

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 دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۳. دانشجوی دکترای 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 می‌باشد 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، نویسنده‌گان قانون مدنی مبحث اقاله را به طور اجمال و به اختصار برگزار 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؟ راه حل 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 توансه‌اند از آن بهره بجوینند؟ پاسخ به سوال‌های 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، اهليت آنان و مباحث مربوط به موضوع و جهت قرارداد را در اقاله نیز باید جاری کرد. همچنین، احکام و آثار آن باید 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 مذکور، 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. منتهایاً با توجه به تأثیر عقاید فقیهان اهل سنت بر اظهارنظر 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

فقهای مالکی معتقدند اقاله بیع جدید است، زیرا مبیع به همان نحوی که از ملکیت باع 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 (الأصحابي المدنی، بی تا، ج ۴، ص ۲۲۳؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۴، ص ۲۱؛ الخرشی، بی تا، ج ۵، ص ۱۶۶؛ وہی الرحلی، ۱۹۸۹، ج ۴، ص ۶۵۲؛ وزاره الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۴۰۴-۱۴۲۷، 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 متعدد باشد، به عنوان مثال اقاله قبل از قبض مبیع واقع شود، به نظر وی اقاله فسخ است و هرگاه فسخ قرار دادن آن نیز ممکن نباشد، مثلاً مبیع 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 نجم، بی تا، ج ۶، ص ۱۱۱؛ البابرتی، بی تا، ج ۹، ص ۲۲۸؛ المرغیانی، بی تا، ج ۳، ص ۵۵؛ برهان الدین مازه، بی تا، ج ۷، ص ۱۱۳؛ وزاره الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۴۰۴-۱۴۲۷، 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؛ ترجیحی، 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.

۱-۱-۲. فسخ بودن اقاله

فقیهان شافعی و حنبی می‌گویند: اقاله فسخ است، چه در حق متعاقدين 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، بی تا، ج ۴، ص ۱۲۱؛ السیوطی، ج ۱، ص ۱۴۰۳؛ النوی، ج ۱، ص ۱۴۰۵؛ الحجاوی، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۳؛ المرداوی، ج ۴، ص ۴۹۳؛ وزاره الأوقاف و الشئون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج ۵؛ و بهبه الزحلی، ۱۹۸۹، ج ۴، ص ۶۵۲؛ ابن قدامه، ج ۱، ص ۳۴۳؛ ابن حزم الاندلسی، بی تا، ج ۹، صص ۲-۶؛ رافعی، بی تا، ج ۸، ص ۳۸۵؛ شافعی، ج ۳، ص ۳۸؛ الشنفیطی، بی تا، ج ۱۶۰، ص ۵؛ این حزم الاندلسی، بی تا، ج ۹، ص ۲۲۸؛ الغنیمی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۵؛ الکاسانی، ج ۵، ص ۳۰۶؛ السمرقندی، ج ۱۴۰۵، ص ۱۱۱؛ السیوطی، بی تا، ج ۶، ص ۶۵۲) از آنجا که اکثر فقهای امامیه نیز اقاله را فسخ دانسته‌اند، انتقادهای وارد به این نظر ذیل بررسی نظر فقهای شیعی بیان می‌شود.

۱-۱-۳. 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 حنبی 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 قضض و بعد از آن تفاوتی قائل نشده است، گرچه طبق روایتی او اقاله قبل از قضض را فسخ و اقاله بعد از آن را بیع شمرده است.

همچنین، در نظر او بین مبيع 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، ص ۱۱۱؛ الزبیدی، بی‌تا، ج، ص ۲۷۹؛ المرغیانی، بی‌تا، ج، ص ۵۵؛ البارتی، بی‌تا، ج، ص ۲۲۸؛ الشیخ نظام، ۱۴۱۱، ج، ص ۶؛ الغنیمی، بی‌تا، ج، ص ۱۲۵؛ برهان الدین مازه، بی‌تا، ج، ص ۷؛ الکاسانی، ۱۴۰۹، ج، ص ۱۱۳؛ ابن عابدین، ج، ص ۱۴۲۱؛ ۱۴۲۷-۱۲۴؛ وزاره الأوقاف و الشئون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج، ص ۵؛ ابن الهمام، ج، ص ۳۲۷؛ ابن الهمام، ج، ص ۱۳۱۶).

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 متعاقدين است. بنابراین، در حق آنها اعمال می‌شود (الزبیدی، بی‌تا، ج، ص ۲؛ وزاره الأوقاف و الشئون الإسلامية، صص ۱۴۲۷-۱۴۰۴، ج، ص ۵).

نقدی که فقهای حنبی و امامیه بر نظر ابوحنیفه وارد دانسته‌اند، این است که آنچه که در حق متعاقدين 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، ص ۱۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج، 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 متعاقدين و خواه در حق اشخاص ثالث و خواه قبل از قبض باشد یا پس از آن و خواه مبيع 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؛ مراجی، 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 ۴۵۲؛ خوبی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۵۲ 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، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۲۴۵). برخی از فقهاء 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 فقهاء 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 زمرة 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 فقهاء 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. فقهاء 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؛ وزاره الأوقاف و الشئون الإسلامية، صص ۱۴۰۴-۱۴۲۷، ج ۵، ص ۳۲۵؛ حیدر، بی‌تا، 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

می شود؟ آیا در اثر تراضی طرفین عقد منحل می گردد یا اقاله از حیث طبیعت همانند اعمال خیارات است و با اراده صاحب آن واقع می شود؟

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 برد باشند، فسخ و بیع از یک سخن 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 ایقاع نباشد. 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 تمیلک 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 ۱، 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 نموده است، در حالی که به اجماع فقهاء 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 فقهاء امامیه چنین امری موجب بطلان اقاله می‌گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۶۷۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۲؛ ترجیحی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۵۵).

۱-۱-۲-۲. عقد بودن اقاله

برخی از فقهاء تیزبین که متوجه ایراد شده‌اند، در صدد برآمده‌اند ماهیت اقاله را تبیین نمایند: از این رو، جمعی از فقهاء به بیان تفاوت فسخ و اقاله پرداخته‌اند، متنها چون در خصوص عقد بودن اقاله مردود بودند، به جای اینکه تحقق اقاله را منوط به «تراضی و توافق» طرفین نمایند، آن را نیازمند «رضای دو طرف» دانسته‌اند (خوبی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۶۷). اما پاره‌ای از آنان خود را از قید این تردید رهانده و موقع اقاله را مستلزم تراضی و اتفاق طرفین شمرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۵؛ مراجی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۸۴). با وجود این، هنوز پاره‌ای از فقهاء از نام گذاری صریح عقد بر اقاله خودداری می‌کنند و حتی به پیشینیان اقاله را فسخ می‌دانند، ولی در تحلیل‌های خود ناچار می‌شوند «عقد اقاله» را به کار بزنند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۴). در نهایت، عده‌ای دیگر پا را از این نیز فراتر نهاده و به صراحة 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 موقع 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 فقهاء، قرایینی نیز وجود دارد که عقد بودن اقاله در فقه شیعه را تأیید می‌کند: به عنوان مثال، بسیاری از فقهاء برای تتحقق 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 صراحة اقاله فضولی را پذیرفته‌اند (فقاعی، ۱۴۱۸، ص ۱۲۵) و از آنجا که اکثر فقهاء امامیه بر این عقیده‌اند که

نظریه فضولی در ایقاعات جریان ندارد، خود می‌تواند نشانگر آن باشد که از نظر این دسته از فقهاء، اقاله عقد است. به علاوه، همانطور که خواهد آمد، برخی از فقهاء شرط ضمن اقاله را می‌پذیرند 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 می‌شود و آثار به جا مانده از آن از حین تحقق اقاله به گذشته بازمی‌گردد. از این رو، هر یک از عوضیین به همراه منافع متصل به مالک پیشین بازمی‌گردد و منافع منفصل در ملکیت مالک باقی می‌ماند (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 می‌شود. 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 می‌شود (خوانساری، بی‌تا ص ۴۰۹-۴۰۸). مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی نیز اقاله را فسخ عقد دانسته است که از طریق عقد مصطلح نیز می‌تواند حاصل شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۱). از این تحلیل بر می‌آید 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 می‌شمرد، آن را در حق متعاملین و ورثه آنها فسخ می‌داند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۲۱) و از اینجا معلوم می‌شود که ایشان نیز بین ماهیت و اثر اقاله تفاوت گذارد است.

با این همه، به نظر می‌رسد تحول آرام دیدگاه‌ها در فقه امامیه در خصوص طبیعت اقاله همچنان ادامه داشته باشد و انتظار می‌رود در آینده ذهن تیزبین فقیهان به این سمت گرایش پیدا کند که اقاله خود می‌تواند یکی از عقود معین باشد.

۲-۱. 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 جانبی معرفی نموده است. حقوقدانان کشورمان نیز در مورد ماهیت اقاله به توافق نرسیده‌اند: پاره‌ای عقد بودن اقاله را منکر شده و در مقابل، مشهور آن را عقد دانسته‌اند که با ارائه نظریه‌ی 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 وجود قصد انشاء دارد و قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۱ برای تحقق عقد، وجود قصد انشا به شرط مفرون به چیزی را که دلالت بر آن کند، کافی دانسته است، ولی به چند دلیل نمی‌توان اقاله را عقد دانست:

نخست آنکه نویسنده‌گان قانون مدنی اقاله را در ردیف وفا به عهد، ابراء، 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 فقهایی که معتقد به حصری بودن عقود و الگوهای معاملاتی هستند، اقاله را به عنوان یک عقد در ردیف عقود فرار نداده‌اند. سوم آنکه غیرمنطقی به نظر می‌رسد یک عمل حقوقی که موضوع آن همیشه زایل ساختن عقد و آثار آن است و منحصرآ 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 قراردادهای 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 صحبت قراردادها در اقاله نیز جاری می‌شود. چنانکه که بسیاری از فقهای نویسنده‌گان 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 (ظاهری، 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 برگزیده مقبول نیفت و استثنائی نیز وجود داشته باشد، به دلیل طیعت اقاله است و با قراردادی داتستن 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 قرادادها 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 بودن اقاله و نهاد خاص بودن نهاد مزبور قابل پذیرش نیست.

۲-۲-۱. عقد بودن اقاله

مشهور نویسنده‌گان 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 نویسنده‌گان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص 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 می‌نویسنده: «اقاله عقدی است متضمن اعاده مالکیت دو مالک بر اساس تمیلکی به تمیلکی که قبلًا 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 پاییند 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؛ صفاتی، ۱۳۸۹، ص ۲۰؛ رهیک، 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 خلاقيت اراده به ایجاد ماهیات حقوقی یا روابط حقوقی توجیه قانع کننده ای نداشته باشد، بلکه اراده توان ایجاد آثار حقوقی را نیز دارد. به ویژه آن که آثار اصلی عقد، زایده 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 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 بطایران 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 روش 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 بیع مال آینده است (شعبانی کندسری، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲-۸۱). همین طور، معامله سلم یا صرف نیز احکام و آثار خاص دارد، ولی کسی آنها را عقد معین و مستقل از بیع 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 اقتضا خاص باشد (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ص ۱۴۸-۱۴۶؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰، ص 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، ص ۱۲-۱۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۷-۱۲۰ و ۱۲۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۵۶-۵۵ و درقه امامیه ر.ک: ج، ۵، ص ۱۲-۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۴، ص ۳۵۴؛ طباطبایی بزدی، 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، ص 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 این رو، نظر فقهایی که اقاله را از عقود مصطلح نمی‌داند، 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.

۱-۲. 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 برابر هم زنند»، بیان شده است («Eodem modo quo oritur eodem modo»: Cheshire, 1991, p. 557) (Fifoot & Furmston, 1991, p. 557)، 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.). اقاله در حقوق این کشور ذیل مبحث «انتهای قرارداد» مطرح می‌شود و نویسنده‌گان انگلیسی ۱۰۲ 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) (پایان قرارداد به سبب توافق طرفین 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 ا نوع گوناگونی دارد (Chartrand, Millar & Wiltshire, 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 مواقعي 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 می‌کنند (Padfield, 2002, p. 152).

ج) فرض سوم ناظر به حالتی است که طرفین توافق می‌کنند 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 می‌شود، 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 می‌دانند، می‌توانند 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 نویسندهای چنین حالتی را تنها ناظر به موردی دانسته‌اند که دو طرف تعهدات خود را اجرا کرده یا هیچ یک به مقادیر قرارداد عمل نکرده باشد که در این حالت فسخ دو جانبه ممکن خواهد بود (Guest, 1997, p. 1226) و بعض دیگر فسخ دو جانبه را در فرضی که یکی از طرفین به تعهد خود عمل نموده باشد نیز امکان‌پذیر می‌دانند (Jones, 1994, p. 158) (& 159).

هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد که فسخ دو جانبه قرارداد در حقوق انگلستان از حیث ماهیت نوعی توافق محسوب می‌شود و بین نویسندهای چنان حقوقی از این جهت اختلافی مشاهده نمی‌شود و تحت عنوان همان قاعده معروف که توافق به انحلال است، مورد شناسایی قرار گرفته است (Salmond, 1945, p. 484).

۲- ماهیت اقاله در حقوق فرانسه

هر چند 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 می‌شود. در حقیقت، اقاله به طور مستقیم سبب سقوط منشاء تعهد که قرارداد است می‌شود، 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 زمرة اسباب سقوط تعهد نیاورده و در ماده ۱۲۳۴ که در مقام بیان اسباب سقوط تعهدات است، نامی از اقاله نمی‌برد و بیان می‌دارد: «تعهدات به یکی از طرق زیر ساقط می‌شود: به وسیله پرداخت

(وفای به عهد)؛ به وسیله تبدیل تعهد؛ به وسیله ابراء؛ به وسیله تهاوت؛ 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 تعدادات 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 mutual) 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 Reaud, 1989, p. 428; Mazeaud, 1965, p. 335).

گفت که در حقوق فرانسه نیز اقاله طبیعت قراردادی دارد.

نتیجه گیری

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 صراحة تحقیق آن را مستلزم ایجاب و قبول و تراضی دو طرف بر شمرده‌اند. دیدگاهی که به نظریه عقد بودن اقاله نزدیک می‌شود، ولی هیچ یک از آنان به صراحة 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، متن 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 نویسنده‌گان 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 اनطباق کامل دارد. به عارت دیگر، هر چند اقاله معامله جدیدی نیست و در آن تمیک 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 تمیک 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 حیله، این مال به طور قطعی به ملکیت طرف مقابل در می‌آید و موجب تمیک جدید می‌شود. با وجود این، حتی اگر اقاله متضمن تمیک 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 منحصرًا 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 مقصود 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، محمد جعفر (۱۳۸۱)، **فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصلت عمل: تئوری موازن**، ج ۱، تهران: گنج داش.
- رهیک، حسن (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی: عقود معین** (۱)، اول، تهران: خرسندي.
- _____ (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی: حقوق قراردادها**، اول، تهران: خرسندي.
- شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۲)، **وثیقه شناور در حقوق انتگیس 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.
- صفائی، سیدحسین (۱۳۸۹)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۲: **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۴، تهران: میزان.
- ظاهری، حبیب الله (۱۴۱۸)، **حقوق مدنی**، 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

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

- ابن قدامه (المقدسي)، عبد الرحمن (١٤٠٥)، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ج ٤، الأولى، بيروت: دار الفكر.
- _____ (بيتا)، **الشرح الكبير**، ج ٤، بي جا: بي نا.
- اردبلي، احمد بن محمد (١٤٠٣)، **مجمع الفائدة و البرهان**، ج ٩، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- الأصحابي المدنى، مالك بن أنس (بيتا)، **المدونة الكبرى**، ج ٤، بيروت: دار الكتب العلمية.
- اصفهاني، محمد حسين (١٤٠٩)، **الإجارة**، ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- اين نجيم الحنفى، زين الدين (بيتا)، **بحر الرائق في شرح كنز الدقائق**، ج ٦، بيروت: دار المعرفة.
- البابرتى، محمد محمود (بيتا)، **العنایہ شرح الهدایہ**، ج ٩، بيروت: دار الفكر.
- بحرانی، يوسف (١٤٠٥)، **الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة**، ج ٢٠، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
- بحرانی، حسين (بيتا)، **الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع**، ج ١٢، ج ١، قم: مجمع البحث العلمية.
- بحرانی، محمد (١٤٢٨)، **فقه المصارف و النقود**، ج ١، قم: مكتبة فدك.
- برهان الدين مازه، محمود بن احمد (بيتا)، **المحيط البرهانی في فقه النعمانی**، ج ٧، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- بهجت، محمد تقى (١٤٢٣)، **وسيلة النجاة**، ج ٢، قم: انتشارات شفق.
- البهوتى، منصور بن يونس بن إدريس (١٩٩٦)، **شرح متهى الإرادات**، ج ٢، بيروت: عالم الكتب.
- البهوتى، منصوربن يونس (١٤١٨)، **كشف القناع عن متن القناع**، ج ٣، الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ترجينى، سيد محمدحسين (١٤٢٧)، **الزبدة الفقهيّة**، ج ٤، ج ٤، قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- السولوى، أبو الحسن على بن عبد السلام (١٤١٨)، **البهجه في شرح التحفة**، ج ٢، الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الحجاجوى، شرف الدين موسى بن أحمد (بيتا)، **الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل**، ج ٢، بيروت: دار المعرفة.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (١٤٠٨)، **شائع الإسلام**، ج ٢، ج ٢، قم: مؤسسه اسماعيليان.
- حلی (علامه)، حسن بن يوسف (١٤٢٠)، **تحرير الأحكام**، ج ٢، ج ١، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- _____ (١٤١٤)، **ذكره الفقهاء**، ج ١٢، ج ١، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، يحيى بن سعيد (١٤٠٥)، **الجامع للشرع**، ج ١، قم: مؤسسة سيد الشهداء.
- الحنفى الحصکفى، محمد بن على (١٣٨٦)، **الدر المختار**، ج ٥، بيروت: دار الفكر.
- حیدر، علی (بيتا)، **دور الحكم شرح مجلة الأحكام**، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الخرشى، أبي عبدالله (بيتا)، **شرح مختصر خليل**، ج ٥، بيروت: دار الفكر للطباعة.
- خلخلالى، سيدمحمد مهدى (١٤٢٧)، **فقه الشيعة - كتاب الإجارة**، ج ١، تهران: مرکز فرهنگی انتشارات میر.
- خوانساری، محمد (بيتا)، **الحاشية الثانية على المكاسب**، ج ١، بي جا: بي نا.

- خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، **مصباح الفقاہه (المکاسب)**، محمد علی توحیدی، ج ۲ و ۶، قم: مدینة العلم.
- _____ (۱۴۱۳)، **منهج الصالحين**، ج ۲، ج ۲۸، قم: مدینه العلم.
- رافعی، عبدالکریم (بی‌تا)، **فتح العزیز شرح الوجیز (معروف بشرح الكبير للرافعی)**، ج ۸، بیروت: دارالفکر.
- روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲)، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱، قم: دار الكتاب.
- الزبیدی، ابوبکر بن علی (بی‌تا)، **الجوهره النیره فی شرح مختصر القدوی**، ج ۲، بی‌جا: بی‌نا.
- الزحیلی، وهب‌آ. د. (۱۹۸۹)، **الفقه الاسلامی و ادله**، ج ۴، ج ۳، دمشق: دار الفکر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهدب الاحکام**، ج ۱۸، ج ۴، قم: دفتر آیه الله سبزواری.
- السمرقندی، علاء الدین (۱۴۰۵)، **تحفه الفقها**، ج ۲، بیروت: دار الكتب العلمية.
- السیواسی، کمال الدین محمد (بی‌تا)، **شرح فتح القدیر**، ج ۶، بیروت: دار الفکر.
- السیوطی الرحیمانی، مصطفی (۱۹۶۱)، **مطالب اولی النهی فی شرح غایه المنتهی**، ج ۳، دمشق: المکتب الاسلامی.
- السیوطی، عبدالرحمن (۱۴۰۳)، **الأشیاء و النظایر**، بیروت: دار الكتب العلمية.
- شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادريس (۱۳۹۳)، **الأم**، ج ۳، بیروت: دار المعرفة.
- الشنقطی، محمد بن محمد (بی‌تا)، **شرح زاد المستقنع**، ج ۴۱۷، ج ۱۶۰، بی‌جا: بی‌نا.
- الشیخ نظام و جماعة من علماء الهند (۱۴۱۱)، **الفتاوى الهندیة فی مذهب الإمام الأعظم أبي حنیفة النعمان**، ج ۳، بیروت: دار الفکر.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵)، **سؤال و جواب**، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۲۶)، **مبانی منهاج الصالحين**، ج ۸، ج ۱، قم: منشورات قلم الشرق.
- طرسی، فضل بن حسن (۱۴۲۲)، **مجموع البيان**، ج ۳، قم: مدرسین حوزه علمیه.
- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۱)، **الخلاف**، ج ۳، ج ۱، قم: انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۳۸۷)، **المبسوط فی الفقه امامیه**، ج ۲، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه.
- _____ (۱۴۰۷)، **تهذیب الأحكام**، ج ۶، ج ۴، تهران: دار الكتب الإسلامية.
- عاملی (حر)، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، **وسائل الشیعه**، جلد ۳۱، ج ۱۸، ج ۱۷ و ۲۱، ج ۲، قم: نشر موسه آل البيت.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۰)، **الروضه البهیه (المحتسی - کلانتر)**، ج ۳، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۱۳)، **مسالک الافهام**، ج ۳، ج ۱، قم: موسسه المعارف الإسلامية.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، **جامع المقاصد**، ج ۴، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- عاملی، سید جواد (۱۴۱۴)، **مقتاح الکرامه**، ج ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عراقی، آقضیاء الدين علی (۱۴۱۴)، **شرح تبصرة المتعلمين**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- الغنیمی الدمشقی، عبد الغنی (بی‌تا)، **اللباب فی شرح الكتاب**، ج ۱، بی‌جا: دار الكتاب العربي.

- فقعنی، علی بن علی (۱۴۱۸)، **الدر المنضود**، ج ۱، قم: مکتبه امام العصر (عج).
- الكاسانی الحنفی، علاء الدین ابی بکر (۱۴۰۹)، **بدایع الصنایع فی ترقیب الشایع**، ج ۵، پاکستان: مکتبه الحسینیه.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹)، **تحریر المجلة**، ج ۱، ج ۱، نجف اشرف: المکتبة المرتضویة.
- کلینی، محمد (۱۴۲۹)، **الكافی**، ج ۱۰، ج ۱، قم: دارالحدیث للطباعة و النشر.
- مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷)، **العناوین الفقهیة**، ج ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- المرداوی، علاء الدین أبو الحسن (۱۴۱۹)، **الإنصاف**، ج ۴، الطبعه الأولى، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
- المرغیانی، أبی الحسن (بی تا)، **الهدایه شرح البدایه المبتدی**، ج ۳، مکتبه الإسلامیه، بیروت: دار الأحیا التراثی.
- مغنية، محمد جواد (۱۴۲۱)، **فقه الإمام الصادق (ع)**، ج ۳، ج ۲، قم: مؤسسه انصاریان.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱)، **كتاب البيع**، ج ۱، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴)، **جوواهر الكلام**، ج ۲۴، ج ۷، بیروت: دار احیا التراث العربي.
- نراقی، احمد (۱۴۱۷)، **عوائد الأيام فی بيان قواعد الأحكام**، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- النمر القرطبی، أبو عمر یوسف (۲۰۰۰)، **استذکار**، ج ۶، بیروت: دار الكتب العلمیة.
- النووى، أبو زکریا محی الدین (بی تا)، **المجموع شرح المهدب**، ج ۱۳، بی جا، بی نا.
- _____ (۱۴۰۵)، **روضه الطالبین و عمده المتنیین**، ج ۳، بیروت: مکتب الاسلامی.
- وزاره الأوقاف و الشؤون الإسلامية (من ۱۴۰۴ - ۱۴۲۷)، **الموسوعه الفقهیه الكويtie**، ج ۵، کویت: الطبعه الثانیة، دارالسلاسل.
- همدانی، آقارضا (۱۴۲۰)، **حاشیه کتاب المکاسب**، 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, scond 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^{ème}, 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**, Sweet 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.