

بررسی شرط ضمان عین مستاجر در فقه امامیه

سیدمحمدهاشم پورمولا^۱، مجید سربازیان^۲، محمدعلی خورسندیان^۳

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۶/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۶/۴/۱۳)

چکیده

این مقاله صحت اشتراط ضمان عین مستاجر را مورد بررسی قرار می‌دهد و بیان می‌کند این شرط مخالف مقتضای عقد اجاره نیست؛ زیرا حقیقت این عقد مانند عقد ودیعه استیمان نمی‌باشد. مخالفت این شرط با کتاب و سنت نیز از دو منظر مخالفت با ادله خاص اجاره و همچنین سببیت نداشتن شرط برای ضمان قابل بررسی است. اطلاق ادله عدم ضمان مستاجر حالت شرط و غیر شرط را شامل می‌شود. در صورت شک نیز اصل، استصحاب عدم ضمان است. همچنین از احکام اجاره وجوب تمکین مستاجر نسبت به عین برای استیفاء منافع و انتفاع است و وجوب تسلط مستاجر بر عین شرعاً ثابت می‌شود؛ لذا شرط نمی‌تواند حق مالکی نشأت گرفته از عقد را که شرعی است از او بگیرد. چنین حق مالکی، حکم محسوب می‌شود؛ یعنی مجموعی شرعی که متعاملین نمی‌توانند برخلاف آن شرط کنند؛ بنابراین شرط ضمان عین مستاجر مخالف کتاب و سنت می‌شود. همچنین در تفسیر ماده ۴۹۳ قانون مدنی که در آن تنها تفریط یا تعدی سبب ضمان دانسته شده و متعرض شرط ضمان نشده است، می‌توان از این دیدگاه بصورت مدلل استفاده کرد و چنین شرطی را باطل دانست. روش تحقیق مقاله توصیفی - تحلیلی از نوع اجتهادی است.

واژگان کلیدی: امانت، حق مالکی، حکم، شرط ضمان، مخالفت کتاب و سنت.

۱. استادیار گروه علوم قرآن و فقه دانشگاه شیراز؛ (نویسنده مسئول) Email: pourmola@shirazu.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز؛ Email: sarbazian20@gmail.com

۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز؛ Email: mkhorsandian@yahoo.com

۱- مقدمه

مسأله الزام طرفین متعاقدين به چیزی به واسطه شرط، امری عقلایی و از اول معاملات بشر مطرح بوده است. از آنجا که برخی از مواردی که سعی شده به واسطه شرط تعهدی بر شخصی الزام شود، گاه مخالف مقتضای عقد و گاه مخالف کتاب و سنت بوده، از طرف پیامبر اعظم (ص) و ائمه اطهار (ع) راهنمایی‌هایی در این زمینه ابراز شده است.

یکی از فروع فقهی مورد اختلاف فقها و موضوع این مقاله، مسأله صحت شرط نمودن ضمان عین مستأجره است. در این زمینه بررسی مبنایی مسأله ضمان و شرط امری ضروری است و فهم عمیق فقیه از ماهیت عقود - مخصوصاً اجاره - و مسائل مربوط به آن، او را در این راه کمک می‌کند.

امانت در کتب فقهی به دو قسم امانت شرعی و امانت مالکیه تقسیم می‌شود. در امانت شرعی مکلف را امین دانسته و برای او وظایفی مشخص می‌کند؛ به عبارت دیگر تسلیط بر مال به حکم شارع است؛ مانند امانت بودن اموال مؤلی علیه در دست ولی، امانت در لقطه و در مجهول المالک. امانت مالکیه نیز امانتی است که در آن اذن و رضای مالک، احسان به او در تحت ید قرار گرفتن مال نزد امین دخالت دارد. این نوع امانت خود به دو نوع متفاوت تقسیم می‌شود؛ ۱- امانت عقدیه ۲- امانت غیر عقدیه.

امانت عقدیه، امانت به معنای اخص بوده که مصداق بارز آن «ودیعه» است. در این نوع امانت، شرط ضمان مخالف مقتضای عقد بلکه مخالف کتاب «ما علی المحسنین من سبیل» (توبه/۹۱) بوده که البته روایات خاص نیز بر آن دلالت می‌کند.

اما امانت غیر عقدیه امانت به معنای اعم بوده که یا به سبب مصلحت مالک مانند مضاربه و یا به سبب مصلحت غیر مالک مانند عاریه است. عقود مذکور فی حد نفسها مقتضی ضمان نیستند. اما سؤالی مطرح است که در صورت اشتراط ضمان آیا نفس شرط سبب ضمان می‌شود یا خیر؟ [۵، ۳۰؛ ۳۷، ج ۷، صص ۶۶-۶۷]

موضوع مقاله از موضوعات مهم کتاب الاجاره فقه و قانون مدنی است که دو طیف مهم موافق و مخالف از بزرگان فقه و حقوق درباره آن اظهار نظر کرده‌اند. دو قول عمده در بین فقهای امامیه در مورد صحت چنین شرطی بدین شرح است: الف. قول مشهور مبنی بر عدم جواز شرط ضمان عین مستأجره ب. قول مخالف مشهور مبنی بر جواز هم اکنون چندین مقاله علمی - پژوهشی در این مورد تدوین شده‌است که نظر مخالف مشهور یعنی جواز اشتراط ضمان عین مستأجره را اثبات می‌کنند و مدعی هستند که در

تفسیر ماده ۴۹۳ قانون مدنی - که در آن تنها تفریط یا تعدی سبب ضمان دانسته شده و متعرض شرط ضمان نشده است - باید از این دیدگاه پیروی کرد. در این مقاله علاوه بر ذکر این نظریات ادله آنها نقد شده و مدعی درستی نظریه مشهور مبنی بر عدم صحت اشتراط ضمان عین مستاجر هستیم. همچنین نوآوری این مقاله نسبت به سایر مقالات استفاده از ادبیات و احکام حق و حکم برای اثبات مدعای خود می‌باشد.

مهمترین ادله دو طرف: ۱- موافقت یا مخالفت این شرط با مقتضای عقد ۲- موافقت یا مخالفت این شرط با کتاب و سنت است. ادله‌ای دیگر مانند بنای عقلا و شمول عموماتی مانند «المومنون عند شروطهم» نسبت به چنین شرطی، مرتبط به این دو دلیل بوده که در ذیل آنها مطرح و پاسخ داده می‌شود. بر این اساس با روش توصیفی - تحلیلی از نوع روش اجتهادی به این دو دلیل عمده پرداخته و بعد از نقد و بررسی نتیجه‌گیری می‌شود.

قبل از وارد شدن به بحث، تذکر این نکته لازم است که نظر به اینکه اکثر فقهای صاحب نام در طول تاریخ فقه هنگام بررسی این مساله در اجاره، آن را همراه با مباحث مشابه آن در عاریه مطرح می‌کنند و حتی برخی اجاره را به عاریه قیاس کرده‌اند، ما نیز از این الگو تبعیت کرده و تبیین صحت یا عدم صحت شرط ضمان در اجاره را همراه با مباحث مشابه آن در عاریه مطرح کرده‌ایم تا تشابهات و افتراقات این دو باب در حد نیاز بیان شود.

۲- عدم مخالفت با مقتضای عقد

در این مسأله مسلم آن است که چنین شرطی مخالف مقتضای عقد نیست؛ چرا که عقد اجاره مانند عقد عاریه اقتضای عدم ضمان را ندارد؛ به این دلیل که حقیقت این دو عقد استیمان نیست [۲۸، ج ۲، ص ۱۱۵] و از آنجا که در عقد اجاره، تملیک منفعت در مقابل عوض است و ربطی به عین مستأجره ندارد لذا نسبت به ضمان، این عقد لاقتضاء بوده [۲۳، ج ۱۸، ص ۳۲] و تنها در صورت اشتراط عدم ملکیت منفعت است که شرط مخالف مقتضای عقد تحقق پیدا می‌کند؛ اما شرط ضمان ربطی به مفاد عقد اجاره ندارد تا موافق یا مخالف آن باشد. با این توضیحات یکی از ادله قول مشهور مبنی بر «مخالفت چنین شرطی با مقتضای عقد» [۱۱، ج ۴، ص ۳۳۱؛ ۳۵، ج ۷، ص ۲۵۸؛ ۳۴، ص ۵] را می‌توان به‌گونه دیگری تفسیر کرد که مراد آنها از مخالفت با مقتضای عقد، مخالفت با

احکام اجاره بوده که از جمله آن عدم ضمان آن شرعاً است و مخالفت با مقتضای عقد ولو با یک واسطه به مخالفت سنت برگردد. [۲۰، ج ۱، ص ۲۲۶]

۳- مخالفت یا موافقت با کتاب و سنت

همانطور که می‌دانیم عین در عقد اجاره به نحو اجماعی امانت است [۲۷، ج ۹، ص ۱۹۹] لذا سوال آن است که آیا چنین شرطی در ضمن آن، مخالف با کتاب و سنت است؟ این سؤال از آنجا مطرح می‌شود که در برخی از اخبار آمده که مستعیر و مستأجر ضامن نیستند^۱ یا به عبارت دیگر امین‌اند و لذا مقتضای قاعده در چنین حالتی عدم نفوذ شرط ضمان در این دو عقد است. وجود نص درباره عاریه سبب فرق بین این دو عقد شده است؛ چراکه در عاریه نصی وارد شده که شرط ضمان عین در آن مانعی ندارد ولی چنین تصریحی درباره عین مستأجره وجود ندارد. [۳، ص ۳۶] به عبارت دیگر اگر امانت سبب عدم ضمان و علت تامه آن است لذا نباید بین اجاره و عاریه اختلافی باشد.

پاسخ به این سؤال را باید در دو مقام بررسی کرد:

الف. بر اساس قواعد کلی مانند «علی‌الید»: این قاعده عمده دلیل برای ضمان است؛ زیرا مراد از ضمان در این مسأله مشغول شدن ذمه ضامن به عین در صورت تلف آن است. سبب چنین ضمانی دو مسأله است: (۱) قاعده ضمان ید؛ یعنی «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه» و لو به ضمیمه بنای عقلا. (۲) اتلاف عین به مقتضای دلیل «من ألتف مال الغير فهو له ضامن». و سبب سومی وجود ندارد؛ لذا اشتراط ضمان عین و به عبارت دیگر «اشتراط را فی نفسه از اسباب ضمان دانستن»، شرط مخالف کتاب و سنت می‌شود؛ چرا که در کتاب و سنت تنها همان دو دلیل سبب ضمان است مگر آنکه دلیل خاصی تخصیص بزند که شرط در ضمن فلان عقد اشکال ندارد. [۲۰، ج ۵، ص ۳۱۱] البته از غرور، تسبیب، غصب و اضرار نیز به عنوان اسباب ضمان نام آورده شده است اما آنها نیز با کمی تأمل به این دو عامل اصلی برمی‌گردند. به هر جهت مراد آن است که «شرط» مشرع نیست و نمی‌توان بواسطه آن امری را که از نظر شرع نیاز به سبب دارد، مشروع کند. [۴۰، ج ۲۷، ص ۲۱۷] شرط تنها شامل امور جائز می‌شود.

۱. «عن ابی عبد الله (ع): لیس علی مستعیر عاریة ضمان و صاحب العاریة و الودیعة مؤتمن» (حر العاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۹، ۹۳)؛ «ولا یغرم الرجل اذا استأجر دابة ما لم یکن یکرهها أو یبغها غائلة» (حر العاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹، ۱۵۵).

ب. بر اساس ادله خاص: تعدادی از روایات دلالت بر عدم ضمان دارند مانند صحیح محمد بن قیس از امام صادق(ع) که به نقل از امام علی(ع) می‌فرماید: «هرگاه شخصی حیوانی را اجاره کند، غرامت و مالی بر او واجب نیست تا زمانی که او را به قهر و ستم وارد حادثه ناگواری کند» [۱۳، ج ۱۹، ص ۱۵۵] که ظهور در عدم ضمان با عدم افراط و تفریط دارد لذا اشتراط ضمان مخالف شرع می‌شود. [۱۸، ج ۵، صص ۱۹۴-۱۹۳]

۳-۱. سبب ضمان نبودن شرط

بحث آن است که شرط ضمان در اجاره از آن جهت که ضمان سبب شرعی می‌خواهد و شرط مشرّع نیست، غیر صحیح است؛ یعنی اسباب ضمان در شرع احصاء شده است و در آن اسباب، شرط نیامده است؛ لذا شرط، شرعاً نمی‌تواند سبب ضمان شود. ما سه نوع شرط داریم: ۱- شرط وصف که در آن التزام به عقد به تحقق صفت یا امر خارجی وابسته و مرتبط است مانند خرید ماشین به شرط داشتن رنگی خاص. ۲- شرط نتیجه که در آن اصل عقد به التزام یک شیء که در اختیار مشروط علیه است مرتبط است. ۳- شرط فعل.

شرط ضمان عین مستأجره از نوع دوم یعنی شرط نتیجه است لذا باید در آن دو خصوصیت وجود داشته باشد: ۱- نتیجه در اختیار مشروط‌علیه باشد. ۲- احتیاج به صیغه و مبرز خاصی نداشته باشد. از آن جهت که شرط ضمان در عقد اجاره خصوصیت اول شرط نتیجه را ندارد لذا صحیح نیست؛ زیرا ضمان حکمی شرعی است که اسبابی معین دارد و شرط از اسباب آن نیست. به عبارت دیگر ضمان مجعولی شرعی است که اختیار آن در دست شارع است و در اختیار شارط نیست و او نمی‌تواند آن را تغییر دهد. در عقد عاریه نیز همین مسأله محقق است ولی وجود نص در مورد آن، سبب تخصیص از این قاعده شده است. [۲۱، ج ۱، صص ۲۳۰-۲۲۹]

همچنین برخی مطلق شروط نتیجه را بدون هیچ تفصیلی رد کرده‌اند با این دلیل که مفاد شرط در عقد، تملیک شرط برای مشروط له است؛ یعنی شرط باید مملوک مشروط‌له بشود و از آنجا که نتایج، قبول اضافه به مالک نمی‌کنند لذا شرط ملکیت آنها صحیح نیست. در هر صورت اگر برعهده قرار بگیرند جایز است مملوک باشند که از باب شرط فعل قبول می‌شود. [۱۴، ج ۱۲، ص ۷۱] بنابراین در تحلیل روایات جواز اشتراط ضمان در عقد عاریه یا باید آن را مخصص از قاعده «عدم مشرّع بودن شرط» و «سبب

ضمان نبودن شرط» دانست یا اینکه چنین شروطی را که ظاهر آنها شرط نتیجه است، به شرط فعل حمل کنیم؛ به این معنا که مقصود از شرط ضمان شرط تدارک خسارت تالف باشد. با این توضیحات راه حل مربوط به جواز اشتراط ضمان عین مستأجره آن می‌شود که «به جای شرط ضمان می‌توان معادل قیمت مال را بدون اراده ضمان تملیک کرد نه اینکه خسارت بر شخص باشد و از جیب او تلف شده باشد». [۲۸، ج ۲، ص ۱۱۵]

ثمره تفاوت بین شرط فعل و شرط نتیجه آن است که اگر شرط نتیجه شود از دیون محسوب می‌شود و در صورت عدم اعطاء در ترکه ثابت است؛ اما اگر شرط فعل باشد تنها یک حکم تکلیفی است و تخلف از آن سبب خیار می‌شود و در مانحن فیه که در آن عین مستأجره تلف شده فقط حکم تکلیفی وجود دارد و دیگر خیاری نیست. [۲۰، ج ۵، صص ۳۱۲-۳۱۳]

۲-۳. مقتضای ادله خاص

اشکالی که وجود دارد آن است که مقتضای ادله‌ای که دلالت بر عدم ضمان مستاجر دارد آیا تنها حالت عدم اقدام او بر ضمان را دربرمی‌گیرد که در این صورت اگر بواسطه شرط ضمن عقد، اقدام به ضمان شود منافاتی با آن ادله ندارد؟ یا اینکه حالت اقدام او بر ضمان بواسطه اسبابی مانند شرط را نیز شامل می‌شود که در این صورت شرط ضمن عقد با مشکل برخورد می‌کند؟

برای پاسخ به این سوال باید به مفاد و ادله عقد اجاره و حقیقت آنچه که عقد بر آن واقع شده مراجعه کرد که آیا حکم عدم ضمان برای مستاجر در صورت عدم افراط و تفریط مانند یک حکم شرعی است که خلاف آن نمی‌شود شرط کرد یا مانند یک حق است که در اختیار او است و او می‌تواند خلاف آن را شرط کند.

اگر دلیل دال بر حکم با اطلاق خود ظهور نداشته باشد که شامل صورت اشتراط هم بشود - مانند اکثر ادله‌ای که دلالت بر احکامی دارند که متضمن رخصت و تسلیط است - در این صورت تغییر آن حکم با ملزم شرعی مانند شرط اشکالی ندارد. [۷، ج ۳، صص ۱۲-۱۳]

این موارد وجود یک حق را نشان می‌دهد که به بواسطه شرط قابل اسقاط است. اما اگر ظاهر دلیل عمومیت داشته باشد و حالت شرط و غیر شرط را دربرگیرد مانند «لایملک ولد حرّ» حکم بودن را به اثبات می‌رساند. در صورت شک در اطلاق و عموم دلیل نسبت به شرط یا به عبارت دیگر در صورت شک بین حق و حکم فقط

می‌توان به اصول مراجعه کرد؛ چراکه موضوع عمومات مانند عموم و فاء به شرط، حق است که در ما نحن فیه مشکوک بوده لذا تمسک به عمومات تمسک به عام در شبهه مصداقیه و مردود است. [۴، ج ۱، ص ۵۰] در چنین حالتی از آنجا که مرجع شک به قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط یا نقل برمی‌گردد اصل عدم آنها است. [۳۸، ج ۱، ص ۹۲؛ ۲۸، ج ۱، ص ۵۶] چنین اصلی استصحاب بقای ما کان قبل از اسقاط یا نقل است [۳۸، ج ۱، ص ۱۰۸] ^۱ در مانحن فیه بدلیل اینکه حکم عدم ضمان مستاجر منطوق و نص ادله اجاره است اگر شک شود که آیا با شرط قابل برطرف شدن است یا خیر حکم به استصحاب عدم ضمان در حالت شرط می‌شود.

در ادامه به وجوه مخالفت و عدم مخالفت چنین شرطی با کتاب و سنت که توسط طرفداران آنها بیان شده پرداخته می‌شود تا از خلال آن بتوان زمینه را برای کشف نظر صواب در نقد و بررسی آماده کرد.

۳-۲-۱. وجه عدم مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت

برخی معتقدند که چنین شرطی در عقد اجاره مخالف کتاب و سنت نیست؛ زیرا مضمون دو عقد اجاره و عاریه نه اقتضای عدم ضمان را دارد و نه امانت که منافی با ضمان است. تنها چیزی که ثابت است آنست که بواسطه این دو عقد، مستأجر و مستعیر مسلط بر انتفاع و منافع می‌شوند که این مطلب ربطی به امانت ندارد. حقیقت تأمین و استیمان شرعی و مالکی، نایب شدن شخص برای حفظ مال دیگری است و این مطلب در دو عقد مذکور صادق نیست. تنها چیزی که صادق است آن است که از احکام عقد اجاره وجوب تمکین مستاجر نسبت به عین برای استیفاء منافع و انتفاع است که مجرد این جواز، عین را امانت شرعی نمی‌کند؛ لذا عقد نسبت به ضمان عین در عاریه و اجاره خنثی است نه اینکه اقتضای عدم را داشته باشد؛ چرا که تنها ائتمان اقتضای عدم ضمان را دارند؛ نتیجه آن است که چون در اجاره و عاریه ائتمان وجود ندارد لذا اگر مستعیر یا مستأجر بر عین ید داشته باشند، حکم عمومی ید یعنی ضمان برای آنها وجود دارد؛ زیرا که استیفا و انتفاع ملازم قهر و استیلا نیستند؛ [۳، صص ۳۶-۳۷] یعنی امکان عاریه دادن عین، بدون تسلط مستعیر وجود دارد؛ برای مثال عاریه دادن اسب و همراه اسب

۱. البته چنین اصلی نمی‌تواند حکم بودن را ثابت کند؛ زیرا اثبات حکم بودن از لوازم عقلی و به اصطلاح «اصل مثبت» است و مثبتات اصل حجت نیستند. (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۱۹)

بودن. اجاره هم همینطور است؛ اما غالباً در این دو عقد شخص را بر عین مسلط و او را امین می‌کنند. [۲۸، ج ۲، ص ۱۱۵]

از طرف دیگر عدم ضمان، دائر مدار استیمان نیست و در جایی که اثبات ید و مسلط کردن غیر بر عین به اذن و رضای مالک تحقق یابد، عدم ضمان نیز وجود دارد؛ چراکه ید در چنین حالتی به منزله ید مالک است و همچنان که در چنین حالتی نزد عرف و عقلا ضمانی نیست، عموم دلیل «علی‌الید» نیز آن را شامل نمی‌شود؛ چراکه این دلیل برای امضای طریقت عرفی وارد شده است که عرف در چنین حالتی بنا بر عدم ضمان یدی که بر اساس رضای مالک تحقق یافته است دارد و به این دلیل نزد آنها شهرت یافته است که عقد اجاره و عاریه و مانند آن عقود امانی هستند. [۳، صص ۳۷-۳۸]

با توضیحات فوق فرق بین عاریه و اجاره آن است که عاریه عقدی است که ناچار در آن اثبات ید و تسلیط خارجی مستعیر باید به اذن و رضای مالک باشد؛ در نتیجه دائماً ضمانی در آن وجود ندارد. و به این دلیل در روایت آمده است که مستعیر مؤتمن است و او را نازل منزله مؤتمن عقدی که برای حفظ مال نائب است، قرار داده است؛ لذا مانند چنین ائتمانی منافات با اشتراط ضمان ندارد؛ چراکه عدم ضمان به دلیل اذن و رضای مالک بوده و در صورتی که این اذن و رضا مقید به برعهده گرفتن عین در ذمه باشد دیگر ید مستعیر به منزله ید مالک نیست و لذا ضمان مرتفع نمی‌شود؛ در نتیجه باید گفت که عدم ضمان و نفوذ اشتراط ضمان در عاریه بر طبق قاعده است. در عقد اجاره نیز هرچند که مسلط کردن مستاجر بر عین از روی رضایت مالک بواسطه عقد حاصل می‌شود اما این ملازم با راضی بودن مالک در تسلیط خارجی نیست؛ چرا که اجاره عقدی لازم است و از احکام آن وجوب تمکین است که این مانع از آن است که کشف شود که تسلیط خارجی مستأجر مانند مستعیر از روی رضا بوده است؛ اما از آنجا که غالباً حال موجر قبل و بعد عقد فرق ندارد لذا کشف می‌شود که اثبات ید در این عقد نیز از روی رضا است و لذا باید آنچه را که در ادله بر عدم ضمان مستأجر وارد شده است بر چنین معنایی تنزیل کرد. با این توضیح دانسته می‌شود که اشتراط ضمان در اجاره نیز صحیح است و حکم عدم ضمان در آن بالاتر از عاریه نیست. [۳، صص ۳۷-۳۸]

همچنین اگر عدم ضمان در عاریه و اجاره را از احکام امضائی عقلا بدانیم آنگاه شرط ضمان مخالف با کتاب و سنت نیست. [۱۹، ص ۷۴]

۲-۲-۳. وجه مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت

عده‌ای معتقدند که شرط ضمان عین مستاجر مخالف کتاب و سنت و باطل است. برای تشخیص حقیقت مطلب باید به تعاریف اجاره مراجعه کرد و حقیقت معقود علیه در اجاره اعیان را مشخص کرد:

تعاریف مختلف اجاره بدین شرح هستند:

۱- اجاره عبارت است از نقل منفعت در مقابل اجرت

۲- اجاره عبارت است از تسلیط بر عین برای انتفاع از آن البته نه استیلاء خارجی بلکه تسلیط اعتباری مانند «الناس مسلطون علی أموالهم».

۳- اجاره عبارت است از نوعی اضافه جعل شده بین مستأجر و عین که ملکیت منافع و انتفاع را به همراه خود می‌آورد. اضافه‌ای که سبب می‌شود مستأجر برای داخل کردن منافع تدریجی در ملک خود در جایگاه مالک قرار بگیرد. [۱۸، ج ۵، ص ۱۹۲].

بر این اساس در عقد اجاره آنچه بر آن عقد شده دو چیز می‌تواند باشد:

۱- عین جهت انتفاع

۲- نفس منافع (که به تدریج حاصل می‌شود)

در حالت اول استحقاق مستأجر برای وضع ید بر عین واضح است؛ چه بر این معنا حقیقت آنچه بر آن عقد شده متقوم به وضع ید بر عین است. اما در حالت دوم لازمه عقلی استحقاق و ملکیت منافع، وضع ید بر عین است و در هر صورت نفس انشای عقد متضمن آن است که عین تحت انتفاع و ید مستأجر قرار بگیرد چه به دلالت مطابقه‌ای بر اساس تفسیر اول و چه التزامی بر اساس تفسیر دوم. با این توضیح معلوم می‌شود که در اجاره وضع ید مستأجر بر عین، بر اساس حق مالکی که از نفس انشاء عقد به دلالت مطابقه‌ای یا التزامی منبعت شده است بوده در نتیجه اشتراط ضمان عین، خلاف کتاب و سنت است؛ به این تقریر که هرگاه ثبوت ید بر عین از روی حق باشد نزد شرع نیز معتبر است و عدم ضمان چنین ید محقی سبب عدم نفوذ اشتراط ضمان در آن می‌شود. [۳۹، ج ۳، صص ۲۱۶-۲۱۵]

البته اختلاف^۱ در اینکه معقود علیه در عقد اجاره چیست لفظی است و اجماع واقع

۱. ابوحنیفه و مالک و اکثر شافعیه قائلند به اینکه معقود علیه در عقد اجاره منفعت است و نه عین و این بر تعریف اجاره که جمهور بر آن اعتقاد دارند منطبق است یعنی اجاره عقدی است که اقتضای تملیک منفعت به عوض معلوم را دارد.

در مقابل بعضی از شافعیه معتقدند که معقود علیه در عقد اجاره، عین است تا از آن منفعت استفاده ←

است که در اجاره، عین مانند بیع تملیک نمی‌شود و آن قولی که می‌گوید متعلق اجاره عین است قبول دارد که اگر معقود علیه، عین است برای استیفاء منفعت است تا اینکه حق از عین گرفته شود و قولی که می‌گوید معقود علیه منفعت است، قبول دارد که حق متعلق به عین است و شخص می‌تواند عین را در مدت عقد اخذ کند تا از منافع آن استفاده کند. [۱۵، ج ۲، ص ۲۹۱]

اگر مخالفت شرط با کتاب و سنت اثبات شود دیگر نوبت به «تمسک به عموماً عقود و شروط برای صحت چنین شرطی» [۶، ج ۱۰، ص ۶۹؛ ۲۴، ج ۱، ص ۶۵۱؛ ۱۰، ج ۲۱، ص ۵۴۵] نمی‌رسد؛ چون مصداق استثناء «إلا خالف کتاب الله» می‌شود. همچنین اگر ادعا شود که بنای عقلا و عرف بر چنین شرطی ذیل عقد اجاره وجود دارد [۲۵، ص ۲۵؛ ۸، ص ۵۷؛ ۹، ص ۵۳] اثبات مخالفت با کتاب و سنت به مثابه ردعی بر این بناء است و حجیتی ندارد.

۴- نقد و بررسی

سؤال این بود که در عاریه و اجاره که نص در مورد آنها دلالت دارد بر اینکه مستأجر و مستعیر ضامن نیستند آیا امانت سبب عدم ضمان شده و علت تامه آنست؟ که در این صورت چرا بین این دو عقد فرق است؟ یا آیا کبرای قضیه عدم ضمان، به علت اذن و رضای مالک، مصلحت او، حق مالکی، احسان و یا استنابه است و امانت یک معنای کلی است که با هر یک از این پنج مسأله تحقق پیدا می‌کند و حکم آن که عدم ضمان است ظاهر می‌شود؟

همه معتقدند که حقیقت استیمان در عقد ودیعه با امانت در عقود دیگر غیر از وکالت متفاوت است؛ یعنی ظهور ادله امانت و عدم ضمان در مستعیر و مستأجر نشان‌دهنده آن است که حداقل با امانت در ودیعه فرق دارد و مستعیر و مستأجر را نازل منزله مستودع در احکام قرار داده‌اند.

علت مستأمن بودن در ودیعه و وکالت، استنابت است که البته منافاتی ندارد که

→ شود. (این بدان دلیل است که منافع معدوم هستند و مورد عقد باید امری موجود باشند و دیگر آنکه لفظ به عین اضافه می‌شود، یعنی در صیغه اجاره گفته می‌شود: «آجرتک هذه الدار» (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۲۸۱) محقق حلی معتقد است که «ثمره عقد اجاره تملیک منفعت است». (محقق حلی، ۱۴۰۳ هـ ق، ج ۲، ۴۱۳)

علتهای دیگری مانند احسان در ودیعه یا اذن در وکالت نیز وجود داشته باشد این علت ها سبب تخصیص و یا به تعبیری تخصّص از قاعده ید که عمده دلیل در باب ضمان است شده است. اما در عاریه و اجاره، استنابت وجود ندارد ولی علت های دیگری وجود دارد که باید دید کدام یک از آنها سبب شده است که امانت و عدم ضمان در آن عقود به وجود آید و آیا در حیطة توانایی های ادله شرط است که آن علت های موجد معنای کلی امانت و عدم ضمان را رفع کند و ید مورد نظر را تحت عموم قاعده «ید» برگرداند. به نظر می آید که در عاریه، اذن و رضای مالک در عدم ضمان مستعیر دخالت دارد ولی در اجاره از آنجا که مصلحت مالک برای تحقق عقد دخیل است، این مصلحت سبب می شود که یک حق مالکی برای مستأجر در قرار گرفتن ید بر عین به وجود بیاید و آن حق مالکی سبب عدم ضمان و تحقق امانت شود.

همه قبول دارند که از احکام عقد اجاره، وجوب تمکین مستاجر نسبت به عین برای استیفاء منافع و انتفاع است، اما اختلاف نظر وجود دارد که آیا در عقد اجاره مانند عاریه تسلط مستأجر بر عین غالبی است و امکان اجاره بدون تسلیط مانند عاریه وجود دارد؟ و یا همانطور که آمد با استفاده از تعاریف عقد اجاره به دلالت مطابقی و یا التزامی وجوب تسلط مستأجر بر عین ثابت می شود و لذا بدلیل حق مالکی که از عقد نشأت می گیرد عین در دست مستاجر امانت است. نظر مختار در این مسأله چنین است.

از این رو معتقدیم که جواز اشتراط ضمان در عاریه را باید به آن دلیل بدانیم که علت امانت یعنی اذن و رضای مالک برداشته شده است؛ یعنی مسأله ای که در حیطة اختیارات شرط است و شرط در آن به عنوان میرز عدم رضا و اذن مالک است، نه آنکه شرط را از اسباب ضمان دانسته باشیم و یا چنین شرطی را مخصص قاعده «مشرّع نبودن شرط» بدانیم؛ چرا که «در عاریه تنها اباحه و تحلیل بوده و لذا مقتضای عدم ضمان در آن وجود ندارد ولی مقتضای اطلاق و ارسال، عدم ضمان است». [۳۹، ج ۳، ص ۲۱۸] و اگر در خبر صحیح از امام صادق (ع) آمده که «که بر عاریه گیرنده ضمانی نیست» [۳۰، ج ۳، ص ۱۲۴] باید بر این معنا حمل شود، که این معنا را از خود احادیث می توان بدست آورد؛ مانند احادیث صحیح از امام صادق (ع): «بر عاریه گیرنده

۱. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيْعَةِ وَالْبِضَاعَةِ مُؤْتَمَّنَانِ وَقَالَ لَيْسَ عَلَى مُسْتَعِيرِ عَارِيَةِ ضَمَانٍ وَصَاحِبُ الْعَارِيَةِ وَالْوَدِيْعَةِ مُؤْتَمَّنٌ».

هنگامی که امین باشد، در صورت تلف عاریه ضمانی نیست». یا «اگر عاریه گیرنده امین باشد بر او خسارتی نیست».^۱ [۳۶، ج ۵، ص ۲۳۹؛ ۳۰، ج ۷، ص ۱۸۲] یعنی عدم ضمان، زمانی است که مستعیر از طرف معیر، امین باشد و لذا با شرط می‌توان ابراز کرد که او امین نیست و اذن مالکی در صورت تلف، ندارد و ضامن است؛ مانند صحیحہ حلبی از امام صادق(ع): «هنگامی که عاریه نزد مستعیر تلف شود، او ضامن نیست مگر اینکه ضامن بر او شرط شود».^۲ [۳۰، ج ۷، ص ۱۸۳]

در اجاره، شرط نمی‌تواند حق مالکی مستأجر را از او بگیرد. این عقود عقلایی بوده که مورد امضای شارع قرار گرفته‌اند. مطالعه دقیق ساختار آنها که به هدف رفع نیاز جامعه و بر اساس عدل و انصاف شکل گرفته وظیفه محققین است. ادله نقلی در صورت امضا ما را ارشاد به این احکام عقلایی می‌کنند. مخصوصاً هنگامی که دارای اطلاق یا عمومی باشند و ما در مسأله‌ای شک داشته باشیم. در روایات اجاره بحث جواز شرط ضمان نیامده است و می‌توان استظهار کرد که اطلاق آنها نسبت به عدم ضمان، موارد شرط را نیز دربرمی‌گیرد و تنها موارد افراط و تفریط استثناء شده است؛ مانند صحیحہ محمد بن قیس^۳ از امام صادق(ع) که به نقل از امام علی(ع) می‌فرماید: «هرگاه شخصی حیوانی را اجاره کند، خسارتی بر او واجب نیست تا زمانی که او را به قهر و ستم وارد حادثه ناگواری کند» [۱۳، ج ۱۹، ص ۱۵۵] یا صحیحہ حلبی^۴ از امام صادق(ع): «هر شخصی حیوانی را اجاره کند و آن حیوان گرفتار گرگ شود و چشم آن را بدرد و تلف

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الْعَارِيَةِ فَقَالَ لَا غَرَمَ عَلَيَّ مُسْتَعِيرٍ عَارِيَةً إِذَا هَلَكَتْ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا» یا «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبِيَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْعَارِيَةِ يَسْتَعِيرُهَا الْإِنْسَانُ فَتَهْلِكُ أَوْ تُسْرَقُ فَقَالَ إِنْ كَانَ أَمِينًا فَلَا غَرَمَ عَلَيْهِ».

۲. «عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ: إِذَا هَلَكَتْ الْعَارِيَةُ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ».

۳. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حَمِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع فِي حَدِيثٍ: وَ لَا يُغْرَمُ الرَّجُلُ إِذَا اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ مَا لَمْ يُكْرِهْهَا أَوْ يَبْغِهَا غَائِلَةً».

۴. «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): أَيُّمَا رَجُلٍ تَكَارَى دَابَّةً فَأَخَذَتْهَا الدَّبَّابَةُ فَشَقَّتْ عَيْنَهَا فَتَنَفَقَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا عَدْلًا».

۵. در برخی اسناد عبارت «تنفقت کرشها» یعنی «شکم آن را بدرد» آمده است. (حر العاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۹، ۱۵۶).

شود او ضامن است مگر آنکه آن شخص، مسلمان عادل باشد». [۲۶، ج ۳، ص ۲۵۵] در روایت صحیح دیگر^۱ نیز از امام موسی کاظم (ع) سوال شده که اگر مردی حیوانی را اجاره کند و سپس حیوان در چاه بیفتد و دچار شکستگی شود چه حکمی دارد؟ که در پاسخ می‌فرمایند: «او ضامن است، بر او واجب است که از آن خاطر جمع شده باشد؛ پس اگر بینه بیاورد که او حیوان را بسته است و از آن مطمئن شده است دیگر ضامن نیست». [۳۲، ص ۱۹۶]؛ یعنی فقط در صورت افراط و تفریط ضامن است. بنابراین ادعای [۹، صص ۴۸ و ۵۰] اینکه از راه وحدت ملاک و تنقیح مناط در عقد عاریه و الغاء خصوصیت در آن می‌توان به حکم واحدی در اجاره رسید نادرست است و سرایت دادن حکم جواز شرط ضمان در عاریه به اجاره قیاس محسوب می‌شود [۴۰، ج ۲۷، ص ۲۱۷]؛ چون عدم ضمان در حالت عدم شرط در هر دو عقد بر اساس دو مصلحت متفاوت است و مناط و ملاک در هر دو یکسان نیست؛ برای مثال از موارد تفاوت آن است که یکی لازم و دیگری جایز، یکی مجانی و دیگری غیر مجانی است.

با این توضیح می‌توان گفت که معنای کلمه «امین» در روایات، «عدم ضمان» است؛ یعنی هرگاه این کلمه بکار برده شد، یعنی ضمانتی وجود ندارد و لذا ظهور در عموم یا اطلاقی ندارد تا بگوییم هرگاه در روایات، امانت مطرح شد آیا آن علت تامه عدم ضمان است تا شرط ضمان مخالف کتاب و سنت شود یا خیر؟ در نتیجه امانت که به معنای عدم ضمان است از ادله ضمان که قاعده «ید» و «اتلاف» است براساس علت‌های کبروی آن یعنی «استنابت، حق مالکی، مصلحت مالک، اذن و رضای او و احسان» [۳۸، ج ۳، صص ۲۱۸-۲۱۷] تخصیصاً یا تخصصاً خارج شده است و شرط تنها آن مواردی از علل عدم ضمان (امانت) را که در اختیار شرط کننده است مانند اذن و رضای مالک در عاریه، می‌تواند رفع کند و لذا ید را در آن موارد ذیل عموم قاعده اولیه «علی الید» برمی‌گرداند. اما درباره اجاره که علت امانت و عدم ضمان، حق مالکی است، شرط توانایی برداشتن آن را بدلیل شرعی بودن ندارد و لذا شرط عدم ضمان در آن مخالف کتاب و سنت می‌شود.

به عبارت دیگر، شرط ضمان در هر عقدی باید با ساختار و احکام آن عقد تنافی نداشته باشد؛ چون امانت یک مشترک معنوی است که مصادیق مختلف دارد و احکام

۱. عَلِيُّ بْنِ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ (ع): قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً فَوَقَعَتْ فِي بئرٍ فَأَنْكَسَرَتْ مَا عَلَيْهِ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ إِنْ كَانَ لَمْ يَسْتَوْتِقْ مِنْهَا فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ رَبَطَهَا فَاسْتَوْتِقَ مِنْهَا فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ.

هر مصداق با دیگری می‌تواند متفاوت باشد؛ بگونه‌ای که در برخی، شرط ضمان ممکن است و در برخی، ممکن نیست. ساختار عقد اجاره آن است که عقدی لازم و غیر مجانی است و موجر در ازای ایجار عین خود، عوضی را دریافت می‌کند و حق مالکی برای طرف مقابل یعنی مستاجر در قرار گرفتن ید بر عین، ایجاد می‌شود. این مساله برای مستعیر وجود ندارد و در ساختار عاریه نیست. و اینکه بیان شود «وجوب تمکین مستأجر نسبت به عین، دال بر رضایت موجر بر تسلیط خارجی نیست» [۳، ص ۳۷]، صحیح نیست؛ زیرا هنگامی که حکم به وجوب تمکین مستأجر از طرف عقلاء و شرع بدلیل وجود حق و انصاف شود، رضایت و عدم رضایت موجر بر تسلیط خارجی موضوعیتی پیدا نمی‌کند. به عبارت دیگر حق قابض، سبب اذن مالک شده است [۱۱، ج ۵، ۱۷۶] هرچند که او راضی نباشد. [۲۲، ص ۴۵] همچنین هرگاه بر اساس یک حکم عقلایی - که از باب حکمت و مصلحت است - حقی ایجاد شود و این حق مورد تایید و امضای شارع قرار گیرد، مخالفت با آن، تنها مخالفت با حکم عقلایی نیست بلکه مخالفت با شرع است.

در اینجا که بحث از ید محق و حق مالکی می‌شود، حق به معنای خاص آن یعنی سلطنت بر فعل یا امتیازی همچون حق خیار و حق تحجیر - که دارای آثاری مانند جواز اسقاط، نقل و انتقال است - نمی‌باشد؛ بلکه حق به معنای لغوی آن که حکم را نیز دربرمی‌گیرد، است؛ مانند حق ابوت و بنوت. همواره حقوق از احکام انتزاع می‌شوند؛ برای مثال «از وجوب اطاعت و حرمت مخالفت پدر، حق ابوت انتزاع شده است... از وجوب تمکین زوجه از زوج حق زوج و از وجوب نفقه زوجه بر زوج حق زوجه انتزاع می‌شود». [۳۳، ص ۳۴۷] حق مالکی نیز از حکم وجوب تمکین مستأجر نسبت به عین، انتزاع شده است. این حق به معنای لغوی است که به اعتبار وجه مصدری «ثبوت» و به اعتبار معنای وصفی «ثابت» است؛ یعنی قرار گرفتن ید مستأجر بر عین در نفس الامر و عالم واقع ثابت است؛ لذا نمی‌توان گفت که اگر حق است می‌شود با شرط آن را اسقاط کرد یا چون «ضامن نبودن مستأجر» حق اوست لذا قابل گذشت است. [۹، ص ۴۷] جواز اسقاط که از نشانه‌های حق اصطلاحی و به معنای خاص است، «تابع دلیل آن حکم و مناسبت بین حکم و موضوع و مصالح و حکمتهای مقتضی آن حکم است». [۴، ج ۱، ص ۴۸] چنانچه آمد در انعقاد عقد اجاره برخلاف عاریه، مصلحت مالک دخیل است و عقد مجانی نیست لذا بر اساس مناسبت بین حکم و موضوع، وضع ید مستأجر بر عین ثابت و از آن به حق مالکی تعبیر می‌شود.

اگر اشکال شود که امکان اجاره دادن عین مستأجره بدون تسلیط مستأجر بر عین وجود دارد و بین انتفاع بردن و استیلا و تسلط بر عین ملازمه‌ای نیست [۳، ص ۳۷] در پاسخ باید گفت که اولاً بحث ما اجاره مطلق است؛ به این معنا که هیچ قیدی در کیفیت استفاده از عین مستأجره نیاید. در اجاره مطلق بعد از عقد، وجوب تمکین مستأجر نسبت به عین عقلاً، عرفاً و شرعاً وجود دارد و لازمه آن تسلیط است بگونه‌ای که «حقیقت آن را تسلیط بر عین جهت انتفاع در مقابل عوض» [۲۸، ج ۵، ص ۸] دانسته‌اند. ثانیاً در اجاره مشروط و مقید نیز چنین است؛ برای مثال کسی می‌تواند اسب خود را اجاره دهد به شرط اینکه خودش زمام را در دست داشته باشد و مرکب را به سمت مقصد حرکت دهد یا ماشین، کشتی و هواپیمای خود را اجاره دهد بشرط اینکه خود راننده باشد؛ یعنی شرط استیجار در اجاره که نوعی شرط جایز است. در اینجا مستأجر با پذیرفتن چنین شرطی، برای مثال سوار بر اسب شده، از منافع استفاده کرده و بودن یا نبودن زمام در دست خود، یا راننده بودن یا نبودن خود به معنای عدم تسلیط و استیلا بر عین نیست. آنچه که به عقد اجاره مربوط می‌شود استفاده از منافع اسب و ماشین است که قطعاً شرط نمی‌تواند با این جهت و لوازم آن مخالفت کند؛ یعنی این حد از تسلط که موجد باید اسب یا ماشین را مثلاً جهت سواری در اختیار مستأجر قرار دهد تا سوار شود وجود دارد اما اینکه این استفاده از منافع با قیادت و رانندگی چه کسی یا با چه کیفیت و ترتیبی صورت پذیرد، قابلیت اشتراط را دارد و از شروط جایز است.

۵- نتیجه‌گیری

امانت به معنای عدم ضمان است و از ادله ضمان که قاعده «ید» و «اتلاف» است براساس علت‌های کبروی آن یعنی استنابت، حق مالکی، مصلحت مالک، اذن و رضای او و احسان تخصیصاً یا تخصصاً خارج شده است. شرط تنها آن مواردی از علل عدم ضمان (امانت) را که در اختیار شرط‌کننده است مانند اذن و رضای مالک در عاریه، می‌تواند رفع کند و لذا ید را در آن موارد ذیل عموم قاعده اولیه «علی الید» برمی‌گرداند؛ بنابراین جواز اشتراط ضمان در عاریه را باید به رفع علت موجد امانت در آن یعنی اذن و رضای مالک تفسیر کرد؛ یعنی مسأله‌ای که در حیطه اختیارات شرط است و شرط در آن به عنوان میرز عدم رضا و اذن مالک است. با چنین تحلیلی، شرط از اسباب ضمان دانسته نمی‌شود و مخصص قاعده «مشرع نبودن شرط» قلمداد نمی‌شود.

در اجاره می‌توان استظهار کرد که اطلاق روایات نسبت به عدم ضمان موارد شرط را نیز دربرمی‌گیرد و تنها موارد افراط و تفریط استثناء شده است. بنابراین از این جهت شرط ضمان عین مستاجر مخالف کتاب و سنت است. همچنین در این عقد علت امانت و عدم ضمان، حق مالکی است. شرط نمی‌تواند حق مالکی مستاجر را که شرعی است رفع کند. در انعقاد عقد اجاره برخلاف عاریه، مصلحت مالک دخیل است و عقد مجانی نیست؛ لذا بر اساس مناسبت بین حکم و موضوع، وضع ید مستأجر بر عین، ثابت و از آن به حق مالکی تعبیر می‌شود. حق مالکی از حکم و جوب تمکین مستاجر نسبت به عین که به دلیل مالکیت منفعت است، انتزاع شده است. این حق به معنای خاص یعنی امتیازی که دارای آثاری خاص - چون جواز اسقاط است - نمی‌باشد بلکه حق به معنای لغوی آن که «حکم» را نیز دربرمی‌گیرد، است که به اعتبار وجه مصدری «ثبوت» و به اعتبار معنای وصفی «ثابت» است؛ یعنی قرار گرفتن ید مستأجر بر عین در نفس الأمر و عالم واقع ثابت است؛ و این یعنی «حکم» اصطلاحی که مجعولی است شرعی با این خصوصیت که رفع آن بدست طرفین معامله نیست؛ لذا نمی‌توان گفت که اگر حق است می‌شود با شرط آن را اسقاط کرد. بنابراین از این جهت نیز شرط ضمان عین مستاجر مخالف شرع یا مخالف کتاب و سنت می‌شود.

از آنجا که ماده ۴۹۳ قانون مدنی تنها تفریط یا تعدی را سبب ضمان دانسته و متعرض جواز یا عدم جواز شرط ضمان عین مستاجر نشده است و نسبت به این مساله ساکت است لذا نتایج این مقاله که تایید نظر مشهور فقها است، بر اساس ادله مبسوط خود، می‌تواند به عنوان یک تفسیر برای این ماده مطرح شود.

منابع

- [۱]. قرآن کریم
- [۲]. آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ ه. ق.). *بلغة الفقیه، الطبعة الرابعة*، تهران: مکتبة الصادق (ع).
- [۳]. اصفهانی، شیخ محمد حسین (۱۴۱۹). *حاشیه کتاب المکاسب القدیمة*، (جلد ۱)، تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی، الطبعة الاولى، بی‌جا: ذوی القربی.
- [۴]. — (۱۴۱۸)، *حاشیه کتاب المکاسب*، (جلد ۵). تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی، چاپ اول، بی‌جا: المحقق.
- [۵]. — (۱۴۰۹). *الاجاره*، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- [۶]. أردبیلی، شیخ احمد، المعروف بـ «المقدس الأردبیلی» (۱۴۱۲). مجمع الفائدة والبرهان، تحقیق حاج آقا مجتبی عراقی و...، الطبعة الأولى، قم: مؤسسة نشر اسلامی.
- [۷]. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۱۸). کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: اسماعیلیان.
- [۸]. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۴). «شرط ضمان امین در فقہ امامیہ»، مطالعات اسلامی (فقہ و اصول)، مشهد، شماره ۶۷، بهار، صص ۵۵-۸۰.
- [۹]. باقری، احمد و بهمن پوری، عبد الله (۱۳۸۷). «نقد و بررسی ادله بطلان شرط ضمان مستاجر»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز، صص ۴۳-۵۵.
- [۱۰]. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵). الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة، قم: موسسه نشر اسلامی.
- [۱۱]. جبعی عاملی، زین الدین معروف بـ (شهید ثانی) (۱۴۱۰). الروضة البهية فی شرح اللمعة اللدمشقیة، چاپ اول، قم: انتشارات داوری.
- [۱۲]. _____ (۱۴۱۳). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- [۱۳]. حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن (۴). وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة، تعلیق شیخ أبی الحسن شعرانی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- [۱۴]. حکیم، محسن (۱۴۰۴). مستند عروة الوثقی، قم: منشورات مكتبة آية الله العظمی مرعشی نجفی.
- [۱۵]. حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن علی بن مطهر معروف بـ (علامه حلی) (۴). تذکرة الفقهاء، قم: منشورات مكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- [۱۶]. _____ (۱۴۱۸). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، الطبعة الأولى، قم: مؤسسة النشر الإسلامية.
- [۱۷]. حلی، أبوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن معروف بـ (محقق حلی) (۱۴۰۳). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام مع تعليقات سيد صادق شیرازی، الطبعة الثانية، بیروت: مؤسسة الوفاء.
- [۱۸]. خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰). کتاب البیع، الطبعة الرابعة، قم: مؤسسة اسماعیلیان.
- [۱۹]. خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸). کتاب الخیارات، الطبعة الأولى، تهران، مؤسسة تنظیم و نظر آثار الإمام الخمينی (ره).
- [۲۰]. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة، تألیف محمد علی التوحیدی، چاپ اول، قم: مكتبة الداوری.
- [۲۱]. _____ (۱۳۶۵). مستند العروة الوثقی كتاب الأجرة، تألیف شیخ مرتضی بروجردی، قم: لطفی.

- [۲۲]. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله بن محمد علی (؟). *کتاب الاجارة*، بی جا: بی نا.
- [۲۳]. روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴). *فقه الصادق*، الطبعة الثالثة، قم: مؤسسة الدار الكتاب.
- [۲۴]. سبزواری، مولی محمد باقر (۱۴۲۳). *کفایة الفقه المشتهر بـ (کفایة الاحکام)*، تحقیق: مرتضی واعظی اراکی، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی.
- [۲۵]. صادقی، علی اکبر (۱۳۷۲-۷۳). «*شرط ضمان مستاجر*»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳ و ۱۴، بهار تا تابستان، صص ۷-۵۸.
- [۲۶]. صدوق، ابو جعفر محمد بن علی بن الحسین بن بابویه القمی (۱۴۰۴). *من لا یحضره الفقیه*، تصحیح و تعلیق: علی اکبر غفاری، الطبعة الثانية، قم: منشورات جماعة المدرسين.
- [۲۷]. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹). *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، الطبعة الاولى، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- [۲۸]. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸). *حاشیة المکاسب*، قم: مؤسسة اسماعیلیان بی جا.
- [۲۹]. _____ (۱۴۲۰). *العروة الوثقی*. مع تعلیقات عدة من الفقهاء، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- [۳۰]. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۶۵). *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، تحقیق و تعلیق: السید حسن الموسوی الخراسان، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- [۳۱]. _____ (؟). *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تحقیق و تعلیق: السید حسن الموسوی الخراسان تهران: دار الکتب الاسلامیه، بی جا.
- [۳۲]. علی بن جعفر (۱۴۰۹). *مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها*، الطبعة الاولى، مشهد: المؤتمر العالمی للامام الرضا (ع)، تحقیق: مؤسسة آل البيت (ع) لأحیاء التراث.
- [۳۳]. فاضل لنکرانی، محمد جواد (۱۴۲۸). *رسائل فی الفقه و الاصول*، چاپ دوم، قم: تحقیق و نشر مرکز فقه الاثمة الاطهار.
- [۳۴]. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر نجفی (۱۴۲۲). *انوار الفقاهة (کتاب الاجارة)*، چاپ اول، نجف: موسسه کاشف الغطاء.
- [۳۵]. کرکی، شیخ علی بن الحسین (۱۴۱۰). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، الطبعة الأولى، قم: مؤسسة آل البيت (ع) لأحیاء التراث.
- [۳۶]. کلینی رازی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۳۶۷). *الفروع من الکافی*، تصحیح و تعلیق: علی اکبر غفاری، چاپ سوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- [۳۷]. موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۴۱۰). *القواعد الفقهیة*، الطبعة الثانية، قم: مؤسسة مطبوعاتی اسماعیلیان.

- [۳۸]. نائینی، محمد حسین غروی (۱۴۱۳). *المکاسب و البیوع*، مقرر: محمد تقی آملی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- [۳۹]. ——— (۱۴۱۸). *منیة الطالب*، مقرر: شیخ موسی بن محمد نجفی خوانساری، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۴۰]. نجفی، شیخ محمد حسن معروف بـ (صاحب جواهر) (۱۳۹۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق شیخ علی آخوندی، چاپ ششم، تهران: دارالکتب الاسلامیة.

