

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

جریان خیار و اقاله در عقد ضمان

نسبت به دلیل محقق خوئی(ره)، مرحوم والد ما(رضوان الله علیه) در حاشیه کتاب النکاح عروه، اشکالی دارند، که استفاده می شود آن دلیل هم در کلمات دیگران مطرح شده بوده و والد ما هم آن را مورد مناقشه قرار داده اند. خود شما آن را ملاحظه بفرمایید.

بحث عدم جریان خیار در نکاح تمام شد، و عرض کردیم که خیار در نکاح جریان ندارد، بنابراین اقاله هم در آن جریان ندارد. اما فرع دیگر این است که آیا در عقد ضمان، در ضمان بالید، که کسی دینی دارد و دیگری نسبت به آن دین ضامن می شود، که یک عقدی بین ضامن و مضمون له تشکیل می شود، ضامن می گوید من ضامن می شوم که این دین را بپردازم و مضمون له هم قبول می کند، - مضمون له همان قرض دهنده است - آیا در عقد ضمان، خیار جریان دارد یا نه؟ و اگر گفتیم در عقد ضمان هم خیار جریان ندارد، نتیجه این می شود که اقاله هم جریان ندارد.

مقدمه این را عرض کنیم که فرق بین ضمان در نزد خاصه، با ضمان در نزد عامه روشن است؛ که طبق مبنای عامه، ضمان؛ «ضَمَّ ذِمَّةً إِلَى ذِمَّةٍ» است، یعنی ذمه مضمون عنه بری و خالی نمی شود، بلکه ذمه ضامن به او ضمیمه می شود. اما طبق مبنای امامیه؛ ضمان؛ «نَقَلَ ذِمَّةً إِلَى ذِمَّةٍ» 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 بری 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 خواستم 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؟

آیا شرط خیار در عقد ضمان، برای ضامن یا برای مضمون له صحیح است یا خیر؟ مرحوم علامه در کتاب تذکره در بحث ضمان فرموده باطل است. اما در کتاب بیع تذکره (ج 14، ص 285) فرموده است که «یصح دخول الشرط فی الضمان»؛ شرط خیار در ضمان، باطل است. اما در بیع تذکره در بحث خیار شرط، در ج 11، ص 64 فرموده صحیح است. در بیع تحریر (ج 2، ص 294) هم فرموده صحیح است. محقق ثانی(ره) هم قائل به صحت است. شیخ طوسی(ره) در بیع مبسوط در بیع الخیار (ج 2، ص 81) قائل به بطلان است. یعنی در این مسأله نزد قدما دو قول بوده است.

اینطور نیست که بگوییم در بین قدما مطرح هم نکرده باشند. بین متأخرین و معاصرین هم همینطور است؛ سید(ره) در کتاب عروه، در کتاب الضمان، مسأله 5 فرموده «يجوز اشتراط الخيار فی الضمان للضامن و المضمون له». محقق نائینی(ره)

فرموده این شرط باطل است. محقق خوئی(ره) فرموده این شرط باطل است. مرحوم والد ما(رض) در حاشیه عروه در همین بحث ضمان اشکال کرده است و فرموده‌اند «علی اشکال». از اینکه امام(رض) در این مسئله عروه حاشیه ندارند، استفاده می‌شود که همان نظر صاحب عروه را پذیرفته‌اند، که در ضمان، شرط خیار جریان دارد. بنابراین؛ در بین معاصرین و متأخرین هم در این مسأله دو قول است. خلاصه یک اجماع و اتفاقی در میان متقدمین بر بطلان یا بر صحت در کار نیست و مسأله از همان ابتدا اختلافی بوده است.

ادله قائلین به بطلان شرط خیار در ضمان

بعد از اینکه روشن شد مسئله دارای دو قول است و اجماعی در کار نیست، باید دید دلیل قائلین به این دو قول چیست؟ کسانی که می‌گویند شرط خیار در ضمان باطل است، عمدتاً دو دلیل دارند.

دلیل اول

در دلیل اول گفته‌اند که این شرط با مقتضای خود عقد منافات دارد و یکی از علائم فساد شرط این است که شرط، با مقتضای عقد منافات داشته باشد. چرا؟ می‌گویند معنای عقد ضمان این است که ضامن می‌گوید من غرامت را می‌پردازم. ضامن بوسیله عقد ضمان علی یقین بالغرامه، یقین دارد که غرامت را او باید بپردازد، معنایش ضمان اوست، و إلاً اصلاً ضمانی واقع نشده است. وقتی می‌گوییم این شخص ضامن است، بدین معناست که این می‌گوید غرامت را من می‌خواهم بپردازم. غرامت بر عهده من آمد. الان اگر بگوییم برای خودش خیار قرار دهد، این معنایش این است که بعداً اگر اعمال خیار کرد و عقد را بهم زد، اینجا این یقین به غرامت از بین برود و معلوم می‌شود که این نباید غرامت را می‌پرداخت. پس دلیل اول این است که شرط خیار با مقتضای عقد منافات دارد.

نقد دلیل اول

جواب این دلیل خیلی روشن است. در تمام عقود همینطور است. مثلاً اگر کسی بیعی را انجام داد، بایع برای خودش خیار قرار داده است، مشتری برای خودش خیار قرار دهد، اینجا با این که الان یقین به نقل و انتقال دارند؛ چون با بیع، نقل و انتقال حاصل می‌شود، و لو در آن خیار هم باشد. اینجا شما چه می‌گویید؟ اینجا هم همینطور است. اینجا چطور کسی نمی‌گوید منافات دارد. در مانحن فیه می‌گوییم ضامن می‌گوید بله، من غرامت را می‌پذیریم، اما بشرطی که تا ده روز خیار هم داشته باشم، اگر ده روز گذشت که هیچ، اگر قبل از ده روز، اعمال خیار کردم، دیگر این غرامت بر عهده من نباشد. این چه اشکالی دارد؟ این چه منافاتی با مقتضای عقد دارد؟ بعبارة آخری؛ در شرایط مخالف با مقتضای عقد گفته‌اند که اصلاً خود عقد با قطع نظر از آن شرط، یک اقتضایی داشته باشد که اگر آن شرط هم باشد باز باید آن اقتضا باشد.

می‌گوییم مقتضای بیع؛ سلطنت مطلقه است، اگر بایع شرط کند من این جنس را به شما می‌فروشم بشرط اینکه شما این را به برادرت نفروشی، این باطل است، چون بیع افاده سلطنت مطلقه می‌کند. اما اگر بگوییم این بیع خودش خیاری است، اگر اعمال خیار نکردید ملکیت می‌آورد، اگر اعمال خیار هم کردید یا از اول باطل است یا من حین الخیار. این منافاتی با مقتضای عقد ندارد. لذا این استدلال که بگوییم این شرط با مقتضای عقد در باب ضمان منافات دارد، مخدوش است. بایع می‌گوید ذمه من مشغول است اما بشرط الخیار، اگر در ضمن این ده روز من بهم زدم، ذمه من مشغول نباشد، ذمه خود مضمون عنه مشغول

باشد، این چه اشکالی دارد؟ لذا نمی‌توان گفت این شرط با مقتضای عقد منافات دارد.

دلیل دوم

دلیل دومی که در کلمات آمده - البته اینها یکجا جمع نشده، لابلای کلمات گاهی اشاره شده است و باید استخراج کرد و منسجم کرد - این است که عقد ضمان، متضمن ابراء است و اجماع داریم که در ابراء خيار جریان ندارد. توضیحش این است که وقتی ضامن ضمانت می‌کند، چون گفتیم طبق مذهب امامیه؛ ضمان «نقل ذمه الی ذمه» است؛ یعنی الان ذمه مضمون عنه بری می‌شود و ذمه ضامن مشغول می‌شود، پس عقد ضمان، متضمن ابراء است، یعنی ذمه مضمون عنه بری می‌شود. اگر بخواهیم بگوییم در عقد ضمان، خيار جریان دارد، معنایش این است که در ابراء، خيار جاری شود، در حالی که اجماع داریم که در ابراء خيار نمی‌آید. اگر من از کسی مالی را می‌خواهم، صحیح نیست که بگویم «ابرائت ذمتک بشرط الخيار». یا می‌توانیم بگوییم ابراء، ایقاع است و در ایقاعات خيار معنا ندارد، خيار در باب عقود است. علی‌ای حال؛ در ابراء خيار جریان ندارد. پس در اینجا هم که متضمن ابراء است، نباید خيار جریان داشته باشد.

نقد دلیل دوم

نقد این دلیل این است که حقیقت ضمان که ابراء نیست. حقیقت ضمان عبارت از نقل یک مالی از یک ذمه‌ای به ذمه دیگر است. مثل اینکه شما می‌گویید حقیقت بیع، نقل است، نقل مال از بایع به مشتری است. اکنون شما در جایی که بیع دین به یک عین انجام می‌دهید، یک دینی بر ذمه‌ی بایع است، یا بر ذمه مشتری است، می‌گوییم من پولی که در ذمه تو دارم را در مقابل جنس تو معامله می‌کنم. این معامله هم معامله صحیحی است. نتیجه این می‌شود که ذمه او خالی می‌شود. من از بایع هزار تومان پول می‌خواهم، به بایع می‌گویم در مقابل آن هزار تومان، من این کتاب را از تو می‌گیرم بالبیع. آیا در این معامله نمی‌شود شرط خيار کرد؟ همه گفته‌اند شرط خيار اشکال ندارد، و لو یک طرفش ثمن کلی بوده، در ذمه بایع بوده، وقتی معامله هم شده معنایش این است که آن ذمه بری می‌شود. چون حقیقت بیع، نقل است، «تملیک عین بمال». لذا می‌توان در آن شرط خيار کرد، و لو نتیجه‌اش این بوده، در یک طرف مسأله اسقاط و ابراء مطرح شده است. در مانحن فیه هم همینطور است؛ حقیقت ضمان، ابراء نیست. حقیقت ضمان؛ نقل یک مالی از ذمه‌ای به ذمه دیگر است. نتیجه این نقل این است که ذمه مضمون عنه خالی شود. حال چه اشکالی دارد که بگوییم این ذمه به این نحو خیاری خالی شده است، اگر اعمال خيار کرد باز ذمه مضمون عنه مشغول باشد. لذا این دلیل هم دلیل ناتمامی است.

دلیل سوم

دلیل سوم این است که می‌گویند - با این بیانی که ما عرض می‌کنیم - کاری به ابراء نداریم. در ضمان، ذمه مضمون عنه خالی شده است، ذمه ضامن مشغول شده است. اگر بخواهیم بگوییم خيار در آن جریان دارد، دو مرتبه باید بگوییم ذمه مضمون عنه مشغول شود. اگر ضامن اعمال خيار کرد و عقد ضمان را بهم زد، مجدداً باید ذمه مضمون عنه مشغول شود. در حالی که دلیلی بر اشتغال مجدد او نداریم. ما چه دلیلی داریم که وقتی ذمه مضمون عنه با یک عقدی خالی شد، دو مرتبه ذمه‌اش مشغول شود؟!

نقد دلیل سوم

نقد این دلیل این است که ذمه مضمون عهه اگر با یک عقد ضمان بنحو مطلق خالی شد، اینجا دلیلی بر اینکه دوباره ذمه او مشغول شود نداریم. اما اگر سبب خالی شدن ذمه مضمون عهه، یک عقد ضمان خیاری است، یعنی یک سبب ضعیف است، که این سبب ضعیف اگر بعداً از بین رفت، ما می‌فهمیم که هنوز ذمه مضمون عهه 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 بنحو مطلق باشد، می‌گوییم ذمه مضمون عهه خالی شده است، عقد ضمان هم واقع شده است، اینجا اگر کسی بخواهد بگوید دوباره ذمه مضمون عهه مشغول می‌شود، دلیل می‌خواهیم. اما اگر یک عقد ضمان، خیاری بود، یعنی معلوم می‌شود از اول نمی‌توانیم بنحو جزمی بگوییم ذمه مضمون عهه خالی شده است. بلکه ذمه مضمون عهه زمانی از اول خالی می‌شود که این اعمال خیار نکند، اگر اعمال خیار کرد کشف از این می‌کنیم که ذمه مضمون عهه خالی نشده است. محقق نائینی(ره) در حاشیه عروه می‌فرماید «جواز - یعنی جواز اشتراط خیار در ضمان - فی غایة الاشکال بل لا یبعد عدم جواز»؛ فتوا به عدم جواز داده است.

فرمایش محقق خوئی(ره)

محقق خوئی(ره) هم فرموده‌اند «فیه إشکال بل منع و کذا فی ثبوت الخیار عند تخلف الشرط»؛ چون سید دو فرع را مطرح کرده است؛ یک فرع اینکه آیا شرط خیار - که هر زمانی ضامن یا مضمون له بخواهد عقد ضمان را بهم بزند - درست است یا نه؟ فرع دوم اینکه اگر ضامن بگوید «أنا ضامن بشرط أن تخیط لی ثوباً»؛ اگر حالا مضمون له به این شرط عمل نکرد، آیا اینجا ضامن، خیار تخلف شرط دارد یا خیر؟ می‌فرمایند نه، این خیار تخلف شرط هم ثابت نیست.

محقق خوئی(ره) در ادامه بحث فرموده «و الوجه فیه أن انفساخ عقد ما إذا لم یمكن فی نفسه و لو بالتقابل فأدلة الشروط لا تفی بصحة جعل الخیار فیه»؛ الان می‌خواهیم ادله کسانی که می‌گویند خیار جریان دارد را بیان کنیم. مهمترین دلیل کسانی که می‌گویند خیار جریان دارد؛ عموم «المؤمنون عند شروطهم» است. در عقدی یک شرط شده است، «المؤمنون عند شروطهم» می‌گوید باید به این شرط عمل کنید. مثلاً مقدس اردبیلی(ره) در مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، ص 299 به همین «المؤمنون عند شروطهم» یا حتی «أوفوا بالعقود» تمسک کرده است. دیگران هم عمده به همین «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند. محقق خوئی(ره) در این حاشیه می‌فرماید «المؤمنون عند شروطهم» در جایی جریان پیدا می‌کند که عقدی قابلیت انفساخ فی حد نفسه و لو بالتقابل را داشته باشد، اگر قابلیت داشت آنوقت ما می‌توانیم بگوییم عموم «المؤمنون عند شروطهم» جعل خیار شرط در ضمان را تصحیح می‌کند. یعنی ایشان مسأله را بردند روی این طرف. ما دیروز می‌گفتیم «کل ما یجرى فیه الخیار تجری فیها الاقالة»، و گفتم از بعضی از عبارات، عکس این هم استفاده می‌شود، از این حاشیه استفاده می‌شود که اگر در یک عقدی، انفساخ و لو بالتقابل امکان داشته باشد، جعل خیار در آن امکان دارد.

همانطور که دیروز عرض کردیم این مطلب درست نیست، بلکه عکس قضیه است، اگر در یک عقدی خیار جریان پیدا کرد، اقاله جریان دارد، نه اینکه بگوییم اگر در یک عقدی اقاله جریان پیدا کرد، خیار هم جریان پیدا می‌کند. اگر کسی آن نظر را داشته باشد که بگوید اگر در یک عقدی اقاله جریان پیدا کرد، خیار هم جریان پیدا می‌کند، دیگر نیازی به تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» ندارد. شما می‌گویید هر جا اقاله جاری شد، خیار هم می‌آید، هر جا فسخ طرفینی بود، به طریق اولی فسخ من طرف واحد هم امکان دارد، دیگر نیاز به «المؤمنون عن شروطهم» نداریم.

ما و کثیری از بزرگان، عکس این عبارت را دارند؛ یعنی می‌گویند هر جا خیار جریان پیدا می‌کند، اقاله جریان پیدا می‌کند. ما در ضمان اگر دلیل پیدا کردیم بر اینکه خیار جریان پیدا می‌کند، مثلاً به عموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کردیم، آنگاه می‌گوییم در آن اقاله هم جریان پیدا می‌کند. پس ادله کسانی را که قائل به بطلان هستند ملاحظه فرمودید. کسانی هم که می‌گویند

این شرط صحیح است، به «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند. «المؤمنون عند شروطهم» فقط یک ضمیمه لازم دارد و آن اینکه بگوییم مشرّع هم هست، نگوییم «المؤمنون عن شروطهم» یعنی آن شروطی که با ادله دیگر صحّتش اثبات شده است. ما این حرف را در قاعده سلطنت هم گفتیم، «الناس مسلطون علی اموالهم» مشرّع است، اگر در یک سلطنتی شک داریم که برای ما ثابت است یا نه؟ حدیث سلطنت برای ما اثبات می‌کند. در اینجا هم همینطور، اگر در یک شرطی از نظر شبهه حکمی شک کردیم که آیا شارع این را صحیح می‌داند یا نه، «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن هم می‌شود. پس دلیل برای صحّت جعل خیار؛ «المؤمنون عند شروطهم» است، به ضمیمه اینکه بگوییم این حدیث، عنوان مشرّع را دارد. پس تا اینجا ما ادله قائل به بطلان را رد کردیم، دلیل صحت را هم آوردیم.

دلیل چهارم

یک دلیل چهارمی را هم محقق خوئی (ره) در همان شرح عروه، ج 31، ص 418 بیان کرده‌اند. ایشان می‌فرماید که اقاله درجایی است که نتیجه العقد مربوط به طرفین عقد باشد، اما جایی که نتیجه عقد از طرفین عقد تجاوز می‌کند و پای شخص ثالث هم در کار است، اینجا اقاله جریان ندارد. در عقد ضمان اینطور است. در عقد ضمان اگر این طرفی العقد اقاله کردند، باز ذمه مضمون عنه اشتغال پیدا می‌کند. در چنین مواردی اقاله جریان ندارد. خلاصه این دلیل این است که هر جا نتیجه العقد مربوط به طرفی العقد باشد، یک بیعی است بین بایع و مشتری، کس دیگری دخالت ندارد، اینجا می‌توانند اقاله کنند، اما جایی که نتیجه العقد به شخص دیگری هم مرتبط شود، آنجا اقاله جریان ندارد.

نقد دلیل چهارم

نقد این دلیل این است که اولاً آنچه که ایشان در اینجا فرموده‌اند مجرد یک ادعا است. ثانیاً در عقد ضمان، مگر مضمون عنه در این عقد دخالت داشته است، که الان بگوییم در اقاله هم باید نظر او را هم داشته باشیم. در عقد ضمان حتی می‌گویند اگر مدیون هم خبر نداشت، حتی اگر مدیون هم نپذیرد و بگوید من نمی‌خواهم فلانی ضامن من شود، باز ضرر نمی‌رساند. اگر ضامن بگوید من ضمانت می‌کنم، به مضمون له هم بگوید تو نگران بیعت هستی، من آن را ضمانت می‌کنم، می‌خواهد مدیون بپذیرد یا نپذیرد، مخالفت کند یا نکند، وقتی که در اصل عقد دخالت ندارد، چه لزومی دارد که در اقاله اش دخالت داشته باشد. شما می‌گویید نتیجه اقاله این می‌شود که ذمه او دوباره مشغول شود، می‌گوییم خوب بشود. اما اینکه در عقد دخالتی نداشته وجهی ندارد، که ما در اقاله هم او را دخیل بدانیم. این چهار دلیل که در کلمات علماء پراکنده بود و عرض کردیم.

نتیجه بحث و نظر استاد

محصل این بحث تا اینجا این شد که أدله بطلان خیار در ضمان مخدوش است، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» محکم است و اشکالی در جریان خیار در ضمان نیست. اگر گفتیم خیار در ضمان جریان پیدا می‌کند، اقاله هم در آن جریان پیدا می‌کند. فقط این نکته را دقت کنید و دنبال کنید که آیا می‌توانیم بگوییم خیار فقط در عقود معاوضی است؛ مثلاً در عقد أخوت بگوییم خیار معنا ندارد، چون معاوضی نیست، کما اینکه در نکاح چون عقد معاوضی نیست، خیار جریان ندارد. آن وقت اگر کسی این حرف را بپذیرد، ضمان، یک عقد معاوضی نیست، من ضامن می‌شوم مضمون له قبول می‌کند، بین من (ضامن) و مضمون له، معاوضه صورت نگرفته است. ممکن است این حرف را بزنیم و بگوییم خیار فقط در عقود معاوضی جریان دارد. اما جایی که یک عقدی معاوضی نیست، در آن خیار جریان ندارد و ضمان هم از عقود معاوضی نیست، عوض و معاوضی در آن نیست. لذا

این جهت یک مقدار انسان را متوقف می‌کند. نتیجه این حرف آخر ما این شد که باید یک توقّف مایی کنیم، یعنی آنچه که مرحوم والد ما (رض) دارند که فرمودند «**علی اشکال**»، شاید مقصودش همین باشد، که در جریان خیار در ضمان، یک مقدار اشکال وجود دارد.

و صلی الله علی سیدنا محمد و آله اجمعین.