

## نقدی تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶

چکیده :

هر چند قانون مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ درباره روابط موجر و مستأجر ناظر به اجاره های پیش از تصویب قانون نیست ، اجرای آن نسبت به آینده نیز به دلیل برخورد و تعارض با اصول حقوقی دشوار است ؛ این برخورد ، به ویژه در سه زمینه آشکارا به چشم می خورد :

۱ - انعقاد واثبات اجاره ، که قانون وجود سند اجاره و شهادت دو گواه را شرط اجرای آن می بیند . ۲ . تخلیه موارد اجاره ، که پس از پایان مدت اجاره باید بی درنگ انجام پذیرد و حتی وجود سرقفلی مستأجر مانع از آن نمی شود . به ویژه ، پیش بینی آئین دادرسی اختصاری و صدور دستور تخلیه از سوی مقامهای قضایی از بدعتهای قانون به سود موجران و مالکان است . ۳ . مفهوم سرقفلی که در قانون جدید از امتیازهای حق مالکیت و منافع است و از سوی مالک به مستأجر واگذار می شود . سرقفلی ، در مفهوم تازه خود محدود به اتحاد حق تقدم در اجاره و انتفاع از عین مستأجر است و برای کسانی به وجود می آید که با پرداختن سرقفلی و قرارداد با مالک آن را کسب کرده باشند .

### 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 يك قانون اعلام می کند : «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 قرار داد رسمی یا عادی منعقد می شود ، تابع مقررات قانونی مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

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

۱ . وضع جدید قانون و مفهومی که از سرقفلی ارائه کرده است با واقعیتهای خارجی و عادات و رسوم پا گرفته تجارتي سازگار نیست : برداشتن چتر حمایت از سر بازرگانان و صاحبان خدمات شغلی و حرفه ای ، مانند مهندسان و کارخانه داران و پیشه وران ، آنان را از جهت اقتصادی دچار بحران می کند و به اقتصاد عمومی کشور زیان می رساند . آنان که ، جز سرقفلی محل کسب و پیشه خود سرمایه واقعی دیگر برای جلب اعتبار ندارند ، یکباره به ورشکستگی می افتند و حاصل کارشان عاید مالکان بزرگی می شود که ممکن است به هیچ حرفه و صنعتی نپردازند و تنها از راه سرمایه داری بی تولید در صحنه اقتصادی ظاهر شوند . دور نمای این خسران بزرگ . قانونگذار را به احتیاط وادار کرده است تا وضع کنونی را بر هم نزند . این است که در ماده ۱۱ قلمرو حکومت قانون را محدود به اجاره های آینده کرده است ، در حالیکه اطلاق ماده يك 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 قرار داد خصوصی و تابع حکومت اراده نیست ؛ نهادی است که دولت بر آن نظارت دارد و به وسیله قانون اداره می شود ( 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 آمده 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 می شود . اجاره های محل سکونت پس از چندی به قانون کنونی می پیوندد و هم اکنون نیز تعارض مهمی با این قانون ندارد ، زیرا قانون مدنی و قرار داد خصوصی آن را اداره می کند و تفاوتها چشمگیر نیست . تعارض اصلی با قانون ۱۳۵۶ و اجاره محل کسب و پیشه و تجارت است که همچنان باقی می ماند و استثناءها و توابع خود را نیز دنبال می کشد زیرا ، پس از پایان مدت اجاره های کنونی نیز ، اگر به حکم قانون ( و حتی در اثر ترازی به

اجاره آن) اجاره برای مدت دیگر ادامه پیدا کند، باید آنچه را واقع می شود از آثار و دنباله موقعیت پیشین شمرد. رویه قضایی نیز بطور قاطع چنین اجاره هایی را تابع قانون ۱۳۵۶ می داند. پس، باقی می ماند معدودی از اجاره ها که به دلیلی فسخ می شود و موجر آن را به دیگری برای محل کسب اجاره می دهد. این اجاره ها نیز نسبت به اجاره های محل کسب اندک است که انتظار می رود سالیان دراز باقی بماند، به ویژه 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 می شود، 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 ارائه نمی دهد یا دست کم اصلی را پیشنهاد نمی کند 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 کدامیک 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 در حکومت قانون مدنی است رعایت می شود، یا باید حکومت تراضی را مقدم شمرد، مگر اینکه نظم عمومی پشتوانه قانون جدید باشد؟

در قانون ۱۳۵۶ سلطه و حکومت قانون بر تراضی پیش بینی شده و ماده ۳۰ هر گونه عهده را که برای فرار از مقررات اعمال شود بی اثر شناخت، ولی در قانون ۱۳۷۶ راه حلی ملی برای رفع تعارض ارائه نشده است و از مفاد قانون چنین برمی آید که خواسته اند احکام اندک آن مخصوص 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، هر چند نتیجه آن تملیک منافع به عوض معلوم باشد (بند ۲ ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون).

انعقاد و اثبات اجاره

ماده ۲ قانون ۱۳۷۶، درباره تشریفات تنظیم اجاره نامه عادی، مقرر کرده است. «قرار دادهای 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 می دهد 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 بر می آید که اجرای قانون جدید درباره اجاره هایی 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 نمی شود 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 می داند و اجاره شفاهی را کافی می بیند، قید اجاره نامه رسمی و عادی در قانون ۱۳۷۶ نشان می دهد که دست کم قانون جدید تنها درباره مستأجرانی اجرا می شود که سند اجاره در دست دارند. ولی این استنباط، بر فرض که درست و موافق ظاهر حکم باشد، تمام مسأله را حل نمی کند. پرسش مهمی که باقی می ماند، تمیز اعتبار اجاره های شفاهی است: آیا مقصود این است که اجاره شفاهی باطل است و با شهادت و اماره و اقرار نه اثبات می شود و نه اثر حقوقی دارد؟ آیا هدف این است که قانون تنها درباره اجاره های مستند اجرا شود و اجاره های شفاهی تابع قانون مدنی و قواعد عمومی آن است؟

انتخاب هر یک از دو پاسخ نتایج نامطلوبی به بار می آورد: انتخاب نخست، که اجاره را باطل و غیر قابل اثبات می شمرد، برای اجاره های فصلی و روستایی و تک اتافی خانه ها، که بطور معمول شفاهی انجام می پذیرد، ایجاد مشکل می کند. وانگهی، معنای آن ایجاد مثالی دیگر برای عقود تشریفاتی در زمینه اجاره است که در حقوق ما چهره استثنایی و خلاف اصل دارد، 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 می گشاید. در مورد محل سکونت نیز، نتیجه انتخاب بیهودگی حکم قانون ۱۳۷۶ است، چرا که اجاره های شفاهی نیز، مانند اجاره های کتبی، تابع قانون مدنی و شرایط

مقرر بین دو طرف می شود؛ نتیجه ای که به لغو حکم منتهی می شود. 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 می سازد و به حرمت قانون صدمه می زند.

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

آنچه که 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 اجاره های 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 اجاره های شفاهی و اسناد عادی بی شاهد، قواعد عمومی حکمفرما است.

تخلیه مورد اجاره در پایان مدت یکی از ویژه گیهای 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 نمی داند و به مستأجر متصرف حق می دهد 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 نمی پذیرفت و، از جمله، در مواردی که موجر باید به مستأجر سرقفلی بدهد، اجرای حکم منوط به پرداخت این سرقفلی بود. وانگهی اگر دو طرف سند رسمی تنظیم نمی کردند یا به نگرفتن سرقفلی در آن تصریح نمی شد، قانون خنثی و بی اثر می ماند. 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 قانون ۱۳۷۶، به منظور رفع نگرانی موجر از تخلیه ملک پس از پایان مدت اجاره، مقرر داشته است:

« پی از انقضای مدت اجاره، بنا به تقاضای موجر و 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 مدت تخلیه را محدود به نوبت و حداکثر یک ماه کرده است. دادن مهلت منوط به وقوع حادثه غیرمترقبه 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 قرار داد ارائه 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 می شود ».

عبارتها از نظر فنی ناقص و قابل انتقاد و راه حلها خلاف اصول است: به عنوان مثال دوایر 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 می تواند 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 ۲ این تقسیم کار مهم اداری از قضایی توجه نشده و صدور دستور اجرای تخلیه به عهده دایره ثبت گذارده شده است.

جالب اینکه 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 بیابد می تواند با گرفتن تأمین متناسب قرار توقیف عملیات اجرایی را صادر کند (قانون ۲۷ شهریور ۱۳۲۲). در وضع کنونی زائد نیز این قاعده در مورد شرایط لازم برای صدور دستور تخلیه قابل اعمال

است ، به ویژه 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 می شود » ، در حالی که اثبات حق و جبران خسارت منوط به صدور حکم است و نمی تواند 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 نامه های عادی وضع از این هم بدتر است : « نخستین پرسشی که به ذهن می رسد و پاسخ آن را در قانون نمی یابد 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 » می نامد ؟ ماده ۷۸/۲/۱۹ این نامه اجرائی قانون مصوب ۷۸/۲/۱۹ پاسخ این پرسش را می دهد و رئیس حوزه قضایی را به دادگاه افزوده است و از این نظر خلاف اصول حقوقی است ، مگر اینکه گفته شود و خالت او به عنوان رئیس شعبه يك 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 می رود ماهها به دراز کشد . پس چگونه می توان ظرف يك هفته دستور تخلیه صادر کرد ؟ در نتیجه به ذهن می رسد که نویسندگان قانون خواسته اند دستور اجرا را در شمار دستورهای اجرائی یا موقت دادگاه آورند و حکم تلقی نکنند و به همین جهت نام دستور را به جای حکم به کار برده اند : بدین معنی که ، مقام قضایی پایان مدت اجاره را از روی مفاد سند احراز کند و دستور تخلیه بدهد . ماده ۲ 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 می کند ، زیرا احتمال دارد سندی مجعول باشد یا در سند دیگری مفاد آن تغییر کرده باشد یا مستأجر در ساختمان احداث شده به اذن موجر ( ملك خود ) ساکن باشد و یا دو طرف درباره اصل تخلیه اختلاف داشته باشند ... و مانند اینها ، نشنیدن اینگونه دفاعها و صدور دستور تخلیه پیش از رسیدگی نوعی شتابزدگی است . وانگهی ، در ماده ۷ مسائلی پیش بینی شده که نیاز به دادرسی و رفع اختلاف بین دو طرف دارد . در این ماده چنین می خوانیم :

« در صورتی که موجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهد آور 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 دایرة 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 . گاز مصرفی بوده و متقاضی جبران خسارت وارده و یا پرداخت بدهی های 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 دایرة اجرا تحویل نماید . در این صورت دایرة 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 دعاوی خسارت نکند . استثنایی بودن قواعد نیز ایجاب می کند که ویژه تخلیه در پایان مدت باشد و شامل تخلیه در زمان اجاره نشود ( بند ۷ ماده يك آیین نامه ) .

به طور خلاصه ، از جمع قواعد چنین بر می آید 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 . نشانه هایی از نفوذ این نظر اصولی در رویه قضایی نیز دیده می شود ؛ چنان که شعبه ۱۳۰۲ دادگاه عمومی تهران در دادنامه شماره ۱۴۰۵ - ۷۶/۱۰/۱۵ در مورد تخلیه پس از رسیدگی حکم صادر کرده است . ولی ، پیش از این رسیدگی مقدماتی صدر و دستور تخلیه شتاب ناروا در قضاوت و سبب مضیقه ای نامتعارف است که عدالت آن را نمی پذیرد . مهلت يك هفته در قانون نیز برای فراهم ساختن مقدمات این دادرسی فوری است . پس از صدور دستور نیز نباید آن را قطعی پنداشت و مستأجر می تواند درخواست رسیدگی ماهوی به آن کند و دادگاه حق دارد پس از رسیدگی آن را لغو کند .

ماده ۱۸ آیین نامه قانون در این باره می گوید : « در صورتی که دستور تخلیه مورد اجاره صادر شود و مستأجر به اصالت قرار داد مستند دستور شکایتی و یا مدعی تجدید قرار داد اجاره باشد ، شکایت خود را به دادگاه عمومی محل وقوع ملك تقدیم می نماید . اعلام شکایت مانع اجرای دستور تخلیه نمی باشد ، 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 پیشه ور نیست و از شاخه های حق مالکیت موجر و اختیارهای ناشی از آن است . از این دیدگاه ، مالک می تواند در آغاز اجاره از مستأجر سرقفلی بگیرد و امتیاز « تقدم در اجاره » را به او بدهد . مستأجر هم پس از تملك حق تقدم می تواند آنچه را تملك کرده است به دیگران یا به مالک انتقال دهد . به مفاد ماده ۶ و تبصره های آن توجه کنید :

« هر گاه مالک ملك تجاري خود را به اجاره واگذار نماید ، می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید . همچنین مستأجر می تواند 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 ملك 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 مستأجره منتقل نماید ، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلۀ روز را دارد .

بدین ترتیب ، سرقفلی از دیدگاه نویسندگان قانون ۱۳۷۶ باید به « حق تقدم در انتفاع تعریف کرد ، (۲) حقی که ناشی از مالکیت عین ( برای موجر ) یا منفعت ( برای مستأجر ) است .  
راههای تملك

مستأجر می تواند حق تقدم را از دو راه بدست آورد :

۱ . از راه انتقال مستقیم از مالک و بدون مدت : در این صورت هنگام تخلیه می تواند بهای این حق را مالک بگیرد ( تبصره ۲ ) . تملك سرقفلی مانع از تخلیه ملك در پایان مدت اجاره نیست ، ولی مالک را مکلف می سازد که ، برای بازستاندن حق تقدم ، بهای آن را بدهد .

اصطلاح « طریق صحیح شرعی » در تبصره ۲ ، به معنی 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 معنی قانونی گرفت ، زیرا فرض این است که قوانین ما با شرع تعارض ندارد . پس باید انتقالی 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 می شود . در نتیجه از این پس انتقال منافع و سرقفلی ، با رعایت شرایط ماده يك برای اجاره دادن ملك ، با سند عادی و گواهی دو معتمد نیز ممکن است . انتقال « حق تقدم در اجاره » از سوی مالک و استقرار آن در ملك مستأجر ، به هر عنوان که باشد ، همین نتیجه را می دهد 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 می کند :

ماده ۷ . « هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد ، مالک حق افزایش 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 صورتی که مستأجر می تواند 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 می کند ، با دو تفاوت :

۱ ) امتیاز قانون ۱۳۵۶ ویژه محل کسب و پیشه و تجارت است ، در حالیکه 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 می یابد . راه گریز از این نتیجه توسل به موقعیت ماده ۶ قانون برای عام کردن قید « ملك تجاري » 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 : « هر گاه مالک ملك تجاري 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 می رود و قید ماده ۶ آن را مخصوص « محل تجاري » می کند ؛ تفسیری که هم از

نظر منطقی قوی است و هم از شکستن اصل حقوقی متعارف و پاگرفته ای که سرقفلی را ویژه محل کسب کرده است، جلوگیری می کند. وانگهی منطق حکم می کند که اگر مالک بطور مستقیم نتواند در برابر سرقفلی حق تقدم در اجاره را به مستأجر بدهد، در اثر شرط ضمن اجاره نیز نمی تواند چنین حقی را ایجاد کند ( ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی قانون ).

۲) امتیاز مستأجر محل کسب و پیشه به موجب حکم قانون ایجاد می شود 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 او است. عبارت پایان ماده درباره امکان سرقفلی گرفتن مستأجر نیز دقیق نیست، زیرا اسقاط حق مستأجر تنها در برابر مالک معنی دارد، ولی در برابر مستأجر دیگری که حق را از او انتقال می گیرد نابجا است، چرا که حق خود پیش از سقوط را به او می دهد. درست است که پس از انتقال حق، امتیازی که مستأجر نخستین دارد ساقط می شود لیکن این نتیجه اثر بی واسطه و مستقیم عملی حقوقی نیست و لازمه انتقال است.

ماده ۸ می توانست 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 مستأجر را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می تواند 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 می کند و همان بحث مربوط به ماده ۷ را مطرح می سازد.

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 معنی دارد. با پایان گرفتن مدت اجاره هم مالکیت منفعت برای مستأجر از بین می رود و هم سرقفلی که به تبع آن ایجاد شده است. به همین جهت در ماده ۶ آمده است که: ط مستأجر می تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را که از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند. « ممکن است گفته شود که مستأجر در زمان اجاره امتیازی به دست می آورد که در اثناء اجاره قابل انتقال به دیگران است، هر چند که به مالک سرقفلی نپرداخته باشد. مفاد تبصره ۱ نیز این استنباط را تأیید می کند، 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 می کند. در این ماده می خوانیم:

« چنانچه مدت اجاره به پایان برسد، یا مستأجر سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، و یا اینکه مستأجر کلیه حقوق ضمن عقد را استیفاء کرده باشد، هنگام تخلیه عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت ». پس در برابر سخن پیشین می توان 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 مستثنی برای حکم اخیر ماده است که، به عنوان نتیجه و ضمانت اجرا اعلام می کند: « هنگام تخلیه عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت ».

ولی 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 مستأجر می 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 جمله ای که ناظر به گرفتن سرقفلی در اثناء مدت است، ( ماده ۶ ) نشان می دهد که امکان گرفتن سرقفلی در مدت محدود حکم مستقل از بخش يك 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 استیفاء حقوق به مواد ۷ و ۸ ارتباط دارد. به طور خلاصه، قرآن تأیید کننده هر يك از دو احتمال جمع دو حکم را برای مجری و مفسر قانون دشوار می سازد و عدم مهارت در فنون قانونگذاری باعث سرگردانی دادرسان و دو طرف دادرسی می شود. با وجود این راه حل نخست ترجیح دارد.

آیا مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت قابل جمع است؟  
با مفهوم تازه ای که قانون ۱۳۷۶ برای « سرقفلی » ارائه کرده است، این پرسش مطرح می شود که آیا سرقفلی جانشین حق کسب و پیشه و تجارت شده و تنها احکام و آثار آن تغییر کرده است؟ یا می توان گفت

، آنچه در این قانون آمده ناظر به سرقفلی است نه حق کسب و پیشه تجارت که محصول فعالیت و حسن نیت مستأجر است و قانون ۱۳۵۶ از آن حمایت می کند ؟

پاسخ این پرسش را تبصره ماده ۱۰ قانون بدین عبارت می دهد که : « مطالبه هر گونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می باشد

بهای حق کسب و پیشه و تجارت یکی از آن گونه های ممنوع است . پس ، نمی توان ادعا کرد مستأجری که حق سرقفلی ندارد ، بابت حق کسب و پیشه و تجارت حق دارد . ماده واحده ۱۳۶۵ و سایر قرائن و فتاوا نشان می دهد که قانونگذار کنونی مایل به پذیرش حق مستأجر به عنوان حاصل کار او ندارد و می خواهد همه چیز را به تراضی و عقد اجاره و مالکیت موجر بازگرداند و حکمت قانون ۱۳۷۶ برداشت چتر حمایت قانون ۱۳۵۶ و باز گرداندن حکومت قانون مدنی و ضابطه های فقهی است . زیرا به مستأجر محل کسب و پیشه امکان می دهد که ، در مدت اجاره از حق سرقفلی سود برد و آن را به دیگران واگذار کند ؛ امتیازی که با عرف تجارتي سازگارتر و با مصالح اجتماعی همگام تر است . از نظر منطقی نیز دلالت تبصره يك بر امکان سرقفلی گرفتن در مدت اجاره به مراتب قویتر از قرائن 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 بردن 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 می شناسد ، مگر اینکه ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد ، در حالی که ماده ۱۰ قانون ۱۳۵۶ اصل را وارانه ساخته بود . به مفاد ماده ۱۰ آن قانون توجه کنید :

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

این حکم با تملیکی بودن عقد اجاره تناسب ندارد ، زیرا اگر پذیرفته شود که موجر منافع ملك یا صلاحیت انتفاع را به مستأجر تملیک می کند ، مالك جدید منافع نیز ، همچون مالك پیشین ، برای انتقال ملك خود نیاز به تحصیل اذن دیگری ( انتقال دهنده ) ندارد ، چنان که قانون مدنی نیز در پی اعلام تملیکی بودن اجاره مقرر می دارد :

« مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد ، مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد » .

این حکم در مقام اجرای قاعده عام تري است که به موجب آن : « هر مالکی نسبت به مایملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد ، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد » . انتقال دادن همراه با انتفاع و استعمال از ارکان سلطه مالك است و باید آن را در زمره توابع ضروری ملکیت شمرد . پس به این اعتبار است که گفته می شود قانون ۱۳۷۶ رجعت به اصل کرده است .