

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۴  
پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۴۲-۱۲۳

## بررسی شرط ضمان امین با تکیه بر ضمان مستأجر\*

دکتر سید نصر الله محبوبی  
استادیار دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی  
Email: dr.mahboobi@abru.ac.ir

### چکیده

بررسی صحت شرط ضمان امین و از جمله مستأجر با توجه به مبتلابه بودن چنین شرطی در عرف بسیار با اهمیت است و از آنجا که کمتر به بیان ادله صحت چنین شرطی پرداخته شده این مقاله ادله صحت این شرط را در دو مبحث مورد بررسی قرار می‌دهد، مبحث اول به بررسی مهمترین دلایل بطلان چنین شرطی اختصاص دارد که به سبب آنها غالباً این شرط را باطل می‌دانند و از مهمترین آنها می‌توان به مخالفت با اقتضای ذات عقد، مخالفت با شرع، و عدم رضای مالک اشاره کرد و در مبحث دوم ادله صحت این شرط بیان و بررسی شده است که از مهمترین آنها می‌توان قاعده شروط، ادله لزوم وفای به شرط، اصل صحت، اصل حاکمیت اراده و بیان مستندهای آن و نیز روایات مرتبط را نام برد.

**کلیدواژه‌ها:** شرط ضمان، شرط فاسد، ضمان، شرط مفسد، مقتضای ذات، مقتضای اطلاق، شرط، امین، اجاره.

---

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۰۸/۰۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۱/۰۳/۱۷.

### گزارش اجمالی اقوال

در کتاب‌های فقهی کمتر به نظرات موافقان شرط صحت پرداخته شده است، اما در این میان برخی از فقیهان در مقایسه میان دو نظریه موافق و مخالف دچار تردید شده‌اند و در نهایت ممنوعیت شرط را اظهر دانسته‌اند. (محقق حلی، ۱۵۴/۲) برخی نیز آن را اشتهر قلمداد کرده و قول به صحت را اظهر دانسته‌اند. (طباطبایی، ۲۰/۶) گروهی مانند محقق اردبیلی و آخوند خراسانی به صحت شرط مذکور بیشتر تمایل دارند تا به بطلان آن (به نقل از نجفی، ۶۵۵/۹) برخی از فقهاء به صراحت به صحت شرط یاد شده رای داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۴۲۲/۲) که مجموع آنها را در دو نظریه می‌توان خلاصه و بررسی کرد. در مورد وضعیت شرط ضمان امین، یک نظر عبارت است از اینکه چنین شرطی باطل است و قائلان این نظر خود به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ عده‌ای فقط شرط را باطل می‌دانند مانند صاحب جواهر (نجفی، ۶۵۵/۹) و گروهی بر این نظرند که هم شرط باطل و بی‌تاثیر است و هم سبب باطل شدن عقدی که شرط در ضمن آن درج شده نیز می‌شود که این نظریه به مشهور فقهاء نسبت داده شده است همان‌طور که علامه حلی، محقق کرکی، شهید ثانی، شیخ انصاری و امام خمینی و بسیاری از فقهای دیگر نیز بر این نظر هستند. (حلی، ۳۰۴/۲؛ انصاری، ۹/۳؛ امام خمینی، ۱۹۲/۵) از جمله شهید اول در کتاب لمعه می‌نویسد: «و لایضمن المستأجر العین الا بالتعدي او التفريط، ولو شرط ضمانها فسد العقد». (شهید اول، ۱۵۵) قسمت آخر عبارت شهید در لمعه صراحت دارد که وی علاوه بر فساد شرط ضمان، آن را مفسد عقد نیز می‌داند. در بین ادله و استدلال‌های آن دسته از فقهاء و حقوق‌دانان که اعتقاد به صحت چنین شرطی دارند، باید در دو مورد قائل به تفاوت شویم: دسته اول ادله و استدلال‌هایی که در راستای نقض دلایل نظریه فساد است و دسته دوم ادله و استدلال‌هایی است که اساساً بر طبق اصول حقوقی و فقهی ما را به پذیرش صحت چنین شرطی رهنمون می‌کنند، که مهمترین آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

دسته اول: ادله و استدلال‌هایی که در راستای نقض دلایل نظریه فساد است.

دسته اول به اختصار عبارتند از: اقامه دلیل بر اینکه چنین شرطی خلاف ذات عقد نیست و استدلال بر اینکه این شرط مخالف با شرع نیز نمی‌باشد و رضایت مالک نیز با چنین شرطی منتفی نمی‌شود. به عبارت دیگر اصل اولیه در مورد هر یک از شروطی که در ضمن عقود قرار داده می‌شود صحت آن است مگر آن‌که دلیلی بر بطلان آن ارائه گردد و با توجه به اینکه در

بحث شرط ضمان امین، ادله مذکور مورد نقد واقع شده‌اند لذا برای بطلان آن کارایی لازم را ندارند پس بر اساس اصل یاد شده تا زمانی که بر رد آن دلیل دیگری ارائه نگردد، صحیح و لازم الاتباع خواهد بود. درست به همین دلیل است که فقیهان موافق با این شرط از ارائه ادله تفصیلی خودداری کرده و بیشتر به رد ادله مخالفان پرداخته‌اند.

دسته دوم ادله و استدلال‌هایی است که اساساً بر طبق اصول حقوقی و فقهی ما را به پذیرش صحت چنین شرطی رهنمون می‌کنند، که ما هر دو دسته دلایل مذکور را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### مبحث اول

مهمترین دلایل بطلان چنین شرطی که بعضی بلکه غالب فقهاء معتقدند عقد را نیز باطل می‌کند موارد زیر است و آنچه در این خصوص مهم است بررسی دلایل این نظریه است که به آن می‌پردازیم و آنها عبارتند از:

#### الف: مخالفت با اقتضای ذات عقد

مهمترین دلیل این نظریه اینست که شرط ضمان مستأجر خلاف مقتضای ذات عقد است که قبل از هر چیز باید با مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد و دلایل بطلان عقد در صورت اندراج چنین شرطی آشنا شویم.

مقتضای عقد یعنی اثری که طرفین عقد به منظور ایجاد آن عقد را منعقد می‌کنند، مثلاً در عقد بیع، تملیک و تملک، مقتضای ذات عقد بیع است، و به همین نحو می‌توان تملیک منافع را مقتضای ذات عقد اجاره دانست، همانطور که ماده ۴۶۶ ق.م. در تعریف عقد اجاره آن را عقد تملیکی معرفی می‌کند که به موجب انعقاد آن فی مابین موجر و مستأجر، مالکیت منافع برای مدت محدودی به مستأجر منتقل می‌شود و در ماده ۳۳۸ نیز عقد بیع تملیکی معرفی شده که به موجب انعقاد آن بایع مالک میباید و مشتری مالک ثمن می‌شود.

به عبارت دیگر مقتضای هر عقد اثر اساسی آن عقد یا مراد مسلم و مقصود بالاصاله متعاقدين است، مقتضای عقد که به اراده متعاقدين، جعل شارع، تصویب قانونگذار و داوری عرف حسب مورد ایجاد می‌شود لازم جدایی ناپذیر عقد است.

در این خصوص از جمله مهمترین دلایل بطلان عقد و شرط در صورت شرط بر خلاف مقتضای عقد می‌توان دلیل ذیل را ذکر نمود:

عقد یک مجموعه منسجم است و هر چه در آن گنجانده شود جزئی از همان عقد به حساب می‌آید، اعم از اینکه تعهد اصلی باشد یا تبعی و چون اراده مشترک طرفین به تمام اجزای آن مجموعه منسجم، تعلق گرفته و کل آن را انشاء کرده است، همین خصوصیت، حکم عقل به مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد را موجب می‌شود زیرا دو تعهد متنافی در یک مجموعه مانع انسجام یا موجب زوال آن است.

شیخ انصاری بعد از اینکه شرط ضمان را مخالف با احکام اقتضایی شرع نمی‌داند، در این خصوص می‌نویسد: در صورت مخالفت شرط با مقتضای عقد، بطلان ثابت است، زیرا وقوع تنافی بین عقد و شرط ضمن آن، مانع از وفاست به عبارتی عقد به انجام مقتضای خود که معمولاً تخلف‌ناپذیر است امر می‌کند و شرط، به عدم انجام مقتضا، لذا با توجه به اینکه عقد و شرط هر دو متعلق به یک قصد یا قصد مشترک هستند و در هر لحظه، به انجام شیء واحد هم امر و هم نهی می‌کنند، بنابراین اولاً وفای به آن غیر ممکن می‌گردد و ثانیاً به فرض امکان ایفاء، وضعیت موجود نشان از بزرگترین تردید دارد و صاحب چنین متعلقی هنوز به تصمیم و قصد نرسیده است تا به آن پای‌بند باشد یعنی اصولاً عقدی منعقد نشده است زیرا به موجب قاعده، عقد تابع قصد است و در فرض مذکور قصدی موجود نیست تا عقد از آن تبعیت کند. (شیخ انصاری، ۱۴۳)

به همین دلیل ماده ۲۳۳ ق.م. می‌گوید شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها خود باطل است بلکه مبطل عقد نیز می‌باشد، به بیان دیگر دلیل این امر تعارض بین شرط و مقتضای عقد است، از آنجا که رابطه شرط و عقد، رابطه فرع و اصل است و شرط از عقد تبعیت می‌کند، لذا اگر عقد باطل باشد، به تبع آن شرط مندرج در ضمن آن نیز باطل است و بطور مسلم عکس این مطلب غالباً موجب بطلان عقد نمی‌شود، لکن هرگاه شرط باطل به نحوی باشد که موجب تزلزل ارکان عقد نیز بشود، بدون شك موجب فروپاشی ارکان عقد نیز می‌شود و لذا مبطل عقد نیز می‌باشد.

#### تبیین مخالفت شرط ضمان امین با مقتضای عقد

دلیل آن مخالفت شرط با اقتضای ذات عقد اصلی است که موجب امانی بودن تصرف مشروط‌علیه در مال موضوع عقد شده است، زیرا به اقتضای اثر ذاتی عقد، ید مشروط‌علیه نسبت به مال امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحت آن، ید مشروط‌علیه نسبت به آن ضمانتی می‌شود، واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در

زمان واحد با هم سازگاری ندارند و نمی‌شود چنین شرطی را در ضمن چنین قراردادی توجیه کرد، در نتیجه شرط موجب بطلان قرارداد می‌شود. مثلاً در عقد ودیعه، اقتضای اثر ذاتی و اصلی عقد این است که ید مستودع نسبت به آن امانی باشد، اقتضای شرط نیز در این است که ید او نسبت به مال امانی نباشد بلکه ضمانی باشد. در نتیجه، شرط ضمان امین، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است و شهید ثانی و بعضی از فقهای دیگر در این خصوص می‌نویسند به اتفاق تمام فقهاء چنین شرطی موجب بطلان عقد می‌شود. (شهید ثانی، ۳۳۱؛ محقق کرکی، ۲۵۸) امام خمینی این دلیل را نمی‌پذیرد زیرا عدم ضمان یا امان، مثلاً در عقد اجاره، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ضمان، شرط مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلان قرارداد گردد. (امام خمینی، ۱۶۲) از طرفی همان‌گونه که سید محمد کاظم یزدی گفته است ماهیت اجاره را نمی‌توان استیمان مستأجر دانست، زیرا در مواردی ممکن است اجاره منعقد شود ولی تسلیطی نسبت به عین مستأجره و در نتیجه استیمان مستأجر تحقق نیابد. (کاظم یزدی، ۱۱۵) در توضیح همین اشکال محدث بحرانی می‌نویسد شرط ضمان امین از جمله مستأجر هیچ‌گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد، زیرا نهایت مقتضای اجاره اینست که مستأجر ضامن نیست نه اینکه اقتضای عدم ضمان داشته باشد و نتیجه می‌گیرد عدم ضمان مستأجر در صورتی است که شرط ضمان نشود نه اینکه به طور مطلق ضامن نباشد. (بحرانی، ۲۱)

در تأیید و توضیح کلام مرحوم امام و سید محمد کاظم یزدی می‌توان گفت که وصف امانی بودن در عقود امانت‌آور، اثر ذاتی آن نیست زیرا اثر ذاتی عقود امانی، مثلاً در اجاره، حق مالکیت منافع مستأجر و در عقد عاریه، حق انتفاع مستعیر از مال مورد عاریه و در عقد ودیعه، تعهد مستودع به حفظ مال است و در عقد مضاربه، حق تجارت عامل با مال مالک است. بنابراین اگر در این عقود، ید یک طرف نسبت به مال طرف دیگر عقد، امانی تلقی می‌شود، این اثر ناشی از اقتضای اطلاق عقد است و شرط خلاف اثر مقتضای اطلاق عقد، نافذ است؛ و شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد در شمار شروط صحیح است و بر اساس قاعده وجوب وفای به شرط که مستفاد از «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد لازم الوفاء خواهد بود و در موضوع مورد بحث نیز همان‌گونه که عرف و سیره عقلاً تأیید می‌کند، به نظر می‌رسد امانی بودن از آثار اطلاق عقد موجب امان باشد نه آثار ذات آن که شرط خلاف آن موجب بطلان قرارداد شود. یعنی اگر عقد اجاره اقتضایی نسبت به عدم ضمان مستأجر داشته باشد به

طبع اولی و در صورت اطلاق و به اصطلاح «لوخلی و طبعه» چنین اقتضائی دارد و بنابراین نمی‌توان شرط ضمان مستأجر را منافی با ذات عقد دانست و در حقیقت این شرط همانند خیار فسخ در عقد بیع است که بدون تردید مخالفی با ذات در آن نیست و شاهد بر این مدعا صحت شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه است که منطقی با عقد اجاره یکی است یعنی در عاریه نیز مانند اجاره، استیمان وجود دارد و اگر شرط ضمان مستعیر، منافی با استیمان که اقتضای عقد عاریه است باشد دیگر مجالی برای احتمال صحت آن باقی نمی‌ماند. نباید تصور کرد که صحت شرط ضمان در عقد عاریه مستند به دلیل خاص است و گرنه باید آن را نیز فاسد بدانیم زیرا حکم عقلی، قابل تخصیص نیست و چنانچه شرط ضمان، مخالف با مقتضای ذات عقد باشد و موجب تناقض در انشای عقد گردد عقلاً چنین تناقضی فسادآور است و هیچ مورد از مصادیق آن را نمی‌توان به بهانه وجود دلیل خاص از حکم عقلی آن استثناء و خارج کرد و به صحت آن نظر داد. علاوه بر این که بسیاری از فقهاء شرط ضمان اجیر را در اجاره خدمت مورد پذیرش قرار داده‌اند. امام خمینی (ره) در مورد شرط ضمان اجیر می‌نویسد: «و یجوز اشتراط الضمان علیه لو حصل الضیاع او السرقة و لو من غیر تقصیر». (خمینی، ۵۰۶/۲)

#### ب: شرط ضمان مستأجر مخالف با مشروع است

یکی از مهمترین دلایل مخالفان صحت شرط ضمان این است که این شرط، مخالف شرع یعنی مخالف کتاب و سنت است. (شهید ثانی، ۳۳۱؛ اردبیلی، ۶۹)

توضیح آن که در روایات صادر از معصومین، شرط مخالف با کتاب و سنت غیر مجاز شناخته شده است فی‌المثل روایت «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط خالف کتاب الله عزوجل لایجوز». (وسایل الشیعه، ۱/ ۲۷۶) و از طرف دیگر احادیثی دال بر عدم ضمان امین در دست است که مستند آن، اخباری است که به صراحت از عدم ضمان امین سخن گفته‌اند. از آن جمله روایت نقل شده از حضرت علی (ع) که فرمود: «لیس علی الموتمن ضمان». (محدث نوری، ۱۶) و در روایتی دیگر نیز امام صادق (ع) در پاسخ این پرسش که اگر مال در دست کسی که با آن تجارت و خرید و فروش کالا می‌کند تلف شود آیا ضمان متوجه اوست فرمود که آن فرد پس از آن که امین شناخته شده است، غرامتی به او متوجه نخواهد بود به همین علت فقهاء ید مستأجر را امانی دانسته و حکم به غیر مضمون بودن عین مستأجره در مدت اجاره داده‌اند و بنابراین شرط ضمان مستأجر که امین است شرطی خلاف شرع محسوب می‌شود.

در بررسی و نقد این استدلال و با دقت در این موضوع می‌توان گفت، روایاتی که دلالت

بر عدم ضمان امین می‌کند، مفادش این است که در این گونه ایادی بر خلاف ایادی عدوانی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست، نه این که در آن اقتضایی عدم ضمان وجود داشته باشد تا شرط ضمان مخالف با شرع باشد. (بجنوردی، ۲۴۱/۳) و به تعبیر شیخ انصاری شرط ضمان مخالفی با احکام اقتضایی شرع ندارد. وی می‌گوید: اگر حکم شرع به موضوعی با قطع نظر از عوارضی که ممکن است بر آن وارد شود، تعلق یابد، عروض حکم دیگر بر آن به لحاظ عنوانی دیگر منافاتی با حکم ذاتی آن موضوع ندارد. مثلاً حلیت ذاتی گوشت گوسفند منافاتی با حرمت آن در صورت غضب ندارد، در این گونه موارد، شرط خلاف آن حکم، مخالف شرع نیست؛ مثلاً در عقد بیع دوختن لباسی را بر مشروط‌علیه شرط کنند که اباحه ذاتی این کار منافاتی با عروض وجوب بر آن، به دلیل این که مورد اشتراط در عقد واقع شده است، نخواهد داشت، اما اگر حکم شرع با توجه به تمام عوارضی که ممکن است بر موضوع وارد شود تعلق یابد، در این صورت عروض حکم دیگر بر آن با حکم شرعی منافات دارد و شرط مخالف با آن، خلاف شرع است، مانند امور حرام یا واجب که نمی‌توان خلاف آن‌ها را ضمن عقدهی شرط کرد. (شیخ انصاری، ۲۷۶)

حال اگر تعلق حکم شرع به موضوع به شکل اول باشد شرط خلاف آن حکم را نمی‌توان مخالف شرع دانست لیکن اگر حکم شرع از قبیل نوع دوم و با لحاظ همه عوارض ممکن به موضوع تعلق گرفته باشد لاجرم شرط مخالف آن خلاف مشروع است مانند امور محرمه یا واجبه که نمی‌توان خلاف حرمت و وجوب آن‌ها را در ضمن عقد شرط کرد.

در نتیجه شرط ضمان امین از جمله مستأجر را نمی‌توان نامشروع دانست علاوه بر اینکه روایاتی وجود دارد که شرط ضمان مستأجر را جایز دانسته‌اند، از جمله روایت موسی بن بکر (عاملی، ۲۷۰/۱۳) که می‌گوید از امام (ع) پرسیدم: شخصی ملاحی را برای حمل گندم‌های خود اجیر کرده و بر او شرط کرده است در صورت تلف شدن گندم‌ها ضامن باشد، امام (ع) فرمود: شرط جایز بوده و اگر نقصانی در گندم‌ها پیدا شود، جبران آن بر عهده ملاح است.

به نظر صاحب جواهر (۲۷/ ۲۱۷) استدلال به این گونه روایات، برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر کافی نیست، زیرا مفاد آن راجع به شرط ضمان اجیر است نه مستأجر، ولی این اشکال وارد نیست، زیرا ملاک در این مسئله استیمان است که در اجیر و مستأجر وجود دارد و از این لحاظ در اجیر خصوصیتی نیست که مستأجر از آن خارج شود.

**آیا اقتضای عدم ضمان در ید امانی وجود دارد**

آری در صورتی که خروج ید امانی از قاعده ضمان ید یعنی قاعده «علی الید ما اخذت حتی تودیة» به وسیله تخصیص صورت گرفته بود احتمال وجود اقتضای عدم ضمان در ید امانی داده می‌شد و ممکن بود گفته شود قانون‌گذار به دلیل اقتضایی که در ید امین نسبت به عدم ضمان وجود داشته ادله ضمان ید را تخصیص زده است.

کما اینکه مرحوم حکیم معتقد است عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله است، زیرا عموم قاعده ید اقتضای ضمان متصرف در مال غیر دارد. بنابراین، اگر مستأجر ضامن نیست به علت تخصیص قاعده ید به ادله خاص است و الا اقتضای ضمان متصرف مال غیر بر مبنای قاعده ید موجود است، در نتیجه شرط، باطل است. (حکیم، ۷۰/۱۲) لیکن بطوری که توضیح خواهیم داد خروج ید امین از قاعده ضمان به تخصص است و مجالی برای این احتمال نیست. توضیح این که قاعده ید، قاعده‌ای عام است و خروج هر موضوعی از آن ممکن است به واسطه دلیلی صورت گیرد که این دلیل را مخصص می‌گویند و موجب تخصیص آن موضوع از قاعده عام می‌گردد، در مقابل ممکن است موضوعاتی خروج تخصصی از قاعده عام داشته باشند به این معنا که علت حکم عام خارج از موضوع مزبور بوده و اساساً شامل موضوع مانحن فیه نمی‌گردد. برای مثال در موضوع خروج ید امین از قاعده ید، برخی خروج آن را تخصیصی می‌دانند و مخصص آن را نیز ادله ضمان مانند روایت «الامین لا یضمن» معرفی می‌کنند و لذا معتقدند قاعده ید نسبت به هر متصرفی که در مال غیر، تصرف دارد جاری می‌گردد، لیکن دلایلی مانند حدیث مزبور موجب تخصیص آن شده و مثلاً در مورد امین، آن را از قاعده مزبور مستثنا می‌کند.

در تنقیح نظرات در این خصوص به اختصار می‌گوییم:

#### اقوال موجود در مسأله

دو نظریه در این حدیث وجود دارد؛ احتمال اول: اطلاق است؛ یعنی گفته شود که کلمه «ید» اطلاق دارد و شامل همه موارد می‌شود. احتمال دوم: آن است که این حدیث فقط دلالت بر ید غیر مأذون، اعم از عدوانی و غیرعدوانی دارد.

#### کلام مرحوم مامقانی

در خصوص نظریه اول بسیاری استدلالی مشابه استدلال مرحوم مامقانی دارند از کلمات مرحوم مامقانی (۶۳/۵) استفاده می‌شود که این حدیث اطلاق دارد؛ وی می‌نویسد: «لکن انک خبیر بان الاخذ بالنسبة الی الاصناف الذی تحته... من قبیل المتواطی»؛ کلمه اخذ یک عنوان



کلی است و نسبت به مصادیقی که به عنوان افرادش هستند، عنوان متواطی دارد؛ صدقش بر ید مأذون، با صدقش بر ید غیر مأذون، با صدقش بر عدوانی، با صدقش بر ید غیرعدوانی، مساوی است؛ و مثلاً همان گونه که در باب عاریه، مستعیر، ید دارد، در باب غصب نیز غاصب ید دارد، و در هر دو، کلمه «ید» مساوی مورد استعمال قرار می‌گیرد. لذا، از کلام ایشان احتمال اول استفاده می‌شود.

### دلایل قائلین احتمال دوم

دلیل اول: اما کسانی که احتمال دوم (حدیث فقط بر ید غیرمأذون دلالت دارد) را مطرح کرده‌اند، شاهدی که آورده‌اند نسبت به کلمه اخذ است؛ گفته‌اند: بین کلمه «اخذ» و «قبض» فرق است؛ «اخذ» در جایی استعمال می‌شود که با قهر و غلبه باشد، اما «قبض» در استعمال‌های عرفی، در مواردی به کار می‌رود که قهر و غلبه نیست و خود مالک، مالش را به دیگری می‌دهد.

بنابراین رای ظاهر این است که اخذ در اصطلاح کتاب و روایات همان اخذ از روی اجبار است و شامل اخذ بدون قهر نمی‌شود، و وقتی به آیات قرآنی مراجعه می‌کنیم در اخذ مهریه راجع به مرد و زن می‌بینیم مراد از اخذ، قهری است، و اگر در آیه شریفه زکات هم، اخذ را اخذ قهری نمی‌دانیم، به قرینه ذیلش می‌باشد. یعنی قبول «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً» یعنی قبول کن، رد نکن، و نگو ما صدقه را نمی‌پذیریم، به قرینه ذیلش که می‌گوید «وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ». (توبه: ۱۰۳)

این عده می‌گویند: به قرینه کلمه «اخذ»، این روایت اصلاً اطلاقی ندارد؛ «علی الید ما اخذت»، یعنی اگر ید چیزی را بدون رضایت و اذن مالک گرفت، ضامن است. حالا برخی می‌گویند: این «اخذ» فقط دلالت بر قهر و غلبه دارد، و برخی دیگر می‌گویند: «اخذ» در مطلق غیرمأذون استعمال می‌شود؛ و این به عنوان یک دلیل برای قول دوم است. دلیل دوم: گفته‌اند: اگر روایت، اطلاقی هم داشته باشد، در اینجا انصراف به ید غیرمأذون دارد و شامل ید مأذون نمی‌شود.

به بیان بهتر هنگامی که در این روایت دقت کنیم، ظاهر این روایت آن است که «اخذ» باید اخذ ابتدائی و اختیاری باشد؛ یعنی روایت که می‌گوید: «علی الید ما اخذت»، «اخذ» باید ابتدائاً به ید استناد داشته باشد؛ در مواردی که ید، ید غیرمأذون است، استناد «اخذ» ابتدائاً به ید است، اما در مواردی که ید، ید مأذون است، مثل آن که مالک بگوید: «انت وکیل»، «اخذ»

یعنی ید در یک رتبه متأخر قرار گرفته است و نمی‌توانیم بگوییم «اخذ» ابتدائاً به ید استناد دارد؛ از عرف هم که سؤال کنیم، می‌گوید ابتدا مالک به او گفت بگیر و پس از آن است که ید حاصل شده است. پس، خود روایت ظهور در این معنا دارد که اطلاق نداشته و ید غیرمأذون را شامل می‌شود؛ و طبق این بیان، فرقی نمی‌کند که عبارت روایت، «اخذت» باشد یا «قبضت»؛ هر کدام که باشد، ظهور قوی دارد در این که اخذ یا قبض ابتدائاً استناد به ید دارد و در نتیجه، مورد ید مأذون که این استناد به نحو ابتدائی نیست را شامل نمی‌شود.

اما نکته قابل توجه که موجب گرایش به نظر تخصصی بودن خروج ید امین از قاعده ید می‌شود این است که حدیث علی‌الید حدیثی نبوی است و از آنجا که عمده احادیث نبوی مسبوق به اختلاف یا مسأله‌ای میان مسلمانان بوده است لذا این موضوع به ذهن متبادر می‌شود که بیان قاعده ید از جانب ایشان نیز مسبوق به طرح مسأله یا مشکلی میان مسلمانان بوده باشد.

حال تردید است که آیا این مسأله شامل ید امانی هست یا نه؟ پس در این مورد تردید ایجاد شده است و از آنجا که در این موارد باید به قدر متیقن اکتفا کرد، لذا منطق حکم می‌کند که قاعده ید را تنها شامل ایادی عدوانی نظیر غاصب بدانیم؛ و با توجه به این که لحن حدیث «علی‌الید» لحنی زحری است و از آن استفاده می‌شود که بقای عین و استمرار آن در دست غیر مالک بر ضرر متصرف است و این ضرر تا زمانی که مال به صاحبش باز پس داده شود ادامه و استمرار دارد و این لحن مناسب موارد عدوان است و با وجود این قرینه، دیگر شمولی برای حدیث نسبت به ید امین نخواهد بود.

بنابراین آنچه گفته شد ظهور قاعده ضمان ید در شمول نسبت به ید امین مخدوش و غیر قابل استناد می‌گردد و در نتیجه عدم ضمان ید امانی بر طبق ارتکاز عقلاست و اساساً مشمول قاعده علی‌الید نشده است تا آن که گفته شود به وسیله ادله عدم ضمان امین از قبیل «الامین لایضمن» تخصیص خورده است. در نتیجه برای این مبنا مشکلی وجود ندارد و شاهد بر این معنی همان است که پیش از این گفته شد که فقها اجماعاً شرط ضمان را در عقد عاریه جایز و صحیح دانسته‌اند در حالی که ید مستعیر نیز امانی بوده و اگر در ید امانی اقتضای عدم ضمان باشد به ناچار باید این شرط نیز مخالف شرع و باطل شمرده شود.

از توضیحات مذکور به وضوح فهمیده می‌شود در روایت‌هایی که به آن‌ها برای عدم صحت شرط ضمان استناد شده، تصریحی به این نشده است که اگر شرط ضمان صورت گیرد

باطل است بلکه روایات مطلق بوده و مفاد آن این است که عین مستأجره امانتی است در دست مستأجر و جز در صورت تعدی یا تفریط ضامن نیست.

برخی از فقها برای استدلال به عدم صحت شرط ضمان امین از جمله مستأجر گفته‌اند: با توجه به آن که بر حسب استقراء اسباب ضمان نسبت به مثل یا قیمت منحصر در اتلاف بالمباشره و یا بالتسبیب و تصرف عدوانی و تلف در صورت تعدی و تفریط و غرور و تغیر می‌باشد نمی‌توان بدون تحقق این اسباب و به صرف اشتراط در عقد، قائل به حصول ضمان مستأجر شد و خلاصه آنکه صحت شرط ضمان مستأجر به این معنی است که مسبب را بدون اسباب آن محقق بدانیم و بدیهی است که این امری غیرقابل قبول است.

شیخ انصاری استدلال فوق را نپذیرفته و در این خصوص می‌نویسد: «فالاقوی صحه اشتراط الغایات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصه». در توضیح نظر وی و در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت که نتایج شرعی و قانونی بر دو گونه‌اند: برخی از آن‌ها بر حسب ادله موجود بدون تحقق اسباب شرعی و قانونی آن‌ها امکان حصول ندارد و در حقیقت اسباب قانونی و شرعی این‌گونه نتایج همانند علل هستند که بدون پیدایش آنها معلول یعنی آن نتایج تحقق نپذیرند مانند مطلقه شدن زوجه و یا پیدایش عنوان زوجه برای زنی و مانند این‌ها که باید به وسیله اسباب خاص شرعی و قانونی آن‌ها مانند صیغه طلاق و نکاح تحقق یابند و به صرف اشتراط آن‌ها در عقده حاصل نمی‌شوند اما برخی دیگر از نتایج بر حسب ادله مربوط چنانند که تحقق آن‌ها نیاز به اسباب خاص نداشته و با نفس اشتراط آن‌ها در عقده تحقق می‌یابند مانند وکالت و وصایت و امثال آن‌ها که نفس اشتراط در عقد کافی در تحقق آن‌ها می‌باشد.

اکنون در مسأله مذکور اگر به وسیله ادله اثبات شود که ضمان مثل یا قیمت از جمله نتایجی است که باید منحصراً به وسیله اسباب خاص شرعی و قانونی تحقق یابد در این صورت صرف اشتراط در عقد کافی در تضمین مستأجر نیست و نمی‌توان مستأجر را ضامن و مکلف به جبران خسارت وارد بر عین مستأجره دانست لیکن دلیلی موجود نیست که ضمان مثل یا قیمت را موقوف بر اسباب خاصی کرده باشد و معنی استقرای ادعایی که در ضمن استدلال مطرح شده بود در صورت صحت بیش از این نیست که اتلاف بالمباشره و بالتسبیب و تعدی و تفریط و غرور و تغیر از اسباب ضمان باشند اما انحصار این اسباب را نمی‌توان با آن استقراء اثبات کرد. حال که توقف و یا عدم توقف ضمان بر اسباب قانونی و شرعی خاص

معلوم و مشخص نیست می‌توان با کمک گرفتن از اصل عدم انحصار توقف ضمان بر اسباب خاص، بر آن موارد یادشده حکم به تحقق ضمان مستأجر با اشتراط آن در عقد و به تعبیر دیگر حکم به صحت شرط ضمان و تأثیر آن در ایجاد مسوولیت بر امین کرد.

نباید تصور کرد که در مسأله اصل دیگری یعنی اصل عدم تحقق ضمان به نفس اشتراط جاری است زیرا شك در تحقق ضمان با اشتراط آن در عقد ناشی از شك در انحصار توقف حصول ضمان بر اسباب خاص است و به اصطلاح شك سببی و مسببی است و اجرایی اصل عدم توقف که اصل سببی است مجالی برای شك در تحقق ضمان باقی نمی‌گذارد و در نتیجه موردی برای اجرایی اصل عدم تحقق ضمان وجود نخواهد داشت.

اگر گفته شود چون شرط ضمان امین از اسباب ضمان نیست در نتیجه چنین شرطی مشروعیت ندارد، صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد: «فائبات الضمان به - حینئذ مع ان اسبابه انما تستفاد من الشرع - لایخلو من منع». (نجفی، ۶۵۵) که تلویحاً به دلیلی دیگر بر مخالفت با شرط ضمان اشاره می‌کند. در رد این استدلال نیز می‌توان گفت:

اولاً: ثبوت ضمان مستأجر بر پایه عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» است که مانند سایر اسباب ضمان مستند به شرع می‌باشد.

ثانیاً: اینکه فقیهان در متون فقهی و کتب قواعد فقه، شرط ضمان مستأجر را از اسباب ضمان نشمرده‌اند نمی‌تواند دلیلی بر عدم مشروعیت آن باشد، چراکه مقصود، اسبابی هستند که به عناوین اولیه خود موجب ضمان می‌شوند مانند اتلاف، غصب، تعدی و تفریط و... که در همه این موارد صدق عنوان هر کدام خود سبب کافی برای ضمان است. اما اشتراط ضمان از این حیث موجب ضمان می‌شود که در ضمن عقد و با توافق طرفین آن شرط شده و ناشی از قاعده وجوب وفا به شرط است و ایشان در انتها می‌گویند از این رو، بدیهی است که عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض اسباب ضمان مانند اتلاف قرار گیرد و شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جواهر سرانجام در صلاحیت عموم قاعده یاد شده نسبت به شمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند.

**منتفی شدن رضای مالک:** دلیل دیگری که برای بطلان عقد در صورت شرط ضمان ذکر شده است موضوع عدم رضایت مالک است در توجیه، این چنین گفته شده است که بطلان عقد به پیروی از شرط که تراضی بر عقد در حقیقت به ملاحظه شرط فاسد واقع شده و بدون آن رضایتی بین موجر و مستأجر به وجود نیامده و چون تحقق عقد بر پایه آیه شریفه «الا تکون

تجاره عن تراض» (نساء: ۲۹) منوط به تراضی طرفین است، پس عقد اجاره محکوم به بطلان خواهد بود این دلیل را محقق اردبیلی بیان نموده و در شرح آن، استدلال را این گونه ذکر می‌کند: در چنین حالتی مالک به شرطی راضی به انعقاد قرارداد شده است که طرف دیگر ضامن باشد. در نتیجه، رضای مالک مشروط به ضمان طرف مقابل است، در حالی که ضمان طرف مقابل، امری غیرمشروع و باطل است؛ و با توجه به اینکه شرط به علت مخالفت با شرع باطل است رضایت مالک نیز منتفی می‌شود و حاصل این استدلال اینست که قرارداد به علت فقدان رضایت مالک باطل است. (اردبیلی، ۶۹/۱۰)

در این دلیل می‌توان مناقشه کرد به این صورت که شرط ضمن عقد به معنای شرط منطقی نیست که در صورت وجود آن، مشروط بوجود نیاید و موجود نشود و با فقدان آن مشروط که در این جا عقد است مفقود گردد، بلکه شرط ضمن عقد عبارت از تعهد یا صفت یا نتیجه‌ای است که عقد ذاتاً و اطلاقاً اقتضای تحقق آن را ندارد و با شرط مزبور، آن ضمن عقد محقق می‌گردد به عبارت ساده‌تر این شرط نقش قیدی ندارد که با منتفی شدن آن خود عقد نیز از بین برود.

در نتیجه: عقد با شرط ضمن آن چنان همبستگی عرفی و یا شرعی ندارد که با انتفای شرط، عقد نیز منتفی شود بلکه شرط وابسته به عقد و تابع آن است، در نتیجه اگر عقد باطل گردد، معقول نیست که شرط باقی بماند ولی اگر شرط به جهاتی باطل شود، وجهی برای بطلان عقد، به استناد بطلان شرط وجود ندارد مگر در موارد شرط مبطل (مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد) که بطلان شرط، موجب بطلان عقد نیز می‌شود. و جدا از استدلال فوق از آنجا که برای صحت عقد رضایت مالک در هنگام عقد کافیست و رضایت او برای بقاء شرط نمی‌باشد بلکه به استناد آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و قاعدة لزوم، طرفین شرعاً ملتزم به مفاد عقد می‌شوند.

### مبحث دوم: نظریه صحت شرط

مهمترین دلایل این نظریه در قبال نظریه مشهور ۱- قاعدة شروط و ادله لزوم وفای به شرط است، شمول ادله وفای به شرط از قبیل «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به شرط ضمان مستأجر با توجه به این نکته که وجود استثنای شرط مخالف کتاب و سنت از عموماً یاد شده خدشه‌ای در استدلال به آن‌ها برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر وارد نمی‌سازد. توضیح

آنکه در روایاتی که جمله «المؤمنون عند شروطهم» و یا «الشرط جایز بین المسلمین» در آن‌ها آمده است با تعبیر مختلفی شروط مخالف کتاب و سنت استثنا شده است ولی با توضیحاتی که در نقد استدلال بر نظریه فساد ذکر شد می‌توان گفت شرط ضمان مستأجر از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت نیست.

و اگر گفته شود چنین شرطی امین از جمله مستأجر را از وصف امین بودن خارج می‌کند می‌گوییم اشتراط ضمان مستأجر، وی را از وصف امین بودن خارج نمی‌سازد بلکه او همچنان امین است و مشمول هر تعریفی که برگزینیم خواهد بود. تنها اثری که بر این شرط مترتب خواهد شد ضمان بودن مستأجر است که با ملاحظه ضمان مستعیر در فرض اشتراط آن و نیز فرضی که مورد عاریه طلا و نقره باشد می‌توان نتیجه گرفت که وصف امین بودن مستأجر با ضمان بودن او قابل جمع است و نه عقلاً و نه شرعاً با هم منافاتی ندارند؛ و همان‌طور که قبلاً گفتیم در ابواب دیگر فقه نیز نمونه‌هایی از این قبیل وجود دارد و به فرض که مخالفت و یا عدم مخالفت این شرط با کتاب و سنت مورد تردید و شک واقع شود به کمک اجرای اصل عدم مخالفت باید حکم به عدم مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت کرده و آن را مشمول عموماً لزوم وفای به شرط دانست زیرا امانی بودن ید متصرف، ناشی از حکم ذاتی و ابتدایی شارع نیست بلکه ناشی از سلطه مالک است که شارع آن را تنفیذ کرده است.

بنابراین، امانی شدن ید متصرف از دیدگاه شارع، منوط بر این است که مالک او را امین قرار دهد. اگر مالک از ابتدا او را ضامن جبران خسارت احتمالی قرار دهد، اقتضایی برای تنفیذ شارع وجود ندارد و اجازه مالک مطابق با حکم اولیه شارع مبنی بر ضمانی بودن تصرف در مال غیر می‌باشد. در نتیجه، چنین شرطی نه تنها مخالف با شرع نیست بلکه موافق آن است.

بعد از توضیح فوق از جهت دیگر، اگر گفته شود که چنین شرطی منافات عقلی با عقد دارد زیرا امانی بودن ید متصرف از آثار ذاتی عقد است و عقلاً نمی‌توان بین شرط ضمان و اثر ذاتی عقد جمع کرد و در نتیجه، شرط مخالف اقتضای ذات عقد است، که چنین شرطی باطل و عقلاً موجب بطلان قرارداد است.

در این وجه نیز می‌توان مناقشه کرد زیرا طبق توضیحات قبل امانی بودن ید متصرف از آثار اطلاق عقد است و از آثار اصلی و ذاتی آن نمی‌باشد و چون عدم سازگاری شرط خلاف ذات عقد با عقد، حکم عقل است که قابل تخصیص نیست، در حالی که در عقد امانی عاریه، شارع ابتدائاً ید مستعیر را نسبت به عاریه طلا و نقره ضامن اعلام کرده است. از این حکم استفاده

می‌شود که امانی بودن از آثار ذاتی نیست بلکه از آثار اطلاق است و الا معقول نیست که با وجود تنافی حکم با عقد، شارع آن را جعل نماید.

در نتیجه، حکم شارع به امان مالکی بودن ید متصرف مشروع در مال غیر، مطلق نیست بلکه محدود به موردی است که او تعدی و تفریط ننماید و یا شرط ضمان نشود چنانکه اگر تعدی و تفریط کند، به حکم شرع و اگر شرط ضمان شود، به استناد قاعده شروط، ضامن است. علاوه بر این دلیل، روایاتی نیز در تقویت این نظر وارد شده است، مثلاً در روایت ابی بصیر از امام صادق (ع) سوال شده است: اگر در تصرف حمل‌کننده متاع، محموله شکسته شود یا ریخته شود، آیا او ضامن است؟ حضرت فرمودند: اگر او امین است ضامن نیست و الا ضامن است. این روایت به طور ضمنی شرط ضمان امین را نافذ دانسته است، زیرا امام (ع) تفصیل بین ضمان و امان می‌دهند در حالی که اقتضای اطلاق قواعد در باب اجاره، در صورت بطلان شرط ضمان امین، در این است که او امین باشد و ضامن نباشد. همین که امام (ع) تفصیل می‌دهند دلالت بر این دارد که ممکن است شرط ضمان امین شده باشد که در این صورت او ضامن است.

روشن‌تر از این روایت، روایت موسی بن بکر از حضرت موسی بن جعفر (ع) است که قبلاً آنرا ذکر کرده‌ایم. در این روایت سوال شده است که مردی از دریانوردی، کشتی برای حمل غذا اجاره کرده و شرط کرده است که اگر غذا کاسته شود، دریانورد ضامن باشد. امام فرمودند: شرط نافذ است. سوال‌کننده پرسید: ممکن است غذا زیاد شود. حضرت فرمود آیا ملوان ادعا می‌کند که او بر مقدار آن افزوده است؟ گفت: خیر، حضرت فرمودند: زیادی از آن مالک غذا است ولی ملوان باید نقصان را جبران نماید. (عاملی، ۲۲۸/۱۳ و ۲۳۷ و ۲۷۰)

بنابراین، با توجه به این که موضوع مورد بحث شرط ضمان امانت شرعی نیست بلکه مالکی است، چنین شرطی را نمی‌توان خلاف کتاب و سنت تلقی کرد زیرا طبق کتاب و سنت، تصرف هر کسی در مال دیگری ضمانی است و در صورتی این قاعده و اصل تخصیص می‌خورد که شارع یا مالک، متصرف را ضامن محسوب نکرده باشد. در فرض بحث، مالک از ابتدا متصرف را ضامن تلقی کرده و این ضمان، تکلیفی نیست که چنین شرطی مخالف اذن مالک و یا مخالف ذات عقد اصلی تلقی شود بلکه ضمان وضعی است و مراد از آن این است که در صورت ورود خسارت به مال متصرف ضامن جبران آن باشد.

## ۲- قاعده تبعیت عقد از قصد

به بیان ساده یکی از اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی میان اشخاص، اصل آزادی قراردادها است که از قاعده «العقود تابعه للقصود» گرفته شده است. طبق این اصل، طرفین قرارداد در انتخاب طرف قرارداد خود و همچنین شکل و قالب و میزان و شرایط قرارداد خود آزادی دارند مگر اینکه قانون آنرا محدود کرده باشد. برای مثال شکل و قالب عقود و قراردادها در قانون مدنی معین شده است ولی طبق این اصل طرفین قرارداد می‌توانند شکل و قالبی غیر از عقود معین انتخاب کنند.

از مبانی اصل آزادی قراردادها می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

الف) آیه «تجارت عن تراض» (نساء: ۲۹)

طبق این آیه تصرف در اموال دیگران از راه‌های نادرست حرام شده و از آن، تجارت همراه با رضایت استثنا شده است بنابراین اگر قصد انشای معامله به همراه رضایت طرفین و مصداق تجارت عن تراض باشد این معامله بدون اشکال است.

ب) آیه «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱)

بر اساس این آیه شریفه به مؤمنان امر شده که به عقود و قراردادهای خود عمل نمایند، با توجه به اینکه عقود شامل هر عقدی می‌شود حتی عقود بی نام و نوپیدا لذا هر معامله عقلایی که شرایط اساسی صحت عقد در آن باشد مشمول این آیه می‌باشد و باید به آن عمل نمود.

ج) روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» (عاملی، ۱/ ۲۷۶)

بر اساس این حدیث مشهور نبوی، هر کسی بر اساس تسلطی که به اموال خود دارد می‌تواند هرگونه که خواست در آن تصرف کند و اگر شک کنیم که معامله در قالب خاصی مثل اجاره به شرط تملیک صحیح است یا خیر می‌توان به این حدیث تمسک کرد.

د) روایت «المؤمنون عند شروطهم» (ابن ابی جمهور احسائی، ۲۷۲)

بر اساس این حدیث، مومنان ملتزم و پای‌بند به قراردادهای و تعهدات خود هستند و در صورتی که قراردادی را منعقد کنند بدون دلیل یا رضایت طرف مقابل، حق بر هم‌زدن آنرا ندارند.

بعضی از فقها بر این نظرند که صلاحیت عموم «المؤمنون» در فراگیری آن نسبت به شرط ضمان مستأجر قابل‌خداشه است به این دلیل که میان ادله عدم ضمان امین و عموم «المؤمنون» تعارض وجود دارد، زیرا عموم ادله عدم ضمان امین، شرط ضمان مستأجر را نیز در بر می‌گیرد، پس بنا بر شهرت فتوایی ادله مذکور را ترجیح می‌دهیم و از این راه شرط ضمان



مستأجر را از عموم قاعده وجوب وفای به شرط خارج می‌سازیم. (نجفی، ۶۵۵) در پاسخ می‌توان گفت در مقام تعارض اطلاق دو دلیل، مقتضی تساقط آن‌ها و رجوع به اصل عملیه است و در این موارد شهرت فتواییه صلاحیت ترجیح یکی از آن‌ها را بر دیگری ندارد، علاوه بر اینکه در این بحث دو دلیل را می‌توان با هم جمع کرد و ادله عدم ضمان امین را بر مواردی حمل کرد که شرط ضمان نشده باشد که در این صورت فرض تساقط نیز مطرح نمی‌شود. در حقوق ایران، اصل آزادی اراده مورد پذیرش قرار گرفته است. قانون مدنی ایران نیز به عنوان قانون مادر در حقوق خصوصی کشور، این اصل را تأکید کرده است. براساس ماده ۱۰ این قانون که اصلی‌ترین حامی آزادی قراردادها است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف قانون نباشد نافذ است.»

استثنای قانونی اصل حاکمیت اراده در ماده ۹۷۵ ق.م. پیش‌بینی شده است و بر طبق آن تراضی طرفین نباید برخلاف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه و یا مخالف صریح قانون باشد که شرط ضمان امین خلاف هیچ‌کدام از موارد مذکور نمی‌باشد. از آن‌جا که شروط نیز خود قراردادی هستند که می‌توانند جدای از عقد، الزام‌آور باشند، لذا اصل حاکمیت اراده و مفاد ماده ۱۰ ق.م. در باب شروط ضمن عقد نیز قابل تسری است.

### ۳- اصل صحت

بنا به ماده ۲۲۳ ق.م. «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». اصل صحت به دو معنای تکلیفی و وضعی به کار برده می‌شود که در معنای اول عبارت است از اینکه: چنانچه فعل، از غیر صادر شده باشد، و در حرمت و حلیت آن فعل شک شود، بنابر جواز و حلیت تکلیفی گذاشته می‌شود. و در معنای وضعی، صحت در برابر فساد می‌باشد و معنای حمل بر صحت در این فرض، این است که باید رفتار فرد مسلمان به گونه‌ای تفسیر شود که آثار صحیح شرعی بر آن مترتب باشد.

چنانچه صاحب عناوین می‌نویسد: «فکل ما یسمی عقدا لو شک فی صحته و فساد لفقده ما یحتمل کونه شرطاً او کونه مانعاً یحکم بالصحه لدخوله تحت العموم». (میر عبد الفتاح، ۱۳۷/۲) توضیح اینکه چنانچه شخصی عقد یا ایقاعی انجام داد و برای ما تردید ایجاد شد که آیا این

اعمال حقوقی صحیح واقع شده یا نه، یعنی ارکان و شرایط معاملات و مقررات عمومی حاکم بر اعمال حقوقی به درستی تحقق یافته است یا نه، هنگام بروز چنین شک و تردیدی به حکم اصل صحت در معنی وضعی، باید آن عقد و ایقاع را حمل بر صحت کنیم و بر اساس این برداشت، می‌توانیم با اعتباربخشیدن به آن عقد و ایقاع، رابطه حقوقی را تنظیم کنیم.

تردید در فساد عقد و قرارداد از دو جهت محل بحث است: یکی اینکه به سبب شبهه حکمی باشد، به این معنا که حکم موضوعی کلی معلوم نباشد و تردید در صحت یا فساد آن داشته باشیم و دوم اینکه به سبب شبهه موضوعی باشد و آن عبارت است از اینکه حکم موضوعی کلی معلوم است لیکن موضوع خاصی از آن به جهتی مورد تردید واقع شده است؛ و روشن است تردید در صحت شرط ضمان امین از باب شبهه حکمی می‌باشد، به این دلیل که حکم شرط ضمان بدون تعدی و تفریط در قانون پیش‌بینی نشده است و اساساً همین سکوت قانون‌گذار نیز باعث بروز اختلاف و تردید در این باب شده است، لیکن درباره اجرای اصل صحت در شبهه حکمی اختلاف وجود دارد. با توجه به مفاد قاعده صحت، مجرای اصل صحت بنابر نظر مشهور فقها شبهه موضوعی است، چرا که در موارد جریان اصل صحت موارد مشکوک، حکم کلی عمل در شرع معلوم است و ما هم آن را می‌دانیم و تردید و شک در موضوعی خاص داریم که آیا این موضوع، مشمول آن حکم کلی است یا نه که این شک و تردید به واسطه شبهه‌ای است که در موضوع پدید آمده، نه شبهه‌ای که نتیجه جهل به حکم شرعی باشد. اگرچه این نظر مشهور فقها است و از این حیث قابل توجه و احترام است اما قلبی از فقها نظری غیر از این دارند و حتی صاحب‌عناوین مجرای اصل صحت را فقط شبهه حکمی دانسته و آن را در شبهه موضوعی جاری نمی‌دانند. (میر عبدالفتاح، ۲/۲۷)

#### ۴- روایات

منظور روایاتی است که در این خصوص وارد شده است، که بنابر ظهور دلالت آن‌ها صحت شرط ضمان امین از آن‌ها فهمیده می‌شود و از آن‌جا که چند نمونه از این روایات در متن مقاله آورده شد، از آوردن مجدد آن‌ها در این قسمت اجتناب می‌شود.

#### نتیجه

با توجه به کاربرد قابل توجه شرط ضمان امین به خصوص درباره مستأجر، بررسی صحت آن موضوع مهمی است و هرچند برخی این شرط را، صحیح نمی‌دانند دلایل بطلان قابل

مناقشه است از جمله مهمترین آن دلایل اینکه گفته شده این شرط، مخالف مقتضای ذات عقد است. در متن مقاله مستدل بیان شد این گونه عقود از جمله اجاره، اقتضای ذاتی عدم ضمان ندارد و این شرط خلاف اطلاق عقد می باشد اما مخالف ذات عقد نیست و نیز روایاتی که دلالت بر عدم ضمان امین می کند، مفادش اینست که در این گونه ایادی بر خلاف ایادی عدوانی، اقتضای نسبت به ضمان نیست، نه اینکه در آن اقتضای عدم ضمان وجود داشته باشد تا شرط ضمان مخالف با شرع باشد و با توضیحی که در متن داده شده است این شرط سبب منتفی شدن موضوع ترازی در نتیجه منتفی شدن یکی از شرائط صحت عقد و سبب بطلان عقد نمی شود.

و در کنار این مطالب ادله صحت چنین شرطی کافی به نظر می رسد از جمله ادله لزوم وفای به شرط که عموم این قاعده بعد از اینکه ثابت کردیم مخالف کتاب و سنت نیست، این شرط را هم در بر می گیرد همان گونه که روایاتی نیز که دلالت بر صحت چنین شرطی دارد موجود است و قاعده تسلیط و اصل صحت نیز مثبت صحت این شرط است.

## منابع

### قرآن کریم

- احسائی، ابن ابی جمهور، *عوالی الثالی*، نشر مؤسسه سیدالشهدا، ۱۴۱۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مکاسب*، بیروت، مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *فرائد الاصول*، قم، انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴ ق.
- امام خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، نجف، ۱۳۹۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- حرعاملی، محمد بن حسن، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۲ ق.
- حسینی، محمد، *فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی*، تهران، سروش، ۱۳۸۲.
- حکیم، سید محسن، *مستمسک عروه الوثقی*، نجف، چاپخانه آداب، ۱۳۹۲ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات فی غریب القرآن*، دمشق، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.

- شهید اول محمد ابن جمال الدین مکی عاملی، *اللمعة الدمشقية*، بیروت، دارالناصر، ١٤١١ ق.
- شهید ثانی، زین الدین عاملی، *شرح اللمعة الدمشقية*، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ١٣٦٧
- طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم، موسسه النشر الاسلامی، ١٤٢٢ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ١٣٧٦.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، تهران چاپ سنگی.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر ابن الحسن، *المختصر المنافع*، قم، مکتبه مصطفوی، بی تا، ١٤١٨ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائده و البرهان*، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤٢١ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ١٤١١ ق.
- محدث بحرانی، یوسف ابن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ١٤١٩ ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقهية*، قم، دلیل ما، ١٤١٢ ق.
- مراغی، میر ابو الفتاح، *عناوین*، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤١٨ ق.
- میرزای نوری، حسین، *مستدرک الوسائل*، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ١٤٠٨ ق.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، کتابخانه اسلامی، ١٣٩٧ ق.