

شرط عوض در ابراء

دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی *

بهزاد منصوری **

چکیده

یکی از اسباب سقوط تعهدات در فقه و حقوق موضوعه‌ی ایران ابراء است که به اراده‌ی داین صورت می‌پذیرد و تحقق آن نیاز به قبول ندارد. مقاله‌ی حاضر به بررسی امکان یا عدم امکان درج شرط عوض در ابراء با توجه به حقوق موضوعه و نظریات حقوق‌دانان و فقها پرداخته و با رد دلایل بطلان شرط عوض در ابراء چنین شرطی را صحیح می‌داند. به هر رو، تخلف از انجام شرط ضمن ابراء برای مشروط له فقط حق اجبار به اجرای شرط را ایجاد می‌کند و بر خلاف شرط فعل در عقود، حق فسخ برای مشروط له به وجود نمی‌آید.

کلید واژگان

ابراء، شرط عوض، حق فسخ، ایقاع.

* استادیار دانشگاه مازندران.

** دانشجوی دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.

مقدمه

اعمال حقوقی که در پرتو اراده‌ی افراد در جهت ایجاد ماهیت‌های حقوقی انجام می‌شوند از دو حال خارج نیستند، یا عقد هستند یا ایقاع. عقود را به اعتبارهای متفاوت به اقسام مختلفی تقسیم کرده‌اند. یکی از این تقسیم‌ها تقسیم عقد از لحاظ قرار گرفتن شرطی در ضمن آن است که از این حیث عقد به عقد مطلق و مشروط تقسیم می‌شود. چنان‌که متعاقدين، ضمن عقد شرطی در نظر بگیرند آن عقد مشروط است که در صحت آن هیچ اختلافی بین فقها و حقوق‌دانان وجود ندارد؛ چنان‌چه در متون فقهی، در کتاب بیع و در قانون مدنی مباحثی به اقسام شرط و احکام آن اختصاص داده شده است. ولی در خصوص شرط عوض در ایقاع قانون مدنی ساکت بوده و در فقه نیز کم‌تر در این باره بحث شده است. از این رو، اگر ابراء از عقود باشد بررسی شرط ضمن آن بحث جدیدی نخواهد بود، اما در صورتی که از ایقاعات باشد بحث از آن بحثی جدید و غیر تکراری خواهد بود. با توجه به این مطالب ابتدا از تعریف و ماهیت ابراء بحث خواهد شد و سپس به بررسی وضعیت شرط ضمن آن خواهیم پرداخت.

۱- تعریف و ماهیت ابراء

ابراء مصدر باب افعال و از ریشه‌ی براء، بروع و برائت گرفته شده و به معنی خلاص کردن و رهانیدن از عیب و دین به کار رفته است.^۱ در اصطلاح حقوقی، مطابق ماده‌ی ۲۸۹ قانون مدنی «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر نماید». بین فقها در خصوص ماهیت ابراء اختلاف نظر وجود دارد، در فقه امامیه مشهور^۲ و در فقه عامه

۱. لويس معلوف، المنجد فی اللغة و الاعلام، قم، اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۲، ص ۳۱.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد بیست و هشتم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷، صص. ۲۸ و ۱۶۳.

برخی از فقها^۳ ابراء را ایقاع می‌دانند. مطابق این نظر، درستی ابراء متوقف بر قبول مدیون نبوده بلکه رد او نیز به نفوذ و اعتبار آن لطمه‌ای وارد نمی‌سازد. در مقابل، برخی از فقیهان^۴ ابراء را عقد دانسته و قبول مدیون را در تحقق آن ضروری می‌دانند. اساس استدلال این گروه بر این است که ابراء دین در واقع منتهی است بر مدیون که نمی‌توان وی را بر قبول آن اجبار کرد که این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا اولاً، ملازمه مسلّم نیست و این ادعا که صرف نظر کردن از حق و اسقاط آن که به اراده‌ی صاحب حق و بدون درخواست مدیون صورت گرفته، خدشه‌ای به اعتبار و حیثیت بدهکار وارد می‌سازد، مورد تردید است؛ ثانیاً، اصل عدم شرطیت قبول مدیون است؛^۵ ثالثاً، ابرای ذمه‌ی میت صحیح است (ماده‌ی ۲۹۱ ق.م.) با این که قبولی از سوی او واقع نمی‌شود. در حقوق ایران، مستفاد از ماده‌ی ۲۸۹ ق.م. این است که قانون‌گذار در تعیین ماهیت حقوقی ابراء به آن عده از فقهایی که ابراء را ایقاع می‌دانند، پیوسته و آن را از ایقاعات به شمار آورده است نه از عقود و قراردادها. از این رو، با توجه به ایقاع بودن ابراء، این پرسش مطرح می‌شود که آیا شرط عوض در ابراء که جایگاه آن در مباحث مربوط به عقود و قراردادهاست، صحیح است؟ و در صورت صحت، تخلف از آن چه ضمانت‌اجرایی دارد؟ در این خصوص بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی قایل به عدم امکان درج

۳. ابن عابدین، محمد بن امین، ردالمختار علی الدر المختار، جلد چهارم، بیروت، دارالطباعه المعاصره، ۱۴۵۷ ه. ق، ص. ۵۲۱؛ الزحیلی وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد سوم، (الفقه الحنبلی المسیره)، دارالفکر المعاصر، ص. ۳۵۱.

۴. شیخ طوسی، ابن جعفر محمد بن علی طوسی، المبسوط، جلد سوم، تهران، چاپ‌خانه‌ی حیدری، ص. ۳۱۴؛ ابن ادریس، السرائر، جلد سوم، ص. ۱۷۶؛ ابن زهره، غنیة الزوج، قم مؤسسه‌ی امام صادق (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه. ق، ص. ۲۰۹.

۵. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۳، ص. ۷۳.

شرط عوض در ابراء شده و آن را باطل می‌دانند و برخی دیگر، چنین شرطی را صحیح می‌دانند.

در زیر ابتدا به بررسی ادله‌ی طرف‌داران نظریه‌ی بطلان پرداخته و سپس نظریه‌ی صحت شرط و ضمانت اجرای تخلف از آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲- نظریه‌ی بطلان شرط عوض در ابراء

برخی فقیهان^۶ و نویسندگان حقوقی شرط عوض را در ابراء صحیح نمی‌دانند. دلایل این گروه عبارت است از مخالفت شرط عوض با مقتضای ابراء، تبدیل شدن ابراء به عقد و عدم صدق شرط بر شروط ضمن ایقاع که در ذیل به بررسی این دلایل می‌پردازیم:

۲-۱- مخالفت شرط عوض با مقتضای ابراء

به نظر برخی نویسندگان حقوقی شرط عوض با حقیقت ابراء سازگار نمی‌باشد، زیرا معنی «صرف نظر کردن از حق» که در ماده‌ی ۲۸۹ قانون مدنی به کار رفته، اسقاط حق به‌طور مطلق و بدون انتظار دریافت مالی از مدیون و پیدایش تعهد و التزامی از طرف او و به عبارتی، به‌طور رایگان است. در مورد کسی که برای واگذار کردن حق خود عوض دریافت می‌کند، صحیح نیست گفته شود که آن کس از حق خود صرف نظر کرده است.^۷

۶. خوانساری، موسی، منیه الطالب (تقریرات میرزای نایینی)، جلد دوم، تهران، چاپ‌خانه‌ی حیدری، ص. ۲؛ «و بالجمله جمیع الايقاعات لا یقبل جعل الشرط فی ضمنه سواء کان شرط الخيار ام غیره»؛ موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، جلد چهارم، قم، اسماعیلیان، چاپ چهارم ۱۳۶۸، ص. ۲۵۲؛ «لا ینبغی الاشکال فی عدم صحه مطلق الشرط فی الايقاعات و لو مثل شرط الخیاطه»؛ انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (یک جلدی)، تبریز، اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ هـ ق، ص. ۲۳۳.

۷. عدل، مصطفی (منصورالسلطنه)، حقوق مدنی، امیرکبیر، چاپ هفتم، ۱۳۴۲، ص. ۱۶۳؛ شهیدی، پیشین، ص. ۶۹.

در واقع، می‌توان گفت شرط عوض خلاف مقتضای ذات ابراء است^۸ که در نتیجه، باطل بوده و ابراء را نیز باطل خواهد نمود. عده‌ای از فقهای اهل سنت معتقدند که درج شرط عوض در ابراء آن را از حالت ابراء بودن خارج نموده و به صلح تبدیل می‌کند و چنین عقدی اگر چه باطل نیست، لیکن ابراء هم نیست.^۹ مطابق این نظریه، ابراء به‌طور اختیاری و بلاعوض از جانب داین انجام می‌شود و او بدون گرفتن عوض از حق خود صرف‌نظر می‌نماید. به همین دلیل، ابراء تصرفی تبرعی از جانب داین تلقی شده است و چنان‌چه این‌گونه تصرف معوض باشد دیگر به آن، ابراء اطلاق نگردیده بلکه اگر داین از برخی ادعاهای خود در برابر تسلیم عوضی از سوی مدیون درگذرد، عنوان صلح را خواهد داشت. البته برخی نویسندگان عمل انجام شده را تبدیل تعهد دانسته‌اند، چرا که ابرای دین اصلی تبرعی نیست بلکه در برابر ایجاد دین جدیدی است.^{۱۰}

در اشکال به استدلال فوق می‌توان گفت که مقتضای ذات ابراء سقوط دین است نه مجانی بودن آن، تا شرط عوض با آن تنافی داشته باشد. چنان‌که در هبه که یک عقد مجانی است، واهب می‌تواند به موجب ماده‌ی ۸۰۱ قانون مدنی شرط کند که متب مال را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به‌جا آورد.

برخی نویسندگان حقوقی قیاس شرط عوض در ابراء را به شرط عوض در هبه صحیح نمی‌دانند؛ چه آن که در عقود، اعم از معوض و غیرمعوض، درج شروط در کنار ساختمان عقد قرار می‌گیرند و داخل ساختمان عقد نمی‌شوند؛ ولی در ابراء چون قصد و مقتضای آن سقوط تعهد مدیون است هر شرطی را که بگذاریم در ساختمان و ساختار ابراء موثر واقع

۸. نوین، پرویز، حقوق مدنی، (انعقاد و انحلال قراردادها)، چاپ تهران، تدریس، ۱۳۸۴، ص. ۴۲۸.

۹. ابن عابدین، پیشین، ص. ۲۵۴.

۱۰. سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح قانون مدنی مصر، جلد سوم، قاهره، ۱۹۵۲، ص. ۹۶۵؛ نوین، پیشین، ص. ۴۲۹.

شده و او را به نحوی دیگر بار متعهد می‌نماید.^{۱۱} استدلال مزبور در صورتی صحیح است که ضمانت اجرای تخلف از شرط عوض ایجاد حق فسخ برای ابراء کننده باشد که در این صورت دیگر بار ذمه‌ی متعهد مشغول می‌شود، ولی چنان که در مبحث ضمانت اجرای شرط عوض در ابراء خواهد آمد، برای ابراء کننده حق فسخ ایجاد نخواهد شد.

۲-۲- تبدیل شدن ابراء به عقد در صورت درج شرط عوض

برخی از فقها و نویسندگان حقوقی، در مورد عدم دخول شرط در ابراء معتقدند که شرط مفهومی است که تحقق آن نیاز به دو طرف، یعنی مشروط له و مشروط علیه دارد و این امر با طبیعت ابراء که عمل حقوقی یک طرفه است، منافات دارد و موجب می‌شود که ابراء از ماهیت خود خارج گردد.^{۱۲} به عبارت دیگر، در ابراء که صرف انشای یک اراده برای تحقق آن کافی است، وجود دو اراده برای تحقق شرط وصف ایقاع بودن ابراء را زایل می‌کند و ماهیت عقدی به آن می‌بخشد. در اعمال حقوقی مشروط، شرط یک تعهد تبعی است که وجود حقوقی مستقل ندارد تا مستقلاً مورد انشا قرار گیرد، بلکه انشای آن به تبع انشای عمل حقوقی که شرط بدان ضمیمه گردیده است، امکان دارد. بنابراین، اراده‌ی مدیون که در تحقق خود ابراء هیچ دخالتی ندارد، چگونه می‌تواند در پیدایش شرط ضمن آن که یک تعهد فرعی و وابسته است، دخالت داشته باشد.^{۱۳}

در اشکال به نظریه‌ی فوق می‌توان گفت، شرط عوض موجب نمی‌شود ابراء که ایقاع است تغییر ماهیت داده و به عقد تبدیل گردد، بلکه ابراء ماهیت اصلی خود را حفظ می‌کند؛ در واقع، ابراء نیروی کارساز خود را تنها از اراده‌ی طلب کار می‌گیرد و تابع شرط

۱۱. نوین، همان.

۱۲. حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد چهارم، موسسه‌ی ال بیت للاحیاء التراث، ص. ۵۶۷.

۱۳. شهیدی، پیشین، ص. ۷۳.

(متبوع) نمی‌شود. ابراء همراه با شرط عوض، ایقاعی است همراه با پیشنهاد یا ایجاب وقوع شرط. پس اگر شرط پذیرفته شود عقد و ایقاعی در کنار هم قرار می‌گیرند که نیروی اراده، آن دو را هم‌چون تابع و متبوع به هم پیوند داده است؛ مانند طلاق خلع که در آن ایقاع (طلاق) به عقد (بخشش فدیة) پیوند خورده و ماهیت مرکب به وجود می‌آورد.^{۱۴} در واقع، اراده‌ی انشایی مدیون در وقوع اصل ابراء دخالت ندارد ولی این اراده‌ی انشایی می‌تواند متوجه صرف انضمام و پیوسته شدن شرط به اصل عمل حقوقی باشد که با اراده‌ی طلب‌کار محقق می‌گردد. به عبارت دیگر، مدیون نه خود ابراء، بلکه اتصال شرط به ابراء را انشا می‌کند.

یکی از فقیهان در اشکال بر شرط عوض در تمامی ایقاعات که شامل ابراء نیز می‌شود، می‌نویسد: «اگر منشا منوط به شرط گردد ایقاع به سبب تعلیق باطل خواهد بود و اگر شرط غیر مرتبط با منشا باشد در این صورت از شروط ابتدایی خواهد بود که لازم الوفا نیست»^{۱۵}. در پاسخ به استدلال مزبور با قطع نظر از این که آیا تعلیق موجب بطلان عمل حقوقی می‌شود یا خیر می‌توان گفت که اولاً، درج شرط ضمن ایقاع موجب معلق شدن آن به شرط نخواهد شد والا از محل بحث که ایقاع مشروط باشد، خارج خواهد بود. به علاوه، اگر این حرف درست باشد وجود شرط در عقود نیز موجب معلق شدن آن‌ها خواهد بود^{۱۶}؛ ثانیاً، ارتباط شرط با ایقاع مسلم است و هیچ‌گونه استقلالی از خودش ندارد

۱۴. ایروانی غرودی، علی، تعلیقه علی المکاسب (قسم‌الخيارات)، تهران، رشیدی، ص. ۲۶؛ خویی، محمدتقی، الشروط، جلد دوم، بیروت، دارالمورخ العربی، ۱۴۱۴ ه. ق؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص. ۳۸۱.

۱۵. خوانساری، پیشین، ص. ۵۶: «و فی الایقاعات لو انبط المنشأ به بطلت للتعلیق و لو ذکر غیر مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائی الذی لا یجب الوفاء به لکونه حینئذ مجاناً و بلا عوض و غیر منضم الی احد الطرفين»

۱۶. خویی، همان، ص. ۱۱۱.

تا از شروط ابتدایی محسوب شود؛^{۱۷} ثالثاً، اگر از شروط ابتدایی نیز باشد مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» بوده و در نتیجه، لازم‌الوفا است. این که در قاموس در معنای شرط گفته شده شرط عبارت است از «ملتزم شدن به چیزی در ضمن عقد بیع و امثال آن» تعریف درستی نیست، زیرا در روایات زیادی به التزامات ابتدایی و غیر مذکور در ضمن عقد، شرط اطلاق شده است.^{۱۸} از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی نیز لازم‌الوفا بودن شروط ابتدایی استنباط می‌شود.

۳-۲- عدم صدق شرط بر شروط ضمن ایقاع

برخی فقیهان با توجه به معنای شرط در قاموس که عبارت از «ملتزم شدن به چیزی در ضمن بیع و امثال آن» است، اطلاق شرط را بر شرط ضمن ایقاع صحیح ندانسته^{۱۹} و در نتیجه، آن را مشمول عموم «المؤمنون عند شروطهم» نمی‌دانند. بر فرض که اطلاق شرط بر شروط ابتدایی صحیح نباشد، در اشکال به استدلال مذکور می‌توان گفت آن‌چه که در تحقق شرط لازم است این است که در ضمن یک التزام باشد و ایقاع نیز یک التزام است.^{۲۰} مقصود صاحب قاموس از عبارت «التزام به چیزی در ضمن بیع و امثال آن» این نیست که شرط ضرورتاً باید در ضمن عقد لازم باشد والا بهتر این بود که به آن تصریح می‌کرد. ذکر بیع در تعریف شرط به این دلیل است که عقد بیع مصداق متعارف برای درج شرط در ضمن آن و مورد ابتلای عامه‌ی مردم است.^{۲۱}

۱۷. همان.

۱۸. برای دیدن روایات ر.ک. انصاری، پیشین، ص. ۲۷۵.

۱۹. همان، ص ۲۳۳.

۲۰. غروی اصفهانی، محمد حسین، تعلیقه علی المکاسب، بیروت، دارالمصطفی لاهیات التراث، ۴۱۹ ه.ق.

ص. ۴۸؛ ایروانی، پیشین، ۲۶.

۲۱. خویی، پیشین، ص ۱۰۰.

۳- نظریه‌ی صحت شرط عوض در ابراء

عوض ممکن است مستقیماً در مقابل ابراء قرار گیرد و یا جنبه‌ی فرعی داشته و به صورت شرط ضمن آن در آید که در ذیل به بررسی جداگانه‌ی این دو می‌پردازیم:

الف - قرار گرفتن عوض به صورت مستقیم در مقابل ابراء

بر اساس این نظر عوض مستقیماً در مقابل ابراء قرار می‌گیرد و نه به صورت شرط ضمن ابراء؛ به عنوان مثال، طلب‌کار در برابر مدیون خود بگوید ذمه‌ی تو را در مقابل پرداخت یک میلیون تومان و یا در مقابل ساختن ساختمان ابراء نمودم و مدیون آن را قبول نماید. به نظر یکی از نویسندگان حقوقی در این فرض ابراء ماهیت قراردادی دارد و تنها به اراده‌ی طلب‌کار واقع نمی‌شود؛ مثلاً در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین، ذمه‌ی متعهد از تعهد سابق بری می‌شود ولی نه به‌طور رایگان، بلکه در برابر آن تعهد جدیدی پدید می‌آید که در واقع اسقاط تعهد قدیم در عوض قبول تعهد تازه از طرف متعهد سابق است و این نمونه‌ای از ابراء معوض است. ابراء ممکن است به صورت تبدیل تعهد نبوده و خارج از این عنوان باشد؛ فرضاً در موردی که زوجه از زوج طلبی دارد و در برابر ابراء ذمه‌ی زوج از وی طلاق خلع بگیرد^{۲۲}. مطابق این نظر ابراء با توافق محقق می‌گردد و صرفاً در مورد اسقاط دین هم به کار نمی‌رود بلکه معنای وسیع‌تری داشته و علاوه بر دین، حق و دعوا را هم شامل می‌گردد.

شایان ذکر است که نویسنده‌ی مزبور در کتاب دیگر خود از نظر خویش عدول نموده و می‌نویسد: «ابراء معوض باطل است. یعنی، معاوضه‌ی دینی که ابراء می‌شود با مال دیگر درست نیست»^{۲۳}.

۲۲. جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۵۶، ص. ۱۸۳.

۲۳. همو، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص. ۲۳۶.

بعضی فقهای اهل سنت ابراء معوض را بدون هیچ گونه قید و شرطی صحیح دانسته و معتقدند ابراء کننده می تواند در مقابل ابراء هدیه ای از مدیون بپذیرد یا به طور کلی عوض دریافت کند.^{۲۴}

در اشکال به نظریه ی فوق می توان گفت با توجه به این که ابراء ایقاعی رایگان است اگر عوض مستقیماً در مقابل آن قرار گیرد (و نه به صورت شرط ضمن آن) دیگر نباید آن را ابراء نامید. عمل حقوقی مزبور را صلح معوض، تبدیل تعهد و یا قرارداد خصوصی مشمول ماده ی ۱۰ قانون مدنی نیز نمی توان تلقی کرد؛ چه آن که اگر قصد واقعی شخص ابراء باشد تحقق هر یک از اعمال حقوقی مزبور با قصد او تنافی داشته و مصداق تخلف عقد از قصد خواهد بود (ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد)؛ در حالی که در ایجاد اعمال حقوقی آن چه مورد قصد طرفین است با آن چه در واقع محقق می شود، باید مطابقت داشته باشد. در نتیجه، ابراء معوض را باید باطل شمرد. از طرفی، قراردادهای معوض دارای علت مخصوصی هستند که در قراردادهای غیرمعوض یافت نمی شود و آن رسیدن به عوض است؛ یعنی، علت تعهد هر یک از طرفین، تعهد طرف دیگر می باشد. به عنوان مثال، در عقد بیع که از کامل ترین قراردادهای معوض است، علت تعهد بایع به تملیک مبیع، تعهد مشتری به تملیک ثمن است. در حالی که در ایقاعات این علت وجود ندارد.

اگر این پرسش مطرح شود که اگر ابراء معوض امکان ندارد، پس چرا برخی فقیهان^{۲۵} از تحقق ابراء به صورت معوض بحث کرده اند؟ در پاسخ خواهیم گفت که نظر فقهای مزبور ناظر به شرط عوض در ابراء است که در مبحث بعدی بدان خواهیم پرداخت.

۲۴. شرح الاذهار، ص. ۳۰۰؛ به نقل از محقق داماد، سید مصطفی، جزوه ی قواعد فقه، دانشکده ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص. ۸۲.

۲۵. قمی، میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات (دو جلدی)، جلد اول، تهران، چاپ سنگی، رضوان، ۱۳۳۴ ه. ق، ص. ۵۳۵.

ب- درج شرط عوض در ابراء

چنان که گفته شد ابراء یک عمل حقوقی رایگان است. درج شرط عوض در ضمن آن موجب نمی‌شود که ابراء حقیقت خود را از دست بدهد چرا که ابراء اسقاط حق است و با شرط عوض نیز اسقاط حق محقق می‌گردد. به عبارت دیگر، مقتضای ذات ابراء رایگان بودن و بلاعوض بودن نیست، بنابراین شرط عوض خلاف مقتضای ذات ابراء نبوده بلکه خلاف مقتضای اطلاق آن است. در واقع، شرط عوض در ابراء چهره‌ی فرعی داشته و کفه‌ی متقابل آن نیست تا آن را معوض گردانند.^{۲۶} رابطه‌ی ابراء و شرط همانند رابطه‌ی تابع و متبوع و اصل و فرع است. به همین جهت تعهد ناشی از شرط در شمار التزام‌های اصلی و هم‌تراز با آن‌ها نیست. بر خلاف قراردادهای معوض که تعهد دو طرف مقابل یکدیگر است و قصد مشترک، آن‌ها را پیوسته و تجزیه‌ناپذیر می‌آفریند، چندان که بطلان یکی از آن دو تعهد دیگری را منحل می‌کند و خودداری یکی از متعهدان از اجرای تعهد به دیگری حق می‌دهد تا از اجرای تعهد خود امتناع ورزد (حق حبس)، در ابراء این همبستگی بین شرط و ابراء حاصل نمی‌شود و به جای آن وابستگی یکجانبه‌ی شرط با ابراء به وجود می‌آید. از این رو، اگر ملزم به شرط از انجام آن خودداری کند، مشروط له باید اجبار او را از دادگاه بخواهد و نمی‌تواند مقابله به مثل کند. هم‌چنین اگر شرط باطل باشد، بطلان آن جز در موارد خاص ابراء را از بین نمی‌برد.

بعضی فقهای امامیه نیز ابراء به شرط عوض را صحیح دانسته و گفته‌اند چنان‌چه داین به مدیون بگوید: «تو از دینی که بر ذمه داری بری هستی مشروط بر این که مرا از آن چه بر ذمه دارم ابراء کنی»، این گونه ابراء صحیح می‌باشد.^{۲۷} در فقه اهل سنت این امر مورد اتفاق نظر مذاهب اربعه می‌باشد.^{۲۸}

۲۶. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، دانشگاه تهران، ۱۳۶۴، ص. ۲۳۴؛ محقق داماد، پیشین، ص. ۸۴.

۲۷. قمی، پیشین، ص. ۳۸۰.

۲۸. الزحیلی، پیشین، ص. ۳۸۰: «فتجوز تقیید الابراء بشرط صحیح باتفاق المذاهب الاربعه، و لایصح التقیید بشرط غیر صحیح...».

شایان ذکر است که فقیهان شرط عوض را در عتق نیز با این که ایقاع رایگان است، صحیح می‌دانند.^{۲۹} این امر نشان می‌دهد که رایگان بودن یک عمل حقوقی با شرط عوض تنافی ندارد.

۴- ضمانت اجرای شرط عوض در ابراء

این بحث در صورتی مطرح می‌شود که شرط عوض در ابراء صحیح باشد. با صحت چنین شرطی، اگر مشروط علیه از انجام آن امتناع نماید، مشروط له (ابراءکننده) از چه حقی برخوردار خواهد بود؟ در این امر که مشروط له می‌تواند با مراجعه به دادگاه، مشروط علیه را ملزم به انجام شرط نماید هیچ تردیدی وجود ندارد. آنچه محل تردید است این است که آیا مشروط له حق فسخ ابراء را دارد؟ البته، در عقود وجود حق فسخ برای مشروط له در صورت عدم اجرای شرط از سوی مشروط علیه مسلم است. در این خصوص فرقی نمی‌کند که مشروط له از ابتدا حق فسخ قرارداد اصلی را داشته باشد، چنان که برخی فقیهان این نظر را قبول دارند^{۳۰} و یا بعد از عدم امکان اجبار مشروط علیه به انجام شرط، چنان که مشهور فقیهان بر این نظراند.^{۳۱}

۲۹. انصاری، پیشین، ص. ۲۳۳؛ خوانساری، ص. ۵۶؛ موسوی خمینی، پیشین، ص. ۲۵۷.

۳۰. شهید اول، لمعه الدمشقیه، قم، دارالفکر، صص. ۵۰۶ تا ۵۰۸؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الکلام (در یک جلد)، مشهد، چاپ سنگی، طوس، بی‌تا، ص. ۱۸۰؛ همو، قواعد الکلام، جلد اول، قم، چاپ سنگی، رضی. ص. ۵۱۴.

۳۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، مسالک الافهام، جلد اول، قم، بصیری، ۱۳۹۹ ه. ق، ص. ۱۹۱؛ همو، شرح اللعه الدمشقیه، جلد سوم، بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ه. ق، ص. ۵۰۶؛ سبزواری، کفایه الاحکام، تهران، چاپ سنگی، ۱۲۶۹ ه. ق، ص. ۹۷؛ مراغی، عبدالفتاح بن علی (میرفتاح)، عناوین، تبریز، چاپ سنگی، بی‌نا، ۱۳۷۴ ه. ق، ص. ۲۵۱؛ ما مقانی، عبدالله، مناهج المتقین (در یک جلد)، چاپ سنگی، ۱۲۷۵ ه. ق، ص. ۲۴۳.

در پاسخ به پرسش فوق باید گفت حق فسخ برای مشروط له وجود ندارد؛ چه آن که اصل بر لزوم اعمال حقوقی است و حق فسخ یک استثناست که باید به قدر متیقن اکتفا نمود. قانون‌گذار در عقود حق فسخ را پیش‌بینی نموده ولی در هیچ یک از ایقاعات چنین حقی را پیش‌بینی نکرده است. در نتیجه، باید آن را از تاسیسات مختص عقود دانست. وجود حق رجوع در طلاق نیز دلیل بر وجود حق فسخ در ایقاعات نیست، زیرا رجوع مرد به زوجه در ایام عده فسخ طلاق محسوب نمی‌شود، بلکه رجوع یک حکم شرعی است که فقط در بعضی از اقسام طلاق (یعنی، طلاق رجعی) وجود دارد.^{۳۲} فقیهان با تمسک به دلیل فوق، شرط خیار را در ابراء باطل دانسته و تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» را برای صحت آن جایز نمی‌دانند. وقتی فسخ در ایقاعات مشروعیت نداشته باشد چگونه می‌توان با تمسک به عموم المؤمنون امر غیرشرعی را شرعی نمود.^{۳۳}

شایان ذکر است که در نکاح با این که از عقود است در صورت تخلف از شرط برای مشروط له حق فسخ ایجاد نمی‌شود؛^{۳۴} به عنوان مثال، اگر در عقد نکاح شرط شود که شوهر هزینه تحصیل زوجه را بپردازد ولی او از انجام آن خودداری کند و در نتیجه، زوجه برای اجبار زوج به انجام شرط به دادگاه مراجعه کند در صورتی که اجبار دادگاه موثر واقع نشود برای زوج حق فسخ ایجاد نمی‌شود. چه آن که اسباب فسخ نکاح را شارع و قانون‌گذار مشخص کرده‌اند و هیچ اشاره‌ای به فسخ نکاح در صورت تخلف از شرط فعل ننموده‌اند. از طرفی، نکاح جنبه‌ی نظم عمومی داشته که انحلال آن نباید دست‌خوش

۳۲. انصاری، پیشین، ص. ۲۳۳؛ موسوی خمینی، پیشین، ص. ۲۵۶.

۳۳. انصاری، همان.

۳۴. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۸، ه. ش، ص. ۱۹۱.

اراده‌ی اشخاص قرار گیرد. در نتیجه، باید گفت عدم ایجاد حق فسخ هیچ تعارضی با صحت شرط عوض ندارد.

نتیجه گیری

۱- با وجود اختلاف نظرهایی که در خصوص ماهیت ابراء وجود دارد، از سیاق عبارتی که در ماده‌ی ۲۸۹ قانون مدنی به کار رفته می‌توان استفاده کرد که ابراء از دیدگاه قانون‌گذار مدنی، ایقاع و یک عمل حقوقی یک طرفه و رایگان است و مقتضای ذات آن سقوط حق می‌باشد.

۲- در صورتی که در ابراء شرط عوض شود برخی از نویسندگان چنین شرطی را صحیح نمی‌دانند. دلایل این گروه عبارت است از مخالفت شرط عوض با مقتضای ابراء، تبدیل شدن ابراء به عقد و عدم صدق شرط بر شروط ضمن ابراء. هیچ یک از این دلایل درست نیست؛ چه آن که اولاً، مقتضای ذات ابراء سقوط حق است و نه رایگان بودن آن، تا شرط عوض با آن منافاتی داشته باشد، ثانیاً شرط عوض موجب نمی‌شود ابراء که ایقاع است تغییر ماهیت داده و به عقد تبدیل گردد بلکه ابراء ماهیت اصلی خود را حفظ می‌کند و یک قرارداد (شرط) و یک ابراء در کنار هم به وجود می‌آیند و در اثر این امر بستگی و رابطه‌ای بین آن دو (شرط و ابراء) پیدا می‌شود که شرط صورت عقد تبعی به خود می‌گیرد، ثالثاً، آن‌چه که در تحقق شرط لازم است این است که در ضمن یک التزام باشد و ایقاع نیز یک التزام است. مقصود صاحب قاموس از عبارت «التزام به چیزی در ضمن بیع و امثال آن» این نیست که شرط ضرورتاً باید در ضمن عقد لازم باشد والا بهتر این بود که به آن تصریح می‌کرد. ذکر بیع در تعریف شرط به این دلیل است که عقد بیع مصداق متعارف برای درج شرط در ضمن آن و مورد ابتلای عامه‌ی مردم است.

۳- اگر مشروط علیه از انجام شرط ضمن ابراء امتناع کند مشروط له می‌تواند او را مجبور به انجام شرط نماید اما در صورت عدم امکان الزام او به اجرای شرط، نمی‌تواند ابراء را فسخ نماید. چه آن که اصل بر لزوم اعمال حقوقی است و حق فسخ یک استثناست که باید به قدر متیقن اکتفا نمود. قانون‌گذار در عقود حق فسخ را پیش‌بینی نموده ولی در هیچ یک از ایقاعات چنین حقی پیش‌بینی نشده است.

فهرست منابع

۱. ابن ادریس، السرائر، جلد سوم.
۲. ابن زهره، غنیه النزوج، قم، موسسه امام صادق (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه. ق.
۳. ابن عابدین، محمد ابن امین، رد المختار علی الدر المختار، جلد چهارم، بیروت، دار الطباعة المعاصره، ۱۳۵۷ ه. ق.
۴. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد سوم (الفقه الحنبلی المسیره)، دارالفکر المعاصر.
۵. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
۶. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (یک جلدی)، تبریز، اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ ه. ق.
۷. ایروانی غروی، علی، تعلیقه علی مکاسب (قسم الخیارات)، تهران، رشیدیہ.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، چاپ اول، کتابخانه ی گنج دانش، ۱۳۵۶.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه ی محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه ی گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱۰. حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد چهارم، مؤسسه ال بیت لاحیاء التراث.
۱۱. خوانساری، موسی، منیه الطالب (تقریرات میرزای نائینی)، جلد دوم، تهران، چاپخانه ی حیدری.
۱۲. خویی، محمد تقی، الشروط، جلد دوم، بیروت، دار المورخ العربی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.
۱۳. زین الدین ابن النجیم حنفی، البحر الرائق، جلد هفتم، دارالکتاب الاسلامی.
۱۴. سبزواری، کفایه الاحکام، تهران، چاپ سنگی، ۱۲۶۹ ه. ق.

۱۵. سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط في شرح قانون مدني مصر، جلد سوم، قاهره، ۱۹۵۲ میلادی.
۱۶. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارت مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۳.
۱۷. شهید اول، اللمعه دمشقیه، قم، دارالفکر.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، شرح اللمعه دمشقیه، جلد سوم، بیروت، احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ه. ق.
۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، مسالك الافهام، قم، بصیرتی، ۱۳۹۹ ه. ق.
۲۰. شیخ طوسی، ابن جعفر محمد بن علی طوسی، المبسوط، جلد سوم، تهران، چاپخانه‌ی حیدری.
۲۱. عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، امیر کبیر، چاپ هفتم، ۱۳۴۲ ه. ش.
۲۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام (در یک مجلد)، مشهد، چاپ سنگی، طوس، بی تا.
۲۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، جلد اول، قم، چاپ سنگی، رضی.
۲۴. غروی اصفهانی، محمد حسین، تعلیقه علی المکاسب، بیروت، دارالمصطفی لإحياء التراث، ۱۴۱۹ ه. ق.
۲۵. قمی، میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی)، جامع الشتات (دوجلدی)، جلد اول، تهران، چاپ سنگی، رضوان، ۱۳۳۴ ه. ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۸ ه. ش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۸۴.

۲۹. لويس، معلوف، المنجد في اللغة و الاعلام، قم، اسماعيليان، چاپ اول، ۱۳۶۲.
۳۰. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقين (در يك مجلد)، چاپ سنگی، ۱۲۷۵ ه. ق.
۳۱. مراغی، عبدالفتاح بن علی، (ميرفتاح) عناوين، تبریز، چاپ سنگی، بی نا، ۱۳۷۴ ه. ق.
۳۲. محقق داماد، سيد مصطفى، جزوهی قواعد فقه، دانشگاه شهيد بهشتی.
۳۳. موسوی خمینی، سيد روح الله، كتاب البيع، جلد چهارم، قم، اسماعيليان، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.
۳۴. نوین، پرویز، حقوق مدنی (انعقاد و انحلال قراردادها)، تهران، تدریس، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۳۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و هشتم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.