

صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان*

□ غلامرضا یزدانی^۱

چکیده

به موجب عقد ضمان، ذمه ضامن در مقابل مضمون‌له بدهکار می‌شود و حق مضمون‌له به ذمه او تعلق می‌گیرد و هیچ حق عینی نسبت به اموال ضامن پیدا نمی‌کند. ضامن در مقام فراغ ذمه خود، مالی از اموالش را تعیین کرده و به مضمون‌له می‌پردازد. وی در انتخاب هر مصداقی از اموال خود مخیر است. حال اگر ضمن عقد ضمان، شرط شود که ضامن مال معینی را به مضمون‌له بپردازد، چنین شرطی از نظر صحت و بطلان، چه وضعیتی دارد؟ این مسئله بین فقها اختلافی است. گروهی به طور مطلق شرط را صحیح به شمار آورده و گروهی حکم به بطلان آن داده‌اند و گروهی در مسئله قائل به تفصیل‌اند. در مقاله حاضر، نویسنده با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای و مبتنی بر روش تحلیلی - توصیفی به این نتیجه رسیده است که شرط پرداخت از مال معین، هر گاه به صورت شرط ضمن عقد ضمان پیش‌بینی شود، شرط و عقد صحیح می‌باشند؛ ولی اگر

به صورت قید عقد ضمان باشد، عقد و شرط هر دو باطل اند. وانگهی، اگر شرط پرداخت از مال معین، از همان ابتدا به عین معین تعلق گیرد، به گونه‌ای که در اثر عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نگردد، در این صورت نیز هم عقد و هم شرط، باطل خواهد بود.

واژگان کلیدی: شرط، عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین، ذمه ضامن.

مقدمه

قانون مدنی در تعریف عقد ضمان مقرر می‌دارد:

عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی، مالی را که به ذمه دیگری است، به عهده گیرد...».

از این تعبیر استفاده می‌شود که چیزی می‌تواند مورد ضمان قرار گیرد که در ذمه باشد. به موجب عقد ضمان، دین که در ذمه مضمون‌عنه است، به ذمه ضامن منتقل می‌شود (ماده ۶۹۸ قانون مدنی). از این رو در عقد ضمان، دین به ذمه ضامن تعلق می‌گیرد و ضامن در مقام پرداخت، با تعیین مالی برای تحویل به مضمون‌له، مافی‌الذمه خود را فارغ می‌نماید. حال اگر در عقد ضمان از همان ابتدا شرط شود که ضامن، مال معین و مشخصی را به مضمون‌له بپردازد، وضعیت عقد ضمان به چه صورت خواهد شد؟ مثلاً مضمون‌له از مدیون اصلی، مبلغ ده میلیون تومان طلبکار است و شخصی از مدیون ضمانت می‌نماید، ولی ضامن در ضمن عقد ضمان شرط می‌کند که عقد ضمان به اتومبیل او تعلق بگیرد و او در مقام پرداخت بدهی طلبکار، اتومبیل خود را به او بپردازد، در این صورت وضعیت این شرط و عقد ضمان به چه شکل خواهد شد؟ مهم‌ترین انگیزه نهفته در پس چنین شرطی آن است که با این شرط، حق مضمون‌له به عین معینی تعلق گرفته و در فرض اعسار یا ورشکستگی ضامن، مضمون‌له مجبور نخواهد بود که در صف غرما قرار گیرد. وانگهی، تعهدی که منبع آن پول نقد باشد، با ریسک‌های متعددی مواجه است؛ اما تعهداتی که به عین معین تعلق می‌گیرند، از این ریسک‌ها به دور می‌باشند؛ از جمله در شرایطی که کشور با تورم روزافزون کالا مواجه

می‌شود و پول روز به روز ارزش اقتصادی خود را از دست می‌دهد، چنانچه مقرر باشد که ضامن در آینده مال معینی به مضمون‌له بپردازد، این تورم به نفع مضمون‌له رقم خورده و کاهش ارزش پول به وی ضرری وارد نمی‌کند. همچنین در مواردی که مقرر است ضامن با پرداخت عین معین، ذمه خود را فارغ کند، نمی‌تواند با مخفی کردن اموال و دارایی، خود را معسر بینگارد.

به هر حال، شرط پرداخت از مال معین، به چند صورت متصور است که هر کدام باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد:

صورت اول: اینکه شرط پرداخت بدهی از مال معین، قید ضمان باشد.

صورت دوم: اینکه طرفین، عقد ضمان را منعقد نمایند، ولی در ضمن این عقد، یک التزام ثانویه را نیز مقرر نمایند و آن اینکه در مقام پرداخت، ضامن بدهی را از مال معینی بپردازد.

صورت سوم: اینکه از همان ابتدا عقد ضمان را روی مال معین بیاورند؛ به این صورت که بعد از تحقق عقد ضمان، ذمه و عهده ضامن مشغول نشود، بلکه موضوع و متعلق عقد ضمان، همان عین خارجی باشد.

بعد از بیان اقسام و صور مسئله باید دید که کدام صورت عقد ضمان و شرط صحیح است و در کدام قسم، باطل است. همچنین باید دید که اگر قبل از اینکه مال تعیین شده به مضمون‌له پرداخت گردد، تلف شود، چه حالتی پیش خواهد آمد؟ آیا دین به کلی ساقط می‌گردد یا اینکه خیر؟ در صورتی که دین هنوز باقی است، ضامن مسئول پرداخت آن است یا مضمون‌عنه؟

در خصوص موضوع حاضر، تا کنون تحقیقی مستقل جز یک مقاله با عنوان شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان» (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۶: ش ۵۵) انجام نشده است. تمرکز مقاله موصوف نیز بر آثار شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان بوده و به بررسی صحت و فساد این شرط نپرداخته است.

در مقاله حاضر تلاش می‌شود تا صحت و فساد این شرط از نگاه فقها و محققان بررسی گردد. به هر حال، قانون مدنی به این مسئله اشاره نکرده است. برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که شرط پرداخت از مال معین، شرطی صحیح است (امامی،

بی‌تا: ۲/۲۶۹)؛ اما در کتب فقهی، شیخ طوسی برای اولین بار در کتاب *المبسوط* به این فرع اشاره کرده است و حکم به صحت آن داده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۳۶). البته این مسئله را در ذیل شرایط ضامن آورده و فرموده است یکی از شرایط ضامن این است که حرّ و آزاد باشد؛ در نتیجه ضمانت عبده و بنده صحیح نیست. سپس دو استثنا بیان کرده و فرموده است که ضمانت عبد در دو صورت صحیح است؛ اول اینکه مولی به او اذن بدهد و دوم اینکه شرط پرداخت از مال معینی بنماید (همان). سپس جمعی به همین شیوه به این فرع اشاره کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۱۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲/۸۹).

علامه حلّی ضمن طرح این مسئله به صورت یک فرع مستقل فقهی، تصریح به صحت آن می‌کند و در کتب متعدد به آن اشاره می‌کند (برای نمونه ر.ک: علامه حلّی، ۱۴۱۰: ۱/۴۰۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۲/۱۵۶؛ همو، ۱۴۱۴: ۲/۵۵۰؛ همو، ۱۴۲۰: ۲/۵۵۰؛ همو، ۱۴۲۱: ۱۱۷).

بعد از علامه حلّی، بسیاری از فقها به صحت این شرط تصریح کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲/۲۲۰؛ صیمیری بحرانی، ۱۴۲۰: ۲/۱۹۸؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵/۳۱۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴/۱۱۷؛ همو، ۱۴۲۲: ۴۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۳۷۵؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۱۱۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۱۸).

به نظر می‌رسد صحت این شرط تا زمان سید یزدی، امری مسلم بود تا جایی که برخی فقها ادعای اجماع بر صحت آن کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۸۷؛ تستری، بی‌تا: ۱۷۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۰۹). علاوه بر اجماع، عمده دلیلی که مستند این نظریه قرار گرفته است، عموم ادله شروط نظیر روایت «المؤمنون عند شروطهم» است. مستفاد از این روایت آن است که هر شرطی که طرفین در قرارداد درج نمایند، مادامی که خلاف کتاب یا سنت نباشد، صحیح و نافذ است و اشتراط پرداخت از مال معین نیز مخالف کتاب یا سنت نیست و در نتیجه صحیح و نافذ خواهد بود.

سید یزدی اولین فقیهی است که مسئله را تفصیل داده و می‌فرماید شرط پرداخت از مال معین، اگر قید یا شرط ضمان باشد، صحیح است؛ ولی شرط تعلق عقد ضمان به

مال خارجی باطل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵). سپس برخی از فقها، همین تفصیل سید یزدی را پذیرفته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۸/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۵۹/۲۰).

در مقابل دیدگاه نخست، برخی شرط پرداخت از مال معین را باطل دانسته‌اند، اعم از اینکه شرط پرداخت از مال معین، قید ضمان باشد و یا شرط ضمن عقد ضمان؛ از جمله محقق نائینی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵) و آیه‌الله بروجردی (همان). برخی دیگر بین تقیید و اشتراط تفکیک قائل شده و معتقدند که شرط پرداخت از مال معین، اگر به صورت قید عقد ضمان باشد، باطل می‌باشد؛ ولی اگر به صورت شرط ضمن عقد درج شود، صحیح می‌باشد؛ از جمله خوبی در حاشیه عروه (همان) و مبانی العروه الوثقی (موسوی خوبی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۲)، گلپایگانی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵) و مکارم شیرازی (همو، ۱۴۲۸: ۷۱۰/۲).

در نهایت، برخی مسئله را به این شکل تفصیل داده‌اند که اگر شرط پرداخت از مال معین، به صورت پرداخت از کلی فی المعین باشد، شرط صحیح است ولی اگر به صورت پرداخت از مال معین خارجی باشد، شرط باطل است؛ از جمله امام خمینی در حاشیه عروه (همو، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵)، فاضل لنکرانی (همو، بی‌تا: ۶۵۰/۲) و مرعشی نجفی (۱۴۰۶: ۱۱۵/۲).

با توجه به تحقیق فوق، می‌توان نظریات فقهای امامیه در خصوص این شرط را در چهار نظریه خلاصه کرد:

- ۱- صحت شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان؛
- ۲- بطلان شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان؛
- ۳- تفصیل بین تقیید و اشتراط، به این صورت که تقیید ضمان به پرداخت از مال معین، باطل و شرط پرداخت از مال معین، صحیح می‌باشد.
- ۴- تفصیل بین تعلق شرط به مال خارجی و بین تعلق شرط به کلی فی المعین؛ یعنی اگر شرط پرداخت از مال معین خارجی شود، شرط باطل است؛ ولی اگر شرط پرداخت از مال کلی فی المعین شود، شرط صحیح است.

مبحث اول: پرداخت از مال معین به عنوان قید

الف) تصویر مسئله

همان طور که در مقدمه اشاره شد، هرچند سید یزدی مبتکر این مسئله نیست، ولی بسط دادن آن از ابتکارات اوست؛ لذا ابتدا عین عبارت سید یزدی نقل می‌شود. ایشان در عروه می‌نویسد:

يجوز اشتراط الضمان في مال معین علی وجه التقييد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵).

در توضیح این فرض بین محشیان عروه اختلاف نظر به چشم می‌خورد. برخی این فرض را ناظر به یک صورت دانسته‌اند، نظیر آیه‌الله خویی در حاشیه عروه (همان)، و برخی آن را به سه صورت تعمیم می‌دهند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰). صور مدّ نظر ایشان بدین شکل است:

- ۱- اینکه اصل عقد ضمان مقید به مال معین شود؛ به این صورت که ضامن اعلام کند من از دین فلانی ضمانت می‌نمایم به شرطی که عقد ضمان مقید به مال معین شود؛ به این معنا که متعلق عقد ضمان، ذمه مقید به آن مال معین باشد.
- ۲- اینکه دینی که از آن ضمانت می‌شود، مقید به مال معین شود؛ به این معنا که دین که خود امری کلی است، ولی وقتی در ذمه ضامن قرار می‌گیرد، مقید به مال معینی شود.
- ۳- پرداخت و ادا مقید به مال معین شود؛ به این معنا که ضامن ضمانت می‌نماید، ولی شرط می‌کند که در موقع ادا، از مال معین بپردازد.

ب) اقوال در مسئله

در خصوص صحت و فساد این فرع بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را صحیح و برخی باطل و برخی نیز غیر قابل تصور می‌دانند.

۱. نظریه صحت تقييد ضمان به مال معین

برخی از محققان معتقدند که این فرع صحیح می‌باشد (برای نمونه ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۵/۲).

طرفداران این نظریه برای اثبات آن به اصل صحت و اطلاق ادله شروط متوسل شده‌اند.

طبق این نظریه که شرط پرداخت از مال معین را در ضمن عقد ضمان، صحیح می‌شمارد، این سؤال پیش می‌آید که اگر در عقد ضمان، پرداخت مال معینی به صورت تقیید درج شد، ولی قبل از آنکه ضامن، آن مال را به مضمون‌له تسلیم کند، آن مال تلف گردید، عقد ضمان چه وضعیتی پیدا خواهد کرد؟ آیا عقد ضمان باطل می‌گردد و مجدداً ذمه مضمون‌عنه در مقابل طلبکار مشغول می‌شود یا اینکه عقد ضمان همچنان پابرجاست و ضامن باید از مالی دیگر، طلب مضمون‌له را بپردازد؟

در این فرع بین محققان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی به نظریه اول متمایل شده و برخی دیگر نظریه دوم را برگزیده‌اند.

۱-۱. بطلان عقد ضمان به سبب تلف مال معین

برخی بر این باورند که اگر مال معین مورد اشتراط تلف شود، عقد ضمان باطل شده و مجدداً ذمه مضمون‌عنه مشغول می‌شود. برای اثبات این نظریه دو دلیل ارائه شده است:

۱- هر گاه قید منتفی شد، مقید نیز منتفی خواهد شد و از طرفی فرض این است که مال معین، قید عقد ضمان بوده است، لذا با انتفای قید، مقید که ضمان باشد، منتفی می‌شود؛ در نتیجه ذمه مضمون‌عنه مشغول می‌گردد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۱۳).

۲- همان طور که در امور حقیقی، هر گاه یکی از ذاتیات شیء منتفی شود، ذات نیز منعدم شده و از بین می‌رود، مثلاً هر گاه ناطقیت «از انسان» سلب شود، انسانیت نیز منعدم شده و باقی نمی‌ماند، در امور اعتباری و قراردادی نیز قضیه از همین قرار است.

در مورد بحث، قوام عقد ضمان، به مقید (مال معین) است؛ زیرا طرفین مال معین را متعلق عقد ضمان قرار داده‌اند. در نتیجه اگر به هر دلیلی، مال معین منتفی شود و از بین برود، متعلق عقد ضمان و یکی از مقومات آن از بین رفته است؛ بنابراین خود عقد ضمان نیز منتفی می‌شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰).

۲-۱. صحت عقد ضمان و ثبوت خیار در فرض تلف مال معین

برخی در این فرع، قائل به صحت عقد ضمان شده و در نتیجه ضامن را مسئول پرداخت بدهی دانسته‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۶۹).
برای اثبات این نظریه، ادله‌ای اقامه شده است:

اول: یکسان بودن شرط با قید

فرقی بین قید و شرط نیست؛ همان طور که اگر شرط به دلیلی متعذر شود، مشروطه خیار فسخ پیدا خواهد کرد، در جایی که قید نیز متعذر شود، خیار فسخ ثابت خواهد شد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۳۱۲).

تقد و نظر

شرطی که در ضمن عقد درج می‌شود، تعهد فرعی و مستقلی است که تعهدات اصلی عقد پایه را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. ولی قید، عقد را مقید و وابسته می‌کند. از این رو نمی‌توان قید و شرط را با هم یکسان دانست.

دوم: تقید اراده

اگر در فرض تقید، کسی قائل به بطلان عقد شود، در فرض اشتراط نیز باید قائل به بطلان گردد؛ یعنی هر گاه در عقد شرطی گنجانیده شد و به هر دلیل، آن شرط انجام نشد، باید قائل به بطلان شد؛ زیرا همان طور که در فرض تقید، قصد و اراده طرفین به مقید تعلق گرفته است، در فرض اشتراط نیز قصد و اراده طرفین، به مشروط تعلق گرفته است (همان).

تقد و نظر

در مواردی که قیدی در عقد درج می‌شود، اراده شخص مقید به آن می‌شود. ولی در صورتی که شرطی در عقد درج می‌شود، ولو مورد شرط توسط طرفین اراده و قصد شده است، ولی شرط اراده را مقید نمی‌کند. در حقیقت، در قراردادهای حاوی شرط، دو مطلوب وجود دارد؛ یکی اصل عقد و دیگری شرط. شاهدش این است که جز در موارد استثنایی، بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند.

سوم: تعدد مطلوب در فرض تقييد

در موردی که ضمن عقد، قید یا شرطی درج شده است، می‌توان گفت که دو مطلوب وجود دارد؛ مثلاً یک مطلوب خود عقد ضمان است و مطلوب دیگر، تعلق آن به قید یا شرط. حال اگر به هر دلیل یکی از دو مطلوب (حصول قید یا شرط) منتفی شد، دلیلی وجود ندارد که مطلوب دیگری ثابت نباشد.

نقد و نظر

اشکال تحلیل فوق آن است که وقتی قیدی برای تراضی پیش‌بینی شود، در حقیقت قید و مقید هر دو با هم یک مطلوب را تشکیل می‌دهند، به گونه‌ای که با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌شود. ولی شرط، تعهد تبعی است که در ضمن عقد درج می‌شود. به تعبیر اهل لغت، شرط عبارت است از التزام در ضمن بیع و مانند آن. با توجه به اینکه ادله این نظریه، مورد انتقاد می‌باشد، نظریه صحت در پاسخ به فرع مطرح شده، صحیح نمی‌باشد و باید حکم به بطلان ضمان در این فرض داد.

۲. نظریه غیر قابل تصور بودن تقييد ضمان به مال معین

برخی از محققان از جمله بروجردی (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵)، خویی (همان) و فاضل لنکرانی (همو، بی‌تا: ۶۵۱/۲)، مدعی شده‌اند که برخی از صور این فرع تصور صحیحی ندارد و نمی‌توان آن را به شکل معقول تصور نمود. به دیگر سخن، برخی از سه صورت پیش‌گفته قابل تصور نبوده و برخی هرچند قابل تصورند، ولی به جهاتی باطل می‌باشند. از این رو می‌توان گفت که این فرع در هیچ صورت، تصور معقولی به دست نمی‌دهد.

صورت اول این است که خود عقد ضمان، مقید به مال معین شود؛ به این معنا که هرچند در عقد ضمان به طور معمول ذمه ضامن مشغول می‌شود، ولی با این شرط، ضامن ذمه‌اش را مقیداً به مال معین مشغول می‌نماید.

اشکال این صورت آن است که این تصور معقول نیست؛ زیرا ذمه از امور اعتباری است و مال معین مورد شرط» از امور حقیقی و خارجی است. روشن است که بین امور اعتباری و امور حقیقی، وجه اشتراکی وجود ندارد و این دو با هم تباین کلی دارند.

وقتی چنین شد، تقیید امر اعتباری به امر واقعی ناممکن خواهد بود. خلاصه اگر مراد از این صورت آن است که اصل اشتغال ذمه ضامن، مقید به مال معین شود، معقول نیست و اگر هم مراد این است که ایجاب و قبول در عقد ضمان، مقید به مال معین گردد، این به معنای تعلیق عقد ضمان است و تعلیق در عقد ضمان، مبطل عقد است (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۶۴/۲).

صورت دوم این است که دینی را که مورد ضمانت واقع می‌شود، مقید به مال معین نماید؛ به این معنا که دین خود امری کلی است، ولی وقتی در ذمه ضامن قرار می‌گیرد، مقید به مال معینی شود.

اشکالی که در صورت اول وارد بود، بر این صورت نیز وارد می‌شود؛ چرا که اشتغال ذمه را که امری اعتباری است، نمی‌توان به مال معین تقیید کرد.

صورت سوم این است که ادا و پرداخت مقید به مال معین شود. هرچند اشکال عقلی‌ای که در دو صورت پیشین بیان شد، در این صورت نیست، ولی با محذور تعلیق مواجه است؛ یعنی باعث تعلیق عقد ضمان به پرداخت از مال معین می‌شود و تعلیق در عقد ضمان، مبطل عقد است (همان؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۱۵/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵، حاشیه گلپایگانی).

دلیل دیگری که بر غیر معقول بودن این فرض آورده شده است، متشکل از دو مقدمه است:

مقدمه اول: تقیید در جایی صحیح است که اطلاق قابل تصور باشد، اما هر گاه در موردی امکان اطلاق وجود نداشت، تقیید نیز صحیح نیست؛ زیرا معنای تقیید آن است که حصه خاصی مطلوب است؛ مثلاً اگر بگویند «أكرم العلماء العدول»، بدین معنا خواهد بود که یک حصه خاص از این کلی که همان عدول» باشد، مطلوب است.

مقدمه دوم: در مورد بحث، اطلاق ممکن نیست؛ زیرا اشتغال ذمه هرچند امری کلی است، ولی نسبت به امور خارجی اطلاق ندارد. به عبارت دیگر، چنین نیست که اشتغال ذمه شامل امور خارجی نیز بشود و نسبت به آن‌ها شمول و اطلاق داشته باشد. بنابراین تقیید آن به امور خارجی ناممکن است.

نتیجه اینکه همان طور که برخی از محققان بیان داشته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۰۹:

۱۶۴/۲)، در عقد ضمان، تقیید به مال معین ناممکن است.

۳. نظریه بطلان تقیید ضمان به مال معین

برخی از فقها از جمله محقق نائینی، امام خمینی و گلپایگانی معتقدند که این فرع باطل است و نمی‌توان در ضمن عقد ضمان، پرداخت از مال معین را شرط نمود (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۵/۵). طرفداران این نظریه به دو دلیل متوسل شده‌اند:

۱- تقیید ضمان به مال معین، باعث تعلیق عقد ضمان شده و تعلیق ضمان، باعث بطلان آن می‌گردد.

۲- در نتیجه چنین عقدی، یا ذمه ضامن به چیزی مشغول می‌شود و یا نمی‌شود. اگر ذمه ضامن مشغول می‌شود، تقیید بی‌معناست؛ زیرا معنای تقیید آن است که عقد ضمان به مال معین تعلق بگیرد نه به ذمه ضامن. اگر بعد از عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نمی‌شود، در اینجا عقد ضمان بی‌معناست؛ زیرا عقد ضمان آن است که ذمه مضمون‌عنه بری، و ذمه ضامن مشغول شود (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۰/۲۰).

جمع‌بندی

ظاهراً نظریه اخیر به صواب نزدیک‌تر است؛ یعنی در جایی که قید متعذر شد، باید قائل به بطلان عقد ضمان شد و در نتیجه وقتی عقد باطل گردید، مثل آن است که عقد ضمانی اصلاً وجود نداشته است و ذمه مضمون‌عنه مجدداً مشغول می‌شود؛ چرا که ادله نظریه نخست یعنی نظریه صحت تقیید عقد ضمان به مال معین، نمی‌تواند صحت را اثبات کند؛ زیرا بی‌تردید بین قید و شرط فرق وجود دارد. قید اصل التزام و اراده را مقید می‌کند و اراده به حصه خاصه‌ای تخصیص می‌زند، ولی در شرط چنین وضعیتی وجود ندارد؛ یعنی در شرط، اصل اراده و التزام مقید نشده است، بلکه اراده‌ای ضمنی و تعهدی ضمنی در کنار التزام و اراده به اصل معامله شکل می‌گیرد. انتفای اراده ضمنی، همسان با انتفای اراده اصلی نیست. اساساً فرق قید و شرط در این است که قید، اراده اصلی و التزام اولیه را مقید می‌کند، ولی شرط به اراده اصلی کاری ندارد. در نتیجه قیاس قید به شرط، قیاس مع‌الفارق است.

مبحث دوم: شرط ضمان بودن پرداخت از مال معین

اگر مال معین را به صورت اشتراط در عقد ضمان درج کنند، عقد ضمان چه حالتی پیدا خواهد کرد؟ هرچند ظاهر عبارت محقق نائینی و بروجردی در حاشیه عروه آن است که در این فرض نیز عقد ضمان باطل خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵)، ولی سایر فقها، اعتقاد به صحت آن دارند. این مسئله بین علمای امامیه اتفاقی است؛ همچنان که در مباحث سابق به اجماعات منقولی که ادعا شده است، اشاره شد. ظاهراً تا قبل از سید یزدی، کسانی که این مسئله را مطرح می‌کرده‌اند، به این فرض نظر داشته‌اند و تفکیکی که سید یزدی بین تقیید و اشتراط کرده است، از ابتکارات ایشان است. به هر حال برای اثبات صحت عقد ضمان در این مسئله، علاوه بر اجماع و اتفاق علمای امامیه بلکه اتفاق المسلمین، می‌توان به عموم ادله شروط نیز تمسک کرد؛ زیرا مقتضای ادله‌ای نظیر المؤمنون عند شروطهم^۱ آن است که درج هر شرط جایزی در عقد بلامانع است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر قبل از آنکه ضامن بتواند مال معین موضوع شرط را به مضمون‌له بپردازد، آن مال تلف شود، چه وضعیتی پدید خواهد آمد؟ در اینکه با تلف مال معین، عقد ضمان باطل نخواهد شد، اتفاق نظر وجود دارد. ولی اینکه خیار فسخ برای مشروط‌له به وجود می‌آید یا خیر، اختلافی است. برخی معتقدند که با از بین رفتن مال، برای مشروط‌له خیار ثابت است (همان؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶/۶ و ۲۶۰/۲۰).

در مقابل، برخی دیگر علی‌رغم اذعان به اینکه در صورت تلف مال معین موضوع شرط، عقد باطل نمی‌شود، معتقدند که برای مشروط‌له خیار فسخ به وجود نمی‌آید؛ به سه دلیل:

دلیل نخست: التزامی که از شرط تولید می‌شود، صرفاً وجوب وفای به آن است. حال که با تلف مال، این وجوب متعذر شده است، بر ضامن لازم است که از مال دیگری، طلب مضمون‌له را بپردازد.

دلیل دوم: ثبوت خیار فسخ، مخالف به ارتکاز عرفی است؛ زیرا ارتکازات عرفیه در

این گونه از عقود چنین است که برای مشروطه حق مطالبه و اجبار متعهد به انجام تعهد به وجود می‌آید، نه اینکه برای او حق فسخ به وجود بیاید؛ نظیر شروطی که در عقد نکاح درج می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۰۹: ۱۶۵/۲).

دلیل سوم: در عقد ضمان، خیار راه ندارد (همان).

نقد و نظر

برای داوری بین دو دیدگاه پیشین باید به اثر شرط فعل در عقد توجه نمود. در خصوص چیستی اثر شرط فعل در ضمن معامله، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی اثر شرط فعل را صرفاً ایجاد تکلیف الزام می‌دانند. مطابق این نظریه که به مشهور نسبت داده شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲/۶)، 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. در مقابل گروهی بر این باورند که مفاد شرط فعل صرفاً اعطای حق فسخ به مشروطه است و هیچ تکلیفی برای متعهدعلیه ایجاد نمی‌کند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). گروه سوم معتقدند که مفاد شرط، هم حکم تکلیفی و هم وضعی است؛ یعنی شرط، موجب تکلیف به عهده مشروط‌علیه و حکم وضعی به نفع مشروطه 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 مشروطه حق دارد که انجام آن را مطالبه کند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۳). از پیروان این نظریه می‌توان صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۷) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳۷/۵) را نام برد و در نهایت برخی معتقدند که 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 دوراهی فسخ یا امضای مجانی عقد سرگردان و شکفت 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: ۱۵۴/۳)، محقق ثانی (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۵۹/۷) و سید یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲۶/۲) انتخاب نموده‌اند.

از فقهای معاصر، محقق داماد از این نظریه دفاع می‌کند (۱۳۸۸: ۳۰۶-۳۰۵). به نظر نگارنده، حق با دیدگاه اخیر است و مفاد شرط فعل، ایجاد حق مالی بر ذمه مشروط‌علیه است. حال در مورد بحث به نظر می‌رسد که در صورت تلف مال، برای مشروط‌له خیار فسخ ایجاد می‌شود؛ به چند دلیل:

۱. با توجه به اینکه مفاد شرط فعل، ایجاد حق مالی در ذمه مشروط‌علیه است، بنابراین با شرط پرداخت از مال معین، ذمه مشروط‌علیه به میزان ارزش مالی شرط متعهد شده است. در نتیجه هرچند مال تلف شده است، ولی ذمه متعهد هنوز مشغول است.
۲. هرچند در خصوص امکان یا عدم امکان درج خیار در عقد ضمان، اختلاف نظر شدید وجود دارد، ولی به نظر می‌رسد حق با کسانی است که معتقدند پیش‌بینی شرط خیار در عقد ضمان امکان‌پذیر است (محقق داماد و یزدانی، ۱۳۹۰: ۳).

مبحث سوم: شرط تعلق عقد ضمان به مال نه ذمه

فرض بعدی این است که طرفین در عقد شرط کنند که در نتیجه عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نشود، بلکه از همان ابتدای عقد، به مال معین تعلق بگیرد. این فرض را محققان قبل از سید یزدی نیز مطرح کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۱: ۱۱۷). به نظر می‌رسد محقق حلی اولین کسی است که این فرع را مطرح کرده است. علامه حلی در جایی که شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان می‌شود، به این صورت سؤالی را مطرح کرده است که آیا تعلق دین در عقد ضمان به این مال معین، نظیر تعلق دین به رهن است یا نظیر تعلق ارش به جانی؟ (۱۴۱۴: ۳۸۲/۱۴). ظاهراً علت اینکه علامه حلی این فرع را با این عنوان مطرح کرده است، کلامی است که برخی از علمای اهل سنت بیان کرده‌اند. ایشان معتقدند چنانچه شرط پرداخت از مال معین شود و آن مال تلف گردد، مضمون‌عنه مدیون خواهد شد؛ زیرا تعلق دین به آن مال، نظیر تعلق ارش به جانی است، یعنی همچنان که ارش به ذمه جانی تعلق نمی‌گیرد و ذمه او را مشغول نمی‌کند، بلکه عین و شخص او مدیون می‌شود، همچنین در چنین عقد ضمانی، ذمه ضامن مشغول نمی‌شود، در نتیجه بعد از تلف مال، عقد ضمان به خود مدیون اصلی برمی‌گردد (سرخسی حنفی، ۱۴۱۴: ۳۰/۲۰).

بعد از علامه حلی، این فرع بازتاب زیادی بین محققان شیعه داشته است و هر کدام به نحوی آن را مطرح کرده‌اند. سید بدون آنکه این سؤال را به این شکل مطرح نماید، به شق دوم سؤال اشاره و بیان فرموده است که آیا در عقد ضمان امکان دارد ذمه ضامن مشغول نشود و عقد ضمان به عین مالی تعلق بگیرد؟ (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵).

در صحت و یا بطلان این فرع نیز بین محققان اختلاف نظر وجود دارد و گروهی آن را باطل و گروهی دیگر صحیح می‌دانند.

الف) نظریه صحت عقد ضمان در فرض تعلق ضمان به مال معین

برخی معتقدند در صورتی که ضمان به مال معین تعلق بگیرد نه به ذمه، عقد ضمان صحیح است (صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۹۸/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۱۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۱۲/۱۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۲/۲۰). در توجیه این نظریه علاوه بر تمسک به عموماً باب شروط (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۷۷/۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۱۲/۱۳) گفته شده است که عهده و ذمه از امور اعتباری است و از این رو می‌توان ضمان دین را به عهده مال معینی واگذار کرد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۶۲/۲۰).

ب) بطلان عقد ضمان در فرض تعلق ضمان به مال معین

در مقابل دیدگاه نخست، برخی معتقدند که شرط ضمان در این صورت، هم باطل بوده و هم باعث بطلان عقد ضمان می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۱: ۱۱۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۲۴/۵).

به نظر می‌رسد نظریه بطلان از قوت بیشتری برخوردار است؛ زیرا از طرفی، لازمه صحت شرط و ضمان آن است که حق مضمون‌له از بین برود؛ زیرا در جایی که مال تلف می‌شود، نه ذمه مضمون‌عنه مشغول است و نه ذمه ضامن. توضیح مطلب آنکه به محض انعقاد عقد ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری می‌شود و از طرفی بنا بر فرض، ذمه ضامن نیز مشغول نشده است، بلکه ضمان به مال معین تعلق گرفته است. حال اگر مال معین تلف شود، دیگر جایی برای تعلق حق مضمون‌له باقی نمی‌ماند و حق او ضایع می‌گردد. وانگهی، مال معین ذمه ندارد تا در نتیجه عقد ضمان، ذمه او مشغول به دین مضمون‌له گردد؛ در حالی که اثر عقد ضمان، یا ضم ذمه و یا نقل ذمه است.

نتیجه‌گیری

شرط پرداخت از مال معین در ضمن عقد ضمان، در قانون مدنی مورد اشاره قرار نگرفته است. از این رو برای روشن کردن وضعیت آن، باید به منبع الهام‌بخش قانون‌گذار ایران که همانا فقه امامیه باشد، مراجعه گردد. وانگهی، شرط پرداخت از مال معین، به صورتی مختلفی قابل تصور بوده که حکم هر کدام جداگانه باید روشن شود. به نظر می‌رسد:

- ۱- هر گاه در ضمن عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین درج شود، به گونه‌ای که پرداخت از مال معین، قید ضمان باشد، چنین شرطی باطل است.
 - ۲- هر گاه در ضمن عقد ضمان، شرط پرداخت از مال معین به صورت شرط و تعهد فرعی درج شود، چنین شرطی صحیح است؛ بدین معنا که ضامن بعد از آنکه ضمانت می‌کند، بدهی مضمون‌عنه در ذمه او قرار می‌گیرد، سپس به موجب شرط ضمن عقد، متعهد می‌شود که این بدهی را از مال معینی بپردازد.
 - ۳- تقید اصل عقد ضمان به مال معین، به گونه‌ای که با عقد ضمان، ذمه ضامن مشغول نشود، امری باطل و خلاف مقتضای ذات عقد ضمان است؛ زیرا عقد ضمان، مقتضی اشتغال ذمه ضامن بوده و شرط تعلق ضمان به مال معین نه ذمه ضامن، خلاف این مقتضی است.
- با توجه به روشن شدن حکم حالات مختلف فوق، می‌توان پیشنهاد داد که در اصلاح قانون مدنی، صور مختلف فوق اضافه گردند.

کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۵. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۶. تستری، اسدالله بن اسماعیل دزفولی کاظمی، مقابس الانوار و نفاثات الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، بی تا.
۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. سرخسی حنفی، شمس الائمة ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل، المبسوط، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۹. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی المحشی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. همو، العروة الوثقی مع التعليقات، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. همو، العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام، بی تا.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، حاشیة الارشاد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۶. همو، حاشیة شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۱۷. همو، مسالك الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. علامه حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۱. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. همو، تلخیص المرام فی معرفة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.

۲۶. مجاهد طباطبایی حائری، سید محمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۲۷. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی و غلامرضا یزدانی، «شرط خیار در عقد ضمان»، دوفصلنامه آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.
۳۰. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین حسینی، منهاج المؤمنین، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۳۱. موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، قم، مدرسه دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۳۳. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۵. نعمت اللهی، اسماعیل، «شرط پرداخت از مال معین در عقد ضمان»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۵۵، زمستان ۱۳۹۶ ش.