



پوهنتون سلام

پوهنځی شریعت و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

معینیت امور علمی

## اقاله از دید گاه فقه و قانون مدنی افغانستان

رساله ماستری

محصل : عبدالجلیل " واحدیار "

استاد راهنما: دکتور نجیب الله " صالح "

سال 1399 هـ ش. و 1441 هـ ق



پوهنتون سلام  
پوهنځی شرعیات و قانون  
پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
معینیت امور علمی

# اقله از دید گاه فقه و قانون مدنی افغانستان

رساله ماستری

محصل: عبدالجلیل " واحدیار "

استاد راهنما: دکتور نجیب الله " صالح "

سال ۱۳۹۹ ه.ش. و ۱۴۴۱ ه.ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

د پیاوړتیا د فقه و قانون

د بورډ ماسټرۍ

## تصدیق نامه

محترم عبدالجلیل ولد عبدالصیر ID: 98-592-SH-MSF محصل دور هفتم فقه و قانون  
 که رساله ماسټرۍ خویش را زیر عنوان: اقاله از دیدگاه فقه و قانون مدنی افغانستان  
 به روز چهارم ۱۳۹۰ هـ ش تاریخ ۲۰۰۱/۰۴/۱۴ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس  
 بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۰ (نمره به عدد) هشتاد پونجا (نمره به حروف) گردید،  
 موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	دکتور نجیب الله صالح	استاد رهنا و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... آمر بورډ ماسټرۍ

## اهداء

برای کسیکه در رابطه به تربیت سالم من از آغاز کودکی تا کنون زحمت کشیده است ،  
پدر عزیزم و ثانیاً برای استادان معظم که در راستای تعلیم و تدریس، من از ابتدای صنوف  
درسی مدرسه و اکنون در مرحله ماستری از هیچ نوع تلاش دریغ نورزیده اند، و برای انانیکه  
جان های شریف خود را در راه دفاع از دین و وطن قربانی کرده اند و برای بازمانده گان شان  
که با وجود مشکلات فراوانی که دارند بخاطر امرار زندگی مبارزه می کنند و کسانیکه  
در راستای تربیت سالم نسل جوان مان تلاش می کنند و برای همه کسانیکه در قسمت  
زمینه سازی محل تدریس و تربیه اسلامی همکاری وسیعی نموده و می نمایند اهداء می  
نمایم، از الله متعال برای همه شان سعادت دنیا و آخرت را خواهانم.

عبدالجلیل واحدیار

## سپاسگزاری

نخست از همه شکرگزاری الله متعال را می نمایم که توفیق تحریر رساله هذمه را برایم عنایت فرمود، وهمچنان از رهبری وزارت تحصیلات عالی جمهوری اسلامی افغانستان، واز تمامی مسولین بورد ماستری ورهبری محترم پوهنتون سلام که زمینه وشرائط تحصیل را در برنامه ماستری آماده نموده اند واز اساتید محترم پوهنتون سلام بطور عمومی تشکری می نمایم که درخصوص تدریس معیاری همکاری همه جانبه نموده اند،خصوصا از استاد محترم دکتور نجیب الله صالح ابراز امتنان می نمایم ، که اشراف تحریر رساله هذمه را قبول نمودند و در راستای تکمیل این رساله با بنده همکاری وراهنمای همه جانبه نموده ، وازهیچ نوع همکاری وراهنمای دراین خصوص دریغ ننموده است سپاسگزاری می نمایم.

## خلاصه بحث

یکی از فضائل اخلاقی تجارت، که عمل به آن محیط بازار و کسب و کار را به محیطی سالم برای کسب تجارت تبدیل می‌سازد، در دین مقدس اسلام برای انجام اقاله ترغیب داده شده است، فقهای کرام (رحمهم الله) در جواز اقاله به ثمن اولی اتفاق نظر دارند، اما در کیفیت اقاله که فسخ است و یا عقد جدید، اختلاف نظر دارند، نزد امام ابوحنیفه رحمه الله اقاله در حق عاقدین فسخ و در حق شخص ثالث عقد جدید شمرده میشود، اما نزد جمهور فقهاء اقاله فسخ است، زمانیکه اقاله انجام شد آثار مرتبه برآن اعاده میباید به بائن و ثمن برای مشتری میباشد، اقاله چنانچه با الفاظ صریح صورت میگیرد، با تعاطی نیز جواز دارد، و می‌تواند ضمنی، یا معاطاتی باشد، لازم و یا غیر لازم باشد، برای انعقاد وصحت اقاله، ارکان و شرایط نیز ضروری است، در صورت فقدان رکنی از ارکان، اقاله باطل خواهد بود، و در صورت عدم موجودیت شرایط صحت اقاله، فاسد میباشد، اختیارات در اقاله در صورت مطرح بحث است، که بیع و یا بیع جدید تلقی شود، اقاله در عقود معاوضه مانند بیع و اجاره بیشتر کاربرد دارد، و در صورتی که اقاله را بیع فرض کنیم، مفاد آن ثبوت شفع، و منع رجوع و اهب از هبه میباشد، تعدادی از عقود غیر معاوض و لازمی است که قابل اقاله نیست، مانند عقد نکاح، وقف و غیره، بنابراین اقاله نماد تسامح در شریعت اسلامی است، و بخاطر جلوگیری از اضرار طرفین عقد، مشروع گردیده است.

و قانون مدنی افغانستان نیز در رابطه به اقاله احکامی را تسجیل نموده است که در ماده (۷۴۷) حق اقاله ای عقد انجام شده را برای طرفین عقد داده است، و در ماده (۷۴۸) اقاله را در حق طرفین عقد فسخ دانسته و در حق شخص سوم عقد جدید تلقی نموده است، که باتوجه به آن قانونگذار از مذهب امام ابوحنیفه رحمه الله تبعیت نموده است، بناء انجام اقاله بر عقد صحیح و لازم جاری میشود، و در فقه و قانون مدنی مشروع و جائز میباشد.

ومن الله التوفيق

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، منتشره جریده رسمی (سال ۱۳۵۵ مواد ۷۴۷ و ۷۴۸ چاپ مطبعه صنعتی احمد



## فهرست موضوعات

عنوان.....	صفحه
مقدمه.....	۱
الف: اهمیت تحقیق.....	۱
ب: اسباب اختیار موضوع.....	۳
ت: پیشینه ای تحقیق.....	۴
ث: اهداف تحقیق.....	۵
ج: سوالات تحقیق.....	۶
ح: روش تحقیق.....	۸
خ : ساختار تحقیق.....	۹
فصل اول: مفاهیم و کلیات.....	۱۴
مبحث اول: مفهوم اقاله.....	۱۵
مطلب اول: اقاله در لغت و اصطلاح.....	۱۵
فرع اول: اقاله در لغت.....	۱۵
فرع دوم: اقاله در اصطلاح:.....	۱۶
مطلب دوم: مفهوم اقاله در قانون مدنی:.....	۲۰
مطلب سوم: الفاظ مرتبط به اقاله.....	۲۲
فرع اول: الفاظی که در شکل و مفهوم کلی به اقاله مرتبط است.....	۲۲
فرع دوم : الفاظیکه در شکل به اقاله مرتبط است (بطلان، رد معامله و رجوع).....	۲۴

- فرع سوم: فرق اقاله با فسخ وانفساخ در فقه وقانون مدنی : ۲۵ .....
- مطلب سوم: مشروعیت اقاله وحکمت آن ۳۰ .....
- فرع اول: دلایل مشروعیت اقاله: ۳۰ .....
- فرع دوم: حکمت مشروعیت اقاله..... ۳۷ .....
- فرع سوم: اهمیت وارزش شرعی اقاله..... ۴۰ .....
- مطلب چهارم: حکم تکلیفی اقاله ..... ۴۱ .....
- مبحث دوم: انواع اقاله در فقه وقانون مدنی ..... ۴۳.....
- مطلب اول: انواع اقاله به اعتبار صحت وعدم آن در فقه وقانون مدنی..... ۴۳ .....
- فرع اول: اقاله صحیح وانواع آن در فقه وقانون مدنی ..... ۴۳ .....
- مطلب دوم: اقاله کلی وجزئی در فقه وقانون مدنی..... ۴۸ .....
- مطلب سوم: اقاله صریحی وضمنی در فقه وقانون ..... ۵۲ .....
- مطلب چهارم: اقاله بانکی وعقد الکترونیکی در فقه وقانون مدنی ..... ۵۴ .....
- فرع اول: اقاله بانکی در فقه وقانون مدنی: ..... ۵۴ .....
- فرع دوم: اقاله عقد الکترونیکی در فقه وقانون مدنی ..... ۶۳ .....
- مبحث سوم: ارکان وشرائط صحت اقاله در فقه وقانون مدنی ..... ۸۰.....
- مطلب اول: ارکان اقاله در فقه وقانون مدنی..... ۸۰ .....
- مطلب دوم: انجام اقاله به لفظ غیر اقاله ( بیع، صلح ، تعاطی ، کتابت و اشاره) ..... ۸۵ .....
- مطلب سوم: شرائط صحت اقاله در فقه وقانون مدنی..... ۹۵ .....
- مبحث چهارم: کیفیت اقاله در فقه وقانون مدنی ..... ۱۰۳.....

- مطلب اول: اقاله درحق متعاقدين، فسخ ودرحق غيرآنها عقدجديد است ..... ۱۰۳
- مطلب دوم: اقاله عقدى جديد است..... ۱۰۶.....
- مطلب سوم: اقاله عقدى، فسخ است ..... ۱۰۸
- مطلب چهارم: نظرقانون مدنى درمورد ..... ۱۱۰
- مطلب پنجم:، اختلاف اقاله كندگان در ايجاد وكيفيت اقاله درفقه وقانون مدنى..... ۱۱۱.....
- مطلب ششم: مفاد اقاله اگر بيع باشد..... ۱۱۵.....
- فصل دوم:عقودى قابل اقاله، تطبيقات واحكام اقاله در فقه وقانون مدنى..... ۱۲۲.....
- مبحث اول:عقودى قابل اقاله وتطبيقات آن در فقه وقانون مدنى..... ۱۲۴.....
- مطلب اول: اقاله بيع در فقه وقانون مدنى ..... ۱۲۲.....
- مطلب دوم:اقاله عقد اجاره درفقه وقانون مدنى ..... ۱۲۵.....
- مطلب سوم:اقاله عقد شركت درفقه وقانون مدنى: ..... ۱۳۰
- مطلب چهارم: اقاله عقد هبه درفقه وقانون مدنى. .... ۱۴۳
- مبحث دوم:احكام اقاله در فقه وقانون مدنى ..... ۱۵۲.....
- مطلب اول: حكم اقاله درثبوت شفع... .. ۱۵۲.....
- مطلب دوم : حق اقاله درفقه وقانون ..... ۱۵۵
- مطلب سوم:حكم رجوع ازاقاله درفقه وقانون مدنى ..... ۱۵۶
- مطلب چهارم، حكم جريان خيارات دراقاله درفقه وقانونى مدنى افغانستان ..... ۱۵۹
- فرع اول: حكم جريان خيار عيب دراقاله درفقه وقانون مدنى:..... ۱۶۱
- فرع دوم: حكم جريان خيارغبين دراقاله درفقه وقانون مدنى: ..... ۱۶۷

۱۷۲	.....	فرع سوم، حکم جریان خيارتدليس در اقاله در فقه و قانون مدنی
۱۷۷	.....	فرع چهارم: حکم جریان خيار شرط در اقاله در فقه و قانون مدنی
۱۸۱	.....	فرع پنجم: حکم جریان خيار تخلف شرط در اقاله در فقه و قانون مدنی:
۱۸۶	.....	فصل سوم: عقود اقاله ناپذير و تطبیقات آن در فقه و قانونی مدنی
۱۸۷	.....	مبحث اول: عقود غير قابل اقاله و تطبیقات آن در فقه و قانون مدنی
۱۸۷	.....	مطلب اول: اقاله عقد نکاح
۱۸۹	.....	مطلب دوم: اقاله ای عقد اقاله و حکم آن
۱۹۱	.....	مطلب سوم: اقاله در عقود غير معاوضه و ایقاعات
۲۰۴	.....	مطلب چهارم: اقاله عقد در صورت هلاک، زیادت و نقصان در مبیعه در فقه و قانون مدنی
۲۱۰	.....	مبحث دوم: اقاله ای برخی اعمالی حقوقی که معامله و عقد نیستند
۲۱۰	.....	مطلب اول: اقاله ای اقرار و اخبار در فقه و قانون مدنی
۲۱۳	.....	مطلب دوم: اقاله عقودیکه لزوم آنها مربوطه به نظم عمومی است
۲۱۴	.....	مطلب سوم: اقاله ای برخی اعمالی حقوقی که با حقوق اشخاص ثالث برخورد می کند
۲۱۵	.....	فهرست آیات قرآنی
۲۱۷	.....	فهرست احادیث نبوی صلی الله علیه وسلم
۲۲۰	.....	اسماء اعلام
۲۲۴	.....	نتیجه گیری
۲۲۶	.....	پیشنهادات
۲۲۸	.....	فهرست منابع

## مقدمه

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

تفقه در دین از جمله بهترین اعمالی است ، که اوقات خویش را برای فراگفتن آن سپری نمایم، زیرا تحصیل علوم اسلامی ، یگانه راهی است که ببنده های الله متعال می توانند، به اساس آن احکام شرعی را ، بیاموزند، و در پرتو آن بین حلال و حرام تمیز بکنند، قسمیکه بالای مسلمان لازم است تا احکام شرعی را بداند، و راه رسیدن به رب خویش را باید بشناسد، این چنین برای وی لازم است تا تعامل خویش را باهم نوع خود، بداند، و احکام شرعی مربوط به این تعاملات را به طور کامل بیاموزد، و چون اقاله ای عقود و معاملات از جمله موضوعاتی است، که فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به آن بحث های نموده اند، مگر در کیفیت آن اختلاف نظر دارند، و همچنان در شرائط کنونی از اثر پیشرفت تکنالوجی معاملات مختلف در بین مسلمان و غیر مسلمان و توسط ابزار ها و وسائل نوین انجام می شود، نیاز است تا در خصوص اقاله نگاشته شود، من مناسب دیدم تا در رابطه به آن، از دید فقه و قانون مدنی بحث نمایم، چون در رابطه به اقاله از دید فقه و قانون مدنی ، کدام بحث مفصلی تاکنون انجام نشده است، تا برای خواننده گان احکام و شرائط اقاله و کیفیت آن در عقود مختلفه واضح گردد.

## الف- اهمیت موضوع

۱- موضوع اقاله دارای اهمیت زیادی است که از قرن ها قبل افراد جامعه به آن متوجه بوده و طبیعتا انسانها در حین انجام معاملات مالی و اقتصادی به آن روبرو شده است البته بنا بر اسباب مختلف، و در رابطه به موضوع فقهای کرام بحث های داشته اما اقاله را بعنوان بحث مختصر و مذهبی و نمود نموده است

۲- نیاز است تا در رابطه به اقاله از دید فقه و قانونی مدنی افغانستان بحث مفصلی صورت گیرد تا برای همه قابل فهم باشد.

۳- با پیشرفت تکنالوجی و وسائل مختلفی که تمامی ممالک را مانند یک اطاق کوچک قرار داده است و روزمره عقود الکترونیکی متعدد با مسلمان و غیر مسلمان از راه و مسیر دور بشکل متفاوت از گذشته ها انجام میشود لازم است تا در رابطه به اقاله چنین عقود و قرارداد ها و احکام ان از دید فقه و قانون به زبان دری و ساده که در دسترس همه قرارگیرد نگاشته شود.

۴- تفکیک میان ارای فقهای کرام، و مشخص ساختن رای راجح و همچنان تشخیص اینکه در قانون مدنی افغانستان کدام یکی از آراء ترجیح داده شده است نیازمندی جامعه کنونی ما میباشد، که در رابطه به اقاله چنین کتابی نگاشته نشده است.

۵- در این رساله موضوع اقاله و آثار مرتبه آن از دید فقه و قانون مدنی افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است. قسماً مقایسه و مقارنه بین آرای فقهای کرام و قانون مدنی انجام شده است و ماهیت حقوقی و فقهی اقاله بطور همه جانبه که در همه موارد کاربرد خواهد داشت بررسی گردیده است، با در نظر داشت موارد فوق جایگاه و اهمیت موضوع واضح می گردد.

#### ب: اسباب اختیار موضوع

موضوع اقاله دارای اهمیت خاصی است و همه روزه در بین افراد جامعه عقود مختلف انجام میشود، که گاهی، طرفین عقد از ادامه ای آن نادم می شوند، و راه نجات از عقد انجام شده، را ندارند، پس این اقاله است که می تواند طرفین را از ادامه آنچه که نمی خواهند نجات بدهد، و اسباب ذیل بنده را جهت اختیار کردن این موضوع جذب و متوجه ساخت تا موضوع اقاله را بعنوان بحث انتخاب نمایم:

۱- در رابطه به حقیقت اقاله از دید فقه و قانون مدنی افغانستان کدام بحثی صورت نگرفته است، خواستم در خصوص موضوع اقاله از نظر فقه و قانونی مدنی افغانستان بنویسم.

۲- فقهای کرام (رحمهم الله) در خصوص اقاله بحث های داشته اند، اما خیلی مختصر و مذهبی بوده و نیاز است تا در رابطه به موضوع کتابی به زبان دری نگاشته شود.

۳- فقهای کرام (رحمهم الله) در جواز و مشروعیت اقاله کدام اختلاف نظر دارند اما در قسمت کیفیت اقاله که فسخ است و یا عقد جدید، اختلاف نظر دارند، که همین اختلاف فقهای کرام (رحمهم الله)، مؤدی به اختلاف در تطبیق آن نیز می گردد، خواستم تا در قسمت اقاله تحقیق نمایم، که ماهیت اقاله و تطبیقات آن برای همه واضح گردد.

۴- در شرائط کنونی و در زمان معاصر، معاملات متعددی بانکی، و از طریق فاصله دور، و وسائل نوین و الکترونیکی در بین افراد جریان دارد، که توأم به آن اقاله نیز انجام میشود، خواستم تا در خصوص تطبیقات اقاله و چگونگی آن در عقود بانکی و الکترونیکی معلومات مفصل حاصل نمایم و برای دیگران نیز موضوع واضح گردد.

#### **ت: پیشینه ای تحقیق**

اقاله از جمله مسائلی است که فقهای کرام در رابطه آن بحث های داشته و در خصوص تکلیف اقاله اختلاف نظر نیز دارند، و در باب اقاله، تعدادی کتابهای به زبان عربی و مقالات متعددی، نیز نگاشته شده است از جمله ۱- الاقاله فی العقود فی الفقه والقانون از عبداللطیف محمد عامر، و الاقاله فی عقد البیع از حامد عبده الفقی، و همچنان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی درسه مقارنه، از محمد احمد بن عبدالرحمن ابو قاذان، و همچنان الاقاله والفسخ فی عقود المعاوضات المالیه فی الفقه الاسلامی از دکتر ابراهیم بن عبدالرحمن العروان و از نظر حقوقی نیز دانشمندان به موضوع اقاله پرداخته اند و در زمینه



دراثنای بحث در خصوص انتهای عقود، مصادر التزام و سقوط تعهدات مانند - حقوق مدنی - سقوط تعهدات، از مهدی شهیدی - اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع از ناصر کاتوزیان و حقوق مدنی: کلیات عقود و حقوق تعهدات، از جواد افتخاری نگاشته شده است، و مقالات متعددی نیز در موضوع اقاله تحریر شده اما به نسبت اینکه در رابطه به موضوع اقاله، ماهیت آن و جریان اقاله در قراردادها و عقود الکترونیکی در پرتو فقه و قانون مدنی افغانستان بطور همه جانبه بالای آن بحث صورت نگرفته است، نیاز است تا در این خصوص - اقاله از مسائلی است، که فقهای کرام در تکلیف یا چگونگی آن اختلاف نظر داشته اند که منجر به اختلاف در تطبیق آن نیز گردیده است، و بخاطر وضاحت چگونگی آن در رابطه به موضوع نیازی به بحث دیده میشود کتابی نگاشته شود، و بحث صورت بگیرد.

### ث: اهداف تحقیق

- ۱- هدف از تحقیق در خصوص عقد اقاله این است که موضوع اقاله و کیفیت آن که فسخ است، یا عقد جدید و یا هم فسخ در حق عاقدین و عقد جدید در حق شخص ثالث است، با در نظر داشت دیدگاه های فقهای کرام رحمهم الله برای واضح گردد.
- ۲- دلائلی را که علماء برای دیدگاه های خویش ارائه نموده است، را بدانم.

۳- چون در خصوص اقاله عقود بانکی و عقود الکترونیکی کدام کتابی به زبان دری، طوریکه از دید فقه و قانون مدنی افغانستان بحث نموده باشد نگاشته نشده است، و موضوع اقاله بانکی و عقود الکترونیکی برای اکثریت مردم واضح نیست، در حالیکه روزمره اقاله در عقود بانکی و الکترونیکی صورت می گیرد، و نیاز جامعه کنونی است، خواستم موضوع اقاله را از دید فقه و قانون مدنی تحقیق نمایم تا اقاله بطور کلی برای همه روشن گردد، و در معاملات روزمره از آن مستفید شوند.

### ج: سوالات تحقیق

در رابطه به موضوع اقاله سوالاتی مطرح گردیده است که در رساله هذمه و در لابلای بحث و بررسی موضوع به جواب آن از دید فقه و قانونی جواب گفته شده است چون عقود و قراردادها در شرائط کنونی که تکنالوجی نیز پیشرفت چشم گیری داشته است و تمام دنیا به مثابه یک قریه کوچک و حتی یک اطاق می ماند لازم است تا تفاوت میان اقاله، بطلان عقد و فسخ آن برای همه روشن گردد و اینکه اقاله در کدام عقود صورت گرفته میتواند تا همه ابهامات که در این قسمت وجود دارد بطور واضح در روشنی فقه و قانون بیان گردد.

### اول: سوالات اصلی

۱- اقاله عقد است یا فسخ عقد و یا ایقاع و سقوط تعهد؟

۲- آیا جریان و وقوع اقاله در تمامی عقود یکسان است یا در قراردادهای عقود الکترونیکی و بانکی تفاوت دارد؟

۳- آیا در ماهیت اقاله از دید فقه و قانون ویا از نظر حقوقی فقه تفاوت است یا خیر؟

۴- آیا اقاله در عصر حاضر عملی می گردد ویا خیر؟

### دوم : سوالات فرعی

۱- جریان کدام نوع اختیارات در اقاله صورت گرفته می تواند؟ شرایط صحت اقاله و ماهیت حقوقی واثاران از دید فقه و قانون یکسان خواهد بوده یا متفاوت؟ اگر اقاله فسخ اعتبار داده شود ویا عقد جدید، در این مورد نیز فقهای کرام اختلاف نظر دارند که مراد عقد از اصل آن است یا در زمان اقاله؟ دلایل آنها کدام اند؟

۲- شرایط و ارکان اقاله ، در عقود سنتی و الکترونیکی چگونه است؟

۲- در رابطه به جواز اقاله فقهای کرام کدام اختلاف نظر دارند اما اختلاف شان در چگونگی اقاله است، اسباب اختلاف و دلایل آن چه است، و اثر مترتب به ان اثر رجعی است ویا چطور؟

### سوم: فرضیه تحقیق

۱- به نظر میرسد، که اقاله متعلق به عقود صحیح و لازم میباشد، و دارای ارکان و شرایط

صحت بخصوص نیز است، اقاله به ثمن اولی جائز بوده، در احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم برانجام آن ترغیب نیز داده شده است.

۲- جریان اقاله در عقود سنتی، و عقود الکترونیکی و بانکی، از لحاظ ابزار و وسائل، متفاوت میباشد، اما از لحاظ ماهیت و اثر مرتبه بر آن، کدام تفاوتی جدی ندارد،

۳- اقاله مختص به عقود معوض بوده، مانند عقد بیع، و در ایقاعات، و عقود جائز جاری نمیشود، و مشروعیت اقاله در فقه اسلامی دلالت به یسر و تسامح در وضع احکام شرعی می نماید، در صورتی که عقد تلقی شود خیار آن نیز در آن جاری خواهد شد،

۴- قانون مدنی افغانستان نیز موضوع اقاله را در باب آثار انحلال عقود، گنجانیده است و احکام و شرایط آنرا بیان داشته است،

### ح: روش تحقیق

در تحریر این رساله، از روش کتابخانه ای استفاده نموده ام، نخست معنای لغوی اصطلاحات را از کتب لغت برگزفتم، و مفاهیم آنرا از کتب فقهی نقل کرده ام،

۲- کوشش نموده ام تا موضوعات را از مصادر اصلی آن بادر نظر داشت، مذاهب فقهی اربعه، نقل کرده ام، و آدرس آنرا در پاورقی نگاشته ام، و همچنان احادیث را از مصادر اصلی آن نقل کرده ام، و تخریح آنرا در پاورقی تذکر داده ام.

۳- در رابطه به هر عنوان نخست از دید فقه بحث نموده ام، و بعدا از دید قانون بررسی نموده ام، و تعریفات و احکام قانون را از متن مواد قانونی نقل کرده، و آدرس آنرا در پا ورقی تذکر داده ام.

۴- کوشش کرده ام تا موضوعات را به زبان ساده تحریر نمایم، تا برای همه قابل فهم باشد، و قسما آرای فقهای کرام (رحمهم الله) را در خصوص اقاله و احکام آن، با احکام قانون مقارنه نموده ام، و در هر مورد رأی راجح را نیز تذکر داده ام.

### خ: ساختار تحقیق

این رساله مشتمل بر یک مقدمه ، سه فصل و یک خاتمه است، که هر فصل با مباحث ، تقسیم شده است و هر مبحث به مطالب تقسیم گردیده است، و مطالب به فرع و در صورت که نیاز به تقسیم بندی فرع بوده به حروف هجا الف و باء، تقسیم گردیده است که ذیلا بطور کوتاه ارائه می گردد، در فصل اول ، اقاله و انواع آن، بررسی گردیده است که مشتمل به سه مبحث میباشد،

مبحث اول: مفهوم اقاله ، که مشتمل بر پنج مطلب است ،

مطلب اول: مفهوم اقاله در لغت و اصطلاح

مطلب دوم: الفاظ مرتبط اقاله

مطلب سوم: مشروعیت اقاله و حکمت آن

مطلب چهارم: حکم تکلیفی اقاله و در

مبحث دوم: انواع اقاله در فقه و قانون مدنی، مورد بحث قرار گرفته است که مشتمل بر

پنج مطلب است،

مطلب اول: انواع اقاله به اعتبار صحت و عدم آن در فقه و قانون مدنی

مطلب دوم: اقاله جزئی و کلی در فقه و قانون مدنی

مطلب سوم: اقاله معلق در فقه و قانون مدنی

مطلب چهارم: اقاله صریحی و ضمنی در فقه و قانون

مطلب پنجم: اقاله بانکی و عقد الکترونیکی در فقه و قانون مدنی، و درمبحث سوم به

چگونگی اقاله مکث شده است، که مشتمل بر شش مطلب میباشد،

مبحث سوم: کیفیت اقاله در فقه و قانون مدنی

مطلب اول: اقاله در حق متعاقدين، فسخ و در حق غیر آنها، عقد جدید است

مطلب دوم: اقاله، عقد جدید است

مطلب سوم: اقاله عقدی، فسخ است

مطلب چهارم: نظر قانون مدنی در مورد

مطلب پنجم: مفاد اقاله اگر بیع باشد، و اثر اختلاف فقهاء در ایجاد و کیفیت اقاله، در فقه و قانون

مدنی

و در مبحث چهارم ارکان و شرایط اقاله پرداخته شده است،

مبحث چهارم: ارکان و شرایط اقاله در فقه و قانون مدنی، که مشتمل به دوم مطلب میباشد،

مطلب اول: ارکان اقاله در فقه و قانون مدنی

مطلب دوم: شرایط صحت اقاله در فقه و قانون مدنی

و در فصل دوم که مشتمل دو مبحث است، عقود اقاله پذیر، تطبیقات و احکام اقاله بررسی

گردیده است

فصل دوم: عقود قابل اقاله، تطبیقات و احکام اقاله در فقه و قانون مدنی

مبحث اول: تطبیقات اقاله در فقه و قانون مدنی و مبحث اول که مشتمل بر دو مطلب است

مطلب اول: اقاله در عقود معاوضه در فقه و قانون مدنی

مطلب دوم: اقاله عقد هبه در فقه و قانون مدنی

مبحث دوم: احکام اقاله در فقه و قانون مدنی، که مشتمل بر چهار مطلب میباشد،

مطلب اول: حکم اقاله در ثبوت شفع در فقه و قانون مدنی

مطلب دوم: مالکیت حق اقاله در فقه و قانون مدنی

مطلب سوم: حکم رجوع از اقاله در فقه و قانون مدنی

مطلب چهارم: حکم جریان خیارات در اقاله در فقه و قانون مدنی

و در فصل سوم، عقود اقاله ناپذیر و تطبیقات آن بحث گردیده است که مشتمل بر دو مبحث است

مبحث اول: عقود اقاله ناپذیر و تطبیقات آن در فقه و قانون مدنی

مطلب اول: اقاله عقدی نکاح

مطلب دوم: اقاله ای عقد اقاله و حکم آن

مطلب سوم: اقاله در عقود غیر معاوضه و ایقاعات

مطلب چهارم: اقاله در صورت هلاک، زیادت و نقصان در مبیعه

مبحث دوم: اقاله برخی اعمالی حقوقی که معامله و عقد نیستند که مشتمل بر دو مطلب است

مطلب اول: اقاله اقرار و اخبار در فقه و قانون مدنی

مطلب دوم: اقاله عقودیکه لزوم آنها منوط به نظم عمومی است

مطلب سوم: اقاله برخی اعمالی حقوقی که به حقوق اشخاص ثالث برخورد می کند



ودراخیر هم نتیجه گیری ، که بعنوان برداشت بنده از بحث انجام شده، ومعلومات عمومی  
ام بطور خلاصه تحریر گردیده است، میباشد، وجادارد که ازاستاد محترم دکتور نجیب الله  
صالح نیز ابراز امتنان وسپاسگزاری نمایم، که در تکمیل بحث متذکره، با بنده همکاری  
همه جانبه نموده اند، الله متعال استاد بزرگوار را سعادت دارین نصیب بگرداند،

## فصل اول

### مفاهیم و کلیات

مبحث اول: مفهوم اقاله

مبحث دوم: انواع اقاله

مبحث سوم: ارکان اقاله

مبحث چهارم: کیفیت اقاله

## مبحث اول

### مفهوم اقاله و انواع آن

#### مطلب اول: مفهوم اقاله

نخست مفهوم لغوی و اصطلاحی اقاله را بطور مختصر بیان می نمایم تا مباحث بعدی برای خواننده به شکل ساده قابل فهم باشد.

فرع اول: اقاله در لغت: لفظ اقاله در لغت مصدر ( أَقَالَ - يُقِيلُ - إِقَالَتًا ) از باب افعال بوده بمعنای ازاله، فسخ، گشودن ، برهم زدن، مسامحه و نادیده گرفتن امری ، بکاربرده شده است چنانچه گفته میشود (أَقَلَّتْهُ الْبَيْعُ إِقَالَةً) که به مفهوم فسخ بیع میباشد،<sup>۱</sup> و اقاله به معنای رفع نیز بکاربرده شده است، چنانچه گفته میشود (أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ) الله متعال ازگناه و لغزش او بگذرد، و اقاله به مفهوم مبادله و چشم پوشی هم آمده است، مانند این قول عربهاکه می گویند (قَائِلَةٌ) ای عاوضه، تبدیل کرد، و (أَقْتَالَ الرَّجُلُ دَابَّتَهُ) ای استبدله (بالغیر) او حیوان خود را بدیگر تبدیل نمود، و لفظ استقاله به معنای طلب اقاله بکاربرده شده است.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> - القیومی ، احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، چاپ اول، دارالکتب العلمیه ، بیروت سال ۱۹۷۸، ص ۶۳۰

<sup>۲</sup> - القیومی ، احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، چاپ اول، دارالکتب العلمیه ، بیروت سال ۱۹۷۸، ص ۶۳۰

بنابراین، اکثر اهل لغت واژه اقاله را مشتق شده از ریشه ( قیل ویا ( قال) ثلاثی ویا رباعی ، وهمچنان اجوف یایی، می دانند، واز جمله در کتاب های مانند( معجم الوسیط، والمصباح)<sup>۱</sup> نیز اقاله را برگرفته شده از ( قیل) میدانند که این منظور نیز به همین نظر است، پس گفته می توانیم که لفظ اقاله از کلمه (قیل) مشتق شده است، ومعنای آن چنانچه قبلاً تذکر داده شد، فسخ، ازاله، برهم زدن، گشودن، چون عقد به معنای گره نمودن بوده، می باشد، و بمعنای رفع واسقاط نیز آمده است، پس گفته میشود که (يَتَقَايَلَانِ الْبَيْعِ) یعنی ( فَسَخًا وَتَتَارَكًا الْبَيْعِ) ، بدین مفهوم که عقد بیع را فسخ کردند، و مبیعه به مالک برگشت نمود و ثمن برای مشتری<sup>۲</sup>، در نتیجه می توانیم بگوییم که اقاله در لغت بمعنای، رفع، ازاله، فسخ، برهم زدن، چشم پوشی از امری می باشد، و بدون شک معنای لغوی در مفهوم اصطلاحی متبازر خواهد بود.

**فرع دوم: اقاله در اصطلاح: فقهاء، (رحمهم الله) در رابطه به تعریف اصطلاحی اقاله**  
 برداشت های متفاوتی داشته و تعریفات متفاوت ارائه کرده اند، که در کتابهای عمده فقهی در باب اقاله به آن پرداخت اند، که ذیلاً بطور تفصیلی ارائه می گردد:

<sup>۱</sup> - مصطفی، ابراهیم والزیات، احمد عبدالقادر، حامد والنجار، محمد، المعجم الوسیط، چاپ دوم، مطبعه مصر، ص ۲۰۰، و القیومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، چاپ اول، دارالکتب العلمیه، بیروت سال ۱۹۷۸، ص ۶۳۰  
<sup>۲</sup> - ابن منظور، جمال الدین محمد ابن مکرم الافریقی، لسان العرب، ج ۱ دارصادر، بیروت، ص ۳۷۵، مصطفی، ابراهیم والزیات، احمد عبدالقادر، حامد والنجار، محمد، المعجم الوسیط، چاپ دوم، مطبعه مصر، ص ۲۰۰، الغنیمی، عبدالغنی دمشقی، الميدانی، اللباب فی شرح الکتاب، چاپ دوم، المکتبه العلمیه، بیروت، سال ۱۹۹۳، ص ۳۱

اول: احناف: فقهای احناف (رحمهم الله) برای اقاله دونوع تعریف بیان نموده اند:

۱- اقاله بمعنای عام که عبارت است (الاقاله رفع العقد)<sup>۱</sup> بدین معنا که عقد جنس است، شامل هر نوع عقد می گردد، و کلمه (عقد) قید است، تمامی آنچه که عقد نیست، از این تعریف خارج میشود.

۲- اقاله بمعنای خاص، که صاحب درالمختار آنرا نقل کرده است، وازاقاله بمعنای خاص چنین تعریف ارائه نموده است (أن الاقاله رفع البيع)<sup>۲</sup> یعنی اقاله رفع، وبرهم زدن بیع است، که دراین تعریف کلمه (رفع) واضافت آن به بیع، جنس بوده وکلمه (بیع) ماسوای بیع را خارج میسازد وبعنوان قید تلقی میشود.

دوم: شوافع: فقهای شوافع (رحمهم الله) اقاله را چنین تعریف نموده اند: (رفع العقد المالي بوجه مخصوص)<sup>۳</sup> اقاله عبارت از رفع عقد مالی است بطریقه مخصوص، پس دراین تعریف کلمه رفع شامل عقد وغیرآن میشود، وکلمه (مال) صفت برای عقد خواهد بود، وچنین دانست میشود که مراد از عقد همان عقدی است که مال درمقابل مال قرار بگیرد، مانند عقد بیع، یا عقد برمنفعت، مانند اجاره.

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، چاپ دوم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سال ۱۹۶۶، ج پنجم، ص ۱۱۹

<sup>۲</sup> - ابن عابدین، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج ۵، چاپ دوم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سال ۱۹۶۶، ص ۱۱۹

<sup>۳</sup> - البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع، ج سوم، دارالفكر للطباعة والنشر، بيروت، سال ۱۹۸۲، ص ۲۴۸

**سوم: مالکیها:** فقهای مالکی (رحمهم الله)، اقاله را چنین تعریف نموده اند: (ترک المبیع لبائعه بئمن) اقاله عبارت از ترک کردن مبیعه برای بائع، در بدل ثمن است، ۱ که در این صورت کلمه (ترک) در تعریف متذکره جنس است، و تمامی ترک کردن، را شامل میشود، ودلالت به جواز اقاله قبل از قبض و یا بعد از قبض می نماید، پس نزد مالکیها اقاله به ترک مبیعه از جانب بائع صورت می گیرد که مستلزم اعاده ثمن برای مشتری نیز میباشد.

**چهارم: حنابله:** فقهای حنابله (رحمهم الله)، اقاله را چنین تعریف کرده اند: (الأقاله فسخ العقد ورفع له من اصله) یعنی اقاله عبارت از فسخ عقد، و برداشتن عقد از اصل آن است، ۲ و دکتور زحیلی حفظه الله در رابطه به اقاله تذکر داده است که اقاله بمفهوم رفع عقد میباشد، ۳ با توجه به تعریفات فوق الذکر چنین دانسته میشود، که احناف و شوافع (رحمهم الله) از اقاله برداشت و تعبیر رفع (برداشتن) را داشته که مضاف به عقد نموده است، و مالکیها (رحمهم الله) اقاله را به کلمه ترک تعبیر کرده اند، یعنی ترک از طرف مشتری برای

---

<sup>۱</sup> - الدرریر، ابی البرکات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغیر، علی اقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، ج سوم، چاپ اول، دارالمعارف، قاهره، ص ۲۰۸

<sup>۲</sup> - ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدام المقدسی ثم دمشقی الحنبلی، الکافی، ناشر، دارالکتب العلمیه، چاپ اول سال ۱۴۱۴ هـ و ۱۹۹۴ م، ج دوم، ص ۱۵۸ و الانتصاری، ابی یحیی زکریا، اسنی المطالب فی شرح روضه الطالب، المکتبه الاسلامیه، ج سوم، ص ۷۴ و الفقی، حامد عبده، الاقاله فی عقد البیع، دارالجامعه الجدیده للنشر، سال ۲۰۰۳، ص ۱۷، و تبیین الحقائق للزلیعی: ج چهارم ۷۰، والبحر الرائق لابن نجیم: ج ششم، ص ۱۱۰

<sup>۳</sup> - الزحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی وأدلته، چاپ دوم، ناشر، دار الفکر، دمشق، سال ۱۹۸۵، ج پنجم، ص ۵۹۴

بائع صورت می گیرد، ودراین صورت اقاله به ثمن اول میباشد، که بغیرآن درست نخواهد بود، علاوه اقاله راصرف درمیبعه منحصر نموده است، وفقهای حنابله اقاله را به کلمه فسخ که مضاف به عقد باشد تعبیر نموده است، پس مفاد آن چنین است که شوافع (رحمهم الله) اقاله را در عقد مرفوع شده دارای صفت مالی میدانند، و عقود که اقاله در آن واقع میشود مشتمل به تبادله مال خواهد بود، به همین دلیل اقاله را در عقود مالی منحصر ساخته است، وهمچنان مجله احکام العدلیه اقاله را در ضمن موضوعات عقد بیع تسجیل نموده است ودر ماده (۱۹۰) چنین بیان داشته که (أَنَّ لِلْعَاقِدِينَ أَنْ يَتَقَايَلَا الْعَقْدَ بِرِضَاهُمَا) عاقدین می توانند عقد را برضایت خویش اقاله نمایند، که بملاحظه آن رضایت طرفین در اقاله شرط میباشد، اما رفع عقد غیر لازم منوط به صاحب خیار میباشد، که بعد از علم آوری خویش عقدا ادامه داده و قبول می کند، یا اینکه از آن صرف نظر میکند، که در آن صورت اقاله گفته نمیشود.<sup>۱</sup>

**ترجیح:** باتوجه به تعریفات و نظریات فوق الذکر در رابطه به مفهوم اصطلاحی اقاله می توانیم بگویم که تعریف راجح اقاله قرار ذیل است: ( اقاله ، برداشتن، عقدی دارای عوض مالی و لازم است، برای مستقیل (طلب کننده اقاله) به رضایت طرفین عقد) در تعریف که صورت گرفت، لفظ (عوض) قید احترازی بوده و عقد نکاح را از جمله

---

<sup>۱</sup> - حیدر، علی، تعریب محامی فہمی الحسینی، شرح مجله الاحکام العدلیه، مطبعه العباسیہ، سال ۱۹۲۵ ج اول، ص ۱۵۸

عقودی اقاله پذیر خارج میسازد، وفسخ عقد نکاح، از اثر اسباب دیگری اقاله نمی باشد، وکلمه (مستقیل) یعنی اقاله کننده، این را میسراند که گاهی عقد برای مستقیل لازم و برای مقیل غیر لازم میباشد و باموجودیت، کلمه رضایت طرفین، عقودی را از تعریف فوق خارج میسازد که به رضایت طرفین عقد نباشد مانند عقد از اثر اکراه و غیره، بناء این تعریف تمامی عناصر ذکر شده در تعریفات فقهای کرام را دارا می باشد، و جامع به نظر میرسد، اما هبه را نیز قسماً شامل میشود زیرا گاهی هبه در بدل عوض قرار می گیرد.

**مطلب دوم: اقاله در اصطلاح قانون مدنی:** قانون مدنی افغانستان بطور عمومی، در رابطه به اقاله، در قسمت انحلال عقد و آثار آن بحث نموده است، و اقاله را یکی از اسباب انحلال عقد پذیرفته است، البته بطور مشخص از اقاله کدام تعریف را ارائه نکرده است، چنانچه در کتاب اول جلد دوم قانون مدنی در ماده (۷۴۷)<sup>۱</sup> در رابطه به اقاله چنین بیان نموده است (طرفین عقد می توانند عقداً بعد از انعقاد آن به رضایت خود اقاله نمایند، اقاله موجب انحلال عقد می گردد)<sup>۲</sup> با توجه به آن قانون گذار در ضمن بیان اینکه عقد بعد از انجام و انعقاد آن قابل اقاله است، رضایت طرفین را در زمینه شرط دانسته است، و اقاله را موجب از بین بردن عقد تلقی نموده است، که می توانیم بگوییم (از نظر قانون مدنی) اقاله از بین

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، منتشره جرید رسمی، ۳۵۳ مورخ ۱۰/۱۰/۱۳۵۵ ج دوم، ماده ۷۴۷ چاپ مطبعه صنعتی احمد

<sup>۲</sup> - وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، منتشره جریده رسمی، ۳۵۳، مورخ ۱۰/۱۰/۱۳۵۵ ج دوم، ماده ۷۴۷، ۷۵۰



بردن عقد است بعداز انجام آن به توافق و رضایت طرفین عقد ( واین تقریبا همان تعریفی است ، که قانون مدنی آنرا درهمین ماده گنجانیده است، پس قانون مدنی افغانستان تعریف اقاله را به فقه اسلامی گذاشته است، ودرماده (۷۵۰)<sup>۱</sup> اقاله را درقسمت طرفین عقد فسخ ،ودرقسمت شخص ثالث عقد جدید پنداشته است،باتوجه به آن طرفین درعقد اولی بعداز اقاله ای آن مستلزم قرارگرفتن بائع ومشتري به حالت اصلی خویش میباشد که قبل از انعقاد عقد قراردادشوند،وشکل اقاله به مثابه عقد جدید است بدین معنا که عاقدین عقد اولی بائع ثمن را به مشتری میدهد ومشتري مبیعه را برای بائع میدهد، که مشتری به مثابه بائع وبائع به مثابه مشتری قرارمی گیرد، ویکی دیگررا از عقد اولی خلاص می کنند، وهمچنان اقاله را در حق شخص ثالث عقد جدید دانسته است که تا از ضرر احتمالی وارده جلوگیری کرده باشد، مانند ثبوت شفعه وغیره، وهمچنان درمجله الاحکام العدلیه، درماده ( ۱۹۱ ) موضوع ارکان اقاله را بیان داشته ودرضمن انجام اقاله را به الفاظ صریح تذکرده است (أن للعاقدين أن يتقلا العقد برضاهما)<sup>۲</sup>، ترجمه: عاقدین می توانند عقد را برضایت خویش اقاله نمایند، که بادر نظر داشت ماده متذکره می توانیم بگویم که

---

<sup>۱</sup> --قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۵۰

<sup>۲</sup> - حیدرعلی، مجله الاحکام العدلیه، ماده ۱۹۱ و ۱۹۲ مرجع سابق

از نظر مجله الاحكام العدليه، اقاله از بين بردن عقد انجام شده است، كه برضايت طرفين صورت ميگيرد.

### مطلب سوم: الفاظ مرتبط به اقاله

تعدادی از الفاظ در کتب فقهی و حقوقی بکار برده شده و موجود است، که از لحاظ لغوی و یا از لحاظ شکل و مفهوم کلی به اقاله مشابهت دارد، که در اینجا بطور مختصر از آنها تذکر بعمل می آید، و الفاظی متذکره مرتبط به اقاله که از لحاظ مفهوم کلی و ماهیت به اقاله مشابهت دارد و یا هم در اجزاء با هم مشترک اند نخست الفاظی که در مفهوم کلی و شکل با اقاله مرتبط است و دوم الفاظی که در شکل و اجزا به اقاله مرتبط است، به همین اعتبار در دو بخش بررسی می کنیم.

فرع اول: الفاظی که در شکل و مفهوم کلی به اقاله مرتبط است ( فسخ، انفساخ، اسقاط و ابراء)

۱- فسخ: فسخ در لغت به معنای رفع و ازاله بکار برده شده است، چنانچه گفته میشود، (فسخت العود فسحا) ای ازلته، عن موضعه بیدک، برداشتی آنرا از جایش بدست خود، و یا گفته میشود (فسخت الثوب) به معنای برداشت لباس را و یا ( تفاسخ القوم ) توافق کردن قوم

به فسخ آن، گرچه یکی از معنای اقاله فسخ نیز میباشد، اما اقاله ای فسخ بمعنای اخص آن است، زیرا اقاله متوقف به رضایت طرفین میباشد، اما فسخ گاهی به توافق طرفین عقد صورت می گیرد و گاهی به رضایت و اتفاق طرفین عقد متوقف نمیشود،<sup>۱</sup> مانند فسخ کردن عقد جائزی، مگر اقاله در عقد لازمی و عقد مالی صحیح جاری میشود اما فسخ مطلقاً بالای عقود جاری می شود،<sup>۲</sup> برابر است که در آن مبادله مالی مطرح باشد یا نباشد بیع لازمی باشد و یا جائزی، و اقاله بیشترین شباهت و کمترین اختلاف را با فسخ دارد، چراکه اقاله خود فسخ است، چنانچه فوقاً گفته شد اقاله به معنای فسخ نیز بکاربرده شده است به همین دلیل آن را در فقه و حقوق تفاسخ گفته اند، و مهمترین اختلاف آن دو، عقد بودن اقاله و ایقاع بودن فسخ میباشد.<sup>۳</sup>

**۲: اسقاط:** اسقاط به مفهوم انداختن و ازاله است، چنانچه گفته میشود، (اسقط الحامل الجنین ای الفته) یعنی خانم حامله جنین خویش را سقط نمود، یکی از معنای اقاله اسقاط بوده، اما بخلاف اقاله، اسقاط شامل تمامی حقوق می شود، برابر است که عقود باشد یا دیون.<sup>۴</sup>

---

<sup>۱</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ج اول، ص ۱۸۲ مرجع سابق ابو محمد، عزالدین عبدالعزیز بن عبدالسلام بن ابی القاسم الحسن السملی دمشقی، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، ناشر مکتبه کلیات الازهریه-القاهره، ج دوم، ص ۸۲،

<sup>۲</sup> - القيومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، چاپ اول، دارالکتب العلمیه، بیروت سال ۱۹۷۸، ص ۶۳۰

<sup>۳</sup> - محمد محمود و عابدین، و محمد احمد، الفسخ والانسفاخ والتفاسخ، دارالمطبعه الجامعیه، القاهر، سال ۱۹۹۷، ص ۲۰۸، و ابن منظور، لسان العرب، ج اول، ص ۱۸۲ مرجع سابق

<sup>۴</sup> - القيومی، المصباح المنیر، ج اول، ص ۴۶ مرجع سابق والمعجم الوسیط: ج اول، ص ۴۳۵ مادة (( سقط ))

۳- ابراء: ابراء در لغت به مفهوم اسقاط ورهایی و سلامتی آمده است، چنانچه گفته می شود (برئ من دینه) یعنی سقط عنه طلبه، دین از او ساقط شد، ابرا نیز از اقاله، عامتر است، زیرا اقاله صرفاً در عقود لازم جاری میشود اما ابرا در عقود لازم و غیر لازم و تعزیر و حد قذف و غیره جاری شده می تواند.<sup>۱</sup>

۴- انفساخ: شباهت انفساخ به اقاله مانند شباهت اقاله به فسخ است، بدین معنا که هر دو بر عقد صحیح عارض بوده و از زمان وقوع خود عقد را منحل می کنند، تفاوت عمده آنها هم این است که، اقاله انحلال ارادی است، اما انفساخ انحلال قهری عقد می باشد، محل اجرای اقاله فقط عقود لازم است، و حال آنکه انفساخ می تواند در همه عقود جریان پیدا کند.<sup>۲</sup>

#### فرع دوم: الفاظیکه در شکل به اقاله مرتبط است (بطلان، رد معامله و رجوع)

۱- بطلان: اقاله و بطلان بیش از آنکه به هم شباهت داشته باشند، با هم اختلاف دارند، تنها وجه اشتراک آن دو، سبب انحلال بودن عقد است، مگر وجوه اختلاف آنها فراوان است، اقاله عملی ارادی و بطلان عارضه ای قهری است، اقاله بر عقد صحیح عارض می شود، و بطلان بر عقد باطل، اقاله از حین وقوع خود مؤثر است، و بطلان از حین وقوع عقد اقاله خاص عقود لازم است، و بطلان مختص همه ای عقود و حتی ایقاعات است، اقاله

<sup>۱</sup> - القیومی، المصباح المنیر، ج اول، ص ۴۷ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> - عامر عبداللطیف محمد، الاقاله فی العقود فی الفقه والقانون، دارمرجان للطباعه، بدون سنه نشر، ص ۱۰، بیع و اقاله- پایگاه اطلاع رسانی آیت الله شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی دروس فقه خارج فقه کتاب البیع بر اساس تحریر الوسيله <http://www.fazellankarani.com/persian/lesson/> - ۲۸۵۴

بیراحترام به حاکمیت اراده طرفین عقد استوار است، مگر بطلان ضمانت اجرای تجاوز به

شرایط قانونی عقد است. ۱.

۲- **اقاله ورد معامله غیرنافذ:** اقاله ورد معامله غیرنافذ از این جهت که هر دو سبب

انحلال عقد میباشند، مشابه و از جهات ذیل با هم اختلاف دارند، اقاله عقد است، ورد

معامله ایقاع است، اقاله مخصوص عقود لازم ورد معامله مختص همه ای عقود وحتی

ایقاعات است، اقاله از حین وقوع خود ورد معامله از حین وقوع معامله مؤثر است، اقاله

بر معامله صحیح ورد بر معامله غیرنافذ عارض میشود. ۲.

۳- **رجوع:** اقاله و رجوع هر دو از زمان وقوع خود بر عقد صحیح عارض میشود، اختلاف مهم

آن دونیز این است که اقاله عقد وحق است، اما رجوع ایقاع و حکم محسوب میشود.

**فرع سوم: فرق اقاله با فسخ و انفساخ در فقه و قانون مدنی:** از اینکه در قسمت بیان مفهوم

الفاظ مرتبط به اقاله تفاوت های فسخ و انفساخ بطور عمومی بیان شد اما بخاطر وضاحت

بیشتر و روشن شدن مفهوم دقیق هر یک از فسخ، انفساخ و اقاله در اینجا فروق و تفاوت های

آنها توضیح مید هیم.

---

۱- اقاله و احکام آن فتحی علی <http://alifathilawyer.com.persianblog>

۲ - المصباح المنیر، ج اول ، ص ۴۶ مرجع سابق، محمد محمود و عابدین، و محمد احمد ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، دارالمطبعه

الجامعیه ، القاہر، سال ۱۹۹۷ ، ص ۲۰۸، و بررسی امکان به ارث رسیدن اقاله در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران - مولاییان

محمد - <http://lawm.blogfa.com>

۱- فسخ در فقه و قانون مدنی: اقاله بیشترین شباهت و کمترین اختلاف را با فسخ دارد زیرا که خود از جنس فسخ است و به همین دلیل آنرا در فقه و حقوق تفاسخ گفته اند، مهمترین وجه اشتراک اقاله و فسخ این است، که هر دو بر عقد صحیح عارض شده و آن را از تاریخ وقوع خود برهم می زنند، و بزرگترین اختلاف آن دونیز عقد بودن اقاله و ایقاع بودن فسخ است، و دیگر اینکه اقاله مختص عقود لازم است ولی فسخ در همه عقود اعم از عقود جائز و لازم به کار می رود، و همچنان در قانون مدنی افغانستان اقاله را منوط به رضایت طرفین عقد نموده است اما فسخ گاهی بدون رضایت طرفین عقد واقع میشود، چنانچه در مواد ( ۷۳۹ - ۷۴۰ و ۷۴۱ ) قانون مدنی فسخ را تعریف ننموده اما اسباب آنرا عدم ایفای وجبیه از جانب طرفین عقد، البته در عقود لازم، و فسخ شدن عقد از طرف محکمه حاکمه و ابلاغ آن به طرفین را تذکر داده است، ماده (۷۳۹) چنین مشعر است ( هرگاه یکی از عاقدین در عقودیکه الزام را به طرفین عقد متوجه می سازد وجبیه را ایفاء ننماید، طرف مقابل می تواند فسخ عقد را و در صورت لزوم با جبران خساره از طرف دیگر مطالبه نماید، عقودیکه طبقاً غیر لازم بوده یا به خیاری مقرر گردیده باشد که موجب فسخ گردد، از این حکم مستثنا است) و ماده (۷۴۰) چنین مقرر داشته که (در حالت ابلاغ فسخ، محکمه می تواند مدیون را غرض اجرای وجبیه مهلت بدهد) و در ماده (۷۴۱) بیان داشته که ( هرگاه

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۰، ۷۳۹ و ۷۴۱

آنچه را مدیون ایفاء ننموده نسبت به تعهد ناچیز باشد، محکمه می تواند مطالبه فسخ را رد نماید) بخلاف اقاله، که در ماده ( ۷۴۷ ) وقوع اقاله را در عقود لازمی منوط به رضایت طرفین دانسته است، که باتوجه به آن تفاوت های فوق الذکر از دید قانون گذار نیز در میان فسخ و اقاله موجود است. ۱.

۲- **انفساخ در فقه و قانون:** شباهت اقاله به انفساخ مانند شباهت اقاله به فسخ است، بدین معنا که هر دو بر عقد صحیح عارض شده و از زمان وقوع خود، عقد را منحل می کنند، تفاوت عمده آنها هم این است که اقاله انحلال ارادی است اما انفساخ انحلال قهری عقد می باشد، محل اجرای اقاله فقط عقود لازم است در حالیکه انفساخ می تواند در همه عقود جریان پیدا کند،<sup>۲</sup> قانون مدنی در باب انحلال عقد به اقاله و فسخ پرداخته است، که از محتوای مواد ( ۷۳۹ و ۷۴۰ ) قانون مدنی منحل شدن عقد بدون اراده طرفین قضیه بشکل قهری آن و با از طرف محکمه انفساخ خواهد بود،<sup>۳</sup> اما قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال افغانستان در ماده ( ۳۹ ) خویش برای طرفین قرارداد حق فسخ در صورت که طرفین حق خیارات را داشته باشد داده است، که چنین مشعر است ( ۱ ) (خیاراتی که موجب تاخیر

---

۱ - موسوی، بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی و حقوقی اقاله ، مجله میراث، جاویدان، سال دوازدهم شماره ۴۵، قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۰، ۷۳۹ مرجع سابق،

۲ - محمد محمود و عابدین، و محمد احمد ، الفسخ والانفساخ والتفاسخ، ، ص ۲۰۸، مرجع سابق

۳ -- قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۳۹ و ۷۴۰ مرجع سابق،

اجرای قرار داد می گردد ، عبارت اند از ۱-حق رد یا تائید (خيار شرط) مطابق حکم ماده  
چهل این قانون ۲- حق معاینه (خيار رؤیت ) مطابق حکم ماده نود و هشتم این قانون  
۳- حق انتخاب (خيار تعین) مطابق حکم ماده یکصد و یکم این قانون ۵-حق رد به دلیل  
عیوب (خيار عیب )مطابق ماده صدم این قانون) و در فقرة (۲) ماده متذکره طرفین می  
تواند در حالات مندرج فقرة (۱) این ماده قرار داد را فسخ نمایند، و همچنان در ماده (۷۰)  
قانون مذکور حالاتی فسخ قرارداد را تذکر داده است که چنین مشعر است (۱) قرار داد در  
حالات ذیل فسخ شده می تواند : ۱- بانقضای مدت آن، مشروط بر اینکه از جانب طرفین  
تجدید نگردد ۲- هر زمان باتوافق متقابل طرفین ۳- در حالات مندرج ماده هفتاد و یکم این  
قانون ۴- با اساس شرایط و حالات پیش بینی شده مندرج قرارداد توسط یکی از طرفین ۵-  
به اساس حکم محکمه یا قرار حکمیت تجارتي و در فقرة دوم مقرر داشته که ( فسخ قرارداد  
مستلزم عدم ایفای حقوق و تعهدات متقابل طرفین نبوده، بلکه حقوق و تعهدات قبل از فسخ  
قرارداد ادامه یافته و با اساس مطالبات برای جبران خساره بین طرفین را تشکیل می دهد ،  
مگر اینکه طرفین طور دیگری موافقه نموده باشند و در فقرة سوم چنین مقرر داشته ( شرایط  
مندرج قرارداد در رابطه به حل منازعه ، تصفیه حسابات، انحلال و هرنوع تعهدات دیگری  
که از نظر ماهیت میباشد، بعد از فسخ قرارداد انجام گردد، ادامه می یابد، مگر اینکه

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه ، قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، منتشره جریده رسمی شماره (۱۱۵۰) ۲۸ میزان سال ۱۳۹۳ مواد ۳۹ و ۷۰



طرفین طور دیگری موافقه نموده باشند، که باتوجه به آن قانون مذکور فسخ را پذیرفته است واما ازاقاله چیزی تذکرنداده است، وهمچنان اصولنامه تجارت در ماده (۱۷۱) خویش درقسمت انحلال شرکت های تضامنی بحث نموده است، وموارد انحلال آنرا تذکرنداده است، که چنین مشعراست (شرکت تضامنی بصورت های ذیل منحل میشود: ۱- باختم مدت شرکت ۲- باتفاق شرکاء درصورت یکه درقرارداد به اکثریت آراء تصریح نشده باشد) ۳- درصورت اعلان افلاس ازطرف محکمه ویا توافق دائنین وشرکاء درافلاس ۴- بموجب قرارمحکمه مبنی براسباب محققه ومهمه که از طرف یک ویا چند نفرشرکاء ادعا شده باشد ۵- با انجام یافتن موضوع شرکت ۶- بااعلام انحلال شرکت از طرف یکی از شرکاء مستند بصلاحت معین که در مقاوله شرکت مندرج باشد ۷- درشرکتهای که مدت آن غیر معین است با اعلام انحلال شرکت از طرف یکی از شرکاء ۸- درصورت ضیاع دوثلث سرمایه شرکت (درحالیکه از طرف شرکاء به اکمال سرمایه ویا اکتفاء به سرمایه متباقیه تصمیم اتخاذ نشود) ۹- الحاق به شرکت دیگر،<sup>۱</sup> با توجه به موارد مندرج ماده متذکره فسخ را پذیرفته است، که به رضایت اکثریت شرکاء باشد، می توانیم بگویم که اصولنامه تجارت افغانستان اقاله را بعنوان یکی از موارد فسخ شرکت های تضامنی پذیرفته است وانفساخ را که به اراده شرکاء وابسته نیست نیز درهمین ماده ومواد بعدی

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، اصولنامه تجارت، منتشره جریده رسمی شماره ۳۶۳، سال ۱۳۳۶ چاپ مطبعه صنعتی احمد، ماده ۱۷۱

تذکرده است، بناء قانون گذار بنحوی فسخ وانفساخ قراردادهای تجارتي وشرکت ها را تسجیل نموده است.

### **مطلب سوم: مشروعیت اقاله و حکمت آن**

فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به مشروعیت اقاله اتفاق نظر دارند و جواز جریان اقاله را به دلائل از کتاب الله و سنت رسول الله صلی الله علیه وسلم و عقل ثابت دانسته اند، در تمامی ادوار تاریخی امت اسلامی فسخ معامله را به رضایت طرفین عقد بخاطر جلوگیری از متضرر ساختن یکدیگر پذیرفته است، و در معاملات جریان داشته، و هیچ کسی از علمای اسلام در رابطه به عدم جواز اقاله سخن نگفته اند، و جامعه انسانی ایجاب آنرا می نماید، تا همه در قسمت معاملات خویش از اضرار یکدیگر در امان باشند، که بطور آتی دلائل مشروعیت آنرا بیان می نمایم:

**فرع اول: دلائل مشروعیت اقاله:** دلائلی را که فقهای کرام (رحمهم الله) مبنی بر مشروعیت جریان اقاله در معاملات بین افراد جامعه، از دلائلی نقلی و عقلی تذکرده اند، ذیلا ارائه می گردد:

۱- قرآن: در قرآن کریم در قسمت مشروعیت اقاله بطور مشخص که به انجام و عدم آن و به

عناصر متشکله اقاله حکم فرموده باشد، چیزی نبوده، و بطور جزئی به بیان اقاله و عناصر آن نپرداخته است، و این آزمایای کتاب الله نیست، اما بطور عمومی چون اقاله از افعال خیر است و ندامت از کاری است، که به سبب آن یکی از طرفین عقد متضرر می شود، در صورت انعقاد عقد اقاله از ارتکاب آن اجتناب و جلوگیری بعمل می آید، بنابراین آیاتی متعددی در قسمت انجام کارهای خیر و تعاون در کارهای نیک موجود است، از جمله، الله متعال فرموده است {وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ} <sup>۱</sup> ترجمه: و کاری نیک را انجام دهید، و بدون شک اقاله از جمله کارهای خیر میباشد، و همچنان می فرمایند {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى} <sup>۲</sup> ترجمه: و همواره در راه نیکی و پرهیز گاری باهم تعاون نمائید، انجام اقاله بعد از انعقاد عقد از جانب طرفین عقد، بخاطر عدم اضرار به همدیگر تعاون در کارهای خیر است، و می فرماید {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} <sup>۳</sup> ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید، اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد و خودکشی نکنید، خداوند نسبت به شما مهربان است، این آیت کریمه نیز دلالت به مشروعیت تجارت آنچه که حلال و مباح است، میکند، و اصل

<sup>۱</sup> -سوره حج آیه ۷۷

<sup>۲</sup> -سوره مائده آیه ۲

<sup>۳</sup> -سوره نساء آیه ۲۹

دراستحقاق مال دیگران رضایت است ، چون اقاله ندامت از عقدی انجام شده است و در صورت تداوم آن رضایت طرفین و یا یکی از آنها سلب می گردد، و خوردن مال مسلمان بدون رضایت او درست نیست،<sup>۱</sup> پس قبول اقاله وفق آیه کریمه فوق، که به رضایت طرفین صورت می گیرد نیز مشروع میباشد، چنانچه ابن کثیر رحمه الله در تفسیر آیت کریمه تذکر داده است که « استثناء، در آیت مزبور منقطع بوده بدین معنا که اموال یکدیگر را بطریقه باطل میل نکنید و اسباب حرام را بخاطر کسب اموال استخدام نکنید مگر در صورتی که اموالتان حلال باشد و به رضایت همدیگر در آن تجارت نمایند»،<sup>۲</sup> و از آیت کریمه فوق الذکر برداشت می شود، اینکه مبنای اقاله نیز رضایت طرفین بوده و مشروع میباشد، و همچنان در اینجا اشاره به این است، که اقاله از مسامحه و چشم پوشی بوده، و در تعامل بین مسلمانها سماحت و گذشت، امری است که رسول الله صلی الله علیه وسلم ، به آن ترغیب نموده است، چنانچه می فرماید (رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى)<sup>۳</sup> ترجمه رحمت الله بر مردی که در داد و ستد و در پرداخت مبلغ معامله و نیز

<sup>۱</sup> طنطاوی، محمد سید، التفسیر الوسیط للقران الکریم، ناشر، دارالنهضة، مصر، للطباعه والنشر والتوزیع، الفحاله، القاہرہ، چاپ اول، سال ۱۹۹۷ م، ج سوم، صفحہ ۱۲۴

<sup>۲</sup> - ابن کثیر، اسماعیل بن عمر بن کثیر القرشی البصری ثم الدمشقی متوفی سال ۷۷۱ هـ، تفسیر القرآن العظیم، ناشر، دارطیبہ للنشر والتوزیع، چاپ دوم، سال ۱۴۲۰ هـ و ۱۹۹۹ م، ج دوم، ۲۶۸،

<sup>۳</sup> - بخاری، محمد بن اسماعیل ابو عیدالله، محقق، محمد زہیر بن صحیح البخاری، ناصر، ناشر الدفکر بیروت، چاپ اول سال ۱۴۲۲ هـ ج سوم، ص ۵۷ حدیث شماره (۲۰۷۶)

دردریفات و مطالبه حق خویش آسان گیر باشد، و از مقتضای این سماحت و گذشت این است که عنصر رضا در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد و درحین رجوع از عقد و فسخ آن زمانیکه یکی از طرفین عقد ندامت داشته باشد و اراده اقاله عقد را نماید صورت بگیرد،

۲- سنت: در قسمت مشروعیت اقاله احادیث رسو الله صلی الله علیه وسلم نیز نقل شده است، که دلالت به جائز بودن اقاله در معاملات بین افراد جامعه می کند از جمله: عن ابی هریره رضی الله عنه قال: قال رسول الله صلی الله علیه وسلم ( من أقال نادماً بیعته أقال الله تعالی عثرته يوم القيامة)<sup>۱</sup> ترجمه: هرکسی تقاضای فسخ کسی را که در معامله پیشیمان شده است بپذیرد، خداوند جل جلاله در روز قیامت از او درمی گذرد، و برایش مغفرت خواهد نمود، و روایت دیگری از أبو هریره رضی الله عنه است که چنین نقل شده

قال: قال رسول الله (من أقال نادماً بیعته أقال الله عثرته) ۲ ترجمه: هرکسی تقاضای فسخ کسی را که در معامله پیشیمان شده است بپذیرد، خداوند جل جلاله لغزش و گناه او را می بخشد، و حدیثی دیگری نیز به روایت أبو هریره، أن رسول الله صلی الله علیه وسلم قال: (

<sup>۱</sup> - البیستی، محمد بن حبان بن احمد ابوحاتم التیمی، صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان، ناشر، مؤسسة الرسالة - بیروت، چاپ دوم سال ۱۴۱۴ - ۱۹۹۳، ج یازدهم، ص ۴۰۴، در رابطه به حدیث گفته که روایت آن، گفته است، اسناد صحیح علی شرط مسلم،

<sup>۲</sup> - ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن یزید الریعی القزوی، سنن ابن ماجه، (باب الاقاله) ناشر، دارالفکر، بیروت، بدون سنه نشر، ص ۷۴،

من أقال مسلماً أقال الله عشرته (۱)، ترجمه: هرکس تقاضای مسلمانی را درفسخ معامله بپذیرد، خداوند جل جلاله لغزش وگناه او را می بخشد، وحديث شريف به روايت أبي شريح رضي الله عنه است که چنین نقل شده (قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ) من أقال أخاه بيعا أقال الله عشرته يوم القيامة (۲) ترجمه: هرکسی تقاضای فسخ برادر خویش را که در معامله بپذیرد، خداوند جل جلاله درروز قیامت لغزش وگناه او را می بخشد، وجه دلالت از احادیث فوق الذكر خیلی واضح است که رسول الله صلى الله عليه وسلم به قبول اقاله ترغیب داده است و اقاله کننده را مستوجب ثواب وپاداش دانسته است، و حدیث دیگری که به روایتی عائشة رضي الله عنها است، که چنین روایت شده است، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ( أقبيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود ) (۳) ترجمه: از لغزش های افراد شرافتمند (کسانی که اهل شرنیستند) جز درباب حدود گذشت کنید، وجه دلالت از این حدیث مبنی بر مشروعیت اقاله چنین است، که صراحتاً در حدیث متذکره لفظ ( اقبيلوا ) بکاررفته است، و مقصد آن این است که زمانی که

<sup>۱</sup> - السجستاني، سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو، الأزدي أبو داود، سنن ابوداود، ناشر، دارالكتاب العربي، بيروت، چاپ مطبع محمدی، هند، سال ۱۳۴۶هـ، سنن ابو داود، ج سوم، ص ۷۲۸

<sup>۲</sup> - الطبرانی، ابی القاسم سليمان بن احمد، تحقيق، ابومعاذ طارق بن عوض الله بن محمد عبدالحسن بن ابراهيم الحسيني، المحجم الوسيط للطبرانی، ناشر، دارالحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول، بدون سنه، ج اول، ص ۲۷۲، شماره حدیث ۸۸۹، که مجمع الزوائد، در رابطه به روات آن (تقات) گفته شده است الهیثمی، نورالدین علی ابن ابی بکر، چاپ سال ۱۴۱۲ هـ، ج چهارم، ص ۱۲۸ حدیث شماره (۶۵۳۸)

<sup>۳</sup> - سنن ابو داود ج چهارم، ص ۵۴۰ مرجع سابق،

یکی از طرفین عقد، خواهان اقاله بیع گردد نباید مواخذه شود و بالایش سخت گیری صورت گیرد، بلکه در رابطه به رد پول و یا مبیعه براو، تخفیف و آسانی تحمیل گردد، و در زمینه گذشت صورت بگیرد، و این چنین روایتی را که امام مالک رحمه الله آنرا تخریح نموده است، عن أبي الرجال محمد بن عبدالرحمن ، عن أمه عمرة بنت عبدالرحمن أنه سمعها تقول: (ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقلبه، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألئ، أن لا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له) <sup>۱</sup> ترجمه: شخصی میوه را که محیط به دیوار بوده خریداری نموده و بعد از قیام و کارکردن در آن، در دیوار نقصانی را دریافت، و برای صاحب دیوار مراجعه نموده و گفت: که دیوار را ترمیم نماید و یا عقد را اقاله کنید، اما صاحب باغ قبول نکرد پس مادر مشتری نزد رسول الله صلى الله عليه وسلم رفته و موضوع را بازگو نمود، رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمودند: سوگند نموده است، اینکه کاری خیر را انجام نمیدهد، پس صاحب دیوار این سخن رسول الله صلى الله عليه وسلم را

---

<sup>۱</sup> - ابو عبدالله، الاصبیحی، مالک بن انس، موطا امام مالک، ناشر: دارالقلم، دمشق، چاپ اول سال ۱۴۱۳ هـ و ۱۹۹۱ م، ج دوم، ص

شنیده وگفت: دیوار از او باشد، وجه دلالت از این حدیث شریف مبنی بر جواز اقاله این است که رسول الله صلی الله علیه وسلم اقاله را به عنوان فعل و عمل خیر تعبیر نموده است و انجام فعل خیر برای مسلمان و هرانسان مستحب است.

۳- اجماع: فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به جواز و مشروعیت اقاله اجماع دارند، و در تمامی ادوار گذشته و همچنان در شرائط کنونی و معاصر اقاله را بعنوان عمل خیر تلقی نموده اند، و کسی از جائز بودن آن منکر نمیباشند، چنانچه ابن قدامه در کتاب الکافی در باب اقاله اجماع علما را مبنی بر جواز اقاله در بیع سلم و غیر آن نقل نموده است،<sup>۱</sup> و همچنان در شرح الوجیز اقاله را به اجماع علمای کرام جائز دانسته است،<sup>۲</sup> در شرح هدایه بنام، العنایه شرح الهدایه نیز اقاله را از جمله عقود جائز گفته است،<sup>۳</sup> بناء تمام فقهای کرام اقاله را جائز دانسته است از جریان آن در معاملات بین افراد جامعه انکار نورزیده اند، و هیچ نوع اختلاف در میان ائمه اربعه (رحمهم الله) در قسمت جائز بودن اقاله نقل نشده

---

<sup>۱</sup> - ابن قدامه، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدام المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الکافی، ناشر، دارالکتب العلمیه، چاپ اول سال ۱۴۱۴ هـ و ۱۹۹۴ م، ج دوم، ص ۵۸

<sup>۲</sup> - الرافعی، ابی القاسم عبد الکریم بن محمد، المتوفی، سنه ۶۲۳ هـ، فتح العزیز شرح الوجیز، ناشر، دارالفکر، بیروت، چاپ اول بدون سنه، ج چهارم، ص ۲۸۰،

<sup>۳</sup> - البابریتی، محمد بن محمد بن محمود، اکمل الدین ابو عبدالله ابن الشیخ شمس الدین ابن شیخ جمال الدین ارومی، العنایه شرح الهدایه، ناشر، دارالفکر، بیروت، بدون تاریخ چاپ، ج ششم، ص ۴۸۶،



است، ۱

۴- **معقول:** عقل نیز تقاضای این را دارد، که اقاله در معاملات بین مردم جریان داشته باشد، و نیاز جامعه است، زیرا گاهی بائع و یا مشتری بعد از انجام عقد به هردلیلی که باشد نادم میشود و راه نجات از وارد شدن ضرر احتمالی برایشان، جزء اقاله معامله دیگری نمیشود، اقاله عقد را مرفوع می سازد و شبیه طلاق و نکاح است، و گاهی اقاله در معاملات بالای طرفین عقد واجب می شود، مانند انجام عقد فاسد، چون رهائی از گناه تاتوان ضروری است و راه نجات در چنین معاملات اقاله و فسخ عقد میباشد، و مصلحت طرفین همین را ایجاب می کند و از این که عقد به رضایت طرفین انجام شده است پس حق شان است که آنرا برضایت رفع و اقاله نمایند.<sup>۲</sup>

**فرع دوم: حکمت مشروعیت اقاله:** یکی از مبادی اساسی که نظام اجتماعی در شریعت اسلامی به آن استوار است تعاون است، و بالای افراد جامعه اسلامی لازم است تا بخاطر جلب مصالح تلاش نمایند و بایکدیگر در تعاون در امور خیر زنده گی خویش را ادامه دهند، چنانچه الله متعال فرموده است **{وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ}**

۱- العینی ، محمد محمود بن أحمد بن موسی بن أحمد بن حسین الغیتابی الحنفی بدر الدین العینی (المتوفی: ۱۸۵۵ ، لبنایه شرح الهدایه (ناشر، دارالکتب العلمیه ، بیروت، چاپ اول، سال ، ۱۴۲۰ هـ - ۲۰۰۰ م ،، ج هشتم، ص ۲۲۴

۲ -الموصلی، عبدالله بن محمود بن مودود مجدالدین ابوالفضل الحنفی المتوفی، ۶۸۳هـ، الاختیار لتعلیل المختار، ناشر مطبعه الحلبي، القاهرة، سال ۱۳۵۶هـ و ۱۹۳۷م، ج دوم، ص ۱۱، وابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد السیواسی، المتوفی، ۸۶۱هـ، فتح القدير، ناشر، دارالفکر، بیروت، چاپ بدون تاریخ ، ج ششم، ص ۱۱۴، وعامر عبداللطیف، الاقاله فی الفقه والقانون، ص ۱۳ مرجع سابق

وَالْعُدْوَانِ} <sup>۱</sup> ترجمه: و همواره در راه نیکی و پرهیز گاری با هم تعاون نمائید، و هرگز در راه گناه و تعدی همکاری ننمائید، و همچنان رسو الله صلی الله علیه وسلم مبنی برگذشت و تسامح با همدیگر و جلب مصلحت بین افراد جامعه تأکید نموده است، و از مقتضای گذشت این است که در حین انعقاد عقد عنصر رضایت طرفین موجود باشد، و زمانی که عقد انجام شود و بعد از آن طرفین یا یکی از عاقدین به دلائلی مانند غبن یا عدم موجودیت ثمن و غیره از عقد انجام شده نادم شود، و راه برای ازاله عقد متذکره که صحیح و نافذ نیز است، وجود ندارد، پس در اینجا است که اقاله جوابگوی این مشکل خواهد بود، و برای همین مشروع شده است، نه تنها جائز بلکه شریعت اسلامی بر انجام آن ترغیب داده است، چنانچه رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است، **عن ابی هریره رضی الله عنه أن النبی صلی الله علیه وسلم قال (من أقال نادماً أقال الله عثرته) ۲** ترجمه: هر کس تقاضای مسلمانی را در فسخ معامله بپذیرد، خداوند جل جلاله لغزش و گناه او را می بخشد، و همچنان در رابطه به تعاون و همکاری بین مسلمانان و برداشت سختی و مشکل از آنها موجب پاداش نزد الله متعال می گردد، که پیامبر علیه السلام در رابطه چنین فرموده است **(أن النبی صلی الله علیه وسلم قال: (من نفس عن مسلم کربة من کرب الدنيا نفس الله عنه کربة من کرب یوم القيامة، ومن**

<sup>۱</sup> -سوره مائده، آیه ۲

<sup>۲</sup> - سنن ابن ماجه، ص ۷۴ مرجع سابق

يسر على معسر في الدنيا يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه) ١ ترجمه: کسی که یکی از مشکلات برادر مسلمان اش را در دنیا دور نماید، الله متعال یکی از سختی های روز قیامت را از او دور می نماید، وهرکس بالای فقیر و بی چاره از قبیل (قرض دار وغیره) درد دنیا آسان گیری نماید، الله متعال در دنیا و آخرت بر او آسان می گیرد، والله متعال در کمک و یاری بنده است تا وقتی که بنده در کمک برادر مسلمان خود باشد، اساس و مبادی همین تعاون ایجاب می کند، که افراد مجتمع اسلامی با خوشحالی و درد و یا مصیبت باهم مانند جسد واحد باشند، و در تعاون با یکدیگر قرارداد داشته باشند، چنانچه رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است: عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلی الله علیه وسلم ( مثل المؤمنین فی توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى) ٢ ترجمه: مؤمنین در دوستی، عطوفت و مهر و رزق نسبت به همدیگر مانند یک پیکرند، که هرگاه عضوی از آن به درد آید، دیگر اعضا را بی خوابی و تب فرا می گیرد، در این حدیث شریف، تعامل مسلمانها با همدیگر مانند جسد واحد ترسیم شده است

١- الترمذی، محمد بن عیسی ابوعیسی الترمذی، الجامع الصحیح سنن الترمذی، ناشر، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ج دوم، ص ٤٣٨، وگفته است که این حدیث حسن است،

٢- النیشاپوری، مسلم ابن الحجاج ابوالحسین، القشیری، صحیح مسلم، ناشر، دارالتراث العربی، بیروت، چاپ اول، بدون سنه، ج هشتم، ص ٢٠

که به درد عضو از اعضای بدن همه بدن متألم خواهد شد، و قبول اقاله از جانب طرفین عقد یکی از نمونه های بارز تعاون و همدردی میباشد، واصل جریان اقاله در معاملات بین افراد جامعه مبتنی بر مصلحت بوده و نیاز جامعه کنونی نیز میباشد، بخاطر جلوگیری از وارد شدن ضربه جانین عقد، و بعنوان راه نجات از آن اقاله مشروع گردیده است، که به انجام آن پاداش آخرت نصیب اقاله کننده گان خواهد شد.

**فرع سوم: اهمیت وارزش شرعی اقاله:** اقاله در نتیجه تقابل دوارده و تطابق آن مبنی بر رفع عقد سابقه است، که در میان عاقدین انجام شده است، و اقاله بر عقد صحیح و لازم عارض میشود، مشروعیت اقاله برگرفته شده از اصل تسامح دین مبین اسلام و آسانی وضع احکام شرعی میباشد و سبب آن ندامت طرفین عقد است که در نتیجه راه نجات از وارد شدن اضرار احتمالی برای طرفین عقد صرفاً اقاله میباشد، و در شریعت اسلامی در حین انجام معاملات بین افراد جامعه مصلحت اجتماعی در نظر گرفته شده است،<sup>۱</sup> و به همین دلیل رسول الله صلی الله علیه و سلم به قبول اقاله ترغیب داده است که می فرماید (عن أبي هريره رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( من أقال نادماً قال الله

---

<sup>۱</sup> - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج دوم، ص ۱۱، مرجع سابق و ابن الهمام، فتح القدير، ج ششم، ص ۱۴۶ مرجع سابق

عشرته) ۱ ترجمه: هرکسی تقاضای فسخ برادر خویش را که در معامله بپذیرد، خداوند جل جلاله لغزش و گناه او را می بخشد، بدین اساس اقاله کننده در نتیجه انجام اقاله مستوجب پاداش می گردد، و از طرف هم افراد جامعه همه در خرید و فروش اموال یکسان نیستند، گاهی به نسبت دلائلی مختلف طرفین عقد از انجام آن نادم می شوند، و جزء توسط اقاله برای برهم زدن عقد انجام شده راه نجات دیگری باقی نمی ماند، اگر عقد را ادامه میدهند متضرر می شوند، پس واضح می شود که جایگاه اقاله نظریه کاربرد آن در معاملات روز مره اهمیت بسزای دارد، و به همین اساس شریعت اسلامی به عقد اقاله توجه نموده است، و آنرا مشروع نموده و طرفین آنرا مستحق پاداش اخروی دانسته است، که این خود اهمیت و ارزش اقاله را در فقه اسلامی هویدا می سازد.<sup>۲</sup>

#### مطلب چهارم: حکم تکلیفی اقاله

اقاله بعد از انعقاد عقد صحیح و لازم، اصلاً بطور عمومی جائز و مباح است، و زمانی که یکی از طرفین عقد بعد از انجام آن نادم گردد، از طرف دیگر مطالبه اقاله عقد متذکره صورت بگیرد، برای طرف مقابل مستحب است تا طلب آنرا قبول کند، بدلیل روایتی که از رسول الله صلی الله علیه وسلم نقل شده است، که در دلیل دوم مشروعیت اقاله نیز تذکر داده شد،

---

<sup>۱</sup> - سنن ابن ماجه، ص ۷۴ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی،،، ج اول، ص ۳۶ مرجع سابق،

عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ( من أقال نادما ببيعة أقال الله عثرته )<sup>۱</sup> و تعدادی از علمای احناف (رحمهم الله) چنین بیان داشته اند، که گاهی اقاله واجب می گردد، مانند اینکه عقد انجام شده فاسد و یا مکروه باشد، و در این صورت بالای طرفین عقد واجب است، که از آن رجوع کنند، و هر کدام به رأس مال خویش بخاطر اجتناب شان از انجام دادن گناه و عمل غیر شرعی اقاله نمایند، و این رجوع صرف ذریعه اقاله صورت گرفته می تواند، اما به این نظر اعتراض وارد شده است، و آن اینکه ازاله ای عقد فاسد بدون رضایت طرفین عقد، واجب است، و همچنان این چنین عقد را قاضی بدون رضایت طرفین فسخ می کند، و تعدادی از علمای احناف (رحمهم الله) این مسئله را تصحیح کرده است، بدین معنا که مراد از وجوب اقاله عقد بطور مطلق، فسخ و رفع می باشد، و واضح گردیده است، که مراد از وجوب اقاله در اینجا مفهوم لغوی آن می باشد،<sup>۲</sup> با توجه به دلایل ارائه شده و نظریات فقهای کرام چنین دانسته می شود که حکم اقاله در عقود صحیح و لازم جریان پیدا می کند و جائز است، طرفین عقد در نتیجه انجام اقاله پاداش اخروی را حاصل می کنند، و از جمله اعمال خیر محسوب می شود.

---

<sup>۱</sup> - سنن ابن ماجه ، ص ۷۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - فتح القدیر، ج ششم، ص ۱۱۴ ، مرجع سابق، و حاشیه ابن عابدین، ج چهارم، ص ۱۴۶، و الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود بن احمد، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ناشر، دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، سال ۱۴۰۶ هـ و ۱۹۸۶ م، ج پنجم، ص ۲۵۲

## مبحث دوم

### انواع اقاله در فقه و قانون مدنی

**مطلب اول:** انواع اقاله به اعتبار صحت و عدم آن در فقه و قانون مدنی

بدون شک اقاله انواع مختلف دارد چون معاملات و بیوع متعدد است ، بخاطر وضاحت بیشتر و بیان هر کدام از انواع اقاله می پردازیم تا خواننده گان از التباس در اقاله ای انواع عقود اشتباه نکنند، و برای همه به خوبی قابل فهم باشد، و اینکه تفاوت میان انواع اقاله در فقه و قانون وجود دارد و یا خیر؟ نیز بحث خواهیم کرد.

**فرع اول:** اقاله صحیح و انواع آن در فقه و قانون مدنی : با تتبع و مطالعه فقه اسلامی و قانون مدنی دانسته میشود که یکی از انواع اقاله، اقاله ای صحیح است، که در نفس خود همین اقاله صحیح چند نوع است بطور ذیل بیان می گردد.

**اول:** اقاله نافذ و موقوف در فقه و قانون مدنی : در فقه اسلامی در قسمت انواع اقاله بطور مشخص تحت عنوان اقسام و یا انواع اقاله بحثی وجود ندارد، فقهای کرام (رحمهم الله) صرفاً تعریف، ارکان و شرائط صحت اقاله و کیفیت و آثار مرتبه به آنرا بشکل برجسته بحث نموده اند، اما از دید حقوق مدنی در رابطه به انواع اقاله بحث های مفصلی و متعددی صورت

گرفته است، بناء اقاله ای نافذ در فقه اسلامی همان است که بالای عقد صحیح و لازم که ارکان اقاله در آن تکمیل گردیده باشد، انجام شود برابر است که عقد انجام شده برای یک طرف الزامی باشد و یا به هر دو طرف الزامی باشد،<sup>۱</sup> مانند عقد بیع بدون شرط خیار و یا عقد بیع به شرط خیار برای یک طرف عقد که به طرف دیگر الزام را ایجاد می کند، در این صورت اقاله عقد صحیح و لازم دارای تمام ارکان و شرائط موضوعه، اقاله ای نافذ خواهد بود،<sup>۲</sup> و کیفیت آن هر چه که باشد نتیجه و اثر بر آن مرتب می گردد، و طرفین عقد از اسباب معلولیت اراده و رضایت شان دور باشند مانند اینکه اگر یکی از طرفین عقد در حین انجام اقاله مکره باشد اقاله ای او نافذ نبوده و زمانی که اکراه از او برداشته شد می تواند اقاله را قبول و یا رد نماید، همچنان اقاله صغیر، ممیز و سفیه نیز نافذ نمیباشد، و اقاله ای افراد در حایت اعسار، و ورشکستگی نیز نافذ نبوده بلکه به اجازه دائن نیاز دارد بعد از اجازه دیان نافذ خواهد بود.<sup>۳</sup> پس می توانیم بگویم که اقاله نافذ در فقه اسلامی اقاله ای طرفین عقد است که دارای اهلیت کامل باشد، یعنی بالغ عاقل و رشید باشند و در حالت، اکراه قرار نگرفته باشد و در حین اقاله عقد دارای رضایت و قصد کامل باشند، و محل عقد اقاله نیز موجود

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج پنجم، ص ۷۳، مرجع سابق، کاتوزیان، ناصر، سقوط تعهدات، ج دوم، ص ۷۷ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> - موسوی، بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی و حقوقی اقاله، مجله میراث، جاویدان سال دوازدهم شماره ۴۵

<sup>۳</sup> - موسوی، بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی و حقوقی اقاله، ص ۴۶ مرجع سابق



باشد در آن صورت اقاله نافذ میباشد اقاله نافذ همانند عقد نافذ بوده و در صورت موجودیت یکی از اسباب معلولیت اراده طرفین عقد انفاذ نمی گردد،<sup>۱</sup> و اقاله موقوف نیز در فقه اسلامی بطور برجسته تعریف و بحث نشده است اما از دید حقوقی می توانیم بگویم، طوریکه از نام آن هویدا است اقاله ای است که شرایط نفاذ اقاله در آن موجود نباشد مانند اقاله ای صغیرمیز، سفیه که به اجازه ولی و یا قیم موقوف میباشد و یا اقاله ای شخص مکره که بعد از ازاله اکراه اختیار رد و یا قبول آنرا دارد، و یا اقاله ای شخص در حالت ورشکستگی و معسر که نفاذ اقاله ای او، به اجازه دیان موقوف میباشد، حکم عدم نفوذ اقاله در نبود اهلیت یکی از طرفین عقد شبیه معامله است،<sup>۲</sup>

**دوم: اقاله نافذ و موقوف در قانون مدنی:** قانون مدنی افغانستان بطور جداگانه اقسام اقاله را تحت عنوان خاصی تذکر نداده است، اما می توان گفت که مواد ( ۷۴۷ الی ۷۵۰ ) قانون مدنی، اقاله را یکی از اسباب انحلال عقد تذکر داده است و برای طرفین عقد اجازه انجام اقاله را به رضایت شان داده است، بدین معنا که طرفین عقد می توانند بعد از انعقاد عقد صحیح و لازم، عقد اقاله را بر رضایت شان انجام دهند، و در این صورت اقاله نافذ خواهد بود، همچنان در قسمت اقاله موقوف نیز مشخص بحث ننموده بلکه می توان اقاله موقوف

<sup>۱</sup> - موسوی، بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی و حقوقی اقاله، مجله میراث، جاویدان سال دوازدهم شماره ۴۵

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها ج پنجم، انتشارات، تهران، سال ۱۳۸۲ ه ش، ص ۱۲۰

<sup>۳</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷ الی ۷۵۰ مرجع سابق

را به عقد موقوف قیاس کرد، که قانون مدنی در ماده ( ۶۳۷ ) خویش انجام عقد را بطور مطلق از طرف افراد ذیل موقوف تلقی نموده است:

عقد فضولی، غاصب، بائع که عین مال را بالای مشتری دیگری بفروشد، وکیل یا نایب وکیل که از حدود وکالت عدول نماید، مالک عین مرهونه، مریض مرض موت، وصی مختار که به وارث خود بفروشد، صغیر ممیز، معنوه ممیز، سفیه و مبتلا به غفلت، را موقوف دانسته است، چون اقاله عقد است، و به رضایت طرفین منوط است می توان برداشت کرد که اقاله ای افراد فوق الذکر موقوف خواهد بود.<sup>۱</sup>

**سوم: اقاله لازم و غیر لازم در فقه و قانون مدنی:** در رابطه به اقاله لازم و غیر لازم نیز در فقه و قانون مدنی کدام بحثی را ندیده ام اما از دید حقوقی می توانیم بگویم که، اقاله لازم چنانچه از نام آن هویدا است، عبارت از اقاله ای است که متوفر ارکان، شرائط صحت، و عاری از خیارات و شرط باشد، مانند بیع بات قطعی صادر شده از افراد دارای اهلیت کامل شرعی و حقوقی، اما در صورتی که طرفین عقد به انجام اقاله توافق نمایند ولی به قبول و یارد طرف دیگر خیار داشته باشد، و یا معلق به شرط باشد، اینگونه اقاله غیر لازم خواهد بود،<sup>۲</sup> در قانون مدنی افغانستان و قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال منقول، در رابطه

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷ الی ۷۵۰ و ۶۳۷،

<sup>۲</sup> - صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادهای، ج اول، انتشارات میزان، تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۷ ص ۱۲۰

به اقاله لازم ویا غیرلازم چیزی تسجیل نشده، صرفاً طرفین را اختیار اقاله عقد داده که می تواند به توافق هم عقد انجام شده را که لزوم آن به طرفین ویا به یک طرف باشد، آنرا اقاله نماید.<sup>۱</sup>

**چهارم: اقاله فاسد:** اقاله فاسد همان است که شرایط صحت اقاله در آن تکمیل نباشد چنانچه عقد اقاله به رضایت طرفین نباشد ویا محل اقاله قابل اقاله نباشد مانند اقاله عقد نکاح، ویا اقاله ای که اتحاد مجلس در آن شرط است ودرصورت که ایجاب وقبول اقاله درمجلس واحد نباشد اقاله درست، نمیباشد بلکه اقاله ای فاسد است که ماهیت عقد اقاله ازین نرفته اما فاقد یکی از شرایط صحت بوده ودرصورت رفع آن نقیصه، اقاله صحیح خواهد بود،<sup>۲</sup>

**پنجم: اقاله باطل:** اقاله نیز مانند عقد دارای ارکان است وزمانی که ارکان اقاله در آن متوفر نباشد اقاله باطل خواهد شد، برای صحت عقد اقاله موجودیت عقد اولی ضرور است، اگر عقد نخست از جمله عقود لازمه نباشد ویا تراضی طرفین برای اقاله عقد اولی موجود نباشد، درصورت که یکی از ارکان متذکره وجود نداشته باشد، اقاله باطل خواهد بود،<sup>۳</sup>

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۷ و قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال منقول ماده ۱۰ مراجع سابق

<sup>۲</sup> - صفایي، سيد حسين، قواعد عمومي قراردادها، ج اول، انتشارا میزان، تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۷ ص ۱۲۰

<sup>۳</sup> - شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد ساله ۱۳۹۲ ص ۱۳۴ و کاتوزیان، اعمالی حقوقی، چاپ پانزدهم، ج اول، ص ۴۲

قانون مدنی نیز در خصوص اقاله فاسد و باطل کدام بحثی نداشته، اما در ماده (۷۴۷) ۱ رضایت طرفین را در انجام عقد اقاله ضروری دانسته است و در ماده (۷۴۸) ۲ وجود موضوع عقد اولی را حتمی دانسته است، و در صورت هلاک موضوع عقد، قبل از اقاله آن، اقاله را باطل دانسته است، که می توان گفت یکی از موارد بطلان اقاله هلاک موضوع عقد اولی از نظر قانون مدنی است، چون معنای عقد در اقاله موجود است، قانون گذار در مواد فوق الذکر بشکل ضمنی ارکان و عناصر تشکیل دهنده اقاله را بیان نموده است، که در صورت فقدان یکی از ارکان متذکره اقاله باطل خواهد بود.

#### **مطلب دوم: اقاله کلی و جزئی در فقه و قانون مدنی**

اقاله از لحاظ قبول تجزیه و عدم آن به کلی و جزئی نیز صورت گرفته می تواند اگر چه فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به این موضوع هم بشکل صریح و به عنوان مشخص نپرداخته اند، اما با تتبع کتب فقهی واضح میشود، که اقاله را بعنوان یکی از اسباب انحلال عقد پذیرفته اند، و در قسمت بیان وقوع اقاله بالای عقود لازم به این موضوع اشاره نموده است، و همچنان قانون مدنی افغانستان از اقاله کلی و جزئی بشکل جداگانه ای بحث نکرده است، بلکه اقاله بر بعضی از مبیعه را درست دانسته است، چنانچه فوقاً

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۷

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۸

تذکررفت، اقاله، بعنوان اقاله ای جزئی وکلی در فقه اسلامی بطور مشخص بکاربرده نشده است اما در رابطه به هلاک بعض مبیعه وبقای بعض آن فقهای کرام (رحمهم الله) توضیح داده اند، و این مسئله در کتابهای فقهی موجود است، چنانچه امام زلیعی تصریح نموده است (وهلاک بعضه بقدره)<sup>۱</sup> یعنی هلاک جزء از مبیعه مانع اقاله در همان جزء هلاک شده می گردد ودرمباقی مانع اقاله نمی شود، واین چنین درشرح فتح القدير بیان شده (ولو هلك بعض المبيع جازت الاقاله في الباقي لقيام المبيع فيه)<sup>۲</sup> یعنی اگر بعض مبیعه هلاک گردید اقاله در جزء باقی مانده مبیعه جائز است، دراین صورت اقاله به جزأ از عقد در مبیعه باقی مانده جائز است، چون عقد بیع درآن موجود است وقبلا صورت گرفته است، ودر صحت اقاله بقای تمامی مبیعه را شرط ندانسته است،<sup>۳</sup> وهمچنان اقاله به تمامی مبیعه ویا اموال معامله شده قبلی می تواند صورت گیرد که درقسمت انجام اقاله بر تمامی مبیعه همه فقهای کرام (رحمهم الله) متفق اند<sup>۴</sup>، ودرقانون

<sup>۱</sup> - زلیعی، عثمان بن علی بن محجن البارعی، فخر الدین الزلیعی الحنفی (المتوفی: ۷۴۳ هـ) تبیین الحقائق، ناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، چاپ اول، سال ۱۳۱۳ هـ، ج دوم، ص ۷۳

<sup>۲</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج پنجم، ص ۲۵۱ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - ۱ بن نجیم، زین الدین، بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق شرح كنزالدقائق، ناشر دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول سال ۱۴۱۸ هـ و ۱۹۹۷ م، ج ششم، ص ۱۱۱ مرجع سابق،

<sup>۴</sup> - البابرتی، محمد بن محمد بن محمود، اکمل الدین، العنايه شرح الهدایه، ناشر، دارالفکر، بیروت، بدون سنه وتاریخ طبع، ج ششم، ص ۴۹۲

مدنی نیز در ماده ( ۷۴۹ )<sup>۱</sup> چنین تصریح نموده است که در صورت هلاک قسمتی از مبیعه در متباقی آن اقاله صورت گرفته می تواند، بدین معنا که اقاله در تمام مبیعه بدون کدام مشکل صورت گرفته می تواند، اما زمانی که مبیعه به دلائلی هلاک و یا تجزیه گردید در صورت که قابل تجزیه باشد، جائز می باشد، پس گفته می توانیم اقاله به قسمتی از مبیعه اقاله جزئی است. و در رابطه به اقاله کلی، طوری که فوقاً بیان گردید بعد از انجام عقد، طرفین به رضایت خویش می توانند عقد صحیح و لازم را چه لزوم آن بر هر دو طرف باشد و یا یکطرف، اقاله نمایند، در فقه اسلامی اقاله کل اموال و مبیعه بر رضایت طرفین عقد جائز بوده، بلکه مستحب گفته شده است و در زمینه فقهای کرام (رحمهم الله) اتفاق نظر دارند، و در باب اقاله و تعریف آن جاری شدن اقاله را بر تمامی مبیعه تصریح نموده اند،<sup>۲</sup> همچنان قانونگذار در ماده ( ۷۴۷ ) در رابطه به اقاله بطور مطلق بیان نموده است که طرفین عقد می توانند به تراضی خویش عقدی انجام شده را اقاله نمایند، که اطلاق آن دلالت بر تمامی مبیعه می نماید، چون در ماده ( ۷۴۹ ) بیان داشته که در صورت هلاک قسمتی از مبیعه نیز اقاله را جائز دانسته است، جریان اقاله بالای تمامی مبیعه و اموال

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۹

<sup>۲</sup> - ابن قدامه، المغنی، ج دوم، ص ۵۸ مرجع سابق، و کشاف القناع ص ۲۴۸، مرجع سابق، و بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۲۵۲ مرجع سابق

معقود علیه اقاله کلی نامیده میشود.<sup>۱</sup>

**سوم: اقاله معلق در فقه و قانون مدنی:** در فقه اسلامی بطور مشخص از تعلیق اقاله بحثی صورت نگرفته است، اما می توان گفت، اقاله عقدی منجز است، ولی تعلیق در اقاله بامقتضای ذات آن منافات نداشته و صحیح میباشد، و اصطلاحاً به اقاله معلق شرط فاسد هم می گویند یعنی طرفین توافق می کنند، در صورت وقوع حادثه ای عقد منحل گردد، که این توافق به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد متحقق میشود و اثر آن موقوف امری دیگری باشد، همچنان تعدادی از حقوق دانان در تعریف شرط فاسخ بیان داشته اند، که دو طرف می توانند شرط کنند که قرارداد پس از مدتی پایان یابد، شرط اخیر را می توان (انفساخ) نامید که با خیار شرط شباهت دارد، در هر جا که اقاله در انحلال عقد موثر نیست شرط انفساخ نیز نفوذ ندارد چنانچه نمی توان در عقد کاح یا وقف و یا عقد ضمان شرط کرد،<sup>۲</sup> زمانیکه اقاله را فسخ فرض کنیم، به اساس شروط فاسده باطل نمی گردد، بلکه همین شروط لغو است و اقاله صحیح خواهد بود، و در صورت که اقاله را بیع فرض کنیم در این صورت وضع شرط زیادت به ثمن اول بخاطر متعذر بودن وقوع فسخ بر زیادت شرط

---

<sup>۱</sup> - بحر الرائق ج ششم، ص ۱۱۰ باب الاقاله، مرجع سابق، البدائع والصنائع، ج پنجم، ص ۳۰۶ مرجع سابق الدرالمختار، ج چهارم، ص ۱۵۴ مرجع سابق، وکشاف القناع، ج سوم، ص ۲۰۴، و قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷ و ۷۴۹

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد ساله ۱۳۹۲ ص ۱۳۴ و کاتوزیان، اعمالی حقوقی، چاپ پانزدهم، تهران، ج اول، ص ۴۷، مرجع سابق

شده، شرط باطل است، زیرا این چنین شرط شبیه ربا است، و نفع برای یکی از طرفین عقد است، و در صورتی که کمتر از ثمن اول شرط گذاشته شود، در این صورت به سبب متعذر بودن فسخ به کمتر از ثمن اول شرط باطل خواهد بود، و اگر اقاله را بیع فرض کنیم به وضع شرط فاسد، باطل خواهد شد زیرا بیع به سبب شروط فاسد، باطل می گردد، با توجه به آن می توان گفت که نزد فقهای کرام (رحمهم الله) اقاله به اعتبار فسخ عقد، در صورتی که معلق به شرط گردد، شرط متذکره لغو اقاله درست خواهد بود، که همین وضع شرط در حین انجام عقد، اقاله معلق خواهد بود.<sup>۱</sup>

#### **مطلب سوم: اقاله صریحی و ضمنی در فقه و قانون**

اقاله صریحی همان است که به الفاظ صریح انجام شود و دلالت به اقاله نماید، چنانچه فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به الفاظی که اقاله به آن منعقد می گردد، بحث نموده اند، مانند، انجام اقاله به الفاظ اقاله و یا الفاظی که به آن دلالت کند، و همچنان بدون خلاف اقاله بدولفظ یا صیغه ای، که افاده زمان ماضی را می کند، منعقد می گردد، یعنی در حین انجام اقاله طرفین باید از صیغه ای ماضی استفاده نمایند، و به لفظ فسخ و صلح، نیز منعقد می گردد، مانند اینکه یکی از طرفین عقد برای دیگری بگوید (فاسختک) در این صورت اقاله

---

<sup>۱</sup> شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد ساله ۱۳۹۲ ص ۱۳۴ و کاتوزیان، اعمالی حقوقی، چاپ پانزدهم، تهران، ج اول، ص ۴۷، مرجع سابق



واقع میشود، بدین معنا که طرفین درحین انجام عقدی اقاله ازالفاظ اقاله ویا آنچه که به اقاله دلالت می کند استفاده نماید،<sup>۱</sup> و طرف دیگر قبول کند قانون مدنی در ماده ( ۷۴۷ ) خویش ،لفظ اقاله ،را بکار برده است، که دلالت به اقاله صریح می نماید، باتوجه به آن گفته می توانیم که قانون گذار اقاله رایه الفاظ صریح (اقاله) که دلالت به آن نماید، و به صیغه ماضی باشد، بیان نموده است، ومانند عقد ایجاب و قبول اقاله به الفاظی زمان گذشته باشند،<sup>۲</sup> و اقاله ضمنی همان است که طرفین بعد از انجام عقد صحیح و لازم به قصد اقاله آن به طور صریح ازالفاظ اقاله استفاده نکنند، بلکه مشتری مبیعه را برای بائع مسترد نماید، و بائع ثمن را دوباره برگرداند، بدون اینکه ازالفاظ کاربرگیرد، و یا یکی از طرفین عقد برای طرف دیگر بگوید، که (أقلتک) جانب مقابل بدون اینکه به لفظ آنرا قبول ویا رد نماید، اگر بائع باشد ثمن را برگرداند، و اگر شخصی ساکت مشتری باشد مبیعه را برگرداند، که دراین صورت اقاله انجام شده و ضمنی نامیده میشود.<sup>۳</sup>

و در رابطه به اقاله ضمنی و یا معاطات در ماده ( ۷۴۸ ) قانون مدنی بطور صریح بیان داشته که تعاطی قایم مقام ایجاب و قبول میباشد، تعاطی همان اقاله ضمنی است، که

---

<sup>۱</sup> - الدرالمختار ، ج پنجم ، ص ۱۲۰ ، مرجع سابق

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان ، ماده ۷۴۷

<sup>۳</sup> - بجزر الرائق ، ص ۲۰ باب الاقاله ، کشاف القناع ، ج سوم ، ص ۲۰۴ ، بدائع الصنائع ، ج هفتم ، ص ۳۳۹۴ مراجع سابق

بدون استفاده از الفاظ صریح به فعل انجام گردد، گویا در ضمن فعل خویش اقاله را انجام

داده اند،<sup>۱</sup>

### **مطلب چهارم: اقاله بانکی و عقد الکترونیکی در فقه و قانون مدنی**

نخست در رابطه به اقاله تعدادی از عقود بانکی بحث می‌نمایم تا روشن گردد، که عقود بانکی چگونه اقاله می‌گردد، و سائل کاربردی در اقاله بانکی، نسبتاً متفاوت به عادی می‌باشد، انجام اقاله در چنین عقود چگونه می‌باشد، که بطور مختصر ارائه می‌گردد،

**فرع اول: اقاله بانکی در فقه و قانون مدنی:** قلمرو اقاله بادر نظر داشت پیشرفت و سائل داد

وستد و تکنالوجی، از این جهت وسیعتر شده است، که در شرایط کنونی عقود و اقاله ای آن

در بانکها بشکل مدرن تری صورت می‌گیرد، بناء بخاطر آگاهی مردم و امکان اقاله

در بانکها و اشکال آن، بطور ذیل بررسی می‌نمایم: چون در فقه اسلامی در رابطه به اقاله

بانکی و کیفیت آن کدام مرجع فقهی را در اختیار ندارم و با وجودی سعی و تلاش نیز نتوانستم

در فقه کدام کتابی فقهی در رابطه به اقاله بانکی دریافت نمایم، اما از دید حقوق در قسمت اقاله

بانکی احکام و مسائلی زیادی بحث و بررسی گردیده است که در اینجا صرفاً از دید حقوقی

به اقاله بانکی می‌پردازیم، چنانچه قبلاً مفهوم اقاله بیان شد در معاملات و قراردادهای بانکی

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی، ماده ۷۴۸

نیز اقاله جاری شده می تواند، در صورت که مشتری یا راهنین تعهدات خویش را ایفای ننمایند، و مطالبات بانک حصول نگردد، بانکها ناگزیر می شوند، تا در رابطه به آن اقدام اجرایی نمایند، بانکها برای فروش املاک رهنی در چارچوب قوانین و مقررات موجود از طریق مزایده اقدام می کنند.

**اول- اقاله تملیکی بانک:** از اقاله ملک تملیکی کدام تعریفی مشخصی ارائه نگردیده است اما می توان گفت که، اقاله ملک نیز مانند هراقاله دیگری بمعنای برهم زدن دوجانبه قرار داد ملکی است، که میان طرفین منعقد شده است، و پس از اقاله تمامی تعهدات طرفین در قبال موضوع ساقط می گردد، میبایع به بائع و پول به مشتری برمی گردد، در اقاله تملیکی یک طرف بانک بحیث شخصیت حکمی یا معنوی و طرف دیگر شخص حقیقی میباشد، می تواند اشخاص حکمی نیز باشد مانند شرکتها و غیره، اقاله املاک تملیکی بانکی، کاربرد مسکونی و وثایق تملیکی است، بانکها در صورت تقاضای مال مالک و یا قائم مقام وی ملک را به مالک اقاله مینمایند، مانند اینکه شخصی واحد اپارتمان را بطور پیش پرداخت خریده است، اما پولی را باید با اقساط می پرداخت چنین نشده است، و این ملکیت و که تا هنوز پول آن برای مالک اصلی اش پرداخت نشده جهت قرض در بانک ثبت گردیده

است، بعد از گذشت میعاد معینه، مالک واحد اپارتمانی بخاطر ادعای ملک خویش مراجعه می کند، بانکها مطابق به مقررات و طرز العمل های نافذه، ملک مسکونی فردی مذکور را اقاله می نمایند، واحد اپارتمان از ملکیت بانک خارج و به مالک آن انتقال می یابد، همین انتقال ملکیت مالک که در اختیار بانک قرار داشته به رضایت طرفین یعنی بانک و شخص حقیقی را اقاله ملک تملیکی بانک شمرده میشود.<sup>۱</sup>

**دوم - اقاله ملک در رهن بانک:** یکی از مشکلاتی که در خرید و فروش املاک به وجود می آید فروش و انتقال ملک است، که در رهن بانک می باشد، برای خرید و فروش ملک که در رهن بانک است، روش های زیادی وجود دارد، ولی بهترین روش تغییر نام تسهیلات به نام خریدار است، و بعد از انتقال سند بطور قانونی برای خریدار می باشد، مثلا زمانی که یک شخص اپارتمانی را بطور پیش پرداخت خرید می کند، مالک یا صاحب خانه مالکیت واحدهای ساختمانی مذکور را غرض دریافت قرض نزد بانک بعنوان وثیقه گذاشته است، در حالیکه قبلا مبلغ آنرا از خریدار دریافت کرده است، پس خوبترین روش تغییر نام شخصی که مالک خانه است به نام خریدار جدید، و سپس انتقال قانونی سند است، بطور کلی خرید و فروش ملک که در رهن بانک است مشکلات را بیار می

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۲۱۳ مرجع سابق، شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد ساله ۱۳۹۲ ص ۱۳۴، کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۲۱۴ مرجع سابق

آورد، مثلاً کسانی که واحد های اپارتمانی را می خردند باید برای تحویل گرفتن آن قرض مالک اصلی رابه بانک بپردازند،<sup>۱</sup> واکثراً پیش خرید این گونه املاک با سوء استفاده و فریب کاری تعدادی افراد غلط همراه است، ، این چنین فروش ملک که در رهن بانک است نیز بدون جلب رضایت، بانک درست نیست،<sup>۲</sup> قانون رهن امول غیرمنقول در معاملات بانکی در ماده ( ۲۶ )<sup>۳</sup> خویش موضوع حق ازاد سازی مرهونه را بیان نموده است، که چنین مشعراست (۱) قبل از اینکه رهن گیرنده صلاحیت فروش مرهونه را اعمال یا خواهان حيازت آن گردد، رهن دهنده وسایر رهن گیرندگان می توانند با تأدیه تمام مبلغ دین قابل باز پرداخت، به رهن گیرنده مرهونه را از رهن آزاد سازند، در آن صورت شخص آزاد کننده مکلف است مصارف مناسب ناشی از خدمات (حق حبس، نگهداری ، ترمیم و آماده سازی مرهونه برای واگذاری) را به رهن گیرنده تأدیه نماید) اگرچه آزاد سازی مرهونه در رهن بانک مشخصاً اقاله نیست اما به اساس توافق طرفین مرهونه از رهن بانک آزاد می گردد، که این خود به مفهوم اقاله میباشد، معمولاً محاکم مالیاتی و بانکی

<sup>۱</sup> - جعفری ، لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق ، تهران ، گنج دانش، چاپ اول، ساله ۱۳۸۷ ، ص ۲۶۴

<sup>۲</sup> - القنوجی، أبو الطیب محمد صدیق خان بن حسن بن علی ابن لطف الله الحسینی البخاری القنوجی (المتوفی: ۱۳۰۷ هـ) روضة النديّة (ومعها: التعليقات الرضية على «الروضة النديّة» ) تعليقات بقلم: العلامة المحدّث الشيخ محمد ناصر الدین الألبانی، دار ابن القیم للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية ، چاپ اول سال، ۱۴۲۳ هـ - ۲۰۰۳ م، ج دوم، ص ۳۸۲

<sup>۳</sup> - قانون رهن اموال غیرمنقول در معاملات بانکی، ماده ۲۶ مرجع سابق

دراغغانستان که مدتی کوتاهی می شود، تشکیل گردیده است، درقسمت ملکیت که دررهن بانک قرارداد، به اساس تقاضای دائن یا بانکها، بعد ازاثبات دین در ذمه مدیون و ارائه اسناد رهنی ، مبنی برمزایده رهن متذکره تصمیم اتخاذ می نمایند، که درجریان مزایده، عقد بین طرفین طی وثیقه شرعی درمحاکم مربوطه فسخ می گردد،<sup>۱</sup> تا اشکالی در قسمت مزایده ایجاد نشود، وهمین فسخ رهن بدون شک به رضایت طرفین نیز صورت گرفته می تواند که درآن صورت توافق طرفین مبنی بر ازبین بردن رهن درملک بانک و فروش آن بطور مزایده اقاله خواهدبود، درچنین موارد محاکم به ماده ( ۲۷ ) قانون رهن امول غیرمنقول درمعاملات بانکی که چنین بیان داشته (۱) رهن گیرنده مکلف است، به منظور بدست آوردن صلاحیت فروش مرهونه به محکمه مراجعه نماید، محکمه بعداز بررسی اسناد ذیل وتائید مطابقت آنها با اعطای صلاحیت فروش موافقت می نماید:

۱- اصل یا نسخه معتبر سند رهن ومقاوله دین بشمور هرنوعو ضمایمی که بیانگر پرداخت اقساط دین باشد ۲-کاپی اطلاعیه عدم پرداخت که رهن گیرنده به رهن دهنده ارسال نموده وبه امضای طرفین رسیده باشد ۳-توضیح وامضای این مطلب ازطرف رهن گیرنده یا نماینده ذیصلاح وی که دین تأدیه نشده ودرخلال مدت ماده بیست وپنجم

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی درنظم حقوق کنونی، تهران، نشرمیزان ، سال ۱۳۸۳، ج، چهارم ، ص ۵۷۱ ،

این قانون ، عدم تأدیه رفع نه گردیده است ۴- اسناد دیگری که ازسوی رهن گیرنده ارائه شده باشد.

(۲) در صورتی ،ت وم،وت بز دذئید مطابقت اسناد به این قانون در خلال مدت بیست روز حکم مبنی بر اعطای صلاحیت فروش را صادر نه نماید ، رهن گیرنده مجاز میب باشد تابدون تائید محکمه، صلاحیت فروش را اعمال وتکمیل نماید.

وماده (۷۷) قانون بانکداری استناد می نمایند<sup>۱</sup> که ماده متذکره چنین مشعر است (۱) بانک می تواند ، از مشتریان خویش تقاضا نماید تا قروض مربوط را توسط رهن، ضمانت یا تعهد دیگر، تضمین نمایند.

(۲) هرگاه مدیون از پرداخت قرضه که توسط حق حبس یا رهن امول منقول یا غیر منقول وسایر دارای های ثبت شده تضمین گردیده، امتناع ورزد، اموال منقول وغیر منقول تضمین شده مطابق احکام قانون به فروش می رسد، در این صورت بانک می تواند ، جهت خریداری امول و دارائی های مذکور در داوطلبی اشتراک نماید ) که ماده فوق الذکر شش فقره داشته و در هر کدام احکامی وشبوههای متفاوتی را تسجیل وپیش بینی نموده است.

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون بانکداری ، منتشره جریده رسمی ، مطبعه صنعتی احمد، سال ۱۳۹۴ ماده ۷۷ وقانون رهن اموال غیرمنقول ،منتشره جریده رسمی نمبر(۹۹۰)مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۵ چاپ مطبعه دولتی، ماده ۲۷ مرجع سابق

دوم-: **اقاله قرارداد بانکی**: در فقه اسلامی بطور مشخص در خصوص قرارداد شرائط وانحلال آن بحث نشده است، فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به شرکت ها و انواع معاملات بانکی معاصر بحث های خیلی محدودی داشته اند، خصوصا در افغانستان در این خصوص از جهت شرعی توجه نشده است، اما از لحاظ حقوقی و قانونی در قسمت قرارداد وانحلال آن بحث های صورت گرفته است، و کتابهای نگاشته شده است، چنانچه قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال قرارداد را چنین تعريف نموده است:

**قرار داد**: عقی است که به منظور ایجاد، تعدیل، انتقال یا از اله حق در حدود احکام این قانون بین اشخاص حقیقی - یا حکمی منعقد می گردد، پس باتوجه به آن تفاوت عقد و قرارداد بخوبی هویدا است، هر قرارداد عقد است بیشتر عقد شامل عقود معین بوده اما قرارداد شامل عقود معین و غیر معین میباشد، اما هر عقد قرارداد نیست،<sup>۱</sup> و عناصر اساسی قرارداد را نیز در ماده دهم چنین بیان داشته است، (۱) در انعقاد قرار داد عناصر ذیل الزامی بوده، هر گاه قرار داد فاقد یکی از این عناصر باشد، اعتبار ندارد، پیشنهاد ایجاب، قبول، موضوع و هدف، سبب، زمان، بر علاوه آن طرفین می توانند به شرائط ذیل نیز توافق نمایند: عنوان، تخلص و محل سکونت طرفین، تعهد طرفین در در اجرای قرارداد، کمیت، اموال، کیفیت اموال، قیمت یا بدل، میعاد، محل و نحوه اجراء، تعهد در مقابل نقض قرار داد

---

<sup>۱</sup> - صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (قواعد عمومی قراردادها) چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۷، ص ۲۹



طریق حل منازعه ، حالات غیرمترقبه که درانجام قرارداد،وزمان تأخیر به وجودبیاورد،<sup>۱</sup> اقاله چنانچه درقانون مدنی افغانستان درزمره اسباب انحلال عقد شمرده شده است، این طور سبب سقوط تعهدات نیز می گردد، چون اقاله سبب سقوط عقد می گردد به تبعیت آن تعهد را نیز ساقط می سازد، اقاله قرارداد نیز همانند اقاله درعقد میباشد، بدین معنا که هرگاه طرفین قرارداد برضایت هم قرارداد انجام شده را برهم بزنند، می توانند.

یکی از خصوصیات اقاله درقرارداد این است، که طرفین قرارداد قصد دارند تا شرایط را به حالت قبل از قرارداد برگردانند، ازاین رو به هیچ عنوان نمی توانند در آن شرطی مبنی بر اضافه کردن ویا کم کردن آنچه قبلا قراردادنموده اند بگذارند، زیرا درصورت گذاشتن چنین شرطی اقاله باطل خواهد شد، ومانند تمامی عقود قرارداد نیز باید لازم باشد، وهردوطرف برای برهم زدن قرارداد توافق کرده باشند، قسمیکه در قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال در ماده هفتادخویش حالت فسخ قرارداد را بیان نموده است، ودر بند دوم ماده متذکره چنین تصریح نموده چنین تصریح نموده است که، (هرزمان با توافق متقابل طرفین) ودر بند دوم فقره اول ماده ( ۷۱)<sup>۲</sup> نیز یکی از موارد ختم قرار داد را توافق طرفین قرارداد مبنی بر ختم آن، تذکر داده است، اگرچه قانون گذار مشخصا زیر عنوان اقاله آنرا ذکر نکرده است

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، منتشره جریده رسمی ۱۳۹۳/۷/۲۸(۱۱۵۰) مواد ۱۰، ۱۱، ۳،

<sup>۲</sup> - وزارت عدلیه، قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، ماده ۷۱ مرجع سابق

بلکه درباب انحلال قرارداد تسجیل نموده است، ولی با توجه به اینکه درهرزمان وبه رضایت طرفین قرارداد را قابل فسخ و ختم دانسته است، گفته می توانیم این فسخ قرارداد و ختم آن به رضایت طرفین و درهرزمان ، همان اقاله خواهدبود.

**سوم: نحوه محاسبه اقاله:** بانکها درخصوص نحوه محاسبه تسهیلات و قرض درحین اقاله روش یکسانی را اعمال می نماید، شیوه محاسبه آنها چنین است که میزان قرض را از زمان ثبت و پرداخت تسهیلات الی زمان اقاله که زمان تسویه نیز می باشدبه نسبت اصل، فایده و خسارات سرمایه معطل شده بانک، پس از سررسید محاسبه می نماید، برابر است که ملک پس از تملیک درتصرف مشتری باشد یا نباشد، که نکاتی ذیل دراین خصوص قابل توجه است، طرفداران این نظریه عقیده دارند که اززمان پرداخت تسهیلات سرمایه بانک ، به دلیل عدم تأدیه اقساط مطالبات ، بدون استفاده باقی مانده است، و معطل گردیده است، و مشتری باید عواقب این امر را پذیرفته و خسارات سرمایه معطل شده بانک را جبران نماید، بطور مثال شخصی از بانک قرض می گیرد بخاطر کشاورزی ، و قرار داد را هم یکساله بسته است، و مبلغ سرمایه و یا قرض بانکی ده لک افغانی است، که قرض گیرنده

را مکلف به پرداخت آن بطور قسط وار مکلف نموده است<sup>۱</sup>، زمانیکه مشتری دین خود را بوقت معین نپرداخت، و سرمایه بانک معطل گردیده است، جبران خساره آنرا نیز باید پردازد،<sup>۲</sup>

### فرع دوم: اقاله عقد الکترونیکی در فقه و قانون مدنی

اول: مفهوم عقد الکترونیکی در فقه و قانون مدنی: مفهوم عقد بطور عمومی برای همه روشن میباشد، و در اینجا عقد الکترونیکی که یک پدیده معاصر است از منظر فقه و قانون مورد مکتب قرار می گیرد که عقد متذکره عین عقد ساده و معمولی است یا اینکه متفاوت است،<sup>۳</sup> و همچنان قبل از بررسی عقد الکترونی ضروری است، تا نخست در رابطه به وسائلی، اتصال یا ارتباطی در قدیم و وسائل اتصال (ارتباط) در شرائط کنونی بطور مختصر بحث نمایم، تا مفهوم اینترنت نیز روشن گردد، چون تمامی عقود و قراردادهای الکترونیکی بر مبنای اینترنت صورت می گیرد، و وسائلی که در قدیم بعنوان اتصال و انجام معاملات از راه دور بکار گرفته میشدند، قرار ذیل است:

۱- فرستادن قاصد، طوریکه قاصد و یا رسول از طرف ایجاب کننده برای دیگری فرستاده میشود، که نیابتاً انتقال دهنده بدون تصرف قول مرسل بود، یا رسول نامه ای را از جانب

<sup>۱</sup> - صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، (قواعد عمومی قراردادها) چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان، سال ۱۳۸۷، ص ۲۹

<sup>۲</sup> - صفایی، دوره مقدماتی، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ص ۳۰ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - ممدوح، ابراهیم، خالد، ابرام العقد الکترونی، ناشر، الدارالجامعه الاسکندر، مصر سال ۲۰۰۷ ج اول، ص ۳۰

مرسل برای مرسل الیه انتقال میداد مانند فرستادن پدر پسر خود را بخاطر اطلاع قبول کردن فروش منزل و خرید آن و یا سید خادم خویش را می فرستاد تا عقد دربین شان انجام شود،<sup>۱</sup> حکم ایجاد عقد بواسطه رسول نزد فقهای کرام (رحمهم الله) مانند حکم عقدی است، که به کتابت منعقد می گردد، که عقد ارسال رسول به سه طریق انجام میشد فرستادن رسول یا قاصد که قاصد ایجاب را برای مرسل الیه ابلاغ می کند، و مرسل الیه قبول می کند عقد تمام شد شمرده میشد، صورت دوم طوری است که قاصد و یا رسول نامه را می رساند و مرسل الیه در همان مجلس قبول می کند، پس عقد انجام شده تلقی می گردید، یا اینکه مرسل ایجاب خویش را ابلاغ می کند مگر کسی را برای رساندن به شخص مورد نظر مکلف نساخته است، اما تبرعا کسی این ایجاب را برای مرسل الیه می رساند، اگر قبول کرد نزد جمهور علما عقد صحیح نمی شود مگر فقهای احناف چنین عقد را موقوف گفته اند،<sup>۲</sup> در تمامی این صورت ها چه از طریق فرستادن قاصد و ارسال نامه و یا وسایل دیگری که خیلی زمان گیر بوده و فاصله زمانی زیاد را دربرمی گرفت، توسط آنها عقد صورت می گرفت، که به مرور زمان انسانها به استخدام پرنده ها بعنوان وسیله اتصال استفاده

---

<sup>۱</sup> - عبدالباقی، عبدالفتاح، نظریه العقد والازاده المنفردة، چاپ اول سال ۱۹۲۳ مطبوعه نهضه، مصر، ج اول ص ۲۴۱

<sup>۲</sup> - المرغینانی، ابوالحسین علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل الرشدانی، الهدایه شحر البدایه المبتدی، چاپ اول المکتبه الاسلامیه بدون سنه، ج اول، ص ۹۰، وابن نجیم، وزین الدین ابن نجیم الحنفی، البحر الرائق شرح کنزالد قائق، چاپ دوم، مطبوعه دارالمعرفه، بیروت، ج یازدهم ص ۳۷، وابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج سوم، ص ۱۵ مرجع سابق،

را آغاز کرد، بتعقیب آن تلگرام، تلویزون، رادیو و تلفون و فکس، را اختراع کردن که تمامی این وسائل معاصر قبل از اختراع انترنت و کمپوتر استخدام بکاربرده میشدند، برافروختن آتش بعنوان وسیله قدیم که رومانیها انرا بخاطر آگاهی جنگ استفاده می کردند و مسلمانان برای اعلان از نزدیک شدن دشمن انرا استفاده می کردند، و همچنان از پرنده بعنوان وسیله اتصال و ارتباط استفاده می کردند، چنانچه قبلا تذکر داده شد، و بخاطر انتقال، نامه از آن کارگرفته میشد، که قرآن کریم نیز به آن صراحت دارد { اَذْهَبْ بِكِتَابِي هَذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ }<sup>۱</sup> ترجمه: سلیمان علیه السلام برای هدهد فرمود که نامه من را ببر برای آنها، بعدا در گوشه ای منتظر باش، و نگاه کن که چگونه پاسخ می دهند، سلیمان علیه السلام بواسطه هدهد نامه را برای بلقیس ملکه سبأ فرستاد، و حکام دیگر از کبوتر و غیره بعنوان انتقال دهنده فرامین و مکاتیب خویش استفاده می کردند، که فاصله های زیادی را طی می کردند، و همچنان تلگرام بعنوان وسیله جدید در انتقال نامه ها کار گرفته میشود که لاسلکی انرا در سال ۱۹۰۰ اختراع نموده بود، و بتعقیب آن تلفون که عبارت از وسیله برقی است که صدا را از یکجای بجای دیگری انتقال میدهد و بعنوان وسیله نقل مکالمات شخصی معروف است، که بعد از آن تلفون واسطه تکلم و ارسال پیامکها و نامه قرار گرفت و تاکنون از آن استفاده می گردد، که ذریعه شماره ها اشخاص

---

<sup>۱</sup> -سوره نمل آیه ۲۸

تفکیک می گردد، وساحات جغرافیه نیز به اساس زیادت ارقام خاصی قابل تفکیک میباشد، ورضایت طرفین ازطریق تلفون شفاهی میباشد وکتبی نیست،<sup>۱</sup> وسیله معاصریدیگرا دیو بود که اصوات را ازطریق هوا بطور زنده ومباشر انتقال میدهد، وتاکنون ازطریق آن بعنوان یک وسیله مدرن استفاده می گردد وخصوصا در فروش ملکیت های تحت ضمان نزد دولت وقراردادهای ادارات دولتی بخاطر جلب شرکت ها ویا فروش املاک دولتی وقراردادها بعنوان مزایده ازآن کارگرفته میشود، وبعداز آن تلویزون بعنوان وسیله مدرن اتصال وارتباط وانعقاد عقد از آن کار گرفته میشود، ودرصورت که شخصی اعلان قیمت یک شی را ازطریق آن اعلان وایلاغ کند با استناد به قول فقهای مالکی (رحمهم الله) وشخصی جواب آنرا بدهد، یعنی به همان قیمت قبول کند وبعداغرض اخذ مراجعه نماید ، بائع نمی تواند مانع او شود،<sup>۲</sup> چنانچه در شرائط کنونی غیر ازانترنت تعدادی برنامه های است، که اشخاص ازطریق تلویزون برنده میشوند، برای وضاحت بیشتر نخست تعریف شبکه را ارائه می نمایم وبعدا ز آن انترنت را وبتعقیب آن موضوعات مرتبط به آنرا بیان می نمایم.

---

<sup>۱</sup> -القرداعی، علی محی الدین ،حکم اجراءات العقود بالات الاتصال الحدیثه، چاپ اول، ناشر، موسسه الرساله، سال ۱۹۹۲ ج دوم، ص ۱۱، ورشدی، محمد سعید، الانترنت والجوانب القانونیه لنظم المعلومات ، ناشر ، موسسه دارالکتب للطباعه، النشر ولتوزیع، الكويت، سال ۱۹۹۷ ج اول، ص ۳

<sup>۲</sup> -سلامه، جابر عبدالعزیز، العقد الکترونی، چاپ اول، سال ۲۰۰۵ ج اول، ص ۶

## دوم- وسائل اتصال معاصر و جدید

۱- شبکه در لغت فعل شبکه است، بمعنای تداخل بعض در بعضی دیگری مانند اینکه گفته میشود انگشتان خود را با هم داخل کردن، اینترنت، ازدو کلمه انگلیسی ترکیب شده است، یکی (انتر) و دیگری (نت) که بمفهوم شبکه مرتبط و یا آشکارا میباشد، بطور عمومی قرار داد الکترونیک، از لحاظ شرایط اساسی قرارداد و تنظیم آثار مترتب بر آن، تابع احکام، وقواعد عمومی حقوق قراردادهای و تعهدات میباشد، ولی از لحاظ ویژه گیهای فنی و روشهای انعقاد، ونحوه حمایت آثار حقوقی آن، مستلزم باز شناخت و تطابق دقیق آن با اصول وقواعد کلی حاکم بر قراردادهای است، قراردادهای یا عقود الکترونیکی در حقیقت امر، از لحاظ شرایط صحت مورد و یا موضوع، ماهیت مختلفی از قراردادهای متعارف ندارد، بلکه وصف جدیدی بر محیط تشکیل قرار دادها محسوب می شود، که قانون گذار مقررات خاصی برای تنظیم آن پیش بینی ننموده است، اصطلاح قرارداد الکترونیکی برای اولین بار در قانون یا آئین نامه تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا بکار برده شده است.

بملاحظه آن در قسمت معاملات تجاری، به وضع حقوقی یکسان قرارداد الکترونیکی همانند دیگر قراردادهای مبتنی بر برگه و ابزار سنتی اشاره شده است، و تعریف خاصی از

---

<sup>۱</sup> - سلامه، جابر عبدالعزیز، العقد الالکترونی، ج اول، ص ۷ مرجع سابق

قراردادهای الکترونیکی تصریح نگردیده است.<sup>۱</sup> قراردادهای الکترونیکی در نزد دکترین حقوقی بطور عموم بعنوان قراردادهای که با استفاده از ابزار های الکترونیکی نوین مانند شبکه تبادل، مصارف الکترونیکی، پست الکترونیکی، و صفحات شبکه اینترنت منعقد می گردد، تعریف شده است، در عقود و قرارداد های که بوسیله این صفحات منعقد می گردد<sup>۲</sup>، عرضه یک مال و یا هرنوع از خدمات بوسیله تامین کننده شبکه اینترنتی بشکل تصویر و یا دعوت به ایجاب اعلام می گردد، خریدار با اتصال به این شبکه ایجاب و یا قبول خود را باروش الکترونیکی ابراز می کند که درحقیقت امر اعلان اراده های طرفین عقد و یا قرارداد بواسطه تامین کننده شبکه اینترنتی مبادله می شود، تعدادی از حقوق دانان عقد الکترونیکی را چنین تعریف نموده است، عقد الکترونیکی عبارت است، از توافقی که ایجاب و قبول طرفین ضمن شبکه بین المللی باز ارتباطی از راه دور با ابزار شنیداری و تصویری متبادل می شود.<sup>۳</sup> در این تعریف نحوه تلاقی ایجاب و قبول را بیان نموده است اما آثار مترتب بر آن را تذکر داده است.

برخی دیگر از حقوق دانان عقد الکترونیکی را چنین تعریف نموده است: عقد الکترونیکی

---

<sup>۱</sup> - hance/balz1996 ص ۱۵۱

<sup>۲</sup> - مجاهد، اسامه، خصوصیه التعاقد عبر الانترنت، ناشر دارالنهضة، القاهرة، سال ۲۰۰، ج اول، ص ۳۹،

<sup>۳</sup> - مجاهد، اسامه، خصوصیه التعاقد عبر الانترنت، ناشر دارالنهضة، القاهرة، سال ۲۰۰، ج اول، ص ۳۹، و- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۵ ص ۱۵۴



قراردادی است که ایجاب و قبول با استفاده از شبکه ارتباطات بین المللی وبواسطه تبادل الکترونیکی بقصد ایجاد تعهدات قراردادی منعقد می گردد، لذا قرارداد های الکترونیکی درشمول اعمال تجارتي ویا غير تجارتي بااضافه ایجاب و قبول الکترونیکی شامل جنبه های مختلف معاملات الکترونیکی نیز میشود، مانند عرضه اموال وکالاها یا خدمات جهت دعوت به انعقاد قرار داد، سفارشات خرید الکترونیکی ، فاکتورهای الکترونیکی الکترونیکی ، ودستورهای پرداخت الکترونیکی که هرکدام از این موارد ممکن است بنحویکه مظهر بیان، اراده ویا آثار ناشی از آن درمحیط الکترونیکی باشد.<sup>۱</sup>

**سوم- اقاله عقد الکترونیکی در فقه:** بنده از اثر سعی وتلاشی که کردم نتوانستم تا در فقه اسلامی در رابطه به اقاله عقد الکترونیکی مراجع دریافت نمایم، در اینجا صرف از نظر حقوقی اقاله عقد الکترونیکی را بررسی می کنیم، چون از نظر حقوقی بحث های که در قسمت اقاله عقد الکترونیکی انجام شده ، می توانیم بگویم که، بعد از انعقاد عقد الکترونیکی در شرائط خاصی، برهم زدن عقد وجود دارد، شرائط ودلائل برهم زدن آن کاملاً استثنائی بوده واصل لزوم بر قراردادهای حاکم میباشد، عقود واقع شده از طریق سنتی والکترونیکی هر دو در این امر مشترک بوده و هیچکدام ویژه گی خاصی نسبت به دیگری در این خصوص

---

<sup>۱</sup> - مجاهد اسامه، خصوصیه التعاقد، عبرالانترنت، ج اول، ص ۳۹

ندارد، بطور عموم ایجاد رابطه حقوقی در محیط اینترنت خصوصا انعقاد قراردادها مبنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی عقد است.<sup>۱</sup>

تازمانی که برخلاف آن در فقه و اراده طرفین تصریحی نباشد، تابع شکل و یا تشریفات خاصی نمی باشد بدین مفهوم که انعقاد عقد و یا قراردادها اصولا رضای بوده و اشخاص می توانند، محض اراده های خود در چارچوب فقه اسلامی و قانون وضعی هر نوع قراردادی را منعقد نمایند، از لحاظ انعقاد عقد و یا قراردادهای که تابع شکل کتبی و یا رسمی هستند این نوع عقود در محیط الکترونیکی بعلت فراهم نبودن و یا عدم امکان اجرای این تشریفات مانند امضای رسمی مراجع ذیصلاح و یا توثیق و تسجیل آن در سجلات رسمی مانند قراردادهای خرید و فروش اموال غیر منقول با موانع ساختاری و یا ایمنی مواجه می باشند، ولی رفع این امر و قابلیت انعقاد عقود که تابع تشریفات خاص قانونی وابسته به ایجاد زمینه ساختاری وضع مقررات خاص حقوقی راجع به آن است، که مستلزم نقش فعال دولت در این امر است، در کل عقود الکترونیکی بطور عمده شکل انعقاد آن در محیط اینترنت، در سه شکل متفاوت انجام می گردد.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت سهامی، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۵ ص ۱۵۴

<sup>۲</sup> - ممدوح، ابراهیم، خالد، ابرام العقد الکترونی، ناشر، دارالفکر، القا، سال ۲۰۰۵ م، چاپ اول، ج اول، ص ۳۹، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، تهران سال ۱۳۶۴، ص ۴۸، صفائی، سید حسین، حقوق بیت المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۸۴ ج اول، ص ۴۱۴،

۱- انعقاد عقد ویا قرارداد بواسطه صفحه وب سایت: صفحه وب سایت در شکل الکترونیکی صحنه نمایش تصاویر و نوشته های مجازی قابل رویت، چاپ، و غیره و انتقال آن محسوب می شود، صاحب صفحه بطور عموم عرضه کننده خدمات معینی برای اطلاع رسانی، تبلیغات ویا انجام معاملات الکترونیکی میباشد لذا در عقود الکترونیکی ذریعه صفحه وب سایت علی العموم یکی از طرفین تاجر ویا مجیب و متصدی امور تجاری میباشد، ودرحالات کنونی صدها و هزاران صفحه وب سایت بعنوان محل تجاری مجازی در شبکه های اینترنت نصب شده است، مشتریان بواسطه آدرسهای اینترنتی آنها می توانند به صفحات هر عرضه کننده دسترسی پیدا کنند.<sup>۱</sup>

۲- بواسطه پست الکترونیکی: پست الکترونیکی معادل اصطلاح الکترونیکی پست سنتی شمرده میشود، یعنی ارتباط اراده ها بواسطه پست الکترونیکی به طور معمول ارتباط فوری و همزمان نیست، بنابر این عقود را می توان بعنوان عقود مکاتبه ای تلقی نمود و احکام مربوط به عقود کتبی در خصوص آنها اعمال نمود، انعقاد قرارداد ویا عقد بواسطه پست الکترونیکی مانند عقود معمول از راه دور و بین حاضرین در یک جلسه شمرده میشود، به همین اساس بطور عمومی دکترین حقوق و فقهای کرام رحمهم الله

---

<sup>۱</sup> - ممدوح، ابراهیم، خالد، ابرام العقد الکترونی، ناشر، دارالفکر، القا، سال ۲۰۰۵ م، چاپ اول، ج اول، ص ۳۹،

اله بین قراردادها و عقود الکترونیکی ، منعقدشده، بواسطه پست، فکس، وتلکس وتلیفون قابل نمی شوند.<sup>۱</sup>

۳- بواسطه حضور مجازی در اطاق صحبت الکترونیکی : در عقودی که حضور فیزیکی طرفین ، نباشد، بلکه ، ارتباط صوتی ، تصویری وفکری مستقیم بین آنها باشد، مانند رابطه نزدیک بین طرفین وحضور مجازی برقرار میشود، درحقیقت این ارتباط فکری ویا روانی مستقیم را می توان به محیط یک مجلس تشبیه کرد، وخیارات متعارف برای مجلس فیزیکی را برای این مجلس مجازی نیز قابل شد. ۲.

**چهارم: موضوع:** موضوع قرارداد الکترونیکی بودن محیط انعقاد عقود متضمن ویژه گی خاصی نسبت به عقود سنتی ندار، طرفین قرارداد می تواند به اساس اصل حاکمیت ازادی اراده محدودیتی در اختیار موضوع عقود الکترونیکی از نظر حقوقی ندارند، در معاملات الکترونیکی مستقیما نیرو انسانی در آن دخالت ندارند، ووب سایت است یا ایمیل است که به نیابت از اراده آنها بطور خود کار عمل میکند، بنأیکی از مهمترین دشواریهای انعقاد قرارداد الکترونیک فراهم نبودن محیط لازم برای اطلاع عرفی هریک از طرفین از اهلیت و شخصیت حقیقی یک دیگر برای انعقاد قرارداد است، دراین مورد هریک از طرفین باید به

---

<sup>۱</sup> - صفائی، سید حسین ، حقوق بیت المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۸۴ ج اول، ص ۴۱۴،

<sup>۲</sup> -- صفائی، حقوق بیع بین المللی، ج اول، ص ۴۱۴ مرجع سابق

اطلاعات ارائه شده اکتفا نماید و اثبات عدم اعتبار قرارداد الکترونیکی بسبب حجر یکی از طرفین عقد برعهده مدعی خواهد بود.

**پنجم: ایجاب الکترونیکی:** ایجاب الکترونیکی به معنای عرضه ای امری برای دیگری است، در اصطلاح فقه اعلان اراده یکی از طرفین عقد است بخاطر ایجاد رابطه حقوقی در یک امر و یا شیء معین، ایجاب الکترونیکی در ماهیت خود هیچ تفاوتی از ایجاب در عقود سنتی ندارد، مگر چند خصوصیات دارد که ذیلا به بحث می گیریم:<sup>۱</sup>

۱- ایجاب الکترونیکی ابراز و اعلان اراده از راه دور است، و برای حمایت مخاطبین ایجاب الکترونیکی که غالبا مصرف کننده گان هستند، و ایجاب کننده ملزم به رعایت قواعد حقوقی و قانونی میباشد، مانند اینکه در فروش اموال و یا سایر خدمات مشخصات نشانی، تعیین موضوع عقود و اوصاف آن را بیان نماید.

۲- ایجاب الکترونیکی اصولا در شکل نوشته در پیام است که بواسطه الکترونیکی قابل تبدیل به زبان نوشتاری و قابل فهم است.

۳- باتوجه به جنبه الکترونیکی ایجاب، مکان ایجاب کننده اهمیت خود را از دست می دهد و ایجاب الکترونیکی صفت فرامرزی یعنی صفت جهانی بخود می گیرد ولی ایجاب کننده می تواند ایجاب خود را به منطقه جغرافیای و یا کشورهای معینی محدود نماید، و یا

---

<sup>۱</sup> - مجاهد، اسامه، خصوصیه التعاقد عبرالانترنت، ص ۷۴ مرجع سابق

آثار ایجاب خود را یعنی تعهدات خود را به منطقه و یا جغرافیای معینی منحصر نماید، که ایجاب سنی از نظر مکانی بیشتر محدود به محل معینی میشود.<sup>۱</sup>

۴- ایجاب الکترونیکی در محیط اینترنت در حقیقت از طریق واسطه ای که به نیابت از او، ایجاب را تولید می کند، انجام می شود، بدین معنا که به مجرد صدور ایجاب بواسطه خدمات رسانه ای شکل معمولی و قانونی خود را پیدا نمی کند، مگر اینکه دستور تولید و ارسال آن بواسطه خدمات اینترنتی عرضه شود، در صورتی که از سایت زائل شود در این حالت ایجاب نیز زائل میشود.<sup>۲</sup>

۵- قبول الکترونیکی: قبول در انعقاد عقد الکترونیکی اعلان رضایت بر مفاد ایجاب در محیط الکترونیکی میباشد قبول الکترونیکی نسبت به قبول سنتی در ماهیت بیان اراده در عقود دارای ویژه گی، و وضع خاصی نمیشود، اما در شکل ونحوه اعلان اراده دارای وضع متفاوتی خواهد بود.

۶ - الحاقی بودن عقد الکترونیکی : عقودیکه در محیط الکترونیکی صفحات وب منعقد می گردد ، از جمله عقود الحاقی شمرده میشود، زیرا فروشنده اموال خویش را توأم با اطلاعات لازم و شرائط عمومی در صفحه اینترنتی خود به نمایش می گذارد، خریدار و یا

---

<sup>۱</sup> - ممدوح، ابراهیم، ابرام العقد الکترونی، ج اول، ص ۴۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - مجاهد، اسامه، خصوصیه التعاقد عبرالانترنت، ص ۷۶ مرجع سابق

مصرف کننده در صورت تمایل به خرید فقط تحت همان شرایط اعلان شده می تواند آنرا قبول کند.<sup>۱</sup>

۷- عدم حضور فیزیکی طرفین قرارداد: برای انعقاد عقد و یا قرارداد حضور فیزیکی طرفین ضروری نمی باشد، طرفین می تواند از هر جای و هر زمانی بواسطه های متعدد و متفاوت اراده خود را بهم رسانیده و موجب ایجاد عقد شوند، قرارداد الکترونیکی نیز این است که حتما باید در محیط الکترونیکی بدون حضور فیزیکی طرفین منعقد گردد.

۸- اصل رضایی بودن عقد الکترونیکی: عقد الکترونیکی در طبیعت ساختار خود عملیات تکنیکی معینی را بر نحوه اعلان اراده بشکل الکترونیک تحمیل می کند، بناء اصل رضایی بودن قراردادها مانع از توافق طرفین بر تعیین شکل معینی برای قرارداد نمیباشد<sup>۲</sup>

۹- جنبه بین المللی بودن عقود الکترونیکی: عقود الکترونیکی باعتبار به صفت بین المللی شبکه اینترنت، جنبه بی ن المللی دارد،<sup>۳</sup> زیرا محیط اینترنت، محیطی است، آزاد برای همه، صرف نظر از مرز و محل و جغرافیای مشخص و ورود به آن برای شخص امکان پذیر است، از لحاظ جنبه فرامرزی عقود الکترونیکی باید همیشه احتمال وجود عنصر خارجی را مورد توجه قرار داد، زیرا محیط الکترونیکی برای ورود اشخاص از هر مکان از

---

<sup>۱</sup> - ممدوح، ابراهیم، خالد، ابرام العقد الکترونیکی، ج دوم، ص ۴۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ص ۴۹ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - ممدوح، ابراهیم خالد، ابرام العقد الکترونیکی، ج اول، ص ۱۴۸ مرجع سابق،

جهان محدودیت ندارد، در صورت ایجاد اختلاف در معاملات فیما بین طرفین موضوع تعیین قانون قبل تطبیق و محکمه صالحه برای رسیدگی به آن ارزش خاصه های مهم عقود بین المللی خواهد بود.

۱۰- لزوم استفاده از افزارهای الکترونیکی : چون در عقود الکترونیکی اگر وسیله انعقاد عقد ابزار الکترونیکی نباشد قرارداد الکترونی نامیده نمی شود.

۱۱- امضای الکترونیکی: امضای الکترونیکی عبارت است از همان پیام های الکترونیکی بشکل ارقام و یا حروف بمنظور بیان اراده نهایی و تشخیص هویت شخصی که برنوشته الکترونیکی اضافه میشود<sup>۱</sup>، و یا به عبارت دیگر ، امضای الکترونیکی عبارت از رمز مستقل و محرمانه ای که تعیین هویت فرستنده و الحاق او به سندی که محتوای داده را تشکیل می دهد<sup>۲</sup>.

ششم: اقاله عقد الکترونیکی در قانون مدنی: قانون مدنی افغانستان در رابطه به عقد الکترونیکی اصلاً کدام باب و یا فصل را تسجیل ننموده است، و در مورد سخن نگفته است، قانون گذار را های متداول آن زمان را که انعقاد بطور فیزیکی ، از طریق فرستادن قاصد، نامه و غیره بوده است بحث نموده است ، ولی در قسمت عقود و قرارداد های الکترونیکی

---

<sup>۱</sup> - ممدوح، ابراهیم خالد، ابرام العقد الکترونی، ج اول، ص ۱۴۸ مرجع سابق ،

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۴۰ مرجع سابق



سکوت است، چون در آن وقت تکنالوجی پیشرفت نداشته و نیازی برای چنین قواعد دیده نمی شد، اکنون که دنیا از اثر تکنالوجی خیلی کوچک شده است، و نیازی برای وضع قوانین در این خصوص دیده میشود، از طرف وزارت عدلیه افغانستان طرح قانون معاملات و امضای الکترونیکی، تدوین و بعد از طی مراحل از طرف ولسی جرگه تصویب گردیده است، در بیان مفاهیم اصطلاحات (الکترونیک) معامله و قرارداد) را تعریف نموده است، در بند اول ماده سوم چنین بیان میدارد که: ۱- الکترونیک (Electronic) ایجاد، ضبط، انتقال، ذخیره یا ویرایش، معلومات است به شکل دیجیتال، یا به صورت غیر ملموس توسط وسائل الکترونیکی مقناطیسی، نوری یا هر وسیله دیگر که قابلیت ایجاد، ضبط، انتقال یا ذخیره معلومات را داشته باشد، و همچنان در بند ۱۶ همین ماده تعریف معامله، را چنین تعریف نموده است، معامله الکترونیکی (Electronic Transaction) معامله، قرارداد یا موافقت نامه است که به طر و کلی یا جزئی، با استفاده از پیام معلوماتی معلوماتی منعقد یا اجرا میگردد، و در بند (۱۷) ماده متذکره،<sup>۱</sup> قرارداد را تعریف نموده است، که: قرارداد الکترونیکی (Electronic Contract) توافق دویا بیشتر از دو اراده است به ایجاد، تعدیل، انتقال، یا ازاله حق در حدود احکام قانون از طریق وسائل ارتباط

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون معاملات و امضای الکترونیکی، منتشره جرید رسمی نمیر ( ) ۲۶ اسد سال ۱۳۹۹ مواد ۳، و ۵، ولسان، مصطفی، ایجاب و قبل معاملات الکترونی، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۳، ص ۳۳۷ تا ۴۰۶ سال ۱۳۸۵ و الاخوانی، حسام الدین، النظریه العقد للتزام، سال ۱۳۹۵، ج اول، ص ۴۸،

الکترونیکی،<sup>۱</sup> وهمچنان از پیام وامضای الکترونیکی وسائر اصطلاحات وموارد مرتبط تعریف ارائه نموده است، که در ماده ۵ قانون مذکور به تفصیل معاملات الکترونیکی وجزئیات آن پرداخته است، قانون قراردادهای تجارتي وفروش اموال در قسمت قرارداد الکترونیکی بطور مشخص کدام تعریف ارائه ننموده است، اما در ماده سوم بند ( ۱۴ ) خویش زمانی که سند را تعریف نموده است،<sup>۲</sup> تمامی اسناد الکترونیکی را شامل ساخته است، مانند فکس، پیام وغیره، پس گفته می توانیم که قانون قراردادهای تجارتي وفروش اموال اسناد قسما معاملات الکترونیکی را پذیرفته است، قانون مذکور وهمچنان قانون معاملات وامضای الکترونیکی در رابطه به اقاله ای معامله وقراردادهای تجارتي وعقد الکترونیکی اصلا ساکت بوده، قانون گذار در زمینه اصلا توجه نکرده و صرفا در رابطه به باطل بودن وفسخ قرارداد وعقد تعدادی از شرائط واحکام را مقرر داشته است ، صرفا در ماده دهم، قانون قراردادهای تجارتي وفروش اموال یکی از موارد فسخ قرارداد را به توافق طرفین در هر زمان پیش بینی نموده است، ویس .

---

<sup>۱</sup> - وزارت عدلیه، قانون معاملات وامضای الکترونیکی ،منتشره جرید رسمی نمبر ( ) ۲۶ اسد سال ۱۳۹۹ مواد ۳، و ۵ ،  
والسان،مصطفی،ایجاب وقبل معاملات الکترونی، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۳، ص ۳۳۷ تا ۴۰۶ سال ۱۳۸۵ والاخوانی، حسام  
الدین ،النظریه العقد للالتزام ، ج اول، سال ۱۳۹۵ ، ص ۴۸ ،

<sup>۲</sup> - وزارت عدلیه، قانون معاملات وامضای الکترونیکی ،منتشره جرید رسمی نمبر ( ) ۲۶ اسد سال ۱۳۹۹ مواد ۳، و ۵ ،

هفتم: آثار اقاله ای عقد الکترونیکی: در عقود الکترونیکی انعقاد قرارداد عموماً از راه دور صورت می‌گیرد، در صورت تحقق و وقوع اقاله به هر دلیلی که باشد، به مثابه عقود سنتی بوده و وضعیت طرفین به حالت پیش از عقد اعاده می‌گردد، که با توجه به نظریاتی فقهای کرام کیفیت آن از نظر امام ابوحنیفه رحمه الله اقاله ای عقد الکترونیکی نیز فسخ در حق طرفین عقد بوده و در حق شخص سوم عقد جدید برشمرده خواهد شد، و بر علاوه عودت مبیعه به بائع و ثمن به مشتری، شفع نیز بر آن وارد خواهد شد.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - السان، مصطفی، ایجاب و قبل معاملات الکترونی، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۴۳، ص ۳۳۷ تا ۴۰۶ سال ۱۳۸۵ و الاخوانی، حسام الدین، النظریه العقد للالتزام، ، سال ۱۳۹۵، ج اول، ص ۴۸،

## مبحث سوم

### ارکان و شرائط اقاله در فقه و قانون مدنی

مطلب اول: ارکان اقاله در فقه و قانون مدنی

فقهای کرام (رحمهم الله) چنانچه برای عقد بطور عمومی و خصوصی وجهت تشکیل و ایجاد عقد تا اثار و نتایج برآن مرتب گردد ارکان و شرائطی را وضع و بیان نموده اند که دراین جا ارکان اقاله را از نظر فقهای کرام بیان می نمایم، اما قبل از بیان ارکان لازم است تا بطور مختصر رکن و شرط را تعریف نمایم:

**اول : رکن:** رکن در لغت به فتح (کاف) بمعنای اعتماد کردن برآن، مانند ستون در منزل که همیشه منزل برآن استاده است، و هیچ وقت از آن جدا نمی گردد، و رکن به یک طرف چیزی که برآن استاده کرده باشد، نیز اطلاق می شود، نزد علما لغت، رکن طرف چیزی را گفته میشود که از جمله ای جزا همان شی باشد، که جمع آن ارکان است، مانند ارکان نماز، و غیره.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - الجرجانی، علی بن محمد بن علی، التعریفات، ناشر، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ اول سال ۱۴۰۵ هـ، ج اول، ص ۱۴۹، بحرالرائق، ج اول، ص ۲۹۰، مرجع سابق الدرالمختار، باب شروط الصلاه، ج اول، ص ۴۰۱ مرجع سابق

**دوم: ارکان اقاله نزد فقهای احناف** رحمه الله در حال موجودیت اختلاف در کیفیت اقاله با آنهم رکن را ضروری دانسته اند، برابر است که اقاله فسخ باشد و یا بیع بادر نظر داشت نظریاتی فقهای احناف (رحمهم الله) برای اقاله دو رکن حتمی است، که عبارت از ایجاب و قبول است، یا به عبارت دیگر (صیغه) از ارکان اقاله می باشد چون اقاله نیز عناصر عقد را در خود دارد، مانند اینکه یکی از طرفین عقد بعد از انجام آن در صورت ندامت و اینکه عقد هم صحیح و لازم باشد، برای طرف دیگری بگوید که (اقلتک) و جانب مقابل نیز قبول نماید، عقد اقاله تکمیل می گردد، و می تواند ایجاب و قبول بشکل ضمنی باشد،<sup>۱</sup> در صورت که اقاله به الفاظ خودی (اقاله) انجام گردد، به اتفاق همه درست است، اما در صورت که صیغه اقاله یکی آن گذشته و دیگری آن آینده باشد از نظر امام ابوحنیفه و ابویوسف (رحمهم الله) درست است، زیرا صیغه مستقبل را به نسبت اتفاق طرفین عقد بر سر نرخ مبیعه مبنی بر ایجاب حمل می کند، اما نزد امام محمد رحمه الله در صورت متذکره اقاله درست نیست زیرا اقاله مانند بیع است و بیع به الفاظ ماضی (ایجاب و قبول) زمان گذشته منعقد می گردد، و اقاله نیز چنین است.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار، ج پنجم، ص مرجع سابق

<sup>۲</sup> - بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۳۰۶ مرجع سابق

سوم: ارکان اقاله نزد فقهای جمهور (رحمهم الله): جمهور فقهاء (رحمهم الله) برای ایجاد عقداقاله چهار رکن قائل هستند که عبارت از صیغه، (ایجاب و قبول)، مقیل و مقال (اقاله کننده و قبول کننده یا به عبارت دیگر عاقدین)، مقال، و مقال فیه (محل عقد) میباشد هر کدام آنرا بطور مختصر توضیح میدهیم، اختلاف فقهای کرام (رحمهم الله) در چگونگی اقاله که فسخ است یا عقد جدید که آثار آن نیز متفاوت خواهد بود، تعدادی می گویند اقاله فسخ است، و تعدادی هم به این نظر هستند که اقاله عقد جدید میباشد که در مبحث جداگانه ای بررسی می گردد، اما در رابطه به اینکه اقاله دارای ارکانی است، که مبنا و عناصر وجودی اقاله را تشکیل میدهد، کدام اختلاف نظر ندارند، صرف تفاوت دیدگاه احناف و جمهور که در رابطه به بیع نیز موجود بوده، این چنین در خصوص اقاله میباشد. ۱

۱- صیغه (ایجاب و قبول): ایجاب که از طرف یکی از عاقدین اقاله و قبول از طرف دیگر آن، میباشد زمانی که ایجاب از طرف یکی از طرفین عقد صادر شد و قبول از طرف مقابل آن صورت گرفت یک رکن از اقاله از نظر جمهور علماء تمام شد، چنانچه عقد با ایجاب و قبول که به اراده و قصد انشائی عاقدین تطابق داشته باشد، صورت می گیرد،

---

۱- ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی، ص ۶۰ مرجع سابق ابن عابدین، رد المحتار، ج هفتم، ص ۳۳۶ بابا الاقاله مرجع سابق،

اما در اقاله اتفاق طرفین عقد است، که مقتضی ازاله عقد انجام شده است.<sup>۱</sup>

۲- **عاقدين:** در عقد اقاله نیز ضروری است تا دونفر که یکی ایجاب کننده و دیگری قبول کننده (عاقدين) باید موجود باشند، تنها موجودیت شان کافی نیست بلکه باید دارای یک سلسله شرائط باشد که فقهای کرام آنرا برای صحت و صلاحیت عاقدين وضع نموده اند، ۲ عاقدين کسانی که بطور مباشر اقاله را انجام میدهند و یا کسیکه به نیابت آنرا انجام میدهد باید دارای اهلیت صادر کردن عقد اقاله باشند، یعنی ولایت، و اهلیت انجام عقد را داشته باشند، عاقل، بالغ و دارای صحت عقل باشند، اسلامیت شان نزد فقهای کرام شرط نمیباشد.

۳- **محل عقد:** محل اقاله همان عقدی است که قبلاً در میان طرفین عقد انجام شده و جنبه الزامی داشته، موضوع عقد قبلی که اقاله بر آن وارد میشود باید موجود باشد، عقد متذکره لازم باشد، و از جمله عقود نباشد که فسخ آن برضایت طرفین جائز نباشد، مانند عقد نکاح و یا عقد ضمان و غیره.<sup>۲</sup>

۵- **موضوع عقداقاله:** باتوجه به آزادی اراده، در امور مالی، موضوع اقاله ممکن است در تمامی معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن، خواه بطور مشاع باشد چنان که

---

<sup>۱</sup> - ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی ،،،، ص ۶۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الفقی، حامد عبده، الاقاله فی عقد البیع، ص ۸۳ مرجع سابق والوجیز للرافعی، ج چهارم، ص ۲۸۲ مرجع سابق،

<sup>۳</sup> - ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی ،،،، ص ۶۸ مرجع سابق

متعاملین با نصف یا ثلث معامله را اقاله نمایند و می تواند به طور مفروز باشد چنان که مورد ، خانه و باغ بوده و متعاملین نسبت به تمامی خانه یا نصف آن معامله را اقاله کنند، و بقیه به حال خود باشد، چنانچه در اثر اقاله معامله از زمانی که طرفین ، قصد خود را براقاله ، اعلام می دارند، برهم می خورد و نسبت به معاملات ماقبل آن، آثار معامله باقی خواهد ماند، یعنی اقاله اثر قهقرایی ندارد، و اقاله ناظر به آینده است،<sup>۱</sup> مثلا هرگاه کسی گوسفندی بخرد و پس از خرید آنرا بکشد و خریدار و فروشنده ، توافق براقاله بیع نمایند، خریدار در عوض گوسفند ، قیمت آنرا به فروشنده خواهد پرداخت و یا مثل آن را هرگاه مورد معامله قبل از اقاله ، معیوب شود مال مزبور، به همان وضعیت به مالک قبل از عقد برمی گردد، و در عوض عیب، ارزش داده میشود، پس گفته می توانیم که موضوع عقد همان عقدی انجام شده است و موجودیت عقد قبلی صحیح و الزام آور برای طرفین و یا برای یکطرف عقد ، برای اقاله حتمی میباشد، چون موضوع اقاله از بین بردن عقدی است که در میان طرفین قبلا انجام شده است و در حین اقاله موجود است.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> - عامر، عبداللطیف، محمد، الاقاله فی العقود، ناشر، ص ۸۶ والرافعی، شرح الوجیز، ج چهارم، ص ۲۸۲

<sup>۲</sup> - ابوفازان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی ،،،،،، ص ۶۹ مرجع سابق، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات ، تهران سال ۱۳۸۲ چاپ اول ، ج پنجم، ص ۱۲۳



**چهارم: ارکان اقاله در قانون مدنی:** قانون مدنی افغانستان اقاله را از جمله اسباب انحلال عقد تلقی نموده است و در ماده ( ۷۴۷ ) به وقوع اقاله بعد از انجام عقد صحیح و لازم برضایت طرفین قائل می‌باشد، اگرچه بطور مشخص از ارکان اقاله بحث ننموده است، اما با توجه به متن ماده متذکره ، موجودیت عاقدین را که بدون آنها اقاله ممکن نیست تذکر داده است ، صدور ایجاب و قبول را در ماده متذکره نیز اشاره نموده است، و اقاله را به لفظ (اقاله) تصریح نموده است، بناء می توان گفت ، که قانون مدنی ارکان اقاله را صیغه (ایجاب و قبول ) دانسته است، و با توجه به ماده ( ۷۴۸ )<sup>۱</sup> قانون گذار در زمینه از فقهای احناف تبعیت نموده است.

**مطلب دوم: انجام اقاله به لفظ غیر اقاله ( بیع، صلح ، تعاضی ، کتابت و اشاره) قبل از بیان شرایط صحت اقاله در خصوص الفاظ اقاله مکث می نمایم تا واضح گردد که اقاله به کدام الفاظ صحت دارد، و نظریاتی فقهاء در این خصوص چگونه است، در رابطه به صیغه اقاله فقهای احناف (رحمهم الله) بر این اتفاق نظر دارند که اقاله به لفظ اقاله، و یا به هر لفظی دیگری که دلالت به اقاله نماید، و هر دو لفظ (ایجاب و قبول) به صیغه ماضی باشند اقاله بطور صحیح انجام شده است، اما اختلاف شان در این است که در صورت که الفاظ اقاله**

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۸۸ مرجع سابق

(ایجاب و قبول یکی آن ماضی و دیگری آن مستقبل باشد، اقاله صحت دارد یا خیر؟ در این صورت نزد امام ابوحنیفه و ابویوسف (رحمهم الله) الفاظ اقاله طرفین عقد به صیغه ماضی باشند، و یا یک لفظ آن ماضی و دیگری آن مستقبل (آینده) باشد اقاله درست است،<sup>۱</sup> و نزد امام محمد رحمه الله در حین انجام عقد اقاله هر دو لفظ (ایجاب و قبول) به صیغه ماضی باشد، در صورتی که یکی از الفاظی ایجاب و یا قبول به صیغه مستقبل باشد اقاله درست نخواهد بود، امام ابوحنیفه و ابویوسف (رحمهم الله) استدلال شان این است که اقاله مانند عقد نکاح به صیغه ماضی و مستقبل منعقد می گردد مانند اینکه شخصی بعد از انجام عقد برای طرف مقابل خویش بگوید (أقلنی) و جانب مقابل بگوید که (أقلتک) اقاله صحت دارد اما امام محمد رحمه الله به این نظر است که اقاله جزء به الفاظ ماضی به مستقبل منعقد نمی گردد، زیرا اقاله فسخ عقد است، و مانند عقد می باشد و عقد بیع به الفاظیکه یکی آن مستقبل باشد صحت ندارد پس اقاله نیز صحت نخواهد داشت، و الفاظیکه دلالت به اقاله می نماید و یا از آن می توان به اقاله تعبیر کرد، مانند (تارکتک، فاسختک) و غیره نیز صحت دارد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - الکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج پنجم، ص ۳۰۶، مرجع سابق، السنهوری، مصادرالحق، فی فقه الاسلامی، ج چهارم، ص ۲۴۶ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الکاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج پنجم، ص ۳۰۶، مرجع سابق، السنهوری، مصادرالحق، فی فقه الاسلامی، ج چهارم، ص ۲۴۶ مرجع سابق

اول: اقاله به لفظ بیع: تعدادی از علمای حنفی (رحمهم الله) و بعضی حنابله به این نظر هستند که اقاله به لفظ بیع به مفهوم فسخ نبوده بلکه بیع میباشد،<sup>۱</sup> زمانیکه اقاله به لفظ بیع باشد تعدادی از فقهای حنابله (رحمهم الله) به این نظراند که اقاله به لفظ بیع صحت دارد، فقهای که می گویند: اقاله به لفظ بیع درست میباشد استدلال شان این است که مقصود معنی آن است، پس هر لفظی که مقصد اقاله را برساند به آن جائز است، اما انانیکه می گویند، اقاله به صیغه بیع، عقد بیع است دلیل شان این است که آنچه که دلالت به عقد می کند حمل آن به حلّیت یا خلاصی درست نیست.<sup>۲</sup>

به نظر بنده آنچه که علمای حنابله می گویند که صحت اقاله به لفظ بیع درست است خیلی معقول به نظر نمی رسد، زیرا، لفظ بیع برفسخ دلالت نمی کند بلکه مغایر آن است، چون بیع دلالت بر بستن می کند و اقاله دلالت به خلاصی و برهم زدن می کند، و نظر انعدده علمای که اقاله را به لفظ بیع درست نمی گویند راجح تر به نظر میرسد و مقصود از لفظ بیع همان عقد مستقل بذات خود است، که از جانب بائع جهت فروش مبیعه به اراده آزاد و به رضایت وی، صادر شده که این موضوع خیلی واضح است.

<sup>۱</sup> - الموصلی، الاختیار لتعلیل المختار ج اول، ص ۱۱ مرجع سابق، والبحر الرائق، ج ششم، ص ۱۱۱ مرجع سابق، وحاشیة ابن عابدین، ج چهارم، ص ۱۴۴ مرجع سابق، ، وابن رجب، تقریر القواعد، ج سوم، ص ۳۱۴، مرجع سابق

<sup>۲</sup> - کشاف القناع للبهوتی، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق

**دوم: اقاله به لفظ صلح:** در لغت به مفهوم ختم وانتهای خصومت بکاررفته است چنانچه گفته میشود (اصح الشئ) ای ازال فساد، ویا ( صلح المریض) زایل شد مرض او،<sup>۱</sup> و صلح عقد رضائی است که مکون از تبادل اراده طرفین متقابل است، و زمانی که بعد از انجام عقد بیع، یکی از طرفین برای مقابل خود بگوید که (صالحتک) یعنی شما ثمن یا پول من را برگردانید و من مبیعه را برای شما بر می گردانم، آیا اقاله به این لفظ صحت دارد؟ با توجه به نظریات فقهای کرام (رحمهم الله) باید گفت که: به نظر آنانی که اقاله به مفهوم بیع است به لفظ صلح صحت ندارد و منعقد نمی گردد، زیرا هر لفظی که برای صلح وضع شده و بر آن دلالت می کند، عقد به آن منعقد نمی گردد، و لفظی که برای عقد وضع شده است، و بر آن دلالت می کند صلح به آن صحت ندارد، زیرا صلح از جمله الفاظی است که به (حل) برهم زدن و گسستن دلالت می کند،<sup>۲</sup> و زمانی که اقاله را فسخ بدانیم در آن صورت اقاله به لفظ صلح درست، خواهد بود، پس صحت و سقم اقاله به لفظ صلح منوط به تعبیر از آن به بیع و فسخ میباشد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ص ۳۸۴ مادة (( صلح ))، مرجع سابق

<sup>۲</sup> - ابن رجب أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (المتوفى : ۷۹۵هـ) تقرير القواعد، ناشر : مكتبة الكليات الأزهرية، چاپ اول، سال ۱۳۹۱هـ/ ۱۹۷۱م ج سوم، ص ۳۱۴

<sup>۳</sup> - البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق،

**سوم: اقاله به تعاطی:** معاطات یا تعاطی، تبادلۀ افعالی متقابل است که به رضایت دلالت می کند بدون تلفظ به ایجاب و قبول، و زمانی که بیع در میان طرفین منعقد گردید و عقد هم لازم باشد، بعد از آن مشتری میباید را برای بایع برگرداند و بایع قیمت یا پول او را دوباره برگرداند، بدون اینکه به زبان چیزی بگوید، در صورتی که اقاله را به فسخ و یا بیع تعبیر کنیم در هر دو صورت صحت خواهد داشت، ولی در صورت فرض بودن اقاله را به عقد خواهد بود، و در صورت فرض کردن آن به فسخ، اقاله میباشد، فقهای کرام (رحمهم الله) به این متفق اند که نکاح به تعاطی درست نیست،<sup>۱</sup> اما در سائر عقود که به تعاطی صحت دارد و یا خیر؟ اختلاف نظر دارند که بطور مختصر بررسی می کنیم،

۱- تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) می گویند، عقد و اقاله به تعاطی بر مبنای عرف حاکم در قسمت عقود بین مردم، جائز است، برابر است که معقود علیه یا محل اقاله قیمتی باشد و یا چیزی ارزان، این نظریه احناف، مالکیها و قول صحیح از مذهب حنابله (رحمهم الله) است.<sup>۲</sup>

۲- نظریه دوم، تعاقد و تقابیل به تعاطی صحت دارد در صورتی که محل عقد و یا اقاله از

---

<sup>۱</sup> - ابن رجب، تقریر القواعد، ج سوم، ص ۳۱۴ مرجع سابق و کشف القناع، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - البحر الرائق، ج ششم، ص ۱۱ مراجع سابق، والدر المختار، ج چهارم، ص ۱۴۶، مرجع سابق القرافی، ابو العباس شهاب الدین احمد بن ادريس بن عبدالرحمن المالکی الشهير بالقرافی، الفروق، ناشر عالم الکتب، چاپ بدون تاریخ، ج سوم، ص ۱۴۳، و کشف القناع ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق،

جمله اشیای اندک باشند، این نظریه امام کرخی حنفی<sup>۱</sup>، ابن سریج، شافعی<sup>۲</sup> و قاضی از حنابله (رحمهم الله) است<sup>۳</sup>

۳- نظریه سوم، این است که عقد به تعاطی درست نیست و این چنین اقاله که این قول ابن حزم و قول مشهور از شوافع (رحمهم الله) است<sup>۴</sup> هرکدام برای اثابت نظریه خود دلائلی ارائه نموده است که ذیلاً به بحث می‌گیریم: دلائلی کسانی که می‌گویند عقد و اقاله به تعاطی جائز است، به این قول الله متعال استدلال می‌کند که فرموده است:

{ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ }<sup>۵</sup> خداوند جل جلاله بیع را مباح نموده است، و در تعاطی مفهوم بیع وجود دارد که تبادل مال به رضایت طرفین است و جائز است، و دلیل دوم شان این است که ایجاب و قبول دلالت به تراضی طرفین می‌کند و زمانی که مدلول آن موجود شد، جائز می‌باشد، این چنین تعاطی دلالت به اقاله می‌کند، که مقصود به ذریعه ای آن

---

<sup>۱</sup> - الكرخي: ابن الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي از بزرگان فقهاء حنفية بوده و عابد زاهدنيز بوده، و در سنة ۳۴۰ هـ وفات نموده است، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ج اول ص ۲۲۷، ابن سریج: أبو العباس أحمد ابن عمر بن سریج القاضي البغدادي از بزرگان فقهای شوفع بود و قضاء در شیراز به عهده داشته و فقه شافعی از وی نیز نشر شده است، در سال ۳۰۶ هـ وفات نموده است، طبقات الفقهاء للشيرازي ص: ۱۰۸، و طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: ۳/۲۱-۳۸،  
<sup>۲</sup> - ابن سریج، عمر بن سریج القاضي البغدادي از جمله بزرگان فقهاء شافعی بوده و در شیراز سمت قضاء را بعهده داشته و توسط وی فقه شافعی در اکثر مناطق نشر شده است، او در سنه ۳۰۶ هـ وفات نموده،  
<sup>۳</sup> - ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی، ص ۸۰ مرجع سابق،  
<sup>۴</sup> - نووی، المجموع شرح المذهب ج ششم، ص ۷ مرجع سابق و مغني المحتاج، ج دوم، ص ۴ مرجع سابق، و ابن حزم، المحلی، ج نهم، ۳۰۴ و ۳۹۶ مرجع سابق  
<sup>۵</sup> -سوره بقره آیه ۲۷۵

حاصل می گردد، و اصحاب قول دوم می گویند، که تعاطی در چیزهای اندک جائز است

زیرا در اشیای ناچیز عرفاً تسامح شده می تواند بخلاف اشیای بزرگ و قیمتی.<sup>۱</sup>

اما اصحاب نظریه سوم می گویند، که اقاله و عقد به تعاطی جائز نیست زیرا عقد منوط

به رضا است بدلیل قول الله متعال که فرموده است: **لَا يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم**

**بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**

{ رضایت طرفین عقد در تجارت شرط گذاشته شده است، و به حدیث که از رسول الله

صلی الله علیه وسلم نقل شده به روایت أبو سعید الخدری رضی الله عنه (قال: قال رسول

الله ( **إنما البيع عن تراض** )<sup>۲</sup> ترجمه: بیع منوط به رضایت طرفین است، و رضایت امری

پوشیده است کسی از آن آگاهی ندارد، پس در این حکم ضایع منوط به ظاهر است، که

به صیغه باید اظهار گردد.<sup>۴</sup>

**ترجیح:** با توجه به دلائل ارائه شده از طرف قائلین اقوال سه گانه فوق الذکر باید گفت

که اقاله چنانچه به ایجاب و قبول صحت دارد این چنین به تعاطی جائز میباشد، زیرا عرفاً

---

<sup>۱</sup> - الرافعی، شرح الوجیز ، ج چهارم، ص ۱۰ مرجع سابق ، والمجموع شرح المذهب للنووی، ج نهم، ص ۱۵۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - سوره نساء آیه ۲۹

<sup>۳</sup> - این ماجه، ج سوم، ص ۲۹ حدیث شماره، ۱۲۸۵، مرجع سابق، بوضیعی گفته است که اسناد حدیث مذکور صحیح است و رجال آن موثوق، در مصباح الزجاجة و همین حدیث را بیهقی در سنن کبری در جلد ششم صفحه ۲۹ شماره حدیث ۱۱۰۷۵ تخریج نموده است و علامه البانی رحمه الله حدیث مذکور را در أرواء الغلیل در جلد پنجم، صفحه ۱۲۵ شماره حدیث ۱۲۸۳ صحیح گفته است،

<sup>۴</sup> - شرح الوجیز، ج چهارم ، ص ۱۰ مرجع سابق ، والشربینی ، مغنی المحتاج ، ج دوم، ص ۳ مرجع سابق

ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی درسه مقارنه مع القانون المدنی الاردنی،، ج اول، ص ۳۳ مرجع سابق

به تعاطی عقد واقاله هردو جریان داشته وهدف از آن حصول رضایت طرفین است که به تعاطی نیزحاصل حاصل می گردد.

**سوم: اقاله به کتابت:** فقهای کرام (رحمهم الله) به جواز اقاله ذریعه کتابت برای افرادیکه قادر به سخن گفتن نیستند، اتفاق نظردارند، و همچنین اتفاق نظردارند براینکه کتابت بطور روشن وواضح باید باشد ، وثابت وباقی باشد مانند اینکه برکاغذ ویا تخته وغیره نگاشته شود واینکه اقاله کننده گان موضوع نگاشته شده ای همدیگر را خوانده بتوانند،<sup>۱</sup> اما زمانیکه اقاله از جانب افرادی باشد که به سخن گفتن قادر باشند درصحت اقاله آنها درمیان فقهای کرام (رحمهم الله) اختلاف نظروجوددارد، که ذیلا به بررسی میگیریم

۱- قول اول اینکه تعاقد واقاله توسط کتابت از شخصی که قادر به سخن گفتن نباشد، جائز میباشد واین قول جمهور علمای کرام است.<sup>۲</sup>

فقهای کرام (رحمهم الله) که انجام عقد واقاله را ذریعه کتابت جائز می دانند چنین استدلال می کنند، که عقد واقاله منعقد می گردد به هرآنچه که دلالت به رضایت جانبین عقد بکند، که کتابت نیز دلالت به رضایت طرفین اقاله می کند، ودلیل دوم شان این است که جواز تعاقد اقاله توسط کتابت ضرورت است، زیرا گاهی یکی از طرفین اقاله غائب میباشد

---

<sup>۱</sup> -الزلیعی، تبیین الحقائق ، ج ششم، ص ۲۱۸ مرجع سابق ، ومغنی المحتاج ، ج دوم ، ص ۵، مرجع سابق

<sup>۲</sup> -الزلیعی، تبیین الحقائق ، ج ششم، ص ۲۱۸ مرجع سابق، ومغنی المحتاج ، ج دوم، ص ۵ مرجع سابق



، اگر چه دلیل دوم اصحاب این نظریه مبنی بر ضرورت قابل نقد است، زیرا در صورت که غائب باشد یکی دیگری را برای انجام عقد وکیل بگیرد، اما از این اعتراض جواب گفته شده است، که گاهی واقع می شود، انسان کسی را پیدانمی کند تا او را بحیث وکیل بگیرد.<sup>۱</sup>

۲- دلائل نظریه دوم این است که اقاله و عقد توسط کتابت درست نیست زیرا طرفی که به سخن گفتن قادر است، بغیر از سخن گفتن به چیزی دیگری منعقد نمی گردد،<sup>۲</sup>

**ترجیح:** باتوجه به دلائل ارائه شده از طرف جانبین جائزین و مانعین اقاله توسط کتابت دیده میشود دلائل مجزین اقاله توسط کتابت راجع تر به نظر میرسد، زیرا کتابت در بین افرادی که توان سخن گفتن را دارد نیز معمولی و متعارف بوده و اثر هم در قسمت انجام معاملات دارد.

**پنجم: اقاله توسط اشاره:** مراد از اشاره همان اشاره ای است که برای طرفین عقد اقاله قابل فهم باشد و اشاره غیر مفهوم برای طرفین و یا برای یکی از آنها مدار اعتبار نخواهد بود، فقهای کرام (رحمهم الله) مبنی بر صحت اقاله توسط اشاره مفهومه زمانی که از طرف شخصی صادر گردد که توان سخن و کتابت درست را نداشته باشد اتفاق نظر دارند،<sup>۱</sup> اما زمانی که از شخصی صادر گردد که قادر به سخن و کتابت باشد نیز اختلاف نظر دارند،

---

<sup>۱</sup> - حاشیه الدسوقي على الشرح الكبير، ج سوم، ص ۳ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - للشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، المهذب، مطبعة البابی، حلبی، ج اول، ص ۲۶۴، والرافعی، شرح الوجيز ج پنجم، ص ۳۹۷ مرجع سابق

نظردارند که ذیلابررسی می گردد:

۱- قول اول این است که اقاله توسط اشاره حاصل نمی شود که این نظریه احناف و شوافع و متقدمین از حنابله رحمهم الله است.<sup>۲</sup>

۲- قول دوم این است که اقاله توسط اشاره جائز است این نظریه فقهای مالکی و متاخرین حنابله است.

۳- دلالتی مانعین اقاله توسط اشاره: کسانی که می گویند اقاله توسط اشاره درست نیست طوری است که زمانی شخص سخن گفته می تواند، و به کتابت نیز قادر است تعبیر اراده خود را به همین دو سیله می کند و اشاره به آن برابر نیست.<sup>۳</sup>

۴- دلالتی کسانی که می گویند اقاله توسط اشاره صحت دارد و اشاره در عقود و اقاله اعتبار دارد ذیلا ارائه می گردد، آنها می گویند که اشاره به اعتبار لغت کلام میباشد چنانچه در قرآن کریم نیز تذکر گرفته است {قَالَ آيَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا} و رمز در اینجا اشاره است، در انجام معاملات افهام اعتبار دارد و افهام توسط اشاره متحقق می شود پس اشاره مانند صیغه و یا لفظ در تمامی عقود معتبر است.

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار، ج چهارم، ص ۹ و الرافعی، شرح الوجیز ج پنجم، ص ۳۹۷ مرجع سابق  
<sup>۲</sup> - الزیلعی، تبیین الحقائق ج ششم، ص ۲۱۸، مرجع سابق و حاشیة ابن عابدین (رد المحتار) ج چهارم، ص ۹ مرجع سابق، و شرح الوجیز، ج پنجم، ص ۳۹۷، مرجع سابق  
<sup>۳</sup> - البیهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۱۴۹ و ابن قدامه، المغنی، ج ششم، ص ۱۴ مراجع سابق  
<sup>۴</sup> - سوره ال عمران آیه ۴۱،

**ترجیح:** باتوجه به دلائلی ارائه شده من جانب صاحب دوقول متذکره چنین نتیجه گیری میشود که اشاره قائم مقام لفظ وصیغه در عقود خصوصا در اقاله نبوده البته اشاره کسانی که قادر به تکلم و کتابت باشند، به دلیل اینکه وسیله تعاهد سخن است و یا کتابت پس زمانی که هم سخن گفته می تواند وهم به کتابت بلدیت دارد، در این صورت نیازی به اشاره نیست و دیگر اینکه در اشاره ابهام وجود دارد خیلی وقت مقصد اشاره کننده یک چیز است اما بیننده برداشت دیگری میکند ونظریه اول راجح تر به نظر میرسد.

### **مطلب سوم: شرایط صحت اقاله در فقه وقانون مدنی**

نخست از دید فقهای احناف رحمهم الله شرایط صحت اقاله را بطور مختصر بیان می کنیم وبتعقیب آن از نظر حقوقی به توضیح شرایط اقاله می پردازیم .

**اول : شرایط صحت اقاله نزد فقهای احناف رحمهم الله :** نزد ایشان برای صحت اقاله شرایط ذیل ضروری است:

۱- رضایت طرفین عقد: زیرا اقاله رفع وبرهم زدن عقد لازمی میباشد، پس در اینصورت رضایت طرفین که عاری از جبر واکراه باشد در انجام عقد اقاله ضروری است، سبب این شرط به رأی امام ابویوسف رحمه الله این است که اقاله نزد او بیع است، ورضایت شرط صحت عقد بیع میباشد.

وبه رأی امام ابوحنیفه وجمهور احناف (رحمهم الله) چون اقاله فسخ عقد است و عقد برضایت طرفین صورت گرفته است پس باید برضایت طرفین اقاله شود، قابل یادآوری است، که موجودیت رضایت طرفین عقد در حین انجام اقاله نزد تمامی فقهای کرام (رحمهم الله) اتفاقی است.<sup>۱</sup>

۲- اتحاد مجلس: زمانی که ایجاب در یک مجلس مبنی بر عقد اقاله صورت می گیرد، و طرفین عقد هر دو در مجلس حاضر باشند، قبول آن باید در مجلس متذکره باشد، در صورتی که در همین مجلس در برابر ایجاب چیزی نگویید و یا مجلس را ترک کند در این صورت اقاله درست نخواهد بود، و برای شخصی غائب آگاهی و اطلاع از ایجاب اقاله است که از زمانی آگاهی ایجاب رد و یا قبول آن در مجلس آگاهی طرف قبول کننده میباشد، تا یا قبول کند و یا هم رد نماید، اگرچه نزد امام ابو یوسف رحمه الله اقاله بیع است اما حکم بیع را برایش نداده است، زیرا مساومت در اقاله نزد او درست نیست، پس لفظ اقاله را به حقیقت حمل کرده است، اما امام محمد رحمه الله اقاله به اثر شباهت آن به بیع حکم بیع داده است، اما زمانی که اقاله به الفاضی باشد مانند (فاسختک)

---

<sup>۱</sup> - الکاسانی، بدائع الصنائع فی الترتیب الشرائع، ج پنجم، ص ۳۰۶، مرجع سابق، ابوقاذان، الاقاله واحکامها فی الفقه الاسلامی، ص ۵۴ مرجع سابق

ودلالت صریح به ترک واقاله نماید دران صورت به اتفاق همه فقهای کرام (رحمهم الله) اقاله بیع نیست.<sup>۱</sup>

۳- **عقد انجام شده امکان فسخ را داشته باشد:** عقدی که اقاله میشود باید قابل اقاله باشد در صورت که قابلیت وامکان فسخ را نداشته باشد مانند اینکه زیادت درمیبعه واقع شده باشد، دراین صورت فسخ درست نیست پس اقاله نیز درآن درست نخواهد بود، اگرچه از فقهای احناف (رحمهم الله) صاحبین (رحمهم الله) این را شرط ندانسته اند اما نزد امام ابوحنیفه وزفر<sup>۲</sup> (رحمهم الله) موجودیت این شرط در حین انجام اقاله ضروری است.<sup>۳</sup>

۴- **موجودیت محل عقد یا میبعه در زمان اقاله:** زیرا اقاله فسخ عقد است و محل جریان اقاله میبعه است در صورت که تمامی میبعه هلاک گردیده باشد و در زمان اقاله موجود نباشد اقاله درست نیست، و اگر قسمی از بین رفته بود درمباقی آن اقاله شده می تواند، ولی موجود دیت ثمن (عوض و یا پول) شرط نیست، و دلیل اش هم این است،

---

<sup>۱</sup> -- حاشیه ابن عابدین، ج چهارم، ص ۱۴۴ و بحر الرائق، ج ششم، ص ۱۱۲، مراجع سابق

<sup>۲</sup> - زفر بن الهذیل بن قیس النبری ابصری یکی از اصحاب امام ابوحنیفه رحمه الله و امام صفت وی را نموده و فرموده است که زفر از جمله شخصیت های است که در قیاس دست بالا دارد، او فقیه، حافظ وثقه بود در حدیث و در سال ۱۵۸ هـ، وفات نموده است، الطبقات السنیه فی تراجم الحنفیه: ج سوم، ص ۲۵۴

<sup>۳</sup> - فتح القدیر، ج پنجم، ص ۲۵۰ مرجع سابق، و الصاوی، ابوالعباس احمد بن محمد الخلوئی، حاشیه الصاوی علی الشرح الصغیر، ناشر دارالمعارف، بدون تاریخ چاپ، ج سوم، ص ۲۰۹، ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۳۳،

که اقاله فسخ وبرهم زد نزدن عقد بیع است که باید نخست مبیعه موجود باشد تا برهم زده شود، زمانی یک شی اصلا موجود نباشد بحث اقاله وبرهم زدن آن مطرح نخواهد بود، پس در صورتی که ثمن هلاک شده باشد اقاله صحت دارد.

**۵- قبض کردن بدلین در بیع صرف :** قبض و تسلیم شدن در حین انجام اقاله بیع صرف ضروری است،<sup>۱</sup> زیرا نزد امام ابوحنیفه رحمه الله قبض بدلین به اساس حق الله متعال است واجب میباشد، بر علاوه آن از نظر حقوقی شرائط اتی الذکر نیز در حین انجام اقاله لازمی میباشد:

#### **دوم: شرائط صحت اقاله از نظر حقوقی**

**۱- موضوع اقاله:** موضوع اقاله توافق طرفین برای از بین رفتن عقد نخست است، اقاله ناظر بر آینده است، و آثار عقد را در قلمرو خود از بین می برد، این آثار بطور معمول در تعهد و یا تملیک تحقق یافته است، و موضوعی دارد که بین دو طرف باید معلوم و معین باشد، طرفین نمی توانند معامله اقاله شده را مبهم بگذارند، چون اقاله بطور کلی عقد جدید نیست، بلکه انحلال عقد قبلی و یا قرار دادی است که فرض شرائط لازم در زمان خاص منعقد گردیده است و اکنون نیز باید مقدار از

---

<sup>۱</sup> -بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۳۰۸ مرجع سابق، ابن رشد الحفید، ابوالولید محمد احمد بن محمد بن احمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ناشر، دارالحدیث، القاهر، سال ۱۴۲۵ هـ و ۲۰۰۴ م، ج سوم، ص ۲۲۲.

موردی را که موضوع اقاله قرار می گیرد معلوم و معین باشد، بازگرداندن دعوای خود به جایگاه قبلی خود همراه با ملازم آن است، بناء با توجه به آن اقاله زمانی تحقق خواهد یافت که قبلاً عقد موجود باشد، عقد مذکور معین و معلوم باشد و ابهامی در آن واقع نشده باشد، عقد باطل و یا فاسد نباشد زیرا در آن صورت با فسخ مواجه می گردد، برای یک طرف و هر دو طرف الزامی باشد، و برضایت طرفین انجام شده باشد، اقاله عقد گذشته آثار آینده آنرا از بین برده و طرفین عقد به حالت اولی شان برمی گردد.<sup>۱</sup>

**۲- محل اقاله :** محل اقاله همان شیء است اقاله بر آن وارد میشود و احکام آنرا نقض می کند، چون تمامی عقود اقاله پذیر نیست ، بلکه محل اقاله عقدهای است که بر طرفین عقد لازم باشد یعنی برای طرفین لازمی باشد، عقودی که فسخ را قبول می کند، روی این دلیل اقاله در بیع، اجاره ، هبه و شرکت و صلح انجام شده می تواند،<sup>۲</sup> و تعدادی از عقود نیز وجود دارد که غیر لازم برای طرفین و یا یک طرف عقد است اما به

---

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی ، سقوط تعهدات ، ج اول، ص ۲۷۰ مرجع سابق ، الفقی، حامد عبده، الاقاله فی عقد البیع، ص ۸۳ مرجع سابق، و [www.adaleh.com](http://www.adaleh.com)، عدالة،  
<sup>۲</sup> - الكاسانی، بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۱۳۵ مرجع سابق،

اراده یکی از طرفین عقد اقاله شده می تواند، مانند شرکت، وکالت ودیعت، وغیره. ۱

وبطور مختصر شرایط ذیل در محل اقاله برای تحقق اقاله ضروری میباشد.

• عقد قبلی محل اقاله باید صحیح باشد، اگر فاسد بود محل اقاله نیست، بخاطر عدم مرتب شدن حکم بران وبدون اراده عاقدین فسخ می گردد.

• عقد باید لازم باشد زیرا اقاله بدون رضایت تام طرفین عقد درست نیست، عقد غیر لازمی اقاله گفته نمی شود بلکه فسخ میباشد زیرا رضایت طرفین دران لازم نیست.

• عقد باید از جمله عقود مالی معوض محض باشد، مانند اجاره و بیع زیرا عقودی که مقصد آنها معاوضه مالی محض نیست، برای اقاله محل شده نمی تواند، مانند نکاح.

وازیان موارد فوق دانسته میشود، که صلح در صورتی که در حکم معاوضه برای طرفین باشد فسخ و اقاله نیز دران جاری خواهد شد، و اگر معاوضه نباشد اقاله آن درست نخواهد بود.

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۳۶ مرجع سابق، و ابن رجب، ابی الفرج عب دالرحمن ، القواعد فی الفقه الاسلامی، ناشر دارالمعرفه، بیروت، بدون سنه نشر، ص ۱۱۵، الزرقاء، احمد مصطفی، المدخل الفقہی العام، ج اول، ص ۵۹۴، و ابوقاذانف الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی ، دراسه مقارنه مع القانونی المدنی الاردنی، ص ۵۲ مرجع سابق



• معقود علیه باید عاری از اسباب اجباری فسخ باشد، مانند اختلاف طرفین عقد به شیوه ای که ادامه عقد متعذر باشد، و یا معقود علیه قبل از قبض تلف شده باشد.<sup>۱</sup> بناء باتوجه به بیان موارد فوق الذکر می توانیم بگویم که برای تحقق اقاله شرائط عمومی ذیل ضروری است:

۱- **مشروعیت جهت:** مشروعیت جهت نیز از جمله بحث های است که در فقه اسلامی بران توجه نکرده است، و دانشمندان حقوق نیز خیلی کم تر با آن توجه نموده اند.

۲- مشروعیت جهت در عقد ایجاب مشروعیت اقاله را نیز می نماید، و مشروعیت جهت در اقاله همچون معاملات لازم است، چون اصل در مشروعیت جهت در خصوص معاملات { وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ }<sup>۲</sup> بدین معنا که اقاله باید از هرگونه خصیصه معاملاتی عاری باشد و اقاله متضمن مساعدت به اثم و عدوان نباشد و الا باطل خواهد شد.<sup>۳</sup>

۳- **معلوم و معین بودن موضوع اقاله:** دوطرف معامله باید معلوم سازند که کدام عقد و یا معامله را می خواهند اقاله کنند و یا اگر می خواهند برخی از مبیعه

---

<sup>۱</sup>- ابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی ،،،، ص ۵۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup>- سوره مائده، آیه ۲،

<sup>۳</sup> - - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۴۰ مرجع سابق

معامله انجام شده را اقاله کند باید آنرا ابراز نمایند، زیرا اگر جهالت و ابهام در

بعضی از مبیعه باقی باشد اقاله دران صحیح نیست.

**سوم: شرایط صحت اقاله در قانون مدنی:** قانون مدنی افغانستان زیرعنوان شرایط صحت

اقاله کدام بحثی ندارد و درزمینه مسکوت میباشد، اما بملاحظه مواد ۷۴۷ الی ۷۵۰

می توان گفت که شرایط ذیل را درحین انجام اقاله ضروری دانسته است رضایت

طرفین، و موجودیت مبیعه. ۱

---

<sup>۱</sup> -قانون مدنی، مواد ۷۴۷ الی ۷۵۰ و ماده ۷۴۲، مرجع سابق،

## مبحث چهارم

### کیفیت اقاله در فقه و قانون مدنی

در رابطه به چگونگی اقاله که عقد جدید است یا فسخ از نظر فقهای کرام رحمهم الله نظریاتی متفاوتی وجود دارد، که در تمامی کتابهای فقهی مذاهب اربعه تسجیل گردیده است، و هر کدام برای اثبات نظریه خویش مبنی بر کیفیت اقاله که عقد است و یا فسخ و یا هم در حق متعاقدين فسخ و در حق شخص سوم عقد جدید است، دلائلی ارائه نموده اند، و همچنان قانون گذار در خصوص کیفیت اقاله احکامی را تسجیل نموده است، که موضوع را طی چهار مطلب بررسی می کنیم

#### مطلب اول: اقاله در حق متعاقدين، فسخ و در حق غیر آنها عقد جدید است

۱- نظریه اول این است که اقاله فسخ است در حق متعاقدين و عقد جدید است در حق دیگران، برابر است که قبل از قبض مبیعه باشد و یا بعد از آن، که برای اقاله کیفیت دوگانه داده است این نظریه امام ابو بوحنیفه رحمه الله است، که به دودلیل استدلال می کند، اقاله به فسخ و رفع دلالت می کند اصل در سخن این است که به حقیقت حمل گردد و الفاظ باید مطلق بر مقتضای خود حمل گردد، که اقاله ابتداء به عقد دلالت نمی کند نه اینکه در زمانی تعذر به عقد حمل شود زیرا رفع عقد است، و رفع متضاد با عقد

ورفع را نمی توان یکی گفت و اقاله فسخ است ، و به ضد اش حمل نمی شود اگرچنین شد باطل خواهد بود،<sup>۱</sup> زیرا بکاربردن ضدین به مفهوم یکی دیگر جائز نیست پس بطلان آن واضح است و دران صورت اقاله باطل می شود.

۲- ازاینکه اقاله فسخ درحق متعاقدین است چون به زیادت درمبیعه بعداز قبض باطل می شود،مانندزیادت در مبیعه، زیرا زیاد درمبیعه که منفصل باشد سبب بطلان اقاله می گردد، ودراین صورت فسخ بخاطرحق الشرع متعذراست،بخاطریکه ظلم بالای مشتری می شود که هم اصل مبیعه را وهم زیادت منفصله را پس برگرداند،وحمل اقاله به معنای بیع نیز دراین صورت ممکن نیست زیرا حمل اقاله به بیع حمل آن به ابتدای عقد است ومعنای عقدضد اقاله ( فسخ ) است، وچون نام هر دو اقاله وبیع متفاوت است حکم آنها نیز متفاوت میباشد، پس دراین صورت اقاله فسخ محض است درحق تمامی مردم ،واینکه اقاله درحق شخص سوم بیع است،بطریقه ضرورت حکم ایت، باعتبار لفظ وبطریقه مجاز نیست، زیرا آنچه که به مجاز ثابت شده باشد، به مقتضای صیغه است، زیرا به این مانند حکم بیع ثابت میشود که ملک است، که برای بایع بوده و به موجب آن درحق شخص ثالث ظاهر شده است و بخاطر امتناع ثبوت ضدین درمحل واحد، پس

---

<sup>۱</sup> - الزیلعی، شرح تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق، ج چهارم، ص ۷۱ مرجع سابق،

در این صورت حکم در حق شخص ثالث اعتبار داده میشود و به صیغه اعتبار داده نمی شود، چون بیع برای اثبات ملک وضع شده است و زائل شدن ملکیت از ضروریات بیع میباشد و اقاله برای ازاله و ابطال ملک وضع شده است و صبوت ملکیت و ثبوت ملک از ضروریات اقاله است پس برای هر کدام ملکیت اش ثابت می گردد، چنانچه در عقد بیع این چنین است، و موجب صیغه در حق عاقدین اعتبار داده میشود زیرا آنها در زمینه ولایت دارند و حکم در حق غیر اعتبار داده میشود که شخص سوم است و در حق غیر ولایت ندارد.

زیرا فسخ اقاله در حق غیر اضرار در حق غیر (شخص ثالث) بوده، و به همین دلیل اظهار معنی بیع در فسخ در حق متعاقدین ممکن نیست، پس امام ابوحنیفه رحمه الله آنرا در حق شخص سوم ظاهر کرده است.<sup>۱</sup>

۳- امام ابوحنیفه رحمه الله می گوید که لفظ اقاله به فسخ دلالت می کند و معنای آن به بیع، زیرا تبادل به مال است برضایت طرفین، و اقاله را فسخ و یا بیع برای جانبین دانسته است و به این قاعده شرعی استدلال کرده است، که ( **إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل** ) افعال کلام و بدون معنا گذاشتن آن تا حد ممکن

---

<sup>۱</sup> - العینی، اللبنایه شرح الهدایه، ج هشتم، ص ۲۲۷ مرجع سابق، و بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۳۰۷ مرجع سابق، المغنی، ج ششم، ص ۱۹۹ مرجع سابق، الدسوقی، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج سوم، ص ۱۵۵ مرجع ساب

جائز نیست در صورت حمل کلام به معنای حقیقی اش ممکن باشد به آن حمل گردد،  
و در صورت که به حقیقت ممکن نباشد به معنای مجازی حمل می گردد، در صورت که  
حمل سخن به معنای حقیقی و مجازی هر دو متعذر شد در آن صورت مهمل گذاشته میشود،  
به اساس آن امکان حمل اقاله به بیع و فسخ میباشد که درابتدایه فسخ دلالت می کند پس  
فسخ است در حق متاقدین، و بعدا به بیع دلالت می کند پس بیع است در حق غیر، پس  
گفته می توانیم که امام ابوحنیفه رحمه الله دورای را جمع کرده است، و در تثبیت اقاله ادله  
اصحاب نظریه بیع بودن اقاله و اصحاب رأی فسخ بودن اقاله را جمع کرده است، و قاعده  
شرعی (إعمال الکلام أولى من إهماله) را رعایت نموده است.<sup>۱</sup>

#### مطلب دوم: اقاله عقدی جدید است

علمای ظاهری و مالکی رحمهم الله به این نظر هستند که اقاله عقد جدید است، زیرا مبیعه  
به بائع برمی گردد به شیوه که از دست اش خارج شده بود چون بار اول که از دست بائع  
خارج شده است بیع بود بار دوم که دوباره به بائع برمی گردد نیز بیع میباشد، و برضایت  
طرفین در برابر عوض انجام شده است، و مانند اول بیع است، این مذهب امام مالک رحمه  
الله است<sup>۲</sup>، و همچنان امام ابویوسف رحمه الله از فقهای احناف نیز به همین نظر است،

<sup>۱</sup> - العینی، البنایه شرح الهدایه، ج هشتم، ص ۲۲۷ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الدردیر، الشرح الصغیر، علی اقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، ج سوم، ص ۲۰۹ مرجع سابق،

که اقاله بیع جدید است، درحق متعاقدين و غیرآن، مگر زمانی که بیع بودن اقاله متعذر گردد در آن صورت فسخ میباشد، اگر در اموال منقول قبل از قبض باشد و بیع بودن اش متعذر، گردد در آن صورت فسخ خواهد بود،<sup>۱</sup> زیرا بیع اموال منقول قبل از قبض جائز نیست و فسخ باید به ثمن اولی باشد، اما اقاله در اموال غیر منقول یا عقار اگر قبل از قبض باشد بیع بوده زیرا بیع عقار قبل از قبض نزد وی جائز میباشد، صاحبان این نظریه برای اثبات نظریه خویش دلائلی ارائه نموده است، از جمله: اینها می گویند که مفهوم بیع تبادل مال در بدل مال است یعنی گرفتن بدل و دادن در بدل عوض است، و همین موضوع در اقاله نیز متحقق است، پس اقاله بیع است بخاطر موجودیت معنای بیع در اقاله، اگرچه به لفظ اقاله انجام شده باشد، زیرا در عقود به معانی اعتبار داده میشود نه برای الفاظ و مبانی، به همین خاطر برای اقاله احکام بیع تطبیق می گردد، و به همین خاطر اقاله به هلاک مبیعه باطل می گردد، و به عیب نیز رد میشود، مانند اینکه زمانیکه مبیعه نزد مشتری باشد، عیب در آن پیدا شود، اما بائع بر آن آگاه نباشد مگر بعد از اقاله آگاهی حاصل نماید، بائع می تواند عقد را اقاله نماید، و شفعه نیز به اقاله تثبیت می گردد، تمامی این از جمله احکام بیع بوده، که در اقاله موجود است، بر علاوه آن مبیعه برای بائع طوریکه از

---

۱- والسالوس، علی احمد، فقه البیع والاستیثاق والتطبیق المعاصر، چاپ اول، ناشر، دارالتقافه، قطر، مؤسسه الریان، سال ۲۰۰۳ ص

۶۹۱، والمجموع شرح المذهب، ج نهم، ص ۲۰۰ والرافعی، شرح الوجیز، ج چهارم، ص ۲۸۹

۱ - ابن نجیم، البحر الرائق، ج ششم، ص ۱۱۲، مراجع سابق ابن قدامه، المغنی، ج سوم، ص ۲۲۵، مرجع سابق،

دست اش خارج شده بود پس برمی گردد، چون اولی بیع بود زمانیکه دوباره برایش برمی گردد نیز بیع خواهد بود، و اقاله لفظی است که مقتضی آن نقل ملک است برضایت طرفین در بدل عوض معلوم به ثمن اولی پس اقاله بیع است.<sup>۱</sup>

### مطلب سوم: اقاله عقدی، فسخ است

تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) اقاله را در حق متعاقدين وغيران فسخ گفته اند ، برابراست که قبض شده باشد یا نباشد، در صورت که به لفظ اقاله وامثال آن باشد، و این نظر امام محمد بن الحسن الشیبانی از قهای احناف، و مذهب امام شافعی رحمه الله و روایت از امام احمد حنبل رحمه الله میباشد، مگر اینکه فسخ بودن اقاله متعذر گردد مانند اینکه بعد از قبض مبیعه به ثمن اول درحالی باشد که زیادت منفصله در آن واقع شده باشد، در این صورت ضرورتاً اقاله، بیع خواهد بود، مگر اینکه بیع بودن اقاله متعذر گردد، اما امام محمد رحمه الله به لفظ و مفهوم لغوی استدلال می کند، بدین معنا که کسی در دعاء می گوید ( اقلني عثراتي) بگذرانگناه من، اگر عمل به حقیقت ممکن بود نیازی به مجاز نمیباشد پس برآن عمل می شود و زمانیکه متعذر گردید، اقاله به بیع حمل می شود، و همچنان

---

<sup>۱</sup> -البابرتی، ابومحمد محمودبن احمد، البنايه فی شرح الهدایت، چاپ اول، ناشر، دارالفکر، دمشق، سال ۱۹۸۱م، ص ۴۷۸، بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۳۰۶ مرجع سابق، ابن حزم، المحلی، ج نهم، ص ۶۰۲ مرجع سابق،



اما زفررحمه الله اقاله را فسخ گفته است، درحق تمامی مردم ، که درلغت بمعنای رفع وبرهم زدن است، وبه این قول رسول الله صلی الله علیه وسلم- استدلال می کند، (اقبلوا ذوی الهیئات عشراتهم إلا الحدود) ۱ ترجمه: گذاشت و مسامحه نمائید در خصوص لغزش وگناهان افرادی داری شرف و شخصیت اجتماعی ، مگر در حدود، یعنی در حدود اصلا گذشت و مسامحه درکار نیست، وی می گوید دراصل معنای تصرف از لحاظ شرعی که از مفهوم لغوی برداشت می شود، رفع عقد فسخ آن است، زیرا بیع و اقاله چنانچه درنام متفاوت است مفهوم آن نیز متفاوت خواهدبود، واین یک اصل است، چون اقاله به مفهوم رفع عقد است پس زمانیکه اقاله رفع باشد بیع نیست زیرا بیع اثبات است، ودرمیان رفع واثبات منافات زیاد وجود دارد، روی دلائل فوق اقاله فسخ درحق تمام افراد است وفقهای کرام (رحمهم الله) دراین خصوص به حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم نیز استدلال کرده اند، که دررابطه به قبول اقاله وترغیب به آن نقل شده است، فرموده است: (من اقال مسلماً اقال الله عشرته يوم القيامة) ۲ کسیکه همراهی برادر مسلمان اقاله را انجام داد، الله متعال گناهان او را روز قیامت می بخشد، واین حدیث دلالت می کند، براینکه، رسول الله صلی الله علیه وسلم لفظ اقاله را دررفع عقد بکاربرده است، پس اقاله فسخ است و بیع

۱- ابن ابی شیبیه، عبدالله بن محمد، المصنف فی الاحادیث والاثار، ج ششم، بدون سنه نشر، ص ۵۱ باب ماکان یدعو به الرسول صلی الله علیه وسلم،

۲- السجستانی، سنن ابوداود، ج چهارم، ص ۶۹۱، مرجع سابق،

نیست، و گفته اند که در قسمت صحت اقاله در سلم اجماع نقل شده است.

### مطلب چهارم: نظرقانون مدنی در مورد

قانون مدنی افغانستان اقاله را فسخ در حق عاقدین و عقد جدید در حق شخص سوم پذیرفته است، و در ماده (۷۴۹) <sup>۱</sup> بیان میدارد که (اقاله در حق عاقدین فسخ است، و در حق شخص ثالث عقد جدید میباشد) با توجه به ماده متذکره نظریه امام ابوحنیفه رحمه الله را در کیفیت اقاله تبعیت نموده اس، زیرا رأی دوگانه امام ابوحنیفه رحمه الله در قسمت چگونگی اقاله سازگار با جامعه و مبتنی بر مصلحت است، چون فسخ عقد در حق عاقدین منحصر بوده و به اشخاص دیگر سرایت نمی کند بخاطر دفع ضرر احتمالی برای دیگران و نظریه متذکره در مطابقت به وضعیت اجتماعی حاکم در جامعه میباشد به همین دلیل قانون گذار نظریه متذکره را پذیرفته است، و احکام اقاله را بر آن بنا نموده است.

**مطلب پنجم: اختلاف اقاله کننده ها در ایجاد اقاله در فقه و قانون مدنی:** زمانی که اختلاف بین متعاقدین در عقد اقاله ایجاد میشود، چون هرگاه در عقد بیع در بین طرفین اختلاف ایجاد گردد، یعنی در صحت و بطلان آن، ترجیح به قول مدعی داده میشود، زیرا انعقاد عقد، بیع جدید است، و در اصل عدم ایجاد بیع است، اما اگر اختلاف در صحت و فساد عقد باشد، قول کسی معتبر است که مدعی صحت عقد بیع است، زیرا در این طرفین، به ایجاد عقد

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۹

اتفاق کرده اند، پس ظاهراً به صحت آن نیز اتفاق نموده اند، چون مدعی فساد بیع ادعای حق فسخ عقد را می کند و خصم او از فساد انکار می کند، در این صورت قول منکر ارجحیت دارد، و ایجاد اختلاف در اقاله در بین اقاله کننده گان در دو مسئله مطرح می باشد، یکی ایجاد اقاله و یا اختلاف در ثمن ، در صورتی که اختلاف اقاله کننده گان در حدوث و ایجاد اقاله باشد، بطور مثال، شخصی از دیگری گندم خریداری نمود به ده هزار افغانی بعد از آن درمان طرفین عقد، اختلاف واقع شد، یکی از طرفین مدعی گردید که بیع را اقاله نموده اند، و دیگری از وقوع اقاله در عقد متذکره انکار باشد، در این صورت به اساس احتکام به قاعده شرعی که مقتضی این امر است ، قول مدعی الاقاله راجح تر از قول مدعی بیع می باشد، مانند اینکه بائع بیع را ثابت ساخت و مشتری اقاله را و هر دو برای ادعای خویش شهود ارائه نمود ، قول مشتری معتبر می باشد،<sup>۱</sup> نخست از مدعی اقاله مطالبه ارائه شهود می گردد، در صورتی که از ارائه شهود عاجز شد، از مدعی البیع مطالبه ارائه شهود می شود، اگر مدعی بیع نیز از ارائه شهود عاجز شد، در آن صورت ، برای شخصی که منکر است سوگند متوجه می شود، که به استناد آن در حین وقوع اختلاف در ایجاد اقاله قول طرفی که منکر است همراه با سوگند معتبر می باشد، بخاطریکه واقعیت امر ایجاب می کند تا قول طرفی که انکار است همراه با سوگند پذیرفته شود، با در نظر داشت

---

<sup>۱</sup> - مغنی المحتاج، ج اول ، ص ۹۷ مرجع سابق، ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۴۷ مرجع سابق

تطبيق قواعد عمومی که در اثبات دعوی برای مدعی ارائه شهود ، وقسم برای کسی که انکار نموده است، میباشد،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان در رابطه به اختلاف در ایجاد اقاله بطور مشخص کدام بحث ندارد، ومسکوت میباشد.

اما زمانیکه اقاله کننده گان در رابطه به ثمن اختلاف پیدا نمایند، وهیچ کدام طرفین شهود ارائه نتوانند، به اتفاق فقهای کرام(رحمهم الله) برای هردو سوگند متوجه است،درغیرآن صورت از نظر فقهای شوافع (رحمهم الله) نخست برای مدعی سوگند داده میشود، وقول او معتبر خواهد بود، اما اگر مبیع هلاک گردیده بود، واقاله کننده گان در ثمن اختلاف کردند، در آن صورت برای هردو قسم متوجه میباشد، وبیع فسخ خواهد شد، پس در این صورت بالای مشتری واجب است تا مال مثلی برای بائع برگرداند واگر قیمتی باشد قیمت آنرا برمی گرداند،<sup>۲</sup> وصورت مسئله طوری است که شخصی ازدیگری گندم خریداری نمود بعد از آن اقاله را انجام دادند، وبعد از انجام اقاله ، در بین شان اختلاف واقع شد، بائع مدعی گردید که مبیع را به مبلغ ده هزار افغانی فروخته است، ومشتری مدعی شد که به بیست یا پانزده هزار افغانی بوده، در این صورت قول بائع معتبر خواهد بود، همراه با سوگند، زیرا عقد برداشته شده است ، وادعای مشتری زیادت است، که اصلا موجود نبوده، ودیگر اینکه

---

<sup>۱</sup> - حیدر، علي ، شرح المجلة، ج چهارم،، ص ۵۴۰ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - السيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهجي، جواهر العقود ومعين القضاء والموقفين والشهود، ، چاپ دوم، القاهرة، ۱۹۵۵ ، ج اول، ص ۷۳-

بائع منکر است از آنچه که مشتری مدعی گردیده است، واصل عدم زیادت است، و ثمن به مثابه دین در ذمه بائع میباشد بنابراین قول بائع معتبر است،<sup>۱</sup> اما تعدادی علمای کرام در رابطه به موضوع چنین ابراز نموده اند، که در صورت اختلاف اقاله کننده گان در ثمن برای هردو قسم داده میشود، قسم از بائع آغاز می گردد بعد از مشتری، و فسخ عقد در میان شان به اساس حکم حاکم باید باشد، و در صورت که رضایت طرفین مبنی بر دعوی شان حاصل نگردد و موضوع از طرف حاکم نیز حل نگردیده باشد، در این صورت برای یکی از طرفین عقد جائز است، که ادعای دیگری را قبول کند و ظاهراً برای مردم بیع انجام شده محسوب می گردد ولی باطن آن به نزد الله متعال است، که این نظر علمای مالکی و احناف (رحمهم الله) است، و در زمان سوگند باید مبیع موجود باشد، در صورت هلاکت مبیعه برای هردو قسم داده نمیشود بلکه قول مشتری معتبر خواهد بود<sup>۲</sup>، قانون مدنی افغانستان در قسمت اختلاف اقاله کننده گان در ایجاد و یا انجام اقاله و ثمن اصلاً بحث نکرده است، صرف در ماده ( ۷۴۷ ) الی ( ۷۵۰ )<sup>۳</sup> در رابطه به اقاله موارد مختصراً تسجیل نموده است و موضوع اختلاف اقاله کننده گان مسکوت عنه باقی مانده است.

---

<sup>۱</sup> - البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۹۴ مرجع سابق، ابوقاذان، الاقاله واحکامه فی الفقه الاسلامی، ج اول، ص ۶۰ مرجع سابق، الدرریر، الشرح الصغیر، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق، وابن عابدین، ردلمحتار، ج هفتم، ص ۳۴۸ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۹۴ مرجع سابق، ابوقاذان، الاقاله واحکامه فی الفقه الاسلامی، ج اول، ص ۶۰ مرجع سابق، الدرریر، الشرح الصغیر، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق، وابن عابدین، ردلمحتار، ج هفتم، ص ۳۴۸ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷ و ۷۵۰

**مطلب ششم: مفاد اقاله اگر بیع باشد:** چنانچه قبلا تذکر داده شد که نزد تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) اقاله بیع جدید است بنابراین در صورت که اقاله را بیع فرض کنیم کدام مفاد برآن مرتب خواهد شد که همین موضوع مورد مکتب قرار می گیرد.

**اول: ثبوت شفع:** یکی از مفادی که بعد از انجام اقاله قابل بحث است ، ثبوت شفع برای شفیع است ، جمهور فقهای احناف (رحمهم الله) برای شفیع حق شفع را که از اثر اقاله وارد می شود داده است، زیرا آنها اقاله را فسخ در حق عاقدین و بیع در حق شخص سوم میدانند، مانند اینکه نزد امام ابوحنیفه رحمه الله این چنین است و یا به اعتبار اینکه بیع است در حق هر دو طرف، چنانچه نزد ابویوسف رحمه الله همین طور است، پس شفیع زمین مورد بیع را به اساس شفع بعد از تقایل خواهد گرفت،<sup>۱</sup> و ابن رشد رحمه الله مبنی بر عدم سقوط شفع در اقاله اجماع را نقل کرده است او می گوید، ( **واجمعوا علی أن الاقاله لا تبطل الشفعه، من رأى أنها بیع ومن رأى أنها فسخ، اعنى الاقاله** )<sup>۲</sup> ترجمه: و علمای کرام اجماع دارند، بر اینکه اقاله شفع را باطل نمی سازد، هم انانیکه اقاله را فسخ وهم انانیکه اقاله را بیعی می دانند، زمانی که در بیع زمین، عقد تمام شد ، و شفیع به اساس شفع زمین مورد

---

<sup>۱</sup> - ابن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، چاپ دهم، ج دوم، ص ۲۶۳ مرجع سابق، البهوتی، کشف القناع عن متن الاقناع، ج سوم، ص ۲۵۹ مرجع سابق، الزیلعی، تبیین الحقائق، ج پنجم ، ص ۲۵۶ مرجع سابق، ابو قاذان، الاقاله واحکامها فی الفقه الاسلامی ، ص ۸۳ مرجع سابق، الکاسانی، بدائع الصنائع ، ج ششم، ص ۱۱۶ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - ابن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج دوم، چاپ دهم، ص ۲۶۳ مرجع سابق،

بحث را گرفت، بعدا بائع و مشتری عقدی متذکره را اقاله نمودند، پس در این صورت حق شفیع ساقط نمی گردد، و زمین را به اساس شفیع مطالبه می تواند، زیرا او شخص سوم است، پس اقاله در قسمت موصوف بیع جدید است، یعنی بائع برای زمین مورد بحث مشتری می گردد چون دوباره به اساس اقاله به وی برمی گردد، پس شفیع برای شفیع در اقاله ثابت می گردد، در صورتی که شخصی منزلی را خرید و برای آن شفیع موجود بود و منزل را به اساس شفیع تسلیم گردید، بعدا، بائع و مشتری اقاله نمودند، و یا اینکه در پهلوی آن کدام منزلی موجود نبود و بعدا در پهلوی آن منزل، بائع و مشتری اقاله نمودند، و یا اینکه در پهلوی آن کدام منزلی موجود نبود و بعدا در پهلوی آن منزل بناشد، و طرفین عقد آنرا اقاله نمودند، شفیع می تواند منزل متذکره را به اساس شفیع بگیرد.

**دوم: منع رجوع واهب:** هبه عبارت از تملیک مال برای دیگری است بدون عوض، که برای فاعل آن واهب و برای کسیکه تسلیم شده است موهوب له و برای مال موهوب گفته می شود،<sup>۱</sup> موضوع رجوع از هبه یکی از مسائلی فقهی است که فقهای کرام (رحمهم الله) به آن پرداخته است، بخاطر اینکه اقاله اگر بیع باشد، هبه نیز عقد است و زمانی که هبه دهنده از عمل خویش (هبه) رجوع نماید، می تواند یا خیر؟ در رابطه به آن فقهای کرام (رحمهم الله) بحث های زیادی انجام داده است، در این مورد صرفا به موانع اقاله می پردازیم:

---

<sup>۱</sup> -الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ششم، ص ۱۱۶ مرجع سابق، و شرح مجله الاحکام العذلیه، ج دوم، ص ۳۹۰، ماده ۳۸۶ مرجع سابق

۱- رجوع هبه دهنده از هبه قبل از قبض: زمانیکه رجوع از هبه قبل از تسلیم شدن و قبض نمودن مال هبه شده باشد، به اتفاق فقهای کرام (رحمهم الله) فسخ عقد هبه شمرده میشود، زیرا هبه قبل از قبض نمودن آن لازمی نیست ، و کدام حکمی برای آن متوجه نیست ، برابر است که موهوب له (هبه گیرنده) اجنبی باشد یا از محارم و خویشاوندان هبه دهنده باشد. ۱.

۲- رجوع از هبه بعد از قبض: در این صورت در میان فقهای کرام (رحمهم الله) اختلاف نظری وجود دارد، تعدادی می گویند که بعد از قبض نمودن هبه از طرف موهوب له رجوع صحت ندارد، مگر در یک صورت که هبه پدر برای پسر باشد، علمای که به این نظر هستند به حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم استدلال کرده اند، که فرموده است (لا یحل لأحد أن یهب هبه ثم یرجع فیها الا من ولد) ترجمه: جائز نیست برای هیچ کسی که به هبه خویش رجوع نماید، مگر در صورتی که هبه از جانب پدر برای فرزند باشد، و فقهای احناف (رحمهم الله) می گویند که هبه دهنده می تواند از هبه خود رجوع کند، تا زمانیکه مانع برای آن عارض نشده باشد که حق دیگران را باطل نماید، و به این حدیث رسول الله صلی الله علیه

---

۱ - الدرریر، الشرح الصغیر علی اقرب المسالک لمذهب الامام مالک، ج چهارم، ص ۱۵۱ مرجع سابق

۲ - ترمذی، سنن ترمذی، ج اول، ص مرجع سابق



وسلم استدلال می کند، که می فرمایند (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها)<sup>۱</sup> ترجمه: هبه دهنده مستحق تر است به هبه خویش تا زمانی که عوض نگرفته باشد، چون فقهای احناف (رحمهم الله) رجوع درهیه را فسخ عقد می داند و فسخ عقد بدون رضا و قضاء صورت گرفته می تواند، زیرا مانند رد مبیعه به عیب میباید، بدون رضایت طرفین بلکه رضایت یکطرف نیز کافی خواهد بود،<sup>۲</sup> و اقاله نیز درهیه صحت دارد، اما اگر اقاله درهیه بیع باشد نتیجه اش این است که واهب نمی تواند از هبه خود رجوع نماید، زمانی که واهب مالی را هبه نماید و موهوب له نیز قبول کند، و بعد از آن موهوب له هبه را برای دیگری بفروشد، و بعد از آن هبه دهنده و هبه قبول کننده، توافق به اقاله آن نمایند، در این صورت موهوب له از شخصی که هبه گرفته است، مانند مشتری بوده که از بایع چیز خریداری کرده باشد، گویا شی هبه شده برای او بملک جدید برمی گردد، و این رجوع واهب را درهیه مانع میشود، زیرا در اینجا واهب شخص سوم قرار می گیرد،<sup>۳</sup> زیرا که اقاله درهیه نتیجه رضایت عاقدین است، و بیان میدارد، که عقد هبه ذریعه فسخ، اقاله و یا رجوع از آن رفع شده می تواند، پس رجوع از هبه بدون رضایت طرفین عقد و یا قضاء صحت نخواهد داشت،

---

<sup>۱</sup> - سنن دارقطنی، ج سوم، ص ۴۲ مرجع سابق، این حدیث را شیخ البانی در صحیح و ضعیف، در جلد سوم، ص ۴۶۸، ضعیف گفته است

<sup>۲</sup> - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ششم، ص ۱۲۷ مرجع سابق، -

<sup>۳</sup> زلیعی، شرح کنزالدقائق، ج چهارم، ص ۷۲، ابن عابدین، رد المحتار، ج هفتم، ص ۳۴۲، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج پنجم، ص ۲۵۰ مراجع سابق،

۱ و علمای کرام (رحمهم الله) مبنی بر منع رجوع و اهب از هبه در موارد ذیل اتفاق نظر دارند، در صورت زیادت، مرگ یکی از طرفین، یا محل هبه، در صورت موجودیت عوض در هبه، و خارج شدن مالی موهوبه از دست موهوب له، هبه برای زوجه، و اقارب خویش، و در صورت هلاکت موهوبه،<sup>۲</sup> پس گفته می‌توانیم که در صورت که اقاله عقد بیع فرض شود، در عقد هبه و اهب نمی‌تواند بعد از اقاله از هبه خود رجوع نماید زیرا بیع در برابر عوض قرار می‌گیرد و در صورت موجودیت عوض رجوع از هبه صحت ندارد.

۳- **هلاک عروض تجارت:** زمانیکه شخصی اسبی را به عروض تجارت خریداری نمود، برای کشت زمین زراعتی، بعد از آنکه یکسال بر آن گذشت، عیبی را در آن پیدانمود، پس آنرا بدون حکم قضا به بائع رد نمود، و بائع عوض را مسترد نمود، و در نزدی هلاک گردید، در این صورت زکات از وی ساقط نمی‌شود، زیرا این اقاله در حق شخص سوم بیع جدید است، و اقاله در حق او بیع جدید بوده چون به سبب بیع اولی هلاک عروض تجارت صورت گرفته است، و زکات بالایش واجب می‌باشد، چون در صورت که اقاله را فسخ فرض کنیم، در حق فقیر، در آن صورت بیع مرفوع شده تلقی می‌شود، مانند اینکه اصلاً بیع صورت نگرفته و عروض تجارت هلاک گردیده است پس در این حالت زکات واجب نخواهد بود،

---

۱ - الكاسانی، بدائع الصنائع، ج ششم، ص ۱۳۴ مرجع سابق،

۲ - حیدرعلی، شرح مجله الاحکام، ج دوم، ص ۴۶۴ مرجع سابق

مانند اینکه، شخصی به دین مؤجل عینی را بخرد، اما قبل از رسیدن میعاد تأجیلی تعیین شده، طرفین اقاله نمودند، دین بحالت عاجل بر می گردد، طوری میشود که مشتری همین عین را از بائع به طوری نقدخریده باشد، چون دین ساقط شد میعاد تأدیه آن نیز ساقط می گردد، وچنین است که مبیعه را ازبایع خریده باشد و دین جدید براو ثابت می گردد،<sup>۱</sup> چنانچه قبلا بحث شد، درصورت که اقاله را بیع فرض کنیم دراین صورت حین هلاک عروض تجارت، قبل از قبض آن ازجانب مشتری، بیع فسخ خواهد شد زیرا محل بیع که همان عروض تجارت است موجود نیست، اما درصورت که بعداز قبض نمودن اموال تجارتي نزد مشتری هلاک گردد، مشتری ملکف به ضمان خواهد بود، و ناگزیر است تا قیمت آن را برای بائع بپردازد، و تمامی قواعد واحکام هلاک مبیعه بران مرتب خواهد گردید.<sup>۲</sup>

۴- نظر قانون مدنی درسه مورد فوق: قانون مدنی نیز در رابطه به موارد فوق الذکر تعدادی احکام را تسجیل نموده است، قبلا تذکر داده شد، قانون مدنی اقاله را در حق عاقدین فسخ و در حق شخص سوم عقد جدید دانسته است، که می توانیم اقاله را در حق شخص سوم بیع فرض کنیم و مفاد متذکره با لایش مرتب گردد که ذیلا ارائه می گردد.

---

<sup>۱</sup> - زیلعی، تبیین الحقائق، ج چهارم، ص ۷۲ مرجع سابق، ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۴۲ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -- حیدرعلی، شرح مجله الاحکام، ج دوم، ص ۴۶۵ مرجع سابق

قانون مدنی افغانستان در ماده (۲۲۲۳) ثبوت شفیع را تسجیل نموده است، و بیان داشته که شفیع در موجودیت اسباب موجب آن ثابت می شود، و عقد را یکی از اسباب انتقال ملکیت دانسته است، و در ماده فوق الذکر بیع را که نافذ و صحیح باشد از جمله اسباب اثبات شفیع بر شمرده است، و در عقار زمانی شفیع را ثابت می داند که در حین عقد ملکیت شفیع باشد، و بدل - مبیعه مال نیز باشد، بناء گفته می توانیم که قانون گذار یکی از اسباب ثبوت شفیع را عقد بیع بر شمرده است، و برای آن شرائط نیز وضع نموده است، که عقد بیع باید صحیح، نافذ باشد و یا اگر فاسد باشد، حق رجوع و فسخ آن ساقط گردیده باشد عوض مبیعه مال باشد، و اگر محل عقد یا مبیعه عقار باشد لازم است که ملکیت شفیع باشد، اگر اقاله را بیع فرض کنیم در این صورت بادر نظر داشت موارد فوق الذکر در قانون مدنی نیز شفیع به سبب آن ثابت خواهد شد،<sup>۱</sup> و همچنان قانون مدنی افغانستان در بحث هبه در ماده (۱۲۰۱) خویش مواردی را به عنوان موانع رجوع و اهب از هبه بیان داشته، که و اهب می تواند برضایت موهوب له از هبه رجوع نماید و در ماده (۱۲۰۲) رجوع از هبه را در موارد ذیل عذر معقول تلقی نموده است، در صورتیکه موهوب له و جایب خویش را در مقابل و اهب طوری اخلاص نماید، که عمل اش بی اعتنائی مطلق تلقی شود، در حالت عجز و اهب از کسب نفقه که حیثیت اجتماعی وی صدمه بی بیند، در حالت

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۲۰۱، ۲۲۲۳ الی ۲۲۳۴

که واهب صاحب طفلی شود و یا آنرا مرده فکر کرده زنده ثابت گردد، در ماده ( ۱۲۰۳ ) تصریح نموده است که واهب از طرف موهوب له بطور عمدی به قتل برسد، در موارد فوق الذکر قانون گذار حق رجوع برای واهب قائل شده است اما در ماده ( ۱۲۰۴ ) بیان داشته که رجوع از هبه در صورت عدم موجودیت موانع ذیل جایز است واهب می تواند به بعضی از هبه رجوع نماید، در صورت زیادت متصله که قیمت آن را نیز بالا ببرد، در صورت فوت یکی از طرفین عقد هبه بعد از قبض و تسلیم شدن هبه ، برای موهوب له، در صورت تصرف نهائی موهوب له در هبه ، و یا هبه دربی ن زوجین باشد، و یا در بین اقارب محرم، در صورت تلف شدن عین موهوبه اگر جزء از هبه تلف گردد، در متباقی آن رجوع از هبه صحت خواهد داشت در صورت که هبه در برابر عوض در برابر عوض باشد، و در حالت که هبه از طرف پدر به پسر باشد که پسر اش نیز صغیر بوده باشد، با توجه موارد فوق الذکر می توانیم بگویم که زمانی که اقاله عقدی بیع باشد در حین اقاله واهب نمی تواند در صورت موجودیت موانع فوق از هبه خویش رجوع نماید.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۲۰۳ الی ۱۲۰۵،

## فصل دوم

### عقودی قابل اقاله، تطبیقات

### واحكام اقاله در فقه و قانون مدنی

مبحث اول: عقودی قابل اقاله

مبحث دوم: احكام اقاله



## مبحث اول

### عقودی قابل اقاله و تطبیقات آن در فقه و قانون مدنی

در اینجا عقودی را به بحث می‌گیریم که اتفاقاً اقاله در آن جاری شده می‌تواند، و در فقه اسلامی و قانون مدنی افغانستان در رابطه به اقاله ای چنین عقود احکامی تسجیل بیان گردیده است.

#### مطلب اول: اقاله در عقودی معاوضه در فقه و قانون مدنی

عقودیکه قابل اقاله است، متعدد است، که نخست در رابطه به عقد های معاوضه از دید فقه و ثانیاً از دید قانون بحث می‌کنیم، تا واضح گردد، عقودی معاوضه، عبارت از عقوبیع، اجاره، شرکت، وهبه را نیز در ردیف عقود متذکره بررسی می‌کنیم چون رجوع از هبه نزد فقهای احناف رحمهم الله، فسخ است، و فسخ عقد بعد از انجام آن بدون قضاء و رضایت طرفین به اراده منفرد صورت می‌گیرد،<sup>۱</sup> بناء اقاله در هبه که نتیجه رضایت طرفین عقد است بطریقه اولی جاری شده می‌تواند،

نخستین عقدی معاوضه ای که اقاله پذیراست، و خیلی مروج و عام است، عقد بیع میباشد، اولاً در رابطه به مفهوم بیع از دید فقه و قانون مدنی بحث می‌نمایم، تا مفهوم بیع روشن

---

<sup>۱</sup> -الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ششم، ص ۱۲۸ مرجع سابق



گردد، و دوم در قسمت اقاله ای آن مکت می کنیم:

**اول: مفهوم عقد بیع در فقه و قانون مدنی:** بیع اجوف یای است و مصدر (باع بیع) و از جمله عناونی است که از اضداد به شمار می رود، مانند (شراء) هم بر خرید وهم بر معنای ضد آن که فروش است، اطلاق می گردد،<sup>۱</sup> لفظ بیع در اصل وضع، به معنای مبادله مال در مقابل مال است، و استعمال لفظ بیع در معانی متضاد به نحو حقیقت است، نه اینکه در یکی حقیقت باشد، و در دیگری مجاز باشد، که به هریک از متعاقدین بایع گفته می شود، ولی بر اثر کثرت استعمال، (بیع) در فروش اشیاء، و لفظ (شراء) در خرید آن را به ذهن متبادر می سازد، چنانچه در این حدیث شریف بیع معنای شراء بکار رفته است (لَا يَخْتَبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ وَلَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ)<sup>۲</sup> که در اینجا بیع بمعنای خرید بوده، مسلمان در حین خرید چیزی را که برادرش می خرد نگیرد، یکی خواهان خرید است دیگری انرا بگرید چنین نکنند، مگر غالباً به معنای فروش اشیای بکار می رود، و گاهی لفظ شراء به معنای فروش بکار برده شده است، مانند این قول الله متعال که می فرماید (وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ)<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - البدائع، ج پنجم، ص ۱۳۳ مرجع سابق، وحاشیه ابن عابدین، ج چهارم، ص ۳ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - السجستانی، سنن ابوداود، ج اول، ص ۶۳۴ حدیث شماره ۲۰۸۱ مرجع سابق

<sup>۳</sup> -سوره یوسف آیه ۲۰

ترجمه: و سرانجام او را به بهای اندکی (چنددرهم) فروختند، و در این قول الله متعال که می فرماید: **{وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ}** <sup>۱</sup> ترجمه: و چه زشت و ناپسند بود، آنچه خود را به آن فروختند، اگر می دانستند، فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به بیع تعریفاتی، متفاوتی ارائه کرده اند، که در اینجا بطور مختصر انرا می نگاریم فقهای احناف (رحمهم الله) بیع را چنین تعریف نموده اند، **(هُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ بِالْتَرَاظِي عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ)** <sup>۲</sup> بیع مبادله مال در مقابل مال است به اساس رضایت طرفین عقد، به طریقه مخصوص، یا مبادله چیزی است، که انسان به آن میلان داشته به طریقه خاصی که ایجاب و قبول یا قایم مقام آن که تعاطی است، میباشد، رضایت طرفین را در حین انجام عقد بیع به دلیل این آیت کریمه الزامی گفته اند که می فرماید **{إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ}** <sup>۳</sup> در تعریف فقهای احناف (رحمهم الله) الفاظی بکار برده شده است که بعنوان قید می تواند باشد، چون لفظ میل طبعی انسان به چیزی مورد مبادله، که باید در بیع مبادله مال در مقابل باشد، برابر است که مال معین و موجود باشد و یا موصوف باشد مانند دین که در ذمت است، و اینکه خود مرده و خون و خاک از آن بیرون می شود، و باید شی مورد معامله مفید باشد پس چیزی که مفید نباشد از آن خارج خواهد شد، و مال شامل عین و نقد هر دو

<sup>۱</sup> -سوره بقره، آیه ۱۰۲

<sup>۲</sup> -البدائع، ج پنجم، ص ۱۳۳ مرجع سابق، و حاشیه ابن عابدین، ج چهارم، ص ۳ مرجع سابق

<sup>۳</sup> -سوره نساء آیه ۲۹

می شود، و باید مفید و قابل انتفاع باشد، فقهای مالکی (رحمهم الله)، در رابطه به بیع چنین تعریف ارائه نموده اند، (هو عقد معاوضة علی غیر منافع ولا متعة لذة)<sup>۱</sup> بیع عبارت از عقدی معوض است بر غیر منافع، و متعه و لذت، بیع نزد مالکیها دارای عوضین باشد، که از طرف جانبین تبادل می گردد، و بالای ذوات و عین باشد، نه به انتفاع و ثمر، و عقد بیع بخاطر منفعت لذت اور نمیباشد، که این تعریف شامل تمامی بیوع میشود، از قبیل صرف و غیره، و فقهای شوافع (رحمهم الله)، بیع را در اصطلاح چنین تعریف نموده اند، (مُقَابَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ)<sup>۲</sup> بیع عبارت از عقدی است که مال در مقابل مال در آن قرار بگیرد، هر دو طرف عقد برای یکدیگر عوض را بدهد، که هبه از این تعریف خارج می گردد، زیرا نزد آنها تملیک بلاعوض است در زندگی، و به این قید که باید مال در مقابل باشد نکاح خارج خواهد شد که چنین نیست، بطریقه مخصوص باشد بدین معنا که عقد بیع باید افاده ملک عین را نماید و یا منفعت آنرا بطور تأبیدی افاد ه کند، مانند حق مرور، و هدف از آن ثواب نباشد، مانند قرض، و همچنان عاری از ربا باشد، و همین عقد بیع به هدف ثواب، نباشد، مانند قرض حسنه و امثال آن، و فقهای حنابله (رحمهم الله) بیع را چنین

---

<sup>۱</sup> - مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۲ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۴۶ مرجع سابق

تعریف نموده اند، که ( البیع مبادلة المال بالمال تمليکاً وتملکاً)<sup>۱</sup> بیع مبادله مال درمقابل مال ویا منفعت مباحه به منفعت مباحه برای تأیید است، برای تأیید باشد اجاره و اعاره و امثال آنرا خارج میسازد، وبدون ربا وقرض که غیر مشروع وقرض به طریقه ثواب است باشد، باتوجه به تعریفات فوق الذکر گفته می توانیم که درعقد بیع نزد فقهای کرام (رحمهم الله) موجودیت عوض، رضایت طرفین وایجاب وقبول حتمی است، اما درقسمت اینکه مال چه است، برمنفعت بیع جاری شده می تواند یا نمی تواند، و امثال آن تفاوت های اندکی وجود دارد.

قانون مدنی افغانستان در ماده ( ۱۰۳۵ ) بیع را چنین تعریف نموده است ( عقدبیع عبارت است از تملیک مال ازطرف بائع به مشتری ، درمقابل مالی که ثمن میبعه باشد، ودرماده ۱۰۳۶<sup>۲</sup> بیان داشته که بیع عین به پول بیع مطلق وبیع پول به پول صرف وبیع عین به عین مقایضه شناخته میشود، باتوجه به تعریف فوق قانون گذار بیشتر از فقهای جمهور تبعیت نموده است، ازجمله لفظ «تملیک» را بکاربرده است، وسائر عناصر مندرج تعریف فقهای کرام (رحمهم الله) درآن دیده میشود.

---

۱ - ابن قدامه، المغنی، ج سوم، ص ۵۵۹ مرجع سابق

۲ - قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۰۳۵ و ۱۰۳۶ مرجع سابق

**دوم: اقاله عقد بیع در فقه وقانون مدنی:** قبلا در قسمت بیان ارکان و شرایط اقاله بیان گردید که محل اقاله عقودی است که برای طرفین عقد الزام آور باشند، و لااقل برای یکطرف عقد الزامی باشد، در عقودی جائزی، و ایقاعات اقاله مورد نخواهد داشت، و این هم بطور تفصیلی بیان گردید که فقهای کرام (رحمهم الله) در کیفیت اقاله اختلاف نظر دارند، تعدادی انرا فسخ و تعدادی هم بیع و یا بیع جدید می دانند، بنابراین کیفیت اقاله بر هر صورت که باشد، یکی از عقودی که دران به اتفاق فقهای کرام (رحمهم الله)، اقاله جاری شده می تواند، بیع است، عقد بیع صحیح و لازم، که از جمله عقود معاوضه است، مبیعه در بدل ثمن قرار گرفته است و به انعقاد آن لازمی برای دوطرف میباشد،<sup>۱</sup> پس طرفین می توانند بیع صحیح و لازمی را اقاله نمایند، مانند اینکه شخصی واسطه نقلیه خود را بالای دیگری فروخت، بائع ثمن و مشتری مبیعه را تسلیم گردید، بعد از آن هر دو طرف مبنی بر اقاله ای بیع متذکره، توافق کردند، پس در این صورت مجددا مبیعه به بائع و ثمن به مشتری برمی گردد،<sup>۲</sup> در صورت شرط زیادت و نقصان نیز علما نظریاتی متفاوتی دارند، قانون مدنی بطور مشخص در رابطه به اقاله بیع چیزی نگفته است، اما بشکل عمومی در ماده ۷۴۷ برای طرفین عقد اجازه داده است، تا عقد را به رضایت شان اقاله نمایند، که می توان

---

<sup>۱</sup> -البنایه شرح الهدایه، ج هشتم؛ ص ۲۲۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -العنایه، شرح الهدایه، ج ششم، ص ۴۸۶ مرجع سابق

گفت قانون گذار اقاله را در عقد بیع که از جمله عقود معین بر شمرده است، آنرا قابل اقاله دانسته است، و اقاله در حق عاقدین فسخ، و در حق شخص سوم عقد جدید تلقی نموده است، که از نظر امام ابوحنیفه رحمه الله تبعیت نموده است.<sup>۱</sup>

**مطلب دوم: اقاله عقد شرکت در فقه و قانون مدنی:** اگرچه شرکت در میان بیش از یک نفر صورت می گیرد، ولی به هرحال بعنوان قرارداد و عقد، جریان اقاله در آن قابل بحث است

**اول: مفهوم عقد شرکت در فقه و قانون مدنی:** شرکت در لغت به فتح شین و کسره را و یا به کسر شین و سکون را، به چند معنا اطلاق می شود، از جمله آن، اختلاط، یا خلط الملکین، یا خلط شدن شریکان و اشتراکشان در یک چیز، یا اینکه یک شی در بین دو یا بیشتر از دو نفر موجود باشد، معنا باشد یا ذاتا، با توجه به آن دانسته میشود که لفظ شرکت به تعدد دلالت می کند،<sup>۲</sup> که افاده اختلاط و اشتراک را می کند در یک چیز در میان دو و یا بیشتر از دو نفر، و لفظ شرکت به مفهوم لغوی در قرآن کریم نیز وارد شده، مانند این قول الله متعال **{وَأَشْرِكْ فِي أَمْرِي}**<sup>۳</sup> ترجمه: و او را (هارن علیه السلام) را در کار من، (نبوت) شریک ساز، و یا **{ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ }**<sup>۴</sup> ترجمه: یا شرکتی در آفرینش

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۷ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ص ۲۳۳ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - سوره طه، آیه ۳۲

<sup>۴</sup> - سوره فاطر، آیه ۴۰

آسمانها دارند، و در احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم نیز کلمه شریک و یا شرکت وارد شده است چنانچه می فرماید: (الناس شرکاء، فی ثلاثه، الماء، الکلاء والنار)<sup>۱</sup> ترجمه: مردم در سه چیز شریک اند، در آب، علف، و آتش، که در نصوص فوق لفظ شرکت به مفهوم لغوی آن، خلط بودن و یا اختلاط و شریک بودن بکار برده شده است، و لفظ شرکت، از شرک یشرک، شرکا و شرکته، گرفته شده است و جمع شریک شرکاء و اشراک میباشد، و الشرک بمعنای سهم و حصه نیز میباشد،<sup>۲</sup> فقهای کرام (رحمهم الله) در رابطه به مفهوم شرکت نظریات متفاوتی را ارائه کرده اند، مفهوم شرعی و اصطلاحی شرکت نزد فقهای کرام (رحمهم الله) بطور آتی بیان می گردد، از جمله، فقهای احناف (رحمهم الله) از شرکت چنین تعریف ارائه داشته اند که (الشركة عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح)<sup>۳</sup> باتوجه به این تعریف که اختصاص دونفر و یا بیشتر از آن است در محل واحد شامل تمامی شرکتهای می شود برابر است که عین باشد یا دین و یا عمل باشد، و فقهای شوافع (رحمهم الله) شرکت را در اصطلاح چنین تعریف نموده اند که (ثبوت الحق شائعا فی شی واحد او عقد یقتضی ذالک)<sup>۴</sup> که این تعریف نیز شامل،

<sup>۱</sup> - سنن ابن ماجه، ج دوم، ص ۸۲۹ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الخرشى، علی مختصر خلیل، ج ششم، ص ۱۷ علی حیدر، در الاحکام شرح المجله الاحکام ج سوم، ص ۲ مرجع سابق،

<sup>۳</sup> - ردالمحتار، ج سوم، ص ۳۶۴ مرجع سابق

<sup>۴</sup> - البهوتی، کشف القناع، ج سوم، ص ۲۴۸ مرجع سابق و ابن رشد، بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۲۹۹ مرجع سابق،

تمامی شرکتهای ملک میباشد، وهمچنان به کلمه « اوعقد یقتضی ذالک» تمامی شرکت های عقد را شامل میشود، فقهای حنابله « رحمهم الله» چنین تعریف کرده اند، (الاجتماع فی الاستحقاق اوتصرف) <sup>۱</sup> اجتماع افراد دراستحقاق مال ویا تصرف درآن ، که این تعریف شامل تمامی انواع شرکتهای می باشد، زیرا لفظ استحقاق متضمن عینی است که به اباحت ،هبه، ارث، ویا خرید ویا غنیمت ووصیت باشد، شامل است، وکلمه اجتماع درتصرف ، نیز شامل تمامی انواع شرکتهای میباشد،مانند شرکت اموال ، اعمال وغیره وفقهای مالکی (رحمهم الله) شرکت را چنین تعریف نموده، اند، که - (مايحدث بالاختياربين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح، وقد يحصل بغیر قصد كالارث)<sup>۲</sup> شرکت عبارت از اختلاط اختیاری است که در میان دوشخص ویا بیشتر از آن، به یک شی واقع می شود، برای حصول ربح، وگاهی این اختلاط بدون اختیار حاصل می شود مانند میراث، باتوجه به این تعریف تمامی شرکت های که به اختیار دونفر ویا بیشتر از آن شکل می گیرد را شامل میشود، اما ارث را بدون اختیار است شامل نمی شود، وهمچنان درتعریف فوق الذکر تمامی شرکت های عقد شامل است، تعریفات که فقهای کرام (رحمهم الله) ازشرکت ارائه کردند،گفته می توانیم که شامل انواع شرکتهای می

---

<sup>۱</sup> - این قدامه، المغنی، ج پنجم ، ص ۱ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> -الرملی، شمس الدین محمد ابن ابی العباس احمد بن حمزه شهاب الدین،نهایه المحتاج ،ناشر دارالفکر ، بیروت ، چاپ اول، ساله ۱۴۰۴ هـ و ۱۹۸۴ م، ج پنجم، ص ۲



شود، اما به تمام معنا جامع نبوده مثلا حنابله درتعریف شان به شرکت عقد اشاره داشته اند، آنچه تصرف به ان مرتب می شود عقد است ، بدون اشاره به کیفیت ترکیب این شرکت واین چنین شوافع اثر عق درثبوت حق دراصل بدون تصرف چنانچه شرکت ملک اصل ودرشرکت عقد فرع ان برعلاوه ان اجازه درمال شرکاء به اساس عقد باید باشد، اجازه صریح ، چون تنها گفتن شریک هستیم کفایت نخواهد کرد، وفقهای مالکی و احناف شرکت را طوری تعریف کرده اند که نزد شان معتبر بوده چنانچه بیشتر فقهای احناف ومالکیها اکتفا به ذکر انواع واقسام شرکت کرده اند اما به تعریف عام شرکت اصلا نپرداخته است،<sup>۱</sup> بادر نظر داشت تعریفات فوق می توانیم بگویم، که تعریف عام وشامل برای همه شرکتهای، عبارت است از ثبوت حق برای دوشخص ویا بیشتر از آن به طریقه شائع ویا عقدی است بین دوشخص ویا بیشتر از آن به مال ویا عمل که موجب صحت تصرف آنها ومشارکت شان درریح و خساره باشد، قسمت اول این تعریف شامل شرکت ملک چه اختیاری باشد ویا جبری مانند ارث وشرکت اباحه به طور مشاع ، وشرکت حقوق فزیکى واموال ، مانند قصاص وحد قذف والشفعه وخیار شرط را شامل می

---

<sup>۱</sup> -الخیاط، عبدالعزیز عزت ، الشركات فی الشریعه الاسلامیه والقانون الوضعی، ناشر، موسسه الرساله ، بیروت ، چاپ چهارم، ج اول، ص ۴۱-۴۲-۴۴

شود،<sup>۱</sup> پس گفته می‌توانیم که در مفهوم لغوی و شرعی شرکت عموم و خصوص من وجه بوده، زیرا معنای شرعی شرکت به نسبت معنای لغوی عام می‌باشد، شرکت به اساس معنای لغوی صرفاً خلط که به فعل صورت می‌گیرد می‌باشد، اما به اساس تعریف شرعی به فعل صورت گرفته می‌تواند، بدون فعل نیز انجام شده می‌تواند و قانون مدنی افغانستان از شرکت چنین تعریف ارائه نموده است، ماده (۱۲۱۶) ۲ تعریف شرکت) شرکت عبارت از عقدی است که به موجب آن دو و یا بیشتر از دو نفر تعهد می‌نمایند، تا در به کار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه که بین آنها صورت گرفته توزیع شود) با توجه به آن، قانون‌گذار از فقه حنفی تبعیت نموده است، و تعریف را که فقهای احناف (رحمهم الله) برای شرکت ارائه نموده است که قبلاً نیز تذکر داده شد، همین تعریف را قانون مدنی اختیار نموده است، اما بعضی از کلمات را مانند، مالی بودن عقد، و شرکت سهامی به اعتبار، را اضافه نموده است، تا شامل تمامی شرکت‌های شود که

---

<sup>۱</sup> -- این قدامه، المغنی، ج پنجم، ص ۱ مرجع سابق،

و البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۴۸ مرجع سابق و ابن رشد، بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۲۹۹ مرجع سابق،  
والرملی، شمس الدین محمد ابن ابی العباس احمد بن حمزه شهاب الدین، نهاییه المحتاج، ناشر دارالفکر، بیروت، چاپ اول، ساله

۱۴۰۴ هـ و ۱۹۸۴ م، ج پنجم، ص ۲

<sup>۳</sup> ردالمحتار، ج سوم، ص ۳۶۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -- قانون مدنی افغانستان ماده ۱۲۱۶،

در جامعه مروج است، و در ماده ( ۱۲۱۷ ) به تقسیم شرکت ها پرداخته است که شرکت را نخست به مفاوضه و عنان تقسیم نموده است، و برای هر کدام تعریف تذکر داده است، که چنین مشعراست ( شرکت خواه به اعطای مال باشد یا انجام عمل ، یا اعتبار دونوع است ، شرکت مفاوضه و عنان) بتعقیب آن در مواد بعدی هر کدام از شرکت مفاوضه و عنان را تعریف نموده است، و همچنان به ارکان و شرائط شرکت ها پرداخته است، و آثار و پیامد های انواع شرکتها را تسجیل نموده است، و اصولنامه تجارت نیز در ماده ۱۱۶ از شرکت چنین تعریف ارائه نموده است ( شرکت های تجاری عبارت از اشتراک اشخاص است که به مقصد اجرای معاملات تجاریه در موضوع واحد و یا متعدد، بوجود می آید، ۱، دوم: اقاله عقد شرکت در فقه و قانون مدنی: جمهور فقهاء کرام (رحمهم الله) به این باورند که عقد شرکت از جمله عقود لازمی نیست بلکه شرکت از جمله عقود جائزی میباشد، پس هریک از شرکاء می توانند، آنرا فسخ نمایند، مگر در صورت فسخ کردن ، شرکت اطلاع دادن به شریک دیگر، ضروری میباشد، اما در شرح مختصر خلیل مذهب مشهور نزد مالیکها لزوم عقد شرکت است، چون خلط بین مال شریکان حاصل شده است، و این

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۲۵۰ و ۱۲۵۵ و اصولنامه تجارت ، ماده ۱۱۶ و مراجع سابق

عبدالسلام،<sup>۱</sup> نیز لزوم عقد شرکت را نقل کرده است و همین نظرسحنون از فقهای مالکی (رحمهم الله) است، آغاز تصرف در مال شرکت کرده باشند یا خیر، اما تعدادی از فقهای مالکی به این نظر هستند که ، لزوم عقد شرکت به تصرف شرکاء در مال شرکت و یا عمل میباشد،<sup>۲</sup> باتوجه به آن نزد مالکیها عقد شرکت، از جمله عقد لازمی است، با استناد به نظر جمهور علمای کرام (رحمهم الله) باید گفت که در صورت عدم الزامی بودن عقد شرکت و جائزی بودن آن ، محل اقاله نبوده زیرا اقاله مختص عقودی لازم و صحیح است پس اگر شرکت را عقد جائزی فرض کنیم ، اقاله در آن معنای نخواهد داشت.

چون هر کدام از شریک ها می توانند ، عقد شرکت را چه مفاوضه باشد و یا عنان ، فسخ کرده می تواند، اگرچه فسخ عقد متذکره به اساس رضایت طرفین بوده، اما به آن اقاله گفته نمی توانیم ولی اگر به نظر فقهای مالکی (رحمهم الله) اتکاء نمایم در آن صورت عقد شرکت به اقاله نیز فسخ شده می تواند و تفاسخ شرکت از جانب شرکاء به رضایت

---

<sup>۱</sup> - ابو محمد عز الدین عبد العزیز بن عبدالسلام بن ابی القاسم بن حسن السلمی الشافعی، ملقب به سلطان العلماء، بائع الملوك، و شیخ الاسلام، که در فقه و اصول فقه و تفسیر و لغت، تبحر داشته ، امام ذہبی در مورد وی گفته است، که وی به مرتبہ اجتهاد رسیده بود، العزیز عبدالسلام، محمد الزحیلی ، چاپ اول سال ۱۴۱۲ هـ ناشر دارالقلم، دمشق ص ۳۹

<sup>۲</sup> - الخرشی، محمد ابن عبدالله بن علی الخرشی المالکی المتوفی سنه ۱۱۰۱ هـ، علی مختصر سید خلیل العلامه خلیل بن اسحاق بن موسی المالکی المتوفی سنه ۷۶۷ هـ ، منح الجلیل علی مختصر سیدخلیل، ناشر دارالفکر بیروت، سال ۱۹۸۹ م ج ۱۷ ، ص

شان اقاله خواهد بود،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان در ماده ( ۱۲۵۰ ) موارد انحلال شرکت را تذکر داده است ، در بند ششم ماده متذکره موافقه شرکاء را مبنی بر انحلال شرکت بیان نموده است، در صورتی که عقد شرکت را لازمی بدانیم و انحلال آنرا در همین ماده که به توافق شرکاء بوده ، اقاله بگویم، که قانون مدنی در ماده ( ۱۲۵۵ ) بعد از انحلال شرکت تصفیه و تقسیم شرکت را بیان نموده است، که موارد متعددی و متفاوتی را در این خصوص تذکر داده است، اصولنامه - تجارت در ماده ( ۱۷۱ ) موارد انحلال شرکت تضامنی را بیان نموده ، در بند دوم ماده متذکره چنین مقرر نموده، که شرکت تضامنی به توافق شرکاء منحل شده می تواند در صورتی که در قرارداد به کثرت آراء تصریح نشده باشد) اگرچه این توافق نیز، به انحلال شرکت بوده و در صورتی که شرکت را عقد لازمی بدانیم

اقاله میباشد. ۲.

**مطلب سوم: اقاله عقد اجاره در فقه و قانون مدنی افغانستان:** اقاله در عقدا جاره نیز ساحه تطبیقی دارد و در آن جاری میشود، عقد اجاره از ناحیه اجتماعی، و اقتصادی دارای اهمیت زیادی است، و از جمله عقود معین مهم میباشد، و بعد از عقد بیع متداول ترین عقد در بین

---

<sup>۱</sup> - البدائع، ج ششم، ص ۷۷ مرجع سابق ، مغنی المحتاج ، دوم، ص ۲۱۵ مرجع سابق، بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۲۵۳ مرجع سابق ، الدرریر، الشرح الكبير، ج سوم، ص ۳۴۹ مرجع سابق، الخفیف، الشركات فی الفقه الاسلامی، ص ۴۹

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۲۵۹ و اصولنامه تجارت، ماده ۱۷۱ مراجع سابق

در بین افراد مجتمع اجاره است، و تاثیر بزرگی برحیات مردم دارد، که ذیلا آنرا بیان می نمایم.

اول: مفهوم عقد اجاره در فقه و قانون مدنی: عقد اجاره جریان عقد بر منافع است، که جمهور فقهای کرام (رحمهم الله) آنرا مشروع و جائز میدانند، اجاره، در لغت به کسر ه همزه مصدر آجره، یا جره، اجرا و اجاره فهو مأجور، بوده بمعنای عوض بکاربرده شده است، و ثواب را اجر می نامند<sup>۱</sup> زیرا الله متعال عوض اطاعت بنده را پاداش میدهد، اجاره عبارت از عقدی است که بر منافع انجام می شود، فقهاء احناف (رحمهم الله) اجاره را چنین تعریف نموده اند، (الإجارة عقد يفيد تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض)<sup>۲</sup> اجاره عقدی است که افاده تملیک منفعت معلوم مقصوده را می کند، از عینی اجاره شده در بدل عوض، و فقهای شوافع (رحمهم الله) عقدی اجاره را چنین تعریف نموده است، ( هو عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة بعوض معلوم)<sup>۳</sup> با توجه به آن قیدهای احترازی که در تعریف فوق گذاشته شده است به لفظ منفعت ذات عین خارجی میشود، زیرا عقد بر عین بیع و یا هبه خواهد بود، و به کلمه (مقصوده)، منافع غیر مقصوده خارج می شود،

<sup>۱</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ص ۲۳۳ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - البدائع، ج چهارم، ص ۱۷۳ مرجع سابق و تبیین الحقائق، ج پنجم، ص ۱۰۵ مرجع سابق، حاشیه ابن عابدین، ج پنجم، ص ۱ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۳۳۲ مرجع سابق،

وبه کلمه (معلومه) مضاربت وجعاله به عمل مجهول بیرون خواهد شد، وقید، (قابله اللبذل والاباحه) مفید اخراج منفعه بضع میباشد وبه قید (عوض) هبه منافع وصیت، شرکت واعاره خارج می شود، وفقهای حنابله نیز عقدی اجاره را چنین تعریف نموده اند، (عقد معاوضه علی منفعة معلومة مباحة بعوض) اباتوجه به آن تعریف فقهای حنابله از عقد اجاره همانند تعریف فقهای شوافع است، وتفاوتی زیادی ندارد، چون اجاره را عقد معاوضه دانسته، که برمنافع انجام میشود، فقهای مالکی (رحمهم الله) درتعریف اجاره چنین بیان داشته اند ( عقد يفيد تملك منافع شيء معلومة بعوض غير ناشيء عن المنفعة)<sup>۲</sup> نزد مالکیها اجاره عبارت از عقدی است که افاده ملکیت منافع را می کند، که به عوض معلوم باشد، طوریکه عوض ناشی از منفعت نباشد، فقهای کرام (رحمهم الله) درنکاتی اتی دراجاره توافق نظر دارند، اجاره برمنافع انجام می شود، دریدل عوض باید باشد، وعینی اجاره شده باید معلوم ومعین باشد، قانون مدنی افغانستان درماده (۱۳۲۲) عقد اجاره را چنین تعریف نموده است: عقد اجاره عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینی که به اجاره داده میشود توسط اجاره دهنده برای اجاره گیرنده، به عوض که قابلیت بدل را دارا باشد ودرماده (۱۳۲۳) مقرر داشته که (عقد اجاره برمنافع اعیان منقول، غیرمنقول وهمچنان

---

<sup>۱</sup> -المغنی، ج پنجم، ص ۳۹۷ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۲۱۸ مرجع سابق،

عمل مجاز صورت گرفته می تواند، ودر ماده ( ۱۳۲۴ ) چنین بیان نموده که ( در عقد اجاره علاوه بر شروط عمومی صحت عقد، تعیین عینی که به اجاره داده میشود، ذکر منفعت آن ، بنحوی که منجر به منازعه نگردد، بیان مدت انتفاع، و تعیین مقدار اجرت شرط می باشد، در غیر آن عقد اجاره فاسد شناخته میشود، با توجه به تعریف که قانون گذاران ارائه نموده است، دانسته میشود که عقد اجاره به منفعت انجام میشود، و عوض هم باید قابلیت بدل را داشته باشد، و همچنان معلوم و معین بودن عینی اجاره ، چگونگی منفعت ، و تعیین مقدار اجرت را شرط دانسته است، تعریفات فقهای کرام و قانون مدنی افغانستان تقریباً همسان بوده قانون گذار بیشتر از تعریف فقهای احناف تبعیت نموده است، و مجله الاحکام العدلیه در ماده ( ۴۰۵ ) ۱ خویش اجاره را چنین تعریف نموده است، ( بَيْعِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْلُومَةِ فِي مُقَابَلَةِ عَوْضٍ مَعْلُومٍ ) عقد اجاره بیع منفعت معلوم است در بدل عوض معلوم، ودر ماده ۴۰۶ عقد اجاره لازم را بیان داشته ( الْإِجَارَةُ اللَّازِمَةُ هِيَ الْإِجَارَةُ الصَّحِيحَةُ الْعَارِيَّةُ عَنْ خِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَلَيْسَ لِأَحَدِ الطَّرْفَيْنِ فَسْخُهَا بِلَا عُدْرِ ) عقد اجاره لازم همان است که صحیح باشد و بدون خیار عیب و رویت باشد، و همچنان بدون غدر طرفین اختیار فسخ آنرا نداشته باشد، چنانچه از نظر فقهای کرام (رحمهم الله) عقد اجاره شفاهی ، کتبی و به تعاطی

---

۱ - مجله الاحکامه العدلیه، ماده ۴۰۵ مرجع سابق



نیز انجام میشود این چنین مجله الاحکام العدلیه در مواد ( ۴۳۶) و ( ۴۳۷ ) انعقاد عقده اجاره را شفاهی و به تعاطی صحیح دانسته است، که در ماده ( ۴۳۶ ) كَمَا أَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْعَقِدُ بِالْمُشَافَهَةِ كَذَلِكَ تَنْعَقِدُ بِالْمُكَاتَبَةِ وَبِإِشَارَةِ الْأَخْرَسِ الْمَعْرُوفَةِ، ودر ماده ( ۴۳۷ ) مقررداشه كه ( وَتَنْعَقِدُ الْإِجَارَةُ بِالتَّعَاطِي أَيْضًا كَالرُّكُوبِ فِي بَاخِرَةِ الْمُسَافِرِينَ وَزَوَارِقِ الْمَوَانِي وَدَوَابِّ الْكِرَاءِ مِنْ دُونِ مُقَاوَلَةٍ فَإِنْ كَانَتْ الْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً أُعْطِيَتْ وَإِلَّا فَأُجْرَةُ الْمِثْلِ )<sup>۱</sup> چنانچه اجاره شفاهی منعقد می گردد، این چنین به کتابت و به اشاره از جانب شخصی که اخرس است منعقد می گردد، و همچنان به تعاطی نیز ممکن است، مانند رکوب در کشتی مسافری و غیره، پس در صورتی که اجرت معلوم باشد احت معلوم را برای موجر میدهد و در صورت عدم معلوم بودن اجرت ، بالای مستاجر اجرت مثل لازم خواهد شد.

**دوم: اقاله عقد اجاره در فقه و قانون مدنی:** بعد از بیان مفهوم عقد اجاره از نظر فقه و قانون در اینجا در رابطه به اقاله عقد اجاره بحث می کنیم ، چنانچه تمامی عقود از اثر اسبابی منتهی می گردد این چنین عقد اجاره به تعدادی از اسباب ختم می گردد.

مانند گذشت مدت عقد اجاره، به اثر بطلان، فسخ و اقاله ، چون اجاره از جمله عقود لازم و معوض میباشد، و اقاله در عقد اجاره اتفاق طرفین عقد است مبنی بر ختم عقد اجاره قبل

---

<sup>۱</sup> - مجله الاحکام العدلیه، مواد ۴۰۵، ۴۳۶ و ۴۳۷ مرجع سابق

از انقضائی مدت آن، مطابق قواعد عمومی نافذ بر اجاره، و فقهای کرام (رحمهم الله) مبنی بر جریان اقاله در عقد اجاره اتفاق نظر دارند، و اجاره را عقد لازم و قابل اقاله می دانند، هم نزد فقهای که اقاله فسخ می دانند و همچنان نزد آنهای که اقاله را عقد جدید می دانند، در فقه حنفی انتهای عقد اجاره را به اسباب متعددی قبول نموده از جمله آنها انتهای عقد اجاره از اثر اقاله زیرا اقاله مبادله مال به مال است،<sup>۱</sup> و قابل اقاله است مانند بیع<sup>۲</sup>، و فقهای حنابله در اقاله عقد اجاره چنین بیان داشته که اقاله در عقد اجاره صحت دارد چنانچه در عقد بیع صحت دارد، و فقهای مالکی نیز اجاره مالکی نیز اجاره را عقد لازم دانسته و بیان داشته که به هر آنچه که عقود لازم فسخ می شود اجاره نیز فسخ خواهد شد،<sup>۳</sup> کیفیت اقاله در عقد اجاره چنین است، که، طرفین عقد در سند اجاره می نویسند که هر دو طرف عقد اجاره اقاله نمودند و احکام اجاره در عینی اجاره شده صحت دارد، و ختم گردید، و یا اینکه شفاهی باهم توافق می کنند هر کدام یعنی اجاره دهنده عین و اجاره گیرنده، مبلغ خویش را اخذ می نمایند، و هر کدام به رضایت و رغبت خویش عقد اجاره را اقاله نمایند.

---

<sup>۱</sup> - السنهوی، الوسیط فی شرح القانون المدنی ج ششم، چاپ سوم، ناشر، الحلی الحقوقیه، بیروت، سال ۱۹۹۸م، ص ۶۰۱ و البدائع، ج چهارم، ص ۲۲۲ مرجع سابق العینی، البنایه فی شرح الهدایه، ج هفتم، ص ۱۰۱۸ مرجع سابق

البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۴۹ مرجع سابق، وابن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج دوم، ص ۲۹۹ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - العینی، البنایه فی شرح الهدایه، ج هفتم، ص ۱۰۱۸ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۴۹ مرجع سابق، وابن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج دوم، ص ۲۹۹ مرجع سابق

قانون مدنی افغانستان در ماده ( ۱۳۸۴ ) موارد ختم اجاره را بیان داشته، که اجاره را به گذشت مدتی مصرحه در انعقاد عقد اجاره را اسباب ختم آن دانسته است، و در ماده ( ۱۳۹۶ ) برای طرفین عقد مقرر داشته که طرفین عقد اجاره می توانند فسخ آنرا مطالبه نمایند، قبل از انتهای عقد اجاره اما شرط گذاشته است که حکم متذکره در صورت قابل اجرا است که از اثر وقوع حالات غیر مترقبه، تنفیذ عقد، را از ابتدایا در جریان آن غیر قابل امکان بسازد، با توجه به آن قانون گذار بطور مشخص از اقاله ای عقد اجاره کدام بحثی نکرده است، اما در ماده ( ۷۴۷ ) در بحث اقاله عقود لازم را قابل اقاله دانسته است و برای طرفین عقد اجازه اقاله آنرا برضایت شان داده است.

پس گفته می توانیم که اجاره از نظر قانون مدنی نیز از جمله عقود معوض و لازم بوده و مانند بیع قابل اقاله خواهد بود، سکوت قانون گذار از جریان اقاله در عقد اجاره نشان دهنده آن است که قبلا در رابطه اقاله بطور عمومی بحث نموده است و جریان اقاله را در عقود لازم و صحیح ممکن دانسته است،<sup>۱</sup>

### **مطلب سوم: اقاله عقد هبه در فقه و قانون مدنی**

هبه از جمله عقود تبرعات بوده، و بدون عوض نیز است، اینکه اقاله در آن امکان پذیر است و یا نیست، ذیلا به بررسی میگیریم:

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷، ۱۳۸۴ و ۱۳۹۶ مرجع سابق

اول: مفهوم عقد هبه در فقه و قانون مدنی: از منظر لغوی هبه به معنای هدیه، بخشش و صدقه بکاربرده شده است، از منظر حقوقی هبه به نوع از عقد اطلاق می شود که در آن، یکی از طرفین عقد، به صورت رایگان مال یا ملکی را به طرف دیگر اهدا نماید، فقهای کرام (رحمهم الله) نیز عقد هبه را تملیک بدون عوض گفته اند، چنانچه احناف هبه را چنین تعریف نموده اند، هبه تملیک عین است، بدون شرط عوض همزمان، مانند اینکه شخصی ملکیت خویش را که سالم باشد، به دیگری تملیک نماید بدون اینکه در بدل تملیک آن عوض بگیرد، و موضوع بدون شرط عوض در هبه، منافی عقد هبه در بدل عوض نیز نمیباشد، پس در صورتی که در حین عقد هبه، عوض را شرط نکرده باشد، اهدای هبه همزمان باشد در مستقبل نباشد، چون در آن صورت وصیت شامل اش میشود که تملیک بدون عوض، در زمان آینده است.<sup>۱</sup> و فقهای مالکی (رحمهم الله) هبه را چنین تعریف نموده اند، که هبه تملیک ذات شی است بدون عوض بخاطر موهوب له برای رضایت شخص موهوب له بدون در نظر داشت پاداش اخروی.<sup>۲</sup> و شوافع (رحمهم الله) برای هبه دو معنا قائل اند، یکی عام که شامل هدیه و صدقه می شود، و دوم خاص به هبه که دارای ارکان نیز میباشد، هبه به معنای عام مانند صدقه که تملیک نفلی است در زندگی بخاطر حصول

---

<sup>۱</sup> - العنایه فی شرح الهدایه، ج نهم، ص ۱۱ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الدرریر، الشرح الکبیر، ج چهارم، ص ۹۷ مرجع سابق

ثواب ، اما هبه به معنای خاص صدقه و هدیه گفته نمیشود، پس گفته می توانیم که اعطای چیزی بخاطر اکرام و، قصد ثواب اخرت که به ایجاب و قبول باشد هبه و صدقه است، فقهای حنابله هبه را چنین تعریف نموده اند، که هبه عبارت از تملیک شخصی جائز التصرف است مالی معلوم را یا غیرمعلوم باشد، از اثر عذر موجه، را که قادر به تسلیم آن باشد بطریقه تبرع در زندگی و بدون عوض، پس هبه، هدیه و صدقه بمعنای واحد است، که تملیک شیء است، در حال زندگی بدون برای دیگری، صرف به نیت متفاوت خواهد شد اگر نیت ثواب بود، صدقه است و اگر هدف اکرام بود هدیه است، اگر نیت و هدف اکرام و ثواب اخرت نباشد در آن صورت هبه خواهد بود،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان از هبه چنین تعریف ارائه نموده است، ماده ( ۱۱۷۶ ) هبه عبارت است از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض گاهی مقابل عوض نیز صورت گرفته می تواند، و در مواد ( ۱۱۷۷ و ۱۱۷۸ ) اهلیت تبرع در واهب و قبض هبه از طرف موهوله را شرط دانسته است، با توجه به آن قانون گذار هبه را از جمله عقود تبرعی بر شمرده است ، و افرادی که دارای اهلیت تبرع باشد می تواند مایملک خود را به دیگری هبه نماید گاهی در بدل عوض نیز هبه صورت گرفته می تواند،

---

<sup>۱</sup> -بلدا، محمد ابن عمر نووی الجاوی البنتی ، اقلیما التتاری، نهاییه الزین فی ارشاد المبتدئین، ناشر، دارالفکر ، بیروت، چاپ اول، ج اول، ص ۲۶۵ و المغنی، ج ششم، ص ۲۷۳ مرجع سابق

ومجله الاحكام العدليه، هبه را در ماده ( ۸۳۳ ) چنین تعريف نموده است، هبه عبارت از تمليك مال برای دیگری است در حیات بدون عوض، پس گفته می توانیم که فقهای کرام (رحمهم الله) وقانون گذار هبه را عقد تبرع وبدون عوض دانسته است، اما گاهی می توانند در بدل عوض هم باشد، وواهب دارای اهلیت کامل تبرع باشد محجور نباشد وموهوب نیز ، قابلیت هبه را داشته باشد، در نکات فوق باهم اتفاق نظر دارند.<sup>۱</sup>

**دوم: رجوع عقد هبه در فقه وقانون مدنی:** نخست موضوع رجوع از هبه را ارائه می نمایم که در نتیجه رجوع اقاله انجام میشود ، موضوع دیگری که مطرح است رجوع از هبه است، آیا واهب می تواند از هبه خود رجوع نماید قبل از قبض وبعداز قبض ان از طرف موهوب له، اگر رجوع واهب از هبه قبل از قبض باشد به اتفاق فقهای کرام عقد هبه فسخ می شود، زیرا هبه قبل از قبض آن غیر لازم است، וכدام حکم بران مرتب نبوده برابر است که موهوب له اجنبی باشد ویا اقارب واهب باشد، واگر بعداز قبض هبه از جانب موهوب له باشد.

نظریاتی فقهاء کرام متفاوت است صرف در یک مورد رجوع واهب را جائز دانسته است که رجوع پدر از پسر خود است، که نزد فقهای مالکی (رحمهم الله) بنام اعتصار گفته شده

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۱۷۶، ۱۱۷۷ و ۱۱۷۸ مرجع سابق ومجله الاحكام الدلیه، ماده ۸۳۳ مرجع سابق

است، و دلیل شان هم این حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم است که می فرماید ("لا یحل لأحد أن یهب هبه ثم یرجع - فیها الا من ولده)"<sup>۱</sup> ترجمه: جائز نیست برای هیچ کسی چیزی را برای کسی دیگری هبه دهد، و سپس به آن رجوع کند مگر در صورتی که هبه از جانب پدر برای فرزند باشد، و تعدادی دیگری از فقهای کرام (رحمهم الله) رجوع و اهب را از هبه جائز دانسته است.<sup>۲</sup> و در بدائع الصنائع چنین وارد شده است که و اهب می تواند از هبه خود رجوع نماید، زیرا اثبات لزوم که مانع رجوع و اهب می شود از اثر اسباب عارضی میباشد، و زمانی که غرض و اهب برآورده شده یعنی قصد و اهب که عوض است و یا صلح رحمی است، رجوع از هبه برایش جائز نمیشود،<sup>۳</sup> که می توانیم بگویم احناف رجوع از هبه را فسخ دانسته بعد از اتمام هبه، و فسخ عقد بعد از انجام آن بدون قضاء صحت دارد، و فقهای احناف به حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم استناد می کنند که فرموده است (الواهب أحق بهبته ما لم یثب منه)<sup>۴</sup> ترجمه: هبه دهنده مستحق تر به هبه ای خود است تا زمانی که عوض نگرفته است، پس اقاله بطریقه اولی در هبه قابل اجرا میباشد زیرا

<sup>۱</sup> - النسائی، ابو محمد احمد بن علی بن شعیب، سنن النسائی، چاپ اول، دارالبشائر الاسلامیه، للنشر والطباعه، بیروت، سال ۱۹۸۶ م، ص ۲۶۳

<sup>۲</sup> - الشرح الصغیر علی اقرب المسالک لمذهب امام مالک، ج چهارم، ص ۱۵۱ مرجع سابق، بدران، بدران ابوالعین، الموارث، ولوصیه، والهبه فی الشریعه الاسلامیه والقانون، ناشر، موسسه شباب الجامعه، الاسکندریه، سال ۱۹۸۵ م، ص ۲۱

<sup>۳</sup> - کاسانی، بدائع الصنائع، ج ششم، ص ۱۲۷ مرجع سابق

<sup>۴</sup> البیهقی، أبو بکر أحمد بن الحسین بن علی، السنن الکبری، ج ششم، چاپ اول، دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۹۹۴، ص ۳۰۰

نتیجه رضایت طرفین عقد است، زمانی که عقد هبه از اقاله فسخ گردید در این صورت مال هبه شده به مالک و یا واهب برمی گردد و تا زمانی که نزد موهوب له است بطور ودیعت بود، در صورت هلاک ضامن نمیباشد، زیرا قبض هبه غیرمضمون است و مانند امانات دیگری تا تقصیر و تعدی موهوب له ثابت نگردد ضامن نمیباشد،<sup>۱</sup> و فقهای احناف (رحمهم الله) عقد هبه را اثر فسخ آن که با اقاله و یا رجوع باشد، به سبب حکم قاضی و یا برضایت طرفین باشد صحت دانسته است، رجوع در هبه بدون رضا و قضا صحت ندارد،<sup>۲</sup> چنانچه مجله الاحکام العدلیه در ماده ( ۸۶۵ ) خویش موضوع استرداد واهب مال موهوبه را بعد از قبض بدون رضایت موهوب له ب خود، و یا بدون حکم محکمه، جائز ندانسته و واهب را غاصب تلقی نموده است، که در صورت تلف موهوب یا مال هبه شده، در دست واهب، وی ضامن میباشد، پس واضح میشود، اگر موهوب له مال هبه شده را قبض نموده باشد به اجازه واهب بطور صریح و یا ضمنی، در این صورت واهب نمی تواند موهوب را از موهوب له بدون رضایت و یا بدون حکم محکمه برگرداند، اگر چنین کرد غاصب شمرده میشود، بخاطریکه برای واهب جائز نیست بدون رضایت موهوب له از هبه خویش رجوع

---

<sup>۱</sup> - الکاسانی، بدائع الصنائع ، ج ششم، ص ۱۲۷ مرجع سابق، و ابوقاذان، الاقاله واحکامها فی الفقه الاسلامی،،، ص ۱۰۸ مرجع سابق

<sup>۲</sup> --الکاسانی ، بدائع الصنائع، ج ششم ، ص ۱۳۴ مرجع سابق



نماید، که گفته می‌توانیم رجوع به تراضی واهب و موهوب له بعد از قبض آن صورت می‌گیرد که این در نفس خود اقاله ای هبه میباشد، چون در رابطه به هبه گاهی حالاتی است که لزوم هبه را ثابت می‌سازد که رجوع از آن بدون تراضی صحت ندارد، موانع از موانع رجوع هبه است، و گاهی عقد هبه لازمی نمیباشد، زمانیکه مانع از موانع رجوع در آن موجود نباشد، پس برای واهب جائز نیست تا از هبه خویش بدون رضایت موهوب له رجوع نماید، مگر در صورت داشتن عذر موجه که واهب باید به محکمه رجوع نماید، و موانع رجوع از هبه را فقهای کرام (رحمهم الله)، هفت چیز بر شمرده اند، زیادت، موت، عوض، بیرون شدن مال از دست موهوب له، هبه در بین زوجین، قرابت و هلاک موهوب،<sup>۱</sup> با توجه به آن می‌توانیم موانع را چنین تقسیم نمایم، موانع از زمان صدور هبه، یا در برابر عوض دنیوی است و یا به خاطر ثواب، یا بین زوجین است، که زوجیت بین واهب و موهوب لها باقی مانده باشد، چنانچه مجله الاحکام العدلیه نیز در ماده ( ۸۷۴ ) چنین بیان داشته که، رجوع در صدقه بعد از قبض صحت ندارد، و همچنان زمانی که هبه به عوض باشد، ماده ( ۸۶۸ ) مجله الاحکام مقرر داشته، در صورتی که برای واهب از جانب موهوب له عوض داده شد واهب از هبه خویش رجوع کرده نمی‌تواند، و زمانیکه موهوب له برای واهب عوض تادیه نمود و به شرط جهت جلب مصلحت واهب ملتزم بود، در این

---

<sup>۱</sup> - بدران، ابوالعنین، المواریت والوصیه والهیه، ص ۲۵۱ مرجع سابق، و مجله الاحکام العدلیه، ماده ۸۶۸ مرجع سابق

صورت هبه لازمی است و واهب نمی تواند از آن رجوع نماید، مگر در صورت رضایت موهوب له،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان در ماده ( ۱۲۰۱ ) در رابطه به رجوع واهب از هبه چنین مقرر داشته که (واهب می تواند، به موافقه موهوب له از هبه رجوع نماید در صورت که عدم موافقه موهوب له واهب از محکمه اجازه رجوع را حاصل می نماید، مشروط بر اینکه مستند به عذر معقول بوده و مانع از رجوع موجود نباشد) که در ماده ( ۱۲۰۲ ) مواردی را بعنوان عذر معقول برای جواز رجوع از هبه بیان نموده است که بی اعتنایی در برابر واهب، در حالت عجز واهب از تکافو نفقه ، در صورت قتل واهب از طرف موهوب له ، رجوع از هبه در صورت سقوط حق وابه از تمامی هبه ویا از بعضی، در صورت موجودیت زیادت در موهوبه بعد از رفع آن واهب می توان رجوع نماید، در صورت فوت یک از طرفین عقد هبه و در صورت تادیه عوض در مقابل هبه نمی تواند رجوع کند، که در ماده ( ۱۲۱۴ )<sup>۲</sup> بیان داشته رجوع از هبه به موافقت طرفین یا به حکم محکمه صورت گرفته می تواند، و در آن صورت عقد باطل خواهد شد، اما قانون گذار بطور مشخص از اقاله هبه چیزی تذکر نکرده است از اینکه هبه از عقود تبرعات بوده و قانون مدنی نیز رضایت طرفین را در رجوع از هبه ویا فسخ عقد شرط دانسته است می توانیم بگویم که، در صورت که مانع از

---

<sup>۱</sup> - بدران، ابوالعین، الموارث والوصیه والهبه، ص ۲۵۱ مرجع سابق، ومجله الاحکام العدلیه ، ماده ۸۶۸ مرجع سابق

<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان، مواد ۱۲۰۲، ۱۲۰۱، و ۱۲۱۴

موانع هبه موجود نباشد، و طرفین به رضایت شان بدون آثار رجوع در هبه، اثر رجوع در بین عاقدین در صورت که به تراضی باشد، عقد طوری بر میگردد که گویا اصلاً وجود نداشته، اما بدون رضایت و یا حکم محکمه و اهب نمی تواند مانع تسلیمی هبه به موهوب له شود، و اگر تسلیم کرده بود و دوباره برای خود مسترد نمود، در آن صورت غاصب شمرده می شود و در صورت هلاک ضامن خواهد بود، رجوع و اهب از ثمر تا زمانی تراضی و یا اقامه دعوی موهوب له خیرخواه محسوب می شود، و مسئولیت رد آنرا به و اهب دارد، ولی بعد از آنکه رضایت بر استرداد آن صورت گرفت خیرخواه و دارای حسن نیت در خصوص هبه شمرده نمی شود، و بالای موهوب له لازم تا ثمر هبه را برای و اهب رد نماید، و برای و اهب لازم است تا مصارف ضروری را برای موهوب له تادیه نماید.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - بدران، ابوالعنین، الموارث والوصیه، والهیه، ص ۲۵۲ مرجع سابق

## مبحث دوم

### احکام اقاله در فقه و قانون مدنی

#### مطلب اول: حکم اقاله در ثبوت شفع

قبلا در رابطه به کیفیت اقاله از دید فقه و قانون بطور تفصیلی بحث شد که اقاله فسخ است و یا عقد جدید در اینجا حکم اقاله را در ثبوت شفع بیان می کنیم، در صورتی که موضوع عقد عقارباشد و بعد از انجام آن ، طرفین عقد به اقاله آن عقد متذکره توافق نمایند، در ثبوت شفع چه تاثیر دارد، جمهور فقهای احناف (رحمهم الله) برای شفیع حق شفع را قائل هستند که از اثر اقاله ثابت می شود، به اعتبار اینکه اقاله در حق عاقدین فسخ و در حق شخص سوم عقد جدید است، به رای امام ابوحنیفه رحمه الله و یا به نظر امام ابو یوسف رحمه الله که اقاله در حق هر دو طرف بیع است، پس در این صورت شفیع حق شفع داشته و می تواند آنرا اعمال نماید، ابن رشد رحمه الله به عدم سقوط شفع از اثر اقاله اجماع را نقل کرده است، و بیان داشته که فقهای کرام به این اجماع دارند که اقاله شفع را باطل نمی کند، در صورتی که اش چه از نظر کسانی که بیع میداند و یا فسخ می داند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - ابن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج دوم، ص ۲۶۳ مرجع سابق

پس زمانی که مبیعه دربیع عقار ازطرف مشتری تسلیم شد وبعداز آن شفیع به اساس شفیع  
آئر گرفت، سپس بائع ومشتری عقد انجام شده را اقاله نمودند، شفیع حق دارد تا شفیع  
خویش را طلب نماید زیرا او، شخص سوم است واقاله برای او بیع جدید است، وبائع به  
نسبت مشتری اولی مشتری قرارمی گیرد، وشفع برای شفیع ثابت می گردد، زیرا عقار به  
ملکیت بائع دوباره برگشت ، به رضایت خودش، واین بمنزله خرید جدید شمرده  
میشود، پس حق شفیع به آن تعلق می گیرد، مانند اینکه اگر کسی منزلی را خریداری نمود  
وشفیع داشت، که به اساس شفیع آنرا تسلیم شد، بعداز آن بائع ومشتری عقد را اقاله  
نمودند، دراین صورت شفیع آنرا به اساس شفیع می گیرد، حق شفیع ساقط نمی گردد،<sup>۱</sup> اما  
تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) به این نظر هستند که شفیع می تواند به اساس شفیع  
دربیع اولی آنرا بگیرد اما بعداز اقاله شفیع نمی تواند به سبب شفیع مبیعه مورد اقاله را  
بگیرد، زیرا اقاله نزد آنها فسخ عقد اولی است، وقصد عاقدین در اقاله فسخ عقد است نه بیع  
جدید وبه اراده وقصد آنها اعتبار داده میشود، ۲ قانون مدنی افغانستان اقاله را درحق  
عاقدین فسخ ودر حق شخص سوم عقد جدید شمرده است، ودراین مورد از نظرامام  
ابوحنیفه رحمه الله پیروی کرده است، پس درصورت که اقاله درحق شخص سوم عقد جدید

---

<sup>۱</sup> - الباجی، المنتقی، ج پنجم، چاپ اول، ص ۲۱۴ والبهوتی، کشاف القناع عن متن الإقناع، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق وزیلعی،  
تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج پنجم، ص ۲۵۶ مرجع سابق ، وابوقاذان، الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی، ص ۸۳ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -البهوتی، کشاف القناع، ج سوم، ص ۲۵۰ مرجع سابق

باشد سبب انتقال ملکیت بوده می تواند، چون قانون گذار در ماده ( ۲۲۱۰ ) یکی اسباب انتقال ملکیت را عقد دانسته است که چنین مشعراست ( ملکیت وسائر حقوق عینی، درعقار ومنقول بوسیله عقد انتقال می یابد مشروط براینکه عقد بصورت صحیح قاطع، نافذ و لازم منعقد گردد) وازجمله در ماده ( ۲۲۱۳ ) شفیع را نیز سبب انتقال ملکیت شمرده است، و بیان داشته (شفیع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو بصورت اجبار باشد)) و همچنان در ماده ( ۲۲۳۶ ) شفیع را در برابر بائع قایم مقام مشتری بر شمرده است، و چنین مشعراست ( شفیع در تمامی حقوق و وجائب در برابر بائع قایم مقام مشتری قرار می گیرد، و در ماده ( ۲۲۳۷ ) تملک عقار را چه رضائی یا قضائی در حق شفیع خرید جدید شمرده شده است، و چنین مقرر داشته که ( تملک عقار اعم از اینکه قضائی باشد یا رضائی در حق شفیع خرید جدید شمرده میشود ، ازخیار رویت و خیار عیب مستفید شده می تواند ، گرچه مشتری یا بایع خود برائت از این خیار را شرط کرده باشد. ۱ اما بطور مشخص اقاله را در ثبوت شفیع تذکر نداده است، ازاینکه اقاله در حق شخص سوم از نظر قانون گذار بیع جدید است می توانیم بگویم، زمانیکه در عقار بین بائع و مشتری عقد صورت بگیرد، و شفیع حق شفیع را مطالبه نموده و آنرا تسلیم شود، بعد از آن بائع و مشتری عقد متذکره را برضایت شان اقاله نمایند،

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۲۲۱۰، ۲۲۱۳ و ۲۲۳۷ و ۲۲۳۶ مرجع سابق

دراین صورت اقاله آنها درحق شفیع بیع جدید بوده وحق شفیع آن ازنظر قانون نیز ساقط نخواهد شد، و می تواند عقار که مبیعه قرارگرفته است از اثر شفیع تسلیم شود.

### مطلب دوم : حق اقاله در فقه و قانون

حق اقاله از آن کدام افراد است، می توانیم بگویم که برای اقاله یک قاعده عمومی وجود دارد، که ، هرآن شخص که حق بیع و خرید را دارد، مالکیت حق اقاله را نیز دارد، ولی این قاعده استثنایات نیز دارد از جمله: بیع وصی مال را به بیشتر از قیمت آن ، و یا خرید آن به قیمت کمتر باشد، دراین صورت اقاله صحت ندارد، چون در اقاله ای وصی منفعت و فائده درجواز اقاله مال صغیر شرط نیست، اگر وصی از مدیون یتیم منزل را خریداری نمود، به بیست لک افغانی، و قیمت فعلی آن چهل لک افغانی بود، و بعد از تادیه دین آنرا اقاله نمود ، اقاله او صحت ندارد، و همچنان طفل که اجازه داده شده است در خرید و فروش اقاله آنچه را که خریده به قیمت کمتر، و فروخته است به قیمت زیادتر، زیرا برای او در اقاله عقد بدست آوردن فائده است ، اقاله متولی اموال وقفی که برای وقف کدام فائده نداشته باشد درست نیست، اگر متولی وقف چیزی را خریداری نمود به قیمت کمتر دراین صورت اقاله او صحت ندارد، و در رد المحتار چنین بیان داشته که در صورتی که اقاله متولی وقف برای وقف مقید باشد صحت دارد.

واگرچنین نبود صحیح نمیباشد،<sup>۱</sup> و وکیل به خرید نمی تواند که بیع را بدون اجازه موکل خویش اقاله نماید، زیرا وکیل به خرید زمانی که شیء مورد نظر را که موکل اش برای او گفته خریداری نمود، وکالت اش ختم گردیده است، پس گفته می توانیم که مالکیت اقاله صرف محصر به متقایلان نیست، بلکه برای ورثه ووصی شان نیز حق اقاله خواهد بود<sup>۲</sup>، قانون مدنی در رابطه به مالکیت اقاله کدام بحثی مشخصی نکرده است، و جنین مورد را تسجیل ننموده است، با توجه به ماده ( ۷۴۷ ) می توانیم بگویم که حق مالیکت اقاله از آن کسانی است که حق بیع و شراء را دارد، و عاقدین می توانند عقدی را که انجام داده است ، اقاله نمایند، که طبق احکام فقه اسلامی حق اقاله بر علاوه عاقدین ، به ورثه ووصی عاقدین نیز می توانند حق اقاله داشته باشند.<sup>۳</sup>

### **مطلب سوم: حکم رجوع از اقاله در فقه و قانون مدنی**

زمانیکه عاقدین بعد از زانجام عقد مبنی بر اقاله آن توافق کردند، و بعد از اتمام عقد اقاله، طرفین از اقاله عقد متذکره رجوع نمایند، اقاله از بین رفته و طرفین به عقدی اولی برمی گردد، که این را رجوع اقاله گفته میشود، مانند اینکه شخصی از دیگری یک موتر خریداری نمود به ده لک افغانی، بعد از تمام شدن عقد بیع، طرفین با هم توافق کردند و عقد متذکره را

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۳۵ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> - عامر، عبداللطیف، محمد، الاقاله فی العقود، ص ۸۶ مرجع سابق

<sup>۳</sup> قانون مدنی افغانستان، ماد ۷۴۷ مرجع سابق



اقاله نمودند، بعداز آن هر دو طرف دوباره همین اقاله عقد بیع را که مبیعه در آن موثر بود، از اقاله آن رجوع کردند، در این صورت رجوع از اقاله صحت دارد، و موثر به مشتری برمی گردد، طرفین بحیث بائع و مشتری در عقدی اولی قرار می گیرند، در رابطه به جواز اقاله ای اقاله فقهای کرام رحمهم اله نظریاتی متفاوتی دارند، تعدادی هم به این نظر هستند که اقاله اقاله ای جائز است، چون در اقاله خیار مجلس موجود است، بدین معنا که مانند سایر عقود اعتبار داده میشود، و خیار یکی از حقوق متعاقدين است که عقد را به وسیله آن فسخ می تواند، از اینکه خیار مجلس اقاله را فسخ می کند، این چنین اقاله ای اقاله نیز صحت دارد.<sup>۱</sup>

و این نظریه فقهای احناف (رحمهم الله) است، چنانچه در ردالمحتار چنین نقل شده است که، و اقاله اقاله صحت دارد، در صورتی که عاقدین عقد را اقاله نمودند، و بعداز آن از اقاله عقد نادم شده و مبنی بر رفع اقاله تصمیم اتخاذ نمودند، صحیح میباشد، مگر در بیع سلم که اقاله را قبول نمی کند، به نظر صاحب ردالمحتار، عقد سلم قابل اقاله نیست، زیرا شیء تسلیم شده در آن دین است، که ساقط شده است، و ساقطی که است بر نمی گردد،<sup>۲</sup> چون دین به اثر اقاله ساقط شده است، و اگر بعداز انجام اقاله در عقد سلم طرفین عقد از اقاله رجوع

---

<sup>۱</sup> - این عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۳۷ مرجع سابق، البدائع، ج هفتم، ص ۳۳۹۷ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - این عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۳۳۶ مرجع سابق،

نمایند، نفس اقاله را اقاله نمایند، حکم انفساخ آن برگشتن شئی تسلیم شده است، وساقط احتمال عودت را ندارد، بخلاف اقاله در عقد بیع که امکان عودت مبیعه برای مشتری متصور می‌باشد، و تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) به این نظر هستند که اقاله ای عقد اقاله جائز نیست.

زیرا اقاله فسخ است، و فسخ، دوباره فسخ را قبول نمی‌کند به همین دلیل برای طرفین خیار نمی‌باشد، که این نظریه حنابله و شوافع (رحمهم الله) است، از اینکه عقد به اساس رضایت می‌باشد، و اقاله نیز به رضایت طرفین صورت گرفته می‌تواند، و صحت دارد برای پاسخ به این پرسش باید دید که کدام يك از نظریات گفته شده در مورد ماهیت اقاله را باید پذیرفت، بدیهی است که اگر اقاله را بیع جدید بدانیم، اقاله می‌پذیرد و می‌توان اقاله را نیز اقاله کرد، زیرا بنابر اتفاق نظر فقیها، هنگامی که دو طرف، عقدي را اقاله می‌کنند، عقد از هم برهم می‌زند، و پس از آن هیچ پیوندی میان آن دو نخواهد بود.

از سوی دیگر، موضوعی هم در میان نیست تا بتوان آن را دوباره اقاله کرد) ۱ مانند اینکه شخصی یک آسپ را از دیگری خریداری نمود، بعد از آن همین عقد را اقاله نمودند، و بتعقیب آن مبنی بر اقاله ای همان عقد اقاله توافق کردند در آن صورت اقاله صحت دارد

---

<sup>۱</sup> - کشف القناع، ج چهارم، ص ۱۳۰ مرجع سابق،

وَأَسْبَ دَرْمَثَالِ مَتَذَكَّرَه بَعْنَوَانِ مَبْبِيعَه بَرَايَ مُشْتَرِي بَيْعِ أَوْلَى بَرْمِي گَرْدَد،<sup>۱</sup> قَانُونِ مَدْنِي افغانستان درباب اقاله ، اقاله ای عقد اقاله را اصلاً تذکرنداده است، ودراین زمینه کدام حکمی را تسجیل ننموده است، اما با توجه به مواد ( ۷۴۷ و ۷۵۰ ) می توانیم بگویم که قانون گذار اقاله در حق متعاقدين فسخ ودرحق شخص سوم، عقد جدید دانسته است، زمانیکه اقاله عقد جدید در حق شخص سوم فرض کنیم، اقاله ای اقاله عقد متذکره از جانب طرفین عقد متصور خواهد بود، وعاقدين بعداز انجام اقاله ای اقاله بحالت اولی قرارخواهند گرفت، ومببوعه برای مشتری بر خواهد گشت.<sup>۲</sup>

#### مطلب چهارم، حکم جریان خیارات در اقاله در فقه وقانونی مدنی افغانستان

قبلاً در رابطه به اقاله نظریاتی فقهایی کرام (رحمهم الله) ارائه گردید که اقاله فسخ است یا عقد ویا عقد جدید است، اگر عقد عبارت از توافق اراده ها جهت ایجاد یک ماهیت حقوقی با اعتبار حقوقی باشد دراین اقاله نخواهد شد، زیرا در اثر اقاله عقد اسبق درهم می ریزد، بدون اینکه چیزی جدیدی به وجود آید، اما عقد به توافق اراده ها برای ایجا یک اثر حقوقی تعریف شود، در آن صورت اقاله نیز عقد است،<sup>۳</sup> ونزد فقهای کرام (رحمهم الله) اقاله از حیث ماهیت عقد تلقی می شود، بناء با مشخص شدن ماهیت عقدی اقاله لازم

<sup>۱</sup> حیدر، علی، شرح مجله الاحکام العدلیه، ج اول، ص ۱۷۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۷۴۷ و ۷۵۹

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، ناصر، ص ۴۰ مرجع سابق

است که جریان اختیارات در اقاله بررسی گردد، و قبل از پرداختن به جریان اختیارات در اقاله بطور کوتاه مفهوم اختیار را ارائه می‌نمایم، اختیارات جمع‌خیا را است، مصدر از ریشه خیر است و عبارت از طلب امضاء یا فسخ عقد هر کدام که بهتر باشد، صاحب اختیار آزادی اراده دارد، و مخیر است هر کدام از فسخ و یا ادامه عقد را که برای او بهتر است اختیار نماید، چون گفتیم که اگر اقاله را عقد جدید فرض کنیم اصل در عقود لزوم است، و هیچ از طرفین نمی‌توانند بدون دلیل آنرا برهم بزنند، اختیار در واقع استثناء یا قیدی بر این اصل خواهد بود، که به خاطر ارفاق بر متعاقدين، و به منظور ختم اختلاف بین طرفین عقد، و دادن فرصت بیشتر برای تأمل و تدارک مشروع شده است، اگرچه واژه اختیار در متون فقهی گاه به معنای موسع بر اموری چون اختیار شفعه، اختیار قبول وصیت، اختیار اقاله، اختیار رد به واسطه عیب، اختیار استحقاق غنیمت قبل از تقسیم، اختیار قصاص اختیار رهن، اختیار طلاق و اختیار لعان و اختیار لعان اطلاق شده است، اما باید توجه داشت که اختیار با تخییر در مواردی چون پرداخت کفاره و دیه، تخییر در بیع کلی، رد عقد چون رد بیع فضولی از سوی مالک، رجوع در عقود جائز، همانند هبه متفاوت است، به همین دلیل است که تعریف اختیار به ملکیت فسخ عقیداً مالکیت اقرار یو ازاله عقد مورد اشکال گرفته است، و اختیار در عقد لازم و جائز نیز متفاوت می‌باشد، چون در عقد لازم تنها احتمال فسخ وجود دارد، در عقود جائز فسخ اثر

مربوط به گذشته ندارد، و تصرفات سابق را ردبر نمی گیرد درحالی که درخيارات به گذشته سریان می یباید و با فسخ شدن عقد چنان است که گویا از ابتدا منعقد نشده است، فقهای کرام در رابطه به تعدادی خيارات اتفاق نظرند چنانچه احناف (رحمهم الله) خيارات را هفت برشمرده اند،<sup>۱</sup> و نزد فقهای مالکی (رحمهم الله) دونوع اند، خيار تروی و تأمل و خيار نقصیه<sup>۲</sup> و فقهای شوافع (رحمهم الله) نیز خيارات را دونوع دانسته اند، خيار که متعاقدين به یکدیگر درحین عقد اعطا می نماید، و دیگر خيار نقصیه،<sup>۳</sup> اما نزد فقهای حنابله (رحمهم الله) خيارات هشت نوع میباید،<sup>۴</sup> که هرکدام درکتاب فقهی شان بطور تفصیلی بیان گردیده است، در اینجا صرف تعریف خيار را ارائه نمودیم و اینکه کدام نوع خيارات در اقاله جاری شده می تواند هرکدام را جداگانه بیان می نمایم و مفهوم آنرا نیز درضمن آن ارائه می کنیم،

**فرع اول: حکم جریان خيار عیب در اقاله در فقه و قانون مدنی:** خيار عیب عبارت از هرزیادت و کاستی از اصل خلقت مبیعه است، که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف آن بکاهد، فقهای شوافع (رحمهم الله) عیب را چنین، تعریف نموده اند، هر آنچه که در ذات مبیعه و یا قیمت آن نقصان وارد می کند، و غرض صحیح از اثر آن فوت شود عیب است

<sup>۱</sup> - الدرالمختار، ج چهارم، ص ۴۷ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الدرديرالشرح الكبير، ج سوم، ص ۹۱ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۴۳ مرجع سابق

<sup>۴</sup> - بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۱۶۹ مرجع سابق و حاشیه الشرفاوی، ج دوم، ص ۴۰ الی ۵۰

که عدم آن در جنس مبیعه غالب باشد،<sup>۱</sup> بقید اخری قطع انگشت و یا جزء اندکی از پای را بیرون می سازد زیرا از اثر آن غرض صحیح از بین نمی رود، عیب اندک مانند تعلل حیوان در حین رکوب، و مثال عیب که غرض صحیح از اثر آن ساقط می گردد، مانند قطع گوش حیوان که برای قربانی گرفته میشود مشتری می تواند آنرا رد نماید، عیب که موجب نقصان جزء از مبیعه و تغیر آن از حیث ظاهر می گردد، دوم اینکه عیب موجب نقصان از جهت معنا می گردد، عیبی که موجب نقصان جزء از مبیعه می گردد مانند نابینا بودن، و غیره اما عیبی که موجب نقصان معنوی می گردد مانند عدم سرعت موتر و غیره، اما فقهای حنابله عیب را چنین تعریف نموده اند، که هر آن عیب که موجب نقصان در ذات در ذات مبیع گردد قیمت آن از لحاظ عرفی پایین بیاید، مانن د مرض و غیره،<sup>۲</sup>، قانون مدنی افغانستان در ماده ( ۶۸۲ ) حق فسخ عقد را برای طرفین داده است اما از خیار عیب تعریفی مشخص بکار نبرده است، خیار عیب منافی فطرت سلیمه باشد و موجب نقصان قیمت مبیعه در عرف تجار گردد برابر است که نقصان فاحش باشد و یا خفیف مانند نابینا بودن مبیعه و غیره، اصل در رابطه به مشروعیت خیار عیب احادیث رسول الله صلی الله علیه و سلم وارد شده است، چنانچه رسول الله صلی الله علیه و سلم فرموده است: ( أن

---

<sup>۱</sup> - مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۵۱ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - غایه المنتهی، ج دوم، ص ۳۵

النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: (المسلم أخو المسلم، لا يَحِلُّ لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب إلا بينه له)<sup>١</sup> وهمجان در حدیث دیگری فرموده است، (لا يَحِلُّ لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يَحِلُّ لأحد يعلم ذلك إلا بينه)<sup>٢</sup> ترجمه: بدون بیان عیب فروش مبیعه جائز نیست هرکسی چیزی را می فروشد باید عیب آنرا برای مشتری واضح سازد، و می فرماید: (أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، من غشنا فليس منا) ترجمه: پیامبر علیه السلام بر مردی گذشت، که گندمی فروخت، پس دست خویش را داخل گندم نمود که تر بود، فرمودند: هرکسی فریبکاری نمود از مانیست، و کاسانی رحمه الله دلیل مشروعیت خیار عیب را این حدیث رسول الله صلی الله علیه وسلم تذکر داده است که می فرماید: ( من اشترى شاة محفلة ، فوجدها مصراة ، فهو بخير النظيرين ثلاثة أيام) وفي رواية «فهو بأحد النظيرين إلى ثلاثة: إن شاء أمسك، وإن شاء رد، ورد معها صاعاً من تمر»<sup>٤</sup>

ترجمه: کسی گوسفندی را به گمان شیردهی زیاد، پس آنرا غیر آنچه که گمان کرده بود، پیدا کرد، مشتری مدت سه روز اختیار دارد، که آنرا نگه میدارد یا رد می نماید، و درر

<sup>١</sup> -الهيثمى، نورالدين على بن ابي بكر، مجمع الزوائد، چاپ اول ساله ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م، ناشر ، دارالكتب العلميه، بيروت، لبنان،

ج چهارم، ص ٨٠

<sup>٢</sup> - الشوكانى، محمد بن على ابن محمد، نيل الاوطار، ناشر، درالجبل ، بيروت-لبنان بدون سنه، ج پنجم، ص ٩٤

<sup>٣</sup> - نيل الاوطار ، ج سوم، ص ٦١

<sup>٤</sup> - نيل الاوطار، ج پنجم ، ص ٢١٢ مرجع سابق

روایتی آمده است که مشتری مخیر در بین رد و امساک آن میباشد، و در صورت رد آن یک پیمانۀ از خرما را نیز بدهد، تذکر سه روز بطور اغلب در حدیث بیان شده است.

جمهور فقهای کرام (رحمهم الله) جمع نمودن شیردر پستان های شترویا گوسفند که در حقیقت همانطور نیست و مشتری آنرا به گمان شیردهی زیاد بخرد اما بعد از خریداری آنطور نباشد که (همین عدم شیردهی در شتر و گوسفند را عیب در وصف مبیعه می دانند)، و برای مشتری اختیار ابطال عقد ورد مبیعه با یک پیمانۀ خرما و یا امساک آن را قائل اند،<sup>۱</sup> خیارات مبتنی بر قاعده لاضرر، مانند خیار عیب، غبن و تدلیس در اقاله به عنوان مصادیق مهم و پرکار برد میباشد، خیار عیب، در زمان اقاله، عیب در یکی از عوضین وجود داشته باشد و طرفی که مورد معامله معیب به او برمی گردد، از وجود عیب بی خبر باشد و یا مبیعه از قبل تسلیمی عوض، عیبی در آن حدث شود، آیا طرف متضرر می تواند عقد اقاله را به سبب عیب فسخ کند؟ در رابطه باید گفت که بر علاوه آنعده فقهای که خیارات را در اقاله جاری نمی دانند، بسیاری دیگر از فقهای کرام (رحمهم الله) بر این باورند که خیار عیب در اقاله راه ندارد، و در بدل عیب باید ارزش پرداخته شود، زیرا عیب مورد معامله مانند تلف کل آن است و در صورت تلف مورد معامله قبل از قبض نیز اقاله فسخ نمی شود بلکه ضمان آن بر عهده مشتری خواهد بود، اگر اقاله بیع باشد خیار عیب در آن

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، الدرالمختار، ج چهارم، ص ۴۷۴ مرجع سابق



جاری خواهد شد، در غیر آن فسخ اقاله به سبب عیب امکان پذیر نیست،<sup>۱</sup> عیبی که مشتری بتواند مبیعه را به بائع رد نماید باید دوشرط اساسی داشته باشد، عیب مخفی باشد و غیر قابل تشخیص باشد مشتری در زمان خرید جنس مورد معامله، آگاهی و علم کافی رد خصوص وجود عیب موجود در جنس مورد معامله را نداشته باشد و این موضوع می تواند به دلیل مستتر و مخفی بودن عیب باشد، و یا اینکه عیب ظاهر باشد ولی مشتری در خصوص عیب موجود شناخت نداشته باشد و اینکه موجود بودن عیب در جنس مورد معامله در حین معامله باشد، عیب در زمان عقد و معامله در جنس مورد نظر وجود داشته باشد و این عیب بعد از خریداری یک جنس به وجود نیامده باشد، نکته دیگری که پیرامون خیار عیب وجود دارد این است که این امکان برای خریدار وجود دارد که بعد از محقق شدن شروط خیار عیب معامله را بپذیرد و قیمت تفاوت جنس معیوب شده با جنس سالم را از فروشنده مطالبه نماید، در این صورت خریدار قیمت پایین تری نظریه عیب موجود در جنس خریداری شده پرداخت می نماید، که همان تفاوت بین قیمت جنس سالم و معیوب را ارزش گفته میشود، ارزش از نظر فقهی و حقوقی مقدار مالی است که به عنوان جبران خسارت مالی یا جسمی که در دین برای آن اندازه ای تعیین نشده به متضرر پرداخت می گردد و از آن

---

<sup>۱</sup> - بیهوتی، کشف القناع، ج سوم، ص ۲۵۷ مرجع سابق

درزمینه های تجارت ودیه گرفتن سخن گفته شده است<sup>۱</sup> قانون مدنی در ماده ( ۶۸۶ ) بایع را به رد ثمن و مشتری به رد مبیعه مکلف نموده است در صورت که طرفین جنس و قیمت را تسلیم شده باشند، اما بطور مشخص از خیار عیب تعریف ننموده و شرایط آنرا بطور تفصیلی بیان نکرده است،<sup>۲</sup> زمانی که موضوع خیار عیب در مبیعه مطرح گردید در آن صورت اگر عیب مشهود و آشکار باشد نیازی به اثبات آن نزد قاضی به اساس شهود نیست، اما اگر عیب مخفی باشد که اهل خبره می تواند آنرا بدانند، مانند مرض در جگر مبیعه و غیره در آن صورت برای اثبات آن دوفتر شاهد مسلمان و یا یک نفر شاهد مسلمان عادل نیاز است، در صورت که عیب طوری باشد که مختص به خانمها باشد ، قول خانمها در آن اعتبار داده میشود، اما اگر طوری باشد که به اساس تجربه و زمان دانسته میشود مانند جنون و اغماء و غیره در آن صورت شهادت دوفتر شاهد مسلمان عادل و یا یک نفر مرد و یک زن ضروری میباشد، تا مشتری بتواند ادعای خویش را مبنی بر عیب در مبیعه ثابت نماید<sup>۳</sup>، که در زمینه فقهای کرام (رحمهم الله) طور تفصیلی به موضوع پرداخته اند، و گنجایش تمامی جزئیات آن در این بحث جا ندارد، برای اینکه عیب سبب خیار برای مشتری باشد نیاز است، تا بر علاوه موارد ذکر شده شرایط اتی را نیز

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، الدرالمختار، ج پنجم، ص ۲۱۲ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان، ماده ۶۸۶

<sup>۳</sup> - البدائع ، ج پنجم ، ص ۲۷۹ مرجع سابق ردالمحتار، ج چهارم، ص ۹۲ مرجع سابق

داشته باشد، عیب باید درحین بیع وبعدها آن ثابت گردد ، عیب در نزد مشتری بعداز قبض مبیعه باشد، چنانچه قبلا گفتیم مشتری باید ازعیب آگاهی و علم نداشته باشد درزمان قبض و عقد، سالم بودن بیع از عیب شرط نشده باشد درحین عقد، سالم بودن مبیعه به عیب آن غالب باشد، قبل از فسخ عیب زائل نشده باشد، عیب سطحی نباشد مانند نجاست در لباس ، به زائل شدن آن به لباس کدام ضرری وارد نمی گردد. ۱

**فرع دوم: حکم جریان خیارغبن در اقاله در فقه و قانون مدنی:** غبن در لغت به معنای فریب و مکر است غبن در اصطلاح عبارت از فروختن مال خود به کمتر از قیمت واقعی آن و یا خریدن جنس بیشتر از قیمت واقعی اش با جهل مغبون (فروشنده یا خریدار، مراد از کمتر و یا بیشتر بودن قیمت به لحاظ شرایط مقرر در معامله است بنابراین اگر فروشنده چیزی را که ده هزار افغانی ارزش دارد به شرط ثبوت خیار برای خود به کمتر از آن بفروشد، غبن تحقق نمی یابد، زیرا ارزش جنس فروخته شده به گونه یاد شده کمتر از ارزش جنسی است که به گونه بیع لازم فروخته میشود، فقهای احناف (رحمهم الله) خیار غبن همراه با تغیر، مشروع دانسته اند، تغیر قولی و یا فعلی که در وصف میباشد، غبن فاحش که در تقویم قیمت گذاران داخل نمی گردد و غبن اندک که در تقویم اهل خبره یا متقومین داخل می

---

<sup>۱</sup> - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات اسلامی، تهران، سال ۱۳۷۲ ص ۵۹ و کاتوزیان، ناصر، درمقدماتی حقوق مدنی، انتشارات، موسسه عالی حسابداری، تهران، سال ۱۳۷۱ ج اول، ص ۱۳۵

شود، و در صورت تحقق غبن فاحش در مبیعه حق ابطال معامله برای مشتری نیز متحقق خواهد شد، بخاطر دفع ضرر، تغیر قولی در قیمت جنس چنین است که بایع برای مشتری بگوید مانند این جنس اصل پیدا نمی شود، و فلانی برای من این قدر قیمت را می پردازد، که تمام آن دروغ باشد، و تغیر فعلی در وصف مبیعه به تزویر و صف در محل عقد واقع میشود، که مشتری همان وصف را حقیقت فکر کند، مانند اینکه جنس خوب را در بالای قرارداد وردی را پایین قرارداد که حقیقت جنس همان چیزی نیست که می فروشد،<sup>۱</sup> حکم چنین غبن دادن حق خیار فسخ عقد است، برای مشتری بخاطر دفع ضرر چون رضایت او در این متحقق نشده است.

و در صورت فوت مغرور به غبن فاحش دعوی به ورثه انتقال نخواهد کرد، اما نزد فقهای حنابله (رحمهم الله) خیار غبن به سه صورت متحقق می شود، در مسئله تلقی الרכبان، که از سفر می آمد و جنسی را بخرند زمانی که به بازار بروند بدانند که جنس را بغبن فروخته و یا خریده است که از عرف خارج شده است، خیار برایشان ثابت میباشد فقهای احناف آنرا مکروه دانسته، و جمهور فقهای کرام (رحمهم الله) آن حرام می دانند، به دلیل این قول رسول الله صلی الله علیه وسلم که می فرماید (لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتری منه، فإذا أتی

---

<sup>۱</sup> - درالمختار، ج چهارم، ص ۴۷ مرجع سابق

السوق، فهو بالخيار) ۱ وبيع نجش که شخصی جنس را به قیمت برای دیگر بفروشد که او نمی خواهد، چون دربیع نجش غبن غیرمعتاد ثابت است ، و دیگر بیع مسترسل شخصی که به قیمت جاهل باشد چه بائع یا مشتری باشد، و در صورت انجام معامله صاحب خیار خواهد بود زیرا درجنس که معامله نموده است غبن فاحش و غیرمعتاد صورت گرفته است، و خیار غبن نزد شان مانند خیاریعیب است، ۲ بطور عمومی می توانیم بگویم که برای تحقق خیار غبن تحقق دوشروط حتمی است ، یکی جهل مغبون به قیمت واقعی در زمان عقد و دیگری کاهش یا افزایش قیمت فراتر از مقدار مسامحه عرفی درمثل آن، بنابراین با عمل مغبون و یا تفاوت ناچیز در قسمت از نظر عرف خیاریعبن ثابت نمی شود، پس در صورت که اقاله عقد جدید فرض کنیم تحقق خیاریعبن در آن نیز متصور است و طرفین حق فسخ عقد را خواهند داشت، مبدائثبوت خیاریعبن پس از آشکار شدن غبن است یا از زمان عقد درمورد اختلاف است، اختلاف ناشی از آن است که آیا پیدایش غبن ، شرط شرعی حدوث خیار است ، یا کاشف عقلی از ثبوت آن هنگام عقد، بر مبنای نخست، آغاز ثبوت خیار غبن است، پس از علم به غبن خواه بود برخلاف مبنای دوم که مبدأ آن زمان عقد میشود، آیا خیار غبن فوری است یا با تراخی ، هم ثابت است، قول اول به مشهور نسبت داده است

---

۱ - النیشاپوری، صحیح مسلم ، ج اول، ص ۹۴ مرجع سابق

۲ - المغنی، ج چهارم، ص ۱۳۴ مرجع سابق وکشاف القناع، ج سوم، ص ۱۹۹ مرجع سابق

بنابراین قول به فوری بودن مغبون پس از آگاهی ازغبین باید فوری معامله را فسخ کند و در صورت تأخیر خیار او ساقط می گردد مگر بنا بر قول به جواز تراخی با تأخیر زمانی خیار ساقط نمی شود، که فقهای حنابله به این نظر هستند، البته نباید تأخیر به اندازه ای باشد که به طرف دیگر معامله ضرر برسد، قانون مدنی در ماده ( ۵۷۰ ) تحت عنوان فریب وغبین در رابطه به غبن بحث نموده است، ماده متذکره چنین مشعر است (فریب عبارت است از بکاربردن وسائل حيله آمیز قولی ویا فعلی است که طرف مقابل را برای راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، بنحویکه این وسائل اگر بکار برده نمیشد رضایت وی در عقد بمیان نمی آمد، و در ماده ( ۵۷۱ ) مقرر داشته که در صورت فریب منجر به غبن فاحش طرفین می توانند فسخ عقد را مطالبه نمایند، و در فقره دوم ماده متذکره معیار غبن را که چه وقت فاحش گفته می شود تعیین نموده است و چنین مشعر است (غبن وقتی فاحش گفته می شود که تفاوت بین قیمت حقیق مال در هنگام عقد و قیمت که مال بفروش رسیده به ۱۵ فیصد یا بیشتر از آن بالغ گردد) و در ماده ( ۵۷۵ ) بیان نموده است که غبن فاحش سبب فسخ عقد می گردد ۱، و در مجله الاحکام العدلیه در ماده ( ۳۵۶ ) در رابطه به غبن و فریب بحث نموده است و چنین مقرر داشته که ( إِذَا وُجِدَ غَبْنٌ فَاحِشٌ فِي الْبَيْعِ وَلَمْ يُوَجَدْ تَغْرِيرٌ ; فَلَيْسَ

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۵۷۰ الی ۵۷۵

لِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ الْغَبْنَ وَخَدَهُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ وَمَالُ الْوَقْفِ وَبَيْتُ الْمَالِ حُكْمُهُ حُكْمُ مَالِ الْيَتِيمِ،) زمانیکه غبن در یک عقد تحقق یابد اما فریب درکار نباشد، مغبون نمی تواند آنرا فسخ نماید که مال یتیم را استثناء نموده است، وهمچنان بیت المال مانند مال یتیم دانسته است، ودر ماده ۳۵۷ ( إِذَا عَرَّ أَحَدُ الْمُتَبَايِعِينَ الْآخَرَ وَتَحَقَّقَ أَنَّ فِي الْبَيْعِ غَبْنًا فَاحِشًا فَلِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ حِينَئِذٍ،) درحین تحقق غبن فاحش در عقد بیع مغبون می تواند بیع را فسخ کند، باتوجه به آن می توانیم بگویم که قانون مدنی افغانستان جریان خیار غبن را در عقد پذیرفته است، و معیار آنرا ۱۵ فیصد ویا بیشتر از آن نظریه عرف تعیین نموده است، و بخاطر دفع ضرر از مغبون برایش حق خیار مبنی بر غبن فاحش داده است، تا بعد از تأمل در آن عقد را فسخ و یا قبول کند، و مجله نیز خیار غبن را در بیع قابل جریان دانسته و بعد از تحقق غبن فاحش در بیع برای مغبون حق خیار فسخ از اثر غبن فاحش را داده است، ۱ بناء اقاله در صورت که عقد فرض شود، خیار غبن در آن نیز جاری خواهد شد، و برای طرفین عقد اقاله در صورت که عقد از اثر غبن فاحش میباشد، مانند اینکه طرفین به رضایت شان یک عراده موتر را مورد معامله قرار دادند بعد از انجام عقد یکی از طرفین عقد، نادم شد و طلب اقاله نمود، طرف مقابل فرضاً اگر بایع باشد، قبول نمود و مبیعه را تسلیم شد اما بعداً متوجه می شود که

---

۱ - مجله الاحکام العدلیه، مواد ۳۵۶ و ۳۵۷ مرجع سابق

مبیعه (موتر) همان موتر نبوده بلکه تغییر بوده، به اساس رنگ کردن آنرا تغییر داده تا مانند موتر که قبلا مبیعه بوده، ، بائع می تواند آنرا دوباره برگرداند، چون در اقاله، خیار غبن جاری میشود و طرفین حق خیار غبن را دارد.

**فرع سوم:** حکم جریان خیار تدلیس در اقاله در فقه و قانون مدنی: تدلیس کلمه ای عربی است بروزن تفعیل و از ریشه دلس به معنای تاریکی ، پنهان کردن، فریب دادن، کتمان کردن است و تدلیس در اسناد حدیث از همین ریشه گرفته شده است،<sup>۱</sup> در مبحث حقوق تدلیس به دو معنی به کار می رود، در معنای اول پوشاندن عیبی که وجود دارد و در معنای دوم نمایاندن و تظاهر به کمالی که وجود ندارد عنوان شده است مثالی که برای حالت اول وجود دارد، این است که فروشنده ایپارتمانی را که دیوار آن شکافته است ، با گذاشتن گچ و امثال آن در شکاف متذکره، سعی در پوشاندن این عیب کند، برای حالت دوم می توان فرض کرد که فروشنده واسطه نقلیه را که مدتی طولانی کار کرده است، کلیومتر آنردست کاری می کند و آنربه صفر می رساند، که گویا این واسطه بالاستفاده بوده و در پارکینگ قرار داشته باتوجه با دو مثال فوق الذکر در هر دو حالت یک طرف معامله با اقدامی که به صورت گفتار و یا عمل است ، مانع می شود که طرف مقابل واقعیت را بفهمد و به این ترتیب ، طرف مقابل بدون درک حقیقت و واقعیت، به انجام معامله ترغیب میشود، و تدلیس

---

<sup>۱</sup> - القیومی، المصباح المنیر، حرف تاو لام و لسان العرب ماده دلس مرجع سابق،



در اصطلاح فقهاء از مفهوم لغوی آن بیرون نیست، تدلیس کتمان عیب است، و یا کتمان عیب درمیبعه است از مشتری، و نزد محدثین تدلیس دو قسم است، تدلیس اسناد روایت حدیث از کسی که از با ملاقات نکرده است، و تدلیس شیوخ، روایت حدیثی است از شیخ که شنیده است و او را به نامی یاد می کند یا بصفتی که ناشناخته است به هدف معرفی کردن شیخ به همان نام، و حکم تکلیفی تدلیس نزد فقهای کرام (رحمهم الله) حرام به نصوص شرعی میباشد، چنانچه پیامبر علیه السلام فرموده است ( قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّتْ بَرَكَتُهُ بَيْنَهُمَا )<sup>۱</sup> عاقدین در بیع تازمانی که جدا نشدند خیار دارند، اگر راست گفتن و عیب میبعه را بیان کردند، عقد شان مبارک است، و اگر دروغ گفتن و کتمان نمودند، برکت آن از بین میرود،<sup>۲</sup> و روایت دیگری از رسول الله صلی الله علیه وسلم است که می فرمایند ( مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ )<sup>۳</sup>، ترجمه: کسیکه عیب میبعه را بیان ننمود و آنرا بر دیگری فروخت، همیشه در غضب الله بوده و ملائک براو لعنت و نفرین می فرستند، و می فرمایند ( مَنْ عَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا )<sup>۴</sup> ترجمه: کسیکه در معامله

<sup>۱</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج دوم، ص ۲۷۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -السرخسی، شمس الدین، ابوبکر محمد بن ابی سهل، المبسوط، ناشر، دارالفکر، بیروت، چاپ اول، سال ۱۴۲۱ هـ ۲۰۰۰ م ج

سیزدهم، ص ۱۹۴ م والمهذب، ج اول، ص ۲۶۲ مرجع سابق

<sup>۳</sup> -ابن ماجه، ج دوم، ص ۲۷۴ مرجع سابق

<sup>۴</sup> -النسایوری، صحیح مسلم، ج اول، ص ۹۱ مرجع سابق

فریکاری نماید از ما نیست، بلاخلاف در میان فقهای کرام (رحمهم الله) هرتدلیس که از اثر آن ثمن متفاوت گردد در معاملات خیار به آن ثابت می گردد، مانند رنگ کردن مبیعه به رنگ جلب کننده، که در بعضی از صورت ها نزد فقهای کرام اختلاف نظر وجود دارد، دلیل شان مبنی بر حق خیار حدیث ذیل است که از پیامب علیه السلام نقل شده (مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُصْرَاةً فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ)<sup>۱</sup>، ترجمه: هرگاه شخصی گوسفندی به گمان شیردهی زیاد خریداری نمود که در حقیقت همان طور نباشد (تصریه) یعنی امتناع از دوشیدن شیر حیوان شیرده به طور موقت به منظور آن که در زمان فروش حیوان، شیردهی آن بیش از واقعیت نشان داده شود، پس مشتری مخیر است، در رابطه به اینکه گوسفند را نگهدارد و یا مسترد نماید، همراه با پیمانته از خرما برای بائع، و هر فعل که از بائع صادر می گردد و مشتمل تدلیس باشد به آن قیاس نموده اند،<sup>۲</sup> زیرا خیار ذاتا منوط به تصریه نبوده بلکه وهم واشتباه که در آن موجود است هدف است، برای تحقق خیار تدلیس باید دو عنصر حتمی باشد عدم علم و گاهی مشتری از عیب که در عقد است، نسبت دادن وصف برای جنس که در واقع موجود نباشد، و دیگر اینکه قصدش فروشنده باید فریب باشد نسبت دادن وصف غیر واقعی

---

<sup>۱</sup> - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج دوم، ص ۷۵۵ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - بلدا، محمد نووي ابن عمر، التتاري، الشافعي نهاية الزين شرح قرة العين، ناشر، دارالفكر بيروت، بدون سنه، ج اول، ص ۴۶۵

بخاطر جلب مشتری به قصد فریب باعث بوجود آمدن خیار تدلیس است،<sup>۱</sup> خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است، وقت کسی فریب خورده است، باید فوراً و بلافاصله بعد از اطلاع چون مال یا جنس فاقد صفت گفته شده است باید اقدام کند و مراتب را به اطلاع فروشنده برساند، و در صورت ممانعت اواز گرفتن جنس به محکمه و مراجع مربوطه شکایت می تواند، در فقه مصادیق تدلیس تصریه است که قبلاً بحث شد و دیگر تدلیس ماشطه، عبارت از تدلیس آرایشگر یعنی نیکو جلودادن زنی که قصد ازدواج دارد یا پوشانیدن عیوب وی از راهای چون کاربرد مواد آرایشی و پیوند مو، نجش ورود شخص سوم که خریدار جنس نیست در ظاهر خریدار به منظور افزایش بهای جنس مورد معامله میان دوفرده یا ستایش نا بجای شخص سوم از آن جنس، شرط کردن یک صفت یا ویژگی مقصود برای یکی از طرفین عقد نکاح و رعایت نکردن امانت و صداقت در بیوع امانات میباشد، ارتکاب عمل فریبنده در صورتی موجب ثبوت خیار می شود که دوطرف دیگر عقد اثر گذاشته و وی را به انعقاد آن وا دارد، فقهاء در مصادیق بارز تدلیس مانند تصریه، نجش به این تصریح کرده اند و علاوه بر آن گفته اند که با علم طرف عقد به فریبکاری متعاقد دیگر و نیز در صورت آشکار بودن عیب یا قبل تشخیص بودن آن به سهولت برای وی خیار به

---

<sup>۱</sup> - ابوقاذان: الاقاله واحكامها فی الفقه الاسلامی درسه مقارنه ،،،،، ج اول ، ص ۵۶ مرجع سابق ،حامد عبده، الاقاله فی عقد البیع ، ص ۱۲۳ مرجع سابق، و مغنی المحتاج، ج سوم، ص ۲۰۲ مرجع سابق والمغنی، ج ششم، ۶۵۰ مرجع سابق

وجود نمی آید، پس گفته می توانیم که ثبوت خیار فسخ در فرض اول که فوقاً تذکر داده شد از آثار عیب است نه تدلیس مگر حرمت تدلیس واستحقاق مجازات برآن از آثار تدلیس به شمار می رود، تدلیس قولی مانند تدلیس فعلی است مانند کذب در قیمت در بیوع امانات که مباحه وتولیه است پس در آن صورت نیز خیار تدلیس ثابت می گردد، موضوع خیار تدلیس در عقد نکاح نزد جمهور فقهای کرام (رحمهم الله) ثابت می گردد،<sup>۱</sup> زمانیکه زوجین با یکدیگر مرتکب تدلیس گردد مانند اینکه عیبی را کتمان نماید، که در زمان عقد آنر نمی دانست، خیار برآن ثابت می گردد، ولی امام ابوحنیفه و ابویوسف (رحمهم الله) می گویند که زوجین حق خیار فسخ نکاح به عیب ندارند، و امام محمد رحمه الله می گوید که برای زوج خیار عیب در زوجه اش نیست ولی برای زوجه خیار عیب درسه مورد است جنون جذام و برص در این صورت خانم می تواند از شوهر خویش تفریق مطالبه نماید،<sup>۲</sup> مدلس تعزیراً تأدیب می شود، چنانچه ابن رشد رحمه الله می گوید موضوع خلاف در بین فقهان نیست این است که شخصی که برادر مسلمان خود را فریب دهد، یا تدلیس به عیب نماید الزاماً باید تأدیب گردد، و مکلف به رد نیز شود، زیرا آن دو حقوق مختلف و جداگانه است، حق الله و حق مردم و تداخل ندارد، و تعزیر مدلس محل اتفاق بین فقهای کرام (رحمهم

---

<sup>۱</sup> - فتح القدیر، ج چهارم، ص ۱۳۳ مرجع سابق، ومواهب الجلیل، ج چهارم، ص ۴۴۹ وابن عابدین، ج سوم، ص ۱۸۲ مرجع

<sup>۲</sup> - مغنی المحتاج، ج سوم، ص ۲۰۲ مرجع سابق، حاشیه ابن عابدین، ج چهارم، ص ۷۱ مرجع سابق

الله) است مانند دیگر گناهان که در آن حد و کفاره نیست،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان بطور مشخص از تدلیس کدام تعریف ارائه نکرده است، اما تدلیس را نوع از فریب که درغبین فاحش بکاربرده میشود دانسته است، چنانچه در ماده ۵۷۳ چنین مقرر داشته (فریب سلبی، بمحض کتمان حقیقت بوجود می آید، این فریب تدلیس پنداشته میشود) و در ماده (۵۷۲) فریب را در عقود امانات امکان پذیر تلقی نموده است و بیان داشته که (شخصیکه در عقود امانات فریب خورده، وقتی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که غش و تدلیس طرف مقابل را ثابت نماید) بدین معنا که تقصیر فریب دهنده و مدلس باید واضح گردد، زیرا در صورت عدم مقصربودن مدلس حق خیار تدلیس برای مدلس ثابت نمی گردد، تا با استفاده از آن عقد را فسخ نماید، بنابراین در صورت که اقاله را عقد فرض کنیم و یا عقد جدید بپذیریم خیار تدلیس نیز در آن مطرح خواهد بود، و تمامی احکام مرتب از اثر خیار تدلیس بر آن جاری خواهد شد. ۲.

**فرع چهارم: حکم جریان خیار شرط در اقاله در فقه و قانون مدنی:** خیار دلغت مصدر اختیار است، بمعنای طلب بهتر از امر، اما شرط به سکون را معنای لغوی آن الزام شئی است، و التزام آن در بیع میباشد و امثال آن، که جمع آن شروط است و به فتح را بمعنای نشانه

---

<sup>۱</sup> - فتح القدیر، ج چهارم، ص ۱۳۳ مرجع سابق، و مواهب الجلیل، ج چهارم، ص ۴۴۹ و ابن عابدین، ج سوم، ص ۱۸۲ مرجع سابق سابق و بدایه المجتهد، ج دوم، ص ۱۲۳ مرجع سابق

۱- ابن، منظور، لسان العرب، ماده شرط، ص ۳۳۹

بکاربرده شده است، که جمع آن اشراط و اشتراط است علامه ای که مردم آنرا در میان خود می گذارند<sup>۱</sup>، اما خیار شرط در اصطلاح، ابن عابدین رحمه الله چنین تعریف نموده است، خیار شرط مرکب اضافی است که در اصطلاح فقهاء اسم علم گشته است، برای اثبات اشتراط به یکی از طرفین عقد مبنی بر ادامه و یا فسخ عقد،<sup>۲</sup> و فقهای مالکی (رحمهم الله) خیار شرط را چنین تعریف نموده است، (بَيْعٌ وَقْفٌ بَتَّةً أَوْلَاً عَلَى إِمضَاءٍ يُتَوَقَّعُ)<sup>۳</sup> خیار شرط عبارت است آنچه که بیع قطعی را از حالت قطعیت بیرون می کند، و خیار شرط نامهای دیگری نیز دارد، خیار شرط با وصف «خیار التروی، بیع الخیار،» که اکثراً مقرر به عقد میباشد و نزد علمای مالکی این بیشتر کاربرد دارد، خیار شرط یا فاسد است و یا مشروع فقهای حنفی، شوافع و حنابله (رحمهم الله) به این اتفاق دارند در صورت که عاقدین خیار تأبیدی را شرط نمایند مانند اینکه بگویند که این جنس را فروختم که برای من حق خیار ابدی باشد، و یا وقت و زمان مجهول را در حین عقد شرط بگذارند، خیار فاسد است، اما در این صورت عقد بیع نزد شوافع و حنابله باطل میا شد زیرا مدت خیار نامعلوم است، و چون به عقد ملحق می گردد که این شرط خلاف مقتضای عقد است

<sup>۱</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ماده شرط، ص ۳۲۹ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - ابن عابدین، ردالمحتار، ج چهارم، ص ۴۷ مرجع سابق

<sup>۳</sup> - حاشیه الدسوقی، ج سوم، ص ۹۵ مرجع سابق ویدایه المجتهد، ج دوم، ص ۲۰۸ مرجع سابق، نهاییه المحتاج، ج چهارم، ص ۳ مرجع سابق

و سبب بطلان عقد می گردد ولی نزد فقهای احناف (رحمهم الله) عقد متذکره فاسد است چون در اصل خیار خلاف مقتضای عقد است اما تجویز آن به اساس نص شرعی ثابت است که مدت سه روز است و یا بالاتر از آن که مطابق به مقتضای اصل است، و خیار مشروع همان است که وقت در آن معلوم باشد و مشروعیت آن به حدیث فوق الذکر ثابت است،<sup>۱</sup> مدت خیار مشروع نزد فقهای کرام (رحمهم الله) متفاوت است از نظر امام ابوحنیفه زفر و شافعی (رحمهم الله) شرط خیار برای مدت سه روز معلوم جائز است، زیرا اصل در عقود امتناع از خیار است بخاطرکه مخالف وضع بیع است، و انتقال ملک و لزوم آنرا مانع میشود، مگر بخلاف اصل متذکره به حدیث حبان بن منقذ ثابت شده است که چنین نقل شده است (عن ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه يخدع في البيع فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ( إذا بيعت فقل لا خلافة وكان الرجل إذا باع يقول لا خلافة )<sup>۲</sup> چون منقذ بن عمرو در خرید و فروش فریب می خورد، رسول الله صلی الله علیه وسلم برایش فرمود، که هر زمانی عقدا انجام دهد، از حق خیار استفاده نماید، و دیگر اینکه نیاز طرفین در رابطه به بیع در مدت سه روز مرفوع می گردد، اگر مدت خیار سه روز زیاد شد نزد امام ابوحنیفه و زفر بیع فاسد است، و صاحبان و حنابله

<sup>۱</sup> - البدائع، ج پنجم، ص ۱۷۴ مرجع سابق، فتح القدير، ج پنجم، ص ۳۷۲ مرجع سابق، المهذب، ج اول، ص ۲۵۸ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> - النسائي، سنن النسائي، الكبري، ج هفتم، ص ۶ مرجع سابق

رحمهما الله شرط خياررا دربيع به هرمدتی که طرفین به آن اتفاق کردند، جائز دانسته است، درصورت که مدت معلوم باشد، مدت خيار از سه روز زیاد باشد ویا کم، ودلیل شان فعل ابن عمر رضی الله عنه است، که برای مدت دوماه اجازه خيار را داده است، ویکی از موارد سقوط خيار شرط که به طریقه جبری ساقط می شود انقضای مدت خيار ومرگ مخیرله وهمچنان ختم اختیاری مدت، اسقاط صریح واسقاط ضمنی خيار است، اسقاط صریح آن است که صاحب خيار بگوید که خيار خویش را ساقط ساختم وخيار دلالت یا ضمنی همان است که مشتری درمبیعه تصرف نماید وآنرا بفروشد، این تصرف مشتری خياررا ساقط می سازد<sup>۱</sup>، قانون مدنی افغانستان در ماده ۶۵۲ برای عاقدین اجازه خيار شرط را داده است وچنین بیان داشته که (۱) عاقدین درجمیع عقود می توانند ، حین عقد یا بعداز آن حد اکثربرای سه روز خيار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند، (۲) مدت خيار شرط درمورد وقف، کفاله وحواله گیرنده دین استثنائیبیش ازسه روز جواز دارد ،اگر شرط حین عقد گذاشته شده باشد مدت خيار از وقت عقد ورد صورتی که بعداز عقد گذاشته شده باشد ، اززمان موجود شدن شرط ، آغاز می گردد، ودرماده ۶۵۳ چنین مقررداشته که (خيار شرط درعقد لازمی ای که احتمال فسخ راداشته باشد، صحیح بوده،

---

<sup>۱</sup> -مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۴۷ مرجع سابق، فتح القدیر، ج پنجم، ص ۱۱۰ مرجع سابق، والبدائع، ج پنجم، ص ۱۷۴ مرجع سابق



ودر عقد نکاح، طلاق، سلم، صرف، اقرار وکالت، هبه و وصیت صحیح پنداشته  
نمیشود) و در ماده ( ۶۵۴ ) اعطای اختیار شرط را برای هر دو طرف ویایی از طرفین عقد  
ویا غیر آنها جائز دانسته است، و قانون گذار اجازه قولی و فعلی صاحب اختیار را نیز کافی  
دانسته است، با توجه به آن قانون گذار در اختیار مشروع در عقد بیع مدت سه روز را اعتبار  
داده است که از نظر امام ابوحنیفه رحمه الله تبعیت نموده است اما در عقود مانند کفالت  
و غیره از نظر سائر فقهای کرام (رحمهم الله) پیروی کرده است، و اختیار شرط را در عقد  
نکاح، وقف و بعضی ایقاعات دیگر جائز ندانسته است.<sup>۱</sup>

**فرع پنجم: حکم جریان اختیار تخلف شرط در اقاله در فقه و قانون مدنی: اختیار تخلف شرط**  
تسلط فروشنده یا خریدار بر فسخ عقد به سبب تخلف مشروط علیه از شرط است، تفاوت  
اختیار شرط با اختیار تخلف شرط این است که اختیار شرط سبب ثبوت اختیار اشتراط تخلف  
مشروط علیه از شرط و عدم وفا به آن است، در حالی که سبب اختیار شرط، شرط کردن  
اختیار در عقد است، موضوع اختیار اشتراط هر عقد لازمی است که متضمن شرط یا شرائط  
صحیح و لازم الوفا بوده و مشروط علیه از وفا کردن به آن سرباز زده باشد، در این صورت  
برای مشروط له اختیار ثابت میشود، ثبوت اختیار اشتراط با تخلف مشروط علیه از شرط اتفاقی  
است، مگر در این که وفا به شرط بر مشروط علیه واجب و تخلف از آن گناه است، یا نه،

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۶۵۲، ۶۵۳ و ۶۵۴ مرجع سابق

اختلاف است بنابر قول کسانی که به وجوب وفا قائل اند، به مجرد عدم وفا ، خیارثابت میشود، و برخی هم مشروط له را ردصورت عدم وفای مشروط علیه به شرط ، بین اجبار او به وفا درصورت امکان، و اعمال حق خیار، ( فسخ عقد) مخیر دانسته اند، شرائط صحت آن طوری است که مقدورباشد، مشروع باشد، دارای غرض معقول باشد، مخالف کتاب و سنت نباشد، منافی مقتضای عقد نباشد و معلوم نیز باشد و مجهول نباشد،<sup>۱</sup> فرض کنیم که درعقدی که بین طرفین منعقد شده است ضمن این عقد یک شرطی به نفع یکی ازطرفین میشود پس اگر ازین شرط تخلف شود و انجام نشود ، فرد چون شرط به نفعش انجام نشده و ازاین جهت ضرر دیده است، درفقه اسلامی برایش حق داده شده است ، تا بخاطر تخلف از شرط عقد را فسخ کند و فرد خیار تخلف از شرط دارد، طوری مثال ، شخصی برای دیگری حویلی را به اجاره داده است ، و شرط کرده است که احاطه یا دیوارهای خانه را قبل از آمدن وی رنگ بزند، اما اجاره دهنده ازشرطی که قبول کرده است تخلف می کند و انجام نمی دهد دراینجا مستاجر حق دارد عقد اجاره را فسخ کند، که گاهی این شرط ضمن عقد شرط فعل است، گاهی شرط صفت است، گاهی شرط نتیجه است، حق فسخی که ازین باب به وجود می آید فوری نیست، و دارنده حق فسخ می توان درزمانی

---

<sup>۱</sup> -کاتوزیان، ناصر ،حقوق مدنی، ج پنجم، ص ۲۳۱ مرجع سابق

<sup>۲</sup> -مغنی المحتاج، ج دوم، ص ۳۲ مرجع سابق، المجموع، ج نهم، ص ۴۱۹ مرجع سابق

متعارف قرارداد را فسخ کند، شرط فعل شرطی است که انجام یا عدم انجام کاری بردیگری شرط می شود این انجام ویا عدم انجام، فعل ممکن است فعل حقوقی باشد و ممکن است فعل مادی باشد و هر کدام می تواند به صورت منفی باشد ویا مثبت باشد، شرط فعل مثبت مثل این است، که ضمن خرید موتر به مبلغ سه لک افغانی برطرف دیگر یعنی خریدار شرط میشود که وکالت فروشنده را در محکمه فلان برعهده بگیرد یا اینک ضمن فروش خانه ای شرط میشود که خریدار متعهد شود در مدتی موتر اش به فروشنده به مبلغ دولک افغانی انتقال دهد،<sup>۱</sup> شرط فعل حقوقی منفی مثل این است که در ضمن عقد فروش خانه ای که انجام شده شرط می شود که خریدار تا دو سال حق فروش خانه را ندارد، شرط فعل مادی مثبت مثل این است که برآچاره دهنده شرط شود که حیات خانه را رنگ کند یا اینکه دیوار خانه را رنگ بزند در اینجا شرط فعلی گذاشته شده است که هم مادی است و هم مثبت و ناظر به انجام فعل است نه ترک فعل که منفی است، و شرط فعل مادی منفی آن است که اولاً حقوقی نیست ثانیاً به صورت عدم انجام فعل یا ترک فعل است لذا منفی محسوب می شود مانند اینکه برآچاره گیرنده شرط میشود که از این طرف خانه استفاده نکند، شرط صفت مانند اینکه شخصی مالی را می خرد و یک خصوصیت و صفت در آن

---

<sup>۱</sup> - حامد، عبده، الفقی، الاقاله ف عقد البیع، ص ۱۲۹ مرجع سابق، و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج پنجم، ص ۲۳۱ مرجع سابق

شرط می کند، مانند اینکه گواهی ساخت فلان کشور باشد، در صورتی که بعد از انجام عقد مشخص شود که آن مال صفت و ویژگی شرط شده را ندارد می توان معامله را فسخ کند شرط نتیجه مانند اینکه ضمن عقدی که انجام میشود وجود یک عقد دیگر را یا نتیجه یک عقد دیگر را شرط کنیم شرط مورد نظر شرط نتیجه است و به صرف شرط کردن حاصل می شود مثلاً ضمن خرید کی خانه شرط کرده می شود که خریدار از دینی که از قبل به فروشنده داشته برئی باشد در شرط نتیجه لازم است تا تابع تشریفات نباشد زیرا در این صورت با ماهیت آن فرق دارد و باطل محسوب می شود و شرط تخلف وقتی بوجود می آید که یکی از شروط بالا که شرط فعل یا صفت یا نتیجه باشد تخلفی صورت یگیرد،<sup>۱</sup> بناء به نظر میرسد امکان درج شرط ضمن اقاله با مانعی رویرو نیست، و وجود شرط فعل ضمن اقاله ، اعم از حقوقی یا مادی و اعم از مثبت یا منفی، امکان پذیر است، و همچنان امکان درج شرط نتیجه نیز در اقاله وجود دارد، و حتی وجود شرط صفت در اقاله در برخی از فرضیه ها دور از ذهن نیست، مانند اینکه موضوع عقد عین معین باشد و طرفین شرط نمایند که چنین ویژگی خاصی در مبیعه مورد اقاله موجود باشد، در نتیجه تخلف از هر یک از این شروط به مشروط له امکان می دهد که اقاله را به سبب خیار تخلف از شرط و طبق مقررات آن فسخ نماید، اصولاً اقاله خود از جمله فسخ است، و نباید فسخ در آن راه داشته باشد، هرگاه منشا

---

<sup>۱</sup> - بدائع الصنائع، ج پنجم، ص ۱۷۱ مرجع سابق، المغنی، ج سوم، ص ۵۰۷ مرجع سابق

خيار اراده طرفين باشد يعنى خيار شرط وتخلف شرط، بنا بر احترام به اراده طرفين ايجاب مى كند كه خيارات مذكور دافاله امكان تحقق داشته باشد،<sup>۱</sup> مجله الاحكام العدليه نيز در رابطه به خيار شرط بحث نموده است، و در ماده (۳۰۰) خيار شرط را تسجيل نموده است، ولى بطور مشخص از خيار تخلف شرط كدام بحثى نكرده است،

---

<sup>۱</sup> - ره پيك، حسن، حقوق مدنى، حقوق قراردادها، انتشارت، تهران خرسندى، ساله ۱۳۹۰ ش

## فصل سوم

### عقودی اقاله ناپذیر و تطبیقات آن در فقه وقانونی مدنی

مبحث اول: عقودی اقاله ناپذیر در فقه وقانونی مدنی

مبحث دوم: اقاله در برخی اعمالی حقوقی که عقد و معامله نیستند

## مبحث اول

### عقودی اقاله ناپذیر و تطبیقات آن در فقه و قانون مدنی

#### مطلب اول: اقاله عقد نکاح

برخی از عقود وجود دارد که اقاله را نمی پذیرد و جریان اقاله در آن ممکن نیست، تعدادی از عقود متذکره به اتفاق فقهای کرام (رحمهم الله) غیرقابل اقاله است در رابطه به تعدادی آن اختلاف نظر وجود دارد، یکی از عقود که قابل اقاله نیست عقد نکاح است، چون برهم زدن عقد نکاح سبب خاصی را می طلبد و بنا بر اجماع و نصوص خاص، زوجین نمی توانند نکاح را با اقاله برهم زد، و عقد نکاح از جمله عقود لازم نمیباشد، و نکاح یک رابطه خصوصی بین دونفر نمی داند، بلکه یک پدیده اجتماعی است که مصلحت جامع بر بقا و دوام نسبی آن استوار است، و این وابسته به نظم عمومی است، چون نکاح رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می شود، و می توانند از یکدیگر تمتع جنسی ببرند، و نکاح یک وضعیت حقوقی خاصی است که بین زوجین رابطه زوجیت ایجاد می کند،<sup>۱</sup> و در فقه هر چند نکاح به عنوان یک عقد معرفی شده است، مگر ماهیتی عبادی دارد، که در صورت توجه می توان بعد ظاهر آن را نیز

---

<sup>۱</sup> - البحر الرائق، ج ۱۴، ص ۳۰۶ مرجع سابق، و ابن عابدین، الدرالمختار، ج پنجم، ص ۱۲۴ مرجع سابق، و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی درسهای از عقود معین، ج دوم، انتشارات، گنج دانش، تهران، ۲۰ و ۲۱

عبادی نماید، باتوجه به آن اول اینکه، قواعد عمومی عقود درباب نکاح، درحدود جواز شرعی قابل اجراست، دوم اینکه ، هرجا احکام آمرانه شرعی ولو درقراردادهای مالی، غلبه داشته باشد، همانند نکاح، عنوان عبادت داده شده است، به اجماع فقهای کرام (رحمهم الله) نکاح عبادت است، وچون عبادت است، خیار دراصل نکاح راه ندارد، ویا توجه به ماهیت فرا قراردادی نکاح وباتوجه به اصل لزوم درعقد ووضعیّت خاصی نکاح آنرا ازدیگر عقود متمایز می کند، حتی الامکان باید ثبات ودوام ان حفظ گردد،وبرهم زدن نکاح موکول به وجود نص وتجویز شارع بوده وجایگاهی برای توجیّهات عقلی ومنطقی وملاحظات اجتماعی وانسانی واستدلالات مبتنی برمصالحت وقیاس واستحسان در آن راه ندارد،وبرای قائل شدن حق فسخ نکاح برای مرد ویا زن نص ویا روایتی موجود باشد،<sup>۱</sup> ودراستفاده از احکام وروایات نیز به جای توجه به حکمت ومصالح آن ، بردلالات لفظی تأکید گردیده است،ازاینرو ماهیت نکاح سبب شده است که شارع برای انحلال آن به اسباب خاصی تمسک جوید،<sup>۲</sup> انحلال به دوصورت واقع میشود، غیر ارادی قهری زوجین اراده انحلال نکاح را ندارند مگر اقدامی توسط یکی از زوجین یا شخص سوم انجام میشود، که نتیجه ای آن انحلال نکاح است،مانند ارتداد، ولعان،وانحلال ارادی

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، الدرالمختار، ج پنجم، ص ۱۲۴ مرجع سابق ، والبحر الرائق ، ج ۶، ص ۱۱۱ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> -ابوقاذان، الاقاله واحکامها فی الفقه الاسلامی ، ص ۵۷ مرجع سابق



نکاح به سه صورت است فسخ ، طلاق، بذل مدت، و اقاله در نکاح جریان ندارد، و قطع از نظر اجماع دلیلی دیگری نیز وجود دارد که اقاله در نکاح راه ندارد، چون خیار در آن جریان پیدا نمی کند اقاله نیز جاری شده نمی تواند، و دیگر اینکه نکاح حقیقت یک عقد معاوضی را ندارد، و مسئله وجود خیار در عقود معاوضی است، از نظر شارع لزوم در عقد نکاح لزوم حکمی است، یعنی نکاح به هیچ وجه برهم نمی خورد، مگر با وجود شرایط خاص آن، بناء در فقه انجام اقاله در نکاح نیست، زیرا شارع برای انحلال نکاح به سبب ماهیت آن، شرایط خاصی مد نظر قرار داده است، که جزء با حصول آن شرایط، انحلال متحقق نخواهد شد، برای انحلال نکاح حتی لفظی که بکار برده میشود نیز باید معین باشد و هر لفظی برای انحلال ، کفایت نمی کند.<sup>۱</sup>

### **مطلب دوم: اقاله ای عقد اقاله و حکم آن**

در رابطه به امکان اقاله ای اقاله در بین فقهای کرام (رحمهم الله) و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد، آنانی که اقاله را بیع می دانند و دارای اثر انشاء جدید، اقاله آنرا نیز جایز می دانند، اما فقهای که اقاله را فسخ می دانند، امکان اقاله ای اقاله را منتفی می دانند، زیرا اقاله در واقع از بین بردن رابطه حقوقی است و پس از تحقق آن دیگری چیزی وجود ندارد، تا اقاله یا فسخ شود، و معتقدند که اقاله در نخستین و مهمترین اثر خود زایل کننده

---

<sup>۱</sup> بحرالرائق، ج ۶، ص ۱۱۱ مرجع سابق ،

است<sup>۱</sup> و چیزی به جای نمی‌گذارد که قابل بازگشت باشد، برخی هم معتقدند که اقاله ای اقاله ممکن است، در صورتی که برخلاف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، و در آن نفع معقول برای طرفین باشد، با توجه با جریانات فوق می‌توانیم بگوییم که اقاله بیشتر برای دفع ضرر از مسلمان است که از انعقاد عقد پیشیمان شده است و یا انجام اقاله می‌تواند این ضرر را از خود دفع کند، و تایید این نهاد در فقه و سپس مقنن در عصر ما، مخالف هیچ یک از سه عنصر قانونی، نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست، و اتفاقا ابزاری است برای اخلاق حسنه در باب تجارت، در اقاله خیرات قانونی، حق شفعه وی شرط فزونی و کاستی راه ندارد و خاص بودن اقاله را ثابت میسازد، و از سوی دیگر موضوع اقاله عقد است، پس چطور می‌تواند خود موضوع اقاله باشد، و اقاله ذاتا وجودی جز سلب اثر ندارد، علاوه بر این تجویز اقاله ای اقاله نوعی کپی کردن از عقد است که هیچ وقت نمی‌تواند برابر اصل باشد،<sup>۲</sup> و صحیح بودن اقاله ای اقاله طبعا بمعنای تجویز اقاله ای اقاله خواهد بود که منطق عرفی قطعا آنرا نخواهد پذیرفت،<sup>۳</sup> و علمای کرام (رحمهم الله) اقاله ای اقاله ای سلم را قبل از قبض صحیح نمی‌دانند،

---

۱ - ابن عابدین، ردالمحتار، ج پنجم، ص ۱۲۲ مرجع سابق، و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درسهای از عقود معین، ج دوم، ص ۲۲ مرجع سابق

۲ - ابن عابدین، ردالمحتار، ج پنجم، ص ۱۲۲ مرجع سابق، و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درسهای از عقود معین، ج دوم، ص ۲۲ مرجع سابق

۳ - ۳ البهوتی، کشاف الفناع، ص، ۲۵۰ مرجع سابق

زیرا انرا دین فرض کرده و ذریعه اقاله ساقط می گردد، اگر دوباره فسخ شود جنس مورد عقد سلم که ساقط شده است برمی گردد و ساقط بر نمی گردد،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان در رابطه به اقاله ای اقاله کدام بحثی نکرده است، ولی اقاله را در حق عاقدین فسخ و در حق شخص سوم عقد جدید دانسته است در صورتی که آنرا عقد فرض کنیم ، می توانیم بگوییم که اقاله ای اقاله به رای کسانی که به جائز بودن اقاله عقد اقاله قائل اند ، نیز جاری خواهد شد، و در آن صورت اقاله ای اقاله مانند فسخ عقد بوده و اقاله مرفوع شده تلقی میشود هر یک از باین و مشتری ثمن و مبیعه را تسلیم خواهند شد.<sup>۲</sup>

### مطلب سوم: اقاله در عقود غیر معاوضه و ایقاعات

ایقاع در لغت، بمعنای واقع ساختن و تحقق بخشیدن است،<sup>۳</sup> اما در اصطلاح تعریفاتی گوناگونی از ایقاع ارائه گردیده است، از جمله، ایقاع عملی حقوقی است که با یک اراده واقع میشود، یا ایقاع انشاء اثر حقوقی است، که با یک اراده واقع می گردد،<sup>۴</sup> فقهای کرام (رحمهم الله) نیز تعریف روشنی از ایقاع ارائه نکرده اند، پس می توانیم ، تفاوت ایقاع با عقد را می توانیم در نکاتی اتی واضح بسازیم، قصد انشاء در عقد و ایقاع در هر دو وجود

<sup>۱</sup> -، البدائع، ج هفتم، ص ۳۳۹۷ مرجع سابق، و کشف القناع، ج چهارم، ص ۱۳۰ مرجع سابق، و شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، ج پنجم، چاپ اول ، انتشارات، مجد، ص ۱۲۳ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج پنجم، ص ۱۷۹ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - ، ابن عابدین، رد المحتار، ج ، چهارم، ص ۱۵۰ و ، أبو قاذان، الاقالة وأحكامها، مرجع سابق،

<sup>۳</sup> - فرهنگ معین، ج اول ماده همزه

<sup>۴</sup> - کاتوزیان، ناصر، ایقاع، انتشارات، یلدا، تهران، ج دوم، ص ۱۹

دارد، اما در هر یک از این دو عمل حقوقی متفاوت است، چون ماهیت قصد انشائی در عقد به تنهای آورنده تعهد نیست، و نمی تواند وجود اعتباری را به وجود نهای برساند، زیرا هر عقد وابسته به ایجاب و قبول میباشد، و ایجاب به تنهای نمی تواند اثری از خود به جا بگذارد هم چنین قبول هم نمی تواند در ایجاد موجودات اعتباری مؤثر واقع شود، اما قصد انشائی که در ایقاعات، و این قصد تنها که منشأ اثر حقوقی است، می تواند ایقاع باشد، اما اگر تاثیر یک جانبه قصد یک شخص، در حقوق سایرین دخالت به عمل آید در این صورت به منظور حفظ حقوق افراد جامعه، آن قصد را باید باطل اعلام کرد، اما ایقاعات مانند طلاق، و اخذ به شفعه، علی الرغم دخالت در حقوق دیگران بنا به مصالح اجتماعی از این ضابطه مستثنا هستند، به کار می رود، قصدی است که بتنهایی اثر حقوقی را به وجود نهایی موجود می رساند و یا به تنهای یک اثر حقوقی موجود را معدوم می کند بدون اینکه مستلزم دخالت در حقوق دیگران باشد، بر اساس این معیار اگر فرض تأثیر یک قصد، موجب دخالت صاحب آن قصد در حقوق دیگران نگردد، باید همان قصد تنها منشأ اثر حقوقی باشد<sup>۱</sup> و باید آزادی افراد را محترم شمرد زمانی که اراده یک شخص و بدون نیاز به اراده شخص دیگری موجب ایجاد یا از بین بردن یک ماهیت

---

<sup>۱</sup> - صفایی، حسین، حقوق مدنی، ج دوم، چاپ اول، انتشارات میزان، ص ۲۰، کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ص ۲۴ مرجع سابق - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات مجد، تهران سال ۱۳۹۰ ص ۵۰

حقوقی شود آن را ایقاع می‌گویند مانند (ابراء) بدین معنا که طلبکار از حق خود به اختیار صرف نظر نموده و ذمه قرض دار خود را بری نماید که در این حالت نیازی به اراده رضایت مدیون نمی‌باشد،<sup>۱</sup> اقاله در عقودی که معوض نیست و یا ایقاعات که یک طرف می‌تواند آنرا تکمیل نماید مانند وقف جاری شده می‌تواند یا خیر؟ در جواب باید گفت که اقاله در ایقاعات جریان ندارد، زیرا ایقاع به اساس اراده یک طرف ایجاد می‌شود، در حالی که اقاله نیازمند اراده دو طرف است، و چیزی که با اراده یک طرف بوجود می‌آید چگونه می‌توان به اراده دو طرف زایل شود، چنانچه گفته شد، در ایقاع، برای ایجاد اثر مطلوب انشاء کننده اراده او کافی است، و ایقاع به همان اراده واقع می‌شود، در حالی که وقوع عقد و ایجاد اثر آن منوط به توافق دو اراده متقابل است،<sup>۲</sup> در ایقاع نیز برضای بودن عمل حقوقی اثر مرتب خواهد شد، نیروی الزام آور عمل حقوقی، ناشی از اراده است، نه صورت بیان آن، و عقود غیر معاوضه یا مجانی در مقابل عقد معاوضه قرار می‌گیرد، در این نوع عقود برخلاف عقود معاوضه، یک طرف مالی را بدون دریافت چیزی به دیگری می‌دهد، مانند هدیه دادن به شخصیکه در مقابل آن کدام چیزی دریافت نمی‌کند، در عقود غیر معاوضه شخصیت طرف معامله اهمیت داشته و در صورت که اشتباهی در شخصیت رخ

---

<sup>۱</sup> - صفایی، حسین، حقوق مدنی، ج دوم، چاپ اول، انتشارات میزان، ص ۲۰، کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ص ۲۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات مجد، تهران سال ۱۳۹۰ ص ۵۰

دهد، قرارداد و یا عقد دچار مشکل می گردد، بخلاف عقد معاوضه، عقود غیرمعاوضه تجارتي نمیباشند، زیرا تجارت نیازمند تبادل مال است، در عقود معاوضه تمام اختیارات بجز مواردی که مخصوص عقود هستند، جاری میشود، اما در عقود غیرمعاوضه اختیاراتی که مربوط به تعادل عوضین باشند، تأثیری ندارند، معمولاً مالیات بر عقود غیرمعاوضه بیشتر از عقود معاوضه است،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان نیز در ماده (۷۵۳) اراده انفرادی را سبب ایجاد تعهد یا وعده گردیده و احیاناً موجب کسب یا اسقاط ملکیت و یا اجازه برای تصرف و احیاناً استعمال یکی از اختیارات می گردد،<sup>۲</sup> ولی در رابطه به ایقاع و یا عقود غیرمعاوضه کدام تعریفی خاصی ارائه نکرده است.

**فرع اول: اقاله وقف در فقه و قانون مدنی :** وقف در لغت به معنای توقف و حبس است، یعنی باز ایستن از تصرف است، فقهای احناف (رحمهم الله) وقف را چنین تعریف نموده اند، وقف عبارت از حبس عینی است به اساس حکم صاحب هما عین، یا ذات، و صدقه کردن منفعت آن است به جهت خیر، با توجه به این تعریف زوال ملکیت موقوف علیه از نزد مالک را در بر نمی گیرد، و می تواند رجوع نماید<sup>۳</sup> و یا بفروشد، زیرا نزد امام ابوحنیفه رحمه الله وقف لازمی نیست بلکه جائز است مانند عاریت، و لزوم وقف در یکی از موارد سه گانه

---

<sup>۱</sup> - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات مجد، تهران سال ۱۳۹۰ ص ۵۰

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۵۳، مرجع سابق

<sup>۳</sup> - فتح القدیر، ج پنجم، ص ۳۷ مرجع سابق، الدرالمختار، ج سوم، ص ۳۹۱ مرجع سابق

مطرح خواهد بود، به حکم حاکم به لزوم آن ، یا وقف را معلق به مرگ کرده باشد، که مانند وصیت از ثلث لازم می گردد،<sup>۱</sup> و یا ملکیت وقفی را مسجد اعمار نماید و اجازه نماز را در آن بدهد، و آنرا از ملکیت خویش جدا نماید، زمانی که نماز در آن ادا گردید ملکیت اش زائل شده است، نزد امام ابوحنیفه رحمه الله، و به این قول پیامبر علیه السلام استدلال نموده است، (لا حبس عن فرائض الله)<sup>۲</sup> ممانعت از فرائض الله متعال نیست، اگر وقف از مال موقوف و از ملکیت واقف خارج گردد، حبس از فرائض الله خواهد بود، اما جمهور فقهای کرام (رحمهم الله) و صاحبین از احناف (رحمهم الله) وقف را چنین تعریف نموده اند، وقف عبارت از حبس مال است که انتفاع از آن ممکن باشد، همراه با بقای ذات آن، بدون در نظر داشت تصرف آن از جانب واقف و غیره، در مصارف میباح موجود، و یا مصرف کردن ربع آن به نیت خیر و نیکی جهت تقرب به الله متعال، و در این صورت مال از ملکیت واقف بیرون خواهد شد، و تصرف واقف ممتنع خواهد بود، و چنین استدلال می کنند، (أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله ، أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفَسَ عندي منه، فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبّست أصلها وتصدقت بها، فتصدّق بها عمر، على ألا تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرّقاب والضيّف وابن السبيل، لا جناح

<sup>۱</sup> - فتح القدیر، ج پنجم، ص ۳۷ مرجع سباق ، الدرالمختار، ج سوم، ص ۳۹۱ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - الدارقطنی، علی بن عمر ابوالحسن، سنن الدارقطنی، ناشر، دارالمعرفه - بیروت، سال ۱۳۸۶ و ۱۹۶۶ م، چاپ اول ، ج چهارم، ص ۸۶،

علی من ولیها أن يأكل منها بالمعروف، ویطعم غیر متمول<sup>۱</sup> ترجمه: برای عمر رضی الله عنه زمین رسید از زمین های خیر، و عمر رضی الله عنه از پیامبر علیه السلام سوال نمود، که یا رسول الله صلی الله علیه وسلم در رابطه به زمین خیر که با ارزشترین مال نزد من، است چه هدایت می فرمائید؟ پیامبر علیه السلام برایش فرمودند: اگرخواستی اصل آنرا نگهدار، و منفعت آنرا صدقه کنی، پس عمر رضی الله عنه همان زمین را صدقه بالای فقراء اقارب، و مسافریں صدقه نمود، و شرط گذاشت که خرید و فروش، هبه نگردد، و به ارث برده نشود، و گناهی نیست که شخصی مراقب از آن بطریقه نیکو استفاده کند، این حدیث دلالت می کند بر منع تصرف در مال موقوفه، زیرا حبس به مفهوم منع تصرف از این ملکیت موقوفه شخص میباشد، و عمل امت اسلامی بطور دوامدار در قسمت وقف این است که از ملکیت شخص واقف خارج شده محسوب می گردد، تعریف فقهای مالکی (رحمهم الله) از وقف چنین است که، مالک مال، منفعت مملوکه خویش را به اجرت برای مستحقین آن بصیغه خاص، و در صورت تبرع برقع آن، بطور خیریه وقف می نماید، طوری که عین نزد مالک باقی می باشد، برای مدت معلوم که تأبید در آن شرط نیست، نزد فقهای مالکی (رحمهم الله) مال موقوفه از ملکیت مالک آن بیرون نمیشود،

---

<sup>۱</sup> - نیل الاوطار، ج ششم، ص ۲۰ مرجع سابق



بحديث عمر رضی الله که فوقاً تذکر داده شد، اما در رابطه به مسجد فقهای کرام (رحمهم الله) اتفاق نظر دارند براینکه در مساجد کسی تصرف کرده نمی تواند، و ملکیت هیچ کسی نیست،<sup>۱</sup> اما وقف در اصطلاح حقوق، عبارت از حبس کردن مال و جاری کردن منفعت یا ثمره آن برای استفاده عموم مردم، بدون دریافت عوض است، یا عقدی است که ثمره آن، حبس اصل و تسبیل منافع است، یعنی صرف کردن مال در جهتی که واقف تعیین کرده است و یا وقف مقدار مالی است که فرد با اختیار خود از مالکیت خد خارجی می کند تا مورد استفاده عموم قرار گیرد و منافع آن دراره تامین نیازمندی های مردم مصرف شود، وقف یکی از برترین مصادیق احسان و نیکوکاری است، که در سازمان دهی زندگی فردی و اجتماعی نقش فراوانی دارد، وقف از اموری است که قبل از اسلام بین جوامع بشری و بین پیروان همه ادیان متداول بوده است بعد از ظهور اسلام این سنت توسط شریعت اسلام نیز پایه گذاری شد، و مردم را به این امر تشویق و ترغیب می کردند، در قران کریم کلمه وقف بکار برده نشده است، اما عناوینی مانند صدقه، خیر، بر، انفاق، احسان در قران آمده است، هر یک از این عناوین بر وقف صدق می کند، وقف آثار تربیتی، اقتصادی و اجتماعی فراوانی دارد، و از جمله آیاتی که به طور عموم بر انجام خیرات و تشویق و تحریض آنها دلالت دارد، آیه چنانچه الله متعال فرموده است **لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا**

<sup>۱</sup> -الشرح الكبير، ج چهارم، ص ۷۶ مرجع سابق والشرح الصغير، ج چهارم، ص ۹۷ مرجع سابق

مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ <sup>۱</sup> ترجمه: هرگز به حقیقت نیکوکاری نمیرسید مگر اینکه از آنچه دوست می دارید در راه الله متعال انفاق کنید ، و آنچه انفاق می کنید الله متعال از آن آگاه است، { وَمَا تَقَدَّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا وَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } <sup>۲</sup> ترجمه: و آنچه از کارهای نیک برای خود از پیش می فرستید، نزد الله متعال به بهترین وجه و بزرگترین پاداش خواهید یافت، و از الله متعال آمرزش بطلبید که الله آمرزنده و مهربان است، و آیه { الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا } <sup>۳</sup> ترجمه: مال و فرزند زینت زندگی است، و باقیات و صالحات، ارزشهای پایدار و شایسته ، ثوابش نزد پروردگارت بهتر و امید بخش تر است، وقف از جمله صدقه جاریه است ، که در رابطه به صدقه جاریه روایاتی زیادی وارد شده است از جمله (اذا مات ابن ادم انقطع عنه عمله الا من ثالث صدقه جاریه ، او علم ینتفع به، او ولد صالح یدعو له) <sup>۴</sup> ترجمه: زمانی که بنی ادم وفات می کند اعمالی او قطع می شود، مگر سه عمل ، صدقه جاریه، علم نافع و اولاد صالح که برایش دعای خیر می کند، وقف نیز انواع دارد ، وقف منقطع ، و وقف مؤبد، وقف منقطع

<sup>۱</sup> -سوره آل عمران، آیه ۹۲

<sup>۲</sup> -سوره مزمل، آیه ۲۰

<sup>۳</sup> -سوره کهف، آیه ۴۶

<sup>۴</sup> -النیسایپوری، صحیح مسلم، ج سوم، ص ۱۲۵۵ حدیث شماره ۱۶۳۱، باب الوقف ، مرجع سابق

همان است که به اعتبار زمان حبس عین و تسلیل منفعت مال در راه خد برای افراد خاص و برای مدت خاص را وقف منقطع است، و وقف مؤبد همان است که در آن زمان مطرح نیست، مانند وقف مسجد باری عموم، و به اعتبار موقوف علیه وقف خاص و وقف عام وقف خاص آن است که مخصوص گروه معین و خاصی است مانند وقف بر اولاد، وقف عام همان است که مقصود از آن امور خیریه به صورت عام است و مخصوص گروه و طبقه معینی نیست، وقف به اعتبار انتفاع اگر نظر واقف از وقف تحصیل درآمد مادی نباشد، آن وقف انتفاع گویند، مانند احداث مسجد در زمین خود، و وقف منفعت همان است که نظرواقف از وقف، تحصیل درآمد باشد تا در مورد معینی هزینه شود مانند وقف ملک برای اداره مدرسه و غیره، اوقف در قانونی مدنی افغانستان وقف را در ماده ۳۴۳ چنین تعریف نموده است، (وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بذل منفعت آن به امور خیریه) و در ماده ۳۵۴ بیان داشته که (وقف به طور دائمی یا مؤقت جواز دارد) اما وقف برای مسجد و مؤسسات عامه طور مؤقت صورت گرفته نمی تواند) و همچنان قانونگذار وقف اموال منقول و غیر منقول را نیز صحیح دانسته است، و در ماده ۴۰۲ ختم وقف را از اثر درخواست اشخاص ذیعلاقه و قرار حکم محکمه نیز ممکن دانسته است، با توجه به آن می توان گفت، که قانون گذار در حصر بیرون شدن ملکیت وقف از مالک آن از نظر امام

---

<sup>۱</sup> -- سلیمی فر، مصطفی، نگاهی به وقف و آثار اقتصادی، اجتماعی آن، انتشارات میزان، تهران، ج اول، ص ۲۷

ابوحنیفه رحمه الله تبعیت نموده است، اما در رابطه وقف مانند مسجد و مؤسسات عامه نظرفقهای مالکی (رحمهم الله) را تبعیت نموده است، و وقف را از اثر درخواست افراد ذی‌علاقه امکان پذیر دانسته است، و انتقال آنرا بعد از ختم میعاد دروقف مؤقت به مالک و یا غیر آن نیز صحیح پنداشته است،<sup>۱</sup> بناء پایان وقف دارای ویژگی‌های است که عقود دیگر از آن بی‌بهر اند، انقضای هدف و موضوع وقف، تلف عین موقوفه، انقراض موقوف علیهم، اقاله دروقف امکان ندارد، زیرا قبول اقاله دروقف، به معنی اعاده مالکیت واقف برعین موقوفه است، درحالی که ساختمان حقوقی وقف به گونه ای است که صرفاً با اخراج مال از ملکیت واقف، آن هم به طور دائم، تشکیل میشود، از این لحاظ می‌توان گفت که اقاله مخالف مقتضای وقف است، و چون شرط خیار در وقف راه ندارد، پس طبق قاعده عام اقاله نیز جاری نخواهد بود، و دیگر اینکه وقف ایقاع است، و برای ایقاعات بقای نیست، در آنها خیار را هندرا ذیرا خیار به متعلق نیاز دارد و وقف در صورت ایقاع بودن بقا ندارد تا خیار به آن تعلق گیرد، و همچنان تنافی وقف به تعلیق ممکن است گفته شود که شرط خیار رجوع به وقف، در هنگام نیاز موجب تعلیق وقف است، و چنین شرط برگشت وقف در صورت نیاز، تعلیق عقد است، و از انبروکه آن شرط موجب تعلیق میباشد باطل

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، مواد ۳۵۴، ۳۴۳ و ۴۰۲ مرجع سابق

است، بنابراین هر عقدی که در آن خیار باشد اقاله نیز جاری است، دارای مفهوم مخالف است و هر جا که خیار جریان نداشته باشد اقاله نیز جاری نخواهد بود، و با توجه به آنچه گفته شد، خیار شرط در وقف را ندارد پس وقف نیز مانند نکاح اقاله پذیر نخواهد بود.<sup>۱</sup>

**فرع دوم: اقاله عقد ضمان در فقه و قانون مدنی :** ضمان در لغت بمعنای التزام و کفالت است و در فقه و حقوق به معنای تعهد و برعهده گرفتن مالی است که بر ذمه ای دیگری است متعهد را ضامن، و کسی که تعهد را به دیگری مدهد مضمون له می نامند پس گفته می توانیم که ضمان یک التزامی است برای پرداخت مالی به کسی ، در صورتی که این کار به طور کاملاً اختیاری انجام شود، ضمناً انواع نیز دارد ، مانند ضمان عقدی ، معاوضی، واقعی، و قهری، میباید، ضمان در لغت، به فتح ضاد، مصدر و یا اسم مصدر از ریشه ضمن یا ضمان بوده و به معنای مختلفی از قبیل تعهد، التزام، شامل بودن، و دربرگرفتن، کفیل شدن، رعایت، حفظ ، پذیرفتن، برعهده گرفتن، عهده دار شدن، غرامت، جبران زیان و پیمان، بکاررفته است، و گاه به خسارت ناشی از تهد و التزام قهری نیز اطلاق می گردد ، بنابراین از مجموعه معانی می توان نتیجه گرفت که ضمان در معنای لغوی ، دارای مفهوم ، تعهد

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی در سهای از عقود معین، ناشر، کتاب خانه گنج دانش، تهران ، سال ۱۳۷۸ ، ج دوم، ص ۱۲۶ ، و جعفری ، لنگرودی، محمد جعفر، دوره مبسوط ترمینولوژی حقوق، سال ۱۳۸۸، ناشر، کتابخانه گنج دانش، تهران، ص ۵۱۵، و ابن عابدین، ردالمحتار، ج هفتم، ص ۴۵۰ مرجع سابق

التزام وقبول مسؤلیت ، میباشد،<sup>۱</sup> ضمان در اصطلاح فقهاء برگرفته شده از معانی لغوی آن بوده و در معانی مختلفی بکاررفته است، اما میان معنای لغوی و اصطلاحی آن هماهنگی وجود داشته و هیچ یک از معانی اصطلاحی، برخلاف و مغایر با معانی لغوی آن نیست ، و می توان گفت که ، عبارت از عهده و یا برعهده گرفتن و متضمن شدن چیزی بر چیزی دیگر، و واژه ضمان مترادف به واژه مسؤلیت است، ولی مسؤلیت ترجمه کاملی ضمان نیست، مگر از لحاظ ماده و مفهوم پریش ، که در آن نهفته است آثار ضمان است، فقهای کرام (رحمهم الله) کلمات ، ضمان و کفالت، را از جمله الفاظ مترادف دانسته اند، که مراد آن بطور عموم، ضمان مال و ضمان نفس و اسم ضمان را بمعنای اعم آن ، استعمال کرده اند، که ضمان مال است بعقد و یا بدون عقد، مانند اعتداء پس ضمان بمعنای عام، شغل ذمه است به آنچه که وفاء به آن ، از مال و یا عمل واجب است، و احناف ضمان را چنین تعریف کرده اند، که در مجله الاحکام تسجیل گردیده است، دادن مثل جنس است، در صورتی که جنس مثلی باشد، و پرداخت قیمت آن در صورتی که از جمله قیمیات باشد،<sup>۲</sup> و حنابله ضمان را چنین تعریف نموده اند، التزام شخصی که اهلیت تبرع را داشته ، و یا مفلس به رضایت طرفین، بر آنچه که واجب می شود، بالای دیگری، همراه

---

<sup>۱</sup> - این منظور، لسان العرب، ج سیزدهم ، ص ۲۵۸ مرجع سابق، القیومی، المصباح المنیر، ج دوم، ص ۳۶۴ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - العنایه شرح الهدایه، ج ششم، ص ۱۹۹ مرجع سابق

باقای آن،<sup>۱</sup> باتوجه به آن تعریفات متذکره باهم متقارن و نزدیک میباشد، بحث عدم جریان  
خیار دروقف تمام شد، و عرض شد که خیار در نکاح جریان ندارد، بنابراین اقاله هم در آن  
جریان ندارد، این چنین در عقد ضمان کسی دارد، و دیگری نسبت به آن دین، ضامن  
میشود، که یک عقد بین ضامن و مضمون له تشکیل میشود،<sup>۲</sup> مثلاً ضامن می گوید که  
این دین را بپردازم و مضمون له هم قبول می کند، در چنین عقد خیار جریان دارد یا خیر؟  
در این خصوص دوقول نقل شده است تعدادی خیار را در عقد ضمان باطل دانسته اند، ما  
تعداد جریان آنرا ممکن تلقی نموده اند، در اینجا صرف به دلائل کسانی که عدم جریان  
خیار را قائل هستند ارائه می کنیم، آنها استدلال می کنند که شرط خیار با مقتضای  
خود عقد ضمان منافات دارد و یکی از نشانه فساد شرط هم این است که با مقتضای عقد  
منافات داشته باشد، زیرا ضامن در عقد ضمان می گوید که من غرامت را می پردازم و غرمت  
برعهده من آمد، و بعداً برایش خیار داده شود، بدین معنا است که اصلاً ضمانی واقع نشده  
است، و دیگر اینکه عقد ضمان متضمن ابراء است، و در ابراء خیار جریان ندارد، و همچنان

---

<sup>۱</sup> - ابن قدامه، المغنی، ج چهارم، ص ۹۲ مرجع سابق

<sup>۲</sup> - بحر الرائق، شرح کنز الدقائق، ج ششم، ص ۱۶۹، ۱۶۶ مرجع سابق، و ابن قدامه، المغنی، ج چهارم، ص ۹۲ مرجع سابق و فتح القدیر،  
ج پنجم، ص ۲۴۷ مرجع سابق

بیان داشته اند که درضمان ذمه مضمون عنه خالی شده است، و ذمه ضامن مشغول شده است، اگر قائل به خیار باشیم، دو مرتبه ذمه مضمون عنه مشغول می گردد کدام دلیل نداریم که بعد از فراغت ذمه مضمون عنه دوباره ذمه او را مشغول سازیم، و دین دوباره از ذمه ضامن به مضمون عنه منتقل گردد، ضمان از جمله ایقاعات است، چون زمانی که شخص ذمه دین کسی را بعهده می گیرد، به جازه مدیون نیازی نخواهد داشت، بناء اقاله در عقود ضمان به مانند وقف جاری شده نمی تواند.<sup>۱</sup>

### **مطلب چهارم، اقاله عقد در صورت هلاک، زیادت و نقصان در مبیعه در فقه و قانون مدنی**

زمانی که عقد بین طرفین انجام شد، و بعد از آن محل عقد نمودن زیادت نمود، یا نقصان در آن ایجاد شد، و یا هلاک گردید، آیا اقاله در آن صورت جاری شده می تواند یا خیر؟ همین موارد را در اینجا بررسی می کنیم:

**اول : اقاله در صورت زیادت در مبیعه در فقه و قانون مدنی:** زیادت در مبیعه که متصل باشد و متولد نباشد، و زیادت منفصله متولد از آن، در هر دو صورت اقاله را مانع خواهد شد، مانند اینکه مبیعه اگر لباس باشد آنرا رنگ نماید، یا زمین باشد بالای آن، آبادی کند، در این

---

<sup>۱</sup> - عامر، عبداللطیف، محمد، الاقاله فی العقود فی الفقه والقانون، ص ۱۰۷ مرجع ، وسلیمی فر، مصطفی ،نگاهی به وقف و آثار اقتصادی ، اجتماعی آن، ج اول، ، ص ۳۸ مرجع سابق



صورت زیادت غیرمتولد است، واگر مبیعه حیوان باشد، وچوچه تولد نمود، دراین صورت زیادت متولد است که حصول زیادت در هرد و صورت مانع اقاله در عقد متذکره می گردد، این زیاده حصول زیادت، منفصله، بعد از قبض، فسخ را متعذر می سازد،<sup>۱</sup> چون زیادت از حق مشتری است شرعا، و برای بائع جائز نیست تا آنرا برای خود مسترد نماید، اما زیادت در مبیعه بعد از انجام عقد و قبل از قبض مانع اقاله عقد نخواهد شد برابر است که زیادت متصله باشد یا منفصله، و تبدیل اسم «تغییر طبیعت محل عقد» از جمله موانع اقاله بر شمرده میشود، مانند اینکه شخصی از دیگری گندم خرید و آنرا آرد کرد، که اسم آن از گندم به آرد تبدیل شد، در این صورت اقاله صحت ندارد،<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان، در رابطه به زیادت در مبیعه چه متصله باشد و یا منفصله اصلا بحث نکرده است.

**دوم: اقاله در صورت هلاک مبیعه در فقه و قانون مدنی :** قبلا در شرایط صحت اقاله تذکر داده شد، که در حین انجام اقاله مبیعه باید موجود باشد، در صورتی که مبیعه موجود نباشد، اقاله مفهومی نخواهد داشت، بناء هلاکت مبیعه در حین اقاله مانع اقاله بر شمرده میشود، پس این هلاک مبیعه یا حقیقی است مانند موت حیوان، و یا حکمی خواهد بود، مانند پرنده که پرواز کند و از اختیار خارج گردد تسلیمی آن متعذر می گردد، در هر دو صورت چه

---

<sup>۱</sup> - حیدر، علی، شرح المجله، ج اول، ص ۱۷۲ مرجع سابق،

<sup>۲</sup> - العینی، البنایه شرح الهدایه، ج هشتم، ص ۴۸۳ مرجع سابق

هلاک مبیع حقیقی باشد و یا حکمی اقاله را مانع خواهد شد، زیرا یکی از شرایط صحت اقاله بقای عقد انجام شده که برهم زدن آن، موضوع اقاله می‌باشد، بخلاف ثمن، چون هلاک ثمن مانع اقاله نمی‌گردد، زیرا ثمن در اختیار مردم می‌باشد و تهیه آن در توان همه است، مگر در صورتی که ثمن قیمی باشد در آن صورت هلاک ثمن نیز مانع اقاله خواهد شد، این هلاک مبیعه در صورت مانع اقاله خواهد شد، که تمامی مبیعه هلاک شده باشد، اما اگر بعضی از مبیعه هلاک شده باشد و بخشی از آن موجود باشد اقاله در متباقی مبیعه جایز می‌باشد، بخاطر موجود عقد در مبیعه باقی مانده،<sup>۱</sup> قانون مدنی افغانستان در باب اقاله از در ماده ( ۷۴۹ ) موجودیت مبیعه را در حین اقاله حتمی دانسته است، که چنین صراحت دارد ( ثبات و وجود موضوع در حین اقاله حتمی می‌باشد، اگر موضوع عقد قبل از اقاله هلاک گردد، اقاله باطل می‌گردد، در صورتی که قسمتی از موضوع هلاک گردد، در متباقی آن اقاله صحیح می‌باشد) با توجه به آن قانون گذار نیز در زمانی اقاله قیام مبیعه را برای صحت اقاله حتمی پنداشته است، چون موضوع عقد اقاله، برهم زدن عقد قبلی است، که از جانب طرفین بالای موضوع هلاک شده انجام شده است، و در صورتی که

---

<sup>۱</sup> - ابن عابدین، رد المحتار، ج هفتم، ص ۳۴۳ مرجع سابق، حیدر، علی، شرح المجله، ج اول، ص ۱۷۲ مرجع سابق، المرغینانی، الهدایه، شرح بدایه المبتدی، چاپ سوم، ناشر، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ج سوم، ص ۵۶

موضوع یا مبیعه موجود نباشد، اقاله مفهوم نخواهد داشت، اوهمچنان مجله الاحکام العدلیه، نیز در ماده (۱۹۴) چنین بیان نموده است (لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ قَائِمًا وَمَوْجُودًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَفَتْ الْإِقَالَةَ فَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ قَدْ تَلَفَ لَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ)، لازم است در حین اقاله مبیعه در نزد مشتری موجود باشد، اگر تلف شده باشد، اقاله صحیح نمیباشد، بنابراین زمانی طرفین عقد اراده اقاله را داشته باشند، در زمان اقاله موجودیت مبیعه نزد مشتری لازمی است، در صورت نبود مبیعه ویا هلاک آن ، اقاله صحت نخواهد داشت.

**سوم: اقاله بصورت نقصان در مبیعه در فقه و قانون مدنی:** نقصان و تغییر در مبیعه نیز مانع اقاله بوده چنانچه شخصی لباس را خریداری نمود ، و بعد از آن آنها را رنگ داد، و بعد از آنکه رنگ کرد، اراده اقاله نمود، همین تغییر در مبیعه مانع اقاله خواهد شد، چون فسخ عقد بمعنای بریده شدن قرارداد و باز گرداندن دوعوض به جایگاه اولیه خود است ، و افزودن و کاستن از دوعوض و دگرگونی تعادل عقدی ماهیت اقاله را برهم میزند، اقاله صلاحیت بازگرداندن همان دوعوض را دارد و اگر از آن فراتر رود، مثلا طرفین بخواند علاوه بر آن تملیک اضافه ای را با آن انجام دهند، اقاله نیست، و معامله محسوب میشود، و شرط زیادت ویا کاستن از عوض خلاف مقتضای ذات عقد است ، زیرا هر شرطی که ماهیت و لوازم اساسی آن را دگرگون سازد خلاف مقتضای عقد است و شرط زیادت ویا

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۹ مرجع سابق، و مجله الاحکام العدلیه، ماده ۱۹۴ مرجع سابق

کاستن نشان می دهد که آنچه در تراضی طرفین رخ می دهد نتیجه فسخ عقد نیست و سببی اضافی است که آن را نمی توان اقاله نام نهاد، نقصان و دگرگونی در عوضین به اقاله چهره معامله می دهد،<sup>۱</sup> و ماهیت آنرا عوض می کند، مثلاً زمینی که در زمان عقد هر متر مربع ده هزار افغانی بود، حال در زمان اقاله فرسیده به علت رشد قیمت زمین، طرفین هر متر مربع را سی هزار افغانی به صاحب اصلی برگردانند، در این صورت اقاله باطل خواهد بود، زیرا بعنوان اقاله واقع شده است، و شرط مذکور بامقتضای اقاله منافات دارد،<sup>۲</sup> قانون مدنی افغانستان در رابطه به نقصان در مبیعه و یا افزودن و کاستن از آن در حین انجام اقاله، کدام بحث نداشته، صرف در قسمت هلاک مبیعه بطور کلی و یا قسمی بحث کرده است که در بحث قبلی بیان گردید، اما قانون گذار اقاله را به تراضی طرفین مشروط دانسه است، و چنانچه قبلاً تذکر داده شد، از مفاد ماده ۷۴۷ برداشت می گردد، که در صورت نقصان و تغییر در مبیعه اقاله صحیح نبوده زیرا نقصان و تغییر

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج دوم، ص ۱۲۳ مرجع سابق ابوقاذان، الاقاله فی الفقه الاسلامی ،،،، ص ۲۴۸ مرجع سابق ، سید سابق، فقه السنه، ناشر دارالکتب العربی، بیروت ، لبنان، چاپ سوم سال ۱۳۹۷ هـ و ۱۹۷۷ م ، ج سوم، ص ۱۲۱

<sup>۲</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۷ و ۷۴۹

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج دوم، ص ۱۲۳ مرجع سابق ابوقاذان، الاقاله فی الفقه الاسلامی ،،،، ص ۲۴۸ مرجع سابق ، سید سابق، فقه السنه، ناشر دارالکتب العربی، بیروت ، لبنان، چاپ سوم سال ۱۳۹۷ هـ و ۱۹۷۷ م ، ج سوم، ص ۱۲۱

درمبوعه با مقتضای اقاله که رد عوضین برای یکدیگر است، منافات دارد، یعنی برگرداندن

عوضین به مثکه در حین انجام عقد قراردادشند،<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - قانون مدنی افغانستان، ماده ۷۴۷ و ۷۴۹

## مبحث دوم

### اقاله ای برخی اعمالی حقوقی که معامله و عقد نیستند

تعدادی از اعمال در بین افراد جامعه صورت می گیرد که بنا بر نبود ارکان و ماهیت عقد و یا معامله در آن نمی توانیم آنها را معامله بگویم، که در چنین اعمال حقوقی اقاله نیز جریان ندارد، و بطور اتی بررسی می کنیم،

#### مطلب اول: اقاله ای اقرار و اخبار در فقه و قانون مدنی

اول: اقاله اقرار در فقه و قانون مدنی: اقرار نیز همانند ایقاع با اراده یک نفر و در واقع با یک اراده به وجود می آید، و از سوی دیگر اقرار اخبار است نه انشاء، و اقرار کننده چیزی را بوجود نمی آورد، تا بتوان آنرا اقاله کرد، چون مقرر گفته های پنهانی خبر میدهد، اقرار در لغت ، به معنای تثبیت کردن، استقرار چیزی، ثابت کردن چیزی، خبر دادن از حقی میباشد اقرار یکی از ساده ترین و سنتی طرق اثبات دعوی می باشد،<sup>۱</sup> اقرار در امور مدنی جایگاه خاصی دارد، و هرگونه تردید و اشکالی را در مورد صحت ادعا در امور مدنی بر طرف می نماید، در واقع اقرار قبول ارادی شخصی است ، از واقعیت امری که نسبت به او زیان

---

<sup>۱</sup> - القیومی ، المصباح المنیر، ص ۵۹ مرجع سابق ، الدرالمختار، ج چهارم، ص ۲۰۳ و ۴۶۷ مرجع سابق

آور است، اقرار همیشه به عنوان یک دلیل قانع کننده تلقی شده است ، در امور جزای نیز جایگاه خود را دارد، و اقرار شرعا ، اخبار به ثبوت حقی است به نفع دیگری به ضرر خود ولی اینکه در آینده باشد، این تعریف جمهور علما است، اعم از اینکه به لفظ باشد، و یا آنچه در حکم آن است و اعم از اینکه حق ایجابی باشد یا سلبی باشد، اقرار نیز دارای ارکان است که عبارت از مقرر، مقررله صیغه اقرار و موضوع اقرار به دونوع است، حق الله و حق العباد و موضوع اقرار گاهی مال است خواه عینی باشد ، خارجی باشد، یا دین در ذمه یا منفعت یا عمل و حق ممکن است موضوع اقرار حق باشد، و گاهی نسب و خویشاوندی موضوع اقرار قرار می گیرد، اثر اقرار هم آن است که شخص از اثر اقرار خویش ملزم قرار می گیرد، و اقرار تنها به زیان اقرار کننده نافذ است، و نکته دیگر اینکه اقرار تجزیه پذیر نیست، رجوع از اقرار پس از اقرار اثری ندارد مگر در مواردی مانند اقرار در حقوق الله ، زنا سرقت و غیره ، رجوع مقرر اقرار را باطل خواهد کرد. ۱.

**دوم: اقاله ای اخبار در فقه و قانون:** خبر در لغت اطلاع دادن، اعلان، خبر کلامی است که کایتگر واقعه ای خارجی بوده و در ذات خود محتمل صدق و کذب باشد، خبر گزارش واقعیت های است اما هر واقعیتی را نمی تواند خبر نامید، یا خبر چیزی است که دیروز آنرا نمی

---

<sup>۱</sup> - تبیین الحقائق ، ج پنجم، ص ۳ مرجع سابق ، المغنی، ج پنجم، ص ۱۴۹ مرجع سابق، و کشاف القناع، ج ششم، ص ۴۵۳ مرجع سابق ،

دانستی، که در اصطلاح علوم حدیث یا اصول حدیث نیز خبر مورد توجه قرار گرفته است، و در رابطه به مفهوم خبر نزد علمای اصول حدیث دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد، برخی خبر را اعم از حدیث دانسته‌اند بدین معنا که خبر گفتار هرانسانی را دربرمی‌گیرد، برخی می‌گویند خبر به گزارش‌های تاریخی اعم از امت‌های پیشین یا امت اسلامی اطلاق می‌شود اما حدیث مختص گفتاری است که از پیامبر علیه السلام نقل شده باشد، اما به نظر می‌رسد که خبر مترادف حدیث بوده و کلمه خبر در علم اصول حدیث مترادف با حدیث به کار برده شده است، مانند خبر واحد، خبر متواتر و غیره، اخبار نیز همانند ایقاع با اراده یک نفر و در واقع بایک اراده به وجود می‌آید، و از سوی دیگر، اخبار از گذشته و چیزی واقع شده خبر می‌دهد، و انشأ نیست، بنابراین، خبر دهنده چیزی را بوجود نمی‌آورد، تا بتوان آنرا اقاله کرد، زیرا وی از امری پنهان خبر می‌دهد و آنچه را که بیان می‌کند، دلالت به همان چیزی پنهان می‌کند، و اخبار را نیز نمی‌توان اقاله کرد، قانون مدنی افغانستان، در رابطه به اخبار کدام بحثی نکرده است، و موضوع اخبار در قوانین نافذ کشور، در رابطه به اقاله اخبار کدام بحثی موجود نیست.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - جعفری، ننگرودی، دوره مبسوط، دکترتیمینوژی حقوق، ص ۵۲۵ مرجع سابق



## مطلب دوم: اقاله عقودیکه لزوم آنها مربوطه به نظم عمومی است

قبلا گفتیم که مبنای اقاله حکمیت اراده طرفین است اما با توجه به نسبتی تراضی و توافق طرفین می توان گفت که اقاله ، به زیان دیگران نتیجه ای بیار نمی آورد، پس یکی از موانع اقاله برخورد آن با حقوق و منافع عمومی میباشد، درهرموردی که ثابت شود لزوم عقد از احکام مربوط به نظم عمومی است اقاله اثر ندارد، همانطورکه درچنین عقدی شرط خیار نیز اثر ندارد، اما این ارتباط لزوم عقد با نظم عمومی باید ثابت شود ودرجایی که شک و تردید دروجود این ارتباط داشته باشد، اصل این است که عقد قابل اقاله است، ارتباط لزوم با نظم عمومی یا از حکم قانونگذار به دست می آید ویا از طبیعت عقود نفعی که جامعه درثبات، واستواری آن دارد مانند عقد نکاح ووقف، چنانچه قبلا عدم جریان اقاله را درعقد نکاح به دلائلی بطورتفصیلی بیان گردید، اما عقد نکاح لزوم واستواری وثبات پیوند زنا شوئی ، صرفا مربوط به منافع خصوصی زن وشوهر نمی شود، بلکه با جامعه ونظم عمومی و اخلاق حسنه هم ارتباط دارد، وطرفین عقد نمی توانند نکاح را اقاله کنند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - امامی،سید حسن،حقوق مدنی،ج چهارم،ص ۴ مرجع سابق،ابن عابدین، ردالمحتار، ج پنجم، ص ۱۲۲ مرجع سابق

## مطلب سوم: اقاله ای برخی

### اعمالی حقوقی که با حقوق اشخاص ثالث برخورد می کند

اقاله درجای که با حق شخص سوم برخورد نماید، از اثر می افتد، مثلا اگر طرفین عقدی ضمن قرارداد منعقدہ بین خود تعهدی هم به نفع شخص سوم برعلیه کسی از طرفین بوجود آورند، طرفین عقد نمی توانند با تراضی و اقاله عقد حق ثالث را از بین ببرند، مانند عقد ضمان ، چون در ضمان منافع شخص ثالث مطرح است، و به همین علت هرگاه نظم عمومی جامعه مطرح باشد و منفعت شخص سوم تلف میشود، در چنین صورت اقاله صحت ندارد،<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج چهارم، ص ۵ مرجع سابق

## فهرست آیات قرآنی

شماره	آیات	سوره	صفحه	شماره آیت
۱	{وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ}	بقره	۹۲	۲۷۵
	{وَلَيْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ}	بقره	۱۲۷	۱۰۲
۲	{قَالَ آيَتُكَ إِلَّا نَكَلَّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْرًا}	آل عمران	۹۶	۴۱
۳	{لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ}	آل عمران	۲۰۱	۹۲
۴	{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}	نساء	۳۱	۲۹
۵	{وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}	مائده	۴۱	۲
۶	{وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}	مائده	۳۱	۲

٤٦	٢٠١	كهف	{الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا}	٧
٣٢	١٣٢	طه	{وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي}	٨
٢٩	٣١	حج	{وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ}	٩
٢٨	٦٧	نمل	{إِذْ هَبَّ بِكِتَابِي هَذَا فَأَلْقَيْتُ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّى عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ}	١٠
٤٠	١٣٢	فاطر	{أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ}	١١
٢٠	٢٠١	مزمّل	{ وَمَا تَقَدَّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا }	١٢

## فهرست احاديث نبوی صلی اللہ علیہ وسلم

شماره	حديث	صفحه
۱	عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أقبلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود)	۳۴
۲	عن ابن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه يخدع في البيع فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا بعث فقل لا خلابة وكان الرجل إذا باع يقول لا خلابة ،	۱۸۲
۳	قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَنْفَرَقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا	۱۷۵
۴	عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ( أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال ( رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى )	۱۷۵
۵	أبي هريرة مرفوعا : (من أقال مسلما ، أقال الله عثرته يوم القيامة "	۳۳
۶	عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " من أقال مسلما	۳۳

	أقاله الله عشرته "	
٣٤	عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ )	٧
٣٩	عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من نفس عن مسلم كربة منكرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ، ومن ستر على مسلم ستره الله في الدين والآخرة ، والله في عون العبد ماكان العبد في عون أخيه)	٨
٣٩	عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى	٩
١٧٦	( مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ، وَلَمْ تَزَلْ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ )	١٠
١٦٥	:(أن النبي صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول،)	١١

١٧٧	(عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ	١٢
١٦٥	(لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه)	١٣
١٧١	(لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتري منه، فإذا أتى السوق، فهو بالخيار)	١٤

## فهرست اسماء اعلام

شماره	اسم	صفحه
۱	ابن الهمام	۴۲
۲	ابوداود	۳۴
۳	ابن نجيم	۵۰
۴	ابن رشد	۹۸
۵	ابن عابدين	۴۵
۷	ابن ماجه	۳۴
۸	ابن ابى شيبه	۱۱۱
۹	ابن قدامه	۳۶
۱۰	ابن منظور	۱۳



٣٣	ابوهريره رض	١١
١٠٦	امام ابويوسف رحمه الله	١٢
١٠٥	امام ابوحنيفه رحمه الله	١٣
١٠٧	امام شافعى رحمه الله	١٤
١٠٨	امام احمد حنبل رحمه الله	١٥
١٣٨	ابن عبدالسلام	١٦
٩١	ابن رجب	١٧
٣٣	البخارى	١٨
١٥٠	البيهقى	١٩
١٧	الجهوتى	٢٠
٣٩	ترمذى	٢١

١٣٤	الدردير	٢٢
٣٦	دارقطنى	٢٣
١٨	الرملى	٢٤
١٩٨	الرافعى	٢٥
٨٨	السنهورى	٢٦
١٦٥	الشوكانى	٢٧
٩٤	الشيرازى	٢٨
٣٤	الطبرانى رحمه الله	٢٩
٣٧	العينى	٣٠
٩١	القرافى	٣١
٤٢	الكاسانى	٣٢

۹۱	الكرخى	۳۳
۱۰۸	امام محمد رحمه الله	۳۴
۱۰۷	امام مالك رحمه الله	۳۵
۱۴۹	النسائى رحمه الله	۳۶
۳۹	نیشاپورى ، امام مسلم رحمه الله	۳۷
۹۲	النووى رحمه الله	۳۸

## نتیجه گیری

از بحث و تحقیق گذشته چنین نتیجه گیری میشود که:

- اقاله از خوبی های دین مقدس اسلام و نماد تسامح و تعاون در بین افراد جامعه میباشد، اقاله تاثیری بسزای اقتصادی واجتماعی دارد، و در فقه اسلامی برخی آنرا بیع و گروهی فسخ و جمعی نیز نسبت به طرفین فسخ و در حق اشخاص ثالث بیع دانسته اند، و با وجود آن بیع بودن اقاله، با قصد طرفین سازگرای ندارد، و فسخ نیز ماهیت آن را بیان نمی کند.
- تعدادی از فقهای کرام (رحمهم الله) وقوع اقاله را منوط به رضای طرفین دانسته و برخی نیز از آن فراتر رفته و به صراحت تحقق آن را مستلزم ایجاب و قبول و تراضی دو طرف بر شمرده اند، دیدگاهی که به نظریه عقد بودن اقاله نزدیک می شود، ولی هیچ یک آنان به صراحت از آن نام نبرده اند، و اقاله اثر رجعی ندارد، و همچنان اقاله در قراردادهای بانکی با تفاوت های اندکی در طی مراحل رسمی با اقاله عقود عادی چه عقد فرض شود و یا فسخ آثار اقاله عادی بر آن تطبیق میشود، و در عقود الکترونیکی که امروز مروج است، نیز اقاله جریان پیدا کرده می

تواند، اما شکل و ابزار آن متفاوت با عقود سنتی میباشد، ولی آثار اقاله در عقود الکترونیکی همانند عقود سنتی میباشد.

- در صورت که اقاله را به اساس نظریه گروهی از فقهای کرام (رحمهم الله)، عقد ویا عقد جدید فرض کنیم، خيارات نیز در آن جریان پیدا کرده می تواند، و اقاله بیشتر در عقود معاوضه محل تطبیق دارد، بخلاف تعدادی از عقودیکه لازمی است اما اقاله در آن جاری شده نمی تواند، مانند نکاح، عقد ضمان وقف وغیره.
- محل تطبیق اقاله عقود لازم میباشد، چنانچه در عقد انواع مطرح بحث است ، در اقاله نیز انواع وجود داشته، که در این خصوص از عقد بیع تبعیت نموده است، و اقاله دارای ارکان و شرائط صحت بوده، در صورت عدم موجودیت آن منجر به فساد ویا بطلان اقاله می گردد، اقاله به ثمن اولی جائز بوده و در شریعت برای قبول آن ترغیب داده شده است، در صورت وقوع شرط زیادت و نقصان ویا زیادت متصله و منفصله اقاله صحت نخواهد داشت.

## پیشنهادات

۱- در فقه اسلامی از اقاله بحث شده است، اما بادر نظر داشت شرایط کنونی و اختراع وسائل مدرن و انکشاف تکنالوجی موضوع اقاله ایجاب بررسی کلی که دربرگیرنده نیاز های کنونی جامعه باشد، را می نماید، که در این راستا علمای کرام باید تالیفاتی مستندی تدوین و تالیف نمایند.

۲- پیشنهاد می گردد، تا در خصوص معاملات بانکی و عقد الکترونیکی از جانب علمای کرام کتابهای بزیان های ملی و قوانین نافذ کشور بطور مقارنه ای نگاشته شود و در دسترس مردم قرار گیرد.

۳- در خصوص اقاله عقود الکترونیکی و بانکی اصلا قوانین تدوین و تصویب نگردیده است ، صرفا قانون امضای الکترونیکی جدید تصویب و توشیح گردیده است که تمامی موضوعاتی الکترونیکی و بانکی احتوا نمی کند، بناء پیشنهاد می گردد تا وزارت عدلیه در رابطه به موضوع اقاله قوانین را تدوین و تصویب نمایند که دربرگیرنده همه جوانب موضوع باشد، از قبیل اقاله بانکی ، اقاله ای عقد الکترونیکی، و اقاله اخبار و اقرار و غیره،- داد و ستد دنیای تکنالوجی امروزه ایجاب می نماید تا اقاله ای تمامی عقود و قراردادهای بزرگ و کوچک از راه واصله دور

روشن گردد واحكام وشرايط آن واضح گردد، ودر رابطه هر کدام قوانين خاصى تدوين  
وتصويب گردد.

۴- پيشنهاد مى گردد تا در رابطه ازديد فقه معاصر تحقيقاتى بيشترى انجام گيرد،  
تاد دسترس تمامى مردم قرارگيرد، و خصوصا قشرتجار و كسبه كار بخوبى بتوانند از  
مزايای واحكام اقاله آگاه شوند.

## فهرست منابع (References)

القران الكريم

منابع (فقهی)

- ۱- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج ۵، چاپ دوم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سال ۱۹۶۶،
- ۲- الانصاری، ابی یحی زکریا، اسنی المطالب فی شرح روضه الطالب، ج سوم، ناشر، المكتبه الاسلاميه،
- ۳- ابو محمد، عزالدين عبدالعزيز عبدالسلام بن ابی القاسم الحسن السلمی الدمشقی، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، ناشر مكتبه الكليات الازهریه-القاهره، ج دوم
- ۴- ابن كثير، اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي متوفى سال ۷۷۱هـ، تفسيرالقران العظيم، ج دوم ناشر، دارطبيه للنشر والتوزيع، چاپ دوم، سال ۱۴۲۰هـ و ۱۹۹۹م،
- ۵- ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن يزيد الربعي القزويني، سنن ابن ماجه، (باب الاقاله) ناشر، دارالفكر، بيروت، بدون سنه نشر،
- ۶- ابو عبدالله، الاصبحي، مالك بن انس، موطا امام مالك، ناشر، دارالقلم، دمشق، چاپ اول سال ۱۴۱۳هـ و ۱۹۹۱م، ج دوم،



- ٧- ابن قدامه، ابومحمد موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدام المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى ، الكافى، ناشر، دارالكتب العلميه ، چاپ اول سال ١٤١٤ هـ و ١٩٩٤ م، ج دوم،
- ٨- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسى ، المتوفى، ٨٦١ هـ، فتح القدير، ناشر، دارالفكر، بيروت، چاپ بدون تاريخ ، ج ششم
- ٩- ابن حزم، ابى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، المتوفى سنه ٤٥٦ هـ، المحلى، چاپ، ناشر، دارالفكر ، ببيرروت، جديد بدون سنه، ج نهم
- ١٠- ابن بى شيبه، عبدالله بن محمد، المصنف فى الاحاديث والاثار، ج ششم، بدون سنه نشر، ص ٥١ باب ماكان يدعو به الرسول صلى الله عليه وسلم،
- ١١- ابن رجب، ابى الفرج عب دالرحمن ، القواعد فى الفقه الاسلامى، ج اول، ناشر دارالمعرفه، بيروت، بدون سنه نشر،
- ١٢- ابن نجيم، وزين الدين ابن نجيم الحنفى، البحرالرائق شرح كنزالدقائى، ج يازدهم، چاپ دوم، مطبعه دارالمعرفه ، بيروت،
- ١٣- أبىن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥ هـ) ناشر: بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، ج اول، دار الحديث - القايره، تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

- ١٤- ابوفاذان، الاقاله واحكامها فى الفقه الاسلامى، دراسه مقارنه مع القانون الاردنى، ج اول،
- ١٥- البهوتى، منصورين يونس بن ادريس، كشف القناع، عن متن الاقناع، ج سوم، دارالفكر للطباعه والنشر، بيروت، سال ١٩٨٢
- ١٦- بخارى، محمد بن اسماعيل ابوعبدالله، محقق، محمد زهيرين ناصر، ج سوم، ناشر دارالفكر\_بيروت، چاپ اول سال ١٤٢٢ هـ حديث شماره (٢٠٧٦)
- ١٧- البابر تى، محمد بن محمد بن محمود، اكمل الدين ابوعبدالله ابن الشيخ شمس الدين ابن شيخ جمال الدين ارومى، العنايه شرح الهدايه، ج ششم، ناشر، دارالفكر، بيروت، بدون تاريخ چاپ،
- ١٨- البيهقى، ابوبكر احمد بن الحسين بن على، السنن الكبرى، ج ششم، ناشر دارالكتب العلميه، بيروت، چاپ اول، سال ١٩٩٤ م،
- ١٩- بدران، بدران ابوالعنين، المواريث، ولوصيه، والهبه فى الشريعه الاسلاميه والقانون، ج اول، ناشر، موسسه شباب الجامعه، الاسكندريه، سال ١٩٨٥ م
- ٢٠- بلدا، محمد ابن عمر نووى الجاوى البننتى، اقليما التتارى، هايه الزين فى ارشاد المبتدئين، ج اول، ناشر، دارالفكر، بيروت، چاپ اول،

- ٢١- الترمذى، محمد بن عيسى ابو عيسى الترمذى، الجامع الصحيح سنن الترمذى، ج دوم، ناشر، دار احياء التراث العربى، بيروت، چاپ اول،
- ٢٢- الباجى، ابولبابه حسين، سليمان خلف سعد بن ايوب الباجى، المنتقى شرح الموطا، ج پنجم، چاپ اول، ناشر، دارالفكر، بيروت لبنان،
- ٢٣- حيدر، على، شرح مجله الاحكام العديله، ج اول، چاپ، مطبعه العباسيه، سال ١٩٢٥
- ٢٤- الخرشى، أبى عبد الله مُحَمَّد بن عبد الله بن عليّ - الخرشى شرح مختصر خليل، ج ششم، چاپ دوم، ناشر دالفكر-بيروت
- ٢٥- الخياط، عبدالعزيز، الشركاه فى الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعى، ج اول، چاپ سوم، سال ١٤٠١هـ ١٩٨١م،
- ٢٦- الدارقطنى، على بن عمر ابوالحسن، سنن الدارقطنى، چاپ اول، ج چهارم، ناشر، دارالمعرفه -بيروت، سال ١٣٨٦ و ١٩٦٦ م
- ٢٧- الدردير، ابى البركات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغير، على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج سوم، چاپ اول، دارالمعارف، قاهره،
- ٢٨- الدسوقى، شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير، چاپ اول، ج سوم، ناشر، دار احيا الكتب العربيه، عيسى البابى حلبى -مصر،

- ٢٩- الرملى، شمس الدين محمد ابن ابى العباس احمد بن حمزه شهاب الدين،نهايه المحتاج ، ج پنجم،ناشر دارالفكر ، بيروت ، چاپ اول،سال ١٤٠٤ هـ و ١٩٨٤ م
- ٣٠- الرافعى،ابى القاسم عبد الكريم بن محمد ،المتوفى،سنه ٦٢٣هـ،فتح العزيز شرح الوجيز، ناشر، دارالفكر ، بيروت،چاپ اول ،ج چهارم بدون سنه،
- ٣١- رشدى، محمد سعيد، الانترنت والجوانب القانونيه لنظم المعلومات ، ج اول، ناشر ، مؤسسه دارالكتب للطباعه،النشر والتوزيع، الكويت، سال ١٩٩٧م
- ٣٢- الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامى وأدلته، ج چهارم، چاپ دوم، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥ ،
- ٣٣-الزىلعى،ابومحمد محمودبن احمد ، البنايه فى شرح الهدايت، چاپ اول، ناشر، دارالفكر، دمشق ، سال ١٩٨١م
- ٣٤- الزرقاء، احمد مصطفى، المدخل الفقهى العام، ج اول، دارالقلم للطباعه والنشر والتوزيع والسلسله
- ٣٥- سلامه، جابر عبد العزيز، العقد الالكترونى، ج اول، چاپ اول، سال ٢٠٠٥م
- ٣٦- السان،مصطفى،ايجاب وقبل معاملات الكترونى، مجله تحقيقات حقوقى شماره ٤٣، ص ٣٣٧ تا ٤٠٦ سال ١٣٨٥

٣٧- السجستاني، سليمان بن الأشعث بن شداد بن عمرو، الأزدي، سنن أبو داود ، ج

سوم، ناشر، دارالكتاب العربي، بيروت، جاپ مطبع محمدى، هند، سال ١٣٤٦هـ

٣٨- السالوس، على احمد، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، چاپ اول، ناشر،

دارالتقافه ، قطر، مؤسسه الريان، سال م٢٠٠٣

٣٩- سيدسابق، فقه السنه، ج سوم، ناشر دارالكتب العربي، بيروت ، لبنان، چاپ سوم سال

١٣٩٧هـ و ١٩٧٧ م

٤٠- السيوطى، شمس الدين محمد بن احمد المنهاجى، جواهر العقود، ج اول، چاپ

اول، ناشر، دارالكتب العليمه

٤١- السنهورى، عبدالرزاق، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ششم، چاپ سوم، ناشر،

الحلى الحقوقيه، بيروت، سال ١٩٩٨ م

٤٢- السنهورى، عبدالرزاق، النظرية العقد، ناشر، البابى الحلبى، قاهره، ج اول ص ٥٧٣

٤٣- الشريبنى، محمد الخطيب، مغنى المحتاج الى معرفه معانى الفاظ المنهاج، ج دوم،

ناشر، دارالفكر

٤٤- الشوكاني، محمد بن علي ابن محمد، نيل الاوطار، ج پنجم، ناشر، درالجيل ، بيروت-

لبنان ٤٩- الصاوي، ابوالعباس احمد بن محمد الخلوتي ، حاشيه الصاوي على الشرح

الصغير، ج سوم ناشر دارالمعارف، بدون تاريخ چاپ ،

٤٥- الطبراني، ابي القاسم سليمان بن احمد ، تحقيق، ابومعاذ طارق بن عوض الله بن محمد

عبدالحسن بن ابراهيم الحسيني، المعجم الكيراي للطبراني ، ج اول ، ناشر، دارالحرمين

للطباعة والنشر والتوزيع، چاپ اول، بدون سنه

٤٦- عامر، عبداللطيف، محمد، الاقاله في العقود في الفقه والقانون، ج اول، ناشر،

دارالكتب العربى

٤٧- العينى ، ابو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر

الدين العينى (المتوفى: ١٨٥٥ ، البنايه شرح الهدايه .) ج هشتم، ناشر، دارالكتب العلميه ،

بيروت، چاپ اول، سال ، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م،

٤٨- عبدالباقي، عبدالفتاح، نظريه العقد والاراده المنفرده، ج اول، چاپ اول سال ١٩٢٣

مطبعه نهضه، مصر

٤٩- والفقى، حامد عبده، الاقاله في عقد البيع، ناشر، دارالجامعه الجديده للنشر، سال

٢٠٠٣ م

٥٠- القرداعى، على محى الدين ،حكم اجراءات العقود بالالات الاتصال الحديثه، چاپ اول،

ناشر، موسسه الرساله، سال ١٩٩٢

٥١- القرافى، ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبدالرحمن المالکى الشهير

بالقرافى، الفروق ، ج سوم،ناشر،عالم الكتب،چاپ دوم، بدون تاريخ

٥٢- القنوجى، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني

البخاري القنّوجي (المتوفى: ١٣٠٧ هـ) روضة الندية (ومعها: التعليقات الرضية على

«الروضة الندية») تعليقات بقلم: العلامة المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، دارُ

ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، دار ابن عققان للنشر

والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية، چاپ اول سال، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ج دوم،

٥٣- الكاسانى،علاءالدين ابوبكر بن مسعودبن احمد،بدائع الصنائع فى ترتيب

الشرائع،ناشر،دارالكتب العلميه، ج پنجم، چاپ دوم، سال ١٤٠٦ هـ و ١٩٨٦ م

٥٤- المرغيانى،ابوالحسين على بن اببيكر بن عبدالجليل الرشدانى، الهدايه شحر البدايه

المبتدى، ج اول، چاپ اول المكتبه الاسلاميه بدون سنه

٥٥- الموسوعه الفقهيّه،وزاره الاوقاف والشؤون الاسلاميه،چاپ دوم،مطبعه دار

السلاسل،الكويت،سال ١٩٨٦

٥٦-الموصلى،عبدالله بن محمود بن مودود مجددالدين ابوالفضل الحنفى المتوفى،٦٨٣هـ،الاختيارلتعليق المختار، ج دوم،ناشرمطبعه الحلبى،القاهره،سال ١٣٥٦هـ و١٩٣٧م

٥٧- مجاهد،اسامه،خصوصيه التعاقد عبر الانترنت، ج اول، ناشر دارالنهضة،القاهره،سال ٢٠٠٠،

٥٨ - ممدوح، ابراهيم خالد، ابرام العقد الكترونيه، ج اول،ناشر، الدارالجامعهالاسكندر، مصرسال ٢٠٠٧م

٥٩-النيسابورى،مسلم بن الحجاج ابوالحسين القشيري،صحيح مسلم، ج چهارم ، ناشر، داراحيا التراث العربى، بيروت، چاپ اول

٦٠- النووى،ابى زكريا محى الدين بن شرف المتوفى سنه ٦٧٦هـ،المجموع فى شرح المهذب، ج نهم،ناشردارالفكر،بيروت، چاپ اول بدون سنه

٦١- النسائى، ابومحمد احمد بن على بن شعيب ، سنن النسائى، ج ششم، چاپ اول، ناشر دارالبشائر الاسلاميه للطباعه ، بيروت سال ١٩٨٦م

٦٢- الهيثمى، نورالدين على بن ابى بكر، مجمع الزوائد، ج چهارم، چاپ اول سال ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م، ناشر ، دارالكتب العلميه، بيروت، لبنان



## منابع عربی

- ۱ ابن منظور، جمال الدین محمد ابن مکرم الافریقی، لسان العرب، ج ۱ ادارصادر ،بیروت
- ۲- الجرجانی، علی بن محمد بن علی ،التعريفات، ج اول، ناشر، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ اول سال ۱۴۰۵ هـ
- ۳- القیومی ،احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، چاپ اول، دارالکتب العلمیه ، بیروت سال ۱۹۷۸ م
- ۴- ابراهیم والزیات، احمد عبدالقادر، حامد والنجار ،محمد، المعجم الوسیط ،چاپ دوم، مطبعه مصر، ص ۲۰۰، الغنیمی ، عبدالغنی دمشقی، الميدانی، اللباب فی شرح الكتاب، چاپ دوم ،المکتبه العلمیه، بیروت، سال ۱۹۹۳

## منابع حقوقی

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات اسلامی ، تهران، سال ۱۳۷۲ هـ ش
- ۲- جعفری ، لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق ، تهران ، گنج دانش، چاپ اول، ساله ۱۳۸۷ ش،
- ۳- رحیم، لهی یاسر، فسخ، ابطال اقاله وتفاوت آنها در حقوق موضوعه، جلد اول، انتشارت میزانه، سال ۱۳۷۳ ش،

۴- سلیمی فر، مصطفی، نگاهی به وقف و آثار اقتصادی، اجتماعی آن، ج اول، انتشارات میزان، تهران

۵- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد سال ۱۳۹۲

۶- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، انتشارات میزان، تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۷ ه ش

۷- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها ج پنجم، انتشارات، تهران، سال ۱۳۸۲ ه ش

۸- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، سقوط تعهدات، ج اول، ص ۲۷۰

۹- کاتوزیان، ناصر، دورمقدماتی حقوق مدنی، انتشارات، موسسه عالی حسابداری، تهران، سال ۱۳۷۰

۱۰- کاتوزیان، ناصر، ایقاع، ج دوم، انتشارات، یلدا، تهران

۱۱- نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۴، ناشر دارالکتب الاسلامیه، تهران

۱۲- اقاله و تفاوت آن، با فسخ، اخباریه هانیه [http-www.tebyank.net](http://www.tebyank.net)،

۱۳- موسوی، بجنوردی، سید محمد، بررسی فقهی و حقوقی اقاله، مجله میراث، جاویدان سال دوازدهم شماره ۴۵،

۱۴- بیع و اقاله- پایگاه اطلاع رسانی آیت الله شیخ محمدجواد فاضل لنکرانی دروس فقه

خارج فقه کتاب البیع بر اساس تحریر الوسيله

<http://www.fazellankarani.com/persian/lesson/>، ۸۵۴

۱۵- اقاله و احکام آن فتحی علی <http://alifathilawyer.com,persianblog>

۱۶- بررسی امکان به ارث رسیدن اقاله در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران- مولاییان

محمد- <http://lawm.blogfa.com>

### منابع قانونی

۱- وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، منشره جریده رسمی، ۳۵۳، مورخ ۱۵/۱۰/ سال

۱۳۵۵ ج دوم، ماده ۷۵۰

۲- وزارت عدلیه، اصولنامه تجارت افغانستان، منشره جریده رسمی نمبر (۸۴۳۳) سال

۱۳۳۶ ه ش، چاپ مطبعه دولتی

۳- وزارت عدلیه، قانون قراردادهای تجاری و فروش امول، منشره جریده رسمی

نمبر (۱۱۵۰) سال ۱۳۹۳ ه ش، مواد ۳۹ و ۶۹،

۴- وزارت عدلیه، قانون بانکداری، منشره جریده رسمی (۱۱۹۷)، مطبعه صنعتی

احمد، سال ۱۳۹۴

۵- وزارت عدلیه، قانون معاملات وامضای الکترونیکی ، منتشره جریده رسمی،

۱۴۸۹، تاریخ ۱۳/۸/۱۳۹۹ چاپ مطبعه صنعتی احمد

۶- وزارت عدلیه، قانون دافغانستان بانک، منتشره جریده رسمی (۸۱۹) چاپ مطبعه دولتی

cancellation, so, when the contract is made, the effects of order on it are returning the goods to seller and price for customers. Aqala is permissible with caution, if it is done with explicit words then can be implicit or casual, formal or suspended, necessary or unnecessary. Rules and conditions are also needed for the cancellation and validity of Aqala and if

any rule is missing Aqala will be voided. In the absence of valid conditions of Aqal it will be frustrated, the options in Aqala are discussed when the new sale is wasted. Aqal is often used in exchange contracts such as lease and sale. If we assume Aqala is sale, its provisions are the proof of intersessions and prohibitions of the donor from returning to debtor, such as, morning endowment. therefore, Aqala is a symbol of tolerance in Islam and in order to prevent damage to the both sides contractors and it is legitimate.

## Summary of the research

Aqala is One of the ethical advantage of business marketing that practice is to turn the market and business environment into a healthy environment for doing business. In case of buyer's remorse and non-strictness in business dealing on its cancellation is Aqala. The word Aqala means ( negligence and ignoring the matter) In term: it is the cancellation of the contract by the trader or dealer after regret of the one of two sides .

In the holy religion of Islam , it is encouraged to perform Aqala , The honorable Jurists ( may allah have mercy on them ) agree on the permission of Aqala in the first place , but they are disagreed about the quality of Aqala which is cancellation or new contract and they have various concepts. According to (Imam abbu Hanifa ,R) Aqala is considered as termination to the contractors and new contract with the third party. But according to Jamhoor Scholars Aqala is just



**Salaam University**

**Faculty of Shreya and Law**

**Department of**

**jurisprudence and Law**



**Islamic Republic of**

**Afghanistan**

**Ministry of Higher Education**

**DM of Academic Affairs**

# **Aqala from the Perspective OF Jurisprudence And Civil Law OF Afghanistan**

**(A master's thesis)**

**Student : Abdul Jalil ( Wahadyar)**

**Advisor: Prof .Dr. Najibullah (Saleh)**

**Year.....2021**



Salaam University

Faculty of Shreya and Law

Department of jurisprudence and

Law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of Academic Affairs

**Aqala from the Perspective OF Jurisprudence  
And  
Civil Law OF Afghanistan**

(A master's thesis)

**Student : Abdul Jalil ( Wahadyar)**

**Advisor : Prof. Dr. Najibullah (Saleh)**

**Year.....2021**