

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸
صفحات ۲۹۴-۲۷۳ (مقاله پژوهشی)

بازپژوهشی اعتبار ابرا به شرط عوض در مذاهب فقهی

محمدتقی عباسی اندواری^۱، ابراهیم عبدی پور فرد^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری، ساری، ایران

۲. دانشیار، دانشگاه قم، قم، ایران

(تاریخ ارسال: ۱۳۹۷/۲/۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۲/۱۶)

چکیده

گاه داین با شرایطی از دین خود صرف‌نظر می‌کند. این امر به لحاظ ساخت عمل حقوقی شاید آن را مشروط یا معلق کند. هر دو فرض بر مبنای نظریه ایقاع بودن و عقد بودن ابرا جای بحث و بررسی دارد. بر مبنای نظریه‌ای که ابرا را عقد می‌داند، ابرای مشروط با مشکل خاصی روبه‌رو نیست اگرچه انشای آن به گونه‌ای که معلق بر حصول شرط باشد، با دیدگاه اکثریت فقیهان که تنجیز را از شرایط انشای عمل حقوقی می‌دانند، تعارض پیدا می‌کند. بر مبنای نظریه‌ای که ابرا را ایقاع می‌داند، وجود شرط عوض در ابرا با چند ایراد روبه‌روست. برخی از این ایرادها ناظر به ساختار و طبیعت ایقاعی ابرا بوده و برخی از آنها با مقتضای ابرا و اثر اصلی آن مرتبط و برخی هم بر طبیعت شرط و مبنای الزام‌آوری آن مبتنی است. در این مقاله، با استفاده از مطالعات فقه مقارن و به روش تحلیلی به نقد و بررسی دیدگاه‌های فقهی در مذاهب مختلف اسلامی در این زمینه و ارزیابی ادله آنها می‌پردازیم تا از رهگذر این بازپژوهشی به نتایج روشن‌تر و مستدل‌تری در خصوص دیدگاه فقهی ناظر به این مسئله نائل شویم.

واژگان کلیدی

ابرا، التزام، ایقاع، شرط ابتدایی، شرط عوض.

مقدمه

رایج‌ترین تعریف ابرا در ادبیات فقهی، اسقاط دین یا حقی در ذمه یا عهده دیگری از سوی داین یا دارنده حق است. با وجود این، در خصوص چیستی و ماهیت حقوقی ابرا، هم از حیث اثر اصلی آن که آیا اسقاط حق یا دین است یا تملیک آن و هم از حیث قالب و ساختار آن که آیا عقد یا ایقاع است؟ میان فقیهان مذاهب مختلف اسلامی، اختلاف دیدگاه وجود دارد. اما آنچه مسلم است، ابرا عملی حقوقی محسوب می‌شود که نتیجه آن برائت ذمه مدیون است.

یکی از مسائل مهم ابرا که علاوه بر اهمیت نظری آن به لحاظ کاربردی نیز اهمیت فراوان دارد، «صحت و اعتبار ابرا به شرط عوض» است. این مسئله که ارتباط وثیقی با ماهیت حقوقی ابرا و شرایط و آثار آن دارد، اگرچه به‌طور پراکنده و در حاشیه بحث امکان درج خیار شرط در ایقاعات، در منابع فقهی بحث شده، اما ابعاد مختلف حقوقی آن به تفصیل بحث و بررسی نشده است. در ادبیات حقوقی فارسی هم این بحث در حد یک مسئله حقوقی مختصراً در برخی تألیفات حقوقی مطرح می‌شود و البته، مقاله‌ای تحت عنوان شرط عوض در ابرا سابقاً در مجله تحقیقات حقوقی به چاپ رسید. در مقاله پیش‌رو که به لحاظ روش‌شناسی و قلمرو بحث با مقاله یادشده متفاوت است، با استفاده از مطالعات فقه مقارن و به روش تحلیلی به نقد و بررسی دیدگاه‌های موجود و ارزیابی ادله و استدلال‌های آنها می‌پردازیم تا از رهگذر این بازپژوهشی به نتایج روشن‌تر و مستدل‌تری در خصوص دیدگاه فقهی ناظر به این مسئله نائل شویم.

مقصود از «ابرا به شرط عوض» آن است که طلبکار در اعلام اراده انشایی خود مبنی بر ابرای مدیون شرط کند که مدیون در عوض آن مالی را بدهد یا عملی را به نفع وی انجام دهد یا ندهد. البته این امر شاید به دو صورت واقع شود: حالت اول آن است که ابرا معلق بر دادن عوضی از سوی مدیون باشد و در واقع ابرا معلق بر تحقق مشروط‌علیه، به نحو تعلیق در انشا یا تعلیق در مُنشاء باشد؛ حالت دوم آن است که ابرا به نحو منجز اما مشروط به دادن مالی یا انجام دادن عملی از سوی مدیون، انشا شود.

از مصادیق ابرای به شرط عوض، رویه بانک‌ها در خصوص مطالبات معوقه است که بانک ذمه بدهکار را نسبت به خسارت تأخیر تأدیه بری می‌کند با این شرط که اصل بدهی خود را یکجا و نقداً پرداخت کند. مصداق دیگر آن است که داین بدهکار خود را ابرا کند، مشروط بر اینکه عمل خاصی را انجام دهد یا خدمت خاصی را در مدت معین به او ارائه کند. شرط عوض گاه ناظر به رفتار مشخص در یک رابطه انسانی خاص است، مثلاً ابرای ذمه زوج توسط زوجه، مشروط به حسن معاشرت زوج و پرهیز از سوءرفتار باشد. این شرط گاه شاید به صورت شرط فعل منفی حقوقی باشد. مثلاً زوجه ابرای ذمه زوج نسبت به مهریه خود را منوط و مشروط به دوام رابطه زوجیت و عدم طلاق زوجه توسط زوج کند.

در هر دو صورت ابرای مشروط و ابرای معلق، تحلیل قضیه و حکم مسئله، بر اساس دو نظریه عقد یا ایقاع بودن ابرا (که در میان فقیهان مذاهب خمس طرفدارانی دارند) متفاوت خواهد بود. بنابراین، موضوع پژوهش ما در چهار فرض امکان بحث و بررسی دارد. در این مقاله، بر اساس مبانی فقهی و حقوقی و موازین قانونی به این پرسش پاسخ خواهیم داد که آیا ابرای معلق بر شرط یا ابرای به شرط عوض، اعتبار و مشروعیت دارد؟ مبانی و دلایل هر یک از نظریات بطلان و صحت ابرا به شرط عوض چیست؟

پژوهش ما بر این فرضیه استوار است که مطابق با نظریه عقد بودن ایقاع، درج شرط عوض در ابرا یا حتی معوض بودن آن بر اساس مبانی فقهی امکان‌پذیر است و فرض تبرعی بودن ابرا بر غلبه و ظاهر یا اماره‌ای مبتنی می‌شود که خلاف آن اثبات‌شدنی است و تبرعی بودن مقتضای ذات ابرا نیست و مطابق نظریه ایقاع بودن ابرا نیز درج شرط عوض در ابرا با ساختار ایقاعی ابرا و مقتضای ذات آن منافاتی ندارد.

اعتبار شرط عوض بر مبنای نظریه عقد بودن ابرا

از دیدگاه فقیهان حنبلی، حنفی، شافعی و مشهور فقهای امامیه، ابرا عملی حقوقی است که با اراده یک‌جانبه طلبکار محقق می‌شود و اصولاً نیازمند قبول بدهکار نیست (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ج ۶: ۴۷؛ سیوطی، ۱۴۱۱: ۱۷۱؛ بهوتی، ۱۴۰۲، ج ۴: ۳۰۴؛ الجزیری، ۱۴۰۶، ج ۳:

۳۰۱؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲: ۳۱۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۰۸). این دیدگاه، علاوه بر استناد به ارتکاز عرفی و سیرهٔ متشرعه در اسقاط یک‌جانبه طلب و حق شخصی، به اطلاق برخی آیات استناد می‌کند که ابرای ذمهٔ بدهکار یا اسقاط حق را از سوی داین یا ذی‌حق مطلقاً امکان‌پذیر و نافذ دانسته و آن را مقید یا منوط به رضایت یا قبول بدهکار نکرده است.^۱ علاوه بر آن، نظریهٔ ایقاع بودن ابرا مبتنی بر این پیش‌فرض است که ابرا اسقاط محض است و در تحلیل حقوقی نیاز به قبول طرف دیگر ندارد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸: ۱۶۵).

با وجود این، اکثریت فقیهان مالکی و زیدی با ترجیح جنبهٔ تملیکی ابرا، قبول مدیون را لازم می‌دانند (ابن‌مرتضی، بی‌تا، ج ۴: ۲۹۹؛ الجزیری، ج ۳: ۳۰۲). برخی از فقیهان امامیه ابرا را عقد و قبول مدیون را شرط تحقق آن می‌دانند. با این استدلال که حتی اگر صبغهٔ تملیکی ابرا را نادیده بگیریم، اسقاط یک‌جانبه دین از سوی داین متنی بر مدیون است که او مجبور به پذیرش آن نیست. پس اگر ابرا را ایقاع تلقی کنیم و قبول مدیون را در صحت آن لازم ندانیم، او را به پذیرش آن منت اجبار کرده‌ایم^۲ (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۱۴؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۷۶؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۳۰۱) اما از دیدگاه طرفداران نظریهٔ ایقاع بودن ابرا، اسقاط حق از سوی دارندهٔ حق، بدون رضایت من علیه‌الحق، متنی که تحمل‌ناپذیر باشد، ایجاد نمی‌کند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۱۵) با این همه، باید گفت: اسقاط دین و طلب نیز نوعی تصرف در دارایی بدهکار است و همانند هبهٔ مال در دارایی دو طرف تأثیر می‌گذارد. پس، علاوه بر ارادهٔ داین، نیازمند اراده و قبول مدیون است. مگر اینکه گفته شود که شارع چنین تصرفاتی را استثنائاً با ارادهٔ یک‌جانبهٔ داین مجاز دانسته شده است.

به‌هر حال، بر اساس دیدگاه فقیهانی که ابرا را عقد یا قبول مدیون را در آن شرط می‌دانند، چنانچه ابرا متضمن شرط عوض باشد، اشکالی بر آن وارد نیست، چون صحت ابرا به قبول مدیون منوط است و بر اساس قاعدهٔ «المومنون عند شروطهم» شرط ضمن

۱. همانند آیات ۲۳۷ و ۲۸۰ سورهٔ مبارکهٔ بقره.

۲. فَلَا يَصِحُّ حَتَّى يَقْبَلَ، وَ مَا لَمْ يَقْبَلَ فَالْحَقُّ ثَابِتٌ بِحَالِهِ وَ هُوَ الَّذِي نَخْتَارُهُ وَ نَقُولُ بِهِ، لِأَنَّ فِي إِبْرَائِهِ مِنَ الْحَقِّ الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ مَنَّةٌ عَلَيْهِ وَ غَضَاضُهُ، وَ لَا يَجِبُ عَلَيَّ قَبُولُ الْمَنَّةِ وَ تَحْمَلُ الْغَضَاضَةَ (ابن‌ادریس، همان).

عقدی که مورد قبول طرف مقابل واقع می‌شود، معتبر و لازم‌الوفاست. از این‌رو، فقیهان زیدی تقیید ابرا به شرط عوض را همانند اینکه داین بگوید تو را بری می‌کنم به شرط آنکه فلان مال را به من ببخشی، صحیح و نافذ می‌دانند (ابن مرتضی، بی‌تا، ج ۴: ۲۹۹).

اما در صورتی که ابرا معلق بر وقوع شرط و پرداخت عوضی باشد، صحت و اعتبار آن به پذیرش اعتبار عقد معلق منوط است. در حقوق موضوعه ایران، برخی مفسران قانون مدنی، به استناد ظاهر ماده ۱۸۴، عقد معلق را معتبر می‌دانند. اما در حقوق اسلامی، اکثریت فقیهان منجز بودن ایجاب را در زمره شرایط صحت و اعتبار عقد دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۳۰، ج ۳: ۱۷۴ - ۱۶۲).

اعتبار ابرا به شرط عوض بر مبنای نظریه ایقاع بودن آن

اکثریت فقیهان مذاهب اسلامی، جز در مواردی که ابرا در قالب عقد صلح یا هبه واقع می‌شود، ابرا را ایقاع می‌دانند. در فرض ایقاع بودن ابرا، وجود شرط عوض در ابرا با چند ایراد روبه‌روست. برخی از این ایرادها بر اساس ساختار و طبیعت ایقاعی ابرا مطرح شده‌اند و برخی از آنها مرتبط با مقتضای ابرا و اثر اصلی آن و برخی هم بر طبیعت شرط مبتنی است که ذیلاً در ارزیابی ادله مخالفان شرط عوض در ابرا، آنها را بررسی خواهیم کرد.

نظریه عدم مشروعیت شرط عوض در ابرا و ادله آن

در خصوص این نظریه دلایل و استدلال‌هایی بیان شده است که به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم: **دلیل اول: اجماع.** بسیاری از فقیهان امامیه نه تنها شرط عوض ابرا، بلکه اندراج هرگونه شرطی را در ضمن ایقاعات معتبر نمی‌دانند و در این زمینه، ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۳۰، ج ۵: ۱۴۸). اما ملاحظه عبارات فقیهان این ادعا را ثابت نمی‌کند، زیرا برخی از اعظام فقها، همانند شهیدین و صاحب ریاض، متعرض این مسئله یعنی عدم صحت شرط در ضمن ایقاع نشده‌اند و بسیاری از فقیهانی که متعرض مسئله شده‌اند، اتفاق نظر فقها را به عدم صحت شرط خیار در طلاق و عتق و ابرا اختصاص داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۶۸). پس علاوه بر آنکه مورد اجماع اخص از ادعاست، چنین اجماعی معتبر و کاشف از قول شارع نیست، زیرا اجماع مدرکی است و شاید دلیل اتفاق نظر

ادعایی، برخی استدلال‌های مطروحه در این مورد باشد. علاوه بر آن، عده‌ای از فقیهان به جریان شرط در ایقاعات تصریح کرده‌اند. اگر چه، در زمینه حدود و قلمرو آن اختلاف نظر دارند و برخی همانند محقق اصفهانی و سید یزدی، امکان اشتراط شرط در ایقاعات را شامل شرط خیار هم می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۱۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۳۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷: ۱۲۱ - ۱۲۰). بنابراین، در خصوص امکان یا عدم امکان شرط عوض در ابرا، نمی‌توان به دلیل ایقاع تمسک جست؛

دلیل دوم: دوجانبه بودن شرط و تنافی آن با طبیعت یکجانبه ایقاع. به اعتقاد برخی فقیهان، شرط رابطه حقوقی است که میان دو شخص ایجاد می‌شود و نیازمند توافق دو طرف است. در حالی که ابرا برحسب طبیعت ایقاعی خود توسط شخص داین واقع می‌شود. به عبارت دیگر، در ایقاعاتی مانند ابرا، در صورتی که موقع در ضمن ایقاع خود شرطی را درج کند، مادام که مورد قبول مشروط‌علیه قرار نگیرد، شرط محسوب نمی‌شود تا در عموم «المؤمنون عند شروطهم» قرار گیرد و پابندی به آن لازم باشد و در صورتی که قبول شرط را لازم بدانیم که این‌گونه است، عمل حقوقی مزبور از عنوان ایقاع بودن خارج و عقد محسوب می‌شود یا اینکه شرط معاهده مستقلی است که به ایقاع ربطی ندارد. بنابراین، اصولاً، مورد انشا در ایقاعات قابلیت مشروط شدن به شرط را ندارد (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۵۶۹؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۳: ۶۴).

شیخ انصاری و برخی شارحان مکاسب، در مورد این استدلال مناقشه می‌کنند و می‌فرمایند: اگرچه مستفاد از اخبار و روایات این است که شرط قائم به دو شخص یعنی مشروط‌له و مشروط‌علیه است، اما این امر بدان معنا نیست که وقوع شرط متوقف بر ایجاب و قبول است. پس، حداکثر می‌توان گفت، عنوان «شرط» بر «التزام و جعل تعهد از جانب یک شخص» صدق نمی‌کند، مادامی که از جانب طرف دیگر پذیرفته نشده است. مؤید این مطلب آنکه فقیهان با تمسک به عموم المؤمنون عند شروطهم، اشتراط خدمت در مدت معینی را در ضمن عتق و آزادی برده‌اند و جایز و نافذ دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۳۰، ج ۵: ۱۴۹؛ خویی، ۱۴۱۷، ج ۶: ۲۶۶).

محقق ایروانی در حاشیه خود بر مکاسب، در تبیین دیدگاه شیخ می‌افزاید: در خصوص اندراج شرط در ایقاع باید میان دو گزاره تمایز قائل شویم. گزاره اول، شرط محتاج جعل و قبول جعل است، اما این امر مانع از دخول شرط در ایقاعات نیست؛ گزاره دوم، اینکه ایقاع نیاز به قبول انشایی ندارد، مقتضی عدم نیاز شرط ضمن آن به قبول نیست (ایروانی، بی تا، ج ۲: ۲۶).

در نقد دیدگاه فوق می‌توان گفت: این واقعیت که شرط میان دو شخص واقع می‌شود، مستلزم آن نیست که در ایجاد و تحقق آن هم لزوماً دو اراده دخیل باشند و باید میان مرحله ایجاد و مرحله وجود شرط تمایز قائل شد و نباید این دو مرحله را خلط کرد. شرط به معنای مطلق جعل است و التزام و تعهد با اراده یک طرف هم می‌تواند جعل و ایجاد شود، لیکن پس از تحقق و در مرحله وجود، طبیعتاً دو طرف خواهد داشت (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۱: ۵۲). بنابراین، داین هنگام انشای ابرا می‌تواند شرطی هم در ضمن آن بگنجاند، لیکن پس از وقوع، شرط مزبور دو طرف (مشروط‌له و مشروط‌علیه) خواهد داشت.

البته، باید میان تحقق شرط و نفوذ آن تمایز قائل شد. در صورتی که شرط، التزامی را برای شرط‌کننده ایجاد کند، همان‌گونه که در شروط ابتدایی مشاهده می‌شود یا در ضمن ایقاع، موقع پرداخت مالی را بر نفس خود شرط کند، نفوذ شرط به لحاظ اصول و قواعد به قبول مشروط‌له منوط نیست، زیرا در این موارد، التزام یا شرط بر نفس خود است و شرط‌کننده خودش مشروط‌علیه محسوب می‌شود. پس، چنین شرطی به صرف جعل و انشا در عموم «المؤمنون عند شروطهم» قرار می‌گیرد و دلیلی بر لزوم رضایت مشروط‌له وجود ندارد. غایت امر این است که مشروط‌له می‌تواند حقی که به نفع او ایجاد شده است را رد کند. اما اگر شرط‌کننده التزام و تعهدی بر عهده شخص دیگری جعل کند، مثلاً ابراکنده به مدیون بگوید تو را ابرا می‌کنم به شرط اینکه پیراهنی را برایم بدوزی. این شرط گرچه شاید با اراده داین واقع شود، نفوذ آن به رضایت مشروط‌علیه منوط است، تا در قلمرو عمومات نفوذ شرط قرار گیرد. با این همه، وابسته بودن نفوذ شرط ضمن ایقاع به رضایت طرف مقابل، آن را از ایقاع بودن خارج نمی‌کند، زیرا رضا و قبول مشروط‌علیه در اینجا قبول عقدی نیست (سید یزدی، ۱۳۷۸: ۳۱، عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۱: ۵۲).

محقق اصفهانی نیز به این ادعا که تحقق شرط به توافق طرفین منوط است، این‌گونه پاسخ می‌دهد: اینکه در شرط لزوماً مشروط‌الیه و مشروط‌علیه وجود دارد، به معنای آن است که شرط مبدأً دو عنوان متضایف است. اما به معنای این نیست که تقوّم و تحقق شرط وابسته به دو اراده است و بر فرض که قبول یا رضایت مشروط‌علیه لازم باشد، این صرفاً قبول شرط است نه قبولی که تحقق ایقاع به آن منوط باشد تا مستلزم خُلف باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۱۸)؛

دلیل سوم مخالفان، استناد به طبیعت شرط و چگونگی التزام ناشی از آن است. با این استدلال که حقیقت شرط اناطه مُنشأ یا اثر اصلی عقد به نحوی است که شرط ضمیمه یک از عوضین شود و در ایقاعات عوضی وجود ندارد تا شرط مُنضم به آن شود. به عبارت دیگر، برای تحقق شرط و التزام ناشی از آن، لازم است که تحقق اثر اصلی به نحو یادشده، به آن منوط شود و در ایقاعات این‌گونه نیست. زیرا اگر اصل مُنشأ یا اثر اصلی ایقاع (که در بحث ما اسقاط دین است) به آن منوط شود، تعلیق لازم آید و ابرا باطل است و در صورتی که شرط غیرمرتبط با مُنشأ باشد و اثر اصلی ابرا به تحقق آن منوط نشود؛ تعهدی مستقل و شرط ابتدایی است که لازم‌الوفا نیست، زیرا در این فرض، شرط ضمن ایقاع، تعهدی مجانی و بلاعوض است که به یکی از عوضین مُنضم نشده است (میرزای نایینی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۵۵).

اما در رد این اشکال می‌توان گفت: آنچه در تحقق معنای شرط معتبر و برای صدق مفهوم شرط لازم است، این خواهد بود که الزام و التزام طرفین شرط فی‌نفسه مستقل نباشند و لازم است که به هم مرتبط باشند و موجب تقیید مُنشأ شوند. با اشتراط در ایقاع، این رابطه فراهم می‌شود، زیرا هنگامی که شرطی در ضمن ایقاع درج می‌شود و التزام طرف دیگر (با قبول شرط) به آن تعلق می‌گیرد، با توجه به وصف ارتباطی این دو، مجموع الزام و التزام به آن ایقاع مرتبط می‌شوند. گذشته از آن، این ادعا که الزام و التزام ناشی از شرط، باید ضمیمه یکی از عوضین و لزوماً ضمن عقد باشد، دلیل و شاهدهی بر آن نیست (خویی، ۱۴۱۴: ۱۱۰). به عبارت دیگر، برای نفوذ شرط، ربط شرط به مُنشأ و تحقق اناطه کفایت می‌کند؛ به‌گونه‌ای که التزام شرطی، مستقل نباشد و این وضعیت در شرط ضمن

ایقاع هم صدق می‌کند. زیرا شرط مرتبط با ایقاع است و بذاته استقلال ندارد تا به‌عنوان شرط ابتدایی تلقی شود و ایقاع نیز بیگانه و منفصل از شرط نیست. علاوه بر آن، این ادعای محقق نایینی که مطلق تعهدات بلاعوض لازم‌الوفا نیست، مستندی ندارد و مورد نقض آن تعهد ناشی از صلح بلاعوض است که در لزوم وفای به آن تردیدی نیست؛

دلیل یا استدلال چهارم مخالفان، متکی بر نظریه طرفیت در بحث شروط است. از دیدگاه برخی فقیهان همانند امام خمینی (ره) شرط، التزامی است که در ظرف عقد بیع و مانند آن قرار می‌گیرد، اما ایقاع صلاحیت طرفیت ندارد، زیرا ایقاع امر بسیطی است که «ضمن» ندارد (امام خمینی، ۱۳۸۰، ج ۴: ۳۷۴). اما بسیاری از محققان توصیف رابطه طرف و مظلوف را برای عقد و شرط رد می‌کنند و شرط را به معنای ربط و اناطه می‌دانند، به‌گونه‌ای که شرط‌کننده التزام و پایبندی خود به عمل حقوقی را منوط به تحقق شرط یا اجرای آن از سوی مشروط‌علیه کند (خویی، ۱۴۱۷، ج ۷: ۲۹۸).

علاوه بر آن، این ادعا که ایقاع صلاحیت ظرف بودن را ندارد و متضمن شرط و التزام دیگری نیست، بلا دلیل است و در ایقاعاتی همانند ابرا، شخص در اعلام اراده انشایی خود می‌تواند هرگونه قید و شرطی را اضافه کند و چنین شرطی لاجرم، شرط ضمن ایقاع محسوب می‌شود (خویی، ۱۴۱۴: ۲۹۶). علاوه بر آن، در تحقق التزام ناشی از شرط، لازم نیست که در ضمن التزامین باشد و تحقق آن در ضمن التزام ایقاعی نیز معقول و امکان‌پذیر است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱)؛

دلیل پنجم مخالفان این است که شرط عوض در ضمن ابرا، شرط ابتدایی است. از دیدگاه مشهور فقیهان امامیه که بر آن ادعای اجماع شده است، شرط ابتدایی لازم‌الوفا نیست، زیرا شرط به معنای التزام در ضمن التزام یا التزام ضمن بیع و عقود دیگر است. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: اولاً، این ادعا مستند چندانی ندارد و همان‌گونه که برخی از فقیهان تصریح کرده‌اند، شرط به معنای مطلق جعل و التزام بوده و مقتضای عموماتی همانند المؤمنون عند شروطهم، و جوب وفای به شرط به‌طور مطلق است، مگر موردی که با دلیل کافی از این اصل خارج شود (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۱۷؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۲)؛

ثانیاً، شرط ضمن ابرا و سایر ایقاعات، شرط ابتدایی یا تعهد مستقل نیست، بلکه التزام در ضمن التزام است. اگرچه گفته می‌شود که در ابرا یا ایقاع متضمّن شرط که با اراده موقع، انشا می‌شود، شرط ضمن آن، گاه نیازمند قبول مشروط‌علیه است. در این فرض، قبول مشروط‌علیه یا صرفاً نسبت به شرط ضمن ایقاع است یا نسبت به مجموع قید (شرط) و مقید (ایقاع) واقع می‌شود و در این صورت معنای شرط حاصل می‌شود و مشمول المؤمنون عند شروطهم خواهد بود و اگر گفته شود که شرط به معنای التزام مستقل نیست، بلکه به معنای الزام یا التزام در ضمن التزام است، این معنا با قرار گرفتن شرط در ضمن ایقاع (که جعل و الزام ایقاع‌کننده است) محقق می‌شود. البته در فرض بحث ما شرط، الزام در ضمن التزام قائم به دو شخص، یعنی عقد، نیست، بلکه در ضمن التزام قائم به یک شخص است (ایروانی، بی تا: ۲۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱).

به عبارت دیگر، تحقق شرط نیازمند دو چیز است: اول، وجود طرفین که شرط بین آنها واقع می‌شود که همانا مشروط‌له و مشروط‌علیه هستند؛ دوم، عمل حقوقی یا التزامی که شرط در ضمن آن گنجانده می‌شود و به آن مرتبط می‌شود که در خصوص ایقاع هم این دو امر قابل حصول خواهد بود، بنابراین، دلیلی برای نفی امکان اشتراط در ضمن ایقاع وجود ندارد (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸: ۲۱۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۳۲؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۹۳)؛ دلیل ششم یا استدلال دیگر مخالفان اشتراط در ابرا آن است که دلیل لزوم وفای به شرط، اصولاً شامل ایقاعات نمی‌شود. این استدلال با دو بیان ارائه شده است:

نخست، روایت المؤمنون عند شروطهم، بر حکم تکلیفی دلالت دارد. یعنی مؤمن باید به شرط خود پایبند باشد و از آن تخلف نکند. عبارت فوق به معنای «المؤمن عند عهده و وعده» است و در برخی روایات نیز می‌خوانیم: برای مؤمن جایز نیست که از شرط خود و عهد خود بعد از آن که عهدی را بست و شرطی را پذیرفت، در عمل تخلف کند. زیرا وفای به عهد از لوازم ایمان است. اما در ایقاع، عهد موقع یکجانبه بوده و طرف مقابل، عهدی نکرده است تا به آن پایبند باشد؛

دوم، مقتضای ظاهر قول شارع در المؤمنون عند شروطهم این است که هر کس ملتزم به

شرطی شد و در ضمن قراردادی آن را علیه خود اعتبار کرد، چاره‌ای جز وفای به آن ندارد و واضح و آشکار است که این مطلب در خصوص ایقاعات تمام نیست، زیرا در ایقاعاتی همانند ابرا، ابراکنده همان شخصی است که بر طرف مقابل (مدیون) شرطی را مقرر می‌دارد، بدون اینکه وی اطلاع داشته باشد. پس چنین شرطی، شرط بر عهده مدیون نیست تا مشمول المؤمنون عند شروطهم شود، زیرا اساساً در نزد او شرط و عهده نیست تا بدان وفا کند. پس، دلیل المؤمنون عند شروطهم، اصولاً شامل ایقاعات نمی‌شود (خویی، ۱۴۱۷: ۲۶۹).

استدلال فوق که مبتنی بر فرض یکجانبه بودن عهد و التزام ناشی از شرط ضمن ایقاع است، به آسانی با این پاسخ روبه‌روست که این فرض در صورتی که شرط ضمن ایقاع مورد پذیرش و رضایت طرف مقابل باشد، منتفی خواهد بود و در این صورت، شرط در واقع عهد و التزام مشروط‌علیه بوده، اگرچه با جعل موقوع فراهم شده است؛

دلیل هفتم: عدم امکان برگرداندن اثر ابرا در فرض عدم اجرای شرط است.
استدلال دیگری که در مخالفت با شرط ضمن ابرا ارائه می‌شود، این است که مورد شرط باید اثبات و ایجاد چیزی در مقام اعتبار به نفع مشروط‌لّه باشد، به گونه‌ای که اگر مشروط‌علیه تخلف کند، خیار فسخ برای مشروط‌لّه ثابت شود. اما ایقاعاتی همانند طلاق و عتق و ابرا خارج از این ضابطه هستند. زیرا اثر اصلی آنها، رفع یک چیز و ازاله آن است. طلاق، رفع زوجیت و عتق، رفع عبودیت و ابرا، معدوم‌کننده اشتغال ذمه است و در این موارد اثبات چیزی یا ایجاد چیزی برای طرف مقابل نیست تا اگر از آن تخلف کرد، مشروط‌لّه ایقاع خود را فسخ کند و آنچه را به نفع مشروط‌لّه اثبات کرده است، معدوم یا منحل کند. ایشان به عنوان دفع دخل مقدر می‌افزایند: روایاتی که در خصوص جواز اشتراط در عتق وارد شده است، در حقیقت اشتراط شرط در ایقاع نیست. زیرا عبد و تمام شئون وی از اول ملک مالکش بوده‌اند و مالک از مقداری از ملک خود رفع ید می‌کند و مقدار دیگری را باقی می‌گذارد و این به معنای آن نیست که عبد و برده خود را به نحو اطلاق آزاد می‌کند و سپس شرطی را بر عهده او مقرر می‌دارد. به عبارت دیگر، شرط به تضییق دایره منشأ، یعنی فک ملک، رجوع و برگشت دارد (خویی، ۱۴۱۷: ۲۷۱).

در پاسخ به استدلال یادشده باید گفت: اولاً، این ادعا که معدوم برگشت‌پذیر نیست، شاید در خصوص امور مادی و فیزیکی صادق باشد، اما در خصوص امور اعتباری چنین ادعایی فاقد دلیل است. به‌ویژه در فرض بحث ما که ابراً کننده از ابتدا، اسقاط ذمه مدیون را مشروط و منوط به انجام دادن شرط توسط مدیون کرده است. لذا سید یزدی در این موضوع معتقدند: برای اعاده اثر ابراً عقلاً مانعی وجود ندارد و در صورت عدم ایفای شرط از سوی ابراشونده، ابراًکننده می‌تواند از معاهده خود رفع ید کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۳۲)؛ ثانیاً، همان‌گونه که محقق اصفهانی در پاسخ به این اشکال بیان کرده‌اند: همانا حقیقت فسخ و رجوع، تملک جدید و اثبات زوجیت و رقیب جدید به‌عنوان اعاده ما کان است، یعنی اعاده عنوان است و نه اعاده حقیقت آن، و آلاً در فسخ بیع هم اعاده ملکیت زائل‌شده بایع نیز اعاده معدوم محسوب می‌شود. پس، این توهم که «دین ساقط‌شده از ذمه» در ابراً برگشت‌پذیر نیست، مردود خواهد بود، زیرا آنچه ساقط شده است، حقیقتاً برنمی‌گردد، اما عنواناً برمی‌گردد و حکم معدومیت یک شیء اعتباری به عنوان و اعتبار مجدد آن سرایت نمی‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۱۸).

علاوه بر آن، ضمانت اجرای قانونی شروط برحسب نوع شرط متفاوت است. همان‌گونه که محقق خوبی خود بیان کرده‌اند: در برخی موارد، همانند اشتراط صفت خاصی در مبیع، در صورت فقدان وصف، مشروط‌له خیار فسخ دارد. اما در مواردی که متعلق شرط امری اختیاری است، همانند شرط فعل مقدور در عقد بیع، شرط دو ضمانت اجرا دارد: الزام مشروط‌علیه به وفای به شرط و خیار تخلف شرط در صورت عدم وفای به شرط (خوبی، ۱۴۱۷: ۲۷۸). شرط عوض در ابراً، در زمره قسم دوم است که ضمانت اجرای آن فقط خیار فسخ نیست، بلکه الزام مشروط‌علیه را نیز در پی دارد. مطابق ماده ۲۳۸ قانون مدنی ایران هم، ضمانت اجرای شرط فعل در وهله اول، اجبار مشروط‌علیه به اجرای شرط است؛

دلیل هشتم، مجانی بودن ابراً یا حتی لزوم قصد قربت در آن است. استدلال دیگری که در خصوص ابراً به شرط عوض ارائه می‌شود، طبیعت ابراست که عوض‌بردار نیست و

ادعا می‌شود که ابرا اسقاط محض است. علامه حلی در تمایز میان صلح معاوضه‌ای و صلحی که افاده ابرا می‌کند، این مسئله را بررسی کرده‌اند که داین طلب خود را با مال دیگری از جنس همان دین و با شرایط متفاوت مصالحه می‌کند. مثلاً طلب هزار درهمی موجب را با پانصد درهم حال صلح کند. علامه حلی چنین صلحی را ربوی و باطل دانسته است، در صورتی که در مسئله ربای معاملی، صلح را ملحق به بیع بدانیم. ایشان در زمینه این مسئله که طلبکار، دین هزار درهمی حال را با دین پانصد درهمی موجب صلح کند، نیز معتقدند این نوعی ابرا است که به نظر می‌رسد اشکال ندارد و شرط تأجیل هم الزام‌آور و لازم‌الرعایه نیست (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۲۹۳). محقق کرکی در جامع المقاصد، می‌افزاید: «تفاوت بین این مسئله و مسئله قبل آن است که در مورد قبلی حلول اجل در مقابل ۵۰۰ درهم قرار گرفته بود و در واقع اسقاط ۵۰۰ درهم به صورت معوض بوده و حلول اجل عوض آن است. بنابراین، ابرا در مسئله اول امکان‌پذیر نیست، زیرا ابرا اسقاط محض است و آنچه در مقابلش چیزی قرار داده می‌شود، در واقع اسقاط و ابرا نیست، بلکه معامله است. برخلاف مسئله اخیر که در آن دین ۵۰۰ درهم را ساقط می‌کند و در مقابل آن چیزی قرار نمی‌دهد. زیرا اجلی که شرط شده، نقصان دیگری به ضرر داین است که چیزی در مقابل آن قرار نگرفته است» (الکرکی، ۱۴۲۹، ج ۵: ۴۱۲).

این دیدگاه که طبیعت ابرا، مقتضی بلاعوض بودن آن است، مورد تبعیت برخی از مفسران قانون مدنی هم قرار گرفته است و معتقدند: شرط عوض موجب تغییر در ماهیت ابرا می‌شود. به اعتقاد ایشان، ابرا یک عمل حقوقی مجانی است و قرار دادن عوض یا حتی درج شرط عوض در آن، با حقیقت ابرا و ظاهر ماده ۲۸۹ ق.م. سازگار نیست، زیرا مطابق این ماده، ابرا عبارت از صرف نظر کردن داین از حق خود است و معنای صرف نظر کردن از حق، اسقاط حق به طور مطلق و بدون انتظار دریافت مالی از مدیون و پیدایش تعهد و التزامی از طرف اوست، هر چند که این تعهد، فرعی و به صورت شرط باشد (شهیدی، ۱۳۶۸: ۶۹).

اما واقعیت این است که تلازمی میان اسقاط دین و مجانی بودن آن وجود ندارد.

به عبارت دیگر، «اسقاط دین» اثر اصلی ابرا در مقابل نظریه‌ای است که می‌گوید «ابرا تملیک دین از سوی داین به مدیون است». در خصوص ابرا حداکثر می‌توان گفت: ظهور در تبرع دارد یا مجانی بودن به عنوان یک ویژگی، مقتضای اطلاق ابراست، اما مقتضای ذات آن نیست و همان‌گونه که در نظریه جمعی از قضات در نشست قضایی مورخ ۱۳۹۶/۷/۲۷ قضات محاکم تجدید نظر استان مازندران آمده، ماده ۲۸۹ قانون مدنی به لزوم مجانی بودن ابرا تصریح نکرده است. ضمن اینکه غالب فقها و حقوقدانان، صلح و هبه دین در مقابل دریافت عوض را صحیح می‌دانند و اشکال علامه هم صرفاً در فرض همجنس بودن عوض و به سرایت حکم ربای معاملی به عقود غیر معاوضی منوط است. برخی از مفسران قانون مدنی هم در بیان عدم منافات شرط عوض با طبیعت ابرا گفته‌اند: «شرط عوض در ابرا چهره فرعی دارد و کفه مقابل آن نیست تا عمل حقوقی را معوض گرداند» (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۸۰). برخی دیگر معتقدند: شرط عوض با رایگان بودن ابرا منافات ندارد، ولی هرگاه عوض به طور مستقیم در برابر ابرا قرار گیرد، آنچه رخ می‌دهد، تبدیل تعهد است و نه ابرا (امامی، ۱۳۶۴: ۳۳۴).

در خصوص لزوم قصد قربت در ابرا، از میان فقیهان امامیه فقط فاضل مقداد در تفسیر آیه شریفه «و ان تصدقوا فهو خیر لکم» بیان داشته‌اند که ابرا صدقه بوده و مستلزم قصد قربت است (فاضل مقداد، ۱۳۷۳: ۵۷) اما برخی از اعظام فقها تصریح کرده‌اند که در ابرا، قصد قربت شرط نیست (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۴۰۹؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۸: ۱۲۸). بنابراین شرط عوض از این حیث هم مانع شرعی ندارد.

نظریه صحت شرط عوض در ابرا و ادله آن

در مقابل دیدگاه مخالفان شرط عوض، برخی از فقیهان امامیه بر صحت و اعتبار شرط عوض در ابرا تأکید کرده‌اند. در تأیید دیدگاه مزبور باید گفت هیچ‌یک از دلایل ارائه شده بر عدم مشروعیت شرط عوض در ابرا، تمام نیست و همان‌گونه که دیدیم دلایل مخالفان عموماً مناقشه‌پذیر و به لحاظ تحلیلی ردشدنی هستند و شاید بتوان گفت عمده دلیل آنها اجماع است که آن هم به دلایل پیش گفته اتکاشدنی نیست.

در اثبات مشروعیت و اعتبار شرط عوض در ابرا، می‌توان به عمومات صحت و اعتبار شرط همانند قاعده «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرد، زیرا برای درستی تمسک به این عمومات، عدم ثبوت «قابل تغییر نبودن حکم» کفایت می‌کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۳۲). علاوه بر آن، در این مسئله می‌توان به روایات متعددی استناد کرد که بر جواز اشتراط در ایقاع دلالت دارند. به اعتقاد برخی محققان، با وجود این روایات که امضای شارع بر نفوذ شرط ضمن ایقاع را ثابت و تمام استدلال‌هایی را که مخالفان صحت و نفوذ شرط ضمن ایقاع ارائه داده‌اند، رد می‌کند و به قول معروف، وقوع شیء گویاترین دلیل بر امکان عقلی آن در مقابل امتناع عقلی آن، یا بهترین دلیل بر امکان شرعی آن، در مقابل ادعای مخالف کتاب و سنت بودن شرط یا مُحَلَّل حرام بودن یا مُحَرَّم حلال بودن آن است. از مهم‌ترین و معتبرترین این روایات، روایات دال بر نفوذ و صحت شرط ضمن عتق و آزاد کردن برده بود. روایت اول، روایت ابوالعباس از امام صادق(ع) با این مضمون است: «سألته عن رجل قال: غلامی حرّ و علیه عماله کذا و کذا سنه، قال: هو حرّ و علیه العماله (حر عاملی، ۱۳۶۷: ۱۶). در این روایت شخصی از امام صادق(ع) سؤال کرد، غلامم را به شرطی که مدتی برایم کار کند، آزاد کردم. امام فرمود: او آزاد است یعنی آزادسازی او صحیح بوده و مطابق شرط، مُلَزَم به کار مشروط است.

در روایت دیگری، از عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله نقل شده است که: «از امام صادق(ع) سؤال کردم، اگر مردی به غلام خود بگوید: تو را آزاد می‌سازم با این شرط که این جاریه را به عقد نکاح تو درآورم. پس، اگر با او ازدواج کردی، صد دینار بر عهده‌توست. بعد از آزادی برده، شخص آزادشده با جاریه‌اش ازدواج می‌کند. آیا صد دینار بر ذمه‌اوست؟ و شرط مزبور جایز است؟ امام می‌فرماید: شرط مزبور بر عهده‌وی جایز و نافذ است و همچنین است، روایتی که از امام درباره‌ی مردی سؤال می‌شود که برده‌ی خود را با این شرط آزاد می‌کند که با دختر وی ازدواج کند و این مقدار بپردازد. امام فرمود: این شرط جایز است» (حر عاملی، ۱۳۶۷: ۱۷). در روایت دیگری هم محمدبن مسلم از امام همین سؤال را می‌پرسد و امام شرط را لازم‌الوفا می‌داند. در بحث دیگری، امام درج شرط خیار معلق در

عتق و بازگشت به رقیت در صورت عدم اجرای شرط توسط برده آزادشده را نافذ و معتبر می‌داند (حر عاملی، ۱۳۶۷: ۱۷). در تمام این روایات، امکان اشتراط شرط فعل اعم از کار یا عمل یا پرداخت وجه، در ضمن ایقاعی همانند عتق پذیرفته شده است و با القای خصوصیت از عتق، می‌توان این حکم را در سایر ایقاعات از جمله ابرا جاری دانست.

برخی از فقیهان برای نادیده انگاشتن روایات فوق، اشتراط کار و عمل به مدت معلوم در ضمن عتق را این‌گونه توجیه کرده‌اند که این استثنایی از فک ملک و تحریر رقبه بوده و مانند هبه مسلوب‌المنفعه است که مالک عین مال خود را هبه می‌کند، اما منفعت معلوم و حق استفاده از عین برای مدت معینی را برای خود نگه می‌دارد (خویی، ۱۴۱۷: ۲۶۹). اما این توجیه، فقط در خصوص روایت اول امکان‌پذیر است و در مورد روایات دیگر پذیرفته نیست. لذا برخی فقها، شرط مذکور در روایات اخیر را به‌عنوان شرط ضمن نکاح تلقی کرده‌اند (امام خمینی، ۱۳۸۰، ج ۴: ۳۸۳).

اما همان‌گونه که برخی محققان بیان کرده‌اند: عبارت «أعتقک علی أن أزوجک جاریتی هذه» در صحیح‌ه عبدالرحمن به وضوح شرطیت این قضیه در ضمن ایقاع را ثابت می‌کند. علاوه بر آن، ادعای اندراج شرط در ضمن نکاح، با ظهور قول سؤال‌کننده در صحیح‌ه عبدالرحمن، آنجا که می‌گوید: «فأعتقه علی ذلک» منافات دارد و به‌خوبی روشن است که شرط مزبور شرط ضمن عتق بوده است و نه شرط در نکاح (محمد تقی خویی، ۱۴۱۴: ۱۲۲). زیرا مفروض آن است که وقوع نکاح، متأخر از عتق و آزادسازی بوده است. همان‌گونه که ظاهر گفتار سؤال‌کننده در صحیح‌ه عبدالرحمن و صریح کلام سؤال‌کننده در صحیح‌ه محمدبن مسلم «فأعتقه علی ذلک و زوجه» بیانگر آن است. بنابراین، نمی‌توان از ظهور روایات صحیح‌ه یادشده صرف نظر کرد. لذا بسیاری از فقیهان عظام به این روایات عمل کرده‌اند و بر طبق مضمون آنها فتوا داده‌اند. بزرگانی از فقها همانند شیخ طوسی، علامه حلی و فاضل هندی شرط ضمن عتق را صحیح و نافذ دانسته‌اند و بیان کرده‌اند در صورت تخلف مشروط‌علیه، شرط‌کننده حق فسخ عتق و بازگردان وی به رقیت را دارد (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۴۱۳، ج ۳: ۲۰۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۸: ۳۶۲؛ محقق سبزواری، بی‌تا: ۴۴۴).

علاوه بر فتاوی یادشده، بعضی از فقیهان معاصر در خصوص ابرای مدت باقیمانده در نکاح موقت از سوی زوج، مشروط بر اینکه زوجه با شخص خاصی ازدواج نکند (شرط فعل حقوقی منفی) یا مشروط بر اینکه با شخص خاصی ازدواج کند (شرط فعل حقوقی مثبت) چنین ابرایی و شرط ضمن آن را، صحیح و لازم‌الوفا دانسته‌اند (صدر، ۱۴۱۰: ۲۸۹؛ خویی، ۱۴۱۰: ج ۲: ۲۷۳). برخی از فقیهان هم در این مسئله ابرا را صحیح و شرط ضمن آن را باطل دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۱۰: ۲۸۹؛ سیستانی، ج ۳: ۸۰). علت بطلان شرط از دیدگاه آنان مغایرت شرط مزبور با کتاب و سنت به دلیل سلب آزادی ازدواج بوده است و نه اینکه ابرا شرط‌بردار نباشد.

اعتبار ابرا معلق بر شرط عوض

از دیدگاه بسیاری از فقیهان، یکی از شرایط صحت انشای تنجیز است و این شرط در خصوص ایقاعات جدی‌تر خواهد بود، به گونه‌ای که ایقاع معلق را باطل و بلاثر می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۲۵: ۶۷؛ حلی، ۱۴۱۳: ۱۰۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷۳). با وجود این، فقیهان در برخی موارد تعلیق اثر ابرا به تحقق یک شرط معین را مجاز دانسته‌اند. مثلاً اگر طلبکار به بدهکار بگوید: تو را از نصف بدهیت بری کردم به این شرط که نصف دیگر آن را تا فردا بپردازی، این ابرا صحیح است (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۶۴۰). در خصوص تعلیق ابرا بر فوت ابراکنده، فقها معتقدند اگر قرض دهنده به قرض گیرنده بگوید: هنگامی که مُردم تو بری‌الذمه هستی، این وصیت صحیح است و در صورتی که بگوید اگر من مُردم تو بری هستی، به دلیل تعلیق ابرا بر شرط باطل است^۱ (نجفی، ۱۳۶۸: ۶۶؛ الکرکی، ۱۴۲۹: ۳۶). در تعلیل بطلان ابرا گفته می‌شود چنین شرطی موجب تعلیق ابراست و آنگاه که شرط معلق علیه مشکوک‌فیه باشد، خود معلق (ابرا) به طریق اولی مشکوک و محتمل بوده و به دلیل عدم تنجیز باطل است (کرکی، ۱۴۲۹: ۳۶). فقهای اهل سنت هم متعرض این مسئله شده‌اند

۱. «لو قال مقرض للمقترض، اذا مت، فانت فی حلّ کان الوصیه و لو قال: ان مت، فانت فی حلّ کان ابراء باطلا، لتعلقه علی الشرط».

و بین وضعیتی که عبارت گوینده با «اذ» (ظرف زمان) یا «ان» (ادات شرط) شروع می‌شود، تمایز قائل بوده‌اند و گفته‌اند: در دومی، ابرا معلق بر شرط و به دلیل تعلیق باطل است، اما اولی وصیت و صحیح محسوب می‌شود (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ج ۴: ۱۴۳، بهوتی، ۱۴۰۲: ۳۰۷). با این‌همه، برخی از فقهای عامه ضمن تصریح به لزوم تنجیز در ابرا، برخی فروض تعلیق در ابرا را صحیح دانسته‌اند، همانند اینکه داین به مدیون خود بگوید: اگر گم شده مرا برگردانی، تو را بری می‌کنم (سیوطی، ۱۴۱۱: ۲۷۷).

شایان ذکر است، دکترین حقوقی معتقد است: در این فرض، انشای ابرا منجز و اثر آن اسقاط طلب به نحو معلق است، یعنی ابراکننده از آغاز اسقاط معلق را انشا می‌کند و سببی که به وجود می‌آید، پس از تحقق شرط کارگزار می‌شود و طلب را اسقاط می‌کند. مانند اینکه مالک، ابرا مستأجر از اجاره‌بهای گذشته را معلق به تخلیه ملک در مهلت معین کند (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۷۶). در نتیجه، تعلیق در ابرا در صورتی که مربوط به مُنشاء باشد نه تعلیق در انشا، خدشه‌ای بر اعتبار ابرا وارد نمی‌کند (شهیدی، ۱۳۶۸: ۷۴؛ صفایی، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۵۵). در بیان تفاوت آن با ابرای مشروط گفته شده که تعلیق با اراده یک طرف تحقق‌پذیر است و بر خلاف شرط، به اراده دو طرف نیاز ندارد (شهیدی، ۱۳۶۸: ۷۴).

نتیجه‌گیری

شرط عوض می‌تواند عمل حقوقی ابرا را مشروط یا معلق بر آن کند و هر دو فرض بر مبنای نظریه ایقاع بودن ابرا (دیدگاه اکثریت) و عقد بودن ابرا (دیدگاه اقلیت) جای بحث و بررسی دارد. بر اساس نظریه‌ای که ابرا را عقد و قبول مدیون را لازم می‌داند، ابرا به شرط عوض، مشکل خاصی ندارد؛ اما صحت ابرای معلق بر شرط عوض به پذیرش اعتبار عقد معلق منوط است.

بر اساس نظریه‌ای که ابرا را ایقاع می‌داند، پذیرش اعتبار ابرا به شرط عوض با موانعی روبه‌روست. اکثریت فقیهان، به دلایلی همانند ادعای اجماع، ناسازگار بودن طبیعت دوجانبه شرط با ساخت یکطرفه ایقاع، لازم‌الوفا نبودن مطلق شرط و التزام و اتکای آن به نیروی الزام‌آور عقد، فقدان صلاحیت ظرفیت برای ایقاع، عدم شمول دلیل لزوم وفای به

شرط بر ایقاعات، اسقاط محض و اقتضای بلاعوض بودن طبیعت ابرا، برگشت‌ناپذیر بودن اثر ابرا در فرض تخلف از شرط، اشتراط عوض در ابرا را نادرست و به‌ویژه در فرضی که با قبول مدیون همراه باشد، موجب تبدل ماهیت ابرا می‌دانند.

اما دیدگاه مقابل، ضمن ارائه استدلال منطقی در رد دلایل فوق، براساس عمومات وفای به شرط و به استناد روایات صحیح‌های که اشتراط عوض در ایقاعی همانند عتق را صحیح و نافذ می‌دانند و القای خصوصیت از این روایات، ابرا به شرط عوض را نافذ و معتبر می‌دانند. به لحاظ تحلیلی، این واقعیت که شرط میان دو شخص واقع می‌شود، مستلزم آن نیست که در ایجاد و تحقق آن لزوماً دو اراده دخیل باشند و باید میان مرحله ایجاد و مرحله وجود شرط تمایز قائل شد و نباید این دو مرحله را خلط کرد و بر فرض که قبول مشروط‌علیه در تحقق شرط لازم باشد، این قبول شرط است نه قبولی که تحقق ایقاع به آن منوط باشد تا مستلزم خُلف باشد.

علاوه بر آن، شرط ضمن ابرا و سایر ایقاعات شرط ابتدایی یا تعهد مستقل نیست، بلکه التزام در ضمن التزام است و این ادعا که ایقاع صلاحیت ظرف بودن را ندارد و امکان نمی‌یابد متضمن شرط و التزام دیگری باشد، بلا دلیل است و ایقاع‌کننده هم در اعلام اراده انشایی خود می‌تواند هرگونه قید و شرطی را اضافه کند و چنین شرطی لاجرم، شرط ضمن ایقاع محسوب می‌شود. بنابراین، نظریه صحت و اعتبار ابرا به شرط عوض به لحاظ نظری و براساس صناعت فقهی، پذیرفتنی و با نیازهای عملی جامعه سازگارتر است.

علاوه بر آن، ابرا به شرط عوض، شاید به نحو تعلیق در منشاء باشد و براءت ذمه مدیون، معلق بر اجرای شرطی از سوی مدیون شود، به‌گونه‌ای که انشای منجز و تحقق منشاء معلق بر دادن عوض از سوی مدیون باشد. اگرچه اکثریت فقیهان هر نوع تعلیقی را در ایقاع نادرست و مبطل عمل حقوقی می‌دانند، برخی از فقیهان، صحت ابرای معلق بر شرط خاص را در برخی موارد پذیرفته‌اند. دکترین حقوقی این نوع ابرا را صحیح می‌دانند. تمایز ابرای معلق با ابرای مشروط آن است که ابرای معلق بر شرط عوض با اراده داین انشا می‌شود و به موافقت مدیون نیاز ندارد.

کتابنامه

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۳۰ ق). کتاب السرائر، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین الحنفی (۱۴۱۲ ق). رد المحتار علی الدر المختار، جلد ۵، بیروت: دارالفکر.
۳. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه الحنبلی (۱۳۸۸ ق). المغنی، جلد ۴ و ۶، قاهره: مکتبه القاهره.
۴. ابن مرتضی، احمد بن یحیی (بی تا). شرح الازهار، صنعاً: مکتبه غمصان.
۵. اصفهانی کمپانی، محمد حسین (۱۴۱۸ ق). حاشیه مکاسب، قم: بی نام.
۶. امام خمینی، سید روح الله (۱۳۸۰). کتاب البیع، جلد ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام.
۷. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی، جلد ۱، چ پنجم، تهران: اسلامی.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۳۰ ق). کتاب مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۹. ایروانی، علی بن عبدالحسین (بی تا). حاشیه مکاسب، چاپ سنگی.
۱۰. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضره، جلد ۲۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. البهوتی الحنفی، منصور (۱۴۰۲ ق). کشف القناع عن متن الاقناع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۲. جبعی عاملی، زین الدین (۱۴۱۳ ق). مسالک الافهام، جلد ۶، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۳. الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ ق). الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۱۴. الحر العاملی، محمد بن حسین (۱۳۶۷). وسائل الشیعه، جلد ۱۶، چ ۶، تهران: مکتبه اسلامی.

۱۵. حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ ق) *منهاج الصالحین*، جلد ۲، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۶. حلبی، ابن زهره حمزه بن علی (۱۴۱۷ ق). *الغنیه*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۷. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق) *تحریر الاحکام*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۸. _____ (۱۴۱۳ ق). *قواعد الاحکام*، جلد ۲ و ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق). *مصباح الفقاهه*، جلد ۶، قم: مؤسسه انصاریان.
۲۰. _____ (۱۴۱۰ ق). *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم: مدینه العلم.
۲۱. خویی، سید محمد تقی (۱۴۱۴ ق). *الشروط او الالتزامات التبعیه فی العقود*، جلد ۲: بیروت: دارالمورخ العربی.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). *مهذب الاحکام*، جلد ۱۷، قم: مؤسسه المنار.
۲۳. سیستانی، سید علی (۲۰۰۹). *منهاج الصالحین*، جلد ۳، بغداد: دارالبذر.
۲۴. سیوطی، عبدالرحمن (۱۴۱۱ ق). *الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۵. شهیدی، مهدی (۱۳۶۸). *سقوط تعهدات*، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
۲۶. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۰ ق). *تعلیقات منهاج الصالحین حکیم*، جلد ۲، بیروت: دارالتعارف.
۲۷. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). *قواعد عمومی قراردادها و تعهدات*، چ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ ق). *حاشیه مکاسب*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۳، تهران: المکتبه المرتضویه.
۳۰. _____ (۱۴۰۰ ق). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتب العربی.

۳۱. عاملی، محمدبن مکی (۱۴۳۰ ق). *الدروس الشرعیه*، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۲. عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ ق). *مفتاح الکرامه*، جلد ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۱). *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۳۴. فاضل مقداد، جمال‌الدین (۱۳۷۳). *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، جلد ۲، تهران: مرتضوی.
۳۵. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام*، جلد ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). *حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی، ایقاع معین*، تهران: یلدا.
۳۷. الکرکی (محقق ثانی)، علی‌بن‌الحسین (۱۴۲۹ ق - ۲۰۰۸). *جامع المقاصد*، چ دوم، بیروت: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحیاء التراث.
۳۸. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ ق). *شرایع الاسلام*، چ سوم، بیروت: مؤسسه وفا.
۳۹. محقق سبزواری، محمد باقر (بی‌تا). *کفایه الاحکام*، جلد ۲: چاپ سنگی.
۴۰. نایینی، محمد حسین (۱۴۱۸ ق). *منیه الطالب*، جلد ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۱. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۸). *جواهر الکلام*، چ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۲. نراقی، مولی احمد (۱۳۷۵). *عوائد الایام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.