

## تحلیل فقهی و حقوقی صلح در مقام ابراء\*

علمی - پژوهشی

سعید دلاور \*

سید مهدی میردادشیمی کاری \*\*

ابراهیم دلشاد معارف \*\*\*

### چکیده

انعقاد صلح در مقام معاملات (صلح ابتدائی) در قانون مدنی، بدون اینکه تعریفی از آن ارائه و یا منظور مقنن از معاملات و حدود یا مصادیق آن تبیین گردد، تجویز شده است؛ از طرفی وجود اختلاف نظر فقهاء در خصوص امکان جریان صلح بدون سابقه نزاع محقق یا محتمل یا بدون سبق حق، وقوع عقد صلح در مقام ابراء را با توجه به ماهیت ایقاعی ابراء (اسقاط مافی‌الذمه) با تردید مواجه نموده است بر پایه نظریه استقلال عقد صلح و تعریف فقهاء از صلح معاملی و با توجه به سابقه مقنن در استفاده از لفظ «معاملات» و مراجعه به منابع فقهی و براساس تصریح فقهاء، نتیجه و مُشَاء عقد صلح در مقام ابراء، که با ایجاب انشایی مصالح طلبکار و قبول رضایی متصالح مدیون، منعقد می‌شود، چیزی جزء اسقاط حق دینی موضوع صلح نیست که بدون انتقال به دارایی مدیون، محقق می‌شود و نمی‌تواند تملیک دین باشد. بنابراین صلح در مقام ابراء با خود ابراء، علی‌رغم تشابه در مرحله آثار (اسقاط ذمه) به لحاظ تفاوت ماهیتی در مرحله ایجاد (عقد بودن صلح و ایقاع بودن ابراء) در مرحله احکام، واجد تفاوت هستند، از جمله اینکه امکان انعقاد صلح در مقام ابراء به نحو فضولی و امکان شرط خیار در صلح ابرائی برخلاف ابراء وجود دارد، همچنین با توجه به تفاوت نتیجه و کارکرد صلح در مقام ابراء با هبه دین (اسقاط دین و تملیک دین) علی‌رغم تشابه در مرحله ایجاد (عقد بودن هر دو)، سر بیان این تفاوت در فرض تعدد اشتغال ذمه، بدین شکل ظهور می‌یابد که برخلاف هبه دین، در صورت صلح طلبکار با مدیون، امکان مراجعه به دیگر مسئولین وجود ندارد.

### کلید واژه‌ها:

صلح ابتدایی، معامله جان‌نشین شده، ابراء، اسقاط مافی‌الذمه، هبه

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۰۸/۰۸) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۳/۲۳)

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران delavar.inst@gmail.com  
\*\* استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (نویسنده مسئول).

Mirdadashim@yahoo.com

\*\*\* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

edelshad1972@gmail.com

## ۱- مقدمه

قانونگذار در مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ قانون مدنی با تجویز انعقاد عقد صلح در مقام معاملات و عدم جریان شرایط و احکام مختص به معاملاتی که صلح جانشین آن شده است، قلمرو گسترده‌ای برای این عقد تبیین نموده است و براساس این عقیده که نظر جمهور فقهای امامیه است (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳/۳۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۶/۲۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴/۲۵۹؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ۱/۶۰۷؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۲/۲۳۴)، برخلاف نظر اهل سنت، عقد صلح، عقدی مستقل است و در احکام و شرایط تابع هیچ یک از عقود و ایقاع جانشین نمی‌باشد. از طرفی به طور معمول پنج عمل حقوقی بیع، معاوضه، اجاره، عاریه و ابراء به وسیله صلح نیز به دست می‌آیند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۲/۳۰؛ امامی، ۱۳۸۲، ۲/۴۰۱). در فقه نیز اختلافی بر جانشینی پنج عمل حقوقی مذکور مشاهده نشد (الشریف، ۱۳۹۷، ۱۸۱).

یکی از اعمال حقوقی که می‌تواند در پوشش و قالب عقد صلح واقع شود، ابراء است، به موجب ماده ۲۸۹ قانون مدنی و تعریف حقوقدانها، ابراء به مفهوم اسقاط حق دینی از ایقاعات محسوب می‌گردد، از طرفی در حقیقت ابراء اجماع واقعی وجود ندارد و در اینکه ابراء اسقاط مافی‌الذمه است و ایقاع یا تملیک است و عقد و نتیجتاً در لزوم قبول یا عدم نیاز به قبول مدیون، اختلاف نظر وجود دارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۳۱۴؛ ابن زهره، غنیه النزوع، ۱۶۸/۲؛ ابن ادریس، السرائر، ۳/۱۷۶؛ خمینی، تحریرالوسیله، ۲/۵۰ به نقل از باقری، ۱۳۸۲، ۱۶۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲۸۲؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۹/۱۵۸ و ۱۵۹؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ۹/۱۳۸ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۶۸).

حال با توجه به استقلال عقد صلح از معامله جانشین شده، بر فرض اینکه لفظ «معامله» موضوع ماده ۷۵۸ قانون مدنی شامل ایقاعات و از جمله ابراء نیز گردد و اینکه صلح در مقام ابراء می‌بایستی نتیجه ابراء را داشته باشد، بدون اینکه احکام و شرایط ویژه ابراء در آن جاری باشد و با عنایت به اینکه صلح ابتدایی که گویا این اصطلاح نخستین بار در آثار میرزای قمی و ملا احمد نراقی به کار رفته و پس از ایشان، در میان فقیهان و حقوقدان‌ها رواج یافته است (امامی، ۱۳۸۸، ۱/۷۹)، بدون اختلاف در فقه امامیه و حقوق ایران، عقد است و نیازمند قبول مدیون می‌باشد؛ لیکن ابراء بر اساس نظر مشهور ایقاع است و در خصوص مُنشاء و

اثر صلح در مقام ابراء، ممکن است تعارض بدوی به نظر آید، بنابراین تشخیص ماهیت صلح متضمن ابراء دشوار می‌گردد و موجب اختلاف در تعیین منشأ صلح در مقام ابراء و اثر آن نیز می‌گردد که در تفاوت هبه دین با صلح ابرائی نمایان است؛ مراجعه به نظرات فقها و حقوقدان‌ها نشان می‌دهد این موضوع آن طور که می‌باید، مورد توجه قرار نگرفته است و درخصوص صلح در مقام ابراء تحقیقی جامع که نتیجه آن تمییز تفاوت آن با خود ابراء در مرحله ایجاد، آثار و احکام به لحاظ تفاوت ماهوی صلح به عنوان عقد و ابراء به عنوان ایقاع باشد و هم چنین مبین نقش قبول مت‌صالح مدیون و تفاوت صلح در مقام ابراء با هبه دین باشد، علی‌رغم بررسی تألیفات مرتبط، به دست نیامد؛ در صورتیکه استفاده از صلح در مقام ابراء شایع می‌باشد و بیان قواعد آن با توجه به سکوت مقنن ضروری می‌نماید؛ در این نوشتار برآنیم که امکان انعقاد صلح در مقام ابراء با توجه به پیشینه فقهی آن و استفاده از لفظ «معاملات» در ماده ۷۵۸ قانون مدنی، بررسی و جوهر صلح جانشین شده ابراء تبیین شود و ضمن تحلیل نقش قبول در صلح در مقام ابراء، تفاوت دو عمل حقوقی صلح در مقام ابراء و ابراء در مرحله ایجاد، آثار و احکام بیان گردد؛ همچنین ارائه دلایل قابلیت وقوع و بالطبع تنفیذ صلح در مقام ابراء به نحو فضولی و اشتراط شرط خیار ضمن صلح در مقام ابراء از اهداف این مقاله می‌باشد.

## ۲- تعریف و ماهیت صلح ابتدائی

قانون مدنی تعریفی از صلح ارائه نداده است و به همین دلیل نیز حقوقدانان با بررسی مواد قانونی مربوطه و با مراجعه به فقه امامیه، به عنوان منبع قانون مدنی در عقود معین، تعاریفی از صلح بدست داده‌اند. عده‌ای صلح را به توافق برای ایجاد یا انتفاء یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معینه داشته باشد، تعریف نموده‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۳۵). بعضی دیگر با ذکر این مطلب که هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد و قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است، به تاسی از شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۳/۳) و اغلب فقهای بعد از ایشان، صلح را به معنی تسالم (گذشت متقابل) که ممکن است، متضمن تملیک عین یا منفعت یا تسلط بر مال یا مفید اسقاط و انتقال حقوق باشد، تعبیر

نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۲/۲۸۹ و ۳۰۱)؛ همچنین صلح را تراضی و تسالم بر امری که خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن و صلح بدوی را نیز به معامله مستقلی که مبتنی بر تسالم است و در ردیف یکی از عقود معینه می‌باشد، تعریف نموده‌اند (امامی، ۱۳۸۲، ۲/۳۹۶ و ۴۰۱). یکی دیگر از حقوقدانها نیز در تعریفی از عقد صلح، معتقد است: «صلح عقدی است که طبق آن دو طرف در پیدایش یا زوال یک رابطه حقوقی توافق می‌کنند» (شهیدی، ۱۳۸۴، ۱۲۶) بعرضی نیز صلح را «ماهیت حقوقی که با همکاری اراده طرفین آن به هدف ایجاد اثر مقصود آنان منعقد می‌شود» تعریف نموده‌اند (باریکلو، ۱۳۹۴، ۳۶۰). همچنین از جمع بین دو ماده ۷۵۲ و ۷۵۸ قانون مدنی، تعریفی را استخراج نموده‌اند که بر اساس آن «صلح، عقدی است که به موجب آن متعاقدين، تنازع موجودی را قطع یا از تنازع احتمالی جلوگیری می‌نمایند و یا به موجب آن، طرفین مزبور، معامله دیگری می‌نمایند، بدون اینکه احکام و شرایط خاصه آن معامله لازم الرعایه باشد» (عدل، ۱۳۹۴، ۴۰۳).

اکثر تعریف‌های ارائه شده توسط حقوقدانان، برگرفته از تعاریف فقهی به خصوص فقهای امامیه بعد از شیخ انصاری می‌باشد که برخلاف فقهای اهل سنت (الزحیلی، ۱۴۰۷، ۶/۴۱۳۹) و هم چنین حقوق فرانسه (ماده ۲۰۴۴ قانون مدنی فرانسه، پلنیول و ریپر و سواتیه، ج ۱۱، شماره ۱۵۶۳ به بعد، به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۲۹۷) که صلح برای رفع ترافع به کار می‌رود، سبق نزاع را از شرایط صحت صلح نمی‌دانند، هرچند که عده ای از فقهاء صلح را به عقدی که برای فیصله دادن به نزاع طرفین دعوا تشریح شده است، معنی کرده‌اند: «و هو عقد شُرْعاً لقطع التجاذب و لیس فرعاً علی غیره ولو افاد فائده» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲/۹۹) و همچنین صاحب جواهر صلح را بدین شکل تعریف نموده است: «و ان کان هو فی الاصل عقد شُرْعاً لقطع التجاذب و التنازع بین المتخاصمین» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ۲۶/۲۱۱) و ممکن است از آن، محدودیت صلح به رفع تنازع موجود یا احتمالی آینده و عدم شمولیت صلح بدوی و معاملی استنباط گردد (نجفی، ۱۳۵۹، ۲/۳۵)، کما اینکه عده ای معتقدند به دلیل اقتضای عقل و حکمت و سیره عقلاء و ادله لفظی و شرعی، جریان صلح، منحصر به موردی است که بین طرفین عقد، پیشینه خصومت و نزاع و احتمال آن وجود دارد و از این

رو صلح ابتدایی، دارای مشروعیت نمی‌باشد (امامی، ۱۳۸۸، ۷۸)، لیکن اکثر فقهاء، صلح را شامل صلح در مقام رفع تنازع و صلح در مقام معاملات می‌دانند: «و هو التراضی و التسالم علی أمر: من تملیک عین أو منفعه، أو اسقاط دین أو حق، و غیر ذلک» و آن عبارت است از رضایت طرفین و سازش بر چیزی، از قبیل تملیک عین یا منفعت یا ساقط نمودن دین یا حق و غیر این‌ها (خمینی، ۱۳۹۰، ۱۸/۳)؛ بسیاری دیگر از فقهاء نیز تعریفی مشابه تعریف یاد شده دارند (خوئی، ۱۴۱۰، ۱۹۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۱۵۹/۱).

هر کدام از تعاریف ارائه شده، قسمتی از ماهیت عقد صلح را نشانه رفته، در بعضی از تعاریف به خصیصه اصلی عقد صلح، یعنی تسالم توجه نشده است و بعضی از تعبیرات شامل صلح در مقام رفع تنازع نمی‌گردد، برخی از آن‌ها مانعیت لازم را در تعریف ندارد و هر رابطه حقوقی می‌تواند تحت شمول آن قرار گیرد؛ در تعریف فقهای متقدم صرفاً به جنبه رفع خصومت عقد صلح پرداخته شده و در تعاریف جدیدتر نیز تمایل به جنبه معاملی صلح مشهود است، لیکن شاید بتوان با استفاده از مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ قانون مدنی و توجه به آثار اصلی آن، صلح را به «تسالم و ترازی طرفین عقد به منظور رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع آینده یا توافق طرفین به انجام عمل حقوقی معین متضمن تملیک عین یا منفعت یا حق و یا اسقاط و انتقال حقوق، بدون تبعیت از احکام و شرایط خاصه آن» تعبیر و تعریف نمود.

تعریف مزبور از طرفی جامع کلیه آثار اصلی عقد صلح بوده و در واقع قسمت اول به «رفع منازعه» و حکمت تشریح آن برمی‌گردد و قسمت دوم نیز صلح ابتدایی را شامل و کارکرد معاملی آن بیان می‌کند، بدون اینکه خصیصه اصلی تسالم و سازش در صلح و رفع تنازع فراموش شود و بدون اینکه وصف مذکور، یعنی تسالم در معنای سازش نه تراضی، به صلح معاملی تسری یابد. از طرفی برخلاف برخی تعاریف، مانع از ورود دیگر تعاریف مربوط به عقود معین نیز می‌گردد، همچنین جوهر و ماهیت اصلی عقد صلح که به نظر یکی از اساتید تمییز آن دشوار به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۳۰۰/۲) و فی الواقع تسالم، به مفهوم تراضی و توافق است را نیز شامل می‌شود، زیرا همانگونه که گفته‌اند، مضمون و محتوای صلح، تراضی و تسالم است (الشریف، ۱۳۹۷، ۱۶۰) به همین دلیل نیز در قسمت دوم تعریف که در واقع تعریف صلح ابتدایی است؛ «توافق طرفین به انجام عمل حقوقی معین متضمن

تملیک عین یا منفعت یا حق و یا اسقاط یا انتقال دین یا حق و غیر این‌ها» به توافق طرفین صلح اشاره شده است، زیرا به نظر مُنشأ و مضمون در عقد صلح، تراضی بر امری است، چنانکه به نظر شیخ انصاری، حقیقت صلح هر چند که بر عین وارد شود، تملیک به نحو معاوضه و قرار دادن عوضین در برابر هم نیست، بلکه معنای اصلی آن تسالم است و لذا صلح فی النفسه به مال بر نمی‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۳/۳).

مرحوم خوئی نیز در خصوص حقیقت صلح، معتقدند: «مدلول مطابقی کلمه صلح عبارت است از انشاء تسالم بر امری معلوم، و روشن است که ظاهراً این عنوان، با عناوین سایر عقود متفاوت است، زیرا در عقود دیگر مُنشأ اولاً بالذات عنوان دیگری غیر از تسالم است، بدیهی است که در تمام معاملات به جزء بر تسالم بین طرفین بر آن معامله واقع نمی‌شود، لیکن این تسالم غیر از عقد صلحی است که مُنشأ در آن همین عنوان (تسالم) است، پس بین انشای صلح و معامله‌ای که تسالم بر آن واقع شده (طرفین بر آن توافق کرده‌اند) تفاوت بسیاری است (خوئی، بی‌تا، ۶۲/۲). برخی نیز با توسیع صلح آن را با «عقد» مترادف دانسته‌اند و معتقدند که: «صلح، عقدی است بدون موضوع، که خود متعاقدين موضوع آن را تعیین می‌کنند (نعمت الهی، ۱۳۹۳، ۱۴۹).

بعضی نیز معتقدند وجه تمایز تسالم و تراضی موجود در صلح با سایر عقود معین آن است که صلح، تسالم به حمل اولی است، در حالی که سایر عقود تسالم به حمل شایع هستند، به این معنا که مُنشأ در عقد صلح، خود تسالم و تراضی است، در حالی که در بیع، مُنشأ تملیک است (الشریف، ۱۳۹۷، ۱۸۱). یکی از حقوقدانها نیز با بیان اینکه ماهیت صلح با کارکرد حقوقی آن مشتبه شده است، می‌نویسد: «صلح عقد معینی است که موضوع آن نامعین است و می‌تواند هر رابطه حقوقی را شامل و نسبت به آن مؤثر باشد و در نتیجه کارکرد اصل آزادی قراردادها را دارد» (باریکلو، ۱۳۹۴، ۳۶۴).

هر چند در این نوشتار در صدد بررسی و واکاوی ماهیت عقد صلح نیستیم، ولی به نظر می‌رسد، قید «لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را نداشته باشد» مندرج در ماده ۷۵۸ قانون مدنی و اینکه شرایط خاصه فقط در اعمال حقوقی معینی که قانون به آنها تصریح دارد، مطرح می‌شود و بعضی نیز حتی قید «عدم وابستگی به احکام ویژه عقود معین» را در

تعریف و ماهیت عقد صلح ذکر نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۳۵)؛ ترادف صلح با خود عقد، به نحوی که هر معامله‌ای بتواند در قالب صلح گنجانده شود، غیرقابل قبول به نظر می‌رسد و همانطور که در مقام مقایسه ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد صلح ابتدایی گفته‌اند، جایگزینی هر عقد و تعهدی را در قالب عقد صلح نمی‌توان پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۳۰۵/۲)؛ مطالعه تاریخ حقوق نیز این تفسیر موسع از عقد معین صلح را نمی‌پذیرد و به نظر با توسیع دامنه صلح ابتدایی و برابری آن با خود عقد، نمی‌توان نظر مشهور مبنی بر لازم الوفاء نبودن شروط ابتدایی و مستقل را صرفاً با گنجاندن در قالب صلح رفع نمود، هر چند برخی معتقدند: عقد صلح التزامی مصداق کامل یک شرط مستقل است و پس از ذکر تشابه میان صلح با شرط ابتدایی و تقارب روایات وارده در صلح و شروط، لازم الوفاء بودن شروط ابتدایی را استنباط و در واقع قیاس نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱۷۶/۱). لیکن بنظر اگر تعهدی مشمول عنوان شرط ابتدایی باشد، طرفین تعهد نمی‌توانند آن را در قالب عقد صلح منعقد کنند، زیرا موضوع چنین صلحی نامشروع و برخلاف ماده ۷۵۴ قانون مدنی است (حیاتی، ۱۳۹۸، ۴۵۰).

### ۳- ماهیت ابراء

ماده ۲۸۹ قانون مدنی ابراء را چنین تعریف کرده است: «ابراء عبارت از این است که دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند»، در یکطرفه بودن ابراء که صرفاً با اراده طلبکار واقع و بدون موافقت مدیون و حتی با رد او تحقق می‌یابد و موجب سقوط دین است، هیچ اختلافی وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۲۵؛ امامی، ۱۳۸۸، ۳۳۱/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۵۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ب/۲۳۵ و ۸۲۲).

هرچند برخی احتمال فراوان داده‌اند که مفاد ماده ۲۸۹ قانون مدنی از حقوق فرائز سه اقتباس شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۵۱؛ پارساپور، ۱۳۸۸، ۱) لیکن همانطور که گفته شده است، از مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۸۷ قانون مدنی سابق فرانسسه چنین مستنبط است که ابراء عقد است (شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۶)، همچنین به موجب ماده ۱۲۳۷ طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرائز سه که اشعار می‌دارد: «برای دین، توافقی است که بر اساس آن، متعهد له با موافقت صریح یا ضمنی متعهد، او را از تعهدش بری‌الذمه می‌نماید و ابراء ماهیتاً توافقی ساقط کننده

تلقی می‌گردد» (شعاریان، ۱۳۹۵، ۵۴۵)، به نظر، ماده ۲۸۹ قانون مدنی برگرفته از نظر مشهور فقهاء باشد (امامی، ۱۳۸۸، ۳۳۱/۱).

فقهای امامیه به صورت مستقل تعریفی برای ابراء مطرح نکرده‌اند (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ۱۳۱)، مشهورترین تعریفی که برای ابراء ذکر شده همان «اسقاط مافی‌الذمه» است. فقهاء درباره ماهیت ابراء دو نظریه مغایر «اسقاط حق دینی» و «تملیک دین به مدیون» را دارند که ثمره این اختلاف در عقد یا ایقاع بودن ابراء و آثار و شرایط و احکام آن آشکار می‌شود، چرا که در تملیک دین، به اندازه دین به دارایی مدیون اضافه می‌شود، ولی در ابراء به معنی اسقاط، صرفاً کاهش دارایی دائن ابراء کننده است (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۲۶۱) لیکن همانگونه که بیان شد، برخلاف نظر برخی از فقهاء از جمله شیخ طوسی و ابن زهره و ابن ادریس که قبول و موافقت مدیون را شرط تحقق ابراء می‌دانند، بنظر مشهور فقهاء و ماده ۲۸۹ قانون مدنی، ابراء اسقاط حق دینی است.

#### ۴- هبه دین و ماهیت آن

قانون مدنی در ماده ۸۰۶ با پذیرش هبه دین، بیان می‌نماید: «هرگاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد، حق رجوع ندارد». علی‌رغم مخالفت برخی با امکان هبه دین با این توصیف که تملیک طلب از جانب بستانکار به بدهکار و دادن عنوان هبه دین به مدیون، خیالی بیش نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ۴)، قانونگذار علی‌رغم شباهت مفهوم ابراء با هبه دین به مدیون، برای بخشش طلب عنوانی مستقل انتخاب کرده است، که پس از تحقق عقد هبه و انتقال طلب به مدیون، دین از جهت مالکیت مافی‌الذمه ساقط می‌گردد و به همین جهت هبه مزبور قابل رجوع نیست (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۲۶)؛ هرچند برخی نتیجه جمع شدن دو صفت طلبکار و بدهکار را در یک شخص و بالطبع سقوط دین را پس از هبه دین به مدیون قبول دارند، لیکن معتقدند مقصود واهب و متهب، صرفاً سقوط دین نیست، بلکه آنچه در هبه طلب، انشاء می‌شود، در واقع انتقال حقی است که واهب بر مدیون به عنوان جزئی از دارایی خود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۶۵/۳) و به همین دلیل نیز نیاز به قبض وجود ندارد. بنابراین بخشش طلب به مدیون برخلاف ابراء، عقد است و اثر مستقیم آن جابجایی حق است نه اسقاط آن و در اثر عقد، مدیون مالک طلب می‌شود و سپس دین ساقط



می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۶۰). در فقه نیز بخشیدن دین به مدیون صحیح و قبول مدیون نیز شرط است، البته بعضی معتقدند، هرچند این قسم بخشیدن، ابراء نیست، زیرا ابراء قبول نمی‌خواهد، لیکن اثر ابراء را دارد (خمینی، ۱۳۹۰، ۳۳۶/۳).

صاحب جواهر نیز بعد از ذکر عدم نیاز به قبول در ابراء می‌نویسد: «لکن المقام من العقود التي لا بد فيها من القبول، و ان كان هي بعد تمامها تفيد مفاد الابراء كالصلح و بيع الدين على من هو عليه...» و در عقدی که جانشین ابراء شود و فائده ابراء را داشته باشد، مثل صلح و بیع دین به مدیون، نیاز به قبول را می‌پذیرد (جواهر الکلام، ۱۴۰۴، ۱۶۵/۲۸).

### ۵- امکان انعقاد عقد صلح در مقام ابراء

به موجب ماده ۷۵۸ قانون مدنی، صلح در مقام معاملات واقع می‌شود؛ ممکن است با توجه به لفظ «معاملات» تصور شود، منظور مقنن به لحاظ ترادف بین واژه «معامله» و «عقد» صرفاً عقود می‌باشد و در نتیجه صلح در مقام ابراء با توجه به اینکه ابراء در زمره ایقاعات است، نمی‌تواند در قالب صلح واقع گردد، صرف نظر از اینکه کلمه «معامله» در معنای اعم شامل ایقاعات نیز می‌گردد، چنانکه برخی معتقدند واژه معامله مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز که مبین اصل صحت معاملات می‌باشد، به شیوه فقیهان به معنای عام خود به کار رفته است و شامل ایقاع هم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۴۸۶)؛ بنابراین معنای عام معامله در قانون مدنی مسبوق به سابقه می‌باشد، همچنین با مراجعه به منابع فقهی علی‌رغم وجود اختلاف در تعریف و ماهیت صلح ابتدایی، امکان جایگزینی صلح بر ابراء هیچ مخالفی ندارد و حتی برخی از فقهاء که برخلاف نظر مشهور قائل به استقلال صلح بدوی نیز نمی‌باشند (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، ۲/۲۸۸) عقد صلح را تابع پنج عمل حقوقی بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌دانند، امام خمینی نیز در این رابطه می‌نویسد: «صلح عقد است و به طور مطلق محتاج ایجاب و قبول است، حتی در موردی هم که فائده ابراء و اسقاط را دارد، بنابر اقوی ایجاب و قبول می‌خواهد، اگر چه ابراء ذمه مدیون و اسقاط حق متوقف بر قبول طرف نیست. لکن همین دو عنوان وقتی به عنوان صلح واقع می‌شوند، متوقف بر ایجاب و قبولند» (خمینی، بی‌تا، ۱/۵۶۱). در همین راستا تعدادی از فقهای معاصر - خوئی، گلپایگانی، اراکی، فاضل، صافی، تبریزی، سیستانی و زنجانی - ضمن تأیید سخنان امام خمینی،

می‌نویسند: «ولی اگر کسی بخواهد از طلب یا حق خود، بدون صلح، بگذرد، قبول کردن دیگری لازم نیست» (بنی هاشمی، ۱۴۲۴، ۳۱۴/۲)؛ یکی از حقوقدان‌ها در انتقاد از ماده ۷۵۷ قانون مدنی که صلح بلاعوض را جایز می‌داند، معتقد بر عدم جریان صلح در مقام ایقاعات می‌باشند: «برای اینکه مالکی بتواند مال خود را بدون انتظار هیچگونه عوض به دیگری تملیک کند، از نظر اصول و قواعد فلسفی حقوقی اشکالی به نظر نمی‌رسد از مؤثر شمردن قصد یکطرفی مالک، در این فرض، به که ضرر می‌رسد؟ آیا به کسی تجاوز می‌شود؟ همان طور که اسقاط حق با قصد یکطرف امکان دارد (ماده ۲۸۹ ق.م.) ایجاد حق به نفع غیر اگر بدون تحمیل تعهد به او باشد، عقلاً بلااشکال است... بنابراین برای تملیک بلاعوض، توافق و تسالم (که اسم حقوقی آن صلح است) ضرورت نداشته و صلح بلاعوض در واقع اساس حقوقی ندارد» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۳۱ و ۲۳۲). ایشان جهت تقویت ادعای خود، به قسمتی از متن کتاب المناهل اشاره می‌نماید: «لایجری الصلح فی الایقاعات کلها» و معنی آن را نیز به این شرح بیان می‌نماید که: «یعنی آنجا که باید حتماً ایقاعی از ایقاعات، جریان پیدا کند، آنجا جای عقد صلح نیست»، در حالی که به نظر، جمله مورد اشاره دکتر لنگرودی با توجه به کل متن می‌بایستی معنی گردد، زیرا جمله مذکور در ذیل عنوان «منهل لا اشکال فی کون الصلح من العقود المتوقفه علی رضاء الطرفين» آمده است و نویسنده متن پس از ذکر اینکه صلح، عقدی متوقف بر رضای طرفین و مشتمل بر ایجاب و قبول است و بیان این مطلب که عقد بودن صلح در کتب شرایع و التحریر و غیره تصریح شده است و ادعای اجماع بر آن است، می‌نویسد: «فلا یجزی الصلح فی الایقاعات کلها» (مجاهد طباطبایی، بی تا، ۳۴۸)؛ ظاهراً منظور صاحب المناهل، عدم امکان انعقاد صلح به نحو ایقاع و بدون قبول متصالح می‌باشد و نه عدم امکان وقوع صلح در مقام ایقاعات، زیرا قابلیت صلح ابرائی و صلح اسقاط، در فقه، نظر مخالفی ندارد و در صلح ابتدایی نیز ممکن است، عقد به منظور اسقاط حق انجام شود، مانند اینکه شخص طلب خود را از دیگری ساقط کند؛ صلحی که نتیجه آن ایقاع است و همان فایده را می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۴۰/۱)؛ در صلح ابتدایی ممکن است، عقد به منظور اسقاط حق انجام شود، مانند اینکه شخص طلب خود را از دیگری ساقط کند، یا حق خیار و تحجیر و شفعه و اولویت در

انتفاع از اموال عمومی و مانند این‌ها را اسقاط کند(کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۳۵۸/۲). البته دکتر لنگرودی در قسمت‌های دیگر کتاب ارزشمند «رهن و صلح»، صلح در مقام ابراء و اسقاط را می‌پذیرد(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۶۹ و ۲۲۳).

بدیهی است، نوشته حاضر با توجه به ماده ۷۵۸ قانون مدنی و نظریه مشهور فقهاء بر پایه استقلال عقد صلح که مطابق آن، صلح فی النفسه اصل و مستقل از اعمال حقوقی است که به قائم مقامی آن واقع می‌شود، شکل گرفته، زیرا همانطور که متذکر شده‌اند، صرف نظر از وجود تردید در انتساب نظریه تفریح به شیخ طوسی، وابستگی به سایر عقود، عقد صلح را به حد اعلی ضعیف می‌گرداند(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۴۴).

### ۶- ماهیت و حقیقت عقد صلح در مقام ابراء و اثر آن

با توجه به عقد بودن صلح و ایقاع بودن ابراء که جوهر اصلی آن اسقاط دین است، ماهیت صلح در مقام ابراء چیست؟ زیرا از یک سو صلح بدوی عقد است و طبعاً نیاز به ایجاب و قبول دارد، از سوی دیگر ابراء ایقاع است و بدون نیاز به قبول ابراء شونده واقع می‌شود، حال صلح در مقام ابراء، ماهیتاً با ابراء، که صلح قرار است افاده آن را بنماید، متفاوت می‌گردد.

همانگونه که گفته شد، صلح، توافق طرفین به انجام عمل حقوقی معین متضمن ..... اسقاط و انتقال حقوق، بدون تبعیت از احکام و شرایط خاصه آن است و ماهیت عقد صلح چیزی جزء تسالم و تراضی بر امری نیست(اصفهان‌پور، ۱۳۹۴، ۸۲/۲). در نتیجه موضوع صلح در مقام ابراء که لزوماً عقدی است لازم، تراضی و تسالم است، لیکن اثر اصلی آن اسقاط حق می‌باشد، به عبارت دیگر در صلح متضمن ابراء که برخلاف خود ابراء، عقد است، نتیجه و اثر اصلی آن، اسقاط حق دینی مدیون می‌باشد، حال ممکن است، در ظاهر این تعارض بدوی بوجود آید که در اسقاط حق، برخلاف انتقال حق و تملیک، که حق دینی از دارایی طلبکار به دارایی بدهکار اضافه می‌شود، بدون ورود در دارایی مدیون ساقط و از بین می‌رود و در نتیجه نیازی به قبول متصالح که در واقع مدیون است، ندارد. آنچه مسلم، اینکه قبل از قبول مدیون، عقد صلح واقع نمی‌گردد، از طرفی مطابق ماده ۷۵۸ قانون مدنی صلح در مقام ابراء باید نتیجه ابراء که همانا اسقاط ذمه مدیون است را بدهد، در نتیجه با قبول متصالح(مدیون) دین بدون انتقال به مدیون ساقط می‌گردد، به عبارتی در صلح ابرائی بدون اینکه دین از

دارایی مصالح خارج و به دارایی متصالح اضافه شود، ساقط می‌گردد و قبول مدیون در صلح در مقام ابراء منافاتی با اسقاط ذمه که یکی از اسباب سقوط تعهدات است، ندارد، زیرا اسقاط، قطع طرف تعلق از متعلق است، یعنی با اعمال اسقاط رابطه‌ای که به سببی میان انسان (ذی الحق) و چیزی (متعلق حق) وجود دارد، بریده و منقطع می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۳۰۳) و همانگونه که گفته‌اند: «هرگاه صلح اسقاط حق باشد، نتیجه ابراء را دارد، حال آنکه ابراء نیست، زیرا ممکن است، دو عقد مختلف دارای نتیجه و آثار واحد باشند، بنابراین وحدت نتیجه و مقتضای کاشف از وحدت سبب و نوع عقد نیست، زیرا ممکن است، دو شیء مختلف دارای اثر شبیه به یکدیگر باشند (امامی، ۱۳۸۲، ۴۰/۲). در واقع منظور از عقد صلح در مقام ابراء، عقد صلحی است که متضمن ایقاع می‌باشد، مانند آنکه تصالح بر ابراء انجام گیرد، مثلاً شخص می‌گوید: من با تو صلح کردم بر این که ذمه تو بری باشد، در مقابل کذا (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۳۸۵/۴). در نتیجه صلح در مقام ابراء ماهیتاً عقدی است که نیاز به توافق طلبکار و مدیون (مصالح و متصالح) دارد و نتیجه ابراء، که اسقاط مافی‌الذمه مدیون است را دارد، حال آنکه در واقع ابراء نیست (مدنی، ۱۳۹۳، ۲۷۱/۵) کما اینکه در خصوص ایقاع به طور کلی گفته شده است که، ایقاع نیز به حقوق دیگران ارتباط پیدا می‌کند و حقی به سود دیگری ایجاد می‌کند یا امتیازی را از او می‌گیرد و رابطه‌ای را بر هم می‌زند، پس اثر ایقاع هیچ‌گاه محدود به شخصیت و دارایی ایقاع کننده نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۱۶۲).

بنابراین اسقاط دین مدیون، از جمع اراده از شایبی دائن (م‌صالح) و مدیون (مت‌صالح) صورت می‌پذیرد و اراده مدیون نیز در سقوط دین کارگزار است، برخلاف ابراء که اراده مدیون تأثیری در سقوط دین ندارد و حتی مطابق نظر مشهور، امکان رد از طرف مدیون نیز وجود ندارد، زیرا درباره لزوم قبول متصالح و عقد بودن صلح تردیدی وجود ندارد و قانون مدنی صلح را در ردیف عقود معین ذکر و در ماده ۷۵۳ از اهلیت طرفین سخن رانده است و نمی‌توان به لحاظ ماهیت ایقاعی ابراء، صلح در مقام ابراء را نیز ایقاع پنداشت، چرا که ماده ۷۵۸ قانون مدنی صرفاً به نتیجه معامله جایگزین شده، توجه دارد، که نتیجه ابراء نیز اسقاط مافی‌الذمه می‌باشد و در صدد بیان ماهیت صلح نمی‌باشد و می‌توان گفت نقش قبول در صلح در مقام ابراء، نقش اصلی و کارگزار است و لیکن با ایجاب مصالح (دائن) سقوط دین

مدیون انشاء و با قبول مدیون متصلح، بدون انتقال به دارایی مدیون، مستقر و در نتیجه ساقط می‌گردد؛ ایراد نشود که قبول مدیون متصلح به دلیل عدم انتقال دین به وی هیچ اثری در دارایی ایشان ندارد چه آنکه دین در واقع رابطه حقوقی بین دو شخص است و به لحاظ این ارتباط، سقوط دین طلبکار در واقع سقوط دین مدیون نیز می‌باشد و صلح در مقام ابراء و اثر آن که سقوط مافی‌الذمه بدهکار می‌باشد، در واقع ناشی از توافق دو انشاء مصالح و متصلح و محصول مشترک اراده طرفین صلح می‌باشد و قبول مدیون متصلح جزئی از سبب و رکن عقد صلح جاگزین ابراء است، ولی برخلاف هبه دین، در صلح ابرائی دین مدیون ساقط می‌شود و از دائن به مدیون منتقل نمی‌شود تا به لحاظ مالکیت مافی‌الذمه مدیون نتیجتاً ساقط گردد.

همچنانکه یکی از اساتید در ذیل مبحث «شرط عوض در ابراء» و بیان نظر فقیه دیگر، مبنی بر اینکه شرط عوض در ابراء آن را از صورت ابراء خارج و به صلح تبدیل می‌کند، بیان داشته‌اند: «عقد صلح می‌تواند به صورت معوض انجام گیرد که یکی از عوضین آن اسقاط یا ابراء باشد و عوض دیگر مال» (محقق داماد، ۱۳۹۶، ۲۷۵). به نظر با توجه به ماده ۷۵۷ قانون مدنی که در مقام تجویز صلح بلاعوض است، در صلح در مقام ابراء که در واقع صلح بلاعوض است، خود اسقاط مافی‌الذمه (ابراء) می‌تواند معوض صلح باشد، زیرا هیچ مانعی وجود ندارد عمل حقوقی که با یک اراده واقع می‌شود، در فرض ویژه‌ای به شکل قرارداد درآید.

هرچند در مقابل، ممکن است گفته شود، در صورتی می‌توان ماهیت صلح در مقام ابراء را عقد دانست و گفت صلح جایگزین شده ابراء با دو اراده انشایی مصالح و مدیون متصلح واقع می‌شود که با قبول مدیون، دین از دارایی دائن به دارایی مدیون انتقال پیدا کند، سپس به لحاظ جمع دو و صف طلبکار و بدهکار و عدم امکان طلبکار بودن شخصی از خود، ساقط می‌شود (مالکیت مافی‌الذمه)، لیکن همانگونه که گفته شد، مطابق ماده ۷۵۸ قانون مدنی، صلح در مقام معاملات و از جمله ابراء، میبایستی نتیجه عمل حقوقی جایگزین شده را بدهد و نتیجه و اثر اصلی ابراء، اسقاط دین است و نه انتقال دین و منظور مقنن از نتیجه، در ماده موصوف، ظاهراً اثر اصلی عمل حقوقی موضوع جایگزینی می‌باشد و این در حالی است که

اگر ماهیت صلح در مقام ابراء را انتقال دین به مدیون بدانیم، هرچند به دلیل مالکیت مافی‌الذمه دین مدیون ساقط می‌شود، دیگر اثر اصلی و مستقیم ابراء را که همانا اسقاط است، ندارد، زیرا اثر مستقیم انتقال دین، اینکه مدیون، مالک طلب می‌شود، منتها چون هیچ کس نمی‌تواند از خود طلبکار باشد، موجب سقوط دین می‌شود، به عبارتی اثر اصلی و مستقیم ابراء سقوط حق است و با انتقال حق ماهیتاً متفاوت است و این دو ساختار و مکانیسم حقوقی متفاوت، واجد آثار عملی متفاوت نیز می‌باشند و از جمله آن، تفاوت اثر در مسئولیت اشتراکی است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۶۱) و با پذیرش اینکه، اثر صلح در مقام ابراء، انتقال دین باشد (به لحاظ اختلاف در اثر اسقاطی یا تملیکی ابراء در فقه)، در این صورت قدر متیقن در حقوق ایران صلح منعقد فی مابین دائن و مدیون، در واقع صلح در مقام هبه دین است، نه صلح در مقام ابراء و این برخلاف تعریف و منشاء ابراء در ماده ۲۸۹ قانون مدنی است.

از طرفی با در نظر گرفتن اثر انشایی برای ایجاب دائن (مصالح) در صلح جایگزین ابراء، می‌توان اسقاط ذمه بودن اثر آن را توجیه نمود. همچنانکه برخی محققان اظهار نموده‌اند، ایجاب پیش از قبول یک انشاء است و انشاء بدون منشاء محال است و در واقع انشاء ایجاب کننده، اثر عقد را به وجود اقتضائی در ظرف اعتبار ایجاد می‌کند و اثر قبول این است که آن موجود اقتضائی را به مرحله نهایی می‌رساند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۷، الف/۴۸) و در مانحن فیه، اراده (ایجاب) دائن مصالح، اثر عقد صلح در مقام ابراء که همانا اسقاط مافی‌الذمه مدیون است، را بوجود می‌آورد و با پیوستن قبول مدیون متصالح، سقوط دین مستقر و نهایی می‌گردد و با این تحلیل، ایراد مطروحه که توسط برخی در توجیه ماهیت عقدی و تملیکی ابراء گفته شده است، مبنی بر اینکه ابراء به عنوان یک عمل حقوقی یکطرفه و بدون نیاز به قبول مدیون، موجب امتنان مدیون می‌شود و برخلاف اصل عدم ولایت است، مرتفع می‌گردد، زیرا برخی از فقهاء و از جمله شیخ طوسی معتقدند: «چون در ابراء منتهی بر ابراء شونده وجود دارد و او مجبور به پذیرش آن نیست، در صورتی که اگر قبولش را لازم ندانیم، او را بدان مجبور کرده‌ایم» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۳۱۴).

در واقع هرچند این مطلب که ایجاب بدون قبول هیچگونه رابطه حقوقی ایجاد نمی‌کند و الزام و التزامی را به وجود نمی‌آورد، مورد اتفاق و اجماع فقیهان امامیه می‌باشد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۴، ۱۰۷/۱) لیکن در میزان دخالت و اثر قبول، فقیهانی هستند که ایجاب را رکن عقد و قبول را شرط تحقق عمل حقوقی عقد می‌دانند، صاحب مصباح الفقاهاه بیان می‌دارند: «ان التملیکین (تملیک البایع و تملیک المشتري) یتحققان فی مرتبه واحده و اذن فلا اصله ولا تبعیه فی المقام و اصف الی ذلک: انا سلمنا کون التملیک من ناحیه البایع اصلیاً استقلالياً و من ناحیه المشتري ضمناً تبعياً. الا ان اطلاق التعریف شامل لکلاً التملیکین و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانی و حصره فی الاول» (خوئی، بی تا، ۶۱/۲). ایشان قبول را غیر موجد و تبعی می‌دانند و انشای آن را نه جزء رکن عقد، بلکه شرط تحقق آن می‌دانند. برخی دیگر نیز حتی صرف ایجاب را کافی برای تحقق بیع دانسته و قبول را رکن نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱، ۳۲۵/۱) کما اینکه صاحب تحریرالمجله نیز ابراء را در صورتی که در قالب صلح صورت پذیرد، علی‌رغم عقد بودن صلح، اسقاط می‌داند و در ماده ۱۵۶۱ بیان می‌دارد: «اذا قال احد لیس لی مع فلان نزاع و لا دعوی الی آخرها...، حقیقه الابراء هو اسقاط مال أو حق مالی لشخص علی آخر و هو ایقاع لاقعد فلا یحتاج الی ایجاب و قبول الا اذا کان بطریق الصلح فاذا سقط لا یعود فلاموضع فیہ للفسخ و الاقاله...» (نجفی، ۱۳۵۹، ۴۴/۲).

بنابراین اثر ایجاب و قبول در عقد صلح که جانشین ابراء شده است، با تحلیلی که از ماهیت صلح ابرائی گذشت، یکسان نمی‌باشد و نقش ایجاب مشهودتر است، چرا که با ایجاب دائن (مصلح) اثر عقد که همانا اسقاط دین مدیون است، محقق و با قبول مدیون مستقر و نهایی می‌گردد و اختلاف در ثمره ماهیت حقوقی موجب نمی‌شود که آن ماهیت تغییر کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۵۲/۱) و اثر صلح در مقام ابراء (اسقاط مافی‌الذمه)، نمی‌تواند موجب شود آن را ایقاع بدانیم، زیرا قبول در عقد صلح در مقام ابراء در واقع از نوع قبولی است که حالت انشایی ندارد و قبول رضایی است، زیرا هرچند در رضای متقابل ظاهراً به صورت دو قصد انشاء متقابل، سازندگان اجزاء عقودند، ولی تحقیق این است که در رضای متقابل به دو صورت وجود دارد ۱- دو قصد انشاء مانند قصد انشاء بایع و قصد انشاء مشتری

۲- یک قصد انشاء و یک رضای ساده فاقد حالت انشایی، همچنانکه در عقد رهن و ضمان و کفالت دیده می‌شود و به همین جهت قانون مدنی در ماده ۱۸۳ به ذکر انشاء واحد قناعت کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ۵۵/۱)، فلذا، اگر قبول مدیون متصلح در صلح در مقام ابراء، حالت انشایی نداشته باشد، تأثیری در عقد بودن عمل حقوقی (صلح) ندارد.

### ۷- تفاوت عقد صلح در مقام ابراء با ابراء در مرحله ایجاد، آثار و احکام

تفاوت صلح در مقام ابراء با ابراء در سه مرحله ایجاد، آثار و احکام قابل بررسی است.

#### ۱-۷- مرحله ایجاد

گفته شد که صلح اعم از بدوی (در مقام معاملات) و در مقام رفع تنازع موجود و یا احتمالی، عقد است و نیاز به دو اراده دارد و توافق و تراضی مصالح و متصلح است که عقد صلح را ایجاد می‌کند، عده ای از حقوقدان‌ها، «تراضی» را در ذیل فهرست «عناصر عقد صلح» قرار داده‌اند و آن را محل اتفاق دانشمندان حقوق دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۱۳۵) در نتیجه تفاوتی ندارد که معامله جانشین شده در صلح، عقد باشد یا ایقاع و صلح در مقام ابراء نیز، عقد می‌باشد چه آنکه اگر عقد صلح، مفید اسقاط حق یا دین باشد، این نتیجه به استقلال آن لطمه‌ای وارد نمی‌سازد و همچنان بر ماهیت عقدی خود، باقی می‌ماند و باید موافقت طرف دیگر احراز شود، شهید اول درباره صلح طلبکار با بدهکار در کم کردن بدهی می‌نویسد: «صلح در اینجا معاوضه نیست، بلکه به معنای ابراء است و ... باید بگوئیم که در این مورد به خاطر رعایت لفظ صلح، قبول بدهکار نیاز است، اگرچه در خود ابراء قبول را شرط ندانیم» (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳/۳۲۸).

از طرفی شیخ طوسی ماهیتاً ابراء را عقد و نیازمند قبول می‌داند، زیرا به نظر ایشان در صورتی که آن را ایقاع بدانیم موجب منت بر ابراء شونده می‌گردد و دلیل دیگر را عدم امکان سلطنت در اموال دیگران ذکر کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۳۱۴)، علاوه بر ایشان، ابن زهره در غنیه و ابن ادریس در سرائر نیز قبول و موافقت مدیون را شرط می‌دانند (باقری، ۱۳۸۲، ۱۶۰) مطابق نظر مشهور فقهاء و همچنین مستنبط از ماده ۲۸۹ قانون مدنی، ابراء در حقوق ایران ایقاع و صرفاً با اراده طلبکار واقع می‌شود و نظر مخالفی دیده نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷،



ب/۲۳۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۵۴؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۲۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۶، ۲۶۲؛ باقری، ۱۳۸۲، ۱۶۶).

## ۲-۷-آنار

گفته شد که با توجه به ماده ۷۵۸ قانون مدنی، صلح معاملی باید نتیجه و اثر معامله جایگزین شده را در پی داشته باشد و منظور از نتیجه، اثر اصلی عمل حقوقی جایگزین شده است و مُنشأ ابراء نیز اسقاط مافی‌الذمه می‌باشد، نتیجتاً اثر عقد صلح در مقام ابراء نیز، اسقاط ذمه مدیون متصالح می‌باشد که نقش قبول مدیون در اینگونه صلح کارگزار می‌باشد و لیکن قبول مدیون حالت انشایی ندارد، کما اینکه در عقود چون رهن و کفالت و ضمان، قبول مرتهن و مکفول‌له و مضمون‌له، قبول رضایی است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۰، ۵۵/۱) از طرفی در صلح ابرائی، اثر ایجاب طلبکار (م‌صالح)، منوط به قبول مدیون (متصالح) می‌باشد، بنابراین ابراء و صلح در مقام ابراء در اثر اصلی و مُنشأ در عنوان «اسقاط مافی‌الذمه» واحد هستند و عقد بودن یکی و ایقاع بودن دیگری، موجب تفاوت در اثر نمی‌شود، زیرا عقد یا ایقاع بودن بر اساس ترا ضی یا عدم ترا ضی است و ارتباطی به نتیجه ندارد، ولی علی‌رغم اینکه نتیجه هر دو عمل حقوقی «صلح جانشین ابراء» و «ابراء»، سقوط دین می‌باشد، در احکام مترتب بر آنها تفاوت‌هایی وجود دارد.

## ۳-۷-احکام

هر چند در مواد ۲۸۹ تا ۲۹۱ قانون مدنی احکام مترتب بر ابراء به نحو تفصیلی بیان نشده است، لیکن مطابق ماده ۷۵۸ قانون مدنی، در صلح در مقام ابراء، شرایط و احکام خاصه ابراء به دلیل استقلال عقد صلح از معامله جایگزین شده، وجود ندارد، حال برای یافتن احکام و شرایط خاصه ابراء، با توجه به عدم ذکر مقنن در مواد مربوط به ابراء و عدم ذکر احکام ویژه‌ای درباره شرایط وقوع آن در قانون مدنی، می‌بایستی به منبع قانون مدنی یعنی فقه و همچنین قواعد عمومی قراردادها و ایقاعات مراجعه کرد و همانطور که گفته اند، اجرای قواعد قراردادها در ابراء (به لحاظ ماهیت آن) ساده نیست و چندان انحراف و استثناء در آن دیده می‌شود که در غالب موارد تحلیل و بحث جداگانه ای را ایجاب می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۷۲) فلذا با توجه به اینکه مقتضای ذاتی ابراء و صلح در مقام ابراء «اسقاط

مافی‌الذمه» می‌باشد و لیکن ابراء، ایقاع و صلح ابرائی، عقد است، مواردی موضوع بررسی قرار گرفته است که تفاوت عقد و ایقاع در آن مؤثر باشد.

### ۱-۳-۷- صلح در مقام ابراء به نحو فضولی

در خصوص صحت (عدم نفوذ) یا بطلان ابراء فضولی، به دلیل سکوت قانون مدنی، میان حقوقدانان و در فقه نیز به طور کلی در مورد ایقاع فضولی، اختلاف نظر وجود دارد؛ در واقع جریان یا عدم جریان فضولی در ابراء مبتنی بر این سؤال کلی است که آیا ایقاع فضولی صحیح است یا باطل؟ قانون مدنی درباره اجرا یا عدم امکان اجرای قواعد فضولی در ایقاعات، حاوی حکم خاصی نیست.

عده ای از حقوقدانان معتقدند که چون در ابراء، مباشرت طلبکار شرط نیست، امکان انعقاد به نحو نیابت نیز وجود دارد، از طرفی با استنباط قاعده از ماده ۲۰۹ قانون مدنی (امضای معامله اکراهی) قواعد فضولی در ایقاعات و از جمله ابراء جزء در موارد ناسازگاری با طبیعت عمل حقوقی مانند طلاق و اقرار، جاری و ساری می‌باشد، چرا که فضولی بودن ابراء با ماهیت ابراء (اسقاط مافی‌الذمه)، منافاتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۷۷؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۷، ب، ۲۱۴؛ محقق‌داماد، ۱۳۹۶، ۲۲۷).

بعضی نیز با تمسک به عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث، ایقاع فضولی و از جمله ابراء فضولی را معتبر می‌دانند (باقری، ۱۳۸۹، ۲۱۱). در مقابل، به اعتقاد یکی از اساتید، ابراء و به طور کلی ایقاع فضولی باطل است، زیرا به دلیل ضرورت وجود رضا برای تحقق عمل حقوقی، دلایل مربوط به عدم نفوذ معاملات فضولی، قابل تسری به ایقاعات نمی‌باشد و مقتضای ضرورت رضا به عنوان شرط تحقق هر عمل حقوقی، بطلان ایقاع و از جمله ابراء فضولی و عدم تأثیر رضای بعدی است (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۳۸).

در فقه، شیخ انصاری قائل به بطلان کلیه ایقاعات فضولی از جمله ابراء می‌باشد و بر این حکم ادعای اجماع کرده‌اند: «اختلف الاصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی بل مطلق عقده بعد اتفاقهم علی بطلان ایقاعه، كما فی غایه المراد علی اقوال» (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/۳۴۵ و ۳۴۶) و این ادعا توسط برخی دیگر نیز ذکر گردیده است. «اورد علیه ال‌شهیدی (رحمة الله) بانه یتجه علی هذا أنه یلزم بناء علیه صحه ایقاع الفضولی مطلقاً علی القول بالكشف، و هو

خلاف اطلاق معقد الاجماع علی بطلان ایقاع فضولی، الا ان یشکل فی هذا الاجماع» (کلانتر، ۱۴۱۰، ۳/۱). در مقابل نیز عده‌ای از فقهاء بعد از پذیرش ایقاع معلق، جریان فضولی در ایقاعات را پذیرفته‌اند و بطلان آن را بدون دلیل میدانند: «و التحقیق ان بطلان الفضولیه فی الایقاعات عموماً او خصوصاً حتی بعد لحوق الاجازة لادلیل علیه» (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸، ۷۶/۲؛ تبریزی، ۱۳۷۵، ۳۶۷/۲).

بعضی نیز با وحدت ملاک از صحت و صیت مازاد بر ثلث که آن را از جمله ایقاعات فضولی می‌دانند معتقدند: «و علی الجملة انه لادلیل علی بطلان الایقاعات الفضولیه» (خوئی، بی‌تا، ۵/۴)، امام خمینی نیز جریان فضولی را به لحاظ موافقت با قاعده، در ایقاع نیز می‌پذیرند (خمینی، ۱۴۲۱، ۱۳۷/۲).

به نظر، باید موافق عقیده ای بود که ابراء فضولی را جاری و غیر نافذ می‌داند، چرا که دلیل متقنی بر بطلان ابرای فضولی وجود ندارد و ایقاع فضولی نیز همانند عقود فضولی، مشمول اطلاعات و عمومات لزوم وفای به عهد است؛ هم چنین برای انعقاد ابراء صحیح لازم است که اراده حقوقی از کسی ابراز گردد که عاقل، بالغ، قاصد، مختار و رشید باشد و ابراء کننده بایستی دارای حق تصرف و یا مأذون از طرف اصیل (طلبکار) باشد، در ابراء فضولی رضای دارنده حق بر خلاف شرایطی چون بلوغ، عقل و قصد که شرط وقوع است، شرط نفوذ ابراء در ترتیب آثار آن می‌باشد نه به شرط وقوع؛ به عبارتی تنها مانع جریان یافتن آثار ابراء، رضای اصیل است که با اجازه بعدی حاصل می‌گردد. علاوه بر آن می‌توان به عدم اشتراط تقارن رضا با انشای ابراء فضولی و امکان لحوق اجازه کاشف رضا نیز اشاره نمود؛ استناد به سیره متشرعه و عقلانی نیز مؤید این نظر است (امیر خانی، ۱۳۹۴، ۳۰)، با توجه به آنچه گفتیم، صلح در مقام ابراء، ماهیتاً عقد می‌باشد و در نتیجه با عنایت به پذیرش عقد فضولی در قانون مدنی و اتفاق نظر فقهای امامیه، علی الظاهر امکان انعقاد صلح در مقام ابراء به نحو فضولی (وقتی مصالح نه طلبکار باشد و نه مأذون) وجود داشته و قابلیت تنفیذ را دارد.

### ۲-۳-۷- شرط ضمن عقد صلح در مقام ابراء

با توجه به اینکه گنجاندن شرط خیار ضمن ابراء و به طور کلی ایقاعات مشروط، محل مناقشه و اختلاف است، در صدد پاسخ به این سؤال هستیم که آیا دلایل مخالفان اندراج

خيار شرط ضمن ابراء شامل صلح ابرائی نیز می‌گردد یا خیر؟ منظور از شرط، شرط خيار است که به موجب آن مصالح بتواند در مدت معین، صلح در مقام ابراء را فسخ نماید. حقوقدانان متفقاً معتقدند، شرط خيار در ابراء ممکن نیست، به نظر دکتر شهیدی خيار شرط در ابراء و نیز سایر ایقاعات به دلیل عدم سازگاری با ماهیت ابراء(ایقاع) به عنوان عمل حقوقی یکطرفه و همچنین اختصاص خيارات به عقود، امکان پذیر نمی‌باشد و قانوناً قابل تحقق نیست(شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۳۷؛ دکتر کاتوزیان نیز با این استدلال که پس از ابراء، رابطه حقوقی باقی نمی‌ماند تا فسخ شود(تنافی با قواعد) و در قانون مدنی نمونه‌ای از شرط خيار در ایقاع لازم دیده نمی‌شود تا بتوان از آن، اذن قانونگذار را استنباط کرد و اینکه ایقاع خياری خلاف قاعده و نیازمند اذن ویژه قانون می‌باشد، پذیرفته نشدن شرط خيار در ایقاع و از جمله ابراء را قوی می‌داند(کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۶۰).

در فقه نیز، مطابق نظر مشهور، خيار شرط در ابراء و به طور کلی ایقاعات نافذ شمرده نشده است، صاحب جواهر معتقد است: «و کذا لایثبت(شرط) فی الایقاعات و فی الاقالة ماستعرف و العتق من الایقاعات الا علی روایة شاذة و... لعلها کذلک لابتناء الایقاع علی النفوذ بمجرد الصیغه فلا یدخله الخيار، و المفهوم من شرط ما کان بین اثین کما بینة علیه»(نجفی، ۱۴۰۴، ۶۴/۲۳). مرحوم نائینی نیز با بیان اینکه جعل خيار شرط یا هر شرط دیگری در ضمن ایقاعات پذیرفته نیست، ابراء مشروط را در حقیقت معاوضه و صلح ذمه در مقابل چیزی می‌داند و نه ابراء(نائینی، ۱۳۷۳، ۵۶/۲).

آنچه محل بحث است، اینکه آیا شرط خيار در صلح در مقام ابراء به لحاظ اینکه مُنشأ آن اسقاط دین می‌باشد، امکان پذیر است یا خیر؟ (دیدیم که دلیل اصلی طرفداران بطلان ابراء مشروط، عدم وجود رابطه حقوقی پس از ابراء است تا بتوان آن را فسخ نمود)؛ حقوقدانها به لحاظ وجود مواد ۷۶۰ و ۷۶۱ قانون مدنی، اشتراط خيار ضمن عقد صلح بدوی را می‌پذیرند، لیکن درجایی که صلح در مقام ابراء واقع می‌شود، عده ای به تصریح، صلح در مقام ایقاع از جمله ابراء را نیز مانند صلح در مقام عقود، مشمول اصل لزوم و استثناء مقرر در ماده ۷۶۰ قانون مدنی(خيار شرط) می‌دانند(امامی، ۱۳۸۲، ۴۰۳/۲) در مقابل بعضی به لحاظ ماهیت

ایقاعی ابراء و اثر اسقاطی آن، در وجود خیار شرط تردید کرده‌اند و خیار شرط را در صلحی که نتیجه آن منحصر به ابراء باشد، باطل می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ب، ۸۲۸).

در فقه شیخ انصاری ضمن تقسیم عقود به سه قسم، صلح را در زمره موارد اختلافی از لحاظ دخول خیار می‌داند، و معتقد به عدم جریان خیار شرط در عقود متضمن ايقاع می‌باشد: «و مما ذكرنا في الايقاع يمكن ان يمنع دخول الخيار فيما تضمن الايقاع ولو كان عقداً، كالصلح المفيد فائدة الابراء، كما في التحرير و جامع المقاصد» (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۰/۵ و ۱۵۳). البته به نظر صاحب کتاب هدایه الطالب، اینکه صلح متضمن ابراء را از مواردی بدانیم که امکان درج خیار شرط وجود نداشته باشد، ظاهراً غلط نسخه کتاب (مکاسب) است که از اضافه شدن لفظ صلح ناشی شده است (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ۴۵۰/۳).

صرف نظر از نظریاتی که به موجب آن برخی، خیار شرط را به صورت مطلق در صلح جاری می‌دانند و برخی مطلقاً ممنوع می‌دانند، در خصوص صلح در مقام ابراء نیز برخی فقهاء معتقد به عدم جریانند: «اما الصلح فلو كان في مقام المعاضه يدخل فيها الخيار و اما لو كان في مقام الابراء فلا يدخل فيه لانه الايقاع الا ان يرجع الى المعاضه و ...» (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۱). بعضی نیز با تفصیل میان «صلح مفید ابراء» و «صلح متضمن ابراء»، اشتراط خیار در صلح مفید ابراء را ممکن و لیکن در صلح متضمن ابراء به لحاظ عدم امکان اعاده امر معدوم، خیار شرط را قابل جریان نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱، ۳۸۵/۴).

بنابراین با وجود مواد ۷۶۰ و ۷۶۱ قانون مدنی و اینکه در عقد بودن صلح در مقام ابراء هیچ تردیدی وجود ندارد، نمی‌توان حکم به بطلان خیار شرط در صلح ابرائی داد، هرچند به لحاظ وجود ماده ۷۵۸ قانون مدنی، نتیجه صلح در مقام ابراء چیزی جز اسقاط ذمه مدیون متصالح نیست و نمی‌توان قائل به انتقال دین بود، لیکن به دلیل اینکه صلح در مقام ابراء، ماهیتاً عقد است و قبول مدیون متصالح از ارکان آن محسوب می‌شود، دلایلی که طرفداران عدم نفوذ خیار شرط در ايقاع مطرح می‌کنند، یعنی نیاز به دو شخص (مشروط له و مشروط علیه) و دو اراده (ایجاب و قبول) و اختصاص خیار شرط به عقود، مردود است و وجهی برای عدم جریان خیار با تعلیل به ايقاع بودن آن (صلح ابرایی) وجود ندارد، زیرا تفصیل میان عقد و ايقاع به لحاظ مُنشأ و نتیجه نیست، بلکه به لحاظ آن چیزی است که بر اساس مطلوب ما

انشاء می‌شود و مطلوب در صلح در مقام ابراء، متوقف بر فعل مصالح دائن و متصالح مدیون است (بهمن پوری و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۸).

در پاسخ به این ایراد که چون حکمت صلح رفع منازعه موجود یا احتمالی است، در نتیجه شرط خیار موجب نقض غرض است، می‌توان گفت، عقد صلح مخصوصاً صلح ابتدایی و از جمله صلح در مقام ابراء، همی‌شه در مقام رفع منازعه و خصومت نیست، بنابراین می‌توان گفت، همانگونه که از مواد ۷۶۰ و ۷۶۱ قانون مدنی نیز مستنبط است، مجرد اینکه صلح، مفید فایده ایقاع و به طور مشخص ابراء باشد، نه تنها عقد بودن صلح را به لحاظ استقلال نفی نمی‌کند، بلکه مانع جریان خیار شرط در آن نیز نمی‌باشد، چرا که با فسخ صلح، دین مدیون متصالح بر ذمه ایشان مستقر می‌شود و نتیجه صلح ابرائی یعنی اسقاط مافی‌الذمه، به استناد قاعده الساقط لایعود، نمی‌تواند مانع اعاده دین باشد، همچنانکه در اقاله نیز حتی تلف عوضین که در واقع از بین رفتن رابطه حقوقی بین مالک و مال است، نمی‌تواند مانع باشد و در عقد صلح تملیکی نیز، بر فرض تلف موضوع صلح (از بین رفتن رابطه حقوقی متصالح با مورد صلح) مانعی برای فسخ وجود ندارد، کما اینکه بسیاری از فقهاء نیز قائل به صحت اقاله در صلح به صورت مطلق شده‌اند.

#### ۸- صلح در مقام ابراء و هبه دین

ماده ۸۰۶ قانون مدنی، علی‌رغم وجود اختلافات در فقه مبنی بر اینکه هبه دین به مدیون، عقد است یا ایقاع (ابراء) و اینکه اثر آن اسقاط است یا تملیک؛ بخشش طلب به بدهکار را عقد و اثر آن را نیز تملیک و جابه‌جایی حق دانسته است. از طرفی بیان شد که صلح در مقام ابراء، عقد است و برای تحقق، به قبول بدهکار نیازمند است، ولی نتیجه و اثر آن به لحاظ ماده ۷۵۸ قانون مدنی، نمی‌تواند جزء اسقاط دین متصالح مدیون باشد و در نتیجه علی‌رغم تشابه صلح متضمن ابراء و هبه دین، در اینکه هر دو عقد می‌باشند، تفاوت آن‌ها در اثر و مُنشاء که همانا اسقاط و تملیک است، مؤثر در فرض تعدد اشتغال ذمه می‌باشد. در موردی که طلب تنها یک مدیون دارد، از این منظر هیچ تفاوتی میان صلح در مقام ابراء و هبه دین وجود ندارد، زیرا هر دو نیازمند قبول مدیون (متصالح و متهب) می‌باشد و می‌بایستی

به موجب سند رسمی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۳۶۱)، ولی در تعدد اشتغال ذمه (مسئولین متعدد) صلح ابرائی با هبه دین تفاوت دارند.

به موجب ماده ۳۲۱ ق.م، در فرض تعدد غصب، کلیه غاصبین در قبال مالک، در فرض تلف مال، مسئولیت تضامنی در رد مثل یا قیمت دارند، در موردی که مالک به موجب عقد صلح متضمن ابراء، با هر یک از مسئولین صلح نماید و از طلب خود صرف نظر نماید، نه تنها حق رجوع به دیگران را از دست می‌دهد، بلکه مسئول ابراء شده نیز امکان رجوع به دیگر غاصبین را نیز از دست می‌دهد و علت آن نیز، از بین رفتن دین و بالطبع، ازاله تعهد غاصبین متعدد است که نتیجه و ثمره عقد صلح در مقام ابراء می‌باشد، اما اگر در همین فرض، مالک که در واقع طلبکار مثل یا قیمت مال مغضوبه است، حق خود را به یکی از غاصبین هبه کند، او می‌تواند به قائم مقامی مالک طلبکار، به سایر غاصبین مراجعه نماید و علت آن نیز انتقال طلب مالک به مسئول (متهم) می‌باشد، البته در همین فرض نیز با توجه به اینکه مسئول نهایی کسی است که مال مغضوب نزد او تلف شده است، در صورتی که طلب به ایشان هبه شود، حق مراجعه به دیگر مسئولین را ندارد (ماده ۳۱۸ ق.م).

بعضی از فقهاء در فرض ابراء (صلح متضمن ابراء) بین افراد لاحق متصالح (غاصب) و غاصبین پیش از آن، تمایز قائل هستند و به این دلیل که اسباب ضمان متعدد است و معتقدند ابراء هر غاصب، ذمه سابقان بر او را بری، ولی ابرای سابق، در لاحق اثر ندارد (گیلانی، بی تا، ۱۲۶). البته همانگونه که گفته‌اند به نظر می‌بایستی بین صلح (در مقام ابراء) حق رجوع با یکی از غاصبین و صلح دین یکی از غاصبین در رد بدل (مثل یا قیمت) تفاوت قائل شد و برخلاف صلح ابرائی در بدل، اگر مالک از حق رجوع خود در قالب صلح، از یکی از غاصبین بگذرد، مانع رجوع به دیگران نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۷۳).

بنابراین به طور کلی در اشتغال ذمه متعدد می‌توان گفت در صورتی که طلبکار، با مدیون، صلح در مقام ابراء را انشاء نمایند، به لحاظ نتیجه صلح متضمن ابراء که سقوط مافی الذمه مدیون می‌باشد، دائن مصالح، دیگر حق رجوع به دیگر مسئولین را ندارد و در روابط بین مدیون اصلی و مسئولین تضامنی نیز، به لحاظ سقوط دین، متصالح حق مراجعه به آن‌ها را ندارد، در حالی که در هبه دین، اگر طلبکار (واهب) حق خود را به یکی از مسئولین (به جزء

مسئول نهایی) هبه نماید، به دلیل اثر هبه دین که همانا انتقال حق و مالکیت متهدب می‌باشد، او می‌تواند به مسئولین دیگر مراجعه نماید، زیرا نتیجه و اثر صلح متضمن ابراء اسقاط مافی‌الذمه متصالح است و نه تملیک.

## ۹- نتیجه گیری:

۱- تعریفی که از صلح در مقام معاملات با توجه به ماهیت و خصیصه اصلی عقد صلح، یعنی تسالم و توافق، می‌توان بدست داد، عبارت است از: «تسالم و تراضی طرفین عقد به انجام عمل حقوقی معین متضمن تملیک عین یا منفعت یا حق و یا اسقاط و انتقال حقوق، بدون تبعیت از احکام و شرایط خاصه آن».

۲- علی‌رغم وجود اختلاف بین فقهاء و حقوقدان‌ها در تعیین اعمال حقوقی که صلح بدوی می‌تواند جایگزین آن‌ها شود و اینکه منظور از معاملات، صرفاً عقود و ایقاعات معین هستند و یا اینکه هر توافق یا اعلام اراده‌ای می‌تواند موضوع عقد صلح واقع شود و صلح منعقد نتیجه و کارکرد آن را دارد، آنچه مسلم است، اینکه با توجه به سابقه مقنن در استفاده از لفظ «معاملات» و بالطبع شمول این لفظ در ماده ۷۵۸ قانون مدنی بر ایقاعات و از طرفی با مراجعه به آرای فقهاء اعم از کسانی که صلح دعوی را مستقل یا فرع بر معامله جایگزین می‌دانند، انعقاد صلح در مقام ابراء امکان‌پذیر است.

۳- صلح ابتدایی در قانون مدنی به عنوان یکی از عقود معین ذکر گردیده است و در فقه نیز بر پایه نظریه استقلال، بر عقد بودن صلح اجماع وجود دارد، همچنین با توجه به ماده ۲۸۹ قانون مدنی، ابراء به عنوان یک عمل حقوقی یکطرفه (ایقاع) چیزی جز اسقاط مافی‌الذمه نمی‌باشد و برخلاف اختلاف نظر موجود در فقه در خصوص ماهیت ابراء (اسقاط دین یا تملیک دین به مدیون) با وجود ماده ۸۰۶ قانون مدنی در مورد هبه دین و نظر مشهور فقهاء، ابراء صرفاً با اراده طلبکار و بدون نیاز به قبول مدیون واقع می‌شود، در صورتی که اگر اسقاط دین در قالب صلح ابتدایی واقع شود (صلح در مقام ابراء) ماهیت آن عقد و نتیجه و اثر اصلی آن اسقاط حق است و به عبارتی در صلح ابرائی، بر خلاف ابراء، اراده مدیون (قبول متصالح) کارگزار است لیکن برخلاف ایجاب دائن (مصالح) که اراده انشایی است، حالت انشایی ندارد و قبول رضایی است و مُشاء صلح در مقام ابراء به نحو مستقیم، اسقاط دین می‌باشد، بر



خلاف هبه دین که انتقال دین از واهب طلبکار به مدیون متهب است و دین به دلیل مالکیت مافی‌الذمه ساقط می‌گردد و مؤید آن در فقه، نظر فقهای است که ایجاب را رکن و قبول را شرط می‌دانند و در حقوق ایران، ماده ۷۵۸ قانون مدنی است که بر اساس آن صلح در مقام معاملات، می‌بایستی نتیجه و کارکرد آن معامله را بدون تبعیت از احکام و شرایط خاصه آن معامله بدهد و نتیجه و مُدْشاء صلح جایگزین شده ابراء، نمی‌تواند چیزی غیر از اسقاط مافی‌الذمه باشد.

۴- با توجه به مُدْشاء صلح در مقام ابراء، تفاوت آن با ابراء، در مرحله ایجاد، عقد بودن صلح ابرایی (ایجاب مصالح و قبول متصالح) و ایقاع بودن ابراء می‌باشد، ولی اثر هر دو عمل حقوقی، اسقاط دین مدیون است، در مرحله احکام نیز به لحاظ تفاوت ماهوی موجود، برخی احکام مترتب بر آنها، متفاوت می‌گردد، از جمله اینکه صلح در مقام ابراء به نحو فضولی یعنی در موردی که مصالح نه طلبکار باشد و نه مأذون، قابل وقوع و تنفیذ می‌باشد. همچنین علی‌رغم اینکه مطابق نظر مشهور فقهاء و حقوقدان‌ها، اشتراط شرط خیار در ابراء به دلیل خلاف قاعده بودن (قاعده الساقط لایعود) و همچنین نیاز به دو شخص مشروط له و مشروط علیه، باطل می‌باشد، شرط خیار ضمن عقد صلح در مقام ابراء صحیح است چرا که ماهیت عقدی صلح ابتدایی، ایراد نیاز به دو شخص مشروط له و مشروط علیه یا نیاز به وجود ایجاب و قبول و در نتیجه ایراد خلاف قاعده بودن را مرتفع می‌سازد و ایراد دیگر در استناد به قاعده «الساقط لایعود» نیز با تمسک به قیاس اقاله در صلح در فرض تلف عوضین با فسخ صلح در مقام ابراء رفع می‌گردد، زیرا همانگونه که تلف عوضین که در واقع ازاله رابطه حقوقی بین مالک و مال است، مانع اقاله نمی‌باشد، در صلح ابرائی نیز سقوط دین مانع شرط خیار نمی‌باشد و عدم وجود نظر مخالف در صحت تقایل در صلح و اطلاق ماده ۷۶۰ قانون مدنی نیز مؤید صحت شرط خیار ضمن صلح در مقام ابراء می‌باشد.

۵- عقد صلح در مقام ابراء و عقد هبه دین به مدیون از منظر نیازمندی هر دو به قبول مدیون (متصالح و متهب) و لزوم تنظیم سند رسمی (ماده ۴۷ قانون ثبت) مشابه هستند، لیکن با توجه به تفاوت مُدْشاء در هر کدام از آنها، به نحوی که نتیجه صلح ابرائی، اسقاط ذمه و اثر هبه دین، انتقال دین به دارایی مدیون می‌باشد، در فرض تعدد اشتغال ذمه در ضمان و

غصب (مسئولیت تضامنی) در صورت انعقاد صلح در مقام ابراء بین طلبکار و هر کدام از مدیونین، مصلح حق رجوع به دیگر مسئولین را ندارد (برخلاف صلح و اسقاط صرف حق رجوع) و در رابطه بین مدیون اصلی و مسئولین تضامنی نیز به لحاظ سقوط دین، متصالح نیز حق رجوع ندارد، در حالی که در هبه دین، به دلیل انتقال حق و بالتبع مالکیت متهب، مراجعه به دیگر مسئولین، در صورتی که متهب مسئول نهایی نباشد، امکان پذیر است.

## منابع

- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳ ه.ق). وسیله النجاه. قم: چاپ اول، جلد دوم، چاپخانه مهر
- اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ ه.ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: چاپ اول، جلد دوم. نشر انوار الهدی
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۷ ه.ق). الفقه الاسلامی و ادلته. دمشق: چاپ دوازدهم، جلد ششم. دارالفکر.
- الشریف، محمد مهدی؛ منصوری، محمد؛ طباطبایی، سید محمد صادق (۱۳۹۷). واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح. مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره چهارم، ص ۱۵۹-۱۸۸.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۲). حقوق مدنی. تهران: چاپ شانزدهم، جلد دوم. انتشارات اسلامی
- امامی، سید حسن (۱۳۸۸). حقوق مدنی. تهران: چاپ بیست و نهم، جلد اول. انتشارات اسلامی
- امامی، مسعود (۱۳۸۸). صلح ابتدایی. فصلنامه فقه اهل بیت (ع) فارسی. شماره ۳۴، ص ۷۸-۱۳۹.
- امیرخانی، شکیبیا؛ باقری، احمد؛ امام، سید محمد رضا (۱۳۹۴). ایقاع فضولی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۳، ص ۷-۳۴.
- باریکلو، علی رضا (۱۳۹۴). حقوق قراردادها: عقود معین (۱). تهران: چاپ اول. نشر میزان
- باقری، احمد (۱۳۸۲). بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی: سقوط تعهدات. تهران: چاپ اول. نشر آن
- بنی هاشمی خمینی، سید محمد حسن (۱۴۲۴). توضیح المسائل. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- بهمن پوری، عبدالله؛ حائری، محمد حسن؛ فخلعی، محمد تقی (۱۳۹۷). خیار شرط در صلح. مجله فقه و اصول دانشگاه فردوسی مشهد. شماره ۲، شماره پیاپی ۱۱۳، ص ۹-۲۲.
- پارساپور، محمد باقر (۱۳۸۹). ابراء در حقوق ایران و انگلیس. فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۳ و ۴، ص ۱-۹.
- تبریزی، میرزا فتاح شهیدی، (۱۳۷۵ ه.ق)، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب. تبریز: چاپ اول، جلد دوم. چاپخانه اطلاعات

- تبریزی، میرزا فتاح شهیدی (۱۳۷۵ ه.ق). هدایه الطالب الی اسرار المکاسب. تبریز: چاپ اول، جلد سوم. چاپخانه اطلاعات
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷) الف. تأثیر اراده در حقوق مدنی. چاپ دوم. کتابخانه گنج دانش تهران
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷) ب. مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: چاپ سوم. کتابخانه گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). حقوق مدنی: رهن و صلح. تهران: چاپ چهارم. کتابخانه گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). حقوق تعهدات. تهران: چاپ چهارم. کتابخانه گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). فلسفه حقوقی مدنی: عناصر عمومی عقود. تهران: چاپ دوم، جلد اول. کتابخانه گنج دانش
- جمعی از مؤلفان (بی تا). ابراء (۱). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، شماره ۴۵.
- حائری، سیدمحمد مجاهد طباطبایی (بی تا). کتاب المناهل. قم: چاپ اول. مؤسسه آل البیت علیهم السلام
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ه.ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. قم: چاپ دوم، جلد ششم. دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: چاپ دوم، جلد دوم. مؤسسه اسماعیلیان
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۸). حقوق مدنی ۶. تهران: چاپ اول. نشر میزان
- خمینی، امام (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. مترجم سیدمحمدباقر موسوی همدانی. قم: چاپ سوم، جلد سوم. مؤسسه انتشارات دارالعلم
- خمینی، سیدروح اله موسوی (بی تا). تحریر الوسیله. قم: چاپ اول، جلد اول. مؤسسه مطبوعات دارالعلم
- خمینی، سید روح اله موسوی (۱۴۲۱ ه.ق). کتاب البیع. تهران: چاپ اول، جلد اول. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- خمینی، سید روح اله موسوی (۱۴۲۱ ه.ق). کتاب البیع. تهران: چاپ اول، جلد دوم. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- خمینی، سید روح اله موسوی (۱۴۲۱ ه.ق). کتاب البیع. تهران: چاپ اول، جلد چهارم. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰ ه.ق). منهاج الصالحین. قم: چاپ بیست و هشتم، جلد دوم. نشر مدینه العلم
- خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (بی تا). المکاسب: مصباح الفقاهه. جلد دوم. مقرر: محمدعلی توحیدی
- خوئی، سیدابوالقاسم موسوی (بی تا). المکاسب: مصباح الفقاهه. جلد چهارم. مقرر: محمدعلی توحیدی

- دزفولی، مرتضی‌بن محمد امین انصاری (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب مکاسب، المحرمه و البیع و الخیارات. قم: چاپ اول، جلد سوم. کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
- دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب مکاسب، المحرمه و البیع و الخیارات. قم: چاپ اول، جلد پنجم. کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
- سبزواری، محقق، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ ه.ق). کفایه الاحکام. قم: چاپ اول، جلد اول. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- شعاریان، ابراهیم؛ ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات، مطالعه تطبیقی طرح اصلاح حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). سقوط تعهدات. تهران: چاپ چهارم. نشر حقوقدان
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱. تهران: چاپ سوم. انتشارات مجد
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق). المسبوط فی فقه الامامیه. تهران: چاپ سوم، جلد دوم. المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه.ق). المسبوط فی فقه الامامیه. تهران: چاپ سوم، جلد سوم. المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ ه.ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: چاپ دوم، جلد سوم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: چاپ اول، جلد چهارم. مؤسسه المعارف الاسلامیه، گاه‌نگار علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
- عدل، سیدمصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۹۴). حقوق مدنی. تهران: چاپ دوم. انتشارات خرسندی
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). اعمال حقوقی. تهران: چاپ نهم. شرکت سهامی انتشار
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). عقود معین. تهران: چاپ پنجم، جلد سوم. کتابخانه گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: چاپ دوازدهم. نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). عقود معین: مشارکت ها- صلح. تهران: چاپ هشتم، جلد دوم. کتابخانه گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). حقوق مدنی: ایقاع. تهران: چاپ ششم. نشر میزان
- کلانتر، سیدمحمد (۱۴۱۰ ه.ق). کتاب مکاسب المحشی. قم: چاپ سوم، جلد اول. مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب
- گیلانی، نجفی، میرزا حبیب اله رشتی (بی تا). کتاب الغصب

- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: چاپ اول. مرکز نشر علوم اسلامی
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۶). قواعد فقه بخش مدنی ۲. تهران: چاپ شانزدهم. انتشارات سمت
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ فتوائی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسین؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۴). حقوق قراردادهای در فقه امامیه. تهران: چاپ هفتم، جلد اول. انتشارات سمت
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۹۳). حقوق مدنی: عقود معین. تهران: چاپ هفدهم، جلد پنجم. انتشارات پایدار
- نائینی، میرزاحمدحسین غروی (۱۳۷۳ ه.ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاتب. تهران: چاپ اول، جلد اول. المکتبه المحمدیه
- نائینی، میرزاحمدحسین غروی (۱۳۷۳ ه.ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاتب. تهران: چاپ اول، جلد دوم. المکتبه المحمدیه
- نجفی صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: چاپ هفتم، جلد بیست و سوم. داراحیاء التراث العربی
- نجفی صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: چاپ هفتم، جلد بیست و ششم. داراحیاء التراث العربی
- نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: چاپ هفتم، جلد بیست و هشتم. داراحیاء التراث العربی
- نجفی، کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا (۱۳۵۹ ه.ق). تحریر المجله. نجف اشرف: چاپ اول، جلد دوم، قسم دوم. المکتبه المرتضویه
- نراقی، مولوی محمدبن احمد (۱۴۲۲ ه.ق). مشارق الاحکام. قم: چاپ دوم. کنگره نراقیین ملامهدی و ملاحمد
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۹۳). موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح. قم: چاپ اول. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۴ ه.ق). تکمله العروه الوثقی. قم: چاپ اول، جلد اول. کتابفروشی داوری