



## تحلیل حقوقی شرط ضمان امین در قانون مدنی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۵/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵)

سولماز هادی

دانشجوی دکتری و مدرس دانشگاه

### چکیده

شرط ضمان مستأجر امروز در قراردادهای اجاره امری متداول است که در متون فقهی نیز مورد بحث و بررسی عمیق و استدلالی واقع شده است. هرچند بیشتر فقیهان به بطلان آن نظر داده‌اند اما برخی از فقیهان متأخر آن را صحیح می‌دانند. در قانون مدنی نیز گرچه به صراحت در این موضوع سخن نرفته، اما باملاحظه ماده ۴۹۳ به طور خاص و ۶۱۴ به طور عام به نظر می‌رسد به رغم رویه قضایی موجود، نظریه بطلان پذیرفته شده باشد. در این جستار ادله قایلین به بطلان، نقد و سرانجام رد شده است و سپس از طریق استناد به عموم قاعده وجوب وفا به شرط و اثبات شمول آن نسبت به شرط ضمان متأجر و نیز ملاحظه عرف و ارتکاز عقلایی به تقویت نظر فقیهان متأخر و استادان حوزه حقوق در صحت شرط ضمان مستأجر پرداخته شده است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

واژگان کلیدی: ضمان، تعدی، تفریط، عین مستأجره، مقتضای عقد، مقتضای اطلاق، امین



## بخش اول: کلیات

عقد اجاره در شمار عقود مهم و پر کاربرد است که باتوجه به ازدیاد روزافزون جمعیت و تنوع گسترده تعامل حقوقی آحاد انسانی نیاز به آن رو به افزایش است. از این رو، امروزه روابط موجر مستأجر دیگر در حد یک رابطه خصوصی صرف نیست و تنظیم روابط آنان چندان اهمیت دارد که قانون ناگزیر از دخالت در این روابط و تنظیم آن می‌شود. از جمله مباحث مهم در روابط موجر و مستأجر مسأله عدم ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره می‌باشد به این معنا که هر چند عقد اجاره در مکتب حقوقی اسلام تملیکی است و در شمار عقود مملک محسوب است<sup>۱</sup> اما از آنجا که تسلیم عین مستأجره از لوازم آن است (شهید ثانی، ۱۳۴۲، ۳۴۰) و موجر غالباً متعه است که عین را به مستأجر تسلیم کند، در برخی موارد از قواعد عقود اذنی نیز پیروی می‌کند. (خوانساری، ۱۴۱۸، ۹۰). حکم به امین بودن مستأجر از نتایج این تبعیت است، زیرا موجر که خود مالک عین است یا از مالک آن اذن دارد، عین را در اختیار مستأجر قرار می‌دهد. از این رو مستأجر امین مالکی است و مال در دست او امانت خواهد بود و در نتیجه مشمول قاعده عدم ضمان امین است که جز در صورت تعدی و تفریط ضامن تلف و نقصان آن نخواهد بود. در این مطلب، میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۳) اما آنچه که معرکه آرای فقیهان است و درباره آن نظریات متفاوت و بعضاً متناقض ابراز گردیده است اشتراط ضمان مستأجر در ضمن عقد اجاره است که آیا موجر می‌تواند در قرارداد اجاره شرط کند که مستأجر ضامن عین مستأجره باشد خواه نسبت به آن تعدی و تفریط کرده باشد و خواه بی‌تقصیر او عین که امانت در دست او بوده است تلف شده یا نقصان یافته است. صحت این شرط در برخی عقود مانند عاریه مورد پذیرش فقیهان قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۲۶۴). اما در اجاره که مستأجر همچون مستعیر امین محسوب شده و هر دو از این حیث که مشمول قاعده عدم ضمان امین هستند به هم شبیه‌اند، نه تنها در صحیح بودن شرط تردید شده بلکه شرط یاد شده مفسد عقد اجاره نیز قلمداد گردیده است. علاوه بر این در عرف

<sup>۱</sup> - برخی از مکاتب حقوقی اجاره را عقدی عهدی می‌دانند که برپایه آن موجر متعهد به واگذاری انتفاع به مستأجر است.

بنگرید: سنهوری، الوسیط، صص ۴ و ۵



نمونه‌هایی وجود دارد که به نظر می‌آید ضمان مستاجر امری است مورد پذیرش. ناگفته نماند که اجیر نیز وضعیتی مشابه با مستأجر دارد (امام خمینی، ۱۴۰۴، ۵۳۶) و یقیناً هر نتیجه‌ای که در این نوشتار حاصل گردد هر دو را فرا خواهد گرفت. بلکه می‌توان گفت به سایر امضاء مثل وکیل، مرتهن و... قابل تسری است. در این میان مستودع که در لسان فقیهان امین محض قلمداد شده و در برخی از احکام از سایرین ممتاز گردیده است، بحثی متفاوت را می‌طلبد، هرچند ممکن است نتیجه‌ای مشابه را به بار آورد. بی‌تردد نقد و بررسی آرای فقیهان و ادله موافق و مخالف و سرانجام حاصل این بحث می‌تواند راهکارهای راهبردی را برای تفسیر برخی از مواد قانونی مانند ماده‌های ۶۱۴، ۴۹۳ و ۶۱۵ ارائه دهد و از آنجایی که مستأجر امین است و خصوصیتی ندارد می‌توان در موارد مشابه در مورد ضمان امین از آن استفاده نمود.

### بند اول: تعدی و تفریط سبب ضمان مستأجر

در مکتب حقوقی اسلام عین مستأجره در مدت اجاره غیر مضمونه است و مستأجر تنها در صورتی مسئول تلف و نقصان آن خواهد بود که نسبت به آن تعدی و تفریط کرده باشد (طوسی، بی تا، ۲۴۱؛ نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۳). هرچند برای تعدی و تفریط معانی متعددی ذکر شده است اما برآیند همه آنها این است که اولاً: تعدی فعل مرتکب است و تفریط ترک او. به این معنا که اگر امین نسبت به مالی که در تصرف اوست عملی را انجام دهد که خارج از چارچوب اذن یا متعارف باشد، نسبت به آن مال تعدی کرده است اما چنانچه از انجام عملی که برای نگهداری مال با ملاحظه اذن صاحب مال یا عرف لازم است خودداری ورزد تفریط نموده است. ثانیاً این دو اصطلاح از جمله واژه‌های در حقوق اسلامی هستند که اگر تنها استعمال شوند در معنای همدیگر به کار می‌روند و اگر با هم به کار گرفته شوند معانی مختلف پیدا خواهند کرد و به اصطلاح «إذا اجتمعا افترقا و اذا افترقا اجتمعا». از این رو، در فقه و حقوق هرگاه تعدی گفته شود معنای تفریط هم می‌دهد و هر زمان سخن از تفریط رود، تعدی را هم شامل می‌گردد. واژه تقصیر نیز در متون فقهی (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۵۵؛ مراغی، ۱۴۱۷، ۴۴۸) و حقوقی (ماده ۹۵۳ قانون مدنی) در معنای تعدی و تفریط استعمال می‌شود. ثالثاً در تحقق معنای تعدی و تفریط تفاوتی ندارد که متصرف عالم باشد که فعل یا ترک او موجب تلف و نقصان



مال می‌گردد یا جاهل، همچنانکه اگر به حکم ضمان هم جاهل باشد تفاوتی نخواهد داشت. عمد و سهو مرتکب نیز بی‌تأثیر است، بلکه اگر از روی حسن نیت هم عملی را که باید ترک کند انجام دهد یا آنچه را که نباید، مرتکب شود باز هم در صدق عنوان تعدی و تفریط خللی ایجاد نمی‌کند.

### بند دوم: ادله مضمون نبودن عین مستاجر

همان‌طور که گفته شد، اگر مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی و تفریط نکند، ضامن تلف و نقصان آن نخواهد بود. پرسشی که به ذهن می‌آید و باید به آن پاسخ گفت این است که با وجود پذیرفتن قاعده «الی الید ما اخذت حتی تؤدیه»، چه دلیلی موجب شده است که در فرض تلف شدن مال و عدم تقصیر مستأجر در حفظ آن، وی از این قاعده مستثنی شود؟ فقیهان در پاسخ به این پرسش دو دلیل ارائه کرده‌اند:

۱- قاعده عدم ضمان امین: نخستین دلیل بر عدم ضمان مستأجر، استناد به قاعده عدم ضمان امین (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴، ۹) است. بر این پایه، عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و در صورتی که تعدی و تفریط نکند تلف یا معیوب شدن آن بر عهده او نخواهد بود. مستند این قاعده اخباری است که به صراحت از عدم ضمان امین سخن گفته‌اند از آن جمله، روایت نقل شده از امیرالمومنین (ع) که «لیس علی المؤمن ضمان». (نوری، ۱۴۰۸، ۱۶) در روایتی دیگر نیز امام صادق (ع) در پاسخ به این پرسش که اگر مال در دست کسی که با آن تجارت می‌کند و خرید و فروش کالا می‌کند تلف شود آیا ضمان متوجه اوست؟ فرمودند که آن فرد پس از اینکه امین شناخته شده است، غرامتی به او متوجه نخواهد بود. (حرعاملی، ۱۴۰۳، ۲۲۸)

ناگفته نماند که فرق است میان امین اخلاقی با امین فقهی و حقوقی، زیرا در امین اخلاقی صفت امانت داری ملکه فرد است بی‌آنکه نیاز داشته باشد کسی این وصف را در او اعتبار کند درحالی که ملاک امین بودن در فقه و حقوق مأذون بودن متصرف است اعم از اینکه اخلاقاً هم امین باشد یا خیر و خواه سایرین او را امین بدانند یا اساساً به او اعتمادی نداشته باشند. به هر روی، فقیهان ید مستأجر را امانی دانسته و حکم به غیر مضمون بودن عین مستأجره در مدت



اجاره داده‌اند (نجفی، ۶۵۳، ۱۴۱۲). از آنجا که تعدی و تفریط خود موجب ضمان و از اسباب آن به شمار می‌آید (مراغی، ۱۴۱۷، ۴۴۶) دلیل ضمان مستأجر در فرض تعدی و تفریط روشن است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۲، ۶۹) و اگر تعدی و تفریط نکند هیچ یک از اسباب ضمان که در مکتب حقوقی اسلام برشمرده شده‌اند نمی‌تواند مستند حکم به ضمان مستأجر قرار گیرد، چه آنکه مال در دست وی تلف شده است نه اینکه مال را اتلاف نموده باشد، پس قاعده اتلاف کارآیی نخواهد داشت. از سوی دیگر قاعده ید نیز جاری نخواهد بود چون ید او عدوانی و غیرمأذون نیست پس از شمول ضمان ید خارج است. علاوه بر این، ضامن دانستن مستأجر در فرض عدم تعدی و تفریط، ایراد ضرر بی‌جهت و بدون سبب بر اوست که بر پایه قاعده لاضرر چنین ضرری منفی و مردود شناخته شده است.

۲- اجماع: فقیهان بر عدم ضمان امین به اجماع نیز تمسک جستند ولی با ملاحظه ادله و نصوصی که در این خصوص وجود دارد که به برخی از آنها اشاره گردید این اجماع مدرکی محسوب شده و نمی‌تواند به عنوان یک دلیل در عرض ادله دیگر قرار گیرد.

### بند سوم: ادله‌ی مخالفان صحت شرط ضمان مستأجر و پاسخ آن

پژوهش در آثار مکتوب فقیهان نشان می‌دهد که اغلب اندیشمندان فقه امامیه به پرسش اصلی ما مبنی بر اینکه آیا می‌توان در عقد اجاره شرط کرد که مستأجر حتی بدون تعدی و تفریط هم ضامن تلف یا نقصان عین مستأجره باشد؟ پاسخ منفی داده‌اند. تحلیل و نقد مهمترین ادله آنان، دستیابی به پاسخی منطقی برای سؤال یاد شده و در نتیجه اثبات فرضیه این جستار را ممکن می‌سازد.

الف) دلیل اول: شرط ضمان مستأجر مخالف شرع است

از مهمترین دلایلی که مخالفین صحت اشتراط ضمان مستأجر به آن استدلال کرده‌اند این است که این شرط مخالف شرع یعنی مخالف کتاب و سنت می‌باشد (شهید ثانی ۱۴۱۲، ۳۳۱؛ اردبیلی، ۱۴۱۲، ۶۹). واضح است که با ملاحظه روایات اگر موجد شرط کند که مستأجر ضامن عین مستأجره باشد با نصوص مذکور و سنت که پس از قرآن مهمترین منبع استنباط محسوب



می‌شود مخالفت آشکار به عمل آمده است. بنابراین چنین شرطی به جهت مخالفت با مشروع از شمول و عموم قاعده و جوب وفا به شرط خارج است و در شمار شروط باطل قرار می‌گیرد. پاسخ اول: در پاسخ به این استدلال، باید گفت که مقصود از شرط مخالف کتاب و سنت، آن شرطی است که منجر به تحلیل حرام یا تحریم حلال گردد، در حالی که در شرط ضمان مستأجر نه حلالی حرام شده و نه حرامی مباح و حلال گردیده است، چه آنکه با پذیرش شرط مذکور از سوی مستأجر، وی تعهد و ضرری را قبول کرده است که شارع آن را از عهده او برداشته بود که اگر نمی‌پذیرفت ذمه‌اش بری می‌بود و در حقیقت با تقبل شرط، از حق خود گذشته است. پس گذشت او را از حقی که شارع برایش منظور داشته، نباید به مخالفت با شرع تلقی نموده و در نتیجه توافق او و موجر را در این خصوص باطل و بی‌اثر دانست. آری اگر عدم ضمان او تکلیف و الزام باشد چنین سخنی موجه است در حالی که ضامن نبودن مستأجر حق او و قابل گذشت است. شاید غفلت از این نکته مهم موجب گردیده است که برخی از فقیهان شرط زوجه را به ضرر زوج مبنی بر اینکه همسر دومی را برنگزیند فاسد دانسته‌اند (بنگرید: شهید اول بی‌تا، ۱۹۷). زیرا داشتن چهار زن دایم هم زمان حق مرد است که شریعت اسلام به او داده است نه تکلیف الزامی او. از این روست که مرد می‌تواند از این حق خود بگذرد و شرطی را بپذیرد که با آن حق منافات دارد بی‌آنکه خلاف شرعی صورت پذیرفته باشد. ناگفته نماند آنان که مخالفت شرط ضمان مستأجر با شرع را پذیرفته‌اند و از دگر سو شرط مخالف کتاب و سنت و هر شرط فاسدی را مفسد عقد می‌دانند در این مسئله به بطلان عقد اجاره حکم داده‌اند (شهید اول، بی‌تا، ۱۶۵). اما بر مبنای نظر متأخرین که شرط مخالف شرع را صرفاً فاسد دانسته بی‌آنکه فساد آن به عقد هم سرایت کند در شرط ضمان مستأجر اجاره را صحیح دانسته و تنها به بطلان و فساد شرط رأی می‌دهند (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵).

در توجیه بطلان عقد به پیروی از شرط همچنین گفته شده است که تراضی بر عقد در حقیقت به ملاحظه شرط فاسد واقع شده و بدون آن رضایتی بین موجر و مستأجر به وجود نیامده است و چون تحقق عقد بر پایه آیه «الا ان تکون تجاره عن تراض» منوط به تراضی طرفین آن است، پس عقد اجاره محکوم به بطلان خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۵۸).



پاسخ دوم: صحت شرط ضمان در عاریه که به دلیل وجود نصوص مختلف مورد اتفاق همه فقیهان است، می‌تواند گواهی دیگر باشد بر عدم مخالفت این شرط با شرع، زیرا در عاریه خصوصیتی که بخواهد حکم صحت را منحصر در آن بداند وجود ندارد و از این حیث که هم در اجاره و هم در عاریه متصرف امین بوده و ضامن نخواهد بود به هم شبیه‌اند، پس ادله موجود در باب عاریه قابل تسری به سایر عقود مشابه و از جمله اجاره خواهد بود و نباید پناشت که این تعمیم قیاس است و باطل و در نتیجه ادله جواز را صرفاً منحصر به عاریه بدانیم آن چنان که برخی از فقیهان چنین تصور کرده‌اند (بنگرید: نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) بلکه با تنقی مناط حکم که در هر دو یکی است می‌توان نتیجه گرفت همچنان که شرط ضمان مستعیر صحیح است، شرط ضمان مستأجر نیز محکوم به صحت خواهد بود (برای تفصیل بیشتر رک: باقری، ۱۳۸۴، ۳۴۵). به عبارت دیگر، ادله صحت شرط ضمان در عاریه مؤید این مطلب است که ضامن نبودن مستأجر در فرض عدم اشتراط مستلزم عدم ضمان وی در صورت اشتراط نخواهد بود پس شرط ضمان مستأجر مخالف شرع نمی‌باشد. ناگفته نماند که اشتراط ضمان مستأجر، وی را از وصف امین بودن خارج نمی‌سازد بلکه او همچنان امین است و مشمول هر تعریفی که برگزینیم خواهد گردید. تنها اثری که بر این شرط مترتب خواهد شد ضامن 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 ضامن بودن او قابل جمع است و نه عقلا و نه شرعاً با هم منافاتی ندارند. در ابواب دیگر فقه نیز نمونه‌هایی از این قبیل وجود دارد که می‌توان برای تأیید این گفته به آنها استناد کرد مانند ضمان عامل در مضاربه با مال یتیم، ضمان وصی نسبت به موصی به و ضمان یابنده مال گمشده در فرض تلف شدن آن. از این رو، احتمال می‌رود کسانی که شرط ضمان مستأجر را خلاف شرع دانسته‌اند بر این پندار بوده‌اند که این شرط موجب خروج مستأجر از وصف امین بودن می‌شود و از آنجا که مستأجر شرعاً امین است پس هر آنچه که این وصف را از او زایل کند محکوم به بطلان خواهد بود. اما این پندار ناصحیح است و همان طور که پیشتر گفته شد می‌توان تصور کرد که متصرف امین



باشد و در همان حال ضامن نیز محسوب گردد/ هر چند در صورت اطلاق عقد اجاره از این حیث، مستأجر ضامن نخواهد بود و ضامن او متوقف بر اشتراط آن در ضمن عقد است.

ب) دلیل دوم: شرط ضامن مستأجر خلاف مقتضای عقد اجاره است.

یکی از دلایل عمده که بر بطلان شرط ضامن مستأجر ذکر شده است مخالفت آن با مقتضای عقد اجاره می‌باشد، زیرا اقتضای اجاره و نیز امین بودن مستأجر آن است که وی در صورت تلف یا نقصان عین مستأجره اعم از اینکه شرط شود یا بدون اشتراط ضامن نخواهد بود مگر آنکه تعدی و تفریط کند. پس چنانچه در ضمن عقد اجاره‌ای شرط شود که مستأجر در فرض عدم تعدی و تفریط کند. پس چنانچه در ضمن عقد اجاره‌ای شرط شود که مستأجر در فرض عدم تعدی و تفریط ضامن عین مستأجره باشد، چنین شرط برخلاف مقتضای عقد اجاره و محکوم به بطلان است. (علامه حلی، ۱۳۲۹، ۹۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۳۱).

پاسخ: این استدلال پاسخی ساده‌تر دارد، زیرا اقتضای ذات عقد اجاره تملیک منفعت است نه عدم ضامن مستأجر. توضیح آنکه، آنچه به واسطه عقد اجاره و برپایه اقتضای آن محقق می‌شود تملیک منفعت است و از این روست که نمی‌توان در اجاره شرط عدم انتقال منفعت کرد همچنان که شرط منتقل نشدن ملکیت مبیع و ثمن در بیع مبطل آن است. در همه این موارد شرط مذکور خلاف مقتضای عقد است و چنین است که موجد گفته باشد عین را اجازه دادم به شرط اینکه اجاره ندادم یا در بیع مثل این است که بایع بگوید فروخت به شرط آنکه نفروختم. از این روست که اتفاق نظر فقیهان در چنین مواردی نه تنها بطلان شرطی که بطلان عقد است. اما عقد اجاره و اقتضای ذات آن نسبت به ضامن یا عدم ضامن مستأجر دلالتی ندارد بلکه عدم ضامن مستأجر ناشی از امین بودن او و براساس قاعده عدم ضامن امین است، پس می‌توان نتیجه گرفت که عدم ضامن مستأجر اقتضای اطلاق عقد اجاره و شرط ضامن او مخالف مقتضای اطلاق آن است و پرواضح است که شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد در شمار شروط صحیح‌اند و براساس قاعده وجوب وفای به شرط که مستفاد از «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد لازم الوفاء خواهد بود. درست به همین دلیل است که در عاریه نیز چنین





شرطی روا و جایز است، زیرا اگر این شرط برخلاف مقتضای ذات عقد باشد هیچ دلیلی نمی‌تواند آن را تصحیح کند، چه آنکه مبطل بودن شرط مخالف مقتضای ذات عقد امری است عقلی و مورد وفاق همه‌ی عقلای عالم، بنابراین، وجود ادله جواز شرط ضمان در عاریه مبین این معناست که شرط مذکور مخالف اقتضای اطلاق عقد عاریه است نه مخالف اقتضای ذات آن. پس به همان بیانی که در پاسخ به دلیل پیشین گفتیم در اینجا نیز می‌گوییم به جهت فقدان خصوصیت و ویژگی منحصر به فرد در عاریه از این حیث از سویی و با تنقیح مناط ه سبب تشابه این دو عقد از سوی دیگر، شرط ضمان مستأجر همانند شرط ضمان مستعیر صحیح و لازم الوفاء است و نمی‌تواند مخالف مقتضای ذات عقد باشد. حاصل آنکه ذات عقد اجاره نسبت به ضمان یا عدم ضمان مستأجر فی نفسه خالی از اقتضاء است. آری اطلاق هر عقد به طور کلی اقتضاءاتی دارد که برخی مانند تسلیم و نقد فوری و نقد بودن عوض و معوض از آثاری است که عرفاً بر آن مترتب است و برخی چون ثبوت خیاراتی مثل حیوان و مجلس از احکامی هستند که شرعاً بر عقد مترتب می‌شوند که در همه این موارد مانعی بر اشتراط امر مخالف آنها وجود ندارد. بدیهی است عدم ضمان مستأجر از احکامی است که شارع بر عقد اجاره مترتب ساخته است که با ملاحظه آنچه پیشتر گفته آمد، اشتراط ضمان و مخالفت با آن حکم نه موجب مخالفت با شرع است و نه خلاف اقتضای ذات عقد خواهد بود همچنانکه اشتراط سقوط خیار حیوان و مجلس در بیع و حتی خیار غبن فاحش و بلکه افحش در تمامی عقود محکوم به صحت‌اند بی‌آنکه شائبه مخالفت با شرع یا اقتضای ذات عقد بتواد مانعی بر صحت آن قلمداد گردد. بنابراین، شرط ضمان مستعیر نه تنها خلاف مقتضای عقد نیست بلکه شرطی جایز است و به استناد ادله وفا به شرط ماند «المؤمنون عند شروطهم» باید به وجوب وفا به آن حکم نمود. اندیشمندان حوزه حقوق نیز شرط ضمان مستأجر را خلاف مقتضای عقد ندانسته و آن را خارج از شمول شروط مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌دانند و بر این باورند که اقتضای ذات عقد اجاره، تملیک منفعت بیش نیست. (امامی، ۱۳۸۰، ۲۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴۲۰) هر چند مخالفان صحت شرط ضمان مستأجر ادله‌ای دیگر نیز اقامه کرده‌اند ولی با ملاحظه ضعف آشکاری که در نحوه استدلال وجود دارد که عمدتاً ناشی از اتکای همه آنها به



دو دلیل یاد شده یعنی مخالفت با شرع و اقتضای ذات عقد اجاره است از ذکر تفصیلی آنها خودداری می‌کنیم، زیرا بدیهی است که با ابطال ادله اصلی و عمده مخالفان مجالی برای استناد به سایر ادله باقی نمی‌ماند. بنابراین، در پاسخ به استدلال آنان که (آشتیانی، ۱۳۴۲، ۳۰) شرط ضمان مستأجر را مخالف خصوص عقد اجاره دانسته و بر این باورند که مستأجر پس از پرداخت اجرت به موجر و استحقاق انتفاع، به منزله نایب موجر در تصرف به شمار می‌آید و ضامن دانستن او بی‌معناست، چون ی نایب ید منوب عنه است، می‌گوییم: مستأجر به محض تحقق عقد اجاره مالک منفعت می‌شود به این معنا که به سبب عقد اجاره رابطه ملکیت موجر با منفعت در مدت زمان اجاره قطع می‌شود و به جای آن میان مستأجر و منفعت علاقه ملکیت به وجود می‌آید و سلطنت مستأجر به عنوان مالک طلق برقرار می‌گردد پس ید او بر منفعت ید مالکانه و مستقل است و موجر را نسبت به آن هیچ حقی نیست. وانگهی در شرط ضمان سخن از مسئولیت مستأجر نسبت به عین مستأجره است که همچنان در ملکیت موجر است و همان طور که پیشتر گفته شد بنا به طبیعت اجاره در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد نه به عنوان نایب موجر. بنابراین، شرط ضمان مستأجر هیچ مخالفتی به خصوص اجاره نخواهد داشت. صاحب جواهر نیز در عبارت «فائبات الضمان به - - حينئذ مع ان اسبابه انما تستفاد من الشرع - لاخلومن منع» (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) تلویحا به دلیلی دیگر بر مخالفت با شرط ضمان اشاره می‌کند. در رد این استدلال نیز می‌گوییم:

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

ثانیا اینکه فقیهان در متون فقهی و کتب قواعد فقه شرط ضمان مستأجر را از اسباب ضمان شمرده‌اند نمی‌تواند دلیلی بر عدم مشروعیت آن دانست، چه آنکه مقصود، اسبابی هستند که به عناوین اولیه خود موجب ضمان می‌شوند مانند اتلاف (به مباشرت یا به تسبیب)، غضب، تعدی و تغریط 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 (برای تفصیل بیشتر ر.ک: مراعی، ۱۴۱۷، ۴۶۸).



از این رو، بدیهی است که عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض اسباب ضمان مانند اتلاف قرار گیرد. شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جواهر (همان) سرانجام در صلاحیت عموم قاعده یاد شده نسبت به شمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند.

### بند چهارم: استدلال بر صحت شرط ضمان مستأجر

همانطور که گفته شد بیشتر متون فقهی مشحون از استدلال کسانی است که شرط ضمان مستأجر را باطل می‌دانند و کمتر به بیان ادله موافقین شرط صحت پرداخت شده است. اما در این میان برخی از فقیهان در مقایسه میان دو نظریه موافق و مخالف دچار تردید شده و در نهایت ممنوعیت شرط را اظهر دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۱۶۴). برخی نیز آن را اشهر قلمداد کرده و قول به صحت را اظهر دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۲۰). گروهی مانند محقق اردبیلی و خراسانی به صحت شرط مذکور تمایل دارند تا به بطلان آن (به نقل از نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵). برخی از فقیهان متأخر از اظهار تردید و تمایل فراتر رفته و به صراحت به صحت شرط یاد شده رأی داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ۴۲۲). جمعی نیز بر این نظرند که چنانچه موجر در ضمن عقد اجاره شرط کند که در صورت تلف یا نقصان عین، مستأجر قیمت آن را پرداخت نماید این شرط صحیح است اما اگر به معنی اشتغال ذمه‌ی مستأجر به مثل یا قیمت عین باشد، ظاهراً چنین شرطی صحیح نخواهد بود (خویی، ۱۴۱۲، ۹۰). به هر روی برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر به دو دلیل زیر می‌توان استناد جست:

**الف) دلیل اول: اصل صحت شرط:** در مقام استدلال برای قایلین به صحت بدیهی است پس از آنکه ادله مخالفان مورد نقد و بررسی قرار گرفت و دلالت آنها بر ادعای قایلین به بطلان رد شد، خود به خود ادعای موافقان اثبات می‌گردد، زیرا از سویی وقتی نظریه مخالفت شرط ضمان مستأجر با شرع و اقتضای ذات عقد باطل گردید و از دیگر سو، این شرط در شمار هیچ یک از شروط فاسد یا مفسد قرار نمی‌گیرد، این نتیجه منطقی به دست می‌آید که شرط ضمان مستأجر صحیح و برای طرفین عقد اجاره الزام‌آور و لازم‌الوفاء خواهد بود. به عبارت دیگر، اصل اولیه در مورد هریک از شروطی که در ضمن عقود قرار داده می‌شود صحت آن است مگر آنکه دلیلی بر بطلان آن ارایه گردد و چون در بحث شرط ضمان مستأجر ادله ارایه



شده مورد نقد واقع شد و در نهایت برای ابطال آن کارآیی لازم را نداشتند پس براساس اصل یاد شده تا زمانی که بر رد آن دلیل دیگری ارایه نگردد، صحیح و لازم الاتباع خواهد بود. درست به همین دلیل است که فقیهان موافق با این شرط از ارایه ادله تفصیلی خودداری کرده و بیشتر به رد ادله مخالفان پرداخته‌اند.

**ب) دلیل دوم: اطلاعات و عمومات ادله:** قاعده وجوب وفا به شرط و استناد به عمومات و اطلاعات سایر ادله حاکم بر عقود و قراردادها برای اثبات صحت شرط مذکور کافی و وافی باشد. و ادعای برخی از فقیهان (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) مبنی بر اینکه صلاحیت عموم «المؤمنون» در فراگیری آن نسبت به شرط ضمان مستأجر قابل بحث و خدشه است، نمی‌تواند قابل توجه باشد، زیرا این ادعا بدون دلیل و استناد منطقی است. اگر گفته شود (همان) که میان ادله عدم ضمان امین و عموم «المؤمنون» تعارض وجود دارد، زیرا عمم ادله عدم ضمان امین شرط ضمان مستأجر را نیز در بر می‌گیرد، پس بنابر شهرت فتوایی ادله مذکور را ترجیح می‌دهیم از این راه شرط ضمان مستأجر را از عموم قاعده وجوب وفا به شرط خارج می‌سازیم، خواهیم گفت که در مقام تعارض اطلاق دو دلیل، مقتضی قاعده تساقط آنها و رجوع به اصل عملیه می‌باشد و در این موارد شهرت فتواییه صلاحیت ترجیح یکی از آنها را بر دیگری ندارد. وانگهی در این بحث دو دلیل را می‌توان با هم جمع کرد و ادله عدم ضمان امین را حمل کرد بر مواردی که شرط ضمان نشده باشد که در این صورت فرض تساقط هم مطرح نخواهد گردید.

**بخش دوم: مقایسه نظر حقوقدانان در باب شرط ضمان امین در فرض عدم تعدی و تفریط در عقود مختلف**

### **بند اول: شرط ضمان و برائت امین در عقد ودیعه**

از آن جا که مستودع امین است و فرقی از این لحاظ بین مستودع مستأجر و ... نیست لذا در این جا دو سؤال مطرح می‌شود.

۱- آیا ضمن عقد ودیعه مودع می‌تواند شرط کند که امین، اعم از اینکه مرتکب تعدی و تفریط بشود یا خیر، ضامن است؟



به نظر می‌رسد که شروط نایبستی مخل اعتبار و کارآئی اصول حقوقی باشند. در عقد ودیعه اصل بر آن است که مستودع ید امانی دارد مگر آنکه مرتکب تعدی و تفریط شود. این قاعده اختصاص به عقد ودیعه ندارد. در هر جا که شخص ید امانی دارد (مانند وکیل در عقد وکالت، مستأجر در عقد اجاره و مضارب در عقد مضاربه) هنگامی ضامن قلمداد می‌شود که مرتکب تعدی و تفریط گردد. بدین ترتیب شرطی که یک اصل حقوقی را از اعتبار بیندازد باطل است، بدیهی است که برای اعتبار این شرط (شرط ضامن بودن امین) نمی‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی استناد کرد. زیرا در ماده ۱۰ قانون مدنی، توافق طرفین (قرارداد) نایبستی برخلاف اصول حقوقی و قواعد آمره باشد. اگر بر مستعیر شرط ضمان می‌توان کرد، یک امر استثنایی و برخلاف قاعده است (توضیح بیشتر در عقد عاریه خواهد آمد).

۲- نکته دومی که در این بحث مطرح می‌گردد آن است که در ضمن عقد ودیعه، آیا می‌توان شرط نمود که مستودع حتی در صورت تعدی و تفریط ضامن نیست (شرط برائت مستودع)؟

قبول و درج چنین شرطی در عقد ودیعه به نظر می‌رسد بلامانع باشد، زیرا طبیعت دو مسئله فوق با یکدیگر متفاوت است. در فرض اول ما می‌خواهیم شخصی را مسئول و ضامن قلمداد کنیم که هنوز مرتکب تعدی و تفریط نشده است و این برخلاف قاعده است. در فرض دوم مالک می‌خواهد از حقی که به او تعلق می‌گیرد (گرفتن خسارت از امین در صورت ارتکاب تعدی و تفریط) اعراض کند و این امر برخلاف قاعده نیست، زیرا: ماده ۳۰ قانون مدنی می‌گوید: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» و مایملک شخص می‌تواند یک حق مالی باشد. در عقد ودیعه ما ماده قانونی نداریم که شرط عدم مسئولیت یا شرط عدم ضمان امین را در صورت تعدی و تفریط ممنوع اعلام کرده باشد. به همانگونه که شخصی می‌تواند طلبی را که از شخص دیگری دارد ابرائی کند، مودع نیز می‌تواند با درج شرطی، خسارتی را که امکان دارد از مستودع مطالبه کند، اسقاط نماید. نهایتاً باید بگویم که مودع بنا بر قاعده اقدام بر ضرر خود اقدام کرده است. اگر استدلال شود که امین را نمی‌توان از ضمان ناشی از تعدی و تفریط بری نمود، زیرا



ابراء (ابراء)، اسقاط حقی است که در ذمه کسی ثابت باشد و قبل از آنکه مال تلف یا ناقص شود، ذمه مستودع مشغول نشده تا بتوان آن را ابراء نمود. در پاسخ می‌توان گفت که منظور از ابراء «قابلیت» ذمه مستودع به اشتغال، در صورت تعدی و تفریط و تلف مال است. اگر ما، درباره مسئله فوق دچار تردید شویم، مفاد و حکم مندرج در ماده ۴۴۸ قانون مدنی نیز از اعتبار می‌افتد. ماده ۴۴۸ می‌گوید: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود». پس در مقابل این سؤال قرار می‌گیریم که چطور می‌توان سقوط اختیاراتی را که هنوز ایجاد نشده‌اند (مانند خیار حیوان یا تأخیر ثمن) را ضمن عقد شرط نمود؟

گفته می‌شود که با درج شرط «اسقاط کافه اختیارات» ما، در حقیقت اختیاراتی که هنوز ایجاد نشده‌اند اسقاط نمی‌کنیم، بلکه در مقابل اختیاراتی که ممکن است ایجاد شوند و «قابلیت ایجاد» را دارند مانع ایجاد می‌نمائیم، و این امر درست است.

در ودیعه نیز مسئولیتی که ممکن است برای مستودع در صورت تعدی و تفریط ایجاد و یا حقی که برای مودع جهت گرفتن خسارت ممکن است بوجود آید مانعی را با درج «شری» ایجاد می‌کنیم.

۳- ماده ۶۱۴ قانون مدنی می‌گوید «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی و تفریط».

لذا با توجه به نکات حقوقی که فوقاً ذکر گردید، به نتایج زیر می‌رسیم:

اولا - عدم ضمان امین، مندرج در ماده ۶۱۴ قانون مدنی مربوط به عوامل خارج از اراده او (= قوه قاهره). اگر امین خود سبب عیب یا نقص یا تلف مال شود ضامن است.

ثانیا - شرط عدم مسئولیت مستودع (امین)، حتی در صورت ارتکاب تعدی و تفریط خالی از اشکال است. قبول این قاعده منوط بر آن است که، عیب، نقص یا تلف مورد ودیعه، ناشی از «سوءنیت» مستودع نباشد.

ثالثا - شرط ضمان مستودع، در هنگام عقد، اعم از آنکه مرتکب تعدی و یا تفریط بشود و یا نشود، جایز نیست زیرا با اصول حقوقی سازگاری ندارد.

پس بنظر دکتر پرویز نوین شرط ضمان امین در صورت عدم تعدی و تفریط صحیح نیست.



### بند دوم: اثر قرارداد خصوصی در مسئولیت امین

که امین در صورت ارتکاب تعدی و تفریط مسئول تلف یا نقص مال مورد ودیعه است و هر گاه نتوان تقصیری به او نسبت داد ضامن تلف قرار نمی‌گیرد. اکنون، این پرسش به میان می‌آید که آیا بوسیله قرارداد خصوصی می‌توان این نظام قانونی را تغییر داد یا قواعد مربوط به مسئولیت امین در زمره قوانین امری است و قرارداد مخالف آن اعتبار ندارد؟

اثر قرارداد خصوصی در مسئولیت امین و پرسشی را که از آن یاد کردیم می‌توان ضمن دو سؤال جزئی‌تر بدین شرح مطرح ساخت:

- الف - آیا می‌توان در ودیعه شرط کرد که امین در صورت عدم ارتکاب تعدی و تفریط نیز ضامن تلف مال مورد ودیعه باشد؟
- ب - آیا می‌توان در ودیعه شرط کرد که امین در صورت تعدی و تفریط نیز ضامن تلف نباشد؟

### بند سوم: شرط ضمان در صورت عدم تعدی و تفریط

درباره امکان ضامن قراردادن امین در تمام عقود که شخصی به عنوان امین بر مال دیگری مسلط می‌شود، مانند اجاره و ودیعه و مضاربه و وکالت، بحث و تردید وجود دارد. تنها در عاریه است که نویسندگان قانون مدنی، به پیروی از فقه، اعلام کرده‌اند که: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد» (ماده ۶۴۲). در واقع، تمام بحث در این است که آیا مفاد ماده ۶۴۲ ق.م. در سایر عقود امانی نیز قابل اجرا است، یا باید آن را ویژه عاریه دانست و از قیاس پرهیز کرد؟ پاسخ این پرسش را یکبار در عقد اجاره بررسی کردیم (ج ۱، شماره ۱۸۵) و اکنون باید دید در ودیعه چگونه می‌توان شرط ضمان امین را توجیه کرد؟ برای اثبات مخالفت شرط ضمان با مقتضای ودیعه و تفاوت آن با عاریه و اجاره، گفته شده است که، در اجاره اثر اصلی و مقتضای عقد تملیک منافع به مستأجر است و در عاریه، دادن اذن در انتفاع. درست است که بطور معمول مورد اجاره و عاریه نیز به تصرف امین داده می‌شود تا از منافع آن بهره‌مند شود، ولی امانت دادن در این گونه قراردادهای جنبه فرعی دارد و نتیجه تسلیم مال است که گاه نیز ضرورتی برای آن



وجود ندارد (مانند اینکه شخص ماشینی را به دیگری اجاره دهد و خود راننده آن باشد). برعکس، در ودیعه، مفاد عقد، چنانکه گفته شد (ش ۵)، نیابت دادن بمنظور حفظ مال است و مستودع باید بر آن مسلط شود به بیان دیگر تسلیط امین بر مال مورد ودیعه و به نیابت از طرف مالک، مقتضای ودیعه است. از سوی دیگر، چون دست امین (نایب) بر مال به منزله دست مالک است، ضامن قرار دادن او نیز به منزله این است که مالک را ضامن تلف مال خود سازیم یا تلف مال کسی را برعهده دیگری گذاریم و چنین نتیجه‌ای را قانونگذار، جز در مورد غصب مال دیگری، نمی‌پذیرد. از همین جا است که باید پذیرفت، نفوذ شرط ضامن در مود عاریه جنبه استثنایی دارد و مخصوص قواعد عمومی است و لازمه نیابت دادن و امین قرار دادن کسی، ضامن نبودن او در مورد تلف مال است. پس، از ترکیب دو مقدمه‌ای که گفته شد، چنین نتیجه می‌شود که شرط ضامن امین در ودیعه، برخلاف عاریه و اجاره، خلاف مقتضای ذات عقد است و نفوذ حقوقی ندارد.<sup>۱</sup> در انتقاد از این نظر می‌توان گفت، هر چند که امین به نیابت از طرف مالک بر مال او مسلط شود، شخصیتی جداگانه دارد و رابطه او و مالک را قرارداد معین می‌کند. پس، اگر ضمن چنین قراردادی شرط شود که، گذشته از تعهد به نگاهداری، امین مسئولیت تلف مال را نیز می‌پذیرد، نباید گفت نفوذ شرط به منزله این است که مالکی مسئول تلف مال خود قرار گیرد، یا زیان تلف مال کسی برعهده دیگری واقع شود. قانونگذار، برای رعایت حقوق امین، که برای احسان به دیگری برعهده گرفته است تا مال او را به رایگان نگاه دارد، عادلانه می‌داند که ضامن حوادث خارجی و احتراز ناپذیر نباشد. از مفاد توافق آنان و عرف حاکم بر اینگونه روابط نیز چنین فهمیده نمی‌شود که امین خارج از حدود استطاعت خود ضامن قرار گرفته و قانون نیز همین حقیقت عرفی و قراردادی را مبنای قاعده «عدم ضمان» امین قرار داده است. پس، اگر امین تضمین سلامت مال را به رغبت بپذیرد و احساس خویش را کامل سازد، چرا نباید آن را نافذ دانست؟<sup>۲</sup> از سوی دیگر، انگیزه اصلی طرفین در

۱ - سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، چاپ سربی، ج ۲، ص ۲۴۱ و ۲۴۲؛ چاپ سنگی، ص ۱۱۵.

۲ - برای دیدن استدلالی که تکیه بر تکمیل احسان امین کرده است تا شرط را نافذ بدانند، رجوع شود به: دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۷۳ - مرحوم سید محمد کاظم یزدی نیز، در نوشته‌های خود، با پذیرفتن شرط ضامن برای





انعقاد ودیعه این است که امین مال مورد عقد را نگاهداری کند. تحقیق همین انگیزه و استفاده از خدمات رایگان امین مقتضای عقد است که، هرگاه از آن گرفته شود، جوهر و طبیعت این رابطه حقوقی را دگرگون می‌سازد. اعطای نیابت و امین قرار دادن مستودع وسیله فنی تحقق بخشیدن به انگیزه اصلی است و احکام متعارف آن را نباید با مقتضای عقد اشتباه کرد. وانگهی، شرط ضمان امین، تعهد او را در حفظ مال تقویت می‌کند و گامی است در همان سویی که عقد بخاطر آن واقع شده. پس، چگونه می‌توان ادعا کرد که چنین شرطی با مقتضای عقد منافات دارد و آن را بیهوده می‌کند؟ مفاد مواد ۶۴۲ و ۶۴۳ نشانه آن است که قانونگذار مفهوم نیابت را با مسئولیت قراردادی امین در مورد بی‌تقصیری او قابل جمع می‌داند و شرط را خلاف نظم عمومی نمی‌بیند. بنابراین، با تحلیلی که از مفاد عرفی و مقتضای ودیعه شد، دیگر تردیدی در نفوذ شرط احترام به قرارداد خصوصی در این زمینه باقی نمی‌ماند (ماده ۱۰ ق.م.).

دکتر امامی در باب شرط ضمان معتقدند:

می‌توان در عقد ودیعه شرط نمود که مستودع بدون تعدی و تفریط نیز ضامن تلف و نقص مال ودعی باشد، زیرا عدم ضمان مقتضای ذات عقد ودیعه به شمار نمی‌رود تا شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد باشد و فلسفه عقد ودیعه که احسان و کمک از طرف مستودع است منافات با تضمین او ندارد تا مانع از صحت شرط ضمان باشد، زیرا مستودع در اثر شرط ضمان احسان خود را که منظور از قبول ودیعه است تکمیل می‌نماید و علاوه بر نگهداری مال مودع، تعهد بیدل مال ودعی در صورت تلف آن می‌نماید و این امر تحیل بر احسان کننده نیز نخواهد بود، زیرا همچنانکه مستودع به میل خود اقدام به احسان نموده تضمین را نیز پذیرفته است، و امری تحمیل شناخته می‌شود که بدون موافقت کسی برعهده او گذارده شود. بنابراین طبق ماده «۱۰» و شامل نیون ماده «۲۳۳» و «۲۳۴» ق.م شرط مزبور صحیح می‌باشد. اشکالی که ممکن است بشود لازم الاتباع نبودن شرط مندرج ضمن عقد جائز ودیعه است که بتبع عقد جائز، جائز

---

مستأجر، در واقع از تأکید بر نامشروع بودن ضمان امین دست برداشته است (عروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۲۰ - سؤال و جواب، ص ۲۷۷) و صاحب جواهر، با قبول مفهوم «ودیعه مضمونه» (پس از تعدی امین) دو عنوان «امانت» و «ضمان» را قابل جمع می‌داند.



می‌باشد ولی چنانکه گذشت شرط ضمن عقد جائز مادام که عقد جائز باقی است لازم الاتباع می‌باشد اگرچه به تبع عقد جائز منحل می‌گردد. فقهای امامیه شرط ضمان را در عقد ودیعه باطل می‌دانند، برخلاف آنکه شرط مزبور ضمن عقد عاریه درج گردد که اجماعاً آنرا صحیح می‌دانند. یکی دیگر از حقوقدانان در باب شرط ضمان این چنین نظر داده است<sup>۱</sup>:

یکی دیگر از شروطی که در ضمن عقد ودیعه، وضعیت آن قابل بررسی است، شرط ضمان امین است. مراد از شرط این نیست که تصرف امین در مال موضوع قرارداد از لحاظ حکمی، نامشروع و غیرقانونی محسوب شود، بلکه بر مبنای شرط، امین مسئول جبران خسارت احتمالی وارده بر مال قرار گیرد. شرط ضمان امین، نه تنها در عقد ودیعه بلکه در تمام عقود موجب امانت، مانند عاریه، اجاره، وکالت و غیره نیز قابل بررسی است و به همین جهت موضوع کلی بحث می‌شد. در قانون مدنی در مبحث شروط ضمن عقد، به پیروی از حقوق اسلام<sup>۲</sup>، شرط از لحاظ حکمی و وضعیت حقوقی به سه نوع، مبطل، باطل و صحیح تقسیم شده است. صاحب نظران در مورد وضعیت شرط ضمان امین، هر سه حکم مزبور را احتمال داده‌اند:

بعضی معتقدند: شرط ضمان امین باطل و موجب بطلان عقد اصلی نیز می‌شود؛<sup>۳</sup> زیرا شرط منافی با اقتضای اثر ذاتی عقد اصلی است که موجب امانی بودن تصرف مشروط علیه در مال موضوع عقد شده است؛ چون به اقتضای اثر ذاتی عقد، تصرف مشروط علیه نسبت به مال امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحت آن، تصرف مشروط علیه نسبت به آن ضمانی است و حکم ضمان و امان نسبت به شی واحد و تصرف واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و نمی‌توان چنین شرطی را در ضمن قرارداد موجب امان درج کرد. مثلاً در قرارداد ودیعه، اقتضای اثر ذاتی و اصلی عقد این است که تصرف مستودع نسبت به مال امانی باشد. اقتضای شرط در این است که تصرف او نسبت به مال ضمانی باشد. در نتیجه، شرط ضمان

<sup>۱</sup> - دکتر باریکلو - عقود معین

<sup>۲</sup> - ر. ک. ملا احمد نراقی، عوائد الايام، الطبعة الاولى، قم، مرکز النشر، ۱۳۷۵، ص ۱۲۹

<sup>۳</sup> - علامه حلی، پیشین، ص ۳۰۴ / سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، پیشین، ص ۱۹۲ / شیخ مرتضی انصاری، ج ۳،

پیشین، ص ۹



امین، شرط خلاف مقتضای ذات عقد است که به اتفاق چنین شرطی موجب بطلان عقد می‌شود.<sup>۱</sup> اصولاً حکم امانی بودن تصرفات متصرف نسبت به مال از آثار اثر ذاتی یا اطلاق عقود نیست، بلکه حکم قانونی است؛ چون اثر ذاتی عقد، مثلاً در اجاره ملکیت منافع و در عاریه حق انتفاع از مال برای مستعیر و در ودیعه تعهد حفظ مال برای مستودع و در مضاربه حق تجارت با مال مالک برای عامل است. بنابراین، باید دید آیا حکم قانون به امانی بودن تصرفات امین، حکمی آمره است؟ با توجه به اینکه مفهوم عرفی شرط، شامل حکم تکلیفی نمی‌شود، بلکه منحصر در حکم وضعی است؛ به عبارت دیگر، مفهوم ضمان عبارت از این است که در صورت تلف مال در دوران تصرف امین، مثل یا قیمت آن بز دمه او قرار گیرد؛ این مفهوم از شرط ضمان منافاتی با جواز تصرف او در مال ندارد، همان گونه که در عاریه طلا و نقره قانوناً مستعیر ضامن عین مورد عاریه اعلام شده است ولی چنین ضمانی منافی با مشروعیت تصرف او در مال نیست. بنابراین، هر چند بعضی این نظریه را به عنوان قول مشهورتر به فقهاء نسبت داده‌اند<sup>۲</sup> ولی دلیل محکمی که دلالت بر صحت آن کند، اقامه نشده است. علاوه بر این، ضمان و مسئولیت دام پزشکی نسبت حیوان مورد درمان اجماعی است، با وجود این که در باب معاملات، مستأجر و اجیر را امین دانسته‌اند؛ یا در باب دیات، حامل متاع را ضامن محموله و صنعتگر را ضامن مال محسوب کرده‌اند. نظریه دیگر مبتنی بر بطلان شرط و صحت عقد می‌باشد؛ زیرا شرط مخالف با شرع محسوب شده است و به عبارت دیگر، شرط ضمان امین، شرط خلاف شرع می‌باشد. بعضی، ضمن تقویت این نظریه در مورد شرط ضمان مستأجر، معتقدند: شرط ضمان مستأجر صحیح نیست، زیرا چنین شرطی مخالف با کتاب است. عدم ضمان مستأجر ناشی از عدم اقتضای ضامن نیست، بلکه ناشی از اقتضای ادله است، چون عموم قاعده ید اقتضای ضمان نسبت به متصرف در مال غیر دارد و اگر امین ضامن نیست به علت تخصیص قاعده ید به ادله خاص است والا اقتضای ضمان متصرف در مال غیر بر مبنای قاعده

<sup>۱</sup> - شهید الثانی، (زین الدین جعبی عاملی)، شرح لمعه، ج ۲، چاپ سوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷، ص ۳.

<sup>۲</sup> - سید علی طباطبایی، پیشین، ص ۲۰۱-۲۰۰.



ید موجود است. در نتیجه، شرط باطل است.<sup>۱</sup> به استناد این دلیل نمی‌توان غیر مشروع بودن شرط را اثبات کرد؛ زیرا اولاً احکام مربوط به اموال از قواعد تکلیفی است که به استناد قاعده سلطه، توافق برخلاف آن نافذ است. ثانیاً بر مواردی است که متصرف مستقلاً اقدام به اخذ مال غیر بدون رضایت مالک و بدون مجوز قانونی کند؛ ولی در مواردی که مال غیر به مجوز قانون و رضای مالک، در اختیار متصرف، به طور مطلق قرار می‌گیرد و مالک آن را به تصرف متصرف می‌دهد، شکی در عدم ضمان متصرف نیست و از دیدگاه عقلاء، قاعده ید از این گونه موارد منصرف است.<sup>۲</sup> در نتیجه، عدم ضمان امین مبتنی بر اقتضای ادله نیست، بلکه ناشی از عدم اقتضای ادله است و اگر شرط ضمان شود، به استناد قاعده شروط برای مشروع علیه اقتضای ضمان ایجاد می‌گردد. همانگونه که بعضی نیز به تعبیری دیگری به این وجه معتقد شده‌اند.<sup>۳</sup> بعضی دیگر به صحت و نفوذ شرط معتقد شده‌اند،<sup>۴</sup> زیرا حکم به امانت امین، آمره و مطلق نیست، بلکه محدود به مودی است که او تعدی و تفریط نکرده باشد و با شرط ضمان نشود؛ اگر تعدی و تفریط کند، به حکم قانون 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) سؤال شده است: آیا اگر در تصرف حمل کننده، کالا یا متاع شکسته شود یا دور ریخته شود، ضامن است؟ حضرت جواب داده‌اند: اگر امین است، ضامن نیست و الا ضامن است.<sup>۵</sup> این روایت بطور ضمنی شرط ضمان امین را نافذ دانسته است؛ زیرا امام (ع) بین ضمان و امان تفصیل می‌دهند، در حالی که اقتضای قواعد در صورت بطلان شرط

۱ - سید محسن حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۹۲ هـ.ق، ص ۷۰

۲ - ر.ک. علی رضا باریکلو، شرط ضمان امین، مطالعات اسلامی، ش ۸۳، مشهد، دانشگاه فردوسی، ۱۳۸۴، ص ۶۳ به بعد.

۳ - شیخ مرتضی انصاری، پیشین، ص ۹

۴ - همانجا / سید روح... موسوی، پیشین، ص ۱۹۲ / سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، سؤال و جواب پیشین، ص ۳۰۷ /

سید علی طباطبایی، پیشین ص ۲۰۱-۲۰۰ / مقدس اردبیلی، پیشین، ص ۶۹ / شیخ ناصر مکارم شیرازی، انوارالفقاهه، ج ۴،

چاپ اول، قم، مدرسه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ هـ، ص ۲۷۵

۵ - فی الرجل یتأجر الحمال فیکسر الذی یحمل علیه او بهریقہ. قال: ان کان مأمونا فلیس علیه شی و ان کان غیر مأمون فهو



ضمان امین، عدم مسئولیت او می‌باشد. تفصیل امام (ع) دلالت بر این دارد که ممکن است شرط ضمان او شده باشد که در این صورت او ضامن است. واضح‌تر از این روایت، روایت موسی بن بکر از حضرت موسی بن جعفر (ع) است که سؤال شه است: مردی از دریانوردان کشتی جهت حمل غذا اجاره کرده و شرط نموده است که اگر غذا کاسته شود، دریانورد ضامن باشد. امام فرمودند: شرط نافذ است. سؤال کننده پرسد: ممکن است غذا زیاد شود. حضرت فرمودند: آیا ملوان ادعا می‌نماید که او بر مقدار آن افزوده است؟ گفت: خیر، حضرت فرمودند: زیادی از آن مالک غذا است ولی ملوان باید نقصان را جبران نماید.<sup>۱</sup> نظریه صحت شرط از سایر نظریات موجه‌تر و با قواعد و اصول حقوقی منطبق‌تر است، زیرا به استناد ماده ۳۰ ق.م. که مبتنی بر قاعده الناس یا سلطه است مردم در اموال خویش حق هرگونه تصرف عقلایی را دارا می‌باشند. این تصرفات می‌تواند مجانی یا معوض باشد. تصوفات معوض نیز می‌تواند معوض به عوض قراردادی باشد، مانند معاوضات که مالک در مال خود تصرف می‌کند تا عوض آن را بدست آورد یا معوض به ضمان مثل و قیمت باشد، مانند عاریه مضمونه که مالک تصرف مستعیر را مشروط به جبران خسارت احتمالی در مال می‌نماید. بنابراین، با توجه به این که موضوع مورد بحث شرط ضمان امانت مالکی است نه قانونی، چنین شرطی را نمی‌توان خلاف کتاب و سنت تلقی نمود زیرا طبق کتاب و سنت، تصرف هر کسی در مال دیگری ضمانتی است و این قاعده و اصل در صورتی تخصیص خواهد خورد که قانون یا مالک، متصرف را امین محسوب کرده باشد. همچنین، مفهوم ضمان، ضمان تکلیفی نیست که چنین شرطی مخالف اذن مالک و یا مخالف اثر ذات عقد اصلی تلقی شود؛ بلکه ضمان وضعی است و مراد این است که در صورت ورود خسارت به مال، متصرف ضامن جبران آن باشد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - موسی بن بکر عن ابی الحسن علیه الصلاه و السلام. قال: سألته عن رجل استأجر سفینه من ملاح فحملها طعاما و اشترط علیه، ان نقص الطعام فعليه؟ قال: جاز، قلت. انه ربما زاد الطعام؟ فقال: يدعی الملاح انه زاد فيه شيئا؟ قلت: لا؛ فقال: هو لصاحب الطعام الزیاده و علیه النقصان اذا كان قد اشترط علیه ذالك.

<sup>۲</sup> - برای بررسی تفصیلی دلالت هریک از این نظریاتف ر.ک. علی رضا باریکلو، پیشین، ۵۸ به بعد.



## نتیجه گیری

از رهگذر تطبیق نظریه مخالفان موافقان با صحت شرط ضمان مستأجر، نظریه‌ای که این شرط را صحیح می‌داند منطقی‌تر و موجه‌تر به نظر می‌رسد، زیرا علاوه بر آنچه که در رد استدلال مخالفان به نقل از فقیهان گفته شد، سیره‌ی عقلایی مؤید نظریه صحت است، چه آنکه امروزه در جامعه‌ی بشری نه تنها به سبب شرط ضمن عقد مستأجر ضامن تلف و نقصان عین مستأجره شناخته می‌شود بلکه به قدری استمرار دارد و شایع است که در برخی موارد حتی بدون شرط هم، ضمان متوجه مستأجر است. به این معنا که در بیشتر قراردادهای اجاره که امروزه به صورت معاطاتی جریان دارد و غالباً از آنها به کرایه تعبیر می‌شود، قرینه عرفی بر اشتراط ضمان وجود دارد و نیازی به یادآوری آن در ضمن عقد احساس نمی‌شود. کرایه‌ی اتومبیل، ظروف، فرش و سایر ملزومات برای برگزاری مراسم مختلف و همچنین اجاره‌ی دستگاه‌های صوتی و تصویری و کرایه فیلم و دهها نمونه‌ی دیگر مشمول همین عرف حاکم بر جامعه هستند و از این سیره عقلایی پیروی می‌کنند. بنابراین هم با ملاحظه‌ی ادله و مباین نظری، و هم با توجه به سیره عقلایی و عرف حاکم بر جامعه، شرط ضمان مستأجر صحیح می‌نماید که اگر بدون توجه به این سیره و ارتکاز عقلایی شرط ضمان مستأجر را باطل بدانیم و به عدم ضمان او حکم کنیم و در واقع به رویارویی با عرف عقلاً برخاسته‌ایم که تجربه نشان داده است هرگاه احکام فقهی و حقوقی در مقابله با عرف قرار گرفته، محکوم به شکست و بازگشت به سیره عقلایی شده است. نباید پنداشت که شرط ضمان منحصر در اجاره و صرفاً در ارتباط با مستأجر است و سایر اماناء را دربر نمی‌گیرد، زیرا با ملاحظه ادله‌ای که ارایه گردید و صلاحیت آنها بر تعمیم، به سایر عقود مشابه اعم از اینکه اولاً و بالذات اذنی باشند مثل ودیعه و عاریه یا ثابتاً و بالعرض مشمول احکام عقود اذنی باشند مانند وکالت و وصایت، نیز تسری می‌یابد. عرف بر این مدعا نیز گواهی می‌دهد. برای نمونه امروز صندوق امانات بانک با سیار مؤسسات در قبال مورد امانت ضامن هستند. بدون توجه به اینکه تلف یا نقصان مستند به تعدی و تفریط آنها باشد یا بی تقصیر از بین رفته باشد. بنابراین استبعاد این تعمیم به لدلیل مخالفت آن با مذاق شرع که از سوی برخی از فقیهان (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) مطرح شده است موجه به نظر نمی‌رسد. شایان ذکر است که ضمان مستأجر با عدالت حقوقی ناسازگار نیست و نمی‌توان با



استناد به نفی حکم ضرری در اسلام آن را باطل دانست، زیرا به رغم اینکه وی در تلف یا نقصان عین مستأجره تقصیری نداشته است ولی چون با اراده خود و طیب خاطر آن را پذیرفته است از شمول قاعده‌ی لاضرر خارج خواهد شد، چه آنکه ضرر بی‌جهت در اسلام نفی شده است نه هر ضرری. هرچند حکم کراهت در تواوان گرفتن که در متون فقهی (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۵۵) مطرح شده است در این بحث نیز جریان دارد. علاوه بر این در جامعه تحول یافته امروزی برای جلوگیری از ضرر بیشتر، بیمه کردن کالا مکان‌های استیجاری بهترین راهکاری است که معمول و مورد توجه است به گونه‌ای که در جوامع پیشرفته‌تر چهره اجبار و الزام نیز به خود گرفته است. ناگفته نماند که شرط ضمان مستأجر در مواردی که برخلاف عقل و سیره‌ی عقلایی باشد محکوم به بطلان خواهد بود. بنابراین اگر موجر در ضمن عقد اجاره منزل مسکونی، ضمان مستأجر را نسبت به عین مستأجره شرط کرده باشد، و در اثنای اجاره یا پس از اتمام آن و پیش از رد به مالک (در فرضی که تأخیر در استرداد موجه باشد) منزل مذکور به واسطه‌ی آفت سمای مانند سیل یا زلزله از بین برود یا منهدم شود، موجر نمی‌تواند با استناد به شرط ضمان، از مستأجر خسارت بگیرد، چون عرف و ارتکاز عقلایی چنین ضمانی را نمی‌پذیرد. قانون مدنی هم به نظر می‌رسد که با توجه به مواد مختلف از جمله ۴۹۳، ۶۱۴ و ... تمایل به پذیرش ضمان امین در فرض عدم تعدی و تفریط را داشته باشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## منابع و مأخذ

- ۱- آشتیانی، میرزا محمود، ۱۳۴۲، هـ.ش، شرح کتاب الاجاره، تقرير بحث شيخ مرتضى غزوى آشتیانی، بی جا
- ۲- امامی، سید حسن، (۱۳۸۰) هـ.ش، حقوق مدنی، جلد ۲، تهران، کتابفروشی اسلامیه
- ۳- امام خمینی، سید روح الله، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۱۳۶۳ هـ.ش، تحریر الوسیله، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۴- باقری، احمد، (۱۳۸۴)، هـ.ش، فقه مدنی «عقود تملیکی بیع اجاره»، تهران
- ۵- حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۳ هـ.ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۳، تهران، انتشارات اسلامیه
- ۶- خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۲ هـ.ق، ۱۹۹۲ م، منهاج الصالحین، جلد ۲، بیروت، دارالبلاغه
- ۷- عقود معین، دکتر کاتوزیان، جلد ۴ (کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۴)
- ۸- ح مدنی، جلد ۲، سید حسن امامی (امامی، سید حسن، ح مدنی، جلد ۲)
- ۹- باریکلو، علیرضا، ح مدنی ۷- عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم
- ۱۰- مجله دانشکده علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۸۷
- ۱۱- خوانساری، شیخ موسی بن محمد، ۱۴۱۸ هـ.ق، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۱، تقریرات میرزا محمد حسین نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۱۲- سهنوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۷۰ م، الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید، جلد ۶، بیروت، داراحیاء التراث العربی
- ۱۳- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، بی تا، اللمعه دمشقیه، بیروت، دارالناصر
- ۱۴- شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ۱۹۹۲ م، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۴، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۱۵- شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن بن علی، بی تا، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۳، بیروت، دارالکتاب الاسلامی.





- ۱۶- طباطبائی، سد علی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ۱۹۹۲ م، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، جلد ۶، بیروت، دارالهادی
- ۱۷- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۱۹۹۰ م، العروه الوثقی، جلد ۲
- ۱۸- علامه‌ی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ۱۳۲۹ هـ.ق قواعد الاحکام فی معرفه الحال و الحرام، جلد ۱، تهران: چاپ سنگی
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی «معاملات معوض - عقود تملیکی «بیع - معاوضه - اجاره - قرض»، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- ۲۰- محقق اردبیلی، شیخ احمد، ۱۴۱۲ هـ.ق، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۱۰، قم، مؤسسه نشر الاسلامی
- ۲۱- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۱۹۹۸ م، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، بیروت، دارالاضواء
- ۲۲- مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ هـ.ق، العناوین، جلد ۲، قمف مؤسسه النشر الاسلامی
- ۲۳- موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، ۱۴۲۴ هـ.ق، القواعد الفقهیة، جلد ۲، قم، دلیل ما

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشکاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی