

## شرط ضمان امین در فقه امامیه\*

دکتر علیرضا باریکلو

استادیار مجتمع آموزشی عالی قم، دانشگاه تهران

E-mail: bariklou @ ut-cq.ac.ir

### چکیده

یکی از موضوعات قابل بررسی شرط ضمان امین است زیرا در عرف جامعه در بسیاری از معاملات امانی، شرط ضمان امین می‌شود. بنابراین، ضروری است که وضعیت چنین شرطی از لحاظ فقهی روشن گردد. نظریات فقهی در این مورد را می‌توان در سه گروه خلاصه کرد: نخست نظریه بطلان شرط و عقد به استناد اینکه شرط خلاف مقتضای ذات عقد است؛ دوم نظریه بطلان شرط، به این دلیل که شرط ضمان امین، شرطی مخالف با کتاب و سنت است؛ سوم نظریه صحت شرط، زیرا دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد و آنچه در مورد بطلان شرط یا عقد به سبب شرط گفته شده است، قابل استناد نیست.

**کلیدواژه‌ها:** ضمان، امین، شرط، عقد، خسارت.

\* - تاریخ وصول: ۸۳/۳/۱۷ ، تاریخ تصویب نهایی: ۸۳/۶/۳

## مقدمه

در فقه اسلامی، اگر کسی در مال دیگری تصرف مشروع و مجاز کند، ید او نسبت به آن امانی است و مسئول جبران خسارت وارده نیست مگر اینکه مالک، تعدی یا تفریط او را اثبات نماید. تصرف مجاز ممکن است از اذن صریح و ابتدائی شارع ناشی شود، که به امانت شرعی معروف است. این نوع امان از موضوع مورد بحث خارج است و یا ممکن است از اذن ضمنی شارع در تنفیذ اذن و معاملات مالک ناشی شود که به امانت مالکی مشهور است؛ همین موضوع مورد بحث است. بنابراین، سؤال این است که در عقود موجب امان، اگر مالک بر متصرف شرط ضمان کند، آیا این شرط نافذ است و شارع چنین شرطی را تنفیذ می‌کند؟

عقود امان آور، ممکن است به عقد معوض یا مجانی، لازم یا جایز و سایر این موارد تقسیم شود ولی گوناگونی عقود، موجب تغییر ماهیت شرط یا کلی شدن مفهوم و موضوع نمی‌شود و اگر در ضمن هر یک از این عقود، شرط ضمان شود، ماهیت شرط یکسان است و تنوع عقود موجب تنوع شرط ضمان یا توسعه در قلمرو مفهومی آن نمی‌شود. به همین جهت بسیاری از صاحب نظران نیز شرط مزبور را در تمام عقود امانی در یک موضوع مورد بررسی قرار داده‌اند (انصاری، ۱۷/۳؛ نائینی، ۲۱۷/۳ به بعد). شرط ضمن عقد، عبارت از تعهد یا اثر یا وصفی و صفتی است که عقد ذاتاً و اطلاقاً اقتضای تحقق آن را ندارد بلکه طرفین، در ضمن عقد بر وجود آن توافق می‌کنند. در نتیجه، شرط به سه نوع، شرط فعل، نتیجه و صفت تقسیم می‌شود که شرط صفت از موضوع مورد بحث خارج است زیرا شرط ضمان امین ممکن است از طریق شرط فعل و یا نتیجه در ضمن عقد درج شود و با شرط صفت ممکن نیست. اگر شرط ضمان امین به شرط فعل در ضمن عقد درج شود، مفهوم آن این است که مشروط علیه باید در نگهداری و حفاظت از مال تلاش کند و اگر خسارتی بر آن وارد شود، جبران کند. ولی اگر به شرط نتیجه درج شود، مفهوم آن این است که اگر خسارتی بر مال وارد

شود، مشروط علیه ضامن جبران آن می‌باشد. در نتیجه، یکی از موضوعات مهم قابل بررسی، حکم وضعی شرط ضمان امین است.

با توجه به آنچه گفته شد، هر چند حکم اولیه در فقه اسلامی درباره متصرف مشروع در مال غیر، امان است و در صورتی مسئول است که تعدی یا تفریط او ثابت شود در عرف جامعه در بسیاری موارد، مالک به مسئولیت امانی متصرف اکتفاء نمی‌کند بلکه ضمن شرط ضمنی و عرفی یا شرط شخصی، بر مسئولیت و ضمان امین تصریح می‌کند و او را ضامن مال مورد تصرف قرار می‌دهد.

مثلاً در اکثر اجاره‌های اتومبیل بدون راننده یا منازل مسکونی، بر مستأجر شرط می‌شود که مال را طبق وضعیت زمان تسلیم، بعد از انقضاء مدت عقد، به موجر تسلیم کند. همچنین در عرف پارکینگ داری، متصدی یا مدیر پارکینگ عرفاً ضامن خسارت وارده به مال در قبال ملک است. در عرف انبارداری تجاری نیز، انباردار به شرط عرفی یا ضمنی، مسئول و ضامن حفظ مال است و در صورت ورود خسارت، نمی‌تواند به حکم امانی بودن تصرف خود استناد کند، بلکه باید خسارت وارده به مال را جبران نماید. علاوه بر این موارد، در عرف هتل داری و مهمانسرا داری نیز مدیر عرفاً مسئول حفظ اموال مسافر است و باید نسبت به اموال او ضامن شود و الا مسافر حاضر به اقامت در هتل یا مهمانسرای مزبور نمی‌شود.

بنابراین، با توجه به رواج شرط ضمان امین در جامعه در موارد مذکور از یک طرف و حکم اولیه فقه اسلامی مبنی بر عدم مسئولیت امین در صورت عدم اثبات تعدی یا تفریط او از طرف دیگر، ضروری است که بررسی شود، آیا شرط ضمان امین، که در عرف رایج است، نافذ است و یا حکم امانی بودن امین از احکام آمره است و شرط خلاف آن، شرط مخالف کتاب و سنت است.

علاوه بر این، در صورت صحت شرط، لازم است قلمرو و دامنه آن نیز بررسی شود که آیا شرط ضمان امین، شامل موارد قوه قاهره نیز می‌شود و یا در صورت اثبات قوه قاهره، مشروط علیه نسبت به خسارت ناشی از آن ضامن نخواهد بود.

مراد از وضعیت شرط، حکم وضعی است که در فقه اسلامی بر معاملات و شروط ضمن آن مترتب است. در فقه اسلامی شرط از لحاظ وضعیت به سه نوع، مبطل، باطل و نافذ تقسیم شده است (نراقی، ص ۱۲۹): شرط مبطل (مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد) به شرطی اطلاق می‌شود که نه تنها باطل و بی‌اثر است بلکه موجب بطلان قرارداد اصلی که شرط مزبور در ضمن آن درج شده است، نیز می‌شود؛ شرط باطل (مانند شرط غیر مقدور) به شرطی گفته می‌شود که اثری ندارد و باطل است ولی موجب بطلان قرارداد اصلی نمی‌شود؛ شرط صحیح به شرطی اطلاق می‌گردد که معتبر است و مشروط له حق دارد انجام یا وجود آن را از مشروط علیه خواستار شود. شرط نافذ به سه نوع: شرط فعل، شرط صفت و شرط نتیجه تقسیم می‌شود که شرط صفت موضوعاً از محل بحث خارج است.

در این مقاله تلاش شده است، نظریات فقهاء در مورد وضعیت شرط ضمان امین، اعم از فعل و نتیجه، با توجه به مفهوم عرفی شرط، طبق اصول و قواعد فقه امامیه مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

### حکم وضعی شرط در نظریات فقهی

همان گونه که گذشت درباره وضعیت یا حکم وضعی شرط ضمن عقد در فقه اسلامی، سه حکم مبطل، باطل و صحت وجود دارد. در مورد وضع شرط ضمان امین، هر سه حکم مزبور برای آن اظهار شده است. بعضی از فقهاء معتقدند که شرط ضمان امین باطل است و موجب بطلان عقد اصلی نیز می‌شود. بعضی دیگر فقط معتقد به بطلان شرطند و گروه دیگری نیز معتقد به صحت و نفوذ آن شده‌اند که دلیل هر یک از این نظریات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### نظریه بطلان شرط و عقد

در مورد وضعیت شرط ضمان امین، یک نظر عبارت از این است که چنین شرطی

نه تنها باطل و بلا اثر است بلکه موجب بطلان عقد اصلی، که شرط در ضمن آن درج شده است، نیز می‌شود. این نظریه به مشهور فقها نسبت داده شده است (حلی، ۳۰۴/۲؛ انصاری، ۹/۳؛ امام خمینی، ۱۹۲/۵). ولی آنچه مهم است بررسی دلایل این نظریه است که مورد بررسی قرار می‌گیرد.

دلیل اوّل و عمده این نظریه، مخالفت شرط با اقتضای ذات عقد اصلی است که موجب امانی بودن تصرف مشروط علیه در مال موضوع عقد شده است. زیرا به اقتضای اثر ذاتی عقد، ید مشروط علیه نسبت به مال امانی است و به اقتضای اثر شرط، بر فرض صحت آن، ید مشروط علیه نسبت به آن ضمانتی می‌شود. واضح است که حکم ضمان و امان نسبت به شیء واحد و ید واحد در زمان واحد با هم سازگاری ندارند و نمی‌شود چنین شرطی را در ضمن چنین قراردادی توجیه کرد. در نتیجه، شرط موجب بطلان قرارداد می‌شود. مثلاً در عقد ودیعه، اقتضای اثر ذاتی و اصلی عقد این است که ید مستودع نسبت به آن امانی باشد. اقتضای شرط نیز در این است که ید او نسبت به مال امانی نباشد بلکه ضمانتی باشد. در نتیجه، شرط ضمان امین، شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است و به اتفاق تمام فقها چنین شرطی موجب بطلان عقد می‌شود (شهید ثانی، ۳/۲).

در این دلیل مناقشه شده است زیرا عدم ضمان یا امان، مثلاً در عقد اجاره، اثر ذاتی عقد نیست که در صورت شرط ضمان، شرط مخالف ذات عقد تلقی شود و موجب بطلان قرارداد گردد (امام خمینی، ص ۱۶۲).

در تقویت این مناقشه می‌توان گفت که وصف امانی بودن در عقود امانت آور، اثر ذاتی آن نیست زیرا اثر ذاتی عقود امانی، مثلاً در اجاره حق مالکیت منافع مستأجر و در عقد عاریه حق انتفاع مستعیر از مال مورد عاریه و در عقد ودیعه تعهد مستودع به حفظ مال است. در عقد مضاربه حق تجارت عامل با مال مالک است. بنابراین، اگر در این عقود، ید یک طرف نسبت به مال طرف دیگر عقد، امانی تلقی می‌شود، این اثر ناشی از

اقتضای اطلاق عقد است و شرط خلاف اثر مقتضای اطلاق عقد نافذ است. به عبارت دیگر، تمام آثار عقد در نظر شارع در یک سطح از اهمیت نیستند؛ بعضی از آثار چنان با عقد وابستگی دارد که اگر از آن سلب شود، عقد مفهوم خود را از دست می‌دهد و لغو زاید می‌شود که به این نوع آثار، اثر ذاتی یا اصلی گفته می‌شود و شرط خلاف آن باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شود. ولی بعضی دیگر از آثار وجود دارد که با وجودی که عقد اقتضای ایجاد آن را دارد، اگر سلب شود، مفهوم عقلایی عقد از آن سلب نمی‌شود که این نوع اثر، آثار اطلاق نامیده می‌شود که شرط خلاف آن نافذ است. مثلاً در عقد بیع، اثر ذاتی عقد عبارت از این است که ثمن و مثن فوراً به بائع و مشتری تملیک شود و نمی‌توان شرط نمود که مبیع یا ثمن به طرفین یا یکی از آنها تملیک نشود. ولی اثر اطلاق آن عبارت از این است که مبیع و ثمن بلافاصله باید به طرفین تسلیم شود که می‌توان شرط نمود که مثلاً مبیع شش ماه بعد از معامله تسلیم مشتری شود. در موضوع مورد بحث نیز همان گونه که عرف و سیره عقلاً تأیید می‌نماید، به نظر می‌رسد امانی بودن از آثار اطلاق عقد موجب امان باشد نه آثار ذات آن که شرط خلاف آن موجب بطلان قرارداد شود.

شاید مبنای اصلی این نظر، برداشت متفاوت فقها از مفهوم شرط ضمان باشد، زیرا اطلاق حکم ضمان در مفهوم عام، حکم تکلیفی و وضعی را شامل می‌شود. در نتیجه، اگر مفهوم شرط ضمان، ضمان تکلیفی را نیز شامل شود، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد است. زیرا مثلاً در عقد اجاره، از یک طرف، برای مستأجر حق مالکیت منافع ایجاد می‌گردد و اقتضای چنین حقی این است که او بتواند از آن استیفای منفعت نماید و تصرف او در متعلق حق مشروع و مباح باشد. از طرف دیگر، اقتضای صحت شرط ضمان، در این است که تصرف او در متعلق حق، حرام و نامشروع باشد.

بنابراین، مشروعیت تصرف در متعلق حق مالکیت منافع در اجاره با عدم مشروعیت تصرف در آن، که ناشی از شرط ضمان است، با همدیگر تعارض

و ناسازگاری دارند و نمی‌توان این دو را با هم جمع کرد. در نتیجه، شرط ضمان امین، شرطی خلاف مقتضای عقد محسوب شده است.

ولی به نظر می‌رسد، با توجه به قصد طرفین از درج شرط در ضمن عقد و نیز سیره عقلا، مفهوم شرط حکم تکلیفی را شامل نمی‌شود بلکه فقط منحصر در حکم وضعی است. به عبارت دیگر، مفهوم شرط ضمان امین، عبارت از این است که در صورت تلف شدن یا ورود خسارت به مال در دوران تصرف امین، مثل یا قیمت آن بر ذمه او قرار گیرد. این مفهوم و برداشت از شرط ضمان منافاتی با حکم جواز تصرف مشروط علیه در مال ندارد. همان گونه که در عاریه طلا و نقره شرعاً مستعیر ضامن عین مورد عاریه است. ولی چنین ضمانی منافات با مشروعیت تصرف او در مال ندارد. علاوه بر این، فقها به استناد این حکم، شرط ضمان مستعیر را در سایر موارد عاریه صحیح و نافذ تلقی کرده‌اند. در نتیجه، دلیل منافات داشتن شرط ضمان امین با آثار ذاتی عقود امانت‌آور مخدوش است و نمی‌توان در آن اعتماد نمود.

وجه دیگری که برای اثبات بطلان عقد، به موجب شرط ضمان ابراز شده، رضایت و قصد مالک است. زیرا مالک به شرطی راضی به انعقاد قرارداد شده است که طرف دیگر ضامن باشد. در نتیجه، رضای مالک مشروط به ضمان طرف مقابل است، در حالی که ضمان طرف مقابل، امری غیرمشروع و باطل است. با منتفی شدن شرط، رضای مالک نیز منتفی می‌شود. در نتیجه، قرارداد به دلیل فقدان رضای مالک باطل است<sup>۱</sup> (مقدس اردبیلی، ۶۹/۱۰).

در این وجه نیز می‌توان مناقشه نمود زیرا شرط ضمن عقد در قلمرو قصد

۱. إذا الرضا ما وقع الا بالشرط، و ما حصل، و بدونه  
ماحصل. و بالجمله الظاهر بطلان المشروط لبطلان شرطه الا  
ان یکون دلیل علی الصحة بخصوصها.

و رضای طرفین عقد قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، شرط دارای نقش قیدی در عقد نیست که با منتفی شدن آن، قصد و رضا نیز منتفی شود؛ چون شرط ضمن عقد به معنای شرط منطقی نیست که با وجود آن، مشروط موجود نشود ولی با فقدان آن مشروط مفقود گردد، بلکه شرط ضمن عقد عبارت از تعهد یا صفت یا نتیجه‌ای است که عقد ذاتاً و اطلاقاً اقتضای تحقق آن را ندارد و با شرط مزبور آن ضمن عقد محقق می‌گردد.

در نتیجه، عقد با شرط ضمن آن چنان همبستگی عرفی و یا شرعی ندارد که با انتفاء شرط، عقد نیز منتفی شود بلکه شرط وابسته به عقد و تابع آن است. در نتیجه، اگر عقد باطل گردد، معقول نیست که شرط باقی بماند ولی اگر شرط به جهاتی باطل شود، وجهی برای بطلان عقد، به استناد بطلان شرط وجود ندارد مگر در موارد شرط مبطل (مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد) که بطلان شرط، موجب بطلان عقد نیز می‌شود.

علاوه بر این، با بطلان شرط، نمی‌توان گفت که رضای مالک نیز منتفی می‌گردد. زیرا آنچه برای صحت قرارداد لازم است، قصد و رضای مالک در زمان انعقاد معامله است و رضای مالک برای بقاء عقد لازم، ضروری نیست بلکه به استناد آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و قاعده لزوم، طرفین شرعاً ملتزم به مفاد عقد می‌شوند.

این نظریه هر چند بعضی (طباطبایی، ۲۰۱/۹ - ۲۰۰) آن را به عنوان قول مشهورتر به فقها نسبت داده‌اند ولی دلیل محکمی، که دلالت بر صحت آن کند، ابراز نشده است. علاوه بر این، در فقه ضمان و مسئولیت دامپزشک، در قبالی حیوان مورد درمان، اجماعی تلقی شده است. همچنین، با وجودی که در باب معاملات، مستأجر و اجیر را امین دانسته‌اند، در باب دیات، حامل متاع را ضامن محموله محسوب کرده‌اند. در نتیجه، مشهور نیز در تمام موارد ابواب فقه، متصرف مشروع در مال غیر را امین محسوب

نکرده‌اند.

### نظریه بطلان شرط

بر مبنای این نظریه، شرط ضمان امین باطل است و به موجب آن تعهدی برای مشروط علیه و حقی نیز برای مشروط له ایجاد نمی‌شود ولی اثری بر عقد اصلی، که شرط در ضمن آن درج شده است، نمی‌گذارد. زیرا این شرط مخالف با آن چیزی است که در شرع ثابت شده است. در شرع اسلام عدم ضمان امین از مسلمات است و شرطی که موجب ضمان او شود، مخالف با این مسلمات فقهی است. در نتیجه، این شرط خلاف شرع است و چنین شرطی نافذ نیست.

بعضی از صاحب نظران، ضمن تقویت این نظریه در مورد شرط ضمان مستأجر، معتقدند که شرط ضمان مستأجر صحیح نیست زیرا چنین شرطی مخالف با کتاب است. شاید چنین اشکال شود که عدم ضمان مستأجر ناشی از اقتضای ادله نیست بلکه ناشی از عدم اقتضای ضمان است. در نتیجه، اگر شرط ضمان مستأجر شود، بر طبق قاعده شروط برای ضمان مستأجر اقتضا فراهم می‌شود و چنین شرطی مخالف با کتاب نیست زیرا شرط مخالف کتاب به شرطی اطلاق می‌شود که بر خلاف حکم اقتضایی باشد نه اینکه بر خلاف مطلق حکم باشد. این اشکال وارد نیست و قابل مناقشه است زیرا عموم قاعده ید اقتضای ضمان متصرف در مال غیر دارد. بنابراین، اگر مستأجر ضامن نیست به علت تخصیص قاعده ید به ادله خاص است و الاً اقتضای ضمان متصرف مال غیر بر مبنای قاعده ید موجود است. در نتیجه، شرط باطل است (حکیم، ۷۰/۱۲).

در این وجه می‌توان مناقشه نمود زیرا عموم قاعده ید، که دلالت بر ضمان متصرف در مال غیر می‌کند، ناظر بر مواردی است که متصرف مستقلاً اقدام به اخذ مال غیر، بدون رضایت مالک و بدون مجوز شرعی کند. ولی در مواردی که مال غیر با

مجوز شرعی یا مالکی در اختیار متصرف، بطور مطلق قرار می‌گیرد، شکی در عدم ضمان متصرف نیست و طبق سیره عقلا، قاعده‌ی ید از این گونه موارد منصرف است. در نتیجه، عدم ضمان امین ناشی از اقتضای ادله نیست بلکه ناشی از عدم اقتضای ادله است و اگر شرط ضمان شود، به استناد قاعده‌ی شروط برای مشروط علیه اقتضای ضمان ایجاد می‌گردد. همان گونه که بعضی (انصاری، همان جا) نیز معتقدند که فقها بر صحت شرط ضمان امین در عاریه اتفاق دارند، ولی در باب اجاره مشهور این است که شرط جایز نیست. بر این اشکال وارد می‌شود که اقتضای ادله عدم ضمان امین، عدم ضمان او است خود به خود یا فی نفسه بدون اینکه او اقدام به قبول ضمان نماید و این با قبول ضمان او از ابتدا منافات ندارد و یا عدم مشروعیت مسئول بودن یا تضمین او بوسیله اسباب و ادله دیگری مانند شرط ضمن عقد امانی و غیر آن را نمی‌توان اثبات نمود.

بعضی دیگر در نوع شرط ضمان امین قائل به تفصیلند و معتقدند که اگر شرط ضمان، شرط نتیجه باشد، چنین شرطی باطل است زیرا سبب ضمان در شرع دو چیز است: قاعده اتلاف و قاعده ید و سبب ثالثی برای ضمان وجود ندارد. بنابراین، شرط نتیجه ضمان عین مستأجره توسط مستأجر، شرط خلاف آن چیزی است که خداوند بر بندگانش واجب کرده است، مگر اینکه دلیل مخصوصی وجود داشته باشد، مانند دلیل ضمان مال مورد عاریه توسط مستعیر در عاریه طلا و نقره، که دلالت بر ضمان متصرف مال می‌نماید.

در اینجا نمی‌توان این اشکال را وارد دانست که قاعده‌ی شروط نیز یکی از موجبات ضمان است و طبق این قاعده، مورد شرط بر مشروط علیه لازم الوفا است، زیرا قاعده‌ی شروط مُشرع نیست بلکه فقط شروط جایز و مباح را لازم الوفا می‌نماید.

ولی اگر شرط ضمان، شرط فعل باشد، یعنی بر امین شرط شود که اگر مال تلف شود او خسارت وارده را باید جبران کند، مثلاً بر مستأجر شرط شود که اگر مال تلف

شود، باید مثل یا قیمت مال تلف شده را به موجر پرداخت نماید، چنین شرطی نافذ است. در صورت تخلف، فقط برای مشروط له خیار تخلف شرط ایجاد می‌شود ولی برای مشروط علیه دین ایجاد نمی‌گردد و او مکلف به جبران خسارت نمی‌باشد (خویی، مصباح الفقاهه، ۳۳۳/۷ به بعد).

در این نظریه نیز می‌توان مناقشه کرد، زیرا اولاً، علاوه بر قاعده اتلاف و ید، قاعده غرور و قاعده حرمت اضرار به دیگری نیز موجب مسئولیت و ضمان است و نمی‌توان ادعا کرد که ضمان در فقه اسلامی منحصر در اتلاف و ید است.

ثانیاً، موضوع مورد بحث در اسباب ضمان قهری نیست بلکه در ضمان، قراردادی و عقدی است. در موضوع ضمان قراردادی، قاعده ضمان معاوضی و قاعده اقدام و شروط بر این موارد حاکم است. اسباب ضمان قراردادی گسترده‌تر از ضمان قهری است. مثلاً در فقه کسی مخالفتی با صحت عقد ضمان از غاصب ندارد و فقها معتقدند که اگر عین مغضوب تلف شود و یا خسارت به آن وارد گردد، ضامن نیز مسئول جبران خسارت وارده است.

علاوه بر این، در صورت صحت شرط فعل، ضمانت اجرای فقهی فسخ، که در این نظر پیش‌بینی شده است، مقصود طرفین نیست زیرا همان گونه که بر مبنای قاعده «العقود تابعه للقصد» عقد تابع قصد طرفین معامله است، در شروط نیز، شرط تابع قصد مشروط له و مشروط علیه است و در فرض مورد بحث، آنچه مورد قصد طرفین قرار گرفته، جبران خسارت وارده است و الا اگر امین تعدی و تفریط نماید و یا با مال بطور متعارف رفتار ننماید، به استناد خیار تخلف شرط، مالک می‌تواند عقد لازم موجب امانت را فسخ نماید و در عقود جایز امانی نیازی به خیار نیست. همچنین در شرط نتیجه جبران خسارت یا ضمان امین نیز، مشروط علیه به مجرد شرط، مدیون مشروط علیه نمی‌شود بلکه به شرط نتیجه، امین متعهد و ملتزم است که اگر مال مورد امانت تلف شود یا نقصانی در آن ایجاد گردد، او خسارت وارده را جبران نماید، همان گونه

که در ضمان از عین مغضوبه نیز به تصریح فقها، به صرف انعقاد عقد ضمان، ضامن مدیون مالک نمی‌شود. در نتیجه، این تفصیل قابل اعتماد نیست و وجوه استنادی آن نیز قابل مناقشه است.

بعضی دیگر درباره وضعیت شرط ضمان مستأجر، ضمن تفصیل بین اجاره اشخاص و اموال، معتقدند که در اجاره اموال، شرط ضمان مستأجر، شرطی خلاف کتاب و سنت است و باطل، زیرا به دلالت تطابقی یا تضمینی عقد اجاره، مستأجر مستحق است که در عین مستأجره تصرف نماید و جواز تصرف او ناشی از حق مالکیت او نسبت به منافع عین مستأجره است که در نتیجه عقد اجاره به وجود آمده است، چون مستأجر به اقتضای عقد اجاره مالک منافع شده است و به اقتضای این حق، مستحق است که در عین مستأجره تصرف نماید و مشروعیت تصرف امین ناشی از رضای صرف مالک نیست که بتوان به اراده او یا شرط ضمان، امین را ضامن تلقی کرد. شرط ضمان امین در این گونه موارد باطل است ولی در اجاره اشخاص یا اعمال، که مال مالک در اختیار اجیر قرار می‌گیرد، به اقتضای عقد اجاره او مستحق نیست که در مال تصرف نماید زیرا، با وجود بودن مال در دست مالک، می‌تواند استیفای منفعت کند یا مالک بدون استیفا از عمل، اجرت را پرداخت نماید. در این موارد، شرط ضمان امین منافاتی با عقد ندارد. در رهن نیز چون حق رهانه مرتهن و بودن مال مرهونه در نزد او، بطوری که بتواند از آن استیفاء طلب نماید، ناشی از عقد است شرط ضمان مرتهن باطل است. در سایر امانات، مانند وکالت و ودیعه نیز شرط ضمان امین نافذ نیست ولی نه از این جهت که آنان به اقتضای عقد مستحق تصرف در مال می‌باشند بلکه به این جهت که آنان نیابت از مالک دارند و هر تصرفی که در مال انجام دهند، به منزله تصرفات مالک است. در نتیجه، وقتی تصرفات آنها به منزله تصرفات مالک محسوب شود، شرط ضمان با این نوع تصرفات منافات دارد چون حقیقت استنباط با ضمان تنافی دارد و صحت چنین شرطی به این منتهی می‌شود که مالکی نسبت به مال خود ضامن باشد

و این غیر معقول است. در عاریه شرط ضمان امین نافذ است زیرا مشروعیت تصرف مستعیر ناشی از حق مالکیت او و یا نیابت از مالک نیست بلکه ناشی از اذن صرف مالک است و این اذن اقتضای ضمان ندارد بلکه اطلاق آن ظاهر در عدم ضمان است و شرط خلاف اطلاق اذن نافذ است (نائینی، ۲۱۷/۳ به بعد).

این تفصیل و استنادات آن نیز قابل مناقشه است زیرا اولاً همان گونه که در اجاره اموال، استیفای منفعت منوط به استحقاق تصرف مستأجر در عین مستأجره است در اجاره اعمال نیز ایفا و انجام عمل اجیر منوط به استحقاق او در تصرف در مال مالک است. مثلاً خیاط چگونه می تواند بدون تصرف در پارچه مالک عملیات خیاطی را انجام دهد و اگر تصرف او در مال مالک ناشی از عقد اجاره نباشد، اجاره باطل است زیرا این عمل بدون تصرف در مال مالک غیر مقدور است و یکی از شرایط صحت عقود اعمال مقدور بودن آن برای متعهد است. از طرف دیگر، پرداخت اجرت اجیر در اجاره اعمال بدون استیفای منفعت، امری غیر معقول است و بر فرض معقول بودن، در اجاره اموال هم باید گفت شرط ضمان نافذ است زیرا مستأجر می تواند بدون استیفای منفعت، اجاره بها را پرداخت نماید. در نتیجه، اجاره اشخاص و اموال هر دو تابع حکم واحد است و تفصیل مذکور وجیه نیست.

ثانیاً تصرفات وکیل که تصرفی نیابتی است نمی توان تمام احکام تصرفات مالک را بر آن مترتب نمود، مثلاً تصرفات مالک می تواند مطلق باشد و حتی به ضرر خویش در مال تصرف کند ولی تصرفات وکیل باید با رعایت غبطه موکل باشد و اگر وکیلی تعدی و تفریط کند و یا رعایت مصلحت موکل را نکند، ضامن است. در نتیجه، مراد از نیابتی بودن تصرفات وکیل این است که هر تصرفی که او در حدود وکالت انجام دهد، برای موکل حق و تکلیف ایجاد می شود و با این تعبیر شرط ضمان وکیل با نیابتی بودن تصرفات او تنافی ندارد، همان گونه که بعضی معتقدند که هر چند امین به نیابت از مالک در مال تصرف می کند ولی چون شخصیتی مستقل دارد، روابط آن دو تابع قرارداد

آنان است. (کاتوزیان، عقود اذنی، ۶۰/۴).

ثالثاً در عقد رهن نیز، عقد اقتضای بودن مال مرهونه در اختیار مرتهن را ندارد بلکه قبض مال مرهونه شرط صحت قرارداد است. ولی بقای آن در تصرف مرتهن شرط نیست بلکه بعد از انعقاد عقد رهن، طرفین می‌توانند مال را به تصرف راهن یا ثالث دهند.

در نتیجه، اکثر وجوهی که به استناد آن شرط ضمان امین باطل اعلام شده، قابل مناقشه است و فقط وجهی که قابل تأمل است، عبارت از این است که این شرط مخالف کتاب و سنت است.

بنابراین باید بررسی کرد که آیا چنین شرطی مخالف با کتاب و سنت است؟ آنچه از عبارات و نظریات فقهی استنباط می‌گردد این است که امان ناشی از عقد یک شرط شرعی نیست بلکه یک شرط مالکی است که شارع آن را تنفیذ یا امضا نموده است. زیرا اصل اولیة حاکم بر مال غیر به استناد عموم عدم جواز تصرف در مال غیر<sup>۱</sup>، اصل ضمان است که عموم این قاعده به ادله امان امین تخصیص خورده است. به همین جهت منشأ امانی بودن ید شخصی نسبت به مال غیر، به دو نوع، شرعی و مالکی، تقسیم شده است (خوانساری، ۴۵۸/۳؛ مدنی تبریزی، ص ۴۷۸؛ حسینی مراغی، ۴۸۱/۲ به بعد).

امانت شرعی عبارت از موردی است که شارع مستقلاً بدون دخالت مالک تصرف دیگری را در مال او امانی اعلام نماید، مانند تصرفات ولی در اموال مولی علیه یا تصرفات پیدا کننده مال در آن و سایر موارد که این نوع امانات از موضوع بحث خارج است. نوع دیگر امانت، امانت مالکی است و آن عبارت از موردی است که مالک، ضمن انعقاد عقدی از عقود، تصرف کسی را در مال خویش بطور مطلق نه مشروط به

۱. لا یحل لاحد ان یتصرف فی مال اخیه الا باذنه.

عوض یا ضمان اجازه دهد و مورد بحث این نوع امانت است.

با توجه به اینکه منشأ اصلی و ابتدایی این نوع امانت، اراده مالک است، واضح است که حکم شارع بر امانی بودن تصرفات امین مالکی منوط بر این است که مالک، متصرف را امین قرار دهد. اگر مالک او را امین قرار ندهد، مثل مقبوض به عقد فاسد، که مالک مال را بر مبنای ضمان معاوضی به دیگری تسلیم می‌کند ولی چون شارع ضمان معاوضی را به علت بطلان قرارداد تنفیذ نمی‌کند، به اقتضای اصل اولیه حکم به ضمان قابض می‌شود.

در نتیجه، موضوع مورد بحث، امانت مالکی است و حکم شارع به وجود امانت مالکی، در مواردی است که مالک مال را به او به امانت سپارد ولی اگر مالک از ابتدا تصرفات دیگری را منوط به ضمان او نسبت به خسارت احتمالی نماید، چنین شرطی به استثنای حدیث لا یحل توسط شارع تنفیذ شده است. زیرا در حدیث شریف آمده است که حلال نیست که کسی در مال برادرش تصرف نماید مگر به اذن او. اذن مالک می‌تواند مطلق باشد که در نتیجه این اذن، حرمت تکلیفی و حکم ضمان وضعی اولیه رفع می‌شود و ممکن است اذن مشروط به عوض یا ضمان باشد که در این صورت فقط حرمت تکلیفی رفع می‌شود و حکم ضمان وضعی باقی می‌ماند. در نتیجه، با این تعبیر نه تنها شرط ضمان مخالف با کتاب و سنت نیست بلکه موافق است.

علاوه بر این، امانی بودن ید متصرف، اثر ذاتی عقود موجب امانت نیست که گفته شود چنین شرطی مخالف ذات عقد است و شرط مخالف ذات عقد چون با عقد تنافی ذاتی و عقلی دارد و قابل جمع با آن نیست باطل و مبطل است. زیرا همان گونه که صاحب نظران معتقدند، مقتضای ادله نسبت به امانت امین در صورتی است که شرط ضمان او نشده باشد. در نتیجه، اگر امین، ولو بر مبنای قاعده شروط، اقدام به قبول ضمان خود نماید، چنین عملی منافات با ادله امان او ندارد (انصاری، ۹/۳؛ کاتوزیان، عقود معین، ۴۲۰/۱).

فقها هر چند در باب معاملات در مورد شرط ضمان مستأجر اختلاف کرده‌اند و مشهور معتقد به بطلان آن شده است ولی در باب دیات، مشهور بلکه به ادعای بسیاری، اجماعاً معتقدند که اجیر یا حامل متاع مسئول و ضامن تلف مالی است که به او برای حمل سپرده شده است. برای مثال یکی از صاحب نظران در این باره معتقد است که کسی که روی سر خود چیزی حمل می‌نماید، اگر آن چیز شکسته شود و یا به انسانی اصابت کند ضامن است. در این باره خلافتی نیست و در جامع المقاصد در باب اجاره اظهار شده است که نص و اجماع بر آن دلالت دارد (نجفی، ۵۴/۴۲). بسیاری دیگر از فقها بر این حکم تصریح کرده‌اند (حسینی عاملی، ۲۷۷/۱۰؛ محقق حلی، ص ۲۲۳؛ امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ۵۶۱/۲).

مستند این حکم روایت صحیحه داود بن سرحان از امام صادق (ع) می‌باشد که در آن اجیر، ضامن محسوب شده است (معزی ملایری، ۳۶۳/۲۶ - ۳۶۲). شهید ثانی در *مسالك* در سند و دلالت این روایت مناقشه کرده زیرا در سند آن سهل بن زیاد واقع است. اطلاق دلالت آن نیز مخالف با قواعد و اصول فقهی است چون در صورتی او مسئول پرداخت دیه است که قصد برخورد داشته باشد ولی در نتیجه خطا نماید؛ ولی اگر قصد برخورد نداشته باشد، خطای محض است که عاقله ضامن دیه است. مقدس اردبیلی نیز از این نظر تبعیت کرده است. این روایت به طریق کلینی و دو طریق شیخ طوسی و شیخ صدوق نقل شده است. هر چند در طریق کلینی و یک نقل شیخ طوسی سهل بن زیاد وجود دارد ولی در طریق دیگر شیخ طوسی و نیز شیخ صدوق، سهل بن زیاد وجود ندارد و سند روایت از این طریق بدون اشکال است (خویی، *مبانی تکملة المنهاج*، ۲۴۵/۲).

در اطلاق روایت نیز نمی‌توان مناقشه نمود زیرا اگر خسارت به محموله و متاع وارد گردد، چنین خسارتی را عاقله ضامن نیست و خود شخص باید پرداخت نماید و در مورد خسارت وارده بر شخص نیز می‌توان گفت ضامن خسارت شخص خاطی

است ولی عاقله او مسئول پرداخت می‌باشد و یا ضمان عاقله خلاف اصل است و در مواردی موجه و یقینی است که قتل به مباشر باشد ولی در این مورد که به تسبیب است، خود شخص ضامن است.

در نتیجه، این روایت خلاف قواعد نیست و کسانی که شرط ضمان امین را شرط مخالف کتاب و سنت محسوب نموده‌اند، نه تنها دلیلی بر ادعای خویش ندارند بلکه این روایت، مشروعیت و نفوذ شرط را تأیید می‌کند و نمی‌توان مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت را اثبات نمود.

#### نظریه صحت شرط

بر مبنای این نظر، شرط ضمان امین صحیح و نافذ است زیرا اقتضای قاعده سلطه و ادله صحت تصرفات مالک نسبت به مال خویش و نیز قاعده شروط در این است که شرط نافذ باشد. این نظر در مورد ضمان مستأجر مورد قبول بسیاری از فقهاء قرار گرفته است (انصاری، همان جا؛ امام خمینی، بیع، ۱۹۲/۵؛ طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ص ۳۰۷؛ طباطبایی، ۲۰۱/۹ - ۲۰۰؛ مقدس اردبیلی، ۶۹/۱۰).

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

از جهت دیگر، اگر گفته شود که چنین شرطی منافات عقلی با عقد دارد زیرا امانی بودن ید متصرف از آثار ذاتی عقد است و عقلاً نمی‌توان بین شرط ضمان و اثر ذاتی

عقد جمع نمود و در نتیجه، شرط مخالف اقتضای ذات عقد است که چنین شرطی باطل و عقلاً موجب بطلان قرارداد است. در این وجه نیز می‌توان مناقشه کرد. زیرا اولاً، امانی بودن ید متصرف از آثار اطلاق عقد است و از آثار اصلی و ذاتی آن نمی‌باشد. چون عدم سازگاری شرط خلاف ذات عقد با عقد حکم عقلی است که قابل تخصیص نیست، در حالی که در عقد امانی عاریه، شارع ابتدائاً ید مستعیر را نسبت به عاریه طلاً و نقره ضامن اعلام کرده است. از این حکم استفاده می‌شود که امانی بودن از آثار ذاتی نیست بلکه از آثار اطلاق است و الاً معقول نیست که با وجود تنافی حکم با عقد، شارع آن را جعل نماید.

این وجه در عقود امانی مانند اجاره، وکالت و مضاربه کاملاً روشن و واضح است ولی در عقد ودیعه به علت انس ذهن به امانی بودن آن کمی مشکل است و به همین جهت فقها نیز شرط ضمان در ودیعه را، بدون خلاف، موجب بطلان عقد دانسته‌اند. در این مورد نیز آنچه قابل توجه است، تفاوت موضوعی ودیعه سنتی با ودیعه رایج در عرف است. چون اولاً، در ودیعه سنتی عقد مجانی است ولی در ودیعه عرفی یا تجاری ودیعه معوض است. ثانیاً، در ودیعه سنتی شخصیت مستودع برای مودع مهم و اساسی است ولی در ودیعه عرفی یا تجاری خدمت ارائه شده مهم است و در بسیاری از موارد ممکن است اصلاً مودع شناختی از شخصیت مستودع نداشته باشد بلکه تضمینات، نه شخصیت او، علت عمده انعقاد قرارداد است. مثلاً تاجر به اعتبار تضمینات انباردار است که مال التجاره خود را در انبار او به ودیعه می‌گذارد یا مالک خودرو به اعتبار تضمین مدیر پارکینگ است که خودرو خود را در آنجا متوقف می‌نماید و در اکثر موارد مودع شناختی به مستودع ندارد. در نتیجه، چون ودیعه عرفی موضوعاً با ودیعه سنتی تفاوت اساسی دارد، شرط ضمان مستودع در این نوع عقود منافاتی با حکم فقها ندارد زیرا در ودیعه عرفی شرط ضمان منافاتی با عقد ودیعه ندارد چون اثر ذاتی این عقد عبارت از تعهد مستودع به حفظ مال مورد ودیعه می‌باشد. به همین جهت، در

عرف عقلا منافاتی بین عقد ودیعه و شرط ضمان مستودع وجود ندارد و چنین قراردادی عرفاً پذیرفته شده است.

در نتیجه، حکم شارع به امان مالکی بودن ید متصرف مشروع در مال غیر، مطلق نیست بلکه محدود به موردی است که او تعدی و تفریط ننماید و یا شرط ضمان نشود چنانکه اگر تعدی و تفریط کند، به حکم شرع و اگر شرط ضمان شود، به استناد قاعده شروط ضامن است. علاوه بر این دلیل، روایاتی نیز در تقویت این نظر وارد شده است. مثلاً در روایت ابی بصیر از امام صادق (ع) سؤال شده است: اگر در تصرف حمل کننده متاع، محموله شکسته شود یا ریخته شود، آیا او ضامن است؟ حضرت فرمودند: اگر او امین است ضامن نیست و الا ضامن است.

این روایت به طور ضمنی شرط ضمان امین را نافذ دانسته است. زیرا امام (ع) تفصیل بین ضمان و امان می دهند در حالی که اقتضای اطلاق قواعد در باب اجاره، در صورت بطلان شرط ضمان امین، در این است که او امین باشد و ضامن نباشد. همین که امام (ع) تفصیل می دهند دلالت این دارد که ممکن است شرط ضمان امین شده باشد که در این صورت او ضامن است. واضح تر از این روایت، روایت موسی بن بکر از حضرت موسی بن جعفر (ع) است. در این روایت سؤال شده است که مردی از دریانوردی، کشتی برای حمل غذا اجاره کرده و شرط نموده است که اگر غذا کاسته شود، دریانورد ضامن باشد. امام فرمودند: شرط نافذ است. سؤال کننده پرسید: ممکن است غذا زیاد شود. حضرت فرمود آیا ملوان ادعا می کند که او بر مقدار آن افزوده است؟ گفت: خیر، حضرت فرمودند: زیادی از آن مالک غذا است ولی ملوان باید نقصان را جبران نماید.

این نظریه از سایر نظریات موجه تر و با قواعد و اصول حقوقی اسلام منطبق تر است زیرا به استناد قاعده الناس یا سلطه، مردم در اموال خویش حق هر گونه تصرف عقلائی را دارا می باشند. این تصرفات می تواند مجانی یا معوض باشد. تصرفات معوض

نیز می‌تواند معوض به عوض قراردادی باشد مانند معاوضات که مالک در مال خود تصرف می‌کند که عوض آن را به دست آورد یا معوض به ضمان قهری باشد، مانند عاریه مضمونه که مالک تصرف مستعیر را مشروط به جبران و ضمان خسارت احتمالی در مال می‌نماید و یا ضمان آخذ بالسوم که مالک مال را مشروط به پرداخت قیمت یا برگرداندن خود مال به متصرف تسلیم می‌نماید. بنابراین، با توجه به این که موضوع مورد بحث شرط ضمان امانت شرعی نیست بلکه مالکی است، چنین شرطی را نمی‌توان خلاف کتاب و سنت تلقی نمود زیرا طبق کتاب و سنت، تصرف هر کسی در مال دیگری ضمانی است و در صورتی این قاعده و اصل تخصیص خواهد خورد که شارع یا مالک، متصرف را ضامن محسوب ننموده باشد. در فرض بحث، مالک از ابتدا متصرف را ضامن تلقی نموده است و این ضمان، تکلیفی نیست که چنین شرطی مخالف اذن مالک و یا مخالف ذات عقد اصلی تلقی شود بلکه ضمان وضعی است و مراد از آن این است که در صورت ورود خسارت به مال، متصرف ضامن جبران آن باشد.

#### قلمرو شرط

با وجودی که مشهور فقها معتقد به بطلان شرط ضمان امین در غیر عاریه شده‌اند، کم نیستند فقیهانی که در ادله استنادی نظریه مشهور مناقشه کرده و معتقد به صحت چنین شرطی در بعضی از عقود امانی شده‌اند. بنابراین، با توجه به صحت شرط، موضوعی که قابل بررسی است، قلمرو شرط است. قلمرو شرط ضمان امین از دو جهت قابل بررسی است: نخست اینکه آیا مشروط علیه ضامن تمام خساراتی است که بر مال متعلق شرط وارد می‌شود یا در صورتی که ثابت شود، خسارت وارده ناشی از قوه قاهره است مشروط علیه ضامن جبران آن نیست و قلمرو ضمان او محدود به عوامل عادی ورود خسارت است؟

ظاهر کلام فقها در باب عاریه، که شرط ضمان را نافذ دانسته‌اند، این است که

مشروط علیه به طور مطلق ضامن است زیرا ضمان مشروط علیه را در ردیف ضمان متعدی بحث نموده‌اند. در فقه مسلّم است که اگر امین تعدی یا تفریط کند، مسئولیت او مطلق است. در ماده ۶۴۲ قانونی مدنی ایران نیز، که از فقه امامیه اقتباس شده، مقرر شده است: «اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد.»

ولی در این وجه می‌توان مناقشه نمود، همان گونه که بعضی در ضمان مطلق امین متعدی مناقشه کرده‌اند. زیرا دلیلی از کتاب یا سنت یا اجماع وجود ندارد که دلالت بر ضمان مطلق متعدی نماید ولو اینکه آن تعدی نقشی در ورود خسارت نداشته باشد<sup>۱</sup> (مقدس اردبیلی، ۳۸۷/۱۰). در موضوع مورد بحث نیز که منشأ ضمان، اراده و شرط ضمن عقد است، نمی‌توان به استناد شرط ضمان، مشروط علیه را ضامن تمام خسارت وارده، و لو خسارت ناشی از قوه قاهره دانست. زیرا در فقه نیز در باب شروط، خصوصیات برای صحت شرط قائلند که آنچه در این باره مهم است مقذور و معقول بودن شرط است که از آن به شرط سائغ تعبیر می‌شود. بنابراین، شرط ضمان امین، اگر به نحو شرط فعل در ضمن عقد درج شود، باید مقذور باشد و شرط غیرمقدور باطل است و چنین شرطی شامل موارد ورود قوه قاهره نمی‌شود. چون قوه قاهره امری عرفاً غیرمقدور و غیر قابل تحمل است. اگر گفته شود، مفهوم شرط ضمان در این نیست که مشروط علیه باید مال را حفظ نماید بلکه در این است که او باید خسارت وارده بر مال

۱. اعلم انه قد كثر في الوديعه و نحوها من الامانات، ان المفرط و المتعدي باي وجه ضامن مطلقاً و ان علم عدم مدخليته التفریط في التلف لانه حينئذ يده، يد ضمان و غصب. و فيه تأمل اذا لا دليل عليه شرعاً كتاباً و سنة و اجماعاً لما نقلناه عن التذكرة في الوديعه مع نقل الاجماع و ما فيه و انه ليس بتام ما ذكر خصوصاً في ترك الحفظ بمثل ترك العلف لان الاذن السابق موجوده فتأمل.

را، و لو از ناحیه قوه قاهره وارد شود، جبران نماید و در این صورت شرط به استناد قوه قاهره غیر مقدور تلقی نمی‌شود.

در این صورت گفته می‌شود که جبران خسارت ضمانت فقهی - حقوقی یا اجرایی شرط است، یعنی در سیره عقلا، وقتی شرط فعل ضمان کسی نسبت به مالی می‌شود، مفهوم شرط این است که مشروط علیه باید در نگهداری و حفظ مال بکوشد و الا ضامن خسارت وارده است. در نتیجه، با توجه به مفهوم عرفی شرط فعل ضمان، خسارت ناشی از حوادث قهری شامل ضمان مشروط علیه نمی‌شود. اگر شرط ضمان به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد درج شود، در این فرض نیز شرط باید معقول و سائغ باشد در حالی که شرط ضمان مطلق نسبت به اموال غیر منقول عقلایی نیست ولی در اموال منقول ممکن است چنین شرطی معقول باشد. مثلاً اگر کسی مال غیر منقولی را اجاره نماید و نسبت به جبران خسارت ناشی از حوادث قهری نیز ضامن شود، چنین شرطی معقول نیست زیرا حوادث قهری در صورت وقوع، چنین مالی را، و لو در ید مالک باشد، تلف می‌کند. ولی اگر کسی مثلاً اتومبیلی را برای رفتن به مکانی اجاره نماید و مالک به دلایل ناامنی در آن مکان، بر مستأجر شرط ضمان کند، چنین شرطی معقول است. هر چند بعضی در مورد ضمان مشروط علیه نسبت به خسارت وارده از قوه قاهره معتقدند که در این فرض تعهد مستعیر به بازگرداندن و حفظ مال مورد عاریه تضمین می‌شود و قانون نیز آن را نافذ می‌شناسد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۱۴/۴). ولی در این توجیه نیز می‌توان مناقشه کرد زیرا تضمین ظهور در شرط فعل دارد و هر شرطی باید برای مشروط علیه مقدور باشد، در حالی که شرط تضمین حفظ مال از حوادث قهری امری غیر مقدور است.

بنابراین، اصولاً شرط ضمان امین ناظر بر حالت عادی است و از موارد دخالت قوه قاهره منصرف است و اگر مشروط علیه ثابت نماید که تلف از ناحیه حوادث قهری است، نسبت به جبران چنین خسارتی ضامن نخواهد بود مگر اینکه مشروط له

ثابت نماید که مراد طرفین از شرط، موارد قوه قاهره را نیز شامل می‌شود که در این فرض، در صورت معقول و سائنغ بودن شرط، مشروط علیه ضامن جبران آن نیز می‌باشد. جهت دوم قلمرو شرط ضمان بررسی میزان خسارت وارده به مشروط له است. مثلاً خسارت وارده به مالک ممکن است تلف عین یا تلف منفعت مال یا استهلاك و منقصت ناشی از استعمال باشد، آیا مشروط علیه باید تمام خسارت وارده به مشروط له را جبران نماید؟ مثلاً اگر کسی اتومبیل صفر کیلومتری را اجاره کند و در ضمن اجاره شرط ضمان مستأجر شود، آیا او ضامن تمام خسارت اعم از تلف عین و منفعت و منقصت ناشی از استعمال است؟

در ماده ۶۴۳ قانون مدنی ایران مقرر شده است: «اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال شده باشد، ضامن این منقصت نیز خواهد بود». ظهور این ماده در این است که ضامن در عاریه مسئول پرداخت یا جبران خسارت منقصت ناشی از استعمال نیست مگر اینکه صریحاً بر آن تصریح شده باشد.

در مورد ضمان مشروط علیه نسبت به منافع مال و منقصت ناشی از استعمال آن، آنچه بیشتر با قواعد و اصول فقهی مطابق‌تر است، این است که باید بین معاملات معوض امانی، مانند اجاره، که در آن شرط ضمان شده است و بین معاملات غیر معوض فرق گذاشت. در معاملات مجانی موجب امان، چون مشروط علیه در قبال استعمال مال، عوضی را به مالک پرداخت نکرده، شرط ضمان او نسبت به قیمت منافع و منقصت ناشی از استعمال امری معقول و متعارف است. زیرا علاوه بر شرط، می‌توان بر مبنای قاعده استیفا نیز ضمان او را نسبت به قیمت منافع توجیه نمود. ولی در مورد معاملات امانی معوض، مانند اجاره، چنین شرطی غیر معقول است زیرا مشروط علیه، با انعقاد قرارداد و پرداخت عوض به استناد ضمان معاوضی مالک، مستحق استفاده از منافع مال است و هر مالی با استفاده، در آن منقصت ناشی از استعمال به وجود می‌آید. بنابراین، چون مشروط علیه در اثر عقد معوض حق استفاده از منفعت مال برای او

ایجاد می‌گردد، معقول نیست که او برای استعمال مال و استیفای حق خود و آثار طبیعی و عقلی آن (منقصت ناشی از استعمال) دوباره بر مبنای شرط یا قاعده شرط ضامن تلقی شود. در نتیجه، در عقود معوض قلمرو شرط ضامن محدود به جبران خسارتی است که به عین وارد شده است و قیمت منافع یا منقصت ناشی از استعمال را که اصطلاحاً استهلاك کالا می‌گویند شامل نمی‌شود.

### نتیجه

مشهور فقها، شرط ضامن امین در غیر عاریه را باطل شمرده‌اند و بعضی از آنان حتی چنین شرطی را مبطل عقد نیز تلقی کرده‌اند ولی بسیاری از فقهای متأخر و معاصر در مورد شرط ضامن مستأجر معتقدند که دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد و تمام ادله استنادی مشهور قابل مناقشه است. در نتیجه، چنین شرطی به استناد قاعده شرط و قاعده سلطه نافذ است. زیرا از یک جهت می‌توان گفت که شرط ضامن امین، شرط مخالف اثر ذاتی عقد نیست بلکه مخالف اثر اطلاق عقد است که چنین شرطی موجب بطلان عقد نمی‌شود.

از جهت دیگر، در مورد خلاف کتاب و سنت نبودن شرط نیز می‌توان گفت که چون حکم اولیه اسلام در مورد متصرف در مال غیر، ضامن است و حکم شارع مبنی بر امانت مالکی در صورتی است که مالک او را امین قرار دهد، شرط ضامن امین نه تنها مخالف شرع نیست بلکه موافق با حکم قاعده اولیه ضامن متصرف در مال غیر است.

در مورد قلمرو شرط ضامن نیز بر مبنای صحت شرط، هر چند مشهور در شرط ضامن مستعیر، ضامن مطلق را بر مشروط علیه تحمیل کرده‌اند ولی با توجه به لزوم عقلایی و سائغ بودن شروط و مقدور بودن آن، مشکل می‌توان چنین شرطی را نسبت به اموال غیرمنقول صحیح تلقی کرد بلکه اگر قوه قهریه موجب ورود خسارت شود، مشروط علیه ضامن جبران خسارت وارده نیست مشروط بر اینکه وقوع قوه قهریه

و ورود خسارت از جانب آن را اثبات نماید.

علاوه بر این، نسبت به قلمرو خسارت تضمین شده باید بین معامله امانی معوض و غیرمعوض فرق گذاشت. در معامله امانی غیر معوض یا مجانی، قلمرو شرط ضمان، شامل تمام خسارت وارده، اعم از زیان ناشی از تلف عین یا منفعت یا منقصد ناشی از استعمال می‌شود. ولی در معامله امانی معوض، چون مشروط علیه نسبت به منافع و منقصد ناشی از استعمال دارای ضمان معاوضی است، شرط ضمان نسبت به این گونه زیان غیرمعقول است. در نتیجه، قلمرو شرط، شامل این گونه زیان و خسارات نمی‌شود و فقط می‌توان نسبت به خسارت ناشی از تلف عین بر مشروط علیه شرط ضمان کرد.

### منابع

- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، بیروت، مؤسسه النعمان، ۱۴۱۰ق.
- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسایل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۲ق.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه، بی‌جا، مؤسسه آل‌البیت (ع)، بی‌تا.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۲ق.
- حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، قواعد الاحکام، مؤسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۸ق.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، قم، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴.
- خمینی (امام)، سید روح الله، تحریر الوسيله، نجف، آداب، بی‌تا.
- \_\_\_\_\_، کتاب البیع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، محمدعلی توحیدی، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- \_\_\_\_\_، مبانی تکملة المنهاج، نجف، آداب، بی‌تا.
- شهید ثانی، شرح لمعه، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۷.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.

- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، *حقوق مدنی: عقود معین*، ج ۱، تهران، مؤسسه انتشارات مدرس، ۱۳۷۴ ش.
- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶ ش.
- \_\_\_\_\_، *حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین*، ج ۴، تهران، انتشارات مدرس، ۱۳۷۶ ش.
- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، *المختصر المنافع*، قم، مکتبه مصطفوی، بی تا.
- مدنی تبریزی، سید یوسف، *المسائل المستحدثه*، قم، انتشارات دهاقانی، ۱۴۱۶ ق.
- معزی ملایری، شیخ اسماعیل، *جامع احادیث الشیعه فی احکام شریعه*، قم، مؤلف، ۱۳۷۳ ش.
- مقدس اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائدة و البرهان*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ق.
- نائینی، میرزا محمد حسین، *منیة الطالب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، کتابخانه اسلامی، ۱۳۹۷ ق.
- نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، قم، مرکز نشر، ۱۳۷۵ ش.