

# نگاهی به

## ماهیت حقوقی اقاله

## و احکام آن



علی رضا اسماعیل آبادی

هنگامی که دو طرف برای برآوردن نیازها و تأمین منافع خود با یکدیگر عقدی را منعقد می‌سازند، این عقد و پیمان از آثار شرعی برخوردار می‌شود و برابر با قاعده و اصل اولی در عقود پابرجا و وفای به آن ضروری خواهد شد، زیرا هرکدام از دو طرف عقد به هنگام بستن عقد منظور و هدفی را دنبال می‌کرده‌اند که برای برآورده شدن آن به انعقاد عقد روی آورده‌اند؛ این هدف و حق نباید ضایع گردد. حال اگر هرکدام پس از انعقاد عقد دریابند که به هدف مورد نظر خود دست نمی‌یابند و یا به هر دلیلی از انعقاد عقد پشیمان شوند، آن‌گاه نیز با توافق یکدیگر عقد را می‌توانند برهم بزنند. به گفته دیگر، همان‌گونه که اراده دو طرف در پدید آمدن عقد تأثیر می‌گذارد و بی این دو اراده عقدی برقرار نخواهد شد، همین دو اراده نیز در سرنوشت عقد تأثیر می‌گذارد؛ پابرجا بودن و یا از میان رفتن عقد، بنا بر اراده دو طرف است. پس اگر به انحلال و زوال عقد و آثار آن تصمیم بگیرند، عقد از بین می‌رود و در پی آن، آثار عقد نیز زایل

می‌گردد؛ به این عمل حقوقی «اقاله» یا «تفاسخ» گویند.

از آن‌جا که دلیل معتبری برای بطلان عقد با اقاله و بازگشت هریک از عوضین به مالکیت مالکان اولیه آن نیاز است، اقاله را عملی خلاف قاعده برشمرده‌اند، زیرا حکم لزوم عقد با تنها رضایت دهی و توافق متعاقدان به فسخ و تفاسخ عقد به طور قهری از بین نمی‌رود و می‌بایست دلیلی معتبر برخیزد تا بطلان عقد با اقاله به اثبات رسد. در مشروعیت اقاله نیز هرگز نباید تردید کرد، زیرا نصوص معتبری بر مشروعیت اقاله تأکید می‌کند؛ خیر این حمزه:

«أیما عبد أقال مسلماً فی البیع أقال الله عشرته یوم القیامة.»

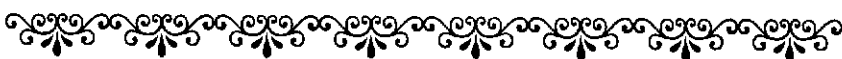
که مانند چنین روایتی در میان اهل سنت به روایت ابوهریره از پیامبر وجود دارد. نیز خبر سماعة بن مهران و مرسل جعفری از شمار نصوصی است که بدانها بر مشروعیت اقاله می‌توان استناد کرد.<sup>۱</sup> در این نوشتار، بنابر فقه تطبیقی به دو نکته مهم درباره اقاله، نگاهی افکنده شده و دیدگاه مکاتب فقهی در آن باره بررسی شده است:

۱. عقد بودن و یا فسخ عقد بودن اقاله؛

۲. جواز شرط در ضمن عقد بر دادن و ستاندن بیش از پرداختی هنگام

معامله و بر دیگر شروط، آن‌گاه که اقاله را عقد بشمریم.

تأثیرگذاری نوسان‌های شدید اقتصادی در بازار و کاهش روزافزون ارزش پول از شمار عواملی است که ضرورت توجه به این دو نکته و دیگر نکات درباره اقاله را برمی‌انگیزد. برای نمونه: دو فردی که هرکدام هدف ویژه‌ای را دنبال می‌کنند و در پی به دست آوردن سود بیشتری، با یکدیگر به دادوستد می‌پردازند تا از رهگذر آن به مقصود خود برسند، اگر دریابند که به خواسته خود نمی‌رسند و تصورشان پنداری باطل بوده است و آن‌گاه با توافق یکدیگر عقد به وجود آمده را نافرجام گذارند و خویشان را از بند آن برهانند، سپس



خریدار ارزش پول دادوستد شده را کاهش یافته ببیند، چنان که نتواند حتی همان مال را بخرد، آیا جبران چنین خسارتی را می‌تواند درخواست کند؟ آیا خریدار افزون بر پول پرداختی با گذاردن شرطی در ضمن اقاله، جبران خسارتش را می‌تواند خواهان شود؟ نیز اگر فروشنده برای پاره‌ای از خدمات انجام شده بر روی مال دادوستد شده مبلغی را درخواست کند و با گذاشتن شرطی در ضمن اقاله، برای جبران خسارت، پرداخت افزون بر مال به خود را خواهان شود، آیا چنین شرط‌هایی رواست و یا آن که باطل بوده و به بطلان اقاله می‌انجامد؟

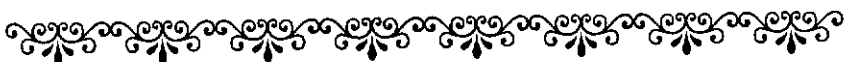
لغویان و در پی آنان فقیهان، در این که واژه «اقاله» از ریشه «قول» و یا «قیل» گرفته شده، اختلاف دارند. آن‌گاه هر کدام بر پذیره خود دلیلی آورده‌اند:

۱. گروهی از لغویان، واژه اقاله را از ریشه «قول» می‌دانند و همزه آن را برای سلب یاد می‌کنند. بنابراین، «أقال»، یعنی: «أزال القول؛ بیع نخستین را از بین برد و زایل کرد»، مانند: «أشکاه» که «أزال شکایتَهُ» معنی می‌شود.

۲. گروه دیگر که افزون‌ترند، واژه اقاله را از ریشه «قول» مشتق شده می‌دانند و یا از «قال»ی ثلاثی و یا از «أقال»ی رباعی و اجوف یایی. این گروه از لغویان و فقیهان در ردّ پذیره گروه نخست می‌گویند:

نخست آن که در صحاح گفته شده: «قَلْتُهُ البیع (مکسور الفاء) و أَقَلْتُهُ؛ بیع را فسخ کردم و فسخ می‌کنم»، «استقاله: طَلَب اليه أَنْ يُقِيلَهُ»، «تقابل البیعان» و «أقال الله عشرتك وأقالكها» که بنا بر آن عین الفعل «أقاله» حرف «یا» خواهد بود. برای همین، صاحب صحاح اقاله را در ماده «قیل» بر شمرده است.

دو دیگر: در مجموع اللغة و دیگر کتاب‌های لغت، چون: القاموس والمصباح نیز اقاله برگرفته شده از ریشه «قیل»، یاد می‌شود. برای همین،



گفته می‌شود: «قاله البیع قیلاً و اقاله؛ او بیع را فسخ کرد.»<sup>۲</sup> سرانجام ابن منظور نیز اقاله را مشتق از «قیل» برمی‌شمرد و آن را در ضمن ماده «قیل» برمی‌رسد.<sup>۳</sup>

با این همه، گویا این بحث لغوی چندان ثمره‌ای نداشته باشد و البته از آن جا که بیشتر فقیهان از قول دوم پیروی کرده‌اند و همواره در کتاب‌های خود بر قول اول خرده گرفته‌اند - بی‌آن که پیروان این قول را یاد کنند - این قول را باید برگزید.

**اصطلاح و کاربرد اقاله**  
اصطلاح اقاله، برای رفع عقد لازم و ازاله آن یاد می‌شود. بنابراین، اقاله از ویژگی‌های عقود لازم است و عقود لازم را می‌توان اقاله کرد؛ درست همانند خیارات که بر عقود لازم عارض می‌شود. به گفته دیگر، اقاله رضایت‌دهی دو طرف عقد بر فسخ آن است<sup>۴</sup> و به گفته دقیق‌تر:  
«تراضی طرفین بر رفع عقد و از بین بردن آثار آن».<sup>۵</sup>

**مقایسه اقاله و حق فسخ**  
اقاله را با حق فسخ یکسان و مترادف نباید پنداشت، زیرا به کارگیری حق فسخ یکسویه است و تنها دارنده آن، می‌تواند آن را به کار بندد - هر چند طرف دیگر ناراضی باشد، اما در اقاله دو طرف عقد برای فسخ معامله، با یکدیگر باید توافق کنند و به آن رضایت دهند. از سوی دیگر، اقاله با نبود هیچ‌یک از طرفین فسخی به کار بسته می‌شود و در واقع، مستقیماً (خواهان اقاله) حق خیار نباید داشته باشد، زیرا اگر وی خیار می‌داشت، دیگر به اقاله معامله نیازمند نبود و خیار خود را به کار می‌گرفت.

و سرانجام باید گفت: برخلاف حق فسخ و خیارات که نیازمند سبب قانونی (شرعی) و یا قراردادی است، اقاله به سبب ویژه‌ای نیاز ندارد و هرگاه دو طرف، بر نقض و ازاله معامله رضایت دهند، معامله و قرارداد نیز از بین

می رود و پایان می پذیرد.

با این همه تفاوت، این دو در جهتی اشتراك دارند: در هر دو، معامله از هنگام اقاله و اعمال خیار پایان می پذیرد و از بین می رود، نه آن که معامله از اصل باطل گردد؛ هر دو به ارث می رسند، چون هر دو حق هستند (بنا بر گفته ای).<sup>۶</sup>

فقیهان در ماهیت و چیستی اقاله اختلاف دارند: آیا اقاله بیع است، یا فسخ شمرده می شود و یا آن که سخن را درباره آن باید گستراند؟

۱. فقیهان مالکی اقاله را بیع می شمرند و احکام بیع را در اقاله نیز جاری می دانند. این دسته از فقیهان در سه مورد اقاله را بیع پذیرفته اند:

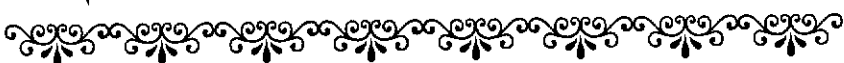
الف. طعامی که پیش از گرفته شدن اقاله شود، مشروط به آن که معقود علیه در شهر محل اقاله موجود باشد و بر ثمن بیع نخستین، چیزی افزوده نگردد. در این صورت، اقاله فسخ است، نه بیع؛  
ب. اقاله شفعه؛

ج. اقاله پس از بیع مرابحه.

مالکیان، مگر در این سه مورد که اقاله را فسخ می دانند، دیگر موارد اقاله را همانند دیگر بیع ها برمی شمرند. *رتال جامع علوم انسانی*  
یادکرد دلیل های مالکیان:

۱. مالکیان در توجیه ادعای خود به دلایلی عقلی استناد کرده اند که به شرح زیر است:

الف. اقاله، یعنی رضایت دهی دو طرف به تبادل و مبادله یک مال با مال دیگر که این همانند بیع و بلکه بیع خواهد بود<sup>۷</sup> و فرد باید به معانی و قصد افراد توجه کند، نه به تنها الفاظ. نهایت این که در اقاله چیزی درباره ثمن و پول گفته نمی شود و درباره آن سکوت می شود، زیرا دو طرف بدان علم دارند.



چنان که در بیع تولیت و شفعه نیز چنین است.

ب. اقاله با از بین رفتن بیع باطل می گردد و با معیوب بودن آن پس گرفته می شود و شفیع نیز حق شفعه اش را در آن دوباره می طلبد - این احکام در بیع نیز جاری است.<sup>۸</sup>

ج. در اقاله، مبیع به همان صورتی که نخستین بار با بیع فروخته دوباره به مالک خود باز می گردد. بنابراین، همان گونه که دادن مبیع از سوی با بیع مبیع به شمار می آید، دادن و بازگشت مبیع بدو نیز باید بیع باشد.

د. اقاله عبارت است از: رضایت دهی دو طرف به نقل و انتقال ملک به عوض (معلوم) پس از این جهت، اقاله را بیع باید دانست.<sup>۹</sup> فقیهان ظاهری نیز همانند مالکیان اقاله را بیع جدیدی برمی شمردند.<sup>۱۰</sup>

۲. فقیهان امامیه، شافعیه، حنبلیه و زیدیه، اقاله را فسخ می دانند، اما در این که اقاله در آینده، تأثیر می گذارد یا در گذشته نیز تأثیر دارد، اختلاف کرده اند؛ گروهی چون حنبلیان و «زُقر» از حنفیان معتقدند که اقاله در گذشته اثر می گذارد و عقد را از آغاز بی اثر می سازد و دیگران معتقدند که از هنگام اقاله عقد از بین می رود و نسبت به آینده کارایی نخواهد داشت، نه آن که از آغاز بی اثر شود.

دلایلی که برمی شمردند، چنین است:

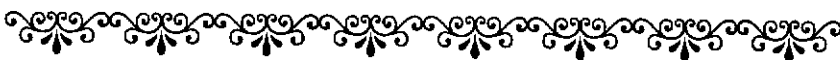
الف. «لفظ اقاله، فسخ و رفع معنی می شود و حقیقت در این معنی و وضع شده برای آن است، زیرا در این معنی به کار می رود، از جمله:

«اللهم اقلني عشرتي»؛

لغزش های مرا ببخش و از بین ببر.

و در حدیث آمده:

«مَنْ أقال مُسْلِماً، أقال الله عشرته يوم القيامة»؛



هرکس (بیع) مسلمانی را اقاله کند، خداوند در روز قیامت لغزش های او را از بین می برد و رفع می کند.

که منظور از رفع همان فسخ است ...

ب. اقاله، حتی بی بیان کردن و یادآوری ثمن نیز صحیح خواهد بود، در حالی که عقد بیع تا ثمن و پول آن دانسته نشود، صحیح نخواهد بود. به همین دلیل، فسخ بودن اقاله ترجیح دارد ...<sup>۱۱</sup>

ج. از این مندر آورده اند که او گفته:

اجماع بر این است که می توان پیش از قبض مبیع آن را اقاله کرد و اگر چنین باشد، اقاله را نمی توان بیع دانست، زیرا از بیع طعام پیش از قبض آن نهی شده است.<sup>۱۲</sup>

د. اگر اقاله بیع باشد، باید بتوان به شرط کاستی و فزونی ثمن و به وعده و یا بی وعده بودن ثمن اقاله را برقرار ساخت؛ در حالی که در اقاله چنین شروطی را نمی توان گذارد و صحیح نیست که خود گویای بیع نبودن اقاله است.

ه. فقیهان، بر اقاله عقد سلم اجماع دارند که نشان می دهد: اقاله بیع نیست، زیرا اگر اقاله بیع باشد به اجماع فقیهان باید اقاله سلم صحیح نباشد - چون در بیع سلم فروش مال پیش از قبض آن جایز نیست.

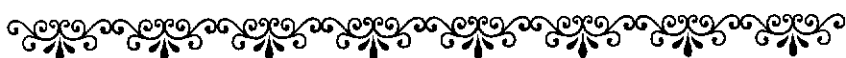
و. امامیه اجماع دارند که اگر فردی دو برده را بخرد و یکی از آن دو بمیرد سپس معامله اقاله شود، اقاله صحیح است، اما اگر اقاله را بیع بدانیم، این بیع صحیح نیست، زیرا بیع مرده به همراه زنده صحیح نخواهد بود.<sup>۱۳</sup>

۳. در این باره، حنفیان با یکدیگر اختلاف نظر دارند:

الف. ابوحنیفه معتقد است اقاله نسبت به دو طرف عقد، فسخ است و در

حق دیگران، بیع شمرده می شود.

ب. ابویوسف، اقاله را نسبت به دو طرف و دیگران بیع جدیدی می داند،



بدین گونه که اقاله مگر در مورد اقاله فروش عقار (زمین) که همواره و در همه حال بیع است، پیش از قبض مبیع، فسخ عقد است و پس از آن در حکم بیع شمرده می شود، زیرا فروش زمین پیش و پس از قبض آن جایز است.<sup>۱۴</sup>

ج. محمد بن حسن حنفی، اقاله را فسخ می داند و تنها در صورتی که اقاله را فسخ بتوان شمرد، از ضرورت اقاله بیع می گوید.<sup>۱۵</sup>

این دسته از فقیهان، برای اثبات و توجیه ادعای خود می گویند:

از آن جا که اقاله مال، به ایجاب و قبول است و در برابر عوض، مالی داده می شود، بیع شمرده می شود؛ آن هم در حق دیگران و نه در حق دو طرف. تا بدین وسیله حق ثالث حفظ گردد و ساقط شود، زیرا دو طرف فقط در مورد حق خود می توانند تصمیم بگیرند، نه این که حق دیگری را نیز بتوانند ساقط کنند.<sup>۱۶</sup>

انتخاب و برگزیدن یکی از این نظریه های یاد شده، نه تنها جنبه علمی دارد که آثار حقوقی مهمی نیز بر آن بار می شود، چنان که خواهیم گستراند:

## فایده و آثار حقوقی بحث

۱. «اگر اقاله را فسخ بدانیم، نه خیاری چون خیار مجلس در آن جاری خواهد شد و نه حق شفعه در آن ثابت می شود، اما اگر اقاله را بیع بدانیم، هم خیار بر آن عارض می گردد و هم حق شفعه در آن ثابت می شود.

۲. بنابر این که اقاله بیع است، در صورت اقاله عقود ربوی، تقابض (دادوستد) باید در مجلس صورت گیرد و گرنه (در صورت فسخ بودن اقاله) تقابض در مجلس لزومی ندارد.

۳. در صورت فسخ بودن اقاله، عقد سلم را پیش از قبض مبیع می توان اقاله کرد، اما اگر اقاله بیع باشد، عقد سلم را نمی توان پیش از قبض مبیع اقاله کرد.

۴. اگر اقاله فسخ باشد پس از تلف مبیع، بیع را می توان اقاله کرد، اما





اگر اقاله بیع دانسته شود، بیع نخستین را نمی توان اقاله کرد و چنانچه اقاله گردد، مثل یا قیمت مبیع باید داده شود.

۵. اگر مقداری از مبیع تلف شود، در صورت فسخ بودن اقاله بقیه مبیع را می توان اقاله کرد، اما اگر اقاله بیع دانسته شود، نمی توان آن را نسبت به بقیه مبیع اعمال کرد.

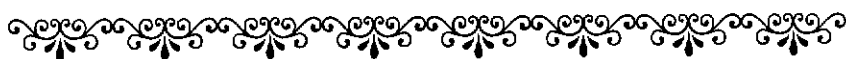
۶. اگر اقاله را بیع بدانیم، در صورتی که پس از اقاله، مبیع در تصرف مشتری باشد و پیش از تسلیم او تلف شود، بیع فسخ می شود، اما بیع اصلی همچنان به حال خود می ماند و صحیح است. حال اگر اقاله را فسخ بدانیم، در این صورت مشتری ضامن خواهد بود.

۷. اگر دو طرف معامله آن را اقاله کنند، اما مبیع همچنان در تصرف مشتری بماند، در صورتی که اقاله را فسخ بدانیم، بایع در مبیع می تواند تصرف کند و اگر اقاله را بیع بدانیم، بایع در مبیع نمی تواند تصرفی کند.

۸. اگر پس از اقاله مبیع در دست مشتری باشد و در دست او معیوب گردد، چنانچه اقاله فسخ دانسته شود، مشتری باید ارزش را بپردازد و اگر اقاله بیع باشد، بایع (مقیل) نمی تواند ارزش بخواهد و باید معامله را فسخ کند و مال خود را بگیرد و یا باید معامله را فسخ نکند و تصرف مشتری را درست و روا بداند.

۹. اگر مشتری پس از اقاله از مبیع استفاده برَد، در صورتی که اقاله فسخ دانسته شود، مشتری باید اجرت را به بایع بپردازد؛ حال اگر اقاله بیع باشد، مشتری اجرتی نخواهد پرداخت.

۱۰. اگر بایع بداند که مشتری عیبی به مبیع وارد کرده و آن را معیوب ساخته است، بنابر فسخ بودن اقاله، بایع حق ردّ مبیع را ندارد، اما بنا بر بیع بودن اقاله، مشتری (در معامله جدید) حق ردّ مبیع را ندارد.<sup>۱۷</sup>



۱۱. نویسنده کتاب المغنی، در بخش «التفلیس» آن چنین بیان کرده

است:

«اگر اقاله را فسخ بدانیم، مشروط بیع، مانند: معلوم و معین

بودن موضوع اقاله و قدرت بر تسلیم در آن شرط نیست، ولی

در صورتی که اقاله را بیع بدانیم، این شرط باید در آن باشد.»

۱۲. چنانچه اقاله بیع باشد، اگر پس از ندای جمعه اقاله ای انجام شود

صحیح نیست، اما اگر اقاله فسخ باشد و پس از ندای جمعه اعمال شود،

صحیح است.

۱۳. اگر مبیع نمای منفصلی داشته باشد و دو طرف پس از به وجود آمدن

این نما، عقد را اقاله کنند، چنانچه اقاله را بیع بدانیم، بی هیچ اختلافی نمای

منفصل، پیرو مال به بائع فروخته نمی شود، اما اگر اقاله را فسخ بدانیم، نمای

منفصل از آن مشتری خواهد بود.

۱۴. اگر اقاله را فسخ بدانیم، تنها به بهای اول صحیح است و نمی توان

بر عوضین چیزی را افزود و یا از آن کاست و یا حتی آن را تغییر داد، زیرا اقاله

فسخ است و فسخ یعنی رفع عقد که در این صورت، دو عوض همان گونه که

منتقل می شود، باید بازگردد. ولی اگر اقاله را بیع بدانیم، اختلاف شده است

که آیا می توان بر دو عوض چیزی را افزود و یا از آن کاست؛ برخی این مهم را

صحیح دانسته اند و اقاله را همانند دیگر بیع ها شمرده اند و برخی دیگر، چنین

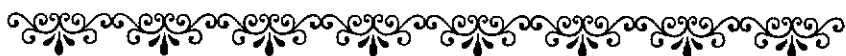
چیزی را صحیح ندانسته اند، زیرا معتقدند: مقتضای اقاله ردّ هر یک از عوضین

به مالک آن است. بنابراین، دو عوض را به بیش از مقدار فروخته شده و یا

کمتر از آن، نمی توان مبادله کرد و حتی اگر این انتقال را بیع بدانیم، بیع یاد

شده بیع «تولیت» خواهد بود.

۱۵. اگر اقاله را فسخ بدانیم، کالای مکیل و موزون را بدون کیل و وزن و



پیش از آن می توان اقاله کرد، اما اگر اقاله را بیع بدانیم، چنین چیزی درست نیست.<sup>۱۸</sup>

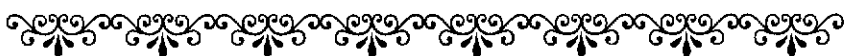
بدین ترتیب، دانسته می شود که برگزیدن یکی از نظریات چه آثار حقوقی را در پی دارد.

با این همه، همان گونه که گفته شد: فقیهان امامیه اقاله را فسخ بیع می دانند، خواه در رابطه بین خریدار و فروشنده و یا نسبت به دیگران باشد و چه پیش از قبض عوضین رخ دهد و یا پس از آن، زیرا مقصود از اقاله بیع نیست و دو طرف، به هنگام اقاله قصد اراده بیع را ندارند و ردّ ملک نیز تملیک جدید نیست که احکام بیع در آن جریان یابد و حتی اقاله را در شمار عقود تملیکی نمی توان گنجانند، زیرا اقاله تنها به ردّ ملک می انجامد که با فسخ عقد این هم انجام می شود.<sup>۱۹</sup> بنابراین، دو طرف عقد به هنگام اقاله معامله جدیدی را نمی خواهند برپا دارند بلکه می خواهند همه آثار عقد بجای نخستین خود باز گردد و به همین دلیل، بازگشت وضع و آثار عقد را به جای نخستین اراده می کنند.<sup>۲۰</sup>

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

بی شک آن دسته از فقیهان که اقاله را بیع می دانند، اقاله را در شمار عقود می گنجانند و بنابراین، از نظر آنان اقاله عقد است، اما از دیدگاه آن دسته از فقیهانی که اقاله را فسخ می دانند، پاسخ به این پرسش دشوار است، زیرا اختلاف نظرهای موجود و تکیه بیش از حد بر فسخ بودن عقد و در واقع، اثر مثبت و ایجابی عقود، آنان را از پرداختن به همه جوانب و از جمله بررسی عقد بودن اقاله باز داشته است و تنها گروهی از فقیهان عقد بودن اقاله را مورد بررسی قرار داده و به تحلیل آن پرداخته اند که باید از نام آورانی، چون: محمدحسن نجفی، محمدحسین اصفهانی و سید محمدکاظم طباطبایی یزدی

له؛ عقد یا فسخ عقد



اقاله را با حق فسخ یکسان و مترادف نباید پنداشت، زیرا به کارگیری حق فسخ یکسویه است و تنها دارنده آن، می تواند آن را به کار بندد. هر چند طرف دیگر ناراضی باشد، اما در اقاله دو طرف عقد برای فسخ معامله، با یکدیگر باید توافق کنند و به آن رضایت دهند. از سوی دیگر، اقاله با نبود هیچ خیار و حق فسخی به کار بسته می شود و در واقع، مستقیماً (خواهان اقاله) حق خیار نباید داشته باشد، زیرا اگر وی خیاری می داشت، دیگر به اقاله معامله نیازمند نبود و خیار خود را به کار می گرفت.

یاد کرد و آنان را جزو این دسته دانست.

سید محمد کاظم یزدی، در پاسخ به پرسشی که آیا اقاله عقد است تا به ایجاب و قبول نیاز داشته باشد و یا آن که با هر چیزی که دلالت بر رضایت کند، فسخ صورت می پذیرد، می گوید:

«اقاله، فسخ عقد لازم است ... که به صورت «عقد مصطلح» هم تحقق می یابد، مانند این که طرف بگوید: «أقلتک البیع» و طرف مقابل در پاسخ بگوید: «قبلت» و ...»<sup>۲۱</sup>

محمد حسین اصفهانی نیز پس از بررسی این که اقاله به بیع اختصاص ندارد، می نویسد:

«آری! اگر اقاله را همان گونه که در برخی از عبارات های فقیهان آمده از جمله عقود بدانیم - که قطعاً از جمله عقود متعارف هم هست - در این صورت، همانند عقود متعارف از لحاظ صحت و لزوم مشمول ادله عام خواهد شد و در هر بابی نیازمند دلیل خاص و ویژه ای نخواهد بود.»<sup>۲۲</sup>

و سرانجام، محمد حسن نجفی در جای جای جواهر الکلام، کتاب سترگ و پراچ خود، عقد بودن اقاله را یاد می آورد:

«وحيثئذ تبطل الاقالة بذلك لفوات الشرط في صحة عقد

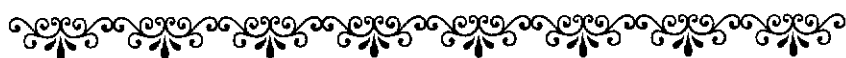
الاقالة كالمعلومية في المبيع أو فوات الشرط في ضمن عقدها الذي علق الرضا بالفسخ عليه . «(۲۳)» و در جایی دیگر آورده که اگر در ضمن اقاله ، نه با نگاه به ثمن که با نگاه به نقد خارجی شرطی صورت پذیرد : «إن مقتضى عموم المؤمنون وغيره صحته وليس هذا تمليكاً بالاقالة بل هو بالشرط الذي ألزمه عقد الاقاله . «(۲۴)»

و در جای دیگر می گوید :

«نعم! قد يمنع كون الاقاله من العقود المصطلحة ولذا لم يصرح الاكثر ان لم يكن الجميع بكونها عقداً بل اقتصروا على أنها فسخ بل أطلق في الدروس وقوعها بقول تقايلنا وتفاسخنا ومقتضاه ولو مع الاقتران ... «(۲۵)»

آری! ممنوع دانسته شده که اقاله از جمله عقود مصطلح باشد و از این رو ، بسیاری از فقیهان ؛ اگر همه آنان را نگوئیم ، آشکارا از عقد بودن اقاله نگفته اند و تنها بدین بسنده کرده اند که اقاله فسخ است و بلکه در دروس گفته شد . که اقاله با عبارت های «تقايلنا» ، «تفاسخنا» و ... واقع می گردد .

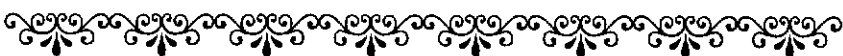
گویا نظر این گروه از صاحب نظران را بایست پذیرفت و اقاله را عقد دانست ، زیرا چنان که پیش تر گفتیم ، بر خلاف خیارات که با اراده دارنده خیار به کار بسته می شود ، اقاله با رضایت دهی دو طرف واقع می شود و بدین ترتیب ، رکن و جوهر اساسی عقد را داراست . در واقع ، دو طرف با توجه به مفاد اقاله به اراده خود اقاله را واقع می سازند و خود را به مفاد آن ملتزم می کنند ، چنان که در دیگر عقود نیز چنین است و دارا بودن ویژگی هایی ، چون : فسخ ناپذیری و اقاله بودن که در گفتارهای بعدی بدان می پردازیم ،



موجب نمی شود که آنها را در شمار عقود نیاوریم، زیرا عقودی چون: وقف، ضمان و نکاح نیز اقاله نمی شود، اما آیا کسی در عقد بودن آنها تردید دارد؟ دیگر آن که: فرض، بر قاطع بودن دو طرف به گسستن پیمان پیشین است و در برابری و تعادل دو عوض یا سالم بودن آنها نیز بنایی ندارند و سرانجام، اختلاف اصلی فقیهان درباره ماهیت قراردادی اقاله نیست بلکه اختلاف در تملیک جدید و بیع شمردن اقاله و دیگر در فسخ دانستن و ضرورت بازگشت مالکیت است.<sup>۲۶</sup> خاستگاه این نزاع: برخی اطلاق عقد را ویژه آن می شمرند که نتیجه مثبت به بار آورد. ایشان اقاله را که اثر مثبت ندارد، عقد نمی دانند. این گروه در تألیفات خود مسئله ای را به این عنوان در افکنده اند:

**آیا اقاله فسخ است یا عقد؟** گروه دیگر اقاله را عقدی می دانند که نتیجه مثبت ندارد بلکه نتیجه آن، اسقاط آثار عقد لازم سابق است،<sup>۲۷</sup> چنان که آرای صاحب جواهر و سید محمدکاظم طباطبایی از این گروه آورده شده.

**قلمرو اقاله** آیا اقاله ویژه عقد بیع است و یا دیگر عقود را نیز دربر می گیرد؟ خاستگاه نزاع: اصل اولی در عقود ثبوت و بقای آن است، یعنی پس از آن که عقدی پدید آمد و تا هنگامی که هیچ دلیلی بر انحلال آن به دست نیامده باید عقد را پابرجا دانست و آثار شرعی آن را بر آن بار کرد و آن را لازم الوفا دانست. بدین ترتیب، اقاله خلاف قاعده است ولی با توجه به نصوص و اجماع تنها عقد بیع را می توان اقاله کرد.<sup>۲۸</sup> بدین ترتیب، معلوم می گردد که دیگر عقود را دو طرف آن نمی توانند با رضایت دهی همدیگر برهم بزنند. پس باید از گستراندن قلمرو اقاله در دیگر موارد هم خودداری کرد و آن را در مورد ویژه خود تفسیر کرد.



نصوص: ۱. امام جعفر صادق (ع):

«ایما عبد مسلم اقال مسلماً فی بیع اقال الله عشرته يوم القيامة».<sup>۲۹</sup>

۲. خبر سماعة بن مهران:

«أربعة ينظر الله عز وجل إليهم يوم القيامة أحدهم من أقال

نادماً».<sup>۳۰</sup>

۳. مرسل جعفری:


«إن رسول الله لم يأذن لحكم بن حزام في التجارة متى ضمن له

أقالة النادم».<sup>۳۱</sup>

در انتقاد و پاسخ به این نصوص می توان گفت:

۱. همان گونه که گفتیم، اقاله امری خلاف قاعده است و تنها به بیع اختصاص ندارد، زیرا بنا بر دلالت روایت نخستین که به «فرد مسلمان» و «اقاله بیع» اختصاص دارد، اقاله به دست دو طرف عقد و در اختیار متعاقدين است و امام صادق (ع) اقاله را علت پاداش اخروی یاد می کند و این مهم در همه ابواب جاری است و عمومیت دارد و عبارت «بیع» دلالت بر این ندارد که تنها بیع را می توان اقاله کرد و اقاله اختصاص به بیع دارد بلکه این قید یا قید غالب و برای تمثیل است و یا این که واژه اقاله تنها بر بیع اطلاق می شود؛ توجیه نخستین بهتر می نماید، زیرا عقد بیع بر مغاینه و سنجش بنا شده و پایه بیشتر معایش و مکاسب نیز اغلب عقد بیع است.<sup>۳۲</sup> این تحلیل، دیگر نصوص وارد شده را نیز دربر می گیرد و می توان گفت: در هر نصی که اقاله در مورد بیع آورده شده، آن قید غالب است و بدان انحصار ندارد و شارع برای تمثیل، آن را بیان کرده است.

اجماع: در پاسخ به دلیل مدعیان اجماع بر اختصاص اقاله به بیع، گفته می شود: چنان که فقیهان امامی معتقدند، هر عقد لازمی با اقاله دو طرف باطل



می‌گردد. با وجود این، آنان در این باره به دلیل خاص یا عامی استناد نکرده‌اند و بنابر ظاهر سخنان این فقیهان، قاعده اولیه و یا قاعده مؤسسه که از دلالت روایت نخستین برمی‌آید، به جواز اقاله حکم می‌کند و بطلان عقد را می‌رساند.

سیره مسلمانان: سیره مسلمانان نیز در گذشته (متقدم و متأخر) و کنون بر اقاله بودن عقد بیع بوده و دیگر عقود را با رضایت دهی یکدیگر فسخ می‌کرده‌اند که این چنین فسخ کردنی کاشف از اقاله کردن است.<sup>۳۳</sup>

بدین ترتیب، روشن می‌شود که اقاله اختصاص به بیع ندارد و دیگر عقود را هم می‌توان اقاله کرد گویا به همین دلیل، فقیهان پیشین نیز اقاله را در باب «سلف» و در عقد بیع می‌گنجانند و به بررسی آن می‌پرداختند،<sup>۳۴</sup> اما متأخران پس از کاوش و بررسی در مورد ماهیت آن به انتقاد پرداخته‌اند و اقاله را ویژه یک عقد برنشموده‌اند و آن‌گاه آن را در همه قراردادهای مالی، کاربردی دانستند.<sup>۳۵</sup>

#### عقود و موارد اقاله ناپذیر

۱. نکاح: نکاح از جمله عقود است که اقاله نمی‌پذیرد، چون برهم زدن عقد نکاح سبب خاصی را می‌طلبد و بنابر اجماع و نصوص خاص که رسیده نکاح را با اقاله دو طرف نمی‌توان برهم زد.<sup>۳۶</sup>
۲. ضمان: هنگامی که ضمان را موجب نقل ذمه به ذمه بدانیم، با ورود ضامن دین از ذمه مضمون عنه (ضمانت شده) به ذمه ضامن منتقل می‌گردد و هنگامی که ذمه ضامن مشغول شود، مشکل می‌توان پذیرفت که دو طرف (ضامن و مضمون عنه) با اقاله عقد ضمان، حق و دین انتقال داده شده (به ذمه ضامن) را به ذمه مضمون عنه، دوباره بتوانند منتقل کنند.<sup>۳۷</sup>
۳. وقف: گفته شده وقف نیز از شمار عقود اقاله ناپذیر است و دو طرف عقد نمی‌توانند با رضایت دهی یکدیگر آن را اقاله کنند.<sup>۳۸</sup>





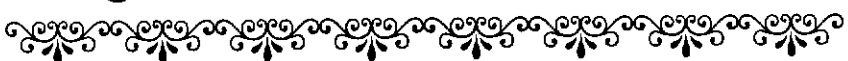
۴. ایقاع: آیا ایقاع را می‌توان اقاله کرد؟ در واقع، آیا با اقاله می‌توان ایقاع را برهم زد؟ پاسخ به این پرسش منفی است و باید گفت: ایقاع را نمی‌توان اقاله کرد، زیرا ایقاع به اراده یک طرف پدید می‌آید، در حالی که اقاله نیازمند اراده دو طرف است و بنابراین، چیزی که با اراده یک طرف به وجود می‌آید، چگونه می‌تواند با اراده دو طرف زایل شود و پایان پذیرد.<sup>۳۹</sup>

۵. اقاله اقرار و اخبار: اخبار و از جمله اقرار نیز همانند ایقاع با اراده یک نفر و در واقع با یک اراده به وجود می‌آید و همان ایراد پیشین بدان وارد می‌گردد. از سوی دیگر، اقرار اخبار است و نه انشاء. پس اقرارکننده چیزی را به وجود نمی‌آورد تا بتوان آن را اقاله کرد. چون وی از امر پنهانی خبر می‌دهد و گفته‌هایش دلالت بر آن دارد. در مورد اخبار نیز چنین است.<sup>۴۰</sup> بنابراین، اخبار و اقرار را نیز نمی‌توان اقاله کرد.

۶. اقاله اقاله: برای پاسخ به این پرسش باید دید که کدام یک از نظریات گفته شده در مورد ماهیت اقاله را باید پذیرفت. بدیهی است که اگر اقاله را بیع جدید بدانیم، اقاله می‌پذیرد و می‌توان اقاله را نیز اقاله کرد، اما از آن جایی که فقیهان امامی اقاله را فسخ عقد می‌دانند، در پاسخ به این پرسش می‌گویند:

«اقاله را نمی‌توان اقاله کرد، زیرا بنا بر اتفاق نظر فقیهان، هنگامی که دو طرف، عقدی را اقاله می‌کنند، عقد از هم می‌گسلد و پس از آن هیچ پیوندی میان آن دو نخواهد بود. از سوی دیگر، موضوعی هم در میان نیست تا بتوان آن را دوباره اقاله کرد.»<sup>۴۱</sup>

بنابراین، اقاله خود اقاله پذیر نیست. با این همه، برخی از فقیهان با آن که اقاله را دشوار می‌دانند، باز هم چنین چیزی را دور نمی‌پندارند.<sup>۴۲</sup> در پایان این گفتار، باید بگوییم: این پاسخ در رابطه با اقاله فسخ نیز گفته



شده است. بنابراین، فسخ را هم نمی‌توان اقاله کرد، اما با توجه به آن که اقاله را عقد دانستیم، آیا می‌توان در عقد اقاله شرط خیار گذارد و آن را فسخ کرد؟ شاید این پرسش را دو گونه بتوان پاسخ داد:

الف. چنین چیزی ممکن نیست، زیرا اقاله فسخ است و معنایی ندارد که فسخی متزلزل باشد.

۲. هر چند فسخ فسخ نامعقول و غیر عقلایی می‌نماید، اگر اقاله را عقد بشمریم، باید بتوان گفت که اقاله نیز فسخ می‌شود. بدین ترتیب که اگر در اقاله شرطی گذارده شود و از آن شرط تخلفی صورت گیرد، در این صورت اقاله را می‌توان فسخ کرد و یا اگر پس از انجام عقد یکی از عوضین معیوب گردد و پس از آن دو طرف عقد آن را اقاله کنند و برهم بزنند و پس از اقاله روشن شود که عیبی در یکی از عوضین به وجود آمده و معیوب است، در این صورت اقاله را می‌توان فسخ کرد.<sup>۴۳</sup>

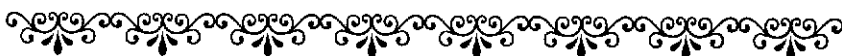
پیش‌تر آوردیم که اقاله عقد است، گرچه در مقام انحلال عقد و زوال آثار آن واقع گردد. بنابراین، باید همانند دیگر عقود از شرایط و قواعد عمومی قراردادها برخوردار شود تا بتواند عقدی را زایل کند و آثار آن را خاتمه بخشد و عوضین را به جای نخستین و به ملکیت دو طرف بازگرداند.

این شرایط از این شماره‌اند:

شرایط

صحت اقاله

۱. قصد و رضای طرفین: هنگامی که دو طرف عقد برای انحلال قرارداد و عقد به توافق برسند، اقاله واقع می‌شود؛ مشروط به آن که وسیله‌ای جهت اعلام اراده و دلالت بر قصد دو طرف وجود داشته باشد که ممکن است وسیله اعلام اراده «لفظ» باشد و دو طرف، به صورت صریح و یا ضمنی اراده خود را بیان کنند و یا این که وسیله اعلام اراده «فعل» باشد. بنابراین، معامله را می‌توان به معاطات نیز اقاله کرد، بدین گونه که فرد به قصد فسخ مبیع را رد کند



و طرف مقابل او نیز ثمن را به همین قصد پس دهد. در این صورت، معامله به صورت معاطات اقاله می شود و حتی اگر فرد پشیمان از معامله، از طرف مقابل خود بخواهد که معامله را اقاله کند و طرف مقابل نیز خواست او را بپذیرد، باز هم اقاله واقع شده است.<sup>۴۴</sup>

۲. اهلیت دو طرف: دو طرف، به هنگام اقاله باید اهلیت داشته باشند، زیرا آن دو می خواهند در اموال خود تصرف کنند و تصرف در اموال در صورتی درست و صحیح است که آن دو اهلیت تصرف داشته باشند.

۳. معلوم و معین بودن موضوع اقاله: دو طرف معامله باید معلوم سازند که کدام معامله را می خواهند اقاله کنند و یا اگر می خواهند برخی از مبیع مورد معامله را اقاله کنند، باید آن را برنمایند، زیرا اگر اقاله کردن مقداری از مبیع، به جهالت و ابهام انجامد، اقاله مقداری از مبیع را نمی توان صحیح دانست.<sup>۴۵</sup> افزون بر این، فقیهان دیگر مذاهب شرایط دیگری را برشمرده اند که از این شمار است:

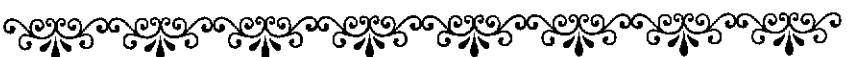
الف. باقی بودن مبیع به هنگام اقاله؛ زیرا با اقاله عقد گسسته می شود و مبیع نیز محل اجرا و موضوع آن است. پس اگر مبیع به هنگام اقاله تلف شده باشد، اقاله صحیح نیست و اگر مقداری از مبیع تلف شده باشد، اقاله درباره مقدار باقی مانده، صحیح و نسبت به مقدار تلف شده، باطل خواهد بود.

ب. موضوع اقاله فسخ پذیر باشد؛ زیرا اقاله، فسخ عقد است و اگر احتمال اقاله پذیری موضوع نباشد، اقاله صحیح نخواهد بود.

ج. قبض عوضین در مجلس اقاله به هنگام اقاله بیع صرف؛

د. اتحاد مجلس و...<sup>۴۶</sup>

گفتنی است که در اقاله نیز مانند دیگر عقود، باید میان ایجاب و قبول توالی برقرار باشد به گونه ای که وحدت عرفی و هیئت اتصالی برهم نخورد، یعنی میان ایجاب و قبول چندان فاصله ای نیفتد که عرف، توالی میان ایجاب و قبول را نپذیرد.<sup>۴۷</sup>



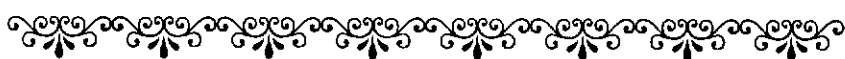
شرط فزونی و کاستی: ۱. فقیهان حنفی و پیروان ابوحنیفه که اقاله را در حق متعاقدان، فسخ برمی شمردند و درباره شخص ثالث بیع جدید می دانند، معتقدند: اگر متعاقدان بیع یا عقدی را اقاله کنند، بدین شرط که چیزی بر ثمن افزوده شود و یا از آن کاسته گردد و یا آن که در عوض ثمن جنس دیگری برگردانده شود و یا به هنگام اقاله، برای پرداخت ثمن مهلتی بگذارند، در این صورت با همان ثمن نخستین صحیح خواهد بود و شروطی که متعاقدان گذارده اند، مانند: شرط فزونی، کاستی، مهلت و اجل و شرط تبدیل و دادن جنس دیگر که متعاقدان گذارده اند همه باطل است، زیرا اقاله در حق متعاقدان فسخ عقد شمرده می شود و عقد نیز با ثمن نخستین واقع می گردد که دو طرف بدان نظر داشته اند.

حال اگر به بیش و یا کمتر از آن توافق کنند، این توافقشان باطل است و باید همان ثمن نخستین را به هنگام اقاله رد و بدل کنند. در تحلیلی دیگر، به نقل از ابوحنیفه علت بطلان شرط چنین گفته شده است:

مقتضای اقاله این است که همان ثمن مورد معامله به ملکیت فرد باز گردد، در حالی که شرط مخالف مقتضای اقاله است. بنابراین، شرط باطل خواهد بود.<sup>۴۸</sup>

۲. فقیهان مالکی که اقاله را بیع می دانند، چنین شروطی را هم صحیح می دانند. برای نمونه: اگر چیزی به صد دینار فروخته شود و سپس، فروشنده پشیمان از خریدار برگشت آن چیز را بخواهد و شرط کند که اگر مبیع را بازپس دهد، بدو ده دینار را بپردازد، این شرط صحیح خواهد بود، زیرا اقاله بیع جدید است.<sup>۴۹</sup>

۳. فقیهان شافعی، حنبلی و بویژه امامی که اقاله را فسخ می دانند، این مهم را به گونه ای دیگر برتائیده اند؛ این دسته از صاحب نظران برآن اند که اگر چنین شرطی به هنگام اقاله شود اقاله باطل می گردد<sup>۵۰</sup> و اما در میان امامیه جز یک نظر مخالف که شرط را درست می داند، هر دسته از فقیهان توجیهی را



برای بطلان و نادرستی چنین شرطی بیان کرده اند که در ادامه می آید:

الف. شهید در حواشی خود از ابن جنید اسکافی می آورد:

اگر دادوستد کننده به گرفتن افزون بر ثمن یا کمتر از آن با یکدیگر مصالحه

کنند، این شرط صحیح است. ۵۱

این استدلال، در برابر نظر اکثر فقیهان وامانده است، زیرا آنان اقاله را

فسخ بیع برمی شمردند، نه بیع جدید. بنابراین، در ضمن آن نمی توان شرط کرد

و دو طرف نمی توانند با یکدیگر مصالحه کنند. افزون بر این، خبر خاصی

(صحیح حلبی) در این باب وارد شده که چنین شرطی را روانی داند؛ از امام

صادق (ع) پرسیدند: مردی از دیگری پیراهنی می خرد، سپس پشیمان می شود

و می خواهد آن را به صاحبش باز پس دهد، ولی فروشنده از گرفتن آن چیز

خودداری می کند و تنها با گرفتن مبلغی بیش از ثمن آن را پس خواهد گرفت.

آیا این درست است؟ امام در پاسخ می فرمایند: این شرط درست نیست؛

«لایجوز له أن يأخذ بوضیعة».<sup>۵۲</sup> و سرانجام گفته شده که فقیهان بر

بطلان چنین شرطی اجماع دارند.<sup>۵۳</sup> گویا ابن جنید بر پایه دیدگاه فقیهان حنفی

که اقاله را بیع جدید می دانند، این نظریه را بیان کرده است. بنابراین، بر پایه

دیدگاه فقیهان امامی که اقاله را فسخ عقد می دانند، بی شک این شرط جایز

نبوده و باطل است.<sup>۵۴</sup>

ب. گروهی که شرط بالا را باطل می دانند، درباره علت و چرایی نادرستی

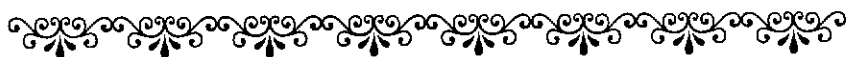
شرط اختلاف نظر دارند: دسته ای به علت آن که خلاف مقتضای اقاله است،

شرط را باطل دانسته اند. این دسته می گویند: از آن جایی که اقاله فسخ است و

مقتضای اقاله بازگشت هر عوض به مالک آن است پس اگر در اقاله شرط

فزونی یا کاستی درباره یکی از عوضین گنجانده شود، این شرط مخالف

مقتضای اقاله و باطل خواهد بود و به بطلان اقاله خواهد انجامید، زیرا دو



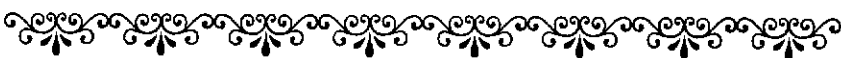
طرف، با توجه به شرط یاد شده، بر فسخ توافق کرده‌اند و بدان شرط توجه نموده‌اند. حال که این شرط باطل و مبطل اقاله است، مبیع (فروخته شده) در ملکیت مشتری می‌ماند. این دسته از صاحب نظران، میان شرط فزونی عینی، مانند گرفتن مبلغی پول یا مالی به هنگام اقاله و شرط فزونی حکمی، مانند مهلت دادن مشتری به بایع برای بازگرداندن ثمن هیچ تفاوتی نگذارده‌اند و هر دو گونه شرط را باطل و موجب بطلان اقاله دانسته‌اند. بزرگانی، چون: علامه حلی در کتاب‌های تذکره الفقها و تحریر الاحکام محقق کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در مسالک الافهام از این دیدگاه پیروی کرده‌اند. ۵۵

ج. دسته‌ای دیگر از فقیهان، همان گونه که معلوم بودن مبیع و موضوع معامله را شرط صحت بیع و معامله می‌دانند، عدم افزایش و کاهش عوضین را نیز شرط صحت اقاله بر شمرده‌اند. ۵۶ این دسته از صاحب نظران می‌گویند:

بنابراین، هرگاه بایع قبول اقاله را با دادن زیادتر از ثمن نماید و معامله را اقاله کند، این اقاله صحیح نیست، زیرا شرط صحت اقاله نبودن زاید از ثمن می‌باشد و این شرط شرط صحت اقاله است. ۵۷

د. دسته‌ای دیگر می‌گویند: اگر مشتری برای درخواست اقاله، بیشتر از ثمن را به بایع بدهد تا وی به اقاله رضایت دهد، آن‌گاه اقاله صحیح خواهد بود، اما هزینه پرداختی افزون بر ثمن، ملک بایع نخواهد شد و بایع می‌بایست آن زیادی را به مشتری برگرداند. درباره این معنی باید دید که آیا، فساد شرط در معاملات به فساد عقد می‌انجامد یا خیر؛ اگر فساد شرط را موجب فساد عقد بدانیم، بدین دلیل که برای صحت و سقم معاملات باید شارع اجازه دهد و شارع نیز اقاله‌ای را صحیح و موجب فساد عقد برمی‌شمرد که شرط زیادی یا نقصان ثمن در آن نشده باشد، چنین اقاله‌ای پذیرفته شرع نخواهد بود. ۵۸

ه. بنابر گفته برخی از صاحب نظران، دادوستدکنندگان هنگام اقاله و



گرفتن مبلغ زاید، در حقیقت دو کار کرده اند: یکی فسخ عقد و دیگری تملیک زیادتر از ثمن به دیگری و این تملیک زیادی، بنابر شرطی است که آن دو گذارده اند و برابر قاعده «المؤمنون عند شروطهم» است. نیز وفای به شرط و مالکیت زاید از ثمن برای گیرنده مبلغ زاید، صحیح خواهد بود.

خاستگاه نزاع: نزاع، از آن جا برمی خیزد که اقاله را عقد بدانیم یا نه؛ اگر اقاله را عقد برشمريم، عموماً «المؤمنون عند شروطهم» شرطی را که در ضمن آن آمده، دربر خواهد گرفت و وفای به آن ضرورت خواهد داشت و اگر اقاله را عقد ندانیم، وفای به شرط ضمن آن نیز ضرورت نخواهد داشت، زیرا امکان فسخ عقد، ضامن اجرا شدن شرط است و به گفته دیگر: اگر به شرطی که در ضمن عقد آمده وفا نشود، طرف دیگر (مشروط له) دارای حق فسخ خواهد شد و سرنوشت عقد به دست او خواهد افتاد و آن گاه می تواند عقد را برهم زند، اما از آن جا که اقاله را به استناد خیار تخلف از شرط نمی توان فسخ کرد، پس التزامی به شرط به وجود نمی آید.<sup>۵۹</sup>

نتیجه: پس از بیان چند گونه بالا، اکنون باید دید کدام یک از آن گفته ها را باید پذیرفت.

البته پیش از آن، چند نکته را باید بررسید:

۱. اگر دو عوض ثابت بمانند و شرط ضمن اقاله درباره تعهدی خارجی باشد، برای نمونه: شرط شود که مستقیلاً (خواهان اقاله) در برابر اقاله برای اقاله کننده پیراهنی را بدوزد (شرط فعل)، در این صورت اقاله صحیح خواهد بود و عموم «المؤمنون عند شروطهم» شرط یاد شده را دربر خواهد گرفت و عمل به آن ضروری خواهد شد، زیرا اقاله موجب تملیک این فزونی و یا کاستی نخواهد بود.<sup>۶۰</sup>



۲. اگر از دید عرف، تغییرهای جزئی مسامحه پذیرد، نباید چنین شرطی را خلاف مقتضای اقاله پنداشت؛ برای نمونه، آن گاه که شرط شود: خریدار پس از اقاله ثمن را پس از مهلتی چند به فروشنده بازگرداند و یا به جای آنچه از کالا تلف کرده و شکسته است، مانند آن را به فروشنده بدهد. در صورتی که مال مثلی باشد. البته در این مورد نیز اختلاف نظر وجود دارد که برخی از فقیهان میان شروط درباره ثمن و مضمن تفاوت گذارده اند، برای نمونه: چون دو شرط فوق را درباره ثمن می دانند، آن را نادرست و باطل می دانند، اما برخی دیگر میان این دو تفاوتی نمی گذارند و هر دو شرط را صحیح می دانند.<sup>۶۱</sup>

اکنون به بحث اصلی باز می گردیم: برای پاسخ به آن پرسش باید دید اقاله را عقد باید شمرد یا نه و همان گونه که پیش تر آمد: اقاله عقد است و احکام عقود نیز در مورد آن جاری می شود. در آخرین تحلیل گفته شد: فایده شرط در آن است که اگر شرط ضمن عقد اجرا و مراعات نشود، مشروط له می تواند عقدی را که شرط در ضمن آن گنجانیده شده، فسخ کند، اما اقاله را نمی تواند فسخ کند، زیرا فسخ متزلزل و فسخ معنایی ندارد. در پاسخ باید گفت: دارا شدن حق فسخ و به دست گرفتن سرنوشت عقد به هنگام عدم وفا به شرط تنها یکی از فایده های شروط ضمن عقد است، نه آن که فایده منحصر باشد، زیرا اگر در ضمن عتق و وقف شرطی بگذارند و این شرط را رعایت و وفا

هنگامی که دو طرف عقد برای انحلال قرارداد و عقد به توافق برسند، اقاله واقع می شود؛ مشروط به آن که وسیله ای جهت اعلام اراده و دلالت بر قصد دو طرف وجود داشته باشد که ممکن است وسیله اعلام اراده لفظی باشد و دو طرف، به صورت صریح و یا ضمنی اراده خود را بیان کنند و یا این که وسیله اعلام اراده «فعل» باشد. بنابراین، معامله را می توان به معاطات نیز اقاله کرد.



نکنند، مشروط له نیز حق فسخ آن را ندارند.

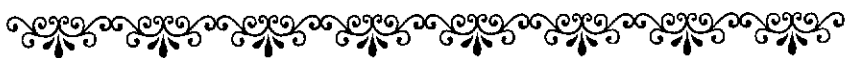
اگر اشکال شود: برای آن که وفای به شرط ضروری باشد، باید شرط در ضمن عقدی بیاید و چون اقاله عقد نیست، وفای به شرط ضمن آن نیز ضروری نخواهد بود؛ در پاسخ خواهیم گفت:

نخست آن که عقد بودن اقاله را به اثبات رساندیم و بنابراین، وفای به شرط ضمن اقاله ضروری خواهد بود.

دو دیگر: بر فرض که بگوییم اقاله عقد نیست، باز هم وفای به شرط ضمن آن ضروری خواهد بود، زیرا همان گونه که عموماً و اطلاقات موجود شروط ابتدایی را نیز دربر می گیرد، شرط یاد شده را هم دربر می گیرد و بنابراین، وفای به این شرط نیز ضروری خواهد بود.<sup>۶۲</sup>

سه دیگر: پیش تر آوردیم که در اقاله می توان شرط خیار کرد و گفتیم اگر شرط درباره تعهدی خارجی باشد، این شرط خلاف مقتضای اقاله نخواهد بود. اکنون فرض کنید: دو طرف عقد و معامله پس از معامله پشیمان می شوند و با توافق یکدیگر معامله را اقاله می کنند و فروشنده به هنگام اقاله بر خریدار شرط می کند که برای فروشنده پیراهنی بدوزد و یا دیوار خانه او را نقاشی کند، حال اگر خریدار از انجام این شرط سرباز زند، چه باید کرد؟ آیا فروشنده خیاری نخواهد داشت و نمی تواند با فسخ عقد اقاله از زیان رسیده به خود جلوگیری کند؟

در این باره بیشتر باید اندیشید. مهم این است که فقیهان اقاله را فسخ عقد و موجب بازگشت و برگشت مال به مالکیت مالک پیشین می دانند، نه آن که چیزی بیش از مال مورد معامله نخستین را به مالک بازگرداند، زیرا برای تملیک این مقدار افزون بر مال مورد معامله، عاملی باید باشد که بتواند دوباره این مقدار را تملیک کند و چنین عاملی وجود ندارد و اقاله نیز نمی تواند این مقدار را تملیک کند، زیرا اقاله مملک (به ملک درآورنده) نیست.



بدین ترتیب، فقیهان، با همه تفصیل‌ها، تنها وفای به دو شرط (درباره تعهد خارجی و شرط مسامحه‌پذیر از دید عرف) را ضروری می‌دانند، اما باز هم این نکته پوشیده است که اگر شرط درباره تعهد خارجی اجرا شود، سرنوشت اقاله چگونه خواهد بود؟

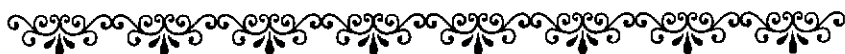
نتیجه‌گیری:

۱. اقاله عبارت است از رضایت دهی دو طرف عقد به برهم زدن آن و از بین بردن آثار عقد؛
۲. اگرچه اقاله فسخ عقد است و موجب اسقاط آثار عقد می‌شود، باید گفت: اقاله عقد است و باید از احکام و قواعد عمومی قراردادها برخوردار باشد.
۳. اقاله اختصاص به بیع ندارد و تنها بیع را نمی‌توان اقاله کرد که همه عقود را جز آنهایی که دلیل خاص در مورد اقاله ناپذیری آنها وجود دارد، می‌توان اقاله کرد.
۴. اگر در ضمن اقاله شرط شود که مشتری فزون‌تر از ثمن و مضمن و یا کمتر از آن پردازد، در مورد این شرط اختلاف نظر بسیار وجود دارد، هرچند گفته شده که اگر شرط درباره تعهد خارجی، چون: انجام عمل و انعقاد عقد و ... و یا شرط در دید عرف مسامحه می‌پذیرد، مانند: مهلت دادن جهت رد ثمن، شرط صحیح است. معلوم نیست که اگر از شرط نخستین تخلف شود، سرنوشت اقاله چگونه خواهد شد و یا چرا با آن که اقاله را عقد برشمیریم، باز هم شرط ضمن آن را صحیح نمی‌توان دانست، مگر این شرط کمتر از شروط ابتدایی است که عموماً «المؤمنون عند شروطهم» آن را دربر نگیرد. بنابراین، این شرط ایجاد التزام می‌کند و موجب تملیک خواهد شد و اشکال بر مملک (به ملک درآورنده) نبودن عقد برداشته می‌شود، زیرا اقاله مملک نیست، اما شرط ضمن آن ایجاد التزام می‌کند.



پی نوشت ها:

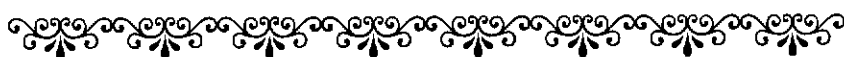
۱. وسائل الشیعه، شیخ حرّ عاملی، ج ۱۷/ ۳۸۷-۳۸۵، باب سوم، در آداب تجارت؛ ج ۱۸/ ۷۱ و ۷۲، باب هجدهم، در احکام عقود، مؤسسه آل البیت، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۲. شرح فتح القدر، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، ج ۶/ ۱۱۴ و ۱۱۳، دار احیاء التراث العربی، بیروت؛ البحر الوائق فی شرح کنزالدقائق، ابوالبرکات عبدالله بن احمد بن محمود معروف به حافظ الدین الشقی، ج ۶/ ۱۶۷، دارالکتب العلمیه منشورات محمدعلی بیضون، بیروت، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۳. لسان العرب، ابن منظور افریقی، ج ۱/ ۵۷۹، دار لسان العرب، بیروت.
۴. العناوین، سید میر عبدالفتاح مراغه ای، ج ۲/ ۳۸۴، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۵. موسوعه فقهی، وزارت اوقاف و شئون اسلامی، ۳۲۶، جزء پنجم، کویت، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۶. ماوراء الفقه، سید محمد صدر/ ۳۶۱، جزء سوم، دارالاضواء، بیروت، ۱۴۱۶ هـ. ق؛ مهذب الاحکام، سید عبدالاعلی سبزواری، ج ۱۸/ ۱۱۸، مؤسسه المنار، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۷. الکافی فی فقه الامام احمد، موفق الدین عبدالله بن قدامه مقدسی/ ۷۶، تحقیق شیخ سلیم یوسف و دیگران، جزء ثانی، دارالفکر للطباعة، بیروت، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۸. شرح فتح القدر، ج ۶/ ۱۱۵ و ۱۱۴؛ ج ۵/ ۲۴۷، مکتبه المثنی، بغداد. (به نقل از: مجله کلیه الشریعه جامعه بغداد، ابراهیم فاضل الدبو/ ۱۲۳-۱۱۵، الاقرار ببحث مقارن فی الشریعه والقانون، العدد السادس، ۱۴۰۰ هـ. ق.)
۹. المغنی، احمد بن قدامه، ج ۴/ ۹۲، مطبعة سجل العرب، قاهره (نقل از پیشین).



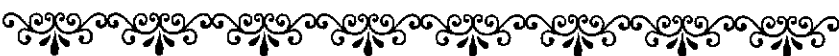
١٠. الفقه الاسلامى وادلته، دكتور وهبة الزحيلي/٧١٥، جزء چهارم، دارالفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.ق.
١١. البحر الزخار، احمد بن يحيى بن مرتضى، ج٤/٣٧٥، مؤسسة الرساله، بيروت (به نقل از: مجله كليه الشريعة جامعة بغداد، ابراهيم فاضل الدبو).
١٢. المغنى/ج٤.
١٣. مفتاح الكرامه، سيد محمد جواد حسيني عاملى، ج٤/٧٦٧، دار احياء التراث، بيروت؛ الخلاف، شيخ طوسى، ج٣/٢٠٦ و ٢٠٧، مؤسسه نشر اسلامى، قم، ١٤١١هـ.ق.
١٤. همان/٢٠٥؛ الفقه الاسلامى وادلته/٧١٥ و ٧١٦، جزء چهارم.
١٥. پيشين؛ بنگريد به: البحر الوائق، ج٦/١٦٩-١٦٦.
١٦. موسوعه فقهى/٣٢٧ و ٣٢٦.
١٧. الأشباه والنظائر، جلال الدين عبدالرحمن بن ابى بكر سيوطى/٣١٤ و ٣١٣، دارالكتاب العربى، بيروت، ١٤٠٧هـ.ق.
١٨. القواعد فى الفقه الاسلامى، حافظ ابى الفرج عبدالرحمن بن رجب حنبلى/٣٧٠-٣٦٦، دارالكتب العلميه، بيروت؛ القواعد والفوائد، شهيد اول/٢٩١، قاعده ١٠٢، منشورات مكتبة مفيد، قم؛ ترجمه القواعد والفوائد، سيد مهدي صانعى، ج١/٣٣٧، قاعده ١٠٩، انتشارات دانشگاه فردوسى، مشهد، ١٣٧٢هـ.ش؛ الروضة البهيه، شهيد ثانى، ج٣/٥٤٦ و ٥٤٧، اشرف سيد محمد كلانتر، دار احياء التراث، بيروت؛ المغنى والشرح الكبير، ج٤، دارالفكر، بيروت؛ الخلاف، ج٣/٢٠٥ و ٢٠٦.
١٩. جواهر الكلام، محمد حسن نجفى، ج٢٤/٣٥٣.
٢٠. حقوق مدنى، ناصر كاتوزيان، ج٥/١٢، قواعد عمومى قراردادها.
٢١. سؤال جواب/١٩٤، به اهتمام سيد مصطفى محقق داماد و ديگران، سؤال ٣١٨.



۲۲. بحوث فی الفقه، محمدحسین اصفهانی/۱۰، کتاب الاجاره، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۲۳. جواهر الکلام، ج ۲۴/۳۵۳.
۲۴. همان/۳۵۴.
۲۵. همان/۳۵۵ و ۳۵۴.
۲۶. موافقان این تحلیل: قواعد عمومی قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۵/۱۳ و ۱۴؛ دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ج ۱/۲۴۲؛ و برای دیدن نظر مخالفان: سقوط تعهدات، مهدی شهیدی/۹۹ و ۱۰۰، کانون وکلای دادگستری، تهران.
۲۷. برای نگاه به نوشته های گروه اول بنگرید به: منیة الطالب، نایینی، ج ۱/۹۸؛ القواعد، حافظ ابوالفرج/۴۱۱؛ و درباره هردو گروه بنگرید به: دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱/۲۴۳.
۲۸. العناوین، ج ۲/۳۸۷-۳۸۵.
۲۹. الوسائل، ج ۱۷/۳۸۷-۳۸۵ باب سوم، آداب تجارت.
۳۰. همان.
۳۱. همان.
۳۲. العناوین، ج ۲/۳۸۷ و ۳۸۸؛ مهذب الأحکام، سید عبدالاعلی سبزواری، ج ۱۸/۱۱۹؛ سؤال و جواب/۱۹۴-۱۹۱.
۳۳. العناوین، ج ۲/۳۸۸.
۳۴. المغنی/۲۴۴، جزء چهارم؛ شرح الكبير/۲۲۵، جزء چهارم؛ الخلاف، ج ۳/۲۰۵.
۳۵. جواهر الکلام، ج ۲۴/۳۵۱؛ سؤال و جواب/۱۹۴-۱۹۱؛ فقه الامام الجعفر الصادق، محمدجواد مغنیه/۲۸۷، جزء سوم، دارالجواد، بیروت، ۱۴۰۲؛



- ماوراء الفقه، ج ٣/٣٦١.
٣٦. مهذب الأحكام، ج ١٨/١١٩؛ وسيلة النجاة، سيد ابوالحسن اصفهانی/٤٠، با  
تعلیقه سید محمود هاشمی شاهرودی و امام خمینی؛ صراط النجاه، ج ٢/٥٥، با  
حواشی سید ابراهیم حسینی؛ تحریر الوسیله، امام خمینی، ج ٢/٥٥٤.
٣٧. العناوین، ج ٢/٣٨٨.
٣٨. سؤال و جواب/١٩٤-١٩١.
٣٩. ماوراء الفقه، ج ٣/٣٦١؛ سؤال و جواب/١٩٤-١٩١؛ دایرة المعارف حقوق  
مدنی و تجارت، ج ١/٢٤٥.
٤٠. سؤال و جواب/١٩٤-١٩١؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ٥/٢٠.
٤١. مهذب الاحکام، ج ١٨/١٢١، مسأله سوم.
٤٢. سؤال و جواب/١٩٤، سؤال ٣٢٤.
٤٣. همان/١٩٤-١٩١، سؤال ٣٢٠.
٤٤. وسیلة النجاه، سید ابوالحسن اصفهانی، ج ٢/٤٠؛ تحریر الوسیله، ج ٢/٥٥٤؛  
سؤال و جواب/١٩١. (نظر مخالف از شیخ عبدالله مامقانی: «ولایکنی فیها  
الفعل علی الاحوط ولایعتبر فیها لفظ خاص...» و العناوین، ج ٢/٣٩٠:  
«ولایکنی فیہ الفعل».)
٤٥. مناهج المتقین، شیخ عبدالله مامقانی/٢٥٣.
٤٦. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج ٤/٧١٩؛ البحر الرائق، ج ٦/١٦٨؛ تحریر المجله،  
محمد حسین آل کاشف الغطاء، ج ١/١٦٥، مکتبه المرتضویه، نجف اشرف،  
١٣٥٩ هـ. ق.
٤٧. همان؛ جواهر الکلام، ج ٢٤/٣٥٥.
٤٨. المغنی، ج ٤/٢٤٤ و ٢٤٥.
٤٩. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج ٤/٧١٦؛ شرح فتح القدر، ج ٦/١١٤ و ١١٥. فقه



حنفی، اقاله را در حق متعاقدان فسخ شده می داند و چنین شرطی را باطل برمی شمرد و می گوید: حقیقت فسخ مگر رفع و برهم زدن عقد نخستین چیزی نیست، چنان که گویا هیچ عقدی نبوده و این مهم با برگرداندن ثمن نخستین به مالک آن برآورده می شود. محمدبن محمود الباقری در شرح العنایه نیز شرط را باطل برمی شمرد و معتقد است که همان ثمن نخستین را باید پرداخت.

۵۰. الخلاف، ج ۳/۲۰۶، مسئله ۱۴.

۵۱. جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۳؛ سؤال و جواب/۱۹۴-۱۹۱، سؤال ۳۱۹؛ مفتاح الکرامه، ج ۴/۷۶۸.

۵۲. الوسائل، ج ۱۸/۷۲ و ۷۱، باب هشتم، احکام عقود.

۵۳. همان؛ بنگرید به: مهذب الاحکام، ج ۱۸/۱۲۰ (او نیز ادعای اجماع را یاد می کند).

۵۴. سؤال و جواب/۱۹۴-۱۹۱، سؤال ۳۱۹.

۵۵. مفتاح الکرامه، ج ۴/۷۶۸؛ الروضة البهیة، ج ۳/۵۴۷؛ جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۳؛ مناہج المتقین، شیخ عبدالله مامقانی/۲۵۳؛ تحریر المجله، ج ۱/۱۶۵.

۵۶. جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۳-۳۵۵؛ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۵۷. مجله کانون وکلای دادگستری، محمد اعتضاد بروجردی، اقاله، ش ۴(۳۲)/۵۲-۵۰، سال پنجم، خرداد و تیرماه ۱۳۳۲.

۵۸. همان؛ جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۳ و ۳۵۲.

۵۹. مجله کانون وکلای دادگستری؛ جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۴؛ مهذب الأحکام، ج ۱۸/۱۲۱ و ۱۲۰.

۶۰. سؤال و جواب/۱۹۴-۱۹۱، سؤال ۳۱۹؛ مهذب الاحکام، ج ۱۸/۱۲۱ و ۱۲۰.

۶۱. جواهرالکلام، ج ۲۴/۳۵۳ و ۳۵۴؛ سؤال و جواب.

۶۲. مهذب الاحکام، ج ۱۸/۱۲۱.

