریافت مهر خود نماید؛ همچنان که زوج می‌تواند پرداخت نفقه را معلق به تمکین زوجه کند. دوم، در تعهدات به نفع شخص ثالث، اجرای تعهد می‌تواند

معلق بر امر احتمالی باشد، مثلاً در قرارداد بیمه عمر، تعهد بیمه‌گر بر پرداخت مبلغ مورد تعهد در حق افراد مذکور در قرارداد، معلق بر وفات بیمه شده می‌باشد. بیمه عمر، عقد معلق است که در آن، تعهد بیمه‌گر همیشه، تعلیقی است. سوم، در عقد ودیعه با توجه به ویژگی اذنی عهدی آن، اجرای تعهدات مستودع، معلق به تسلیم مال ودعی از سوی مودع به مستودع است. همچنان که در عقد عاریه، اجرای تعهدات مستعیر موقوف و معلق بر قبض مورد عاریه می‌باشد. نیز در عقد اجاره، قرض و قراردادهای حمل و نقل، اجرای تعهد، معلق بر قبض است.

در تمام مواردی که تعلیق در بطن عقد قرار دارد، عقد، سبب ایجاد تعهد است و حصول یا تحقق معلق علیه، شرط تحقق تعهد می‌باشد. مثلاً در عقد نکاح، سبب ایجاد تعهد زوج بر انفاق زوجه، عقد نکاح است و تمکین زوجه، شرط اجرای تعهد (انفاق) می‌باشد. و یا در عقود ودیعه و عاریه، سبب ایجاد تعهد امین (مستودع و مستعیر) مبنی بر حفاظت از مال ودعی یا عین معاره، عقد است نه قبض مورد امانت؛ و تسلیم مورد ودیعه یا عاریه، شرط تحقق تعهد امین می‌باشد، و در واقع عقود ودیعه و عاریه با ایجاب و قبول دال بر اعلام اراده انشایی از سوی طرفین، منعقد می‌شود و لیکن ایجاد تعهدات طرفین، معلق بر حصول شرط (قبض مورد امانت) می‌باشد.

از این قرار، تعلیق در مورد عقد ضمان (تعلیق ضمان به شرایط صحت آن و تعلیق به التزام ادای دین دیگری ضمن عقد لازم: مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی)، وصیت تملیکی، عقد فضولی، عقد مکره، مشتبّه، تمام عقود غیرنافذ و نیز در مورد بیع شرط، جعاله و دلالی (ماده ۳۵۰ قانون تجارت) مصداق پیدا می‌کند. نیز چنان که به تفصیل سخن رفت، به طور کلی، تعلیق بر شرایط صحت عقد و تعلیق بر امر معلوم الحصول و متضمن منفعت عقلایی، موجب بطلان نمی‌شود (نائینی، ۱۱۳/۱).

علاوه بر موارد مذکور، قانون مدنی، به استثنای مورد طلاق، ایقاعات معلقه را نیز صحیح می‌داند و بطلان هر ایقاع معلق از نظر قانون مدنی، به دلیل خاص نیاز دارد.

لیکن، فقهای که بر بطلان عقود معلق اعتقاد داشتند، چون ایقاع را ضعیف‌تر از عقد می‌دیدند، تعلیق در ایقاعات را نیز به طریق اولی سبب بطلان آن می‌دانستند (انصاری، ۱۴۲). بنابراین، اجازه عقد فضولی را که ایقاع می‌باشد در صورتی که به طور معلق داده می‌شد، باطل اعلام داشته‌اند (نائینی، ۲۷۸/۱).

با وجود این، از دیدگاه حقوق مدنی ایران و با توجه به عرف و عادت، ایقاع معلق، صحیح می‌باشد. مثلاً هدایایی که پس از خواستگاری و قبل از ازدواج داده می‌شود، در صورت به هم خوردن نامزدی قابل استرداد می‌باشد: «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند (ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی). با توجه به اینکه عمل اعطای هدایا، هبه محسوب نمی‌شود، زیرا به قبول هدیه گیرنده نیاز ندارد تا معنی عقد به خود گیرد، بلکه نوعی ایقاع می‌باشد و علاوه بر آن با عنایت به این که تملیک هدایا، در دوران نامزدی مستنداً به ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی تملیک منجز به شمار نمی‌آید و بلکه تملیک هدایا بر وقوع عقد ازدواج معلق است و به همین جهت به محض این که عقد ازدواج تشکیل نشود، هدایا قابل استرداد می‌باشد، و به همین دلیل چنانچه در دوران نامزدی، زوج به زوجه آینده هدایایی بدهد، مالکیت زوجه آینده بر هدایای مذکور، معلق و موقوف بر تحقق عقد نکاح خواهد بود. بدین ترتیب، هدیه گیرنده مزبور چون خود را مالک هدیه نمی‌داند (مگر پس از عقد ازدواج)، در صورت انحلال نامزدی، ملزم است هدیه را به زوج برگرداند. بنابراین، دادن هدیه در زمان نامزدی، یک ایقاع معلق است، زیرا اگر منجز بود، پس از هدیه، مورد هدیه به ملکیت زوجه آینده در می‌آمد و در صورت به هم خوردن وصلت، زوج می‌بایست، ایقاع را فسخ و هدایا را مطالبه می‌کرد و تا زمانی که فسخ نکرده، هدایا در ملکیت زوجه آینده باقی می‌ماند و حال آنکه ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی و منطق عرف، مالکیت هدیه گیرنده را بر هدایا متزلزل و معلق می‌داند و این نوع تعلیق موجب بطلان آن نمی‌باشد. البته، به تعبیر دیگر،

اعطای هدایا در دوران نامزدی را می‌توان از لحاظ حقوقی، عقد هبه معلقه محسوب کرد که در آن تعلیق به شرط فاسخ باشد. بدین معنا، در فرض مزبور مالکیت هدیه گیرنده بر مورد هدیه معلق است، و در صورت تحقق شرط فاسخ، یعنی به هم خوردن وصلت، عقد هبه هدایا منفسخ گشته و علقه مالکیت هدیه گیرنده از هدیه قطع، و وی ملزم به استرداد هدیه می‌باشد.

نتیجه

با توجه به عقیده فقهای متقدم در بطلان عقد معلق و پاسخ به ادله استنادی آنان، تعلیق در انشای اعمال حقوقی را از تعلیق در منشأ، جدا نموده، گفته شد که تعلیق در انشاء باطل و تعلیق در منشأ صحیح است.

در حالت «تعلیق در انشاء»، قصد انشاء معلق است، به نحوی که تحقق ماهیت عقد، به تحقق شرط (معلق علیه) وابسته و منوط گردد؛ مثل اینکه در عقد بیع، عاقد، نقل و انتقال مال را معلق به حصول شرط نماید؛ ولی در «تعلیق در منشأ»، عاقد، عقد را انشاء می‌کند به نحوی که اثر و نتیجه انشاء پس از تحقق شرط (معلق علیه) حاصل شود. مثلاً در عقد بیع، قصد انشاء عقد (نقل و انتقال) منجز است، لیکن، اثر و نتیجه انشاء و نقل و انتقال که همانا ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع است، معلق به حصول شرط می‌باشد. در واقع، در حالت تعلیق در منشأ، همان طور که شیخ انصاری فرمودند، ملکیت معلقه، به طور منجز انشاء می‌شود، زیرا «ملکیت بر دو قسم است: ملکیت منجز که اثر عقد منجز است و ملکیت معلق که اثر عقد معلق می‌باشد، و این دو نوع ملکیت بلافاصله بعد از عقد حاصل می‌شوند.» (انصاری، ۱۰۰؛ میرفتاح، ۳۳۵).

از تفکیک انشاء از منشأ و ملکیت معلقه، برخی از حقوقدانان فرانسوی نیز مباحثی را به میان آورده و در نهایت آن را پذیرفته‌اند (پلانیول وریپر، ۱۰۳۲/۷؛ آلن بنابن، ۲۱۱). پس، این نکته که تعلیق در انشاء عقد را باطل می‌نماید و لیکن تعلیق در منشأ

موجب بطلان نمی‌باشد، از نظر فقهی کاملاً صحیح و مطلوب است. لیکن از دیدگاه حقوقی و عرفی می‌توان گفت، تعلیق در انشاء نیز صحیح است (حکیم، ۱۰۸/۱ - ۱۰۹؛ امامی، ۱۳۱/۱؛ لنگرودی، مسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱ و ۶۸۷/۲ و ۱۲۹۳) زیرا از طرفی بهترین دلیل بر امکان موجودیت هر شیء، وقوع آن شیء است چون اگر وجود شیئی محال بود، صورت خارجی نمی‌گرفت و بدین لحاظ، عرف و منطق اجتماع، عقد معلق را در مجموع صحیح می‌دانند. از طرف دیگر، از منظر حقوقی، عقود بر دو قسمند: عقودی که بر اساس «فقه» موجودیت یافته‌اند و معنون به عنوان خاصی می‌باشند، مانند بیع، اجاره ... که اصطلاحاً «عقود معین» نامیده می‌شود؛ و عقودی که در فقه سابقه ندارند که «عقود غیر معین» (مستحدثه) خوانده می‌شود. ماده ۱۰ قانون مدنی، عقود غیر معین را تحت عنوان «قراردادهای خصوصی» (چنانچه خلاف صریح قانون نباشند و حلالی را حرام یا حرامی را حلال ننمایند). نافذ و صحیح اعلام کرده است. پس اگر مثلاً تعلیق عقد بیع، در انشاء آن باشد، عقد بیع، باطل است ولی در اثر تراضی و توافق طرفین، عقد بی‌عنوان و غیر معینی (قرارداد) به وجود آمده که مستنداً به آن، بایع، مالکیت مبیع را برای مشتری پس از تحقق شرط (معلق علیه) پذیرفته است. چنین عقد یا قراردادی، چرا باید باطل باشد؟ لذا اگر بایع به مشتری اعلام دارد که زمینش را در مقابل ثمن معینی به او انتقال داد به شرطی که مشتری تشریفات اداری و ثبتی را انجام و سند رسمی مالکیت زمین را به نام بایع اخذ کند؛ مشتری پس از انجام شرط و اخذ سند، در نفس امر، مالک زمین است، لیکن بایع از مجرای رسمی (حضور در دفترخانه اسناد رسمی) زمین را به او انتقال دهد. در غیر این صورت، مشتری می‌تواند با رجوع به مرجع قضایی، الزام بایع را به انتقال رسمی مورد بیع از دادگاه تقاضا کند و دادگاه بایع را محکوم و ملزم به انتقال رسمی مبیع به مشتری خواهد نمود، وگرنه به استناد «الحاکم ولی الممتنع» و مقررات قانونی، دادگاه رأساً نسبت به انتقال رسمی مبیع (زمین) به مشتری اقدام می‌نماید.

به دیگر سخن، می‌توان گفت در تعلیق در انشاء عقد معین، ماهیت آن عقد، انشاء نمی‌شود، لیکن عاقد تعهدی می‌کند که مستنداً به ماده ۱۰ قانون مدنی، ملتزم و متعهد می‌شود پس از تحقق معلق علیه، عقد مورد نظر را انشاء کند و در صورت تخلف، متعهد له می‌تواند او را الزام نماید. پس، اگر کسی بخواهد خانه‌اش را به دیگری بفروشد و بگوید: «خانه‌ام را به شما به قیمت فلان فروختم، چنانچه طلبم را از آقای فلان بستانی»؛ اگر قصد فروشنده این باشد که پس از اخذ طلب، خریدار مالک خانه گردد، در اینجا تعلیق در منشأ مصداق دارد و عقد بیع به طور صحیح تشکیل شده زیرا عاقد مالکیت معلقه خانه را تملیک کرده و پس از اجرای شرط، مالکیت برای مشتری حاصل می‌شود. لیکن، اگر قصد فروشنده تعلیق در انشاء ماهیت عقد بیع بوده، چون فعلاً عقد بیع انشاء نشده لذا بیع باطل است، ولی عمل حقوقی باطل نیست، زیرا این نوع تعلیق در انشاء، قراردادی است که بر اساس آن فروشنده قصد می‌کند و ملتزم می‌شود در صورت انجام شرط از طرف خریدار، خانه را به او انتقال دهد؛ و قطع نظر از اینکه قانون مدنی تعلیق در تعهد را که نوعی عمل حقوقی است باطل نمی‌داند (ماده ۷۲۳)، تعلیق در تعهدات مستنداً به عموماًت فقهی، مانند «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»، ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح است و عرف مرسوم میان مردم نیز صحت آن را می‌پذیرد. لذا در صورت انجام شرط، از سوی مشتری، متعهد باید به تعهد خود مبنی بر وقوع عقد بیع و انتقال مالکیت خانه اقدام کند.

از این قرار، تعلیق در اعمال حقوقی و تعهدات، از لحاظ حقوقی صحیح می‌باشد و قوانین دیگر کشورها نیز بدون تفکیک انشاء از منشأ بر آن صحه نهاده و حتی در مورد آثار تعلیق از کشف و نقل نیز، قوانین مدنی فرانسه، سوئیس و آلمان دارای احکام خاص می‌باشند (ماده ۱۱۷۹ قانونی مدنی فرانسه؛ مواد ۱۵۱ و ۱۵۴ قانون تعهدات سوئیس و ماده ۱۵۸ قانون مدنی آلمان). قانون مدنی ایران، اصل حاکمیت اراده و آزادی تشکیل قراردادها را در ماده ۱۰ پذیرفته است، که به موجب آن قراردادهای خصوصی

نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. در هیچ جای قانون مدنی، نه صریحاً و نه ضمناً، ذکری از بطلان کلی عقد یا تعهد معلق نشده است. علاوه بر آن، اگر تنجیز شرط صحت عقد بود، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط صحت عقود به طور کلی ذکر شده، می‌باید، تنجیز نیز ذکر می‌گردید. حال آنکه، در ماده ۱۸۴ قانون مدنی عقود و معاملات معلقه در عداد دیگر عقود و تعهدات صحیحه قرار گرفته است. اگر عقد معلق باطل بود، ذکر آن در ردیف عقود صحیح در ماده ۱۸۴ بی‌معنا می‌نمود. ماده ۱۸۹ قانون مدنی هم که عقد منجز و معلق را تعریف نموده است، دلیل دیگر بر صحت و پذیرش عقد معلق از سوی قانون‌گذار است.

همچنین، نافذ شناختن «التزام معلق»، به تأدیة دین دیگری از سوی قانون مدنی (ماده ۶۹۹ و ۷۲۳)، مؤید صحت تعهد تعلیقی است.

خلاصه آن که، مشهور بین اکثر فقهای امامیه، تعلیق در عقود و ایقاعات جایز نیست؛ ولی فحول فقهای امامیه (انصاری، ۱۰۰؛ میرفتاح، ۳۳۵/۲؛ نائینی، ۱۱۳/۱؛ حکیم، ۱۰۸/۱ - ۱۰۹) و عموم استادان و مؤلفان حقوق مدنی (امامی، ۱۶۳/۱؛ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ۵۹/۱؛ عدل، ۱۱۱؛ عبده، ۱۵۴؛ لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۱۱۹؛ صفائی، ۲۷) و رویه قضایی ایران (دادنامه شماره ۳/۷۴۴ - ۷۱/۱۱/۱۹ ش ۳ دیوان کشور، بازگیر، ۶۳)، و بخصوص قانونی مدنی، بر اعمال حقوقی و تعهدات معلقه (تعلیق در منشأ) صحه گذاشته‌اند. نگارنده نیز صحت عقود و ایقاعات و التزامات معلقه را تأیید می‌نماید. لیکن، در موارد استثنایی، از جمله ضمان (ماده ۶۹۹ قانون مدنی)، نکاح (ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی)، طلاق (ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی)، اقرار (ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی)، رد ترکه (ماده ۲۴۹ قانون امور حسبی)، وکالت و وقف (حلی، ج ۲، کتاب وکالت؛ نجفی، ۳۵۲/۲؛ و ۵۴/۲۸)، تنجیز شرط صحت است و تعلیق در این گونه اعمال حقوقی موجب بطلان می‌باشد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم؛ *کفایة الاصول*، چاپ سنگی، بی تا.
- ابن قیم، شمس الدین ابو عبدالله محمد بن ابی بکر بن قیم جوزیه، *أعلام الموقعین*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳ م.
- امامی، حسن؛ *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ سوم، انتشارات اسلامیة، تهران، ۱۳۴۰.
- انصاری، مرتضی؛ *مکاسب*، انتشارات علامه، قم، ۱۳۶۷ ش.
- باز، سلیم؛ *شرح المجله*، المطبعة الادبیة، بیروت، ۱۹۲۳ م.
- بروجردی عبده، محمد؛ *حقوق مدنی*، انتشارات محمدعلی علمی، تهران، ۱۳۲۹.
- جعفری لنگرودی؛ *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، رساله دکتری، چاپ تهران، ۱۳۴۰.
- _____؛ *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۱ و ۲، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
- _____؛ *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج اول، تهران، ۱۳۵۷.
- حائری شاهباغ، علی؛ *شرح قانون مدنی*، ج ۷، چاپخانه آفتاب تهران.
- الحصری، احمد؛ *کتاب النکاح و القضاة المتعلقه به*، چاپ مصر، ۱۳۸۷ ق.
- حکیم، محسن؛ *نهج الفقاهة*، شرح بر مکاسب ج اول، چاپ نجف، ۱۳۷۱ ق.
- حلّی، حسن بن یوسف؛ *تذکره الفقهاء*، چاپ سنگی، ج ۲، بی تا.
- خمینی، (امام) روح الله؛ *البیع* (تقریرات محمد حسن قدیری)، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- _____؛ *تحریر الوسيلة*، ج ۲، چاپ تهران، ۱۳۶۶ ق.
- خوئی، ابوالقاسم؛ *مصباح الفقاهة*، ج ۳ فی المعاملات، چاپ قم، بی تا.
- رحیم، محمد حسین بن محمد؛ *فصول فی الاصول*، چاپ سنگی، بی تا.
- شهیدی، مهدی؛ *تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج اول، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷.
- طباطبایی حکیم، سید محسن؛ *مستمک العروة الوثقی*، احیاء التراث العربی، چاپ لبنان، بی تا.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ *حاشیة مکاسب*، چاپ سربی قم در دو مجلد، ۱۳۷۸ ق.
- _____؛ *عروة الوثقی*، ج ۲، چاپ تهران، ۱۳۷۷ ق.

- عدل، مصطفی؛ *حقوق مدنی*، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۴۲.
- عمید، موسی؛ *هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران*، انتشارات چاپخانه علمی تهران، ۱۳۴۲.
- کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج اول، انتشارات بهنشر، تهران، ۱۳۶۴.
- _____؛ *نظریه عمومی تعهدات*، نشر یلدا، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۴.
- مامقانی، عبدالله؛ *مناهی المتقین*، چاپ نجف، بی تا.
- محقق اردبیلی، شرح *ارشاد*، کتاب بیع، بی تا.
- مطهری، مرتضی؛ *بررسی فقهی مسئله بیعه*، تهران، ۱۳۶۱.
- میرفتاح؛ *العناوین*، ج ۲، چاپ قم، انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ *جامع الشتات*، شركة الرضوان، تهران، ۱۲۷۷ ق.
- نائینی، میرزا حسین؛ *منیة الطالب*، چاپ سنگی، ج اول، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۷۳ ق.
- نجفی، محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، متاجر و وکالت، ج ۲۵ و ۲۷.
- نوری، حسین بن محمد تقی؛ *مستدرک الوسائل*، مکتبه الاسلامیه، طهران، ۱۳۸۲ ق.
- G. Hubrecht, *Les notions essentielles de droit civil* 11^e édition, sirey 1977.
- Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, avec la collaboration de G. Gabolde, paris, 1945.
- Colin et capitant, *Traité de droit civil français*, refondu par Léon Julliot de la Morandière, prais, t. 2, 1959.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 20^e éd. Puf, paris, 1996.
- Bénabent Alain, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd. Montchrestien paris, 1997.
- Sériaux Alain, *Droit des obligations*, puf, 1^e éd. Paris, 1992.
- Terré francois, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6^e éd. Pari 1996.