

■ کاوشی پیرامون ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

دکتر عیسی کشوری

پیش نوشتار

در ماده ۴۶۶ قانون مدنی در تعریف عقد اجاره چنین آمده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود»، این تعریف از عقد

اجاره، بی گمان تعریف جامع و مانعی نیست و همه خصوصیات و ارکان اصلی عقد اجاره را شامل می شود. زیرا، عقد اجاره دارای ۳ رکن اساسی است: اولاً، عقدی تملیکی است ثانیاً، عقدی معوض است

تخلیه مورد اجاره، مالک می‌تواند به محکمۀ حقوقی مراجعه کرده و دادگاه بر اساس قرارداد منعقد شده و قطع رابطه استیجاری بین آنان اقدام به صدور حکم تخلیه نماید.

اجرای حکم تخلیه، جنگ بین حکم قانون و عدالت و ندای وجدان و نصفت است زیرا، از یک سو قانوناً مستأجر با انقضای مدت اجاره باید محل را تخلیه نماید و به مالک آن بسپارد و از سوی دیگر وجدان جمعی، وضع رقت‌بار او را می‌نگرد که سرپناه دیگری ندارد و به ناچار با اجرای حکم قانون باید در دل بیابانی یا در گوشه خیابانی مسکن گزیند و چه بسا مائک نیز نیاز واقعی به تخلیه محل نداشته و آزمندی است که در طلب مال افزودنتری، بیچاره‌ای را آواره نماید.

در اینجا است که قانون باید خود را هم‌نوا با ندای وجدان جمعی و رأی انصاف و اخلاق کرده و در اجرای حکمش درنگ نماید.

خوشبختانه قانونگذار الهی که قوانینش گویاترین و کاملترین قانونها در همه ازمه و اقمار و امکنه و انحصار است قواعدی دارد که در این موارد جانسین حکم اولیه و عمومی گشته و آن را تعدیل می‌نماید که یکی از آن قواعد، قاعده «نفی عسر و حرج» است که در این مورد به کار می‌آید و الزام قانونی مستأجر را به تخلیه محل سکونایش تا

ثالثاً، عقدی است موقت که در ماده مذکور فقط به رکن اول اشاره شده است و دو ویژگی معوض بودن و موقت بودن در تعریف نیامده است، طوری که در ابتدای امر ممکن است تصور شود که مستأجر برای همیشه مالک منافع مورد اجاره است.

با اینکه در مواد ۴۶۸ و ۵۱۴ قانون مدنی به مدت دار بودن عقد اجاره اشاره شده و آن را یکی از شرایط درستی عقد اجاره ذکر کرده است ولی، بهتر بود خصوصیات ذاتی و ارکان اساسی عقد در تعریف آن ذکر می‌شد تا تعریفی منطقی و کامل باشد. بنابراین، بهتر است این ماده این گونه اصلاح گردد: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر در برابر پرداخت اجاره‌بها و برای مدت معین مالک منافع عین مستأجره می‌شود». با وجود این، موقت بودن، از شرایط اساسی صحت عقد اجاره است. چنانچه ماده ۴۶۸ قانون مدنی می‌گوید در اجاره اشیا مدت اجاره باید معین شود وگرنه اجاره باطل است.

همین حکم در ماده ۵۱۴ قانون مدنی در اجاره اشخاص تکرار شده است در حالی که اگر این وصف اساسی در تعریف عقد اجاره آمده بود، تکرار در مواضع دیگر ضرورتی نداشت. در هر حال پس از انقضای مدت اجاره، مستأجر باید عین مستأجره را تخلیه نموده و به موجر تحویل دهد و در صورت استنکاف مستأجر از

مصدر و به معنای تنگی، سختی و تنگدستی بوده و مقابل یسر است.

در نهایت ابن اثیر آمده است: «انه حنذاليسر و هو الضيق والشده والصعوبه».

حرج به فتح «حا» و «را» نیز اسم مصدر و به همان معناست جز اینکه در قرآن کریم حرج به معنی گناه و عصیان نیز آمده است.

در آیه ۹۱ سوره توبه می‌فرماید: «ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج» یعنی: بر ناتوانان، بیماران و فقیران که خرج سفر و نفقه عیال خود را ندارند تکلیف جهاد نیست و از این جهت بر آنان گناهی نیست.

حرج در آیه شریفه ۱۷ سوره فتح و آیه شریفه ۳۸ سوره احزاب نیز به همین معنا آمده است.

در هر حال، قاعده نفی عسر و حرج از قواعد مشهور و معروف فقهی است که مورد قبول کلیه فقهای امامیه می‌باشد و مستند آن علاوه بر آیات عدیده‌ای از قرآن کریم - که به صراحت، عسر و حرج را در شریعت اسلام نفی می‌کند و روایات متعددی که در این باره وارد شده است - حکم عقل و اجماع فقها است ولی، مهمترین دلیل و مستند آن همان آیات و روایات است که به دلیل رعایت اختصار و اجمال بحث، فقط به ذکر پاره‌ای از آنان می‌پردازیم:

رفع حالت حرجی معلق می‌نماید.

ماده ۹۰ «قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲» که در واقع برجسته‌ترین ماده این قانون است، قاعده فقهی نفی عسر و حرج را در این باره چنین بیان می‌دارد:

«در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن، موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد».

در تاریخ ۱۳۶۲/۲/۲۸ یعنی ۱۵ روز پس از تصویب قانون تبصره‌ای به آن الحاق گردید که در تاریخ ۱۳۶۵/۷/۲۴ اصلاح گردید که علاوه بر ممنوعیت تخلیه اماکن آموزشی که در تبصره پیشین آمده بود، منع تخلیه اماکن دولتی و مورد اجاره مهاجرین جنگی و رزمندگان نیز اضافه گردید.

در تاریخ ۱۳۶۹/۸/۷ دو تبصره دیگر نیز به این ماده پیوست شد و در خصوص تخلیه اماکن مورد اجاره مهاجرین جنگی تمهیداتی به عمل آمد^(۱).

در این مقال قبل از نقد و بررسی و تحلیل ماده ۹ و تبصره الحاقی آن لازم است پیرامون قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» به عنوان پیشینه فقهی ماده ۹ و جوهره اصلی تشکیل و تدوین آن بحث کوتاهی داشته باشیم.

پیشینه فقهی ماده

معانی عسر و حرج

عسر به ضم «عین» و فتح «را»، اسم

مستندات قاعده

الف - کتاب: مهمترین آیه‌ای که در نفی حرج به آن استدلال شده است و در آن به طور صریح آمده است که خداوند متعال در اسلام حکم حرجی جعل ننموده است، آیه شریفه ۷۷ سوره حج است که می‌فرماید: «وجاهدوا فی الله حق جهاده و هو اجتنابکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج». در آیه ۷۶ این سوره خداوند متعال دستور به انجام عبادت و کار نیک نموده و پس از آن دستور به جهاد داده که به گفته مفسرین، اعم از جهاد اصطلاحی و غیر آن که شامل کلیه واجبات و ترک کلیه محرمات است می‌شود.^(۱) بنابراین ملاحظه می‌شود که خداوند پس از بیان آیاتی که ناظر بر کلیه قوانین اسلام است حرج را در دین نفی نموده و فقها بر همین اساس، قاعده را تعمیم داده‌اند و آن را ناظر بر کلیه الزامات و تکالیفی دانسته‌اند که مکلف در ایتان آن دچار تنگنا و مشقت گردد.^(۲)

علاوه بر این آیه، آیات «ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیظهرکم و لیتم نعمته علیکم لعلکم تشکرون» (آیه ۶ سوره مائده)، «یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر» (آیه ۲۸۶ سوره بقره)، «رینا لا تحمل علینا اصرا کما حملته علی الذین من قبلنا» (آیه ۲۸۶ سوره بقره)، «لا یکلف الله نفسا الا وسعها» (آیه ۲۸ سوره بقره) نیز به صراحت به نفی عسر و حرج در

دین دلالت داشته که در تفاسیر قرآن کریم به تفصیل به شرح و بسط آنان پرداخته و همه بیانگر رفع احکام حرجی در شریعت می‌باشد.

ب - روایات: در میان روایات متعددی که به عنوان مستند قاعده نفی عسر و حرج بیان شده است می‌توان روایت عبدالاعلی مولى آل سام را نام برد که از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است: «... عن آل سام قلت لابی عبدالله (ع)، عسرت فانقطع ظفیری، فجعلت علی اصبعی مراره، فكیف اصنع بالوضوء؟ قال: یعرف هذا و اشباهه من کتاب الله عزوجل قال الله «ما جعل علیکم فی الدین من حرج امسح علیه» راوی می‌گوید به امام گفتم: بر زمین افتاده‌ام و ناخنم کنده شده است و بر انگشتم پارچه‌ای گذاشته‌ام حال چگونه وضو سازم؟ امام فرمودند: حکم این قضیه و مانند آن از کتاب خدا فهمیده می‌شود، خداوند می‌فرماید: ما در دین بر شما حرجی قرار ندادیم بر آن پارچه مسح کن.

در این روایت که روشن‌ترین روایت در دلالت قاعده نفی عسر و حرج است^(۳)

۱- علامه طباطبائی، المیزان، چاپ بیروت جلد ۱۱، صفحه ۴۱۲.
 ۲- علامه محاسنی، بحار الانوار، جلد دوم، صفحه ۲۷۷.
 ۳- شیخ محمدحسن بن حرعاه‌لی، وسایل الشیعه، احياء التواتر الاسلامی، بیروت جلد ۱، صفحه ۳۲۷ شیخ محمد یعقوب کاتبی، فروع کافی جلد اول صفحه ۱۱ شیخ ضوسی، تهذیب، جلد اول، صفحه ۱۰۳.
 ۴- ناصر مکاره شیرازی، قواعد فقهیه قم، دارالعلم، جلد اول، صفحه ۱۱۳.

امام (ع) به صراحت آیه شریفه نفی حرج را به عنوان یک معیار کلی در شناخت قابلیت اجرایی تکالیف بیان می‌فرماید.

روایت دیگر روایت مشهور و معروف نبوی «بعثت بالحنيفة السمعة السهلة» است که از مفهوم مخالف آن می‌فهمیم که در دین احکام حرجی وجود ندارد و گرنه به آن دین سهل و آسان نمی‌گویند.

علاوه بر روایات فوق در تأیید قاعده به حدیث رفع (رفع ما لا یطیقون) روایت ابوبصیر، روایت فضیل بن یسار، روایت «ابن صدقه صحیحہ بزنی» روایت «حنان بن سدید» و روایت معروف «زراره» از امام باقر (ع) (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) استناد شده است.^(۱)

آنچه از مطالعه مجموع روایات وارده در این باب استفاده می‌شود این است که حکم حرجی چه در احکام تکلیفی و چه وضعی در شریعت اسلام مرفوع است و خداوندی که نسبت به بندگان خود رئوف و مهربان است حکمی را جعل نفرموده که موجب مشقت و دردسر آنان شود.

در اینجا سؤالی که ممکن است به نظر آید این است که با وجود این قاعده، باز هم بسیاری از تکالیف، مشقت‌بار و مشکل‌آفرینند و مکلفین موظف به انجام آنها هستند؛ مانند روزه گرفتن در گرمای تابستان، وضو ساختن در سرمای زمستان و حج برگزار کردن با دشواریهای احکام و مناسک آن و از همه مهمتر به جهاد رفتن و خود را آماج گلوله دشمن قرار دادن. پس

لازمه اجرای قاعده این است که تمام این احکام را تخصیص بزنیم، با اینکه انجام همه این تکالیف به طور متعارف انسان را دچار مشکل می‌کند و از طرفی این همه تخصیص زدن به یک قاعده، نامعقول و ناپسند است. تخصیص اکثر: در پاسخ به این اشکال که به تخصیص اکثر معروف است پاسخهایی به این شرح داده شده است:

۱- هیچیک از این تکالیف حرجی نیست زیرا مردم عموماً این امور را بدون اینکه تکلیفی هم باشد انجام می‌دهند؛ مانند جنگهای قبیله‌ای و یا اینکه در مقابل دریافت پاداش اندکی حاضر به انجام آن می‌باشند.^(۲) در پاسخ باید گفت: اینکه مردم به طور معمول یا در قبال اجرتی اقدام به این امور می‌نمایند موجب از بین رفتن مشقت و سختی آنها نمی‌گردد.

۲- چون در مقابل انجام این امور اجر اخروی قرار می‌گیرد، حرجی نیستند. بدیهی است که وجود پاداش و اجر، این تکالیف را از وصف حرجی بودن جدا نمی‌کند.

۳- تخصیص اکثر اشکالی ندارد و در آیات متعددی از قرآن کریم به آن اشاره شده

۱- جهت مطالعه تفصیلی روایات وارده در این باب رجوع کنید به: نراقی، عوائد الایام، صفحه ۵۷ میرفتاح، عناوین الاصول، عنوان نفی حرج صفحه ۸۹ کلینی، منبع یاد شده، جلد ۵ باب ضرار، شیخ طوسی، تهذیب، جلد هفتم باب بیع ماء، صفحه ۱۴۶. شاطبی موافقات، جلد دوم، صفحه ۸۷. شیخ طوسی، استبصار، صفحه ۱۶۳. ناصر مکارم شیرازی، قواعد فقهیه، جلد اول، نفسی عشر و حرج. میرزا حسن بجنوردی، قواعد فقهیه، چاپ نجف، جلد اول، صفحه ۲۱۰ به بعد. کاشف الغطاء، تحریر المجله، جلد اول، صفحه ۲۲ به بعد.

۲- به نقل از نراقی، منبع یاد شده، صفحه ۶۲.

معنون به عنوان حرجند، جعل و تشریح آنان ملازمه با حرجی بودن آنان دارد بنابراین تخصیصاً از بحث خارجند نه تخصیصاً.^(۱) به نظر می‌رسد راه حل آخر بهترین نظریه بیان شده است زیرا، در نتیجه این راه حل، دیگر تخصیص اکثر که عقلاً امر قبیحی است لازم نمی‌آید و قنمرو اجرایی قاعده نفی عسر و حرج شامل همه احکام تکلیفی و وضعی می‌شود که انجام آنها مستلزم حرج برای مکلفین است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که معیار حرج چگونه است؟ آیا منظور از حرج، حرج شخصی است؟ یا نوعی یا هر دوی آنها؟

به عنوان مثال: دادرسی در بررسی عسر و حرج مستأجر آیا باید وضع خاص او را در نظر بگیرد یا شرایط انسانی متعارف را در نظر داشته باشد و آن وضعیت را انگو قرار داده، وضع هر شخص را در هر دعوی با آن بسنجد؟

حرج، شخصی است یا نوعی؟

- در پاسخ به پرسش فوق دو نظریه ابراز شده است.

الف - نظریه نوعی: وفق این عقیده، عسر

است؛ مانند آیه «قل لا اجد فیما اوحي الی محرماً» در پاسخ این اشکال گفته شده است اولاً: آیه مذکور مثال روشنی برای تخصیص نیست زیرا، خطاب خداوند به اهل کتاب است که چیزهایی را پیش از آنچه اسلام حرام کرده است حرام می‌دانستند. ثانیاً، تخصیص اکثر، عقلاً قبیح و مستهجن است و حکم عقل همواره مورد تأیید شرع است (قاعده ملازمه).

۴- شیخ مرتضی انصاری عقیده دارد که اگر عموم «انواعی» باشد و تخصیص هم «انواعی»، خروج اکثر افراد از تحت عام اشکالی تولید نمی‌کند، چنانچه گفته شود: علمای نحوی، منطقی، اطبا و حکما را اکرام نما و آنگاه یکی از این انواع را با تخصیص از عام خارج کنیم، هر چند افراد تحت آن نوع هم بسیار باشند به طوری که پس از تخصیص افراد کمی تحت عام باقی بمانند، اشکالی ندارد و ایرادی وارد نیست.^(۱)

آخوند خراسانی در حاشیه‌ای که بر رسائل دارند می‌گویند: کبرای استدلال شیخ درست است، اگر عام انواعی بود و تخصیص نیز انواعی بود تخصیص اکثر اشکالی نداشت ولی در ما نحن فیه نظر شارع به افراد است نه انواع بنابراین، اگر افراد عام اشخاص باشند در استهجان، فرقی میان تخصیص بسیار یا واحد به عنوان واحدی که تحت آن افراد فراوانی باشد نیست.

۵- چنین تکالیفی الی الابد و در همه جا

۱- شیخ انصاری، رسائل، نشر علوم اسلامی، جلد اول، قاعده لاضرر، صفحه ۵۳۸

۲- میرزا حسن بجنوردی، قواعد فقهیه، چاپ نجف، جلد اول، صفحه ۱۹۳، سید محمد موسوی بجنوردی، فصلنامه حق، شماره ۱۲-۱۱، سال ۱۳۶۶، صفحه ۳۷

نراقی در فوائد به شخصی بودن معیار نفی ضرر و حرج اعتقاد دارند).

به نظر ما عقیده اخیر علاوه بر تطابق با فتاوی اکثریت فقها از جهت عملی نیز بر نظر اول ترجیح دارد زیرا، درک و تشخیص شرایط هر شخص در هر دعوی سهل تر از تمسک به معیارهای کلی و اختلاف‌انگیز است.

نقد و بررسی ماده (۹) قانون روابط موجر و مستأجر

ماده (۹) قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ چنین می‌گوید: «در مواردی که دادگاه حکم تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد، می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد».

براساس این ماده، محکمه با احراز سه شرط حکم تخلیه مستأجر معسر را موقوف کرده و به تأخیر می‌اندازد:

الف: مورد اجاره، مسکونی باشد.

ب: عسر و حرج مستأجر به علت کمبود مسکن باشد.

ج: عسر و حرج مستأجر معارض با عسر و حرج موجر نباشد.

الف- مورد اجاره، محل مسکونی باشد؛ بنابراین ماده شامل محل کسب و پیشه و

و حرج مفهومی عرفی و نوعی دارد و دادرس باید احراز کند آنچه مورد استناد قرار می‌گیرد برای انسانی متعارف موجب فشار و دشواری است نه انسانی زودرنج و کم طاقت وضع روانی خاص خود را مانع اجرای حکم بنماید. در تأیید این نظر در فقه می‌توان گفت که رفع یا تعدیل برخی از احکام به دلیل سختی و دشواری آنها بر نوع مردم بوده است؛ مانند قصد در نماز مسافر، نفی روزه مسافر، تشریح فقیه و برخی از اختیارات در معاملات که در این موارد عسر و حرج به عنوان حکمت حکم مطرح است.

ب- نظریه شخصی: وفق این نظر در هر دعوی باید شرایط و وضعیت خاص طرف را مد نظر داشت زیرا، معیار و ملاک تشخیص عسر و حرج، شخصی و فردی است و اساس وضع و تشریح آن «لظف و امتنان» بر بندگان است بنابراین، ضروری است که همه به یک اندازه از آن بهره‌مند شوند در غیر این صورت، اگر معیار را نوعی بدانیم تکالیفی وجود دارد که برای برخی از افراد سخت و دشوار است ولی، چون برای نوع افراد حرجی نیست، او باید آن تکلیف حرجی و شاق را به جا آورد و در این فرض قاعده برای تمام مکلفین لظف و امتنان نخواهد بود.^(۱) به علاوه در روایاتی که در باب وضو و تیمم بر جبیره و رفع تکلیف جهاد بر بیماران و کهنسالان آمده، معیار و ملاک شخصی است (شیخ انصاری در مکاسب و رسائل، آخوند در کفایه، مرحوم نائینی در منیه الطالب، میرفتاح در عناوین و

۱- ابوالفضل میرمحمدی، قاعده لاحرج، نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی، شماره ۴۴-۴۳، سال ۶۷-۱۳۶۶، صفحه ۱۵.

تجارت نبوده و منصرف از آنهاست. صدور حکم تخلیه در مورد مستأجرین این گونه اماکن بلادرنگ بایستی اجرا شود هر چند که اجرای حکم موجب عسر و حرج آنان گردد. (قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر - نظریه ۶/۱۲/۶۲ اداره حقوقی دادگستری).

بلاشک، این نتیجه با موازین فقهی و اقتضای قاعده مغایر است زیرا، وفق قاعده لاحرج اگر حکم تخلیه، موجب حرج مستأجر شود باید اجرای آن را موقوف ساخت و فرقی نمی‌کند که مورد اجاره مسکونی یا تجاری باشد زیرا، حکم و الزام حرجی از صفحه تشریح مرفوع است و تفکیک محل تجاری از مسکونی مبنايي ندارد زیرا اگر در تخلیه محل تجاری مستأجر معسر باشد و اجرای حکم، او را دچار مشکل کند علی‌القاعده با وجود شرایط دیگر، عملیات اجرایی باید به تأخیر افتد و به او تارفع حالت حرجی مهلتی داده شود. در اینجا سؤالی که در مقام اجرای قانون پیش آمده این است که اگر مستأجری بدو ادعا کند مورد اجاره وی محل کسب بوده ولیکن دادگاه احراز کند مسکونی است و به این جهت حکم تخلیه آن را صادر کند آیا محکوم علیه می‌تواند ادعای عسر و حرج نماید یا خیر؟

نظریه اکثریت قضات دادگاههای حقوقی ۲ تهران به این شرح است:^(۱)

«در فرض مذکور چون مستأجر بنا به اظهار و اقرار خود از مورد اجاره استفاده سکونتی نمی‌کرده است و شرط ادعای عسر و حرج مطابق ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر کمبود مسکن و پیدایش عسر و حرج از حیث سکونت برای مستأجر بر اثر اجرای حکم تخلیه است علی‌هذا ماده مذکور منصرف از مورد است و دعوی عسر و حرج مستأجر که از مورد اجاره به صورت تجاری استیفای منفعت می‌نموده مسموع نیست.»

به نظر ما این نظریه علاوه بر اینکه با قواعد عمومی و مبانی فقهی ماده ۹ سازگار نمی‌باشد، خود ناقض غرض است زیرا، رأی دادگاه کاشف از واقع می‌باشد و ادعاهایی که محکوم‌نه یا محکوم‌علیه می‌کنند در آثار قانونی رأی محکمه بی‌اثر است. همین که دادگاه مورد اجاره را مسکونی تشخیص دهد خود به خود مورد، مشمول ماده ۹ قرار می‌گیرد و باید به ادعای عسر و حرج، در اثر حکم تخلیه رسیدگی شود.

ب- عسر و حرج مستأجر به علت کمبود مسکن باشد: مقصود از این است که مستأجر توانایی یافتن مسکن دیگری نداشته باشد و بدون سرپناه به سرگردان باشد. منظور این است که در این راه دچار

۱- پیوستن نوبخت، اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان، نقدیه شماره ۲۸۴، مورخ ۶۷/۸/۱۹.

مشکلات طاقت فرسا گردد چنانچه به طور غیرمتعارف با سختی و رنج همراه باشد.

سوالی که مطرح می شود این است که غلظت درخواست چه اثری در اعمال عسر و حرج دارد؟ به عنوان مثال هر گاه تقاضای موجر به غلظت غیر از پایان مدت اجاره باشد مانند انحلال عقد اجاره یا فسخ آن یا تخلف از شرایط و غلظت دیگر، تکلیف چیست؟ و یا اگر مستأجر به علت عدم پرداخت اجاره بها و غلظت دیگری در عسر و حرج باشد آیا می تواند تقاضای مهلت بکند و آیا عسر و حرج مستأجر در این موارد مؤثر است یا خیر؟

در پاسخ این پرسش دو نظریه کاملاً متفاوت در بین قضات و حقوقدانان وجود دارد:

الف- حکم بیان شده در ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر یک حالت استثنایی را بیان می کند و به همین علت نیز نمی توان آن را به صورت موسع تفسیر نمود زیرا، علی الاصول در صورت انقضای مدت اجاره یا انحلال یا فسخ آن عین مستأجره باید تخلیه گردد و علتی برای باقی بودن مورد اجاره در ید مستأجر وجود ندارد (نظریه شماره ۷۸۰۵ - ۶۳/۲۰۸ مندرج در مجموعه نظرات اداره حقوقی).

ب- ماده ۹ حکم مسأله را به صورت کلی مطرح کرده است و به غلظت تخلیه اشاره ای ندارد. بنابراین عقیده به هر علت و دلیلی که مستأجر در اثر تخلیه دچار عسر و حرج گردد و این امر با عسر و حرج مالک

تعارض نداشته باشد دادگاه می تواند به مستأجر مهلت بدهد. به عنوان مثال چنانچه حکم تخلیه به علت عدم پرداخت اجرت المسمی از سوی مستأجر صادر شده باشد و علاوه بر اینکه معلوم گردد که مستأجر به علت عدم تمکن مالی نتوانسته اجاره بها را پرداخت کند، در پیدا نمودن مسکن مناسب نیز دچار عسرت گردد دلیلی وجود ندارد که دادگاه نتواند به وی مهلت عادلانه بدهد. به عقیده ما این نظریه علاوه بر سازگاری با عدل و انصاف قضایی، با موازین شرعی نیز تطابق دارد.

به هر حال قاضی در این گونه موارد باید با بررسی و توجه به شرایط طرفین و اقتضای قاعده لاجرح نسبت به اجرای مقررات ماده ۹ و تبصره ذیل آن اقدام کند.

ج- عسر و حرج مستأجر معارض با عسر و حرج موجر نباشد: مبنای این شرط قول مشهور فقها در تعارض قاعده لاضرر با قاعده تسلیط است. زیرا چنانچه تصرف مالک در ملک خود موجب حرج دیگری شود (حرج مستأجر) و ترک تصرف موجب حرج او گردد (حرج موجر)، با تزامم دو حرج وفق قاعده معروف «اذا تعارضا تساقطا» هر دو ساقط گشته و بر اساس قواعد عمومی دیگر همانند قاعده تسلیط حکم تخلیه اجرا می گردد. سوالی که در اینجا ممکن است به نظر برسد این است که اگر حرج یکی از آن دو شدیدتر باشد تکلیف چیست؟

در فرضی که حرج مالک شدیدتر باشد

تکلیف روشن است ولی، در فرضی که حرج مستأجر شدیدتر باشد، برخی گفته‌اند او مقدم می‌شود.^(۱) به نظر ما در این مورد نیز حرج مالک مقدم می‌شود زیرا هر چند حرج مستأجر اشد از حرج مالک باشد، ولی حرج اضافه توان اسقاط تسلیط را ندارد. از آن گذشته حکم دادگاه، جلوه عدالت اجتماعی است که باید با فقد مانع اجرا گردد و چنانچه در لزوم اجرای آن با توجه به شدت حرج مستأجر شک کنیم، بقای لزوم استصحاب می‌گردد.

بررسی تبصره الحاقی به ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر

ماده واحده: تبصره یک مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۸ ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳ مجلس شورای اسلامی به شرح زیر اصلاح می‌گردد:

تبصره ۱- در مواردی که دادگاه صدور حکم تخلیه اماکن آموزشی و دولتی و مورد اجاره مهاجرین جنگی و رزمندگان را به علت کمبود جای مناسب عسر و حرج تشخیص می‌دهد دادگاه موظف است تارفع عسر و حرج به مدت پنج سال از تاریخ ۱۳۶۴/۶/۲۸ از صدور حکم خودداری کند و مستأجرین اماکن آموزشی و دولتی مکلف هستند ظرف این مدت جهت رفع کمبود اماکن تدابیر لازم اتخاذ نمایند. این قانون از

تاریخ تصویب لازم‌الاجراست. در تجزیه و تحلیل این تبصره چند مسأله به نظر می‌رسد:

الف: در تبصره الحاقی، دادگاه موظف شده که از صدور حکم تخلیه خودداری کند در حالی که در ماده، عملاً مسأله تأخیر اجرای حکم بوده و قرار دادن مهلت برای مستأجر است.

در تفاوت این دو روش گفته شده است که انحراف از قاعده در تبصره به دلیل جلوگیری از اضطرابی است که صدور حکم به بار می‌آورد. مع ذلک این احتمال بعید است زیرا، نه تنها دلیلی بر امتیاز مدلول تبصره بر ماده نیست و ترجیح آن با وحدت ملاک هر دو (تخلیه به علت عسر و حرج) ترجیح بلامرجع است بلکه، این تفاوت در جهت معکوس وجود دارد زیرا موارد مذکور در تبصره همانند اماکن آموزشی و دولتی به دلیل شخصی نبودن آنها اضطرابی هم ایجاد نمی‌کند، در حالی که مستأجرین موضوع ماده چون مستقیماً در نتیجه حکم تخلیه متضرر می‌شوند صدور حکم به طریق اولی موجب اضطراب آنان می‌گردد. به علاوه چون در تبصره تا پایان مدت مقرر در آن امکان تخلیه وجود ندارد دلیلی هم بر ایجاد اضطراب نیست.

به نظر ما با توجه به وحدت ملاک دو

۱- دکتر اسدالله امامی، حقوق مالک و مستأجر، انتشارات راحنه، صفحه ۱۱۵.

ماده و فلسفه وجودی آنها و عدم تصریح به ضرورت صدور حکم در متن ماده جهت ایجاد رویه یکسان، شایسته بود که در مورد ماده نیز دادگاهها با طرح ادعای عسر و حرج مستأجر از صدور حکم خودداری می‌کردند و با رفع حالت حرجی و انقضای مهلت اعطا شده، مبادرت به صدور حکم تخلیه می‌نمودند.

با اعمال این پیشنهاد علاوه بر ایجاد رویه یکسان بسیاری از مشکلات اجرایی این احکام حل می‌شد و قدرت اجرایی احکام محفوظ مانده و به سرعت اجرایی گردید.

ب: اشکال عمده دیگری که به تبصره ماده ۹ وارد است، تعیین مهلت (پنج سال) می‌باشد زیرا اولاً، چنانچه علت تأخیر در صدور حکم دادگاه را قاعده نفی عسر و حرج بدانیم - همان گونه که در تبصره تصریح شده است - قرار دادن مهلت معین خلاف مقتضای ذات این قاعده است زیرا، قاعده نفی حرج اقتضا دارد تا مادامی که حالت حرجی استمرار داشته باشد، دادگاه از صدور رأی خودداری کند و با رفع آن مبادرت به صدور رأی نماید زیرا، اصل اولیه دال بر لزوم و ثبات قراردادهای است و تنها با حدوث وضعیت عرضی حرجی قاعده بر حکم اولیه حاکم شده و اجرای آن را موقوف می‌کند و با از بین رفتن آن، دلیلی بر بقای مستأجر در عین مستأجره وجود ندارد و نباید در غاصبانه بودن چنین تصرفی تردید نمود، به قول معروف «اذا زال

المانع عاد الممنوع» ثانیاً، تبصره الحاقی ماده ۹ نه تنها با قاعده مبنای وضع خود سازگاری ندارد بلکه، عملاً نتیجه عکس داد و تا آنجایی که نگارنده اطلاع دارد، موجب شد که مالکین از اجاره دادن اماکن خود به واحدهای آموزشی و دولتی خودداری نمایند و بر این اساس از سوی دیگر دچار عسر و حرجی شدیدتر از گذشته شوند. در صورتی که اگر قانونگذار دقیقاً مفاد قاعده را در مقررات موضوعه رعایت می‌کرد چنین مشکلاتی پیش نمی‌آمد زیرا، صرف احتمال طرح دعوی به استناد عسر و حرج مانع انعقاد عقد اجاره نمی‌گردید.

با این که در بسیاری از معاملات و قراردادهای احتمال تعسر انجام تعهد از سوی متعهد یا ورشکستگی طرف معامله می‌رود با این وجود، افراد اقدام به آن می‌کنند. به نظر ما جا دارد قانونگذار با وجود انقضای مهلت مذکور در تبصره، اقدام به حذف آن و اصلاح ماده ۹ و تطبیق کامل آن با مفاد قاعده لاجرح نماید.

ج: در تبصره ماده ۹ اشاره‌ای به شرط عدم تعارض عسر و حرج مستأجر با عسر و حرج موجر نشده است و این سؤال را به وجود می‌آورد که آیا شرط عدم تعارض با حرج موجر در این تبصره همانند ماده در به تأخیر افتادن حکم دادگاه شرط است یا خیر؟ در پاسخ این پرسش باید گفت که در بین قضات دو نظریه وجود دارد: وفق نظریه نخست فلسفه وضع و تصویب تبصره یک ماده ۹ تقدم دادن منافع جامعه و اولویت

حقوق

بوده است و تا هنگامی که علت باقی باشد محل در ید مستأجر باقی می ماند و به او مهلت داده می شود. بخشنامه مورخ ۱۳۶۳/۴/۲ شورای عالی قضایی نیز در راستای همین نظریه صادر شده است.

۲- رابطه مستأجر و مالک پس از انقضای مدت اجاره و در مدت عسر و حرج، چگونه رابطه ای است، آیا استمرار و ادامه همان رابطه قبلی است یا حالتی است ویژه و استثنایی؟ اهمیت این مسأله در پرداخت اجاره بهاست زیرا، اگر مدت عسر و حرج را ادامه عقد قبلی بدانیم اجاره بها همان اجرت المسمی است ولی چنانچه مدت مذکور را حالتی ویژه بدانیم اجاره بها یا با توافق طرفین معین می گردد و در صورت عدم تعیین اجرت المثل پرداخت می شود.

ممکن است در این باره گفته شود که با انقضای مدت عقد اجاره رابطه استیجاری بین طرفین قطع گردیده و دادگاه نمی تواند رابطه ای را که قطع شده برقرار سازد. چون انعقاد عقد جدید تابع قواعد عمومی قراردادها از جمله شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مانند قصد و رضای طرفین است که در ما نحن فیه وجود ندارد. بنابراین، این مدت حالتی فوق العاده و استثنایی است. اجاره بها در صورت عدم توافق طرفین همان اجرت المثل است.

عسر و حرج اماکن آموزشی و دولتی است. بنابراین، محاکم باید از رسیدگی به عسر و حرج مالکین خودداری کنند.^(۱) بر اساس نظریه دوم، تبصره دلالتی بر عدم رسیدگی به عسر و حرج موجر ندارد و مطابق حکم کلی مندرج در ماده ۹ شرط رعایت عسر و حرج مستأجر عدم تعارض آن با عسر و حرج مالک است. به نظر ما نظر اخیر کاملاً با مفاد قاعده لاجرح و قاعده تسلیط که از مهمترین قواعد فقهی است تطابق دارد. و علاوه بر آن، تبصره ها علی القاعده حکم مواد را نفی نمی کنند بلکه به عکس، در صورت عدم تصریح حکم ماده در تبصره نیز جاری است. بنابراین باید گفت که دادگاه در صورتی حکم تخلیه را به تأخیر می اندازد که عسر و حرج مستأجر معارض با حرج موجر نباشد.

جمع بندی

در پایان بحث لازم است چند سؤال و مسأله مهم را که از لحاظ اجرای ماده اهمیت فوق العاده ای داشته و مبتلا به محاکم حقوقی است طرح نموده و پاسخ دهیم.

۱- اگر پس از اتمام مهلت اعطا شده به مستأجر معسر از سوی دادگاه وضعیت حرجی وی ادامه یابد تکلیف چیست؟ در این مسأله به نظر می رسد دادگاه مکلف است که به ادعای مستأجر مجدداً رسیدگی کند و چنانچه حرج وی را احراز نماید مهلت دیگری بدهد زیرا فلسفه وضع و تدوین قانون به دلیل وجود عسر و حرج

۱- یوسف نوبخت، همان منبع، شماره ۲۱۵.

مستأجر به علت عسر و حرج به دستور دادگاه مجاز در ادامه تصرفات خود باشد زیرا حکم تخلیه، رابطه استیجاری میان طرفین را قطع می‌کند و با زوال این ارتباط موجب قانونی برای پذیرش دعوی مستأجر نیست». کما اینکه ماده ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر^(۲) نیز متعرض این حکم است و ادامه تصرفات محکوم علیه معسر به معنی شناسایی ید استیجاری او می‌باشد بلکه دادگاه از باب عسر و حرج، با دادن مهلت تنها اجرای حکم را مدتی به تأخیر می‌اندازد و اگر مورد مسبوق به حکم تخلیه نباشد مانند موارد مشمول تبصره اصلاحی ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر دعوی مستأجر معسر به خواسته الزام مالک به تعمیر اساسی قابل پذیرش است ولو مدت اجاره منقضی شده باشد.

از سوی دیگر، نظر اقلیت قضات چنین است: نظر به اینکه دستور دادگاه دایر به بقای مستأجر معسر در مورد اجاره فی الواقع به معنی استدامه ید استیجاری او در مدت تعیین شده و به منزله این است که اجاره برای آن مدت باقی است و چون این حکم

به عقیده ما این وجه خالی از اشکال نیست زیرا، قاعده لاجرح تنها مانع اجرای حکم تخلیه می‌گردد و به خودی خود نه عقدی را ایجاد می‌کند و نه پایان می‌دهد. بنابراین، میزان اجاره‌بها و سایر تکالیف و حقوق، تابع عقد بین طرفین است و گمان نمی‌رود که به طور معمول پس از اعطای مهلتی به مستأجر، طرفین تصور نمایند که شرایط عقد اجاره از بین رفته باشد مضافاً اینکه، در صورت اول لازم می‌آید که میزان اجاره‌بها تغییر کند و مسلماً این تغییرات همیشه در جهت افزایش است و چه بسا خود، حرج مستأجر را به بار آورد و نقض غرض گردد، بنابراین باید مدت عسر و حرج را مشمول قرارداد منعقد شده میان طرفین دانست جز در مدت آن، که بنا به حکم قانون و رأی محکمه به تأخیر افتاده است.

۳- چنانچه مستأجری که از باب عسر و حرج به استناد ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر و یا تبصره اصلاحی آن، به دستور دادگاه به تصرفات خود ادامه می‌دهد در صورت نیاز مورد اجاره به تعمیر اساسی می‌تواند از دادگاه، الزام موجر را به انجام آن بخواهد یا نه؟

در پاسخ پرسش فوق نظریه اکثریت قضات دادگاههای حقوقی ۲ تهران در تاریخ ۱۳۶۶/۲/۱۰ چنین^(۱) اعلام گردید: «چنانچه حکم تخلیه مورد اجاره از دادگاه صادر شده باشد دعوی مستأجر دایر به الزام موجر به تعمیر اساسی مسموع نیست ولو

۱- یوسف نوبخت، اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان، شماره ۲۲۶.

۲- ماده ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳.

ماده ۱۳- اقامه دعوی تخلیه از طرف موجر مانع قبول و رسیدگی به دعوی تعمیرات نیست و در صورتی که دادگاه، مورد را از موارد تخلیه نداند و آن را رد کند به دعوی تعمیرات رسیدگی و حکم خواهد داد.

تعمیرات اساسی مورد اجاره نمایم و در مورد دیگر الزامی نداشته باشد.

ثانیاً، ماده ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر که به آن استناد شده است ناقض نظر اکثریت است زیرا، معیاری که برای قطع رابطه استیجاری در ماده ۱۳ آمده است، تخلیه کامل مورد اجاره و سپردن کلید آن به دفتر دادگاه است. در پایان ماده چنین آمده است: «... تا زمانی که مستأجر به ترتیب فوق عمل نکرده باشد تعهدات او به موجب مقررات این قانون و شرایط اجاره نامه است». بنابراین وفق ماده مذکور چنانچه مستأجر کاملاً محل را تخلیه نکند و کلید را به دفتر دادگاه نسیارد، رابطه استیجاری قطع نشده و باید اجرت المسمی مقرر در اجاره نامه را بپردازد. با وحدت ملاک این ماده به طریق اولی می توان استفاده کرد که در مدتی که مستأجر معسر بنا به نظر دادگاه در مورد اجاره باقی است، رابطه استیجاری قطع نشده و مالک موظف به انجام تعمیرات اساسی و سایر تعهدات مقرر در اجاره نامه می باشد. بنابراین، به روشنی معلوم می گردد که ماده ۱۳ قانون روابط موجر و مستأجر که اکثریت به آن استناد کرده اند خود ناقض نظر آنان است.

ثالثاً، چنانچه وفق نظر اکثریت، مالک موظف به انجام تعمیرات اساسی نباشد لاجرم مستأجر برای استیفای منفعت باید خود اقدام نماید. در نتیجه، این تعهد قانونی

به اقتضای ضرورت های اجتماعی و اقتصادی صادر می شود، لازم الاتباع و جانشین اراده طرفین است و چون اذن در ادامه تصرفات مستأجر اذن در لوازم آن یعنی امکان استیفای منفعت است لذا، همان طور که در اجاره خانه های خالی از طرف دادگاه اعمال می شود اگر مورد اجاره در مدت عسر و حرج نیاز به تعمیر اساسی داشته باشد مستأجر باید بتواند در مقام اجرای رأی دادگاه مبنی بر تثبیت ید استیجاری خود الزام موجر را به تعمیر اساسی بخواهد؛ اعم از اینکه قبلاً نسبت به مورد اجاره حکم تخلیه صادر شده یا نشده باشد زیرا، در غیر این صورت با عدم ضمانت اجرا برای مالک در انجام تعمیر عملاً مورد اجاره مسئوب المنفعه و رأی دادگاه مبنی بر استحقاق مستأجر در ادامه تصرفات تعطیل و نقض غرض شده و راه سوء استفاده مالک در بلا اجرا گذاشتن دستور دادگاه بازمی گردد.

به نظر ما رأی اقلیت قضات دادگاه های حقوقی ۲ صحیح و خالی از اشکال است و نظر اکثریت کاملاً بی پایه و اساس و نقض غرض است، زیرا:

اولاً، همانطور که قبلاً متذکر شدیم حکم تخلیه دادگاه به نفسه و صرف نظر از اجرای آن هیچ رابطه حقوقی را ایجاد یا ازاله نمی کند تا بین ماده و تبصره آن قائل به تفکیک شویم و در یکی مالک را ملزم به

استثنایی را بیان می‌کند و تحمل تفسیر موسع را نداشته و نباید حکم آن را به سایر موارد سرایت داد، به ویژه که در این مورد قانون حکمی ندارد و ساکت است.

در پاسخ یادآور می‌شویم که:

اولاً، وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی مکلف است که حکم هر موضوع را در قوانین مدونه پیدا کند و اگر موجود نباشد نمی‌تواند از رسیدگی به دلیل سکوت یا اجمال قانون خودداری کند بلکه، باید به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کند که مسلماً یکی از این منابع معتبر قواعد فقهی می‌باشد که دادگاه در مقام صدور رأی به آن استناد کند.

ثانیاً، قاعده مذکور در ماده ۹ نه تنها حالتی ویژه و استثنایی نیست بلکه، قاعده‌ای مهم و عمومی است که خداوند متعال آن را بر اساس «لطف و امتنان» بر بندگان وضع نموده و حاکم بر تمامی احکام تکلیفی و وضعی است و قلمرو آن به گستره کل عالم

مالک به انجام تعمیرات اساسی (ماده ۴۸۶ قانون مدنی) به عهده مستأجر معسر قرار می‌گیرد و بدیهی است که این نقض غرض است زیرا، باری سنگین و تکلیفی شاق به عهده مستأجر^(۱) گذاشته شده که قانون بر او بار نکرده است و این خود حرجی است که در صورت وجود قاعده لاجرح آن را معدوم و منتفی می‌سازد.

رابعاً، چنانچه قرار داد اجاره با سند رسمی تنظیم شده باشد و موجر وفق ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر^(۱) و بند الف ماده ۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی^(۲) تقاضای صدور اجراییه دائر بر تخلیه مورد اجاره را بنماید، تکلیف مستأجر مدعی عسر و حرج چیست؟ و نزد چه مرجعی باید طرح ادعا نماید؟

مستأجر معسر در این خصوص نیز باید به دادگاه حقوقی ۲ مراجعه نماید و تنظیم دادخواست ضرورتی نداشته بلکه صرف تقاضای کتبی و تسلیم آن به دادگاه کافی است. محکمه حقوقی به لحاظ فوریت مسأله، خارج از نوبت رسیدگی نموده و پس از احراز اعسار مستأجر، دستور توقیف عملیات اجرایی را به ثبت صادر می‌کند (تبصره ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر).

خامساً، آیا موجر در برابر ادعای مستأجر مبنی بر عسر و حرج می‌تواند به ضرر یا عدم نفع خود استناد جوید؟ در این باره برخی عقیده دارند که قاعده مذکور در ماده ۹ حالتی فوق‌العاده و

۱- ماده یک قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، ۲، ۱۳

ماده ۱- اما کنی که برای سکنی با تراضی با موجر به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره به تصرف متصرف داده شده یا بشود اعم از اینکه سند رسمی یا سند عادی تنظیم شده یا نشده باشد مشمول مقررات این قانون است.

۲- بند الف ماده یک آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۶ تیرماه ۱۳۵۵ به شرح ذیل است.

الف- در مورد اسناد رسمی لازم‌الاجرا نسبت به دیون و اموال منقول و املاک ثبت شده و نیز املاک مورد وثیقه و اجاره (مشمول قانون روابط مالک و مستأجر) اعم از اینکه منک مورد وثیقه و اجاره ثبت شده یا نشده باشد از دفترخانه‌ای که سند را ثبت کرده است. در مورد سایر اسناد راجع به املاکی که ثبت در دفتر املاک نشده است برای اجرای مفاد سند، ذی‌نفع باید به دادگاه صالحه مراجعه کند.

تعارض و تساقط می‌کند و قاعده تسلیط حاکم است.

در نتیجه به نظر ما مالک همانند استناد به حرج می‌تواند به ضرر و عدم نفع خود در مقابل ادعای مستأجر استناد جوید و محکمه مکلف به رسیدگی به آن است. به ویژه که قاعده لاجرح و لاضرر با هم شباهت کامل داشته و مبنای وضع و تشریح آنان یکی است.

تشریح است و آنچه حکم حرجی باشد در عالم تشریح، مرفوع است. قاعده لاجرح به طریق اولی، حاکم بر کل قوانینی است که قانونگذار بشری وضع نموده و هر حکم حرجی را موقوف و معلق می‌کند، هر چند آن حکم بر اساس منصفانه یا به انگیزه‌ای عادلانه صادر شده باشد.

در نتیجه مفاد آن نمی‌تواند خلاف اصل باشد چون خود اصل است.

بناء علی هذا در ما نحن فیه با سکوت قانون موضوعه ناگزیر از مراجعه به منابع اسلامی و قواعد فقهی هستیم و در این مورد قول مشهور فقها بر این است^(۱) که در صورت اول یعنی تعارض ضرر مالک و حرج مستأجر هر دو ساقط شده (اذا تعارضا تساقطا) و قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) جاری می‌گردد. اما در خصوص عدم نفع مالک و تعارض آن با حرج مستأجر نیز قول مشهور فقها به همان دلیلی که بیان شد بر جای تصرف مالک در ملک خود است. به نظر شیخ مرتضی انصاری^(۲) منع مالک از تصرف در اموالش و عدم نفع وی حرج بر اوست و این حرج با حرج از سوی مستأجر تعارض و تساقط می‌کنند. صرف نظر از استدلال شیخ به نظر می‌رسد ضرر، امری عدمی است نه وجودی و تقابل ضرر و نفع از نوع تقابل عدم و ملکه است و عدم نفع همان ضرر است بنابراین در این مورد ضرر مالک با حرج مستأجر

□ □ □

۱- محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، چاپ بیروت صفحه ۳۹۷ به بعد سید ابوالقاسم خولئی، مصباح الاصول، جلد ۲، صفحه ۵۶۶، محمد حسین نائینی، منیة الطالب، جلد ۲، صفحه ۲۲۶ به بعد، میرزا حسن بجنوردی، قواعد فقهیه، جلد اول، چاپ نجف، صفحه ۲۰۶

۲- وسائل، جلد اول، صفحه ۵۳۸