

Original Article: Examining the relationship between the termination clause and the sale clause in islamic jurisprudence and french law

Fereshteh Ebrahimabadi ^{1,*}, Ali Taghi Khani ², Tahereh Farmanesh ^{3,*}

¹ Ph.D in theology, jurisprudence and fundamentals of Islamic law, University of Sistan and Baluchistan, Sistan and Baluchistan, Iran

² Assistant Professor of Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran

³ PhD in Theology, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University, Mazandaran, Iran



Citation Fereshteh Ebrahimabadi, Ali Taghi Khani, Tahereh Farmanesh, **Examining the relationship between the termination clause and the sale clause in islamic jurisprudence and french law.** *J. Law Political Stud.*, 2023, 3(4), 276-290.

<https://doi.org/10.48309/ilps.2023.4.4>



Article info:

Received: 27 September 2023

Accepted: 20 December 2023

Available Online: 23 December 2023

ID: JLPS-2311-1104

Checked for Plagiarism: Yes

Keywords:

Rescission condition, condition sale, transactions with the right of restitution, dissolution of contract, French law

ABSTRACT

The dissolution of contracts has many reasons. Some of the reasons for dissolution of contracts in Iranian and French law cause the termination of the transaction. Sale is a condition and condition is rescinded. In French law, the condition of rescission is similar to the option of a condition. It has not been done. Therefore, by using the descriptive-analytical method and by referring to the library and checking the available sources, we conducted a research in this field that basically what is the ratio between the condition of rescission and sale of the condition in the two laws. After the investigations, it was found that the condition of sale and the condition of cancellation are similar to each other in terms of the transfer effects on the sale and the price, but they are different in terms of authenticity and legitimacy in terms of narrative evidence, however, it seems that the legitimacy of the condition of cancellation Based on specific evidence indicating the condition of sale, it can be proved with a little tolerance. It was also found that the scope of influence and the possibility of cancellation of transactions based on the cancellation condition is more than the selling condition. In fact, the limits of authority to terminate the transaction in the sale of the condition are only in the seller's power and limited to the condition of transfer of the price, while in the condition of termination, the parties can cancel and there is no limit of transfer based on the condition of the price.

*Corresponding Author: fereshteebrahimabadi@gmail.com (Fereshteh Ebrahimabadi)

8 | مقاله پژوهشی: بررسی نسبت شرط فاسخ با بیع شرط در فقه اسلامی و حقوق

فرانسه

فرشته ابراهیم آبادی^{۱*}، علی تقی خانی^۲، طاهره فرمنش^۳

^۱ دکتری الهیات، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، سیستان و بلوچستان، ایران

^۲ استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران


^۳ دکتری الهیات، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

Use your device to scan and read the article online



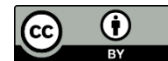
ارجاع فرشته ابراهیم آبادی، علی تقی خانی، طاهره فرمنش، بررسی نسبت شرط فاسخ با بیع شرط در فقه اسلامی و

حقوق فرانسه، نشریه حقوق و مطالعات سیاسی، دوره ۳، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۲: ۲۹۰-۲۷۶.

 <https://doi.org/10.48309/jlps.2023.4.4>

چکیده

انحلال قراردادها دارای اسباب متعددی است برخی از اسباب انحلال قراردادها در حقوق ایران و فرانسه که سبب فسخ معامله می‌شود بیع شرط و شرط فاسخ است در حقوق فرانسه شرط فاسخ با خيار شرط دارای شباهت است؛ اما پیرامون موضوع بیع شرط و شرط فاسخ مطالعه و بررسی موردی صورت گرفته است. از همین رو با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای و بررسی منابع موجود، پژوهشی در این زمینه انجام دادیم که اساساً نسبت میان شرط فاسخ با بیع شرط در دو قانون چگونه است. پس از بررسی‌های انجام شده، مشخص شد که بیع شرط با شرط فاسخ از حیث آثار انتقالی بر مبیع و ثمن با یکدیگر دارای شباهت هستند؛ ولی در مبانی صحت و مشروعیت از حیث ادله روایی دارای تفاوت هستند، منتها به نظر می‌رسد که مشروعیت شرط فاسخ را بر اساس ادله خاص دلالت‌کننده بر بیع شرط با اندکی تسامح می‌توان به اثبات رسانید. همچنین مشخص شد که دامنه نفوذ و امکان فسخ معاملات بر اساس شرط فاسخ بیش از بیع شرط است. در واقع حدود اختیارات بر فسخ معامله در بیع شرط تنها در اختیار بایع و محدود به شرط انتقال ثمن است درحالی‌که در شرط فاسخ طرفین می‌توانند فسخ نمایند و محدودیت انتقال بر اساس شرط ثمن در آن وجود ندارد.



اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۵ مهر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش: ۲۹ آذر ۱۴۰۲

تاریخ آنلاین شدن: ۲ دی ۱۴۰۲

آی دی مقاله: JLPS-2311-1104

بررسی شده با نرم افزار سرفت ادبی: بله

کلیدواژگان:

شرط فاسخ، بیع شرط، معاملات با حق استرداد، انحلال عقد، حقوق فرانسه

مقدمه

انحلال عقد است. بلاشک عوامل متعددی بر این امر تأثیرگذار است، یکی از ابهام‌برانگیزترین این عوامل مربوطه به شروطی است که ضمن عقد لحاظ می‌شود. این شروط گاه در درجه‌ای از اهمیت هستند که می‌توانند سبب انحلال عقود معاوضی شوند. این نگرش ابهام‌زا از آنجا نشئت می‌گیرد که برای عقد دودسته شروط معرفی نموده‌اند که موجب انحلال آن می‌شوند، دسته اول شروطی هستند که عدم رعایت آن‌ها می‌تواند موجب فسخ عقد گردد، این شروط غالباً جزئی از ماهیت عقد

گسترش روابط تجاری در بین جوامع مختلف بر اساس نیازهای اولیه انسان شکل می‌گیرد. صرف نظر از اینکه قواعد مربوط به دادوستد و معاملات تجاری در جوامع مختلف با یکدیگر متفاوت بوده و متأثر از حقوق موضوعه یا قواعد دینی و عرفی آن کشور است، در کشورهای اسلامی این مسئله تا حد زیادی بر اساس فرامین شرعی شکل می‌گیرد. یکی از مسائلی که در بیع مطرح می‌شود مسائل شکلی مربوط به نحوه

محسوب می‌شود که عدم برآورده کردن آن همانند عدم انعقاد عقد از ابتدا دسته دوم شروطی هستند که می‌توانند داخل و یا خارج از ماهیت عقد بوده لکن وابسته به شرط تنجیز عقد باشند، در این صورت هر زمان که آن شروط اعمال نشوند عقد خودبه‌خود فسخ شده و دیگر دارای آثار تبعی نخواهد بود.^۱ این دسته شروط در بیان فقها بنام «بیع الخيار» مورد شناسایی است، لکن برابر با این مفهوم، امروزه به تبع حقوق موضوعه کشورهای مختلف که ارتباطات تجاری و اقتصادی با دولت‌های اسلامی دارند مفهوم دیگری نیز وارد حوزه فقهی شده است که از آن بنام «شرط فاسخ» یاد می‌شود. نکته مهم آن است که شرط فاسخ اساساً دارای پایگاه فقهی محکمی در نزد فقهای اسلامی نمی‌باشد؛ اما لزوم ارتباطات تجاری باعث شده است تا فقها تلاش نمایند ریشه‌هایی فقهی برای آن تعیین نمایند. در این پژوهش همت خود را بر آن نهاده‌ایم تا ابعاد نظری که تقویت‌کننده مفهوم «شرط فاسخ» در فقه موضوعه می‌شود را مورد کنکاش قرار دهیم و تفاوت‌های آن را با بنیه‌های فقهی مانند بیع الخيار مورد ارزیابی قرار دهیم، برای نیل به این مقصود با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی به گردآوری مطالب خواهیم پرداخت. از این رو در ادامه ابتدا به بررسی مفهوم هر یک از این دو مفهوم فقهی پرداخته و بعد از آن مستندات مربوط به هر یک را ارزیابی می‌نماییم که در این بین در ذیل بیان مستندات قاعده «شرط فاسخ» دو مطلب را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد: نخست ادله و مستنداتی که فقها برای پیوند دادن این قاعده حقوق موضوعه به قواعد فقهی ابراز داشته‌اند و در مرتبه بعدی بررسی ادله قاعده در حقوق موضوعه کشورهایی است که خواستگاه اصلی قاعده محسوب می‌شوند، سپس به تبیین تفاوت‌ها و شباهت این دو قاعده اهتمام خواهیم ورزید.

۱- کلیات

- ماهیت شرط

با توجه به اینکه شرط فسخ و فاسخ هر دو شرط میباشند فلذا قبل از هر چیز شناخت معنای واژه شرط ضروری مینماید. ما نیز در این بخش ابتدا به شناخت معانی مختلف آن می‌پردازیم. شرط واژه‌های عربی است و جمع آن شروط و اشراط است، (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۳۵).

این واژه گاهی در معنای مصدری و گاهی در معنای اسمی بکار می‌رود و همچنین در علوم مختلف معانی متفاوتی دارد. شرط در لغت به معنای علامت، عهد، پیمان و تعلق چیزی به چیز دیگر و مطلق الزام و التزام و تقید آمده است، (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۳۳۶).

به عبارت دیگر شرط گاه به معنای تقید است و گاه به معنای التزام انشایی است، (قنواتی و وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۴۵).

همچنین در معنای شرط آمده است: «الشرط الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه» (سیمایی صراف، ۱۳۸۰: ۲۳).

شرط الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن در ضمن عقد بیع و معاملات دیگر است. به اعتبار این تعریف شرط به تعهدات و الزاماتی اطلاق می‌شود که در ضمن عقد بکار می‌رود. البته جدای از بحث لغوی در مقابل این تعریف شرط به معنای التزام ابتدایی نیز آمده است به عبارت دیگر در برابر شرط ضمن عقد، عده‌های به نوعی تعهد یک جانبه معتقدند. مشهور بین فقها این است که شرط و یا تعهد باید بین ایجاب و قبول قرار گیرد به عبارت دیگر ضمن العقد باشد.

- شرط در معنای تخصصی حقوقی

شرط را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده‌اند به عنوان مثال شرط به اعتبار نفوذ خود به صحیح و فاسد تقسیم می‌شود. که دسته اول به شرط صفت، فعل و نتیجه و دسته دوم به شروط باطل و شروط باطل و مبطل تقسیم می‌شود و نیز شرط به اعتبار چگونگی بیان اراده به شرط صریح و ضمنی

^۱ این تعریف و دسته بندی به نظر صحیح نیست زیرا در بیع خیاری گاهی بدون هیچ شرطی فقط مدتی برای اعمال حق فسخ قرار داده می‌شود و شرط خاصی مدنظر نیست و بسته به نظر و سلیقه دارنده حق فسخ می‌باشد.

تقسیم شده است. تقسیم دیگر شرط تقسیم آن براساس شیوه ارتباط آن با عقد است که به شرط ضمن عقد و شرط خارج (عقد ابتدایی) تقسیم میشود. گاهی شرط به اعتبار موضوع شرط تقسیم میشود که قانون مدنی نیز تنها به همین تقسیم پرداخته و احکام شرط را بر مبنای آن تدوین نموده است. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۹).

- شرط فسخ

فسخ اسم مصدر از ریشه ی فسخ، و به معنای پراکنده کردن است و در لغت به معانی زیر آمده است: « ز ایل گردانیدن دست کسی از جایی، تباہ گردانیدن رای، شکستن، جدا جدا کردن، ویران ساختن و...» (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۵۲۹). و در فرهنگ دیگر فارسی فسخ به معنای بر هم زدن معامله و باطل کردن پیمان آمده است، (عمید، ۱۳۷۵: ۷۷۱).

در اصطلاح حقوقی نیز فسخ از بین بردن و انحلال یک عقد را فسخ می گویند. فسخ یکی از اسباب سقوط تعهدات و گونه ای از انحلال قرار داد می باشد، فسخ عمل حقوقی یک طرفه است که از نظر ماهیتی نوع ایقاع می باشد و مبتنی بر حقی است که به موجب قرارداد یا قانون به شخصی در پایان دادن به حیات قرارداد، داده شده است و از اعمال حقوقی رضایی می باشد، (بهرامی احمدی، ۱۳۸۱: ۲۶۹).

- مفهوم شرط فاسخ

نظور از این شرط این است که طرفین با گنجاندن شرطی در قرارداد انحلال عقد را معلق به وقوع و تحقق امری محتمل در آینده معلوم می گردانند که پس از تحقق معلق علیه عقد خود بخود و بدون نیاز به انشای فسخ منفسخ شود که به این شرط اصطلاحاً « شرط فاسخ» می گویند. به عبارت دیگر همانگونه طرفین عقد ممکن است اثر عقد را موکول به شرطی در آینده کنند؛ انحلال عقد و از بین رفتن تعهد نیز گاهی معلق به وقوع حادثه ای در آینده می شود چنین شرطی را می توان شرط فاسخ نامید، (شهیدی، ۱۳۸۳: ۵۶).

همچنین در تعریف شرط فاسخ نباید از این نکته بگذریم که شرط فاسخ یکی از اقسام انفساخ می باشد (منظور از

انفساخ نیز همان انحلال خودبخودی قرارداد است که نیازی به انجام عمل اضافی از سوی متعاقدين ندارد) به عبارت دیگر شرط فاسخ یکی از اقسام انفساخ قهری قرارداد می باشد که البته در اینجا صورت انفساخ قهری می باشد ولی سبب آن توسط متعاقدين ایجاد شده است و حقوقدانان ما از آن تحت عنوان انفساخ به تراضی یاد می کنند. و نباید این تصور پیش بیاید که قهری بودن انفساخ مانع از آن می شود که اراده طرفین در ایجاد سبب انحلال عقد دخیل باشد؛ چرا که قهری بودن انحلال در تمامی مواردی که واژه انفساخ به کار برده می شود به این معنی است که عقد بدون اینکه نیازی به عمل حقوقی دیگری از سوی طرفین داشته باشد خودبخود از بین می رود و حق انتخاب برای یکی از دو طرف یا دادگاه باقی نمی ماند، (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۵۲).

۲- ماهیت بیع الخيار

بیع الخيار بیعی است که در آن فروشنده شرط می کند که اگر تا قبل از اتمام مدت تعیین شده در قرارداد، اصل ثمن را بازگرداند، حق خیار و فسخ معامله را داشته باشد و در صورتی که نتواند به این امر مبادرت ورزد، حق خیار وی ساقط شود. فقهای اهل سنت هرچند اصل این تعریف را مورد پذیرش قرار داده اند لکن در تعیین اسم آن با یکدیگر اختلاف کرده اند به عنوان مثال مالکی ها آن را بیع الثنیا (میس، ۱۴۱۲ ق: ۲۷؛ ابن رشد، ۱۴۱۵ ق، ۷: ۳۳۶)، شافعی ها، الرهن المعاد (حصفکی، ۱۴۱۵ ق، ۵: ۴۰۸؛ ابو حبیب، ۳۸۴)، حنفیه آن را بیع الوفاء، بیع الجاذز و بیع المعامله^۲ (ابن عابدین، ۱۴۱۵ ق، ۵: ۴۰۸) و حنبلی ها آن را بیع الامانه (بهوتی، ۱۴۱۸ ق، ۳: ۱۷۱) می دانند. از دیدگاه فقهای شیعه موضوع بیع الخيار معطوف به شرایط عقد قرارداد است و در تمام عقود که ثمن و مبیع در آن دخیل باشد می توان از شرط خیار استفاده کرد و بیع الخيار

^۲ ابن عابدین در رابطه با علت نام گذاری های مختلف برای این نوع عقد قرارداد، توضیحاتی به تفصیل ارائه داده است که برای مطالعه می توانید به: (ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۵: ۴۰۸: پاورقی شماره ۲۱) مراجعه کنید.

تعلیق نماید، دادگاه می‌تواند آن شخص را ملزم به اجرای تعهد و یا پرداخت غرامت بخاطر تعلیق نمودن قرارداد بنماید (Stoffel-Munck, 2016: 30).

البته این امر زمانی ممکن و مقدور است که بنا بر آنچه که در ماده ۱۲۲۱ ق.م فرانسه تصریح شده است، منافع از دست رفته در صورت تعلیق یا عدم اجرای قرارداد قابل ملاحظه و آشکار باشد، در غیر این صورت تنها می‌توان خواستار جبران خسارت گردید و نمی‌توان خواستار اجرای مجدد قرارداد گشت، اما در صورتی که فرد بخواهد قرارداد را به واسطه عدم اجرای شرایط مندرج در آن فسخ نماید. بر اساس قانون سابق فرانسه (۱۸۰۴)، فسخ تنها از طریق دادگاه مقدور بود، اما در قانون مدنی جدید برابر با ماده ۱۲۲۴، فسخ قرارداد^۳ به شیوه قضایی زمانی مطرح می‌گردد که طرفین نخواهند بین خودشان به اعتبار قرارداد خاتمه دهند. (Benabent, 2010: 279-282)

مشهور فقها نیز قاعده «شرط فاسخ» را بنا نهادند و لذا آن را قید انفساخ عقد می‌دانند، بدین معنی که هر زمان شرط موجود شود عقد به‌خودی‌خود از بین می‌رود. (نجفی، ۱۳۶۸، ۲۳: ۳۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۳: ۱۵۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۵: ۳۵۹؛ خمینی، ۱۴۲۱، ۴: ۳۳۴-۳۳۵).

اینان معتقدند در قرارداد مشروط به شرط فاسخ، نفس تراضی برای انحلال قرارداد کافی است و نیازی به استعمال لفظ یا انشای صیغه خاصی نمی‌باشد، از همین رو دارای تشریفات خاصی نبوده و نمی‌باشد؛^۴ بسیاری از حقوق‌دانان شرط فاسخ را برابر با تعلیق تعریف نموده‌اند (اسدی نژاد و همکاران، ۱۳۹۰: ۱-۱۷؛ جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۱: ۸۷-۱۰۷؛ رضی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۹-۱۴۰).

عقد محسوب می‌شود، از این رو با نهاد رهن متفاوت است. (عاملی، ۱۴۱۳، ق. ۳: ۲۰۲؛ نجفی، ۱۳۶۷، ۲۳: ۳۶).

اما اهل تسنن در رابطه با موضوع این عقد اختلافات متعددی دارند به‌عنوان مثال در مذهب حنفیه هشت قول در رابطه با بیع الوفا وجود دارد (میس، پیشین، ۳۰-۳۸، مجله المجتمع الفقه الاسلامی، ۱۴۱۲، ق: ۱۹۵-۴۷۴)، در قول هشتم ذکر می‌شود که تا جایی که هر یک از طرفین می‌تواند بیع را فسخ کند و در رابطه با برخی دیگر رهن محسوب می‌شود و مشتری دیگر نمی‌تواند آن را به دیگری بفروشد یا رهن بگذارد یا اجاره دهد یا تخریب کند و یا قطع نماید. البته نسبت به برخی دیگر ابعاد موضوع بیع صحیح است؛ مانند حلیت ثمرات و منافع مبیع، لذا این عقد به‌تنهایی مجموعی از سه عقد مرکب است.

۳- ماهیت شرط فاسخ

بررسی شرایط انحلال قرارداد در حقوق فرانسه نشان می‌دهد که در حقوق موضوعه این کشور علت اصلی برای انحلال قرارداد وابستگی تامی به شرایط موجود در قرارداد دارد. در صورتی که شرایط به‌صورت غیرمترقبه و برنامه‌ریزی‌نشده در قرارداد ایجاد شود و این امر مانع از آن شود که یکی از طرفین بتواند به تعهد خود به‌درستی عمل نماید، این امر می‌تواند از موجبات انحلال قرارداد باشد لکن در حقوق فرانسه، در صورتی که پرونده به دادگاه ارسال شود دادگاه قید دیگری را در مرتبه نخست به قرارداد اضافه می‌کند که مبتنی بر آن اگر طرفین بخواهند در رابطه با تغییر اوضاع و احوال ایجاد شده بتوانند توافق جدیدی نمایند و قرارداد همچنان ادامه یابد. در صورتی که این امر محقق نگردد قرارداد فسخ شده و دیگر قابلیت اجرایی نخواهد داشت. در چنین حالتی طرفی که تعهد خود را نتوانسته است انجام دهد به میزان تعهد اصلی خود در نهایت خسارت پرداخت خواهد نمود. در همین راستا برابر با مقررات قانون مدنی مصوب ۱ اکتبر ۲۰۱۶ در فرانسه (ماده ۱۲۱۷) در صورتی که یکی از طرفین از اجرای تعهدات خود امتناع ورزد و یا انجام عمل را

^۳ در هر صورت فسخ در حقوق فرانسه بایستی به صورت کتبی بوده باشد و ماهیت فسخ نیز به اطلاع متعاملین برسد در صورتی که برای نیل به این مقصود مدت زمان کافی تدارک دیده نشده باشد، چنین فسخی محل اعتبار و اعتناء نخواهد بود. (ماد ۱۲۲۶ ق.م فرانسه).

^۴ به عنوان مثال اگر در نکاح شرط شود که در صورتی که زوج به مدت ۲ ماه نفقه زوجه را پرداخت ننماید زن می‌تواند عقد را فسخ نماید در این صورت عقد نکاح مذکور صحیح خواهد بود، نهایت آن است که شرط محکوم به بطلان می‌شود.

حق بازرخرد استفاده کرده است، عمل بایع بازرخرد کالایی که فروخته نیست و شرط مزبور وعده یک طرفه بیع از سوی مشتری در مقابل بایع نمیشد، بلکه بیع شرط در واقع بیع مشروط به شرط فاسخ است. با این همه این تحلیل از بیع شرط با این واقعیت که شرط مزبور اختیاری و وابسته به میل و خواسته بایع است در تضاد است. در حقوق فرانسه در واقع بیع شرط، مفید انتقال مالکیت است و تا زمانی که خیار فسخ اعمال نشده حق مشتری بر مبیع همان حقوق مالک واقعی نسبت به مال خود است و وضعیت متزلزل بیع مانع آن نیست که مشتری بتواند تمام حقوق خود را به مبیع اعمال کند. در حقوق فرانسه برای زمان خیار بایع محدودیت قائل شده اند و در مواد ۱۶۶۰ و ۱۶۶۱ قانون مدنی آمده است که این مدت نمیتواند بیش از ۵ سال باشد و قاضی نمیتواند مدت مزبور را افزایش دهد. فلسفه وجودی بیع شرط، فراهم کردن امکان تحصیل سرمایه با فروش مال و در عین حال حفظ امکان بازگشت آن بر ملکیت بایع است و استقراض و وام گرفتن را تسهیل میکند. در این عقد، حق فسخ پس از مرگ به وارث وی منتقل میشود و حق خیار قابل تجزیه نمیشد بلکه وارث باید همگی در اعمال آن موافق باشند. در بیع شرط، مشتری به محض عقد مالک مبیع میشود و ضمان تلف و نقص مبیع هم به عهده او قرار می گیرد. هرگاه خیار مذکور زائل شد مالکیت مشتری مستقر می گردد و از حالت تزلزل خارج می شود. نکته جالب توجه این است که اگر خیار شرط از سوی بایع اعمال شود، بیع از حین وقوع فسخ میگردد و به عبارت دیگر اثر فسخ کشفی و قهقرائی است. اگر متبایعین به قصد فرار از دین اقدام به انجام معامله نماید و یا اراده باطنی آنها حاکی از عقد دیگری بوده که در پوشش این عقد ظهور پیدا کرده باشد؛ عقد باطل و آثار آن از بین میرود. در بیع شرط در حقوق فرانسه ضمان تلف و نقص مبیع بر عهده مشتری است چرا که وضعیت او همانند وضعیت مشتری در عقد بیع است و با وقوع عقد مالک مبیع میشود و مالکیت وی با انقضای مدت خیار و یا اسقاط آن از سوی بایع مستقر خواهد شد همانطور

در این بین عده‌ای از فقها عقد معلق را در انشا و منشأ مورد پذیرش قرار داده اند، (طباطبایی حکیم، بی تا، ۱: ۱۰۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۳۴۵).

اما برخی صرفاً انعقاد عقد با قید تعلیق در منشأ را مورد پذیرش قرار داده اند (انصاری، ۱: ۱۴۱۵، ۲۷۸) که در هر صورت صرف نظر از اینکه کدام یک را مورد پذیرش قرار دهند آنچه که مهم است، شرط فاسخ را به نوعی قید تعلیق عقد بشمار می آورند، در مقابل عده‌ای نیز وجود دارند که شرط فاسخ را جداگانه تعریف نموده‌اند؛ زیرا ایشان باور دارند که بین تعلیق و فسخ تفاوت‌های غیرقابل انکاری وجود دارد (صدیقیان و همکاران، ۱۳۹۴: ۵۵-۸۲).

لکن به نظر می‌رسد امروزه تنها یک مفهوم از شرط فاسخ در بین فقها و حقوق دانان رایج باشد و آن اینکه شرط فاسخ نهادی است که به موجب آن انحلال عقد به وقوع امری خارجی وابسته می‌شود. (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۹۰: ۹۳-۱۱۲؛ کنعانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۳۷-۶۰)

۴- بیع شرط در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه در مواد ۱۶۵۹ الی ۱۶۷۳ قانون مدنی به بررسی بیع شرط^۵ پرداخته و احکام آن را بیان نموده است. در فرانسه مدتی که برای بیع شرط در نظر گرفته شده است ۵ سال است و محکمه نمیتواند این مدت را افزایش دهد. مطابق ماده ۱۶۵۹ قانون مدنی فرانسه « حق بازرخرد و استرداد، شرطی است که به واسطه آن فروشنده برای خود پس گرفتن مبیع در برابر استرداد قیمت اصلی و سایر مواردی که در ماده ۱۶۷۳ بیان شده است حفظ میکند». این ماده در مقام تعریف بیع شرط است. همچنین طبق ماده ۱۶۷۳ همان قانون « نه تنها فروشنده باید قیمت اصلی مبیع را به خریدار مسترد کند بلکه هزینه و خرج انجام شده از سوی مشتری، برای بیع را نیز باید بپردازد و نیز هزینه هایی را که برای تعمیرات ضروری الزم بوده و یا باعث افزایش مبیع شده است را نیز باید به خریدار بدهد» علیرغم اینکه مقنن در ماده ۱۶۵۹ قانون مدنی از لفظ

⁵ vente a remere

۶- دلایل پیروان مشروعیت شرط فاسخ

بر مبنای اجتهاد اصولی، نخستین اصل در احکام، جواز اباحه، حلیت و صحت در امور و تکالیف شرعی است. بر این مبنا تنها زمانی می‌توان در مورد یک مسئله حکم به حرمت، منع، فساد و یا عدم ارتکاب داد که از نظر شرعی این مسئله به صورت مستقیم وارد شده باشد. از این طریق می‌توان استدلال نمود که در مورد شرط فاسخ نیز همین مسئله می‌تواند وجود داشته باشد؛ لذا بر اساس اصل اولیه، شرط فاسخ دارای جواز حلیت بوده و می‌تواند مورد استفاده در معاملات تجاری گردد. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۱: ۲۱۵؛ حسینی عاملی، بی تا، ۴: ۵۶۵؛ طباطبایی، بی تا: ۳۲۲) زیرا هیچ آیه‌ای در رابطه با منع وجود چنین شرطی در عقد قرارداد وجود ندارد در سنت بجا مانده از معصومین (ع) نیز، رفتاری که دلالت بر منع یا اعراض از وجود چنین شرطی وجود داشته باشد مشاهده نشده است. (مامقانی، ۱۳۴۵: ۶۰) حتی افرادی که اصالتاً با وجود چنین شرطی مخالف هستند ادله و مستندات خود را بر اموری غیر از آیات و سنت قرار داده‌اند، پس می‌توان این‌طور برداشت نمود که هیچ منع عقلی و شرعی برای صحت و مشروعیت بخشیدن به وجود چنین شرطی در قرارداد وجود ندارد. (ابن براج، ۱۴۱۷: ۵۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱، ۸: ۴۰۱). باین حال پیروان مشروعیت شرط فاسخ علاوه بر اصول عقلی به دلایل زیر نیز مستمسک شده‌اند.

- اجماع

عده‌ای از فقهای شیعه از دیرباز بر این عقیده بوده‌اند که شرط فاسخ یک نهاد مستقل محسوب شده و از گونه‌های شرط خیار محسوب می‌شود. از همین رو در رابطه با صحت آن اجماع تحصیل نموده‌اند و بدین طریق مشروعیت آن را مورد تأیید و تأکید قرار داده‌اند. (ابن براج، پیشین: ۵۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶، ۱۷: ۱۲۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۳: ۲۰۲؛ حسینی عاملی، بی تا، ۴: ۵۶۵؛ طباطبایی، بی تا: ۳۳۲)

البته هرچند اجماع در فقه شیعه از ادله مورد اعتماد محسوب می‌شود؛ ولی اصل وجود اجماع باتوجه به وجود

که گفته شد در حقوق، بیع شرط، بیع مشروط به شرط فاسخی تلقی شده است به طوری که با رد کل ثمن و تأدیه هزینه‌های مربوط، عقد و به تبع آن مالکیت مشتری نسبت به مبیع به صورت قهقرائی زائل می‌شود، اما در حقوق ایران اثر اعمال خیار، اصول نقلی نشده است. گذشته از آن در حقوق فرانسه مدت خیار حداکثر پنج سال است و این مدت قابل افزایش نیست اما در حقوق ایران گرچه مدت باید معلوم و معین باشد، اما حداقل و حداکثری ندارد، (کنعانی و همکاران، ۱۳۹۱: ۶۰-۳۷).

۵- شرط فاسخ در حقوق فرانسه

در زبان فرانسه از این معنا به « La Condition Resolutoire » یاد می‌شود در قانون مدنی فرانسه در مبحث سقوط تعهدات در بند ۸ ماده ۱۲۳۴ یکی از اسباب سقوط تعهدات « شرط فاسخ » ذکر گردیده است و از طرفی ظاهراً منبع نویسندگان قانون مدنی ایران نیز در قسمت تعهدات قانون مدنی فرانسه بوده و نویسندگان مزبور در ماده ۲۶۴ ق م با اینکه نمونه کامل فرانسوی را پیش رو داشته‌اند در تدوین اسباب سقوط تعهدات ذکری از شرط فاسخ به میان نیاورده‌اند. در حقوق ایران گرچه تعلیق پذیرفته شده است ولی تفکیکی که در حقوق فرانسه به عمل آمده در قانون مدنی به چشم نمی‌خورد و منظور از تعلیق در حقوق ایران ناظر به تعلیق در انعقاد قرارداد می‌باشد نه انحلال آن. با وجود این، اگر شرط فاسخ از نظر ساختاری شبیه به تعلیق باشد، به نظر می‌رسد پذیرش آن با مبانی حقوق ایران منافاتی نداشته باشد، ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه در تعریف شرط فاسخ مقرر داشته: « شرط فاسخ شرطی است که هرگاه واقع شود موجب فسخ تعهد می‌گردد و امور را به همان وضعیتی بر می‌گرداند که گویا تعهد هرگز بوجود نیامده است. این شرط موجب تعلیق اجرای تعهد نمی‌شود؛ بلکه این شرط متعهد له را ملزم می‌کند در صورتی که حادثه مورد نظر شرط رخ دهد آنچه را دریافت نموده است مسترد دارد، (نوری، ۱۳۸۰: ۳۴).

۳۳: ۳۷؛ مامقایی، ۱۳۴۵، ق، ص ۶۰، طباطبایی حائری، ۱۴۱۹، ق، ج ۸، ص ۱۸۹؛ طباطبایی، پیشین، ص ۳۳۲).
همچنین باید گفت برخی برای آنکه بتوانند ریشه‌ای مذهبی برای شرط فاسخ در نظر بگیرند، به روایاتی که بیع شرط را تجویز می‌نماید استناد ورزیده‌اند، که این صحیح به نظر نمی‌رسد.

۷- تفاوت شرط فاسخ و فسخ

خیار شرط در مبحث مربوط به خیارات و در ماده ۳۹۹ قانون مدنی پیش بینی گردیده است و عقد خیاری نیز به عقد لازمی گفته می‌شود که در آن برای طرفین یا یکی از آن دو یا ثالث اختیار فسخ قرارداد شده باشد همانگونه که گذشت شرط خیار، اختیاری است برای بر هم زدن عقد لازم که با توافق طرفین در عقد ایجاد می‌گردد. بنابراین خیار شرط یکی از خیاراتی است که به وسیله آن طرفین می‌توانند به رابطه قراردادی خویش پایان ببخشند و این باعث سقوط تعهدات طرفین می‌گردد و هر گاه طرفین انحلال عقد را به امری خارجی و حادثه‌ای احتمالی معلق نمایند به شرط اخیر «شرط فاسخ» یا «شرط تعلیق انحلال قرارداد» گفته می‌شود. وجه مشترک این دو شرط آن است که هر دو وسیله‌ای هستند برای انحلال و بر هم زدن عقد که در قالب شرطی در عقد گنجانده می‌شوند و نیز در هر دو توافق طرفین در شکل‌گیری شرط نقش اساسی را ایفا می‌نماید، و از سوی دیگر مواردی نیز وجود دارد که این دو شرط خیلی نزدیک به هم می‌نمایند و تشخیص ماهیت این دو از همدیگر مشکل به نظر می‌رسد. از آن جمله است مواردی که معلق علیه در اختیار شخص مشروط له می‌باشد. در خصوص تفاوت و تمایز این دسته از شروط باید گفت که اعمال خیار شرط نیازمند قصد و اراده مشروط له است و با اعمال این حق، عقد فسخ می‌گردد و فسخ نیز از نظر ماهیتی نوعی ایقاع می‌باشد. بنابراین اراده مشروط له در زمان انحلال عقد در شرط فسخ لازم و ضروری می‌باشد ولی در شرط فاسخ با تحقق معلق علیه عقد خودبخود منفسخ می‌گردد و نیازی به اراده انشایی هیچ یک از طرفین

مخالفینی که عده آنها اندک نمی‌باشد محل تردید واقع شده است. از دیگر سو اجماع می‌بایست غیر مدرکی باشد؛ اما باتوجه به دیگر دلایلی که در راستای مشروعیت شرط فاسخ مطرح می‌شود به نظر می‌رسد که این اجماع یاد شده مدرکی محسوب می‌شود و می‌توان بدان اعتنا ورزید؛ از دیگر سو تنها اجماع کاشف از قول معصوم (ع) مورد اتفاق فقهای شیعه است در حالی که اجماع یاد شده به نظر منقول و غیر مدخولی محسوب می‌شود. از همین رو نمی‌توان این دلیل را به‌عنوان یکی از ارکان اصلی مشروعیت شرط فاسخ دانست.

- عموم آیات وفای به عهد

برخی از فقهای شیعه برای مشروعیت بخشیدن به شرط فاسخ اطلاعات آیات وفای به عهد نظیر: آیه ۳۴ سوره اسراء، آیه ۷۶ آل عمران، آیه ۱ سوره مائده، آیه ۲۰ سوره رعد و آیه ۹۱ سوره نحل، را مورد توجه قرار داده‌اند و ابراز می‌دارند شرط فسخ از گونه‌های شروط محسوب می‌شود و شرط نوعی تعهد است، از طرفی این آیات نیز بر رعایت و اجرای تعهدات دلالت دارد؛ لذا اطلاق یاد شده در مورد این مسئله نیز جاری است. (ابن زهره، پیشین، ۱: ۲۱۵؛ حسینی عاملی، پیشین، ۴: ۵۶۵، طباطبایی، پیشین: ۳۳۲)

- عمومات قواعد وفای به شرط

در سنت عملی رسیده از معصومین همواره بر این مطلب تأکید شده است که افراد مسلمان بایستی به شروط و تعهدات خود همواره پایبند باشند و تنها عاملی که باعث می‌شود افراد نتوانند به شروط خود پایبند باشند وجود قواعد مربوط به مخالفت با شرع مقدس است که در این صورت وفای به شرط یا عهد مورد تأیید معصومین (ع) قرار ننگرفته است. (حر عاملی، ۱۳۸۲، ق، ۱۲: ۳۵۴؛ نوری، ۱۴۰۷، ۱۳: ۳۰۰).

باتوجه به وجود چنین تأکیدی در رویه معصومین، برخی از فقهای برای تأیید مشروعیت شرط فاسخ به این مستندات تمسک جسته‌اند. (ابن براج، پیشین: ۵۴؛ مقدس اردبیلی، پیشین، ۸: ۴۰۱، حسینی عاملی، پیشین، ۴: ۵۶۵؛ نجفی، پیشین،

بن عمار از امام باقر (ع) روایت می‌کند که مردی درحالی‌که نزد او بودم از او سؤال کرد و گفت: مرد مسلمانی نیاز مالی داشت و در نتیجه خانه‌اش را فروخت، پس نزد برادرش آمد و گفت: «این خانه‌ام را به تو می‌فروشم و برای من بهتر از آن است که مال را به دیگری بفروشم، به شرطی که من قیمت آن را در یک سال برایت آوردم آن را به من برگردانی، اما در پاسخ فرمود: اگر قیمت آن را یک سال بیاورد اشکالی ندارد، شما آن را به او برگردانید، گفتم اگر جایی باشد که محصول زیادی است، آن محصول زیاده متعلق به چه کسی است؟ امام (ع) فرمودند: محصول متعلق به خریدار است، آیا نمی‌بینی که اگر می‌سوزانند بخشی از پول او می‌شود؟» (کلینی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص ۱۷۱، ح ۱۰؛ حرّ عاملی، پیشین، ج ۱۸، ص ۱۹، به نقل از طوسی ۱۳۴۸، ج ۷، ص ۲۳ ح ۱۳).

در رابطه با این روایت، ماهیت روایت را دلالت بر دو فرض محتمل می‌داند نخست آنکه موضوع رد ثمن و فسخ معامله را اقاله باید دانست. ظاهر بلکه صریح روایت آن است که شرط‌کننده مشتری است و مشروط له فروشنده و متعلق اشتراط مشتری ردّ مبیع بشمار می‌رود و موضوع شرط بازگرداندن وجه توسط فروشنده است. واضح‌تر آنکه التزام مشتری به ردّ مبیع فسخ فعلی نیست؛ زیرا خیار برای فروشنده است و نه مشتری. پس التزام به ردّ یا اقاله است که لازمه آن طلب اقاله از طرف فروشنده است یا معامله جدیدی است که ردّ ملکیت مبیع از راه معاطات است و دیگر آنکه این مسئله را باید احتمال بر تملیک معاطاتی دانست که در نهایت برخی فرض نخست را به رسمیت می‌شناسند. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۴: ۱۸۶) سید محمد روحانی همان برداشت جناب اصفهانی را مورد تأیید قرار می‌دهد. (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۷: ۱۳۹).

اما امام خمینی سه فرض دیگر را باتوجه به این روایت مطرح می‌کند: «احتمال اول آن است که در صورت ردّ مبیع در زمان ردّ قیمت، خیار از آن فروشنده باشد که لازمه آن وجوب ردّ است. احتمال دوم آن است که وقتی بایع ثمن را آورد، مشتری عقد را فسخ کند، احتمال سوم اشتراط انفساخ است،

نیست پس یکی از آنها عمل (حقوقی) ارادی و دیگری عملی قهری می‌باشد. و از سوی دیگر شرط انفساخ در مقابل شرط فسخ این امتیاز را دارد که ویژه عقود لازم نمی‌باشد و در عقود جایز نیز مفید فایده می‌باشد در حالیکه شرط فسخ در عقد جایز مفهومی ندارد چرا که طرفین هر موقع بخواهند می‌توانند چنین عقدی را بر هم زنند. بنابراین با توجه به مباحث مطروحه می‌توان نتیجه گرفت که شرط فسخ نهادی مستقل از خیار شرط است که به تبع احکام جداگانه ای را می‌طلبد، (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۲۰).

۸- علل صحت بیع الخیار

- ادله عامه

مرحوم نراقی می‌گوید: «ظاهر کلمات اکثر اصحاب، بلکه معروف در بین آنها در بیشتر صورت‌های شک در اشتراط یا مانعیت چیزی برای یکی از معامله‌های معهود، انقلاب اصاله الفساد به اصل ثانوی اجتهادی است که مقتضای آن صحت هر معامله‌ای است که اسم آن معامله معهوده عرفاً بر آن صدق کند. بلکه برخی اصاله الصحه را در شک در شرعیت اصل معامله غیر معهوده نیز بکار می‌برند و به آن تأسیس عقد معاوضه مطلقه با لفظ «عاوضیت» استدلال می‌کنند». منشأ این اصل در بین مشهور عموم قول خداوند متعال است در سوره مائده که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا فوفوا بالعقود» (نراقی، ۱۴۱۸: ۱۵-۱۴).

برای عبور از اصل فساد گاهی فقها به ادله دیگری مانند سیره عقلا و یا روایت مشهور «الناس مسلطون علی اموالهم» استناد می‌کنند. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲: ۷-۲۷؛ صابریان، ۱۳۹۰: ۱۱۲-۹۳).

لذا به نظر می‌رسد که دلالت روایت بر صحت شرط‌ها به صورت عام امری مسلم و غیرقابل انکار است.

- ادله خاصه

در کنار ادله عامه، یک سری روایت‌های خاص وجود دارد که بر صحت شرط در عقد دلالت دارد از آن جمله می‌توان به روایت محمد بن حسن اشاره نمود که آورده است: «اسحاق

از آن دارد که شرط فاسخ جزئی از بیع الاخیار محسوب می‌گردد. (میرمعزی، ۱۳۸۶: ۶۱-۹۸)

- تفاوت از حیث کاربرد

باتوجه به آنچه که در مورد ماهیت بیع الاخیار و شرط فاسخ بحث می‌شود می‌توان این‌طور نتیجه گرفت که بیع الاخیار از حیث دامنه کاربرد بسیار محدودتر از شرط فاسخ است؛ زیرا در شرط فاسخ می‌توان هر امری را که مخالف مقتضای عقد، یا قانون، یا شرع نباشد برای انحلال قرارداد، مطرح نمود درحالی‌که بیع شرط محدود به شرط پرداخت ثمن در سررسید مقرر است. البته نکته‌ای که در اینجا مطرح می‌شود آن است که از جهتی بیع شرط گسترده‌تر از شرط فاسخ است؛ زیرا در عقدی که بیع شرط در آن شرط شده است می‌توان شرط فاسخ را نیز دخیل نمود که در این صورت در صورت تحقق شرط، تنها این بایع است که می‌تواند عقد را فسخ نماید. اما اگر شرط محقق نشود علاوه بر بایع، مشتری هم می‌تواند عقد را فسخ کند (میرمعزی، ۱۳۸۶: ۶۱-۹۸).

به‌عنوان مثال اگر فردی شرط نماید که اگر من ۱۰۰ دینار هزینه این شیء را تا یک سال به تو بازگردانم عقد فسخ گردد و مشتری نیز شرط نماید که بایستی عین وجه و نه بدل آن را به من بازگردانی، یا آن که شرط کند معادل دیناری که بهای شیء است درهم پرداخت شود و در سررسید انقضای شرط پرداخت وجه، این امر محقق نشود. به نظر می‌رسد در این صورت مشتری می‌تواند عقد را فسخ کند ولو آنکه معادل اصل ثمن قرارداد، در اختیار بایع باشد. اما اگر بایع مفاد شرط را اجرا نموده باشد در این صورت با آماده‌کردن میزان ثمن، تنها وی اختیار فسخ معامله را خواهد داشت.

- تفاوت از حیث نوع شرط

در بیع شرط دامنه شرط تنها معطوف به ثمن و میزان آن است، یا حداکثر می‌تواند در رابطه با چگونگی نحوه پرداخت آن باشد درحالی‌که در رابطه با شرط فاسخ، علاوه بر ثمن و مبیع می‌توان اموری خارج از ماهیت قرارداد را به‌عنوان مبنای شرط لازم برای انحلال عقد، قرارداد. زیرا خیار شرط در برابر سایر

یعنی به‌محض حاضر نمودن وجه، عقد خودبه‌خود باطل می‌شود، احتمال چهارم اقاله است و احتمال پنجم اشتراط تملیک جدید است». (خمینی، ۱۴۲۱، ۴: ۲۲۶).

روایت دیگری که مورد استناد واقع می‌شود روایت ابی جارود از امام صادق (ع) است که فرمودند: «اگر به مردی جنسی را بفروشی به شرطی که او قرار باشد پولش را برایت بیاورد صحیح است وگرنه نه من آن را به تو می‌فروشم». (طوسی، ۱۳۴۸، ۹۹).

این روایت هرچند به‌صورت کلی است؛ ولی به‌صورت مشخص ظهور در تقویت شرط برای بایع دارد، لزوم بازگرداندن مال قبل از آن که مالک به‌طورکلی از مال صرف‌نظر کند، وابسته به شرط در حین عقد است، و در اینجا مقصود از شرط توافق بر بازگرداندن وجه در قبال پس‌گرفتن مال فروخته است. اما همین که مالک از شرط صرف‌نظر کند یا نتواند در مدت تعیین شده هزینه را تأمین نماید، مال از آن مشتری بوده و می‌تواند آن را به هر شخص دیگری که می‌خواهد بفروشد. البته در استناد به این روایت نمی‌توان قید تعیین مدت‌زمان را درک نمود، چون عدم تعیین مدت برای شرط خیار منجر به ابطال شرط می‌شود مگر آن را از لوازم شرط محسوب کنیم؛ زیرا شرط معلق در عقد باطل است.

۹- تفاوت‌های شرط فاسخ با بیع شرط

به نظر می‌رسد که هرچند بین بیع الاخیار و شرط فاسخ می‌توان شباهت‌هایی را یافت نمود؛ ولی از برخی جهات این دو با یکدیگر متفاوت هستند. از جمله آن می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

- تفاوت از حیث دامنه منابع اثبات مشروعیت

پیش‌تر بیان داشتیم که شرط فاسخ با بیع شرط از نظر منشأ دارای شباهت هستند ولی بایستی در نظر گرفت که آنچه از روایات برداشت می‌شود در واقع بدو اثبات‌کننده بیع الاخیار است از این جهت اثبات شرط فاسخ بر اساس ادله روایی، نشان

مشتري رد نمايد، خيار فسخ معامله را نسبت به تمام مبيع نیز داشته باشد... (ماده ۴۵۸ ق.م). اما حصول شرط خيار به عنوان شرطی که اختيار فسخ را برای طرفین ایجاد می کند، شناخته می شود و در واقع امر خياری است که از شرط حاصل می - شود. پس وصول شرط در خيار شرط به جهت آن که یک خيار مشترک بوده و هم متعلق به بايع است و هم به مشتري و همچنین می تواند برای شخص ثالث در نظر گرفته بشود هم می تواند به صورت ارادی صورت گیرد و هم غير ارادی در حالی که شرط در بيع شرط تنها متعلق به بايع بوده و حصول آن در بيع شرط صرفاً می تواند از نوع ارادی باشد.

۱۰- تفاوت شرط فاسخ حقوق موضوعه با شرط فاسخ حقوق فرانسه

آنچه امروزه به عنوان شرط فاسخ در حقوق داخلی مطرح می شود در واقع با مبنای فقهی خود دارای تفاوت های چشمگیری است. در شرط فاسخ مبتنی بر حقوق داخلی، به محض فسخ قرارداد، هر یک از مبيع و ثمن به سمت مالک قبلی باز می گردد و حصول این امر نیازی به تأیید مرجع قضایی ندارد، از طرفی به محض حصول شرط، قرارداد فسخ می شود. (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۶۸-۷۲) این در حالی است که در حقوق فرانسه در صورتی که مبتنی بر شرط یکی از طرفین بخواهد قرارداد را فسخ نماید باید الزاماً به دادگاه مراجعه نماید و تقاضای فسخ خود را حتماً به صورت کتبی و نه شفاهی به اطلاع طرف معامله برساند. همچنین در صورتی که شرط محقق نشود، احد طرفین می تواند قرارداد را نسبت به بخشی فسخ و نسبت به بخش دیگر قبول نماید (Cassin, 1945: 2).

و یا در رابطه با تغییر شروط قرارداد با شخص دیگری که متعاملین محسوب می شود مذاکره نماید. البته برابر با قانون مدنی فرانسه هر چند مراجعه به دادگاه برای فسخ الزامی دانسته نشده است؛ ولی در صورتی که طرفین عقد نتوانند در مورد ابقا یا تغییر شروط قرارداد مذاکره نمایند، فسخ از طریق دادگاه انجام می شود که بدان فسخ قضایی می گویند، همچنین نکته

خيارها به جهت آنکه تراضی دو طرف عقد را همراه دارد، متفاوت است. خيار شرط وابسته به تراضی واقعی است و در صورتی ایجاد می شود که دو طرف آگاهانه درباره آن تصمیم گرفته باشند. (محقق حلی، ۱۹۸۳م، ۱: ۸۹)

- تفاوت از حیث امکان انفکاک عقد قبل از انحلال

در بيع الاخيار، پس از آن که مبيع در زمان مقرر آماده گردد، با درخواست بايع، عقد منحل شده و بايع، مبيع له را پس می گیرد. در حالی که در شرط فاسخ با توجه به این که یک یا چند سبب می تواند عامل فسخ محسوب گردد، در صورتی که یکی از اسباب اجرا شده باشد یا تنها یکی از اسباب اجرا نشده باقی مانده باشد، بايع و مشتري می توانند توافق کنند که عقد نسبت به موارد امتثال شده صحیح و نسبت به مابقی آن منحل گردد. البته در این رابطه شاید این ایراد مطرح گردد که وقتی صحبت از فسخ عقد می شود منظور عقد به معنای تام آن با تمام اجزای آن است و انفکاک بخشی از آن صحیح نیست. در پاسخ بایستی ابراز داشت که بر اساس اطلاقات التزام به رعایت شرط در قرارداد، می تواند نوع فسخ هم مشروط باشد. (هواوینی، بی تا: ۲۴۷).

به بیان دیگر علاوه بر این که یک سری از عوامل و اسباب می تواند عامل فسخ باشد، چگونگی اعمال فسخ نیز می تواند مشروط و محدود گردد.

- تفاوت از حیث حصول شرط

موضوع محتوای شرط در بيع شرط و خيار شرط، در اذهان ممکن است خلط شود. از همین رو در قانون مدنی ذیل مواد ۳۹۹ و ۴۰۰ و ۴۰۱ و مبحث خيارات در فقه، مورد بحث قرار گرفته است. زیرا همانطور که ذکر گردید بيع شرط از انواع عقد بيع محسوب می گردد و تحت همین عنوان نیز مورد بحث و بررسی واقع می گردد و موضوع شرط در آن همان خيار فسخ است که در ضمن این نوع بيع ذکر و حصولش نیز مترتب بر روند عقد می شود، زیرا در بيع مذکور متعاملین این اختيار را دارند که رد صورت تمایل، شرط نمایند که هرگاه بايع در مدت معینی که تعیین نموده اند، تمام مثل ثمن را به

باین حال به نظر می‌رسد که می‌توان باتوجه‌به روایاتی که در ذیل ادله صحت بیع الاخیار هستند، صحت شرعی شرط فاسخ را نیز مورد تأیید قرارداد زیرا از حیث آثار هر دو مورد یکسان محسوب می‌شوند. اما نباید فراموش کرد که شرط فاسخ در رابطه‌ها هر نوع شرطی که مخالف با شرع نباشد قابلیت جاری شدن دارد لکن بیع الاخیار تنها محدود به شرط بازگرداندن ثمن از طرف بایع است از همین رو در بیع الاخیار تنها بایع دارای اختیار فسخ است درحالی‌که در شرط فاسخ هر یک طرفین دارای این اختیار هستند. همچنین بایستی توجه نمود که در بیع الاخیار برخی بر این عقیده‌اند که اساساً عقدی منعقد نمی‌شود؛ بلکه عمل انجام شده رهن محسوب می‌گردد؛ ولی در رابطه‌ها شرط فاسخ نمی‌توان چنین دیدگاهی را جایز دانست؛ همچنین لازم به ذکر است که حصول معلق‌علیه در شرط فاسخ می‌تواند ارادی و یا غیرارادی باشد درحالی‌که در رابطه‌ها بیع شرط حصول معلق‌علیه تنها می‌تواند ارادی فرض ارادی باشد. مطلب دیگر آن که شرط فاسخ می‌تواند به یک یا چند سبب معلق و مشروط گردد درحالی‌که در بیع شرط تنها شرط بر بازگرداندن ثمن قابل‌تصور است باین‌وصف که در نهایت می‌تواند نوع ثمن به‌صورت کلی در ذمه یا بدل و... قرار گیرد، در رابطه‌ها بررسی شرط فاسخ از دیدگاه حقوق فرانسه باید توجه نمود که از حیث امکان فسخ قرارداد، زمانی این امر مقدور است که برای فسخ به دادگاه مراجعه شده باشد و در حال طرفی که تقاضای فسخ دارد برای اعمال فسخ باید غرامت پرداخت نماید، البته این فرع بر آن است که متعاملین می‌توانند نسبت به جزء قرارداد فسخ را لحاظ نمایند و نسبت به بخش دیگری قرارداد را باقی گذاشته و در مورد آن مذاکره یا شروط یا شرایط قرارداد را تغییر دهند. همچنین کسی که خواهان فسخ است باید به‌صورت کتبی نظر خود را به طرفین معامله اعلام نماید. در صورتی‌که به این امر اهتمام نرزد و قرارداد را فسخ نماید این فسخ از نظر دادگاه فاقد وجه قانونی است.

قابل‌تأمل آن است که در هر صورت که فسخ انجام شود، طرفی که نتوانسته است تعهد خود را انجام دهد بر اساس قانون می‌بایست غرامتی از جهت جبران خسارت پرداخت نماید حتی اگر خسارتی نیز وارد نشده باشد، دادگاه وی را ملزم به پرداخت غرامت می‌نماید. (Benabent, 2010: 279-285).

۱۱- تفاوت خیار شرط با شرط فاسخ در حقوق فرانسه

در بیع شرط همان‌طوری که پیش‌تر نیز عرض شد زمانی خیار صورت می‌پذیرد که شرط مربوط به پرداخت ثمن به‌درستی اجرا نشده باشد و لذا اگر ایرادی در مبیع باشد این امر ممانعتی در اصل قرارداد ایجاد نمی‌کند، در صورتی‌که فرد از خیار خود استفاده نماید هر یک از مبیع و ثمن به سمت مالک اصلی بازگردانده می‌شود و دیگر بحثی در این مورد مطرح نمی‌شود. لکن در حقوق فرانسه اگر قرارداد به‌عنوان مثال به‌خاطر عدم رعایت شرط پرداخت ثمن فسخ گردید در این صورتی فرد خاطی مکلف به پرداخت خسارت است. همچنین متعاملین می‌توانند در رابطه‌ها تغییر شرط یا تغییر شرایط زمان پرداخت ثمن با یکدیگر مجدداً مذاکره نمایند که در بیع شرط این امر مقدور نمی‌باشد. (Beale, 2006: 147).

نکته دیگر آنکه برای فسخ قرارداد به‌واسطه بیع الاخیار نیازی به مراجعه به دادگاه نمی‌باشد و اعلام کتبی در این مورد برای آگاهی فروشنده نخواهد بود درحالی‌که در حقوق فرانسه این مصادیق الزامی است.

نتیجه‌گیری

از آنچه در این مقاله مورد مطالعه قرار گرفت به نظر می‌رسد که بیع الاخیار با شرط فاسخ در برخی از جهات دارای تفاوت‌هایی است. در مرتبه نخست، ادله‌ای که فقهای اسلامی برای اثبات مشروعیت و صحت بیع الاخیار با شرط فاسخ ارائه داده‌اند هرچند در بخش ادله عام که توسل به آیات کلام‌الله مجید و اطلاعات احادیثی همچون المومنون عند الشروطهم با یکدیگر دارای شباهت است؛ ولی روایت‌هایی که به‌عنوان ادله خاص مورد توجه فقها برای تأیید و تأکید بر صحت هر یک از این دو شرط قرار گرفته است با یکدیگر متفاوت است.

منابع و مأخذ

۱. ابن براج طرابلسی، عبد العزیز. (۱۴۱۷ق). *جواهر الفقه*، تحقیق ابراهیم بهادری، چاپ اول، قم، موسسه نشر السلامیه.
۲. ابن رشد، حفید. (۱۴۱۵ق). *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، تحقیق خالد العطار، جلد هفتم، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر.
۳. ابن زهره حلبی، سید حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، چاپ اول، قم، موسسه امام الصادق (ع).
۴. ابن عابدین. (۱۴۱۵ق). *حاشیه رد المختار*، دمشق، دار الفکر.
۵. ابو حیب، سعدی. (۱۴۰۸ق). *القاموس الفقہی*، جلد دوم، چاپ پنجم، دمشق، دارالفکر.
۶. اسدی نژاد سید محمد، بهارلو قره بلطاقی جواد. (۱۳۹۰). «شرط فاسخ»، پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۲، شماره ۱، صص ۱-۱۷.
۷. اصفهانی، (۱۴۱۸ق). *حاشیه المکاسب*، تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع، چاپ دهم، قم، انتشارات علمی.
۸. انصاری مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). *المکاسب*، چاپ اول، جلد اول، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. جبار گلباغی ماسوله، سید علی. (۱۳۹۰). «شرط فاسخ در فقه و حقوق شیعه»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۲۴، صص ۹۳-۱۱۲.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۸۲ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه*، تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، چاپ سوم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (ع)*، چاپ هفتم، قم، دارالکتب اسلامیه.
۱۲. حسینی عاملی سید محمد جواد، (بی تا). *مفتاح الکرامه فی الشرح القواعد العلام*. چاپ اول، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- شرط فاسخ هر چند به صراحت در قانون ما نیامده، اما با مطالبی که در این پژوهش بیان گردید در پذیرش آن به عنوان شرط معلق که انحلال تعهد و عقد بر آن معلق گردیده نباید تردید شود و موضع نویسندگان حقوق مدنی و نیز فقها در مبحث خیار شرط و اقاله و نیز ماده ۱۰ قانون مدنی موید صحت اینگونه شروط می باشد. تعلیق انحلال عقد از طریق تراضی هنگام انشای عقد یا زمانی پس از آن نه تنها با هیچ متن قانونی تعارض ندارد، بلکه سابقه این امر در فقه امامیه در مبحث خیار شرط ماده ق. ۱۰ م و موضع نویسندگان حقوق مدنی نیز موید این امر است.
- نکته قابل توجه در شروط فسخ و فاسخ آن است که در عقودی که غرر باعث بطلان آن می شود لزوماً مدت شرط بایستی معلوم باشد ولی در عقود غیر معوض مجهول بودن مدت شرط خللی به صحت شرط وارد نمی نماید
- شرط فسخ و فاسخ در حقوق ما ناظر به انفساخ عقد در آینده است و این نظریه اصل تلقی می شود هر چند در حقوق ایران به لحاظ عدم وجود نص صریح قانونی در مورد صحت تراضی طرفین برخلاف این اثر بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد، ولی به نظر می رسد که نفوذ اثر شرط به گذشته و تاثیر قهقرایی آن نیز با توجه به حاکمیت اراده پذیرفتنی است.
- به عنوان یک ضابطه کلی بایستی بر آن بود که امکان درج شروط فسخ و فاسخ در قراردادها به عنوان یک اصل تلقی می شود استثنائاتی نیز دارد و از آنجا که از نظر تحلیلی جوهره و مبنای اینگونه از شروط را تراضی طرفین بر انحلال عقد تشکیل می دهد شروط فسخ و فاسخ نیز تابع احکام اقاله است بنابراین هر عقدی را که بتوان از طریق اقاله بر هم زد از طریق این دسته از شروط نیز می توان از هم گسیخت و لی درج این شروط در قراردادهایی که با نظم عمومی یا حقوق اشخاص ثالث در تعارض می باشند باطل و بی اثر است.

۱۳. حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا). *مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربیه.
۱۴. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). *عناوین الفقه*، دو جلدی، چاپ ششم، قم، موسسه النشر اسلامی.
۱۵. حفصکی، علاء الدین. (۱۴۱۵ق). *الدر المختار*، دمشق، دارالفکر.
۱۶. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). *البیع*، چاپ اول، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۷. خوانساری، سیداحمد. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تحقیق علی اکبر غفاری، چاپ اول، قم، موسسه اسماعیلیان.
۱۸. رضی، پوریا، میثم رامشی و علی باقری. (۱۳۹۶). «بررسی فقهی-حقوقی شرط فاسخ و آثار دخالت متعهد در عدم تحقق معلق علیه»، *مطالعات فقه امامیه*، سال ۵، شماره ۸، صص ۸۳-۱۱۵.
۱۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۱). *سقوط تعهدات*، چاپ بیستم، تهران، انتشارات مجد.
۲۰. شیخ خلیل، محی الدین. (۱۴۱۲ق). «بیع الوفا»، *مجله المجمع الفقه اسلامی*، العدد السابع، الجزء الثالث.
۲۱. صابریان، علیرضا. (۱۳۹۰). «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و حقوق مدنی»، *پژوهش های فقهی*، سال ۷، شماره ۲، صص ۹۳-۱۱۲.
۲۲. صدیقیان، عبدالله، جعفری ندوشن، جواد. (۱۳۹۴). «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۹، شماره ۸۹، صص ۵۵-۸۲.
۲۳. طباطبایی حائری، سید علی. (۱۴۱۹ق). *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، چاپ اول، قم، موسسه النشر اسلامی.
۲۴. طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی تا). *نهج الفقاهه*، چاپ سوم، نجف، مطبعه العلمیه.
۲۵. طباطبایی، سید محمد. (بی تا). *المناهل*، قم، موسسه آل البيت.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۴۸). *اختیار المعرفه الرجال*، تحقیق سید حسن مصطفوی، مشهد، انتشارات دانشگاه مشهد.
۲۷. عاملی (شهید ثانی)، محمد بن مکرم. (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، چاپ اول، قم، تحقیق و نشر موسسه معارف اسلامی.
۲۸. قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن. (۱۳۷۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۱، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها.
۲۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۹). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد پنجم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات به نشر.
۳۰. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (۱۳۷۵). *الکافی*، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب اسلامی.
۳۱. کنعانی، محمد طاهر، فرخ زادی، علی اکبر. (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی شرط فاسخ و آثار آن»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۴۵، شماره ۱، صص ۳۷-۶۰.
۳۲. مامقانی، عبدالله. (۱۳۴۵ق). *نهایه المقال فی تکملة غایه الآمال*، چاپ اول، نجف، مطبعه المرتضویه.
۳۳. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۹۸۳م). *شرایع الاسلام*، جلد اول، چاپ دوم، بیروت، انتشارات دارالاضواء.
۳۴. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۵). *قواعد فقه*، بخش مدنی، ج ۲، چ ۷، تهران، انتشارات سمت.
۳۵. مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۱ق). *مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق مجتبی عراقی و همکاران، قم، موسسه نشر اسلامی.
۳۶. موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی. (۱۴۱۶ق). *مهدب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ اول، نجف، دفتر مؤلف.
۳۷. موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. (۱۴۱۹). *قواعد الفقهیه*، ج ۱ و ۶، چ ۱، قم، انتشارات هادی.

des contrats” : perspective de la Law Commission anglaise' RDC.146.55

45. A, Benabent. (2010). Droit civil, Les obligations (12th edn Montchrestien, Paris) [279] - [285] ; O Deshayes, T Genicon and Y-M Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article (LexisNexis, Paris 2016).

46. R, Cassin. (1945). 'Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution' RTD civ.12.

47. J, Rochfeld. (2003). 'Résolution et exception d'inexécution' in P Rémy-Corlay and D Fenouillet (eds), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats. Dalloz Paris.

48. E, McKendrick. (2016). Contract Law, Text, Cases, and Materials (7th edn OUP, Oxford), p 740-2.

49. P, Stoffel-Munck. (2016). 'L'imprévision et la réforme des effets du contrat', RCD Hors-Série.

۳۸. میرمعزی، سید حسین. (۱۳۸۶). «بیع الخیار از دیدگاه فقه و کاربرد آن در بانکداری بدون ربا»، دوره ۷، شماره ۲۵، صص ۹۸-۶۱.

۳۹. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۷ق). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تحقیق آخوندی، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۴۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۸ق). *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت (ع) فی الاحیاء التراث.

۴۱. نوری، حسین. (۱۴۰۷ق). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.

۴۲. نوری، محمد علی. (۱۳۸۰). ترجمه بخش عقود و تعهدات قراردادی بطور کلی و الزامات بدون قرارداد از قانون مدنی فرانسه، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.

۴۳. هواوینی، نجیب. (بی تا). *مجله الاحکام العدلیه*، جلد اول، بیروت، المكتبة الشاملة.

44. H, Beale. (2006). 'La réforme du droit Français des contrats et le “droit européen