

بررسی مفهوم سرقتی در فقه امامیه، حقوق موضوعه و عرف تجاری

امین حشمتی

دادرسی دادگاه عمومی داراب

چکیده

کمتز تاجر و کسبه‌ای را می‌توان یافت که با سرقتی سروکار نداشته باشد از طرفی رسالت قانون آن است که به تنظیم روابط اشخاص پرداخته و تکلیف آن را مشخص نماید توجه قانون در کشور اسلامی ما به مبانی فقه امامیه موجب شده که در مسائل حقوقی نتوان به آسانی از مبانی فقهی آن گذشت. خصوصاً در مسائل مستحدثه مانند سرقتی که بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت آن نیز مطرح است مسئله مهم و ریشه‌ای آن است که آیا آنچه رویه تاجر و کسبه به آن سرقتی می‌گویند، فقه امامیه و قانون نیز به رسمیت شناخته و همان را سرقتی می‌دانند یا در هر کدام از این عرصه‌ها معنا و مفهوم خود را دارد؟ اهمیت موضوع همان رسالت قانون در تنظیم روابط اشخاص و توجه آن به فقه می‌باشد. متأسفانه به نظر می‌رسد علی‌رغم این رسالت قانون بدون توجه به آنچه عرف آن را سرقتی می‌نامد به راه خود رفته و مفهوم خود را از سرقتی بیان نموده و تاجر و کسبه را به حال خود گذاشته است و صرفاً آنچه را در کلام برخی از فقها به عنوان سرقتی بیان شده در قانون نیز وارد نموده و نسبت به سرقتی واقعی بی‌اعتنا بوده است و در حال حاضر راهی جز مراجعه به قواعد عمومی قراردادهای برای تنظیم این عمل حقوقی به نظر نمی‌رسد. باشد که قانون نیز رسالت خود را به یاد آورده و در جهت اصلاح خود برآید.

واژه‌های کلیدی: سرقتی، فقه، قانون، عرف.

مقدمه

اهمیت شناخت سرقفلی از آن جهت است که این عمل از اعمال متداول میان کسبه و تجار بوده و بخش اعظمی از روابط پیچیده میان تجار را مباحث سرقفلی به خود اختصاص داده است. هر چه روابط اشخاص پیچیده تر باشد وجود قوانین واضح، کامل و کافی در آن خصوص بیشتر اهمیت خود را نشان می‌دهد. قبل از انقلاب اسلامی ایران بیشتر قوانین برگرفته از قوانین و مقررات اروپایی بود اما پس از انقلاب اسلامی با حضور فقها در رأس حکومت و تئوری اسلامی کردن قوانین و مقررات که تبلور آن را در اصل چهارم قانون اسلامی جمهوری اسلامی ایران که بیان می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد» می‌توان دید بر گرفته از فقه است یا لااقل نباید مغایر موازین فقهی باشد که مسئله سرقفلی نیز اگر چه ریشه فقهی نداشته و از مسائل مستحدثه مبتلی به است اما از این قاعده مستثنی نیست.

در نظام حقوقی کشور ما نگاه قانون به فقه است. به همین خاطر است که شناخت آنچه فقها آن را سرقفلی می‌نامند از اهمیت بسزایی برخوردار است. اهمیت شناخت برداشت قانون از سرقفلی نیز یک امر بدهی است که نیاز به تفصیل ندارد زیرا که مهمترین و اصلی‌ترین منبع حقوق است و همان است که با الزامات در نظر گرفته روابط اشخاص را تنظیم می‌نماید. اما چه در فقه و چه در قانون آنچه باید مبنا و موضوع احکام و قواعد قرار گیرد آن است که در میان مردم به عنوان واقعیت مطرح است به عنوان مثال بیع یک واقعیت در روابط اقتصادی مردم است. به همین خاطر هم فقه به آن پرداخته و هم قانون. اما بسیار حائز اهمیت است آنچه را که در فقه و قانون به تنظیم مقررات مربوط با آن پرداخته همان چیزی است که در میان مردم است یا آنکه امری را برای خود فرض کرده و به تنظیم آن پرداخته است؟ در خرید و فروش برده این مسئله را به خوبی می‌توان دید. در قدیم خرید و فروش برده امری متداول بود فقه نیز وظیفه خود دانسته بود که به تنظیم روابط اشخاص در مورد برده داری بپردازد. اما در حال حاضر که امر برده داری امری منسوخ گردیده لزومی به تنظیم احکام آن نبوده و در عمل هم می‌توان دید که در حوزه های علمیه و دانشکده های فقه یا به کلی آموزش این احکام منسوخ یا به ندرت دیده می‌شود. سرقفلی نیز چنین است فقه که در واقع منبع حقوق است باید به تنظیم احکام آنچه در بین مردم موجود است پرداخته و آن را بیان نماید و قانون نیز که چشم به فقه دوخته نیز باید چنین باشد در غیر این صورت به وظیفه خود عمل ننموده‌اند. به همین خاطر است اگر آنچه را عرف تجاری و روابط اشخاص به آن سرقفلی می‌گویند با آنچه که فقه و قانون آن را سرقفلی می‌نامند متفاوت باشد مردم دچار سر در گمی و بی قانونی می‌شوند. همه این‌ها ما را به این ضرورت می‌رساند که باید مفهوم سرقفلی در فقه امامیه و حقوق موضوعه کشور و آنچه را که عرف تجاری به عنوان سرقفلی می‌شناسد را شناخته و با مقایسه آن بررسی نمائیم روابط سرقفلی میان تجار و کسبه در فقه و قوانین چه جایگاهی دارد و آنان در مواجهه با سرقفلی چگونه باید عمل نموده و چه الزاماتی را رعایت نمایند.

مفهوم سرقفلی در فقه امامیه

برای تبیین و تشریح مفهوم سرقفلی در آرای فقهای عظام از یک تقسیم بندی که برخی از فقها^۱ جهت بیان احکام سرقفلی بیان نموده اند استفاده می‌نمائیم و آن تقسیم سرقفلی به مشروع یا جایز و غیر مشروع یا حرام می‌باشد و در ذیل این تقسیم بندی به بیان دیدگاه های مختلف خواهیم پرداخت.

سرقفلی مشروع

در خصوص آنچه فقها در بیان سرقفلی به عنوان سرقفلی مشروع بیان نموده اند میان آنان اختلاف دیدگاه است.

^۱ - علوی گرگانی، محمدعلی، توضیح المسائل، دفتر حضرت ایه اله گرگانی، قم، چاپ نهم، ۱۳۸۷، صفحه ۴۸۹

دیدگاه اول:

از نظر برخی فقها مالک حق دارد هر مبلغی را که بخواهد در مقابل اجاره دادن دکان یا محل تجاری از مستأجر به عنوان سرقفلی بگیرد یا اینکه مستأجر حق دارد که در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را به عنوان سرقفلی از موجر یا مستأجر جدید بگیرد یا اینکه اگر در حین مدت اجاره شرط کند که تا زمانی که ملک مستأجره در ید مستأجر است مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد یا اینکه شرط کنند موجر هر ساله ملک را به ملک را به همان مبلغ به او اجاره دهد یا اینکه هر ساله آن را به اجاره متعارف به او واگذار کند مستأجر می تواند برای صرف نظر کردن از حق خود مطالبه سرقفلی نماید.^۲ از نظر این دیدگاه دو نوع سرقفلی وجود دارد:

الف-سرقفلی که موجر در مقابل اجاره دادن محل تجاری به مستأجر از وی دریافت می نماید.

ب-سرقفلی که مستأجر در مقابل اسقاط حقی که در ضمن عقد اجاره برای وی ایجاد شده است از موجر یا شخص ثالث دریافت می نماید.

دیدگاه دوم:

برخی از فقها بیان نموده اند که «کسی که ملکی را اجاره می کند و در هنگام اجاره در ضمن عقد لازم با مالک شرط می کند که پس از انقضاء مدت اجاره باز هم ملک را به اجاره دهد و اگر بخواهد به دیگری اجاره دهد با اجازه او باشد اقوی صحت این شرط است و به مالک تکلیفاً واجب است که به طبق شرع عمل کند بنا بر این اگر بخواهد به دیگری اجاره دهد باید با اجازه و رضایت مستأجر اول باشد و در این صورت مستأجر اول می تواند وجهی از مالک بگیرد و رضایت دهد که به دیگری اجاره داده شود یا از دیگری وجهی بگیرد و او را معین نماید و نیز مالک می تواند موقعی که می خواهد ملکی را اجاره دهد با مستأجر قرار بگذارد که این ملک را اجاره می دهم مثلاً به مدت دو سال مال الاجاره یکصد هزار تومان نقد و ماهیانه یکصد تومان و آنچه به عنوان سرقفلی گرفته می شود چنانچه به نحوی که ذکر شد باشد بی اشکال است»^۳

با دقت در این رأی فقهی می توان فهمید که از نظر این فقها سرقفلی جایز به دو دسته تقسیم می شود:

الف)هرگاه در ضمن عقد لازم برای پس از انقضاء مدت اجاره مالک حق انتخاب مستأجر بعدی یا اینکه قرارداد اجاره را به دیگر با خود مستأجر منعقد کند به مستأجر بدهد، مستأجر می تواند در مقابل اسقاط این حق از مالک سرقفلی بگیرد یا اگر شرط شده باشد که مستأجر قبلی را انتخاب کند در مقابل انتخاب آن سرقفلی از مستأجر دوم بگیرد.

ب)سرقفلی به عنوان قسمتی از مال الاجاره باشد به نحوی که مال الاجاره به دو قسمت نقدی و ماهیانه یا قسطی باشد این برداشت از مفهوم سرقفلی خصوصاً در مورد بند "ب" یک دیدگاه عجیب به نظر می رسد و سؤالی که باید مطرح کرد این است که پس چه تفاوتی میان سرقفلی و مال الاجاره وجود دارد؟

با دقت می توان تفاوت میان دیدگاه اول و دوم را مشاهده نمود. اولاً در دیدگاه اول گرفتن چیزی توسط مالک از مستأجر برای اجاره دادن ملک به مستأجر سرقفلی نامیده شده بود در حالی که در دیدگاه دوم این چنین نیست. ثانیاً در دیدگاه اول مصادیق بیشتری از سرقفلی بیان شده بود. ثالثاً در دیدگاه دوم موردی را مطرح نموده که قسمت نقدی مال الاجاره را نیز نوعی سرقفلی دانسته است در حالی که در دیدگاه اول چنین نیست.

^۲ - خمینی، سیدروح اله، موسوی همدانی، محمدباقر، تحریر الوسیله، جلد چهارم، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ چهارم، ۱۳۸۹، صفحه ۵۵۶

^۳ -صافی، لطف اله، رساله توضیح المسائل، پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیه اله صافی، مسأله ۲۸۵۱

دیدگاه سوم:

از نظر برخی از فقها دو معیار را برای سرقتی بیان نموده اند:

الف) موجر می تواند در ابتدای اجاره برای اجاره دادن ملک به مستأجر چیزی را به عنوان سرقتی دریافت نماید.

ب) هرگاه مستأجر دارای حقی در ملک از طرف مالک آن پیدا کرده باشد در برابر رفع ید از آن حق ثابت می تواند چیزی را از خود مالک یا مستأجر بعدی به عنوان سرقتی بگیرد.^۴

به عبارت دیگر در این دیدگاه یک فرمول کلی و یک قاعده ارائه داده است تفاوت این نظر با نظر اول در حین شباهت آن است که در دیدگاه اول تنها به ذکر برخی از حقوقی که چنانچه مستأجر دست از آن بردارد می تواند سرقتی دریافت نماید اشاره شده است.

دیدگاه چهارم:

برخی از فقها بیان نموده اند که «خرید سرقتی همان خرید حق السلطنه نسبت به محل کار و کسب است. یعنی حق انتفاع از محل کار بعد از خرید سرقتی، از آن مستأجر است و فرقی در این جهت بین بقای محلی کسب به وضع زمان خرید سرقتی و یا تغییر آن و یا خراب شدن، ولو خرابی به وسیله جنگ نمی باشد.»^۵

همان گونه که مشاهده می گردد در این نظر از سرقتی به عنوان حق السلطنه نام می برد و آنچه این دیدگاه را با دیدگاه های دیگر متمایز می سازد آوردن عبارت «خرید حق السلطنه» است. نکته دیگری که جالب توجه است سرقتی را نوعی حق انتفاع از محل کار می داند که این حق قابل انتقال است.

اما با مطالعه کل دیدگاه های فقهی در خصوص سرقتی نکاتی جالب به چشم می خورد که عبارتند از:

۱) در کلیه این دیدگاه ها تعریفی از سرقتی بیان نشده و فقها به بیان آنچه از معاملات در نزد فقها سرقتی نامیده می شود اشاره کرده اند و در برخی از آنان تنها مصادیقی از آن مطرح شده است و یک قاعده کلی به عنوان سرقتی ارائه نگردیده است.

۲) اگر چه تمام فقهای عظام در کتب فقهی و رساله های عملیه خود بابتی را تحت عنوان سرقتی بیان نموده اند اما با نگاه به متن و ارائه مطالب آن را در رابطه استجاری آورده اند و به عنوان یک عمل حقوقی مستقل بحث نکرده اند.

۳) در مورد اینکه فقها چه چیزی را سرقتی می نمایند میان آن ها اختلاف است و شاید این اختلاف ناشی از نوع برداشت آنان از سرقتی بوده و نه ناشی از اختلاف در حکم سرقتی. چرا که سرقتی از مسائل مستحدثه می باشد و تعریف فقهی آنچنان که بیع و اجاره و جعاله و دارند، ندارد. بنا به این اختلاف فقها بیشتر در برداشت از عمل سرقتی است و شاید اگر یک برداشت از سرقتی داشتند به رأی واحدی می رسیدند.

سرتقتی نامشروع

در فقه نوع دیگری از سرقتی نیز مطرح شده است و آن حقی است که مستأجر در جهت اقامت طولانی، رواج پیشه، کیفیت کسب و کار و شخصیت مستأجر که موجب مرغوبیت و ارزش محل کار گردد می باشد. با نگاه به آثار فقهی فقهای معاصر به

^۴ - گرامی قمی، محمدعلی، توضیح المسائل، نشر دفتر حضرت آیه اله گرامی، قم، چاپ سوم، ۱۳۸۴، صفحه ۴۹۸.

^۵ - صانعی، یوسف، مجمع المسائل، انتشارات دفتر آیه اله صانعی، قم، چاپ سوم، ۱۳۸۳، صفحه ۳۸۱.

جرات می توان گفت تمام فقه‌های معاصر چنین حق سرقتی را نامشروع دانسته و وجه به دست آمده از آن را حرام می دانند.^۶ آنان مستأجر را ملزم به تخلیه ملک پس از پایان مدت اجاره داشته و ادامه مقدمات نامشروع می دانند.

مفهوم سرقتی در حقوق موضوعه

واژه سرقتی برای اولین بار در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ دارد ادبیات تقنینی کشور، گشت. شاید تا قبل از تصویب این قانون مقایسه میان سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت کاربرد داشت و در نظام حقوقی ما امری مطلوب می نمود چرا که هنوز قانون از سرقتی تعریفی به عمل نیاورده بود و تلاش ها برای آن بود که بیان شود سرقتی با حق کسب و پیشه تجارت که ریشه در قانون روابط موجود مستأجر سال ۵۶ داشته و عرف تجاری سردرگم نیز وقتی دید که آنچه را او سرقتی می داند بدون قانون است ناگزیر برای تنظیم روابط خود حق کسب ریشه و تجارت را سرقتی نامید در حالی که در قانون روابط موجود و مستأجر سال ۱۳۷۶ به صراحت از سرقتی صحبت به عمل آورده و لاقلاً خیال اصحاب حقوق را راحت نموده است. پس در حال حاضر مقایسه سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت به نظر امری بیهوده می رسد.

در بیان مفهوم سرقتی در حقوق نوشته تنها منبع حقوقی ما قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ و آیین نامه آن و نظراتی که در اطراف آن وجود دارد می باشد و ما نیز بر همین اساس به تبیین آنچه که قانون به آن سرقتی می گوید می پردازیم.

قانون گذار به موجب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ در سه ماده ۶، ۷ و ۸ به ترتیب آنچه را که به عنوان سرقتی به رسمیت شناخته است را معرفی می نماید:

ماده ۶ قانون به دو نوع سرقتی اشاره دارد:

الف) قسمت ابتدایی ماده بیان می دارد «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می تواند مبلغی را تحت عنوان سرقتی از مستأجر دریافت نماید...». در این ماده به سرقتی اشاره دارد که مالک ملک تجاری در مقابل اجاره دادن ملک مستأجر علاوه بر اجاره بها می تواند از وی دریافت نماید. در این قسمت دو نکته حائز اهمیت است اولاً این سرقتی ویژه املاک تجاری است. ثانیاً مالک ملک علاوه بر اجاره بها می تواند سرقتی دریافت نماید.

ب) قسمت دوم ماده ۶ قانون که بیان می دارد «... همچنین مستأجر می تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقتی دریافت کند، مگر آن که در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد».

مستأجر تا پایان مدت اجاره این حق را دارد که منافع ملک را در اختیار داشته باشد اما چنانچه بخواهد از این حق خود صرف نظر کند می تواند از موجر یا مستأجر دیگر که قصد دارد اجاره را به وی منتقل نماید چیزی را به عنوان سرقتی دریافت نماید به عبارت دیگر اخذ این سرقتی در مقابل صرف نظر کردن از حق خود می باشد. برخی از نویسندگان چنین بیان داشته اند که اخذ چنین سرقتی در جهت جبران خسارت ناشی از ضرری است که به مستأجر به علت تخلیه با واگذاری ملک تجاری پیش از انقضاء مدت است چرا که مدت اجاره دارای موضوعیت و مالیت می باشد.^۷ اما این به نظر صحیح نمی باشد زیرا مستأجر با اختیار خود این عمل را انجام می دهد و چنانچه به این عمل دست بزنند در جهت کسب سود است و با یک دیدگاه اقتصادی

^۶ - خمینی، روح الله، همان - سیستانی، سید علی، توضیح المسائل، انتشارات آفتاب هشتم، مشهد، چاپ اول، ۱۳۸۷، صفحه ۵۰۶ - مکارم، ناصر، توضیح المسائل، نشر جمهوری، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶، صفحه ۴۷۹، وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، پایگاه اطلاع رسانی، دفتر آیت اله وحید مسأله ۲۸۷۷، علوی گرگانی، محمدعلی، همان - صافی، لطف اله، جامع الاحکام، جلد اول، انتشارات دفتر نشر آیت اله صافی، قم، چاپ چهارم، ۱۳۸۲، صفحه

^۷ - کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶، انتشارات جنگل، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۹، صفحه ۱۲۶

آن را انجام می دهد و به دنبال جبران خسارت وارده به خود نیست نکته مهم دیگر در خصوص قسمت آخر ماده است که بیان می دارد «..... مگر آن که در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.» این قسمت قانون را ماده ۱۶ آیین نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۷ تفسیر می نماید. ماده ۶ آیین نامه بیان می دارد «مستأجر اماکن تجاری در مدت اجاره چنانچه حق انتقال به غیر از او سلب نشده باشد می تواند با اخذ مبلغی به عنوان سرقفلی مورد اجاره را به دیگری منتقل کند».

سرقفلی موضوع ماده ۷ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶

ماده ۷ قانون بیان می دارد که «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 می تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید». در این ماده نیز به خوبی برداشت می شود که گرفتن سرقفلی در مقابل اسقاط حقی است که در ضمن عقد اجاره از طرف مالک برای مستأجر ایجاد شده این حق سرقفلی را نیز مستأجر حسب مورد می تواند از موجر یا مستأجر بعدی دریافت نماید.

سرقفلی موضوع ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶

ماده ۸ قانون بیان می دارد که «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک، عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره بدهد و هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، مستأجر می تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید». قانون گذار در این ماده قانونی نیز نوعی حق که ممکن است از طرف مالک در ضمن عقد برای مستأجر ایجاد گردد بیان نموده است و این حق را به مستأجر داده است که در مقابل صرف نظر کردن از این حق چیزی به عنوان سرقفلی دریافت نماید.

ملاحظه می گردد که قانون گذار بنا به این ۳ ماده به تشریح آن چه را سرقفلی می داند پرداخته و مطابق تبصره ماده ۱ همین قانون گرفتن هر گونه وجهی خارج از این موارد را ممنوع اعلام نموده است. با دقت در این ۳ ماده می توان نکات ذیل را برداشت نمود:

الف) قانون گذار دو نوع سرقفلی را به رسمیت شناخته است ۱- سرقفلی که موجر در ابتدای اجاره ملک تجاری در مقابل اجاره دادن ملک از وی به عنوان سرقفلی دریافت می نماید. ۲- سرقفلی که مستأجر در مقابل اسقاط برخی از حقوق از موجر یا مستأجر بعدی دریافت می نماید.

ب) قانون گذار بحث سرقفلی را در قانون روابط موجر و مستأجر آورده است و آن را در قالب عقد اجاره به رسمیت شناخته است.

ج) قانون گذار سرقفلی را تعریف نموده است اگر چه حقوقدانان با برداشت هایی که داشته اند تعاریفی از سرقفلی را ارائه داده اند.

د) با توجه به تبصره ماده ۱۰ قانون به خوبی می توان دریافت تنها مواردی را که قانون به عنوان سرقفلی در سه ماده بیان نموده را به عنوان سرقفلی قانونی به رسمیت شناخته است و مواردی را که ذکر نموده خصوصاً مواد ۷ و ۸ قانون باید تفسیر مضیق نمود و گرفتن وجه دیگری به عنوان سرقفلی غیر قانونی می باشد. این مورد آثاری می تواند داشته باشد که در مباحث بعدی به آن خواهیم رسید.

تعریف سرقفلی از منظر دکترین حقوقی

همان طور که بیان شد قانون گذار تعریفی از سرقفلی بیان نکرده است اما برخی از حقوقدانان تعاریفی را از سرقفلی ارائه نموده اند که در ذیل بیان می گردد:

الف) استاد بهمن کشاورز سرقفلی را چنین تعریف نموده اند: «وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز اجاره، علاوه بر اجور از مستأجر می گیرد تا محل را به او اجاره دهد یا مستأجری که حق انتقال به غیر دارد و به موجر سرقفلی پرداخته در قبال انتقال منافع به مستأجر دست دوم از او دریافت می کند یا مستأجری که به موجب شروط ضمن عقد امتیازاتی دارد که مانع از تخلیه عین مستأجره به وسیله موجر است، در قبال اسقاط این امتیاز و استرداد اجاره به مالک، از وی می گیرد»^۸ ایشان در جای دیگر بیان نموده اند سرقفلی عبارت است از: «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد»^۹.

با دقت در دو تعریف ارائه شده پیداست که تعریف نخست در واقع براساس قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ ارائه گردیده است و تعریف دوم تنها ناظر به قسمت ابتدایی ماده ۶ قانون ذکر شده می باشد و به طور کامل منطبق با قانون نیست. این دو تعریف از یک حقوقدان در دو اثر وی بیان شده است.

ب) استاد دکتر جعفری لنگرودی نیز سرقفلی را چنین تعریف می نماید: «پولی که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می دهد. این وجه از مصادیق دارائی نامرئی است و عنوان درآمد اتفاقی را ندارد به شرط اینکه ناشی از جمع آوری مشتریان و کار کردن مستأجر باشد والا مالکی که مغازه می سازد و آن را با گرفتن پولی به نام سرقفلی به اجاره می دهد این پول جزء درآمد محسوب است و مالیات بر درآمد به آن تعلق می گیرد»^{۱۰} با دقت در کلام استاد می توان دریافت که ایشان سرقفلی را دو نوع می دانند اولاً سرقفلی که ناشی از جمع آوری مشتریان و کار کردن مستأجر باشد و ثانیاً آنچه مالک در ابتدای اجاره به عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت می نماید. می توان گفت که تنها نوع دوم است که با سرقفلی قانونی هم خوانی دارد.

ج) استاد مرحوم دکتر کاتوزیان بیان می دارند حق سرقفلی که قانون روابط موجر و مستأجر (منظور قانون سال ۵۶) از آن به حق کسب و پیشه و تجارت تعبیر کرده «حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود» و در عرف بازار نیز وقتی می گویند تاجری سرقفلی مغازه اش را فروخت یعنی آن را تخلیه کرد و به دیگری واگذار نمود و این مفهوم هیچگاه شامل انتقال سرمایه تاجر و نام تجاری او نمی باشد.^{۱۱} به نظر می رسد تعریفی که مرحوم استاد از سرقفلی ارائه نموده اند متعلق به قبل از تصویب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ باشد زیرا همان گونه که قبلاً گفته شد قبل از تصویب این قانون میان مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت مناقشه بود و در حال حاضر این امر بیهوده ای است و علاوه بر این از ابتدای تعریف استاد به خوبی پیداست که ایشان سرقفلی و حق کسب و

^۸ - کشاورز، همان، صفحه ۱۱۹

^۹ - کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، انتشارات کشاورز، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۴، صفحه ۱۰

^{۱۰} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵، صفحه ۳۵۶، ۳۵۷

^{۱۱} - همان صفحه ۲۲۰، جای بسی تعجب است که در نسخه چاپ سال ۱۳۹۱ اگر چه بعد از تصویب قانون روابط موجر و مستأجر در سال ۷۶ بوده و هنوز نیز مردم استاد در قید حیات بوده اند توجهی در جهت اصلاح کتاب نشده و از قانون سال ۷۶ به عنوان لایحه نام برده شده و هنوز هم حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی را یکی دانسته اند.

پیشه را یکی دانستند و در ادامه تعریف خود بیان می نماید «در لایحه ی روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ نیز از حق به مشتریان فاصله گرفته است.»^{۱۲} بنابراین این تعریف ارائه شده به هیچ عنوان منطبق با قانون نمی باشد.

تطبیق سرقفلی قانونی و سرقفلی فقهی

با دقت به نظرات فقهی بیان شده و نگاه به آنچه از دیدگاه قانون سرقفلی نام گرفته است به خوبی پیداست که قانون تحت تأثیر فقه، سرقفلی را تعریف نموده است. خصوصاً آنچه در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت بیان شده بود را فقها به عنوان سرقفلی حرام اعلام و مصادیق سرقفلی مشروع را بیان نمودند و مقنن نیز برای مصونیت از ایراد عدم مشروعیت به ورود سرقفلی فقهی در قانون پرداخته و مفهوم جدیدی را به عنوان سرقفلی معرفی می نماید. آنچه باید توجه داشت آن است که در حال حاضر که سرقفلی قابل مقایسه با حق و کسب و پیشه و تجارت نمی باشد زیرا سرقفلی یک نهاد حقوقی ناشی از قانون سال ۷۶ و حق کسب و پیشه و تجارت ناشی از قانون سال ۵۶ می باشد. اما اینکه قانون کدام نظر از میان فقها را پذیرفته با مقایسه و تطبیق سرقفلی قانونی و نظرات ارائه شده فقهی ملاحظه می گردد که قانون براساس نظر اول (دیدگاه حضرت امام (ره) در تحریر الوسيله) تنظیم شده است.

سرقفلی در عرف

شناخت سرقفلی عرفی

عرف در لغت به معنی معرفت و شناسایی است و پس از آن به معنی چیزی که در ذهن شناخته شده و مأنوس و مقبول خردمندان است به کار رفته است. اما در اصطلاح فقها عرف روش مستمر قومی است در گفتار یا رفتار و آن را عادت و تأمل نیز می نامند. عرف عملی است که اکثریت صنفی از اصناف به طور مکرر انجام دهند و آن محل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا طبقه و گروه باشد. عرف تجاری نیز عرفی است که بین تجار معمول و متداول است.^{۱۳}

عرف یکی از منابع حقوق محسوب می شود.^{۱۴} جدای از آن قانون گذار نیز در مقام قانون گذاری نمی تواند بی اعتنا به عرف باشد. برای تبیین سرقفلی در عرف نیاز است که ببینیم چه صنفی یا گروهی به انجام سرقفلی می پردازند و سپس به روش مستمر میان آنان مراجعه نمود تا بتوان سرقفلی عرفی را تشخیص داد.

برای شناسایی عرف نمی توان به کتاب یا مقاله مراجعه نمود بلکه عرف قانونی نانوشته است و برای شناختن آن باید به رویه عملی مراجعه نمود. آنچه در واقع وجود دارد سرقفلی است که میان تجار و کسبه متداول است پس برای شناسایی آن باید به عرف تجاری مراجعه کرد امروزه در میان عرف تجاری سرقفلی با ماهیتی خاص رواج دارد. برای درک بهتر می توان آن را با مثالی روشن کرد. فرض کنیم شخصی اقدام به ساخت یک واحد تجاری نموده است و مالک آن است تصمیم می گیرد که واحد تجاری (مغازه) را به دیگری واگذار نماید اگر قیمت ملک ۱۰۰ میلیون تومان باشد با یک معامله سرقفلی واحد تجاری را به قیمت ۹۵ میلیون تومان منتقل می نماید این در حالی است که مالکیت واحد تجاری همچنان برای مالک وجود دارد اما سرقفلی آن را به دیگر به قیمتی تقریباً نزدیک به قسمت اصلی واحد تجاری واگذر می نماید. اگر به مالک گیرنده بگوییم که شما چه معامله ای انجام داده اید بدون شک می گوید سرقفلی ملک را فروختم و اگر به خریدار بگوییم چه معامله ای را انجام داده اید می گوید سرقفلی ملک را خریده ام. در واقع از دیدگاه کسبه و تجار یک واحد تجاری دارای دو دارایی است. یکی دارایی عینی که به آن "مالکیت" می گویند و دیگری دارایی نامرئی که به آن سرقفلی می گویند هر کدام از آنها مالیت خاص

^{۱۲} - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس هایی از عقود معین)، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ هجدهم،

۱۳۹۱، صفحه ۲۱۹

^{۱۳} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، صفحه ۴۴۸

^{۱۴} - کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، انتشارات سهامی انتشار، تهران، چاپ چهل و نهم، ۱۳۸۵، صفحه ۱۷۷

خود را دارد. برخی این نوع سرقتی را به «سرقتی» واقعی تعبیر نموده اند.^{۱۵} برای درک بهتر از این مطلب نیاز به ذکر چند نکته است. اولاً سرقتی که در عرف وجود دارد خارج از عقد اجاره است و در واقع با یک سرقتی را که همان دارایی نامرئی و امتیاز تجاری ملک خود است را به طرف مقابل منتقل می نماید ثالثاً بیشتر ارزش ریالی واحد تجاری متعلق به سرقتی است به طوری که به ارزش ریالی کل ملک نزدیک است ثانیاً عرف، مالک سرقتی را صاحب اصلی واحد تجاری می داند و حتی می توان پا را فراتر نهاد و گفت که نهادهای اداری و شهرداری ها نیز صاحب سرقتی را صاحب اصلی ملک تجاری می دانند رابعاً سرقتی قابلیت نقل و انتقال را دارد بدون اینکه مالک در آن نقش داشته باشد به عبارت دیگر این سرقتی است که عرف آن را می شناسد و عملاً براساس آن اقدام می نماید. سرقتی عرفی در مقایسه با سرقتی قانونی و فقهی بهتر شناخته می شود.

تطبیق سرقتی عرفی با سرقتی قانونی

حال که هم به تشریح سرقتی عرفی و هم سرقتی قانونی پرداختیم مناسب است به تطبیق این دو سرقتی پرداخته تا ببینیم تا چه میزان آنچه که عرف به آن سرقتی می گوید در قانون پذیرفته شده است؟ همان طور که بیان شد در سرقتی قانونی دو نوع سرقتی پذیرفته شده بود یکی زمانی که مؤجر (مالک) می خواست ملک تجاری خود را به مستأجر اجاره دهد چیزی را به عنوان سرقتی می گرفت و دیگری وجهی بود که مستأجر در مقابل اسقاط برخی حقوقی که داشت از مالک یا مستأجر بعدی می توانست بگیرد که این از یکی از دیدگاه های فقهی اخذ شده بود مورد در قسمت اول ماده ۶ قانون سال ۷۶ و قسمت دوم در قسمت اخیر این ماده و مواد ۷ و ۸ آمده بود در حالی که در سرقتی عرفی ملک تجاری را به دو دارایی تقسیم می نمود یکی "مالکیت" و دیگری "سرقتی" اولی دارایی مرئی و عینی و دومی دارایی نامرئی بود. با این مطابقت این دو مفهوم به خوبی آشکار می شود که این دو نوع سرقتی اختلافات آشکار و غیرقابل اغماض دارند که به تشریح مهمترین این اختلافات می پردازیم.

الف) شاید بهترین تفاوت میان این دو نوع سرقتی آن باشد که سرقتی قانونی سرقتی را در قالب روابط مؤجر و مستأجر به رسمیت شناخته و به بیان آن می پردازد در حالی که روابط طرفین در سرقتی عرفی فراتر از رابطه مستأجر و مستأجر است به طوری که به هیچ عنوان صاحب سرقتی مستأجر مالک محسوب نمی شود بلکه مالک صاحب حق سرقتی می باشد به عبارت دیگر صاحب سرقتی دارایی نامرئی را تصاحب می کند و می تواند به نقل و انتقال آن بپردازد. این را می توان در قصد طرفین نیز مشاهده نمود و حتی زمانی که از مالک سؤال می کنیم که چه عملی را انجام داده اید و پاسخ می دهد که سرقتی مغازه ام را فروختم و اگر از صاحب سرقتی سؤال شود می گوید سرقتی را خریدم براساس قاعده «العقود تابعه للقصد» قصد انعقاد اجاره را نداشته اند بلکه قصد واگذاری سرقتی را داشته اند.^{۱۶} علاوه بر این همان گونه که بیان شد حتی ادارات نیز صاحب سرقتی را صاحب آن ملک تجاری می دانند.

ب) تفاوت دیگر سرقتی قانونی و سرقتی عرفی آن است که سرقتی قانونی آن وجه یا چیزی است که مؤجر یا مستأجر حسب مورد دریافت می نماید. اما در سرقتی عرفی به همان دارایی نامرئی سرقتی گفته می شود. به عبارت دیگر در قانون سرقتی مقدار وجه است و در سرقتی عرفی همان دارایی نامرئی موضوع نقل و انتقال است.

با وجود این تفاوت ها اینکه سرقتی عرفی چه نوع عمل حقوقی است نیاز به بررسی ماهیت حقوقی آن دارد که از موضوع این تحقیق خارج است. بنا براین آنچه عرف به عنوان سرقتی مطرح می نماید جایگاه تقنینی نداشته و سرقتی قانونی و عرفی دو مفهوم متفاوت هستند. جای بسی تعجب است که برخی نویسندگان آنچه را که قانون در تبصره ۲ ماده ۶ قانون سال ۷۶ که بیان می دارد «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقتی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق

^{۱۵} -زینالی، مهدی، حق کسب و پیشه و تجارت و سرقتی، انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۲، صفحه ۱۳۶ و ۱۳۷.

^{۱۶} -مدرس اصفهانی، سیدعلی محمد، قاعده العقود تابعه للقصد، نشریه کانون وکلا، ۱۳۳۶، شماره ۵۴، صفحه ۷۰.

مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد» سرقفلی عرفی دانسته اند. باید بیان داشت که این نویسندگان نیز اولاً این نظر را با مسامحه پذیرفته است ثانیاً دلالت این تبصره به سرقفلی عرفی را مستلزم اصلاح دانسته است.^{۱۷} با توجه به آنچه در مورد سرقفلی عرفی و خصوصیات آن بیان شد و همچنین مراجعه به روح حاکم بر قانون سال ۷۶ به نظر این دیدگاه مردود می باشد به جرأت می توان گفت که علت اصلی اختلاف دیدگاه هایی که در خصوص سرقفلی در فقه یا در مباحثی چون توقیف و مزایده سرقفلی وجود دارد ناشی از سوء برداشت از مفهوم اصلی سرقفلی است.^{۱۸} چنانچه مفهوم سرقفلی عرفی را با دیدگاه های های مطرح شده در فقه نیز مقایسه شود به خوبی واضح است که به هیچ کدام از این دیدگاه ها همخوانی ندارد. کار آنجا مشکل می شود که برخی از فقها همان چیزی را که خود به آن سرقفلی می نامند سرقفلی جایز می دانند.^{۱۹} چه فقه و چه قانون برای تشخیص صحیح سرقفلی باید به عرف مراجعه و به بیان احکام و قواعد آنچه را که عرف به آن سرقفلی می داند بپردازند. با این تفصیل سرقفلی عرفی در حال حاضر قانون خاصی ندارد و ناچار برای تنظیم این روابط باید به عموماً قراردادهای مراجعه نمود.

نتیجه گیری

۱- قانون گذار باید سرقفلی که در عرف وجود دارد را به رسمیت شناخته و نسبت به وضع مقرراتی در خصوص تنظیم این نوع روابط بپردازد نه تنها در موضوع سرقفلی بلکه در هر زمینه ای قانون بدون توجه به آنچه که در جامعه وجود دارد به وضع قانون بپردازد قانون وضع شده به مرور زمان به قانون متروک تبدیل خواهد شد. سرقفلی نیز مستثنی نبوده و در حال حاضر عرف با سرقفلی قانونی آشنا نمی باشد هر چه مفهوم سرقفلی عرفی و قانونی به هم نزدیک شود قانون کارایی بیشتری خواهد داشت و جایگاه خود را در جامعه و محاکم قضایی خواهد یافت.

۲- سرقفلی عرفی نوعی عمل حقوقی است که در واقعیت جامعه وجود دارد و کسبه و تجار به آن می پردازند این در واقع نوعی بی توجهی به قانون است که نباید ریشه آن را در عرف بلکه باید در قانون گذار جستجو کرد. این قانون است که باید خود را متناسب با مسائل روز تغییر داده و پاسخ گوی مسائل مستحدث باشد.

۳- البته این که گفته می شود قانون باید خود را تغییر دهد و سرقفلی عرفی را به رسمیت بشناسد مستلزم آن است که ابتدا سرقفلی عرفی را مورد بررسی شرعی قرار داده مبانی فقهی آن را تحلیل کرد سپس برای اصلاح قانون قدم برداشت تا مانند حق کسب و پیشه و تجارت برچسب غیر شرعی نخورد و همان طور که بیان شد این خود یک مسئله جداگانه بوده و باید ماهیت فقهی و حقوقی آن را به خوبی شناخت.

^{۱۷} - زینالی، مهدی، همان، صفحه ۱۳۸

^{۱۸} - بادینی، حسن، جوانمرد، لیلا، بررسی امکان و چگونگی توفیق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، پژوهشهای حقوق خصوصی، سال دوم، شماره

چهارم، ۱۳۹۲

^{۱۹} - صافی، لطف اله، همان

منابع:

۱. بادینی، حسن، جوانمرد، لیلا، بررسی امکان و چگونگی توفیق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، مجله پژوهشی حقوق خصوصی، سال دوم، شماره چهارم، ۱۳۹۲
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵
۳. خمینی، سیدروح اله، موسوی همدانی، محمدباقر، ترجمه تحریر الوسیله، جلد چهارم، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ چهارم، ۱۳۸۳
۴. زینالی، مهدی، حق کسب و پیشه و تجارت، سرقفلی، انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۲
۵. سیستانی، سیدعلی، توضیح المسائل، انتشارات آفتاب هشتم، مشهد، چاپ اول، ۱۳۸۷
۶. صافی، لطف اله، جامع الاحکام، جلد اول، انتشارات دفتر آیه اله صافی، قم، چاپ چهارم، ۱۳۸۲
۷. صافی، لطف اله، رساله توضیح المسائل، پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیه اله صافی
۸. صانعی، یوسف، مجمع المسائل، جلد دوم، انتشارات دفتر آیه اله صانعی، قم، چاپ سوم، ۱۳۸۳
۹. علوی گرگانی، سیدمحمد علی، توضیح المسائل، انتشارات دفتر آیه اله گرگانی، قم، چاپ نهم، ۱۳۸۷
۱۰. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، انتشارات سهامی انتشار، تهران، چاپ چهل و نهم، ۱۳۸۵.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از عقود معین)، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ هجدهم، ۱۳۹۱
۱۲. کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، انتشارات کشاورز، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۴
۱۳. کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶، انتشارات جنگل، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۹
۱۴. گرامی قمی، محمدعلی، توضیح المسائل، نشر دفتر آیه اله گرامی، قم، چاپ سوم، ۱۳۸۴
۱۵. مدرس اصفهانی، سیدعلی محمد، قاعده العقود تابه للقصود، نشریه کانون وکلا، ۱۳۳۶، شماره ۵۴
۱۶. مکارم، ناصر، رساله توضیح المسائل، نشر جمهوری، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶
۱۷. وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیه اله وحید

Investigating the Concept of Goodwill in the Shiite Jurisprudence, Substantive Law and Business Practice

Amin Heshmati

A judge of Darab common pleas court

Abstract

There are very few businessmen who do not deal with goodwill in their businesses. On the other hand, the mission of the law is to regulate the relations among people and specify their duties and obligations. The law in our Islamic country has paid so much attention to the principles and fundamentals of Shiite Jurisprudence that we cannot ignore the juridical principles in legal matters. Especially in the newly emerging issues such as goodwill where the legitimacy or illegitimacy of this concept is of great importance, it is very important to know whether the Shiite Jurisprudence or Law has recognized what the business practice calls goodwill and whether the Shiite Jurisprudence also calls it goodwill, or whether goodwill has its own different meaning in each of these areas? The importance of the subject is the mission of the law regarding the regulation of personal relationships and its attention to jurisprudence. Unfortunately, despite this mission, the law has taken its own path regardless of what the business practice calls goodwill, specifying what it means by goodwill and just entering in the law what has been expressed is in the words of some jurists as goodwill. The law has actually ignored the real goodwill and we currently have no choice but to refer to the general rules of contracts to regulate this legal action. We hope that the law will remember its mission and take measures to reform itself in this respect.

Keywords: Goodwill, Jurisprudence, Law, Business Practice
