

نقدی تملیلی بر قانون روابط مہاجر و مستأجر مصوب ۲۶/۵/۱۳۷۶*

دکتر ناصر کاتوزیان

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی



پښتونستان د علومو، انساني او مطالعاتو فریښی
پرتال جامع علومو انسانی

چکیده:

قانون حاکم بر این روابط

هدف قانون جدید روابط موجر و مستأجر، یکسان کردن قانون حاکم بر اجاره و پرهیز از پراکندگی قواعد گوناگونی است که بر این رابطه حکومت دارد. در راستای همین هدف، ماده یک قانون اعلام می‌کند: «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، اجاره کلیه اماکن، اعم از مسکونی، محل کسب و پیشه، اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمانهای دولتی و نظایر آن، که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانون مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

از خواندن این متن چنین احساس می‌شود که سرانجام قانونگذار به هماهنگ ساختن قوانین اجاره توفیق یافته است، ولی تأمل بیشتر و خواندن تمام قانون، این پندار را از بین می‌برد و مانع اساسی در راه وحدت حقوقی نمایان می‌شود:

۱- وضع جدید قانون و مفهومی که از سرقفلی ارایه کرده است با واقعیت‌های خارجی و عادات و رسوم یا گرفته تجارتي سازگار نیست: برداشتن چتر حمایت از سر بازرگانان و صاحبان خدمات شغلی و حرفه‌ای، مانند مهندسان و کارخانه‌داران و پیشه‌وران، آنان را از جهت اقتصادی دچار بحران می‌کند و به اقتصاد عمومی کشور زیان می‌رساند. آنان که جز سرقفلی محل کسب و پیشه خود، سرمایه واقعی دیگر برای جلب اعتبار ندارند، یکبار به ورشکستگی می‌افتند و حاصل کارشان عاید مالکان بزرگی می‌شود که ممکن است به هیچ حرفه و صنعتی نپردازند و تنها از راه سرمایه‌داری بی تولید در صحنه اقتصادی ظاهر

شوند. دورنمای این خسران بزرگ، قانونگذار را به احتیاط وادار کرده است تا وضع کنونی را برهم نزنند. این است که در ماده ۱۱ قلمرو حکومت قانون را محدود به اجاره‌های آینده کرده است، در حالی که اطلاق ماده یک اقتضا داشت که آثار نهاد حقوقی اجاره تابع قانون جدید باشد. زیرا، اجاره محل کسب و پیشه، به مفهومی که در قانون ۱۳۵۶ بیان شده است، تنها قرارداد خصوصی و تابع حکومت اراده نیست؛ نهادی است که دولت بر آن نظارت دارد و به وسیله قانون اداره می‌شود (مانند نکاح و ولایت)، پس مطابق قواعد عمومی رفع تعارض قوانین در زمان باید تابع قانون حاکم در زمان اجرا (قانون جدید) باشد و حکومت قانون منسوخ گذشته بر آن قطع شود.

به هر حال، در ماده ۱۱ چنین آماده است:

«اماکنی که قبل از تصویب این قانون به اجاره داده شده از شمول قانون مستثنی و مشمول مقررات حاکم بر آن خواهند بود».

بدین ترتیب، تمام قوانین خرد و کلان گذشته به اعتبار خود باقی است و قانون ۱۳۷۶ نیز بر آن افزوده می‌شود. اجاره‌های محل سکونت پس از چندی به قانون کنونی می‌پیوندد و هم اکنون نیز تعارض مهمی با این قانون ندارد، زیرا قانون مدنی و قرارداد خصوصی آن را اداره می‌کند و تفاوتها چشمگیر نیست. تعارض اصلی با قانون ۱۳۵۶ و اجاره محل کسب و پیشه و تجارت است که همچنان باقی می‌ماند و استثناهای و توابع خود را نیز به دنبال می‌کشد. زیرا، پس از پایان مدت اجاره‌های کنونی نیز، اگر به حکم قانون (و حتی در اثر تراضی به اجاره آن) اجاره برای مدت دیگر ادامه پیدا کند، باید آنچه را واقع می‌شود از آثار و دنباله موقعیت پیشین شمرد.

رویه قضایی نیز به طور قاطع چنین اجاره‌هایی را تابع قانون ۱۳۵۶ می‌داند. پس، باقی می‌ماند معدودی از اجاره‌ها که به دلیلی فسخ می‌شود و موجر آن را به دیگری برای محل کسب اجاره می‌دهد. این اجاره‌ها نیز نسبت به شماره‌های اجاره‌های محل کسب اندک است که انتظار می‌رود سالیان دراز باقی بماند، به ویژه که همگامی با مصالح اقتصادی را نیز به همراه دارد.

در آیین نامه مصوب ۷۸/۲/۱۹ هیأت وزیران، «روابط ناشی از انتقال حقوق قانونی مستأجر سابق به مستأجر جدید» را که با اذن مالک انجام می‌شود، تابع قانون حاکم بر قرارداد اجاره اصلی کرده است تا آثار موقعیت پیشین مستأجر محفوظ بماند.

۲- حکم ماده یک برای انتخاب نظام قراردادی یا قانونی نیز معیاری ارایه نمی‌دهد یا دست کم اصلی را پیشنهاد نمی‌کند که به یاری آن بتوان برای رفع شبهه در مصداقها از آن استفاده کرد؛ در ماده یک، سه منبع برای تمیز قاعده حاکم بر اجاره معین شده است: ۱- قانون مدنی؛ ۲- قانون ۱۳۷۶؛ ۳- شرایط مقرر بین موجر و مستأجر یا حکومت تراضی. هر یک از این سه منبع قواعد ویژه خود را دارد و معلوم نیست کدام یک را باید ترجیح داد؟ در رابطه قانون مدنی و قانون ۱۳۷۶، باید حکومت قانون جدید را پذیرفت، ولی آیا این ترجیح در فرضی که تراضی دو طرف بر حکومت قانون مدنی است رعایت می‌شود، یا باید حکومت تراضی را مقدم شمرد، مگر اینکه نظم عمومی پشتوانه قانون جدید باشد؟

قانون ۱۳۵۶ سلطه و حکومت قانون بر تراضی پیش بینی شده و ماده ۳۰ هرگونه عهدی را که برای فرار از مقررات اعمال شود بی اثر شناخت، ولی در قانون ۱۳۷۶ راه حلی ملی برای رفع تعارض ارایه نشده است و از مفاد قانون چنین برمی‌آید که خواسته‌اند احکام اندک آن مخصص قواعد عمومی قرار گیرد. بر عکس، نکته جالب دیگر، که حکایت از برتری و حکومت تراضی بر قانون دارد، این است که انتخاب عنوان صلح منافع و رهن و مانند اینها مانع اجرای قانون است، هرچند نتیجه آن تملیک منافع به عوض معلوم باشد (بند ۳ ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون).

انعقاد و اثبات اجاره

ماده ۲ قانون ۱۳۷۴، درباره تشریفات تنظیم اجاره نامه عادی، مقرر کرده است: «قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستأجر برسد و به وسیله دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد».

تشریفات تنظیم سند به خاطر این است که دادگاه، بر پایه مفاد آن و پس از رسیدگی

مقدماتی، دستور تخلیه می‌دهد و ناچار باید تضمینی برای حفظ اصالت آن پیش بینی کند. از جمع حکم ماده با مفاد ماده یک، که تنظیم اجاره نامه رسمی و عادی را شرط اجرای قانون قرار داده است، چنین برمی‌آید که اجرای قانون جدید درباره اجاره‌هایی ممکن است که با سند رسمی و عادی (با تشریفات مقرر در ماده ۲) باشد. زیرا، هر چند ضمانت اجرای تخلف از شرایط تنظیم اجاره در قانون پیش بینی نشده است، نباید حکم را لغو شمرد. وظیفه قانونگذار نیز به ارشاد و راهنمایی محدود نمی‌شود و قانون باید حاوی امر و نهی باشد. به ویژه، از آنجا که دو قانون ۱۳۵۶ و ۱۳۶۲ تصرف به عنوان اجاره را اماره وجود رابطه استیجاری می‌داند و اجاره شفاهی را کافی می‌بیند، قید اجاره نامه رسمی و عادی در قانون ۱۳۶۷ نشان می‌دهد که دست کم اجرای قانون جدید تنها درباره مستأجرانی اجرا می‌شود که سند اجاره در دست دارند. ولی، این استنباط، بر فرض که درست و موافق ظاهر حکم باشد، تمام مسأله را حل نمی‌کند. پرسش مهمی که باقی می‌ماند، تمیز اعتبار اجاره‌های شفاهی است: آیا مقصود این است که اجاره شفاهی باطل است و با شهادت و اماره و اقرار نه اثبات می‌شود و نه اثر حقوقی دارد؟ آیا هدف این است که قانون تنها درباره اجاره‌های مستند اجرا می‌شود و اجاره‌های شفاهی تابع قانون مدنی و قواعد عمومی از آن است؟

انتخاب هر یک از دو پاسخ نتایج نامطلوبی به بار می‌آورد: انتخاب نخست، که اجاره را باطل و غیر قابل اثبات می‌شمرد، برای اجاره‌های فصلی و روستایی و تک اتاقی خانه‌ها، که به طور معمول شفاهی انجام می‌پذیرد، ایجاد مشکل می‌کند. وانگهی، معنای آن ایجاد مثالی دیگر برای عقود تشریفاتی در زمینه اجاره است که در حقوق ما چهره استثنایی و خلاف اصل دارد. انتخاب دوم، به ویژه اگر بدین مفهوم باشد که اجاره شفاهی تابع قوانین و از جمله قانون ۱۳۵۶ است، با هدف قانون که لغو حق تقدم و سرقفلی برای مستأجران جدید محل کسب است تعارض دارد و به منزله جایزه دادن به مستأجر متخلف است. زیرا، خودداری از تنظیم سند چتر حمایتی قانون ۱۳۵۶ را در محل کسب برای او می‌گشاید. در مورد محل سکونت نیز، نتیجه انتخاب بی‌هودگی حکم قانون ۱۳۷۶

است، چرا که اجاره‌های شفاهی نیز، مانند اجاره‌های کتبی، تابع قانون مدنی و شرایط مقرر بین دو طرف می‌شود؛ نتیجه‌ای که به لغو حکم منتهی می‌شود. از اینها گذشته، قانون ۱۳۵۶ نسبت به آینده نسخ شده است و چگونه ممکن است حاکم بر اجاره واقع در زمان قانون جدید باشد.

یکی از شرایط لازم برای هر تفکر علمی، از جمله وضع قانون آینده، اندیشیدن درباره آثار دور و نزدیک حکم است. مبهم گذاردن ضمانت اجرای مواد ۱ و ۲ قانون و رها کردن مکلفان در تاریکی و برخورد با موانع شایسته کار قانونگذاری نیست. و مدتها رویه قضایی و مردم را سرگردان می‌سازد و به حرمت قانون صدمه می‌زند.

در وضع کنونی، منطقی‌ترین راه حل انتخاب نخست است که تنظیم سند را برای اثبات اجاره و انعقاد آن ضروری می‌داند. ولی، این راه حل نیز عادلانه و قوی است که گفته شود اجاره‌های شفاهی، درست و تابع قانون مدنی و قواعد عمومی است. بند ۳ ماده ۲ آیین نامه قانون نیز همین نتیجه را افاده می‌کند. در هر حال، رویه قضایی باید این گره کور را بگشاید.

آنچه گفته شد، درباره تشریفات سند عادی (تنظیم در دو نسخه و گواهی دو شاهد) نیز صادق است، و احتمال بیشتر این است که رویه قضایی، به ویژه در مورد اجاره‌های محل سکونت، به راه حل عادلانه متمایل شود و رعایت تشریفات سند عادی را شرط استفاده از قانون ۱۳۷۶ قرار دهد نه صحت اجاره. اگر چنین شود، بر اجاره‌های شفاهی و اسناد عادی شاهد بی قواعد عمومی حکم فرم است.^۱

۱. با وجود این، در مورد اجاره محل کسب و پیشه، اجرای قانون ۱۳۵۶ بر اجاره‌های شفاهی یا سند عادی بی تشریفات، با هدف و روح ماده یک قانون مخالف است. تفاوت اجاره مسکن و محل کسب ناشی از تعارض قانون ۱۳۷۶ با قانون ۱۳۵۶ در بخش تخلیه و سرقتی است، در حالی که در اجاره مسکن قوانین عمومی حاکم بر هر دو (ترازی و قانون مدنی) یکی است. پس، ناچار باید اجاره محل کسب را تابع ترازی و قانون مدنی شمرد.

تخلیه مورد اجاره در پایان مدت

یکی از ویژگی‌های قانون ۱۳۷۶ در برابر قوانین پیشین اجاره، تسریع در تخلیه مورد اجاره پس از پایان مدت آن است، قانون ۱۳۵۶، در مورد محل کسب، پایان مدت اجاره را سبب قطع رابطه حقوقی موجر و مستأجر نمی‌داند و به مستأجر متصرف حق می‌دهد که الزام موجر را به تجدید اجاره بخواهد. قانون ۱۳۶۵ گامی به سوی قطع کامل این اجاره برداشت، ولی چون اجرای آن منوط به شرایط ویژه در آینده بود، چندان اثری از خود به جای نگذاشت و تازه اجرای حکم تخلیه موانعی در پیش داشت که به آسانی صورت نمی‌پذیرفت و، از جمله، در مواردی که موجر باید به مستأجر سرقفلی بدهد، اجرای حکم منوط به پرداخت دین سرقفلی بود. وانگهی، اگر دو طرف سند رسمی تنظیم نمی‌کردند یا به نگرفتن سرقفلی در آن تصریح نمی‌شد، قانون خنثی و بی اثر می‌ماند. در قانون ۱۳۶۲ و اجاره مسکن نیز امکان استناد به عسر و حرج مستأجر نیز ممکن بود مدت‌ها اجرای حکم را به تأخیر اندازد. ولی در قانون ۱۳۷۶، به منظور رفع نگرانی موجر از تخلیه ملک پس از پایان مدت اجاره، مقرر داشته است:

«پس از انقضای مدت اجاره، بنا به تقاضای موجر یا قائم مقام قانونی وی، تخلیه عین مستأجره در اجاره سند رسمی، توسط دوایر اجرای ثبت ظرف یک هفته، و در اجاره با سند عادی، ظرف یک هفته پس از تقدیم تقاضای تخلیه، به دستور مقام قضایی در مرجع قضایی توسط ضابطین قوه قضاییه انجام خواهد گرفت».

ماده ۱۳ آیین نامه نیز مهلت تخلیه را محدود به یک نوبت و حداکثر یک ماه کرده است. دادن مهلت منوط به وقوع حادثه غیر مترقبه و ناتوانی مستأجر بر تخلیه شده است که مرجع تمیز آن مقام قضایی دستور دهنده است. در ماده ۵ قانون نیز، دفاع احتمالی مستأجر درباره داشتن حقی (از جمله سرقفلی یا حق داشتن بنا بر ملک) را مانع اجرای تخلیه نکرده است. مفاد ماده ۵ بدین عبارت بیان شده است:

«چنانچه مستأجر در مورد مفاد قرارداد ارایه شده از سوی موجر مدعی هرگونه حقی باشد، ضمن اجرای دستور تخلیه، شکایت خود را به دادگاه صالح تقدیم و پس از اثبات

حق مورد ادعا و جبران خسارت وارده حکم مقتضی صادر می‌شود».

عبارت‌ها، از نظر فنی ناقص و قابل انتقاد و راه حل‌ها خلاف اصول است:

به عنوان مثال، دواير اجرای ثبت مأمور اجرای مفاد اسناد رسمی هستند نه قانون. اجرای قانون (ماده ۴۹۴ ق. م)، بر طبق اصول، با دادگاه است و دخالت مأمور ثبت در صورتی ضرورت دارد که مستأجر ضمن سند اجاره تعهد به تخلیه و تحویل مورد اجاره پس از پایان مدت کرده باشد. در این فرض، موجر می‌تواند اجرای تعهد تصریح شده در سند را از مأموران ثبت بخواهد. ولی، در فرضی که در سند تعهدی نیامده است، اجرای پیامدهای قانونی نیاز به تمیز قانون حاکم و حقوق مستأجر و مالک و، به طور خلاصه، قضاوت دارد که در صلاحیت دادگاه است نه مأمور اجرا. ولی، در ماده ۳ به این تقسیم کار مهم اداری از قضایی توجه نشده و صدور دستور اجرای تخلیه به عهده دایره ثبت گذارده شده است.

جالب این که اجرائیه تخلیه، حتی با دستور موقت دادگاه و بر پایه حق احتمالی مستأجر، قابل توقیف نیست و باید اجرا شود، در حالی که، از نظر اصولی، اگر دادگاه صدور دستور اجرا را بر پایه حق معترض خلاف قانون و دلایل مدعی را قوی بباید می‌تواند، با گرفتن تأمین متناسب، قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر کند (قانون ۲۷ شهریور ۱۳۲۲). در وضع کنونی نیز این قاعده در مورد شرایط لازم برای صدور دستور تخلیه قابل اعمال است، به طوری که احراز این شرایط، در صورت وقوع اختلاف بین دو طرف نیاز به قضاوت دارد که سرانجام باید به وسیله دادگاه انجام شود. وانگهی، در ماده ۵ آمده است: «پس از اثبات حق مورد ادعا و جبران خسارت وارده حکم مقتضی صادر می‌شود. در حالی که اثبات حق و جبران خسارت منوط به صدور حکم است و نمی‌تواند مقدم بر آن باشد، مگر اینکه گفته شود مقصود حکم مقتضی درباره تخلیه است و قانونگذار مایل است که صدور حکم به وجود حق مستأجر و جبران خسارت او مقدم بر حکم مقتضی درباره تخلیه باشد.

در مورد اجاره نامه‌های عادی وضع از این هم بدتر است: نخستین پرسشی که به

ذهن می‌رسد و پاسخ آن را در قانون نمی‌یابد این است که مرجع صالح قضایی کیست؟ و آیا جز دادگاه مقامی هست که بتواند در چنین مواردی دستور تخلیه بدهد؟ پس، چرا قانون آن را «مقام قضایی در مرجع قضایی» می‌نامد؟ ماده ۴ آیین نامه اجرای قانون مصوب ۷۸/۲/۱۹ پاسخ این پرسش را می‌دهد و رئیس حوزه قضایی را به دادگاه افزوده است و از این نظر خلاف اصول حقوقی است، مگر اینکه گفته شود دخالت او به عنوان رئیس شعبه یک است.

پرسش بعد این است که، اگر مقصود از مقام قضایی همان دادگاه باشد، شروع به رسیدگی در آن منوط به تقدیم دادخواست است و رسیدگی به دادخواست آیین دادرسی ویژه، و از جمله احضار دو طرف و رسیدگی به دلایل مدعی و دفاعهای منکر دارد که احتمال می‌رود ماهها به درازا کشد. پس، چگونه می‌توان ظرف یک هفته دستور تخلیه صادر کرد؟ در نتیجه، به ذهن می‌رسد که نویسندگان قانون خواسته‌اند دستور اجرا را در شمار دستورهای اجرایی یا موقت دادگاه آورند و حکم تلقی نکنند و به همین جهت نام دستور را به جای حکم به کار برده‌اند: بدین معنی که، مقام پایان مدت اجاره را از روی مفاد سند احراز کند و دستور تخلیه بدهد. ماده ۳ آیین نامه قانون نیز برای رسیدگی به درخواست تخلیه، تقدیم دادخواست و رعایت تشریفات آیین دادرسی را ضروری ندانسته است.

با وجود این، پذیرش این نتیجه بسیاری از اصول را نقض می‌کند، زیرا احتمال دارد سندی مجعول باشد یا در سند دیگری مفاد آن تغییر کرده باشد یا مستأجر در ساختمان احداث شده به اذن موجر (ملک خود) ساکن باشد و یا دو طرف درباره اصل تخلیه اختلاف داشته باشند و مانند اینها. نشنیدن اینگونه دفاعها و صدور شتابزدگی است. وانگهی در ماده ۴ مسائلی پیش بینی شده که نیاز به دادرسی و رفع اختلاف بین دو طرف دارد. در این ماده چنین می‌خوانیم:

«در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهدآور و مشابه آن از مستأجر دریافت کرده باشد، تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر

موکول به استرداد سند یا وجه مذکور به مستأجر و یا سپردن آن به دایره اجرا است. چنانچه موجر مدعی ورود خسارت به عین مستأجره از ناحیه مستأجر و یا عدم پرداخت مال الاجاره یا بدهی بابت قبوض تلفن، آب، برق و گاز مصرفی بوده و متقاضی جبران خسارت وارد و یا پرداخت بدهیهای فوق از محل وجوه یاد شده باشد، موظف است همزمان با تودیع وجه یا سند، گواهی دفتر شعبه دادگاه صالح را مبنی بر تسلیم دادخواست ضرر و زیان به میزان مورد ادعا به دایره اجرا تحویل نماید. در این صورت، دایره اجرا از تسلیم وجه یا سند به مستأجر به همان میزان خودداری و پس از صدور رأی دادگاه و کسر مطالبات موجر اقدام به رد آن به مستأجر خواهد کرد».

حکم این ماده در مورد سند عادی و رسیدگی مقام قضایی نیز قابل اجرا است و دادگاه باید صدور دستور تخلیه را موکول به دعوی خسارت نکند. استثنایی بودن قواعد نیز ایجاب می‌کند که به ویژه تخلیه در پایان مدت باشد و شامل تخلیه در زمان اجاره نشود (بند ۴ ماده یک آیین نامه).

به طور خلاصه، از جمع قواعد چنین برمی‌آید که دادگاه باید رسیدگی به درخواست تخلیه را همچون تقاضای دستور موقت تلقی کند و پس از ابلاغ دادخواست به خواننده و احضار دو طرف در وقت فوق العاده، رسیدگی مقدماتی به سند اجاره و اسناد دیگر را آغاز کند، و همین که احراز شود (۱) اجاره نامه اصیل است و مدت آن سپری گردیده (۲) ودیعه گرفته شده به مستأجر رد یا به صندوق امانات سپرده شده است، دستور تخلیه را صادر کند و به انتظار فصل دعاوی دیگر نماند. نشانه‌هایی از نفوذ این نظر اصولی در رویه قضایی نیز دیده می‌شود؛ چنانکه شعبه ۱۳۰۳ دادگاه عمومی تهران در دادنامه شماره ۱۴۰۵-۱۵/۱۰/۷۶ در مورد تخلیه پس از رسیدگی حکم صادر کرده است. ولی، پیش از این رسیدگی مقدماتی، صدور دستور تخلیه شتاب ناروا در قضاوت و سبب مضیقه‌ای نامتعارف است که عدالت آن را نمی‌پذیرد. مهلت یک هفته در قانون نیز برای فراهم ساختن مقدمات این دادرسی فوری است. پس از صدور دستور نیز نباید آن را قطعی پنداشت و مستأجر می‌تواند با درخواست رسیدگی ماهوی به آن اعتراض کند و دادگاه حق

دارد پس از رسیدگی آن را لغو کند.

ماده ۱۸ آیین نامه قانون در این باره می‌گوید: «در صورتی که دستور تخلیه مورد اجاره صادر شود و مستأجر به اصالت قرارداد مستند دستور شکایتی و یا مدعی تجدید قرارداد اجاره باشد، شکایت خود را به دادگاه عمومی محل وقوع ملک تقدیم می‌نماید. اعلام شکایت مانع اجرای دستور تخلیه نمی‌باشد، مگر اینکه دادگاه رسیدگی کننده شکایت مستأجر را مدلل بداند. در این صورت، پس از اخذ تأمین متناسب با ضرر و زیان احتمالی موجر قرار توقیف عملیات اجرایی تخلیه را صادر خواهد نمود».

سرقفلی؛ مفهوم

در قانون ۱۳۷۶، سرقفلی مفهومی به مراتب محدودتر از حق کسب و پیشه و تجارت دارد؛ حاصل دسترنج و شهرت و امانت تاجر و پیشه‌ور نیست و از شاخه‌های حق مالکیت موجر و اختیارهای ناشی از آن است. از این دیدگاه، مالک می‌تواند در آغاز اجاره از مستأجر سرقفلی بگیرد و امتیاز «تقدم در اجاره» را به او بدهد. مستأجر هم پس از تملک حق تقدم می‌تواند آنچه را تملیک کرده است به دیگران یا به مالک انتقال دهد. به مفاد ماده ۶ و تبصره‌های آن توجه کنید:

«هرگاه مالک ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین، مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱ - چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی را ندارد.

تبصره ۲ - در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد».

بدین ترتیب، سرقفلی را از دیدگاه نویسندگان قانون ۱۳۷۶ باید به «حق تقدم در

انتفاع» تعریف کرد،^۱ حقی که ناشی از مالکیت عین (برای موجر) یا منفعت (برای مستأجر) است.

راههای تملک:

مستأجر می‌تواند حق تقدم را از دو راه به دست آورد:

۱- از راه انتقال مستقیم از مالک و بدون مدت:

در این صورت، هنگام تخلیه می‌تواند بهای این حق را از مالک بگیرد (تبصره ۲). تملک سرقفلی مانع از تخلیه ملک در پایان مدت اجاره نیست، ولی مالک را مکلف می‌سازد که، برای بازستاندن حق تقدم، بهای آن را بدهد.

اصطلاح «طریق صحیح شرعی» در تبصره ۲، به معنای بازگشت دوباره به مشهور در فقه و از یاد بردن ماده ۱۰ ق. م. و اصل حاکمیت اراده است. برای گریز از این نتیجه نامطلوب، واژه شرعی را باید به معنای قانونی گرفت، زیرا فرض این است که قوانین ما با شرع تعارض ندارد. پس، باید انتقالی را پذیرفت که حقوق آن را نافذ بداند. در قانون ۱۳۵۶ انتقال سرقفلی باید همراه با منافع و با سند رسمی انجام پذیرد، لیکن در قانون ۱۳۷۶ قید سند رسمی، که ناظر به انتقال از سوی مستأجر است، حذف شده و از بخش اخیر ماده ۶ تنها همراهی انتقال منافع با سرقفلی استنباط می‌شود. در نتیجه، از این پس، انتقال منافع و سرقفلی، با رعایت شرایط ماده یک برای اجاره دادن ملک، با سند عادی و گواهی دو معتمد نیز ممکن است. انتقال «حق تقدم در اجاره» از سوی مالک و استقرار آن در ملک مستأجر، به هر عنوان که باشد، همین نتیجه را می‌دهد و ضرورتی ندارد که با واژه «سرقفلی» بیان شود. مواد ۷ و ۸ قانون ۱۳۷۶ دو فرض از این انتقال و امتیاز مستأجر را در امکان مطالبه سرقفلی به هنگام تخلیه و انتقال آن بیان می‌کند:

ماده ۷: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود، تا زمانی که عین مستأجره در تصرف

۱. حق کسب و پیشه و تجارت به «تقدم در اجاره» تعبیر می‌شود، ولی در این قانون مالک (موجر) هم می‌تواند از مستأجر سرقفلی بگیرد؛ در حالی که به اجاره مالک منافع نیست و به تبع مالکیت عین آن را دارد. پس، بهتر است سرقفلی را حق تقدم در انتفاع تعریف کنیم که مشترک میان موجر و مستأجر است.

مستأجر باشد، مالک حق افزایش حق اجاره بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در آن صورت مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».

مفاد این شرط موقعیتی همانند آنچه قانون ۱۳۵۶ برای مستأجر محل کسب مقرر داشته است ایجاد می‌کند، با دو تفاوت:

۱) امتیاز قانون ۱۳۵۶ ویژه محل کسب و پیشه و تجارت است، در حالی که موقعیت پیش بینی شده در ماده ۷ بنا بر ظاهر ناشی از اطلاق حکم از آن هر مستأجری است که بتواند این شرط را به سود خود به دست آورد و هیچ ارتباطی با فعالیت تجاری و حسن شهرت او ندارد. اگر این ظهور پذیرفته شود، سرقفلی مفهومی تازه و شگرف می‌یابد. راه گریز از این نتیجه، توسل به موقعیت ماده ۶ قانون برای عام کردن قید «ملک تجاری» و سیاست آن به حکم مواد ۷ تا ۱۰ قانون است که به سرقفلی ارتباط دارد: بدین مضمون که، چون در نخستین ماده فصل مربوط به سرقفلی (ماده ۶) قید شده است که: «هرگاه مالک ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید...» و در مواد ۷ و ۸ آمده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود...»، مقصود اشاره به اجاره مقیدی است که ماده ۶ از آن سخن گفته است. بدین ترتیب، اطلاق حکم این مواد که منشأ تعمیم سرقفلی به اجاره محل سکونت است از بین می‌رود و قید ماده ۶ آن را مخصوص «محل تجاری» می‌کند؛ تفسیری که هم از نظر منطقی قوی است و هم از شکستن اصل حقوقی متعارف و پا گرفته‌ای که سرقفلی را ویژه محل کسب کرده است جلوگیری می‌کند. وانگهی، منطقی حکم می‌کند که، اگر مالک به طور مستقیم نتواند در برابر سرقفلی حق تقدم در اجاره را به مستأجر بدهد، در اثر شرط ضمن اجاره نیز نمی‌تواند چنین حقی را ایجاد کند (ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی قانون).

۲) امتیاز مستأجر محل کسب و پیشه به موجب حکم قانون ایجاد می‌شود و رکن مهم آن ارزش اضافی است که در نتیجه عمل مستأجر در ملک ایجاد شده است؛ ولی در قانون

۱۳۷۶ سرقفلی نتیجه تراضی با مالک و تعهد اوست. عبارت پایان ماده درباره امکان سرقفلی گرفتن مستأجر نیز دقیق نیست. زیرا اسقاط حق مستأجر تنها در برابر مالک معنا دارد، ولی در برابر مستأجر دیگری که حق را از او انتقال می‌گیرد نا به جا است، چرا که حق خود را پیش از سقوط به او می‌دهد. درست است که، پس از انتقال حق، امتیازی که مستأجر نخستین دارد ساقط می‌شود، لیکن این نتیجه اثر بی واسطه و مستقیم عملی حقوقی نیست و لازمه انتقال است.

ماده ۸ می‌توانست در همان ماده ۷ ادغام شود و تفاوتی، جز در مورد میزان اجاره بهای موضوع تعهد موجر، با آن حکم ندارد، در این ماده آمده است:

«هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید.»

در این ماده نیز اطلاق حکم آن را شامل اجاره مسکن هم می‌کند و همان بحث مربوط به ماده ۷ را مطرح می‌سازد.

۲- به تبع انتقال موقت منافع:

قانون ۱۳۷۶ امتیاز انتفاع مستأجر در مدت اجاره را نیز سبب ایجاد حق سرقفلی برای مستأجر دانسته است؛ منتها، چون این امتیاز محدود به مدت معین اجاره است، ارزش آن کمتر از سرقفلی است که در مواد ۷ و ۸ پیش بینی شده است. نتیجه دیگر موقت بودن حق این است که انتقال سرقفلی به دیگران تنها در مدت اجاره معنا دارد. با پایان گرفتن مدت اجاره هم مالکیت منفعت برای مستأجر از بین می‌رود و هم سرقفلی که به تبع آن ایجاد شده است. به همین جهت، در ماده ۶ آمده است که: «مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند.»

ممکن است گفته شود که مستأجر در زمان اجاره امتیازی به دست می‌آورد که در اثنای

اجاره قابل انتقال به دیگران است، هرچند که به مالک سرقفلی نپرداخته باشد. مفاد تبصره ۱ نیز این استنباط را تأیید می‌کند، زیرا فرضی را پیش بینی کرده است که مالک سرقفلی نگرفته و با وجود این، مستأجر با انتقال منافع سرقفلی گرفته است. با وجود این، حکم ماده ۹ قانون این سخن را که با طبیعت مفهوم سرقفلی در این قانون سازگار است، متزلزل می‌کند. در این ماده می‌خوانیم:

«چنانچه مدت اجاره به پایان برسد، یا مستأجر سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، و یا این که مستأجر کلیه حقوق ضمن عقد را استیفا کرده باشد، هنگام تخلیه عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت».

پس، در برابر سخن پیشین می‌توان گفت: در ماده ۹ ایجاد حق سرقفلی برای مستأجر منوط به پرداختن سرقفلی به موجر شده است و به همین جهت «نپرداختن سرقفلی به مالک» شرط مستقلی برای حکم اخیر ماده است که، به عنوان نتیجه و ضمانت اجرا، اعلام می‌کند: «هنگام تخلیه عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت».

ولی، این استدلال تمام نیست، زیرا:

۱- ضمانت اجرایی که در پایان ماده آمده است ناظر به تخلیه عین مستأجره است نه انتقال منافع به دیگری؛

۲- اگر نپرداختن سرقفلی به مالک شرط مستقل و کافی باشد، افزودن پایان مدت اجاره به آن اضافی و حشو است، زیرا در هر حال مستأجری که سرقفلی نپرداخته حقی ندارد، خواه در مدت اجاره تخلیه کند یا پس از آن؛

۳- تمام کردن جمله نخستین که ناظر به پرداخت سرقفلی به مالک است و آوردن واژه «همچنین» در آغاز جمله‌ای که ناظر به گرفتن سرقفلی در اثنای مدت است، (ماده ۶) نشان می‌دهد که امکان گرفتن سرقفلی در مدت محدود حکم مستقل از بخش یک ماده است. در نتیجه، باید گفت پایان مدت اجاره، شرط سقوط سرقفلی است که به تبع منافع عاید مستأجر شده است و شرط «نگرفتن سرقفلی» ناظر به تخلیه بعد از پایان

مدت و استیفای حقوق به مواد ۷ و ۸ ارتباط دارد.

به طور خلاصه، قراین تأیید کننده هر یک از دو احتمال جمع دو حکم را برای مجری و مفسر قانون دشوار می‌سازد و عدم مهارت در فنون قانونگذاری باعث سرگردانی دادرسان و دو طرف دادرسی می‌شود. با وجود این راه حل نخست ترجیح دارد.

آیا مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت قابل جمع است؟

با مفهوم تازه‌ای که قانون ۱۳۷۶ برای «سرقفلی» ارایه کرده است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا سرقفلی جانشین حق کسب و پیشه و تجارت شده و تنها احکام و آثار آن تغییر کرده است؟ یا می‌توان گفت، آنچه در این قانون آمده ناظر به سرقفلی است نه حق کسب و پیشه و تجارت که محصول فعالیت و حسن نیت مستأجر است و قانون ۱۳۵۶ از آن حمایت می‌کند؟ پاسخ این پرسش را تبصره ماده ۱۰ قانون بدین عبارت می‌دهد که: «مطالبه هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می‌باشد». بهای حق کسب و پیشه و تجارت یکی از آن گونه‌های ممنوع است. پس، نمی‌توان ادعا کرد مستأجری که حق سرقفلی ندارد، بابت حق کسب و پیشه و تجارت حق دارد. ماده واحده ۱۳۶۵ و سایر قراین و فتاوا نشان می‌دهد که قانونگذار کنونی مایل به پذیرش حق مستأجر به عنوان حاصل کار او ندارد و می‌خواهد همه چیز را به تراضی و عقد اجاره و مالکیت موجر باز گرداند و حکمت قانون ۱۳۷۶ برداشت چتر حمایت قانون ۱۳۵۶ و بازگرداندن حکومت قانون مدنی و ضابطه‌های فقهی است. زیرا، به مستأجر محل کسب و پیشه امکان می‌دهد که در مدت اجاره از حق سرقفلی سود برد و آن را به دیگران واگذار کند؛ امتیازی که با عرف تجارته سازگارتر و با مصالح اجتماعی همگام‌تر است از نظر منطقی نیز دلالت تبصره یک بر امکان سرقفلی گرفتن در مدت اجاره به مراتب قویتر از قراین مخالف است.

اثر سلب حق انتقال به غیر

انتقال سرقفلی در مدت اجاره مشروط بر این است که حق انتقال به غیر از مستأجر سلب نشده باشد. این قید، نشان تراضی بر لزوم مباشرت مستأجر در انتفاع و از بین رفتن

انتقال سرقفلی است. حکم قانون نوعی رجعت به اصول پذیرفته در قانون مدنی و فقه نیز هست، زیرا اصل انتقال پذیری منافع را پذیرفته و به قانون مدنی بازگشته است و حق انتقال به غیر را برای مستأجر می‌شناسد، مگر اینکه ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد؛ در حالی که ماده ۱۰ قانون ۱۳۵۶ اصل را وارونه ساخته بود. به مفاد ماده ۱۰ آن قانون توجه کنید:

«مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید، مگر این که کتباً این اختیار به او داده شده باشد».

این حکم با تملیکی بودن عقد اجاره تناسب ندارد، زیرا، اگر پذیرفته شود که موجر منافع ملک یا صلاحیت انتفاع را به مستأجر تملیک می‌کند، مالک جدید منافع نیز، همچون مالک پیشین، برای انتقال ملک خود نیاز به تحصیل اذن دیگری (انتقال دهنده) ندارد؛ چنانکه قانون مدنی نیز، در پی اعلام تملیکی بودن اجاره، مقرر می‌دارد:

«مستأجر می‌تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد، مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد».

این حکم در مقام اجرای قاعده عامتری است که به موجب آن: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». انتقال دادن همراه با انتفاع و استعمال از ارکان سلطه مالک است و باید آن را در زمره توابع ضروری ملکیت شمرد. پس، به این اعتبار است که گفته می‌شود قانون ۱۳۷۶ رجعت به اصل کرده است.