

## **Suspension of contracts from the perspective of Islamic jurisprudence and law**

**Rahimeh Khademipoor <sup>۱</sup>**

1- Master of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Shahid Bahonar  
University of Kerman, Faculty of Law and Theology, Kerman, Iran..

### **Abstract.**

One of the characteristics of the validity of a contract is that the contract is valid, that is, what is not suspended in the contract. In contrast to a contract, a contract is suspended, that is, what is in the contract is dependent and suspended. Many jurists believe in the invalidity of a suspended contract, and those who believe in the invalidity of a suspended contract have cited several reasons for the invalidity of the suspension. The civil law does not have a clear statement in stating the status of the suspended contract and only in some articles, the guarantee contract and the marriage have been declared as suspended, and it does not have a view on other contracts and the main problems in this case are the civil law. That is, the law is ambiguous in this regard. This article tries to examine the cases of legal ambiguity of suspended contracts from the perspective of Islamic jurisprudence.

### **Keywords :**

Contract, condition, suspension, enactment

## « تعلیق در عقود از منظر فقه اسلامی و حقوق موضوعه »

رحیمه خادمی پور<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۳

### چکیده

یکی از ویژگی‌های صحت عقد این است که عقد منجز باشد، یعنی آنچه در عقد انشاء شده به قیدی معلق نباشد. در مقابل عقد منجز، عقد معلق واقع شده، یعنی آن چه که در عقد انشاء شده وابسته و معلق به قیدی باشد. عده زیادی از فقها قائل به بطلان عقد معلق می‌باشند، که قائلان به بطلان عقد معلق برای مبطل بودن تعلیق به چندین دلیل استناد کرده‌اند. قانون مدنی نیز در بیان وضعیت عقد معلق بیان صریح و روشنی ندارد و فقط در پاره ای مواد، عقد ضمان و نکاح را به صورت معلق باطل معرفی کرده، و نسبت به بقیه عقود دیدگاهی ندارد و عمده اشکالی که در این مورد به قانون مدنی وارد بوده این است که قانون مزبور در این باب ابهام دارد. این مقاله سعی دارد تا موارد ابهام قانونی عقود معلق را از منظر فقه اسلامی مورد بررسی قرار دهد.

واژگان کلیدی: عقد، شرط، تعلیق، تنجیز.



<sup>۱</sup> - دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق، دانشگاه کرمان، ایران.

## ۱- مفهوم شناسی

## ۱-۱- عقد

عقد واژه‌ای است عربی و از لحاظ اشتقاق و ریشه شناسی مصدر است، که گاه در مفهوم وصفی و به معنای «معقود» به کار می‌رود. (محقق داماد، ۱۳۷۹ ش: ۳۹) و در لغت به معنی بستن، گره زدن، درمقابل گشودن یا ربط و وصل درمقابل حلّ است. (رک: جوهری، ۱۴۲۰ق: ۱۱۰؛ ابن منظور، ۱۹۹۷م: ۳۸۶) به معنی قطعی کردن نیز بکار می‌رود. «عقدالبیع» یعنی معامله را قطعی کرد. تضمین کردن از دیگر معانی این کلمه است (دهخدا، ۱۳۳۴: ج ۱۰، ص ۱۴۱۰).

فقه‌های امامیه در این زمینه تعابیر مختلفی دارند؛ برخی از آن به «بستن و گره زدن یکی از دوالتزام به دیگری» تعبیر کرده اند (حسینی شاهرودی، ۱۴۰۹ق: ۶۷) و برخی دیگر آن را «تعهد شخصی با دیگری در کاری از کارها اعم از امور مالی یا غیر آن» تعریف کرده اند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱ق: ج ۳، ص ۱۱۶) در فقه عامه نیز آمده است: «عقد عبارتست از ارتباط ایجاب یا قبول به شکل مشروع که اثرش در محل آن ثابت خواهد شد». (حائری، ۱۴۲۱ق: ج ۱، ص ۱۷۵) اما در اصطلاح حقوق گفته شده است: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود». (کاتوزیان، ۱۳۷۴ ش: ۱۶)

قانون مدنی در ماده ۱۸۳ چنین بیان می‌دارد که: «عقد عبارتست از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند، و مورد قبول آن‌ها باشد». البته به این تعریف اشکال عمده‌ای وارد است که نشان دهنده ناقص بودن این ماده قانونی می‌باشد. با این حال تعریفی که در ماده ۱۸۳ ق.م ذکر شده از جهات مختلفی مورد ایراد حقوق دانان قرار گرفته که مهمترین آن‌ها به شرح ذیل است:

۱- در ماده ۱۸۳ ق.م. به تعهد متقابل یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر در مقابل هم «عقد» گفته شده است. در حالی که «تعهد» اثر عقد است نه خود آن. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ص ۱۶)

۲- ماده فوق تنها شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را در بر نمی گیرد. این ایراد در آن جا بیشتر رخ می نمایاند که بدانیم اصولاً در حقوق ایران، تا آن جا که ممکن بوده است آثار عقود بر اموال قرار می گیرد نه بر اشخاص. (شهیدی، ۱۳۷۷: ص ۳۶)

۳- ظاهر عبارت مندرج در تعریف، صرفاً شامل عقود غیر معوض است و عقود معوض را در بر نمی گیرد. (شهیدی، ۱۳۷۷: ص ۳۶)

۴- در ماده مذکور، تعهد و قبول فقط به «نفر» که واحد انسان است نسبت داده شده است. در حالی که بهتر بود از واژه شخص استفاده می شد تا شامل اشخاص حقوقی نیز بشود. (شهیدی، ۱۳۷۷: ص ۳۷) گرچه با لحاظ ماده ۵۸۸ قانون تجارت در عمل مشکلی پیش نخواهد آمد. اما بر تعریف فوق درباره عقد اشکال وارد شده و آن این که تعریف فوق تنها شامل «عقود عهدی» است و «عقود تملیکی» را شامل نمی شود. مضافاً این که تعریف مذکور شامل عقودی که نتیجه آن انتفاء امر موجودی است نمی شود. و علاوه بر این، این تعریف شامل عقودی که طرفین دارای تعهد می شوند نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ص ۴۵۴). بنابراین حقوقدانان با توجه به این اشکالات سعی کرده اند تا تعریفی درست از عقد بیان کنند، لذا عقد عبارتست «از توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی».

#### ۲-۱- شرط

شرط در لغت به معنای الزام و التزام به چیزی آمده است. (جوهری، ۱۴۲۰: ق: ۹۱) شرط، واژه ای عربی است که جمع آن شروط، شرایط و اشراط می باشد. در اصطلاح لغت شرط به معنی گرو، بستن و همچنین لازم گردانیدن چیزی در بیع و نیز تعلیق کردن چیزی بر چیز دیگر آمده است. (دهخدا، دهخدا، ۱۳۳۴: ج ۹، ص ۱۳۱۳).

برخی از بزرگان علم حقوق برای شرط، از جهات مختلف معانی متفاوتی را بیان کرده اند: چنان که شرط را در مفهوم مدنی، امری دانسته اند که وقوع آن در آینده محتمل است و طرفین

عقد یا شخص ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد و ایقاع را متوقف بر حدوث آن امر می کند. و نیز آن را وصفی دانسته اند که یکی از طرفین عقد وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشند. از طرفی در معنای فقهی، آن را به معنی مطلق تعهد می دانند. معنای دیگر شرط از نظر اصولی، امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگر لازم آید. چنان که در تعریف آن آمده است: «الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لایلزم من وجوده الوجود» یعنی شرط عبارتست از چیزی که اگر نباشد مشروط بوجود نمی آید، ولی اگر بوجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست. (شهیدی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۲۵۵)

### ۳-۱- تعلیق

تعلیق در لغت مصدر باب تفعیل از ریشه «علق» به معنی آویختن، معلق کردن، آویزان کردن چیزی به چیز دیگر می باشد. (رک: ابن منظور، ۱۹۹۷م: ج ۹، ص ۶۰۰۱؛ دهخدا، ۱۳۳۴ش: ص ۵۹۷۰) و به معنی چنگ زدن و یادداشت کردن و نوشتن مطالب به صورت حواشی نیز می باشد که جمع آن تعلیقات است و اصطلاحاً عبارتست از مترتب کردن حکم بر ثبوت یا نفی حکم دیگر که حکم اول جزاء و حکم دوم را شرط می گویند. (سعدی، ۱۴۰۸ه: ص ۲۶۰)

از نظر فقهی باید اذعان داشت، تعریف فقهی تعلیق کمی متفاوت از تعریف حقوقی است هر چند که بعضی در مقام تعریف فقهی تعلیق همان تعاریف حقوقی را منتسب به فقه معاملات کرده اند (رک: قنواتی، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۱۴۵) ولی قابل انتقاد به نظر می رسد، چرا که از نظر فقها ضرورتی به نظر نمی رسد که معلق علیه امری محتمل باشد تا عقد معلق محسوب شود. (نجفی، ۱۳۹۴ق: ۳۵۲) از نظر فقهی ممکن است عقد معلق به واقعه ای که در آینده تحقق خواهد یافت معلق باشد. (خویی، بی تا: ج ۳، ص ۲۳۶) در حالی که از لحاظ حقوقی این نوع عقد، معلق نیست چرا که نتیجه اش آشکار است. اما شاید بتوان آن را اینگونه تعریف نمود که: «عقد معلق آن است که وجودش با یکی از ادوات تعلیق مانند «اگر»، «زمانی که» و مثل آن، بر

وجود امر دیگری که ممکن الحصول می باشد، معلق گردد» (زحیلی، ۱۴۱۸ق: ۳۴۴۷) چنانچه از ماده ۱۸۹ ق.م بر می آید، معلوم می شود که عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد که آن امر را در اصطلاح معلق علیه گویند. هر عقدی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله بعد از انعقاد عقد ظاهر می گردد، ولی طرفین عقد می توانند پیدایش آن اثر را معلق به امر دیگری سازند، یعنی در صورت پیدا شدن معلق علیه مقتضای عقد حاصل می گردد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که عقدی واقع نشده است. (رک: کاتوزیان، ۱۳۷۴ش: ج ۲، ص ۲۵۰) عده ای از حقوقدانان نیز معتقدند که تعلیق عقد آن است که اثر حاصل از آن، که در همان حال عقد موجود می شود، به علت نحوه مذاکرات طرفین، به طور ناقص ایجاد شود و زوال آن نقص، بستگی به پیدایش عامل یا عوامل جدید باشد. پس چنین نیست که در عقد معلق آثار عقد در حین عقد موجود نگردد و گرنه لازم می آید که بین انشاء و منشأ فاصله زمانی حاصل شود، که این حتی در ایجاد موجودات اعتباری هم محال است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ش: ص ۱۶۵).

برخی از فقها نیز گفته اند تعلیق عبارتست از این که عاقد اثر عقد را معلق بر چیز دیگری نماید، نه این که به طور طبیعی اثر عقد معلق بر چیز دیگری شود، چرا که به آن دیگر تعلیق گفته نمی شود، بلکه تعلق است. (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲۲۷). تعلیق واقعی در صورتی است که این دو شرط در آن جمع باشد:

الف- سرنوشت آثار عقد، دست کم بین دو طرف، معلوم نباشد. زیرا، اگر آنان تحقق شرط را به یقین در آینده بدانند، تعلیق بر آن نیز صوری است و نشان می دهد که فقط خواسته اند ایجاد دین مدتی به تأخیر افتد.

ب- تحقق تعهد موكول به حادثه خارجی شود. اگر اثر عقد منوط به امری شود، که به حکم قانون از شرایط درستی عقد است، قیدی بر آن افزوده نشده و تأکید بی فایده ای در باب اجرای قانون است.

#### ۴-۱- تنجیز

تنجیز در لغت مصدر باب تفعیل است، از ریشه «نَجَزَ» به معنی اتمام و انتها. و هم چنین به معانی انجام دادن کار، به جا آوردن خواسته، وفای به وعده، حاضر بودن و سرعت گرفتن در انجام کار می باشد. (طریحی، ۱۴۰۸ق: ص ۵۹۳) بر این اساس می توان گفت هر کاری که بدون قید و شرط، تأخیر و تعلق اجرا شود، تنجیز است. عقد منجز طبق ماده ۱۸۹ ق.م، عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. هر عقدی دارای اثر مخصوصی است که طرفین عقد برای به دست آوردن آن به انعقاد عقد اقدام می نمایند، که آن را مقتضای عقد گویند. در صورتی که عقد بدون هیچ گونه قید منعقد گردد، مقتضای آن بلافاصله پس از عقد حاصل می شود. پس در عقد منجز التزام دو طرف موکول به هیچ امر دیگری نیست، و با توافق آن ها بوجود می آید. (مدنی، ۱۳۸۳: ج ۲، ص ۲۴۹)

#### ۵-۱- انشاء و منشأ

انشاء در لغت به معنی ایجاد کردن و تربیت نمودن است. (راغب، ۱۳۸۷ق: ج ۱، ص ۸۰۷). و همچنین انشاء به معنی ایجاد و تشکیل عقد است. متکلم با انشاء ایجاد و تشکیل یک ماهیت حقوقی را قصد و اراده می کند، و چنان چه در قصد انشاء معامله را منوط و معلق به تحقق امری نماید، تعلیق در انشاء خواهد بود. در تعریف عقد به معنی مصدری گفتیم «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی». از این تعریف بر می آید که اراده طرفین، عقد را در عالم اعتبار ایجاد می کند به حرکت اراده در جهت ایجاد عقد اصطلاحاً «انشای عقد» و به آنچه به وسیله اراده انشاء می شود منشأ به صیغه اسم مفعول گفته می شود. بنابراین منشأ همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنی محصولی است که در عالم اعتبار ساخته می شود. (شهیدی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۶۷). لذا در صورت انجام شرط، از سوی مشتری، متعهد باید به تعهد خود مبنی بر وقوع عقد بیع و انتقال مالکیت خانه اقدام کند.

## ۲- وجوه تفاوت عقد مشروط و عقد معلق

### ۲-۱- تشخیص نوع شرط

شرط را می‌توان به «مطلق»، «معلق» و «فاسخ» تقسیم کرد. «شرط مطلق»، شرطی است که تأثیری در تشکیل یا عدم تشکیل عقد ندارد و صرفاً یک تعهد فرعی در ضمن عقد، تلقی می‌شود مانند شروط نتیجه، فعل و صفت. «عقد مشروط» عقدی است که در آن یکی از شروط مطلق اعم از شروط نتیجه، فعل و صفت ذکر شده باشد. اما وقتی شروط مطلق اعم از شروط نتیجه، فعل و صفت، در عقد به صورت معلق به کار روند، شرط معلق خواهد بود، در «عقد معلق»، تشکیل عقد یا بروز آثار آن، متوقف بر تحقق آن است. و اما «شرط فاسخ»، همانگونه که طرفین عقد ممکن است اثر عقد را موکول بر شرطی در آینده نمایند، انحلال عقد و از بین بردن تعهد نیز گاهی معلق به وقوع حادثه‌ای در آینده می‌شود. چنین شرطی را می‌توان شرط فاسخ نامید.

### ۲-۲- تفاوت ماهوی

تحقق عقد یا حدوث آثار عقد مشروط، منوط به تحقق شرط نیست و عدم اجرای شرط، در «عقد مشروط» لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌آورد و برحسب مورد، مشروط‌له، می‌تواند، مشروطاً علیه را ملزم به اجرای شرط کند و در صورت عدم امکان آن، عقد را فسخ نماید. ولی 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. نحوه تشخیص عقد معلق از عقد مشروط اینگونه است که مفهوم تعلیق، معمولاً از کلمه «اگر» و مفهوم شرط، از عبارت «به شرط این که» استفاده می‌شود.

## ۲-۳- تفاوت عقد معلق با عقد مؤجل

در عقد مؤجل اثر عقد بطور کامل بوجود می آید و فقط مطالبه دین و اجرا مدتی به تأخیر می افتد. اما در عقد معلق، پیش از وقوع تعلیق تعهد بوجود نیامده است. در عقد مؤجل چون ماهیت حقوقی منشأ پس از انقضای زمان مذکور تحقق نیافته است و نمی توان آن را در زمان انشاء معتبر یا غیرمعتبر دانست. اما معلوم است که عقد، پس از انقضای مدت، معتبر خواهد بود، در صورتی که تحقق عقد معلق بر واقعه احتمالی آینده معلوم نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۱۲۴)

و- صحت و بطلان؛

صحت در لغت به معنای تندرستی، راستی و درستی می باشد. (عمید، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۶۱۳) این واژه در اصطلاح حقوقی در معنای اعم خود که هم شامل معنای اخص که به نهادهای قانونی گفته می شود که برای رفع تحیر و سرگردانی می آیند، بدون این که چهره ای از واقعیت را نمایان سازند، در حالی که اصل در معنای اعم خود شامل اخص آن و هم چنین در برگیرنده مفهوم قاعده حقوقی است) در برابر فساد به کار می رود. چنان که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی، هم واژه صحت در برابر فساد قانون گذار قرار گرفته است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۱۹۱).

بطلان در لغت به معنای ناچیز شدن، باطل شدن می باشد. چنانکه در صراح آمده، بطلان در لغت به معنای خلاف حق است. و در اصطلاح حقوقی به معنای، از اعتبار ساقط کردن، محو و نابود کردن یک عمل حقوقی که نسبت به بعض یا کل آن عمل باطل بوده است. در این معنا بطلان به دو صورت جاری است: «بطلان مطلق» و «بطلان نسبی». بطلان مطلق، بطلانی را گویند که هم اشخاص ذی النفع در آن عمل و هم دیگران حق اعتراض به آن عمل را داشته باشند، به همین جهت تراضی طرفین در بطلان مطلق امکان ندارد. بطلان نسبی، بطلانی است که فقط اشخاص ذی النفع حق اعتراض بر آن عمل را خواهند داشت، به همین جهت تراضی

طرفین در بطلان عقد امکان دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ج ۴، ص ۱۶۱).

### ۳- آسیب شناسی فقهی تعلیق در عقود

قانون مدنی در ماده ۱۸۴ عقد معلق را در مقام بیان تقسیم عقود آورده است. «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جایز، خیاری، منجَز، معلق» و در ماده ۱۸۹ تعریفی از آن ارائه داده است بدون آنکه تصریحی به صحت یا بطلان عقد معلق کرده باشد، این در حالی است که در ماده ۶۶۹ و ۱۰۶۸۱ تصریح به بطلان تعلیق در عقود ضمان و نکاح کرده است، این عدم تصریح به صحت یا بطلان تعلیق در عقود موجب ابهام گشته است. به نظر می رسد قانونگذار در ایجاد این ابهام، تعمد داشته است؛ چراکه از یک طرف مواجهه با نظر مشهور فقها بوده که تعلیق در عقود را باطل می داند. (رک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۱۴۳) و از طرفی هم نتوانسته عرف موجود در ایران را - که اعتقاد به جواز معاملات تعلیقی بوده است - نادیده بگیرد. به همین جهت با زیرکی از کنار آن گذشته است تا این بحث در آینده با کمک حقوقدانان مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گرفته و در نهایت رویه ای که اشکالاتی هم در مرحله عمل نداشته باشد، اتخاذ شود. بانگاهی به دکتین حقوقی موجود ایران، در می یابیم که اکثر حقوقدانان، صحت عقود معلق را از قانون مدنی استنباط می کنند. (رک: امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ص ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ش: ۵۸) و برخی نیز چنین استنباطی ندارند و می گویند: «از قانون مدنی، صحت عقود معلق برداشت نمی شود». (حسینی، ۱۳۷۹: ص ۵۹) برخی از حقوقدانان برای برداشت صحت عقود معلق از قانون مدنی دلایلی را ارائه می دهند (رک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ص ۵۸) که به نظر می رسد بیشتر مؤیدات هستند تا دلایل، لذا ابهام قانون کماکان باقی خواهد بود. با استفاده از تعریفی که برای «عقد معلق» گذشت، می توان گفت به حسب تصویر عقلی، تعلیق بر سه قسم است: ۱. تعلیق در انشاء ۲. تعلیق در منشأ مانند ملکیت ۳. تعلیق متعلق منشأ. (روحانی، ۱۳۷۶: ق: ۲۳۰)

باید توجه داشت که محل نزاع در جایی است که اولاً معلق علیه در پیدایش ماهیت عقد یا صحت آن مؤثر نباشد و ثانیاً شرطی که عقد به آن وابسته گشته، یک امر احتمالی و تحقق آن در خارج مورد تردید باشد، به همین جهت برخی از فقها ضمن بیان اقسام تعلیق، بیشتر صور آن را صوری فرض کرده و صحت آن ها را مفروغ عنه گرفته اند. (رک: انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۱۶۲؛ خوئی، بی تا: ج ۳، ص ۷۰)

به هر حال اقوال فقهای امامیه را می توان به دو دسته تقسیم کرد:

#### الف. صحت عقد معلق؛

بعضی از محققان، تعلیق در انشاء را در امور اعتباری ممکن شمرده اند. به نظر ایشان چون ایجاد امور اعتباری وابسته به قصد انشا کننده است، هیچ مانعی ندارد که بنابر حاکمیت اراده او، انشاء نیز منوط به امور خارجی شود. ولی بیشتر پیروان این نظر، در عین حال که قابلیت تعلیق را در انشاء پذیرفته اند، قبول کرده اند که ظاهر از جمله شرطیه، تعلیق در جزء است، پس در عقود معلق، فقط اثر عقد (منشأ) منوط به وقوع شرط است نه اصل انشاء. (حکیم، بی تا: ج ۱، صص ۱۰۸-۱۰۹) برخی نیز گفته اند: «نتیجه تحقیقات این است که به طور مطلق، تنجیز در معاملات اعتبار ندارد؛ چه معامله معلق بر معلوم یا مجهول در حال یا آینده باشد. (سید روح الله خمینی، ۱۳۶۳ق: ۲۳۶) و یا عده ای دیگر گفته اند: «هیچ دلیلی بر بطلان عقود معلق نیست». (رک: خوئی، بی تا: ج ۳، ص ۷۰؛ مؤمن سبزواری، بی تا: ۱۲۸).

برخی از صاحب نظران حقوق، در باب صحت عقود معلق، ادله ای ارائه نموده اند:

۱- اصل صحت معامله حکم می کند که هر معامله ای صحیح تلقی شود، مگر اینکه فساد آن معلوم گردد. عقد معلق نیز مانند سایر معاملات مشمول این حکم می باشد. و قانونگذار در ماده ۱۸۹ ق.م. به تعریف عقد معلق پرداخته گرچه در هیچ یک از مقررات قانون مدنی آن را به طور مطلق باطل اعلام نکرده است.

۲- در بین عقود، قانون، عقد ضمان و عقد نکاح معلق را باطل معرفی کرده که اختصاص

حکم به بطلان این دو عقد بی تردید قرینه ایست بر صحت سایر عقود معلق. (شهیدی، ۱۳۷۷: ج ۱، ص ۷۵).

### ب. بطلان عقد معلق؛

عقد معلق، نیز مانند سایر عقود با ایجاب و قبولی واقع می شود و فقط آثار آن «تعهد و نقل مالکیت» پس از تحقق شرط به وجود می آید. حال این پرسش به میان می آید که آیا اناطه اثر عقد بر وقوع شرط نتیجه تعلیق در انشاء است یا طرفین به طور منجز و قطعی درباره ایجاد التزام تصمیم گرفته اند و آثار آن «منشاء» را به وجود شرط معلق ساخته اند؟ همچنین در مورد بطلان عقود معلق نیز از سوی فقها دلایلی ارائه شده است؛ بطور کلی آنچه را که می توان بر منع تعلیق استدلال آورد اموری هستند که بعضی از آنها شرعی و بعضی دیگر عقلی هستند و لازمه بعضی ادله، عدم صحت است مطلقاً و برخی دیگر تفصیل. اهم این دلایل عبارتند از:

۱- **تعلیق با جزم منافات دارد؛** این دلیل از دلایل عقلی محسوب می شود، عده ای از علما نه تنها تنجیز را در قبال تعلیق معتبر می دانند، بلکه ابتدا به ساکن، خود، جزم را شرط کرده سپس عدم جواز تعلیق را بر آن مبتنی و متفرع ساخته اند. وجه آن این است که با عدم جزم انشاء و قصد ایجاد تحقق پیدا نمی کند و ایجاد فعل از فاعل با شک در اینکه موجد فعل در خارج هست یا نه؟ امری غیر معقول است. اراده ایجاد بیع و انشاء آن فرع حصول جزم فاعل است (حلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۶۶۲). شهید اول هم در کتاب القواعد، از این نظر تبعیت کرده و فرموده است: «انتقال ثمن و مثنی باید به سبب تراضی طرفین باشد و تا جزم و قطع نباشد، تراضی هم نیست و تعلیق با جزم منافاتی است». مبنای استدلال ایشان هم این است که: «وقتی عقد معلق باشد، معامله کننده مصمم بر عقد نیست؛ پس رضا موجود نیست و انتقال مالکیت تحقق نخواهد داشت و عقدی وجود پیدا نمی کند». (شهید اول، ۱۳۷۲ش: ج ۱، ص ۶۵).

۲- **اصل استصحاب؛** این دلیل نیز از دلایل عقلی است، که در مواقع شک در حکم

واقعی، عمل به آن جایز است و حکم به «ابقاء ما کان» می‌شود. به موجب این اصل، مخالفان عقد معلق معتقدند که عقد از اسباب تملک است ولی به علت سکوت قانون شرع، معلوم نیست که عقد معلق نیز از اسباب نقل مالک است یا نه؟ بنابراین هر گاه عقد معلق واقع شود مانند بیع معلق معلوم نیست که این بیع قانوناً ناقل مبیع به مشتری است یا نه؟ و نیز معلوم نیست که بیع مزبور ناقل ثمن به بایع است یا نه؟ در این صورت اصل استصحاب مالکیت، هر یک از متعاقدين مالک همان مالی هستند که پیش از عقد بیع داشته‌اند. این نتیجه علامت بطلان عملی بیع است یعنی بیع مزبور در عمل مانند یک بیع باطل است (بروجردی عبده، ۱۳۲۹:ص ۱۵۶).

**۳- انصرافات عمومات و اطلاقات؛ عمومات و اطلاقات صحت عقد، منصرف به عقد**  
منجز است نه عقد معلق، و عقد معلق خلاف قاعده می‌باشد و جنبه استثنایی دارد. بدیهی است که تعلیق در بین عرف و عادات و در عهدهای متعارف و عقود مرسوم بین مردم شایع نیست و قانون شرع در مورد معاملات، عرف و عادات را امضاء کرده است. و بدیهی است که عقد منجز متعارف و متعادل است نه عقد معلق. و اگر بطور استثنایی در مورد پاره‌ای از عقود، تعلیق متعارف باشد، فقط در همان مورد خاص، عقد معلق درست است نه بطور کلی (نائینی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۱۱۲).

**۴- اجماع؛ عمده دلیل مخالفان تعلیق، اجماع است.** به موجب اجماع‌هایی که نقل شده، تعلیق در هیچ عقدی جایز نیست، مگر اینکه شارع صریحاً در مورد خاصی آن را درست دانسته باشد (نجفی، ۱۳۹۴ق: ج ۲۲، ص ۲۵۳).

**۵- اسباب توقیفیه؛ عقود، توقیفی هستند و از شارع مقدس تلقی شده‌اند.** پس باید به همان نحوی که شارع انشاء کرده و برای آنها تعیین ضابطه نموده، انشاء کنیم و اگر طبق موازین شرعی انشاء شد، صحیح است و گرنه باطل خواهد بود؛ هر چند از حیث معنا فرقی نداشته باشند. آن قدر متیقن که از طرف شارع به ما رسیده است، این است که اسباب، معلق بر چیزی

نباشند و در مازاد مشکوک از اصالة الفساد استفاده می‌شود (بروجردی عبده، ۱۳۲۹: ص ۱۵۶).

**۶- تعلیق با قصد انشاء منافات دارد؛** این دلیل از دلایل عقلی به شمار می‌آید. شیخ انصاری در مکاسب این تنافی تعلیق با قصد انشاء را به توهم نسبت داده و فرموده است بعضی توهم کرده‌اند که وجه اعتبار تنجیز، عدم قابلیت انشاء است برای تعلیق. مثلاً در عقد بیع اگر بایع حین اقدام به عقد بیع قصد انشاء نماید، باید اثر انشاء و ایجاد او بلافاصله در همان حین عقد به وجود آید؛ حال آنکه تعلیق مانع می‌شود که اثر مزبور بلافاصله پس از عقد وجود پیدا کند. بنابراین تعلیق با قصد انشاء با هم جمع نمی‌شوند و باید از یکی چشم پوشید و چون هیچ عقدی بدون قصد انشاء نمی‌تواند وجود داشته باشد، بنابراین تعلیق نمی‌تواند در هیچ عقدی جایز باشد (انصاری، ۱۳۷۴ق: ج ۱، ص ۲۷۸ و ۲۹۶).

**۷- تنافی تعلیق با سببیت؛** برخی مدعی شده‌اند طبق ظاهر آیه «اوفوا بالعقود» (مائده، ۱)، «وجوب وفا به عقد» مانند سایر خطاب‌های وضعی و تکلیفی مترتب است بر تحقق موضوعش در خارج و از آن جدا نمی‌شود و این مقتضی وجوب وفا به هر عقد فعلی است که در آن تعلیق نباشد. چون متصور نیست وفای فعلی به عقود تعلیقی، و اگر چنین بشود خارج از حدود مدلول آیه است و چون خطاب دیگری که مقتضی وجوب وفاء به عقود تعلیقیه باشد، نداریم پس این عقود باطل خواهند بود (خویی، بی‌تا: ج ۳، ص ۶۷؛ نجفی، ۱۳۹۴ق: ج ۲۲، ص ۲۵۳).

**۸- از طریق اولویت؛** فقها در باب وکالت نه تنها فتوا به اشتراط تنجیز داده‌اند، بلکه بر آن ادعای اجماع هم کرده‌اند. حال اگر در وکالت، که از عقود جایز است و در عقود جایز بنا بر سهل‌گیری است، تعلیق مبطل شناخته شده و در عقود لازمه به طریق اولی چنین خواهد بود و تعلیق محال است. (انصاری، ۱۳۷۴ق: ج ۱، ص ۲۹۳).

قائلین به بطلان عقد معلق عمدتاً به پنج وجه استناد کرده اند:

۱. بطلان عقد معلق اجماعی است؛
  ۲. تعلیق در عقود، غیر معقول است؛
  ۳. حکم وجوب وفای مندرج در آیه کریمه مترتب است بر تحقق موضوع عقد در خارج و از جهت زمانی از هم منفک نخواهد بود؛
  ۴. اسباب عقود و ایقاعات توقیفی است، به همین جهت باید به قدر متیقن اکتفا شود و آن هم سبب خالی از تعلیق می باشد؛
  ۵. عمومات وارد در صحت عقود، منصرف از عقد معلق است، زیرا تعلیق، امری متعارف نیست؛ لذا در صدق عنوان عقد بر آن از نظر عرفی تردید وجود دارد. (رک: سیدمصطفی خمینی، ۱۳۷۶ق: ج ۱، ص ۱۶۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق: ۲۰۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶ق: ۲۴۶)
- البته برخی از فقها در بیشتر این ادله خدشه وارد کرده اند. به هر تقدیر از آن جا که عدم تصریح قانون گذار باعث تحلیل های حقوقی مختلفی شده، در نتیجه ابهام داشته و نیاز به پژوهش تفصیلی دارد تا در اصلاحیه های بعدی مورد توجه قرار گیرد.

## منابع و مأخذ

- ۱- قرآن کریم
- منابع فارسی:
- ۲- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۵ش) حقوق مدنی، چاپ هفدهم، اسلامیه، تهران.
- ۳- جعفری لنگرودی، جعفر. (۱۳۷۸). ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم.
- ۴- حائری، علی. (۱۳۷۶). شرح حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۵- حسینی، سیدمحمد رضا. (۱۳۷۹ش) قانون مدنی در رویه قضایی، مجلد، تهران.

- ۶- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۳۴ش). لغت نامه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۷- قنواتی، جلیل. (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت.
- ۸- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا.
- ۹- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
- ۱۰- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، سمت، تهران.
- ۱۱- مدنی، جلال الدین. (۱۳۱۶). حقوق مدنی، تهران، پایدار
- ۱۲- موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۸). قواعد فقهیه، تهران، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.

## منابع عربی:

- ۱۳- ابن منظور، محمد، (۱۹۹۷). لسان العرب، چاپ اول، صادر، بیروت.
- ۱۴- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۳۷۴ق). المکاسب، قم، دهقانانی.
- ۱۵- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۲۰). الصّحاح. ج ۲، چاپ اول، دارالکتب العلمیه، بیروت.
- ۱۶- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۸ق). العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۷- حائری، سیدمحمدکاظم. (۱۴۲۱). فقه العقود، چاپ اول، مجمع الفکرالاسلامی. قم.
- ۱۸- حسینی شاهرودی، سیدعلی. (۱۴۰۹). محاضرات فی الفقه الجعفری (تقریراً لأبحاث السید ابوالقاسم الموسوی الخویی) چاپ اول، دارالکتب الاسلامی، قم.
- ۱۹- حکیم، محسن. (بی تا). نهج الفقه، تعلیق: علی کتاب البیع من المکاسب، نجف، الطبعه العلمیه.
- ۲۰- الحلی، مهدی بن علامه. (۱۴۱۶). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، چاپ اول، بی جا، مؤسسه صادق(ع).

- ۲۱- الحلی، مهدی بن علامه . (۱۴۱۵). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، استقلال، چاپ چهارم.
- ۲۲- خراسانی، محمد کاظم . (۱۴۰۶). حاشیه کتاب مکاسب، بی جا، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- ۲۳- خویی، ابوالقاسم . (بی تا). مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم، مؤسسه انصاریان.
- ۲۴- خمینی، سیدمصطفی . (۱۳۷۶ق). کتاب البیع. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). قم.
- ۲۵- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۳۸۷ق). المفردات فی غریب القرآن، تحقیق حسین خداپرست. قم: نوید اسلام .
- ۲۶- روحانی، محمدصادق. (۱۳۷۶ق). منهاج الفقاهه. چاپ چهارم، علمیه، قم.
- ۲۷- زحیلی، وهبه. (۱۴۱۸ق). الفقه الاسلامی وأدلته. دارالفکر، دمشق.
- ۲۸- (شهید اول) مکی عاملی، محمد بن محمد. (۱۳۷۲ش). القواعد والفوائد فی الفقه والاصول، ترجمه سیدمهدی صانعی. (چاپ اول). مشهد: انتشارات دانشگاه فردوسی .
- ۲۹- طریحی، فخرالدین. (۱۴۰۸ق). مجمع البحرین. قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی .
- ۳۰- مؤمن سبزواری، محمدباقر. (بی تا). کفایه الاحکام. چاپ سنگی، مدرسه صدر، اصفهان.
- ۳۱- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۳ق). انوار الفقاهه، کتاب البیع، چاپ دوم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع)، قم.
- ۳۲- موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۶ق). مهذب الاحکام. مؤسسه المنار، قم.
- ۳۳- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۷۱). القواعد الفقہیہ، چاپ دوم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان. قم.
- ۳۴- نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. دارالکتب الاسلامیه، تهران.