

## بازپژوهی ماهیت اقاله در فقه و حقوق وضعی ایران

علی مظهر فراملکی<sup>۱</sup>، حجت قاسمی<sup>۲\*</sup>

<sup>۱</sup>دانشیار دانشگاه تهران، آکاشناسی ارشد دانشگاه تهران  
(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۸/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۳/۱۱)

### چکیده

اقاله یک عمل حقوقی است که با تراضی متعاقدين صورت می‌پذیرد و موجب انحلال عقد می‌شود. فقیهان امامیه، حنبلیه و شافعیه مطلقاً اقاله را فسخ می‌دانند. فقیهان حنفی اقاله را نسبت به متعاملین، فسخ، اما نسبت به اشخاص ثالث، بیع جدید تلقی می‌کنند. از دید فقیهان مالکیه، اقاله بیع جدید است؛ اما قانون مدنی اقاله را تفاسخ می‌داند. به نظر می‌رسد به دلیل دارا بودن تراضی که رکن و جوهره اساسی عقد می‌باشد، اقاله، یک عقد و قرارداد نامعین است. برخلاف نظر فقیهان مالکیه و حنفیه، از دیدگاه فقیهان امامیه، شافعیه و حنبلیه، اقاله، حق شفعه ایجاد نمی‌کند. از نظر برخی فقیهان، بر مبنای عقد جدید بودن اقاله، منعی در شرط افزایش یا کاهش ثمن در اقاله وجود ندارد. بر مبنای بیع بودن اقاله، عقد سلم قابل اقاله نیست. بر مبنای بیع جدید بودن اقاله، تلف عوضین یا یکی از آن دو، مانع اقاله است. فقیهان مالکیه و حنفیه اقاله اقاله و جعل خیار در آن را صحیح می‌دانند؛ حال آنکه فقیهان امامیه، شافعیه و حنبلیه عکس این مطلب را معتقدند.

**کلید واژه‌ها** اقاله - ماهیت - فسخ - عقد - آثار.

### طرح مسأله

به رغم دقت و فراستی که افراد در برقراری روابط مالی و حقوقی در هنگام انعقاد معامله به کار می‌گیرند، گاهی نیز به عللی، از انجام معامله پشیمان شده و از ادامه قرارداد و انجام تعهدات حاصل از آن منصرف می‌شوند. این برهم زدن معامله، هرگاه با توافق و تراضی طرفین معامله باشد، در لسان فقهی و حقوقی، "اقاله" نامیده می‌شود.

\* نویسنده مسئول: تلفن: ۰۹۱۹۶۲۲۳۲۱۲ - فاکس: ۰۲۱-۸۸۷۴۲۶۳۲ Email: ghasemihojjat@yahoo.com

حال می‌خواهیم بدانیم اقاله دارای چه ماهیتی است؛ آیا باید اقاله را یک عقد و قرارداد جدید تلقی کنیم و احکام و قواعد عقود را بر آن پیاده کنیم؟ یا اینکه آن را صرفاً فسخ عقد سابق تلقی کرده و دارای اثر زایل کننده بدانیم؟ و یا ماهیت سومی برای آن قائل شده و بگوییم اقاله، ماهیت خاص خود را دارد و در هیچ یک از قالب‌های مذکور نمی‌گنجد؟ نیز در پی آنیم که در صورت پذیرش هر یک از نظریات مزبور، چه احکام و آثاری بر اقاله مترتب خواهد شد؟

در پاسخ به این سوالات، علاوه بر اینکه در نظام حقوقی اسلام، بین فقیهان امامیه و دیگر مذاهب اسلامی اختلاف نظر وجود دارد، حقوق دانان نیز آرای متفاوت دارند؛ به گونه‌ای که اختلاف نظرهای موجود و تکیه بیش از حد بر فسخ بودن اقاله و اثر مثبت و ایجابی عقود، موجب عدم توجه همه جانبه فقها به این مهم گردیده و به تبع آن، ماهیت قراردادی اقاله و آثار و شرایط آن در بوتۀ فراموشی واقع شده است.

از آنجا که انتخاب هر یک از این نظرات، دارای آثار و فواید متفاوت و خاصی است، اهمیت و ضرورت چنین تحقیقی در تبیین دقیق و درست این عمل حقوقی، ضروری می‌نماید. تحقیق حاضر در راستای تتبع، کاوش و داوری در آرای پراکنده فقیهان و حقوق دانان پیرامون ماهیت اقاله است و به دنبال واکاوی این مدعاست که اقاله، ماهیتی فراتر از فسخ دارد و نوعی عقد یا قرارداد نامعین است و در نتیجه، دارای آثار سازنده می‌باشد؛ پس می‌بایست تابع قواعد عمومی قراردادهای باشد. بر این اساس، ابتدا به کاوش ماهیت اقاله در فقه اسلام و حقوق وضعی ایران پرداخته و در ادامه از آثار و فواید حاصل از بررسی ماهیت اقاله، خواهیم کرد.

## ۱- ماهیت اقاله در فقه اسلام

### الف - فقه امامیه، شافعیه، حنبلیه

اکثر فقیهان امامی، شافعی و حنبلی، اقاله را مطلقاً فسخ می‌دانند؛ چه نسبت به متعاملین و چه نسبت به اشخاص ثالث (نک: شیخ طوسی، *الخلافا*، ۲۰۵/۳؛ علامه حلی، *تحریر الاحکام*، ۴۴/۲؛ محقق حلی، *شرایع الاسلام*، ۳۲۳/۲؛ ابن زهره حلبی، *غنیة النزوع*، ۲۲۸؛ ابن ادریس حلی، *السرائر*، ۳۱۸/۲؛ رافعی، *فتح العزیز*، ۳۸۴/۸، ۳۸۵؛ نووی، *المجموع*، ۴۴/۱۳؛ ابن قدامه، *الشرح الکبیر*، ۱۲۱/۴).

مهمترین دلایل فقیهان امامیه، شافعیه و حنبلیه مبنی بر فسخ بودن اقاله، عبارت است از:

۱- از مفهوم لغوی "اقاله" استفاده می‌شود که اقاله فسخ معامله است؛ نه عقد جدید؛ چنانکه درباره اقاله آمده است: «اقال، یقیل، اقاله و تقایلا اذا فسخ البیع و عاد المبیع الی مالکة و الثمن الی المشتري اذا كان قد ندم احدهما او كلاهما» (ابن اثیر، نهاییه، ذیل کلمه قیل).

۲- چنانکه به قصد طرفین معامله توجه شود فهمیده می‌شود که آنها قصد انحلال و فسخ عقد را دارند؛ نه ایجاد یک عقد جدید و برای درک ماهیت یک عمل حقوقی، باید به قصد طرفین توجه شود؛ چراکه قصد طرفین، ماهیت عمل حقوقی را مشخص می‌سازد (نک: نجفی، جواهرالکلام، ۳۵۲/۲۴).

۳- برای تحقق اقاله، ادای لفظ خاص شرط نیست و با هر لفظی که دلالت بر تفاسخ کند محقق می‌شود؛ در حالی که برای تحقق بیع، ادای الفاظ خاص لازم است (نک: شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱/۱۷۴؛ ابن قدامه، المغنی، ۴/۲۲۵).

۴- حکم اجماعی وجود دارد که در اقاله شرط است که ثمن المسمی نباید کمتر یا زیادتر از آنچه در معامله اصلی بوده است، باشد؛ در حالی که اگر اقاله، فسخ نبوده و بیع جدید باشد، هیچ اشکالی ندارد که ثمن کم یا زیاد شود (نک: شیخ طوسی، المبسوط، ۱۸۶/۲؛ ابن قدامه، المغنی، ۴/۲۲۵).

۵- اقاله، حتی بدون بیان و یادآوری ثمن نیز صحیح است؛ در حالی که در عقد بیع تا ثمن آن دانسته نشود، صحیح نخواهد بود. به همین دلیل فسخ بودن اقاله، ترجیح دارد (ابن مرتضی، البحرالذخار، ۳۷۵).

۶- امامیه اجماع دارند که اگر فردی دو برده بخرد و یکی از آن دو بمیرد سپس معامله اقاله شود، صحیح است؛ اما اگر اقاله را بیع بدانیم این بیع صحیح نیست؛ زیرا بیع مرده به زنده صحیح نخواهد بود (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۴/۷۶۷؛ شیخ طوسی، الخلاف، ۲۰۶/۳، ۲۰۷).

### ب - فقه حنفیه

نظر فقهای حنفیه، در بیان ماهیت اقاله، یک نظر تفصیلی است و معتقدند که اقاله در مقایسه با متعاملین فسخ و نسبت به شخص ثالث، عقد جدید به حساب می‌آید و این نظر را به ابوحنیفه نسبت داده‌اند (نک: ابن قدامه، المغنی، ۴/۲۲۵).

مهم‌ترین دلیلی که بر اثبات این نظریه مطرح شده این است که بیع، اثبات تعهد است و اقاله به معنای رفع تعهد می‌باشد و این دو با هم تنافی دارند؛ حال که متعاقدين قصد رفع تعهد را دارند، امکان ندارد در عین حال قصد اثبات تعهد را نیز داشته باشند و رفع تعهد همان فسخ تعهد محسوب می‌شود. بر این اساس اقاله در حق متعاملین فسخ محسوب می‌شود (نک: علاء‌الدین کاسانی، *بدائع الصنائع*، ۳۰۶/۵). ک.

اشکال این نظریه آن است که امر واحدی را نسبت به افراد مختلف دارای ماهیت مختلف دانسته‌اند و در حالی که معنی اقاله را رفع تعهد و ازاله آن دانسته‌اند. همین امر را نسبت به اشخاص ثالث، عقد جدید معرفی کرده‌اند در صورتی که باید گفت اگر اقاله فسخ است، می‌بایست در حق همه فسخ باشد؛ چه متعاملین و چه اشخاص ثالث و اگر بیع جدید تلقی شود، در حق همه باید بیع جدید باشد و دلیلی بر این تفصیل وجود ندارد.

نتیجه مترتب بر این نظریه آن است که هرگاه معامله اول بیع باشد و اقاله گردد و شفیع حق شفعه خود را ساقط کرده باشد و یا حق شفعه را اعمال نکرده باشد، با اقاله بیع اول، شفیع دوباره حق شفعه پیدا می‌کند؛ چون شفیع شخص ثالث محسوب می‌گردد و در نتیجه برای او حق شفعه به وجود می‌آید.

### ج - فقه مالکیه

اقاله در فقه مالکیه، دارای ماهیتی متفاوت از دیگر مذاهب است؛ چراکه فقهای مالکی اقاله را بیع جدید می‌دانند (نک: ابن اسحاق، *مختصر*، ۱۴۷؛ ابن قدامه، *المغنی*، ۲۲۵/۴؛ علاء‌الدین کاسانی، *بدائع الصنائع*، ۳۰۶/۵؛ محمسانی، *النظریه العامه للموجبات والعقود*، ۲۳۲/۲).

فقهای مالکی از این جهت اقاله را عقد جدید می‌دانند که به اعتقاد آنها همانطور که طرفین عقد در ابتدا اقدام به انعقاد عقد می‌کنند، در اقاله نیز متعاقدين اقدام به انعقاد عقد جدید می‌کنند که طبق آن ثمن به مشتری و مبیع به بایع منتقل می‌شود و از آنجا که اقاله، عقد جدید به حساب می‌آید، پس تمام شرایط و خصوصیات که برای انجام یک عقد لازم و ضروری است، باید رعایت گردد و تمام آثار یک عقد بر اقاله بار می‌شود. چنانچه بخواهیم این نظریه را مورد نقد و بررسی قرار دهیم باید بگوییم که در استدلال این گروه، بین اقاله و اثر آن خلط شده است؛ چراکه بحث، پیرامون ماهیت

اقاله است؛ نه آثار آن. وقتی که اقاله محقق می‌شود، مسلماً نقل و انتقالی صورت می‌گیرد؛ ولی این نقل و انتقال ناشی از اثر اقاله و انحلال عقد است که هر مالی به مالک پیش از عقد بر می‌گردد.

به عبارت دیگر در اقاله گره معامله اول گشوده شده و هر یک از عوضین به مالکیت مالک پیش از عقد بر می‌گردد؛ بنابراین ثمن به مالکیت مشتری و مبیع به مالکیت بایع برمی‌گردد و این امر اثر اقاله است و غیر از آن است که معامله جدیدی اتفاق افتاده باشد.

### مقایسه و مطابقت نظرات و پاسخ تحلیلی

پیرامون ماهیت اقاله باید گفت آن دسته از فقیهان که اقاله را بیع می‌دانند، اقاله را در شمار عقود تلقی کرده‌اند و بنابراین از نظر آنان، اقاله عقد است؛ اما از دیدگاه آن دسته از فقیهان که اقاله را فسخ می‌دانند، چنین نیست که لزوماً اقاله عقد به شمار آید؛ زیرا اختلاف نظرهای موجود و تکیه بیش از حد بر فسخ بودن اقاله، آنان را از پرداختن به همه جوانب و از جمله بررسی عقد بودن اقاله بازداشته است و تنها گروهی از فقیهان، عقد بودن اقاله را مورد بررسی قرار داده‌اند که باید از فقهای بزرگی چون صاحب جواهر، شیخ محمد حسین اصفهانی و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی یاد کرد و آنان را جزء این گروه دانست (نک: اصفهانی، بحوث فی الفقه، کتاب الاجاره، ۱۰؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۵۴).

حال باید دید خاستگاه این نزاع کجاست؟ از آنجا که برخی، اطلاق عقد را ویژه آن چیزی می‌دانند که نتیجه مثبت به بار آورد، لذا اقاله را که اثر مثبت ندارد، عقد نمی‌دانند. این گروه در تألیفات خود مسأله‌ای را به این عنوان مطرح کرده‌اند که آیا اقاله فسخ است یا عقد جدید؟ گروه دیگر اقاله را عقدی می‌دانند که نتیجه مثبت ندارد؛ بلکه نتیجه آن اسقاط آثار عقد لازم سابق است. چنانکه آرای صاحب جواهر و سید محمد کاظم طباطبایی بر آن استوار است (نک: دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱/۲۴۳). مرحوم صاحب جواهر بیان می‌دارد: «و حينئذ تبطل الاقاله بذلك لفوات الشرط فی الصحه عقد الاقاله كالمعلومیه فی المبیع او فوات الشرط فی ضمن عقدها الذی علق الرضا بالفسخ علیه» و در جای دیگر آورده است: «ان مقتضى عموم "المومنون عند شروطهم" و غیره صحت و لیس هذا تمليكا بالاقاله بل هو بالشرط الذی الزمه عقد الاقاله» (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵۴/۲۴).

از نظر سید یزدی «اقاله فسخ عقد لازم است... که به صورت عقد مصطلح، هم تحقق می‌یابد مانند اینکه طرف بگوید (اقلتک) و طرف دیگر در پاسخ بگوید (قبلت) و...» (سوال و جواب، محقق داماد و دیگران، ص ۱۹۴، سوال ۳۱۸).

توضیح اینکه در عبارت سید یزدی، صدر عبارت اشاره به اثر اقاله دارد و در ادامه از اقاله به عقد مصطلح تعبیر کرده است؛ پس اقاله، عقدی است که اثر مثبت ندارد و در عبارت صاحب جواهر هم اقاله عقدی دانسته شده که قاعداً اثر مثبت ندارد.

پاسخی که در اثر تطابق و مقایسه اقوال و نظرات مختلف فقها در خصوص ماهیت اقاله می‌توان ارائه کرد این است که اقاله را می‌بایست عقد دانست؛ زیرا چنانکه می‌دانیم بر خلاف خيارات که با اراده دارنده خيار اعمال می‌گردد، اقاله با رضایت دهی دو طرف واقع می‌شود و بدین ترتیب رکن و جوهره اساسی عقد را داراست و در واقع دو طرف با توجه به مفاد اقاله، به اراده خود، اقاله را واقع می‌سازند و خود را به مفاد آن ملتزم می‌کنند؛ چنانکه در عقود دیگر نیز چنین است و دارا بودن ویژگی‌هایی چون فسخ ناپذیری اقاله، موجب نمی‌شود که آن را در شمار عقود نیابوریم؛ زیرا عقود همچون وقف، ضمان و نکاح نیز اقاله نمی‌شود؛ اما آیا کسی در عقد بودن آنها تردید دارد؟

## ۲- ماهیت حقوقی اقاله در قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران اقاله را از اسباب سقوط تعهدات به حساب می‌آورد. ماده ۲۶۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «تعهدات، به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود: ۱- به وسیله وفای به عهد ۲- به وسیله اقاله ۳- به وسیله ابراء ۴- به وسیله تبدیل تعهد ۵- به وسیله تهاتر ۶- به وسیله مالکیت مافی الذمه».

در نقد و اشکال به ماده ۲۶۴ ق.م. باید گفت در عنوان ماده مزبور، سقوط تعهد مورد توجه است و در موارد مندرج در آن به غیر از اقاله، سقوط تعهد معنای خاص خود را دارد؛ ولی نسبت به اقاله این‌گونه نیست و در واقع سقوط تعهد در معنای خاص خود نیست؛ بلکه زوال و نابود کردن منشاء و منبع تعهد است. این در حالی است که بین سقوط تعهد و منشاء آن فرق وجود دارد. با این توضیح که در ابراء، تبدیل تعهد، تهاتر و یا مالکیت مافی الذمه، مستقیماً تعهد و التزام از بین می‌رود؛ در حالی که منبع و منشاء التزام سر جای خود باقی است؛ ولی چنانچه عقد بیع اقاله شود، این خود عقد است که

منحل می‌شود؛ نه اینکه خود عقد باقی و التزام و تعهدش ساقط گردد. البته چون منشاء تعهد ساقط می‌شود، به تبع آن تعهدات ناشی از عقد نیز ساقط می‌گردد. به این ترتیب ابداعی که نویسندگان قانون مدنی ایران در تعیین جایگاه اقاله کرده‌اند قابل توجیه به نظر نمی‌رسد؛ مگر اینکه تعهد را مرادف با عقد گرفته باشند (کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ۳۳۰).

اما باید دانست که عقد و عهد همواره دارای یک مفهوم نیست و نباید این دو را در جای هم به کار برد.

آنچه عنوان می‌شود این است که عقد، مبنا و سبب تعهد است و نباید علت و معلول را با هم خلط کرد. تعهد رابطه دینی و شخصی بین طلبکار و بدهکار است که این رابطه را گاه عقد به وجود می‌آورد و گاهی نیز در اثر وقایع دیگر، از جمله عمل نامشروع زیان-آور (جرم و شبه جرم) به وجود می‌آید. پس هرچند عقد سبب ایجاد گروهی از تعهدات است، ولی وجود این رابطه علت نباید باعث اختلاط علت و معلول شود.

همچنین فسخ به عقد عارض می‌شود؛ به گونه‌ای که این عقداست که مورد فسخ قرار می‌گیرد و منحل می‌شود و ارتباط مستقیم با تعهد یا عوضین ندارد زیرا آنچه دارای بقاء و تداوم اعتباری است، عقد است و عقدی که دارای تداوم و بقاء اعتباری است به وسیله اقاله قابل انحلال است. بنابراین تسامح قانون مدنی در محدود کردن اقاله به سقوط تعهد، امری است که با منطق و قواعد حقوقی سازگار نیست و لازم بود از عقد و قرارداد بودن اقاله سخن به میان آید و در جای خود، شرایط صحت اقاله بیان شود تا ماهیت قراردادی آن مشخص گردد.

### ۳- آثار و فواید فقهی و حقوقی بحث از ماهیت اقاله

آثار و فوایدی که از بحث پیرامون ماهیت اقاله به دست می‌آید، عبارت است از:

#### الف: حق شفعه<sup>۱</sup>

در فقه این سوال مطرح است که اگر شخصی ملک مشاعی را بخرد و شریک دیگر اخذ به شفعه نکند و حق خویش را ساقط کند، چنانچه آن معامله اقاله شود، آیا شریک

۱. شفعه بر وزن فعله (بضم فاء) در لغت به معنای جفت قرار دادن چیزی با چیز دیگر است. و در اصطلاح، شفعه عبارت است از تملک حصه فروخته شده شریک به وسیله شریک دیگر (امامی، حقوق مدنی، ۱۰۳).

دوباره حق شفعه پیدا می‌کند یا نه؟ هر یک از فقها، با توجه به نظری که در خصوص ماهیت اقاله دارند به این سوال پاسخ داده‌اند.

به نظر فقهای مالکیه از آن رو که اقاله، بیع جدید تلقی شده است، بنابراین برای شریک حق شفعه به وجود می‌آید زیرا در بیع حق شفعه وجود دارد.

به نظر فقهای حنفیه، اقاله، نسبت به شخص ثالث بیع جدید است؛ بنابراین در صورتی که شریک قبلاً اخذ به شفعه نکرده باشد، با اقاله معامله می‌تواند حق شفعه خود را اعمال کند؛ زیرا اگرچه اقاله در حق متعاملین فسخ است، اما در حق شخص ثالث بیع جدید بوده و شفیع در اینجا شخص ثالث است (زحیلی، الفقه الاسلامی وادلته، ۸۲۰/۵). اما به نظر فقهای امامیه، شافعیه و حنبلیه از آن جهت که اقاله نسبت به همه، فسخ تلقی شده و انحلال و ازاله معامله قبلی است، بنابراین حق شفعه به وجود نمی‌آید. چون حق شفعه از آثار بیع است؛ نه از آثار فسخ و انحلال (نک: نجفی، جواهر الکلام، ۳۵۷/۲۴، ابن قدامه، المعنی، ۲۹۹/۴).

در نقد اقوال فوق الذکر باید گفت در اقاله حق شفعه وجود دارد؛ اما این امر به منزله پذیرش بیع بودن اقاله نیست؛ بلکه به استناد حق عینی سابق که در اثر معامله اول برای شریک به وجود آمده است، شفیع می‌تواند حصه شریک خود را از مشتری تملک کند و اقاله بیع نمی‌تواند مانع تملک شفیع گردد و این امر از آثار فسخ نیست.

### ب - کم و زیاد کردن ثمن

سوالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که چنانچه کسی کالایی را بخرد و بعداً متعاملین بخواهند معامله را اقاله کنند، آیا می‌توانند به مقداری اضافه بر ثمن المسمی یا کمتر از آن اقاله کنند یا اینکه در اقاله، باید همان ثمن مقرر در معامله، به طرف دیگر رد شود؟

در پاسخ باید گفت: چنانچه نظریه فقیهان مالکیه و عقد جدید بودن اقاله را بپذیریم، هیچ اشکالی ندارد که ثمن معامله در اقاله، کمتر یا زیاده‌تر از ثمن معامله اول قرار داده شود؛ زیرا اقاله، یک عقد جدید تلقی شده و مستقل از معامله اول شکل می‌گیرد و تعیین مقدار ثمن به توافق طرفین است (نک: ابن قدامه، همان، ۲۲۹).

اما طبق نظر فقیهان امامیه، حنبلیه و شافعیه که اقاله را در حق متعاملین فسخ می‌دانند از آن رو که فسخ به معنای برهم زدن عقد و انحلال آن است بنابراین طرفین مکلف به رد همان چیزی هستند که به عنوان ثمن یا مبیع دریافت کرده‌اند و نمی‌توانند



ثمن را کمتر یا بیشتر از آنچه در عقد، ذکر شده، قرار دهند؛ زیرا لازمه کم یا زیادت‌ر کردن ثمن این است که طرفین عقد جدیدی را انشا کنند؛ در حالی که قصد طرفین معامله فسخ عقد است.

فقیهان حنفی هر گونه شرط راجع به کاهش یا افزایش ثمن را باطل می‌دانند؛ زیرا معتقدند که اقاله در حق متعاملین فسخ معامله است و باید وضعیت متعاملین به صورت پیش از عقد درآید و لازمه این امر آن است که طرفین همان چیزی را که دریافت کرده‌اند، به طرف دیگر رد کنند و در مورد شرط کاهش یا افزایش ثمن در اقاله، شرط را باطل، اما اقاله را صحیح می‌دانند (حیدر، در/الاحکام، کتاب اول، ۱۴۸-۱۴۹).

عده‌ای از فقیهان و حقوقدانان نیز معتقدند در صورت شرط افزایش یا کاهش ثمن در اقاله، شرط و اقاله هر دو باطل هستند و در اثبات بطلان شرط ضمن اقاله، گفته شده است: «اقاله منحصرًا موجب انحلال عقد و زوال آثار آن و بازگشت هر یک از عوضین به مالک پیش از عقد است و سبب مملک نیست تا در قالب آن مال زاید بر ثمن تملیک شود و افزایش یا کاهش یکی از عوضین به صورت شرط ضمن اقاله نیز صحیح نمی‌باشد و شرط مزبور باطل و مبطل اقاله خواهد بود؛ زیرا چنین شرطی از مصادیق شرط خلاف مقتضای ذات اقاله است و مانع تحقق آن خواهد شد (شهیدی، سقوط تعهدات، ۶۶).

بعضی دیگر از فقیهان، در مقام تأیید صحت اقاله با گرفتن زیادی بر ثمن، اظهار داشته‌اند که متعاملین در موقع اقاله و گرفتن زاید، در حقیقت دو امر را انجام داده‌اند: یکی فسخ و حل عقد و دیگری تملیک زیادتر از ثمن به طرف مقابل و این تملیک زیادی طبق شرطی است که بین آنها مقرر شده است و بنابر قاعده (المومنون عند شروطهم) باید وفای به شرط شود. اشکال شده است که: قاعده "المومنون عند شروطهم" شامل شروط منافی با مقتضای اقاله نمی‌شود (نک: علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۰/۱).

در پاسخ به این اشکال باید گفت شرط فزونی ثمن معامله، نمی‌تواند مخالف مقتضای ذات اقاله باشد؛ چراکه مقتضای اقاله زوال عقد سابق است که وضعیت طرفین عقد باید عیناً به صورت پیش از عقد درآید و اینکه اراده آزاد طرفین، بخواهد ضمن رفع رابطه حقوقی گذشته، تعهد جدیدی را به وجود آورد، مانع اقاله نمی‌شود.

اشکالی که ممکن است مطرح شود این است که در گنجاندن شرط به مشروط له، اجازه داده می‌شود که در صورت عدم اجرای شرط، معامله را فسخ کند؛ در حالی که اگر

در اقاله، مشروط علیه به شرط عمل نکند، نمی‌توان حکم کرد که مشروط له حق فسخ اقاله را دارد؛ زیرا فسخ اقاله بی معناست.

در جواب این اشکال باید گفت که در شرط فعل، هر چند ممکن است اشکال وارد باشد، اما در شرط نتیجه به محض ایجاد معامله شرط تحقق پیدا می‌کند و تملیک مال به طرف دیگر برای جلب رضایت او و تغییرهای جزئی که در دید عرف قابل چشم پوشی است، نمی‌تواند خدشه‌ای بر اعتبار اقاله وارد سازد؛ زیرا این مال یا انجام امر و... جزء اقاله نیست تا اضافه شدن آن بر یکی از دو مورد عقد، سبب تغییر یکی از عوضین در برابر عوض دیگر باشد؛ بلکه یک تعهد خارجی است و ماهیت اقاله را دگرگون نمی‌کند؛ همانگونه که شرط عوض در هبه عقد را معوض نمی‌کند و با ماهیت و مقتضای بخشش منافات ندارد. علاوه بر اینکه اصل حاکمیت اراده حکم می‌کند که دامنه اختیارات مالی متعاملین محدود نباشد (کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ۳۳۸).

مقایسه و مطابقت نظرات، نظریه صحت را تقویت می‌کند و موجب ترجیح آن می‌شود چراکه اولاً: مقتضای ذات اقاله، اعاده عوضین به مالکین سابق است؛ ولی اعاده هر مقدار از آنها مقتضای اقاله را تأمین می‌کند؛ زیرا با وجود شرط فزونی و کاستی، عوضین کلاً یا جزئاً به مالکین سابق مسترد می‌شود؛ به همین جهت مقتضای اقاله تأمین می‌شود و کم و زیادی عوضین نیز که ناشی از تراضی طرفین معامله است، خدشه‌ای به اقاله وارد نمی‌کند. ثانیاً: عرف نیز این طرز تلقی را پذیرفته است.

و در پاسخ به این اشکال که برای ضروری بودن وفای به شرط، باید شرط در ضمن عقدی بیاید و چون اقاله عقد نیست، پس وفای به شرط ضمن آن نیز ضروری نخواهد بود، باید گفت: اولاً فرض این است که اقاله عقد است و احکام عقد در مورد آن جاری می‌شود؛ ثانیاً برفرض که عقد جدید نباشد، باز هم بنا بر عموم «المؤمنون عند شروطهم» وفای به شرط ضمن آن ضروری است.

ممکن است این اشکال مطرح شود که فایده شرط این است که در صورت عدم وفای به آن از ناحیه مشروط علیه، مشروط له حق فسخ پیدا می‌کند حال آنکه در اقاله چنین چیزی قابل تصور نیست؛ زیرا فسخ فسخ بی معناست. در پاسخ این اشکال می‌توان گفت: دارا شدن حق فسخ و به دست گرفتن سرنوشت عقد به هنگام عدم وفای به شرط، تنها یکی از فایده‌های شرط ضمن عقد است؛ نه آنکه فایده منحصره باشد؛ زیرا اگر در ضمن عتیق و وقف شرطی گذارند و این شرط رعایت نشود، مشروط له حق فسخ آن را ندارد.

### ج - اقاله سلم<sup>۱</sup>

از نظر فقهایی که اقاله را عقد جدید می‌دانند، نمی‌توان سلم را اقاله کرد زیرا بیع سلم قبل از رسیدن موعد، از نظر فقهی دارای اشکال است؛ اما به نظر آن دسته از فقیهانی که اقاله را ماهیتاً فسخ می‌دانند، اشکالی در اقاله سلم پیش از موعد وجود ندارد. در حقوق ایران و قانون مدنی نیز چون اقاله در عقود عهده‌ای، سبب سقوط تعهد است و در بیع سلم فروشنده متعهد به تحویل مبیع در موعد معین است بنابراین اقاله آن سبب سقوط تعهد می‌گردد و صحیح است اعم از اینکه موعد آن رسیده باشد یا قبل از موعد تحویل مبیع باشد.

### د - تلف یکی از عوضین یا هر دو مورد

طبق عقیده فقه‌های مالکیه که اقاله را عقد جدید می‌دانند، تلف یکی از عوضین یا هر دو، مانع اقاله است زیرا هر یک از مبیع و ثمن در حین عقد باید وجود داشته باشند و معامله بر معدوم صحیح نیست.

به نظر فقه‌های حنفیه نیز مبیع باید در حین اقاله وجود داشته باشد. ماده ۱۹۴ المجله مقرر می‌دارد: «هنگام اقاله لازم است که مبیع در دست مشتری موجود و قائم باشد؛ پس اگر تلف شده باشد، اقاله صحیح نیست» (آل کاشف الغطاء، تحریر/المجله، ۱/۱۶۵).

اما فقه‌های امامیه فرقی بین تلف مبیع و یا ثمن قائل نشده و در هر دو مورد معتقدند که اقاله صحیح است و تلف عوضین یا یکی از آنها مانع اقاله نیست (نجفی، جواهر/الکلام، ۳۲۷/۵). شایان ذکر است که تلف یکی از عوضین یا هر دوی آنها، مانع اقاله نیست؛ اما چنین برداشتی به معنای فسخ دانستن اقاله نیست؛ بلکه اولاً: موضوع اقاله عقدی است که قابلیت بقا و زوال دارد و با موضوع معامله (مبیع) فرق دارد. ثانیاً: عقدی که قابلیت بقا دارد، حتی با تلف عوضین نیز پابرجا می‌ماند و قابل اقاله است.

### ه - اقاله اقاله و جعل خیار در آن

بر اساس مبنای فکری فقه‌های امامیه که ماهیت اقاله را مطلقاً چه در حق متعاملین و چه در حق دیگران، فسخ می‌دانند، می‌توان گفت که اقاله اقاله صحیح نیست و عدم

۱. در صورتی که ثمن معامله نقد باشد و تعهد فروشنده در تسلیم مبیع موجد لحاظ شود، در چنین حالتی، هرگاه مبیع کلی و در ذمه باشد، آن را بیع سلم و یا سلف می‌خوانند (کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین ۱، ص ۱۴۳).

جواز به خاطر ویژگی‌های اقاله است؛ چراکه اقاله، فسخ و انحلال معامله است و مسلماً معنا ندارد چیزی را که از بین رفته است دوباره از بین برد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۲۱/۵).

و همانطور که معلوم است انحلال بر امری عارض می‌شود که آن امر دارای بقای اعتباری باشد، تا با انحلال، آن وجود اعتباری زایل شود؛ در حالی که اقاله فقط عقدی را که موجودی اعتباری است، زایل می‌کند؛ ولی خودش بقاء ندارد تا دوباره آن را فسخ و یا اقاله کرد.

با توجه به مطالب فوق روشن می‌شود که حق فسخ نیز در اقاله راه ندارد؛ زیرا اعمال فسخ در اقاله، همانند اعمال فسخ در فسخ است و عرفاً فسخ فسخ به معنای برگرداندن معامله اول تلقی نمی‌شود زیرا با فسخ یا اقاله معامله اول، عقدی نمی‌ماند تا مورد انحلال مجدد قرار گیرد و انجام آن تحصیل حاصل است و اگر به معنای این است که معامله فسخ شده، با اعمال اقاله دوباره عود کند، این امر با اقاله حاصل نمی‌شود؛ زیرا اقاله به مثابه باز کردن گره معامله است؛ پس یک امر گشوده شده، دیگر قابلیت گشوده شدن مجدد را ندارد (توحیدی، مصباح/فقه‌ها، تقریرات درس آیت الله خوئی، ۲۷۱/۶).

در مقابل، فقهای حنفیه اقاله اقاله و شرط خیار در آن را صحیح می‌دانند. در شرح المجله آمده است: «اقاله اقاله صحیح است؛ پس اگر اقاله را اقاله کنند رفع می‌شود و مبیع باز می‌گردد» (بازلبنانی، شرح/المجله، ۹۵).

از آن رو که فقهای مالکیه اقاله را بیع جدید می‌دانند، بنابراین می‌توان گفت که از دیدگاه آنان اقاله اقاله و جعل خیار در آن، صحیح و امکان پذیر است؛ زیرا میان اقاله و دیگر عقود، فرقی در خصوص جعل اقاله و حق فسخ وجود ندارد (نک: آل کاشف الغطاء، تحریر/المجله، ۱۶۷/۱).

پس از مطابقه و مقایسه نظرات مختلف فقها در این خصوص که آیا اقاله صلاحیت اقاله یا جعل خیار دارد یا نه؟ به نظر می‌رسد نظر فقهای امامیه و برخی مذاهب اهل سنت در خصوص عدم فسخ پذیری و عدم صحت جعل خیار در آن، به طور مطلق خالی از اشکال نیست و جای نقد و نظر دارد و در برخی موارد باید اقاله را قابل فسخ دانست؛ به عنوان مثال چنانچه برای یکی از طرفین در اقاله، شروطی شده باشد، طبعاً در صورتی که پس از تحقق اقاله مشروط علیه به تعهد خود وفا نکند، عادلانه‌ترین راه جبران خسارت مشروط له شناسایی و اعتبار حق فسخ برای مشروط له است.

## نتیجه

اقاله به عنوان یک عمل حقوقی با تراضی متعاقدین صورت می‌گیرد و یکی از اسباب انحلال عقود است. بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه، حنبلیه و شافعیه که اقاله را مطلقاً فسخ می‌دانند و حنفیه که نسبت به متعاملین فسخ و نسبت به اشخاص ثالث بیع جدید تلقی می‌کنند و مالکیه که اقاله را بیع جدید می‌دانند، اقاله به خاطر دارا بودن رکن و جوهره اساسی عقد، یعنی تراضی، یک عقد و قرارداد نامعین است و از این جهت با حق فسخ فرق دارد و دارا بودن ویژگی‌هایی چون فسخ ناپذیری، مانع عقد دانستن آن نیست؛ همچنانکه فسخ ناپذیری عقود همچون وقف و ضمان و نکاح نیز مانع عقد بودن این اعمال حقوقی نمی‌شود. به رغم وجود دیدگاه‌های متعارض، به استناد حق عینی سابق که در اثر معامله برای شریک به وجود آمده است، شفیع می‌تواند حصه شریک خود را از مشتری اخذ کند و اقاله نمی‌تواند مانع شود. شرط زیادت و نقصان در ضمن اقاله منعی ندارد چون اولاً: خلاف مقتضای ذات اقاله نیست؛ بلکه یک تعهد خارجی است. ثانیاً: بر مبنای عقد بودن اقاله چنین شرطی دارای ضمانت اجرایی است. ثالثاً: بر فرض فسخ بودن اقاله، عمومات و اطلاقات قاعده "المومنون عند شروطهم" شامل این شرط نیز می‌شود. به جهت اینکه اقاله در عقود عهدی، سبب سقوط تعهد است، موجب زوال تعهد می‌شود و اقاله سلم صحیح است. از آنجا که موضوع اقاله خود عقد است و با موضوع معامله متفاوت است، پس تلف عوضین، مانع اقاله نیست؛ اما این امر به منزله فسخ دانستن اقاله نیست. اطلاق نظر فقهای امامیه و برخی مذاهب اهل سنت، در خصوص عدم فسخ پذیری و عدم صحت جعل خیار در اقاله، دارای اشکال است؛ چراکه تنها راه جبران خسارت مشروط له در اثر عدم انجام شرط از ناحیه مشروط علیه شناخت حق فسخ و اعمال آن برای مشروط له است.

## فهرست منابع

۱. آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، مکتبه النجاف، تهران، ۱۳۶۰؛
۲. ابن‌اثیر، ابی‌السادات المبارک محمدالجزیری، *نهایه*، انتشارات اسمائیلیان، افسست، قم، ۱۳۶۳؛
۳. ابن ادریس حلی، محمدبن احمد، *السرائر*، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ه.ق؛

۴. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، موسسه امام صادق(ع)، قم، بی تا؛
۵. ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن محمود، *المغنی*، دار الکتب العربی، بیروت، بی تا؛
۶. ابن قدامه، عبد الرحمن، *الشرح الكبير*، دار الکتب العربی، بیروت، بی تا؛
۷. ابن مرتضی، احمد بن یحیی، *البحر الذخار*، دار الحکمه الثمانیه، صنعاء، ۱۹۸۸؛
۸. اصفهانی، محمدحسین، *بحوث فی الفقه*، جامعه مدرسین، موسسه نشر اسلامی، چاپ سنگی، قم، بی تا؛
۹. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۶۳، چاپ دوم؛
۱۰. بازالبنانی، سلیم رستم، *شرح المجله*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا، چاپ سوم؛
۱۱. توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهه*، تقریر درس آیه الله خوئی، جلد اول تا سوم مطبعه حیدریه، نجف، ۱۳۸۷ هـ. ق و جلد چهارم تا هفتم انتشارات حاجیانی، قم، ۱۴۰۳ هـ. ق؛
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، چاپ مشعل آزادی، تهران، ۱۳۵۷؛
۱۳. حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الکرامه*، موسسه آل بیت، بی جا، بی تا؛
۱۴. حیدر، علی، *درر الاحکام*، شرح مجله الاحکام، منشورات مکتبه النهضه بغداد، بیروت، بی تا؛
۱۵. رافعی، عبدالکریم بن محمد، *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، مطبعه دارالفکر، بیروت، بی تا؛
۱۶. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، انتشارات دار الفکر، دمشق، ۱۹۸۹؛
۱۷. سیوطی، جلال الدین، *الاشباه و النظائر*، دار الکتب العربی، بیروت، ۱۴۰۷ هـ. ق، چاپ اول؛
۱۸. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۶۸؛
۱۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *سوال و جواب*، تحقیق سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۶، چاپ اول؛
۲۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن مشهور به شیخ طوسی، *الخلاف*، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۷ هـ. ق، چاپ ششم؛

۲۱. همو، *المبسوط*، انتشارات مرتضویه، تهران، ۱۳۸۷ هـ.ق، چاپ دوم؛
۲۲. عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، به کوشش محمد رضا بندرچی، انتشارات بحرالعلوم، قزوین، ۱۳۷۳، چاپ اول؛
۲۳. حلی [علامه]، جمال الدین حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، ۱۴۲۱ هـ.ق، چاپ اول؛
۲۴. همو، *تذکره الفقهاء*، مکتبه المرتضویه، تهران، بی تا، چاپ سنگی؛
۲۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، اعمال حقوقی، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۰؛
۲۶. همو، *حقوق مدنی*، عقود معین ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۵۳؛
۲۷. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۰، چاپ سوم؛
۲۸. کاسانی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود، *بدائع الصنائع*، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶ هـ.ق، چاپ دوم؛
۲۹. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام*، مترجم ابوالقاسم ابی احمد یزدی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴، چاپ اول؛
۳۰. محمصانی، صبحی، *النظریه العامه للموجبات و العقود*، مکتبه الکشاف، بیروت، ۱۹۴۸؛
۳۱. مرغینانی، ابی الحسن علی بن ابی بکر، *الهدایه شرح بدایه المبتدی فی الفقه علی مذهب الامام ابی حنیفه*، مکتبه محمد علی مبیع و اولاده، مصر، بی تا؛
۳۲. موسوی خمینی، سیدروح الله، *کتاب البیع*، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ هـ.ق، چاپ چهارم؛
۳۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱، چاپ هفتم؛
۳۴. نووی، محیی الدین، *المجموع فی شرح المهذب*، نشر دار الفکر، بیروت، بی تا.