

تحلیل احکام و مبانی «عقد معلق» در حقوق ایران، بر اساس امکان یا امتناع و اساسی عقد از آثار آن در فقه امامیه و حقوق فرانسه

عطاءالله بیگدلی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و فرهنگی، دانشگاه جامع امام حسین علیه‌السلام، تهران، ایران.
ataollah.bigdeli@ihu.ac.ir

چکیده

در قانون مدنی ایران، حکم عقد معلق به صراحت مورد اشاره قرار نگرفته است، لذا حقوق‌دانان ایرانی در مورد صحت یا بطلان این عقد اختلاف نظر دارند و این اختلاف نظرها تا کنون حل نشده است. علت این ابهام، تردید قانون‌گذار در بنیادهای فلسفی مهمی چون «تعریف مفهوم عقد»، «حدود آزادی اراده متعاملین» و «توقیفی یا عرفی بودن ذات عقد» است. به عبارتی، قانون‌گذار خود موضع روشنی در مورد عقد معلق نداشته است، فلذا مواد قانونی نیز مبهم تدوین شده و این ابهام به دکتترین نیز سرایت نموده است. اما چرا مقنن ایرانی موضعی روشن در این مورد اتخاذ نکرده است؟ علت این امر، وجود اختلافی بنیادین در منابع تدوین قانونی مدنی - یعنی فقه و حقوق فرانسه - در مورد عقد معلق است. عقد معلق عقدی است که متعاقدين، با اراده خود بین قصد درونی و ایجاد عقد یا بین آثار اجزاء عقد فاصله ایجاد می‌نمایند؛ مانند تفکیک بین جاری نمودن الفاظ و ایجاد عقد، یا بین ایجاد عقد و ایجاد اثر آن. در فقه امامیه، عقد معلق مطلقاً باطل است. علت، شرعی و توقیفی دیدن عقود و محدودیت آزادی اراده در فقه است. در حقوق فرانسه اما، عقد معلق مطلقاً صحیح است، زیرا عقد موجودی مطلقاً اعتباری و برساختی از سوی دو اراده آزاد است و اراده‌های آزاد می‌توانند بین هر قسمت از عقد جدائی اندازند. این جستار با تحلیل بنیادین و انتقادی داده‌ها بر اساس مضامین فقهی حقوقی، بدین نتیجه نائل آمده است که تا نظام حقوقی ایران بر سر این بنیادها به مبنائی یکسان نرسد، امکان اصلاح مواد قانونی (روبنا) را نخواهد داشت. اما راه حل عملی و تصحیح عقودی که اشخاص منعقد می‌نمایند و تحقق اثری حقوقی را به امری مشروط می‌نمایند، تفسیر اراده متعاملین به نحوی است که عقد معلق تشکیل نشود، بلکه الفاظ آنان به «تعهد به ایجاد عقد» یا «تعهد به اجرای مفاد عقد» تفسیر گردد.

واژگان کلیدی: عقد منجز، عقد معلق، آثار عقد، تفسیر قرارداد.



احکام مواد قانونی، مبتنی بر بنیادهای فکری و ارزشهای مقبول نظامهای حقوقی شکل می‌گیرند. نظامهای حقوق خصوصی، بر اساس فهمی که از عقود و بنیادهای آن دارند عقدی را صحیح یا باطل می‌دانند. مهم‌ترین شاخصه قوت یک نظام حقوقی، هماهنگی احکام جزئی آن با هم و هماهنگی این اجزاء با مبانی فکری و ارزشهای بنیادین است. یکی از جالب‌توجه‌ترین نمونه‌های قابل بررسی در حقوق ایران برای سنجش وضعیت شاخص «هماهنگی» در این نظام، وضعیت عقد معلق است. به صورت مشخص مسأله این مقاله، چیستی حکم عقد معلق در حقوق ایران، چرائی آن و امکان بهبود این وضعیت است. برای پرداختن به این پرسش اصلی، در یک مطالعه تطبیقی از چیستی و چرائی حکم عقد معلق در نظام حقوق فرانسه و فقه امامیه پرسش شده است.

البته این موضوع بدون سابقه نیست، تمامی اساتیدی که دارای تألیف در حوزه شرح قانون مدنی هستند، بخشی را به بحث عقد معلق اختصاص داده‌اند که در طول متن حاضر این نظرات گزارش خواهد شد. تا کنون یک کتاب مستقل نیز در این زمینه نگاشته شده است که بیشتر رنگ و بوی فقهی دارد. حسینی مقدم، کتاب را در دو بخش کلی سامان داده است: بخش اول: مفاهیم، ماهیت و اعتبار تعلیق و تنجیز. بخش دوم، اقسام، حکم و ادله بطلان و جواز تعلیق در عقود و ایقاعات. (حسینی مقدم، ۱۳۸۷) در حوزه مقالات، آثار منتشر شده را می‌توان در چند کلان موضوع طبقه‌بندی نمود: مطالعه تطبیقی اصل صحت یا بطلان عقد معلق: علوی، مروری بر ادله فقهی و حقوقی طرفین نموده است و تعلیق در منشأ را صحیح دانسته است. (علوی، ۱۳۸۴) فضلی قادری نیز با مرور اقوال و ادله، قول صحت را اقوی دانسته اما وجود اختلاف فتاوی و ابهام قوانین ایران را موجب سردرگمی حقوقدانان در این زمینه می‌داند. (افضلی قادری، ۱۳۸۴) علی آبادی، نیز صحت و احکام عقد معلق در قانون مدنی را بررسی و اثر تعلیق به شرایط صحت را مرور کرده است. (علی آبادی، ۱۳۹۳)

مقایسه با دیگر عقود: عبداللهی در تحقیق خویش وجوه تشابه و تفاوت عقد معلق و عقد احتمالی را بررسی نموده است و به این نتیجه رسیده است که این دو عقد به رغم وجوه اشتراک، دو عقد کاملاً متفاوت هستند. (عبداللهی، ۱۴۰۰) تحقیق دیگری نیز وجوه افتراق عقد معلق و عقد مشروط را از لحاظ ماهیت، شرایط و آثار مورد بررسی قرار داده و به نتیجه‌ای مشابه رسیده است. (شرافت پیم، نیکفرجام، ۱۴۰۰)

بررسی احکام جزئی و فروعات عقد معلق: وحدتی شبیری و حمیدی وضعیت حقوقی عقد معلق

با تعهد به ایجاد معلق‌علیه را بررسی نموده‌اند و قائل‌اند متحقق نمودن معلق‌علیه می‌تواند به عنوان تعهدی مستقل، مورد تحلیل قرارگیرد و حتی بنا به اراده طرفین، مورد درخواست برای اجرا قرارگیرد. (وحدتی شبیری، حمیدی، ۱۳۹۹) ایزدی‌فر و همکاران، به مؤثر بودن یا نبودن عقد معلق پیش از تحقق معلق‌علیه پرداخته و با فرض صحت تعلیق در منشأ، معتقدند عقد معلق در این، حقوقی به نام حقوق «آلی» ایجاد می‌نماید. (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۹۰) یزدانیان، در مقاله‌ای ویژگی‌های معلق‌علیه در فقه، حقوق ایران و فرانسه را بررسی نموده است. (یزدانیان، ۱۳۸۸) باجلان و شرعی نیز ارکان و احکام جزئی ایجاب مطلق را بررسی نموده‌اند. (باجلان، شرعی، ۱۳۹۸)

بررسی مبانی و بنیادهای عقد معلق: حیدری و تقدسی، تلاش نموده‌اند با مفهوم فلسفی علیت و علیت تامه و ناقصه، عقد معلق را تحلیل نمایند (حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵) روشن و کرمی مبانی نظری عقد تعلیقی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س) را تحلیل نموده‌اند آنان در یک استدلال بسیار مهم برای صحت عقد معلق قائل‌اند «عقود و معاملات حقیقت شرعیه نیستند و شرع جز در چند مورد خاص دخالتی در سیره عقلا نداشته و مسأله کاملاً عرفی و معتبر است.» (روشن، کرمی، ۱۳۹۱) برخی از مقالات نیز چند موضوع را مورد واکاوی قرار داده‌اند و از نوعی جامعیت برخوردار هستند. حسینی مقدم در مقاله‌ای مفصل (۶۵ صفحه)، مفهوم، احکام و آثار عقد معلق را در فقه و حقوق بررسی نموده است. (حسینی مقدم، ۱۳۸۲) مقاله‌ای که بعدها با تفصیل بیشتر به صورت کتاب منتشر شده است. (حسینی مقدم، ۱۳۸۷) در تحقیق تازه منتشر شده‌ای، خانم محمدی و همکارانشان موارد زیر را بررسی و مرور نموده‌اند: ماهیت و ادله صحت یا بطلان عقد معلق، اقسام تعلیق (اقسام معلق‌علیه مانند فعلی، آینده محتمل؛ تعلیق در انعقاد، تعلیق در انحلال و...) و آثار تعلیق در فقه و حقوق فرانسه، در این مقاله تلاش شده است خلأهای قانونی ایران در این حوزه با ارجاع به مطالعات تطبیقی پوشش داده شود. به خصوص گزارش تاریخی این مقاله از نظریات فقها در مورد مفهوم‌شناسی و حکم عقد معلق قابل استفاده است و بررسی اصلاحات سال ۲۰۱۶م قانون مدنی فرانسه نیز انجام شده است. (محمدی، یزدانیان، الشریف، ۱۴۰۱) اما نقطه ضعف هر دو اثر، عدم بررسی مبانی و بنیادهای فکری - حقوقی این احکام و مواد است.

ما در این مقاله با روشی کتابخانه‌ای - اسنادی، رجوع گسترده‌ای به آراء فقهاء و دکترین فرانسوی و ایرانی داشته و با تحلیل و نقد هر یک، فرایند پژوهشی را سامان داده‌ایم. در نهایت بررسی هماهنگی این اقوال با بنیادهای فلسفی و فکری، گام نهائی پژوهش بوده است.

اثر حاضر، تلاش نموده است در ضمن گزارشی از تعریف، اصل صحت یا بطلان و برخی احکام

عقد معلق، در فقه، حقوق رومی ژرمنی و حقوق ایران، به چرائی این احکام نیز بپردازد، لذا بیشترین گفتگو را با دو مقاله بنیادین دارد. (حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵؛ روشن، کرمی، ۱۳۹۱) فرضیه اثر حاضر بر خلاف فرضیه مقالات گذشته آن است که بطلان عقد معلق در فقه، اولاً قول مشهور بلکه اجماعی فقها است و ثانیاً این قول درست و منطبق با مبانی فقهی است. توضیح آن که در نظام حقوقی فرانسه، عقد معلق از آن روی پذیرفته شده است که مفهوم تعهد بر اساس آزادی اراده و امکان اراده‌های آزاد اشخاص در بر ساخت روابط حقوقی شخصی تحلیل می‌شود. لذا اشخاص می‌توانند بین عقد و اثرش جدایی ایجاد نمایند، زیرا این رابطه نیز قراردادی - بر ساختی است. اما در فقه، با توجه به این بنیاد که اصل عقد، امری شرعی است، رابطه بین عقد و اثر آن، رابطه‌ای ضروری تحلیل می‌گردد. این رابطه به رابطه بین علل طبیعی و اثرشان شبیه است که قابل تأخیر و تفکیک نیست و طرفین با اراده خود امکان ایجاد تفکیک بین علت و معلول را ندارند. حقوق ایران با توجه به متأثر بودن از هر دو نظام، نتوانسته است یک مبنا را مورد شناسائی قرار دهد، لذا تشتت بنیادین منجر به ابهام در احکام عقد معلق شده است، چه در مفهوم و چه در احکام. این تشتت قابل رفع نیست مگر با تبیین و اتخاذ یک بنیاد نظری روشن در مورد حدود آزادی اراده و ماهیت عقد. در نهایت یک راه کار نوآورانه تفسیری برای حل موقت مشکل ارائه شده است تا دادرس با تفسیر الفاظ صادره از متعاملین، عقد آنان را از نوع معلق تفسیر ننماید.

برای اثبات این فرضیه در ابتدا اثبات می‌گردد که وضعیت عقد معلق در حقوق ایران دارای تشتت بوده و کژتاب است، سپس از راه مرور وضعیت عقد معلق در فقه و حقوق فرانسه اثبات می‌شود که این تشتت ریشه در جمع ناروای بین این دو نظام است و سرانجام راه حلی عملی برای این وضعیت ارائه می‌گردد.

۱. دشواری تفسیر مواد ناظر به عقد معلق

ادعای اول مقاله حاضر آن است که «مواد ناظر به عقد معلق در قانون مدنی ایران مبهم و تفسیر منسجم مواد دشوار است» استدلال بر این ادعا به صورت منطقی زیر است:

الف. هر متنی که دارای واژگان مبهم و احکام متعارض باشد مبهم و تفسیرش دشوار است.

ب. مواد ناظر به عقد معلق در قانون مدنی ایران دارای واژگان غیرتعریف شده و احکام متعارض است.

در نتیجه. مواد ناظر به عقد معلق در قانون مدنی ایران مبهم و تفسیرش دشوار است.

۱.۱. اثبات مقدمات

مقدمه اول به صورت شهودی و عرفی درست است و نیاز به اثبات مستقل ندارد.

مقدمه دوم دارای دلایل زیر است:

الف: ابهام در تعریف

ماده ۱۸۹ ق.م. عقد معلق را چنین تعریف نموده است: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود» مقنن در این ماده با توجه به سابقه فقهی مفصل بحث، به دنبال تعریفی از عقد معلق بوده است که با آن سوابق هماهنگ باشد؛ اما از واژگانی مبهم بهره برده است، «تأثیر» عقد واژه حقوقی شناخته شده‌ای نیست؛ آیا منظور اثر مقتضای عقد است؟ یا اثر اطلاق عقد؟ از سویی بر حسب انشاء نیز مبهم و عملاً فاقد معنای محصلی است، آیا مقنن در پی آن بوده است که با نظریات فقهی که تعلیق در منشأ را درست می‌دانند همراهی کند، یا تعلیق در منشأ را اصولاً عقد معلق نداند، آیا واقعاً منظور از «بر حسب انشاء» تعلیق در انشاء بوده است؟ اگر آری چرا از همان واژه مرسوم و متعارف فقهی استفاده نکرده است؟ از سویی، در فقه نیز بر سر معنای تعلیق در انشاء و منشأ اختلاف است، مقنن کدام تعریف را برگزیده؟ اصولاً تعلیق در انشاء به چه معنایی است؟ واژه «و الا» در ماده به چه معنا است و معنای مخالف کدام فراز قبلی است؟ منظور آن بوده است که عقد معلق عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد، یا آن که عقد معلق عقدی است که نه بر حسب انشاء، بلکه بر حسن منشأ به امر دیگری موقوف باشد؟ به هر حال واژگان مبهم و غیر تعریف شده، اصل تعریف عقد معلق را در حقوق ایران روشن نیست.

ب: وجود مواد دارای حکم متعارض

ظاهر ماد ماده ۱۸۹ ق.م، دلالت بر صحت عقد معلق دارد زیرا تا انتهای قانون مدنی دیگر سخنی از احکام عقد معلق به صورت مستقل به میان نیآورده است و عقد معلق را در کنار انواع عقود آورده است که می‌دانیم صحیح است. در ماده ۳۵۰ قانون تجارت نیز که برداشتی یک دست از قانون غربی است (و به همین دلیل تعارضات بسیار اندکی دارد) قرارداد دلالتی معلق را پذیرفته و استحقاق اجرت دلالتی را پس از حصول شرط دانسته است. ماده ۱۰ قانون مدنی که برگرفته از اصل آزادی اراده است نیز دلالت بر صحت عقد معلق دارد؛ لذا در قسمت کلیات عقود و قراردادها (که از نظام رومی - ژرمنی اخذ شده است) متون قانونی دلالت بر صحت عقد معلق دارند.

از آن سو، موادی که مبتنی بر احکام فقهی (بخش عقود معین) هستند، مصادیقی از عقد معلق را باطل

دانسته‌اند. ماده ۱۰۶۸ ق.م.تعلیق در عقد نکاح را موجب بطلان دانسته و ماده ۶۹۹ ق.م.تعلیق در عقد ضمان را باطل می‌داند؛ بنا بر مشهور و اجماع فقها، وکالت و وقف معلق نیز باطل است. ماده ۷۲۳ ق.م.تعلیق نیز بنابر مفهوم مخالفش تعلیق را باطل می‌داند («شرط واقع در ذیل یک عقد لازم، موجب التزام به تأدیه است و اگر در این شرط ضمن عقد تأدیه دین مدیون را معلق به عدم تأدیه او کند اشکالی ندارد.» مفهوم مخالف این ماده آن است که در غیر این صورت تعلیق مبطل است) (صراحت ماده ۶۹۹ ق.م.تعلیق نیز این برداشت را موجه می‌کند) یعنی تعلیق در غیر صورت شرط ضمن عقد خارج لازم به تأدیه، مبطل است (تعلیق در ضمن خود عقد به نفس ضمان باطل است). مفهوم مخالف ماده ۷۰۰ ق.م.تعلیق نیز به روشنی نشان می‌دهد که تعلیق در ضمان مبطل است. ماده ۷۰۰ مقرر می‌دارد: «تعلیق ضمان به شرط صحت موجب بطلان نمی‌شود» این فرض اصولاً تعلیق مصطلح نیست. اما مفهوم مخالف ماده به روشنی بیان‌گر آن است که تعلیق ضمان به غیر شرط صحت، موجب بطلان آن می‌شود. همان‌گونه که روشن است دو حکم صحت و بطلان، با یکدیگر، حداقل، تعارض اولیه دارند. ج: نظر خبرگان

یکی از دلائل اثبات یک ادعا، نظرات خبرگان آن حوزه در تأیید یا رد ادعا است. تقریباً تمامی حقوقدانان و شارحان قانون مدنی به وجود ابهام و تعارض در مواد ناظر به عقد معلق اذعان دارند. (رک: افتخاری، ۱۳۸۳: ۴۶؛ امامی، ۱۳۵۵، ج ۱: ۱۶۷؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۲؛ خوئینی، ۱۳۷۹: ۵۹؛ عدل، ۱۳۷۳، ش: ۵۰؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۷۳، ش: ۴۲؛ صفائی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۵۸؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۳۲؛ نوین، ۱۳۸۴: ۶۲ و...) چنان‌که محققانی که کتاب یا مقالاتی در این زمینه نگاشته‌اند نیز این نظر را تأیید می‌نمایند. (ر: افضلی قادری، ۱۳۸۴؛ حسینی مقدم، ۱۳۸۷؛ حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵؛ روشن، کرمی، ۱۳۹۱؛ وحدتی شبیری، حمیدی، ۱۳۹۹ و...)

۲.۱. نظریات حل ابهام

حقوقدانان ایران که با این دو دسته از مواد و ابهامات مواجه بوده‌اند برای حل این دشواری‌ها و ابهامات، تا کنون نظریاتی طرح مطرح نموده‌اند:

برخی موافق صحت عقد معلق در حقوق ایران هستند (مانند: امامی، ۱۳۵۵، ج ۱: ۱۶۷؛ عدل، ۱۳۷۳، ش: ۵۰؛ صفائی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۵۸؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۳۲؛ افتخاری، ۱۳۸۳: ۴۶ و...) اما مجبور شده‌اند موارد استثنائی و خاص را تعمیم دهند (مانند تعمیم احکام مواد ۳۲۷ و ۹۹۶) و قول چند فقیه مخالف را در مقابل مشهور قرار دهند در حالی که خود معترف هستند غالب فقهای مخالف نیز سرانجام فتوای به صحت عقد معلق

نداده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۵۷) یا فهرستی از حقوقدانان را ذکر کرده‌اند که همگی موافق عقد معلق هستند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۲)

برخی از حقوقدانان تفکیک بین تعلیق در انشا و منشا را مبنا قرار داده و تعلیق در منشا را می‌پذیرند. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۷۳، ش: ۴۲، نوین، ۱۳۸۴: ۶۲)

برخی دیگر نیز سرانجام ابراز تردید می‌کنند و در مسأله قائل به توقف هستند. (خوئینی، ۱۳۷۹: ۵۹) برخی از اساتید، مخالف صحت عقد معلق هستند (مانند بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۵) اما مواد و استدلال‌های دال بر صحت را نادیده نگاشته‌اند.

به نظر می‌رسد بر همه استدلال‌های موافق و مخالف خدشه وارد است. سخن آن نیست که عقد معلق در حقوق ایران باطل یا صحیح است (هرچند بعد از انقلاب و با توجه به اصل ۱۶۷ و مبهم بودن قانون ایران، قول بطلان خالی از قوت نیست) بلکه سخن آن است که قانون ایران در این زمینه مبهم است و نمی‌توان از آن حکم روشنی استخراج کرد و این اثبات ادعای اول مقاله است.

۲. ارائه و اثبات نظریه برگزیده

ادعای دوم و اصلی این مقاله آن است که علت اصلی ابهام و دشواری در تفسیر مواد ناظر به عقد معلق در ایران تفاوت بنیادین نسبت بین عقد و اثر آن در فقه امامیه و حقوق فرانسوی مدرن است؛ مقنن ایرانی تلاش داشته است تا این دو تلقی مخالف از نسبت عقد و اثرش را در قانون ایران «جمع» نماید و این منجر به وجود تعارضی بنیادین و غیر قابل حل در این زمینه شده است. برای اثبات این ادعا ابتدا اثبات می‌کنیم که در فقه امامیه، تفکیک بین عقد و اثر آن از سوی متعاملین غیرممکن است زیرا در فقه، عقد اصالتاً امری شرعی است، سپس اثبات می‌کنیم در حقوق فرانسه تفکیک بین عقد و اثرش از سوی متعاملین روا است، زیرا در حقوق مدرن عقد امری اعتباری صرف و وابسته به اراده متعاملین است. سرانجام تبیین می‌کنیم چگونه این دو در قانون ایران همجواری نامتجانسی را ایجاد کرده‌اند.

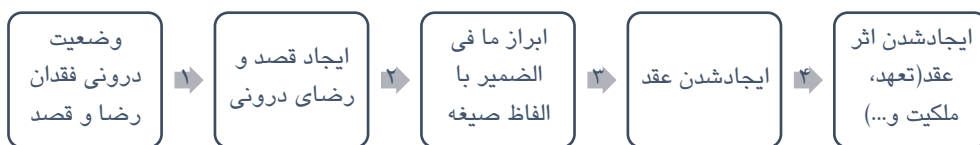
۲.۱. رابطه ضروری بین عقد و اثرش (فقه امامیه)

در این بخش به تعریف و احکام عقد معلق در فقه امامیه می‌پردازیم تا نشان دهیم در فقه کما بیش به تعریف روشن از عقد معلق وجود داشته و قول مشهور نیز در مورد حکم عقد معلق روشن است.

۲.۱.۱. مفهوم شناسی تعلیق و تنجیز در فقه

در یک تفکیک تحلیلی، متعاقدين برای ایجاد اثری حقوقی مانند ملکیت، مراحلی را طی می‌نمایند:

۱- فقدان یا تردید در انجام عمل حقوقی (فقدان شوق، یا میل درونی و فقدان قصد و رضا) ۲- وجود آمدن رضای درونی، شوق مؤکد و به تبع رضا و قصد (اراده) برای ایجاد عقد. ۳- ابراز اراده درونی با الفاظ. ۴- ایجاد شدن عقد با بیان الفاظ. ۵- ایجاد شدن اثر عقد به تبع ایجاد شدن عقد. (رک: کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱: ۲۲۱) یعنی بین ۵ مؤلفه، ۴ رابطه برقرار می‌گردد:



برای فهم مفهوم عقد معلق، باید دید متعاقدين، قصد دارند کدام رابطه را به تأخیر اندازند. روشن است که عقد منجز عقدی است که هر ۴ رابطه بلافاصله در آن ایجاد شود. متعاقدين، جازم بر عقد می‌شوند، امری را با رضای خود اراده می‌کنند، اراده را با لفظی ظاهر می‌نمایند، عقد ایجاد می‌گردد و اثرش نیز ایجاد می‌گردد. مانند آن که شخصی کتابی را بدون هیچ قید و شرطی به دیگری بفروشد و طرف مقابل نیز قبول نماید.

اما شقوق عقد معلق را می‌توان به صورت‌های زیر تصور نمود: ۱- طرف متعاقد، ایجاد «قصد و رضا» را مشروط می‌نماید (بالفعل، قصد یا رضا ندارد و هنوز در اصل ایجاد عقد مردد است): «اگر شاگرد اول بشوی، راضی خواهم شد خانه را به تو بیع کنم» (پدر هنوز تصمیمی برای بیع ندارد) (تعلیق در رابطه ۱) ۲- قصد و رضا بالفعل موجود است، اما ابراز آن مشروط می‌گردد: «اگر شاگرد اول بشوی، عقد بیع خانه را جاری خواهم کرد» (پدر واقعاً قصد دارد خانه را ببه کند، اما اجرای صیغه عقد را مشروط می‌کند). (تعلیق در رابطه ۲) ۳- قصد و رضا هست، صیغه نیز اجرا می‌شود، اما ایجاد «عقد» را مشروط می‌کند (تفکیک بین ایجاد صیغه و ایجاد شدن عقد): «این خانه را به تو فروختم، اما عقد بیع ایجاد نمی‌شود تا شاگرد اول بشوی» (تعلیق در رابطه ۳) ۴- قصد و رضا هست، صیغه نیز اجرا می‌شود، عقد نیز ایجاد می‌شود، اما اثر عقد مشروط شود: «خانه را به تو فروختم، اما ملکیت ایجاد نمی‌شود تا شاگرد اول بشوی». (تعلیق در رابطه ۴)

تتبع در آثار فقها بیان‌گر این مطلب است که در متون فقهی، به تمامی انواع مذکور، عقد معلق گفته می‌شود.^۱ عقد معلق عقدی است که بین سبب و مُسببش در هر مقطعی، طبق اراده متعاقدين، فاصله

۱- برخی اساتید حقوق سه قسم از اقسام بالا را عقد معلق نامیده‌اند: تعلیق در انشاء، تعلیق در منشأ (عقد) و تعلیق در اثر عقد. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۷۲، ش: ۴۱)

ایجاد شود. عقد معلق از منظر، معلق علیه نیز تقسیم شده است مانند معلق بودن عقد به شرط محتمل و مشکوک، به شرط قطعی، به وصف معلوم الحصول حالی و استقبالی، به مشکوک الحصول حالی و استقبالی، به مجهول الحصول استقبالی، به مشیت الهی، به مشیت افراد، به محال، به شروط اساسی عقد و... بین فقها در مورد این که کدام یک از اقسام معلق علیه، عقد را در اصطلاح تعلیقی می نماید اختلاف فراوانی وجود دارد. مثلاً برخی تعلیق بر هر وصفی را موجب تعلیق (و در نتیجه بطلان) می دانند (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۵۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۷: ۱۱۰ و...) اما برخی تعلیق بر وصف قطعی را تعلیق نمی دانند (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۲) یا تعلیق به شرائط اساسی معامله (مانند آن که بگوید این خانه را فروختم اگر عاقل و بالغ باشی) را تعلیق نمی دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲: ۲۵۳؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۹۶؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۴۷) یا مثلاً برخی تعلیق به امر قطعی الحصول استقبالی (این خانه را فروختم اگر جمعه بیاید) را تعلیق نمی دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳: ۱۹۸؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۳) اما برخی نیز آن را عقد معلق می دانند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق: ۲۲۵) اگر معلق علیه امری ناممکن باشد نیز قطعاً معامله معلق و باطل است. عقد مؤجل نیز با معلق فرق دارد؛ در عقد مؤجل حق یا ملکیت ایجاد و منتقل می شود اما زمان «اجرا» مؤجل می شود. (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۹۶ قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۲۹)

۲.۱.۲. حکم عقد معلق در فقه

طبق نظر مشهور فقهای امامیه تنجیز از شروط صحت معامله است و تمامی شقوق عقد معلق باطل است. (طوسی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۳۵۳، مسألة ۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲: ۲۵۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ۵۳۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰: ۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶ق، القاعده ۱۹۸: ۵۳۳ و...) مشهور فقهای امامیه بطلان را مطلقاً چه در انشاء و چه در منشاء می دانند و برخی نیز بر آن ادعای اجماع نموده اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۶۳؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۴۸؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۷۲، ش: ۴۱) غالب فقهای معاصر بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشاء تفکیک نموده اند و اولی را محال و دومی را ممکن دانسته اند. اما بر خلاف آن چه در کتب حقوقی به برخی از فقها نسبت داده می شود، به دلیل اجماع منعقد نظر مشهور را پذیرفته و فتوا به بطلان داده اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۷۲؛ الموسوی الخویی، بی تا، ج ۳: ۷۰؛ غروی نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۲۹۵؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ۴۲۹؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۹۱؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۳۳۶، عنوان ۴۸) به عبارتی حتی از

^۱ - و أما التنجیز فالظاهر أنه لا إشكال كما لا خلاف في عدم صحة غير المنجز، بل عن تمهيد القواعد الإجماع على ذلك...

^۲ - برای دیدن نقد ادله شیخ در مکاسب در دفاع از امکان تعلیق در منشاء رک: حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۵: ۳۵۲

هستند. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۷۰؛ حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ص ۲۳۰؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۵۰)

۲- در شرع، همه عقود موجب و سبب منشأ نیستند مانند شرط قبض در صحت یک عمل حقوقی یا در وصیت تملیکی که مرگ شرط ایجاد منشأ است لذا تملیک معلق به فوت موصی است و با این حال وصیت صحیح است. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ۵۳۳؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ۴۲۹؛ حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ص ۲۳۰)

۳- در عقد معلق رضای مورد نیاز برای صحت عقود وجود دارد ولی رضای بایع به تحقق معلق علیه وابسته است. (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۹۱)

۴- لزوم جزم در حال انشاء خود ادعائی بلا دلیل است. (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ۴۲۹؛ حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۵: ۳۵۰؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۵۰؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۵۰)

۵- کثرت وجود معاملات منجز دلیل بر انصراف سیره عقلاء در معاملات منجز نیست. (حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۵: ۳۵۰؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۵۰؛ حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ص ۲۳۰)

۶- وجود و پذیرش عقود معلق در نظامهای تقنینی از جمله قانون فرانسه و مصر و لبنان و... دلیل بر عدم وجود سیره عقلاء در مورد بطلان عقد معلق است. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۵۱؛ حسینی مقدم، ۱۳۸۷، ص ۲۳۱)

۷- اجماع فقها در مورد وکالت و وقف معلق است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ۳۹۹؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق: ۲۳۲) و نه مطلق عقد معلق.

اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی حجت نیست (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۹۱؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۵۳) و...

۴.۱.۲. تحلیل مبنایی چرایی بطلان عقد معلق

دلایل له و علیه، دلائلی فقهی هستند که منجر به بحث‌هایی تفصیلی شده‌اند. اما به نظر می‌رسد در یک فراتحلیل، اصل نزاع فقها بر سر یک مسأله بوده است: «آیا اجزاء عقد از نظر شرعی قابل تفکیک هستند یا خیر؟» آیا رابطه بین قصد انشاء، انشاء عقد، ایجاد عقد (ماهیت حقوقی) و آثار عقد، چگونه رابطه‌ای است و آیا قابل تفکیک هستند یا خیر؟ (حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵: ۳۰) به نظر می‌رسد مبنای فکری مشهور فقها در تحلیل عقد، تحلیل آن به مثابه یک ساختار و نهاد شرعی است، شارع بر این چهارچوب و ساختار (عقد) آثاری بار کرده است و اشخاص، نمی‌توانند این آثار را بر

اساس اراده آزاد و به دل خواه خود تغییر دهند و در آن تصرفی کنند. صاحب جواهر در تحلیل چرایی بطلان تعلیق در عقود به این علت اصلی اشاره نموده و فرموده‌اند: «لمنافاته ما دل علی سببیه العقد الظاهر فی ترتب مسببه علیه حال وقوعه، فتعلیق أثره بشرط من المتعاقدين دون الشارع معارض لذلك، بل هو شبه إثبات حکم شرعی من غیر أهله» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲: ۲۵۳) برای تقریب به ذهن، مثال عقد «نکاح» یا ایقاع «طلاق» بسیار راه‌گشا است. متعاقدين صیغه نکاح را جاری می‌کنند، بر فرض وجود تمامی شرایط صحت، این شارع است که اثر شرعی ذاتی عقد نکاح را بر این الفاظ حمل نموده، لذا به محض انعقاد نکاح، «محرمیت» حاصل می‌شود؛ طرفین نمی‌توانند توافق کنند، نکاح اکنون منعقد اما اثر آن یعنی محرمیت، مشروط به امری مانند قبولی زوجه در کنکور باشد. به محض جریان صیغه طلاق نیز، مفارقت شرعاً حاصل است و تعلیق اثر بر شرطی، شرعاً پذیرفته نیست. مهم آن است که از منظر فقها، تفاوتی بین نکاح و بیع از این حیث نیست. دقت در کلمات فقها نیز نشان می‌دهد که هر چند آنان رابطه بین اراده و قصد انشاء، انشاء عقد، ایجاد عقد (ماهیت حقوقی) و آثار عقد را به رابطه بین علت و معلول تشبیه نموده‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۲۳۵) اما آنان برای این امر امتناع عقلی به معنای امتناع فلسفی قائل نبوده‌اند. درست است که عقد، امری اعتباری است و در اعتباریات اموری جائز است که در روابط واقعی و خارجی جایز نیست، اما عقد، اعتبار شارع است و «شارع، عقد را علت تامه حصول اثر قراردادده است.» اگر شارع اجازه دهد که این آثار معلق یا مؤجل شود سخنی نیست، اما به جز برخی موارد خاص و استثنائی (مانند عقد فضولی و عقود بدون رضا) این مجوز صادر نشده است. به همین سبب است که صاحب جواهر (به عنوان مدافع نظر مشهور) قائل است: «بل لانه مناف لما هو المعلوم من الشرع من تسبیب هذه الصیغ و ترتب الآثار علیها بمجرد تمامها، فالتعلیق المقتضی لتأخر الآثار، و عدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك...» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳: ۱۹۸) بر خلاف ادعای برخی پژوهش‌گران که عقد را علت ناقصه آثارش می‌دانند (حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵: ۵۲)^۱ عقد، از منظر اعتبار و جعل شارع، علت تامه مسبب و اثرش است، هرچند این تمامیت در فضای اعتباری معنا می‌یابد. این ادعا که عقد همراه معلق علیه، تبدیل به علت تامه برای آثارش می‌شود و

۱- این پژوهش‌گران معتقدند در عقد معلق، متعاقدين، عقد را به گونه‌ای انشاء نموده‌اند که انشاء علت ناقصه است و برای تحقق منشأ، معلق علیه نیز باید منضم شده و علت تامه ایجاد و شیء واجب شده و محقق شود. (حیدری، تقدسی، ۱۳۹۵: ۵۲) اما اصولاً بحث بر سر امکان فلسفی نیست، بحث بر سر این است که متعاقدين چنین امکانی را از نظر شرعی (نه امکان وقوع خارجی - فلسفی) دارند که عقد را این گونه منعقد کنند یا خیر؟

موجد آثارش خواهد شد، صرفاً یک قیاس و دخالت در امری است که در اختیار مکلف نیست.^۱ شاید یکی از دلائلی که فقهای متأخر، تفکیک میان تعلیق انشاء و منشأ و قبول تعلیق در منشأ را پذیرفته‌اند، صرف‌الاعتبار دیدن عقد باشد. (به معنای اعتبار انسانی و صرفاً ذهنی). (مانند تحلیل استاد شهیدی: شهیدی، ۱۳۹۰: ۶۷، ش: ۳۸) که به روشنی تحلیلی مدرن از عقد است. از منظر مبانی فکری، فقها، سبب انتقال ملکیت را در ید شارع می‌دانستند زیرا، قائل به ولایت شارع بر انفس و املاک بودند. فقها نمی‌توانند بپذیرند نهادی که شارع برای آن اثری قرار داده است (مثلاً انتقال ملکیت در بیع) را مکلفین با اراده خود تغییر دهند و آن اثر و سبب را از علت و موجد آن (حتی در عالم اعتبار) جدا نمایند زیرا این جعل، جعلی انسانی نیست بلکه وضع شده از سوی خود شارع یا از سوی مأذون از شارع است.

۲.۲. رابطه اعتباری بین عقد و اثرش (حقوق فرانسه)

از آن روی که حقوق ایران، در چیستی و حکم عقد معلق، متأثر از دو رویکرد فقهی و فرانسوی است و خواهیم دید که تردید قانون مدنی ایران در این مورد، ناشی از تردید میان بطلان فقهی و صحت فرانسوی است؛ لذا مروری بر تعریف، احکام و علت صحت عقود معلق در نظام حقوق فرانسوی ضروری می‌نماید تا یکی از ریشه‌ها و پایه‌های حقوق ایران مشخص شود. دکتربین و قانون مدنی فرانسه قراردادها را به انواع بسیار متنوعی تقسیم‌نموده است مانند دوجانبه (معوض)، یک‌جانبه، معاوضی، تبرعی، مسمی و غیر مسمی و... قانون مدنی فرانسه، تعهداتی که به نوعی دارای عدم قطعیت هستند را به رسمیت شناخته است مانند تعهدات معلق (یا مشروط) شامل شرط تعلیقی و شرط فاسخ، تعهدات مؤجل، تعهدات تخییری، تعهدات همراه با شرط جزائی و... (برای دیدن شرح مختصر و کلاسیکی از این مواد رک: Ghestin, Larombière, 1862: 16؛ Bénabent, 1991, n: 15؛ 1993, n: 13؛ Molitor, 1851: 22)

قانون مدنی قدیم فرانسه ماده ۱۱۶۸ به بعد را به تعهدات مشروط اختصاص داده بود، مفهوم تعهدات مشروط طبق تعریف شرط در نظام حقوقی فرانسوی به مفهوم تعلیق بسیار نزدیک است. طبق ماده

^۱ - شیخ انصاری نیز اصلی‌ترین مناقشه خود را روی همین ادعا برده است، او اشکال می‌نماید که مدلول شرعی و عرفی عقودی مانند بیع، صرف ایجاد ملکیت است، این مدلول اعم از ملکیت معلق و ملکیت منجز است. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۷۲) شیخ هرچند وجود ادله عمومی را برای توقیفی بودن عقود کافی می‌داند (به معنای ترتب شرعی آثار عقد بر انشاء آن) اما معتقد است توقیفی بودن عقود و علت تأمه عقد بودن برای آثارش، منافاتی با تعلیق ندارد زیرا ممکن است شارع عقد را معلق اعتبار فرموده باشد. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۷۳) اما مشهور فقها، چنین فهمی از عقود نداشته‌اند و عقد را سبب تأمه و فوری اثرش می‌دانستند.

۱۱۶۸ قانون مدنی قدیم فرانسه:

«تعهد هنگامی مشروط است که وقوع آن متوقف بر حادثه‌ای آتی و محتمل الوقوع باشد...»^۱ موادّ بعدی انواع تعلیق (شرط) را احصا نموده بود. شرط اتفاقی (متوقف بر بخت)، شرط تعلیق اختیاری (معلق به انجام کاری از سوی یکی از طرفین)، شرط مختلط (وابسته به اراده یکی از طرفین و ثالث) از انواع این شروط هستند. اما از مهم‌ترین شروط این قانون، شرط تعلیقی است. ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی قدیم مقرر می‌داشت:

«تعهد پذیرفته شده تحت شرط تعلیقی، تعهدی است که بر واقعه‌ای آتی و محتمل الوقوع یا بر واقعه‌ای در حال وقوع که طرفین از آن بی‌اطلاع هستند (و آن را محتمل الوقوع می‌دانند) متوقف باشد. در حالت نخست عقد پس از تحقق شرط دارای اثر خواهد بود و در حالت دوم تعهد از زمان تشکیل دارای اثر خواهد بود.»

در قانون جدید اصلاحی سال ۲۰۱۶م، این مقررات با اصلاحاتی تکرار شد، ماده ۱۳۰۴ ق.م.ف مواد ۱۱۶۸، ۱۱۸۱ و ۱۱۸۳ قانون قدیم را ادغام و خلاصه‌سازی نمود. طبق این ماده: «تعهد زمانی مشروط است که به یک رویداد آینده و غیر قطعی بستگی داشته باشد. شرط زمانی تعلیقی است که تحقق آن، تعهد را خالص و ساده نماید...»^۲ (به زبان فقهی، یعنی با رفع شرط، عقد منجز شود) قانون جدید، در مواد ۱۳۰۴-۳ و ۱۳۰۴-۵ و ۱۳۰۴-۶ مقررات عقد معلق را توضیح داده است، از جمله تأکید نموده است که با عدم تحقق معلق علیه، عقد گویی از ابتدا وجود نداشته است (باطل است) و برای شخصی که مانع از تحقق معلق علیه شود ضمانت اجرا و مجازات تعیین نموده و برای شرط معلق، آثار حقوقی پیش‌بینی نموده است.^۳

در توضیح این مواد حقوقدانان فرانسوی همگی از صحت شرط تعلیقی سخن گفته‌اند.

Bénabent, 1991, Mazeaud(s), 1955, T:II: V: I, n: 1039 et 1027; Larombière, 1862: 320

317 n: ; Aynès, 2015. p. 37 ; Latina, 2015, p. 181) حقوقدانان فرانسوی به صورت خاص شرط را در معنای زیر به کار می‌برند: «وابسته نمودن تشکیل یا انحلال یک رابطه حقوقی به تحقق

^۱- Article 1168: L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain...

^۲- Art. 1304.- L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain. La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.

^۳- برای دیدن جداول مقایسه‌ای و توضیحات قانون جدید رک: Gaylor, 2019, p. 188 ; Dadoun, 2021, P. 52 ; Lecourt, 2019, p. 13 ; Cabrol et Ribeyrol, 2018, p. 33 ; Belloir, 2016. p.78 ;

یک واقعه آتی و محتمل الوقوع (غیر قطعی)» (Colin et Capitant, 1932, T:II: 193, n: 563) عمل حقوقی معلق همواره محتمل و غیر قطعی است لذا اگر تعهد، معلق به یک امر قطعی شود این تعلیق نخواهد بود. (Weill et Terré, 1980: 974, n: 891) لذا است که در قسمت دوم ماده ۱۱۸۱ قانون قدیم، تعلیق به امری قطعی را به شرطی می پذیرفت که طرفین از قطعیت آن نا آگاه باشند (ملاک شخصی در عدم احتمال) هر چند به صورت واقعی و عینی آن شرط غیر قطعی نباشد. مثال معروف تعهد معلق آن است که: من این خانه را به تو فروختم اگر تو در انتخابات دیروز به نمایندگی انتخاب شده باشی. (Colin et Capitant, 1932, T:II: 193, n: 56) در ضمن اگر معلق علیه امری باشد که حتماً واقع خواهد شد اما زمان آن مجهول باشد نیز از مصادیق تعلیق نخواهد بود؛ مانند آن که کسی بگوید من به تو هزار فرانک می دهم اگر فلان شخص بمیرد. (Weill et Terré, 1980: 974, n: 891) این تعهد به هر حال روزی تحقق خواهد شد و دارای اثر خواهد بود. این شرط، این قرارداد را مؤجل می کند و نه معلق و تفاوت قرارداد مؤجل آن است که با انشاء عقد آثار آن به تمامی ایجاد می شود تنها اجرای آثار تعهد به زمانی موکول می شود. (Weill et Terré, 1980: 974, n: 891) در مواردی نیز که طبیعت یک عمل حقوقی معلق به تحقق امری است، مورد از موارد شروط تعلیق نخواهد بود مانند آن که میراث محقق نخواهد شد مگر آن که ارث گذار دارای ترکه ای باشد. به هر ترتیب قراردادهائی چون «من به شما ده فرانک هبه کردم اگر ازدواج کنید» از مصادیق شرط تعلیقی هستند زیرا تعهد متولد نمی شود مگر آن که آن واقعه محقق شود و تا قبل از آن تعهد معلق و «با در هوا» است.

حقوقدانان فرانسه در صحتّ این دست از شروط تعلیقی شکی نداشته و اشکالی نکرده‌اند. (Colin Terré et al, 2005: ؛Weill et Terré, 1980: 975, n: 892 ؛et Capitant, 1932, T:II: 193,n:56 ؛Larombière, 1862: 320 ؛Mazeaud(s), 1955, T:II: V: I, n: 1039 et 1027 ؛1159, n: 1218 (Rabu, 2019, p. 188 ؛Bénabent, 1991, n: 320

هرچند حقوقدانان فرانسوی صحت این عقود را چنان بدیهی دانسته‌اند که در چرایی صحت آن بحثی نکرده‌اند اما به نظر می‌رسد علت بنیادین و فلسفی صحت این عقود در نظام فرانسه «اعتبار»ی دیدن ماهیت عقد و نبود هیچ محذور عقلی و عقلانی در اعتبار تعهد به صورت معلق است. «تعهد» ناظر به روابط حقوقی دو فرد (سوژه) است و آن دو فرد «عاقل»، با اختیار خود روابط بین خود را بر اساس آزادی اراده سامان می‌دهند و قانون حاکم بر خود را مشخص می‌کنند (قرارداد قانون حاکم بر طرفین است) تعهد و عقد موجب آن، اصولاً «برساخت» اراده طرفین است، آنان می‌توانند

با توجه به تقریری که از دو نظام فقهی و حقوقی ارایه شد می‌توان نتیجه‌گرفت ریشه بنیادین ابهام حوزه تقنینی عقد معلق، دوگانگی روی‌کرد نظام حقوقی ایران به مفهوم عقد و به ویژه دوگانگی در حدود و میزان آزادی اراده در تعیین «ماهیت» چهارچوبه عقد است؛ این دوگانگی نیز به نوبه خود ریشه در دوگانه ریشه‌ای تر شرعی یا عرفی دیدن عقود دارد. آیا متعاقدين می‌توانند با اراده آزاد خود، بین الفاظ و ایجاد عقد، یا بین عقد ایجاد شده و اثر ذاتی آن، تفکیک و تعلیق ایجاد نمایند؟ پاسخ این پرسش منوط به دست‌یابی به پاسخ این پرسش بنیادین است که آیا عقد ماهیتی شرعی و توقیفی دارد یا متعاقدين در تعیین چگونگی تأثیر آن، اراده مطلق دارند؟ نظام حقوقی ایران، تا نتواند پاسخی روشن و مورد قبول حقوقدانان و فقها برای این پرسش‌های بنیادین فراهم نماید، امکان حل تعارضات روبنایی مواد ناظر به عقد معلق را ندارد. اما نکته آن است که فراهم نمودن چنین بنیاد مورد وفاقی بسیار مشکل است؛ زیرا جمع بین روی‌کرد توقیفی بودن عقود در فقه با روی‌کرد بر ساخت صرف بودن عقود بر اساس آزادی اراده‌های انسانی در نظام حقوقی فرانسه کاری دشوار می‌نماید. راه حل اساسی حل معضله ابهام مفهومی و حکمی عقد معلق در ایران، به دست دادن یک نظریه مقبول در دکترین در نسبت بین اراده شارع و اراده متعاقدين است، یعنی نوعی جمع میان توقیفی دیدن عقود و روی‌کرد لیبرالیستی به عقود. این جمع، در گام اول متمنع می‌نماید؛ اما تجربه

تقنینی ایران در سده گذشته نشان داده است که ضرورت‌های میدانی، به تدریج نظریات را اصلاح می‌نماید. شاید در طول سال‌های آینده، فقهای معاصر به سمت این جمع بروند که خود شارع به متعاقدان این اذن را داده است تا اثر ذاتی عقد را به تعویق بی‌اندازند؛ البته این تفسیر در موارد احتیاط، مانند عقد نکاح مقبول نیست و طرفین نمی‌توانند اثر ذاتی عقد نکاح را که «محرمیت» است از اجرای صیغه به تأخیر انداخته و آن را تعلیق به تحقق امر دیگری نمایند؛ اما در عقود عرفی‌تر، به ویژه عقودی چون عقد صلح و به ویژه عقود غیر مسمی و غیر معین، این اختیار بیشتر خواهد بود، چه گویی طرفین خود عقد را ساخته‌اند و می‌توانند اثربخشی آن را نیز منوط و معلق به امر دیگری نمایند، چرخش نظر فقهای معاصر در پذیرش شرعیت عقودِ مختصره و شروط ابتدایی؛ بر خلاف نظر مشهور؛ خود گویای وجود چنین ظرفیتی در فقه معاصر امامیه است. هر چند نویسنده این تغییر را درست نمی‌داند و معتقد است ادله شرعی، دلالت دارند که عقود توقیفی و اثر آن‌ها شرعی است؛ قول توقیفی بودن عقود و بطلان عقد معلق، با کلیت فضای حاکم بر مبانی هستی‌شناختی دینی و تعلیق مالکیت همه جهان به خداوند متعال، سازگارتر است و حق تصرف عینی و حقوقی آدمی را در طبیعت و دیگر انسان‌ها محدود می‌کند و رشدی پایدارتر از وضعیت مدرن را نوید می‌دهد؛ اما به هر حال در دروان غلبه حقوق مدرن این چرخش‌ها، ضروری و لابد خواهد بود.

۲.۳.۲. راه حل عملی

تحقق راه حل بنیادین، زمان‌بر و همراه با تنش‌های بنیادین بین جریان‌های حقوقی و فقهی است؛ اما دکترین وظیفه دارد، مشکلات عملی نظام حقوق را به نحو موقت و عملی نیز حل نماید و برای مشکلات، حداقل راه‌حل‌های عاجلی نیز ارائه دهد. می‌دانیم که در فقه و حقوق، عقود تابع قصد طرفین هستند (العقود تابعة للقصد) (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ج ۲، ۳۶۷) بر پایه کبرای این قاعده فقهی، شکی نیست که عقدی ایجاد می‌شود که مورد قصد و سپس انشای متعاملین قرار گرفته است؛ آن‌چه در جهان اعتباری حقوقی ایجاد می‌شود، همان قصد ابراز شده طرفین است؛ و عقد تابع قصد واقعی طرفین است؛ راه حل عملی را می‌توان در تطبیق عقد معلق بر صغرای این قاعده یافت؛ توضیح آن‌که پیشنهاد عملی که برای حل معضله عقد معلق به ذهن می‌رسد آن است که در غالب موارد «قصد واقعی» طرفین، صرفاً منوط و مشروط کردن امری بر امر دیگری است؛ در واقع طرفین اثری حقوقی را اراده کرده‌اند اما تحقق آن را مشروط به امر دیگری می‌نمایند؛ در عمل این اراده، «تعلیق» به معنای عام است؛ اما طرفین غالباً تصریح نمی‌کنند که «عقد معلق» انشاء می‌کنند؛ به نظر می‌رسد می‌توان در موارد عدم تصریح، اراده طرفین را به گونه‌ای تفسیر نمود که عقد معلق به معنای

خاص آن یعنی معلق کردن اثر ذاتی و اصلی عقد به امری بیرونی ایجاد نشود تا به موانع مفهومی و حکمی قانون مدنی ایران برخورد نماید، برای تحقق این تفسیر دو راه حل وجود دارد:

راه حل اول تفسیر اراده طرفین به «تعهد به ایجاد عقد» در این تفسیر، دادرس، الفاظ مبهم عقد را در واقع، باید آن‌چنان تفسیر نماید که اراده طرفین نه ایجاد عقد معلق، بلکه تعهد به انعقاد عقد منجز و قطعی در صورت تحقق شرط باشد. با این تفسیر آن‌چه منعقد شده است، یک تعهد مستقل منجز است که موضوع آن انعقاد عقد در آینده به شرط تحقق امر مشروط است و نه عقد معلق اصطلاحی.

راه حل دوم تفسیر مفاد عقد به ایجاد عقد منجز و مشروط کردن «اجرای» عقد به امر مشروط است؛ در واقع تفسیر به الفاظ قرارداد به «تعهد به اجرای عقد» عقد را ایجاد شده و اثر آن را نیز منجز و موجود می‌داند (مانند انعقاد عقد بیع و ایجاد مالکیت) اما از اجرایی اثر ذاتی را منوط به شرطی می‌نماید مانند آن‌که تصرف مالکانه را مشروط به امری نماید؛ در این تفسیر از آن روی که تحقق خود مالکیت به امری معلق نشده، عقد معلق نیست و مشکلات عقد معلق را به همراه نخواهد داشت. به عنوان مثال، یک طرف، تعهد می‌نماید که با تحقق امری، در آینده، عقد بیع را انشاء نماید (تعهد به فعل انشاء عقد بیع) یا عقد بیع تشکیل اما اجرای آن به تحقق شرطی، مشروط شود.

بر پایه این پیشنهاد، در عقود که الفاظ دلالتشان بر وقوع عقد معلق، قطعی نیست، دادرس مفاد قرارداد را باید به گونه‌ای تفسیر نماید که عقد منجز شکل گرفته، موجب تعهد به انعقاد «عقد» باشد نه عقد معلق، یا عقدی مؤجل، باشد. در حال حاضر، تفسیر اراده طرفین و تحلیل آن به تعهد به انعقاد عقد، یا عقد مؤجل، به جای انعقاد عقد معلق، تنها راه شرعی و قانونی، تصحیح این دست اعلام اراده‌ها است. روشن است که در مواردی که تصریحی بر انعقاد عقد معلق وجود دارد یا الفاظ به گونه‌ای غیر قابل تفسیر ادا شده است، چنین راه حلی ممکن نیست.

جمع‌بندی

عقد معلق، عقدی است که متعاقدين، با اراده خود بین اجزاء آن فاصله ایجاد می‌نمایند، حال یا در اصل ایجاد قصد و رضای باطنی، یا در بیان آن، یا بین جاری نمودن الفاظ و ایجاد عقد یا بین ایجاد عقد و اثر بخشی آن. مرسوم‌ترین نوع تعلیق، تعلیق بین عقد و اثر است، به عنوان مثال، متعاقدين اراده می‌کنند و عقد بیع را منعقد می‌کنند، اما حصول مالکیت را به وقوع امری، معلق می‌نمایند. مشهور فقهای امامیه عقد معلق را در تمامی شقوق، باطل می‌دانند، یافته مقاله حاضر آن است که علت اصلی این بطلان، شرعی و توقیفی دیدن عقود نزد فقها است؛ فقها عقد را چهارچوبی شرعی می‌دانند که هر چند در جهان اعتبار منعقد می‌گردد و امکان فلسفی و عقلی تفکیک بین اثر و مؤثرش ممکن

است، اما شارع چنین اجازه‌ای نداده است، مهم‌ترین مثال برای توضیح این روی‌کرد عقد نکاح است، متعاقدين نمی‌توانند، بین وقوع نکاح و ایجاد محرمیت، فاصله و شرطی قرار دهند. حدود آزادی اراده متعاقدين تا این میزان نیست. اما در حقوق فرانسه، عقد معلق، مطلقاً صحیح است زیرا عقد، بر ساختی از سوی دو اراده آزاد (سوژه) است، اراده‌های آزاد می‌توانند بین هر قسمت از عقد جدائی اندازند زیرا عقد موجودی مطلقاً اعتباری است.

در حقوق ایران، وضعیت عقد معلق، روشن نیست و دلائل طرف‌داران صحت و بطلان، هر دو، قابل مناقشه است. علت این ابهام، تردید مقنن ایرانی در تعریف مفهوم عقد، حدود آزادی اراده متعالمین و توقیفی یا عرفی دیدن ذات عقد است. تا نظام حقوقی ایران بر سر این بنیادها به تفاهم نرسد، امکان اصلاح مواد (روبنا) را نخواهد داشت.

برای حل عملی و تصحیح عقودی که اشخاص منعقد می‌نمایند و تحقق اثری حقوقی را به امری مشروط می‌نمایند می‌توان پیشنهاد داد: در غالب موارد، متعاقدين، تنصیص و تصریحی بر این که عقدی «معلق» منعقد نموده‌اند ندارند، بلکه غایت نهائی طرفین، در واقع مشروط نمودن تحقق اثری حقوقی بر امر دیگری است. در این موارد که الفاظ طرفین قابلیت تفسیر دارد، قاضی می‌تواند برای دوری از مشکلات مفهومی و حکمی عقد معلق و عدم برخورد متعالمین با نهاد حقوقی پر چالش عقد معلق، به نحوی اراده متعالمین را تفسیر نماید که عقد معلق، تشکیل نشود بلکه، الفاظ آنان یا به «تعهد به ایجاد عقد» یا به «تعهد به اجرای عقد» تفسیر گردد.

منابع

۱. افتخاری، جواد (۱۳۸۲). حقوق مدنی (۳): کلیات عقود و حقوق تعهدات (نظری و کاربردی)، تهران: میزان.
۲. افضل‌ی قادری، فریبا (۱۳۸۴). بررسی احکام و آثار عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه، مجله فقه و حقوق خانواده، (۳۷ و ۳۸)، بهار و تابستان، صص. ۱۶۴-۱۲۸.
۳. امامی، حسن (۱۳۵۵). حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. ایزدی فرد، علی اکبر؛ ابهری، حمید؛ هاشمی، جواد (۱۳۹۰). اثر عقد معلق پیش از تحقق معلق علیه، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، (۲۴)، تابستان، صص. ۲۶-۹.

۶. باجلان فرزانه، شراعی، الهام (۱۳۹۸). بررسی حقوقی ایجاب معلق، مجله فصلنامه حقوقی قانون یار، (۳، ش. ۱۰)، تابستان، صص. ۳۱۷-۳۳۰.
۷. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی، تهران: گنج دانش.
۸. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادهای، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق). تمهید القواعد الأصولية و العریبة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۰. حسینی روحانی، سید صادق (بی تا). فقه الصادق علیه السلام، ۲۶ جلد، قم: بی جا.
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۲). تعلیق در عقود و ایقاعات، مجله فقه، (۳۶)، تابستان، صص. ۱۸۷-۲۵۱.
۱۳. حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۷). تعلیق در قراردادهای، قم: بوستان کتاب قم.
۱۴. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۶. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۷. حیدری، سیروس؛ تقدسی، عبدالله (۱۳۹۵). تبیین فلسفی عقد معلق، مجله مطالعات حقوقی، (۸ ش. ۱)، بهار، صص. ۲۹-۵۶.
۱۸. خوئینی، غفور (۱۳۷۹). حقوق تعهدات: تحلیل فقهی حقوقی، تهران: زهد.
۱۹. روشن، محمد، کرمی، سعید (۱۳۹۱). تأملی انتقادی - تحلیلی بر مبانی نظری عقد تعلیقی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)، مجله پژوهش نامه متین، (۵۷)، زمستان، صص. ۱۰۲-۸۷.
۲۰. شرافت پیما، محمدرضا، نیکفرجام، فرزانه (۱۴۰۰). وجوه افتراق عقد معلق و عقد مشروط از لحاظ ماهیت، شرایط و آثار، مجله رهیافت های نوین در مطالعات اسلامی، (۹)، زمستان، صص. ۱۹۹-۲۱۰.
۲۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). تشکیل قراردادهای و تعهدات (حقوق مدنی جلد اول)، تهران: مجد.
۲۲. صفائی، سید حسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادهای، تهران: نشر میزان.

۲۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

۲۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۱ق). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۵. عاملی، محمد بن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد، قم: کتابفروشی مفید.

۲۶. عبداللهی، پرستو (۱۴۰۰). وجوه تشابه و تفاوت عقد معلق و عقد احتمالی، مجله علوم انسانی و اسلامی در هزاره سوم، (۳، ش. ۱)، تابستان، صص. ۴۱-۵۰.

۲۷. عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی، تهران: بحرالعلوم.

۲۸. علوی، سید محمد تقی (۱۳۸۴). بررسی فقهی و حقوقی عقد معلق، مجله علامه، (۷)، پاییز، صص. ۱۴۳-۱۶۶.

۲۹. علی آبادی، علی (۱۳۹۳). عقد معلق در قانون مدنی و اثر تعلیق به شرایط صحت، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، (۱۱)، پاییز و زمستان، صص. ۱۹۱-۲۱۰.

۳۰. غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المكتبة المحمدیه.

۳۱. غروی نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۳۲. قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۹۳). حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات نظری و کاربردی، تهران: دادگستر.

۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، انعقاد و اعتبار قراردادها، ضمانت اجرای شرائط اساسی معامله، نظریه بطلان و عدم نفوذ، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۳۵. محقق داماد، سید مصطفی، و همکاران (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، تهران: سمت.

۳۶. محمدی، نعیمه سادات، یزدانیان، علیرضا، الشریف، محمد مهدی (۱۴۰۱). تأملی بر وضعیت عقد معلق در حقوق ایران و فرانسه، دانشگاه تربیت مدرس، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، (۲۶، ش. ۲)، تابستان، صص. ۱۲۳-۱۴۴.

۳۷. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). العناوین الفقہیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰). القواعد الفقہیة، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
۳۹. الموسوی الخمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۴۰. الموسوی الخوی، سید ابو القاسم (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی، بی جا.
۴۱. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۴۲. وحدتی شبیری، سید حسن؛ حمیدی، محمد مهدی (۱۳۹۹). وضعیّت حقوقی عقد معلق با تعهد به ایجاد معلق علیه، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، (۲۲)، بهار و تابستان، صص. ۳۹۵-۴۱۲.
۴۳. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۸). ویژگی‌های معلق علیه در فقه، حقوق ایران و فرانسه. مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، (۱)، پاییز و زمستان، صص. ۱۴۱-۱۶۱.
۴۴. یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). حاشیة مکاسب (للیزدی)، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
45. Aynès, A. (2015). Terme et condition : simplification du régime de la condition et consolidation de celui du terme, Dr. et patr. n° 249, juillet-août, 37-47.
46. Belloir, Caux Brigitte (2016). Le droit des successions et des libéralités en schemas, Paris: Editions Ellipses.
47. Bénabent, Alain (1991). Droit civil: les obligations, Paris: Montchrestien.
48. Cabrol, Pierre et Ribeyrol, Monique. (2018). Leçons de Droit des obligations, Paris: Ellipses.
49. Colin, Ambroise, Capitant, H (1932). Cours elementaire de Droit Civil Francais, T: 2, 7em edition, Paris: Dalloz.
50. Dadoun, Armand (2021). Le droit des obligations en cartes mentales, Paris: Ellipses.
51. Gaylor, Rabu. (2019). Droit des obligations , Paris: Editions Ellipses.
52. Ghestin, Jacques (1993). Traité de droit civil: La formation du contrat, Volumes 1-2: Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
53. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap1/sect1-obligation-conditionnelle/>
54. Larombière, Léobon (1862). Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
55. Latina, M. (2015). Le nouveau régime des obligations conditionnelles (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, 5e journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et aliï, Société de législation compare, 181- 195.
56. Lecourt, Arnaud. (2019). Fiches de droit des obligations, Paris: Editions Ellipses.

57. Mazeaud (s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François. (1995). Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Paris: Publisher Montchrestien.
58. Molitor, Philippe (1851). Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français, Volume 1 n, Paris: Librairie générale de H. Hoste
59. Terré, Francois; Simler, philippe ; Lequette, Yves (2005). Droit civil - Les obligations, 10e édition, Paris: Dalloz.
60. Weill, Alex. Terré, François (1980). Droit civil:les obligations, Dalloz.