

جریان اختارات در اقاله*

- محمدحسن صادقی مقدم^۱
- علی ساعت‌چی^۲
- هادی شعبانی کندسری^۳

چکیده

در پژوهش حاضر، جریان اختارات در اقاله بررسی شده است. مطابق ماده ۲۸۳ قانون مدنی، بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله یا تفاسخ نمایند. همان گونه که از واژه تفاسخ برمی‌آید، اثر اقاله فسخ عقد پیشین است؛ به این معنا که با توافق دو طرف بر اقاله عقد، قرارداد مزبور منحل می‌شود. اما سؤالی که وجود دارد این است که آیا اقاله انجام شده خود قابل فسخ است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا اختارات در اقاله جاری می‌شوند؟ در پاسخ به این پرسش، مشهور فقیهان امامیه و اکثر اساتید حقوق مدنی بر این باورند که فسخ اقاله امکان‌پذیر نیست. با این حال، مطالعه موضوع در اقوال نویسندگان حقوقی و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۱۹.

۱. استاد دانشگاه تهران (mhsadeghy@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (a-saatchi@sbu.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (h_shabani1367@ut.ac.ir).

فقهی و بررسی ادله استنادی مشهور، این نتیجه را حاصل نمود که با توجه به ماهیت قراردادی اقاله، جریان خیار در آن با مانع حقوقی مواجه نیست؛ چراکه قاعده لاضرر و اصل حکومت اراده و لزوم احترام به خواست طرفین، وجود خیار را توجیه می‌کند. بنابراین مطابق قاعده، باید گفت که اقاله نیز قابل فسخ است، مگر آنکه اراده دو طرف به طور صریح یا ضمنی بر خلاف آن باشد.

واژگان کلیدی: اقاله، عقد، فسخ، اراده طرفین، لاضرر.

مقدمه

هنگامی که دو یا چند نفر قراردادی منعقد می‌کنند، برابر اصل لزوم باید به آن عمل حقوقی پایبند و ملتزم باشند، به طوری که هیچ یک از طرفین قرارداد نتواند به صورت یک‌جانبه آن را بر هم زند. اما هر گاه طرفین بر انحلال قرارداد سابق توافق نمایند، چنین امری با مانع روبه‌رو نیست؛ زیرا همان اراده‌ای که عقد را ایجاد کرده است می‌تواند آن را از میان بردارد. این مسئله، در عرف قراردادی مردم گذشته مرسوم بوده و قانون‌گذار نیز با وضع قاعده، این عمل حقوقی را تأیید نموده است، به طوری که بخش دوم از فصل ششم قانون مدنی ایران به این بحث اختصاص یافته است. با این حال، قانون‌گذار ایرانی، مبحث اقاله را به طور اجمال و به اختصار برگزار کرده و بسیاری از موضوعات مهم را طرح ننموده و موجب شده است که این سؤال مطرح شود که در صورت اقاله قرارداد، می‌توان اقاله مزبور را فسخ نمود یا خیر؟ پاسخ به این سؤال در گرو بررسی اجمالی ماهیت اقاله و سپس امکان‌سنجی جریان خیار در آن است.

به عنوان مقدمه باید توجه داشت که در فقه امامیه و عامه، بسیاری از اندیشمندان معتقدند که به طور کلی خیار در اقاله راه ندارد؛ زیرا اقاله فسخ است و فسخ فسخ امکان‌پذیر نیست (فقعانی، بی‌تا: ۱۲۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۵۴/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۱۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸؛ برای ملاحظه نظرات مشابه در فقه اهل سنت، رک: بهوتی، ۱۴۱۸: ۲۵۰/۳؛ سیوطی رحیبانی، ۱۹۶۱: ۱۵۴/۳؛ سلمان، بی‌تا: ۲۱۶/۴).

عده‌ای دیگر نیز احکام بیع و سایر معاوضات را در اقاله جاری نمی‌دانند (نجفی،

۱. ولا خيار في الإقالة للمجلس ولا لغيره لأنها فسخ والفسخ لا يفسخ.

۱۴۰۴: ۳۵۲/۲۴ و ۳۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵).^۱ برخی نیز گفته‌اند: خيارات در صورتی در اقاله جاری می‌شوند که اقاله عقد جدید باشد. در غیر این صورت، اگر اقاله تنها فسخ عقد سابق باشد، وجود خيارات در آن بی‌معنا خواهد بود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۶۷/۱). بنابراین به نظر می‌رسد دلیل اصلی عدم امکان اجرای خيارات در اقاله، طبیعت آن باشد. از این رو، لازم است ماهیت اقاله مورد بررسی قرار گیرد تا در صورت اثبات عقد بودن اقاله، زمینه لازم برای تبیین جریان خيارات در آن فراهم آید. به این منظور، خياراتی که مبتنی بر قاعده نفی ضرر هستند و مواردی که بر حکومت اراده و احترام به خواست طرفین استوارند، به طور جداگانه بررسی می‌شوند.

۱. بررسی ماهیت اقاله

به منظور تبیین شایسته‌تر بحث، ماهیت اقاله در فقه امامیه و حقوق ایران جداگانه مطالعه می‌شوند.

۱-۱. ماهیت اقاله در فقه امامیه

نظر مشهور فقهای امامیه بر فسخ بودن اقاله است. در فسخ بودن اقاله، تفاوتی بین متعاقدين و اشخاص ثالث و همچنین در منقول یا غیر منقول بودن مبیع نیست. قبض یا عدم قبض نیز تأثیری ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۶/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۰/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴/۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸۴/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۵۴/۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۲/۲۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲) و حتی پاره‌ای بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹: ۸۳۴/۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۰/۲)؛ زیرا اقاله رفع عقد و انهدام آن و بازگشت هر یک از دو عوض به صاحب اصلی آن است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ بحرانی، ۱۴۲۸: ۲۴۵/۱۲). پاره‌ای نیز به صراحت عقد بودن اقاله را منکر شده، گفته‌اند: اقاله عقد نیست، بلکه فسخ عقد است (عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵). نظریه فسخ بودن باعث شده است پاره‌ای از فقیهان اقاله را ایقاع شمرده و اظهار دارند که اقاله با قول یکی از طرفین و به صرف رضای باطنی طرف دیگر حاصل می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸/ص ۱۱۸).

۱. لا إشکال أيضًا فی کونه فسخًا لا معاوضة أخرى، فلا یترتب علیها حکم سائر المعاوضات.

با وجود این، نظریه فسخ بودن به عنوان ماهیت اقاله قابل انتقاد است و طبیعت آن را نشان نمی‌دهد؛ زیرا اگر مقصود این است که اقاله فسخ عقد و در زمره ایقاعات است، آن طور که محقق سبزواری گفته است، این نظر مخدوش است؛ زیرا هر عمل حقوقی که برای تحقق خود نیازمند دو اراده است، نمی‌تواند ایقاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۶-۲۵/۵). به همین دلیل، نظر مذکور در فقه مهجور مانده است و همان طور که خواهد آمد، بسیاری از فقهای متأخر، وقوع اقاله را مستلزم تراضی و توافق طرفین دانسته‌اند. حتی خود محقق سبزواری هم اقاله را بر خلاف فسخ نیازمند تراضی دو طرف شمرده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۸/۱۸). در نتیجه، واضح است که اقاله ایقاع نیست و با اراده یکی از طرفین و صرف رضایت باطنی طرف دیگر واقع نمی‌شود. اگر هم منظور این است که در اثر اقاله، عقد سابق منحل و فسخ می‌شود، فسخ اثر اقاله است و ماهیت آن را بیان نمی‌کند. به دیگر سخن، این نظر نشان نمی‌دهد که چه رخ می‌دهد که عقد فسخ می‌شود؛ آیا در اثر تراضی طرفین عقد منحل می‌گردد یا اقاله از حیث طبیعت همانند اعمال خیرات است و با اراده صاحب آن واقع می‌شود؟

به نظر می‌رسد منظور فقهای امامیه از فسخ بودن اقاله، رد نظر پاره‌ای از فقیهان عامه مبنی بر بیع بودن آن است و خواسته‌اند بگویند که در اثر اقاله، بیع جدید و تملیک و تملک جدیدی اتفاق نمی‌افتد، بلکه عقد پیشین فسخ می‌شود و همان مالکیت‌ها بازمی‌گردد نه اینکه اقاله از حیث ماهیت فسخ تلقی می‌شود. از همین رو، پس از ذکر فسخ بودن اقاله، افزوده‌اند که اقاله بیع نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۶/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۰/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۶/۱۸). برخی از فقهای تیزبین که متوجه ایراد شده‌اند، در صدد تبیین ماهیت اقاله برآمده‌اند. از این رو، جمعی از فقها به بیان تفاوت فسخ و اقاله پرداخته‌اند، منتها چون در خصوص عقد بودن اقاله مردد بوده‌اند، به جای اینکه تحقق اقاله را منوط به «تراضی و توافق» طرفین نمایند، آن را نیازمند «رضای دو طرف» دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۶۷/۶). اما پاره‌ای از آنان خود را از قید این تردید رها نیده و وقوع اقاله را مستلزم تراضی و اتفاق طرفین شمرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۵/۲۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸۴/۲). با وجود این، پاره‌ای از فقها از نام‌گذاری صریح اقاله به عقد خودداری می‌کنند و حتی به پیروی از پیشینیان، اقاله را فسخ می‌دانند، ولی در

تحلیل‌های خود ناچار می‌شوند که «عقد اقاله» را به کار برند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴). در نهایت، عده‌ای دیگر پا را از این نیز فراتر نهاده و به صراحت اقاله را عقد اعلام کرده‌اند (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۱۸؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰؛ خلخالی، ۱۴۲۷: ۱۸۶؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۴۵۶).

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که در فقه امامیه، اقاله را از حیث ماهیت باید عقد دانست؛ زیرا برای وقوع و تحقق آن، توافق دو اراده لازم است و هر عملی که در تحقق خود نیازمند همکاری دو اراده باشد، عقد است. از این رو، اقاله مشمول آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود. تعریف عقد نیز بر اقاله صدق می‌کند؛ زیرا اقاله خود نوعی التزام تلقی می‌شود، با این تفاوت که التزام به از بین بردن عقد سابق است (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۱۸). اما از حیث اثر، اقاله را باید فسخ شمرد؛ زیرا در اثر آن عقد سابق منحل می‌شود و آثار به جا مانده از آن از حین تحقق اقاله به گذشته بازمی‌گردد. از این رو، هر یک از عوضین به همراه منافع متصل، به مالک پیشین بازمی‌گردد و منافع منفصل، در ملکیت مالک قبل باقی می‌ماند (حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۸/۱۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳).

۲-۱. ماهیت اقاله در حقوق ایران

برخی از استادان حقوق مدنی، عقد بودن اقاله را انکار کرده و معتقدند که به چند دلیل نمی‌توان اقاله را عقد دانست: نخست آنکه نویسندگان قانون مدنی، اقاله را در ردیف وفای به عهد، ابراء، تهاتر و سایر اسباب سقوط تعهد آورده‌اند، بی‌آنکه در مباحث خاص تشکیل، احکام و آثار عقود و قراردادهای آن ذکری به میان آورند. بنابراین عقد بودن ماهیت اقاله بعید به نظر می‌رسد. دوم آنکه ادله فقهی مربوط به احکام و شرایط عقود نیز از اقاله انصراف دارند، به همین جهت، عده‌ای از فقهای معتقد به حصری بودن عقود و الگوهای معاملاتی، اقاله را به عنوان یک عقد در ردیف عقود قرار نداده‌اند. سوم آنکه غیر منطقی به نظر می‌رسد یک عمل حقوقی که موضوع آن همیشه زائل ساختن عقد و آثار آن است و منحصرماً برای همین خصوصیت تأسیس گردیده است، خود در ردیف سایر عقود، یک معامله و عقد تلقی شود. همچنین ذهن در مقام مقایسه و تطبیق اقاله با عقد، جدایی عمیقی بین ماهیت آن‌ها می‌یابد که نمی‌توان آن را بین انواع عقود و قراردادهای مختلف دریافت (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۴/۵)؛ نیز

ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸: ۱۵۶/۲-۱۵۷.

در مقابل، اکثر نویسندگان حقوق مدنی، اقاله را به طور کلی عقد می‌دانند، هرچند از حیث استدلال به یک راه نرفته‌اند. پاره‌ای اقاله را طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل نموده‌اند (افتخاری، ۱۳۸۲: ۳۱۰). برخی نیز به این جهت که برای تحقق اقاله، تراضی طرفین لازم است و اقاله با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی منطبق است، آن را عقد شمرده‌اند (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۴۹/۲؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۲۲۴). یکی از نویسندگان نیز معتقد است که عقد بیع از عقود آنی است و پس از انعقاد و در زمان اقاله، دیگر وجودی ندارد که بخواهد منحل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۴۶-۱۴۷)^۱ و بر این اساس، بر بازگشت مالکیت‌ها تأکید نموده و در تعریف اقاله می‌نویسد:

اقاله عقدی است متضمن اعاده مالکیت دو مالک بر اساس تملیک به تملیکی که قبلاً صورت گرفته است.

برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی نیز با این دلیل که اقاله به تراضی طرفین ایجاد می‌شود و همین شرط، تفاوت اساسی آن با سایر اسباب انحلال قرارداد است و در نتیجه، اقاله رکن اصلی و جوهر عقد را با خود به همراه دارد و همین تراضی طرفین، مبنای اقاله است و دو طرف را پایبند به آن می‌نماید، حکم به عقد بودن اقاله داده‌اند. البته طبق این نظر، اقاله به طور کامل تابع قواعد عمومی قراردادها نیست و طبیعت آن ایجاب می‌نماید که قواعد خاص خود را داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰/۵-۲۱).

در مقام ارزیابی بین دو نظر فوق و اینکه اقاله عقد است یا خیر، لازم است که تعریف عقد مشخص و تعریف مزبور با اقاله تطبیق داده شود. اگر عقد عبارت از توافق اراده‌ها جهت ایجاد یک ماهیت حقوقی یا اعتبار حقوقی باشد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۹/۵)، تنها جنبه ایجابی داشته و شامل اقاله نخواهد شد؛ زیرا در اثر اقاله عقد سابق در هم می‌ریزد، بدون اینکه چیز جدیدی به وجود آید. ولی اگر عقد به توافق اراده‌ها برای ایجاد یک اثر حقوقی تعریف شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۲۱؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۲۰/۲؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۴۰)، اقاله نیز عقد است؛ زیرا انحلال و فسخ نیز در کنار تملیک و تعهد و اذن،

۱. نظر مذکور قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر در عقود آنی، عقد پس از انشا از بین می‌رود و دیگر وجودی ندارد، پس چگونه به وسیله خیار منحل می‌شود؟!

اثر حقوقی محسوب می‌شوند. به نظر می‌رسد محدود کردن خلاقیت اراده به ایجاد ماهیات حقوقی یا روابط حقوقی، توجیه قانع‌کننده‌ای نداشته باشد، بلکه اراده توان ایجاد آثار حقوقی را نیز دارد. به ویژه آنکه آثار اصلی عقد، زائیده اراده طرفین است و مقصود از ایجاد آثار حقوقی اصولاً آثار اصلی عقد است که تابع اراده طرفین است؛ نه پاره‌ای از احکام امری که قانون‌گذار بر قرارداد بار می‌کند. در نتیجه، در حقوق ایران نیز اقاله از حیث ماهیت، عقد تلقی می‌شود. حال با مشخص شدن ماهیت عقدی اقاله، لازم است که جریان اختیارات در اقاله بررسی شود.

۲. اختیارات مبتنی بر قاعده لاضرر

جریان خیار عیب، غبن و تدلیس در اقاله به عنوان مصادیق مهم و پرکاربرد از اختیاراتی که مبتنی بر قاعده نفی ضرر هستند، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. خیار عیب

سؤال این است که اگر در زمان اقاله، عیبی در یکی از عوضین وجود داشته باشد و طرفی که مورد معامله معیب به او برمی‌گردد، از وجود عیب بی‌اطلاع باشد یا قبل از تسلیم عوض، عیبی در آن حادث شود، آیا طرف متضرر می‌تواند عقد اقاله را به سبب عیب فسخ کند؟ در پاسخ به این سؤال، علاوه بر فقهای که به طور کلی اختیارات را در اقاله جاری نمی‌دانند، بسیاری دیگر از فقهای امامیه و عامه بر این باورند که خیار عیب در اقاله راه ندارد و باید ارزش عیب داده شود؛ زیرا عیب مورد معامله مانند تلف کل آن است و در صورت تلف مورد معامله قبل از قبض نیز اقاله منفسخ نمی‌شود، بلکه ضمان آن بر عهده مشتری خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۸/۲۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۹۵/۲؛ عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۸۳۷/۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۳/۲۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸؛ ترحینی، ۱۴۲۷: ۶۷۹/۴؛ در فقه اهل سنت ر.ک: سیوطی، ۱۴۰۳: ۳۱۳/۱). به علاوه، فسخ فسخ معنا ندارد (بهوتی، ۱۴۱۸: ۲۵۰/۲؛ سلمان، بی‌تا: ۲۱۶/۴).^۱ پاره‌ای دیگر نظر داده‌اند که اگر اقاله بیع باشد، خیار عیب در آن جاری خواهد بود. در غیر این صورت، فسخ اقاله به

۱. ولا ترد الإقالة بعيب في المقال فيه لأن الفسخ لا يفسخ.

سبب عیب امکان‌پذیر نیست (حلی، ۱۴۲۰: ۱۲۹/۱۲).

در مقابل، گروهی از فقیهان امامیه بر این باورند که هر گاه مبیع در دست مشتری معیب شود، بایع می‌تواند در صورت جهل به عیب، اقاله را فسخ نماید (ابن طی، بی‌تا: ۲۹۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۳-۱۹۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴). در فقه حنفی نیز سرخسی به موجب قاعده کلی، اقاله را از حیث فسخ همانند بیع دانسته است (۱۴۲۱: ۲۷۹/۱۲).^۱ در فقه حنبلی نیز با وجود فسخ بودن اقاله، جریان خیار عیب در آن احتمال داده شده است (مرداوی، ۱۴۱۹: ۳۴۳/۴).

در حقوق ایران نیز برخی از حقوق‌دانان معتقدند که خیار عیب در اقاله راه ندارد؛ زیرا طرفین در اقاله، بنایی بر سالم بودن عوضین ندارند و قصد طرفین در هر حال اقاله قرارداد سابق است. در نتیجه تنها ارش داده می‌شود (امامی، ۱۳۸۵: ۳۳۰/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸/۵). اما عده‌ای دیگر این نظر را نپذیرفته و به صراحت خیار عیب را در اقاله جاری دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۵۶).

در مقام داوری بین دو نظر پیش‌گفته در نظام فقهی و حقوقی، به نظر می‌رسد که باید بین دو حالت تفاوت گذاشت؛ در فرضی که اوضاع و احوال به گونه‌ای است که نشان می‌دهد طرفین در هر حال قصد اقاله قرارداد سابق را دارند، برای مثال، عوضین معیب یا ناقص شده و طرفین از آن آگاه هستند، وجود خیار عیب و ارش منتفی خواهد بود. اما در حالتی که از اوضاع و احوال چنین برمی‌آید که طرفین یا یکی از آنها می‌خواهند در اثر اقاله به همان مال مورد معامله، بدون هیچ گونه عیب و نقصی دست یابند یا رضایت طرفین بر قبول مال معیب مسلم نباشد، باید به استناد قاعده لاضرر، خیار عیب را جاری دانست. در غیر این صورت، شخصی که مال معیب در اثر اقاله به وی باز می‌گردد، متحمل ضرر خواهد شد؛ زیرا اخذ ارش نیز ممکن است تمام خسارات طرف معامله را جبران نکند و ناخواسته مال معیب را به صاحب پیشین آن تحمیل نماید. ممکن است ایراد شود که آنچه در فرض اخیر موجب خیار می‌شود، تخلف از شرط ضمنی سلامت مورد معامله است، نه عیب آن. ولی ایراد مذکور به آسانی قابل

۱. الإقالة کالبيع فی احتمال الفسخ ألا تری أنه لو هلك المبیع بعد الإقالة قبل الردّ تفسخ الإقالة ولو وجد به عیباً فإن حدث عند المشتري یرده بذلك.

دفع است؛ زیرا صرف نظر از مبنای خیار عیب که گروهی آن را ناشی از تخلف از شرط ضمنی سلامت مورد معامله می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۹/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۸۲/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۳)، طبق تحلیل عرفی، در اقاله صرف وجود عیب موجب خیار می‌شود و اقدام طرفین بر پذیرش کالای معیّب است که سبب سقوط خیار عیب می‌گردد، نه اینکه وجود خیار نیازمند توافق ضمنی طرفین باشد. بنابراین از آنجا که لزوم اقاله مزبور موجب ضرر طرف عقد اقاله می‌شود، به حکم قاعده لاضرر، حکم لزوم عقد اقاله برداشته می‌شود و در نتیجه، طرف مذکور مجاز به فسخ اقاله، به سبب عیب می‌شود.

۲-۲. خیار غبن

از آنجا که اثر اقاله، انحلال و فسخ قرارداد سابق و بازگشت همان عوضین به طرفین آن است، ممکن است وجود غبن در اقاله مورد تردید قرار گیرد. با وجود این، وجود غبن در اقاله در برخی از فروض دور از تصور نخواهد بود؛ برای مثال، اگر شخصی در مقابل دیگری تعهد نماید که در زمانی مشخص و به ازای مبلغی معین، خانه‌ای برای او بسازد، اما مدتی بعد با اعلام پشیمانی از این امر، از متعهدله تقاضای اقاله قرارداد را نماید و متعهدله بدون اطلاع از اینکه قیمت ساخت‌وساز در این مدت به شدت بالا رفته است، اقدام به اقاله قرارداد نماید،^۱ در این فرض، عدم امکان فسخ اقاله سبب تضرر شخص متعهدله خواهد شد و وجود خیار غبن در اقاله را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. گرچه در حقوق اسلامی، به امکان وجود خیار غبن در اقاله پرداخته نشده است، اما همچنان که ملاحظه شد، عده‌ای به طور کلی، منکر جریان خیار اقاله شده‌اند و برخی نیز به صراحت وجود احکام معاوضه را در اقاله منتفی دانسته‌اند که نتیجه آن، عدم امکان فسخ اقاله به سبب غبن خواهد بود. برخی از استادان حقوق مدنی نیز به این دلیل که طرفین هنگام اقاله، بنایی در تعادل عوضین ندارند، به صراحت خیار غبن را در اقاله جاری نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱/۵). با وجود این، به نظر می‌رسد که می‌توان با

۱. در عقود تملیکی نیز پیدایش خیار غبن دور از انتظار نیست؛ برای مثال، اگر شخصی کالایی را به دیگری بفروشد و خریدار با ابراز پشیمانی از انعقاد قرارداد، به فروشنده پیشنهاد اقاله دهد و او نیز قبول نماید، بدون اطلاع از اینکه قیمت کالای مورد نظر نسبت به زمان قرارداد کاهش یافته است، به نحوی که عرفاً قابل مسامحه نیست، وجود خیار غبن قوی به نظر می‌رسد.

استناد به قاعده لاضرر، خیار غبن را در اقاله جاری دانست؛ چرا که مبنای اصلی یا یکی از مهم‌ترین مبانی خیار غبن، قاعده لاضرر است (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۷۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۸/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۰/۳).

بنابراین هر جا ضرری از قرارداد برخیزد، حکم لزوم عقد به استناد قاعده مذکور برداشته می‌شود و شخص متضرر، مجاز در فسخ قرارداد خواهد بود. عدم جریان احکام معاوضه در اقاله و فقدان قصد معاوضی نیز قابل خدشه است؛ زیرا هدف طرفین تنها این نیست که عقد سابق را بگسلند، بلکه می‌خواهند با فسخ عقد آنچه را در اثر عقد از دست داده‌اند، بازستانند. بنابراین طبیعی است که هر گاه یکی از طرفین از وجود عیب یا غبن در مورد معامله آگاه نباشد، از پذیرش آن خودداری کرده و با فسخ عقد از خود دفع ضرر نماید.

۲-۳. خیار تدلیس

اگر یکی از طرفین قرارداد بعد از اقاله متوجه تدلیس طرف مقابل شود، آیا بعد از کشف واقع می‌تواند اقاله را از باب خیار تدلیس بر هم زند؟ برای پاسخ به این سؤال دو فرض قابل تصور است: نخست آنکه ممکن است یکی از دو طرف با تدلیس خود طرف دیگر را راضی به اقاله نماید. گرچه تصور این مورد دشوار است، می‌توان مصادیقی از آن را به دست داد؛ برای مثال، شخصی که کالایی را خریداری نموده است، پس از معیوب کردن کالا و مخفی نمودن عیب و پوشاندن آن به طرف مقابل پیشنهاد اقاله می‌دهد و او می‌پذیرد. فرض دیگر آن است که معامله انجام شده، اقاله شده است و عوضین به مالکیت مالکان قبلی بازگشته است. ولی یکی از طرفین متوجه می‌شود که طرف دیگر در مبیع اقداماتی انجام داده و آن را معیوب نموده و به طرف دیگر اطلاع نداده است. حال آیا طرف دیگر که از تدلیس زیان دیده است، حق دارد اقاله را فسخ نماید؟

گرچه فقهای امامیه به امکان اجرای خیار تدلیس در اقاله نپرداخته و حتی بسیاری از آنان، خیار تدلیس را خیاری مستقل محسوب نکرده‌اند، قانون مدنی به تبعیت از نظر برخی فقها (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۰۰/۳؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۲۷/۳ و ۲۹۱-۲۹۸) و مستند به پاره‌ای

از روایات (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶-۲۷/۱۸ و ۲۲۷-۲۳۰/۲۱؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۷۸۸-۷۸۳/۱۰)،
خیار تدلیس را قسم مستقلی از خيارات دانسته و در مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰ به اختصار احکام
آن را بیان کرده است. از آنجا که به موجب ماده ۴۵۶ قانون مدنی، خیار تدلیس
اختصاص به بیع نداشته و از قواعد عمومی است و از آنجا که یکی از مهم‌ترین مبانی
خیار تدلیس، قاعده لاضرر است، باید بر این باور بود که هر گاه یکی از طرفین
قرارداد، طرف مقابل را بفزاید و با نیرنگ او را حاضر به اقاله قرارداد نماید، حکم لزوم
اقاله، به وسیله قاعده لاضرر برداشته شده و فریب خورده می‌تواند اقاله را فسخ کند.

۳. خيارات مبتنی بر حکومت اراده

اجرای خیار شرط و تخلف از شرط که به طور مستقیم یا غیرمستقیم مبتنی بر احترام به
اراده طرفین هستند و اعتبار خود را از حکومت اراده می‌گیرند، در اقاله بررسی
می‌شود.

۳-۱. خیار شرط

در خصوص خیار شرط این بحث مطرح است که آیا درج خیار مذکور در اقاله
امکان‌پذیر است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، برخی از فقهای متأخر معتقدند که فسخ
در اقاله راه ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۱۱۳/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛
بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸)؛ زیرا معقول نیست عملی که
خود فسخ قرارداد است، قابل فسخ باشد و در حقیقت، فسخ فسخ معنا ندارد و عده‌ای
نیز به معهود بودن و متعارف نبودن تزلزل فسخ تمسک جسته‌اند (به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴:
۳۵۴/۲۴). در مقابل، پاره‌ای دیگر وجود خیار شرط را در اقاله بعید ندانسته‌اند؛ زیرا اقاله
عقد است و فسخ این عقد، حتی اگر اثر آن فسخ عقد دیگر باشد، غیر معقول نیست
(طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۱).^۱ بعضی نیز از حالت احتمال فراتر رفته و به صراحت حکم
به جریان خیار شرط در اقاله داده‌اند (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).

۱. هل يجوز اشتراط الخيار في عقد الإقالة أو لا؟ جواب: قد يقال بعدم جوازه، إذ الإقالة فسخ ولا معنى
لتزلزل الفسخ، لكن لا يبعد جوازه ونمنع عدم معقولية فسخ الفسخ إذا كان بعنوان العقد.

در امکان اقاله اقاله نیز همین بحث مطرح است و همان دلیلی که برای منع درج خیار شرط در اقاله ارائه می‌شود، در اقاله اقاله نیز مورد استناد قرار می‌گیرد. منتها در عدم پذیرش آن کمتر تردید شده است و به این ترتیب، اظهار نظر شده است که اگر طرفین بخواهند عقد اقاله شده را بازگردانند، ناچار از انشای مجدد آن هستند و با اقاله نمی‌توانند به این هدف دست یابند. برخی نیز گفته‌اند که با اقاله رابطه طرفین قطع می‌شود و از این رو، چیزی برای بازگشت وجود ندارد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۵۴/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۹۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸).

با وجود این، در تجویز اقاله اقاله تحولات اندکی به چشم می‌خورد، به گونه‌ای که پاره‌ای از فقهای متأخر و معاصر، اقاله اقاله را نیز خالی از وجه و بعید ندانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۴؛ بهجت، ۱۴۲۳: ۴۹۳). در فقه حنفی نیز با اینکه اقاله در حق طرفین فسخ است، اقاله اقاله را صحیح می‌دانند و از این رو، گفته‌اند که اگر عقد بیع اقاله شود و سپس طرفین اقاله را اقاله نمایند، اقاله رفع می‌شود و بیع برمی‌گردد (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامی، ۱۴۰۴-۱۴۲۷: ۳۲۷/۵). در حقوق ایران نیز برخی معتقدند که با اقاله، ماهیت و یا رابطه و اثر حقوقی جدید ایجاد نمی‌شود تا به کمک اقاله یا فسخ زائل گردد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۲۰/۵). بعضی دیگر از اساتید حقوق مدنی نیز گفته‌اند که با اقاله قرارداد سابق، چیزی باقی نمی‌ماند تا بخواهد قابل بازگشت باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱/۵). با وجود این، به نظر می‌رسد اگر تنها دلیل عدم امکان فسخ اقاله و اقاله اقاله، متعارف نبودن و معقول نبودن آن باشد، همان طور که برخی از حقوق دانان گفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۵۶)، اگر وجه معقولی در فسخ اقاله و به خصوص اقاله اقاله وجود داشته باشد، منعی در آن دیده نمی‌شود. در واقع، اگر عرف یا عقل، وجود خیار شرط و یا اقاله اقاله را بپذیرد، جواز این عمل حقوقی با مانعی روبه‌رو نخواهد بود. به ویژه آنکه اقاله خود یک عمل حقوقی و از نظر ماهیت عقد است و فسخ آن به وسیله خیار شرط و اقاله آن نباید با مانعی برخورد نماید. قرارداد امری اعتباری است که با اقاله، که آن هم امری اعتباری است، زائل می‌شود. حال، چه اشکالی دارد که امر اعتباری اخیر نیز از بین برود و عقد سابق دوباره حیات حقوقی یابد؟!

۲-۳. خیار تخلف شرط

برای جریان خیار تخلف شرط در اقاله، نخست باید دید که آیا درج شرط ضمن اقاله امکان‌پذیر است یا خیر؟ در این خصوص بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این باورند که درج شرط ضمن اقاله امکان ندارد؛ زیرا ضمانت اجرای شرط ضمن عقد، فسخ آن در صورت تخلف است، در حالی که تزلزل در اقاله راه نمی‌یابد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴).^۱ به این ایراد چنین پاسخ گفته‌اند که فایده اشترای تنها تسلط بر فسخ عقد در صورت تخلف از آن نیست، همچنان که درج شرط در وقف و نکاح هم صحیح است، بی‌آنکه مشروطه مسلط بر فسخ عقد شود (همان؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۹/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸). از این رو، عده‌ای دیگر بین اقسام مختلف شرط تفکیک قائل شده، معتقدند که اگر شرط راجع به کاستی یا فزونی دو عوض و یا حتی ناظر به تغییر یکی از عوضین باشد (شرط عینی)، باطل و مبطل اقاله خواهد بود. اما هر گاه طرفین شرطی جدای از عوضین قرارداد سابق در ضمن اقاله درج نمایند (شرط حکمی)، برای مثال یکی از طرفین کاری را برای طرف مقابل انجام دهد، مثل اینکه لباسی برای او بدوزد یا درهمی به او بدهد، به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» و فقدان مانع، چنین شرطی صحیح است (طباطبایی، یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱؛ همو، ۱۴۱۵: ۱۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).

در حقوق ایران نیز برخی از حقوق‌دانان با این استدلال که اقاله عقد نیست، شرط ضمن اقاله را نپذیرفته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۸/۵). در مقابل، عده‌ای دیگر شرط ضمن اقاله را صحیح شمرده‌اند؛ زیرا اگر شرط ناظر به تعهد خارج از عوضین اصلی قرارداد باشد، با مانعی روبه‌رو نخواهد بود و خود تعهدی فرعی است که ضمن عقد اقاله آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۳۸؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۴۷).

بنابراین با توجه به قراردادی دانستن ماهیت اقاله، به نظر می‌رسد امکان درج شرط ضمن اقاله با مانعی روبه‌رو نیست. بنابراین وجود شرط فعل ضمن اقاله، اعم از حقوقی یا مادی و اعم از مثبت و یا منفی امکان‌پذیر است. همچنین امکان درج شرط نتیجه نیز در اقاله وجود

۱. وعلى كل حال، فهو غير صحيح في الإقالة لعدم معهودية تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الإقالة حينئذ بعدم الوفاء بالشرط....

دارد. حتی وجود شرط صفت در اقاله در برخی از فروض، دور از ذهن نیست؛ برای مثال، در مواردی که قرارداد سابق ناظر به عین معین بوده و طرفین شرط نمایند که ویژگی خاصی در مال مورد اقاله موجود باشد، در نتیجه، تخلف از هر یک از این شروط، به مشروط‌له آن امکان می‌دهد که اقاله را به سبب خیار تخلف از شرط و طبق مقررات آن فسخ نماید (در تأیید این نظر در فقه ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۳؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).^۱

نتیجه‌گیری

اگرچه قانون‌گذار ماهیت اقاله را مشخص نکرده است، وجود تراضی و قصد انشای طرفین، خود دلیل واضح و روشنی است که نشان می‌دهد اقاله یک عقد و قرارداد است و با ماده ۱۹۱ قانون مدنی انطباق کامل دارد. نظرات ارائه‌شده در خصوص توجیه ماهیت حقوقی اقاله، از جمله بیع بودن، ایقاع بودن و نهاد خاص بودن، به شدت محل تردید و اشکال است. ایقاع دانستن اقاله به وضوح نادرست است؛ زیرا اقاله با توافق طرفین محقق می‌شود و فرق اقاله با سایر اسباب ارادی فسخ قراردادها (یعنی اختیارات) نیز همین است. اما بیع دانستن اقاله نیز خطای دیگری است که برخی مرتکب شده‌اند؛ زیرا با اراده طرفین سازگار نیست و با احکام بیع نیز تطبیق نمی‌کند.

درباره این سؤال که آیا اختیارات در اقاله جاری می‌شود یا خیر، باید گفت که اگرچه اقاله خود از جنس فسخ است و اصولاً نباید فسخ در آن راه داشته باشد، هر گاه منشأ خیار اراده طرفین باشد - یعنی خیار شرط و تخلف شرط - احترام به اراده طرفین ایجاب می‌کند که اختیارات مذکور در اقاله، امکان تحقق داشته باشد. همچنین در مورد اختیاراتی که مبتنی بر قاعده لاضرر هستند، یعنی خیار عیب، غبن و تدلیس، رفع ضرر از شخص متضرر از اقاله، مستلزم امکان فسخ اقاله به وسیله اختیارات یادشده است. بنابراین این تفکر که اقاله فسخ است و وجود اختیارات در آن متعارف و معقول نیست و با ماهیت اقاله سازگار نیست، بر فرض صحت نباید موجب شود که خسارات ناشی از اقاله، بدون جبران بماند و زیان‌دیده ملتزم به قراردادی باشد که موجب ضرر شده است.

۱. ... أن الإقالة أيضاً التزام بحل العقد الأول ولذا بنينا على شمول العقد لها، فما المانع من كونها فسخاً متزلزلاً؟ بمعنى أنه لو يعمل بالشرط يكون لمن له الشرط فسخ الإقالة، فتصير كأن لم تكن من الأول.

کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین، الاجاره، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳. افتخاری، جواد، حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، چاپ دوم، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۶. بحرانی، محمد، فقه المصارف والتقود، قم، مکتبه فدک، ۱۴۲۸ ق.
۷. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بصری بحرانی، محمدامین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۹. بهجت، محمدتقی، وسیلة النجاة، چاپ دوم، قم، شفق، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید، حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و قراردادهما، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۱. بهوتی، منصور بن یونس بن ادریس، کشف القناع عن متن الاقناع، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. ترحینی، سیدمحمدحسین، الزیادة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ ق.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ دوم، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیة، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۲۰. همو، تذکرة الفقهاء، قم، آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. خلخالی، سیدمحمد مهدی، فقه الشیعة - کتاب الاجاره، تهران، منیر، ۱۴۲۷ ق.
۲۲. ره پیک، حسن، حقوق مدنی: حقوق قراردادهما، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیة، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۲۴. همو، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، دفتر آیه الله سبزواری، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. سرخسی، شمس الدین ابوبکر، المبسوط، تحقیق خلیل محی الدین المیس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. سلمان، ابو محمد عبدالعزیز، الاسئلة والاجوبه الفقهیة المقرونة بالادلة الشرعیة، ۷ جزء، بی جا، بی تا، بی تا، قابل دستیابی در وبگاه <<http://www.mktaba.org>>.
۲۷. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابوبکر، الاشباه والنظائر، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۳ ق.
۲۸. سیوطی رحیبانی، مصطفی، مطالب اولی النهی فی شرح غایة المنتهی، دمشق، المکتب الاسلامی، ۱۹۶۱ م.
۲۹. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۵: سقوط تعهدات، چاپ هشتم، تهران، مجلد، ۱۳۸۶ ش.
۳۰. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲: قواعد عمومی قراردادهما، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

۳۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، قم، داوری، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. همو، حاشیة المكاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. همو، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۸. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیة کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۹. همو، مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد، چاپ دوم، قم، آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. عراقی، آقاضیاء‌الدین علی، شرح تبصرة المتعلمین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۴۲. فقعی، زین‌الدین علی بن علی بن محمد بن طی، المسائل الفقهیة - مسائل ابن طی - المسائل المفیده، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، چاپ دهم، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۴۵. همو، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۴۶. همو، حقوق مدنی، ایقاع: نظریه عمومی - ایقاع معین، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۴۷. همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱: انعقاد و اعتبار قرارداد، چاپ هشتم، تهران، انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵: انحلال قرارداد، چاپ پنجم، تهران، انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۴۹. کاشف‌الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۵۰. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحديث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ ق.
۵۱. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۲. مرداوی، علاء‌الدین ابوالحسن، الانصاف، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.
۵۳. مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق (ع)، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، تقریر محمد علی توحیدی، قم، مدینة العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۶. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینة العلم، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۸. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، چاپ دوم، کویت، دار السلاسل، ۱۴۰۴-۱۴۲۷ ق.
۵۹. همدانی، آقارضا، حاشیة کتاب المكاسب، قم، ناشر: مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

تَرْجَمُ حَكِيمًا هَا

موجز المقالات

جريان الخيارات فى الإقالة

- محمّد حسن الصادقىّ المقدّم (أستاذ بجامعة طهران)
- علىّ ساعت جى (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع القانون الخاصّ)
- هادى شعبانى كندسرى (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع القانون الخاصّ)

فى الدراسة الحالية لقد نوقش جريان الخيارات فى الإقالة. من المعلوم أنّ طبق المادة ٢٨٣ من القانون المدنى، للطرفين بعد العقد أن يفسخا أو يقبلا العقد. كما يظهر من كلمة الإقالة، أثر الإقالة فسخ العقد السابق يعنى مع رضا الطرفين، العقد المذكور ينحلّ. لكن السؤال الموجود هو أنّ هل الإقالة المذكورة قابلة للفسخ؟ وبعبارة أخرى هل تجرى الخيارات فى الإقالة؟ وفى الإجابة عن هذا السؤال نقول رأى أكثر الفقهاء وأساتذة القانون أنّ الإقالة نفسها غير قابلة للفسخ. مع ذلك بعد ملاحظة الموضوع فى أقوال كاتبى الفقه والقانون ودراسة الأدلة الاستنادية للمشهور ينتج لنا أنّ مع ملاحظة الماهية العقدية للإقالة جريان الخيارات فيها لا يواجه على أىّ مانع قانونى، لأنّ قاعدة لا ضرر مبدأ حكومة الإرادة ولزوم حرمة إرادة الطرفين يبرّر وجود الخيارات. فعليه على أساس

القاعدة لنا أن نقول أنّ الإقالة قابلة للفسخ، إلا إذا كانت إرادة الطرفين مخالفة لها إما تلوياً أو صراحة.

المفردات الرئيسة: الإقالة، العقد، الفسخ، إرادة الطرفين، لا ضرر.

دراسة الوضعيّة الحقوقيّة للعقد مع الجهة التشريعيّة في فقه الإماميّة

ضمن الدراسة المقارنة في القانون الإيراني والمصريّ

- السيّد محمّد هادي قبوليّ درأفشان (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- محمّد تقىّ الفخلعىّ (أستاذ بجامعة فردوسىّ بمشهد)
- محمّد حسن الحائرىّ (أستاذ بجامعة فردوسىّ بمشهد)

لا شكّ في أنّه دراسة الوضعيّة الحقوقيّة للعقد مع الجهة التشريعيّة ما زالت من المسائل التي كانت موضع النقاش لمحقّقى الفقه والقانون. في فقه الإماميّة والقانون الوضعيّ لإيران ومصر فورك بين الموضوع الذي دخلت الجهة التشريعيّة إلى حقل توافق الطرفين والموضوع الذي لا أثر للجهة التشريعيّة إلا كونها ذا جهة شخصية وداخلية لأحد المتعاملين والموضوع الذي للطرف الآخر العلم بها فقط. الدراسة الحاليّة تختصّ بالقسم الثالث أي الذي لم يدخل الدافع التشريعيّ إلى حقل توافق الطرفين. بالنسبة إلى حكم هذا القسم ثمة خلاف بين علماء الفقه الإماميّ والقانونيين الإيرانيين والمصريين. والجدير بالذكر أنّ مشهور الفقهاء والقانونيين يرى أنّ صرف وجود العلم لا يكفي لبطلان العقد وحكموا بصحة هذا العقد. لكن غير المشهور ارتأى أنّ هذا العقد باطل. المشرع المدنيّ في المادّة ٢١٧ تبعاّ لرأى مشهور الفقهاء الإماميّ قال بصحة هذا العقد. الدراسة الحاليّة عبر استخدام أسلوب تحليليّ - توصيفيّ لقد درست آراء المذكورة من ناحية الفقهاء والقانونيين بشكل تحليليّ وضمن المناقشة ونقد رؤية مشهور الفقهاء والقانونيين أثبتت رؤية غير المشهور الفقهاء والقانونيين وارتأت أنّ رؤية غير المشهور أنسب وأطبق مع المصالح الاجتماعيّة والنظم العامّة والفلسفة الموجودة في المادّة ٢١٧ من القانون المدنيّ واقترحت إصلاح وتعديل هذه المادّة.

المفردات الرئيسة: الجهة غير الشرعيّة، العقد، فقه الإماميّة، الحقوق الوضعيّ لإيران،

حقوق مصر.

مبادئ تداوم الشخصية الحقوقية للإنسان بعد الموت

في المذاهب الخمسة والحقوق الوضعي

□ فاطمة القدرتي

□ أستاذة مساعدة بجامعة ياسوج

ضمن الالتفات إلى الموازين الفقهيّة والحقوقية، كلّ أحد من بداية حياته صاحب الحياة الحقوقية؛ يعنى له أن يقع في مقابل الحقّ والتكاليف وله أن يقدم بالنسبة إلى إجراء تكاليفه وإحراز حقوقه. أمّا إذا مات الإنسان، تحصل تغييرات في وضعيته الحقوقية وأهليته ثمّ آراء عدّة بين المذاهب الفقهيّة الخمسة والحقوق الوضعي، مع أنّ أكثر الفقهاء والقانونيين يرون أنّ الموت هي نهاية أهلية الإنسان لكن يبدو مع الالتفات إلى المناقشات الواردة على هذه النظرية وكذلك استحكام مبادئ النظرية التي ترى الموت زمن نهاية أهلية الاستيفاء وترى أنّ بعد الموت أهلية التمتع باقية، فعليه ضرورة دراسة هذا الموضوع من جديد بما أنّه من مبادئ المباحث الفقهيّة والحقوقية ملحة جدًّا. هذه الدراسة قد تمّت مع أسلوب تحليلي - توصيفيّ وعبر استخدام المصادر المكتبية وفي سبيل إثبات قوام أهلية الإنسان وشخصيته بعد الموت والقانونيين ضمن إثبات بقاء ذمّة المتوفّي وكونه مورثًا للورثة يرثون كلّ ما في ذمّة المتوفّي. فالورثة قائمون مقام المتوفّي في استيفاء جميع حقوقه والحال أنّ استيفاء عدّة من الحقوق لا يمكن مع نظرية المشهور التي تقول بعدم أهلية المتوفّي، مستندًا إلى هذه النظرية لا يمكن استيفاء الحقوق ولا يمكن طلبها من باب حقّ المتوفّي. هذه النظرية توجب تغيير مفاد ونطاق حقّ المتوفّي.

المفردات الرئيسة: تداوم الشخصية الحقوقية، الذمّة، الأهلية، المتوفّي.

مكانة الاستقراء في استنباط الحكم الشرعيّ والقاعدة الحقوقية

□ سيّد أبو القاسم النقيب

□ أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهريّ

في اصطلاح علم الفقه وعلم القانون، الاستقراء استدلال الذي ذهن الفقيه والمقتن مع

ملاحظة عدد من الأحكام والضوابط الجزئية التي جعلها الشارع والمقنن لبعض الموارد الخاصة يستخرجان الصفة المشتركة لكل هذه الأحكام ويعرضان كقانون فقهي أو قاعدة حقوقية. بناء العقلاء وحدة الملاك مع اعتبار التواتر المعنوي، التوالد الذاتي للمعرفة، وحدة الملاك مع اعتبار الظن الخاص تعتبر من جملة مبادئ الاستقراء في استنباط الأحكام الفقهية والقاعدة الفقهية. ضمان المقبوض بعقد فاسد، قاعدة معذورية الجاهل، قاعدة فراغ القاضي، قاعدة «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، قاعدة «التعزير بما يراه الحاكم» من جملة عشرات الحكم الشرعي الكلي والقاعدة الحقوقية التي نصل إليها مع استخدام الاستقراء. تجدر الإشارة إلى أن الفقيه للوصول إلى الحكم الشرعي والمقنن للوصول إلى القاعدة الحقوقية يواجهان مرحلتين؛ ففي المرحلة الأولى هو يجمع ويستخرج الموارد التي شبيهة بالموارد الأولى. وفي المرحلة الثانية مع إمعان النظر في الموارد وملاحظة الأشباه والنظائر يستنبط الحكم الشرعي الكلي والقاعدة الحقوقية وبهذه الوتيرة يعرض نطاقها ومجالها.

المفردات الرئيسة: الاستقراء، الفقه، الحقوق، استنباط الحكم الشرعي، الحكم الكلي، القاعدة الفقهية، النظرية الفقهية، النظرية الحقوقية.

قراءة فقهية - حقوقية جديدة لشركات أعمال، مفاوضة والوجوه

- سیاوش گودرزی (ماجستير بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)
- محمد رضا علمي سولا (أستاذ مساعد بجامعة فردوسی بمشهد)

من المعلوم أن أكثر فقهاء الإمامية ذهبوا إلى بطلان شركات الأعمال والمفاوضة والوجوه. ولكن ليس بأيدينا لبطلان هذا النوع من المشاركة دليل قاطع من العقل والشرع واستدل فقط بأدلة نظير الإجماع، تملك المعدوم، عدم وجود دليل على الصحة وكذلك كونها غررًا. اعتقد فقهاء الإمامية بأنه لصحة هذا النوع من المعاملات أن تتوسل إلى عقد الصلح أو الوكالة أو طرق أخرى، كما أن المقنن في مواد القانونية ما أشار إلى هذا النوع من الشركات أيضًا. كانت هذه المادة دراسة أدلة قول المشهور ومقارنتها أن هذه الأدلة والمستندات لم تكن كافية ولا يمكن الاستدلال على أساس هذه الأدلة. بل هذه المفاوضات كانت من قبيل القرارات المتعارفة بين المجتمع وما زال هذا التعارف كان

مستمرًا. ولا توجد دليلًا حاسمًا على بطلان هذا القبيل من الشركات والفقهاء بسبب رواج هذا النوع من العقود في العرف تمسكوا إلى وجدان عدد من الحلول. نظرية صحة هذه العقود مع أنها مخالفة لنظر الفقهاء، لكن عدد من الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى صحة هذه العقود. على أساس القانون المدني مع وجود المادة العاشرة من القانون المدني الذي دالّ على حرّية الأشخاص في انعقاد العقود نستطيع أن نقوى نظرية صحة هذه الأنواع من العقود.

المفردات الرئيسية: شركة الأعمال، شركة الوجوه، شركة المفاوضة، الغرر، الإجماع، تملك المعدوم.

انسداد وانفتاح باب الاجتهاد في الآراء الفقهيّة لأهل السنّة

□ عبد السلام الإمامي (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)

□ حسين الصابري (أستاذ بجامعة فردوسي بمشهد)

□ سيّد محمّد تقى قبولى درأفشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسي بمشهد)

يعتبر مسألة الانسداد وانفتاح باب الاجتهاد من المسائل الهامة لفقه أهل السنّة. هذه المسألة تعتبر من المسائل العريقة وذو جوانب التي استمرت طيلة التاريخ. ولكلّ من الانسداد والانفتاح محامين فإنّ عددًا من الفقهاء المتقدّمين والمتأخّرين ذهبوا إلى الانسداد وأكثر المعاصرين من فقهاء أهل السنّة ذهبوا إلى الانسداد وارتأوا أنّ تحقّق شرائط الاجتهاد في عصرنا الراهن غير ممكن. والجدير بالذكر أنّ آراء محامي الانسداد وأقوالهم حول مفهوم الانسداد ونطاقها الزماني ليست شبيهة ووحيدة. فإنّ دراسة آراء الأصوليين المتقدّم والمتأخّر لأهل السنّة تُرينا أنّ ظروف انسداد باب الاجتهاد هي كما تلى: ١. مدّعى الاجتهاد الكاذبين، ٢. ظهور الأحزاب والفرق المتعدّدة، ٣. ظهور الانشعاب والتفرّق في أوساط المجتهدين، ٤. العوامل السياسيّة، ٥. انتظام الأسلوب والآراء الاجتهاديّة، ٦. التقيّة في إظهار الاجتهاد، ٧. النزعة إلى التقليد. فإنّ هؤلاء الفقهاء ذكروا أدلّة لانسداد باب الاجتهاد. لنا أن نذكرها في ستّة أدلّة وهي كما تلى: ١. سدّ الذرائع، ٢. انتشار وتدوين المذاهب الأربعة، ٣. الاجتهاد، ٤. عدم إمكان الاجتهاد عند المتأخّرين، ٥. عدم إمكان تفكيك الحديث في زمن المتأخّرين، ٦. مسألة

خلوّ الزمان من المجتهد. عدّة من الفقهاء المتقدّمين والمتأخّرين لم يقبلوا نظريّة الانسداد وقالوا أنّ الانفتاح حاكم على واجدى شرائط الاجتهاد وفي هذا المجال أكثر الجهود لإثبات الانفتاح بذلت من ناحية مجتهدى القرن المعاصر. الدراسة الحاليّة عبر دراسة الآراء والأقوال ومقارنتها ومع استخدام أسلوب تحليليّ وصلت إلى هذه النتيجة وهى أنّ بعد ملاحظة الأقوال، القول الذى أكثر اعتبارًا وقابلًا للقبول هى القول بالانفتاح فى عصرنا الراهن.

المفردات الرئيسة: الاجتهاد المعاصر، فقه أهل السنّة، الانسداد، الانفتاح.

دراسة فقهية - حقوقية لإسقاط كافّة الخيارات

- زهرة حاجيان فروشاني (أستاذة مساعدة بجامعة الشهيد الأشرفى الإصفهانيّ)
- على مظهر قراملكى (أستاذ بجامعة طهران)

الخيار حقّ مالّيّ ولذو الخيار أن يسقطه والمسألة التى حول هذه تطرح نفسها هى لقد جاء شرط فى المستندات المتعارفة وبطاقات العقود والمتبايعين دون أىّ نظر يوقّعان هذه الأسناد وبطاقات العقود. وهذا قد يعمل مع العلم بالموضوع وفى تلك الحالة توجد مشكلة. لكن فى الأحيان يكونان جاهلان بالنسبة إلى هذا الأمر أى لا يوقّعان بطاقات العقود ولكن بالنسبة إلى مفادها وأثرها جاهلان ومع ذلك يوقّعان هذه الأسناد. الدراسة الراهنة مع أسلوب تحليليّ - استنباطيّ عالجت وناقشت هذه القضية وأثبتت أوّلاً أنّ شرط سقوط كافّة الخيارات من منظور الفقه أمر مشروع. لكن ثمة مشكلة بالنسبة إلى بعض الشروط وهى شرط خيار تخلّف الوصف وشرط خيار التديس يواجهان مع مشاكل وعراقيل ولذلك شرط سقوط كافّة الخيارات يختصّ بغير هذين الموردين يجرى بالنسبة إلى بقيّة الخيارات. ثانيًا إذا وجد شخص وادّعى الجهل بالنسبة إلى مفاد هذا الشرط وبالنسبة إلى المستندات وكان الجهل فى حقّه ممكنًا فى تلك الحالة، يقدم قوله مع القسم. وإذا لم يمكن الجهل فى حقّه، لا يسمع قوله إلا إذا أقام على مدّعه بيّنة وأثبتته.

المفردات الرئيسة: سقوط كافّة الخيارات، خيار الرؤية، الجهل بمفاد السند.

معرفة ماهية المدتية لصدور الصيک المتعارف فى حقوق إيران

□ محمّد حسن إمام وردى

□ دكتور بفرع القانون الخاص

الصيک المتعارف خاصّة إذا صدر على رصيد شخص آخر، يعتبر من أحد أهمّ أقسام الصيک. لنا أن نشير أنّ ثمة خلافات وأقوال منوّعة حول الماهية الحقوقية لهذا النوع من الصيک. فإنّ بعض القانونيين اعتبره تبديل التعهّد كما أنّ هاهنا طائفة أخرى اعتبرته الحوالة والحال طائفة ثالثة تراه نقل الطلب. ففى الأقوال الثلاثة، الصيک يشمل هذه العقود وذمّة المتعهّد تُرجع إلى التعهّد المبنى وبالنسبة إلى التعهّد الجديد الناشى من الصيک مشغول. والجدير بالذكر أنّ فى الدراسة الحالية تعالج وتناقش ثلاث نظريات هامة. الدراسة الراهنة تطرقت إلى توصيف وتحليل ثلاث نظريات هامة. ففى هذه الدراسة بسبب يأس كثير من القانونيين من الماهيات السابقة، الصيک يعتبر كعقد جديد الذى ذكر المقتنّ أحكامه الخاصّ فعليه يعتبر الصيک عقد مع الاسم، عهدى اعتبارى تبعى لازم وبعض الأحيان مشروط، وعند نقض التعهّد من ناحية الشخص الذى صدره، الذى الصيک بيده أن يفسخ العقد عند نقض العهد.

المفردات الرئيسة: الصيک، الحوالة، نقل التعهّد، نقل الطلب، عقد مستقلّ.