



## شرط خیار در عقد ضمان\*

- دکتر مصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
- غلامرضا یزدانی<sup>۱</sup> (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

### چکیده

آنچه در این مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد، صحت و یا عدم صحت اشراط خیار در عقد ضمان است. فقها و محققان عقود را از یک حیث به عقود لازم و عقود جایز تقسیم کرده‌اند.<sup>۲</sup> فسخ عقود لازم ممکن نیست مگر در جایی که برای یکی از طرفین قرارداد خیار ثابت شود یا طرفین بر فسخ آن تراضی نمایند. عقود لازم از یک جهت دیگر نیز قابل تقسیم هستند و آن عقود لازمی که خیارپذیرند و عقود لازمی که خیارپذیر نیستند. برخی از عقود لازم، خیارپذیر نیستند و امکان جعل خیار در آنها خلاف مقتضای ذات آنهاست نظیر عقد رهن؛ زیرا مال مرهونه در دست مرتهن به عنوان وثیقه قرار می‌گیرد و جعل خیار برای راهن منافات با وثیقه بودن مال مرهونه دارد. یا نظیر

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۸.

1. ygholamreza@yahoo.com

۲. این تقسیم در قانون مدنی ایران و بسیاری از کشورها نیز وجود دارد. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۸۴ قانون مدنی مقرر نموده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز...».

عقد نکاح. بنابراین باید ابتدا بحث کنیم که آیا عقد ضمان از عقود لازم است یا جایز و اگر از عقود لازم است آیا خیارپذیر است یا خیر؟ در فرض شک در خیارپذیر بودن عقد ضمان، اصل در مسئله چیست؟ اثر شرط خیار در عقد ضمان چیست؟ اگر ضمان، خیاربردار نیست، درج شرط خیار باعث بطلان شرط می‌شود یا باعث بطلان شرط و عقد هر دو؟ خیار تخلف شرط یا تخلف وصف چطور؟ اگر متعاقدين در قرارداد شرطی یا وصفی را درج کنند، در صورت تخلف این شرط یا وصف، آیا خیار برای مشروط له ثابت می‌شود یا خیر؟  
واژگان کلیدی: عقود، عقد ضمان، خیار، خیار شرط، عقود لازم، عقود جایز.

### تاریخچه بحث در کتب شیعه

در روایاتی که در باب ضمان وارد شده است، اثری از شرط خیار در عقد ضمان وجود ندارد. فقهای امامیه این فرع را در دو مبحث از مباحث فقهی مطرح کرده‌اند؛ یکی در کتاب الضمان و دیگری در کتاب البیع، ذیل خیار شرط.

ظاهراً اولین نفر از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب وزین مبسوط در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان و نیز در کتاب الخلاف می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۵). عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب البیع مجمل است ولی در کتاب الضمان تصریح کرده‌اند که دخول شرط در عقد ضمان، بلامانع است. ایشان در کتاب خلاف (بی‌تا: ۳/۳۷۷) نیز تصریح به جواز اشتراط خیار در عقد بیع کرده‌اند. بعد از مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن براج در کتاب مهذب به این فرع پرداخته (۱۴۰۶: ۱/۳۵۵) و معتقد شده‌اند که جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد. سپس ابن ادریس در سرائر حکم به جواز آن داده‌اند (۱۴۱۰: ۲/۲۴۵). مرحوم علامه حلی این فرع را در چهار کتاب خود مطرح کرده‌اند؛ در کتاب ارشاد (۱۴۱۰: ۱/۳۷۶) و تذکره (بی‌تا: ۱۱/۱۰۹) تصریح کرده‌اند که شرط خیار در ضمان جایز است. اما در دو کتاب قواعد (۱۴۱۳: ۲/۶۹) و تحریر (بی‌تا: ۱/۱۶۸) تصریح نموده‌اند که شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر نیست و باعث بطلان عقد می‌شود. بعد از مرحوم علامه حلی، مرحوم شهید اول در دروس (۱۴۱۷: ۳/۲۶۹) فرموده است که شرط خیار در عقد ضمان جایز است. سپس ابن طیّ در مسائل (بی‌تا: ۳۴۱) خود قائل



به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان شده‌اند. محقق صیمری در غایة المرام (۱۴۲۰: ۴۵/۲) بیان کرده‌اند که شرط خيار در عقد ضمان، جایز است. محقق ثانی (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵) نیز قائل به جواز درج خيار در عقد ضمان شده‌اند. در انوار اللوامع (آل عصفور بحرانی، بی تا: ۴۱۱/۱۱) حکم به جواز دخول شرط خيار در عقد ضمان داده‌اند. در مفتاح الکرامة (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵) نیز همین حکم مورد پذیرش قرار گرفته است. صاحب جواهر (نجفی، بی تا: ۶۳/۲۳) نیز اعتقاد به جواز شرط خيار در عقد ضمان دارند. در مکاسب (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۵/۵) مرحوم شیخ نظر قطعی ابراز نکرده‌اند و فرموده‌اند اگر اقاله در ضمان، راه داشته باشد، خيار نیز در آن راه دارد. بعد از مرحوم شیخ، این بحث وارد عرصه جدیدی شده است و کاملاً مسیر بحث عوض شده و محققان از شیوه و طریق و زاویه کاملاً جدیدی به مسئله نگریسته‌اند و اختلاف در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان و عدم آن بالا گرفته است. مرحوم محقق یزدی در عروه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۱۳/۵) اعلام کرده است که شرط خيار در عقد ضمان برای مضمون له و ضامن هر دو صحیح است. محقق نایینی اعتقاد به عدم جواز آن پیدا کرده است (۱۳۷۳: ۵۷/۲). آیه الله خویی نیز به تبع استاد خود در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان اشکال کرده‌اند (بی تا: ۱۸۲/۲).

### تاریخچه بحث در کتب اهل سنت

در کتب اهل سنت این فرع فقهی دارای فراز و نشیبی است؛ بسیاری از فقهای شافعیه این فرع را در کتب خود مطرح کرده و این فرع را مورد توجه قرار داده‌اند (ابواسحاق شیرازی، ۲۰۰۱: ۴۴۴/۱ و ۴۴۷؛ نووی، ۱۹۹۴: ۲۷۵/۱۴؛ انصاری، ۲۰۰۲: ۶۰۷/۴؛ القلیوبی، ۱۹۹۸: ۴۱۱/۲؛ الماوردی البصری، بی تا: ۱۳۶/۸) و تقریباً بین فقهای شافعیه اتفاق نظر وجود دارد که درج شرط خيار در عقد ضمان، باطل است. به این بیان که یقیناً شرط باطل خواهد بود ولی در بطلان عقد ضمان، دو نظریه وجود دارد. در کتب حنبلیه تنها موردی که یافت شد، ابن قدامه در المغنی است: <sup>۱</sup>ایشان ضمن بیان اقوال برخی از

۱. فصل: ولا یدخل الضمان والكفالة خيار. لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل علی

فقهای اهل سنت فتوا به بطلان درج شرط ضمان در عقد ضمان داده و ادعای لاخلاف کرده‌اند و در نهایت نسبت به بطلان خود شرط، تردیدی نکرده ولی نسبت به بطلان عقد ضمان، اظهار تردید نموده‌اند.

بر اساس تحقیق صورت گرفته نه ایشان در کتب فقهی دیگر خود نظیر کتاب الکافی و نه سایر فقهای حنبلی به این فرع نپرداخته‌اند. در فقه حنفی در دو کتاب به این بحث پرداخته شده است؛ ظاهر کتاب البحر الرائق آن است که جعل خیار در عقد ضمان باطل است.<sup>۱</sup> در کتاب مجمع الضمانات نیز در ضمن فرعی که در آن خیار شرط درج شده است، اعلام شده است که در صورت تخلف شرط، خیار برای مشروط له ثابت نمی‌شود<sup>۲</sup> و در کتب فقهای مالکی و ظاهری، این فرع مطرح نشده است.

### لازم بودن عقد ضمان

بحث از خیاری بودن یا نبودن عقد مبتنی بر این مقدمه است که آیا اساساً عقد ضمان از عقود لازم است یا از عقود جایز؟ زیرا این بحث زمانی مصداق پیدا می‌کند که عقد ضمان، از عقود لازم باشد والا اگر از عقود جایز باشد، دیگر جایی برای بحث از امکان جعل خیار و عدم آن در عقد ضمان نخواهد بود. تقریباً بین مذاهب اسلامی اتفافی است که عقد ضمان، از عقود لازم است. و لذا نیازی به بررسی تفصیلی آن نیست.<sup>۳</sup>

- بصیرة أنه لا حظّ لهما. ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم عن أحد خلافهم. فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط على ما ينافي مقتضاها ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به. وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك. ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع؛ ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط. لأنه وصل بإقراره ما يبطله. فأشبه استثناء الكل (ابن قدامة، المعنى، ۱۹۸۸: ۸۸/۷).
۱. والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببطلها حال هلاكها وبالتسليم يطالب لها وبالفعل جميعاً، وقدمنا أنه اشترط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف (ابن نجيم، ۱۹۸۳: ۲۲۱/۶).
  ۲. رَجُلٌ كَفَّلَ لِرَجُلٍ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ عَلَيَّ أَنْ يَكْفُلَ عَنْهُ فَلَانَ بِكَذَا مِنْ الْمَالِ فَلَمْ يَكْفُلْ فَلَانَ فَالْكَفَالَةُ لَازِمَةٌ وَكَيْسَ لَهُ خِيَارٌ فِي تَرْكِ الْكَفَالَةِ (بغدادی، بی تا: ۴۱۷/۱).
  ۳. وأمّا الضمان فإنه إن كان له دين على غيره فبدل له ضمان غيره له فهو مخير بين أن يضمن أو لا يضمن، فإن ضمن لزم من جهته دون المضمون عنه (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۵/۱).

## خیاری یا غیر خیاری بودن عقد ضمان

مطلب دومی که باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا جعل خیاری در عقد ضمان رواست یا خیر؟ این مسئله را در ضمن مباحث اصلی این فصل و بررسی اقوال و ادله آن مورد بررسی قرار خواهیم داد ولی اجمالاً بیان می‌شود که اختلافی که علما و محققان در اثر اصلی ضمان دارند می‌تواند در پاسخ به این سؤال، راهگشا باشد. به این معنا که کسانی که اثر عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه می‌دانند، می‌توانند معتقد شوند که عقد ضمان، خیاریست است نظیر عقد بیع. یعنی همان طور که عقد بیع باعث انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار می‌شود، امکان جعل خیاری وجود دارد و در صورتی که مشروط له از خیاری استفاده نماید و عقد را فسخ کند، ملکیت فروشنده نسبت به مبیع، عود نموده و دوباره مالک مبیع می‌گردد، در عقد ضمان نیز مطلب به همین صورت است. به این معنا که عقد ضمان، موجب انتقال مالکیت می‌شود. طلبی که تا کنون بر گردن مدیون اصلی استقرار داشت، بر گردن ضامن مستقر می‌شود و ضامن در مقابل طلبکار اصلی، بدهکار می‌شود. حال اگر در عقد ضمان، خیاری قرار داده شود و مشروط له از حق استفاده نموده و عقد ضمان را فسخ کند، بدهی مدیون اصلی دوباره برگشته و بر گردن خود او استقرار پیدا می‌کند. تنها اشکالی که باقی می‌ماند این است که در عقد ضمان، علاوه بر طرفین قرارداد (ضامن و مضمون له) شخص سومی (مضمون عنه) نیز وجود دارد. چطور بدون رضایت او ممکن است، مدیون شود؟ پاسخ به این سؤال در مباحث آینده خواهد آمد.

اما اگر معتقد شدیم که عقد ضمان، ضمّ ذمه به ذمه است نه نقل ذمه، در اینجا آیا عقد ضمان از عقود خیاری است یا خیر؟ ممکن است چنین استدلال شود که در این صورت، اثر عقد ضمان، ایجاد وثیقه‌ای برای طلب طلبکار است و ماهیت و ذات وثیقه با شرط خیاری منافات دارد؛ زیرا هدف از وثیقه گذاشتن این است که طلبکار اطمینان خاطر برای وصول به طلب خود پیدا نماید، حال جعل خیاری برای ضامن، کاملاً با این هدف منافات دارد؛ زیرا ضامنی که حق خیاری در قرارداد ضمان به نفع او قرار داده شده است، ممکن است هر لحظه عقد را بر هم زده و وثیقه طلب طلبکار را



از بین ببرد. در نتیجه طلبکار هیچ اعتمادی به این وثیقه ندارد و این با ذات عقد ضمان منافات خواهد داشت.

### تأسیس اصل در مسئله

قبل از ورود به بررسی نظریات و ادله موجود در مسئله، بهتر است به تأسیس اصل در مسئله پردازیم به این معنا که آیا اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است یا اصل عدم آن است؟ فایده‌ای که بر این بحث بار می‌شود این است که اگر ثابت شد اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است، کسانی که قائلند در عقد ضمان خیار راه ندارد، باید دلیل اقامه کنند و اگر ادله‌ای که ایشان ذکر نمودند، کافی برای اثبات ادعا نباشد، به اصل مراجعه نموده و حکم به صحت اشتراط خیار در عقد ضمان می‌نماییم و برعکس اگر در جستجوی اصل در مسئله به این نتیجه رسیدیم که اشتراط خیار، خلاف قاعده بوده است و جواز آن نیازمند دلیل و برهان است، حکم می‌کنیم که در عقد ضمان نیز اصل عدم جواز خیار است مگر اینکه با دلایل قطعی یا ظنی معتبر جواز آن به اثبات برسد.

فایده دیگری که بر این بحث مترتب است (که در حقیقت خود شیوه متفاوتی با شیوه قبل است) این است که اگر با بررسی ادله طرفین، نتوانستیم به نتیجه‌ای برسیم به اصل مراجعه می‌کنیم.

این مسئله را محققان به این صورت مطرح کرده‌اند که آیا خیار شرط، اختصاص به عقد بیع دارد یا در تمامی عقود (به جز مواردی که استثنا شده است) جریان‌پذیر است. ظاهراً بین محققان اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به عقد بیع وجود ندارد. یعنی اصل اولیه این است که خیار شرط در تمامی عقود جاری است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز جریان آن وجود داشته باشد. پشتوانه این نظریه می‌تواند اصل آزادی اراده باشد. به این بیان که همان‌طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می‌توانند به هر نحو که خواستند اراده خود را اعمال نمایند می‌توانند در فروع و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است.

مهمترین آنها روایات و خصوصاً روایت شریف «المؤمنون عند شروطهم»<sup>۱</sup> (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۲/۳) است. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه در این خصوص می‌فرماید: واستظهر المقدس الأردبیلی من التذکرة الإجماع علی دخول خيار الشرط فی کلّ معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشروط دلیل واضح علی الكلّ حتی يوجد المانع من إجماع ونحوه (قلت) والأمر كما ذکر، لما ذکر من العموم والأصل وانتفاء المانع (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

بنابراین اصل در مسئله، جواز اشتراط خيار در عقد است مگر اینکه دلیل بر عدم جواز اشتراط آن قائم شود نظیر عقد نکاح یا عقد هبه و ایقاعاتی که نتیجه آن یک امر عدمی و رفع یک امر موجود است. پس در عقد ضمان اگر دلیلی بر عدم جواز اشتراط خيار اقامه شد فيها، والا باید ملتزم شد که در عقد ضمان، اشتراط خيار اشکالی ندارد.

### صور مسئله

این بحث مشتمل بر چند فرع می‌باشد:

- ۱- شرط خيار برای مضمون له چه وضعیتی دارد؟
- ۲- شرط خيار برای ضامن آیا صحیح است یا خیر؟
- ۳- شرط انجام فعل یا وجود وصف برای هر یک از ضامن یا مضمون له چه وضعیتی دارد؟

در این تحقیق سعی می‌شود که حکم همه این فروع در ضمن یک مبحث ارائه گردد. شرط خيار یا خيار شرط مستند به تخلف از شرط فعل یا وصف، چون قریب الافق هستند، در کنار هم مورد بررسی قرار می‌گیرد. تقریباً بین شیعه و اهل سنت در جواز جعل خيار برای مضمون له اختلافی نیست. اما در اشتراط خيار برای ضامن، اختلاف شدیدی بین محققان وجود دارد. در بین

۱. البته در معنا و مدلول این روایت بین محققان اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقها معتقدند که این روایت حاوی حکم وضعی است، ولی مرحوم آقای خویی بر این باورند که این روایت صرفاً در مقام بیان یک حکم تکلیفی است و اصلاً نظری به حکم وضعی ندارد: «لیس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعی: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا یزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التکلیفی: أي یجب علی کلّ مؤمن الوفاء بشرطه، لأنه من علائم إيمانه (خویی، مصباح الفقاهه، بی تا: ۱۹۱/۲).

فقهای امامیه همان طور که از بررسی تاریخچه مسئله روشن می‌شود، اولین کسی که حکم به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده است، مرحوم علامه حلی در دو کتاب تحریر و قواعد است. همچنین مرحوم ابن طمیّ همین نظریه را انتخاب کرده است. بعد از مرحوم شیخ انصاری بار دیگر این نظریه شهرت یافته است که شاید بتوان گفت مشهور بین فقهای معاصر، عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان است. اما در طرف مقابل مشهور فقهای متقدم قبل و بعد از مرحوم علامه حلی بر این باور بودند که اشتراط خیار در عقد ضمان جایز است. محقق یزدی در کتاب وزین العروة الوثقی نیز به همین نظریه گراییده و حکم به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده‌اند. فقهای عامه نیز به طور یک‌پارچه حکم به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده‌اند. در ادامه ادله دو گروه را ذکر نموده و به داوری می‌نشینیم.

### ادله قائلان به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان

قائلان به جواز به ادله متعددی استدلال کرده‌اند که در مجموع چهار دلیل است. عمده تکیه این محققان به همین اصلی است که در مسئله بیان کردیم. در ادامه به تک تک ادله آنها اشاره می‌نماییم:

#### ۱- ادعای اجماع

مرحوم صاحب جواهر ادعای لاخلاف نموده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۶۳/۲۳) و همچنین محقق اردبیلی از عبارت ارشاد الاذهان، همین مطلب را استظهار کرده است. ایشان در مجمع الفوائد می‌فرمایند:

قال فی التذکرة: الأقرب عندی دخول خيار الشرط فی کلّ عقد معاوضة، خلافاً للجمهور. ویدلّ علی عدم الخلاف عندنا، ما تقدّم من عموم أدلة العقود والإیفاء بها، وبالشرط دلیل واضح علی الكلّ حتّى یوجد المانع من إجماع ونحوه (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۱۲/۸).

#### ۲- وجود مقتضی

در توضیح این دلیل باید گفت که ادله شروط نظیر «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند



شروطهم» و... دلالت می‌کنند که وفا به عهد و شرط لازم است. حال اگر در عقد ضمان، شرط خیار کردند به متقاضی این ادله، وفای به این شرط واجب است. مرحوم علامه حلی در تذکره می‌فرماید:

فإن شرط الخيار فيها مدّة معيّنة صحّ؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أمر بالوفاء بالعقد، وإنما وقع العقد على هذا الشرط، وليس منافياً لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود (بی‌تا: ۱۰۹/۱۱).

### ۳- عدم المانع

دلیل دیگری که برای اثبات صحت شرط خیار در عقد ضمان ارائه شده است به این شکل تقریب می‌شود که از طرفی ادله شروط عام است و شامل هر شرطی می‌شود و از طرفی دلیل نداریم که در خصوص شرط خیار در عقد ضمان، مانعی و مشکلی وجود داشته باشد. لذا عمومیت ادله شروط شامل شرط خیار در عقد ضمان نیز می‌شود در نتیجه شرط خیار در عقد ضمان، جایز و رواست. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط به این استدلال متمسک شده، می‌فرماید:

إنه لا يمتنع دخول خيار الشرط فيه، لأنّه لا مانع منه، فعلى هذا العقد والشرط صحيحان (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۵/۳؛ همو، بی‌تا: ۳۷۷/۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲۴۵/۲؛ مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۹/۳؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۴۱۱/۱۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

### ۴- حق بودن خیار نه حکم

مرحوم آقای حکیم در مستمسک به این دلیل تمسک کرده و آن را در دو مرحله تبیین می‌کند؛ در مرحله اول می‌فرماید: صحت اشتراط خیار و عدم صحت آن، دایرمدار آن است که «لزوم» در عقد ضمان، حکم باشد یا حق. اگر لزوم، حق باشد، ذوالحق می‌تواند از حق خودش صرف نظر کرده و آن را اسقاط کند یا آن را در معرض اسقاط قرار دهد یا عنان بقای آن را به دست دیگری بسپارد در نتیجه می‌تواند در عقد ضمان، شرط خیار کرد و از لزوم دست برداشت. اما اگر لزوم در عقد ضمان، از مقوله حکم باشد نه حق، در اینجا اشتراط خیار صحیح نیست؛ زیرا باعث می‌شود که حکم شرعی، نادیده انگاشته شود. لذا باید دید که آیا لزوم، حکم است یا حق.

در مرحله دوم به اثبات این مطلب می‌پردازند که «لزوم» از مقوله حق است نه حکم، در نتیجه شرط خیار در عقد ضمان، صحیح است. بیان مطلب اینکه اگر به ارتکاز عرف مراجعه کنیم درمی‌یابیم که عرف، لزوم را حق می‌داند نه حکم، لذا حتی کسانی که قائل شده‌اند عقد ضمان، برای ضامن لازم است، گفته‌اند که از طرف مضمون له لازم نیست و وی حق فسخ قرارداد را دارد؛ زیرا اگر به نظر ایشان، لزوم در عقد ضمان، حکم بود نه حق، مضمون له نیز حق فسخ قرارداد را نمی‌داشت. حتی می‌توان گفت که این ارتکاز عرفی در تمامی عقود و قراردادهای وجود دارد؛ زیرا انعقاد و پذیرش قرارداد از حقوق افراد است و با توجه به اصل آزادی اراده، هر کس هر عقدی را خواست می‌تواند با رعایت ضوابط آن عقد، آن را منعقد کند، حال که اصل انعقاد عقد از حقوق افراد است، فسخ و صرف نظر کردن از آن عقد نیز از حقوق افراد است. البته اگر در موردی دلیل خاص داشتیم که از آن استفاده می‌شد، لزوم حکم است باید به آن ملتزم شد و در مورد عقد ضمان، چنین دلیلی نداریم. در نتیجه در مورد عقد ضمان باید گفت که شرط خیار در آن جایز و مشروع است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۸۱/۱۳).

### ادله قائلان به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان

در مقابل گروه اول، کسانی که اعتقاد دارند در عقد ضمان، امکان جعل خیار شرط نیست، به بیش از هشت دلیل تمسک کرده‌اند. همان طور که قبلاً نیز ذکر شد اهل سنت نیز در این گروه قرار دارند یعنی بالاتفاق معتقدند که در عقد ضمان، امکان جعل خیار وجود ندارد تا جایی که ابن قدامه در المغنی ادعای لاخلاف کرده است (ابن قدامه، المغنی، ۱۹۸۸: ۸۸/۷). بنابراین ادله‌ای که در ذیل بیان خواهد شد، برخی ادله‌ای است که اهل سنت ارائه داده‌اند و برخی ادله‌ای است که از طرف فقهای امامیه پیشنهاد شده است.

#### ۱- منافات داشتن عقد ضمان با مقتضای خیار شرط

برخی این گونه استدلال کرده‌اند که اساساً فلسفه و مبنای خیار شرط در قراردادهای

این است که مشروط له بتواند از مزیتی در قرارداد بهره‌مند شود. به عبارت دیگر شخصی که اقدام به انعقاد قرارداد می‌نماید به خاطر جلب سود و منفعتی که برای خود در قرارداد تصور می‌نماید، وارد قرارداد می‌شود. ولی از طرفی همواره این خطر وجود دارد که محاسبات وی اشتباه بوده و سود و بهره‌ای که وی از قرارداد انتظار داشته، بیهوده بوده و وی به انتظارات قراردادی خود دست نیابد، لذا برای مدتی برای خود خیار قرار می‌دهد تا از ضرر احتمالی در قرارداد رها شود و ضرر احتمالی معامله را به حداقل برساند و این مهم در قراردادهای مبتنی بر مغاینه و سود متصور است اما در قراردادی که طرفین دنبال جلب سود نیستند نیازی به اندراج شرط خیار نیست. مثلاً در عقد ضمان که ضامن از همان ابتدا دنبال سود نیست، بلکه می‌خواهد با ضامن شدن، مدیونی را نجات دهد و خود بار سنگین دین را بر دوش بکشد، دیگر مجالی برای اندراج شرط خیار نیست. این دلیل عمدتاً از سوی فقهای اهل سنت ارائه شده است. صاحب‌المجموع این گونه این دلیل را تشریح می‌نماید:

ولا یتبیت فی الضمان خیار، لأنَّ الخیار لدفع الغبن وطلب الحظِّ والضامن یدخل فی العقد علی بصیرة أنه مغبون، وأنه لا حظَّ له فی العقد، ولهذا یقال الکفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وآخرها غرامة (نووی، المجموع، ۱۹۹۴: ۲۷۵/۱۴؛ نیز ر.ک: ابواسحاق شیرازی، ۲۰۰۱: ۴۴۴/۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۵/۳).

**نقد و نظر:** در جواب از دلیل اول مانعان می‌توان گفت تحلیلی که برای فلسفه خیار شرط ذکر شده است، جالب و خوب است ولی مستدل از یک نکته غفلت کرده است و آن اینکه در عقود که مبتنی بر مغاینه و سودجویی نیست نیز شخصی که اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌کند، چشم‌پسته و بدون فکر وارد قرارداد نمی‌شود. هرچند محاسباتی که او انجام می‌دهد، محاسبات اقتصادی و راهی برای کسب درآمد نیست ولی در هر حال عللی باعث شده است که او به کمک مدیون بشتابد و ممکن است در هنگام انعقاد قرارداد فرصت مناسب و کافی برای فکر کردن و تجزیه و تحلیل قضیه نداشته باشد لذا اقدام به انعقاد قرارداد می‌کند ولی با جعل خیار امکان امعان نظر بیشتر را برای خود فراهم می‌نماید. به عبارت دیگر مشروط له در قرارداد با جعل خیار برای خود به دنبال این است که مجال تصمیم‌گیری

بیشتری بیابد تا اگر چنانچه در مدتی که خیار دارد، تصمیم او مبنی بر ادامه و استمرار رابطه قراردادی عوض شد و سود و منفعت خود را در لغو این تصمیم دید، بتواند با تمسک به خیار شرط، خود را از رابطه قراردادی موجود معاف نماید.

## ۲- منافات داشتن خیار شرط با مقتضای ذات عقد ضمان

گروهی دیگر به این جهت قائل به بطلان شرط خیار در عقد ضمان شده‌اند که خیار با مقتضای ذات عقد ضمان منافات دارد؛ به این بیان که عقد ضمان مبتنی بر غرر است یعنی ضامن وقتی اقدام به انعقاد قرارداد ضمان می‌نماید، در حقیقت دنبال سود اقتصادی نیست و از همان ابتدا مغبون شدن و متضرر شدن خود را امضا نموده و می‌داند که هیچ بهره‌ای از قرارداد نصیب او نخواهد شد؛ زیرا بعد از اینکه ضامن در قرارداد ضامن مدیون اصلی شد، یا اصلاً از وی مبلغی را که به طلبکار پرداخته است، مطالبه نمی‌کند که در اینجا مسلماً از جهت اقتصادی متحمل ضرر شده است و یا اگر مبلغی را از مدیون اصلی مطالبه می‌نماید، مساوی با همان مبلغی است که به طلبکار داده است که در این صورت نیز منفعت اقتصادی‌ای عاید او نشده است و از طرفی جعل خیار در قرارداد برای دفع ضرر احتمالی‌ای است که ممکن است به مشروط له وارد شود و چون در قرارداد ضمان، ضامن از همان ابتدا به متضرر شدن خود رضایت داده است، وجهی برای جعل خیار در قرارداد به نظر نمی‌رسد. صاحب مفتاح الکرامه در این خصوص می‌فرماید:

وجهه أنه ینافی مقتضی الضمان لأن الضامن علی یقین من الغرامة والغرر فتدبر (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵؛ و در کتب اهل سنت ر.ک: انصاری، ۲۰۰۲: ۶۰۷/۴).

نقد و نظر: این استدلال نیز از سوی برخی از محققان مورد نقادی قرار گرفته است. مرحوم محقق ثانی رحمته الله بعد از نقل این دلیل به طور ضمنی می‌فرماید: «وهو كما ترى» (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵). احتمالاً نظر مرحوم محقق کرکی، به همان مطلبی باشد که در پاسخ از استدلال نخست ایراد شد. یعنی هرچند که ضامن در قرارداد ضمان ممکن است به دنبال سود مالی و نفع اقتصادی نباشد، ولی یقیناً بدون هدف و انگیزه وارد قرارداد نمی‌شود و با جعل خیار برای خود در پی تأمین آن هدف و انگیزه

خواهد بود. حتی در برخی موارد ممکن است تصور کرد که ضامن در قرارداد ضامن به دنبال نفع اقتصادی نیز می‌باشد نظیر جایی که تاجر دیگر ضمانت می‌کند تا در موارد مشابهی که برای او رخ می‌دهد، بتواند از اعتباری که به دست آورده است استفاده نموده و خود را از شر طلبکار بی‌انصاف خلاص نماید.

### ۳- ضامن ایقاع است و خیار شرط در ایقاعات داخل نمی‌شود

این دلیل از سوی جناب ابن قدامه از فقهای حنبلی پیشنهاد شده است. بیان مطلب این است که عقد ضامن از عقود است که نیازمند قبول از سوی طرف مقابل نیست لذا ایقاع است یا از عقود است که شائبه ایقاع بودن آن می‌رود و از طرفی خیار شرط در ایقاعات راه ندارد.

ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر (ابن قدامه، المعنى، ۱۹۸۸: ۸۸۷).

**نقد و نظر:** اولاً این استدلال بنا بر نظریه کسانی که اعتقاد دارند که ضامن، ایقاع است نه عقد، محتملی برای بیان دارد که البته ظاهراً خود جناب ابن قدامه همین اعتقاد را دارد؛ زیرا ایشان قبول مضمون عنه و مضمون له را در عقد ضامن شرط نمی‌داند و صرفاً رضایت ضامن را شرط می‌داند (همان: ۷۱/۷). ولی کسانی که اعتقاد دارند که «ضمان» عقد است نه ایقاع که مشهور امامیه و اهل سنت هستند، نمی‌توانند به این استدلال تمسک کنند. و ثانیاً: دخول خیار شرط در ایقاعات نیز اختلافی است. باید دید که آیا دخول خیار شرط در تمامی ایقاعات ممنوع است یا صرفاً در ایقاعاتی که نتیجه آن انهدام و اسقاط است نظیر ابراء.

### ۴- ضامن متضمن ابراء است و خیار شرط در ابراء راه ندارد

برخی این گونه استدلال کرده‌اند که عقد ضامن متضمن ابراء ذمه مضمون عنه است یعنی پس از تکمیل عقد ضامن، ذمه مضمون عنه بری می‌شود و از طرفی می‌دانیم که خیار شرط در ابراء ممکن نیست در نتیجه خیار شرط در عقد ضامن راه ندارد.

در توضیح این دلیل گفته می‌شود که این دلیل دو رکن دارد:

رکن اول: اینکه عقد ضامن به اعتقاد مشهور علمای امامیه و برخی از علمای

اهل سنت،<sup>۱</sup> موجب انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می‌شود که نتیجه این انتقال دین، برائت ذمه مضمون عنه در مقابل طلبکار است. در نتیجه اثر اصلی عقد ضمان، برائت ذمه مدیون اصلی است.

رکن دوم: در ابراء، خيار شرط راه ندارد؛ زیرا نتیجه ابراء انعدام و از بین بردن چیزی است که موجود است نظیر طلاق که رفع زوجیت است، ابراء هم رفع مدیونیت است. یعنی نتیجه ابراء یک امر عدمی است و حاصل آن معدوم شدن امر موجود است در حالی که خيار شرط، نتیجه‌اش آن است که امر موجودی را معدوم نماید مثلاً در عقد بیع، بایع ملکیتی را که برای مشتری ایجاد شده، رفع می‌کند. در نتیجه در ایقاعاتی که نتیجه آنها معدوم نمودن است، خيار شرط قابل تصور نیست (خویی، مصباح الفقاهه، بی‌تا: ۲۶۶/۶).

نتیجه آنکه نتیجه عقد ضمان، نوعی ابراء است و در رکن دوم گفتیم که جعل خيار در ابراء غیر معقول است در نتیجه ضمان نیز خيار بردار نمی‌باشد. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد به صورت یک توهم اشاره می‌کنند و می‌فرمایند:  
فإن قيل: الضمان يتضمّن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط...  
(کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

نقد و نظر: در جواب از این استدلال باید گفت که باید بین ماهیت حقوقی قراردادهای و آثار آنها تفاوت گذاشت. گاهی دو عقد که از نظر ماهیت حقوقی با هم تباین کامل دارند، ممکن است از نظر آثار شبیه هم باشند. نظیر عقد ضمان و حواله. این دو قرارداد از نظر اثر شبیه هم هستند به این معنا که در هر دو قرارداد دین از عهده مدیون به شخص دیگری منتقل می‌شود ولی از حیث ماهیت کاملاً با هم تفاوت دارند. در عقد ضمان، ضامن دین دیگری را بر عهده می‌گیرد یعنی آنچه موضوع تعلق اراده طرفین قرارداد است، به عهده گرفتن دین دیگری است، ولی در عقد حواله آنچه موضوع اصلی عقد و قرارداد است، رها شدن و به دیگری سپردن دین است. یعنی محیل و محتل در عقد حواله، اراده مدیون شدن نمی‌کنند بلکه

۱. وقال أبو ثور: الحماله والكفالة واحدة، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين، وبه قال ابن أبي لیلی وابن شبرمة (ابن قدامة، ۱۹۸۸: ۳۷۲/۴).

اراده می کنند که دین از عهده حواله دهنده، خلاص گردد هر چند اثر این توافق اراده در نهایت مدیون شدن محال علیه است ولی مدیون شدن وی، موضوع توافق طرفین قرارداد نبوده است دقیقاً برعکس عقد ضمان که آنچه ابتدائاً مورد توافق طرفین قرارداد (ضامن و مضمون له) است، مدیون شدن ضامن است هر چند اثر این مدیون شدن این است که دین از عهده مضمون عنه، ساقط می گردد.

در مسئله مورد بحث نیز باید گفت که اثر عقد ضمان نسبت به مضمون عنه همان ابراء ذمه اوست. ماهیت عقد ضمان با ابراء کاملاً متفاوت است. ابراء ایقاع است و نیازمند اعمال اراده به خصوص است. ولی ضمان، عقد است.

ثانیاً: شارع و قانون گذار یکی از آثاری که برای عقد ضمان بر شمرده است، عبارت است از نقل مال از ذمه مدیون اصلی به ذمه مضمون له، حال باید دید که این نقل مال، به طور متزلزل صورت گرفته است یا قطعی؟ اگر نقل مال به طور قطعی باشد، دیگر امکان فسخ معامله نیست مگر با تقایل، ولی اگر به صورت متزلزل صورت گرفته باشد امکان برگشت مجدد آن به ذمه مضمون عنه، استبعادی ندارد. نظیر عقد بیع. عقد بیع عبارت است از تملیک عین به دیگری. در اثر این قرارداد، ملکیت مبیع به مشتری منتقل می شود. حال اگر به هر دلیل فسخی رخ داد، ملکیت مبیع مجدداً به فروشنده برمی گردد. در عقد ضمان نیز که مفید نقل مال است اگر طرفین به جعل خیار در عقد، آن را متزلزل کردند، چرا بعد از اعمال خیار توسط مشروط له، نتوان این انتقال ملکیت را کالعدم تصور کرد؟

قلنا: هو حکم من أحكام نقل المال، لا أنه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۱۰/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۵۳/۵).

## ۵- لزوم در عقد ضمان، حکم است نه حق

برخی این گونه استدلال کرده اند که لزوم در عقد ضمان، حکم است نه حق در نتیجه امکان برداشتن این لزوم با شرط خیار نیست.

توضیح مطلب: این دلیل مبتنی بر تفاوت گذاردن بین حق و حکم است. به اعتقاد بسیار حق با حکم فرق دارد و تفاوت اصلی این در امکان اعمال اراده در

مورد حق است به خلاف حکم. در حکم عنان امر به دست شارع و قانون گذار است و طرفین قرارداد نمی‌توانند با اعمال اراده خود آن را تغییر دهند. مستدل می‌گوید که لزوم در عقد ضمان حکم است لذا طرفین قرارداد با اعمال اراده و جعل خیار نمی‌توانند این لزوم را متزلزل نمایند. محقق نایینی در این خصوص می‌فرماید:

أما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي، لأن من أثره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة المديون، فإرجاعه إلى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر، والتقايل المتصور فيه أيضاً هو بهذا المعنى (۱۳۷۳: ۵۷/۲).

**نقد و نظر:** در خصوص تبیین ماهیت حق و حکم بین محققان و فقها اختلاف نظر زیادی وجود دارد. گفته شده است که اولین کسی که به این بحث پرداخته است مرحوم سید بحرالعلوم در کتاب بلغة الفقه است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸). البته ظاهراً این مطلب صحیح نیست و قبل از مرحوم سید بحرالعلوم، جناب شیخ هادی تهرانی رساله‌ای تحت عنوان «رسالة الحق والحکم» نگاشته است (ر.ک: نامه مفید، ش ۱۵۳/۴). به هر حال در تعریف مفهوم حق و حکم و رابطه آن دو بین محققان بسیار اختلاف نظر وجود دارد.<sup>۱</sup> برخی این دو مفهوم را کاملاً متباین با هم تفسیر کرده و برخی دیگر قائل شده‌اند که فرقی بین حق و حکم وجود ندارد و هر دو اشاره به مجعول شرعی‌اند منتهی از حیث آثار، شارع گاهی بین مجعولات خود تفاوت می‌گذارد.

در مباحث قبل دیدیم که طرفداران جواز خیار در عقد ضمان مدعی شدند که لزوم عقد ضمان، حق است لذا می‌توان با اعمال اراده آن را تغییر داد. به نظر نگارنده، تحلیلی که مرحوم آقای حکیم در مستمسک بیان کرده‌اند تمام است و لزوم در عقد ضمان، حق است نه حکم.

## ۶- اثر ضمان به ثالث تجاوز می‌کند و اختصاص به طرفین ندارد

برخی این گونه استدلال نموده‌اند که عقد ضمان با سایر عقود فرق دارد. در سایر عقود اصل بر این است که طرفین می‌توانند با اقاله یا جعل خیار، عقد را فسخ کنند،

۱. برای دیدن نظریات مختلف و جمع‌بندی آنها ر.ک: محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ۱۳۸۸.



ولی ضمان یک فرقی با سایر عقود دارد و آن این است که اثر عقد ضمان، به ثالث (مضمون عنه) تجاوز می‌کند. اگر اثر عقد به طرفین قرارداد محدود می‌شد، طرفین می‌توانستند با اراده متقابل، در قرارداد خیار قرار دهند، ولی در عقد ضمان اثر قرارداد به ثالث تجاوز می‌نماید. اگر برای ضامن خیار قرار داده شود و او خیار خود را اعمال نماید، ذمه مضمون عنه مشغول می‌شود. در نتیجه امکان جعل خیار برای ضامن در عقد ضمان وجود ندارد. مرحوم آقای خوئی در این مورد می‌فرماید:

فإن عقد الضمان وإن كان قائماً بين الضامن والمضمون له إلا أن الحق فيه يعدوهما إلى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه... (خوئی، مبانی العروة الوثقی، ۱۴۱۳: ۱۳۷/۲).

**نقد و نظر:** این استدلال نیز با یک اشکال مواجه است و آن این است که هرگاه بر مسئله‌ای نتیجه‌ای نامعقول یا خلاف قواعد بار شود، باید دنبال پیدا کردن راه حلی برای حل آن نتیجه باطل رفت نه اینکه اصل مسئله را انکار نمود. به عبارت دیگر در بررسی هر مسئله باید بین دو مرحله تفکیک کرد: ۱- مرحله ثبوت اصل مسئله؛ ۲- مرحله بررسی آثار آن.

در مرحله اول باید به این مسئله پرداخته شود که اصل مسئله مورد بحث، چه وضعیتی دارد؟ آیا با توجه به ادله‌ای که در مسئله وجود دارد، می‌توان اصل مسئله را پذیرفت یا خیر؟

در مرحله دوم بعد از پذیرش اصل مسئله، به بررسی آثاری که آن مسئله دارد، پرداخته می‌شود. در اینجا دو صورت ممکن است پیش بیاید:

اول: آثاری که بر آن مسئله بار می‌شود، آثاری معقول و موافق با قواعد است، در این حالت مشکلی وجود ندارد.

دوم: آثاری بر آن مسئله بار می‌شود که غیر منصفانه یا خلاف قواعد است، در اینجا اگر چنانچه نتوانستیم با فرض پذیرش اصل مسئله، از طریق این نتیجه باطل را دفع نماییم، نمی‌توانیم اصل مسئله را منکر شویم، بلکه ضمن پذیرش اصل مسئله به جستجوی راه حلی برای این مشکل باید پرداخت، ولی اگر نتیجه غیر منطقی، جز با انکار اصل مسئله قابل رفع نبود، در این صورت به کمک برهان ان، از اصل مسئله

دست برداشته و حکم به بطلان آن می‌کنیم.

در مسئله مورد بحث به نظر نگارنده، می‌توان از طریق دیگری غیر از انکار دخول خیار در عقد ضمان، این مشکل را حل کرد و آن اینکه اعمال فسخ، با اجازه و اذن مضمون عنه صورت گیرد. به این معنا که در عقد ضمان، برای ضامن، خیار فسخ مقرر گردد ولی اعمال خیار او منوط به اجازه مضمون عنه گردد.

### ۷- اشتغال ذمه نیازمند سبب و دلیل است

برای توضیح این دلیل، ذکر یک نکته ضروری است و آن این که اسباب تملک در شریعت و قانون مشخص شده است. هرگاه کسی بخواهد مالک مالی شود، باید از این اسباب خاص استفاده نماید نظیر عقد بیع و قرض و... از طرفی نه در ادله شرعی و نه در قانون، شرط از اسباب مملکه به شمار نیامده است.

حال مستدل می‌فرماید که اثر اصلی عقد ضمان عبارت است از نقل ذمه به ذمه. یعنی به محض اینکه عقد ضمان منعقد شد، دین از عهده مضمون عنه ساقط شده و در حقیقت نوعی ابراء محقق شده است. حال اگر فرض شود که در قرارداد ضمان، به نفع ضامن، جعل خیار شده است و او خیار خود را اعمال نماید، لازمه‌اش این است که ذمه مضمون عنه، مجدداً مشغول شود و این امر ممکن نیست؛ زیرا اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه، نیازمند سبب مملک است و در مقدمه گفتیم که شرط خیار از اسباب مملک نیست در نتیجه مدیون شدن مجدد مضمون عنه دلیل و سببی ندارد. والذی یدو لنا فی المقام کون الحقّ مع المانعین، فإنّ حقیقة الضمان عندنا لَمَّا کانت نقل ذمه إلى أخرى، کان اشتراط الخیار فیه مقتضیاً لاشتغال الذمه بعد براءتها وفراغها، وهو یتحتاج إلى الدلیل الخاصّ، وهو مفقود (خویی، الشروط و الالتزامات التبعیة فی العقود، ۱۴۱۴: ۷۴/۲).

نقد و نظر: این استدلال نیز ناتمام است؛ زیرا همان طور که در سابق گفتیم، اثری که شرط خیار در قرارداد می‌گذارد این است که قرارداد را متزلزل می‌نماید و به آن قابلیت فسخ می‌دهد. چنین نیست که اعمال خیار سبب مملک جدیدی باشد. نظیر خیاری که در سایر عقود، قرارداد می‌شود.

## نتیجه گیری

همان طور که در مبحث تأسیس اصل در مسئله بیان کردیم، اصل این است که شرط خیار در عقود، ممکن است و طرفین قرارداد می توانند با اراده خود برای هر یک از طرفین و یا حتی شخص ثالث، جعل خیار نمایند. بنابراین در تمامی عقود امکان درج خیار شرط وجود دارد، مگر در مورد عقدی که مانعی وجود داشته باشد. در خصوص مورد بحث که عقد ضمان است، موانعی برای امکان شرط خیار ذکر شده است که به یاری خداوند تک تک آنها را نقل و نقد نمودیم و آشکار شد که هیچ کدام از ادله پیش گفته، صلاحیت ندارد که مانع امکان درج شرط خیار در عقد ضمان شود. البته تمامی ادله ای که موافقان ذکر کرده اند، نیز قابل قبول نیست به عنوان مثال تمسک به اجماع در این مسئله صحیح نیست؛ زیرا:

اولاً این مسئله همان طور که در تاریخچه این بحث دیدیم، بسیار مورد اختلاف محققان و فقها قرار گرفته است. برخی قائل به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان و برخی دیگر قائل به عدم جواز آن شده اند و ثانیاً بر اساس تحقیق به عمل آمده اولین کسی که این فرع را مورد بررسی قرار داده است، مرحوم شیخ طوسی است و در کتب فقهای قبل از ایشان اثری از این فرع دیده نمی شود لذا ادعای اجماع صحیح به نظر نمی رسد و ثالثاً با توجه به اینکه در این مسئله ادله و مدارک متعدد دیگری نیز وجود دارد، احتمال مدرکی بودن این اجماع زیاد است لذا نمی توان به آن اعتماد کرد و آن را کاشف از قول معصوم دانست.

با این همه، با توجه به اینکه دلیل تمامی که اثبات نماید، در عقد ضمان، درج شرط خیار صحیح نیست، ارائه نشده است، با تمسک به عموماً باب شروط، باید معتقد شد که درج شرط خیار در عقد ضمان، نظیر بیشتر عقود دیگر مانعی ندارد. البته بنا بر مبنایی که اهل سنت در عقد ضمان پذیرفته اند باید معتقد شد که در عقد ضمان امکان درج شرط خیار وجود ندارد؛ زیرا به نظر اهل سنت، اثر عقد ضمان، نقل ذمه نیست بلکه ضم ذمه به ذمه است. یعنی اثر آن ایجاد نوعی وثیقه است و از طرفی درج شرط خیار با این اثر منافات دارد؛ زیرا مقتضای وثیقه بودن این است که تزلزلی در آن راه نداشته باشد.

## کتاب شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، بی تا.
۲. ابن طیّ قفغانی، زین الدین علی بن علی بن محمد بن طیّ، المسائل الفقهیة - مسائل ابن طیّ - المسائل المفیده.
۳. ابن قدامة، المعنی علی مختصر الخرقی، المكتب الاسلامی، ۱۹۸۸ م.
۴. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، دار الکتب العلمیه، ۱۹۸۳ م.
۵. ابوسحاق الشیرازی، المهذب، دمشق، ابن کثیر، ۲۰۰۱ م.
۶. انصاری، عبدالله بن محمد، اسنی المطالب شرح روض الطالب، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۲ م.
۷. بدایة المجتهد.
۸. بغدادی، مجمع الضمانات، دار الفکر، بی تا.
۹. حسینی عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامه، تحقیق و تصحیح شیخ محمدباقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.
۱۰. حلی، ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، تحقیق و تصحیح شیخ فارس حسون، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه.
۱۳. همو، تذکرة الفقهاء، بی تا.
۱۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، تقرير شهيد سيد محمد تقی خوبی.
۱۶. همو، مصباح الفقاهه، تقرير شيخ محمد علی توحیدی، بی تا.
۱۷. خوبی، شهید سید محمد تقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. راشد صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق و تصحیح جعفر کوثرانی عاملی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۲۱. صفری، نعمت الله، «رسالة حق و حکم» و شرح حال شیخ هادی تهرانی، نامه مفید، شماره ۴.
۲۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۲۳. طرابلسی، ابن براج قاضی، المهذب، تحقیق و تصحیح جمعی از محققان و مصححان زیر نظر شیخ جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
۲۶. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق و تصحیح سید محمد تقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية ۱۳۸۷ ق.
۲۷. القلیوبی، احمد بن احمد بن سلامه، حاشیتنا القلیوبی و عمیره، دار الفکر، ۱۹۹۸ م.

۲۸. کرکی، علی بن حسین عاملی (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح التواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. المارودی البصری، محمد بن حبيب، *الحاوی الكبير فی الفقه الشافعی*، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۳۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، تحقیق و تصحیح آقامجتبی عراقی و شیخ علی پناه اشتهاردی و آقاحسین یزدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ق.
۳۲. نایینی، میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر شیخ موسی ابن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۳۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق و تصحیح شیخ عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳۴. النووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهدب*، دار الفکر، ۱۹۹۴ م.
۳۵. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم طباطبایی، *العروة الوثقی*، تحقیق و تصحیح احمد محسنی سبزواری، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.