

## تحلیل فقهی - حقوقی سرقتی در قانون موجر و مستأجر

مصوب سال ۱۳۷۶

علی رضا باریکلو<sup>۱</sup>

( تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۷۷/۱۱/۹۲ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۰/۳/۹۵ )

### چکیده

هرچند در حقوق موضوعه ایران حق سرقتی با عنوان "حق کسب و پیشه و یا تجارت" در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۳۹ شناسایی و در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ با عنوان "حق کسب یا پیشه یا تجارت" مورد حمایت بیشتری قرار گرفته است؛ اما صاحب نظران حقوق اسلامی شرایط شناسایی این حق را مغایر با قواعد فقه اسلامی، به ویژه اصل حرمت تصرف در مال غیر بدون رضایت مالک توصیف کرده و مشروعیت آن را مورد تردید قرار داده‌اند. از این رو، شورای نگهبان حق مزبور را فاقد عنوان شرعی اعلام کرد. با این حال، به واسطه رواج این حق در رابطه موجر و مستأجر اماکن تجاری در عرف بازار، در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ عنوان یادشده به حق سرقتی تغییر یافت و مشروعیت آن مورد توجه قرار گرفت؛ هرچند ابعاد حقوقی این حق و شرایط آن و مدیریت حقوقی روابط موجر و دارنده حق مورد بحث قرار نگرفته است.

واژگان کلیدی: حق، سرقتی، موجر، مستأجر

### مقدمه

روند جهانی حمایت از تجارت و بازرگانی و منافع دولت‌ها در فعالیت تجاری موجب شده است که در نظام های حقوقی به نحوی از تجار حمایت شود که از جمله آن، حق تاجر به ادامه فعالیت در محل تجاری استیجاری پس از پایان یافتن مدت عقد اجاره است. این حق که با حق مالکیت موجر و مالک محل تجاری در تعارض است، غالباً بر مبنای افزایش قیمت محل تجاری در نتیجه جذب مشتری توسط مستأجر توجیه می‌شود. از این‌رو، در حقوق ایران نیز حق تاجر به ادامه فعالیت در محل تجاری بعد از انقضای مدت عقد اجاره در سال ۱۳۳۹ شناسایی و در سال ۱۳۵۶ مورد حمایت بیشتری قرار گرفت؛ اما مشروعیت این حق مورد مخالفت فقها قرار گرفت و شورای نگهبان نیز در اظهار نظر ۱۳۶۳/۵/۹ خود آن را فاقد عنوان شرعی اعلام کرد. از این رو ماده واحده‌ای مبنی بر لزوم تخلیه مستأجر بعد از پایان عقد اجاره بدون هیچ حق و ادعایی در تاریخ ۱۳۶۵/۸/۱۵ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. اما به علت رواج حق در بازار معاملات و نیز ضرورت حمایت از کسب و کار، در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۶۷ با رویکرد انطباق‌سازی این حق با موازین فقهی با عنوان "حق سرقفلی" شناسایی شد. بنابراین، پرسش اصلی مقاله این است که حق سرقفلی در قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تا چه اندازه با اصول زیربنایی فقه اسلامی و دیدگاه‌های فقها منطبق شده است؟ فرضیه مقاله نیز بر این مبتنی است که تمام ابعاد حقوقی حق سرقفلی با موازین حقوق اسلامی منطبق نشده و تنها مشروعیت تبادل وجه نقد مازاد بر کرایه بین دو طرف رابطه حقوقی با عنوان سرقفلی، مورد توجه قرار گرفته است.

در این مقاله ابعاد حقوقی حق سرقفلی از جمله: خاستگاه، مبنای شناسایی آن به منظور توصیف موضوع عرفی حکم شرعی، تحولات حق در حقوق موضوعه ایران، نظریه‌های فقهی مربوط به حق، تأثیر نظریه‌های فقهی بر شرایط حق سرقفلی قانون سال ۱۳۷۶ و کارکرد حقوقی حق سرقفلی در قانون و نظریه‌های فقهی مطابق با موازین فقه اسلامی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- خاستگاه حق سرقفلی

حق سرقفلی از حقوق خارجی به حقوق موضوعه ایران وارد شده است، زیرا حمایت از بازرگانی و تجارت ابتدا در اولویت برنامه اقتصادی دولت‌های غربی قرار گرفت و حقوق

تجارت از حقوق مدنی جدا و در سیستم حقوقی بعضی از کشورها، مانند فرانسه، دادگاه‌های تجاری تشکیل شد. از این رو به نظر می‌رسد حق سرقفلی تحت تأثیر نهاد "سرمایه تجاری یا مایه تجاری"<sup>۱</sup> که در قانون ۱۷ مارس ۱۹۰۹ فرانسه مورد حمایت قرار گرفته، در حقوق ایران نیز شناسایی شده است. در متون قانونی فرانسه، با وجود قوانین و مقررات زیادی که در باره معاملات سرقفلی تصویب شده، این حق تعریف نشده [۳۲، ص ۲۲۱] و فقط در بند ۲ ماده ۱ قانون ۱۹۰۹ به برخی از عناصر کلی آن، مانند: علامت و نام تجاری، حق تمدید اجاره و مشتریان یاد شده است. افزون بر این، در بند ۱ ماده ۹ این قانون، "اختراع ثبت شده، مجوز و موافقت اصولی، علائم صنعتی و تجاری، طرح و مدل های صنعتی و به طور کلی، حقوق مالکیت صنعتی، ادبی یا هنری" از جمله عناوینی محسوب شده که مایه تجاری توسط آن، قابل تحقق است. لذا تلقی دکترین و رویه قضایی از این حق یکسان نیست.

در برخی از دکترین‌های حقوقی آن را با توجه به عناصر تشکیل دهنده تعریف کرده و معتقدند: «مایه تجاری ترکیبی از مجموعه عناصر هماهنگ مادی یا محسوس<sup>۲</sup>، مانند مواد، کالا، ابزار و غیرمادی یا نامحسوس<sup>۳</sup>، مانند: مشتری<sup>۴</sup>، حق تمدید قرارداد اجاره<sup>۵</sup> و نام تجاری است که یک واحد اقتصادی دارای هدف تجاری را تشکیل می‌دهد.» [۳۳، ص ۱۰۲] در رویه قضایی، مایه تجاری به دو ویژگی اساسی توصیف شده است. نخست مشتریان تاجر، زیرا حفظ مشتری دارای ارزش اقتصادی است که امید به حفظ رمز عملیات تجاری را که در نتیجه فعالیت گذشته محقق شده با ادامه تجارت در همان محل تجاری و همان ساختار و مدیریت، تقویت می‌کند. به همین خاطر بعد از آرای سال‌های ۱۹۳۴ و ۱۹۳۷ دادگاه استیناف که مشتری را به عنوان عنصر اساسی مایه تجاری ارزیابی کرد، دیوان عالی کشور فرانسه، مفهوم مجردی از مشتری ارائه داد. [۳۱، ص ۲۵۸]

هرچند دکترین حقوقی معاصر به این دلیل که چون مشتری هدف انتفاع تاجر است، نمی‌تواند مبنا و عنصر حق قرار گیرد، از این دیدگاه اعراض کرده است [۳۴، ص ۹۴] و به همین خاطر برخی آن را مبتنی بر حقی توصیف کرده‌اند که تاجر بر مشتریان خویش پیدا کرده [۳۲، ص ۱۱] یا مشتری را خود این حق توصیف نموده‌اند؛

---

1. Le fonds de commerce.  
 2. Éléments corporels.  
 3. Éléments incorporels.  
 4. Clientèle.  
 5. Le droit au bail.

[۳۰، ص ۱۰۲] اما این اعتراض‌ها بر رویکرد رویه قضایی که مشتری را به اصرار، عنصر اساسی حق تلقی می‌کند، اثری نداشته است، چون نمی‌توانست در توصیف "مایه تجاری" عنصر مشتری را که حداقل عنصر اساسی وجود حق و واگذاری اولیه آن است، [۳۴، ص ۲۳۵] نادیده انگارد. از این رو، دیوان به صرف افتتاح محل فعالیت تجاری، بدون وجود مشتری تجاری یا اکتسابی، نمی‌توانست به تحقق مایه تجاری، قانع شود. [۳۰، ص ۱۰۳]

این رویکرد ممکن است عملاً موجب بروز مشکلاتی شود، چون هرچند بعضی معتقدند فراهم شدن شرایط مایه تجاری موجب تحقق آن می‌شود، ولی از دیدگاه دیوان عالی کشور فرانسه، زمان تحقق مایه تجاری، وجود واقعی مشتری است. مطابق این معیار، امکان ندارد حق به صرف گشایش تجارت‌خانه به تاجر تعلق گیرد، اگر در زمان شروع یا قبل از آن، مشتری وجود نداشته است. ولی اگر مشتری از قبل موجود بوده، به صرف افتتاح محل، حق محقق می‌شود، مانند: افتتاح جایگاه سوخت خودرو که دیوان عالی کشور وجود مشتری را مفروض دانسته است. [۳۴، ص ۲۵۷]

دومین خصیصه مایه تجاری، کلی یا عام بودن آن است.<sup>۱</sup> [۳۶، ص ۴۰۲] به این معنا که مایه تجاری از عنصر واحدی تشکیل نشده، بلکه از مجموعه عناصری که به منظور استفاده تجاری از یک نوع تجارت به طور دوام و مسلم اختصاص یافته، تشکیل شده است. [۳۷، ص ۲۲۲] بنابراین، مایه تجاری از مجموعه حقوقی تشکیل شده که حق تجدید اجاره<sup>۲</sup> محل تجاری، یکی از آنها است. [۳۵، ص ۱۱۳] و این حق را می‌توان فلسفه اجتماعی اعتبار "حق کسب و پیشه و یا تجارت" یا "حق کسب یا پیشه یا تجارت" در حقوق موضوعه ایران به حساب آورد که به هدف انطباق با نظریه های فقهی و جلب نظر شورای نگهبان قانون اساسی، در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ به حق سرقتی تعبیر شده است. در نتیجه، سرقتی از حقوق جدید است که با دخالت دولت‌ها جهت حمایت از شخص تاجر در حفظ مشتری و ثبات کسب و کار، ایجاد شد و مورد استقبال بازار قرار گرفت. در تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ مقرر شده است: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود». حکم این تبصره ناشی از دیدگاه دادگاه‌های فرانسوی بود که مشتری را عنصر اصلی شناسایی مایه تجارت برای تاجر می‌دانستند. به عنوان مثال، دادگاه استیناف پاریس در ۹ ژوئن ۱۹۸۷ مشتری را عنصر

1. Universalité de droit.

2. Le droit au bail.

اساسی تحقق مایه تجارت و دیوان عالی کشور فرانسه نیز مشتری را عنصر اساسی مایه تجارت به حساب آورده به گونه‌ای مه بدون آن، حق محقق نخواهد شد؛ اما با گذشت زمان و تحولات بازار، سرقتی یا مایه تجارت به عنوان حق قابل مبادله و معاوضه مطرح شد و در قانون سال ۵۶ نیز از قابلیت انتقال آن به سند رسمی حمایت شد.

## ۲- روند قانونگذاری حمایت از حق سرقتی در ایران

سابقه رویکرد حمایت از مستأجر اماکن تجاری بعد از انقضای مدت اجاره به قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۳۹ بر می‌گردد که مطابق مواد ۹، ۱۰ و ۱۱ بعد از پایان مدت عقد اجاره، حقی با عنوان "حق کسب و پیشه و یا تجارت" شناسایی و در صورت مطالبه تخلیه از طرف موجر، تاجر مستحق دریافت قیمت حق مزبور اعلام شد. مطابق ماده ۱۱ موقعیت و مرغوبیت محل کسب، شرایط ضمن عقد اجاره، مدت تصرف تاجر، نقش حسن شهرت او در جذب مشتری، وضعیت بنای عین مستأجره، مخارج یا هزینه‌هایی که تاجر برای آماده‌سازی متحمل شده و نیز نوع کسب یا تجاری که به آن مشغول بوده، باید در تقویم حق مورد توجه قرار گیرد.

حق مذکور در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ با عنوان "حق کسب یا پیشه یا تجارت" مورد حمایت بیشتری قرار گرفت، زیرا در بند اول ماده ۱۹ اختیار مستأجر به انتقال منافع موضوع اجاره بر مبنای این حق مورد حمایت قرار گرفت و مطابق بند دوم ماده، در صورت مخالفت مالک با انتقال منافع توسط مستأجر، هرچند شرط عدم انتقال منافع بر مستأجر در عقد اجاره درج شده باشد یا اجاره نامه‌ای تنظیم نشده باشد، موجر باید بهای حق کسب و پیشه یا تجارت را پرداخت کند، وگرنه مستأجر می‌تواند از دادگاه مطالبه صدور مجوز انتقال کند. از این‌رو، اگر مستأجر بدون اذن موجر یا بدون اخذ مجوز از دادگاه صالح، منافع را به دیگری انتقال دهد و مورد اعتراض موجر قرار گیرد، مطابق تبصره ۱ ماده ۱۹ موجر برای مطالبه تخلیه عین باید نصف قیمت و بهای حق مزبور را به مستأجر پرداخت کند. همچنین در موارد استثنایی که برای موجر اختیار مطالبه تخلیه شناسایی شده، مستأجر نیز از جهت مطالبه قیمت حق کسب یا پیشه یا تجارت مورد حمایت قانونی قرار گرفته و در بند ۳ ماده ۱۵، مقرر شده است: «در موارد سه گانه فوق دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز حکم خواهد داد».

بنابراین، هر چند رویکرد قانون سال ۱۳۳۹ حمایت از مستأجر در راستای حفظ

محل تجاری بود؛ اما در ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ قابلیت انتقال منافع عین مستأجره با اجازه مالک یا دادگاه، شناسایی شد و به تدریج در بازار حق سرقفلی به عنوان موضوع مستقل، نه منافع عین مستأجره، مورد معامله قرار گرفت.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در مشروعیت ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره بعد از پایان عقد اجاره بدون رضایت مالک، تردید شد و شورای نگهبان هم در تاریخ ۱۳۶۳/۵/۹ در اظهار نظر شماره ۱۴۸۸ آن را فاقد عنوان شرعی اعلام کرد. هر چند در این اظهار نظر تصریح به عدم مشروعیت حق نشده و فقط ظاهر در لزوم تغییر عنوان حق به سرقفلی است، ولی حرمت تصرف مستأجر بدون اجازه موجر در عین مستأجره بعد از پایان مدت اجاره به استناد اصل حرمت مال مسلم، دلیل مسلمی است که نمی‌توان در مقابل آن اجتهاد کرد؛ چون اگر منشأ تحقق حق، عقد اجاره فرض شود، ذات و اطلاق عقد اجاره موجب تحقق آن نبوده، [۲۳، ج ۲، ص ۶۱۴؛ ۸، ص ۴۰] مطالبه وجه از موجر توسط مستأجر در قبال تخلیه از مصادیق اکل مال به باطل شمرده شده است. [۴، ص ۴۸۰]

اگر مبنای حق، افزایش قیمت محل تجاری در نتیجه فعالیت تاجر باشد [۱۶، ۱، ص ۵۱۷-۵۱۶؛ ۱۳، ص ۲۴۳] به دلیل عقلی و عقلایی، قابل اعتماد نیست؛ زیرا اگر دلیل تحقق حق، عقل باشد، باید به مالکیت خود قیمت و ارزش افزوده، حکم شود نه به مالکیت اعتباری که موضوعی عقلایی است. اگر به استناد حکم عقل، به اولویت و تقدم حکم شود نه به مالکیت، مانند حکم عقل به تقدم انسان بر اعمال و اعضای خویش نسبت به دیگران، چنین حکمی در باره سرقفلی ثابت نیست، چون اختلافات جوامع بشری و نیز اختلاف یک جامعه درباره آن، ناشی از این است که منشأ استحقاق مستأجر، حکم عقلی نیست. از این رو، اثبات حق به استناد حکم عقل مشکل است. اما اگر دلیل تعلق حق به مستأجر، حکم عقلایی باشد، باید از یک سو، تمام ارائه دهندگان خدمات اجتماعی که موجب ترقی قیمت ملک می‌شوند، مانند شهرداری که با طرح‌های عمرانی یا جدول کشی و خیابان‌سازی مناطق دور دست؛ شرکت آب و فاضلاب که با لوله کشی و آب‌رسانی؛ شرکت گاز که با گاز کشی، هر کدام به نحو مؤثری موجب افزایش قیمت ملک می‌شوند، مستحق قیمت افزوده باشند. بنابراین، چنین سیره عقلایی ثابت نیست. از سوی دیگر، بر فرض ثبوت، این ارتکاز عقلایی چون متأخر از زمان شارع است، سکوت شارع دلیل بر امضای آن نیست و نمی‌توان چنین حقی را مشروع دانست. [۷، ص ۱۷۳]

افزون بر این، توجیه حق به افزایش قیمت عین مستأجره از دو جهت با قواعد حقوقی در تعارض است. نخست این که محل تجاری، ملک موجر است و به اقتضای اطلاق و انحصاری بودن حق مالکیت ناشی از قاعده سلطنت، [۳، ص ۱۳۰] هیچ حقی بدون رضایت مالک نسبت به ملک، نباید محقق شود و توجیه عقلایی، قابلیت تعارض با ادله شرعی را ندارد. دوم این که بر فرض ثبوت چنین سیره و تحقق حق قانونی، مستأجر باید تفاوت قیمت زمان ابتدای مدت عقد اجاره با تفاوت قیمت زمان پایان آن را مستحق باشد، نه حقی مستقل که مطابق ماده ۱۱ قانون سال ۱۳۳۹ عوامل متعددی در تقویم آن مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، تعلق حق به مال مملوک، بدون رضایت مالک، خلاف موازین و قواعد حقوقی است و به همین دلیل، در نظریه های فقهی، حق کسب یا پیشه یا تجارت در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶، به علت فقدان رضایت موجر، خلاف شرع اعلام شده است. [۲۳، ج ۲، ۶۱۵؛ ۲۵، ج ۱، ۴۲۲؛ ۲۹، ج ۳، ص ۱۱۰؛ ۱۱، ج ۲، ۱۲۵؛ ۵، ج ۳، ص ۱۹۹؛ ۸، ص ۴۱؛ ۲۲، ص ۱۰۹۲]

بر اساس این دیدگاه فقهی، ماده واحده‌ای در تاریخ ۱۳۶۵/۸/۱۵ به تصویب رسید که اگر مستأجر در اجاره مستند به سند رسمی، پولی تحت عنوان سرقفلی به موجر در زمان انعقاد عقد اجاره پرداخت نکرده باشد، به محض انقضای مدت عقد باید ملک را تخلیه کند، مگر این که دو طرف به تمديد مدت اجاره توافق کنند. در نتیجه، حق کسب و پیشه نسبت به اماکن تجاری که بعد از اجرایی شدن این ماده واحده به اجاره داد شوند، غیرقانونی اعلام شد. با تصویب این ماده واحده و ممنوعیت مطالبه حق کسب و پیشه توسط مستأجر، شبهه عدم مشروعیت تصرف مستأجر اماکن تجاری بعد از پایان عقد اجاره تبدیل به یقین شد. از این رو، مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده واحده‌ای در سال ۱۳۶۹ تصویب کرد که به موجب آن، مستأجر اماکن تجاری، تابع مقررات قانون سال ۱۳۵۶، مستحق حق کسب یا پیشه یا تجارت است و ادامه تصرف او در محل تجاری، قانونی است. هر چند بر مبنای نظریه حق مکتسب، در این مصوبه از حق کسب یا پیشه یا تجارت قبل از تصویب ماده واحده، حمایت شد، ولی از آن تاریخ به بعد، عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان حق سرقفلی تغییر داده شد. از این رو، در مواد ۶ تا ۱۰ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ نیز حق تاجر با عنوان "سرقفلی" مورد حمایت قرار گرفت، بدون آن که تعریف روشنی از آن ارائه شود.

## ۲- مفهوم سرقفلی در دیدگاه‌های فقهی - حقوقی

حق سرقفلی در ادبیات فارسی به دو معنا استعمال شده است: ۱- وجهی که در کنار کرایه یا مازاد بر آن، موجر از مستأجر در زمان انعقاد عقد دریافت می‌کند، ۲- حقی که به موجب آن، مستأجر اماکن تجاری بعد از پایان عقد اجاره، تقدم و اولویت در اجاره مکان بر دیگران دارد. در قانون سال ۱۳۷۶ تحقق سرقفلی منوط به رضایت موجر و پرداخت عوض آن توسط مستأجر شده، ولی مشخص نشده است که مراد قانونگذار کدامیک از این دو کاربرد است.

در دیدگاه‌های حقوقی غالباً سرقفلی به عنوان حق مستأجر به ادامه تصرف در عین مستأجره توصیف شده که در نتیجه عملکرد تاجر محقق شده است. به عنوان مثال بعضی سرقفلی را همان حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون سال ۱۳۵۶ توصیف کرده و معتقدند امتیازی است که به موجب آن، مستأجر متصرف به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده، در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می‌شود و به همین دلیل، عنوان سرقفلی از عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت مناسب‌تر است، زیرا عنوان دوم از سویی گمراه کننده است، چون ظاهر در این است که صاحبان حرف و مشاغل، مانند پزشکان و وکلا نیز از آن بهره‌مند هستند، در حالی که مشتریان این نوع حرف، شخصی است، زیرا اعتبار شخص پزشک یا وکیل و نه محل فعالیت او موجب جلب مشتری می‌شود؛ از سوی دیگر، نادرست است، زیرا کاسب را در مقابل تاجر قرار داده در حالی که در بند ۱ ماده ۲ ق.ت. کاسب، تاجر محسوب شده است. [۱۶، ج: ۱، ص ۵۱۷-۵۱۶] این تعریف از سرقفلی با رویکرد قانون سال ۱۳۷۶ تناسب ندارد، زیرا: یک) سرقفلی نتیجه فعالیت تاجر تلقی شده در حالی که از دیدگاه قانون، سرقفلی در نتیجه توافق موجر و مستأجر و پرداخت وجه محقق می‌شود؛ دو) عین مستأجره مال مملوک موجر است و به اقتضای اصل انحصاری بودن تصرفات توسط موجر یا به اذن او، نباید هیچ گونه حقی در آن بدون اذن وی محقق شود.

بعضی سرقفلی را به «حق تقدم در اجاره یا تجدید اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستأجره به دلیل سابقه فعالیت در محل مزبور و جذب مشتریان دائم» تعریف کرده‌اند. [۱۳، ص ۲۴۳] این دیدگاه نیز با حق سرقفلی قانون سال ۱۳۷۶ منطبق نیست، چون مبنای سرقفلی توافق موجر و مستأجر است و حتی در قانون سال ۱۳۳۹ نیز اشاره‌ای به لزوم وجود مشتری نشده است. اما برخی از حقوقدانان در پرتو مواد ۶ تا ۹ قانون



موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ معتقدند: «سرقفلی وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز اجاره، مازاد بر اجور و کرایه، از مستأجر می‌گیرد تا محل را اجاره دهد یا مستأجری که حق انتقال به غیر را دارد و به موجر نیز سرقفلی پرداخت کرده در قبال انتقال منافع به مستأجر دوم از او دریافت می‌کند یا مستأجری که به موجب شرط ضمن عقد، امتیازی دارد که مانع از تخلیه عین مستأجره توسط موجر است، در قبال اسقاط این امتیازات و استرداد مورد اجاره به مالک، از وی می‌گیرد».[۱۷، ۱۱۷] این تعریف نیز سرقفلی را به وجه و پول تعریف کرده و واگذاری منافع عین مستأجره از سوی مالک یا مستأجر اول که در قبال کرایه است، نمی‌تواند وجه سرقفلی در قبال منفعت عین مستأجره باشد. در تعریف سوم، سرقفلی عبارت از «عوض و بدل امتیازی است که مالک منافع به دیگری می‌دهد».[۱۷، ۱۱۸] در این تعریف نیز سرقفلی به وجه نقد تعبیر شده ولی عوض آن، امتیازی عنوان شده که به پرداخت کننده تعلق می‌گیرد، در حالی که سرقفلی به عنوان حق مورد توجه عرف بازار می‌باشد.

در نظریه‌های فقهی نیز از دو منظر به سرقفلی توجه شده است. در یک رویکرد، معنای نخست سرقفلی مورد توجه قرار گرفته و عمدتاً به "مبلغ وجه دریافتی از طرف موجر" توصیف شده و به حق مستأجر توجهی نشده است. ولی طرفداران این دیدگاه در کارکرد سرقفلی اتفاق نظر ندارند. به عنوان مثال، بعضی وجه دریافتی با عنوان سرقفلی توسط موجر را قسمتی از اجاره‌بها تلقی کرده و برای مستأجر در پایان اجاره، حقی قائل نشده‌اند، مگر این که در ضمن عقد، شرط شود موجر بدون اجازه مستأجر، عین مستأجره را به دیگری اجاره ندهد که در این صورت، مستأجر می‌تواند وجهی را جهت اسقاط شرط از موجر مطالبه کند. [۲۷، ج ۲، ص ۵۸] بعضی نیز تحت تأثیر این دیدگاه، سرقفلی را به عنوان قسمتی از اجاره بها توصیف کرده‌اند، هرچند به تمام نتایج آن ملتزم نیستند، چون مستأجر را مستحق مطالبه قیمت سرقفلی در روز تخلیه دانسته‌اند، اگر به موجر سرقفلی پرداخته باشد. [۱۵، ص ۲۶۲]

روشن است که در این دیدگاه، بیشتر به وجه دریافتی موجر به عنوان سرقفلی توجه شده و عنوان عرفی سرقفلی یا حق مستأجر منظور نشده است به این دلیل که از جهت اصول و مقررات حاکم بر عین مستأجره، تحقق و عدم تحقق حق سرقفلی به اراده موجر است، زیرا عین مستأجره ملک موجر است و به اقتضای مشروعیت انحصاری تصرف او در مال و حرمت تصرف غیرمالک در آن، اراده موجر نقش اصلی در تحقق حق ایفا می‌کند.

با این حال، این دیدگاه با واقعیت عرفی سرقتی و قصد دو طرف مطابقت ندارد؛ زیرا از سویی، اگر پولی که مستأجر به عنوان عوض سرقتی به موجر پرداخته، کرایه باشد، عنوان سرقتی لغو و زاید است؛ از سوی دیگر، قصد دو طرف در دادوستد پول، کرایه و اجاره بها نیست. افزون بر این، اگر سرقتی، مال الاجاره محسوب شود، مستأجر در پایان مدت اجاره مستحق مطالبه آن نبوده، باید عین مستأجره را بدون هرگونه ادعایی تخلیه کند.

در رویکرد دیگر، ماهیت سرقتی از جهت منافع مستأجر نیز مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال، حق سرقتی به حق متوسط بین اباحه تصرف و مالکیت منافع تفسیر شده که پرداخت وجهی با عنوان سرقتی، منشأ تحقق حق سکنی در منزل یا مغازه و مانند آن برای مستأجر است؛ زیرا گاهی اباحه ناشی از اذن صرف مالک است که باید عاریه تفسیر شود و مالک هر وقت بخواهد می‌تواند از آن عدول کند؛ گاهی ناشی از مالکیت منفعت است که هیچکس حتی مالک عین، اختیار مزاحمت با آن را ندارد و متصرف می‌تواند هرگونه که بخواهد تصرف کند که این نتیجه عقد اجاره است؛ گاهی ناشی از حقی است که حد وسط آن دو است، یعنی صرف اباحه و اذن مالکی نیست که اذن‌دهنده در هر حالی بتواند رجوع کند و حق مالکیت منافع نیز نیست که متصرف هرگونه که بخواهد در آن تصرف کند، بلکه حقی است که به سکونت در محل تعلق گرفته است. [۲۴، ج ۳۰، ص ۵۱۱ به بعد] در تعبیر دیگر، سرقتی به وجهی توصیف شده که در قبال حق سکنی بر محل، موجر از مستأجر دریافت می‌کند و در نتیجه اجاره، موجر مالک کرایه و سرقتی و مستأجر، مالک منافع و حق سکنی برای مدت بعد از عقد می‌شود. [۲۲، ص ۱۰۸۱]

همچنین بعضی سرقتی را به حقی تعبیر کرده‌اند که در نتیجه شرط بین موجر و مستأجر محقق شده و موجر موظف است که اجاره را با مستأجر یا قائم مقام او تجدید کند. [۴، ص ۴۸۰ به بعد] حتی در تعبیر دیگری، تمام توجه به حق مستأجر منعطف شده و سرقتی عبارت از وجهی توصیف شده که مستأجر می‌تواند در قبال تخلیه عین مستأجره از موجر یا از دیگری، به عنوان مثال مستأجر دوم، مطالبه کند. [۹، ص ۱۴۷]

بعضی نیز به حق سکنی تعبیر کرده که در قبال پرداخت وجه سرقتی برای مستأجر محقق می‌شود و در پایان اجاره، موجر حق تخلیه نخواهد داشت. [۶، ج ۴، ص ۲۲۶-۲۲۷] در نهایت، بعضی حق سرقتی را به حقی تعبیر کرده‌اند که دارنده آن در حکم مالک عین قرار گرفته و سلطه‌ای بر مال پیدا می‌کند، به گونه‌ای که مزاحم سلطه

مالک و موجر نشود، ولی آن را محدود و ضعیف کند. به همین دلیل، قیمت سرقتی در بازار در حد قیمت مال است و قیمت عین مالی که سرقتی آن فروخته شده، قیمت ناچیزی نسبت به قیمت فرضی است که سرقتی آن فروخته نشده باشد. [۴، ص ۵۲۱ به بعد]

بر مبنای این تحلیل فقهی از سرقتی، روابط موجر و مستأجر بعد از پایان اجاره قطع نمی شود، چون مستأجر دارای حق سکنی یا حق اجاره دادن عین مستأجره می باشد که اثر حقوقی آن، عدم استحقاق موجر به مطالبه تخلیه و استحقاق مستأجر به ادامه تصرف در عین مستأجره است. در این نظریه ها به حق سکنی یا حق اجاره دادن مستأجر که فلسفه اجتماعی حق سرقتی است، توجه شده و در سه قالب شرط فعل یا شرط نتیجه یا شرط ضمنی، مشروعیت آن توجیه شده است. این دیدگاه با واقعیت عرفی سرقتی سازگارتر است و از جهت موضوع عرفی نیز ارتباط بیشتری با ماهیت عرفی و قصد طرفین رابطه دارد که باید دید چه شرایطی برای مشروعیت حق سرقتی مطابق این دیدگاه لازم است.

#### ۴- شرایط مشروعیت سرقتی

در بیشتر نظریه های فقهی، اعم از این که سرقتی به عنوان مبلغی وجه نقد یا به عنوان حق سکنی مستأجر تفسیر شود، مشروعیت آن به شرایطی مانند: توافق دو طرف، وجود عوض و طولانی بودن رابطه دو طرف منوط شده است.

#### ۴-۱- توافق دو طرف

رضایت دو طرف به ویژه موجر، شرط اصلی و اساسی تحقق حق سرقتی است؛ زیرا تحقق چنین حقی، بدون رضایت مالک، به دلیل حرمت مال مسلم و عموم لایحل، ممکن نیست. بنابراین، در نظریه های فقهی، مشروعیت حق به انعقاد عقد معوض مستقل یا درج شرط صریح و نیز به وجود شرط ضمنی عقلایی در ضمن عقدی از عقود محدود شده و حتی بعضی که اختیار اجاره دادن را حق ندانسته، برای مشروعیت حقوقی چنین رابطه ای به شرط فعل و شرط نتیجه وکالت استناد کرده اند؛ یعنی در قالب شرط فعل، موجر اضافه مالی بر مال الاجاره با عنوان سرقتی دریافت می کند و در برابر آن، متعهد می شود که مزاحم مستأجر نشود، اجاره بها را افزایش ندهد و اجاره را به مطالبه مستأجر یا شخصی که جانشین او است با همان شرایط، تمدید کند. بر اساس

شرط نتیجه نیز در قبال گرفتن مبلغ اضافی با عنوان سرقفلی، مستأجر وکیل موجر در ملک می شود که هرگونه که خود صلاح بداند، عین مستأجره را اجاره دهد. این وکالت چون دارای مالیت است، قابل وراثت و واگذاری به دیگری است [۸، ص: ۳۹-۴۰].

با توجه به این که منشأ رابطه موجر و مستأجر، عقد اجاره است، بعضی معتقدند شرط سرقفلی نیز در ضمن آن به چندین فرض قابل اندراج است:

اول: شرط فقط متضمن سکونت مشروط له در محل اجاره باشد به گونه‌ای که هرگاه متصرف تخلیه کند، حق منتفی شود و مالک بتواند آن را به دیگری اجاره دهد. در این فرض، چون مباشرت مشروط له به سکونت در محل شرط است با تخلیه ساقط می شود و مستأجر نمی‌تواند محل را به دیگری واگذار کند یا عوضی را که به عنوان مازاد بر کرایه یا افزایش کرایه در قبال حق سکنی به موجر پرداخت کرده، مطالبه کند. [۲۵، ج ۱، ص ۴۲۲]

دوم: قلمرو شرط وسیعتر از فرض اول بوده و حق برای مستأجر و کسی که او مستقیم یا غیرمستقیم، بی واسطه یا باواسطه، خواهان است، شرط شود که این در واقع دو گونه است: ۱- موجر برای تعمیر خانه یا مغازه یا افتتاح محل کسب، نیازمند مال زیادی باشد تا آن را اجاره دهد به کرایه‌ای تا کسی قبل از تعمیرات اقدام به اجاره آن نکند. مستأجر این مال را در عوض حق سکنی جامع، یعنی قابل انتقال به کرایه توافق شده در زمان انعقاد عقد، تأمین می کند به شرط آن که موجر اجاره بها را در سال‌های آینده افزایش ندهد، هرچند نرخ اجاره، چند برابر زمان انعقاد عقد اجاره شود. به استناد این شرط، مستأجر دارای حق سکنی معوضی می باشد که به عوض آن، سرقفلی اطلاق می شود. این حق مانند سایر حقوق دارای مالیت عقلایی است و قابل انتقال از طریق بیع یا ارث و مانند آن به اقتضای توافق طرفین است. [۲۵] ۲- مستأجر شرط کند که حق سکنی ثابت داشته باشد تا از محلی به محل دیگر منتقل نشود، ولی در هر سال، اجاره بها مطابق نرخ بازاری آن تعیین شود. در این فرض، مستأجر الزامی به پیش پرداخت یا پرداخت مازاد بر کرایه بازاری ندارد. موجر نیز نمی‌تواند از مستأجر مطالبه تخلیه کند یا افزایش کرایه‌ای را مطالبه کند که با نرخ بازاری سال اختلاف فاحش داشته باشد. این حق سکنی نیز چون به مباشرت مستأجر نیست، قابل واگذاری است و مستأجر می‌تواند از منتقل‌الیه سرقفلی مطالبه کند. همچنین، مستأجر می‌تواند از موجر نیز در قبال اسقاط حق سکنی، عوض دریافت کند، اگر او خواهان تخلیه عین مستأجره شود؛ اما این سرقفلی نیست، بلکه عوض اسقاط حق است. [۲۵]

از این سه قالب، شرط ضمنی قابل اعتماد نیست، زیرا از یک سو این حق در نتیجه رضایت مالک و پرداخت عوض قابل تحقق بوده، به صورت ضمنی قابل تحقق نیست (البته شرط ضمنی ممکن است موجب حصول توافق و رضایت موجر شود، همان‌گونه که حمایت از حق کسب و پیشه یا تجارت در قانون ۱۳۳۹، عرفاً موجب رواج حق سرقفلی در روابط موجر و مستأجر در اماکن تجاری شد. [۹، ص ۱۵۲]). از سوی دیگر، وقتی مدت اجاره به صراحت در عقد معین شود، شرط ضمنی قابل استناد نیست. به همین خاطر بیشتر در قالب شرط فعل و شرط نتیجه مشروعیت آن توجیه شده است.

در قالب شرط فعل دو تعهد ترک فعل، یعنی عدم تخلیه و عدم افزایش اجاره‌بهای سالانه برای موجر به سود مستأجر محقق می‌شود. [۹، ص ۳۸] اما با عنایت به اصل نسبی بودن قراردادها، اگر عین به دیگری منتقل شود، اجبار منتقل‌الیه به تمدید اجاره مشروع نیست و نمی‌توان او را الزام به وفای به شرطی کرد که بر دیگری شرط شده است. [۴، ص ۴۹۰] بنابراین، سرقفلی یا حق سکنی مستأجر در قالب شرط فعل قابل توجیه نیست؛ زیرا مبلغ در زمان انعقاد عقد اجاره پرداخت می‌شود و بعد شرط فعل انجام می‌شود، در حالی که در تعهدات مربوط به انجام فعل، انجام فعل مقدم بر پرداخت عوض است؛ افزون بر این، پرداخت مقدم در قبال انجام فعل نیست، چون با قصد و اراده دو طرف سازگار نیست.

براین اساس، شرط نتیجه برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی مناسب‌تر است. ولی آنچه در اثر شرط نتیجه، برای مستأجر محقق می‌شود، سمت وکالت و نمایندگی از موجر برای تجدید اجاره عین مستأجره برای مستأجر نیست، آن‌گونه که بعضی معتقد شده‌اند. [۸، ص ۳۹]، بلکه حق اجاره محل است که بعضی به حق سکنی برای مستأجر تعبیر کرده که به محض انعقاد عقد اجاره مشروط به شرط نتیجه، سرقفلی محقق می‌شود [۲۲، ص ۱۰۸۹].

#### ۴-۲- عوض

وجود عوض یکی دیگر از شرایط مشروعیت سرقفلی است، زیرا رابطه دو طرف از سویی تعابنی است و در روابط تعابنی، تسامح و مجانی بودن لغو و بی‌معنا است، چرا که تعابن به اقدام هر طرف به ضرر طرف دیگر معنا شده است. [۲۸، ص ۱۱۵] از سوی دیگر، در فقه اسلامی روابط حقوقی غیر مجانی یا احسانی لازم‌الوفاء نیست، مگر در صلح که از محل بحث خارج است. به همین علت بعضی [۲۵، ج: ۱، ص ۴۲۲] ملاک مشروعیت

گرفتن وجه مازاد بر کرایه توسط موجر را تحدید اختیار او نسبت به افزایش اجاره بها و عدم اختیار مطالبه تخلیه عین مستأجره و ملاک عدم مشروعیت آن را نیز اختیار مالک در افزایش اجاره بها و مطالبه تخلیه بعد از سپری شدن مدت عقد اجاره به حساب آورده‌اند و به همین خاطر، سرقفلی به گونه‌ای تفسیر شده که موجر در قبال تحدید اختیارش در افزایش اجاره بها و مطالبه تخلیه از مستأجر اول یا مستأجر اول که به موجر سرقفلی پرداخت کرده، از مستأجر دوم دریافت می‌کند. همچنین در مسأله ۶ تحریرالوسیله، مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر، منوط به داشتن حق اجاره دادن عین مستأجره بعد از پایان مدت اجاره شده است. [۲۳، ج ۲، ص ۶۱۴] بنابراین، مشروعیت سرقفلی منوط به پرداخت عوض یا شرط عدم تخلیه و افزایش اجاره بها بر موجر بوده، بدون آن سرقفلی مشروع نیست.

#### ۴-۳- طولانی بودن رابطه

طولانی بودن رابطه حقوقی دو طرف شرط دیگر مشروعیت سرقفلی می‌باشد زیرا فلسفه سرقفلی، حمایت از ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره بعد از پایان دوره اجاره است. به همین دلیل، آن‌گونه که در مسأله شماره ۴ تحریرالوسیله آمده، مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر، منوط به طولانی بودن روابط استجاری و نیز وجود حق سکنی یا اجاره دادن یا شرط عدم افزایش کرایه و عدم تخلیه موجر شده است. هرچند بعضی به لزوم این شرط تصریح کرده‌اند، ولی این شرط به تمام کسانی که مشروعیت سرقفلی را منوط به تحدید اختیار موجر در افزایش اجاره بها و عدم تخلیه کرده‌اند، قابل انساب است. بنابراین، سرقفلی در روابط تجاری کوتاه مدت، مشروع نیست.

#### ۵- تأثیر دیدگاه‌های فقهی بر قانون سال ۱۳۷۶

به نظر می‌رسد رویکرد فقهی اول از سرقفلی، یعنی مبلغی پول دریافتی توسط موجر از مستأجر اول یا مستأجر اول از مستأجر دوم مازاد بر اجاره بها، بر قانون سال ۱۳۷۶ تأثیر بیشتری داشته است؛ چون در مواد ۶ تا ۱۰ که به موضوع سرقفلی اختصاص یافته، به حق ادامه تصرف مستأجر یا تحدید اختیارات موجر در نتیجه گرفتن سرقفلی و چگونگی رابطه حقوقی موجر و مستأجر بعد از پایان اجاره، اشاره‌ای نشده و تنها به مشروعیت گرفتن وجهی مازاد بر کرایه تحت عنوان سرقفلی دلالت دارد. به عنوان مثال در ماده ۶

مقرر شده است: «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱- چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی از مالک را ندارد.

تبصره ۲- در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد.»

ظاهراً صدر ماده از مسأله شماره ۷ و ۸ تحریرالوسیله اقتباس شده که به مشروعیت گرفتن سرقفلی موجر از مستأجر حکم شده، ولی به مسأله ۵ که مشروعیت گرفتن سرقفلی و حلیت آن توسط موجر منوط به تحدید اختیار او در افزایش اجاره بها و تخلیه شده، توجهی نشده است. [۲۳، ج ۲، ص ۶۱۴ به بعد] اشکال‌های وارد بر ماده ۶ از این قرار است:

یک) سرقفلی به مبلغی پول تعبیر شده که موجر از مستأجر دریافت می‌کند و مشروعیت آن نیز منوط به توافق دو طرف شده، در حالی که در نظریه‌های فقهی، مشروعیت گرفتن سرقفلی موجر منوط به تحدید اختیار او در افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستأجره یا تعهد او به تمدید عقد اجاره بعد از انقضای مدت عقد اجاره شده و مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر نیز به داشتن حق اجاره دادن عین مستأجره بعد از پایان عقد اجاره منوط شده است.

دو) هرچند ظاهر حکم تبصره ۱ که برای مستأجر حق واگذاری سرقفلی شناسایی شده با ماده ۴۷۴ ق.م. و قواعد حقوقی مالکیت منافع توسط مستأجر و قابلیت انتقال منافع عین مستأجره سازگار است؛ [۱، ص ۱۰۸] اما انتقال سرقفلی غیر از انتقال منافع عین است. در نتیجه، مشروعیت حق سرقفلی برای مستأجر، بدون این که چنین حقی از طرف موجر به او واگذار شده باشد، از سویی با موازین فقهی منافات دارد، چون مشروعیت گرفتن سرقفلی توسط مستأجر در نظریه‌های فقهی منوط به پرداخت سرقفلی او به موجر یا شرط عدم تخلیه و عدم افزایش کرایه شده است [۲۵، ج ۱، ص ۴۲۲] و از سوی دیگر، رویکرد ماده و تبصره ۱ به سرقفلی کاملاً متفاوت می‌شود، زیرا مبنای مشروعیت سرقفلی مطابق ماده، توافق ضمن عقدی موجر و مستأجر است، در

حالی که مبنای مشروعیت آن، مطابق تبصره ۱ عقد اجاره است که همان رویکرد قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد. افزون بر این، از سویی مستأجر مستحق ایجاد سرقفلی و انتقال آن اعلام شده و از سوی دیگر، در پایان عقد اجاره، مستأجر دوم موظف به تخلیه شده که این موجب بروز اختلاف و دعوای اضافی می‌شود.

سه) رویکرد تبصره ۲ ماده ۶ به سرقفلی با ماده و تبصره ۱ کاملاً متفاوت است، چون سرقفلی به عنوان حقی اطلاق شده که به طریق صحیح از موجر به مستأجر قابل انتقال است. این حق که در ادبیات فقهی به حق سکنی [۲۵] یا به حق ایجار [۲۳، ج ۲، ص ۶۱۵] تعبیر شده با حق تخلیه موجر قابل جمع نیست، در حالی که در قانون، بدون این که اختیار تخلیه موجر محدود به موارد معینی (مانند قانون سال ۱۳۵۶) شود، برای مستأجر حق مطالبه قیمت سرقفلی به قیمت عادلانه روز شناسایی شده است با این حال، رویکرد تبصره ۲ ماده ۶ به سرقفلی از حیث ماهوی به موازین فقهی و عرف نزدیک‌تر است، هرچند در این تبصره نیز از کارکرد حقوقی سرقفلی غفلت شده و فقط مستأجر مستحق مطالبه قیمت روز سرقفلی در هنگام تخلیه اعلام شده است.

بنابراین، هر چند توافق موجر و مستأجر یا مستأجر اول و دوم، مطابق ماده ۶ سبب اصلی مشروعیت سرقفلی به حساب آمده، اما مطابق مواد ۸ و ۷ قانون، شرط عدم افزایش کرایه و عدم تخلیه یا شرط تمدید اجاره که به نفع مستأجر در عقد اجاره درج شده، یکی دیگر از اسباب مشروعیت مطالبه سرقفلی برای مستأجر مشروط له عنوان شده است. تحت تأثیر نظریه‌های فقهی در این مواد، فرضی مطرح شده که برای مستأجر اول، با وجود عدم پرداخت سرقفلی به موجر، گرفتن سرقفلی از مستأجر دوم مشروع است و آن هنگامی است که مستأجر اجاره‌های طولانی، شرط عدم تخلیه و عدم افزایش کرایه بر موجر را در ضمن عقد اجاره درج کرده باشد. به همین علت در ماده ۱۵ آیین نامه اجرایی، حکم ماده ۷ ناظر به روابطی اعلام شده که شرط تمدید اجاره بر موجر درج شده باشد. چنین شرطی ممکن است به طور مطلق یا به شرط مباشرت مستأجر در ضمن قرارداد درج شود که به نظر می‌رسد ماده ۷ ظاهر در شرط مطلق است. در این ماده مقرر شده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در این صورت مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».



در این ماده نیز از موازین فقهی - حقوقی عدول شده است، زیرا شرط تمدید اجاره ظاهر در شرط فعل است که ضمانت اجرای آن، در مرحله اول، مطابق قواعد حقوقی، الزام قضایی موجر به تمدید اجاره [۲۶، ج ۱، ص ۱۹۴] و در مرحله دوم، انجام آن به هزینه موجر توسط ثالث می باشد که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.م. به آن تصریح شده است. به همین خاطر، چون مورد شرط، تمدید قرارداد است؛ توسط مقام قضایی قابل انجام بوده، در صورت تعذر، ارش قابل مطالبه نیست و مشروط له فقط خیار تعذر شرط خواهد داشت. [۲، ج ۶، ص ۷۱] در نتیجه، اختیار مطالبه سرقفلی توسط مستأجر، خلاف قواعد حقوقی است، مگر این که اجرای شرط موجب عسرت موجر شود و موجر به استناد قاعده عسر و حرج، خواهان عدم اجرای شرط باشد، همان گونه که در ماده ۱۵ قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ موجر برای نیاز خود اختیار تخلیه داشت. در این گونه موارد، مستأجر می تواند برای تخلیه و اسقاط شرط، مطالبه عوض کند که در ماده ۷ به مطالبه سرقفلی تعبیر شده است. بنابراین، به صرف درج شرط تمدید اجاره، مستأجر مستحق مطالبه مبلغی تحت عنوان سرقفلی نیست، مگر این که وادار به اعراض از عمل به شرط شود.

همچنین حکم ماده ۷ نسبت به مستأجر دوم نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اگر مستأجر دوم با موجر قرارداد اجاره منعقد کند، چنین اجاره ای به استناد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. نافذ نیست، چرا که منافات با تعهد او به عدم تخلیه و اجاره آن به مستأجر اول دارد. اگر مستأجر اول با ثالث قرارداد منعقد کند، اسقاط حق نکرده، بلکه انتقال حق داده و تمام حقوق او به مستأجر دوم منتقل شده است، چون اگر اسقاط حق به حساب آید، مستأجر دوم نمی تواند موجر را به تمدید قرارداد ملزم یا از او مطالبه سرقفلی کند. به هر حال، مطالبه سرقفلی مستأجر اول از مستأجر دوم مشروع است، اما شرط اطلاق با آن ساقط نمی شود، بلکه شرط به قوت و اعتبار خود باقی است که مشروط له آن را به ثالث واگذار کرده و به استناد اصل لزوم عقد و شرط، موجر باید شرط را به نفع مستأجر دوم اجرا کند.

ماده ۸ قانون نیز ناظر به فرضی است که شرط تمدید قرارداد، هر ساله بر موجر به شرط مباشرت مستأجر در عقد درج شده باشد؛ چون تفاوت این ماده با ماده قبل در این است که مطابق این ماده به علت شرط مباشرت، مستأجر حق واگذاری به غیر را ندارد. در این ماده مقرر شده: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک، عین مستأجره را به غیرمستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار

نماید، مستأجر می تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل، مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید». واضح است که در این فرض نیز به اقتضای لزوم شرط، موجر حق تخلیه ندارد و مستأجر نیز نمی تواند از موجر سرقفلی مطالبه کند، زیرا تعهد موجر عدم تخلیه و عدم افزایش اجاره بها است و اگر از آن امتناع کند به حکم ماده ۲۳۷ ق.م. اجبار می شود. به این جهت، مستأجر حق مطالبه سرقفلی ندارد، مگر این که موجر مطابق قواعد حقوقی، مستحق مطالبه تخلیه باشد که در این صورت، مستأجر می تواند برای اسقاط شرط، سرقفلی مطالبه کند.

بنابراین، اطلاق اختیار مستأجر در مطالبه سرقفلی از موجر، منافات با قواعد حقوقی دارد، زیرا شرط تعهد موجر به اجاره دان عین مستأجر به مستأجر و عدم اجاره آن به دیگری در ضمن عقد درج شده که چنین تعهدی اقتضای مطالبه سرقفلی توسط مستأجر را ندارد، بلکه اقتضای آن، بطلان اجاره معارض موجر به استناد ماده ۴۵۴ و مطالبه اجبار موجر به تمدید عقد اجاره مطابق ماده ۲۳۷ ق.م. می باشد. در نتیجه، موجر را نمی توان ملزم به پرداخت سرقفلی کرد، مگر این که در معرض عسر و حرج باشد به گونه ای که اگر به اجرای شرط الزام شود معسر گردد. در این فرض اگر به استناد قاعد نفی عسر و حرج برای موجر حق تخلیه شناسایی شود و مطالبه تخلیه کند، مستأجر نیز مطالبه عوض خواهد داشت.

ماده ۱۰ به تعیین مبلغ سرقفلی اختصاص یافته و ملاک تعیین مبلغ دریافتی با عنوان سرقفلی به توافق دو طرف واگذار شده است؛ اما اگر دو طرف رابطه به توافق نرسند، دادگاه صالح مجاز به تعیین مبلغ سرقفلی شده است. در این ماده مقرر شده است: «در مواردی که طبق این قانون، دریافت سرقفلی مجاز می باشد، هرگاه بین طرفین نسبت به میزان آن توافق حاصل نشود با نظر دادگاه تعیین خواهد شد.

تبصره - مطالبه هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می باشد». هرچند ظاهر عبارت ماده، مطلق است، ولی باید آن را محدود به مواردی کرد که روابط قراردادی دو طرف منقضی شده و مستأجر به دلیل پرداخت سرقفلی در ابتدای قرارداد یا درج شرط تجدید اجاره، مستحق دریافت مبلغی است که در این ماده سرقفلی به آن اطلاق شده است. به این دلیل که دادگاه صلاحیت ورود به رابطه موجر و مستأجر یا مستأجر اول و دوم در مرحله انعقاد قرارداد را ندارد، در مواردی که مستأجر از موجر یا مستأجر بعدی از مستأجر قبلی مستحق مطالبه سرقفلی است و درباره مبلغ آن

اختلاف کنند، دادگاه صالح به درخواست یکی از دو طرف می تواند مقدار سرقتی را تعیین کند. حکم تبصره این ماده نیز تحت تأثیر نظریه‌های فقهی است که مطالبه وجهی غیر از سرقتی را نامشروع شمرده شده، چون در دیدگاه فقهی [۲۳، ج ۲، ص ۶۱۴] مشروعیت سرقتی برای مستأجر مشروط به پرداخت سرقتی در ابتدای عقد یا شرط تجدید اجاره شده است.

### ۶- کارکرد سرقتی

در قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ ماهیت واقعی و عرفی سرقتی معین نشده است؛ زیرا به عنوان مبلغ پول قابل مطالبه مطرح شده، در حالی که سرقتی در بازار به عنوان حق قابل معاوضه و مبادله رایج شده است؛ هرچند در تبصره ۲ ماده ۶ از سرقتی به عنوان حق واگذار شده به مستأجر یاد شده است. افزون بر این، تمام هدف قانونگذار در مواد قانونی به موارد مشروعیت و عدم مطالبه سرقتی محدود شده است که از این جهت نیز موفق نبوده؛ زیرا سرقتی که مطابق قانون، موجر مجاز به دریافت آن است، مصداقی از ربای معاملی است که به اتفاق صاحب نظران [۱۲، ج ۳، ص ۴۲؛ ۱۹، ج ۲، ص ۳۹؛ ۱۴، ج ۲، ص ۳۰۲؛ ۱۰، ج ۱۲، ص ۱۸۹؛ ۱۸، ج ۴، ص ۲۷۵] نامشروع و حرام می‌باشد، در حالی که بایستی قانون بر نظریه زیربنایی تدوین شود و تمام ابعاد حقوقی موضوع نسبت به دو طرف رابطه حقوقی و نیز کارکرد اجتماعی آن از نظر قواعد حقوقی و منافع اقتصادی جامعه مورد توجه قرار گیرد. همان‌گونه که بعضی نیز معتقدند، درآمدی باید منافع مشروع به حساب آید که از طرفی، محصول فعالیت شخص باشد یا دست‌کم جنبه استثمار نداشته باشد و از طرف دیگر، کاربرد مشروع و مفید داشته باشد (منفعت محلله مقصوده). [۲۰، ج ۳، ص ۴۰۳] بر این اساس، مطالبه یک مبلغ معین در ابتدای قرارداد از یک طرف و مطالبه مجدد قیمت آن در پایان قرارداد از طرف پرداخت کننده، علاوه بر حرمت ربوی رابطه، فاقد منفعت عقلایی و اجتماعی است.

افزون بر این، مواردی که مطابق قانون، گرفتن سرقتی مشروع اعلام شده، در نظریه‌های فقهی که صرفاً به فروع و تکلیف شخصی توجه شده، نامشروع به حساب آمده است، چون ملاک مشروعیت و عدم مشروعیت گرفتن سرقتی، تحدید و عدم تحدید اختیارات موجر در تخلیه و افزایش کرایه [۲۵، ج ۱، ص ۴۲۲] عنوان شده و در فرض تحدید اختیارات موجر است که گرفتن مبلغی با عنوان سرقتی، دارای منفعت

عقلایی می شود تا مشروعیت آن احراز گردد. همچنین سرقتی به این مفهوم، نسبت به رابطه دو طرف نیز فاقد منفعت عقلایی مشروع است، زیرا گرفتن مبلغی با عنوان سرقتی، بدون این که امتیازی به پرداخت کننده تعلق گیرد، منفعتی ندارد و صرف این که در قانون پیش بینی شده که مستأجر پرداخت کننده سرقتی، مستحق مطالبه قیمت آن در روز تخلیه است، منفعت مسلمی نیست که حمایت از آن را مشروع کند. رابطه حقوقی که در نتیجه شرط محقق می شود باید دارای منافع عقلایی مشروع باشد [۲۶، ج ۱، ص ۹۶] یا لغو و بی فایده در نظر عقلا و عرف نباشد؛ [۲۱، ص ۴۳۲] یعنی همان غرض معاملی [۱، ص ۶۸] یا غرض عقلایی [۱، ص ۱۲۸؛ ۲۲، ص ۷۲۵]. بنابراین، شایسته بود تدوین کنندگان قانون، موضوع سرقتی را از عرف و بازار شناسایی کنند، همانگونه که در نظریه های فقهی نیز تا حدی به این موضوع توجه شده، چرا که سرقتی به عنوان یک حق در گذشته سابقه نداشته و برای اثبات مشروعیت آن تنها به اختیار موجد به تمدید اجاره یا تجدید اجاره به تعویض مستأجر و قابلیت واگذاری آن استناد شده است. [۷، ج ۱، ص ۱۶۵ و ۱۶۸]

موضوع دیگری که در قانون می بایست مورد توجه قرار گیرد، شرایط تحقق و واگذاری سرقتی است؛ زیرا این حق به محل تجاری تعلق می گیرد که از شرایط اساسی آن، قابلیت بقای بنای مکان تجاری است، وگرنه اگر محل تجاری از بافت های فرسوده و در معرض خرابی باشد، واگذاری سرقتی آن، معامله غرری - سفهی است که باطل می باشد. بنابراین، باید نسبت به قیمت پرداختی، محل قابلیت بقا داشته باشد که به نظر می رسد سرقتی نسبت به محل هایی قابل تحقق یا واگذاری باشد که عمر مفید بنای آن ها دست کم ۱۰ سال باشد.

همچنین باید جگونگی تنظیم رابطه مالک عین و دارنده سرقتی، در قانون مورد توجه قرار می گرفت و سیره غالب دارندگان سرقتی با مالک به استناد اعتبار سیره عقلا، به عنوان مقررات قانونی، الزامی می شد. به عنوان مثال هر چند در قانون مصوب سال ۱۳۵۶ نیاز شخصی یا تجاری موجد به محل تجاری، یکی از موارد مجاز تخلیه شمرده شده است، ولی عرف بازار مساعد این رویه نیست و مالک اگر نیاز به محل تجاری داشته باشد، باید مانند بیگانه سرقتی به او واگذار شود. همچنین مطلق پروانه یا مجوز ساخت و ساز، تجدید بنا نباید موجب تخلیه به حساب آید. در این گونه موارد نیز، اختیار تجدید بنای مالک باید به رضایت دارنده حق سرقتی و پرداخت قیمت روز حق سرقتی محدود شود.

## نتیجه‌گیری

هرچند در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ از عنوان سرقتی برای توجیه مشروعیت عنوان "حق کسب یا پیشه یا تجارت" استفاده شده است و با تغییر ظاهر عنوان، تلاش شد که با موازین فقه اسلام منطبق شود؛ اما شناسایی "حق کسب یا پیشه یا تجارت" در مقررات حقوق موضوعه موجب شد که در عرف بازار، حق سرقتی در روابط موجر و مستأجر رایج شود تا موجری که فاقد اختیار تخلیه در پایان زمان اجاره بود، در ابتدای اجاره با مستأجر بر مبلغی وجه نقد با عنوان سرقتی توافق کند و ضرر ناشی از عدم اختیار تخلیه در پایان اجاره جبران شود. این پرداخت مبلغ که با توافق دو طرف با عنوان شرط ضمن عقد، قابل توجیه بود، نه تنها مورد مخالفت فقها قرار نگرفت، بلکه برای توجیه آن نظریه پردازی نیز کردند. حق سرقتی در پرتو این نظریات فقهی در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ شناسایی شد، ولی در این قانون بیشتر به مشروعیت سرقتی اکتفا شده، تمام ابعاد حقوقی آن، بررسی نشده است:

۱- سرقتی به مبلغ وجه نقدی تعبیر شده که موجر از مستأجر یا مستأجر از موجر یا مستأجر دوم دریافت می‌کند، در حالی که می‌بایست از آن به عنوان حقی تعبیر شود که به مستأجر محل تجاری تعلق می‌گیرد.

۲- در مشروعیت سرقتی در قانون، تنها بر توافق دو طرف اکتفا شده که مطابق با فرض قانونی، مصداق ربای معاملی است، در حالی که در نظریه‌های فقهی افزون بر توافق دو طرف، پرداخت عوض و طولانی بودن رابطه از شرایط اساسی مشروعیت حق به حساب آمده است.

۳- کارکرد سرقتی با فلسفه اجتماعی آن و نیز روابط مالک و دارنده یا دارندگان بعدی، مورد توجه قرار نگرفته که موجب بروز مشکلات حقوقی متعددی در مدیریت حقوقی این رابطه شده است.

## منابع

- [۱]. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ ه.ق). *الإجارة*، چ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۲]. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ه.ق). *کتاب المکاسب*، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- [۳]. باریکلو، علی رضا (۱۳۹۰). *اموال و حقوق مالی*، تهران، سمت.
- [۴]. بحرانی، محمد سند (۱۴۲۸ق). *فقه المصارف و النقود*، قم، محبین.

- [۵]. جزیری، عبد الرحمن و غروی، سیدمحمد و مازح، یاسر ( ۱۴۱۹ ه.ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام*، ج ۳، چ اول، بیروت، دار الثقلین.
- [۶]. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سیدمحمد (۱۴۲۳ ه.ق). *موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام*، ج ۴، چ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- [۷]. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ ه.ق). *فقه العقود*، ج ۱، چ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- [۸]. حسینی روحانی، سید صادق (۱۳۸۴ق). *المسائل المستحدثة*، قم، دارالفکر.
- [۹]. حلی، حسین ( ۱۴۱۵ ه.ق). *بحوث فقهیة*، چ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- [۱۰]. شهیدالثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ ه.ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، ج ۱۲، چ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- [۱۱]. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۰ ه.ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، چ اول، بیروت، دارالمعارف للمطبوعات.
- [۱۲]. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه.ق). *الخلاف*، ج ۳، چ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- [۱۳]. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱). *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- [۱۴]. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ ه.ق). *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة*، ج ۲، چ اول، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- [۱۵]. فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۴۲۵ ه.ق). *جامع المسائل*، چ اول، قم، انتشارات امیر قلم.
- [۱۶]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *حقوق مدنی: عقود معین ۱*، چاپ ششم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا و انتشارات مدرس.
- [۱۷]. کشاورز، بهمن (۱۳۸۱). *بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶*، تهران، نشرکشاورز.
- [۱۸]. محقق الثانی علی بن حسین عاملی کرکی (۱۴۱۴ ه.ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴ جلد، چ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۱۹]. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، چ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۰]. مطهری، مرتضی (۱۳۸۱). *مجموعه آثار استاد شهید مطهری: بخش فقه و حقوق*، قم صدرا.
- [۲۱]. معروف حسینی، هاشم (۱۹۸۴). *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، منشورات مکتبه هاشم.
- [۲۲]. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷). *فقه الشیعة: کتاب الإجارة*، چ اول، تهران، مرکز فرهنگي انتشارات منیر.
- [۲۳]. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۴). *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- [۲۴]. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸). *موسوعة الإمام الخوئی*، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.

- [۲۵]. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ ه.ق). *منهاج الصالحين*، قم، نشر مدينة العلم.
- [۲۶]. موسوی خویی، سید محمد تقی (۱۴۱۴ ه.ق). *الشروط*، ج اول، بیروت، دار المؤرخ العربی.
- [۲۷]. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۰۹). *مجمع المسائل*، ج دوم، قم، دارالقرآن الکریم.
- [۲۸]. منتظری، حسین علی (۱۳۸۳). *رساله استفتاءات*، ج ۱، ج اول، قم، نشر سایه.
- [۲۹]. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ه.ق). *منهاج الصالحين*، ج ۳، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام.
- [30]. Annie Chamoulaud-Trapiers (2007). *Titre Droit des affaires*, Éditeur Editions Bréal.
- [31]. Dfossez, Françoise Dekeuwer (1990). *Droit commercial*, Paris, Montchrstien.
- [32]. Jean Cattaruzza (1997). *Le gage sur fonds de commerce pratique du droit*, Kluwer.
- [33]. Jean Pierre Renard (2005). *Titre Le guide du gérant de la SPRL*, Editeur Edipro.
- [34]. Guy Lambert (1971). *Cour de droit civil*, Paris, Maitonneuve.
- [35]. Nicole Ferry-Maccario (2006). *Titre Gestion juridique de l'entreprise*, Editeur Pearson Education France.
- [36]. Mazeaud, Henri et Leon, par François Chabash (1985). *Leçons de Droit Civil*, Paris, Montchrstien.
- [37]. Pascale Hainaut-Hamende, Gilberte Raucq (2005). *Titre Les sociétés anonymes: Constitution et Fonctionnement*, Volume 1, des sociétés anonymes, Larquier.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی





پروفیسر شہناز گل خان  
پرنسپل جامعہ اسلامیہ اسلامیہ