

پیش‌بینی حق فسخ ضمن عقود وثیقه‌ای

جواد پیری*

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۲/۱۰

تاریخ دریافت: ۹۶/۹/۲۲

چکیده

عقود وثیقه‌ای که به منظور تضمین و تسهیل وصول مطالبات منعقد می‌گردد، دارای احکام متعددی به غیر از احکام مترتب بر تمامی عقود است. یکی از مسائل بسیار مهم در ارتباط با عقود، صحت یا عدم صحت پیش‌بینی حق فسخ است. علی‌القاعده در ضمن عقود می‌توان چنین حقی را برای طرفین عقد در نظر گرفت؛ اما راجع به برخی از عقود چنین امکانی وجود ندارد. باین حال راجع به عقود وثیقه‌ای تردیدهایی وارد شده است. برخی از مؤلفین پیش‌بینی حق فسخ در ضمن عقود وثیقه‌ای را ممکن و برخی آن را بی‌اعتبار دانسته‌اند. برخی نیز نسبت به بعضی از مصادیق عقود وثیقه‌ای قائل به امکان اندارج حق فسخ شده‌اند و راجع به مصادیق دیگر آن را جایز ندانسته‌اند. طرفداران هر یک از دیدگاه‌های مطروحه دلایلی برای اثبات نظر خود بیان داشته‌اند. باین حال به نظر می‌رسد می‌بایست قائل به دیدگاهی شد که معتقد به امکان پیش‌بینی حق فسخ در ضمن عقود وثیقه‌ای است. در این نوشتار سعی نگارنده بر این خواهد بود که دلایل ارائه شده از سوی هر یک از دیدگاه‌ها را مورد مذاقه قرار دهد و با دید تحلیلی به بررسی آن‌ها بپردازد.

کلیدواژه‌گان:

عقد وثیقه‌ای انتقالی، عقد وثیقه‌ای تضمینی، فسخ.

* دانشجوی دکتری؛ حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

مقدمه

گسترش روزافزون روابط اجتماعی متضمن توسعه روابط قراردادی اشخاص با یکدیگر است. اشخاصی که وارد رابطه قراردادی می‌شوند، ممکن است در ضمن قرارداد برای خود حق فسخی پیش‌بینی کنند تا بتوانند در صورت نیاز از اصل لزوم رهایی یافته و زنجیره تعهدات به وجود آمده را بگسلند. طبق قواعد عمومی قراردادها، اندراج حق فسخ ضمن عقود با ایرادی روبه‌رو نیست و طرفین قرارداد بنا به آزادی اراده می‌توانند در ضمن عقود فی‌مابین، این حق را پیش‌بینی کنند. علی‌رغم قاعده امکان پیش‌بینی حق فسخ در عقود، احکام و اوصاف خاص برخی از قراردادها مانع از آن است که بتوان برای طرفین حق فسخ در نظر گرفت. به‌طور کلی عقود از حیث امکان پیش‌بینی حق فسخ به سه دسته تقسیم شده‌اند. دسته اول عقود هستند که بنا به ماهیت خاص آن‌ها که مقتضی دوام و ثبات است، نسبت به عدم جواز درج شرط فسخ ضمن آن‌ها اتفاق نظر وجود دارد؛ به‌عنوان مثال می‌توان به عقد نکاح و وقف اشاره کرد. دسته دوم عقود هستند که در امکان اندراج حق فسخ ضمن آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد. در این خصوص می‌توان به عقود ضمان، حواله، کفالت و رهن که تحت عنوان عقود وثیقه‌ای شناخته می‌شوند، اشاره کرد. دسته سوم نیز عقود هستند که جواز جعل خیار ضمن آن‌ها مورد اتفاق فقها است؛ به‌عنوان نمونه می‌توان به عقد بیع اشاره کرد.

از میان این سه دسته از عقود، عقود دسته دوم، به‌ویژه عقود وثیقه‌ای به جهت ماهیت خاص آن‌ها و ابهامات و اختلافات موجود، از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. عقود وثیقه‌ای خود به دودسته عقود وثیقه‌ای انتقالی و عقود وثیقه‌ای تضمینی قابل تقسیم هستند. راجع به این دسته از عقود لازم است بادیید تحلیلی به بررسی این مسئله بپردازیم که آیا این عقود از قاعده کلی جواز پیش‌بینی حق فسخ ضمن عقود پیروی می‌کنند؛ یا این که ماهیت خاص آن‌ها سبب تمایزشان با دیگر عقود است و در نتیجه خارج از قلمرو شمولی قاعده پیش‌گفته خواهند بود. همان‌طور که گفته شد، راجع به جواز یا عدم جواز اندراج حق فسخ در عقود وثیقه‌ای تردید وجود دارد و مؤلفین اعم از فقها و حقوق‌دانان دیدگاه‌های متفاوتی را مورد توجه قرار داده‌اند؛ بر این اساس لازم است دیدگاه‌های موجود و ادله مربوطه را مورد بررسی و مذاقه قرار دهیم تا صحت و وسقم دیدگاه‌های موجود تبیین گردد.

نوشتار حاضر در دو بخش تنظیم‌شده است. در بخش اول به تبیین امکان یا عدم امکان پیش‌بینی حق فسخ در عقد ضمان و عقد حواله به‌عنوان مهم‌ترین مصادیق عقود وثیقه‌ای انتقالی می‌پردازیم و در بخش دوم نیز عقود وثیقه‌ای تضمینی که عقد کفالت و رهن از جمله مهم‌ترین مصادیق آن هستند را مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

۱. عقود وثیقه‌ای انتقالی

منظور از عقد وثیقه‌ای انتقالی عقدی است که با انعقاد آن دین یا طلب از ذمه متعهد تعهد پایه به ذمه شخص دیگری منتقل می‌شود. عقد ضمان و حواله از مصادیق این دسته از عقود هستند. قانون‌گذار راجع به عقد ضمان و حواله در برخی موارد اجازه فسخ قرارداد را به یکی از طرفین عقد داده است. به‌موجب ماده ۶۹۰ و ۷۰۱ قانون مدنی در سه حالت ممکن است عقد ضمان فسخ گردد: (۱) روبه‌رو شدن مضمون‌له با اعسار ضامن مشروط به این‌که اعسار در زمان انعقاد عقد وجود داشته و مضمون‌له نسبت به آن آگاه نبوده باشد. (۲) در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به.^۱ (۳) در صورت تخلف از مقررات عقد ضمان. در خصوص عقد حواله نیز قانون‌گذار به‌موجب ماده ۷۲۹ و ۷۳۲، اعسار و شرط خیار را از مواردی دانسته است که بر اساس آن یکی از طرفین می‌تواند عقد را فسخ کند. همان‌طور که مشخص است، قانون‌گذار در خصوص عقد ضمان، از اندراج حق فسخ و راجع به عقد حواله از تخلف از مفاد عقد و خیار ناشی از آن سخنی به میان نیاورده است؛ بنابراین عقد ضمان و حواله را از این حیث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱.۱. عقد ضمان

راجع به این‌که آیا می‌توان در عقد ضمان برای یکی از طرفین حق فسخ پیش‌بینی کرد، دو دیدگاه وجود دارد. در این بخش از نوشتار به بررسی دیدگاه‌های مطروحه می‌پردازیم.

۱. در برخی از نسخ قانون، عبارت «دین مضمون‌طلب» به‌کاررفته است. در ادامه به شرح و تفسیر این بند خواهیم پرداخت.

۱.۱.۱.۱. عدم جواز پیش‌بینی حق فسخ

برخی از مؤلفین بر این نظر هستند که هرچند پیش‌بینی حق فسخ در عقود مطابق قاعده است؛ اما در عقد ضمان نمی‌توان برای طرفین چنین حقی قائل شد.^۱ طرفداران این دیدگاه برای توجیه دیدگاه خود دلایلی ارائه نموده‌اند که ذیلاً به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۱.۱.۱.۱.۱. تنافی شرط خیار با مقتضای عقد

همان‌طور که می‌دانیم، یکی از موارد بطلان شرط، تنافی آن با مقتضای ذات عقد است. مقتضای ذات را عبارت از امری است که عقد به منظور تحقق آن منعقد می‌شود و مقصود اساسی از عقد است.^۲ به عبارت دیگر نتیجه و اثر مستقیمی است که اراده طرفین از انعقاد عقد، حصول آن است.^۳ یکی از فقها خصوص پیش‌بینی حق فسخ در عقد ضمان بیان داشته‌اند که اگر در عقد ضمان، ضامن برای خود شرط خیار کند، چنین شرطی باطل است. علت بطلان شرط خیار تنافی آن با مقتضای عقد ضمان است؛ زیرا ضامن به موجب عقد ضمان دین مضمون عنه را بر ذمه می‌گیرد و یقین دارد که می‌بایست آن را پرداخت کند. همچنین ضامن با انعقاد عقد ضمان به متضرر شدن خود رضایت می‌دهد؛^۴ بنابراین پیش‌بینی حق فسخ در عقد ضمان به جهت این که ضامن به ضرر خود اقدام کرده است، وجهی ندارد. البته باید توجه داشت که چنین تحلیلی صرفاً در خصوص پیش‌بینی حق فسخ برای ضامن محل توجه است؛ اما نافی امکان پیش‌بینی حق فسخ برای مضمون له نیست؛ زیرا مسئله یقین به غرامت و غرر در مورد او مطرح نیست.

۱.۱.۱.۱.۲. تنافی شرط خیار با حکمی بودن لزوم عقد

گاه لزوم جنبه حکمی دارد؛ به این معنا که طرفین قرارداد نمی‌توانند ضمن عقد حق فسخ پیش‌بینی کنند. مرحوم نائینی در کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب در ذیل خیار شرط پس

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ ق، ص. ۱۵۵.

۲. امامی، سید حسن. (۱۳۹۳). (جلد اول). پیشین. ص. ۲۸۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). ترمینولوژی حقوق. پیشین. ص. ۶۷۷؛ محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ هـ ق). (جلد دوم). پیشین. ص. ۷۲.

۴. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العالمیة (ط - الحدیثة)، جلد پانزدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، جلد شانزدهم، ۱۴۱۹ هـ ق، ص. ۳۵۳.

از بیان عدم اختصاص آن به عقد بیع و ذکر موارد شمول آن در خصوص عقد ضمان بیان می‌دارد که لزوم عقد ضمان نیز همانند عقد نکاح جنبه حکمی دارد؛ زیرا اثر عقد انتقال ذمه و براءت مضمون عنه است؛^۱ بنابراین طرفین عقد ضمان از این توان برخوردار نیستند که با درج حق فسخ ضمن عقد، لزوم آن را متزلزل کنند.

۱.۱.۱.۳. تنافی شرط خیار با حقوق شخص ثالث

مبنای دیگری که در تحلیل عدم جواز اشتراط حق فسخ در عقد ضمان مطرح شده، عدم سازگاری شرط با حقوق شخص ثالث یعنی مضمون عنه است. اشتراط خیار در عقود که نتیجه آن صرفاً به طرفین برمی‌گردد، مطابق قاعده است؛ اما اگر با حقوق اشخاص ثالث برخوردی داشته باشد؛ به‌گونه‌ای که حقی از آن‌ها زایل شود، اندراج خیار و اعمال آن جایز نخواهد بود.^۲ در عقد ضمان با توجه به این که مضمون عنه به موجب عقد ضمان منتفع و ذمه او بری شده است، با فسخ عقد، اثر فسخ به او نیز سرایت می‌کند و حقوق او را تحت الشعاع قرار می‌دهد؛ بنابراین با توجه به این که فرض پیش‌بینی خیار در عقد ضمان منتهی به فسخ آن می‌گردد، می‌بایست معتقد به عدم جواز اندراج خیار برای طرفین عقد ضمان بود. مبنای دلیل مذکور را می‌توان در اصل عدم ولایت جستجو کرد. منظور از ولایت سلطه و امکان دخالت در امور دیگران است.^۳ اگر در عقد ضمان حق فسخ پیش‌بینی شود، اعمال آن منجر به اشتغال مجدد ذمه مضمون عنه که با انعقاد عقد بری شده بود، خواهد گردید. چنین امری سبب می‌گردد ضامن و مضمون له بتوانند بر ذمه مضمون عنه ولایت داشته باشند و پس از براءت ذمه او، مجدداً آن را مشغول سازند؛ درحالی که اصل عدم ولایت مقتضی عدم صحت چنین امری است؛^۴ به‌ویژه این که به دلیل

۱. غروی نائینی، میرزا محمدحسن، *مبنی الطالب فی حاشیة المکاسب*، جلد دوم، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳ هـ ق، ص. ۵۷.

۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مبانی العروة الوثقی*، جلد دوم، قم: منشورات مدرسه دارالعلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ ق، ص. ۱۳۶.

۳. محلاتی، محمد سروش، *اصل عدم ولایت*، فصلنامه علمی-پژوهشی علوم سیاسی، ۱۳۸۳، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، ص. ۶۴.

۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *پیشین*، ص. ۱۳۶.

حصری بودن اسباب تملک در شرع و قانون، اشتغال مجدد ذمه مضمون‌عنه نیازمند سببی است که مملک باشد؛ درحالی‌که اختیارات از اسباب مملک محسوب نمی‌شوند.^۱

۱.۱.۱.۴. تنافی شرط خیار با ماهیت توثیق

در تقویت دیدگاه مذکور می‌توان به ماهیت عقود وثیقه‌ای اشاره کرد. همان‌طور که بیان شد، عقد ضمان از جمله عقود وثیقه‌ای محسوب می‌شود. وثیقه زمانی تحقق می‌یابد که عقد به صورت غیر مشروط محقق شود؛ بنابراین در صورتی که یکی از طرفین عقد ضمان یا هر دو طرف حق فسخ آن را داشته باشند، چنین امری با ماهیت عقد ضمان که جنبه توثیقی دارد، در تنافی خواهد بود؛ در نتیجه می‌بایست عقد ضمان را از قلمرو شمولی شرط خیار خارج دانست.

۲.۱.۲. جواز پیش‌بینی حق فسخ

مشهور فقها بر این نظرند که پیش‌بینی شرط خیار برای طرفین عقد ضمان یا شخص ثالث با صحیح است.^۲ شیخ طوسی نیز در کتاب الخلاف بیان داشته‌اند که دلیلی برای بطلان شرط حق فسخ وجود ندارد.^۳ طرفداران این دیدگاه غالباً بر مبنای عموم ادله جواز پیش‌بینی شرط خیار در عقود، حکم به صحت اشتراط خیار در عقود وثیقه‌ای کرده‌اند.^۴ پذیرش دیدگاه اخیر نیازمند پاسخ‌دهی به ادله طرفداران دیدگاه پیشین است. در این بخش به این مهم می‌پردازیم.

در نقد دلایل ارائه شده از سوی طرفداران دیدگاه عدم جواز پیش‌بینی شرط خیار در عقد ضمان می‌توان گفت که اولاً هرچند عقد ضمان مبتنی بر پرداخت و غرامت است؛ اما پذیرش این غرامت مطلق نیست؛ بلکه از همان ابتدا به صورت مشروط محقق شده است. مضاف به این‌که اقدام ضامن به ضمانت از مضمون‌عنه همواره مبتنی بر عدم توجه او به منافع اقتصادی نیست؛

۱. محقق داماد، سید مصطفی و یزدانی، غلامرضا، **شرط خیار در عقد ضمان**، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳۹۰، سال دوم، شماره چهارم، ص. ۲۰.

۲. خویی، محمد تقی، **الشروط و التزامات التبعة فی العقود**. جلد دوم، قم: مؤسسه المنار، بی‌تا، ص. ۸۲.

۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، **الخلاف**، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق، ص. ۳۷۷.

۴. موحدی لنگرانی، محمد فاضل، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و القرض، الرهن، الحجر، الضمان، الحوالة و الكفالة، الوكالة، الإقرار، الهبة**. قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ هـ ق، ص. ۳۶۴؛ طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **سؤال و جواب**، تهران: انتشارات مرکز العلوم اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق، ص. ۴۱۳.

بلکه ممکن است هدفی داشته باشد و با پیش‌بینی حق فسخ، بخواهد اهداف خود را تأمین نماید.^۱ همچنین باید افزود که عقد ضمان تفاوتی با سایر عقود ندارد؛ به‌عنوان مثال عقد بیع را تصور کنید. عقد بیع مقتضی انتقال مالکیت است. در زمان انعقاد عقد متبایعین به نحو یقینی می‌دانند که نقل و انتقال صورت پذیرفته است؛ هرچند عقد به‌صورت خیار باشد. اگر شرط خیار را مغایر با یقینی بودن لزوم پرداخت و غرامت بدانیم، می‌بایست در سایر عقود نیز معتقد به عدم سازگاری شرط خیار با مقتضای آن‌ها باشیم؛ این نتیجه‌ای است که هیچ عقل سلیمی آن را نمی‌پذیرد. ثانیاً همان‌طور که گفتیم، مشهور فقها معتقد به جواز اندارج حق فسخ برای ضامن و مضمون‌له هستند. این امر حاکی از حقی بودن لزوم عقد ضمان است؛ زیرا اگر حکمی می‌بود، پیش‌بینی حق فسخ امکان‌پذیر نبود. یکی از فقها در تبیین این نظر بیان می‌دارد که حقی بودن لزوم از ارتکازات عرفی است. علی‌القاعده اراده خلاق می‌تواند زمینه فسخ و انحلال عقود را فراهم آورد؛ مگر این‌که بنابه دلیل متقن، عقد از قلمروی شمول اراده خارج باشد.^۲ ثالثاً اعتقاد به تنافی شرط خیار با حقوق اشخاص ثالث که به نظر مهم‌ترین و اصلی‌ترین دلیل در عدم جواز اشتراط حق فسخ در عقد ضمان است نیز از اعتبار چندانی برخوردار نیست. برخی از نویسندگان در رد دلیل مذکور بیان داشته‌اند که اگر بر یک امری آثار نامعقول مترتب شود، می‌بایست به‌جای حکم به بطلان اصل آن، راه‌حلی اتخاذ شود. از آن‌جایی که بر حق فسخ در عقد ضمان اثر غیرمنصفانه‌ای بار می‌شود، کلید مسئله در اعطای اختیار اجازه و تنفیذ به مضمون‌عنه نسبت به اعمال خیار از سوی مشروط‌له عقد ضمان است.^۳ هرچند نظر مذکور وجیه است؛ اما به نظر می‌رسد در رد دلیل مخالفان جواز اشتراط حق فسخ نمی‌تواند چندان راه‌گشا باشد. به نظر نگارنده راه‌حل مسئله را می‌بایست در سبب برائت ذمه مضمون‌عنه جستجو کرد؛ بدین توضیح که عقد ضمان در صورت مطلق بودن، منجر به برائت ذمه مضمون‌عنه می‌گردد و به همین دلیل مبنایی برای اشتغال مجدد ذمه او وجود ندارد؛ با این حال در مواردی که سبب یعنی عقد ضمان از همان ابتدا به‌صورت

۱. محقق داماد، سید مصطفی و یزدانی، غلامرضا، پیشین، ص. ۱۴-۱۵.

۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، جلد سیزدهم، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق، ص. ۲۸۱.

۳. «لکن حیث أن الفسخ بالخيار مستلزم لاشتغال ذمة المضمون عنه بعد الحلول و ذلك بدون رضاه علی خلاف القاعدة فالأحوط ان لم یکن أقوى عدم الفسخ الا برضاه»: اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة مع حواشی الکلایگانی، جلد دوم، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۳۹۳ ه.ق، ص ۲۰۵؛ محقق داماد، سید مصطفی و یزدانی، غلامرضا، ۱۳۹۰، پیشین، ص. ۱۹-۲۰.

خیاری منعقد شده باشد، ذمه مضمون‌عنه به‌طور مطلق بری نشده است؛ حال اگر خیار اعمال شود، کشف می‌شود از این که ذمه او بری نشده بوده است. به‌عبارت‌دیگر با جعل خیار در عقد ضمان، دین به‌طور غیرمستقر در ذمه ضامن قرار می‌گیرد و در نتیجه نقل ذمه نیز به‌صورت غیرمستقر محقق می‌شود؛ بنابراین حتی لازم نیست که اعمال حق فسخ مندرج در عقد ضمان منوط به رضای مضمون‌عنه گردد. **رابعاً** هرچند عقد ضمان از مصادیق عقود وثیقه‌ای است؛ اما این امر منافاتی با امکان یا عدم امکان اشتراط خیار ضمن آن ندارد؛ به‌ویژه این که ممکن است قبل از اعمال حق فسخ از سوی مشروط‌اله، غرض نهایی از انعقاد عقد ضمان محقق شود؛ بنابراین تنافی شرط خیار با ماهیت وثیقه‌ای بودن عقد ضمان صرف ادعا است و وجهی ندارد. برخی از حقوق‌دانان نیز از این نظریه پیروی کرده و معتقدند که حتی اگر وثیقه متزلزل باشد، بهتر از فقدان آن است؛ بنابراین نباید خیار نبودن عقد ضمان را از عناصر آن قلمداد کرد.^۱

در تقویت دیدگاه اخیر می‌توان از مفاد مواد قانونی نیز استفاده کرد. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، قانون‌گذار در ماده ۷۰۱ قانون مدنی، مواردی را برشمرده است که در صورت تحقق آن‌ها، برای یکی از طرفین عقد ضمان حق فسخ ایجاد می‌شود. از جمله این موارد، تخلف از مفاد عقد ضمان است. اگر طرفین قرارداد می‌توانند تخلف از شروط عقد ضمان را مبنایی برای فسخ آن و بازگرداندن دین به ذمه مضمون‌عنه قرار دهند، دلیلی وجود ندارد که اشتراط حق فسخ مستقیم جایز نباشد؛ به‌عبارت‌دیگر اگر به جهت تخلف از شرط مندرج در عقد ضمان، به مشروط‌اله اجازه فسخ عقد را می‌دهد، اشتراط حق فسخ نیز این امکان را فراهم می‌آورد که با فسخ عقد ضمان، دین مجدداً به ذمه مضمون‌عنه برگردد. درواقع مبنای حق فسخ در هر دو فرض یکسان است.

از جمله مواردی که قانون‌گذار در ماده ۷۰۱ نسبت به عقد ضمان مقرر داشته، وجود حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به است. راجع به این که منظور قانون‌گذار از عبارت مذکور چیست، دو تفسیر قابل ارائه است؛ (۱) وجود حق فسخ ضمن عقد پایه. (۲) وجود حق فسخ در عقد ضمان. پذیرش هر یک از این دو نظر آثار متفاوتی بر جای خواهد گذاشت. اگر تفسیر اول را بپذیریم و معتقد باشیم که منظور قانون‌گذار خیار بودن رابطه پایه است، ممکن است طرفین رابطه پایه

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **عقد ضمان**، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، چاپ اول، ۱۳۵۲، ص. ۱۹۶.

پس از وقوع عقد ضمان، آن را فسخ کنند. در چنین فرضی یا می‌بایست اثر فسخ را ناظر به آتیه دانست و یا این‌که جنبه قهقرایی برای آن قائل شد. چنان‌چه اثر فسخ آتیه‌ای باشد، انحلال رابطه پایه نمی‌بایست تأثیری بر عقد ضمان داشته باشد؛ اما اگر اثر فسخ قهقرایی باشد، انحلال رابطه پایه منجر به انحلال عقد ضمان خواهد شد؛ به‌ویژه این‌که به نظر می‌رسد تبعیت عقد ضمان از رابطه پایه صرفاً در مرحله تشکیل است. پذیرش تفسیر اول از ماده ۷۰۱ قانون مدنی و اعتقاد به انفساخ عقد ضمان با ایرادات اساسی روبه‌رو خواهد بود: **اولاً** برای فسخ اثر قهقرایی در نظر گرفته شده است؛ درحالی‌که مطابق نظر مشهور و نظام حقوقی کنونی، اثر فسخ ناظر به آینده است. **ثانیاً** ماده ۷۰۱ قانون مدنی در تبیین موارد فسخ عقد ضمان وضع شده است و مورد اول؛ یعنی احراز افسار ضامن و مورد سوم؛ یعنی تخلف از مفاد عقد از موارد فسخ عقد ضمان است؛ درحالی‌که مورد دوم؛ یعنی وجود حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به، در صورت اعمال منجر به انفساخ عقد ضمان می‌گردد و بدیهی است که انفساخ با فسخ متفاوت است و تحلیل بند مذکور در معنای انفساخ عقد ضمان با سایر موارد ماده مذکور که حاکی از تحقق حق فسخ است، سازگاری نخواهد داشت. اگر منظور قانون‌گذار از وجود حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به را به اشتراط خیار در عقد ضمان تأویل کنیم، بحث از تنافی اشتراط خیار با مواردی که پیش‌تر به‌عنوان ادله مخالفان اشتراط حق فسخ در عقد ضمان بیان شد، بی‌وجه خواهد بود و باید پذیرفت قانون‌گذار از دیدگاه فقهایی پیروی کرده است که اشتراط حق فسخ در عقد ضمان را بنا به‌قاعده کلی جواز پیش‌بینی حق فسخ در عقود جایز دانسته‌اند. این تحلیل مطابق نظر برخی از حقوق‌دانان نیز است. دکتر امامی هرچند به‌صراحت عبارت «وجود حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به» را به معنای اشتراط خیار در عقد ضمان ندانسته‌اند؛ اما در توضیحی که ذیل بند مذکور ارائه داده‌اند، صرفاً به مسئله اشتراط خیار در عقد ضمان پرداخته و آن را جایز دانسته‌اند؛^۱ با چنین تحلیلی بحث از جواز یا عدم جواز اشتراط خیار در عقد ضمان در نظام حقوقی کنونی مناقشه برانگیز نخواهد بود و بر اساس ماده ۷۰۱ می‌بایست حکم به جواز آن نمود؛ البته ممکن است در توجیه ماده ۷۰۱ قانون مدنی گفته شود که عبارت «در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین مضمون‌له» اطلاق مجازی دارد؛ زیرا در- این صورت مضمون‌له به‌تبع دین اصلی، حق فسخ عقد ضمان را نیز دارد؛ بنابراین حق مذکور نوعی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۳، ص. ۲۶۸.

حق فسخ تبعی است و لفظ «تبعی» از قلم افتاده است. هرچند چنین تحلیلی در راستای فرض حکیم بودن قانون‌گذار است؛ اما ایراد وارده بر آن این است که ممکن است در رابطه پایه صرفاً برای مضمون‌عنه حق فسخ باشد. در این صورت سخن از حق تبعی برای مضمون‌له موردی نخواهد داشت. مضاف به این که قابل فسخ بودن رابطه پایه نمی‌تواند به منزله وجود خیار در خود عقد ضمان باشد؛ زیرا عقد ضمان هرچند در ارتباط با رابطه پایه شکل می‌گیرد؛ اما پس از انعقاد از آن مستقل می‌گردد.

با توجه به مطالبی که گفته شد، اشتراط حق فسخ در عقد ضمان؛ خواه برای ضامن و خواه برای مضمون‌له با ایراد عقلی و منطقی روبه‌رو نیست و به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. شایان‌ذکر است که به دلیل بی‌اساس بودن برخی از ادله مخالفان و موافقان اشتراط خیار در عقد ضمان، ترجیح دادیم از ذکر آن‌ها خودداری کنیم و صرفاً به دلایل مهم اشاره نماییم.

۲.۱.۲. عقد حواله

قانون‌گذار به‌موجب ماده ۷۳۲ قانون مدنی به‌صراحت اشتراط حق فسخ ضمن عقد حواله را پذیرفته است.^۱ این امر در کلام فقها نیز مورد تصریح قرار گرفته^۲ و مطابق با قاعده جواز اشتراط خیار در تمامی عقود است. با توجه به تصریح قانون‌گذار به این مسئله، از پرداختن به آن خودداری می‌کنیم. شاید از ملاک ماده مذکور در توجیه صحت اشتراط خیار در عقد ضمان استفاده شود؛ اما به نظر می‌رسد چنین امری با ایراد رو به است؛ زیرا عقد حواله به‌موجب مفاد ماده ۷۲۵ و ۷۳۲ قانون مدنی، سه‌طرفه محسوب می‌شود.^۳ با توجه به این که هر سه طرف؛ یعنی محیل، محتال و محال‌علیه در انعقاد عقد حواله و تحقق اثر نهایی آن نقش دارند، مسئله تلاقی

۱. ماده ۷۳۲ قانون مدنی: «حواله عقدی است لازم و هیچ‌یک از محیل و محتال و محال‌علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در مورد ماده ۷۲۹ و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد.»

۲. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، پیشین، ص. ۱۳؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط- الحدیثه)**، جلد دوم، قم: موسسه امام صادق علیه‌السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ ق، ص. ۲۹۳؛ اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، جلد نهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ ق، ص. ۳۰۶-۳۰۷.

۳. به‌موجب ماده ۷۳۲ قانون مدنی که موارد ایجاد حق فسخ برای اطراف عقد حواله را بیان داشته است، برمی‌آید که با دخالت سه طرف منعقد می‌شود؛ زیرا در غیر این صورت در نظر گرفتن حق فسخ برای هر سه طرف بی‌معنا می‌بود؛ کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین - ودیعه**، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص. ۴۰۵.

خيار با حقوق محيل مورد پيدا نمي‌کند؛ بنا بر اين با توجه به دخالت خود محيل، عودت ذمه او آن‌گونه که در خصوص عقد ضمان مطرح شد، با ايرادي روبه‌رو نخواهد بود. با اين حال مسئله مهم در عقد حواله تخلف از مفاد عقد است؛ بدین شرح که در عقد حواله شروطی درج شود؛ اما مشروطاً عليه از انجام آن خودداری کند. ممکن است گفته شود که قانون‌گذار در تبیین موارد فسخ عقد حواله، سخنی از حق فسخ ایجاد شده به سبب تخلف از شرط به میان نیاورده است؛ بنا بر این با توجه به در مقام بیان بودن قانون‌گذار و عدم تصریح به خيار تخلف از شرط می‌بایست گفت که چنین خياری در عقد حواله راه ندارد. با این حال همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند، ماده ۷۳۲ قانون مدنی نافی جریان خيار مذکور در عقد حواله نیست؛ به‌ویژه این‌که در عقد ضمان چنین خياری پیش‌بینی شده است.^۱ به عبارت دیگر می‌توان با اتخاذ ملاک از باب عقد ضمان، در عقد حواله نیز معتقد به جریان خيار تخلف از شرط شد و حتی می‌توان به قیاس اولویت تمسک جست و گفت که با توجه به جریان خيار تخلف از شرط در عقد ضمان که دو طرفی است، به قیاس اولویت می‌بایست آن را در عقد حواله نیز جاری دانست.

با توجه به توضیحاتی که ارائه شد، خيار شرط و خيار تخلف از شرط در عقد ضمان و حواله راه دارد و دلایل مخالفان بی‌اعتبار است؛ بنا بر این می‌توان همانند سایر عقود، معتقد بود که در عقود وثیقه‌ای انتقالی نیز جواز اشتراط خيار و خيار تخلف از شرط مطابق قاعده است و دلیلی برای استثنا کردن آن‌ها از قاعده مذکور وجود ندارد.

۲. عقود وثیقه‌ای تضمینی

منظور از عقد وثیقه‌ای تضمینی، عقدی است که با انعقاد آن، دین مدیون اصلی همچنان بر ذمه خود او باقی می‌ماند و در کنار آن، تعهد جدیدی برای او یا شخص ثالث ایجاد می‌شود. عقد کفالت و رهن از مصادیق این دسته از عقود می‌باشند. در خصوص این دسته از عقود نیز این بحث مطرح است که اساساً در چه مواردی برای طرفین اختیار فسخ عقد وجود دارد. با توجه به این‌که عقود مذکور در راستای تضمین حقی برای متعهدله رابطه قراردادی است، متعهدله عقد وثیقه‌ای تضمینی از این اختیار برخوردار است که از حق ایجاد شده صرف‌نظر کند. عقود وثیقه‌ای

۱. همان. ص. ۴۳۹.

تضمینی نسبت به شخص وثیقه‌گذار لازم و نسبت به شخص وثیقه‌گیر جایز است؛ بنابراین او می‌تواند هر زمانی که بخواهد، عقد را فسخ کند. بر این اساس ایجاد حق فسخ و یا اشتراط خیار به نفع او معنا نمی‌یابد؛ اما با توجه به لزوم عقد نسبت به متعهد آن، ممکن است بنا به دلایلی حق فسخ نسبت به او مورد توجه قرار گیرد. در چنین مواردی اساساً بحث خواهد بود که در چه مواردی متعهد عقد وثیقه‌ای تضمینی حق فسخ دارد و آیا اشتراط خیار در این دسته از عقود امکان‌پذیر است یا خیر. در این بخش هر یک از عقود کفالت و رهن را مورد بررسی قرار می‌دهیم تا در نهایت نسبت به عقود وثیقه‌ای تضمینی که خارج از مقررات این دو عقد منعقد می‌شود، قاعده‌ای استخراج گردد.

۲.۱. عقد کفالت

راجع به امکان جعل خیار ضمن عقد کفالت در آثار مؤلفین دو نظر وجود دارد. برخی از مؤلفین معتقدند که اشتراط حق فسخ در عقد کفالت امکان‌پذیر نیست. در توجیه این دیدگاه بیان شده است که عقد کفالت مبتنی بر وثیقه است و پیش‌بینی حق فسخ برای کفیل یا ثالث مغایر با مقتضای ذات عقد کفالت و مفهوم آن است.^۱ در مقابل برخی دیگر از مؤلفین اشتراط خیار در عقد کفالت را صحیح می‌دانند؛ زیرا از نظر عقلی و شرعی مانعی برای آن وجود ندارد^۲ و عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن می‌گردد.^۳

با توجه به نظرات و دلایل ارائه شده، بررسی‌ها می‌بایست در حوزه ادله و تنافی شرط خیار با وصف توثیقی بودن عقد کفالت انجام پذیرد. عقد کفالت نیز به‌عنوان یکی از عقود معین علی‌القاعده مشمول قواعد و مقررات عمومی ناظر بر قراردادهای است؛ بنابراین در مواردی که خلاف قواعد عمومی تصریحی صورت نگرفته باشد، می‌بایست قواعد عمومی را نسبت به آن جاری دانست؛ باین حال تردید ایجاد شده ناشی از وثیقه‌ای بودن عقد کفالت است؛ زیرا به نظر

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۲۰ ه.ق، پیشین. ص. ۵۶۶؛ نجفی، بشیر حسین، مصطفی‌الدین القیم، نجف: دفتر حضرت آیت الله نجفی، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق، ص. ۱۸۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد کفالت، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۰، ص. ۹۲.

۲. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، پیشین، ص. ۳۷۷.

۳. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهية، جلد ششم، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، ص. ۱۶۵؛ امامی، سید حسن، پیشین، ص. ۳۰۴.

می‌رسد ذات وثیقه مقتضای عدم وجود اختیار فسخ برای وثیقه‌گذار است و اگر چنین اختیاری برای او در نظر گرفته شود، به نوعی نقض غرض است و مغایر با مقتضای ذات عقد خواهد بود. با این حال به نظر می‌رسد اعتقاد به تنافی اشتراط خیار با ماهیت عقد کفالت؛ یعنی توثیقی بودن آن و در نتیجه اعتقاد به بطلان شرط و عقد قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً هرچند عقد کفالت در راستای تضمین و تسهیل وصول مطالبات منعقد می‌شود؛ به همان ملاکی که در خصوص صحت تعلیق بیان شد، اشتراط خیار نیز به ایراد روبه‌رو نخواهد بود. ثانیاً در عقد ضمان و حواله که منجر به انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث است، اشتراط خیار با ایرادی روبه‌رو نیست؛ بنابراین به قیاس اولویت در عقد کفالت که از اقسام عقود وثیقه‌ای تضمینی است، نباید ایرادی در اشتراط خیار برای کفیل باشد. در واقع اگر از نظر قانون‌گذار وجود خیار منافی توثیق می‌بود، می‌بایست در عقد ضمان و حواله نیز حکم به بطلان می‌کرد؛ در حالی که نسبت به عقد حواله اشتراط خیار صراحتاً تجویز شده است. ثالثاً سخن از تنافی اشتراط خیار با وصف توثیقی بودن عقد کفالت ادعای مازاد است و برخلاف اصول است؛ بنابراین اثبات آن نیازمند دلیل است. رابعاً مطابق ادله شروط، اشتراط خیار در عقود امکان‌پذیر است؛ مگر این که عقدی به صراحت از قلمرو شمولی آن خارج شده باشد. در خصوص عقد کفالت همان‌طور که گفته شد، اختلاف عقیده وجود دارد؛ بنابراین به دلیل عدم حصول نظر متقن و فقدان ادله مخصص، عقد کفالت تحت شمول قاعده جواز اشتراط خیار در عقود قرار می‌گیرد و می‌بایست حکم به صحت آن نمود. نکته مهم در خصوص اشتراط خیار به نفع مکفول‌له است؛ با توجه به این که عقد کفالت نسبت به مکفول‌له جایز است، اساساً پیش‌بینی حق فسخ برای او بی‌معنا به نظر می‌رسد. با این حال اگر موجبات پیش‌بینی حق فسخ برای مکفول‌له نیز فراهم باشد، اساساً از جهت پیش‌بینی خیار برای مکفول‌له نیز مانعی وجود ندارد.^۱

۱. با توجه به خروج موضوع از رسالت نوشتار حاضر از پرداختن به این که اشتراط خیار برای طرفین عقد جایز یا طرفی که عقد نسبت به او جایز محسوب می‌شود، چه حکمی دارد، خودداری می‌کنیم؛ با این حال به نظر می‌رسد نمی‌توان به‌طور مطلق حکم به عدم اعتبار شرط خیار در عقود جایز نمود؛ بلکه ممکن است از برخی جهات توجیه‌پذیر باشد.

۲.۲. عقد رهن

برخی از مؤلفین بیان داشته‌اند که شرط خیار برای رهن جایز نیست؛ زیرا عقد رهن وثیقه‌ای برای دین محسوب می‌شود و خیار با استیثاق در تنافی است.^۱ در همین راستا دکتر لنگرودی اشتراط خیار برای رهن را از موجبات بطلان عقد دانسته‌اند.^۲ البته ایشان در جای دیگر علی‌رغم اعتقاد به این که خیاری نبودن از عناصر عقد ضمان نیست و اشتراط خیار در آن جایز است، لزوم عقد رهن را همانند عقد ضمان، حکمی دانسته و درنهایت اشتراط خیار به نفع رهن را نپذیرفته‌اند.^۳ برخی نیز بدون ارائه دلیل، گفته‌اند که اشتراط خیار برای رهن با اشکال روبه‌رو است.^۴ در مقابل پاره‌ای از مؤلفین معتقدند که جعل خیار در عقد رهن با مانعی روبه‌رو نیست و درنهایت امر دین بعد از فسخ همانند دینی خواهد بود که برای آن وثیقه‌ای ایجاد نشده است.^۵ برخی دیگر نیز به عموم ادله شروط و استثنایی بودن موارد خلاف تمسک جسته‌اند.^۶ مضاف به این که توثیق و تأمین، شرعاً و عرفاً طبیعت عقد رهن نیست؛ هرچند در اغلب موارد با رهن ملازمه دارد؛^۷ بنابراین می‌توان گفت که توثیق صرفاً حکمت رهن را تشکیل می‌دهد؛ نه حقیقت آن را^۸ و شرط خیار صرفاً با غایت نوعی ملحوظ در آن منافات دارد.

با توجه به توضیحاتی که پیش‌تر راجع به عقد کفالت بیان شد، به نظر می‌رسد تنافی شرط خیار برای رهن با توثیقی بودن عقد رهن منتفی است. صاحب جواهر نیز با ایراد به تنافی شرط خیار با وصف توثیقی بودن عقد رهن بیان داشته است: «غایت امر این است که عقد ضمان وضع رهن

۱. صمیری، مفلح بن حسن، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد دوم، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ ق، ص. ۴۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص. ۲۸۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی: رهن - صلح*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۱.

۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۲۰، *پیشین*، ص. ۲۹۳.

۵. غروی نائینی، میرزا محمدحسن، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، جلد دوم، تهران: المکتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ هـ ق، ص. ۵۷.

۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء (ط-الحدیثة)*، جلد یازدهم، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ ق، ص. ۶۴؛ کاتوزیان، ناصر، *پیشین*، ص. ۵۳۴-۵۳۵.

۷. خویی، محمدتقی، *پیشین*، ص. ۶۶.

۸. همان، ص. ۶۹.

بر لزوم است، پس با جعل خیار بنا به تراضی طرفین منافاتی ندارد.^۱ قانون‌گذار طبق ماده ۴۵۶ قانون مدنی اصل جواز جعل خیار در عقود را پذیرفته است؛ بنابراین جز در موارد مصرح می‌بایست پایبند قاعده مذکور بود؛ با این اوصاف به دلیل عدم تصریح قانون‌گذار به ممنوعیت اشتراط خیار در عقد رهن، باید حکم به صحت آن نمود.

بنا به توضیحاتی که ارائه شد، اشتراط خیار در عقد ضمان، حواله، کفالت و رهن با ایراد منطقی روبه‌رو نیست و دلایلی که از سوی برخی از مؤلفین بیان شده است، مبنای استواری ندارد. با این اوصاف می‌توان همانند سایر عقود، قاعده جواز جعل خیار را در عقود وثیقه‌ای نیز جاری دانست؛ بنابراین اگر عقدی در راستای تضمین و توثیق رابطه پایه منعقد شود و خارج از مقررات عقود وثیقه‌ای باشد، داخل در قاعده عمومی مذکور خواهند بود.

۱. شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات (ط- الحدیفة)، جلد پنجم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق، ص. ۱۵۴.

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی کنونی با توجه به مقررات موجود و اصالت اراده که مورد پذیرش قانون‌گذار بوده است، علی‌القاعده طرفین آزادند که در روابط قراردادی، برای خود یا شخص ثالث حق فسخ پیش‌بینی کنند. با این حال احکام خاص برخی از عقود مانع از پیش‌بینی چنین حقی است. در آثار فقها عقود از نظر جواز یا عدم جواز اندارج حق فسخ در سه دسته قرار گرفته‌اند. ۱) عقودی که راجع به عدم امکان درج حق فسخ ضمن آن‌ها تردیدی وجود ندارد. ۲) عقودی که امکان پیش‌بینی حق فسخ ضمن آن‌ها مورد اتفاق نظر است. ۳) عقودی که در خصوص امکان یا عدم امکان درج حق فسخ ضمن آن‌ها تردید وجود دارد. عقود وثیقه‌ای از این دسته محسوب می‌شوند. بر همین اساس میان مؤلفین در این که می‌توان ضمن عقود مذکور حق فسخ پیش‌بینی کرد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. همان‌طور که گفته آمد، در خصوص عقد ضمان، معتقدان به عدم جواز پیش‌بینی حق فسخ به چند دلیل اشاره کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها را بررسی و نقد کردیم. اولین دلیل تنافی حق فسخ با مقتضای عقد ضمان بود. در رد این دلیل بیان شد که هر چند عقد ضمان مبتنی بر پرداخت غرامت است؛ اما این امر به‌طور مطلق نیست. به‌ویژه این که عقد ضمان با سایر عقود تفاوتی ندارد؛ به این معنا که هر عقدی دارای ماهیت و مقتضای خاصی است؛ به‌عنوان مثال عقد بیع نیز متضمن انتقال مالکیت است؛ اما هیچ‌گاه شرط خیار ضمن آن را مغایر با مقتضای عقد بیع ندانسته‌اند؛ در حالی که اگر در ارتباط با عقد ضمان چنین نظری داده شود، می‌بایست در سایر عقود نیز معتقد به آن بود. دلیل دوم تنافی شرط خیار با حکمی بودن لزوم عقد ضمان بود. همان‌طور که بیان شد، این دلیل فاقد مبنا است و لزوم در عقد ضمان، جنبه حقی دارد؛ زیرا حقی بودن لزوم از ارتکازات عرفی است و حاکمیت اراده نیز مقتضی همین امر است. دلیل سوم تلاقی شرط خیار با حقوق شخص ثالث یعنی مضمون‌عنه بود؛ زیرا پس از تحقق عقد ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود و حال اگر شرط خیار اعمال شود، ذمه او مجدداً مشغول خواهد شد و این امر با حقوق او در تلاقی است. در رد این دلیل بیان شد که عقد ضمان اگر به‌صورت مطلق منعقد شود، موجب برائت ذمه مضمون‌عنه می‌گردد و عودت ذمه او بدون مبنا است؛ اما چنان‌چه سبب برائت ذمه مضمون‌عنه از همان ابتدا به‌صورت خیاری تحقق یابد، برائت ذمه مضمون‌عنه مطلق نخواهد بود و نقل ذمه به‌طور متزلزل محقق شده است. دلیل دیگر

مغایرت شرط خیار با ماهیت توثیق است. همان‌طور که بیان شد، وجود شرط خیار ضمن عقود وثیقه‌ای منافاتی با توثیق ندارد و از این جهت نیز نمی‌توان به اندراج حق فسخ ضمن این عقود خدشه وارد کرد.

توضیحاتی که در خصوص عقد ضمان بیان شد، راجع به عقد حواله نیز جریان دارد. البته قانون‌گذار به صراحت جواز پیش‌بینی حق فسخ ضمن عقد حواله را در ماده ۷۳۲ قانون مدنی به رسمیت شناخته است؛ بنابراین در این خصوص نیازی به توجیه و استدلال وجود ندارد. با این حال در ارتباط با عقود وثیقه‌ای تضمینی، قانون‌گذار حکم صریحی ندارد. راجع به عقد کفالت نیز دو نظر وجود دارد و طرفداران هر یک از دیدگاه‌ها، دلایلی برای توجیه نظر خود بیان داشته‌اند که در نوشتار حاضر مورد بررسی و نقد قرار گرفت. به‌طور کلی می‌توان اذعان داشت که در عقد کفالت نیز دلیلی برای عدم امکان پیش‌بینی حق فسخ وجود ندارد. البته همان‌طور که گفته شد، عقد کفالت نسبت به مکفول‌له جایز است و اساساً اگر معتقد به بلااثر بودن پیش‌بینی حق فسخ در عقود جایز باشیم، در این عقد نیز می‌بایست گفت که اندراج حق فسخ صرفاً در ارتباط با کفیل معنا پیدا می‌کند؛ زیرا عقد کفالت صرفاً نسبت به او لازم است. راجع به عقد رهن نیز دو دیدگاه کلی وجود دارد که مورد بررسی قرار گرفت و مشخص شد که در عقد رهن نیز پیش‌بینی حق فسخ برای مرتهن جایز است. همان‌طور که در خصوص عقد کفالت بیان شد، عقد رهن نیز از جمله عقود زوجیتین است؛ به این معنا که از طرف راهن جایز و از طرف مرتهن لازم است؛ بنابراین پیش‌بینی حق فسخ صرفاً در ارتباط با مرتهن معنا پیدا می‌کند؛ زیرا عقد رهن نسبت به او لازم است.

با توجه به توضیحاتی که ارائه شد، می‌بایست معتقد بر این بود که اندراج حق فسخ ضمن عقود وثیقه‌ای با ایرادی روبه‌رو نیست و دلایل استنادی مخالفان بر محمل قابل توجهی استوار نیست؛ بنابراین این دسته از عقود نیز داخل در قاعده کلی هستند و نباید آن‌ها را استثنایی بر قاعده کلی جواز اندراج حق فسخ ضمن عقود تلقی کرد.

منابع

منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۳.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق مدنی: رهن - صلح**، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **عقد ضمان**، تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی با همکاری موسسه انتشارات فرانکلین، چاپ اول، ۱۳۵۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **عقد کفالت**، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **فلسفه حقوق مدنی**، جلد اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۶. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **سؤال و جواب**، تهران: انتشارات مرکز العلوم اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۷. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین - ودیعه ...**، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.

مقالات

۸. محقق داماد، سید مصطفی و یزدانی، غلامرضا، **شرط خیار در عقد ضمان**، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳۹۰، سال دوم، شماره چهارم، ص. ۳-۲۴.
۹. محلاتی، محمد سروش، **اصل عدم ولایت**، فصلنامه علمی-پژوهشی علوم سیاسی، ۱۳۸۳، سال هفتم، شماره بیست و پنجم، ص. ۶۳-۷۲.

منابع عربی

۱۰. اردبیلی، احمد بن محمد، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان**، جلد نهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۱. اصفهانی، سید ابوالحسن، **وسيلة النجاة مع حواشی الگلپایگانی**، جلد دوم، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول، ۱۳۹۳ ه.ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العالمة (ط- الحدیثة)**، جلد پانزدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، جلد شانزدهم، ۱۴۱۹ ه.ق.

۱۳. خویی، محمدتقی، **الشروط و التزامات التبعة فى العقود**. جلد دوم، قم: مؤسسة المنار، بی‌تا.
۱۴. شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین، **کتاب مکاسب المحرمة و البیع و الخيارات (ط- الحديثة)**، جلد پنجم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۵. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، **الخلافا**، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ه.ق.
۱۶. صمیری، مفلح بن حسن، **غایة المرام فى شرح شرائع الإسلام**، جلد دوم، بیروت: دارالهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۷. طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، جلد سیزدهم، قم: موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعية على مذهب الإمامية (ط- الحديثة)**، جلد دوم، قم: موسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکرة الفقهاء (ط- الحديثة)**، جلد یازدهم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۰. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **قواعد الأحکام فى معرفة الحلال و الحرام**، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۱. غروی نائینی، میرزا محمدحسن، **منية الطالب فى حاشية المكاسب**، جلد دوم، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه.ق.
۲۲. غروی نائینی، میرزا محمدحسن، **منية الطالب فى حاشية المكاسب**، جلد دوم، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه.ق.
۲۳. موحدی لنکرانی، محمد فاضل، **تفصیل الشریعة فى شرح تحریر الوسيلة- المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدين و القرض، الرهن، الحجر، الضمان، الحوالة و الكفالة، الوكالة، الإقرار، الهبة**، قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۲۴. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، **القواعد الفقهية**، جلد ششم، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۲۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مبانی العروة الوثقی**، جلد دوم، قم: منشورات مدرسة دارالعلم - لطفی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
۲۶. نجفی، بشیر حسین، **مصطفى الدين القيم**، نجف: دفتر حضرت آیت الله نجفی، چاپ اول، ۱۴۲۷ ه.ق.

