



نهادهای حقوقی را با یکدیگر و با

مقتضیات زمان هم آهنگ کنیم

۲



۱۳ - اجاره سرقفلی یا حق کسب و پیشه: يك نوع قرارداد و معامله دیگری در این چندسال اخیر، مخصوصاً بعد از تصویب قانون مالك و مستاجر ۱۳۳۹ خورشیدی رواج بسیار پیدا کرده اجاره سرقفلی یا انعقاد قرارداد دیگری در خصوص آن میباشد.

مسئله سرقفلی که در آغاز پیدائی و تکوینش از يك ضرورت زندگی اجتماعی بوجود آمده پس از تحمیل موجودیت خویش مسائل چندی را بوجود آورده است این مسائل مانند هر پدیده اجتماعی دیگری که از تحولات اقتصادی بوجود میآید میباشد با تأسیس يك نهاد جامع و کامل بوسیله حقوقدانان حل و فصل شود. با آنکه بحث ما در اینجا بررسی «اجاره سرقفلی» است نه توجیه و تحلیل موجودیت خود آن معذک چون در مورد سرقفلی تاکنون چنانکه باید بحث نشده و اگر گاه و بیگاه کلامی چند درباره آن نوشته شده انعکاس مفهوم و مضداق آن در حقوق خارجی بخصوص حقوق فرانسه بوده و شاید بتوان گفت از ادراک سرقفلی در حقوق ملی خودمان تاکنون چنانکه باید سخن بمیان نیامده یا لااقل اینجانب نتوانسته ام آثار شایسته آن را بیایم از این رو بنظر میرسد خیلی بهتر باشد هرگاه قبلاً مختصری درباره آن با خوانندگان گرامی صحبت کنم.

گرچه بحث در اطراف سرقفلی از جهت تأسیس و بنیاد و بالاخره تحقق آن درحد يك کتاب یا اقلا يك رساله است و بدین مختصر نمیتوان از آن گذشت، معذک نگارنده جهد میکنم تا آنجا که ممکن است مطالب اساسی مربوط به سرقفلی را در این مبحث بگنجانم.

الف - پیشینه تاریخی: درخصوص پیشینه تاریخی سرقفلی موضوع از دو نقطه نظر در حقوق قابل بحث است، نخست از لحاظ جریان ایجاد و تأسیس و تکامل این حق در درون اجتماع و بعبارت بهتر تکوین و تکامل عرفی حق سرقفلی در جامعه و سرانجام شناسائی این حق بوسیله مقنن و دوم از نظر انعکاس و درج این حق در کتب مختلف حقوقی ما بوسیله اساتید فن و بعبارت دیگر تلقی حقوقدانان ما از حق سرقفلی تا این زمان.

اول - تکوین و تکامل حق سرقفلی در درون اجتماع و شناخت تدریجی آن بوسیله قانونگذار:

بررسی تکامل جوامع بشری و تغییر احوال آنها نشان میدهد که آداب و رسوم و کیفیت زندگی اجتماعی و اقتصادی بشر پیوسته تغییر پذیرفته از حالتی بحالت دیگر انتقال پیدا کرده است. بنابراین وقتی زندگی و شرایط اقتصادی و اجتماعی آن ثابت نباشد قوانین و مقررات ناظر بآنها نمیتواند ثابت و بدون تغییر بماند، این موضوع چنان بدیهی و روشن است که حدود ده قرن قبل بوسیله دانشمندان حقوق اسلامی بمنوان يك «قاعده اصلی تشریح» مطرح گردیده و در ماده ۳۹ قانون مجلة الاحکام باین عبارت آورده شده است: «لاینگر تغییر الاحکام بتغییرالازمان - تغییر زمان ضرورتاً موجب تغییر قانون میشود».

بنابراین تغییر نظام حقوقی به تبع نظام اقتصادی و پیدائی سرقفلی کاملاً طبیعی و متفرع بر قواعد عقلی است.

اما زمان ایجاد این تأسیس - مسلم این است که ایجاد بازارهای ثابت داد و ستد بجای بازارهای متحرك (مانند جمعه بازار و دوشنبه بازار و از این قبیل) و رونق معامله و سوداگری، مسئله داشتن يك عده مشتری ثابت را مطرح میکنند. این مشتریان که در آغاز امر بخاطر اعتماد و حسن اخلاق و انصاف فروشنده به مغازه یا حجره وی مراجعه میکردند امروز بالزام محل و موقع بفلان فروشنده رجوع میکنند، پس در هر صورت وجود يك تعداد مشتری عنصر اصلی تشکیل دهنده سرقفلی میباشد و لذا زمان ایجاد سرقفلی زمان تجمع يك عده مشتری حول مغازه يك پیشه‌ور بوده است و این زمان مطابق اسناد و نقل روایات معتبر در کشور ما حدود يك قرن قبل و در کشورهای اروپائی که بازارهای آنها زودتر از بازار ما ثابت گردیده و رونق یافته است حدود يك قرن و نیم پیش میرسد.

اما روایات و اسناد آن: مطابق آنچه در جلد دوم کتاب حقوق بازرگانی فرانسه تألیف آقایان «هامل و لاکاردو ژفره» در صفحه ۹۲ آمده است، نخستین مداخله مقنن فرانسه در امر سرقفلی مربوط بوضع مالیات بردرآمد آن میباشد و این مداخله در ۲۸ فوریه ۱۸۷۲ میلادی بوده است؛ پس وقتی بیش از يك قرن از زمان وضع مالیات بردرآمد سرقفلی گذشته باشد مسلماً مدت زمانی قبل از این زمان حق سرقفلی میبایست بوجود آمده و تکامل یافته باشد تا حکومت فرانسه به فکر تحصیل

مالیات از این ممر بیفتند.

اما در کشور خودمان - بنا بر آنچه یکی از افراد معمر و مطلع نقل می‌کند. حدود شصت سال پیش در یکی از بخش‌های تابعه شهرستانهای استان مرکزی که مقرنایب‌الحکومه بوده یک نفر از مالکان بزرگ آن ناحیه که خرده‌حسابی با چند نفر بازرگان یک‌سرا در آن محل داشته تمام آن سرا را از مالکش یکجا اجاره میکند و بوسیله مراجع محلی شروع با اقدام برای تخلیه مینماید مستأجرین آن سرا که امر تخلیه را در شرف اقدام می‌بینند تلگرافهایی بوزارت کشور مخابره میکنند و در آن تلگراف اشاره به «حق سکنی» و «حقوق صنفی» مینمایند، وزارت کشور پس از بررسی و مطالعه شکایت واصله تلگرافی بمقامات محلی مخابره و در آن دستور میدهد در صورتیکه موضوع آنطور است که شکات می‌گویند، از آنان «رفع مزاحمت بشود». بررسی این سابقه نشان میدهد که وقتی در یک بخش دورافتاده از شهرستانهای مملکت «حق سکنی» یا «حقوق صنفی» چنان محملی یافته است که وزارت کشور برخلاف مقررات قانون مدنی امر به لغو اجرای دستور تخلیه میدهد این دلیل است که «حق سکنی» یا «حق آب و گل»^۱ در این موقع میبایست در جریان معاملات و در «عرف بازار» آن اندازه جلو رفته باشد که وزیر وقت بتواند با استناد عرف رایج و معمول و متداول بازرگانان محل مانع اجرای مقررات مدنی در خصوص تخلیه مستأجره بشود.

خلاصه سرقفلی که در این زمان به عنوان «حق آب و گل» اصطلاح میگردیده در تهران و شهرهای بزرگ ایران نزدیک بیک قرن سابقه عرفی دارد.

اولین برخورد مقنن با مسئله سرقفلی - متأسفانه نخستین برخورد مقنن ایرانی با مسئله سرقفلی حکایت از یک تردید و دودلی میکند و شاید آنچه بنظر تردید و دودلی میآید احتیاطی بوده برای انجام مطالعات بیشتر و بدست آوردن تجربیات بهتر. توضیح قضیه این است که وقتی مقنن پیشرفت حق سرقفلی را در بازار شهرهای بزرگ کشور می‌بیند و اختلافات ناشی از آن کم و بیش در سازمان قضائی مطرح میگردد باین فکر میافتد که بنحوی در آن مداخله و راه حل مناسبی برای آن بیابد ولیکن چون هنوز این حق در سراسر محل‌های کسب و پیشه مملکت نفوذ پیدا نکرده و با اصطلاح قبولیت عام نیافته و فقط حوزه عمل و اجرای آن در بازارهای مملکت (مقصود بازار بمعنای اخص یعنی قسمت‌های سرپوشیده است) میباید لذا مقنن تردید دارد و یا احتیاط میکند از اینکه حکم کلی در این قسمت

(۱) حق سرقفلی در آغاز پیدایی و تکوین با اصطلاح «حق آب و گل» رایج و مصطلح گردید، هنوز هم معمرین بازار این اصطلاح را استعمال میکنند.

چنین بنظر میرسد که اصطلاح آب و گل از قلمرو امور زراعتی برای کار و پیشه بعاریت گرفته شده باشد زیرا اولاً این اصطلاح در آن حوزه معمول و متداول است ثانیاً با طبیعت کارهای کشاورزی سازگاری دارد چه یک نفر دهقان که روی زمینی کار میکند برای آباد کردن و بهر مور گردانیدن آن زمین در واقع «آب و گل» مصرف میکند و اصطلاح آب و گل که عبارت از کار و کوششی است که دهقان در آباد کردن زمین بخرج داده در امر کسب و پیشه و تجارت نیز میتواند حداقل یک اصطلاح ابتدائی خوبی برای بیان مقصود باشد.

انشاء نماید، شاید حق بجانب مقنن بوده زیرا هنگامی که در خیابانهای مملکت و حتی خیابانهای کمی دور افتاده پایتخت یا اندازه کافی داوطلب برای اجاره کردن دکاکین و مغازه‌ها نمیتوان یافت اینکار بیجا و نامعقولی است که ما بخواهیم مقنن حکم يك قسمت كوچك را که حداکثر بمیزان یکدهم کل محل‌های کسب و پیشه بوده برکل آنها یعنی نهم دیگر تسری دهد.

پس مقنن چه بایست میکرد؟ آیا این مسئله هیچ راه حلی نداشت؟ مسلماً چرا راه حل داشت اما این اشکال از کجا پیدا شده بود بنظر نگارنده این یکی از اشکالاتی است که در نتیجه اتخاذ سیستم قانون واحد و بی‌توجهی به قواعد عرف و عادت پیش‌آمده و می‌آید یعنی وقتی طرز تفکر مسئولان امر این باشد که مردم ایلات جنوب و مشرق را با بازارهای تهران از حیث تاسیس یکی از نهادهای حقوق خصوصی مشمول حکم واحد قرار دهند و توجه پابین نکرده و نکنند که بین نقاط مختلف يك مملکت، از حیث تکامل مراحل اقتصادی گاهی فاصله‌های چندقرنی وجود دارد ناگزیر با چنین دشواریهایی روبرو میشوند. فکر کنید که مرگاه و سمت ایران کنونی باندازه و سمت دوره‌های باستانی بود و از کانال سوئز تا رود جیحون حد و مرز داشتیم آیا باز هم حکومت میخواست از جهت بعضی قوانین که منحصرأ بلحاظ تکامل اقتصادی نواحی یا مناطق معین پیش می‌آید همه ساکنین این نواحی را مشمول حکم واحد قرار دهد؟ خیلی مددرت می‌خواهم که از موضوع قدری دور شدم. خوب با تمام این احوال باز هم مسئله بدون راه حل نبود حل مشکل باین ترتیب میبایست انجام میگرفت که سرقفلی را برای بازارهای مملکت یعنی نواحی سرپوشیده باتوجه به عرف محل مستقر میگردانیدند و این همان کاری بود که در ۱۳۱۷ در خصوص «تعديل مال الاجاره‌ها» کردند یعنی نخست قانون مذکور را از اول اسفند ۱۳۱۷ در تهران و سپس بموجب تصویبنامه هیئت وزیران از ۱۳۱۹/۷/۴ در دو خیابان پهلوی و شاهپور شهر تبریز و کوچه‌های متصل بآنها بمورد اجراء گذاشتند. نتیجه آنکه وقتی میتوان قانون تعدیل را در مناطق و محلهایی که اجاره‌بهای آن اقتضای تعدیل پیدا کرده اجراء نمود و خلاصه قانون را به نسبت احتیاج مناطق بنحو مجزا و منفرد تصویب و بمورد اجراء گذاشت و حتی در شهر بزرگی مانند تبریز فقط در دو خیابان يك قانونی را اجراء کرد چه اشکالی داشت که حق سرقفلی را برای شهرها آنها فقط «در بازارها و سراها» برسمیت میشناختند و در بقیه نقاط به عرف محل مراجعه میدادند؟

اما تدبیری که بالاخره مقنن با دودلی و احتیاط اتخاذ کرد عبارت از این بود که اختلافات مربوط به تخلیه دکاکین و مغازه‌ها را به حکمیت سوق دهد و باین ترتیب اولین قانون راجع باین موضوع را از تصویب گذرانید و ضمن ماده سوم آن قانون که بمنوان قانون اصلاح قانون حکمیت در تاریخ یازده فروردین ۱۳۰۸ از تصویب گذشته بود چنین اشعار داشت:

«دعوی تخلیه راجع بدکاکین و مغازه‌ها و امثال آنها اعم از اینکه در حدود

صلاحیت صلحیه باشد یا بدایت بتقاضای یکی از طرفین به حکمیت رجوع خواهد شد. دعوی تخلیه در سایر موارد اهم از اینکه راجع بخانه یا ملک مزروعی و غیر آن باشد و اهم از اینکه در حدود صلاحیت صلحیه باشد یا بدایت قابل ارجاع به حکمیت نیست مگر به تراضی طرفین دعوی».

و نیز ضمن ماده ۹ قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۰۹ مقنن نظر خود را یکبار دیگر در آنخصوص با این عبارت بیان میکند: «ماده ۹ اختلاف بین موجر و مستأجر دکان و مغازه و کاروانسرا راجع بتخلیه مشمول مواد فوق نبوده و دعوی تخلیه مطابق قانون حکمیت قطع و فصل خواهد شد».

دقت در مفاد قوانین مذکور و مخصوصاً ماده سوم قانون ۱۳۰۸ و حصر حکمیت اجباری به يك قسمت از مستغلات (دکاکین و مغازه‌ها) و خارج کردن خانه‌ها از حکم آن نشان قبول سرقفلی و اعتقاد بآن است، النهایه مقنن در این زمان راه حل محتاطانه پیش میگیرد چه حکمیت از یکطرف تنها راه حل مطمئنی بوده که هیچ واکنش یا عارضه‌ای برای حکومت بیار نمیآورده است و از طرف دیگر تا اندازه‌ای (ولو خیلی مختصر) راه را بجانب قانونی کردن «حق سرقفلی» باز میکرده است.

بدون هیچگونه تردیدی فلسفه تشریح این ماده و حکمیت اجباری متداعیین دعوی تخلیه «دکان و مغازه» این بوده که مقنن با انشاء این حکم میخواسته دعاوی تخلیه محل کسب و پیشه را از دست قاضی و دادگاه که اسیر مقررات قانون بوده‌اند بدست افرادی بسپارد که با کدخدانمنشی بتوانند در زمینه حق سرقفلی یا حق آب و گل ترتیبی به نفع مستأجر بدهند.

تصریح ماده به «دکاکین و مغازه‌ها و کاروانسرا» و جدا کردن جزء کوچکی از مستغلات شهری (بالنسبه به محل‌های مسکونی که کم و کیفاً قسمت اعظم موضوع قراردادهای استیجاری را تشکیل میدهند) منحصرأ بهمین قصد و نیت بوده است و اگر مقنن غیر از این هدفی میداشت چرا نسبت به «مسکن» که از لحاظ حاجت مردم مملکت بمراتب اهمیت بیشتری از محل کسب و پیشه دارد حکم راجع بدکاکین و مغازه‌ها را تسری نداده و یا حکم شامل‌تری انشاء ننمود؟

این جریان همچنان با همان وضع و کیفیتی که توضیح شد در افکار مقنن و در درون اجتماع بسیر خود ادامه میداد تا سالهای رونق قبل از جنگ دوم جهانی فرا رسید. چون احتیاج به مسکن در این زمان بصورت يك مسئله درآمده بعلاوه درس خواننده‌های اروپا با سوقات قوانین متعدد و مکرر آن مرز و بوم سررسیده بودند^۲ لذا نخستین قانونی که مقررات قانون مدنی را در خصوص اجاره مستغلات

۲) درباره حقوق و قانون يك موضوع بسیار دقیق که میبایست پیوسته مورد توجه هر دانشجو و حتی پژوهشگر باشد کتشی است که مؤلف و نویسنده بطور ناخودآگاه به‌میستیم حقوقی خود دارد. این کتشی که خاص حقوق وادبیات و بالاخره علوم انسانی است. در ریاضی و فیزیک و علوم مثبت وجود ندارد زیرا در آن نواحی امکان تشابه غیر قابل تشخیص یا در اصل وجود ندارد و یا اگر هم وجود داشته باشد احساس و عاطفه در آن مداخلت ندارد تا مؤلف یا مصنف —

شهری تغییر میداد تحت نام قانون «تعدیل مال الاجاره‌ها» در اول دیماه ۱۳۱۷ در نه ماده از تصویب گذشت.

در تمامی ۹ ماده این قانون هیچ اشاره صریح و یا ضمنی نفیاً و یا اثباتاً به حق «سرقفلی مستأجر» نشده ولیکن در آئین‌نامه اجرائی بعض مواد آن، مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۱۵ ضمن ماده ۹، چنین آمده است:

«ماده ۹- در مواردیکه بعلت غیبت موجر یا مخالفت او تنظیم اجاره بنمایندگی مدعی‌العموم میشود... چنانچه اجاره‌نامه در بین نباشد شرایط عمومی از قبیل... که معمولاً بمعهده مستأجر است و تأدیه عوارض... که بمعهده موجر است... و همچنین نبودن هیچگونه حقی برای مستأجر از قبیل سرقفلی و صنفی و غیره در اجاره‌نامه قید میشود.»

این ماده مفهم مطالب و موضوعات متعددی باین شرح میباشد:
یک - با آنکه ظاهر ماده ۹ آئین‌نامه مذکور چنین است که انسان تصور منفی از افکار مقنن نسبت بموجودیت سرقفلی بدست می‌آورد معذک با کمی تأمل معلوم میشود که همین «تکلیف سلب حق سرقفلی و صنفی» که بمعهده دادستان گذاشته میشود دلیل پیشرفت رو بتکامل سرقفلی میباشد چه هرگاه چنین حقی در عرف معاملات وجود نمیداشت و حتی رو بتکامل نبوده ذکر قسمت مذکور در ماده ۹ یاد شده معنی نداشت.

دو - اما تلقی مقنن در این زمان از موجودیت سرقفلی چه بوده آیا این حق پایان دوره تحقق موجودیت خویش رسیده و مقنن میبایست آنرا بشناسد و یا هنوز مراحل ابتدائی خود را میگذراند، مسئله‌ای است بسیار مشکل و بدشواری میتوان افکار مقنن را در اینموقع تحلیل و کشف کرد زیرا از یکطرف میتوان دستور سلب «حق سرقفلی و صنفی» را که در ماده ۹ آئین‌نامه ذکر شده حمل بر وظیفه «امین بودن» دادستان بعنوان نماینده موجر ممتنع نموده و چنین توجیه کرد که چون مقنن دادستان را بنمایندگی موجر منصوب کرده لاجرم میبایست رعایت وظایف امانت را نموده و به نماینده منصوب دستور دهد که تمام شرایطی را که اگر خود موجر بهنگام انعقاد عقد اجاره حضور میداشت قید مینمود ذکر نماید و از آنجمله شرط «سلب حق سرقفلی» را بنفع موجر قید کند و از طرف دیگر میتوان چنین توضیح و تشریح کرد که مقنن تکلیف سلب چنین حقی نداشت است و حداکثر

→ و سرانجام معلم و استاد را با خود بجانب سیستم و مکتب خود بکشاند! فی‌المثل هیچ هم‌میهن دنی‌پایان را یارای آن نیست تا ادعا کند که ماشین بخار بر موتور انفجاری رجحان دارد ولیکن ای بسا فرانسویانی باشند که در روح و احساس خود لامارتین را بر خواجه‌حافظ مزیت دهند و یا منتسکیو را برابن خلدون و این قییم‌جوئی با وجود چهارقرن قدمت نامبردگان ممتاز بشمارند. بنابراین در بررسی و مطالعه و مقایسه این دانش‌ها باید باین کشش ناخودآگاه توجه داشت و متأسفانه دانشجویان فارغ‌التحصیل ما که در گذشته مکتب‌های اروپائی را تمام کرده‌اند بی‌عنایت به کشش و کوشش ناخودآگاه اساتید خویش تحت‌تأثیر این مکتب‌ها قرار گرفته‌اند.

وظیفه مقنن آن بوده که نسبت بان دسته از شروط که دچار تردید بوده به عرف واگذار کند و «حق سرقفلی و صنفی» در این زمان از حیث تعلق و عدم تعلق آن بمستأجر قدر متقین جزء شبیهات حکمیه بوده است و در شبیه حکمی بهتر بود که مقنن به عرف مراجعه میداد تا هرطور عرف حکم میکرد عمل شود. باین معنی که هرگاه در این زمان حق سرقفلی بمستأجر تعلق میگرفته و یا بعکس متعلق حق او نبوده است ماده ۲۲۵ قانون مدنی که عرف مسلم را بمنزله ذکر در عقد میداند حکم قضیه را در هر مورد روشن نماید.

بنابراین باید چنین نتیجه بگیریم که احتیاط مقنن نه فقط تا این زمان هنوز به نتیجه مثبت بفتح حق سرقفلی منتهی نگردیده بلکه قانونگذار بجهت منفی حق متمایل بوده است.

سه - ذکر دستور «سلب حق سرقفلی» در ماده ۹ آئین نامه از طرف مقنن قدر مسلم مفهم این حقیقت است که جریان «حق سرقفلی» در عرف بازار و معاملات در این زمان از جمله حقوق معمولی افراد بوده و قابلیت اسقاط کامل داشته، بعبارت دیگر از جمله حقوقی نبوده که مقررات امری قانون «تعمیل مال الاجاره‌ها» بتواند از اسقاط آن قبل از تحقق جلوگیری کند.

پس نتیجه‌ایکه در این زمان میتوان از افکار مقنن به سختی برداشت نمود این است که تمایل باطنی او بجانبدار عدم تحقق حق سرقفلی بوده است.

تقریباً شش ماه بعد از این تاریخ یعنی در شهریور ۱۳۱۸ مجدداً مقنن ماده ۶۷۷ را در خصوص حکمیت اجباری دعاوی «دکاکین و مغازه‌ها» ضمن قانون آئین دادرسی مدنی با عبارت زیر می‌گنجاند:

«ماده ۶۷۷ - در دعاوی راجع به تخلیه عین مستأجره از قبیل دکان و مغازه دادگاه میتواند بدرخواست یکی از طرفین دعوی را ارجاع بداور نماید...».

ترتیبی که در این زمان از لحاظ قانونگذاری پیش آمده دیگر از حدود احتیاط خارج شده و میتوان حدس زد که مقنن در این موقع دچار يك تضاد فکری بوده است چه از یکطرف با تأیید مقررات حکمیت اجباری سابق در مورد «مغازه و دکاکین» علاقه خود را بوجود سرقفلی آشکار میکند و از طرف دیگر وقتی سابقه امر و تمایل موجران پیوسته متوجه جانبداری بوده که در قرارداد اجاره حق سرقفلی را از مستأجر سلب نمایند و معذک مقنن با الزام دادستان «به سلب حق» مزبور آنها جزء حقوق قابل اسقاط قرار میدهد - این دلیل بر تضاد اندیشه در روح نامبرده است.

این تضاد فکری که تقریباً نتایج مقررات حکمیت را بحد صفر تنزل میداد با همین کیفیت وجود داشت تا جنگ جهانی دوم گوشه چشمی بایران نشان داد و دکتر میلسپو رئیس کل دارائی کشور ما شد؛ نخستین انتظاری که مقنن از دکتر میلسپو داشت جلوگیری از افزایش قیمت‌ها بود. قیمت‌ها بسبب جنگ و عوارض آن هر روز بیشتر ترقی میکرد. رئیس کل دارائی ضمن تدابیری که در زمینه تثبیت قیمت‌کالاها بکار بست نخستین آئین نامه تثبیت مال الاجاره‌ها را در تاریخ اول خردادماه

۱۳۲۲ تحت عنوان اعلامیه «تثبیت قیمت‌ها شماره ۷» از تصویب گذرانید. این آئین‌نامه همانطوریکه در ماده ۴ آن بصراحت ذکر شده موقتی و فقط به «تثبیت مال‌الاجاره مستغلات» براساس نرخ اسفندماه ۱۳۲۱ نظر داشت و هیچگونه اشاره‌ای در آن مثبت یا منفی بسرقفلی نشده است. این آئین‌نامه کلاً در چهار ماده تنظیم و نه فقط هیچ نوع اشعاری در مورد سرقفلی ندارد بلکه در مورد بقیه احکام مربوط به «تعديل» نیز حکمی انشاء ننموده است.

پس از این آئین‌نامه، رئیس کل دارائی با توافق وزیر دادگستری وقت آئین‌نامه تثبیت مال‌الاجاره‌ها را که بالنسبه به قوانین و آئین‌نامه‌های قبلی هم مشروح و هم نسبتاً کامل بود تحت شماره ۲۲ در تاریخ ۱۳۲۲/۷/۲۳ وضع نمود. این آئین‌نامه در حد خود خوب و شامل تمام مسائلی که یک‌چنین آئین‌نامه‌ای میتواند واجد آنها باشد بود. این آئین‌نامه هم شامل مقررات تثبیت و هم تعدیل بود، این آئین‌نامه برای نخستین بار بصورت مثبت در بند الف ماده ۹ سرقفلی را با این عبارت اشعار میدارد: «الف - در صورتیکه مالک بقصد استفاده شخصی خود یا اقرباء طبقه اول خود از تجدید اجاره خودداری مینماید... و اگر مورد اجاره محل پیشه است و موجه نخواهد تا یکسال بعد از تخلیه بشغل مستأجر سابق یا شغلی مشابه آن در عین مستأجره اشتغال ورزد در صورتیکه سابقه عمل یا نام مستأجر سابق دارای قیمت و اعتباری باشد که نتیجه آن عاید موجه گردد موجه مکلف است برای قیمت اعتبار یا نام مستأجر سابق بمیزانی که کارشناس معین خواهد کرد بمستأجر سابق بپردازد و در هر حال میزان آن کمتر از معادل ۳ ماه اجاره آن محل نخواهد بود...».

بطوریکه ملاحظه میشود این آئین‌نامه برای اولین مرتبه سرقفلی را با ترجمه از عنوان یا عناوین خارجی^۳ آن تحت «سابقه عمل و نام مستأجر» تدوین مینماید. البته چون این حق هنوز در مراحل اولیه تکامل خویش بوده و پدیده‌ای بسیار ابتدائی میباشد لذا وجود و تحقق آن به قیود چندی که از آنجمله قید «داشتن قیمت و اعتبار» و «امکان استفاده از آن» و «یکسال مدتی که از آن باید استفاده شود» مقید میباشد.

این آئین‌نامه همچنان قوت اجرائی داشت تا اشکالاتی از نظر شمول مقررات آن نسبت بسروابط استیجاری رسمی و غیررسمی همچنین محدوده جغرافیائی

(۳) چنین بنظر میرسد که آئین‌نامه مذکور چون بوسیله دکتر میلیسو و وزیر دادگستری ایران تدوین گردیده تحت تأثیر حقوق انگلیس و آمریکا از لحاظ تحصیلات دکتر میلیسو و همکاران آمریکائی او و زیر تأثیر حقوق لاتین از باب تحصیلات وزیر دادگستری وقت و قضات قرار گرفته باشد بنابراین اصطلاح «سابقه عمل و نام مستأجر» که در قانون مذکور آمده عنوانی جالب و درعین حال ثمره ترکیب دو سیستم حقوقی است. اینطور میتوان حدس زد که عنوان «نام» را از حقوق لاتین و اصطلاح «سابقه عمل» را از حقوق انگلوساکسن یا عرف خودمان و یا هر دو اخذ کرده‌اند چه عنوان «سابقه عمل» بنحو صریح در حقوق لاتین دیده نمیشود و لزوماً میبایست از عرف کشور خودمان و یا حقوق انگلوساکسن اقتباس شده باشد.

شهرها و قصبات پیش آمد و دکتر میلسپو و وزیر دادگستری وقت مجبور با اصلاحات چندی در آن شدند. قانون اصلاحی آن بعنوان آئین نامه «مال الاجاره‌ها» در تاریخ ۱۳۲۳/۷/۲۲ تحت شماره ۲/۱۸۸ بامضای وزیر دادگستری و دکتر میلسپو میرسد.

این آئین نامه در قسمت سرفقلى ذیل ماده ۱۳ عیناً همان عبارات آئین نامه ۱۳۲۲ را تقریباً با همان انشاء ذکر میکند و فقط حداکثر میزان «اعتبار و نام مستاجر» را که در آئین نامه سابق کارشنامس نمیتوانسته از مبلغ سه ماه اجاره کمتر تعیین کند در این آئین نامه مکلف میگردد که از یکسال اجاره کمتر معین ننماید. آئین نامه ۱۳۲۳ با توسعه روابط استیجار به مناطق جغرافیائی جدید در محدوده‌ای بیش از آئین نامه ۱۳۲۲ اجراء میشود، تا اینکه زیاده‌روی‌های دکتر میلسپو و همکاران او در زمینه تشکیلات اداری جدید و استخدام روزافزون کارمندان با حقوق نسبتاً گزاف و نامتناسب با بودجه مملکت^۴ مجلس شورایملی را بر آن داشت که قبل از پایان جنگ و انقضای اختیارات دکتر میلسپو قانون تفویض اختیار بنامبرده را ملغی نماید. قانون الغاء اختیارات در ۱۸ دیماه ۱۳۲۳ از تصویب مجلس میگردد و دولت در ۱۳۲۳/۱۲/۱ الغاء آنرا اعلام و در ۱۳۲۳/۱۲/۱۵ هیئت وزیران بموجب تصویب نامه اداره مال الاجاره‌ها را با کلیه کارمندان آن بوزارت دادگستری ملحق مینماید.^۵

از آنجا که ضمن قانون الغاء اختیارات دکتر میلسپو در زمینه ابقاء یا نسخ یا اصلاح آئین نامه‌هاییکه از طرف رئیس کل دارائی تصویب شده بود تکالیفی برای دولت مقرر بود لذا دولت در ۲۵ مهرماه ۱۳۲۴ آئین نامه جدید مستغلات را تحت عنوان «اصلاح آئین نامه ۱۸۸/۲» تصویب و بموقع اجراء گذاشت با آنکه حق سرفقلى تا زمان تدوین این آئین نامه بالنسبه پیشرفتی در قلمرو قانون (بمعنای اخص نه عرف و عادت) نموده و جای آن داشت که قدمی در تکامل حقوقی آن برداشته شود متأسفانه از نظر ظواهر عبارات قانونی نه فقط آئین نامه مرقوم قدمی بنفع سرفقلى برنداشت بلکه از مواضع قبلی آئین نامه‌های ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳ نیز عقب‌نشینی کرد.

(۴) زیاده‌رویهای دکتر میلسپو و همکاران او در توسعه تشکیلات و استخدام افراد با حقوق گزاف از روی متن قانون الغاء اختیارات و تبصره‌های آن مخصوصاً عبارات: «... و هیئت دولت مکلف است ادارات و دستگاههایی که در نتیجه قانون مزبور ایجاد شده تحت نظر و مسئولیت خود گرفته در ظرف يك ماه قسمت‌هایی را که مقتضی بداند منحل و یا...» اصل ماده و عبارت:

«دولت باید از استخدام جدید خودداری نماید و در صورت ضرورت باید بطور مسابقه و... تبصره ۲ استفاده میشود.

(۵) از ده روز بعد از تاریخ ۱۳۲۳/۱۲/۱ تا ۱۳۲۴/۷/۲۵ که آئین نامه جدید مال الاجاره‌ها به تصویب هیئت وزیران میرسد مقررات آئین نامه ۱۳۲۳ بدون آنکه اعتبار قانونی داشته باشد عملاً اجراء میشده است.

درحالیکه در آئین نامه مرقوم سخنی و یا حتی اشاره‌ای هم بسرقتلی نمیشود
مذلك با وجود این ظاهر منفی مقنن حق سرقتلی را بدون آنکه به لفظ بیاورد در
اساس تفکر خود ملحوظ داشته است زیرا:

اولاً از یکطرف جز در موارد استثنائی حق تخلیه قائل نگردیده یعنی حق تخلیه
را حصر بموارد ضرور و لازم نموده و حتی تخلیه جهت تجدید بنا را بنحو صریح
و روشن پیش‌بینی نمینماید. ثانیاً در تبصره ۲ ماده ۱۱ که مربوط به تعمیرات
است چنین میگوید:

«تبصره ۳- در مورد دکاکین و مغازه‌ها اگر مالك آنرا خراب و مجدداً بنا نماید
باید بوسیله اظهارنامه رسمی بمستاجر اولی اطلاع دهد که در صورت تمایل حق
تقدم اجاره نمودن با مشارالیه است...»

بنابراین آئین نامه ۱۳۲۴ با آنکه نسبت بآئین نامه‌های ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳ قدسی
به عقب برداشته ولیکن نسبت بقانون تعدیل مال الاجاره‌های ۱۳۱۷ در طریق ایجاد
و تحقق سرقتلی گامی بجلو میبازد.

این آئین نامه تا سال ۱۳۳۹ اعتبار داشته ولیکن در خردادماه آن سال اولین
قانون مالك و مستاجر که در آن سرقتلی برسیت شناخته شده بود بتصویب مجلس
میرسد. متأسفانه این قانون هم با وجود تکامل چشم‌گیر و باوجود آن همه سابقه
توجه لازم بحل مسائل معضلی که تا زمان تدوین آن شاید اقلاً نیم قرن از تکوین
آنها گذشته است مبذول نمیدارد.

این قانون و قوانین بعدی مالك و مستاجر میترسند از اینکه بگویند سرقتلی
و یا حق کسب و پیشه «یک مال» است و واجد تمام ارکان مال منقول یا غیر منقول
میباشد. وقتی مقنن در این مرحله از تکامل شیئی ای متوقف مانده باشد طبعاً نخواهد
توانست برای مسائل و معضلات آن حکم و یا احکامی انشاء کند. این قوانین و
مخصوصاً قانون اخیر فقط بیک نقطه توجه داشته‌اند و آن تثبیت اجاره بها بوده
است. متأسفانه چون این نقطه نظر بطریق غیرعلمی و دور از میانی و قواعد اصولی
تعقیب گردیده لاجرم ثمره آن بصورت هفتاد هزار مستفل خالی که صاحبان آن
هراس از اجاره دادن دارند متجلی شده است.^۶

۶) متأسفانه باید اقرار کرد که هراس مردم نابجا و بیقاعده نیست زیرا وقتی انسان اعمال
دولت و مقنن را در یک دوره معین بررسی نماید ملاحظه میکند که در قسمت روابط استیجاری
خلاف عهد زیاد دیده میشود چنانکه:

در نخستین قانون «تعدیل مال الاجاره‌ها»، قانون ۱۳۱۷، ذیل ماده ۶ مقنن نظر خود را دائر
بر خروج مستغلات جدیدالبناء چنین بیان مینماید:

«مستغلات جدید که بتصدیق شهرداری پس از تاریخ اجراء این قانون از پی بنا شود
مشمول این قانون نخواهد بود» پس مطابق نص این ماده مستغلات جدید میبایست مشمول مقررات
قانون مدنی باشد اکنون بینیم قوانین بعدی چه اندازه این حق ثابت و عبارت بهتر تصد
مقنن در مقابل ساختمان کنندگان جدید را رعایت کرده است.

در آئین نامه‌های ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳ این حق مطلقاً رعایت نگردیده یعنی دایره شمول این -

این هفتاد هزار مستقل علاوه بر آنکه مبالغ عظیمی از سرمایه و ثروت ملت را راکد و بلااستفاده کرده است بصورت مسئله و مشکل برای جامعه درآمده است چنانکه هر روز دولت یا شهرداری يك قانون درخصوص مالیات برساختمانهای خالی یا برگذاری اجاره آنها وضع میکند. چندی پیش بود که قانون اجاره دادن مستغلات خالی بوسیله شهرداری از تصویب گذشت. زمان اجرای آنرا ابتداء اول دیماه و سپس اول بهمن ماه آنگاه اول اسفند تعیین نمودند هرگاه مسئولان امر کمی توجه میداشتند این تناقضات لاینحل بهترین آگاهی برای آنها بود تا بدانند که خود این قوانین در قسمت مهم مشکلات مسکن را بوجود آورده اند. این قوانین و تغییرات بنیادی آن پیوسته با نقض قاعده حقوق ثابت با ظاهر فریبنده مستأجر و موجر هردو را گمراه میکند.

روابط و مناسبات اقتصادی و اجتماعی که از طبیعت اشیاء منبث میگرددند خود قواعد و قوانین لایتنفری دارند این قواعد باسر قانونگذار تغییر نمیپذیرند، وقتی امر قانونگذار مخالف این قوانین باشد عکس العمل آن قوانین ناهنجارتر خواهد بود زیرا چون قانون مورد بحث برخلاف طبیعت اشیاء است اولاً تأثیر نامطلوبیهای اولیه را تشدید مینماید ثانیاً علی رغم تمایل دولت، مردم راه گریز جهت آن مییابند

آئین نامه ها همه مستغلات اعم از نو بنیاد یا قدیم ساز بوده است. بر مقتن این آئین نامه ها ایراد نیست زیرا آنها برای زمان جنگ و موقت بوده و حسب صریح مندرجات آنها حداکثر اعتبارشان تا شش ماه پس از خاتمه جنگ بوده است اما آئین نامه ۱۳۲۴ که بعد از خاتمه جنگ و عنوان موقت نداشته بدون آنکه خود را با حکم مقتن ۱۳۱۷ و قاعده حقوق ثابت آشنا کند کلیه ساختمانهای قبلی را مشمول مقررات آئین نامه مذکور قرار داده و مجدداً جهت ساختمانهای جدید در ماده ۷ حکمی نظیر حکم قانون ۱۳۱۷ با این عبارت انشاء میکند:

«ماده ۷- هر قبیل مستغلاتی که بتصدیق شهرداری از تاریخ اجرای این آئین نامه در اراضی بیاض جدیداً از پی بنا شود مشمول این آئین نامه نخواهد بود.»

قانون ۱۳۳۹ چون اجاره بهای عادلانه برای کلیه مستغلات تعیین نموده و با افزایش هزینه زندگی افزایش اجاره بها را به نرخ عادلانه روز تجویز کرده بود لذا ضرورتی برای آنکه حکمی در خصوص شمول یا عدم شمول ساختمانهای جدید وضع نماید احساس نموده و طبعاً در این قسمت خطا و خلف عهدی نکرده است.

اما قانون «تعدیل و تثبیت اجاره بها» مصوب اسفند ۱۳۵۲: این قانون دیگر در قسمت زیر پانهادن قاعده حقوق ثابت بیداد کرده است زیرا اولاً احکام قطعی افزایش اجاره بها را که قبل از تصویب آن قانون صادر گردیده از اعتبار انداخته و اجازه اصلاح آنها را طبق قانون جدید داده است ثانیاً در ماده ۶ راجع بمستغلات جدید چنین میگوید:

«ماده ۶- در مورد مستغلاتی که بعد از اجرای این قانون برای اولین بار اجاره داده میشوند میزان اجاره بها باید متناسب با ارزش مستقل تعیین شود.»

این قانون تا آخر اسفند ۱۳۵۴ قدرت و اعتبار دارد و چون در اصل موقت بوده و اعتبار آن دیگر تمدید نمیشود لذا با انقضای دوره عمل آن مقررات قانون ۱۳۳۹ مجدداً قوت قانونی خود را باز مییابد.

به محض آنکه قانون ۱۳۳۹ اعتبار خود را بدمست می آورد عده ای از موجران از مقررات آن استفاده نموده دادخواست افزایش اجاره بها میدهند، تعدادی از این دعاوی تا زمان اجرای قانون جدید (شهریور ۱۳۵۶ - ۲۵۳۶) بحکم قطعی منتهی میشود و تعدادی از آنها یک مرحله -

و لزوماً برای دادگستری و سایر سازمانهای دولتی در دسر و زحمت میآفرینند نتیجتاً آنچه باقی میماند هجوم مردم بدادگاهها و مراجع مملکتی است و لذا یکی از عوامل شلوغی دادگاههای ما آندسته از قوانین ماهیتی هستند که مقنن برخلاف طبیعت اشیا وضع کرده است؛ مسلماً وضع قاعده حقوق ثابتة تنها باتکای عدالتخواهی و تمایل طبیعی انسان به انصاف تکوین نیافته، بلکه ایجاد و خلق اعتماد و اعتقاد در مردم نسبت باعمال و تصمیمات دولت از مهمترین هدفهای آن بوده است.

این یکی از قوانین و قواعد مسلم اقتصاد است که ارشاد و رهبری سرمایه بشاخره‌های مختلف تولید یا توزیع بوسیله امتیازات یا تهدیداتی که قوانین موضوعه اشعار و اعمال مینمایند انجام میگیرد، لذا قواعد حقوق ثابتة و نتیجتاً آن که اعتماد و اعتقاد مردم به گفتار و کردار دولت است نتایج و ثمرات خود را در اینمورد آشکار میسازد.

بنظر نگارنده هیچ آفتی برای اقوام و ملل مخوفتر و هولناکتر از آن نیست که اعتماد آنها نسبت به قول و فعل زمامدارانشان سلب گردد، زیرا ابزار و وسیله حکمرانی يك حکومت دموکراسی فقط قانون است، پس وقتی اعتماد و اعتقاد مردم به گفتار حکومت یعنی قوانینی که او بتصویب پارلمان میرساند کم یا بالمره از بین

→ را پشت سر میگذارد و يك تعداد هم تا این زمان هنوز بحکم نرسیده است. این بار که مقنن ظاهراً قانون را عطف بمسابق نمی‌نماید و قاعده حقوق ثابتة را نسبت بیک دسته از دعاوی که اجرت‌المثل زمان حکومت قانون قدیم برطبق آن قانون رسیدگی شده رعایت نمیکند هیئت عمومی دیوان عالی کشور این مهم را انجام میدهد یعنی قانون جدید را نسبت بتمام آن دعاوی حتی آنهایی که یکمرحله خود را گذرانیده‌اند عطف بمسابق میکند.

مقنن نیز مانند گذشته (چنانکه گوئی عادت در دستگاه قانونگذاری هم نفوذ پیدا کرده) این مرتبه دو حکم استثنائی برای مستغلات جدیدالبناء و جدیدالاجاره انشاء مینماید باین شرح: الف- ضمن شق ۴ ماده ۲ که مستثنیات خارج از شمول قانون ۲۵۳۶ را احصاء مینماید چنین میگوید: دکلیه واحدهای مسکونی واقع در محدوده خدماتی شهرها و در شهرک‌ها که گواهی خاتمه ساختمانی آنها از تاریخ لازم‌الاجراء شدن قانون معاملات زمین مصوب ۱۳۵۴ (۲۵۳۶ شاهنشاهی) صادر شده و میشود.

ب- ضمن شق ۶ ماده ۲ در مورد دسته دوم مستثنیات اینطور بیان حکم میکند: «واحدهای مسکونی که پس از اجرای این قانون باجاره واگذار گردد».

بطوریکه ملاحظه میشود در یک دوره تقریباً کوتاه (فقط ۳۹ سال) دولت پنج فقره قانون (قوانین ۱۳۱۷ و ۱۳۲۴ و ۱۳۳۹ و ۱۳۵۲ و ۲۵۳۶) در خصوص روابط استیجاری از تصویب میگذراند باین ترتیب که برای بار اول که قانونی وضع و تصویب مینماید ساختمانهای جدید-البنای بعد از اجرای آن قانون را خارج از شمول قانون مزبور قرار میدهد و بار دوم که قانونی وضع میکند بهمین ترتیب ساختمانهای بعد از اجرای قانون دوم را از شمول آن قانون استثناء مینماید بهمین نحو ضمن قانون چهارم و پنجم همین شیوه را اعمال و اجراء نموده هر مرتبه استثنای قبلی را مشمول حکم قانون جدید قرارداده خلاف عهد و میثاق خود و بالتبلیغه مخالف قاعده حقوق ثابتة رفتار میکند.

در اینصورت آیا هراس مردم کاملاً بجا و طبیعی نیست؟ و در چنین شرایطی آیا میتوان اطمینان و اعتماد باین قوانین پیدا کرد؟ و از همه مهمتر آیا دولت آن نتیجه‌ای را که از این استثناءها میخواهد بدست میآورد؟ یعنی مردم سرمایه‌های خود را در کار ساختمان مشغول مینمایند؟؟؟

برود آن حکومت وسیله اجرای حاکمیت خود را از دست می‌دهد و در اینصورت سرنوشت آن حکومت و طبعاً مردم معلوم است!

دوم - چگونه انعکاس حق سرقفلی در کتب حقوقی ما و تلقی اساتید حقوق از این حق:

نخستین مطلبی که در این مبحث باید گفته شود این است که چون قسمت اعظم تحصیل کرده‌های حقوقی حقوق جدید ما از کشورهای حقوق لاتین و مخصوصاً کشور فرانسه بوده‌اند بنابراین در تعریف سرقفلی بشدت تحت تأثیر حقوق فرانسه قرار گرفته‌اند و بالنتیجه به مفهوم ملی سرقفلی در عرف ما کمتر توجه شده است. در حقوق ملی ما که این نهاد متأثر از عرف مراودات بازرگانان و کسبه می‌باشد سرقفلی عبارت از حقی است نظیر حق انتفاع، باین معنی که برای محل کسب و پیشه یا تجارت میتوان حق مالکیت مطلق عین را بسه قسمت تقسیم نمود **مالکیت عین - مالکیت سرقفلی - مالکیت منفعت**. النهایه چون بدون مالکیت منفعت استفاده از سرقفلی ممکن نیست بنابراین اغلب مالکیت سرقفلی و منفعت متعلق بیک نفر است و آن شخص مستاجر می‌باشد.

حق سرقفلی برخلاف ماهیت و علت وجودی آن در حال حاضر از عین ملک جدا میشود یعنی مانند منافع عین از طرف موجر واگذار میگردد ولی در آغاز امر اینچنین نبوده بلکه حسن اخلاق و رفتار و اعتماد و از همه مهمتر ارزان‌فروشی مستاجر سبب ایجاد و تکوین آن بوده است ولیکن این حق بمرور زمان از اصل ماهیت و طبیعت خود جدا شده تا اکنون که بکلی از اصل خویش دور افتاده است.

این مختصری از حق سرقفلی در حقوق ملی ما بوده اما حق سرقفلی در حقوق فرانسه به مفهوم و مصداق حقوق ملی ما یکی از اجزاء تشکیل‌دهنده «کارمایه بازرگانی»^۷ یا «فون دو کومرس» است باین توضیح که کارمایه بازرگانی شیء و مرکبی است که عناصر تشکیل‌دهنده آن عبارت از اثاثیه، لوازم کار، مواد اولیه، و یتیرین، نام، تابلو و امتیازهای دیگری از قبیل علامت ثبت‌شده، ورقه اختراع انواع مدلهای و حق اجاره محل می‌باشد.

بطوریکه ملاحظه میشود از مجموع عناصر کارمایه بازرگانی در حقوق فرانسه آنچه با سرقفلی ما تطبیق مینماید حق اجاره محل یا بعبارت بهتر «حق بقاء در مستاجره است» پس قرارداد سرقفلی معادل کارمایه بازرگانی حقوق فرانسه انتخاب درستی نبوده است و اینک تلقی اساتید حقوق ما از این حق:

۱- اولین حقوقدانی که باین قسمت اشاره کرده شادروان مرحوم ارسلان- خلعت‌بری است. روانشناد خلعت‌بری بعنوان «حق موقعیت» که یکی از عناصر

(۷) آقای دکتر حسینقلی کاتبی در کتاب حقوق تجارت خود Fonds de Commerce را به کارمایه بازرگانی ترجمه نموده که بنظر نگارنده ترجمه و انتخاب خوبی می‌باشد.

مشکل کارمایه بازرگانی است سرقفلی را به بحث میگذارد و در صفحه ۴۲ کتاب حقوق تجارت خود چنین مینویسد: «این حق گاهی بنام سرقفلی و گاهی بنام حق آب و گل و حق سکنی خوانده میشود...»

در خصوص نوشته مرحوم خلعت‌بری و اصطلاحاتی که آن شادروان بکار برده يك اشتباه بزرگی روی داده و آن اینست که آن مرحوم «سرقفلی» را بشرحی که نگاشته شد یکی از اجزاء تشکیل‌دهنده «کارمایه بازرگانی» (که آنرا حق تجارتي اصطلاح کرده) دانسته نه خود کارمایه بازرگانی و براین اساس در کتاب خود بحث مذکور را زیر عنوان «حق موقعیت» ذکر کرده نه کارمایه بازرگانی، بنابراین صحیح‌ترین بحثی که در این باره بعمل آمده (قطع نظر از قدمت آن) از معظم له بوده است و متأسفانه حقوقدانان و مؤلفان بعدی حقوق تجارت فقط یا ملاحظه تیر کلی «فون دوکومرس» بدون آنکه تمام مبحث را تا آخر مطالعه و دقت کرده باشند قضاوت اشتباه‌آمیز نموده و تصور کرده‌اند که مرحوم مغفور یادشده «سرقفلی» را به «حق تجارتي» تعبیر کرده است در صورتیکه آنکه اشتباه کرده خود مؤلفان و مصنفان بعد از مرحوم خلعت‌بری بوده‌اند که «فون دوکومرس» را به سرقفلی ترجمه کرده‌اند چه مرحوم خلعت‌بری فون دوکومرس را به «حق تجارتي» ترجمه و یکی از اجزاء حق تجارتي را حق موقعیت که همان سرقفلی بوده نامیده است، دربارۀ شادروان خلعت‌بری این نکته قابل تذکر است که آن مرحوم آن اندازه بزرگوار بوده که با وجود اشتباه متأخران و با وجود آنکه میدانست که خود آنان مشتبه بوده‌اند معذک هیچگاه بروی خود نیاورد و هرگز نگفت که آنکه اشتباه در مفهوم و مصداق کرده آنان بوده‌اند نه شخص وی.

۲- دومین کتابیکه متعرض حق سرقفلی شده کتاب حقوق تجارت مرحوم دکتر عبدالحمید اعظمی زنگنه است؛ آن مرحوم سرقفلی را معادل «کارمایه بازرگانی» حقوق فرانسه فرض نموده و براین اساس توجیه کرده است.

۳- سومین کتابیکه سرقفلی را به بحث میگذارد جلد اول حقوق تجارت آقای دکتر حسن ستوده تهرانی استاد دانشگاه تهران است. مؤلف محترم زیر عنوان «مایه تجارتي» دو عنوان کوچکتر که یکی نیز «مایه تجارتي» و دیگری «سرقفلی» است به بحث میگذارد در بخش مایه تجارتي تقریباً همان عناصر و ارکان «فون دوکومرس» را توضیح و تشریح میکند و لیکن در بخش سرقفلی بعد از توضیحاتی سخن را باینجا میرساند که: «حق سرقفلی... عبارت است از حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود در محل کار خود دارد ولی در عرف و عادت متداول در ایران حق سرقفلی بردونوع است یکی حقی است که تاجر و صنعتگر در نتیجه جلب مشتری... و دیگری حقی است که صاحب محلی که موقعیت خوبی دارد برای ملك خود قائل میشود مثل ساختمانهاییکه در محل‌های پرجمعیت ساخته میشوند امروزه بدون داشتن مشتری قبلی با اخذ سرقفلی مناسبی اجاره داده میشود...»

در مورد نوع دوم سرقفلی مسائلی پیش می‌آید که بعداً صحبت خواهد شد.

۴- چهارمین کتاب، حقوق تجارت آقای دکتر حسینقلی کاتبی است، مبحث سرقفلی این کتاب تقریباً نظیر بحث آقای دکتر ستوده است با این تفاوت که در این کتاب بحث سرقفلی از نظر تکوینی تقریباً خلاصه‌تر نوشته شده ولی از لحاظ ضرورت اصلاحات قانونی برای تکامل و توسعه این حق راهنمائیهای باارزشی شده است.

۵- آخرین کتاب حقوق تجارتیکه متعرض سرقفلی شده کتاب حقوق بازرگانی آقای دکتر منصور راستین است این کتاب نیز بیشتر به عناصریکه در میزان ارزش سرقفلی مؤثرند (ماده ۱۱ قانون ۱۳۳۹) پرداخته است.

تا اینجا خیلی مختصر نظر اساتید حقوق تجارت در خصوص سرقفلی به بحث گذاشته شده اما در حقوق مدنی نیز در این مورد بحثی شده که بنظر نگارنده بسیار بموقع است اشاره‌ای بآن بشود.

آقای دکتر ناصر کاتوزیان استاد دانشگاه تهران ضمن رساله‌ایکه تحت عنوان ضمیمه حقوق مدنی در مورد قانون روابط موجر و مستأجر نگاشته‌اند از سرقفلی بعنوان يك حق بحث کرده‌اند.

مؤلف محترم نیز مانند سایر اساتید حقوق در تعریف حق سرقفلی تحت تأثیر حقوقدانان فرانسه قرار گرفته تا جائیکه سرقفلی را «حقی که تاجر بر مشتریان خود دارد» توجیه و آن را وابسته به عوامل دیگری که تقریباً همان عناصر تشکیل‌دهنده «فون دوکومرس» است دانسته و بالاخره نظریه خود را تحت «هنوان سرقفلی در حقوق ایران» با اتکام به قانون روابط موجر و مستأجر چنین بیان میکنند: حق سرقفلی «حقی است که بموجب آن مستأجر متصرف در اجازه کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته میشود».

سپس در این زمینه مسائلی را به بحث میگذارند و از آنجمله اصطلاح «حق کسب و پیشه و تجارت» را مورد انتقاد قرار میدهند؛ این مسائل هیچکدام مستقیماً به بحث ما مربوط نمیگردد اما آنچه که با بحث ما تا اندازه‌ای ارتباط پیدا میکند این است که موضوع سرقفلی هرچه و واجد هر تعریف و کیفیتی باشد تا قبل از کتاب ایشان جزء موضوعات و مسائل حقوق تجارت بوده و در آن حوزه از آن بحث میشده است ولیکن در کتاب ایشان جزء تأسیسات حقوق مدنی بحساب آمده است.

در اینجا چند توضیح باید اضافه کنم:

اولاً تأسیس و ایجاد سرقفلی در حال حاضر با کیفیتی که در حقوق ملی ما تحت آن کیفیت بوجود میآید ماهیت و طبیعت «مدنی» بمعنای اخص داشته نه طبیعت بازرگانی زیرا: حقی است که از روابط استیجار منشعب گردیده و در تحلیل علمی با توجه باوضاع و احوال کنونی مانند حق منفعت در واقع از پهلوی «عین ملک» جدا میشود بنابراین جای بحث آن قلمرو حقوق مدنی است خاصه آنکه احکام قانونی راجع بآن پیوسته در قوانین تعدیل اجازه‌بها یا مالک و مستأجر آمده و مقنن آنرا از تأسیسات حقوق مدنی فرض کرده نه حقوق بازرگانی و لذا محل و موقعی

را که جناب دکتر کاتوزیان برای بحث آن انتخاب کرده‌اند کاملاً مناسب است ولیکن آنچه از این توجه و دقت تا اندازه‌ای می‌کاهد این است که مؤلف محترم هم مانند اساتید سابق‌الذکر سرقفلی را معادل «کارمایه تجارتي» یا باصطلاح خودشان «مایه تجارت» که همان «فون دو کومرس» است فرض نموده‌اند نه آنکه یکی از عناصر تشکیل‌دهنده آن تلقی نمایند. درست است که در آنجا توضیح داده‌اند که «سرقفلی در حقوق ایران مفهومی باین وسعت ندارد» و سپس سرقفلی را بشرح آنچه قبلاً نگاشته شد تعریف کرده‌اند ولیکن شاید بهتر بود هرگاه بجای وسیع‌انگاشتن «مایه تجارت» نسبت بسرقفلی در حقوق ما، آن جزء از عناصر «مایه تجارت» را که با سرقفلی ما میتواند تطبیق پیدا کند مشخص و ممحض می‌گردند.

ثانیاً - ممکن است گفته شود چون سرقفلی مانند بعض اشیاء و موضوعات دیگر دارای اعتبارات مختلف است بنابراین میتواند باعتباراتی که در اصل حقی بوده که از قبل کسب و کار و پیشه بوجود آمده جزء مسائل حقوق بازرگانی منظور شود و باعتبار آنکه در حال حاضر مالک عین ملک آنرا می‌فروشد جزء موضوعات حقوق مدنی بحساب بیاید ولیکن حقیقت امر این است که مؤلفان و حقوقدانان یاد شده به علت مذکور آنرا جزء مباحث حقوق تجارت به بحث نگذاشته بلکه چون اصل «کارمایه بازرگانی» در حقوق فرانسه در قلمرو حقوق تجارت مورد بحث بوده لذا در اینجا نیز تحت تأثیر حقوق مذکور آنرا از اقسام مسائل حقوق تجارت انگاشته‌اند.

ب - تاسیس و ایجاد حق سرقفلی: سرقفلی مشروع‌ترین و منطقی‌ترین حقی است که عرف و عادت بوجود آورده است، در تاریخ تکوین و پیدایش حق هیچ حقی باندازه حق سرقفلی بنحو منطقی و معقول خلق نشده است.

سرقفلی در آغاز تکوین خویش از حسن سلوک و حسن رفتار و اخلاق و از همه مهمتر فروش به قیمت ارزان پیدا شده است باین ترتیب که وقتی يك فروشنده در خیابان یا بازار برای يك دوره ممتد رفتاری بآن نحو که گفته شد دارد و از خود خاطر خوبی در ذهن مشتریان باقی می‌گذارد طبیعتاً نام و سابقه کار او بموقعیت دکان یا مغازه و یا تجارتخانه‌اش «يك نوع ارزش اقتصادی» می‌بخشد. این ارزش اقتصادی از آنجا پیدا میشود که نه فقط مشتریان سابق او همیشه برای معامله بآن محل مراجعه میکنند بلکه در نتیجه بازگو کردن حسن مراودات و حسن اخلاق و رفتار وی خریداران جدید نیز بآن محل مراجعه میکنند و این همان چیزی است که حقوقدانان ما به تبعیت از حقوق فرانسه آنرا «حق تاجر بر مشتریان خود» نامیده‌اند. لیکن همین حق سرقفلی که در ابتدای ایجاد و خلقت خویش فوق‌العاده انسانی و منطبق با حوائج طبیعی بشری بوده وقتی از «محیط عمل و فعالیت» خود دور میشود چنان بی‌منطق و غیر عقلانی میگردد که جز تحمیل سنگینی بر دوش مصرف‌کنندگان هیچ ثمره‌ای ندارد؛ سرقفلی در محیط و اوضاع و احوالی بوجود می‌آید که کسبه و پیشه‌وران و بازرگانان يك صنف میتوانند ده‌ها و صد‌ها نفر در بازار یا خیابان و کوچه و یا يك سرا در کنار یکدیگر و حتی چسبیده بهم مغازه و یا حجره

داشته باشند بنابراین کاملاً طبیعی و منطقی است هرگاه فروشنده‌ایکه توانسته مشتریان زیاد در اطراف محل خود بوجود بیاورد صاحب حقی بنام «حق سرقفلی» بشود چه هیچ چیزی بیشتر از این بنفع مردم و جامعه نیست که فروشنده‌ای با رقابت سالم و آزاد بتواند مشتری زیاد پیدا کند.

اما همین حق که آن اندازه انسانی و مشروع است وقتی «از محیط عمل و فعالیت» خود دور میشود قلب ماهیت پیدا میکند^۸ یعنی درست چیزی میشود که از ناحیه هیچ عاملی بیش از آن زیان بجامعه و مردم نرسیده است.

چگونگی تغییر محیط عمل و فعالیت - میدانیم که سالهای سال کسبه و بازرگانان ما (از صنف واحد) در کنار هم دکان و مغازه و حجره داشتند و هر يك در جلب مشتری بیشتر و طبعاً فروش ارزان و جنس بهتر جهد و کوشش مینمودند. ناگهان معلوم نیست کدام فرنگشرفته طرح حدود صنفی را با اقتباس از مقررات آن سامان بشهرداری القاء نمود، شهرداری هم بدون توجه به عوارض و عواقب آن و بدون آنکه توجه داشته باشد که تعدیل قیمت در اقتصاد لیبرالیسم براساس رقابت آزاد فروشنندگان است، با وضع قانون و آئین نامه برای کسبه و پیشه‌وران «حدود صنفی» قائل شد. باین نحو که فی‌المثل برای صنف عطار یا آجیل فروش يك مقدار فاصله از هر طرف مغازه تعیین نمود. شهرداری بی‌خبر از همه‌جا و همه چیز با تعیین حدود صنفی در واقع نخستین ضربه نابودکننده را بر پیکر قانون عرضه و تقاضا وارد کرد، باین نحو که وقتی در يك منطقه بیش از فلان تعداد عطار یا خرازی فروش نمیتوانست بوجود بیاید طبعاً قانون عرضه و تقاضا و بالنتیجه تعدیل در قیمت‌ها از میان میرفت.

از این مرحله است که سرقفلی که پیدائی و تکوینش آن اندازه مقدس و مشروع و منطقی بود رفته‌رفته پایزار تجاوز و ستم تبدیل میگردد.

ضربه دوم نیز که باید بمنزله تیر خلاص تلقی گردد باز هم از طرف شهرداری با تعیین نقشه جامع و تقسیم کوچه و خیابان بمنطقه مسکونی و تجاری برپیکر قانون عرضه و تقاضا وارد شد. قانون عرضه و تقاضا این بار دیگر بکلی محو و نابود گردید و نتیجه آن بشرح آنچه خواهد آمد نه فقط بزیان مصرف‌کنندگان تمام شد بلکه خود کسبه و بازرگانان و اصناف نیز از آن زیان دیدند باین توضیح: همانطوریکه میدانیم در نتیجه برقراری حدود صنفی و سپس استقرار مناطق

۸) به عقیده بعضی از فلاسفه قوانین علوم اجتماعی مانند قوانین علوم طبیعی وقتی از محیط عمل و فعالیت خویش دور میشوند قلب ماهیت پیدا میکنند. فی‌المثل مقررات حکومت نظامی را مجلس شورایی هنگامی که مشروطیت جوان وضعیافته بوده برای حفظ آزادی و برای اینکه بتوان مستبدین را از سوء استفاده از آزادی اجتماعات و نطق و بیان بضرر مشروطیت نوپا ممنوع نمود وضع و تصویب نمود اما همینکه از مشروطیت مدتی گذشت و اوضاع و احوال آنروزی وباصطلاح «محیط عمل و فعالیت» تغییر کرد مقررات حکومت نظامی قلب ماهیت پیدا نموده و درست اسباب و وسیله‌ای در دست مخالفان آزادی برای محدود کردن و ببند کشیدن آزادیخواهان گردید.

مسکونی و تجاری اصناف فقط در مناطق تجاری آنها با قیود و شرایط بسیار سخت و سنگینی میتوانند با اصطلاح واحد صنفی دائرکنند، این محدودیت طبعاً قیمت اراضی منطقه تجاری را نسبت به منطقه مسکونی بالا میبرد و ارزش سرقفلی را که باید با کار و کوشش مستأجر بوجود بیاید در قیمت زمین منطقه تجاری متجسم میکند، هر قدر ناحیه‌ای به کار و کسبی احتیاج داشته باشد چون آقای شهردار فرموده و اراده کرده‌اند که آن ناحیه مسکونی باشد نمیتوان در آنجا پیشه و کسب ایجاد کرد برای آنکه موضوع بیشتر روشن شود چند نمونه بعنوان مثال ذکر میکنم:

در حال حاضر یکی از مشاغلی که فوق‌العاده مورد حاجت است «سرویس و تعمیر اتومبیل» است. اجازه دایر کردن سرویس و تعمیر اتومبیل را شهرداری فقط در مناطق تجاری میدهد. در بدترین مناطق تجاری ارزانترین زمین اگر پیدا شود کمتر از متری ده هزار تومان نیست، حداقل مساحتی که برای یک اتومرویس لازم است پانصد متر میباشد پانصد ضرب در ده هزار تومان میشود پنج میلیون تومان، بهره پنج میلیون تومان در سال از قرار صدی هیجده که نرخ متعادل بهره میباشد میشود نهصد هزار تومان. حال فکر کنید که صاحب این اتومرویس چگونه باید کار و کسب کند تا فقط بتواند سالی نهصد هزار تومان بهره پول بدست آورد؟؟

مثال دیگر: بموجب مقررات نقشه جامع در مناطق مسکونی که از قبل دکان و مغازه بوده آنها میتوانند بکار و تجارت خود ادامه دهند. چون در این مناطق اجازه دکان و مغازه جدید داده نمیشود طبعاً ارزش سرقفلی مغازه‌های موجود بالا میرود، این مغازه‌ها اغلب لبنیاتی و عطاری و از این قبیل کارهای مسورد حاجت اهالی میباشد. زیرا در محلات جدید الاحداث یک شهر همراه با احداث خانه فقط از این نوع واحدهای صنفی بوجود میآید؛ وقتی ارزش سرقفلی این مغازه‌ها بالا میرود و بعد چند صد هزار تومان میرسد داوطلبان مشاغل جدید که درآمد سرشار دارند مانند بوتیک‌داران - لوازم آشپزخانه فروشان - قالی فروشی‌ها و از این قبیل آنها را از صاحبان اولیه میخرند و بجای لبنیاتی بوتیک و امثال آن تشکیل میدهند مسلماً اگر خوانندگان عزیز توجه دقیق به محیط اطراف خویش بینکنند از این تبدیل و تبدل نمونه‌های فراوان خواهند دید.

نتیجه قلب ماهیت سرقفلی - ثمره قلب ماهیت سرقفلی از دولحاظ قابل مطالعه است نخست از لحاظ خود کسبه و پیشه‌وران و دوم از نقطه نظر مردم و جامعه

از لحاظ کسبه و پیشه‌وران قلب ماهیت سرقفلی بهمان اندازه زیان بار است که هرگاه چنین تأسیسی در اصل و اساس قانونی منتفی شود - زیرا وقتی یک داوطلب کسب و کار میبایست بعنوان قیمت سرقفلی همراه با انعقاد عقد اجاره مبلغ گزافی معادل ارزش آن به مالک بپردازد این دیگر آن سرقفلی که در نتیجه حسن رفتار و اخلاق مستأجر پیدا میشود نبوده و خالق و ایجادکننده آن مستأجر نمیباشد. در اینجا فقط مستأجر خریدار مالی است که نام آن مال سرقفلی است و

اگر گاهی ارزش آن در طول زمان اضافه شده یا میشود، این افزایش نیز بعمل مستأجر مربوط نیست بلکه این اضافه ارزش بعثت پائین آمدن ارزش پول و بالارفتن سطح قیمت‌هاست و بهمانگونه که قیمت کالاهای دیگر بالا میرود سرقفلی نیز ترقی مینماید و خلاصه در یک بررسی دقیق معلوم میشود که خریداران سرقفلی نیز مانند خریداران کالاهای دیگر از اضافه قیمتی که در فاصله خرید و فروش معمولاً پیدا میشود بهره‌مند میگردند، نه ارزشی که حسن سابقه و عمل مستأجر به موقعیت کسبی محل بخشیده باشد.

جالب توجه اینکه خرید و فروش سرقفلی در این اواخر یک حرفه جدید بوجود آورده که عده‌ای آنرا پیشه خود ساخته‌اند. باین ترتیب که سرقفلی مغازه‌های نو بنیاد را از مالکان آن میخرند و سپس با اضافه مبلغی آنرا بمستأجران میفروشند. بنابراین ملاحظه میشود که «قلب ماهیت» حتی بزیان خود مستأجران نیز تمام میشود زیرا آنها میبایست آنچه را که علی‌الاصول خود خالقش بوده‌اند بعد از بورس‌بازی زیاد با اضافه قیمت از دیگران خریداری نمایند.

اما از نقطه نظر مردم این «قلب ماهیت» وحشتناک است، چه وقتی قرار باشد مستأجر در ابتدای شروع بکار خویش ناگزیر از پرداخت مبلغی بشود که هیچگاه نتواند آنرا در جریان مبادلات اقتصادی قرار دهد، در حقیقت و واقع این مبلغ بصورت سرمایه راکد معطل میماند و لاجرم بهره سرمایه مذکور را روی قیمت کالاهای خود میکشد.

در اینجا با یکی دو مثال مسئله روشن میشود: فرض کنیم یک کاسب لبنیات - فروش یا ساندویچ فروش سرقفلی مغازه‌ای را در یکی از خیابانهای تخت طاوس یا عباس‌آباد به قیمت خیلی ارزان مثلاً پنج میلیون ریال خریداری نماید این پنج میلیون ریال سرمایه‌ای است که صاحب این مغازه در محل کسب خود راکد کرده است؛ اعم از اینکه این سرمایه متعلق بخود او بوده یا از بانک و مؤسسات اعتباری دیگر قرض کرده باشد، فرق ندارد، در هر صورت این پول بهره دارد و صاحب مغازه بهره آنرا روی کالا یا محصول خویش میکشد. هرگاه بهره سرمایه مرقوم را از قرار صدی هیچده در سال که خیلی معمولی و بالنسبه نرخ متنازلی است حساب کنیم مبلغی که در هر سال مستأجر بابت بهره سرقفلی بحساب هزینه خود میگذارد و نهایتاً مشتریان باید پردازند نهصد هزار ریال است و برای هرماه هفتاد و پنج هزار ریال میشود. مبلغ هفتاد و پنج هزار ریال برای هرروز دوهزار و پانصد ریال میشود. پس مستأجر علاوه بر هزینه‌های جاری روزی دوهزار و پانصد ریال بهره سرقفلی را روی قیمت کالاها و محصولات خویش اضافه میکند.

حالا بجای آنکه ارزش سرقفلی مغازه پنج میلیون ریال باشد پنج میلیون تومان فکر کنید یعنی بموض دکان لبنیاتی فروشگاه لوازم خانگی یا نمایشگاه مبلی را در خیابان پهلوی یا سهراب شاه و شاهرضا در نظر بگیرید، رقم بهره ده برابر میشود یعنی هرروز مستأجر یا صاحب فروشگاه معادل دوهزار و پانصد تومان باید از

این رهگذر از مشتریان خود اضافه بگیرد این مبلغی است که صاحبکار بهیچوجه تحت هیچ عنوان و نظامی از آن گذشت نمیکند جلا افاق اصناف یا دادگاههای دادگستری هر قدر کوشش و جدیت در راه جلوگیری از گرانفروشی بنمایند نتیجه‌ای ندارد. این قانون اقتصاد است هیچ سرمایه‌گذاری حاضر به ضرر نیست و فروش هر فروشگاه میبایست بهره سرمایه را که مسترد نماید.

این بود آن نوع دوم سرقتی (حتی که صاحبان محل‌های واجد موقعیت خوب از مستأجر اخذ مینمایند) که اساتید حقوق تجارت آنرا بهر صورت از اقسام سرقتی حساب و ما وعده داده بودیم که در خصوص مسائلی که این سرقتی بوجود می‌آورد صحبت کنیم و همین بود مختصری از «قلب ماهیت سرقتی» و ثمره اقدامات شهرداریها در طول فعالیت و حیات آنها.

بدون هیچ مبالغه و گزافی علت عدم موفقیت دولت و افاق اصناف و مؤسسات دیگر اجتماعی در عدم برقراری نرخ عادلانه این است که شهرداری با وضع مقررات غلط و ندانم‌کاری خود با برقراری حدود صنفی و منطقه‌بندی کوچه و خیابان بمناطق مسکونی و تجاری رقابت آزاد را که اساس تعادل قیمت‌ها در اقتصاد لیبرالیسم است بکلی از میان برده است و مادام که مقامات مملکتی اجازه ندهند هرکس در هر نقطه بتواند بهر شغل و حرفه طرف احتیاج جامعه اشتغال ورزد انتظار و توقع قیمت عادلانه داشتن امری محال و اگر صحیح بگویم نابخردانه است.

اکنون برمیگردیم باصل مطلب یعنی «اجاره سرقتی یا حق کسب و پیشه»: با آنکه قرار این بود که در خصوص اصل سرقتی نگارنده خیلی مختصر صحبت کنم معذک بحث ما تا اندازه‌ای مفصل شد و بابت آن معذرت می‌خواهم.

اما اجاره سرقتی - میدانیم که در این سنوات اخیر سرقتی بصورت يك مال خود را تحمیل کرده است. بشرحی که در مقدمه گفته شد این مال قبلاً بوسیله عرف شناخته شده بود و بعداً هم قوانین مختلف اجاره‌بها تدریجاً و قدم بقدم اساس مالیت آنرا تکوین نمودند تا قانون ۱۳۳۹ که برای نخستین بار در فصل پنجم زیر عنوان «حق کسب و پیشه یا تجارت» آنرا برسمیت شناخت.

متأسفانه قانون مرقوم باوجود این شناسائی و با وجود آنکه عوامل ششگانه مؤثر در میزان حق سرقتی را در ماده یازدهم خود احصاء مینماید معذک از تعریف حق مزبور امتناع دارد، قوانین بعدی مخصوصاً قانون روابط موجر و مستأجر مصوب شهریورماه سال ۲۵۳۶ نیز از تعریف سرقتی یا حق کسب و پیشه احتراز میکنند.

قانون اخیرالذکر دیگر ناتوانی یا احتیاط و دودلی را بجائی میرساند که حتی از سلف خود هم که قانون ۱۳۳۹ باشد عقب افتاده عوامل یا «موضوعات مؤثر در میزان حق کسب و پیشه یا تجارت» را احصاء ننموده بعمده آئین‌نامه وزارت دادگستری و مسکن و شهرسازی وامیگذارد (ماده ۱۸ قانون جدید).

بنابراین تا این زمان در قلمرو مقررات مدنی تعریفی از سرقتی یا حق

کسب و پیشه و تجارت و انواع و اقسام آن نداریم، تنها تعریف قانونی که با وجود سکوت در موضوع سرقتی نوع و قسم آنرا مشخص میسازد، قانون مالیات بر درآمد است. قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۴۵ در تبصره ۳ ماده ۲۸ خود در تعریف وجوه حاصل از سرقتی چنین میگوید:

«تبصره ۳- حق واگذاری محل از نظر این قانون عبارت است از وجوهی که مالک یا مستأجر ملک از بابت حق اشغال محل یا حق کسب و پیشه دریافت میدارند». همانطوریکه ملاحظه میشود با آنکه این قانون حق سرقتی را از حیث عناصر تشکیل دهنده آن تعریف نمیکند ولی حق سرقتی را از پولی که مالک در ساختمانهای جدید میگیرد ممتاز میکند و وجوهی را که مالک میگیرد زیر عنوان «حق اشغال» توجیه مینماید.^۹

با تمام این احوال ما هیچگونه تعریف قانونی از سرقتی نداریم و تعریف-هائیکه قبلاً گفته شد تعاریفی است که حقوقدانان بسلیقه خود از آن کرده‌اند. اما اجاره سرقتی که اصل مطلب ما و باصطلاح نهاد حقوقی ناشناخته میباشد، عبارت است از اینکه مالک سرقتی بجای آنکه سرقتی خود را بمستأجر جدید انتقال قطعی بدهد آنرا باجاره واگذار میکند.

باید دانست که وقتی عرف چیزی را بعنوان مال شناخت و به تبعیت او مقنن نیز آنرا قبول کرد و قدم بقدم در طریق تکامل آن پیشرفت تا جائیکه ضمن آخرین قانون روابط موجر و مستأجر در تبصره یک ماده ۱۹ با وجود تقصیر مستأجر بازهم نامبرده رامستحق دریافت نصف حق سرقتی دانست، دیگر عدم ذکر احکام این تأسیس مانع انجام انواع معاملات راجعه بآن نیست و تنهائنتیجه آن در چنین اوضاع و احوالی ایجاد مشکل برای افراد جامعه و سازمان قضائی است.

وقتی تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر صراحتاً میگوید: «در صورتیکه مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده مورد اجاره را بدیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت... و در اینمورد مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت» و بمستأجر متخلف یا متصرف نیمی از سرقتی استحقاقی را میدهد، وقتی در مقررات مالیاتی صراحتاً پرداخت وجوهی بمالک بعنوان «حق اشغال» تجویز و از آن مالیات اخذ میشود نمیتوان آنرا مالی که نشود باجاره یا رهن واگذار کرد فرض نمود.

قوانین بعد از ۱۳۳۹ بمقدار زیادی از وابستگی این مال (سرقتی) بشخص موجر یا عین مستأجره کم کرده‌اند این قوانین بمستأجر اجازه داده‌اند علی‌رغم میل موجر آنرا بهرکس بخواهد بفروشد النهایه بموجر حق تقدم داده‌اند تا در صورت

(۹) توجه شود که مقنن وجوهی را که مالک در ازای واگذاری باصطلاح سرقتی نوع دوم میگیرد خارج از مفهوم سرقتی دانسته و «حق اشغال» نامیده است.

تمایل، ارزش سرقفلی را قبل از واگذاری قطعی مستاجر، بنامبرده پردازد. پس وقتی حقی قابل فروش و انتقال قطعی است بطریق اولی میبایست تحت شرایطی قابل استیجار و رهن باشد زیرا انتقال و فروش قطعی فرد اجلی و اقوی از استیجار و رهن است.

درست است که ماده ۱۹ قانون مذکور و تبصره‌های آن هنوز موافقت موجر را شرط انتقال منافع مستاجر به غیر و بالنتیجه انتقال حق سرقفلی می‌شناسد و نتیجتاً ارکان مالیت سرقفلی چنانکه باید استحکام و استقلال نیافته است معذک قانون مزبور گام مهمی در طریق استقلال سرقفلی برداشته است.

دقت در مفاد تبصره یک ماده ۱۹ مرقوم نشان میدهد که مقنن موردی را که مستاجر ممنوع از حق انتقال به غیر سرقفلی خود را همراه با منافع ملک به غیر اجاره دهد مدنظر داشته است. زیرا در این تبصره افراد مستحق دریافت نصف سرقفلی را در دو دسته احصاء نموده یکدسته اشخاص «متصرفی» که میتوان خریداران سرقفلی را مصداق این اشخاص دانست و دسته دیگر اشخاص «مستاجر» که مصداقی جز مستاجر اول که اجاره‌دهنده سرقفلی باشد نمیتواند پیدا کند چه حسب قواعد و اصول مقصود از مستاجر مترادف با متصرف در تبصره یادشده جز «مستاجری» که بعنوان فاعل عملیات و اقدامات درصدماده ۱۹ آمده کس دیگری نمیتواند باشد و لذا خود مقنن جزء اقسام معاملات سرقفلی اجاره آن را مدنظر داشته است.

محتاج بتوضیح میداند که مطابق تبصره مذکور جز در رهن و اجاره سرقفلی یا قراردادهائی نظیر آنها تقریباً مورد دیگری قابل تصور نیست که موجر مکلف بپرداخت نصف سرقفلی بمستاجر اولیه خود باشد زیرا وقتی قانون انتقال‌گیرندگان (خریداران) سرقفلی را تحت عنوان «متصرف» ذکر میکند، «مستاجر» مکلف بتخلیه و اخذ نیمی از سرقفلی کسی میتواند باشد که تخلف از شرط عدم انتقال کرده، منافع مستاجر را همراه با اجاره سرقفلی یا قرارداد دیگر نظیر آن بغیر واگذار کرده باشد. و تنها در اینصورت است که (اصل ملکیت) سرقفلی برای خود او یعنی مستاجر اولیه ثابت و برقرار میماند.

از همه اینها مهمتر اینکه چون سرقفلی مالی است که انتفاع از آن علی‌الاصول بوسیله شخص مالک (مستاجر مالک منافع) امکان‌پذیر است و هر شخص طبیعی در معرض دو خطر حتمی قرار دارد یکی فوت و دیگری ورشکستگی بنا براین ولو برای اداره موقت سرقفلی تا تعیین تکلیف ورثه و بستانکاران میبایست ترتیب اجاره و رهن یا قراردادهای دیگری راجع بآن داده شود.

قطع نظر از تمام اینها در حال حاضر يك عده از حرف و مشاغلی بوجود آمده که بعمل وجهات مختلف صاحب پیشه و مغازه نمیتواند آنرا شخصاً اداره کند و لزوماً آنرا با سرقفلی و لوازم و همه چیز بااجاره واگذار میکند، فی‌المثل تمام صاحبان مغازه‌ها و فروشگاههای گوشت بملت داشتن مغازه‌های متعدد آنها را بااجاره موقت

واگذار میکنند یعنی صاحب مفازه سرمایه و سرقفلی و سهمیه گوشت خود را بیک نفر اجاره میدهد و بابت هر سهمیه فلان مبلغ دریافت میدارد در این قبیل موارد با آنکه ظاهراً صاحب مفازه یعنی همان اجاره دهنده سرقفلی در جیبه است ولی در واقع مفازه بحساب اجاره کننده کار میکند. باین توضیح که شخصی که پشت دستگاه است سهمیه گوشت را میگیرد و میفروشد، کم یا زیاد هرچه عایدش بشود، مبلغ ثابتی بابت هر سهمیه بصاحب سرقفلی و ویتترین و سرمایه میدهد. نمونه های دیگری از این روابط در جامعه وجود دارد و از جمله آنها تقریباً بیشتر نمایندگیها میباشند. بنابراین یکی از ناهم آهنگی هائی که مشکلات زیادی برای جامعه و مردم و دادگستری بوجود می آورد مسئله فقدان مقررات قانونی برای اجاره سرقفلی است. اینها بودند نمونه های بسیار مختصر از تأسیسات و نهادهای حقوقی ناهم آهنگ و بدیهی است که جلب اعتقاد و احترام افراد جامعه نسبت به قانون و سازمانهای حکومتی و اجتماعی اقتضاء دارد که ناهم آهنگی ها را برطرف و تأسیسات حقوقی و نهادهای را بایکدیگر و بامقتضیات زمان هم آهنگ سازیم.

بخش چهارم - هم آهنگ کردن نهادهای بایکدیگر و بامقتضیات عصر

از آنچه تا اینجا گفته شد خواننده گرامی میتواند حدس بزند که طرح و پیشنهاد ما برای رفع ناهم آهنگی های مذکور و موجود چه میتواند باشد، بنظر ما چون از یکطرف امکان انشاء حکم برای تمامی موارد توافق اراده بشر ممکن نیست و از طرف دیگر آزاد گذاشتن مطلق اراده افراد و رها کردن مردم ساده دل و صحیح العمل بشکل کنونی و بوضعی که افراد نایاب بسهولت بتوانند بازمیهای بدتر و زیان بارتر از قمار را تحت عنوان قانونی بآنها تحمیل نمایند کار درستی نمیباشد لذا ترتیبی باید اتخاذ کرد که هم حاکمیت اراده را که برحسب ضرورت و احتیاج طبیعی افراد و تکامل جامعه پیش آمده حفظ نمود و هم این دایره نامحدود و آزاد را مصون و محفوظ از ضرر گردانید و این ترتیب جز با توسعه اختیار قاضی امکان پذیر نیست.

به شرحی که قبلاً گفته شد نویسندگان قانون مدنی در مقابل عقود معینه یا معنونه ماده ۱۰ قانون مدنی را تدوین نموده اند پس ماده ۱۰ قانون یاد شده آزادی مطلق در محدوده خود با افراد عطا نموده و آنها را آزاد گذاشته تا هرطور بخواهند پارادۀ خود جامعه عمل بپوشانند. اما اراده افراد در چه محدوده ای شکل میگیرد؟ این همان مسئله ای است که قسمت اعظم مقاله بخاطر آن تحریر شده است.

بطوریکه میدانیم مسائل حقوقی و قضائی که از توافق اراده افراد در قلمرو حقوق خصوصی و مخصوصاً معاملات پیش می آید غیرقابل احصاء و ممکن است که میلیونها مسئله بشود، برای مجموع این مسائل ما فقط ۱۳۲۵ ماده قانون مدنی داریم هرگاه قوانین دیگر را که احیاناً میتواند بروابط مدنی افراد متوجه باشد ۶۶۵ ماده فرض کنیم برای کل مسائل مدنی ما ۲۰۰۰ ماده قانونی داریم. اگر هر یک از این دو هزار ماده را در اقسام منطوق و مفهوم واجد ده حکم فرض نماییم جمعا بیست هزار

فرمول برای بیست هزار مسئله خواهیم داشت، اما مسائل مدنی افراد چه تعداد خواهد شد این تقریباً غیرقابل پیش‌بینی است ولی مسلم این است که ده‌ها و صدها برابر تعداد فرمولهای حقوقی ما میشود.

بنابراین انشاء حکم برای تمام مسائل مورد توافق اراده بشر نه امکان عقلی دارد و نه امکان عملی و وقتی چنین امکانی وجود ندارد چون عده‌ای افراد ناپاب از این آزادی اراده سوءاستفاده مینمایند لذا جزآنکه با توسعه اختیار قاضی جلو این سوءاستفاده گرفته شود چاره دیگری وجود ندارد.

نتیجه آنکه نظر کلی ما این است که موارد قابل پیش‌بینی هر نهاد و تأسیس جدید احکام و یا حکم هر مورد بسیار دقیق و با تفصیل کامل انشاء و آنجا که امکان پیش‌بینی یا انشاء حکم نباشد با تفویض اختیار وسیع به قاضی جلو سوء استفاده از اصل حاکمیت اراده گرفته شود و برای تأسیسات و نهادهای موجود نیز همان توسعه اختیار قاضی کافی است - و تنها در یکی دو مورد مانند ماده ۲۱۸ قانون مدنی احتیاج بانشاء احکامی در جهت تکمیل اقدامات دادرسی و تأمین و اجرائی میباشد. اکنون با فراغ از بحث کلی مزبور به بررسی فرد فرد ناهم‌آهنگی‌های مذکور در بخش سوم و هم‌آهنگ کردن آنها میپردازد.

۱۴- بشرحی که قبلاً گفته شد نخستین ناهم‌آهنگی توسعه یافته از آزادی قراردادهای و باصطلاح حاکمیت اراده و خلاصه از اجرای ماده ۱۰ قانون مدنی پدید آمده است و از آنجا که محدود کردن این ماده که برحسب احتیاج بوجود آمده مقدور نیست لاجرم میبایست تا حدود امکان و قابل پیش‌بینی برای موارد توافق آن، احکام و مقررات لازم انشاء نمود باین شرح:

اولین اقدام هم‌آهنگ کننده را باید از ماده ۳ آئین دادرسی مدنی آغاز کرد این ماده را میبایست شاملتر و کاملتر نمود.

بطوریکه میدانیم این ماده حکم قضایا و مسائل حقوقی را در درجه اول به نص قانون و سپس بروح و مفاد قوانین موضوعه و در درجه سوم به عرف و عادت مسلم احاله کرده است:

باید دانست که در تنظیم عبارت این ماده به فرهنگ غنی و قوی حقوق اسلامی ما چنان بی‌توجهی شده که باشناسائی که نسبت به بعضی اساتید تدوین‌کننده آن وجود دارد میتوان گفت که فرهنگ غربی و مخصوصاً فرهنگ حقوقی فرانسه بیش از حد لازم عنایت آنها را بخود جلب کرده بوده است والا ممکن نبود چنین بی‌توجهی از آنها سر میزد. آنطوریکه در این ماده ملاحظه میشود «روح و مفاد» قوانین موضوعه و «عرف و عادت» مورد توجه بوده ولی مبادی و احکام فقهی اسلام اساساً مورد نظر نبوده است، جالب توجه اینکه «روح و مفاد» قوانین موضوعه که تقریباً کمک مهمی نمیتوانسته‌اند در مواقع سکوت قوانین موضوعه بنمایند نام برده شده ولی از فقه اسلامی سخنی بمیان نیامده است.

اینکه میگوئیم از روح و مفاد قوانین کمک زیادی صاحل نمیشود باین جهت است

که اولاً انتزاع و تجرید «روح» قانون یا قوانین کار آسان و ساده‌ای نیست و جنبه عملی آن با توجه بدشواری علمی بحث و کثرت کار قضات نزدیک به صفر است. ثانیاً «مفاد» قوانین موضوعه منبع دیگری جز «نص» همان قوانین نمیتواند باشد^{۱۰}. بنابراین بسیار اسفانگیز است که در چنین تنگنای حقوقی و فقر منبع و مصدر علمی از منبع عظیم فقه اسلامی چشم پوشی شده باشد! اگر کشورهای اروپائی در موارد نظیر ماده ۳ آئین دادرسی مدنی عبارت قانون خود را بآن نحو تنظیم نموده باشند ایرادی نیست زیرا آنها میراث غنی حقوقی مانند ما نداشته‌اند آنها جز عرف و عادت چه چیزی داشته‌اند که حکم موارد سکوت قانون را بآن احاله دهند؟ آنها اصول و قواعد فقه نداشته‌اند آنها اجماع و اجتهاد ندارند؛ علماء و فقهای مافقه اسلامی را با تألیفات خود آن اندازه غنی کرده‌اند که تقریباً هیچ چیزی در طبیعت نمیتوان یافت که حکم آن در کتب فقهی نباشد، علاوه بر متقدمین که تألیفات بسیاری بجا گذاشته‌اند فقهای معاصر نیز کتب زیادی تألیف کرده‌اند. مرحوم سید محسن حکیم فقط در رشته فقه نزدیک به بیست جلد کتاب بعنوان «مستمسک العروة الوثقی» نوشته‌اند - مرحوم حاج میرزا حسن بجنوردی «در قواعد فقه» چهار جلد که هر جلد آن بالغ بر سیصد صفحه است تدوین فرموده‌اند - حضرت آیت‌الله سید محمد صادق روحانی تحت عنوان «مسائل المستعجله» کتابی تألیف کرده و در آن موضوعات جدید «بانکداری، تلقیح مصنوعی، سرقتی، اسناد تجاری، عقد بیمه، توسعه معابر، تشریح، پیوند عضلات، ذبح با ماشین، تنظیم خانواده، جلوگیری از تولید مثل، معامله رادیو و تلویزیون، حق التألیف و حق امتیاز و نشر اخبار و غیره» را از لحاظ احکام شریعت اسلام به بحث گذاشته‌اند.

پس ملاحظه میشود که ما یک منبع عظیم و سرشار حقوقی داریم که قدر متیقن در موارد سکوت و قانون و عرف و عادت میتوان و باید بآن رجوع کرد و لذا احاله

۱۰) لغت مفاد یا افاده و افادات بنظر نگارنده معادل است با دلالات سه گانه که بآن اقسام منطوق و مفهوم نیز گفته میشود. باین توضیح:

الف- گاهی دلالت لفظ از لحاظ تطابق آن با مدلول و حضور فوری و بیواسطه مدلول در ذهن منظور نظر است در اینصورت دلالت به سه قسم: دلالت مطابقه و تضمن و التزامی تقسیم میشود.

ب- زمانی دلالت از لحاظ تطابق با مدلول ولیکن نه بیواسطه بلکه با استمداد از قواعد عقلی مورد توجه واقع میشود در اینصورت باقسام منطوق صریح و غیر صریح و مفهوم موافق و مخالف تقسیم میگردد. بدیهی است که دایره شمول و معانی لفظ در لحاظ دوم همیشه وسیع تر میباشد و در هر دو صورت دلالت و مفهوم و منطوق برمدار لفظ میچرخد.

حالا برمیگردیم باصل مطلب. وقتی در مکتب حقوقی ما با توجه به کتب معتبر و متعدد اصول که داریم تمام استفاده‌های مذکور تحت عناوین یاد شده امکان دارد و تمام این امکانات از نصوص قوانین میسر است دیگر مفاد قانون یا قوانین چیزی و منبع دیگری غیر از نصوص آن قوانین نمیتواند باشد.

باحکام و مبادی شریعت اسلام را میبایست به ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی اضافه کرد.

همچنین یکی از موارد دیگر از طرف تدوین‌کنندگان آئین دادرسی مورد توجه قرار نگرفته «قواعد عدالت» بوده است؛ بشرحی که قبلاً اشاره شد مدار قضاوت الهی بر «حق» و «عدل» است خداوند در کلام مجید خود آیات متعددی در خصوص قضاوت به «عدل» خطاب به پیامبر خود فرستاده است که از آن جمله آیه ۵۸ سوره نساء با عبارت: «... و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» و آیه ۲۵ سوره نساء با عبارت: «یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین بالقسط...» ۱۱ و آیه ۱۲ سوره مائده با عبارت: «... و لایجرمنکم شأن قوم علی ان لاتعدلوا عدلوا هو اقرب للتعوی» ۱۲ میباشد بنظر ماعدالت مهمترین معیاری است که هر وقت قاضی و یا هر فرد دیگر در حقانیت طرفی که دلیل با خود دارد دچار تردید شود با توسل بآن میتواند راه صحیح و درست را بیابد بنابراین این چشم‌پوشی از آن در موارد سکوت قانون جایز نبوده و «قواعد عدالت» مانند احکام و مبادی شریعت اسلام میبایست به ماده ۳ اضافه شود.

«دنباله دارد»



۱۱) قسط بمعنای عدل
۱۲) عدل در معانی مختلفی استعمال شده است از آنجمله تساوی - برابری ولی معنای اصلی و فلسفی آن در اینجا «هو وضع الشيء فی موضعه» میباشد یعنی قراردادن هر چیز در جای خود.