

سیر تحول ماهیت اقاله در حقوق اسلام و ایران، با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه

حسن ره‌پیک^{۱*}، هادی شعبانی کندسری^{۲**}، علی ساعتچی^{۳***}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۷/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۰۹/۲۱)

چکیده

در این مقاله، سیر تحول ماهیت اقاله در فقه امامیه، مذاهب اهل سنت و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه مورد بررسی قرار گرفته است. هدف از پژوهش حاضر، تبیین ماهیت اقاله و استفاده از آن در تعیین احکام و آثار این نهاد حقوقی، و همچنین نشان دادن تغییر آرام نهادهای حقوقی در بستر تاریخی در منابع فقهی و حقوقی بود. در نوشتار حاضر، با این سؤال مواجه بودیم که ماهیت اقاله چیست و در صورت عقد بودن، آیا عقد نامعین است یا آن که می‌بایست آن را عقد معین دانست. نتیجه حاصله این بود که گرچه فقهای اهل سنت همچنان اقاله را عقد نمی‌دانند، ولی سیر تحول ماهیت اقاله در فقه امامیه از فسخ بودن شروع شده و به عقد بودن ختم گردیده است. در حقوق ایران باید پا را فراتر نهاد و اقاله را عقد معین دانست. اقاله در حقوق انگلیس، توافق و در حقوق فرانسه، عقد نامعین است. بنابراین، نظر پیشنهادی برای ماهیت اقاله در حقوق ایران و فقه امامیه بر سایر نظام‌های حقوقی ترجیح دارد.

* Email: srahpeik@gmail.com

** Email: H_shabani1367@ut.ac.ir

*** Email: alisaatchi68@yahoo.com

کلیدواژگان: اقاله، عقد، فسخ، سیر تحول، عقد معین، عقد نامعین.

مقدمه

در قانون مدنی مبحث دوم از فصل ششم تحت عنوان سقوط تعهدات به مبحث اقاله (مواد ۲۸۳ تا ۲۸۸) اختصاص یافته است. با وجود این، نویسندگان قانون مدنی مبحث اقاله را به طور اجمال و به اختصار بر گزار کرده‌اند و طرح بسیاری از موضوعات مهم، از جمله ماهیت حقوقی اقاله، شرایط لازم برای صحت آن و همچنین، بسیاری از احکام و آثار آن مورد غفلت قرار گرفته است. این امر سبب شده این سؤال مطرح گردد که آیا اقاله عقد است و تابع قواعد عمومی قراردادهاست یا احکام و آثار خاص خود را دارد و یا نهادی خاص و مستقل محسوب می‌شود و در تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع نمی‌گنجد؟ علاوه بر آن، در صورتی که بتوان اقاله را عقد شمرد، آیا عقد معین است یا نامعین؟ راه‌حل حقوق اسلام (فقه امامیه و مذاهب اهل سنت)، حقوق ایران، انگلیس و فرانسه در این زمینه چیست؟ آیا نظر فقهای شیعی در طول تاریخ در خصوص ماهیت اقاله یکسان بوده یا دچار تغییر شده است و در فرض تحول تدریجی، حقوقدانان ما چقدر توانسته‌اند از آن بهره‌بردار شوند؟

پاسخ به سؤال‌های فوق و تعیین ماهیت اقاله از این حیث اهمیت دارد که اگر اقاله عقد باشد، طبیعی است که شرایط اساسی صحت معاملات یعنی قصد و رضای دو طرف، اهلیت آنان و مباحث مربوط به موضوع و جهت قرارداد را در اقاله نیز باید جاری کرد. همچنین، احکام و آثار عمومی قراردادها در اقاله نیز اعمال می‌شود. اما اگر اقاله دارای ماهیت خاصی باشد، احکام و آثار آن باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. برای پاسخ به پرسش‌های مزبور، ابتدا ماهیت اقاله در حقوق اسلام و ایران مورد مطالعه قرار می‌گیرد. سپس، به بیان ماهیت آن در حقوق خارجی پرداخته می‌شود.

۱. ماهیت اقاله در حقوق اسلام و ایران

برای تبیین ماهیت اقاله در حقوق ایران، نخست لازم است نظر پیشینیان در حقوق اسلام مطرح و مورد ارزیابی قرار گیرد، تا زمینه لازم برای تشخیص طبیعت آن در نظام حقوقی ما فراهم آید.

۱-۱. ماهیت اقاله در حقوق اسلام

برای تبیین بهتر دیدگاه فقیهان اسلامی در خصوص ماهیت اقاله، موضع فقهای عامه و امامیه جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد. منتها با توجه به تأثیر عقاید فقیهان اهل سنت بر اظهار نظر فقهای

شیعی، ابتدا دیدگاه مذاهب چهارگانه در مورد ماهیت اقاله بیان می‌شود، سپس ماهیت اقاله در فقه امامیه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱-۱. ماهیت اقاله در فقه اهل سنت

ماهیت اقاله در مذاهب چهارگانه اهل سنت محل اختلاف است. ولی به منظور اینکه از تکرار دیدگاه‌ها و دلایل آنها پرهیز شود، به جای بررسی جداگانه ماهیت اقاله در هر یک از مذاهب، نظرات گوناگون پیرامون آن مطرح و مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در فقه اهل سنت در خصوص ماهیت اقاله نظریه بیع بودن، فسخ بودن و تفصیل ماهیت اقاله در حق طرفین و اشخاص ثالث ارائه شده است:

۱-۱-۱-۱. بیع بودن اقاله

فقه‌های مالکی معتقدند اقاله بیع جدید است، زیرا میباید به همان نحوی که از ملکیت بایع خارج شده بود، در اثر اقاله به ملکیت او باز می‌گردد. پس، همانطور که خروج اولی بیع بود، بازگشت آن نیز بیع است. از این رو، هر آنچه که در بیع شرط است، در اقاله نیز شرط است. این دسته از فقها تنها اقاله بیع طعام قبل از قبض و اثر اقاله در شفعه را فسخ می‌دانند، زیرا بیع طعام قبل از قبض صحیح نبوده و از آن نهی شده است (الأصبیحی المدنی، بی‌تا، ج ۴، ص ۲۲۳؛ ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۲۱؛ الخرشبی، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۶؛ وهبه الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴، ص ۶۵۲؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۷؛ النمر القرطبی، ۲۰۰۰، ج ۶، ص ۴۹۸؛ التسولی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۴۲). قاضی ابویوسف از علمای بزرگ حنفی نیز بر این باور است که اقاله بیع است، زیرا اقاله مبادله مال به مال با تراضی دو طرف است که این همان تعریف بیع است و در عقود نیز آنچه معتبر است، معانی است نه صورت و الفاظ. ولی هرگاه بیع قرار دادن آن متعذر باشد، به عنوان مثال اقاله قبل از قبض میباید واقع شود، به نظر وی اقاله فسخ است و هرگاه فسخ قرار دادن آن نیز ممکن نباشد، مثلاً میباید تلف شده باشد یا اقاله به جنس دیگر یا به کمتر یا بیشتر از ثمن نخست صورت گیرد، اقاله باطل است (الکاسانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۰۶؛ ابن نجیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۱۱؛ البابرتی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۲۸؛ المرغیانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۵؛ برهان الدین مازہ، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۱۳؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۷).

ایراد این نظر آن است که در اقاله طرفین قصد بیع ندارند. از همین رو، فقهای امامیه گفته‌اند:

اقاله بازگشت و اعاده ملکیت است نه انتقال ملکیت (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸؛ ترجمینی، ۱۴۲۷، ج ۴،

ص ۶۷۷). به عبارت دیگر، در اقاله دو طرف به فسخ عقد پیشین می‌اندیشند و حتی اگر به بازگشت دو عوض نیز نظر داشته باشند، آن را در قالب فسخ عقد پیشین محقق می‌سازند.

۱-۱-۱. فسخ بودن اقاله

فقیهان شافعی و حنبلی می‌گویند: اقاله فسخ است، چه در حق متعاقدین و چه در حق اشخاص ثالث، زیرا اقاله در لغت به معنای رفع است و رفع عقد نیز فسخ آن است. اصل نیز آن است که معنی شرعی اقاله مبتنی بر معنای لغوی آن است. به علاوه، در اقاله لازم است مقدار ثمن عقد پیشین ثابت بماند و این نشان می‌دهد که اقاله فسخ است، نه بیع (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۲۱؛ السیوطی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۷۲؛ النووی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۴۹۳؛ الحجاوی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۱۳؛ المرادوی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۳۴۳؛ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامی، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۶؛ وهبه الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴، ص ۶۵۲؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۷۲؛ الشنقیطی، بی‌تا، ج ۱۶۰، ص ۵؛ ابن حزم اندلسی، بی‌تا، ج ۹، صص ۶-۲؛ رافعی، بی‌تا، ج ۸، ص ۳۸۵؛ شافعی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۳۸ و صص ۷۶-۷۷؛ النووی، بی‌تا، ج ۱۳، ص ۱۶۰). زفر از فقهای حنفی نیز به همین راه رفته است. محمدحسن شیبانی از بزرگ‌ترین علمای حنفی مذهب، بدین دلیل که لفظ اقاله برای رفع و فسخ است، اقاله را نسبت به همه فسخ می‌داند، مگر در مواردی که فسخ دانستن آن ممکن نباشد، به عنوان مثال اقاله بیشتر از ثمن نخست یا به غیر جنس ثمن واقع شود که در این صورت بیع است و هر گاه بیع شمردن آن نیز متعذر باشد، مثلاً اقاله قبل از قبض باشد، حکم به بطلان اقاله داده است (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۱۱؛ البابرتی، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۲۸؛ وهبه الزحیلی، ۱۹۸۹، ج ۴، ص ۶۵۲؛ الغنیمی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۵؛ الکاسانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۰۶؛ السمرقندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۱۱؛ السیواسی، بی‌تا، ج ۶، ص ۴۸۶). از آنجا که اکثر فقهای امامیه نیز اقاله را فسخ دانسته‌اند، انتقادهای وارد به این نظر ذیل بررسی نظر فقهای شیعی بیان می‌شود.

۱-۱-۱. فسخ بودن اقاله نسبت به طرفین و بیع بودن آن نسبت به اشخاص ثالث

ابوحنیفه و پیروان او معتقدند اقاله نسبت به طرفین فسخ و نسبت به اشخاص ثالث بیع جدید است. دلیل وی بر فسخ بودن اقاله در حق طرفین همان است که فقهای حنبلی و شافعی گفته‌اند. از دیدگاه ابوحنیفه، هرگاه فسخ دانستن اقاله به دلیلی ممکن نباشد، اقاله باطل است و بیع به حال خود باقی می‌ماند. همچنین، وی در فسخ شمردن اقاله در حق طرفین بین اقاله قبل از قبض و بعد از آن تفاوتی قائل نشده است، گرچه طبق روایتی او اقاله قبل از قبض را فسخ و اقاله بعد از آن را بیع شمرده است.

همچنین، در نظر او بین مبیع منقول و عقار تفاوتی وجود ندارد. نسبت به اشخاص ثالث نیز وی بر این باور است که طرفین نسبت به شخص ثالث یعنی شفیع ولایتی ندارند و نمی‌توانند حق وی را از بین ببرند. از این رو، اقاله در حق وی بیع تلقی می‌شود و از حق شفعه برخوردار است (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۶، ص ۱۱۱؛ الزبیدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷۹؛ المرغیانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۵؛ الباری، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۲۸؛ الشیخ نظام، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۱۵۶؛ الغنیمی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۵؛ برهان الدین مازہ، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۱۳؛ الکاسانی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۰۶؛ ابن عابدین، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۱۲۴-۱۲۷؛ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۷؛ ابن الهمام، ۱۳۱۶، ج ۱۵، ص ۱۹۸).

دلیل دیگری نیز برای تفصیل پیش گفته ذکر شده و آن این است که اقاله به دلیل عمل به لفظ آن نسبت به طرفین فسخ قرار داده شده است، زیرا لفظ اقاله مبتنی بر رفع و فسخ است و به خاطر عمل به معنای آن در حق سایرین بیع شمرده شده است، زیرا اقاله به معنای مبادله مال به مال با تراضی طرفین است که این همان تعریف بیع است. بنابراین، لفظ اقاله در حق طرفین اعمال می‌گردد و معنای آن نسبت به اشخاص ثالث. حال ممکن است پرسیده شود که چرا اقاله نسبت به طرفین بیع و نسبت به سایرین فسخ محسوب نمی‌شود؟ در جواب گفته شده است لفظ اقاله قائم به متعاقدین است. بنابراین، در حق آنها اعمال می‌شود (الزبیدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷۹؛ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۷).

نقدی که فقهای حنبلی و امامیه بر نظر ابوحنیفه وارد دانسته‌اند، این است که آنچه که در حق متعاقدین فسخ است، در حق اشخاص ثالث هم باید فسخ باشد، همانند خیارات که نسبت به همه فسخ است. به دیگر سخن، حقیقت فسخ از شخصی به شخص دیگر تفاوت نمی‌کند و اصل نیز اعتبار حقایق است (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸).

۱-۱-۲. ماهیت اقاله در فقه امامیه

در فقه امامیه نظر مشهور این است که اقاله فسخ است، گرچه سیر تحول نظرات به سمت عقد بودن آن است. از این رو، دو نظر گفته شده مورد مطالعه و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲-۱. فسخ بودن اقاله

نظر مشهور فقهای امامیه این است که اقاله فسخ است، خواه در حق متعاقدین و خواه در حق اشخاص ثالث و خواه قبل از قبض باشد یا پس از آن و خواه مبیع مال منقول باشد یا غیرمنقول (شیخ

طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۸۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۴۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۶۰؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۵۸؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۸۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۵۴؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۴۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۲؛ خوبی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۷۰) و حتی پاره‌ای بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۸۳۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۹۰)، زیرا اقاله رفع عقد و انهدام آن و بازگشت هر یک از دو عوض به صاحب اصلی آن است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۶؛ بحرانی، بی تا، ج ۱۲، ص ۲۴۵). برخی از فقها در تأیید این نظر به دلیل لفظی استناد کرده‌اند که در اقاله از لفظ بیع استفاده نمی‌شود و همچنین، بر اقاله بیع اطلاق نمی‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۲). پاره‌ای نیز به صراحت عقد بودن اقاله را منکر شده، گفته‌اند: اقاله عقد نیست، بلکه فسخ عقد است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، صص ۳۶۸-۳۶۹).

نظریه فسخ بودن باعث شده است پاره‌ای از فقهای امامیه اقاله را ایقاع بدانند و از این رو، گفته‌اند: اقاله با قول یکی از طرفین و به صرف رضای باطنی طرف دیگر حاصل می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۱۱۸).

با این وجود، 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، نظر مذکور مخدوش است، زیرا هر عمل حقوقی که برای تحقق خود نیازمند دو اراده است، نمی‌تواند ایقاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، صص ۲۶-۲۵). به همین دلیل، نظر مذکور در فقه مهجور مانده است و همانطور 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، ج ۱۸، ص ۱۱۸). در نتیجه، واضح است که اقاله ایقاع نیست و با اراده یکی از طرفین و صرف رضایت باطنی طرف دیگر واقع نمی‌شود. فقهای اهل سنت نیز بر این باورند که اقاله نیازمند قبول طرف مقابل است و از حیث ایجاب و قبول، اقاله با بیع فرقی ندارد (ابن عابدین، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۱۲۱؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵، ص ۳۲۵؛ حیدر، بی تا، ج ۱، ص ۱۴۲).

اگر نیز 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؟

برای روشن شدن مطلب و کشف مراد فقهای امامیه لازم است خاطر نشان شود که فقهای امامیه در خاتمه کتاب بیع و ذیل عنوان اقاله، بحث را با طرح این سؤال آغاز کرده‌اند که آیا اقاله فسخ است یا بیع؟ (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۹۰). اگر مقصود از این پرسش بررسی ماهیت اقاله و مراد از فسخ، ایقاع بودن آن باشد، باید گفت که پرسش مذکور صحیح نیست، چرا که اجمالاً معلوم است که اقاله نیازمند تراضی طرفین است و با اراده یک طرف محقق نمی‌شود تا بحث فسخ بودن (به معنای ایقاع بودن) مطرح شود. اگر هم منظور آنان تعیین اثر اقاله باشد و فسخ را به عنوان اثر آن به کار برده باشند، فسخ و بیع از یک سنخ نیستند، زیرا بیع خود ماهیت حقوقی است نه اثر حقوقی. بنابراین، بیع نمی‌تواند اثر اقاله باشد. آنان که پرسش خود را اینگونه مطرح کرده‌اند که آیا اقاله فسخ است یا بیع یا عقد جدید (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۸۴)، از این جهت که عقد بودن را بر آن افزوده‌اند، تا حدی از عیب آن کاسته‌اند، زیرا عقد بودن می‌تواند بیانگر ماهیت اقاله باشد. ولی، تعریف مزبور باز هم از ایراد مصون نیست، زیرا فسخ بودن (به معنی اثر اقاله) از یک طرف و بیع بودن یا عقد بودن از طرف دیگر تناسبی با یکدیگر ندارند. اولی بیانگر اثر اقاله و دومی نشانگر ماهیت آن است. به علاوه، عقد بودن و فسخ بودن منافاتی با یکدیگر ندارند و ممکن است در امر واحد به دو اعتبار موجود باشند، زیرا عقد بودن یا نبودن به ماهیت اقاله برمی‌گردد، در حالی که فسخ بودن اثر آن است و اقاله می‌تواند از نظر ماهیت عقد باشد و از حیث اثر فسخ. از این رو، شایسته بود فقیهان امامیه در تحلیل ماهیت اقاله از خود پرسند که در اقاله چه عملی رخ می‌دهد که منجر به فسخ عقد می‌گردد؟ آیا اقاله یک عمل حقوقی دو طرفه و عقد محسوب می‌شود یا ایقاع و یا آن که نهادی خاص و مستقل تلقی می‌شود و در تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع نمی‌گنجد.

با این همه، 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 در اثر اقاله بیع جدید و تملیک و تملک جدیدی اتفاق نمی‌افتد، بلکه عقد پیشین فسخ می‌شود و همان مالکیت‌ها باز می‌گردد نه اینکه اقاله از حیث ماهیت فسخ تلقی می‌شود. از همین رو، پس از ذکر فسخ بودن اقاله، افزوده‌اند اقاله بیع نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۸۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۴۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۶؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۶)، زیرا در اقاله طرفین قصد بیع ندارند و تنها می‌خواهند قرارداد سابق را از میان بردارند. علاوه

بر این، اگر اقاله بیع باشد، در بیع سلم قبل از قبض، اقاله نباید راه یابد، چرا که پیامبر اسلام (ص) از بیع مال مورد سلم قبل از قبض نهی نموده است، در حالی که به اجماع فقها اقاله بیع سلم صحیح است. همچنین، در صورت بیع بودن اقاله کم یا زیاد نمودن عوضین با مانعی روبه‌رو نخواهد بود، در حالی که به اجماع فقهای امامیه چنین امری موجب بطلان اقاله می‌گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۲۰۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۲؛ ترحینی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۶۷۷).

۱-۱-۲. عقد بودن اقاله

برخی از فقهای تیزبین که متوجه ایراد شده‌اند، درصدد برآمده‌اند ماهیت اقاله را تبیین نمایند: از این رو، جمعی از فقها به بیان تفاوت فسخ و اقاله پرداخته‌اند، منتها چون در خصوص عقد بودن اقاله مردد بودند، به جای اینکه تحقق اقاله را منوط به «ترازی و توافق» طرفین نمایند، آن را نیازمند «رضای دو طرف» دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۶۷). اما پاره‌ای از آنان خود را از قید این تردید رها کرده و وقوع اقاله را مستلزم ترازی و اتفاق طرفین شمرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۵؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۸۴). با وجود این، هنوز پاره‌ای از فقها از نام‌گذاری صریح عقد بر اقاله خودداری می‌کنند و حتی به پیروی از پیشینیان اقاله را فسخ می‌دانند، ولی در تحلیل‌های خود ناچار می‌شوند «عقد اقاله» را به کار برند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۴). در نهایت، عده‌ای دیگر پا را از این نیز فراتر نهاده و به صراحت اقاله را عقد اعلام می‌کنند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۰؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۱۰؛ خلخالی، ۱۴۲۷، ص ۱۸۶؛ همدانی، ۱۴۲۰، ص 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 «أوفوا بالعقود» 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، ج ۱۸، ص ۳۲۰). علاوه بر تصریح عده‌ای از فقها، قرآینی نیز وجود دارد که عقد بودن اقاله در فقه شیعه را تأیید می‌کند: به عنوان مثال، بسیاری از فقها برای تحقق اقاله، ایجاب و قبول را لازم دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۸۳۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۵۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۶) و لزوم ایجاب و قبول نیز اختصاص به عقود دارد. همچنین، عده‌ای از آنان به صراحت اقاله فضولی را پذیرفته‌اند (فقعی، ۱۴۱۸، ص ۱۲۵) و از آنجا که اکثر فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که

نظریه فضولی در ایقاعات جریان ندارد، خود می تواند نشانگر آن باشد که از نظر این دسته از فقها، اقاله عقد است. به علاوه، همانطور که خواهد آمد، برخی از فقها شرط ضمن اقاله را می پذیرند که این امر نیز قرینه بر عقد بودن اقاله است.

اما از حیث اثر، اقاله را باید فسخ (انحلال) عقد سابق دانست، زیرا در اثر آن عقد پیشین منحل می شود و آثار به جا مانده از آن از حین تحقق اقاله به گذشته بازمی گردد. از این رو، هر یک از عوضین به همراه منافع متصل به مالک پیشین بازمی گردد و منافع منفصل در ملکیت مالک باقی می ماند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۴۶).

تفکیک بین ماهیت و اثر اقاله از کلام برخی از متأخران نیز برداشت می شود. به عنوان مثال، مرحوم خوانساری اقاله را فسخ عقد به رضای طرفین دانسته و بر این باور است که اقاله تنها با تراضی طرفین و انشاء آنها با هم محقق می شود (خوانساری، بی تا ص ۴۰۸-۴۰۹). مرحوم سیدمحمد کاظم طباطبایی یزدی نیز اقاله را فسخ عقد دانسته است که از طریق عقد مصطلح نیز می تواند حاصل شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۱). از این تحلیل بر می آید که در نظر این دو محقق بزرگ و تیزبین اقاله از حیث ماهیت عقد است، گرچه اثر آن فسخ عقد پیشین است. آیت الله روحانی نیز پس از آنکه اقاله را از عقود می شمرد، آن را در حق متعاملین و ورثه آنها فسخ می داند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۱) و از اینجا معلوم می شود که ایشان نیز بین ماهیت و اثر اقاله تفاوت گذارده است. با این همه، به نظر می رسد تحول آرام دیدگاهها در فقه امامیه در خصوص طبیعت اقاله همچنان ادامه داشته باشد و انتظار می رود در آینده ذهن تیزبین فقیهان به این سمت گرایش پیدا کند که اقاله خود می تواند یکی از عقود معین باشد.

۱-۲. ماهیت اقاله در حقوق ایران

ماده ۲۸۳ قانون مدنی بدون اشاره به ماهیت اقاله، به امکان اقاله قرارداد به تراضی طرفین بسنده کرده است و آن را تفاسخ یا فسخ دو جانبه معرفی نموده است. حقوقدانان کشورمان نیز در مورد ماهیت اقاله به توافق نرسیده اند: پاره ای عقد بودن اقاله را منکر شده و در مقابل، مشهور آن را عقد دانسته اند که با ارائه نظریه ی عقد معین بودن آن تحول دیدگاهها کامل خواهد شد.

۱-۲-۱. عقد نبودن اقاله

برخی از حقوقدانان عقد بودن اقاله را انکار کرده و معتقدند: اگرچه تحقق اقاله نیاز به رضایت طرفین و وجود قصد انشاء دارد و قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۱ برای تحقق عقد، وجود قصد انشا به شرط مقرون به چیزی را که دلالت بر آن کند، کافی دانسته است، ولی به چند دلیل نمی‌توان اقاله را عقد دانست:

نخست آنکه نویسندگان قانون مدنی اقاله را در ردیف وفای به عهد، ابرا، تهاتر و سایر اسباب سقوط تعهد آورده‌اند، بدون آن که در مباحث خاص تشکیل، احکام و آثار عقود و قراردادها از 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 دارد، به همین جهت، عده‌ای از فقهای که معتقد به حصری بودن عقود و الگوهای معاملاتی هستند، اقاله را به عنوان یک عقد در ردیف عقود قرار نداده‌اند. سوم آنکه غیرمنطقی به نظر می‌رسد یک عمل حقوقی که موضوع آن همیشه زایل ساختن عقد و آثار آن است و منحصرأ 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 آن می‌یابد که نمی‌توان آن را بین انواع عقود و قراردادهاى مختلف دریافت.

به همین دلایل، نمی‌توان اقاله را یک عقد به معنای خاص آن دانست و تمام شرایط و احکام کلی عقد را به آن تسری داد، بلکه باید برای آن ماهیت حقوقی خاصی شناخت که آثار و شرایط و احکام آن به طور خاص در مبحثی مخصوص بیان شده و در موارد سکوت قانونگذار به کمک اصول و قواعد کلی حقوقی استنباط نمود (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۴؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، صص ۱۵۶-۱۵۷).

در مقام ارزیابی نظر مذکور باید گفت که اگر منظور استاد فقید حقوق مدنی مبنی بر اینکه اقاله یک نهاد خاص است، این باشد که اقاله قرارداد نیست، همانطور که بر آن تصریح نیز کرده است، باید از آن چشم پوشید، زیرا تعریف عقد بر اقاله نیز صدق می‌کند و همانطور که گفته شد، سیر تحول طبیعت اقاله در حقوق اسلام نیز بدانجا رسیده است که اقاله را عقد محسوب کنند. به علاوه، صرف قرار گرفتن اقاله در ردیف اسباب سقوط تعهدات مانع از عقد بودن آن نمی‌شود، چنانکه تبدیل تعهد نیز در همان فصل آمده و کسی در قراردادی بودن آن تردیدی ندارد. همچنین، شرایط اساسی صحت قراردادها در اقاله نیز جاری می‌شود. چنانکه که بسیاری از فقها و نویسندگان حقوقی بر لزوم ایجاب و قبول و تراضی طرفین و اهلیت آنان سخن گفته‌اند. تنها بحث در خصوص موضوع

اقاله است که با وجود اینکه در سایر قراردادها مورد معامله عین معین باید حین عقد موجود باشد (ماده ۳۶۱ قانون مدنی)، در اقاله تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست (ماده ۲۸۶ قانون مدنی). در این زمینه نیز گفته شده است: طبق ماده ۲۸۵ قانون مذکور موضوع اقاله عقد است، نه موضوع آن عقد. بنابراین، طبیعی است که تلف یکی از دو موضوع معامله مانع صحت اقاله نباشد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۶۲). به علاوه، همانطور که خواهد آمد، احکام و آثار عمومی قراردادها در اقاله نیز اعمال می‌گردد و حتی اگر نظر بر گزیده مقبول نیفتد و استثنائی نیز وجود داشته باشد، به دلیل طبیعت اقاله است و با قراردادی دانستن ماهیت آن منافات ندارد.

اما اگر مقصود از اینکه اقاله نهاد خاص است، این باشد که اقاله قراردادی است با ویژگی‌ها و مقتضای خاص خود، در خصوص سایر عقود نیز این امر صدق می‌کند، زیرا اصولاً تفکیک عقود به جهت آن است که قراردادها مقتضای ویژه خود را دارا هستند. اگر هم مراد این است که اقاله نه عقد است و نه ایقاع و در تقسیم مزبور نمی‌گنجد، ادعایی است که باید اثبات شود، زیرا در فقه امامیه و حقوق ایران هر عمل حقوقی یا عقد است یا ایقاع و قسم سومی وجود ندارد. بنابراین، عقد نبودن اقاله و نهاد خاص بودن نهاد مزبور قابل پذیرش نیست.

۱-۲-۲. عقد بودن اقاله

مشهور نویسندگان حقوق مدنی اقاله را به طور کلی عقد می‌دانند، هر چند از حیث استدلال به یک راه نرفته‌اند: پس، پاره‌ای اقاله را طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل نموده‌اند (افتخاری، ۱۳۸۲، ص 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 دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۲۴۹؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶، ص ۲۲۴). یکی از نویسندگان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص ۱۴۷-۱۴۶) نیز معتقد است عقد بیع از عقود آنی است و پس از انعقاد و در زمان اقاله دیگر وجودی ندارد که بخواهد منحل شود و بر این اساس، بر بازگشت مالکیت‌ها تأکید نموده و در تعریف اقاله می‌نویسند: «اقاله عقدی است متضمن اعاده مالکیت دو مالک بر اساس تملیک به تملیکی که قبلاً صورت گرفته است».

برخی دیگر از استادان 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 پاینده به

آن می‌نماید، حکم به عقد بودن اقاله داده‌اند. البته طبق این نظر، اقاله به‌طور کامل تابع قواعد عمومی قراردادها نیست و طبیعت آن ایجاب می‌نماید که قواعد خاص خود را داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ج ۵، صص ۲۱-۲۰).

در مقام ارزیابی نظریه عقد بودن اقاله، باید گفت اقاله مسلماً یک عمل حقوقی است، زیرا هم ایجاد اقاله و هم آثار آن تابع اراده طرفین است. همچنین، گرچه اقاله نیازمند تراضی طرفین است، اما در خصوص این که اقاله عقد است یا خیر، نخست باید تعریف عقد مشخص و سپس تعریف مزبور با اقاله تطبیق داده شود.

اگر عقد عبارت از توافق اراده‌ها جهت ایجاد یک ماهیت حقوقی یا اعتبار حقوقی باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۳۹)، 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، ج ۱، ص ۲۱؛ صفایی، ۱۳۸۹، ص ۲۰؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰، ص ۴۰)، اقاله نیز عقد است، زیرا انحلال و فسخ نیز، در کنار تملیک و تعهد و اذن، اثر حقوقی محسوب می‌شود. 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 داراست. به ویژه آن که 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.

حتی می‌توان گفت که آنچه که طرفین اراده می‌کنند و به وجود می‌آورند، آثار قرارداد است و ماهیات حقوقی یا اعتبارات حقوقی بعداً در نتیجه تطبیق اثر مورد تراضی طرفین با حکم قانون مشخص می‌شود. به همین دلیل، اگر اثر مورد تراضی طرفین دارای الگوی پیش‌ساخته در قانون نباشد، آن اثر طبق اصل آزادی قراردادها معتبر است، حتی اگر قانون برای آن اثر ماهیت خاص یا قالب مشخصی پیش‌بینی نکرده باشد. با این تعریف از عقد، باید گفت که اقاله نیز عقد محسوب می‌شود.

از نتایج عقد دانستن اقاله این است که علاوه بر لزوم قصد و رضا و اهلیت، اقاله اکراهی و فضولی غیرنافذ و اقاله مبتنی بر اشتباه یا با جهت نامشروع باطل است. همچنین موضوع اقاله که عبارت است از عقد سابق، باید معلوم و معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ج ۵، صص ۲۸-۲۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۶ که حکم به جریان فضولی در اقاله داده است). از این رو، آنان که اقاله را عقد نمی‌دانند، حکم

به بطلان اقاله فضولی و اکراهی داده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۵). حال سؤالی که باقی می‌ماند و پاسخ بدان ضرورت دارد، این است که آیا اقاله عقد معین است یا خیر که در ذیل بدان پرداخته می‌شود.

۱-۲-۳. عقد معین بودن اقاله

برای تشخیص اینکه اقاله عقد معین است یا آنچنان که برخی گفته‌اند عقد نامعین و تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است، ابتدا باید تعریف عقد معین روشن شود. در تعریف عقد معین گفته شده است: عقد معین، عقدی است که دارای نام، شرایط، احکام و آثار خاص باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۵). اما به نظر می‌رسد این تعریف تمام حقیقت را در بر ندارد، زیرا آنچه که باعث تمایز عقود معین از یکدیگر می‌شود، اقتضا و اثر اصلی عقد است، نه صرف وجود احکام و آثار مختلف. اگر صرف وجود احکام و آثار خاص باعث تمایز عقود معین شود، فروش آپارتمان ساخته نشده نیز باید عقد معین و مستقل باشد، در حالی که قرارداد مزبور ببع مال آینده است (شعبانی کندسری، ۱۳۹۲، صص ۱۴۲-۸۱). همین طور، معامله سلم یا صرف نیز احکام و آثار خاص دارد، ولی کسی آنها را عقد معین و مستقل از ببع نمی‌داند، زیرا اثر و مقتضای اصلی آنها کاملاً یکسان است. بنابراین، در تعریف عقد معین می‌توان گفت: عقدی است که دارای نام مشخص، احکام خاص و اقتضای خاص باشد (ره‌پیک، ۱۳۸۷، صص ۱۴۸-۱۴۶؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰، صص ۵۵-۵۳).

با این توصیف، به نظر می‌رسد که اقاله نیز عقد معین است، زیرا هم دارای نام مشخص است، یعنی اقاله یا تفاسخ؛ هم احکام خاص دارد، از جمله حکم ماده ۲۸۶ قانون مدنی در خصوص تلف یکی از عوضین قبل از اقاله، امکان یا عدم امکان: کم یا زیاد نمودن عوضین، اقاله به غیر جنس، شروط ضمن اقاله، اقاله اقاله و فسخ اقاله (برای ملاحظه احکام مربوطه در حقوق ایران ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، صص ۱۲-۱۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۱۱۷-۱۲۰ و ۱۲۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، صص ۵۵-۵۶ و در فقه امامیه ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۳؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۴ و در حقوق انگلیس ر.ک: Guest, 1997, p. 1228)؛ هم مقتضای خاص دارد و آن عبارت از فسخ عقد سابق با توافق طرفین آن است (ره‌پیک، ۱۳۹۰، صص ۲۳۰-۲۲۸). به عبارت دیگر، توافق طرفین مبنی بر انحلال عقد پیشین تنها در نتیجه عقد اقاله حاصل می‌شود و با عقد دیگر نمی‌توان به چنین هدفی دست یافت. در نتیجه، اقاله خود عقد معین است و از این رو، نظر فقهای که اقاله را از عقود مصطلح نمی‌دانند، در صورتی که منظور آنها این باشد که خود اقاله عقد معین و مصطلح نیست، قابل انتقاد است.

۲. ماهیت اقاله در حقوق خارجی

به منظور بررسی ماهیت اقاله در نظام‌های حقوقی خارجی و مقایسه آن با حقوق ایران، حقوق انگلستان به عنوان عضو بزرگ خانواده کامن‌لا و حقوق فرانسه به عنوان مهم‌ترین کشور خانواده رومی رژمنی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲-۱. ماهیت اقاله در حقوق انگلیس

امکان اقاله قرارداد در حقوق انگلستان با قاعده معروف «همان اراده‌هایی که عقد را منعقد کرده اند، می‌توانند آن را بر هم زنند»، بیان شده است (Cheshire, "Eodem modo quo oritur eodem modo": 1991, p. 557, Fife & Furmston). به این معنا که طرفین قرارداد همان‌گونه که می‌توانند ابتدا توافق به تشکیل قرارداد کنند، به طور کاملاً معتبری نیز می‌توانند توافق به اقاله آن نمایند (Hamblin, 1982, p. 102). اقاله در حقوق این کشور ذیل مبحث «انتهای قرارداد» مطرح می‌شود و نویسندگان انگلیسی پنج سبب را به عنوان اسباب سقوط قرارداد نام برده‌اند که شامل اجرای کامل قرارداد، توافق طرفین، نقض قرارداد، عدم امکان اجرای آن و سقوط قرارداد به موجب حکم قانون است (Slapper & Kelly, 2010, p. 653; Douglas, 1997, p. 239; Padfield, 2002, p. 152). (Discharge by agreement) به این معناست که همان توافقی که قرارداد را به وجود می‌آورد، می‌تواند آن قرارداد منعقد شده را از میان بردارد. البته توافق مذکور انواع گوناگونی دارد (Chartrand, 1997, p. 63):

الف) توافق مبنی بر اینکه طرفین قرارداد در اثر عدم اجرای تعهد از طرف مقابل شکایت نکنند. البته این حالت باید ناظر به حالتی باشد که هیچ یک از طرفین تعهد خود را انجام نداده است. از این حالت به اعراض یا اسقاط حق شکایت از نقض تعهد (Waiver) یاد می‌شود.

ب) نوعی دیگر از توافق ناظر به حالتی است که در آن نوعی تبدیل تعهد صورت می‌گیرد و در اثر آن قرارداد سابق از میان می‌رود که خود می‌تواند به دو صورت باشد: نخست آن که قرارداد جدیدی تنظیم شود و نوعی تبدیل تعهد به معنای حقیقی آن (Novation) صورت گیرد و دیگر آن که در مواقعی که یک طرف قرارداد تعهد خود را انجام داده است، طرفین توافق کنند قرارداد را از میان بردارند که در این حالت، طرفی که تعهد به کاری داشته و آن را انجام داده است و در اثر توافق ثانوی قصد برهم زدن قرارداد را دارد، در ازای کار انجام شده آن شخص امر دیگری (به عنوان مثال

مال معین دیگری) را قبول نماید. این حالت را توافق و ایفاء (Accord and satisfaction) نام گذاری می کنند (Padfield, 2002, p. 152).

ج) فرض سوم ناظر به حالتی است که طرفین توافق می کنند قرارداد در اثر حادثه خاص از میان برود (Fisk, 1955, p. 114). این حالت نیز، همانند فروض سابق، با معنای اصطلاحی اقاله تفاوت دارد. د) حالت دیگری که یکی از اشکال خاتمه قرارداد به وسیله توافق طرفین محسوب می شود، این است که دو طرف، قرارداد سابق را به طور دو جانبه فسخ نمایند (Con & Paul, 1939, p. 285). این توافق را که قرارداد جدید می دانند، می تواند قبل یا بعد از اجرای تعهدات صورت گیرد، نسبت به بخشی از قرارداد باشد یا تمام آن (The free dictionary by farlex, Legal-Dictionarythe, free dictionary.com). با وجود این، برخی از نویسندگان چنین حالتی را تنها ناظر به موردی دانسته اند که دو طرف تعهدات خود را اجرا کرده یا هیچ یک به مفاد قرارداد عمل نکرده باشد که در این حالت فسخ دو جانبه ممکن خواهد بود (Guest, 1997, p. 1226) و بعضی دیگر فسخ دو جانبه را در فرضی که یکی از طرفین به تعهد خود عمل نموده باشد نیز امکان پذیر می دانند (Jones, 1994, p. 158 & 159).

هیچ گونه تردیدی وجود ندارد که فسخ دو جانبه قرارداد در حقوق انگلستان از حیث ماهیت نوعی توافق محسوب می شود و بین نویسندگان حقوقی از این جهت اختلافی مشاهده نمی شود و تحت عنوان همان قاعده معروف که توافق به انحلال است، مورد شناسایی قرار گرفته است (Salmond & Williams, 1945, p. 484).

۲-۲. ماهیت اقاله در حقوق فرانسه

هرچند ماده ۲۶۴ قانون مدنی ایران اقاله را یکی از اسباب سقوط تعهدات به شمار آورده، اما این شیوه مورد انتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفته است، زیرا اقاله وسیله انحلال و فسخ قرارداد است و به تبع این اثر اصلی است که گاه سبب سقوط تعهد می شود. در حقیقت، اقاله به طور مستقیم سبب سقوط منشأ تعهد که قرارداد است می شود، نه سبب سقوط خود تعهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، صص ۱۴-۱۵؛ شهیدی، ۱۳۸۶، صص ۱۸-۱۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۳۲). اما در حقوق فرانسه قانون مدنی به درستی اقاله را در زمره اسباب سقوط تعهد نیآورده و در ماده ۱۲۳۴ که در مقام بیان اسباب سقوط تعهدات است، نامی از اقاله نمی برد و بیان می دارد: «تعهدات به یکی از طرق زیر ساقط می شود: به وسیله پرداخت

(وفای به عهد)؛ به وسیله تبدیل تعهد؛ به وسیله ابراء؛ به وسیله تهاتر؛ به وسیله مالکیت مافی الذمه؛ به وسیله تلف مورد تعهد؛ به وسیله بطلان یا فسخ؛ به وسیله اثر شرط فاسخ؛ به وسیله مرور زمان».

در حقیقت، قانونگذار فرانسوی به طبیعت اقاله پی برده و آن را به عنوان یکی از اسباب انحلال و فسخ قراردادها برشمرده است. ماده ۱۱۳۴ قانون مذکور در بیان اثر تعهدات مقرر می‌دارد: «قراردادهایی که بر طبق قانون ایجاد شده‌اند، برای کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در حکم قانونند. آنها فقط با توافق طرفین یا به علل قانونی قابل فسخ هستند...». بر همین اساس برخی از حقوقدانان فرانسوی مبحث سقوط تعهدات را از اسباب سقوط و انحلال قراردادها جدا کرده و اقاله را به عنوان یکی از اسباب سقوط قراردادها دانسته و در مبحث اخیر مورد بحث قرار داده‌اند (De La Morandier, 1962, p. 553).

همانگونه که در ماده فوق ملاحظه می‌شود، یکی از طرق فسخ قرارداد، توافق و رضایت دو جانبه (Consentement mutuel) طرفین آن است. این توافق دو جانبه مبنی بر فسخ قرارداد، که در حقوق ایران اقاله نامیده می‌شود، به اعتقاد بسیاری از صاحب‌نظران حقوق مدنی فرانسه ماهیت قراردادی دارد، زیرا با توجه به شیوه استعمال کلمات «توافق» و «دو جانبه» در ماده ۱۱۳۴، جای هیچ‌گونه تردیدی باقی نمی‌ماند که این نهاد قطعاً عقدی از عقود بی‌نام (Contrat inommé) است (De La Morandier 1962, p. 552; Marty et Reyaud, 1989, p. 428; Mazeaud, 1965, p. 335). در نتیجه، می‌توان گفت که در حقوق فرانسه نیز اقاله طبیعت قراردادی دارد.

نتیجه‌گیری

مطالعه ماهیت اقاله در فقه اهل سنت نشان می‌دهد که برخی آن را بیع و گروهی فسخ و جمعی نیز نسبت به طرفین فسخ و در حق اشخاص ثالث بیع دانسته‌اند. با وجود این، بیع بودن اقاله با قصد طرفین سازگاری ندارد و فسخ نیز ماهیت آن را بیان نمی‌کند. البته پاره‌ای از فقهای عامه وقوع اقاله را منوط به رضای طرفین دانسته و برخی نیز از این فراتر رفته و به صراحت تحقق آن را مستلزم ایجاب و قبول و تراضی دو طرف بر شمرده‌اند. دیدگاهی که به نظریه عقد بودن اقاله نزدیک می‌شود، ولی هیچ‌یک از آنان به صراحت از آن نام نبرده‌اند.

بررسی سیر تحول ماهیت اقاله در فقه امامیه بیانگر آن است که فقیهان شیعی در ابتدا اقاله را فسخ عقد می‌شمردند. ولی به تدریج به لزوم رضای دو طرف در انعقاد آن متمایل شده‌اند. پس از آن،

پاره‌ای از لزوم تراضی و توافق طرفین در تحقق آن نام می‌برند و در نهایت، برخی از آنان از موضع فقهای اهل سنت نیز فراتر رفته و به صراحت اقاله را عقد اعلام می‌کنند، گرچه از حیث اثر اقاله را باید فسخ عقد سابق دانست. منتها بعضی از فقیهان شیعی اقاله را عقد مصطلح نمی‌دانند. این گفته اگر بدین معنا باشد که اقاله هیچ یک از عقود مصطلح و معین نیست، متین است. ولی اگر مقصود این باشد که اقاله خود عقد معین نیست، قابل ایراد می‌نماید و انتظار می‌رود روند تحول دیدگاه‌ها در فقه امامیه به سمت عقد بودن اقاله گرایش یابد.

در حقوق ایران نیز پاره‌ای از نویسندگان اقاله را عقد نمی‌شمرند. در مقابل، بسیاری از حقوقدانان به عقد بودن آن نظر داده‌اند. در هر حال، وجود تراضی و قصد انشای دو طرف خود دلیل واضح و روشنی است که نشان می‌دهد اقاله یک عقد و قرارداد است و با ماده ۱۹۱ قانون مدنی انطباق کامل دارد. به عبارت دیگر، هر چند اقاله معامله جدیدی نیست و در آن تملیک جدید رخ نمی‌دهد، اما به یقین با وجود اقاله وضعیت و اثر جدیدی در عالم حقوق ایجاد می‌شود که منشأ آن قرارداد اقاله است. به ویژه، در مواردی که مال موضوع قرارداد سابق تلف شده یا موضوع آن اجرا شده است، این اثر ظهور بیشتری دارد. همچنین، اقاله گاه سبب تملیک جدید می‌شود و آن زمانی است که به دلایلی به مال مورد معامله دسترسی نباشد و بدل آن داده شود. در این صورت، برخلاف بدل حیلوله، این مال به طور قطعی به ملکیت طرف مقابل در می‌آید و موجب تملیک جدید می‌شود. با وجود این، حتی اگر اقاله متضمن تملیک جدید نباشد، در عقد بودن اقاله نباید تردید کرد، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که اراده فقط توان ایجاد ماهیات حقوقی یا روابط حقوقی را داشته باشد و آثار قرارداد منحصرأ توسط قانونگذار بر آن بار شود؛ بلکه آثار اصلی قرارداد با اراده طرفین ایجاد می‌شود و قانونگذار اثر مورد تراضی طرفین را بر عقد مورد نظر بار می‌کند و وجود پاره‌ای از احکام امری موجب نمی‌شود که نقش اراده در ایجاد آثار حقوقی به طور کامل نادیده گرفته شود. حتی باید بر این باور بود که آنچه دو طرف اراده می‌کنند و به وجود می‌آورند، آثار قرارداد است و ماهیات حقوقی یا روابط حقوقی بعداً در نتیجه تطبیق اثر مورد تراضی طرفین با حکم قانون مشخص می‌شود. به علاوه، تعریف عقد معین بر اقاله صدق می‌کند و به نظر می‌رسد مقصد نهایی تحولات را باید عقد معین بودن اقاله دانست.

در حقوق انگلیس، اقاله صرفاً توافق شمرده شده و مشمول عنوان عقد قرار نمی‌گیرد. اما، در حقوق فرانسه به نظریه عقد بودن اقاله عقد رسیده‌اند، ولی اساتید حقوق مدنی آن را عقد نامعین

شمرده‌اند. این دیدگاه در حقوق این کشور قابل دفاع است، زیرا اقاله در حقوق فرانسه عنوان، احکام و آثار مستقل ندارد و تابع قواعد عمومی قراردادهاست.

فهرست منابع

فارسی

- افتخاری، جواد (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و حقوق تعهدات**، ج ۱، تهران: میزان.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و قراردادها**، ج ۲، تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه**، ج ۱، تهران: گنج دانش.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی: عقود معین (۱)**، اول، تهران: خرسندی.
- _____ (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی: حقوق قراردادها**، اول، تهران: خرسندی.
- شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۲)، **وثیقه شناور در حقوق انگیس و تحلیل آن در مبانی حقوق ایران و فقه امامیه**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی**، ج ۱: **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ج ۷، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی**، ج ۵: **سقوط تعهدات**، ج ۸، تهران: مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲: **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، تهران: میزان.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸)، **حقوق مدنی**، ج ۲، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات**، ج ۵، تهران: میزان.
- _____ (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی، ایقاع: نظریه عمومی - ایقاع معین**، ج ۴، تهران: میزان.
- _____ (۱۳۸۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱: **انعقاد و اعتبار قرارداد**، ج ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵: **انحلال قرارداد**، ج ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.

عربی

- ابن الهمام (الحنفی السیواسی)، کمال الدین محمد (۱۳۱۶)، **فتح القدیر**، ۲۴ جزء، ج ۱۵، قاهره: مطبعه الامریه.
- ابن حزم اندلسی، أبو محمد علی بن احمد (بی‌تا)، **المحلی**، ج ۹، بی‌جا: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ابن عابدین، محمدامین (۱۴۲۱)، **حاشیه رد المختار علی الدر المختار**، ج ۵، بیروت: دار الفکر.

- ابن قدامه (المقدسی)، عبد الرحمن (۱۴۰۵)، **المغنی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ج ۴، الأولى، بیروت: دار الفکر.
- _____ (بی تا)، **الشرح الكبير**، ج ۴، بی جا: بی نا.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- الأصححی المدنی، مالک بن أنس (بی تا)، **المدونة الكبرى**، ج ۴، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹)، **الإجارة**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- این نجیم الحنفی، زین الدین (بی تا)، **بحر الرائق فی شرح کنز الدقائق**، ج ۶، بیروت: دار المعرفة.
- البابریتی، محمد محمود (بی تا)، **العناية شرح الهدایه**، ج ۹، بیروت: دار الفکر.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، **الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة**، ج ۲۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بحرانی، حسین (بی تا)، **الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، ج ۱۲، ج ۱، قم: مجمع البحوث العلمیة.
- بحرانی، محمد (۱۴۲۸)، **فقه المصارف و النقود**، ج ۱، قم: مکتبه فدک.
- برهان الدین مازہ، محمود بن احمد (بی تا)، **المحیط البرهانی فی فقه النعمانی**، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- بهجت، محمد تقی (۱۴۲۳)، **وسيلة النجاة**، ج ۲، قم: انتشارات شفق.
- البهوتی، منصور بن یونس بن إدريس (۱۹۹۶)، **شرح منتهی الإرادات**، ج ۲، بیروت: عالم الکتب.
- البهوتی، منصور بن یونس (۱۴۱۸)، **کشاف القناع عن متن القناع**، ج ۳، الأولى، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- ترحینی، سید محمدحسین (۱۴۲۷)، **الزبدة الفقهیة**، ج ۴، ج ۴، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- التسولی، أبو الحسن علی بن عبد السلام (۱۴۱۸)، **البيهجه فی شرح التحفه**، ج ۲، الأولى، بیروت: دار الکتب العلمیة.
- الحجاوی، شرف الدین موسی بن أحمد (بی تا)، **الإقناع فی فقه الإمام احمد بن حنبل**، ج ۲، بیروت: دار المعرفة.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، **شرائع الإسلام**، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰)، **تحریر الاحکام**، ج ۲، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- _____ (۱۴۱۴)، **تذکره الفقها**، ج ۱۲، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵)، **الجامع للشرائع**، ج ۱، قم: مؤسسه سید الشهداء.
- الحنفی الحصکفی، محمد بن علی (۱۳۸۶)، **الدر المختار**، ج ۵، بیروت: دار الفکر.
- حیدر، علی (بی تا)، **درر الحکام شرح مجلة الاحکام**، بیروت: دارالکتب العلمیة.
- الخرشی، أبی عبدالله (بی تا)، **شرح مختصر خلیل**، ج ۵، بیروت: دار الفکر للطباعة.
- خلخالی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷)، **فقه الشیعة - کتاب الإجارة**، ج ۱، تهران: مرکز فرهنگي انتشارات منیر.
- خوانساری، محمد (بی تا)، **الحاشیة الثانية علی المکاسب**، ج ۱، بی جا: بی نا.

- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، **مصباح الفقاهه (المکاسب)**، محمدعلی توحیدی، ج ۲ و ۶، قم: مدینه‌العلم.
- _____ (۱۴۱۳)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ج ۲۸، قم: مدینه‌العلم.
- رافعی، عبد‌الکریم (بی‌تا)، **فتح‌العزیز شرح‌الوجیز (معروف بشرح‌الکبیر للرافعی)**، ج ۸، بیروت: دارالفکر.
- روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲)، **فقه‌الصادق (ع)**، ج ۱۸، ج ۱، قم: دارالکتاب.
- الزبیدی، ابوبکر بن علی (بی‌تا)، **الجواهره‌النیره فی شرح‌مختصر‌القدوری**، ج ۲، بی‌جا: بی‌نا.
- الزحیلی، وهب‌أ. د. (۱۹۸۹)، **الفقه‌الاسلامی و ادلته**، ج ۴، ج ۳، دمشق: دارالفکر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهذب‌الاحکام**، ج ۱۸، ج ۴، قم: دفتر آیه‌الله سبزواری.
- السمرقندی، علاء‌الدین (۱۴۰۵)، **تحفه‌الفقهاء**، ج ۲، بیروت: دارالکتب‌العلمیه.
- السیواسی، کمال‌الدین محمد (بی‌تا)، **شرح‌فتح‌القدیر**، ج ۶، بیروت: دارالفکر.
- السیوطی‌الرحیبانی، مصطفی (۱۹۶۱)، **مطالب‌اولی‌النهی فی شرح‌غایه‌المنتهی**، ج ۳، دمشق: المکتب‌الاسلامی.
- السیوطی، عبدالرحمن (۱۴۰۳)، **الأشباه و النظائر**، بیروت: دارالکتب‌العلمیه.
- شافعی، ابو‌عبدالله محمد بن ادريس (۱۳۹۳)، **الأهم**، ج ۳، بیروت: دارالمعرفه.
- الشنقیطی، محمد بن محمد (بی‌تا)، **شرح‌زاد‌المستقنع**، ج ۴۱۷، جزء ۳، ج ۱۶۰، بی‌جا: بی‌نا.
- الشیخ‌نظام و جماعه من علماء‌الهند (۱۴۱۱)، **الفتاوی‌الهندیه فی مذهب‌الإمام‌الأعظم‌أبی‌حنیفه‌النعمان**، ج ۳، بیروت: دارالفکر.
- طباطبایی‌یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵)، **سؤال و جواب**، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- طباطبایی‌قمی، سید تقی (۱۴۲۶)، **مبانی‌منهاج‌الصالحین**، ج ۸، ج ۱، قم: منشورات قلم‌الشرق.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۲۲)، **مجمع‌البیان**، ج ۳، قم: مدرسین حوزه‌علمیه.
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۱)، **الخلاف**، ج ۳، ج ۱، قم: انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۳۸۷)، **المبسوط فی الفقه‌امامیه**، ج ۲، ج ۳، تهران: المکتبه‌المرتضویه‌لاحیاء‌الانار‌الجعفریه.
- _____ (۱۴۰۷)، **تهذیب‌الأحکام**، ج ۶، ج ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- عاملی (حر)، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، **وسایل‌الشیعه**، ج ۳۱، جلد ۱۷، ج ۱۸ و ۲۱، ج ۲، قم: نشر موسسه آل‌البيت.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰)، **الروضه‌البهیة (المحشی - کلانتر)**، ج ۳، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۱۳)، **مسالك‌الافهام**، ج ۳، ج ۱، قم: موسسه‌المعارف‌الاسلامیه.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، **جامع‌المقاصد**، ج ۴، ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
- عاملی، سید جواد (۱۴۱۴)، **مفتاح‌الکرامه**، ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عراقی، آقازویه‌الدین علی (۱۴۱۴)، **شرح‌تبصره‌المتعلمین**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- الغنیمی‌الدمشقی، عبد‌الغنی (بی‌تا)، **اللباب فی شرح‌الکتاب**، ج ۱، بی‌جا: دارالکتاب‌العربی.

- فقحانی، علی بن علی (۱۴۱۸)، **الدر المنضود**، ج ۱، قم: مکتبه امام العصر (عج).
- الکاسانی الحنفی، علاء الدین ابی بکر (۱۴۰۹)، **بدايع الصنایع فی ترتیب الشرایع**، ج ۵، پاکستان: مکتبه الحبیبه.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹)، **تحریر المجله**، ج ۱، ج ۱، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.
- کلینی، محمد (۱۴۲۹)، **الکافی**، ج ۱۰، ج ۱، قم: دار الحدیث للطباعه و النشر.
- مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷)، **العناوین الفقهیه**، ج ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- المرادوی، علاء الدین أبو الحسن (۱۴۱۹)، **الإنصاف**، ج ۴، الطبعة الأولى، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- المرغیانی، أبی الحسن (بی تا)، **الهدایه شرح البدایه المبتدی**، ج ۳، مکتبه الإسلامیه، بیروت: دار الأحیاء التراثی.
- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱)، **فقه الإمام الصادق (ع)**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه انصاریان.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱)، **کتاب البیع**، ج ۱، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴)، **جواهر الکلام**، ج ۲۴، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷)، **عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام**، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- النمر القرطبی، أبو عمر یوسف (۲۰۰۰)، **استذکار**، ج ۶، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- النووی، أبو زکریا محیی الدین (بی تا)، **المجموع شرح المهذب**، ج ۱۳، بی جا، بی نا.
- _____ (۱۴۰۵)، **روضه الطالبین و عمدہ المتقین**، ج ۳، بیروت: مکتب الاسلامی.
- وزاره الأوقاف و الشؤون الإسلامی (من ۱۴۰۴ - ۱۴۲۷)، **الموسوعه الفقهیه الكويتیه**، ج ۵، کویت: الطبعة الثانية، دارالسلاسل.
- همدانی، آقارضا (۱۴۲۰)، **حاشیه کتاب المكاسب**، ج ۱، قم: جناب مؤلف.

منابع لاتین (انگلیسی و فرانسوی)

- Chartrand, Marcella, Millar, Catherine & Wiltshire, Edward (1997), **English for Contract and Company law**, London, Sweet and Maxwell.
- Cheshire, Geoffrey, Fifoot, Cecil & Furmstom (1991), **The Law of Contract**, Butterworths, London.
- Con, way & Paul. R (1939), **Outling of the Law of Contracts**, Harmon Publications, scnd edition, Newyork.
- De La Morandier (1962), **Droit Civil: les Obligations**, 4^{ème}, sirey, Paris.
- Douglas, Whitman (1997), **Legal Studies in Business**, New York, West Publishing Company.
- Fisk, McKee (1955), **Applied Business Law**, South-Western Publishing Company, seventh edition.
- Guest, A. G. (1997), **Chitty on Contract**, twenty-third edition, Sweet and Maxell,.
- Hamblin, C. (1982), **Introduction to Commercial Law**, second edition, Sweet and Maxwell, London.
- Marty, Gabriel et Reyaud, Fierre (1989), **Droit Civil: les Obligations**, 2^{ém}, sirey, Paris.
- Mazeaud, Jean (1965), **les Obligations**, 5^{ème}, Montchrestien, Paris.

- Padfield, C. F. (2002), **Law Made Simple**, London, eleventh edition.
- Salmond, John & Williams, James (1945), **Principles of the Contract**, Seweet and Maxwell , second edition, London.
- Slapper, Gary & Kelly, David (2010), **English law**, London and New York, Routledge-Cavendish, third edition.
- The free dictionary by farlex, Legal-Dictionary the, free dictionary.com.