

نقد و بررسی «اشتراط ضمان در اجاره» در پرتو دیدگاه امام خمینی (س)

داود حسن پور^۱

چکیده: تمام فقیهان در این مسأله اتفاق نظر دارند که عین مستأجره نزد مستأجر امانت است و در صورت تلف یا عیب عین مستأجره او ضامن نخواهد بود، مگر اینکه افراط یا تفریط کرده باشد. و همانطور که صاحب **جواهر** این نکته را بیان می‌کند در این مسأله بین فقیهان اجماع وجود دارد.

اما در صورتی که شرط ضمان در عقد اجاره صورت گیرد آیا باز حکم، عدم ضمان مستأجر است یا خیر؟ در اینجا میان فقیهان اختلافی وجود دارد. مشهور بین فقها آن است که شرط ضمان در اجاره صحیح نیست ولی بعضی از بزرگان همچون سید مرتضی و محقق اردبیلی و صاحب **ریاض** و همچنین صاحب **عموه** شرط ضمان در اجاره را هم صحیح دانسته‌اند.

گروهی از این فقیهان با قیاس اجاره به عاریه، شرط ضمان مستأجر را صحیح دانسته و بر اساس «المؤمنون عند شروطهم» شرط را لازم الاجرا دانسته‌اند. چون در باب عاریه شرط ضمان صحیح دانسته شده است، لکن فقهای دیگر می‌گویند: در باب عاریه نیز حکم برخلاف قاعده است و آن نیز به دلیل ورود حدیث خاصی است و گرنه قیاس در مذهب ما جایز نیست.

در این مسأله نظر امام هم موافق با صاحب **عموه**، مخالف مشهور است که شرط ضمان در اجاره را صحیح دانسته و حکم به صحت شرط ضمان در اجاره می‌کند. در مقابل محقق خوئی و صاحب **المستمسک** موافق با مشهور بوده و شرط ضمان در عین مستأجره را صحیح نمی‌دانند.

کلیدواژه‌ها: ضمان، شرط فعل، شرط نتیجه، مقتضای عقد، ید امانتی.

E-mail: hassanpoor.davood@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۴/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۹

پژوهشنامه متین/سال نوزدهم /شماره هفتاد و پنج / تابستان ۱۳۹۶ /صص ۹۷-۱۱۰

طرح مسأله

یکی از مسائل مهم در باب اجاره، ضمان مستأجر است؛ به این معنی که عین مستأجره اگر بدون تعدی و تفریط تلف شود آیا مستأجر ضامن خواهد بود یا خیر؟ اگر شرط ضمان در عقد اجاره مبنی بر ضمان او صورت گیرد مستأجر ضامن است یا خیر؟

در ابتدا لازم به ذکر است ضمان در صورتی است که ید، ید مأذونه نباشد؛ اما در مواردی که شخص ید امانی دارد، مانند متولی وقف که به منزله مالک است و یا حاکم شرعی که در حفظ اموال دیوانگان، سفیهان و غیر بالغین اذن دارد. در این موارد اگر تلف بدون تعدی و تفریط باشد کسی که مال در تصرف اوست، ضامن نیست؛ زیرا قاعده علی الید در غیر ید مأذونه است و ید مأذونه تخصیصاً یا تخصصاً خارج از محتوای آن قاعده عام است.

در مورد ید مستأجر هم باید توجه داشت که ید او ید مأذونه است و فقط در صورت تعدی و تفریط ضامن خواهد بود؛ زیرا تنها در این دو صورت است که ید از امانی بودن خارج می‌شود. در عدم ضمان مستأجر اجماع فقها وجود دارد و همچنین از منطوق و مفهوم روایات وارده این معنی به دست می‌آید که ید مستأجر ید امانی است.

بعضی روایات صراحتاً با دلالت منطوقی به این نکته اشاره دارد، مانند روایت صحیح محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام: قال: قال امیرالمؤمنین علیه السلام - فی حدیث - : لا یُعْرَمُ الرَّجُلُ إِذَا اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ مَا لَمْ یُكْرِهْهَا أَوْ یَبْغُهَا غَائِلَةً (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۹: ۱۵۵ باب ۳۱ ح ۱).

حضرت علی علیه السلام: شخص نسبت به دابه ضامن قرار داده نمی‌شود مگر اینکه او را به اجبار وا داشته باشد و یا به او تعدی کرده باشد.

و همچنین روایاتی که با مفهوم دلالت دارند: ۱. صحیح ابی وکاد حنط: قال فیها..... فقلت له : أرأیت لو عَطَبَ البِغْلَ و نَفَقَ أَلِیسَ کَانَ یَلْزَمْنِی؟ قال نعم قیمة بغل یوم خالفته (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۹: ۱۲۰ باب ۱۷ ح ۳).

آیا نظر شما این نیست که اگر دابه تلف یا معیوب شود من ضامن خواهم بود؟ فرمودند: بله ضامن قیمت در روز مخالفت خواهید بود.

این روایت دلالت بر ضمان در صورت تعدی و مخالفت مستأجر دارد و مفهوم آن این است که در صورت عدم تعدی ضمانی در کار نیست.

۲. روایت علی بن جعفر قال: «سألته عن رجل إكترى دابةً الى مكان فجاز ذلك المكان فنفتت، ما عليه؟ فقال: إذا كان جاز المكان ألدی استأجر اليه فهو ضامن» (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۱۹: ۱۲۲ ب ۱۷ ح ۶).

سؤال کردم از مردی که دابه‌ای را کرایه کرده تا مکانی خاص ولی او از مکان تعیین شده تجاوز کرد و حیوان از بین رفت آیا او ضامن است؟ پس حضرت فرمودند: اگر از مکان مورد نظر تجاوز نموده است او ضامن است.

این روایت بر عدم ضمان مستأجر با عدم تفریط و افراط دلالت روشنی دارد. همچنین روایات زیادی که به عدم ضمان امین اشاره دارند و از آنها این نکته به دست می‌آید که شخص امین ضامن نیست و این معنی در ودیعه و وقف و مضاربه هم، همین طور است.

و از جمله عین مستأجره می‌تواند یکی از مصادیق آن باشد. چون مالک، عین مستأجره را نزد او قرار می‌دهد تا مستأجر از منافع عین بهره‌مند شود پس طبعاً مستأجر از قیل مالک امین است. چون او در ابقای مال اجازة دارد و اجرت فقط به ازای منفعت عین است نه خود عین. و آن المؤمن علی الشیء لا یضمن.

و عمده دلیل در عدم ضمان شخص امین، سیره عقلایی است که این سیره با عدم ردع شارع امضا می‌شود چون سیره عقلا بر این منوال است که در صورتی که عین مستأجره بدون تفریط تلف شود مستأجر را ضامن نمی‌دانند و همین دلیل به تنهایی برای عدم ضمان مستأجر کافی است (خوبی ۱۳۵۰: ۲۲۲) پس با توجه به اجماع و سیره عقلا و روایات صحیحه، عدم ضمان مستأجر، در صورتی که تعدی و تفریط در کار نباشد مسلم است.

حال این سؤال مطرح می‌شود اگر در عقد اجاره شرط ضمان بر مستأجر قرار دهیم این شرط صحیح و نافذ است؟ یا شرط فاسد و غیر نافذ؟

در این مسأله بین اعلام فقها اختلاف وجود دارد مشهور فقها قائل به عدم صحّت این شرط هستند و حکم به ضمان مستأجر نمی‌کنند و این شرط را شرط فاسد می‌دانند در مقابل فقهای قائل به صحّت این شرط هستند و شرط ضمان را نافذ می‌دانند و به ضامن بودن مستأجر حکم می‌کنند حتی در صورت عدم افراط و تفریط او و این شرط را جزء موارد «المؤمنون عند شروطهم» قرار می‌دهند از جمله این فقیهان امام است که موافق با صاحب عمروه شده است. برای روشن شدن مسأله ابتدا اقوال فقیهان و سپس به ادلّه هر دو گروه می‌پردازیم.

اقوال قائلین به عدم صحت شرط ضمان

۱. علامه حلی در قواعد الاحکام: عین نزد مستأجر امانت است و اگر موجر شرط ضمان کند این شرط صحیح نیست اگرچه در ضمن عقد باشد.^۱
 ۲. علامه حلی در تذکرة الفقهاء: اگر موجر شرط ضمان کند بر مستأجر صحیح نیست؛ زیرا با مقتضای عقد منافات دارد و اگر این شرط در عقد اجاره صورت گیرد عقد اجاره نیز باطل خواهد بود.^۲
 ۳. شهید ثانی در الروضة البهیة: اگر در عقد اجاره، شرط ضمان عین بدون افراط و تفریط شود عقد مستأجر به خاطر وجود شرط مخالف کتاب و سنت فاسد می‌شود.^۳
 ۴. محقق ثانی در جامع المقاصد: عین در نزد مسأجر امانت است و اگر موجر شرط ضمان کند صحیح نیست.^۴
 ۵. علامه عاملی در مفتاح الکواحه: اگر موجر شرط ضمان کند این شرط صحیح نیست اگرچه شرط ضمن عقد باشد بنابراین این عقد باطل است.^۵
- و نسبت خلاف به فقیهانی چون سید مرتضی و اردبیلی و سبزواری و صاحب ریاض داده شده که قائل به صحت شرط ضمان شده‌اند.

۱. «العین امانة فی ید المستأجر... و لو ضمنه المؤجر لم یصح فان شرطه فی العقد فالاقرب بطلان العقد» (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۲: ۳۰۴).
۲. «لو شرط المؤجر علی المستأجر ضمان العین لو یصح الشرط لانه منافی لمقتضى العقد و ان وقع ذلك شرطاً فی الاجاره فالاقوی عندی بطلان الاجارة ایضاً» (علامه حلی ۱۴۱۴ ج ۲ ص ۳۱۸).
۳. «و لو شرط فی عقد الاجاره ضمانها بدونهما فسد العقد، لفساد الشرط من حیث مخالفته للمشروع، و مقتضى الاجاره» (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۴: ۳۳۱).
۴. «العین امانة فی ید المستأجر ... و لو ضمنه المؤجر لم یصح» (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۷: ۲۵۸-۲۵۷).
۵. «لو ضمنه المؤجر لم یصح، فإن شرطه فی العقد فالاقرب بطلان العقد» (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ج ۱۹: ۷۶۴).

اقوال قائلین به صحت شرط ضمان

۱. سید مرتضی در *الاتقار*: به نظر ما اگر موجر شرط ضمان کند به وسیله شرط مستأجر ضامن است.^۱
۲. محقق اردبیلی در *مجمع الفائدة*: ... و احتمال دارد این شرط ضمان صحیح باشد.^۲
۳. محقق سبزواری در *کفایة الاحکام*: ادله صحت عقود و شروط صحت این عقد و شرط را اقتضا می کند.^۳
۴. صاحب *حدائق* در *الحدائق الناضرة*: ... این شرط ضمان صحیح نیست ولی به نظر من قابل تأمل است.^۴
۵. صاحب *ریاض* در *ریاض المسائل*: در جواز شرط ضمان باتوجه به عموم وفا به شرط و یا عدم صحت آن به علت منافی با مقتضای عقد دو قول است باطل بودن اشهر است ولی صحت آن بعید نیست.^۵
۶. صاحب *عمروه* در *القروة الوثقی*: و اگر موجر برای مستأجر شرط ضمان بدون افراط و تفریط کند مشهور این شرط را صحیح نمی داند، ولی ما صحیح می دانیم.^۶

اقسام شرط

امام خمینی در *کتاب البیع* شرط را به سه قسم تقسیم می کند:

۱. «عدنا إن شرط کان الضمان علیه بالشرط» (سیدمرتضی ۱۴۱۵: ۴۶۷).
۲. «احتمل صحة الشرط» (مقدس اردبیلی ۱۴۰۳ ج ۱۰: ۷۰-۶۹).
۳. «إن أدلة صحة العقود و الشروط تقتضی صحة هذا العقد و الشرط» (محقق سبزواری ۱۴۲۳ ج ۱: ۶۵۱).
۴. «فلا یصح هذا الشرط و عندی فیہ نظر» (بحرانی ۱۴۰۵ ج ۲۱: ۵۴۵).
۵. «و فی جواز اشتراط الضمان حیث لم یتبث بأصل العقد لعموم الوفاء بالشرط ام العدم لمنافاته لمقتضاه فیفسد، قولان، و الثانی أشهر، و الاول اظهر» (طباطبایی ۱۴۱۸ ج ۹: ۲۰۰).
۶. «و لو شرط المؤجر علیه ضمانها بدونهما فالمشهور عدم الصحة لكن الأقوی صحته» (طباطبایی یزدی ۱۴۰۹: ۶۱).

(۱) شرط فعل:

شرطی است که به فعلی از افعال مکلفین تعلق دارد مانند: فروختن کالایی و شرط کردن بایع بر مشتری که پیراهن او را هم بدوزد یا به او قرآن تعلیم دهد، یعنی شرط فعل می‌شود (خیاطت و تعلیم قرآن)

(۲) شرط وصف:

شرطی است که به صفتی یا وصفی از صفات مبیع اشاره دارد، مانند: خریدن کالایی مشروط به رنگ خاصی یا خرید اسبی مشروط به اصیل بودن و یا دابه‌ای، که باردار باشد و در صورت فقدان این شروط خيار تخلف به وجود می‌آید.

(۳) شرط نتیجه:

شرطی است که به غایت و نتیجه فعل تعلق دارد؛ مانند اینکه فروشنده خانه را بفروشد و در ضمن آن شرط کند که خواهر مشتری زوجه‌اش شود.

در این قسم، شرط عبارت است از نتیجه حاصله از فعل. بایع شرط می‌کند حصول نتایجی مانند: زوجیت و وصیت را در همین عقد نه در عقد مستقل دیگری.

و به این نوع شرط، شرط نتیجه اطلاق می‌شود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۱۴).

اقسام شرط نتیجه

شرط نتیجه نیز خود اقسامی دارد:

۱. شرط نتیجه‌ای که فقط با اسباب شرعی قابل تحقق است، مانند زوجیت و عتق و صرف شرط کردن در عقد کافی نیست، و نیاز به عقد مستقل و جداگانه‌ای دارد.

۲. شرط نتیجه‌ای که سبب خاص برای تحقق آن وجود ندارد بلکه صرف شرط کردن در عقد کافی است، مانند وکالت و وصایت در قسم اول که برای تحقق آن شرط، نیاز به سبب خاص وجود دارد اگر این شرط در ضمن عقد قرار بگیرد این شرط فاسد خواهد بود، مانند شرط کردن زوجیت خواهر مشتری در عقد بیع.

در قسم دوم که برای تحقق نتیجه شرط مورد نظر نیاز به سبب خاص نیست، مانند وکالت، این شرط صحیح است و ترتیب اثر دادن به آن واجب می‌گردد.

اما در مواردی که ما متحیر هستیم که این شرط از کدام یک از انواع شرط نتیجه است آیا از قسم اول که شرط، فاسد خواهد بود و یا از قسم دوم که شرط، صحیح و ترتیب اثر دادن به آن واجب است دو مبنا وجود دارد:

۱. **عدم وجوب وفا به شرط:** دلیل وجوب وفا به شرط، آیه قرآن کریم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا روایت «المؤمنون عند شروطهم» است. شرطی که در آن تردید داریم و نمی‌دانیم که داخل در مخصص است یا تحت عام باقی است با توجه به عدم جواز تمسک به عام در شبهات مصداقیه مخصص، نمی‌توانیم به دلیل وجوب وفا تمسک کنیم پس نتیجه این می‌شود که وفا به این شرط واجب نیست، از باب عدم دلیل بر وجوب.

۲. **وجوب وفا به شرط:** اگرچه مشهور در بین اصولیین، عدم صحّت تمسک به عام در شبهات مصداقیه است ولی شبهه مصداقی بر دو قسم است: ۱. مصداق‌هایی که فقط با بیان شارع معلوم می‌شود و شارع متکفل بیان آنهاست. ۲. مصداق‌هایی که مکلف می‌تواند از طرق عادی آن را کشف کند.

و عدم تمسک به عام در شبهات مصداقی، منظور مصداق‌های نوع دوم است نه قسم اول چون مصداق در قسم اول منوط به بیان شارع است و اگر بیان خاصی از شارع نبود، نتیجه می‌گیریم که این مصداق تحت حکم عام قرار دارد.

اگر تتبع و فحص در کتاب و سنت شد ولی بیانی از شارع به دست نیامد پس در این مورد می‌توان به عام تمسک کرد چون «لو كان بان» (تبریزی سبحانی ۱۴۲۳: ۱۲۴).

ملاک تشخیص انواع شرط

گفتیم شرط نتیجه بر دو قسم است، شرطی که نیاز به سبب خاص دارد مثل زوجیت و شرطی که دارای سبب خاص نیست مثل وکالت. چه ملاکی برای تشخیص این دو قسم شرط وجود دارد؟

۱. اولین ملاک را امام خمینی این چنین بیان می‌کند:

هر عنوانی که بتوان آن را مستقل در نظر گرفت با شرط هم می‌توان او را جعل کرد، مانند وکالت و وصایت و امانت و ودیعه و رهن و قرض که همه اینها را می‌توان مستقل در نظر گرفت؛ یعنی می‌توان گفت «أنت وکیل» و «هذه ودیعة» أو «عاریة» ... پس قرار دادن این موارد در ضمن شرط هم صحیح خواهد بود (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۳۲۱).

اما مواردی که نمی‌تواند مستقلاً معنی داشته باشد، مانند مبیعۀ و ثمنیه برای مبیع و ثمن، این موارد را نمی‌توان در ضمن شرط قرار داد. و شرط کردن این موارد در ضمن عقد صحیح نخواهد بود.

۲. هر امر اعتباری که عرف و شرع از حیث لفظ و صیغه برای آن تشریفات خاصه دارد به صرف شرط نمی‌تواند حاصل شود مانند نکاح و طلاق اما اگر از مواردی باشد که چنین تشریفات لازم ندارد، نفس اشتراط کافی است (تبریزی سبحانی ۱۴۲۳: ۱۲۵).

بررسی ادله مشهور

شکی در تحقق شهرت بر بطلان اشتراط ضمان نیست و این معنی از نقل *مفتاح الکواحه* کاملاً روشن است (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ج ۷: ۲۳۵) و *جامع المقاصد* ادعای اجماع بر این مطلب می‌کند. و می‌گوید: «لو شرط الضمان مع التلف و لو بغير تعدٍ فالشرط باطل قطعاً» (محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۷: ۲۵۳) ولی سید مرتضی در *انتصار* (سیدمرتضی ۱۴۱۵: ۴۶۷) و صاحب *ریاض در ریاض المسائل* (۱۴۱۸ ج ۶: ۱۹) و محقق اردبیلی در *مجمع الفائدة والبرهان* (۱۴۰۳ ج ۱۰: ۷۰-۶۹) و شاگردش محقق سبزواری در *کفایة الاحکام* (۱۴۲۳: ۱۲۴) و محقق خوانساری در حاشیه به *روضه* (بی تا: ۳۶۵) احتمال صحّت شرط ضمان در اجاره را داده‌اند، به هر حال شکی در تحقق شهرت بر بطلان این شرط وجود ندارد.

باید توجه داشت محل بحث در شرط ضمان به نحو شرط نتیجه است نه شرط فعل. به نحو شرط فعل، یعنی شرط اینکه مقدار مخصوصی از مال مستأجر برای تدارک عین تالفه در نظر گرفته شود هیچ اشکالی وجود ندارد و این نکته را صاحب *جواهر* به روشنی بیان می‌کند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۷: ۲۱۷) چون تمام اشکالات وارده، در مورد شرط نتیجه قابل طرح است نه در مورد شرط فعل، در شرط فعل، وجوب ادای مقداری از مال مستأجر، به مقتضای شرط، حکم تکلیفی است که مستأجر مکلف است پرداخت نماید ولی ضمان به نحو شرط نتیجه، حکم وضعی است ادای مقداری مال برای تلف، فعل است ولی حکم به ضمان، حکم است.

باید توجه داشت عمده بحث در شمول «قاعده المؤمنون عند شروطهم» است، که آیا این قاعده، اشتراط ضمان در اجاره به نحو شرط نتیجه را هم می‌تواند شامل بشود یا خیر؟

اشکال اول: اولین اشکالی که صاحب *جواهر* به آن اشاره می‌کند، تعارض این قاعده با اطلاقات روایات وارده در مورد ید امانی بودن مستأجر است. روایات ما با دلالت منطوقی یا

مفهومی بر عدم ضمان مستأجر بر عین مستأجره اشاره دارد و شمول قاعده «المؤمنون» با مشمول روایات نافی ضمان امین در ناحیه ضمان مستأجر، یعنی در مورد اجتماع تعارض پیدا می‌کنند و در اینجا به دلیل فتوای مشهور ترجیح را با اخبار معارضه می‌داند و می‌گوید در مورد تعارض، قاعده عدم ضمان امین، با فتوای مشهور ترجیح پیدا می‌کند (نجفی ۱۴۰۴ ج ۲۷: ۲۱۷).

جواب: ۱. باید دانست شرط، عنوان ثانوی است و ادله‌ای که حکم را برای عنوان ثانویه مثل شرط بیان می‌کنند، بر ادله عنوان اولیه، مانند نفس اجاره مقدم هستند و در این موارد دیگر نوبت به تعارض نمی‌رسد.

۲. اگر تعارض را هم بپذیریم باید بدانیم مقتضی قاعده در تعارض، تساقط است و سپس به سراغ اصل و یا دلیل دیگری از عمومات و اطلاقات بالا می‌رویم و شهرت فتواییه از مرجحات نیست. که این بحث در اصول در مبحث تعارض ادله ثابت شده است (خویی ۱۳۵۰: ۲۲۳).

اشکال دوم: اشکال دومی که صاحب جواهر در این موضوع مطرح می‌کند (۱۴۰۴ ج ۲۷: ۲۱۶) اشتراط ضمان بر مستأجر با مقتضای امین بودن او منافات دارد، یعنی مفهوم این امان، نفی می‌کند ضمان مستأجر را. چون پر واضح است که ید مستأجر، ید امانی است و او فقط با افراط و تفریط ضامن خواهد بود.

جواب: در پاسخ به این اشکال محقق اصفهانی می‌فرماید: امین بودن و ید امانی گاهی در عقد است، مانند ودیعه که ما در ودیعه، دیگری را به نیابت از خود، حافظ مال قرار می‌دهیم در این حالت ید ودعی، مانند ید مالک است؛ پس معنا ندارد که مالک ضامن نفس خویش باشد.

اما اگر امانی خارج از عقد باشد، مانند تسلط کردن دیگری بر مال از روی رضایت و رغبت که یا به غرض استیفای منفعت است، مانند اجاره و یا به منظور انتفاع دیگران باشد، مانند عاریه یا تجارت و مضاربه در این موارد، مالک دیگری را امین بر مال خود قرار داده است و در این صورت دیگر اشکال صاحب جواهر وارد نیست، چون در این صورت می‌توان رفع ید امانی کرد به صورت شرط ضمان.

و در این صورت شرط و عدم شرط به عهده مالک است، یعنی اگر مالک بخواهد دیگری را به نحو اطلاق بر مال خود مسلط کند بدون هیچ قیدی، در این حالت، ید او امانی و هیچ ضمانتی در کار نیست اما اگر او را با قید و شرط مسلط کرد مانند عاریه مضمونه، در این صورت می‌تواند ید او امانی نباشد.

مسئله کردن دیگران بر مال می‌تواند به نحو مطلق باشد و یا به نحو مقید. در صورت اول یدِ او امانی است و ضمان در کار نیست و در صورت دوم ید، امانی نیست و شخص ضامن است و این را تأمین مالکی می‌گویند و قبولش به عهده‌امین است.

پس در اجاره هم، عین مستأجره در ید مستأجر امانت مالکینه است. اما اگر گفتیم این ید امانی او، ید امانی شرعی است در این صورت اشتراط ضمان منافی با آن می‌شود؛ چون امر شرعی به دست شارع است نه موجد (فاضل لکرانی ۱۴۲۴: ۵۷۷).

اشکال سوم: اشتراط ضمان منافی با مقتضای عقد است (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۱: ۲۳۴؛ محقق کرکی ۱۴۱۴ ج ۷: ۲۵۸).

جواب: پاسخی که امام خمینی در کتاب *البیع* به این اشکال می‌دهند این است که: با توجه به معنای ما از مقتضای عقد، ظاهر و معلوم می‌شود که این شرط هیچ مخالفتی با مقتضای عقد ندارد چه اجاره را عبارت از نقل منفعت مقابل اجرت بدانیم و یا تعریف ما از اجاره، مسئله کردن مستأجر برای انتفاع بردن او از عین باشد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۲۹۰).

اگر مراد از منافات، تنافی با نفس مدلول عقد اجاره باشد که بطلان این حرف واضح است؛ زیرا مدلول اجاره، تملیک منفعت با اجرت است و ضمان عین مستأجره ارتباطی با این تعریف ندارد و منافات در صورتی است که بگوییم: شرط باعث عدم ملکیت منفعت برای مستأجر می‌شود و همینطور اگر مدلول اجاره، تسلط مستأجر بر عین برای انتفاع باشد.

و اگر مراد از مقتضای عقد، اقتضای روایاتی است که دلالت بر عدم ضمان مستأجر دارد منطوقاً و مفهوماً، یعنی تعبد شرعی می‌گوید: مستأجر ضمانی ندارد. پس این اشکال به مخالفت شرط، با کتاب و سنت برمی‌گردد در نتیجه در تعبیر به مخالفت با مقتضای عقد مسامحه وجود دارد.

اشکال چهارم: اشتراط ضمان بر مستأجر مخالف با کتاب و سنت است. و دلایل فراوانی وجود دارد بر اینکه اگر شرطی مخالف با کتاب و سنت باشد، باطل است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۷: ۶۷؛ حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۸: ۱۷).

و لزوم و فایده شرط فقط در صورتی است که مخالف کتاب خدا نباشد.

و ما روایاتی داریم که با دلالت منطوقی و مفهومی بر عدم ضمان مستأجر دلالت دارد؛ پس اشتراط ضمان مخالف با سنت هم هست.

جواب: شرط مخالف کتاب و سنت وقتی محقق می‌شود که شرط بر خلاف حکم اقتضایی در شرع باشد، مثل شرط فعل حرام یا ترک واجب، اما اگر حکم لاقتضایی باشد، یعنی قابل تغییر به وسیله شرط باشد، دیگر مخالف با کتاب و سنت نخواهد بود، مانند شرط عمل مباح (انصاری ۱۴۱۰ ج ۱۷: ۲۶).

به عبارت دیگر عدم ضمان عین مستأجره که اخبار به آن اشاره دارد آیا از باب مقتضی عدم است که غیر قابل تغییر باشد یا بر اساس عدم مقتضی بر ضمان است که قابل تغییر به وسیله ضمان خواهد بود؟

اگر گفته شود از باب مقتضی عدم است به این بیان که خروج ید امین از عموم «علی الید» - که مقتضای ضمان است - خودش مقتضی عدم ضمان است به جهت وجود مقتضی عدم ضمان ید امانی و از باب تراحم مقتضین است؛ یعنی اقوی بودن مقتضی عدم ضمان امین، باعث خروج از قاعده «علی الید» شده است، مانند تراحم عناوینی مثل اکرم العلماء و لا تکرم الفساق من العلماء. در اینجا مفسده فسق، با مصلحت اکرام عالم تراحم دارد. نه اینکه خروج ید امانی از عموم «علی الید» از باب تخصیص - که کاشف از عدم مقتضی ضمان هست - باشد؛ پس شرط ضمان ید امانی مخالف کتاب و سنت است چون عدم ضمان او حکم اقتضایی است. پس شرط ضمان باطل است. اگر گفته شود که معلوم نیست عدم ضمان امین حکم اقتضایی است یا عدم اقتضایی، یعنی خروج او از عموم از باب تراحم یا تخصیص معلوم نباشد، باز این شرط ضمان باطل است. چون در این صورت هم، تمسک کردن به عموم «المؤمنون عند شروطهم» جایز نیست. چون از مصادیق تمسک به عام در شبهات مصداقیه خواهد بود.

می‌توان در این مطلب مناقشه کرد، به این صورت که: عدم ضمان شخص امین به خاطر عدم مقتضی ضمان است؛ پس تخصیص در عموم «علی الید» می‌شود و این از دو نگاه قابل بیان است.

۱. مرتکز عند العقلاء عدم ضمان شخص امین به خاطر عدم مقتضی است؛ چون ضمان مال غیر نیاز به سبب دارد و در امانت سببی بر ضمانت نیست، چون خود مالک او را مسلط بر عین کرده و اسباب دیگر مانند تلف و تفریط هم مفروض العدم بوده پس سببی برای ضمان نیست.
۲. آنچه از روایات بر صحت شرط در عاریه است، مانند روایت عبدالله بن سنان قال: «قال ابو عبدالله علیه السلام: لا تضمن العاریة الا ان یكون قد اشترط فیها ضمان» (حرعاملی ۱۴۰۹ ج ۱۹: ۹۶).

این روایات بر صحّت شرط ضمان در عاریه دلالت دارد اگر چه نزد مستعیر امانت است. این مطلب را نمی توان صحّه گذاشت مگر اینکه عدم ضمان در آن بر اساس عدم مقتضی باشد. اما اگر از باب مقتضی عدم ضمان باشد این شرط مخالف با سنت خواهد بود پس می توان فهمید خروج عاریه با شرط از باب تخصّص است نه تخصیص. این کلام بنا بر عدم ضمان مستأجر از باب عدم مقتضی صحیح است. چون اگر شرط ضمان در عاریه مقتضی عدم باشد این شرط مخالف با سنت می شود. حال اگر مردّد شویم بین اینکه عدم ضمان امین از باب عدم مقتضی است یا مقتضای عدم؟ و به بیان دیگر: اگر برای ما ثابت نشود شرط ضمان امین آیا مخالف کتاب و سنت است یا خیر؟

اصل، عدم مخالف کتاب و سنت خواهد بود. با استصحاب عدم ازلی از باب سالبه به انتفاع موضوع در این صورت، موضوع عام «المؤمنون عند الشروطهم» باقی می ماند و شرط مخالف کتاب و سنت عنوان وجودی است، مانند زن مشکوک در قریشی بودن که قبل از تولد قریشی نبوده بعد از متولد شدن استصحاب می کنیم عدم قریشی بودن را، پس با این بیان می شود فهمید که شرط ضمان مستأجر مخالفتش با کتاب و سنت معلوم نیست پس وجهی بر بطلانش نخواهیم داشت (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۵: ۲۷۱-۲۷۰).

اشکال پنجم: این شرط را صاحب *مستمسک* و محقق خوئی در *المستند* بیان می کند که: شرط ضمان به نحو شرط نتیجه در اجاره از شروط غیر مقدور خواهد بود، چون ضمان حکم شرعی است و حکم شرعی به ید شارع است نه مشتریان و قاعده «المؤمنون عند الشروطهم» مُشرّعه نیست که دلالت بر سببیت شرط ضمان قرار بگیرد و مقتضی اصل، عدم ضمان است. همانطور که می دانیم برای صحت شرط، قدرت لازم است، یعنی مشروط، مقدور مشروط علیه باشد. به این معنا که تحت قدرت او باشد تا بتوان او را ملتزم به شرط کرد؛ اما احکام شرعی و عقلائی که رفع و وضع آنها به ید شارع و عقلا است و از عهده متعاقدین خارج است، پس معنی ندارد که شرط ضمن عقد واقع شود.

ضمان مستأجر، حکم شرعی است که جعل می شود به اسباب خاص و با اشتراط شارطین محقق نمی شود؛ چون از اختیار متعاقدین خارج است.

شرط ضمن عقد اثری بر آن مترتب نیست مگر اینکه مشروط علیه قدرت بر آن شرط را داشته باشد، مانند کتابت و خیاطت که از امور اختیاری است پس طبعاً ملزم به وفای به این شرط هستند.

اما شرطی که خارج از اختیار آنها بوده و مربوط به شارع باشد، مانند مجعولات شرعی از جمله ضمان، پس شارع نمی تواند تغییری در این مجعولات ایجاد کند چون شرط ضمن عقد، مُشَرَّع نیست پس نتیجه می گیریم، عدم صحّت شرط ضمان در عقد اجاره (خویی ۱۳۵۰: ۲۲۸).

جواب: در جواب از این اشکال می توان این طور گفت: این وجه در صورتی تمام است که مقصود از اشتراط ضمان این باشد که بخواهیم ضمان ید را به عنوان حکم شرعی از راه شرط در مورد اجاره اثبات کنیم چون در این صورت اشکال می شود که حکم شرعی در اختیار مکلف نیست تا بتوان آن را از راه شرط ایجاد کرد.

اما اگر مقصود از شرط ضمان این باشد که مستأجر متعهد به پرداخت غرامت و بدل عین مستأجره در صورت تلف شود و حقیقت شرط، انشای این تعهد باشد که اثر آن، اشتغال ذمه در تقدیر تلف است، اشکالی در مورد آن باقی نمی ماند چون ضمانی که از این راه اثبات می شود ضمان عقدی است - نه ضمان ید - و نقش شرط، فقط ابراز انشای این عقد است و از آنجا که این عقد بر اساس عموماً مثل: «اوفوا بالعقود» و غیر آن قابل تصحیح است، بنابراین صحت شرط ضمان اثبات می شود.

نتیجه گیری

باید توجه داشت در شرط فعل، اشتغال ذمه به بدل به وجود نمی آید ولی در این پاسخ، اشتغال ذمه به بدل تصحیح شده است؛ بنابراین این پاسخ، همان شرط فعل نیست؛ چرا که در شرط فعل، ذمه مستأجر مشغول به بدل عین تالفه نمی شود، ولی در این طریق، اشتغال ذمه به بدل ثابت می شود و این همان نظری است که در اصل مدعا که همان صحت شرط ضمان است اثبات می شود.

منابع

- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق) کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۰ق) کتاب المکاسب (المحشی)، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
- بحرانی، یوسف بن احمد ابراهیم. (۱۴۰۵ق) الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی.

- تبریزی سبحانی، جعفر. (۱۴۲۳ق) *دراسات موجزه فی الخيارات و الشروط*، المركز العالمی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق) *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد. (۱۴۱۹ق) *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، آقا جمال‌الدین محمد بن آقا حسین بن محمد. (بی تا) *التعلیقات علی الروضة البهیة*، منشورات المدرسة الروضیه.
- خویی، سیدابوالقاسم. (۱۳۵۰ق) *المستند فی الشرح العروة الوثقی*، مکتبه الامام الخوئی.
- سید مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۵ق) *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، کتابفروشی داوری.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق) *تهذیب الاحکام*، دارالکتب الاسلامیه.
- طباطبایی، سید علی بن سید محمد علی. (۱۴۱۸ق) *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق) *العروة الوثقی*، مؤسسه الأعلمی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف مطهر. (۱۴۱۴ق) *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- _____ . (۱۴۱۳ق) *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۴ق) *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة*، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد. (۱۴۲۳ق) *کفایة الاحکام*، دفتر انتشارات اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق) *جامع المقاصد*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق) *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح و ارشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق) *جواهر الاحکام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.