



دکتر علی اکبر صادقی

شرط ضمان مستأجر



## مقدمه

مطابق فتاوی فقها، مستأجر، ضامن عین مستأجره نیست مگر در صورت تعدی یا تفریط. عبارت شهید در لعمه این است: «ولا یضمن المستأجر العین الا بالتعدی او التفریط»<sup>۱</sup> و محقق در شرایع گوید: «والعین المستأجرة امانة فلا یضمنها المستأجر الا بالتعدی او التفریط»<sup>۲</sup> و صاحب جواهر بر این حکم دعوی اجماع کرده است.<sup>۳</sup>

و در ماده ۴۹۳ قانون مدنی آمده است:

«مستأجر، نسبت به عین مستأجره، ضامن نیست، به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او، کلاً یا بعضاً تلف شود، مسؤول نخواهد

۱. شرح لعمه. جلد چهارم. باب اجاره. صفحه ۳۳۱.

۲. شرایع. قسمت دوم. باب اجاره. صفحه ۱۲۳.

۳. جواهر. جلد بیست و هفتم. باب اجاره. صفحه ۲۱۵.

بود ولی اگر مستأجر، تفریط یا تعدی نماید، ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد».

ظاهراً عبارات فقها و همچنین قانون مدنی در ماده یاد شده، ناظر به مواردی است که در عقد اجاره، شرط ضمان مستأجر نشده باشد. اما اگر در عقد، شرط شود که مستأجر، بدون تعدی و تفریط نیز ضامن عین مستأجره باشد، چه حکمی دارد و آیا چنین شرطی صحیح و مؤثر و لازم الوفا است یا نه؟

قانون مدنی به این مسأله، پاسخی نداده و در آرای دیوان کشور نیز تا آنجا که امکان بررسی بود، مسأله، مطرح نشده است. نباید پنداشت که ماده ۴۹۳ قانون مدنی، اطلاق داشته و شامل مورد اشتراط ضمان مستأجر در عقد نیز می‌گردد. به این معنی که براساس اطلاق ماده، مستأجر، حتی در صورت شرط ضمان نیز ضامن نیست. این توهم از این جهت، مورد ندارد که به شهادت ذیل ماده، قانونگذار، اساساً نظری به صورت اشتراط و یا عدم اشتراط ضمان نداشته بلکه در صدد بیان حکم ضمان مستأجر در ارتباط با تعدی و تفریط بوده و حکم به عدم ضمان او در صورت عدم تعدی و تفریط کرده است. لیکن نظر مشهور فقهای امامیه، بطلان و فساد چنین شرطی است. و از آنجا که تدوین کنندگان قانون مدنی ایران، مواد قانون را برطبق نظر مشهور فقها، تنظیم می‌کرده‌اند، بررسی این مسأله از نظر فقهی - در حقیقت - تلاش مکملی برای قوانین مدنی خواهد بود و به ویژه که در بسیاری از اسناد اجاره، شرط ضمان مستأجر و حداقل به این تعبیر که «مستأجر، موظف است عین مستأجره را به همان ترتیب و وضع که تحویل گرفته، پس از انقضای مدت اجاره، تحویل دهد و هرگونه نقص و عیبی که در آن پدید آمده باشد، اصلاح و ترمیم و جبران نماید.» گنجانیده می‌شود و منظور از درج چنین عبارتی در اسناد اجاره، تضمین مستأجر، حتی در صورت عدم تعدی و تفریط اوست و گرنه، ضمان مستأجر در صورت تعدی و تفریط،

صریح قانون بوده و نیازی به شرط آن نیست. بنابراین، تحقیق در صحت و فساد این شرط، از نظر فقهی و اصول و قواعد کلی حقوقی به ویژه برای مسؤولان دفاتر اسناد رسمی و همچنین برای قضات دادگاهها در تصمیم گیری نسبت به دعاوی ناشی از این مسأله، می تواند راهگشا و مفید باشد.

همانطور که یادآوری شد، شرط ضمان مستأجر، به نظر مشهور فقها، شرطی فاسد است. عبارت کتاب جواهر در این زمینه این است: «و کیف كان ففی اشتراط ضمانها من غیر ذلك ای التعمدی والتفریط تردد ینشأ من قاعدة المؤمنون و اطلاق ادلة العقود و الاجارة و من منافاته لمقتضى العقد او الامانة؛ اظهره المنع بل هو الاشهر، بل المشهور بل فی جامع المقاصد باطل قطعاً بل لم اجد فیه خلافاً الا ما یحکی عن الاردبیلی و الحزاسانی من الميل الى الصحة و تبعهما فی الرياض...»<sup>۴</sup>

ملاحظه می شود که در عبارت یاد شده، نظریه صحت شرط ضمان، مخالف مشهور و نظری نادر و شاذ معرفی شده است. صاحب شرایع، بعد از ابراز تردید در صحت و فساد، سرانجام، فتوی به بطلان آن داده است.<sup>۵</sup>

در برابر نظر مشهور، برخی از فقها مانند صاحب ریاض و صاحب حدائق و بعضی از علمای معاصر، فتوی به صحت این شرط داده اند،<sup>۶</sup> و بنابراین، مسأله شرط ضمان مستأجر، مسأله ای اختلافی است و تحقیق در آن، مستلزم بررسی و نقد دلائل و مدارکی است که در هر دو نظر به آنها استناد و استدلال شده است:

۴. کتاب جواهر - جلد بیست و هفتم - باب اجاره - صفحه ۲۱۶.

۵. کتاب شرایع قسمت دوم - باب اجاره - صفحه ۱۴۳.

۶. کتاب ریاض - جلد دوم - باب اجاره - صفحه ۳.

## گفتار نخست بررسی و نقد دلائل نظریه فساد

برای اثبات فساد شرط ضمان مستأجر به دلائل زیر استناد شده است:

### الف- شرط ضمان مستأجر، مخالف مقتضای عقد اجاره است

توضیح آنکه شرط چیزی در ضمن عقد که منافی با مقتضای عقد باشد، به تناقض در انشا باز می‌گردد و به همین جهت، هم شرط و هم عقد هر دو فاسد می‌شوند و در این مورد، تفاوتی نیست که شرط، مخالف مقتضای مدلول مطابقی عقد باشد یا مخالف مدلول تضمینی و یا التزامی آن یعنی لوازم بین به معنی الاخص و لذا اگر در بیعی شرط شود که نقل و انتقال، حاصل نشود و یا ثمن در کار نباشد یا آنکه مشتری بطور کلی از مبیع، استفاده نکند، چنین شرطی فاسد است، زیرا مرجع آن، تناقض در انشا بوده و موجب عدم تحقق عقد نیز می‌گردد. این وضع، نه تنها شرط را فاسد می‌کند بلکه عقد نیز باطل خواهد شد. البته بطلان عقد در چنین وضعی، مبتنی بر افساد شرط فاسد نیست بلکه در صورت عدم ثبوت این امر نیز باید قائل به بطلان عقد شد، زیرا- همانطور که گفته شد- انشای آن، دچار اختلال و مشکل تناقض گردیده است نه آنکه چون شرط فاسد، مفسد است، موجب فساد و بطلان عقد شده است.

اما فساد شرط ضمان مستأجر به دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد، از این جهت است که اگر در مفهوم و مدلول عقد اجاره، تسلیط مستأجر بر عین مستأجره، لحاظ شده باشد، پس این تسلیط که از سوی مالک در عین ملکش به عمل آمده، عبارة اخری از استیمان مستأجر نسبت به عین مستأجره است و بنابراین شرط ضمان وی با مدلول تضمینی عقد اجاره، منافات خواهد داشت و اگر مفهوم و مدلول عقد اجاره را تملیک منفعت عین به مستأجر بدانیم، از آنجا که تملیک منفعت، مستلزم تسلیط وی و در نتیجه استیمان

او نسبت به عین مستأجره بوده و لازم بین آن می باشد و بنابراین شرط ضمان، منافی با مدلول التزامی عقد خواهد بود و تنافی مدلول عقد و شرط در هر دو صورت یاد شده، انشای معامله را دچار اختلال و تناقض ساخته و شرط و عقد هر دو در عرض یکدیگر فاسد خواهند بود.

از استدلال مزبور چنین پاسخ داده شده است که «شرط<sup>۶</sup> ضمان، هیچگونه منافاتی با مقتضای عقد اجاره ندارد، زیرا در این عقد، اقتضایی نسبت به عدم ضمان مستأجر نیست بلکه نهایت این است که عقد اجاره مقتضی ضمان مستأجر نمی باشد نه آنکه مقتضی عدم ضمان وی باشد علاوه آنکه ماهیت اجاره را نمی توان استیمان مستأجر دانست چه در مواردی ممکن است اجاره تحقق یابد و تسلیطی هم نسبت به عین مستأجره و در نتیجه استیمان مستأجر، صورت نگرفته باشد و بنابراین، شرط ضمان، مخالفتی با اقتضای عقد اجاره نخواهد داشت».

به نظر می رسد به فرض هم که عقد اجاره را مقتضی عدم ضمان مستأجر بدانیم، نمی توان به استناد مخالفت این شرط با مقتضای عقد، مطلقاً آن را فاسد بشناسیم، زیرا اقتضائات عقود بر دو قسمند: یک قسم آنها که عقد به نحو علیت تامه، مقتضی آنها بوده و یا آنکه شرعاً یا عرفاً از عقد انفکاک ناپذیرند که البته این قسم از اقتضائات را نمی توان شرطی برخلاف آنها کرد و اگر چنین شرطی در عقد بشود، به دلیل تناقض در انشا هم خود فاسد است و هم عقد فاسد می شود مانند آنکه در بیع، شرط شود که ثمنی در کار نباشد و یا در عقد اجاره، شرط عدم اجرت شود اما قسم دیگر، اقتضائاتی است که عقد، علت تامه تحقق آنها نبوده بلکه عقد در صورت اطلاق و به اصطلاح «لوخلی و طبعه» مقتضی آنها می باشد که نسبت به اینگونه اقتضائات، شرط مخالف، در حقیقت، مخالف اطلاق عقد و به تعبیر دیگر مخالف با عقد مطلق است نه با مطلق عقد مانند شرط خیار در معامله که نمی توان آن را مخالف ذات و مطلق عقد دانست بلکه مخالف اطلاق آن باید به حساب آید و مسأله ضمان از مصادیق قسم اخیر است،

۷. سید کاظم یزدی در حاشیه مکاسب صفحه ۱۱۵.

زیرا اگر عقد اجاره، اقتضایی نسبت به عدم ضمان مستأجر داشته باشد، به طبع اولی و در صورت اطلاق و به اصلاح «لوخلی و طبعه» چنین اقتضایی دارد و بنابراین نمی توان شرط ضمان مستأجر را منافی با ذات عقد دانست و در حقیقت، این شرط، همانند شرط خیار فسخ در عقد بیع است که بدون تردید، مخالفتی با ذات عقد در آن نیست و شاهد بر این مدعا، صحت شرط ضمان مستعیر در عقد عاریه است که منطوقاً با عقد اجاره، یکی است یعنی در عاریه نیز مانند اجاره، استیمان وجود دارد و اگر شرط ضمان مستعیر، منافی با استیمان که اقتضای عقد عاریه است، باشد، دیگر مجالی برای احتمال صحت آن باقی نمی ماند.

نباید تصور کرد که صحت شرط ضمان در عقد عاریه، مستند به دلیل خاص است و گرنه باید آن را نیز فاسد بدانیم، زیرا حکم عقلی قابل تخصیص نیست و چنانچه شرط ضمان، مخالف با مقتضای ذات عقد بوده و موجب تناقض در انشای عقد می گردید، عقلاً چنین تناقضی، فسادآور بوده و هیچ مورد از مصادیق آن را نمی توان به بهانه وجود دلیل خاص از حکم عقلی آن، استثنا و خارج ساخته و به صحت آن، نظر داد.

#### ب- شرط ضمان مستأجر، مخالف با مشروع است

توضیح آنکه در روایات صادر از معصومین، شرط مخالف با کتاب و سنت، غیرمجاز شناخته شده است. فی المثل روایت «المسلمون عند شروطهم الاکل شرط خالف کتاب الله عزوجل فلايجوز» و از طرف دیگر احادیثی دال بر عدم ضمان امین در دست است و بنابراین شرط ضمان مستأجر که امین است، مخالف مشروع بوده و جایز نیست.

در بررسی و نقد این استدلال، به مطالب شیخ انصاری در زمینه شرط مخالف با مشروع توجه می کنیم:

خلاصه مطالب نامبرده چنین است: «تعلق احکام شرع به موضوعاتشان بر دو گونه است: گاهی حکم به موضوعی با قطع نظر از



عوارض و طواری که ممکن است بر آن وارد شود، تعلق گرفته است و به تعبیر دیگر، اطلاق در موضوع حکم لحاظ نشده است که در اصطلاح فقهی به چنین حکمی، حکم حیثی و ذاتی گویند؛ در اینگونه موارد، عروض حکم دیگری بر آن موضوع، به لحاظ عروض عنوانی دیگر بر آن، منافی با حکم ذاتی آن موضوع محسوب نمی‌گردد؛ فی المثل حلیت شرعی گوشت گوسفند از این قبیل است و به همین جهت، عروض حکم حرمت بر آن در صورتی که مغضوب واقع شده باشد، منافی با حلیت ذاتی آن نمی‌باشد، زیرا میان حلیت ذاتی موضوعی و حرمت عرضی آن، به دلیل عروض بعضی عوارض و عناوین دیگر بر آن، هیچگونه منافاتی وجود ندارد و گاهی حکم شرع با توجه به تمام عوارضی که ممکن است بر موضوع، وارد شود، تعلق گرفته است مگر موارد اضطرار و حرج و مانند آن که در چنین وضعی، عروض حکم دیگری بر آن موضوع به ناچار با آن حکم شرعی، منافی خواهد بود.

حال اگر تعلق حکم شرع به موضوع به شکل اول باشد، شرط خلاف آن حکم را نمی‌توان مخالف شرع دانست مانند آنکه در عقد بیع، دوختن لباسی را بر مشروط علیه، شرط کنند که اباحه ذاتی این کار، منافی با عروض وجوب بر آن، به دلیل آنکه مورد اشتراط در عقد واقع شده است، نخواهد بود لیکن اگر حکم شرع از قبیل نوع دوم بوده و با لحاظ همه عوارض ممکن، به موضوع، تعلق گرفته باشد، لاجرم شرط مخالف آن، خلاف مشروع است مانند امور محرّمه یا واجبه که نمی‌توان خلاف حرمت و وجوب آنها را در ضمن عقدی شرط کرد».

مطالب یاد شده را به تعبیری دیگر نیز می‌توان بیان کرد به این ترتیب که موضوعاتی که متعلق احکام شرعی واقع می‌شوند گاهی چنان است که در نظر شارع، اقتضایی نسبت به الزام مثبت یعنی وجوب و یا الزام منفی یعنی حرمت در آنها نیست که در این صورت، این موضوعات، همان مباحات هستند و گاهی در آنها اقتضایی نسبت به الزام مثبت و یا منفی وجود دارد که واجبات و محرّمات از این قبیل موضوعاتند.

حال اگر شرط، برخلاف احکام قسم نخست باشد، ناچار طرّو عنوان

ملزومی مانند اشتراط در عقد، موجب پیدایش اقتضای الزام در موضوع آن احکام می‌گردد و اما احکام قسم دوّم یعنی واجبات و محرّمات، بی‌شک و پیوسته، اقتضاء الزام در آنها بوده و شرط خلاف آن، مخالف حکم شرع است و مجاز نخواهد بود.

با توجه به مطالب و کلیّات یاد شده در تشخیص مناط مخالفت و موافقت با مشروع، می‌توان گفت که شرط ضمان مستأجر در عقد اجاره، مخالف با احکام شرع که در موضوع آنها اقتضای الزام وجود داشته باشد، نیست زیرا بر حسب ادّله مربوط به عدم ضمان امین، در ید امانی، اقتضایی نسبت به ضمان وجود ندارد ولی در مقابل، در ید عدوانی و یا در صورت تعدّی و تفریط امین، اقتضای ضمان هست.

آری در صورتی که خروج ید امانی از قاعده ضمان ید یعنی قاعده «علی الیدما، اخذت حتّی توذیه» به وسیله تخصیص، صورت گرفته بود، احتمال وجود اقتضاء عدم ضمان در ید امانی داده می‌شد و ممکن بود گفته شود قانونگذار به دلیل اقتضایی که در ید امین، نسبت به عدم ضمان، وجود داشته، ادّله ضمان ید را تخصیص زده است، لیکن بطوری که توضیح خواهیم داد، خروج ید امین از قاعده ضمان، به تخصّص است و مجالی برای این احتمال نیست.

#### خروج ید امانی از قاعده ضمان ید به تخصیص

##### است یا به تخصّص؟

توضیح آنکه بر حسب ظاهر و در بادی امر، اطلاق و عموم قاعده «علی الید ما اخذت حتّی توذیه» شامل هر کسی است که مال دیگری را به هر صورت، در اختیار گرفته و ضامن آن است تا آن زمان که به صاحبش بازپس دهد.

از شمول قاعده یاد شده، ید امانی، خارج است و اکنون این سؤال مطرح می‌شود که خروج ید امانی از قاعده ضمان ید به موجب تخصیصی

است که ادله عدم ضمان امین از قبیل روایت «الامین لایضمن» بر عموم قاعده ضمان ید، وارد کرده است و یا آنکه خروج آن از قاعده، تخصصی است یعنی اساساً قاعده علی الید، شامل ید امین نبوده است؟ در پاسخ به این سؤال، برخی از فقها معتقدند قاعده ضمان ید، نسبت به کلیه ایادی که بر ملک غیر، استقرار یافته باشد، شمول داشته و قرینه ای براه اختصاص آن به ید عدوانی و موارد مشابه آن وجود ندارد. به عقیده این گروه، ید امانی به استناد ادله مخصص از تحت شمول قاعده خارج شده است.<sup>۹</sup>

لیکن حقیقت این است که می توان در شمول قاعده ضمان ید، تردید کرد؛ زیرا حدیث علی الید روایتی است نبوی که تنها از طرق عامه نقل شده و در کتب و عبارات فقهای شیعه نیز انعکاس یافته است و بسیار بعید است که پیامبر، ارتجالاً و بدون آنکه سؤالی در این زمینه از وی شده باشد، و خلاصه بدون هیچ صدر و ذیلی به بیان این مطلب، مبادرت کرده باشد و تتبع در احادیث و روایات صادر از معصومین، نشان می دهد که صدور احادیث ارتجالی در نهایت ندرت است و بنابراین مظنون این است که فرمایش پیامبر، مسبوق به سؤالی و یا مذیل به ذیلی بوده که به جهات مختلفی، به دست ما نرسیده است و با این احتمال، ظهور حدیث در شمول بر کلیه ایادی حتی ید امانی، موهون شده و با این وهن، چاره ای نیست جز آنکه به قدر متیقن از شمول حدیث، بسنده شود و قدر متیقن، همان ایادی عدوانی و موارد مشابه آن است.

علاوه آنکه قرائنی وجود دارد که شمول حدیث را نسبت به ید امین، مورد تردید قرار می دهد و با وجود آن قرائن، دیگر ظهور قابل استنادی در شمول، برای حدیث باقی نمی ماند.

یکی از آن قرائن، اینکه لحن حدیث علی الید، لحنی زجری است و از آن استفاده می شود که بقای عین و استمرار آن در دست غیر مالک، بر ضرر متصرف است و این ضرر تا زمانی که مال به صاحبش باز پس داده شود،

۹. کتاب منهاج الهدایه، صفحه ۵۰.

ادامه و استمرار دارد و این لحن، مناسب موارد عدوان است و با وجود این قرینه، دیگر شمولی برای حدیث نسبت به ید امین نخواهد بود. قرینه دیگر آنکه شارع، در صورتی که بخواهد برخلاف سیره و روش عقلا و برخلاف ارتکاز ایشان، قانونی وضع کرده و از آن روش و ارتکاز، ردع نماید، ناچار با تأکید و تصریح، آن را بیان خواهد نمود و در ردع خود، به مجرد ظهور، اکتفا نخواهد کرد، زیرا در چنین وضعی، ظهور، از آن روش و ارتکاز عرف و عقلا، انصراف خواهد یافت. و از آنجا که بنای عقلا و ارتکاز عرف بر عدم ضمان در مورد امانات مالکی استقرار داشته است، بنابراین به نظر عرف، قاعده علی الید، منصرف از موارد امانات مالکی بوده و به ایادی عدوانی و موارد مشابه، اختصاص خواهد یافت.

بنابر آنچه گفته شد، ظهور قاعده ضمان ید در شمول نسبت به ید امین، مخدوش و غیر قابل استناد می‌گردد و در نتیجه، عدم ضمان ید امانی برطبق ارتکاز عقلا بوده و اساساً مشمول قاعده علی الید نشده است تا آنکه گفته شود به وسیله ادله عدم ضمان امین از قبیل «الامین لایضمن» تخصیصاً خارج گردیده است.

و خلاصه آنکه درک عرفی از روایات مربوط به عدم ضمان امین، بیش از این نیست که در اینگونه ایادی، اقتضایی نسبت به ضمان نیست و عقلا برحسب ارتکاز ذهن خود، موجبی برای ضمان در ایادی امانی نمی‌بینند در حالی که در ید عدوانی و در تعدی و تفریط، در ارتکاز ذهن عقلا، اقتضای ضمان وجود دارد نه اینکه در ایادی امانی، اقتضای عدم ضمان، وجود داشته باشد، و تفاوت میان عدم اقتضای ضمان و اقتضای عدم ضمان با اندک تأمل قابل درک است و بنابراین نمی‌توان شرط ضمان مستأجر را مخالف با احکام اقتضایی شرع دانسته و آن را غیرمجاز شناخت.

و شاهد بر این معنی همان است که بیش از این گفته شد که فقها اجماعاً شرط ضمان را در عقد عاریه جایز و صحیح دانسته‌اند در حالی که ید مستعیر نیز امانی بوده و اگر درید امانی اقتضای عدم ضمان باشد، به

ناچار باید این شرط نیز مخالف مشروع و باطل شمرده شود و این اندیشه که صحّت شرط ضمان در عقد عاریه مستند به دلیل خاص و استثنایی است بر حکم کلی بطلان شروط مخالف مشروع و موارد مشابه را نمی‌توان به آن قیاس کرد، اندیشه‌ای شایان توجه نیست، زیرا عمومات روایی مربوط به ممنوعیت و یا بطلان شرط مخالف شرع، آبی از تخصیص هستند و به تعبیر شیخ انصاری، مخالفت با شرع به هیچ صورت، مجاز شدنی نیست<sup>۱۰</sup> بلکه همانطور که گفته شد شرط ضمان امین در اینگونه موارد، اساساً مخالف با شرع نیست و شرط، در صورتی مخالف مشروع است که با حکم اقتضایی شرع، مخالفت و منافات داشته باشد مانند آنکه در عقد ودیعه شرط ضمان ودعی شود، زیرا ید مستودع بی شک، اقتضای عدم ضمان دارد، چه مستودع در حفظ ودیعه، نسبت به مالک آن، محسن محض است و برحسب ارتکاز ذهنی عقلا آن کس که تنها با هدف نفع رساندن به دیگری اقدام کرده، نباید از اقدام خود به مشکل و مثلاً به ضمان و مسؤولیت گرفتار شود.

### ج- شرط ضمان مستأجر، از قبیل شرط نتیجه بوده و صحّت آن محل اشکال است.

برخی از فقها برای استدلال به عدم صحّت شرط ضمان مستأجر، گفته‌اند: «شرط ضمان، از مصادیق شرط نتیجه است، زیرا تحقق ضمان مستأجر در صورت تلف و نقص عین به صرف اشتراط در عقد همانند شرط مطلقه شدن زوجه به صرف اشتراط آن در عقد است و صحّت شرط نتیجه به دو دلیل، مشکل است: یکی آنکه نتایج حقوقی و قانونی از قبیل ضمان، بطور کلی متوقف بر تحقق اسباب شرعی و قانونی آنهاست مگر در مورد نتایجی که برحسب ادّله، معلوم باشد که بدون تحقق اسباب نیز و به صرف اشتراط در عقدی قابل حصول است مانند شرط مالکیت مشتری نسبت به مال برده و میوه درختی که مورد معامله قرار گرفته‌اند. که در حقیقت، از توابع مبیع محسوب می‌گردند و با توجه به آنکه برحسب استقرار، اسباب

۱۰. مکاسب، جلد سوم، صفحه ۱۱.

ضمان نسبت به مثل یا قیمت، منحصر در اتلاف بالمباشره و یا بالتسبیب و تصرف عدوانی و تلف در صورت تعدی و تفریط و غرور و تفریر می باشد، نمی توان بدون تحقق این اسباب و به صرف اشتراط در عقد، قائل به حصول ضمان مستأجر گردید و خلاصه آنکه صحت شرط ضمان مستأجر به این معنی است که مسبب را بدون اسباب آن، محقق بدانیم و بدیهی است که این، امری غیر قابل قبول است.

دلیل دیگری که برای عدم صحت شرط نتیجه گفته شده است، این است که چنین شرطی را نمی توان مشمول ادله عامه لزوم وفا به شرط، از قبیل المؤمنون عند شروطهم دانست، زیرا ظاهر از این ادله، وفا به شرط و عمل برطبق آن است و این دستور، در صورتی مورد پیدا می کند که متعلق شرط، از قبیل اعمال و افعال باشد اما نتایج، از اموری نیستند که بتوان برحسب دستور، مشروط علیه را ملزم به انجام آن دانست مگر آنکه مقصود از اشتراط نتیجه، الزام مشروط علیه بر ایجاد اسباب شرعی و قانونی آنها باشد که در این صورت، از قبیل شرط فعل بوده و از محل بحث، خارج خواهد بود و در مسأله مطروحه، چون شرط ضمان مستأجر، از مصادیق شرط نتیجه بوده و مشمول ادله لزوم وفا به شرط نیست، پس نمی توان با اشتراط در عقد، مستأجر را ضامن و مسؤل نسبت به عین مستأجره دانسته و او را موظف به جبران خسارت تلف و نقص آن شناخت.

پاسخی که به وجه نخست استدلال اخیر داده شده است، این است که نتایج شرعی و قانونی بردو گونه اند: برخی از آنها برحسب ادله موجود، بدون تحقق اسباب شرعی و قانونی آنها، امکان حصول ندارد و در حقیقت، اسباب قانونی و شرعی اینگونه نتایج، همانند علل هستند که بدون پیدایش آنها، معلول یعنی آن نتایج، تحقق ناپذیرند مانند مطلقه شدن زوجه و یا پیدایش عنوان زوجه برای زنی و مانند اینها که باید به وسیله اسباب خاصه شرعی و قانونی آنها مانند صیغه طلاق و نکاح، تحقق یابند و به صرف اشتراط آنها در عقدی، تحصیل نمی یابند. اما برخی دیگر از نتایج، برحسب ادله مربوط، چنانند که تحقق آنها نیاز به اسباب خاص

نداشته و با نفس اشتراط آنها در عقدی، تحقق می‌یابند مانند وکالت و وصایت و امثال آنها که نفس اشتراط در عقد، کافی در تحقق آنها می‌باشد. اکنون در مسأله مطروحه، اگر به وسیله ادله، اثبات شود که ضمان مثل یا قیمت، از جمله نتایجی است که باید منحصرأً به وسیله اسباب خاص شرعی و قانونی، تحقق یابد، در این صورت، صرف اشتراط در عقد، کافی در تضمین مستأجر نبوده و نمی‌توان مستأجر را ضامن و مکلف به جبران خسارت وارد بر عین مستأجره دانست لیکن دلیلی موجود نیست که ضمان مثل یا قیمت را موقوف بر اسباب خاصی کرده باشد و معنی استقرار ادعایی که در ضمن استدلال، مطرح شده بود، در صورت صحت، بیش از این نبود که اتلاف بالمباشره و بالتسبیب و تعدی و تفریط و غرور و تغریب، از اسباب ضمان می‌باشند اما انحصار این اسباب را نمی‌توان با آن استقرا اثبات نمود.

اینک که توقف و یا عدم توقف ضمان، بر اسباب قانونی و شرعی خاص، معلوم و مشخص نیست، می‌توان با کمک از اصل عدم انحصار توقف ضمان، بر اسباب خاص و بر آن موارد یاد شده، حکم به تحقق ضمان مستأجر با اشتراط آن در عقد نموده و به تعبیر دیگر، حکم به صحت شرط ضمان و تأثیر آن در ایجاد مسؤولیت بر مستأجر کرد.

در مورد ماده ۲۳۶ قانون مدنی که می‌گوید:

«شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط، حاصل می‌شود».

می‌توان با اجرای اصل عدم توقف ضمان بر سبب خاص، مسأله مطروحه را از مصادیق آن ماده دانسته و حکم به حصول ضمان مستأجر به نفس اشتراط نمود.

نباید تصور کرد که در مسأله، اصل دیگری یعنی اصل عدم تحقق ضمان به نفس اشتراط، جاری است، زیرا شک در تحقق ضمان، با اشتراط آن در عقد، ناشی از شک در انحصار توقف حصول ضمان بر اسباب خاص

است و به اصطلاح شک سببی و مسببی است و اجرای اصل عدم توقف که اصلی سببی است، مجالی برای شک در تحقق ضمان، باقی نگذارده و در نتیجه، موردی برای اجرای اصل عدم تحقق ضمان وجود نخواهد داشت. شیخ انصاری نیز در مسأله مطروحه، فتوی به صحت شرط داده است، عبارت نامبرده چنین است: «فالاقوی» صحة اشتراط الغایات التي لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصه».

پاسخی که به وجه دوم استدلال داده شده، این است که وفا نسبت به هر امری، متناسب با آن امر است به این بیان که اگر مورد اشتراط از مقوله عمل و فعل باشد، وفا به آن، عبارت از انجام آن فعل است و وفا نسبت به نتایج، التزام به آثار آن نتایج می باشد و شاهد بر این معنی، اینکه امام معصوم، در حکم به صحت شروطی که همگی از قبیل شرط نتیجه بوده اند، به عموم «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است. علاوه آنکه برای اثبات صحت شرط نتیجه، به ادله وفا به عقود، از قبیل «اوفوا بالعقود» می توان استدلال کرد، زیرا شرط در ضمن عقد - در حقیقت - جزئی از عقد است به این معنی که مفاد عقد، مجموع تعهد اصلی و تعهد تبعی بوده و برطبق این ادله، وفا و التزام به مفاد عقد، الزام شده است.

### گفتار دوم

### دلایل صحت شرط ضمان مستأجر

در برابر نظر مشهور که شرط ضمان مستأجر را باطل و به فساد آن فتوی داده اند، گروهی دیگر از فقها قائل به صحت این شرط شده و علاوه از ردّ دلایل نظریه فساد که در بررسی و نقد آنها در گفتار نخست توضیح داده شد، به دلایل ذیل نیز استناد کرده اند:



**الف- ادله لزوم وفاء به شرط**

شمول ادله لزوم وفا به شرط از قبیل «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به شرط ضمان مستأجر. با توجه به این نکته که وجود استثنای شرط مخالف کتاب و سنت از عمومات یاد شده، خدشه ای در استدلال به آنها برای اثبات صحّت شرط ضمان مستأجر وارد نمی سازد.

توضیح آنکه در روایاتی که جمله «المؤمنون عند شروطهم» و یا «الشرط جایز بین المسلمین» در آنها آمده است، با تعابیر مختلفی، شروط مخالف کتاب و سنت، استثنا شده است. ولی با توضیحاتی که در نقد استدلال بر نظریه فساد، به عمل آمد، شرط ضمان مستأجر، از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت نیست.

و به فرض که مخالفت و یا عدم مخالفت این شرط با کتاب و سنت، مورد تردید و شک واقع شود، به کمک اجرای اصل عدم مخالفت، باید حکم به عدم مخالفت شرط ضمان با کتاب و سنت کرده و آن را مشمول عمومات لزوم وفا به شرط دانست.<sup>۱۲</sup>

**ب- بناء و روش عقلا**

روش و بناء عقلا بر اشتراط ضمان مستأجر در ضمن عقد اجاره، استقرار یافته و ردعی هم از سوی شارع از آن به عمل نیامده است، زیرا در صورتی که نظر شارع بر ردع آن بود، لازم بود که صریحاً از آن منع می کرد و با توجه به اینکه منع صریحی در مورد شرط ضمان از طرف قانونگذار اسلام وجود ندارد، باید این وضع را حمل بر امضای روش و بنای ایشان نمود و همانطور که در ضمن نقد استدلال نظریه فساد این شرط، بیان گردید، اطلاق ادله عدم ضمان امین نیز نمی تواند، به عنوان ردع بنای عقلا تلقی شود، زیرا با وجود چنین بنایی، آن اطلاقات، از مورد این شرط، انصراف خواهد یافت.<sup>۱۳</sup>

۱۲. کتاب مکاسب، جلد سوم، باب اجاره، صفحه ۱۷.

۱۳. منهاج الهدایه، صفحه ۵۲.

## ج- روایات

روایاتی وجود دارند که شرط ضمان مستأجر را جایز و لازم الوفا اعلام کرده اند، از جمله: روایت موسی بن بکر- نامبرده می گوید: از امام پرسیدم، شخصی کشتی ملاحی را برای حمل گندمهای خود، اجیر کرده و بر او شرط کرده است که در صورت کم شدن گندمها، مسؤول و ضامن باشد و امام در پاسخ فرمود: جایز و صحیح است و در پایان روایت آمده است که امام فرمود: اگر نقصانی در گندمها پیدا شود، در صورتی که بر او شرط کرده باشد، جبران آن به عهده ملاح است<sup>۱۴</sup> گرچه صاحب جواهر، استدلال به این روایت و روایات مشابه را برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر، کافی ندانسته و گفته است: «مفاد روایت در ارتباط با شرط ضمان اجیر است و ارتباطی به شرط ضمان مستأجر ندارد».<sup>۱۵</sup> لیکن این اشکال، از این جهت، وارد نیست که ملاک در این مسأله، استیمان است که در اجیر و مستأجر، هر دو وجود دارد و در نظر عرف، اجیر، خصوصیتی ندارد.

## خلاصه و نتیجه بحث

براساس مطالب یاد شده، شرط ضمان مستأجر در عقد اجاره، به اعتقاد مشهور فقها، شرطی فاسد است و عمده دلائل ایشان، اولاً مخالفت این شرط با مقتضای عقد و ثانیاً مخالفت آن با مشروع بود که به تفصیل، بررسی و مورد نقد و انتقاد قرار گرفت.

و در مقابل، برخی دیگر از فقها، شرط ضمان مستأجر را صحیح و لازم الوفا شناخته و آن را نه مخالف مقتضای عقد اجاره و نه مخالف با مشروع دانسته اند و علاوه از ردّ دلائل فساد این شرط، برای اثبات صحت آن، به ادله عامه لزوم وفا به شروط و همچنین به عرف و سیره عقلا و در آخر، به احادیث و روایاتی که دالّ بر صحت شرط ضمان در عقد اجاره

۱۴. وسائل الشیعه، کتاب اجاره، باب ۳.

۱۵. کتاب جواهر، جلد ۲۷، باب اجاره، صفحه ۲۱۷.

هستند، استدلال کرده‌اند.

و به نظر می‌رسد که از لحاظ حقوق و قوانین موضوعه نیز بتوان به آزادی متعاملین در قراردادهای خصوصی و در قبول تعهدات و ضمانات که در ماده ۱۰ قانون مدنی انعکاس یافته، بر صحت شرط ضمان مستأجر، استدلال و استناد نمود. ماده مزبور چنین است: «قراردادهای خصوصی، نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». و بدیهی است که عقد اجاره با شرط ضمان مستأجر، مخالف صریح قانون نیست، وگرنه مجالی برای تردید در بطلان آن باقی نمی‌ماند.

همچنین به استناد ماده ۲۲۳ قانون مدنی که:

«هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است مگر آنکه فساد آن معلوم شود».

می‌توان عقد اجاره با شرط ضمان مستأجر را که - حداقل - فساد آن، معلوم نشده، از مصادیق این ماده دانسته و محمول بر صحت دانست. و با عنایت به اینکه شرط در ضمن عقد، جزو عقد بوده و مفاد عقد، شامل تعهد اصلی و تعهد تبعی هر دو می‌گردد، بنابراین حکم به صحت و یا حمل به صحت عقد، شامل شرط ضمن آن نیز گردیده و آن را هم محکوم به صحت می‌سازد.

ولی از طرف دیگر، از ماده ۵۵۶ قانون مدنی که:

«مضارب، در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نیست مگر در صورت تفریط یا تعدی».

و ماده ۵۵۸ همان قانون که:

«اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود... عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب، از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک، تملیک کند».

و با توجه به ماده ۵۱۶ قانون مدنی در مورد اجاره متصدی حمل و نقل که:

«تمهّدات متصدیان حمل و نقل اعم از اینکه از راه خشکی یا آب یا هوا باشد، برای حفاظت و نگاهداری اشیایی که به آنها سپرده می‌شود، همان است که برای امانت‌داران مقرر است...»

که اجیر در حمل و نقل را در حکم امین دانسته و او را مشمول مقررات مربوط به امانت‌داران قرار داده است، شاید بتوان استفاده کرد که شرط ضمان مستأجر- هر چند که در قانون، مسکوت گذارده شده است- نیز محکوم به حکم شرط ضمان مضارب است، زیرا ملاک مصرّح در حکم به عدم ضمان مضارب، در ماده مزبور، در حکم امین بودن اوست و عنوان مضارب، خصوصیتی ندارد و به این ترتیب، ممکن است استنباط نمود که در نظر قانونگذار، شرط ضمان، علیه امین در هر مورد، نادرست است چه این شرط در عقد مضاربه و علیه مضارب، به عمل آید و یا در عقد اجاره و علیه مستأجر، چنین شرطی شود.

در عین حال، برحسب ذیل ماده ۵۵۸ یاد شده، اگر در ضمن مضاربه، شرط شود که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک، تملیک کند، بلاشکال است و شاید بتوان با قیاس به ماده مزبور، چنین شرطی را در عقد اجاره و بر علیه مستأجر نیز مجاز و نافذ دانست و اکنون جای این سؤال هست که: آیا تفاوتی از نظر حقوقی میان ضمان و میان الزام او به تملیک مجانی و پرداخت مقدار خسارت یا تلف، وجود دارد یا خیر؟