

## حق کسب و پیشه و تجارت در فرض تخریب واحد تجاری (تحلیل و نقد رویه قضایی)

محمد مهدی الشریف \*

### چکیده

با توجه به پایان نداشتن اجاره‌های مشمول قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و امکان ادامه تصرف مستأجر حتی پس از اتمام مدت اجاره، این احتمال که واحد تجاری در طول زمان تلف یا اتلاف شود، احتمال نادری نیست. با وجود این، قانون‌گذار در این گونه موارد تکلیف حق کسب و پیشه را روشن ننموده است. رویه قضایی نیز در این خصوص مضطرب و مختلف است. برخی حکم به انتفای حق نموده و برخی به بقای حق مایل‌اند. به نظر می‌رسد پاسخ به این پرسش در گرو تعیین تکلیف وضعیت رابطه استیجاری پس از نابودی عین است، زیرا اگر حق کسب و پیشه را یک حق عینی و به معنای حق بقای «مستأجر» در «عین مستأجره» بدانیم، این حق فرع بر وجود عین و رابطه استیجاری است. البته در فرض اتلاف که موجر یا ثالث عامل تخریب واحد تجاری است، هر چند حق کسب و پیشه به تبع تلف عین از بین می‌رود اما موجر یا ثالث از باب مسئولیت مدنی و اتلاف حق غیر، در قبال مستأجر مسئول جبران آن است. در هر صورت فرض بقای رابطه استیجاری و الزام موجر یا ثالث به بازسازی عین برای حفظ حق مستأجر منتفی است.

**کلیدواژه‌ها:** حق کسب و پیشه و تجارت، عقد اجاره، اتلاف، تلف، عین مستأجره.

## مقدمه

حق کسب و پیشه و تجارت مفهومی است که قانون‌گذار ایران نخست در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ مطرح کرد و سپس با نسخ این قانون در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶<sup>۱</sup> به‌طور رسمی و صریح وجود آن را به رسمیت شناخته است. حق کسب و پیشه و تجارت از معدود مسائلی است که ماهیت و احکام آن همواره در دکتترین حقوقی و رویه قضایی معرکه آراء و انظار بوده است. یکی از عوامل مؤثر در شدت و گستردگی اختلاف در باب حق کسب و پیشه، انحصار منبع استخراج احکام آن به قانون نه چندان مفصل روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است. این نهاد برخلاف اکثر مفاهیم و تأسیس‌های حقوقی نه پیشینه‌ای در فقه دارد تا بتوان از این منبع برای رفع ابهامات یا تکمیل کاستی‌های قانون از آن بهره جست و نه کاملاً با مدل اروپایی خود تطبیق می‌کند تا با مراجعه به قانون مادر بتوان به کشف مراد قانون‌گذار ایران در موارد ابهام و اجمال نائل گردید.

اغلب نویسندگان حقوقی ایران حق کسب و پیشه و تجارت را قابل مقایسه با مفهوم مایه تجاری یا کارمایه بازرگانی<sup>۲</sup> در حقوق فرانسه دانسته‌اند.<sup>۳</sup> اما در عین حال تأکید کرده‌اند که تفاوت‌های اساسی بین این دو مفهوم وجود دارد و حق کسب و پیشه و تجارت تنها جزئی از مایه تجاری فرانسه را تشکیل می‌دهد.<sup>۴</sup> مایه تجاری در حقوق فرانسه در بردارنده مجموع عناصر مادی و غیرمادی سرمایه بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمدید اجاره محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است.<sup>۵</sup> در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت تنها بیان‌گر یکی از این اجزاء یعنی «حق تقدم و تمدید اجاره» است.<sup>۶</sup> در حقوق فرانسه مایه

۱. از این پس در این مقاله با عبارت اختصاری «ق.ر.م.» از این قانون یاد خواهد شد.

### 2. Fonds de Commerce

۳. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴، ص. ۸۷؛ کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۷، ص. ۲۸؛ سیفی زیناب، غلامعلی، سرقفلی در حقوق ایران، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۰، ۱۳۶۹، ص. ۱۹۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین: معاملات معوض و عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، ص. ۵۱۷؛ کاتبی، پیشین.

۵. عبدی پور، ابراهیم، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مجله فقه و حقوق، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶، ص. ۹۰؛ عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد ۱، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۵، ص. ۷۸.

۶. کاتبی، پیشین.

تجارتی یک حق منقول به حساب آمده و صاحب آن می‌تواند آن را بفروشد یا رهن گذارد یا حتی اجاره دهد.<sup>۱</sup> در حالی که اغلب این احکام و به‌ویژه امکان اجاره حق کسب‌وپیشه و تجارت در حقوق ما مفهوم روشنی ندارد. در حقوق فرانسه، وجود مشتری از ضوابط ثابت و تغییرناپذیر مایه تجارتی است.<sup>۲</sup> در حالی که بر اساس ق.ر.م.م ۱۳۵۶ و بر خلاف تلقی رایج<sup>۳</sup>، وجود مشتری یا حسن شهرت تجاری از عناصر ضروری و مقومات ذاتی حق کسب‌وپیشه و تجارت محسوب نشده و حداکثر در میزان آن مؤثر است. اگر در مثال‌های زیر دقت کنید، مدعای فوق را تصدیق خواهید کرد. فرض کنید شخصی مغازه‌ای را بر اساس قانون مصوب ۵۶ اجاره کند، ولی حتی برای یک‌بار نیز درب مغازه را باز نکند، آیا موجر می‌تواند به صرف انقضای مهلت اجاره، تخلیه او را تقاضا کند یا خیر. پاسخ بی‌گمان منفی است. حال فرض کنید مالک به دلیل نیاز شخصی بتواند مجوز تخلیه را بدست آورد.

آیا می‌تواند به این بهانه که این مغازه هیچ‌گاه روی مشتری به خود ندیده و هیچ پیشه و تجارتی در آن صورت نگرفته است، توقع تخلیه بدون پرداختن حق کسب‌وپیشه را داشته باشد؟ باز مسلماً پاسخ منفی است. صرف‌نظر از تفاوت فراوان اصل مفاهیم «مایه تجارتی» و «حق کسب‌وپیشه و تجارت»، مقررات و مواد قانون ر.م.م نیز نمونه مشابهی در حقوق فرانسه ندارد تا بتوان برای رفع ابهام از مواد این قانون به قانون منبع اقتباس آن مراجعه نمود. از همین رو است که نه تنها هیچ‌گاه و در هیچ موردی رویه قضایی ایران برای رفع ابهامات و کاستی‌های فراوان ق.ر.م.م از حقوق خارجی استفاده ننموده، بلکه حتی نویسندگان حقوقی نیز برخلاف سایر مباحث حقوقی همچون تعهدات و مسئولیت مدنی یا تجارت، هیچ‌گاه از دکتترین یا مقررات حقوق فرانسه برای تفسیر یا تکمیل کاستی‌های ق.ر.م.م استفاده ننموده‌اند. به عنوان نمونه مرحوم استاد کاتوزیان در کتاب «حقوق مدنی؛ معاملات معوض و عقود تملیکی» که به تفصیل به شرح این قانون پرداخته، برخلاف شیوه مرسوم خود، حتی در یک مورد نیز برای شرح و تفسیر مواد این قانون، به منابع فرانسوی ارجاع نداده است. وانگهی، صرف‌نظر از ناشناخته بودن مفهومی به عنوان حق کسب‌وپیشه و تجارت در قانون مدنی، به لحاظ وجود پاره‌ای تفاوت‌های جدی بین اجاره مشمول قانون مدنی با اجاره مشمول قانون

۱. صدرزاده افشار، سیدمحسن، حق کسب یا پیشه یا تجارت و ضوابط آن در حقوق فرانسه، مجله حقوقی وزارت

دادگستری، شماره ۲، ۱۳۵۷، ص. ۵۸.

۲. همان، ص. ۶۰.

۳. سیفی زیناب، پیشین، ص. ۲۰۵.

ر.م.م ۱۳۵۶ و به طور خاص تفاوت آن‌ها از حیث انحلال در فرض انقضای مدت و وجود حقی به نام حق کسب و پیشه و تجارت، اعتماد کامل به قانون مدنی برای رفع کاستی‌ها و ابهام‌های قانون ر.م.م نیز در تمامی موارد مشکل‌گشا نبوده و به‌سادگی میسر نیست و بعضاً به نتایجی آن‌چنان نامعقول و غیرقابل قبول می‌انجامد که هیچ ذوق حقوقی نمی‌تواند آن را تأیید کند. حق کسب و پیشه و تجارت با حقی که تحت عنوان سرقفلی در حقوق سنتی ایران شناخته شده بود و قانون‌گذار آن را به‌طور رسمی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ وارد نموده است، مشابهت فراوان دارد. اما این قرابت چندان نیست که بتوان آن دو را یک مفهوم تلقی نمود و دقیقاً به دلیل همین تفاوت‌هاست که دیدگاه فقهی رایج هیچ‌گاه به حق کسب و پیشه و تجارت روی خوش نشان نداده و برعکس، در قبول سرقفلی سنتی هیچ‌گاه تردید روا نداشته است.<sup>۱</sup>

ناگفته نماند که علی‌رغم تفاوت این دو مفهوم، ادبیات حقوقی ما و حتی آرای دادگاه‌های عالی مشحون از کاربرد مسامحه‌آمیز اصطلاح سرقفلی به جای اصطلاح طولانی و ناخوش‌آهنگ «حق کسب و پیشه و تجارت» است و از قضا در یکی از آراء که در این نوشتار به تحلیل آن‌ها پرداخته شده نیز مراد دادگاه از سرقفلی، همان حق کسب و پیشه و تجارت است.

بر خلاف قانون مدنی که در ماده ۴۸۳ صراحتاً از انفساخ و انحلال رابطه استیجاری در فرض تلف عین مستأجره سخن گفته است، مسأله وضعیت عقد اجاره در فرض نابودی عین مستأجره و به تبع آن، وضعیت حق کسب و پیشه و تجارت، در قانون ر.م.م ۵۶ به سکوت یا دست‌کم به اجمال برگزار شده است.

آیا با نابودی عین مستأجره، عقد اجاره منحل می‌شود یا نه؟ در هر صورت، تکلیف حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر چه می‌شود؟ آیا بین صورت اتلاف و صورت تلف قهری عین مستأجره تفاوت وجود دارد؟ آیا می‌توان در فرض اتلاف یا در هر دو فرض تلف و اتلاف از تکلیف موجر به بازسازی واحد تجاری سخن گفت؟ از یاد نبریم که از ظاهر ق.ر.م.م ۵۶ نیز بر می‌آید که موارد امکان مطالبه تمام یا نیمی از حق کسب و پیشه و تجارت منحصر به موارد پیش‌بینی شده در قانون است و البته فرض مورد بحث از آن موارد نیست. در هر حال با توجه به حادثه‌خیز بودن ایران از حیث حوادث طبیعی همچون سیل و زلزله از یک سو، و بافت قدیمی و فرسوده بازارهای ایران از دیگر سو، فرض نابودی عین مستأجره به هیچ روی فرض نادر و بعیدی نیست و بی‌گمان هرچه زمان به پیش رود، بر حجم این‌گونه دعاوی افزوده خواهد شد. اگر بر این مجموعه،

۱. خمینی (امام)، سیدروح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، موسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی‌تا، ص. ۶۱۴

ویرانی‌های فراوان واحدهای تجاری در اثر بمباران‌ها و موشک‌باران‌های ایام جنگ را نیز بیفزاییم، اهمیت موضوع روشن‌تر می‌شود. متأسفانه سرانگشت تدبیر رویه قضایی نیز نتوانسته به نحو قاطع گره فروبسته این خلأ قانونی را گشوده و نقص قانون را ترمیم نماید. البته نمی‌توان انکار نمود که دکترین حقوقی ما نیز در این زمینه کار درخوری انجام نداده و چراغی فرا راه رویه قضایی نیاویخته است. تا آنجا که نگارنده جستجو و تتبع نموده جز یکی از نویسندگان که به اختصار به موضوع اختلاف دیدگاه دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در خصوص وضعیت حق کسب‌وپیشه و تجارت در فرض نابودی مورد اجاره اشاره نموده،<sup>۱</sup> هیچ‌یک از مؤلفان حقوقی به این موضوع نپرداخته‌اند. سکوت قانون و فقر ادبیات حقوقی در این زمینه، نتیجه‌ای جز تشتت آراء محاکم دادگستری نداشته است. قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در مواجهه با این پرسش، سه نظر مختلف ابراز کرده‌اند.<sup>۲</sup> مروری بر مذاکرات رأی اصراری شماره ۶-۱۳۷۷ دیوان عالی کشور که ناظر به فرضی نزدیک به موضوع این مقاله است نیز از اختلاف عمیق قضات دیوان در تحلیل این مسأله حکایت دارد. به طور خلاصه می‌توان رویه محاکم و قضات را در این مسأله به دو گروه تقسیم نمود: برخی از محاکم بقای اجاره و بقای حق را در چنین فروضی ترجیح داده و در مقابل برخی دیگر انحلال عقد اجاره و مسئولیت مدنی عامل نابودی عین مستأجره نسبت به جبران حق کسب‌وپیشه را مرجح شمرده‌اند. ما در این نوشتار به جای بحث انتزاعی و نظری محض بهتر آن دیدیم که بحث از این دو دیدگاه و نقاط ضعف و قوت هر یک را در قالب نقد و بررسی دو رأی که یکی از دادگاه بدوی و دیگری از دادگاه تجدیدنظر در خصوص ویرانی یک باب مغازه در اثر گودبرداری غیراصولی صادر گردیده و یکی معتقد به دیدگاه اول و دیگری معتقد به دیدگاه دوم است، سامان دهیم و گمان می‌کنیم این شیوه از بحث، به درک بهتر و ملموس‌تر مباحث نظری کمک خواهد کرد. البته یادآور می‌شود به دلیل اینکه آنچه در این مورد واقعی رخ داده، اتلاف عین مستأجره از سوی ثالث بوده است، بحث عمدتاً بر این فرض متمرکز شده اما این امر به معنای نپرداختن به فرض تلف قهری عین مستأجره نیست، زیرا افزون بر اشتراک بسیاری از مباحث در این دو فرض، مسائل خاص تلف قهری نیز به‌صورت ضمنی مورد بررسی قرار گرفته است.

کوتاه سخن اینکه در این مکتوب کوشش شده است که در قالب نقد و بررسی دو رأی از محاکم دادگستری، ابعاد این موضوع و راهکارهای منتخب محاکم و اشکالات و

۱. کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، چاپ دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱، ص. ۱۹۶.

۲. نوبخت، یوسف، اندیشه قضایی، چاپ سوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰، ص. ۲۸۳.

موانع موجود در راه‌حل‌های ارائه شده روشن شده و در نهایت راهکاری که بیشترین قرابت را با اصول و مقررات قانونی دارد، پیشنهاد گردد.

## ۱. شرح ماقع و آراء صادره

### ۱-۱. موضوع دعوا

خلاصه ماجرا از این قرار بوده که یکی از بانک‌های کشور برای احداث شعبه جدید، ساختمانی قدیمی را خریداری و تخریب می‌نماید. به دنبال گودبرداری در زمین متعلق به بانک، مغازه مجاور که ساختمانی قدیمی داشته فرو ریخته و به‌طور کامل ویران می‌شود. مستأجر مغازه اقدام به طرح دعوی به طرفیت بانک می‌کند. دادگاه بدوی با این استدلال که با نابودی مغازه، تنها عین مغازه که متعلق به مالک است نابود شده، نه حق کسب‌وپیشه و تجارت حکم به رد دعوی مستأجر داده چه اینکه آنچه نابود شده و بانک ملزم به جبران آن است، عین مغازه است که مستأجر نسبت به آن حقی ندارد و آنچه به مستأجر تعلق دارد یعنی حق کسب‌وپیشه و تجارت، از میان نرفته تا بتوان بانک را به جبران آن محکوم نمود.

### ۲-۱. رأی دادگاه بدوی

«در خصوص دعوی آقای (ص) به وکالت از سوی آقای (ن) به طرفیت سرپرستی بانک صادرات ... به خواسته مطالبه مبلغ ۲۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت ضرر و زیان وارده با احتساب کلیه خسارات دادرسی بدین نحو که وکیل محترم مذکور اعلام نموده خواننده جهت بازسازی احد از شعبات خود واقع در ...، ساختمان کلنگی را تخریب و به‌منظور احداث بنای جدید در کنار گاراژ عطارها شروع به گودبرداری می‌نماید و پس از خاکبرداری بدون طرح ایمن‌سازی، محل را به صورت گودالی رها نموده و به واسطه بارندگی شدید و جاری شدن آب در محل و ورود به گودال احداثی، موجب تخریب صددرصد مورد اجاره موکل گردیده و از بین رفته است. اولاً در مورد خسارات وارده بر عین مستأجره چون خواهان مالک عین نیست و مستأجر می‌باشد و مستأجر مالک منافع است به فرض ثبوت، مالک عین باید تقاضا نماید به استناد بند ۱۰ ماده ۸۴ ق.آ.د.ع.ا و قسمت اخیر ماده ۸۹ قانون مذکور قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌نماید. ثانیاً در مورد مطالبه سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت با توجه به این که چنانچه اعیانی ملکی که دارای حق سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت است به عللی از بین برود حق سرقفلی و حق کسب‌وپیشه و تجارت از بین نمی‌رود، زیرا در غیر این صورت مالک ملک بلاجهت دارای حق مذکور شده، بدون اینکه وجهی در این مورد به مستأجر

پرداخت کرده باشد. لذا به استناد ماده ۱۹۷ قانون فوق‌الذکر حکم به بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌گردد. ... رأی صادره ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ قابل رسیدگی تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر مرکز استان می‌باشد.»

### ۳-۱. رأی دادگاه تجدید نظر

«تجدیدنظرخواهی آقای (ص) به وکالت از سوی آقای (ن) که بعد از فوت تجدیدنظرخواه توسط وراث وی شخصاً پیگیری شده است از دادنامه شماره ۱۰۲۳-۸۰/۱۲/۵ شعبه ۵ دادگاه عمومی کاشان وارد به نظر می‌رسد زیرا با توجه به رأی شماره ۷۵/۱۱/۴-۸۳۷ شعبه اول محاکم تجدیدنظر استان اصفهان، تجدیدنظرخوانده مسئول ورود خسارت به تجدیدنظرخواه است و با استناد مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی باید این خسارت جبران شود.

مدافعات تجدیدنظرخوانده مبنی بر این که مالک (موجر) مسئول جبران این خسارت (حق کسب‌وپیشه) است وارد به نظر نمی‌رسد، زیرا پرداخت حق کسب‌وپیشه از ناحیه موجر تکلیفی است که قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در مقابل درخواست تخلیه ملک بر عهده موجر گذارده است که در مانحن‌فیه چنین درخواستی از ناحیه موجر به عمل نیامده است.

بنابراین چون کارشناس میزان حق کسب‌وپیشه و تجارت را چهل و پنج میلیون ریال ارزیابی نموده است که اعتراض مؤثری در مرحله بدوی به آن وارد نشده است و اعتراض تجدیدنظرخواه نیز در این مرحله به اساس رأی بوده است و نه به میزان تقویمی حق کسب‌وپیشه و چون لاجرم باید خسارت وارده به متضرر جبران شود و چون با توجه به محتویات پرونده و نظرات کارشناسی در خصوص علت وقوع حادثه که منجر به تخریب صددرصد سه باب مغازه از جمله مغازه‌ای که مرحوم (ن) در آن مستأجر بوده، فعل تجدیدنظرخوانده (کندن گودال برای تأسیس بنا در مجاورت مغازه‌های تخریب‌شده بدون رعایت ضوابط ایمنی) سبب از بین رفتن مغازه‌ای که تجدیدنظرخواه در آن حق کسب‌وپیشه داشته، گردیده است مستنداً به ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته در خصوص رد دعوی مطالبه حق کسب‌وپیشه با قبول دعوی خواهان بدوی در این خصوص، حکم به محکومیت بانک صادرات ... به پرداخت چهل و پنج میلیون ریال بابت خسارت وارده در اثر تخریب مغازه استیجاری مرحوم (ن) در حق ورثه مشارالیه صادر و اعلام می‌گردد. حکم صادره قطعی است.»

## ۲. نقد و تحلیل آرا

### ۲-۱. نقد و بررسی رأی دادگاه بدوی

همان‌گونه که دیدیم موضوع نزاع، تخریب عین مستأجره‌ای است که هم دادگاه بدوی و هم دادگاه تجدیدنظر در انتساب ویرانی آن به عملیات تقصیرآمیز بانک اتفاق نظر دارند. با این وجود می‌بینیم که دادگاه بدوی بانک را به پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت محکوم نمی‌نماید و برعکس دادگاه تجدیدنظر با قاطعیت تمام حکم به محکومیت بانک به پرداخت حق کسب و پیشه در حق مستأجر می‌دهد. با اندک تأملی روشن می‌شود که این اختلاف نظر ریشه در تفاوت بسیار جالب دیدگاه دو دادگاه در مقام تحلیل موضوع و احراز صغرای قیاس قضایی دارد. دادگاه بدوی معتقد است در اثر عملیات بانک تنها یک چیز از بین رفته و آن عین مستأجره است و حق کسب و پیشه مستأجر از بین نرفته تا به دنبال مسئول جبران خسارت ناشی از نابودی آن باشیم. به بیان دیگر از دیدگاه دادگاه بدوی موضوع این پرونده از مقوله اتلاف اعیان است و سایر انواع اتلاف یعنی اتلاف منفعت و اتلاف حق در این پرونده مصداق ندارد. در مقابل، دادگاه تجدیدنظر بدون این که به اختلاف مبنایی خود با دادگاه بدوی اشاره کند، فرض مسأله را بر این قرار داده که در اثر عملیات بانک علاوه بر عین مستأجره، حق کسب و پیشه مستأجر نیز نابود شده و از آن جا که «خسارت وارده به متضرر باید جبران شود» بالطبع باید علاوه بر حکم به جبران خسارت ناشی از عین در حق مالک (در فرض مطالبه مالک)، باید خسارات ناشی از نابودی حق کسب و پیشه نیز مورد حکم قرار گیرد. ممکن است گفته شود که در رأی دادگاه تجدیدنظر اشاره به نابودی حق کسب و پیشه نشده و نمی‌توان چنین چیزی را به دادگاه تجدیدنظر نسبت داد. در این باره باید گفت هرچند در رأی دادگاه تجدیدنظر صراحتاً از نابودی حق کسب و پیشه سخن به میان نیامده اما لازمه قطعی رأی، اعتقاد به نابودی حق کسب و پیشه است. زیرا وقتی سخن از جبران خسارت و استناد به قانون مسئولیت مدنی مطرح است، بدون شک ما در مقام «جبران خسارت» و زیان هستیم و تنها زبانی که می‌توان برای مستأجر در چنین فروضی در نظر گرفت، از دست دادن حق کسب و پیشه و تجارت اوست. مسلماً در مواردی که مستأجر به استناد ق.ر.م.م ۵۶ مجاز در مطالبه حق کسب و پیشه و تجارت است، خواسته وی مطالبه «خسارت» نیست و از همین رو استناد به قانون مسئولیت مدنی نیز توجیه ندارد، بلکه خواسته وی مطالبه حق کسب و پیشه یا به عبارت دقیق‌تر مطالبه قیمت حق کسب و پیشه و تجارت خود است. به عبارت دیگر وقتی سخن از تسبیب یا مسئولیت مدنی است ما با لطمه و خسارت به یک حق مشروع



روبرو هستیم و فرض بقای حق و مطالبه خسارت با یکدیگر غیرقابل جمع است. ممکن است گفته شود مبنای رأی دادگاه تجدیدنظر نه نابودی حق بلکه عدم امکان استفاده از حق بوده است. این توجیه نیز کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا اگر مراد از خسارت ناشی از عدم امکان استفاده از حق، خسارت ناشی از عدم اشتغال در واحد تجاری تا زمان رفع عیب یا بازسازی باشد، این خسارات ربطی به حق کسب‌وپیشه نداشته و معادل حق کسب‌وپیشه و تجارت نیز نمی‌باشد؛ در حالی که دادگاه بانک را به پرداخت حق کسب‌وپیشه محکوم کرده است و اگر مراد از عدم امکان استیفاء از حق، عدم امکان استیفاء از حق کسب‌وپیشه و تجارت برای همیشه باشد، که این امر معنایی جز نابودی حق کسب‌وپیشه ندارد. در ضمن نمی‌توان از یک سو حق کسب‌وپیشه و تجارت را به مستأجر داد و از سوی دیگر قائل به بقای رابطه استیجاری بود. به دیگر سخن اگر رابطه استیجاری مستأجر باقی است، ولو اینکه برای مدتی به دلیل تخریب ملک نمی‌تواند از آن استفاده کند، دیگر دریافت کامل حق کسب‌وپیشه و تجارت فاقد توجیه است. وانگهی تردیدی نیست که دادگاه تجدیدنظر با محکومیت بانک به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مستأجر مغازه ویران شده، حق مستأجر را استیفاء نموده و دیگر برای وی حق مراجعه به موجر برای ادامه رابطه استیجاری یا الزام موجر به بازسازی قائل نیست. کما اینکه از سوی مقابل برای موجر نیز حق مطالبه اجاره‌بها از مستأجر را قائل نیست و این امر معنایی جز این ندارد که از نظر دادگاه تجدیدنظر، رابطه استیجاری خاتمه یافته است.

به هر تقدیر هر چند اختلاف نظر در آراء دادگاه‌ها امر نادر و عجیبی نیست اما این اختلاف را نباید کوچک شمرد. این اختلاف هر چند در بادی نظر به مرحله احراز صغرا و تشخیص موضوع و اصطلاحاً به امور موضوعی مربوط است اما با کمی دقت می‌توان دریافت که ریشه اختلاف در امور حکمی و حقوقی است. برای روشن شدن مطلب رأی دادگاه تجدیدنظر را در قالب یک قیاس قضایی می‌ریزیم:

- خواننده حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر را به واسطه تقصیر خود نابود کرده است (صغری).
- هر کس حق مشروع دیگری را از بین ببرد باید آن جبران کند (م ۱ ق. مسئولیت مدنی) (کبری).
- خواننده باید خسارت ناشی از تلف حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر را جبران کند (نتیجه).

بی‌گمان دادگاه بدوی از حیث کبرا که حکم کلی قانونی است با دادگاه تجدیدنظر اختلاف ندارد. آنچه محل اختلاف است، مرحله تشخیص موضوع یا صغرای قیاس

قضایی است. دادگاه بدوی صغرای قیاس فوق را محقق و ثابت نمی‌داند. به‌زعم وی هرچند مغازه نابود شده اما این نابودی ملازمه‌ای با نابودی حق کسب‌وپیشه مستأجر ندارد و این حق کماکان باقی است. اکنون می‌توان عمق اختلاف را دریافت. درخصوص امر واحد، دادگاهی آن را موجود و دادگاه دیگر معدوم می‌شمارد. این اختلاف به‌خوبی نشان از منقح و روشن نبودن ماهیت و احکام حق کسب‌وپیشه در حقوق ما دارد. در مسأله تخریب خود عین مستأجره، چون مسأله‌ای مربوط به عالم واقع و خارج است، اختلاف توجیهی ندارد. صدق و کذب گزاره حاکی از وجود یا نابودی عین مستأجره (مغازه) در گرو مطابقت آن با عالم خارج است و اختلاف مشرب و مذاق هیچ تأثیری در آن ندارد. اما حق کسب‌وپیشه و تجارت امری است اعتباری و نمی‌توان با نگاه به خارج حکم به بقای یا عدم بقای آن نمود. آنچه موجود یا معدوم بودن یک حق اعتباری را رقم می‌زند شرایط و موانعی است که معتبر برای وجود آن اعتبار کرده است. دقیقاً به همین لحاظ مسأله نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت هرچند ظاهراً امری موضوعی و مربوط به صغرای قیاس قضایی است اما در واقع به دلیل ماهیت اعتباری خود، کاملاً به مسائل حکمی و قانونی وابسته است.

به هر روی، دادگاه بدوی حق کسب‌وپیشه را باقی می‌داند و در مقام استدلال به قاعده دارا شدن غیرعادلانه اشاره می‌کند. دادگاه بدوی معتقد است اگر قرار باشد حق کسب‌وپیشه را از بین رفته بدانیم مالک عین (موجر) بدون اینکه وجهی پرداخته باشد، از حق کسب‌وپیشه برخوردار می‌گردد و مالک ملکی می‌گردد که نه تنها مزاحمی به نام مستأجر را بر خود ندارد بلکه برخوردار از سابقه فعالیت طولانی مستأجر در آن محل نیز می‌باشد. منتهی دادگاه بدوی به لوازم و توالی رأی خود بر بقای حق کسب‌وپیشه و تجارت توجه ننموده و مکانیسم استفاده مستأجر از این حق را معلوم نکرده است. آیا بقای حق به این معنی است که مستأجر می‌تواند فوراً از مالک مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت نماید؟ این احتمال کاملاً بعید است زیرا اولاً موارد تکلیف مالک به پرداخت حق کسب‌وپیشه در قانون احصاء شده و این مورد از آن موارد نیست. ثانیاً بقای حق ملازمه‌ای با امکان مطالبه فوری از مالک ندارد. ثالثاً با این احتمال، نقش عملیات تقصیرآمیز بانک فراموش می‌شود و مالک عین به واسطه تقصیر دیگری مجبور به پرداخت حق کسب‌وپیشه و تجارت می‌گردد.

احتمال دیگر این است که مراد دادگاه بدوی از بقای حق این است که مالک باید مغازه را مجدداً بنا نماید و مستأجر به فعالیت خود در محل بازسازی شده به استناد حق کسب‌وپیشه و تجارت ادامه دهد. این احتمال نیز قابل قبول نیست، زیرا اولاً تکلیف مالک به بازسازی فرع بر بقای رابطه استیجاری است که بنا بر آنچه به تفصیل خواهیم

گفت به شدت محل تردید است. ثانیاً به فرض بقای رابطه استیجاری تکلیف مالک به احداث بنای جدید برای استفاده مستأجر نه تنها مستند به هیچ قانون و قاعده‌ای نیست، بلکه با قیاس اولویت نسبت به مسأله نیاز عین مستأجره به تعمیر اساسی، در فقدان چنین تکلیفی تردید چندانی نمی‌توان کرد، زیرا ق.ر.م.م. مصوب ۵۶ در جایی که رابطه استیجاری مسلماً برقرار است و مالک به حکم قانون مکلف به تعمیرات اساسی است، با ضمانت اجرایی که برای عدم انجام این تکلیف در ماده ۲۱ ذکر می‌کند، عملاً این تکلیف را نفی می‌کند. توضیح اینکه قانون‌گذار پس از این که در صدر ماده ۲۱ موجر را به تعمیرات اساسی تکلیف می‌کند، نهایتاً مقرر می‌دارد که چنانچه موجر اقدام ننماید، ضمانت اجرای آن، تجویز دادگاه به انجام تعمیر اساسی توسط خود مستأجر است و مستأجر صرفاً می‌تواند تا شش ماه اجاره‌بها را بابت تعمیرات اساسی محاسبه نماید و نسبت به مازاد بر آن، ولو مبالغ‌گزافی باشد، حقی بر موجر ندارد. از این حکم به قیاس اولویت قطعی می‌توان برداشت نمود که در فرض تخریب کامل ملک، موجر تکلیفی به بازسازی آن ندارد. ثالثاً تحلیل روابط حقوقی موجر و مستأجر در این فرض با اشکالات جدی روبه‌رو خواهد بود. از یک سو به لحاظ بقای رابطه استیجاری، مستأجر کماکان ملزم به تأدیه اجاره مغازه ویران است و موجر نیز در رأس سه سال می‌تواند به استناد ترقی قیمت‌ها و افزایش هزینه زندگی از حق قانونی خود مبنی بر تعدیل اجاره‌بها استفاده کند. از سوی دیگر بنابر فرض الزام مالک به تجدید بنا، مسأله تأخیر یا عدم اقدام به ساخت، موجب مسئولیت مدنی موجر در قبال مستأجر خواهد بود و طبعاً بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی عدم قدرت مالی موجر بر تجدید بنا موجب سقوط مسئولیت او به جبران خسارت ناشی از تأخیر نخواهد بود زیرا عدم توان مالی موجر عذر عام و نوعی به حساب نمی‌آید و مربوط به شخص اوست، و همچنین احکام دیگری که همگی برای ذه‌نیت حقوق ایران ناآشنا و غیرقابل هضم است.

اما اگر مراد دادگاه از بقای حق این باشد که خود مستأجر می‌تواند رأساً اقدام به احداث بنای جدید نماید تا حق کسب و پیشه‌اش محفوظ بماند، باز مسأله خالی از اشکال نیست. زیرا اولاً همان‌گونه که گفتیم چنین اختیاری فرع بر بقای رابطه استیجاری است که به شدت محل تردید است؛ ثانیاً چنانچه مستأجر از این اختیار استفاده نکرده و تعلل و تأخیر نماید، تعیین تکلیف موجر در چنین اوضاعی بسیار دشوار است و تحلیل روابط آن دو با پیچیدگی‌های فراوان و خلاء قانونی کامل روبه‌رو است. ثالثاً الزام مستأجر به تأدیه اجاره‌بها و حق تعدیل موجر نیز همانند احتمال سابق از احکامی است که علی‌رغم نامعقول بودن از لوازم این فرض است. رابعاً نگاهی اجمالی به قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ نشان می‌دهد که مقنن برای اجاره‌های بدون پایان

و علی‌القاعده طولانی مضمول قانون ۵۶ فقط تا مرز «تکلیف موجر به تعمیرات اساسی» در فرض نیاز عین مستأجره به تعمیر اساسی، پیش رفته و حتی در این فرض نیز که قطعاً رابطه استیجاری باقی است، تنها پس از الزام موجر از سوی دادگاه و تخلف وی از انجام حکم دادگاه، به مستأجر اجازه تعمیر اساسی و محاسبه هزینه‌ها فقط تا سقف ۶ ماه اجاره‌بها را اعطا کرده است. پس به طریق اولی در جایی که اساساً تکلیفی متوجه موجر نیست، نمی‌توان مستقیماً برای مستأجر اجازه تصرف و احداث بنا در ملک غیر قائل شد. به بیان دیگر قانون‌گذار در قانون مصوب ۵۶، علی‌رغم قواعد مسلم اجاره مدنی، به مستأجر اجازه بقای در عین مستأجره را برای مدت نامحدود داده و برای تکمیل و متمیم فایده، موجر را به تعمیرات اساسی نیز ملزم نموده و در صورت تخلف، مستأجر را مجاز شمرده تا برای محافظت از حق کسب و پیشه‌اش عین مستأجره را تعمیر نموده و همچنان سرپا نگه دارد، اما این حکم خلاف قاعده و اصول اولیه تا زمان بقای عین مستأجره امکان دارد و دیگر فرض خرابی عین را در بر نمی‌گیرد و یا دست‌کم شمول آن نسبت به این فرض به شدت مشکوک است. همین امر که قانون‌گذار در قانون ۵۶ از تعمیرات اساسی و حقوق و تکالیف طرفین در این وضعیت سخن گفته ولی از ویرانی عین مستأجره و تکلیف روابط طرفین در صورت حدوث چنین وضعیتی سخن نگفته، خود قرینه مهمی است بر این که از دید نویسندگان قانون ر.م.م در چنین فرضی دیگر رابطه استیجاری از بین رفته و لذا نیازی به ذکر مسائل پس از ویرانی همچون مسؤل بازسازی، نحوه مطالبه هزینه‌ها و مالکیت عین احداث شده و ده‌ها مسأله دیگر نبوده است. سکوت قانون‌گذار در زمینه ویرانی کلی مورد اجاره در حالی که با توجه به بی‌پایان بودن اجاره‌های مضمول قانون ۵۶، فرض ویرانی واحد تجاری فرض نادری نبوده و کاملاً قابل پیش‌بینی بوده است، نشان از تعمد قانون‌گذار در این سکوت دارد. وانگهی موضع‌گیری قانون‌گذار ۵۶ در دو مسأله تقریباً مشابه و بلکه با اولویت کمتر دلالت روشنی بر این دارد که عدم تعرض قانون‌گذار به مسأله تخریب عین مستأجره اتفاقی و مبتنی بر مسامحه نبوده و تمامی احکام و امتیازاتی که قانون‌گذار برخلاف قواعد قانون مدنی برای مستأجر در نظر گرفته ناظر به فرض بقای عین است و پس از نابودی عین، دیگر سخن از رابطه استیجاری و احکام متفرع بر آن فاقد موضوع است. توضیح این که قانون موجر و مستأجر ۵۶ در بندهای ۲ و ۵ ماده ۱۲ هرچند به دو مسأله «حدوث عیب غیرقابل رفع و مانع از انتفاع در عین مستأجره» و مسأله «در معرض خرابی قرار گرفتن عین مستأجره و غیرقابل تعمیر بودن آن» توجه نموده، لکن از این دو مسأله فقط در بحث موارد «حق فسخ» مستأجر یاد کرده و این دو مورد را صرفاً از موارد جواز فسخ عقد اجاره از سوی مستأجر قلمداد نموده است. نکته قابل توجه در

این زمینه این است که حق فسخ یادشده صرفاً مربوط به مقطعی است که مدت مقرر در عقد اجاره منقضی نشده باشد و عقد لازمی چون اجاره بر روابط آن‌ها حکومت می‌کند و لذا قانون‌گذار با جعل حق فسخ برای مستأجر در این دو فرض امکان‌رهایی از این وضع را با امکان فسخ عقد برای وی فراهم نموده است و آلتا پس از انقضاء مدت اجاره، طبق مقررات قانون ر.م.م. ۵۶ مستأجر محدودیتی برای برهم زدن رابطه استیجاری و تخلیه عین ندارد و بر این اساس قانون‌گذار نیازی به مداخله و حمایت از مستأجر احساس نکرده است. از یاد نبریم که قانون‌گذار در این دو فرض حق کسب‌وپیشه و تجارت را برای مستأجر پیش‌بینی نکرده و این امر نشان می‌دهد که خاتمه رابطه استیجاری لزوماً با استحقاق دریافت حق کسب‌وپیشه همراه نیست.

به هر تقدیر همان‌گونه که از ماده ۱۲ برمی‌آید چنانچه مستأجر در ایام اجاره و به طریق اولی پس از انقضاء مدت با حدوث عیب غیرقابل رفع و مانع از انتفاع یا در شرف ویرانی قرارگرفتن واحد تجاری خود روبرو شود، می‌تواند حسب مورد عقد را «فسخ» یا محل را «تخلیه» نماید و از تعهد خود مبنی بر تأدیه اجاره‌بها خلاصی یابد و یا به بقای رابطه استیجاری در این عین معیوب یا در شرف خرابی رضا دهد و به امید فرجی بنشیند؛ اما به هر حال در فرض عدم انتخاب فسخ یا تخلیه، برای مستأجر حقی مبنی بر الزام موجر به تجدید بنا و یا تخریب بنای موجود و احداث بنای جدید در قانون پیش‌بینی نشده است. پس به طریق اولی وقتی عین کاملاً ویران گردیده، دیگر جایی برای الزام موجر یا اجازه مستأجر مبنی بر تجدید بنا وجود ندارد.

و بالاخره اگر به فرض، مستأجر را مجاز در احداث بنای جدید بشماریم یا باید عین را از مالک بدانیم که باز با محذور دارا شدن غیرعادلانه روبرو خواهیم بود و به اصطلاح «کَرَّ علی ما فَرَّ»؛ و اگر اعیانی جدید را متعلق به مستأجر بشماریم اولاً با لحن ماده ۲۰ ق.ر.م.م که در فرض تعمیر اساسی که تکلیف مالک بود، مستأجر را در فرض اقدام به تعمیر صرفاً مستحق محاسبه هزینه‌ها تا حداکثر ۶ ماه اجاره‌بها دانسته بود و نه تنها برای مستأجر حقی نسبت به عین قائل نبود بلکه مطالبه کل هزینه‌ها را نیز اجازه نمی‌داد، ناسازگاری کامل دارد و ثانیاً چنین حکمی مستلزم تجویز احداث بنای متعلق به مستأجر در عرصه متعلق به مالک است بدون این که مستند به دلیل روشن قانونی باشد و یا در حقوق ما چنین چیزی سابقه داشته باشد. وانگهی با حکم به جواز ساخت توسط مستأجر و تعلق آن به خود مستأجر، مسأله خاتمه نمی‌یابد بلکه باب پرسش‌های دشوار در زمینه وضعیت جدید گشوده می‌شود که پاسخ به آن‌ها با توجه به سکوت کامل قانون ۵۶ و ناسازگاری آن با قواعد مسلم حاکم بر قانون مدنی کار بسیار دشواری است. مثلاً اگر عین به مستأجر متعلق باشد آیا او باید کماکان اجاره مغازه را که شامل

عرصه و اعیان است به مالک بپردازد؟ آیا می‌تواند بابت سهم مالکانه‌اش از اجاره‌بها کسر کند؟ آیا می‌تواند عین را بابت اجاره‌بهایی ایام آینده محاسبه و تدریجاً عین را به مالک، علی‌رغم رضای او، تملیک کند؟ اگر مستأجر زمانی به دلیل تغییر شغل مجبور به تخلیه محل شد، رابطه او با صاحب عرصه چه می‌شود؟ آیا پس از تخلیه مغازه، موجر باید اجرت‌المثل استفاده از اعیانی را به مستأجر بدهد؟ یا برعکس آیا پس از تخلیه، مالک می‌تواند قلع بنا را که علت احداث آن، حفظ حق مستأجر بر استمرار رابطه استیجاری بود، تقاضا نماید؟ آیا مسأله تعدی و تفریط در عین مستأجره، در این فرض دیگر قابل استناد نیست؟ اینها و ده‌ها مسأله بغرنج و بی‌پاسخ دیگر حکم می‌کند که عطای این راه‌حل را به لقاییش ببخشیم و برای دستیابی به مصلحتی جزئی نظام حقوقی خود را در هم نریزیم.

## ۲-۲. بررسی و تحلیل رأی دادگاه تجدیدنظر

همان‌گونه که دیدیم دادگاه تجدیدنظر برخلاف دادگاه بدوی، به استناد مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی و نه به استناد موارد جواز مطالبه حق کسب و پیشه که در ق.ر.م.م پیش‌بینی شده است، بانک را به پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر محکوم نموده بود که این امر حکایت از آن دارد که از دیدگاه دادگاه تجدیدنظر حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر در اثر تقصیر بانک، از بین رفته است و بانک باید آن را جبران نماید و نکته دیگری که از این رأی استفاده می‌شود این است که به نظر دادگاه تجدیدنظر با اتلاف عین مستأجره از سوی بانک، عقد اجاره یا رابطه استیجاری مستأجر خاتمه یافته است و دیگر مستأجر حقی بر بقا در عین مستأجره ندارد تا مسائلی چون مسئول بازسازی و تکلیف به پرداخت اجاره‌بها و امثال آن‌ها مطرح گردد.

به تعبیر دقیق‌تر، اساساً علت اینکه دادگاه تجدیدنظر حکم به محکومیت بانک به جبران حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر نموده است، چیزی جز این نبوده که از نظر این دادگاه، عملیات بانک باعث برهم خوردن و ختم رابطه استیجاری گردیده و دیگر مستأجر نمی‌توانسته به استناد حق کسب و پیشه و تجارت به تصرف خود در عین مستأجره ادامه دهد. بدین ترتیب روشن است که قضاوت درباره درستی رأی دادگاه تجدیدنظر در خصوص محکومیت بانک به جبران زیان ناشی از تلف حق کسب و پیشه و تجارت، متوقف بر تأیید مبنای ناگفته رأی یعنی انحلال رابطه استیجاری در فرض اتلاف عین مستأجره است. برای داوری در خصوص رأی دادگاه تجدیدنظر باید این مسأله مبنایی را روشن نماییم که آیا اتلاف عین مستأجره از موجبات انحلال عقد اجاره یا رابطه استیجاری است یا نه؟

متأسفانه قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶، در مسأله تلف یا اتلاف عین مستأجره، و به تبع آن در مسأله وضعیت حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر در این فروع ساکت است. شاید بتوان گفت سکوت قانون ر.م.م، به معنای پذیرش احکام قانون مدنی در زمینه بقای یا عدم بقای اجاره است. آنچه این احتمال را تقویت می‌کند این است که قانون ر.م.م در مقام تقویت و تثبیت وضعیت مستأجر برآمده و بر همین اساس اولاً در طرق فسخ (خيارات) مستقیماً تصرف نموده و مثلاً خیار شرط یا خیار تخلف از شرط فعل را برای موجر شناخته است و بدین تمهید از انحلال اجاره در این موارد جلوگیری کرده است و از سوی دیگر همان‌گونه که دیدیم به دو مورد از موارد بطلان اجاره در قانون مدنی اشاره نموده و برخلاف قانون مدنی این موارد را از موارد جواز فسخ عقد اجاره شمرده است (بند ۲ و ۵ ماده ۱۲ ق.ر.م.م). از این نحوه عملکرد شاید بتوان برداشت نمود که قانون‌گذار تا جایی که برایش ممکن بوده از قانون مدنی منحرف شده و از موارد انحلال عقد اجاره کاسته، اما در سایر موارد که سکوت کرده، قصد انحراف از قواعد مدنی را نداشته است و آلا باید آن‌ها را هم ذکر می‌نمود. بر این اساس بد نیست نگاهی به قانون مدنی در این زمینه داشته باشیم. در قانون مدنی حکم تلف مورد اجاره در مواد ۴۸۳ و ۴۹۶ بیان شده است. بر اساس مواد یادشده با تلف مورد اجاره عقد اجاره باطل یا منفسخ می‌گردد. هرچند قانون مدنی به روشنی به تفکیک مسأله تلف و اتلاف نپرداخته است اما با عنایت به پیشینه روشن فقهی و لحن مواد یادشده تردیدی باقی نمی‌ماند که قانون مدنی نیز همچون قول رایج در فقه<sup>۱</sup> بین اتلاف و تلف تفاوت نهاده و تنها در فرض تلف قهری حکم به بطلان یا انفساخ عقد نموده و مورد اتلاف را از موارد انحلال عقد اجاره شمرده است.<sup>۲</sup> قانون مدنی در ماده ۴۸۳ با استفاده از تعبیر «تلف در اثر حادثه» قرینه روشنی بر مقصود خود یعنی اختصاص حکم ماده به تلف قهری به دست داده است.<sup>۳</sup>

عین عبارت ماده ۴۸۳ ق.م.چنین است: «اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود...». هرچند لحن این ماده، به‌ویژه با توجه به تقابل و تفاوت روشن اصطلاح تلف و اتلاف در حقوق ما و پیشینه مسلم فقهی موضوع، تردیدی در اختصاص حکم انفساخ

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، جلد ۲۷، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا، ص. ۲۷۶؛ طباطبائی

یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه‌الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹، ص. ۵۹۴.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ دهم، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۰، ص. ۵۵.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۹۵ و ۴۳۵؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ

اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۱.

به تلف باقی نمی‌گذارد اما بر فرض آن که برای ماده یادشده مفهوم قائل نباشیم و آن را نسبت به مورد اتلاف ساکت فرض کنیم، باز هم با توجه به این که اسباب انحلال عقد را قانون مشخص می‌کند و مادام که قانون‌گذار امری را به‌عنوان عامل انحلال عقد در نظر نگرفته، چاره‌ای نداریم جز این که در صورت تحقق آن عامل، عقد را باقی بدانیم و به فرض وقوع شک، با اصل استصحاب حکم به بقای عقد نماییم و بر همین اساس چون قانون‌گذار اتلاف مورد اجاره را از اسباب انحلال عقد نشمرده است، باز چاره‌ای جز حکم به بقای عقد در فرض اتلاف نداریم. البته چنانکه برخی از اساتید اشاره نموده‌اند، قانون مدنی در ماده ۴۸۸ به موضوع اتلاف عین مستأجره پرداخته<sup>۱</sup> و با حکم به مسئولیت مُتلف بر جبران اجرت‌المثل منافع، به‌نحوی نه‌چندان روشن، بر بقای عقد اجاره در فرض اتلاف عین مستأجره صحه گذارده است. به موجب این ماده: «اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم مراجعه کند و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند». هر چند این ماده ناظر به اتلاف منفعت است که در اثر مزاحمت ثالث واقع شده است، اما منشأ اتلاف منفعت خصوصی نداشته و اگر اتلاف منافع ناشی از اتلاف عین نیز باشد، تنها از فسخ یا رجوع به ثالث برای جبران اجرت‌المثل منافع می‌توان سخن گفت.

به هر تقدیر با توجه به بقای عقد اجاره در فرض اتلاف، تحلیل روابط طرفین دشوار نیست.

از یک طرف ثالثی که عین مستأجره را تلف کرده، در مقابل مالک عین، ضامن مثل یا قیمت عین است و از طرف دیگر در مقابل مستأجر، ضامن اجرت‌المثل منافع تالفه یعنی منافع باقی‌مانده تا انتهای مدت اجاره است و بالاخره به دلیل بقای عقد اجاره، مستأجر نیز کماکان باید اجرت‌المسمی را تا انقضای مدت اجاره به موجر بپردازد. اما آیا این احکام معقول و قابل اجرا را می‌توان در اجاره‌های مشمول قانون ر.م.م نیز اعمال نمود؟ برای پاسخ منفی تأمل چندانی لازم نیست. زیرا اگر در اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ بخواهیم احکام قانون مدنی را اجرا کنیم، با نتایج کاملاً نامعقول و غیرقابل قبولی روبه‌رو می‌شویم که نه منطق عرف و نه منطق حقوق آن را تأیید نمی‌کند. همان‌گونه که می‌دانیم، بر اساس قانون ۵۶ رابطه استیجاری با انقضاء مدت اجاره پایان نمی‌پذیرد و برای آن فرجام و سرانجام مشخصی نمی‌توان معین نمود و



چنانچه با مانع خاصی روبه‌رو نشود، این رابطه علی‌الدوام به حیات خود ادامه می‌دهد. حال تصور کنید که ثالثی مغازه استیجاری را تخریب نموده است. حکم به محکومیت ثالث به جبران خسارت عین در حق مالک با مشکلی روبه‌رو نیست اما از جهت منافع، ثالث باید اجرت‌المثل را از زمان تخریب به بعد به مستأجر بپردازد و از طرف دیگر مستأجر نیز به لحاظ بقای رابطه استیجاری کماکان باید حسب مورد اجرت‌المسمی یا معادل آن را به موجر پرداخت نماید و این وضعیت ناهنجار و مضحک می‌تواند بدون پایان مشخصی برای همیشه ادامه پیدا کند و این وضعیتی است که قطعاً نمی‌تواند مقصود قانون‌گذار بوده باشد.

روشن است که علت عدم امکان اجرای حکم قانون مدنی در اینجا، تغییراتی است که قانون‌گذار ۵۶ در عقد اجاره سنتی داده است و بر اساس آن عقد اجاره را از قالب یک عقد موقت خارج نموده و آن را به رابطه‌ای مستمر که انجام و فرجام مشخصی ندارد تبدیل نموده است و طبیعی است که با این تفاوت مهم، قیاس این دو اجاره به یکدیگر و تحمیل و سرایت احکام یکی بر دیگری قیاس مع‌الفارق بوده و در برخی موارد نتایج نادرست و غیرقابل‌پذیرشی را موجب خواهد شد.

بنابراین اگر حق کسب‌وپیشه و تجارت به حق بقای مستأجر در عین مستأجره یا به تعبیر برخی اساتید به حق تقدم و تمديد اجاره توسط مستأجر تحلیل شود،<sup>۱</sup> تردیدی در ملازمه آن با وجود عین و وجود رابطه استیجاری باقی نمی‌ماند و خاتمه رابطه استیجاری معنایی جز عدم حق کسب‌وپیشه و تجارت نخواهد داشت. ممکن است گفته شود حق کسب‌وپیشه یک امر اعتباری است و تلف خارجی عین مستأجره نمی‌تواند این موجود اعتباری را از میان ببرد. در پاسخ به این شبهه باید گفت درست است که تلف خارجی تنها در خصوص اموال خارجی امکان تصور دارد اما مراد ما از تلف حق کسب‌وپیشه در اثر تلف عین مستأجره، انتفای این حق به تبع انتفای موضوع است نه تلف مستقیم نفس حق. برای تقریب به ذهن می‌توان مالکیت یا حق انتفاع نسبت به یک عین خارجی را مثال زد. چنانچه اتمبیلی که موضوع مالکیت یا حق انتفاع است در اثر حادثه‌ای تلف شود، هر چند تلف، مستقیماً مالکیت یا حق انتفاع را از میان نمی‌برد اما بی‌گمان با تلف مال خارجی، حق بلاموضوع شده و از باب فقدان موضوع بالتبع از بین می‌رود. به دیگر سخن هر چند مالکیت و حق انتفاع از امور اعتباری‌اند و با حوادث عالم خارج نسبت مستقیمی ندارند اما به‌هر حال اگر موضوع آن‌ها که یک موجود واقعی و خارجی است از میان برود، ناگزیر این حقوق اعتباری که به این مال

۱. کاتبی، پیشین.

تعلق گرفته بود نیز از میان می‌رود و حسب مورد موجب مسئولیت مدنی و ضمان یا انتفای تعهد یا عقد و امثال آن می‌گردد.

آخرین نکته‌ای که در خصوص رأی دادگاه تجدیدنظر ممکن است به ذهن خطور نماید این است که با توجه به معین بودن موارد تعلق حق کسب و پیشه و تجارت در ق.ر.م.م، حکم به پرداخت این حق به مستأجر در خارج از موارد مذکور چگونه توجیه می‌شود. پاسخ این شبهه دشوار نیست، زیرا هرچند موارد مذکور در قانون ۵۶ جنبه حصری دارد و نمی‌توان با وحدت ملاک و امثال آن بر تعداد آن‌ها افزود و این امر به صراحت در رأی اصراری دیوان عالی کشور به شماره ۱۹-۷۴/۴/۲۰-۱۹ به اتفاق آراء مورد تأیید قرار گرفته است، اما نباید از یاد برد که آنچه در قانون آمده مواردی است که مالک در قبال تقاضای تخلیه ملک مکلف به تأدیه حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر است در حالی که مسأله ما مسأله اتلاف حق کسب و پیشه و تجارت و جبران خسارت ناشی از نابودی آن است. به بیان دیگر در اینگونه موارد موضوع خواسته به معنای دقیق کلمه نه «مطالبه حق کسب و پیشه» بلکه «مطالبه خسارت ناشی از اتلاف حق کسب و پیشه» است. در موارد مذکور در قانون، حق از بین نرفته بلکه با پرداخت قیمت آن از سوی مالک، به ارقام دارایی مالک افزوده و منتقل می‌شود و در مالکیت عین مضمحل می‌گردد، در حالی که در مسأله ما این حق از بین رفته و ما در مقام جبران زیان ناشی از اتلاف آن هستیم. بدین ترتیب ما در این جا با مقوله اتلاف حق روبرو هستیم و از این رو ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به روشنی آن را در بر می‌گیرد و لذا استناد دادگاه تجدیدنظر به ماده ۱ و ۳ قانون مسئولیت مدنی کاملاً موجه و قابل قبول است. رأی اصراری شماره ۶-۱۳۷۷ دیوان عالی کشور نیز این تحلیل را تأیید می‌کند. این رأی در خصوص حق کسب و پیشه و تجارت بوفه یک سینما که در اثر حریق از بین رفته و مالک (بنیاد مستضعفان)، محل سینما را تبدیل به یک باشگاه ورزشی نموده بود صادر شده است. دادگاه بدوی به استناد مواد ۱ و ۲ ق. مسئولیت مدنی، مالک را محکوم به پرداخت حق کسب و پیشه به مستأجر نموده بود و شعبه سوم دیوان در مقام رسیدگی تجدیدنظر، به این دلیل که اولاً خواسته مطالبه حق کسب و پیشه بوده نه مطالبه خسارت و لذا استناد به ق. مسئولیت مدنی وجاهت ندارد و ثانیاً به دلیل حصری بودن موارد تعلق حق کسب و پیشه رأی دادگاه بدوی را نقض کرده بود. با اصرار شعبه بدوی و طرح موضوع در هیأت عمومی نهایتاً اکثریت اعضاء رأی شعبه بدوی را که به استناد به مواد ۱ و ۲ ق. مسئولیت مدنی حکم به پرداخت حق کسب و پیشه برای مستأجر داده بود، تأیید کرده و به طور ضمنی اولاً بر انحلال عقد در اثر اتلاف عین مستأجره و ثانیاً بر

نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت و لزوم جبران خسارت ناشی از تلف آن از باب مسئولیت مدنی صحه گذاشته‌اند.

### ۳. دشواری‌های خاص فرض تلف قهری

چنان‌که دیدیم در فرض اتلاف مورد اجاره، هرچند مستأجر از ادامه رابطه استیجاری محروم می‌گردید اما با امکان مطالبه خسارت ناشی از نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت، ماجرا به سرانجام قابل قبولی می‌انجامید اما این فرجام نسبتاً شیرین در فرض تلف قهری قابل دسترس نیست. زیرا از یک سو حکم به بقای رابطه استیجاری با همه اشکالاتی که در نقد رأی دادگاه بدوی از حیث بازسازی عین و مسائل پیرامون آن مطرح نمودیم روبرو خواهد بود و از سوی دیگر حکم به انحلال اجاره و ختم رابطه استیجاری اگر چه موجب هماهنگی ق.م.م با قانون مدنی می‌گردد اما نه تنها مستأجر را از بقای در عین محروم می‌سازد بلکه از حیث مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت در وضعیت وخیم‌تری قرار می‌دهد. زیرا در فرض تلف قهری و حکم به انحلال رابطه استیجاری، مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت نه در قالب موارد مندرج در ق.م.م می‌گنجد و نه پای عامل اتلاف در میان است تا بتوان از باب قواعد مسئولیت مدنی، دست‌کم خسارت ناشی از فقدان حق کسب‌وپیشه و تجارت را جبران نمود. این نکته را نیز بیفزاییم که برخلاف مورد اتلاف، قانون مدنی در فرض تلف، حکم به انحلال اجاره نموده و از این جهت احتمال پذیرش حکم قانون مدنی از سوی قانون‌گذار ۵۶ و تفسیر سکوت ق.م.م در همین راستا احتمال بعیدی نیست.

با توجه به فراوانی فرض تلف قهری ناشی از زلزله، سیل، بمباران و یا فرسودگی مغازه، نسبت به فرض اتلاف، رویه قضایی به کرات با این مسأله مواجه شده و هر بار به طریقی کوشیده است از نابودی حقوق مستأجر جلوگیری نماید.

برخی از قضاات به منظور جلوگیری از محرومیت مستأجر از حق کسب‌وپیشه و تجارت، حکم قانون مدنی مبنی بر انحلال در فرض تلف قهری را از اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ منصرف دانسته‌اند.<sup>۱</sup> برخی از نویسندگان به این تحلیل اعتراض نموده و معتقدند این قضاات دامنه شمول و قدرت قاهره ق.م.م ۵۶ را بیش از حد قابل قبول توسعه داده‌اند، زیرا وجود رابطه استیجاری با بقای عین ملازمه دارد.<sup>۲</sup> این راه‌حل صرف‌نظر از فقدان پشتوانه قانونی، از حیث قواعد حاکم بر روابط طرفین پس از تلف با مشکلات فراوان روبرو است که در بخش نخست این نوشتار به آن‌ها اشاره نمودیم.

۱. نوبخت، پیشین، ص. ۲۸۲.

۲. کشاورز، پیشین، ص. ۱۹۷.

برخی دیگر از قضاات با تمهیدی کوشیده‌اند خروج از شمول حکم قانون مدنی را بر دلیلی استوار سازند. اینان مدعی شده‌اند چون عین مستأجره در قانون ر.م.م عبارت از مغازه است و با حوادثی که ذکر شد، صرفاً اعیانی تخریب می‌گردد و عرصه برجای خود باقی است، پس این موارد اساساً مصداق تلف به حساب نمی‌آیند.<sup>۱</sup> این تمهید مصلحت‌جویانه نیز گره‌گشا نیست، زیرا اولاً مانند مورد قبل، از حیث وضعیت پس از تلف اعیان با خلأ کامل قانونی و پیچیدگی‌های فراوان روبرو است و ثانیاً انهدام مغازه یا خانه همواره در متون فقهی و حقوقی به‌عنوان نمونه‌های تلف ذکر شده‌اند و سلب عنوان تلف از مغازه‌ای که در اثر زلزله کاملاً ویران شده، با ادبیات حقوقی ما و منطق عرف ناسازگار است. ثالثاً برای حکم به انحلال اجاره، تلف کامل ضرورت ندارد و همین قدر که عین از قابلیت انتفاع موردنظر در عقد اجاره خارج شود، اجاره منحل می‌گردد. رابعاً در فروض مورد بحث اگر تلف کلی صدق نکند، قطعاً تلف بعضی صادق است و طبق ماده ۴۸۳ ق.م.تلف جزئی نیز موجب بطلان جزئی اجاره می‌گردد. نتیجه‌ای که از سوی این گروه قابل قبول نیست.

پاره‌ای دیگر از قضاات بین موردی که مستأجر بتواند از عرصه استفاده کند یا نتواند تفکیک نموده و در فرض امکان انتفاع از عرصه، رابطه استیجاری را برقرار می‌دانند و در فرض عدم امکان انتفاع، حکم قانون مدنی را جاری می‌دانند. منتهی با این تکمله که پس از انحلال اجاره، مالک باید حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر را جبران نماید.<sup>۲</sup>

این دیدگاه نیز قابل انتقاد است، زیرا به فرض که مستأجر بتواند از عرصه نیز استفاده کند، اما این مقدار برای تصحیح رابطه استیجاری و حفظ آن کافی نیست. زیرا مراد از انتفاع در مبحث اجاره، انتفاع مقصود بالاچاره است نه مطلق انتفاع و لذا اگر مستأجر مغازه را برای پیتزافروشی اجاره نموده و اکنون با ویرانی آن می‌تواند برای دست‌فروشی و پهن کردن بساط از آن استفاده کند، نمی‌توان گفت عین مستأجره از قابلیت انتفاع خارج نشده است. انتقاد مهم‌تری که به این دیدگاه وارد است این است که بدون توجیه و استناد روشن، حق مطالبه حق کسب و پیشه و تجارت را به مستأجر عطا نموده است و این در حالی است که پیش‌تر گفتیم موارد امکان مطالبه حق کسب و پیشه مستأجر از مالک در قانون احصاء شده و قابل سرایت و تعمیم به موارد دیگر نیست.

۱. نوبخت، پیشین.

۲. همان.

برخی از نویسندگان برای اثبات امکان مطالبه حق کسب‌وپیشه از سوی مستأجر به رغم عدم تصریح قانون‌گذار، چنین استدلال کرده‌اند که هر وجود حق کسب‌وپیشه در فرض تلف عین مستأجره از موارد مصرح در قانون نیست اما تلف عین مستأجره از موارد سقوط حق کسب‌وپیشه نیز به شمار نیامده است و بنابراین موجبی برای سقوط این حق وجود ندارد.<sup>۱</sup> این نحو استدلال قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا حق کسب‌وپیشه و تجارت حقی است که ق.ر.م.م آن را اعتبار و ایجاد نموده و عدم نفی آن توسط قانون‌گذار برای اثبات وجود آن کافی نیست بلکه وجود این حق است که محتاج تصریح است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۹ مورخ ۱۳۷۴/۴/۲۰ که به اتفاق آراء تصویب گردیده تصریح می‌نماید: «صدور حکم به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت فقط در موارد مذکور در ذیل ماده ۱۵ و تبصره ذیل ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ تجویز گردیده و حکم به پرداخت آن در غیر موارد منصوص فاقد توجیه قانونی است».

وانگهی چنانکه اشاره شد قانون‌گذار ۵۶ در مورد عیب غیرقابل رفع یا در شرف خرابی بودن مورد اجاره که از قضا به موضوع تلف عین مستأجره شباهت بسیار دارد، تنها برای مستأجر حق فسخ یا تخلیه عین مستأجره را در نظر گرفته است، بدون اینکه برای مستأجر در این موارد حق مطالبه حق کسب‌وپیشه و تجارت در نظر گیرد. به دیگر سخن در نظر گرفته نشدن حق کسب‌وپیشه و تجارت برای مستأجر حتی در مواردی که هیچ تقصیری متوجه مستأجر نبوده است، در ق.ر.م.م امری بی‌سابقه نیست و انتفای رابطه استیجاری بدون حق کسب‌وپیشه و تجارت را نباید امری ناممکن و خلاف قانون ق.ر.م.م تلقی نمود.

در این میان، اداره حقوقی قوه قضاییه نیز بیکار ننشسته و در دو نظریه به شماره‌های ۷/۳۴۳۷ مورخ ۶۹/۸/۲۹ و نظریه ۷/۶۵۶۴ مورخ ۷۲/۹/۲۵ گرچه به طور ضمنی انحلال اجاره در فرض تلف را پذیرفته اما ویرانی در اثر بمباران و موشک‌باران را مصداق اتلاف قلمداد نموده نه مصداق تلف. روشن است که این نظریه‌ها اولاً برای ویرانی ناشی از حوادث طبیعی چاره‌ای نیندیشیده و صرفاً به کار مستأجران مغازه‌های ویران‌شده در اثر حوادث جنگی می‌آید. ثانیاً براساس آنچه گفتیم در فرض اتلاف اگر رابطه را باقی بدانیم طریق روشنی برای بازسازی مجدد نداریم و بالاخره با توجه به بقای رابطه استیجاری، علاوه بر تکلیف مستأجر به پرداخت اجاره‌بها، دلیلی بر مطالبه حق کسب‌وپیشه و

تجارت از سوی مستأجر وجود ندارد، زیرا به حسب فرض رابطه استیجاری باقی است و حق کسب و پیشه و تجارت نیز بر جای خود است و از بین نرفته و یا به مالک منتقل نشده تا مطالبه آن وجهی داشته باشد.

آخرین اشکالی که بر این نظریه‌ها وارد است این است که هرچند در حوادثی همچون بمباران، عامل انسانی دخالت دارد اما در حقوق ما موارد این‌گونه در حکم تلف تلقی می‌شوند. به عنوان مثال در باب قاعده تلف مبیع قبل از قبض بسیاری از فقها<sup>۱</sup> و حقوق‌دانان<sup>۲</sup> تصریح نموده‌اند که سرقت و نهب نیز در حکم تلف است و موجب انفساخ عقد می‌شود و هیچ کس به این ادعا که در سرقت و نهب پای عامل انسانی در میان است، حکم به صحت بیع و رجوع مشتری به سارق یا راهزن ننموده است.

با این‌همه اگر از تمامی این اشکالات با مسامحه بگذریم و بخواهیم برای حفظ حق مستأجر نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت تمهید و تدبیری بیاندیشیم شاید یکی از راه‌ها این باشد که بگوییم با برقراری عقد اجاره مشمول قانون ۵۶ حقی برای مستأجر نسبت به بقای در عین مستأجره به وجود آمده و هرچند با تلف عین مستأجره مغازه به معنای دقیق کلمه وجود ندارد اما چون قانون‌گذار صراحتاً تلف مورد اجاره را از اسباب ختم رابطه استیجاری نشمرده و از سوی دیگر در فروض مورد بحث، عرصه کماکان باقی است، مادام که مستأجر محل را تخلیه ننموده و از حق خود اعراض نکرده است، حق کسب و پیشه و تجارت او باقی است. لکن باید توجه داشت که چون این راه‌حل بر فرض بقای رابطه استیجاری استوار شده است، مستأجر هرچند نمی‌تواند از عین بهره سابق را ببرد و یا آن را مجدداً احداث نماید، اما به هر حال باید کماکان اجاره‌بها را به موجر پرداخت نماید و به امید روزی بنشیند که مالک از این وضع خسته شده و تقاضای تخلیه ملک را بنماید و مستأجر نیز تخلیه را منوط به دریافت حق کسب و پیشه و تجارت نماید.

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد ۶، چاپ اول، نشر کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص. ۲۷۳.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص. ۱۹۸.

## نتیجه‌گیری

گفتیم که بر خلاف قانون مدنی که حکم تلف و اتلاف عین مستأجره را بیان نموده، در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ این موضوعات به سکوت برگزار شده است. این سکوت، موجب ابهام در وضعیت حق کسب‌وپیشه و تجارت در چنین فروضی گردیده است. محاکم در برخورد با موضوع اتلاف عین مستأجره، دو رویکرد مختلف اتخاذ کرده‌اند: برخی بر بقای حق کسب‌وپیشه حتی در فرض اتلاف عین پای فشرده و برخی دیگر حق را به تبع نابودی عین، تلف شده تلقی و عامل تلف را به جبران آن محکوم کرده‌اند. به نظر می‌رسد مادام که ماهیت حق کسب‌وپیشه و تجارت روشن نشود، بحث‌ها سودی نخواهد بخشید. به نظر می‌رسد عنصر اساسی و مقوم ذاتی حق کسب‌وپیشه و تجارت، «حق بقای مستأجر در عین حتی پس از انقضای مدت اجاره» و به تعبیر دیگر «عدم امکان تخلیه مستأجر پس از انقضای مدت اجاره» است. بر خلاف آنچه مرسوم است، «حق بر مشتریان» و تعابیری از این دست، نمی‌تواند نشانگر ماهیت حق کسب‌وپیشه و تجارت باشد و از مقومات ماهوی این حق به حساب نمی‌آید و حد اکثر در تعیین میزان حق کسب‌وپیشه مؤثر است نه در اصل تحقق آن.

بر اساس این تحلیل حق کسب‌وپیشه و تجارت و حق سرقفلی از حیث ماهیت به یکدیگر نزدیک می‌شوند و تفاوت عمده آن‌ها در منشأ حق خلاصه می‌شود. به این معنا که حق کسب‌وپیشه و حق سرقفلی، هر دو حق بقای در عین پس از انقضای مدت اجاره‌اند، با این تفاوت که مبنای حق نخست، حکم آمره قانون‌گذار ۱۳۵۶ و مبنای حق بقای در سرقفلی، تراضی اولیه طرفین و انتقال این حق از سوی موجر به مستأجر است و دقیقاً به دلیل همین اختلاف مبناست که در فقه، باقی ماندن مستأجر به استناد حق کسب‌وپیشه و تجارت را نامشروع می‌شمارند و در مقابل در جواز بقای مستأجر به استناد حق سرقفلی تردید روا نمی‌دارند.

اکنون با این مقدمه پرسش اصلی را مجدداً مطرح می‌کنیم: آیا پس از اتلاف واحد تجاری، حق و کسب‌وپیشه و تجارت به معنای حق بقای مستأجر در عین مستأجره، باقی است یا از میان می‌رود؟ پاسخ به این پرسش در گرو پاسخ به پرسش مبنایی‌تری است که قانون اصلی بحث در آن نهفته است و آن پرسش این است که آیا بین انحلال رابطه استیجاری و نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت و یا برعکس بین بقای حق کسب‌وپیشه و استمرار رابطه استیجاری تلازم وجود دارد یا خیر؟ به دیگر سخن نمی‌توان حکم به انحلال رابطه استیجاری داد و در عین حال مستأجر را واجد حق کسب‌وپیشه و تجارت به معنای حق بقای در عین مستأجره یا حق تمدید یا اولویت در

اجاره دانست و از سوی مقابل نمی‌توان در عین حکم به بقای حق کسب‌وپیشه و تجارت به معنای استحقاق بقای در عین، رابطه استیجاری را خاتمه یافته تلقی نمود. به عبارت بهتر حق کسب‌وپیشه و تجارت، حقی عینی است که به تبع یک رابطه استیجاری برای مستأجر قابل تصور است و نمی‌توان فرض حالتی را نمود که رابطه استیجاری گسیخته شده ولی مستأجر پیشین کماکان حق بقای در عین را داشته باشد و باز به بیان دیگر حق کسب‌وپیشه و تجارت حقی است که از استحکام و قابلیت تداوم رابطه استیجاری انتزاع می‌شود و نوعی ویژگی و امتیاز برای یک رابطه استیجاری محسوب می‌شود.

گفته شد که قانون مدنی به تبع قول رایج در فقه، بین اتلاف و تلف تفاوت نهاده و بر خلاف فرض تلف، در فرض اتلاف عقد را پا برجا می‌داند. توجیه حکم قانون مدنی به این صورت است که با توجه به تملیکی بودن عقد اجاره، مستأجر به محض عقد مالک کل منافع شده و اکنون با اتلاف عین مستأجره توسط ثالث، افزون بر عین، منافع باقیمانده که متعلق به مستأجر بوده نیز از میان رفته و از این رو ثالث باید افزون بر جبران خسارت عین، اجرت‌المثل منافع فائده را نیز بپردازد و البته مستأجر نیز به دلیل بقای عقد، همچنان باید اجرت‌المسمی را تا انقضای مهلت اجاره به مالک پرداخت کند. دیدیم که اجرای این حکم معقول یعنی حکم به بقای اجاره، در اجاره‌های مشمول قانون ۵۶ که رابطه استیجاری پایان مشخصی ندارد به چنان نتایج نامعقولی می‌انجامد که در کنار نهادن آن نباید تردید نمود و چاره‌ای جز حکم به انحلال اجاره در فرض اتلاف مورد اجاره وجود ندارد. به عنوان مثال، اتلاف کننده (ثالث) باید برای همیشه به مستأجر اجرت‌المثل بدهد و مستأجر نیز برای همیشه به مالک اجرت‌المسمی بپردازد! اکنون اگر مبنای انحلال اجاره در صورت اتلاف را بپذیریم با توجه به فرض تلازم بین انحلال رابطه استیجاری و نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت، ناگزیر باید دیدگاه کسانی را ترجیح دهیم که معتقدند با اتلاف مورد اجاره، حق کسب‌وپیشه و تجارت مستأجر نیز نابود شده و در نتیجه شرایط مسئولیت مدنی ثالث برای جبران این حق فراهم می‌گردد. پس بطور خلاصه چون در فرض اتلاف، رابطه استیجاری منحل می‌شود و در نتیجه انحلال اجاره، حق بقای مستأجر در عین مستأجره، از میان می‌رود و مالک نیز تکلیفی به پرداخت آن به مستأجر ندارد، باید پذیرفت که مستأجر این حق را از دست داده است و از سوی دیگر چون فعل ثالث موجب ویرانی عین و به تبع موجب نابودی حق کسب‌وپیشه و تجارت گردیده، شرایط استناد به ضمان ناشی از اتلاف و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی فراهم است و ثالث باید هزینه فعل زیان‌بار خود را که از جمله آن جبران خسارت ناشی از نابودی حق کسب‌وپیشه مستأجر است، تحمل نماید.



مسأله تلف قهری عین مستأجره، بغرنج‌تر از فرض اتلاف است. چه در فرض اتلاف، مستأجر خسارت ناشی از ازدست دادن حق کسب‌وپیشه خود را از ثالث دریافت می‌کرد اما در این فرض نه ثالثی در کار است و نه می‌توان مالک را مجبور به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مستأجر نمود. زیرا اولاً از ناحیه موجر خطایی سر نزده و از سوی دیگر موارد الزام موجر به پرداخت حق کسب‌وپیشه به مستأجر به صورت حصری در قانون پیش‌بینی شده و این مورد از جمله آنان نیست. بنابراین دو راه بیشتر قابل تصور نیست: یا اینکه اجاره را همچون اجاره‌های مشمول قانون مدنی منحل و منفسخ بدانیم که نتیجه آن محرومیت مستأجر از حق کسب‌وپیشه است و گناه آن را باید به گردن سرنوشت و حوادث طبیعی انداخت؛ چنانکه مالک نیز برای تلف مغازه خود به کسی نمی‌تواند مراجعه کرده و تنها باید از بخت بد خویش بنالد. راهکار دوم که خالی از تکلف نیست این است که در فرض تلف قهری، همانند مورد عیب غیرقابل رفع و در شرف خرابی بودن مورد اجاره، عقد را منحل شده تلقی نکرده و تنها برای مستأجر حق فسخ قائل باشیم و معتقد باشیم هر چند موجر تکلیفی به بازسازی عین ندارد و مستأجر نیز چنین حقی ندارد اما با وجود این، به دلیل عدم فسخ و انحلال عقد، وجود و بقای حق مستأجر بر عین، مزاحم و مانعی برای تصرفات آتی موجر است و موجر اگر بخواهد روزی در ملک خود تصرفی نماید باید رضایت مستأجر را که به حسب فرض حق بقای او در عین همچنان باقی است، تحصیل نماید. روشن است که لازمه فرض بقای رابطه استیجاری، استحقاق موجر نسبت به اجاره‌بها است و البته مستأجر نیز می‌تواند بجای اجاره پرداختن و انتظار زمانی که موجر به تنگ آمده و به سراغ وی می‌آید، برای معاف شدن از پرداخت اجاره‌بها، به اختیار خود ملک را در اختیار موجر قرارداد و رابطه استیجاری را یک‌طرفه خاتمه بخشد. همچنان که در سایر موارد نیز قانون‌گذار ۵۶ این حق را برای مستأجر شناخته که پس از مدت اجاره، هر زمان بخواهد ملک را تخلیه کرده و بصورت یک‌طرفه رابطه استیجاری را خاتمه بخشد.

## منابع

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ دهم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ اول، نشر کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹.
- خمینی (امام)، سیدروح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، موسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴.
- سیفی زیناب، غلامعلی، سرقفلی در حقوق ایران، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۰، ۱۳۶۹.
- صدرزاده افشار، سیدمحسن، حق کسب یا پیشه یا تجارت و ضوابط آن در حقوق فرانسه، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۲، ۱۳۵۷.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، چاپ دوم، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
- عبدی پور، ابراهیم، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مجله فقه و حقوق، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۶.
- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، جلد ۱، نشر دانشگاهی، ۱۳۶۵.
- کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۷.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین: معاملات معوض و عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴.
- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، چاپ دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- نوبخت، یوسف، اندیشه قضایی، چاپ سوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.