

تحلیل حقوقی تعلیق در انشاء و کاربردهای آن در حقوق تجارت

احد قلی زاده منقوٹای*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۳/۱۱)

چکیده

تحلیل حقوقی حاضر نشان می‌دهد که علی‌رغم بی‌توجهی خواسته یا ناخواسته حقوقدانان، تعلیق در انشاء را نمی‌توان از روابط حقوقی مردم در جامعه کنار گذاشت و کنار گذاشته هم نشده و قانونگذار هم به این امر توجه داشته و به صراحت اصل را بر صحت آن گذاشته است. منظور از تعلیق در انشاء در این تحلیل تحقیقی، تعلیق در ایجاب یا تعلیق در قبول یا تعلیق در هر دو است. کاربردهای پیدا و پنهان فراوانی برای تعلیق در انشاء در روابط اجتماعی، به‌ویژه روابط قراردادی و تجاری وجود دارد، اگرچه این امر از نظر ماهوی اختصاص به حقوق تجارت ندارد. برای نمونه در انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر متهم به ورشکستگی به تقلب؛ در پذیرش سهام، افتتاح حساب و مصوبات مجمع عمومی مؤسس برای شرکت سهامی عام در شرف تأسیس؛ در قرارداد داور؛ و در تمهد به نفع ثالث می‌توان از این تأسیس بهره برد یا هم‌اکنون از آن بهره برده می‌شود. همچنین ممکن است که خیلی از اعمال حقوقی را که فعلاً به صورت مناقشه‌آمیز انجام می‌گیرند با بهره‌گیری از امکانات تعلیق در انشاء به نحو کارآمدتر و دور از مناقشه‌تری منعقد کرد. استفاده از تعلیق در انشاء راهکاری هوشمندانه‌تر برای دستیابی راحت‌تر به اهداف قرارداد، رسیدن به اهدافی چندمرحله‌ای و اجتناب از باقی گذاشتن مشکلات احتمالی اجرا به بعد از انعقاد قرارداد فراهم می‌آورد.

واژگان کلیدی

ایجاب معلق، تعلیق در انشاء، قبول معلق.

۱. مقدمه

دقت در مواد قانون تجارت (ق.ت.) نشان می‌دهد که این قانون نه تنها تعلیق در منشأ، بلکه تعلیق در انشاء را پذیرفته و از آن به فراخور نیازهای تجاری جامعه استفاده کرده است. منظور از تعلیق در انشاء در این تحقیق همان تعلیق در ایجاب یا تعلیق در قبول یا تعلیق در هر دو است. نمونه‌هایی از قانون تجارت در این زمینه عبارت‌اند از: انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجری که ورشکستگی به تقلب او در حال رسیدگی دادگاه است؛ پذیره‌نویسی سهام شرکت در شرف تأسیس؛ قرارداد داوری؛ تعهد به نفع ثالث در قرارداد حمل و نقل؛ و قرارداد بیمه.

۲. منظور از تعلیق در انشاء

در تحلیل تعلیق در انشاء به طور معمول، نبود قصد مطرح می‌شود، غافل از اینکه در این گونه تعلیق قصد وجود دارد ولی برای امری معلق است. این تعلیق ممکن است در انشاء توسط هر یک از طرفین معامله باشد و چه بسا در انشاء هر دو طرف معامله باشد. اینکه هر انشاء معلق چه اثری بر انشاء طرف مقابل دارد نیز مهم است؛ همچنین اینکه انشاء هر طرف تا حصول معلق علیه چه وضعیتی خواهد داشت. مثال‌هایی در قانون مدنی برای این موضوع وجود دارد. به این ترتیب تعلیق در انشاء ممکن است به صورت قانونی یا قراردادی باشد.

۲.۱. قصد در تعلیق در انشاء

برخلاف آنچه گاهی گفته می‌شود، در تعلیق در انشاء هم قصد وجود دارد و این طور نیست که قصد در تعلیق در انشاء معلق باشد. مثلاً وقتی شخص می‌گوید "هر وقت اتومبیل تازه‌ام را تحویل گرفتم اتومبیل کهنه‌ام به قیمت معین مال تو باشد"، او قصد کردن را به زمان حصول معلق علیه موکول نکرده، بلکه در همین لحظه قصد را انجام داده، اگرچه قصدی که انجام داده برای امری معلق است.

۲.۲. تعلیق در ایجاب یا قبول یا هر دو

علی‌رغم مناقشات معمول در تعریف تعلیق در انشاء، تحقیقاً تعلیق در انشاء معنایی کاملاً روشن دارد. دقت در مواد قانون مدنی نشان می‌دهد که از نظر آن قانون، عقد معلق عقدی است که در آن تعلیق در انشاء وجود داشته باشد و قانونگذار به تعلیق در منشأ اهمیتی نمی‌دهد. قانونگذار علی‌رغم نظر بعضی (شهیدی، ۱۳۶۸: ۲۸) در قانون مدنی عقد معلق (با تعلیق در انشاء) را جز در مورد ضمان (فقط نقل ذمه به ذمه) و نکاح صحیح تلقی می‌کند و حتی بحث تعلیق را به طلاق و اقرار یعنی انشاء و اخبار یکطرفه نیز تسری پذیر می‌داند. پس آن گونه که دیگران (امامی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۶۷) هم ابراز کرده‌اند و علی‌رغم نظر بعضی (ایزدی‌فرد، ابهری و هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۳)

عقد معلق عقدی باطل نیست. به این ترتیب، قانونگذار در قانون تجارت نیز هرگاه از تعلیق در معامله سخن می‌گوید، منظورش تعلیق در انشاء است نه تعلیق در منشأ؛ مگر اینکه قرینه‌ای برخلاف این برداشت وجود داشته باشد.

تعلیق در انشاء یعنی تعلیق در هر یک از پایه‌های عقد؛ یعنی تعلیق در ایجاب یا تعلیق در قبول یا تعلیق در هر دو. قانونگذار در ق.م. از این حالت به "تأثیر بر حسب انشاء" تعبیر کرده است. عدم توجه کافی به این عبارت و تفسیر قانون بدون در نظر گرفتن عبارت "بر حسب انشاء" سبب شده که بعضی (امامی، ۱۳۶۳، ج: ۴، ۵۶) تعلیق در انشاء را با تعلیق در منشأ اشتباه بگیرند، یا بعضی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۵۶) ابراز کنند که "تعلیق ناظر به اثر ترازی است نه خود ترازی". بنابراین علی‌رغم نظر بعضی (امامی، ۱۳۶۴، ج: ۱، ۱۶۵)، وقتی شخصی به همکلاسی خود می‌گوید "اگر در کنکور کارشناسی ارشد قبول شدم این کتاب‌هایم به ثمن معین متعلق به تو باشد"، او در واقع ایجابی معلق را انجام می‌دهد و این ایجاب اگر تا حصول معلق علیه باقی بماند و رجوعی از آن صورت نگیرد، مشتری می‌تواند به محض حصول معلق علیه، ایجاب مزبور را که در آن لحظه به ایجابی منجز تبدیل شده است قبول کرده و کتاب‌ها را تصاحب کند. در این زمینه، در یک پرونده^۱ در ایالات متحده آمریکا (Miller & Jentz, 2010: 163) شهرداری یک شهر تعدادی از متقاضیان کار را انتخاب کرد و به آنها اطلاع داد که اگر از آزمایش‌های پزشکی و روانپزشکی معین شده موفق بیرون آیند، استخدام می‌شوند؛ ولی بعد علی‌رغم توفیق آنها در آزمایش‌ها، آنها را استخدام نکرد. متقاضیانی که به این ترتیب رد شدند معتقد بودند که به محض توفیق در آزمایش‌ها استخدام شده‌اند و شهرداری قرارداد استخدام آنها را نقض کرده است و دادگاه حق را به متقاضیان داد. گاهی (Kennedy, 2005: 139) منجز شدن ایجاب به ارائه گواهی خاصی معلق می‌شود، مثل گواهی عدم اعتیاد یا عدم سوء پیشینه.

می‌توان گفت در ایران هم شرکت در کنکور سراسری و موارد مشابه آن چنین حالتی دارد. پس می‌توان به‌طور کلی گفت که عقد جعاله هم به همین ترتیب منعقد می‌شود. به همین ترتیب ایجاب استخدام رسمی قطعی شدن نیز به رضایت‌بخش بودن عمل مستخدم در مدت استخدام رسمی آزمایشی او معلق است. به عبارتی ایجاب می‌تواند به نحوه عمل طرف مقابل معلق باشد. مثل اینکه آن‌گونه که در کامن‌لا (Gillies, 1988: 21) هم مطرح شده است ایجاب‌کننده بگوید "اتومبیل من مال تو باشد، اگر تا آخر هفته آینده بانک با وام درخواستی تو موافقت کند". به این ترتیب در مناقصه‌ها یا مزایده‌ها و در نتیجه آن‌گونه که در کامن‌لا (Schwenzer, Hachem & Kee, 2012: 144) هم مطرح شده است، در بورس اوراق بهادار هم

1. Ardito v. City of Providence

تعلیق در انشاء کاربرد دارد؛ به این صورت که برای مثال در پیشنهاد فروش، فروشنده قبولی معلق دارد به این صورت که انگار می‌گوید "اگر قیمت پیشنهادی تو بالاترین قیمت پیشنهادشده باشد، فروش به تو را قبول دارم". با معلوم شدن اینکه قیمت پیشنهادی طرف مقابل بالاترین پیشنهاد بوده است، معامله خودبه‌خود انجام می‌گیرد. مشابه این وضعیت را می‌توان در قراردادهای مشارکت در ساخت در نظر گرفت؛ بدین صورت که مالک تحقق انشاء خود به فروش نیمی از ملکش را منوط به تکمیل ساخت کل آن ملک مطابق نقشه از پیش تعیین شده و با مشخصات معین در مدت معین کند.

ممکن است تعلیق به صورت تعلیق در قبول باشد و مثلاً کسی که قبلاً در کنکور کارشناسی ارشد قبول شده به کسی که قصد شرکت در آن کنکور را دارد بگوید "این کتاب‌ها را به ثمن معین به تو فروختم" و مشتری در مقابل بگوید "اگر در کنکور کارشناسی ارشد ثبت نام کردم این کتاب‌ها مال من باشد". در اینجا ایجاب منجز است و اگر این ایجاب تا حصول معلق علیه باقی بماند با حصول معلق علیه قبول هم منجز شده و به آن ملحق می‌شود و به این ترتیب عقد در لحظه حصول معلق علیه منعقد می‌شود. همین وضعیت در پذیرش معلق مقاله در مجله هم تقریباً در همه جای جهان پیش می‌آید؛ به این صورت که مجله به نویسنده مقاله اعلام می‌کند مقاله‌اش به شرط اعمال اصلاحات درخواستی داوران چاپ خواهد شد.

ممکن است تعلیق در انشاء هم از سوی ایجاب‌کننده و هم از سوی قبول‌کننده باشد، به این ترتیب که فروشنده به خریدار بگوید "اگر در این سفر به شهر تبریز رسیدیم، این دوربین به ثمن معین مال تو باشد" و در مقابل خریدار بگوید "اگر در این سفر به شهر تبریز رسیدیم آن دوربین به ثمن گفته شده مال من باشد". در اینجا معامله هم از نظر ایجاب و هم از نظر قبول معلق است و به نظر می‌رسد به محض رسیدن این دو به تبریز عقد منعقد می‌شود و معامله از حالت تعلیق در انشاء به حالت منجز در می‌آید. با توجه به اینکه ایجاب را اصولاً می‌شود قبول فرض کرد و برعکس، پس در این مورد در واقع یک معامله با دو ایجاب معلق شکل گرفته که معلق علیه هر دو ایجاب مزبور یکی است. البته به نظر نمی‌رسد ایرادی داشته باشد که معلق علیه هر یک از این دو ایجاب متفاوت باشد. مثلاً اولی بگوید "این دوربین را به ثمن معین به تو فروختم، اگر به شهر تبریز رسیدیم" و دومی بگوید "اگر رسیدیم و برادرزاده‌ام حسن در آنجا بود دوربین مال من باشد". در این مورد، لازمه تحقق معامله، حصول معلق علیه ایجاب و حصول هر دو معلق علیه قبول است. پس یک معامله ممکن است بیش از یک معلق علیه داشته باشد، اعم از اینکه هر دو معلق علیه هم برای ایجاب و هم برای قبول باشد یا اینکه فقط برای یکی از آن دو باشد.

۳.۲. اثر انشاء معلق

بدیهی است آنچه‌آنچه در رویه قضایی در حقوق هند (Meena, 2008: 8) هم پذیرفته شده است تا وقتی معلق‌علیه حاصل نشده باشد، ایجاب و قبول امکان ملحق شدن به هم را ندارند و در نتیجه تا وقتی معلق‌علیه حاصل نشده عقدی واقع نشده است؛ در یک پرونده^۱، مدیریت شرکت به کارگرانی که اعتصاب کرده بودند پیشنهاد کرد که اگر اعتصاب را فوراً پایان دهند ۲۵ درصد سود آن سال شرکت متعلق به آنها خواهد بود، ولی چون آنها اعتصاب را فوراً پایان ندادند دادگاه این پیشنهاد را در هنگام قبول منتفی شده فرض کرد. در نتیجه اگر برای مثال عقد با وساطت دلال در حال انجام شدن باشد، آن‌گونه که دیگران (تهرانی، ج. ۴، ۱۳۵۰: ۴۵) هم ابراز کرده‌اند تا وقتی معلق‌علیه حاصل نشده باشد، چون عقد هنوز محقق نشده به صراحت ق.ت. دلال هم مستحق اجرت خود نخواهد بود، حتی اگر علی‌رغم نظر بعضی (کاتبی، ۱۳۷۵: ۲۷۰) ایجاب و قبول اعلام شده باشند. همین امر سبب می‌شود که با فرض قابل رجوع بودن ایجابی که هنوز قبول به آن ملحق نشده و فرض قابل رجوع بودن قبولی که هنوز ایجاب به آن ملحق نشده است بتوان گفت قبل از حصول معلق‌علیه هم ایجاب‌کننده و هم قبول‌کننده می‌توانند به ترتیب از ایجاب یا قبول خود چشم‌پوشی کنند؛ ولی این بدان معنا نیست که انشاء معلق چیزی کان‌لم‌یکن است و تصور عقد معلق در انشاء امری بی‌فایده است. ایجابی که معلق است وقتی که معلق‌علیه حاصل شود، به ایجابی منجز و قابل قبول تبدیل می‌شود. آن‌گونه که در کامن‌لا (Bacon, 1807: 716) نیز معمول است، قبول معلق هم همین‌طور.

در مواردی اوضاع و احوال سبب می‌شود که دیگر نتوان قائل به قابل رجوع بودن ایجاب معلق شد. برای مثال آن‌گونه که در کامن‌لا (Beaton, Burrows & Cartwright, 2010: 55) نیز حکم داده شده است، در صورتی که پدری به فرزندش بگوید "اگر همه اقساط باقی‌مانده بدهی این خانه به بانک را پرداخت کنی، مالک آن می‌شوی"، در این صورت وقتی فرزند اولین قسط را پرداخت، اوضاع و احوال نشان می‌دهد که ایجاب معلق مزبور غیر قابل رجوع می‌شود. مشابه این وضعیت را مسلماً در اجاره به شرط تملیک هم می‌توان دید و به نظر می‌رسد شرط مندرج در اجاره به شرط تملیک از نظر حقوقی با در نظر گرفتن آن شرط به صورت تعلیق در انشاء آسان‌تر توجیه‌شدنی خواهد بود.

خصوصیت قابل رجوع بودن ایجاب و قبول معلق سبب می‌شود که در انشاء معلق غرر از حیث معلق بودن راه نیابد. مثلاً اگر ایجاب‌کننده گفته باشد که وقتی "برادرم از سفر برگردد این دوربین به قیمت معین مال تو باشد" و معلوم نباشد که برادر او کی بازمی‌گردد، ایجاب

1. P.S. Mills Ltd. V. P.S. Mills Mazdoor Union, AIR 1957 SC 95: 1956 SCR 872: (1957) 1 LLJ 235.

مزبور مخدوش نیست؛ زیرا قبول در زمانی به آن ملحق می‌شود که معلق‌علیه حاصل شده و به این ترتیب قبول به ایجابی فاقد تعلیق و منجز متصل می‌شود و ایجاب یا قبول‌کننده معلق هم اگر تداوم ایجاب یا قبول خود را به ضرر خود بداند می‌تواند از آن چشم‌پوشی کند. ولی به نظر می‌رسد در مورد ایجاب یا قبول معلقی که به‌نحو لازم انشاء شده باشد، برای جلوگیری از غرر تمهیداتی لازم خواهد آمد. در قسمت مربوط به پذیره‌نویسی سهام شرکت سهامی عام توضیحات مربوط به این قسمت تکمیل می‌شود.

بدیهی است لازمه اینکه قبول به ایجاب ملحق شود آن است که ایجاب منجز شده باشد؛ پس تا وقتی که ایجاب منجز نشده قبول تأثیری نخواهد داشت. در نتیجه، لازمه اینکه ایجاب معلق قبول شود این است که قبول بعد از منجز شدن آن به آن ملحق شود. در نتیجه، لازم نیست که ایجاب معلق در حالتی که هنوز معلق است قبول شود و طرف معامله می‌تواند صبر کند و وقتی ایجاب مزبور منجز شد آن را بپذیرد. این بدان معنا نیست که قبول قبل از منجز شدن ایجاب معلق هیچ اثری ندارد. قبول قبل از منجز شدن ایجاب اگر تا منجز شدن ایجاب باقی بماند با منجز شدن ایجاب به آن ملحق شده و سبب شکل‌گیری معامله می‌شود؛ ولی آن قبول الزامی برای قبول‌کننده ایجاد نمی‌کند و او می‌تواند از قبول خود بعد از اعلام قبول برگردد، درحالی‌که با منجز شدن ایجاب معلق دیگر چنین امکانی برای قبول‌کننده وجود نخواهد داشت.

نه تنها قبل از منجز شدن ایجاب، قبول تأثیری نخواهد داشت، بلکه رد نیز تأثیری نخواهد داشت؛ یعنی برخلاف معمول که رد منجر به منتفی شدن ایجاب می‌شود، رد ایجاب معلق چنین اثری ندارد و این رد آن ایجاب را منتفی نمی‌کند. در نتیجه، ایجاب معلق اگر وقتی هنوز در حالت تعلیق است رد شود، بعد از حصول معلق‌علیه همچنان قابل قبول خواهد بود. بدیهی است که اگر ایجاب معلق بعد از منجز شدن رد شود این رد مؤثر خواهد بود و سبب منتفی شدن آن ایجاب خواهد شد؛ البته به شرط آنکه آن رد هم منجز باشد، وگرنه رد معلق تا وقتی منجز نشده تأثیری در انتفاء ایجاب منجز نخواهد داشت. مثلاً اگر مشتری در مقابل ایجابی که فروشنده برای فروش کتاب‌هایش به او می‌کند بگوید "اگر تا یک هفته آینده کتاب‌های خودم از شهرستان به دستم برسد کتاب‌های تو را نمی‌خرم"، چنین ردی به منتفی شدن ایجاب مورد نظر منجر نخواهد شد.

۴.۲. مثال‌هایی از قانون مدنی

در قانون مدنی (ق.م.) عقود وجود دارند که با توجه به تحلیل یادشده می‌توان آنها را عقود حاصل تعلیق در انشاء به حساب آورد. مثلاً وصیت تملیکی، وقف، هبه، رهن و بیع صرف از این‌گونه عقود هستند. در این عقود به‌صراحت مواد قانونی در مورد وصیت تملیکی شرط

تحقق عقد فوت وصیت‌کننده و در سایر موارد شرط تحقق عقد قبض موضوع عقد است. به حکایت مواد قانونی، ایجاب این عقود معلق به حصول معلق‌علیه آنهاست و تا وقتی معلق‌علیه این عقود حاصل نشده باشد، قبولی که نسبت به آنها انجام می‌گیرد تأثیری نخواهد داشت. مثلاً تا وقتی که عین موهوبه به قبض متهب داده نشده باشد حتی اگر او هبه را قبول کرده باشد دادگاه به صراحت قانون آیین دادرسی مدنی به دعوی او جهت وصول عین موهوبه ترتیب اثر نمی‌دهد. در مورد وقف، بیع صرف و رهن هم همین وضع وجود دارد. بنابراین در این گونه عقود، چنانکه دیگران (مدرس ۱۳۸۱: ۴۲) هم تلویحاً نظر داده‌اند، قبول بعد از منجز شدن انشاء ایجاب است که اثر الزام‌آور دارد و موضوع عقد را قابل مطالبه از ایجاب‌کننده می‌کند. در نتیجه، همان‌طور که قبول قبل از تنجیز ایجاب بلااثر است، رد قبل از آن نیز بلااثر است، آن‌گونه که در مورد وصیت تملیکی تصریح شده است. البته، درباره وصیت تملیکی این نکته ظریف وجود دارد که در آن با فوت وصیت‌کننده معلق‌علیه محقق می‌شود و این شبهه ایجاد می‌شود که با فوت وصیت‌کننده ایجاب معلق که حالت قابل رجوع داشته منتفی شده، پس دیگر چیزی برای منجز شدن وجود نداشته است. ولی دقت بیشتر نشان می‌دهد که این دو بدون هیچ فاصله‌ای از هم اتفاق می‌افتند و هیچ‌گونه تقدم و تأخیری در میان آنها وجود ندارد؛ یعنی ایجاب قرار است به محض فوت منتفی شود و معلق‌علیه هم به محض فوت حاصل می‌شود؛ در نتیجه قانونگذار با توجه به این همزمانی این‌گونه فرض کرده است که در این مورد این همزمانی مانع منتفی شدن ایجاب شده و برعکس سبب باقی ماندن ایجاب بعد از فوت ایجاب‌کننده به صورت منجز قابل قبول می‌شود. بی‌توجهی به ظرایف مورد نظر قانونگذار سبب شده که بعضی (لنگرودی، ۱۳۵۰، ج ۲: ۱۴) اجتهاد در مقابل نص قانون کرده و وصیت تملیکی را ایقاع تلقی کرده‌اند.

۵.۲. تعلیق در انشاء به صورت قانونی یا به صورت قراردادی

دقت در مثال‌های در ق.م. برای این امر نشان می‌دهد آن‌گونه که دیگران هم نظر داده‌اند (امامی، ج ۳، ۱۳۶۴: ۶۰) تعلیق در انشاء به دو صورت در نظر گرفته شده است: یکی اینکه قانونگذار خود در مواردی بعضی از عقود را معلق فرض کرده، به نحوی که در مثال‌های مربوط به ق.م. گفته شد؛ دیگر اینکه قانونگذار اجازه داده عقود که در قانون به صورت منجز لحاظ شده‌اند، توسط طرفین معامله به صورت معلق منعقد شوند، نظیر عقد بیع. این امر سبب شده است که احکام مربوط به تعلیق در انشاء از عقود که قانونگذار آنها را معلق فرض کرده قابل استنتاج بوده و قابل تسری به عقود باشد که طرفین آنها را به صورت تعلیق در انشاء منعقد می‌کنند.

۳. انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر متهم به ورشکستگی به تقلب

به انحای مختلف ممکن است در مورد انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد ارفاقی با تاجر ورشکسته‌ای که به تقلب بودن ورشکستگی او در دادگاه تحت رسیدگی است تصمیم‌گیری شود و اگر تصمیم به انعقاد قرارداد ارفاقی در قبل از صدور و قطعی شدن رسیدگی دادگاه شد، انعقاد چنین قراردادی می‌تواند متضمن تعلیق از جمله تعلیق در انشاء باشد. در این مورد ممکن است قراردادهایی پیرامونی نظیر ضمانت قرارداد ارفاقی هم وجود داشته باشند که تکلیف انعقاد آنها هم باید مشخص شود.

۳. ۱. انحاء تصمیم طلبکاران در مورد قرارداد ارفاقی پیش از صدور و قطعی شدن رسیدگی دادگاه

قانونگذار در ق.ت. طلبکاران ورشکسته را موظف کرده هنگامی که هنوز به تقلب بودن ورشکستگی تاجر در دادگاه در حال رسیدگی است و احتمالاً رسیدن به نتیجه رسیدگی به طول خواهد انجامید، جلسه تشکیل دهند و در مورد اینکه در صورت تبرئه تاجر ورشکسته از ورشکستگی به تقلب می‌خواهند با او قرارداد ارفاقی منعقد کنند یا خیر تصمیم بگیرند یا اینکه تصمیم بگیرند که این تصمیم را به بعد از مشخص شدن نتیجه رسیدگی دادگاه در این زمینه موکول کنند. البته تصمیم اخیر با مخالفت مخالفان قرارداد ارفاقی روبه‌رو خواهد شد؛ زیرا آنان علاقه‌مندند که تکلیف بسته شدن یا بسته نشدن قرارداد ارفاقی هم‌اکنون مشخص شود تا در هر دو حالت بتوانند به سهم خود از دارایی تاجر ورشکسته دست یابند، درحالی‌که با موکول شدن تصمیم‌گیری به آینده، به هدفی که دارند نخواهند رسید.

ممکن است هیأت طلبکاران در چنین جلسه‌ای تصمیم بگیرند با تاجر ورشکسته در صورت تبرئه شدن او از اتهام ورشکستگی به تقلب، قرارداد ارفاقی منعقد کنند. در این صورت این سؤال مطرح می‌شود که آیا قرارداد مزبور را طلبکاران موافق، هم‌اکنون که نتیجه رسیدگی دادگاه مشخص نشده منعقد می‌کنند یا وقتی منعقد می‌کنند که نتیجه رسیدگی دادگاه مشخص شده باشد؟ با توجه به اینکه اصل بر عدم ورشکستگی به تقلب است، علی‌رغم نظر بعضی (صقری، ۱۳۷۶: ۳۷۰) آنها حق خواهند داشت قرارداد ارفاقی را هم‌اکنون منعقد کرده یا انعقاد آن را به حصول براءت تاجر موکول کنند. اگر تصمیم گرفتند که هم‌اکنون قرارداد ارفاقی را منعقد کنند، این سؤال مطرح می‌شود که قرارداد منعقدشده از هم‌اکنون قابلیت اجرا خواهد داشت یا اینکه با توجه به در حال رسیدگی بودن به تقلب بودن ورشکستگی باید صبر کنند تا براءت تاجر ورشکسته مشخص شود؟ علی‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۷۵: ۱۵۳) عقلاً نمی‌توان چنین قراردادی را اگر اکنون هم بسته شد فعلاً اجرا کرد، زیرا ممکن است بعداً به تقلب بودن

ورشکستگی تاجر مشخص شود و اگر چنین شد، آن گونه که دیگران (تهرانی، ج ۴، ۱۳۵۰: ۲۸۲) هم نظر داده‌اند، بطلان قرارداد ارفاقی کشف می‌شود. با کشف باطل بودن قرارداد ارفاقی، روند تصفیه دچار پیچیدگی خواهد شد، ضمن اینکه بعید است دادگاه چنین قرارداد ارفاقی‌ای را تصدیق کند.

۲.۳. انحاء انشاء و انعقاد قرارداد ارفاقی پیش از صدور و قطعی شدن حکم دادگاه

برای اجتناب از مشکلات گفته‌شده، علی‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۷۵: ۱۵۳) طبعاً آن گونه که دیگران هم نظر داده‌اند (فراهانی، ۱۳۶۸: ۱۶۹)، طلبکاران موافق تصمیم می‌گیرند که قرارداد ارفاقی را به‌نحوی منعقد کنند که از تاریخ اعلام تبرئه تاجر ورشکسته از اتهام ورشکستگی به تقلب قابل اجرا باشد. برای این امر دو راه در پیش روی طلبکاران مزبور و تاجر ورشکسته وجود خواهد داشت: یکی اینکه قرارداد را به‌صورت تعلیق در منشأ منعقد کنند؛ دیگر اینکه آن را به‌صورت تعلیق در انشاء منعقد کنند.

برای انعقاد قرارداد ارفاقی به‌صورت تعلیق در منشأ، ایجاب و قبول به‌صورت منجز میان طرفین ردوبدل خواهد شد و قرارداد منعقد می‌شود و می‌توان حتی تصدیق آن را از دادگاه درخواست کرد. در این صورت، اگر قرارداد تصدیق شد، برای اجرای آن باید تا اعلام نتیجه رسیدگی دادگاه صبر کرد. اگر براساس حکم دادگاه، به تقلب بودن ورشکستگی تاجر اثبات شد، باطل بودن قرارداد ارفاقی کشف می‌شود و دیگر آن قرارداد اجراشدنی نخواهد بود؛ ولی اگر بنا بر رأی دادگاه تاجر از اتهام ورشکستگی به تقلب تبرئه شد، معلق‌علیه حاصل شده و اجرای قرارداد ارفاقی آغاز می‌شود. عیب این شیوه آن است که ممکن است اعلام نتیجه رسیدگی دادگاه خیلی طول بکشد؛ در این صورت چون قرارداد منعقد شده است، طرفین آن چاره‌ای جز انتظار کشیدن نخواهند داشت. به امکان اقاله هم نمی‌توان دل بست، زیرا ممکن است به دلایلی به‌ویژه به‌دلیل عدم تمایل تاجر ورشکسته نتوان قرارداد ارفاقی را اقاله کرد.

طلبکاران موافق قرارداد ارفاقی این امکان را نیز خواهند داشت که قرارداد ارفاقی را هم‌اکنون به‌صورت تعلیق در انشاء منعقد کنند. در این صورت، تحقق انشاء قرارداد ارفاقی منوط به صدور حکم تبرئه تاجر ورشکسته از اتهام ورشکستگی به تقلب خواهد بود. این ایجاب چه از سوی تاجر باشد و چه از سوی طلبکاران موافق، تا وقتی معلق‌علیه حاصل نشده باشد، پذیرفتنی نخواهد بود و ایجاب‌کننده خواهد توانست در صورت سخت شدن اوضاع از آن رجوع کند. از سوی دیگر، قبول چون هنوز به ایجاب ملحق نشده مؤثر نخواهد بود و اعلام یا عدم اعلام آن و حتی اعلام رد خللی در ایجاب معلق ابراز شده ایجاد نخواهد کرد.

۳.۳. نحوه انعقاد ضمانت قرارداد ارفاقی

با توجه به انحاء انعقاد قرارداد ارفاقی که توضیح داده شد، ضمانت قرارداد ارفاقی هم حالت تعلیق در منشأ یا تعلیق در انشاء خواهد یافت. در حالت تعلیق در منشأ ضمانت از موقع انعقاد ضمانت حاصل می‌شود، ولی باید صبر کرد تا با حصول معلق‌علیه، قرارداد ارفاقی اجرایی بشود، و اگر علی‌رغم قابل اجرا شدن قرارداد ارفاقی، تاجر ورشکسته اقدام به اجرای آن نکند، نوبت به مطالبه اجرای آن از ضامن خواهد رسید. بنابراین، در این حالت ضامن دربرگیرنده دو تعلیق در منشأ خواهد بود: یکی تعلیق در منشأیی که در هر ضمانت تضامنی‌ای وجود دارد، به این نحو که ضامن مسئول انجام تعهد مضمون‌عنه است، به شرط آنکه مضمون‌عنه اقدام به انجام آن نکند و دیگری تعلیق در منشأیی که به دلیل وضعیت قرارداد ارفاقی فراهم آمده است.

در صورتی که قرارداد ارفاقی در زمان قبل از صدور و قطعی شدن حکم راجع به ورشکستگی به تقلب تاجر ورشکسته به صورت تعلیق در انشاء ایجاب شده باشد، ناگزیر ضمانت نسبت به آن هم به صورت تعلیق در انشاء خواهد بود. به این صورت که ضامن ایجاب می‌کند که اگر قرارداد ارفاقی با حصول معلق‌علیه منعقد شد، ضمانت نیز منعقد شده خواهد بود. نکته جالب آن است که چون ضمانت تضامنی خود متضمن تعلیق در منشأ است، در اینجا عقدی که متضمن تعلیق در منشأ است به صورت تعلیق در انشاء ایجاب می‌شود و به نظر نمی‌رسد ایرادی بر این امر وارد باشد. نکته‌ای که در این زمینه وجود دارد این است که ضمانت معلق قرارداد ارفاقی به صورت تعلیق در انشاء از مواردی نیست که به موجب ق.م. استثنائاً باطل اعلام شده باشد، چون ق.م. در مقام بیان باطل بودن تعلیق در انشاء در مورد ضمانت به صورت نقل ذمه به ذمه است، وگرنه با بیانی دیگر آن قانون تعلیق در انشاء به صورت ضم ذمه به ذمه را صحیح دانسته است. در نتیجه ضمانت قرارداد ارفاقی چون از مقوله ضم ذمه به ذمه است، تعلیق در انشاء در آن صحیح خواهد بود.

۴. پذیره‌نویسی سهام، افتتاح حساب و مصوبات مجمع عمومی مؤسس برای شرکت سهامی عام در شرف تأسیس

فارغ از اینکه شرکت تجاری یک قرارداد فرض شود (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۱۳) یا خیر (صفی‌نیا، ۱۳۸۱: ۲۹) پذیره‌نویسی سهام شرکت سهامی عام در شرف تأسیس می‌تواند از مصادیق تعلیق در انشاء باشد؛ افتتاح حساب برای چنین شرکتی و تصمیماتی که در مجمع عمومی مؤسس گرفته می‌شوند نیز چنین است.

۱.۴. پذیرهنویسی سهام شرکت در شرف تأسیس

برای تأسیس شرکت سهامی عام با اخذ اجازه از ثبت شرکت‌ها و سازمان بورس اوراق بهادار اعلامیه پذیرهنویسی منتشر می‌شود و عموم مردم حق خواهند داشت با مراجعه به بازار اولیه بورس یا بانک‌های معرفی شده اقدام به پذیرهنویسی کنند. دقت در مواد قانونی نشان می‌دهد که علی‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۰؛ پاسبان، ۱۳۸۵: ۱۰۹؛ کاویانی، ۱۳۸۶: ۵۵) پذیرهنویسی مورد نظر ماهیتاً نه فقط به معنای اعلام مشارکت با مؤسسان بلکه در واقع آن‌گونه که بعضی (راستین، ۱۳۵۱: ۸۰؛ رسایی‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۰۹؛ تهرانی، ۱۳۴۷، ج ۲: ۱۸) هم نظر داده‌اند، به معنای خرید سهام از شرکتی است که هنوز تشکیل نشده است، زیرا می‌دانیم که مطابق صراحت قانونی، شرکت سهامی عام با پایان موفقیت‌آمیز مجمع عمومی مؤسس آن است که تشکیل می‌شود. پذیرهنویسی برای افزایش سرمایه موضوع این بحث نیست. علی‌رغم نظر بعضی (فروچی، ۱۳۷۲: ۴۹) پذیرهنویسی آن‌گونه که دیگران (عرفانی، ۱۳۶۹، ج ۲، ۴۱) هم ابراز کرده‌اند یک قرارداد است. در اینکه پذیرهنویسی قانوناً صحیح است هیچ تردیدی نیست. با این حال، تردیدی هم نیست که پذیرهنویسی متضمن تعلیق در انشاء است. هنگام پذیرهنویسی هنوز شرکتی تأسیس نشده است که طرف ایجاب یا آن‌گونه که از کلمه "پذیره" مستفاد می‌شود طرف قبول برای خرید سهام قرار گیرد. در واقع، پذیرهنویس به‌طور معلق ایجاب می‌کند که اگر شرکت در شرف تأسیس با موفقیت تأسیس شد و جوه تأدیه شده به آن تعلق گیرد و جزء سرمایه آن باشد و پذیرهنویس به مبلغ تعهدشده در مقابل شرکت متعهد به پرداخت باشد. بدیهی است علی‌رغم نظر بعضی (کاتبی، ۱۳۷۵: ۵۰)، منظور از پذیرهنویسی فقط تعهد به پرداخت نیست. به عبارتی (پاسبان، ۱۳۸۵: ۱۱۱) تعلیق به این صورت نیز وجود دارد که پذیرهنویس با پذیرهنویسی، خود را به مقررات و تصمیمات گرفته نشده شرکت، تصمیماتی که قرار است در آینده توسط مجامع عمومی شرکت گرفته شوند، پایبند می‌کند. به عبارت دیگر (عرفانی، ۱۳۶۹، ج ۲) پذیرهنویس "سهامدار آتی" شرکت است. علی‌رغم نظر بعضی (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۱؛ پاسبان، ۱۳۸۵: ۱۰۵) از این نظر مؤسسان هم پذیرهنویس محسوب می‌شوند.

البته آن‌گونه که دیگران (اسکینی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۳۰) هم نظر داده‌اند و علی‌رغم نظر بعضی (زنگنه، ۱۳۵۳: ۱۰۷؛ عرفانی، ۱۳۶۹، ج ۲: ۴۸) این ایجاب استثنائاً ایجابی لازم، به عبارتی (تهرانی، ۱۳۴۷، ج ۲: ۲۳) فسخ‌ناپذیر یا به عبارت بهتر غیرقابل رجوع است و برای مثال در جلسه مجمع عمومی مؤسس اصولاً قابل بازگشت نیست، زیرا در صورتی در این مرحله مبلغ پرداختی به پذیرهنویس مسترد می‌شود که مرجع ثبت شرکت‌ها، گواهی عدم ثبت شرکت صادر کند. با توجه به آنچه در مورد نتیجه قابل رجوع بودن ایجاب معلق گفته شد، برای اینکه طول کشیدن حصول معلق علیه سبب ضرر ایجاب‌کننده نشود و مشخص نبودن زمان حصول معلق علیه با توجه به لازم بودن ایجاب،

سهیم شدن در شرکت را به معامله‌ای غرری تبدیل نکند، قانونگذار به‌حق از تاریخ دریافت اجازه صدور اعلامیه پذیره‌نویسی، مدتی شش ماهه در نظر گرفته که با انقضای آن ایجاب مزبور قابل رجوع می‌شود و هر پذیره‌نویس می‌تواند از مرجع ثبت شرکت‌ها گواهی عدم ثبت شرکت بگیرد و با تحویل آن به بانک، مبالغ پرداختی را مسترد و تعهد سپرده‌شده را باطل کند. مدت در نظر گرفته برای این امر از سوی قانون بورس و اوراق بهادار که در واقع در درون مدت شش ماهه فوق‌الجای می‌گیرد، دو ماه و نیم از تاریخ دریافت اجازه تأسیس شرکت سهامی عام از سازمان بورس و اوراق بهادار است. علاوه بر آن به مؤسسانی که سهام ممتاز مطالبه کرده یا آورده غیرنقد مطرح کرده باشند، در صورت عدم تصویب امتیازات درخواستیشان یا عدم تصویب قیمت پیشنهادی آنها برای آورده‌های غیرنقدیشان استثنائاً اجازه داده شده که از ایجابشان چشم‌پوشی کنند.

معلق بودن انشاء در پذیره‌نویسی اثر دیگری هم دارد، به این گونه که در صورت تلف شدن مبالغ پرداخته‌شده به بانک یا آن‌گونه که دیگران (عرفانی، ۱۳۶۹، ج ۲: ۴۸) هم نظر داده‌اند در صورت تلف شدن آورده‌های غیرنقدی مؤسسان، تلف از مال پذیره‌نویس یا مؤسس خواهد بود نه از مال شرکت، چون تا وقتی معلق‌علیه حاصل نشده باشد تملیک و تملک نسبت به وجوه یا اموال مزبور محقق نمی‌شود.

۲.۴. افتتاح حساب برای شرکت در شرف تأسیس

در افتتاح حساب برای شرکت در شرف تأسیس هم حالت یادشده وجود دارد. گرچه افتتاح حساب به درخواست مؤسسان شرکت انجام می‌گیرد، آن حساب برای شرکت است. در واقع، به درخواست مؤسسان، بانک ایجاب می‌کند که در صورت حصول معلق‌علیه یعنی تأسیس شرکت، رابطه بانکی میان آن و شرکت به‌عنوان دارنده حساب محقق شود. این وضعیت درباره افتتاح حساب برای تأسیس شرکت سهامی خاص یا شرکت تعاونی نیز وجود خواهد داشت.

۳.۴. تصمیمات مجمع عمومی مؤسس

مؤسسان شرکت که با مراجعه به بانک برای شرکت در شرف تأسیس افتتاح حساب می‌کنند و با تهیه اعلامیه پذیره‌نویسی و اظهارنامه، تعهد و تأدیة وجوه لازم‌التأدیة و طرح اساسنامه شرکت، برای دریافت اجازه صدور اعلامیه پذیره‌نویسی و تأسیس شرکت به مرجع ثبت شرکت‌ها و سازمان بورس اوراق بهادار مراجعه می‌کنند، در واقع ایجاب معلق را برای اینکه با تأسیس شرکت نماینده آن جهت ثبت شرکت باشند انشاء می‌کنند. عملیاتی که قبل از تأسیس شرکت برای تأسیس آن توسط مؤسسان صورت گرفته است بعد از تأسیس شرکت به آن

عرضه می‌شود تا تصویب شود. اصولاً هزینه‌های صورت‌گرفته، در مجمع عمومی مؤسس و در واقع قبل از تأسیس شرکت تعیین تکلیف می‌شود.

در مجمع عمومی مؤسس پذیرهنویسی شدن کل سرمایه شرکت و تأدیه شده بودن قسمت لازم‌التأدیه آن احراز و هزینه‌های صورت‌گرفته، سهام ممتاز و آورده‌های غیرتقدی تصویب می‌شود، اساسنامه به تصویب می‌رسد و اعضای هیأت مدیره، بازرس شرکت و روزنامه کثیرالانتشار برای آگهی‌های شرکت مشخص می‌شود. تا پایان جلسه مجمع عمومی مؤسس هنوز شرکت تشکیل نشده است در نتیجه همه این مصوبات ایجاب‌های معلقی برای شرکتی هستند که هنوز به دنیا نیامده و لازمه تحقق همه این ایجاب‌ها تأسیس شدن شرکت است.

۵. قرارداد داوری

به‌طور معمول در قراردادهای بین‌المللی و گاهی در قراردادهای داخلی شرط داوری گنجانده می‌شود، به این صورت که در آن نوشته می‌شود "اختلافات ناشی از این قرارداد با داوری حل و فصل خواهد شد". سؤال این است که آیا این شرط سبب می‌شود داوری در همین لحظه که عقد متضمن شرط محقق می‌شود به‌عنوان یک عقد میان طرفین شکل بگیرد و تنها اجرای آن منوط به پیدایش اختلاف می‌شود یا اینکه داوری مذکور وقتی محقق می‌شود که اختلاف پیدا شود؟

۵.۱. داوری به‌صورت تعلیق در منشأ

اگر آن‌گونه که دیگران (واحدی، ۱۳۷۷: ۱۸۶؛ مهاجری، ۱۳۸۰: ۲۶۴؛ بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵: ۳۶۳؛ شمس، ۱۳۸۵: ۵۲۱) هم مثل اغلب متخصصان امر مجاز دانسته‌اند داوری را در ضمن عقدی که هم‌اکنون بسته می‌شود عقدی فرض کنیم که آن نیز هم‌اکنون بسته می‌شود به معنای آن خواهد بود که داوری به‌صورت تعلیق در منشأ منعقد شده و از این لحظه به بعد عقد داوری میان طرفین وجود دارد. در این زمینه گرچه هنوز اختلافی در مفاد قرارداد پیدا نشده و به‌عبارتی هنوز موضوع داوری موجود نیست، چون خود قرارداد بسته‌شده چنان فرض می‌شود که مقدمه مربوط به پیدایش اختلاف فراهم‌شده در نتیجه تعیین تکلیف نسبت به آن از نظر قانونی ایرادی ندارد. در این حالت، با وقوع اختلاف، طرفین به‌اتفاق داور را تعیین می‌کنند یا اینکه اگر تعداد داوران بیش از یکی است، هر یک از طرفین باید داور یا داوران خود را مشخص کند و طرفین با هم مشورت کرده و سرداور را تعیین می‌کنند. نه‌تنها تعیین سرداور بلکه تعیین مکان و زمان داوری نیز نیازمند توافق طرفین خواهد بود. ضمن اینکه هر یک از طرفین با داور خود و هر دو طرف با هم با سرداور برای حل و فصل اختلاف آن‌گونه که دیگران (واحدی، ۱۳۷۷: ۲۰۷) هم ابراز کرده‌اند توافق خواهند کرد. به این ترتیب داوری در واقع توافقی برای توافقات بعدی است. در این

مورد اگر هر یک از طرفین بعد از پیدایش اختلاف به تعهد خود در توافق نسبت به تعیین سرداور، مکان و زمان داوری اقدام نکند، طرف مقابل حق مطالبه تعیین موارد مذکور از دادگاه را خواهد داشت. در نتیجه ممکن است در نهایت سرداور، مکان و زمان داوری مرضی‌الطرفین نباشد. ممکن است طرفین در موارد فوق توافق داشته باشند، ولی سرداوری که انتخاب می‌کنند داوری میان آنها را نپذیرد و طرفین مجبور شوند دوباره بر سر تعیین سرداور با هم توافق کنند. این وضعیت در مورد هر اختلافی تکرار خواهد شد.

برای اینکه چنین مشکلی وجود نداشته باشد، اصولاً می‌توان داوران، سرداور، مکان و زمان داوری را در همان زمان درج شرط داوری در عقد تعیین کرد و موافقت اشخاص مربوط یعنی داوران، سرداور و صاحب مکان را نیز گرفت. ولی چون هنوز اختلاف پیدا نشده است، تعیین زمان ناممکن خواهد بود. اما در هر حال، این وضع سبب خواهد شد که داوران، سرداور و صاحب مکان انتظاراتی داشته باشند؛ چون گرچه اختلافی پیدا نشده، تعیین آنها انجام گرفته و آنها متعهد شده‌اند که در صورت پیدایش اختلاف تعهدات خود را انجام دهند. با تمام شدن هر اختلاف هم آنها با انتظار پیدایش اختلافات بعدی همچنان در حال انتظار خدمت باقی خواهند ماند و توقعاتی از طرفین عقد خواهند داشت.

۵.۲. داوری به صورت تعلیق در انشاء

ظاهراً می‌توان داوری را به صورت تعلیق در انشاء مطرح کرد و جلو انتظارات یادشده را گرفت. به این صورت که طرفین، داوران، سرداور و صاحب مکان همگی ایجاب و قبول خود در مورد تعهداتشان را معلق به وقوع اختلاف کنند. با پیدایش اختلاف و بسته به مورد حل نشدن آن با صلح و سازش، معلق‌علیه داوری فراهم می‌شود، ایجاب‌ها و قبول‌های مربوط فقط در مورد آن اختلاف به خصوص به هم ملحق می‌شوند و شرایط به سرعت برای داوری فراهم می‌آید، بدون اینکه این توافقات قبلاً بسته شده و انتظاراتی را برای طرفین فراهم آورده باشد. با پیدایش هر اختلافی سازوکار داوری به نحو گفته شده فقط برای آن اختلاف به خصوص فعال می‌شود و به انجام وظیفه می‌پردازد. با حل و فصل اختلاف، سازوکار مزبور به طور خودکار غیرفعال می‌شود. چون برای همه اختلافاتی که ممکن است ایجاد شود ایجاب و قبول از سوی افراد دخیل انشاء شده، با هر اختلاف جدیدی که پیدا می‌شود، سازوکار داوری از نو فعال شده و با پایان یافتن اختلاف، غیرفعال می‌شود.

۵.۳. تعهد به نفع ثالث

در مواردی نظیر قرارداد حمل و نقل و قرارداد بیمه که در آنها تعهد به نفع ثالث وجود دارد نیز تعلیق در انشاء دیده می‌شود.

۶. تعهد به نفع مرسل‌الیه در قرارداد حمل و نقل

ارسال‌کننده با متصدی حمل و نقل برای حمل شدن کالا قرارداد می‌بندد، ولی کالاها در مقصد قرار است به مرسل‌الیه تسلیم شود، درحالی‌که در ظاهر مرسل‌الیه در بستن قرارداد حمل و نقل نقشی ندارد. بی‌گمان رابطه‌ای حقوقی (به‌طور معمول قراردادی) از قبل میان ارسال‌کننده و مرسل‌الیه وجود دارد، ولی این رابطه به‌طور معمول در قرارداد حمل و نقل ذکر نمی‌شود و قرارداد حمل و نقل بدون توجه به آن بسته می‌شود. در نتیجه، با توجه به اینکه تعیین تکلیف کالا در مراحل خاصی از حمل و نقل با مرسل‌الیه خواهد بود، این فرضیه ایجاد می‌شود که آن‌گونه که دیگران (تهرانی، ج ۴، ۱۳۵۰: ۷۹؛ سماواتی، ۱۳۷۸: ۹۷) هم ابراز کرده‌اند مرسل‌الیه متعهدله ثالث در قرارداد حمل و نقل است. علی‌رغم نظر بعضی (سماواتی، ۱۳۷۸: ۹۸) همراه بودن این تعهد به نفع با بعضی تکالیف نظیر تکلیف به پرداخت مخارج و سایر مطالبات متصدی حمل و نقل مشکلی در این زمینه ایجاد نمی‌کند، زیرا مرسل‌الیه همراه با قبول تعهداتی که به نفع او شده است، تکالیف مربوط را هم می‌پذیرد؛ ولی می‌دانیم که نمی‌توان بدون رضایت یک فرد، مالی را در ملکیت او وارد کرد در نتیجه تعهد به نفع ثالث نقش یک قرارداد را بازی می‌کند که باید توسط مرسل‌الیه پذیرفته شود تا لازم‌الاجرا باشد. با این حال مقررات قانون تجارت نشان می‌دهد که ایجاب تعهد به نفع ثالث در قرارداد حمل و نقل اصولاً معلق به رسیدن کالا به مقصد است و قبول مرسل‌الیه بعد از رسیدن کالا به مقصد است که سبب تحقق تعهد به نفع او می‌شود. البته استثنائاً تحویل رسید دریافتی از متصدی حمل و نقل به مرسل‌الیه توسط ارسال‌کننده و تحویل بارنامه توسط متصدی حمل و نقل به مرسل‌الیه قبل از رسیدن بار به مقصد مانع از جریان اصل یادشده است.

۶. ۱. تعهد به نفع ثالث در قرارداد بیمه

مشابه حالت بالا در بیمه شخص ثالث یا بیمه‌های مشابه دیده می‌شود. بیمه‌گر و بیمه‌گزار بیمه شخص ثالث خودرو را در شرایطی منعقد می‌کنند که در آن ذی‌نفع بیمه (ثالث خسارت‌دیده) هنوز مشخص نشده است. چنین بیمه‌ای آن‌گونه که برخی (معزی، ۱۳۸۶: ۸۴) هم ابراز کرده‌اند متضمن تعهد به نفع ثالث است؛ ولی لازمه تحقق انشاء این تعهد، حصول معلق‌علیه یعنی وقوع تصادف و لاجرم مشخص شدن ذی‌نفع ثالث است. با وقوع تصادف است که ایجاب در تعهد به نفع ثالث منجز و قابل قبول می‌شود. ذی‌نفع ثالث با منجز شدن ایجاب تعهد به نفع ثالث ناشی از عقد بیمه خواهد توانست آن را بپذیرد و آن‌گونه که دیگران هم نظر داده‌اند (خدابخشی، ۱۳۸۸: ۳۵۷) به‌طور مستقیم اجرای آن را درخواست کند. گرچه روابط میان بیمه‌گزار و بیمه‌گر به عبارت بعضی (تهرانی، ۱۳۴۹، ج ۱: ۵۳) به دلیل وجود تعلیق شبیه به شرط‌بندی می‌شود، نسبت به

ذی نفع ثالث این حالت وجود ندارد؛ زیرا وقتی ایجاب متعهد به ذی نفع می‌رسد معلق‌علیه حاصل و ایجاب منجز شده است.

۷. نتیجه‌گیری

این تحقیق نشان می‌دهد که تعلیق در انشاء خواه ناخواه در زندگی روزمره مردم ضرورت داشته و در نتیجه کاربردی گسترده دارد. قانونگذار ایران به حق تعلیق در انشاء را پذیرفته، مثال روشنی برای آن ذکر کرده و موارد استثنایی یعنی ضمان (فقط نقل ذمه به ذمه)، نکاح و طلاق را معین کرده است. بی‌دقتی‌های ناشی از کج‌سلیقگی علمی و موضع انکار بعضی از حقوقدانان در این مورد نتوانسته مانع استفاده جامعه از آن شود.

فقط امکان گذاشتن شرط در ضمن عقد برای رفع نیازهای جامعه کنونی کافی نیست، بلکه مردم در پی آن بوده‌اند که شروطی را برای پیش از قرارداد در نظر بگیرند و حتی به نحو دقیق‌تر، تحقق انشاء معامله را منوط به حصول شرط کنند. با استفاده از تعلیق در انشاء، منعقدکنندگان معاملات به‌جای اینکه بعضی مشکلات را در بعد از انعقاد معامله انتظار بکشند، اقدام به حل آن مشکلات با پیش‌بینی دقیق آنها پیش از معامله می‌کنند. برای نمونه، معامله‌کنندگان اموال غیرمنقول به‌طور معمول برای اینکه مشکلات احتمالی را قبل از انعقاد معامله حل و فصل کنند، به قولنامه متمسک می‌شوند. هدف آن است که بعد از قولنامه فروشنده با گرفتن مفاصحاسب از شهرداری، دارایی و ثبت، مقدمات انتقال قطعی مورد معامله و تنظیم سند رسمی را فراهم آورد. در واقع متعاملین یک پیش‌معامله انجام می‌دهند که نتیجه اجرای آن انجام خود معامله خواهد بود. گاهی اجرای خود این پیش‌معامله به اختلاف منجر می‌شود، لاجرم طرفین از راهروهای دادگستری سر در می‌آورند. این در حالی است که طرفین مایل‌اند قوی غیرالزام‌آور به یکدیگر بدهند که بعد از سنجیدن بهتر جوانب، موضوع به مقدمه‌چینی برای انتقال قطعی منجر شود. به‌نظر می‌رسد تعلیق در انشاء در عین حال که مزایای انعقاد قولنامه را در بر دارد می‌تواند مانع بروز هرگونه ادعا و اختلاف شده و سبب حضور همراه با رضایت طرفین در دفترخانه برای انتقال قطعی شود. حتی در استفاده از قولنامه هم از تمهیداتی بهره می‌برند که آن‌گونه که در کامن‌لا (Thomson, 1836: 348) نیز معمول است متضمن تعلیق در انشاء است؛ مثل صدور مشروط چک. به این صورت که چکی را در وجه طرف مقابل می‌کشند و در قرارداد قید می‌کنند که چک مزبور در صورتی قابل وصول است و بدهکاری در صورتی محقق می‌شود که صادرکننده برای مثال در موعد مقرر مقدمات تنظیم سند رسمی انتقال را فراهم نیاورده باشد. آن‌گونه که در مورد گرفتن چک تخلیه از مستأجر نیز معمول است.

گرچه نگارنده به تناسب تخصص و تجربه خود اغلب کاربردهای تجاری را مدنظر داشته، به‌طور کلی تعلیق در انشاء از نظر ماهوی اختصاص به حقوق تجارت ندارد. به‌طور کلی استفاده از تعلیق در انشاء بی‌تردید امکان هوشمندانه‌تر و انطباق‌پذیرتری را برای انعقاد معاملات اعم از معاملات خرد و معاملات کلان نظیر واگذاری پروژه‌های اکتشاف و استخراج معادن از جمله نفت و گاز فراهم می‌آورد. وقتی در پیمانکاری اکتشاف و استخراج نفت، انشاء انعقاد قرارداد استخراج معلق به اکتشاف نفت توسط طرف مقابل در حوزه معین می‌شود، در واقع راهکار پیش‌بینی شده احتمالات را در درون خود هضم می‌کند و مانع پیش‌بینی ناپذیر شدن وضعیت در مقابل وقایع احتمالی آتی و مناقشه‌برانگیز شدن آتی آنها می‌شود. همچنین قبول معلق امری کاملاً معمول در پیمانکاری است و آن‌گونه که دیگران (Cibinic, Jr., Nash, Jr. & Nagle, 2006: 843) هم ابراز کرده‌اند، مانع کشانده شدن اختلافات مربوط به اجرای پیمانکاری به بعد از انجام آن می‌شود. برای مثال، وقتی کارفرما به پیمانکار می‌گوید آنچه را که انجام شده به شرط اینکه مورد تأیید بازرسی فنی قرار بگیرد قبول دارم، در واقع تا وقتی مورد توسط بازرس فنی تأیید نشده قبولی هم محقق نشده و در نتیجه اجرای پروژه خاتمه‌یافته تلقی نمی‌شود؛ بنابراین پیمانکار قادر نخواهد بود علی‌رغم رضایتبخش نبودن عملکردش فعلاً تسویه حساب از سوی کارفرما را مطالبه کند. در موارد خیلی مهم نیز این راهکار قابل استفاده است، به‌نحوی که می‌شد در برجام قبول بعضی از تعهدات را به انجام شده بودن بعضی تعهدات طرف مقابل معلق کرد.

بدون تردید در سبق و رمایه و همچنین در قمار و گروبندی تعلیق در انشاء وجود دارد. به این صورت که مثلاً همه شرکت‌کنندگان ایجاب می‌کنند که در سبق تیر هر کس که به هدف نشست وجوه جمع‌آوری شده متعلق به او باشد. ولی اگر بخواهیم به بهانه جلوگیری از قمار و گروبندی تعلیق در انشاء را کنار بگذاریم، مثل آن است که به بهانه جلوگیری از شرب خمر، نوشیدن را تحریم کنیم. بدون تردید هر تعلیق در انشایی قمار نیست.

فقط در معاملات به‌نحو اخص نیست که تعلیق در انشاء مطرح می‌شود، بلکه هر جا که انشاء مطرح باشد تعلیق در انشاء نیز مطرح می‌شود. به همین دلیل قانونگذار در این زمینه از طلاق اسم برده و آن را از این امر استثنا کرده است. بنابراین علاوه بر اقاله، در فسخ و رجوع هم می‌توان به انشاء معلق متمسک شد؛ مثل اینکه مشتری‌ای که به دلیل عیب در مبیع خیار عیب به‌دست آورده، انشاء فسخ معامله را معلق به رفع نشدن فوری عیب توسط بایع کند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۵). ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته. تهران: سمت.
۲. ----- (۱۳۸۳). حقوق تجارت - شرکت‌های تجاری. دو جلد، ج ۲، تهران: سمت.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی. ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۴. ----- (۱۳۶۴). حقوق مدنی. ج ۳، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۵. ----- (۱۳۶۳). حقوق مدنی. ج ۴، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۶. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ ابهری، حمید؛ هاشمی، جواد (۱۳۹۰). «اثر عقد معلق پیش از تحقق معلق‌علیه»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی. دوره ۷، ش ۲۴: ۲۵-۹.
۷. بهشتی، محمدجواد؛ مردانی، نادر (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. ج ۲، تهران: میزان.
۸. پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۵). حقوق شرکت‌های تجاری. تهران: سمت.
۹. تهرانی، حسن ستوده (۱۳۴۹). حقوق تجارت. ج ۱، تهران: دهخدا.
۱۰. تهرانی، حسن ستوده (۱۳۴۷). حقوق تجارت. ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. تهرانی، حسن ستوده (۱۳۵۰). حقوق تجارت. ج ۴، تهران: دهخدا.
۱۲. خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۸). بیمه و حقوق مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات روزنامه رسمی کشور.
۱۳. راستین، منصور (۱۳۵۱). حقوق بازرگانی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. رسایی‌نیا، ناصر (۱۳۸۸). حقوق تجارت. تهران: انتشارات آوای نور.
۱۵. زنگنه، عبدالحمید اعظمی (۱۳۵۳). حقوق بازرگانی. تهران: بی‌نام.
۱۶. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۷۸). حقوق تجارت. ج ۱، تهران: میزان.
۱۷. شمس، عبدالله (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی. ج ۳، تهران: دراک.
۱۸. شهیدی، مهدی (۱۳۶۸). سقوط تعهدات. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
۱۹. صفی‌نیا، نورالدین (۱۳۸۱). درآمدی بر قانون شرکت‌های تجاری در ایران. تهران: دانشگاه تهران.
۲۰. صفری، محمد (۱۳۷۶). حقوق بازرگانی. ورشکستگی. نظری و عملی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۱. عرفانی، محمود (۱۳۶۹). حقوق تجارت - شرکت‌های سهامی عام و خاص. ج ۲، تهران: جهاد دانشگاهی.
۲۲. فراهانی، محمدحسین قائم‌مقام (۱۳۶۸). حقوق تجارت - ورشکستگی و تصفیه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. فروچی، حمید (۱۳۷۲). حقوق تجارت، شرکت‌های سرمایه‌ای - شخصی و مختلط. تهران: روزبهان.
۲۴. کاتبی، حسینقلی (۱۳۷۵). حقوق تجارت. تهران: گنج دانش.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی - عقود اذنی - وثیقه‌های دین (عقود معین ۴)، تهران: مدرس.
۲۶. کاویانی، کورش (۱۳۸۶). حقوق شرکت‌های تجاری. تهران: میزان.
۲۷. لنگرودی، محمدجعفر جعفری (۱۳۵۰). حقوق مدنی - وصیت، ج ۲. تهران: ابن‌سینا.
۲۸. مدرس، محمد امینیان (۱۳۸۱). وقف از دیدگاه حقوق و قوانین. تهران: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی و سمت.
۲۹. معزی، جعفر (۱۳۸۶). حقوق بیمه شخص ثالث با تأکید بر شروط ضمن عقد. شیراز: آوند اندیشه.
۳۰. مهاجری، علی (۱۳۸۰). شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب. ج ۳، تهران: گنج دانش.
۳۱. واحدی، قدرت‌الله (۱۳۷۷). آیین دادرسی مدنی. ج ۳، تهران: میزان.

ب) خارجی

32. Bacon, Matthew. (1807) *A New Abridgment of the Law*. Vol. IV. London: A. Strahan.
33. Beaton, Jack, Andrew Burrows, and John Cartwright. (2010) *Anson's Law of Contract*. UK: Oxford University Press.

34. Cibinic, Jr., John, Ralph c. Nash, Jr., and James F. Nagle. (2006) *Administration of Government Contracts*. USA: CCH Incorporated.
35. Gillies, Peter. (1988) *Concise Contract Law*. Sydney: The Federation Press.
36. Kennedy, Joe. (2005) *The Small Business Owner's Manual*. U.S.: Career Press.
37. Meena, R.L. (2008) *Textbook on the Law of Contract*. Delhi: Universal Law Publishing Co.
38. Miller, Roger Leroy, and Gaylord A. Jentz. (2010) *Fundamentals of Business Law: Excerpted Cases*. USA: South-Western, Cengage Learning.
39. Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem, and Christopher Kee. (2012) *Global Sales and Contract Law*. UK: Oxford University Press.
40. Thomson, Robert. (1836) *A Treatise on the Law of Bills of Exchange, Promissory-Notes, Bank-Notes, Banker'Notes, and Checks on Bankers, in Scotland*. Edinburgh: Longman.