

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶

سیده مهدیه فیض اصفهانی* / حمید انصاری** / علی مظهر قراملکی***

چکیده

کبرای کلی قانون سرقفلی به صورتی که در عرف رایج است را می توان در تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ یافت که بیان می دارد: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستاجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستاجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد». قانونگذار دو طریق را به عنوان مصادیق «طریق صحیح شرعی» مذکور در این کبرای کلی پیشنهاد می کند. سؤالی که در اینجا مطرح می شود آن است که آیا این دو طریق، قابلیت ایجاد حقی با خصوصیات ملحوظ در آن کبرای کلی را دارا است تا بتواند در تطبیق با آن، سرقفلی عرفی را تصحیح کند یا خیر؟ با تحلیل مبانی فقهی دو طریق مذکور، روشن می شود که هیچ یک نمی تواند موجد حقی با قابلیت نقل و قابلیت مطالبه به نرخ روز توأمان باشد. بنابراین، طرق مذکور در قانون ۱۳۷۶ صلاحیت تصحیح معاملات سرقفلی رایج در عرف را دارا نبوده و با آن کبرای کلی در تناقض است.

کلیدواژه: طریق صحیح شرعی، واگذاری، انتقال، سرقفلی، موجر، مستاجر

* دانشجوی دکتری فقه مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران (نویسنده مسؤول) msfeyz@gmail.com

** استادیار دانشگاه تهران

*** استاد دانشگاه تهران

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۳/۲۷ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۶/۰۹/۲۹

۱- بیان مسأله

قانون ۱۳۷۶ آخرین قانون رسمی روابط موجر و مستاجر مصوب در تاریخ ایران است که در ۲۶ مردادماه سال ۱۳۷۶ به تصویب مجلس وقت (مجلس پنجم) رسید. شرعی کردن قوانین سرقتی از اساسی‌ترین اهداف تدوین و تنظیم این قانون به شمار می‌آید (ر.ک: طاهرموسوی، ۱۳۸۷: ۱۹-۲۰).

در تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ آمده است: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقتی را به مستاجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستاجر حق مطالبه سرقتی به قیمت عادلانه روز را دارد».

طرح مسأله اصلی سرقتی و کبرای کلی آن برای اولین بار در تاریخ تقنینی ایران در همین تبصره اتفاق افتاده و پیش از این سابقه نداشته است. بقیه مباحث پیرامون این که ماهیت سرقتی چیست و طریق صحیح شرعی انتقال آن کدام است و غیره، همه نسبت به این کبرای کلی، بحث‌های صغروی محسوب می‌شوند. بنابراین باید توجه داشت که هر تفسیری از ماهیت سرقتی ارائه شود، چنان‌چه ویژگی‌های ملحوظ در این کبرای کلی، یعنی قابلیت نقل و انتقال و قابلیت مطالبه را توأمان نداشته باشد و یا طریق صحیح شرعی نقل و انتقال، به گونه‌ای طرّاحی شود که با این کبرای کلی قابل انطباق نباشد، به کار این قانون نمی‌آید و ناقض آن خواهد بود. قانونگذار در تبصره فوق‌الذکر نهایت تلاش خویش را به کار بسته تا به سرقتی شناخته شده در عرف، مشروعیت بخشد. اما نسبت به تعریف سرقتی و تبیین ماهیت دقیق آن در سرتاسر قانون ۷۶ سکوت اختیار کرده است. در باب معرفی مصادیق «طریق صحیح شرعی» برای انتقال سرقتی نیز چندان تمایلی به وضع قانونی تامّ که پاسخگوی نیاز-های بالفعل جامعه باشد از خود نشان نداده و تنها به ذکر یکی دو طریق که آن هم دارای منبع مستقیم فقهی (تحریر الوسیله) است، بسنده نموده است. اما واقعیت آن است که این سبک قانونگذاری با این میزان از سکوت و اجمال و ابهام، نه تنها نتوانسته

۳۰۷ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۸ - بهار و تابستان ۹۷

مشکلات فقهی و شرعی سرقفلی عرفی را حلّ کند بلکه با احداث پدیده ای نوظهور و تأسیسی جدید و بیگانه از واقعیت های مرسوم در جامعه که با سرقفلی عرفی جز در اسم و عنوان اشتراک دیگری ندارد، بر مشکلات افزوده است؛ چراکه مبانی تحلیلی سرقفلی در فقه تا حدود زیادی با مبانی عرفی آن فاصله دارد و همین موجب شده تا برخی از اندیشمندان، میان سرقفلی عرفی و سرقفلی فقهی موضوع قانون ۱۳۷۶ تفاوت و ناسازگاری قائل شوند (زینالی، ۱۳۹۲: ۶۳۳/۱).

در این پژوهش برآنیم تا ضمن معرفی مصادیق طریق صحیح شرعی نقل و انتقال سرقفلی در قانون ۱۳۷۶ و تحلیل مبانی فقهی آنها به صورت دقیق و همه جانبه، قابلیت انطباق این طرق را با کبرای کلی مذکور در تبصره ۲ ماده ۶ که انعکاسی از سرقفلی رایج در عرف است بسنجیم تا در نهایت میزان کارایی قانون مصوب ۱۳۷۶ در مشروعیت بخشی به این پدیده عرفی روشن شود.

درباره سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت و قوانین مختلف روابط موجر و مستاجر از جمله قانون مصوب ۱۳۷۶، تحقیقات فراوانی یافت می شود. اما در خصوص مسأله خاص پژوهش حاضر که به کالبدشکافی فقهی مدل های تصحیح شده سرقفلی در قانون ۱۳۷۶ و انطباق پذیری آنها بر قانون سرقفلی عرفی پرداخته، تاکنون هیچ اثر پژوهشی مشاهده نشده است.

۲- طرق تصحیح سرقفلی در قانون ۱۳۷۶

در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ دو طریق مختلف با مبانی متفاوت برای انتقال سرقفلی به چشم می خورد:

طریق اول: دریافت وجهی به عنوان سرقفلی از مستاجر در ابتدای اجاره

ماده ۶ قانون ۱۳۷۶ دو بخش و یک تبصره دارد. بخش اول ماده ۶ درباره سرقفلی متعلق به مالک و بخش دوم آن درباره سرقفلی متعلق به مستاجر است.

الف: سرقفلی مالک

ماده ۶- هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستاجر دریافت نماید

سرقفلی متعلق به مالک در ابتدای اجاره توسط مالک از مستاجر دریافت می شود. قانونگذار از آن تعبیر به «مبلغ» نموده، ولی مشخص نکرده که این مبلغ، در مقابل چیست و معوض آن کدام است؟ آیا معوض از جنس عین است یا منفعت یا حق؟ روشن نیست؛ اما دو احتمال در تفسیر این ماده وجود دارد:

احتمال اول- دریافت سرقفلی در مقابل رضایت به اصل انعقاد اجاره

اگر سرقفلی در مقابل رضایت به اصل انعقاد اجاره و سابق بر عقد، از مستاجر دریافت شود، در جواز اخذ و اعطای آن اشکالی نیست؛ اما هیچ گونه حقی را نسبت به عین یا منافع برای مستاجر پدید نمی آورد، زیرا فقط برای جلب رضایت مالک به اقدام بر انعقاد اجاره پرداخت شده و مبلغ آن نیز به محض انعقاد اجاره به ملکیت مستقر مالک در می آید و پس از اجاره، حقی بر عهده او باقی نمی گذارد. یعنی این مبلغ در هنگام تخلیه، قابل مطالبه یا استرداد نیست و لذا با تبصره ۲ ماده ۶ که قابلیت مطالبه را از خصوصیات سرقفلی می شمارد، همخوانی ندارد.

احتمال دوم- دریافت سرقفلی به عنوان جزئی از عوض در عقد اجاره

اگر سرقفلی بعد از رضایت مالک به انعقاد اجاره و در داخل عقد انتقال یابد، به صورت پیش فرض حمل بر عوض منافع و جزو معجل اجاره بها می شود، زیرا در یک اجاره معمولی، عوض منافع، چیزی جز اجاره بها نیست که به صورت معجل یا مؤجل پرداخت می گردد. اما باید توجه داشت که در عرف هیچ گاه از چنین وجهی تحت عنوان سرقفلی یاد نمی شود! لذا اخذ سرقفلی به این معنا اگرچه شرعاً جایز است، ولی هیچ سختی با سرقفلی رایج در عرف ندارد. به علاوه، مبلغ مذکور اگر جزو معجل اجاره بها باشد باز هم مثل احتمال اول، به ملکیت مستقر موجر در می آید که در هنگام

تخلیه، قابل مطالبه و استرداد نبوده و با تبصره ۲ ماده ۶ سازگار نیست. اما اگر این مبلغ، غیر از اجاره بها است باید قانونگذار معوض آن را مشخص می نمود که چیست و این سکوت، با توجه به اهمیتی که در قانون ۱۳۷۶ نسبت به شرعی کردن قوانین سرقتی ملاحظه می شود، توجیه پذیر نیست، زیرا وقتی مبنای فقهی پرداخت این مبلغ روشن نباشد، مشروعیت آن قابل بررسی و تأیید یا رد نخواهد بود.

سرقتی پذیرفته شده در بخش اول ماده ۶ با احتمال دوم (جزو معجل اجاره بها) تناسب بیشتری دارد. زیرا ظهور عبارت این بخش در آن است که این سرقتی پس از رضایت به اصل انعقاد اجاره دریافت می شود. در هر حال، هیچ یک از این دو احتمال با آن کبرای کلی مطابقت نمی کند و احتمال مشخص ثالثی هم متصور نیست که متناسب با قواعد باب اجاره باشد و بتواند مبنای فقهی پرداخت چنین مبلغی را توجیه کند.

ب: سرقتی مستاجر

در ادامه ماده ۶ آمده است: «... همچنین مستاجر می تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود، مبلغی را از موجر یا مستاجر دیگر به عنوان سرقتی دریافت کند، مگر آن که در ضمن عقد اجاره، حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد».

سرقتی متعلق به مستاجر در هنگام تخلیه، توسط مستاجر متصرف از مالک یا مستاجر دیگری که متقاضی اجاره ملک است دریافت می شود. سرقتی مذکور در این بخش از ماده ۶ به قرینه بخش اول، یا حمل بر مبلغی در مقابل جلب رضایت مستاجر متصرف بر اصل واگذاری حقی که در طول مدت اجاره نسبت به منافع دارد می شود (در صورت عدم شرط مباشرت) و یا حمل بر جزو معجل اجاره بهایی که مستاجر فعلی در ازای انتقال منافع باقیمانده به مالک یا مستاجر دیگر اخذ می کند که البته همان طور که گفته شد احتمال دوم هیچ سنخیتی با سرقتی عرفی ندارد، زیرا نه در عرف به چنین پولی سرقتی گفته می شود و نه به لحاظ ماهیت و خصوصیات، شباهتی با سرقتی عرفی دارد. احتمال اول نیز اگرچه مختصر سنخیتی با سرقتی سنتی

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۱۰

که بر مبنای تراضی و مصالح صورت می‌گرفت دارد، اما با سرقفلی‌های امروزی که تا حدودی جنبه قهری پیدا کرده و قوانین خاصی برای آنها وضع شده، شباهتی ندارد. سرقفلی در عرف امروزی، یک حق کاملاً مستقلی است که جدای از عین و منافع، قابلیت نقل و انتقال و مطالبه و استرداد را داراست.

اما در خصوص تبصره ۱ ماده ۶ که مقرر داشته: «چنان چه مالک، سرقفلی نگرفته باشد و مستاجر با دریافت سرقفلی، ملک را به دیگری واگذار نماید پس از پایان مدت اجاره، مستاجر اخیر حق مطالبه سرقفلی از مالک را ندارد» باید گفت به نظر می‌رسد که سرقفلی در عبارت «مستاجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید»، با حق کسب و پیشه و تجارت در عرف مطابقت دارد و به علت مشابهت مفهومی این دو پدیده در عرف، در اینجا با همان عنوان سرقفلی از آن یاد شده است. قانونگذار در این ماده گویا به تبعیت از فقیهان که چنین حقی را نامشروع اعلام کرده اند، در صدد نقض و ابطال قانون رایج حق کسب و پیشه و تجارت و بیان این مطلب بوده که مستاجر چنان چه با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستاجر قبلی، محل او را اشغال کند و حق سرقفلی را هم از مالک نخریده باشد، در هنگام تخلیه هیچ حقی بر ذمه مالک ندارد. البته ماده ۱۱ قانون ۱۳۷۶ حق کسب و پیشه را برای اجاره‌های پیش از تصویب این قانون معتبر دانسته است. گویا قانون‌گذاران ما در اینجا اصل عدم عطف به ماسبق را که به منظور حفظ حقوق سابق افراد در نظر گرفته شده، بر شرع و فقه نیز مقدم داشته‌اند! در حالی که به لحاظ فقهی، کشف خلاف در موضوعات، بر طبق قاعده اولیه همواره نسبت به گذشته نیز نافذ است و اساساً با کشف خلاف، حقوق

۱- ماده ۱۱: اماکنی که قبل از تصویب این قانون به اجاره داده شده از شمول این قانون مستثنی و حسب مورد مشمول مقررات حاکم بر آن خواهند بود.

گذشته‌ی افراد، دیگر عنوان حقّ را به لحاظ شرعی نخواهند داشت تا برای حفظ آنها تلاش شود!

طریق دوم: شرط ضمن عقد اجاره

نصّ ماده ۷ و ۸ قانون ۱۳۷۶ به شرح زیر است:

ماده ۷- هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود، تا زمانی که عین مستاجره در تصرف مستاجر باشد، مالک حقّ افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستاجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستاجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید در این صورت، مستاجر می تواند از موجر و یا مستاجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید.

ماده ۸- هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستاجره را به غیر مستاجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستاجر متصرف واگذار نماید، مستاجر می تواند برای اسقاط حقّ خود و یا تخلیه محلّ مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید.

در این دو ماده با صرفنظر از برخی عبارات تکراری، مجموعاً سه شرط به عنوان شروط ضمن عقد اجاره بیان شده و سرقفلی در هر سه، به عنوان مبلغی در مقابل «اسقاط» حقوق حاصل از این شروط توسط مستاجر در نظر گرفته شده است. سه شرط مذکور به قرار ذیل است:

شرط اول- تا زمانی که عین مستاجره در تصرف مستاجر باشد، مالک حقّ افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستاجره را نداشته باشد.

شرط دوم- مالک متعهد شود که هر ساله عین مستاجره را به همان مبلغ به مستاجر واگذار نماید.

شرط سوم- مالک عین مستاجره را به غیر مستاجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستاجر متصرف واگذار نماید.

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۱۲

مشروط در شرط اول، «ترک فعل» است و سخنی از «فعل» تجدید عقد اجاره یا واگذاری مجدد منافع به مستاجر متصرف در این شرط نیامده است، به خلاف شرط دوم و سوم؛ حال آن که سلب حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستاجر از مالک، تنها در صورتی معنا دارد که اجاره ای در میان باشد؛ زیرا تا پیش از پایان مدّت که واضح است مالک نه حق افزایش اجاره بها و نه حق تخلیه عین مستاجر را دارد. بعد از پایان مدّت نیز چنان چه اجاره تجدید شود امکان ادامه روابط استیجاری با همین شرایط محقق است. اما اگر اجاره جدیدی منعقد نشود اجاره بها و عین مستاجر با سررسید مدّت، خود به خود از استحقاق موجر و مستاجر خارج می شوند و نمی توان تصور کرد که با انقضای عقد اجاره، این استحقاق از بین نرود و همچنان استمرار یابد! زیرا این استحقاق، یعنی استحقاق موجر بر اجاره بها و مستاجر بر منافع عین مستاجر، از لوازم ذاتی عقد اجاره است و قابل انفکاک از آن نیست و هر جا که لوازم ذاتی شیئی موجود باشد، لاجرم ذات شیء هم باید وجود داشته باشد؛ بنابراین سلب حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستاجر از مالک پس از پایان مدّت، در تلازم با استحقاق موجر بر اجاره بها و استحقاق مستاجر بر منافع عین مستاجر پس از پایان مدّت است. باید توجه داشت که این استحقاق متأخر از پایان مدّت، بدون شک استحقاق جدیدی است و نمی توان آن را امتداد استحقاق قبلی و در داخل همان اجاره قبلی (اجاره اصلی یا مادر) فرض نمود؛ زیرا در این صورت، نامعلوم بودن منافع و مدّت در اجاره اصلی لازم می آید که مبطل عقد است. تحقق این استحقاق جدید طرفینی در خارج، چیزی جز تحقق انشای مجدد عقد اجاره نیست که تعهد بر آن می تواند به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه در ضمن عقد اجاره اصلی قید شود.

گفتنی است که شرط اول و دوم با هم متحدند و شرط دوم، کفایت از شرط اول نیز می کند؛ لذا نیازی به ذکر شرط اول نیست. شرط سوم نیز تکرار همان شرط دوم به بیانی دیگر و با تغییراتی جزئی است که در آن به جای اجاره بهای «ثابت»، اجاره بهای

«متعارف» ذکر شده و مبلغ سرقفلی در مقابل «اسقاط حقّ و یا تخلیه محلّ» عنوان گردیده که عبارت «تخلیه محلّ» در ماده ۷ ذکر نشده بود.

سایر شروط، مشابه نظیر این که مستاجر حقّ بقای مادام العمر یا حقّ اجاره دادن به اشخاص دیگر را دارا بوده و مالک، حقّ ممانعت از وی را نداشته باشد و این قبیل شروط که در برخی کتب و منابع تحلیلی بحث سرقفلی ممکن است دیده شود نیز هیچ کدام بدون وجود استحقاق حاصل از عقد اجاره معنا ندارد؛ لذا بازگشت همه این شروط به همان شرط تجدید عقد اجاره است.

گفتنی است اگر محتوای این دو ماده که سه شرط فوق است و بازگشت تمام آنها به شرط دوم است را به عنوان مصداقی از «طریق صحیح شرعی» مذکور در تبصره ۲ ماده ۶ دانسته و سرقفلی را مبلغی در مقابل اسقاط حقوق حاصل از شروط ضمن عقد معرفی نمائیم، تعیین این مبلغ کاملاً توافقی خواهد بود، زیرا اسقاط حقّ، فعلی است که توسط ذی حقّ برای طرف مقابل انجام می شود و تابع اراده طرفین است. آن چه در تبصره ۲ ماده ۶ آمده و قیمت عادلانه را مبنا قرار داده، ناظر به موارد اختلاف و دعوا است. وگرنه در حالت عادی، توافق ملاک است و الزامی بر قیمت عادلانه نیست.

۳- امکان تصحیح سرقفلی عرفی از طریق شروط ضمن عقد

فقها طرق مختلفی را برای تصحیح سرقفلی مستاجر مورد بحث و بررسی قرار داده اند. از میان تمامی این طرق، قانونگذار تنها یک طریق عمده را در وضع قانون ۱۳۷۶ الگو قرار داده و آن عبارت است از «اسقاط حقوق حاصل از شروط خاص در ضمن عقد اجاره».

۳-۱- ظهور قانون در شرط فعل و آثار اسقاط حقوق حاصل از آن

عبارت «متعهد شود که هر ساله عین مستاجر را به همان مبلغ به او واگذار نماید» در ماده ۷ و مشابه آن در ماده ۸ ظهور در شرط فعل دارد، نه شرط نتیجه؛ یعنی مدتّ اجاره اولیّه فقط یک سال است و مالک در ابتدای آن تعهد می کند که پس از

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۱۴

انقضای مدّت، اجاره را برای یک سال دیگر به همان مبلغ اجاره بهای سابق، تجدید کند. طبعاً قبول چنین شرط و تعهدی از طرف موجر علیه خویش و به نفع مستاجر رایگان نخواهد بود و مبلغ هنگفتی تحت عنوان سرقفلی در ازای آن از مستاجر مطالبه می شود.

اما از آنجا که این شرط در قالب «شرط ضمن عقد» مطرح شده و نه در قالب معامله ای مستقل در عرض اجاره، لذا این شرط، طرف معاوضه و مبادله واقع نمی شود و چیزی از ثمن معامله (اجاره بها) در مقابل آن قرار نمی گیرد؛ زیرا شرط عبارت است از التزامی در ضمن التزام دیگر که قید اصل معاوضه است، نه قید عوض یا معوض، و از این جهت است که گفته می شود «للشّروط قسط من الثمن»؛ یعنی معاوضه فقط میان ثمن و مثن واقع می شود و شرط، تنها در زیاده و نقصان مالیت مثن مؤثر است، نه آن که شرط، مستقلاً طرف معاوضه بوده و ثمن بر عقد و شرط توزیع گردد؛ خصوصاً شروطی که خارج از حقیقت عوض و معوض بوده و از ذاتیات یا اوصاف یا اجزای متحد الوجود با آنها نباشند؛ مانند شروط فعل در ضمن عقودی مانند بیع و اجاره، که به طریق اولی، وجهی برای واقع شدن شرط در مقابل عوض باقی نمی گذارد و التزام مشروط علیه به انجام عمل، التزام علیحده ای است در ضمن التزام اول، که اجنبی از عوضین است. پس اصل معامله و مبادله در عالم انشاء، بین دو مالی است که منوط و معلق بر امری نیست، و گرنه تعلیق در منشأ لازم می آید که به اجماع فقها باطل است. البته، در عالم لبّ شکی نیست که مقداری از ثمن به صورت مستقل در مقابل شرط قرار می گیرد، اما اغراض و دواعی در ابواب معاملات، ارزشی ندارند زیرا تمامی مناط در این ابواب، «وقوع عقد و انشاء» بر چیزی است و اغراض و دواعی مادامی که تحت انشاء واقع نشوند تأثیری ندارند (بجنوردی، ۱۴۲۸: ۳۰۷/۳-۳۰۸ و ۳۱۳-۳۱۴؛ نجفی، بی تا: ۳۷۶/۱۷؛ انصاری، ۱۴۲۸: ۹۳/۶؛ خوئی، ۱۴۱۷: ۳۸۳/۷؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۴: ۲۳۲/۱).

بنابراین، در اجاره مورد بحث که موجر، شرط تجدید هر ساله اجاره را برای مستاجر فعلی «در ضمن عقد اجاره» می پذیرد، نمی تواند مبلغ جداگانه ای را تحت عنوان سرقتی در مقابل شرط از مستاجر دریافت کند، زیرا شرط، تابع عقد است و وجود مستقلی ندارد تا در مقابل جزئی از ثمن قرار گیرد. لذا اگر هم مبلغی دریافت کند، کل آن مبلغ در مقابل منافع قرار می گیرد و خواه ناخواه جزو معجل اجاره بها می شود و به ملکیت مستقر موجر در می آید. پس در قسمت اول ماده ۶ که آمده بود «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقتی از مستاجر دریافت نماید» اگر مالک آن مبلغ را به قصد جزو معجل اجاره بها دریافت کند، هرچند با لحاظ و اعتبار و نیت سرقتی، مشکلی ندارد و عقد صحیح است؛ اما اگر آن را به قصد ثمن شرط ضمن عقد مذکور در ماده ۷ اخذ نماید، قصد او واقع نمی شود و آن چه واقع می شود نیز خلاف قصد اوست، در حالی که «العقود تابعه للقصد».

حال در فرضی که اجاره اولیه به همان صورت مذکور در ماده ۷ صحیحاً واقع شود و قصد طرفین هم این نباشد که برای شرط ضمن عقد، عوض قرار دهند، تمام مبلغ دریافتی (اعم از جزو معجل و مؤجل آن) در مقابل یک سال منافع عین مستاجره قرار می گیرد و در عوض، حقوقی برای مستاجر (مشروط له) بر ذمه مالک (مشروط علیه) ایجاد می شود.

یکی از این حقوق، حق اسقاط شرط برای مشروط له است که در مورد شرط فعل، بدون شک ثابت است و در واقع بارزترین مصداق شروط قابل اسقاط، همین شرط فعل است (ماده ۲۴۴ ق.م) و آن چه در خصوص قابلیت اسقاط در فقه محل بحث است، شرط غایت (نتیجه) و شرط صفت است؛ اما قابلیت اسقاط شرط فعل، به جز یکی دو مورد استثناء (مانند شرط عتق) تقریباً محل بحث نیست (تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۴۸؛ بجنوردی، ۱۴۲۸: ۲۹۹/۳-۳۰۱؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۸۱/۱۸-۸۲) همچنین حق اسقاط شرط فعل در اجاره مورد بحث، یک حق مالی است و لذا مانعی ندارد که مستاجر در

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۱۶

ازای اسقاط آن از موجر یا مستاجر دیگر، مبلغی پول بگیرد که البته میزان آن با توافق تعیین می شود.

اما آن چه مهم است این که حق، اساساً با اسقاط از بین می رود و باقی نمی ماند تا به دیگری منتقل شود؛ حال آن که هدف عقلایی از پرداخت مبالغ کلان تحت عنوان سرقفلی توسط مستاجرین اولیه به مالکین، تحصیل و تملک یک حق مالی مستقل است که از تمام ویژگی های سایر حقوق از جمله قابلیت نقل و انتقال به مستاجرین بعدی با قیمت های دلخواه و توافقی و حتی بدون نیاز به جلب رضایت مالکین اولیه برخوردار بوده و قابلیت ارث و توقیف را نیز داشته باشد و به همین جهت است که سرقفلی در عرف، نوعی سرمایه محسوب می شود و دست به دست میان مستاجرین رد و بدل می گردد و مبالغ کلان و گاهی بیش از قیمت خود ملک برای آن پرداخت می کنند. لذا تعریف سرقفلی به «مبلغی در مقابل اسقاط شرط ضمن عقد اجاره»، قابلیت نقل و انتقال آن را نه تنها ثابت نمی کند، بلکه با انتفای حق، امکان انتقال را اساساً منتفی می سازد و این خلاف مطلوب عرف است. این مطلب را در هر یک از دو فرض مذکور در ماده ۷ به صورت جداگانه ذیلاً تبیین می کنیم:

۱-۱-۳- اسقاط حق و دریافت سرقفلی از موجر

مستاجر در مقابل این اسقاط حق، مبلغ سرقفلی را از موجر می ستاند و پس از اسقاط حق و پایان مدت، عین و منافع مانند روز اول که اجاره ای در کار نبوده، به ملکیت مالک باز می گردد؛ در این صورت، اگر اتفاقاً مستاجر دیگری پیدا شود که قصد اجاره کردن ملک مزبور با همان شرایط را داشته باشد، باید به مالک مراجعه کند و مالک هم آزاد است که آن شرایط را بپذیرد یا نپذیرد، زیرا سرقفلی این ملک که حق حاصل از شروط ضمن عقد بود، با اسقاط حق توسط مستاجر قبلی از بین رفته است و در صورت نیاز باید مجدداً ایجاد شود. در این فرض، هر مستاجری فقط با مالک طرف است و باید با خود او توافق کند و سرقفلی را از او انتقال گیرد یا به او

انتقال دهد. این فرض اگرچه معقول است اما خارجاً فرض نادر الوقوعی است، زیرا آن چه در عرف محقق است، تبادل سرقفلی میان مستاجران به صورت مستقیم و بدون نیاز به دخالت مالک است و نهایت نقشی که برای مالکین متصور است، امضای اسناد این مبادلات در دفترخانه است تا تبادل، صورت قانونی پیدا کند؛ نه ایجاد مجدد حق اسقاط شده در هر تبادل.

۲-۱-۳- اسقاط حق و دریافت سرقفلی از مستاجر دیگر

این فرض بسیار مبتلی به بوده و قریب به اتفاق معاملات سرقفلی رایج، از این نوع است. فرض کنیم مستاجری که حق سرقفلی دارد با مستاجر دیگری توافق می کند که در ازای تنازل از حق شرط خود و اسقاط آن، مبلغی از او بگیرد. فایده این تنازل آن است که مستاجر جدید پس از پایان مدت، می تواند به مالک مراجعه نموده و ملک را از او مجدداً اجاره کند و این اجاره جدید هیچ ارتباطی به اجاره قبلی ندارد. در این صورت، مستاجر جدید یک بار باید به مستاجر متصرف فعلی سرقفلی داده و او را راضی به تخلیه کند و سپس چنان چه بخواهد مالک را راضی به انعقاد اجاره ای با همان شروط سابق نماید، یک بار هم باید به مالک سرقفلی بپردازد! و فرق میان خرید سرقفلی از مالک با خرید سرقفلی از مستاجر دقیقاً همین است؛ در فرضی که شخصی بخواهد از مالک سرقفلی بخرد، مشکلی وجود ندارد، زیرا تخلیه ید و حق الايجار هر دو در ید مالک است، و بابت تخلیه ید هم لازم نیست پولی پرداخت شود؛ چراکه تخلیه ید مالک عین، از لوازم ايجار و تسلیط مستاجر بر منافع است و اخذ مال برای آن، مصداق اخذ اجرت بر واجبات و اکل مال به باطل است. لذا سرقفلی فقط بابت جلب رضایت مالک بر ايجار مقید به آن شروط ضمن عقده که در ماده ۷ آمده، پرداخت می شود. اما در فرض دوم که مستاجر دیگری می خواهد از مستاجر متصرف، سرقفلی بخرد این مشکل وجود دارد که تخلیه، در ید مستاجر متصرف و حق الايجار، در ید مالک است. یعنی ابتدا باید مستاجر فعلی، حق شرط خود را اسقاط و ملک را برای مستاجر بعدی تخلیه کند و سپس مالک باید عقد اجاره جدیدی انشاء

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۱۸

نموده و حق شرط مذکور را مجدداً در ضمن عقد، به نفع مستاجر جدید ایجاد کند. به عبارت بهتر، اسقاط در ید مستاجر متصرف، و ایجار در ید مالک است؛ و روشن است که شرط موضوع اسقاط و شرط موضوع ایجاد هم هر دو یک چیز است و لذا اگر سرقفلی در عالم اغراض، عوض شرط باشد، دو سرقفلی در این حالت پدید می آید! و کدام مستاجری حاضر است دو بار سرقفلی پرداخت کند!؟

بنابراین، نتیجه منطقی تصحیح معاملات سرقفلی از طریق شرط ضمن عقد اجاره و به سبک ماده ۷ و ۸ قانون ۱۳۷۶ حصول نوعی سرقفلی است که اغراض عرقیه از انجام اینگونه معاملات را تأمین نمی کند؛ چرا که احکام آن با احکام سرقفلی عرفی تفاوت بسیار دارد. در عرف، سرقفلی مستقیماً در میان مستاجرین قابل نقل و انتقال است و برای هر انتقالی، نیاز به اسقاط و ایجاد مجدد حق که منجر به پیدایش دو سرقفلی می شود نیست.

۲-۳- جایگزینی واژه «انتقال» به جای «اسقاط» در ماده ۷ و ۸

چنان چه قانونگذار به جای «اسقاط» از واژه «انتقال» در ماده ۷ و ۸ استفاده می کرد، باز هم مشکل حل نمی شد؛ زیرا اگر موجر، چنین شرطی و چنین حقی را طبق نص قانون تنها برای شخص مستاجر قبول کند، این شرط و این حق، قابلیت انتقال به غیر را بدون رضای مالک نخواهد داشت؛ ولو این که در اصل اجاره، شرط مباشرت هم نشده باشد و مستاجر که مالک منفعت است حق انتقال منافع به غیر را در طول مدت یک ساله اجاره در هر سال داشته باشد؛ چه این که اجاره، تملیک منفعت است و منفعت، مالی است مستقل که به تملک مستاجر در می آید و مستاجر بر اساس قاعده تسلیط، اختیار هر گونه تصرفی در آن را دارد و لذا در فرض عدم شرط مباشرت، می تواند تا پیش از انقضای مدت، آن را بدون اذن مالک به هر کس که می خواهد منتقل کند. نهایت آن که برای تسلیط منتقل الیه بر عین، جهت استیفای منفعت، نیاز به اذن مالک دارد که البته در این رابطه نیز ممکن است بر اساس قاعده «الإذن فی الشیء اذن

فی لوازمه» و این که تسلیط بر عین، از لوازم انتقال منفعت است، بتوان حکم کرد که این تسلیط نیاز به اذن علیحده ای از سوی مالک ندارد. اما در مورد شرط ضمن عقد و حقوق ناشی از آن وضع بدین گونه نیست و قابلیت نقل و انتقال در آنها نه تنها به این سادگی قابل اثبات نیست، بلکه با عنایت به حقیقت و ماهیت شرط، قابل نفی و انکار هم هست؛ بدین صورت که:

در معنای واژه شرط در برخی کتب لغت آمده است: «إِنَّهُ إِلْزَامُ الشَّيْءِ وَ التَّرَاهُ فِي الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، بی تا: ۵۵۹/۲) اما این تعریف، بیانگر ماهیت شرط به عنوان یک فعل انشائی است، نه حقیقت مستقل از انشای آن. در بیان حقیقت شرط گفته اند که شرط، یک معنا بیشتر ندارد و «هو تقييد أمر بآخر»؛ شرط عبارت است از مقید نمودن امری به امر دیگر، که گاهی این تقييد و ربط، تکوینی است، مانند تقييد معلول به علت خود، که می گوئیم علت، شرط معلول است؛ و گاهی تقييد، جعلی و اعتباری است و این جعل هم یا تشریح الهی است مانند شرط طهارت برای نماز، و یا جعل متعاملین است مانند شروط ضمن عقد (روحانی، ۱۴۲۹: ۱۰/۱۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶: ۶۱/۲؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۴: ۲۵/۱) به علاوه، شرط ضمن عقد نیز همانند بسیاری دیگر از ماهیات حقوقی، یک معنای مصدری دارد و یک معنای حاصل مصدری. معنای مصدری شرط، تقييد و تقييد است که در ضمن عقد انجام می شود و معنای حاصل مصدری اش، همان مشروط (آن چه شرط شده) است و یا به لسان عرف، همان حقیقی است که پس از انشای عقد در عالم اعتبار پدید می آید. اما باید توجه داشت که این حق، همیشه حق به معنای اصطلاحی و به عنوان شق چهارم اموال در کنار سه قسم دیگر (عین و دین و منفعت) که مستقلاً قابل نقل و انتقال و معاوضه و مبادله اند نیست؛ بلکه در اغلب موارد، حقیقی است به معنای لغوی «جواز» که منتج از شرط است و وجود ربطی و نسبی و غیر مستقل دارد؛ یعنی در اثر شرط، یک فعلی برای مشروط له نسبت به مشروط علیه جایز می شود.

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۲۰

با این مقدمه می‌گوئیم همان طور که در ماده ۷ آمده است برای تصحیح سرقفلی از طریق شرط، لازم است در ضمن عقد اجاره، شرط کنند که عین مستاجر هر ساله به مبلغ مشخصی به همان مستاجر سابق اجاره داده شود. اگر این شرط به نحو شرط فعل باشد، حقوقی که از آن برای مستاجر حاصل می‌شود، یکی حق اسقاط است و دیگری حق اجبار مشروطاً علیه در فرض تخلف وی از انجام فعل، و در فرض تعدر اجبار، نهایتاً حق اعمال خیار شرط و فسخ معامله توسط مشروطاً له. اما به هیچ عنوان، حق ادامه تصرف در عین مستاجر بدون انشای عقد جدید برای مستاجر ایجاد نمی‌شود؛ به خلاف شرط نتیجه، که در آن به محض پایان مدت، عقد اجاره جدید خود به خود محقق گشته و مستاجر بدون نیاز به انشای مجدد، حق ادامه تصرف در ملک را ولو بدون رضایت مالک دارد (سیستانی، ۱۴۲۶: ۴۵۲/۱).

ملاحظه می‌شود که در هر سه حق مذکور (حق اسقاط، حق اجبار، حق فسخ)، حق به معنای جواز است و حق به این معنا در فقه ذاتاً قابل نقل و انتقال نیست و اختصاص به شخص ذی حق دارد، مگر در مواردی که دلیلی برای آن وجود داشته باشد. در فرض شک نیز اصل بر عدم قابلیت نقل است. اما از حیث حقوقی بر اساس شرط فعل مذکور، موجر تعهد دارد که در پایان هر سال، عقد اجاره جدیدی به مدت یک سال با مستاجر منعقد نماید. پس، چنان چه مستاجری که طرف عقد مالک است، منافع را در وسط مدت، به مستاجر دیگری انتقال دهد مالک تعهدی ندارد که در پایان مدت، اجاره را برای مستاجر جدید تجدید نماید؛ زیرا مالک، این تعهد را نسبت به شخصی که طرف عقد او بوده، پذیرفته است، نه نسبت به او و همه افراد نامعلومی که در آینده ممکن است یکی پس از دیگری جانشین او شوند! بر فرض هم که چنین تعهد و شرطی را بپذیرد، صحیح دانسته نمی‌شود؛ زیرا شرط طبق تعریف تنها میان مشروطاً له و مشروطاً علیه منعقد می‌شود و نیاز به ایجاب و قبول آنها دارد؛ چراکه قوام و تحقق هر عقد و معامله ای در ظرف خود، منوط به تعاهد و تعاقد بین موجب و قابل

۳۲۱ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۸ - بهار و تابستان ۹۷

و ارتباط میان التزام هر طرف به التزام طرف دیگر است و از طرفین آن تجاوز نمی کند (خوئی، ۱۴۱۷: ۲۱۲/۴؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۳: ۱۱) پس شخص مجهول و غیر مقصود، نه می تواند طرف عقد و شرط قرار گیرد و نه می تواند موضوع شرط واقع شود؛ طرف شرط نیست چون قبول که رکن عقد است از او صادر نمی شود. موضوع شرط نیست چون مجهول است و جهل در شرط و عقد، موجب فساد آن خواهد بود. شیخ انصاری در بحث شروط متعاقدين، انشای اباحه برای شخص غیر معلوم را علاوه بر آن که داخل در حکم معاطات ندانسته بلکه اساساً معاطات بودن چنین اباحه ای را به لحاظ موضوعی نفی کرده است (انصاری، ۱۴۲۸: ۲۹۲/۳) در مسأله مورد بحث نیز به طریق اولی می توان گفت که انشای شرط برای شخص غیر معلوم، نه تنها در حکم قاعده شروط (المؤمنون عند شروطهم) نمی گنجد، بلکه با نامعلوم بودن یکی از مشارطین، خروج موضوعی از تحت عنوان شرط نیز پیدا می کند.

۳-۳- امکان انتقال سرقفلی از طریق شرط نتیجه

این فرض در قانون نیامده و صرفاً جهت اتّساع بحث مطرح می شود تا اگر نتیجه داد، به عنوان یک پیشنهاد برای اصلاح قانون بتواند مورد استفاده قرار گیرد. این فرض را در دو صورت مورد بررسی قرار می دهیم:

۳-۳-۱- فرض عدم تغییر واژه «اسقاط» به «انتقال»

در این فرض، اگر شروط ضمن عقد مذکور در ماده ۷ و ۸ به نحو «شرط نتیجه» بیان می شد، مشکل دیگری وجود داشت و آن این که بنا به نظر مشهور، شرط نتیجه قابلیت اسقاط را ندارد، زیرا شرط نتیجه با نفس اشتراط در ضمن معامله و بعد از تحقّق معامله، محقّق می شود لذا اسقاط آن بی معنا است (بجنوردی، ۱۴۲۸: ۳۱۱/۳؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۶۳/۱۸) به عبارت دیگر، متعلّق شرط تا زمانی که در خارج محقّق نشده و صورت حقّ را دارد قابل اسقاط است، اما به محض این که محقّق شد و صورت ملک را یافت، دیگر قابل اسقاط نیست و شرط نتیجه نظر به این که به مجرد تمامیت عقد، ملکیت از آن حاصل می شود و بعد از حصول ملکیت، وجهی بر اسقاط آن نیست، لذا

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۲۲

موضوعی برای اسقاط باقی نمی‌ماند. اگرچه در این مورد، اقاله و فسخ به خیار صحیح است و واقع می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۷/۲۳۰) البته این بیان ظاهراً ناظر به مواردی است که متعاقدين، زمان تحقق شرط نتیجه را منفصل از عقد قرار نداده باشند، اما در فرض انفصال، قول به امکان اسقاط شرط توسط مشروط له تا پیش از فرا رسیدن زمان تحقق شرط، خالی از وجه نیست؛ زیرا در شرط نتیجه منفصل از عقد، متعلق شرط (مشروط) به محض وقوع عقد تحقق نمی‌یابد. در هر حال، حتی اگر امکان اسقاط هم وجود داشته باشد باز چندان نافع نیست؛ زیرا در بحث از شرط فعل ثابت کردیم که اسقاط شرط مورد بحث، جز در یک فرض خاص و نادر، مسأله سرقفلی را حل نمی‌کند و آن فرض نادر هم این است که هر مستاجری بخواهد مستقیماً از مالک سرقفلی بخرد، حال آن که سرقفلی در بازار غالباً میان مستاجرین و کسانی که مالک اراضی املاک تجاری نیستند انتقال می‌یابد و بسیاری از این اراضی حتی مالک مشخصی ندارند و مجهول المالک اند و ببع آنها قانوناً امکان پذیر نیست و لذا روی اجاره آنها سرمایه گذاری می‌شود؛ اما شرط نتیجه قادر نیست این فروض را تصحیح کند.

۲-۳-۳- فرض تغییر واژه «اسقاط» به «انتقال»

در این فرض برای اثبات امکان نقل حق حاصل از شرط ضمن عقد مذکور در ماده ۷ و ۸ به نحو شرط نتیجه، ممکن است به دو وجه استدلال شود:

استدلال اول- اگر موجر و مستاجر شرط مذکور در ماده ۷ و ۸ را به صورت شرط نتیجه منعقد کنند، در رأس انقضای مدّت، منافع برای یک سال دیگر خود به خود و بدون نیاز به انشای عقد جدید به تملک مستاجر در می‌آید. در این صورت، با توجه به این که شرط به منزله قید است، اگر مستاجر متصرف، قبل از پایان مدّت، منافع را به مستاجر دیگری واگذار کند، آن قید نیز به همراه منافع منتقل می‌شود و به محض انقضای مدّت، این مستاجر جدید است که منافع برای او تمدید خودکار می‌گردد. بنابراین، مستاجر جدید در محل ابقاء می‌شود و به این ترتیب، سرقفلی انتقال می‌یابد

و مستاجر قبلی می تواند در عوض این انتقال دائمی، مبلغ دلخواه خود را به عنوان سرفقلی دریافت کند.

پاسخ- این تصوّر به غایت خطاست؛ زیرا شرط تجدید اجاره - چه شرط فعل باشد و چه شرط نتیجه- قید خود عقد اجاره است، نه قید منافع حاصل از عقد (پیش تر هم گذشت که شرط، قید اصل معاوضه است نه قید عوض و معوض، و به همین جهت بود که گفته شد هیچ جزئی از ثمن در مقابل شرط قرار نمی گیرد). یعنی «عقد اجاره» مقید شده به این که هر ساله و به تعداد سال های نامعلومی (حدّ اکثر تا زمانی که عین باقی است و اجاره امکان پذیر است) به نحو شرط فعل یا شرط نتیجه منعقد شود و در این اشکالی نیست. اما اگر شرط مذکور را قید منافع فرض کنیم و تصوّر کنیم که منافع، تحت همان اجاره اصلی سال به سال تمدید می شود، لازمه چنین فرضی نا معلوم بودن مدّت در اجاره مادر و بطلان آن از اساس خواهد بود.

بنابراین، چه با شرط فعل و چه با شرط نتیجه، این خود عقد است که سال به سال تجدید می شود و عقد هم طبق شرط، تنها میان متعاقبین که همان مشروطّ له و مشروطّ علیه هستند منعقد می گردد. از طرفی، منافع سال های بعد هم با هیچ یک از دو نوع شرط مذکور، از ابتدای عقد اجاره مادر در ملک مستاجر قرار نمی گیرد تا او بتواند آن منافع را به منافع سال اول ضمیمه ساخته و منتقل کند. تنها چیزی که از ابتدای اجاره مادر به مستاجر تملیک می شود، منافع همان سال اول است و بس؛ اما در مورد منافع سال های بعد به این صورت است که:

الف- چنان چه شرط ضمن عقد، شرط فعل باشد با تجدید انشای عقد اجاره در پایان هر سال، منافع به مدّت یک سال دیگر به مستاجری که طرف عقد مادر است تملیک می شود و لذا اگر شخص ثالثی منافع سال جاری را از مستاجر اصلی انتقال گرفته باشد، از لحظه تجدید عقد، دیگر حقّی در عین و منافع ندارد، مگر آن که مستاجر اصلی در ابتدای هر سال مجدداً منافع سال جدید را به شخص ثالث تملیک نموده و برای تسلیط بر عین هم در صورت نیاز، رضایت مالک را جلب کند؛ و چنین

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۲۴

فرآیندی دیگر نامش انتقال سرقفلی نیست بلکه اجاره جدیدی است که هر ساله منعقد می شود. همچنین امکان تملیک منافع همه سال ها به صورت یکجا توسط مستاجر به شخص ثالث وجود ندارد؛ زیرا منافع سال های بعد هنوز در ملک مالک است و به ملکیت مستاجر در نیامده است تا انتقال آن میسر باشد؛ لذا تملیک مال غیر لازم می آید که جایز نیست.

ب- چنان چه شرط ضمن عقد، شرط نتیجه باشد باز هم مستاجر از ابتدای عقد اجاره فعلی، مالک منافع حاصل از عقد اجاره بعدی نمی شود و حق مالکیت او بر منافع اجاره دوم، بالقوه بوده و پس از انقضای مدت اجاره اول فعلیت می یابد. یعنی زمان تحقق شرط نتیجه، من فصل از عقد است و در شرط نتیجه من فصل از عقد، آن چه بلافاصله پس از وقوع عقد در عالم اعتبار محقق می شود، حق تملک (مالک شدن)^۱ است نه حق مالکیت (مالک بودن). البته، به محض فرارسیدن زمان تحقق شرط، حق مالکیت خود به خود و بدون نیاز به انشای جدید حاصل می شود؛ درست مانند وصیت تملیکی که موصی له، بلافاصله مالک مال موصی به نمی شود، بلکه تحقق مالکیت برای او منوط و معلق بر فوت موصی است؛ لذا تا زمانی که موصی در قید حیات است، موصی له حق تصرف در مال موصی به را ندارد، و یا مانند بیع عین مستاجر که مالکیت منافع برای مالک جدید، پس از اتمام عقد اجاره محقق می شود و پیش از آن مالک جدید حق تصرف در منافع مورد اجاره را ندارد.

همچنین ظهور کلمه «هر ساله» در مادتهین ۷ و ۸ نیز در این است که تملیک منافع، سال به سال محقق می شود، نه به صورت یکجا و برای همه سال ها با هم، که مستلزم نا معلوم بودن منافع و نا معلوم بودن مدت است.

۱- به تعبیر برخی حقوقدانان، «ملک آن یملك» یا «ملک الملک» است؛ یعنی تسلط قانونی انسان بر تملک مال مشخص که جزء العله حق مالکیت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱/۵: ۳۵).

از طرفی روشن است که سلطنت بر منافع سال های بعد و حق هرگونه تصرف در آن، نتیجه مالکیت بالفعل منافع است، نه مالکیت بالقوه؛ بنابراین مستاجر امکان نقل و انتقال منافع سال بعد را پیش از انقضای مدت اجاره جاری و فعلیت یافتن مالکیت خویش بر آنها ندارد.

استدلال دوم- در شرط نتیجه با توجه به این که متعلق شرط خود به خود در خارج محقق می شود و نیازی به تجدید انشای هر ساله مالک ندارد و طبق آن چه گفته شد حتی جلب رضایت مالک هم برای تصرف در منافع سال های بعد شرط نیست، لذا اختیار منافع پس از وقوع عقد به طور کامل در ید مستاجر قرار می گیرد و او می تواند همچون مالک، منافع سال های بعد را به هر کس که می خواهد واگذار کند و در عوض آن سرقفلی بگیرد.

پاسخ- این تصور نیز خطا است؛ زیرا در شرط نتیجه، آن چه از موجر به مستاجر انتقال می یابد، خود منافع است، نه حق الايجار یا حق انتقال منافع! یعنی محتوای شرط نتیجه مورد بحث این نیست که مستاجر، صاحب حق الايجار شده و بتواند هر ساله با خودش یا هر کس که می خواهد عقد اجاره منعقد نماید؛ بلکه حق الايجار، متعلق به مالک است و عقد اجاره در پایان هر سال، باز هم میان «مالک» و مستاجر تجدید می شود، یعنی همواره موجر، همان مالک است؛ به خلاف سرقفلی های رایج در بازار که متأثر از قوانین سابق سرقفلی، هر مستاجری در آنها نسبت به مستاجر بعدی، نقش موجر را دارد و می تواند بدون دخالت و رضایت مالک، اجاره نامه را به همراه کلیه حق و حقوق خود به شخص دیگری واگذار نموده و در ازای مبلغ کلانی تحت عنوان سرقفلی، با وی مصالحه نماید! بسیاری از این ترازی ها و تصالحات، با قواعد شرعی باب اجاره سازگاری نداشته و به همین جهت، منشأ دعاوی بسیار در دادگاه ها می شود.

بنابراین، وقتی موجر (مالک) به نحو شرط نتیجه بر خود شرط نماید که هر ساله عین مستاجره را با مبلغی خاص به مستاجر معینی اجاره دهد و در ازای این شرط، از

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقفلی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۲۶

مستاجر سرقفلی دریافت کند، و سپس مستاجر در یکی از سال‌ها پیش از انتهای مدت یک ساله اش تصمیم به تخلیه و انتقال منافع به شخص ثالث بگیرد، آن مستاجر جدید (شخص ثالث)، نهایتاً تا پایان همان سال، حق بقاء دارد و به محض سررسید مدت، تجدید اجاره و تمدید منافع در عالم اعتبار، باز برای مستاجر اول تحقق می‌یابد، نه مستاجر دوم؛ لذا مستاجر دوم بهره‌ای از اجاره جدید ندارد و ید او بر عین در اجاره جدید، ید عدوانی محسوب می‌شود. حتی در فرضی که مالک، اصل انتقال اجاره را هم اجازه دهد، باز نسبت به مستاجر جدید، تعهد سرقفلی ندارد و حق دارد با او اجاره نامه جدیدی تنظیم کند که فاقد این تعهدات است. مستاجر جدید هم هنگام تخلیه، حق دریافت سرقفلی از مالک را نخواهد داشت، مگر آن که در هنگام تنظیم اجاره نامه، مالک با او نیز تعهدات مذکور در ماده ۷ و ۸ را به صورت شرط نتیجه منعقد کرده باشد و در این صورت، همان طور که گفته شد، دو سرقفلی به وجود می‌آید که احدی به لوازم آن ملتزم نیست.

نتیجه گیری

از پژوهش انجام شده نتایجی حاصل شد که به قرار زیر است:

۱. چنان چه قانونگذار در صدد شرعی کردن معامله سرقفلی رایج در عرف و تطبیق آن با عقود معینی نظیر اجاره است، لاجرم باید موضوع را عیناً از عرف اتخاذ نموده و بدون تغییر ماهیت و احکام و آثار آن و یا حد اکثر با اعمال تغییراتی جزئی، آن را با عقد معین مورد نظر خویش سازگار نماید و اگر با حفظ ماهیت، امکان انطباق و سازگاری با عقد مورد نظر وجود ندارد، باید با پذیرش این که تصحیح معامله سرقفلی از طریق عقد مذکور ممکن نیست، چاره دیگری بیاندیشد. اما آن چه در قانون ۱۳۷۶ اتفاق افتاده، بر عکس است؛ یعنی قانونگذار برای این که بتواند معامله سرقفلی را در ضمن عقد اجاره گنجانیده و به هر ترتیب، آن را نوعی اجاره معرفی نماید، به

طریقی مشی نموده که در نهایت، موضوع را تغییر داده و با حفظ اسم و عنوان سرقفلی، معنوی را کاملاً دگرگون و بیگانه از عرف ساخته است. این روش در تصحیح معاملات مستحدثه، روش مطلوب و قابل قبولی نیست.

۲. مصادیق «طریق صحیح شرعی» برای انتقال سرقفلی از منظر قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ دو طریق است. این دو را باید در تطبیق با قانون عرفی سرقفلی که در تبصره ۲ ماده ۶ انعکاس یافته محک زد تا مشخص شود که آیا ظرفیت پذیرش احکام و آثار سرقفلی به همان صورتی که در عرف رایج است، در این دو طریق وجود دارد یا خیر؟ سرقفلی مرسوم در میان مردم عبارت است از ارزش تجاری ملک که عرفاً یک حق مالی قابل تقویم و قابل نقل و انتقال تلقی می شود و مستقل از ملک، قابل خرید و فروش و واگذاری و توقیف و ارث است؛ حال آن که سرقفلی در قانون ۱۳۷۶ عنوان مبلغی است که در ابتدای اجاره، توسط مستاجر به موجر پرداخت می شود و یا در هنگام تخلیه، مستاجر در مقابل «اسقاط» حق خویش از موجر یا مستاجر دیگر دریافت می کند.

۳. طریق اول عبارت است از «دریافت وجهی به عنوان سرقفلی از مستاجر در ابتدای اجاره»، که قانونگذار در مورد ماهیت این مبلغ و مبنای پرداخت آن سکوت نموده و فقط عنوان سرقفلی را بر آن نهاده است! این سکوت حاکی از نقص قانون است، اما در عین حال دو احتمال در ماهیت این مبلغ داده می شود که هیچ یک، وجود حقی قابل نقل و انتقال و قابل مطالبه به نرخ روز یا مبلغی قابل استرداد در هنگام تخلیه را آنگونه که در تبصره ۲ ماده ۶ مطرح شده، نتیجه نمی دهد.

۴. طریق دوم عبارت است از «شرط ضمن عقد اجاره»، که قانونگذار مجموعاً سه شرط را به عنوان شروط ضمن عقدی که می تواند موجب حقی برای مستاجر باشد معرفی کرده و سرقفلی را مبلغ دریافتی توسط مستاجر در ازای اسقاط این حقوق از موجر یا مستاجر دیگر عنوان نموده است. با بررسی دقیق این سه شرط و سایر شروط مشابه، معلوم می شود که بازگشت همه آنها به یک شرط است که عبارت است از:

«طریق صحیح شرعی» انتقال سرقتی در قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ ————— ۳۲۸

«شرط تجدید هر ساله عقد اجاره با اجاره بهای ثابت یا متعارف». این شرط در ضمن عقد اجاره اصلی، به نفع مستاجر بر عهده موجر قرار می‌گیرد و آن را به دو صورت شرط فعل و شرط نتیجه می‌توان منعقد نمود. دو ماده ۷ و ۸ ظهور در شرط فعل دارد، اما در این مقاله، شرط نتیجه نیز مفصلاً مورد بررسی قرار گرفت.

۵. اشکال مهم طریق دوم، در کیفیت اشتراط و عدم تناسب آن با سایر بخش‌های خود قانون ۷۶ از جمله تبصره ۱ و ۲ ماده ۶ و نیز با احکام و آثار عرفی سرقتی است. ۶. اگر سرقتی را مبلغی در مقابل اسقاط حق تعریف کنیم، منجر به نتایجی می‌شود که به لحاظ عرفی، نامعقول و غیر منطقی است؛ مانند لزوم اسقاط و ایجاد مجدد حق برای هر بار انتقال، و نیز پدید آمدن دو سرقتی در برخی فروض، که احدی به لوازم آن ملتزم نیست.

۷. با جایگزین نمودن لفظ «انتقال» به جای اسقاط، اگرچه محذورات قبلی مرتفع می‌گردد ولی باز هم مشکل حل نمی‌شود و در نهایت با تحلیل مبانی فقهی انواع شروط و تطبیق دقیق آنها بر مسأله سرقتی و عقد اجاره، مشخص می‌شود که شرط تجدید اجاره، چه در قالب شرط فعل باشد و چه در قالب شرط نتیجه، اگرچه اجمالاً موجد حقی برای مستاجر می‌باشد، ولی تفصیلاً این حق، خصوصیات سرقتی مرسوم در عرف را ندارد و لذا با تبصره ۲ ماده ۶ در تناقض است. نتیجه آن که هیچ یک از دو طریق مذکور در قانون ۱۳۷۶ صلاحیت انطباق تام با آن کبرای کلی را دارا نیست.

۸. در مقام نتیجه‌گیری کلی می‌توان به ضعف و ناکارآمدی قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ در مشروعیت بخشی به پدیده سرقتی و مشروعیت زدایی از پدیده حق کسب و پیشه و تجارت حکم داد و اذعان نمود که این قانون در هر دو جبهه، ظهور ناموفق داشته است.

منابع

- ابن منظور، محمد بمدّتن مكرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۷، چ ۳، بيروت: دار الفكر (دار صادر).
- انصاری (شیخ اعظم)، مرتضی (۱۴۲۸ق)، **کتاب المکاسب**، لجنه تحقیق تراث الشیخ الأعظم، ج ۳ و ۶، چ ۸، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- ایروانی، علی (۱۴۰۶ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۲۸ق)، **القواعد الفقهيّه**، ج ۳، چ ۳، قم: دلیل ما.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶ق)، **إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب**، چ ۳، قم: اسماعیلیان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰ش)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۵، چ ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، **مصباح الفقاهه فی المعاملات**، ج ۷ و ۴، قم: انصاریان.
- روحانی، سید محمدصادق حسینی (۱۴۲۹)، **فقه الصادق (ع)**، ج ۱۸، قم: هاتف.
- زینالی، مهدی (۱۳۹۲ش)، **سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران**، چ ۴، تهران: جنگل.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق)، **مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام**، ج ۱۷، چ ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۲۶ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۱، چ ۱۰، قم: مدین.
- طاهر موسوی، یوسف (۱۳۸۷ش)، **حقوق موجر و مستاجر در قانون روابط موجر و مستاجر**، ۱۳۷۶، چ ۲، تهران: مجد.
- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۲۳ق)، **الغایه القصوی فی التعليق على العروه الوثقی** (کتاب الإجاره)، قم: محلّاتی.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا)، **القاموس المحیط**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیّه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ش)، **عقود معین**، ج ۱، چ ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- موسوی خوئی، سید محمدتقی (۱۴۱۴ق)، **الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود**، ج ۱، بیروت: دار المؤرخ العربی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (بی تا)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۱۷، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

