

امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی بعد از انقضاء مدت اجاره^۱ (بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی ماده ۵۰۴ قانون مدنی)

محمدباقر عامری نیا^۲

گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران.

چکیده

ماده ۵۰۴ قانون مدنی، اجاره زمین را برای مدت معین حتی در فرضی که مستأجر احداث بنا یا غرس اشجار بنماید و این مستحدثات به نحوی باشد که تا مدتها بعد از انقضاء مدت اجاره باقی می ماند نافذ دانسته است. این ماده قانونی در خصوص عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی در ظرف زمانی مدت اجاره و نیز نسبت به امکان مطالبه اجره المثل برای موجر، در صورت ادامه تصرفات مستأجر و همینطور برای مستأجر در فرض باقی ماندن اعیانی بدون تصرفات وی، ابهام یا اشکال مبنایی ندارد؛ لیکن در خصوص امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع بعد از انقضاء مدت اجاره، صراحتی ندارد؛ بلکه تلقی مشهور این است که ظهور در عدم امکان اجبار دارد. مطالعه پیش رو، امکان اجبار را به لحاظ مبنایی، موافق موازین فقهی و حقوقی می داند و می کوشد تا با تجزیه و تحلیل ساختاری این ماده، مفاد آن را با نظریه‌ی امکان اجبار سازگاری دهد. تحلیل زبانی ماده ۵۰۴، استصحاب آثار مالکیت موجر، قاعده تسلط، استفاده از ملاک ماده ۵۴۰ قانون مدنی، از جمله مستندات اثباتی نظریه‌ی مزبور می باشند؛ همچنان که قاعده اذن، قاعده لاضرر و مقوله حق ریشه به عنوان دلایل نظریه‌ی عدم امکان اجبار، در این پژوهش مورد نقد قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: اجاره، مستأجر، امکان اجبار، قلع اعیانی.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۱/۱۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۳/۱۵
۲. پست الکترونیک: mohamadamerinia@gmail.com

مقدمه

یکی از عقودی که در روابط حقوقی افراد تمامی کشورها از جمله کشور ما رواج دارد، عقد اجاره است. عقد اجاره از جمله عقود معین لازم و دارای شرایط و آثار مشخص است و در کلیت شروط و آثار آن اختلاف و ابهام چندانی بین حقوقدانان وجود ندارد. عقد اجاره در فصل چهارم قانون مدنی و در قالب ۵۱ ماده مطرح و عمده مقررات مربوط به آن در همین مواد آمده است.

یکی از این مواد، ماده ۵۰۴ آن است. این ماده به شرحی که خواهیم گفت، متضمن چند حکم روشن است. لیکن از نقطه نظر امکان یا عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع مستحدثات (اشجار یا بنای ایجادشده توسط مستأجر) پس از انقضاء مدت اجاره، از شفافیت لازم برخوردار نیست؛ از همین روی، مورد بحث و گفتگوهای نظری قرار گرفته و قضات نیز در چگونگی استناد به آن دچار مشکل شده‌اند.

به نظر می‌رسد مشکل این ماده را می‌توان با بازخوانی و بررسی مبانی فقهی آن حل کرد در همین راستا پژوهش حاضر با نگاهی کاربردی و با رویکرد فقهی و مبنایی، صورت می‌گیرد.

ماده ۵۰۴ مقرر می‌دارد: «هر گاه مستأجر به موجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضاء مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند، موجر حق مطالبه اجرت‌المثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف موجر باشد، مستأجر حق مطالبه اجرت‌المثل بنا یا درخت را خواهد داشت.»

مهم‌ترین مشکل موجود در این ماده این است که دو حق مالکانه (حق موجر بر عرصه و حق مستأجر نسبت به اعیانی) در به هم گره خورده و با هم برخورد پیدا می‌کنند. قانون‌گذار، هم آمده قرار داد خصوصی بین موجر و مستأجر را به نحوی که در ماده آمده و نتیجه حاصله از آن را که در نهایت برخورد دو حق با هم هست را محترم و نافذ شمرده! و هم مطالبه اجرت‌المثلی که فاقد منشأ قراردادی و بلکه حقوقی است را برایشان محفوظ و موجّه دانسته است! مشکل دیگر در این ماده این است که چگونگی تصرف مستأجر و نیز مالک را بعد از انقضاء مدت اجاره (در فرض تصرف) مشخص نکرده و حدود آن را معلوم نکرده است که این نیز در خور مطالعه ای شایسته و جداگانه است.

اشکال این ماده در صورتی که نتوانیم امکان اجبار مستأجر را به قلع و قمع اعیانی از آن استنباط کنیم، اشکالی است مبنایی و می‌بایست از طریق باز خوانی و بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد. مطالعه حاضر اولاً؛ می‌کوشد تنافی ظاهر ماده را با نظریه امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع از بین ببرد. ثانیاً؛ با نگاهی کاملاً کاربردی و مبنایی، وضعیت آن را روشن نماید.

۱- طرح کلی بحث (تبیین مسئله)

همانگونه که در مقدمه اشاره شد، مشکل موجود در این ماده، تعارض دو حق مالکانه است (حق مالک زمین و حق مالک اعیانی). مجموعاً در این ماده قانونی سه حکم روشن و بدون ابهام وجود دارد:

- ۱- عدم امکان اجبار مستأجر به خراب کردن بنا و کندن درخت در طول مدت اجاره.
- ۲- حق مطالبه اجرت‌المثل برای مستأجر در صورتی که بنا یا درخت در تصرف موجر باقی بماند.
- ۳- حق مطالبه اجرت‌المثل برای موجر در صورتی که بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند.

همه این موارد از ظاهر ماده مورد بحث استفاده می‌شود. حکم اول یعنی عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع بنا یا درخت در مدت اجاره یعنی قبل از انقضاء مدت روشن است و مقتضای عقد اجاره و آثار آن است، علاوه بر اذن اولیه موجر (نسبت به احداث بنا یا غرس) که مشروعیت این موضوع را برای مستأجر دو چندان کرده است. همچنان که مطالبه اجرت‌المثل نیز برای صاحب زمین یعنی موجر یا برای مستأجر در فرض استفاده او از اعیانی، علی‌القاعده جای بحث نخواهد داشت. این احکام از توابع قهری مالکیت طرفین است و قواعدی چون قاعده تسلیط و احترام (حرمة مال المسلم و عمله)، مؤید آن می‌باشد.

از نقطه نظر مبنای فقهی، مفاد ماده ۵۰۴ عیناً در فقه مطرح گردیده است. مطلع عبارت محقق حلی و شرح صاحب جواهر بر آن، به این صورت است: «لو استأجر أرضاً مدّة معینة لیغرس فیها مایبقی بعد المدّة غالباً صحّ ما لم یکن سفهاً، لإطلاق الأدلّة وعمومها بل قیل: یجب علی المالك إبقاءه بالاجرة او ازالته مع الارش...» (نجفی، ۱۳۷۴ ش، ج ۲۷، ص ۳۲). نیز مشابه این فرع توسط فقیهان مورد بحث قرار گرفته است. فرضی که مستأجر زمینی را اجاره می‌کند و اجازه می‌گیرد که در آن مسجد احداث نماید (همان، ص ۳۰۱، و بجنوردی، ۱۳۷۷ ش، ج ۷، ص ۱۴۰).

مجموع نظراتی که در خصوص این مسأله در فقه مطرح شده عبارت است از:

۱- تخییر مالک به ابقای زراعت با اخذ اجره المثل زمین و یا ازاله زراعت با پرداخت خسارت به مستأجر (محقق حلی، ۱۳۷۹ ش، ج ۲-۱، ص ۱۳۹۴).

استدلالی که برای این قول در لزوم پرداخت خسارت به مستأجر، احتمال داده شده این است که عمل مستأجر نسبت به غرس و زرع عدوانی نبوده است، چرا که او در مدت اجاره، مالک منفعت زمین بوده و در نتیجه زراعت متعلق به او است، که این امر مالک را شرعاً ملزم می‌نماید که در ازاء از بین بردن مال مستأجر، خسارت پرداخت نماید. می‌توان برای این ادعا به مفهوم مخالف حدیث نبوی استناد کرد که فرموده اند: «لیس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ». (نوری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱۷، ص ۱۱۱). معنای حدیث این است که چیزی که با ظلم ایجاد شده باشد موجب حقی نمی‌گردد. جمله مزبور اگر چه حاوی وصف «ظالم» است و در خصوص مفهوم مخالف داشتن یا نداشتن جمله وصفیه، بین اصولیین اختلاف وجود دارد و لذا استفاده مفهوم از این حدیث امری مسلم نیست، ولی بنابر آنچه که فخرالمحققین ادعا اجماع کرده، علمای اصول این جمله نبوی را بخصوصه دارای مفهوم مخالف دانسته‌اند (ر. ک: نجفی، ۱۳۷۴ ش، ج ۲۷، ص ۳۲). این حدیث در اصل در باب احیاء زمین موات وارد شده و متن کامل آن این است: «من أحيى أرضاً ميتة فیهی له ولیس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ» (نوری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱۷، ص ۱۱۱). آنگونه که ابن‌اثیر حدیث را ریشه‌یابی کرده، این حدیث بدین معناست که شخصی سراغ زمینی برود که شخص دیگری قبل از او احیاء کرده‌باشد و در آن زمین، غاصبانه غرس درخت کند تا حقی نسبت به زمین موصوف پیدا نماید (ابن‌اثیر، ۱۴۱۸ ق، ج ۳، ص ۱۹۸). بخش «ولیس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ» که ناظر به بی‌حقی شخص غاصب در چنین زمینی است، اگر چه به مناسبت، در خصوص این فرع وارد شده، ولی فقها آن را به صورت کبرائی کلی قلمداد و چنین تلقی نموده‌اند که غرس درخت در زمین دیگری از روی غصب و عدوان (ظلم) ایجاد حقی نمی‌کند. حال اگر این جمله دارای مفهوم باشد، نتیجه این می‌شود که ایجاد غرس در زمین دیگری اگر از روی عدوان نباشد، ایجاد حق می‌کند. ولی چون علمای اصول در خصوص مفهوم مخالف داشتن وصف اختلاف نظر شدید دارند، نمی‌توان چنین برداشتی را قطعی و مسلم بدانیم. هر چند فخرالمحققین مدعی است که وصف به‌کار رفته در این حدیث دارای مفهوم مخالف است ولی شهید ثانی اجماع ادعایی را محقق نمی‌داند.

۲- حق مالک نسبت به ازاله زراعت بدون نیاز به پرداخت خسارت به مستأجر (شهید ثانی، ۱۴۱۴ ق، ج ۵، ص ۲۷).

مجموع استدلال‌ات شهید ثانی این است که اولاً: عدوانی نبودن تصرفات مستأجر نسبت به زرع در مدت اجاره، موجب حقی برای او در دوره بعد از انقضاء مدت، در فرضی که خود تقصیر ورزیده، نمی‌باشد. ثانیاً: استناد به مفهوم وصف برای حدیث مزبور ضعیف است. ثالثاً: اجماع ادعایی فخرالمحققین، بر فرض که اجماع در اینگونه امور حجت باشد، ثابت نیست. رابعاً: بر فرض که ادعای اجماع مزبور صحت داشته‌باشد، ادامه تصرفات مستأجر در دوره بعد از انقضاء مدت، ظالمانه و مشمول منطوق حدیث نبوی است، زیرا او عرقش را در زمینی قرار داده که حقی در آن ندارد. خامساً: ملزم نمودن مالک به اخذ اجرت یا پرداخت ارش خلاف اصل است که نمی‌توان در چنین فرض‌هایی مرتکب آن شد (همان).

۳- عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع حتی با پرداخت خسارت.

صاحب‌جواهر این قول را در حد یک احتمال مطرح نموده (نجفی، ۱۳۷۴ ش، ج ۲۷، ص ۳۳۹)، با این استدلال که عرق مستأجر از اساس عدوانی نبوده و روایت نبوی ظهور در این دارد که برای کسی که اصل و اساس وضع عرقش به حق بوده، حقی مسلم وثابت است. هر چند صاحب‌جواهر خود این قول را نمی‌پذیرد و می‌گوید ظاهر این است که مالک مخیر بین قلع و قمع با پرداخت خسارت و یا ابقاء زراعت و دریافت اجرت است (همان).

۴- تخییر مالک بین ابقاء زرع با دریافت اجرت و یا پرداخت ارش و تملک درخت (اعیانی).

صاحب‌جواهر این قول را ضعیف می‌داند و البته اضافه می‌کند که در بعضی اخبار، نوعی تأیید نسبت به آن یافت می‌شود. (همان).

این بود خلاصه سابقه فقهی مسأله و اقوالی که پیرامون آن مطرح شده است نکته دیگری که در این درآمد لازم به یادآوری است این است که اصل در عقد اجاره، مشروع بودن منفعت مورد نظر و معلوم بودن آن است. روشن است که احداث بنا یا غرس درخت، ذاتاً اعمالی مشروع و مباح هستند و اطلاعات و عمومات قانونی و فقهی، آن را شامل می‌گردند. قواعدی چون «الإجاره أحد معایش العباد» (بجنوردی، ۱۳۷۷ ش، ج ۷، ص ۵۵). و موادی چون همین ماده قانونی، دلالت روشن بر مشروعیت و نفوذ چنین اجاره‌ای دارند. شاید گفته شود که این مسأله در عقد اجاره مدت دار، آن هم مدتی که بقاء اعیانی برای سال‌ها بعد از آن مدت، قابل پیش‌بینی و مسلم باشد، امری غیرمعقول است و نباید قانونگذار آن را مجاز بدارد؛ اما هرگز نباید اغراض افراد را در اعمال حقوقی و قراردادهایشان نادیده گرفت. مهم این است که عمل فی‌نفسه ممنوعیت ذاتی قانونی یا شرعی نداشته باشد.

در هر صورت نحوه اجاره مزبور، مشکل فراروی ماده ۵۰۴ اجاره نیست. مشکل از اینجا ناشی می‌شود که قانونگذار در این ماده، تکلیف امکان یا عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و

قمع اعیانی را برای بعد از انقضاء مدت، به طور صریح (و نه به اطلاق صدر ماده) مشخص نکرده است. به تعبیر دیگر، تکلیف امکان اخذ اجرت‌المثل را در صورت بقاء اختیاری بنا یا درخت، معلوم کرده و آن را به طور صریح ممکن دانسته است؛ اما تکلیف امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع بنا یا درخت را در صورتی که موجر نخواهد آن دو را در ملکش باقی بگذارد، به طور شفاف و نه با اطلاق‌گویی قابل برداشت مخالف، معلوم نکرده و در نتیجه حقوقدانان را سردرگم نموده است.

منشأ این سردرگمی دو چیز است. یکی: ادبیات به کار برده شده در ماده؛ چراکه جمله «اگر باقی بماند...»، این تصور را در خواننده ایجاد می‌کند که گویی فرض «اگر نخواهد باقی بماند» هم مورد نظر و اجازه قانونگذار بوده است و دیگر: ابهام مبنایی. یعنی این پرسش در میان است که در صورتی که ماده ناظر به عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی بعد از انقضاء مدت اجاره باشد، توجیه فقهی حقوقی قانونگذار چه بوده است. این موجب شده تا مسأله امکان یا عدم امکان اجبار مستأجر بعد از انقضاء مدت به قلع و قمع بنا یا درخت، با دو رویکرد موافق و مخالف ارائه گردد و هر کدام از دو نظر طرفداران خاص خود را داشته باشد. ما در این پژوهش، ابتدا موضوع امکان یا عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی را در قالب طرح دو نظریه، به لحاظ مبنایی بررسی می‌کنیم، سپس به تجزیه و تحلیل ساختاری ماده ۵۰۴ می‌پردازیم تا معلوم شود منظور قانونگذار امکان یا عدم امکان اجبار بوده است.

۱-۱- نظریه‌ی عدم امکان اجبار

مطابق این نظریه، با پایان یافتن مدت اجاره، بنای احداثی یا درخت غرس شده به‌عنوان حق مسلم مستأجر در محل ملک موجر باقی می‌ماند؛ موجر باید ادامه وجود آن را محترم شمرده، حق تعرض و تخریب آن را ندارد.

از ظاهر عبارت برخی از حقوقدانان چنین استفاده می‌شود که برای فرض مزبور یعنی باقی ماندن بنا یا درخت، ریشه عرفی قائل‌اند و چنین موردی را متداول می‌دانند. همین حقوقدان ضمن قول به عدم امکان اجبار مستأجر، اجبار او را به قلع و قمع موجب اضرار وی تلقی و از همین رهگذر حتی پرداخت خسارت از ناحیه مالک به مستأجر را مجوز قلع و قمع نمی‌شمارد. عبارت ایشان عیناً چنین است: «پس از انقضاء مدت اجاره، مادام که درخت و بنا و ریشه اقتضاء بقاء در زمین را دارد، موجر نمی‌تواند مستأجر را مجبور به خراب کردن بنا و کندن درختان یا ریشه یونجه بنماید؛ زیرا به اجازه او کاشته و ساخته شده است و اجبار

مستأجر به این امر موجب اضرار او خواهد بود و مالک ملک با دادن خسارت مستأجر نمی-تواند او را مجبور بنماید، زیرا این امر تجاوز به حدود حق مالکیت مستأجر است» (امامی، ۱۳۸۴ ش، ج ۲، ص ۱۳۵). ملاحظه می‌شود که این دیدگاه بر پایه دو استدلال استوار گردیده است: یکی: قاعده لاضرر، و دیگری: قاعده اذن که به زودی هر دو را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

در استدلالی دیگر اذن اولیه مالک، ایجادکننده نوعی حق برای مستأجر قلمداد گردیده- است. این استدلال در یکی از نشست‌های قضایی عنوان شده است. سؤال مطرح شده در آن نشست در رابطه با اذن مالکی بوده که به شخص اجازه احداث بنا داده و پرسیده «آیا می-تواند از اذن خود رجوع کند یا خیر؟» پاسخی که در آنجا به وی داده‌اند، این است: «نظر به تنقیح مناط در باب اجاره، چنانچه مستأجر با اذن موجر اقدام به احداث دیوار مشترک نموده باشد، حق تخریب وجود ندارد؛ لذا در فرض سؤال نیز مالک، حق رجوع از اذن و تقاضای قلع بنا را ندارد.» (رویه قضایی ایران، ۱۳۸۸ ش، ج ۳۴، ص ۹۵). اگرچه آن بخش دیگری از نظریه‌ی مورد اشاره که ناظر به عدم امکان اخذ اجاره‌بها از مستأجر است، به لحاظ تعارض با ماده ۵۰۴ قانون مدنی، مخدوش است، ولی تأییدی است بر نظریه‌ی مورد بحث. نظر کمیسیون مندرج در ذیل آن اینگونه است: «در فرض سؤال اگر مالک به دیگری اجازه دهد که در زمین متعلق به او احداث بنا کند، در واقع نوعی حق برای احداث‌کننده بنا قائل شده و با توجه به این که براین اساس، متصرف مالک اعیانی احداثی خواهد بود، لذا مالک عرصه حق رجوع و قلع بنا را ندارد، بلکه مستحق مطالبه اجرت‌المثل عرصه خواهد بود، موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند بعد از انقضای مدت» (همان).

نظریه‌ی عدم امکان اجبار، توسط برخی دیگر از نویسندگان حقوق مدنی نیز مطرح شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸ ش، ج ۱، ص ۴۴۱). ظاهراً تنها مبنای نظریه‌ی مزبور دو قاعده معروف «لاضرر» و «اذن» و مقوله «حق ریشه» است. که در اینجا، چگونگی استناد به مبانی موصوف را بررسی و مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

۱-۱-۱ استناد به قاعده لاضرر و پاسخ به آن

استناد به قاعده لاضرر بر این فرض استوار است که تخریب بنا یا قلع و قمع درخت ساخته و کاشته شده توسط مستأجر، تعرض به حق مالکانه و موجب ورود خسارت به وی و به ناحق است؛ چرا که مستأجر با توجه به اذن مالک متحمل هزینه‌هایی شده که قلع و قمع به معنی

ضایع کردن آن هزینه‌ها است و از آنجا که قاعده لاضرر هرگونه اضرار به غیر را ممنوع نموده است، لذا در ما نحن فیه نیز مصداق پیدامی نماید.

ممکن است در اینجا گفته شود اگر ممنوعیت اجبار به قلع و قمع از جهت ورود ضرر است، در فرضی که مالک، قبل یا بعد از قلع و قمع، کلیه خسارات را جبران کند، ضرر منتفی است و دیگر مسأله بلا اشکال خواهد بود. طرفداران نظریه‌ی مورد بحث در مقام پاسخ می‌توانند بگویند قاعده لاضرر صرفاً ناظر به احکام وضعی نیست، بلکه شامل احکام تکلیفی نیز می‌شود؛ چرا که نفس ضرری بودن یک عمل رأساً ممنوع بوده و حرمت و قبح ناشی از آن همچنان باقی خواهد بود (ر. ک: بجنوردی، ۱۳۷۷ ش، ج ۱، ص ۲۳۵). پیشتر نظر یکی از حقوقدانان را نقل کردیم که امکان اجبار را حتی در فرض جبران خسارت منتفی می‌دانست.

اگرچه استناد به قاعده لاضرر به شرحی که گفته شد در نگاهی سطحی، منطقی به نظر می‌رسد؛ اما دقت نظر در مسأله، استواری این استدلال را متزلزل می‌سازد؛ چرا که استناد به قاعده لاضرر و رفتن به جانب مستأجر، تسلط مالک را تحت الشعاع قرار داد. و نادیده می‌گیرد؛ زیرا که ادامه تصرفات مستأجر، تصرف مالک را محدود و او را مجبور می‌کند که حضور دیگری را در ملکش تحمل نماید.

ممکن است این اشکال را با استناد به قاعده اقدام پاسخ داد و بگوییم مالک با اذن خود نسبت به احداث بنا یا غرس درخت، علیه خود اقدام کرده است ولی این پاسخ قانع کننده نیست زیرا مسئله مورد بحث، اجازه مدت دار است و اذن مالک صرفاً اجازه تصرفات مستأجر در مدت تعیین شده است نه برای همیشه، خصوصاً اینکه غالب افراد التفات به نتایج چنین اذنی ندارند و متوجه آثار حقوقی متفرع از چنین نظراتی نیستند. (به زودی در این باره بیشتر سخن خواهیم گفت) بنابراین، استناد به قاعده لاضرر در وضعیتی که منافی قاعده تسلط است، منطقی به نظر نمی‌رسد. گذشته از این، در اینجا مسأله ضرر مالک هم مطرح است که می‌تواند با ضرر مستأجر در تعارض باشد؛ چرا که بقاء اعیانی و تصرفات مستأجر، اگر مستلزم ورود او در ملک مالک، آن هم بدون اجازه او باشد قطعاً ناخوشایند وی و ضرری است و اگر بدون تصرف مستأجر باشد و مستلزم اخذ اجرت از مالک، باز هم تحمیل هزینه‌ها بر او است و این هم ضرری است. لذا استناد به قاعده لاضرر برای هر دو موجه می‌باشد که مآلاً دو لاضرر با هم تعارض و تساقط می‌کنند و در نهایت باید به سایر قواعد و ادله رجوع کرد که در این صورت، قاعده تسلط حاکمیت خواهد داشت.

توضیح بیشتر و بحث مبنایی تعارض و تساقط مزبور و در نهایت حاکم شدن قاعده تسلط مالک، به زودی در بخش مربوط به ادله نظریه‌ی امکان قلع و قمع خواهد آمد.

۱-۲- استناد به قاعده اذن و پاسخ به آن

منظور از قاعده اذن، قاعده معروف فقهی حقوقی «اذن در شیء اذن در لوازم آن هم هست» می‌باشد. اگرچه قائلان به نظریه‌ی عدم امکان اجبار چگونگی استناد به این قاعده را به تفصیل بلکه به اجمال نیز، توضیح نداده‌اند اما ظاهراً استناد آنها بدین توجیه است که اذن اولیه مالک نسبت به احداث بنا یا غرس اشجار توسط مستأجر، مستلزم اجازه بهره‌وری او از مستحدثات تا زمانی که باقی هستند، می‌باشد.

لیکن به اعتقاد ما استناد به قاعده اذن، ناشی از عدم درک صحیح قاعده در معنای فقهی آن است. به علاوه اجرای قاعده مزبور مبتنی بر تحقق مقدماتی است که در مان حن فیه ثابت نیست. یعنی مقوله عدم امکان اجبار نسبت به قاعده اذن، خروج موضوعی دارد. توضیح اینکه اذن مالک، ناظر به تصرفات مستأجر در زمان تعیین شده است نه مطلق یا برای سال-های متمادی و متزلزل گرداندن حقوق مالکانه خویش به عبارت دیگر. لوازم یادشده برای بیش از دوره زمانی موضوع اجاره، قابل تسری نیست. در توضیح باید گفت رابطه زمان با پدیده‌های حقوقی یا رابطه قید و مقید است و یا رابطه ظرف و مظلوف؛ که وضعیت حقوقی و میزان نقش و کارکرد زمان نسبت به هر کدام متفاوت است. گاهی زمان جزئی از مطلوب است به نحوی که قابل انفکاک از مطلوب همراه آن نیست. به‌عنوان مثال، در تعهداتی که زمان با آن‌ها وحدت مطلوب دارد، در صورتی که تعهد در ظرف زمانی مقرر اجرائی نشود دیگر مجالی برای تجدید یا اجرائی کردن آن در آینده وجود ندارد. مثلاً تعهد ساخت کالایی مخصوص برای عرضه در نمایشگاهی با تاریخ معلوم و غیرقابل تکرار. بدیهی است که در اینگونه موارد، فوت زمان به منزله اجرائی نشدن موضوع تعهد برای همیشه و انفساخ آن خواهد بود. اما در تعهداتی مانند پرداخت بدهی در فلان مدت، وضعیت اینگونه نیست و تعهد با گذشت زمان مقرر باز هم به قوت خود باقی است؛ چراکه در این مورد نقش زمان عمدتاً نقش ظرف است و لذا قابل انفکاک از تعهد اصلی است.

کاملاً پیداست که نقش زمان در عقد اجاره، نقش قید برای مقید است. از همین رو است که معلوم بودن مدت، شرط صحت عقد (اجاره اشیاء) است. این نقش هم در اصل اجاره و هم نسبت به اذن احداث بنا یا کاشت درخت محسوس است. یعنی موجر اگر ملک را اجاره داده، برای مدت معلوم اجاره داده است و اگر اذن احداث بنا یا کاشت درخت داده، باز اذن

وی در چهارچوب همین دوره زمانی است. بدیهی است که لوازم متفرع بر اذن که بر طبق قاعده اذن دامنگیر موجر خواهد بود، مربوط به همین دوره زمانی می‌باشد.

درک نوع نقش زمان در اینجا و لحاظ خصیصه مطلوب گونه واحد آن با اجاره و اذن مورد بحث، کلید حل مشکل و راز عدم‌پذیرش نظریه‌ی عدم امکان اجبار است که بدان تاکید داریم. بنابراین مسئله مورد بحث نسبت به قاعده «اذن» خروج موضوعی دارد؛ چراکه اذن موضوع قاعده، ناظر به دوره زمانی مورد اذن یعنی همان مدت اجاره است. در حالی که مسأله مورد بحث، ناظر به دوره بعد از انقضاء مدت اجاره است لذا موضع هر کدام متفاوت می‌باشد. به علاوه اگر اذن نسبت به ایجاد اعیانی بدون لحاظ مدت بود مثلاً در قالب اعطاء حق انتفاع مطلق، ادامه تصرفات منتفع پس از رجوع مالک از اذن، نیازمند دلیل بود و نمی‌توانستیم صرف اذن سابق را کافی بدانیم تا چه رسد به مسأله مورد بحث که از همان ابتدا، اذن مقید به زمان و محدود بوده است. شاید همین ناکارآمدی قاعده اذن و (نیز قاعده لاضرر) بوده که برخی از حقوقدانان را وادار نموده تا برای مشروعیت بخشی و توجیه ماده ۵۰۴ متمسک به نهاد سنتی حق ریشه گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۸ش، ج ۱، ص ۴۴۱).

۱-۱-۳- استناد به حق ریشه

سومین توجیه مبنائی برای نظریه‌ی عدم امکان اجبار، مقوله حق ریشه است. شاید این توجیه مهم‌ترین توجیهاات برای این دیدگاه باشد. حق ریشه یا حق زارعانه یا حق آب و گل، حقی است که بر فرض پذیرش آن، برای زارع در ملک دیگری به وجود می‌آید. درخصوص مبنای این حق، در نظری حقوقی گفته شده: «ریشه آن این است که شخصی در ملک (مال غیرمنقول) دیگری (اعم از دکان و حمام و کاروانسرا و مزرعه و مانند اینها) بر اثر به کار انداختن نیروی باز و در سرمایه مرغوبیتی به وجود آورد یا مرغوبیتی را که قبلاً بوجود آمده بود. را ابقاء کند و در نتیجه این کار، دارای حق بر آن ملک شود که در عرف ما به آن حق آب و گل گفته می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳ش، ص ۲۳۵). مسأله حق ریشه یا حقوق زارعانه اگر چه در تبصره یک بند الف ماده یک مصوبه ۱۳۴۱/۱۱/۸ هیأت وزیران و نیز در ماده ۳۱ نظام‌نامه قانون ثبت با عنوان دسترنج رعیتی (آنچه از آثار مادی که دهقان با اذن یا اجازه مالک زمین مزروعی در آن پدید آمده باشد از قبیل اشجار و غیره) مورد اشاره قرار گرفته و لذا می‌توان گفت چنین حقی با عناوین فوق‌الذکر در نظام حقوقی ما دارای سابقه است و شکل یک باور سنتی به خود گرفته است، اما استناد به آن در ما نحن فیہ قابل خدشه است که اهم منافشات خود را نسبت به آن اینک ذکر می‌کنیم.

۱-۳-۱-۱- نادیده گرفته شدن حق ریشه در ماده ۵۴۰ قانون مدنی

ماده ۵۴۰ مقرر می‌دارد: «هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را با اخذ اجرت المثل ابقاء نماید.» آنچه در این ماده آمده، دقیقاً ترجمه متنی فقهی است که فقها بدان تصریح کرده‌اند. به‌عنوان نمونه، عبارت صاحب‌جوهر را عیناً نقل می‌کنیم: «لو مضت المده و الزرع باق، کان للمالك ازالته علی الاشبیه باصول المذهب و قواعد الی منها قاعده «تسلط الناس علی اموالهم» و «عدم حلّ مال المسلم إلاً بطیب نفسه» ضروره عدم حقّ للزّارع بعد المده الّتی ذلک فائده جعلها غایه.» (نجفی ۱۳۷۴ ش، ج ۲۷، ص ۱۶).

ملاحظه می‌شود که این فقیه نامدار، حق ازاله زراعت را مبتنی بر قاعده تسلط و قاعده عدم حلّیت مال شخص بدون رضایتش می‌داند و هیچ حقی برای زارع بعد از انقضاء مدت نمی‌داند. البته ایشان در تکمیل بحث به ذکر تفصیلات و اقوالی در خصوص ربط نرسیدن زرع یا بقاء آن بعد از مدت، به افراط یا تفریط زارع یا مزارع می‌پردازد که از موضوع بحث ما خارج است (همان).

عدول قانونگذار از حکم ماده ۵۰۴ (بنا به نظریه‌ی عدم امکان اجبار) در این ماده و تصریح به اینکه مالک (مزارع) حق دارد زراعت را ازاله کند، جای تأمل جدی دارد. این حکم که به نظر ما کاملاً منطقی است و حقوق مالکانه مالک را محترم می‌شمارد، موافق قواعد، عمومات و اطلاعات مالکیت و نیز روح قانون است و در معارضه با حکم ماده ۵۰۴ است. به-طور کلی تعارض مزبور و وضعیت دو ماده را در یک مطالعه مقایسه‌ای می‌توان اینگونه تحلیل کرد:

الف) ماده ۵۴۰ مطابق عمومات و قواعد است ولی ماده ۵۰۴ خلاف عمومات و یک حکم استثنائی است و همانگونه که برخی از حقوقدانان نیز گفته‌اند باید بگوئیم حکم ماده ۵۴۰ درباره ساختن بنا و کاشتن درخت به‌وسیله مستأجر اجرا نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴ ش، ص ۳۹۴).

ب) حکم هر دو خاص است. یعنی حکم ماده ۵۴۰ فقط ناظر به زراعت است و حکم ماده ۵۰۴ در مورد بنا و درخت است. بنابراین مفاد آن نسبت به مفاد ماده ۵۴۰ خروج موضوعی دارد و تعارض بین این دو ماده نیست.

ج) حکم ماده ۵۰۴ با حکم ماده ۵۴۰ همسویی دارد. بدین صورت که حکم عدم امکان قلع و قمع ناظر به دوره زمانی بقاء مدت اجاره است و بعد از انقضاء مدت منعی ندارد و لذا با

امکان ازاله زراعت موضوع ماده ۵۰۴ همخوانی دارد. این فرض با ملاحظه چند نکته قوی‌تر به نظر می‌رسد و آن اینکه اولاً: ملاک ماده ۵۴۰ قوی‌تر است از ملاک ماده ۵۰۴، چرا که اساساً موضوع ماده ۵۴۰ عقد مزارعه است که فلسفه و هدف از آن کشت و زرع است، برخلاف ماده ۵۰۴ که حسب فرض صرفاً اجاره زمین بوده و موضوع بنا یا کاشت جزئی از هدف قراردادی مستأجر نبوده‌است. حال چگونه می‌توان گفت قانونگذار در خصوص عقد مزارعه با انقضاء مدت به مالک اجاره ازاله و کندن زراعت را می‌دهد با اینکه اساس این عقد همین زرع بوده‌است ولی در خصوص عقد اجاره که صرفاً در اختیار گذاشتن زمین به مستأجر برای مدت معین بوده، چنین اجازه ای نمی‌دهد؟ این خلاف اولویت قطعیه است. ثانیاً: ذیل ماده ۵۴۰ با ذیل ماده ۵۰۴ مشابهت دارد. قانونگذار در هر دو، موضوع حق اخذ اجرت‌المثل را در فرض ابقاء زرع و درخت و بنا، آنها را با موافقت مالک مطرح کرده‌است. به تعبیر دیگر، آنچه در ذیل ماده ۵۴۰ مبنی بر اینکه: «یا آن را با اخذ اجرت‌المثل ابقاء نماید»، به صورتی مشابه در ماده ۵۰۴ آمده و این نشان دهنده ادبیات واحد قانونگذار در هر دو ماده مذکور است. مقارن‌سازی مفاد دو ماده، گذشته از اینکه به لحاظ کاربردی مشکل ماده ۵۰۴ را حل می‌کند، تضاد مبنایی دو ماده را در صورت برداشت متفاوت منتفی می‌سازد. می‌ماند یک مشکل و آن اینکه جواز اجبار به قلع و قمع بر کدام مبنای حقوقی قابل توجیه است که در تبیین نظریه‌ی جواز به آن خواهیم پرداخت.

۱-۳-۲- حق ریشه شامل ما نحن فیه نمی‌شود

اساساً حق ریشه را نمی‌توان به موضوع ماده ۵۰۴ تعمیم داد. توضیح اینکه اولاً: حق ریشه چون بر خلاف قاعده و یک نهاد حقوقی استثنایی است، به راحتی قابل تعمیم به موارد مشکوک نیست. خصوصاً اینکه مسأله مورد بحث در فقه مورد اختلاف شدید است به شرحی که قبلاً به آن اشاره نمودیم. ثانیاً: مقوله حق ریشه تا پیش از قانون اصلاحات ارضی در حقوق ما سابقه نداشته‌است و می‌دانیم که تاریخ تصویب قانون مدنی قبل از قانون اصلاحات ارضی است و لذا معلوم نیست که قانونگذار توجهی به حق ریشه داشته یا نداشته‌است. ثالثاً: از طرز نگارش ماده ۵۰۴ و عدم تصریح قانونگذار نسبت به امکان قلع و قمع یا عدم امکان آن، پیداست که قانونگذار به لحاظ اختلافی بودن نظرات فقهی مسأله تعمداً مبادرت به نگارش ماده مزبور به صورت دو پهلو نموده‌است. لاقلاً چنین ذهنیتی می‌رود رابعاً: بسیار بعید به نظر می‌رسد که بگوییم قانونگذار قول مشهور فقهی مبنی بر جواز قلع و قمع با پرداخت خسارت مستأجر را نادیده گرفته باشد؛ درحالی که اگر بخواهیم به ظاهر ماده، آنگونه که

قائلان به عدم امکان اجبار تلقی نموده‌اند، توجه کنیم، حتی در فرض پرداخت خسارت نیز موجر حق قلع و قمع نخواهد داشت. خامساً: حق ریشه و حق زارعانه مطرح در فقه، به شرحی که قبلاً اشاره کردیم، راجع به غرس درخت است؛ حال آن‌که ماده ۵۰۴ فرض احداث بنا را نیز مطرح نموده است. پس نتیجه می‌گیریم که قانونگذار التفاتی به مقوله حق ریشه نداشته‌است. بر روی هم، با توجه به مجموع استدلال‌های فوق ضرورت دارد حق ریشه را در حدود همان مقررات اصلاحات ارضی بپذیریم و لاقلاً از تعمیم و تسری آن به این ماده بپرهیزیم.

۱-۲- نظریه امکان اجبار

به اعتقاد ما موضوع امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع اعیانی اعم از بنا و درخت، با اصول و قواعد مسلم فقهی و حقوقی سازگاری دارد. مطابق این دیدگاه مبنایی با انقضاء مدت اجاره، ادامه تصرفات مستأجر در ملک موجر و بقاء مستحدثات ایجاد شده فاقد محمل و توجیه شرعی و بلکه قانونی است و لذا موجر حق دارد با مراجعه به دادگاه صالح، اجبار مستأجر به قلع و قمع را بخواهد. این دیدگاه، بُرد اذن اولیه مالک را جهت احداث بنا یا کاشت درخت، تا پایان مدت اجاره می‌داند و با توجیه‌پذیر بودن عدم دلالت ماده ۵۰۴ بر مدعای عدم امکان اجبار، مدعای امکان اجبار را منافی با این ماده نمی‌داند. به زودی در مبحث تحلیل ساختاری ماده، توضیحات کافی خواهد آمد. پیش از آن و با توجه به اینکه اکنون در بحث مبنایی هستیم، به ذکر دلایل نظریه مورد بحث به لحاظ مبنایی می‌پردازیم.

۱-۲-۱- تعارض دو ضرر و حاکمیت قاعده تسلط

همانگونه که قبلاً گفته‌شد، عمده توجیه نظریه عدم امکان اجبار، ضرری بودن حکم جواز اجبار است و چون مطابق آنچه در مطالعات فقهی به اثبات رسیده (بنابه قاعده‌الضرر) هیچ حکم ضرری در شرع تجویز نشده و بلکه مفاد قاعده‌الضرر ناظر به نفی هرگونه ضرر است (ر. ک: مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۰۴ و خالصی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۶ و بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ج ۱، ص ۲۱۵). و از طرفی، قلع و قمع مساوی ورود ضرر به مستأجر است، پس امکان اجبار منتفی است. تحقق ضرربدین معناست که در مانحن فیه مستأجر نسبت به احداث بنا و کاشت درخت مأذون بوده و در احداث بنا و کاشت درخت متحمل هزینه‌های فراوانی شده- است که با اجبار به قلع و قمع متحمل ضرر مادی زیادی می‌گردد. پیش از این، تحلیل

مخالفتان امکان اجبار را بیان نمودیم و اینک در پاسخ تفصیلی به استدلال مزبور می‌گوییم که در اینجا دو ضرر قابل تصور است:

۱- ضرر مالک و آن عبارت است از محدود شدن حق مالک و منع او از تصرفات مالکانه‌اش.

۲- ضرر مستأجر و آن، از دست رفتن هزینه‌های اموال ضایع شده او.

در این صورت قاعده‌ها ضرر هم در جانب مالک و هم در جانب مستأجر کاربرد خواهد داشت و این دو با هم برخورد می‌کنند. اینجا است که باید به قواعد تعارض یا تراحم مراجعه کنیم. مطابق قواعد بابت تعارض، در تعارض دو دلیل و در فرض فقدان مرجحات، هر دو تساقط می‌کنند. در مانحن فیه دو لاضرر به نحو یکسان بر نفی ضرر دلالت دارد، لذا تساقط نموده و پس از تساقط می‌بایست سراغ ادله دیگر رفت که در اینجا قاعده قابل رجوع قاعده «تسلط» است؛ چرا که پای حق مالکانه مالک بر زمین خود در میان است (همان، ص ۲۴۲).

چنانچه تصور شود که برخورد دو لاضرر در اینجا مصداق تراحم ادله خواهد بود (البته ما این تصور را صائب نمی‌دانیم)، می‌گوییم: مطابق قواعد باب تراحم، ترتیب الأهم فالأهم جاری می‌شود و در مانحن فیه، اولویت و اهمیت در جانب مالک است چون اولاً: اولویت او ذاتی است بر خلاف مستأجر که عارضی است. ثانیاً: مالکیت عرصه، امتداد زمانی به امتداد ابد دارد برخلاف مالکیت اعیانی که فرع بر حق انتفاع حاصله از قراردادی است که در فرض بحث محدود به زمان بوده است. آشکار است که اولویت مالکانه ذاتی قوی‌تر از اولویت عارضی مستأجرانه و موقت است. بنابراین از هر کدام از دو منظر به برخورد دو ضرر مزبور نگاه کنیم، امکان اجبار استنتاج می‌شود. توضیح بیشتر اینکه اگر بخواهیم مسأله حاضر را از باب تعارض دو ضرر تحلیل و بررسی کنیم، این بدان معنی است که قاعده لاضرر هم جانب مالک و هم جانب مستأجر را شامل می‌شود و هر کدام دیگری را نفی می‌کند و چون در اینجا مرجحی از مرجحات باب تعارض ادله وجود ندارد، بناچار و قهراً دو لاضرر تساقط می‌کنند. البته بهتر است بگوئیم در مانحن فیه جایی برای اعمال مرجحات مربوط به تعارض ادله نیست؛ چراکه دللیت قاعده لاضرر امری است مفروغ عنه و مستندات آن نسبت به هر دو طرف (طرف مالک و طرف مستأجر) قابل جریان است. جریان قاعده لاضرر در اینجا بدین معنی است که نفی ضرر از هر یک از مالک یا مستأجر، مستلزم ثبوت آن نسبت به دیگری است. روشن است که در چنین فرضی همانگونه که برخی از فقها نیز گفته‌اند، وقتی تعارض پیش بیاید، دو لاضرر تساقط می‌کنند؛ زیرا در این فرض در واقع ما یک دلیل (لاضرر) بیش نداریم و بدیهی است که مرجحات، مربوط به تعارض دو دلیل است نه تعارض یک دلیل (ر. ک: همان، ص ۲۴۰).

توجهاً به همین نکته ممکن است گفته شود در این صورت، مسأله از باب تراحم قابل تحلیل و بررسی است، اما این استنباط صحیح نیست؛ چرا که در اینجا فرض تراحم منتفی است. تراحم زمانی است که دو تکلیف از نقطه نظر اصل تشریح و قانونگذاری مشکلی ندارند و در مقام اجرا و تحقق خارجی با هم برخورد می کنند؛ در حالی که در اینجا بحث دو تا تکلیف نیست؛ بلکه بحث این است که آیا لاضرر به عنوان یک دلیل شرعی می تواند دلیل داشته باشد یا خیر؟ یعنی آیا ادله لاضرر در اینجا کاربرد دارند یا خیر؟ خلاصه، یک تکلیف بیشتر در کار نیست و آن عبارت است از نفی ضرر از یک نفر و آن یک نفر می تواند مالک یا مستأجر باشد.

اما اگر بخواهیم مسئله را از باب تعارض لاضرر با قاعده تسلط تحلیل و بررسی کنیم، این بدین معناست که سلطه قانونی مالک بر مال خود این اجازه را می دهد که پس از انقضاء مدت اجاره، هر نوع تصرفی را در ملک خود بنماید و این سلطه به او اجازه می دهد دست مستأجر را از هرگونه تصرفی در ملک خود کوتاه کند. روشن است که پابرجایی و تداوم تصرف مستأجر در ملک مالک، به معنی تعرض به حق مالکانه است که چنین تعرضی معارض حق مالکانه اوست. از سوی دیگر، قلع و قمع اعیانی های ایجاد شده توسط مستأجر، اضرار به اوست. در نتیجه بین قاعده تسلط و قاعده لاضرر تعارض حاصل شده است.

تعارض بین این دو قاعده در چهار فرض قابل تصور است:

فرض اول: تصرف مالک در مال خود به قصد اضرار به غیر و بدون اینکه برایش ضرورت یا سود داشته باشد، صورت گیرد و نیز ترک تصرف برای وی ضرری نداشته باشد.

فرض دوم: تصرف مالک بدون قصد اضرار به غیر و بدون اینکه ضرورت یا سودی برایش داشته باشد، صورت گیرد و یا در ترک تصرفش ضرری برایش متصور باشد.

فرض سوم: تصرف مالک در مالش برای او سودمند است؛ ولی در ترک آن ضرری برایش متصور نیست.

فرض چهارم: ترک تصرف یا محدود کردن حق مالکانه برایش ضرری است.

فرض اول و دوم و سوم، از محل بحث ما خارج است و ورود به آنها ضرورت ندارد (ر. ک: همان، ص ۲۴۳ و مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۱۰). اما فرض چهارم که بر مسئله مورد بحث منطبق است، همانگونه که برخی از فقیهان نیز گفته اند، در واقع برگشت این فرض به تعارض دو ضرر با هم است: (ضرر مالک و ضرر غیر) و قاعده لاضرر می تواند مورد استناد هر دو قرار گیرد که در نهایت تساقط می کنند و بعد از تساقط، قاعده تسلط حکمفرما خواهد

بود (بجنوردی، ۱۳۷۷ش، ج ۱، ص ۲۴۵)، چرا که تنها مانع قاعده تسلط، قاعده لاضرر بود که دیگر وجود ندارد.

شاید گفته شود که مالک چون می‌دانسته که اعیانی مورد اذن او بعد از پایان مدت اجاره در ملک او باقی می‌ماند و با این وصف قرارداد اجاره را منعقد کرده، بدین ترتیب علیه خود اقدام نموده‌است و مطابق قاعده اقدام نمی‌تواند نتایج عمل خود را از خود دور سازد. در پاسخ می‌گوییم: اولاً: اگر قرار باشد مقوله اقدام مستند تحمل ضرر قرار گیرد این مستأجر است که به رغم علم و اطلاعش از موقت بودن زمان تسلطش بر منفعت زمین مورد اجاره، علیه خود اقدام نموده است. ثانیاً: فرض این است که در قرارداد، تکلیف مابعد از انقضاء مدت مشخص نکرده‌اند و قرارداد در این خصوص ساکت است. حال چرا باید این سکوت را اقدام مالک علیه مالکیت خود تلقی و مالکیت به حق و ثابت شده او را سلب یا محدود کنیم؟ ثالثاً: اقدام باید صریح و در کمال التفات و توجه شخص باشد. از کجا که مالک نیت بقاء تصرفات مستأجر و تحمل آن را داشته است؟ بلکه به عکس کاملاً منطقی است بگوئیم که شخص به واسطه نیاز یا سودبری مالش را اجاره می‌دهد. این طرف مقابل است که باید حدود زمانی سلطه مشروع خود را بر مال غیر بشناسد و از آن تخطی نکند. در مانحن فیه کاملاً محتمل و بلکه منطقی است که بگوئیم مالک از اساس، التفات به نتایج بعد از انقضاء مدت نداشته و یا در عین التفات، مستأجر را به حال خود واگذار نموده تا هر خسارتی را متحمل گردد. بنابراین با حاکمیت قاعده تسلط، جای تردیدی نسبت به امکان اجبار مستأجر به قلع قمع اعیانی باقی نمی‌ماند؛ چراکه این امکان نتیجه قهری و طبیعی حق مالکانه است.

۱-۲-۲- امکان رفع ضرر در فرض قلع و قمع

هر چند مستنبط بلکه صراحت نظریه‌ی عدم امکان اجبار این است که حتی با فرض پرداخت خسارت از ناحیه مالک به مستأجر، نمی‌توان او را مجبور به قلع و قمع نمود (امامی، ۱۳۸۴ش، ج ۲، ص ۱۳۵). اما ممکن است پرداخت خسارت را به مستأجر به عنوان یک تکلیف بر مالک تحمیل کنیم و به این وسیله ضرر را از مستأجر دفع نماییم بدین معنا که با تساقط ناشی از تعارض دو لاضرر و با رجوع به دیگر قواعد و در نهایت حاکم شدن قاعده تسلط، به شرحی که تفصیلاً گفته شد، مالک از نقطه نظر حکم تکلیفی مجاز به قلع و قمع مستحدثات می‌باشد ولی از نقطه نظر حکم وضعی او را موظف به جبران خسارت وارده به مستأجر بدانیم؛ آنگونه که در تحلیل فقهی ضمن نقل نظر برخی از فقیهان بدان اشاره کردیم.

اگرچه مبنای مزبور نیز در اینجا قابل مناقشه است چون دلیلی بر ضرورت چنین تحمیلی به مالک نداریم ولی این نظریه لاقلاً فرض امکان رفع ضرر مستأجر را به موازات حق قلع و قمع برای مالک موجه و مبنایی می‌سازد و دیگر عذری برای مخالفان امکان اجبار، آن‌هم به استناد قاعده لاضرر باقی نمی‌گذارد. منظور ما از ذکر احتمال مسئول - پنداشتن مالک در قبال خسارت وارده به غیر و تفکیک بین حکم تکلیفی و وضعی، پذیرش آن در مانحن فیه نیست؛ بلکه منظور اثبات اصل مقوله امکان اجبار در مقابل نفی کلی و مطلق آن است.

۱-۲-۳- استصحاب آثار مالکیت موجر

مستند دیگری که شاید بتوان برای نظریه‌ی امکان اجبار مورد استناد قرار گیرد، اصل استصحاب است. این استدلال بر این مبنا استوار است که ما در خصوص ادامه مطلق آثار مالکیت مالک (به جهت اذنی که به مستأجر نسبت به احداث بنا یا کاشت درخت داده) شک کنیم و به علت نبودن دلیل قانع‌کننده بر سلب حق مالکانه مالک در جهت قلع و قمع، استصحاب را جاری نمائیم و چون آثار مالکیت از جمله حق منع از تصرفات دیگران به تبع خود زمین مورد اجاره قطعی و یقینی بوده‌است، لذا با ابقاء این حق، اجبار به قلع و قمع را ممکن بدانیم. لیکن پذیرش این استدلال منوط به آن است که ما استصحاب را در احکام وضعی و نیز در موارد شک در رافع بپذیریم؛ حال آنکه اذن مالک به احداث بنا و کاشت درخت به منزله رافع احتمالی و نیز آثار مالکیت از احکام وضعی است و از آنجاکه اجرای استصحاب در این موارد، مورد مناقشات برخی از علمای علم اصول واقع شده‌است (انصاری، ۴۳۳ق، ج ۳، ص ۳۶ و ۴۷). استدلال مزبور به لحاظ اختلاف در مبانی نمی‌تواند امری مسلم تلقی گردد ولی بر اساس آن مبنایی که استصحاب را در این دو فرض مجری می‌داند، استدلالی است مقبول.

۲- تحلیل زبان شناختی ماده ۵۰۴

پس از فراغت از بررسی مبانی فقهی حقوقی ماده ۵۰۴ (مطالعه مبنایی) و در نهایت ترجیح مبنایی نظریه‌ی امکان اجبار، اکنون وقت آن رسیده که ببینیم آیا امکان سازگاری این ماده با نظریه‌ی مزبور وجود دارد یا خیر؟ این امر مستلزم بررسی زبان‌شناختی ماده است. قدر مسلم این است که ماده ۵۰۴، نسبت به عدم امکان اجبار صراحتی ندارد. پیشتر هم اعتراف یکی از حقوقدانان را در این خصوص نقل کردیم (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۴۴۲). به

نظر ما امکان سازگاری مفاد آن با نظریه‌ی امکان اجبار وجود دارد؛ زیرا ادبیات به کار رفته در این ماده (با ملاحظه تصریح قانونگذار در ماده ۵۴۰ که کاشف از نظر او در موارد مشابه است و قبلاً در این خصوص توضیحاتی دادیم) تا حدود زیادی گویای مدعا است. توضیح اینکه این ماده قانونی به لحاظ ترکیب لفظی و ساختار حاکم بر آن، دارای صدر و ذیلی است که می‌توان با تعمق در آن، منظور قانونگذار را کشف کرد. آغاز متن تا «و بعد از انقضاء مدت» بنا به ظهور لفظی و ملاحظه تفصیل بعد از آن، ناظر به دوره قبل از انقضاء مدت اجاره است که با توجه به صراحت ماده، در این دوره نمی‌توان مستأجر را به قلع و قمع بنا یا درخت مجبور کرد. عبارت بعد از «و بعد از انقضاء مدت. . .» نیز ناظر به دوره بعد از انقضاء مدت اجاره است که امکان یا عدم امکان اجبار را نمی‌توان برای این دوره از دلالت صریح منطوقی آن استفاده کرد؛ لیکن با توجه به کلمه «اگر» در دو حکم آمده در این بخش، می‌توان فهمید که یا منظور قانونگذار صرفاً بیان مسئولیت هر یک از مستأجر و موجر در صورت عدم قلع و قمع مستحدثات است و اینکه تکلیفشان حسب مورد، پرداخت اجرت-المثل است که در اینصورت (و فحوای آن اشاره به امکان قلع و قمع دارد (در صورتی که نخواهد مستحدثات باقی بماند) و یا لاقلاً در خصوص امکان یا عدم امکان اجبار، ساکت است و در این صورت برای تعیین تکلیف می‌باید به ادله و قواعد دیگر مراجعه کرد.

نتیجه

از آنچه گفتیم روشن گردید که ماده ۵۰۴ ق. م متضمن فرعی است فقهی که فقها پیرامون آن اختلاف نظر شدید دارند و آن مجموعاً شامل چهار نظریه می‌شود. ظاهراً نظریه‌ی مشهور این است که حق قلع و قمع برای موجر، با پرداخت خسارت به مستأجر، محفوظ است. این نظریه اگر چه قابل مناقشه می‌باشد، اما نسبت به نظریه‌ی عدم امکان اجبار بطور مطلق (حتی در فرض پرداخت خسارت)، به عدالت و انصاف نزدیک تر می‌نماید و به واسطه تضمین تقریبی دو حق مالک و مستأجر می‌تواند با نظریات دیگر سازگار گردد. در خصوص ادله‌ی نظریه، هر چند نمی‌توان گفت نظریه‌ی عدم امکان اجبار نظریه‌ای است بدون دلیل (چراکه برخی از ادله آن، به خصوص مقوله حق ریشه، درخور توجه است) اما انصاف این است که این ادله توانای مقابله و مقاومت در برابر ادله نظریه‌ی امکان اجبار ندارد. به هر حال مشکل ماده، از جهت عدم صراحت، مشکلی مبنایی است و از نقطه نظر ساختاری، چون ماده صراحتی در خصوص عدم امکان اجبار مستأجر به قلع و قمع ندارد می‌توان با در نظر گرفتن ساختار لفظی، آن را با نظریه‌ی امکان اجبار سازگاری داد. به هر روی، این ماده همچون برخی دیگر

از مواد قانون مدنی نیازمند بازخوانی از حیث مبانی فقهی و سنتی است. پیشنهاد می‌شود نقیصه عدم صراحت این ماده تا زمانی که قانونگذار به اصلاح آن همت نوزد، با رویه قضائی جبران گردد.

منابع

- ابن اثیر، محمد بن محمد، *النهایه فی غریب الحدیث والاثار*، ج ۱، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق، ج ۳.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱۸، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴ش، ج ۱.
- انصاری، شیخ مرتضی، *رسائل*، ج ۱۴، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۳هـ ج ۳.
- بجنوردی، سید محمد حسن، *القواعد الفقیهیه*، ج ۱، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۷ش، ج ۱ و ۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *المبسوط*، ج ۱، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۷ش، ج ۷.
- _____، *تئوری موازنه*، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ش.
- خالصی، محمد باقر، *رفع الغرر عن قاعده لا ضرر*، ج ۱، قم موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، *رویه قضایی ایران*، ج ۲، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۸ش، ج ۱۰ و ۱۴.
- شهیدثانی، زین الدین، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، ج ۱، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ق.
- قانون مدنی*
- کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ج ۱۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴ش.
- _____، *عقود معین*، ج ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ش، ج ۱ (معاملات معوض - عقود تملیکی - بیع، معاوضه، اجاره، قرض).
- مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۳، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹هـ ج ۲.
- مجموعه نشست های قضایی، ج ۱، تهران، معاونت آموزشی قوه قضائیه، ۱۳۸۲ش، ج ۱۴.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام*، ج ۵، تهران، انتشارات استقلال، ۱۳۷۹ش، ج ۱ و ۲.
- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۶، تهران، اسلامی، ۱۳۹۴هـ ج ۲۷.
- نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، ج ۱، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۷هـ ج ۷.