

تعليق پذيری عقود وثيقه‌ای

غلامعلی سيفی زيناب*

جواد پيری**

تاریخ پذيرش: ۹۷/۱/۲۸

تاریخ دریافت: ۹۶/۹/۱۲

چکیده

تعليق به عنوان یکی از موضوعات مترتب بر عقود، در نظام حقوقی کنونی مورد پذيرش قرار گرفته است و حتی می‌توان صحت عقود معلق را مطابق با قاعده دانست و از قاعده‌ای تحت عنوان «قاعده معتبر بودن عقود معلق» نام برد. با این حال در خصوص اینکه عقود وثيقه‌ای به عنوان یکی از اقسام عقود شناخته شده در نظام حقوقی کنونی، قابل تعليق هستند یا خیر، تردیدهایی از سوی فقها و حقوق دانان مطرح شده است. برخی از صاحب نظران معتقدند که تعليق در عقود وثيقه‌ای راه ندارد و در راستای توجیه نظر خود به دلایلی تمسک جسته‌اند. در مقابل، برخی دیگر بر این نظرند که تعليق همانند سایر عقود، در این دسته از عقود نیز جریان دارد. با توجه به اینکه قاعده اولیه، جواز تعليق در عقود است و دیدگاه ناظر بر عدم امکان تعليق عقود وثيقه‌ای خلاف اصل و قاعده است، در این نوشتار سعی نگارنده بر این خواهد بود که دلایل ارائه شده از سوی مخالفان جواز تعليق عقود مذکور را مورد مذاقه قرار دهد و با دید تحلیلی به بررسی آنها بپردازد تا صحت و سقمشان مشخص گردد.

کلیدواژه‌گان:

تعليق، دین، عقد وثيقه‌ای انتقالی، عقد وثيقه‌ای تضمینی.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

A_seifi@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس تهران.

Javadpiri020@yahoo.com

مقدمه

زندگی اجتماعی مقتضی تعامل و روابط اشخاص با یکدیگر است. این روابط گاه در قالب قرارداد و گاه خارج از آن برقرار می‌شود. در نتیجه این روابط اجتماعی ممکن است برای یکی از طرفین رابطه مطالباتی ایجاد شود. با وجود اینکه اشخاص غالباً در ایفای دیون خود با حسن‌نیت عمل می‌کنند؛ اما در راستای تضمین و تسهیل وصول مطالبات، ممکن است عقود منعقد گردد که تحت عنوان عقود وثیقه‌ای شناخته می‌شوند. در نظام حقوقی کنونی می‌توان عقد ضمان، حواله، کفالت و رهن را تحت شمول عقود مذکور قرار داد. با انعقاد این دسته از عقود، شخص وثیقه‌گیر از تضمیناتی برخوردار می‌گردد که می‌تواند به موجب آنها نسبت به وصول مطالبات خود اطمینان خاطر بیشتری پیدا کند. در همین راستا طی سالیان اخیر، انعقاد این دسته از عقود با اقبال بیشتری روبه‌رو شده است. عقود مذکور غالباً از قواعد عمومی ناظر بر قراردادهای پیروی می‌کنند؛ با این حال، علی‌رغم پذیرش قاعده تعلیق‌پذیری عقود در نظام حقوقی کنونی که از برخی مواد قانون مدنی و کلام حقوق دانان قابل استنباط است، نسبت به اینکه عقود وثیقه‌ای قابل اتصاف به این وصف هستند یا خیر، تردیدهایی از سوی مؤلفین وارد شده است. البته قانون‌گذار در خصوص عقد ضمان صراحتاً در ماده ۶۹۹ قانون مدنی، تعلیق را رد نموده و عقد ضمان معلق را باطل اعلام کرده است. با این حال درباره سایر عقود وثیقه‌ای تصریحی از سوی قانون‌گذار صورت نگرفته است؛ به همین دلیل عرصه مذکور محل تضارب آرا و جولانگه دیدگاه‌های متعارض گردیده است. بر این اساس، مهم‌ترین پرسشی که در این نوشتار به دنبال پاسخ‌گویی به آن هستیم، این است که آیا اساساً امکان انعقاد عقود وثیقه‌ای به صورت معلق وجود دارد یا خیر و مبنای اتخاذ شده از سوی قانون‌گذار در باطل اعلام کردن عقد ضمان معلق بر دلیل محکمی استوار است یا خیر؟

در آثار فقها و حقوق دانان می‌توان دیدگاه‌های مختلفی را درباره امکان یا عدم امکان انعقاد عقود وثیقه‌ای به صورت معلق مشاهده کرد. نسبت به هر یک از مصادیق عقود وثیقه‌ای گاه دیدگاه‌های متفاوتی اتخاذ شده است؛ به این صورت که برخی از مصادیق را قابل تعلیق و برخی دیگر را غیر قابل تعلیق دانسته‌اند. با این حال به طور کلی دو دیدگاه قابل بررسی و توجه است. طرفداران هر یک از دیدگاه‌های مذکور دلایلی در راستای توجیه نظر خود و همچنین مکتب

فکری قانون‌گذار در ارتباط با عقد ضمان مطرح کرده‌اند. دلایل ارائه شده بیشتر دایر مدار ماهیت این دسته از عقود و آثار مترتب بر آنها است. با تدقیق در مبانی دیدگاه‌های ارائه شده، به نظر می‌رسد دلیلی برای عدم امکان تعلیق در عقود وثیقه‌ای وجود ندارد و عقود مذکور را نیز باید داخل در قلمرو قاعده تعلیق‌پذیری قراردادها دانست. هرچند قانون‌گذار در ماده ۶۹۹ قانون مدنی تعلیق در عقد ضمان را نپذیرفته است؛ اما به نظر می‌رسد حکم ماده مذکور به دلیل تبعیت از نظر آن دسته از فقهای است که تنجیز را شرط می‌دانسته‌اند و با تدقیق در مبانی ارائه شده در راستای توجیه بطلان عقد ضمان معلق، مشخص می‌گردد که دلایل ارائه شده متقن و قانع‌کننده نیستند و اساساً قانون‌گذار باید در عقد مذکور نیز از قاعده عمومی تبعیت می‌کرد.

در این نوشتار، ابتدا مسئله امکان یا عدم امکان تعلیق در عقود وثیقه‌ای انتقالی را مورد بررسی قرار می‌دهیم. همان‌طور که خواهد آمد، این بحث در خصوص دو عقد ضمان و حواله که از جمله عقود وثیقه‌ای انتقالی هستند، تحلیل می‌گردد. سپس به بررسی اعتبار یا عدم اعتبار تعلیق در عقود وثیقه‌ای تضمینی که عقد کفالت و رهن از مصادیق آن هستند، می‌پردازیم.

۱. تعلیق در عقود وثیقه‌ای انتقالی

منظور از عقد وثیقه‌ای انتقالی، عقدی است که با انعقاد آن دین یا طلب از ذمه متعهد تعهد پایه به ذمه شخص دیگری منتقل می‌شود. با توجه به تعریف مذکور می‌توان در نظام حقوقی کنونی، عقد ضمان و حواله را از مصادیق این دسته از عقود دانست. در بخش حاضر جواز یا عدم جواز تعلیق عقود مذکور را به‌طور مبنایی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱.۱. عقد ضمان

درباره عقد ضمان در آثار فقها و حقوق‌دانان مباحث بسیاری مطرح شده است که بررسی تمامی آنها از رسالت این نوشتار خارج است. مسئله اساسی در عقد ضمان که مورد توجه فقها و حقوق‌دانان بوده، قابلیت تعلیق یا عدم امکان آن است. به‌طور کلی می‌توان تعلیق را بر اساس متعلق آن در سه مورد بررسی کرد؛ ۱- تعلیق ناظر به شرایط صحت عقد باشد. ۲- تعلیق ناظر به ایفا و ادا باشد. ۳- تعلیق در منشأ عقد ضمان باشد. درباره فرض اول گفته شده است که تعلیق به شرایط صحت اساساً تعلیق محسوب نمی‌شود و ذکر شرط صحت، موجب خروج عقد ضمان از

فعلیت و تنجیز نمی‌گردد؛^۱ زیرا عقد در هر حال منوط به وجود شرایط صحت است. قانون مدنی بنا به ماده ۷۰۰ مقرر می‌دارد: «تعلیق ضمان به شرط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامنم موجب بطلان آن نمی‌شود.» یکی از حقوق‌دانان دربارهٔ مادهٔ مذکور بیان داشته‌اند:

تعلیق به سایر شرایط صحت عقد موجب بطلان عقد می‌گردد، زیرا برای این که عقد محقق شود، باید وجود شرایط صحت آن برای طرفین معامله احراز شود، تا این که طرفین از حالت تردید خارج شوند ... چون بعضی شروط صحت معامله در حکم علت قرارداد می‌باشد که حتماً باید وجود آن برای طرفین احراز شود ... بنابراین به نظر می‌رسد مثال مذکور در ماده ۷۰۰ قانون مدنی خاصیتی دارد که سایر شروط صحت قرارداد، فاقد این ویژگی می‌باشد. ...^۲

باین حال به نظر می‌رسد ایراد مذکور چندان وارد نیست؛ زیرا اولاً همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، با توجه به اطلاق مادهٔ مذکور، تفاوتی نمی‌کند معلق‌علیه از شرایط اساسی صحت عقد یا از شرایط اختصاصی عقود باشد.^۳ ثانیاً به دلیل اینکه دین در عقد ضمان به عنوان مورد معامله، یکی از ارکان صحت عقد است، می‌توان از ملاک مادهٔ مذکور دربارهٔ سایر شروط اساسی عقد نیز استفاده کرد. البته مسئلهٔ مذکور در خصوص قصد انشا محل تردید است؛ بدین شرح که اگر عقد به این صورت واقع شود: من ضامن هستم اگر قصد انشا داشته باشم، ممکن است بحث ذیل عنوان تعلیق در انشا قرار گیرد و به دلیل بطلان تعلیق در انشا، حکم به بطلان چنین عقدی شود.

فرض دوم ناظر به حالتی است که عقد ضمان به‌طور کامل محقق می‌شود و ذمهٔ مدیون به ضامن منتقل می‌گردد. باین حال ضامن امکان مراجعهٔ دائن به او را منوط به تحقق معلق‌علیه می‌نماید. دربارهٔ این فرض نیز برخی از فقها قائل به صحت شده و معتقدند که در ادا و ایفای

۱. حائری، سید علی (شاهباغ)، *شرح قانون مدنی*، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۶۲۷.
 ۲. باریکلو، علی‌رضا، *قرارداد ضمان معلق*، مجله مجتمه آموزش عالی قم، سال سوم، ۱۳۸۰، شماره ۱۰، صص ۴۶-۴۵.
 ۳. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ هجدهم، ۱۳۷۶، ص ۲۵۵.

دین، تنجیز شرط نیست و می‌توان آن را به صورت معلق واقع ساخت.^۱ به نظر نگارنده نیز این نظر منطبق با صحت است و دلیلی برای ایراد خلل بر آن نیست. با وجود صحت تعلیق به شرایط اساسی صحت معاملات و تعلیق ناظر به ایفا و ادای دین، بنا به نظر مشهور فقها، تعلیق در منشأ عقد ضمان منجر به بطلان عقد خواهد بود که دلایل آنها را احصا و نقد می‌کنیم. قانون مدنی ایران با تبعیت از نظر اکثر فقهای امامیه، تنجیز در عقد ضمان را شرط دانسته است و در ماده ۶۹۹ مقرر می‌دارد: «تعليق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ...». «مبنای استنادی فقها و حقوق‌دانانی را که قائل به بطلان تعلیق در ضمان هستند، می‌توان در چند مورد احصا نمود. ابتدا دلایل ارائه شده را بیان می‌کنیم و سپس به بررسی و نقد آنها می‌پردازیم. دلایل استنادی به شرح ذیل هستند:

اولاً اجماع به عنوان عمده‌ترین دلیل حاکی از بطلان است.^۲ این مبنا ناشی از اعتبار تنجیز در تمامی عقود لازم و تعلیق‌ناپذیری آنها است.^۳ ثانیاً دلیل عقل حاکی از عدم امکان اجتماع نقل ذمه با تعلیق می‌باشد. حقیقت ضمان نقل است که این امر با تعلیق منافات دارد؛ زیرا ممکن است معلق علیه هیچ‌گاه حادث نشود.^۴ بنابراین دین بدون پایه می‌ماند؛ با این توضیح که چون عقد ضمان مبتنی بر نقل ذمه از مضمون عنه به ضامن است، اگر عقد به صورت معلق منعقد شود، از یک طرف باید دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل شود و از طرف دیگر به دلیل تعلیق و عدم تحقق معلق علیه، در آن لحظه نمی‌توان قائل به انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن شد؛ در نتیجه دین بدون پایه می‌گردد و این امر با مقتضای عقد

۱. «و لا يقع إلا منجزاً، فلو علقه بمجىء الشهر فسد، بخلاف ما لو نجزه و علق الاداء»؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط - الحدیثه)*، جلد ۲، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق، ص ۵۵۸.

۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۳، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۵۹.

۳. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، *القواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ص ۲۵۵؛ غروی نائینی، میرزا محمد حسن، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، جلد ۱، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق، ص ۱۲۵.

۴. «أن الضمان موجب لنقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن إجماعاً عندنا، بل هو حقيقة الضمان و هذا المعنى لا يمكن حصوله مع التعلیق، و لأنه من الممكن عدم حصول المعلق علیه أصلاً فلا يحصل ذلك النقل أصلاً، و هذا مناف لحقیقة الضمان. ...»؛ موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، *القواعد الفقهیه*، جلد ۶، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ص ۱۰۷.

ضمان تنافی دارد. **ثالثاً** تعلیق به ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه منتهی می‌شود؛ زیرا در چنین حالتی مضمون له ابتدا باید به شخص مضمون عنه مراجعه کند و در صورت عدم وصول مطالبات، می‌تواند به ضامن مراجعه نماید و این امر به معنای ضم ذمه به ذمه است. بنابراین قانون مدنی به منظور تحکیم نظریه نقل ذمه، صراحتاً تعلیق در ضمان را موجب بطلان دانسته است.^۱ **رابعاً** تعلیق با وصف تبعی و اطمینان بخش بودن عقد ضمان منافات دارد؛ به این معنا که با توجه به مبتنی بودن عقد ضمان بر ایجاد اطمینان و آرامش خاطر برای مضمون له و همچنین به دلیل وابسته بودن آن به دین گذشته، تعلیق با فلسفه عقد ناسازگار است.^۲ به منظور تبیین دقیق‌تر موضوع محل بحث، هر یک از دلایل را مورد تدقیق قرار می‌دهیم.

همان‌طور که گفته شد، برخی از فقهای امامیه در خصوص اعتبار تنجیز در عقد ضمان به دلیل اجماع استناد کرده‌اند. باین‌حال به نظر می‌رسد تمسک به دلیل اجماع با ایراد روبه‌رو است؛ زیرا اعتقاد به شرطیت تنجیز در تمامی عقود و تمسک به دلیل اجماع، با توجه به اینکه برخی دیگر از فقها آن را شرط ندانسته‌اند،^۳ محمل چندانی ندارد و حتی برخی از فقها تحقق آن را در محل مورد نزاع رد کرده‌اند.^۴ بنابراین در وجود اجماع و امکان استناد به آن تردید وجود دارد. این مسئله در قانون مدنی نیز قابل توجه است؛ به این معنا که بنا به برخی از مواد قانونی، علی‌الاصول تعلیق در عقود مورد پذیرش قرار گرفته است و قانون‌گذار دیدگاه فقهایی که تنجیز را یکی از شروط عقود می‌دانستند، نپذیرفته است. بر این اساس، به نظر می‌رسد تمسک به دلیل اجماع، اساس و پایه معتبری ندارد و باید از آن عدول کرد.

دلیل عقل و حکم به عدم اجتماع نقل ذمه با تعلیق، از سوی برخی از حقوق‌دانان رد شده است؛ بدین توضیح که در عقد معلق با تحقق معلق علیه، همان اثر عقد منجز جاری می‌شود و از حیث اثر تفاوتی میان عقد منجز و معلق نیست؛ بلکه تفاوت در زمان اثرگذاری است. بنابراین عقد ضمان معلق منافاتی با انتقال ذمه ندارد و با تحقق معلق علیه، دین از ذمه مضمون عنه به

۱. کاشانی، محمود، *حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه*، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۷۹.

۲. باریکلو، علی‌رضا، *پیشین*، ص ۴۴.

۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، جلد ۱۳، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق، ص ۲۵۹.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق، ص ۴۰۴.

ذمه ضامن منتقل می‌شود.^۱ استدلال مذکور با این ایراد روبه‌رو است که اساساً نوعی مصادره به مطلوب می‌باشد. در وهله اول باید درباره امکان اجتماع تعلیق با نقل ذمه تعیین تکلیف شود. به عبارت دیگر، اگرچه در صورت تحقق معلق‌علیه، اثر عقد ضامن معلق و منجز یکی است؛ اما چون حقیقت ضامن مبتنی بر نقل است، در صورت عدم تحقق معلق‌علیه، نقل صورت نمی‌گیرد و از این نظر تعلیق را در تنافی با عقد ضامن دانسته‌اند.

بر خلاف استدلال مذکور، به نظر می‌رسد استناد به دلیل عقل و سخن از تنافی اثر عقد ضامن با تعلیق چندان معتبر نیست. در تبیین این مسئله لازم است مقدماتی بیان کنیم. همان‌طور که می‌دانیم، در نظام حقوقی کنونی، علی‌القاعده باید عقد معلق را صحیح دانست. با انشای عمل حقوقی، یک موجود اعتباری پدید می‌آید که از آن به منشأ تعبیر می‌شود؛ به عنوان مثال در یک رابطه قراردادی بیع، طرفین قرارداد به منظور تملیک و تملک عوضین، خلق یک ماهیت حقوقی را انشا می‌کنند که رابطه ایجادشده فی‌مابین طرفین قرارداد، منشأ نامیده می‌شود. فقهای امامیه تفاوتی میان منشأ و اثر قائل نشده و صرفاً به تفکیک آن از انشا پرداخته‌اند.^۲ غالب حقوق دانان نیز به پیروی از فقها تعلیق در عقد را از حیث انشا و منشأ مورد تبیین قرار داده و تعلیق در انشا را باطل و تعلیق در منشأ را صحیح دانسته‌اند.^۳ باین‌حال به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران منشأ و اثر هر عمل حقوقی از یک‌دیگر مجزا هستند و نباید این دو را به یک معنا دانست.^۴ با توجه به اینکه در نظام حقوقی کنونی نسبت به بطلان تعلیق در انشا و تفکیک آن از منشأ تردیدی وجود ندارد، از پرداختن به آن خودداری می‌کنیم و اساس بحث را حول محور تفکیک تعلیق در منشأ و اثر پیش می‌گیریم.

در توجیه تفکیک میان منشأ و اثر به مفاد ماده ۱۸۹ قانون مدنی استناد شده است؛ به این شرح که در ماده مذکور، متعلق تعلیق، تأثیر عقد است که وصف اساسی آن می‌باشد. با توجه به

۱. باریکلو، علی‌رضا، پیشین، ص ۴۲.

۲. امامی نمینی، محمود، *بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی*، مطالعات اسلامی، سال بیستم، ۱۳۸۳، شماره ۶۳، ص ۱۴.

۳. صفایی، سید حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: نشر میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹، صص ۲۸-۲۷؛ کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۵، صص ۵۱-۵۲.

۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات*، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، چاپ هشتم، ۱۳۹۰، صص ۷۴-۷۳.

اینکه میان تأثیر و آثار عقد تفاوت وجود دارد، باید میان منشأ و اثر تفکیک شود.^۱ به عبارت دیگر، منظور قانون‌گذار از تأثیر همان ماهیت حقوقی یا مؤثر است که در صورت تحقق، اثر خود را بر جای می‌گذارد. بنابراین می‌توان منشأ را ماهیت حقوقی یا محصول انشا دانست؛ در حالی که اثر، نتیجه ماهیت حقوقی است.^۲ به نظر می‌رسد دیدگاه مذکور هر چند بر خلاف نظر فقها و غالب حقوق‌دانان است؛ اما از قوت بسیاری بالایی برخوردار می‌باشد. نظریه مذکور از آنجایی تقویت می‌شود که در شرع نیز انفکاک تلاقی ایجاب و قبول یا انشای عمل حقوقی و آثار مترتب بر آن مورد قبول واقع شده است. در واقع ممکن است در مسیر ایجاد اثر، مانع قراردادی یا غیر قراردادی، اعم از قانونی و طبیعی، وجود داشته باشد. مهم‌ترین دلیل برای امکان وجود مانع قراردادی، صحت بیع معلق و همچنین امکان شرط ذخیره مالکیت است که اثر آن، تعلیق در انتقال مالکیت می‌باشد.^۳ بر اساس یکی از تفاسیری که پیش از نظر شورای نگهبان در خصوص ماده ۲۲ قانون ثبت وجود داشت، می‌توان لزوم ثبت ملک را از موانع قانونی در انتقال مالکیت دانست. از موانع طبیعی نیز می‌توان بیع کلی را مثال زد که در آن عدم تشخیص عین، مانع از تحقق تملک در زمان انعقاد عقد است.^۴ با این اوصاف باید اذعان داشت که زمان تحقق اثر در عقود، مقتضای اطلاق است و طرفین می‌توانند در خصوص آن تصمیم بگیرند.^۵

پذیرش موارد پیش‌گفته مستلزم این است که فی‌مابین تلاقی دو اراده و اثر، یک موجود و ماهیتی وجود داشته باشد تا در نهایت اثر لازم را پدید آورد؛ زیرا خود عقد پس از تحقق از بین می‌رود.^۶ بنابراین نمی‌توان به آن تمسک جست. با وجود این، به دلیل تغایر زمانی اثر و لحظه

۱. همان، صص ۷۴-۷۳.

۲. همان، ص ۶۶.

۳. عسکری، حکمت الله، شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران، فصلنامه تحقیقات حقوقی، سال بیست و پنجم، ۱۳۸۹، ویژه‌نامه شماره ۲، ص ۳۳۲.

۴. حسینی، سید محمد و سید محمد تقی علوی و مرتضی اسدلو، بررسی وضعیت حقوقی شرط تأخیر در انتقال مالکیت مبیع در فقه و حقوق ایران، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، ۱۳۸۹، شماره ۱، ص ۱۰۱.

۵. امینی، منصور، انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظام‌های حقوقی آلمان، فرانسه و ایران، فصلنامه تحقیقات حقوقی، سال نوزدهم، ۱۳۸۲، شماره ۳۷، ص ۱۶۵.

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۳۶.

تلاقی ایجاب و قبول، لازم است میان آن دو قائل به وجود ماهیتی باشیم که از آن تحت عنوان منشأ یاد می‌شود و اثر به دنبال تحقق کامل آن به وجود می‌آید.^۱ در نظام حقوقی کنونی، هر چند ایجاد ماهیت حقوقی وابسته به اراده خلاق اشخاص است؛ اما آثار قرارداد خارج از حیطه اراده طرفین است و جهل طرفین قرارداد مانع از جریان آثار نخواهد بود. بر این اساس، حتی می‌توان گفت که طرفین قرارداد نمی‌توانند بر خلاف فرضی که قانون‌گذار اثر یک عقد را معلق ساخته است، تراضی کنند و قبل از تحقق معلق‌علیه، آثار آن را جاری سازند؛ به عنوان مثال می‌توان به عقد وصیت اشاره کرد. به طور کلی، چنانچه پس از ایجاب وصیت از سوی موصی، موصی‌له در زمان حیات موصی قبولی خود را اعلام کند، اراده آنها بر ایجاد مقتضای عقد وصیت است و نمی‌توان این ماهیت را نادیده گرفت. به عبارت دیگر، انشا و منشأ منجز است؛ اما اثر آن یعنی انتقال مالکیت به موصی‌له منوط به فوت موصی خواهد بود^۲ و اراده طرفین مبنی بر انتقال ملکیت به موصی‌له قبل از فوت موصی فاقد اثر است. بنابراین باید میان مقتضا و اثر قائل به تفکیک شد. شایان ذکر است همان‌طور که از توضیحات فوق بر می‌آید، تعلیق در اثر به دلیل خارج بودن آن از اراده اشخاص، امکان‌پذیر نیست و صرفاً در مواردی که قانون‌گذار تجویز کرده است، تحقق می‌پذیرد.

پس از توضیح تفاوت منشأ و اثر درباره تعلیق در آنها می‌توان گفت که قانون‌گذار تعلیق در منشأ را پذیرفته و اجازه داده است که منشأ بنا به اراده طرفین قرارداد به صورت معلق واقع شود؛ اما با توجه به اینکه آثار بنا به حکم قانون‌گذار بر ماهیت حقوقی بار می‌شود، به نظر می‌رسد که اشخاص با اراده خود نمی‌توانند مانع از تحقق آن شوند؛ زیرا جاری شدن یا نشدن اثر، خارج از اراده آنها است. همان‌طور که گفتیم، هر عقدی به ایجاب و قبول واقع می‌شود و به موجب آن ماهیت و رابطه حقوقی ایجاد می‌گردد و اثر به تبع آن پدید می‌آید. علی‌القاعده ملازمه‌ای میان تلاقی ایجاب و قبول و ایجاد ماهیت حقوقی وجود ندارد و منشأ ممکن است به صورت معلق یا

۱. به نظر می‌رسد نام‌گذاری‌های انجام شده اصالت ندارد؛ بدین توضیح که ممکن است برخی بر ماهیت ایجاد شده عنوان منشأ را بار کنند و برخی نیز از آن تحت عنوان عقد معلق نام ببرند. با این حال از نظر نگارنده این عناوین تفاوتی در اصل مسئله ایجاد نمی‌کند و آنچه که مدنظر است، همان موجود ایجاد شده در نتیجه تلاقی ایجاب و قبول است و تعلیق و تنجیز نیز در همین حوزه محل بحث قرار می‌گیرد.

۲. ماده ۸۲۷ قانون مدنی: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی.»

منجز باشد؛ اما تعلیق در اثر به دلیل خروج آن از اختیار طرفین قرارداد، ممکن نیست. در عقد ضمان نیز منشأ همان رابطه حقوقی ناشی از عقد ضمان است و انتقال ذمه اثر آن محسوب می‌شود. بنا به این ملاک و معیار، حتی اگر انتقال ذمه را اثر جدایی‌ناپذیر عقد ضمان و حکم بدانیم، انتقال به دنباله رابطه حقوقی صورت می‌پذیرد؛ اما این امر مستلزم تنجیز در رابطه حقوقی نیست. به عبارت دیگر، اثر زمانی محقق می‌شود که منشأ یعنی رابطه حقوقی به صورت منجز واقع شده باشد؛ به ویژه اینکه تلاقی ایجاب و قبول مقتضی انتقال است و تلازمی با فوریت آن ندارد. بر این اساس، اشکال دلیل عقلی و بی‌پایه شدن دین در صورت تعلیق در ضمان مشخص می‌گردد؛ به این توضیح که تا زمان تحقق معلق‌علیه، دین همچنان در ذمه مضمون‌عنه باقی می‌ماند و انتقال ذمه با حدوث معلق‌علیه حاصل می‌شود. بنابراین، دین در هر صورت مبتنی بر یک پایه اساسی است؛ خواه قبل از حدوث معلق‌علیه و خواه بعد از حدوث آن. بر این اساس، ایراد مبنی بر بی‌پایه شدن دین در صورتی وارد خواهد بود که ماهیت عقد ضمان به طور کامل و منجز محقق شود؛ اما اثر از آن جدا گردد. با این حال در صورتی که خود ماهیت عقد ضمان به صورت معلق واقع می‌شود، تحقق اثر آن؛ یعنی نقل ذمه، نیز تا زمان حصول معلق‌علیه به تأخیر می‌افتد. بنابراین دین تا آن لحظه همچنان بر ذمه مدیون اصلی باقی خواهد بود و پس از حدوث معلق‌علیه بر ذمه ضامن منتقل می‌گردد و لذا در هر زمان، پایه دین بر قرار است.

دلیل سوم در توجیه بطلان ضمان معلق نیز قابل قبول نیست و چیزی جز ساخته ذهن برخی از نویسندگان به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً اگر مبنای بطلان تحقق تضامن باشد، باید در خصوص التزام به تأدیه نیز چنین حکمی مقرر می‌شد.^۱ ثانیاً در صورت حکم به ناقل بودن عقد ضمان، تعلیق منجر به تضامن نمی‌شود؛ زیرا به دلیل معلق بودن ضمان، یا باید حکم به بطلان آن شود و یا اینکه در صورت حکم به صحت آن باید گفت که قبل از تحقق معلق‌علیه، انتقال ذمه صورت نمی‌گیرد و مضمون‌له نمی‌تواند به ضامن مراجعه کند و تا زمان تحقق معلق‌علیه، صرفاً خود

۱. باریکلو، علی‌رضا، پیشین، ص ۴۰؛ البته این نظر مبتنی بر دیدگاهی است که میان التزام به تأدیه و اشتغال ذمه تفاوت قائل نمی‌شود؛ در حالی که به نظر ما میان این دو تفاوت وجود دارد؛ بدین توضیح که در التزام به تأدیه، ذمه مشغول نمی‌شود و دین صرفاً در ذمه مدیون اصلی است و شخص ملتزم صرفاً متعهد به پرداخت دین دیگری می‌شود؛ در حالی که دین را بر ذمه خود نمی‌پذیرد. بر این اساس، التزام به تأدیه منجر به تحقق تضامن نخواهد بود.

مضمون‌عنه مسئول است و پس از تحقق معلق‌علیه نیز عقد تمامی آثار خود را برجای می‌گذارد و ذمه منتقل می‌شود و مضمون‌له باید به ضامن مراجعه کند؛ در نتیجه باز هم صرفاً یک ذمه مشغول است و تضامنی در کار نیست.

در پاسخ به ایراد چهارم مبنی بر تنافی تعلیق با وصف ایجاد اطمینان و تبعی بودن عقد ضمان، باید اذعان داشت که اولاً تحقق هدف قانون‌گذار از ایجاد عقد ضمان برای فراهم آوردن اطمینان برای مضمون‌له صرفاً با تنجیز حاصل نمی‌گردد. به عبارت دیگر، در ضمان معلق هر چند قبل از تحقق معلق‌علیه، اثر نهایی یعنی انتقال ذمه محقق نمی‌شود؛ اما عقد در حدود مقتضای خود واجد اثر است و طرفین را پای‌بند توافق شکل‌گرفته می‌کند.^۱ بنابراین تا حدودی اطمینان خاطر برای مضمون‌له ایجاد می‌شود و همین مقدار نیز مکفی مقصود است. ثانیاً دلیلی بر تنافی تعلیق با وصف تبعی بودن عقد ضمان نیست. عقد ضمان صرفاً از آن جهت که مبتنی بر یک دین پایه است، تبعی نامیده می‌شود و این وصف موجب خروج آن از شمول سایر مقررات و قواعد حاکم بر قراردادهای نمی‌گردد. چه دلیلی وجود دارد که بگوییم «اگر عقد ضمان فرضاً، یک عقد مستقل بود، تعلیق با آن منافاتی نداشت، چون وابسته به دین گذشته و محقق است، تعلیق با فلسفه آن سازگاری ندارد.»^۲ بدیهی است که این دلایل صرفاً در راستای توجیه عمل قانون‌گذار در تبعیت از آرای فقهای است که تعلیق را موجب بطلان ضمان دانسته‌اند؛ وگرنه هیچ یک دلیل متقن و قانع‌کننده‌ای به شمار نمی‌آیند.

در تقویت استدلال‌های پیش‌گفته و پذیرش تعلیق در عقد ضمان، ممکن است به جواز تعلیق در التزام به تأدیه که در ماده ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی مقرر شده است، استناد شود. برخی از حقوق‌دانان در همین راستا بیان داشته‌اند که ماده ۶۹۹ قانون مدنی «به منظور احترام به عقیده گروهی از فقها است که «نقل ذمه» را مقتضای ذات ضمان و اثر جداناپذیر آن می‌دانند، وگرنه از نظر رجوع به ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق وجود ندارد...»^۳ و تعلیق در التزام به وفا نیز

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تأثیر عقد معلق قبل تحقق معلق‌علیه ر.ک: کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۵، پیشین، ص ۶۱ به بعد.

۲. باریکلو، علی‌رضا، پیشین، ص ۴۴.

۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین - ودیعه*، ...، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، صص ۲۵۷-۲۵۶.

منجر به تعلیق در ضمان می‌شود.^۱ این مسئله در کلام فقها نیز مشاهده می‌گردد. در این خصوص گفته شده است: «تعلیق در وفا عین تعلیق در ضمان است و تفکیک [بین آن دو] معقول نیست.»^۲ با این اوصاف، به نظر می‌رسد چنین استدلالی وجهی در رد شرطیت تنجیز در عقد ضمان نداشته باشد؛ زیرا ماهیت عقد ضمان مقتضی نقل ذمه است؛ اما در التزام به تأدیة نقل ذمه صورت نمی‌پذیرد و ضامن صرفاً متعهد می‌شود که اگر مضمون عنه دین را نپردازد، او ملزم به پرداخت باشد.^۳ حتی در فرضی که عقد ضمان منعقد شود؛ اما تعلیق در وفا باشد، نمی‌توان آن را با عقد ضمان معلق مقایسه کرد؛ زیرا در عقد ضمان با تعلیق، نقل ذمه صورت نمی‌گیرد و انتقال آن منوط به تحقق امر خارجی مشکوک الحصول مربوط به آینده می‌شود؛ در حالی که در تعلیق وفا و ادای دین، دین به ذمه ضامن منتقل می‌گردد؛ اما صرفاً پرداخت آن متوقف بر تحقق معلق علیه خواهد بود. بنا به تفاوت نهادینه‌ای که بین این دو قالب حقوقی وجود دارد، هر چند در برخی آثار تشابه داشته باشند؛ اما نباید با توجه به جواز تعلیق در ایفای دین، حکم به جواز تعلیق در اصل عقد نمود. بنابراین چنین استدلالی قابل تمسک به نظر نمی‌رسد.

با توجه به توضیحاتی که بیان شد، باید گفت که مبانی ارائه‌شده در خصوص بطلان ضمان معلق چندان معتبر نیستند و اقدام قانون‌گذار در باطل اعلام کردن عقد ضمان معلق وجهی ندارد. بنابراین همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، نظر کسانی را باید درست دانست که بطلان تعلیق در ضمان را بی‌وجه می‌دانند.^۴ شایان ذکر است یکی از حقوق‌دانان در راستای اعتقاد به عدم تغایر عقد ضمان با سایر عقود از نظر تعلیق‌پذیر بودن آن، در تحلیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی بیان داشته‌اند که:

از کلمه «مثل اینکه» بر می‌آید که مطلق ضمان معلق باطل است؛ اما با توجه به ادامه ماده که تعلیق در التزام به تأدیة را که اثر اصلی عقد ضمان است، صحیح دانسته و با عنایت به قواعد عمومی قراردادها در رابطه با تعلیق در عقد، به نظر می‌رسد بر خلاف

۱. حائری، سید علی (شاهباغ)، پیشین، ص ۶۲۶.

۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، صص ۴۰۵-۴۰۴؛ طباطبایی حکیم، سید محسن، جلد ۱۳، پیشین، ص ۲۶۰.

۳. محقق داماد، سید مصطفی و رضا حسین گندم کار، ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی)، فصلنامه علمی- پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهرا (س)، سال یازدهم، ۱۳۸۰، شماره ۴۰، ص ۱۴۹.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، عقد ضمان، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، چاپ اول، ۱۳۵۲، ص ۳۰۵.

نظر برخی از حقوق‌دانان، قانون‌گذار تعلیق در عقد ضمان را همانند عقود دیگر تنها در فرضی باطل دانسته که تعلیق در انشا باشد. اما تعلیق در منشأ صحیح است.^۱

هر چند اساساً نگارنده بر این نظر است که دلیلی برای بطلان عقد ضمان معلق وجود ندارد و دلایلی که در توجیه نظر قانون‌گذار ارائه شده، فاقد اعتبار است؛ اما آنچه که در کلام قانون‌گذار مشخص است، بطلان عقد ضمان معلق است. به عبارت دیگر، منظور قانون‌گذار بطلان عقدی است که منشأ آن معلق شده است؛ وگرنه اساساً نیازی به تصریح به بطلان نبود؛ زیرا بطلان عقد در صورت تعلیق در انشا و صحت تعلیق در منشأ، در تمامی عقود مطرح است و قانون‌گذار با تصریح به بطلان عقد ضمان معلق، خواسته است آن را از قلمرو شمولی صحت تعلیق در منشأ خارج کند. بنابراین دیدگاه ارائه شده از سوی حقوق‌دان مذکور فاقد وجاهت حقوقی و قانونی به نظر می‌رسد.

۱.۲. عقد حواله

راجع به اینکه در عقد حواله تنجیز شرط است یا می‌توان آن را به صورت معلق نیز منعقد کرد، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، فقها غالباً تنجیز را شرط تمامی عقود می‌دانند. از همین رو برخی در انعقاد عقد حواله تنجیز را شرط و تعلیق را از موجبات بطلان آن دانسته‌اند.^۲ با توجه به شباهت عقد ضمان و حواله و اثر آنها، در تحلیل بطلان تعلیق در عقد حواله می‌توان به دلایل استنادی در عقد ضمان تمسک جست. با این حال، همان‌طور که در خصوص عقد ضمان گفته شد، دلایل مذکور چندان معتبر نیستند. بنابراین نمی‌توان بر مبنای دلایل پیش‌گفته حکم به بطلان تعلیق در عقد حواله نمود؛ به ویژه اینکه قانون‌گذار در باب مربوط به عقد حواله بر خلاف عقد ضمان تنجیز را شرط ندانسته است. لذا توجیه تعلیق‌پذیری عقد حواله تسهیل می‌گردد؛ بدین شرح که با توجه به سکوت قانون‌گذار در خصوص مسئله مطروحه باید موضوع را ذیل قواعد عمومی ناظر بر قراردادهای بررسی نمود و تا جایی که

۱. شکوهی‌زاده، رضا، «قواعد عمومی عقود تبعی»، رساله دکترای، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، به راهنمایی محمد حسن صادقی مقدم، صص ۱۷-۱۶.

۲. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طلی، *الدر المنصود فی معرفه صیغ النیات و الإیقات و العقود* - رساله فی *العقود و الإیقات*. قم: مکتبه امام العصر (عج) العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۳۷.

امکان‌پذیر است، قواعد کلی را بر این عقد حمل کرد. بنا به اینکه علی‌القاعده تعلیق‌پذیری عقود مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است، باید اذعان داشت که عقد حواله نیز داخل در این قاعده کلی است و ممنوعیتی از جهت تعلیق آن وجود ندارد.

۲. تعلیق در عقود وثیقه‌ای تضمینی

منظور از عقد وثیقه‌ای تضمینی، عقدی است که با انعقاد آن، دین مدیون اصلی همچنان بر ذمه خود او باقی می‌ماند و در کنار آن، تعهد جدیدی برای او یا شخص ثالث ایجاد می‌شود. عقد کفالت و رهن از مصادیق این دسته از عقود هستند. ممکن است از جهاتی درباره تعلیق‌پذیری این دسته از عقود نیز تردیدهایی وجود داشته باشد. در بخش حاضر عقد کفالت و رهن را به عنوان مصادیق عقود وثیقه‌ای تضمینی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲.۱. عقد کفالت

از دیگر عقود که نیازمند بررسی ماهیت آن برای تعیین تکلیف در خصوص جواز یا عدم جواز تعلیق آن است، عقد کفالت می‌باشد. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، فقهای امامیه در خصوص عقود لازم معتقد به لزوم تنجیز هستند و تعلیق در آنها را نمی‌پذیرند. معتقدان به لزوم عقد کفالت، تنجیز را شرط صحت آن می‌دانند.^۱ باین حال برخی از فقها در خصوص بطلان تعلیق در عقد کفالت تردید کرده و معتقد به صحت آن هستند؛^۲ زیرا عموم آیه «المسلمون عند شروطهم» دلالت بر صحت تعلیق در عقود دارد و از این‌رو دلیلی برای باطل دانستن آن وجود ندارد.^۳

با وجود اختلاف‌نظری که میان فقها وجود دارد، به نظر می‌رسد تعلیق خللی به اعتبار عقد کفالت وارد نمی‌سازد و باید حکم به صحت آن نمود؛ زیرا اولاً همان‌طور که بیان شد، فقها در خصوص عقود لازم حکم به تنجیز کرده‌اند. بنابراین اگر مبنای حکم فقها در لزوم تنجیز عقد

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۶۷.

۲. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلی، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق، ص ۹۸.

۳. شوشتری، محمدتقی، *النجعة فی شرح اللمعة*، جلد ۸، تهران: کتابفروشی صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق، ص ۷۲.

کفالت لازم بودن آن باشد، بنا به نظر برخی از حقوق‌دانان عقد کفالت از اقسام عقد لازم نیست؛ بلکه از طرف کفیل لازم و از طرف مکفول‌له جایز است.^۱ بنابراین از این منظر نمی‌توان حکم به لزوم تنجیز در عقد کفالت نمود و تغلیب جنبه جایز بودن عقد از جانب مکفول‌له به جنبه لزوم آن از سوی کفیل ترجیح دارد. ثانیاً حتی اگر عقد کفالت را لازم بدانیم، باز هم دلیل قانع‌کننده‌ای مبنی بر عدم جواز تعلیق در آن نیست؛ زیرا بر خلاف احتمالی که در خصوص عقد ضمان و حواله مطرح شد؛ یعنی تنافی تعلیق با انتقال ذمه و بی‌پایه ماندن دین، چنین ایرادی در خصوص عقد کفالت قابل طرح نیست؛ زیرا در عقد کفالت در وهله اول کفیل صرفاً تعهد به نفس می‌کند و در لحظه انعقاد عقد، ذمه مکفول به ذمه او منتقل نمی‌شود. حتی اگر در خصوص عقد ضمان و حواله ایراد مذکور را بپذیریم، پر واضح است که چنین ایرادی راجع به عقد کفالت مطرود است. ثالثاً همان‌طور که برخی از فقها بیان داشته‌اند،^۲ در صورتی که از نظر عرف بر عمل انجام گرفته؛ یعنی کفالت معلق، عنوان عقد صدق کند، آن عمل مشمول عموم «اوفوا بالعقود» خواهد بود که به موجب آن لزوم اشتراط تنجیز مرتفع است. بنابراین دیدگاه فقهایی که تنجیز در عقد کفالت را شرط دانسته‌اند، صرفاً بر مبنای لزوم تنجیز در عقود که برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند، بوده است و دلیل عقلی بر آن وجود ندارد.^۳ البته با توجه به اینکه برخی از فقها تعلیق در عقد کفالت را پذیرفته‌اند، دیگر دلیل اجماع قابل استناد نیست و نمی‌توان بر مبنای آن حکم به بطلان عقد کفالت معلق نمود.

دلیل دیگر که ممکن است در توجیه بطلان عقد کفالت معلق مورد استناد قرار گیرد، تمسک به تنافی تعلیق با وصف وثیقه‌ای بودن عقد کفالت است. با اینحال، به نظر می‌رسد تعلیق در عقد کفالت منافاتی با وصف وثیقه‌ای بودن آن ندارد؛^۴ زیرا اولاً همان‌طور که در خصوص عقد ضمان و حواله گفتیم، همان میزان از اطمینانی که در اثر عقد کفالت معلق برای مکفول‌له ایجاد

۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، پیشین، ص ۳۴۵؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **عقد کفالت**، تهران: کتابخانه گنج دانش. چاپ دوم، ۱۳۷۸، ص ۲۹.

۲. مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، جلد ۴، قم: انتشارات موسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱، ص ۷۴.

۳. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، جلد ۶، پیشین، ص ۱۵۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، پیشین، ص ۶۸.

می‌شود، مکفی مقصود است و ثانیاً در ذات وثیقه، شرط تنجیز وجود ندارد و معتقدان به آن جز استدلال‌های لفظی بی‌پایه و اساس، دلیلی بر آن ارائه نداده‌اند.

۲.۲. عقد رهن

با تتبعی که در آثار فقها انجام دادیم، بحثی در خصوص جواز تعلیق یا عدم جواز آن در عقد رهن مشاهده نکردیم. فقها در مباحث مربوط به رهن بیشتر لزوم یا عدم لزوم قبض را بررسی کرده‌اند که تشریح آنها خارج از رسالت نوشتار حاضر است. بنابراین از پرداختن به آن که صرفاً موجب اطلالۀ کلام خواهد شد، پرهیز می‌کنیم. باین‌حال، اگر هم فقیهی به بحث تنجیز و تعلیق در عقد رهن اشاره کرده باشد، از دید نگارنده به دور بوده است. آنچه فقها در خصوص تعلیق در مباحث مربوط به عقد رهن مطرح کرده‌اند، شرط بودن دوام رهن یعنی عدم توقیت آن به مدت است و تعلیق اذن در تصرف از سوی مرتهن به انقضای مدت تعیین شده را جایز شمرده‌اند.^۱ باین‌حال لازم است در خصوص تعلیق در خود عقد؛ یعنی منشأ عقد رهن، سخن بگوییم تا ابهامات احتمالی مرتفع شود.

درباره اینکه تعلیق در عقد رهن راه دارد یا خیر، ممکن است اختلاف نظر پدید آید. اگر نظر فقها را در خصوص شرطیت تنجیز در عقود لازم مدنظر داشته باشیم، بی‌تردید کسانی که معتقد به لزوم عقد رهن باشند، باید بنا به همان ملاک، تنجیز در عقد رهن را نیز شرط بدانند؛ اما کسانی که جنبۀ جواز عقد از جانب مرتهن را به جنبۀ لزوم آن از سوی راهن غالب می‌دانند، با توجه به عدم لزوم رعایت شرایط مقرر در خصوص عقد لازم نسبت به عقود جایز، در عقد رهن نیز به دلیل جایز شمردن آن، قائل به ضرورت تنجیز نخواهند بود. بنابراین از جهت اخیر، مسئله مطروحه علی‌القاعده باید تابع بحث پیش گفته باشد.^۲

۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی- کلاتر)*، جلد ۴، قم:

کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۵.

۲. لازم به توضیح است که مسئله لزوم یا جواز عقد رهن از سوی حقوق‌دانان نیز مورد بررسی قرار گرفته است. غالب حقوق‌دانان بنا به تصریح قانون مدنی، عقد رهن را از جانب راهن لازم و از سوی مرتهن جایز می‌دانند. باین‌حال، برخی از حقوق‌دانان معتقد به لزوم عقد رهن هستند و بر نظر خود دلایلی نیز بیان داشته‌اند؛ برای مطالعه نظریۀ مذکور و دلایل استنادی ر.ک: علوی، سید محمد تقی و باقری اصل، حیدر و باقری اصل، سعیده، *نقش جواز و لزوم در عقد رهن در توثیق اسناد تجاری*، دو فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و دوم، ۱۳۸۸، شماره ۱، صص ۶۸-۴۹؛ باقری ←

مسئله مهم دیگر، همان‌طور که پیش‌تر درباره عقد ضمان، حواله و کفالت بیان کردیم، بررسی امکان اجتماع تعلیق با وصف وثیقه‌ای بودن عقد رهن است. ممکن است کسی این‌گونه ادعا کند که چون هدف از شناسایی عقد رهن و تجویز آن، استیثاق و ایجاد اطمینان برای شخص طلبکار بوده است، تعلیق با این هدف تغایر دارد و منجر به تهی شدن عقد از فلسفه آن می‌گردد و در نتیجه لازم است که عقد به صورت منجز واقع شود و تعلیق موجب بطلان آن خواهد شد. در تحلیل و بررسی اظهارات پیش‌گفته باید گفت:

اولاً ابتدای مسئله مطروحه به بحث تعیین تکلیف کردن در خصوص لزوم یا جواز عقد رهن، چندان وجهی ندارد؛ زیرا اگر عقد رهن را لازم بدانیم، همان‌طور که پیش‌تر بیان کردیم، صرفاً بر مبنای قرار گرفتن عقد رهن در زمره عقود لازم و نظر اجماعی فقها مبنی بر اشتراط تنجیز در این دسته از عقود، حکم به عدم صحت تعلیق خواهد شد. این در حالی است که دلیل اجماع معتبر نیست و دلیل عقلی مبنی بر عدم صحت تعلیق در عقود لازم نیز وجود ندارد؛ اما اگر عقد رهن را جایز بدانیم، ایراد فقها در خصوص لزوم تنجیز مرتفع می‌شود؛ زیرا در عقود جایز، رعایت شروط مقرر برای عقود لازم ضرورتی ندارد. باین‌حال، ایراد نظر کسانی که عقد رهن را صرفاً به سبب جایز بودن آن از سوی مرتهن جایز دانسته‌اند، این است که اساساً دلیلی برای تغلیب جنبه جواز عقد رهن به جنبه لزوم آن وجود ندارد. از آن‌جایی که راهن و مرتهن دو طرف یک عقد هستند، دلیلی بر برتری دادن جایگاه یکی از آنها بر دیگری نیست. بنابراین حکم به جایز بودن عقد رهن به سبب جواز آن نسبت به مرتهن وجهی ندارد. به نظر می‌رسد فقهای که چنین حکمی کرده‌اند، در اعماق ذهن خود دریافته بوده‌اند که در عقود لازم نیز دلیل عقلی برای عدم صحت تعلیق در منشأ وجود ندارد و سعی داشته‌اند با خروج عقود از حیطة عقود لازم از سخت‌گیری‌های این حوزه بکاهند.

→ اصل، حیدر، **بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی مواد ۷۸۷ و ۷۸۸ قانون مدنی ایران**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهارم، ۱۳۸۹، شماره ۱، صص ۱۰۹-۹۵؛ ره پیک، حسن، **حقوق مدنی؛ حقوق قراردادها**، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۴۱؛ بر خلاف دلایل استنادی معتقدان به لزوم عقد رهن، به نظر می‌رسد قائل شدن به نظریه ذوابعد بودن عقد رهن صحیح‌تر باشد؛ زیرا هیچ‌یک از دلایل ارائه شده واجد اعتبار نیستند و با توجه به اینکه در عقد رهن حقی برای مرتهن ایجاد می‌شود و علی‌القاعده شخص ذی حق می‌تواند از حق خود صرف‌نظر کند و بنا به اینکه از بین بردن معلول بدون زایل کردن علت ممکن نیست، باید گفت که انصراف از حق الرهانه و ساقط کردن آن منوط به فسخ عقد رهن می‌باشد. برای نظر موافق، ر.ک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، پیشین، ص ۲۹.

ثانیاً حکم به بطلان تعلیق به سبب تنافی آن با وصف توثیقی بودن عقد رهن نیز وجهی ندارد؛ زیرا همان‌طور که در خصوص عقود پیشین بیان شد، آن‌گونه نیست که عقد معلق فاقد هرگونه اثر باشد؛ بلکه طرفین را به رعایت حقی که به سبب همان عقد ایجاد شده است، پایبند می‌کند. در واقع به موجب عقد رهن معلق، حقوقی برای مرتهن ایجاد می‌شود که در صورت تحقق معلق علیه به کمال می‌رسد. بنابراین در حدود همان حقوقی که برای مرتهن به سبب عقد معلق ایجاد شده است، توثیق حاصل می‌شود. به عبارت دیگر همان میزان از اطمینان خاطر ایجاد شده به سبب عقد رهن معلق، وثیقه محسوب می‌شود. مضاف به اینکه قانون مدنی با وجود احتمالات مطروحه، در مقررات مربوط به عقد رهن، سخنی از لزوم تنجیز و بطلان تعلیق به میان نیاورده است. بنابراین باید با تمسک به قواعد عمومی قراردادها، عقد رهن معلق را صحیح دانست.

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در آثار حقوق‌دانان مطرح شده است، صحت تعلیق در عقود را می‌توان مطابق با قاعده دانست؛ در نتیجه موارد عدم اعتبار تعلیق نیازمند تصریح خواهد بود. با این حال در کلام فقها و حقوق‌دانان درباره اینکه تعلیق در عقود وثیقه‌ای راه دارد یا خیر، تردیدهایی مطرح شده است. در این نوشتار بحث فوق در خصوص عقود وثیقه‌ای انتقالی و تضمینی به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار داده شد. از میان مصادیق عقود وثیقه‌ای انتقالی، بیشتر بحث راجع به عقد ضمان بود؛ زیرا در خصوص عقد مذکور، قانون‌گذار به موجب ماده ۶۹۹ قانون مدنی، تعلیق را نپذیرفته و عقد ضمان را از قلمرو شمولی قاعده صحت عقد معلق خارج ساخته است. مؤلفین فقهی و حقوقی در تحلیل بطلان عقد ضمان معلق به دلایلی تمسک جسته‌اند که در نوشتار حاضر احصا گردید. پس از بررسی و تحلیل دلایل و مبانی ارائه‌شده مشخص گردید که ماده مذکور بر دلیل معتبر فقهی و حقوقی استوار نیست و اساساً قانون‌گذار باید در خصوص عقد ضمان نیز از قاعده کلی پیروی می‌کرد. درباره عقد حواله نیز بیان گردید که تصریحی به صحت یا عدم صحت تعلیق صورت نگرفته است. با این حال، با توجه به تشابهی که از نظر ماهیت و آثار میان عقد مذکور و ضمان وجود دارد، ممکن است برخی به ملاک ماده ۶۹۹ تمسک جویند و حکم به عدم اعتبار عقد حواله معلق کنند. با توجه به اینکه دلایل ارائه‌شده در خصوص عقد ضمان بر هیچ مبنا و منطق حقوقی استوار نیست و همچنین قانون‌گذار تصریحی به بطلان عقد حواله معلق نکرده است، باید از قاعده عمومی پیروی و حکم به صحت عقد حواله معلق کرد.

در خصوص عقود وثیقه‌ای تضمینی یعنی عقد کفالت و رهن نیز برخی از مؤلفین تعلیق را رد کرده و عقد کفالت و رهن معلق را باطل دانسته‌اند. دلایل این نظر نیز به تدقیق مورد بررسی قرار گرفت و مشخص گردید که دلایل ارائه‌شده از سوی معتقدان به بطلان عقود وثیقه‌ای تضمینی معلق فاقد اعتبار و مبنا فقهی و حقوقی استوار است. در نتیجه باید همانند سایر عقود معتقد بود که عقود وثیقه‌ای تضمینی نیز از قاعده تعلیق‌پذیری پیروی می‌کنند. بنا بر مراتب فوق سزاوار است که قانون‌گذار قانون مدنی در اصلاحات آتی اولاً مفاد ماده ۶۹۹ را اصلاح و تعلیق در عقد ضمان را معتبر اعلام کند و ثانیاً درباره سایر عقود وثیقه‌ای نیز نسبت به امکان انعقاد آنها به صورت معلق، تصریح کند تا از بروز اختلاف‌نظرهای حقوقی جلوگیری به عمل آید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامیة، چاپ هجدهم، ۱۳۷۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **عقد ضمان**، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، چاپ اول، ۱۳۵۲.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **عقد کفالت**، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **فلسفه اعلی در علم حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۵. حائری، سیدعلی (شاهباغ)، **شرح قانون مدنی**، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۶. ره پیک، حسن، **حقوق مدنی؛ حقوق قراردادها**، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۷. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات**، جلد ۱، تهران: انتشارات مجد، چاپ هشتم، ۱۳۹۰.
۸. صفایی، سید حسین، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۲ تهران: نشر میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۸۹.
۹. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: عقود اذنی - وثيقه‌های دین - ودیعه ...**، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۹۵.
۱۱. کاشانی، محمود، **حقوق مدنی؛ قراردادهای ویژه**، تهران: نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.

مقاله

۱۲. امامی نمینی، محمود، **بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی**، مطالعات اسلامی، سال بیستم، ۱۳۸۳، شماره ۶۳.
۱۳. امینی، منصور، **انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظام‌های حقوقی آلمان، فرانسه و ایران**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، سال نوزدهم، ۱۳۸۲، شماره ۳۷.
۱۴. باریکلو، علی‌رضا، **قرارداد ضمان معلق**، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، ۱۳۸۰، شماره ۱۰.

۱۵. باقری اصل، حیدر، **بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی مواد ۷۸۷ و ۷۸۸ قانون مدنی ایران**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهارم، ۱۳۸۹، شماره ۱.
۱۶. حسینی، سید محمد و علوی، سید محمد تقی و اسدلو، مرتضی، **بررسی وضعیت حقوقی شرط تأخیر در انتقال مالکیت مبیع در فقه و حقوق ایران**، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، ۱۳۸۹، شماره ۱.
۱۷. عسکری، حکمت الله، **شرط حفظ مالکیت در حقوق ایران**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، سال بیست و پنجم، ۱۳۸۹، ویژه‌نامه شماره ۲.
۱۸. علوی، سید محمد تقی، حیدر باقری اصل و سعیده، باقری اصل، **نقش جواز و لزوم در عقد رهن در توثیق اسناد تجاری**، دو فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و دوم، ۱۳۸۸، شماره ۱.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی و رضا حسین گندم کار، **ماهیت، مبانی و آثار تضامن بین بدهکاران (تضامن منفی)**، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهرا (س)، سال یازدهم، ۱۳۸۰، شماره ۴۰.

پایان نامه و رساله

۲۰. باستانی نامقی، رضا، «اثر فسخ در قلمرو زمان (مطالعه تطبیقی)»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، به راهنمایی علیرضا عالی پناه.
۲۱. شکوهی زاده، رضا، «قواعد عمومی عقود تبعی»، رساله دکتر، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، به راهنمایی محمد حسن صادقی مقدم.

ب) منابع عربی

کتاب

۲۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - الحدیثه)**، جلد ۱۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. شوشتری، محمدتقی، **النجعة فی شرح اللمعة**، جلد ۸، تهران: کتابفروشی صدوق، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی)** - **کلاتر**، جلد ۴، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، جلد ۳، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

۲۶. طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، جلد ۱۳، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحتسبی)**، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۲۸. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام**، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط- الحدیث)**، جلد ۲، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. غروی نائینی، میرزا محمد حسن، **منیة الطالب فی حاشیة المکاسب**، جلد ۱، تهران: المکتبۃ المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.
۳۱. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلی، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.
۳۲. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طی، **الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود - رسالة فی العقود و الإیقات**، قم: مکتبۃ إمام العصر (عج) العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
۳۳. مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، جلد ۴، قم: انتشارات موسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، **القواعد الفقهیة**، جلد ۴، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، **القواعد الفقهیة**، جلد ۶، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.