



## شرط خیار در عقد ضمان\*

- دکتر مصطفی محقق داماد (استاد دانشگاه شهید بهشتی)
- غلامرضا یزدانی<sup>۱</sup> (دانشجوی دکتری دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

### چکیده

آنچه در این مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد، صحت و یا عدم صحت اشتراط خیار در عقد ضمان است. فقها و محققان عقود را از یک حیث به عقود لازم و عقود جایز تقسیم کرده‌اند.<sup>۲</sup> 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 یک جهت دیگر نیز قابل تقسیم هستند و آن عقود لازمی که خیارپذیرند و عقود لازمی که خیارپذیر نیستند. برخی از عقود لازم، خیارپذیر نیستند و امکان جعل خیار در آنها خلاف مقتضای ذات آنهاست نظیر عقد رهن؛ زیرا مال مرهونه در دست مرتهن به عنوان وثیقه قرار می‌گیرد و جعل خیار برای رهن منافات با وثیقه بودن مال مرهونه دارد. یا نظیر

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۸.

1. ygholamreza@yahoo.com

۲. این تقسیم در قانون مدنی ایران و بسیاری از کشورها نیز وجود دارد. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۸۴ قانون مدنی مقرر نموده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز...».

عقد نکاح. بنابراین باید ابتدا بحث کنیم که آیا عقد ضمان از عقود لازم است یا جایز و اگر از عقود لازم است آیا خیارپذیر است یا خیر؟ در فرض شک در خیارپذیر بودن عقد ضمان، اصل در مسئله چیست؟ اثر شرط خیار در عقد ضمان چیست؟ اگر ضمان، خیاربردار نیست، درج شرط خیار باعث بطلان شرط می‌شود یا باعث بطلان شرط و عقد هر دو؟ خیار تخلف شرط یا تخلف وصف چگونه؟ اگر متعاقدین در قرارداد شرطی یا وصفی را درج کنند، در صورت تخلف این شرط یا وصف، آیا خیار برای مشروط له ثابت می‌شود یا خیر؟

واژگان کلیدی: عقود، عقد ضمان، خیار، خیار شرط، عقود لازم، عقود جایز.

### تاریخچه بحث در کتب شیعه

در روایاتی که در باب ضمان وارد شده است، 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 نفر از فقهای امامیه که این فرع را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب وزین مبسوط در دو باب کتاب البیع و کتاب الضمان و نیز در کتاب الخلاف می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۵). 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 خلاف (بی‌تا: ۳/۳۷۷) نیز تصریح به جواز اشتراط خیار در عقد بیع کرده‌اند. بعد از مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن براج در کتاب مهذب به این فرع پرداخته (۱۴۰۶: ۱/۳۵۵) و معتقد شده‌اند که جعل خیار شرط در عقد ضمان اشکالی ندارد. سپس ابن ادریس در سرائر حکم به جواز آن داده‌اند (۱۴۱۰: ۲/۲۴۵). مرحوم علامه حلی این فرع را در چهار کتاب خود مطرح کرده‌اند؛ در کتاب ارشاد (۱۴۱۰: ۱/۳۷۶) و تذکره (بی‌تا: ۱۱/۱۰۹) تصریح کرده‌اند که شرط خیار در ضمان جایز است. اما در دو کتاب قواعد (۱۴۱۳: ۲/۶۹) و تحریر (بی‌تا: ۱/۱۶۸) تصریح نموده‌اند که شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر نیست و باعث بطلان عقد می‌شود. بعد از مرحوم علامه حلی، مرحوم شهید اول در دروس (۱۴۱۷: ۳/۲۶۹) فرموده است که شرط خیار در عقد ضمان جایز است. سپس ابن طیّ در مسائل (بی‌تا: ۳۴۱) خود قائل