

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 1, Issue 116

Spring 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i2.61650>



انفوسور

سال پنجاه و یکم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۱۶

بهار ۱۳۹۸، ص ۵۷-۳۱

### شرط خیار در عقد کفالت از منظر فقه تطبیقی\*

دکتر حیدر باقری اصل<sup>۱</sup>

استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Email: [bagheriasl@tabrizu.ac.ir](mailto:bagheriasl@tabrizu.ac.ir)

دکتر سعیده باقری اصل

دکترای حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

Email: [S.bagheriasl@yahoo.com](mailto:S.bagheriasl@yahoo.com)

#### چکیده

عقد کفالت یکی از عقود لازم است. هر چند طبق اصول حاکم بر عقود لازم، اشتراط خیار در این عقود، جایز است، ولی قانون‌گذار به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و این سؤال اساسی همچنان مطرح است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟». نظریه‌های متعددی در این مسأله از سوی فقیهان مذاهب اسلامی ارائه شده و ضرورت دارد از طریق بررسی تطبیقی و نقد نظریه‌های مطرح شده، نظریه معتبر فقهی و به تبع آن وضعیت قانونی تعیین گردد. تحقیق حاضر در صدد است تکلیف صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت را در جهت فتوای معتبر فقیهان امامیه با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای تعیین کند. به عنوان مهم‌ترین یافته تحقیق می‌توان گفت که اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خیار در عقد کفالت طی ماده‌ای تصریح کند و به مناقشات موجود پایان دهد.

**کلیدواژه‌ها:** شرط خیار، کفالت، لزوم، عهدی، تبعی.

\*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۰/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۱۷.

۱. نویسنده مسئول

## Stipulation of Option in the Bail Contract (Kafala) from the Perspective of Comparative Jurisprudence

**Haidar Bagheri Asl**, (Corresponding author) Ph.D., Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran

**Saeideh Bagheri Asl**, Ph.D., Private Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

### Abstract

Bail (Kafala) is an irrevocable contract. Although under the principles applicable to irrevocable contracts, stipulation of option in these contracts is permitted, the legislator has not declared whether such stipulation is valid or void. Therefore, the main question remains what is the remedy of stipulation of option in bail contract? Different opinions have been suggested by Islamic jurists and it is necessary to determine the valid opinion and accordingly, the legal status through comparative study and criticizing the suggested opinions. The purpose of the present paper is to determine whether stipulation of option in bail contract is valid or void according to valid fatawi (verdicts) through descriptive method and destruction of valid jurisprudence sources and library tools. As the most important result of this research we can say that stipulation of option in bail contract is valid and in addition to the stipulation, the contract is valid as well. Therefore, the legislator is recommended to enact an article and declare the validity of stipulation of option in bail contract and end the current controversies.

**Keywords:** stipulation of option, bail contract, irrevocability, promissory contract, collateral

## مقدمه

کفالت عقدی است که به موجب آن، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند (قانون مدنی، ماده ۷۳۴). عقد کفالت، عقدی معین، لازم (امامی، ۳۰۴/۲)، تبعی (جعفری لنگرودی، ۴۵۵)، عهدی (همو، ۴۵۹) و تبرعی است (همو، ۴۵۶). هرکدام از ویژگی‌های مذکور در امکان اشتراط خیار یا بطلان آن در کفالت مؤثر است. بدین توضیح که: اولاً، مطابق قواعد حاکم بر عقود لازم، شرط خیار در هر عقد لازم و از جمله عقد کفالت، جایز است. به این استدلال که هرچند عقد کفالت نیز از عقود معین، لازم و تبعی است و مانند سایر عقود لازم، از قواعد و اصول حاکم بر عقود لازم تبعیت می‌نماید، ولی با این وصف، احتمال می‌رود عدم تصریح به اشتراط خیار در عقود لازم، به منزله تصریح اشتراط خیار در عقد کفالت نباشد و عقد کفالت در این خصوص، مقررات دیگری داشته باشد. قانون‌گذار نیز به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و موجب این سؤال اساسی تحقیق شده است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟» و ثانیاً، هرچند این احتمال وجود دارد که عدم امکان اشتراط خیار در عقد کفالت به سه ویژگی عهدی، تبعی و تبرعی بودن آن مربوط باشد، ولی جواب نقضی ادعای مذکور این است که عقد حواله نیز دارای اوصاف مذکور است ولیکن قانون مدنی در ماده ۷۳۲، شرط خیار را در آن پذیرفته است. بنابراین، ادعای مذکور تام نیست و باید دلیل سکوت قانون‌گذار در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت معلوم گردد. متأسفانه تاکنون محققان حقوق موضوعه بحثی را در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت به میان نیاورده و پاسخ سؤال مذکور را مورد بررسی حقوقی قرار نداده و تکلیف قانونی مسأله را تعیین نکرده‌اند.

مشکل دیگر مسأله آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت محل مناقشه فقیهان مذاهب اسلامی نیز شده و نظریه‌های متعددی در این مسأله ارائه شده است، ولی تاکنون محققان حقوق اسلامی صحت و سقم نظریه‌های مطرح شده فقیهان مذاهب اسلامی را مورد بررسی فقهی قرار نداده‌اند که خود موجب طرح این سؤال شده که: «کدام نظریه از میان نظریه‌های مطرح شده مذاهب اسلامی معتبر است؟»

بنابراین، در این زمینه خلأ علمی وجود دارد و ضرورت دارد نظریه معتبر فقیهان در تعیین «حکم شرط خیار در عقد کفالت» از طریق بررسی و نقد نظریه‌های مطرح شده تحصیل گردد. ضرورت بررسی حقوقی مسأله در فقدان قانون در این مورد است و ضرورت بررسی فقهی مسأله در مرجع دانستن فتوای معتبر فقیهان امامیه در موارد سکوت، ابهام، اجمال و فقدان قانون وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی است. تحقیق حاضر این مسأله مهم را با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای انجام داده و برای نیل به این مقصود، ابتدا سؤالات

تحقیق، سپس نظریه‌های موجود در مسأله و بعد ادله هرکدام از آن‌ها را طرح کرده و آنگاه هرکدام از ادله نظریه‌ها را مورد نقد و ارزیابی قرار داده و در نهایت، نظریه منطبق با حقوق امامیه را برگزیده است.

### نظریه‌های موجود در مسأله

فقیهان مذاهب اسلامی سه نظریه را در اشتراط خيار در عقد كفالت طرح کرده‌اند: نظریه نخست: در مسأله، بطلان عقد كفالت را علاوه بر بطلان شرط خيار اعلام نموده و هم شرط و عقد را باطل دانسته؛ نظریه دوم: بطلان شرط تنها را با شرط خيار در عقد كفالت ارائه داده، ولی عقد كفالت را صحیح اعلام کرده؛ نظریه سوم: علاوه بر صحت شرط، بر صحت عقد كفالت نیز تاکید کرده است. هرکدام از این سه نظریه، ادله خاصی را در توجیه نظریه خود آورده‌اند، به طوری که لازم است ضمن طرح هرکدام از نظریه‌های مذکور و ادله مربوط آن، به نقد و ارزیابی ادله هرکدام پرداخته شود تا حکم منطبق با حقوق اسلام و ایران و به ویژه امامیه تعیین گردد.

### نظریه اول: بطلان شرط و عقد

مذهب شافعی بر بطلان عقد كفالت در صورت، اشتراط خيار در آن قائل شده و سخن امام شافعی، بنیان‌گذار مذهب شافعی، بدین شرح مورد نقل قرار گرفته است:

«اگر شرط خيار در عقد كفالت شود، [علاوه بر بطلان شرط] عقد كفالت باطل می‌گردد» (ماوردی، ۱۷۰/۶؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۳۵۰؛ الشاشی، ۵/۷۴؛ ابن قدامه، ۵/۹۶؛ رافعی قزوینی، ۵/۱۶۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۵/۱۰۰-۱۰۱). علامه حلی نیز با نقل مطلب مذکور از قول شافعی نوشته است:

«اگر در عقد كفالت، شرط خيار گردد، عقد كفالت باطل می‌شود، زیرا كفالت عقدی است که شرط خيار در آن جایز نیست» (حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

### ادله نظریه بطلان شرط و عقد و ارزیابی آن‌ها

ادله متعددی در نظریه بطلان شرط و عقد كفالت در صورت اشتراط خيار در آن، قابل طرح است، ابتدا آنها را ذکر می‌کنیم و سپس مورد نقد و ارزیابی قرار می‌دهیم.

#### دلیل اول: تشبیه كفالت به بیع صرف و سلم در اشتراط خيار

امام شافعی در توجیه عدم جواز شرط خيار در عقد كفالت، مقرر کرده است:

«اگر خيار را در عقد كفالت شرط کند، عقد كفالت مانند عقد بیع سلم و صرف باطل می‌گردد» (ماوردی، ۱۷۰/۶؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۳۵۰؛ الشاشی، ۵/۷۴؛ ابن قدامه، ۵/۹۶؛ رافعی قزوینی، ۵/۱۰۰)

۱۶۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۵/۱۰۰-۱۰۱).

ابن ادریس حلی مطلبی در اشتراط خیار در بیع صرف و سلف دارد که مقصود اهل سنت را در تشبیه کفالت به بیع صرف در عدم اشتراط خیار در آن توضیح می‌دهد، هرچند وی اشتراط خیار در بیع سلم را پذیرفته و در نتیجه، تشبیه مذکور را بی مورد دانسته است. ایشان آورده است:

«خیار شرط به اجماع فقیهان در بیع صرف وارد نمی‌شود، زیرا یکی از شرایط صحت بیع صرف، قبض مورد آن قبل از تفرق از مجلس معامله است، ... ولی مانعی از دخول خیار شرط در بیع سلم نیست و عموم خبر [المؤمنون عند شروطهم] اقتضای ورود آن در بیع سلم دارد» (ابن ادریس، ۲/۲۴۴).

#### نقد و ارزیابی

هرچند قول مذکور ابن ادریس مطابق قول اهل سنت در اشتراط خیار در بیع صرف است، به طوری که برخی ادعا کرده‌اند که فقیهان امامیه بر این قول اجماع دارند، ولی تحقیق از حال اجماع مذکور نشان می‌دهد که چنین اجماعی در بین فقیهان امامیه وجود ندارد و باید قائل این قول را منفرد تلقی نمود. توضیح این که بسیاری از فقیهان امامیه با این نظر مخالفت کرده و دخول شرط خیار در بیع صرف را نظیر دخول آن در بیع سلم پذیرفته و ادعای اجماع مذکور را موهوم دانسته‌اند، به طوری که صاحب جواهر می‌نویسد:

«شرط خیار در هر عقد بیعی جریان دارد، مگر این که عقد بیع موجب عتق شود، اعم از این که بیع سلم یا صرف یا غیر آن دو باشد، زیرا عمومات ادله اقتضای صحت شرط خیار مذکور را دارند؛ بلی هرچند علامه حلی در دو جای از کتاب تذکره و نیز کتاب غنیه، محکی مسبوط و خلاف و سرائر در بیع صرف با این قول مخالفت کرده و به اقتضای اعتبار قبض در مجلس معامله استدلال کرده و گفته‌اند: اقتضای آن افتراق بدون علقه است، درحالی که اشتراط خیار در آن علقه ایجاد می‌کند، ولی گفتار آن‌ها ایراد آشکار دارد و عده‌ای از فقیهان امامیه، ادعای اجماع سه تن از فقیهان مذکور در مورد عدم صحت اشتراط خیار در بیع صرف را منع کرده و اثبات ادعای اجماع مذکور را بر عهده مدعی آن نهاده‌اند، بلکه شهید ثانی در مسالک، قول متأخرین را در منع ادعای اجماع مذکور اعلام و خود از نظر متأخرین تبعیت نموده است ... بنابراین، به نظر می‌رسد منشأ و مبنای اجماع مذکور، اشتراط قبض در مجلس معامله بیع صرف باشد که مدعی گمان کرده اشتراط خیار در بیع صرف منافات با قبض مذکور دارد و از آنجایی که عدم تنافی بین آن دو وضوح دارد، لذا این وضوح نیز در رفع گمان مذکور کفایت خواهد نمود [و به توضیح بیشتری نیاز نیست]» (صاحب جواهر، ۲۳/۶۱-۶۲).

#### دلیل دوم: تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق بیع صرف

ابن نجیم بطلان شرط خیار در عقد کفالت را به بطلان تعلیق در بیع صرف تشبیه کرده و نوشته است:

«بیش از سه بار بیان کردیم که صحت اشتراط خيار در عقد کفالت مانند صحت تعلیق بیع صرف است. بنابراین، هر جا تعلیق صحیح باشد یا باطل، آنجا نیز اشتراط خيار صحیح یا باطل خواهد بود» (ابن نجیم، ۲۲۱/۶).

### نقد و ارزیابی

برای نقد و ارزیابی نظریه ابن نجیم، ابتدا باید اصطلاحات انشا، منشاء، انشای منجز، انشای معلق، عقد منجز، عقد معلق، تعلیق در انشا و تعلیق در منشاء، تعریف شوند.

هر عقدی با انشای مربوط به خود تحقق می‌یابد. انشا عبارت از لفظی است که موجد معنی در نفس الامر باشد، به طوری که قابل صدق و کذب نباشد؛ مثل این که فروشنده به اراده جد برای خریدار بگوید: این خانه را به فلان مبلغ بر تو تملیک کردم و خریدار نیز به اراده جدی بگوید: قبول نمودم. این معنای انشا، مقابل خبر قرار می‌گیرد. خبر عبارت از لفظی است که حکایت از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا خارج می‌کند تا قابل صدق و کذب باشد (امامی، ۱/۱۶۴). انشا مانند عقد به منجز و معلق تقسیم می‌شود. انشا اگر موکول به امر دیگری نشود، منجز و در صورتی که موکول به امر دیگری گردد، معلق است.

عقد منجز آن است که تأثیر آن عقد بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود (قانون مدنی، ماده ۱۸۹)؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم. هبه در این مثال به هیچ قید و شرطی معلق نشده، بلکه هبه به طور مطلق انجام گرفته است؛ اما عقد معلق آن است که تأثیر آن عقد بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری باشد؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این که در مسابقات اسبدوانی، نفر اول تا سوم شوی. اینجا هبه به طور مطلق انجام نگرفته، بلکه به شرط پیروزی در مسابقات مشروط شده است.

بنابراین، هر عقد منجزی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله پس از عقد به وجود می‌آید و از این اثر مخصوص به منشاء یا مقتضای عقد نیز تعبیر می‌شود که در مثال عقد هبه فوق، تملیک بلافاصله اسب به پسر توسط پدر است، ولی طرفین عقد می‌توانند به وسیله تعلیق پیدایش آن اثر مخصوص (منشاء یا مقتضای) عقد را منوط بر وجود امر دیگری بنمایند؛ برای مثال، پدر به فرزند دانشجوی پزشکی خود بگوید: ماشینم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این که از کنکور دوره فوق التخصیص قبول شوی. اینجا اثر مخصوص (منشاء یا مقتضای) عقد بلافاصله پس از عقد به وجود نمی‌آید، بلکه تأثیر آن بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری شده است که همان قبولی در کنکور مذکور است.

ابن نجیم صحت و بطلان اشتراط خيار در عقد کفالت را مانند صحت و بطلان تعلیق بیع صرف معرفی کرده و احکام این دو را در صحت و بطلان واحد دانسته است. بنابراین، اگر به موجب قرارداد

کفالت، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد نماید؛ مشروط بر این که مدت مضبوطی حق فسخ داشته باشد. تحلیل حقوقی صحت و بطلان عقد کفالت و انشای تعلیقی در مثال فوق، دو فرض به شرح ذیل دارد:

فرض نخست این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت شرط متأخر بر وجه کشف تفسیر شود. طبق این فرض، تأثیر عقد به پیدایش شرط بستگی دارد، بدین نحو که شرط اگرچه از حیث زمانی، مؤخر بر عقد حاصل می شود، ولی در عقد، مقدم، تأثیر می نماید و از وجود شرط کشف می شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است، نه از زمان حصول شرط. بنابراین، هنگام اتمام مدت شرط یا اسقاط خیار کشف می شود که کفیل از زمان انعقاد عقد کفالت، ضامن احضار مکفول به بوده است، چنانکه اجازه در عقد مکروه بعد از رفع اکراه، کاشف از پیدایش مقتضای عقد از زمان انعقاد است. اصولیان در صحت و بطلان شرط متأخر اختلاف جدی دارند (مظفر، ۱/ ۲۹۱-۲۹۲) و حاصل کلام آنان در بطلان شرط متأخر آن است که شرط در احکام شرعی اعم از عبادی و وضعی مانند (و به قیاس) شرط متأخر در احکام عقلی است و از آنجایی که شرط متأخر در احکام عقلی باطل است، لذا شرط متأخر به همین قیاس در احکام شرعی نیز باطل است؛ اما حاصل سخن آنان در صحت شرط متأخر در احکام شرعی، وقوع شرط متأخر در احکام شرعی عبادی نظیر غسل شب برای صحت روزه روز قبلی مستحاضه کثیره (بنی هاشم خمینی، ۱/ ۲۶۰) و در احکام وضعی صحت عقد فضولی قبلی با اجازه بعدی مالک بنابر نظریه کشف است (مظفر، ۱/ ۲۷۵). به نظر می رسد ابن نجیم نیز تابع چنین نظریه ای در صحت و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت طبق تفسیر شرط متأخر مذکور است (ابن نجیم، ۶/ ۲۲۱).

فرض دوم این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت واجب مشروط (معلق) تفسیر گردد. در واجب مشروط (معلق)، پیدایش وجوب منوط به موجود شدن شرط است. به این نحو که در واقع وجوب و طلب قبل از تحقق شرط، موجود نیست، چنانکه ظاهر عبارت «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» از نظر ادبی آن است که شرط از قیود هیئت است و خواستن انجام حج، معلق به آمدن موسم حج است؛ نه آن که طلب و ایجاب و خطاب فعلی و مطلق باشد و واجب، مقید. بر اساس این فرض، اگرچه عقد آلان تلفظ می شود، ولی انشای کفالت، در آن زمان به وجود نمی آید، بلکه انشا مانند منشأ (انتقال ضمان به ذمه کفیل) در زمان اتمام و یا اسقاط مدت خیار حاصل می شود. مثال مذکور طبق تفسیر فوق، مثال تعلیق در انشا است. اصولیان در صحت و بطلان واجب مشروط (معلق) اختلاف دارند (مظفر، ۱/ ۸۹). هر چند صاحب فصول هم به امکان واجب معلق و هم به وقوع آن نظر داده و مثال آن را در احکام شرعی عبادی، حج دانسته است، لیکن مشهور به محالیت آن رأی داده و بین انجام مقدمات حج و انجام خود حج به قول تفصیل قائل

شده و گزاره: «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» را پیش از آمدن موسم حج به وجوب انجام مقدمات حج و بعد از ورود به موسم حج به انجام اعمال خود حج تفسیر کرده‌اند (همو). بنابراین، طبق تفسیر صاحب فصول از واجب معلق، اشتراط خیار در عقد کفالت تنها به معنای مخیر بودن کفیل در احضار مکفول به است، زیرا لزوم احضار مکفول به برای وی تنها به اتمام زمان خیار و یا اسقاط آن معطوف است؛ چنانکه مطابق تفسیر مشهور از واجب معلق، اشتراط خیار در عقد کفالت باطل است. به نظر می‌رسد نظر ابن نجیم با قول مشهور مطابقت دارد. در دفاع از نظر مشهور چنین می‌تواند گفت که در فرض مذکور، انشا از منشأ تفکیک خواهد شد و آن غیر معقول است. به این بیان که: اولاً، طلب قبل از پیدایش شرط وجود ندارد و ثانیاً، به نظر می‌رسد در شرط خیار در کفالت، فرقی میان انشا و منشأ نیست و هر دو در نتیجه به یک امر برگشت می‌کند؛ برای مثال، اگر کفیل بگوید: من کفیل فلانی هستم؛ مشروط بر این که تا ده روز برای من حق فسخ باشد. این عبارت که به ظاهر تعلیق در منشأ می‌باشد، همان تعلیق در انشاست. به این معنی که من تا ده روز اصل کفالت فلانی را معلق کردم؛ ثالثاً، فائده کفالت - که ضمانت است - حداقل در مدت خیار تحقق نمی‌یابد. به این بیان که اشتراط خیار در عقد کفالت در حقیقت به این معناست که «من ضامن احضار مکفول به هستم؛ مشروط بر این که تا ده روز برای من حق فسخ باشد» و این عبارت بدان معناست که کفیل تا ده روز نسبت به احضار مکفول به ضمانتی نداشته باشد، بلکه بین مدت مذکور مخیر باشد که ضامن باشد یا خیر؛ و این با اشتراط خیار در عقد مانند بیع فرق دارد، زیرا در فرض اخیر، معامله انجام شده و آثار آن تحقق می‌یابد! چنانکه در دفاع از نظر صاحب فصول می‌توان بیان نمود: ایرادهای فوق وارد نیستند. به این استدلال که در واجب مشروط، فرض آن است که منشأ عبارت از است از طلب بنابر تقدیر پیدایش شرط؛ بنابراین، ناچار قبل از تحقق شرط، بعث و طلبی نمی‌تواند موجود شود و الا هرگاه موجود گردد، انفکاک بین انشا و منشأ حاصل خواهد شد که به اتفاق عالمان باطل است؛ علاوه بر آن که انشای امر بنابر تقدیری - مانند اخبار به آن بنابر تقدیری - معقول و متصور است. به این توضیح که در قرارداد اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت واجب معلق چنانکه اگر انشای عقد فعلی تلفظ بشود، منشأ، یعنی انتقال ضمانت از ذمه مکفول به ذمه کفیل نیز در آن زمان خواهد شد، ولی اگر انشای عقد فعلی نباشد، بلکه تقدیری باشد و انشای عقد به اشتراط مدت مضبوط خیار تلفظ گردد؛ در این صورت، انتقال ضمانت از ذمه مکفول به ذمه کفیل بعد از گذشت مدت خیار و یا اسقاط خیار قطعی خواهد شد و انتقال ضمانت مذکور در دوران خیار متزلزل خواهد بود. این فرض، مثال برای تعلیق در منشأ می‌باشد. ماده ۱۸۹ قانون مدنی این نوع تعلیق را در تشکیل عقد مشروع اعلام کرده است، لذا اثر چنین عقدی آن است که در صورت پیدایش معلق علیه، مقتضای عقد حاصل می‌گردد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که



عقدی واقع نشده است. بنابراین، اشکال عدم فائده عقد کفالت در اشتراط خیار نیز منتفی می‌شود. نتیجه بحث آن است که هرچند مشهور فقیهان امامیه تعلیق در انشا را محال دانسته‌اند. به این استدلال که انشا به معنای ایجاد است و ایجاد معلق معقول نیست؛ اما تعلیق در منشأ (آنچه مورد انشا قرار می‌گیرد؛ مانند ملکیت در عقد بیع) را بی اشکال اعلام کرده‌اند. به این استدلال که: اولاً، تعلیق در منشأ معقول است و ثانیاً، در شرع نیز واقع شده است و بهترین مثال آن، عقد وصیت است که موصی فعلاً مالکیت بعد از حیات خود را برای موصی له انشأ می‌نماید.

ممکن است کسی بگوید: برخی از فقیهان اشکال کرده‌اند: منشأ هم مانند انشأ نمی‌تواند معلق بر امری باشد. به این استدلال که معلق علیه در صورتی که در زمان عقد موجود باشد، منشأ هم در اثر عقد بدون تعلیق موجود می‌گردد و در صورتی که در زمان عقد موجود نباشد، منشأ هم که وجودش معلق بر آن است، موجود نخواهد شد و پس از پیدایش معلق علیه نیز نمی‌تواند حاصل گردد، زیرا لازم می‌آید بین انشا و منشأ تفکیک حاصل شود، لذا تعلیق در منشأ نیز مبطل عقد است (امامی، ۱/ ۱۶۷-۱۶۸)!

لیکن پاسخ ایراد آن است که باید یکی از سه راه را در اینجا پذیرفت. توضیح این‌که: از یک‌سو، منطق ساده اجتماع (در وضع احکام وضعی)، عقد معلق را پذیرفته و در روابط اقتصادی خود به کار برده است، به طوری که، نظام‌های حقوقی مختلف، عقد معلق را در قوانین خود گنجانده و مقررات و احکام آن را مکتوب کرده (قانون مدنی، ماده ۱۸۹) و نیز عده‌ای از فقیهان تعلیق را در رد ثمن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیار به شرط رد ثمن، آن است که شرط خیار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۱۲۹-۱۳۳]؛ همچنین فقیهان وقوع تعلیق را در وصیت پذیرفته‌اند و از سوی دیگر، فقیهان یکی از شرایط صحت شرط را منجز بودن آن اعلام نموده‌اند (مظفر، ۱/ ۸۸)، لذا اگر کسی اشتراط شرط را به صورت معلق بیان نماید، آن شرط را باطل اعلام کرده‌اند (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۵۷]). منظور از تعلیق شرط آن است که متعاقدين اشتراط موجود شدن حقی را به نفع دیگری در فرض واقع شدن امری در آینده مجهول نمایند (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲)؛ علت بطلان شرط تعلیقی، غیر معلوم بودن تحقق زمان شرط است که موجب جهالت به شرط می‌شود و جهالت به شرط، موجب غرر است و شرط غرری در اسلام، باطل است. بدین توضیح که فقیهان، شرط را جزو یکی از دو عوض می‌دانند و از آنجایی جهل به یکی از دو عوض موجب جهالت دو طرف عقد می‌شود و چنین امری موجب بطلان شرط می‌گردد، لذا ممنوع بودن تعلیق شرط به دلیل سرایت شرط تعلیقی به عقد است با این بنا و عنایت که شرط به جزو یکی از دو عوض، رجوع می‌کند و به این ترتیب حتی موجب فساد عقد مذکور هم می‌گردد (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۵۸]). بنابراین، شرط باید منجز باشد تا

چنین جهل و غرری پیش نیاید. بنابر دو مطلب مذکور باید یکی از سه راه حل را برای جمع کردن سخنان به ظاهر متعارض فقیهان در مسأله واحد به شرح ذیل ارائه داد:

راه حل نخست این است که معقول نبودن عقد معلق و محالیت تعلیق در انشا و منشأ به موجودات مادی و خارجی معطوف شود، نه به امور اعتباری و قراردادی. به این استدلال که در امور اعتباری و قراردادی، تعلیق در منشأ و نیز تعلیق در انشا معقول تلقی می‌شود و بهترین دلیل بر آن، وقوع تعلیق در شرع (مثل عقد وصیت و تعلیق در رد ثمن) و نیز حقوق موضوعه است (قانون مدنی، ماده ۱۸۹). بنابراین، موردی برای گفتگو در امکان تصور آن باقی نمی‌ماند، زیرا به تعبیر شیخ الرئیس: «ادلی دلیل علی امکان شیء وقوعه»، یعنی بهتری دلیل بر امکان چیزی، وقوع آن است. در این صورت، اگر آن امر، در آینده واقع گردد، حق از تاریخ عقد - نه از تاریخ تحقق آن - واقع و حاصل می‌شود؛ برای مثال، منافع خانه‌ای را در عقد اجاره به شرطی برای دیگری واگذار گردد که آن شخص ظرف ده سال از تاریخ این عقد به گرفتن درجه دکتری موفق گردد. گرفتن آن درجه، منافع ده سال منزل را از تاریخ عقد به مشروطه تعلق خواهد داد و به این ترتیب، شرط مذکور، اثر رجعی و قهقرایی خواهد داشت (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲).

راه حل دوم آن است که گفته شود: هرچند اصل و کبرای «بطلان شرط تعلیقی در صورت غیر معلوم بودن تحقق زمان شرط» مورد تشکیک فقیهان نمی‌توان باشد، ولی صغرای آن، یعنی «رجوع شرط به جزو یکی از دو عوض معامله» می‌تواند مورد مناقشه باشد، به‌ویژه این که عقد کفالت از نوع تبرعی است و در آن عوض مطرح نیست. از این رو، عده‌ای از فقیهان تعلیق را در رد ثمن بیع خیاری مشروط بر رد ثمن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیاری به شرط رد ثمن، آن است که شرط خیار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج.]. ۱۲۹/۶-۱۳۳). بنابراین، هرچند فقیهان بعضی از مصادیق و مثال‌های کبرای قضیه مذکور را به خاطر وجود تعلیق با اشکال مواجه دانسته‌اند، برای مثال «اگر بایع شرط کند که در صورت فروش مشتری، او احق در خرید باشد». آن‌ها این مثال را با تعلیق مواجه دیده‌اند (همو/ ۵۷)، ولی در عین حال، آنان یا تعلیق را به اصل قرارداد معطوف نکرده‌اند و یا تعلیق بعضی از مثال‌ها را از مصادیق کبرای مذکور تلقی نکرده‌اند؛ برای مثال، شیخ انصاری صغرای مذکور، یعنی رجوع شرط به جزو یکی از دو عوض را مورد مناقشه قرار داده و تحقق تعلیق شرط را در این مورد نپذیرفته و گفته است:

اگر کسی بگوید: این درهم‌ها را با این شرط به تو می‌فروشم که اگر زید آمد، لباس مرا بدوزی. اینجا شرط در صورتی معلق است که معاوضه بین مبیع و بین درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در فرض آمدن زید واقع شده باشد، ولی اگر معاوضه بر بیع دو ثمن با دو فرض، منجر گردد، به این بیان که مبیع را تنها به

درهم‌ها در صورت آمدن زید بفروشد (به درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در صورت آمدن زید بفروشد)، تعلیق مندفع خواهد شد، زیرا شرط عبارت از خیاطی با فرض آمدن زید است، نه خیاطی مطلق تا تعلیق به اصل معاوضه، رجوع کند. بنابراین، مجرد رجوع این دو فرض به یک معنای واحد، موجب بطلان نمی‌شود. از این رو، هر چند بعضی از فقیهان اعتراف کرده‌اند که مرجع این دو گفتار واحد است: «تو وکیل من در فروش هستی، اگر کالا در رأس ماه برسد» و «تو وکیل من در فروش هستی، زمانی که کالا در رأس ماه برسد»، ولی آنان در صحت دوم و بطلان اول، اتفاق دارند (همو/ ۵۷-۵۸).

راه حل سوم آن است که بین تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ به قول تفصیل قائل شویم و تعلیق در انشا را محال و تعلیق در منشأ را جایز تلقی نمایم. در تعلیق منشأ عقد، بین قصد انشا و آثار ناشی از آن قصد (که نام آن آثار، منشأ است) فاصله زمانی وجود دارد. به همین جهت در ماده ۱۰۰۹ قانون مدنی، تأثیر قصد انشا به وجود امر دیگری موقوف شده است. تعلیق محال در تعلیق انشای عقد اتفاق می‌افتد. تعلیق در انشا یعنی بلا تکلیف بودن انشای عقد، به طوری که قصد انشای عقد کامل نباشد و کمال آن محتاج به پیدایش عامل دیگر و مجهول باشد و چنین تعلیقی در انشا محال است، زیرا انشا بعد از تصور و تصدیق حاصل می‌شود و تصدیق معلق، محال است و بعد از حصول تصدیق کامل، قصد انشای کامل قهری حاصل می‌گردد، پس قصد انشای معلق، تصور ندارد (همو)، فقیهان مثال تعلیق محال عقد را تعلیق عقد به اموری غیر ارادی متعاقبین دانسته‌اند، برای نمونه، شرط آمدن مسافر از سفر را در عقد، تعلیق محال معرفی نموده‌اند. بنابراین، اگر بایع در انشای بیع بگوید: به شرط آمدن مسافر از سفر می‌فروشم، بیع به دلیل تعلیق انشای عقد مذکور باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۶۵). اهمیت فرض سوم آنگاه معلوم می‌شود که توجه داشته باشیم، امکان تطبیق تعلیق در انشای عقد در صورت اشتراط خیار در عقد کفالت وجود ندارد و تطبیق تعلیق در منشأ عقد کفالت نیز باطل نیست، لذا علامه حلی در جواب ادعای امام شافعی در تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به بطلان تعلیق عقد آورده است: «مقدمه اول و حکم در مقیس علیه، هر دو ممنوع است» (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰). توضیح ممنوعیت دو مطلب مذکور چنین است: تعلیق مطلق، باطل نیست، بلکه تعلیق دو نوع است: یکی تعلیق محال و دیگری تعلیق جایز؛ و تعلیق محال همان تعلیق در انشای عقد است و تعلیق جایز همان تعلیق در منشأ عقد است و از آنجایی که در شرط خیار در عقد کفالت، تعلیق از نوع تعلیق منشأ عقد است، نه تعلیق از نوع تعلق در انشای عقد، لذا تعلیق عقد کفالت به شرط خیار شبیه به تعلیق محال در انشای عقود نیست و شایسته است شرط خیار در عقد کفالت را به اشتراط عقد کفالت تعبیر کنیم، نه تعلیق عقد کفالت تا شبهه تعلیق محال پیش نیاید، همان کاری که فقیهان در عقد کفالت انجام داده و اشتراط خیار در عقد کفالت را به اشتراط

خيار تعبير نموده‌اند، نه تعليق كفالت به شرط خيار. بنا براین، تشبيه بطلان عقد كفالت در شرط خيار به تعليق عقد که در سخن ابن نجيم مذکور است، مطابق تمام مباني درست نیست. به خصوص این که هم جواب نقضی و هم جواب حلی در بطلان تشبيه مذکور وجود دارد. جواب نقضی بطلان تشبيه فوق، صحت اشتراط خيار در ساير عقود لازم است و جواب حلی بطلان تشبيه فوق در تفكيك تعليق صحيح از تعليق باطل است.

#### دلیل سوم: تشبيه بطلان عقد كفالت در اشتراط خيار به بطلان نذر

برخی از فقيهان اهل سنت بطلان عقد كفالت در صورت اشتراط خيار را به بطلان نذر در صورت اشتراط خيار تشبيه کرده و آنچه در این مورد گفته‌اند چنین خلاصه می‌شود:

«خيار در عقد كفالت داخل نمی‌شود، زیرا كفالت در دخول خيار مانند نذر است، چنانکه در نذر اشتراط خيار صحيح نیست، اشتراط خيار در عقد كفالت نیز صحيح نیست» (ابن قدامه، ۸۸/۷).

#### نقد و ارزیابی

هر چند یکی از شرایط نذر این است که نذرکننده قاصد باشد و انشای عقد نذر او نیز معلق نباشد و یکی از موارد تعليق نذر آن است که نذرکننده شرط خيار در عقد و انجام نذر قرار بدهد و این امر موجب بطلان نذر می‌شود، ولی در نقد و ارزیابی بطلان تشبيه بطلان عقد كفالت در اشتراط خيار به بطلان نذر باید گفت: اولاً، به یک معنی نذر همیشه معلق است، یعنی از مصادیق تعهد معلق است، هر چند در نذر تبرعی چنین تعليقی وجود ندارد، زیرا نذرکننده در نذر تبرعی ملتزم به انجام فعل راجح می‌شود، نظیر این که نوشتن کتاب در صلح جهانی از دیدگاه اسلام را تعهد نماید، ولی در نذر زجری و نذر مجازات همیشه نذر معلق به شرطی است، زیرا نذر زجری آن است که نذرکننده کف نفس و خودداری از ارتکاب جرم یا مکروه یا ترک مکروه نماید، یعنی نذر کند که در صورت ارتکاب حرام و مکروه یا ترک مستحب، یک روز روزه بگیرد یا یک بیمارستان بسازد و نذر مجازات آن است که منظور نذرکننده شکر نعمت یا دفع بلیه باشد، چنانکه نذر کند اگر از امتحان قبول شود، نوشتن به یک بیسواد بیاموزد، یا اگر از ناخوشی خوب شود، فلان قربانی را در راه خیرات بنماید (جعفری لنگرودی، ۷۱۰). بنا براین، تعليق در نذر هم وجود دارد، ولی به عقد نذر صدمه نمی‌زند؛ ثانیه طبق توضیح پیشین، تعليق دو نوع است، یکی تعليق در منشأ که جایز است و دیگری تعليق در انشای عقد که باطل و محال است و از آنجایی که تعليق نذر گاهی از نوع تعليق در منشأ و گاهی از نوع تعليق در انشای عقد است، ولی شرط خيار در عقد كفالت از نوع تعليق در منشأ است، نه از نوع تعليق در انشای عقد، لذا تشبيه اشتراط خيار در عقد كفالت به عقد نذر به دلیل اعم بودن تعليق نذر و اخص بودن تعليق كفالت در شرط خيار غلط است. اعم بودن تعليق نذر این است که تعليق آن گاهی در

منشأ عقد و گاهی در انشای عقد است، در حالی که شرط خیار در عقد کفالت همیشه و تنها از نوع تعلیق در منشأ عقد است. بنابراین، تشبیه آن دو به یکدیگر مع الفارق است؛ ثالثاً، حتی اگر فرض شود: تعلیق نذر همیشه از نوع تعلیق منشأ عقد نذر است و حتی تعلیق در منشأ عقد نذر نیز باطل است، ولی جواب بطلان شرط خیار در نذر این است که: بطلان نذر با اشتراط خیار در آن به دلیل خارجی مربوط است که همان جنبه عبادی بودن نذر است. بنابراین، از این جهت نیز قیاس اشتراط خیار در عقد کفالت به اشتراط خیار در عقد نذر مع الفارق است.

#### دلیل چهارم: عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت

بطلان عقد کفالت با شرط خیار به دلیل عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت مربوط می‌شود، زیرا صاحب خیار از خیار خود بهره می‌برد و آن را به منظور جلب نفع یا دفع ضرر قرار می‌دهد، در حالی که کفیل در عقد کفالت به دنبال بهره نیست. بنابراین، شرط خیار در عقد کفالت فایده‌ای ندارد (ابن قدامه، ۷/ ۸۸)، بلکه کفالت برای کفیل، غرر و خطر اقتصادی دارد. وجود غرر و خطر اقتصادی برای کفیل در عقد کفالت توسط ابوحنیفه، بنیان‌گذار مذهب حنفی نیز تأیید شده است (رافعی قزوینی، ۱۶۷/۵). فقیهان امامیه نیز وجود عدم نفع اقتصادی در عقود ضمانی را برای متعهد پذیرفته‌اند (حسینی عاملی، ۳۵۳/۵). بنابراین، با وجود قبول این غرر و خطر اقتصادی، فلسفه اشتراط خیار در عقد کفالت برای کفیل منتفی است.

#### نقد و ارزیابی

در پاسخ ادعای عدم بهره‌مندی کفیل از اشتراط خیار در عقد کفالت باید گفت: اولاً، اشتراط خیار در عقد کفالت خود نفع اقتصادی است و فایده روانی دارد. بنابراین، ادعای عدم بهره‌مندی مطلق از اشتراط خیار صحیح نیست. برای مثال، اگر کفیل بعد از عقد کفالت پشیمان گردد، اشتراط خیار وضعیت وی را به حالت سابق باز می‌گرداند. بنابراین، ادعای مذکور اخص از منافع اشتراط خیار است؛ ثانیاً، ممکن است کفیل در شتاب تصمیم قرار گیرد و عواطف انسانی و خانوادگی و دوستی وی تحریک شود و بعد از پذیرفتن کفالت در غرر و خطر مالی یا آبروی مضاعف‌تر از غرر و خطر اقتصادی پیش‌بینی شده قرار گیرد؛ در این صورت، با اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند جبران خسارت نماید و ضررهای مذکور را از خود دور کند. این تحلیل حقوقی اثبات می‌کند که ادعای عدم فایده مطلق اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح نیست؛ ثالثاً، تمام مطلب ضرر و خسارت مالی و اقتصادی نیست، بلکه گاهی ضرر معنوی غیرقابل پیش‌بینی رخ می‌دهد و اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند آن را از کفیل دور نماید؛ رابعاً، پیش‌بینی عدم ورود به ضررهای مادی و معنوی غیر قابل پیش‌بینی حاصل از کفالت تنها با اشتراط خیار در عقد کفالت

ممکن است و از آنجایی که چنین قرارداد شرط خیار در عقد کفالت عقلانی است، لذا ایرادی بدان وارد نیست و ادعای پذیرش غرر در عقد کفالت، تحمل ضرر و حداقل ضرر مضاعف را توجیه نمی‌کند. شاید به این دلیل است که محقق ثانی به ادعای پذیرش غرر و خطر توسط کفیل یا قبول عقد کفالت جواب داده و اشکال این مسأله را در باب عقد ضمان به ایراد واضح یا قابل رؤیت تعبیر نموده است (محقق ثانی، ۵/۳۱۰).

### دلیل پنجم: قیام اجماع بر بطلان خیار در عقد کفالت

برخی مدعی شده‌اند که اجماع بر بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار قایم شده است. ابن قدامه ابتدا قول به بطلان کفالت در صورت اشتراط خیار را به ابوحنیفه و شافعی نسبت داده، سپس اجماع فقیهان دو مذهب مذکور را چنین آورده است: «از احدی خلاف قول آنان را نمی‌شناسیم» (ابن قدامه، ۷/۸۸). این اجماع از قول قاضی، یکی از فقیهان شافعی، چنین نقد شده است: «پیش من، عقد کفالت با اشتراط خیار باطل می‌شود و قول بطلان کفالت در شرط خیار، قول مذهب شافعی است» (همو).

### نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ادعای اجماع در مسأله توسط اهل سنت باید پاسخ داد که: اولاً، بسیاری از فقیهان در این مسأله وارد نشده و حتی مطلب مختصری نیز ننوشته‌اند، بلکه تنها برخی از فقیهان شافعی و حنفی وارد این بحث شده‌اند. بنابراین، نسبت اجماع به آنان صحیح نیست؛ ثانیاً، فقیهان مالکی و حنبلی مطلبی را در این مورد بیان نکرده‌اند که خود ادعای اجماع را تضعیف می‌کند؛ ثالثاً، حقیقت آن است که در مسأله اجماعی وجود ندارد، بلکه تنها امام شافعی عقد کفالت را در صورت اشتراط خیار باطل اعلام نموده و بعضی از فقیهان شافعی نیز همان گفتار وی را به تبعیت از وی تکرار کرده‌اند؛ رابعاً، نباید تعبیر «اجماع» را با تعبیر «عدم خلاف» و «خلافی پیدا نکردم» یکسان تلقی کرد، زیرا هرکدام از تعبیرات مذکور، معنای خاص خودش را دارد و یکی از آن‌ها به جای دیگری استعمال نمی‌شود. بنابراین، صحیح است گفته شود: عده‌ای از فقیهان شافعی «عدم خلاف» را در مسأله ادعا کرده‌اند، نه «اجماع» فقیهان را. تعبیر «عدم خلاف» به معنای این است که اگر کسی در این مورد سخن گفته است، نظریه بطلان عقد کفالت را در صورت اشتراط خیار اعلام کرده است و از آنجایی که چنین فقیهان بسیار اندک است و حتی به تعداد انگشتان دست هم نمی‌رسد، لذا نمی‌توان نظر سایر فقیهان را در سکوت به اظهار نظر حمل کرد، زیرا شاید سخن دیگری را در مقام اظهار نظر بیان نمایند؛ خامساً، اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی، موارد ابهام و اجمال و فقدان قانون را به فتوای معتبر ارجاع داده و آن را عبارت از فتوای

فقیهان امامیه اعلام کرده است. بنابراین، با توجه به این که در میان تمام مذاهب اهل سنت «اجماع» وجود ندارد و تنها در میان مذهب شافعی ادعای «عدم خلاف» در بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار شده است، لذا باید مسأله از دیدگاه فقیهان امامیه بررسی شود و نظر آنان در مسأله تحصیل و جهت حل مشکل ارائه گردد.

#### دلیل ششم: منافات داشتن اشتراط خیار با مقتضای ذات عقد کفالت

مقتضای ذات عقد، اثری است که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد، مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است، چنان که مقاربت هدف اصلی نکاح است. این تعبیر مقابل مقتضای اطلاق عقد، قرار می‌گیرد. مقتضای اطلاق عقد، اثری از آثار عقد است که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکری به میان نیاید، خود عقد موجب حصول آن اثر باشد (جعفری لنگرودی، ۶۷۷)، برای مثال اگر در عقد بیع راجع به محل تسلیم مبیع چیزی گفته نشود، مبیع باید در محل وقوع عقد، تحویل داده شود (قانون مدنی، ماده ۲۸۰) و این شرط از اطلاق عقد مستفاد است که عرف آن را گواهی می‌کند.

اشترط عقد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، عبارت از شرطی است که برخلاف ذات و ماهیت عقد باشد؛ برای مثال، اشتراط عدم مقاربت در عقد نکاح، شرط برخلاف ذات عقد است. این اصطلاح مقابل اشتراط خلاف مقتضای اطلاق عقد قرار دارد و آن عبارت از شرطی است که با مقتضای اطلاق عقد، مخالف باشد، برای مثال شرط عدم فروش در عقد بیع به ضرر مشتری برخلاف مقتضای عقد است، نه برخلاف ذات آن (جعفری لنگرودی، ۳۸۲).

دلیل بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار، آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت برخلاف مقتضای ذات عقد است. اشتراط خیار مذکور نظیر این است که شرط شود مکفیل مکفول به را احضار نکند. به این بیان که کفالت به معنای لزوم احضار مکفول به برای کفیل است و اشتراط خیار در آن با لزوم کفالت مذکور منافات دارد (ابن قدامه، ۸۸/۷).

#### نقد و ارزیابی

پاسخ این ایراد آن است که: اولاً، جواب نقضی این مسأله در اشتراط خیار در هر عقد لازم داده شده است، برای مثال، تمام حقوقدانان و فقیهان تصریح کرده‌اند که حالت لزوم عقود با خالت خیاری بودن آن منافات ندارد (امامی، ۱/۵۶۲)؛ ثانیاً، اشتراط خیار به معنای اعمال خیار نیست تا ایراد مذکور پیش بیاید؛ ثالثاً، ماهیت عقد کفالت بعد از تحقق با تمام شرایط ضمن عقد متولد می‌شود، نه پیش از آن. بنابراین، اگر کفیل در ضمن عقد کفالت اشتراط خیار نماید، عقد کفالت با این ماهیت، یعنی ماهیت متزلزل متولد خواهد شد. بنابراین، اشتراط خیار در عقد کفالت با مقتضای عقد کفالت منافاتی نخواهد شد. این است که

علامه حلی در اشتراط خيار در عقد كفالت تصريح فرموده است:

« اشتراط خيار منافاتی با مقتضای عقد ندارد، چنانکه اشتراط خيار در سایر عقود نیز منافاتی با مقتضای عقد ندارد» (علامه حلی، ۱۴ / ۳۹۰).

### دلیل هفتم: اشتغال ذمه شخص ثالث در اشتراط خيار در عقد كفالت

پذیرش جواز و صحت شرط خيار در عقد كفالت موجب اشتغال ذمه شخص ثالث است. قبول این مطلب به معنای اشتغال ذمه شخص ثالث بدون وجود سبب آن است. بدین توضیح که تحقق ذمه و تعهد بر اساس وجود و تحقق اسباب آن است و اگر سبب تعهد و اشتغال ذمه وجود نداشته باشد، محال است که کسی اشتغال ذمه پیدا کند. بنابراین، پذیرش شرط خيار در عقد كفالت به معنای اشتغال ذمه شخص ثالث در صورت فسخ عقد با بازگشت عقد اصلی به حالت خود است و چنین امری نسبت به بیگانه از عقد كفالت ممکن نیست و برخلاف اصول و قواعد حاکم بر حقوق ایران و اسلام و امامیه است. این است که آقای سیدمحمدتقی خویی در مورد شرط خيار در عقد ضمان نوشته است:

« حق با مخالفان شرط خيار در عقد ضمان است، زیرا حقیقت ضمان نقل ذمه به ذمه دیگری است. بنابراین، اشتراط خيار در آن موجب اشتغال ذمه شخص اصیل بعد از برائت ذمه اوست و این مسأله به دلیل خاص نیاز دارد و چنین دلیل در مقام بحث وجود ندارد» (خویی، ۲ / ۷۴).

### نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ایراد مذکور باید گفت: اولاً، اگر اشکال مذکور پذیرفته شود می توان اعمال اشتراط خيار كفیل را به اجازه مكفول منوط نمود؛ ثانیاً، اگر عقد كفالت همراه جعل اشتراط خيار تحقق یابد، مكفول به بر عهده كفیل متزلزل می گردد و فسخ عقد كفالت به سبب وجود خيار شرط دیگر موجب ادعای اشتغال ذمه شخص ثالث در اشتراط خيار در عقد كفالت نمی شود؛ ثالثاً، اگر كفیل مكفول به را از طرف مكفول، مشروط به خيار مذکور بپذیرد، كفالت او مطلق و عام نمی شود، بلکه مكفول به حتی با تحقق عقد كفالت به صورت مشروط می شود و كفیل اگر عقد كفالت را با خيار مذکور فسخ نماید، هر چند مكفول به مجدد در ذمه مكفول عودت می کند، ولی اشتغال ذمه وی به معنای اشتغال شخص ثالث و بیگانه از عقد كفالت نیست، بلکه مطابق قرارداد كفالت، احضار مكفول به، به صورت متزلزل به ذمه كفیل نقل یافته است و در صورتی به ذمه كفیل انتقال قطعی می یابد که وی خيار خود را از عقد كفالت اسقاط نماید. بنابراین، مكفول، به طور کامل، شخص بیگانه و ثالث از قرارداد كفالت نیست تا در صورت فسخ عقد كفالت توسط كفیل و عودت اشتغال ذمه كفیل به اشتغال ذمه مكفول، شخص ثالث تلقی گردد، زیرا سبب عودت مجدد كفالت به ذمه خود مكفول، طبق قرارداد كفالت تعریف شده و در متن قرارداد كفالت گنجانده شده است.



بلی اگر قرارداد کفالت همراه با شرط خیار نبود، بلکه قرارداد قطعی تلقی می‌شد، اشکال مذکور طبق نظر مشهور امامیه در ماهیت ضمان، یعنی در نظریه نقل ذمه به ذمه ضمان وارد بود، زیرا مکفول بعد از قطعی شدن قرارداد کفالت از قرارداد کفالت بیگانه و شخص ثالث می‌شود و عودت ضمان به ذمه او در مخالفت با نظریه نقل ذمه به ذمه در ماهیت ضمان اتفاق می‌افتد.

#### دلیل هشتم: تفاوت عقد کفالت با سایر عقود لازم در اشتراط خیار

بطان عقد کفالت در اشتراط خیار به تفاوت آن با سایر عقود بازگشت می‌کند. این تفاوت را در جریان اقاله توضیح می‌دهیم. طبق تصریح فقیهان اقاله در تمامی عقود لازم جریان دارد و حتی بدان توصیه شده است، ولی در عقد کفالت جاری نمی‌شود. دلیل این کار آن است که جریان اقاله موجب برگشتن عقد اصلی می‌شود و تصمیم طرفین عقد تبعی کفالت در اشتراط خیار در آن، علیه شخص ثالث تمام می‌شود و از آنجایی که تعهد شخص ثالث در عقد کفالت به کنار گذاشته شده و اقاله موجب بازگشت تعهد شخص ثالث می‌گردد، لذا اقاله در عقد کفالت برخلاف سایر عقود جریان ندارد، عین همین بحث در اشتراط خیار در عقد کفالت نیز پیش می‌آید. بدین توضیح که اگر طرفین عقد کفالت شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و صاحب خیار عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت پیدا می‌کند و این تصمیم طرفین در اشتراط خیار علیه شخص ثالث از عقد کفالت بوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی ندارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت باطل است.

#### نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی این اشکال می‌توان گفت: اولاً، سخن مذکور در اثر اقاله وارد است، زیرا مکفول هیچ نقشی در آن ندارد، ولی قیاس عدم جریان اقاله در عقد کفالت به عدم جریان اشتراط خیار در عقد کفالت، قیاس مع الفارق است. بدین توضیح که در اشتراط خیار در پیش‌تر از تحقق عقد کفالت و یا هنگام تحقق عقد کفالت و پذیرش این شرط از سوی مکفول و مکفول له به معنای پذیرش تعهدات سابق مکفول به همان حالت سابق در صورت فسخ عقد کفالت توسط کفیل است؛ ثانیاً، در عقد تبعی اطراف عقد کفالت قبول نموده‌اند که عقد اصلی و آثار آن در صورت فسخ عقد کفالت، بازگشت نماید. بنابراین، اگر کفیل شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و وی عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت می‌کند. بنابراین، تصمیم طرفین عقد کفالت در اشتراط خیار در عقد کفالت، علیه شخص ثالث از عقد کفالت نبوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی دارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح و عقلانی است.

**دلیل نهم: منافات اشترط خیار با اقتضای لزوم عقد کفالت**

ممکن است، کسی اشکال شرط خیار در عقود لازم و از جمله عقد کفالت را به بیان دیگری طرح نماید و لزوم عقد را از مقتضای عقد، تلقی نماید، در این صورت، اشترط خیار در عقد کفالت، منافی لزوم آن خواهد بود و به منافات چیزی با مقتضای عقد نمی توان تن داد، زیرا آن موجب مخالفت با کتاب و سنت می شود!

**نقد و ارزیابی**

این اشکال چند جواب دارد: اولاً، صحت جعل شروط دیگر در ضمن عقود، جواب نقضی این اشکال است، زیرا اگر جعل شرط ضمن عقد، چنین مشکلی داشت و مخالف با مقتضای عقد می شد، نباید شروط ضمن عقد، صحیح تلقی می گردید؛ ثانیاً، در پاسخ حلی اشکال باید گفت: ما نباید مقتضای عقد را همان اطلاق عقد تلقی نماییم، بلکه بحث مخالفت امری را با مقتضای عقد و بحث مخالفت امری با اطلاق عقد را باهم خلط نکنیم، زیرا مخالفت امری با مقتضای عقدی محال است، ولی منافات چیزی با اطلاق عقد، مشکلی ندارد. به این استدلال که اگر مخالفت امری با اطلاق عقدی مشکل داشت، جعل هیچ شرطی در حقوق اسلامی، ممکن نمی شد. حال بعد از اثبات این کبرای کلی، بحث این است که آیا لزوم عقود از مقتضای آن هاست و یا از اطلاق آن ها؟ در پاسخ باید گفت: لزوم عقود از اطلاق عقد است، نه از مقتضای ذات آن ها. دلیل ادعای مذکور، صحت جعل شروط در تشریح اسلامی است. به این بیان که صحت شروط ضمن عقد در حقوق اسلامی نشان می دهد که لزوم از اطلاق عقد است، نه از مقتضیات عقد، زیرا اگر لزوم از مقتضای عقد بود، جعل شروط در تشریح اسلامی غیرممکن می شد (صاحب جواهر، ۳۳/۳۲).

**نظریه دوم: بطلان شرط**

مذهب حنفی در صورت، اشترط خیار در عقد کفالت تنها بر بطلان شرط قائل است و عقد را صحیح می داند. ابوحنیفه بنیان گذار مذهب حنفی این نظریه را داده و گفته است:  
«اگر شرط خیار در عقد کفالت کند، عقد صحیح است، ولی شرط باطل می باشد» (شاشی، ۷۷/۵؛ رافعی قزوینی، ۱۶۷/۵).

استدلال ابوحنیفه در توجیه بطلان شرط تنها چنین است:

«زیرا کفالت کفیل توأم با غرر و خطر است، لذا عقد کفالت با شرط فاسد، باطل نمی گردد».

توضیح این که کفیل کفالت را در هنگام کفالت با قبول غرر و خطر اقتصادی می پذیرد و احتمال غرر و

خطر اقتصادی در کفالت همیشه وجود دارد، به طوری که در عدم جواز شرط خیار در عقد کفالت گفته شده است:

«زیرا خیار برای دفع غبن و جلب منفعت است و کفیل با آگاهی به این عقد وارد شده است و می‌داند که در عقد، مغبون است. به این دلیل گفته شده است که اول کفالت، پشیمانی و وسط آن، ملامت شنیدن و آخرش، غرامت کشیدن است» (نوی، ۱۴/۲۷۵؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۴۴۴؛ شیخ طوسی، مبسوط، ۳/۳۵).

ابن قدامه نیز در این مورد نوشته است:

«احتمال بطلان شرط تنها نیز وجود دارد، چنانکه در شروط فاسد توضیح دادیم. براین اساس، اگر شخصی به کفالت با شرط خیار اقرار نماید، کفالت بر او لازم شده و شرط خیار باطل می‌گردد، زیرا وی چیزی را بر اقرار خود وصل نمود که باطل است و این شبیه به استثنای از کل است» (ابن قدامه، ۸۸/۷).

#### نقد و ارزیابی نظریه دوم

بخشی از نقد و ارزیابی این نظریه: اولاً، در ضمن نظریه قبلی گذشت و معلوم شد که شرط خیار در عقد علاوه بر این که مبطل عقد کفالت نیست، بلکه باطل هم نیست و ثانیاً، صحت شرط خیار در عقد کفالت در ضمن نقد و ارزیابی نظریه صحت شرط و عقد به طور مشروح به شرح مورد بررسی قرار خواهد گرفت، لذا از تکرار آن پرهیز می‌کنیم.

#### نظریه سوم: صحت شرط و عقد

مذهب امامیه اشتراط خیار در عقد کفالت را صحیح دانسته و شرط این قرارداد را تعیین مدت معین برای شرط خیار اعلام نموده است. علامه حلی در این مورد نوشته است:

«دخول خیار در عقد کفالت صحیح است، مشروط بر این که مدت خیار را در آن تعیین نماید» (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

ابتدا ادله قرآنی و روایی این نظریه را ذکر می‌کنیم، سپس به طرح و تحلیل اقوال فقیهان می‌پردازیم.

#### دلیل اول: آیه وفای به عقود

عموم آیه یک سوره مانده در لزوم وفای به عقود، نخستین دلیل صحت شرط خیار در عقد کفالت است. این آیه شریفه بیان می‌کند: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادها [ی خود] وفا کنید». نحوه استدلال به آیه مذکور برای اثبات جریان شرط خیار در عقود لازم و از جمله در عقد کفالت، به نوع معنی و تفسیر ما از واژه «العقود» و «اوفوا» وابسته است (نراقی، ۲/۳۶۶).

مامقانی، ۸):

اولاً، واژه «عقود» جمع عقد است. «عقد» در کتب لغت به معنای بستن، گره زدن و مشدود کردن یا گره زدن یک طرف چیزی به طرف دیگر آن و یا دو طرف دو چیز به یکدیگر آمده است (ابراهیم انیس و دیگران، ۶۱۱-۶۱۲)؛ به گونه ای که به آسانی باز نشود؛ گویی هرکدام از آن دو چیز به دیگری بسته و ملازم آن است (علامه طباطبایی، ۱۹۷/۵؛ عمید زنجانی، ۱۵۶). «عقد» مقابل واژه «حل» به کار می رود. حل به معنای مطلق گشودن و باز کردن عقد و گره است. انحلال عقد نیز از این واژه است (ابراهیم انیس و دیگران، ۱۹۴)، لذا عقد که مقابل آن است باید به معنای مطلق گره زدن دو چیز باشد. البته این بستن در عقد مجای است، نه حقیقی (علامه طباطبایی، ۱۹۷/۵).

ثانیله الف و لام کلمه «العقود» در این آیه بر معنای استغراق دلالت دارد و هر عقدی را شامل می شود (خراسانی، ۳۳۴/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۵۶/۶-۱۵۷). از این رو، برخی از اصولیان گفته اند: الف و لام در کلمه «العقود» الف و لام جنس است و چون بر جمع وارد شده است، افاده عموم می کند (نابینی، ۱/۲۳۸).

ثالثه «اوفوا» به معنای وفای کامل است. وقتی عرب بگوید: «او کیل را وفا کرد یا حق فلانی را وفا نمود» به معنای آن است که کیل را کامل پرداخت یا تمام حق فلانی را به او پرداخت (ابراهیم انیس و دیگران، ۱۰۴۷) و از آنجایی که متعلق «اوفوا» در آیه مذکور، «العقود» است، لذا آیه شریف به معنای وفای کامل به تمامی عقود می باشد. بنابراین، «اوفوا بالعقود» در لزوم وفای کامل به عموم عقود ظهور دارد، زیرا بی گمان ظهور «العقود» در معنای عموم عقد و ظهور «اوفوا» در بیان اصل لزوم وفای به هر عقدی راجح ترین احتمال در میان احتمالات آیه به شمار می رود و بر اساس آن، اصل لزوم در همه عقود که عرفاً عنوان عقد قابل صدق بر آنهاست به عنوان یک اصل حاکم و مرجع در موارد مشکوک از آیه به دست می آید (عمید زنجانی، ۱۶۴-۱۶۵).

رابعه عقود، امور توقیفی شرعی نیستند، بلکه عرفی هستند و شارع مقدس این امر عرفی، یعنی هر عقدی را که عرف عقد می داند، امضا فرموده است. این است که در روایت صحیح ابن سنان وارد شده است که مراد از عقد در این آیه، مطلق عهد است (قمی، ۱/۱۶۰) یا همان طوری که برخی فقیهان تصریح کرده اند: مقصود از عقد در آیه، عقدی است که در لغت و عرف، عقد نامیده می شود (انصاری، [ط.ق.]، ۲۱۵). با این معنا برای عقد، شایسته توجه است که بپذیریم: اولاً، در معنای لفظ عقد، حقیقت شرعی ثابت نشده و عقد در شریعت اسلام در معنای عرفی و لغوی خود باقی مانده است و ثانیله جمع محلاهی به الف و لام مادامی که قرینه بر معنای عهد ذکری و معرفه اقامه نگردد، به معنای استغراق بوده و افاده عموم

می‌کند و شامل هر نوع عقد لازم و از جمله عقد کفالت می‌شود، لذا این آیه، صحت و لزوم وفای به هر نوع عقدی را اثبات می‌کند و این استدلال، توافق‌های مشروع طرفین عقد را محترم و شرعی می‌شمارد و اصل حاکمیت اراده بر عقود را اثبات می‌کند و ثبات قراردادهایی که بر اساس تراضی بین طرفین امضا می‌گردد را اعلام می‌نماید و به این ترتیب، اگر دو طرف عقد، شرط خیار در عقد کفالت را برای هر دو یا یکی از آن دو یا برای شخص اجنبی قرار دهند، آیه مذکور لزوم وفای چنین شرط و قراردادی ضمن عقد را در هر عقدی و از جمله کفالت، اثبات می‌کند، لذا جریان شرط خیار در انواع عقود لازم، اعم از معاوضی و غیرمعاوضی و از جمله عقد کفالت اثبات می‌شود. از این رو، شیخ انصاری اطلاق کلام علامه حلی در واژه «معاوضه» را به «معاوضه لازم» تفسیر و یا تأویل می‌کند و در مورد گفتار علامه که نوشته است: «اقرّب پیش من، برخلاف جمهور، در دخول خیار شرط به هر عقد معاوضه است» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱/۵۲۲)، می‌نویسد: «مراد علامه از معاوضه، معاوضه لازم است، زیرا او به عدم دخول شرط خیار در وکالت، جعاله، قراض، عاری، ودیعه، تصریح کرده است. به این استدلال که خیار در آن‌ها به صورت دائم وجود دارد، لذا برای دخول شرط خیار بر آن‌ها، معنایی وجود ندارد» (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۷/۵). این قول مطابق نظر خود شیخ انصاری در مسأله نیز می‌باشد، زیرا او در این مورد می‌نویسد: «اشکال و اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به بیع و جریان شرط خیار در هر معاوضه لازم مانند اجاره، صلح، مزارعه و مساقات نیست» (همو).

#### دلیل دوم: حدیث شرط

دلیل دوم صحت شرط خیار در عقد کفالت روایت صحیح و مستفیض نبوی مشهور است: «لغ المسلمین عند شووظم» (حرعاملی، ۱۲/۳۵۳-۳۵۴، حدیث ۱، ۲ و ۵) یا «لغ المؤمنین عند شووظم» (همو، ۱۵/۳۰، حدیث ۴).

مؤمنان یا مسلمانان بر تعهدات خود پایبندند یا واجب و لازم است که مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود پایبند باشند.

نحوه استدلال به این روایت برای اثبات جریان شرط خیار در همه عقود و از جمله عقد کفالت، چنین است: از آنجایی که این روایت از پیامبر اکرم، صلی الله علیه و آله، به طور صحیح (شهید، دروس، ۳/۲۶۸) و مستفیض نقل شده است، یعنی راویان متعددی - حداقل سه نفر و حداکثر کمتر از تواتر - آن را نقل کرده‌اند (حرعاملی، ۱۲/۳۵۳-۳۵۴، باب ۶، احادیث ۱، ۲ و ۵ و ج ۳۰/۱۵، باب ۲۰، حدیث ۴) و نیز عالمان شیعه و سنی، این روایت را در منابع و مصادر خود نقل و به مفاد آن عمل کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۳/۲۱۹) و حتی شیخ انصاری در سند این روایت نوشته است «بعید نیست که بر آن ادعای

تواتر کنیم» (انصاری [ط.ج.]، ۱۱۲/۵)، لذا سند آن، مشکلی ندارد، بلکه به صدور این روایت طبق ادعای تواتر شیخ انصاری می‌توان اطمینان و یقین نمود و مقتضای آن لزوم و وجوب پابندی مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خودشان را ثبات می‌کند. این پای‌بندی به‌طور عام است، لذا اگر دو طرف عقد مؤمن و مسلمان باشند و شرط خیار را در هر نوع عقد و از جمله عقد کفالت مقرر نمایند، روایت مذکور دلالت می‌کند که مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود باید پای‌بند باشند و به صورت لزوم و وجوب به تعهد خود عمل کنند. به این ترتیب، حدیث مذکور بر صحت جریان شرط خیار در عموم عقود و از جمله عقد کفالت دلالت دارد. از این رو، شهید - بعد از حکایت قول شیخ در منع دخول شرط خیار در بیع صرف - می‌نویسد: وجه این منع با توجه به عموم روایت صحیح ابن‌سنان «المؤمنون عند شروطهم» معلوم نیست (شهید، دروس، ۲۶۸/۳).

به این دلیل است که مؤلفان شرائع الاسلام (محقق، ۲۳/۲)، ارشاد (علامه حلی، ۱/۳۷۵)، مجمع الفائده (اردبیلی، ۸/۴۱۱) و کفایة الاحکام (سبزواری، ۹۲) نیز دخول شرط خیار را در هر عقدی غیر از نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق پذیرفته‌اند (حسینی عاملی، ۴/۵۶۸) و ظاهر بیانشان، عقود غیر جایز است (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۸/۵).

از این رو، علامه حلی مانند این عبارت را - بعد از این‌که خیار عقود جایز را منع کرده - آورده است (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱/۱۶۸)؛ همچنین محقق ثانی در ضمان، هبه و غیر این دو جامع المقاصد (محقق ثانی، ۴/۳۰۴)، سیدمحمد مجاهد در مناهل (طباطبایی مجاهد، ۳۳۶) و شوشتری در مقابسه الانوار (شوشتری، ۲۴۸) نیز به دخول شرط خیار در عقود لازم ولو از یک طرف تصریح کرده‌اند (حسینی عاملی، ۴/۵۶۹). شیخ انصاری اطلاق کلام آن‌ها را مضمول عقود جایز هم دانسته است؛ مگر این‌که به دلیل خارجی چون عدم معنای خیار در عقود جایز ولو از یک طرف، ادعا شود (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۷/۵). وی در این مورد می‌نویسد:

«ظاهر عدم خلاف میان فقیهان در مقتضای عموم ادله شرط بر صحت شرط خیار در همه عقود است و هر عقدی که از عموم این ادله خارج شود به علت وجود مانع است» (همو).  
موارد خروج از این اصل در کتب مربوط توضیح داده شده است و طالبان بحث را به آن‌ها ارجاع می‌دهیم.

#### دلیل سوم: اجماع فقیهان امامیه

فقیهان امامیه در شرط خیار در هر عقد لازم ادعای اجماع نموده و یا ادعای اجماع را در این مسأله نقل کرده‌اند، برای مثال سیدمرتضی در انتصار (۴۳۴)، شیخ طوسی در خلاف (۱۱/۳ و ۲۰)، ابن زهره

درغنیه (۲۱۸) در شرط خیار در تمامی عقود لازم، ادعای اجماع کرده‌اند و سید جواد عاملی، این اجماع را از آن‌ها در مفتاح الکرامه (۵۶۰/۴) نقل کرده است. شیخ انصاری نیز هم مدعی اجماع شده و هم آن را نقل کرده است:

«اختلافی میان فقیهان در صحت این شرط نیست و آن در پیش ما [فقیهان امامیه] به حدی محدود نشده است و نقل اجماع بر شرط خیار، مستفیض است» (انصاری، [ط.ج.]. ۱۱۱/۵).

همچنین صاحب جواهر عدم خلاف فقیهان را در جواز شرط خیار در عقود معاوضی ادعا کرده است (۶۳/۲۳) و اردبیلی این عدم خلاف فقیهان امامیه در شرط خیار را به عقود معاوضی اختصاص و خلاف در این مسأله را به عالمان سنی نسبت داده و اقرب را دخول خیار در عقود معاوضی دانسته است (اردبیلی، ۴۱۲/۸).

ممکن است کسی اشکال کند و بگوید: آیا اجماع با این همه استدلال، مدرکی نمی‌شود؟ پاسخ اشکال مذکور این است که باید به قول تفصیل قائل شد. به این بیان که اگر در سایر ادله پیش گفته خدشه شود و تنها دلیل اثبات مسأله، اجماع باشد؛ در این صورت، اجماع مدرکی نخواهد شد؛ بلی اگر سایر ادله را برای اثبات مطلب کافی تلقی کنیم؛ در این صورت، اجماع مدرکی خواهد بود. با این وصف، نباید اجماع مدرکی را برای استدلال به اثبات مطلب خالی از فائده دانست، زیرا معنای اجماع فقیهان در صورت اخیر آن است که همه آنان، تفسیر و برداشت واحدی از آیه و روایت پیش گفته در اثبات اشتراط صحت خیار در عقد کفالت دارند.

همچنین هر چند در شمولیت اجماع مذکور نسبت به اشتراط خیار در عقد کفالت می‌توان ایراد وارد کرد، بدین بیان که عقد کفالت از نوع عقود معاوضی نیست، بلکه از عقود تبرعی است؛ ولی جواب این ایراد آن است که محل بحث فقیهان در تمام عقود لازم اعم از معاوضی و غیر معاوضی است و اختصاص بحث آنان به عقود معاوضی خارج کردن بحث از عقد غیر معوض و تبرعی چون هبه است و سایر عقود غیر معاوضی چون عقد کفالت داخل در اجماع آنان است. بنابراین، اجماع مذکور در دخول شرط خیار در هر عقد لازمی، اعم از معاوضی و غیر معاوضی (غیر از هبه غیر معوض)، شامل شرط خیار در عقد کفالت نیز می‌شود. از این رو، علامه حلی نوشته است:

اشترط خیار به مدت معین در عقد کفالت صحیح است و حدیث معصوم علیه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» و قول خدای متعال در «اوفوا بالعقود» که امر وفای به عقد است، شرط خیار در عقد کفالت را نیز شامل می‌شود، زیرا عقد کفالت بر شرط خیار مذکور واقع شده است و چون شرط خیار، منافی عقد کفالت نیست، چنانکه شرط خیار منافی سایر عقود هم نیست، بنابراین شرط خیار در عقد کفالت نظیر

سایر عقود صحیح است (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

صاحب جواهر نیز اینگونه به مناقشه خاتمه می‌دهد:

«اشترای خیار در هر عقد لازم ثابت است، اعم از این که معاوضی باشد یا غیر معاوضی، غیر از نکاح و وقف. من خلافی را از فقیهان در مستثنی منه نیافتیم، مگر در ضمان از علامه حلی در یکی از دو قولش و صلح مطلق وفق محکی از مبسوط و خلاف، به ویژه، محقق کرکی در صلحی که مفید برای ذمه است، به تبعیت از علامه حلی در کتاب تحریر و طبق محکی از صیمری، در خصوص صلح در امر مجهول، و ادعای غیر ثابت به اقرار، لکن تمام این موارد نادر و ضعیف است. به این استدلال که عموماً ادله اقتضای اشترای خیار در تمام موارد مذکور دارد و نیز ادعای این که آنچه در ذمه است هنگامی که انتقال یافت دیگر عود نمی‌کند ثابت نشده است، بلکه این مسأله در مواردی نقض شده است» (۲۳/۶۱-۶۲).

بنابراین، می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط خیار برای کفیل قرار داد تا در مدت معینی بتواند آن را فسخ نماید، چنانکه می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط فعل یا شرط نتیجه به نفع هریک از طرفین یا شخص ثالث قرار داد، زیرا کفالت عقد است و مقررات مربوطه به شروط عمومیت دارد و در هریک از عقود جاری است، مگر این که از شروط فاسد یا مفسد باشد (امامی، ۲/۳۰۴).

### نتیجه‌گیری

اشترای خیار در عقد کفالت مشروط بر این که سایر مقررات - مربوط به اشترای خیار نظیر تعیین مدت معین آن - رعایت گردد، صحیح است و آیه وفای به عقود، حدیث شرط و نیز اجماع فقیهان امامیه در اشترای خیار در هر عقدی و از جمله در عقد کفالت دلالت دارد، به ویژه این که اشترای خیار در عقد کفالت منافات با مقتضای عقد کفالت یا لزوم آن ندارد و ادعای عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت یا تشبیه بطلان عقد کفالت در اشترای خیار به بطلان نذر یا تشبیه کفالت به بیع صرف در اشترای خیار یا تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق عقد یا اشتغال ذمه شخص ثالث در اشترای خیار در عقد کفالت توجیه حقوقی ندارند، لذا تحقیق حاضر به این نتیجه رسید که اشترای خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. به ویژه این که علاوه بر اجماع فقیهان، جعل شرط در عقود و از جمله اشترای خیار در عقد کفالت بر اساس قاعده یا اصل آزادی اراده اشخاص بر مقررات قراردادهایی است که دو طرف عقد پدید می‌آورند. ادله مختلفی با تأیید اصل مذکور بر آن گواهی می‌دهند و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران نیز این اصل را پیش‌تر از همه ادله اثبات می‌کند، زیرا ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، اصل آزادی اراده متعاقدين را بر قراردادهای خصوصی اشخاص پذیرفته است، مشروط بر این که



برخلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و اشتراط خيار در عقد كفالت نیز بر اساس ماده مذکور است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خيار در عقد كفالت طی ماده‌ای تصریح نماید تا به مناقشات موجود پایان دهد.

### منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، محشی ابوالحسن مشکینی، کتابفروشی اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۶۶.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الامام الصادق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن قدامه، *الشرح الكبير على متن المقنع*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۳ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی على مختصر الخرقی*، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۹۸۸م.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق*، دارالکتب العلمیه، ۱۹۸۳م.
- ابواسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، *المهذب*، دمشق، ابن کثیر، ۲۰۰۱م.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ یازدهم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم، مجمع فکر الاسلامی، الطبعة الاولى [ط.ج.]، ۱۴۲۰ق.
- \_\_\_\_\_، *المکاسب*، تبریز، اطلاعات، چاپ سنگی [ط.ق.]، چاپ دوم، ۱۳۷۵ق.
- أنیس ابراهیم، عبد الحلیم المنتصر، عطیه الصوالحی و محمد خلف الله احمد، *المعجم الوسيط*، قم، مکتب نشر الثقافة الاسلامیه، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ق.
- بنی هاشم خمینی، محمدحسین، *توضیح المسائل مراجع عظام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الى تحصیل المسائل الشریعة*، تصحیح محمد رازی، بیروت، احیاء دار التراث، ۱۳۸۷ق.
- خویی، محمد تقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت - لبنان، دار العربی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ق.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير*، تحقیق و تعلیق علی محمد، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.

شماره ۱۱۶	فقه و اصول	۵۶
	سبزواری، عبدالاعلی، <i>کفایة الاحکام فی بیان الحلال و الحرام</i> ، قم، مکتبه آیه الله سبزواری، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۳ق.	
	الشاشی القفال، محمد بن احمد، <i>حلیة العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء</i> ، حققه و علق علیه: یاسین احمد ابراهیم درادکه، دار الارقم، عمان، الاردن الهاشمی، مکتبه الرسالة الحديثة، الطبعة الاولى، ۱۴۰۰ق.	
	شوشتری، اسدالله بن اسماعیل، <i>مقاییس الانوار و نفائس الأسرار فی احکام النبی المختار و عترته الأطهار</i> ، تهران، چاپ سنگی، ۱۳۲۲ق.	
	شهید اول، محمد بن مکی، <i>الدروس الشرعية</i> ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۲ق.	
	صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام</i> ، تحقیق و تعلیق محمد القوچانی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة، ۱۹۸۱م.	
	طباطبایی، محمد حسین، <i>المیزان فی تفسیر القرآن</i> ، دار الکتب الاسلامی، تهران، بی تا.	
	طوسی، محمد بن حسن، <i>الخلاف</i> ، تحقیق سیدعلی خراسانی، سیدجواد تهرانی و محمد مهدی نجفی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.	
	_____، <i>المبسوط فی الفقه الامامیة</i> ، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفری، ۱۳۸۷ق.	
	عاملی غروی، جواد بن محمد، <i>مفتاح الکرامه</i> ، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.	
	علامه حلّی، حسن بن یوسف، <i>تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامه</i> ، مشهد، مؤسسة آل البيت، چاپ سنگی، بی تا.	
	_____، <i>تذکره الفقهاء</i> ، قم، المکتبه الرضویة لاحیاء التراث الجعفری، الطبعة الحجریة، بی تا.	
	_____، <i>ارشاد الاذهان الی احکام الايمان</i> ، تحقیق: الشیخ فارس الحسون، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰ق.	
	علم الهدی، علی بن حسین، <i>الانتصار</i> ، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ق.	
	عمید زنجانی، عباسعلی، <i>آیات الاحکام</i> ، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.	
	فاضل لنکرانی، محمد، <i>اصول فقه شیعه</i> ، تقریر محمود و سعید ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۳۸۱.	
	قمی، علی بن ابراهیم، <i>تفسیر قمی: تصحیح سیدطیب جزائری</i> ، قم، مؤسسه کتاب، چاپ سوم، ۱۴۰۴ق.	
	مامقانی، عبدالله بن محمدحسن، <i>نهایة المقال فی تکملة غایة الامال</i> ، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة، بی تا.	
	ماوردی، علی بن محمد، <i>العاوی الكبير فی الفقه الشافعی</i> ، دار الکتب العلمیة، بی تا.	
	مجاهد طباطبایی، محمد، <i>المناهل</i> ، قم، مؤسسة آل البيت، الطبعة الحجریة، بی تا.	

بهار ۱۳۹۷	شرط خيار در عقد كفالت از منظر فقه تطبيقي	۵۷
محقق حلي، جعفر بن حسن، <i>شرائع الاسلام</i> ، بيروت، المؤسسة المعارف الاسلاميه، الطبعة الاولى، ۱۴۱۵ ق.		
محقق كركي، علي بن حسين، <i>جامع المقاصد في شرح القواعد</i> ، قم، تحقيق و نشر مؤسسه آل البيت، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ ق.		
مظفر، محمدرضا، <i>اصول الفقه</i> ، النجف الاشرف، دارالنعمان، الطبعة الثانية، ۱۳۸۶ ق.		
ناييني، محمد حسين، <i>منية الطالب في حاشية المكاسب</i> ، تقريرات خوانساري، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ ق.		
نراقي، احمد بن محمد مهدي، <i>مستند الشيعة</i> ، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ۱۳۶۹ ق.		
نووي، يحيى بن شرف، <i>المجموع شرح المهذب</i> ، بيروت، دارالفكر، ۱۹۹۴ م.		