

عقد معلق در قانون مدنی و اثر تعلیق به شرایط صحت عقد

علی علی آبادی*

چکیده

عقد از اعمال حقوقی با کاربرد بسیار بالا است که وسیله تبادل قانونی اموال و تأمین مایحتاج اشخاص و در نهایت جوامع بشری است و همسوی با ازدیاد سرمایه و پیچیدگی های اقتصاد، توسعه و تنوع نیز یافته است. گستردگی و تنوع عقد موجب شده است تا مطالعه دقیق آن مستلزم تقسیم باشد چون عمر کوتاه بشر، فرصت مطالعه غیر تخصصی را نمی دهد. لذا تقسیم بندی های متعددی توسط مبادی قانونگذاری، فقها و حقوقدانان از عقد به عمل آمده است که در همه تقسیم بندی ها یکی از گونه ها، عقد معلق است که چگونگی آن از جهات تعلیق در انشاء، تعلیق در منشأ، و ... از جهات معلق علیه محتمل الوقوع یا قطعی الوقوع یا شرایط صحت عقد و نیز کاربرد عقد معلق و ... محل بحث و اختلاف است. تعلیق در تأثیر که با مسامحه می توان گفت همان تعلیق در منشأ می باشد در حقوق ایران پذیرفته شده است. بجز در تأسیس نکاح و طلاق که هیچ تعلیقی قابل اعمال نیست و وجود دو اصل نقل ذمه به ذمه و ضمان ما لم یجب در عقد ضمان، عنایتی از قانونگذار را سبب شده است.

کلیدواژه: تعلیق، معلق علیه، عقد، انشاء، منشأ، تأثیر

* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شمال ali.aliabadi24@gmail.com

تاریخ وصول: ۹۲/۱۰/۳ - پذیرش نهایی: ۹۳/۹/۵

۱- طرح مسأله

از جمله عقود متداولی که صحت و بطلان آن با توجه به خصوصیت معلق علیه و نوع تعلیق و ... مورد اختلاف واقع گردیده و در نتیجه، آراء فقهی و حقوقی زیادی را سبب شده است عقد نکاح می باشد. در حالی که به نظر می رسد مفاد قانون مدنی می تواند محمل خوبی برای حل اختلافات و رسیدن به نظری واحد باشد. لذا امعان نظر مجدد در قوانین حاکم و نظریه های مختلف برای دریافت نظر واقعی قانونگذار و تنقیح عقد معلق و به ویژه نکاح، با تکیه بر فقه و قانون ضرورتی است که این نگارش را سبب شده است.

یکی از اعمال حقوقی با کاربرد بسیار زیاد و ضروری زندگی انسان، عقد است. این پدیده در اشکال مختلف خود وسیله تقریباً منحصر تبادلی و جابجایی ارادی مایملک اشخاص و افراد جامعه و نیز جوامع مختلف با یکدیگر است، از این راه است که مازاید اشیاء و اموال مبدل به اشیاء یا اموال مورد نیاز یا وجه نقد و اندوخته و سرانجام نیازمندی ها تأمین می گردد و با این گردش در سطوح مختلف تجارت و کسب و کار، افزایش سرمایه رانیز سبب می شود. این پدیده که از دیرباز در بین ساکنان کره زمین متداول بوده است همگام با پیشرفت و پیچیدگی اقتصاد و هم سو با تمدن و پویایی اقتصاد و جامعه متحول و حسب نیاز انسان در جوامع مختلف قالب های متناسب آن پی ریزی، ارائه و به کار گرفته شده است، لذا مطالعه و شناخت چنین پدیده گسترده و کارسازی، ضروری بوده و گسترش و تحول پذیری آن مستلزم مطالعه بیشتر و گونه بندی جدیدتر و کاملتر است. برای انجام چنین مهمی لازم است ابتدا تعریف عقد به طور مطلق ارائه شود تا ماهیت کلی پدیده روشن شده، و سپس گونه منظور انتخاب و مطمح نظر و بررسی قرار گیرد.

۲- تعریف عقد

برای انتخاب تعریف مناسب باید توجه داشت که خواستگاه حقوق ما حسب واقعیات و نیز تکلیف اصل چهارم قانون اساسی، حقوق اسلامی یعنی فقه بوده و هست ولی فقها به دلیل اعتقاد به الزام آور نبودن عقود غیر معین و توقیفی بودن عقود معین و باعنایت به خصایص خاص عقود معین ناچار هر عقد را جداگانه تعریف کرده و خود را ملزم یا نیازمند به تعریف کلی عقد ندیده اند و قانون مدنی نیز، در ماده ۱۸۳ با بیان «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد برامری نمایند و مورد قبول آنها باشد» تعریفی را به عنوان تعریف جامع عقد ارائه داده که از جهات مختلف ناقص بوده، و فاقد هر دو خصوصیت تعریف مناسب یعنی جامعیت و مانعیت تعریف می باشد؛ از اینرو برای دست یابی به تعریف مناسب قابل قبول باید در کتب حقوقی به کنکاش پرداخت. از میان تعاریف متعدد عقد در کتب حقوقی به نقل تعریفی که عقد را «توافق دو یا چند انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» (حقوق مدنی/امامی/۱۶/۱) معرفی می نماید به این دلیل بسنده می کند که اولاً- نسبت به سایر تعاریف سبقت دارد؛ ثانیاً- با فرض مسامحی ترادف بین کلمات انشاء با اراده و نفع و نیز توافق با همکاری و به هم پیوستن تعریف ارائه شده به حدی از تعدد می رسد که می توان آن را تعریف مجمع علیه دانست. با این توجه که در این تعریف نیز بهتر بود به جای عبارت «دو یا چند» کلمه «چند» به کار می رفت، زیرا در زبان فارسی لفظ چند می تواند تشبیه عربی و جمع هر دو را افاده کند.

۳- تقسیم عقد

عقد از جهات مختلفی قابل تقسیم است؛ به طوری که تاکنون تقسیم بندی های متعددی را واجد شده و از آن جمله است تقسیمی که قانون مدنی در ماده ۱۸۴ پس از تعریف عقد ارائه داده است و با بیان «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند،

لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق»، فقط پنج گونه از عقود را مورد اشاره قرار داده و سپس به ترتیب عقد های مذکور را تعریف کرده است و در نهایت، عقد معلق را در ماده ۱۸۹ به شرح «عقد منجر آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود» تعریف کرده است، قدر مسلم این است که تقسیم قانون مدنی تنها می تواند فتح بابی تلقی شود و الا تقسیم کاملی نبوده، و همه اقسام عقد را در بر نمی گیرد، البته نویسندگان حقوقی تقسیم های مفصل تری از عقد ارائه داده اند و در اكمال تقسیم عقد نیز همچون تعریف آن کوشیده اند، به نحوی که همگی به تعدادی بیشتر از گونه های مورد اشاره قانون مدنی مشعر است و گاهی بالغ بر چهل گونه یا دسته از عقود مورد اشاره واقع شده است (ایجاد و اسقاط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی/ ۴۴-۶۳).

آن چه لازم است که مورد عنایت قرار گیرد این است که در عموم تقسیم های انجام گرفته، چه کامل و چه ناقص، عقد معلق یکی از گونه های برشمرده شده می باشد (ضوابط و قواعد معاملات/ ۱۹) و این مثبت این حقیقت است که عقد معلق، گونه ای است که از زمان های خیلی دور مد نظر واقع شده و همچنان جایگاه خود را حفظ کرده است؛ به ویژه که برخی عقد وصیت را به عنوان عمل واجب شرعی و لازم عرفی تنها در قالب این گونه از عقود امکان پذیر پنداشته اند (هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران/ ۸۷) که ورود به این بحث اختلافی مد نظر نیست.

۴- عقد معلق در آراء فقها

عقاید فقهی، صرف نظر از مبانی آن، به سه دسته قابل تقسیم است، عده ای چنین ابراز نظر کرده اند که: «ظاهراً در لزوم تنجیز اشکالی نیست. چنان که در بطلان غیر منجز (معلق) اختلافی نیست تا جایی که در تمهید القواعد شهید، ادعای اجماع بر آن شده است و از نوشته فاضل هندی در کشف اللثام چنین استنباط می شود که در عروض بطلان، تفاوتی بین تعلیق بر معلق علیه محتمل الوقوع و حتمی الوقوع نیست...»

(جواهر الکلام/۲۲/۲۵۳). این نظر با اندکی شدت یا ضعف، مورد عنایت دیگر فقها نیز قرار گرفته است: «بنابر احتیاط جایز نیست بیع را معلق و مشروط به چیزی کند که در حین عقد حاصل نیست، چه این که یقین داشته باشد به این که بعداً حاصل می شود یا نداشته باشد (مثل این که بگوید، این خانه را به تو فروختم اگر امروز باران بیارد). و نیز به چیزی معلق کند که نمی داند در حال عقد، آن چیز حاصل است یا نه، اما معلق کردن بیع به چیزی که می داند در حال عقد موجود است، مثل این که بگوید این را به تو فروختم اگر امروز شنبه باشد و بداند که شنبه است بنابر اقوی جایز است.»^۱ (ترجمه تحریر الوسیله/۳/۲۲). عده ای نیز عقد معلق را علی الاطلاق صحیح دانسته و نوشته اند: «فالتحقیق عدم اعتبار التنجیز فی المعاملات مطلقاً سواء كانت معلقه علی معلوم فی الحال أو استقبالی أو مجهول کذلک و معلوم العدم کذلک ثم بان تحقیقه» (البیع/۱/۲۳۶). برخی نیز با بررسی آراء دیگران و گاهی به چالش کشیدن آنها سرانجام به علت عدم امکان، تعلیق در انشاء را رد کرده، و در تعلیق منشاء موضعی ندارند (المکاسب/۳/۲۹۳-۲۹۸). به نظر می رسد که شیخ قائل به تفصیل باشد، که با نظر قانونی عقد معلق نیز مناسبت بیشتری دارد، ولی قبل از ورود به بحث حقوقی نگاهی به نظر شهیدین در عقد، و کالت که بر خلاف سکوت در عقد بیع، نظریه تفصیل را برگزیده اند مناسبت می نماید: «و یشرط فیها التنجیز، و یصحّ تعلیق التصرف» (اللمعه الدمشقیه/۱۴۴). یعنی انشای عقد و کالت باید منجز باشد؛ در نتیجه انشای معلق، موجب بطلان است ولی معلق شدن تصرف، اشکالی ایجاد نمی کند. همین نظر که به نظریه تفصیل مشهور شده است مورد تأیید شهید ثانی نیز قرار گرفته است (الروضه البهیة/۴/۳۱۸-۳۱۹). شهید ثانی به دنبال نظر شهید اول مبنی بر لزوم تنجیز در انشای عقد و کالت می افزاید: «در نتیجه اگر آن را بر شرط متوقع نظیر

۱- «لا يجوز علی الاحوط تعلیق البیع علی شیء غیر حاصل حین العقد سواء علم حصوله فیما بعد أم لا، و لا علی شیء مجهول الحصول حینه، و اما تعلیقہ علی معلوم الحصول حینه کأن یقول: بعتك إن کان الیوم یوم السبت مع العلم به فالأقوی جوازہ» (تحریر الوسیله/۱/۵۷۰، مسأله ۱۲).

آمدن مسافر یا صفت مترتب همچون طلوع آفتاب معلق سازند، صحیح نیست» و به دنبال نظر شهید اول مبنی بر بلا اشکال بودن تعلیق تصرف در عقد و کالت می افزاید: «اگر اصل صیغه یعنی ایجاب و قبول را به طور منجز انشاء کرده، ولی تصرف را به شرط یا صفتی معلق سازند، مثلاً بگویند: تو را در فلان امر وکیل کردم ولی تو در آن تصرف نکن مگر پس از یک ماه دیگر، در اینجا صیغه منجز است ولی تصرف وکیل مقید به صفت یعنی یک ماه دیگر شده است... در این صورت اخلاقی در امر و کالت نمی شود، زیرا اصل و کالت، جامع تمام شرایط خود از جمله تنجیز می باشد و دلیلی برای فساد آن نیست.

— در اینجا سؤالی مقدر است مبنی بر این که چه تفاوتی است بین این که موکل بگوید: وکیل کردم تو را در فروش این متاع از ماه آینده، با این که بگوید: وکیل کردم تو را، و تو از ماه آینده کارت را شروع کن؛ که اولی باطل بوده، و دومی صحیح است.

— اگر چه عبارت دوم از نظر صرف تعلیق همچون عبارت اول می نماید ولی در عبارت اول، ایجاد و اثر آن هر دو تا ماه آینده معلق شده است ولی در عبارت دوم، ایجاد نفس عقد منجزاً صورت پذیرفته و سپس به اثر آن یعنی تصرف، معلق گشته است، و چون این تعلیق، خارج از نفس عقد است لطمه ای به آن وارد نمی کند (المباحث الفقهیه/ ۱۹۰/۱۵-۱۹۷). این خصوصیت تقریباً منطبق با شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است که اگر عقد، مطلق بوده می توانست کار بلافاصله شروع شود در حالی که در حالت اول، بر خلاف اقتضای ذات عقد بوده و به کلی مجوز کار صادر نمی شود.

در فقه، آراء مختلف زیادی وجود دارد؛ به طوری که برخی عقد معلق را علی الاطلاق باطل می دانند و بعضی بلا اشکال، برخی نیز تعلیق در انشاء را باطل و تعلیق در منشاء را بلا اشکال دانسته اند؛ یعنی عقدی ایجاد نمی شود و اثری هم به وجود نمی آید. این آراء در فقه اهل سنت نیز قابل پیگیری است (الفقه الاسلامی و أدلته/ ۴۰۵۵/۵-۴۱۲۰). عده ای از فقهاء، تعلیق در انشاء را به دلیل قابل تصور نبودن وجود تعلیقی و عده ای

دیگر این خصوصیت را در تعلیق در منشأ به دلیل لزوم فاصله بین انشاء و منشأ برقرار دانسته اند (حقوق مدنی/امامی/۳۹). عده ای نیز بطلان و صحت را در نوع معلق علیه جستجو می کنند و ... که عموماً می توان در همان سه نظر صحت کلی، بطلان کلی و نظریه تفصیل که تعلیق در انشاء را موجب بطلان و تعلیق در منشأ را بلااشکال می داند خلاصه نمود.

۵- تعلیق از نظر حقوقدانان

هر سه نظر فوق در حقوق نیز وجود دارد با این توجه که به دلیل موضع قانون مدنی، نظری که عقد معلق را به کلی باطل بداند از تعداد کمتری برخوردار است. مثل صاحب نظری که معتقد است: «گاه بیع موصوف می شود به بیع قطعی و بتی و مقصود از آن بیع منجز و نافذ است، در مقابل بیع شرط و بیع موقوف به اجازه نه آن که در قبال معلق باشد که به سبب تعلیق از اصل فاسد است (کلیات حقوق اسلامی/۶۴). به طوری که ملاحظه شد نظر مذکور، عقد معلق را به کلی فاسد دانسته، و محلی برای بحث و استدلال باقی نمی گذارد، چرا که هیچ دلیلی بر نظر خود ارائه نمی کند؛ این نظر معتقد است: «شرط تعلیقی باطل است، زیرا در هر عقدی، تنجیز شرط است و تعلیق با تنجیز منافات دارد مگر وقتی که تعلیق، صوری باشد مثل تعلیق بر امر محقق الوقوع، اگرچه در این قسمت هم بعضی اشکال کرده اند» (همان/۷۶). نظر بالا در مورد تعلیق و تنجیز در بیع بوده، با این که ثابت شده که مورد مخصص (قواعد فقه/قبله ای خوئی/۴۰/۱؛ قواعد فقه/محمدی/۱۴۶). خود نگارنده در بحث از شرط تعلیقی با به کار گرفتن ادات عام در عبارت «هر عقدی» (مبانی استنباط حقوق اسلامی/۸۷) جایی برای تردید در تعمیم عقیده ایشان مبنی بر لزوم تنجیز در همه عقود باقی نمانده است. صاحب نظر مذکور، در مورد دیگری ابراز می دارد: «هر عقدی خواه لازم باشد یا جایز، مشروط است به این که به طور منجز واقع شود و تعلیق مفسد عقد است. و ایقاع نیز باید منجز باشد؛ پس اگر

شخصی به کسی که به او مدیون است بگوید تو بری هستی از دین بعد مرگ من، صحیح نیست، مگر مقصود از آن وصیت باشد و صحت تدبیر من باب دلالت دلیل خاصی است (کلیات حقوق اسلامی/۱۶۹)، وی نظر خود را در صفحه ۳۰۴ در بحث از ایقاع طلاق و در صفحه ۳۱۹ در بحث از وقف مورد اشاره و تأکید مجدد قرار داده است.

برخلاف نظر مذکور، نظر دیگری معتقد است که در فرض تعلیق اثر عقد در انشاء که ممکن است به یکی از سه شکل: مشروط مؤخر بر وجه کشف، به صورت واجب مشروط یا به صورت واجب معلق مقید شده باشد و با پذیرش این حقیقت که عقد معلق مستند به ماده ۱۸۹ ق.م. به شکل واجب معلق منعقد می گردد چنین ادامه می دهد: «اثر چنین عقدی آن است که در صورت پیدایش معلق علیه، مقتضای عقد حاصل می گردد و هر گاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که عقد واقع نشده است، منطبق ساده، اجتماع عقد معلق را پذیرفته و در روابط اقتصادی خود به کار برده است و همچنین قوانین کشورهای مختلفه در مجموعه های خود عقد معلق و احکامش را بیان نموده اند، بدین جهت موردی برای گفتگو در امکان تصور آن باقی نمی ماند (حقوق مدنی/امامی/۱۶۶/۱).

صاحب نظر فوق، پس از اثبات امکان انشاء عقد معلق به شرح مذکور درستی آن را از نظر قانون مدنی و فقه امامیه مورد بررسی قرار می دهد و مستنداً به قانون مدنی می نویسد: «عمل قانونگذار در ماده ۱۸۴ که مقرر داشته است عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق، از نظر منطق قضایی با توجه به شمارش عقد معلق ضمن سایر عقود و عدم تصریح به بطلان آن، نمی توان عقد معلق را باطل دانست و بنابراین هرگاه عقد معلق بین دو نفر منعقد شود و یکی از آن دو به طرفیت دیگری به ادعای خلاف قانون بودن عقد معلق، از دادگاه درخواست اعلام بطلان آن را بنماید، دادرس نمی تواند به استناد هیچ یک از مواد قانونی و یا نقص یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله با توجه به ماده «۱۰» قانون مدنی حکم به بطلان عقد مزبور بدهد و نمی توان به استناد ماده ۶۵۴ ق.م. این امر را گرو بندی دانست. زیرا

قصد طرفین در عقد معلق، گروبندی نیست و قصد، ملاک در تمیز و تشخیص عقود و معاملات از یکدیگر می باشد. بنابراین چنان که می توان کلیه عقود را به صورت منجز منعقد ساخت می توان آنها را به صورت معلق نیز انشاء نمود مگر آن که قانون صریحاً بطلان آن را اعلام داشته باشد، چنان که در ماده ۶۹۹ قانون مدنی می گوید: «تعلیق در ضمان مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.»

عقدی که به صورت شرط متأخر، یا واجب مشروط منعقد شود از نظر قضایی صحیح شناخته می شود، زیرا امکان تصور و نبودن ماده صریحی بر بطلان آن و وجود شرایط اساسی برای صحت عقد، کافی بر این امر است، علاوه بر آن که مفاد ماده «۱۰» قانون مدنی شامل عقود مزبور می باشد.» (همان/۱۶۷).

به طوری که گذشت، صاحب نظر مزبور برای اثبات درستی عقد معلق به مقدمات حکمت (میانی استنباط حقوق اسلامی/۱۳۰) استناد می کند و درستی عقد معلق را بدون قید و شرط می پذیرد و سپس به آراء فقها می پردازد و بر نظریه تفصیل، بدون ذکر نام صحه می گذارد که حکایت از عنایت صاحب نظر مذکور به انصراف (شرح اصول فقه ۴۲۹/۱) عقد معلق در قانون و وجود حقیقت قانونی دارد (همان/۱۶۸).

برخی نیز ضمن بحث از عقد معلق به شرح انشاء و معنی آن پرداخته اند که حکایت از پذیرش عقد معلق دارد (شرح قانون مدنی/۲۱۰ و ۱۱؛ حقوق مدنی/عدل/۱۱۱).

یکی دیگر از دانشمندان حقوق پس از بحث مفصل و نقل نظرهای مختلف می نویسد: «... در حقوق مدنی ایران و نیز فقه امامیه، عقد معلق با تعلیق انشاء، باطل و عقد معلق با تعلیق در منشأ، صحیح است و دلایلی که برای صحت عقد معلق به طور مطلق یا فساد آن به طور مطلق ارائه شده است مردود می باشد.» (تشکیل قراردادها و تعهدات/۷۵/۱) و سپس با بیان این مطلب که در حقوق مدنی ایران، تعلیق در منشأ صحیح است، مگر

در مواردی که قانون تصریح بر آن کرده باشد مستنداتی ارائه می دهد ولی در مجموع این نظر می تواند به شکل زیر مستند شود.

۱- طبق ماده ۲۳۳ ق.م که مقرر می دارد « هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود». عقد معلق نیز مانند سایر عقود، محکوم به صحت است؛ به ویژه با این توجه که قانونگذار در موارد ۱۸۴ و ۱۸۹ به عقد معلق پرداخته ولی بطلان آن را به طور مطلق اعلام نکرده است.

۲- مفهوم مخالفت مواد ۶۹۹، ۱۰۶۸ و ۱۱۳۵ که به ترتیب نوعی از تعلیق در عقد ضمان و مطلق تعلیق در عقد نکاح و ایقاع طلاق را باطل اعلام کرده است. مفهوم این حقیقت است که این خصوصیت، در سایه عقود موجود نیست.

۳- منشأ عقد، دال بر ماهیت عقد است نه آثار آن؛ لذا چون در ماده ۱۸۹ ق.م تأثیر عقد معلق، معلق به امر دیگری است نه آثار آن که نتیجه تأثیر عقد است، بنابراین معلق بودن تأثیر عقد یعنی معلق بودن خاصیت اصلی عقد (اقتضای اطلاق عقد)، با توجه به رابطه سبب مسببی بین تأثیر و اثر معتقد شویم که مقنن سبب را بیان و مسبب را اراده کرده است.

نادرستی تعلیق در انشاء، اولاً- مستند به ماده ۱۸۹ است که ملاک تشخیص را انشاء قرار داده است و در نتیجه با تعلیق انشاء، در حقیقت صورت مسأله پاک می شود و چون ایجاد صورت نمی گیرد موجودی برای بحث و تشخیص وجود نخواهد داشت. ثانیاً- چون ایجاد صورت نگرفته و موجودی به عمل نیامده است اعمال اصل صحت غیر ممکن است. ثالثاً- قصد سالبه به انتفاع موضوع می شود و از بین می رود؛ در این صورت طبق مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ عقد ایجاد نمی شود همانطوری که وفق ماده ۱۹۵ عقد بدون قصد باطل است.

در فقه نیز همین گونه استدلال با تکیه به آیات و روایات قابل ارائه است که فعلاً مطمح نظر نیست.

۶- نگاهی بر مجموع تعلیق در قانون مدنی

در مجموع، شش ماده قانون مدنی مقررات حاکم بر تعلیق را تعیین کرده است به این صورت که دو ماده ۱۸۴ و ۱۸۹ به مطلق عقد اختصاص داشته، و مبین جایگاه و مفهوم عقد معلق در حقوق ایران است و در قالب دو ماده ۶۹۹ و ۷۰۰ قانونگذار حساسیت موجود در عقد ضمان را برای حفظ اصل نقل ذمه به ذمه، تبیین و اعلام می دارد و دو ماده ۱۰۶۸ و ۱۱۳۵، با عنایت به جایگاه شرعی و عرفی نکاح و لزوم رعایت دایره حرمت و نکوهیده بودن خانواده متزلزل، اعمال تعلیق در عقد نکاح و ایقاع طلاق را در هر شکل ممنوع کرده است.

به این ترتیب، تنها دو ماده، یکی ماده ۱۸۴، با بیان تقسیم عقود که عقد معلق را نیز به عنوان یک عقد صحیح، قسیم دیگر عقود قرارداده است و ماده ۱۸۹ که با تعریف عقود منجز و معلق در حقیقت قانونگذار به وضع پرداخته و حقیقت قانونی ایجاد نموده است تبیین مقررات کلی حاکم بر عقد معلق و مفهوم عقد معلق را به عهده دارد و عقد معلق در سیستم حقوقی ایران، تابع دو ماده مذکور می باشد مگر استثنائات که مفاد چهار ماده باقی مانده از مواد مذکور را تشکیل می دهد که هر یک به علت خصوصیت مستثنی بودن، فقط در محل خود قابلیت اعمال دارند.

با توجه به مراتب فوق، بحث های مفصل تعلیق در انشاء یا تعلیق در منشأ و نیز نظریه تفضیل و به طور کلی جایگاه عقد معلق و مفهوم آن حداقل از نظریه قانونی در حقوق ایران تعیین تکلیف شده است و موارد استثناء و نظریات خاص قانونگذار تصویب گردیده است. زیرا در ماده ۱۸۴ قانونگذار عقد معلق را قسیم دیگر عقود صحیح قرارداده و مشروعیت و اعتبار آن را در حقوق ایران تصویب و ابلاغ کرده است و به دنبال آن با تصویب ماده ۱۸۹ که منطوق آن عقد منجز و مفهومی (کفایه الاصول/۲۳۰) عقد معلق را تعریف می کند و از لحاظ قانونی مجال بحث های تعلیق در انشاء، یا تعلیق در منشأ را از بین برده است هر چند که از لحاظ صرف علمی یا فقهی

می توان به بحث های مذکور ادامه داد، چون از نظر قانونی با توجه به ماده مذکور، عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری باشد و جایی برای بحث از عقد معلق با تعلیق در انشاء یا منشاء نیست و قانونگذار با تعریف عقد معلق، وضع انجام داده و حقیقت قانونی ایجاد شده است. (اصول فقه ۱/۱-۳۱؛ شرح اصول فقه/۳۹) از اینرو، آن چه خارج از تعریف قانونی باشد عقد معلق مد نظر قانونگذار نیست و لو این که بحث فقهی، علمی ادامه یابد. با این توجه که اگر تعریف قانونی، شامل عقد معلق با تعلیق در انشاء هم می شد با وجود مشکل علمی (مصباح الفقاهاه/۲۳۱/۳)، مثل بسیاری از موارد موجود در قانون مدنی تعلیق حکمی ایجاد می کرد، چون حق را قانون تعریف می کند (مقدمه علم حقوق/۱۱۹؛ مقدمه عمومی علم حقوق/۱۵)؛ به هر صورت، در وضع موجود باید پذیرفت که تعلیق در انشاء از لحاظ قانونی، خروج موضوعی داشته، و تخصصاً از بحث عقد معلق خارج است (مبادی فقه و اصول/۲۰۵).

۶-۱- تعلیق در عقد ضمان

دو ماده ای که ذیل عقد ضمان به تعلیق اختصاص یافته است به ترتیب عبارتند از: ماده ۶۹۹ که در بخش اول مقرر می دارد. «تعلیق در ضمان، مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است...» در حقیقت تأکیدی بر مفاد مفهوم مخالف ماده ۱۸۹ یعنی تعلیق در انشاء است و تعریف مصوب در ماده ۱۸۹ مانع از تداخل چنین ماهیتی با عقود مورد تعریف در ماده موصوف می شود همان طور که بخش دوم ماده مقرر می دارد: «...ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.» تأکیدی است بر منطوق ماده ۱۸۹ مذکور، زیرا این بخش همان تعلیق تأثیر است که از افراد مورد تعریف در ماده ۱۸۹ می باشد. یعنی بخش دوم ماده ۶۹۹ بخشی از جامعیت تعریف قانونی عقد معلق در ماده ۱۸۹ را تکمیل می کند؛ به این ترتیب حکم جدیدی در مفاد ماده ۶۹۹ وجود ندارد، هر چند که این حقیقت مورد عنایت حقوقدانان قرار گرفته است (حقوق مدنی/۱۳/۳).

انگیزه قانونگذار در تصویب ماده مذکور دو چیز می تواند باشد: یکی حفظ اصل نقل ذمه به ذمه؛ زیرا پذیرش ضمان به شکل صدر ماده ۶۹۹، مستلزم پیدایش ضمّ ذمه به ذمه است که با اعتقاد و مبانی فقهی مذهب امامیه سازگار نیست چون در آن صورت، از لحظه انعقاد عقد ضمان (اگر انعقاد را صحیح بدانیم یا انعقاد حکمی) تا هنگام مراجعه مضمون له (داین) به مضمون عنه (مدیون اصلی)، ذمه ضامن نیز در کنار ذمه مضمون عنه مشغول می شد، و این یعنی ضمّ ذمه به ذمه که با مبنای فقهی امامیه بینونت آشکار دارد و پیشگیری از این اتفاق برای ضرورت تصویب ماده ۶۹۹ کافی می نماید ولی دلیل دیگری نیز برای تصویب ماده خود می نماید و آن این که عدم تصویب قسمت دوم ماده ۶۹۹ می توانست شبه مشروعیت انعقاد عقد ضمان به شکل قسمت اول آن ماده را در سایر موارد ایجاد کند و چنین مشروعیتی یعنی لغو ماده ۱۸۹؛ که این نیز نمی تواند مطلوب قانونگذار باشد؛ از اینرو با تأکید مجدد به این که حسب ماده ۱۸۹ عقد معلق عقدی است که تأثیر آن حسب انشاء معلق شده باشد نه نفس عقد یا انشاء. دومین ماده مربوط به ضمان معلق، یعنی ماده ۷۰۰ ق.م با بیان «تعلیق ضمان به شرایط صحت آن مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم، موجب بطلان نمی شود» مسیری بین ضمان ما لم یجب مذکور در ماده ۶۹۱ و شائبه مذکور در ماده ۷۵۵ ق.م مدنی گشوده و استثنایی مخصوص عقد ضمان است و قابل تسری به دیگر عقود نیست.

اصولاً در عقد ضمان می تواند دینی مطرح باشد که مدیون آن حاضر نباشد، در نتیجه، احتمال سرایت نادرستی ادعای مدعی در غیاب مضمون عنه نمی تواند محال باشد، لذا شرط مجاز در ماده ۷۰۰ برای رفع تردیدها، ایجاد اطمینان و مساعد نمودن محیط در غیاب مدیون با توجه به خصوصیات بسیار عقد ضمان مناسب است.

۶-۲- تعلیق در نکاح و طلاق

دو ماده دیگر مربوط به تعلیق در بخش احوال شخصیه یعنی نکاح و طلاق وجود دارد که هر دو ماده تعلیق را موجب بطلان عمل حقوقی معلق دانسته اند و چون دو ماده مورد بحث نیز مثل مواد ۶۹۹ و ۷۰۰ بیانگر حکمی استثنائی هستند، محدود به محل خود و غیر قابل تسری به دیگر عقود و ایقاعات می باشند؛ ازاینرو با این که مفاد دو ماده ۱۰۶۸ که تعلیق در نکاح را نهی می کند و ماده ۱۱۳۵ که تعلیق در طلاق را منع می کند می توانست در قالب یک ماده اعلام شود قانونگذار برای حفظ قاعده حاکم بر احکام استثنایی، به هر حکم استثنایی یک ماده تخصیص داده است. بنابراین اطلاق دو ماده مذکور در هیچ عقد یا ایقاع دیگری قابل اعمال نیست؛ همان طور مفاد و مقررات محکی در مواد ۶۹۹ و ۷۰۰ ق.م در هیچ تأسیسی غیر از عقد ضمان، قابلیت اعمال ندارد مگر این که قانونگذار با تصویب مجددی این میدان را باز کند، بدیهی است نادیده گرفتن اصول حاکم، موجب سقوط در شکلی از بی قانونی خواهد شد که در نهایت هر انسانی که در آن محیط واقع شود متضرر خواهد گردید.

مثلاً ماده ۱۰۶۸ که مقرر می دارد: «تعلیق در عقد موجب بطلان است» اولاً- منصرف به عقد نکاح است و ثانیاً- با هیچ ماده دیگری قابل تقیید نیست و این که برخی معتقدند «...تعلیق به شرایط صحت، تعلیق واقعی نیست، چه در هر حال عقد مشروط به شرایط صحت است، پس هر گاه شرایط صحت، در زمان وقوع عقد وجود داشته باشد نکاح صحیح خواهد بود، در تأیید این نظر می توان به ملاک ماده ۷۰۰ قانون مدنی که می گوید: «تعلیق ضمان به شرایط صحت آن، مثل این که ضامن قید کند که اگر مضمون عه مدیون باشد من ضامنم، موجب بطلان آن نمی شود.» استناد کرد.

به علاوه چون عقد معلق در حقوق ایران اصولاً صحیح است و ماده ۱۰۶۸ یک قاعده استثنائی به شمار می آید نباید آن را به طور موسع تفسیر کرد و بجا است که

مورد مشکوک، طبق قاعده عمومی صحیح تلقی گردد.» (حقوق خانواده/صفایی و امامی/۴۷) درست به نظر نمی‌رسد، چون اولاً- ماده ۷۰۰ هم خود یک استثناء و اختصاص به عقد ضمان دارد و محکوم به محدودیت عدم تسری است و ثانیاً- بعید است بتواند بین عقد مالی ضمان با عقد غیر مالی، نکاح و حدت ملاک پیدا شود. ثالثاً- هیچ عقدی معلق به شرایط صحت خود نیست بلکه آن توقف یا ... به طوری که خواهد آمد از نوع دیگری است. بنابراین استناد مذکور، دچار اشکال به نظر می‌رسد، رابعاً- برداشت مذکور با تعریف شرط که عدمش مستلزم عدم است سازگار نیست، زیرا در این خصوص باید به این حقیقت توجه شود که شروط صحت، قیدند و با مقید، شیء واحدی می‌سازند و در نتیجه به هنگام عدم خود، مشروط را نیز معدوم می‌نمایند و ... به ویژه در عقد نکاح که تخلف از شرایط و موانع آن اغلب موجب فساد است نه بطلان، از قبیل لزوم دو جنس مخالف بودن طرفین عقد، در دایره حرمت یکدیگر نبودن طرفین یا شوهردار نبودن و ... یا که عموماً از موارد فساد عقدند که گفته اند «عقد فاسد ذاتاً غیر قانونی و نامشروع است و به همین علت اعتبار و اثر قانونی نمی‌یابد، اعم از آن که سایر شرایط صحت معاملات را داشته باشد یا خیر» (قواعد فقه/محقق داماد/۱۳۸)؛ مثل مورد مذکور در باره ۶۵۴ ق.م؛ بنابراین باید پذیرفت عقد نکاح طبق ماده ۱۰۶۸ ق.م نمی‌تواند معلق منعقد شود، با این توجه که برداشت فقهی موضوع نیز نمی‌تواند نتیجه دیگری داشته باشد. خامساً- عموم مورد استناد نیز با عنایت به این که خصوص مد نظر برای ورود به همان عموم تصویب شده است اصولاً قابل استناد نیست، چون در این صورت هیچ تخصیصی قابل اعمال نخواهد بود. لذا حرمت نظر قانونگذار و اصول کلی ایجاب می‌کند که ماده ۱۰۶۸ با اطلاق کامل خود فقط در نکاح و ماده ۱۱۳۵ فقط در طلاق اعمال گردد. به ویژه که صاحب نظر مذکور، چنین نیز اظهار نظر کرده است که «چون نکاح قراردادی مهم است و آثاری خطیر به بار می‌آورد قانونگذار به زن و مرد امکان داده است تا آخرین لحظه قبل از وقوع عقد از تصمیم خود بازگردند و وعده ازدواج را

برهم زند، انصراف از یک تصمیم نسنجیده و خلف وعده زناشویی، هر چند که از نظر اخلاقی مذموم باشد، بهتر از آن است که زن و مرد، خانواده ای متزلزل و ناهماهنگ و بدبخت تشکیل دهند و یک عمر درد و رنج و بدبختی زندگی کنند.» (حقوق خانواده/صفایی و امامی/۱-۳۷) که موجب این سؤال مقدر می شود که آیا خانواده با تردید در شرایط صحت متزلزل نیست؟ و از هنگام انعقاد تا لحظه خروج از تردید اعم از این که نتیجه مثبت یا منفی باشد تردید حاکم جانکاه نخواهد بود؟ و در صورت منفی بودن شرط صحت، تداعی آن تا پایان عمر زجر آور نیست؟

در جای دیگر می خوانیم: «گسستن پیوند زناشویی گاهی ممکن است هم از نظر زن و شوهر، هم از نظر فرزندان و هم از نظر جامعه زیان آور باشد. در این گونه موارد، طلاق را به عنوان استثناء می توان پذیرفت. لکن برای جلوگیری از تزلزل و پریشانی خانواده طلاق را باید محدود «کردند» (همان/۲۲۷) سؤال مقدر این است که نکاح بدون علم به شرایط صحت، مگر متزلزل نیست و با فرض برادر و خواهر رضائی بودن کدام یک از گروه های مد نظر، قبل یا بعد از کشف واقع نفع دارند؟ با بیان این نکته که بداهت پاسخ ها، مانع نگارش پاسخ است یک بار دیگر تأکید می نماید که هر دو ماده باید بدون هیچ گونه تخصیصی اعمال شوند و الا عمل واجد آن باطل است.

این نکته نیز باید مد نظر قرار گیرد که هیچ عملی معلق به شرایط صحت خود نیست بلکه عمل حقوقی بدون وجود شرط یا شروط مربوط انعقاد ناپذیر و باطل است نه معلق که عملی اختیاری است و این حقیقت که آن چه موجب بطلان عمل معلق می شود تردید موجود در آن است چون تردید با قصد و رضای معتدل قابل جمع نیست امر مسلمی است و اگر تردید نباشد تعلیق به شرایط صحت معنی ندارد. این نکته نیز نباید از نظر دور بماند که اعمال حقوقی معلق به شرایط خود نیستند چون نبود شرط یا صلاحیت با وجود آن و صلاح اندیشی که بر انعقاد عقد معلق حاکم است بسیار متفاوت می باشد؛ از اینرو چنین به نظر می رسد که شرایط صحت عموماً قید محل خود

هستند؛ لذا با نبود قید محل، یعنی مقید هم وجود ندارد و این واقعیت با تعلیق اختیاری بسیار متفاوت است. چون در تعلیق اختیاری، اعمال اراده و بحث شرط و استقلال مطرح هست.

تعلیق ناپذیری نکاح، مورد عنایت برخی از بزرگان حقوق نیز واقع شده است: «... قانون مدنی در عقد نکاح جنبه عمومی و اجتماعی را بر جنبه خصوصی آن برتری داده، و آزادی اراده افراد را در انعقاد آن محدود نموده و تنجیز را شرط صحت عقد نکاح قرار داده است چنان که ماده «۱۰۶۸» می گوید: «تعلیق در عقد موجب بطلان است.» بنابر اطلاق ماده مزبور، هر نوع تعلیق در عقد نکاح اگر چه بر یکی از شرایط صحت عقد باشد موجب بطلان عقد نکاح خواهد بود. مانند آن که مرد به زن بگوید تو را به زناشویی خود در آوردم هر گاه عده طلاق تو منقضی شده باشد. در این صورت هر گاه یکی از زوجین در انقضای عده تردید داشته باشد عقد نکاح باطل است...» (حقوق مدنی/امامی/۳۵۴/۴).

این عقیده که تردید، موجب بطلان عقد معلق است هم در فقه و هم در حقوق کراراً مورد عنایت واقع شده است. «یکی از شرایط صحت عقد (نکاح) انشاء تنجیزی است و اگر معلق بر شرط بکند چنین عقدی باطل است، مثل این که زوجه بگوید ازدواج خواهم کرد اگر پدرم اجازه بدهد و یا زوج قبول خود را معلق به تصویب والدین نماید یا وقوع ازدواج را موکول به زمان نماید که مشکوک است مثلاً معلق کند ازدواج یا قبول ازدواج را به مراجعت از سفری که در نظر دارد، در تمام صور فوق الذکر، عقد ازدواج باطل است.» (شرح قانون مدنی/۱۰۷/۷).

نتیجه

به طور کلی، عقد معلق با تعلیق در تأثیر آن در حقوق ایران پذیرفته شده، و سه مورد مطمح خاص نظر قانونگذار گرفته است که عبارتند از: عقد ضمان برای حفظ اصل نقل ذمه به ذمه و جلوگیری از تداخل با ضم ذمه به ذمه و رعایت ضمان ما لم

یجب و جلوگیری از تسری موضوع به سایر عقود؛ و همچنین عقد ازدواج و ایقاع طلاق که اهمیت و قداست این دو عمل نیز موجب عنایت خاص قانونگذار و نفی هر نوع عمل تعلیق در دو عمل مذکور شده است.

چون تعلیق با هر معلق علیهی در نکاح نهی شده است اگر تعلیق همراه با علم هر دو طرف به وقوع آن باشد نیز علاوه بر مغایرت با اطلاق، عملی است عبث که شرعاً حرام و عرفاً اهمیت نکاح مانع چنین حرکتی به هنگام انعقاد و جدی نبودن عامل به آن است که نتیجه ای جز بطلان عقد ندارد و اگر علم به وقوع نباشد تردید حاکم، موجب بطلان عقد است و تصور وحدت ملاک بین نکاح با ضمان با سایر عقود نیز واهی و غیر قابل قبول می نماید.

منابع

- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ۶ جلد، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۵۰.
- امامی، مسعود، «بیع زمانی»، **الفقه**، شماره ۶۶، ص ۲۱ تا ۶۰، ۱۳۸۹.
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی، **المکاسب**، ۳ جلد، چ ۳، قم، انتشارات دهقانانی (اسماعیلیان)، ۱۳۷۴.
- بروجردی (عبده)، محمد، **کلیات حقوق اسلامی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، بی تا.
- توحیدی، میرزا محمدعلی، **مصباح الفقاهه فی المعاملات** (تقریرات سید ابوالقاسم موسوی خوئی)، ۶ جلد، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ق.
- جعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، نجف، دانشگاه دینی نجف، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مقدمه عمومی علم حقوق**، چ ۵، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حائری شاهباغ، سیدعلی، **شرح قانون مدنی**، ۸ جلد، تهران، وزارت دادگستری، بی تا.
- خراسانی (آخوند خراسانی)، محمد کاظم، **کفایه الاصول**، چ ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

عقد معلق در قانون مدنی و اثر تعلیق به شرایط صحت عقد _____ ۲۰۹

- ذهنی تهرانی، محمدجواد، **المباحث الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ**، ۳۰ جلد، چ ۲، قم، کتابفروشی وجدانی، ۱۳۷۰.
- الزحیلی، وہبہ، **الفقہ الاسلامی و أدلتہ**، ۱۱ جلد، چ ۴، بیروت، دار الفکر، دمشق همراه دار الفکر المعاصر، ۱۴۱۸ق.
- سنگلجی، آقا محمد، **ضوابط و قواعد معاملات**، بہ ہمت مہدی رسایی، چ ۴، بی جا، ۱۳۷۴.
- شہیدی، مہدی، **تشکیل قراردادہا و تعہدات**، تہران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- _____، **حقوق مدنی ۳ (تعہدات)**، تہران، بنیاد علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰.
- صفایی، سیدحسن و امامی، اسداللہ، **حقوق خانوادہ**، چ ۶، تہران، انتشارات دانشگاه تہران، ۱۳۷۷.
- _____، **مختصر حقوق خانوادہ**، چ ۱۴، تہران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- عدل، مصطفی (منصور السلطنہ)، **حقوق مدنی**، ۲ جلد، چ ۷، تہران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۲.
- علی آبادی، علی، **ایجاد و اسقاط تعہدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی**، چ ۵، تہران، انتشارات دانش پذیر، ۱۳۸۹.
- عمید، موسی، **ہبہ و وصیت در حقوق مدنی ایران**، بی جا، عباس فرید و چاپخانہ علمی، ۱۳۴۲.
- فیض، علیرضا، **مبادی فقہ و اصول**، چ ۱۴، تہران، انتشارات دانشگاه تہران، ۱۳۸۲.
- قبلہ ای خوبی، خلیل، **قواعد فقہ (بخش جزا)**، ۲ جلد، چ ۴، تہران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، **مقدمہ علم حقوق**، چ ۴۳، تہران، شرکت سهامی انتشار، ۱۲۸۴.
- محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقہ**، چ ۱۰، انتشارات سمت، تہران، ۱۳۸۹.
- محمدی، ابوالحسن، **قواعد فقہ**، چ ۱۱، تہران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- _____، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، چ ۳۹، تہران، انتشارات دانشگاه تہران، ۱۳۸۷.
- محمدی، علی، **شرح اصول فقہ**، چ ۳، قم، انتشارات دار الفکر، ۱۳۷۳.
- مظفر، محمدرضا، **أصول الفقہ**، ۴ جلد، چ ۳، قم، مؤسسہ مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- مکی عاملی (شہید اول)، محمد بن جمال الدین، **اللمعہ الدمشقیہ**، ۲ جلد، چ ۵، قم، دار الفکر، ۱۳۷۴.
- موسوی خمینی (امام)، سیدروح اللہ، **البیع**، ۵ جلد، چ ۵، قم، مؤسسہ النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- _____، **تحریر الوسیلہ**، ۲ جلد، چ ۴، قم، مؤسسہ مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.

۲۱۰ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۶ - شماره ۱۱ - پاییز و زمستان ۹۳

- موسوی همدانی، سید محمد باقر، ترجمه تحریر الوسيله، ۴ جلد، قم، انتشارات دار العلم، ۱۳۹۶ق.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ۴۲ جلد، ج ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.