

## ضمان مستأجر در عین مستأجره

---

---

امیر حسین وحیدی<sup>۱</sup>



۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی.



پرويشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

### ضمان مستأجر در عین مستأجره

بدون شك همواره در هر علمی و نه تنها در علم حقوق، اختلاف نظر در بین علما و صاحب نظران آن علم وجود دارد و البته این امر در علم حقوق و فروع آن بیش از هر علم دیگری به چشم می خورد.

همانطور که می دانیم در این علم همواره موضوعاتی مورد بحث و بررسی واقع می شود که محل بحث بسیاری از حقوقدانان و فقها بوده است و البته این امر همچنان نیز ادامه دارد.

از آنجا که در گذشته فقهای اسلامی مسائل مربوط به امور اجتماعی مردم و خصوصاً مسائل حقوقی آنها را با قدرت استنباط خود از قرآن و احادیث استخراج می کردند، اختلاف آرا در این موضوعات امری بدیهی به نظر می رسد و البته از آنجا که قانونگذاران کشور ما نیز در بسیاری از موضوعات از فقه اسلامی پیروی کرده اند، لذا حقوق موضوعه کشور ما نیز از این موضوع بی نصیب نمانده است و در بسیاری از این موضوعات قانونگذاران که به نظر خود نیز از اختلافات فقهی در میان فقها مطلع بوده اند، یا سکوت اختیار کرده اند و یا بسیار مبهم، به نحوی که هیچکدام از نظرات را صریحاً نقض یا قبول نمی کنند، بیان حکم کرده اند.

این ابهامات و شبهات در برخی از مواد قانونی، حقوقدانان را بر آن داشته است که

با استفاده از قواعد عمومی و اصول حقوقی، مسائل را موشکافی کرده تا شاید این روش، طریقی برای رسیدن به تفاسیر صحیح و نتیجه‌گیری منطقی در این مسائل گردد.

یکی از مسائلی که از دیرباز محل بحث‌های متعددی در میان فقها و حقوقدانان بوده است، «شرط ضمان مستأجر» نسبت به عین مورد اجاره می‌باشد. چنانچه می‌دانیم مستأجر نسبت به عین مستأجره در حکم امین است و ید او نسبت به مورد اجاره ید امانی محسوب می‌شود. یعنی اگر عین تلف گردد، مستأجر ضامن تلف نیست مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد. این موضوع در ماده ۴۹۳ ق.م نیز پیش‌بینی شده است و قانونگذار در این ماده نیز مستأجر را نسبت به عین مستأجره امین می‌داند مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد، که در این صورت ضامن هر عیب و نقصی خواهد بود ولو اینکه تلف مستند به فعل او نباشد.

اما آنچه محل نزاع واقع شده است، صحت شرط ضمان مستأجر در ضمن عقد اجاره است، بدین معنا که مستأجر در هر صورت ضامن عین مستأجره است و مسئولیت هرگونه عیب و نقص به عهده اوست ولو اینکه از حدود متعارف برای انتفاع از عین مستأجره تجاوز نکند و بعبارة الاخری در صورت عدم تعدی و تفریط نیز ضامن است.

از آنجا که ثبت اجاره‌نامه‌ها در دفاتر اسناد رسمی از دیرباز متداول بوده است و همچنان نیز ادامه دارد، تحقیق در صحت و یا احیاناً فساد چنین شرطی و بررسی ادله هر یک از دو نظریه توسط سردفتران و دفتریاران خالی از وجه نخواهد بود، مضافاً به اینکه این شرط عموماً در ضمن تنظیم اجاره‌نامه‌ها ملحوظ می‌گردد.<sup>۱</sup>

۱. عبارت «مستأجر متعهد گردید که مورد اجاره را بهمان نحو که سالم‌اً تحویل گرفته در هنگام تخلیه یا حین الفسخ صحیحاً تحویل موجر داده و رسید کتبی اخذ نماید و هرگونه کسر و انکسار را به نصب عین یا تأدیه قیمت جبران نماید» که عموماً در اسناد اجاره درج می‌گردد در حقیقت حاکی از اندراج شرط ضمان مستأجر می‌باشد.

با اندکی بررسی و تأمل در کتب فقهی به این نکته دست می‌یابیم که مشهور فقها به بطلان چنین شرطی فتوا داده‌اند. معهداً در میان پیروان نظریه فساد نیز اختلافاتی وجود دارد، بدین نحو که برخی چنین شرطی را باطل می‌دانند، لیکن آن را مبطل عقد نمی‌دانند و در مقابل برخی دیگر پا فراتر نهاده و چنین شرطی را خلاف مقتضای ذات عقد اجاره بر می‌شمارند و لذا معتقدند مبطل عقد نیز می‌باشد.

اگرچه مشهور فقها عموماً بر فساد چنین شرطی اجماع کرده‌اند، لیکن پذیرفتن مطلق این نظریه، خصوصاً بدون توجه به ادله نظریه صحت منطقی به نظر نمی‌رسد. در عصری که اصل حاکمیت اراده از مهمترین اصول حقوقی برشمرده می‌شود و وضع ماده ۱۰ ق.م. ماهیت قانونی نیز به آن بخشیده است، پذیرفتن فساد و عدم صحت قراردادی که طرفین بر آن تراضی کرده‌اند، بدون بررسی و تأمل دقیق امری بس مشکل و دشوار است.

لذا در این مقاله به بررسی هر یک از این نظریات و دلائل مربوط به هر یک و انطباق آن با اصول حقوقی می‌پردازیم و پس از بررسی دلائل و فروع هر یک از دو نظریه صحت و فساد در خاتمه نیز به نتیجه‌گیری از دو مبحث مزبور و اینکه کدامیک از نظریات قابل انطباق با حقوق موضوعه و رویه قضایی عصر حاضر است، خواهیم پرداخت که امید است مورد توجه واقع گردد.

#### الف) بررسی و تحلیل نظریه فساد:

همانطور که گفته شد اکثر فقها علاوه بر اینکه مستأجر را نسبت به عین مستأجره امین می‌دانند، شرط ضمان آن را بدون تعدی و تفریط صحیح نمی‌دانند به طوری که شهید در لمعه می‌گوید:

«ولا یضمن المستأجر العین الا بالتعدی او التفریط، ولو شرط ضمانها فسد العقد»

قسمت اخیر عبارت شهید در لمعه حکایت از آن دارد که وی علاوه بر فساد شرط ضمان، آن را مفسد عقد نیز می‌دانند. لذا همانطور که از نظرتان گذشت باید در مورد

فساد چنین شرطی در دو مورد قائل به تمایز شویم:

۱- شرط ضمان مستأجر خلاف مقتضای ذات عقد اجاره است: قبل از هرچیز باید با مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد و دلایل بطلان عقد در صورت اندراج چنین شرطی آشنا شویم. مقتضای عقد یعنی اثری که طرفین عقد به منظور ایجاد آن عقد را منعقد می‌کنند. مثلاً در عقد بیع تملیک و تملک مقتضای ذات عقد بیع می‌باشد، و به همین نحو می‌توان تملیک منافع را مقتضای ذات عقد اجاره دانست، چرا که ماده ۴۶۶ ق.م. در تعریف عقد اجاره آن را عقد تملیکی معرفی می‌کند که به موجب انعقاد آن فیما بین موجر و مستأجر، مالکیت منافع برای مدت محدودی به مستأجر منتقل می‌شود.

پس هر عقدی دارای مقتضایی است و مقتضای این مقتضا نیز عقد مزبور است. در عقد بیع تملیک و تملک مقتضای عقد است و عقد بیع نیز مقتضای این مقتضاست. مستنداً به ماده ۲۳۳ ق.م. شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها خود باطل است بلکه مبطل عقد نیز می‌باشد و دلیل این امر نیز تعارض بین شرط و مقتضای عقد است. از آنجا که رابطه شرط و عقد، رابطه فرع و اصل است و شرط از عقد تبعیت می‌کند، لذا اگر عقد باطل باشد، به تبع آن شرط مندرج در ضمن آن نیز باطل است و مسلماً عکس این مطلب غالباً موجب بطلان عقد نمی‌شود. لیکن هرگاه شرط باطل به نحوی باشد که موجب تزلزل ارکان عقد نیز بشود، بدون شک موجب فروپاشی ارکان عقد نیز می‌شود و لذا مبطل عقد نیز می‌باشد.

در جایی که شرط برخلاف مقتضای عقد درج شده است، بدون تردید ارکان معامله موجب تزلزل می‌شود و این تزلزل نیز به سبب وجود تعارض بین عقد و شرط حادث می‌گردد (اذا تعارضاً تساقطاً) و البته این تعارض بین عقد و شرط در دو مورد متفاوت است:

اول اینکه تعارض بین شرط و عقد حادث و این تعارض مستلزم تساقط است و

دوم اینکه تعارض بین آن دو مستلزم تساقط نباشد. اگر شرط درج شده در عقد برخلاف تمام آثار مقتضای عقد باشد، یعنی اینکه مانع تمام تصرفات مادی و حقوقی گردد، مثل اینکه در ضمن عقد بیعی درج شود «مالکیت مبیع به خریدار منتقل نگردد»، این تعارض مستلزم تساقط است و همچنین است در موردی که شرط مندرج عمده آثار مقتضای عقد را منع کند. اگرچه این تعارض کامل نیست لیکن آن باقیمانده نوعاً و عرفاً مؤثر نمی‌باشد، لذا در این مورد نیز تعارض موجب تساقط می‌شود.

لذا اگر شرط مندرج برخلاف بعضی از آثار مقتضای عقد باشد، ولی عمده آثار آن را منع نکند اگرچه تعارض حادث است، لیکن تعارض ایجاد شده را نمی‌توان مستلزم تساقط دانست.

یکی از دلایلی که پیروان نظریه فساد ارائه داده‌اند<sup>۱</sup> تعارض چنین شرطی با مقتضای عقد اجاره است و آنهایی که شرط ضمان مستأجر را مخالف با مقتضای عقد اجاره می‌دانند، معتقدند که عقد اجاره دلالت بر تسلط مستأجر بر عین مستأجره دارد، و لازمه این تسلط نیز امین بودن مستأجر در عین مستأجره است، زیرا اگر مفهوم و مدلول عقد اجاره را تملیک منفعت به مستأجر بدانیم، این تملیک موجب تسلیط وی بر مورد اجاره است و لذا امین بودن مستأجر در مورد اجاره از تسلط او بر عین مستأجره به دلالت التزامی مشهود است و بنابراین شرط ضمان مستأجر با مدلول التزامی عقد متعارض است و همانطور که می‌دانیم تعارض مدلول عقد و شرط موجب تزلزل ارکان معامله شده و موجب فساد عقد و شرط می‌شود.

۲- شرط ضمان مستأجر برخلاف مشروع است: اما یکی از دلایل دیگری که

۱. علامه حلی، تذکره جلد دوم، صفحه ۳۱۷، شهید ثانی، شرح لمعه، جلد چهار، صفحه ۳۳۱، شیخ بهائی، جامع عباسی، صفحه ۲۸۴.

پیروان نظریه فساد بیان نموده‌اند، نامشروع بودن شرط ضمان است.<sup>۱</sup> همانطور که می‌دانیم مستنداً به ماده ۲۳۳ ق.م.شرعی که نامشروع باشد باطل است. لیکن بطلان آن از آنجایی که موجب تزلزل ارکان معامله نمی‌گردد، مفسد عقد نیست.

اقتضای اصل حاکمیت اراده این است که آنچه مورد توافق و تراضی طرفین واقع می‌شود و قصد مشترک طرفین حکایت از لزوم آن می‌کند، الزام آور برشمرده شود. لیکن بر این اصل استثنائاتی وارد است و اجلی استثنا آن نامشروع بودن عقد است. شروط ضمن عقد را نیز که به نوعی عقدی تبعی محسوب می‌شوند از این قاعده کلی مستثنی نمی‌باشد، لذا حکم شرط نامشروع نیز بطلان آن شرط است.

آنهایی که شرط ضمان مستأجر را نامشروع می‌دانند به احادیثی دال بر عدم ضمان امین استناد می‌کنند و از آنجا که فتاوی فقها حکایت از امین بودن مستأجر در عین مستأجره دارد، شرط ضمان مستأجر را که ید او نسبت به عین مستأجره امانی است، نامشروع دانسته و باطل می‌دانند. شیخ انصاری در رابطه با «شرط نامشروع» می‌فرماید: «تعلق احکام شرع به موضوعاتشان بر دو گونه است گاهی حکم به موضوعی با قطع نظر از عوارضی که ممکن است بر آن وارد شود تعلق گرفته است و به تعبیر دیگر اطلاق در مورد وضع حکم لحاظ نشده است که در اصطلاح فقهی به چنین حکمی حکم ذاتی می‌گویند. و اینگونه موارد عروض حکم دیگری بر آن موضوع به لحاظ عروض عنوانی دیگر بر آن منافی با حکم ذاتی آن موضوع محسوب نمی‌گردد و گاهی حکم شرع با توجه به تمام عوارضی که ممکن است بر موضوع وارد شود تعلق گرفته است، مگر در موارد اضطرار و حرج و... که در چنین وضعی عروض حکم دیگری بر آن موضوع به ناچار با آن حکم شرعی منافی خواهد بود.<sup>۲</sup>

پس با تحلیل فوق بین موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند باید در

۱. سیدمحمدکاظم طباطبایی، حاشیه بر مکاسب، صفحه ۱۱۵.

۲. مقاله شرط ضمان مستأجر، دکتر علی اکبر صادقی.



دو مورد قائل به تمایز شد:

اولاً احکامی که حکم مقرر در آن باب، مقتضی الزام آن بوده است (خواه وجوب و خواه حرمت) مانند حرمت شراب و یا وجوب خمس. مسلماً شرط خلاف چنین احکامی که شارع نظر به الزام آنها داشته است صحیح نبوده و حکم چنین شرطی را بطلان آن شرط می‌دانیم.

ثانیاً احکامی که حکم مقرر در آن موضوع مقتضی الزام آن نبوده است و شارع نظر به الزام آن اثباتاً یا نفیاً نداشته است، لذا شرط خلاف این احکام را نمی‌توان باطل دانست زیرا اگرچه شارع به ظاهر حکم بر الزام آن مقرر داشته است، لیکن وضع آن حکم از باب الزام نبوده است و این مورد همانند مورد اول قدرت حکومت بر اصل حاکمیت اراده را نخواهد داشت. از آنجا که مهمترین ادله پیروان نظریه فساد خارج از موضوعات مذکور نمی‌باشد، لذا آنهایی که به صحت چنین شرطی نظر دارند به ادله مزبور اینچنین پاسخ می‌دهند:

اولاً شرط ضمان مستأجر را نمی‌توان مخالف مقتضای عقد اجاره دانست و شرط ضمان مستأجر هیچ‌گونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد، زیرا مقتضای عقد اجاره را نمی‌توان عدم ضمان مستأجر دانست، بلکه قدر متیقن این است که عقد اجاره مقتضی ضمان مستأجر نمی‌باشد.

پس نمی‌توان مقتضای عقد اجاره را امین بودن مستأجر دانست، زیرا اگر به خاطر بیاورید علت امین بودن مستأجر را نسبت به عین مستأجره به واسطه تسلیط وی بر مورد اجاره دانستیم، لزوم این تسلیط نیز به دلیل حصول تدریجی منفعت از عین مستأجره است.

ضعف این استدلال در جایی آشکار می‌گردد که دریابیم اساساً در همه اقسام اجاره، تصرف مورد اجاره برای استیفای منفعت ضرورتی ندارد. مثال بارز این ادعا نیز در اجاره حیوان برای حمل بار متصور است که معمولاً مالک حیوان مسئولیت حمل

آن را برعهده می‌گیرد.

علاوه بر پاسخ مزبور ذکر این نکته نیز ضروری است که در فرض اینکه امین بودن مستأجر را مقتضای عقد اجاره بدانیم، اگرچه شرط ضمان مستأجر در این فرض با مقتضای عقد منافات دارد، لیکن این تعارض را نمی‌توان مستلزم تساقط دانست زیرا همانطور که گفته شد، تعارضی موجب تساقط است که با علت تامه عقد متعارض باشد و یا به عبارت دیگر مانع تمامی یا عمده تصرفات مادی و حقوقی باشد.

لیکن به نظر امین بودن مستأجر را نمی‌توان علت تامه عقد دانست، زیرا همانطور که می‌دانیم عقد اجاره تملیک منفعت به عوض معلوم است و مسلماً علت تامه این عقد را باید انتقال مالکیت منافع به مستأجر در برابر انتقال مالکیت مال الاجاره به موجر دانست.

لذا در این صورت شرط ضمان مستأجر در زمره علل فرعی عقد واقع می‌شود و در حقیقت اقتضای اطلاق عقد می‌باشد و عقد در صورت اطلاق مقتضی امین بودن مستأجر است، پس با این تفاسیر شرط ضمان مستأجر شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است و نه مخالف مقتضای ذات عقد. ثانیاً شرط ضمان مستأجر را نمی‌توان نامشروع دانست زیرا همانطور که گفته شد موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند دو دسته‌اند:

اول موضوعاتی که حکم مقرر در آن موضوع، مقتضی الزام آن بوده است و دوم موضوعاتی که حکم مقرر در آن موضوع، مقتضی الزام آن نبوده است. زیرا برخلاف ید غاصب که اقتضای ضمان آن می‌باشد، عدم ضمان امین در ید امانی اینگونه نیست. زیرا طبق قاعده ید (علی‌الید ما اخذت حتی تودیبه) هرکسی که مال غیر را در تصرف خود دارد، مادامی که آن را به صاحبش رد نکند ضامن است. اینکه ید امانی از قاعده ید مستثنی می‌باشد، به دو شکل متصور است که آیا این امر به واسطه تخصیص بوده است یا تخصص؟

توضیح اینکه قاعده ید، قاعده‌ای عام است و خروج هر موضوعی از آن ممکن است به واسطه دلیلی صورت گیرد که این دلیل را مخصص می‌گویند و موجب تخصیص آن موضوع از قاعده عام می‌گردد. در مقابل ممکن است موضوعاتی خروج تخصصی از قاعده عام داشته باشند به این معنا که علت حکم عام خارج از موضوع مزبور بوده و اساساً شامل موضوع مانحن فیه نمی‌گردد.

برای مثال در موضوع خروج ید امین از قاعده ید، برخی خروج آن را تخصیصی می‌دانند و مخصص آن را نیز ادله ضمان مانند روایت «الامین لا یضمن» معرفی می‌کنند و لذا معتقدند قاعده ید نسبت به هر متصرفی که در مال غیرتصرف دارد جاری می‌گردد، لیکن دلایلی مانند حدیث مزبور موجب تخصیص آن شده و مثلاً در مورد امین آن را از قاعده مزبور مستثنی می‌کند.

اما نکته قابل توجه که موجب گرایش به نظر تخصصی بودن خروج ید امین از قاعده ید می‌کند این است که حدیث علی‌الید حدیثی است نبوی، و از آنجا که عمده احادیث نبوی مسبوق به اختلاف یا مسأله‌ای میان مسلمین بوده است لذا این موضوع به ذهن متبادر می‌شود که بیان قاعده ید از جانب ایشان نیز مسبوق به طرح مسأله یا مشکلی میان مسلمین بوده است.

حال تردید است که آیا این مسأله شامل ید امانی بوده یا خیر؟ پس در این مورد تردید ایجاد شده است و از آنجا که در این موارد باید به قدر متیقن اکتفا کرد، لذا منطق حکم می‌کند که قاعده ید را تنها شامل ایادی عدوانی نظیر غاصب بدانیم.<sup>۱</sup> تا اینجا تنها ادله نظریه فساد را مورد بررسی و تحلیل قرار دادیم، لیکن علاوه بر پاسخ‌هایی که موجب نقض این ادله می‌شوند، دلایل و استدلال‌هایی نیز در جهت صحت این شرط ارائه داده‌اند که در مبحث بعد آنها را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱. مقاله شرط ضمان مستأجر، دکتر علی‌اکبر صادقی.

**(ب) بررسی و تحلیل نظریه صحت:**

برخلاف نظر مشهور فقها که دلالت بر بطلان شرط ضمان دارد، گروهی دیگر به صحت چنین شرطی اعتقاد دارند. در بین ادله و استدلال‌های آن دسته از فقها و حقوقدانان که اعتقاد به صحت چنین شرطی دارند، باید در بین دو مورد قائل به تفاوت شویم: دسته اول ادله و استدلال‌هایی در راستای نقض دلایل نظریه فساد است و دسته دوم ادله و استدلال‌هایی است که اساساً بر طبق اصول حقوقی و فقهی ما را به پذیرش صحت چنین شرطی رهنمون می‌کنند، که ما مهمترین آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

**۱- اصل حاکمیت اراده:**

همانطور که می‌دانیم اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی اراده در حقوق ما در ماده ۱۰ ق.م.پیش‌بینی شده است. بر طبق این ماده قراردادهای خصوصی افراد در صورتی که «خلاف صریح قانون» نباشد، نافذ و لازم‌الوفا است. اگر بخواهیم اصل حاکمیت اراده و در حقیقت محتوای بنیادین این ماده را ظهوری جدید در حقوق بدانیم، بدون تردید ادعایی بیهوده و گزاف کرده‌ایم و آیات قرآن و روایات و ادله فقهی که از دیرباز در راستای این اصل بیان شده است نیز شاهد بر این مدعا می‌باشند.

آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»<sup>۱</sup> و یا روایت «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً»<sup>۲</sup> شواهدی است که دلیل بر پذیرش این اصل در فقه اسلامی و پیشینه تاریخی آن دارد. پس با شواهد و ادله موجود در صحت این تئوری و پذیرش آن به عنوان یک اصل مسجل تردیدی نداریم. لذا پذیرش هر اصل و قاعده‌ای نتایج و آثاری را ایجاد

۱. سوره مائده - آیه ۱

۲. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، صفحه ۲۷۶.

می‌کند که پذیرش اصل حاکمیت اراده نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. به طور خلاصه مهمترین آثار پذیرش اصل حاکمیت اراده نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشد. به طور خلاصه مهمترین آثار پذیرش این اصل را می‌توان: ۱- پذیرش عقود غیرمعین و لازم بودن آنها ۲- اصل رضائی بودن عقود و ۳- اصل لزوم، دانست. پس طبق این اصل طرفین دارای آزادی ارادی هستند تا در هر موضوعی و به هر نحوی که مایل هستند تراضی کنند.

لیکن نامحدود دانستن هر اصلی از جمله اصل حاکمیت اراده موجب بروز مشکلاتی از جمله اختلال در نظم عمومی می‌شود. لذا برای جلوگیری از این معضلات باید قلمروهای اصل حاکمیت اراده را ترسیم کرد، تا بتوان از این اصل در جهت ایجاد نظم عمومی و تثبیت حقوق اجتماعی استفاده کرد.

در یک تقسیم‌بندی کلی محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده را به دو دسته قانونی و قراردادی تقسیم می‌کنند و آنچه در این موضوع نیز بیشتر مورد استفاده قرار می‌گیرد محدودیت‌های قانونی این اصل می‌باشد.

استثنائات قانونی اصل حاکمیت اراده در ماده ۹۷۵ ق.م.پیش‌بینی شده است و بر طبق آن تراضی طرفین نباید برخلاف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه و یا مخالف صریح قانون باشد.

پس طبق دلایل مذکور، عقود و تراضی طرفین در حالی که اولاً مخالف با نظم عمومی، ثانیاً برخلاف قانون آمره، و ثالثاً برخلاف اخلاق حسنه نباشد، لازم‌الوفا است. از آنجا که شروط نیز خود قراردادی هستند که می‌توانند جدای از عقد الزام‌آور باشند، لذا اصل حاکمیت اراده و مفاد ماده ۱۰ ق.م. در باب شروط ضمن عقد نیز قابل تسری است.

لذا بر طبق آنچه گفته شد شرط ضمان مستأجر را بر طبق اصل حاکمیت اراده باید صحیح دانست، زیرا اولاً اندراج این شرط در ضمن عقد اجاره حکایت از تراضی

طرفین بر آن دارد و ثانیاً شرط مزبور برخلاف صریح قانون آمره و یا مخل نظم عمومی نمی‌باشد، اگر چه مفاد ماده ۴۹۳ ق.م ناظر به امین بودن مستأجر بر عین مستأجره است. لیکن به نظر این حکم کاشف از اراده فرضی طرفین می‌باشد و در جایی که موجر و مستأجر خود تصریح به شرط ضمان داشته باشند و اراده واقعی آنها خواه ضمنی و خواه صریح قابل احراز باشد، دلیلی بر فساد این شرط موجود نمی‌باشد.

## ۲- اصل صحت:

مستنداً به ماده ۲۲۳ ق.م «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود.»

تردید در فساد عقد و قرارداد از دو جهت مورد بررسی است: اول اینکه به واسطه شبهه حکمی باشد، یعنی اینکه حکم موضوعی کلی معلوم نباشد و تردید در صحت یا فساد آن داشته باشیم و دوم اینکه به واسطه شبهه موضوعی باشد و آن عبارت است از اینکه حکم موضوعی کلی معلوم است لیکن موضوع خاصی از آن به جهتی مورد تردید واقع شده است.

اما منشأ تردید در موضوع ما نحن فیه از باب شبهه حکمی می‌باشد، زیرا حکم شرط ضمان بدون تعدی و تفریط در قانون پیش‌بینی نشده است و اساساً همین سکوت قانونگذار نیز باعث بروز اختلاف و تردید در این باب شده است. لیکن درباره اجرای اصل صحت در شبهه حکمی اختلاف وجود دارد، با این وجود دلایلی وجود دارد که مثبت پذیرفتن اجرای این اصل در هنگام بروز شبهه حکمی می‌باشد.

از جمله این دلایل می‌توان به حدیث مشهور «الناس مسلطون علی اموالهم» اشاره کرد.<sup>۱</sup> زیرا بر طبق این حدیث لازمه تسلیط بر اموال این است که همه عقود راجع به آن را نیز اجمالاً صحیح بدانیم. مضافاً به اینکه اساساً مبنای ایجاد معاملات مردم را نباید شرع دانست بلکه مبنای اصلی و اساسی در روابط حقوقی و انعقاد عقود در بین

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، صفحه ۳۵۴ به بعد.

عموم افراد نیازهای فردی و اجتماعی آنها می‌باشد، پس مبنای ایجاد عقودی که امروزه به عقود معین از آنها یاد می‌کنیم، نیازهای اجتماعی مردم بوده است و نه تأسیس شارع. لیکن در جایی که شارع انجام معاملات را برخلاف شرع بداند تصریح به آنها کرده است و به عبارة الاخری آنچه نیاز به تصریح و بیان دارد فساد معامله است و نه صحت آن.<sup>۱</sup>

در تحلیل فوق باید عام بودن حکم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» رانیز اضافه کرد. صاحب عناوین علاوه بر اینکه اعتقاد به عام بودن حکم مذکور دارد، نظر کسانی را که این آیه را ناظر به عقود متعارف در زمان شارع می‌دانند به شدت تکذیب می‌کند<sup>۲</sup> و عموم آیه مذکور را افرادی و استغراقی<sup>۳</sup> معرفی می‌کند. به طوری که شامل تمامی مصداق‌های نادر نیز می‌گردد. لذا طبق آنچه گفته شد به نظر می‌رسد با اجرای اصل صحت در مواردی که شبهه حکمی وجود دارد، تردیدی نیست و از آنجا که تردید در صحت یا فساد شرط ضمان مستأجر نیز، از موارد شبهه حکمی می‌باشد، لذا قائل شدن به اصل صحت در این موضوع دور از ذهن به نظر نمی‌رسد.

۳- ماده ۶۴۲ ق.م خصوصیت ندارد:

قانونگذار در ماده مزبور شرط ضمان مستعیر در ضمن عقد عاریه را صحیح دانسته است. اگر چه عده‌ای معتقد به خصوصیت این حکم در مورد عقد عاریه هستند، لیکن به نظر می‌رسد عقد عاریه علت اصلی حکم نبوده است و عقد عاریه نسبت به سایر عقود امانی خصوصیتی ندارد. مضافاً به اینکه ماده ۶۳۱ ق.م نیز صراحتاً بیانگر این موضوع می‌باشد.

۱. صاحب عناوین - صفحه ۱۷۴ به بعد.

۲. دکتر ناصر کاتوزیان - همان منبع.

۳. مقصود از عام افرادی و استغراقی، حکمی است که به هر یک از افرادش مستقلاً تعلق می‌گیرد و در حقیقت به شمار افراد آن حکم<sup>۴</sup> موجود است.

با وجود این برخی به استناد اینکه اثر اجاره تملیک منفعت است ولی عاریه، اذن در انتفاع است، این حکم را ناشی از خصوصیت عقد عاریه می‌دانند. لیکن دلیل امانی بودن ید مستأجر یا مستعیر نسبت به عین مال از جهت تسلیط او بر عین است و در حقیقت جنبه فرعی دارد و نباید این امر را به اشتباه موضوع اصلی عقود امانی برشماریم.

پس اگر معتقد به این تفسیر باشیم، نباید خصوصیتی برای عقد عاریه قائل شویم. پس با استفاده از ملاک ماده ۶۴۳ ق.م می‌توان گفت از آنجا که قانونگذار در عقد عاریه شرط ضمان مستعیر را پذیرفته است لذا قاعداً پذیرفتن صحت این شرط در عقد اجاره نیز منطقی به نظر می‌رسد. مضافاً به اینکه بسیاری از فقها شرط ضمان اجیر را در اجاره خدمت مورد پذیرش قرار داده‌اند. امام خمینی (ره) در مورد شرط ضمان اجیر می‌فرمایند:

«و يجوز اشتراط الضمان عليه لو حصل الضياع او السرقة و لو من غير تقصير منه»<sup>۱</sup>  
 پس اگر علت امان بودن مستأجر، مستعیر و یا اجیر را تسلیط آنها بر عین مال با اذن مالک بدانیم، دلیلی ندارد که شرط ضمان مستأجر را شرطی فاسد بدانیم.  
 ۴- رویه قضایی به طور ضمنی شرط ضمان مستأجر را مورد پذیرش قرار داده است:

قبل از تصویب قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰ شمسی، تمامی معاملات مردم در محضر علما و روحانیون انجام می‌گرفت ولی با تصویب قانون ثبت و خصوصاً اجباری شدن ثبت معاملات املاک ثبت شده، اسناد اجاره نیز در دفاتر اسناد رسمی به ثبت می‌رسید و از دیرباز سران دفاتر اسناد رسمی اجاره‌نامه‌های اشخاص را تنظیم و ثبت می‌کردند.

از جمله شروطی که در ضمن این اجاره‌نامه‌ها درج می‌گردد عبارت «مستأجر



موظف است که مورد اجاره را همانطور که صحیحاً و سالملاً تحویل گرفته است، به همان نحو صحیحاً تحویل موجر دهد و مسئولیت هرگونه کسر و انکسار مورد اجاره با مستأجر است. « می باشد که از دیرباز درج آن در اجاره نامه ها متداول بوده و غالباً سران دفاتر نسبت به درج آن اقدام می کنند. اما با اندکی تأمل و نگرش متوجه می شویم که ماهیت درج چنین عبارتی چیزی جز «شرط ضمان مستأجر» نمی باشد، زیرا اساساً در این عبارت تعدی و تفریط مستأجر عنوان نشده است و در هر صورت مستأجر را ضامن نقص مورد اجاره می داند.

این امر همچنان نیز در اجاره نامه های رسمی و عادی دیده می شود و محاکم نیز آن را مورد قبول قرار داده اند، لذا رویه قضایی و عرف مسلم حقوقی حکایت از پذیرش این شرط در عقد اجاره دارد. لذا در جایی که عرف و رویه قضایی این دو را عملاً مورد پذیرش قرار داده اند، دلیلی بر تردید نسبت به صحت آن وجود ندارد و همین سکوت در برابر اندراج چنین شرطی و پذیرش ضمنی محاکم، مثبت این ادعاست.

لذا به دلایل مذکور عده ای معتقدند که نمی توان شرط ضمان مستأجر را شرطی فاسد برشمرد. با وجود این کماکان پذیرش یکی از این دو نظریه، مشکل به نظر می رسد.

چرا که همچنان شبهاتی در این باب موجود است که پذیرش مطلق یکی از دو نظریه فوق را با مشکل مواجه می کند.

وضع ماده ۵۵۸ ق.م. نسبت به فساد این شرط در عقد مضاربه موجب تشدید این امر شده است. مستنداً به ماده ۵۵۶ ق.م. مضارب نیز در حکم امین است، لیکن مفاد ماده ۵۵۸ ق.م. حکایت از فساد شرط ضمان مضارب دارد.

حال این مسأله متصور است که اگر مفاد ماده ۶۴۳ ق.م. را به جهت امین بودن مستعیر به عقد اجاره تسری داده ایم، از ملاک این ماده نیز می توان در مورد عقد

اجاره استفاده کرد و لذا با دو حکم متعارض مواجه خواهیم بود، که به موجب یکی شرط ضمان صحیح و به موجب دیگری شرط ضمان باطل و مبطل عقد نیز می‌باشد.<sup>۱</sup> با وجود مطالب مذکور به نظر می‌رسد در پذیرش مطلق نظریه صحت یا فساد شرط ضمان باید تأمل و بررسی بیشتری کرد. در پذیرش دلایل صحت این شرط و آنچه در نقض ادله نظریه فساد بیان شد، تردیدی وجود ندارد. لیکن دلایلی موجود است که پذیرش این شرط را در مورد تلف کلی عین به مخاطره می‌اندازد. همانطور که گفته شد حکومت اصل حاکمیت اراده در جایی است که قرارداد منعقد می‌شود مخالف با نظم عمومی و حکم صریح قانون نباشد. حال این سؤال مطرح است که اندراج این شرط در مورد تلف کلی عین مستأجره، آیا موجب اختلال نظم عمومی نمی‌شود؟

اندکی تأمل و نگرش در مفاد اجاره‌نامه‌های تنظیمی در عصر حاضر به این مدعا قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا اگرچه عبارت مذکور در اجاره‌نامه‌ها حکایت از شرط ضمان مستأجر دارد، لیکن یکی از شروطی که غالباً در تنظیم اجاره‌نامه‌ها درج می‌شود، تعهد موجر نسبت به تعمیرات لازمه اساسی می‌باشد. پس اگر اندراج شرط ضمان مستأجر به طور مطلق وی را ضامن تلف مورد اجاره می‌کند، دلیل تعهد موجر بر تعمیرات لازمه اساسی به چه لحاظ می‌باشد؟

و از طرف دیگر ضامن بودن مطلق مستأجر نسبت به تلف کلی عین مستأجره به دور از عدالت است و توافقاتی که ریشه در عدالت اجتماعی نداشته باشد از نظر علم حقوق موجه بر شمرده نمی‌شود.

آیا صحیح است که در صورت بروز حوادث طبیعی مانند سیل یا زلزله و... و تلف کلی عین مستأجره، مستأجر را ضامن تلف آن قلمداد کرد. اگرچه در فرضی که ضمان قهری بر مسأله حاکم باشد این امر مورد پذیرش قرار گرفته است، لیکن نباید فراموش کرد که ضمان مستأجر بدون تعدی و تفریط نسبت به عین مستأجره ناشی از

۱. مقاله شرط ضمان مستأجر، دکتر علی اکبر صادقی.

قرارداد می‌باشد و نه ضمان قهری.

پس باید در مورد پذیرش ضمان مستأجر در حالتی که عین مستأجره به طور کلی تلف می‌گردد، و یا اینکه تلف جزئی حادث شده باشد قائل به تفاوت شویم. مسلماً اگر تلف جزئی باشد شرط ضمان مستأجر بدون هیچ‌گونه تردید و شبهه‌ای صحیح است و شاهد بر این مدعا نیز ادله مزبور در پذیرش این نظریه است. لیکن در حالتی که تلف کلی صورت گرفته است و این تلف نیز به واسطه حوادث طبیعی از قبیل سیل یا زلزله و ... بوده است، اندراج چنین شرطی به دور از عدالت است و پذیرش آن با وجود ادله محکم نظریه صحت قابل تأمل و بررسی است. از آنجا که در بیشتر مباحث حقوقی و فقهی تنها به صحت و فساد چنین شرطی پرداخته شده است و چگونگی تلف عین مستأجره مورد توجه واقع نگردیده، لذا اظهار نظر در این مورد بسیار دشوار است، لیکن با توجه به شواهد مذکور و خصوصاً نحوه تنظیم اجاره‌نامه‌ها در دفاتر اسناد رسمی، تمایل به پذیرش شرط ضمان مستأجر در صورتی که منصرف به موردی باشد که تلف جزئی است، بیشتر است. مضافاً به اینکه اندکی تأمل و نگرش در نحوه تنظیم اجاره‌نامه‌ها حاکی از آن است که اساساً قصد مشترک طرفین در اندراج چنین شرطی ناظر به کسر و انکسار درب و پنجره و یا دستگیره و ... مورد اجاره بوده است (در صورتی که عین مستأجره ملک غیرمنقول باشد).

لیکن از آنجا که موضوع اصلی بحث ما اساساً صحت یا فساد چنین شرطی می‌باشد، لذا تحلیل و بررسی بیش از این در موضوع ما نحن فیه موجب انحراف از بحث اصلی که همانا پذیرش نظریه فساد یا صحت در باب اندراج شرط ضمان مستأجر است می‌گردد.

پس با توجه به ادله مزبور در نظریه صحت و همچنین استدلال‌هایی که موجب نقض ادله نظریه فساد می‌گردید، چاره‌ای جز پذیرش شرط ضمان مستأجر نداریم و

این در حالی است که مشهور فقها و حقوقدانان عصر حاضر نیز در پذیرش آن اجماع کرده‌اند.

