

## Contract Suspension in International Law

**Seyyedeh Maryam Asadi Nejad** Corresponding Author, Private Law Faculty Member, Law Department, Ahrar Institute of Technology and Higher Education, Rasht, Iran.

Email: [asadinejad@ahrar.ac.ir](mailto:asadinejad@ahrar.ac.ir)

### Article Info

Article Type:  
Reserch Article

Keywords:  
International-  
Contract,  
Suspension,  
Composition,  
Conditional-  
Obligation

### ABSTRACT

Many domestic and international contracts and agreements between natural and legal persons and even international agreements between governments and international organizations may be suspended or conditional and subject to the realization or preparation and providing the necessary conditions or platform, so to speak, to be suspended. A suspended contract is one whose effect depends on another matter according to the clause. However, according to some jurists, a suspended contract is invalid. But their main reason is consensus. Due to the fact that currently pending contract is a conventional and common contract in all systems and in international law. For this reason, ruling to invalidate it in all cases is against the common practice and jurisprudence and legal principles. This research has been done analytically and descriptively by referring to the library and using reliable jurisprudential and legal sources. In this research, the types of suspension are discussed. Then, taking into account the structure of suspension in the will and Ja'ala(contract of reward) and Racing & shooting And based on the obligatory conditional and suspended format, the ruling is valid for the suspension of contracts.

Cite this Article: Asadinejad, S. M. (2025). contract suspension in international law. *International Relations Researches*, 15(1), 171-190. doi: 10.22034/irr.2024.475594.2589



© Author(s)

Publisher: Iranian Association of International Studies

DOI: 10.22034/irr.2024.475594.2589



## تعلیق قرارداد در حقوق بین الملل

سیده مریم اسدی نژاد نویسنده مسئول، عضو هیأت علمی حقوق خصوصی، گروه حقوق، مؤسسه فناوری و آموزش عالی احرار، رشت، ایران. رایانامه: [sm.asadinejad@ahrar.ac.ir](mailto:sm.asadinejad@ahrar.ac.ir)

چکیده	درباره مقاله
<p>بسیاری از عقود و قراردادهای داخلی و بین‌المللی بین اشخاص حقیقی و حقوقی و حتی عهدنامه‌های بین‌المللی بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ممکن است به صورت معلق و یا مشروط و منوط به تحقق و یا آماده سازی و فراهم نمودن شرایط و یا بستر لازم شده و به اصطلاح به صورت معلق باشند. عقد معلق آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف بر امر دیگری باشد. هر چند از نظر برخی از فقها عقد معلق باطل است. اما عمده دلیل آنها اجماع است. با توجه به اینکه هم اکنون عقد معلق در همه نظام‌ها و در حقوق بین‌الملل متعارف و رایج است. به همین دلیل حکم به بطلان آن برخلاف رویه متداول و اصول فقهی و حقوقی است. سوال این است که چه تفاوتی بین انواع تعلیق است؟ آیا تعلیق در قراردادهای بین‌المللی با قراردادهای داخلی متفاوت است؟ این تحقیق که با مراجعه به کتابخانه و با استفاده از منابع معتبر فقهی و حقوقی به صورت تحلیلی و توصیفی انجام گرفته است. ضمن تفکیک اقسام تعلیق از صحت تعلیق براساس ساختار تعلیق در وصیت و جعاله و سبق ورمایه و براساس قالب واجب مشروط و معلق دفاع می‌کند و هیچ تفاوتی بین تعلیق در حقوق داخلی و بین الملل نیست. بنابراین طرفین قرارداد معلق باید دارای حسن نیت بوده و همکاری متقابل داشته باشند.</p>	<p><b>نوع مقاله:</b> مقاله پژوهشی</p> <p><b>کلیدواژه‌ها:</b> قرارداد بین‌المللی معلق، تعلیق در انشا، تعلیق در منشا، تعلیق در اثر</p> <p><b>تاریخچه مقاله</b> تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۳/۳۰</p>

استاد به این مقاله: اسدی نژاد، سیده مریم. (۱۴۰۴). تعلیق قرارداد در حقوق بین‌الملل. پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ۱۵(۱)، ۱۷۱-۱۹۰.

doi: 10.22034/irr.2024.475594.2589

© نویسنده(گان)

ناشر: انجمن ایرانی روابط بین الملل





بسیاری از عقود و قراردادهای داخلی و بین‌المللی بین اشخاص حقیقی و حقوقی و حتی عهدنامه‌های بین‌المللی بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ممکن است به صورت معلق و یا مشروط و منوط به تحقق و یا آماده سازی و فراهم نمودن شرایط و یا بستر لازم شده باشند. بنابراین استفاده از این نوع قرارداد در روابط اجتماعی اجتناب ناپذیر است. قانون مدنی بدون اینکه اقسام تعلیق و احکام هر یک از آنها را ذکر کند صرفاً به تعریف عقد معلق به طور ضمنی پرداخته است. عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود» (ماده ۱۸۹) پس هر گاه طرفین عقد، تاثیر‌گذاری ناشی از آن را بدون هیچ قید و شرطی بوجود آورند عقد را منجز گویند و در صورتی که تاثیر‌گذاری عقد را موکول بوقوع شرط دیگری کنند عقد معلق است. در عقد معلق با اینکه توافق حاصل شده است، مفاد آن اقتضا دارد که تعهدات طرفین پس از وقوع شرط تحقق یابد. به همین جهت بکار بردن اصطلاح (عقد معلق) خالی از مسامحه نیست. عقد معلق نیز مانند سایر قراردادها با ایجاب و قبول واقع می شود و از این حیث با عقود منجز هیچ تفاوت ندارد. در خصوص این سوال که آیا عقد معلق صحیح است یا باطل؟ باید قبل از هر چیز اقسام تعلیق از حیث انشاء مورد بررسی قرار داد. عقد معلق در قانون مدنی به علت عدم وضع مقررات کافی در مورد مبنا و شرایط و اقسام و احکام و آثار آن در حاله‌ای از ابهام است و این امر موجب بروز اختلاف در بسیاری از احکام مربوط به تعلیق شده است. به نظر می‌رسد چون بین فقها در مورد احکام تعلیق اختلاف بوده لذا قانون‌گذار هر چند در برخی از موارد به طور صریح و در برخی موارد به طور ضمنی حکم مورد نظر را مقرر داشته ولی نسبت به اقسام تعلیق و سایر شرایط و آثار آن سکوت کرده است. اما در فقه بسیاری از فقهاء شرط تنجیز در عقود و ایقاعات را به عنوان یکی از شرایط صحت عقد و ایقاع به ویژه در مباحثی چون وکالت و وقف و طلاق و نکاح و ضمان مطرح و بررسی کرده و حتی در مورد شروط ضمن عقد نیز بحث تعلیق را ذکر کرده‌اند. اما قانون‌گذار هوشمندانه در بخش اصول کلی قراردادها، شرط تنجیز قراردادها را به عنوان یکی از شرایط صحت قرارداد ذکر نکرده است. بنابراین باید از مجموع مقررات در مورد وضعیت حقوقی تعلیق نظر داد. در این مقاله ضمن بیان اقسام تعلیق از حیث انشا اقدام به بررسی و تجزیه و تحلیل هر کدام از آنها پرداخته شده است. هر چند در رابطه با عقد معلق مقالات زیادی نوشته شده است. اما تا کنون در خصوص اقسام تعلیق از حیث انشاء و احکام آنها بحثی نشده است. بررسی تعلیق بر اساس کیفیت انشا



این سوال را مطرح می کند که تفاوت بین تعلیق در انشاء و منشا و اثر و احکام هر یک از آنها در فقه و حقوق چگونه است؟ آیا تعلیق در حقوق داخلی و بین الملل متفاوت است؟ البته در مورد صحت اقسام تعلیق بین فقها و حقوقدان اختلاف فاحش و معناداری است. شاید به همین دلیل قانون گذار در قانون مدنی نسبت به این موضوع سکوت اختیار کرده است.

تا کنون درخصوص عقد معلق حقوقدانان برجسته ای همچون دکتر کاتوزیان، دکتر امامی، لنگرودی و بسیاری دیگر در کتب ارزشمند خود به بحث در این باره و صحت و بطلان عقد معلق پرداخته اند از میان مقالات نیز مقاله ی عقد معلق در قانون مدنی از آقای علی آبادی و مقاله ی تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق در قرارداد ها از آقای حسینی مقدم به بحث درباره تعلیق و صحت و بطلان و نظریات حقوقدانان و فقها پرداخته اند؛ همچنین مقاله های وضعیت حقوقی عقد معلق از آقایان وحدتی و شبیری، مبانی و آثار عقد معلق از آقای زارع و مفتاحی، باز شناسی تعلیق در انشا از آقای قبولی درافشان به بحث عقد معلق در حقوق موضوعه پرداخته اند فرقی که این مقاله با تحقیقات ذکر شده و پژوهش های دیگر دارد آن است که ضمن بیان انواع تعلیق در فقه و تفکیک آثار آنها و ذکر منابع آن ها سپس تطبیق در حقوق موضوعه بحث می کند. در ضمن در مورد پیشینه به مفصل به شرح ذیل توضیح داده می شود.

#### ۱. پیشینه تحقیق

- سید قاسم زمانی و مرضیه اسفندیاری در مقاله ای با عنوان تعلیق اجرای قواعد بین المللی حقوق بشر در وضعیت های عمومی فوق العاده بیان کردند که اصولاً هدف قواعد بین المللی حقوق بشر حمایت از ارزش هایی است که ریشه در کرامت ذاتی انسان دارند، و از این روی اساساً و ماهیتاً تقید در مکان و زمان را بر نمی تابند. اجرای این قواعد در فراسوی مرزهای ملی هر کشور، و تأکید بر اجرای متقارن آن قواعد با قواعد حقوق بشردوستانه بین المللی در زمان مخاصمات مسلحانه جلوه ای از آن ویژگی قواعد بین المللی حقوق بشر است. حقوق بشر با وظیفه دولتها نیز در چنین موقعیتهایی بیشتر نمود میابد. مروری بر کنوانسیونهای بین المللی و منطقهای حقوق بشر به ما نشان می دهد که مهمترین ویژگی یک وضعیت فوقالعاده «تهدیدآمیز بودن» آن محسوب می گردد. این ویژگی که در قالب یک شرط ماهوی تحت عنوان «تهدید حیات ملت» در متن کنوانسیونها و معاهدات حقوق بشری به آن اشاره شده است، اساسی ترین معیار در تشخیص و تعیین وضعیتهای مذکور در نظر گرفته میشود. داوود اندرز در پژوهشی با عنوان تعلیق اجرای تعهد به واسطه نقض احتمالی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) بررسی کردند که در این مقاله جهاتی را که یکی از طرفین مطابق کنوانسیون وین می تواند با



استناد به آنها از اجرای تعهد امتناع ورزد تا از یک سو، تعلیق اجرای تعهد مطابق کنوانسیون وین موجه تلقی شود و از سوی دیگر اعمال حق تعلیق منجر به سوء استفاده از حق و تضرر طرف مقابل نگردد و همین طور اعمال حق تعلیق در مورد کالای در حال حمل و مدت و چگونگی پایان یافتن حق تعلیق مورد بررسی قرار می‌گیرد. توصیه می‌شود طرفین در قرار دادهای خود مهلت مقرر برای ارائه تضمین را تعیین کنند. ارائه‌کننده تضمین در انتخاب شکل تضمین مختار است اما باید تضمین واقعی ارائه دهد و صرف تعهد کافی نیست. در صورت ارائه تضمین مدتی که قرار داد معلق شده به زمان اجرای تعهد اضافه می‌شود. در خصوص ضمانت اجرای عدم ارائه تضمین کافی اختلاف نظر وجود دارد.

مجتبی خسروی و حسن بادینی در پژوهشی با عنوان تعلیق تعهدات قراردادی به عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد در فقه و حقوق ایران، حقوق انگلیس و اسناد بین‌المللی بررسی کردند که تعلیق تعهدات قراردادی یکی از ضمانت‌های اجرای نقض قرارداد است. در واقع زمانی که یکی از طرفین قرارداد از تعهدات خود عدول کرده و در اثر این عدول به طرف مقابل ضرری را وارد می‌سازد، زیان‌دیده می‌تواند با توسل به این اهرم‌های فشار که یکی از آنها تعلیق تعهدات قراردادی است، از ورود ضرر بیشتر جلوگیری نماید. در ماهیت بحث تعلیق باید اشاره کنیم که اساس آن بر معلق کردن تعهدات متقابل به خصوص در عقد بیع است که در فقه از آن به حق حبس در قراردادها یاد شده است و مباحث زیادی در رابطه با مقبولیت آن در مورد اعمال آن در منافع قراردادی، تسلیم ناقص مورد معامله و اعمال آن در شروط ضمن عقد مطرح شده است که از جمله مبانی فقهی آندر منظر فقها، التزام ناشی از عقد و اقتضای ناشی از عقود معاوضه‌ای نام برده شده است. مطابق مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفی که به طور معقول معتقد است نقضی در آینده محقق خواهد شد، در صورتی می‌تواند اجرای تعهداتش را معلق نماید که عدم اجرا، اساسی باشد. یعنی احتمال نقض، طرف مقابل را از منفعت خاص مورد انتظار از قرارداد محروم نماید. چنانچه احتمال نقض دارای ماهیت اساسی نباشد، طرف غیر مقصر نمیتواند از تعهداتش عدول کند. ولی مطابق ماده ۷۱ کنوانسیون، برای اعمال حق تعلیق، وظایف در شرف عدم اجرا باید حائز اهمیت باشند، اما به طور ضروری همالزم نیست که عدم اجرای آن‌ها باعث نقض اساسی شود. همچنین ماده ۷۱ کنوانسیون برای اعمال حق تعلیق، قطعیت و وضوح بیشتری را در رابطه با پیش‌بینی نقض می‌طلبد و مقرر می‌دارد: «عدم اجرای بخش اساسی تعهدات باید معلوم باشد».



احمد رضا توحیدی و ریحانه زندی در پژوهشی با عنوان لغو، تعلیق و خاتمه اقدامات یکجانبه دولت در پرتو حقوق بین الملل مطرح کردند که با پذیرش این امر که بین ها معاهدات و تعهدات یکجانبه قطعاً شباهت هایی وجود دارد اما رویکرد تدوین قواعد بین المللی در خصوص اقدامات یکجانبه با الگوبرداری صرف از قوانین حقوق معاهدات که از سوی کمیسیون حقوق بین الملل اتخاذ شده است، بیشتر به تدوین نوعی پروتکل الحاقی به کنوانسیون ۱۹۶۹ در خصوص اعمال یکجانبه شباهت دارد. چنین رویکردی به طور قطع با برخی خطرات همراه است زیرا در بسیاری از موارد ماهیت انصراف از اقدامات یکجانبه را به صرف تعهدات در قبال اشخاص ثالث محدود کرده، در همین حدود مورد اعتبارسنجی و پذیرش یا در نهایت رد قرار می دهد این نکته ای است که بازنگری جدی در خصوص موضوع لغو و تعلیق اعمال یکجانبه و تدوین مقرراتی جدا و البته خارج از سایه حقوق بین الملل معاهدات را از سوی گزارشگر ویژه و متعاقب وی کمیسیون حقوق بین الملل ایجاب می کند.

زهرا فیاضی در پژوهشی با عنوان بررسی حق حبس و تعلیق در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی (کالا) (وین ۱۹۸۰) که به روش توصیفی تحلیلی گردآوری شده است به بررسی حق حبس و حق تعلیق در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا پرداخته شده است. از جمله تفاوت ها و شباهت هایی که وجود دارد و نیز ضمانت اجراهایی که دارند. تعلیق اجرای قرارداد در ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا تبیین شده است و اگر انجام تعهد از سوی هر یک از طرفین بعید به نظر برسد طرف دیگر می تواند با وجود شرایطی اجرای تعهدات خود را معلق سازد. حق حبس به هر یک از طرفین عقد بیع یا عقود معاوضی دیگر این حق را اعطا می کند که تا وقتی طرف مقابل حاضر به انجام تعهد متقابل نگردد در برابر او از انجام تعهد خویش امتناع ورزد.

## ۲. کلیات و مفاهیم

مفهوم تعلیق در حقوق داخلی و بین الملل تفاوتی به غیر از دخالت عنصر بین المللی نداشته لذا در ابتدا به تعریف آن می پردازیم.

### الف- تعریف تعلیق

عقد معلق متضاد عقد منجز است. عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود (ماده ۱۸۹ ق.م). پس از این تعریف بر می آید که عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موکول به امر دیگری باشد. یعنی تحقق ماهیت عقد (اثر حقوقی) موقوف بر وقوع



امری شده است و در واقع قصد مشترک بدون تحقق آن امر عقد را ایجاد نمی کند. نکته قابل اهمیت این است که نباید عقد معلق را با عقد مشروط اشتباه گرفت در عقد مشروط طرفین در ضمن تعهدات اصلی که دارند یکسری تعهدات ضمنی و فرعی را هم بر عهده می گیرند. عقد مشروط در واقع همان عقد منجز است. اگر به تعریف مندرج به ماده ۵-۳-۱ اصول یونیدورا دقت شود معلوم می گردد که تعریف مندرج در ماده ۱۸۹ق.م. جامع نیست. ماده ۵-۳-۱- یونیدورا در مورد عقد معلق مقرر می دارد: قرارداد یا تعهد قراردادی است که مشروط به وقوع حادثه ای نامعلوم در آینده گردیده به طوری که فقط در صورت وقوع آن حادثه نامعلوم عقد دارای اثر بوده و یا در صورت وقوع آن حادثه عقد به اتمام برسد (به صورت شرط فاسخ).<sup>۱</sup> طبق این تعریف تعلیق به دو صورت ایجابی و سلبی یعنی تعلیق در انعقاد و تعلیق در انحلال است. تعلیق در انفساخ یعنی قراردادی است که در صورت وقوع حادثه ای عقد خودبخود منفسخ گردد (اسدی نژاد و بهارلو، ۳: ۱۳۹۰) در واقع بعد از تحقق شرطی است که پس از انعقاد عقد اتفاق می افتد. به همین دلیل در حقوق انگلستان به چنین شرطی که در ضمن عقد در نظر گرفته شده تا موجب ختم قرارداد گردد شرط موخر گفته می شود (Beatson&others, 2010: 144).

هر چند در قانون مدنی شرط فاسخ و یا تعلیق در انفساخ به علت عدم ورود قانون گذار به جزئیات راجع به عقد معلق تعریف نشده لیکن هیچگونه منع قانونی در این رابطه وجود ندارد. در فقه نیز چنین تعلیقی با عنوان بیع الخيار بحث شده است (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۴/ ۳۳۵). تفاوت بین تعلیق در انعقاد و تعلیق در انفساخ این است که در تعلیق در انفساخ عقد به صورت منجز منعقد شده لیکن با تحقق شرط بعدی عقد منفسخ می گردد. اما در حالت تعلیق در انعقاد وضعیت حقوقی عقد به صورت صحیح منعقد شده لیکن به علت عدم تحقق معلق علیه به طور موقت تاثیر گذار نخواهد بود. تعلیق در انحلال عقد در مورد عقود به کار می رود که عقد به صورت کامل تحقق یافته ولی طرفین، انفساخ عقد محقق شده را معلق به وقوع امری در آینده می کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۱۷).

اکثر فقیهان حتی کسانی که عقد معلق را باطل می دانند، شرط معلق را پذیرفته اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۵۷) و شرط فاسخ نیز از نوع شرط معلق است و در منابع فقهی، چنین شرطی در مبحث بیع شرط یا بیع الخيار آمده است و در خصوص کیفیت اشتراط این شرط به صورت شرط انفساخ یا پیدایش حق فسخ پس از رد ثمن، بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و صور چندگانه ای برای مسأله بیان داشته اند

<sup>1</sup> -<http://www.unidroit.org/principle2010>



که یکی از این فروض، انفساخ عقد به مجرد رد ثمن است. برخی قائل به عدم صحت این شرط شده اند و برخی هم قائل به صحت آن هستند چنین شرطی باید به صورتی در عقد درج شود که سبب جهالت و غرور در معامله نشود (ابهری و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۵) و معلق علیه که در آینده تحقق می یابد باید در ظرف زمانی مشخصی رخ دهد و به صورت مطلق نمی شود انفساخ عقد را به حادثه ای در آینده معلق کرد و باید قید زمانی به این تعلیق اضافه کرد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۶۳)؛ مثلاً در مدت زمان یک سال اگر این حادثه اتفاق افتاد عقد منفسخ گردد. البته این شرط از وحدت ملاک مربوط به شرط خیار به دست می آید.

### ب- اقسام تعلیق براساس نوع معلق علیه

در برخی از موارد وضعیت حقوقی عقد معلق وابسته به نوع معلق علیه است. چون معلق علیه ممکن است یک امر احتمالی و یا قطعی و ممکن است از حیث زمان مربوط به گذشته و یا حال و یا زمان آینده باشد. در لسان فقها اگر عقد معلق بر حصول امری در آینده و راجع به یک امر خارجی شده و حصول آن مقطوع و یقینی باشد به آن تعلیق بر صفت گفته می شود (میرفتاح، ۱۴۱۴: ۲۰۰/۲). یعنی قرارداد معلق بر صفت شده است. مثل طلوع خورشید. به همین دلیل تعلیق به زمان را هم تعلیق به وصف گویند (نائینی، ۱۳۷۳ ج ۱، ص ۱۱۳). ولی اگر معلق علیه مشکوک الحصول در آینده باشد به آن تعلیق بر شرط گویند مثل آمدن حاجی از حج (میرفتاح همان). از نظر شهید اول در قواعد، وجود شرط از هر نوعی که باشد بیانگر تردید و عدم رضایت و عدم جدیت در قصد عاقد است و این امر موجب بطلان عقد تعلیقی است. اما این استدلال شهید اول از طرف بسیاری از فقها مورد انتقاد قرار گرفته است. چونکه شهید اول به صورت قاطع شرط وجود جزمیت در عاقد را که در مراحل مختلف ممکن است مطرح شود مشخص نکرده است. اگر منظور از وجود جزم در عقد، نفس منشاء بوده باشد.

یعنی اگر منظور از جزم، جزمیت به حصول منشاء بوده باشد، چنین امری قابل قبول نیست. چونکه متعاقدین در عقد غیر تعلیقی هم نسبت به تحقق جمیع شرایط شرعی عقد ممکن است جاهل بوده باشند. در این صورت مستلزم بطلان چنین عقدی می گردد. اما اگر منظور از جزم در مرحله انشای عقد به عنوان فعل انشاء کننده بوده باشد، در این صورت چنین جزمی بر فرض حصول معلق علیه در انشاء کننده وجود دارد. اما اگر منظور از جزم، حصول اثر به حسب انشاء بوده باشد در مواردی که عاقد نسبت به معلق علیه جاهل باشد مثل اینکه عاقد بگوید که « اگر این کالا مال من است پس آن را به شما فروختم » باید باطل باشد. چونکه در اینگونه موارد انشاء کننده نسبت به تحقق ملکیت و یا مالکیت خود از حیث



حصول معلق علیه جاهل است. در حالی که فقهاء چنین تعلیقی را صحیح می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/ ۱۹۱). بنابراین در تعلیق هم طرفین نسبت محتوای عقد جازم هستند. تقسیم عقد معلق بر اساس زمان معلق علیه (گذشته و حال و آینده) نیز تقسیم دیگری است که مورد نظر در این مقاله نیست. چون عقد در صورتی معلق خواهد بود که اولاً مربوط به زمان آینده بوده ثانیاً امر احتمالی باشد. بنابراین اگر معلق بر امر واقع شده در زمان گذشته و حال باشد و یا امری که قطعی الحصول باشد تعلیق واقعی نیست. علاوه بر این اگر تعلیق بر یکی از شرایط صحت عقد باشد و یا یکی از شرایط صحت عقد نبوده باشد. اما آنچه که در اینجا مطرح است فقط از حیث کیفیت انشاء است. مشهور فقهاء نسبت به تعلیق عقد از هر نوعی که باشد به علت تنافی تعلیق با جزمیت باطل دانسته و چون صرف وجود شرط و یا معلق علیه عقد را در معرض عدم حصول قرار می‌دهد حتی اگر معلوم الحصول بوده باشد (شیخ انصاری ۱۴۱۵، ۳/ ۶۸). در حالی که همه این ادعاها پاسخ داده شده ولی تنها دلیل باقیمانده و به عبارت دیگر عمده دلیل مشهور فقهاء اجماع است. به همین دلیل در هنگام بحث در مورد شرایط صحت بیع یکی از شرایط صحت بیع را تنجیز می‌دانند (شیخ انصاری همان و شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/ ۳۵۶).

تا اینجا معلوم شد که از نظر مشهور فقهاء در برخی از موارد تعلیق، عقد معلق صحیح نبوده است. از جمله در جایی که شرط و مورد تعلیق، مشکوک الحصول در آینده بوده باشد. شیخ انصاری این حالت را معقد اتفاق فقهاء دانسته (شیخ انصاری همان) و در هر موردی که باطل اعلام شده عمده دلیل بطلان تعلیق و اعتبار شرط تنجیز را اجماع معرفی کرده است. در حالی که هیچگونه آیه و روایتی در مورد بطلان این دسته از تعلیق رایه نشده است. به همین دلیل اغلب فقهاء تنها دلیل بر شرط تنجیز را اجماع دانسته‌اند تا جایی که در بحث وکالت ضمن اینکه نسبت به اطلاقات و عمومات آیات و روایات راجع به شمول تعلیق اعتراف داشته ولی در هر صورت مدار اجماع را حاکم بر آنها دانسته است و شرط تنجیز را به همه عقود اعم از عقود لازم و جایز تسری داده و بطلان عقد معلق را نزد فقهای امامیه مسلم دانسته است (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲/ ۲۰). البته برخی از فقهاء معتقدند که چنین اجماعی در واقع اجماع منقول بوده در حالی که از نظر بسیاری از فقهاء اجماع منقول نیز معتبر نمی‌باشد و معتقدند که اجماع باید محصل باشد (خراسانی، ۱۴۰۹، ۲/ ۳۳۱ و مغنیه، ۱۴۰۸، ۱/ ۲۲۸).

برخی دیگر از فقهاء معتقدند اجماع مذکور اجماع مدرکی است چونکه همه دلایل مطرح شده در جهت اعتبار شرط تنجیز برای تحقق و اثبات چنین اجماعی است. (یزدی طباطبایی، همان و خمینی، ۱۴۱۴: ۲/ ۱۶۷ و خویی، ۱۴۱۲: ۲/ ۳۳۹) ولی به نظر می‌رسد اجماع مذکور اجماع تعبدی است و به همین دلیل



برخی دیگر از فقهاء به آن اذعان داشته و دلیل آن را کافی ندانسته‌اند (تبریزی، ۱۳۹۹: ۱۳۲/۲). بنظر ما چون اغلب فقهاء براساس اجماع شرط تنجیز در وکالت و وقف و بطلان تعلیق در وکالت و وقف را پذیرفته سپس به علت عدم تعرض نسبت به بیع از قیاس اولویت استفاده کرده و شرط تنجیز را در خصوص بیع لازم دانسته‌اند چنین اجماعی در واقع همان اجماع سکوتی بوده که قابل استناد نخواهد بود. چون که اصالة الصحة به علت وجود همه اسباب و ارکان بیع حاکمیت خواهد داشت. ظاهراً به غیر از اجماع راجع به اعتبار شرط تنجیز دلیل دیگری وجود ندارد. به همین دلیل برخی از فقهاء برای تثبیت اجماع به دلایل عقلی و عرفی تثبیت کرده‌اند و یا به آنچه که در بحث وکالت و وقف مبنی بر اعتبار شرط تنجیز شده است استناد می‌کنند (امام خمینی، پیشین، ۱ / ۳۵۱). براین اساس است که برخی از فقهاء ضمن پذیرش اجماع در این رابطه، براین امر اذعان داشته‌اند که بطلان تعلیق یا از جهت اجماع است و یا به جهت اینکه عناوین عقود و ایقاعات بر آن صدق نمی‌کند و دلیل عقلی و نقلی دیگر بر اعتبار شرط تنجیز نیست (خوانساری، بی تا، ۱ / ۱۱۲).

بنابراین چون مستند اجماع کنندگان کلا و یا بعضاً معلوم و ناتمام است از این حیث قابل خدشه است و چنین اجماعی فایده ندارد (یزدی طباطبایی، پیشین، ۱ / ۹۱). تا جایی که برخی از فقهاء پذیرش اجماع و همچنین شهرت بطلان راجع به تعلیق را غیر ممکن دانسته‌اند و شرط تنجیز در معاملات را مطلقاً معتبر ندانسته‌اند اعم از اینکه معلق بر امر معلوم الحصول و یا مجهول الحصول در حال و آینده باشد (امام خمینی، همان). بنابراین عمل به اطلاعات ابواب معاملات در مقابل اجماع خالی از قوت نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۹). در نتیجه تکیه بر چنین اجماعی مشکل است هر چند ظاهراً شیخ انصاری چنین اجماعی را پذیرفته است.. ضمن رد دلایلی که در بحث‌های آینده مبنی بر اعتبار شرط تنجیز ذکر می‌شود لذا اطلاعات و عموماً ادله از جمله آیات و روایات از جمله احل الله البیع و غیره که مربوط به ابواب مختلف است بیع چنین اجماعی را تضعیف می‌کند. قانون گذار ما در ماده ۱۹۰ ق.م. شرط تنجیز را به عنوان یکی از شرایط صحت قرارداد در نظر نگرفته است. از این حیث ممکن است گفته شود از نظر مشهور فقهاء فاصله گرفته است. ولی همان طور که گفته شد نظر مشهور فقهاء از حیث نتیجه گیری و تعمیم آن به همه عقود معلق خالی از اشکال نیست. چون باطل دانستن عقد معلق به علت تنافی تعلیق با جزمیت یک امر عینی و فراگیر نیست. چون ممکن است عقد معلق باشد ولی طرفین جازم بوده باشند. همین علت در عقود منجز هم مطرح می‌شود. چون در عقد منجز ممکن اراده واقعی و باطنی طرفین به طور جزمیت نبوده باشد. (اسدی نژاد، ۱۴۰۲: ۲۹۶) واقعیت این است که اگر اراده باطنی طرفین جازم



نبوده از این حیث فرقی بین عقد معلق و منجز نیست. قانون مدنی در ماده ۷۲۳ درستی تعهد معلق را اعلام کرده و جای هیچ گونه بحثی را در این باب باقی نگذاشته است به موجب این ماده ممکن است کسی در ضمن عقد لازم به تأدیه دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید. در موارد دیگر نیز گاه با مواردی برخورد میشود که درستی پیمانهای معلق را در حقوق کنونی تایید می کند چنانکه در ماده ۳۵۰ قانون تجارت در مقام بیان استحقاق دلال در گرفتن اجرت آمده است که هر گاه معامله مشروط به شرط تعلیقی باشد دلال پس از حصول شرط مستحق اجرت خواهد بود. به نظر می رسد معلق بودن عقد یک امر استثنایی نیست و کاربرد عملی دارد.

در بسیاری از قراردادهای داخلی و بین المللی ممکن است قرارداد معلق بر وقوع اتفاقی باشد که به اراده طرفین بستگی نداشته باشد. به همین دلیل فقها نیز آن را عرف رایج مردم دانسته و هرگز با قاطعیت حکم بر بطلان عقد معلق نداده اند. بعضی از نویسندگان حقوق مدنی ایران (امامی، ۱۳۷۶: ۱۶۷) به طور مطلق عقد معلق را صحیح دانسته اند بدون اینکه بین عقد با تعلیق در انشاء و عقد با تعلیق در منشا تفاوتی ذکر کنند. واقعیت این است که در حقوق ایران اعمال حقوقی در حالت عادی به عنوان علت و یا مسبب و یا شرط نهادهای حقوقی را به طور مستقیم و بدون فاصله به وجود می آورند. به این معنی که اگر علت تامه و یا اسباب و یا شرط وجود داشته باشد در این صورت معلول موخر از علت و یا مسبب و یا مشروط به جود می آید. یعنی بین علت و معلول و یا مسبب و یا شرط و مشروط (در صورت وجود سایر شرایط) تقارن و تلازم است. اما در برخی از سازمان حقوقی مانند عقد فضولی و یا عقد اکراهی این چنین نیست. چنین عقودی مانند مشروط بوده که مقدم بر شرط هستند. چون تاخر شرط بر مشروط در امور اعتباری امکان پذیر است. در عقد معلق نیز وضعیت چنین است. از این حیث که عقد معلق به عنوان مشروط در صورتی کامل می گردد که معلق علیه یعنی شرط متاخر بعدا حاصل شود.

### ۳. اقسام تعلیق بر حسب کیفیت و نوع انشاء

تقسیم عقد بر اساس نوع انشاء به تعلیق در انشاء و تعلیق در منشا و تعلیق در اثر است. در تعلیق در انشاء در واقع عقد بالفعل انشاء نمی شود و اصلا در هیچیک از مراحل تشکیل عقد منجز نیست. اما در تعلیق در منشا عقد بالفعل انشاء می شود ولی ماهیت عقد یعنی منشا معلق بر حصول معلق علیه است.



ممکن عقد بالفعل انشا شود و منشا نیز حاصل شود اما اثر عقد متوقف بر حصول معلق علیه باشد که هریک به تفصیل توضیح داده می شود.

### ۳-۱. تعلیق در انشاء

کلمه انشا در ماده ۱۸۹ ق.م استعمال شده و نظر به کاربرد زیاد این کلمه احتیاج به توضیح دارد. انشا در لغت مصدر باب افعال از ریشه «نشا» به معنای از نو پدید آوردن و پایدار ساختن و پرورش دادن و ایجاد و احداث است (دهخدا، ۱۳۸۰: ۷۳). منظور از ایجاد در واقع علتی است واسطه مابین فاعل مختار و آثار عمل اوست و تفاوتی نمی کند که فعل از افعال قلبی باشد یا اینکه از افعال خارجی باشد. تعیین بین اعتبار و تکوین از این حیث تفاوتی نیست (میرفتاح ۱۴۱۹، ۳۳). اصطلاح انشاء در مقابل اصطلاح اخبار است. انشاء عبارت است از ایجاد معنا به وسیله لفظ است. انشا لفظی است که موجد معنی در نفس الامر در هنگام نطق است (شهید اول، ۱۴۰۰: ۱/ ۲۵۲) باشد نه آنکه حکایت کند از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا خارج کرده تا قابل اتصاف به امکان صدق و کذب باشد مثلاً پدر به فرزند خود می گوید مدرسه برو. این جمله انشاست و موجد معنی لزوم رفتن به مدرسه. این تعریفی است که به مشهور نسبت داده شده است. بنابراین می توان گفت انشا عبارت است از استعمال لفظ به قصد ایجاد معنی در عالم اعتبار عقلایی (حسینی روحانی، ۱۳۰: ۱۴۱۳).

از نظر برخی از فقها انشاء یعنی ابراز اعتبار نفسانی است توسط وسائل و میرزات خارجی (خویی، بی تا: ج ۲ ص ۵۱). به این معنی که الفاظ علت وجودی معانی نیستند بلکه مرتبه مدلول و معنی مقدم بر لفظ و دال است. از این حیث که چیزی که متأخر است نمی تواند علت را ایجاد کند. در هر صورت می توان گفت انشاء لفظی است که دال بر اراده جدی است که به آن انشای حقیقی گویند. چنانچه این اراده استعمالی با اراده نفسانی تطابق کند لفظ حقیقت است والا مجاز. مثلاً اگر گفته شود سبعی را دیدم و اراده شخص شریر بشود، سبع در معنای حقیقی خود استعمال شده ولی چون مستعمل فیه مراد نیست مجاز است و اگر غیر از این باشد استعمال این کلمه در مقام تشبیه مورد نخواهد داشت. البته انشا خود علت و یا سبب است. به همین علت به حرکت اراده در جهت ایجاد عقد اصطلاحاً انشای عقد و به آنچه به وسیله اراده انشا می شود منشا گفته می شود (شهیدی، ۱۳۷۷: ۶۷).

در هر حال انشاء به هر معنی که باشد چنانچه موکول به امری نشد آن را انشا منجز گویند و هر گاه موکول به امر خارجی شد. اینکه آیا تعلیق در انشا صحیح است یا خیر؟ بین فقها اختلاف است. به طوری که برخی از فقها معتقدند که نفس انشا تعلیق پذیر نیست. چون که امر دائر بر وجود و عدم وجود



است. به این معنی که تعلیق در انشا موجب تناقض بین وجود و عدم است (شیخ انصاری، ۱۳۷۷، ج ۱ ص ۲۱۴). اما علمایی که تعلیق در انشا را صحیح می دانند معتقدند که در امور اعتباری مانعی برای تعلیق در ایجاد عقد نیست چون که امور اعتباری وابسته به قصد و اراده طرفین است (حکیم، بی تا، ج ۱ ص ۱۰۸). برای چنین تعلیقی مانع عقلی نیست (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱ ص ۱۴۵). از این حیث که نباید عالم اعتبار و تکوین را با هم قیاس کرد (امام خمینی، ۱۴۲۱ ج ۱ ص ۳۵۰)

در واقع در حقوق اعمال حقوقی از جمله سبب و مسبب و یا علت و معلول جنبه مادی نداشته و نهادهای حقوقی در عالم اعتبار و مجرد از عالم مادی بوجود می آید و وجود خارجی ندارند. فقها برای توجیه تعلیق در انشاء ان را در قالب واجب مشروط مطرح کرده اند (امام خمینی همان، مکارم شیرازی، ۱۳۷۶، ج ۱ ص ۱۴۶). واجب مشروط در مقابل واجب مطلق است. واجب مطلق واجبی است که فاقد شرط است. مثل پرداخت مهریه زن. در حالی که واجب مشروط واجبی است که علاوه بر شروط صحت و یا شروط عامه مانند بلوغ و اهلیت به شرط خاصی هم نیاز است (اسدی نژاد، ۱۴۸: ۱۴۰۲). واجب مشروط مثل وجوب رفتن به حج، چون که واجب بودنش (اقامه حج) مشروط و منوط به استطاعت مالی است یا مثل اقم الصلوه لدلوك الشمس. در واجب مشروط اگر گفتیم قید و شرط (استطاعت) به ماده یعنی حج، بر می گردد در این صورت قید (استطاعت) در واجب مشروط قید واجب است نه وجوب (یعنی امر رفتن و برگزاری حج). چون که بالفعل وجوب انشاء شده است ولی واجب یعنی حج معلق است.

به اصطلاح گفته می شود الوجوب حالی و الواجب استقبالی (در مثال آیه اقم الصلوه لدلوك الشمس؛ قید لدلوك از نظر شیخ به ماده یعنی صلوه برمی گردد نه به هیئت یعنی اقم). مبنای عدم پذیرش تعلیق در انشاء و پذیرش تعلیق در منشاء همین استدلال است. چون که اگر بگوییم که قید و شرط، معطوف به هیئت (امر رفتن به حج) نبوده بلکه به ماده (حج) برمی گردد در این صورت انشای وجوب محقق شده کانه وجوب (حج) مطلق است و مقید به شرط نشده بلکه متعلق وجوب مقید به شرط شده است. مانند واجب معلق خواهد بود. براساس این نظر حتی تحصیل استطاعت واجب می شود. شالوده تعلیق در منشاء بر اساس چنین نظریه ای بنیان نهاده شده است. اما اگر گفتیم قید و شرط معطوف به ماده نیست بلکه به هیئت برمی گردد (امام خمینی، ۱۴۲۳: ۳۵۴).

در این صورت وضعیت متفاوت خواهد بود. وجوب و واجب هر دو استقبالی خواهد بود. یعنی انشای وجوب بر تحقق شرط معلق بوده است. با این استدلال تعلیق در انشا ممکن است. همان گونه که انشای



وجوب در واجب مشروط، معلق بر شرط است، در عقود معلق نیز انشای عقد، معلق بر تحقق شرط است. بر اساس این دیدگاه، همان گونه که تعلیق در اخبار، امکان پذیر است، تعلیق در انشا نیز ممکن است. شایان ذکر است که طرفداران نظریه صحت عقد معلق با تعلیق در انشا بر این اعتقادند که هر یک از طرفین عقد می تواند قبل از تحقق شرط، از آنچه که گفته رجوع کند. با این حال عده ای که تعلیق در انشاء را باطل می دانند، عمدتاً به قیاس میان امور اعتباری و تکوینی استناد می کنند. بدین ترتیب، معتقدند که چون در عالم تکوین نمی تواند میان سبب و مسبب فاصله وجود داشته باشد، در امور اعتباری نیز چنین امری محال است. همچنین به طور کلی معتقدند که تعلیق در انشاء از لحاظ عقلی محال است (خوبی بی تا ج ۳: ۶۶؛ آملی بی تا ج ۱: ۲۹۲ و گرجی، ۱۳۶۹، ج ۱ ص ۱۲) و یا معتقدند تعلیق در انشاء چیزی جز عدم انشاء نیست (شهیدی، مدنی ۳ ص ۳۰). به همین دلیل این دسته از علما تعلیق در منشا را فقط صحیح دانسته و تعلیق در انشا را به طور مطلق باطل می دانند. هر چند قانون گذار در این رابطه سکوت اختیار کرده است ولی از برخی از مقررات می توان به طور ضمنی نظر قانون گذار را بیان کرد. قانون گذار در ماده ۶۹۹ ق.م. مقرر می دارد: تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد» به طوری که از این ماده استفاده می شود اگر ضامن تشکیل عقد ضمان را معلق بر عدم تأدیه دین به وسیله مدیون کند عقد ضمان باطل است ولی اگر عقد ضمان را به طور منجز انشا کند لیکن پرداخت دین موضوع ضمان را موکول به عدم تأدیه مدیون نماید مثل اینکه بگوید: من ضامن فلان شخص هستم اما طلبکار هنگامی برای گرفتن دین مورد ضمان میتواند به من مراجعه کند که قبلاً به مدیون اصلی مراجعه کرده و مدیون از پرداخت دین خودداری کند عقد ضمان صحیح است .

قسمت ابتدایی مقرر فوق در واقع نوعی تعلیق در انشا است. البته در برخی از موارد قانون گذار بدون لحاظ تعلیق در انشا و یا تعلیق در منشا به طور مطلق عقد معلق را باطل دانسته است. مانند آنچه که در ماده ۱۰۶۸ ق.م در مورد نکاح مقرر داشته است: تعلیق در عقد موجب بطلان است. نیز ماده ۱۱۳۵ ق.م در مورد طلاق اعلام می دارد «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است به نظر می رسد، منظور از تعلیق در اعمال حقوقی بالا، مطلق و شامل تعلیق در انشا و نیز تعلیق در منشا می باشد. اگر موارد مذکور را به عنوان استثنا در نظر گرفته و حکم بر بطلان صادر کنیم در این صورت در سایر موارد چنانچه تعلیق در انشا باشد نمی توانیم حکم بر بطلان تعلیق در انشا کنیم. چون وقتی که همه شرایط صحت عقد موجود است باید براساس اصل صحت حکم بر صحت عقد کنیم.



### ۲-۳. تعلیق در منشاء

منشاء اسم مفعول باب افعال است و به معنای آن چیزی است که ایجاد شده است و از لحاظ اصطلاحی به نتیجه حاصل از انشا منشاء گفته میشود. به عبارتی وقتی دو طرف یک عملی حقوقی را واقع می سازند حاصل کار آن منشاء نامیده می شود. آنچه که در اثر انشای عقد به وجود می آید ماهیت عقد است. از آنچه گفته شد منظور همان ماهیت عقد و نه آثار حقوقی آن می باشد. چه اینکه طبق ماده ۱۸۹ ق.م در عقد معلق تأثیر عقد معلق به امر دیگری است نه آثار آن و معلوم است که بین تأثیر عقد که وصف اساسی عقد است و آثار آن که نتیجه آن است تفاوت اساسی وجود دارد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۴۹). معنی معلق بودن تأثیر عقد، معلق بودن خاصیت عقد است در حالی که معلق بودن اثر عقد معلق بودن تحقق اثر در عالم اعتبار است که با منجز بودن تأثیر عقد نیز منافاتی ندارد و معلق بودن تأثیر عقد را می توان تعبیر دیگری از معلق بودن ماهیت عقد تلقی کرد. این نوع تعلیق ذیل عنوان واجب معلق نیز قابل توجیه است. همچنان که عقد تلفظ می شود انشا تملیک نیز در زمان عقد است ولی عاقد تملیک فعلی را انشا نمی کند بلکه تملیک پس از حصول معلق علیه را انشا می کند و در نتیجه اثر چنین عقدی آن است که در صورت پیدایش معلق علیه مقتضای عقد حاصل می گردد و هر گاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که عقدی واقع نشده است.

البته آثار فرعی عقد ناشی از منشا است مثل تعهد بایع و مشتری مبنی بر تسلیم ثمن و مثنی ناشی از مالکیت حاصل برای هر یک پس از عقد بیع می باشد. دلایل صحت تعلیق در انشاء مانع از صحیح دانستن تعلیق در منشاء نیست. با این حال برخی از علما با اینکه تعلیق در انشاء را منطقی و بر طبق اصول گفته شده صحیح می دانند ولی تعلیق در منشاء را به دلایل مختلف صحیح نمی دانند. به طوری که معتقدند که پذیرش تعلیق در منشاء به معنی انفکاک انشا از محصولش است. به همین دلیل غیر قابل انفکاک بودن منشاء از انشاء با وجود سبب عقد، را صحیح ندانسته (شیخ نجفی، بی تا، ۱۹۸ / ۲۳ و ۳۵۲/۲۷ و ۷/۳۲) و یا به علت تقطیع شدن مالکیت عین در اثر تعلیق در منشاء را صحیح نمی دانند (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۳۴/۱). چون که در قالب تعلیق در منشاء، وقتی گفته می شود بعت هذا الدار منک فی یوم الجمعه یعنی مالکیت (موجود در) روز جمعه را به شما فروختم. به طوری که ممکن است در یک زمان ملک بدون مالک محسوب گردد. بنظر می رسد در فاصله بین انعقاد عقد تا زمان حصول معلق علیه هنوز مالکیت فروشنده به طور منجز و قطعی زائل نشده است. چون که معلق علیه مانند شرط خیار نیست بلکه به موجب عقد معلق فقط یک حق ابتدایی برای منتقل الیه به وجود می آید. علاوه بر این چنین



وضعیتی (تعلیق در منشاء و یا بیع به معنای مسببی) نامتعارف و غیر معقول نبوده بلکه عقودی مثل وصیت و یا جعاله نیز چنین وضعیتی دارند. در هر صورت در مورد تعلیق در منشا شیخ انصاری آن را امری بدیهی می‌داند. از نظر شیخ تعلیق در ملکیت متحققه یا تعلیق در منشاء و یا به عبارتی بیع به معنی مسببی آن در عرف و عادت و شرع بسیار رایج و متداول بوده است. انشاء مذکور در عرف و شرع در بسیاری از مباحث مربوط به اوامر مطرح می‌شود. به طور مثال در اوامر، واجب مشروط داریم (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/ ۱۴۵) به طوری که گفته می‌شود اگر مستطیع شدی حج واجب می‌گردد. یعنی انجام حج به عنوان منشا بعد از استطاعت است و یا جمله اگر زید آمد او را اکرام کنی. در عقد جعاله نیز چنین است. به طوری که از ابتدا جعاله منعقد شده ولی منشا و محصول آن بعدا حاصل می‌شود. سبق و رمایه نیز بعد از بردن در مسابقه است. در بیع سلم نیز بین انشاء و منشا فاصله می‌افتد. حتی در مورد ایقاعات، تعلیق در منشا متداول و رایج است. هر چند برخی از این موارد جای بحث دارد ولی در هر صورت اینها مواردی هستند که در عرف بسیار رایج و متداول و متعارف بوده و شرع نیز آنها را تایید کرده است.

### ۳-۳. آثار تعلیق در انشا و منشا

فایده بحث از حیث شناسایی تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء و تفکیک و تشخیص آنها از یکدیگر در این است که در تعلیق در انشاء چون عقد بیع بالفعل بوجود نمی‌آید در نتیجه در حالت عادی هیچگونه تعهدی بوجود نمی‌آید مگر اینکه تحت شرایطی خاص در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی باشد. علاوه بر این خریدار نسبت به مبیع هیچگونه حق عینی پیدا نمی‌کند. چونکه تشکیل عقد منوط به تحقق معلق علیه گردیده است. اگر معلق علیه حاصل شد در این صورت چون خریدار نسبت به عین مبیع حقی نداشته منافع و نمائات آن نیز تا زمان حصول معلق علیه متعلق به خریدار نخواهد بود و باصطلاح بعد از حصول معلق علیه براساس نظریه کشف عمل نمی‌شود مگر اینکه طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند. اما اگر تعلیق به صورت تعلیق در منشاء باشد در این صورت تا قبل از حصول معلق علیه وجود اعتباری ناقصی را باید قبول داشته باشیم که به آن وجود اقتضایی گفته می‌شود و این وجود اقتضایی، اقتضای این امر را دارد که بعد از حصول معلق علیه به مرحله کمال برسد (لنگرودی، ۱۳۴۰: ۵). پس پیش از وقوع شرط، سرنوشت آثار عقد هنوز نامعلوم است. زیرا اگر آن شرط به دلخواه تحقق پذیرد تعهدات ناشی از عقد به طور مقتضی به وجود می‌آید و هرگاه روشن شود که معلق علیه انجام شدنی نیست عقد نیز هیچ اثری به جا نمی‌گذارد. بنابراین در تعلیق در منشاء، عقد به معنای معقود



بوجود آمده ولی مقتضای اصلی حاصل از آن به صورت کامل بعد از حصول معلق علیه محقق می‌شود. با این حال این امر موجب نمی‌گردد تا مانند عقد فضولی براساس نظریه کشف استدلال شود و عقد را از اول دارای آثار کامل به نفع منتقل الیه بشناسیم بلکه در این مورد باید قصد مشترک طرفین را بررسی و کشف نموده و براساس آن حکم کرد. ولی اگر قصد مشترک طرفین احراز نشده باشد در این صورت باید برای عقد معلق سوای عقد منجز حکم خاصی قائل شده و بر اساس ظاهر حکم کرده و تا زمان حصول معلق علیه برای منتقل الیه حق عینی کامل قائل نشد. چونکه ظاهراً و بر اساس عرف و ارتکاز عقلاء طرفین به این علت عقد را به صورت معلق منعقد کرده‌اند تا زمان حصول معلق علیه، منتقل الیه مالک منافع نشود.

#### ۳-۴. تعلیق در اثر عقد

چنانچه قبلاً گفته شد پاره ای از نویسندگان در مراحل انعقاد عقد صرف نظر از انشا و منشاء قسم سومی را نیز در نظر گرفته اند و نام «اثر عقد» بر آن نهاده اند. از نظر این حقوقدانان با توجه به لزوم در نظر گرفتن ماهیتی برای عقد که آثار مختلف از آن ناشی می‌شود تعلیق در ماهیت از آثار این ماهیت باید تمایز گردد. در هر حال تعلیق در اثر عقد نیز ممکن است و معنای آن وابسته کردن جریان اثر عقد به امر دیگری است و چنانچه بپذیریم تعلیق در منشا صحیح و معتبر است به طریقی می‌توان قائل به صحت تعلیق در اثر نیز شد (کرامتی، ۵۶، ۱۳۹۸).

در تعلیق در اثر یعنی اینکه انشای عقد به عنوان سبب تشکیل عقد و منشا یعنی ماهیت عقد بیع به عنوان مسبب محقق شده (که همان تملیک عین بعوض معلوم است) و ثبوت ملکیت (خوانساری، بی تا، ۸) در بیع نیز به عنوان ترتب اثر شرعی می‌باشد. اثر عقد نتیجه حقوقی منشاء است. برخی از حقوقدانان اثر عقد را همان تعهد دانسته (جعفری لنگرودی، ۲۹۲: ۱۳۸۸)

که با ماهیت عقد یعنی منشا متفاوت است. نمونه بارز عقد معلق با تعلیق در اثر در قانون مدنی ایران، وصیت تملیکی است که ماهیت آن، پس از ایجاب موصی و قبول موصی له تحقق می‌یابد، اما اثر آن یعنی انتقال مالکیت موصی به موصی له معلق بر فوت موصی است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۶۶/۱). از روح ماده ۳۶۲ ق.م نیز می‌توان این‌گونه استنباط نمود. این ماده مقرر نموده است: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده است از قرار ذیل است». بنابراین، ثبوت ملکیت تنها یکی از آثار عقد محسوب می‌شود و ضرورتی ندارد که در همه‌ی عقود به محض وقوع عقد مالکیت منتقل شود. ضمان نیز همواره بلافاصله بعد از عقد انتقال نمی‌یابد. به‌عنوان مثال، در قراردادهای تجاری بین‌المللی که کالاهای عمده‌تأ مسافت طولانی را باید



طی کنند تا به خریدار واصل شوند، غالباً مالکیت و ضمان بعد از مدتی به خریدار منتقل می‌شود. در وصیت نیز می‌توان بیان نمود که عقد محقق شده است و صرفاً اثر آن معلق بر فوت شده است. ماده ۸۲۷ ق.م نیز که فقط «تملیک» را منوط به قبول موصی له نموده است، مؤید همین نظر است. با این حال تفکیک بین منشا و اثر کار آسانی نیست. به همین دلیل برخی از نویسندگان حقوقی آن را یکسان می‌پندارند (قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۲۷).

لازم است متذکر گردد که در نص و متن قانون، از اصطلاح تعلیق در «تاثیر عقد» استفاده شده نه «آثار» آن. بین «آثار» و «تاثیر عقد» تفاوت وجود دارد. تعلیق در تاثیر، یعنی معلق بودن خاصیت اصلی عقد و تعلیق در اثر، یعنی معلق بودن اثر در عالم اعتبار. تعلیق در تاثیر (مذکور در نص ماده ۱۸۹ ق.م) را همان تعلیق در منشا می‌پندارند. براین اساس شاید بتوان گفت که در هر صورت تعلیق در انشاء مورد نظر قانون‌گذار نبوده است. از این حیث که طبق ماده ۱۸۹ ق.م. عقد معلق عقدی است که تاثیر آن بر حسب انشاء موکول بر امر دیگری بوده باشد نه اینکه انشای عقد موکول بر امر دیگری باشد. با این حال تعلیق در انشاء مانند تعلیق در منشاء نیز یک عقد معلق است و قانون‌گذار به طور صریح حکم به بطلان هیچ یک نداده است. بنظر می‌رسد که قانون‌گذار از ورود به بحث‌های اختلافی موجود در فقه کاملاً اجتناب کرده است و به همین دلیل فقط به وضع دو ماده ۱۸۴ و ۱۸۹ در این رابطه به طور کلی اکتفاء کرده است.

### ۳-۵. حسن نیت در اجرای عقد معلق در حقوق بین الملل

آنچه در حقوق بین الملل در خصوص قراردادهای بین المللی تاکید می‌شود داشتن حسن نیت طرفین قرارداد به ویژه متعهد است. به طوری که متعهد در دوره تعلیق نه تنها مانعی در تحقق معلق علیه ایجاد نکند بلکه به تعهدات خود در زمینه ایجاد آن همکاری متقابل داشته باشد. حسن نیت از اصول بنیادی در حقوق قراردادهای بین المللی است. در ماده ۱-۲۰۱-اصول حقوق قراردادهای اروپا به تبعیت از مقررات یونیدورا هر چند تعریف دقیقی از حسن نیت ارائه نشده ولی در هر صورت بر داشتن حسن نیت و رفتار منصفانه تاکید شده است. در حقوق ایران برای اولین بار در ماده ۱۴ الایحه قانون تجارت مصوب ۱۴۰۳ تاکید بر حسن نیت در قرارداد و اجرای آن شده است. یکی از مهمترین نشانه های عدم حسن نیت عدم همکاری متقابل طرفین به ویژه طرف متعهد است. به طوری که متعهد نه تنها نباید مانعی در ایجاد تحقق شرط کند بلکه در تحقق شرط باید همکاری متقابل وجود داشته باشد.



## نتیجه گیری

استفاده از قراردادهای بین المللی به صورت معلق در روابط بین الملل اجتناب ناپذیر است. به طور مثال هم اکنون بسیاری از قراردادهای داخلی و بین المللی مشروط به رفع تحریم و یا مشروط به الحاق به کنوانسیون خاصی در یک مقطع زمانی معین منعقد می گردد. در فقه راجع به صحت چنین قراردادهای معلق اختلاف است. به طوری که برخی از فقها یکی از شرایط صحت بیع را تنجیز قرارداد اند و عمده دلیل بطلان تعلیق را اجماع ذکر کرده اند. در حالی که بسیاری از فقهای متأخر با تحلیل منطقی و فقهی و حقوقی و اعتباری دانستن چنین عقودی آن را صحیح می دانند. واقعیت این است که برخی از نهادهای حقوقی مانند عقد وصیت که معلق بر فوت موصی است و یا عقد جعاله که اجرت عامل منوط به انجام کار است دارای شاکله تعلیق هستند. علاوه بر این رویه متداول جاری و زندگی روزمره اقتضا می کند که از چنین عقودی استفاده شود. قرارداد های معلق بر اساس کیفیت انشاء به تعلیق در انشا و تعلیق در منشا و تعلیق در اثر تقسیم می گردد. چنانچه انشا و ایجاد عقد معلق بر امر احتمالی در آینده باشد به آن تعلیق در انشا گویند. هر چند اغلب فقها و حقوقدانان تعلیق در انشا را باطل دانسته اما مرحوم امام خمینی تعلیق در انشا را براساس واجب مشروط صحیح دانسته و آن را به علت اعتباری بودن، محال عقلی ندانسته است. تعلیق در منشا در مواردی است که قرارداد بالفعل انشا شده اما ماهیت قرارداد یعنی منشا معلق بر حصول معلق علیه خواهد بود. و تعلیق در اثر در مواردی که است عقد بالفعل انشا شده و ماهیت آن نیز بلافاصله به وجود می آید ولی اثر آن که تعهد است معلق می گردد. اغلب فقها تعلیق در منشا و اثر را صحیح می دانند. به جهت اینکه انشای عقد به طور واقعی انجام می شود. قانون گذار نیز قرارداد و عقود معلق را جز در موارد استثنایی باطل اعلام نکرده بلکه آن را در ماده ۱۸۹ ق.م. تعریف کرده است. از اطلاق ماده مذکور صحت قراردادهای معلق برداشت می شود. در هر صورت انعقاد عقد معلق که امروز در عرصه حقوق بین الملل رایج است در فقه و حقوق ایران صحیح بوده به همین دلیل طرفین باید بعد از انعقاد آن حسن نیت و رفتار منصفانه خود را از طریق همکاری متقابل به نمایش درآورند. به طوری که بهانه های مختلف مانعی در اجرای شرط و یا معلق علیه نگردند.



آملی، محمدتقی. بی تا مکاسب و بیع، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
اسدی نژاد، سیدمحمد، صادقی، علی (۱۴۰۲). جایگاه اراده ظاهری و باطنی در ایجاد اعمال حقوقی، مجله حقوق تطبیقی مفید، شماره ۲.

اسدی نژاد، سیدمحمد و سیده مریم (۱۴۰۲)، مبادی نظریه عمومی تعلیق، رشت، نشر آثار حقوقی حقیق.  
اختری، محمد علی (۱۳۸۱)، عقد معلق در فقه امامیه، نشریه کانون، شماره ۱۹.  
امامی، سید حسن، (۱۳۷۶) حقوق مدنی جلد چهارم، تهران، انتشارات اسلامی، تهران.  
امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی جلد پنجم، تهران، انتشارات اسلامی، تهران.  
اندرز، داوود. (۱۳۸۹). تعلیق اجرای تعهد به واسطه نقض احتمالی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰). مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)، ۴۰(۳)، ۱۷-۳۶. SID. <https://sid.ir/paper/124808/fa>.  
توحیدی، احمدرضا و زندی، ریحانه. (۱۴۰۲). لغو، تعلیق و خاتمه اقدامات یکجانبه دولت در پرتو حقوق بین الملل. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۵۳(۲)، ۱۰۲۵-۱۰۵۰. doi: 10.22059/jplsq.2022.339259.3036.  
دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۰) لغت نامه دهخدا، تهران، موسسه لغت نامه دهخدا.

زارع، ایوب، زارع، محمد، مفتاحی، مهدی (۱۳۹۷)، نشریه مطالعات علوم سیاسی حقوق و فقه شماره ۱.  
زمانی، سید قاسم، و اسفندیاری، مرضیه. (۱۳۹۶). تعلیق اجرای قواعد بین المللی حقوق بشر در وضعیت های عمومی فوق العاده. پژوهش های حقوقی، ۱۶(۳۱)، ۷-۴۶.  
جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۹) حقوق مدنی، تهران، انتشارات گنج دانش، تهران.  
جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰) تاثیر دراراده، تهران، دانشگاه تهران.  
حسینی مقدم، سید عسگر (۱۳۸۶) تحلیل فقهی و حقوقی تعلیق در قرارداد، نشریه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۰.

خوانساری، محمد (بی تا) الحاشیه الاولی علی مکاسب، بی جا.  
خسروی، مجتبی و بادی، حسن، (۱۳۹۶)، تعلیق تعهدات قراردادی به عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد در فقه و حقوق ایران، حقوق انگلیس و اسناد بین المللی، <https://civilica.com/doc/1734881>.  
شاهدی، بخشعلی. (۱۳۹۳). تعلیق قراردادهای پیمانکاری بین المللی و مقایسه آن با حقوق ایران. پایان نامه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی - دانشکده حقوق.

شیبیری، سید حسن، حمیدی، محمد مهدی (۱۳۹۹)، وضعیت حقوقی عقد معلق با تعهد به ایجاد معلق علیه، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۲.

شیخ انصاری، مرتضی (۱۳۹۲) مکاسب، جلد ۱ انتشارات جامع النجف، قم.  
شهید اول، لمعه دمشقیه، (۱۳۸۸) جلد دوم، ترجمه اسد الله لطفی تهران، انتشارات خرسند.  
شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، سقوط تعهدات، تهران، مجد.  
شهیدی، مهدی (۱۳۷۷) تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان.



فیاضی، زهرا، ۱۴۰۲، بررسی حق حبس و تعلیق در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی (کالا) (وین ۱۹۸۰)، سومین کنفرانس

بین المللی دانش و فناوری حقوق و علوم انسانی ایران، تهران، <https://civilica.com/doc/1848352>

قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۷) اصول قراردادها و تعهدات، تهران، نشر دادگستر.

قبولی درافشان، محمد تقی، درافشان، محمد هادی (۱۳۹۲)، بازشناسی تعلیق در انشا در فقه امامیه و حقوق موضوعه، نشریه

آموزه های فقه مدنی، شماره ۷.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵) قواعد عمومی قراردادها، نشر موسسات، تهران.

کرامتی، یوسف، (۱۳۹۸) تعلیق عقود اعتبار و آثار آن، پایان نامه برای مدرک کارشناسی ارشد، استاد راهنما اباصت پور محمد.

گرچی، ابوالقاسم (۱۳۶۹) مقالات حقوقی، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸) نظریه عمومی عقد، قم مرکز نشر اسلامی.

مراغی، میرفتاح، (۱۴۱۹) العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی

Beatson, J, Burrows, A. & Cartwright, j. (2010). *Anson's Law of Contract*. Oxford:

Oxford University Press.

Peel, E. (2015). *The Law of Contract*. London: Sweet & Maxwell.

<http://www.unidroit.org/principle2010>