

Renunciation of resolution clause; a critique of judicial precedent

Mahmoud Kazemi¹  | Sajjad Ghasemi² 

1. Associate professor of Private and Islamic Law, faculty of law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran, (Corresponding Author), Makazemy@ut.ac.ir
2. Ph.D. Student in Private Law, faculty of law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran, sajjadghasemi@ut.ac.ir

Article Info

Article type:
Scientific Article

Received:
2024/10/03

Received in revised form:
2024/11/17

Accepted:
2024/11/29

Keywords:

resolution condition, automatic dissolution, renunciation of resolution condition, subsequent condition, resolution.

Abstract

The resolution condition, unlike the right to resolve a contract, which leads to the creation of the right of rescission, will automatically dissolve the contract, and its effect is not subject to the creditor's will. However, the beneficiary of the resolution condition may seek to avoid the condition and secure his interests through the continuation of the contractual relationship or using other guarantees to enforce the breach of contract after the fulfillment of the condition. The possibility of waiving the resolution clause is a point of dispute both in doctrine and in judicial precedents. Opponents of the possibility of waiving the resolution condition emphasize the coercive nature of the effect of such condition and the impossibility of restoring the dissolved contract, and on the other hand, among the reasons of the proponents, one can emphasize the protective nature of the resolution condition. This research, using jurisprudential and comparative law and judicial precedent, has concluded that due to the distinction between resolution clause and the right to rescission institutions in Iranian law, it is not logically possible to unilaterally deviate from the resolution condition. However the parties can agree on the renewal of the contract after the fulfillment of the resolution condition.

How To Cite

Kazemi, Mahmoud; Ghasemi, Sajjad. (2024). Renunciation of resolution clause; a critique of judicial precedent. *Journal of Judgment*, 119(3), 1-23. <http://doi.org/10.22034/judg.2024.2042550.1345>

DOI

[10.22034/judg.2024.2042550.1345](https://doi.org/10.22034/judg.2024.2042550.1345)

Publisher

Publications of the Judiciary of Tehran Province



عدول از شرط فاسخ؛ نقد رویه قضایی

محمود کاظمی^۱ | سجاد قاسمی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)، رایانامه: Makazemy@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، رایانامه: sajjadghaseemi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: علمی	مفاد خيار فسخ ايجاد حق فسخ برای مشروطه است و عقد با اراده انشایی او منحل می شود؛ بنابراین مشروط له می تواند از اعمال خيار چشم پوشی کند و عقد را باقی گذارد. برخلاف آن، در شرط فاسخ بناى طرفین بر آن است که با تحقق متعلق شرط، عقد به طور قهری منحل شود. تا قبل از تحقق موضوع شرط امکان اسقاط شرط از سوی مشروط له وجود دارد؛ اما این پرسش مطرح است که اگر ذی نفع شرط فاسخ پس از تحقق متعلق شرط، برای تأمین منافع خود تمایل به بقای رابطه قراردادی داشته باشد و ترجیح دهد که عقد باقی بماند و الزام متعهد به اجرای قرارداد را بخواهد، آیا می تواند بدون رضایت طرف دیگر جلوی انحلال عقد را بگیرد یا به تعبیری، عقد را موجود فرض کند یا چنین امکانی ندارد؟ از این وضعیت به عدول از شرط فاسخ تعبیر می کنند. در خصوص امکان چنین امری در دکتترین و رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد. عده ای بر مبنای ماهیت شرط فاسخ، به عدم امکان عدول از شرط و اعاده عقد منحل شده معتقدند. در مقابل، موافقان با توجه به جنبه حمایتی شرط فاسخ و مقتضای آن در ایجاد یک امتیاز برای مشروط له و بعضاً توصیف «عدول» به «تجدید عقد»، آن را مجاز می دانند. دیدگاه نخست مبتنی بر منطق حقوق و دیدگاه دوم بر مبنای آزاداندیشی در تفسیر قوانین و مصلحت گرایی قابل توجه است. این پژوهش با بهره گیری از آموزه های فقهی و حقوق تطبیقی و نقد و تحلیل رویه قضایی به این نتیجه دست یافته است که با توجه به تمایز نهادهای فسخ و انفساخ در حقوق ایران، به لحاظ منطقی امکان عدول یک طرفه از شرط فاسخ بعد از تحقق موضوع شرط وجود ندارد، اما طرفین می توانند نسبت به تجدید عقد توافق کنند. البته این توافق می تواند صریح یا ضمنی باشد.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۱۲	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۸/۲۷	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۹	
کلیدواژه: شرط فاسخ، انحلال قهری، عدول از شرط فاسخ، شرط متأخر، انفساخ.	
استناد	کاظمی، محمود؛ قاسمی، سجاد (۱۴۰۳). عدول از شرط فاسخ؛ نقد رویه قضایی، فصلنامه قضاوت، ۱۱۹(۳)، ۱-۲۳.
	http://doi.org/10.22034/judg.2024.2042550.1345
DOI	10.22034/judg.2024.2042550.1345
ناشر	انتشارات دادگستری کل استان تهران



مقدمه

شرط فاسخ به طور معمول با هدف حمایت از یکی از طرفین یا هر دو در برابر نقض قرارداد از سوی طرف مقابل در ضمن عقد درج می‌شود. هرچند ممکن است متعلق شرط فاسخ یک واقعه خارجی نیز باشد، اما نوعاً متعلق شرط فاسخ نقض تعهد از سوی مشروط‌علیه است و از شرط فاسخ به عنوان ابزاری برای تضمین اجرای قرارداد استفاده می‌شود. مسئله‌ای که در سال‌های اخیر تحت تأثیر حقوق تطبیقی و ملاحظات عملی در دکترین و رویه قضایی مطرح شده آن است که گاه ذی‌نفع شرط فاسخ نفع خود را در بقای عقد دانسته و به دنبال چشم‌پوشی از انحلال آن است. تا پیش از تحقق متعلق شرط فاسخ، عدول از شرط فاسخ و اسقاط آن با چالش خاصی مواجه نیست و مشروط‌له به تنهایی می‌تواند از شرط فاسخ صرف‌نظر کرده، آن را اسقاط کند، اما در صورت تحقق معلق‌علیه، عدول از شرط فاسخ با این چالش منطقی مواجه است که به واسطه اثر قهری شرط، با تحقق آن، عقد خودبه‌خود منحل شده و با انحلال عقد، عدول از شرط و تجدید حیات عقد غیرممکن می‌نماید، زیرا عقدی که منحل شده، وجود ندارد و بدون سبب جدید قابل احیا و ایجاد نیست. با وجود این، در دهه اخیر در دکترین و رویه قضایی این دیدگاه مطرح شده که امکان عدول از شرط فاسخ هم وجود دارد و در محاکم آرایبی در راستای پذیرش این دیدگاه صادر شده است. منشأ تردید در خصوص موضوع آن است که از یک سو ماهیت قهری اثر شرط فاسخ مستلزم آن است که به محض تحقق موضوع شرط، رابطه قراردادی به طور قهری پایان یابد و صرف اراده ذی‌نفع شرط قادر نخواهد بود عقد منحل شده را ایجاد کند؛ چنانکه گفته شده «الساقط لا یعود». از سوی دیگر، عالم حقوق عالم اعتبار است که به تعبیر فقیهان «خفیف المؤمنه است» و هدف همه‌ی سازوکارهای حقوقی اثر بخشیدن به اراده طرفین و تأمین منافع آنان است. بر این اساس اگر هدف از شرط حمایت از مشروط‌له بوده باشد، هرگاه ذی‌نفع شرط فاسخ تمایلی به خاتمه رابطه قراردادی نداشته باشد، باید راهی برای عدول از شرط فاسخ جست‌وجو کرد که با اراده او، عقد ادامه داشته باشد؛ به‌ویژه اینکه از نظر تاریخی، نهاد شرط فاسخ در حقوق روم برای افزایش شیوه‌های جبرانی مشروط‌له در مواجهه با نقض عهد طرف قرارداد شکل گرفته و این رویکرد تا به امروز در نظام‌های حقوقی متأثر از حقوق روم و به‌ویژه فرانسه وجود دارد. این یک چالش دیرینه است که در علم حقوق وجود دارد.

پرسش بنیادین آن است که آیا عالم حقوق همانند عالم تکوین، از قواعد علی و معلولی تبعیت می‌کند و به‌عنوان مثال، همان‌طور که در عالم تکوین تفکیک بین علت و معلول محال است و هیچ معلولی بدون علت ایجاد نمی‌شود، در عالم حقوق هم چنین است یا این‌گونه نیست و نباید عالم اعتبار را به عالم تکوین قیاس کرد؟ نزاع بین فقیهان امامیه و عامه در پذیرش استحسان و مصالحه مرسله و... و نیز تفاوت بین نظام حقوق نوشته و کامن‌لا در پذیرش انصاف در برابر منطوق، تا

حدودی متأثر از همین بحث است. تفصیل این بحث را باید در جای دیگر دنبال کرد، اما به اجمال می‌توان گفت که آنچه مسلم است، این‌گونه نیست که عالم اعتبار تابع هیچ قاعده و ضابطه‌ای نباشد، زیرا در این صورت قواعد حقوقی و علم حقوق معنا پیدا نخواهد کرد و دیگر ضرورت ندارد که از قبل قواعد حقوقی تدوین شود، بلکه باید دست قاضی را باز گذاشت تا بر اساس عدل و انصاف و آنچه به مصلحت می‌داند، فصل خصومت کند. بر همین مبناست که مثلاً در علم حقوق از منابع تعهد سخن به میان می‌آید و گفته می‌شود که اصل بر براءت است و نمی‌توان کسی را بدون سبب در برابر دیگری متعهد دانست.

در خصوص موضوع بحث باید به چند مسئله توجه داشت؛ نخست باید روشن شود که مبنای عدول از شرط فاسخ توسط مشروط‌له چیست و ماهیت شرط فاسخ از جهت نقش اراده ذی‌نفع در تحقق و تأثیر آن، چه اقتضایی دارد. دوم آنکه این عدول چه نسبتی با اثر قهری شرط فاسخ دارد. به بیان دیگر، عدول از شرط فاسخ در قالب کدام نهاد حقوقی می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد به‌گونه‌ای که هم جنبه حمایتی شرط فاسخ (مصلحت) مراعات شود و از حق انتخاب مشروط‌له حمایت گردد و هم ماهیت قهری اثر شرط فاسخ و تمایز آن با خیار فسخ (منطق) حفظ گردد و سبب اختلاط نهادهای حقوقی نشود.

در این مقاله با هدف پاسخ به پرسش‌های فوق، ابتدا بحثی مقدماتی از مفهوم شرط فاسخ خواهیم داشت و سپس دیدگاه‌ها در خصوص امکان عدول از شرط فاسخ با تأکید بر رویه قضایی بررسی می‌شود و در ادامه مبانی حقوقی و ادله موافقان عدول از شرط فاسخ نقد و تحلیل می‌شود تا از این رهگذر نتیجه‌ای نهایی حاصل گردد.

۱. مفهوم شرط فاسخ و معنای عدول از آن

در این بخش مفهوم شرط فاسخ و مفهوم و مقصود از عدول از شرط فاسخ را در دو مبحث بررسی می‌کنیم.

۱-۱. مفهوم شرط فاسخ و مبنای اعتبار آن

در این مبحث به‌طور مختصر مفهوم شرط فاسخ در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی و نظام حقوقی فرانسه بررسی می‌شود.

۱-۱-۱. مفهوم شرط فاسخ در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

عنوان شرط فاسخ در قانون مدنی ذکر نشده، اما تحت تأثیر حقوق تطبیقی به‌ویژه حقوق فرانسه،

نویسندگان حقوق مدنی این نهاد را تعریف کرده‌اند. گفته شده که شرط فاسخ به معنای تراضی طرفین درباره انفساخ احتمالی قرارداد در آینده و محدود کردن تعهدات ناشی از عقد به زمان معین یا عدم تحقق شرایط خاص است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۳۴۲). برخی این شرط را به تعلیق در انحلال عقد تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۷؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۵۶). شرط فاسخ از جهت سبب، یک سبب ارادی انحلال عقد است، چون با اراده طرفین امری سبب انحلال عقد دانسته شده است، اما از جهت نحوه عمل و تأثیر، یک عامل قهری انحلال عقد محسوب می‌شود. طرفین توافق کرده‌اند که در صورت تحقق یک وضعیت خاص، مثلاً نقض تعهد، عقد خودبه‌خود منفسخ شود و این وجه تمایز آن با خیار فسخ است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۱۷). در حقوق موضوعه ایران تردیدی در صحت این نوع شروط نیست و بر مبنای عموماً اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه می‌شود.

در فقه اسلامی عنوان ویژه‌ای برای شرط فاسخ پیش‌بینی نشده، اما فقیهان در ذیل بحث از بیع شرط، متذکر مفهوم شرط فاسخ شده و به تمایز آن از خیار شرط اشاره کرده‌اند. به‌عنوان مثال، صاحب جواهر در باب توجیه اثر رد ثمن در بیع شرط و اینکه آیا با رد ثمن خیار فسخ ایجاد می‌شود یا نفس رد ثمن سبب انفساخ عقد می‌گردد، یکی از احتمالات را تحقق انفساخ به صرف رد ثمن بیان کرده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، صص ۳۸-۳۷). همچنین شیخ انصاری در تحلیل ماهیت شرط رد ثمن و استرداد مبیع در بیع شرط، یکی از احتمالات را آن دانسته که رد ثمن قید انفساخ عقد باشد؛ یعنی اگرچه سبب انفساخ (رد ثمن) در اختیار بایع است، اما با رد ثمن عقد خودبه‌خود منفسخ می‌شود بدون اینکه انشای فسخ صورت گیرد (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۱۳۰). اگر چه ایشان در صحت این شرط تردید می‌کند، اما صحت آن را به صاحب الغنیه نسبت می‌دهد (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۱۳۱) و با احاله بحث به مبحث شروط و پذیرش صحت شروط ناظر به ایجاد غایات (نتیجه) به‌عنوان یکی از اقسام شرط، در نهایت شرط انفساخ با رد ثمن را بر مبنای شرط نتیجه توجیه کرده و به صحت این نوع شروط حکم کرده است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۶، ص ۶۱). آنچه مسلم است از این فروع می‌توان استنباط کرد که فقیهان به مفهوم «شرط فاسخ» و تمایز آن از «شرط فسخ» (خیار فسخ) آگاهی داشته‌اند.

البته در خصوص اعتبار شرط انفساخ عقد دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است؛ برخی با بیان اینکه چون در چنین وضعیتی انفساخ عقد بدون انشا و تحقق اسباب شرعی صورت می‌پذیرد، قائل به بطلان آن شده‌اند (انصاری، ۱۴۳۱ق، ص ۱۳۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۲۶) و بیان داشته‌اند که انفساخ عقد به نفس رد ثمن و بدون انشای قولی یا فعلی همانند تحقق مالکیت بدون وجود انشای قولی یا فعلی است و از این جهت همانند انتقال مالکیت بدون سبب شرعی بوده،

نامشروع و باطل است (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۱۳۰؛ نائینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۴). همچنین گفته شده که چنین شرطی غیرمقدور است، زیرا قدرت بر انحلال عقد صرفاً از طریق انشای فسخ وجود دارد و اراده در خارج از مجرای انشای فسخ نمی تواند عقد را منحل کند. در مقابل، برای صحت چنین شرطی، به ظاهر روایات باب بیع شرط - عموم «المؤمنون عند شروطهم» - و جواز شرط نتیجه اشاره کرده اند (انصاری، ۱۴۳۱ق، ص ۱۳۱). برخی نیز به صراحت به تفاوت بین شرط فسخ و شرط فاسخ استناد کرده و اظهار داشته اند که در شرط فاسخ انشای شرط با اراده انجام می شود ولی با تحقق موضوع شرط، انحلال عقد بدون انشای اراده و به طور قهری واقع می شود و بر مبنای عموماً آن را صحیح دانسته اند (خوانساری، بی تا، ص ۳۴۱).

۱-۱-۲. مفهوم شرط فاسخ در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه در دو مورد از شرط فاسخ سخن به میان آمده است؛ یکی در مبحث مربوط به انواع مختلف تعهد از جهت نحوه انعقاد و در ذیل مباحث مربوط به صورت های خاص تعهد و دیگر در مبحث مربوط به فسخ قرارداد به جهت عدم اجرای تعهد توسط متعهد. در حقوق فرانسه تعهد از جهت نحوه انعقاد به دو صورت مشروط^۱ و مطلق^۲ تقسیم می شود. تعهد مشروط به طور عام تعهدی است که وجود یا عدم آن مشروط به وقوع امری محتمل در آینده باشد (مستنبط از ماده ۱۳۰۴ ق.م. فرانسه).^۳ تأثیر شرط بر این نوع تعهد، حسب مورد دو گونه است؛ گاه وقوع شرط در آینده سبب ایجاد تعهد و تأثیر آن می شود. در حقیقت وقوع حادثه محتمل در آینده، شرط ایجاد تعهد است. در این صورت آن را «شرط تعلیق»^۴ یا «تعلیق در ایجاد» می گویند. اما گاه وقوع شرط در آینده سبب از بین رفتن تعهد موجود می شود به این معنا که تعهد به صورت منجز ایجاد می شود، اما وقوع امری در آینده سبب از بین رفتن آن از ابتدا شده به گونه ای که گویا چنین تعهدی وجود نداشته است. در این فرض به آن «شرط انحلال»^۵ یا «تعلیق در انحلال» می گویند (Terré et al, 2019, p.1408).^۶ در این نوع تعهد حادثه ای که ایجاد یا انحلال تعهد مشروط به وقوع آن شده است، می تواند هر حادثه ای باشد؛ هر چند خارج از موضوع

1. Obligations conditionnelles

2. Obligation pure et simple

3. Art. 1304: "obligation est conditionnelle lorsque depend d'un événement future et incertain. la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'extinction de l'obligation."

4. Condition suspensive

5. Condition résolutoire

۶. با توجه به تعریف این نوع تعهد در حقوق فرانسه، بهتر است در حقوق ایران آن را «تعهد معلق» بنامیم که گاه تعلیق در ایجاد است و گاه تعلیق در انحلال.

تعهد مرتبط با آن باشد. مثلاً پدري اتومبیلی را به فرزند دانشجوی خود هبه می‌کند مشروط بر اینکه معدل او ۱۹ شود؛ یا شخصی خانه خود را اجاره می‌دهد مشروط بر اینکه اگر فرزندش ازدواج کرد، اجاره منحل شود. همچنین ممکن است در یک بیعی شرط شود که اگر مشتری ثمن را پرداخت نکرد، بیع منفسخ گردد. به هر حال در این فرض اصطلاح فرانسوی که به کار می‌رود "condition résolutoire" است.

اما در حقوق فرانسه یک نهاد دیگر هم وجود دارد که به آن "clause résolutoire" می‌گویند که در ماده ۱۲۲۵ قانون مدنی جدید فرانسه پیش‌بینی شده است و آن در موردی است که در ضمن عقد شرط شود که اگر طرف قرارداد به تعهد خود عمل نکند، عقد منفسخ گردد. در فارسی بهتر است این شرط را «شرط فاسخ» بنامیم. در تعریف این شرط گفته شده شرطی است که بر مبنای آن، در صورت عدم اجرای تعهد از سوی متعهد، قرارداد خودبه‌خود منفسخ می‌گردد (Terré et al, 2019, p.854).^۱ در هر دو نوع، به محض وقوع شرط، عقد بدون نیاز به حکم دادگاه منحل می‌شود (Terré, 2019, 855 et 1419). اما این دو نوع شرط از جهاتی با یکدیگر تفاوت دارند:

نخست، اینکه موارد کاربرد این دو شرط متفاوت است. در شرط «تعلیق در انحلال» طرفین سرنوشت (بقا و عدم) عقد (یا تعهد) را به وقوع یک حادثه محتمل در آینده منوط کرده‌اند و به هیچ وجه هدف ایجاد ضمانت اجرا برای اجرای آن تعهد نیست، در حالی که هدف از درج شرط فاسخ در قرارداد پیش‌بینی ضمانت اجرا برای اجرای قرارداد است و شرط انحلال عقد، نقض تعهد از سوی مشروط‌علیه است (Weill, 1971, p.514). به این دلیل از شرط فاسخ در مبحث مربوط به ضمانت اجراهای نقض تعهد قراردادی بحث می‌شود و از شرط تعلیق در مبحث مربوط به صورت‌های مختلف ایجاد تعهد.

دوم، اینکه در تعلیق در انحلال، سرنوشت عقد به وقوع یک حادثه احتمالی در آینده وابسته است که تحقق آن به هیچ وجه به اراده طرفین نباید وابسته باشد، در حالی که در شرط فاسخ موضوع شرط نقض تعهد قراردادی از سوی مشروط‌علیه است (Weill, 1971, p.514).

سوم، اینکه در مورد تعلیق در انحلال، علی‌الاصول با تحقق شرط، عقد از ابتدا منحل می‌شود. مطابق ماده ۷-۱۳۰۴ قانون مدنی جدید فرانسه، اثر شرط به گذشته سرایت می‌کند، مگر در موارد استثنایی که طرفین برخلاف آن توافق نمایند یا تعهدات طرفین به‌طور تدریجی و همزمان با اجرای متقابل قرارداد ایجاد شود (Terré, 2019, p.1426). اما در شرط فاسخ اثر وقوع شرط تابع اراده طرفین است؛ یعنی طرفین عقد معین می‌کنند که اثر تحقق شرط نسبت به آینده باشد یا به گذشته سرایت کند (Terré, 2019, p.881) و در صورت عدم توافق، یا باید به زمان معین شده در در

1. La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

خواست و مطالبه رسمی ذی نفع (مشروط له) که اجرای تعهد را مطالبه کرده، توجه کرد یا تاریخ استناد قطعی طلبکار به شرط فاسخ ملاک قرار می‌گیرد.^۱

چهارم، اینکه در حقوق فرانسه با تحقق متعلق شرط فاسخ، عقد خودبه‌خود منفسخ نمی‌شود و از آنجا که هدف از شرط فاسخ حمایت از منافع متعهدله است، او می‌تواند از آن عدول کند و اجرای تعهد را در خواست نماید (Weill, 1971, p.516; Terré et al, 2019, p.858). همچنین ناقض قرارداد (مشروط علیه) نمی‌تواند در برابر در خواست اجرای قرارداد از سوی متعهدله، به شرط فاسخ استناد کند و از اجرای قرارداد خودداری نماید (Weill, 1971, p.516). در مقابل، در شرط تعلیق در انحلال، تحقق شرط به‌طور قهری و خودبه‌خود سبب انحلال عقد می‌شود و به این دلیل از سوی مشروط‌له قابل عدول نیست، بلکه اگر طرفین بخواهند، باید با توافق جدید عقد جدید منعقد کنند (Terré, 2019, p.1427).

قابل ذکر است که در ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی قدیم فرانسه که شرط فاسخ را مقرر داشته بود، عنوان “Condition résolutoire” را داشت، اما فاقد اثر قهری در انحلال بود و به اصطلاح حقوقدانان فرانسوی، به شکل “de plein droit” سبب انحلال عقد نمی‌شد،^۲ بلکه نیازمند حکم دادگاه بود و به‌طور کلی بیشتر به خیار فسخ شباهت داشت تا شرط فاسخ. ولی در همان زمان رویه قضایی این حق را برای طرفین عقد پذیرفته بود که بر شرط فاسخ بدون نیاز به رسیدگی دادگاه توافق کنند (Weill, 1971, p.516)، اما چنانکه گفته شد، در همان فرض نیز اگر مشروط‌له اراده می‌کرد، می‌توانست از شرط فاسخ عدول کند و اجرای تعهدش را در خواست نماید و مشروط‌علیه حق استناد به شرط فاسخ را نداشت (Weill, 1971, p.516).

اما قانون‌گذار فرانسوی در سال ۲۰۱۶ به صراحت در ماده ۱۲۲۵ امکان توافق بر شرط فاسخ را پذیرفت و به این سمت حرکت کرد که نهاد “Clause résolutoire” که قابل تطبیق بر شرط فاسخ است، به‌صورت قهری موجب انحلال عقد شود و نیازی به رسیدگی دادگاه نباشد (Aynès et al, 2016, p.1319; Terré, 2019, pp.852-854). اما چنانکه اشاره شد و بعداً هم خواهیم گفت، برخلاف عنوان آن، شرط فاسخ در حقوق فرانسه هیچ‌گاه به‌صورت قهری سبب انفساخ عقد نمی‌شود، بلکه باید مشروط‌له آن را بخواهد و به اصطلاح به آن استناد کند و به این دلیل می‌تواند از آن چشم‌پوشی کرده، اجرای تعهد را مطالبه نماید. این شرط تنها ضرورت مراجعه به دادگاه را از بین برده است.

۱. بنگرید به مواد ۷-۱۳۰۴ و ۱۲۲۹ قانون مدنی فرانسه.

۲. Art. ۱۱۸۴: ... le contrat n'est point résolu de plein droit.

۱-۲. مفهوم عدول از شرط فاسخ

تبیین مفهوم و ماهیت عدول از شرط فاسخ مشکل است. به اجمال باید گفت که عدول از شرط فاسخ به معنای اعلام اراده مبنی بر بی‌اثر کردن آثار تحقق متعلق شرط فاسخ است که نتیجه آن بقای عقد یا ایجاد مجدد آن خواهد بود. این امر می‌تواند صور مختلف داشته باشد. گاهی عدول از شرط ناشی از توافق دو طرف است به این معنا که هر دو طرف بر استمرار رابطه قراردادی به رغم تحقق موضوع شرط فاسخ توافق می‌کنند، اما گاه پس از تحقق شرط فاسخ، مشروط له (متعهدله) به تنهایی تصمیم به عدول از شرط و زوال آثار آن می‌گیرد. چالش مهمی که در خصوص تبیین مفهوم «عدول از شرط فاسخ» وجود دارد، تحلیل حقوقی ماهیت آن است به این معنی که آیا باید آن را به معنای استمرار وجود عقد دانست و معتقد بود که عقد از بین نرفته است یا آن را به تجدید حیات عقد تحلیل کرد؟ این تحلیل به‌ویژه وقتی مشکل می‌نماید که ماهیت شرط فاسخ را انفساخ قهری عقد بدون نیاز به اعلام اراده بیان کنیم. بر این اساس دو تحلیل عمده از ماهیت عدول از شرط فاسخ می‌توان ارائه داد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. نکته قابل ذکر آن است که هرگاه پس از تحقق شرط فاسخ هر دو طرف عقد مایل به ادامه رابطه قراردادی باشند، آنها می‌توانند از شرط فاسخ عدول کنند. در این صورت عدول از شرط فاسخ به منزله تجدید عقد خواهد بود که به لحاظ منطقی با هیچ مانعی مواجه نخواهد بود. البته به‌عنوان یک امر موضوعی باید برای دادگاه محرز شود که طرفین با پایبندی به تعهدات قراردادی پس از تحقق موضوع شرط فاسخ، خواسته‌اند عقد جدیدی منعقد کنند و انعقاد عقد جدید احراز گردد. در این فرض تنها بحث اثباتی مطرح است. اما اگر تنها ذی‌نفع شرط تصمیم به عدول از آن داشته باشد، این بحث وجود دارد که آیا او منطقی‌اً قادر به چنین امری هست یا خیر و در فرض، مثبت بودن پاسخ تحلیل منطقی آن به چه صورت خواهد بود؟

۲. دیدگاه‌های مختلف در خصوص امکان عدول از شرط فاسخ

چنانکه پیشتر گفته شد، شرط فاسخ شرطی است که دارای مبنای قراردادی است، اما اثر آن انحلال قهری قرارداد است. در نوشته‌های حقوقی به تفصیل در خصوص تفاوت شرط فاسخ با حق فسخ یا اختیار فسخ سخن گفته شده و نتیجه همه آن مباحث این است که با تحقق شرط فاسخ، عقد به‌طور قهری منحل می‌شود یا به اصطلاح عقد «منفسخ» می‌شود؛ اما با پیش‌بینی اختیار فسخ در قرارداد (شرط اختیار) برای یکی از طرفین (یا هر دوی آنها)، مشروط‌له بر فسخ قرارداد مسلط می‌شود و او می‌تواند از این حق خود استفاده کند یا از آن چشم‌پوشی نماید. با این حال این امکان وجود دارد که طرفین یا یکی از آنان به دنبال نادیده گرفتن شرط فاسخ یا به تعبیری از بین بردن اثر آن باشند و منافع خود را در بی‌اثر کردن یا نادیده انگاشتن اثر شرط فاسخ بدانند. در این صورت این

پرسش مطرح است که آیا ذی نفع یا مشروطه می تواند از آثار قهری شرط فاسخ که قبلاً واقع شده، جلوگیری کند؟ آیا باید معتقد بود که اثر قهری شرط فاسخ بر عقد، عدول از آن را غیر ممکن می سازد و ذی نفع نمی تواند عقد از بین رفته را احیا کند مگر با تجدید انعقاد آن که نیازمند تراضی جدید است؟ یا با این دستاویز که دنیای حقوق دنیای اعتبار است و نباید آن را با عالم تکوین قیاس کرد، باید به مشروطه این حق را داد که در صورت اراده، بتواند عقد منحل شده را موجود تلقی نماید؟ این موضوع سبب اختلاف در رویه قضایی شده است.

۲-۱. نظریه امکان عدول از شرط فاسخ و ادله آن

مطابق این دیدگاه که بیشتر بر ملاحظات عملی و مبانی مصلحت اندیشی و لیبرالیسم حقوقی استوار است، مشروطه می تواند پس از تحقق موضوع شرط فاسخ، با اعلام انصراف یا عدم استناد به آن، مانع انحلال عقد شود یا آن را موجود تلقی نماید. در اثبات این دیدگاه استدلال‌هایی مطرح شده که در زیر بدان می پردازیم.

۲-۱-۱. ماهیت حمایتی شرط فاسخ و شرط ضمنی امکان عدول از شرط فاسخ

یکی از اهداف پیش‌بینی شرط فاسخ در قراردادها حمایت از متعهده در برابر نقض تعهد از سوی متعهد است. به عبارت دیگر، هدف از درج شرط فاسخ در قرارداد تضمین اجرای تعهد و جلوگیری از آثار زیان‌بار نقض قرارداد است بدین معنا که طرفین توافق می‌کنند که در صورت عدم ایفای تعهد از سوی متعهد (تحقق موضوع شرط فاسخ)، قرارداد خودبه‌خود منفسخ شود تا متعهده ناچار از تمسک به ضمانت اجراهای متعارف نقض تعهد قراردادی نباشد.

در حقوق فرانسه مزیت چنین شرطی آن است که متعهده می‌تواند برخلاف روش فسخ قضایی^۱، بدون مراجعه به دادگاه از بند رابطه قراردادی رها شود. همچنین برخلاف روش فسخ یک طرفه^۲، ناچار به اثبات نقض تعهد جدی و اساسی - در حدی که توجیه‌کننده ایجاد حق فسخ یک طرفه باشد^۳ - نخواهد بود (Schütz, 2017, p. 85).

در حقوق ایران نیز مطابق دیدگاه غالب که حق فسخ در فرض نقض تعهد قراردادی را در طول

1. La résolution judiciaire

2. La résolution unilatérale

بر اساس ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی فرانسه، یک طرف قرارداد می‌تواند در صورت نقض جدی قرارداد از سوی طرف دیگر، اقدام به فسخ یک طرفه عقد کند. ماده ۱۱۲۷ همین قانون نیز امکان درخواست فسخ عقد از دادگاه‌ها را تجویز کرده که فسخ قضایی نامیده می‌شود. باید توجه داشت که تا پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶، تنها راه فسخ عقد مراجعه به دادگاه و فسخ قضایی قرارداد بوده است.

3. Inexécution suffisamment grave

درخواست الزام به اجرای تعهد قراردادی می‌داند و فسخ ابتدایی را مجاز نمی‌داند، مزیت درج چنین شرطی آن است که متعهدله می‌تواند بدون نیاز به مراجعه به دادگاه و طرح دعوی الزام به اجرای عین تعهد، قرارداد را فسخ و خود را از بند آن رها کند.

چنانکه قبلاً گفته شد، در حقوق فرانسه در فرض تحقق موضوع شرط فاسخ (یعنی نقض تعهد از سوی متعهد)، متعهدله می‌تواند بجای استناد به شرط فاسخ، به سایر ضمانت‌های اجرایی قراردادی از جمله اجرای اجباری متوسل شود و الزام متعهد به اجرای قرارداد را درخواست کند یا حتی بین شیوه انحلال ارادی یا انحلال قضایی دست به انتخاب بزند (Terré et al, 2019, p. 858). در این نظام حقوقی پذیرفته شده که توافق بر شرط فاسخ یک راه حل ساده‌تر برای انحلال عقد را در اختیار متعهدله قرار می‌دهد که از سوی او قابل عدول است و او می‌تواند از آن صرف نظر کند (weill, 1971, p. 516). همچنین در رویه قضایی فرانسه نوعی از شروط فاسخ مورد توجه بوده که در آن عباراتی مانند «اگر مشروطه نسبت به اثر شرط فاسخ رضایت داشته باشد»^۱ درج می‌شد. رویه قضایی فرانسه از این نوع شرط چنین برداشت می‌کرد که متعهدله حق انتخاب خود نسبت به انحلال و یا عدول از شرط فاسخ و ادامه قرارداد را حفظ کرده است.^۲

آنچه نویسندگان حقوقی ایران و رویه قضایی را بر آن داشته که به سمت نظریه عدول از شرط فاسخ تمایل پیدا کنند، تأثیرپذیری آنان از حقوق فرانسه بوده است. اکنون باید بررسی شود که آیا می‌توان مبنای فوق را درخصوص شرط فاسخ در حقوق ایران صادق دانست و بر این عقیده بود که هرگاه موضوع شرط فاسخ نقض تعهد از سوی طرف دیگر باشد، متعهدله نسبت به انتخاب ضمانت‌های قراردادی آزادی داشته باشد و بتواند با عدول از شرط فاسخ، اجرای عین قرارداد را درخواست کند؟

در توجیه امکان عدول از شرط فاسخ در نظام حقوقی ایران نیز برخی از همین تحلیل بهره گرفته و بر این عقیده‌اند که هرگاه شرط فاسخ به نفع یکی از طرفین و ناظر بر پیش‌بینی انحلال در فرض نقض تعهد باشد، بدان معناست که متعهدله با چنین شرطی به دنبال از دست دادن حق خود نسبت به ادامه قرارداد یا استفاده از سایر ضمانت‌های اجرایی قراردادی (مانند الزام به اجرای قرارداد) نبوده و صرفاً یک حق و اختیار اضافه برای او پیش‌بینی شده که می‌تواند از آن بهره‌مند شود یا از آن صرف نظر کند و اجرای قرار داد را درخواست نماید.

ایراد تحلیل فوق آن است که در آن به ماهیت و کارکرد نهادهای حقوقی توجهی نشده است. اگرچه دور از ذهن نیست که طرفین توافق کنند تا سرنوشت عقد پس از نقض تعهد در اختیار

1. si bon lui semble

2. Cass. Civ. 3ème, 24 mars 1999, n° 96-20590

متعهدله باشد، اما مسئله مهم توصیف حقوقی و ماهیت توافق بین طرفین است. اگر ماهیت توافق طرفین یک شرط فاسخ باشد، با تحقق متعلق شرط، عقد منفسخ شده و دیگر شرط یا حتی وجود ندارد تا مشروطه بتواند از آن عدول کند یا از آن چشم‌پوشی نماید مگر آنکه گفته شود عقد جدیدی منعقد شده که این هم لوازم خود را دارد و نمی‌توان با فرض و گمان ایجاد عقد جدید را احراز کرد. ممکن است گفته شود که عقد در اثر شرط فاسخ به نحو قهری منحل نمی‌شود و متعهدله باید تصمیم بگیرد که منحل گردد یا باقی بماند. در این صورت ماهیت شرط فاسخ از یک نهاد با تأثیر قهری بر انحلال عقد، به نهادی مشابه خیار فسخ تبدیل خواهد شد که از فرض ما خارج است. نکته دیگر آن است که متعهدله در هنگام توافق بر شروط قراردادی، امکان انتخاب بین نهاد شرط فاسخ با اثر قهری و شرط فسخ با اثر ارادی را داشته و می‌توانسته چارچوب مناسب را برای تأمین منافع خود پیش‌بینی کند. بر این اساس اگر طرفین می‌خواستند برای اراده ذی‌نفع شرط فاسخ نقشی قائل شوند، از نهاد خیار شرط استفاده می‌کردند.^۱

در حقوق فرانسه تحقق موضوع شرط فاسخ خودبه‌خود و بدون خواست مشروطه سبب انحلال عقد نمی‌شود، بلکه به او اختیار استناد به شرط فسخ یا تمسک به الزام متعهد به اجرای قرارداد را می‌دهد. به این دلیل طرف دیگر عقد نمی‌تواند در برابر در خواست اجرای تعهد به شرط فاسخ استناد کند (weill, 1971, p.516). حتی در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ که ماده ۱۲۲۵ قانون مدنی فرانسه به صراحت توافق بر شرط فاسخ را پیش‌بینی کرد (در تأیید رویه قضایی موجود)، با توجه به منطوق ماده و مواد قبلی، مفسران فرانسوی تأکید کرده‌اند که حتی بعد از وقوع شرط (نقض تعهد) برای تحقق فسخ، مشروطه باید به آن استناد کند و در صورت عدم توافق خلاف، او باید ابتدا اجرای قرارداد را مطالبه کند و سپس آن را فسخ نماید و به این دلیل او می‌تواند با عدم استناد به شرط فاسخ، اجرای تعهد را مطالبه نماید (Terreé, 2019, p.858). در واقع در حقوق فرانسه تفکیک بنیادین بین نهاد شرط فاسخ و خیار فسخ وجود ندارد، در حالی که در حقوق ایران این تفکیک یک امر پذیرفته شده است. از این رو به نظر می‌رسد نمی‌توان با اقتباس از حقوق فرانسه، در حقوق ایران بر این مبنا معتقد به جواز عدول از شرط فاسخ شد.

۱. باید توجه داشت که در این فرض بحث از جنبه اثباتی مهمی برخوردار خواهد بود. در عمل بسیار رخ می‌دهد که طرفین واژه‌های فسخ و انفساخ و بطلان را به شیوه نادرستی به‌کار می‌گیرند و دادرس باید در تفسیر قرارداد اراده واقعی طرفین را کشف کند. در نتیجه این احتمال وجود دارد که طرفین از عبارات مرتبط با شرط فاسخ استفاده کنند، اما مقصودشان حق فسخ باشد؛ در این صورت بحث متفاوت خواهد بود.

۲-۱-۲. منع سوءاستفاده مشروط‌علیه از شرط فاسخ

منع سوءاستفاده متعهد از شرط فاسخ نتیجه منطقی حمایتی بودن این شرط است. برای مثال، هرگاه در قرارداد درج شود که اگر اقساط بدهی یا اجاره‌بها پرداخت نشود عقد منفسخ می‌شود، چنین شرطی با هدف تأمین منافع متعهدله درج شده است. حال این امکان وجود دارد که متعهد که قصد خاتمه دادن به قرارداد را دارد، تعمداً از پرداخت اقساط بدهی یا اجاره‌بها خودداری کند. در چنین حالتی اگر گفته شود که شرط فاسخ از سوی ذی‌نفع قابل عدول نیست، متعهد می‌تواند از شرطی که به نفع طرف دیگر درج شده، سوءاستفاده کند و به نوعی ترغیب شود تا با نقض تعهد زمینه انحلال قرارداد را فراهم آورد و به مطلوب نامشروع خود برسد.

در رویه قضایی فرانسه به این مسئله توجه شده و بر این نکته تأکید شده است که شرط فاسخ برای تأمین منافع هریک از دو طرف قرارداد است که به نفع او درج شده و تنها از سوی همان شخص قابل استناد است و البته می‌تواند قابل عدول باشد (Terreé, 2019, p.858).^۱ البته باید توجه داشت که اگر ذی‌نفع شرط فاسخ اراده خود را مبنی بر صرف نظر کردن از شرط فاسخ ابراز کند، طرف دیگر می‌تواند به این ابراز اراده استناد کند و چنانچه متعاقباً ذی‌نفع به دنبال استناد به شرط فاسخ باشد، مانع آن شود.^۲ بر این اساس تصمیم در خصوص انحلال یا عدم انحلال عقد تابع اقدام ذی‌نفع در استناد یا عدول از شرط فاسخ است.

در نظام کامن‌لان نیز گرایش دادگاه‌ها بدین سمت است که هرگاه شرط فاسخ به نفع یکی از طرفین باشد، تصمیم در خصوص سرنوشت قرارداد در اختیار همان طرف است و او می‌تواند به شرط فاسخ استناد کند یا از آن عدول کند که ذیل «دکترین اسقاط»^۳ از آن بحث می‌شود. دیوان عالی استرالیا در یکی از آرای خود^۴ به‌عنوان یک قاعده بیان داشته که طرف قرارداد نمی‌تواند از شرط فاسخی که به نفع طرف دیگر قرارداد درج شده است، به‌عنوان بستری برای سوءاستفاده از تقصیر قراردادی خود بهره‌بردارد (Prorsch, 1982, p.348).

نکته قابل تأمل آن است که هرگاه طرفین قرارداد سازوکاری برای انحلال عقد پیش‌بینی کرده باشند که اثر قهری داشته باشد و اثری برای اراده ذی‌نفع در نظر نگرفته باشند، نمی‌توان مانع استناد طرف دیگر قرارداد به آن شد. ذی‌نفع شرط فاسخ باید نسبت به ماهیت و اثر شرطی که نسبت به آن توافق می‌کند، آگاه باشد. البته می‌توان با توافق و با درج عبارتی مبنی بر اینکه ذی‌نفع باید به انفساخ

1. Cass. Civ. 3ème, 27 avril 2017, n°16-13.625; «pour dire que le bailleur avait conservé le droit de renoncer au bénéfice de la clause résolutoire, édictée à son seul profit»

2. Cass. Civ. 3ème, 21 janvier 2021, n°19-24.466

3. doctrine of waiver

4. Suttor v Gundowda Pty Ltd [1950] HCA 35; 81 CLR 418

عقد استناد کند یا می‌تواند از آن عدول کند،^۱ از سوءاستفاده احتمالی جلوگیری کرد. قابل ذکر است که اقدام مبتنی بر سوءنیت یکی از طرفین قرارداد در بهره‌جویی از شروط قراردادی، بیشتر از آنکه بتواند توجیهی نظری برای تغییر ماهیت و اثر شرط فاسخ باشد، یک مسئله صغروی و موردی است که باید در خصوص مورد به آن توجه شود. در نتیجه حتی اگر معتقد باشیم که قواعد منع‌کننده‌ای در خصوص سوءاستفاده از شروط قراردادی یا اصل حسن نیت در نظام حقوق قراردادهای پذیرفته شده، باید در هر مورد و در پرونده به دادرس اجازه داد تا بر مبنای آن به محدودسازی یک حق یا ضمانت اجرا قراردادی دست یازد و این امر نمی‌تواند مبنایی برای سلب اعتبار نهاد شرط فاسخ شود، زیرا از کلیه قواعد حقوقی ممکن است اشخاصی سوءاستفاده کنند، اما این سبب نفی آن قاعده حقوقی نیست.

۲-۱-۳. پذیرش عدول از شرط فاسخ بر مبنای نهاد شرط متأخر

استفاده از نهاد شرط متأخر بدین معناست که به رغم قائل بودن به اثر قهری شرط فاسخ، استناد به آن از سوی مشروطه شرط متأخر تأثیر آن است. در این خصوص توجه به سیر تحول نهاد تهاتر قهری به عنوان یک نمونه در حقوق غرب مفید خواهد بود. در حقوق روم گفته می‌شد که تهاتر به حکم قانون (قهری) و به اصطلاح به شیوه "ipso jure" رخ می‌دهد، اما به رغم تأکید بر قانونی و قهری بودن تهاتر، تهاتر شبیه دفاعی از سوی خواننده بود که باید مورد استناد قرار می‌گرفت (Jauffret-Spinosi, 200, p.4). به رغم این موضع در حقوق روم، در قانون مدنی فرانسه تا پیش از اصلاحات ۲۰۱۶، حسب ماده ۱۲۹۰ قانون مدنی، تهاتر به شیوه قهری و خودکار و به اصطلاح به شیوه "de plein droit" رخ می‌داد (Terré et al, 2019, p.1762).^۲ قانونگذار فرانسوی در راستای اصلاح این امر، در ماده ۱۳۴۷ قانون مدنی جدید صراحتاً اثر تهاتر در سقوط قهری دیون متقابل را منوط به استناد از سوی ذی‌نفع کرد.^۳

تحول حقوق فرانسه در خصوص تهاتر قهری نشانگر این امر است که می‌توان در یک نهاد حقوقی قهری نیز برای اراده ذی‌نفع یا مشروطه نقشی قائل شد و این امر منافاتی با ماهیت قهری آن ندارد. همین رویکرد در خصوص شرط فاسخ ناظر بر نقض تعهد نیز در حقوق فرانسه پذیرفته شده است (Terré, 2019, p.858; Saidani, 2016, p.147). بنابراین می‌توان به سمت شکل دادن به یک

۱. ممکن است بتوان درج چنین شرطی را بر مبنای اینکه شرط توافق شده در واقع امر یک خیار فسخ است، توجیه کرد. در این صورت از فرض مسئله خارج خواهد بود.

2. Art. 1290: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

3. "... Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée..."

قاعده عام حرکت کرد که هرگاه یک نهاد حقوقی با اثر قهری به نفع یک طرف قرارداد پیش‌بینی شود، اثر قهری آن نهاد منوط به استناد ذی‌نفع به آن خواهد بود و شرط فاسخ از آن قبیل است. در تحلیل منطقی این دیدگاه باید گفت که استناد ذی‌نفع به شرط فاسخ در حکم شرط متأخر برای حصول انحلال قهری ناشی از آن است؛ به این معنا که سبب (مقتضی) انحلال همان شرط فاسخ است، اما تأثیر آن منوط به استناد ذی‌نفع به آن است. در تعریف سبب گفته شده چیزی است که معلول پس از حصول شرایط به آن مستند می‌شود (انصاری، ۱۴۳۲، ص ۲۰۸) و بر این مبنا اگرچه انحلال قهری به شرط فاسخ مستند می‌شود، اما تأثیر این سبب منوط به شرط متأخر - یعنی استناد به آن - است. در این تحلیل ضمن حفظ ماهیت قهری شرط فاسخ و عدم اختلاط مفهومی آن با خیار فسخ، نقشی برای تأثیر اراده ذی‌نفع پیش‌بینی شده که در قالب استناد^۱ یا رد^۲ شرط فاسخ ظاهر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص ۴۵۷).

به نظر می‌رسد نتیجه عملی چنین تحلیلی تبدیل نهاد شرط فاسخ به خیار فسخ باشد. باید توجه داشت که چون در حقوق ایران و اسلام امکان توافق بر خیار فسخ در کنار شرط فاسخ وجود دارد، عدم لزوم استناد به شرط فاسخ با انتقاداتی که ممکن است در حقوق فرانسه مطرح شود، مواجه نخواهد بود، زیرا سازوکاری موازی برای امکان پیش‌بینی تأثیر اراده ذی‌نفع در قالب خیار فسخ وجود دارد و صرف نظر از الفاظی که در ظاهر قرارداد به کار گرفته شده، طرفین امکان توافق بر هر یک از این دو شیوه انحلال عقد را دارند. وانگهی، وام‌گرفتن از تحول حقوق فرانسه در خصوص نقش اراده در وقوع تهاوتر قهری مستلزم توجه به پیشینه و مفهوم نهادهای دارای اثر قهری در حقوق روم و ابهام در مفهوم *ipso jure* در نگاه حقوقدانان فرانسوی است. این در حالی است که تفکیک بین نهادهای حقوقی ارادی و قهری در حقوق ایران و بر اساس سابقه فقهی به شکل شفاف پذیرفته شده است.

۲-۲. نظریه عدم امکان عدول از شرط فاسخ و ادله آن

دیدگاه دیگر آن است که عدول از شرط فاسخ امکان‌پذیر نیست. در این رویکرد بیشتر از آنکه از مبانی مصلحت‌اندیشانه در تحلیل نهادهای حقوقی استفاده شود، بر تحلیل منطقی آن از منظر ماهیت و آثار توجه شده است. مهم‌ترین ادله مطرح شده در خصوص عدم امکان عدول از شرط فاسخ در ادامه ذکر می‌شود.

1. Invoquer
2. Renonciation

۲-۲-۱. ماهیت حقوقی و ساختار حقوقی شرط فاسخ

اثر خیار فسخ ایجاد حق فسخ است که اعمال آن تابع اراده صاحب حق است و نیازمند انشای اوست. اما اثر شرط فاسخ انحلال قهری عقد است و نیازمند انشای مجدد نیست. اثر شرط فاسخ خودبه خود ایجاد می‌شود و نیازمند تصمیم متعهدله یا اقدامی از سوی متعهد و یا حکم دادگاه نیست، برخلاف خیار شرط که اثر آن ایجاد حق فسخ است و اعمال آن تابع اراده ذی‌الخیار خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص ۱۱۷).

در نقد این تحلیل ممکن است گفته شود که در فهم ماهیت شرط فاسخ با نگاه منطقی محور، صرفاً به ماهیت مادی نهادهای حقوقی و اثرات آن تأکید می‌شود، در حالی که در حقوق باید به قصد طرفین و تأمین منافع طرف‌های درگیر هم توجه نمود. به بیان دیگر، نمی‌توان در عالم حقوق تنها بر مبنای علم منطقی یا احکام عقلی به تحلیل نهادهای حقوقی و آثار آن پرداخت و باید با توجه ماهیت اعتباری نهادهای حقوقی، اهداف اصلی پیش‌بینی چنین نهادی را که تأمین منافع متعهدله می‌باشد، مورد توجه قرار داد. بر این مبنای در نظام کامن‌لا اثر حقوقی آنچه به عنوان نهاد مشابه شرط فاسخ (Condition subsequent) شناخته می‌شود، تابع اراده طرفین و یک مسئله مرتبط با تفسیر قرارداد دانسته شده که در آن باید اهداف طرفین و منافع آنان از درج شرط برای تعیین اینکه اثر شرط انحلال قهری قرارداد باشد یا صرفاً حفظ منافع متعهدله از طریق یک اختیار توجه کرد (Vincent, 1985, p.212).

در حقوق فرانسه نیز در ماده ۱۲۲۵ جدید قانون مدنی فرانسه مقرر شده که متعهدله شرط فاسخ باید اظهارنامه‌ای دال بر الزام به اجرای تعهد برای متعهد ارسال کند و پس از آن انفساخ مؤثر خواهد بود. در این اظهارنامه باید مهلتی برای متعهد تعیین شود تا بتواند با عمل به تعهد خود مانع فسخ گردد (Terré, 2019, p.852). بنابراین ممکن است بتوان موانعی برای اثر قهری انحلال ناشی از شرط فاسخ بر مبنای حکم قانون یا شرط ضمنی طرفین پیش‌بینی کرد. در چنین صورتی ماهیت انحلال ناشی از شرط فاسخ همچنان قهری خواهد بود، اما اثر آن منوط به تحقق یک سبب یا فقدان یک مانع خاص خواهد بود. با وجود این، حتی اگر بتوان از این عقیده دفاع کرد که در تحلیل اثر نهادهای حقوقی باید قصد و منافع طرفین مورد توجه قرار گیرد نه ماهیت منطقی آن و مشابه رویکرد کامن‌لا اثر شرط فاسخ را یک مسئله تفسیری بدانیم، در حقوق ایران شرط مورد توافق طرفین باید از نظر تفسیری در یکی از دو قالب شرط فاسخ یا حق فسخ عقد قرار گیرد. این بدان علت است که در حقوق ایران برخلاف رویکرد نظام کامن‌لا و حقوق فرانسه، دو نهاد متمایز شرط فاسخ و شرط فسخ وجود دارد که به هنگام انعقاد قرارداد اختیار تعیین شیوه انحلال عقد را به طرفین می‌دهد. این رویکرد در سنت فقهی نیز وجود دارد. شیخ انصاری در بحث از ماهیت بیع شرط و توافق بر بازگرداندن مبیع در فرض رد ثمن، یکی از احتمالات را پیش‌بینی ایجاد حق

فسخ در اثر رد ثمن دانسته که در مقابل، احتمال دیگر آن است که رد ثمن قید انفساخ باشد. تفاوت آن دو در این است که در فرض اول مشروطه بر فسخ عقد سلطه می‌یابد و می‌تواند با اعمال آن عقد را فسخ کند یا از فسخ آن خود داری نماید؛ اما مطابق تحلیل دوم، مشروطه بر سبب انفساخ مسلط است که همان رد ثمن است و با رد ثمن عقد خودبه‌خود منفسخ می‌شود (انصاری، ۱۴۳۱ق، ج ۵، ص ۱۳۰). اگر چنین تفکیک واضحی در خصوص این دو شرط در یک نظام حقوقی وجود نمی‌داشت، اقتضائات عملی می‌توانست توجیه‌کننده پیش‌بینی اثری برای اراده ذی‌نفع در شرط فاسخ باشد تا در عمل نهاد شرط فاسخ و خيار فسخ در ذیل یک عنوان واحد قرار گیرد؛ اما با تفکیک موجود در نظام حقوقی چنین وحدتی غیر ضروری و به نوعی ساختارشکنی حقوقی است.

۲-۲-۲. نبود مبانی و ضرورت‌های موجود در حقوق فرانسه در حقوق ایران

تأکید بر تمایز بین نهاد خيار فسخ و شرط فاسخ اهمیت ویژه‌ای دارد، زیرا آنچه در حقوق فرانسه با عنوان شرط فاسخ شناخته می‌شود، به لحاظ ماهیت و اثر آن، ماهیتی بین نهاد خيار فسخ و شرط فاسخ است که در حقوق ایران وجود دارد. با توجه به اینکه در حقوق ایران به تبع فقه اسلامی دو نهاد متمایز خيار فسخ و شرط فاسخ پذیرفته شده و طرفین آزادی توافق بر هریک از این دو را دارند، به نظر می‌رسد ضرورت‌های موجود در دکترین حقوقی فرانسه در خصوص لزوم شرطیت استناد ذی‌نفع شرط فاسخ در حقوق ایران وجود نداشته باشد، زیرا اگر طرفین به دنبال آن باشند که برای اراده ذی‌نفع اثری قائل شوند، می‌توانند از نهاد خيار فسخ استفاده کنند. توجه به تاریخ تحولات شرط فاسخ در حقوق رومی-ژرمنی نیز مؤید این برداشت است. در ماده ۱۱۸۴ قدیم قانون مدنی فرانسه به شرط فاسخ پرداخته شده بود، اما ماهیت آن یک شرط ضمنی در عقود معوض بود که نتیجه آن اعمال ضمانت اجراهای عام نقض تعهد بوده و انحلال عقد نیز منوط به مراجعه به دادگاه بود. اما در ماده ۱۲۲۵ جدید قانون مدنی شرط فاسخ به عنوان یکی از جهات انحلال ارادی مورد پذیرش قرار گرفته است. البته رویه قضایی فرانسه از گذشته اصل امکان توافق بر انحلال قرارداد بر مبنای شرط فاسخ را مورد پذیرش قرار داده و دیوان عالی کشور در رأی^۱ در سال ۱۸۶۰ به این امر تصریح کرده بود. (Renault-Brahinsky, 2019, p.138) از نظر تحول تاریخی، نهاد شرط فاسخ در حقوق روم با هدف حمایت از طرف متضرر از عدم ایفای تعهد شکل گرفته است. با توجه به شکل‌گرایی بالای حقوق روم، نظریه فسخ مورد پذیرش نبوده و متعهدله صرفاً می‌توانسته اجرای اجباری تعهد را درخواست کند (Terré, 2019, p.852). در تحولات بعدی یک شرط ضمنی با عنوان شرط فاسخ یا فاسخ با عنوان *lex commissoria* که به معنای «قانون

1. Cass. civ., 2 juill. 1860

خاتمه دادن» است، مورد پذیرش قرار گرفت که در حقوق فرانسه به آن *pacte comissoire* گفته می‌شود (Terré, 2019, p.852) و ماده ۱۱۸۴ قدیم قانون مدنی فرانسه نیز بر این مبنا تنظیم شد بود. این شرط ضمنی^۱ بنیاد نظری فسخ قضایی و نیز امکان توافق بر شرط فاسخ را تشکیل می‌دهد (Saidani, 2016, p.141). البته با پیشرفت دکترین حقوقی و اثرپذیری از دیدگاه‌های حقوق شرعی کلیسا^۲ که مفهوم رابطه متقابل در تعهدات دوجانبه را ایجاد کرد، مبنای فسخ قضایی از شرط ضمنی به ماهیت توافق دو تعهدی تغییر یافت (Terré, 2019, p.852).

در نتیجه مفهوم اثر قهری شرط فاسخ در حقوق فرانسه ناظر بر عدم ضرورت مراجعه به دادگاه است و همچنان استناد متعهدله به آن انحلال شرط تحقق انفساخ است؛ درحالی‌که در فقه و حقوق موضوعه ایران اثر قهری به معنای بی‌نیازی از اراده ذی‌نفع یا استناد وی به انحلال است و چه در شرط فاسخ و چه شرط خیار فسخ، مراجعه به دادگاه ضرورتی ندارد. به لحاظ عملی، اگرچه حقوق رومی-ژرمنی با پذیرش شرط فاسخ لزوم مراجعه به دادگاه را نفی کرد، اما نیاز به نهادی مشابه با شرط فسخ در حقوق ایران موجب شده تا برای اراده ذی‌نفع اثری قائل شوند؛ درحالی‌که تفکیک دو نهاد شرط فسخ و شرط فاسخ در حقوق اسلام و ایران، از ابتدا نیاز به در نظر گرفتن نقشی برای اراده ذی‌نفع در اثر کردن شرط فاسخ را کنار می‌زند. در نتیجه می‌توان از این عقیده دفاع کرد که شرط فاسخ پس از تحقق موضوع آن، قابل عدول از سوی ذی‌نفع نیست و ضرورت‌های عملی موجود در حقوق فرانسه برای پذیرش عدول از شرط فاسخ، به علت وجود دو نهاد متمایز شرط فاسخ و شرط فسخ در حقوق ایران، توجیه‌کننده پذیرش امکان عدول نیست.

۲-۲-۳. عدم امکان اسقاط شرط نتیجه

شرط فاسخ به لحاظ ماهیت بر شرط نتیجه قابل انطباق است، زیرا اثر شرط فاسخ ایجاد یک نتیجه حقوقی است که همان انحلال یا فسخ عقد است. چنانکه برخی از فقیهان گفته‌اند، شرط فاسخ سبب مستقل برای انفساخ عقد است و یک نوع شرط نتیجه است که مطابق اصل صحت، باید قائل به صحت و اعتبار آن بود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ص ۲۶). مطابق ماده ۲۴۴ قانون مدنی شرط نتیجه قابل اسقاط نیست و به محض انعقاد عقدی که این شرط در ضمن آن درج شده، اثر خود را ایجاد خواهد کرد. بر این مبنا برخی معتقدند که شرط فاسخ حتی پیش از تحقق معلق علیه قابلیت اسقاط نخواهد داشت (دیانی، ۱۳۹۸، ص ۲۶۲).

1. *lex commissoria tacite*
2. *le droit canonique*

۲-۳. نقد و تحلیل رویه قضایی

در ادامه و پس از بحث از ادله هریک از رویکردها، رویه قضایی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲-۳-۱. عدم امکان عدول از شرط فاسخ بر مبنای تمایز مفهوم انفساخ از فسخ

اختلاف در دکتربین به رویه قضایی هم سرایت کرده است. در رویه قضایی نیز توجه به وجود دو نهاد متمایز انحلال قهری و ارادی به خوبی مشهود است. به عنوان مثال، شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در در تبیین ماهیت و اثر شرط فاسخ که صورت قهری و خودکار دارد، چنین اظهار داشته: «مستفاد از نوشته مذکور گنجاندن ارادی مکانیسمی برای فسخ خودبه خود قرارداد در صورت عدم پرداخت هریک از چک‌ها یا عدم انجام تعهدات خریدار بدون نیاز به اعلام اراده مشروطه است که با توجه به برگشت چک‌های مصرح در قرارداد که از هرگونه دفاع تجدیدنظر خوانده صحت این امر مضمون مانده شرط مذکور که واجد وصف شرط فاسخ است عمل نموده و قرارداد منفسخ گردیده است.»^۱

شعبه ۳ دادگاه عمومی ملارد در بیان تفاوت بین «فسخ» و «انفساخ» و اثر اراده بر آن در رأی خود چنین آورده است: «در هر علمی یا فنی هر عبارت یا کلمه دارای بار معنایی خاصی است [..]. کلمات فسخ و انفساخ نیز در علم حقوق دارای بار خاصی و آثار خاص خود هستند. بر اساس ماده ۴۴۹ قانون مدنی فسخ به لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید محقق می‌شود. فلذا بایستی شخصی که حق فسخ به وی داده شده است نسبت به انشاء فسخ اقدام نموده و آن را با یک نشانه خارجی اعم از لفظ یا فعل ظاهر سازد. پس فسخ به اراده طرفین یا شخصی که طرفین فسخ قرارداد را به اراده او واگذار نموده‌اند واقع می‌شود. انفساخ گرچه در قانون تعریف نشده است، لیکن در دکتربین حقوق به فسخ خودبه خودی و قهری قرارداد اطلاق می‌گردد و تفاوت آن با فسخ عدم دخالت ارادی طرفین در فسخ است و فسخ قرارداد (از بین رفتن قرارداد) به یک امر خارجی منوط می‌گردد.»^۲

شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با نقض رأی بدوی چنین بیان داشته است: «شرط مزبور تحقق یافته و قرارداد منفسخ گردیده است و اقدامات بعدی متعاملین نمی‌تواند قراردادی را که منحل گردیده به حیات خود بازگرداند و با در نظر گرفتن این مهم که بین شرط فسخ [حق فسخ] و شرط انفساخ تفاوت وجود دارد و شرط مذکور در متمم مبایعه‌نامه از نوع شرط انفساخ بوده و با ایجاد شرط، قرارداد به خودی خود و بدون دخالت اراده بعدی متعاقدین منفسخ می‌گردد.»^۳

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۶۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۶/۲۹

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۰۸۸ به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۲۰

۳. دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۷۵۳ به تاریخ ۱۳۹۴/۷/۲۶

۲-۳-۲. امکان تحلیل عدول دوطرفه بر مبنای تجدید عقد

رویکرد پذیرش عدول از شرط فاسخ در رويه قضایی نیز بیشتر ناظر بر فرض تجدید عقد است که مطابق این نظر، ذی نفع به تنهایی نمی تواند از شرط فاسخ عدول کند، اما طرفین عقد می توانند پس از انحلال آن، بر تجدید عقد توافق کنند. این دیدگاه به لحاظ منطقی و در عالم ثبوت با مانعی مواجه نیست، اما بحث اثباتی آن جدی است. اگر طرفین به طور صریح بر انعقاد عقد جدید توافق کنند، تردیدی در وقوع و اعتبار آن نیست. همچنین است اگر در مواردی بتوان انعقاد عقد جدید را به طور ضمنی از اراده آنان استنباط کرد. اما آیا می توان از اجرای تعهدات قراردادی عقد منحل شده، به طور ضمنی انعقاد یک قرارداد جدید را با همان مشخصات قرارداد قبلی استنباط کرد؟ به نظر مشکل می نماید. برای مثال یکی از شعب دیوان عالی کشور امکان عدول از شرط فاسخ را بر مبنای تجدید عقد پذیرفته و چنین اشعار داشته: «توافق بین فروشنده و خریدار (پس از تحقق شرط فاسخ) می تواند قرارداد جدید و یا معامله معاطاتی دیگر با شرایط جدید باشد و عدم اقدام بایع به تصرف مبیع و نیز عدم پرداخت ثمن دریافتی به مشتری و مطالبه وجه چک ها قرینه قویه بر التزام وی به معامله با شرایط جدید و احیاناً اسقاط شرط انفساخ می باشد.»^۱

شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر اصفهان نیز در رأی بیان داشته که تراضی ضمنی طرفین مانند جابه جا کردن چک های موضوع قرارداد پس از تحقق شرط فاسخ برای عدول از انفساخ قرارداد و بقای عقد کفایت می کند.^۲ همچنین شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان گلپایگان در دادنامه ای چنین اظهار داشته است: «احیای عقد پس از تحقق شرط فاسخ، زنده کردن مرده نیست. اگر هم باشد اراده که خالق آن است چنین توانی [را] دارد همچنان که خالق هستی به آسانی توان احیای اموات و رستاخیز مردگان را داراست.»^۳

در نظام کامن لا نیز در خصوص ماهیت عدول از شرط فاسخ گفته شده است که به معنای انعقاد قرارداد مجدد یا باز بیان کردن آن است. به عنوان مثال، در یک مورد که خریدار و فروشنده توافق کرده بودند که اگر وام تعیین شده به عنوان منبع تأمین مالی مورد موافقت قرار نگیرد عقد منفسخ است، طرفین به رغم عدم موافقت با وام، رابطه قراردادی را ادامه داده اند و دادگاه نیز این وضعیت را به منزله تجدید عقد در نظر گرفته است.^۴

در دکتترین حقوقی فرانسه ضمن تأکید بر اینکه با تحقق شرط تعلیق در انحلال، عقد به طور قهری منحل شده و تنها راه نادیده گرفتن شرط تعلیق در انحلال، ایجاد یک عقد جدید است،

۱. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۱۰۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۲/۲۸

۲. دادنامه شماره ۵۴۹۶-۱۴۰۰ به تاریخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۱

۳. دادنامه شماره ۷۵۹-۱۴۰۰ به تاریخ ۱۴۰۰/۸/۱۲

در خصوص ماهیت توافق بر عدول از شرط تعلیق در انحلال، ضمن اعتقاد به صحت این شرط گفته شده که دارای ارزش وعده قرارداد^۱ است، زیرا مفاد این شرط، توافق ضمنی بر تجدید عقد پس از انحلال خواهد بود (Terré, 2019, p.1427). چنین شرطی یک وعده یک طرفه^۲ قرارداد از سوی مشروط علیه و به ذی نفعی مشروطه محسوب می شود. وعده یک طرفه قرارداد صرفاً وعده دهنده را متعهد می کند و ذی نفع وعده حق انتخاب خواهد داشت (Kenge, 2017, p.32). در بحث توافق بر امکان عدول از سوی ذی نفع شرط نیز چنین فرض می شود که شرط امکان عدول از سوی طرفین به معنای وعده یک طرفه مشروط علیه به مشروطه شرط انحلال مبنی بر انعقاد یک قرارداد با شرایط مشخص و معین که همانند شرایط عقد منحل شده است، خواهد بود و اگر ذی نفع شرط انحلال تصمیم به عدول از شرط بگیرد، متعهد نسبت به وعده قرارداد ملتزم است و باید نسبت به انعقاد عقد جدید مبادرت ورزد که تحت مقررات ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی فرانسه خواهد بود. بر این اساس به نظر می رسد هرگاه بتوان توافق طرفین مبنی بر ادامه رابطه قراردادی پس از تحقق شرط فاسخ را احراز کرد، باید بر این عقیده بود که بر مبنای تراضی طرفین عقد تجدید شده است. این نتیجه البته مبتنی بر قواعد عمومی است و حکم ویژه ای نیست، چراکه در هر فرضی که عقد منحل شود، طرفین می توانند نسبت به تجدید آن اقدام کنند. اما عدول یک طرفه ذی نفع شرط فاسخ منجر به خلط احکام شرط فاسخ و خیار فسخ می شود و به نظر می رسد که با توجه به آزادی طرفین در انتخاب هریک این دو قالب، ضرورتی بر پیش بینی نقشی برای اراده ذی نفع مشابه رویکرد حقوق فرانسه قابل توجیه نباشد. به علاوه، دادرسی می تواند با عبور از ظاهر الفاظ عقد، هرگاه احراز کند که قصد طرفین این بوده که ذی نفع اختیار فسخ را داشته باشد و اگر بخواهد از آن عدول کند، احکام شرط فسخ را بر چنین شرطی بار کند.

نتیجه

با بررسی انجام شده نتایج زیر قابل ارائه است:

- ۱- پذیرش امکان عدول از شرط فاسخ از سوی برخی، بر این مبنا استوار است که هرگاه هدف از درج چنین شرطی حمایت از مشروطه بوده باشد و موضوع شرط نقض تعهد مشروط علیه باشد، اقتضای شرط فاسخ افزایش دامنه اختیارات مشروطه در استفاده از ضمانت اجراهای نقض قرارداد و در واقع به منزله یک امتیاز و حق برای حمایت از متعهدله در برابر نقض تعهد از سوی متعهد است. در نتیجه می توان بر مبنای مقتضای شرط

1. promesse de contrat
2. Promesse unilatérale

فاسخ یا شرط ضمنی، قائل به امکان عدول مشروطه از آثار شرط فاسخ شد. نقش اراده و انتخاب مشروطه در استناد یا رد شرط فاسخ در قالب شرط متأخر قابل توجیه است.

۲- با توجه به تمایز بین نهاد خیار فسخ و شرط فاسخ که در حقوق اسلام و ایران امری شناخته شده است، پذیرش امکان عدول یک طرفه برای ذی نفع شرط فاسخ، پس از تحقق موضوع شرط، در عمل نهاد شرط فاسخ را به نهاد خیار فسخ تبدیل می کند. این در حالی است که طرفین امکان توافق نسبت به هر کدام از این دو شیوه انحلال را دارند. اگرچه بعضی ملاحظات عملی و گرایش های انصاف طلبانه و تأثیرپذیری از حقوق تطبیقی سبب گرایش دکترین و رویه قضایی به سمت پذیرش عدول از شرط فاسخ شده، اما این دیدگاه سبب تبدیل نهاد «شرط فاسخ» به «خیار فسخ» شده و بیش از آنکه یک قدم رو به جلو باشد، قدمی به عقب است، زیرا موجب خلط دو نهاد حقوقی متمایز می شود. همچنین ضرورت هایی که حقوقدانان فرانسوی را به سمت لزوم استناد ذی نفع شرط فاسخ سوق داده است، با توجه به وجود نهاد شرط خیار در حقوق ایران، وجود ندارد.

۳- با وجود این، هرگاه طرفین عقد پس از تحقق شرط فاسخ خواستار ادامه رابطه قراردادی باشند، می توانند با توافق عقد را تجدید کنند و احراز این امر نیز به عنوان یک موضوع اثباتی با دادگاه خواهد بود. همچنین اگر بتوان از شروط قراردادی چنین استنباط کرد که این تجدید عقد قبلاً مورد توافق قرار گرفته، چیزی شبیه وعده قرارداد است و می تواند زمینه ساز عدول ذی نفع از شرط بر مبنای پذیرش ایجاب تجدید عقد باشد که البته از نظر تحلیلی و اثباتی بسیار چالش برانگیز به نظر می رسد.

منابع

۱. انصاری، مرتضی (۱۴۳۱ق.)، کتاب المکاسب، جلد های ۵ و ۶، الطبعة الثانية العشر، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۲. _____ (۱۴۳۲ق.)، مطارح الانظار، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۳. خوانساری، محمدتقی (بی تا)، الحاشیه الثانی للمکاسب، بی جا، بی نا.
۴. دبائی، عبدالرسول (۱۳۹۸)، «مفهوم شرط فاسخ از منظر فقه اسلام، حقوق فرانسه و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، ۲(۴).
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۶. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۰)، حاشیه المکاسب، جلد ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا.
۸. _____ (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۹. _____ (۱۳۹۵)، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. _____ (۱۳۹۸)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، انتشارات میزان.
۱۱. نائینی، میرزا محمدحسن (بی تا)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد ۲، المکتبه المحمدیه.

۱۲. نجفی، محمدحسین (۱۴۰۴ق.)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

13. Camille Jauffret-Spinosi (2000), Set-off, International Institute for the Unification of Private Law, Rome: 2000.
14. Corinne Renault-Brahinsky (2019), Droit des obligations, Gualino.
15. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénéde (2019), Droit civil; Les obligations, Paris: Dalloz.
16. Hariz Saidani (2016), La rupture du contrat, Droit, Université de Toulon.
17. Laurent Aynès, Philippe Malaurie, Philippe Stoffel-Munck (2016), Droit des obligations, LGDJ.
18. Louis Porsch (1982), "In praise of conditions subsequent", University of Western Australia Law Review, 14 (Dec 1982).
19. Maris-Thérèse Kenge (2017), Droit civil; les obligations, Paris: Editions L'Harmattan
20. Pierre Prattem (2011), "Condition résolutoire et clause résolutoire: deux choses à distinguer", Revue du Barreau/Tome 70/Automne 2011.
21. Rose-Noëlle Schütz (2017), "Le nouveau droit français des contrats", Le Recueil de travaux juridiques, PUSEK, Kaslik.
22. Steven C. Vincent (1985), Conditional Contracts and Contractual Conditions in the Law of Vendor and Purchaser, Auckland University Law Review, 5(2).
23. Alex Weill, Droit civil, les obligations, Paris: Dalloz, 1971.