

عقود امانی غیر مضمونه و مضمونه

میثم اکبری دهنو^۱، هانی حاجیان^{۲*}، محمدباقر یارسایور^۳

۱. دانشجوی دکتری، حقوق خصوصی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ایران

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۸/۰۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۴)

چکیده

در یک تقسیم‌بندی، می‌توان عقود امانی را به عقود امانی مضمونه و عقود امانی غیرمضمونه تقسیم کرد. در تألیفات فقهی، درباره عقود امانی غیرمضمونه بررسی‌هایی انجام گرفته است، اما درباره شق دیگر این تقسیم‌بندی یعنی عقود امانی مضمونه صحبت چندانی به میان نیامده است. طبق نظر غالب فقها، اکثر عقود امانی مضمونه به استثناء موارد تصریح شده مانند عاریه مضمونه باطل است و بنابراین خود را از پرداختن به ماهیت و آثار آن بی‌نیاز می‌دانستند، قائلین به بطلان در بیان دلایل خود به دلایلی مانند مخالفت با مقتضای ذات عقد، مخالفت با شرع و سنت استناد کرده‌اند که می‌توان دلایل قائلین به بطلان را مخدوش کرد. در این مقاله این دلایل نقد می‌شود و با به‌کارگیری اصل صحت، قائل به صحت عقد امانی مضمونه در اکثر عقود امانی خواهیم شد. در این مقاله همچنین آثار این عقود مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلیدواژگان

آزادی قراردادی، عقود امانی غیر، عقود امانی غیرمضمونه، عقود امانی مضمونه.

مقدمه

مطابق با ماده ۱۸۴ قانون مدنی: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق». البته تقسیم‌بندی‌های دیگری از عقود وجود دارد که قانون مدنی آن‌ها را نام نبرده است. یکی از آن تقسیمات، تقسیم عقود به امانی و غیرامانی است، شایان ذکر است عقود امانی را نیز می‌توان به انحای مختلف تقسیم کرد، از جمله جایز و لازم‌بودن عقد امانی؛ معوض‌بودن یا غیرمعوض‌بودن عقد امانی؛ ارفاقی یا غیرارفاقی‌بودن عقود امانی و جز آن.

تقسیم‌بندی عقود امانی به مضمونه و غیرمضمونه را می‌توان از ماده ۶۴۲ قانون مدنی که بیان می‌کند: «اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد، ضامن این منقصت خواهد بود»، یا از کلام فقها مانند این عبارت که «اذا ثبت جواز العاریه فهی امانه غیرالمضمونه الا ان بشرط صاحبه» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۳، ص ۱۳۴)، به دست آورد.

شایان توضیح است که اصولاً و در غالب موارد، با تشکیل یک عقد امانی، متصرف به نحو امانی بر مال مورد امانت استیلا می‌یابد. با وجود این، در پاره‌ای دیگر از عقود امانی، به رغم شکل‌گیری عقد امانی، ید متصرف همچنان بر مال مورد امانت مضمونه است. گویی عقد امانی تغییری در وضعیت متصرف به وجود نیاورده است.

طبق روایات واصل^۱، مقتضای اولیة استیلا بر مال دیگری ضامن‌بودن متصرف در برابر مالک است، از این قاعده با عنوان «ضمان ید» یاد می‌شود.

۱. مراد حدیث پیامبر اکرم (ص): «علی الید ما اخذت حتی تؤذیه» است (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۸۸؛ ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۲۲۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۴۰۷). این روایت در منابع فقهی شیعه به گونه مرسل نقل شده است؛ لیکن در کتب حدیثی اهل سنت مستند منقول شده است. تعدادی از فقهای امامیه با عنایت به ضعف سند، روایت مزبور را معتبر نمی‌دانند (خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۸۷). با وجود این، بسیاری از فقهای امامیه مفاد حدیث را معتبر می‌دانند، همچنین، صاحب عناوین در این زمینه می‌نویسند: «من جمله ما جعل فی الشرع للضمان الید و الأصل فی ذلك، الخبر النبوی المنجبر بالشهره» (میرفتاح، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۱۶).

قاعده «استیمان» یکی از استثنائات مهم وارد شده به قاعده ضمان ید محسوب می‌شود^۱، که مطابق با آن اگر شخصی با «ید امانی» بر مال دیگری استیلا یابد، ضامن آن مال نخواهد بود. همچنین، در تعریف ید امانی گفته شده است که هرگاه مالک (یا نماینده او) مال خویش را به وجه امانت به دیگری تحویل داده باشد، ید گیرنده امانی محسوب می‌شود، و از این رو ضامن خسارت وارده به آن مال نخواهد بود.

این قاعده نیز با همه پشتوانه خود مصون از تحدید نیست و به وسیله قاعده «ضمان ناشی از تقصیر»، محدود شده است؛ مفاد این قاعده مؤید این مطلب است که با ارتکاب تعدی و تفریط از سوی امین، دیگر مجالی برای بهره‌مندی امین از ثمرات ید امانی وجود نداشته است و از این رو، مجازات مدنی او به وسیله نفی آثار امانی و حمل آثار ضمانتی مشروع و موجه خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۱۰۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۵۳). با عنایت به مراتب یادشده می‌توان گفت از جمله ثمرات مهم ید امانی آن است که امین فقط در صورت ارتکاب تقصیر ضامن مال موضوع امانت است، اما در عقود امانی مضمونه، امین از اطلاق شمول قاعده استیمان خارج شده و ضامن هرگونه نقص و کسر قیمت در مال موضوع امانت است (اکبری دهنو و پارساپور، ۱۳۹۱، ص ۷۳)، اگرچه مستند به فعل امین نباشد. شایان ذکر است تقسیم عقود به امانی غیرمضمونه و مضمونه (یا هر تقسیم‌بندی دیگری)، به منظور بازشناسی آثاری است که بر عقود با لحاظ این تقسیم‌بندی بار می‌شود و گرنه تقسیم عقود بدون لحاظ این اثر مهم کاری عبث است. به منظور شفاف‌سازی و تقریب این تقسیم‌بندی به ذهن خواننده باید اصول کلی که اساس این تقسیم‌بندی است، تعریف شود.

۱. منشأ این استثنا نیز روایات اصلی است که از مهم‌ترین این روایات می‌توان به روایت حضرت امیر (ع) که فرمودند، «لیس علی المؤمن ضمان» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۱۶) و همچنین، روایت «لَا تُؤْمَرُ عَلَى مُسْتَعِيرٍ عَارِيَّةٍ إِذَا هَلَكَتْ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۳۸) و نیز روایت مشهور «لیس علی الامین الا الیمین» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۸۴) اشاره کرد.

عقود امانی

در فقه و قانون اسباب ایجاد امانت دو منشأ دارد، امانت شرعی و امانت مالکی. مال مورد امانت شرعی به تجویز قانون یا شرع در اختیار متصرف قرار می‌گیرد و متصرف از شمول قاعده علی‌البدخارج می‌شود در لسان حقوقی به این نوع، امانت حقوقی نیز می‌گویند در این نوع از امانت، مالک یا اطلاعی از تصرف متصرف ندارد، یا اراده او در تصرف متصرف نقش ندارد. برای مثال، تصرف ملتقط بر مال پیدا شده، یا تصرف ولی قهری بر اموال مولی علیه.

مقصود از امانت مالکی که در متون حقوقی از آن به امانت عقدی یاد می‌شود، این است که مالک مال خود را با اذن و اختیار خود به دیگری تحویل می‌دهد، تا از آن نگهداری یا در آن تصرف کند و رابطه مالک و متصرف تابع تراضی و قرارداد آن است و قانون و عرف به عنوان عامل تفسیرکننده یا تکمیل‌کننده در آن دخالت دارد (لطفی، ۱۳۸۷، ص ۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۷؛ امامی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۷).

با توجه به این معیار و ضابطه و از میان عقود معین یادشده در فقه و قانون مدنی عقود اجاره، مزارعه، مساقات، مضاربه، شرکت، ودیعه، وکالت، عاریه و رهن جزء عقود امانی معین قرار می‌گیرند؛ این تعریف در معنای اعم عقود امانی است، اما در معنای خاص عقود امانی تنها به عقد ودیعه اطلاق می‌شود. مقصود ما از عقود امانی در معنای اعم خود است.

ضمان

ضمان را می‌توان به چهار قسم تقسیم کرد.

قسم اول: ضمان عقدی یا قصدی

صاحب ریاض در تعریف ضمان عقدی یا قصدی، بیان می‌کند: تعهد پرداخت دین دیگری است از ناحیه شخص بری‌الذمه (عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۳۵)؛ قانون مدنی که در ماده ۶۸۴ بیان می‌کند: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند»، در بیان

تعریف همین نوع از ضمان است؛ شایان ذکر است این نوع از ضمان به معنای اخص از ضمان عقدی است. ضمان عقدی در معنای اعم خود عقود حواله و کفالت را نیز شامل می‌شود.

قسم دوم: ضمان قهری

ضمان قهری عبارت است از مسئولیت انجام‌دادن امری یا جبران ضرری که بدون وجود هرگونه قراردادی بین افراد، به‌طور قهری و به حکم شرع و قانون حاصل می‌شود (لطفی، ۱۳۸۷، ص ۹۴).

قسم سوم: ضمان جعلی (ضمان مسمی)

مقصود از ضمان جعلی این است که شخص تعهد می‌کند در مقابل مال خاص عوض مخصوصی را که از لحاظ جنس و مقدار و خصوصیات معین است، بپردازد. این نوع ضمان تنها درباره عقود معاوضی صحیح مصداق دارد (گرجی، ۱۳۶۶، ص ۶۱).

قسم چهارم: ضمان واقعی

مقصود از ضمان واقعی که ضمان مثل و قیمت نیز نامیده می‌شود، ثبوت نفس مال مضمون در ذمه ضامن در عالم اعتبار است. مقتضای این نوع ضمان این است که در صورت بقا عین، رد خود عین بر عهده ضامن و در صورت تلف عین، مثل یا قیمت آن که در عالم اعتبار همان شیء مضمون محسوب می‌شود و عقلاً آن را عوض واقعی آن شیء می‌دانند، بر عهده ضامن است. گاهی از این نوع ضمان را ضمان مثل یا قیمت هم یاد می‌کنند (گرجی، ۱۳۶۶، ص ۶۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ق، ج ۵، ص ۵۲، و ج ۲، ص ۷). پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

عقود امانی غیرمضمونه

مقتضای قاعده «علی الید» اقتضا دارد که تصرف هر کس بر اموال دیگری ضمان ایجاد کند. در

نتیجه، هرگونه عیب و نقص به وجود آمده در مال فرد مسئولیت مطلق متصرف ایجاد می‌کند^۱، یعنی متصرف مسئولیت هرگونه عیب یا نقص در عین یا منافع مال بر عهده دارد، اعم از اینکه در نتیجه تقصیر باشد یا در نتیجه آفات سماوی، استثنای قاعده یادشده قاعده استیمان است (اکبری دهنو و پارساپور، ۱۳۹۱، ص ۷۴). در تعریف قاعده یادشده بیان شده است: هرگاه از طرف مالک یا شارع به کسی اذن داده شود که در مالی به عنوان حفظ آن برای صاحبش یا به عنوان استفاده از منافع، تصرف کند، آنگاه آن مال بی‌آنکه شخص مأذون تعدی یا تفریط کرده باشد، تلف شود، آن شخص ضامن نخواهد بود (محمدی، ۱۳۷۹، ص ۶۲)، بر اساس این تعریف به خوبی فهمیده می‌شود در عقودی که در شمار عقود امانی است، مالک به متصرف اجازه داده است عین مال او را به کار گیرد و در صورتی که در نتیجه این استفاده عیب یا نقصی بر عین مال وارد شود، در صورت عدم تعدی یا تفریط متصرف ضامن نمی‌باشد، درباره این مورد می‌توان استدلال کرد که ید متصرف در حکم ید مالک است (نه خود ید مالک) و در صورتی که خود مالک نیز از مال استفاده می‌کرد، برای مال نقص یا عیب حاصل می‌شد پس ضامن شناختن متصرف که با اذن مالک بر مال متصرف شده، خلاف انصاف است.

بر اساس قاعده استیمان پس از انعقاد یکی از عقود امانی اطلاق این عقود باعث می‌شود در صورت از بین رفتن مال که تحت تصرف فردی غیر از مالک است (برای مثال در اثر زلزله) ضامن هیچ‌گونه مثل یا قیمتی نباشد (اکبری دهنو و همکاران، ۱۳۹۲، ص ۱۲۹)، در صورتی که اگر عقود امانی نبود در اثر از بین رفتن مال قاعده «علی‌البد» جاری، و متصرف ضامن عین یا مثل مال می‌شد، و این همان معنای عقود امانی غیرمضمونه است.

۱. مسئولیت مطلق در برابر مسئولیت محض است. مسئولیت مطلق مانند مسئولیت غاصب و مسئولیت محض مانند مسئولیت متصدی حمل و نقل قانون تجارت.

عقود امانی مضمونه

در عقود امانی مضمونه^۱، عقد امان آور، صحیحاً و با همه ارکان و شرایط خویش شکل می‌گیرد؛ لیکن ید متصرف بر مال مورد امانت همچنان مضمونه محسوب می‌شود. به لحاظ بدیع بودن موضوع مناسب دیده شد که جهت تقریب موضوع به اندیشه خواننده محترم، در بادی امر:

- از سویی، مصادیق مشمول عقود امانی مضمونه را از نظر بگذرانیم؛
- و از سوی دیگر، به منظور پرهیز از اختلاط موضوع، مصادیقی را که هر یک به جهاتی خارج از دسته عقود امانی مضمونه قرار می‌گیرند، تحلیل کنیم.

مصادیق مشمول بحث

در حقیقت، عارض شدن وضعیت ضمان بر عقود امانی از دو حال خارج نیست:

- در پاره‌ای موارد این وضعیت بالعرض بر عقد امانی مترتب می‌شود؛
- در پاره‌ای دیگر از عقود امانی، این وضعیت به نحو بالإصالة حاصل می‌شود.

اینک هر دو حالت را که به شکل‌گیری عقد امانی مضمونه منتج می‌شود، شرح می‌دهیم:

الف) ضمان بالعرض در عقود امانی مضمونه

در غالب موارد عقد امانی ذاتاً به نحو امانی شکل می‌گیرد و به حصول ید و استیلا امانی برای امین

۱. این عبارت (عقود امانی مضمونه)، به گونه‌ای که ناظر بر یک دسته از عقود امانی باشد، در تألیفات فقها مهجور مانده، و به کار گرفته نشده است، با وجود این، در کلام ایشان هر یک از عقود امانی به نحو مجزا، به همراه واژه مضمونه به کار گرفته شده است. برای مثال ودیعه مضمونه (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۶۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۴۱۳؛ حائری، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۴۲۷)، عاریه مضمونه (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۱۶۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۷۹)، اجاره مضمونه (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۹؛ کوه‌کمری، ۱۴۰۹، ص ۱۵۷)، و رهن مضمونه (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۲۵۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۸).

این پراکندگی، به پدیدار شدن عبارت «عقود امانی مضمونه» در اندیشه نگارنده این سطور منجر شد.

منجر می‌شود؛ با وجود این، ممکن است طرفین با توافق یکدیگر از تحقق ید امانی برای امین صرف‌نظر کنند و ید ضمانی در نظر بگیرند، در حقیقت، در این گونه موارد «جعل شرط ضمان» به شکل‌گیری ید ضمانی برای امین منجر می‌شود. پس اگر در این موارد شرط ضمانی در کار نبود، استیلائی امین، اقتضای امانی بودن را داشت.

در فقه بارزترین مصداق ضمان بالعرض در عقود امانی مضمونه، شرط ضمان بر امین است. مراد از شرط ضمان بر امین این است که امین (به عنوان مشروط علیه) باید در حفاظت و نگهداری از مال موضوع امانت بکوشد، و اگر خسارتی بر مال موضوع امانت وارد شود و معلوم شود که امین به وظیفه خود در حفاظت از مال موضوع امانت به‌خوبی عمل نکرده است، امین در برابر مالک ضامن خسارت وارده خواهد بود. بدیهی است که در چنین حالتی، درج شرط ضمان برای امین به صورت شرط فعل مورد نظر طرفین (امین و مالک) بوده است.

البته ممکن است درج شرط ضمان برای امین به صورت شرط نتیجه مورد نظر طرفین باشد. با این توضیح که در صورت اشتراط بر چنین شرطی، امین ضامن مطلق خسارات وارده بر مال موضوع امانت خواهد بود، به تعبیر دیگر، در چنین مواردی صرف‌نظر از میزان کوشش و تلاش امین برای حفاظت از مال موضوع امانت، وی باید خسارات وارده بر مال موضوع امانت را جبران کند.

بحث عمده‌ای که به حصول تمایز میان کیفیت این دو شرط منجر می‌شود،^۱ مقوله تلف مال موضوع امانت به وسیله آفات سماوی است، بدیهی است در صورتی که طرفین بر درج شرط از نوع نخست آن نظر داشته باشند (شرط فعل)، امین را نباید در مقابل مالک جبران خسارات وارده بر مال موضوع امانت مسئول دانست. اگر چه امین از مال موضوع امانت را در عالی‌ترین سطح حفاظت می‌کرد، لاجرم خسارت همچنان بر مال موضوع امانت عارض می‌شد.

با وجود این، اگر طرفین بر درج شرط ضمان به کیفیت ثانوی آن نظر داشته باشند، باید امین

۱. شرط ضمان بر امین به کیفیت شرط فعل و همچنین شرط ضمان بر امین به کیفیت شرط نتیجه.

خطانکرده را در برابر مالک به جبران مافات ملزم کرد. به هر روی، علیرغم اختلاف نظرهای فراوان پیرامون صحت این شرط در فقه، برخی بزرگان فقه امامیه، در نهایت، صحت این شرط را پذیرفته‌اند (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۰۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۵؛ شهید صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۹۰).

درباره نظرهای گروه اول باید به این نکته اشاره کرد که بین این گروه همسویی دیده نمی‌شود، زیرا در این مورد، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی این شرط و عقد را باطل، و برخی شرط را به تنهایی باطل (برخی نیز شرط و در نتیجه عقد را صحیح) می‌دانند. درباره این موضوع شایان ذکر است برخی فقها بین عقود مختلف تفاوت قائل شده‌اند. برای مثال، در بعضی عقود مانند عقد عاریه، علی‌الاطلاق به صحت این شرط معتقد شده‌اند و در سایر عقود با توجه به نوع عقد اظهار نظر کرده‌اند. آنچه اهمیت دارد این است که عقود امان‌آور ماهیت یکسان دارند و تبعیض بین این عقود بی‌دلیل خاص قابل قبول نمی‌باشد. در ذیل اهم دلایل قائلان به بطلان را بیان می‌کنیم:

شرط مخالف مقتضای عقد است

قائلان به این دیدگاه بیان کرده‌اند به دلیل اینکه این شرط مخالف مقتضای عقود امان‌آور است و این عقود وصف امانت ایجاد می‌کنند نه ضمان، اگر شرطی در ضمن این عقود درج شود که باعث خلل به این وصف اساسی عقد شود، با ذات عقد امان‌آور مخالف است، پس در این حالت هم شرط و هم عقد منعقدشده باطل است (شهیدثانی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳). برای پاسخ به این ایراد باید ذات عقد و اطلاق عقد را که اساس این ایراد است، تعریف کرد. اقتضای ذات و اطلاق عقد: فقها و حقوق‌دانان برای اقتضای ذات عقد تعریف‌های بسیاری بیان کرده‌اند. برای مثال، در بین حقوق‌دانان این تعریف‌ها مطرح شده است: مقتضای ذات عقد عبارت است از چیزی که ماهیت عقد به آن بستگی دارد و با انتفای آن منتفی شود، خواه آن چیز از ارکان یا از لوازم و آثار خارجی عقد باشد، و مرجع تشخیص و شناسایی آن عرف است زیرا معاملات غالباً بر طریقی است که بین مردم معمول و متعارف است (بروجردی عبده، ۱۳۲۰، ص ۲۴۰)، یا گفته شده است: مقتضای [ذات]

عقد، موضوع اصلی است که عقد به دلیل ایجاد آن واقع می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج ۳، ص ۱۶۳)، یا بین فقها گفته شده است: «اعلم ان مقتضیات العقد تاره ما یقتضیه بذاته یعنی ان سلب ذالک المقتضی عنه یکون مساوفاً لنقیه و ابطاله و اخری ما یقتضیه باطلاقه سواء کان من آثار المترتبه علیه عرفاً... او من احکام الثابته له شرعاً» (شیخ موسی خوانساری، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۱). مقتضیات عقد یکبار مقتضای ذات عقد است، به این معنا که سلب آن مقتضای از عقد، مساوی با نفی و ابطال عقد است، و بار دیگر مقتضای اطلاق عقد است. خواه از آثاری باشد که عرفاً بر عقد مترتب است، یا از احکامی که شرعاً برای عقد ثابت است (صفار، ۱۳۷۷، ص ۳۰). پس می‌توان بیان کرد اقتضای ذات عقد هدف اصلی طرفین معامله است که به همان دلیل قصد انجام دادن معامله می‌کنند، و این هدف اصلی، از طریق عرف به دلیل کثرت معامله انجام گرفته، یا به وسیله قانون (به دلیل حمایت از بنیان عقد در جهت استحکام روابط حقوقی افراد جامعه) و با توجه به قصد طرفین، قابل بازشناسی است؛ برای مثال اگر شرط شود مستأجر مالک منافع نشود، یا از منافع منتفع نشود، یا مشتری مالک میباید نشود یا شرط شود مستعیر حق استفاده از منافع مال مورد عاریه را نداشته باشد، این شروط مخالف اقتضای ذات عقد است. دسته دیگر از آثار عقود تنها به منظور تکمیل شرایط عقد و تبعیت ازاده مشترک طرفین است. به بیان دیگر، این دسته از آثار عقد اموری نیستند که عقد بر آن دلالت مطابقی داشته باشد، بلکه اموری‌اند که مدلول التزامی عقد تلقی می‌شوند. یعنی این آثار از ماهیت عقد ناشی نمی‌شوند و لازمه آن نیستند. اما عقد در صورت اطلاق، مقتضای آن‌هاست و به همین عنوان مقتضای اطلاق عقد خوانده می‌شوند (صفار، ۱۳۷۷، ص ۳۰)، مانند شرط زمان مالکیت مستأجر بر مورد اجاره که در صورت عدم ذکر، بلافاصله مالکیت منافع ایجاد می‌شود و در صورت ذکر، ممکن است مالکیت با یک فاصله زمانی از تاریخ انعقاد عقد به وجود آید. لذا شرط مخالف با اطلاق عقد امری امکان‌پذیر است و به اساس عقد خللی وارد نمی‌کند. تعریف‌های بیان شده نشان می‌دهد شرط ضمان خلاف اقتضای ذات عقود امان‌آور نمی‌باشد، زیرا برای مثال در عقود امانی مانند اجاره، هدف و قصد طرفین مالکیت منافع است، هدف عقد عاریه ایجاد حق انتفاع مستعیر، هدف عقد

ودیعہ ایجاد تعهد مستودع بر حفظ مال، و هدف مضاربه ایجاد حق تجارت عامل با مال مضارب است. پس در عقود منعقد، نسبت به امانی بودن مال این عقود اطلاق داشته، و می توان خلاف این موضوع را شرط کرد. باید توجه کرد این شرط ضمان در برخی عقود مانند عاریه مورد پذیرش اتفاق فقها قرار گرفته است و قانون مدنی در ماده ۶۴۲ که اعلام می کند «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد»، صحت این شرط را تأیید کرده است، اما 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 اگر شرط ضمان مخالف ذات عقد باشد و موجب تناقض در انشای عقد شود، عقلاً چنین تناقضی، فسادآور است و هیچ مورد از مصادیق آن را نمی توان به بهانه وجود دلیل خاص از حکم عقلی آن، استثنا و خارج کرد و به صحت آن نظر داد (صادقی، ۱۳۷۲، ص ۱۶). بر همین اساس برخی فقها بیان کرده اند: شرط ضمان مضارب، منافاتی با اینکه سرمایه امانت در دست اوست، ندارد. زیرا در بسیاری از امانات، ید متصرف محکوم به ضمان شده است. مثل عاریه طلا و نقره یا عاریه ای که شرط ضمان شده است و مقبوض بالسوم و نظایر آنها، حتی در بسیاری صورت های مضاربه، ضمان عامل وجود دارد. بنابراین، در جمیع این موارد این شرط مخالف با اقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات، و شرط صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۴۲).

شرط مخالف شرع و سنت

پذیرش این شرط از سوی امین به روشنی گویای این است که امین تعهدی را قبول کرده است که شارع آن تعهد را از ذمه او برداشته بود. به بیان دیگر، از حق خود صرف نظر کرده است. شایان ذکر است درباره اشتراط شرط ضمان به کیفیت شرط فعل کمتر از باب تهافت با شرع انور مخالفت شده است،^۱ و فقهای قائل به عدم صحت شرط ضمان امین به واسطه مخالفت با شرع

۱. به طور خلاصه، عمده دلیلی که موجب می شود تعدادی از مخالفان شرط ضمان بر امین تا حدودی به جرگه موافقان شرط ضمان بر امین به کیفیت شرط فعل متمایل شوند، ضمانت اجرای چنین شرطی است؛ چه آنکه در صورت درج

انور، بیشتر به شرط ضمان امین به کیفیت شرط نتیجه التفات دارند، و برآنند که چنین شرطی (و البته با چنین کیفیتی) با شرع انور مغایر است، بنیان استدلالی این گروه بر محدودبودن انحصاری سبب ضمان در شرع به دو قسمت اتلاف و ضمان ید است. به تعبیر دیگر، مجرای دیگری برای ضامن شدن دیگری به جهت خسارت وارده بر اموال دیگری وجود ندارد، مگر آنکه خود شارع مقدس مجرای سومی را برای ضمانت پیش‌بینی کند، درست مانند ضمان ناشی از عاریه که در آن این استثنا تحقق یافته است. همان‌طور که در جواب این دسته از فقها گفته شده است، هیچ دلیلی برای انحصار اسباب ضمان به دو مورد گفته شده وجود ندارد، بلکه اسباب دیگری مانند قاعده غرور، نیز وجود دارد که به نفع مالک ضمان ایجاد می‌کنند (باریکلو، ۱۳۸۴، ص ۶۵).

دلایل مطرح شده، به‌خوبی در عقودی مانند وکالت، اجاره، عاریه، و جز آن قابل دریافت و پذیرش است، با وجود این، مضمونه‌دانستن عقود ودیعه و مضاربه، در وضعیت حقوقی موجود پذیرفتنی نیست:

- از آنجا که در ودیعه، مالک، امین را به علت خوی امانت‌داری وی و بر مبنای شناخت از شخصیت او به امانت خوانده است (اکبری دهنو و پارساپور، ۱۳۹۱، ص ۸۷) و نیز با عنایت به وجه غالباً استجابی ودیعه و محسن‌بودن ودعی، پذیرش شرط ضمان در این عقد با مشکل مواجه است. علامه حلی در این زمینه می‌فرماید: «...لأن مقصود الإيداع الاستئمان، و الضمان و الأمانة لا یجتمعان...» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۱۳۶). این نظر از سوی فقهای دیگر نیز پذیرفته شده است^۱ (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۷۲).

چنین شرطی و البته صرفاً با چنین کیفیتی، در صورت ورود خسارت، مشروط له می‌تواند عقد را به واسطه تخلف از وصف از ناحیه مشروط علیه (امین) فسخ کند، در حالی که این دسته از فقها باز هم مشروط له (مالک) را در رجوع به مشروط علیه (امین) مستح نمی‌دانند (خویی، بی تا، ج ۷، ص ۳۳۳).

۱. تعدادی از فقها ودیعه را امانت محض نامیده‌اند؛ برای نمونه فخرالمحققین در این زمینه چنین می‌نگارد: «... قبول الودیعة إحسان محض لا فی مقابله عوض دنیاوی و الضمان سبیل و قال تعالی ما علی المؤمنین من سبیل...» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۲۰؛ همچنین بنگرید به مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۰، ص ۲۸۲).

- در مضاربه نیز پذیرش شرط ضمان مضارب نیز با مقتضای ذات این عقد (به نظر اکثر فقها) در تهاافت است؛ چه آنکه شرط ضمان با نمایندگی که از سوی مالک به مضارب داده می‌شود، تضاد دارد. بدین توضیح که عامل به نیابت از طرف مالک تجارت می‌کند و اثر اساسی عقد نیز اعطای همین نمایندگی به او است. معنای انعقاد قرارداد از طرف نماینده این است که پیمان را او می‌بندد ولی آثار این پیمان دامن‌گیر اصیل می‌شود. عامل نیز، اگر نماینده محسوب شود، از زیان‌های ناشی از تجارت مصون است. این زیان‌ها در مرحله اول، باید از سود حاصل از تجارت و در مرحله دوم، از سرمایه و سرانجام، از دارایی مالک جبران شود، پس، اگر شرط شود که خسارت، متوجه مالک نخواهد شد، بدین معنا است که آثار معامله در دارایی نماینده ظاهر شود و این نتیجه با مفهوم نیابت و با مقتضای مضاربه مخالف است^۱ (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۳۱).^۲ البته نظر مختار بر مبنای نظر اکثریت و نص یادشده در ماده ۵۵۸ قانون مدنی است که اعلام می‌کند «اگر شرط شود مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است...»، زیرا در برابر نص اجتهاد امکان‌پذیر نمی‌باشد و ماده یادشده بر مبنای اندیشه اکثر فقها از سوی قانون‌گذار انتخاب شده است و گرنه در اندیشه برخی فقها که به نمونه‌ای از آن اشاره شد، و با توجه به مبنای کلی یادشده و ماهیت عقود امان‌آور، به نظر شرط یادشده در عقد مضاربه نیز صرف نظر از حکم قانونی شرطی نافذ است (صفار، ۱۳۷۷، ص ۳۸)، زیرا در ذهن عقلا، درباره ید عدوانی، اقتضای ضمان امری ارتکازی است. در حالی که در ید امانی آنچه مرتکز است، عدم اقتضای ضمان است، نه اقتضای عدم ضمان، و تفاوت میان عدم اقتضای ضمان و اقتضای عدم ضمان با اندک تأمل درک‌شدنی است. بنابراین، نمی‌توان شرط ضمان در عقود امانی را مخالف با احکام اقتضایی شرع دانست و آن را غیرمجاز شناخت (صادقی، ۱۳۷۲،

۱. همچنین، شرط ضمان مضارب نوعی درآمد بدون مخاطره را برای مالک پدید می‌آورد که بی‌شبهت به مقوله ربا نیست روایت‌های محمد بن قیس (حر عاملی، ۱۴۰۹، ص ۱۹، ۲۲ و ۲۳).

۲. شایان ذکر است تعدادی از بزرگان، شرط ضمان مضارب را قبول کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۴۲).

ص ۲۰). پس در مواردی مانند مضاربه نیز همان‌طور که اقلیت فقها مانند صاحب جواهر گفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۴۲)، شرطی صحیح است، اما در وضعیت حقوقی موجود به صراحت قانون باید پذیرفت در مضاربه شرطی باطل است.

شرط ضمنی ضمان امین

علاوه بر شروط صریحی که طی آن طرفین به صراحت ضمان امین را مورد توافق قرار می‌دهند، در مواردی نیز می‌توان از طریق شرط ضمنی ضمان امین را شناسایی کرد. به تعبیر دیگر، هر چند عقد مالک و امین در قالب شرط صریح، به صراحت بر ضمان امین توافق نکرده‌اند، به‌طور ضمنی امین را ضامن دانسته‌اند و از این رو، به رغم تشکیل عقد امانی، امین مسئول خسارات وارده بر مال مورد امانت خواهد بود. برای مثال، در شرایط کنونی عرف تجاری، به صورت ضمنی انبارداری را که مسئول نگهداری از اموال شده است، به‌طور مطلق مسئول خسارات وارده بر مال می‌داند. مثال روشن‌تری که گویای شرط ضمنی ضمان امین است «قبض مال بالسوم»^۱ است،^۲ در زمینه ید آخذ بالسوم، به نظر می‌رسد باید قول اکثر فقهای امامیه در زمینه ضمان دانستن آخذ بالسوم (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۹۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲، ص ۱۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۹۸؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۹۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۴۵۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۲۹۳؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۸؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۶۹) و قول اقلیت ایشان در زمینه ضامن‌ندانستن وی (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۷) را جمع کرد. بدین صورت که با وجود حصول ید امانی برای آخذ، وی ضامن خسارات وارده بر مال خواهد بود، چه آنکه در این زمینه کالا با رضایت مالک در اختیار متقاضی بیع قرار داده شده است. مرحوم

۱. مالی است که کسی از دیگری می‌گیرد تا آن را ببیند، یا چندی نزد خود نگهدارد تا از وضعیت آن آگاه شود، و اگر پسندید خریداری کند و الا آن را به مالکش مسترد دارد.

۲. از طریق شرط ضمنی بنایی نیز می‌توان به این امر رسید. چه آنکه بنای طرفین بر این است که آخذ مال تحویل‌گرفته را بدون هیچ گونه نقصی به تحویل‌دهنده برگرداند.

صاحب جواهر نیز با این بیان که بسیاری از امانات (از جمله قبض بالسوم) ممکن است به نحو مضمونه برقرار شوند، قائل به قول میانه شده‌اند.^۱

ب) ضمان بالإصالة در عقود امانی مضمونه

در حقیقت، در پاره‌ای موارد فارغ از هر گونه توافق و اشتراطی، عقد امانی اقتضای ضمانتی بودن را دارد، به عبارت دیگر، در این گونه موارد به رغم شکل‌گیری و انعقاد یک عقد امانی، ید امین امانی محسوب نمی‌شود، بلکه از ابتدا ید امین به صورت ضمانی محسوب می‌شود.

مثالی بارز که در ضمان بالإصالة در عقود امانی مضمونه می‌توان بدان اشاره کرد، ضمان ناشی از عاریه طلا و نقره است، به بیان دیگر قاعده عدم ضمان امین، درباره عاریه طلا و نقره از همان ابتدای ید امانی (انعقاد عقد) با استثنا مواجه شده است. پس در این گونه موارد ید ضمانی از اصل و اساس به همراه عقد امانی است.^۲

در عاریه طلا و نقره اعم از مسکوک و غیرمسکوک، مستعیر ضامن هر تلف و نقصی خواهد بود که بر مال موضوع امانت وارد می‌شود، هر چند شرط ضمان نشود و عاریه‌گیرنده تعدی، یا تفریط هم نکرده باشد.

درباره علت تشریح این مسئولیت گفته شده است؛ طلا و نقره از فلزاتی‌اند که مالک آن نوعاً حاضر به عاریه‌دادن آن دو به غیر نیست، چه آنکه ممکن است در اثر تلف و نقصان آن دو در معرض زیانی سنگین قرار گیرد، بنابراین، در فرض عاریه آن‌ها ضمان مستعیر موجب اطمینان خاطر مالک و جلوگیری از امتناع او از عاریه‌دادن آن دو فلز می‌شود (امامی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۹۱). مثال دیگری که درباره عقد امانی مضمونه می‌توان بیان کرد، رهن مستعار است. رهن مستعار

۱. «فإن كثيرا من الأمانات مضمونة كعارية الذهب و الفضة، و العارية المشترط فيها ذلك، و المقبوض بالسوم» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۴۲).

۲. زُرَّارَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ فَقَالَ جَمِيعٌ مَا اسْتَعْرَنَهُ فَتَوَيَّ فَلَا يَلْزُمُكَ [مَا] تَوَاهُ إِلَّا الذَّهَبُ وَ الْفِضَّةُ فَإِنَّهُمَا يَلْزَمَانِ (كلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۳۸).

به رهنی اطلاق می‌شود که در آن رهن عین مرهونه را از دیگری برای رهن دادن عاریه گرفته است.^۱ به تعبیر دیگر، اگر مدیون دینی، قصد خود از عاریه گرفتن مال را به صاحب مال اعلام کند، و مال را برای به رهن قرارداد دینش عاریه بگیرد، با مفهوم رهن مستعار مواجهیم.

در رهن مستعار ما با دو رابطه امانی مواجهیم:

- رابطه امانی میان معیر (مالک) و مستعیر (رهن) از بابت عقد عاریه؛
 - رابطه میان رهن (مستعیر) و مرتهن از بابت عقد رهن.
- در رابطه دوم، مرتهن فقط در صورتی در برابر رهن ضامن است که مرتکب تقصیر شده باشد، از این رو، اگر بدون تقصیر نقصی از سوی مرتهن (امین) بر مال مورد امانت وارد شده باشد، در برابر معیر و نه رهن هیچ گونه ضمانتی بر عهده وی نیست (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۹۵).
- با وجود این در رابطه اول گفته شده است در صورت ورود هرگونه خسارت به مال موضوع امانت، مستعیر در مقابل معیر ضامن است خسارت را جبران کند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۱۶۷).

خروج تخصصی از بحث

مطابق با مقتضای قاعده ضمان علی الید، هر جا که شخص در مال دیگری تصرف می‌کند اصل بر ضمانتی بودن ید متصرف است، مگر اینکه امانی بودن ید به حکم شرع یا قانون اثبات شده باشد. اگر شخصی به اشتباه یا از روی جهل با این تصور که ید او امانی است، مال دیگری را تصرف کند، باید طبق قاعده یادشده به ضمان ید متصرف حکم کرد. مثال بارز در این زمینه، جایی است که «غاصب» به وجهی امانی (و به اصطلاح با عنوان یک عقد امانی) مال را در اختیار دیگری قرار می‌دهد. فرضاً غاصب یک مال، مال مغضوب را به فردی قرض دهد که از غصبی بودن مال اطلاع ندارد، در اینجا چون مال به نحو مضمونه در اختیار گیرنده قرار می‌گیرد، نمی‌توان انتظار

۱. «يجوز ان يستعير أحد مال آخر و يرهنه باذنه و يقال لهذا الرهن المستعار» (كاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۳۰۷).

شکل‌گیری یک عقد امانی را داشت، و این مورد را باید به‌طور تخصصی از شمول بحث خارج دانست. چه آنکه در شمول قاعده ضمان علی‌الید میان گیرنده عالم و جاهل تفاوت نیست (اکبری دهنو و پارساپور، ۱۳۹۱، ص ۸۵-۸۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۳۵).^۱

مثال دیگر مربوط به موردی است که شخصی مال یتیم را برای مضاربه و تجارت به دیگری واگذار کند، و سرمایه در دست مضارب بدون ارتکاب تقصیر از سوی وی کاهش یابد؛ در این مورد دهنده مال در برابر یتیم ضامن کاهش سرمایه است. در کتاب *دعائم الاسلام* از امام صادق (ع) روایت می‌شود که فرمود: «هرگاه وصی با مال یتیم تجارت کند- بدون آنکه در وصیت این اختیار به وی داده شده باشد- کاهش مال به عهده او و سود آن متعلق به یتیم است» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۹۰). در این زمینه نیز در رابطه میان وصی و موصی له عقد امانی ایجاد نمی‌شود. در این زمینه مثال‌های بسیاری می‌توان بیان کرد که مال در اثر عقدی غیر از عقود امان‌آور یا به دلیل الزامات خارج از قرارداد یا امانت قانونی (امانت شرعی) در دست یک فرد باشد و ید نیز ضمانتی باشد، اما به دلیل عدم تشکیل عقود امان‌آور بین طرفین از موضوع بحث ما خروج موضوعی دارد و به دلیل وضوح موضوع از بحث ما خارج است و به دلیل پرهیز از اطاله کلام از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود و ذکر موارد یادشده برای نمونه بوده است.

هدف و آثار تقسیم‌بندی عقود امانی

همان‌طور که بیان شد تقسیم‌بندی عقود جهت بازشناسایی آثاری است که بر عقد بار می‌شود، عامل اصلی درباره عقود امانی که باعث به‌وجود آمدن این تقسیم‌بندی می‌شود، عامل تقصیر است،

۱. از میرزای قمی سؤال شده است هرگاه کسی مالی از غاصب، عاریه بگیرد، حکم آن چیست؟ ایشان چنین پاسخ می‌دهند: مستعیر یا عالم است به این که مال غیر است و عاریه می‌کند، یا جاهل است؟

- پس اگر مستعیر عالم است، خود، غاصب است و ضامن عین و منفعت و نقصان (همه) هست...
- اگر مستعیر جاهل باشد: باز او ضامن عین و منفعتی که بعد از عاریه به دست آمده است... (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۰۳).

در واقع، از پاسخی که این فقیه بزرگ به سؤال داده است می‌توان بطلان عاریه غاصب را استفاده کرد.

در عقود امانی غیرمضمونه در اثر ایجاد تقصیر ید امین از امانی به ضمانی تغییر حالت می‌دهد و در اثر این تغییر، متصرف مسئول هر نقص یا عیبی می‌شود که در مال ایجاد شود زیرا پس از تقصیر از شمول قاعده استیمان خارج و مشمول قاعده علی‌الید می‌شود و ضامن است، اما امین در عقود امانی مضمونه با فرض عدم تقصیر در ابتدا، ضامن است، همان‌طور که در بیان انواع ضمان گفته شد، ضمان در اینجا از نوع ضمان واقعی است، اما باید به این نکته توجه کرد که منشأ ایجاد این ضمان متفاوت است که باعث اختلاف در آثار می‌شود. در امین مقصر منشأ ایجاد ضمان واقعی، قاعده علی‌الید است، اما در امین در عقود امانی مضمونه منشأ ایجاد ضمان واقعی، مقتضای عقد یا اراده طرفین است که به صورت شرط در ضمن عقد تبلور یافته است.

با توجه به این اختلاف منشأ ضمان، درباره عین و منافع، امین مقصر ضامن عین و منافع مال است اما امین در عقود امانی مضمونه (بدون فرض تقصیر) فقط ضامن عین مال است. یکی دیگر از تفاوت‌هایی که با لحاظ همین اختلاف منشأ ایجاد می‌شود درباره تلف مال یا ایجاد هرگونه عیب یا نقصی است که در اثر آفات آسمانی ایجاد می‌شود. امین پس از تقصیر و تغییر ید از امانی به ضمانی (عقود امانی غیرمضمونه) مسئول هرگونه نقص یا عیب است، اگر چه در نتیجه آفات سماوی ایجاد شده باشد. یعنی مسئولیت مطلق دارد، اما در عقود امانی مضمونه متصرف در صورت اتلاف یا حدوث عیب یا نقص، اگر چه ضامن است، مسئولیت از نوع مسئولیت محض دارد. در مسئولیت محض، وجود قوه قاهره رابطه میان عیب و فعل مرتکب را با ضرر قطع می‌کند و مسئولیت را از بین می‌برد. ولی در مسئولیت مطلق، مانند غاصب نسبت به تلف مال مغضوب در هر حال باقی است و قوه قاهره نیز در آن اثر ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ج، ص ۲۰۹)، اگر چه برخی سعی در اثبات این دو تفاوت با استفاده از شرط معقول و سائغ کرده‌اند (باریکلو، ۱۳۸۴، ص ۷۶).

از تفاوت‌های دیگری که درباره این تقسیم و در تلف مال موضوع امانت قابل ملاحظه است، توجه به این نکته است که در عقود ضمانی غیرمضمونه در اثبات تلف قبل و بعد از تقصیر باید تفکیک قائل شد. قبل از تقصیر با توجه به اینکه متصرف امین است، در صورت تلف مال قول او مقدم بر قول مالک است، اما پس از تقصیر این قول مالک مقدم است. اما در عقد امانی مضمونه

چه با فرض تقصیر و چه بدون این فرض در هر حال این قول مالک است که درباره تلف مال مقدم است.

نتیجه

۱. عقود را می‌توان به اشکال مختلف تقسیم‌بندی کرد، یکی از تقسیم‌بندی‌هایی که بین عقود می‌توان انجام داد، تقسیم عقود به غیرامانی و امانی است. خود عقود امانی به طرق مختلفی تقسیم شده‌اند، از جمله تقسیم‌بندی‌هایی که بدان تصریح نشده است، تقسیم عقود امانی به عقود امانی مضمونه و عقود امانی غیرمضمونه است. با این توضیح که مقتضای قاعده استیمان حصول ید امانی برای امین است (همان امری که در عقود امانی غیرمضمونه متجلی می‌شود)، اما در پاره‌ای موارد به رغم شکل‌گیری عقد امانی، ید امانی برای امین شکل نگرفته و همچنان ید او ضمانی قلمداد می‌شود. در این حالت با قسمی خاص از عقود امان آور با عنوان عقود امانی مواجهیم.

۲. اصولاً تشکیل عقود امانی مضمونه، یا به بیانی، عارض شدن وضعیت ضمان بر عقود امانی به دو شیوه متصور است:

الف) ضمان بالعرض در عقود امانی مضمونه به عنوان مثال اشتراط ضمان بر امین، خواه به‌طور

صریح در متن عقد و خواه به‌طور ضمنی، مانند ضمان مأخوذ بالسوم؛

درباره شرط ضمان نیز بین فقها اختلاف نظر است. اکثر فقها قائل به بطلان این شرط می‌باشند. بین همین فقها درباره اینکه آیا این شرط باطل و مبطل عقد است، یا فقط باطل است، نیز اختلاف است. قائلان به بطلان در اثبات نظریه خود به دلایلی استناد کرده‌اند، از جمله مخالف با ذات عقد و مخالف با شرع بودن.

درباره مخالف ذات عقد مانند هدف اصلی عقود امان آور ایجاد امانت نمی‌باشد، لذا فقط می‌توان بیان کرد این شروط با اطلاق عقد امان آور مخالف است. درباره مخالفت با شرع و سنت اعلام شده است که اسباب ضمان را شارع بیان کرده است و این مورد جزء شرایط ضمان بیان شده نمی‌باشد، اما همان‌طور که به‌درستی نیز بیان شده است، شرط ضمان در فقه محدود نیست و اسبابی مانند غرور نیز وجود دارد. شایان ذکر است وقتی شارع مواردی را

به صراحت بیان می‌کند که ایجاد ضمان برای امین می‌کند، یعنی این مورد را شرطی صحیح و عقلی پنداشته است. و این مطلب را باید لحاظ کرد که در ذهن عقلا، درباره ید عدوانی، اقتضای ضمان امری ارتکازی است. در حالی که درباره ید امانی عدم اقتضای ضمان مرتکز است، نه اقتضای عدم ضمان.

ب) ضمان بالإصالة را می‌توان در عقود امانی مضمونه مانند عاریه طلا و نقره که در آن مستعیر به‌طور مطلق ضمان نگهداری مال خواهد بود، همچنین رهن مستعار را اشاره کرد که مستعیر مال را از معیر جهت رهن دادن عاریه می‌گیرد، و مستعیر در برابر معیر ضامن هرگونه نقص است، اگر چه تقصیر از ناحیه مرتهن باشد.

۳. از جمله آثاری که در عقود امانی باعث این تقسیم‌بندی می‌شود، عامل تقصیر است. در عقود امانی غیرمضمونه در صورت تلف مال، امین فقط در صورتی ضامن است که مرتکب تقصیر شده باشد، اما در عقود امانی مضمونه، امین در صورت تلف مال در هر صورت ضامن است. درباره عین و منافع مال مورد امانت در عقد امانی غیرمضمونه امین مقصر ضامن عین و منافع مال است، اما امین در عقود امانی مضمونه (بدون فرض تقصیر) فقط ضامن عین مال است. در عقود امانی غیرمضمونه امین پس از تقصیر و تغییر ید از امانی به ضمانی مسئول هرگونه نقص یا عیب است، اگر چه در نتیجه آفات سماوی ایجاد شده باشد. یعنی مسئولیت مطلق دارد. مانند غاصب، اما در عقود امانی مضمونه متصرف در صورت اتلاف یا حدوث عیب یا نقص اگر چه ضامن است، مسئولیت از نوع مسئولیت محض دارد، یعنی متصرف علی‌الاصول ضامن است. ولی در صورتی که ثابت کند مال در اثر آفات سماوی که قابل پیش‌بینی نیز نبوده، از بین رفته است از مسئولیت مبرا می‌شود.

از تفاوت‌های دیگر در عقود ضمانی غیرمضمونه در اثبات تلف قبل و بعد از تقصیر، باید قائل به تفکیک شد. قبل از تقصیر با توجه به اینکه متصرف امین است، در صورت تلف مال قول او بر قول مالک مقدم است، اما پس از تقصیر، قول مالک مقدم است. در عقد امانی مضمونه چه با فرض تقصیر و چه بدون این فرض، در هر حال قول مالک درباره تلف مال مقدم است.

منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس، محمدبن منصور (۱۴۱۰ هـ ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲. احسایی، ابن ابی جمهور (۱۴۰۵ هـ ق)، *عوالی الثالی العزیزیه*، قم، دار سیدالشهدا للنشر،
۳. اردبیلی، احمدبن محمد (۱۴۰۳ هـ ق)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد نهم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴. اکبری دهنو، میثم؛ پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۱)، «تأملی فقهی - حقوقی در وضعیت ید امین پس از عدول از تقصیر»، *مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی*، شماره ۳۶، صفحات ۹۸ ° ۷۱.
۵. اکبری دهنو، میثم؛ یآوری، محمدحسین؛ حاجیان، هانی؛ پارساپور، محمدباقر (۱۳۹۲)، «وضعیت ید امین پس از ترک تقصیر»، *فصل‌نامه فقه اهل بیت*، سال نوزدهم، شماره ۷۴، صفحات ۱۵۶-۱۲۶.
۶. امامی، سیدحسن (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی*، جلد‌های اول و دوم، تهران، انتشارات اسلامی.
۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱ هـ ق)، *کتاب المکاسب (ط - القدیمه)*، جلد اول، قم، منشورات دارالذخائر.
۸. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۴)، «شرط ضمان امین در فقه امامیه»، *مجله مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، صفحات ۱۴۲ ° ۱۲۳.
۹. بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ هـ ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، عروج.
۱۰. ----- (۱۴۱۹ هـ ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد پنجم، قم، نشر الهادی.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ هـ ق)، *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*، جلد ۲۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۲. بروجردی عبده، محمد (۱۳۲۰)، «نشریه حقوق»، *مجموعه حقوقی*، شماره ۲۰۳، صفحات ۲۴۲-۲۴۰.

۱۳. پارساپور، محمدباقر؛ اکبری دهنو، میثم (۱۳۹۱)، «تأملی فقهی - حقوقی، در وضعیت ید امین پس از عدول از تقصیر»، مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۳۶، صفحات ۹۸ ° ۷۱.
۱۴. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ هـ ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*، قم، کتاب‌فروشی داوری.
۱۵. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ هـ ق)، *مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلامی*، جلد چهارم، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۶. جیلانی، ابوالقاسم (میرزای قمی) (۱۴۱۳ هـ ق)، *جامع الشتات فی أجوبه السؤالات*، جلد سوم، تهران، مؤسسه کیهان.
۱۷. حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ هـ ق)، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم‌السلام.
۱۸. حرّ عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ هـ ق)، *تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌بت.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی) (۱۴۱۴ هـ ق)، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۶، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم‌السلام.
۲۰. حلّی، محمدبن شجاع القطان (۱۴۲۴ هـ ق)، *معالم‌الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۱. حلّی عجلّی، محمدبن احمد (ابن‌ادریس) (۱۴۱۰ هـ ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد دوم، چاپ دو، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۲۲. حلّی، محمدبن حسن بن یوسف (فخرالمحققین) (۱۳۸۷ هـ ق)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، جلد دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. خوانساری، شیخ موسی (بی‌تا)، *منیه الطالب* (تقریرات میرزای نایینی)، جلد دوم، بی‌جا.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم موسوی (بی‌تا)، *مصباح الفقاهه*، جلد هفتم، بی‌جا.
۲۵. سبزواری، سیدعبد‌الاعلی موسوی (۱۴۱۳ هـ ق)، *مهذب الأحكام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.

۲۶. صادقی، علی اکبر (۱۳۷۲)، «شرط ضمان مستأجر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره های ۱۳ و ۱۴، صفحات ۲۸ و ۷.
۲۷. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۰ هـ ق)، البنك اللاربوی فی الاسلام، بیروت، دارالتعارف.
۲۸. صفار، محمدجواد (۱۳۷۷)، «نقدی و تحلیل ماده ۵۸۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب»، نامه مفید، شماره ۱۴، صفحات ۳۸-۱۵.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ هـ ق)، تکمله العروه الوثقی، قم، کتابفروشی داوری.
۳۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ هـ ق)، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۳۱. طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۸ هـ ق)، ریاض المسائل، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۲. طوسی، محمدبن حسن (شیخ الطائفه) (۱۳۸۷ هـ ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۳۳. طوسی، محمدبن حسن (شیخ الطائفه) (۱۴۰۷ هـ ق)، الخلاف، جلد هفتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. عاملی، سیدجوادحسینی (۱۴۱۹ هـ ق)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۰ هـ ق)، اللعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، چاپ اول، بیروت، دار التراث - الدار الإسلامیه.
۳۶. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ هـ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد پنجم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۷. کوه کمری، سیدمحمد (۱۴۰۹ هـ ق)، کتاب البیع، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ الف)، حقوق مدنی (مشارکتها ° صلح)، چاپ ۸، تهران، گنج دانش.
۳۹. ----- (۱۳۸۸ ب)، عقود معین، جلد سوم، چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار.
۴۰. ----- (۱۳۸۸ ج)، «تحویل مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره اول، صفحات ۲۱۴-۱۸۹.

۴۱. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۶)، «یدمالکی و یدضمانی»، مطالعات حقوقی و قضائی، شماره نهم، صفحات ۷۰-۴۳.
۴۲. لطفی، اسدالله (۱۳۸۷)، «قاعده استیمان در سقوط ضمان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۴، صفحات ۱۲۲ ° ۹۱.
۴۳. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۹)، قواعد فقه، تهران، نشر دادگستر.
۴۴. موحدی لنکرانی (فاضل)، محمد (۱۴۲۵ هـ.ق)، تفصیل الشریعه - المضاربه، الشركه، المزارعه، المساقاه، الدین و...، قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
۴۵. موسوی خمینی، سیدروح الله موسوی (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۴۶. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ هـ.ق)، أنوار الفقاهه - کتاب الودیعه، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۷. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ هـ.ق)، تحریرالمجله، جلد دوم، نجف اشرف، المكتبه المرتضویه.
۴۸. نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ هـ.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلدهای ۲۶ و ۲۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.