

اجاره فرعی و انتقال عقد اجاره در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر

محمد غلامعلی زاده *

محسن سلیمانی **

تاریخ پذیرش: ۹۵/۵/۱۲

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۲۶

چکیده

فقه‌های اسلامی در اینکه مستأجر می‌تواند آنچه را که خود اجاره کرده است به دیگری اجاره دهد، اتفاق نظر دارند. اما در چگونگی این تصرف مستأجر هم عقیده نیستند. بعضی از فقه‌های عامه، اجاره مستأجر را هنگامی صحیح می‌دانند که او عین مستأجره را قبض نموده باشد. برخی از اینان نیز در اینکه آیا طرف قرارداد مستأجر می‌تواند مؤاجر باشد یا خیر، نظریه‌های متفاوتی را بیان داشته‌اند. فقه‌های امامیه نه قبض عین مستأجره را لازم دانسته‌اند و نه آنکه طرف قرارداد اجاره فرعی الزاماً باید ثالث باشد. فقه‌های امامیه، در تسلیم عین مستأجره به مستأجر فرعی بدون اذن و یا اجازه مؤاجر هم عقیده نیستند. قانون مدنی ایران به همان طریقی موضوع را در ماده ۴۷۴ مقرر داشته که فقه‌های امامیه عنوان نموده‌اند. علی‌رغم عهدی بودن عقد اجاره در حقوق مصر، قانون مدنی این کشور در ماده ۵۹۳ نیز چنین حقی (اجاره فرعی) را برای مستأجر در نظر گرفته و به صراحت از انتقال عقد اجاره توسط مستأجر که ماهیت و آثاری متفاوت از اجاره فرعی دارد، نیز صحبت به میان آورده است. در حقوق این کشور (بر خلاف حقوق ایران) اصل جواز انتقال قرارداد اجاره می‌باشد. با توجه به عهدی بودن عقد اجاره در حقوق این کشور طرف قرارداد مستأجر در هیچ صورتی نمی‌تواند مؤاجر باشد.

کلیدواژگان

اجاره اشیاء، مستأجر، اجاره فرعی، انتقال قرارداد اجاره.

* استاد یار گروه حقوق خصوصی دانشکده الهیات و علوم انسانی دانشگاه پیام نور

m_gholamalizadeh@yahoo.com

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی

mohsensoleimani@yahoo.com

مقدمه

با توجه به گسترش روابط استیجاری و به تبع افزایش مستأجرین، این امر متبادر به ذهن می‌گردد که، مستأجر به عنوان مالک منافع، چه تصرفاتی می‌تواند در مایملک خود (منافع) داشته باشد؟ منظور ما از تصرف در اینجا، تصرفات ناقله می‌باشد. در حقیقت مسئله این است که، مستأجر در اِعمال یکی از عناصر سه‌گانه مالکیت، یعنی حق اخراج از ملکیت (حق تصرف) تا چه حد آزادی دارد؟ ما در اینجا به یکی از این تصرفات مستأجر، یعنی انعقاد عقد اجاره (موضوع ماده ۴۷۴ ق.م. ایران) خواهیم پرداخت.

ماده ۵۹۳ ق.م. مصر، علاوه بر این حق مستأجر، از «انتقال قرارداد اجاره» نیز صحبت به میان آورده است، امری که قانون‌گذار ایرانی نیز می‌بایست، همان‌طور که در برخی عقود به این مسئله (انتقال قرارداد و تفاوت آن با قراردادهای فرعی) توجه می‌نماید، در این باره نیز به چنین امری توجه می‌نمود. و همچنین موضع قانون‌گذار ایرانی و مصری در بحث منع مستأجر از اجاره فرعی دارای ایراداتی می‌باشند، که این ایرادات را با توجه به مقررات سایر کشورها در این باره، می‌توان استنباط نمود که شرح آن خواهد آمد. بر این اساس، در این مقاله ابتدا مسئله انعقاد عقد اجاره از سوی مستأجر (اجاره فرعی یا ثانی) را در فقه عامه مورد بررسی قرار داده و سپس با توجه به الهامی که قانون‌گذار ایرانی از فقه امامیه داشته، مسئله را در فقه امامیه و سپس حقوق ایران بررسی خواهیم نمود. سپس نگاهی به قانون مدنی مصر خواهیم داشت. در پایان نیز مسئله شرط منع مستأجر از انتقال منافع و قرارداد را در حقوق ایران و مصر موردی ارزیابی قرار خواهیم داد.

۱. اجاره فرعی در فقه عامه

با توجه به تعریف فقهای عامه از عقد اجاره، مبنی بر اینکه اجاره بیع منفعت است اینان مستأجر را «مالک منافع» می‌دانند و با قیاسی که از مستأجر با خریدار می‌نمایند، جواز اجاره منافع توسط مستأجر را توجیه نموده‌اند. اما اینان در اینکه مستأجر در چه شرایطی می‌تواند عین مستأجره را،

۱. کاسانی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود؛ **بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۸۲م، ج ۴، ص ۱۷۳.

اجاره دهد اختلاف نظر دارند. در آثار اینان موضوع را می‌توان تحت دو عنوان بررسی نمود. عنوان اول اجاره مستأجر است به خود مؤاجر و عنوان دوم، اجاره مستأجر به ثالث می‌باشد. حالت اول (یعنی اجاره به مؤاجر) را در دو فرض مورد بررسی قرار داده‌اند. فرض اول هنگامی است که مستأجر قبل از قبض، عین مستأجره را به مؤاجر اجاره می‌دهد. برخی از این فقها چنین اجاره‌ای را صحیح ندانسته‌اند^۱. زیرا، اینان برای تملک منفعت تنها انعقاد عقد اجاره را کافی نمی‌دانند و قبض عین مستأجره را نیز، لازمه اعمال تصرف مستأجر در آن می‌دانند. در واقع فقهای حنفی و بعضی از فقیهان مالکی نظر بر این دارند که تملک منفعت تنها به وسیله عقد امکان ندارد زیرا، منفعت معدوم است و معدوم به ملکیت کسی در نمی‌آید، بنابراین تنها هنگام استفاده از منفعت می‌توان ادعا کرد که مستأجر در نتیجه عقد مالک آن شده است. اما در پاسخ به قائلین نظر مطروحه بیان داشته‌اند که در این فرض که مالک طرف قرارداد مستأجر است نیازی به قبض و توانایی بر تسلیم آن نیست زیرا، عین مستأجره در ید مالک می‌باشد^۲. گروهی دیگر، اجاره عین مستأجره قبل از قبض آن توسط مستأجر را، به مؤاجر صحیح می‌دانند^۳. قائلین به این نظر که به مانند فقهای امامیه، با انعقاد عقد اجاره مستأجر را مالک منافع می‌دانند، برای صحت چنین اجاره‌ای توسط مستأجر با توجه به این امر که منافع به نفس عقد نیز می‌تواند به ملکیت دیگری درآید و قبض عین مستأجره را لازمه به ملکیت در آمدن منافع نمی‌دانند، تصرف مستأجر در عین مستأجره را قبل از قبض منافع صحیح دانسته‌اند. اما فرض دوم از حالت اول هنگامی است که مستأجر عین مستأجره را قبض نموده و اینک به هر دلیلی مؤاجر قصد اجاره آن را دارد. در این باره اکثریت، نظر بر این دارند که مستأجر می‌تواند، عین مستأجره را بعد از قبض آن به مؤاجر اجاره دهد^۴. اینان با قیاسی که از عقد اجاره با عقد بیع نموده‌اند، بیان داشته‌اند همان‌طور که در عقد بیع می‌توان مبیع را بعد قبض آن به بائع یا غیر

۱. نووی، محی الدین؛ **روضه الطالبین**، ج اول، المکتب الاسلامی للطباعة والنشر، بی تا، ج ۴، ص ۳۲۵. عبدالله بن قدامه مقدسی، شمس الدین ابی الفرج؛ **المغنی**، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا، ج ۶، ص ۵۳.

۲. ابن قدامه مقدسی؛ **همان**، ص ۵۳.

۳. خطابرعینی؛ **مواهبالجلیل لشرح مختصر الخلیل**، ج سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۲م، ج ۷، ص ۵۳۷. و مرداوی، علاء الدین ابی الحسن علی بن سلیمان؛ **الإنصاف**، ج اول، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۵۸م، ج ۶، ص ۳۵. شیرازی، ابی إسحاق؛ **المهذب فی فقه الإمام الشافعی**، بیروت، دارالفکر، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۴۰۳.

۴. رعینی؛ **همان**، ص ۵۳۷.

فروخت، مستأجر نیز می‌تواند عین مستأجر را به مؤاجر یا ثالث اجاره دهد.^۱ اما برخی نظر بر این دارند که مستأجر بعد از قبض عین مستأجره نمی‌تواند آن را به خود مؤاجر اجاره دهد.^۲ اما در فرضی که مستأجر فرعی شخص ثالثی باشد نیز باید بین انعقاد عقد اجاره فرعی قبل از قبض عین مستأجره و بعد از قبض آن فرق نهاد، که در حالت اخیر، اکثر فقهای عامه بیان داشته‌اند، همان‌طور که خریدار بعد از دریافت مبیع می‌تواند هر تصرفی در آن انجام دهد، مستأجر نیز قادر خواهد بود عین مستأجره را به اجاره دهد.^۳

اما در حالت اول گروهی که اکثریت را شامل می‌شوند، اجاره قبل از قبض عین مستأجره به ثالث را صحیح می‌دانند و استدلال اینان قیاس با بیع مبیع توسط خریدار قبل از قبض او می‌باشد.^۴ در این میان گروهی از فقهای عامه نیز چنین اجاره‌ای را از جانب مستأجر قابل قبول نمی‌دانند و تنها در صورتی که مستأجر از جانب مؤاجر مأذون باشد، قادر به اجاره عین مستأجره خواهد بود.^۵

۲. اجاره فرعی در فقه امامیه

فارغ از اینکه فقهای امامیه بر تعریفی که بیان‌کننده ماهیت عقد اجاره باشد اختلاف نظر دارند، مشهور پذیرفته‌اند که به نفس عقد منافع به ملکیت مستأجر در می‌آید؛ بنابراین با توجه به اینکه در انعقاد عقد اجاره، نیازی نیست که مؤاجر مالک عین باشد^۶ مستأجر می‌تواند در صورتی که

۱. بن قدامه؛ همان، ص ۵۴.

۲. ابن نجیم حنفی، زین الدین: **البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق**، ج سوم، بیروت، دار المعرفه، ۱۹۹۳م، ج ۷، ص ۳۰۴. این گروه برای توجیه نظر خود دلیل آورده‌اند که: «بأن إيجارها منه يؤدي إلى تناقض الأحكام لأن التسليم مستحق على المؤاجر فإذا استأجرها صار مستحقاً له فيصير مستحقاً لما هو مستحق عليه، و ذلك تناقض» (به نقل از: بن قدامه؛ همان).

۳. ابن عابدین؛ همان، ص ۱۸۵. بصری، ابن جلاب؛ **التفريع**، ج دوم، بیروت، دار الغرب الاسلامی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۸۵.

۴. بهوتی؛ **کشاف القناع**، ج اول، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۶۶۵. الجلاب البصری؛ همان، ص ۱۸۵.

۵. شوکانی، محمد بن علی بن محمد؛ **السیل الجرار المتدقق علی حدائق الازهار**، ج اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۱۹۴. «أقول المالک للعین مالک لمنافعها ومجرد الإذن لمن يستعمله مدة الزمان بأجرة لا يدل علی جواز صرفها إلى غیره لاختلاف الأشخاص والأغراض والمقاصد وبهذا تعرف أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجرها... أما إذا أذن له مالک العین بذلك فظاهر».

۶. نجفی، شیخ محمدحسن؛ **جواهر الکلام**، ج اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه، تحقیق و تعلیق شیخ علی آخوندی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۲۵۲۹.

مباشرت او در عقد اجاره شرط نشده باشد یا به صراحت از این تصرف منع نشده، منافع را به دیگری انتقال دهد. فقهای امامیه بیان می‌دارند که «در صحت عقد اجاره کفایت می‌کند، مؤاجر مالک منفعت عین باشد. و لازم نیست مؤاجر مالک عین نیز باشد. پس برای مستأجر جایز است به مؤاجر یا دیگری عین را اجاره دهد...». چنین عبارتی را مبنی بر صحت انعقاد عقد اجاره توسط مستأجر در آثار تمام فقهای متقدم و متأخر که به مسئله ما نحن فیه، پرداخته‌اند می‌توان مشاهده نمود.^۱ به گونه‌ای که برخی از علمای امامیه بر این امر ادعای اجماع نموده‌اند.^۲

برخلاف نظرات متفاوت در فقه عامه، در فقه امامیه در این امر که آیا مؤاجر می‌تواند طرف قرارداد مستأجر واقع شود یا خیر اختلافی وجود ندارد. در واقع مستأجر فرعی می‌تواند شخص ثالث و یا خود «مؤاجر» باشد.^۳ متعاقب این مطالب آنچه قابل ذکر می‌باشد آن است که در نزد امامیه، در اینکه مستأجر برای تصرف در عین مستأجره، آن را قبض نموده باشد یا خیر فرقی در مسئله ندارد و از آنجایی که مستأجر به نفس انعقاد عقد مالک منافع می‌گردد^۴، می‌تواند حتی قبل از قبض عین مستأجره، آن را به ثالث و یا مؤاجر اجاره دهد.^۵

علی‌رغم آنچه که بیان شد، نظرات متفاوتی در رابطه با اجاره فرعی در میان فقهای امامیه دیده می‌شود، این نظرات نه بر اصل حکم جواز اجاره فرعی است، بلکه در مورد این امر است که آیا تسلیم «عین مستأجره» به مستأجر فرعی بعد از انعقاد عقد اجاره فرعی، نیاز به اذن مالک دارد یا خیر؟ گفتیم که مستأجر فرعی می‌تواند خود مؤاجر باشد، بنابراین مسئله مطروحه در اینجا با مشکلی روبه‌رو نیست. اما در موردی که طرف مستأجر ثالث باشد، بعض فقها^۶ نظر بر این دارند که جواز اجاره فرعی هیچ ملازمه‌ای با جواز تسلیم عین ندارد و هرگاه مستأجر اصلی بدون اذن مؤاجر مورد اجاره را به مستأجر فرعی تسلیم نماید ضامن است. چنانچه بیان داشته‌اند: «اگر

۱. شهید ثانی؛ **مسالك الافهام**، ج اول، قم، مؤسسه‌المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۸۶. محقق سبزواری؛ **کفایه**

الاحکام، ج اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۵۲.

۲. نجفی؛ **همان**، ص ۲۵۷.

۳. محقق ثانی؛ **جامع المقاصد**، ج اول، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۱۲۴۹.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ **عروه الوثقی**، ج اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۸.

۵. محقق ثانی؛ **همان**.

۶. محقق ثانی؛ **همان**، ص ۱۲۴. طباطبایی یزدی؛ **همان**، ص ۷۴.

حیوانی را برای سواری یا برای مدتی کرایه کرده باشد، جایز است آن را در آن مدت یا کمتر از آن مدت به دیگری کرایه دهد... و هرگاه بدون اذن مالک حیوان را به او بدهد ضامن است...» اما برخلاف این نظر، اکثر فقهای امامیه^۱ بر این باورند که تسلیم عین مستأجره به مستأجر فرعی نیازی به اذن مجدد از مالک ندارد. ایشان دلیل آورده‌اند که تسلیم نمودن عین از جمله لوازم و ضروریات اجاره اشیاء است و از طرفی اجاره عین مستأجره به دیگری جایز شمرده شده است و طبق قاعده عقلی اذن در شیء (اجاره فرعی) اذن در لوازم آن (تسلیم عین به مستأجر فرعی) نیز می‌باشد. بنابراین هنگامی که مؤاجر منافع را به مستأجر تملیک می‌کند لزوماً اذن هر نوع تصرفی در منافع مورد اجاره و از جمله انتقال آن را نیز داده است و چون مورد اجاره را نمی‌توان بدون تصرف مادی در عین آن قابل تصور دانست، پس لازمه اذن مالک در اجاره دادن عین مستأجره به دیگری اذن به تصرف در خود عین نیز می‌باشد. همچنین به روایت صحیح علی بن جعفر (ع) از برادرش موسی بن جعفر (ع) نیز استناد جسته‌اند: «قال سألته عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفتت، ماعليه؟ قال (ع) ان كان شرط أن لا يركبها غيره، فهو ضامن لها؛ و ان لم يسم، فليس عليه شيء». در این روایت حضرت ضمن بیان حکم، اعتراضی به واگذاری موضوع به دیگری نمی‌نماید و این نکته دلیل بر درستی تسلیم است. و از آنجا که مستأجر به واسطه تسلیم کردن حیوان اجاره شده به دیگری (بدون اذن مالک) ضامن حیوان نیست به طریق اولی در مورد غیر حیوان نیز ضامن نخواهد بود^۲. به موجب نظری دیگر، اذن در تسلیم شرط نیست و تحویل مورد اجاره به مستأجر فرعی عاملی بر ضمان مستأجر شمرده نمی‌شود. اما این عدم ضمان هنگامی است که مستأجر اصلی از ثقه و امین بودن مستأجر فرعی مطمئن باشد در غیر این صورت عدم وثوق از این امر و تسلیم به او از مصادیق تعدی و تفریط بوده و مستأجر را ضامن قرار می‌دهد^۳. در همین رابطه عده‌ای^۴ بیان می‌دارند: «اقدام مالک در رخصت دادن به مستأجر جهت استیلاء یافتن بر عین، ناشی از برخورداری او از وصف عنوانی «مالک بودن نسبت به منافع» است و نه برخاسته از ذات و جنبه‌های تشخیص بخشی به او. بر این اساس، هر کس که

۱. شهید ثانی؛ همان، ص ۱۸۷ میرزاقمی؛ جامع الشتات، چ اول، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱ ش، ج ۳، ص ۴۸۵.

۲. شهید ثانی؛ شرح لمعه، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا، ج ۴، ص ۳۴۰.

۳. محقق سبزواری؛ همان، ص ۶۶۲.

۴. خویی، ابوالقاسم؛ کتاب الاجاره، قم، انتشارات لطفی، ۱۳۶۵ ش، ص ۲۷۴.

مالک منفعت باشد، می‌تواند اقدامی این چنین (رخصت دادن به غیر جهت استیلا یافتن بر عین) را به عمل آورد». منتها ایشان در ادامه به مانند برخی دیگر از فقها^۱ بیان داشته‌اند که: «از آنجا که عین امانتی نزد مستأجر اول است و به همین جهت باید آن را محافظت کند، جایز نیست که او عین را در معرض خطر قرار دهد و اجاره دادن آن به انسان جائز و خائن قرار دادن آن در معرض خطر می‌باشد». با توجه به دلایلی که گروه دوم آورده‌اند، نظر ایشان منطقی‌تر جلوه می‌نماید، هرچند که نظریه سوم نیز می‌تواند با توجه به حفظ صلاح مایملک مؤاجر مطمح نظر قرار گیرد. اگر چه اقدام مستأجر به اجاره دادن به شخصی که فاقد صلاحیت باشد را می‌توان نوعی تقصیر دانست و مستأجر را مسئول زیان وارد شده بر مؤاجر دانست. بنابراین چنین نظری که مستأجر باید به فردی به اصطلاح «متعارف» و یا امین اجاره دهد تأکیدی بیش نیست کما اینکه نظریه دوم خود مؤید این امر می‌باشد.^۲

۳. اجاره فرعی در حقوق ایران

با تمام انتقاداتی که بر تملیکی بودن عقد اجاره اشیاء از سوی برخی از حقوق دانان و فقها وارد است، اکثر حقوق دانان ایرانی تملیکی بودن عقد اجاره را در صورتی که عین خارجی مورد اجاره باشد پذیرفته‌اند. در حقوق ایران اثر مستقیم عقد اجاره انتقال مالکیت منافع به مستأجر و در نتیجه موجد حق عینی برای مستأجر می‌باشد. این مهم را می‌توان از تعریفی که قانون‌گذار برای عقد اجاره ارائه نموده است استنباط نمود. به موجب ماده ۴۶۶ ق.م. : «اجاره عقدی است که به موجب آن، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود...». ماده ۳۰ ق.م. نیز در مقام بیان اصل تسلیط مقرر داشته است که هر مالکی در مایملک خود حق همه‌گونه تصرف دارد بنابراین

۱. حسینی عاملی، محمد جواد؛ **مفتاح الکرامه**، مؤسسه آل بیت، ۱۴۱۱ق، ج ۱۹، ص ۲۶۸.

۲. نکته شایان ذکر این است که گروهی از فقها، با استناد به برخی روایات بیان داشته‌اند، در مواردی اقدام مستأجر به اجاره دادن عین مستأجره به بیش از قیمتی که اجاره نموده، جایز نیست. این موارد عبارت‌اند از: اتاق، خانه، دکان و اجیر، مگر آنکه تغییری را در آن ایجاد کند (نگاه کنید به: خویی؛ **همان**، ص ۲۸۲. بعض فقها نیز این ممنوعیت اجاره به اکثر را توسط مستأجر، حمل بر کراهت نموده‌اند و برخی نیز قائل به منع شده‌اند. ارائه این بحث مجالی گسترده‌تر می‌طلبد اما به نظر ما در حقوق کنونی «منع مستأجر از اجاره دادن به بیشتر از آنچه که خود اجاره کرده است» بدون آنکه در آن تغییری صورت گیرد، در واقع به نوعی عملی شبیه به دلالی انجام می‌گردد، امری ضروری می‌نماید. زیرا، این امر (ممکن است) خود باعث افزایش بی رویه اجاره بها گردد. مسئله‌ای که در بعضی از مناطق شهرهای بزرگ نمایان است (نگاه کنید به: روزنامه دنیای اقتصاد، ش ۲۴۰۷، کد خبر -DEN۲۶۱۴۴).

مستأجر نیز به عنوان مالک منافع از تمام حقوق مالکانه برخوردار خواهد بود و اصل تسلیط درباره او نیز با لحاظ محدودیت‌های قانونی و قراردادی اعمال می‌شود.

به هر حال براساس ماده ۴۷۳ ق.م. ایران: «لازم نیست که مؤاجر مالک عین مستأجره باشد، ولی باید مالک منافع آن باشد». از جمله مواردی که مؤاجر تنها مالک منفعت می‌باشد، موردی است که مستأجر منافع را به دیگری اجاره می‌دهد. پس از نظر قواعد عمومی لزومی ندارد که در قرارداد اجاره، اختیار مستأجر در انتقال منافع شرط شود، زیرا، عقد اجاره خود این حق را برای مستأجر ایجاد نموده است.^۱ هرچند چنین شرطی در زمان حکومت قانون روابط مؤاجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ مشمول تحدیداتی شده است. زیرا به موجب ماده ۱۰ قانون مزبور که بیان می‌داشت: «مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتبا این اختیار به او داده شده باشد...»، مستأجر در صورتی حق انتقال منافع را به دیگری می‌داشت که در قرارداد کتبا چنین اختیاری به او داده می‌شد. دلیل فاصله گرفتن قراردادهای اجاره املاک مشمول قانون سال ۱۳۵۶، از مقررات قانون مدنی، آن بود که به علت حق اولویت مستأجر این گونه املاک، در انعقاد قرارداد اجاره با مالک، استمرار رابطه قراردادی نتیجه می‌شد و مستأجر می‌توانست سال‌ها در مورد اجاره تصرف نماید. بنابراین شخصیت و اعتبار مستأجر برای مؤاجر اهمیت می‌یافت به صورتی که بدون اذن مالک، واگذاری مورد اجاره از سوی مستأجر، قانونی تلقی نمی‌شد.^۲ اما قانون روابط مؤاجر و مستأجر ۱۳۷۶ رجعت به اصل کرده و اصل انتقال پذیری منافع توسط مستأجر را که قانون مدنی در ماده ۴۷۴ بیان داشته پذیرفته است. به موجب ماده مرقوم: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره بدهد...». این ماده که با توجه به عبارات فقهای امامیه تدوین شده است، همان طور که بیان خواهیم کرد دارای اشکالاتی می‌باشد. کما اینکه اولین اشکال ماده مزبور عدم تفکیک اجاره فرعی از انتقال قرارداد اجاره می‌باشد که اکثر قوانین کشورهای اسلامی^۳، این تفکیک را صورت داده‌اند، که

۱. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، عقود معین ۱، چ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش، ص ۳۷۵.

۲. رادان جبلی، علی؛ (انتقال مورد اجاره به شریک، انتقال به غیر نیست)، مجله دادرسی، ش ۳۲، خرداد و تیر ۱۳۸۲ ش، ص ۳۷.

۳. چون ماده ۶۲۰ ق.م. قطر که مقرر می‌دارد: «مستأجر حق انتقال اجاره و اجاره کل یا جزئی از آنچه را که اجاره کرده است را دارد...».

با توجه به آثار متفاوت این دو نهاد حقوقی چنین تفکیکی ضروری می‌نماید که شرح آن خواهد آمد.^۱ در اجاره فرعی، مورد اجاره می‌تواند «تمام» یا «بخشی» از عین مستأجره باشد و در هر صورت عنوان اجاره فرعی بر آن صدق می‌نماید. همچنین با توجه به اطلاق ماده ۴۷۴ ق.م. و مالکیت منافع برای مستأجر و جدا شدن آن از مایملک مؤاجر، مستأجر فرعی می‌تواند خود مؤاجر باشد. قانون‌گذار ایرانی در این باره که آیا تسلیم عین مستأجره به مستأجر فرعی منوط به اذن مالک است یا خیر؟ ساکت است، اما بدیهی است هنگامی که قانون‌گذار به مستأجر اجازه داده است که «عین مستأجره» را به دیگری اجاره دهد به‌طور ضمنی لوازم آن را نیز مجاز می‌شمرد؛ بنابراین اطلاق در این باره ظاهر در جواز تسلیم عین مستأجره به مستأجر فرعی را تأیید می‌کند.^۲ در این باره برخی از حقوق‌دانان^۳ بعد از پذیرش عدم ضرورت اذن برای تسلیم، بیان می‌دارند: «در مواردی که انتفاع از عین مال ملازمه با قبض آن ندارد... تسلیم آن... ضمان‌آور است. زیرا، تسلیم عین را، ملازمه آن با اجاره مباح می‌کند و تا حدی است که انتفاع اقتضا دارد. در فرض ما (اجاره اتومبیل و حیوان برای حمل بار) حمل بار تسلیم منفعت است و نیازی به تسلیم اضافی حیوان یا اتومبیل احساس نمی‌شود». اما باید توجه داشت که اگر منظور آن باشد که خود مستأجر اصلی اقدام به حمل بار یا مسافر به وسیله حیوان یا اتومبیل نماید و آن را در اختیار مستأجر فرعی قرار ندهد، به نظر نمی‌رسد بتوان مورد را از مصادیق اجاره فرعی دانست؛ زیرا، این مورد بیشتر به اجاره متصدی حمل و نقل شبیه است تا اجاره فرعی مورد بحث، مگر منظور این باشد، آنچه را که خود به واسطه عقد دارا شده باشد در همان حد به مستأجر فرعی واگذار نماید.

۴. اجاره فرعی در حقوق مصر

۱. در برخی از آرای محاکم نیز، خلط این دو نهاد و استفاده از واژه انتقال مورد اجاره (که با مفهوم اجاره فرعی سازگار است)، برای معرفی انتقال عقد اجاره دیده می‌شود (نگاه کنید به: اجتهادی، عباس؛ **گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی، جمعی از قضات**، چ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴ش، ص ۱۴۲. (رای شماره ۹۲۲-۷۲، مورخ ۷۲/۱۲/۲۵، دادگاه حقوقی ۲ تهران).
۲. امامی، حسن؛ **حقوق مدنی**، چ نوزدهم، تهران، نشر اسلامی، ۱۳۸۶ش، ج ۲، ص ۶. محقق داماد، مصطفی؛ **قواعد فقه (بخش مدنی ۱)**، چ چهاردهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ش، ص ۲۳۸.
۳. کاتوزیان؛ **همان**.

به موجب ماده ۵۵۸ ق.م. مصر: «اجاره عقدی است که به موجب آن مؤاجر متعهد می‌شود تا امکان انتفاع از شیء معین را، در برابر اجرت معین برای مدت زمان معین، برای مستأجر فراهم آورد». با توجه به این تعریف، می‌توان به عهدی بودن عقد اجاره در حقوق این کشور پی برد. واقع برخلاف حقوق ایران در حقوق مصر عقد اجاره تنها حاوی حق دینی برای مستأجر می‌باشد که به موجب آن مؤاجر «متعهد» می‌گردد عین مستأجره را برای انتفاع در اختیار مستأجر قرار دهد. ناگفته نماند که بعضی از حقوق دانان مصری بر این باور هستند که حق مستأجر به مانند حق منتفع عینی می‌باشد.^۱ اما اکثر حقوق دانان مصری معتقدند چه در قانون مدنی قدیم مصر و چه در قانون جدید (مصوب ۱۹۴۹ م.) ماهیت حق مستأجر صرفاً یک حق دینی می‌باشد.^۲ یکی از دلایل اینان استناد به ماده ۵۵۸ ق.م. در تعریفی که قانون‌گذار از عقد اجاره نموده نمایان می‌گردد و همچنین مقایسه این عقد با حق انتفاع می‌باشد که در مواد ۲۹/۱۳ قانون مدنی قدیم مصر تعریف آن آمده است (قانون مدنی جدید مصر، حق انتفاع را تعریف نکرده است اما به مانند قانون قدیم، موجد حق عینی می‌باشد). اینان با توجه به مواد مزبور بیان می‌دارند که بین این دو نهاد حقوقی تفاوتی اساسی وجود دارد و آن اینکه قانون‌گذار حق انتفاع را صریحاً عینی دانسته اما حق مستأجر را دینی. به این شرح که براساس ماده ۵۵۸ ق.م. قانون‌گذار بعد از انعقاد عقد، مؤاجر را «متعهد» به متمکن ساختن مستأجر از مورد اجاره نموده و بیان نگریده که به «نفس عقد» حقی نسبت به عین مستأجره ایجاد می‌گردد، بلکه اقتضای این ماده همین بس که، مستأجر به واسطه «تعهد مؤاجر» حق استفاده از عین مستأجره را پیدا می‌کند. در حالی که در تعریف قانونی از حق انتفاع قانون‌گذار به صراحت بیان می‌دارد، حق انتفاع، حقی است برای منتفع در استعمال و بهره‌برداری

۱. شحاته، شفیق: *النظریه العامه للالتزامات فی الشریعه الاسلامیه*، قاهره، نشر مطبعه الاعتماد، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۳.
 ۲. محاکم مصری نیز در اینکه حق مستأجر شخصی و دینی می‌باشد به خود تردیدی راه نداده‌اند. نقل از: دیاب، محمد ریاض: *القانون المدنی الاهلی و المختلط (کتاب البیع و الایجار)*، قاهره، مطبعه الهلال بالفجالة بمصر، ۱۹۱۲م، ص ۱۴۷. ایشان در راستای اثبات شخصی بودن حق مستأجر، در حقوق این کشور، بیان می‌دارند: «...ان الاجاره هی فی الحقیقه من التعهدات المعتمده. حقوق شخصیه و لذا لم یتکلم القانون عنها فی الحقوق العینیه. ...و قد اخذت المحاکم المصریه بهذا المذهب». به عقیده ایشان حقیقت اجاره در حقوق مصر، تعهدی از تعهدات (به اقتباس از حقوق روم) می‌باشد، و اصل بر این است که عینی بودن هر حقی را قانون‌گذار به صراحت ذکر کرده است. از این رو، اگر حق مستأجر نسبت به عین مستأجره عینی می‌بود قانون‌گذار آن را بیان می‌نمود. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به: سنهوری، عبدالرزاق احمد: *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۵۲م، ج ۶ ص ۶۳۳ علی شهیک، محمد ابراهیم؛ *طبیعه حق المستأجر و اثره فی النزول الایجار و الایجار من الباطن*، مصر، رساله دکتری، دانشگاه اسکندریه، ۲۰۰۵م، ص ۵۳.

از «ملک» دیگری^۱. به هر ترتیب شخصی بودن حق مستأجر در حقوق مصر و محاکم این کشور پذیرفته شده است. اما پرسش این است حال که برای مستأجر هیچ حق مالکانه‌ای ایجاد نمی‌گردد او چگونه قادر بر تصرفات ناقله خواهد بود؟ حقوق دانان مصری بیان داشته‌اند همان‌طور که تصرف در اعیان مجاز می‌باشد، «تصرف در طلب» نیز امکان‌پذیر است. در واقع مستأجر، می‌تواند حق خود را که در نتیجه عقد اجاره دارا گردیده به دیگری واگذار نماید. تصرفات مستأجر ممکن است با استفاده از بیع، هبه، «اجاره» و نظایر آن صورت پذیرد که در این صورت ماهیت این امر (انتقال طلب) می‌تواند بر هر یک از عقود یا اعمال حقوقی مذکور منطبق باشد. در اجاره فرعی، مستأجر «طلب» خود از مؤاجر را که همان برقراری امکان استفاده از عین مستأجره است را به دیگری اجاره می‌دهد. بنابراین بدیهی است که مستأجر، با انتقال طلب خود، باید انتفاع از عین مستأجره را نیز به مستأجر فرعی واگذار نماید. ماده ۵۹۳ ق.م. مصر نیز مقرر می‌دارد: «مستأجر می‌تواند اجاره خود را واگذار کند یا کل یا جزئی از عین مستأجره را به دیگری اجاره دهد...». بنابر آنچه گفته شد، ماهیت حقوقی عقد اجاره فرعی در حقوق مصر (و همچنین در حقوق ایران)، برخلاف آنچه در انتقال عقد اجاره خواهیم دید، همان اجاره است. از این‌رو، تمام قواعد عام مربوط به عقد اجاره در قانون مدنی، در رابطه با مستأجر اصلی (که اکنون خود در مقام مؤاجر است) و مستأجر فرعی قابل تسری می‌باشد.^۲

۵. بررسی انتقال عقد اجاره در حقوق ایران و مصر

قانون‌گذار ایرانی در ماده ۴۷۴ ق.م. به مستأجر در صورتی که در قرارداد شرط خلاف نشده باشد اجازه، اجاره دادن عین مستأجره را داده است. قانون‌گذار مصری که به این موضوع توجه بیشتری داشته در ماده ۵۹۳ ق.م. به این حق مستأجر اشاره نموده و بین اجاره دادن مستأجر^۳ و انتقال عقد اجاره^۴ فرق نهاده است. در مقابل قانون‌گذار ایرانی از انتقال عقد اجاره صحبتی به میان نیاورده

۱. سنه‌وری؛ همان، ص ۶۴۴.

۲. دیاب؛ همان، ص ۱۴۷.

۳. سنه‌وری؛ همان، ص ۶۶۵.

۴. «الایجار من الباطن».

۵. «التنازل عن الایجار».

است و در بادی امر این گونه متبادر به ذهن می‌گردد که او حق انتقال عقد اجاره را ندارد؛ ولی همان طور که خواهد آمد در حقوق ایران نیز مستأجر می‌تواند قرارداد اجاره را به دیگری انتقال دهد به گونه‌ای که انتقال گیرنده از هر حیث قائم مقام او در همان عقد اجاره سابق گردد.

۵.۱ مبانی فقهی و حقوقی انتقال عقد اجاره در حقوق ایران

در فقه اسلامی نیز بین انتقال عقد اجاره و اجاره فرعی فرق نهاده‌اند یا به بیانی بهتر از انتقال عقد اجاره به گونه‌ای که انتقال گیرنده جانشین مستأجر گرد بحثی ننموده‌اند و اگر برخی^۱ از «نقل منفعت» توسط مستأجر صحبت به میان آورده‌اند این نقل منفعت ممکن است از طریق عقد هبه و... باشد اما الزاما به معنی جانشینی انتقال گیرنده نیست. در واقع «نقل منفعت» به وسیله مستأجر غیر از انتقال عقد اجاره می‌باشد هر چند که اثر انتقال عقد اجاره نقل منفعت نیز می‌باشد. با وجود این برخی از فقهای معاصر، انتقال عقد اجاره را در موردی که مستأجر، مالک منفعت مغازه گردیده و سپس به دیگری انتقال داده است به رسمیت شناخته و افزوده‌اند که در چنین حالتی، انتقال گیرنده، براساس همان عقد اجاره اول دارای حقوق و تعهدات خواهد بود.^۲

علی‌رغم آنکه در حقوق ایران مصادیقی از انتقال قرارداد وجود دارد^۳ اما از نهاد انتقال قرارداد تعریفی ارائه نشده است. حقوق دانان در ضمن بحث از مسائل مربوط به قائم مقامی، از مسائل مربوط به انتقال گیرنده نیز بحث نموده‌اند و در واقع انتقال قرارداد را که نتیجه آن قائم مقامی انتقال گیرنده است را در ضمن همین مباحث بررسی نموده‌اند. برخی^۴ بیان می‌دارند در انتقال قرارداد هدف این نیست که دین یا طلب ناشی از عقد به دیگری واگذار شود، بلکه مقصود این است که انتقال گیرنده جانشین طرف قرارداد شود و از تمام ویژگی‌های «موقعیت قراردادی» بهره‌مند باشد. اینان انتقال موقعیت قراردادی را مترادف با انتقال قرارداد می‌دانند که موضوع بحث حاضر است. البته بدیهی است که بحث حاضر مربوط به انتقال ارادی قرارداد می‌باشد هر چند که

۱. میرزاقمی؛ جامع الشتات؛ همان، ص ۴۵۸.

۲. به نقل از: شعاریان، ابراهیم؛ **انتقال قرارداد**، چ اول، تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۸ش، ص ۲۹.

۳. همچون ماده ۵۴۱ ق.م. که از انتقال معامله مزارعه صحبت به میان آورده است.

۴. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی**، اعمال حقوقی، چ دوازدهم تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶ش، ص ۱۷۵.

انتقال قهری (یعنی انتقال قرارداد به حکم قانون که در عقود لازم قابل تصور است) و قضایی نیز در عقد اجاره قابل تصور است.

در بیان مفهوم انتقال قرارداد اجاره می‌توان گفت، هرگاه مستأجر «با داشتن حق انتقال به غیر» قرارداد اجاره را به دیگری واگذار نماید، به طوری که دیگری از هر حیث جانشین مستأجر شود، انتقال قرارداد اجاره مصداق پیدا می‌کند. ذکر عبارت «با داشتن حق انتقال به غیر» به آن جهت است که در انتقال قرارداد اجاره برخلاف اجاره فرعی، اصل ممنوعیت انتقال قرارداد اجاره می‌باشد. این امر را می‌توان براساس سایر مواد قانونی راجع به انتقال قرارداد نیز قابل توجیه دانست. زیرا، در تمام مواد مربوط به انتقال معامله مانند مواد ۵۴۱، ۵۴۵ و ۵۵۴ ق.م. برای قابل انتقال گردانیدن معامله رضای طرف اصلی شرط است. فلسفه این امر این است که اصل بر آزادی انتخاب طرف قرارداد می‌باشد و انتقال قرارداد بدون اجازه و یا رضایت طرف اصلی قرارداد (در فرض ما مؤاجر) به معنای آن است که مؤاجر با کسی روبه‌رو می‌شود که در انتخاب او آزادی نداشته است و این بر خلاف انصاف و قواعد حقوقی است.^۱

در رابطه با مبنای حقوقی انتقال قرارداد اجاره^۲ علاوه بر آنچه در بالا ذکر شد می‌توان ماده ۱۹ قانون روابط مؤاجر و مستأجر ۱۳۵۶ را ملاک قرار داد که انتقال ارادی عقد اجاره از جانب مستأجر به دیگری را تجویز نموده که در این صورت به صراحت ماده مزبور «...مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم مقام مستأجر سابق خواهد بود». علاوه بر این، رأی وحدت رویه ردیف ۳۶ شماره ۹ مورخ ۱۳۵۵/۳/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به‌عنوان یک رأی لازم‌الاتباع در این باره مقرر داشته است که: «با توجه به ماده اول قانون روابط مالک و مستأجر و تبصره آن و با اتخاذ ملاک از مادتين ۲۰ و ۲۰۵ قانون مزبور، مستأجری که با استفاده از حق واگذاری به غیر قسمتی از مورد اجاره را به دیگری واگذار کند دیگر بعد از انقضاء مدت اجاره، مالک منافع قسمتی که واگذار گردیده نیست و تصرفی هم در این قسمت برای او باقی نمانده تا بتواند تخلیه یا تعدیل اجاره بها را از مستأجر جدید بخواهد. در چنین مواردی رابطه حقوقی

۱. مقدم، عیسی؛ (انتقال قرارداد)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، ش ۱۳۸۶، ص ۲۳۸.

۲. شعاریان؛ همان، ص ۳۵۷.

مستأجر سابق نسبت به قسمتی که واگذار گردیده قطع شده و بین مستأجر جدید و مالک رابطه اسبجاری برقرار گریده است»^۱.

۵.۲ انتقال قرارداد اجاره در حقوق مصر

برخلاف قانون مدنی ایران، قانون مدنی مصر به صراحت از انتقال عقد اجاره توسط مستأجر صحبت به میان آورده است. به موجب ماده ۵۹۳ ق.م. مصر: «مستأجر می‌تواند اجاره خود را واگذار نماید...». همان‌طور که بیان شد در حقوق مصر عقد اجاره از جمله عقود عهدی و موجد حق دینی برای مستأجر می‌باشد و همچنین با انعقاد قرارداد اجاره در عین حال بر عهده او تعهداتی نیز قرار می‌گیرد و با توجه به پذیرش هر دو نهاد انتقال طلب (ماده ۳۰۳ ق.م.)^۲ و انتقال دین (ماده ۳۱۵ ق.م.)^۳ در حقوق مصر، می‌توان انتقال عقد اجاره توسط مستأجر را انتقال طلب نسبت به حقوق و انتقال دین نسبت به تعهدات مستأجر دانست^۴. بنابراین همان‌طور که خواهد آمد، رابطه بین مستأجر و انتقال‌گیرنده، رابطه استبجاری نمی‌باشد. در واقع این رابطه تابع مسائل مربوط به حواله دین و طلب است نه عقد اجاره. بنابراین التزامات و تعهدات مؤاجر و همچنین حقوق در نظر گرفته شده در قانون برای «مؤاجر» نسبت به این فرض (انتقال عقد اجاره) قابل اعمال نمی‌باشد^۵. بحث انتقال عقد اجاره و جایگزینی دیگری بجای مستأجر اصلی در حقوق مصر را نمی‌توان از مصادیق تبدیل تعهد از طریق تبدیل متعهدله (موضوع قسمت سوم ماده ۳۵۲ ق.م. مصر) دانست زیرا، به موجب بند اول ماده ۳۵۶ ق.م. مصر: «تبدیل تعهد، موجب سقوط تعهد اصلی با توابع آن و جایگزین شدن تعهد جدید است». در صورتی که در انتقال طلب، حقوق و تعهدات ناشی از عقد اجاره اصلی با شرایط موجود به ثالث منتقل می‌شود بدون آنکه تعهد اول ساقط

۱. رأی یاد شده، هرچند قبل از تصویب قانون مؤاجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و در زمان اجرای قانون مالک و مستأجر ۱۳۳۹ صادر شده است، باوجود این از آنجایی که احکام هر دو قانون از جهت انتقال به غیر مشابه می‌باشد، در حال حاضر نیز موضوعیت خود را حفظ نموده است (شعاریان؛ همان، ص ۳۵۷).

۲. به موجب ماده ۳۰۳ ق.م. مصر: «بستانکار می‌تواند حق خود را به شخص دیگر انتقال دهد، مگر اینکه حق، به موجب مقررات قانون یا حسب توافق متعاقدین یا به جهت طبیعت تعهد، قابل انتقال نباشد. این انتقال بدون رضایت مدیون معتبر است».

۳. به موجب ماده ۳۱۵: «انتقال دین به موجب توافق بین مدیون و شخص ثالث که دین را به جای مدیون متحمل می‌شود واقع می‌شود».

۴. سنهوری؛ همان، ص ۶۶۴.

۵. سنهوری؛ همان، ص ۷۰۵.

شود. به همین جهت ماده ۵۹۵ ق.م. مصر مقرر می‌دارد: «در صورت انتقال عقد اجاره، مستأجر اصلی، ضامن اجرای تعهدات انتقال گیرنده است». در ذیل با مقایسه‌ای که از اجاره فرعی و انتقال عقد اجاره ارائه می‌دهیم ماهیت انتقال عقد اجاره، در حقوق ایران و مصر بیشتر نمایان می‌گردد.

۵.۳ مقایسه انتقال قرارداد اجاره و اجاره فرعی

تفاوت‌های این دو نهاد حقوقی را می‌توان در دو امر خلاصه نمود؛ تفاوت‌های ساختاری و تفاوت‌های رابطه‌ای.

اجاره فرعی (در حقوق ایران و مصر) از لحاظ ساختار حقوقی با «عقد اجاره» تفاوتی ندارد. در واقع ماهیت آن اجاره است و تمام قواعد قانونی راجع به عقد اجاره باید در آن رعایت شود. به‌عنوان مثال اجاره فرعی نیز باید معوضو مدت نیز در آن تعیین شود.

در مقابل از آن جایی که عقدی معین، که موضوع آن انتقال ارادی حقوق و تعهدات (انتقال قرارداد) از ناحیه شخص به دیگری باشد وجود ندارد، برای انتقال قرارداد از سایر عقود باید یاری جست و در این صورت متناسب با عقد به کار گرفته شده برای قالب حقوقی انتقال قرارداد، ماهیت آن نیز دستخوش تغییر است. در حقوق مصر برای انتقال عقد اجاره در صورتی که معوض باشد از بیع و اگر انتقال قرارداد رایگان صورت می‌گیرد عقد هبه را پیشنهاد کرده‌اند.^۱

اما از آنجایی که در حقوق ایران مورد معامله در عقد بیع عین است، امکان انتقال ارادی قرارداد در قالب عقد بیع، قابل تصور نیست. در رابطه با استفاده از عقد هبه برای انتقال رایگان قرارداد نیز با توجه به تعریف عقد هبه احکام آن از جمله لزوم قبض عین موهوبه انتقال ارادی قرارداد از طریق هبه امکان‌پذیر نیست.^۲ اما در خصوص انتقال قرارداد اجاره به صورت معوض و غیر معوض می‌توان، همان‌طور که یکی از فقها^۳ با توجه به محدودیت یاد شده، برای واگذاری عقد مزارعه عقد صلح را پیشنهاد نموده، از این عقد می‌توان برای انتقال عقد اجاره بهره جست. کما اینکه در انتقال قرارداد اجاره از ناحیه مستأجر، عقد صلح به‌عنوان وسیله انتقالی عقد، به‌طور ضمنی مورد نظر برخی از حقوق‌دانان نیز قرار گرفته است و در آراء متعددی از دادگاه‌ها نیز صریحاً عقد صلح

۱. سنه‌وری؛ همان.

۲. مقدم؛ همان، ص ۲۳۹.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ **عروه الوثقی**، ج اول، مؤسسه‌النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۳۱۷.

به‌عنوان وسیله حقوقی انتقال قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است؛ از جمله در رأی شماره ۷۷۳ مورخ ۷۳/۱۱/۱۹ شعبه ۵۷ دادگاه حقوقی ۲ تهران، عقد صلح سبب انتقال عقد اجاره به مستأجر جانشین در نظر گرفته شده است.^۱ در هر صورت مستأجر علاوه بر عقد صلح، از ماده ۱۰ ق.م.م. نیز می‌تواند برای انتقال قرارداد به دیگری بهره جوید، در واقع انتقال قرارداد در قالب یک قرارداد نامعین صورت گیرد.

بنا بر آنچه بیان گردید ماهیت حقوقی انتقال قرارداد اجاره، نهادی غیر از «اجاره» می‌باشد. پس قواعد مربوط به عقد اجاره، از جمله چگونگی تسلیم عین مستأجره و تأمین استفاده مطلوب از آن (ماده ۴۷۷ ق.م. ایران و ماده ۵۶۴ ق.م. مصر) و ... در انتقال عقد اجاره جاری نمی‌گردد. با توجه به عینی بودن حق مستأجر در حقوق ایران، انتقال عقد اجاره توسط مستأجر بر خلاف حقوق مصر امری وراء انتقال دیون و طلب است. زیرا، انتقال جداگانه دیون و حقوق را نمی‌توان مساوی با انتقال خود عقد دانست؛ زیرا، در انتقال عقد اجاره هدف جانشینی انتقال‌گیرنده و اعطای مالکیت منافع و تمام حقوق و تعهدات انتقال دهنده است. به‌طوری‌که برای انتقال‌گیرنده حتی حق فسخ یا تمدید عقد نیز به وجود آید.^۲ حقوق یاد شده در صورتی برای انتقال‌گیرنده قابل تصور است که ما او را به‌عنوان یک «مستأجر» یعنی یکی از طرفین قرارداد بدانیم، زیرا، این حقوق مربوط به طرفین یک عقد می‌باشد و کسی که فقط حقوق و دیون ناشی از عقد به او منتقل گردیده است، طرف عقد محسوب نمی‌گردد. بنابراین باید نهادی جدای از انتقال دین و طلب برای انتقال عقد اجاره در نظر گرفته شود که در «انتقال موقعیت قراردادی» که حقوق دانان^۳ آن را پذیرفته‌اند، منطقی جلوه می‌نماید.

در رابطه با تفاوت‌های رابطه‌ای باید گفت که، در اجاره فرعی رابطه میان مؤاجر و مستأجر اصلی حفظ می‌شود و با انعقاد اجاره فرعی رابطه جدیدی میان مستأجر اصلی و فرعی برقرار می‌گردد. لذا مستأجر فرعی اجاره بها را به مستأجر اصلی می‌دهد و شخص اخیر نیز اقساط مال الاجاره را به مؤاجر می‌دهد. اما در انتقال عقد اجاره نه تنها منافع به دیگری منتقل می‌شود بلکه مستأجر

۱. شعاریان؛ همان، ص ۹۴.

۲. مقدم؛ همان، ص ۲۳۳.

۳. کاتوزیان؛ همان، ص ۱۷۵-۱۷۶۹.

اصلی با واگذاری رابطه استیجاری خود به دیگری او را جانشین خویش می‌گرداند و مستأجر جدید، عقد پیشین را ادامه می‌دهد و با مالک رابطه استیجاری پیدا می‌کند.

۵.۴ بررسی روابط مؤاجر و مستأجرین اصلی و فرعی و انتقال گیرنده

۵.۴.۱ روابط مؤاجر، مستأجر و انتقال گیرنده

مهم‌ترین اثر انتقال قرارداد این است که، انتقال دهنده (مستأجر) از رابطه استیجاری کنار رفته و انتقال گیرنده قائم مقام او در عقد سابق می‌گردد (به استناد ماده ۱۹ قانون روابط مؤاجر و مستأجر ۱۳۵۶). با تحقق قائم مقامی، تمام حقوق موجود در زمان انتقال، از انتقال دهنده به انتقال گیرنده منتقل خواهد شد. همچنین است حقوقی که در آینده ایجاد می‌گردد. مانند حق فسخ قرارداد اجاره. متقابلاً تعهدات موجود در زمان انتقال، از انتقال دهنده به انتقال گیرنده منتقل می‌گردد. همچنین است تعهداتی که ممکن است در آینده ایجاد گردد (مانند تعهد به جبران خسارتی که ناشی از عدم اجرای صحیح قرارداد توسط او باشد). اثر دیگر قائم مقامی این است که انتقال دهنده (مستأجر اصلی) و متقابلاً مؤاجر از تعهداتی که به موجب قرارداد اصلی در مقابل یکدیگر داشته‌اند بری خواهند شد.

تضمینانی که از سوی مستأجر اصلی یا مؤاجر برای قرارداد برقرار شده است به نظر می‌رسد با انتقال عقد ساقط نگردد زیرا، در انتقال قرارداد، عقد ساقط نمی‌گردد و عقد جدیدی به جای آن ایجاد نمی‌شود، و تعهدات عیناً به انتقال گیرنده انتقال می‌یابد. بنابراین موجبی برای سقوط تضمینات وجود نخواهد داشت. بر خلاف موضوع تبدیل تعهد که طبق ماده ۲۹۲ ق.م. تضمینات ساقط می‌گردد، زیرا، با سقوط تعهد تضمینات آن نیز به‌طور طبیعی ساقط می‌گردد.^۱ از برخی قوانین، بقای تضمینات قابل استفاده است. به‌عنوان مثال از ماده ۱۹ قانون روابط مؤاجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، که مستأجر لاحق را از هر حیث قائم مقام مستأجر سابق تلقی نموده است چنین امری قابل پذیرش است.

در حقوق مصر و ایران، مستأجر می‌تواند عقد اجاره خود را چه به‌صورتی جزئی و چه به‌صورت کلی به دیگری انتقال دهد و این انتقال می‌تواند رایگان یا معوض باشد. اگر مستأجر، کل عقد

۱. مقدم؛ همان، ص ۲۴۰.

اجاره را به دیگری منتقل کند به این واسطه تمام حقوق و الزامات ناشی از عقد اجاره به انتقال گیرنده واگذار می‌شود. و اگر مستأجر قسمتی از قرارداد اجاره نسبت به عین مستأجره را به دیگری منتقل کند، انتقال گیرنده فقط نسبت به همان قسمت، جایگزین مستأجر خواهد شد.^۱

۵.۴.۲ رابطه مستأجر اصلی با مستأجر فرعی و مؤاجر

در حقوق ایران و مصر، رابطه مستأجر اصلی با مستأجر فرعی مشمول «روابط استیجاری» می‌باشد. در واقع این عقد اجاره تمام شرایط و آثار یک عقد اجاره مستقل را دارا می‌باشد، بنابراین می‌تواند اجرت آن بیشتر باشد یا کمتر اما در هر صورت باید معوض باشد. و همچنین شروط ضمن هر یک از عقود اصلی و فرعی می‌تواند متفاوت باشد.

۵.۴.۳ رابطه مالک با مستأجر فرعی و انتقال گیرنده

در انتقال عقد اجاره مالک ارتباط مستقیم با انتقال گیرنده پیدا می‌کند و مستأجر اصلی از رابطه استیجاری خارج می‌شود و انتقال گیرنده عقد پیشین را ادامه می‌دهد. رابطه مؤاجر اصلی و انتقال گیرنده از این پس یک رابطه مستقیم می‌باشد، بنابراین مالک می‌تواند، به‌طور مستقیم از انتقال گیرنده تمامی تعهدات مستأجر را طلب کند. و همچنین انتقال گیرنده نیز از تمام حقوق یک مستأجر برخوردار می‌باشد. در حالی که در اجاره فرعی، رابطه بین مالک و مستأجر فرعی، رابطه قراردادی و مستقیم نمی‌باشد. بنابراین مستأجر فرعی، مستأجر مستأجر اصلی محسوب می‌شود. بر طبق قاعده، مالک نمی‌تواند به‌طور مستقیم از مستأجر فرعی اجاره‌بها را درخواست نماید. اما در این باره حکم ماده ۵۹۶ ق.م.مصر قابل توجه است. به موجب ماده مرقوم: «۱. مستأجر فرعی، ملزم است مبالغی را که در زمان اخطار مؤاجر به مستأجر اصلی، به مستأجر اصلی بدهکار است، به‌طور مستقیم به مؤاجر پرداخت کند. ۲. مستأجر فرعی نمی‌تواند به پرداخت‌های قبلی خود به مستأجر اصلی استناد کند، مگر اینکه پیش از اخطار مطابق عرف یا توافق رسمی در زمان اجاره فرعی، صورت گرفته باشد». این ماده استثنایی بر قاعده کلی می‌باشد. بنابراین باید آن را محدود

۱. سنه‌وری؛ همان، ص ۷۰۴.

به نص قانون نمود و فقط در مورد گرفتن اجاره بها مؤاجر را مستحق آن بدانیم که بتواند به‌طور مستقیم و بالمباشره به مستأجر فرعی رجوع نماید.^۱

۶. شرط عدم انتقال منافع و قرارداد

شرط عدم انتقال منافع، توافقی است که طرفین در ضمن عقد اجاره صورت می‌دهند که به موجب آن مستأجر حق اجاره دادن و به‌طور کلی «انتقال منافع» به دیگری را نداشته باشد. براساس ماده ۴۷۴ ق.م. ایران و همچنین ماده ۵۹۳ ق.م. مصر، اصل بر این است که مستأجر حق اجاره دادن را دارد «مگر اینکه در قرارداد اجاره خلاف آن توافق شده باشد». شرط منع مستأجر ممکن است، صریحاً در قرارداد اجاره قید نگردد، اما این امر از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد اجاره ممکن است فهمیده شود یا اصطلاحاً شرط منع مستأجر به‌طور «ضمنی» در روابط طرفین قابل تصور باشد که در این صورت نیز مستأجر حق اجاره دادن عین مستأجره را ندارد. قانون مدنی مصر و ایران، از این لحاظ که به چنین امری (شرط مانع ضمنی) اشاره نکرده‌اند با ایراد روبه‌رو هستند.^۲

فقه‌های امامیه نیز چنین شرط مانعی را پذیرفته‌اند و حتی در صحت چنین شرطی برخی ادعای اجماع نموده‌اند.^۳ اما فقه‌های عامه در خصوص صحت این شرط اختلاف نظر دارند. بعضی از فقه‌های حنفی^۴ و بعضی از فقه‌های شافعی^۵، بیان داشته‌اند که در صورت وجود چنین شرطی در عقد اجاره، عقد فاسد و شرط نیز باطل می‌باشد. استدلال ایشان این است که چنین شرطی، منافی عقد اجاره می‌باشد. زیرا، به موجب عقد اجاره، مستأجر مالک می‌شود و بنابراین او قادر خواهد بود

۱. بنداری، محمد ابرهیم؛ (الدعوى المباشرة للمؤاجر الأصلی ضد المستأجر من الباطن درسه مقارنه فی القانونین المصری و الفرنسی)، ش ۵۰، مجله الشریعه و القانون، ۱۴۲۲ق، ص ۳۷۱.

۲. قانون مدنی قطر در ماده ۶۲۰ که به این مسئله توجه داشته بعد از بیان اصل جواز انتقال عقد اجاره و اجاره فرعی مقرر می‌دارد: «...مگر در مواردی که غیر این توافق شده باشد یا اینکه معلوم شود در زمان انعقاد قرارداد شخصیت مستأجر معتبر بوده است».

۳. قمی؛ همان، ص ۴۸۴.

۴. ابن نجیم حنفی، زین الدین؛ البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق، ج سوم، بیروت، دار المعرفه، ۱۹۹۲م، ج ۸، ص ۱۷.

۵. به نقل از: شیرازی، ابی إسحاق؛ المذهب فی فقه الإمام الشافعی، بیروت، دار الفکر، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۵۳۴.

تا در آن هر تصرفی بنماید. در مقابل برخی از فقهای شافعی^۱ بیان می‌دارند که هم شرط و هم عقد صحیح است. بعضی از فقهای حنفی^۲، مالکی^۳ و شافعی^۴ عقد اجاره را صحیح و شرط را باطل دانسته و عمل به چنین شرطی را لازم نمی‌دانند. اینان بیان داشته‌اند که همان‌طور که در عقد بیع برای مشتری نمی‌توان شرط کرد که مشتری حق فروش مبیع را نداشته باشد و این شرط باطل است مستأجر را نیز نمی‌توان از اجاره دادن منع نمود.^۵

همان‌طور که بیان شد و از ظاهر ماده ۵۹۳ ق.م. مصر نیز پیدا است، در حقوق این کشور اصل بر جواز انتقال قرارداد اجاره است، بنابراین شرط عدم انتقال قرارداد به مانند شرط عدم اجاره دارای اهمیت است، کما اینکه مکمل یکدیگر نیز می‌باشند. زیرا، بند اول ماده ۵۹۴ ق.م. مصر اصل تفسیر مضیق شرط مانع را با این استثنا روبه‌رو کرده است که «منع مستأجر از اجاره به دیگری، به منزله منع مستأجر از انتقال عقد اجاره و عکس آن است». اما همان‌طور که دیدیم در حقوق ایران اصل ممنوعیت انتقال قرارداد می‌باشد که دلایل آن را بیان داشتیم. بنابراین در حقوق ایران، شرط منع «انتقال قرارداد اجاره در ضمن قرارداد تأکیدی است بر امر قانون‌گذار و اگر هم چنین شرطی در قرارداد ذکر نشود باز هم اصل بر منع انتقال قرارداد اجاره خواهد بود. پس باید گفت که اصل قابلیت «انتقال منافع» توسط مستأجر از طریق اجاره و ... به معنای اصل قابلیت «انتقال عقد اجاره» نمی‌باشد.^۶

۱. شیرازی؛ همان، ص ۵۳۴.

۲. عابدین دمشقی، محمدآمین بن عمر؛ ردالمحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالفکر، تحقیق، اشراف: مکتب البحر و ثوالدراسات، ۱۹۹۵م، ج ۶ ص ۳۲۸.

۳. نجم بن شاس، جلال‌الدین عبدالله؛ عقد الجواهر الثمینه، چ اول، دارالغرب الاسلامی، ۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۵۳.

۴. شریب‌الخطیب؛ مغنی المحتاج، طبعه شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی و اولاده بمصر، ۱۳۷۷ق، ج ۲، ص ۳۵۰.

۵. بهوتی؛ کشف القناع، چ اول، بیروت، عالم‌الکتب، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۶۶۴.

۶. شعاریان؛ همان، ص ۱۹۸.

نتیجه گیری

در ماده ۴۷۴ ق.م. قانون گذار درصدد بیان یکی از تصرفات ناقله مستأجر، یعنی اجاره دادن عین مستأجره است که از دقت کامل برخوردار نبوده و برخلاف قانون گذار مصری فرقی بین، انتقال قرارداد اجاره و اجاره دادن منافع ننهاده است. در حالی که این دو نهاد آثاری متفاوت دارند. ایراد دیگر آنکه گاهی عدم رضایت مؤاجر از تصرفات ناقله مستأجر، در قرارداد به طور صریح ذکر نمی گردد، اما به طور ضمنی و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد می توان این عدم رضایت مؤاجر را برداشت نمود. بنابراین برای رفع هرگونه ابهامی و با توجه به اینکه منع مستأجر از اعمال حق تصرف «خلاف قاعده» است و اصل جواز تصرفات مستأجر می باشد، و اینکه دانستیم در حقوق ایران بر خلاف قانون مدنی مصر اصل ممنوعیت انتقال قرارداد اجاره می باشد، نیاز بود قانون گذار ایرانی به دو مطلب مذکور، به صراحت اشاره می نمود تا حدود تصرفات مستأجر به گونه ای روشن بیان می شد. بنابراین پیشنهاد می شود ماده ۴۷۴ ق.م. ایران به شرح ذیل اصلاح گردد: «۱- مستأجر می تواند عین مستأجره را را به دیگری اجاره دهد، مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن ذکر شده باشد یا اینکه با توجه به قراین چنین منعی قابل پیش بینی باشد. ۲- مستأجر می تواند با اذن و یا رضایت مؤاجر قرارداد اجاره را به ثالث منتقل نماید.»

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. اجتهادی، عباس؛ **گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی**، جمعی از قضات، چ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴ ش.
۲. امامی، حسن؛ **حقوق مدنی**، چ نوزدهم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۸۶ ش.
۳. رادان جبلی، علی؛ **(انتقال مورد اجاره به شریک، انتقال به غیر نیست)**، مجله دادرسی، ش ۳۲، خرداد و تیر ۱۳۸۲ ش.
۴. شعاریان، ابراهیم؛ **انتقال قرارداد**، چ اول، تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۸ ش.
۵. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی، عقود معین ۱**، چ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۶. کاتوزیان، ناصر؛ **حقوق مدنی، اعمال حقوقی**، چ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶ ش.
۷. محقق داماد، مصطفی؛ **قواعد فقه (بخش مدنی)**، چ چهاردهم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۸. مقدم، عیسی؛ **(انتقال قرارداد)**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، ش ۴، ۱۳۸۶ ش.

ب) عربی

۹. ابن نجیم، زین الدین؛ **البحر الرائق شرح کنز الدقائق**، چ سوم، بیروت، دارالمعرفه، ۱۹۹۳ م.
۱۰. بصری، ابن جلاب؛ **التفریع**، چ دوم، بیروت، دار الغرب الإسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۱۱. بهوتی؛ **کشاف القناع**، چ اول، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. بنداری، محمد ابرهیم؛ **(الدعوی المباشرة للمؤجر الأصلی ضد المستاجر من الباطن درسه مقارنه فی القانونین المصری و الفرنسی)**، ش ۵۰، مجله الشریعه و القانون، ۱۴۲۲ ق.

۱۳. نجم بن شاس، جلال‌الدین عبدالله؛ **عقد الجواهر الثمینہ**، چ اول، بیروت، دارالغرب الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۴. حسینی عاملی، محمد جواد؛ **مفتاح الکرامه**، مؤسسه آل بیت، ۱۴۱۱ق.
۱۵. خطاب الرعینی؛ **مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل**، چ سوم، دارالفکر، ۱۹۹۲م.
۱۶. خویی، ابوالقاسم؛ **کتاب الاجاره**، انتشارات لطفی، ۱۳۶۵ش.
۱۷. دیاب، محمد ریاض؛ **القانون المدنی الاهلی و المختلط (کتاب البیع و الایجار)**، الهلال بالفجالة بمصر، ۱۹۱۲م.
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ **الوسیط فی شرح القانون المدنی**، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۵۲م.
۱۹. شحاته، شفیق؛ **النظریه العامه للالتزامات فی الشریعه الاسلامیه**، قاهره، نشر مطبعه الاعتماد، بی تا.
۲۰. اشربینی الخطیب؛ **مغنی المحتاج**، شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی و اولاده بمصر، ۱۳۷۷ق.
۲۱. شهید ثانی؛ **مسالك الافهام**، چ اول، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۴ق.
۲۲. الشیرازی، اَبی إسحاق؛ **المهذب فی فقه الإمام الشافعی**، شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی و اولاده بمصر، دار الفکر، ۱۳۷۹ق.
۲۳. شوکانی، محمد بن علی بن محمد؛ **السیل الجرار المتدقق علی حدائق الازهار**، چ اول، دارالکتب العلمی، ۱۴۰۵ق.
۲۴. طباطبایی قمی؛ **الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی**، چ اول، انتشارات محلاتی، ۱۴۱۹ق.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ **عروه الوثقی**، چ اول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۲۰ق.
۲۶. عبدالله بن قدامه مقدسی؛ **المغنی**، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
۲۷. عابدين دمشقی، محمدامین بن عمر؛ **ردالمحتار علی الدرالمختار**، مکتب البحوث و الدراسات، ۱۹۹۵م.
۲۸. علی شهیبیک، محمد ابراهیم؛ **طبیعه حق المستاجر و اثره فی النزول و الایجار و الایجار من الباطن (دراسه مقارنه)** رساله دکتری، دانشگاه اسکندریه، مصر، ۲۰۰۵م.

۲۹. کاسانی، علاءالدین أبی بکر بن مسعود؛ **بدايع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دارالکتاب العربی، ۱۹۸۲م.
۳۰. الماوردی، أبی الحسن علی بن محمد بن حبیب، **الحاوی الکبیر فی فقه الإمام الشافعی**، چ اول، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق.
۳۱. مرداوی، علاء الدین أبی الحسن علی بن سلیمان؛ **الإنصاف**، چ اول، بیروت، دارإحیاء التراث العربی، ۱۹۵۸م.
۳۲. محقق ثانی؛ **جامع المقاصد**، چ اول، قم، مؤسسه آل البيت علیهما السلام لإحیاء التراث، ۱۴۱۰ق.
۳۳. محقق سبزواری؛ **کفایه الاحکام**، چ اول، قم، مؤسسه النشرالإسلامی، ۱۴۲۳ق.
۳۴. میرزاقمی؛ **جامع الشتات**، چ اول، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱ش.
۳۵. نجفی، شیخ محمدحسن؛ **جواهر الکلام**، چ اول، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۹۴ق.
۳۶. نووی، محی الدین؛ **روضه الطالبین**، چ اول، المکتب الإسلامی للطباعه والنشر، بی تا.