

## ابراء در حقوق ایران و انگلیس

### چکیده

اصطلاح فقهی و حقوقی ابراء، به مفهوم گذشت اختیاری داین از دین خود، و نیز بررسی ماهیت و اوصاف آن، از دیرباز مورد توجه فقیهان اسلامی بوده و حقوق دانان هم بر ابعاد بحث، غنا و تنوع آن افزوده‌اند.

مقاله حاضر نیز این مهم را بررسی و با مراجعه به متون فقهی معتبر عامه و خاصه و نقل و نقد آراء و نظرات حقوق دانان، به ویژه از طریق مطالعه تطبیقی در حقوق سایر کشورها، به صورت مستدل، پیرامون شرایط، طرق اثبات و آثار این عمل حقوقی به بحث پرداخته است.

### ۱. مقدمه: طرح موضوع و تقسیم مطالب

ابراء که مصدر و از باب افعال است، در لغت عرب، از ریشه بُرء، براء و براءت گرفته شده و به معنی خلاص کردن و رهانیدن از عیب و دین به کار رفته است. (۱) در اصطلاح حقوقی، مطابق با ماده ۲۸۹ ق.م. «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود، به اختیار، صرف نظر نماید».

بر این تعریف - که به احتمال زیاد از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده (۲) - ایراداتی چند وارد شده است؛ از جمله اینکه، در آن، به اثر ابراء، یعنی «سقوط دین به اراده طلبکار»، قطع نظر از سبب آن، توجه شده است. بنا بر این، جای آن است که گفته شود: ابراء ممکن است به شکل ابقاع باشد یا عقد؛ معوض باشد یا رایگان و ضمن عقد صلح، وصیت و تبدیل تعهد واقع شود یا به طور مستقل؛ در حالی که، اگر تعریف، به ماهیت و اوصاف عمل حقوقی می‌پرداخت و به اثر ابراء قناعت نمی‌کرد، چنین اختلافی واقع نمی‌شد. وانگهی، آوردن واژه «اختیار» در تعریف ابراء، این احتمال را به وجود می‌آورد که وجود رضا، در زمان انشاء ابراء، از ارکان وقوع ابراء است و پیروی از این نظر، نظم در اجرای قواعد را بر هم می‌زند. (۳)

ایراد نخست وارد نیست؛ چون، از سیاق عبارتی که در ماده ۲۸۹ ق. م به کار رفته است، می‌توان استفاده کرد که ابراء از دیدگاه قانونگذار مدنی، عمل حقوقی یک طرفه است و مطابق با آن، این داین است که با اراده خود ابراء را محقق می‌سازد و این خود می‌تواند بر تبرعی بودن آن نیز دلالت داشته باشد؛ زیرا، اگر ابراء در مقابل دریافت عوض انجام گیرد، سقوط دین با اراده دو نفر (داین و مدیون) صورت می‌گیرد، نه اراده داین به تنهایی. مضافاً این که، از عبارت «صرف نظر نماید» که در این تعریف به کار رفته است، می‌توان استنباط نمود که ابراء، اسقاط دین به طور مطلق و بدون انتظار دریافت مالی از

مدیون و ایجاد تعهد و التزامی برای اوست؛ هر چند که، چنین تعهدی، فرعی و به صورت شرط باشد. (۴)

ایراد دوم نیز نمی تواند مورد تأیید قرار بگیرد؛ زیرا، آوردن شرط «اختیار» در تعریف ابراء، که خود امری نامعهود از قانونگذار است، بیانگر این معنی است که، رضای ابراء کننده، در هنگام انشای ابراء، از ارکان این عمل حقوقی است و ابراء، بدون اختیار نمی تواند مؤثر واقع شود.

قانون مدنی ایران، در بند ۳ از ماده ۲۶۴، ابراء را به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات ذکر کرده و ضمن مواد ۲۸۹ تا ۲۹۱ به بحث درباره آن پرداخته است.

نگارنده در این مقاله، مطالب مربوط به ابراء را در چهار قسمت: ماهیت ابراء، شرایط ابراء، وسایل اثبات ابراء و آثار ابراء، مورد بررسی قرار داده است.

## ۲. ماهیت ابراء

### ۲.۱. ابراء در زمره ایقاعات است نه عقود

در فقه امامیه، مشهور و در فقه عامه، حنفی ها، حنبلی ها و شافعی ها ابراء را ایقاع می دانند. مطابق با این نظر، درستی ابراء، متوقف بر قبول مدیون نبوده بلکه رد او نیز به نفوذ و اعتبار

آن لطمه‌ای وارد نمی‌سازد. (۵) در مقابل، بعضی از فقیهان امامیه از جمله شیخ طوسی، (۶) ابن زهره و ابن ادریس، (۷) ابراء را عقد دانسته و قبول مدیون را در تحقق آن ضروری می‌شمارند.

در حالی که، در فقه عامه، فقیهان مالکی و زیدی به لحاظ غلبه معنی تملیک بر اسقاط در ابراء، قبول مدیون را در تحقق آن، لازم می‌دانند؛ (۸) در فقه امامیه اساس استدلال بر این است که ابراء دین در واقع متنی است بر مدیون که نمی‌توان وی را بر قبول آن اجبار کرد. (۹) در پاسخ از این استدلال چنین گفته شده است که، اسقاط حق و صرف نظر نمودن از آن که با اراده صاحب حق و بدون تقاضا و درخواست مدیون صورت می‌گیرد، متنی بر وی محسوب نمی‌شود تا تحمل آن برای او دشوار باشد. (۱۰)

در حقوق ایران، مستفاد از ماده (۲۸۹ ق.م)، این است که قانونگذار در تعیین ماهیت حقوقی ابراء، به مشهور پیوسته و آن را از ایقاعات به حساب آورده است؛ نه عقود و قراردادها.

در حقوق انگلیس، قاعده کلی این است که طرفین قرار داد، همان گونه که می‌توانند از طریق توافق (agreement) برای خود تعهداتی به وجود آورند، خواهند توانست از طریق توافق، یکدیگر را از تعهداتشان مبرا (release) سازند. به طور مثال: هر گاه (A) به عنوان خریدار قادر نباشد، بابت کالاهایی که به او تسلیم شده است، ثمن معامله را به فروشنده

(B) پردازد؛ ممکن است (B) به موجب توافقی که با (A) منعقد می کند، ذمه او را نسبت

به تعهدی که دارد ابراء نماید. (۱۱)

مطابق با ماده ۱۱۵ قانون تعهدات سویس نیز ابراء، قراردادی است که برای ابطال یا تقلیل

یک طلب واقع می شود. (12). (B. remise conventionnelle)

در قانون مدنی فرانسه نیز ابراء، از عقود (convention) شناخته شده است. در قانون

مدنی آلمان نیز ابراء، در شمار قراردادها محسوب می شود.

در قانونی مدنی سابق مصر نیز ابراء، عبارت بود از توافقی بین داین و مدیون در مورد

سقوط بلاعوض دین؛ ولی، در قانون مدنی جدید این کشور، ابراء به صرف اراده داین

محقق می شود و نه با توافق وی با مدیون. (۱۳)

۲.۲. تفاوت ابراء با هبه طلب به مدیون

بنا به عقیده برخی از فقیهان اسلامی، هبه طلب به مدیون، اگر چه به لفظ هبه انجام بگیرد

ایقاع و در حکم ابراء محسوب می شود (۱۴) گروهی دیگر با وجود این که هبه طلب را

مانند ابراء وسیله ای برای سقوط تعهد می دانند؛ ولی، بر خلاف ابراء، برای آن ماهیتی قرار

دادی قایل هستند. (۱۵) در حقوق داخلی نیز استادان در این باره اختلاف نظر دارند.

بعضی (۱۶) معتقدند که هبه دین به مدیون همان ابراء است و بر این اساس ماده ۸۰۶ ق.م را

خالی از اشکالی ندانسته و برآنند که می‌بایست در اصلاحات بعدی حذف گردد؛ در مقابل، عده‌ای (۱۷) آن را عقد به حساب آورده‌اند.

به نظر می‌رسد که هبه طلب، ماهیتی متفاوت از ابراء دارد؛ زیرا، ابراء همان طور که برخی از فقیهان نیز گفته‌اند، در واقع اسقاط طلب است؛ در حالی که هبه طلب، تملیک آن به مدیون می‌باشد. بنابر این، در تحقق آن، قبول مدیون ضروری است.

عدم امکان رجوع و اهب از آنچه بخشیده است را نمی‌توان دلیل بر آن دانست که هبه طلب، ابرایی است که با لفظ هبه بیان شده است؛ زیرا، رجوع و اهب در موردی است که

مال موهوب باقی باشد و تردیدی نیست که با هبه طلب و تملیک آن به مدیون، دین از جهت مالکیت مافی الذمه از بین رفته (ماده ۳۰۰ ق.م) و سقوط دین از ذمه مدیون به منزله تلف مال موهوب خواهد بود. برای این است که برابر ماده ۸۰۶ ق.م: «هرگاه داین، طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد».

۲.۳. در ابراء نمی‌توان شرط خیار کرد

خیار شرط به این معنی است که ابراء کننده به هنگام انشای ابراء، حق فسخ را برای خود یا شخص ثالث در نظر بگیرد. بیشتر فقیهان امامیه، خیار شرط را در مطلق ایقاعات منتفی می‌دانند. (۱۸) شیخ طوسی (۱۹) بر آن است که خیار شرط در طلاق جریان ندارد. محقق حلی (۲۰) نیز خیار شرط را در طلاق و ابراء نفی کرده است.

محقق نایینی، (۲۱) بحث درباره خیار شرط را در مورد همه ایقاعات تعمیم داده و معتقد است که در هر ایقاعی، منشأ با انشای موقع و بدون این که نیازی به قبول آن باشد موجود می شود. بنابر این، هرگاه شرطی بعد از آن بیاید اگر تحقق منشأ، موقوف بر آن نباشد،

شرط مزبور به دلیل مجانی و بلاعوض بودن و نیز ناپیوستگی به دو اراده در زمره شروط ابتدایی قرار خواهد گرفت و اگر تحقق منشأ، معلق بر آن باشد چنین تعلیقی باطل است.

قطع نظر از این که به نظر می رسد در کلام محقق نایینی نوعی خلط بین ابراء مشروط و معلق صورت گرفته است؛ استدلال نامبرده مبتنی بر لازم الوفاء نبودن شروط ابتدایی و پذیرش نظریه ای است که تعلیق را در مطلق انشائیات موجب بطلان عمل حقوقی می داند.

به نظر ما اگر ابراء را پیش از قبول مشروط علیه (مدیون) محقق بدانیم در این صورت شرط بعدی در حقیقت تعهد جداگانه ای است که نمی تواند عنوان شرط ضمن ابراء را داشته باشد و اگر ابراء را موکول به قبول مدیون بدانیم اشکال ابراء مشروط نه به جهت تعلیقی بودن آن بلکه به جهت این است که در این صورت ابراء یک ماهیت عقدی پیدا

می کند و دیگر ایقاع نیست امری که با حقیقت ابراء سازگاری ندارد. (۲۲)

در مورد عدم ثبوت خیار شرط در ایقاعات و از جمله ابراء، دلایلی دیگر نیز اقامه شده است که در اینجا، به دو مورد از آنها، اشاره می کنیم:

اول: لزوم در ایقاعات همانند جواز در عقود جایز، یک حکم مشروع؛ ولی، فسخ ایقاع یک امر نامشروع است. در توضیح مطلب فوق گفته شده است که جریان خیار در عقود، به دلیل این است که لزوم در آنها حق است نه حکم و بر این اساس است که

متعاقدين می توانند عقد را از طریق اقاله منحل نمایند در حالی که در ایقاعات اقاله راه ندارد و از این امر کشف می شود که فسخ در ایقاعات نیز نمی تواند جریان پیدا کند. (۲۳)

دوم: تأثیر فسخ در ایقاعات امری محال است؛ زیرا، مستلزم اعاده معدوم است (۲۴) ابراء به عنوان یکی از ایقاعات، اسقاط حق است و با سقوط حق، امکان بازگشت آن جز با

پیدایش سبب جدید وجود ندارد؛ درست همان گونه که اگر یکی از خیار اسقاط شود اعاده آن ممکن نمی باشد. (۲۵)

شایان ذکر است که فقیهان عامه نیز در مورد عدم جریان خیار شرط در ابراء با مشهور در فقه امامیه هم عقیده اند. (۲۶)

در حقوق ایران، به نظر می رسد همان گونه که بعضی از استادان (۲۷) نیز تصریح کرده اند، به دلیل ناسازگاری، میان شرط خیار با ماهیت ابراء به عنوان یک عمل حقوقی یک جانبه

است که می توان گفت: خیار شرط در ابراء، بلکه در مطلق ایقاعات راه ندارد. مضافاً این که از مقررات قانون مدنی راجع به ابراء و سایر ایقاعات و نیز مقررات مربوط به خیار



نیز می توان استنباط نمود که خيارات اختصاص به عقود داشته و در ایقاعات، به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه، قابل درج نیست.

با توجه به اینکه شرط خيار در ابراء به دلایلی که گذشت فاقد اعتبار است، این پرسش مطرح می شود که آیا چنین شرطی به اعتبار ابراء نیز لطمه می زند یا خیر؟ در فقه امامیه، توجه فقیهان بیشتر به امکان یا عدم امکان شرط خيار در ایقاعات از جمله ابراء معطوف شده است؛ ولی، در فقه عامه بر صحت ابراء و بطلان شرط اتفاق نظر وجود دارد. (۲۸)

در حقوق ایران نیز بنا به عقیده برخی از مؤلفان، هیچ دلیلی برای بطلان ابرایی که در آن شرط خيار شده است وجود ندارد. بطلان ابراء متناسب با نظر فقیهانی است که بطلان شرط را سبب بطلان عقد می شمارند؛ در حالی که قانون مدنی این نظر را پذیرفته است؛ مگر آن که چندان اساسی باشد که ارکان عقد را بهم بزند. (۲۹) ولی، به نظر می رسد همان طور که بعضی از استادان حقوق مدنی (۳۰) نیز بیان کرده اند، بطلان شرط در این مورد به عقد نیز سرایت کرده و آن را بی اعتبار می سازد؛ زیرا، با لحاظ چنین شرطی، داین در واقع براءت ذمه مدیون را به صورت مطلق و قطعی اراده نکرده؛ بلکه، آزاد شدن ذمه او را مشروط به امکان اشتغال مجدد از طریق فسخ ابراء نموده است که چنین ابرایی نمی تواند قابل تحقق باشد.

در حقوق انگلیس، ابراء مشروط (conditional release)، به عنوان یکی از اقسام ابراء مورد پذیرش قرار گرفته است؛ که به موجب آن انحلال ابراء، معلق به شرط فاسخ (conditions subsequent) می شود؛ مانند، این که طلبکار به هنگام ابراء، شرط می کند

که اگر در آینده، سازش میان او و بدهکار به عمل نیامد، ابراء به وقوع پیوسته کان لم یکن تلقی شود. (۳۱) یا موجر ضمن ابراء، شرط کند که اگر مستأجر اجاره بهای آینده را به موقع نپردازد، ابراء اجاره بهای گذشته نیز بی اثر شود.

۲.۴. ابراء یک عمل حقوقی مجانی و رایگان است

در فقه امامیه بعضی از فقیهان، بر بلاعوض بودن ابراء تصریح کرده و معتقدند که صلح حیطه (صلح به کمتر از خواسته مورد اعتراف) ابراء نیست؛ بلکه، عقدی مجانی می باشد. مطابق با این نظر، چنانچه در مقابل ابراء، عوضی قرار داده شود، ابراء باطل می گردد.

در فقه عامه، شافعی ها ابراء معوض را صحیح می دانند و بر آنند که مدیون می تواند در مقابل ابراء، مالی را به داین ببخشد.

فقیهان حنفی نیز هر چند ابراء معوض را باطل نمی دانند؛ ولی، آن را از صورت ابراء، خارج ساخته و در قالب عقد صلحی که در برابر عوض محقق می شود توجیه

کرده اند. (۳۲)

در حقوق ایران نیز بیشتر صاحب نظران معاوضه ابراء دین با مال دیگر را باطل می دانند؛ ولی، با این حال بنا به عقیده برخی، (۳۳) تعویض بین دو عمل حقوقی که یکی از آن دو ابراء باشد صحیح است. بر این اساس، تعویض ابراء با ابراء طرف مقابل، نظیر هبه معوضه، و ابراء ذمه زوج در مقابل طلاق) امری امکان پذیر است.

به نظر می رسد - همان طور که بعضی از مؤلفان (۳۴) نیز بدان تصریح کرده اند - هر چند که قرار دادن عوض در مقابل ابراء، آن را از صورت ابراء خارج می سازد؛ ولی، می توان عمل مزبور را به معنی تبدیل تعهد، به اعتبار تغییر دین، قلمداد نمود.

در حقوق انگلیس نیز، ابراء ذمه متقابل (mutual Release)، مورد پذیرش قرار گرفته است. در ابراء ذمه متقابل، هر یک از طرفین قرارداد اصلی، با ابراء ذمه دیگری نسبت به تعهدات موضوع توافق، عوض توافق بر پایان دادن به قرارداد اصلی را فراهم می آورد. این شکل از ابراء ذمه، به اسقاط حق (waiver) معروف است که بر اساس آن هر یک از طرفین، حقوق خود را که از قرارداد اصلی ناشی شده اسقاط می کند و آن در جایی

امکان پذیر است که عوض قرارداد اصلی هنوز قابل اجرا باشد؛ ولی، هرگاه یکی از طرفین، تعهدات قراردادی خود را به اجرا گذاشته باشد، چنانچه ابراء به موجب یک قرارداد غیر رسمی (parol release)، خواه به صورت کتبی یا شفاهی، انجام گرفته باشد، توافق مزبور عقدی غیر معوض (undecontract) است که مؤثر و نافذ نخواهد بود؛ مگر این که، بستانکار عوض با ارزشی را در برابر صرف نظر کردن از حق خویش

دریافت کرده باشد. شکل ابراء ذمه در این فرض به تراضی و ایفای تعهد (accordandsatisfaction) معروف است (accord)) تحصیل ابراء از یک تعهد است به وسیله هر عوض با ارزش خواه تعهد موضوع ابراء ناشی از قرارداد باشد، یا شبه جرم. (۳۵) چنانچه به عنوان مثال، فروشنده‌ای بابت کالاهایی که به خریدار تحویل داده است، مبلغ ۵۰ پوند طلبکار شده باشد، تعهد خریدار به پرداخت نقدی ۴۵ پوند در ازای ابراء ذمه او، یک تراضی و ایفاء تعهد مطلوب و مناسب به حساب نمی‌آید؛ زیرا، خریدار نسبت به پرداخت ۵ پوند باقی مانده بریء الذمه شده است، در حالی که در مقابل آن نه چیزی داده و نه تعهدی را بر عهده گرفته است.

امروزه، این موضوع به عنوان یک قاعده کلی مطرح است که چنانچه طلبکار چیزی متفاوت از آنچه را که استحقاق دریافت آن را داشته است بپذیرد، این امر می‌تواند موجب برائت ذمه بدهکار از تعهدش باشد. برای مثال: آقای A موافقت می‌کند که باغ آقای B را در ازای ۱۰ پوند بیل بزند و این کار را مطابق با قرارداد انجام می‌دهد؛ (در این زمان) طرفین می‌توانند قرارداد نخست را کنار بگذارند و قراردادی دیگر جانشین آن کنند که در آن آقای B موافقت می‌کند در عوض ۱۰ پوند، یک دو چرخه برای آقای A تهیه کند. اگر آقای A این امر را بپذیرد، آنچه اتفاق افتاده نمونه‌ای از تراضی و ایفای تعهد خواهد

بود که در آن واژه تراضی (accord) بیانگر توافق است و واژه ایفای تعهد (satisfaction)، عوض جدید (دوچرخه) را بیان می کند.

هر چند به نظر می رسد که (accord and satisfaction) در حقوق ما، نوعی تبدیل

تعهد به اعتبار تغییر دین است؛ ولی، در حقوق انگلیس نباید آن را با (novation) که به

معنی تبدیل تعهد در حقوق آن کشور است، اشتباه کرد. (Novation) عبارت است از

ایجاد قراردادی جدید بین طرفین که به موجب آن (A) یعنی شخصی که حقوقی را به

موجب قراردادی به دست آورده (برای مثال بستانکار) بنا به درخواست (B) یعنی فردی

که متعهد است (برای مثال بدهکار) موافقت می کند که (c) مسؤلیت (B) را به عهده

گرفته یا تقبل کند. (۳۶) بنابراین، (Novation) در حقوق انگلیس معنایی مضیق تر از

تبدیل تعهد در حقوق ایران پیدا می کند.

بعضی از مؤلفان (۳۷) بر آنند که می توان بر مدیون ضمن ابراء، شرط عوض کرد و از این

نظر ابراء احتیاج به قبول پیدا می نماید و ابراء، حقیقت حقوقی خود را از دست نمی دهد.

شرط عوض خلاف مقتضای ابراء نیست؛ زیرا، ابراء اسقاط حق است و با شرط عوض نیز

اسقاط حق محقق می شود.

گفته بالا قابل ایراد به نظر می‌رسد زیرا، همان‌طور که در گذشته تحلیل شد، درج هرگونه شرطی ضمن ایقاع (و از جمله شرط عوض) با ماهیت ایقاع که عمل حقوقی یک طرفه است منافات دارد.

واقعیت این است که در ابراء همراه با شرط عوض، ابراء به طور غیر مشروط تحقق یافته و شرط عوض با قبول آن عقدی مستقل است که در کنار ابراء قرار می‌گیرد.

### ۳. شرایط ابراء

برای این که یک ابراء به طور صحیح محقق گردد، باید دارای شرایطی باشد که این شرایط را در سه قسمت، شرایط ابراء کننده، شرایط ابراء شونده و شرایط موضوع ابراء مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۳.۱. شرایط ابراء کننده

این شرایط عبارت است از اختیار قانونی، اهلیت، قصد و رضا

##### ۳.۱.۱. اختیار قانونی

ابراء می‌بایست به وسیله طلبکار یا نماینده و یا مأذون از جانب او محقق شود و ابراء فضولی باطل است؛ مقصود از ابراء فضولی این است که شخصی که نه داین است و نه نمایندگی یا اذن از طرف او دارد، ذمه مدیون او را ابراء نماید.

مسأله قابل طرح این است که آیا می توان ابراء فضولی را مانند عقد فضولی غیر نافذ دانست تا با تنفیذ طلبکار، نافذ و مؤثر گردد یا این که ابراء فضولی اساساً عملی باطل و فاقد اثر است؟ از فقیهان امامیه، برخی (۳۸) به بطلان آن حکم کرده و بر آن ادعای اجماع نموده اند. برخی دیگر (۳۹) انعقاد چنین اجماعی را در ایقاعات (به استثنای طلاق) انکار کرده و بر آنند که احکام راجع به معاملات فضولی به ایقاعات نیز قابل تسری بوده و ایقاع فضولی نیز همانند عقد فضولی غیر نافذ بوده و با تنفیذ بستانکار می تواند نافذ گردد.

در حقوق مدنی ایران، قانونگذار درباره اجرای قواعد فضولی در ایقاعات حکمی ندارد؛ (۴۰) مؤلفان نیز در این باره هم عقیده نیستند؛ بعضی، (۴۱) احکام فضولی را ویژه عقود ندانسته و آن را در ایقاعات نیز قابل اجرا می دانند؛ مگر آنکه، با طبیعت عمل حقوقی یا حکم ویژه ای مخالفت داشته باشد؛ که در این موارد، ایقاع فضولی باطل است. با توجه به مراتب فوق، بر این باورند که ابراء فضولی، باطل و کان لم یکن نیست؛ بلکه، عملی است غیر نافذ که نفوذ و اعتبار آن منوط به رضای طلبکار است؛ ولی، به نظر می رسد همان طور که برخی از استادان حقوق مدنی (۴۲) نیز گفته اند، به عنوان یک قاعده کلی، برای تحقق هر عمل حقوقی، رضا به عنوان یک شرط ضروری می باشد. بدیهی است پذیرش این وضعیت، بطلان ایقاع فضولی از جمله ابراء فضولی و عدم تأثیر رضایت بعدی است. از طرف دیگر حکم به عدم نفوذ معاملات فضولی، مستند به دلایلی است که قابل تسری به ایقاعات نمی باشد.

### ۳.۱.۲. اهلیت

با توجه به این که در ابراء، بستانکار در مال خود به نحو تبرع تصرف می نماید، ابراء کننده باید به سن رشد رسیده و محجور نباشد. بر این اساس، ابراء مجنون و صغیر غیر ممیز به دلیل فقدان قصد و ابراء سفیه و صغیر ممیز به جهت ممنوعیتی که آنها از دخالت در اموال و حقوق مالی خود دارند، باطل و کان لم یکن است.

قانون مدنی در ماده ۲۹۰ به این مطلب اشاره داشته چنین مقرر می دارد: «ابراء وقتی موجب سقوط قصد می شود که متعهد له برای ابراء اهلیت داشته باشد».

نمایندگان قانونی محجور (ولی قهری وصی و قیم) نیز نمی توانند دین شخصی را که به محجور مدیون است ابراء نمایند؛ زیرا، آنها نسبت به مال محجور ولایت تبرع ندارند. ابراء، اسقاط مجانی دین به زیان طلبکار است که نمی توان آن را لازمه اداره دارایی محجور دانست؛ بلکه، مدعی العموم یا دادگاه نیز نمی تواند چنین اذنی را به آنها بدهد.

### ۳.۱.۳. قصد و رضا

برای تحقق هر عمل حقوقی خواه عقد باشد یا ایقاع، وجود قصد انشاء ضروری می باشد. ابراء نیز از این قاعده مستثنی نیست. بنابر این چنانچه ابراء کننده در حال مستی، شوخی،



بیهوشی یا خواب، ذمه مدیون خود را ابراء کند، ابراء اعتباری نخواهد داشت. علاوه بر قصد، رضای ابراء کننده نیز برای تحقق ابراء لازم است.

درباره بطلان ابرائی که از روی اکراه واقع می شود، فقیهان امامیه اتفاق نظر ندارند؛ در

حالی که، مشهور بر بطلان آن حکم کرده اند. بعضی (۴۳) معتقدند که ابراء اکراهی همانند

عقد اکراهی، غیر نافذ بوده و با تنفیذ ابراء کننده بعد از زوال اکراه نافذ می گردد. در

حقوق ایران به نظر می رسد که در حکم ابراء مکره باید به مشهور پیوست و آن را باطل

دانست. حکم عدم نفوذ به علت فقدان رضا حکمی استثنایی است که صرفاً برای عقود

مقرر شده است و نمی توان آن را به ایقاعات، از جمله ابراء تسری داد. از طرف دیگر، لحن

ماده ۲۸۹ ق.م نیز به گونه ای است که احتمال بطلان ابراء مکره را تقویت می نماید؛ زیرا،

همان طور که پیش از این گذشت، قانونگذار با آوردن شرط «اختیار» در تعریف اکراه،

نشان داده است که ابراء اکراهی اثری ندارد. (۴۴)

### ۳.۲. شرایط ابراء شونده (مدیون)

بعضی از فقیهان اسلامی عقیده دارند که در ابراء، مدیون باید معلوم و معین باشد. بنابر این

چنانچه بستانکار بگوید: هر کس به من دینی دارد او را ابراء کردم؛ یا این که، کسی ذمه

یکی از دو بدهکار خود را ابراء کند؛ ابراء در هر دو فرض باطل است. مطابق با نظر فوق،

در موردی که مدیون ها محصور و معلوم باشند، مثل اینکه داین بگوید: من بدهکاران خود

را که در این مجلس حضور دارند، ابراء کردم؛ چنین ابرایی صحیح است. در مورد ابراء ذمه یکی از دو مدیون نیز بعضی از فقیهان حنبلی (۴۵) معتقدند، چنین ابرایی صحیح بوده و ابراء کننده باید یکی از آن دو را تعیین کند. به نظر می‌رسد که بطلان ابراء مدیون مجهول بنابر نظریه‌ای قابل قبول است که ابراء را تملیک می‌شمارد و حکم به بطلان ابراء، طبق نظری که آن را اسقاط می‌داند وجهی ندارد؛ بنابر این، طلبکار می‌تواند بدون آنکه بدهکاران خود را بشناسد ذمه همه آنها را ابراء نماید.

### ۳.۳. شرایط موضوع ابراء

همان طور که پیش از این گفته شد ابراء، اسقاط است و آنچه قابل اسقاط است، دین است که در ذمه مدیون قرار می‌گیرد. از آنجا که اعیان معین، به اقتضای طبیعتی که دارند نمی‌توانند در ذمه ثابت شوند؛ بنابر این، اسقاط آنها امکان پذیر نیست. درست به همین دلیل است که در همه مذاهب اسلامی، ابراء از عین معین باطل است. بر این اساس است که به فرض اگر شخصی، کتابی را غصب کند، ابراء از آن صحیح نیست. (۴۶)

دینی که موضوع ابراء واقع می‌شود باید دارای دو شرط باشد: نخست این که موجود باشد و دوم آنکه آزاد باشد.

۳.۳.۱. موجود باشد

فقیهان اسلامی در مورد نادرستی ابراء دینی که هنوز به وجود نیامده است اتفاق نظر دارند و ابراء مالیم يجب را باطل می‌دانند. دلیل بطلان این است که اگر ابراء به مفهوم اسقاط باشد، اسقاط فرع بر وجود حق است و حقی که هنوز به وجود نیامده است قابل اسقاط

نیست. در مورد ابرایی که فقط سبب آن موجود شده؛ ولی، خود دین هنوز ثابت نشده است اختلاف عقیده است. در فقه امامیه معدودی از فقیهان (۴۷) صرف وجود سبب دین را برای ابراء، کافی دانسته‌اند؛ ولی، در حقوق عامه، به استثنای مالکی‌ها که در حکم مسأله اختلاف نظر دارند، سایر فقیهان، معتقدند که وجود سبب دین به تنهایی برای ابراء کافی نیست. (۴۸) مطابق با نظریه اخیر زوجه نمی‌تواند ذمه زوج را نسبت به نفقه ایام آینده ابراء

کند. استدلالی که در این باره شده است این است که ابراء، اسقاط است و دینی که در آینده به وجود می‌آید، در حال حاضر بالطبع ساقط است؛ بنابراین، قابل اسقاط نیست.

در فقه اسلامی به جز فقیهان شافعی و ناصر از فقیهان زیدی، علم داین را به مقدار دین از شرایط صحت ابراء ندانسته‌اند. (۴۹) شایان ذکر است که فقیهان شافعی و معدودی از

زیدی‌ها جهل به مقدار دین را فقط در صورتی موجب بطلان ابراء نمی‌دانند که طلبکار به هنگام ابراء، حداکثر دین مشمول ابراء را تعیین کند؛ مثلاً، بگوید تا یک صد هزار تومان دین مدیون را ابراء کردم. در این فرض، چنانچه مقدار دین بیشتر از مبلغ تعیین شده در

زمان ابراء باشد، ذمه مدیون، به نسبت مازاد، همچنان مشغول باقی خواهد ماند. (۵۰)

دین موضوع ابراء باید آزاد باشد؛ یعنی، حق ثالث به آن تعلق نگرفته باشد. دلیل این امر آن است که ابراء، تصرف بلاعوض و تبرعی در اموال است و چون طلب موضوع ابراء متعلق حق بستانکاران قرار گرفته است؛ بنابر این، ابراء، بدون رضایت اشخاص مزبور نافذ نخواهد بود.

#### ۴. وسایل اثبات ابراء

هر ایقاعی زاییده اراده واحد است و اراده دیگری در آن تأثیری ندارد؛ بدین جهت، کاشف خارجی در تحقق آن تأثیری ندارد. کاشف در ایقاعات جنبه اثباتی دارد و اراده

موقع برای ایجاد آن کافی است. با توجه به مراتب فوق، هر چند ابراء در مقام ثبوت و

تحقق نیازمند کاشف نیست؛ ولی، در مقام اثبات، نیازمند دلیل است. (۵۱)

ابراء به هر لفظ یا عملی که عرفاً بر صرف نظر نمودن طلبکار از دین خود داشته باشد

اثبات می‌گردد. (۵۲)

بنا به نظر بعضی از استادان حقوق مدنی، (۵۳) تصرف سند طلب به وسیله مدیون، اماره‌ای

قضایی است که می‌تواند حاکی از ابراء دین باشد؛ زیرا، سندی که می‌تواند دلیل اثبات

دعوی در دادگاه قرار گیرد، از طرف داین به مدیون رد نمی‌شود؛ مگر آن که، دین

مذکور در آن ساقط شده باشد. به صرف احتمال این که ممکن است داین به اعتماد

مدیون، سند را به او رد نموده باشد، از اماره مزبور نمی‌توان صرف نظر کرد؛ مگر در

صورتی که، داین ثابت کند که سند را از او به سرقت برده‌اند و یا به اعمال زور اخذ شده و یا در دادن سند به مدیون منظور خاصی بوده و قصد ابراء نداشته است. از مطلب بالا باید این نتیجه گرفته شود که تسلیم اختیاری سند طلب به بدهکار، نشانه سقوط دین و براءة بدهکار و بی اعتباری سند است؛ ولی، از آنجا که سقوط طلب ممکن است در نتیجه وفای به عهد یا ابراء باشد و همین امر ممکن است موجب اختلاف بین طرفین شود؛ لذا، در این فرض، دادگاه می‌تواند با توجه به ارضاع و احوال و قراین تصمیم بگیرد که آنچه رخ داده است ابراء است یا وفای به عهد. (۵۴)

در حقوق انگلیس، برای تحقق ابراء و صرف نظر نمودن از یک تعهد، الفاظ مخصوصی ضرورت ندارد؛ بنابراین، هر لفظی که به وضوح بر اراده طلبکار نسبت به انصراف از دین و قبول آن از جانب بدهکار دلالت نماید کافی خواهد بود. (۵۵)

## ۵. آثار ابراء

همین که ابراء به طور معتبر تحقق یافت، آثار و نتایجی بر آن بار می‌شود که می‌توان آن را در سه مورد زیر مورد مطالعه قرار داد. سقوط دین، زوال تضمینات سابق و برگشت ناپذیری.

### ۵.۱. سقوط دین

ابراء، یکی از اسباب سقوط تعهد است؛ پس، هرگاه داین، مدیون را از دینی که به ذمه دارد بریء کند، این دین به سبب ابراء ساقط و مدیون بریء الذمه می شود.

## ۵.۲. زوال تضمینات سابق

با سقوط دین، تضمینات آن نیز به صورت قهری و بدون آن که به هنگام ابراء، موضوع انشاء طلبکار قرار گرفته باشد از بین می رود. بر این اساس، هرگاه طلبکار ذمه مدیون را ابراء کند، وثیقه طلب نیز از بین می رود؛ خواه وثیقه ملک مدیون باشد یا دیگری و خواه سبب وثیقه عقد رهن باشد یا قرار دادگاه. (۵۶) مستفاد از ماده ۳۲۱ ق. م این است که اگر

طلبکار یکی از کسانی را که در مورد پرداخت طلب، مسؤولیت تضامنی دارند، ابراء کند، دیگران نیز خود به خود بریء می شوند؛ زیرا، فرض این است که هر یک از مسؤولان در عین حال که خود، مدیون یا مسؤول است ضامن دیگر مسؤولان نیز می باشد و براءت مدیون باعث سقوط ذمه ضامنان او می گردد. از طرف دیگر، در تضامن فرض این است که یک تعهد بر ذمه چند تن قرار می گیرد؛ پس، اگر آن تعهد مشترک ساقط شود، دین از

دوش همه برداشته می شود. شایان ذکر است که سقوط دین ضامنان در صورتی است که مقصود طلبکار ابراء یکی از آنان از اصل دین باشد؛ بنابر این، اگر طلبکار تنها حق رجوع (اقامه دعوی) خود را نسبت به یکی از آنان ساقط کند، این اقدام موجب براءت ذمه دیگران نمی شود. (۵۷) هم چنین طلبکار می تواند ابراء را مقید به سهم یکی از مسؤولان کند و حق خود را نسبت به دیگران، محفوظ دارد. برابر ماده ۳۲۲ ق. م: «ابراء ذمه یکی از

غاصبین نسبت به منافع زمان تصرف او، موجب ابراء ذمه دیگران از حصه آنها نخواهد

بود....»

### ۵.۳. برگشت ناپذیری ابراء

بر خلاف هبه که در آن برای واهب به جز در موارد خاص امکان رجوع وجود دارد، در

ابراء، طلبکار نمی تواند دینی را که در نتیجه ابراء از بین رفته است بار دیگر به ذمه مدیون

بازگرداند. به بیان دیگر، دین ساقط شده به امر معدومی می ماند که قابل اعاده نیست. حکم

فوق در فقه اسلامی مورد اتفاق است و در این مورد مخالفی دیده نشده است. (۵۸) مدیون

نیز نمی تواند بعد از براءت ذمه خود، ابراء را رد کند. در این حکم تفاوتی بین این که ابراء

ایقاع باشد یا عقد نیست. (۵۹)

## پی نوشتها

۱. بریء بیره بروءاً، براءاً و براءةً من العیب او الدین: تخلص و سلم منه.
۲. ر.ک: لوییس معلوف: المنجد فی اللغة، دارالمشرق، بیروت، چاپ ۳۵، ص ۳۱.  
۲. la remise de dette consiste dans l'abandon volontair de ses  
driots par le creancier.
۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع)، انتشارات یلدا، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰ ش، ش ۲۱۰.
۴. (استاد) مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ دوم، ۱۳۷۰ ش، ش ۷۵.
۵. در فقه امامیه ر. ک: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، داراحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م، ج ۲۸، ص ۱۶۳، و در فقه حنفی ر. ک: زین الدین ابن نجیم الحنفی، البحر الرائق، دارالکتاب الاسلامی، چاپ دوم، جلد ۷، ۲۸۴؛ محمد امین بن عمر (ابن عابدین)، رد المختار علی الدر المختار، داراحیاء التراث العربی، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۷ ق، ۱۹۸۷ م، ج ۴، ص ۵۲۱؛ و در فقه حنبلی ر. ک: ابواسحق برهان الدین ابراهیم بن محمد مفلح مورخ حنبلی، المبدع فی شرح المقنع، المکتب الاسلامی، ج ۵، ص ۳۶۵؛ و



هبة زحیلی: الفقه الحنبلی المیسرة، دارالقلم، دمشق، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق؛ ۱۹۹۷ م، ج ۳،

ص ۳۵۱. و در فقه شافعی ر. ک: شمس الدین محمد بن ابی العباس رملی (شافعی صغیر)،

نهایة المحتاج بشرح المنهاج، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۴ ق، ۱۹۸۴ م، ج ۵، ص ۴۱۳؛ شروانی

و ابن قاسم عبادی، حواشی علی تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دارالکتب العلمیه، بیروت،

چاپ اول، ۱۴۱۶ ق، ۱۹۹۶ م، ج ۸، ص ۱۸۹.

۶. ر. ک: ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسی (معروف به شیخ الطائفة)، المبسوط، المكتبة

المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ج ۳، ص ۳۱۴.

۷. ر. ک: ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس الحلی، السرائر، مؤسسه النشر

الاسلامی، ۱۴۱۷ ق، ج ۳، ص ۱۷۶.

۸. ر. ک: موسوعة الفقه الاسلامی، المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه، قاهره، چاپ اول،

۱۴۱۰ ق، ۱۹۹۰ م، ج ۱، ص ۱۸۲؛ شمس الدین شیخ محمد عرفه دسوقی، حاشیة الدسوقی

علی الشرح الکبیر، دارالفکر، ج ۴، ص ۹۹ «اختلف فی الابراء فقیل انه نقل للملک فیکون

من قبیل الهبة وهو الراجح...».

۹. ر. ک: به استدلال شیخ طوسی در مبسوط «لان فی ابرائه اياه من الحق الذی له علیه منه

علیه ولا یجبر علی قبول المنه» شیخ طوسی، همان منبع، ج ۳، ص ۳۱۴. و نظیر این استدلال

را در عبارات ابن زهره و ابن ادريس می توان یافت.

۱۰. شهید ثانی در رد استدلال شیخ طوسی و دیگران چنین نوشته است: «.. فلان اسقاط

الانسان حقه باختیاره من غیر ابتداء من علیه الحق لاتظهر فيه منه یتقل تحملها علی من علیه

الحق عرفا...» زین الدین جبعی عاملی (شهید ثانی)، مسالك الافهام، مؤسسۀ المعارف

الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۱۶ ق، ج ۶، ص ۱۵ و ۱۶.

۱۱. law of contract, Cheshire, Fifoot and furmston\'s,

butterworths,London, Dublin,Edinburgh,20th edition, 1991,

p:s65; law made simple,padfield, C.F,7th edition, 1989,p:167

۱۲. ر.ک: جواد واحدی، ترجمه قانون تعهدات سویس، نشر میزان، نشر دادگستر، تهران،

چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۴۳.

۱۳. ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دارالنهضة

العربیة، قاهره، ج ۳، ص ۹۶۵.

۱۴. علی بن الحسین الکرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد، مؤسسۀ آل البیت، چاپ اول،

ج ۷، ص ۱۳۷ و ۱۳۸: «و هبة ما فی الذمه ممن علیه ابراء لا یشرط فیہ القبول»؛ سید احمد

خوانساری، جامع المدارک، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۸۹ ق، ج ۴، ص ۳۹.

۱۵. صاحب جواهر با وجود این که ابراء و هبه طلب را در نتیجه که همانا سقوط طلب است یکی می داند؛ ولی، با این حال ابراء را اسقاط؛ ولی، هبه طلب را از اسباب تملیک نظیر بیع و... دانسته است.

شیخ محمد حسن نجفی، همان منبع، ص ۱۶۵. بدیهی است با توجه به تمایز فوق در تحقق هبه طلب قبولی مدیون معتبر است.

۱۶. ر.ک: محمد جعفری لنگرودی، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، بنیاد راستاد، چاپ اول، ۱۳۵۷ ش، ج ۱، ص ۴.

۱۷. ر.ک: (استاد) مهدی شهیدی، همان منبع، ش ۷۶؛ ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۲۱۷.

۱۸. ر.ک: شیخ مرتضی انصاری، المكاسب، مؤسسه دارالکتاب للطباعة والنشر، ۱۴۱۲ ق، ج ۱۵، ص ۱۰۱.

۱۹. ر.ک: شیخ طوسی، همان منبع، ج ۲، ص ۸۱.

۲۰. ر.ک: ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی) شرایع الاسلام، منشورات الاعلمی، تهران، ج ۲، ص ۲۳.

۲۱. ر.ک: شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب (تقریرات میرزا محمد حسین نایینی)،

مطبعة مرتضویه، نجف اشرف، ۱۳۵۸ ه. ق، ج ۲، ص ۵۵ و ۵۶.

۲۲. ر.ک: سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الكرامة، دار التراث، بیروت، چاپ اول،

۱۴۱۸ ق، ۱۹۹۸ م، ج ۳، ص ۱۷۷. و در حقوق ایران ر.ک: (استاد) مهدی شهیدی، همان

منبع، ش ۸۸.

۲۳. ر.ک: محمد علی توحیدی، مصباح الفقاهة (تقریرات آیت الله خویی)، دارالهادی،

بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق - ۱۹۹۲ م، ج ۶، ص ۲۱۷ و ۲۱۸.

۲۴. سید محمد فشارکی، الرسائل الفشارکیه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳

ق، ص ۵۳۴.

۲۵. برای آگاهی از دلایل عدم جریان خیار در ایقاعات و نقد آنها ر.ک: سید محمد تقی

خویی، الشروط، مؤسسه المنار، قم، چاپ سوم، ح ۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۱۰۵ - ۱۳۵.

لازم به ذکر است که برخی از فقیهان بعد از مناقشه در دلایل مزبور جریان خیار شرط در

ایقاعات را مطابق با مقتضای قواعد دانسته و مانع عمده را اجماع می دانند ر.ک: سید

محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب المکاسب، دارالمصطفی لاحیاء التراث، قم،

چاپ اول، ۱۴۲۳ ق - ۲۰۰۲ م، ج ۲، ص ۴۹۸ - ۴۹۹. ولی برخی، اجماع مزبور را مدرکی

دانسته و معتقدند که خیار شرط در ایقاعات راه دارد. ر.ک: سید محمد صادق روحانی،

منهاج الفقاهه، سپهر، قم، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ق، ۱۳۷۶ ش، ج ۴، ص ۳۸۶ - ۳۸۹.

«فتحصل ان الاظهر صحة شرط الخيار في الايقاع الا ما خرج بالدليل».

۲۶. ر.ك: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج ۶، ص ۴۳۸۰.

۲۷. ر.ك: (استاد) مهدي شهيدى، همان منبع، ش ۷۵ و ۸۸.

۲۸. ر.ك: وهبة الزحيلي؛ همان منبع، ص ۴۳۸۰؛ زين الدين ابن نجيم الحنفى، البحر الرائق،

ج ۷، ص ۲۸۴ با اين عبارت: «ولو ابراه على انه بالخيار ثلثة ايام صح البراء و بطل الخيار

كذا فى الخلاصه و آنها لا تبطل بالشروط الفاسده»؛ محمد امين بن عمر (ابن عابدين)،

همان منبع، ج ۴، ص ۵۰۹.

۲۹. ر.ك: ناصر كاتوزيان؛ همان منبع، ش ۲۴۱.

۳۰. ر.ك: (استاد) مهدي شهيدى، همان منبع، ش ۸۸.

۳۱. Chitty, op. cit, p:1147.

۳۲. ر.ك: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، دارالفكر، دمشق، چاپ چهارم، ج ۶، ص

۴۳۹۱.

۳۳. ر.ك: محمد جعفر جعفرى لنگرودى، مجموعه محشای قانون مدنى، انتشارات گنج

دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹ ش، ص ۲۳۶.

۳۴. ر.ک: سید حسن امامی، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ ششم، ۱۳۶۶،

ج ۱، ص ۳۳۴.

۳۵. Cheshire, Fifoot and Furmston's, op. cit, p.p:565-566;

padfield, C.F, op.cit, p.p:167-168

no- yttihC ;194:P,8991 ,noitide ht72 ,drofxO,CQ,NOSTAEB .J

,tcartnoc fo wal s,nosnA lov,9991 noitide 82 ,nodnoL,llewxam

dna teews ,elaeB .G.H ;rotidE lareneG ,stcartnoc 8411-

6411:pp,1

Treitel, G.H.,the law of contract, sweet & Maxwell, London, ۳۶

9th edition,1995,p.p:590-591,677-618 Chitty, op.cit,

p.p:1066,1154,1155

۳۷. ر.ک: سید حسن امامی، همان منبع، ص ۳۳۳ و ۳۳۴ و در استدلالی مشابه ر.ک:

(استاد) سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، انتشارات سمت، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶

ش، بخش مدنی ۲، ص ۲۳۵.

۳۸. ر.ک: شیخ مرتضی انصاری، همان منبع، ج ۸، ص ۱۵۳.

۳۹. ر.ک: میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ

اول، ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۷۰۹ - ۷۱۲؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، همان منبع، ص

۱۰۰ با این عبارت: «وبالجملة التعويل على الاجماع في منع الجريان مشكل خصوصا في سائر الايقاعات من الاذن والاجازه والابراء والجعالة والفسخ والرد ونحو ذلك. هذا ولو قلنا بكون الفضولي على خلاف القاعده كما هو الحق فالحاق سائر العقود ايضا محل اشكال»؛

شیخ موسی خوانساری، همان منبع، ص ۲۱ با این عبارت: «و كيف كان بناء على ما سيحيى و من ان الفضولى فى البيع على مقتضى القاعده فيلحق به سائر العقود و جميع الايقاعات الا ما خرج...» و در تأیید این نظر در حقوق عامه ر.ک: وهبه زحیلی، همان منبع، ج ۶، ص ۴۳۷۴؛ موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۸۲.

۴۰. بعضی از مؤلفان حقوق مدنی ماده ۸۴۱ ق.م. را با قطع نظر از اختلاف نظری که میان حقوق دانان در خصوص دلالت آن بر بطلان وصیت فضولی وجود دارد، در صورتی یکی از مصادیق حکم قانونگذار بر بطلان ایقاع فضولی گرفته‌اند که وصیت تملیکی را ایقاع بدانیم. ر.ک: (استاد) مهدی شهیدی، همان منبع، ش ۸۹؛ ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران؛ نشر یلدا، چاپ دوم، ۱۳۶۹ ش، ش ۱۱۶ - ۱۱۸.

۴۱. ر.ک: ناصر کاتوزیان؛ ایقاع، ش ۸۶ و ۲۲۶؛ و در تأیید آن ر.ک: (استاد) سید مصطفی محقق داماد، همان منبع، ص ۲۲۸.

۴۲. ر.ک: (استاد) مهدی شهیدی؛ همان منبع، ش ۸۹؛ و در تأیید این نظر ر.ک: محمد

جعفر جعفری لنگرودی، همان منبع، ص ۴.

۴۳. ر.ک: میر عبدالفتاح الحسینی المراغی؛ همان منبع، ص ۵۲، و در تأیید نظر مشهور

امامیه بر بطلان ابراء مکره در فقه عامه ر.ک: و هبة زحیلی، همان منبع، ج ۶، ص ۴۳۷۵.

۴۴. ر.ک: (استاد) مهدی شهیدی، همان منبع، ش ۷۸؛ برای آگاهی از نظر مخالف در

حقوق ایران ر.ک: ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۲۲۲.

۴۵. ر.ک: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۸۳؛ و هبة الزحیلی؛ همان منبع، ج ۶، ص

۴۳۷۶.

۴۶. ر.ک: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، همان؛ و هبة الزحیلی؛ همان منبع، ج ۶، ص ۴۳۷۸.

۴۷. ر.ک: شیخ مرتضی انصاری، همان منبع، ج ۱۵، ص ۲۱۳.

۴۸. ر.ک: جلال الدین عبدالرحمن السیوطی، الاشباه والنظائر، دارالسلام، قاهره، چاپ

اول، ۱۴۱۸ ق؛ ۱۹۹۸ م، ج ۲، ص ۷۹۴.



۴۹. ر.ک: میرزا ابوالقاسم جیلانی (قمی)، جامع الشتات، مؤسسه کیهان، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۵ ش، ج ۴، ص ۱۷۹. وی دلیل صحت ابراء مجهول را عمومات حسن ابراء و فقدان غرر می داند.

میرزای قمی در پاسخ به استفتایی چنین می نویسد: «هرگاه طلبکار جاهل باشد و غریم عالم اگر به این نحو بگوید که ترا بریء کردم از طلب خود پس در اینجا تفصیل می دهیم و می گوئیم یا این است که غریم می داند که طلبکار طلب خود را مقدار کمی می داند؛ مثل این که، چنین اعتقاد دارد که ده تومان بیشتر طلب ندارد و اگر می دانست که صد تومان طلب دارد، همه را بریء نمی کرد. در اینجا از تمام طلب براءت حاصل نمی شود؛ بلکه، باید تابع حصول یقین به مقدار ابراء بود و هرگاه از حال او بداند که مطلقاً بری کرده طلب را هر قدر باشد در اینجا براءت از همه حاصل می شود و هرگاه حال طلبکار مجهول باشد که غریم نداند که اعتقاد او در مقدار طلب چه چیز است و حال او در رضای ابراء چونست در اینجا نیز براءت از همه حاصل می شود نظر به ظاهر لفظ که گفته است تو را بریء کردم از هر چه طلب داشتم. علامه در تذکره به جواز ابراء از مجهول تصریح کرده به سبب زوال غرر...» ر.ک: میرزا ابوالقاسم جیلانی (قمی)، همان منبع. نیز در این باره ر.ک: وهب الزحیلی، الفقه الحنبلی المیسره، ج ۳، ص ۳۵۱؛ علاء الدین ابوالحسن علی بن سلیمان المرادوی الحنبلی، الانصاف، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، ص ۱۳۰؛ منصور بن یونس بن ادريس البهوتی، کشاف القناع، عالم الکتب، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق،

۱۹۹۷۰ م، ج ۳، ص ۵۰۱؛ ابواسحق ابراهیم بن محمد شیرازی از شافعی‌ها در کتاب مهذب

در خصوص بطلان چنین ابرایی می‌نویسد: «ولا یصح البراء من دین مجهول لانه ازاله

ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجوز مع الجهالة كالبيع والهبة...» مصادر الفقه،

علی اصغر مروارید، مؤسسه الفقه الشیعه، چاپ اول ۱۴۲۲۷ ق - (۲۰۰۰م)، ج ۱۸، ص ۳۴۱.

۵۰. ر.ک: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۸۴؛ وهبه الزحیلی؛ الفقه الاسلامی وادلته، ج

۶، ص ۴۳۷۷.

۵۱. ر.ک: سید حسن امامی، همان منبع، ج ۱، ص ۱۸۴ و ۱۸۵ و در نقد آن ر.ک: ناصر

کاتوزیان، همان منبع، ش ۸۷.

۵۲. بعضی از مؤلفان حقوق مدنی با وجود اینکه در ایقاعات، کاشف خارجی را امری

زاید می‌دانند که در تحقق ابراء بی تأثیر است با این حال در مبحث ابراء این گونه اظهار

نظر کرده‌اند: «ابراء به هر لفظ و فعلی که دلالت بر صرف نظر نمودن حق نماید محقق

می‌شود». سید حسن امامی، همان منبع، ص ۳۳۵.

۵۳. همان منبع.

۵۴. ر.ک: ناصر کاتوزیان، همان منبع، ش ۲۳۸.

۵۵. Chitty, op. cit, p: 1146.

۵۶. در تأیید این مطلب در حقوق مصر ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری، همان منبع، ص

۹۷۸.

۵۷. در تأیید این مطلب در حقوق انگلیس ر.ک: Treitel, op. cit, P.P: 527-528.

۵۸. ر.ک: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۹۰. در حقوق داخلی بنا به عقیده بعضی از

استادان، طلبکار نمی تواند از ابراء، رجوع و طلب خود را درخواست کند مگر آنکه ابراء،

مشروط به شرطی شده باشد که در صورت تخلف، دائن حق رجوع خواهد داشت. ر.ک:

(استاد) مهدی شهیدی، همان منبع، ش ۸۱؛ ولی، پذیرش این نظر با توجه به ایقاع بودن

ابراء که نویسنده گرانقدر خود بدان معترفند دشوار می نماید.

۵۹. ر.ک: موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۸۱ و ۱۸۲. شایان ذکر است که در حقوق

مصر بعضی از نویسندگان معتقدند که ابراء با رد مدیون از اثر می افتد. و هرگاه به اطلاع

مدیون رسید و در محل اطلاع آن را رد نکند بعد از آن دیگر نمی تواند آن را رد نماید. اما

در صورت رد آن، ابراء از اثر می افتد و دین، ساقط شده به سبب ابراء به ذمه مدیون بر

می گردد. ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری، همان منبع، ص ۹۷۵. در فقه این قول به

فقیهان حنفی و زیدی نسبت داده شده است؛ ولی، توجیهی برای آن نمی توان یافت. ر.ک:

موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۸۲.

نویسنده : دکتر محمد باقر پارساپور