

## ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی و آثار آن در حقوق ایران

عباس عسگری\*

دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

(دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۱۴ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۰۷)

### The Discovery or Transference of Suspension Clause and its Effects on Iranian Law

Abbas Asgari\*

Ph.D. Student in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran

(Received: 03/Jun/2020

Accepted: 25/Feb/2021)

#### Abstract

Due to the silence of the Civil Code about the beginning time of the effect of suspended contracts and in other words, discovery or transference of suspension clause, the issue cannot be ruled out from similar cases in iranian civil code, Because such an inference is based on a kind of analogy that is not acceptable in our law. Therefore, it is necessary to refer to jurisprudential sources and examine the reasons for each theory. After examining the evidence, it should be said that according to the rules and legal principles, the effects of a suspended contract start from the time of obtaining the condition of suspension and that is transference theory, which is a rule that the parties can not agree against. This debate has important practical effects; according to the theory of transference, the subject of the transaction becomes the property for the obligated party of the opposing contract with the suspended contract, but according to the discovery, the opposing contract will be Unauthorized. In transactions in which there is a pre-emption right, due to the transference, the time of using this right is from the time of fulfillment of the condition, and If we believe in the discovery, the pre-emption right has been proved since the contract was signed.

**Keywords:** Suspension Clause, Discovery, Transference, Suspended Debt.

#### چکیده

با توجه به سکوت قانون مدنی در رابطه با زمان آغاز تأثیر عقود معلق و به عبارت دیگر ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی، نمی‌توان حکم مسئله را از موارد مشابهی چون تأثیر اجازه و رد در معاملات فضولی که قانونگذار ایرانی در ماده ۲۵۸ ق.م. قائل به نوعی از کاشفیت در آن شده، پیدا کرد؛ چراکه چنین استنباطی مبتنی بر نوعی از قیاس است که در حقوق ما قابل پذیرش نمی‌باشد. لذا ناگزیر با رجوع به منابع فقهی و بررسی دلایلی که می‌تواند مستمسکی برای هریک از نظریات کاشفیت و یا ناقلیت شرط تعلیقی باشد. پس از بررسی ادله باید گفت که مقتضای قواعد و اصول حقوقی، شروع آثار عقد معلق از زمان حصول شرط تعلیقی یا همان ناقلیت شرط است؛ آن هم به نحو قاعده‌ای آمره که طرفین عقد نمی‌توانند بر خلاف آن تراضی نمایند. جدای از اهمیت نظری، کاشفیت یا ناقلیت شرط تعلیقی آثار عملی مهمی دارد؛ بنا بر نظریه ناقلیت، مورد معامله به ملکیت متعهدله قرارداد معارض با عقد معلق در می‌آید، اما بنا بر کاشفیت، قرارداد معارض فضولی خواهد بود. در معاملاتی که در آن شرایط شفعه وجود دارد، بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی زمان ثبوت شفعه از زمان تحقق شرط می‌باشد، اما در صورتی که قائل به کاشفیت شرط تعلیقی شویم، حق شفعه از زمان انشای عقد در حق شفیع ثابت شده است. علاوه بر این، بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی صحت رهن و ضمان از دیون و مطالبات عقد معلق بستگی به صحت رهن و ضمان از دیونی است که سبب آن محقق شده، اما هنوز مستقر بر ذمه نشده است؛ در حالی که اگر شرط تعلیقی را کاشف بدانیم، صحت رهن و ضمان از دیون و مطالبات عقد معلق دیگر متوقف به صحت رهن و ضمان از دینی که تنها سبب آن محقق شده، اما مستقر بر ذمه نشده است، نمی‌باشد.

**کلیدواژه‌ها:** شرط تعلیقی، کاشفیت، ناقلیت، دین معلق.

## مقدمه

مطرح نمود را بررسی می‌نمایم و سرانجام در بخش چهارم برخی از مهم‌ترین آثار ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی را مورد مذاقه قرار خواهیم داد.

## مفهوم شرط تعلیقی

در منابع فقهی، فقها برای شرط تعاریف متعددی را ذکر کرده‌اند؛ مرحوم شیخ اعظم انصاری در مکاسب در تعریف شرط این‌گونه می‌فرماید:

«الشرط ما يلزم من عَدَمِهِ العَدَم و لا يلزم من وجوده الوجود»

به این معنا که شرط عبارت است از چیزی که از عدم آن عدم مشروط لازم آید، بدون اینکه از وجودش، وجود مشروط لازم شود (انصاری، ۱۴۳۵: ۱۳/۶). به نظر مرحوم صاحب عروه، شرط به معنای مطلق جعل و قرارداد و اثبات است و دو نوع دارد: گاه از باب الزام و التزام است و گاه از باب تقيید و دره‌حال، اسم جامد ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۰۶/۱). برخی دیگر از فقها (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۱۰۴/۵) برای شرط، دو معنا ذکر کرده‌اند:

(۱) الزام و التزام در ضمن بیع و معاملات نظیر آن؛

(۲) عهده و مطلق ربط و تقيید؛ به عبارت دیگر، شرط گاه به معنای تقيید و گاه به معنای التزام انشایی است.

در حقوق اسلامی شرط معانی متعددی دارد؛ گاهی منظور از شرط، چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می‌شود؛ یعنی شرط قیدی برای اصل عقد می‌گردد، به گونه‌ای که انشاء یا منشاء، برحسب دیدگاه‌های مختلف، معلق به حصول شرط می‌شود. به عبارت دیگر، نفس التزام معلق بر چیزی (شرط) می‌گردد (کاشف الغطاء، ۱۳۶۱: ۵۲/۱)، همانند بیع معلق. لذا هرگاه شرط در معنای مذکور استعمال گردد منظور همان شرط تعلیقی است؛ با استفاده از مفهوم بالا و ماده ۱۸۹ قانون مدنی می‌توان گفت منظور از شرط تعلیقی امری می‌باشد که تأثیر عقد برحسب انشاء موقوف به آن است؛ شرط در این معنا قرابت بیشتری با معنای دوم دارد.

در بیشتر متون فقهی از واژه «معلق علیه» بجای شرط تعلیقی استفاده شده است و باید گفت شرط تعلیقی اصطلاحی است که بیشتر در ادبیات حقوقی استعمال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶۸/۱).

## نظریه کاشفیت شرط تعلیقی و ادله آن

منظور از کاشفیت حصول معلق علیه این است که از هنگام

عقد معلق که از دیرباز محل بحث و مناقشه فقها و حقوقدانان بوده؛ در ماده ۱۸۹ قانون مدنی ایران به صورت تعلیق در منشاء پذیرفته شده است اما قانون مدنی راجع به زمان جریان آثار و شرایط این‌گونه از عقود سخن به میان نیاورده و این مطلب از موارد سکوت قانونگذار می‌باشد. طرفین در عقد معلق جریان آثار عقد را منوط به تحقق امری ممکن‌الحصول که اصطلاحاً «شرط تعلیقی» نام دارد، می‌نمایند. لذا آنچه درخور بحث و قابل تأمل می‌باشد، این است که پس از حصول شرط تعلیقی آثار عقد در فرض اطلاق، از چه زمانی بر آن بار می‌شود؟ از زمان حصول شرط و یا از زمان انعقاد عقد؟ همین مسئله است که در زبان حقوقی تحت عنوان کاشف یا ناقل بودن شرط مطرح می‌شود؛ بدین معنی که در عقود تملیکی، آیا تحقق شرط کاشف از این است که انتقال از تاریخ عقد واقع شده است، یا ناقل ملکیت است و نسبت به گذشته اثر ندارد؟ در صورتی که زمان شروع جریان آثار عقد از زمان تحقق شرط تعلیقی باشد آیا طرفین می‌توانند تراضی بر کاشفیت شرط تعلیقی نمایند؟ هریک از نظریات کشف و نقل چه آثار عملی در نظام حقوقی ما خواهد داشت؟ آیا می‌توان با توجه به سکوت قانونگذار راجع به شروع جریان آثار در این‌گونه از عقود حکم مسئله را از موارد مشابه مانند بیع فضولی پیدا کرد؟ همان‌طور که در ابتدا بدان اشاره نمودیم قانون مدنی حکم خاصی درباره زمان تحقق آثار عقد معلق ندارد و معلوم نیست که آیا وقوع شرط از ابتدا عقد را به صورت منجز درمی‌آورد و در گذشته نیز تأثیر می‌کند، یا اثر آن ناظر به آینده است؛ از طرفی استدلال مبتنی بر وجود روایات معتبر فقهی مانند صحیح محمد بن قیس (وسائل، بی‌تا: ۵۹۱/۱۴) که در موارد مشابه (بیع فضولی)، آثار عقد را نسبت به زمان پیش از تکمیل و تحقق عقد، جاری دانسته (شیخ انصاری، بی‌تا: ۳۵۳/۳)، نظیر آثار عقد فضولی پس از اجازه نسبت به زمان انشاء عقد تا تنفیذ آن و حاکمیت شناختن برای اراده در مورد این‌گونه آثار و متابعت مبنایی مقررات قانون مدنی، در موارد سکوت از احکام فقهی مسلم یا مشهور، نمی‌تواند راهگشا باشد؛ چراکه این‌گونه استدلال مبتنی بر گونه‌ای قیاس است که در حقوق ما حجیت ندارد؛ لذا چاره‌ای نیست تا با مراجعه به آرای فقها و اصول و قواعد حقوقی پاسخ این سؤالات فوق را منقح نماییم. در بخش اول به توضیح راجع به مفهوم شرط تعلیقی می‌پردازیم و در بخش دوم به دلایلی که می‌تواند مستمسکی برای کاشفیت شرط تعلیقی باشد پرداخته و در بخش سوم دلایلی که می‌توان برای ناقلیت شرط

زمانی که شرط تحقق نیابد، وجوب واجب به فعلیت نمی‌رسد، در عقد معلق نیز بعد از تحقق معلق علیه، انشاء عقد تحقق می‌یابد (خویی، بی‌تا: ۲۱۷/۱).

در اصطلاح اصولیون واجب مشروط در مقابل واجب مطلق به کار می‌رود؛ منظور از واجب مطلق، واجبی است که وجوب آن علاوه بر امور عامه معتبره در تکلیف؛ یعنی عقل، علم، بلوغ و قدرت، متوقف بر چیز دیگری نمی‌باشد، مانند وجوب نماز نسبت به وضو که قبل از تحقق وضو نیز وجوب نماز در حق مکلف به فعلیت می‌رسد؛ اگرچه واجب و امتثال نماز در خارج، مشروط بر آن است (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۹۵/۱)؛ اما واجب مشروط به واجبی گفته می‌شود که وجوب آن علاوه بر امور مذکور مشروط به شرط است و تا زمانی که آن شرط تحقق نیافته باشد، وجوب واجب به فعلیت نمی‌رسد؛ مانند وجوب حج که مشروط به استطاعت است و تا زمانی که استطاعت تحقق نیابد، اصل وجوب حج، در حق مکلف به فعلیت نمی‌رسد.

در بحث واجب مشروط میان اصولیون این اختلاف نظر وجود دارد که آیا شرط در واجب مشروط، شرط وجوب و هیئت امر (و طلبی که از هیئت امر اتخاذ می‌شود) هست یا نه شرط واجب و ماده امر است؟ در این مسئله دو مبنای مهم ارائه شده است (حسینی‌مقدم، ۱۳۸۶: ۱۵۸).

الف) مشهور اصولیون معتقدند؛ شرط در واجب مشروط به هیئت امر (وجوب) برمی‌گردد و لذا استطاعت شرط اصل وجوب حج است و تا استطاعت حاصل نشود وجوب حج به فعلیت نمی‌رسد (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۹۵/۱).

ب) در مقابل مشهور اصولیون، مرحوم شیخ اعظم انصاری (ره) معتقدند؛ شرط در واجب مشروط به ماده امر (واجب) برمی‌گردد. لذا استطاعت، شرط واجب و عمل خارجی حج می‌باشد نه اینکه شرط اصل وجوب حج باشد؛ بنابراین؛ انجام دادن اعمال حج در خارج و امتثال آن بر استطاعت مقید است، اما وجوب حج قبل از استطاعت نیز فعلی است. (همان: ۹۵)

از آنجایی که در عقد معلق نیز اصل انشاء عقد، بر شرط معلق است و تا معلق علیه به وجود نیاید، انشاء عقد به فعلیت نمی‌رسد و ایجاد نمی‌گردد؛ می‌توان آن را همانند واجب مشروط تحلیل نمود اما همواره باید توجه نمود که این‌گونه تحلیل در صورتی درست است که در عقد معلق، تعلیق به انشاء برگردد و انشاء عقد بر شرط یا وصفی معلق باشد، نه آنجا که تعلیق به منشأ برگردد و اصل انشاء، منجز باشد (امامی، ۱۳۶۶: ۱۷۵/۱)؛ لذا باتوجه به اینکه در عقد معلق تعلیق به منشأ برمی‌گردد؛

انعقاد عقد معلق و نه لحظه حصول شرط، آثار عقد بر آن بار می‌شود؛ برخلاف ناقلیت شرط تعلیقی که بر اساس آن از لحظه حصول معلق علیه آثار عقد معلق بر آن مترتب می‌شود؛ یعنی عقد معلق اطلاقاً محمول بر این است ولو خلّی و طبعه دلالت بر کاشفیت حصول معلق علیه دارد، پس طرفین می‌توانند خلاف این کاشفیت را نیز شرط نمایند. البته برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۳/۱) تنها در صورت تراضی طرفین قائل به کاشفیت شرط تعلیقی شده‌اند. در رابطه با کاشفیت شرط تعلیقی می‌توان به ادله ذیل استناد کرد.

### ۱. تحلیل ساختار عقد معلق مشابه واجب مشروط به شرط متأخر کاشف

در این صورت عقد معلق مانند عقد مشروط به شرط متأخر بر وجه کشف تصور می‌شود. به این صورت که در عقد معلق، شرط یا وصف معلق علیه، اگرچه بعد از تحقق عقد به وجود می‌آید لکن به صورت شرط متأخر در عقد قبلی تأثیر می‌نماید و وقتی شرط محقق شد، از وجود آن کشف می‌شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است، نه از زمان حصول شرط. در این فرض، شرط کاشف از وقوع عقد از زمان انشاء آن است (گرچی، ۱۳۷۸: ۴۹/۱).

برای مثال در صورتی که شخص گفته است: خانه‌ام را به تو بخشیدم اگر در آزمون دکتری قبول بشوی، وقتی که فرزند در آزمون دکتری قبول شد معلوم می‌شود از زمان انعقاد عقد هبه، مالک خانه بوده است و لذا تصرفاتی که فرزند پس از عقد (قبل از تحقق شرط) در خانه داشته، تصرف در ملک خود او بوده است؛ بنابراین در عقد بیع معلق نیز می‌توان گفت تملیک از زمان انشاء عقد می‌باشد، اگرچه ظرف حصول شرط، آینده است نه اینکه تملیک از زمان حصول شرط باشد.

مرحوم شهیدی در زمینه تحلیل عقد معلق به صورت شرط متأخر کاشف می‌فرماید:

«روشن است که تحلیل عقد معلق به این صورت، مخالف با قواعد حقوقی است و نمی‌تواند قابل قبول باشد. در عبارت «شرط متأخر» بین صفت و موصوف تضاد وجود دارد. از این جهت که شرط چون زمینه را برای تحقق مشروط فراهم می‌کند، اصولاً باید مقدم بر مشروط باشد، درحالی که صفت «متأخر» با تقدم شرط مابینت دارد» (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۵).

البته فرض دیگری که برای تحلیل عقد معلق متصور می‌باشد این است که همانند واجب مشروط به شرط مقارن به آن نگرست و بگوییم همان طوری که در واجب مشروط تا

نمی‌توان عقد معلق را همانند واجب مشروط تحلیل نمود.

## ۲. اراده مشترک طرفین

کسانی که قائل به کاشفیت حصول معلق علیه در صورت تراضی طرفین هستند به قصد مشترک طرفین عقد معلق استناد می‌نمایند؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۲/۱) و معتقدند که بنا بر قصد مشترک طرفین قرارداد معلق؛ حصول شرط تعلیقی می‌تواند کاشف از ترتب اثر از حین عقد باشد؛ برخی دیگر از حقوقدانان عقد معلق با تعلیق در ماهیت را به دو گونه تحلیل کرده‌اند؛ «عقد معلق مترتب» و «عقد معلق فرضی». در عقد معلق مترتب اراده طرفین انشای عقدی است که پس از حصول شرط تعلیقی، محقق گردد و نتیجه تعلیق در این عقد، تأخیر تشکیل عقد تا زمان حصول شرط است؛ اما در عقد معلق فرضی، قصد طرفین خلق ماهیت عقد بر فرض وقوع معلق علیه یا همان شرط است و آنچه طرفین در این عقد اراده می‌کنند، این است که اگر شرط محقق شود، عقد در همان زمان انشا محقق گردد. در حقیقت نتیجه تعلیق در این عقد صرفاً نامعلوم بودن تحقق و عدم تحقق ماهیت عقد در زمان انشای عقد است. در این گونه عقد معلق باید آثار عقد را از زمان انشای عقد جاری دانست و این حکم صرفاً به خاطر اراده مشترک طرفین نسبت به جریان آثار عقد از زمان انشا نیست؛ بلکه از این جهت است که مقصود مشترک طرفین خلق ماهیت در همان زمان انشا لکن در فرض حصول معلق علیه در آینده است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۴)؛ اما با در نظر گرفتن مفهوم تعلیق ماهیت عقد و چگونگی ارتباط عقد با شرط تعلیقی عقد معلق و آثار آن را فقط باید پس از وقوع شرط محقق دانست نه پیش از آن، اگرچه ممکن است اراده طرفین بر این تعلق گرفته باشد که با وقوع شرط تعلیقی، عقد و آثار آن از زمان انشا محقق گردد؛ زیرا مطابق قاعده و روال جاری در اسباب حقوقی و نظم کلی روابط حقوقی، عقد نمی‌تواند نسبت به زمان پیش از رفع مانع خود تأثیر کند، همچنان که نمی‌تواند در زمان پیش از اجتماع همه اجزا و شرایط خود، ایجاد اثر کند، مگر در مواردی که قانون استثنائاتاً مقرر کرده باشد (همان).

## ۳. تأثیر معدوم در فرض ناقلیت

بنابراین دیدگاه در صورتی که حصول شرط را ناقل از جریان آثار در عقد معلق بدانیم، لازم می‌آید تا معدوم (عقدی که الفاظی بیش نبوده و در زمان حصول شرط تعلیقی هم چیزی از آن باقی نیست) در موجود (آثار عقد که در عقود ناقله، همان

نقل و انتقال و مالکیت می‌باشد) تأثیر نماید. به عبارت دیگر بروز و ظهور آثار عقد به عنوان امور وجودی بعد از حصول شرط تعلیقی، نیازمند آن است تا عقدی که سابقاً انشا شده در آن تأثیر داشته باشد در صورتی که تأثیر معدوم در موجود محال عقلی می‌باشد (حلی، ۱۳۸۷: ۴۲۰). نظیر این اشکال در کاشفیت اجازه در معامله فضولی نیز مطرح شده است (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵؛ نائینی، ۱۳۷۳: ۲۳۵). در اشکال به این دلیل که اضعف ادله به نظر می‌رسد باید گفت آنچه در زمان تحقق شرط تعلیقی معدوم است، الفاظ عقد است و آنچه سبب می‌باشد همان معنای انشائی است که توسط آن الفاظ ایجاد شده و در عالم اعتبار موجود است نه معدوم.

## ۴. صوری بودن شرط تعلیقی

استدلال دیگری که برای کاشفیت شرط تعلیقی می‌توان بدان تمسک نمود این است که بگوییم شرط تعلیقی به منزله صورت و عقد معلق به منزله ماده برای آن می‌باشد و پس از حصول شرط تعلیقی، ماده که همان عقد معلق باشد فعلیت یافته و پس از فعلیت اثر عقد از همان زمان گذشته بر آن بار می‌شود؛ این استدلال فلسفی را محقق نائینی ره از قول استاد خویش شیخ محمدباقر اصفهانی ره نقل می‌نماید؛ ایشان در تقریر استدلال مذکور این گونه می‌نویسد:

«هر چیزی موضوع حکمی از احکام به وسیله شرط متأخر قرار بگیرد، به نحوی که امر سابق به منزله ماده هیولایی و عنوان متأخر به منزله صورت نوعیه باشد، مقتضی قاعده ترتب آثار موضوع از اول تحقق آن می‌باشد» (نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۲۳۸).

البته ایشان استدلال مذکور را در رابطه با شرط تعلیقی مطرح نکرده و آن را ضابطه‌ای می‌دانند که اختصاص به مسئله خاصی ندارد و معتقدند در تمام ابواب فقه هر چیزی که عنوان متأخر دارد تحت شمول این قاعده قرار می‌گیرد؛ لذا این قاعده را در شرط تعلیقی نیز می‌توان جاری ساخت. محقق نائینی برای تنقیح استدلال استاد خویش مواردی را در فقه مثال می‌زند؛ از جمله بیع رهینه و بیع مال زکوی و تقوس در رکوع. (همان: ۲۳۹/۱) در مورد اول اگر راهن عین مرهونه را بدون اجازه مرتهن بفروشد و پس از چند روز فک رهن نماید بیع نافذ است چراکه محقق نائینی به تبع استاد خویش می‌گوید این فک رهن به منزله صورت است برای آن بیعی که قبلاً واقع شده، لذا فک رهن سبب می‌شود که آن بیعی که متقدم بر فک رهن بوده تمام و نافذ شود. در بیع مال زکوی نیز همین گونه است؛ مالک زمانی می‌تواند مالش را بفروشد که ابتدا زکاتش را اخراج

شرط تعلیقی که اثر عقد بر آن موقوف شده جهت عمده عقد به شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۶۰/۱). برخلاف رضا در فضولی و ثانیاً؛ پذیرش کاشفیت اجازه در فضولی همان‌گونه که برخی از فقها تصریح نموده‌اند (شهید اول، بی‌تا: ۲۳۳/۳)؛ بر روایات فقهی معتبر متکی است و در فرض نبود چنین اخباری باید گفت مناسب‌ترین نظریه با توجه به قواعد و عمومات در باب فضولی نظریه ناقلیت اجازه می‌باشد (انصاری، بی‌تا: ۴۰۸/۳).

### نظریه ناقلیت شرط تعلیقی و ادله آن

منظور از ناقلیت شرط تعلیقی این است که از لحظه حصول معلق علیه آثار عقد معلق بر آن مترتب می‌شود البته کاربرد اصطلاح ناقلیت خالی از مسامحه در تعبیر نمی‌باشد؛ چراکه همه عقود اثرشان نقل و انتقال نبوده و تنها در عقودی که اثرشان نقل و انتقال است می‌توان گفت حصول معلق علیه ناقل است اما اگر عقدی، جزء عقود ناقله نباشد طبیعتاً این تعبیر را نمی‌توان بکار برد برخلاف اصطلاح «کاشفیت» که در همه نوع عقود معلق اعم از تملیکی و غیر آن کاربرد دارد بنابراین منظور از کاشفیت و ناقلیت شرط در عقود معلق این است که در عقود تملیکی، آیا تحقق شرط کاشف از این است که انتقال از تاریخ عقد واقع شده است، یا ناقل ملکیت است و نسبت به گذشته اثر ندارد، در مقابل کسانی که قائل به کاشفیت حصول معلق علیه می‌باشند برخی حقوقدانان معتقدند آن چیزی که مقتضای اطلاق عقد است، ناقلیت حصول معلق علیه می‌باشد، اطلاق عقد اقتضا می‌کند که از لحظه حصول معلق علیه اثر بر عقد مترتب شود، البته از نظر این دسته نیز قصد مشترک می‌تواند ترتب اثر بر عقد را تا زمان انعقاد عقد بکشاند و به عبارت دیگر طرفین عقد می‌توانند بگویند ما تراضی می‌کنیم که حصول معلق علیه کاشف باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۳/۱)

### ۱. تحلیل ساختمان عقد معلق مانند واجب معلق در

#### فقه

در صورت تحلیل عقد معلق همانند واجب معلق در فقه، می‌توان گفت اگرچه انشاء عقد تحقق یافته است؛ اما عاقد، تملیک فعلی را انشاء نکرده است و آن را بر تحقق معلق علیه، معلق نموده است (امامی، ۱۳۸۹: ۱۷۶/۱). همان‌طوری که در واجب معلق، وجوب واجبی که به مکلف تعلق گرفته است، بر وقوع امر دیگری معلق شده است (مانند وجوب حج که با استطاعت مکلف، وجوب آن به فعلیت رسیده است، اما انجام دادن آن منوط بر فرارسیدن ایام حج است) (آخوند خراسانی،

نماید؛ حال اگر قبل از اخراج حق الفقرا بیعی انجام داد و بعد حق فقرا را اخراج کرد این نیز کشف از صحت بیع در گذشته می‌نماید. مثال دیگر ایشان در عبادات است به این بیان که اگر بگوییم رکوع از اول تقوس (قوس برداشتن) شروع شده و زمانی ما به آن رکوع می‌گوییم که جزء اخیرش (که خم شدن کامل است) محقق شود، آن جزء اخیر به منزله صورت است برای جزء اول یعنی اول التقوس که بر آن نیز صدق رکوع کنند. در نتیجه اگر هنوز کاملاً خم نشده و به انحنا کامل نرسیده یادش بیفتد که حمد را نخوانده و برگردد؛ چون هنوز رکوع واقع نشده نماز او صحیح است؛ زیرا او تنها جزء اول رکوع را انجام داده و صدق رکوع زمانی است که جزء اخیر (تقوس و انحنا کامل) بیاید. (همان) بنا بر این استدلال در تمام واجبات مرکبه می‌توان این قاعده را جاری دانست؛ برای مثال در نماز صحت رکعت اول متوقف بر این است که رکعت بعدی بیاید لذا رکعت اول به منزله ماده و رکعت دوم به منزله صورت برای آن می‌باشد.

مهم‌ترین اشکالی که بر این استدلال وارد است اشکالی است که خود محقق نائینی در بحث اجازه در فضولی این‌گونه مطرح می‌نماید:

«اذا كان العنوان اللاحق بمنزلة الصورة و السابق بمنزلة المادة فلا بد من الالتزام بالنقل؛ لأن فعلية الشيء إنما هي بالصورة»؛ لذا ایشان قائل به ناقلیت اجازه در عقد فضولی شده‌اند چراکه همان‌گونه که در عبارت ایشان آوردیم در جایی که عنوان لاحق به منزله صورت و عنوان سابق به منزله ماده باشد ناچار از پذیرش نظریه نقل هستیم چراکه در فلسفه، فعلیت اشیاء به صورت آن‌ها بستگی دارد. (همان: ۲۳۹)

### ۵. وحدت ملاک با فضولی

قانون مدنی در ماده ۲۵۸ در معاملات فضولی اجازه یارد را نسبت به منافع مالی که مورد معامله فضولی بوده و همچنین نسبت به منافع حاصله از عوض آن، مؤثر می‌داند و به عبارت دیگر قائل به نوعی از کاشفیت نسبت به اجازه می‌باشد (امامی، ۱۳۸۹: ۳۰۵/۱)؛ لذا ممکن است گفته بشود با توجه به ماده ۲۵۸ قانون مدنی از آنجاکه عقد معلق نیز با معاملات فضولی نسبت به جریان آثار عقد، دارای ملاک واحد است؛ پس از رفع نقص از عقد بعد از حصول شرط تعلیقی، باید آثار عقد معلق را نیز از زمان انشاء جاری دانست (شهیدی، ۱۳۸۸: ۷۷/۱) در اشکال به این مطلب باید گفت اولاً؛ قیاس شرط تعلیقی نسبت اجازه در فضولی قیاسی مع الفارق و باطل است چراکه

متیقن و مشکوک وحدت ندارد؛ چراکه موضوع ما در متیقن عدم جریان آثار قبل از تحقق شرط می‌باشد اما موضوع در مشکوک جریان آثار بعد از تحقق شرط می‌باشد؛ لذا برای ناقلیت شرط تعلیقی نمی‌توان به آن تمسک کرد. وجه دیگری از استصحاب که در محل بحث می‌توان به آن تمسک کرد استصحاب عدم حدوث حادث یا همان اصل تأخر حادث می‌باشد؛ چراکه به‌موجب این اصل چنانچه حدوث و پیدایش دو چیز مسلم باشد؛ ولی در تقدم و تأخر آنها شک داشته باشیم؛ در صورتی که زمان پیدایش یکی از دو امر برای ما معلوم باشد و زمان پیدایش دیگری مجهول، در طرف مجهول استصحاب جاری می‌شود (نائینی، ۱۳۶۸: ۴۲۲/۲؛ حیدری، ۱۴۱۲: ۲۸۵). نتیجه چنین استصحابی تأخر زمان پیدایش شیء مردد است نسبت به آنچه تاریخ پیدایش آن معلوم است (محمدی، ۱۳۸۸: ۳۳۰) در بحث ما نیز حدوث شرط تعلیقی و آثار عقد هر دو مسلم است اما تنها زمان حصول شرط معلوم است و در زمان حدوث آثار عقد شک داریم لذا نسبت به آن استصحاب را جاری نموده و تأخر پیدایش آثار عقد را از شرط تعلیقی نتیجه می‌گیریم. اصل تأخر حادث در باب ارث قانون مدنی مورد پذیرش واقع شده و مبنای ماده ۸۷۴ آن قرار گرفته است (امامی، ۱۳۸۹: ۲۰۸/۳).

### ۳. ترتب قهری اثر بر منشأ

برخی حقوقدانان علاوه بر تعلیق در انشاء و منشأ، تعلیق در اثر را نیز از اقسام دیگر تعلیق برشمردند؛ و منظور از آن را وابسته کردن جریان اثر عقد به امر دیگری می‌دانند. (شهیدی، ۱۳۸۸: ۶۶/۱) بنا بر این نظریه؛ انشاء، فعل ایجاد کردن عقد و منشأ محصول انشاء است درحالی که اثر عقد، نتیجه حقوقی منشأ است. مثالی که برای عقد معلق با تعلیق در اثر در قانون مدنی ایران می‌توان نشان داد، وصیت تملیکی است که ماهیت آن پس از ایجاب موصی و قبول موصی له محقق می‌شود لیکن اثر آن که انتقال مالکیت موصی به، به موصی له است، معلق بر فوت موصی است (ماده ۸۲۷ قانون مدنی).

از نظر ما تعلیق در اثر اگرچه ممکن است؛ اما باطل است و مبطل عقد می‌باشد. دلیل باطل و مبطل بودن تعلیق در اثر این است که ترتب اثر در صورت حصول منشأ بر عقد، امری قهری می‌باشد که به ید قانونگذار است؛ اگر منشأ وجود داشته باشد و معلق نباشد، اثر قهراً بر عقد مترتب می‌شود و این ترتب اثر بر عقد چیزی نیست که طرفین بتوانند با اراده خویش در آن دخل و تصرفی انجام بدهند. (همان: ۷۸/۱) طرفین می‌توانند با تعلیق

بی‌تا: ۱۰/۱)، مثلاً پدری به فرزندش گفته است، وقتی ازدواج کنی خانه را به تو بخشیدم. شرط ازدواج کردن، شرط انشاء عقد نیست، بلکه منشأ و قصد عاقد بر آن معلق است و لذا تا زمانی که فرزند موفق به ازدواج نشده، نمی‌تواند در خانه تصرف کند. در صورت مذکور، تعلیق در منشأ خواهد بود و انشاء عقد معلق، هر چند در خارج تحقق یافته است؛ اما منشأ، معلق بر تحقق معلق علیه، می‌باشد (حسینی مقدم، ۱۳۸۶: ۱۶۱). در نتیجه همان‌طوری که در واجب معلق و وجوب واجب فعلی است، ولی زمان انجام دادن واجب به زمان خاصی منوط شده است که با فرارسیدن زمانش، واجب نیز در حق مکلف به فعلیت می‌رسد، در عقد معلق نیز انشاء عقد فعلی است؛ اما منشأ بر شرط با وصفی معلق شده است. به عقیده برخی صاحب‌نظران تحلیل ساختمان عقد معلق تنها به این صورت با قواعد حقوقی منطبق می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۱۰۵/۱)؛ لذا عقد معلق از حیث ساختار و مکانیسم خود با واجب معلق در فقه هماهنگی بیشتری دارد و مشابه یکدیگر می‌باشند بنابراین در صورتی که عقد معلق را مانند واجب معلق تحلیل نماییم؛ نظریه ناقلیت حصول معلق علیه را می‌توان نتیجه گرفت. هرگاه عقد معلق را به این صورت تصور کنیم، باید بپذیریم که هرگز نمی‌توان برای عقد و آثار آن وجودی پیش از حصول معلق علیه تصور کرد.

### ۲. استصحاب

در صورتی که گفته شود پس از حصول شرط تعلیقی یقین به جریان آثار در عقد معلق داریم و قبل از آن جریان آثار عقد برای ما مشکوک است؛ لذا یقین خود را نسبت به قبل از حصول شرط استصحاب نماییم به دلیل تقدم زمانی مشکوک بر متیقن استصحاب قهقرایی بوده و حجت نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۱۹: ۲۴/۳). از همین رو استصحاب نمی‌تواند دلیلی برای کاشفیت باشد.

نوع دیگری از استصحاب که می‌تواند مستمسکی برای ناقلیت شرط تعلیقی باشد، استصحاب عدمی است که آن عبارت است از معدوم فرض نمودن امری که در گذشته محرز و مسلم بوده و وجود آن در زمان بعد مورد تردید قرار گرفته باشد (محمدی، ۱۳۸۸: ۳۲۹).

در مانحن‌فیه نیز مایقین به عدم جریان آثار قبل از تحقق شرط داریم و بعد از حصول شرط تعلیقی در جریان آثار بعد از تحقق شرط شک می‌نماییم لذا عدم جریان آثار آن را استصحاب می‌نماییم؛ اشکال مهمی که برای جریان این نوع از استصحاب در محل بحث وارد است این است که موضوع در

منشأ وجود ندارد اثر مترتب شود؛ الا آنکه خروج از فرض باشد. می‌ماند یک فرض دیگر و آن اینکه آیا طرفین عقد معلق می‌توانند به نحوی انشاء عقد نمایند که حصول معلق علیه حاکی از وجود منشأ از لحظه انشاء باشد؟ به عبارت دیگر طرفین عقد به نحوی عقد را انشاء کنند که از زمان حصول معلق علیه کشف بشود که منشأ از روز عقد بوده است؛ این‌گونه تراضی نیز ناممکن است چراکه منشأ یک امر وجودی است که یا وجود دارد یا ندارد، در فرض ما لحظه انعقاد عقد منشأ وجود نداشته است و قرار بوده که حصول معلق علیه منشأ را به وجود بیاورد پس تا معلق علیه حاصل نشده منشأ به وجود نیامده است، چگونه می‌توان انشاء کرد که چیزی که هنوز نیامده، از زمان جلوتر به وجود آمده فرض بشود. ممکن است کسی بگوید انشاء و اعتبار این قدرت را دارد ولی اگر در مسئله دقت شود و تأمل نماییم می‌بینیم که چنین چیزی متصور نیست چراکه وجود چنین اعتباری خود متوقف بر وجود منشأ از لحظه انشاء می‌باشد که خلاف فرض است. برخلاف آنچه گفته شد برخی حقوقدانان قائل‌اند که طرفین عقد معلق می‌توانند تراضی بر کاشف بودن شرط نمایند چراکه در امور اعتباری رعایت تمام قواعد امور مادی و تکوینی ضرورت ندارد و اراده خلاق می‌تواند، با رعایت اصول عقلی، روابطی ایجاد کند که در عالم خارج مانند ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۷۲/۱).

## آثار هر یک از نظریات کاشفیت و ناقلیت شرط تعلیقی

کاشف یا ناقل بودن شرط تعلیقی، گذشته از اهمیت نظری، آثار و نتایج عملی مهمی در پی دارد که برخی از مهم‌ترین نتایج و ثمرات عملی آن را در ذیل، بررسی و تحلیل می‌نماییم.

### ۱. تأثیر بر قراردادهای معارض با عقد معلق

در صورتی که با یک عقد معلق اقدام به انعقاد قرارداد معارض با عقد معلق نماید؛ سؤالی که مطرح خواهد شد این است که در فرض حصول معلق علیه سرنوشت قرارداد معارض چه خواهد شد؟ برای مثال: شخصی خانه خود را به فرزندش می‌فروشد معلق بر اینکه فرزند با دخترعموی خویش ازدواج نماید و قبل از آنکه فرزند اقدام به ازدواج نماید همان خانه را به شخص دیگری می‌فروشد (قرارداد معارض)؛ حال پس از فروش خانه به ثالث، فرزند اقدام به ازدواج می‌نماید؛ در این صورت تکلیف مالکیت شخص ثالث چه خواهد شد؟ برای پاسخ به این سؤال باید میان هر یک از نظریات کاشفیت یا ناقلیت حصول شرط

در منشأ، تبعاً اثر را هم معلق کنند لکن در صورت منجز بودن منشأ قهراً اثر بر عقد مترتب خواهد شد و چاره‌ای نیست، این ترتب اثر امری عقلایی و قانونی است بنابراین به دست طرفین نیست که این را عقب یا جلو بیندازند. اگر ما بیعی منعقد کنیم که منشأ آن معلق باشد مثلاً من ماشین خود را به شخص «ب» بفروشم معلق بر آنکه در کنکور قبول شود، به محض آنکه وی در کنکور قبول شود ملکیت حاصل می‌گردد؛ اگر هم منشأ این عقد، معلق نباشد بلکه منجز باشد، قهراً به حکم قانونگذار ملکیت حاصل می‌شود. حال آیا ما می‌توانیم ترتب اثر بر این عقد (منجز) را معلق کنیم به قبولی در کنکور؟ پاسخ این است که از حیث عقلی این مسئله ممتنع نبوده و امکان دارد؛ یعنی ما می‌توانیم بگوییم: انشاء منجز، منشأ هم منجز؛ اما ملکیت حاصل نشود؛ الا به قبولی در کنکور، لکن این امر در اختیار ما نیست چون ترتب اثر بر عقد امری است قانونی و به ید متعاقبین نمی‌باشد؛ لذا به نظر ما تعلیق در اثر باطل و مبطل می‌باشد.

در اینجا ذکر فایده‌ای خالی از لطف نیست (با قید احتمال) آن هم اینکه شاید دلیل مخالفت فقهای امامیه خصوصاً در ادوار پیشین، با عقد معلق تعلیق به همین معنا بوده است. این مسئله مقدمه کاشفیت و ناقلیت حصول معلق علیه می‌باشد. حال پس از ذکر این مقدمه لازم است تا استدلال خود را مبنی بر ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی بیان نماییم.

به نظر ما نیز زمانی که منشأ به وجود آمد ترتب اثر بر عقد قهری است و پیش از وجود منشأ دلیلی بر ترتب اثر وجود ندارد و اساساً ترتب اثر بر عقدی که منشأ آن موجود نشده است اصولاً معنای محصلی ندارد؛ چگونه ممکن است که منشأ به وجود نیامده اما اثر به وجود آمده باشد؛ بنابراین از نظر ما نه تنها مقتضای اطلاق عقد ترتب اثر بر عقد از زمان حصول معلق علیه می‌باشد بلکه خلاف این را هم نمی‌توان تراضی کرد، چون فرض ما این است که قبل از حصول معلق علیه منشأیی موجود نیست، پس اگر منشأ موجود نبوده قهراً اثری هم موجود نیست و اراده هم نمی‌تواند بدون وجود منشأ، اثری را ایجاد نماید و اگر منشأیی وجود دارد که از زمان حصول معلق علیه این چنین است؛ ترتب اثر بر چنین عقدی قهری است و طرفین در این امر نمی‌توانند مداخله نمایند؛ چون تعلیق در اثر را هم مجاز ندانستیم. پس نظر ما تعلق گرفت بر ناقلیت آن هم به‌عنوان یک قاعده آمره به‌نحوی که طرفین نمی‌توانند خلاف آن را تراضی نمایند بنابراین اساساً نظریه کشف نظری مردود است و جای طرح ندارد؛ چگونه می‌توان باور داشت درحالی که

تعلیقی تفاوت قائل شد.

خانه خود را معلق بر ازدواج پسر م با دخترعمویش به او فروخته‌ام و در صورت ازدواج او مالک خانه می‌باشد اگر به هر علتی (مثلاً به دلیل وجود همین بیع معلق) شخص ثالث خانه را ارزان‌تر خریداری نموده باشد؛ پس از ازدواج فرزند با دخترعمو، ثمن پرداختی توسط ثالث از دستش رفته و انگار خودش خانه را به فرزند فروخته است در مقابلش در فاصله بین انعقاد قرارداد معارض تا حصول معلق علیه منافع مال به او تعلق داشته است و اگر هم شخص ثالث کلاً از وجود عقد معلق بی‌خبر بوده باشد حق خیار دارد.

نکته‌ای که حائز اهمیت است و باید به آن توجه داشت این است که اگر زمان انعقاد معامله منجز مقدم بر عقد معلق باشد، معامله معلق فصولی خواهد بود و معامله معارض دیگر محلی نخواهد داشت برای مثال اگر شخصی خانه خود را منجزاً به شخص «الف» بفروشد و بعد از آن معلقاً همین خانه را به شخص «ب» منتقل نماید این قرارداد دوم فصولی خواهد بود و از محل بحث خارج است.

نکته دیگر اینکه اگر به فرض عدم حصول شرط تعلیقی اشاره نکردیم، دلیلش آن است که حکمش معین است و در صورت عدم حصول آن معامله منجز (معارض) به حیات خود ادامه خواهد داد.

## ۲. حق شفعه

در صورتی که یکی از شریکین در مال غیرمنقول، حصه مشاع خود را به موجب عقد بیع معلق به ثالث منتقل نماید؛ با حصول شرط تعلیقی برای شریک دیگر حق شفعه به وجود می‌آید چراکه آنچه سبب تحقق شفعه برای شفیع است انتقال مبیع از طریق عقد بیع می‌باشد نه صرف انشای عقد (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۶۶/۳۷؛ شهیدثانی، بی‌تا؛ ۲۵۹/۱۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۴۲/۶)؛ لذا روشن است که قبل از تحقق شرط تعلیقی نقل و انتقالی صورت نمی‌گیرد و در نتیجه موجبی برای حق شفعه وجود ندارد؛ اما با تحقق شرط تعلیقی هر یک از نظریات کاشفیت و ناقلیت آن تأثیر بسزایی در زمان ثبوت حق شفعه خواهند داشت. بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی زمان ثبوت شفعه از زمان تحقق شرط می‌باشد؛ اما در صورتی که قائل به کاشفیت شرط تعلیقی شویم، حق شفعه از زمان انشای عقد در حق شفیع ثابت شده است؛ برای مثال اگر زمینی میان زید و عمرو مشترک بوده و زید از طریق بیعی معلق سهم خود را به ثالث منتقل نماید و پس از آن عمرو سهمش را بفروشد و سپس شرط تعلیقی محقق شود؛ مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که حق شفعه برای چه

## ۱-۱. تأثیر نظریه کاشفیت شرط تعلیقی بر قرارداد معارض

اگر حصول معلق علیه را کاشف از جریان آثار عقد معلق از زمان انعقاد آن بدانیم؛ در این صورت کشف می‌شود که معامله معارض بر روی ملک متعهد له عقد معلق بوده است و در حقیقت بنا بر این نظریه عملاً کشف می‌شود. از فصولی بودن قرارداد معارض و این متعهدله قرارداد معلق است که می‌تواند معامله معارض را تنفیذ نماید.

در مثالی که آورده شد اگر وقوع شرط تعلیقی (ازدواج فرزند با دخترعمویش) را کاشف بدانیم، کشف می‌شود که خانه از زمان انعقاد عقد معلق ملک فرزند شده و معامله معارض و فروش خانه به غیر در ملک او انجام گرفته است بنابراین فروش خانه به ثالث فصولی بوده؛ چون از جانب مالک آن صورت نگرفته است و این فرزند است که می‌تواند فروش خانه به غیر را اجازه نماید یا رد کند.

## ۱-۲. تأثیر نظریه ناقلیت شرط تعلیقی بر قرارداد معارض

در صورتی که ما قائل به ناقلیت تحقق شرط تعلیقی باشیم، بدین معنا که از زمان تحقق شرط و نه از زمان انعقاد عقد آثار عقد معلق جریان پیدا می‌کند؛ پس از حصول شرط تعلیقی، مورد معامله به ملکیت متعهد له در عقد معلق درخواهد آمد و متعهد له در قرارداد معارض برخلاف آنچه در نظریه کشف وجود داشت دستش به جایی بند نخواهد بود؛ چراکه طبق نظریه کشف اگر خریدار عقد معلق، معامله معارض را رد می‌کرد؛ خریدار در قرارداد معارض می‌توانست ثمن معامله‌اش را به هرکس داده بود پس بگیرد و اگر هم ثمن را پرداخت نکرده بود ملزم به پرداخت آن نمی‌بود؛ اگر هم معامله اجازه می‌شد که مشکلی وجود نداشت.

ولی بنا بر نظریه نقل وقتی خریدار در قرارداد معارض ثمن را پرداخته باشد؛ ثمن از دستش رفته است؛ اگر کسی بگوید از دست رفتن ثمن مستلزم ضرر است؛ پاسخ این است که اگر خریدار در قرارداد معارض از وجود عقد معلق مطلع نبوده در این صورت خیار خواهد داشت و آنگاه هم اطلاع داشته خودش اقدام به چنین ضرری نموده است؛ از طرفی ممکن است مبیع را ارزان خرید و یک سرمایه‌گذاری ریسکی انجام داده باشد؛ بنابراین اگر در مثال قبل پدر به شخص ثالث گفته باشد که من



تنها سبب آن به وجود آمده و هنوز ثابت بر ذمه نشده است؛ در کلام فقها بر بطلان رهن برای دیونی که سبب آن‌ها حاصل نشده؛ ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۶۲؛ ۱۴۳/۲۵)؛ اما مسئله در مواردی که سبب دین حاصل شده؛ اما هنوز در ذمه مدیون مستقر نشده اختلافی است؛ مشهور فقها صرف تحقق سبب دین را برای اخذ رهن کافی ندانسته و معتقدند رهن دینی که ثابت در ذمه نباشد باطل است هرچند سبب آن به وجود آمده باشد (میرزای قمی، ۱۳۷۱؛ ۴۳۲/۲؛ علامه حلی، بی‌تا؛ ۴۷۷/۲)؛ در مقابل عده دیگری از فقها معتقدند که رهن برای دینی که سبب آن وجود دارد درست است (بحرانی، بی‌تا؛ ۲۵۱/۵)؛ لذا بعضی از حقوقدانان صحت رهن برای دین معلق را نیاز جامعه حقوقی دانسته‌اند و معتقدند اگر پس از ایجاد سبب دین و پیش از تحقق شرایط تحقق و ثبوت آن بر ذمه، رابطه حقوقی یا دینی خاص به وجود آمده است که می‌تواند بر ذمه ضامن منتقل شود (باتوجه به مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق.م.) بایستی رهن گذاردن برای آن نیز مجاز باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹؛ ۵۷۱/۴)؛ بنابراین می‌توان گفت به دلیل اینکه عقد معلق قبل از حصول معلق علیه سبب برای دیون ناشی از عقد می‌باشد حتی بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی نیز اخذ رهن برای تعهد ناشی از عقد صحیح می‌باشد.

### بحث و نتیجه‌گیری

با توجه به سکوت قانون مدنی راجع به زمان شروع آثار در عقد معلق، نمی‌توان حکم مسئله را از قیاس با موارد مشابهی چون عقد فضولی به دست آورد؛ چراکه اولاً؛ قیاس شرط تعلیقی نسبت اجازه در فضولی قیاسی مع الفارق و باطل است چراکه شرط تعلیقی که اثر عقد بر آن موقوف شده جهت عمده عقد به شمار می‌آید برخلاف رضا در فضولی و ثانیاً؛ پذیرش کاشفیت اجازه در فضولی همان‌گونه که برخی از فقها از جمله شهید اول تصریح نموده‌اند؛ بر روایات فقهی معتبر متکی است لذا با نبود چنین اخباری راجع به عقد معلق باید گفت مناسب‌ترین نظریه برآمده از مقتضای قواعد و عمومات نظریه ناقلیت شرط تعلیقی می‌باشد و این ناقلیت شرط تعلیقی نیز جزو قواعد امره است که طرفین نمی‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند؛ چراکه ترتب اثر بر منشأ امری قهری است که قانون آن را معین می‌نماید و به ید متعاقدين نمی‌باشد؛ بنابراین اساساً نظریه کشف نظری مردود است و جای طرح ندارد؛ نمی‌توان پذیرفت درحالی که منشأ وجود ندارد اثر مترتب شود الا آنکه خروج از فرض باشد (فرض ما تعلیق در منشأ است). علاوه بر این باید گفت طرفین عقد

کسی به وجود می‌آید؟ در صورتی که قائل به کاشفیت شرط تعلیقی باشیم، عمرو می‌تواند قبل از فروش مال خود، اخذ به شفعه نماید؛ چراکه بنا بر کاشفیت زمان انتقال سهم مشاع زید به ثالث همان زمان انشای عقد معلق می‌باشد؛ اما بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی زید حق شفعه خواهد داشت؛ چراکه در زمان بیع منجز عمرو (بیع دوم) مالکیت زید هنوز به ثالث منتقل نشده است و زید شریک عمرو محسوب می‌شود.

### ۳. رهن و تضمین مطالبات ناشی از عقد

«ضمان از دین معلق» را نباید با «ضمان معلق» اشتباه کرد؛ در اصطلاح نخست، تعلیق در التزامی است که موضوع ضمان قرار گرفته و به ذمه منتقل می‌شود؛ ولی در ضمان معلق، انتقال دین معلق به شرط است. در ضمان از دین معلق، انتقال دین به‌طور منجز انجام می‌شود و در ضمانت تعلیق راه ندارد، منتها دین مورد انتقال از اصل معلق است. برای مثال، اگر در قراردادی التزام مدیون به دادن مبلغی پول معلق به انجام شرطی (پایان کار یا وقوع حادثه) شود و کسی از مدیون به‌طور منجز ضمانت کند، این ضمانت ضمان از دین معلق است (کاتوزیان ۱۳۸۹؛ ۲۷۶/۴). بنا بر کاشفیت شرط تعلیقی تردیدی در صحت چنین ضمانتی نیست چراکه حصول شرط کشف از وجود دین حین ضمان می‌کند اما ممکن است در صحت چنین ضمانتی بنا بر ناقلیت شرط تشکیک نمود؛ چراکه قبل از تحقق شرط دینی موجود نبوده تا موضوع عقد ضمان قرار بگیرد؛ ولی با استناد به مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.» باید گفت بنا بر ناقلیت نیز ضمان از دین معلق صحیح می‌باشد چراکه مفهوم مخالف ماده مذکور این است که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده است، باطل نیست و بنا بر ناقلیت شرط نیز سبب دین مورد ضمان عقد معلق بوده و قبل از ضمان ایجاد شده است.

در صورتی که برای تضمین مطالبات ناشی از عقد معلق وثیقه گرفته شده باشد، عقد رهن در صورتی که درست است که اثر معلق علیه ناظر به گذشته باشد و دین را از تاریخ عقد محقق کند، زیرا مطابق ماده ۷۷۵ قانون مدنی گرفتن رهن فقط برای دینی ممکن است که ثابت در ذمه باشد و بنا بر نظریه کاشفیت شرط تعلیقی وقوع شرط کشف می‌کند که هنگام انعقاد رهن نیز دین وجود داشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸؛ ۷۴/۱)؛ اما بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی صحت رهن مذکور بستگی به پذیرش یا عدم پذیرش رهن برای دینی است که

معلق نمی‌توانند به نحوی انشاء عقد نمایند که حصول معلق علیه حاکی از وجود منشأ از لحظه انشاء باشد؛ به عبارت دیگر طرفین عقد به نحوی عقد را انشاء کنند که از زمان حصول شرط تعلیقی کشف بشود که منشأ از روز عقد بوده است؛ این‌گونه تراضی نیز ناممکن است چراکه منشأ یک امر وجودی است که یا وجود دارد یا ندارد، در فرض ما لحظه انعقاد عقد منشأ وجود نداشته است و قرار بوده که حصول معلق علیه منشأ را به وجود بیاورد پس تا معلق علیه حاصل نشده منشأ به وجود نیامده است، چگونه می‌توان انشاء کرد که چیزی که هنوز نیامده، از زمان جلوتر به وجود آمده فرض بشود حتی در عالم اعتبار هم چنین چیزی امکان ندارد چراکه عالم اعتبار بدون ضابطه نمی‌باشد و تناقض در آن راه ندارد. ناقلیت و یا کاشفیت شرط تعلیقی آثار عملی مهمی دارد؛ در قراردادهای معارض با عقد معلق بنا بر کاشفیت؛ کشف می‌شود که معامله معارض بر روی ملک متعهد له عقد معلق بوده است و در حقیقت بنا بر این نظریه عملاً کشف می‌شود از فضولی بودن قرارداد معارض و این متعهدله قرارداد معلق است که می‌تواند معامله معارض را تنفیذ نماید؛ اما بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی پس از حصول شرط تعلیقی، مورد معامله به ملکیت متعهد له در عقد معلق در خواهد آمد. در صورتی که مبیع در عقد معلق مشاع میان شریکین باشد و سایر شرایط شفعه نیز موجود باشد، بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی زمان ثبوت شفعه از زمان تحقق شرط می‌باشد؛ اما در صورتی که قائل به کاشفیت شرط تعلیقی شویم، حق شفعه از زمان انشای عقد در حق شیع ثابت است. اثر مهم دیگر کاشفیت و ناقلیت شرط تعلیقی در رهن و تضمین مطالبات ناشی از عقد معلق است؛ بنا بر کاشفیت، ضمان از دین معلق به دلیل کشف از وجود دین از زمان عقد، صحیح می‌باشد؛ اما بنا بر ناقلیت شرط تعلیقی هر چند وجود دین در زمان عقد معلق، منتفی است اما سبب دین موجود است.

لذا باتوجه به مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق.م.بنا بر ناقلیت که آن را قاعده‌ای امره دانستیم نیز؛ ضمان باطل نیست. پذیرش صحت رهن برای دیونی که از عقد معلق ناشی می‌شود بنا بر نظریه ناقلیت که مختار ما می‌باشد بستگی به این دارد که رهن برای دینی که سبب آن ایجاد شده اما هنوز مستقر در ذمه نشده است را درست بدانیم یا نه؛ مشهور فقها چنین رهنی را باطل می‌دانند. باتوجه آثار معتناهایی که هریک از نظریات کاشفیت و ناقلیت شرط تعلیقی در نظام حقوقی ایران دارند، ضرورت دارد تا قانونگذار طی مقرره‌ای دیدگاه خود را مبتنی بر هریک از ناقلیت یا کاشفیت شرط تعلیقی بیان نماید.

## منابع

- امامی، حسن (۱۳۶۶). *حقوق مدنی*. چاپ ششم. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۳۵). *مکاسب*. چاپ نوزدهم. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (بی‌تا). *کفایة الاصول*. قم: نشر اسلامی.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۶۱). *تحریر المجله*. تهران: مکتبه النجاشی و مکتبه الفیروزآبادی.
- بحرانی، شیخ یوسف (بی‌تا). *حدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*. بی‌جا.
- حسینی مقدم، سید عسگری (۱۳۸۶). «تحلیل فقهی حقوقی تعلیق در قراردادها». *فقه و مبانی حقوق*. شماره ۱۰. سال سوم.
- حیدری، علی‌نقی (۱۴۱۲). *اصول الاستنباط فی اصول الفقه*. قم: لجنه اداره الحوزه العلمیه به قم المقدسه.
- خوبی، ابوالقاسم (بی‌تا). *مصباح الفقاهه*. تحقیق جواد قیومی اصفهانی. بی‌جا.
- شهید اول، محمدبن جمال‌الدین مکی (بی‌تا). *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا). *مسالك الافهام الی تنقیح سرائح الاسلام*. قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. چاپ هفتم. تهران: انتشارات مجد.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸). *حاشیه مکاسب*. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء*. قم: موسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- \_\_\_\_\_ (بی‌تا). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. قم: موسسه الامام الصادق علیه‌السلام.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹). *حاشیه کتاب مکاسب*. تحقیق شیخ عباس محمدآل سیب. بیروت: المحقق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: موسسه اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *انعقاد و اعتبار قرارداد*. چاپ دوم. تهران: سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). *عقود معین*. چاپ ششم. تهران: سهامی

- انتشار. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها. چاپ هشتم. تهران: سهامی انتشار.
- گرچی، ابوالقاسم (۱۳۷۸). مقالات حقوقی. چاپ سوم. تهران: دانشگاه تهران.
- محقق ثانی، شیخ نورالدین علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم. قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۸). مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه. چاپ سی و چهارم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع الشتات فی اجوبه السؤالات. تحقیق مرتضی رضوی. تهران: انتشارات کیهان.
- نائبینی، محمدحسین (۱۳۶۸). اجود التقریرات. قم: انتشارات مصطفوی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳). منیه الطالب. تهران: المكتبه المحمديه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام. چاپ هفتم. بیروت: دار احیاء التراث العربی.