

## نقد و بررسی ادلهی بطلان شرط ضمان مستأجر

احمد باقری\*

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران

عبدالله بهمن پوری

کارشناس ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۶/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۹/۲۱)

### چکیده:

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. هر چند بیشتر فقیهان به بطلان آن نظر داده‌اند اما برخی از فقیهان متأخر آن را صحیح می‌دانند. در قانون مدنی نیز گرچه به صراحت در این موضوع سخن نرفته، اما با ملاحظه ماده ۴۹۳ به طور خاص و ۶۱۴ به طور عام به نظر می‌رسد به رغم رویه قضایی موجود، نظریه بطلان پذیرفته شده باشد. در این جستار ادله قایلین به بطلان، نقد و سرانجام رد شده است و سپس از طریق استناد به عموم قاعده وجوب و فسا به شرط و اثبات شمول آن نسبت به شرط ضمان مستأجر و نیز ملاحظه عرف و ارتکاز عقلایی به تقویت نظر فقیهان متأخر و استادان حوزه حقوق در صحت شرط ضمان مستأجر پرداخته شده است.

### واژگان کلیدی:

ضمان - تعدی - تفریط - عین مستأجره - مقتضای عقد - مقتضای اطلاق - امین.

Email: a\_bagheri41@yahoo.com

فاکس: ۸۱۷۴۲۶۳۴

\* مسئول مقاله

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«بازپژوهی متون قرآنی و روایی در باب دیه زن و مرد»، سال ۱۳۸۵، شماره ۷۴.

## طرح مسأله

عقد اجاره در شمار عقود مهم و پرکاربرد است که با توجه به ازدیاد روز افزون جمعیت و تنوع گسترده تعامل حقوقی آحاد انسانی نیاز به آن رو به افزایش است. از این رو، امروزه روابط موجر و مستأجر دیگر در حد یک رابطه خصوصی صرف نیست و تنظیم روابط آنان چندان اهمیت دارد که قانون ناگزیر از دخالت در این روابط و تنظیم آن می‌شود.

از جمله مباحث مهم در روابط موجر و مستأجر مسأله عدم ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره می‌باشد. به این معنا که هرچند عقد اجاره در مکتب حقوقی اسلام تملیکی است و در شمار عقود مملک محسوب است<sup>۱</sup> اما از آنجا که تسلیم عین مستأجره از لوازم آن است (شهید ثانی، ۱۳۴۲، ۳۴۰) و موجر غالباً متعهد است که عین را به مستأجر تسلیم کند، در برخی موارد از قواعد عقود اذنی نیز پیروی می‌کند (خوانساری، ۱۴۱۸، ۹۰). حکم به امین بودن مستأجر از نتایج این تبعیت است، زیرا موجر که خود مالک عین است یا از مالک آن اذن دارد، عین را در اختیار مستأجر قرار می‌دهد. از این رو مستأجر امین مالکی است و مال در دست او امانت خواهد بود و در نتیجه مشمول قاعده عدم ضمان امین است که جز در صورت تعدی و تفریط ضامن تلف و نقصان آن نخواهد بود. در این مطلب، میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۳) اما آنچه که معرکه آرای فقیهان است و درباره آن نظریات متفاوت و بعضاً متناقض ابراز گردیده است اشتراط ضمان مستأجر در ضمن عقد اجاره است که آیا موجر می‌تواند در قرارداد اجاره شرط کند که مستأجر ضامن عین مستأجره باشد خواه نسبت به آن تعدی و تفریط کرده باشد و خواه بی تقصیر او عین که امانت در دست او بوده است تلف شده یا نقصان یافته است؟ صحت این شرط در برخی عقود مانند عاریه مورد پذیرش فقیهان قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۲۶۴). اما در اجاره که مستأجر همچون مستعیر امین محسوب شده و هر دو از این حیث که مشمول قاعده عدم ضمان امین هستند به هم شبیه‌اند، نه تنها در صحیح بودن شرط تردید شده بلکه شرط یاد شده مفسد عقد اجاره نیز قلمداد گردیده است. علاوه بر این در عرف نمونه‌هایی وجود دارد که به نظر می‌آید ضمان مستأجر امری است مورد پذیرش.

ناگفته نماند که اجیر نیز وضعیتی مشابه با مستأجر دارد (امام خمینی، ۱۴۰۴، ۵۳۶) و یقیناً هر نتیجه‌ای که در این نوشتار حاصل گردد هر دو را فرا خواهد گرفت. بلکه می‌توان گفت به سایر امضاء مثل وکیل، مرتهن و... قابل تسری است. در این میان مستودع که در لسان فقیهان

۱. برخی از مکاتب حقوقی اجاره را عقدی عهدی می‌دانند که بر پایه آن موجر متعهد به واگذاری انتفاع به مستأجر است.

بنگريد: سنهوری، الوسيط، صص ۴ و ۵.

امین محض قلمداد شده و در برخی از احکام از سایرین ممتاز گردیده است، بحثی متفاوت را می‌طلبد، هرچند ممکن است نتیجه‌ی مشابه را به بار آورد. بی‌تردید نقد و بررسی آرای فقیهان و ادله موافق و مخالف و سرانجام حاصل این بحث می‌تواند راهکارهای راهبردی را برای تفسیر برخی از مواد قانونی مانند ماده‌های ۴۹۳، ۶۱۴ و ۶۱۵ ارایه دهد.

### تعدی و تفریط سبب ضمان مستأجر

در مکتب حقوقی اسلام عین مستأجره در مدت اجاره غیر مضمونه است و مستأجر تنها در صورتی مسئول تلف و نقصان آن خواهد بود که نسبت به آن تعدی و تفریط کرده باشد (طوسی، بی تا، ۲۴۱: نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۳).

هر چند برای تعدی و تفریط معانی متعددی ذکر شده است اما برآیند همه آنها این است که اولاً: تعدی فعل مرتکب است و تفریط ترک او. به این معنا که اگر امین نسبت به مالی که در تصرف اوست عملی را انجام دهد که خارج از چارچوب اذن یا متعارف باشد، نسبت به آن مال تعدی کرده است اما چنانچه از انجام عملی که برای نگهداری مال با ملاحظه اذن صاحب مال یا عرف لازم است خودداری ورزد تفریط نموده است. ثانیاً این دو اصطلاح از جمله واژه‌هایی در حقوق اسلامی هستند که اگر تنها استعمال شوند در معنای همدیگر به کار می‌روند و اگر با هم به کار گرفته شوند معانی مختلف پیدا خواهند کرد و به اصطلاح "اذا اجتماعاً افتراقاً و اذا افتراقاً اجتماعاً". از این رو، در فقه و حقوق هرگاه تعدی گفته شود معنای تفریط هم می‌دهد و هرزمان سخن از تفریط رود، تعدی را هم شامل می‌گردد. واژه تقصیر نیز در متون فقهی (شهید ثانی، ۳۵۵، ۱۴۱۲؛ مراغی، ۴۴۸، ۱۴۱۷) و حقوقی (ماده ۹۵۳ قانون مدنی) در معنای تعدی و تفریط استعمال می‌شود. ثالثاً در تحقق معنای تعدی و تفریط تفاوتی ندارد که متصرف عالم باشد که فعل یا ترک او موجب تلف و نقصان مال می‌گردد یا جاهل، همچنانکه اگر به حکم ضمان هم جاهل باشد تفاوتی نخواهد داشت. عمد و سهو مرتکب نیز بی‌تأثیر است، بلکه اگر از روی حسن نیت هم عملی را که باید ترک کند انجام دهد یا آنچه را که نباید، مرتکب شود باز هم در صدق عنوان تعدی و تفریط خللی ایجاد نمی‌کند.

### ادله مضمون نبودن عین مستأجره

همان‌طور که گفته شد، اگر مستأجر نسبت به عین مستأجره تعدی و تفریط نکند، ضامن تلف و نقصان آن نخواهد بود. پرسشی که به ذهن می‌آید و باید به آن پاسخ گفت این است که با وجود پذیرفتن قاعده "علی الید ما اخذت حتی تؤدیه"، چه دلیلی موجب شده است که

در فرض تلف شدن مال و عدم تقصیر مستأجر در حفظ آن، وی از این قاعده مستثنی شود؟ فقیهان در پاسخ به این پرسش دو دلیل ارائه کرده‌اند:

**۱- قاعده عدم ضمان امین:** نخستین دلیل بر عدم ضمان مستأجر، استناد به قاعده عدم ضمان امین (موسوی بجنوردی، ۹۰۱۴۲۴) است. بر این پایه، عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و در صورتی که تعدی و تفریط نکند تلف یا معیوب شدن آن بر عهده او نخواهد بود. مستند این قاعده اخباری است که به صراحت از عدم ضمان امین سخن گفته‌اند. از آن جمله، روایت نقل شده از امیرالمؤمنین (ع) که «لیس علی المؤمن ضمان». (نوری، ۱۶۰۱۴۰۸) در روایتی دیگر نیز امام صادق (ع) در پاسخ به این پرسش که اگر مال در دست کسی که با آن تجارت می‌کند و خرید و فروش کالا می‌کند تلف شود آیا ضمان متوجه اوست؟ فرمودند که آن فرد پس از اینکه امین شناخته شده است، غرامتی به او متوجه نخواهد بود (حرعاملی، ۲۲۸۰۱۴۰۳).

ناگفته نماند که فرق است میان امین اخلاقی با امین فقهی و حقوقی، زیرا در امین اخلاقی صفت امانت داری ملکه فرد است بی آنکه نیاز داشته باشد کسی این وصف را در او اعتبار کند در حالی که ملاک امین بودن در فقه و حقوق مأذون بودن متصرف است اعم از اینکه اخلاقاً هم امین باشد یا خیر و خواه سایرین او را امین بدانند یا اساساً به او اعتمادی نداشته باشند.

به هر روی، فقیهان ید مستأجر را امانی دانسته و حکم به غیر مضمون بودن عین مستأجره در مدت اجاره داده‌اند (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۳).

از آنجا که تعدی و تفریط خود موجب ضمان و از اسباب آن به شمار می‌آید (مراغی، ۴۴۶، ۱۴۱۷) دلیل ضمان مستأجر در فرض تعدی و تفریط روشن است (محقق اردبیلی، ۶۹، ۱۴۱۲) و اگر تعدی و تفریط نکند هیچ یک از اسباب ضمان که در مکتب حقوقی اسلام برشمرده شده‌اند نمی‌تواند مستند حکم به ضمان مستأجر قرار گیرد، چه آنکه مال در دست وی تلف شده است نه اینکه مال را اتلاف نموده باشد، پس قاعده اتلاف کارآیی نخواهد داشت. از سوی دیگر قاعده ید نیز جاری نخواهد بود چون ید او عدوانی و غیرمأذون نیست پس از شمول ضمان ید خارج است. علاوه بر این، ضامن دانستن مستأجر در فرض عدم تعدی و تفریط، ایراد ضرر بی جهت و بدون سبب بر اوست که بر پایه قاعده لاضرر چنین ضرری منفی و مردود شناخته شده است.

**۲ - اجماع:** فقیهان بر عدم ضمان امین به اجماع نیز تمسک جسته‌اند ولی با ملاحظه ادله و نصوصی که در این خصوص وجود دارد که به برخی از آنها اشاره گردید این اجماع مدرکی محسوب شده و نمی‌تواند به عنوان یک دلیل در عرض ادله دیگر قرار گیرد.

### ادله‌ی مخالفان صحت شرط ضمان مستأجر و پاسخ آن

پژوهش در آثار مکتوب فقیهان نشان می‌دهد که اغلب اندیشمندان فقه امامیه به پرسش اصلی ما مبنی بر اینکه آیا می‌توان در عقد اجاره شرط کرد که مستأجر حتی بدون تعدی و تفریط هم ضامن تلف یا نقصان عین مستأجره باشد؟ پاسخ منفی داده‌اند. تحلیل و نقد مهم‌ترین ادله آنان، دست‌یابی به پاسخی منطقی برای سؤال یاد شده و در نتیجه اثبات فرضیه این جستار را ممکن می‌سازد.

#### دلیل اول: شرط ضمان مستأجر مخالف شرع است

از مهم‌ترین دلایلی که مخالفین صحت اشتراط ضمان مستأجر به آن استدلال کرده‌اند این است که این شرط مخالف شرع یعنی مخالف کتاب و سنت می‌باشد (شهبانوی ۱۴۱۲، ۳۳۱؛ اردبیلی ۱۴۱۲، ۶۹). واضح است که با ملاحظه روایات اگر موجد شرط کند که مستأجر ضامن عین مستأجره باشد با نصوص مذکور و سنت که پس از قرآن مهم‌ترین منبع استنباط محسوب می‌شود مخالفت آشکار به عمل آمده است. بنابراین چنین شرطی به جهت مخالفت با مشروع از شمول و عموم قاعده وجوب و فایده شرط خارج است و در شمار شروط باطل قرار می‌گیرد.

**پاسخ اول:** در پاسخ به این استدلال، باید گفت که مقصود از شرط مخالف کتاب و سنت، آن شرطی است که منجر به تحلیل حرام یا تحریم حلال گردد، در حالی که در شرط ضمان مستأجر نه حلالی حرام شده و نه حرامی مباح و حلال گردیده است، چه آنکه با پذیرش شرط مذکور از سوی مستأجر، وی تعهد و ضرری را قبول کرده است که شارع آن را از عهده او برداشته بود که اگر نمی‌پذیرفت ذمه‌اش بری می‌بود و در حقیقت با تقبل شرط، از حق خود گذشته است. پس گذشت او را از حقی که شارع برایش منظور داشته، نباید به مخالفت با شرع تلقی نموده و در نتیجه توافق او و موجد را در این خصوص باطل و بی‌اثر دانست. آری اگر عدم ضمان او تکلیف و الزام باشد چنین سخنی موجه است در حالی که ضامن نبودن مستأجر حق او و قابل گذشت است. شاید غفلت از این نکته مهم موجب گردیده است که برخی از فقیهان شرط زوجه را به ضرر زوج مبنی بر اینکه همسر دومی را برنگزیند فاسد دانسته‌اند (بنگرید: شهید اول بی تا، ۱۹۷)، زیرا داشتن چهار زن دایم هم‌زمان حق مرد است که شریعت اسلام به او داده است نه تکلیف الزامی او. از این روست که مرد می‌تواند از این حق خود بگذرد و شرطی را بپذیرد که با آن حق منافات دارد بی آنکه خلاف شرعی صورت پذیرفته باشد.

ناگفته نماند آنان که مخالفت شرط ضمان مستأجر با شرع را پذیرفته‌اند و از دیگر سو شرط مخالف کتاب و سنت و هر شرط فاسدی را مفسد عقد می‌دانند در این مسئله به بطلان عقد

اجاره حکم داده‌اند (شهید اول، بی تا، ۱۶۵). اما بر مبنای نظر متأخرین که شرط مخالف شرع را صرفاً فاسد دانسته بی آنکه فساد آن به عقد هم سرایت کند در شرط ضمان مستأجر اجاره را صحیح دانسته و تنها به بطلان و فساد شرط رأی می‌دهند (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵).

در توجیه بطلان عقد به پیروی از شرط همچنین گفته شده است که تراضی بر عقد در حقیقت به ملاحظه شرط فاسد واقع شده و بدون آن رضایتی بین موجر و مستأجر به وجود نیامده است و چون تحقق عقد بر پایه آیه «ألا ان تكون تجارة عن تراض» منوط به تراضی طرفین آن است، پس عقد اجاره محکوم به بطلان خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۵۸).

**پاسخ دوم:** صحت شرط ضمان در عاریه که به دلیل وجود نصوص مختلف مورد اتفاق همه فقیهان است، می‌تواند گواهی دیگر باشد بر عدم مخالفت این شرط با شرع، زیرا در عاریه خصوصیتی که بخواید حکم صحت را منحصر در آن بدانند وجود ندارد و از این حیث که هم در اجاره و هم در عاریه متصرف امین بوده و ضامن نخواهد بود به هم شبیه‌اند، پس ادله موجود در باب عاریه قابل تسری به سایر عقود مشابه و از جمله اجاره خواهد بود و نباید پنداشت که این تعمیم قیاس است و باطل و در نتیجه ادله جواز را صرفاً منحصر به عاریه بدانیم آن چنان که برخی از فقیهان چنین تصور کرده‌اند (بنگرید: نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) بلکه با تنقیح مناط حکم که در هر دو یکی است می‌توان نتیجه گرفت همچنان که شرط ضمان مستعیر صحیح است، شرط ضمان مستأجر نیز محکوم به صحت خواهد بود (برای تفصیل بیشتر رک: باقری، ۱۳۸۴، ۳۴۵).

به عبارت دیگر، ادله صحت شرط ضمان در عاریه مؤید این مطلب است که ضامن نبودن مستأجر در فرض عدم اشتراط مستلزم عدم ضمان وی در صورت اشتراط نخواهد بود پس شرط ضمان مستأجر مخالف شرع نمی‌باشد.

ناگفته نماند که اشتراط ضمان مستأجر، وی را از وصف امین بودن خارج نمی‌سازد بلکه او همچنان امین است و مشمول هر تعریفی که برگزینیم خواهد گردید. تنها اثری که بر این شرط مترتب خواهد شد ضامن بودن مستأجر است که با ملاحظه ضمان مستعیر در فرض اشتراط آن و نیز فرضی که مورد عاریه طلا و نقره باشد. می‌توان نتیجه گرفت که وصف امین بودن مستأجر با ضامن بودن او قابل جمع است و نه عقلاً و نه شرعاً باهم منافاتی ندارند. در ابواب دیگر فقه نیز نمونه‌هایی از این قبیل وجود دارد که می‌توان برای تأیید این گفته به آنها استناد کرد مانند ضمان عامل در مضاربه با مال یتیم، ضمان وصی نسبت به موصی به و ضمان یابنده مال گمشده در فرض تلف شدن آن. از این رو، احتمال می‌رود کسانی که شرط ضمان مستأجر را خلاف شرع دانسته‌اند بر این پندار بوده‌اند که این شرط موجب خروج مستأجر از وصف امین بودن می‌شود و از آنجا که مستأجر شرعاً امین است پس هر آنچه که این وصف را از او

زایل کند محکوم به بطلان خواهد بود. اما این پندار ناصحیح است و همان‌طور که پیشتر گفته شد می‌توان تصور کرد که متصرف امین باشد و در همان حال ضامن نیز محسوب گردد. هر چند در صورت اطلاق عقد اجاره از این حیث، مستأجر ضامن نخواهد بود و ضمان او متوقف بر اشتراط آن در ضمن عقد است.

### دلیل دوم: شرط ضمان مستأجر خلاف مقتضای عقد اجاره است

یکی از دلایل عمده که بر بطلان شرط ضمان مستأجر ذکر شده است مخالفت آن با مقتضای عقد اجاره می‌باشد، زیرا اقتضای اجاره و نیز امین بودن مستأجر آن است که وی در صورت تلف یا نقصان عین مستأجره اعم از اینکه شرط شود یا بدون اشتراط ضامن نخواهد بود مگر آنکه تعدی و تفریط کند. پس چنانچه در ضمن عقد اجاره‌ای شرط شود که مستأجر در فرض عدم تعدی و تفریط ضامن عین مستأجره باشد، چنین شرط بر خلاف اقتضای عقد اجاره و محکوم به بطلان است. (علامه حلی، ۱۳۲۹، ۹۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۲۵۸؛ شهیدثانی، ۱۴۱۲، ۳۳۱).

**پاسخ:** این استدلال پاسخی ساده‌تر دارد، زیرا اقتضای ذات عقد اجاره تملیک منفعت است نه عدم ضمان مستأجر.

توضیح آنکه، آنچه به واسطه عقد اجاره و بر پایه اقتضای آن محقق می‌شود تملیک منفعت است و از این روست که نمی‌توان در اجاره شرط عدم انتقال منفعت کرد همچنان که شرط منتقل نشدن ملکیت مبیع و ثمن در بیع مبطل آن است. در همه این موارد شرط مذکور خلاف مقتضای عقد است و چنین است که موجر گفته باشد عین را اجاره دادم به شرط اینکه اجاره ندادم یا در بیع مثل این است که بایع بگوید فروختم به شرط آنکه نفروختم. از این روست که اتفاق نظر فقیهان در چنین مواردی نه تنها بطلان شرط که بطلان عقد است. اما عقد اجاره و اقتضای ذات آن نسبت به ضمان یا عدم ضمان مستأجر دلالتی ندارد بلکه عدم ضمان مستأجر ناشی از امین بودن او و بر اساس قاعده عدم ضمان امین است، پس می‌توان نتیجه گرفت که عدم ضمان مستأجر اقتضای اطلاق عقد اجاره و شرط ضمان او مخالف مقتضای اطلاق آن است و پر واضح است که شرط مخالف اقتضای اطلاق عقد در شمار شروط صحیح‌اند و بر اساس قاعده وجوب وفای به شرط که مستفاد از «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد لازم الوفاء خواهد بود. درست به همین دلیل است که در عاریه نیز چنین شرطی روا و جایز است، زیرا اگر این شرط بر خلاف مقتضای ذات عقد باشد هیچ دلیلی نمی‌تواند آن را تصحیح کند، چه آنکه مبطل بودن شرط مخالف مقتضای ذات عقد امری است عقلی و مورد وفاق همه‌ی عقلای عالم. بنابراین، وجود ادله جواز شرط ضمان در عاریه مبین این معناست که شرط مذکور مخالف اقتضای اطلاق عقد عاریه است نه مخالف اقتضای ذات آن. پس به همان بیانی که در

پاسخ به دلیل پیشین گفتیم در اینجا نیز می‌گوییم به جهت فقدان خصوصیت و ویژگی منحصر به فرد در عاریه از این حیث از سویی و با تنقیح مناط به سبب تشابه این دو عقد از سوی دیگر، شرط ضمان مستأجر همانند شرط ضمان مستعیر صحیح و لازم الوفاء است و نمی‌تواند مخالف مقتضای ذات عقد باشد.

حاصل آنکه ذات عقد اجاره نسبت به ضمان یا عدم ضمان مستأجر فی نفسه خالی از اقتضاء است. آری اطلاق هر عقد به طور کلی اقتضای آن دارد که برخی مانند تسلیم و تسلم فوری و نقد بودن عوض و معوض از آثاری است که عرفاً بر آن مترتب است و برخی چون ثبوت خیاراتی مثل حیوان و مجلس از احکامی هستند که شرعاً بر عقد مترتب می‌شوند که در همه این موارد مانعی بر اشتراط امر مخالف آنها وجود ندارد. بدیهی است عدم ضمان مستأجر از احکامی است که شارع بر عقد اجاره مترتب ساخته است که با ملاحظه آنچه پیشتر گفته آمد، اشتراط ضمان و مخالفت با آن حکم نه موجب مخالفت با شرع است و نه خلاف اقتضای ذات عقد خواهد بود همچنانکه اشتراط سقوط خیار حیوان و مجلس در بیع و حتی خیار غبن فاحش و بلکه افحش در تمامی عقود محکوم به صحت‌اند بی آنکه شائبه مخالفت با شرع یا اقتضای ذات عقد بتواند مانعی بر صحت آن قلمداد گردد.

بنابراین، شرط ضمان مستأجر نه تنها خلاف مقتضای عقد نیست بلکه شرطی جایز است و به استناد ادله وفا به شرط مانند «المؤمنون عند شروطهم» باید به وجوب وفا به آن حکم نمود. اندیشمندان حوزه حقوق نیز شرط ضمان مستأجر را خلاف مقتضای عقد ندانسته و آن را خارج از شمول شروط مذکور در ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌دانند و بر این باورند که اقتضای ذات عقد اجاره، تملیک منفعت بیش نیست: (امامی، ۱۳۸۰، ۲۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴۲۰).

هر چند مخالفان صحت شرط ضمان مستأجر ادله‌ای دیگر نیز اقامه کرده‌اند ولی با ملاحظه ضعف آشکاری که در نحوه استدلال وجود دارد که عمدتاً ناشی از اتکای همه آنها به دو دلیل یاد شده یعنی مخالفت با شرع و اقتضای ذات عقد اجاره است از ذکر تفصیلی آنها خودداری می‌کنیم، زیرا بدیهی است که با ابطال ادله اصلی و عمده مخالفان مجالی برای استناد به سایر ادله باقی نمی‌ماند.

بنابراین، در پاسخ به استدلال آنان که (آشتیانی، ۱۳۴۲، ۳۰) شرط ضمان مستأجر را مخالف خصوص عقد اجاره دانسته و بر این باورند که مستأجر پس از پرداخت اجرت به موجر و استحقاق انتفاع، به منزله نایب موجر در تصرف به شمار می‌آید و ضامن دانستن او بی‌معناست، چون ید نایب ید منوب عنه است، می‌گوییم: مستأجر به محض تحقق عقد اجاره مالک منفعت می‌شود به این معنا که به سبب عقد اجاره رابطه ملکیت موجر با منفعت در مدت زمان اجاره قطع می‌شود و به جای آن میان مستأجر و منفعت علاقه ملکیت به وجود می‌آید و سلطنت



مستأجر به عنوان مالک طلق برقرار می‌گردد پس ید او بر منفعت ید مالکانه و مستقل است و موجر را نسبت به آن هیچ حقی نیست. وانگهی در شرط ضمان سخن از مسئولیت مستأجر نسبت به عین مستأجره است که همچنان در ملکیت موجر است و همان‌طور که پیشتر گفته شد بنا به طبیعت اجاره در اختیار مستأجر قرار می‌گیرد نه به عنوان نایب موجر. بنابراین، شرط ضمان مستأجر هیچ مخالفتی به خصوص اجاره نخواهد داشت.

صاحب جواهر نیز در عبارت «فایباتُ الضمان به - حیثیذ مع أن اسبابه انما تستفاد من الشرع - لایخلو من منع» (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) تلویحاً به دلیلی دیگر بر مخالفت با شرط ضمان اشاره می‌کند. در رد این استدلال نیز می‌گوییم:

اولاً ثبوت ضمان مستأجر بر پایه عموم قاعده "المؤمنون عند شروطهم" است که مانند سایر اسباب ضمان مستند به شرع است.

ثانیاً اینکه فقیهان در متون فقهی و کتب قواعد فقه شرط ضمان مستأجر را از اسباب ضمان شمرده‌اند نمی‌تواند دلیلی بر عدم مشروعیت آن دانست، چه آنکه مقصود، اسبابی هستند که به عناوین اولیه خود موجب ضمان می‌شوند مانند اتلاف (به مباشرت یا به تسبیب)، غصب، تعدی و تفریط و... که در همه این موارد صدق عنوان هر کدام خود سبب کافی برای ضمان است. اما اشتراط ضمان از این حیث موجب ضمان می‌شود که در ضمن عقد و با توافق طرفین آن شرط شده و ناشی از قاعده وجوب وفایه شرط است (برای تفصیل بیشتر رک: مراغی، ۱۴۱۷، ۴۶۸). از این رو، بدیهی است که عنوان اشتراط نمی‌تواند در عرض اسباب ضمان مانند اتلاف قرار گیرد. شاید توجه به این مهم باعث شده است که صاحب جواهر (همان) سرانجام در صلاحیت عموم قاعده یاد شده نسبت به شمول اشتراط ضمان مستأجر تشکیک کند.

### استدلال بر صحت شرط ضمان مستأجر

همان‌طور که گفته شد بیشتر متون فقهی مشحون از استدلال کسانی است که شرط ضمان مستأجر را باطل می‌دانند و کمتر به بیان ادله موافقین شرط صحت پرداخته شده است، اما در این میان برخی از فقیهان در مقایسه میان دو نظریه موافق و مخالف دچار تردید شده و در نهایت ممنوعیت شرط را اظهر دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۱۶۴). برخی نیز آن را اظهر قلمداد کرده و قول به صحت را اظهر دانسته‌اند (طباطبایی، ۲۰۱۴، ۲۰). گروهی مانند محقق اردبیلی و خراسانی به صحت شرط مذکور تمایل دارند تا به بطلان آن (به نقل از نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵).

برخی از فقیهان متأخر از اظهار تردید و تمایل فراتر رفته و به صراحت به صحت شرط یاد شده رأی داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ۴۲۲). جمعی نیز بر این نظرند که چنانچه موجر در ضمن عقد اجاره شرط کند که در صورت تلف یا نقصان عین، مستأجر قیمت آن را پرداخت نماید

این شرط صحیح است اما اگر به معنی اشتغال ذمه‌ی مستأجر به مثل یا قیمت عین باشد، ظاهراً چنین شرطی صحیح نخواهد بود (خویی، ۱۴۱۲، ۹۰).

به هر روی برای اثبات صحت شرط ضمان مستأجر به دو دلیل زیر می‌توان استناد جست:

**دلیل اول: اصل صحت شرط:** در مقام استدلال برای قایلین به صحت بدیهی است پس از آنکه ادله مخالفان مورد نقد و بررسی قرار گرفت و دلالت آنها بر ادعای قایلین به بطلان رد شد، خود به خود ادعای موافقان اثبات می‌گردد، زیرا از سویی وقتی نظریه مخالفت شرط ضمان مستأجر با شرع و اقتضای ذات عقد باطل گردید و از دیگر سو، این شرط در شمار هیچ یک از شروط فاسد یا مفسد قرار نمی‌گیرد، این نتیجه منطقی به دست می‌آید که شرط ضمان مستأجر صحیح و برای طرفین عقد اجاره الزام‌آور و لازم الوفاء خواهد بود.

به عبارت دیگر، اصل اولیه در مورد هر یک از شروطی که در ضمن عقود قرار داده می‌شود صحت آن است مگر آنکه دلیلی بر بطلان آن ارایه گردد و چون در بحث شرط ضمان مستأجر ادله ارایه شده مورد نقد واقع شد و در نهایت برای ابطال آن کارایی لازم را نداشتند پس بر اساس اصل یاد شده تا زمانی که بر رد آن دلیل دیگری ارایه نگردد، صحیح و لازم الاتباع خواهد بود. درست به همین دلیل است که فقیهان موافق با این شرط از ارایه ادله تفصیلی خودداری کرده و بیشتر به رد ادله مخالفان پرداخته‌اند.

**دلیل دوم: اطلاعات و عمومات ادله:** قاعده وجوب وفا به شرط و استناد به عمومات و اطلاعات سایر ادله حاکم بر عقود و قراردادها برای اثبات صحت شرط مذکور کافی و وافی باشد. و ادعای برخی از فقیهان (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) مبنی بر اینکه صلاحیت عموم "المؤمنون" در فراگیری آن نسبت به شرط ضمان مستأجر قابل بحث و خدشه است، نمی‌تواند قابل توجه باشد، زیرا این ادعا بدون دلیل و استناد منطقی است.

اگر گفته شود (همان) که میان ادله عدم ضمان امین و عموم "المؤمنون" تعارض وجود دارد، زیرا عموم ادله عدم ضمان امین شرط ضمان مستأجر را نیز در بر می‌گیرد، پس بنابر شهرت فتوایی ادله مذکور را ترجیح می‌دهیم و از این راه شرط ضمان مستأجر را از عموم قاعده وجوب وفا به شرط خارج می‌سازیم، خواهیم گفت که در مقام تعارض اطلاق دو دلیل، مقتضی قاعده تساقط آنها و رجوع به اصل عملیه می‌باشد و در این موارد شهرت فتواییه صلاحیت ترجیح یکی از آنها را بر دیگری ندارد. وانگهی در این بحث دو دلیل را می‌توان با هم جمع کرد و ادله عدم ضمان امین را حمل کرد بر مواردی که شرط ضمان نشده باشد که در این صورت فرض تساقط هم مطرح نخواهد گردید.

### نتیجه

از رهگذر تطبیق نظریه مخالفان و موافقان با صحت شرط ضمان مستأجر، نظریه‌ای که این شرط را صحیح می‌داند منطقی‌تر و موجه‌تر به نظر می‌رسد، زیرا علاوه بر آنچه که در رد استدلال مخالفان به نقل از فقیهان گفته شد، سیره‌ی عقلایی مؤید نظریه صحت است، چه آنکه امروزه در جامعه‌ی بشری نه تنها به سبب شرط ضمن عقد مستأجر ضامن تلف و نقصان عین مستأجره شناخته می‌شود بلکه به قدری استمرار دارد و شایع است که در برخی موارد حتی بدون شرط هم، ضمان متوجه مستأجر است. به این معنا که در بیشتر قراردادهای اجاره که امروزه به صورت معاطاتی جریان دارد و غالباً از آنها به کرایه تعبیر می‌شود، قرینه عرفی بر اشتراط ضمان وجود دارد و نیازی به یادآوری آن در ضمن عقد احساس نمی‌شود. کرایه‌ی اتومبیل، ظروف، فرش و سایر ملزومات برای برگزاری مراسم مختلف و همچنین اجاره‌ی دستگاه‌های صوتی و تصویری و کرایه فیلم و دهها نمونه‌ی دیگر مشمول همین عرف حاکم بر جامعه هستند و از این سیره عقلایی پیروی می‌کنند.

بدیهی است که وقتی شرط ضمان مستأجر را صحیح دانستیم به طریق اولی اگر موجد شرط کند که مستأجر مقدار معینی از مالش را به او بپردازد تا در فرض تلف یا معیوب شدن عین، از آن برداشت کند، این شرط نیز صحیح خواهد بود (طباطبایی بزدی، ۱۴۱۰، ۴۲۲).

در قراردادهای متعلق به خدمات و کار نیز همین عرف جاری است. به گونه‌ای که اگر فردی مثلاً یخچال یا اتومبیل خود را به تعمیرکاری بسپارد تا آن را تعمیر و بازسازی نماید، چنانچه در وقت مراجعه تعمیرکار بگوید به رغم رعایت کلیه‌ی امور ایمنی لازم، مغازه‌اش مورد دستبرد واقع شده و کالای مورد تعمیر همراه با سایر وسایل به سرقت رفته است، صاحب کالا هرگز نمی‌پذیرد که هیچ‌گونه ضمانتی متوجه تعمیرکار نباشد. این‌گونه ضمانات در عرف آنقدر مسلم است که در زمان توافق و تسلیم کالا غالباً از آن ذکر می‌شود و چنانچه شرط شود در حقیقت شرط تأکیدی محسوب می‌شود نه تأسیسی. تفاوتی نمی‌کند که قرارداد تعمیر در قالب عقد نامعین واقع شده باشد یا تحت عنوان عقود مانند جعاله، اجاره اشخاص یا... قرار گیرد.

بنابراین هم با ملاحظه‌ی ادله و مبانی نظری، و هم با توجه به سیره‌ی عقلایی و عرف حاکم بر جامعه، شرط ضمان مستأجر صحیح می‌نماید که اگر بدون توجه به این سیره و ارتکاز عقلایی شرط ضمان مستأجر را باطل بدانیم و به عدم ضمان او حکم کنیم در واقع به رویارویی با عرف عقلا برخاسته‌ایم که تجربه نشان داده است هرگاه احکام فقهی و حقوقی در مقابله با عرف قرار گرفته، محکوم به شکست و بازگشت به سیره‌ی عقلایی شده است.

نباید پنداشت که شرط ضمان منحصر در اجاره و صرفاً در ارتباط با مستأجراست و سایر امضاء را در بر نمی‌گیرد، زیرا با ملاحظه ادله‌ای که ارایه گردید و صلاحیت آنها بر تعمیم، به سایر عقود مشابه اعم از اینکه اولاً و بالذات اذنی باشند مثل ودیعه و عاریه یا ثانیاً و بالعرض مشمول احکام عقود اذنی باشند مانند وکالت و وصایت، نیز تسری می‌یابد. عرف بر این مدعا نیز گواهی می‌دهد. برای نمونه امروز صندوق امانات بانک یا سایر مؤسسات در قبال مورد امانت ضامن هستند بدون توجه به اینکه تلف یا نقصان مستند به تعدی و تفریط آنها باشد یا بی‌تقصیر از بین رفته باشد. بنابراین استبعاد این تعمیم به دلیل مخالفت آن با مذاق شرع که از سوی برخی از فقیهان (نجفی، ۱۴۱۲، ۶۵۵) مطرح شده است موجه به نظر نمی‌رسد.

شایان ذکر است که ضمان مستأجر با عدالت حقوقی ناسازگار نیست و نمی‌توان با استناد به نفی حکم ضرری در اسلام آن را باطل دانست، زیرا به رغم اینکه وی در تلف یا نقصان عین مستأجره تقصیری نداشته است ولی چون با اراده خود و طیب خاطر آن را پذیرفته است از شمول قاعده‌ی لاضرر خارج خواهد شد، چه آنکه ضرر بی‌جهت در اسلام نفی شده است نه هر ضرری. هر چند حکم کراهت در تاوان گرفتن که در متون فقهی (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۵۵) مطرح شده است در این بحث نیز جریان دارد. علاوه بر این در جامعه تحول یافته امروزی برای جلوگیری از ضرر بیشتر، بیمه کردن کالا و مکان‌های استیجاری بهترین راهکاری است که معمول و مورد توجه است به گونه‌ای که در جوامع پیشرفته‌تر چهره اجبار و الزام نیز به خود گرفته است.

ناگفته نماند که شرط ضمان مستأجر در مواردی که بر خلاف عقل و سیره‌ی عقلایی باشد محکوم به بطلان خواهد بود. بنابراین اگر موجر در ضمن عقد اجاره منزل مسکونی، ضمان مستأجر را نسبت به عین مستأجره شرط کرده باشد، و در اثنای اجاره یا پس از اتمام آن و پیش از ردّ به مالک (در فرضی که تأخیر در استرداد موجه باشد) منزل مذکور به واسطه‌ی آفت سماوی مانند سیل یا زلزله از بین برود یا منهدم شود، موجر نمی‌تواند با استناد به شرط ضمان، از مستأجر خسارت بگیرد، چون عرف و ارتکاز عقلایی چنین ضمانی را نمی‌پذیرد.

## منابع و مأخذ

۱. آشتیانی، میرزامحمود، ۱۳۴۲ ه.ش، شرح کتاب الاجاره، تقریر بحث شیخ مرتضی غروی آشتیانی، بی‌جا.
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۸۰) ه.ش، حقوق مدنی، جلد ۲، تهران، کتابفروشی اسلامیّه.
۳. امام خمینی، سید روح‌الله، ۱۴۰۴ ه.ق، ۱۳۶۳ ه.ش، تحریر الوسیله، جلد ۱، قم، مؤسسه‌ی النشر الاسلامی.
۴. باقری، احمد، (۱۳۸۴) ه.ش، فقه مدنی "عقود تملیکی بیع - اجاره"، تهران.
۵. حرّعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۳ ه.ق، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۳، تهران، انتشارات اسلامیّه.
۶. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۲ ه.ق، ۱۹۹۲ م، منهاج الصالحین، جلد ۲، بیروت، دارالبلاغه.

۷. خوانساری، شیخ موسی بن محمد، ۱۴۱۸ه.ق، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۱، تقریرات میرزا محمد حسین نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۷۰م، *الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید*، جلد ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۹. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی عاملی، بی تا، *اللمعة الدمشقیة*، بیروت، دارالناصر.
۱۰. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی، ۱۴۱۲ه.ق، ۱۹۹۲م، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۱. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن بن علی، بی تا، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۳، بیروت، دارالکتاب الاسلامی.
۱۲. طباطبائی، سید علی، ۱۴۱۲ه.ق، ۱۹۹۲م، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، جلد ۶، بیروت، دارالهادی.
۱۳. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۰ه.ق، ۱۹۹۰م، *العروه الوثقی*، جلد ۲، بیروت، دارالاسلامیه.
۱۴. علمای حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ۱۳۲۹ه.ق، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، جلد ۱، تهران: چاپ سنگی.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی "معاملات معوض - عقود تملیکی" بیع - معاوضه - اجاره - قرض*، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
۱۶. محقق اردبیلی، شیخ احمد، ۱۴۱۲ه.ق، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، جلد ۱۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۷. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۱۸ه.ق، ۱۹۹۸م، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۲، بیروت، دارالاضواء.
۱۸. محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، ۱۴۱۱ه.ق، ۱۹۹۱م، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۷، بیروت، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۹. مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۷ه.ق، *العناوین*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. موسوی بجنوردی، سید محمد حسن، ۱۴۲۴ه.ق، *القواعد الفقهیة*، جلد ۲، قم، دلیل ما.
۲۱. نجفی، شیخ محمد حسین، ۱۴۱۲ه.ق، ۱۹۹۲م، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ۱۵ مجلد، جلد ۹، بیروت، مؤسسه المرتضی العالمیه و دارالمورخ العربی.
۲۲. نوری، میرزا حسن، ۱۴۰۸ه.ق، ۱۹۹۸م، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، جلد ۱۴، بیروت، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.