

تعلیق در عقود از منظر فقه امامیه و قانون مدنی

امیرحسین یوسفی گرجی

آذر ۹۷

چکیده:

در فقه اسلامی برای رعایت نظم عمومی و جلوگیری از پیدایش هرج و مرج و بی نظمی در جامعه شرایط ویژه ای برای عقود و قراردادهای و روابط میان طرفین ذکر شده است که به دو بخش تقسیم میشود: شرایط عمومی و شرایط اختصاصی که از دیدگاه مشهور فقها تنجیز شرطی اساسی در صحت عقد و تعلیق موجب بطلان آن است. بطور کلی تعلیق یعنی اینکه وقوع چیزی وابسته به پیدایش مورد دیگری شود و تنجیز برخلاف تعلیق یعنی اینکه وقوع یک چیز وابسته به مورد دیگر نشود. در این مقاله سعی شده است که ابتدا روشن شود که اساساً تعلیق در عقود چه معنایی دارد و چگونه امکانپذیر است و پس از آن به بررسی ادله موافقین و مخالفین صحت اینگونه عقد در فقه و قانون مدنی و نحوه تصرفات از جانب طرفین عقد پیش و پس از وقوع امری که عقد به آن معلق شده است پرداخته شود و نهایتاً نتیجه گرفته شود که نظر کدام گروه صحیح است. زیرا با توجه به اینکه اینگونه عقود معلق در میان مردم رایج است و حتی گاهی بصورت روزمره بکار میرود، تعیین سرنوشت عقود معلق و مسائل جانبی این بحث نقش بسزایی در رفع اختلافات مردم دارد.

کلیدواژه: تعلیق، تنجیز، عقد، فقه، قانون مدنی، انشاء، منشاء

این جمله فراوان گفته و شنیده شده است که انسان موجودی است اجتماعی یعنی از تنهایی گریزان است، سعی در زندگی با بقیه افراد دارد و به دنبال این است که عمده نیازهای خود را به وسیله زندگی اجتماعی و از راه تعامل با دیگر هم‌نوعان خود برطرف کند. با توجه به اینکه هیچ فردی کاملاً مانند فرد دیگر نیست و بروز اختلافات و برخوردها در این گونه سبک زندگی گریزناپذیر است، از نخستین لحظه های زندگی اجتماعی، ضرورت قانون و قانونگذاری احساس شد و چه بسا اگر این نیاز درک نمیشد، ادامه حیات بشر با مشکل روبرو میشد و جهان را آشوب و ناآرامی فرا میگرفت. از اینرو تمدن‌ها و جوامع بشری اولیه در سرتاسر دنیا با توجه به این نیاز و بنا بر عرف، عقاید و آداب و رسومها قانونگذاری را آغاز کردند که بارزترین نمونه آن ستون سنگی حمورابی، پادشاه بابل (۱۷۵۰-۱۸۱۰ پیش از میلاد) است که در میدان اصلی پایتخت قرار داده شده بود تا تمام مردم از آن آگاه باشند. دین اسلام و تمدن اسلامی هم از این قاعده مستثنی نیست و به عنوان دینی که قرار است پیامبر آن آخرین فرستاده الهی باشد و خود این دین کامل کننده ادیان گذشته باشد و حجت را بر مردم تمام کند باید بر تمام جنبه های فردی و اجتماعی انسانها اشراف داشته باشد. از اینرو از همان ابتداء رشته ای به نام فقه تعریف شد و پیامبر اعظم (ص) و ائمه معصومین (علیهم السلام) اهتمام و تلاش ویژه ای برای تربیت شاگردانی در این زمینه داشتند تا نیازهای مردم در این زمینه برطرف شود، که شاهد آن سیره این بزرگواران در این مورد و احادیثی است که در مورد فقه گفته شده است. اما چیزی که باید در نظر داشت این است که دانش بشر پویا است و هیچگاه در نقطه ای متوقف نمیشود و همواره رو به جلو در حال حرکت است و به طور ناخودآگاه پویایی دانش سبب دگرگونی زندگی مردم شده، دگرگونی زندگی سبب دگرگونی روابط و مناسبات و تعامل انسانها با یکدیگر شده و دگرگونی روابط و مناسبات سبب دگرگونی اختلافات شده است. به عنوان نمونه در آغاز مبادله به صورت کالا به کالا بود، با اختراع سکه شکل مبادله هم تغییر کرد و امروزه نیز با تغییری دیگر گونه جدیدی از مبادله به صورت مبادله با ارزهای دیجیتال مانند بیت کوین^۱ و... صورت گرفته است و مسلماً آینده هم به اشکال دیگری انجام میشود. از اینرو می‌تواند که قوانین، متناسب با نیازهای روز

¹.Bitcoin

بروزرسانی شوند. شاید یکی از مهمترین بخشهای فقه و قانون مدنی و اگر نگوئیم مهمترین، بخش عقود است که به صورت روزانه با زندگی ما سروکار دارد. از خریدهای کوچکی که هرروز برای خوراک و پوشاک و حمل و نقل خود میکنیم تا عقود دیگری که انجام میدهیم. در فقه بصورت مجزاً بخشی برای عقود اختصاص داده نشده است و احکام عقود هر بخش در زیرمجموعه آن باب توضیح داده شده است. لذا این پراکندگی کار را برای پژوهشگری که میخواهد در این زمینه پژوهش کند و قانون مدنی را با فقه از این منظر مقایسه کند، دشوار میکند. موضوع مورد بحث در این مقاله ((تعلیق در عقود از منظر فقه امامیه و قانون مدنی)) است و تلاش شده که در آن ابتدا مفهوم تعلیق در عقود و پیمانها روشن شود، سپس نظر فقهای پیرو مذهب امامیه و حقوقدانان قانون مدنی بررسی شود که آیا تعلیق در عقود صحیح است؟ اگر صحیح است چگونه صورت میگیرد و چه آثاری بر آن مترتب میشود؟ و... همچنین در پایان نتیجه گیری صورت بگیرد که کدام نظر به حق نزدیک است. امید است این مقاله با وجود نقص و کاستی هایی که مطمئناً در آن وجود دارد کمکی هر چند ناچیز به مطالعه کنندگان بکند تا قدمی هرچند کوچک در این زمینه برداشته شود. چرا که به گفته ی امام باقر(ع): آنکه از شما شیعیان به دیگری علم آموزد، مزد او به مقدار مزد دانشجو است با قدری بیشتر. پس از دانشمندان دانش آموزید و آنرا به برادران دینی خود بیاموزید چنانچه دانشمندان به شما آموخته اند

۱.

فصل اول: مفاهیم

گفتار اول: مفاهیم لغوی

تعلیق: با بررسی واژه نامه های فارسی و کتب لغت عربی درمیابیم که تعلیق معانی گوناگونی دارد. ولی معنی اصلی آن که با شنیدنش به ذهن خطور میکند «توقف حصول امری بر وقوع امر دیگر» است. از اینرو بسیاری از دانشمندان علم اصول، (عَلِمَ به) را به (نَشِبَ به) تفسیر کرده اند. در نتیجه معنای لغوی واژه تعلیق متصل کردن چیزی به چیز دیگر و ایجاد ارتباط و وابستگی چیزی به چیز دیگر است. این مفهوم، به مفهوم فقهی تعلیق نزدیکتر مینماید.

عقد: عقد در لغت به معنی گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است^۲ و دارای دو معنی است: معنی مادی مانند گره زدن طناب و معنی معنوی مانند عقد ازدواج و غیره.

تنجیز: واژه تنجیز مصدر باب تفعیل در لغت این گونه معنی میشود: انجام کار، بجای آوردن خواسته، وفای به وعده، حاضر بودن و سرعت گرفتن در انجام کاری میباشد. در کتاب صحاح اللغه آمده است^۳: نَجَزَ الشَّيْءَ يَنْجِزُ نَجْزًا، کار، پایان یافت. در کلام عرب (نَجَزَ الْحَاجَةَ) یعنی خواسته را انجام داد، (نَجَزَ الْوَعْدَ) یعنی وفای به وعده کرد و (ناجز) به معنی حاضر است^۴. با توجه به مطالب یاد شده واژه تنجیز، مرتکب شدن کار غیر وابسته به کاری دیگر و یا مساله دیگر است که در کاربردهای دیگر مفاهیم متعددی دارد. برای همین داد و ستد ناجز یعنی داد و ستدی نقدی و بی مدت. و در عهد و پیمان یعنی وفای به آن بدون تاخیر و تعلل است. شاید علت اینکه فقها و اصولیون واژه تنجیز را در برابر تعلیق بکار برده اند مترادف بودن تنجیز و تعجیل در نزد عده ای است.

۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح العربیه، انتشارات دارالعلم للملایین، چاپ اول، بیروت، ۱۳۷۶ قمری، ج ۴، ص ۱۵۳۲
ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، انتشارات دار صادر، چاپ سوم، بیروت، ۱۴۱۴ قمری، ج ۴، ص ۴۰۹، ماده علق
زمخشری، ابوالقاسم، اساس البلاغه، انتشارات دارالکتب العلمیه، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۹ قمری، ج ۱، ص ۳۱۱، ماده علق
طریحی، شیخ فجر الدین، مجمع البحرین، انتشارات مرتضوی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۵ شمسی، ج ۳، ص ۲۳۱، ماده علق
معلوف، لوییس، المنجد فی اللغه، المطبعه الکاثولیکیه، چاپ ۱۹، بیروت، ۲۰۱۰ میلادی، ج ۱، ص ۵۲۶، ماده علق
سجادی، سید جعفر، فرهنگ معارف اسلامی، انتشارات کومش، ۱۳۷۳ شمسی.^۲

ج ۳، ص ۸۹۷، ماده نجز^۳

مجمع البحرین، ج ۴، ص ۲۷۱، ماده نجز^۴

انشاء: بر وزن افعال در لغت به معنی چیزی را هستی دادن و از حالت نیستی به هستی آوردن است. انشاء بسته به شرایط تقسیم بندیهای گوناگون دارد. مانند تقسیم آن به انشاء فعلی و قولی، تنجیزی و تعلیقی و خارجی و قلبی. مُنشاء: اسم مفعول بر وزن مُفَعَل، به اثر حاصل از قصد انشاء در اصطلاح منشاء میگویند مثلاً تملیک و تملک در عقد معوض.

گفتار دوم: مفاهیم اصطلاحی

عقد: در متون فقهی سه معنی برای عقد ذکر شده است: ۱. عقد به معنی عهد ۲. عقد به معنی پیمان موکد ۳. معامله ای که متوقف بر انشاء از دو طرف عقد است که گاهی اوقات از آن تعبیر به معاملات بالمعنی الاخص میکنند^۱. به طور کلی مشهور فقها ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد میدانند و اگر لفظ در میان نباشد میگویند تراضی حاصل است نه عقد. در مقابل این گروه قول غیر مشهور وجود دارد که میگوید اساساً لفظ ضرورت ندارد^۲. در اصطلاح حقوقی باید عقد را از دو جهت تعریف کرد: یکی از جهت تحلیلی و دیگری از حیث دامنه شمول. از جهت تحلیلی عقد دو معنی دارد: معنی مصدری و معنی محصولی (یا اسم مفعولی) که در قانون در هر دو معنی بکار رفته است. همچنین عقد از حیث دایره شمول دارای دو معنی اعم و اخص است.

الف. تعریف عقد در معنای مصدری^۳: ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران عقد را اینگونه تعریف میکند: عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. به این تعریف اشکالاتی وارد شده است^۴. بنابراین با لحاظ مقررات مربوط به تعریف مطلق عقد و تعریف هر یک از عقود و سایر مقررات راجع به معاملات، عقد را در معنی اعم مصدری که دربرگیرنده عقود معین و غیر معین است باید چنین تعریف کرد: عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی^۵.

طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن، المیسوط فی فقه الامامیه، انتشارات حیدریه، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ قمری، ج ۱، ص ۲۴۷^۱

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۰ شمسی، ج ۱، ص ۱۶۰^۲

عقد بیع در آیه (احل الله البیع و حرم الربا) در معنی مصدری بکار رفته زیرا احکام تکلیفی از جمله حلت و حرمت به فعل نسبت داده میشود نه به آنچه از فعل نتیجه میشود.^۳

امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۷۰ شمسی، ج ۱، ص ۱۶۰^۴

شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۲ شمسی، ص ۳۹^۵

ب. تعریف عقد در معنی اسم مفعولی: قانون، عقد را در این معنی تعریف نکرده است ولی در موارد متعددی این کلمه را در معنی محصول و نتیجه همکاری اراده دو طرف یعنی نتیجه عقد به معنی مصدري بکار برده است مانند مواد ۱۸۴ تا ۱۸۶ و ماده ۲۸۳ قانون مدنی.

پ. عقد در معنی اعم و اخص: عقد از حیث دایره فراگیری آن دارای دو معنی است: معنی اعم و اخص. عقد در معنی اعم، عقود معین و غیر معین را دربرمیگیرد ولی در معنی اخص منحصرأ شامل عقود معین میشود.

تعلیق و تنجیز: تعلیق به معنی وابسته کردن و منوط کردن امری به امر غیر قطعی و محتمل دیگر و تنجیز ضد آن و به معنی قطعی کردن امری آمده است. عقد وابسته به واقعه محتمل را عقد معلق و عقد غیر وابسته را عقد منجز گویند. وابسته کردن عقد به امر دیگر اصطلاحاً تعلیق (در برابر تنجیز) و به آن امر که امر به آن وابسته و معلق شده معلق علیه گفته میشود. ماده ۱۸۹ قانون مدنی چنین مقرر میدارد: عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امری دیگر نباشد و الا معلق خواهد بود.

انشاء: در معانی ذیل اصطلاحاً بیان شده: الف. در مقابل اخبار ب. موجودی را به وجود اعتباری آفریدن. انشاء را علمای اسلام مختلف تعریف کرده اند: شیخ مرتضی انصاری (ره) در کتاب مکاسب میگوید: انشاء لفظی است که موجد معنی در نفس الامر میباشد و حکایت از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا در خارج نمینماید تا قابل اتصاف به صدق و کذب باشد. پس اگر کسی بگوید این خانه را به من بفروش، این جمله انشاء موجد معنی طلب فروش خانه است ولی اگر بگوید پول ندارد احتمال میرود که خبر مزبور راست یا دروغ باشد. بعضی دیگر گفته اند انشاء لفظی است که دلالت بر اراده جدی و خواستن معنای مورد انشاء بنماید و در صورتی که لفظ در چنین موردی استفاده شود انشاء حقیقی است و الا مجازی است.^۱

منشاء: همان چیزی است که به وسیله انشاء اراده میشود و محصول آن است. بنابراین منشاء همان ماهیت حقوقی با عقد به معنای محصولی است که در عالم اعتبار ساخته میشود.^۲

^۱ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۴

^۲ شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۶۶

فصل دوم: تعلیق در اعمال حقوقی

گفتار اول: مفهوم تعلیق در عقد

هر عقدی دارای اثر خاصی است که هدف از انعقاد عقد و ایجاب و قبول، تحقق آن اثر است مثلاً در عقد اجاره هدف تملیک منفعت برای مدت معین در ازای اجرتی مشخص است. یا در عقد بیع هدف تملیک مال در مقابل عوض معلوم به دیگری است و... ولی طرفین عقد میتوانند بوسیله تعلیق پیدایش این اثر را مشروط به تحقق چیز دیگر بکنند مثلاً در عقد بیع فروشنده قصد فروش خود را دارد و به خریدار میگوید: خودرو خود را به شما فروختم اگر تا فردا برادرم به حسابم فلان مبلغ را واریز نکرد و خریدار هم بپذیرد. در این صورت عقد بیع به وجود آمده ولی اینگونه نیست که عقد فوراً اثر خود را بگذارد و انتقال انجام شود بلکه اثر عقد متوقف بر چیز دیگری است که در مثال ما واریز پول به حساب فروشنده است.

گفتار دوم: اقسام تعلیق

با مطالعه در کتب فقهی و حقوقی متوجه میشویم که تعلیق ق به دو صورت امکان پذیر است: ۱. تعلیق در انشاء ۲. تعلیق در منشاء که در ادامه به توضیح هر کدام میپردازیم.

بند اول: تعلیق در انشاء عقد:

از معانی که پیش از این برای انشاء ذکر کردیم متوجه میشویم که انشاء یعنی فعل ایجاد کردن عقد. پس وقتی انشاء عقد، معلق بر وقوع چیزی میشود منظور معلق کردن وقوع فعل عقد (همان ایجاب و قبول) بر محقق شدن آن چیز است.

بند دوم: تعلیق در منشاء عقد:

تعلیق در منشاء عقد یعنی دو طرف عقد، قصد انشاء عقد را دارند و فعل ایجاد آنرا انجام میدهند ولی با هم توافق میکنند که عقد، اثرگذاری خود را از زمان مشخصی آغاز کند که این زمان مشخص همان تحقق معلق علیه است.

بند سوم: تشخیص نوع تعلیق:

زمانی که گونه های مختلف تعلیق معرفی شد و معنی هر گونه گفته شد، نخستین سوالی که ممکن است به ذهنمان برسد این است که چگونه متوجه شویم که تعلیق موجود در عقد از کدام گونه تعلیق است؟ زیرا تشخیص گونه تعلیق و اینکه اراده طرفین تعلیق، در انشاء یا منشاء بوده است برای تعیین وضعیت عقد اهمیت اساسی دارد. نیت طرفین از قراین و شواهد و بطور معمول از الفاظ و کلماتی که به هنگام اظهار خواسته خود بکار میبرند، دانسته میشود. مثلاً در صورتی که نیت فروشنده و خریدار تعلیق در انشاء باشد معمولاً از صیغه مستقبل و اگر منظور این دو، تعلیق در منشاء باشد از صیغه ماضی در ابراز نیت خود استفاده میکنند. مثلاً در تعلیق منشاء مالک خودرو میگوید: خودرو خود را به مبلغ چهل میلیون تومان به تو فروختم اگر تا فردا برادرم به حساب من چهل میلیون تومان واریز نکند و خریدار قبول میکند ولی در تعلیق در انشاء فروشنده میگوید خودرو خود را به مبلغ چهل میلیون تومان به تو خواهم فروخت. علیرغم ظهور لفظ مستقبل در تعلیق در انشاء و ظهور لفظ ماضی در تعلیق در منشاء گاهی ممکن است از قراین معلوم شود که طرفین در استفاده از لفظ مستقبل، تعلیق در منشاء و از لفظ ماضی تعلیق در انشاء را اراده کرده اند که در اینصورت روشن است که وضعیت و سرنوشت عقد وابسته به منظور ایشان خواهد بود. سوال دیگری که به وجود میاید این است که اگر در مورد اختلاف میان طرفین از لفظ یا قراین دیگر نوع تعلیق مشخص نباشد، تعلیق در عقد باید به چه نوع تعلیقی حمل شود؟ برای حمل به یکی از دو نوع تعلیق باید به قواعد و اصول حقوقی متوسل شد و به نظر میاید که در این مورد، حکم به بطلان عقد داده میشود. زیرا همانطور که خواهد آمد تعلیق در انشاء به معنی فقدان قصد معامله و عدم تشکیل عقد است ولی در تعلیق در منشاء از حیث تعلیق، مانعی در تشکیل و اعتبار عقد پس از حصول معلق علیه وجود ندارد. لذا 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.

بند چهارم: تفاوت تعلیق و شرط:

تعلیق و شرط را نباید با هم اشتباه کرد. هرچند گاهی به تعلیق، شرط و به عقد معلق، عقد مشروط در معنی اعم گفته میشود. ولی باید دانست که میان مفهوم تعلیق و مفهوم آن در معنی اخص تفاوت اساسی وجود

دارد. تعلیق، موکول و وابسته کردن عقد به امر دیگری است، بطوریکه پیش از تحقق امر معلق علیه، عقد بوجود نیاید. در صورتیکه 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 آنرا نیز با خود بوجود میآورد. برای ارائه مفهوم تعلیق معمولاً از واژه اگر و برای مفهوم شرط از عبارت به شرط اینکه استفاده میشود. مثلاً در مقام مقایسه معنی جمله خانه ام را فروختم اگر ظرف یک سال برای من خانه بسازی با معنی جمله خانه ام را فروختم به شرط اینکه ظرف یک سال برای من خانه بسازی در صورتیکه شرط در معنی اخص بکار رفته باشد کاملاً متفاوت است و 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 به او فروخته میشود 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 حالیکه معنی جمله دوم این است که فروش خانه منوط به ساختن خانه برای فروشنده نیست و خرید 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 مراجع قضایی او را ملزم به ساخت خانه کند.¹

گفتار سوم: اعتبار عقد معلق

در مورد اینکه آیا عقد معلق معتبر است و اثر خود را میگذارد میان فقها و حقوقدانان اتفاق نظری وجود ندارد و هر گروه برای عقیده خود دلایلی را اقامه کرده که پس از بیان آرا به نقد آنها میپردازیم:

بند اول: تعلیق در عقود از منظر فقها:

در حقوق امامیه، بسیاری از فقها از جمله شرایط بیع را تنجیز شمرده اند و عقد معلق را چون این شرط در آن موجود نیست باطل میدانند و گروهی از فقهای معاصر از اینکه تعلیق برخی عقود جایز در کتب فقها باطل اعلام شده است به قیاس اولویت، بطلان عقد معلق را اجماعی دانسته اند و به این طریق استدلال کرده اند:

¹ شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۷۰

² تقریرات آیت الله پایانی، فخار طوسی، جواد، انتشارات غدیر، ۱۳۸۵، ج ۱۲، ص ۲۲۷

آنجا که تعلیق در عقد جایزی مثل وکالت که با هر لفظی دلالت بر اذن میکند مبطل آن است پس هرگاه در این عقد با توجه به جایز بودن آن تنجیز شرط بوده باشد، پس در عقود لازمه به طریق اولی چنین خواهد بود. از جمله بزرگانی که قایل به بطلان عقد معلق هستند علامه حلی در تذکره، شهید اول در قواعد، محقق کرکی در جامع و شهید ثانی در مسالک هستند. در ادامه به نقل دلایل این گروه و جواب از آنها میپردازیم:

۱- جزم در عقد معتبر است و تعلیق منافات با جزم دارد چنانچه محقق کرکی میگوید: «انه مناف للجزم حال الانشاء» و شهید اول میگوید: «الانتقال بحکم الرضاء و لا رضاء مع الجزم و الجزم ینافی التعلیق». و از این مجرا حکم به بطلان عقد معلق داده اند. ولی این گروه فروش کالا معلق بر مالکیت فروشنده را صحیح میدانند و علت آنرا علم فروشنده و مشتری به مالکیت کالا میدانند. پس ایشان مساله را تعمیم میدهند و تعلیق بر هر شرطی که تحققش معلوم باشد را معتبر میدانند ولی باید در نظر داشت که اینگونه تعلیق، تعلیق واقعی نیست. در مورد تنافی تعلیق با جزم، گروهی از فقها^۱ فقط آنرا ناظر بر شرط مجهول الحصول میدانند نه معلوم الحصول، پس تعلیق بر شرط معلوم الحصول را میپذیرند ولی همانطور که گفتیم چنین تعلیقی، تعلیق واقعی نیست. آنچه مورد پذیرش برخی فقهای معاصر و حقوقدانان قرار گرفته صحت عقد معلق با وجود تعلیق بر امر محتمل الوصول است. البته نظر مخالفی هم وجود دارد که جزم با هرگونه تعلیقی منافات دارد زیرا شرط مورد نظر حتی اگر هم معلوم الحصول باشد در معرض عدم حصول قرار دارد زیرا این امکان وجود دارد که تا قبل از تحقق شرط عالم هستی منقرض شود و چرخ هستی از چرخش بایستد.^۲

جواب: در پاسخ به هر دو گروه، چه آنهایی که عقد معلق به شرط محتمل الحصول را باطل میدانند و چه کلیه شروط اعم از محتمل الحصول و معلوم الحصول را باطل میدانند باید گفت: دلیل مزبور مثبت مدعا نمیشود زیرا اگر مقصود از جزم در عقد، جزم در انشاء باشد در مورد تعلیق به انشاء، جزم موجود است و ملکیت بر تقدیر امری جزماً انشاء میشود و اگر مقصود از جزم، جزم به حصول اثر عقد است در عقد معلق که انشاء کننده ملکیت را بر تقدیر امری تعلیق مینماید جزم به تحقق آنرا ندارد و چنین جزمی در عقد، لازم نمیشود. و آلا باید

محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، انتشارات آل النبیت، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۴ قمری، ج ۸، ص ۳۰۵^۱
شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، انتشارات بنیاد معارف اسلامی، چاپ سوم، قم، ۱۳۸۵ شمسی، ج ۵، ص ۲۷۶

شهید اول، القواعد و الفوائد، انتشارات مفید، چاپ اول، قم، ج ۱، ص ۶۵^۲

اولاً) در موردیکه بایع بگوید فروختم خانه را اگر ملک من است عقد نیز باطل باشد و حال آنکه این گروه قایل به بطلان این فرض نیستند.

ثانیاً) عقد معلق را باید فقط در موردی باطل بدانند که علم به حصول معلق علیه نباشد و حال آنکه اینان تنجیز را مطلقاً شرط صحت دانسته اند خواه متعاملین عالم به حصول معلق علیه باشند و خواه جاهل.^۱

۲- انشاء هرگز قابلیت تعلیق را ندارد چرا که انشاء به معنی ایجاد است و ایجاد از امور کشفی است و تعلیق در امور کشفی راه ندارد. در پاسخ به این گروه باید گفت: آنچه در عقد معلق تعلیق شده انشاء نیست که اشکال فوق به آن وارد شود بلکه این منشاء است که معلق شده است. شیخ مرتضی انصاری به این گروه پاسخ داده است^۲ و استدلال ایشان به این شکل است: مقصود گروه فوق به دو صورت قابل تصور است: الف) مراد از انشاء، مدلول کلام است. پس در این صورت شکی نیست که مدلول کلام یعنی دلالت تصویری الفاظ مستعمل در انشاء هرگز قابلیت تعلیق را ندارد. بطور کلی دلالت تصویری الفاظ حتی اگر از ناحیه فرد بیشعوری صادر شود نمیتواند معلق شود. بر فرض مثال نمیتوان لفظ آب را گفت و ایجاد تصور آب در ذهن را معلق بر امری کرد. برخلاف مدلول تصویری، مدلول تصدیقی یک کلام قابلیت تعلیق و تقیید دارد. مثلاً قید شعور و سایر قیود هم سنخ را در متکلم میتوان شرط تصدیق الفاظ مودعی دانست. ب) ممکن است بگوییم: مقصود، عدم امکان ایجاد ملکیت تقدیری است. اگر این امر مراد باشد، در حقیقت این گروه که دلیل فوق الذکر را اقامه کرده اند قایلند که انسان فقط توانایی ایجاد ملکیت خاصی تحت عنوان ملکیت مطلقه را دارد و از ایجاد ملکیت تقدیری که همان ثبوت ملکیت برای فرد مقابل در عقد معلق است ناتوان میباشد که این یک ادعای بی پایه و اساس است. اقوی دلیل لامکان شیء وقوعه بسیاری از احکام تکلیفی را داریم که وصف تقدیری بودن در آنها وجود دارد مثل واجب مشروط که وجوب عمل بر مکلف مقدر است بر تحقق شرط (حج که وجوبش مقدر است بر تحقق استطاعت)

^۱ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۸ و ۱۶۹

^۲ طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، انتشارات اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم، ۱۳۷۰ شمسی، ج ۱، ص ۱۹۸ و ۱۹۹

^۳ امامی، سید حسن، ج ۱، ص ۱۶۶

حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، قم، ج ۱، ص ۱۰۸ و ۱۰۹

^۴ انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ کنگره، ج ۳، ص ۱۳۰

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

الف) وجه اول این اشکال این است که چنین تعلیقی از تاثیر سبب(انشاء) ممانعت کرده و موجب تفکیک میان انشاء و منشاء میشود و طبق احکام عقود که رابطه سببیت میان انشاء و منشاء برقرار است، وقتی انشاء(سبب) بوجود بیاید، منشاء یا ماهیت اعتباری عقد(مسبب) نیز باید حاصل شود و هرگونه حیلولت میان این دو غیر ممکن است. امر مهمی در این خصوص مطرح است که آیا در عرصه اعتبار و ارزش ملزم به رعایت لزومات منطقی عالم حقیقت و واقعیت هستیم یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا میتوان کشفیات را به اعتباریات تسری داد؟ به طور کلی انسان دارای دو دسته از ادراکات است: یکی ادراکات حقیقی که با عالم کشف و هستی سروکار دارد و دیگری ادراکات اعتباری که ظرف آن عالم اعتبار از ناحیه شارع یا قانونگذار است. همانطوری که احکام این مدرکات تفاوت دارند، منطق و ملزومات این دو نیز منفک از یکدیگر است و به یک چوب راندن این مدرکات درست نیست. معظم استدالات علم اصول به آفت خلط اعتبار و حقیقت دچار است. این آفت، زاده تغافل در بازشناسی در بازشناسی احکام این دو است به عنوان نمونه هنگامیکه میگوییم فلانی مالک است، این یک حکم اعتباری است نه حقیقی یعنی فلانی مالک شمرده میشود یا محسوب میشود و این شارع است که شخص را مالک شناخته است. در اکثر احکام اعتباری این قید «شمرده میشود» یا «محسوب میشود» مورد بی توجهی قرار گرفته است و در نتیجه گهگاهی حکم حقیقی بر آن بار کرده اند نه اعتباری. منطق اعتباریات قواعد خاص خود را دارد و لزومی در تبعیت از منطق کشفیات وجود ندارد. مثلاً در عالم حقیقت، شرط باید مقدم بر مشروط باشد. با پیدایش سبب، مسبب هم بوجود بیاید و... ولی در اعتباریات لزومی در تقدم آنچه شرط شمرده میشود وجود ندارد و همچنین حیلولت بین آنچه که سبب شمرده میشود و آنچه که مسبب شمرده میشود محال نمیشد علت این عدم تبعیت که نمونه هایی از آن ذکر کردیم به نفس اعتبار برمیگردد. چرا که شارع خود چنین تقدم یا چنین حیلولتی را اعتبار کرده است و در اعتباریات نیز هدف، تامین غرض شارع است و بس. جهت روشن شدن اذهان چند نمونه میگوییم: شرط حرکت اجسام، وارد شدن نیرو در جهت جابجایی آنها است و

حرکت (مشروط) حاصل نمیشود مگر با اعمال نیرو (شرط) (البته در این مثال میتوان رابطه سبب و مسببی هم جاری کرد) ولی در اعتباریات لزوماً شرط مقدم بر مشروط نیست چنانچه در مورد زن مستحاضه میگوییم: روزه بگیرد و روزه اش صحیح است به شرط اینکه بعداً تطهیر کند که شرط موخر بر مشروط شد. نمونه دیگر: هر سببی در عالم مسببی دارد و ما به تعداد اسباب، مسببات داریم ولی در عالم اعتبار لزوماً اینگونه نیست. خواب، سبب وجوب وضو گرفتن برای نماز است، ادرار کردن هم سبب وضو است. اکنون اگر کسی هم خوابید و هم ادرار کرد نمیگوییم دو بار وضو بگیرد. پس از تعدد اسباب در عالم اعتبار لزوماً تعدد مسببات پدید نیاید. نظیر چنین بحثهایی را میتوان در بیع فضولی مطرح کرد که این نقطه نظر میتواند پایان دهنده اختلافات فقها و حقوقدانان در کاشفه یا ناقله بودن رضایت مالک باشد که تفصیل بیشتر مطلب در این مجال نمیگنجد. علامه طباطبایی در حاشیه ای که بر کفایه الاصول مرحوم آخوند خراسانی نگاشته است¹ سخن از خلط اعتبار و حقیقت کرده و آنرا سرمنشاء بسیاری از اشتباهات فقها و اصولیین دانسته است. به نظر میرسد جدای از بحث امکان یا عدم امکان تقارن و ملازمه منطقی حقیقت و اعتبار، اصولاً در عقد معلق که محل نزاع است، تفکیک سبب از مسبب صورت نگرفته است تا بخواهیم چنین شکافی را با طرح مطالب فوق رفو کنیم چراکه لحاظ انشاء بدون معلق علیه، صرفاً علت ناقصه ای است در تحقق مقتضای عقد و بدیهی است تا علت تامه محقق نشود، معلول که همان ماهیت اعتباری عقد است حاصل میشود. اگر بعد از معلق علیه در عقد معلق، در ایجاد مقتضای تاخیر ایجاد میشود میتوان گفت که تفکیک بین سبب و مسبب ایجاد شده و در نتیجه بحث تقارن و ملازمه پیش کشیده میشود.

ب) وجه دیگر اشکال این است که عقد مسبب است، وفای به اثر و نتیجه آن به مقتضای آیه «اوفوا بالعقود»² واجب است. پس تفکیک سبب از مسبب به علت نقض آیه شریفه صحیح نیست. در پاسخ باید گفت: وفای به عهد در چه عقدی مد نظر است؟ اگر عقد منجز باشد عمل به مضمون این آیه چنین اقتضا دارد که وقتی سبب ایجاد شد، مسبب هم ایجاد شود و در نتیجه وفای به عهد شود ولی اگر عقد معلق باشد، وفای

طباطبایی، سید محمد حسین، حاشیه علی کفایه الاصول، انتشارات بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، قم، بی‌تا¹

مآئده، آیه 1²

به عهد متناسب با نوع عقد که معلق بر شرطی شده است معنی پیدا میکند و پس از تحقق شرط تعلیقی، اگر مسبب واقع نشود و عمل به مفاد عقد نشود، میتوان گفت وفای به عهد نشده است.

۴- دلیل چهارم که بر ضرورت تنجیز اقامه شده است این است که عقود، اسباب شرعی هستند و شارع، هر عقدی را سبب تاثیر خاصی قرار داده است و لازمه توقیفی بودن آن بسنده نمودن به آنچه که از ناحیه شرع رسیده، میباشد و چون قدر متیقن در عقدی که از سوی شارع به عنوان سبب پذیرفته شده عقد خالی از تعلیق است، پس عقد معلق فاقد اعتبار و باطل است. پاسخی که بر این اشکال داده شده این است که اطلاق و عموم ادله ای همچون «احل الله البيع»^۱، «الناس مسلطون علی اموالهم»^۲ و «اوفوا بالعقود» و... عقد تعلیقی را هم شامل میشود و صحت و سببیت شرعی، آنرا امضاء کرده است پس تعلیق در عقد، منافاتی با توقیفی بودن آن ندارد.

دیدگاه شیخ مرتضی انصاری در باب تعلیق:

نظر شیخ انصاری در مورد اعتبار عقد معلق دائر مدار تعیین نوع معلق علیه است. معلق علیه یا شرط تعلیقی ممکن است معلوم الحصول باشد یا مجهول الحصول. شرط معلوم الحصول هم ممکن است از نظر متعاقدین محقق شده باشد یا در آینده تحقق پیدا کند. شرط مجهول الحصول هم ممکن است حین العقد محتمل باشد یا اینکه عدم تحققش حین العقد معلوم است ولی در آینده محتمل است. شیخ انصاری در میان انواع شروط تعلیقی یاد شده تنها تعلیق بر شرط معلوم الحصول حین العقد را معتبر میداند و قائل بر بطلان عقد معلق بر سایر شروط است. ایشان همانن برخی فقها، تعلیق بر شرط معلوم الحصول در آینده را در خصوص اعتبار، از ناحیه اهل سنت اجماعی میداند.^۳ در مورد شروط مجهول الحصول، شیخ انصاری مطلقاً قائل بر بطلان تعلیق بر چنین شروطی است ولی در اجماعی یا اختلافی بودن آن بین شرط صحت عقد و شروط دیگر (غیر مصحح) قائل به تفصیل است. شروط صحت عقد شروطی هستند که اطلاق از این شروط، مقتضی لزوم رعایت آن است. از جمله شروط صحت عقد میتوان شرط بر صحت شرعی تملک، جواز خارج ساختن کالا از ملکیت، عدم ممنوعیت تملک کالا از ناحیه مشتری و صحت اجرای عقد از وی نام برد. شیخ در مورد شروط مجهول الحصول مصحح

^۱ بقره، آیه ۲۷۵

^۲ حدیث نبوی، حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه

^۳ طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، انتشارات حیدریه، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ قمری، ج ۳، ص ۲۹۹

عقد (چه محتمل حین العقد و چه پس از عقد) اعتبار تعلیق را اختلافی میداند پس بطلان را اجماعی نمیداند ولی در مورد شروط مجهول الحصول غیر مصحح عقد مطلقاً بطلان را اجماعی دانسته است.^۱ پس به عنوان نتیجه گیری کلی و جمع میان آرا و ادله فقهاء و بزرگان:

۱- عقد معلق با تعلیق در منشاء امری عقلایی است و دلیل فقهی بر بطلان عقد معلق با تعلیق در منشاء موجود نیست و از عمومات فقهی نظیر ((اوفا بالعقد)) صحت و اعتبار آن ثابت میشود. البته معلوم است که منظور از صحت عقد معلق مذکور پیش از حصول معلق علیه، صحت انشاء طرفین یعنی ایجاب و قبول است که پس از وقوع معلق علیه که ماهیت منشاء محقق میگردد، عقد وضعیت حقوقی صحت و اعتبار را پیدا میکند و استدلال به اینکه تخلف سبب از مسبب غیر ممکن است و سبب بودن انشاء برای تحقق ماهیت عقد (منشاء) اجازه معلق بودن ماهیت عقد (یا آثار آن) را نمیدهد صحیح نیست زیرا ضرورت ترتب مسبب نسبت به سبب و اینکه مسبب نباید از سبب فاصله بگیرد مربوط به امور تکوینی و اسباب و مسببهای عالم طبیعی است و در عالم حقوقی که عالم اعتبار است الزاماً نظام طبیعی حاکم نیست و ممکن است به اراده طرفین عقد منشاء از انشاء فاصله پیدا کند و هرگونه عمل حقوقی که نیاز معاملات افراد را برطرف سازد جز اعمالی که بطلان آنها ثابت شده باشد مطابق ادله صحت اعتبار و عقود باید صحیح و معتبر تلقی گردد.

۲- عقد معلق با تعلیق در انشاء باطل است چون اساساً عقدی صورت نمیگیرد و اراده ای برای آن وجود ندارد اما باید گفت: درست است که تعلیق در انشاء باطل است ولی محال نیست زیرا معنی آن، چیزی جز وابسته کردن خلق ماهیت حقوقی به امر دیگر نیست و همچنان که شخصی انجام عمل مادی خود مثلاً مسافرت را معلق بر امری کند و از این حیث تفاوتی میان عمل مادی و حقوقی وجود ندارد لیکن همانطور که بیان شد در این صورت عقدی به وجود نخواهد آمد.^۲ در پایان این بخش باید گفت که اولاً: برخی از فقها در مقام بیان صیغه عقد معلق، الفاظی را بیان کرده اند که حکایت از تعهد نسبت به امری در آینده دارد نه عقد معلق. مانند این که فردی بگوید: انت وکیل فی الیوم الجمعه ان تبع عبدی

^۱ مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۸

^۲ شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۷۵

(تو وکیل من در روز جمعه خواهی بود که بنده ام را بفروشی) صرفاً تعهدی است ناظر به آینده نه عقد معلق و اصولاً عقدی منعقد نشده است. ثانیاً: الفاظ و عبارات در جهت کشف قصد متعاملین از حیث تعلیق و تنجیز یا هر امر دیگری طریقت دارند نه موضوعیت. منتهی، اصالت در مدلول عرفی الفاظ مستعمل در صیغ العقود است مگر در صورت اثبات افاده خلاف مدلول آنکه بار اثبات دلیل هم بر دوش متعاملین است. پس ایجاد چنین وابستگی شدید میان الفاظ عقود و آثار آن ما را دچار بازی با الفاظ خواهد کرد. چنین تقییدی به لفظ زمانی منطقی است که قصد متعاملین سهل الوصول نباشد (مثلاً فوت یکی از آنها)

بند دوم: تعلیق در عقود از منظر قانون مدنی:

از آنجا که قانون مدنی محمول به نظر مشهور فقهای امامیه است و همانگونه که دیدیم نظر مشهوری مبنی بر اعتبار عقد معلق وجود ندارد و اختلاف آشکاری در این زمینه وجود دارد لذا در قانون نسبت به صحت و عدم صحت عقد معلق حکم صریحی وجود ندارد گرچه تعدادی از عقود معین معلق، باطل اعلام شده است (نکاح و ضمان). ولی بطلان چنین عقودی دال بر بطلان مطلق عقد نیست. بنابراین هرگاه عقد معلق میان دو نفر بسته شود و یکی از آن دو به طرفیت دیگری به ادعای خلاف قانون بودن عقد معلق از دادگاه درخواست اعلام بطلان آنرا نماید دادرس نمیتواند به استناد هیچکدام از مواد قانونی و یا نقض یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی حکم به بطلان عقد یاد شده بدهد. بطور کلی دلایلی که حقوقدانان برای درستی عقد معلق از نگاه قانون مدنی ارائه کرده اند از این قرار است:

۱- اصل صحت منعکس در ماده ۲۲۳ قانون مدنی، مقتضی پذیرش و اعتبار این عقد است زیرا حکم

صریحی مبنی بر بطلان این عقد وجود ندارد.

۲- قانون مدنی در ماده ۱۸۴، عقد معلق را به عنوان یکی از اقسام عقود شمرده است و این مطلب خود

قرینه ای است بر اینکه قانون، عقد معلق را به رسمیت شناخته است زیرا اگر این عقد باطل بود

هیچگاه در این ماده در کنار عقود صحیح دیگر ذکر نمیشد. علاوه بر این، تعریف عقد معلق در ماده

۱۸۹ قانون مدنی خود موید این اعتبار است.

۳- اگر عقد معلق در کل باطل بود، نیازی نبود که قانونگذار به شکل موردی برخی از عقود را بطور معلق باطل کند چنانچه عقد ضمان معلق (ماده ۶۹۹ قانون مدنی) و نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی) باطل شده است.

۴- در ماده ۷۲۳ قانون مدنی تعهد معلق پذیرفته شده است. همچنین در ماده ۳۵۰ قانون تجارت، در مقام بیان استحقاق دلال در گرفتن اجرت چنین آمده است که: «هرگاه معامله مشروط به شرط تعلیقی باشد، دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود».

۵- قراردادی که بصورت معلق منعقد شده باشد میتواند مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد و در نتیجه حکم به نفوذ آن داده شود. مطابق این ماده برای اثبات بطلان هر قرارداد لازم است که قانون به صراحت آنرا باطل بشناسد. پس با توجه به سکوت قانونگذار در عدم اعلام صریح بر بطلان و همچنین قرائن موجود بر صحت چنین عقدی میتوان به استناد این ماده نیز حکم به اعتبار و صحت آن داد. مسلم است آنچه که قانون مدنی بر صحت آن نظر دارد تعلیق واقعی است و آن تعلیقی است که : ۱- سرنوشت آثار عقد میان طرفین نامعلوم باشد و گرنه تعلیقی صوری انجام گرفته است. مانند اینکه فردی بگوید این کتاب را به تو بخشیدم اگر روز جمعه فرا رسد یا این کتاب را به تو فروختم اگر مالک آن باشم ۲- تعلیق نسبت به یک امر خارجی انجام گیرد نه امری که به دستور قانون جزو شرایط صحت عقد است. به عنوان مثال ماده ۷۰۰ قانون مدنی نمونه ای از تعلیق غیر واقعی است.

برخی از تعلیقات غیر واقعی مبطل عقد:

الف) تحقق معلق علیه منوط به اراده مدیون باشد که موجب بطلان عقد است مثلاً فروشنده بگوید این خانه را به تو فروختم اگر آنرا به صرفه تشخیص دادم زیرا این شروط با قصد انشاء منافات دارد و تعهدی را بوجود نمیآورد و در عقود معوض، سبب بطلان عقد و سقوط تعهد طرف دیگر است.

ب) تعلیق بر امر غیر مقدور یا نامشروع باشد: خانه ام را فروختم اگر آب دریا را با یک نفس بیاشامی (غیر مقدور) و یا این کالا را به تو فروختم اگر چیزی را بدزدی (نامشروع)

فصل سوم: آثار عقد معلق نسبت به دو طرف عقد

گفتار اول: پیش از وقوع معلق علیه

در مورد آثار عقد معلق در فاصله انشاء تا وقوع معلق علیه از حیث جواز و عدم جواز تصرفات ناقل در عین یا منفعت حاصله از مورد معامله میتوان قائل به دو نظر شد:

۱- اختیار مطلق ناقل در هرگونه استیفای منفعت و حتی اتلاف مال مورد معامله را بپذیریم. استدلالی که در دفاع از این نظر میشود ناتمام بودن عقد پیش از وقوع شرط تعلیقی است چرا که عقد با اجماع تمامی علل ناقصه و ارتفاع موانع، تاثیر خواهد داشت. پس تا زمانی که معلق علیه محقق نشده استف سلطه مطلق مالکانه ناقل پابرجا است و هنوز مورد انتقال قرار نگرفته است و ناقل به اقتضای قاعده تسلیط، حق هرگونه تصرف را دارد. نظر فوق خالی از اشکال نیست چرا که اگر عین مورد انتقال در عقد معلق تا پیش از وقوع شرط مورد اتلاف قرار گیرد یا به شخص ثالثی منتقل شود اجرای مقتضای عقد یا ماهیت اعتباری عقد حین وقوع معلق علیه بی فایده خواهد ماند زیرا مورد عقد در مالکیت مالک نبوده یا اصلاً معدوم شده است و در نتیجه منتقل الیه متضرر شده و عملاً راه سوء استفاده ناقل برای شانه خالی کردن از تعهدات مفاد انشاء باز خواهد شد.

۲- منطقی به نظر میرسد که برای انشاء عقد معلق گرچه تاحلول زمان تحقق شرط تعلیقی که جزئی از علت تامه تاثیر عقد است قائل به اعتبار موقت آن در فاصله میان انشاء تا وقوع معلق علیه باشیم این به رسمیت شناختن انشاء و اعطای اعتبار موقت به آن چیزی جز اعطای یک نوع حق خاص یا مقدماتی برای منتقل الیه یا متعهد له در عقد معلق نیست و محقق دانستن او در این دوره زمانی، اختیار مفید مالک را در تصرفات عین مورد عقد در پی خواهد داشت. حال که قائل به حق خاص منتقل الیه تا پیش از وقوع شرط شدیم تبیین و تشریح دو چیز باید صورت بگیرد:

الف) ماهیت این عقد خاص ب) قلمرو متعلقات این حق

مبحث اول: ماهیت خاص منتقل الیه تا پیش از وقوع شرط

گروهی از حقوقدانان این حق خاص را همان حق اصلی منتقل الیه هنگام تحقق معلق الیه میدانند منتهی با این تفاوت که تنها یکسری اوصاف و شرایط طلب ساده و عادی را ندارد.¹ از جمله اینکه متعهد له (منتقل الیه) پیش از وقوع معلق علیه به استناد این حق خاص نمیتواند عین مورد معامله را طلب کند و همچنین در صورتیکه مورد عقد نزد متعهد له باشد نمیتوان وی را مالک شناخت و دعوی استرداد عین از ناحیه متعهد (ناقل) مسموع خواهد بود. در پاسخ به این گروه باید گفت درست است که چنین حق خاصی از نظر حوزه اعمال محدودتر از حق اصلی است ولی نمیتوان آنرا از جنس حق اصلی دانست زیرا حق اصلی معلولی است که علت آن تمام شرایط سببیت عقد است ولی علت حق خاص صرفاً انشاء یا جزء ناتمام عقد است در نتیجه نمیتوان قائل به یکسان بودن ماهیت دو معلول که علت متفاوت دارند شد گرچه آثار نسبتاً مشترکی را اقامه کنند. گروه دیگر از حقوقدانان ماهیت این خاص را عنصری کاملاً متمایز از حق اصلی میدانند گرچه قائلند تمامی آثار حق اصلی را ندارد از این جهت این حق خاص را حق ابتدایی و مقدماتی نامیده اند. با شناختن قلمرو متعلقات این حق با حوزه مجاز قانونی برای محق در اعمال آن میتوان تمایزات آنرا از حق اصلی بازشناخت.

مبحث دوم: حوزه متعلقات حق خاص منتقل الیه پیش از وقوع شرط

شناخت میزان اختیارات محق (متعهد له یا منتقل الیه) در استفاده از حق خویش از جهت میزان تکلیف متعهد در احترام به این حق حایز اهمیت است. چنانچه وضعیت حقوقی تصرفات ناقل یا متعهد در مورد عقد معلق با شناخت قلمرو حق متعهد له رابطه مستقیم دارد. همانطور که اشاره شد اعطای اختیار مطلق به مالک این تالی فاسد را در پی داشت که ممکن بود تصرفات بگونه ای باشد که هنگام تحقق شرط تعلیقی، عین موضوع عقد معدوم شده باشد یا این تصرفات مانع انتقال قانونی و بی عیب و نقص عین باشد پس تا حدی مجاز به تقیید اختیار ناقل هستیم یا به عبارت دیگر تا حدی مجاز به توسیع قلمرو حق متعهد له هستیم که تحقق معلق علیه بعنوان ارتفاع آخرین مانع در سببیت عقد باشد و تصرفات بگونه ای نباشد که پس از مانع مربوط به عدم تحقق شرط تعلیقی مانعی دیگر از راه تصرفات ناقل حادث شود مثلاً در بیع معلق، فروشنده تا پیش از تحقق شرط

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴ شمسی، ج ۱، شماره ۲۷ به بعد¹

تعلیقی نمیتواند مبیع را تلف کند زیرا در صورت تلف مبیع، دیگر عین موجود نیست تا با تحقق شرط تعلیقی به خریدار منتقل شود. به عبارت دیگر معدوم شدن مبیع در صورت تلف، مانعی است که تا زمان تحقق معلق علیه ادامه دارد و از تاثیر بلا مانع شرط تعلیقی ممانعت میکند. در حقیقت تصرفات فروشنده باید تا حدودی انجام گیرد که با تحقق معلق علیه تمامی شرایط صحت عقد که ناظر به مورد معامله است فراهم باشد و هرگونه مداخله فروشنده تا حدی مجاز است که به این اصل خللی وارد نشود. حال که ماهیت و قلمرو این خاص متزلزل یا مقدماتی را شناختیم به وضعیت حقوقی تصرفات ناقل در این دوره زمانی میپردازیم.

مبحث سوم: وضعیت حقوقی تصرفات ناظر بر مورد عقد معلق پیش از وقوع شرط تعلیقی

آن دسته از تصرفات متعهد در عقد معلق که مخل به حق مقدماتی یا خاص متعهد له محسوب میشود غیر نافذ است و با توجه به تعیین قلمرو متعلقات این حق، به آسانی میتوان چنین تصرفات غیر نافذ را از سایر تصرفات متعهد تمییز داد که این مبحث در دو بند بررسی میشود:

بند اول: تصرفات ناقل عین

تصرفات ناقل عین در هر قالبی مانند: خرید و فروش، مصالحه و... تجاوزی به حق خاص متعهد له است چرا که یکی از شروط صحت عقد به معنی اعم این است که شخص مالک مالی باشد که مورد انتقال قرار میدهد و اگر ناقل یا متعهد مال موضوع عقد معلق را به دیگری انتقال دهد زمان وقوع شرط تعلیقی، دیگر مال موضوع عقد در مالکیت متعهد نیست چرا که قبلاً به دیگری منتقل شده است. هر زمان صحبت از یک عمل حقوقی غیر نافذ میشود در مقابل، فردی که به حق او تجاوز شده است صلاحیت قانونی خواهد داشت که چنین تصرف یا عمل حقوقی متضمن تجاوز را اجازه یا رد نماید. با توجه به اینکه حق خاص یا ابتدایی برای متعهد له یا منتقل الیه از زمان انشاء پدیدار شده است پس حق متعهد له در اجازه یا رد چنین معامله غیر نافذ از زمان انشاء است.

بند دوم: تصرفات ناقل منفعت

مصادق بارز این بند، اجازه مورد عقد است. در باب وضعیت حقوقی واگذاری منافع، مدت اجازه از یک طرف و زمان تحقق معلق علیه از طرف دیگر نقش تعیین کننده ای دارد اگر مدت مضبوطی تا وقوع معلق علیه قابل

تصور باشد (مانند اینکه وقوع معلق علیه قطعی باشد). پس میتوان مدت اجاره را نسبت به این مدت مضبوط سنجید و نسبت به مدت اضافه بر آن حکم به عدم نفوذ اجاره منعقدۀ پس از وقوع معلق علیه داد. نکته دقیق حقوقی که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد این است که حکم عدم نفوذ چنین اجاره ای نسبت به مدت زمان اضافی به دلیل تجاوز به حق اصلی متعهد له در عقد معلق است نه حق خاص. ثمره این نکته ظریف این است که ما حق اظهار نظر متعهد له در عقد معلق را نسبت به اجازه یا رد چنین اجاره ای از زمان وقوع معلق علیه به رسمیت بشناسیم. حال اگر مدت مشخص و معینی تا وقوع معلق علیه قابل سنجش نباشد نمیتوان نسبت به عقد اجاره مزبور از راه مدت اجاره از حیث زیادت و نقصان با دوره نامشخص فوق الذکر، حکم نفوذ یا عدم نفوذ داد پس زیادت و نقصان مدت اجاره نسبت به دوره مجهول است. در نتیجه میتوان به اقتضای اصل صحت حکم به نفوذ چنین اجاره ای داد و چنانچه در اثر وقوع معلق علیه مدت اجاره هنوز به اتمام نرسیده باشد نسبت به مدت باقیمانده، عقد اجاره غیر نافذ خواهد بود.

گفتار دوم: نحوه تاثیر معلق علیه از حیث کشف و نقل

مبحث اول: نحوه تاثیر معلق علیه بر مبنای اصول حقوقی:

در نگاه مبتنی بر قواعد و اصول حقوقی نظریه نقل ارجح است زیرا پیش از وقوع معلق علیه، عقد ناتمام است و عقد ناتمام نمیتواند موجب آثار حقوقی خود باشد و انشاء منحصرأ تا زمان ارتفاع موانع، توان آفرینش منشاء را ندارد و عدم وقوع شرط تعلیقی مانعی بر سر راه جریان آثار عقد است. البته این به معنای فقدان اثر حقوقی انشاء نیست زیرا وقوع معلق علیه به انضمام انشاء سابق است که علت تامه سببیت عقد را فراهم میکند و به همین دلیل است که قائل به حق خاص متعهد له پیش از وقوع معلق علیه شدیم. توجه داشته باشیم که به رسمیت شناختن حق خاص مقدماتی برای متعهد له پیش از وقوع معلق علیه به معنای پذیرش نظریه کشف نیست. کاشفیت معلق علیه حکایت از تسری تمام آثار حقوقی عقد به پیش از وقوع معلق علیه داشته و در حقیقت به معنای شناختن حق اصلی ناشی از عقد برای متعهد له در این دوره زمانی است در حالیکه متعهد له چنین حقی در این دوره ندارد و حق خاص مقدماتی از لحاظ جنسیت و منشا متمایز از حق اصلی است گرچه به مراتب محدودتر است. چنین تحلیلی انتفای نظریه کاشفیت حکمی معلق علیه را نیز در پی دارد. گروهی از

حقوقدانان با تحلیل دیگری قائل به کاشفیت حکمی معلق علیه هستند^۱. و مبنای این تحلیل را روایات فقهی دانسته اند که منافع و نمائات مورد عقد را در موارد دارای ملاک واحد از زمان انشاء متعلق به منتقل الیه معرفی کرده اند و این مساله را با احکام معامله فضولی که اجازه دارای کاشفیت حکمی است قیاس کرده اند. بر این تحلیل اشکال وارد است زیرا روایات ناظر بر کاشف بودن اجازه مالک، در خصوص بیع فضولی وارد شده و چون چنین روایاتی خلاف قوائد و اصول حقوقی حاکم بر عقود است پس باید آنرا در موضع خود جاری دانست و مجاز به تسری مضمون روایت به احکام عقد معلق نیستیم.

مبحث دوم: نحوه تاثیر معلق علیه از منظر قانون مدنی

اگر در ماده ۱۸۹ قانون مدنی دقت کنیم میتوانیم نظریه نقل را برداشت کنیم. این ماده چنین میگوید: «عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و گرنه معلق خواهد بود». با توجه به مفهوم استثنای این جمله، تاثیر عقد معلق بر اثر انشاء موقوف بر امر دیگری است. از کلمه موقوف استفاده میشود که تاثیر معلق پیش از انشاء متوقف است و تا پیش از وقوع شرط تعلیقی آثار عقد جریان ندارد و این مفهومی جز نظریه نقل ندارد. البته چنین استنباطی از ماده بالا منافاتی با شناختن حق خاص مقدماتی برای متعهد له پیش از وقوع شرط تعلیقی ندارد همچنین باید توجه داشت که حکم به ناقل بودن معلق علیه زمانی است که متعاقدين تراضی بر کاشفیت آن نکرده باشند که در اینصورت چنین تراضی معتبر است.

مبحث سوم: نحوه تاثیر معلق علیه از دیدگاه فقها

همانگونه که در بخش اعتبار عقد معلق به آن پرداختیم برآیند نظریات و استدلالات فقها حکایت از عدم مقبولیت تعلیق در عقود است ولی از آنجا که برخی از عقود بصورت تعلیقی در جامعه و روابط میان اشخاص

شهبیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۱۰^۱

منعقد میشد فقها در بیان احکام این عقد متوسل به تفسیرهایی شده اند که با اصول و مبانی عقود و قراردادهای ناسازگار است. مجموعاً در این زمینه سه نظریه وارد شده است که عبارتند از:

۱- نظریه واجب متأخر بر وجه کشف: بر مبنای این نظریه از وجود شرط کشف میشود که مقتضای عقد از زمان انشای عقد موجود شده است نه از زمان حصول شرط. در حقیقت وجود شرط همچنان که در مابعد خود اثر میگذارد تاثیر در عقد مقدم هم داشته و حکایت از تحقق مقتضای آن دارد مثلاً در هبه معلق متهب میتواند پیش از وقوع شرط در عین موهوبه تصرف نماید و چنین تصرفی غصب نمیباشد. پس این گروه از فقها کاملاً کاشف بودن معلق علیه را میپذیرند. در نقد نظریه فوق علاوه بر ناسازگار بودن آن با اصول حقوقی، میتوان گفت پذیرش تاثیر معلق علیه به نحو کشف، نتیجه غیر منطقی در پی خواهد داشت زیرا با تعبیری که این نظریه دارد وجود یا عدم شرط مداخلیتی در اجرای مقتضای عقد ندارد و تمام آثار عقد منجز بر آن بار میشوند.

۲- نظریه واجب مشروط: در این نظریه عقد اگرچه فعلاً تلفظ میشود ولی انشای انتقال در آن زمان بوجود نمیاید بلکه انشاء مانند منشاء در زمان تحقق شرط تعلیقی حاصل میشود. در حقیقت پیروان این نظریه هم انشاء را معلق میدانند هم منشاء را. نظریه فوق گرچه ناقل بودن معلق علیه را نتیجه میدهد ولی اینکه انشاء را هم معلق بر شرط کرده دچار اشکال است چون: الف) انشاء یعنی ایجاد کردن و ایجاد، تعلیق پذیر نیست زیرا به مجرد بیان الفاظ و با احتساب شرایط، انشاء حاصل میشود و قانون مدنی هم با توجه به ماده ۱۸۹ نظر به منجز بودن انشاء دارد.

ب) همانطور که میدانیم اولاً پیدایش منشاء به اعتبار انشاء است. درست است که این پیدایش در مقام وجود، منوط به معلق علیه و تحقق شرط است ولی آنچه به منشاء روح قانونی میدهد منویات عاقد است در قالب الفاظ و ثانیاً هیچ لفظ جدیدی که حکایت از انشاء کند در زمان

وقوع معلق علیه وجود ندارد و هرچه هست مربوط به انشاء سابق است که منجزاً ادا شده است.

۳- نظریه واجب معلق: در فرض مزبور همچنانکه عقد فعلاً تلفظ میشود انشاء تملیک نیز در زمان عقد است ولی عاقد تملیک فعلی را انشاء نمیکند. بنابراین بعنوان مثال در خرید و فروش بنا بر این فرض تا پیش از پیدایش شرط، خریدار حق تصرف در مال خریداری شده را ندارد. این نظریه نسبت به دو نظریه قبل به مراتب منطقیتر است و مطابق با ساختار عقد معلق که در فصول پیشین ارائه شد میباشد.

نمونه ای از آراء قضات دادگستری ایران در مورد عقود معلق:

۱- دو فقره چک صادر شده و صادر کننده به موجب نوشته عادی متعهد گردیده است چنانچه چکها در تاریخ معین لاوصول شود با صدور گواهی عدم پرداخت از ناحیه بانک، خودرو خود را که در تحویل دارنده چکها است رسماً به نام او منتقل نماید. آیا تعهد مذکور الزام آور است یا نه و آیا این تعهد از تعهدات معلق شمرده میشود یا خیر و در هر حال حکم قضیه چیست؟

نظر اکثریت که در تاریخ ۶۷/۱۱/۱۳ اعلام شد: اگرچه مشهور فقها عقد معلق را باطل میدانند لیکن این نظر اجماع نیست و برخی چون شیخ انصاری و مرحوم نایینی قائل به صحت تعلیق در منشاء هستند و حتی گفته شده است که بعضی دیگر از فقها هم تعلیق در انشاء و هم تعلیق در منشاء را صحیح می‌شمارند. بیشتر حقوقدانان نیز عقد معلق را خالی از اشکال میدانند. دکتر کاتوزیان تعلیق در منشاء را صحیح دانسته و دکتر امامی در هر حال عقد معلق را صحیح اعلام کرده است. از مواد ۱۰ و ۱۸۳ و ۱۸۴ و ۱۸۹ و ۱۹۰ قانون مدنی که تنجیز را از شرایط اساسی برای صحت معامله ندانسته است استنباط میشود که از نظر قانون مدنی عقد معلق صحیح است. بنا به مراتب در خصوص مورد بحث که تعهد به انتقال خودرو معلق بر لاوصول ماندن چک است باید گفت که تعهد مذکور نوعی تعهد

معلق است و از حیث قانون مدنی و با توجه به اصاله الصحه نافذ و صحیح و لازم الوفاء است و با مقتضای ذات و اطلاق هیچکدام از عقود تملیکی منافات ندارد و دعوی متعهد له دایر به الزامات متعهد به انتقال رسمی خودرو مسموع میباشد.^۱

۲- تاریخ رسیدگی: ۷۱/۱۱/۱۹ شماره دادنامه: ۳/۷۴۴ مرجع رسیدگی: شعبه سوم دیوان

عالی کشور

خلاصه جریان پرونده: در تاریخ ۶۹/۱/۲۰ آقای «ر» وکیل دادگستری به وکالت آقای «ح» دادخواستی به طرفیت بانوان «الف» و «ک» مبنی بر اعلام بطلان سند شماره ۱۷۵۱۳-۶۷/۸/۱۹ دفتر اسناد رسمی شماره ۳۷۶ و تنظیم سند رسمی با خواهان نسبت به یک دستگاه آپارتمان طبقه سوم شمالی پلاک ۳۸۱۲ فرعی از ۶۹۳۳ اصلی بخش ۲ تهران به شعبه ۷۷ دادگاه حقوقی ۲ تهران تسلیم و توضیح داده آقای «ک» به وکالت از طرف خانم «ک» آپارتمان فوق را به آقای «ح» واگذار و چهار میلیون ریال از ثمن معامله را به اضافه دو میلیون ریال که از آقای «ف» خریدار قبلی گرفته و قرار شده به حساب موکل منظور شود یعنی جمعاً شش میلیون ریال از ثمن را دریافت داشته و قولنامه قبلی با آقای «ف» باطل و قرار میشود در تاریخ ۶۶/۶/۴ در دفترنامه حضور یابند. خانم «ک» با نادیده گرفتن معامله ای که وکیل او با خواهان انجام داده ملک را با وکالت بانو «م» به خانم «الف» میفروشد و موکل که مبیع را در تصرف داشته از انجام این معامله معارض مطلع نبوده تا اینکه خانم «الف» دادخواستی به طرفیت مستاجر قبلی آقای «ف» به شعبه ۷۷ دادگاه حقوقی ۲ تسلیم و تقاضای تخلیه ملک را مینماید و آقای «ح» بعنوان ثالث وارد دعوی شده و نتیجتاً حکم به نفع وی و محکومیت خانم «الف» صادر میگردد که فتوکپی آن ضمیمه است بنا به مراتب، نظر به اینکه معامله مقدم التاریخ که با موکل انجام پذیرفته تا زمانیکه فسخ نشده به اعتبار خود باقیست و عدم تنظیم سند رسمی خللی در ارکان بیع ایجاد نمیکند تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را دارد. در تاریخ ۶۶/۶/۲۴ آقای «د»

نویخت، یوسف، اندیشه های قضایی، انتشارات تولید کتاب، ۱۳۸۵ شمسی، ص ۳۴۵^۱

وکیل دادگستری به وکالت از بانوان «الف» و «ک» متقابلاً دادخواستی به خواسته فسخ قولنامه مورخه ۶۶/۵/۴ و خلع ید خوانده از پلاک مورد دعوی اصلی موضوع پرونده کلاسه ۳۹/۶۹ به دادگاه مرقوم تسلیم و توضیح داده پلاک مورد دعوی قبلاً در اجاره شخصی به نام آقای «ف» بوده و موکله ابتدا ملک را به تنظیم قولنامه به این شخص میفروشد متعاقباً میان آقایان «ف» و «ح» و «ک» (وکیل مالک) توافق میشود ملک به آقای «ح» فروخته شود و مبلغ دو میلیون ریال پرداختی آقای «ف» به حساب آقای «ح» منظور و چهار میلیون ریال دیگر ایشان بپردازد و مابقی را که ۱۴ میلیون ریال است هنگام تنظیم سند رسمی تادیه نماید و قولنامه مورد بحث بر این اساس تنظیم میشود. اما چکی که آقای «ح» از این بابت صادر کرده برگشت میخورد با توجه به اینکه در قولنامه شرط شده چنانچه چک مذکور به هر صورت تبدیل به وجه نقد نگردد قولنامه منفسخ است و بدین ترتیب معامله مذکور منفسخ بوده مع الوصف وکیل فروشنده مراتب بلامحل بودن چک و فسخ قولنامه را رسماً به خواننده اظهار میدارد و وکیل دیگر مالک، خانم «م» وکالتاً ملک را به خانم «الف» منتقل میکند لذا دعوی ابطال سند انتقال و الزام سند رسمی انتقال ملک به نام آقای «ح» محکوم به بطلان است و چون مشار الیه غاصبانه است تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را دارد. طرفین هر دو دعوی متعاقباً خواسته هر دعوی را به مبلغ یک میلیون و صد هزار ریال تقدیم نموده اند و به همین لحاظ به صلاحیت دادگاه حقوقی یک قرار عدم صلاحیت صادر و پرونده ها به شعبه ۲۵ دادگاه مرقوم ارجاع و به کلاسه ۴۷۹/۵۱۸/۶۹ ثبت شده اند. وکیل خواهان اصلی اظهار داشته علت عدم پرداخت وجه چک از طرف خریدار اعلام شفاهی شخصی بوده که به خریداران آپارتمانها اخطار بدون اذن دادرسی انقلاب حق انجام معامله ندارند و شرط انفساخ معامله در صورت عدم پرداخت چک شرط لازمی نیست که بتواند عقد بیع را از کار بیندازد و به تصرف دادن مبیع در واقع اقرار به دریافت وجه چک است و دارنده چک اگر مدعی حقی است میتواند در مقام وصول وجه آن برآید نه اینکه مدعی فسخ معامله شود. شرط از شروط باطله است

ولی به اصل قرارداد خللی وارد نمیسازد معامله به قوت خود باقی است اعمالی که مالک پس از معامله اولیه انجام داده معامله نیست بلکه فروش مال غیر است. مشار الیه ابتدا مدعی جعل وکالتنامه ای که معامله بعدی با آن صورت گرفته شده و سپس ادعای جعل را مسترد داشته. وکیل خوانندگان دعوی اصلی خواهان های تقابل نیز اظهار میدارد پس از برگشت چک و انفساخ معامله مراتب به آقای «ح» اظهار و از ایشان خواست شده ملک را تخلیه و تعهدی به ایشان نداشته و مجاز در فروش ملک به هرکس بوده اند. شرط از شروط باطله نبوده و خلاف قانون نیست و طرفین، فسخ قولنامه را در صورت تحقق چنین شرطی پذیرفته اند. دادگاه وضعیت ثبتي پلاک مورد دعوی را استعلام و با استماع توضیحات و دفاعیات مشروح وکلای طرفین در تاریخ ۷۱/۲/۱۲ نظر مشاور را جلب و خلاصتاً به شرح زیر اظهار عقیده مینماید: ظاهر قرارداد با توجه به تعریف مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی از عقد و عقد بیع، دلالت بر تحقق عقد بیع دارد و عقد بیع ممکن است مشروط باشد و در قرارداد تنظیمی شرط شده «در صورتیکه چک تسلیمی احیاناً خالی از وجه باشد و به هر صورت به وجه نقد تبدیل نگردد قولنامه منفسخ...» که به این ترتیب تفاسخ قرارداد با تحقق شرط نتیجه مزبور مقصود تنظیم کنندگان آن بوده و پس از صدور گواهی برگشت چک، اعتباری برای قرارداد باقی نمانده و محلی برای مراجعه فروشنده به مراجع ذیصلاح و اجبار خریدار به تادیه مابقی ثمن موجود نیست و ادعای عدم پرداخت وجه چک به لحاظ دستور دادرسی انقلاب موجه نبوده و مقرون به دلیل نمیباشد لذا دعوی ابطال سند رسمی و الزام مالک به انتقال رسمی پلاک مورد دعوی به خواهان اصلی مردود به نظر میرسد و با توجه به مالکیت خانم «الف» بر پلاک مورد بحث و عنایت به اینکه ید آقای «ح» در پلاک ثبتي مذکور مجاز و ماذون از قبل مالک نبوده و مشار الیه راضی به استمرار آن نیست به خلع ید وی از ملک اظهار عقیده مینماید. نظریه ابرازی در مهلت قانونی مورد اعتراض وکیل خواهان اصلی قرار گرفته و پرونده به این شعبه ارجاع شده لایحه اعتراضیه هنگام شور قرائت میشود. هیئت شعبه در تاریخ بالا

تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای...عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده
چنین اظهار نظر مینمایند:

نظریه: نظریه مورخ ۷۱/۲/۱۲ شعبه پنجم دادگاه حقوقی یک تهران در پرونده های شماره
۴۷۹/۶۹ و ۵۱۸/۶۹ صحیح و بلا اشکال است و اعتراضات آقای وکیل خواننده موثر و
موجه نیست و خدشه بر آن وارد نمینماید زیرا اولاً هم چنانکه طرفین عقد ممکن است
اثر عقد را موکول به شرطی در آینده کنند (ماده ۱۸۹ ق.م) ممکن است انحلال عقد و از
میان رفتن تعهد ناشی از آنرا متعلق به وقوع حادثه ای در آینده بنمایند که میتوان از چنین
شرطی بعنوان شرط فاسخ تعبیر نمود که در این نوع شرایط در اثر تراضی طرفین عقد
بطور منجز ایجاد میشود ولی تحقق شرط آنرا خودبخود زایل میکند که از نظر تحلیلی
میان ساختمان شروط تعلیقی و فاسخ تفاوتی وجود ندارد زیرا اثر تراضی در شروط
تعلیقی ایجاد تعهد و دین و در شروط فاسخ انحلال و سقوط آن است با این توضیح که
شرط فاسخ با خیار شرط از نظر ماهیت متفاوت است زیرا خیار شرط به مشروط له حق
میدهد که اگر مایل باشد عقد را فسخ کند ولی نتیجه تحقق شرط فاسخ انحلال
خودبخودی عقد است و نیاز به تصمیم دیگری ندارد مضافاً شرط فاسخ مانع از ایجاد آثار
عقد نمیشود و مادام که تحقق نیافته تعهدات و دیون ناشی از عقد قابل مطالبه است مانند
اینکه مردی خانه اش را به همسرش ببخشد و شرط کند که در صورت فوت فرزندشان
عقد منفسخ میشود که به محض وقوع عقد و قبض عین مرهونه مالکیت زن بطور منجز
ایجاد میشود ولی فوت فرزند بر حسب شرط موجب گسست عقد و زوال مالکیت همسر
خواهد بود ثانیاً مطابق ماده ۲۲۰ ق.م عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن
تصریح شده است ملزم مینماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج عرفی و قانونی حاصل حاصل
از عقد هم ملزم میباشند و از جمله چیزهایی که در عقد تصریح میشود و به اعتبار همین
تصریح در متن عقد لازم الاتباع میباشد شروط ضمنی عقد است ثالثاً شروط باطل و هم
شروط باطل و مبطل عقد در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م تصریح گردید و شرط مذکور در سند

عادی مورخ ۶۶/۵/۴ با هیچیک از انواع شروط باطله و مبطل عقد مصرح و محصور در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م.مطابقت ندارد. رابعاً با عنایت به ماده ۱۰ ق.م. برای اثبات بطلان هر قرارداد و شرطی لازم است که به صراحت قانون آنرا باطل بشناسد و در قانون مدنی بطلان شرط مندرج در قرارداد ۶۶/۵/۴ نقص وجود ندارد. خامساً از نظر تقسیم بندی شرایط ضمن عقد بر مبنای ماده ۲۳۲ ق.م. شرط مذکور در قرارداد مستند دعوی داخل در عنوان شرط نتیجه است و در قانونی بودن اشتراط چنین شرطی در معامله نمیتوان تردید کرد بنا به مراتب و با عنایت به عموم ادله راجع به اعتبار و لازم الاجرا بودن شرط نظریه دادگاه تایید میشود و پرونده به منظور انشای حکم به دادگاه مرقوم اعاده میشود.

نتیجه گیری:

با توجه به اهمیت بسیارِ مبحث عقود و جایگاه والای آن در فقه و قانون مدنی لازم است که در انتخاب نظر درست در زمینه مورد پژوهش، تامل و دقت بسیار شود. در تالیف این بخش از قانون مدنی ایران تا حدود زیادی از قانون مدنی فرانسه الگوبرداری شده است ولی با این وجود ایندو با هم تفاوت‌هایی دارند. با توجه به بررسی حکم تعلیق در فقه و قانون مدنی و همچنین بررسی ادله آن، نتیجه گیری میشود که تعلیق در انشاء، به منزله تعلیق در ایجاد عقد خواهد بود و حکم بطلان را به همراه خواهد داشت به عبارت دیگر اگر انشای عقدی معلق واقع شود اصلاً عقدی تحقق نیافته و تحقق عقد، منوط به تحقق معلق علیه و شرط است در حالیکه اینگونه عقد و معامله باطل خواهد بود. اما در مورد تعلیق در منشاء بیان میکنیم با توجه به پاسخ مستدل و منطقی که به ادله بطلان داده شد حکم به صحت این تعلیق، شایسته و رواست. از این جهت امکان دارد عقدی انشاء شود اما تحقق آثار آن عقد منوط به تحقق معلق علیه باشد که از نظر عقلای عالم چنین عقدی معقول و مشروع است. همچنین با توجه به آیه «احل الله البیع» نمیتوان دلیل مبرهنی بر بطلان عقود معین بطور مطلق بیان کرد و اصل در معاملات صحت است بنابراین ادله بطلان تعلیق را نقد کردیم و بیان میکنیم مطلقاً نمیتوان قائل به بطلان عقود معلق شد. از آنجایی که قانون مدنی نیز موارد بطلان تعلیق از قبیل نکاح^۱ و ضمان^۲ را صریحاً در قانون بیان

^۱ ماده ۱۰۶۸ ق.م.

^۲ ماده ۶۹۹ ق.م.

کرده است، برداشت میشود که سایر موارد، حکم صحت را دارند و تمام آثار عقد صحیح بر آنها جاری خواهد بود و مشمول عمومات و صحّت و اصل آزادی قراردادهاست.

فهرست منابع و مأخذ:

- ۱- جوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح العربیه، انتشارات دارالعلم للملایین، چاپ اول، بیروت، ۱۳۷۶ قمری
- ۲- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، انتشارات دار صادر، چاپ سوم، بیروت، ۱۴۱۴ قمری
- ۳- زمخشری، ابوالقاسم، اساس البلاغه، انتشارات دارالکتب العلمیه، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۹ قمری
- ۴- طریحی، شیخ فجرالدین، مجمع البحرین، انتشارات مرتضوی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۵ شمسی
- ۵- معلوف، لویس، المنجد فی اللغه، المطبعه الکاثولیکیه، چاپ ۱۹، بیروت، ۲۰۱۰ میلادی
- ۶- سجادی، سید جعفر، فرهنگ معارف اسلامی، انتشارات کومش، ۱۳۷۳ شمسی
- ۷- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، انتشارات حیدریه، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ قمری
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۰ شمسی
- ۹- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ هشتم، تهران، ۱۳۷۰ شمسی
- ۱۰- شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۲ شمسی
- ۱۱- تقریرات آیت الله پایانی، فخار طوسی، جواد، انتشارات غدیر، ۱۳۸۵ شمسی
- ۱۲- محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، انتشارات آل البیت، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۴ قمری
- ۱۳- شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، انتشارات بنیاد معارف اسلامی، چاپ سوم، قم، ۱۳۸۵ شمسی
- ۱۴- شهید اول، القواعد و الفوائد، انتشارات مفید، چاپ اول، قم، بیتا
- ۱۵- طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، انتشارات اسماعیلیان، چاپ چهارم، قم، ۱۳۷۰ شمسی
- ۱۶- حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، قم، بیتا

۱۷- انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ کنگره

۱۸- طباطبایی، سید محمد حسین، حاشیه علی کفایه الاصول، انتشارات بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، قم، بیتا

۱۹- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴ شمسی

۲۰- نوبخت، یوسف، اندیشه های قضایی، انتشارات تولید کتاب، ۱۳۸۵ شمسی