

بررسی امکان اعمال اقاله و خیار در عقد ضمان

آمنه ضیائی

پژوهشگر حقوق خصوصی و وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

امکان یا عدم امکان استفاده از اقاله و شرط خیار در عقد ضمان موضوعی است که در این مقاله بدان پرداخته شده است. پس از بیان کلیات و مقدماتی راجع به موضوع نگارنده به این مسئله پرداخته است که اقاله و شرط خیار و دلایل استفاده از این سازوکار در عقود به چه دلیل می باشد. قائلان به جواز اقاله و شرط خیار به ادعای اجماع، وجود مقتضی، عدم المانع استناد کرده و در مقابل این دسته قائلان به عدم جواز اقاله و شرط خیار قرار دارند. منافات داشتن عقد ضمان با مقتضای شرط خیار، منافات داشتن شرط خیار با مقتضای ذات عقد، استناد به ایقاع بودن ضمان، متضمن ابراء بودن ضمان دلایلی است که این دسته بدان استناد می کنند. به نظر می رسد استدلال هایی که استفاده از اقاله و خیار را در عقد ضمان ممکن می سازند با تردید مواجه باشد که به شرح آن اشاره می شود. روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می باشد که در نگارش آن از منابع کتابخانه ای استفاده شده است.

واژه‌های کلیدی: عقد، ضمان، شرط خیار، آثار، درج شرط خیار، عدم درج شرط خیار

مقدمه

نهادهای مختلف در حقوق اسلامی که در قانون مدنی ایران در بخش حقوق خصوصی منعکس شده اند در جهت حمایت از طرفین به خصوص در روابط قراردادی بوده است. در فروض دیگر قانونگذار در حقوق خصوصی به اراده و توافق اشخاص احترام گذارده و آثار و نتایج حقوقی مشخصی را برای آن تعریف کرده است. بیشتر این مکانسیم ها به حقوق قراردادهای خصوصی مربوط می شود که یکی از شایع ترین تقسیم‌بندی‌ها در مورد عقود، تقسیم آن به عقود معین و غیر معین می باشد. بنا بر نظر بیشتر حقوق دانان ایرانی و فقها ضمان عقدی است معین با سازوکارهای حمایتی ویژه. در خصوص این عقد پرسشی که به ذهن متبادر شده است آنکه آیا امکان اعمال اقاله و خیار در عقد ضمان وجود دارد یا خیر؟ تحلیل های صورت گرفته را در این مورد به دو دسته می توان تقسیم بندی کرد. قائلین به امکان اعمال و قائلین به عدم امکان اعمال اقاله در عقد ضمان.

قائلین به امکان استفاده از اقاله و خیار در عقد ضمان، انقضای ضمان از طریق دین تبعی، وفای به عهد، ابراء، حواله و حتی به امکان استناد به اقاله در عقد ضمان استناد کرده اند و از این مبنای مشترک چنین نتیجه گرفته اند که می توان در عقد ضمان اقاله را به کار برد. اما دلایل مخالفت با استفاده از اقاله و خیار در عقد ضمان را می توان در استناد به ماده ۶۹۸ قانون مدنی دانست که چنین امری را ممنوع می سازد. استناد به ظاهر ماده ۷۰۱ قانون مدنی و مبانی اصل لزوم، این موضوع که ضمان ناشی از حقوق است نه احکام، تحلیل های مبتنی بر قیاس و دلایل شرعی، بری نشدن ذمه مضمون عنه به طور کامل، عدم سقوط حق اقاله طرفین، حمایت از عدل و احسان، حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای از جمله دلایلی است که امکان استفاده از اقاله و خیار را در عقد ضمان با تردید روبرو می سازد. (بجنوردی، ۱۳۸۰: ۹۵)

نظراتی مبنی بر مخالفت و موافقت بر امکان استفاده از اقاله و شرط خیار در عقد ضمان به طور تحلیلی و مورد به مورد مورد نقد و بررسی قرار گرفت. اولین دلیلی که مخالفان مطرح می کردند استناد به ماده ۶۹۸ قانون مدنی بود. برخی از حقوق دانان ایرانی در تفسیر این ماده اظهار نظر کرده اند که تراضی دو طرف می تواند ضمان را به صورت وثیقه اعتباری دین درآورد یا مقرر دارد که طلبکار باید ابتدا به مدیون رجوع کند. از این رو ماده ۶۹۸ قانون مدنی ضمان مطلق را بیان می کند و قاعده ای است تکمیلی و بر خلاف آن می توان شرط کرد. (بجنوردی، ۱۳۸۰: ۱۱۷)

مورد دیگر برای ابراز مخالفت با امکان درج اقاله و شرط خیار در عقد ضمان استناد به ظاهر ماده ۷۰۱ قانون مدنی می باشد. این دسته با استناد به ظاهر ماده ۷۰۱ و جمع آن با اصل لزوم معتقدند که نمی توان از سازوکار اقاله و شرط خیار در عقد ضمان استفاده کرد.

همچنین دلیل دیگر مبنی بر مخالفت آن است که تعهد اشخاص باید به نفع شخص ثالث باشد و نه به ضرر شخص ثالث. اقاله عقد ضمان توسط ضامن و مضمون له مغایر با نص صریح ماده ۲۳۱ ق.م.ا است؛ زیرا طبق مفاد ماده مذکور و ماده ۱۹۶ ق.م. در معاملات و عقود نمی توان توافقی نمود که به ضرر غیر باشد.

موافقت با استفاده از سازوکار اقاله و شرط خیار در عقد ضمان نیز به دلایلی مطرح شده است که اولین آن ارتکاز عرفی یا همان عرفی است که عموم جامعه بدان استناد جسته اند. همچنین موضوع از این حیث مورد تایید قرار گرفته است که بدانیم لزوم عقد ضمان ناشی از حقوق است یا احکام. در این بین تحلیل های مبتنی بر قیاس دارای اهمیت است. اقاله عقد ضمان نیز بر همین استوار است زیرا اقاله به امری اختصاص دارد که فسخ در آن از حقوق طرفین است و اقاله

در مواردی که فسخ امکانپذیر نیست وجود ندارد. بنابراین با اثبات این امر که لزوم عقد ضمان از احکام نبوده بلکه از حقوق می باشد، ثابت می گردد که امکان شرط خیار در ضمان و به طریق اولی امکان اقاله این عقد وجود دارد. همچنین مخالفین به بری نشدن ذمه مضمون عنه به طور کامل اشاره می کنند. به باور آنها می توان بدون نیاز به اذن مضمون عنه اقاله و شرط خیار عقد ضمان را مورد پذیرش قرار داد. این دلیل که اقاله عقد ضمان را بدون نیاز به اذن مضمون عنه پذیرفته اند از سوی برخی مورد پذیرش قرار گرفته است. مورد دیگر برای تایید نظریه استناد به ماده ۷۳۳ قانون مدنی می باشد. دلیل بطلان، عدم اشتغال ذمه مشتری نسبت به بایع است و در حواله لازم است ذمه محیل نسبت به محتال مشغول باشد. در این مورد تفاوتی بین حواله بر بری و غیر آن و همچنین کشف بطلان قبل از قبض وجود ندارد و بنابراین نمی توان با این موضوع به مخالفت برخاست. (باقری، ۱۳۷۷: ۴۹)

عدم سقوط حق اقاله طرفین نیز موضوع دیگری است که بدان اشاره شده است. در این خصوص بر مبنای استصحاب حق را به قوت خود باقی دانسته و از آن دفاع می کنند. حمایت از عدل و احسان نیز مبنای دیگری برای دفاع از نظریه می باشد. تحلیل ارائه شده که اصل انصاف را مد نظر قرار داده است بیشتر به نظام حقوقی کامن لان نزدیک است که قاعده انصاف در آن در وضع و تفسیر قوانین جایگاه ویژه ای یافته است و البته در فقه اسلامی نیز به این قاعده توجه ویژه ای شده است. همچنین به حمایت از طرف ضعیف در قرارداد نیز اشاره شده که مبنای مشترکی با حقوق اسلامی دارد. (اصغری آقامشهدی، ۱۳۹۰: ۳۸)

امکان یا عدم امکان جعل و اعمال خیار و اقاله در عقد ضمان

امکان جعل و اعمال خیار در عقد ضمان

در خصوص امکان یا عدم امکان جعل شرط خیار در عقد ضمان اختلاف نظر است. تقریباً بین شیعه و اهل سنت در جواز جعل خیار برای مضمون له اختلافی نیست. اما در اشتراط خیار برای ضامن اختلاف شدیدی بین محققان وجود دارد. در بین فقهای امامیه همان طور که از بررسی تاریخچه مساله روشن می شود، فقهای عامه نیز به طور یکپارچه حکم به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده اند. در این فصل ادله دو گروه را ذکر نموده و بررسی می نمایم. پرسش اصلی آن است که آیا در عقد ضمان، که شخصی دینی نسبت به دیگری دارد و طرف مقابل نسبت به آن دین ضامن می شود و در این شرایط عقدی بین ضامن و مضمون له تشکیل می شود، شخصی ضامن می شود که این دین را بپردازد و مضمون له هم قبول می کند، - مضمون له همان قرض دهنده است - آیا در چنین عقدی یعنی در عقد ضمان می توان به حق خیار توسل جست یا خیر؟

چنانچه قائل به این نظر شویم که در عقد ضمان هم خیار جریان ندارد، در نتیجه توسل به استفاده از اقاله هم در این عقد قابل پذیرش نیست. در ابتدا باید گفت که فرق بین ضمان در نزد حقوقدانان و اندیشمندان این علم، با ضمان در نزد عامه روشن است. مطابق آنچه در نظر عامه پذیرفته شده است ضمان؛ «ضمّ ذمّة الی ذمّة» است، یعنی ذمه مضمون عنه بریء و خالی نمی شود، بلکه ذمه ضامن به او ضمیمه می شود. اما طبق مبنای امامیه؛ ضمان؛ «نقل ذمّة الی ذمّة» است، یعنی وقتی کسی ضامن شد، این اشتغال ذمه مدیون از بین می رود و این اشتغال به ذمه ضامن منتقل می شود. با توجه به این نکته، با عقد ضمان، ضامن ضمانت کرده، ذمه مضمون عنه بریء و خالی شده است، ذمه خود ضامن مشغول شده است. آیا در این عقد ضمان، ضامن یا مضمون له می توانند اشتراط خیار کنند؟ ضامن بگوید من قبول می کنم و ضامن می شوم که این دین را بپردازم بشرط اینکه ده روز برای من خیار باشد، بعد از ده روز و در ضمن ده روز

اگر خواستیم عقد ضمان را بهم بزنم، بتوانم بهم بزنم و اگر عقد ضمان بهم خورد، خود مدیون، مضمون عنه است و مجدداً ذمه مدیون مشغول شود؟

شرط خیار از جمله خیاراتی است که منحصر به عقد خاصی نیست و اصل اولیه جریان آن در همه عقود است مگر این که دلیلی بر عدم جواز آن داشته باشیم مثل عقد نکاح که در آن شرط خیار جریان ندارد. (باقری، ۱۳۸۲، ص ۵۲) در بیان این مفهوم گفته اند که شارع در تشریح این نهاد به دوام و ثبات آن نظر داشته و آزادی و حاکمیت اراده را در مورد حدوث و زوال آن محدود به شرایط و اسباب خاصی کرده و به خصوص در انحلالش، تشریفات و توسل به سبب خاص و انحصاری طلاق را لازم دانسته است. از این رو اقاله را هم در از بین بردن ناشی از نکاح مشروع ندانسته و به تنقیح مناط یا اولویت، عدم تشریح فسخ در انحلال نکاح، مگر در مواردی انحصاری قانونی را ثابت دانسته است. ماده ۱۱۲۰ این انحصار و محدودیت را اعلان کرده و ماده ۱۰۶۹ نیز به صراحت در این مورد گفته است شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است.

قائلان به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان

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 العروه الوثقی نیز به همین نظریه گراییده و حکم به جواز اشتراط خیار در عقد ضمان داده اند. البته این نظریه اخیر با رأی اکثر فقهاء عامه همخوانی دارد چرا که آنها نیز شرط خیار در عقد ضمان را جایز ندانسته و برای مدعی خود دلیلی نیز اقامه نموده و چنین بیان می کنند:

«هدف از شرط خیار این است که غرری پیش نیاید و اگر چنانچه بهره داشته باشد از فرصت مدت خیار استفاده نموده و از آن بهره مند شود. در حالی که ضامن به خاطر بهره و حظی ضمانت را قبول نکرده است تا برای خود شرط خیار هم لحاظ کند...» (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ص ۴۱۳)

البته لازم به ذکر است که از دلیل فوق استفاده می شود که شرط خیار نسبت به ضامن، جایز نبوده ولی نسبت به مضمون له مجاز باشد. فارغ از این اختلاف آراء در مورد جریان شرط خیار در عقد ضمان، قانونگذار نظر خود را در ماده ۷۰۱ اعلام کرده است. یکی از حقوقدانان در این باره چنین اظهار نظر کرده است:

«عبارت ماده ۷۰۱ قانون مدنی چنین تنظیم یافته است که به دشواری می توان پذیرفت که با استناد شرط خیار می توان عقد ضمان را فسخ کرد. ولی آن چه به نظر می رسد این است که وجود شرط خیار به درستی عقد صدمه نمی زند زیرا بطلان چنین ضمانی نیاز به تصریح قانونگذار دارد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۹۴)

بعضی از فقهاء معاصر با یک چشم انداز ویژه مسئله را بررسی کرده که آوردن خلاصه آن مفید به نظر می رسد. از این باب گفته شده است که هر عقدی به مقتضای اصله اللزوم، لازم است و مدرک این یا لزوم حکمی است یا لزوم حقی و یا این که لزوم از لوازم ذاتی خود عقد است مثل حجیت در باب قطع و اگر لزوم ذاتی را قبول نداشته باشیم، لزوم همیشه حکمی خواهد بود و دیگر لزوم حقی وجود نخواهد داشت.

دلایل قائلان به جواز اشتراط شرط خیار در عقد ضمان

قائلان به جواز به ادله متعددی استدلال کرده اند که در مجموع چهار دلیل است. عمده تکیه این محققان به همین اصلی است که در مساله بیان کردیم. در ادامه به تک تک ادله آنها اشاره می نماییم.

ادعای اجماع

مرحوم صاحب جواهر ادعای لاخلاف نموده اند (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۲۳) و همچنین محقق اردبیلی از عبارت ارشاد الادهان، همین مطلب را استظهار کرده است، ایشان در مجمع الفوائد می فرمایند:

قال فی التذکره «الاقرب عندی دخول خيار الشرط فی کل عقد معاوضه، خلافاً للجمهور ویدل علی عدم الخلاف عندنا، ما تقدم من عموم ادله العقود و الایفا بها، و بالشرط دلیل واضح علی الکل حتی یوجد المانع من اجماع و نحوه» (محقق اردبیلی، ۱۳۷۳، ص ۲۸۳)

وجود مقتضی

همه مکاتب حقوقی بر وفای به عهد و شرط در عقود و معاملات تأکید دارند. مکتب حقوقی اسلام نیز در آیات و روایات متعددی به این امر مهم فرمان داده است. عمده‌ترین دلیل قرآنی نخستین آیه سوره مائده یعنی جمله «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» است که صراحتاً مؤمنین را به وفای به عهد و شرط دستور می‌دهد. در مورد استناد به عموم ادله وفاء به عقد باید دانست که عقد یا صحیح است یا باطل و ظاهر در این است که وجوب وفاء مترتب است بر عقد صحیح بدین ترتیب ناگزیر در درجه اول بایستی از نوع عقد از نظر صحت و بطلان تحقیق کرد تا ترتب وجوب وفاء را بدان بررسی نمود. (علامه، ۱۳۸۵، ص ۱۷)

همچنین خداوند متعال در آیه ۴۰ سوره بقره فرموده است:

«یا بنی اسرائیل اذکروا نعمتی الی انعمت علیکم و اوفوا بعهدی اوف بعهدکم و ایای فارهبون»

این آیه خطاب به فرزندان یعقوب است که می فرماید: «نعمت مرا که بر شما انعام نمودم یاد کنید و به عهد من وفا کنید تا به عهد شما وفا کنم و تنها از من بترسید.»

وفای به عهد از صفات بسیار ستوده است که حسن و مدح و لزوم آن به ادله اربعه ثابت می باشد. چنانچه در جای دیگر قرآن در صفات نیکوکاران می فرماید:

«والموفون بعدهم اذا عاهدوا»

باید دانست که لزوم وفای به عهد به حکم عقل نیز ثابت است زیرا هر عاقلی وفای به عهد را نیکو و پسندیده دانسته و در مقابل نقض عهد را زشت و ناپسند می شمارد.^۲

از دیگر دلائلی که بر مشروعیت وفای به عهد مورد استناد قرار می‌گیرد، روایتی است که از حضرت محمد (ص) نقل شده که فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم». فقهاء این روایت را عیناً به عنوان یک قاعده فقهی مسلم مطرح نموده و در ابواب مختلف فقه بویژه در معاملات آن را مورد استناد قرار داده‌اند. مقصود از قاعده مزبور این است که هر مسلمان و مؤمنی باید نسبت به تعهدات خود ثابت و استوار باشد یعنی اگر در برابر کسی متعهد به انجام عملی شده، واجب است که به تعهد خود عمل کند.

بدیهی است سخن حضرت (ص) در مقام انشاء حکم است نه خبر دادن از یک امر خارجی؛ بنابراین با توجه به اینکه «المؤمنون» جمع معرّف به الف و لام و «شروطهم» جمع مضاف می‌باشند و افاده عموم می‌کنند می‌توان گفت پیامبر حکم کرده است که تمام مؤمنین باید نسبت به همه تعهدات و شروطی که عهده‌دار می‌شوند پای بند باشند و به آن وفا

^۱سوره البقره آیه ۱۷۷

همان منبع، ص ۱۶ و ۱۷^۲

کنند. در عرف هم اگر کسی مثلاً با دیگری قرارداد بیع ببندد و در ضمن آن شرطی را بپذیرد (مانند اینکه به انجام دادن امری ملتزم و متعهد شود)، باید به آن وفا کند از این رو اهل لغت شرط را به الزام و التزام معنا کرده‌اند. حاصل آنکه آیه «وفوا بالعقود» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» دو تعبیر هستند برای بیان یک حقیقت و آن تأکید قانونگذار اسلام بر وفای به همه التزامات و تعهدات و شرطهائی است که انسان به ضرر خود آنها را می‌پذیرد. (باقری، ۱۳۷۷، ص ۱۳)

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 و در نتیجه شرط خیار در عقد ضمان، جایز و رواست.

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط به این استدلال متمسک شده، می‌فرماید:

آنه لا یمتنع دخول خیار الشرط فیه، النّه لا مانع منه، فعلى هذا العقد و الشرط صحیحان (طوسی، ۱۴۰۷، ص ۳۳۷)

شیخ انصاری فرموده است:

«لا اشکال و لا خلاف فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع و جریانہ فی کل معاوضه لازمه کالاجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه»

گرچه ایشان در این عبارت شرط خیار را منحصر به عقود لازم می‌داند، لیکن با این وجود اعتراف کرده است که، اطلاعات، شامل عقود جایز هم می‌شود. چنانکه می‌فرماید:

«بل اطلاقها یشمل العقود الجایزه...»

اما معلوم نیست چرا با وجود این اطلاق شیخ شرط خیار را منحصر به عقود لازم دانسته است و جمله «الا ان یدعی من الخارج عدم معنی للخیار فی العقد الجایز و لو من طرف واحد» ایهامی بر شمول است.

به هر حال همان گونه که شیخ انصاری تصریح فرمود، اطلاعات و عموم ادله وفای به شرط، شامل عقود جایز می‌شود؛ چنان که عقد لازم، لزوم طرفینی یا لزوم یک طرفه را نیز در بر می‌گیرد.

سبزواری نیز به این اطلاق اشاره دارد و می‌فرماید:

«مقتضی اصالتی الاباحه و الصحه جواز شرط الخیار فی کل عقد و ایقاع الا ما دل دلیل بالخصوص علی عدم جریانہ فیه من عقد او ایقاع و کذا مقتضی اصالة الاطلاق فتطابق الاصلان علی الصحه و الجواز فی جمیع العقود و العهود و الايقاعات الا ما خرج بالدلیل.»

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

«اگر دلیل جواز شرط خیار در عقود، اطلاعات و عمومات باشد، صرف نظر از روایات خاص صحیح نمی‌توانستیم به عمومات استناد کنیم چون از سویی شرط مخالف کتاب و سنت از عمومات استثناء شده و از سویی دیگر سنت دلالت می‌کند که پس از افتراق متعاملین معامله واجب و لازم شده باشد. بنابراین شرط عدم وجوب و لزوم پس از افتراق، مخالف با این سنت خواهد بود.»

در این خصوص آیت الله خوئی در جوابی فرموده اند:

«روایاتی که شرط را مقید به عدم مخالفت با کتاب و سنت می‌سازد، برای جعل شرط خیار در مورد عقد لازم وارد شده است. بنابراین مخصص آن ادله ای خواهد شد که دلالت بر لزوم می‌کنند نه منافی و مخالف، تا کنار گذاشتن یا تأویل

آنها مطرح شود. در نتیجه نفس جعل شرط، مخالف کتاب و سنت نیست، مگر در جایی که خود شرط مخالف باشد؛ یعنی در خارج شروط صحیح و منافی با کتاب و سنت وجود دارد که این روایات در آمد موارد وارد شده اند.»

مبحث دوم-قائلان به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان

اولین کسی که حکم به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان داده است، مرحوم علامه حلی در دو کتاب تحریر و قواعد است. همچنین مرحوم این طی 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 خيار در عقد ضمان است.

دلایل قائلان به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان

در مقابل گروه اول کسانی که اعتقاد دارند در عقد ضمان، امکان جعل شرط خيار نیست، به بیش از هشت دلیل تمسک کرده اند. همان طور که قبلاً نیز ذکر شد اهل سنت نیز در این گروه قرار دارند یعنی بالاتفاق معتقدند که در عقد ضمان، امکان جعل خيار وجود ندارند تا جایی که ابن قدامه در المغنی ادعای لاخلف کرده است (ابن قدامه، ۱۹۸۸، ص ۸۸) در ادامه به بررسی ادله ای اهل سنت ارائه داده اند و برخی ادله ای است که از طرف فقهای امامیه پیشنهاد شده است که در بحث آثار بدان میپردازیم.

امکان اقاله عقد ضمان

عقد ضمان باعث بری شدن مدیون و انتقال دین او به ضامن می شود و این مورد به صراحت در ماده ۶۹۸ قانون مدنی منعکس شده است. این است که تعهد مضمون عنه از بین می رود و جای آن را تعهد ضامن می گیرد، متعهد له کاری با مضمون عنه ندارد. این عنصر سخت مورد اختلاف است و این اختلاف روی قانون مدنی ما تأثیر قابل ملاحظه‌ای نهاده است، علاوه بر آنکه قانون تجارت و قانون آیین دادرسی مدنی سابق هم اقتباساتی از حقوق بیگانه کرده است و مبانی مختلف در قلمرو این عنصر گرد آمده است که پیچیدگی خاصی را در این زمینه ایجاد کرده است. می دانیم که عقد ضمان دو شاخه عمده دارد اول ضمان دین که اهمیت بیشتر دارد و اکثر مواد باب ضمان قانون مدنی مربوط به ضمان دین است. دوم ضمان عین، مانند ضمان غاصب به رد عین مغضوب و ضمان در عاریه مضمونه به و ضمان عهده. با توجه به این مقدمه باید دید که بحث ما در مورد ضمان عین و ضمان دین وقتی قابل جمع است، زیرا وقتی که صحبت عنصر یک عقد مطرح است طبعاً سراغ عاملی را می گیریم که در جمع اقسام آن عقد، مشترک باشد. به گفته برخی از محققان، نقل ذمه، عنصر جمیع اقسام عقد ضمان است، حتی اگر ضامنی نزد مالک مال مغضوب، تعهد تسلیم را بکند ذمه غاصب بری می شود و ذمه ضامن، مشغول می گردد.

این نظریه افراطی همیشه طرفداران کمتری داشته است، زیرا اکثر فقهاء عقیده داشته اند که در ضمان عین، عرف و عادت طرفدار وثیقه از طریق ضم ذمه به ذمه است با توجه به سوابق تاریخی حقوق به شرح فوق و تکیه به قول اکثریت، نمی توانیم به ظاهر ماده ۶۹۸ قانون مدنی اعتنا کرد و آن را شامل ضمان اعیان هم بدانیم و علاوه بر این ماده ۲۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ هم به شیوه ای نوشته شده که هم شامل ضمان دین است و هم شامل ضمان عین، و در هر دو صورت به صورت تضامنی است. این ماده با وجود اینکه از حقوق بیگانه گرفته شده است در مورد ضمان عین کاملاً با فقه و سوابق تاریخی حقوق ما وفق دارد و اکنون جزء حقوق موضوعه ما شده است.

در مورد امکان اقاله عقد ضمان و بازگشت دوباره دین به ذمه مدیون، بین حقوق دانان ایرانی اختلاف نظر وجود دارد و همین مسئله در مورد شرط فاسخ نیز مطرح می شود. این مسئله ارتباط بسیار نزدیکی با بحث شرط خيار در عقد ضمان نیز دارد؛ زیرا اگر بپذیریم که ضامن و مضمون له می توانند با جعل شرط خيار، باعث بازگشت دوباره دین به ذمه

مضمون عنه شوند با جعل شرط خیار فاسخ نیز می‌توانند سبب از بین رفتن خود به خودی ضمان و مشغول شدن دوباره ذمه مضمون عنه را فراهم آورند؛ چرا که مبنای اختلاف در هر دو مورد یکسان است و عبارت است از تردید در توانایی اراده طرفین عقد ضمان در بازگشت دین به ذمه مضمون عنه. در فقه امامیه نسبت به امکان شرط خیار در ضمان اختلاف است. برخی شرط خیار را در ضمان به دلیل متزلزل شدن وثیقه و انتقال دین، درست نمی‌دانند و عده زیادی آن را مجاز می‌شمارند. (محقق کرکی، بی تا، ص ۵۶)

طبق قاعده کلی اصاله اللزوم هر عقدی لازم بوده و انحلال آن ممکن نیست، مگر این که خود متعاهدین با رضایت و اراده خودشان آن را منحل کنند که این عمل را اقاله گویند. بحث در این است که با عنایت به لزوم عقد ضمان، آیا اقاله در آن جایز است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا ضامن و مضمون له می‌توانند چنین کاری را انجام دهند؟ برخی از فقهاء شیعه چنانچه در خصوص بحث شرط خیار بدان اشاره کرده اند، جریان جواز اقاله و عدم جواز آن را مبتنی بر این کرده که اگر لزوم عقود حکمی باشد (حکیم، ۱۳۸۷، ص ۹۸) مثل نکاح و وقف اقاله در آن جایز نیست زیرا مخالف با کتاب و سنت است ولی اگر لزوم عقود به نحو حقی باشد مثل عقد ضمان می‌توان آن عقد را با اراده طرفین تحت عنوان اقاله منحل کرد.

بعضی از حقوق دانان ایرانی ایرانی فرقی قائل شده اند و می‌گویند پس از عقد ضمان ذمه مضمون له بری شده دیگر نمی‌توان در اثر اقاله و بدون موافقت او مدیون گردانید. (امامی، ۱۳۸۷، ص ۳۴۷) از آن جایی که ممکن است پرسیده شود چرا شرط خیار را در عقد ضمان جایز دانسته با این که ذمه مضمون عنه بری شده و با اعمال خیار نمی‌توان ذمه بری شده را دوباره مشغول کرد اما در اقاله به لحاظ همین مشکل، قائل به عدم جواز اقاله بدون موافقت مضمون عنه هستید؟ در جواب این سؤال حقوق دانان ایرانی معاصر پاسخ می‌دهند: «شرط ضمن عقد از توابع تراضی است، سببی است که نقل ذمه را باعث می‌شود و مدیون را بری می‌کند.»

پس اگر در این سبب قیود و شروطی آمده باشد، انتقال دین نیز همواره مشروط و مقید به آنهاست و هیچ مانعی ندارد که سبب برائت خود مستند بازگشت دین به ذمه مضمون عنه شود، زیرا از آغاز نیز انتقال ذمه با این امکان انجام پذیرفته است ولی در مورد اقاله چنین نیست.

فرض این است که انتقال دین به سببی که فراهم آمده تحقق پذیرفته است و ضامن و مضمون له می‌خواهند سبب جدیدی بسازند که آن را دوباره به جای خویش بازگردانند و مضمون عنه را مدیون کند. این اختیار است که مورد تردید و انکار قرار می‌گیرد زیرا اگر تراضی دو نفر بتواند دین دیگری را از بین برد این امکان دلیل بر این نمی‌شود که تراضی همان دو بتواند برای ثالث ایجاد دین کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۷۰) این استدلال در حالی است که مورد قبول برخی دانشمندان قرار نگرفته و اظهار می‌دارند که فرقی بین اقاله و شرط خیار وجود ندارد. پس از بررسی انقضای ضمان از طریق دین تبعی به تحلیل موافقان و مخالفان خواهیم پرداخت.

انقضای ضمان از طریق دین تبعی

وفای به عهد

معمول ترین راه برای انقضای تعهد ضامن پرداخت دین است و این عمل زمانی تحقق پیدا می‌کند که ضامن دین مضمون له را به خودش به وکیل یا به وصی وی پرداخت نماید که در نتیجه ذمه ضامن بری و ضمه وی نیز به پایان می‌رسد. چنانچه تأدیه دین را شخص ثالث با اذن ضامن انجام دهد باز هم موجب انقضای ضمان می‌گردد و می‌تواند به

ضامن رجوع و حق خود را مطالبه نماید. همچنین ضامن می تواند بعد از اداء دین به مضمون عنه رجوع کند. (سنهوری، ۱۳۳۷، ص ۹۶)

ابراء

ابراء اصطلاحی است در فقه و حقوق مدنی ایران به معنی چشم پوشی اختیاری طلبکار از طلب خود نسبت به شخص یا اشخاص دیگر. ابراء از اسباب سقوط تعهدات محسوب می رود و در فقه آن را به اسقاط ما فی الذمه تعبیر می کنند، یعنی اسقاط چیزی که بر ذمه است. ابراء نوعی ایقاع است و برابر حقی که مورد ابراء قرار می گیرد هیچ عوضی وجود ندارد. در واقع ابراء را اینگونه تعریف می کند. ابراء ایقاعی است رایگان که به موجب آن طلبکار از حق خویش می گذرد.

حواله

اقتصاد امروز پذیرفته است که تعهد به عنوان مالی با ارزش قابل داد و ستد باشد و نباید آن را محدود به رابطه طلبکار و بدهکار کرد. در حقوق ایران دو عقد ضمان و حواله برای انتقال طلب پذیرفته شده است. از سوی دیگر در ماده ۲۹۲ قانون مدنی اصطلاح جدید تبدیل تعهد به رسمیت شناخته شده و بلافاصله در ماده ۲۹۳ تصریح شده است که در تبدیل تعهد تضمینات دین سابق به دین لاحق سرایت نمی کند. از آنجا که قانون گذار مدنی در نگارش دو ماده فوق به مواد ۱۲۷۱ و ۱۲۷۲ قانون مدنی فرانسه نظر داشته و در حقوق فرانسه نیز با تبدیل تعهد، تعهد موجود از بین رفته و ایجاد تعهد جدید می گردد؛ طبیعی است که تضمینات تعهد سابق به واسطه تبدیل آن از بین برود ولی اگر دقت داشته باشیم در می یابیم که بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران دلالت بر تبدیل تعهد واقعی ندارد بلکه ضمان و حواله را معرفی می کنند که مؤید انتقال تعهد می باشد نه تبدیل آن، از سوی دیگر قول مشهور فقهای امامیه که قانون مدنی ما میراث دار این فقه مقدس می باشد، سقوط تضمینات دین به واسطه ضمان و حواله را پذیرفته است. به نظر ما قانون گذار در نگارش ماده ۲۹۲ قانون مدنی با علم و اطلاع صورت را از حقوق فرانسه گرفته و به جای نهاد ناآشنای تبدیل تعهد به اعتبار مدیون و تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن، عقد ضمان و عقد حواله را قرار داده که در عمل نیز بسیار مورد استفاده قرار می گیرد. در حقوق کشورهای مختلف معمولاً دو نهاد حقوقی تبدیل تعهد و انتقال آن به صورت مجزا و منفک از هم شناخته شده و دارای آثار خاص خود هستند ولی در حقوق ایران انتقال دین و تبدیل تعهد دارای یک مفهوم و آثار مشابه می باشد.

اقاله

از آنجا که اقاله و هر توافقی که موجب ضرر شخص ثالث نباشد، طبق قاعده «اوفوا بالعقود» در هر عقدی جایز است مگر نصی به عدم جواز آن باشد. گفته اند در عقد ضمان نیز اقاله جایز و موجب سقوط تعهد و انقضای آن است. پس از آن مضمون له نمی تواند از ضامن دین را مطالبه نماید اعم از این که بر مبنای فقه شیعه یا بر مبنای فقه اهل تسنن باشد. لکن بر مبنای فقه شیعه که ضمان را نقل ذمه می دانند در صورت اقاله ضمان، این سوال مطرح می شود که آیا دوباره ذمه مضمون عنه مشغول می گردد یا خیر؟

مخالفت و موافقت با استفاده از اقاله در ضمان

مخالفت با استفاده از سازوکار اقاله در عقد ضمان

استناد به ماده ۶۹۸ قانون مدنی

ماده ۶۹۸ قانون مدنی مقرر می دارد:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.»

برخی از حقوق دانان ایرانی در تفسیر این ماده اظهار نظر کرده اند که تراضی دو طرف می تواند ضمان را به صورت وثیقه اعتباری دین درآورد یا مقرر دارد که طلبکار باید ابتدا به مدیون رجوع کند. از این رو ماده ۶۹۸ قانون مدنی ضمان مطلق را بیان می کند و قاعده ای است تکمیلی و بر خلاف آن می توان شرط کرد. قواعد حقوقی باید محتوی یک ماده امری باشند. این صفت ذاتی همه قوانین است. در یک تقسیم بندی کلی حقوقدانان قوانین را به امری و تکمیلی تقسیم بندی کرده اند. هر چند ممکن است به اشتباه گفته شود قانون امری قانونی است که محتوی اجبار است و قانون تکمیلی این صفت را ندارد؛ اما باید دانست که امری و اجباری بودن صفت و خصوصیت همه قوانین و مقررات است. پس اساس تقسیم بندی نه امری بودن یکی و غیر آمره بودن دیگری می باشد؛ بلکه مبنای تقسیم بندی قوانین به امری و تکمیلی درجه الزام ناشی از تحمیل قانونگذار است. بدین معنی که درجه الزامی قوانین امری بیش از قوانین تکمیلی است و توافق بر خلاف آن امکان ندارد.

استناد به ظاهر ماده ۷۰۱ قانون مدنی و مبانی اصل لزوم

از ظاهر ماده ۷۰۱ ق.م که مقرر می دارد: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توان آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن ... یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد» چنین بر می آید که امکان فسخ در عقد ضمان امری استثنایی و خلاف قاعده لزوم است. عقود که بر طبق قانون واقع شود، یعنی دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، بین متعاملین لازم الاتباع است و هر گونه تعهدی که به وسیله آن عقد نموده اند باید ایفاء نمایند. بنابراین هر قرارداد و عقدی که قانون تصریح به جایز بودن آن ننموده باشد لازم است و هیچ یک از طرفین نمی تواند آن را بر هم زند و آثار الزامی آن را ملغی نماید، مگر در موارد معینه^۴، یعنی به موجب قانون یا توافق طرفین که به ترتیب «تفاسخ» و «اقاله» نامیده می شود. دادگاه نیز حق ندارد شرایط عقد را تعدیل نماید.

تعهد باید به نفع شخص ثالث باشد و نه به ضرر وی (استناد به اصل نسبی بودن قراردادها)

اقاله عقد ضمان توسط ضامن و مضمون له مغایر با نص صریح ماده ۲۳۱ ق.م است؛ زیرا طبق مفاد ماده مذکور و ماده ۱۹۶ ق.م در معاملات و عقود نمی توان توافقی نمود که به ضرر غیر باشد.

موافقت با استفاده از سازوکار اقاله در عقد ضمان

ارتکاز عرفی

دلایل مختلفی برای اثبات این امر که می تواند اقاله عقد ضمان را پذیرفت از طرف حقوق دانان ایرانی و عالمان علم حقوق ارائه شده است که در این بخش به طور مفصل بدان خواهیم پرداخت. اما شاید مهمترین دلیل برای پذیرش اقاله عقد ضمان، عرف و به اصطلاح «ارتکاز عرفی» باشد. برخی از روابط حقوقی مردم ایران خارج از قوانین موضوعه قرار گرفته و ترتیب حل و فصل آنها بر اساس عرف استوار است. در این موارد یا آنکه قانون وضع نشده یا اگر وضع شده مختصر و نارسا می باشد. این قبیل روابط حقوقی که قانونگذار بنا به جهات و مصالحی برای تنظیم و تدوین آنها مداخله

کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ هشتم، پاییز ۱۳۸۲، ص ۲۸۴

امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، چ ۲۱، تهران: اسلامی، ۱۳۷۹، ص ۲۳۵.

نکرده است یا هنوز بر این امر مجال مداخله نیافته، غالباً مربوط به سلسله روابطی است که حل و فصل آنها را به مردم و به عرف واگذار کرده است. (سلجوقی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۹)

اینکه قول به جواز یا عدم جواز اقاله بدهیم بستگی به این دارد که لزوم عقد ضمان را از حقوق بدانیم یا از احکام. پس ابتدا در مورد این مسئله نظر می دهیم که لزوم عقد ضمان از حقوق است یا از احکام و پس از آن موضوع را در پرتو عقد ضمان بررسی خواهیم کرد.

لزوم عقد ضمان ناشی از حقوق است یا احکام

احکام به گونه های مختلفی تقسیم شده است که از آن جمله می توان به احکام اعتقادی، احکام افعال، احکام افعال مکلف، احکام تکلیف، احکام امضایی و احکام تکلیف و موارد دیگر اشاره کرد که بحث در مورد آن از حوصله این مقال خارج می باشد. به نظر می رسد آنچه منظور از احکام در این مقوله مورد بحث مد نظر است، احکام تکلیفی اند. احکام تکلیفی به آن دسته از احکامی اطلاق می شود که بدون دخالت مسلمان از سوی شارع تعبداً بر او تکلیف شده و او موظف است که از آنها حکم پذیرد که این احکام در فقه به احکام واجب، مندوب، حرام، مکروه و مباح اطلاق می شود. (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۱۱۴)

بررسی مسئله جواز اقاله در عقد ضمان

برای این مسئله یعنی اینکه آیا امکان اعمال اقاله در عقد ضمان وجود دارد یا نه می توان دو صورت در نظر گرفت. فرض این دو صورت نیز در موردی است که لزوم عقد ضمان را از حقوق بدانیم یا از احکام محسوب نماییم. پس با این پیش فرض که بین حقوق و احکام تفاوت وجود دارد این مسئله تحلیل و ارزیابی خواهد شد. البته چنانچه می دانیم فرض دیگری نیز در این خصوص وجود دارد و آن مربوط به ماهیت ضمان می باشد. چنانچه پیش تر توضیح داده شد عرف یا بنای عقلاء نیز در علم حقوق مبنایی برای پذیرش اعمال و رفتارهایی است که گاهی برای کشف واقعیت آنها تعارض هایی به وجود می آید. پس از طریق عرف می توان این تعارض ها را حل کرد.

یکی از فقهایی که با درج شرط در عقد ضمان مخالفت کرده علامه حلی است. البته به نظر سید محسن طباطبایی حکیم، علت اینکه ایشان قایل به عدم جواز شرط خیار برای ضامن شده اند، حکم محسوب کردن لزوم عقد ضمان نیست بلکه علت منع را عرف و بنای عقلاء (مبنی بر عدم صحت شرط خیار برای ضامن) دانسته و تصریح کرده اند که شرط خیار برای مضمون له جایز است؛ زیرا وی دارای حق ابراء یا مطالبه می باشد و این در حالیست که اگر نزد علامه حلی لزوم (عقد ضمان) حکمی بود، حتی شرط نمودن خیار را برای مضمون له جایز نمی دانستند. (طباطبایی، بی تا، ص ۸۷)

انتساب لزوم عقد ضمان از احکام

در باب انتساب لزوم عقد ضمان از احکام می توان دو شکل از عبارت پردازی و تحلیل را ارائه کرد. در واقع از یک سو می توان به تحلیل های مبتنی بر قیاس استناد جست. از این منظر نقدهایی وارد است از جمله آن که حکم اولی که تحلیل های قیاس از آن به دست آمده است با تردید هایی روبروست. از سوی دیگر گفته شده است که در منابع و دلایل شرعی امکان استفاده از نهاد اقاله در همه عقود ممکن است و در صورتی می توان برای این امر ممنوعیت قائل شد که حکم صریح شرعی در این مورد وجود داشته باشد. در ذیل نگارنده به طور مفصل به این دو بحث خواهد پرداخت.

تحلیل های مبتنی بر دلایل شرعی

در فقه اسلامی معمولاً از اقاله در باب زوال عقد یاد می شود که در واقع جایگاه واقعی آن نیز هست و مشکلاتی را هم که در باب سقوط تعهدات به آن اشاره شده است را ایجاد نمی کند. دلایلی که در شرع در خصوص اقاله وجود دارد دلایل عامی است به عبارت دیگر شارع در مقام تشریح اقاله اصل را بر این گرفته که اقاله در تمام عقود صدق کند و موارد محدودیت اقاله باید توسط ادله دیگر مشخص گردد و اطلاق در خصوص اقاله اقتضا می کند که در مورد احراز قابلیت اقاله در خصوص عقود مختلف به عرف رجوع شود و عرف نیز در تمام مواردی که از حقوق طرفین محسوب می شود به امکان اقاله حکم می کند.

در مورد عقود جایز باید گفت که در چنین عقودی اگر برای دو طرف حق فسخ باشد، دیگر نیازی به اقاله نیست، اما اگر برای یک طرف چنین حقی در نظر گرفته می شود، اقاله با درخواست طرفی که عقد از جانب او جایز است، درست است، اما در غیر این صورت خیر. به طور طبیعی عقدی قابل اقاله خواهد بود که به درستی و صحت منعقد شده باشد، در نتیجه اقاله در عقد باطل یا غیر نافذ قابل فسخ است که این موضوع خارج از بحث ما می باشد. البته باید توجه داشت که ویژگی برخی عقود چنین اقتضاء دارد که نتوان به موجب اقاله آن را منحل کرد که البته معنای چنین اقتضایی نیز شرع و قانون است.

بری نشدن ذمه مضمون عنه به طور کامل

برخی از حقوق دانان برای جواز اقاله به تحلیل هایی استناد کرده اند که در واقع منبع آن را در این بحث می توان به دکتربین نسبت داد. تحلیل های پیشین یعنی عرف و قیاس به مردم و البته رفع تعارض به منابع موجود نظر داشت. این تحلیل نیز با نقاط ضعف و قوتی روبروست که بدان می پردازیم. دلایل دفاع از این نظریه این است که اولاً دکتربین حقوقی می تواند به نوبه خود منشاء وضع قانون موضوعه شود. پس اعتبار آن را می توان به نوعی درجه دوم یا ثانوی دانست. از سوی دیگر در تحول نظام حقوقی و تقویت دیدگاه های نو و جلوگیری از سکون و رکود خودداری می کند.

برخی از حقوق دانان ایرانی اعتقاد دارند که می توان بدون نیاز به اذن مضمون عنه اقاله عقد ضمان را مورد پذیرش قرار داد. این دلیل که اقاله عقد ضمان را بدون نیاز به اذن مضمون عنه پذیرفته اند توسط دکتر جعفری لنگرودی ارائه شده است. ایشان اظهار داشته اند که: «اگر اقاله بدون اذن مضمون عنه باشد به رابطه قراردادی ناشی از ضمان پایان می بخشد ولی نمی تواند مضمون عنه را از نو مدیون کند چه قرارداد نمی تواند دینی به زبان شخص ثالث بدون رضایت او ایجاد نماید.» این نظر در ذات خود با یک تعارض بنیادین روبروست. زیرا از سویی گفته شده است اقاله عقد ضمان را بدون نیاز به اذن مضمون عنه می توان پذیرفت و از سوی دیگر این نظر بیان شده که اثر عقد ضمان موجب تبدیل تعهد است. پس به نظر می رسد قبول آن با تردید مواجه باشد.

استناد به ماده ۷۳۳ قانون مدنی

ماده ۷۳۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می شود و اگر محال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد؛ ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود»
حواله در قانون مدنی در قالب یک عقد معین موجب انتقال دین و در قانون تجارت در کسوت یک سند تجاری محسوب شده است. قانونگذار ایرانی در ماده ذکر شده نظریه بطلان حواله را پذیرفته است که وفق آن وجود بیع و در نتیجه

وجود دین بر مشتری در مقابل بایع علت عمده تراضی و صدور حواله است که با انتفاع علت عمده که هم موجه است و هم مبینه، معلول منتفی خواهد بود. اما در خصوص اثر بطلان حواله در این ماده ابهام به چشم می خورد که بحث در مورد آن به این مقوله مربوط نیست. دلیل بطلان، عدم اشتغال ذمه مشتری نسبت به بایع است و در حواله لازم است ذمه محیل نسبت به محتال مشغول باشد. در این مورد تفاوتی بین حواله بر بری و غیر آن و همچنین کشف بطلان قبل از قبض وجود ندارد.

عقد حواله یکی از شیوه‌های انتقال تعهد از راه انتقال دین به‌شمار می‌رود، زیرا با انتقال دین از ذمه محیل به محال علیه، تعهد محیل به پرداخت دین به محال علیه منتقل می‌شود. در حقوق روم، نظریه «شخصی بودن تعهد» حاکم بود؛ یعنی، شخص مدیون موضوع حق و وجود تعهد وابسته به شخص او بود. از این رو، با تغییر یکی از دو طرف تعهد، موضوع آن نیز پایدار نمی‌ماند و تعهد صرفاً تبدیل می‌شد و قابل انتقال نبود. برخلاف حقوق غربی، در فقه اسلامی، که انتقال دین را در فرایندی طولانی مدت و با قیود و شرایط خاص پذیرفت از ابتدا دین عنصری جدا از شخصیت انسان اما مرتبط با آن مطرح گردید و انتقال دین در قالب عقود چون ضمان و حواله پذیرفته شد. البته این به معنای تأسیسی بودن عقد حواله در اسلام نیست، هرچند شریعت اسلامی در جزئیات ضوابط و شرایط حواله که پیش از اسلام هم رایج بوده — تغییراتی داده است. در این خصوص می‌توان گفت بین عقد ضمان و عقد حواله از نظر انتقال دین وجوه مشترکی وجود دارد.

نتیجه گیری و پیشنهادها:

موضوعی که در این پایان نامه مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است؛ بحث در مورد امکان یا عدم امکان استفاده از شرط خیار در عقد ضمان و آثار آن می‌باشد. از این رو در فصل اول که کلیاتی راجع به موضوع مطرح شد؛ به بحث در مورد مفاهیم و اصطلاحاتی نظیر خیار، شرط، شرط خیار، ضمان و مشخصه‌های آن پرداختیم. مهمترین مقوله‌ای که در بحث کلیات بدان اشاره شده مستنداتی بود که برای قاعده بودن خیار بدان توسل جسته و از آن استفاده کردیم. همچنین عقد ضمان نیز به دلایلی مورد توجه و تاکید قرار گرفته و بسیاری از آن به دلایل گوناگون استفاده کرده اند. اما در فصل دوم پایان نامه بحث اصلی یعنی امکان یا عدم امکان جعل شرط خیار مورد بررسی قرار گرفت. در واقع سوال اصلی این بود که آیا امکان جعل شرط خیار در عقد ضمان وجود دارد؟ در پاسخ به این سوال نظریات مطرح شده را به دو دسته کلی تقسیم بندی کردیم؛ برخی معتقد به جواز جعل شرط خیار هستند که دلایل مورد استناد آنها را از جمله اجماع، وجود مقتضی، عدم المانع، حق بودن خیار، استناد اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداده‌ها و... را مورد بحث و بررسی قرار دادیم اما برخی دیگر که قائل به عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان می‌باشند نیز دلایلی را مطرح کرده اند که دلایل آنها نیز مورد نقد و بررسی قرار گرفت از جمله این دلایل، اینکه عقد ضمان با مقتضای شرط خیار منافات دارد، همچنین به منافات داشتن شرط خیار با مقتضای ذات عقد ضمان استناد کرده اند؛ دلیل دیگری که بدان توسل جسته اند آن است که ضمان ایقاع است و شرط خیار در ایقاعات داخل نمی‌شود؛ دیگر اینکه ضمان به دلیل ماهیت ابرائی خود نمی‌تواند شرط خیار را در خود قبول کند. در نهایت دلایلی مانند آنکه لزوم در عقد ضمان حکم است و نه حق مطرح شده است.

در مجموع با بررسی دلایل و استدلال‌های موافقان و مخالفان می‌توان گفت جعل شرط خیار در عقد ضمان امکان پذیر است؛ چراکه شرط خیار در عقد ضمان بر خلاف کتاب و سنت و نیز بر خلاف مقتضای ذات عقد نیست و با تمسک

به عموماً باب شروط و مطابق قاعده المومنون عند شروطهم، همچنین با توسل به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای، درج شرط خیار در عقد ضمان نظیر بیشتر عقود دیگر مانعی ندارد؛ لیکن اصل بر امکان قرار دادن خیار در عقود است؛ مگر در جایی که قانونگذار منع کرده باشد که در مورد عقد ضمان چنین تصریحی وجود ندارد؛ چه اینکه در عقد حواله که از اقسام ضمان است نیز امکان شرط خیار وجود دارد، از طرف دیگر با توجه به اینکه عقد ضمان عقدی است قابل اقاله و وضع شرط خیار در هر عقد قابل اقاله ای صحیح می باشد امکان وضع شرط خیار از سوی طرفین غیرمنطقی نبوده و صحیح می باشد؛ لیکن اگر اثر عقد ضمان را نقل ذمه به ذمه بدانیم چنانچه جعل خیار بدون اذن و رضایت مضمون عنه باشد، با اعمال شرط خیار مجدداً ذمه وی مشغول نمی گردد و صرفاً مضمون له در این عمل به ضرر خود عمل کرده و طلب خود را از دست میدهد؛ چراکه جعل خیار بدون رضایت و اذن مضمون عنه که در قرارداد ضمان، ثالث محسوب می شود، موجب تجاوز به حقوق مکتسبه او می شود و این بر خلاف عدالت است و منصفانه نیز نیست. لیکن اعمال فسخ میبایست با رضایت و اذن مضمون عنه صورت گیرد. به این معنا که در عقد ضمان شرط خیار وضع شود ولی اعمال آن میبایست با رضایت مضمون عنه صورت پذیرد. از طرف دیگر، اثر عقد ضمان را ضم ذمه به ذمه بدانیم، با توجه به اینکه ذمه مضمون عنه از ابتدا مشغول بوده و صرفاً ذمه ضامن به او ضمیمه شده است، پس از اعمال شرط خیار، مضمون له میتواند به مضمون عنه رجوع و طلب خود را از وی دریافت نماید. در نهایت پیشنهاد می شود با توجه به سکوت قانونگذار در خصوص امکان جعل شرط خیار در عقد ضمان همچنین با توجه تفاوتی عقد ضمان با سایر عقود از این جهت که آثار آن علاوه بر طرفین عقد، به ثالث که مضمون عنه می باشد نیز سرایت میکند و تنها محدود به متعاملین نیست؛ طرفین عقد ضمان هنگام وضع شرط خیار، به مضمون عنه نیز اهمیت داده و رضایت و توافق وی را نیز در این خصوص جلب نمایند؛ تا از این امر که اقدام آنان به حقوق وی تجاوز نماید پیشگیری نمایند. همچنین مطالعه تطبیقی حقوق سایر کشورها در خصوص این موضوع، تا حد مطلوب و مقدر جهت حل این معزل و به دست آوردن راهکارهای مناسب لازم و لاینفک است.

فهرست منابع و مآخذ

۱. انصاری، مسعود، طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
۲. ابن قدامه، ابوعبدالله بن احمد، المغنی، نشر دالفکر، چاپ سوم، ۱۴۰۵
۳. ابن قدامه، المغنی علی مختصر الخرقی، المکتب الاسلامی، ۱۹۸۸م
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۷
۵. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، نشر اسلامی، چاپ بیست و یکم، ۱۳۷۹
۶. انصاری، مسعود، طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
۷. باقری، احمد، سقوط تعهدات، نشر آن، چاپ اول، ۱۳۸۲
۸. باقری، احمد، وفای به عهد، نشریه مقالات و بررسی ها، تابستان ۱۳۷۷، شماره ۶۳
۹. بیگدلی، سعید، نقدی بر ماده ۷۳۳ قانون مدنی ایران، نشریه فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۱
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، عقد ضمان، نشر فرانکلین، چاپ اول، ۱۳۵۲

۱۲. حکیم، سید محمد محسن طباطبایی، مستمسک العروه، نشر داراحیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ه.ق.
۱۳. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، نشر موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، نشر مدینه العلم قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه.ق
۱۵. سلجوقی، محمود، عرف، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دارالحياء التراث العربی، ۱۳۳۷ ه.ق، ۲۳۷
۱۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، نشر کوشش، جلد دوم، چاپ سوم، ۱۳۷۶
۱۸. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، الجزء الثالث عشر، انتشارات دارالکتاب العلمیه، قم (بی تا)
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بی حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، ۱۴۰۷ ق،
۲۰. علامه، سید مهدی، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵
۲۱. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، نشر پژوهشگاه اندیشه اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۸۸
۲۲. قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی، نشر سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۰
۲۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، نشر شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۸۰
۲۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ هشتم، پاییز ۱۳۸۲
۲۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۴
۲۶. محقق اردبیلی، حاشیه علی الشرائع = تعلیقه علی الشرائع، نشر برهان، چاپ دوم، ۱۳۷۳
۲۷. محقق حلی، شرایع الاسلام، نشر منشورات الاعلی، چاپ اول، ۱۹۶۹
۲۸. محقق کرکی، جامع المقاصد فی الشرح القواعد، جلد اول، چاپ سنگی، بی تا،
۲۹. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، نشر دار التراث العربی، چاپ ششم، ۱۹۸۱