

# مطالعات علوم اسلامی انسانی

مقاله پژوهشی، سال نهم، شماره ۳۶، زمستان ۱۴۰۲ (ص ۳۱ - ۴۶)  
دریافت: دی ماه ۱۴۰۲ پذیرش: اسفند ماه ۱۴۰۲

## تحلیل حقوقی آثار خیار شرط و اقاله و فسخ در عقد ضمان

### Legal analysis of the effects of condition option and cancellation and rescission in guarantee contract

محمد نگهبان / دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، عضو مرکز وکلای قوه قضاییه استان یزد.

Mohammad Negahban/ Doctoral student of private law, member of Yazd Province Judiciary Lawyers Center.

[researchact200@gmail.com](mailto:researchact200@gmail.com)

#### Abstract

Option of stipulation and waiver in the post-occurrence warranty contract has effects on the rights, obligations, and duties of the parties, some of which are mentioned in jurisprudence and some of them are mentioned in the subject law. Those who say the permissibility of the option of condition and reduction and the possibility of using it in the guarantee contract rely on the claim of consensus, the existence of necessity, the absence of obstacles, and they are against this category of those who say that the option of condition is not permissible. Contradictions of having a guarantee contract with the requirements of the option of the condition, contradiction of having the option of the condition with the requirements of the nature of the contract, relying on the validity of the guarantee, implying the validity of the guarantee are the reasons that this group cites. It seems that the arguments presented by both sides have the necessary strength and quality and are defensible. Therefore, according to the importance of the topic, this article has been conducted in the form of a library review with the aim of examining the legal analysis of the effects of the condition and cancellation in the warranty contract. The necessary information and data have been

#### چکیده

خیار شرط و اقاله در عقد ضمان پس وقوع دارای اثری در حقوق و تعهدات و تکالیف و طرفین می باشد که به برخی از این آثار در فقه و به برخی دیگر از آنها در حقوق موضوعه اشاره شده است. قائلان به جواز خیار شرط و اقاله و امکان استفاده از آن در عقد ضمان به ادعای اجماع، وجود مقتضی، عدم المانع استناد کرده و در مقابل این دسته قائلان به عدم جواز خیار شرط قرار دارند. منافات داشتن عقد ضمان با مقتضای خیار شرط، منافات داشتن خیار شرط با مقتضای ذات عقد، استناد به ایقاع بودن ضمان، متضمن ابراء بودن ضمان دلالی است که این دسته بدان استناد می کنند. به نظر می رسد استدلال هایی که دو طرف ارائه می کنند هردو از قوت و کیفیت لازم برخوردار بوده و قابل دفاع می باشند. لذا با توجه به اهمیت موضوع این مقاله با هدف بررسی تحلیل حقوقی آثار خیار شرط و اقاله و فسخ در عقد ضمان در قالب یک مطالعه مروری کتابخانه ای انجام گرفته است. اطلاعات و داده های لازم نیز از طریق مطالعه و مرور کتب و مقالات مختلف مورد جمع آوری قرار گرفته است.  
**کلیدواژه‌ها:** آثار حقوقی، خیار شرط، اقاله، فسخ، عقد ضمان.

collected through reading and reviewing various books and articles.

**Keyword:** legal works, condition option, cancellation, cancellation, guarantee contract.

## مقدمه

نهادهای مختلف در حقوق اسلامی که در قانون مدنی ایران در بخش حقوق خصوصی منعکس شده‌اند 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 مکانیسم‌ها به حقوق قراردادهای خصوصی مربوط می‌شود که یکی از شایع‌ترین تقسیم‌بندی‌ها در مورد عقود، تقسیم آن به عقود معین و غیر معین می‌باشد. بنا بر نظر بیشتر حقوق دانان 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 در عقد ضمان وجود دارد یا خیر؟ برخی از حقوق دانان نیز اظهار نظر کرده‌اند که تراضی دو طرف می‌تواند ضمان را به صورت وثیقه اعتباری دین در آورد یا مقرر دارد که طلبکار باید ابتدا به مدیون رجوع کند. از این رو ماده ۶۹۸ قانون مدنی ضمان مطلق را بیان می‌کند و قاعده‌ای است تکمیلی و بر خلاف آن می‌توان شرط 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 مذکور و ماده ۱۹۶ ق.م.د در معاملات و عقود نمی‌توان توافقی نمود که به ضرر غیر باشد. موافقت با استفاده از سازوکار اقاله در عقد ضمان نیز به دلایلی مطرح شده است که اولین آن ارتکاز عرفی یا همان عرفی است که عموم جامعه بدان استناد جسته‌اند. همچنین موضوع از حیث مورد تأیید قرار گرفته است که بدانیم لزوم عقد ضمان ناشی از حقوق است یا احکام. در این بین تحلیل‌های مبتنی بر قیاس دارای اهمیت است. اقاله و خيار عقد ضمان نیز بر همین استوار است زیرا اقاله و خيار به امری اختصاص دارد که فسخ در آن از حقوق طرفین است و اقاله و خيار در مواردی که فسخ امکانپذیر نیست وجود ندارد. بنابراین با اثبات این امر که لزوم عقد ضمان از احکام نبوده بلکه از حقوق می‌باشد، ثابت می‌گردد که امکان شرط خيار و اقاله در ضمان و به طریق اولی امکان اقاله این عقد وجود دارد. عدم سقوط حق اقاله طرفین نیز موضوع دیگری است که بدان اشاره شده است. در این خصوص بر مبنای استصحاب حق خود را به قوت خود باقی دانسته و از آن دفاع می‌کنند. حمایت از عدل و احسان و نیز مبنای دیگری برای دفاع از نظریه می‌باشد. تحلیل ارائه شده که اصل انصاف را مدنظر قرار داده است بیشتر به نظام حقوقی کامن لا نزدیک است که قاعده انصاف در آن در وضع و تفسیر قوانین جایگاه ویژه‌ای یافته است و البته در فقه اسلامی نیز به این قاعده توجه ویژه‌ای شده است. همچنین به حمایت از طرف ضعیف در قرارداد نیز اشاره شده که مبنای مشترکی با حقوق اسلامی دارد. با تأکید بر این موضوعات نگارنده به شرح و تحلیل موضوع خواهد پرداخت.

## بررسی آثار خيار از حیث فقهی

از جمله مواردی که فقها در جریان خيار شرط اختلاف جدی و قابل ملاحظه دارند ضمان است، اختلاف تا حدی است که برخی می‌گویند خيار شرط در ضمان داخل است، برخی می‌گویند داخل نمی‌شود حتی یک فقیه در جای قائل به دخول خيار شرط در ضمان است و در جای دیگر قائل به عدم است. تقریباً میان فقها در جواز جعل خيار برای مضمون له اختلافی نیست. اما در اشتراط خيار برای ضامن، اختلاف شدیدی بین محققان وجود دارد. در بین فقهای امامیه اولین کسی که حکم به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان داده است، علامه حلی در دو کتاب تحریر و قواعد است. بعد از 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. اما در طرف مقابل مشهور فقهای متقدم قبل و بعد از مرحوم علامه حلی بر این باور بودند که اشتراط خيار در عقد ضمان جایز است. محقق یزدی در کتاب عروه الوثقی نیز به همین نظریه گراییده و حکم به جواز اشتراط خيار در عقد ضمان داده است. این مبحث هم از جهت خيار برای ضامن و هم از جهت خيار برای مضمون له قابل بررسی است. عمده‌تأ فقهای امامی این بحث را کتاب ضمان و کتاب بیع ذیل خيار شرط مورد بحث قرار داده

اند. به نظر می‌رسد اولین نفر از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده، شیخ طوسی در کتاب مبسوط در دو باب کتاب بیع و کتاب ضمان و نیز در کتاب خلاف می‌باشد. (طوسی، ۱۴۷۱، ص ۳۵)

با آنکه اکثریت فقهای امامیه نقل ذمه به ذمه را مقتضای ذات عقد ضمان می‌دانند و تراضی برخلاف آن را به هیچ وجه جایز نمی‌دانند ولی قانون مدنی ایران نقل ذمه به ذمه را جز مقتضای اطلاق ضمان دانسته است. با این وجود چون هر دو در مورد ضمان مطلق و بدون قید و شرط، اثر آن را نقل ذمه به ذمه می‌دانند. بنابراین در این مورد، آثار ضمان در هر دوی آنها یکسان است. البته اقلیتی از فقهای امامیه نیز ضمان مطلق را مفید ضم ذمه میدانند که طبعاً اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون له از دیدگاه این فقها نیز همانند نظر اکثریت فقهای عامه است که از پرداختن جداگانه به آن خودداری کرده ایم. اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون عنه، براثت ذمه مدیون و اشتغال ذمه ضامن، یگانگی دین ضامن و مدیون اصلی، عدم امکان اقاله و فسخ ضمان و از بین رفتن تضمینات دین می‌باشد که بررسی خواهد شد.

### امکان یا عدم امکان خیار در ضمان بر مبنای اثر ضمان

اختلافی که علما و محققان در اثر اصلی ضمان دارند میتواند در پذیرش یا عدم پذیرش خیار در ضمان، راهگشا باشد. به این معنا که کسانی که اثر عقد را نقل ذمه به ذمه می‌دانند، می‌توانند معتقد شوند که عقد ضمان، خیار بردار است نظیر عقد بیع. یعنی همانطور که عقد بیع باعث انتقال مالکیت مبیع از فروشنده به خریدار می‌شود، امکان جعل خیار دارد و در صورتی که مشروط له از خیار استفاده نماید و عقد را فسخ کند، ملکیت فروشنده نسبت به مبیع، عود نموده و دوباره مالک مبیع می‌گردد، در عقد ضمان نیز مطلب به همین صورت است. به این معنا که عقد ضمان، موجب انتقال مالکیت میشود طلبی که تاکنون بر گردن مدیون اصلی استقرار داشت، برگردن ضامن مستقر میشود و ضامن در مقابل طلبکار اصلی، بدهکار می‌شود. حال اگر در عقد ضمان، خیار قرار داده شود و مشروط له از حق خود استفاده نموده و عقد ضمان را فسخ کند، بدهی مدیون اصلی دوباره برگشته و بر گردن خود او استقرار پیدا می‌کند. تنها اشکالی که باقی می‌ماند این است که در عقد ضمان، علاوه بر طرفین قرارداد (ضامن و مضمون له) شخص سومی (مضمون عنه) نیز وجود دارد. چطور بدون رضایت او ممکن است، مدیون شود؟

اما اگر معتقد شدیم عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه، در اینجا آیا عقد ضمان از عقود خیاری است یا خیر؟ ممکن است چنین استدلال شود که در این صورت، اثر عقد ضمان، ایجاد وثیقه‌ای برای طلب طلبکار است و ماهیت و ذات وثیقه با شرط خیار منافات دارد، زیرا هدف از وثیقه گذاشتن این است که طلبکار اطمینان خاطر برای وصول به طلب خود پیدا نماید. حال جعل خیار برای ضامن، کاملاً با این هدف منافات دارد، زیرا ضامنی که حق خیار در قرارداد ضمان به نفع او قرار داده شده است، ممکن است هر لحظه عقد را برهم زده و وثیقه طلب کار را از بین ببرد. در نتیجه طلبکار هیچ اعتمادی به این وثیقه ندارد و این با ذات عقد ضمان منافات خواهد داشت.

### اثر ادله قائلان به عدم جریان خیار در عقد ضمان

#### لزوم حکمی ضمان

برخی اینگونه استدلال کرده‌اند که لزوم در عقد ضمان، حکم است نه حق در نتیجه امکان برداشتن این لزوم با شرط خیار نیست. این دلیل مبتنی بر تفاوت گذاردن بین حق و حکم است. به اعتقاد بسیار حق با حکم فرق دارد و تفاوت این در امکان اعمال اراده در مورد حق است به خلاف حکم.

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

اما الضمان فکالنکاح لزومه حکمی، لان منم اثره انتقال الدین الی ذمه الضامن و براء المدیون، فارجاعه الی ما کان لایمکن الا بضمان آخر، و التقایل المتصور فیه ایضاً هو بهذا المعنی. (نائینی، ۱۳۷۳، ص ۵۷)

### نقد موضوع

در خصوص تبیین ماهیت حق و حکم بین محققان و فقها اختلاف نظر زیادی وجود دارد. برخی این دو مفهوم را کاملاً متباین با هم تفسیر کرده و برخی دیگر قائل شده اند که فرقی بین حق و حکم وجود ندارد و هر دو اشاره به مجعول شرعی اند منتهی از حیث آثار، شارع گاهی بین مجعولات خود تفاوت می گذارد. محقق یزدی به جواز اشتراط خیار در ضمان تصریح کرده است: جایز است اشتراط خیار در ضمان رای ضامن و مضمون له. (یزدی، ۱۴۰۹، ص ۳۵۳)

سید حکیم این قول طباطبایی یزدی را اصح میدانند و می گوید: جواز و عدم جواز خیار در ضمان در این مقام مبتنی بر این است که لزوم از حقوق است یا از احکام پس بنابر اول (از حقوق بر لزوم) شرط خیار جایز است و بنابر دوم جایز نیست چون که مخالف کتاب است. و مرتکبات عرفیه مقتضی نظر اول است. ظاهراً مانعین خیار شرط در ضمان هم نظرشان به همین است چون که علامه که از مانعین است منع را به چیز دیگری تحلیل کرده است نه به این که لزوم حکمی است و تصریح کرده است به جواز شرط خیار برای مضمون له، چونکه مضمون له در ابراء و یا مطالبه دین، خیار (اختیار) دارد و اگر لزوم نزد علامه حکمی بود شرط خیار حتی برای مضمون له جایز نمی بود. (حکیم، ۱۴۱۶، ص ۲۸۰)

### تجاوز به حق مضمون عنه

برخی اینگونه استدلال نموده اند که عقد ضمان با سایر عقود فرق دارد. در سایر عقود اصل بر این است که طرفین می توانند با اقاله یا جعل خیار، عقد را فسخ کنند، ولی ضمان یک فرقی با سایر عقود دارد و آن این است که اثر عقد ضمان، به ثالث (مضمون عنه) تجاوز می کند. اگر اثر عقد به طرفین قرارداد محدود می شد، طرفین می توانستند با اراده متقابل، در قرارداد خیار قرار دهند، ولی در عقد ضمان اثر قرارداد به ثالث تجاوز می نماید. اگر برای ضامن خیار قرار داده شود و او خیار خود را اعمال نماید، ذمه مضمون عنه مشغول می شود. در نتیجه امکان جعل خیار برای ضامن در عقد ضمان وجود ندارد. محقق خوبی در این مورد می فرماید: خیار شرط در ضمان دارای اشکال است بلکه ممنوع است و ضمان نباید با سایر عقود مقایسه شود چون که میان اینها تفاوت واضح است چرا که نتیجه عقد اگر راجع به طرفیت خاصی باشد برای طرفین عقد بعد از ثبوت و لزوم آن نتیجه، حق رفیعت از آن وجود دارد بدون حاجت به خیار که به این کار تقایل میگویند که فقط در برخی عقود مانند نکاح وجود ندارد چونکه نکاح فقط با طلاق یا موجبات فسخ منحل می شود و اگر این کار (رفع عقد) برای آنها به صورت نتیجه جایز باشد پس جعل این حق از ابتدا در ضمن عقد که به آن شرط خیار گفته می شود جایز خواهد بود و این به خاطر این است که عقد میان دو طرف است و حق خیار خارج از این دو طرف نیست پس می توانند هرگونه که بخواهد در آن تصرف بکنند تا زمانی که منعی از شارع نرسیده باشد و این برخلاف جایی است که نتیجه عقد مرتبط به شخص ثالث باشد به گونه ای که حق آن دو به دیگری تسری و تعدی می یابد پس این کار برای آنها مجاز نمی باشد به خاطر عدم ولایت آن دو بر شخص ثالث و عقد ضمان از همین گونه است چون که هرچند عقد ضمان قائم میان ضامن و مضمون له است اما حق این دو ارتباط پیدا می کند با مضمون عنه چونکه موجبی برای اشتغال ذمه مضمون عنه برای بار دوم و بعد از فراغت آن، وجود ندارد آنهم به مجرد رضایت یکی از طرفین یا هر دو طرف عقد ضمان به اشتغال ذمه مضمون عنه. پس این امری است که احتیاج به دلیل دارد چنین دلیلی مفقود است. (خوبی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۵)

در نقد این موضوع می توان گفت اولاً در چنین موردی خیار شرط از همان ابتدای عقد ضمان و هنگام انعقاد عقد مطرح می شود و هر چند که ضامن از باب احسان ضمانت می کند اما همو باتوجه به حق بودن جعل شرط، اقدام به جعل خیار می کند و صرفاً طبیعت عقد ضمان به نحوی است که نفر سومی به نام مضمون عنه نیز وجود دارد و این مانع جریان خیار به عنوان حقی از حقوق ضامن نیست. در واقع مضمون عنه حتی در صورت وجود خیار برای ضامن، چیزی را از دست نمی دهد بلکه باری از دوش او برداشته می شود و اگر ضامن با خیار شرط فسخ شود وضع مضمون عنه به حال قبلی و عادی اش بر می گردد حتی می توان گفت او تا زمان فسخ ضمان در آرامش بوده است. و فسخ ضمان مانند سایر عقود است.

### اشتغال ذمه بدون سبب

اثر اصلی عقد ضمان عبارت است از نقل ذمه به ذمه. یعنی به محض اینکه عقد ضمان منعقد شد، دین از عهده مضمون عنه ساقط شده و در حقیقت نوعی ابراء محقق شده است. حال اگر فرض شود که در قرارداد ضمان، به نفع ضامن، جعل خیار شده است و او خیار خود را اعمال نماید، لازمه اش این است که ذمه مضمون عنه، مجدداً مشغول شود و این امر ممکن نیست، زیرا اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه، نیازمند سبب مملک است و در مقدمه گفتیم که شرط خیار از اسباب مملک نیست در نتیجه مدیون شدن مجدد مضمون عنه دلیل و سببی ندارد. (خویی، ۱۴۱۴، ص ۷۴)

محقق رشتی در توضیح این اشکال می گوید: تحقیق این است که گفته شود اگر از دخول خیار شرط، جواز فسخ و ازاله اثر ضمان اراده شود به گونه‌ای که دین به ذمه مضمون عنه بازگردد. در این صورت حق با مانعین است، چونکه دلیلی بر بازگشت ما فی الذمه مضمون عنه، بدون سبب وجود ندارد. پس اگر ضامن بگوید: فسخ این سبب برای بازگشت دین نمی‌شود، بلکه مقتضای فسخ، ابراء ذمه ضامن است نه اشتغال ذمه مضمون عنه. و اگر از دخول خیار شرط، جواز فسخ یعنی ازاله ذمه ضامن اراده شود به گونه‌ای که ذمه مضمون عنه مشغول نشود، در این صورت حق با مجوزین است. اما ظاهر این است که منظور از دخول خیار شرط در ضمان صورت اول است بنابراین وجهی برای دخول خیار شرط در ضمان وجود ندارد. (رشتی، بی‌تا، ۳۸۳)

نقد این دلیل این است که ذمه مضمون عنه، اگر با یک عقد ضمان به نحو مطلق خالی شد، اینجا دلیلی بر اینکه دوباره ذمه او مشغول شود نداریم. اما اگر سبب خالی شدن ذمه مضمون عنه، یک عقد ضمان خیاری است، یعنی یک سبب ضعیف است، که این سبب ضعیف اگر بعد از بین رفت، ما می‌فهمیم که هنوز ذمه مضمون عنه خالی نشده، دلیل نمی‌خواهد. دلیلش این است که این عقد ضمان، یک عقد ضمان ضعیف و یک سبب ضعیفی است. در فرض اول اگر عقد ضمان به نحو مطلق باشد، می‌گوییم ذمه مضمون عنه خالی شده است، عقد ضمان هم واقع شده است، اینجا اگر کسی بخواهد بگوید دوباره ذمه مضمون عنه مشغول می‌شود، دلیل می‌خواهیم، اما اگر یک عقد ضمان، خیاری بود، یعنی، معلوم می‌شود از اول نمی‌توانیم به نحو جزمی بگوییم ذمه مضمون عنه خالی شده است. بلکه ذمه مضمون عنه زمانی از اول خالی می‌شود که این اعمال خیار نکند، اگر اعمال خیار کرد کشف از این می‌کنیم که ذمه مضمون عنه خالی نشده است.<sup>۱</sup>

### بازگشت خیار شرط در ضمان به تعلیق ضمان است

علامه حلی در کتاب ضمان قواعد می‌گوید: و شرط ضمان تنجیز است، پس اگر معلق به آمدن ماه یا شرط خیار شود فاسد میشود. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۶۹)

محقق کرکی در تعلیقه‌ای بر سخنان علامه می‌گوید: مختار علامه در اینجا فساد ضمان با اشتراط خیار است اما ظاهر قواعد الاحکام در قسمت بیع صحت خیار شرط در ضمان است چرا که ضمان را از قاعده خیار شرط استثنا نکرده است در آنجا علامه می‌گوید: خیار در هر عقدی به جز وقف و نکاح ثابت است و در طلاق و عتق و ابراء نیز جاری نمی‌شود و مقتضای این کلام علامه این است که در ضمان جاری می‌شود. اگر گفته شود: ضمان متضمن ابراء ذمه مضمون عنه است و در ابراء خیار شرط داخل نمی‌شود می‌گوییم: ابراء ذمه مضمون عنه حکمی از احکام نقل مال است نه این که متضمن ابراء باشد. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ص ۳۱۳)

بنا بر آنچه گذشت روشن می‌گردد که برای جریان خیار شرط در ضمان مانعی وجود ندارد و عمومات شروط قابل استناد می‌باشد.

### هرجا اقاله ممکن باشد خیار راه دارد

شیخ انصاری در باب خیار شرط در معاملات یک قاعده ابتکاری را به عنوان ملاک جریان خیار شرط در معاملات ذکر می‌کنند و با استناد به همین قاعده خیار شرط در پاره‌ای از عقود را مورد تردید قرار می‌دهند. وی در مورد خیار شرط در نکاح این قاعده را چنینی ذکر می‌کنند: چون تقابل در نکاح جاری نمی‌شود پس خیار شرط در آن جاری نمی‌شود. شیخ انصاری در مقام تمامیت قاعده از حیث اصل و عکس می‌گوید: اظهر به حسب قواعد اناطه دخول خیار شرط به صحت تقابل در عقد است (اصل) ... و اگر تقابل نباشد اشتراط خیار در آن صحیح نیست. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۴۱)

<sup>۱</sup> سیات پایگاه اطلاع رسانی محمد جواد فاضل لنکرانی، درس جلسه ۷۱

محقق تبریزی با قبول ملاک شیخ انصاری (تلازم خیار با اقاله) می‌گوید: صرف اینکه مفاد ضمان انتقال دین از یک ذمه به ذمه دیگر است مانع از دخول اقاله در آن نیست و اگر در دلیل مشروعیت اقاله عموم یا اطلاقی باشد که شامل عقد ضمان شود دیگر اشکالی در شرط خیار در آن نخواهد بود. (تبریزی، ۱۴۱۶، ص ۱۵۱) محقق فشارکی نیز پس از قول به تفصیل، نهایتاً محور را ملاک شیخ انصاری می‌داند: در مورد منافات باید گفت ظاهر بر عدم منافات است چون که مفهوم ضمان چیزی جز نقل مافی الذمه به ذمه دیگری نیست و این منافی تقیید و خیار نیست اما در مورد این که گفته شد ضمان در معنی ابراء است اگر منظور از آن ترتب برائت ذمه باشد این مسلم است اما اگر این موجب عدم خیار در ضمان باشد پس شرط خیار در بیع مافی الذمه نیز باطل خواهد بود که گمان نمی‌کنم احدی منکر صحت آن باشد و اگر منظور این باشد که ضمان انشاء ابراء است پس منع ظاهر است. اما اولی این است که جریان یا عدم جریان خیار شرط در ضمان دائر مدار تقابیل است اگر تقابیل در ضمان باشد خیار در آن جریان می‌یابد. (فشارکی، ۱۴۱۳، ص ۵۳۰)

ماده ۶۹۸ قانون مدنی می‌گوید: بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. طبق این ماده در صورتی که طرفین عقد ضمان هیچ شرطی در ضمان نگنجانده باشند و آن را به صورت مطلق برگزار نمایند، به محض انعقاد عقد، ذمه مضمون عنه از دینی که از آن ضمانت شده بری و دین به ذمه ضامن انتقال می‌یابد. در فقه امامیه نیز اکثریت فقها معتقد به نقل ذمه مضمون عنه به ضامن با انعقاد ضمان هستند با این تفاوت که اینان تراخی برخلاف آن را نیز جایز نمی‌دانند. البته قانون مدنی با آوردن ماده ۶۹۹ و ۷۲۳ امکان ضمان ضم ذمه را پذیرفته است. کبرای این تعلیل شیخ، اشکال دارد. دلیلی بر اختصاص خیار شرط به مواردی که تقابیل در آن مشروع است موجود نیست (روحانی، ۱۴۲۰، ص ۲۷۳) و شرط خیار اگر متوقف بر چیزی باشد آن چیز مشروعیت فسخ است. و این کلام که هر جا تقابیل ممکن باشد خیار ممکن است صرفاً ادعا است. چرا که خیار در نکاح به خاطر برخی عیوب جاری است پس ملازمه ای میان خیار تقابیل نیست. (قمی طباطبایی، ۱۴۰۰، ص ۶۸)

### تحلیل امام خمینی از قاعده تقابیل

در مورد قاعده تقابیل که شیخ انصاری ذکر کرده، امام خمینی (ره) در صحت عکس قاعده اشکال کرده است و ملتزم شده است که هر عقدی که در آن اقاله صحیح است، خیار شرط در آن صحیح است اما عکس این قضیه صحیح نیست. چونکه ملازمه ای میان عدم صحت اقاله و عدم جریان شرط خیار نیست امام خمینی گفته اند: این کبری یعنی: کل ما تجری فیه الاقاله یصح شرط خیار فیه، اصل آن صحیح است اما اصل آن صحیح نیست. اما اصل آن، سر آن آنچه شیخ انصاری گفته نیست بلکه سر آن این است که معامله ای که در آن تقابیل جاری می‌شود از آن کشف می‌شود که آن معامله بعد از تحقق و لزومش، تحت تصرف متعاملین است و خروج امر معامله در دست هر یک از طرفین معامله است. پس به نحو وضوح و اولویت کشف می‌شود که زمام امر معامله قبل از تحقق و لزومش نیز به دست متعاملین است. و اگر می‌خواهی بگو: از این امر کشف می‌شود که لزوم حقی است پس برای آن‌ها است اجتماع بر رفع آن. اما عکس آن صحیح نیست چون که ممکن است عقد موضوع برای حکم شرعی باشد بعد از تحقق عقد نه قبل از آن، پس برای طرفین عقد تصرف جایز است در حال حدوث عقد نه در حال بقاء آن و مانعی برای این احتمال نیست.

### تحلیل محقق یزدی از قاعده تقابیل

محقق یزدی گفته ممکن است قائل به عدم جریان تقابیل در بیع خیاری شد تا زمانی که خیار باقی است. و این به خاطر قصور ادله تقابیل از این مورد است چون که با وجود خیار، اقاله نادم ممکن نیست به خاطر امکان رفع ندامت با فسخ از جهت خیار، به علاوه اشکالی در جریان شرط خیار نیست هر چند که برای او خیار دیگری باشد و جریان اقاله با وجود عدم جریان خیار شرط در جایی که خیار شرط منافی مقتضی عقل باشد امکان دارد مانند عقد رهن بنابراین که خیار شرط در رهن منافی استیثاقی باشد که مقصود از رهن است پس اشکالی در جریان اقاله در رهن نیست و تحقیق این است که نسبت میان اقاله و خیار شرط عموم و خصوص من وجه است. مورد افتراق اقاله مسئله رهن وقف است بنابراین که شرط خیار در وقف منافی دوام و در رهن منافی استیثاق باشد بنابراین شرط خیار در این‌ها جایز نیست اما بعد از انعقاد و اتمام آنها اقاله جایز است اگر که موقوف علیه معین باشد یا اینکه اقاله با ولی وقف انجام شود. مورد افتراق خیار شرط، برخی ایقاعاتی است که خیار شرط در آن جاری می‌شود یا ممکن است که در آن جاری شود ولی معنایی برای جریان اقاله در ایقاعات نیست چونکه اقاله نیازمند دو طرف است اما ایقاع یک طرف دارد اما با این وجود اشتراط خیار

برای کسی که طرف ایقاع نیست ممکن است مانند اینکه در طلاق خیار برای زوجه یا برای خودش (زوج) قرار دهد و زوجه به آن رضایت دهد همچنین در ابراء و مانند آن.

حاصل این که تفکیک از جانب اقاله و خیار شرط ممکن است هر چند که واقعاً چنین نباشد. بنابراین نمی‌توان به تقابلی به عنوان ملاکی برای دخول خیار شرط در عقود از جمله ضمان قائل شد. برخی قاعده تقابلی را رد کرده و دلیل دیگری برای منع ارائه می‌دهند: لزوم ضمان حکمی است و مراد از لزوم حکمی این است که تقابلی در آن راه ندارد همچنین گفته که اثر ضمان انتقال ضمان به ذمه ضامن است پس مضمون عنه ضامن نمی‌شود مگر با ضمان جدیدی در اینجا بهتر است بگوییم خیار شرط محتاج به دلیل است و بر جریان خیار در ضمان دلیلی نیست. (قمی طباطبایی، ۱۴۰۰، ص ۱۷۳)

اشکال این کلام واضح است چرا که عموماً وفای به شروط نه تنها ضمان بلکه در عموم معاملات قابل اجرا می‌باشد.

## بررسی آثار از حیث حقوقی

### یگانگی دین ضامن و مدیون اصلی

از آنجا که ماهیت ضمان همانند تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون (بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی) می‌باشد و دین ضامن همان دین مضمون عنه است و هیچ تغییری در آن ایجاد نمی‌شود، پس ضامن جانشین مضمون عنه در پرداخت دین می‌باشد. این جانشینی نتایجی دارد که عبارتند از:

- ۱- ضامن به تمام شرایط و توابع دین باید پایبند باشد. مگر اینکه شرط خلاف شده باشد، به عنوان مثال اگر در قرارداد ضمان شرط خلاف نشده باشد در صورتی که مدیون تعهد کرده بود که دین را در محل معینی بپردازد ضامن نیز ملزم به این تعهد می‌باشد، متقابلاً اگر مضمون له نیز مثلاً با مضمون عنه توافق کرده باشند که وجه التزامی بپردازد، ضامن نیز می‌تواند از آن استفاده نماید.
- ۲- ضامن می‌تواند از تمام ایرادهایی که جنبه شخصی نداشته و مربوط به خود دین است، هر چند که منشأ آن پیش از ضمان باشد، استفاده نماید، مثلاً اگر دین نامشروع بوده و به علت حجر مضمون عنه، قرارداد باطل باشد ضامن نیز می‌تواند به آنها استناد کرده و از پرداخت دین خودداری کند. تهاتر و مالکیت ما فی ذمه و ابراء، وفای به عهد و اقاله پیش از ضمان نیز سبب سقوط دین موضوع ضمان و نتیجتاً تعهد ضامن می‌شود. وفای به عهد توسط مضمون عنه و اقاله ی عقد مبنای دین مضمون عنه به مضمون له نیز باعث براءة ضامن شده و می‌تواند در برابر مضمون له به آنها استناد کند.

### عدم امکان اقاله و فسخ ضمان

عقد ضمان بین ضامن و مضمون له و بدون دخالت مضمون عنه واقع می‌شود (ماده ۶۸۴ قانون مدنی) ولی با این حال نسبت به مضمون عنه نیز اثراتی دارد و در ضمان نقل ذمه باعث قری شدن او می‌شود، حال با توجه به این مطلب باید دید عقد ضمان تا چه حد بین طرفین الزام آور است و آیا امکان اقاله یا فسخ آن توسط طرفین وجود دارد؟

### اقاله ضمان توسط ضامن و مضمون له

در مورد اقاله ضمان قانون مدنی صریحاً چیزی نگفته است ولی حقوقدانان اقاله عقد ضمان توسط طرفین آن را جز با رضای مضمون عنه جایز ندانسته‌اند. زیرا فرض این است که با انعقاد ضمان مضمون عنه بری شده است و ضامن و مضمون له با اقاله ضمان قصد دارند شخص بری الذمه را مدیون کنند که این کار بدون رضایت او امکان پذیر نیست. این نظر را باید تأیید کرد زیرا قانونگذار در ماده ۱۹۶ تعهد به نفع ثالث را جایز دانسته است بنابراین می‌توان به نفع ثالثی متعهد شد. اما در مورد ایجاد تعهد برای ثالث ماده ۲۳۱ آن را منع کرده است. در این ماده آمده است: معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است. با توجه به این ماده چون با اقاله تعهد جدیدی برای مضمون عنه ایجاد می‌شود بنابراین بدون رضایت او امکان پذیر نیست. در فقه امامیه نیز چون با وقوع عقد ضمان، ذمه مدیون بری می‌شود وضعیت همانند قانون مدنی ایران است و فقها بدون رضایت مضمون عنه اقاله ضمان را جایز ندانسته‌اند.

### فسخ عقد ضمان

ماده ۷۰۱ قانون مدنی می‌گوید: ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت بدین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.

در ماده ۶۹۰ قانون مدنی آمده است: در ضمان شرط نیست که ضامن مال دار باشد لیکن اگر مضمون له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد میتواند عقد ضمان را فسخ کند ولی اگر ضامن بعد از عقد غیر ملی شود مضمون له خیارى نخواهد داشت. با توجه به این که عقد ضمان لازم است و با انعقاد آن مضمون عنه نیز بری شده است بنابراین طرفین نمی‌توانند آن را فسخ نمایند و فقط در موارد معدودی این حق برای آنها وجود دارد که ماده ۷۰۱ آنها را بر شمرده است. حق فسخ عقد در موردی که نسبت به دین مضمون به حق فسخ وجود دارد امری طبیعی است. چرا که در موقع انعقاد عقد ضمان وجود حق فسخ مدنظر طرفین بوده است. در فقه امامیه نیز حق فسخ عقد ضمان به وسیله ضامن یا مضمون له منع شده است و بعضی فقها معتقدند که ضامن حتی با اذن مضمون عنه حق فسخ ضمان را ندارد. مضمون له نیز حق فسخ عقد ضمان و رجوع به مضمون عنه ندارد. حتی اگر ضامن بعد از ضمان معسر شده باشد و یا این که در حین ضمان هم معسر بوده ولی ضامن به اعسار او آگاه بوده است. ولی اگر در عقد ضمان جعل خیار شده باشد هریک از ضامن و مضمون عنه در صورت تخلف می‌توانند ضمان را فسخ نمایند.

### ساقط شدن تضمینات دین

قانون مدنی ایران در مورد وضعیت تضمینات دین در مورد ضمان به صراحت چیزی نگفته است ولی نویسندگان در این زمینه نظرات متفاوتی را ارائه کرده اند. بعضی از آنها با اینکه ضمان نقل ذمه را مورد پذیرش قرار داده‌اند با این حال تضمینات دین را پس از عقد ضمان نیز باقی می‌دانند.

۱- استدلال این نویسندگان این است که ضمان بر مبنای نوعی انتقال دین است و در انتقال دین نیز، دین با تمام توابع خود منتقل الیه انتقال می‌یابد. در ضمان نیز همانند انتقال دین، اگرچه ذمه مضمون عنه بری میشود ولی چون دین از نظر مضمون له هیچ تغییری نکرده است و فقط محل دین تغییر کرده، که تغییر محل دین نیز، تغییری در شرایط دین نمی‌دهد و دین همانند دین قبلی است، لذا تضمینات دین نیز به همان صورت باقی می‌ماند.

۲- گروهی دیگر معتقدند ضمان نقل ذمه مبتنی بر تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است، بنابراین تضمینات دین سابق به محض انعقاد ضمان از بین میرود.

۳- برخی حقوقدانان نیز معتقد هستند ضمان نقل ذمه مبتنی بر انتقال دینی است که در بند ۲ ماده ۲۹۲ زیر عنوان تبدیل تعهد آمده است و قانون مدنی در این گونه انتقال دین بر طبق ماده ۲۹۳، تضمینات دین سابق را ساقط می‌داند.

این نظرات مصون از انتقاد نمانده‌اند، بر نظر اول انتقاداتی به این شرح وارد شده است:

۱- ضمان در اصطلاح نویسندگان قانون مدنی یکی از اقسام تبدیل تعهد است. لذا نویسندگان قانون مدنی در ماده ۲۹۲ ابتدا در بند یک تعریف تبدیل تعهد را آورده اند و در بند ۲ و ۳ انتقال دین و طلب را به جای تبدیل تعهد نهاده‌اند. ماده ۲۹۳ نیز گفته است در تبدیل تعهد، تضمینات دین سابق بر دین لاحق تعلق نخواهد گرفت مگر اینکه طرفین صریحاً شرط کرده باشند و مقصود از تبدیل تعهد در این ماده همان موارد سه‌گانه ماده ۲۹۲ میباشد که تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون را نیز در بر می‌گیرد.

۲- مهمترین اثر نقل ذمه برائت مدیون اصلی است و با گرو ماندن مال مدیون نمی‌توان ادعا کرد که او بری شده است در موردی هم که دیگری برای دین مدیون وثیقه می‌دهد، این وثیقه به ملاحظه شخصیت مدیون است. بنابراین پس از بری شدن او دلیلی برای باقی ماندن وثیقه وجود ندارد همچنین است دادن کفیل و ضامن، چنانکه بند ۳ ماده ۷۴۶ یکی از موارد برائت کفیل را ابراء ذمه مکفول از حقی که مکفول له بر او دارد، به نحوی از احاء می‌داند.

۳- در فقه نیز اکثریت قریب به اتفاق فقها و ثائق دین را پس از انعقاد ضمان آزاد می‌دانند، پس با توجه به اینکه قانون مدنی از نظر آنها پیروی نموده، در قانون مدنی نیز تضمینات دین را باید ساقط شده دانست.

برنظر سوم نیز این ایراد وارد است که بند ۲ ماده ۲۹۲، نمی‌توان انتقال دین باشد زیرا همانطور که یکی از حقوقدانان نیز اشاره کرده است در انتقال مستقیم دین عمل حقوقی بین مدیون و شخص ثالث انجام می‌شود و طلبکار در این میان نقشی ندارد. یعنی مدیون (انتقال دهنده) به طور مستقیم و بدون واسطه دین را به شخص ثالث (منتقل الیه) انتقال می‌دهد. ولی در عقد ضمان شخص ثالث



(ضامن) و طلبکار طرفین عقد هستند و مدیون دخالتی در عمل حقوقی ندارد. با توجه به این موضوع نمی توان ضمان را انتقال مستقیم دین در نظر گرفت بلکه همان تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون است. با توجه به این انتقادات به نظر می رسد که نظردوم که ضمان را تبدیل تعهد از نوع بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی دانسته و تضمینات دین را بعد از انعقاد آن ساقط شده میدانند قابل قبول باشد چرا که طبق تعریف عقد ضمان در ماده ۶۸۴ در این عقد شخص ثالثی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می گیرد و با مقایسه این تعریف با بند ۲ ماده ۲۹۳ که می گوید: شخص ثالثی با رضایت متعهد له قبول کند که دین متعهد را ادا نماید. متوجه انطباق این دو مورد می شویم و از آنجا که ماده ۲۹۳ در کلیه موارد تبدیل تعهد در صورت عدم شرط مخالف، تضمینات دین را ساقط می داند. در ضمان نیز تضمینات دین از بین می رود.

در فقه امامیه نیز با توجه به نظریه نقل ذمه و برائت مدیون، طبیعتاً وثیقه های دین نیز باید ساقط شوند و بر همین مبنا اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه حکم به آزادی وثایق دین و از بین رفتن تضمینات دین داده اند. تعداد معدودی از فقها امامیه به ابقای تضمینات پس از انعقاد ضمان اعتقاد دارند.

الف- عده ای معتقد به ضمان ضم ساده هستند.

ب- عده ای معتقداند ضامن و مضمون عنه در عرض همدیگر هستند.

ج- عده ای ضم ذمه را مقتضای اطلاق ضمان میدانند و تراضی برای نقل ذمه را جایز می دانند.

از آنجا که هر سه گروه در حالت اطلاق عقد ضمان، ضم ذمه بودن آنرا قبول دارند و از نظر آثار بین ضم ذمه ضمان تضامنی شباهت های زیادی وجود دارد و از طرف دیگر قانون تجارت هم تضامنی را پذیرفته است، پس این نظرات و قانون تجارت در یک مبحث بیان می شوند.

### بقاء ذمه مضمون عنه

آن دسته از فقها عامه که معتقد به ضمان ضم ذمه ساده هستند، میگویند بعد از انعقاد ضمان ذمه ضامن نیز به عنوان وثیقه دین به ذمه مضمون عنه منضم میشود ولی با این حال مدیون اصلی، مضمون عنه می باشد ذمه اش همچنان به دین مشغول است و مضمون له ابتدا به او مراجعه می نماید. آنهایی هم که پذیرفته اند تعهد ضامن و مضمون عنه در عرض همدیگر است، معتقد اند که ذمه مضمون عنه بعد از انعقاد ضمان همچنان مشغول بوده و مضمون له می تواند به هر یک از ضامن و مضمون عنه که خواست مراجعه کند و از این نظر فرقی بین آنها وجود ندارد. در قانون تجارت نیز طبق ماده ۴۰۲ این قانون دین بر ذمه مضمون عنه باقی می ماند و مضمون له میتواند به او یا ضامن هر کدام که خواست مراجعه کند، مگر اینکه در عقد ضمان یا قرارداد جداگانه ای شرط مخالف شده باشد.

### فرعی بودن تعهد ضامن

در ضمان ضم ذمه با اینکه دین بر عهده مضمون عنه و ضامن هر دو می باشد، با این حال دین اصلی بر عهده مضمون عنه است و تعهد ضامن جنبه فرعی دارد. طبق نظر آن دسته فقهای عامه که ضم ذمه ساده را قبول کرده اند نتایج فرعی بودن تعهد ضامن این است که طلبکار ابتدا باید به مضمون عنه رجوع نماید و در صورت امتناع او از پرداخت دین به ضامن مراجعه کند. بعد از پرداخت دین توسط ضامن نیز چون مدیون اصلی عهده دار دین بوده و اصل می باشد، ضامن می تواند به او مراجعه کند و آنچه پرداخته از او بگیرد. اما بر طبق نظر دسته ای از فقهای عامه و همچنین بر طبق قانون تجارت ایران نیز با اینکه تعهد ضامن جنبه تبعی دارد و مضمون عنه مدیون اصلی است با این حال از نظر رابطه بین ضامن و مضمون له و وضعیت آن دو مانند هم بوده به هر کدام که بخواهد می تواند مراجعه نماید و ممکن است چنین به نظر برسد که تعهد ضامن در برابر طلبکار تبعی نبوده و تعهد مستقلی می باشد. ولی با توجه به اینکه تعهد ضامن در برابر مضمون له به خاطر ضمانت از دین مضمون عنه می باشد و در حقیقت یک دین وجود دارد و شرایط دین ضامن در برابر مضمون له همان شرایط دین مضمون عنه است و در صورتی که شرط مخالف نشده باشد از نظر میزان و حال یا موجد بودن یکسان هستند، بنابراین جنبه فرعی دارد.

### امکان اقاله ضمان

از آنجا که در ضمان ضم ذمه به ذمه، ضامن به خاطر ایجاد وثیقه برای طلبکار صورت می گیرد از نظر برائت ذمه نفع چندانی برای مضمون عنه ندارد و با وجود انعقاد ضمان اون همچنان مدیون دین باقی مانده و ذمه اش بری نمی شود. با اقاله ضمان تنها مضمون له مقداری از وثیقه خود را از دست می دهد و به مضمون عنه هیچ زبانی نمی رسد لذا به نظر می رسد طبق نظر اکثریت فقهای عامه

که معتقد به ضمان ضم ذمه هستند، اقاله عقد ضمان امکان پذیر است و ضامن و مضمون له می توانند با تراضی همدیگر عقد ضمان را اقاله نمایند. در قانون تجارت ایران هم در این مورد چیزی گفته نشده ولی با توجه به اینکه در ضمان تضامنی اقاله ضمان مشکلی ندارد، لذا ضامن و طلبکار می توانند آن را اقاله نمایند.

### بقاء تضمینات دین

در ضمان ضم ذمه به ذمه مضمون عنه بری نشده و با وجود انعقاد ضمان، مدیون اصلی دین، خود او می باشد، و دین او انتقال نمی یابد. بنابراین طبیعی است که تضمینات دین نیز به قوت خود باقی بماند. چرا که هدف طلبکار از گرفتن ضامن، به دست آوردن وثیقه بیشتر برای دین می باشد و اگر گفته شود که با ضمانت از او وثیقه های دین از بین برود نقض غرض شده، این هدف تامین نمی شود. البته در فقه عامه، مطلبی در این مورد به بیان شده ولی طبق اصول کلی مورد قبول این فقها، قبول چنین نظری منطقی به نظر می رسد. در قانون تجارت ایران نیز در این مورد صریحاً تعیین تکلیف نکرده ولی با توجه به اینکه در ماده ۴۱۱ گفته است: اگر دین اصلی وثیقه غیر منقول داشته باشد، مضمون له مکلف به انجام تشریفاتی است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است. از این ماده چنین استنباط می شود که وثیقه های دین با وقوع ضمان باقی می ماند. چرا که اگر وثیقه های دین بعد از ضمان از بین می رفت دیگر صحبت از انتقال وثیقه توسط مضمون له به ضامن بی مورد بوده و با توجه به این ماده در قانون تجارت تضمینات و وثایق دین به قوت خود باقی می ماند.

### امکان فسخ عقد ضمان توسط مضمون له و عدم امکان فسخ توسط ضامن

در فقه عامه با توجه به اینکه ضمان به منظور ایجاد وثیقه بیشتر برای مضمون له منعقد و به نفع او ایجاد می شود، لذا او می تواند از این وثیقه صرف نظر کرده و آن را فسخ نماید. زیرا در این صورت به نفع ضامن عمل کرده و او را از دینی که بر عهده گرفته بود رها می سازد و از طرف دیگر هیچ زیانی هم متوجه مضمون عنه نمی شود. چرا که او قبل از فسخ نیز مدیون دین بوده و هیچ تعهد اضافی برای او به دنبال ندارد. در قانون تجارت هم چیزی در این مورد بیان نشده ولی از آنجا که ضامن به عنوان وثیقه دین برای طلبکار می باشد و تا حدی شبیه رهن در قانون مدنی است با استفاده از وحدت ملاک ماده ۷۸۷ می توان گفت عقد ضمان نسبت به مضمون له جایز و نسبت به ضامن لازم است.

### بررسی آثار در پرتو اقاله

در بحث اقاله در عقد ضمان توضیح داده شده است و به نظر می رسد که اگر این اقاله با اجازه و رضایت مضمون عنه نباشد دیگر ذمه وی مشغول نمی گردد و مضمون له در این عمل به ضرر خود اقدام کرده و طلب خود را از دست می دهد. ولی بر مبنای ضم، مضمون له در این عمل به ضرر خود اقدام کرده و طلب خود را از دست می دهد. ولی بر مبنای ضم، مضمون له پس از اقاله می تواند به مضمون عنه رجوع و دین خود را از وی دریافت نماید. از آنجا که بحث در مورد اقاله بیش از این نمی تواند مورد نظر قرار گیرد و خود می تواند موضوع مقوله ای مستقل باشد بیش از این در مورد آن صحبت و بحث نخواهیم کرد.

### مخالفت با استفاده از سازوکار اقاله در عقد ضمان

برخی مخالف استفاده از سازوکار اقاله در عقد ضمان بوده اند و به دلایل خود که بیشتر از طرف علمای شیعه مطرح شده است استناد جسته اند. البته در بین اهل تسنن تا جایی که نگارنده به تحقیق پرداخته است برخی برای این نظر اصالت قائل شده اند. پس از تحقق عقد ضمان، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل و ذمه مضمون عنه بری میشود؛ دلیل این حکم اجماع و نصوص دانسته شده است و این برخلاف نظری است که فقهای عامه در خصوص این موضوع داشته اند. پس اگرچه در بین فقهای شیعه و فقهای عامه هر دو نظر در تقابل و کش و قوس می باشد اما این مسئله که بعد از آن که عقد ضمان، ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل گردد و قائل به این نظر باشیم که ذمه مضمون عنه بری گردد در بین فقهای عامه به طور موردی پذیرفته شده است. بیشتر عبارت پردازی های فقهای عامه نیز مبتنی بر رد این نظر می باشد و در اغلب موارد چنین تصریح کرده اند که پذیرش این نظر در بین عامه شاذ و نادر بوده است. تحقیق یافت ظاهر نظریات فقهای امامیه آن است که ضم ذمه به ذمه حتی با تصریح و شرط در عقد نیز صحیح نمی باشد؛ اما برخی از فقها به استناد عمومات ادله در این مورد صحت عقد را صحیح دانسته اند. (قاسم زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۴۱)

در آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور نیز در خصوص تاکید بر این موضوع موارد وجود دارد. برای مثال در یکی از آراء دیوان عالی کشور آمده است:

«اگر کسی مبلغی به دیگری مدیون گردد و یک نفر تعهد کند که در صورت فروش اموال مدیون طلب دائن را از بهای آن وصول و ایصال نماید. این نحو از تعهد ضمان مصطلح نیست تا مشمول ماده ۶۹۸ قانون مدنی باشد زیرا مطابق ماده ۶۸۴ قانون نامبرده ضمان عبارت است از نقل مالی از ذمه مدیون به ذمه متعهد یعنی ضامن و در این مورد تعهد انجام عملی را به نحو تعلیق برعهده گرفته است نه وجه دین را.»<sup>۲</sup>

با صدور این رای وحدت رویه مشخص می‌شود که این نظر در همان سال‌های ابتدایی از تصویب قانون مدنی مورد چالش حقوقدانان بوده است. به نظر می‌رسد این چالش به عدم تصریح قانون‌گذار و مشخص نبودن موضع او در دفاع از یک نظر یا رد آن می‌باشد در حالی که در قانون مدنی و در فقه امامیه چالش‌های زیادی در خصوص این گونه از موضوعات وجود دارد و نمی‌توان در نهایت به نظر واحدی در این مورد رسید باید به تصریح شفاف قانونگذار که با اصل حاکمیت قانون انطباق بیشتر دارد به طور مشخص این موارد معلوم گردد. پس به طور کلی در اولین رای وحدت رویه که در صدد اجماع حقوقی از حیث رویه ای بوده است آنچه که مشهور و مد نظر اکثریت فقهای امامیه بوده و مورد قبول قرار گرفته است. رای دیگر در مورد تنظیم اجاره نامه است که پیش از آن در سال ۱۳۱۶ بدان استناد شده است که باز پیروی از نظریه قبلی در آن مشهود می‌باشد. در این رأی آمده است:

«هرگاه طرفین در موقع تنظیم اجاره نامه نظر به ضمان مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مدنی نداشته باشند تا ذمه مضمون له یعنی مستاجر در مقابل مضمون له موجه بری و ذمه ضامن مشغول گردد بلکه با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی مستاجر و متعهد در مقابل موجه تعهد انجام مقررات مذکور در اجاره نامه و پرداخت مال الاجاره را کرده باشند، چنین تعهدی منع قانونی نخواهد داشت.»<sup>۳</sup>

باری در این مورد بین حقوقدانان ایرانی و دیگر کشورها و بین فقهای امامیه و عامه اختلاف نظر وجود دارد که بحث تحلیلی در مورد این اختلافها از حوصله این مقاله خارج است. در کل به نظر می‌رسد چالش‌های موجود در فقه که بحث‌هایی تئوریک محسوب شده و به نوعی در نظم حقوق کنونی در ایران جزو منابع دست دوم و دکتترین محسوب می‌شوند و الزامی به رعایت آنها وجود ندارد نیز در بحث قانونگذار چالش‌های جدیدی را ایجاد کرده است. دلایلی که در رد استفاده از نهاد اقاله در عقد ضمان آورده شده است به این ماده برمیگردد. برخی حقوقدانان معتقدند که تراضی طرفین باعث می‌گردد که مضمون عنه بری دوباره مدیون شود هیچ کس نمی‌تواند بدون رضای دیگری او را مدیون سازد. این نظریه با عدالت که در حقوق اسلامی و حتی در فلسفه کانتی و در حقوق رومی ژرمنی بر آن تاکید شده است سازگاری چندانی ندارد. شاخص در موقعی از زمان به موجب تعهدی که داشته مدیون می‌باشد و مدیون کردن مجدد وی به نظر نمی‌رسد که از نظر منطق حاکم بر عدالت صحیح باشد. شخص در واقع به موجب تعهدی مدیون است ولی بازگرداندن این موضوع به حالت اولیه آن صحیح و منطقی نبوده و مخالف معیارهای مبتنی بر عدالت در جامعه اسلامی و حقوقی است که مبانی خود را در اسلام و بنیان‌های آن جستجو می‌کند. از این رو باید منطق دیگری بر موضوع حاکم باشد. بنابراین و مطابق آنچه در این مقوله به طور تحلیلی توضیح داده شده است طبق ماده ۶۹۸ ق.م. بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به دین مشغول می‌شود بنابراین شخص بری را نمیتوان بدون رضایت وی مدیون نمود. (امامی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۷)

این نظر البته از یک جهت قابل دفاع و از طرف دیگر قابل نقد به نظر می‌رسد. این نظر از این جهت قابل دفاع است که ثبات و امنیت در روابط قراردادی بین طرفین یک اصل مهم حقوقی محسوب می‌شود. چگونه ممکن است اشخاص تعهداتی را در مقابل یکدیگر قبول کند و به واسطه اقاله این تعهدات دستخوش تزلزل و بی‌ثباتی شود. در چنین شرایطی استفاده از نهاد اقاله به نظر با ذات و ماهیت این سازوکار نیز در تعارض به نظر می‌رسد. پس در واقع امر بین مقوله عدالت در قراردادها و تعهدات طرفین و همچنین در خصوص امنیت در روابط حقوقی ایجاد چالش شده است و باید به ناچار یکی را بر دیگری ترجیح داد و این واقعیت را پذیرفت که جمع بسیاری از مفاهیم ذهنی و انتزاعی در عالم حقوق با آنچه در واقعیت جریان دارد امکان پذیر نمی‌باشد. در این خصوص و در عمل هرکس تحلیل‌هایی را خواهد پذیرفت که با نفع شخصی خود در درجه اول تطبیق داشته باشد و اگر شخص در مقام وکالت

<sup>۲</sup> رای شماره ۱۹۰۴-۱۳۲۰/۰۴/۳۱-شعبه یکم دیوان عالی کشور

<sup>۳</sup> رأی ۱۵۶-۲۹-۱۳۱۶-شعبه ۳ دیوان عالی کشور

باشد نفع شخصی منافع کاری اش نیز در موضوع دخیل خواهد شد. در این کارزار ممکن است استدلال های هر یک از طرفین از قدرتی برخوردار باشد که توان مقابله با آن وجود نداشته باشد. مدیون شدن دوباره مضمون عنه نه تنها تضمین مربوط به عقد برای وی محسوب نمی شود بلکه روابط حقوقی بین طرفین را نیز با چالشی جدی مواجه می سازد. چنانچه می دانیم امروزه بسیاری از محکومیت های مالی مشمول قوانین کیفری نیز می شوند. قوانین کیفری تحدید کننده حقوق و آزادیهای مردم محسوب می شوند. در شرایطی که در ابتدا شخص به واسطه عقد ضمان و ضمانت ضامن، بری شده است خود را آزاد و بی نیاز از پرداخت بدهی تلقی می کند و دوباره مدیون شدن وی خلاف مروت و اخلاق به نظر می آید. از سوی دیگر اما این تحلیل قابل دفاع نیست و انتقاداتی بدان وارد است. برای مثال می توان گفت معلوم شدن نیت سوء مضمون عنه مشخص شود که هیچگاه قادر به پرداخت دین نیست یا نمی خواهد آن را پرداخت نماید. این نظر البته در حقوق ایران به نظر می رسد حداقل جایگاهی نداشته باشد و تنها با رضایت خود مضمون عنه میتوان دوباره او را مدیون ساخت. به این دلایل به دلیل طولانی بودن بحث در قسمت بعد پرداخته خواهد شد.

### فسخ در عقد ضمان

ماده ۷۰۱ قانون مدنی مقرر داشته است: « ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین و یا در صورت تخلف از مقررات عقد.» دلیل حق فسخ عموم ادله شروط است و جایز است برای هر یک از ضامن و مضمون له چیزی شرط شود که در صورت تخلف، خیار تخلف شرط ثابت میشود. در قسمت اخیر این ماده عبارت مضمون به نظر زاید می رسد و باید این عبارت از متن ماده حذف گردد. هرچند که استثنایی بودن فسخ به علت مخالفت با اصل لزوم در سایر عقود نیز وجود دارد ولی اشاره قانونگذار به موارد فسخ در عقد ضمان در حقیقت تاکید بر این نکته بوده که غیر از موارد معین شده در ماده ۷۰۱ قانون مدنی حق فسخ یا تفاسخی برای متعاملین متصور نیست. در واقع این موارد نیز با تفسیرهایی که از قانون مدنی استنباط شده است در چالش می باشد. سوال اصلی این است که اگر قانونگذار در متن قانون و در هنگام نگارش آن بر مورد یا موارد خاصی تاکید نماید می توان آن مورد یا موارد را تفسیر موسع نمود؟ در ماده فوق الذکر نیز به نظر می رسد مورد یا مواردی که معین شده است فقط باید به طور مضیق تفسیر شوند و این استثناء را در مواردی که وجود دارند باید در هر مورد به طور خاص به کار گرفت. پس اگر چه گفته شد میتوان از قانون مدنی تفسیرهایی موسع به دست داد ولی منطق حاکم بر این گونه تفسیرها باید به طور دقیق مشخص شوند. البته در این مورد نظر مخالفی نیز ابراز شده است. چنانچه برخی گفته اند در هیچ متنی از قانون نیامده است که اقاله ویژه عقد لازم است. اما پرسش این است که این تفسیر چگونه ممکن است مورد قبول واقع شود. در چنین شرایطی قانون مدنی تاب تفسیرهایی را خواهد داشت که از حیث آثار نیز به گسترش موضوع دامن زده و چارچوبهایی حقوقی را که برای موضوع یا موضوعات خاص تعیین شده را با ایراد مواجه میسازند. در این خصوص به نظر می رسد باید محدودیتهایی بر تفسیر روا داشت تا از این طریق نهاد حقوقی دارای دامنه ای محدود نیز باشند. اینکه بگوییم عقد لازم را جز از طریق اقاله یا داشتن خیار نمی توان فسخ کرد؛ بدین معنی نیست که اقاله ویژه عقد لازم است بلکه به این معنی است که عقد لازم را فقط با اقاله و خیار می توان برهم زد. آنچه سبب شده است که اقاله به تراضی بر انحلال عقد لازم تعریف شود، محدود شدن انحلال عقد لازم به تراضی یا داشتن خیار به علت قانونی است و خود اقاله ویژگی خاصی ندارد که آن را ویژه عقد لازم بدانیم. عدم نیاز به توافق اراده در انحلال عقد جایز بدین معنی نیست که متعاملین در عقد جایز نمی توانند از توافق در انحلال عقد بهره گیرند.

### اثر قبول نظریه تعهد به نفع شخص ثالث

در عقد ضمان، مضمون عنه نسبت به طرفین معامله ثالث محسوب می گردد و هرگونه توافقی به ضرر وی خلاف مادتهای ۳۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی باطل میباشد. از سوی دیگر اقاله عقد ضمان مغایر با ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد، زیرا طبق این ماده «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» در حالی که اقاله عقد ضمان؛ اولاً؛ توافقی می باشد که حدود آثار آن از چارچوب قانونی که طرفین فقط در حدود آن مجاز به انعقاد قراردادند فراتر می رود و در اشخاص ثالث نیز موثر می افتد. ثانیاً؛ اقاله قراردادی است که مخالف صریح قانون (مواد ۲۳۱-۱۹۶-۷۰۱) می باشد. این دو محدودیتی که مورد اشاره قرار گرفتند نیز مورد نقد و بررسی از حیث آثاراند.

در صورتی که برای نهادهای حقوقی از جمله ضمان قائل به چارچوب و محدودیت باشیم نمی توان گفت که این محدودیت به دلایل منطقی که مد نظر قانونگذار بوده اند دستخوش توافق اشخاص به طور موردی قرار گیرند. بسیاری از قواعد حقوقی به دلایل و با فلسفه خاصی وضع می شوند که نباید آن را دستخوش قضاوت های شخصی افراد قرار داد. این موضوع از این جهت اهمیت دارد که از حیث آثار نیز محدوده آن نیز ممکن است دچار نوسان شده و در قبض و بسط قرار گیرند. این موضوع از این نظر که ممکن است آثار و احکامی که به موجب قانون برای مقوله ای خاص در نظر گرفته می شود در چارچوب تعیین شده نبوده یا از آن حد و حدودی که مدنظر و اندیشه و منطق حقوقی قانون گذار بوده فراتر رود نیز با ایراد روبروست. پس در شمول قرار دادن آن در قانون مدنی قابل نقد به نظر می رسد.

### انتساب ضمان از احکام

این مقوله که ضمان در زمره حقوق به شمار می رود یا در زمره احکام در فقه اسلامی و در حقوق ایران و در مقوله مورد بحث می تواند آثار متفاوتی را به بار آورد. در حقوق اسلامی احکام اصولاً مقوله هایی است که از طرف فقها به صورت موردی عبارت پردازی شده و نمی توان گفت که البته با حقوق همپوشانی ندارند. برخی از فقها چنان چه پیشتر بدان اشاره شده ضمان را از مقوله احکام محسوب کرده اند و باور دارند که آثار احکام همان چیزی است که خود در کتب فقهی بدان پرداخته و اشاره داشته اند. از این رو باید گفت در برخی از آثار فقهی موضوع احکام پذیرفته شده اند که در ضمان امکان توسل به اقاله وجود دارد. پس آثار که بر این مقوله مترتب می شوند آثاری است که در فقه آمده و از آنجا که نظام قانونگذاری در ایران مرز های مشترکی با نظام فقهی دارد و برآمده از این نظام می باشد باید آثار را از حیث مجموعه های فقهی بیرون کشید.

### اثر از حیث ماده ۷۳۳ قانون مدنی

ماده ۷۰۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی توانند آن را فسخ کنند مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون به و یا در صورت تخلف از مقررات عقد». در تفسیر این ماده برخی معتقدند که در امکان شرط خیار در ضمان اختلاف وجود دارد و به نظر می رسد که البته ماده ۷۰۱ مانع نفوذ آن نباشد. حق فسخ ضمان ممکن است به سود ضامن یا مضمون له یا هر دوی آنها باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۵۸) چنانچه حقوقدانان گفته اند دلیل حق فسخ عموم ادله شروط است و جایز است برای هر یک از ضامن و مضمون له چیزی شرط شود که در صورت تخلف، خیار تخلف شرط ثابت می شود. (قاسم زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۴۰)

بعد از مقدمه فوق به تحلیل قسمت اخیر ماده ۷۳۲ قانون مدنی می پردازیم که مقرر می دارد: «اگر بیع به واسطه فسخ و اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می توانند به یکدیگر رجوع کنند». در اینکه فسخ و اقاله بیع چه اثری در حواله دارد و محال علیه در چه صورت و در برابر چه کسی بری می شود اختلاف نظر وجود دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۷۰) به نظر می رسد مقصود از براءة عبارت از تعهدی است که حواله برای او به وجود آورده است؛ یعنی در برابر محال بری می شود، زیرا با قبول حواله دیگر دینی در برابر محیل نداشته است. ولی نظر مشهور این است که محال علیه در برابر محیل بری می شود. (امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۷)

این ماده نشانگر این است که هرچند یکی از بایع و مشتری در مثال مذکور در ماده طرف عقد حواله محسوب نمی گردد ولی این امر به معنی بی ارتباط بودن وی با عقد حواله نیست و عقد حواله در رابطه بین بایع و مشتری (که حسب مورد محیل و محال هستند) قابل استناد و مبنای رجوع به همدیگر است. بنابراین مشخص می گردد که انعقاد ضمان نیز موجب قطع کامل رابطه متعهد اصلی و متعهد له نمیگردد، بلکه این رابطه که با انعقاد قرارداد ضمان سست شده قابل اعاده است و اقاله عقد ضمان توسط طرفین آن عقد می تواند یکی از عوامل بازگشت طرفین به حالت قبل از عقد و براءة ضامن در مقابل مضمون له گردد. جالب این است که در قسمت اخیر ماده ۷۳۲ آمده است که: «مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود.»

### عدم سقوط حق اقاله طرفین

هیچ دلیلی در منابع فقهی و حقوقی ارائه نشده است که انعقاد عقد ضمان حق طرفین را برای اقاله آن ساقط می‌کند، برعکس با استفاده از اصول فقهی عدم سقوط حق اقاله طرفین ثابت می‌شود و در صورتی که در سقوط حقی که تقریباً در تمام عقود لازم ثابت است تردید شود و دلیلی بر سقوط آن نباشد بقای حق مزبور استصحاب می‌شود. استصحاب در این مورد به نظر می‌رسد که بیش از هر چیز استصحاب عقلی باشد. از این رو گاهی برای حکمی که نسبت به آن یقین داریم، در شرع دلیل خاص برای آن وجود ندارد، این عقل است که بدان حکم می‌کند. حال اگر در بقاع چنین حکمی تردید حاصل شود این مورد از موارد استصحاب حکم عقل به شمار می‌رود. البته در حجیت استصحاب حکم عقل بین فقها اختلاف نظر وجود دارد ولی به هر حال بنابر تحلیل‌های ارائه شده این مورد را باید از موارد استصحاب عقلی به شمار آورد. مواد قانون مدنی نیز دلالتی بر این امر ندارد که انعقاد عقد ضمان، حق طرفین عقد مزبور را برای اقاله آن ساقط می‌کند. دکتر لنگرودی یکی از دلایل جواز عقد ضمان را عدم سقوط حق اقاله از متعاقدين دانسته است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، ص ۴۰۲).

در مجموع به نظر می‌رسد به دلیل آنکه قانونگذار که خود از عقلای جامعه و در حد اعلا می‌شود ممنوعیت قانونی بر امکان استفاده از اقاله در عقد ضمان را قرار نداده است و از سوی دیگر در این مورد سکوت کرده است می‌توان این امر را به این شکل تفسیر کرد که اشکالی بر استفاده از نهاد اقاله در عقد ضمان وجود ندارد. پس علاوه بر اصولی که ارائه شده‌اند می‌توان به کمک تفسیر موضوع را پیش برد. اما این مورد نیز از جهاتی قابل نقد به نظر می‌رسد. ایراد اصلی موضوع در این است که امکان اعمال تفسیر در قانون مدنی به طور موسع وجود دارد و در صورت سکوت قانون می‌توان به تجویز اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تفسیرهای موسعی را از موضوع ارائه کرد که گاهی برخی از این تفسیرها ممکن است دلایلی را با خود همراه داشته باشند که موید ممنوعیت برای اعمال اقاله باشند. پس طرفین یک رابطه در صورتی که منعی برای اقاله کردن قرارداد وجود نداشته باشد می‌توانند از این سازوکار در موارد ضروری بهره‌برند. چنانچه مضمون له ذمه ضامن را ابراء کند، ذمه اش بری شده و ضمانت وی نیز به پایان می‌رسد. نکته‌ای که تذکر آن لازم به نظر می‌رسد این است که کسانی که ابراء را عقد می‌دانند این عمل بستگی به قبول ضامن دارد ولی بر مبنای آن دسته از فقها که ابراء را ایقاع می‌دانند چنانچه نظر مشهور هم همان است، با انشای ابراء اثر آن یعنی بری شدن ذمه ضامن و به تبع آن انقضای ضمان تحقق پیدا کرده و مضمون له دیگر نمی‌تواند حق خود را از ضامن و حتی از مضمون عنه مطالبه کند. در پرتو این نظریات طرح شده می‌توان موضوع را مورد تحلیل قرار داد. پس اختلاف نظر در اینجاست که عده‌ای ابراء را عقد محسوب کرده و برخی دیگر ماهیت ایقاعی در مورد آن قائل شده‌اند. در اینجاست که می‌توان گفت ماهیت مستقل برای نهادها یا تأسیسات حقوقی می‌تواند در مسئله آثار موضوع نیز مداخله داشته باشد. در این مورد می‌توان از تحلیل‌ها و مواردی که در واقع عبارت پردازی قانونگذار در قانون مدنی به شمار می‌روند نیز استفاده نمود. از این رو در ابتدا به قانون مدنی و تحلیل‌های مربوط به آن مراجعه خواهیم کرد.

قانون مدنی در ماده ۷۱۸ در این زمینه مقرر داشته است: «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شوند.»

البته نباید فراموش کرد که مبنای قانونگذار با ذیل این ماده همخوانی ندارد زیرا مبنای قانونگذار این است که با عقد ضمان ذمه مضمون له بری شده و به ذمه ضامن انتقال یافته است از طرفی هم در ذیل این ماده متذکر می‌شود که ابراء ذمه ضامن موجب بری ذمه شدن مضمون عنه نیز می‌باشد این عبارتی است که توسط قانونگذار در قانون مدنی بدان استناد شده و اگرچه تاب تفسیر وسیع را نیز دارد اما به نظر می‌رسد تفسیرهای منطقی در علم حقوق بیش از هر گونه تفسیر قابلیت استناد در اولویت را داشته باشد و باید در ابتدا به این گونه تفسیرها استناد جست. در حالی که قبل از ابراء ذمه وی مبری شده بود. اما بر مبنای ضم ذمه، ذمه ضامن توسط مضمون له موجب برائت ذمه مضمون عنه نمی‌شود بلکه اصل دین کماکان باقی می‌ماند. زیرا مضمون له حق مطالبه از ضامن را ابراء کرده است و چنین عملی موجب از بین رفتن اصل دین نمی‌شود و مضمون له می‌تواند به مضمون عنه رجوع نموده و طلب خود را از وی مطالبه کند. این نظریه بیشتر با آنچه که محتوای عدالت در حقوق اسلامی نامیده می‌شود سازگار است و از جانب برخی از حقوقدانان نیز مطرح شده است.

## بحث و نتیجه گیری

موضوعی که در این پایان نامه مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است؛ بحث در مورد امکان یا عدم امکان استفاده از خیار شرط و اقاله در عقد ضمان و آثار آن می باشد. از این رو کلیاتی راجع به موضوع مطرح شد؛ به بحث در مورد مفاهیم و اصطلاحاتی نظیر خیار، شرط، خیار شرط، ضمان و مشخصه های آن پرداختیم. مهمترین مقوله ای که در بحث کلیات بدان اشاره شده مستندات 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. در نهایت با توجه به نظر اکثریت فقها و همچنین حقوقدانان نظریه نقل ذمه به ذمه امکان جعل خیار و اقاله وجود ندارد. و همچنین طبق نظریه ضم ذمه به ذمه که از شهرت بیشتری برخوردار است جعل خیار و اقاله با آثار آن منافات ندارد. روش تحقیق در این پایان نامه به صورت توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه ای بوده است. در پاسخ به اینکه آیا امکان جعل خیار شرط و اقاله در عقد ضمان وجود دارد؟ نظریات مطرح شده را می توان به دو دسته کلی تقسیم بندی کرد؛ برخی معتقد به جواز جعل خیار شرط هستند که دلایل مورد استناد آنها را از جمله اجماع، وجود مقتضی، عدم المانع، حق بودن خیار، استناد اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و... که مورد بحث و بررسی قرار گرفت، 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، این که عقد ضمان با مقتضای خیار شرط منافات دارد، همچنین به منافات داشتن خیار شرط با مقتضای ذات عقد ضمان استناد کرده اند؛ دلیل دیگری که بدان توسل جسته اند آن است که ضمان ایقاع است و خیار شرط در ایقاعات داخل نمی شود؛ دیگر اینکه ضمان به دلیل ماهیت ابرائی خود نمی تواند خیار شرط را در خود قبول کند. در نهایت دلایلی مانند آن که لزوم در عقد ضمان حکم است و نه حق، مطرح شده است.

## پیشنهادات

۱- در مجموع با بررسی دلایل و استدلال های موافقان و مخالفان پیشنهاد می شود جعل شرط خیار در عقد ضمان امکان پذیر باشد؛ چرا که شرط خیار در عقد ضمان برخلاف کتاب و سنت و نیز بر خلاف مقتضای ذات عقد نیست و با تمسک به عمومات باب شروط و مطابق قاعده المومنون عند شروطهم، همچنین با توسل به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، درج شرط خیار در عقد ضمان نظیر بیشتر عقود دیگر مانعی ندارد؛ لیکن اصل بر امکان قرار دادن خیارات 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.

۲- در نهایت پیشنهاد می شود با توجه به سکوت قانونگذار در خصوص امکان جعل خیار شرط 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 خیار شرط، 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 مقدور جهت حل این معضل و به دست آوردن راهکارهای مناسب لازم و لاینفک است.

## منابع

- [۱] امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامیة، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۷
- [۲] امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، نشرانتشارات کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۴
- [۳] انصاری، مسعود، طاهری محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸
- [۴] ایزدی فرد، علی اکبر و قراملکی، فرامرزی، چالش های نوین در بنای عقلا با تاکید بر جهانی شدن، نشریه مقالات و بررسی ها، دوره هفتم، دفتر ۸۵، پاییز ۱۳۸۶
- [۵] باقری، احمد، سقوط تعهدات، تهران، نشر آن، چاپ اول، ۱۳۸۲
- [۶] بجنوردی، سیدمحمد، عقدضمان، نشر پژوهشکده امام خمینی، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰
- [۷] بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۰
- [۸] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازنه، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۷
- [۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۶
- [۱۰] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی، عقدضمان، نشر فرانکلین، چاپ اول ۱۳۵۲
- [۱۱] حسینی، سیدرضا، احکام و شرایط موضوع عقد ضمان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق، ۱۳۸۰
- [۱۲] عمیدزنجانی، عباسعلی، احمدزاده، ابوالفضل، بررسی کلیات احکام خیارات، مجله مبانی فقه و حقوق اسلامی، سال چهل و چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰
- [۱۳] عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ بیستم، نشرامیر کبیر ۱۳۸۰
- [۱۴] فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، نشر دانشگاه تهران، تهران، چاپ سیزدهم، بهار ۱۳۸۱
- [۱۵] قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی، نشر سمت، چاپ چهارم ۱۳۹۰
- [۱۶] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد، جلد اول، تهران، نشر دانشگاه تهران، چاپ هفتم ۱۳۸۶
- [۱۷] کاشانی، محمود، قراردادهای ویژه، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸
- [۱۸] کاشی آرانی، کریم، انتقال ضمان معاوضی در بیع، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۷۷
- [۱۹] نایینی، محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، نشرالمکتبه المحمدیه، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۳
- [۲۰] یزدی، محمدکاظمین عبدالعزیز، العروه الوثقی، نشر موسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق
- [۲۱] انصاری، مرتضی بن محمدامین، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵
- [۲۲] تبریزی، جوادبن علی، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، نشر اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۶ق
- [۲۳] حکیم، سید حسن، مستمسک العروه الوثقی، نشر دار التفسیر، چاپ اول، قم، ۱۴۱۶ق
- [۲۴] خویی، ابولقاسم، مبانی العروه الوثقی، کتاب ضمان، نشر لطفی، ۱۳۶۵
- [۲۵] خویی، محمدتقی، الشروط اوالتزامات التبعية فثی العقود، نشر دار المورخ العربی، بیروت، چاپ اول ۱۴۱۴ ق
- [۲۶] رشتی، حبیب الله، فقه الامیه، قسم الخیارات، بی تا
- [۲۷] روحانی، سیدمحمد، المرتقی الی الفقه الارقی، کتاب الخیارات، مشر موسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه، تهران، ۱۴۲۰ق
- [۲۸] سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، دارالحیاء التراث العربی، ۱۳۳۷ق
- [۲۹] طباطبایی الحکیم، السیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، بی نا، قم، چاپ اول، ۱۴۰۴
- [۳۰] طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه مکاسب، نشر کوشش، جلد دوم، چاپ سوم ۱۳۷۶
- [۳۱] علامه حلی، تذکره جلد اول، نشر معارف اهل بیت(ع)، چاپ سوم، ۱۳۸۴
- [۳۲] علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، نشر انتشارات اسلامیة، قم، ۱۴۱۳
- [۳۳] فشارکی، محمدبن قاسم، الرسائل الفشارکیه، نشر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳
- [۳۴] قمی، طباطبایی، سید تقی، دراستناالفقه الجعفری، نشر مطبعهالخيام، چاپ اول، قم، ۱۴۰۰