

صحت شرط رهن در عقد ضمان^۱

غلامرضا یزدانی^۲

چکیده

اصل حاکمیت اراده آنگاه که در کنار روایاتی همانند «المؤمنون عند شروطهم» قرار گیرد، نتیجه آن صحت هرگونه شرطی است که ضمن عقد درج می‌شود مگر شرایطی که با دلیل خارجی، باطل یا مبطل بودن آن‌ها به اثبات رسیده است. یکی از شروطی که صحت آن مورد تردید است، شرط رهن در ضمن عقد ضمان است؛ بدین معنا که ضمن عقد ضمان به نفع ضامن یا مضمون‌له، شرط رهن شود. شرط رهن در عقد ضمان از مباحث مستحدث فقه به‌شمار می‌رود و به نظر می‌رسد سید یزدی، اولین فقیهی است که این مسئله را عنوان می‌کند. از زمان طرح این مسئله، فقها در صحت و بطلان این شرط، اختلاف نظر دارند. مقاله حاضر در صدد بررسی صحت و بطلان این نوع شرط می‌باشد؛ از این رو، تک‌تک کتب فقهی موجود از زمان شیخ مفید بررسی شد و ادله طرفداران هر نظریه بیان و مورد نقادی قرار گرفت. در نهایت به نظر نگارنده، شرط رهن چه به نفع مضمون‌له و چه به نفع ضامن، پیش‌بینی شده باشد، شرط صحیحی می‌باشد.

کلید واژه‌ها: عقد ضمان، شرط رهن، شرط خیار.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۰۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۰۹.

۲. استادیار حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، رایانامه: Dr.yazdani@razavi.ac.ir

مقدمه

عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده گیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند (ماده ۶۸۴ قانون مدنی). برخی از فقها از ضمان چنین تعبیر کرده اند: «هو التعهد بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۲ / ۵۴۹). در عقد ضمان، بدون تردید اراده ضامن نقش فعال دارد و بدون اعمال اراده از طرف او، عقد ضمان شکل نمی گیرد.

همچنین در خصوص اینکه تحقق عقد ضمان منوط به رضایت مضمون له می باشد، اختلافی بین محققان به چشم نمی خورد، لکن در ماهیت رضایت مضمون له اختلاف وجود دارد؛ برخی ماهیت آن را قبول اصطلاحی می دانند و برخی رضایت مضمون له را دخیل در تحقق عقد ضمان نمی دانند و معتقدند رضایت مضمون له، صرفاً انشای انجام شده از سوی ضامن را تکمیل می کند بدون اینکه در تحقق آن نقشی ایفا کند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹ / ۲۸۸)؛ لذا برای تحقق یا تکمیل عقد ضمان، هم رضایت ضامن لازم است و هم رضایت مضمون له. حال ممکن است هر یک از این دو نفر، رضایت خود را منوط و مشروط به رهن نمایند؛ یعنی ضامن در صورتی حاضر به ضمانت شود که مدیون اصلی، مالی نزد وی به رهن گذارد تا چنانچه ضامن بعد از پرداخت بدهی مدیون به طلبکار، با عدم پرداخت از طرف مدیون اصلی مواجه گردید، بتواند از محل مال مرهون به استیفای طلب خود بپردازد. این امر زمانی تحقق پیدا می کند که ضامن، تصمیم داشته باشد بعد از پرداخت بدهی مدیون، به وی مراجعه کرده، مبلغ پرداخت شده را از وی بگیرد.

همچنین در ضمانت هایی که اثر آن ضم ذمه به ذمه است، نیز مطالبه رهن، هم معقول و هم متعارف است؛ نظیر موردی که شخصی از بانک، وام دریافت کند و دیگری وی را ضمانت کند. در این موارد، اثر ضمانت ضامن، ضم ذمه به ذمه است و ممکن است ضامن در صورتی حاضر به ضمانت شود که مدیون اصلی، مالی نزد وی به رهن گذارد. همچنین ممکن است مضمون له به این شرط حاضر به پذیرش ضمانت ضامن شود که ضامن، مدیون یا شخصی ثالث، مالی نزد وی به رهن بگذارد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۰۲

به نظر می‌رسد اولین کسی که این بحث را مطرح کرده، سید یزدی است و در کتب قدما و محققان پیشین، اثری از این فرع فقهی دیده نمی‌شود، اما بعد از وی، هم محشین عروة الوثقی و هم دیگران به این فرع فقهی پرداخته‌اند. منتهی برخی از محققان صرفاً به شرط ضمان به نفع مضمون‌له پرداخته و بحث شرط ضمان به نفع ضامن را مسکوت گذاشته‌اند (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۳/۳۰۶ و سیستانی، ۱۴۱۷، ۲/۳۵۶) و برخی صرفاً به فرض دوم پرداخته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ۲/۱۸۵) و عده‌ای نیز هر دو فرض را محور بحث و بررسی قرار داده‌اند (خویی، ۱۴۰۹، ۲/۱۶۰).

مبحث نخست: شرط رهن به نفع مضمون‌له

شرط رهن به نفع مضمون‌له در جایی مطرح می‌شود که ضامن می‌خواهد از دین مضمون‌عنه ضمانت کند و از طرفی مضمون‌له برای اطمینان از وصول طلب خود از ضامن، از او تقاضای رهن می‌نماید. طرفین قرارداد به دو صورت می‌توانند پرداختن مالی را جهت رهن در ضمن عقد ضمان شرط نمایند. گاه طرفین از مکانیزم شرط فعل استفاده می‌کنند؛ بدین صورت که در ضمن عقد ضمان شرط می‌کنند که ضامن کالایی را بعد از عقد ضمانت به رهن مضمون‌له بدهد. در این فرض ضامن می‌بایست بعد از عقد ضمان با انعقاد قرارداد رهن، مال مورد نظر را به رهن مضمون‌له بسپارد.

گاه طرفین از مکانیزم شرط نتیجه استفاده می‌کنند؛ بدین صورت که در ضمن عقد ضمان، شرط می‌کنند که فلان کالا از کالاهای ضامن در رهن مضمون‌له قرار گیرد. در این فرض، به محض انعقاد قرارداد ضمانت، عین مورد توافق در رهن مضمون‌له قرار می‌گیرد. در ادامه به بررسی هر یک از دو صورت فوق به طور جداگانه می‌پردازیم.

الف) رهن در ضمن عقد ضمان به صورت شرط فعل

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود (ماده ۲۳۴ قانون مدنی). اگر شرط رهن به نفع مضمون‌له به

صورت شرط فعل در قرارداد درج شده باشد، در این صورت، در صحت و فساد این شرط، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از محققان از جمله سید یزدی (۱۴۰۹، ۲/۷۷۰)، حکیم (۱۴۱۶، ۱۳/۳۰۶)، اشتهاوردی (۱۴۱۷، ۲۸/۴۰۴)، سیستانی (۱۴۱۷، ۲/۳۵۶) و محقق سبزواری (۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸) معتقد به صحت این شرط هستند. در مقابل، برخی شرط رهن به صورت شرط فعل را باطل می‌دانند؛ برای نمونه، محقق خویی هم در مبانی عروۃ الوثقی (۱۴۰۹، ۲/۱۶۰) و هم در حاشیه عروۃ (۱۴۱۹، ۵/۴۲۴) به بطلان این شرط حکم داده است.

بدون تردید، مقتضای عمومات ادله صحت شروط و اصل حاکمیت اراده، صحت شرط می‌باشد؛ از این رو، باید در پی پاسخ به این پرسش بود که آیا در خصوص «شرط رهن به صورت شرط فعل» مانعی از صحت می‌توان یافت یا خیر؟ به دیگر سخن، هر چند قاعده اولیه در باب شروط، صحت آنهاست، ممکن است شرط رهن به صورت شرط فعل، خصوصیتی داشته باشد که به سبب آن خصوصیت، نتوان حکم به صحت آن داد. طرفداران نظریه صحت شرط رهن به عمومات ادله شروط تمسک کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸). ولی طرفداران نظریه بطلان معتقدند شرط رهن به صورت شرط فعل، خصوصیتی دارد که به سبب آن خصوصیت، باید این شرط را باطل دانست (خویی، ۱۴۰۹، ۲/۱۶۰).

در حقیقت، طرفداران نظریه بطلان معتقدند شرط رهن به صورت شرط فعل، به دو صورت متصور است؛ در یک صورت، شرط باعث تعلیق در عقد ضمان می‌شود، لذا باطل است و در یک صورت، باعث ایجاد خیار شرط در عقد ضمان می‌شود و درج خیار شرط در عقد ضمان نیز صحیح نیست. در ادامه به نقد این دو می‌پردازیم:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۰۴

۱. معلق شدن عقد ضمان

گاهی شرط رهن به صورت شرط فعل، باعث تعلیق عقد ضمان می‌شود. با این توضیح که طرفین در ضمن عقد ضمان، یک شرط متأخر یعنی رهن دادن را درج می‌کنند و اثر این شرط آن است که اصل عقد ضمان، معلق به تحقق مشروط علیه

شود. در این صورت، این شرط نه تنها باطل بلکه مبطل می‌باشد؛ چرا که تعلیق در عقد ضمان، باعث بطلان آن می‌شود (خویی، ۱۴۰۹، ۱۶۰/۲).

نقد و نظر

به نظر می‌رسد تصوّر معلق شدن عقد ضمان با درج شرط رهن به صورت شرط فعل، هم خلاف ظاهر کلام سید یزدی (مبتکر این فرع فقهی) و هم خلاف مفروض کلام سایر فقهاست؛ زیرا بحث در تعلیق عقد ضمان نیست، بلکه بحث در شرط ضمن عقد است. بدین توضیح که با درج شرط، عقد معلق نمی‌شود، بلکه تعهد و التزامی تبعی در کنار تعهد اصلی شکل می‌گیرد. این تعهد تبعی، ولو در وجود و عدم، وابسته به تعهد اصلی است، ولی تعهد اصلی، وابسته به آن نیست؛ از این رو، اگر تعهد تبعی باطل باشد، علی القاعده باعث بطلان تعهد اصلی نمی‌شود؛ به دیگر سخن، با تأمل در مواردی که فقها و به تبع آن، قانون مدنی، بطلان شرط (تعهد تبعی) را به عقد (تعهد اصلی) سرایت می‌دهند، معلوم می‌شود اصل آن است که بطلان شرط، به عقد سرایت نمی‌کند مگر اینکه شرط به گونه‌ای باشد که تأثیر مستقیمی در تعهدات ناشی از عقد ایجاد کند؛ از این رو، قانون مدنی شروطی نظیر شرط بی‌فایده، نامشروع و غیر مقدور را باطل معرفی کرده است ولی در عین حال، مبطل عقد نمی‌داند (ماده ۲۳۲ ق.م.ا). این شروط، ولو فی نفسه، مشکل دارند، تأثیری در تعهد ناشی از عقد ایجاد نمی‌کنند؛ مثلاً شخص الف، یک دستگاه پراید به مبلغ ۴۰ میلیون به دیگری می‌فروشد و در ضمن آن شرط می‌کند که خریدار ده متر پرواز کند (شرط غیر مقدور) یا انسانی را به قتل برساند (شرط نامشروع). در این مثال، شرط باطل است ولی تأثیری در تعهدات ناشی از عقد ندارد و تعهد فروشنده و خریدار، روشن است. فروشنده باید پراید به خریدار تسلیم کند و متقابلاً خریدار لازم است چهل میلیون تومان به فروشنده تحویل دهد.

ولی شروطی که مبطل قرارداد به شمار رفته‌اند، عبارت‌اند از: «شرط خلاف مقتضی ذات عقد» و «شرط مجهولی که باعث جهل به عوضین شود» (ماده ۲۳۳ ق.م.ا). این دو شرط، این خصوصیت را دارند که تعهدات ناشی از عقد را هدف

گرفته‌اند. شرط خلاف مقتضی ذات عقد، ماهیت عقد را دگرگون می‌کند و شرط مجهولی که باعث جهل به عوضین می‌شود، میزان تعهد یکی از طرفین را مبهم می‌سازد؛ از این رو، به صورت قاعده می‌توان گفت، اصل آن است که بطلان شرط، به عقد سرایت نمی‌کند مگر شرایطی که به نوعی تعهدات ناشی از عقد را دگرگون سازد. از طرفی، شرط پرداخت مالی به عنوان رهن در ضمن عقد ضمان، نه ماهیت عقد ضمان را دگرگون می‌کند و نه باعث جهل به میزان تعهدات طرفین می‌شود.

۲. خیارى شدن عقد ضمان

دومین اشکال وارد شده بر صحت شرط رهن به نحو شرط فعل این است که شرط رهن، باعث خیارى شدن عقد ضمان می‌شود و از طرفی، ماهیت ضمان با خیارى شدن منافات دارد. توضیح مطلب اینکه عقد خیارى عقدى است که به سبب شرط خیار به نفع یکی از طرفین یا هر دوی آنها، امکان فسخ عقد در آن وجود دارد. شرط رهن به صورت شرط فعل، ممکن است به گونه‌ای در ضمن عقد درج گردد که باعث خیارى شدن عقد ضمان شود. در این صورت، عقد به صورت منجز انجام شده، ولی مضمون له، التزام خود به عقد را منوط و مشروط به «رهن گذاشتن» می‌کند؛ به گونه‌ای که اگر ضامن، رهن ندهد، وی ملتزم به قرارداد نیست و می‌تواند با اعمال خیار، عقد ضمان را فسخ نماید.

قائلان به بطلان شرط رهن به این تحلیل چنین اضافه کرده‌اند که عقد ضمان از قراردادهایی است که امکان درج شرط خیار در آن وجود ندارد و نتیجه گرفته‌اند که شرط رهن در ضمن عقد ضمان، شرط باطلی است (ر.ک: نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ خویی، ۱۴۱۰، ۱۸۲/۲).

تحلیل فوق حاوی دو نکته اساسی است که به نظر پذیرفتنی نیست:

۱- اثر شرط فعل حقوقی مثبت، ایجاد حق فسخ برای مشروط له، در نظر گرفته شده است.

۲- اساس تحلیل بر این نکته استوار است که جعل خیار در عقد ضمان، امری

نارواست.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۰۶

در ادامه این دو نکته مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱-۲. اثر شرط فعل در قراردادها

شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود (ماده ۲۳۴ ق.م). کاری که موضوع شرط قرار می‌گیرد ممکن است فعل مادی مثبت (مانند ساختن عمارت یا مواظبت از کودک یا تعمیر ماشین معین) باشد یا فعل مادی منفی (مانند باز نکردن پنجره و نبریدن درخت و کار نکردن برای دیگران). نیز ممکن است ناظر به انجام دادن عمل حقوقی (مانند فروش یا دادن رهن) و یا خودداری از آن (مانند اجاره ندادن ملک یا خودداری از فروش اتومبیل) باشد.

سؤال مهم در خصوص شرط فعل این است که آیا مفاد شرط فعل، ایجاد یک حکم تکلیفی محض است یا علاوه بر آن، متضمن حکم وضعی نیز هست؟ اگر متضمن حکم وضعی است، آن حکم وضعی چیست؟ در این باره بین محققان چهار دیدگاه وجود دارد:

صحت شرط رهن
در عقد ضمان

۱-۱-۲. نظریه تکلیف محض

مطابق این نظریه که به مشهور نسبت داده شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۶/۶۲)، وفای به شرط، یک تکلیف شرعی محض است؛ به دیگر سخن، مطابق این دیدگاه، اثر شرط فعل در قرارداد آن است که یک وجوب شرعی و حکمی تکلیفی بر دوش او قرار می‌گیرد. طرفداران این نظریه به ادله متعددی استدلال کرده‌اند:

۱. روایت: «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۵/۳۰). این روایت گرچه حاوی جمله اخباری است نه انشایی، بدون تردید، در مقام انشا و تشریح صادر شده است؛ زیرا بسیاری از مؤمنان به شروط و تعهدات خود پایبند نیستند. پس حمل آن بر مفاد خبری، مستلزم کذب است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۳۰۳).

۲. موثقه اسحاق بن عمار: «مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (طوسی، ۱۴۰۷، ۷/۴۶۷). در این

حدیث از فعل امر (فلیف) استفاده شده است. می‌دانیم که فعل امر دلالت بر وجوب دارد؛ در نتیجه، وفای به شرط واجب است.

۳. ادعای اجماع: مرحوم شیخ از قول علامه حلی در تذکره، اجماع بر این مسئله را نقل می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ۶/۶۲).

در نقد این نظریه می‌توان گفت هر چند از ادله پیش گفته، لزوم پابندی به شرط استفاده می‌شود، می‌توان به دلالت التزامی، حکم وضعی نیز استنباط کرد (انصاری، ۱۴۱۵، ۶/۶۲).

۲-۱-۲. نظریه حق فسخ

مطابق این نظریه مفاد شرط فعل، صرفاً اعطای حق فسخ به مشروطه است و هیچ تکلیفی برای متعهدعلیه ایجاد نمی‌کند (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۲۰)؛ مثلاً: فروشنده خانه‌اش را به شرطی به خریدار می‌فروشد که او یک ماه ماشینش را در اختیار فروشنده قرار دهد. در این مثال، فروشنده اصلاً در فکر ایجاد تکلیفی برای خریدار نیست و صرفاً آنچه مد نظر اوست این است که یک ماه از ماشین او استفاده کند و اگر این امکان برای او محقق نشود، او می‌تواند قرارداد فروش خانه را فسخ کند. در نتیجه، مد نظر فروشنده این است که برای خود حق فسخ قرار دهد. بنابراین، مطابق این نظریه، عمل به شرط برای متعهدعلیه واجب نیست و صرفاً در فرض تخلف، برای متعهدله خیار فسخ ایجاد می‌شود.

اشکال وارد بر این نظریه این است که بدون تردید ادله شرط، دلالت بر وجوب تکلیفی دارد گرچه مفاد آن‌ها منحصر به اثبات حکم تکلیفی نیست.

۲-۱-۳. نظریه تکلیف و حق مطالبه

برخی معتقدند مفاد شرط، هم حکم تکلیفی است و هم وضعی؛ یعنی شرط موجب تکلیف به عهده مشروط‌علیه و حکم وضعی به نفع مشروط‌له به نحو توأمان است، ولی حکم وضعی مزبور را صرفاً در حق مطالبه محدود می‌کند؛ یعنی از یک سو مشروط‌علیه تکلیف می‌یابد که به شرط وفا کند و از سوی دیگر مشروط‌له حق

دارد انجام آن را مطالبه کند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۳۰۳). از پیروان این نظریه را می‌توان صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷/۶۹)، امام خمینی (۱۴۲۱، ۵/۲۳۷) نام برد. البته مطابق دیدگاه ایشان، اگر به هر دلیل امکان مطالبه وجود نداشت، مشروطه حق فسخ می‌یابد.

۲-۱-۴. نظریه تکلیف و حق مالی ذمی

طبق این نظریه، شرط، موجب یک نوع «حق مالی» است و برای صاحب آن، «حق دینی» به وجود می‌آورد و حتی گاه «حق دینی» مزبور می‌تواند به «حق عینی» تبدیل گردد. بر این اساس، تعذر یا تخلف از شرط، مشروطه را بر سر دو راهی فسخ یا امضای مجانی عقد، سرگردان و شگفت زده نمی‌کند، بلکه مشروطه در ردیف حقوق سنتی و مشهور خود یعنی حق فسخ، حق مطالبه بهای مالی شرط را دارد. این نظریه را علامه حلی (۱۴۲۰، ۳/۱۵۴)، محقق ثانی (۱۴۱۴، ۷/۳۵۹) و سید یزدی (۱۴۲۱، ۲/۱۲۶) انتخاب نموده‌اند. از فقهای معاصر محقق داماد از این نظریه دفاع می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۳۰۵ و ۳۰۶).

صحت شرط رهن
در عقد ضمان

۱۰۹

بعد از مروری بر نظریه‌های مطرح در خصوص ماهیت شرط فعل، حال به راحتی می‌توان به ضعف مبنای تحلیلی بطلان شرط رهن در عقد ضمان پی برد. تکیه استدلال این است که اثر شرط فعل، ایجاد حق فسخ برای مشروطه است، در حالی که با این دیدگاه که مفاد شرط فعل، ایجاد حق فسخ باشد، صرفاً یکی از دیدگاه‌های چهارگانه‌ای که در خصوص مفاد آن بیان شده، مطرح است. به نظر می‌رسد دیدگاه صحیح آن است که مفاد شرط فعل، ایجاد حق مالی در ذمه مشروط‌علیه می‌باشد؛ از این رو، هرگاه شرط رهن در ضمن عقد ضمان شود، این شرط به معنای اعطای حق فسخ به مضمون‌له نیست، بلکه حق مالی به نفع وی در ذمه ضامن ایجاد می‌شود؛ به دیگر سخن، «در شرط مالی ضمن عقد، در فرض امتناع مشروط‌علیه از ادا، حق فسخ برای مشروط‌له منتفی خواهد بود؛ زیرا با شرط، ضمان بر عهده مشروط‌علیه محقق گردیده و همانند شرط نتیجه، مفاد شرط باید تحقق یافته تلقی شود و بنابراین، مشروط‌له فقط حق دارد از حاکم الزام مشروط‌علیه

را به پرداخت دین بخواهد، نه ایفای تعهد را و تخلفی از شرط مطرح نمی‌شود تا حق فسخ برای مشروط‌له به وجود آید. حاکم در این مورد میان مشروط‌له و مشروط‌علیه باید درست مانند سایر دائین و مدیونین عمل کند» (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۳۲۰).

۲-۲. امکان جعل خیار در عقد ضمان

محققان عقود را از یک حیث به عقود لازم و عقود جایز تقسیم‌بندی کرده‌اند. فسخ عقود لازم ممکن نیست مگر در جایی که برای یکی از طرفین قرارداد خیار ثابت شود یا طرفین بر فسخ آن تراضی نمایند. عقود لازم از جهتی دیگر عقود خیارپذیر و خیارناپذیر تقسیم می‌شود؛ بدین معنا که برخی از عقود لازم، خیارپذیر نیستند و امکان جعل خیار در آن‌ها خلاف مقتضی ذات آن‌هاست نظیر عقد رهن؛ چرا که مال مرهونه در دست مرتهن به عنوان وثیقه قرار می‌گیرد و جعل خیار برای راهن منافات با وثیقه بودن مال مرهونه دارد یا نظیر عقد نکاح. به هر حال، عقد ضمان از عقود است که در خصوص خیارپذیر بودن یا نبودن آن اختلاف نظر وجود دارد.

در روایاتی که در باب ضمان وارد شده، اثری از شرط خیار در عقد ضمان وجود ندارد. فقهای امامیه این فرع را در دو مبحث از مباحث فقهی مطرح کرده‌اند؛ یکی در کتاب الضمان و دیگری در کتاب البیع ذیل خیار شرط. ظاهراً اولین کسی از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده است، مرحوم شیخ طوسی در المبسوط در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۳۵) و نیز در الخلاف می‌باشند (طوسی، ۱۴۰۷، ۳/۳۷۷). عبارت مرحوم شیخ طوسی در کتاب البیع مجمل است، ولی در کتاب الضمان تصریح کرده‌اند که دخول شرط در عقد ضمان، بلامانع است. ایشان در کتاب الخلاف نیز تصریح به جواز اشتراط خیار در عقد بیع کرده‌اند. بعد از شیخ طوسی، ابن براج در کتاب المذهب به این فرع پرداخته و معتقد شده است جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد (ابن براج، ۱۴۰۶، ۱/۳۵۵). سپس ابن ادریس در السرائر حکم به جواز آن داده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲/۲۴۵). علامه حلی این فرع را در چهار کتاب خود مطرح کرده‌اند؛ در ارشاد (حلی، ۱۴۱۰، ۱/۳۷۶) و تذکره (حلی، ۱۴۱۴، ۱۱/۱۰۹) تصریح کرده‌اند که شرط

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۱۰

خيار در ضمان جايز است، اما در قواعد (حلی، ۱۴۱۳، ۲ / ۶۹) و تحرير (حلی، ۱۴۲۰، ۱ / ۱۶۸) تصريح نموده‌اند که شرط خيار در عقد ضمان امکان‌پذير نيست و باعث بطلان عقد می‌شود. بعد از علامه حلي، شهيد اول در دروس فرموده است که شرط خيار در عقد ضمان جايز است (شهيد اول، ۱۴۱۰، ۳ / ۲۶۹)، سپس ابن طي در المسائل الفقهيہ قائل به عدم جواز اشتراط خيار در عقد ضمان شده‌اند (ابن طي، بی‌تا، ۲ / ۴۵). محقق صيُمری در غاية المرام بيان کرده‌اند که شرط خيار در عقد ضمان جايز است (صيُمری، ۱۴۲۰، ۲ / ۴۵). محقق ثاني نیز قائل به جواز درج خيار در عقد ضمان شده‌اند (محقق ثاني، ۱۴۱۴، ۵ / ۳۱۰). بحرانی در انوار اللوامع حکم به جواز دخول شرط خيار در عقد ضمان داده است (بحرانی، بی‌تا، ۱۱ / ۴۱۱). در مفتاح الکرامه نیز همين حکم مورد پذيرش قرار گرفته شده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۵ / ۳۵۳). صاحب جواهر نیز به جواز شرط خيار در عقد ضمان اعتقاد دارد (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۳ / ۶۳). با اين پيشينه از دیدگاه‌ها در مسئله، شيخ انصاری در مکاسب نظر قطعی ابراز نکرده‌اند و فرموده‌اند: اگر اقاله در ضمان راه داشته باشد، خيار نیز در آن راه دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ۵ / ۱۵۵).

صحت شرط رهن
در عقد ضمان

۱۱۱

بعد از مرحوم شيخ، اين بحث وارد عرصه جديدي شده است و کاملاً مسير بحث عوض شده و محققان از شيوه و طريق و زاويه کاملاً جديدي به مسئله نگريسته‌اند و اختلاف در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان و عدم آن بالا گرفته است. مرحوم محقق يزدي در عروه اعلام کرده است که شرط خيار در عقد ضمان برای مضمون‌له و ضامن هر دو صحيح است (يزدي، ۱۴۰۹، ۵ / ۴۱۳). محقق نائینی اعتقاد به عدم جواز آن پيدا کرده است (نائینی، ۱۳۷۳، ۲ / ۵۷). محقق خويی نیز به تبع استاد خود در جواز اشتراط خيار در عقد ضمان اشکال نموده‌اند (خويی، ۱۴۱۰، ۲ / ۱۸۲).

به رغم اختلافی که در خصوص شرط خيار در عقد ضمان وجود دارد، بايد دانست اين اختلاف اختصاص به شرط خياری دارد که به نفع ضامن شده است و گرنه در خصوص اینکه می‌توان به نفع مضمون‌له شرط خيار کرد، اختلاف نظری وجود ندارد. حتی به نظر نگارنده، شرط خيار به نفع ضامن هم نبايد با مانعی مواجه باشد (ر.ک: يزدانی، ۱۳۹۵، ش ۲۱، ۴): زیرا علاوه بر وجود مقتضی و عدم مانع،

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

با توجه به مباحث بالا روشن شد که موانعی که برای صحت شرط رهن در عقد ضمان به صورت شرط فعل ذکر شده، کامل و تمام نیست؛ در نتیجه، باید معتقد شد که مقتضای عمومات ادله شروط، درج شرط فعل رهن دادن در عقد ضمان صحیح است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳
زمستان ۱۳۹۷

۱۱۲

ب) رهن در ضمن عقد ضمان به صورت شرط نتیجه

اگر در ضمن عقد ضمان، به نفع مضمون‌له، شرط رهن آن هم به صورت شرط نتیجه پیش‌بینی شده باشد، آیا شرط رهن صحیح است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال نیز بین محققان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از جمله سید یزدی (۱۴۱۹، ۵ / ۴۲۴)، محقق سبزواری (۱۴۱۳، ۲۰ / ۲۵۸)، محقق خویی در حاشیه عروه (۱۴۱۹، ۵ / ۴۲۴) معتقد به صحت این شرط هستند. در مقابل، برخی همچون محقق اشتهازدی بر آن‌اند که شرط رهن به صورت شرط نتیجه، شرطی باطل است (۱۴۱۷، ۲۸ / ۴۰۴).

طرفداران صحّت شرط رهن به نحو شرط نتیجه عمدتاً به دو دلیل استناد کرده‌اند؛ عموماً ادلّه شروط و عدم مانع از صحّت. در تقریب دلیل دوم گفته شده است: هرگاه در عقدی، سبب خاص یا وسیله مخصوص برای انشای آن لازم نباشد، انشای آن به صورت شرط نتیجه صحیح است. از طرفی، در عقد رهن وسیله مخصوصی شرط نیست؛ در نتیجه، می‌توان آن را به صورت شرط نتیجه انشا نمود (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸). در مقابل، طرفداران نظریه بطلان، حداقل شش مانع برای صحّت شرط رهن به نحو شرط نتیجه بیان کرده‌اند:

۱. غیر مقدور بودن نتایج

اولین دلیلی که برای اثبات بطلان به آن تمسک شده، غیر مقدور بودن نتایج است. توضیح این دلیل آن است که هر عقدی، سببی و نتیجه‌ای دارد. نتیجه‌ای که بر انشای هر عقد مترتب می‌شود، در دست مکلف نیست و مکلف نمی‌تواند در آن تصرف کند؛ به عبارت دیگر، اگر شخصی ایجاب و قبول عقدی را منعقد کرد، ترتب نتیجه، فهری است و او نمی‌تواند جلو تحقق آن را بگیرد. بر عکس، اگر کسی ایجاب و قبول عقدی را انشا نکرد، نتیجه را به هیچ وجه نمی‌تواند به دست آورد. پس تحصیل نتیجه برای مکلف غیر مقدور است؛ لذا در چنین حالی با شرط نمی‌تواند نتیجه را تحصیل نماید (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸). نقد این دلیل آن است که هر چند نفس نتیجه (ملکیت، زوجیت، رهن و...) تحت اختیار و قدرت مکلف نیست، اسبابی که این نتایج از آنها تحصیل می‌شود، تحت اختیار مکلف است و قدرت بر سبب، عرفاً قدرت در اثر و نتیجه تلقی می‌گردد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸).

۲. سبب خاص لازم داشتن رهن

نتایجی که بر عقود مترتب می‌شود، در شریعت سبب خاص دارد؛ برای مثال، برای تحقق زوجیت، باید انشای زوجیت کرد و برای تحقق ملکیت عین باید انشای بیع یا قرض کرد و... پس برای تحصیل نتایج باید سبب خاص وجود داشته باشد و («شرط») جزء اسباب نیست (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰/۲۵۸). اشکال وارد بر این دلیل

این است که عرفاً شرط از اسباب تلقی می‌گردد و از طرفی اطلاق ادله، ناظر به عرف است؛ یعنی اگر در جایی، عرف، شرط را سبب تملیک شمرد، ادله تملیک، شرط را نیز شامل می‌شود؛ به عبارت دیگر، عموماً و اطلاقات ادله شرعیه، ناظر به اسباب عرفی است؛ در نتیجه، اگر عرف، چیزی را - مثلاً شرط را - سبب تلقی کرد، عموماً آن را نیز شامل می‌شود؛ در نتیجه، شرط را باید جزء اسباب به شمار آورد؛ زیرا عرفاً سبب به شمار می‌آید (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰ / ۲۵۸)

۳. مفاد شرط، تملیک است نه ایجاد مشروط

در تقریب این دلیل گفته شده است که مفاد شرط، تملیک بین مشروطه و مشروط (مورد شرط) است؛ یعنی اثر اصلی شرط، ایجاد ملکیت مشروطه نسبت به چیزی است که مورد و متعلق شرط است؛ لذا با شرط نمی‌توان خود مشروط را به وجود آورد؛ مثلاً اگر در عقد ضمان، برای مضمون‌له شرط رهن نسبت به عین خاصی بشود، در فرض صحت این شرط، آنچه محقق می‌شود، حق برای مشروطه‌له نسبت به آن شیء خاص است و شرط نمی‌تواند نفس عقد رهن را انشا نماید (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۳ / ۳۰۶). نقد این اشکال آن است که این دلیل صرف ادعاست و دلیل بر اینکه شرط نتواند مشروط را محقق نماید، اقامه نشده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۰ / ۲۵۸).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۱۴

۴. عدم تحقق شرط رهن

برخی گفته‌اند که در عقد رهن شرط است که دینی بالفعل موجود باشد تا بتوان نسبت به آن دین، رهن گرفت، ولی در عقد ضمان تا قبل از انعقاد عقد ضمان، دینی بر عهده ضامن نیست و صرفاً بعد از عقد ضمان، ضامن مدیون می‌شود. پس در لحظه انعقاد عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نیست؛ در نتیجه، دینی وجود ندارد تا بر آن دین رهن گرفته شود (اشتهدادی، ۱۴۱۷، ۲۸ / ۴۰۴)

۵. از عقود لازمه بودن رهن

عقد رهن از سوی راهن، لازم است و از طرفی، شرط نتیجه در عقود ممکن

است که جایز باشد؛ در نتیجه، نمی‌توان عقد رهن را با شرط نتیجه محقق کرد (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۲۸/۴۰۴). در پاسخ از این دلیل می‌توان گفت: اینکه عقد رهن از جانب راهن لازم است، کلام صحیحی است، اما اینکه عقود لازم را نتوان به صورت شرط نتیجه منعقد کرد، ادعایی بیش نیست؛ چرا که از این جهت بین عقود لازم و جایز فرقی نیست. این استدلال مبتنی بر نظریه قدماست که معتقد بودند در انشای عقود لازم، لفظ نیاز است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳/۱۴۷)، ولی امروزه محققان بر این عقیده‌اند که برای تحقق انشا، لفظ خاص لازم نیست، بلکه کافی است اراده واقعی شخص ابراز گردد (خمینی، ۱۴۲۱، ۱/۸۷ و ۲۹۹) مگر در عقود و ایقاعات خاص مثل طلاق و نکاح که دلیل خاص دلالت بر لزوم استفاده از لفظ خاص می‌باشد.

۶. اصل در عقود فاسد بودن

بدون تردید اصل در معاملات، فساد است (خویی، بی‌تا، ۳/۷)؛ به این تقریب که نتایج عقود و ایقاعات، امور حادث‌اند؛ مثلاً انتقال مالکیت در عقد بیع، امری حادث است و هرگاه در تحقق این نتیجه شک شود، اصل عدم انتقال مالکیت جاری می‌شود. در مورد بحث نیز بعد از انشای عقد ضمان، شک می‌شود که آیا عقد رهن، محقق شده است یا خیر؟ اصل عدم تحقق عقد رهن است (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ۲۸/۴۰۴). این استدلال نیز ناتمام است؛ چرا که هر چند اصل اولیه در عقود و ایقاعات، صرف نظر از اطلاقات و عمومات، فساد است، ولی بعد از توجه به اطلاقات و عمومات، نمی‌توان به اصل اولیه تمسک کرد؛ زیرا این اصل مبتنی بر استصحاب است، در حالی که با وجود ادله اجتهادی، تمسک به استصحاب امکان‌پذیر نیست.

مبحث دوم: شرط رهن به نفع ضامن

همان طور که ممکن است شرط رهن به نفع مضمون‌له پیش بینی شود، ممکن است چنین شرطی به نفع ضامن در ضمن عقد ضمان نیز درج گردد؛ بدین معنا که وقتی ضامن از دین مضمون‌عنه ضمانت می‌کند، ضمانتش تبرعی نیست، بلکه

تصمیم دارد بعد از پرداخت دین به مضمون‌عنه رجوع کند. ولی به علت عدم اعتماد کافی یا گریز از مواجه شدن با اعسار وی از وی مطالبه رهن ننماید. باید دید چنین شرطی به نفع ضامن چه وضعیتی دارد؟ متأسفانه اکثر محققان به این بحث نپرداخته‌اند و در کتب فقهی، تنها فقهی که در این خصوص اظهار نظر نموده است، محقق خویی است. ایشان در خصوص شرط رهن به نفع ضامن، معتقد است اگر شرط رهن به صورت شرط نتیجه باشد، چنین شرطی صحیح است و اگر به صورت شرط فعل باشد، باید حکم به بطلان آن داد (خویی، ۱۴۰۹، ۲ / ۱۶۱). به نظر می‌رسد، شرط رهن به نفع ضامن، تفاوتی ماهوی با شرط رهن به نفع مضمون‌له ندارد؛ لذا از نظر حکم، شرط رهن به نفع ضامن، همسان با شرط رهن به نفع مضمون‌له است؛ از این رو، بدون تفکیک بین شرط فعل و شرط نتیجه، باید حکم به صحّت این شرط داد.

نتیجه‌گیری

برای تحقّق یا تکمیل عقد ضمان، هم رضایت ضامن لازم است و هم رضایت مضمون‌له. حال ممکن است هر یک از این دو نفر، رضایت خود را منوط و مشروط به رهن نمایند. از زمان مطرح شدن این فرع فقهی، محققان در صحّت و بطلان این شرط، اختلاف نظر دارند. قانون مدنی ایران به صراحت، حکم به جواز شرط رهن به نفع مضمون‌له نموده، ولی در خصوص شرط رهن به نفع ضامن، سکوت کرده است. بدون تردید، مقتضی عمومات ادلّه صحّت شروط و اصل حاکمیت اراده، صحّت شرط است؛ از این رو، باید در جستجوی این مطلب بود که آیا در خصوص «شرط رهن» مانعی از صحّت می‌توان یافت یا خیر؟ محققان با تفکیک بین شرط رهن به نفع ضامن و مضمون‌له و همچنین تفکیک بین شرط رهن به صورت شرط فعل و شرط رهن به صورت شرط نتیجه، موانعی برای هر یک از اقسام شرط رهن بیان کرده‌اند. به نظر می‌رسد، ادلّه بیان شده برای بطلان شرط رهن ناتمام است؛ چرا که شرط رهن نه باعث تعلیق عقد ضمان است و نه مفاد آن، اعطای خیار فسخ به مشروط‌له است. بر فرض که مفاد شرط رهن، اعطای شرط خیار به نفع مشروط‌له

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳

زمستان ۱۳۹۷

۱۱۶

باشد، به نظر می‌رسد، درج شرط خيار در عقد ضمان، نه مخالف مقتضی ذات عقد ضمان می‌باشد و نه موجب بطلان آن می‌گردد.

منابع

۱. ابن‌ادریس، محمد، (۱۴۱۰ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن‌براج، عبدالعزیز، (۱۴۰۶ ق). المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ ق). مجمع الفائدة و البرهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اشتهاودی، علی پناه، (۱۴۱۷ ق). مدارک العروه، تهران، دار الأسوه.
۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ق). کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۶. ایروانی، علی، (۱۴۰۶ ق). حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. بحرانی، حسین، (بی‌تا). الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیه.
۸. حلی، جمال‌الدین، (۱۴۰۷ ق). المهذب البارخ فی شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. حلی، یوسف (علامه)، (۱۴۱۰ ق). ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. _____، (۱۴۲۰ ق). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۱. _____، (۱۴۱۴ ق). تذکره الاولیاء، قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت علیهم السلام.
۱۲. _____، (۱۴۱۳ ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶ ق). مستمسک العروه الوثقی، قم، مؤسسه دار التفسیر.
۱۴. خمینی، سید روح‌الله، (۱۴۲۱ ق). کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۰۹ ق). مبانی العروه الوثقی، قم، منشورات مدرسه العلم.
۱۶. _____، (بی‌تا). مصباح الفقاهه، بی‌جا، بی‌نا.
۱۷. _____، (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، نشر مدینه العلم.
۱۸. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ ق). مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.

۱۹. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷ ق). منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی،
۲۰. شهید اول، محمد، (۱۴۱۰ ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، بیروت، دار التراث،
۲۱. شهید ثانی، زین الدین، (۱۴۱۳ ق). مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه.
۲۲. صیمری، مفلح، (۱۴۲۰ ق). غاية المرام في شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهدای،
۲۳. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ ق). تهذيب الاحكام، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه.
۲۴. _____، (۱۴۰۷ ق). الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
۲۵. _____، (۱۳۸۷ هـ ق). المبسوط في فقه الاماميه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية علیه السلام.
۲۶. حر عاملی، محمد، (۱۴۰۹ ق). وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۷. عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹ ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
۲۸. فقعی، علی بن طی، (بی تا). المسائل الفقهيه، بی جا، بی نا.
۲۹. محقق ثانی، علی، (۱۴۱۴ ق). جامع المقاصد في شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامي، تهران، مرکز نشر علوم اسلامي.
۳۱. نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ ق). منية الطالب في حاشیه المكاسب، تهران، المكتبة المحمديه.
۳۲. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳۳. یزدانی، غلامرضا و سید مصطفی محقق داماد، (۱۳۹۵ ش). «شرط خيار در عقد ضمان»، مجله آموزه های فقه مدنی، شماره ۴.
۳۴. یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۰۹ ق). العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی.
۳۵. _____، (۱۴۱۹ ق). العروة الوثقی المحشی، قم، دفتر انتشارات اسلامي.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی ۱۳
زمستان ۱۳۹۷