



فصلنامه علمی تخصصی حقوق وکیل دعاوی

وابسته به مرکز وکلای قوه قضاییه خراسان رضوی

دوره دو، شماره یکم، بهار ۱۴۰۵، صص: ۸۷-۵۵

تحلیل فقهی و حقوقی اعتبار شرط خیار در عقد ضمان و بررسی آثار آن بر ماهیت، لزوم و روابط حقوقی طرفین

نویسنده:

لادن مقتدایی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۰۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۱/۱۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۲/۰۹ تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۱/۰۱

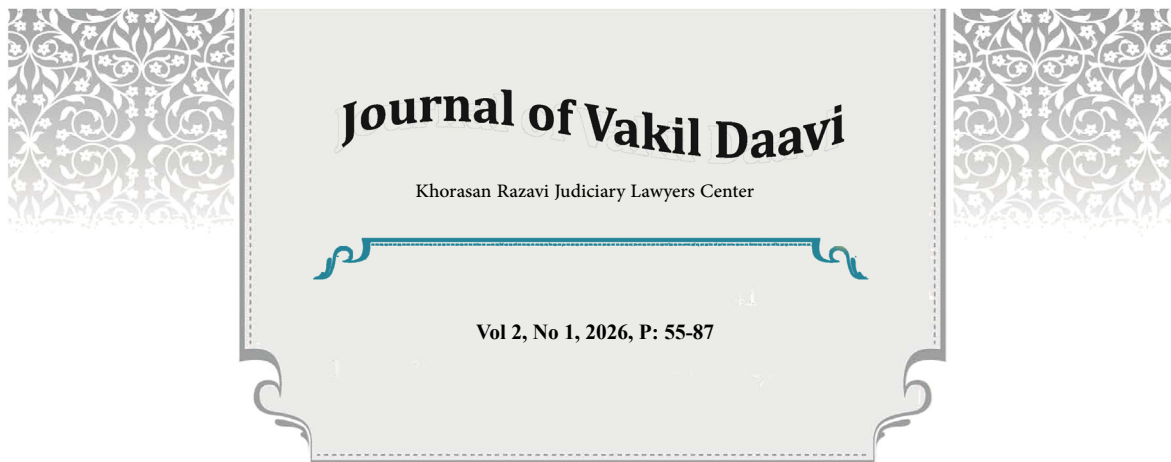
URL: <https://www.vakildaavirazavi.ir/>

DOI: <https://doi.org/10.22034/vd.2026.2092808.1016>

COPYRIGHTS

© 2026 by the authors. Licensee Khorasan Razavi Center of Attorneys – Judiciary. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>)





A Jurisprudential and Legal Analysis of the Validity of the Option Clause in a Guarantee Contract and Its Effects on the Nature, Necessity and Legal Relations of the Parties

Ladan Moqtadaei

Master of Private Law, Meybod Branch, Azad Islamic University, Yazd, Iran. Email: Ladan.mghtd@gmail.com

Abstract

In Imami jurisprudence and Iranian civil law, a guarantee contract is considered to be one of the specific and essentially necessary contracts, whereby the guarantor is responsible for the debt of the guarantor against the guarantor. Despite the legislator's clarification of the necessity of this contract, one of the issues worth considering is whether it is possible to foresee an option clause in the guarantee contract and provide one or both parties with the right to terminate it, or whether such a clause is incompatible with the nature and requirements of the guarantee contract. The importance of this issue is that accepting or not accepting the option clause in the guarantee contract not only affects the analysis of the legal nature of this contract, but also has a direct impact on the status of the debt, the establishment of the obligation, the possibility of returning to the guarantor's debt, and the rights and obligations of the parties. The present study aims to analyze the jurisprudence and legal validity of the option clause in the guarantee contract and examine its effects on the nature of the contract, the principle of necessity, and the legal relations of the guarantor, guarantor, and guarantor. The research method in this study is descriptive-analytical and the data has been collected through the study of jurisprudential sources, legal books, laws and related opinions. The main question of the research is whether the option clause in the guarantee contract is correct and enforceable, considering the necessity of this contract, and if accepted, what effects will its application have on the legal relations of the parties. The research findings show that although the guarantee contract is inherently a necessary contract, the necessity of the contract itself does not prevent the inclusion of the option clause, unless this clause conflicts with the requirements of the nature of the contract or its main purpose. From this perspective, assuming that the option clause does not disrupt the final establishment of the obligation or unjustified uncertainty in the rights of the guaranteed party, it can be inclined to be valid. On the other hand, the application of the option in the guarantee contract can in some cases lead to the return of the obligation to its previous state, the extinguishment of the guarantor's liability and the restoration of the guaranteed party's obligation. Accordingly, the validity of the option clause in a guarantee contract requires a precise interpretation of the nature of the guarantee, the principle of necessity, and the limits of influence of the terms in the contract.

Keywords: Guarantee Contract, Option Clause, Necessity of Contract, Imami Jurisprudence, Iranian Civil Law

فصلنامه علمی تخصصی حقوق وکیل دعاوی

دوره دو، شماره یکم، بهار ۱۴۰۵، صص: ۸۷-۵۵

تحلیل فقهی و حقوقی اعتبار شرط خیار در عقد ضمان و بررسی آثار آن بر ماهیت، لزوم و روابط حقوقی طرفین

لادن مقتدایی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد میبد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران

Email: Ladan.mghtd@gmail.com

چکیده

عقد ضمان در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، از جمله عقود معین و در اصل لازم به شمار می‌رود که به موجب آن، ذمه ضامن نسبت به دین مضمون عنه در برابر مضمون له مشغول می‌شود. با وجود تصریح قانون‌گذار به لزوم این عقد، یکی از مسائل قابل تأمل آن است که آیا می‌توان ضمن عقد ضمان، شرط خیار پیش‌بینی کرد و برای یکی از طرفین یا هر دو، حق فسخ قرار داد یا آنکه چنین شرطی با ماهیت و مقتضای ذات عقد ضمان ناسازگار است. اهمیت این مسئله از آن جهت است که پذیرش یا عدم پذیرش خیار شرط در عقد ضمان، نه تنها بر تحلیل ماهیت حقوقی این عقد اثر می‌گذارد، بلکه بر وضعیت دین، استقرار تعهد، امکان بازگشت به ذمه مضمون عنه و حقوق و تکالیف طرفین نیز تأثیر مستقیم دارد. پژوهش حاضر با هدف تحلیل فقهی و حقوقی اعتبار شرط خیار در عقد ضمان و بررسی آثار آن بر ماهیت عقد، اصل لزوم و روابط حقوقی ضامن، مضمون عنه و مضمون له انجام شده است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی بوده و داده‌ها از طریق مطالعه منابع فقهی، کتب حقوقی، قوانین و آرای مرتبط گردآوری شده است. پرسش اصلی تحقیق آن است که آیا شرط خیار در عقد ضمان، با توجه به لزوم این عقد، صحیح و نافذ است و در صورت پذیرش، اعمال آن چه آثاری بر روابط حقوقی طرفین بر جای می‌گذارد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که هرچند عقد ضمان ذاتاً از عقود لازم است، اما لزوم عقد به خودی خود مانع از درج شرط خیار نیست، مگر آنکه این شرط با مقتضای ذات عقد یا هدف اصلی آن در تعارض باشد. از این منظر، در فرضی که شرط خیار موجب اختلال در استقرار نهایی تعهد یا تنزل ناموجه در حقوق مضمون له نشود، می‌توان به اعتبار آن گرایش یافت. در مقابل، اعمال خیار در عقد ضمان می‌تواند در مواردی موجب بازگشت وضعیت تعهدی به حالت سابق، زوال مسئولیت ضامن و احیای تعهد مضمون عنه گردد. بر این اساس، اعتبار شرط خیار در عقد ضمان نیازمند تفسیر دقیق از ماهیت ضمان، اصل لزوم و حدود نفوذ شروط ضمن عقد است.

واژگان کلیدی: عقد ضمان، شرط خیار، لزوم عقد، فقه امامیه، حقوق مدنی ایران.

مقدمه

انسان موجودی اجتماعی است که به طور طبیعی از انزوا دوری می‌کند و به زندگی در جامعه نیاز دارد. این نیاز به تعاملات اجتماعی، منبعی برای حقوق و تکالیف و همچنین پایه‌گذار قراردادهای و تعهدات مالی است. به وضوح، زمانی که فردی با میل و رغبت کالای خود را به دیگران قرض می‌دهد، انتظار دارد که پس از پایان مدت، طلب خود را دریافت کند. در این راستا، می‌توان به انواع تضمینات و وثایق اشاره کرد. یکی از این تضمینات، وثیقه شخصی است. با توجه به ویژگی‌های وثیقه بودن ضمان، نقش آن در زندگی اجتماعی به وضوح نمایان می‌شود، به ویژه از این نظر که این نوع وثیقه، اطمینان کافی را فراهم می‌آورد و برخلاف رهن، اموال را از جریان معاملات خارج نمی‌کند و از این لحاظ مزیت دارد. امروزه در جوامع پیشرفته، با توجه به اهمیت ویژه ضمان و تأثیر آن در تسهیل معاملات و سرعت بخشیدن به امور بازرگانی، قوانین خاصی در این زمینه وضع شده است که تحلیل آن‌ها از حوصله این نوشتار خارج است. علاوه بر جنبه وثیقه‌ای ضمان، این نهاد به منظور کمک به مضمون عهه ایجاد می‌شود و انگیزه ضامن در انعقاد آن، حمایت از مدیون اصلی است. بنابراین، ضمان به عنوان یک عامل تشویق‌کننده همکاری اجتماعی و ترویج حس نیکوکاری و کمک به دیگران نیز عمل می‌کند.

عقد ضمان به عنوان یک قرارداد تبعی، همواره تأثیر قابل توجهی بر انعقاد یا عدم انعقاد سایر قراردادهای داشته است و ممکن است به دلیل عدم وجود ضامن یا ناتوانی مالی او، معامله‌ای صورت نگیرد. با توجه به افزایش حجم معاملات و پیچیدگی روابط میان افراد، طرفین معمولاً تمایل دارند که یک شخص سومی در معامله حضور داشته باشد تا روابط حقوقی آن‌ها را تقویت کند. نقش حیاتی ضمان را می‌توان در معاملاتی که بانک‌ها با مشتریان خود انجام می‌دهند، مشاهده کرد، زیرا بانک‌ها همواره در تلاشند با مشتریانی وارد معامله شوند که از تضمین کافی برخوردار باشند. بسیاری بر این باورند که ضمان، عقدی لازم است و به طور کلی در عقود لازم می‌توان هر نوع خیاری، از جمله خیار شرط، را لحاظ کرد. اما در مورد ماهیت خود ضمان، تردیدهایی وجود دارد که به موضوع این تحقیق مربوط می‌شود و در این پژوهش به آن خواهیم پرداخت. در ارتباط با عقد ضمان و ارتباط آن با این تحقیق، باید گفت که عقد ضمان یک قرارداد است که به منظور تضمین دین متعهد از سوی ضامن در برابر متعهدله و با توافق او منعقد می‌شود. با توجه به تفاوت‌های عقد ضمان با سایر عقود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تغییر در این عقد می‌تواند منجر به تغییر در روابط و آثار حقوقی مرتبط با آن گردد؟ همچنین، این پرسش وجود دارد که آیا در عقد ضمان، مشابه سایر عقود، امکان تعیین شرط خیار به عنوان یکی از شروط ضمن عقد با توافق طرفین وجود دارد؟ به عبارت دیگر، این تحقیق به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا تعیین شرط خیار در عقد ضمان از نظر حقوقی و فقهی ممکن است و نظریات موافق و مخالف در این زمینه تحلیل و بررسی خواهد شد. در نهایت، در صورت امکان تعیین شرط خیار، چه آثار و پیامدهایی بر این موضوع مترتب خواهد شد؟ پس از بیان کلیات مربوط به عقد ضمان و انواع آن، بررسی امکان یا عدم امکان

تعیین شرط خیار در این عقد و آثار ناشی از آن در دستور کار قرار خواهد گرفت.

مفهوم و مستندات خیار شرط

مفهوم خیار شرط

در فقه، خیار شرط به حالتی اطلاق می‌شود که بر اساس آن یکی از طرفین معامله، یا هر دو طرف، یا شخص سومی حق دارند تا در مدت معین، معامله را فسخ یا تأیید کنند. به عنوان مثال، مشتری می‌تواند به فروشنده بگوید که مبیع را با این شرط خریداری می‌کند که تا سه روز حق فسخ معامله را داشته باشد. خیار شرط یکی از مهم‌ترین و بنیادی‌ترین مباحث خیار است که مورد تأیید تمامی فقیهان مذاهب قرار دارد و به همین دلیل، فقیهان در این زمینه مباحث عمده‌ای را مطرح کرده‌اند.^۱ به عبارت دیگر، در قرارداد بیع می‌توان شرط کرد که در یک بازه زمانی مشخص، بایع، مشتری، یا هر دو، یا حتی شخص ثالث، حق فسخ معامله را داشته باشند.^۲ در همین معنی خیار قراردادی نیز استعمال شده است.^۳ به همین دلیل، گفته شده است که این خیار در چارچوب قراردادهای لازم قرار می‌گیرد و اساس آن توافق بر خیار است. ماده ۳۹۹ قانون مدنی، شرط بودن خیار شرط را در بیع به عنوان حکم خود مطرح کرده است که دو دلیل برای این موضوع وجود دارد. نخست، این که معمولاً بحث خیار در کنار بحث عقد بیع مطرح می‌شود و دوم این که عقد بیع، کامل‌ترین نوع قراردادهای لازم است، همان‌طور که ماده ۴۵۷ قانون مدنی نیز بر لازم بودن عقد بیع تأکید می‌کند.

خیار شرط یا خیار قراردادی به موجب توافق طرفین در عقد ایجاد می‌شود و بر اساس قصد و رضایت آن‌ها شکل می‌گیرد. با این حال، این حق باید محدود باشد و نمی‌توان آن را به طور دائمی در عقد گنجانده. بنابراین، باید برای خیار شرط مدتی مشخص تعیین شود تا در آن مدت امکان انحلال عقد وجود داشته باشد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی نیز به این مدت معین برای خیاری که در عقد بیع شرط شده است، اشاره می‌کند.

برای بررسی مفهوم خیار و حقوق ناشی از آن، ابتدا باید سه فرض مختلف را مطرح کرده و هر یک را به طور جداگانه مورد تحلیل قرار دهیم. از یک سو، می‌توان خیار را به عنوان حق انحلال قرارداد تعریف کرد؛ در این حالت، هدف از خیار، امکان انحلال قرارداد است.

می‌دانیم که عقد خیاری نوعی عقد لازم به شمار می‌آید و با ایجاد خیار، صاحب خیار این اختیار را پیدا می‌کند که عقد لازم را منحل کند، بدون آنکه به این موضوع توجه کند که آیا مالی که منتقل شده است، بازپس گرفته

۱. انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی، (۱۳۸۸)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، نشر جنگل، چاپ سوم، ص ۹۳۱.

۲. مستفاده از ماده ۳۹۹ قانون مدنی.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۶)، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش چاپ چهل و نهم، ص ۲۶۸.

می‌شود یا مالی که به واسطه عقد به دست آمده، از ملک صاحب خیار خارج می‌شود. به نظر می‌رسد ماده ۳۹۹ قانون مدنی که بیان می‌کند: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد»، به واقعیت خیار به عنوان حق انحلال قرارداد اشاره دارد، زیرا فسخ قرارداد را به عنوان مهم‌ترین اثر شرط مطرح می‌کند و به استرداد اموال اشاره‌ای نمی‌کند. از سوی دیگر، می‌توان خیار را به عنوان حق پس گرفتن مالی که به واسطه عقد منتقل می‌شود، در نظر گرفت.^۱

نظریه دوم بیان می‌کند که استفاده از خیار به منظور بازگرداندن آنچه که از طریق قرارداد به انتقال دهنده منتقل شده، به مالکیت او است. به عنوان مثال، شرط به گونه‌ای تنظیم می‌شود که اگر بایع در زمان مقرر ثمن را بازگرداند، حق داشته باشد مبیع را مسترد کند. در نهایت، باید اشاره کرد که خیار به عنوان حقی برای خارج کردن مالی است که به واسطه عقد به دست آمده است؛ در این حالت، خیار شرط حقی را ایجاد می‌کند که بر اساس آن، انتقال گیرنده می‌تواند مالی را که به موجب قرارداد به او منتقل شده، از ملک خود خارج کند. با جمع بندی این موارد، می‌توان نتیجه گرفت که واقعیت و ماهیت خیار، همان‌طور که در قانون مدنی و در مبحث مربوط به خیار شرط در ماده ۳۹۹ بیان شده، حق انحلال عقد است. بنابراین، با اعمال خیار، عقد منحل می‌شود بدون اینکه نیازی به تصریح آن در شرط وجود داشته باشد.^۲

مستندات قاعده بودن خیار شرط

مستندات مربوط به قاعده بودن خیار شرط شامل بنای عقلاء، اجماع، نصوص عمومی و خاص و ضرورت اجتماعی است. در این زمینه، به تحلیل و بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

بنای عقلا

بنای عقلا در فرآیند استنباط‌های فقهی نقش کلیدی و راهبردی دارد. بسیاری از احکام و همچنین شناسایی افراد موضوع حکم بر اساس بنای عقلا شکل گرفته است، که این امر موجب شده تا بنای عقلا در مباحث فقهی جایگاه ویژه‌ای پیدا کند. به ساده‌ترین شکل، می‌توان بنا یا سیره عقلا را این‌گونه تعریف کرد: «روش عمومی مردم و توده عقلا از هر مذهب و ملتی که در گفت‌وگوها، معاملات و الگوهای رفتاری اجتماعی و ارتباطی خود نمایان می‌شود.»^۳ تعبیر متداول از این موضوع، روشی و رفتاری است که با تکرار به صورت یک عادت درآمده و در درون

۱. فخرالدین؛ منصوری، بهزاد. (۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶، ص ۶۳.

۲. بهمن پوری، عبدالله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی، (۱۳۹۲)، نقد و بررسی ادله بطلان خیار شرط و ایقاعات، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره دوم، ص ۲۱۶.

۳. فیض، علیرضا، (۱۳۹۷)، مبادی فقه و اصول، نشر دانشگاه تهران، تهران، چاپ سیزدهم، ص ۲۱۸.

افراد ریشه دوانده است. یکی از چالش‌های کنونی این است که می‌توان از اصول عقلانی برای حل مسائل در علم حقوق استفاده کرد.^۱

همان‌طور که برخی از نویسندگان حقوقی ما اشاره کرده‌اند، خیار شرط در معاملات یک امر عقلایی است که در جامعه به کار گرفته می‌شود و منطق حقوقی نیز آن را تأیید می‌کند.^۲ به طور کلی، از دیدگاه عقلاء، افراد می‌توانند به طور آزاد هر نوع تعهدی را که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، انجام دهند. خیار شرط یکی از نمونه‌های این نوع تعهدات به شمار می‌آید. بنابراین، اصول عقلایی بر پایه حاکمیت اراده و آزادی در قراردادهای استوار است و این نوع قراردادهای نیز از نظر شرعی ممنوع نیستند.^۳

اجماع

اگرچه دستیابی به توافق در برخی مسائل دشوار است، اما در خصوص حلیت برخی انواع معاملات، اجماع وجود دارد. در احکام مرتبط با این موضوع، نیازی به اجماع نیست و همین که عرف و عقل برای آن یک مبنا یا اقتصادی قائل شوند، کافی است. فقهای امامیه اجماع را که نمایانگر نظر معصوم (ع) باشد، معتبر می‌دانند. بنابراین، اجماع به نوعی معادل سنت به شمار می‌آید.^۴

نصوص عام و خاص

بیع در سنت پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) و همچنین خلفای صالح و یاران ایشان به طور مطلوبی رواج یافته است، به گونه‌ای که بی‌توجهی به آن و رها کردنش، نشانه‌ای از کم‌خردی به شمار می‌آید. متن به بررسی شیوه‌های خرید و امکان فروش مبیع قبل از تحویل می‌پردازد و به تحلیل نصوص عمومی و خاص در این زمینه می‌پردازد. همچنین، بر صحت خیار شرط تأکید شده و نصوص عمومی که بر صحت شروط دلالت دارند، به عنوان مستنداتی برای صحت خیار شرط معرفی می‌شوند. یکی از مهم‌ترین نصوص عمومی در این زمینه، عبارت «المسلمون عند شروطهم» است.^۵

علاوه بر اصول کلی مرتبط با شروط، می‌توان به متون خاصی اشاره کرد که بر امکان ایجاد خیار از طریق شرط در ضمن عقد تأکید دارند. با توجه به اینکه فقهاء، بیع شرط را یکی از انواع خیار شرط محسوب می‌کنند، این متون

۱. ایزدی فرد، علی اکبر و قراملکی، فرامرز، (۱۳۸۶)، چالش‌های نوین در بنای عقلا با تأکید بر جهانی شدن، نشریه مقالات و بررسی‌ها، دوره هفتم، دفتر ۸۵، پاییز ۱۳۸۶، ص ۷۸.

۲. نهرینی، فریدون، (۱۳۹۵)، ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران، تهران: گنج دانش، ص ۸۷.

۳. امامی، سید حسن، (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، جلد اول، نشر انتشارات کتابفروشی اسلامی، تهران، چاپ پانزدهم، ۴۸۶.

۴. داراب پور، مهرباب، (۱۳۹۹)، حقوق بیع داخلی، نشر جنگل، چاپ دهم، ص ۲۹.

۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ ق). فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ص ۳۸۲.

خاص در این زمینه قابل استناد هستند. این نصوص خاص، صحت بیع شرط را تأیید می‌کنند و علاوه بر آن، روایات دیگری نیز در این خصوص وجود دارد. به عنوان مثال، روایت نبوی درباره یکی از اصحاب پیامبر (ص) به نام حنان بن منقذ عمر انصاری وجود دارد. او مردی بود که دچار جراحت شدید در سر و نقصی در زبان و آفتی در عقل بود، اما با این حال، در معاملات و بازار فعال بود و غالباً مورد فریب قرار می‌گرفت.^۱ اهل او نزد رسول خدا (ص) شکایت کرد و ایشان راه حل خاصی برای او ارائه دادند و به او فرمودند:

«التزام به بیع مشروط باشد به عدم خدع و غبن و این که برای من، حق خیار تا ۳ روز ثابت است.»

فقیهان اهل سنت، به ویژه حنفیه و مالکیه، به حدیثی استناد کرده‌اند که به موضوع غبن و خدعه مربوط می‌شود. این روایت به جعل خیار اشاره دارد و اشکال برخی در مورد غبن از نظر منطقی قابل توجیه نیست. با این حال، وجود روایات معتبر از امامیه این استدلال را بی‌نیاز می‌سازد.^۲

ضرورت اجتماعی

نظام حقوقی از اجزا و شاخه‌های گوناگونی تشکیل شده است که به دلیل نیازهای فردی و اجتماعی در دوره‌های مختلف شکل می‌گیرد و ممکن است در زمان‌های خاصی به پایان برسد. تحول در نظام حقوقی و ابزارهای آن در دو مرحله قابل توجه است. در مرحله اول، نیازها و تحولات اجتماعی موجب شکل‌گیری قواعد حقوقی می‌شوند و در این مرحله، توجه به این نیازها از اهمیت بالایی برخوردار است. در مرحله بعدی، نهاد ممکن است با نام و شکل اولیه خود به فعالیت ادامه دهد، اما نیازها و تحولات می‌توانند بر این روند تأثیر بگذارند و موجب تغییر در ماهیت آن شوند. این تغییرات به ویژه در مورد قراردادها به وضوح قابل مشاهده است.^۳

تحولات تدریجی و گاه طولانی‌مدت در یک نظام اجتماعی تأثیرات چشمگیری بر نظام حقوقی به همراه دارد. از سوی دیگر، تغییرات در نظام‌های حقوقی نیز می‌تواند به تغییرات اجتماعی منجر شود. علاقه به تحلیل و بررسی این موضوعات با تأثیرات جنبش واقع‌گرا همراه بوده و تردید و بدبینی نسبت به کارایی دیدگاه تحلیلی، هسته اصلی نظریه واقع‌گرا را تشکیل می‌دهد.^۴

برخی از فقهای عامه به اهمیت و ضرورت اجتماعی شرط خیار اشاره کرده‌اند. این امر به این دلیل است که در بسیاری از معاملات، افراد برای جلوگیری از ضرر و غبن، به زمان کافی برای تأمل، ارزیابی و اتخاذ تصمیم نیاز دارند.^۵

۱. بجنوردی، میرزا حسن، (بی تا)، القواعد الفقهیه، موسسه اسماعیلیان، قم، بی جا، ص ۳۸۳

۲. جعفری لنگردوی، محمد جعفر، (۱۳۷۷)، تئوری موازنه، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ص ۲۱۵

۳. ساکت، محمد حسین، (۱۳۹۸)، حقوق شناسی (دیباچه ای بر دانش حقوق)، نشر ثالث، چاپ دهم، ص ۱۹۳

۴. رحمانی فرد، شهرزاد، (۱۳۹۶)، جامعه شناسی حقوق، نشر دنیای سبز، چاپ نهم، ص ۱۷

۵. ابن براج، عبد العزیز بن نحریر (۱۴۰۶ ق). المذهب (الابن البراج). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۳۸۲

بنابراین، می‌توان گفت که تبیین بر اساس ضرورت اجتماعی یک موضوع کلیدی است که پایه‌گذار این تحلیل به شمار می‌آید. با این حال، لازم است بررسی شود که آیا با توجه به دلایل مخالفان ایجاد شرط، همچنان می‌توان به ضرورت اجتماعی استناد کرد یا خیر. از آنجا که ممکن است منافع یکی از طرفین در یک رابطه قراردادی با منافع طرف دیگر در تضاد باشد، وضعیت تعادل بین ضرورت‌های فردی و اجتماعی چگونه خواهد بود؟

امکان درج خیار شرط در عقود ضمانی

در مورد امکان یا عدم امکان جعل خیار شرط در عقد ضمان، نظرات متفاوتی وجود دارد. تقریباً بین شیعه و اهل سنت در مورد جواز جعل خیار برای مضمون له اختلافی وجود ندارد، اما در مورد اشتراط خیار برای ضامن، اختلافات شدیدی میان محققان وجود دارد. بررسی تاریخچه این مسأله نشان می‌دهد که فقهای امامیه و فقهای عامه به طور یکپارچه بر عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان تأکید کرده‌اند. در این فصل، ادله هر دو گروه را بررسی خواهیم کرد.

سؤال اصلی این است که آیا در عقد ضمان، که در آن شخصی دینی نسبت به دیگری دارد و طرف مقابل به عنوان ضامن آن دین را بر عهده می‌گیرد، می‌توان به حق خیار استناد کرد یا خیر؟ اگر بپذیریم که در عقد ضمان خیار جاری نیست، در نتیجه استفاده از اقاله نیز در این عقد قابل قبول نخواهد بود. باید گفت که تفاوت بین ضمان در نظر حقوقدانان و اندیشمندان این علم با ضمان در نظر عامه روشن است. طبق نظر عامه، ضمان به معنای «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است، به این معنا که ذمه مضمون عنه خالی نمی‌شود و ذمه ضامن به آن اضافه می‌شود. اما در مبنای امامیه، ضمان به معنای «نقل ذمّة الی ذمّة» است، یعنی وقتی کسی ضامن می‌شود، اشتغال ذمه مدیون از بین می‌رود و این اشتغال به ذمه ضامن منتقل می‌شود. با توجه به این نکته، در عقد ضمان، ضامن ضمانت کرده و ذمه مضمون عنه خالی شده است و ذمه خود ضامن مشغول می‌شود. آیا در این عقد، ضامن یا مضمون له می‌توانند اشتراط خیار کنند؟ به عنوان مثال، آیا ضامن می‌تواند بگوید که من قبول می‌کنم که این دین را بپردازم به شرط اینکه ده روز برای من خیار باشد و در این مدت اگر خواستم، بتوانم عقد ضمان را فسخ کنم و در صورت فسخ، ذمه مدیون دوباره مشغول شود؟ با توجه به اینکه شرط خیار از جمله خیاراتی است که مختص به عقد خاصی نیست و اصل اولیه جریان آن در همه عقود است، مگر اینکه دلیلی بر عدم جواز آن وجود داشته باشد، مانند عقد نکاح که در آن خیار شرط جاری نیست.^۱

در توضیح این مفهوم بیان شده است که قانون‌گذار در ایجاد این نهاد به پایداری و ثبات آن توجه داشته و آزادی و حاکمیت اراده را در خصوص ایجاد و انحلال آن به شرایط و عوامل خاصی محدود کرده است. به ویژه در

۱. باقری، احمد، (۱۳۹۵)، سقوط تعهدات، نشر آن، چاپ دهم، ص ۵۲.

مورد انحلال، او تشریفات و استفاده از دلیل خاص و منحصر به طلاق را ضروری دانسته است. به همین دلیل، اقاله را در از بین بردن آثار ناشی از نکاح مشروع ندانسته و از طریق تنقیح مناط یا اولویت، عدم اجازه فسخ در انحلال نکاح را جز در موارد قانونی خاص، ثابت کرده است. ماده ۱۱۲۰ این محدودیت را تصریح کرده و ماده ۱۰۶۹ نیز به وضوح بیان کرده است که شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است.^۱

به نظر می‌رسد که الزام به عقد نکاح از احکام شرعی است و نه از حقوق و به طور کلی، این الزام به اراده طرفین بستگی ندارد، بلکه به جعل شارع مربوط می‌شود. در مورد سایر عقود، الزام می‌تواند ناشی از تعهد طرفین باشد، اما این موضوع در نکاح صدق نمی‌کند. به عبارت دیگر، درک عمومی متشرعه و حتی تمامی ملل این است که عقد نکاح با سایر عقود معاملاتی تفاوت دارد و به همین دلیل، فرآیند انعقاد و انحلال آن نیازمند تشریفات خاصی است.^۲ اگرچه در مورد عقد ضمان تصریح خاصی وجود ندارد، اما یکی از موضوعاتی که بین فقهاء اختلاف نظر ایجاد کرده، بحث درباره جریان یا عدم جریان شرط خیار در این عقد است. این سوال مطرح می‌شود که آیا شرط خیار در عقد ضمان مجاز است یا خیر؟

اگر این شرط مجاز باشد، این پرسش به وجود می‌آید که آیا هر دو طرف، یعنی ضامن و مضمون له، می‌توانند در ضمن عقد برای خود خیار تعیین کنند یا اینکه این حق تنها مختص ضامن است و مضمون له از آن بی‌بهره است؟ برخی از فقهاء با پذیرش شرط خیار در عقد ضمان، دامنۀ آن را گسترش داده و هر دو طرف، یعنی ضامن و مضمون له، را دارای این حق می‌دانند. در صورت تخلف از شرط، این حق به وجود آمده و به همین دلیل می‌توانند عقد را فسخ کنند.^۳ برخی در مورد این مسئله با رعایت احتیاط و با تعبیر «بل الاظهر عدمه» نظر خودشان را یعنی عدم جواز شرط خیار در عقد ضمان را اعلام نموده‌اند.^۴ گروه دیگری از فقهاء به طور کلی شرط خیار در عقد ضمان را موجب بطلان عقد می‌دانند.^۵ در این فصل، به تحلیل دیدگاه‌های موافق و مخالف درباره امکان یا عدم امکان جعل خیار شرط در عقد ضمان خواهیم پرداخت و دلایل هر یک از طرفین را مورد بررسی و نقد قرار می‌دهیم.

اجماع

فقه‌های مشهور در گذشته و حال، از جمله مرحوم علامه حلی، بر این عقیده‌اند که شرط خیار در عقد ضمان مجاز است. محقق یزدی نیز در کتاب معتبر خود، العروه الوثقی، به همین نظر اشاره کرده و جواز شرط خیار در عقد ضمان را تأیید کرده است. این دیدگاه با نظر اکثر فقهاء عامه نیز هم‌راستا است، زیرا آنها شرط خیار در عقد ضمان

۱. محقق داماد، مصطفی، یزدانی، غلامرضا، (۱۳۹۰)، شرط خیار در عقد ضمان، آموزه‌ها فقهی و مدنی پژوهش، شماره ۴، ص ۲.

۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۹۶)، هشتم، عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی، میراث جاویدان، ص ۳۲.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، نشر کوشش، جلد دوم، چاپ سوم، ۱۳۷۶، ص ۳۰۹.

۴. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، نشر مدینه العلم قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه. ق، ص ۱۸۳.

۵. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، نشر موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ه. ق، ص ۳۰۹.

را مجاز نمی‌دانند و بیان می‌کنند: «هدف از شرط خیار جلوگیری از وقوع غرر است و اگر کسی بهره‌ای داشته باشد، می‌تواند از فرصت مدت خیار استفاده کند. در حالی که ضامن به دلیل عدم بهره و منفعت، ضمانت را قبول کرده و نیازی به شرط خیار ندارد»^۱

لازم به ذکر است که بر اساس دلیل فوق، شرط خیار نسبت به ضامن جایز نیست، اما نسبت به مضمون له مجاز می‌باشد. با وجود این اختلاف نظرها در مورد اعمال شرط خیار در عقد ضمان، قانونگذار نظر خود را در ماده ۷۰۱ بیان کرده است. یکی از حقوقدانان در این زمینه اظهار داشته است:

«متن ماده ۷۰۱ قانون مدنی به گونه‌ای تنظیم شده است که دشوار بتوان پذیرفت که با استناد به خیار شرط، عقد ضمان قابل فسخ باشد. اما به نظر می‌رسد که وجود خیار شرط به صحت عقد آسیب نمی‌زند، زیرا بطلان چنین ضمانتی نیازمند تصریح قانونگذار است»^۲

برخی از فقهاء معاصر با نگاهی خاص به موضوع پرداخته‌اند که خلاصه آن می‌تواند مفید باشد. در این راستا بیان شده است که هر عقدی به موجب اصل لزوم، لازم است و دلیل این لزوم می‌تواند حکمی، حقی یا به عنوان یکی از ویژگی‌های ذاتی عقد باشد، مشابه حجیت در مورد قطع. اگر لزوم ذاتی را نپذیریم، در این صورت لزوم همیشه حکمی خواهد بود و لزوم حقی وجود نخواهد داشت.

اجماع در فقه به معنای توافق علمای دینی در یک موضوع خاص است و به عنوان سومین منبع برای استخراج احکام اسلامی شناخته می‌شود. واژه اجماع به معنای توافق نظر است و در اصطلاح فقه به توافق «فقهاء» یا «اهل حل و عقد» در مورد یکی از احکام شرعی اطلاق می‌شود. در فقه اهل سنت، اجماع به همراه کتاب و سنت به عنوان یکی از مبانی استنباط احکام به شمار می‌آید، در حالی که در فقه جعفری به عنوان منبع مستقلی برای استخراج احکام در نظر گرفته نمی‌شود و تنها به دلیل نشان دادن توافق معصوم معتبر است. برخی از دانشمندان اسلامی بر این باورند که در دوران گسترش علم فقه و پراکندگی مجتهدان در شهرها و کشورهای مختلف، تحقق اجماع غیرممکن است. همچنین، برخی دیگر معتقدند که در چنین شرایطی امکان اطلاع از وقوع اجماع وجود ندارد. به عنوان مثال، شیخ حسن صاحب معالم، فقیه شیعه، بر این عقیده است که اجماع‌هایی که پس از شیخ طوسی ادعا شده، در واقع شهرت هستند و نه اجماع واقعی. مرحوم صاحب جواهر نیز ادعای عدم اختلاف را مطرح کرده‌اند.^۳ و همچنین محقق اردبیلی از عبارت ارشاد الاذهان، همین مطلب را استظهار کرده است، ایشان در مجمع الفوائد می‌فرمایند:

قال فی التذکره «الأقرب عندی دخول خيار الشرط فی کل عقد معاوضه، خلافاً للجمهور ویدل علی عدم الخلاف

۱. ابن قدامه، ابو عبدالله بن احمد، المغنی، نشر دالفکر، چاپ سوم، ۱۴۰۵، ص ۶۱۳

۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، نشر شرکت سهامی انتشار، جلد اول، ص ۱۹۴.

۳. نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۲)، جواهر الکلام، نشر دار التراث العربی، چاپ ششم، ص ۲۳.

عندنا، ما تقدم من عموم ادله العقود و الايضا بها، و بالشرط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه^۱. با توجه به اینکه اتفاق نظر فقها بر این امر می باشد که جعل خیار شرط در عقد ضمان امکان پذیر می باشد، به عنوان یکی از دلایل از سوی موافقان مطرح گردیده است.

وجود مقتضی و عدم مانع

وجود مقتضی

تمامی مکاتب حقوقی بر اهمیت رعایت وفای به عهد و شروط در قراردادها و معاملات تأکید دارند. مکتب حقوقی اسلام نیز در آیات و روایات مختلف به این موضوع مهم پرداخته است. یکی از دلایل اصلی قرآنی، آیه اول سوره مائده است که می فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»، که به روشنی مؤمنان را به وفای به عهد و قراردادها دعوت می کند. در خصوص استناد به ادله عمومی وفای به عقد، باید توجه داشت که هر عقدی یا صحیح است یا باطل. به همین دلیل، وجوب وفای به عهد تنها بر عقود صحیح مترتب می شود و بنابراین، در ابتدا باید نوع عقد از نظر صحت و بطلان مورد بررسی قرار گیرد تا بتوان به ترتب وجوب وفای به عهد^۲.

خداوند متعال در آیه ۴۰ سوره بقره می فرماید:

«ای بنی اسرائیل، نعمت هایی را که به شما عطا کرده ام به یاد آورید و به عهد من وفا کنید تا من نیز به عهد شما وفا کنم و تنها از من بترسید.»

این آیه به فرزندان یعقوب خطاب می کند و به آنها یادآوری می کند که نعمت های من را فراموش نکنند و به پیمان های خود پایبند باشند تا من نیز به وعده هایم عمل کنم و تنها از من هراس داشته باشند. وفای به عهد از ویژگی های بسیار ارزشمند است که اهمیت و لزوم آن با دلایل متقن اثبات شده است. چنانچه در جای دیگر قرآن^۳ در صفات نیکوکاران می فرماید:

«والموفون بعدهم اذا عاهدوا»

باید توجه داشت که ضرورت وفای به عهد از نظر عقل نیز تأیید شده است، زیرا هر فرد عاقل وفای به عهد را امری نیک و پسندیده می داند و در مقابل، نقض عهد را زشت و ناپسند تلقی می کند.^۴ متن به مشروعیت وفای به عهد اشاره دارد و به روایت حضرت محمد (ص) «المؤمنون عند شروطهم» استناد

۱. محقق اردبیلی، (۱۳۸۳)، حاشیه على الشرائع تعلیقة على الشرائع، نشر برهان، چاپ دوم، ص ۲۷۸.

۲. علامه، سید مهدی، (۱۳۸۵)، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، نشر میزان، چاپ اول، ص ۱۷.

۳. سوره البقره آیه ۱۷۷.

۴. علامه، پیشین، ص ۱۶ و ۱۷.

می‌کند. این روایت به عنوان یک قاعده فقهی معتبر در زمینه معاملات مطرح شده و تأکید می‌کند که هر مسلمان باید به تعهدات خود پایبند باشد. این حکم به عموم مؤمنان اشاره دارد و بیانگر این است که باید به تمامی شروط و تعهدات خود وفا کنند. همچنین، در عرف نیز وفای به عهد به عنوان الزامی شناخته می‌شود. در نهایت، آیه «اوفوا بالعقود» و روایت مذکور، تأکید بر وفای به تمامی تعهدات و شروطی است که فرد به عهده می‌گیرد.^۱

تعهدات و شرایطی که باید به آنها پایبند بود، باید ویژگی‌های زیر را داشته باشند:

الف - شروط نباید با کتاب و سنت در تضاد باشند. به عنوان مثال، اگر فروشنده کالای خود را به شرطی بفروشد که خریدار عملی حرام را انجام دهد، به دلیل غیرمشموع بودن این شرط، وفای به آن الزامی نخواهد بود. همچنین، اگر مالی به عنوان هبه داده شود به شرطی که وارث نتواند آن را به ارث ببرد، از آنجا که این شرط با حکم شرعی مغایرت دارد، شامل قاعده کلی وفای به شرط نمی‌شود.

ب - شروط باید به طور صریح یا ضمنی در قرارداد ذکر شوند. بنابراین، وفای به شروطی که پس از انعقاد قرارداد مطرح می‌شوند یا قبل از عقد مطرح شده و هیچ قرینه عرفی بر اساس آن وجود نداشته باشد، الزامی نخواهد بود.

ج - مشروط علیه باید توانایی انجام شرط را داشته باشد؛ به طوری که اگر به ناتوانی خود اطمینان داشته باشد، اساساً ایجاد تعهد در این زمینه ممکن نخواهد بود.^۲

لازم به ذکر است که آیات و روایات استناد شده در این زمینه به حکم عقل اشاره دارند، زیرا وفای به عهد و انجام تعهدات یک امر عقلایی است که مورد توافق تمامی عقلا قرار دارد. برای توضیح این استدلال باید گفت که دلایل مربوط به شروط مانند «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و ... نشان می‌دهند که وفای به عهد و شرط ضروری است. بنابراین، اگر در عقد ضمان شرط خیار قرار داده شود، بر اساس این دلایل، وفای به این شرط نیز واجب خواهد بود. مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره خود می‌فرماید:

فان شرط الخيار فيها مدة معينة صح؛ لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» و قوله تعالى: اوفوا بالعقود امر بالوفاء بالعقد؛ وانما وقع العقد على هذا الشرط، وليس منافيا لمقتضاه، كما لا ينافي غيره من العقود.

عدم المانع

با توجه به اینکه ادله شروط به طور کلی شامل تمامی شروط می‌شود و هیچ دلیلی مبنی بر وجود مانع یا مشکلی در خصوص شرط خیار در عقد ضمان وجود ندارد، می‌توان گفت که عمومیت ادله شروط شامل شرط خیار در این نوع عقد نیز می‌شود. به عبارت دیگر، همان‌طور که در سایر عقود، هیچ استثنای مانعی از سوی شارع یا قانون‌گذار وجود ندارد، بنابراین شرط خیار در عقد ضمان نیز مجاز و صحیح است. مرحوم شیخ طوسی در کتاب

۱. باقری، احمد، (۱۳۷۷)، وفای به عهد، نشریه مقالات و بررسی‌ها، شماره ۶۳، ص ۱۳.
۲. الطباطبائی الحکیم، السید محسن، (۱۴۰۴)، مستمسک العروة الوثقی، قم، ص ۳۴۵.

مبسوط به این استدلال اشاره کرده و می‌فرماید:

أنه لا یمتنع دخول خيار الشرط فيه، لانه لا مانع منه، فعلى هذا العقد و الشرط صحیحان^۱
شیخ انصاری فرموده است:

«لا اشكال ولا خلاف فی عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جریانه فی كل معاوضة لازمة كالاجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة»

شیخ انصاری خیار شرط را مختص عقود لازم می‌داند، اما به وجود اطلاق که شامل عقود جایز نیز می‌شود، اذعان دارد. نویسنده به این نکته اشاره می‌کند که با وجود این اطلاق، دلیل روشنی برای محدود کردن خیار شرط به عقود لازم وجود ندارد. همچنین، شیخ انصاری تأکید می‌کند که ادله وفای به شرط شامل عقود جایز نیز می‌شود و سبزواری نیز به این اطلاق اشاره کرده است: «مقتضى اصلتی الاباحة و الصحة جواز شرط الخيار فی كل عقد و ایقاع الا ما دل دلیل بالخصوص علی عدم جریانه فی من عقد او ایقاع و کذا مقتضى اصالة الاطلاق فتطابق الاصلان علی الصحة و الجواز فی جمیع العقود و العهود و الایقاعات الا ما خرج بالدلیل.»

مرحوم نراقی به اطلاقات و عمومات اشکال کرده و فرموده است:

«اگر دلیل مشروعیت خیار شرط در قراردادهای، اطلاقات و عمومات باشد، نمی‌توانیم به این عمومات استناد کنیم، حتی با وجود روایات خاص. زیرا از یک سو، شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد، از عمومات مستثنی شده و از سوی دیگر، سنت نشان می‌دهد که پس از جدایی طرفین معامله، آن معامله واجب و لازم می‌شود. بنابراین، شرطی که عدم وجوب و لزوم پس از جدایی را مطرح کند، با این سنت در تضاد خواهد بود.»

در این زمینه، آیت‌الله خویی در پاسخی بیان کرده‌اند:

«روایاتی که شرط را به عدم مخالفت با کتاب و سنت مقید می‌سازند، برای اثبات خیار شرط در عقود لازم وارد شده‌اند. بنابراین، مخصص این روایات، ادله‌ای خواهد بود که بر لزوم دلالت دارند و نه آنچه که با آن مخالف است، تا امکان کنار گذاشتن یا تأویل آن‌ها مطرح شود. در نتیجه، خود جعل شرط، مخالف کتاب و سنت نیست، مگر در مواردی که خود شرط با آن‌ها در تضاد باشد؛ یعنی در مواردی که شروط صحیح و مخالف با کتاب و سنت وجود دارد که این روایات در آن موارد وارد شده‌اند.»

سپس پاسخ دیگری می‌دهد و خلاصه می‌گوید که حالت خیار خلاف کتاب و سنت نیست، زیرا وقتی عقد با وضعیت خیار منعقد می‌شود، در واقع از همان ابتدا مال که ایجاد نشده محدود به عدم فسخ است نه مطلق.

۱. طوسی، ابوجعفر محمد بی‌حسن، (۱۴۰۷)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ص ۳۳۷ و ابن‌ادریس، پیشین، ص ۲۴۵ و شهید اول، محمد بن مکی عاملی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ص ۲۶۹ و آل‌عصفور بحرانی، حسین بن محمد، (بی‌تا)، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ص ۴۱ و حسینی عاملی، جواد بن محمد، (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، تحقیق و تصحیح شیخ محمد باقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۳۵۳.

بنابراین عین مال محدود می شود و متعلق به وفای به عهد است نه غیر. پس نمی توان گفت که پس از جدایی طرفین، معاملات و اموال ضروری شخص باقی می ماند، هر چند که فسخ به دلیل وضعیت خیار واقع شده باشد.»

لزوم حقی ضمان و اصل حاکمیت اراده

بین حق و حکم تفاوت هایی وجود دارد. حق در اختیار فرد قرار دارد و به طور کلی می توان آن را اسقاط کرد، مانند حق شفعه. اما حکم در اختیار شارع است و به همین دلیل نه به ارث منتقل می شود و نه قابل اسقاط است.^۱

لزوم حقی ضمان

مرحوم حکیم در مستمسک خود به این موضوع اشاره کرده و آن را در دو مرحله توضیح می دهد. در مرحله اول، او به این نکته می پردازد که صحت یا عدم صحت اشتراط خیار به این بستگی دارد که آیا لزوم در عقد ضمان به عنوان حکم تلقی می شود یا به عنوان حق. اگر لزوم به عنوان حق در نظر گرفته شود، صاحب حق می تواند از حق خود صرف نظر کرده، آن را اسقاط کند یا در معرض اسقاط قرار دهد و حتی اختیار بقای آن را به دیگری واگذار کند. بنابراین، می توان در عقد ضمان به شرط خیار قائل شد و از لزوم صرف نظر کرد.^۲

اگر لزوم در عقد ضمان به عنوان یک حکم تلقی شود و نه به عنوان حق، در این صورت شرط خیار نمی تواند صحیح باشد؛ زیرا این امر موجب می شود که حکم شرعی نادیده گرفته شود. بنابراین، باید بررسی کرد که آیا لزوم به عنوان حکم است یا حق.

در مرحله بعد، وی به این نکته می پردازد که لزوم در واقع از مقوله حق است و نه حکم. به همین دلیل، شرط خیار در عقد ضمان معتبر خواهد بود. اگر به برداشت های عرفی مراجعه کنیم، متوجه می شویم که عرف لزوم را به عنوان حق می داند و نه حکم. بنابراین، حتی افرادی که لزوم عقد ضمان را برای ضامن پذیرفته اند، بیان کرده اند که برای مضمون له این لزوم الزامی نیست و او حق فسخ قرارداد را دارد. زیرا اگر به نظر آن ها لزوم در عقد ضمان به عنوان حکم تلقی می شد و نه حق، در این صورت مضمون له نیز حق فسخ قرارداد را نداشت.^۳

اصل حاکمیت اراده

حکومت اراده نتیجه عصر روشنگری و عصر غنی فلسفه فردگرایانه است. این مفهوم به شدت با آزادی همراه است و در واقع از آن ناشی می شود. در حقوق خصوصی، قرارداد به دلیل میل انسان به آزادی به عنوان یک نهاد

۱. ره پیک، حسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)، ج ۲، تهران: انتشارات خرسندی، ص ۸۹.

۲. حکیم، پیشین، ص ۳۶۲.

۳. باقی، زینب، (۱۴۰۲)، بررسی تطبیقی عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت ایران، مطالعات حقوقی نوین، دوره ۴، شماره ۱، ص ۳۵۲.

کلیدی شناخته شد و اصل آزادی قراردادی به عنوان ابزاری برای تأمین آزادی فرد و اجرای عدالت آشکار شد. بر اساس فلسفه فردگرایی، افراد آزاد هستند و هیچ عاملی نمی تواند این آزادی را محدود کند، مگر اراده خود آنها و تحمیل اراده فرد یا برخی افراد بر دیگران در جامعه.

بر اساس این فلسفه، انسان ها نه تنها مستقل هستند، بلکه از نظر حقوقی نیز برابرند. بنابراین، در شرایط مشابه، اراده آنها باید یکسان باشد و هیچ فردی نمی تواند اراده اش را بر دیگری تحمیل کند، زیرا این عمل ناعادلانه و مخالف اصول عدالت است. در زمانی که قراردادها در قالب های از پیش تعیین شده ارائه می شدند و قراردادهای خاص تنها ابزاری برای ایجاد تعهدات بین دو طرف بودند، وظیفه قانون در تعیین شرایط و آثار این قراردادها محدود بود. اما با شکسته شدن چارچوب های سنتی و مطرح شدن موضوعات خاص جامعه صنعتی در قراردادهای تجاری و به ویژه حمایت از اصل آزادی قراردادها، نویسندگان و قانونگذاران به تدوین قواعد کلی قرارداد پرداختند تا این قواعد به طور عام در قراردادها قابل اجرا باشد. این اقدام با هدف حفظ آزادی فرد در انعقاد قراردادها هم راستا است.^۱

اما ایده آزادی خواهی به این حد اکتفا نکرد و همان طور که خواهیم دید، با گسترش نظرات طرفداران اصالت فرد، اصل حاکمیت اراده در قراردادها به وضوح نمایان شد. در فقه پویا و متحول اسلامی نیز تحولی مشابه آنچه در مغرب زمین رخ داد، قابل توجه است. زیرا روش سنتی و مرسوم فقه که به بررسی هر معامله تحت عناوین خاصی مانند بیع، اجاره، رهن، شرکت و صلح می پرداخت، به تدریج نادیده گرفته شد. فقیهان به تدریج متوجه شدند که علاوه بر فروع خاص هر عقد، باید به نظریه عمومی قراردادها نیز توجه کنند و قواعد کلی را استنباط و تدوین نمایند که تنها به یک عقد خاص محدود نباشد و شامل نظام کلی همه عقود باشد.^۲

اما اصل آزادی قراردادها که در واقع یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده^۳ است، در ماده ۱۰ قانون مدنی تبلور یافته است. ماده ۱۰ قانون مدنی به اصل آزادی قراردادها اشاره کرده و بیان می کند: «قراردادهای خصوصی در صورتی که با قانون صریحاً مغایرت نداشته باشند، برای طرفین آنها معتبر است.» از آنجا که اراده افراد به خودی خود محترم و دارای اثر حقوقی است، نیازی به تصریح قانونگذار برای اعتبار قراردادها نیست و افراد می توانند به دلخواه خود توافق کنند. بنابراین، جز در مواردی که قانون مانع از اعتبار قراردادها می شود، اراده افراد بر سرنوشت توافقات آنها حاکم است و آزادی اراده باید به عنوان یک اصل پذیرفته شود.^۴ با این حال، بر اساس این دلیل، طرفین قرارداد

۱. امیری اول، محمد، (۱۳۷۸)، اصل حاکمیت اراده در قراردادها، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲.

۲. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۱)، نگرشی جدید بر عقد ضمان و احکام آن، مجله ی قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۱، ص ۳۶.

3. Principle of Contractual.

۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد تراضی)، چاپ بیست و پنجم، نشر شرکت سهامی انتشار، ص ۱۴۴ و ۱۴۵ و امامی، اسدالله، (۱۳۹۲)، نقش اراده در قراردادها، نشریه مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۴، ص ۶۵.

ضمانت می‌توانند هر شرط و تعهدی را که با شرع و قانون مغایرت نداشته باشد، در زمان انعقاد قرارداد توافق کنند. یکی از این موارد، تعیین خیار شرط است.

امکان اقاله و تسری آن به خیار شرط در عقد ضمان

برخی بر این باورند که اگر اقاله در ضمان ممکن باشد، می‌توان این امکان را به جعل خیار شرط در ضمان نیز تعمیم داد. به این ترتیب، شیخ انصاری در بحث خیار شرط در معاملات، قاعده‌ای ابتکاری را به عنوان ملاک برای جریان خیار شرط در معاملات مطرح می‌کند و بر اساس همین قاعده، خیار شرط در برخی از عقود را مورد تردید قرار می‌دهند. او در مورد خیار شرط در نکاح این قاعده را به این صورت بیان می‌کند: از آنجا که تقابل در نکاح برقرار نمی‌شود، بنابراین خیار شرط نیز در آن جاری نخواهد بود.^۱ شیخ انصاری در بررسی کامل قاعده از جنبه اصل و عکس بیان می‌کند: بر اساس قواعد، به نظر می‌رسد که ورود خیار شرط به صحت تقابل در عقد وابسته است (اصل) ... و در صورتی که تقابل وجود نداشته باشد، اشتراط خیار در آن صحیح نخواهد بود.^۲

محقق تبریزی با پذیرش قاعده شیخ انصاری (تلازم خیار با اقاله) بیان می‌کند که صرفاً این که مضمون ضمان به معنای انتقال دین از یک ذمه به ذمه شخص دیگر است، مانع از ورود اقاله به این موضوع نمی‌شود. اگر در دلیل مشروعیت اقاله، عموم یا اطلاقی وجود داشته باشد که شامل عقد ضمان شود، در این صورت هیچ مشکلی در شرط خیار در این زمینه وجود نخواهد داشت.^۳ محقق فشارکی پس از ارائه توضیحات جامع، در نهایت محور بحث را نظر شیخ انصاری قرار می‌دهد. در مورد مسئله منافات، باید بیان کرد که به نظر می‌رسد منافاتی وجود ندارد، زیرا مفهوم ضمان تنها انتقال دین از یک ذمه به ذمه دیگر است و این موضوع با تقیید و خیار در تضاد نیست. به طور کلی، جریان یا عدم جریان خیار شرط در ضمان به وجود تقابل بستگی دارد؛ اگر تقابل در ضمان برقرار باشد، خیار نیز در آن جاری خواهد بود.^۴

به نظر علامه سید محمد روحانی دلیلی بر اختصاص خیار شرط به مواردی که تقابلی در آن مشروع است موجود نیست.^۵ همچنین ذکر شده است که اگر شرط خیار به موضوعی وابسته باشد، آن موضوع باید مشروعیت فسخ را تضمین کند. این ادعا که هرگاه تقابل ممکن باشد، خیار نیز ممکن است، تنها یک ادعاست. زیرا خیار در نکاح به دلیل وجود برخی عیوب ایجاد می‌شود و از این رو نمی‌توان گفت که خیار همیشه با تقابل همراه است.^۶

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵)، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ص ۱۴۱.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵)، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ص ۱۴۱.
۳. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶)، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، نشر اسماعیلیان، قم، ص ۱۵۱.
۴. فشارکی، محمد بن قاسم، (۱۴۱۳)، الرسائل الفشارکیه، نشر انتشارات اسلامی، قم، ص ۵۳۰.
۵. روحانی، سید محمد، (۱۴۲۰)، المرقی الی الفقه الارقی، کتاب الخیارات، مشر موسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه، تهران، ص ۲۷۳.
۶. قمی طباطبایی، سید تقی، (۱۴۰۰)، دراستنام الفقه الجعفری، نشر مطبوعه الخیام، چاپ اول، قم، ص ۶۸.

در مورد قاعده تقایل که شیخ انصاری به آن اشاره کرده است، امام خمینی (ره) در خصوص صحت عکس این قاعده تردید کرده و تصریح نموده‌اند که هر عقدی که در آن اقاله معتبر است، خیاری شرط نیز در آن معتبر خواهد بود، اما برعکس این موضوع صحیح نیست. به عبارت دیگر، عدم صحت اقاله به معنای عدم جریان خیاری شرط نیست. امام خمینی (ره) بیان کرده‌اند: این قاعده به این صورت است که هر جا اقاله جاری باشد، خیاری شرط نیز معتبر است.

آثار خیاری شرط در عقد ضمان

در این فصل، به تحلیل و ارزیابی آثار ناشی از استفاده از خیاری شرط و فسخ در عقد ضمان پرداخته می‌شود. با توجه به اینکه اعمال خیاری شرط می‌تواند منجر به فسخ ضمان شود، در مبحث اول به طور مختصر به تعریف فسخ و فسخ عقد ضمان پرداخته می‌شود. سپس در مبحث دوم، آثار این موضوع نسبت به طرفین عقد ضمان (ضامن و مضمون له) و همچنین نسبت به ضامن در موارد ضمان نقل ذمه و ضمان ضم ذمه به تفکیک بررسی خواهد شد. در واقع، پس از بررسی امکان استفاده از خیاری شرط در عقد ضمان، این فصل به آثار استفاده از خیاری شرط بر روابط طرفین به عنوان یک نهاد یا قرارداد خواهد پرداخت.

بطران عقد به معنای انحلال و بازگشت به حالت قبل، تنها دلیل وجود خیاری شرط است. با اعمال این حق، صاحب خیاری در صدد جبران ضرر ناشی از معامله و اعاده وضعیت قبل از انقضای قرارداد است. بدیهی است که ارائه شرط اختیاری برای امکان فسخ است و این دلیل غایی برای ایجاد شرط اختیاری در عقد است.

فسخ به عنوان یک عمل حقوقی، نوعی اعمال اراده محسوب می‌شود و حقوقدانان آن را در زمره ایقاعات قرار داده‌اند.^۱ در فسخ قرارداد، نیازی به توافق و حضور طرف مقابل نیست. همچنین برای تحقق فسخ، نیازی به طرح دعوا در دادگاه وجود ندارد، زیرا اعمال حق فسخ نیازی به حکم قضایی ندارد. با این حال، اگر طرف معامله از اجرای الزامات فسخ، که به معنای بازگرداندن وضعیت قبلی است، خودداری کند، می‌توان برای اجبار او به اجرای مفاد قرارداد به دادگاه مراجعه کرد. در مورد ویژگی‌های این حق، حقوقدانان بر این باورند که فسخ یک ایقاع است که دارای خصوصیات زیر می‌باشد:

۱- اثر قرارداد یا ایقاع مشخصی را از بین می‌برد و وضعیت را به زمان وقوع قرارداد یا ایقاع (در حدود امکان و قدرت) بازمی‌گرداند. در این زمینه، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد که آیا فسخ از زمان وقوع قرارداد مؤثر است (در عقود و به تبع آن در ایقاعات نیز) یا از زمان فسخ مؤثر می‌باشد. با این حال، نظر غالب این است که فسخ از زمان وقوع آن مؤثر است.

۱. امامی، پیشین، ص ۵۴۵.

۲- فسخ مختص به قراردادها نیست.

۳- برای بازگشت آثار قراردادها از طریق فسخ، این عمل باید توسط یکی از طرفین قرارداد انجام شود و اگر این اقدام به توافق طرفین صورت گیرد، به آن اقاله یا تفاسخ گفته می‌شود (ماده ۲۸۳ قانون مدنی).

۴- انحلال قرارداد یا ایقاع از طریق فسخ به دست یکی از طرفین (در قراردادها) یا ایقاع‌کننده انجام می‌شود. اگر این انحلال به صورت قهری و بر اساس حکم قانون باشد، به آن انفساخ می‌گویند (ماده ۹۵۴ قانون مدنی). فسخ یکی از دلایل سقوط تعهدات است، مشابه انفساخ، طلاق و بذل مدت. بنابراین، دلایل سقوط تعهدات محدود به موارد ذکر شده در ماده ۲۶۴ قانون مدنی نیست.

فسخ ضمان

ماده ۷۰۱ قانون مدنی به وضوح بیان می‌کند که عقد ضمان یک عقد ضروری است و ضامن یا مضمون له تنها در شرایط خاص می‌توانند آن را فسخ کنند. به عنوان مثال، ضامن طبق ماده ۶۹۰ قانون مدنی در مورد دین یا در صورت تخلف از شروط ضمن عقد حق فسخ دارد. آیت الله سید محمد موسوی بجانوردی در خصوص ضرورت نکاح ضمانت می‌فرماید: ضمان یکی از انواع عقود است و بر اساس قاعده، هر عقدی به موجب اصل لزوم، لازم الاجراست. طبق تعریفی که از عقد ارائه شده، «العقد هو العهد الموكد والامر المبرم» به این معنا که هر عقد به خودی خود لازم است و یکی از پیامدهای آن این است که طرفین نمی‌توانند آن را لغو کنند، مگر در مواردی که قانون مشخص کرده یا طرفین به آن توافق کرده‌اند.^۱

در ماده ۶۹۰ قانون مدنی تصریح شده است که برای ایجاد ضمانت، نیازی به وجود شرطی مبنی بر داشتن ضامن نیست. با این حال، اگر مضمون له در زمان ضمانت از ناتوانی مالی ضامن بی‌خبر باشد، می‌تواند قرارداد ضمانت را فسخ کند. همچنین، اگر وضعیت مالی ضامن پس از امضای قرارداد تغییر کند و به حالت غیرمؤثر درآید، مضمون له حق فسخ نخواهد داشت.

با توجه به اینکه قرارداد ضمانت یک قرارداد لازم‌الاجرا است و با امضای آن، مضمون عنه از مسئولیت آزاد می‌شود، طرفین نمی‌توانند آن را فسخ کنند و تنها در موارد خاصی که در ماده ۷۰۱ قانون مدنی ذکر شده، این حق برای آنها وجود دارد. حق فسخ قرارداد در مواردی که نسبت به دین مضمون وجود دارد، امری طبیعی است، زیرا در زمان انعقاد قرارداد، وجود این حق در نظر طرفین لحاظ شده است. در فقه امامیه نیز حق فسخ قرارداد ضمانت برای ضامن یا مضمون له ممنوع اعلام شده و برخی فقهاء بر این عقیده‌اند که حتی با اجازه مضمون عنه، ضامن

۱ - موسوی بجنوردی، محمد، (۱۳۹۵)، عقد ضمان انتشارات علمی و فرهنگی مجد چاپ سی و ششم، ص ۷۶.

حق فسخ ضمانت را ندارد.^۱

مضمون له نیز حق فسخ قرارداد ضمان و بازگشت به مضمون عنه را ندارد. حتی اگر ضامن پس از عقد ضمان دچار اعسار شده باشد یا در زمان عقد نیز معسر بوده و ضامن از وضعیت او مطلع بوده باشد. اما اگر در قرارداد ضمان شرط خیاری وجود داشته باشد، هر یک از ضامن و مضمون عنه در صورت تخلف می‌توانند قرارداد ضمان را فسخ کنند.

آثار استفاده از خیاری شرط و فسخ عقد ضمان

موضوعی که مطرح است این است که در صورت امکان جعل خیاری شرط در عقد ضمان، با اعمال این خیاری چه پیامدهایی بر قرارداد ایجاد خواهد شد. این مسئله در قانون مدنی به سکوت قانونگذار مواجه شده است، اما به نظر می‌رسد که باید تفسیری ارائه شود که بر اساس اصول حقوق عادلانه، حقوق تمامی طرف‌های درگیر را مد نظر قرار دهد و به طور یکسان به همه آن‌ها اهمیت دهد. اگر فرض کنیم که ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و این انتقال بدون حق شرط باشد، مشکلی پیش نخواهد آمد. اما اگر خیاری شرط به گونه‌ای باشد که مضمون عنه دوباره مدیون شود، این امر عادلانه نیست. بنابراین، وجود چنین شرطی را می‌توان از منظر آثار ناشی از مدیون شدن دوباره مضمون عنه ناعادلانه تلقی کرد. در حقوق اسلامی، نمی‌توان شخصی را بدون رضایت و خواست او دوباره مدیون کرد و به علاوه، به نظر می‌رسد این قاعده در تمامی نظام‌های حقوقی عقلایی نیز مبنای مشترکی ندارد.^۲

در فقه امامیه، اکثریت فقها بر این باورند که با انعقاد عقد ضمان، ذمه مضمون عنه به ضامن منتقل می‌شود، اما این گروه تراضی بر خلاف این اصل را مجاز نمی‌دانند. در عین حال، قانون مدنی با ارائه مواد ۶۹۹ و ۷۲۳، امکان ضمان ضم ذمه را به رسمیت شناخته است. اثر اعمال خیاری شرط، مشابه سایر موارد فسخ قراردادها، به بازگرداندن وضعیت هر یک از طرفین به حالت قبلی منجر می‌شود. برخی از فقها و حقوقدانان، اثر اصلی عقد ضمان را انتقال ذمه به ذمه می‌دانند و از دیدگاه این فقهاء، اثر آن بین ضامن و مضمون له مشابه فقه امامیه است؛ به این معنا که با انعقاد عقد ضمان، ذمه مضمون عنه آزاد و دین او به ضامن منتقل می‌شود. از سوی دیگر، برخی دیگر در مورد اثر اصلی عقد ضمان، به ضمان ضم ساده اعتقاد دارند و توضیح می‌دهند که با انعقاد عقد ضمان، ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن ضمیمه می‌شود. در این حالت، ضامن و مضمون عنه به طور هم‌زمان یا به صورت ترتیبی در برابر مضمون له مسئول پرداخت دین هستند. در این نوشتار، آثار استفاده از خیاری شرط و فسخ عقد ضمان در دو

۱. قنبری، سعیده، (۱۳۹۶)، تحلیل ضمان عرفی مطابق قواعد حاکم بر اعتبار عقد، دکتری تخصصی رشته حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان، ص ۳۶.
۲. پیشین، ص ۴۱.

بخش کلی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش اول، آثار استفاده از خیار شرط در ضمان نقل ذمه تحلیل خواهد شد و در بخش دوم، آثار استفاده از خیار شرط در ضمان ضم ذمه مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

ضمان نقل ذمه

در این گفتار، تأثیرات به کارگیری خیار شرط در دو حوزه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد: نخست نسبت به طرفین عقد (ضامن و مضمون له) و دوم نسبت به مضمون عنه در ضمان نقل ذمه.

نسبت به ضامن و مضمون له در ضمان نقل ذمه

بر اساس نظریه‌هایی که اثر اصلی عقد ضمان را انتقال دین از یک ذمه به ذمه دیگر می‌دانند، به محض انعقاد عقد ضمان، دین از عهده مضمون عنه ساقط می‌شود و در واقع نوعی ابرا صورت می‌گیرد و دین مضمون عنه (مدیون اصلی) به ضامن منتقل می‌گردد. حال اگر فرض کنیم که در قرارداد ضمان، خیار شرط به نفع ضامن قرار داده شود و او این خیار را اعمال کند و عقد را فسخ نماید، با فسخ عقد، تعهد ضامن به پرداخت دین به مضمون له نیز از بین می‌رود. بنابراین، اولین اثر استفاده از خیار شرط و فسخ عقد ضمان برای ضامن، بازگشت به وضعیت قبلی و سقوط تعهد او به پرداخت دین مضمون عنه است.

اما در مورد اثر استفاده از خیار شرط نسبت به مضمون له، این سوال مطرح می‌شود که وضعیت دینی که مضمون عنه به مضمون له داشته و با عقد ضمان به ذمه ضامن منتقل شده، چه خواهد شد؟ چه کسی باید آن را پرداخت کند؟ آیا این دین بلا تکلیف باقی می‌ماند و مضمون له نمی‌تواند طلب خود را وصول کند؟ برخی معتقدند که با اعمال خیار شرط و سقوط تعهد ضامن، مضمون له دیگر نمی‌تواند طلب خود را وصول کند، زیرا با انعقاد عقد ضمان، دین مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل شده و مضمون عنه از دین بری شده است. بنابراین، پس از اعمال خیار شرط و فسخ ضمان، بازگشت به وضعیت قبلی و مجدداً مدیون شدن مضمون عنه توجیهی ندارد، چرا که مضمون له با علم و آگاهی و رضایت خود، انعقاد عقد ضمان را با خیار شرط پذیرفته است.

در مقابل، گروهی دیگر بر این باورند که با استفاده از خیار شرط و فسخ عقد ضمان، همه چیز به وضعیت پیش از انعقاد عقد بازمی‌گردد و مضمون عنه دوباره به حالت بدهکار درآمده و مضمون له می‌تواند به او مراجعه کرده و طلب خود را از او مطالبه کند.^۱

۱. کاظمی محمود، (۱۳۸۹)، اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله (گفتاری درباره ماده ۷۳۳ قانون مدنی)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱۴، ص ۱۴۴.

نسبت به مضمون عنه در ضمان نقل ذمه

چنانکه می دانیم عقد ضمان بین ضامن و مضمون له بدون دخالت مضمون له منعقد می شود (ماده ۶۸۴ قانون مدنی). اما این قرارداد در موضوع قرارداد نیز اثر دارد و در صورت ضمانت انتقال مسئولیت آزاد می شود. اختلاف نظر علما و محققین در مورد تأثیر اصلی ضمانت ها ممکن است در پذیرش یا عدم پذیرش خیار در قراردادهای ضمانت مؤثر باشد. این بدان معناست که کسانی که تأثیر عقد را بر انتقال دین از یک تعهد به تعهد دیگر می دانند، ممکن است تصور کنند که عقد ضمان حاوی خیار است، مانند عقد بیع. به عبارت دیگر، از آنجایی که عقد بیع مالکیت کالا را از فروشنده به خریدار منتقل می کند و احتمال ایجاد خیار وجود دارد، در صورت اعمال مشروط خیار و فسخ قرارداد، مالکیت به فروشنده باز می گردد. خواهد رفت. در قراردادهای گارانتی نیز وضعیت مشابه است. اثر عقد ضمان انتقال دین است و در این راستا مسئولیت مطالباتی که قبلاً متعلق به مدیون اصلی بوده به ضامن منتقل می شود و ضامن به مدیون طلبکار اصلی تبدیل می شود. حال اگر ضمانتی در قرارداد گنجانده شود و له مشروط از این حق برای فسخ قرارداد استفاده کند، بدهی مدیون اصلی به او مسترد شده و بر عهده اوست.^۱

با توجه به اینکه این موضوع ارتباط مستقیمی با تأثیر عقد ضمان دارد، موجب می شود تکلیفی که در زمان معینی از آن ساقط شده است با استفاده از خیار شرط مجدداً درج شود. بنابراین تنها چیزی که باقی می ماند این است که در عقد ضمان علاوه بر طرفین عقد (ضامن و موضوع) شخص ثالثی به نام موضوع وجود دارد. همانطور که می دانیم در قانون مسئولیت به نفع شخص ثالث پذیرفته شده است و ایجاد مسئولیت جدید به ویژه از نظر مالی به گونه ای که شخص قبلاً ترخیص شده مجدداً مدیون باشد انجام می شود. سوالی که نیاز به پاسخ دارد در واقع این سوال پیش می آید که چگونه می توان بدون رضایت آنها دوباره وام دریافت کرد؟ در این صورت باید حقوق قانونی سه طرف منطبق بر خواست و خواست آنها باشد و باز هم قرض دادن به موضوع توجیه منطقی و عقلایی ندارد.^۲

عده ای معتقدند عقود ضمان با سایر عقود متفاوت است و باید آنها را در ماهیت خاص خود از این عقود و سایر عقود متمایز کرد. در سایر قراردادها اصل بر این است که طرفین می توانند با انصراف قرارداد را فسخ کنند. اما بین عقد ضمان تفاوتی وجود دارد و آن این است که اثر این عقد به اشخاص ثالث (موضوعات) نیز سرایت می کند. اگر اثر عقد منحصر به طرفین بود، می توانستند با تراضی طرفین خیار را در عقد قرار دهند. اما در عقد ضمان، اثر عقد بر اشخاص ثالث نیز جاری است. اگر به ضامن خیار داده شود و بخواهد از آن استفاده کند، ضامن مسئول می شود. بنابراین امکان شرط خیار در عقد ضمان برای ضامن وجود ندارد. ولی وجود علت مالکیت برای تسخیر

۱. پیشین، ص ۱۴۵.

۲. پیشین، ص ۱۴۶.

موضوع لازم است و مقام خیار از اسباب مالکیت محسوب نمی شود؛ در نتیجه دلیلی برای بدهکاری مجدد موضوع وجود ندارد.^۱ پس این امری است که احتیاج به دلیل دارد چنین دلیلی مفقود است.^۲

محقق ملی در این باره توضیح می دهد: این درست است که گفته می شود اگر ورود خیار شروط به منظور لغو و رفع اثر ضمان باشد به گونه ای که دین به تکلیف موضوع برگردد، مخالف است. درست در این مورد، زیرا دلیل آن این است که بدون دلیل بازگشتی وجود ندارد بنابراین، اگر ضامن بگوید: «فسخ کردم»، قرض را پس نمی دهد، اما فسخ موجب ادای تعهد ضامن می شود نه بر عهده گرفتن تعهد ضامن. ولی اگر با درج خیار شرط، اذن فسخ به معنای رفع ذمه ضامن باشد به گونه ای که ضامن ضامن نباشد، در این صورت مضمون له صحیح است. با این حال، به نظر می رسد که منظور از درج خیار سهام در ضمانت نامه، اولین مورد است و بنابراین دلیلی برای گنجانیدن خیار سهام در ضمانت وجود ندارد.^۳

نقد این استدلال به این صورت است که اگر ذمه مضمون عنه به واسطه یک عقد ضمان به طور مطلق خالی شود، دلیلی برای مشغول شدن دوباره ذمه او وجود ندارد. اما اگر علت خالی شدن ذمه مضمون عنه یک عقد ضمان خیاری باشد، که به نوعی یک سبب ضعیف محسوب می شود، در این صورت اگر این سبب ضعیف بعداً از بین برود، متوجه می شویم که ذمه مضمون عنه هنوز خالی نشده است و نیازی به دلیل نداریم. دلیل این امر این است که این نوع عقد ضمان، به عنوان یک عقد ضعیف و یک سبب ضعیف شناخته می شود. در فرض اول، اگر عقد ضمان به طور مطلق باشد، می گوییم که ذمه مضمون عنه خالی شده است و عقد ضمان نیز واقع شده است. در اینجا اگر کسی بخواهد ادعا کند که ذمه مضمون عنه دوباره مشغول می شود، نیاز به دلیل دارد. اما در مورد عقد ضمان خیاری، نمی توانیم به طور قطعی بگوییم که ذمه مضمون عنه خالی شده است. در واقع، ذمه مضمون عنه تنها زمانی خالی می شود که خیار اعمال نشود و اگر خیار اعمال شود، این نشان دهنده این است که ذمه مضمون عنه هنوز خالی نشده است.^۴

هرچند قانون مدنی به طور صریح درباره اقاله ضمان سخنی نگفته است، اما حقوقدانان بر این باورند که اقاله عقد ضمان تنها با رضایت مضمون عنه مجاز است. زیرا فرض بر این است که با انعقاد قرارداد ضمان، مضمون عنه از تعهدات خود آزاد شده است و ضامن و مضمون له با اقاله ضمان قصد دارند که شخصی که بری الذمه شده را دوباره مدیون کنند، که این امر بدون رضایت او ممکن نیست.^۵

این نظر از آن جهت قابل تأیید است که در ماده ۱۹۶ قانونگذار تعهد به نفع ثالث را مجاز دانسته است و لذا

۱. خوبی، محمد تقی، (۱۴۱۴)، الشروط او التزامات التبعية فنی العقود، نشر دار المورخ العربی، بیروت، چاپ اول، ص ۷۴.

۲. خویی، ابوالقاسم، (۱۳۶۸)، مبانی العروه الوثقی، کتاب ضمان، نشر لطفی، ص ۱۳۵ و ۱۳۶.

۳. رشتی، حبیب الله، (۱۴۲۳)، فقه الامیة، قسم الخیارات، ص ۳۸۳.

۴. سیات پایگاه اطلاع رسانی محمد جواد فاضل لنکرانی، درس جلسه ۷۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش چاپ پانزدهم، ص ۲۶۹.

می توان به نفع ثالث تعهد داد. اما ماده ۲۳۱ این امر را از لحاظ ایجاد مسئولیت برای اشخاص ثالث ممنوع کرده است. این ماده تصریح می کند که معاملات و قراردادها فقط برای طرفین مذاکره و نمایندگان قانونی آنها مؤثر است. بر اساس این ماده، به دلیل ایجاد تعهدات جدید مرتبط با موضوع قرارداد، انجام آن بدون رضایت طرفین ممکن نیست. در فقه امامیه، با وقوع عقد ضمان، تعهد مدیون از بین می رود و این موضوع در قانون مدنی ایران نیز صادق است؛ به گونه ای که فقها بدون رضایت مضمون، فسخ ضمان را مجاز نمی دانند.^۱ این امر قابل تسری به استفاده از خیار شرط در عقد ضمان است.

آثار استفاده از خیار شرط در ضمان ضم ذمه

در این قسمت، تأثیرات استفاده از خیار شرط در ضمان ضم ذمه بر هر یک از طرفین عقد ضمان (ضامن و مضمون له) و سپس بر مضمون عنه مورد تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت.

نسبت ضامن و مضمون له در ضمان ضم ذمه

متن به بررسی اثر عقد ضمان و تضاد آن با خیار شرط و فسخ عقد می پردازد. در اینجا، اثر اصلی عقد ضمان به عنوان ضم ذمه به ذمه مطرح می شود، به این معنا که ضامن و مضمون عنه هر دو مسئول پرداخت دین به مضمون له هستند. سوال اصلی این است که آثار خیار شرط و فسخ عقد در این شرایط چیست. تعارضی بین اثر عقد ضمان به عنوان وثیقه و ماهیت وثیقه وجود دارد، زیرا هدف وثیقه اطمینان طلبکار برای وصول طلب است. اگر ضامن حق خیار داشته باشد، ممکن است هر لحظه عقد را فسخ کند و این امر به اعتماد طلبکار به وثیقه آسیب می زند. این موضوع مورد اختلاف میان فقها و حقوقدانان است. با این حال، مضمون له با آگاهی از احتمال از بین رفتن وثیقه، قرارداد را منعقد می کند. برخی فقهاء عامه نیز بر این باورند که پس از انعقاد ضمان، ذمه ضامن به عنوان وثیقه دین به ذمه مضمون عنه افزوده می شود، اما مدیون اصلی همچنان مضمون عنه است و مضمون له ابتدا به او مراجعه می کند.^۲

افرادی که اعتقاد دارند تعهد ضامن و مضمون عنه به صورت هم عرض وجود دارد، بر این باورند که پس از انعقاد قرارداد ضمان، ذمه مضمون عنه همچنان مشغول باقی می ماند و مضمون له می تواند به هر یک از ضامن یا مضمون عنه مراجعه کند. در این حالت، تفاوتی بین این دو وجود ندارد. اگر به استفاده از خیار شرط در عقد ضمان اعتقاد داشته باشیم، به نظر می رسد که مجدد مدیون شدن مضمون عنه معنای چندانی نداشته باشد.

۱. حسینی، سید رضا، (۱۳۸۰)، احکام و شرایط موضوع عقد ضمان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق، ص ۸۵.

۲. میرشکاری، عباس (۱۳۹۴). تعریف و اعتبار قرارداد کفالت. پژوهش های فقهی. دوره ۱۱، شماره ۴، ص ۱۴۳.

زیرا این دو در یک سطح قرار دارند و با انعقاد ضمان، مضمون عنه از تعهد خود آزاد نمی شود. در حقیقت، مسئولیت ضامن به مسئولیت او اضافه می شود و بر اساس این نگرش، برای مضمون له وظیفه ای مشخص نشده و او می تواند از حقوق خود در این زمینه استفاده کند.^۱

در قانون تجارت، بر اساس ماده ۴۰۲، دین بر عهده مضمون عنه باقی می ماند و مضمون له می تواند به هر یک از آنها یا ضامن مراجعه کند، مگر اینکه در قرارداد ضمان یا توافق جداگانه ای شرطی مخالف تعیین شده باشد. بنابراین، مشخص است که در این ماده از قانون تجارت، برخلاف قانون مدنی که پیشتر توضیح داده شد، امکان استفاده از شرط در نظام حقوقی پیش بینی شده است.^۲

در فقه عامه، عقد ضمان به منظور فراهم کردن وثیقه ای اضافی برای مضمون له ایجاد می شود و به نفع او تنظیم می گردد. بنابراین، مضمون له این اختیار را دارد که از این وثیقه صرف نظر کرده و آن را فسخ کند. در این صورت، او به نفع ضامن عمل کرده و او را از دینی که بر عهده داشته، آزاد می سازد. از طرف دیگر، هیچ آسیبی به مضمون عنه وارد نمی شود، زیرا او پیش از فسخ نیز مدیون بوده و هیچ تعهد جدیدی برای او به وجود نمی آید.

نسبت مضمون عنه در ضمان ذمه

در عقد ضمان، با وجود اینکه دین بر عهده هر دو طرف، یعنی مضمون عنه و ضامن، قرار دارد، این رابطه به صورت ضم ذمه طولی است. به عبارت دیگر، دین اصلی بر عهده مضمون عنه است و تعهد ضامن جنبه فرعی دارد. در این وضعیت، مضمون عنه و ضامن به صورت طولی در کنار یکدیگر قرار می گیرند و مضمون له ابتدا به مدیون اصلی مراجعه کرده و طلب خود را از او مطالبه می کند. اگر در وصول طلب موفق نشود، به ضامن مراجعه می کند. با این حال، در این رویکرد، استفاده از خيار شرط و فسخ عقد ضمان در ارتباط با مضمون عنه می تواند نتایج متفاوتی به همراه داشته باشد. زیرا در این دیدگاه، تعهد به دو جنبه اصلی و فرعی تقسیم می شود و اعمال حق شرط، حتی اگر مضمون عنه را دوباره مدیون کند، دین او در این شرایط همچنان جنبه اصلی خواهد داشت. در حالی که در نظریه قبلی، دین به دو دسته اصلی و فرعی تقسیم نشده بود. این تحلیل اگرچه مبنای تئوریک دارد، اما به نظر می رسد که در تقسیم بندی استفاده از خيار، از نظر آثار، می تواند مفید واقع شود.^۳

طبق نظر آن دسته فقهای عامه^۴ افرادی که ضم ذمه طولی را قبول کرده اند، باید آگاه باشند که تعهد ضامن به عنوان یک تعهد فرعی تلقی می شود. به این معنا که طلبکار ابتدا باید به مدیون اصلی مراجعه کند و در صورتی

۱. پیشین، ص ۱۴۴.

۲. پیشین، ص ۱۴۸.

۳. ابراهیمی، لیلا، (۱۴۰۰)، آثار و احکام روابط طرفین بعد از انحلال عقود ضمانی با نگاهی به فقه امامیه، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد یزد، ص ۱۴۳.

۴. ابن ابی الحدید، (۱۴۲۵)، شرح نهج البلاغه، ط ۳، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، قم، ۱۹۶۷ ص ۷۶.

که او از پرداخت بدهی خود امتناع کند، می‌تواند به ضامن مراجعه نماید. پس از اینکه ضامن بدهی را پرداخت کرد، از آنجا که مسئولیت اصلی بر عهده مدیون اصلی است، ضامن می‌تواند مبلغ پرداختی را از او مطالبه کند. در این دیدگاه، امکان استفاده از حق شرط و آثار آن به صورت تفکیک شده وجود دارد. همچنین در این نظریه، اولویت پرداخت بدهی به عهده مدیون اصلی و سپس ضامن مشخص شده است. با در نظر گرفتن حق شرط و حتی در صورت بدهکار شدن مدیون اصلی، به نظر نمی‌رسد که مسئولیت او در پرداخت بدهی تغییر کند، بلکه تنها در نحوه و اولویت پرداخت تغییراتی به وجود می‌آید.^۱

اما بر طبق نظر دسته‌ای از فقهای عامه^۲ و بر اساس قانون تجارت ایران، هرچند که تعهد ضامن به‌طور تبعی است و مدیون اصلی، مضمون عنه محسوب می‌شود، اما از نظر رابطه بین ضامن و مضمون عنه، وضعیت هر دو مشابه و در یک سطح قرار دارد. به همین دلیل، مضمون له می‌تواند به هر یک از آن‌ها مراجعه کند. این ممکن است به نظر برسد که تعهد ضامن در برابر طلبکار، تبعی نیست و به نوعی مستقل به حساب می‌آید. اما با توجه به این که تعهد ضامن به دلیل ضمانت از دین مضمون عنه است و در واقع یک دین وجود دارد، شرایط دین ضامن در برابر مضمون له مشابه شرایط دین مضمون عنه است. در صورتی که شرطی مخالف وجود نداشته باشد، از نظر میزان و حال یا موجد بودن، این دو یکسان هستند. با این حال، در صورت درج خیار شرط و اعمال آن، تنها تعهد ضامن از ذمه‌اش برداشته می‌شود و مضمون له باید برای وصول طلب خود به مضمون عنه مراجعه کند. در ضمان ضم ذمه، بر خلاف ضمان نقل ذمه، با اعمال خیار شرط و فسخ عقد ضمان، موضوع مدیون شدن مجدد مضمون عنه مطرح نیست؛ زیرا از ابتدا و در زمان انعقاد عقد، هر دو، یعنی ضامن و مضمون عنه، مدیون و مسئول پرداخت دین مضمون له به‌صورت طولی یا عرضی هستند و مضمون له می‌تواند به هر یک از آن‌ها مراجعه کند. اثر اعمال خیار شرط تنها بازگشت به وضعیت قبلی و از بین رفتن وثیقه‌ای است که طرفین در زمان انعقاد عقد با در نظر گرفتن خیار، احتمال از بین رفتن آن را در آینده داده‌اند.^۳

آثار استفاده از خیار شرط بر وضعیت دارایی طرفین

قانون مدنی ایران به‌طور خاص در مورد وضعیت تضمینات دین در ارتباط با ضمان اظهارنظری نکرده است؛ اما نویسندگان در این زمینه نظرات متفاوتی را ارائه داده‌اند. برخی از آن‌ها با پذیرش ضمان نقل ذمه، بر این باورند که تضمینات دین پس از عقد ضمان همچنان برقرار می‌مانند. استدلال این گروه این است که ضمان بر اساس نوعی انتقال دین انجام می‌شود و در این انتقال، دین به همراه تمامی توابعش به منتقل‌الیه

۱. ابراهیمی، پیشین، ص ۱۴۰.

۲. احسائی، ابن ابی جمهور، (۱۴۰۵)، عوالی اللئالی العزیزیه، قم، دار سید الشهداء للنشر، ص ۳۶۳.

۳. ابراهیمی، پیشین، ص ۱۵۰.

منتقل می‌گردد. در این حالت، اگرچه ذمه مضمون عنه آزاد می‌شود، اما از نظر مضمون له، دین هیچ تغییری نکرده و تنها محل دین تغییر یافته است. این تغییر محل دین تأثیری بر شرایط دین ندارد و بنابراین تضمینات دین نیز به همان شکل باقی می‌ماند.

در مقابل، گروهی دیگر معتقدند که ضمان نقل ذمه بر اساس تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون است و به همین دلیل تضمینات دین قبلی به محض انعقاد ضمان از بین می‌رود. همچنین، برخی دیگر از حقوقدانان بر این باورند که ضمان نقل ذمه بر اساس انتقال دینی است که در بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی تحت عنوان تبدیل تعهد ذکر شده و بر اساس ماده ۳۹۲، قانون مدنی تضمینات دین قبلی را ساقط می‌داند.

این نظرات از انتقادات در امان نبوده‌اند. به‌ویژه، انتقادات به نظر اول به این شکل مطرح شده است که در اصطلاح نویسندگان قانون مدنی، ضمان یکی از انواع تبدیل تعهد محسوب می‌شود. به همین دلیل، نویسندگان قانون مدنی در ماده ۲۹۲ ابتدا در بند یک، تعریف تبدیل تعهد را ارائه کرده و در بندهای ۲ و ۳، انتقال دین و طلب را به جای تبدیل تعهد ذکر کرده‌اند. همچنین، ماده ۳۹۲ بیان می‌کند که در تبدیل تعهد، تضمینات دین قبلی به دین جدید تعلق نخواهد گرفت، مگر اینکه طرفین به طور صریح شرط کرده باشند. منظور از تبدیل تعهد در این ماده، همان موارد سه‌گانه ذکر شده در ماده ۲۹۲ است که شامل تغییر مدیون نیز می‌شود.

اثر اصلی نقل ذمه، برائت مدیون اصلی است و نمی‌توان ادعا کرد که او بری شده است، حتی اگر مال او به عنوان وثیقه باقی بماند. در صورتی که شخص دیگری برای دین مدیون وثیقه ارائه دهد، این وثیقه به شخصیت مدیون وابسته است. بنابراین، پس از برائت او، دلیلی برای باقی ماندن وثیقه وجود ندارد. همچنین، در مورد کفیل و ضامن نیز همین طور است؛ به طوری که بند ۳ ماده ۶۴۷ یکی از موارد برائت کفیل را ابراء ذمه مکفول از حقی که مکفول له بر او دارد، به نحوی از انحاء می‌داند.

در فقه، اکثریت قریب به اتفاق فقهاء بر این باورند که وثائق دین پس از انعقاد ضمان آزاد می‌شوند. بنابراین، با توجه به اینکه قانون مدنی نیز از این نظر پیروی کرده است، می‌توان نتیجه گرفت که تضمینات دین در قانون مدنی نیز باید ساقط شده تلقی شوند.

در خصوص نظر سوم، این اشکال مطرح است که بند ۲ ماده ۲۹۲ نمی‌تواند به عنوان انتقال دین محسوب شود. همان طور که یکی از حقوقدانان اشاره کرده، در انتقال مستقیم دین، عمل حقوقی بین مدیون و شخص ثالث انجام می‌شود و طلبکار در این فرآیند نقشی ندارد. به عبارت دیگر، مدیون (انتقال دهنده) به طور مستقیم و بدون واسطه دین را به شخص ثالث (منتقل‌الیه) منتقل می‌کند. اما در عقد ضمان، شخص ثالث (ضامن) و طلبکار طرفین قرارداد هستند و مدیون در این عمل حقوقی نقشی ایفا نمی‌کند. بنابراین، نمی‌توان ضمان را به عنوان

انتقال مستقیم دین در نظر گرفت، بلکه باید آن را به عنوان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون تلقی کرد.^۱ با توجه به انتقادات مطرح شده، به نظر می‌رسد که نظر دوم، که تبدیل تعهد را به عنوان نوعی از بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی می‌داند و تضمینات دین را پس از انعقاد آن از بین رفته تلقی می‌کند، منطقی به نظر می‌رسد. در متن به بررسی عقد ضمان و تأثیر آن بر تضمینات دین پرداخته شده است. طبق ماده ۶۸۴، شخص ثالثی مالی را که بر عهده دیگری است، به عهده می‌گیرد و این موضوع با بند ۲ ماده ۲۹۳ که بیان می‌کند شخص ثالث با رضایت متعهد له، دین متعهد را پرداخت می‌کند، همخوانی دارد. در فقه امامیه نیز با توجه به نظریه نقل ذمه، وثیقه‌های دین باید از بین بروند و اکثر فقها به آزادی وثایق دین پس از عقد ضمان رأی داده‌اند. سوالی که مطرح می‌شود این است که پس از انعقاد عقد ضمان خیاری و از بین رفتن وثایق دین، اعمال خیار شرط چه تأثیری بر آن خواهد داشت. به نظر می‌رسد که با اعمال خیار شرط، وثیقه‌های دین به حالت اولیه خود باز نخواهند گشت، زیرا دلیلی برای بازگشت آن‌ها وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

فقها به جواز جعل خیار شرط اعتقاد دارند و دلایل استناد شده به این موضوع شامل اجماع، وجود مقتضی، عدم مانع، حق بودن خیار، استناد به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای و... است که به تفصیل مورد بررسی قرار گرفته است. در مقابل، برخی دیگر که به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان معتقدند، دلایلی را مطرح کرده‌اند که این دلایل نیز مورد نقد و بررسی قرار گرفته است. از جمله این دلایل، تناقض عقد ضمان با مقتضای خیار شرط و همچنین تناقض خیار شرط با ذات عقد ضمان است. دلیل دیگری که به آن استناد شده، این است که ضمان یک ایقاع است و خیار شرط در ایقاعات نمی‌گنجد. همچنین، به دلیل ماهیت ابرائی ضمان، نمی‌توان خیار شرط را در آن پذیرفت. در نهایت، دلایلی مانند این که لزوم در عقد ضمان حکم است و نه حق، مطرح شده است. با بررسی دلایل و استدلال‌های طرفداران و مخالفان، می‌توان نتیجه گرفت که درج شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر است. زیرا این شرط نه تنها با کتاب و سنت تضاد ندارد، بلکه با ماهیت عقد نیز سازگار است. با استناد به اصول کلی مربوط به شروط و بر اساس قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین با توجه به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای، قرار دادن شرط خیار در عقد ضمان مشابه سایر عقود، بلامانع است. به طور کلی، درج خیارات در عقود مجاز است، مگر در مواردی که قانون‌گذار به صراحت منع کرده باشد و در مورد عقد ضمان چنین منع خاصی وجود ندارد. همچنین، در عقد حواله که نوعی از ضمان به شمار می‌آید، امکان درج شرط خیار نیز وجود دارد. از سوی دیگر، با توجه به اینکه عقد ضمان قابل اقاله است و شرط خیار

۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۶)، حقوق مدنی، عقود اذنی- وثیقه‌های دین، نشر بهنشر، چاپ بیستم، ص ۳۴۸.

می‌تواند در هر عقد قابل اقاله‌ای وجود داشته باشد، قرار دادن شرط خیار از سوی طرفین منطقی و صحیح به نظر می‌رسد. اما اگر اثر عقد ضمان را انتقال ذمه به ذمه بدانیم، در صورتی که شرط خیار بدون رضایت و اذن مضمون عنه ایجاد شود، با اعمال خیار، ذمه وی مجدداً مشغول نخواهد شد و تنها مضمون له به ضرر خود عمل کرده و طلبش را از دست می‌دهد. زیرا ایجاد خیار بدون رضایت مضمون عنه که در قرارداد ضمان به عنوان ثالث محسوب می‌شود، به حقوق مکتسبه او تجاوز می‌کند و این امر با عدالت سازگار نیست.

بنابراین، اعمال فسخ باید با رضایت و اذن مضمون عنه انجام شود. به این معنا که در عقد ضمان می‌توان شرط خیار را وضع کرد، اما اعمال آن باید با رضایت مضمون عنه صورت گیرد. اگر اثر عقد ضمان را ضم ذمه به ذمه در نظر بگیریم، با توجه به اینکه ذمه مضمون عنه از ابتدا مشغول بوده و تنها ذمه ضامن به آن اضافه شده است، پس از اعمال خیار شرط، مضمون له می‌تواند به مضمون عنه مراجعه کرده و طلب خود را از او دریافت کند. در نهایت، پیشنهاد می‌شود با توجه به سکوت قانون‌گذار در خصوص امکان درج شرط خیار در عقد ضمان و همچنین تفاوت‌های این عقد با سایر عقود، که آثار آن علاوه بر طرفین به ثالث (مضمون عنه) نیز تسری می‌یابد، طرفین هنگام وضع خیار شرط به رضایت و توافق مضمون عنه نیز توجه کنند تا از تجاوز به حقوق او جلوگیری شود. همچنین، مطالعه تطبیقی حقوق سایر کشورها در این زمینه می‌تواند به حل این معضل و یافتن راهکارهای مناسب کمک کند.

موضوع اصلی این است که شرط خیار در قراردادها ممکن است و طرفین می‌توانند با اراده خود برای هر یک از طرفین یا حتی شخص ثالث، خیار را تعیین کنند. بنابراین، در تمامی قراردادها امکان درج شرط خیار وجود دارد، مگر در مواردی که مانعی وجود داشته باشد. در خصوص عقد ضمان، موانعی برای امکان شرط خیار مطرح شده است که به یاری خداوند، به تفکیک و نقد آن‌ها پرداخته‌ایم و مشخص شد که هیچ‌یک از دلایل پیشین نمی‌تواند مانع درج شرط خیار در عقد ضمان شود. البته تمامی دلایل مطرح شده توسط موافقان نیز قابل قبول نیستند؛ به عنوان مثال، استناد به اجماع در این مسئله صحیح نمی‌باشد؛ زیرا همان‌طور که در تاریخچه این بحث مشاهده کردیم، این موضوع به شدت مورد اختلاف نظر محققان و فقها قرار گرفته است. برخی به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان معتقدند و برخی دیگر آن را غیرمجاز می‌دانند. همچنین، بر اساس تحقیقات انجام شده، نخستین کسی که این مسأله را مورد بررسی قرار داده، مرحوم شیخ طوسی است و در آثار فقهی‌های پیش از او نشانی از این فرع دیده نمی‌شود؛ بنابراین، ادعای اجماع در این زمینه چندان معتبر به نظر نمی‌رسد. علاوه بر این، با توجه به وجود ادله و مدارک متعدد دیگر در این مسأله، احتمال مدرکی بودن این اجماع زیاد است و نمی‌توان به آن اعتماد کرد و آن را نشانه‌ای از قول معصوم دانست. با این حال، از آنجا که دلیلی قاطع که اثبات کند درج شرط خیار در عقد ضمان صحیح نیست، ارائه نشده است، باید بر اساس عموماً مربوط به شروط، به این نتیجه رسید که درج

شرط خیار در عقد ضمان، مشابه بسیاری از عقود دیگر، مانعی ندارد. البته بر اساس مبنای اهل سنت در عقد ضمان، باید پذیرفت که درج شرط خیار در این عقد امکان‌پذیر نیست؛ زیرا به اعتقاد اهل سنت، اثر عقد ضمان، نقل ذمه نیست بلکه ضمّ ذمه به ذمه است. به عبارت دیگر، اثر آن ایجاد نوعی وثیقه است و درج شرط خیار با این اثر در تضاد است؛ زیرا مقتضای وثیقه بودن این است که در آن تزلزلی وجود نداشته باشد.

پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در خصوص ابهامات موجود در ماده ۷۳۳ قانون مدنی، موضوعی صریح و روشن ارائه دهد. به علاوه، اختصاص فصل جداگانه‌ای به موضوع انحلال عقود ضمانی و تدوین قوانین مشخص و واضح در این زمینه نیز مورد تأکید است. در خصوص انواع عقود ضمانی، نظیر کفالت و حواله، با توجه به اهمیت این موضوع، تدوین قوانین و دستورالعمل‌های مشخص و شفاف پیشنهاد می‌شود. برای جلوگیری از خسارات جدی در عقود و معاملات ضروری، بهتر است که درج خیارات در عقود لازم، از جمله ضمان، به صورت مدون قانون‌گذاری شده و به طور ریشه‌ای مورد بررسی قرار گیرد و احکام آن توسط قانون‌گذار محترم بیان شود. علاوه بر این، می‌توان عقد ضمان را با عقد رهن یا کفالت مقایسه کرده و با استفاده از وحدت ملاک این دو عقد، عقد ضمان را نسبت به مضمون له جایز و نسبت به مضمون له لازم در نظر گرفت.

منابع

- امیری اول، محمد. (۱۳۷۸). اصل حاکمیت اراده در قراردادها، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.
- انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی. (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد دوم، نشر جنگل، چاپ سوم.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۲۸ ق). فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵). مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵). مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
- ایزدی فرد، علی اکبر و قراملکی، فرامرز. (۱۳۸۶). چالش های نوین در بنای عقلا با تأکید بر جهانی شدن، نشریه مقالات و بررسی ها، دوره هفتم، دفتر ۸۵.
- ابراهیمی، لیلا. (۱۴۰۰). آثار و احکام روابط طرفین بعد از انحلال عقود ضمانی با نگاهی به فقه امامیه، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد یزد.
- ابن ابی الحدید. (۱۴۲۵). شرح نهج البلاغه، ط ۳، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، قم.
- احسائی، ابن ابی جمهور. (۱۴۰۵). عوالی اللئالی العزیزیه، قم، دار سید الشهداء للنشر.
- امامی، سید حسن. (۱۳۹۲). حقوق مدنی، جلد اول، نشر انتشارات کتابفروشی اسلامیه، تهران، چاپ پانزدهم.
- امامی، اسدالله. (۱۳۹۲). نقش اراده در قراردادها، نشریه مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۴.
- ابن براج، عبد العزیز بن نحیر. (۱۴۰۶ ق). المذهب (لابن البراج). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن قدامه، ابو عبدالله بن احمد. (۱۴۱۵). المغنی، نشر دالفکر، چاپ سوم.
- باقری، احمد. (۱۳۹۵). سقوط تعهدات، نشر آن، چاپ دهم.
- باقری، احمد. (۱۳۷۷). وفای به عهد، نشریه مقالات و بررسی ها، شماره ۶۳.
- باقی، زینب. (۱۴۰۲). بررسی تطبیقی عقد ضمان در حقوق مدنی و تجارت ایران، مطالعات حقوقی نوین، دوره ۴، شماره ۱.
- بهمن پوری، عبدالله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی. (۱۳۹۲). نقد و بررسی ادله بطلان خیار شرط و ایقاعات، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره دوم.
- بجنوردی، میرزا حسن. (بی تا). القواعد الفقهیة، موسسه اسماعیلیان، قم، بی جا.
- تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶). ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، نشر اسماعیلیان، قم.
- جعفری لنگردوی، محمد جعفر. (۱۳۷۷). تئوری موازنه، نشر گنج دانش، چاپ سوم.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۶). ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش چاپ چهل و نهم.
- حسینی، سید رضا. (۱۳۸۰). احکام و شرایط موضوع عقد ضمان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق.
- حسینی عاملی، جواد بن محمد. (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، تحقیق و تصحیح شیخ محمد باقر خالصی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۲ ه. ق.). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، نشر موسسه النشر الاسلامی.
- خویی، محمد تقی. (۱۴۱۴). الشروط او التزامات التبعية فی العقود، نشر دار المورخ العربی، بیروت، چاپ اول.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۶۸). مبانی العروه الوثقی، کتاب ضمان، نشر لطفی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ ه. ق.). منهاج الصالحین، نشر مدینه العلم قم، چاپ اول.
- داراب پور، مهرباب. (۱۳۹۹). حقوق بیع داخلی، نشر جنگل، چاپ دهم.
- رحمانی فرد، شهرزاد. (۱۳۹۶). جامعه شناسی حقوق، نشر دنیای سبز، چاپ نهم.
- روحانی، سید محمد. (۱۴۲۰). المرتقی الی الفقه الارقی، کتاب الخیارات، مشر موسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه، تهران.
- رشتی، حبیب الله. (۱۴۲۳). فقه الامیه، قسم الخیارات.
- رهپیک، حسن. (۱۳۹۵). حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)، چ ۲، تهران: انتشارات خرسندی.
- ساکت، محمد حسین. (۱۳۹۸). حقوق شناسی (دیباچه ای بر دانش حقوق)، نشر ثالث، چاپ دهم.
- صادقی، محمود. (۱۳۸۳). تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق فرانسه، انگلیس، ایران و فقه امامیه، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- صفایی و دیگران. (۱۳۹۸). حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، دانشگاه تهران.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۶). حاشیه مکاسب، نشر کوشش، جلد دوم، چاپ سوم.
- الطباطبائی الحکیم، السید محسن. (۱۴۰۴). مستمسک العروه الوثقی، قم.
- طوسی، ابوجعفر محمد بی حسن. (۱۴۰۷). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار.
- علامه، سید مهدی. (۱۳۸۵). شروط باطل و تاثیر آن در عقود، نشر میزان، چاپ اول.
- فخرالدین؛ منصوری، بهزاد. (۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و سوم، شماره پیاپی ۸۶.
- فیض، علیرضا. (۱۳۹۷). مبادی فقه و اصول، نشر دانشگاه تهران، تهران، چاپ سیزدهم.
- فشارکی، محمد بن قاسم. (۱۴۱۳). الرسائل الفشارکیه، نشر انتشارات اسلامی، قم.

قمی طباطبایی، سید تقی. (۱۴۰۰). دراستنایم الفقه الجعفری، نشر مطبوعه الخیام، چاپ اول، قم.

قنبری، سعیده. (۱۳۹۶). تحلیل ضمان عرفی مطابق قواعد حاکم بر اعتبار عقد، دکتری تخصصی رشته حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان.

کاظمی، محمود. (۱۳۸۹). اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله (گفتاری درباره ماده ۷۳۳ قانون مدنی). پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱۴.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد تراضی)، چاپ بیست و پنجم، نشر شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، نشر شرکت سهامی انتشار، جلد اول.

محقق داماد، مصطفی، یزدانی، غلامرضا. (۱۳۹۰). شرط خیار در عقد ضمان، آموزه‌ها فقهی و مدنی پژوهش، شماره ۴.

محقق اردبیلی. (۱۳۸۳). حاشیه علی الشرائع تعلیقه علی الشرائع، نشر برهان، چاپ دوم.

موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۱). نگرشی جدید بر عقد ضمان و احکام آن، مجله ی قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۱.

موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۹۶). هشتم، عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی، میراث جاویدان.

موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۹۵). عقد ضمان انتشارات علمی و فرهنگی مجد چاپ سی و ششم.

میرشکاری، عباس. (۱۳۹۴). تعریف و اعتبار قرارداد کفالت. پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۴.

نهرینی، فریدون. (۱۳۹۵). ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران، تهران: گنج دانش.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۲۲). جواهر الکلام، نشر دار التراث العربی، چاپ ششم.

Cite this article: Moqtadaei, H. (2026). A Jurisprudential and Legal Analysis of the Validity of the Option Clause in a Guarantee Contract and Its Effects on the Nature, Necessity and Legal Relations of the Parties. *Journal of Vakil Daavi*, 2 (1), 55-87.

<https://doi.org/10.22034/vd.2026.2092808.1016>

Publisher: Khorasan Razavi Judiciary Lawyers Center.

استناد: مقتدایی، لادن. (۱۴۰۵). تحلیل فقهی و حقوقی اعتبار شرط خیار در عقد ضمان و بررسی آثار آن بر ماهیت، لزوم و روابط حقوقی طرفین، فصلنامه وکیل حقوق دعاوی، ۵۵-۸۷، ۲ (۱).

<https://doi.org/10.22034/vd.2026.2092808.1016>

ناشر: مرکز وکلای قوه قضاییه خراسان رضوی.