



# شماره حقوق

شاپا چاپی: ۱۸۴۱-۲۷۸۳  
شاپا الکترونیکی: ۱۹۷۲-۲۷۸۳

دوفصلنامه

دوره ۴ - شماره ۸ - بهار و تابستان ۱۴۰۰

- ابعاد فقهی و جرم شناختی شرط بندی در فضای مجازی  
ایوالفتح خالقی، سیمین فرخی نیا
- بررسی انتقادی رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به آثار حقوقی جدایی  
مجمع الجزایر جاگوس از مورپس در سال ۱۹۶۵  
موسی عاکفی قاضیانی، محمد عاکفی قاضیانی
- واکاوی حقوقی تطبیقی نهاد وثیقه در پرتو قوانین ایران و انگلیس  
حسین رحیمی خجسته، مرضیه فتحی برناچی
- رویکردی تطبیقی بر آثار ادغام شرکت‌های تجاری  
افشین مجاهد
- تبیین ابعاد عدالت و اخلاق از منظر اصول چهارچوبی حقوق بین الملل اسلامی  
نوروز کارگری، سجاد طیبی
- جایگاه جنایات جنسی در محاکم کیفری بین‌المللی  
عباس پورهاشمی، سحر چوبین
- پاندمی کووید ۱۹ در پرتو حقوق همبستگی  
سیدبهراد میرفخرایی
- آثار و جهات تجدیدنظرخواهی (پژوهش‌خواهی) از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه  
سیدجعفر هاشمی باجگانی، افشین مجاهد
- سرمایه گذاری خارجی در حقوق موضوعه ایران و موانع پیش روی آن  
محمدرضا بوربور
- شرط ضمان مطلق مستأجر در نگهداری از عین مستأجره در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران  
فیروز احمدی، علی قائدرحمتی
- هشدار برای دانه درشت‌ها: مروری بر مهمترین نقش‌ها و رهاوردهای حقوق بین الملل  
کیفری در نظم حقوقی بین المللی  
محسن قدیر، موسی گرمی
- مطالعه تطبیقی آثار جرم اختلاس در حقوق ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی  
محسن جعفری، فاطمه اسدی
- تعهد حسن‌نیت در قراردادهای حقوق ایران و فرانسه  
عباس کریمی، ابوالفضل سلیمان
- رویکردی تطبیقی بر قرارداد ارفاقی در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه  
حسن رحیم زاده مبینی، افشین مجاهد
- آثار نفقه زوجه در حقوق ایران و فرانسه  
مصطفی افضلی گروه
- مطالعه تطبیقی عدم نفوذ با بطلان نسبی در حقوق ایران و فرانسه  
عباس کریمی، غلامرضا ایزدیناه
- نقد و ارزیابی ضررهای فردی، اجتماعی و قضائی جرم الگاری در نظام کیفری ایران  
رستم علی اکبری، امیر فرج بخش



## the Condition of the Absolute Guarantee of the Tenant in Keeping the Same Tenant in Imami Jurisprudence and Civil law of Iran

## شرط ضمان مطلق مستأجر در نگهداری از عین مستأجره در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

**Firooz Ahmadi**  
Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Khorramabad, Iran

**فیروز احمدی**  
استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد، خرم آباد، ایران  
Firooz.ahmady@gmail.com  
<http://orcid.org/0000-0002-9111-1085>

**Ali Qaed Rahmati**  
PhD Student in Private Law, Department of Law, Islamic Azad University, Khorramabad Branch, Khorramabad, Iran (Corresponding Author)

**علی قاندر حتمی**  
دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد خرم آباد، خرم آباد، ایران (نویسنده مسئول)  
Alirahmati566@gmail.com  
<http://orcid.org/0000-0001-7705-9842>

### Abstract

The purpose of this article is to examine the condition of the absolute guarantee of the tenant in maintaining the same tenant in Imami jurisprudence and civil law of Iran, which has been analyzed in a library method. The condition of tenant guarantee is a common point in rental contracts today, which has been discussed and studied in depth in jurisprudential texts. Article 493 of the Civil Code "The tenant is not a guarantor of the same tenant, which means that he will not be liable if the same tenant is lost in whole or in part without his misappropriation or abuse." This article, in fact, states the non-guarantee of the tenant in case of non-encroachment or misconduct of the tenant and does not make any reference to the status of the lease and the condition of the time condition by the landlord and the tenant in the lease contract. It should be said that the Iranian civil law has been silent in this regard, but in jurisprudential books this issue has usually discussed in detail, now an important question is facing us, and if the lease stipulates in any case If damage is caused to the same tenant, the tenant will be responsible for paying the damages. Such a condition is valid or doomed to invalidity in terms of jurisprudence and civil law of Iran. A group of jurists believe in the invalidity of such a condition with their arguments, and another group of jurists believe in it's validity by mentioning some reasons. However, in this article, we have examined the views of the opponents and those who agree with the inclusion of the guarantee condition in the lease contract.

**Keywords:** Guarantee condition, Tenant, Same tenant, Imami jurisprudence, Iranian civil law.

### چکیده

هدف از این نوشتار بررسی شرط ضمان مطلق مستأجر در نگهداری از عین مستأجره در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران می باشد، که به روش کتابخانه‌ای به تحلیل موارد پرداخته شده است. شرط ضمان مستأجر امروز در قراردادهای اجاره امری متداول است که در متون فقهی نیز مورد بحث و بررسی عمیق و استدلالی واقع شده است. بر اساس ماده ۴۹۳ قانون مدنی: «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست بدین معنا که در صورتی که عین مستأجره بدون تعدی یا تعدی وی کاملاً یا بعضاً از بین برود مسئول نخواهد بود.» این ماده در حقیقت عدم ضمان مستأجر را در صورت عدم تعدی یا تعدی مستأجر بیان نموده است و هیچ اشاره‌ای به وضعیت اندراج و اشتراط شرط زمان توسط موجر و مستأجر در عقد اجاره ننموده است. باید گفت که قانون مدنی ایران در این خصوص سکوت اختیار نموده است ولی در کتب فقهی معمولاً این موضوع به تفصیل مورد بحث قرار می گیرد، حال یک سؤال مهم پیش روی ما قرار می گیرد و آن عبارت است از این که اگر در عقد اجاره شرط شود که در صورت، چنانچه خسارتی به عین مستأجره وارد گردد، مستأجر مسئول پرداخت خسارت خواهد بود، چنین شرطی از نظر فقهی و قانون مدنی ایران معتبر است یا محکوم است به بطلان. دسته‌ای از فقها با ادله خود قائل به بطلان چنین شرطی هستند و دسته دیگر از فقها با ذکر دلایلی قائل به صحت آن هستند. علیهذا در این مقاله به بررسی نظرات مخالفین و موافقین اندراج شرط ضمان در عقد اجاره پرداخته‌ام.

**واژگان کلیدی:** شرط ضمان، مستأجر، عین مستأجره، فقه امامیه، حقوق مدنی ایران.

Received: 2021/02/20 - Review: 2021/06/02 - Accepted: 2021/08/18

درافت مقاله: ۱۳۹۹/۰۲/۲۰ - بازنگری مقاله: ۱۴۰۰/۰۶/۰۳ - پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۰۵/۲۷

اگر در عقد اجاره بر مستاجر شرط شود که مطلقاً مسئول خسارات وارده به عین مستاجر است. آیا چنین شرطی از نظر فقه امامیه و قانون مدنی ایران معتبر است یا خیر. برای یافتن جواب این سؤال وقتی به نظرات فقها رجوع می‌شود، روشن است که این امر از موضوعات اختلافی است. بعضی قائل به صحت چنین شرطی هستند از جمله سیدمرتضی در الانتصار «اگر مؤجر شرط ضمان کند به وسیله شرط ضمان مستاجر ضامن است.» (سیدمرتضی، ۱۴۱۴ق، ۴۶۷) و همچنین مقدس اردبیلی در مجمع الفائده بیان داشته‌اند «چنانچه بر مستاجر شرط ضمان شده باشد شرط صحیح است.» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ۶۹) و محقق سبزواری در کفایه الاحکام می‌گوید «ادله صحت و عقود و شروط صحت این عقد و شرط ضمان را تائید و اقتضاء می‌کند» یا صاحب حدائق در الحدیقه الناضره قائل به این شده است که شرط ضمان بر مستاجر قابل تأمل است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۵۴۵). در بین فقهای معاصر حضرت امام خمینی «ره» در کتاب بیع قائل به صحت چنین شرطی است اگر بر مستاجر شرط ضمان شود چنین شرطی صحیح است (خمینی، ۱۴۱۰ق، جلد چهار، ۲۰۲).

نظرات و عبارات فقها و ماده ۴۹۳ قانون مدنی ایران شامل مواردی است که در اجاره به شرط ضمان بر مستاجر نشده باشد. لیکن چنانچه در عقد اجاره با توافق و قبول مستاجر با التفات به اصل حاکمیت اراده‌ها شرط شود که مستاجر به هر نحوی حتی بدون تفریط و تعدی ضامن عین مستاجر باشد، آیا این شرط لازم الوفا، مؤثر و معتبر است یا خیر؟ قانون مدنی به این مسئله مهم پاسخی نداده است و با بررسی‌های انجام شده شعب دیوان عالی کشور یا هیات عمومی آن نیز در این خصوص حکمی نداده‌اند مع الوصف نظر به سکوت قانون مدنی نباید تصور نمود که ماده ۴۹۳ حکم کلی است و اطلاق دارد و شامل مورد اشتراط ضمان در عقد اجاره هم می‌گردد. نظر مشهور فقهای امامیه بطلان شرط ضمان است. اما رویه و معاملات عرفی مردم که حتی در دفاتر اسناد رسمی هم ثبت می‌شود عملاً درج شرط ضمان با این عبارت است که مستاجر ملزم و مکلف است عین مستاجر را پس از پایان مدت اجاره صحیح و سالم مانند روز اول به مؤجر تسلیم نماید در غیر این صورت ضامن هرگونه منقصت و خسارات خواهد بود. نظریه صحت شرط ضمان، نظری نادر و شاذ معرفی شده است. علیهذا شرط ضمان در عقد اجاره به شدت مورد اختلاف است و قانون مدنی ایران هم به تبعیت از نظریه مشهور فقهای امامیه صراحتاً شرط ضمان را نپذیرفته و در این خصوص سکوت اختیار نموده است. بنابراین تحقیق در این مورد مستلزم تجزیه و تحلیل و نقد و بررسی برای دلایل موافقین و مخالفین شرط ضمان است و یکی از مشکلات مبتلاً به جامعه امروزه به شمار می‌رود.

## ۱- مفهوم ضمان

ضمان در لغت به معنای بر عهده گرفتن و کفیل شدن است و در اصطلاح حقوقی، عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، بر عهده بگیرد یا ملتزم شود که اگر کسی به عهد خود وفا نکرد، از عهده خسارت برآید. دوطرف عقد ضمان، ضامن و مضمون له هستند. مورد ضمانت باید چیزی باشد که به ذمه تعلق گیرد و مشروط به مباشرت مدیون یا متعهد نباشد. عقد ضمان بر اساس یک رابطه قبلی که بین داین و مدیون بوده، بنا می‌شود. با عقد ضمان بر اساس نظریه فقهای شیعه، ذمه متعهد به ذمه ضامن منتقل می‌شود. بنابراین ضمان بر اساس رویکرد فقها با یکی از تعاریف زیر هماهنگی دارد: مطلق اشتغال ذمه، به هر سببی از اسباب. بر این اساس، آن که ذمه اش مشغول به چیزی شود، مسئول آن به حساب می‌آید. اسباب اشتغال ذمه به انواع مختلفی تقسیم می‌شود، برای مثال: از بین بردن مال دیگری (اتلاف) از روی ظلم (قاعده اتلاف)؛ معامله‌ای که در آن دو عوض و یا یکی از آن دو کلی باشد؛ حکم شارع مقدس مثل ضمان حقوق شرعی از زکات و خمس پیش از پرداخت آن به مستحقان؛ جریمه مالی‌ای که به دلیل کشتن یا آسیب رساندن به دیگری از روی خطا بر ذمه فرد قرار می‌گیرد (دیات) و عقد ضمان که خواهد آمد. مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس. این معنا از ضمان با انشای تعهد و التزام محقق می‌شود. تعهد گاه به احضار کسی و گاه به پرداخت مالی (دین) است. در فرض دیگر، تعهد کننده یا بدهکار مضمون عنه است و یا نیست. تعهد به احضار کسی کفالت و به پرداخت بدهی از سوی بدهکار به مضمون عنه حواله و از سوی شخص غیر بدهکار، ضمان به معنای اخص نامیده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۵۵) و (شهید اول، بی تا، ۱۲۳) و (فاضل، ۱۴۰۴ق، ۱۸۳) و (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۷۲).

تعهد و التزام به مال. ضمان در این مفهوم، به معنای اخص نامیده می‌شود؛ در مقابل معنای دیگر آن، ضمان به معنای اعم است. ضمان در این کاربرد با انشای تعهد فرد بریء الذمه از آن چه ذمه مضمون عنه بدان مشغول است، محقق می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۵۵) و (شهید اول، بی تا، ۱۲۳) و (فاضل، ۱۴۰۴ق، ۱۸۳) و (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ۱۷۲).

بعضی اذعان داشته‌اند: تعهد و التزام به مال، ضمان به معنای اخص است؛ خواه تعهد کننده بدهکار مضمون عنه باشد یا نباشد؛ با این تفاوت که در حالت اول، هم مصداق حواله و هم ضمان می‌باشد (روحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ۴۳). ضمان به معنای دوم (ضمان به معنای اعم) و سوم (ضمان به معنای اخص) ضمان عقدی است. هر گاه ضمان، مطلق به کار رود، مراد ضمان به معنای اخص می‌باشد که موضوع این نوشتار است (شهید اول، بی تا، ۱۲۳) و (فاضل، ۱۴۰۴ق، ۸۳).

## ۲- قائلین به بطلان شرط ضمان مستاجر

مطابق نظر مشهور فقها که در کلام مرحوم صاحب عروه الوثقی نیز بدان اشاره شده است، شرط ضمان علیه مستاجر باطل است. لکن به نظر مصنف عروه الوثقی، صحت این شرط اقوی است. نظر ایشان در کتاب سؤال و جواب نیز همین است. همچنین نظر شهیداول در لمعه و محقق در شرایط همین است و مرحوم صاحب جواهر هم بر آن ادعای اجماع کرده است. عبارت کتاب جواهر در این زمینه چنین است: «وَ كَيْفَ كَانَ فِي اشْتِرَاطِ ضَمَانِهَا مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ اِي التَّعْدَى وَ التَّفْرِيطِ تَرَدَّدَ يَنْشَأُ مِنْ قَاعِدَةِ الْمُؤْمِنُونَ وَ اِتِّلَاقِ ادْلِهِ الْعُقُودِ وَ الاجَارَهُ وَ مَنْ مُنَافَاةِ لِمَقْتَضَى الْعَقْدِ اَظْهَرَ الْمَنْعَ بَلْ هُوَ الْاَشْهَرُ بَلْ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ بَاطِلٌ قَطْعًا بَلْ لَمْ اُجِدْ فِيهِ خِلَافًا: بهر حال در جواز اشتراط ضمان بدون تعدی و تفریط تردید است و تردید از این نشأت می گیرد که از یک قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و نیز اتصالات ادله عقود اجاره حاکم بر صحت است و از سوی دیگر شرط مزبور با مقتضای عقد در تنافی است و اظهار عدم صحت شرط مزبور است و اشهر همین نظر است. درمی یابیم که در عبارت مذکور نظریه صحت شرط ضمان، مخالف مشهور و نظری شاذ معرفی شده است.» (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۴۹۷).

بر اساس قواعد کلی همچون الامین لایضمن شخص امین ضامن نیست مگر این که تعدی یا تفریط نموده باشد ادله ای که فقها در رد بطلان شرط ضمان ابراز نموده اند عبارت اند از: چنین شرطی مخالف با مقتضای ذات عقد است. شرط ضمان بر مستاجر با شرع مخالفت دارد. شرط ضمان بر مستاجر شرط نتیجه است که به نظر گروهی از فقها محل تردید و اشکال است.

### ۲-۱- شرط ضمان مخالف با مقتضای ذات عقد است

مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد آن چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی شود. این اثر را ماهیت عقد ایجاد می کند. به طوری که عقد با لذات تولیدکننده آن است. به این ترتیب چنین اثری از عقد جداشدنی است در امور مادی نیز چنین اثری را می توان یافت. مثلاً شوری اثر یا مقتضای ذات نمک است. شرطی که مخالف ذات عقد باشد به علت تلازم مقتضی با ذات عقد مانع تحقق عقد است مثل این که در عقد بیع شرط شود که برای مشتری هیچ گونه مالکیتی به وجود نخواهد آمد (شهیدی، ۱۳۸۹، ۱۱۳). ذات عقد اجاره تملیک منافع عین مستاجر به مستاجر است و لازمه این امر تسلط مستاجر بر عین مستاجر می باشد فلذا مقتضای ذات عقد اجاره این است که عین مستاجر یک امانت مالکی در ید مستاجر تلقی شود و فقط در صورت تعدی و تفریط او دارای ضمان می شود؛

بنابراین چنین شرطی مخالف ذات عقد است به عبارت ساده‌تر وقتی کسی مالک عینی باشد نمی‌توان خودش را در مقابل خودش ضامن دانست.

## ۲-۲- شرط ضمان بر مستأجر با شرع مخالف است

گروهی از فقها با عنایت به آیاتی از کلام‌الله مجید و هم‌چنین روایاتی، شرط ضمان مطلق مستأجر را مخالف با کتاب و سنت دانسته‌اند که آن‌ها به آیه «۹۱»<sup>۱</sup> سوره مبارکه توبه تمسک جسته‌اند با عنایت به قاعده استیمان که به روایاتی از جمله «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»<sup>۲</sup> «بر نیکوکاران راه مؤاخذه نیست و خداوند آمرزنده و مهربان است»، «الامین لایضمن»<sup>۳</sup> «امین ضامن نیست» و «لیس علی الامین الا الیمین، بر شخص امین جز سوگند چیزی نیست. حدیث صحیح محمد بن قیس: «قال امیرالمؤمنین (ع): ولا یغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم یکرها أو بیعها غائل»<sup>۴</sup> «حضرت علی (ع): شخصی نسبت به دابله (چهارپایا) ضامن قرار داده نمی‌شود مگر این که او را به اجبار واداشته باشد و یا به او تعدی کرده باشد. فقها از مفهوم جمعی این روایات این استفاده را کرده‌اند که مستأجر در حفظ عین مستأجره امین است و این روایات دلالت بر عدم ضمان امین و خروج ید امین از قاعده ضمان ید دارند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۵۰۰). جهت روشن شدن بحث رجوع به تعاریف اجاره خالی از لطف نمی‌باشد، چرا که روشن کننده حقیقت معقودعلیه در اجاره اعیان خواهد شد: تعاریف از این قبیل هستند: نشان‌دهنده نقل منفعت در مقابل اجرت. بیانگر تسلیط بر عین برای انتفاع از آن اما نه استیلاء خارجی بلکه تسلیط اعتباری مثل: «الناس مسلطون علی أموالهم». معرف نوعی اضافه جعل شده میان مستأجر و عین که ملکیت منافع و انتفاع را نشانگر است. اضافه‌ای که موجب می‌شود؛ مستأجر برای ورود منافع تدریجی در ملک خود در جایگاه مالک تلقی شود (خمینی، ۱۴۱۰ق، جلد چهارم، ۱۹۲).

طبق آن چه گفته شد در عقد اجاره آن چه بر آن عقد شده را دو مورد می‌توان در نظر گرفت: عین جهت انتفاع. نفس منافع که تدریجا به وجود می‌آید. در مورد اول استحقاق مستأجر برای وضع ید بر عین مبرهن بوده؛ در حقیقت آن چه بر آن عقد شده متقوم به وضع ید بر عین است. بنابراین در بخش دوم لازمه عقلی استحقاق و ملکیت منافع، وضع ید بر عین است و در هر صورت نفس انشای عقد دربردارنده آن است که عین تحت انتفاع و ید مستأجر قرار بگیرد حال چه به دلالت مطابقه‌ای بر اساس تفسیر اول و چه التزامی بر اساس تفسیر دوم. این استدلال بیانگر آن است که در اجاره وضع ید

۱- لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ - بر ناتوانان و بر بیماران و بر کسانی که چیزی نمی‌یابند [تا در راه جهاد] خرج کنند در صورتی که برای خدا و پیامبرش خیرخواهی نمایند هیچ گناهی نیست [و نیز] بر نیکوکاران ایرادی نیست و خدا آمرزنده مهربان است.

مستأجر بر عین، مطابق با حق مالکی که از نفس درج عقد به دلالت مطابقه‌ای یا التزامی حاصل شده است، بوده نتیجتاً اشتراط ضمان عین، مطابق با کتاب و سنت نبوده است؛ به این گونه که هر زمان ثبوت ید بر عین، بر حق منطبق باشد؛ نزد شرع نیز دارای اعتبار بوده و عدم ضمان این ید محقق سبب عدم نفوذ اشتراط ضمان در آن می‌شود (شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی، ۱۴۱۸ق، ۲۱۵). اگرچه اختلاف در این که معقو علیه در عقد اجاره چه می‌باشد، لفظی بوده و اجماع بر این است که در اجاره، عین مثل بیع تملیک نمی‌شود و کلامی که اشاره دارد، متعلق اجاره عین است پذیرش دارد که اگر معقو علیه، عین است برای استیفاء دارای منفعت است، تا این که حق از عین گرفته شود و آن کلامی که اذعان می‌دارد معقو علیه منفعت است، تایید می‌کند که حق متعلق به عین است و فرد این توانایی را دارد که عین را در مدت عقد بگیرد تا از منافع آن بهره ببرد (حلی، ۱۴۱۴ق، ۲۹۱). اگر برخلاف کتاب و سنت محرز شود دیگر جایی برای «تمسک به عموماً عقود و شروط برای صحیح فرض نمودن این شرط نمی‌باشد؛ چرا که مصداق استثناء «إلا خالف کتاب الله» می‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ۶) و (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۵۴۵). همچنین در حالی که ادعا بر این باشد که بنای عقلا و عرف بر چنین شرطی ذیل عقد اجاره هست اثبات مخالفت با کتاب و سنت به مثابه ردعی بر این بناء است و حجیتی ندارد (صادقی، ۱۳۷۳، ۲۵) و (باریکلو، ۱۳۸۴، ۵۷) و (باقری و بهمن پوری، ۱۳۸۷، ۵۳).

## ۲-۳- درج شرط نتیجه در عقد اجاره

بطلان شرط ضمان مطلق مستأجر، با درج شرط نتیجه در ضمن عقد محل اشکال و تردید جدی است. شرط ضمان مصداق شرط نتیجه است چون محقق شدن ضمان مستأجر وقتی نمود پیدا می‌کند که در صورت تلف یا نقص عین مستاجر ایجاد شود و اندراج چنین شرطی در عقد دقیقاً همانند شرط مطلقه شدن زوجه به صرف اشتراط آن در عقد است.

صحت شرط نتیجه به دو دلیل محل اشکال و تردید است: چنین شرطی نمی‌تواند مشمول ادله عام و لزوم وفا به شرط از قبیل «المؤمنون عند شروطهم» در نظر گرفت «ظاهر این ادله وفا به شرط و عمل بر طبق آن است و این دستور در صورتی مصداق دارد که به شرط از قبیل اعمال و افعال متعلق باشد اما نتایج از جمله اموری نیستند که بتوان بر مبنای دستور شرط مشروط علیه او را ملزم به انجام آن دانست، مگر آن که منظور از اشتراط نتیجه، الزام مشروط علیه بر ایجاد اسباب شرعی و قانونی آن‌ها باشد.» (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۵۰۵). آن‌هم فقط می‌تواند با شرط فعل محقق شود که از محل بحث خارج است. علیهذا با عنایت به این که صحیح دانستن شرط ضمان بر مستأجر مفید این معنی است که ضمان را بدون اسباب آن تحقق یافته بدانیم، امری غیر قابل قبول است. نتیجه حقوقی و قانونی شرط ضمان منوط است بر

تهیه اسباب شرعی و قانونی آن مگر در مورد نتایج بعضی شروط که برحسب دلایل معلوم باشد که مثلاً برحسب اشتراط در عقدی حاصل شود مثل اشتراط در بیع اشجار به انضمام میوه آن - من این باغ را به تعداد هزار درخت می خرم به شرط آن که محصول و میوه سال زراعی جاری آن هم مال من باشد - یا بیع حیوان به شرط مالکیت حمل آن مثلاً مشتری به بایع بگوید من این گله گوسفند را می خرم به شرطی که تمام نتاج آن متعلق به من باشد. به جز مواردی که این طور برحسب ادله آن می توان به نتیجه اشتراطی آن ها کاملاً وثوق و اطمینان داشت. در سایر موارد شرط نتیجه به صرف اشتراط نمی تواند صحیح باشد. از آن جایی که «شرط ضمان مستأجر از جمله موارد و مصادیق شرط نتیجه به شمار می آید مشمول ادله وفا به شرط نبوده و نمی توان با اشتراط در عقد اجاره مستأجر را نسبت به عین مستاجر ضامن و مسئول تلقی نموده و او را مکلف به جبران خسارت تلف و نقص کرد.» (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۵۰۶).

قول فقهایی که قائل به صحت شرط ضمان هستند: سیدمرتضی در الانتصار: به نظر می رسد اگر موجد شرط ضمان کند به وسیله شرط، مستأجر ضامن است (سیدمرتضی، ۱۴۱۴ق، ۴۶۷). محقق اردبیلی در مجمع الفائده: احتمال دارد شرط زمان صحیح باشد (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ۷۰). محقق سبزواری در کفایه الاحکام: ادله صحت عقود و شروط صحت این عقد و شرط را اقتضاء می کند (سبزواری، ۱۳۸۱، ۶۵۱). صاحب عروه در عروه الوثقی: اگر موجد برای مستأجر شرط ضمان بدون افراط و تفریط کند و مشهور این شرط را صحیح نمی دانند ولی ما صحیح می دانیم (طباطبایی، ۱۳۸۸، ۶۱).

### ۳- قائلین به صحت شرط ضمان مستأجر

#### ۳-۱- اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده ها یا همان اصل آزادی اراده ها که در ماده «۱۰»<sup>۲</sup> قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است، چون قراردادهای خصوصی منعقد فی مابین متعاقدين در صورتی که صریحاً یا ضمناً مخالفتی با قانون، اخلاق حسنه یا نظم عمومی نداشته باشند معتبر، نافذ و لازم الوفا هستند. فلذا با اطمینان می توان گفت اصل حاکمیت اراده ها و مفاد مادتين مذکور منبعث از آیه شریفه یک<sup>۳</sup> سوره مبارکه مائده و همچنین روایت «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرم حلالاً» کسانی که به آن تمسک کرده اند و قائل شده اند که شروط، شامل هر عقدی می شود و عندشروطهم به معنای عندعقودهم، هم می شود و عند به معنای لزوم وفا است یعنی مومنین به هر شرط و عقدی وفادار هستند و این همان لزوم در معاملات است و منحصرأ به بیع هم محدود و منحصر نمی شود و سایر عقود و

۲- قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

۳- يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خود وفا کنید.



قراردادها را هم شامل می شود. این آیه و روایات خود عالی ترین اسنادی هستند که می توانند دلیل پذیرش اصل حاکمیت اراده‌ها باشد تا بر اساس دلایل فوق‌الذکر شرط ضمان مستاجر را بر طبق اصل حاکمیت اراده باید حمل بر صحت نمود چون اشتراط شرط ضمان خود حاکی از توافق طرفین عقد اجاره دارد و همچنین اندراج این شرط هیچ‌گونه مخالفتی با شرع مقدس، قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه و حتی عرف ندارد هرچند ماده «۴۹۳»<sup>۴</sup> قانون مدنی مبین این نکته است که ید مستاجر ید امانی است و نمی‌توان این ماده را حمل بر منع شرط ضمان دانست.

به طور کلی می‌توان محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده را به دو دسته تقسیم کرد: قانونی و قراردادی. ماده «۹۷۵»<sup>۵</sup> قانون مدنی پیش‌بینی استثنائات قانونی اصل حاکمیت اراده را مدنظر قرار داده و طبق آن توافق هر دو طرف می‌بایست به سمت نظم عمومی و یا اخلاق حسنه بوده و در کلام نهایی نباید مخالف با قانون باشد. با توجه به این که قراردادی بودن شروط محرز بوده و می‌توانند منفک از عقد الزام‌آور باشند، بر اساس مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده در ارتباط با شرایط ضمن عقد نیز مورد توجه است.

بنابراین می‌بایست بر اساس اصل حاکمیت اراده شرط ضمان مستاجر را صحیح دانست، زیرا درج این شرط در ضمن عقد اجاره را می‌توان دال بر تراضی طرفین دانست. هرچند مندرجات ماده ۴۹۳ قانون مدنی ناظر به امین بودن مستاجر بر عین مستاجره می‌باشد اما شرط یادشده برخلاف قانون آمره و یا مخل نظم عمومی نبوده، با این حال به نظر می‌رسد این حکم بیانگر فرض بر اراده طرفین باشد و در صورتی که اصرار موجد و مستاجر همچنان بر به شرط ضمان باشد و خواسته اصلی‌شان (چه ضمنی باشد یا صریح) مبرهن باشد، دلیلی برای فساد خواندن این شرط دیده نمی‌شود.

### ۳-۲- اصل صحت

ماده «۲۲۳»<sup>۶</sup> قانون مدنی چنین مقرر می‌دارد: «هر معامله‌ای که رخ داده باشد فرض بر صحت است مگر این که فساد آن به اثبات برسد» یعنی اصل بر این است که معاملات واقع شده دارای تمامی شرایط

۴- مستاجر نسبت به عین مستاجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستاجره بدون تفریط یا تعدی او کلا یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود ولی مستاجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد.

۵- محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد اگرچه قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

۶- هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود.

اساسی صحت معاملات و شرایط اختصاصی آن عقد بوده است، بنابراین اصل بر اعتبار، درستی و صحت آن عقد می‌باشد. چنانچه یکی از طرفین معامله ادعای بطلان معامله ای را داشته باشد، بار اثبات بطلان این معامله بر دوش او قرار می‌گیرد که باید آن را در محکمه ثابت نماید. هرچند اجرای اصل صحت در موردی است که در وقوع و ظهور عقد تردیدی نباشد والا شک در تحقق عقد و اختلاف در وقوع آن را نمی‌توان با اصل صحت مرتفع نمود. این اصل در محاکم ایران بسیار کاربرد دارد. برای اجرای اصل مذکور به این دلایل استناد شده است: آیه یکم مبارکه از سوره مائده. این آیه دارای یک حکم عام است و شامل تمام عقود و قراردادهایی است که بسته می‌شود و مخالفتی با شرع و قانون نداشته باشد. حدیث نبوی مشهور «الناس مسلطون علی أموالهم» که منشاء پیدایش اصل مسلم تسلیت در حقوق اسلامی است، به معنای استفاده از حق به هر نحوی که صاحب حق مقتضی بداند. این اصل از اصول مسلم در همه سیستم‌های حقوقی دنیا است که در آراء محاکم کشورهای که دارای سیستم حقوقی کامن لا می‌باشند نیز ملحوظ و مورد استناد قرار می‌گیرد.» (قهرمانی، ۱۳۸۴، ۱۳).

یکی از نتایج و پیامدهای مجری دانستن این اصل مترقی، مهم و مسلم فقه این است که تمامی عقود و قراردادهایی که افراد منعقد می‌نمایند و صریحاً یا ضمناً مخالفتی با شرع و قانون، اخلاق حسنه و عرف ندارند معتبر و صحیح می‌باشند و عقدی که بر اساس شرایط زمان و مکان در قالب عقود نامعین در راستای رفع نیازهای بسیار مهم فردی و اجتماعی مردم منعقد می‌شوند را باید دارای قوت و اعتبار دانست، البته تا جایی که این عقود و رفع نیازهای فردی و اجتماعی صراحتاً یا ضمناً مخالفتی با شرع، قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نداشته باشد. حضرت امام خمینی (ره) در این خصوص نظر می‌دهد: پس از آن جایی که صحت امین بودن مستأجر، مستعیر و یا اجیر را تسلیط طرفین بر عین مال با اجازه مالک می‌دانیم، فاسد دانستن شرط ضمان مستاجر جایی ندارد (خمینی، ۱۳۹۰، جلد دو، ۵۰۶).

### ۳-۳- خصوصیت نداشتن ماده ۶۴۲ قانون مدنی

قانونگذار در ماده «۶۴۲»<sup>۷</sup> قانون مدنی شرط ضمان مستعیر در ضمن عقد عاریه را مورد قبول دانسته است؛ هرچند بعضاً تعدادی به ویژگی این حکم در مورد عقد عاریه نظر دارند، بر این اساس چنین برداشت می‌شود که علت اصلی حکم عقد عاریه نبوده است و عقد عاریه نسبت به سایر عقود امانی ملاکی ندارد. علاوه بر آن ماده «۶۳۱»<sup>۸</sup> قانون مدنی نیز به طور واضح این امر را نشان می‌دهد. با این

۷- اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود اگرچه مربوط به عمل او نباشد.

۸- هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است بنابراین مستاجر نسبت به عین مستاجر قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نمی‌باشد

وجود عده‌ای با استناد به این که اثر اجاره تملیک فایده است ولیکن عاریه، اذن در انتفاع است، حکم یادشده را ناشی از ویژگی عقد عاریه در نظر گرفته‌اند. بنابراین علت امانی بودن ید مستأجر یا مستعیر نسبت به عین مال از سوی تسلیط او بر عین بوده و در واقع زمینه فرعی داشته و برشمردن این مسئله به عنوان موضوع اصلی عقود امانی اشتباه است. در نتیجه در صورتی که این تفسیر مورد قبول مان باشد، نمی‌بایست خصوصیتی برای عقد عاریه در نظر بگیریم. بنابراین با بهره از ویژگی‌های ماده «۶۴۳» قانون مدنی می‌توان چنین اذعان داشت: با توجه به این که در عقد عاریه شرط ضمان مستعیر مورد تأیید قانونگذار است، پس اساساً تأیید صحت این شرط در عقد اجاره نیز به نظر صحیح می‌آید. مضاف بر آن تعداد زیادی از فقها شرط ضمان اجیر را در اجاره خدمت مورد تأیید دانسته‌اند. رویکرد حضرت امام خمینی (ره) در مورد شرط ضمان اجیر چنین است: پس اگر علت امان بودن مستأجر، مستعیر و یا اجیر را تسلیط آن‌ها بر عین مال با اذن مالک در نظر بگیریم، دلیلی بر فاسد بودن شرط ضمان مستأجر نیست (خمینی، ۱۳۹۰، جلد دو، ۵۰۶).

#### ۴- مورد پذیرش قرار دادن رویه قضایی شرط ضمان مستأجر به طور

##### ضمنی

در مورد پیشینه قانون ثبت اسناد و املاک لازم به گفتن است که قبل از مصوب شدن این قانون در سال ۱۳۱۰ شمسی، کلیه معاملات به وسیله علما و روحانیون صورت می‌گرفت، اما با روند اجباری شدن ثبت معاملات، اسناد اجاره هم در دفاتر اسناد رسمی ثبت شد و اجاره‌نامه‌های اشخاص توسط دفاتر اسناد رسمی تنظیم شده و مورد ثبت قرار گرفتند. از جمله شرایطی که در تهیه این اجاره‌نامه‌ها مورد نظر قرار می‌گرفت این بود که: «مستأجر وظیفه دارد، مورد اجاره را همان طور که صحیح و سالم تحویل گرفته است، به همان صورت صحیح و سالم به موجر تحویل دهد و مسئولیت هرگونه کسر و انکسار مورد اجاره با مستأجر است» که از گذشته درج آن در اجاره‌نامه‌ها وجود داشته و اغلب دفاتر مذکور نسبت به ثبت آن اقدام می‌کرده‌اند. اما کمی تفکر مشاهده می‌شود که محتوای اساسی اندراج این عبارت چیزی جز «شرط ضمان مستأجر» نبوده است، زیرا اصولاً در این عبارت از تعدی و تفریط مستأجر سخنی به میان نیامده و در هر صورت ضامن نقص مورد اجاره را مستأجر تلقی می‌کند. این روند هنوز در اجاره‌نامه‌های رسمی و عادی ادامه دارد و مورد تأیید محاکم هم بوده است، بنابراین بر اساس

مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند به فعل او نباشد.

رویه قضایی و عرف مسلم حقوقی، پذیرش شرط مذکور در عقد اجاره وجود دارد. نتیجتاً آن زمان که عرف و رویه قضایی این دو را به صورت مبرهن قبول دارند، دلیلی بر شک و تردید نسبت به درستی آن نبوده و سکوت در برابر وجود چنین شرطی و پذیرش ضمنی محاکم، دلیل بر اثبات این ادعا است. بر این اساس به علل مورد نظر برخی بر این نظرند که شرط ضمان مستأجر را نمی‌توان شرطی فاسد در نظر گرفت. اما با این حال قبول یکی از این دو رویکرد هنوز مشکل به نظر می‌رسد. زیرا در این زمینه شبهاتی وجود داشته که قبول حتمی یکی از دو رویکرد گفته شده را با دست اندازهای روبرو می‌کند. با تصویب ماده «۵۵۸»<sup>۹</sup> قانون مدنی تشدید شدن این مسئله، نسبت به فساد این شرط در عقد مضاربه حتمی است. با استناد به ماده «۵۵۶»<sup>۱۰</sup> قانون مدنی مضارب نیز مصداق امین است، طبق این مندرجات ماده ۵۵۸ قانون مدنی نشان دهنده فساد شرط ضمان مضارب است. اکنون چنین به نظر می‌رسد که اگر ماده «۶۴۳» قانون مدنی را به خاطر امین بودن مستعیر به عقد اجاره در نظر گرفته ایم، از مبنای این ماده نیز می‌توان در مورد عقد اجاره بهره برد و نتیجتاً با دو حکم متعارض روبرو می‌شویم، که به واسطه یکی شرط ضمان صحیح و به سبب دیگری شرط ضمان باطل و مبطل عقد نیز می‌باشد (صادقی، ۱۳۷۳، ۲۷).

بنابراین بهتر است در قبول کامل نظریه صحت یا فساد شرط ضمان درنگ و دقت بیشتری داشته باشیم. هرچند در قبول علل صحت این شرط و آن چه در نقض ادله نظریه فساد گفته شد، تردیدی وجود ندارد. اما به علت وجود دلایل دیگر، قبول این شرط در مورد از بین رفتن کلی عین خالی از خطر نیست. بر اساس آن چه بیان شد حکومت اصل حاکمیت اراده در جایی است که قرارداد مورد عقد با نظم عمومی و حکم صریح قانون مخالف نباشد. حال این سؤال به وجود می‌آید که وجود این شرط در مورد از بین رفتن کلی عین مستأجره، موجب اختلال نظم عمومی می‌شود یا خیر؟ امروزه با دقت در مندرجات تنظیمات اجاره‌نامه؛ به این مدعا قوت بیشتری می‌بخشد، چرا که عبارت مورد بحث در اجاره‌نامه‌ها بیانگر شرط ضمان مستأجر است، اما از جمله شروطی که اغلب در تنظیم اجاره‌نامه‌ها رعایت می‌شود، تعهد موجر نسبت به تعمیرات لازمه اساسی می‌باشد. بنابراین اگر درج شرط ضمان مستأجر کاملاً وی را ضامن تلف مورد اجاره می‌کند، دلیل تعهد موجر بر تعمیرات لازمه اساسی چگونه قابل تفسیر می‌باشد؟ از دیگر سو ضامن بودن کامل مستأجر نسبت به از بین رفتن کلی عین مستأجره از

۹- گر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.  
۱۰- مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.

عدالت و انصاف دور بوده و اموری که ریشه در عدالت و انصاف نداشته باشند از منظر حقوق توجیه شده نیستند.

آیا می توان این امر را تأیید کرد، که در صورت ایجاد حوادث طبیعی از قبیل سیل یا زلزله و... و از بین رفتن کلی عین مستآجره، مستآجر را مسئول آن بدانیم. هرچند بر اساس فرضی که ضمان قهری بر مسئله حکومت می کند این مسئله مورد قبول باشد، بنابراین باید بدانیم که ضمان مستآجر بدون تعدی و تفریط نسبت به عین مستآجره منبث از قرارداد می باشد و نه ضمان قهری. پس باید در مورد این دو مسئله پذیرش ضمان مستآجر در حالتی که عین مستآجره به طور کلی تلف می گردد و تلف جزئی حادث شده باشد؛ تفاوت قائل شویم. یقیناً اگر تلف جزئی باشد شرط ضمان مستآجر بدون هرگونه شک و تردیدی مورد تأیید بوده و شاهد بر این مدعا نیز ادله مزبور در پذیرش این نظریه است. اما در صورتی که تلف کلی رخ داده باشد و این از بین رفتن نیز به خاطر وجود حوادث طبیعی از قبیل سیل یا زلزله و... بوده باشد، اندراج چنین شرطی خالی از عدالت بوده و قبول آن با وجود ادله محکم نظریه صحت بحث و بررسی بیشتری را طلب می کند. با توجه به این که در اکثر بررسی های حقوقی و فقهی فقط به صحت و فساد این شرط پرداخته شده است و چگونگی تلف عین مستآجره مورد توجه واقع نگردیده، بنابراین اظهار نظر در این مورد بسیار سخت است، لذا با توجه به شواهد یاد شده، مخصوصاً نحوه تنظیم اجاره نامه ها در دفاتر اسناد رسمی، گرایش به پذیرش شرط ضمان مستآجر در صورتی که منصرف به موردی باشد که تلف جزئی است، بیشتر است. علاوه بر آن به علت این که اندکی تأمل و نگرش در نحوه تنظیم اجاره نامه ها بیانگر آن است که منظور مشترک دوطرف در درج چنین شرطی ناظر به کسر و انکسار درب و پنجره و یا دستگیره و... مورد اجاره بوده است در حالی که عین مستآجره ملک غیرمنقول می باشد. بنابراین از آن جایی که محتوای اساسی در این بررسی صحت یا فساد این شرط است، تحلیل و بررسی بیش از این در موضوع «ما نحن فیه» سبب انحراف از محتوای اصلی کلام که همانا پذیرش نظریه فساد یا صحت در باب اندراج شرط ضمان مستآجر است خواهد شد. پس با عنایت به ادله یاد شده در نظریه صحت و همچنین استدلال هایی که باعث نقض ادله نظریه فساد می گردید، چاره ای جز قبول شرط ضمان مستآجر نیست و این در صورتی است که مشهور فقها و حقوقدانان معاصر نیز در پذیرش آن اجماع کرده اند.

## نتیجه

امروزه در قراردادهای اجاره شرط ضمان مستاجر امری رایج شده است. این مسئله در متون فقهی هم مورد تحلیل و استدلال قرار گرفته است. اگرچه اکثر فقها آن را باطل دانسته اند، اما بعضی دیگر هم آن را صحیح دانسته اند. در قانون مدنی نیز هرچند به صراحت سخنی در مورد این موضوع رانده نشده است، اما با دقت در مواد ۴۹۳ به طور خاص و ۶۱۴ به طور عام چنین مشاهده می‌شود که علیرغم رویه قضایی موجود، نظریه بطلان پذیرفته شده باشد. در این نوشتار ادله قایلین به بطلان، نقد و سرانجام رد شده است و سپس از طریق استناد به عموم قاعده وجوب وفا به شرط و اثبات شمول آن نسبت به شرط ضمان مستاجر و نیز ملاحظه عرف و ارتکاب عقلایی به تقویت نظر فقیهان متاخر و استادان حوزه حقوق در صحت شرط ضمان مستاجر پرداخته شده است. فقهایی که قائل به بطلان شرط ضمان در عقد اجاره هستند معتقدند که ضمان حکمی از احکام شرع است و می‌توان گفت که از مسلمات بین شرعی است. علیهذا متعاقدین نمی‌توانند با توافق خود نسبت به اندراج شرطی مبنی بر ضمان مستاجر اقدام کنند.

برآیند چنین توافقی مخالفت با حکمی از احکام شرع است اما جای بسی تعجب است که ماده ۵۵۸ قانون مدنی عملاً و مفهوماً همین حکم را دور زده و نقض نموده است و به قول عوام کلاه شرعی درست کرده است. «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارت به وجود آمده از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد منسوخ شده، مگر این که لزوماً شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند» سؤال این جا است چرا مجاناً از مال خود به مقدار خسارت تملیک کند؟ چرا قبل از انعقاد عقد مضاربه چنین شرطی یا چنین تعهدی به مالک نداده است؟ او در قبال چه چیزی از مال خود به مقدار خسارت به مالک سرمایه تملیک کند؟ با چه هدفی؟ با چه انگیزه‌ای از قبل چه چیزی؟ مگر غیر از این نیست که قسمت دوم ماده ۵۵۸ برای رهایی از حکم و الزامات قسمت اول ماده ۵۵۸ تحریر و تصویب شده است، باید گفت باقید دوم این ماده قسمت اول آن عملاً، واقعاً، حقیقتاً و مفهوماً بی‌اثر و نقض شده است به خوبی مبرهن است و این امر اظهر من الشمس می‌باشد که انشای مدلول قسمت دوم ماده ۵۵۸ مستلزم عدم اجراء اعمال و عدم کارایی قسمت اول این ماده است. فلذا نظریه قائلین به صحت شرط ضمان به راستی یک حقیقت محض است و باید برای اصل آزادی اراده‌ها و حاکمیت اراده‌ها و اصل صحت احترام فراوان قائل شد و اندراج شرط ضمان مطلق مستاجر را صحیح و معتبر دانست که رویه معمول و رفاه اجتماعی مردم عملاً این موضوع را تأیید می‌کند و مخلص کلام عمل به نظریه فقهایی که قائل به صحت شرط ضمان هستند

را باید مورد امعان نظر و مذاقه قرار داد، امری که از ویژگی های بسیار مهم درخشان فقه پویای جعفری است که مستمراً باید دو عنصر زمان و مکان در نظرات فقهاء ملحوظ گردد.

## منابع

- قرآن کریم

## فارسی

- باریکلو، علیرضا، ۱۳۸۴، شرط ضمان امین در فقه امامیه، **فصلنامه مطالعات اسلامی فقه و اصول**، شماره ۶۷.

- باقری، احمد و بهمن پوری، عبدالله، ۱۳۸۷، نقد و بررسی ادله بطلان شرط ضمان مستاجر، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)**، دوره ۳، شماره ۳.

- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۹، **شروط ضمن عقد**، تهران، انتشارات مجد.

- صادقی، علی اکبر، ۱۳۷۳، شرط ضمان مستاجر، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، شماره ۱۳ و ۱۴.

- قهرمانی، نصراله، ۱۳۸۴، مطالعه تطبیقی چگونگی رفع تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر، **مجله کانون وکلا**، شماره ۱۸۸ و ۱۸۹.

- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۸۸، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

## عربی

- بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵ق، **الحدایق الناضره فی الاحکام العتره الطاهره**، قم، انتشارات جامعه مدرسین قم.

- حلی، حسن بن یوسف مطهر، ۱۴۱۴ق، **تذکره الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.

- خمینی، روح اله، ۱۴۱۰ق، **البیع**، جلد چهارم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

- خمینی، روح اله، ۱۳۹۰، **تحریر الوسیله**، جلد دو، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

- روحانی، سیدمحمدصادق، ۱۴۱۴ق، **فقه الصادق**، جلد چهارم، الطبعة الثالثة، قم، مؤسسه دارالکتاب.

- سبزواری، محمدباقر، ۱۳۸۱، **کفایه الاحکام**، تهران، چاپ سنگی.

- سیدمرتضی، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، **الانتصار**، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

- شهیداول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، بی تا، **اللمعه الدمشقیه**، بیروت، دارالناصر.

- شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی، ۱۴۱۴ق، **مسالك الافهام**، قم، مؤسسه معارف اسلامی.

- شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی، ۱۴۱۸ق، حاشیة کتاب المكاسب، چاپ اول، بیروت، دار احیا التراث العربی.

- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۸۸، **العروه الوثقی**، تهران، انتشارات دارالکتاب اسلامی.

- فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، **التنیقح الرائع**، قم، مکتبه المرعشی النجفی.

- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۱۴ق، **مجمع الفائدة و البرهان**، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

- نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت، دار احیا التراث العربی.

### قوانین

- قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



# legal Civilization

Biannual

No.8/Spring & Summer 2021

**Jurisprudential and Criminological Aspects of Betting in Cyberspace**

Abolfath KHaleghi, Simin Farrokhi Nia

**A Critical Review of the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965**

Moosa Akefi Ghaziani, Mohammad Akefi Ghaziani

**Comparative Legal Analysis of the Collateral in the Light of the Anglo-Iranian Laws**

Hossain Rahimi Khojasteh, Marziyeh Fathi Bornaji

**Comparative Approach to the Effects of Mergers on Commercial Companies**

Afshin Mojahed

**Explaining the Dimensions of Justice and Ethics from the Perspective of the Principles of the Framework of Islamic International Law**

Nourooz Kargari, Sajad Tayebi

**The Place of Sexual Crimes in International Criminal Courts**

Abbas Por Hashemi, Sahar CHoobin

**Covid-19 Pandemic in the Light of Solidarity Rights**

Sayyed Behrad Mirfakhraei

**Effects and Aspects of Appeal (Research) from the Perspective of Imami Jurisprudence, Iranian Law and French**

Sayyed Jafar Hashemi Bajegani, Afshin Mojahed

**Foreign Investment in Iranian Subject law and the Obstacles Facing it**

Mohammad Reza Burbur

**the Condition of the Absolute Guarantee of the Tenant in Keeping the Same Tenant in Imami Jurisprudence and Civil law of Iran**

Firooz Ahmadi, Ali Qaed Rahmati

**A Warning for the Big Fish: A Review of the Most Significant Roles and Achievements of International Criminal Law in International Legal Order**

Mohsen Ghadir, Mousa Karami

**A Comparative Study of the Crime of Embezzlement in Iranian and British Law with a Look at International Documents**

Mohsen Jafari, Fateme Asadi

**Religious Pluralism in Iranian Criminal Code**

Abbas Karimi, Abalfazl Salimian

**A Comparative Approach to the Scheme of Arrangement in Iranian, British and French Law**

Hasan Rahim Zade Meybodi, Afshin Mojahed

**Effects of Wife Alimony in Iranian and French Law**

Mostafa Afzali Goroh

**A Comparative Study of Non-Influence with Relative Invalidity in Iranian and French Law**

Abbas Karimi, Gholam Reza Izadpanah

**Critique and Evaluation of Personal, Social and Judicial Harms of Criminalization in the Iranian Penal System**

Rostam Ali Akbari, Amir Faraj Bakhsh