



Feasibility of Guaranteeing the Surety for the Least Property in a Corrupt Lease

Critique of Civil Law Approach

Mohammadreza Kaykha¹  | Mojgan Davodi²  | Somayeh Nouri³ 

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchistan, Zahedan, Iran. Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

2. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchistan, Zahedan, Iran. Email: mojgandavodi66@gmail.com

3. PhD, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Sistan and Baluchistan, Zahedan, Iran. Email: hadafmand1396@pgs.usb.ac.ir

Abstract

In some cases, damage is incurred by the lessee when the corruption of the lease contract is established due to the non-fulfillment of its conditions and elements. Despite being neglected from the point of view of the legislator, it has been of interest to jurists, and three theories are proposed by them: opinion surety, non-surety and opinion of details. The results of this article, which was carried out using a descriptive-analytical method, show that maintaining the tenant's guarantee is preferred in many ways; because with the corruption of the lease, the lessee's lien is subject to aggressive lien and it is not considered a trust lien, therefore, based on the general rule of "‘ala al-yad", i.e., compensation for the damage caused to the property is included in the lessee's surety. Also, the principle of no harm negates the occurrence of damage to the property and requires the tenant's surety. The rule of respecting the property of the believer is also one of the reasons according to which the lessee must return the property of the lease while taking responsibility for the damage caused. Therefore, the lessee's surety towards the lessee is considered feasible, which requires the legislator's revision.

Keywords: surety, corrupt lease, leased property, lessee, civil law.

Print ISSN: 2008-8744
online ISSN: 2228-7612

Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law

University of Tehran
Faculty of Theology
and Islamic Studies



Cite this article: Kaykha, M., Davodi, M., & Nouri, S. (2024). Feasibility of Guaranteeing the Suety for the Least Property in a Corrupt Lease: Critique of Civil Law Approach. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 56 (2), 325-338. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI:<https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.360293.669548>



Article Type: Research Paper

Received: 10-Jun-2023

Received in revised form: 29-Aug-2023

Accepted: 27-Dec-2023

Published online: 30-May-2024

امکان سنجی ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد

نقد رویکرد قانون مدنی

محمد رضا کیخا^۱ | مژگان داودی^۲ | سمیه نوری^۳

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. رایانامه: kaykha@hamoon.usb.ac.ir
۲. دانشجوی دکترا، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. رایانامه: mojgandavodi66@gmail.com
۳. دانش آموخته دکترا، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران. رایانامه: hadaftmand1396@pgs.usb.ac.ir

چکیده

در مواردی ورود خسارت در دست مستأجر زمانی محقق می شود که فساد عقد اجاره به دلیل عدم تحقق شرایط و ارکان آن محرز می شود؛ در این صورت، ضمانت و یا عدم ضمانت مستأجر نسبت به عین مستأجره، مسأله ای است، که علی رغم مغفول ماندن از دیدگاه قانونگذار، مورد اهتمام فقها قرار گرفته و از سوی آنان سه نظریه: قول به ضمان، عدم ضمان و قول به تفصیل مطرح است. نتایج این مقاله که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده نشان می دهد که قائل شدن به ضمان مستأجر از جهات مختلفی ترجیح می یابد؛ زیرا با فساد اجاره، ید مستأجر، مشمول ید عدوانی می شود و ید امانی به شمار نمی رود؛ لذا به استناد عموم قاعده «علی الید»، تأمین خسارت وارده بر عین، در ضمانت مستأجر قرار می گیرد. همچنین قاعده لاضرر، ورود خسارت نسبت به عین را نفی کرده و اقتضای ضمان مستأجر را دارد. قاعده احترام مال مؤمن نیز از دیگر دلایلی است که مطابق آن، مستأجر بایستی عین مورد اجاره را در حالی بازگرداند که تأمین خسارت وارده را بر عهده گرفته است. براین اساس، ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره، امری ممکن تلقی می شود که بازنگری مقنن را می طلبد.

کلیدواژه ها: ضمان، اجاره فاسد، عین مستأجره، مستأجر، قانون مدنی.

استناد: کیخا، محمدرضا، داودی، مزگان، و نوری، سمیه (۱۴۰۲). امکان سنجی ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد: نقد رویکرد قانون مدنی. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۶ (۲)، ۳۳۸-۳۲۵.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۲۰

© نویسندگان

بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۰۷ DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.360293.669548>

پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

انتشار: ۱۴۰۳/۰۳/۱۰



مقدمه

اجاره، عقدی معوض و تملیکی است و نقش اساسی در روابط اجتماعی دارد. بدیهی است که گاهی عقد اجاره به واسطه نبود برخی شرایط، فاسد می‌شود. مثل جایی که هر دو طرف عقد اجاره و یا یکی از آنان فاقد یکی از شرایط صحت عقد است و در عین حال عقد اجاره را انشاء می‌نمایند و عین مستأجره در اختیار طرف مقابل قرار می‌گیرد و قبل از برگشت به مالک، خساراتی بر آن وارد می‌شود؛ در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا تحویل‌گیرنده ضامن جبران خسارات وارده است یا خیر؟ به عبارت بهتر، در صورت باطل شدن عقد اجاره به دلیل عدم وجود رکنی از ارکان و یا شرطی از شرایط صحت، قابض ضامن خسارات وارده بر عین مستأجره است یا خیر؟ ماده ۴۹۳ ق.م. صرفاً فرضی را در نظر داشته که عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی مستأجر کلاً یا بعضاً تلف شود. مطابق مضمون این ماده: «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود مسئول نخواهد بود ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگر چه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد». دقت در مضمون ماده مذکور می‌رساند که این ماده نمی‌تواند پاسخگوی مسأله اصلی این نوشتار باشد؛ به عبارتی قانون از این حیث مسکوت بوده و در این مورد هیچ‌گونه سازوکار مناسبی مطرح نشده است. بنابراین در جهت شفاف‌سازی سؤال موردنظر این مقاله، کنکاش در دیدگاه فقها و تحلیل و بررسی ادله آنها ضرورت می‌یابد.

۱. پیشینه تحقیق

آثاری با محوریت عین مستأجره به رشته تحریر درآمده که به نمونه‌هایی از آنها اشاره می‌شود: مقاله «انتقال عین مستأجره و آثار آن در حقوق ایران و فرانسه»، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، (۱۳۸۹) اثر علیرضا فصیحی زاده که با توجه به قوانین جدید ۱۳۶۸ و ۱۳۸۵ به مطالعه تطبیقی انتقال عین مستأجره در حقوق ایران و فرانسه پرداخته است. همچنین مقاله «آثار تلف عین مستأجره بر اماکن تجاری» (۱۳۸۹)، نوشته احمد بیگی حبیب آبادی و مریم بیگی حبیب آباد، پژوهش دیگری است که نتایج آن حاکی از این است که بخلاف اموال منقول که با تلف، عین آن، بطور کامل از بین رفته و به تبع، منافع آن نیز از بین می‌رود، در اماکن استیجاری، اولاً صرف اعیان آن تلف می‌گردد و عرصه به وضعیت خود باقی است؛ ثانیاً اماکن تجاری در مواردی دارای سرقفلی، یا حق کسب و یا پیشه یا تجارت می‌باشند که به صرف تلف اعیان، نمی‌توان حقوق فوق را تلف شده تلقی کرد. مستخرج از آثار یاد شده، آن است که موضوع موردنظر این نوشتار، خارج از حیطه پژوهشهای یاد شده می‌باشد؛ لذا پژوهش پیش رو، تلاش اجتهادی نویسندگان در ارزیابی و تحلیل ابعاد مختلف مسئله بوده و از جوانب بسیاری بدیع است.

۲. دیدگاهها

در رابطه با ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد سه دیدگاه وجود دارد:

۲-۱. قول به ضمان

بعضی از فقها در صورت فاسد بودن عقد اجاره قائل به ضمان عین هستند (نجفی، ۱۳۹۴: ۲۵۲/۲۷؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۹۱/۲؛ محقق داماد، ۲۳۲/۲؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۱۴۹۵/۴)؛ محقق اردبیلی که از جمله قائلین به این نظریه می‌باشد، قول به ضمان عین در اجاره فاسد را بین اصحاب معروف دانسته است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۰/۱۰). بنابراین اگر مستأجر عین را از طریق اجاره فاسد در اختیار گرفته باشد، ضامن عین است و در صورت تلف، مسئول پرداخت خسارت است که این امر، نقضی بر قاعده ما لایضمن محسوب می‌شود؛ زیرا در عقد اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین مستأجره نیست، ولی در اجاره فاسد ضامن آن است (همان، ۲۳۲/۲).

۲-۱-۱. ۱-۱-۱. مستند قول به ضمان

قائلین به ضمان، برای ترجیح نظر خود، استدلالی داشته‌اند که بدان پرداخته می‌شود.

عدم استیمان در اجاره فاسد

صاحب ریاض المسائل، با استناد بر عدم استیمان مستأجر در اجاره فاسد، معتقد است که در اجاره فاسد، مستأجر، خواه به فساد اجاره عالم باشد، خواه جاهل، ضامن عین است. وی این نظریه را به استنباط خود از عبارات اصحاب نسبت داده است (طباطبائی حائری، ۱۴۱۸: ۱۹۱/۲).

طبق نظر صاحب ریاض المسائل، عین مستأجره در دست مستأجر به عنوان امانت است که این امانت از صنف امانت مالکی است که مالک جهت استیفاء حق، به مستأجر تحویل داده است. بر اساس عقد اجاره بر مؤجر واجب است که بابت وجوب وفای به عقد، آن عین را تحویل مستأجر دهد. پس در این صورت دست مستأجر در اجاره صحیح، دست مأذونه از جانب مالک است. همچنین دست مستأجر در اجاره صحیح، دست استحقاق است. بنابراین در اجاره صحیح، ایجاد ضمان بر مستأجر نمی‌کند، اما در اجاره فاسد و باطل، دست مستأجر دست مأذون و استحقاق نیست، بلکه اگر مؤجر در اجاره فاسد، عین را به مستأجر تحویل داده، از این جهت بود که گمان می‌برده، مستأجر مستحق است، حال آنکه بنا به فساد اجاره، مستأجر مستحق نیست و تصرف وی در اجاره فاسد، به نوعی تصرف عدوانی است (همان، ۸/۲)، که عموم قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» آن را شامل می‌شود، بنابراین قهراً سبب ضمان است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۳۰/۱). ابن ادریس حلی نیز همچون صاحب کتاب ریاض المسائل، تصرف مستأجر در عقد اجاره فاسد را در حکم غصب تلقی کرده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۸۵/۲).

برخی از فقهای معاصر، با اشاره به مغضوب بودن عین مستأجره در اجاره فاسد، ضمان عین را کافی ندانسته و معتقدند که در این قسم از اجاره، نسبت به منفعت نیز ضمان وجود دارد. (بهجت، ۱۴۲۶: ۴/۵۹۵).

در واقع استدلال این دسته از فقها آن است که مسأله اجاره فاسد، از ید مأذونه خارج است و اینجا واقعاً اذنی نیست، به خاطر اینکه مالک عین مستأجره را به مستأجر می‌دهد، با این اعتقاد که مستحق و مالک منافع آن است، وگرنه اگر به غیر مستحق بودن و اینکه مالک منافع آن نیست علم داشت، عین را به او نمی‌داد و به اینکه در دستش باشد راضی نمی‌شد. پس در واقع به اینکه مال در دستش باشد راضی نیست؛ در نتیجه، اذن و رضایت او به اینکه در دستش باشد واقعاً معدوم است. پس ید مستأجر مانند ید غاصب است.

اشکال اول و پاسخ به آن

دلیل اصلی قاعده ید روایتی است که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده، با این مضمون: «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (ص) أَنَّهُ قَالَ: عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ؛ هر کس که چیزی را می‌گیرد ضامن آن است تا آن را بازگرداند» (محدث نوری، ۱۴۰۸: ۱۷/۲۸۸).

بعضی از فقهاء، بر دلالت حدیث ید خدشه کرده‌اند که شامل منافع و اعمال در اجاره فاسد نمی‌شود چنانکه شیخ انصاری گفته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۰۳) که حدیث ید ظهور در ضمان دارد و سند آن هم جبران شده، جز اینکه این حدیث به اعیان اختصاص دارد و شامل منافع و اعمال مضمونه در اجاره فاسد، نمی‌شود. دلایلی که برای اثبات عدم شمول روایت مزبور بر منافع گفته شده عبارتند از: (۱) علی الید، ظهور در أخذ با دست دارد، أخذ حسی فقط در اعیان ممکن است و در منافع صدق نمی‌کند.

در پاسخ این ایراد گفته می‌شود که مراد از «ید» در «حدیث، شخص است و مراد از «أخذ» استیلاست، اگر چه «أخذ» ظهور در أخذ حسی دارد، ولی استعمال آن در استیلاء شایع است؛ بدین ترتیب آنچه به طور عرفی از گفتار رسول خدا (ص) فهمیده می‌شود ضمان به نحو کلی است، نه ضمان در خصوص چیزهایی که به صورت حسی أخذ می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱/۲۷۳).

(۲) اگر «أخذ» در حدیث به معنای استیلاء باشد، منافع از شمول حدیث خارج است، زیرا استیلاء بر منافع به دلیل حصول تدریجی، ممکن نیست، یعنی منفعت موجود، یا منعدم می‌گردد، یا استیفاء می‌شود. لذا استیلاء بر منافع حادث نشده، فعلاً ممکن نیست.

پاسخ این است که اگر شیء متصرف در حال وجودش تحت ید واقع شود، پس استیلاء بر موجود است و وجود آنی منافع که استمرار دارد، تحت ید قرار می‌گیرد و با تلف شدن در ضمانت صاحب ید که بر آن مسلط است در می‌آید، پس آن وجود مستمر در عمود زمان به نحو استمرار و انصرام تحت ید واقع می‌شود و با انعدام آن، متصرف، ضامن جزء به جزء آن می‌شود. براین اساس، با فساد اجاره، منافع متأخر، در ضمان مستأجر نخواهد بود (همان، ۱/۲۷۴).

(۳) ظاهر گفتار رسول الله (ص) که فرمودند: "حتی تودی" دلالت بر آن دارد که غایت ضمانت و عهده گیرنده بر اداء مال گرفته شده است و منافع به جهت آنکه تدریجی الوجود است، بعد از اخذ قابل اداء نیستند؛ پس تأدیه در منافع مطلقاً صدق نمی کند، اما قابل تأدیه است، پس حدیث علی الید، منافع را شامل نمی شود.

پاسخ از اشکال مزبور آن است که اگر تأدیه نسبت به چیزی که استیلاء و تملک در حین موجود بودن بر آن ممکن است ملاحظه شود، تأدیه در آن ذاتاً ممکن است و شأنت آن منافاتی با تلف که بر بعضی از وجودات آن عارض شود ندارد، چنانکه تأدیه، منافاتی با تلف که بر اصل وجود عارض می شود، ندارد. علاوه بر اینکه گفتار رسول الله (ص) ظهور دارد بر اینکه ضمان بر چیزی که پرداخت نشده قرار داده شده، خواه امکان اداء آن باشد یا نباشد، یا اینکه شأنت اداء داشته باشد یا نداشته باشد (همان ۱/ ۳۷۷).

با توجه به دفع اشکالات و اثبات شمول دلالت حدیث علی الید، اشتغال عهده ای که شارع اعتبار نمود اند، جز با اداء آن چیزی که مصداق اشتغال عهده است، زایل و منعدم نمی شود. شکی نیست که تا زمانی که خود مال گرفته شده موجود است، مصداق حقیقی آن اشتغال ذمه است، اما اگر آن مال تلف گردید، مصداق آن مثل است، در صورتی که اداء مثل، متعذر یا متعسر نباشد؛ چنانچه مثل موجود نبود، اداء تلف شده جز با ارزش مالیت آن ممکن نخواهد بود. پس این جهات سه گانه مترتبه در طول یکدیگرند و فراغت ذمه، مستلزم رعایت ترتیب آن است، به این معنا که جز با تعذر شخص، نوبت به اداء مثل نمی رسد و نیز نوبت به اداء قیمت نمی رسد، مگر اینکه پرداخت مثل متعذر باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲/ ۸۹-۸۸).

اشکال دوم و پاسخ به آن

گروهی از علما این گونه استدلال می کنند، از آنجایی که خود مالک، عین مستأجره غیر مضمونه را به مستأجر تسلیم کرده است و این ملاک در اجاره صحیح و فاسده هر دو وجود دارد، بنابراین در صورت جریان قاعده اقدام، در اجاره فاسد همانند اجاره صحیح، عموم قاعده «علی الید» نسبت به مورد بحث، تخصیص می خورد و قهراً ید مستأجر ید عادیه به شمار نمی آید و موجب ضمان نیست (همان، ۱/ ۱۱۳). در نتیجه حق در مقام این است که همان طور که در اجاره صحیح مستأجر در صورت تلف بدون تعدی و تقریط، ضامن عین نیست، در اجاره فاسده نیز حکم چنین باشد؛ زیرا موجر و مستأجر به یک ضمان خاص - که از همان معامله مورد نظر ناشی شده است - اقدام کرده اند، نه مطلق ضمان؛ لذا اکنون که شارع آن ضمان خاص را به خاطر فساد عقد، امضا نکرده است، دیگر دلیلی برای مطلق ضمان باقی نمی ماند. ضمن اینکه گاهی اقدام وجود دارد، ولی هرگز ضمانی در کار نیست و گاهی هم اقدامی انجام نشده ولی ضمان وجود دارد؛ پس معلوم می شود که ملازمه ای بین ضمان و اقدام نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳، ۱۸۸/؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۱/ ۴۵۷؛ موسوی خمینی، بی تا، ۱/ ۴۳).

شیخ طوسی در همین رابطه استدلال می‌کنند که در عقد بیع، هرگاه مشتری مبیع را از طریق بیع فاسد دریافت کرده باشد، مالک آن نمی‌شود، برای این که دلیلی برای مالک شدن او وجود ندارد، وقتی که مالک آن نشود، ضامن آن است. بنابر این اگر مبیع موجود باشد باید آن را به بایع برگرداند و اگر مبیع تلف شده باشد باید بدل آن را به بایع برگرداند و بدل آن در صورت مثلی بودن مثل و اگر مثلی نباشد، قیمت است؛ دلیلش این است که بایع در معامله‌ای داخل شده که مشتری ثمن مسمی را در مقابل ملک او به او تحویل نماید و وقتی که ثمن مسمی به او تحویل نگردید، اقتضاء می‌کند که عین مال در صورت وجود، به او تحویل شود و در صورت عدم وجود، بدل آن تسلیم شود؛ این حکم اختصاص به عقد بیع نداشته و در اجاره فاسد نیز جریان می‌یابد (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۹/۲). بنابراین، آنچه که ثبوت ضمان بواسطه قاعده علی‌البدل را توجیه می‌کند این است که اقدام مستأجر از این جهت ضمان آور می‌باشد که اگرچه مالک اذن به تصرف در عین را داده، ولی این اذن مقید به گرفتن عوض می‌باشد؛ یعنی مالک به این راضی نیست که مستأجر به شکل مجانی در مال وی تصرف نماید، در نتیجه چنین اذنی نمی‌تواند مانع از ثبوت ضمان شود.

۲-۲. قول به عدم ضمان

برخی از فقها معتقدند که مستأجر در اجاره فاسد، ضامن عین مستأجره نیست. این مورد بر اساس قول اول-یعنی ضامن بودن مستأجر در اجاره فاسد-از موارد نقض عمومیت قاعده در طرف سلب است. یعنی در اجاره صحیح، مستأجر ضامن عین نیست، اما در اجاره فاسد، مستأجر ضامن عین است (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۳۱۸/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۰/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۸/۲).

۲-۱-۲. مستندات قول به عدم ضمان

برای اثبات ضامن نبودن مستأجر در اجاره فاسد، مهم‌ترین دلایلی که به آن استناد شده است، به شرح ذیل است.

دلیل اول: قاعده ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده

این قاعده بیانگر این است که چون در اجاره صحیح، عین مستأجره مورد ضمان نیست، در اجاره فاسد هم طبق این قاعده اجماعی، ضمان نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۳/۱۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۶/۲).

تحلیل استدلال به قاعده مایضمن برای عدم ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد این است که عقد اجاره که تملیک منفعت در مقابل مال است، نسبت به منافع عین مستأجره موجب ضمان است. به عبارت دیگر موجر برای استفاده مستأجر، باید عین مستأجره را در اختیار او قرار دهد و مستأجر نیز پس از دریافت عین مستأجره، ضامن است که عوض منافع را به موجر بپردازد، خواه منافع آن را استیفاء کرده باشد یا نکرده باشد؛ زیرا که منافع عین مستأجره به صورت مجانی در اختیار مستأجر گذاشته نشده است. از آنجا که عقد اجاره در صورت صحت، موجب ضمان است، وقتی هم که باطل باشد،

ضمان آور است و مستأجر بعد از دریافت عین مستأجره در عقد فاسد، ضامن منافع آن است خواه منافع آن را استیفاء کرده باشد یا نکرده باشد (مؤمنی، ۱۳۸۰: ۷).

تحلیل و بررسی

استدلال به قاعده مذکور از دو جهت با اشکال روبروست:

اولاً؛ این قاعده، ناظر به مورد عقد می‌باشد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۳/۱۲)؛ با این بیان که چنانچه در عقد صحیح، در رابطه با مورد عقد، ضمان ثابت شده باشد، در عقد فاسد نیز ضمان ثابت می‌گردد و چنانچه نسبت به عقد صحیح، ضمان وجود نداشته نباشد، در عقد فاسد نیز، ضمانی ثابت نخواهد بود، به عنوان مثال، قانونگذار در ماده ۳۶۶ ق.م. می‌گوید: «هر گاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود»؛ یعنی اینکه در بیع صحیح، عینی که مورد عقد می‌باشد، مضمون است، بنابراین در بیع فاسد نیز به مضمون بودنش حکم می‌شود، اما در باب اجاره، آنچه که مورد عقد است، منفعت عین می‌باشد نه خود عین، لذا «ما لا یضمن...» قابل تطبیق بر عین نمی‌باشد و «ما یضمن...» صرفاً بر منفعت انطباق می‌یابد. بنابراین «لا یضمن» نیز منطبق بر منافع است.

شاید چنین به نظر برسد که آنچه در عقد اجاره، به اجاره داده می‌شود، عین است نه منفعت آن؛ به طور مثال، در اجاره خانه چنین گفته می‌شود: «آجرت الدار»، نه «آجرت منفعة الدار»، بنابراین در اجاره نیز مانند بیع، خود عینی که اجاره داده می‌شود، مورد عقد می‌باشد.

نقد این مطلب از آن جهت واضح می‌گردد که لفظ «آجرت»، متعلق به منافع است نه اعیان و محل اجماع فقها، همان چیزی است که در صیغه عقد، مورد معامله می‌باشد و معامله روی آن می‌رود، بنابراین از این حیث، بین اجاره و بیع تمایزی وجود نداشت و مورد عقد، همان عین می‌باشد، ولی اشکال این است که منظور از مورد عقد، چیزی است که متعلق تملیک و تملک است که در عقد اجاره آنچه که محوریت تملیک و تملک است منفعت می‌باشد نه عین؛ بنابراین، قاعده مایضمن نمی‌تواند عدم ضمان مستأجر را اثبات کند.

ثانیاً؛ فتوا به قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، یا «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» از عصر شیخ طوسی به بعد مطرح شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۵/۳). از همین رو از آنجایی که ثابت نیست که در زمان جریان این قاعده در میان مسلمین مطرح بوده و ائمه (ع) از آن ردعی ننموده‌اند، نمی‌توان به اجماعی بودن آن استناد کرد. و نهایت چیزی که به دست می‌آید، این است که ادعای اجماعی بودن قاعده موردنظر، در واقع ادعای اجماع بر معنایی است که تفسیر آن محل اختلاف می‌باشد، غیر مشهور، صرفاً آن را شامل مورد عقد دانسته و مشهور آن را شامل متعلقات مورد عقد هم می‌دانند و از آنجایی که شهرت حجت نیست، این قاعده مثبت عدم ضمان مستأجر نمی‌باشد.

دلیل دوم: اجماع

اجماع دلیل دیگری است که از سوی سید مرتضی بر عدم ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد عنوان شده است (شریف مرتضی، بی تا: ۲۲۶).
با امعان نظر به اختلاف آشکاری که در رابطه با موضوع مطرح است، اساساً اقامه دلیل اجماع بعید به نظر می‌رسد.

دلیل سوم: سیره عقلا

محقق خوبی از جمله فقهای است که در رابطه با موضوع بحث، به سیره عقلا استناد کرده است. به عقیده ایشان، عمده دلیل در عدم ضمان شخص امین که در مانحن فیہ مستأجر می‌باشد سیره عقلایی است که این سیره با عدم ردع شارع امضا می‌شود، چون سیره عقلا بر این منوال است که در صورتی که عین مستأجره بدون تفریط تلف شود، مستأجر را ضامن نمی‌دانند، چون مالک، عین مستأجره را نزد مستأجر قرار می‌دهد تا مستأجر از منافع عین بهره‌مند شود، پس طبعاً مستأجر از قبل مالک امین است، چون او در ابقای مال اجازه دارد و اجرت فقط به ازای منفعت عین است نه خود عین و همین دلیل به‌تنهایی برای عدم ضمان مستأجر کافی است (خویی، ۱۳۵۰: ۲۲۲).
با امعان نظر به مطالبی که پیش از این در خصوص عدم استیمان مستأجر در عقد فاسد گذشت، درستی تمسک به دلیل سیره عقلا در عقد اجاره فاسد محل تأمل قرار می‌گیرد؛ زیرا آنجایی که عقد به طور صحیح واقع می‌شود، سیره عقلا دال بر امین بودن مستأجر است و در این بحثی نیست؛ چه اینکه موجر با احراز شرایط لازم در عقد اجاره، مستأجر را امین مال خود دانسته و در حدود تصرفات مجاز به وی اذن می‌دهد، اما در جایی که عقد اجاره فاسد باشد، نمی‌توان چنین حکمی را تعمیم داد؛ زیرا عقلا، امین بودن مستأجر در اجاره فاسد را نمی‌پذیرند، چراکه اذنی از طرف مالک وجود ندارد و اذن ضمن عقد به واسطه فساد عقد زایل شده است؛ بنابراین ضمان به خاطر این است که قابض عدواناً و بدون رضایت مالک بر مال استیلا دارد.

۲-۳. قول به تفصیل

بعضی از فقها در مسأله، قائل به تفصیل شده و گفته‌اند که اگر عین در موضوع اجاره داخل است، تحویل عین به مستأجر چه در اجاره صحیح و چه در اجاره فاسد، ضمان آور نیست. برای اینکه دست مستأجر دست مأذون و مستحق است؛ زیرا که مالک تسلط بدون ضمان مشتری را قصد کرده و در عدم ضمان داخل شده است. اما اگر عین در موضوع اجاره داخل نباشد-به این معنا که اجاره به منفعت تعلق بگیرد نه به عین-در اجاره صحیح نسبت به عین مستأجره ضمانت نیست، از جهت اینکه استیفای منفعت بدون دریافت عین ممکن نیست. پس اگر مستأجر عین را دریافت کرد، ضامن نیست، از جهت اینکه در موضوع اجاره داخل نیست؛ اما در اجاره فاسد نسبت به عین مستأجره ضامن است، چون مستأجر استحقاق دریافت عین را به جهت فساد اجاره نداشته، پس مالک اقدام بر اعطاء مال

خودش به مشتری نکرده است. از این رو مطابق قواعد اولیه، مشتری ضامن آن مال است؛ اما آنچه از عقد اجاره ظاهر می‌شود، این است که عین در موضوع اجاره داخل است، چون تملیک منفعت با عنوان ملک مستقل به ملکیت مشتری در نمی‌آید، بلکه به عنوان صفتی از صفات عین در اختیار مشتری قرار می‌گیرد. بدین قرار اولاً و بالذات اجاره به عین تعلق می‌گیرد به اعتبار اینکه منفعت، صفتی از صفات عین است، بنابراین نسبت به عین مستأجره فاسد ضمانی وجود ندارد (خوبی، ۱۴۱۵: ۲۳۰-۲۰۸/۳۰).

تفصیل دیگری که در این رابطه مطرح است، از حیث علم و جهل مستأجر به فساد اجاره می‌باشد. مبنی بر اینکه اگر مستأجر عالم به بطلان اجاره باشد ضامن عین مستأجره است و در صورت جهل به بطلان اجاره، ضامن نخواهد بود. همچنین هنگامی که اجاره فاسد و باطل باشد گروهی از فقها بنا بر نظر اقوا، قائل به این هستند که اگر موجر عالم به بطلان اجاره باشد، مستأجر ضامن نیست (همان). مرحوم حکیم نیز در این مورد معتقد است: «در صورتی که مؤجر عالم به فساد است و با اینکه می‌داند که نه خودش مالک اجرت شده است و نه مستأجر مالک منفعت، لذا در سلطه بر عین، به مستأجر اذن مجانی داده است و مستأجر ضامن نیست، اما در صورتی که به تخیل صحت عقد، نسبت به عین اذن مجانی داده باشد، ضمان مستأجر باقی است» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۷۴/۱۲).

از قائلین به تفصیل، جز آنچه ذکر شد، مطلبی دیگر یافت نشد؛ بنابراین با حفظ آنچه در خصوص سه دیدگاه یاد شده گذشت، در ادامه قول مختار تبیین می‌شود.

۳. قول مختار

با تأمل در مطالب پیشین، به نظر می‌رسد که دیدگاه مبتنی بر ضمان عین مستأجره در اجاره فاسد ترجیح دارد. در خصوص دلیل این ترجیح باید گفت علاوه بر ادله و تحلیل یاد شده در دیدگاه اول، می‌توان به ادله دیگری استدلال نمود که مهمترین آنها قاعده لاضرر و قاعده احترام مال مؤمن می‌باشد. تحلیل به آنها به شرح ذیل می‌باشد:

دلیل اول: قاعده لاضرر

قاعده لاضرر یکی دیگر از قواعد معروف و مسلم در فقه اسلامی است. مدرک این قاعده قول پیامبر (ص): «لا ضرر و لا ضرار فی الدین یا فی الإسلام» است (رشتی نجفی، بی تا: ۴). منقول است که فخرالدین در «ایضاح الفوائد» ادعای تواتر اخبار بر نفی ضرر و ضرار را دارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۷۰/۱۸).

اما تحلیل به قاعده مذکور اینگونه است که عدم ضمان در مقبوض به عقد فاسد، حکمی ضرری است و مالک بطور مطلق، به قابض و متصرف اذن نداده، بلکه اذن خود را به دریافت عوض مقید

نموده‌است؛ براین اساس چنانچه گفته شود که در اجاره فاسد، متصرف ضامن نمی‌باشد، این حکمی ضرری است و چون قاعده لاضرر، نفی کننده احکام ضرری است، لذا قابض ضامن است. اشکال: شاید گفته شود که قاعده لاضرر، در خلأ قانونی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد و تنها رافع احکام ضرری است، پس در اینجا نمی‌توان به این قاعده تمسک کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۲۸/۲). پاسخ اشکال یاد شده آن است که قاعده لاضرر، هم رفع کننده و هم جعل کننده احکام است، یعنی همانطوری که احکام ضرری را مرتفع می‌کند، در مواردی که فقدان حکم و قانون منجر به ضرر شود، جعل حکم نیز می‌کند. در خصوص بحث حاضر نیز چنین است که عدم حکم به ضمان، موجب ضرر صاحب مال است؛ بنابراین در اینجا قاعده لاضرر می‌تواند وضع ضمان کند.

دلیل دوم: قاعده احترام مال مؤمن

این قاعده مستند به روایت سماعه از امام صادق (ع) می‌باشد. در روایت مزبور امام (ع) از رسول الله (ص) نقل می‌فرماید: «مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِئَةِ نَفْسِهِ؛ هر کدام از شما امانتی در نزد خود دارد، به صاحبش برگرداند، پس همانا حلال نیست، خون شخص مسلمان و حلال نیست مال کسی، مگر با طیب خاطر و رضایت صاحبش» (عاملی، ۱۴۱۱: ۵/۱۲)

حسن بن علی بن شعبه حرانی در تحف العقول از رسول خدا (ص) روایت کرده‌است که آن حضرت در خطبه وداع فرمودند: «ایها الناس، انما المومنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه؛ ای مردم، همان مؤمنان با یکدیگر برادرند و برای مؤمن، مال برادرش حلال نیست، مگر از روی رضایت خاطر از او» (همان، ۳/۱۲). نیز صاحب عوالی اللالی روایت کرده‌است که ایشان فرمودند: «والمسلم أخو المسلم، لا يحل ماله الا عن طيب نفسه؛ مسلمان برادر مسلمان است، مال مسلمان برای برادرش حلال نیست، مگر از روی رضایت خاطر از او» (محدث نوری، ۱۴۰۸: ۳۳۱/۳). مجمل روایاتی که نقل شد، دال بر آن است که مال مؤمن محترم است و حرمت مال مؤمن یا مسلمان همانند حرمت خون اوست. بر این اساس در مقام تطبیق قاعده به مانحن فیه، بعد از آنکه شارع مقدس حکم به فساد و بطلان اجاره فرموده، در این صورت اگر عهده مستأجر به چیزی در قبال گرفتن مال طرف مقابل مشغول نباشد، معنایش این است که برای این مال احترامی نیست و این چیزی است که در تناقض با مضمون قاعده مورد بحث قرار دارد. پس معنای محترم بودن مال در اجاره فاسد این است که اگر مستأجر به جهت فساد اجاره، مالک منفعت نگردیده‌است و در قبال آن اجاره بهایی پرداخت نمی‌کند، پس ضامن عین مستأجره است و بایستی آن را به موجد تحویل دهد و در صورت ورود خسارت و یا نابودی، ضامن مثل یا قیمت آن باشد.

شاید چنین اشکال شود که در اجاره فاسد، اساساً منافع استیفاء نشده‌است، تا بتواند مشمول قاعده احترام مال مؤمن باشد؛ در پاسخ به اشکال مذکور، می‌توان چنین پاسخ داد که در اجاره فاسد، سبب

ضمان نسبت به منافع استیفاء نشده وجود دارد و ضمان آن، ضمان ید است، برای اینکه دست گذاشتن روی عین مستأجره در اجاره فاسد، همان استیلاء مال است. شکی نیست که استیلاء بر عین مستأجره، استیلاء بر منافع هم هست و کسی که بر عین مسلط است، بر منافع موجود و غیر موجودی که امکان استیفاء دارد نیز مسلط خواهد بود و این همان چیزی است که قاعده احترام مال مؤمن از آن منع نموده است.

نتایج

عقد اجاره متأثر از فقدان رکنی از ارکان و یا شرطی از شرایط صحت، به دلیل فساد، مثبت اثر نخواهد بود، بنابراین چنانچه عقد اجاره ای با این وضعیت شکل گیرد و از طرفی خسارتی نسبت به عین مستأجره وارد گردد، قانونگذار در این زمینه، صراحتاً تصمیم اتخاذ نموده است. با کاوش در متون فقهی و تحلیل و بررسی ادله محرز شد که از بین سه دیدگاه قول به ضمان، قول به عدم ضمان و قول به تفصیل، دیدگاه نخست، یعنی ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره ترجیح می‌یابد؛ زیرا در فرض احراز فساد اجاره، مستأجر نسبت به عین مستأجره امین نیست، بدیهی است که وقتی ید مستأجر، ید امانی نباشد، مشمول ید عدوانی می‌گردد؛ در حقیقت موجر در چنین شرایطی راضی نخواهد بود که مالش در دست مستأجر باقی بماند، لذا به استناد عموم قاعده «علی‌الید»، مستأجر بایستی عین مستأجره را تحویل دهد و چنانچه خسارتی نسبت به عین وارد شده، در ضمانت مستأجر خواهد بود. به نظر می‌رسد که قاعده لاضرر، می‌تواند بعنوان دومین دلیل بر اثبات ضمان مستأجر تلقی گردد؛ چون با فساد اجاره، ورود خسارت نسبت به عین مورد اجاره، موجب ضرر موجر می‌باشد و این همان چیزی است که قاعده لاضرر آن را منتفی می‌کند. همچنین با لحاظ اینکه قاعده احترام مال مؤمن، اقتضای برگرداندن مال به صاحبش را دارد، بدیهی است که این امر زمانی حاصل می‌شود که مال بدون هیچگونه کم و کاستی به صاحب آن عودت داده شود، اکنون در فرض ورود خسارت به عین مستأجره در اجاره فاسد، برگشت عین مستأجره به موجر زمانی صادق خواهد بود که خسارتی متوجه عین مستأجره نباشد؛ لذا در فرض ورود خسارت نسبت به عین مستأجره، قاعده احترام مال مؤمن، اقتضای ضمانت مستأجر به جبران خسارت وارده را دارد. با عنایت به دلایل مذکور برای اثبات ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره، در راستای تأمین بهتر حقوق مالک، بازنگری و اتخاذ رویه مناسب در مواد قانونی مربوطه پیشنهاد می‌شود.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ قم؛ دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق) کتاب المکاسب؛ قم؛ کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بهجت، محمد تقی (۱۴۲۶ق) جامع المسائل؛ قم؛ دفتر معظم له.
- بیگی حبیب آبادی، احمد؛ و مریم بیگی حبیب آباد (۱۳۸۹ش) آثار تلف عین مستأجره بر اماکن تجاری؛ مجله دانشنامه‌های حقوقی؛ شماره ۴؛ ص ۳۱-۵۸.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه؛ قم؛ دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حسینی روحانی، صادق (۱۴۱۲ق) فقه الصادق علیه السلام؛ قم؛ مدرسه امام صادق علیه السلام.
- خویی، سید ابو القاسم (۱۳۵۰ق)، مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ بی جا.
- (۱۴۱۵ق) موسوعة الامام الخوئی؛ قم؛ جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- رشتی نجفی (بی تا) میرزا حبیب الله؛ کتاب الغصب؛ بی جا.
- شریف مرتضی، علی بن حسین (بی تا) الانتصار فی انفرادات الإمامیه؛ قم؛ دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق) ریاض المسائل؛ قم؛ مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق) مستمسک العروة الوثقی؛ قم؛ مؤسسه دارالتفسیر.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق) العروة الوثقی؛ بیروت؛ مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق) المبسوط فی فقه الإمامیه؛ تهران؛ المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۱ق) تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه؛ قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۳۸۸ق) تذکرة الفقهاء؛ قم؛ مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- فصیحی، علیرضا (۱۳۸۹ش) انتقال عین مستأجره و آثار آن در حقوق ایران و فرانسه؛ مجله مطالعات حقوق خصوصی؛ دوره ۴۰؛ شماره ۱؛ ص ۲۳۳-۲۵۳.
- محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق) مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ بیروت؛ مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- محقق اردبيلي، احمد بن محمد (١٤٠٣ق) مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان؛ قم؛ دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- محقق داماد، سيد مصطفي (١٤٠٦ق) قواعد فقه؛ تهران؛ مركز نشر علوم اسلامي.
- موسوي بجنوردي، سيد حسن (١٤١٩ق) القواعد الفقيهيه؛ قم؛ نشر الهادي.
- موسوي خميني، سيد روح الله (بي تا) كتاب البيع؛ قم؛ مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني (قدس سره).
- مومني، عابدين (١٣٨٠ش) قاعده مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده؛ مجله مقالات و بررسيها؛ دفتر ٦٩؛ ص ١٣٥-١٦١.
- نجفي، محمد حسن (١٣٩٤ش) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ بيروت؛ دار إحياء التراث العربي.