

## تحلیلی نو از موضوع، اوصاف و احکام عقد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ (با نقدی بر رویه قضایی)

مصطفی کربلانی آقازاده<sup>۱</sup>

### چکیده

اکثریت قضات محاکم با مجرد نمودن حق سرقفلی از منبع حقوقی آن یعنی عقد، تبصره ۲ از ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ را چنین معنا می‌کنند که مالک در پایان مدت اجاره بدون جلب رضایت مشتری یا مستأجر دارنده حق سرقفلی می‌تواند با پرداخت قیمت عادلانه حق سرقفلی، تخلیه او را مطالبه کند؛ تحلیلی که به وضوح مغایر با قصد مشترک متعاقدين و مفهوم فقهی و عرفی از حق سرقفلی است و مالک با دریافت مبلغ سرقفلی حق تخلیه خود در پایان مدت اجاره را ساقط می‌نماید. در مقاله اثبات شده که موضوع عقد سرقفلی، دادن «حق اختیار اجاره» به مشتری یا مستأجر است که به واسطه آن، حق تخلیه مالک در پایان مدت اجاره از بین می‌رود. به این ترتیب، این که مالک در چه مواردی می‌تواند درخواست تخلیه ملک را مطرح کند، نظر به تبعیت معاملات اموال در حقوق مبتنی بر فقه از نظریه علی یا سببی، مفهوم تخلیه و قیمت عادلانه در تبصره ۲ از ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، به موارد فسخ عقد سرقفلی و کاهش ارزش مالی که در نتیجه عقد به دست آمده و قرار است به واسطه فسخ استرداد شود، بازگشت دارد.

**واژگان کلیدی:** اختیار اجاره، تقدم اجاره، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و

تجارت.

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق مفید قم، قم، ایران  
mkaghazadeh64@gmail.com

## درآمد

از دید عده‌ای از فقها عقلای عالم حق قانون‌گذاری ندارند که شخصی را صاحب حق کنند یا حق شخصی را زایل نمایند. چنین اندیشه‌ای موجب شد امکان بقای مستأجر پس از انقضای مدت اجاره با اتکا به مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» در قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ که در حقیقت یک نوع جعل حق از سوی عقلا و مغایر شریعت بود و از احکام غضب به حساب می‌آمد، در تحولات بعدی قانون‌گذاری در راستای حقوق مبتنی بر فقه در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ جای خود را به مفهوم شرعی «حق سرقفلی» بدهد؛ مفهومی که در واقع قرار است جایگزین مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» شود و کارکردی مشابه آن داشته باشد؛ با این مبنای شرعی که صاحب حق سرقفلی با اتکا به «اراده متعاقدين» پس از انقضای مدت اجاره، همچون صاحب حق کسب و پیشه و تجارت، امکان بقا در عین را بیابد، اما این جایگزینی به دلایل زیر آن‌گونه که باید محقق نشد:

نخست این‌که مواد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تقریباً بدون هیچ دخل و تصرفی از مسائل سرقفلی کتاب تحریر الوسیله مرحوم سید روح‌الله موسوی خمینی گرفته شده است و چون در آن کتاب به ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی هیچ اشاره‌ای نشده بود، چنین امری موجب شد این ابهام به قانون موصوف سرایت کند و در این قانون نیز اشاره روشنی به ماهیت، آثار و احکام آن نشود؛ امری که سبب شد قضاوت و حتی دکترین حقوقی بر خلاف حق کسب و پیشه و تجارت که در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ به تفصیل ماهیت، آثار و احکام آن به روشنی آمده بود، در این قانون نظر به سکوت ماهیت، آثار و احکام سرقفلی در رفع تنازعات میان صاحب حق و مالک عین، متحیر و سرگردان بمانند. برای نمونه، این‌که در هنگام تخلیه معیار برآورد حق سرقفلی چیست، برخی به کاهش ارزش مبلغ پرداختی (سکوتی، ۱۳۸۲: ۷۹) و برخی دیگر به برآورد قیمت نوع مشابه حق سرقفلی نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳؛ عبدی‌پور، ۱۳۸۴: ۱۰۵).<sup>۱</sup> در ادامه، در صورتی که به

۱. در نظریه مشورتی شماره ۱۴۱۹/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۲/۱۱/۱۴۰۰ در پاسخ به این سوال که منظور از قیمت عادلانه روز مندرج در تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ چیست و نحوه محاسبه آن به چه نحو است؛ آیا منظور، محاسبه مبلغ پرداختی سرقفلی به قیمت

درخواست مالک، حکم تخلیه به همراه پرداخت قیمت عادلانه حق سرقتی صادر شود، ولی مالک از اجرای حکم تخلیه در مدت مدیدی امتناع نماید، این که میزان مندرج در حکم در اجرای تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری قابل تغییر است یا حکم تخلیه همچون مقررات ۱۳۵۶ ملغی می شود و یا این که میزان آن حین اجرا با کارشناسی باید معین شود، معرکه آرا و انظار در رویه قضایی است.<sup>۱</sup>

روز تخلیه است که بر اساس شاخص بانک مرکزی (به عنوان وسیله ای که در تقویم معادل ریالی آن موثر است) و با ارجاع موضوع به کارشناس حسابداری مشخص می گردد یا مفهومی دیگری دارد که در این صورت، مبنای محاسبه سرقتی به قیمت عادلانه روز چیست و چه کارشناسی و با چه صلاحیتی می بایست در این خصوص اظهار نظر نماید، آمده است: «اولاً، در خصوص اجاره اماکن تجاری مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ با توجه به ذیل تبصره ۲ ماده ۶ این قانون، هنگام تخلیه، سرقتی باید به قیمت عادلانه روز تخلیه پرداخت شود و در تعیین قیمت عادلانه روز سرقتی، همه عواملی که عرفاً موثر است با عنایت به وضعیت و موقعیت کنونی ملک باید لحاظ شود؛ به گونه ای که اگر قرار باشد سرقتی ملک در وضع کنونی واگذار شود، عرفاً به چه قیمتی واگذار می شود؛ ثانیاً، حدود صلاحیت کارشناس رسمی بر اساس پروانه ای است که از سوی مرجع ذی ربط صادر شده است و برای تشخیص کارشناس ذی ربط، مقام قضایی می تواند با مراجعه به کتب فهرست کارشناسان رسمی دادگستری، گرایش ها و حوزه تخصصی هر کارشناس را ملاحظه کند».

در نظریه مشورتی دیگری به شماره ۱۷۱۹/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۱/۵/۴ در پاسخ به این سوال که در خصوص حق دریافت سرقتی مستأجر موضوع تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، چنانچه مستأجری که به طریق صحیح شرعی، سرقتی مغازه ای را از مالک (موجر) آن دریافت کرده است، مبادرت به تخلیه ملک موضوع اجاره و سرقتی نماید؛ اما موجر از پرداخت حق سرقتی به نرخ عادلانه روز به وی خودداری کند، در صورت طرح دعوی از سوی مستأجر جهت مطالبه این حق، بعد از مدت طولانی از تاریخ خلف وعده توسط مالک (موجر)، آیا ملاک در ارزیابی سرقتی، روز تخلیه است یا روز پرداخت آن به مستأجر، گفته شده است: «اولاً، در خصوص اجاره اماکن تجاری مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ با توجه به ذیل تبصره ۲ ماده ۶ این قانون، هنگام تخلیه، سرقتی باید به قیمت عادلانه روز پرداخت شود و در تعیین قیمت عادلانه روز سرقتی، همه عواملی که عرفاً موثر است با توجه به وضعیت و موقعیت کنونی ملک باید لحاظ شود؛ به گونه ای که اگر قرار باشد سرقتی ملک در وضع کنونی واگذار شود، عرفاً به چه قیمتی واگذار می شود؛ ثانیاً، چنانچه زمان تخلیه به هر علتی، سرقتی به قیمت عادلانه آن زمان پرداخت نشود، ملاک قیمت همان زمان تخلیه است و چنانچه به رغم مطالبه در پرداخت آن تأخیر شده باشد، خسارت ناشی از کاهش ارزش پول با رعایت ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قابل مطالبه است».

۱. در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۲۱۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۷/۲۱ در پاسخ به این پرسش که با توجه به این که در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ طی تبصره ۲ ماده ۶ آن قانون در مواردی که موجر سرقتی را به مستأجر منتقل نموده باشد و تخلیه منوط به پرداخت حق سرقتی به قیمت عادلانه روز گردیده باشد چنانچه در مرحله رسیدگی سرقتی ملک به قیمت روز کارشناسی شود و در حکم قطعی دادگاه مبلغ سرقتی قید گردد و لیکن محکوم له بعد از صدور حکم مدت چند سال نسبت به پرداخت سرقتی مستأجر اقدامی ننموده باشد و تخلیه صورت نگرفته است آیا با گذشت مدت مدید ممکن است قیمت سرقتی تغییر کرده باشد و با توجه به این که برابر تبصره ماده ۱۹ قانون کانون

دوم این که برخلاف اکثر مفاهیم و تأسیسات حقوقی که پیشینه‌ای طولانی در فقه دارند و از آن‌ها می‌توان در رفع ابهام و تکمیل قانون بهره جست، حق سرقفلی دارای سابقه بسیار کمی در فقه بوده و تنها در کتب صد سال اخیر فقه‌ها و فقط با اشارات اندکی به ماهیت، آثار و احکام آن پرداخته شده و این مهم نیز مزید بر علت شده که میان آن‌چه در عرف وجود دارد و در دادگاه‌ها حاکم است، مطابقتی وجود

کارشناسان رسمی دادگستری چنان‌چه قیمت عادلانه روز ملک با جلب نظر کارشناس تعیین شده باشد تا صرفاً شش ماه معتبر است در مانحن فیه آیا بعد از صدور حکم دادگاه باید قرار کارشناسی مجدد صادر نماید و نظریه جدید اخذ نماید و آن را ملاک عمل قرار دهد یا همان مبلغ مذکور در حکم ملاک عمل دادگاه است و آیا اخذ نظریه کارشناس بعد از صدور رأی مغایر قاعده فراغ دادرسی می‌باشد یا خیر، آمده است: «هرگاه موجر دعوای تخلیه مطرح کرده باشد و دادگاه ضمن حکم تخلیه به استناد تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، تخلیه را منوط به پرداخت سرقفلی به قیمت عادلانه روز نموده باشد، اولاً دادگاه در این گونه موارد علی‌الاصول نباید مبلغی را به عنوان سرقفلی تعیین نماید؛ زیرا زمان قطعی شدن و اجرای حکم تخلیه در هنگام صدور رأی معلوم نیست و آن‌چه موجر مکلف به پرداخت آن است، سرقفلی به قیمت عادلانه روز تخلیه است نه قبل از آن؛ ثانیاً، اگر دادگاه در رأی خود ضمن حکم تخلیه، مبلغ مزبور را تعیین نموده باشد، تعیین مبلغ مزبور به عنوان بخشی از محکوم‌به نمی‌باشد؛ زیرا محکوم‌له پرونده تخلیه موجر است در حالی که وی مکلف شده است مبلغ مزبور را به محکوم علیه (مستأجر) بپردازد؛ بنابراین در فرض سوال در صورت انقضای مدت شش ماه از تاریخ صدور نظریه کارشناسی، دادگاه در اجرای تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری می‌تواند با ارجاع امر به کارشناسی قیمت عادلانه روز سرقفلی را تعیین نماید».

در نظریه مشورتی دیگری به شماره ۱۷۰/۱۴۰۱/۰۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۱۴ در پاسخ به این سوال که بر اساس قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، چنانچه مستأجر دارای حق سرقفلی یک باب مغازه باشد و به درخواست مالک، رأی بر تخلیه یک ماه پس از تودیع سرقفلی صادر شود، اما مهلتی برای تودیع مبلغ سرقفلی از سوی مالک تعیین نشود، با توجه به ارزش روز سرقفلی، آیا با اخذ ملاک از ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، در صورت عدم تودیع ظرف مهلت سه ماه، حکم بی‌اثر است یا باید هنگام اجرای احکام قیمت روز سرقفلی دوباره تعیین شود، گفته شده است: «در فرض سؤال که مستأجر دارای حق سرقفلی است و دادگاه رأی بر تخلیه یک ماه پس از پرداخت سرقفلی صادر؛ اما مهلتی برای تعیین سرقفلی تعیین نکرده است، از آن‌جا که وفق تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ سرقفلی باید هنگام تخلیه به قیمت عادلانه روز به مستأجر پرداخت شود؛ اولاً، موجبی برای اخذ ملاک از ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که ناظر بر حق کسب، پیشه یا تجارت است، نمی‌باشد و نمی‌توان با اخذ ملاک از حکم این ماده، موارد مغایر اثر شدن رأی دادگاه پس از مهلت سه ماه قانونی را به فرض سؤال نیز توسعه و تسری داد؛ ثانیاً، موضوع از شمول تبصره ماده ۱۹ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ خروج موضوعی دارد و در فرض سؤال، دادگاه مکلف به تجدید کارشناسی و تعیین قیمت عادلانه روز است؛ زیرا این تکلیف نشأت گرفته از مقرره‌ای است که موضوع را به قیمت عادلانه روز احاله کرده است؛ بنابراین در فرض سؤال که موجر پس از چند ماه از تاریخ رأی سرقفلی را پرداخت نکرده است، با توجه به تکلیف قانونی پیش گفته، در صورت عدم تراضی طرفین، با ارجاع امر به کارشناس، قیمت عادلانه روز سرقفلی تعیین می‌شود».

نداشته باشد. برای نمونه، این که منظور از «هنگام تخلیه» در تبصره ۲ از ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ چیست، معنای این تبصره از دید اکثریت قضاات آن است که موجر در پایان مدت اجاره بدون نیاز به سببی می تواند درخواست تخلیه مشتری یا مستأجر دارنده حق سرقتی را بدهد؛ درحالی که چنین امری برخلاف مفهوم فقهی (لنکرانی، ۱۳۹۴، درس خارج فقه؛ حائری، ۱/۱۴۲۳: ۱۶۵) و رایج سرقتی در عرف و قصد مشترک متعاقدین است که مالک با دریافت مبلغ سرقتی حق تخلیه خود را اسقاط می کند.

سوم، به دلیل این که فقهای معاصر در مقابله با مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» چنین حقی را وضع نمودند، سبب شد آن ها بیشترین زمان خود را صرف شناساندن مشروع بودن حق سرقتی در برابر حق کسب و پیشه و تجارت کنند و کمتر به بیان ماهیت، آثار و احکام آن پردازند؛ همین امر به قانون مذکور سرایت نمود و موجب شد قانون گذار نیز بدون هیچ بیان روشنی از ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی، فقط معاملات راجع به آن را صحیح بداند؛ درحالی که از دلالت های قانون گذاری مطلوب آن است که مقنن به بیان ماهیت، آثار و احکام موضوعات مطروحه پردازد تا در مقام رفع تحیر قضاات حکم آن را مشخص نماید.

چهارم، از آن جا که در رفع ابهام و تکمیل ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی نمی توان با توجه به تفاوت مبنایی آن با حق عرفی کسب و پیشه و تجارت که به تفصیل ماهیت، آثار و احکام آن در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ آمده بهره برد، جملگی این موارد موجب شده است این جایگزینی آن گونه که باید انجام نشود.

اهمیت موضوع زمانی بیشتر احساس می شود که نظر به تمایز و جدایی حق صاحب سرقتی از مالکیت عین در طول مدت بهره برداری و استفاده از عین، ممکن است تعارضاتی میان حق صاحب سرقتی، مالک و حتی دیگران به وجود آید؛ نظیر تعدی و تفریط صاحب حق سرقتی در عین مستأجره، عدم پرداخت مابه ازای انتقال حق سرقتی یا اجاره بها از سوی صاحب حق سرقتی به مالک عین، اسباب و موارد

۱. برای ملاحظه چنین نظری، بنگرید به نظریه های مشورتی ۷/۹۷/۲۱۰۰ مورخ ۷/۲۱/۱۳۹۷ و ۷/۱۴۰۰/۱۷۱۹ مورخ ۷/۱۴/۱۴۰۱.

تخلیه عین مستأجره، تصرفات بدون مجوز مالک عین یا دیگران در عین متعلق حق سرقفلی، اتلاف یا تلف عین متعلق حق سرقفلی بعد از انعقاد قرارداد حق سرقفلی، انتقال حق سرقفلی یا منفعت عین مستأجره از سوی صاحب حق سرقفلی به دیگران، نیاز به تعمیرات کلی یا جزئی عین متعلق حق سرقفلی، اختلاف مالک و صاحب حق سرقفلی در برآورد میزان سرقفلی در فرض تخلیه که جملگی این موارد نمونه‌ای از این تعارضات پیدا و پنهان میان مالک عین، غیر و صاحب حق سرقفلی است. مواردی که نظر به استمرار رابطه میان صاحب حق سرقفلی با مالک، فروض بعید و نادری نیستند و جمع میان مالک و دارنده حق جز با بیان ماهیت این حق ممکن نیست. اما به دلیل آن که احکام حق کسب و پیشه و تجارت به صورت کم‌وبیش تفصیلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ آمده است، در مقررات روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ هیچ اشاره‌ای به ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی نشده است و پاسخ به آن‌ها جز در سایه کشف ماهیت، آثار و احکام حق سرقفلی ممکن نیست.

مطالعه نظریه‌های دکتربین حقوق ایران راجع به حق سرقفلی، حاکی از آن است که با وجود مطالعات متعدد، به نحو مطلوبی به این موضوع پرداخته نشده است؛ بنابراین ضرورت نوشتن مقاله حاضر بیشتر آشکار می‌شود؛ زیرا در مقاله‌های دیگر نظیر «رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت و حق سرقفلی» (۱۳۸۴)، «تحلیل فقهی و حقوقی سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶» (۱۳۹۵)، «رویکردی نوین نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی از دیدگاه نظام حقوقی مالکیت فکری» (۱۳۹۳)، «سرقفلی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی)» (۱۳۹۴)، «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی» (۱۳۹۱)، و «نقدی بر سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶» (۱۳۸۰) تا آنجا که مطالعه شد، جز پاره‌ای اشارات کلی به ماهیت حق سرقفلی که آن نیز مغایر با نظر این مقاله است، عمدتاً بیشترین تمرکز بر تمایز میان حق کسب و پیشه و تجارت از حق سرقفلی گذاشته شده است؛ و اگر نگوئیم هیچ، کمتر بحثی راجع به آثار و احکام حق سرقفلی در فروضی که تصویر آن آمد، شده است؛ در حالی که نظر به اهمیت موضوع و فزونی معاملات سرقفلی در جامعه، باید بیشترین تمرکز در پاسخ به فروضی باشد که بیان شد؛ مواردی که پاسخ به آن‌ها

جز در سایه کشف ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی ممکن نیست. کوتاه سخن این که در این مقاله کوشش شده است در سایه روشن شدن ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی، پاسخ به فروض مطروحه داده شود و رویه‌های مرسوم در محاکم که عمدتاً بر پایه نظریات مشورتی بنا شده‌اند به نقد کشیده شوند.

این که ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی به چه نحوی طرح شود، می‌توان موضوع را به دو شیوه مطرح نمود؛ یا ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی را مجرد و قطع نظر از منبع حقوقی آن مطرح کرد، همچنان که در دادگاه‌ها اصولاً به این شیوه به مسئله حق سرقتی نگاه می‌شود و یا با تأکید بر منبع حقوقی، ماهیت، آثار و احکام حق سرقتی را طرح کرد. این که کدام یک از این شیوه‌ها را می‌توان در طرح موضوع انتخاب نمود، در پاسخ به آثار و احکام موضوع تحقیق نیز تأثیرگذار است.

مطابق این شیوه که حق سرقتی مجرد از منبع حقوقی است، همچنان که چنین نگرشی کم یا بیش حاکم بر قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ است، مفهوم تبصره ۲ از ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ این گونه معنا می‌شود؛ اولاً، مالک بدون نیاز به سبب خاصی به صرف انقضای مدت اجاره به هر علتی که بخواهد می‌تواند تخلیه صاحب حق سرقتی را مطالبه نماید و ثانیاً، به دلیل آن که تخلیه در این حالت با اضمحلال حق سرقتی در عین و دارا شدن ناعادلانه مالک ملازمه دارد، تخلیه مطابق تبصره ۲ از ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ منوط به پرداخت ارزش روز حق سرقتی است؛ بدون این که توجه شود عقد به عنوان منبع حقوقی آن عقد لازم است یا جایز؛ در حالی که مطابق شیوه دوم، درخواست تخلیه عین از سوی مالک، متفرع از فسخ عقد سرقتی است و تا مادامی که عقد فسخ نشود، مالک نمی‌تواند تخلیه صاحب حق سرقتی را مطالبه نماید و در ادامه فسخ آن چه به مشتری پرداخت می‌شود چیزی بیش از استرداد عوض قراردادی نیست. به عبارت دیگر، در این طرح اسباب و موارد تخلیه به اسباب فسخ عقد بازگشت می‌کند که آیا عقد سرقتی عقد لازمی است که جز در موارد معین، هیچ‌یک از طرفین حق فسخ آن ندارند یا عقد جایزی است که هریک از طرفین هر موقع بخواهند می‌توانند آن را برهم بزنند.

مجرد ساختن حق سرقتی از منبع حقوقی، موجب دور افتادن آن از منابع

حقوقی و دیگر اصول حقوقی می‌شود؛ این در حالی است که تجریدی بودن حق از منبع حقوقی آن، خلاف سیره عقلایی حاکم بر معاملات مبتنی بر فقه است. از آنجا که فقیهان برای پرهیز از چنین تجریدی در فقه سنتی محور اصلی مباحث را «عقود معین» و «قواعد خاص ضمان قهری» قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶-۱۷) تا موجب افراط و دور ماندن موضوع از منبع حقوقی و دیگر اصول حقوقی نشود، عنوان مقاله تحلیل موضوع، اوصاف و احکام عقد سرقتی انتخاب شد؛ بنابراین در مقاله پس از بیان فلسفه، تاریخچه و ماهیت حقوقی سرقتی که در واقع بازگشت به موضوع عقد سرقتی است، اوصاف و احکام عقد سرقتی بیان می‌شود که به پشتوانه آن آثار و احکام حق سرقتی و پاسخ مسائلی مفروض داده شود.

### ۱. فلسفه و تاریخچه حق سرقتی

از آنجا که کشف ماهیت حقوقی هر چیزی متفرع از شناخت مفهوم آن است، برای شناخت سرقتی می‌توان دو طریق را انتخاب کرد یا با مراجعه به کتب لغوی و یا رجوع به تاریخ و شناخت سیر تحولات آن. در این میان در مقالات و کتب حقوقی عموماً از رویکرد نخست استفاده می‌شود، اما از آنجا که مراجعه به سیر تحولات تاریخ و عرف حاکم میان مردم می‌تواند درک بهتری از این موضوع ارائه دهد، نویسنده معتقد است رویکرد دوم کمک بیشتری به کشف ماهیت حق سرقتی می‌کند.

پس از خلق اشیا، بشر برای رفع نیازمندی‌های خود مفاهیمی را وضع نمود که به واسطه آن‌ها نیازهای خود را برطرف سازد؛ مفاهیمی که به تبع توسعه و پیشرفت جوامع بشری و نیاز به تغییر جوامع در طول حیات خود روز به روز در حال تحول و دگرگونی هستند که از آن جمله می‌توان به مفهوم «سرقتی» در حقوق اشاره کرد. با مراجعه به تاریخ بشر دلایل ایجاد حق سرقتی به قرار زیر است:

نخست، از آنجا که در فعالیت‌های اقتصادی از یک سو مستأجران ناتوان از خرید مالکیت، نگران تخلیه ملک در پایان مدت اجاره و گران و کمیاب شدن منافع و از دست رفتن مشتریان خود بودند و از سوی دیگر موجران نیز نگرانی‌های متعدد خود را داشتند، مانند کمبود مستأجر و پول، جملگی این فعالان اقتصادی به فکر ابزاری افتادند که بتوانند این ریسک‌ها را مدیریت کنند تا از یک سو هم نگرانی‌های

مستأجران برطرف شود و از سوی دیگر نیازمندی‌های موجران تأمین گردد. یکی از این روش‌ها «معامله حق سرقفلی» بود؛ امری که موجب می‌شد هم نگرانی مستأجران برطرف شود و با اجاره بهای کمتری به تصرفات خود بعد از پایان اجاره ادامه دهند و هم با پرداخت مبلغ مابه‌ازای سرقفلی نیازمندی‌های موجران برطرف شود. مطابق این تصویر، صاحب سرقفلی همچون مستأجری است که باید به ازای مبلغ کمتری اجاره‌بها عین مستأجره را به مالک پرداخت کند و با پرداخت مبلغ سرقفلی حق تخلیه مالک ساقط می‌شود.

دوم، دلیل دیگری که فعالان اقتصادی در فکر ابداع مفهومی به نام سرقفلی افتادند، مخالفت فقها با مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ بود. فعالان اقتصادی یادشده در مقابل این منع شرعی، برای این‌که امر دیگری را جایگزین مفهوم عرفی «حق کسب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ کنند؛ حقی که کارکردی مشابه با آن داشته باشد، مفهوم سرقفلی را ابداع نمودند که با اتکا به اراده مالک و صاحب حق سرقفلی امکان بقا در عین مستأجره را همچون حق کسب و پیشه و تجارت داشته باشد و مالک نتواند او را از عین تخلیه کند. حقی که به اعتبار آن صاحب سرقفلی بتواند هم از منافع عین استفاده و بهره‌برداری نماید و هم در مقابل این استفاده باید اجاره‌بهای کمتری را پرداخت کند؛ هم‌چنان که در حق کسب و پیشه و تجارت، مالک با انقضای مدت، حق تخلیه مستأجر را ندارد، در این حالت نیز با انقضای مدت اجاره، حق تخلیه صاحب حق سرقفلی را نداشته باشد.

## ۲. ماهیت حقوقی حق سرقفلی

بنا بر آنچه از فلسفه و تاریخچه حق سرقفلی مشخص می‌شود، صاحب سرقفلی پس از انقضای مدت اجاره حق دارد به تصرفات خود ادامه دهد و بدون جلب رضایت او مالک نمی‌تواند تخلیه وی را درخواست کند (عبدی‌پور، ۱۳۹۲: ۲۴۴)، اما آنچه محل بحث است، ماهیت این حق، آثار و لوازم آن است. آیا چنین حقی تابع صاحب حق است یا بر ملک تعلق می‌گیرد؟ که این مهم نه تنها در تعیین معیار ارزش حق سرقفلی مؤثر است، بلکه این‌که چنین حقی در تقسیم‌بندی اموال، ذیل اموال منقول قرار می‌گیرد یا غیر منقول نیز تأثیرگذار خواهد بود.

بر اساس آنچه در فلسفه و تاریخچه حق سرقفلی بیان شد، در عرف معاملی متعاقدین حق سرقفلی را قطع نظر از «عین»، «منفعت»، «اجاره‌بها»، «قرض» و «اباحه تصرف»، سلطه دیگری برای صاحب حق سرقفلی اعتبار می‌کنند (لنکرانی، ۱۳۹۴، درس خارج فقه؛ عبدی‌پور، ۱۳۸۴: ۹۹) که موجب می‌شود صاحب حق سرقفلی با اجاره‌بهای کمتری به تصرفات خود ادامه دهد، اما چون مقنن در توصیف ماهیت این حق، سکوت اختیار کرده است، این که امکان بقا از آثار چه حقی است، تصویرهای آن می‌تواند به قرار زیر باشد.

### ۱-۲. حق انتفاع

مطابق این تصویر که در کلمات مرحوم خوبی آمده است، ماهیت حق سرقفلی، «حق سکنی» به عنوان قسمی از اقسام حق انتفاع است که صاحب حق سرقفلی می‌تواند به تصرفات خود پس از انقضای مدت ادامه دهد (خوبی، ۳۰/۱۴۱۸: ۵۱۱؛ باریکلو، ۱۳۹۵: ۱۹۹).

مطابق این تصویر، مبلغ سرقفلی مابه‌ازای انتقال حق انتفاع به مشتری است که مشتری می‌تواند به تصرفات خود ادامه دهد. از لوازم این تصویر آن است که اولاً، مشتری نمی‌تواند منفعت عین را به دیگری انتقال دهد؛ چون آنچه به صاحب سرقفلی منتقل شده است چیزی بیش از حق انتفاع نیست؛ حقی که ضعیف‌تر از مالکیت منفعت در حقوق ما است (خوبی، ۳۰/۱۴۱۸: ۵۱۱)؛ ثانیاً، مطابق این تصویر، صاحب سرقفلی بدون این که موظف باشد اجرت منافع را پرداخت نماید، به واسطه این که مابه‌ازای حق انتفاع را پرداخت نمود، موظف به پرداخت اجاره‌بها در طول مدت تصرف نیست.

اگر چه تصویر ارائه‌شده مغایر با قوانین آمره نیست و طرفین می‌توانند همچون این تصویر توافق کنند، اما کلیت تحلیل ارائه‌شده با مفهوم عرفی سرقفلی و آنچه در قانون آمده است سازگار نیست؛ زیرا اولاً، از آثار مفهوم عرفی حق سرقفلی آن است که مشتری با وجود پرداخت مبلغی، موظف به پرداخت مبلغ دیگری به مالک در طول مدت بقا است؛ مبلغی که کمتر از اجاره متعارف عین است و در عرف از آن با عنوان «اجاره‌بها» یاد می‌شود؛ ثانیاً، از دلالت‌های مفهوم حق سرقفلی آن است که صاحب حق سرقفلی می‌تواند منافع عین مستأجره را در مواعدهای معین کوتاه‌مدت یا بلندمدت

به اشخاص دیگر انتقال دهد؛ هم‌چنان که در عرف، در صورت سکوت متعاقدين، از آثار حق سرقفلی آن است که صاحب آن حق دارد منافع ملک را در موعدهای معین کوتاه‌مدت یا بلندمدت به دیگری اجاره دهد؛ در حالی که مطابق تصویر ارائه شده، صاحب حق انتفاع حق تملیک منفعت را در موعدهای معین کوتاه‌مدت یا بلندمدت ندارد؛ تحلیلی که نشان می‌دهد تصویر ارائه‌شده مغایر با آثار و لوازم عرفی سرقفلی در قانون و قصد مشترک متعاقدين در عرف است.

### ۲-۲. ملکیت منفعت دائم

مطابق این تصویر، به خلاف اجاره که تملیک منفعت موقت است، مالک عین منفعت عین مستأجره را به صورت دائم به مشتری یا مستأجر تملیک می‌نماید. بر اساس این تصویر، مبلغ سرقفلی مابه‌ازای تملیک منفعت دائمی عین مستأجره است که مشتری یا مستأجر می‌تواند به تصرفات خود ادامه دهد. این ایراد که در اجاره منفعت باید مدت معین باشد، پس در عقد سرقفلی نیز مدت باید معین شود، مانع از صحت چنین قراردادی نیست؛ زیرا این که مدت استفاده از منفعت در عقد اجاره باید معین باشد، از شرایط و اوصاف عقد اجاره است و مربوط به نظم عمومی نیست که نتوان در دیگر عقود چنین شرطی را وارد نمود؛ هم‌چنان که در وصیت، موصی می‌تواند منافع عین را به صورت مطلق یا دائمی به دیگری واگذار نماید.

از لوازم این تصویر آن است که صاحب حق می‌تواند اولاً، منفعت را که به صورت دائمی به ملکیت وی درآمده است، در طول مدت معینی و به عبارت دیگر، قسمتی از آن را به دیگران تملیک کند و پس از انقضای مدت، چون منافع دائم عین مستأجره متعلق به اوست، مستأجر مکلف به استرداد عین به او خواهد بود؛ ثانیاً، دارنده حق سرقفلی که مالک دائمی منفعت است، می‌تواند منفعت دائمی عین را که در این تصویر از آن به حق سرقفلی تعبیر می‌شود، در صورتی که شرط مغایری نشده باشد به دیگری منتقل نماید.

تحلیل ارائه شده با آثار سرقفلی و قصد مشترک متعاقدين مطابقت ندارد؛ زیرا در عرف پس از انعقاد عقد سرقفلی، صاحب سرقفلی در موعدهای معین یا مقرر، بهای منفعت را با عنوان اجاره‌بها به مالک می‌دهد. این مهم دلالت دارد بر این که مبلغ سرقفلی که مشتری به مالک پرداخت می‌کند در برابر تملیک منفعت نیست، بلکه

امر مجزایی است که موجب می‌شود صاحب حق سرقفلی بهای منفعت را به مالک پرداخت کند؛ بنابراین تحلیل ارائه شده مغایر با مفهوم عرفی حق سرقفلی و قانونی آن است.

### ۲-۳. حق تقدم در اجاره

در این تصویر وجه و مبلغی که مالک عین از مشتری تحت عنوان سرقفلی دریافت می‌کند، مابه‌ازای حق تقدم در اجاره نمودن عین است؛ به این صورت که مالک عین هر موقع که خواست عین را به اجاره دیگری قرار دهد، مشتری یا همان صاحب سرقفلی را در اجاره عین، مقدم بر دیگران بداند. در صورت صحت این تحلیل، مالک در عقدی مستقل یا شروط ضمن عقد متعهد می‌شود در صورتی که در آینده قصد اجاره دادن عین را داشته باشد، طرف مقابل را مقدم بر انعقاد عقد اجاره در نظر گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲؛ عبدی‌پور، ۱۳۸۴: ۹۹).

مطابق این تصویر، مالک تعهدی بر اجاره دادن مال به دیگری ندارد و می‌تواند به تصرفات خود در ملک پس از انعقاد عقد سرقفلی ادامه دهد. تنها زمانی باید به مشتری اجاره دهد که قصد اجاره دادن آن را داشته باشد و با مشتری در مورد شرایط معین عقد اجاره به توافق برسد. این تحلیل با قصد مشترک متعاقدين و آثار عقد سرقفلی ناسازگار است؛ زیرا اولاً، در عرف به محض انعقاد عقد سرقفلی، مالک متعهد به تحویل عین به مشتری می‌شود؛ نه این‌که اختیار داشته باشد به تصرفات خود ادامه داده، هر موقع خواست ملک را در اجاره دیگری قرار دهد و طرف مقابل را مقدم بر انعقاد عقد اجاره در نظر گیرد؛ ثانیاً، قصد مشترک طرفین در عرف، دلالت دارد بر این‌که آن‌ها به امری بیشتر از حق تقدم و کمتر از ملکیت نظر دارند؛ امری که برزخ میان این دو است و بر این دلالت دارد که به محض انعقاد عقد سرقفلی، عین در اختیار مشتری قرار گیرد و پس از انقضای مدت، مشتری به تصرفات خود همچنان ادامه دهد و مالک حق تخلیه او را ندارد.

### ۲-۴. حق اختیار در اجاره

مطابق این تصویر، پرداخت مبلغ سرقفلی مابه‌ازای قیمت حق اختیار اجاره است که به سبب آن مشتری یا مستأجر با پرداخت مبلغ معینی به مالک، حق اختیار اجاره کردن عین را با قیمت قابل اعمال در آینده به دست می‌آورد. در واقع مبلغ

تعیینی میان مالک عین و مشتری یا مستأجر اول، قیمت حق اختیار اجاره ملک است که دارنده سرقتی آن را به مالک پرداخت می‌کند؛ حقی که با پرداخت عوض در یک قرارداد مستقل برای مشتری یا بر مبنای شروط ضمن عقد اجاره برای مستأجر اول حاصل می‌شود که در صورتی که اختیار آن را داشته باشد می‌تواند آن را به مستأجر دوم منتقل نماید (حائری، ۱/۱۴۲۳: ۱۶۵؛ حسین‌زاده و شیروی، ۱۳۸۶: ۱۱۹).

آنچه موجب تمایز حق اختیار از مفاهیم مشابه مانند وکالت در اجاره یا حق تقدم در اجاره می‌شود، این است که طرفین در حق اختیار اجاره، پیش از عقد اجاره شرایط عقد آینده را معین می‌کنند و تنها حلقه مفقود این رابطه حقوقی، قصد مشتری یا مستأجر است که با الحاق آن به قصد مالک که پیشاپیش اعلام شده است عقد تشکیل می‌شود؛ در حالی که در وکالت در اجاره، مستأجر به نمایندگی از موجر قرارداد را منعقد می‌نماید و در حق تقدم، شرایط عقد اجاره آینده مشخص نیست و طرفین باید در قرارداد دیگری شرایط را معین کنند.

آنچه موجب تمایز بیشتر حق اختیار از وکالت می‌شود آن است که در وکالت، هم در زمان انعقاد عقد وکالت و هم در زمان انشای عقدی که وکیل منعقد می‌نماید، باید موکل دارای اهلیت باشد؛ در حالی که در حق اختیار اجاره، تنها باید طرفین حین عقد اختیار دارای اهلیت باشند و لازم نیست مالک در زمان عقد نهایی یعنی اجاره، دارای اهلیت باشد؛ زیرا با انشای عقد اختیار، توافقی که میان طرفین صورت گرفته، آن است که مالک حق اختیار خود را در اجاره، به دیگری واگذار نموده است؛ نه این که دیگری را مأذون در تصرف حقوقی نماید.

مطابق این تصویر، حسب ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ چنین حقی با پرداخت عوض در یک قرارداد مستقل ایجاد می‌شود که با اعمال قیمت اجاره از سوی مشتری، عقد اجاره اتوماتیک‌وار میان متعاقدین منعقد می‌شود؛ در حالی که مطابق تصویر دیگر یعنی شروط ضمن عقد اجاره که در مواد ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ به آن تصریح شده، مالک موظف است در صورت تصمیم مستأجر به اجاره و استفاده از حق خود با وی قرارداد اجاره منعقد نماید و در صورتی که مالک امتناع نماید، حاکم به نمایندگی از او عقد اجاره را منعقد می‌کند.

تحلیلی که ارائه شد، با مفهوم عرفی سرقتی، قصد مشترک متعاقدین و مواد

۶، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ منطبق است؛ زیرا از یک سو، مشتری با پرداخت مبلغ سرقفلی حقی متفاوت با ملکیت منفعت و حق انتفاع به دست می‌آورد و از سوی دیگر، چون حق اختیار اجاره کردن عین در آینده را به دست آورده است، اجاره‌بهای کمتری از مبلغ متعارف به مالک پرداخت می‌کند و به واسطه حق اختیار اجاره، حق مالک در اخراج مشتری یا مستأجر در انتهای اجاره از او سلب می‌شود. نمونه‌ای از این تصویر را می‌توان در مقررات حق شفعه در فقه اسلامی مشاهده نمود که شفیع حق اختیار تملک مورد شفعه را با پرداخت مبلغ معین دارد.

به این ترتیب، این‌که اکثریت قضات تبصره ۲ از ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ را این‌گونه معنا می‌کنند که بدون جلب رضایت دارنده سرقفلی، مالک می‌تواند تخلیه ملک را همراه با پرداخت ارزش سرقفلی درخواست کند، با این انتقادهای جدی مواجه است که اولاً، مفهوم عرفی سرقفلی و آنچه قصد مشترک متعاقدین است را از درون تهی و بدون محتوا می‌کند؛ ثانیاً، این ابتکار قضات با مفهوم حق که سلطنت ضعیف برای دارنده در فقه معنا شده است؛ بنابراین نمی‌توان بدون رضایت دارنده و به صورت قهری آن را به دیگری منتقل نمود، منافات دارد؛ ثالثاً، این‌که چنین حقی ضمن عقد اجاره یا معاوضه دیگری به مشتری یا مستأجر واگذار می‌شود، اگر بدون رضایت دارنده حق، نقض عمده آن به مالک داده شود، در تنافی و تهافت با اصول و قواعد اخلاقی و حقوقی، از جمله اصل لزوم در عقود در حقوق ما است.

این تصویر از آنجایی تقویت می‌شود که در ماده ۱ قانون راجع به تعدیل مال‌الاجاره ۱۳۱۷ و مواد ۵ و ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و مواد ۷ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، آنچه مانع حق تخلیه مالک می‌شد ریشه آن به حق اختیار اجاره بازگشت داشت که در مقررات ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ از آن به حق کسب و پیشه و تجارت یاد می‌شد؛ حقی که به دلیل آن‌که ارتباط بیشتری با عین دارد، با این‌که قسمی مجزا از ملکیت عین، منفعت، حق انتفاع و حق ارتفاق است، در تقسیمات اموال ذیل حقوق اموال می‌آید. در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ به پشتوانه عرف معاملی، متعاقدین آن را خلق می‌کنند و همچنان که در مواد ۶، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ آمد، طرفین نه تنها می‌توانند بر وجود

چنین حقی در املاک تجاری توافق کنند، بلکه قادرند بر وجود آن در املاک مسکونی (لنکرانی، ۱۳۹۴، درس خارج فقه) با توجه به اطلاق مواد ۷ و ۸ قانون ۱۳۷۶ توافق نمایند<sup>۱</sup>.

### ۳. ارکان حق سرقفلی

با توجه به این که ماهیت حق سرقفلی حق اختیار اجاره است، ارکان و اجزای این حق به قرار زیر است:

نخست، قیمت حق اختیار اجاره: به مبلغی اطلاق می شود که صاحب حق سرقفلی در ازای کسب حق اختیار اجاره به مالک عین پرداخت می کند که بسته به موقعیت ملک و شرایط حاکم بر روابط معاملی، میزان آن متفاوت است.

دوم، مال مورد حق اختیار اجاره: منظور از مال مورد سرقفلی در حق اختیار اجاره، مال مورد قرارداد اجاره آینده است که حق اختیار اجاره آن به مشتری یا مستأجر واگذار می شود که این مال در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ اماکن تجاری و مسکونی آمده است.

سوم، قیمت قابل اعمال اجاره بها: به مبلغی اطلاق می شود که می توان با آن مورد حق سرقفلی را در آینده اجاره نمود که این قیمت دارای صور معینی است، اما چون این حق ناشی از توافق طرفین است که شخص بتواند در آینده اجاره را منعقد نماید، مطابق توافق دارای صور مختلفی است؛ مثلاً می تواند برای سه بار تمدید کند یا هر چند بار که خواست تمدید کند یا با همان مبلغ یا به قیمت کارشناسی و یا درصد معینی افزایش سالانه تمدید را انجام دهد. به عبارت دیگر، طرفین می توانند حین قرارداد به صورت مقطوع یا با بیان ضابطه ای میزان آن را در آینده مشخص کنند. از آن جا که ممکن است چنین توافقی وجود نداشته باشد؛ زیرا قیمت آینده ممکن است مشخص نباشد، در صورت اختلاف میان طرفین، دادگاه مقدار آن را بر اساس عرف معاملی حسب مواد ۲۲۰ و ۳۸۲ قانون مدنی مشخص می نماید (دارویی، ۱۳۹۹: ۲۷۷).

چهارم، مدت قابل اعمال اجاره: مقدار مدتی است که اجاره تمدید می شود. این مدت مطابق ماده ۱ قانون راجع به تعدیل مال الاجاره ها ۱۳۱۷، سه سال تعیین

۱. برای دیدن نظر مخالف، بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۴.

شده بود که در مقررات بعدی مطابق ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ به یک سال کاهش پیدا کرد. از آنجا که در قانون ۱۳۷۶ این حق اختیار یا تمدید به اراده طرفین بازگشت دارد، این که مدت تمدید چه مقدار است به اراده طرفین واگذار شده است که در صورت سکوت متعاقدین، عرف معاملی حسب مواد ۲۲۰ و ۳۸۲ قانون مدنی جایگزین اراده متعاقدین می شود (دارویی، ۱۳۹۹: ۲۷۰).

پنجم، سررسید یا تاریخ انقضای حق اختیار اجاره: برخلاف دیگر موارد از حق یا ملکیت که عموماً با گذشت زمان از بین نمی روند، حق سرقفلی به مانند حق تمدید و اختیار در قانون ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ بنا بر مقتضای ذاتی آن دارای مدت انقضا است که باید دارنده حق در مدت مقرر حق خود را اعمال نماید؛ مهلتی که باعث می شود در صورتی که دارنده حق خود را اعمال نکند، حق اختیار او یا به عبارت دیگر، مبلغی که بابت اختیار اجاره کردن پرداخت نموده است از بین برود. از آنجا که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ به چنین موضوعی بازگشت دارد، مقنن در آن قوانین ترتیباتی به منظور اعمال چنین حقی پیش بینی نموده بود که اگر صاحب حق از اعمال حق تمدید خود در مهلت های مقرر خودداری نماید، حق تمدید وی ساقط و حکم تخلیه وی صادر می شود، اما این که سررسید یا تاریخ انقضای حق اختیار یا تمدید اجاره در سرقفلی شرعی قانون ۱۳۷۶ چگونه است، این امر بسته به اراده طرفین متفاوت خواهد بود که عموماً متعاقدین در جامعه ما در قرارداد به سکوت برگزار می کنند. در این شرایط در صورت حدوث اختلاف میان طرفین، مالک می تواند برای تعیین اجاره بها و تنظیم اجاره نامه به دادگاه مراجعه کند و در صورتی که مشتری یا مستأجر از تمدید یا اختیار اجاره امتناع نماید، با تقاضای بعدی او حکم تخلیه صادر می شود؛ زیرا همان طور که پیش تر بیان شد، از ویژگی های حق، اختیاری بودن اعمال آن است؛ بنابراین دادگاه در این حالت نمی تواند از باب ولایت حاکم بر ممتنع، جانشین صاحب حق سرقفلی شود و قرارداد اجاره را به نمایندگی از او امضا نماید.

#### ۴. اوصاف عقد سرقفلی

پس از این که مشخص شد حق سرقفلی مجرد از منبع حقوقی آن، یعنی عقد نیست، این که آثار و احکام این حق به چه نحوی باید تبیین شود، باید این مهم را از اوصاف عقد سرقفلی کشف نمود. برخی از فقها مانند مرحوم خوئی برای انتقال حق سرقفلی، عقد مستقلی تحت عنوان «عقد سکنی» را تصویر کرده و اظهار نموده‌اند که انتقال حق سرقفلی علاوه بر این که در قالب این عقد مستقل ممکن است، متعاقدين می‌توانند آن را ضمن عقد دیگری به صورت شرط منتقل کنند؛ عقدی که مطابق این مبنا معاوضی است و طبق اصل لزوم، رجوع از آن جایز نیست (خوئی، ۱۴۱۸/۳۰: ۵۱۱-۵۱۳). مقنن بدون این که نوع عقدی را که چنین حقی به واسطه آن منتقل می‌شود مشخص نماید، در بیان نوع عقد در تبصره ۲ از ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶، تنها به عبارت «طریق صحیح شرعی» اکتفا نموده است؛ بنابراین می‌توان گفت متعاقدين می‌توانند بنا بر نیاز و خواسته خود از میان قالب‌های تعیینی در قانون، یکی را برگزینند، اما بر اساس تصریحات این قانون، اوصاف اصلی عقد سرقفلی به قرار زیر است.

#### ۱-۴. حقی بودن عقد سرقفلی

عموماً حقوق دانان ما موضوعات عقود را به سه دسته «تملیکی»، «عهدی» و «إذنی» تقسیم می‌کنند. ریشه این تقسیم‌بندی به حقوق رومی ژرمنی بازمی‌گردد که حقوق دانان ما بر پایه مفاهیم «حق عینی» و «حق شخصی» موضوعات عقود را به این شکل تقسیم می‌کنند. از آن جا که در حقوق مدنی ما به مفاهیم «حق عینی» و «حق شخصی» که ستون فقرات نظام‌های غربی را تشکیل می‌دهد اشاره‌ای نشده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۰: ۱۱۲) و در مقابل، در حقوق ما بر اساس مفاهیم «ملک»، «حق» و «تکلیف» موضوعات عقود و ضمانات قهری دسته‌بندی می‌شوند؛ این که موضوع عقد سرقفلی چیست، می‌توان گفت بر اساس این تقسیم‌بندی، موضوع عقد سرقفلی «ایجاد حق» در معنای فقهی آن برای دارنده سرقفلی است که نظر به ارزش معاملی آن، این حق ذیل تقسیمات حقوق مالی می‌آید. به عبارت دیگر، آنچه موضوع اصلی قرار اختیار یا تمدید اجاره است، حق مالی است نه تکلیف، که تکلیف مالک در انعقاد عقد اجاره، اثر ایجاد این حق اختیار یا تمدید است.

در این جا این سؤال مطرح می‌شود که محل استقرار این حق مالی، «ذمه» مالک است یا عین خارجی. به نظر می‌رسد چون طرفین بر حق اختیار یا تمديد اجاره بر مال معینی توافق می‌کنند؛ که چنین حقی بر عین اعمال می‌شود نه شخص و بر اساس آن حق اختیار مالک در اجاره دادن و به تبع آن تخلیه عین سلب می‌شود، می‌توان گفت این حق در تقسیمات حقوق مالی ذیل مفهوم حق عینی در معنای فقهی آن می‌آید که به تبع آن، دارنده در تصرف عین مورد سرقتی مأذون می‌شود.

## ۲-۴. قصدی بودن عقد سرقتی

قانون‌گذار بدون اشاره به این که عقد سرقتی در تقسیمات عقود ذیل عقد قصدی قرار می‌گیرد یا تشریفاتی، تنها به بیان این امر اکتفا کرده که معاملات راجع به حق سرقتی که به طریق شرعی منعقد شود صحیح است. نظر به این که در این قانون به این که چنین عقدی باید در قالب سند رسمی تنظیم شود، اشاره نشده است، می‌توان گفت که تنظیم سند رسمی شرط تحقق عقد سرقتی مطابق قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۷۶ نیازمند نیست، اما در تحولات بعدی مطابق قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول مصوب ۱۴۰۳ ثبت در «سامانه ثبت الکترونیک» شرط استماع دعوا معامله سرقتی (الشریف و صادقی، ۱۴۰۴: ۱۰۲) و ثبت در دفتر املاک شرط تحقق حق سرقتی، مطابق سیستم ثبتی عینی است (طباطبائی حصارى، ۱۴۰۳: ۱۷). این که چنین عقدی در تقسیمات حقوق، ذیل عقود عینی از اقسام تشریفاتی قرار می‌گیرد یا قصدی، ممکن است گفته شود چون در عرف معاملی تا زمانی که هیچ‌یک از طرفین مبلغ سرقتی و عین مورد سرقتی را تسلیم نکنند، عقد سرقتی میان طرفین منعقد نمی‌شود؛ بنابراین عقد سرقتی در تقسیمات حقوق ذیل عقود عینی قرار می‌گیرد<sup>۱</sup>. به نظر می‌رسد، چنین ادعایی درست نیست و با قواعد عمومی

۱. برای ملاحظه چنین نظری، بنگرید به دادنامه شماره ۳۰۱۰۰۳۰۹۹۸۰۰۰۳ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۶ صادره از شعبه ۶۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در آن آمده است: ... تجدیدنظر خواهی نیز با هیچ یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مطابقت ندارد و در خصوص تجدیدنظر خواهی آنان از رای شماره ۴۰۸ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۴ که طی آن مطالبه حق سرقتی مردود اعلام گردیده و آقای وکیل مدعی است که سطور انتهایی سند عادی اجاره که در آن قید شده هرگاه مستاجرین پس از انقضای مهلت اجاره از تخلیه عین مستاجر خودداری ورزند سفته‌های مذکور به-عنوان حق سرقتی اخذ خواهد شد و همچنین مبالغی که مستاجرین از طرف موجرین به‌عنوان عوارض به شهرداری جهت تغییر کاربری به تجاری پرداخت نموده دلالت بر پرداخت حق سرقتی دارد و نظر به آن که ایجاد حق سرقتی از جمله عقود بوده که نیاز به اراده

حاکم بر معاملات مغایرت دارد. به عنوان قاعده عمومی می‌توان گفت تسلیم عین مورد سرقتی و پرداخت مبلغ سرقتی از آثار ایجاد حق برای مشتری و ملکیت دین برای مالک است؛ و نه شرط تحقق عقد؛ بنابراین تشکیل چنین عقدی عادتاً نیازمند تسلیم و تسلیم مورد سرقتی و مبلغ آن نیست و در صورتی که هر یک از طرفین بعد از ایجاد حق و ملکیت دین از تسلیم آن امتناع نمایند، طرف دیگر می‌تواند از باب مطالبه حق و ملکیت دین، الزام دیگری به تسلیم را بخواهد.

### ۳-۴. معوض بودن عقد سرقتی

حقوق دانان نظر به تمایز آثار و احکام عقود از حیث تعدد یا وحدت موضوع، عقود را به معاوضی و غیر معاوضی تقسیم می‌کنند. از آن‌جا که در عقد سرقتی بر اساس عرف حاکم در جامعه هر یک از طرفین به دنبال منافع خود هستند، همین امر موجب می‌شود مقنن آن را در زیرمجموعه عقود معاوضی قرار دهد (باریکلو، ۱۳۹۵: ۲۰۲). این مهم از آن‌جاست که قانون‌گذار در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تصریح نموده، ایجاد چنین عقدی در ازای مبلغ است؛ عاملی که موجب می‌شود همچون دیگر عقود معاوضی که عادتاً شخصیت طرفین در انعقاد عقد تأثیری ندارد و حق حبس جریان پیدا می‌کند، در عقد سرقتی نیز عادتاً شخصیت طرفین مؤثر نباشد و حق حبس در آن جریان پیدا کند و این‌که قانون‌گذار در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تصریح نموده ایجاد چنین حقی در ازای مبلغ است، مانع از آن است که در راستای اصل حاکمیت، مالک آن را به دیگری مجانی و در قالب عقد صلح منتقل نماید.

---

انشایی و تحقق ایجاد و قبول دارد که پرونده و ادله ابرازی خواهان‌های اولیه و تجدیدنظر خواندگان بری از تحقق آن می‌باشد و صرف ذکر چند فقره سفته که دلیلی به مطالبه آن وجود نداشته و اینکه موجب اقاله قرارداد مشارکت مورخ ۳۱/۳/۶۸ آقای ع. ت. سه فقره سفته امانتی را دریافت نموده و منشاء صدور آن مشخص نمی‌باشد و پرداخت وجه عوارض به شهرداری صرف نظر از آنکه موجرین منکر هرگونه اذن در پرداخت می‌باشند نیز دلالتی بر محقق شدن مستاجرین بر حق سرقتی ندارد لذا من حیث المجموع تجدیدنظر خواهی را وارد ندانسته و به استناد مواد ۳۴۸ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد تجدیدنظر خواهی‌های به عمل آمده آراء مورد تجدیدنظر را عیناً تأیید می‌نماید.

#### ۴-۴. لازم بودن عقد سرقفلی

در فقه و حقوق عقد را از حیث دوام و بقای آن به لازم و جایز تقسیم می‌کنند. این که چنین عقدی لازم است یا جایز، باید به ماهیت عقد مراجعه شود که آیا موضوع عقد إذن است یا بر اساس نظم عمومی امکان برهم زدن آن وجود دارد یا خیر. در صورتی که هیچ‌یک از موارد وجود نداشت، عقد سرقفلی لازم است (شهبازی، ۱۳۸۵: ۵۹). از آن جا که در عقد سرقفلی موضوع عقد ایجاد حق برای مشتری یا مستأجر است که این ایجاد حق در برابر عوض صورت می‌گیرد و برهم زدن چنین عقدی بدون رضایت طرف دیگر دخالت مستقیم در حقوق شخص دیگر است، می‌توان گفت عقد سرقفلی در تقسیمات حقوق ذیل عقود لازم می‌آید؛ ضمن این که مصلحت کامنه نیز دلالتی بر جواز چنین عقدی ندارد (خوبیاری و طباطبائی، ۱۳۹۹، ۲۵۲؛ افشار و صابری و فخعلی، ۱۳۹۹: ۵۹۷). این که از ویژگی‌های حق، اختیاری بودن آن است نباید موجب این توهم شود که عقد سرقفلی عقد جایزی است؛ زیرا چنین اختیاری از مقوله اعمال و اسقاط حق است و کاملاً متفاوت با انحلال عقد (حسین‌زاده، ۱۳۸۸: ۶۹). این که در اثر عقد ید دارنده سرقفلی امانی می‌شود نیز نباید موجب این تصور شود که چنین عقدی جایز است؛ زیرا این امانت نه نتیجه مستقیم عقد، بلکه به واسطه ایجاد حق برای دیگری حاصل شده است که موجب نخواهد شد چنین عقدی جایز محسوب شود.

#### ۵. احکام عقد سرقفلی

بر اساس آنچه از اوصاف عقد سرقفلی آمد و از ماهیت حق سرقفلی تصور شد، در تعارضات میان مالک و مشتری یا مستأجر، احکام حق سرقفلی به قرار زیر است.

#### ۱-۵. اسباب تخلیه مورد سرقفلی

این که احکام حق سرقفلی چگونه و به چه نحوی تحلیل شود، مطابق آنچه پیش‌تر بیان شد، جز در سایه تبیین ماهیت و اوصاف عقد سرقفلی ممکن نیست؛ زیرا برخلاف برخی دیگر از نظام‌های حقوقی مانند حقوق ژرمنی که به محصول منبع حقوقی، مجرد از منبع حقوقی آن نگاه می‌کنند؛ محصولی که با تجرید از منبع حقوقی، حمایت از آن به واسطه قاعده «دارا شدن ناعادلانه» صورت می‌گیرد، در قانون ما این

حمایت بر اساس فقه امامیه در سایه عقد به عنوان منبع حقوقی انجام می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت این‌که در چه مواردی حق تخلیه برای مالک وجود دارد، باید به قواعد عمومی عقود و اختیارات مراجعه و حکم آن را استخراج نمود.

در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ به تفصیل موارد و اسباب تخلیه احصا شده، اما در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ مقنن از بیان این مهم خودداری نموده و موجب شده است برخی از حقوق‌دانان برجسته (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳) و اکثریت قضات محاکم ما بر پایه مفهوم تبصره ۲ از ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ آن را این‌گونه درک کنند که مالک می‌تواند بدون این‌که نیازمند سبب خاصی باشد حق تخلیه خود را در پایان مدت اجاره اعمال نماید.<sup>۱</sup> در ادامه این تصویر، در مواجهه با دارا شدن ناعادلانه مالک بر پایه تبصره ۲ از ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، مفهوم «قیمت عادلانه» در این تبصره را به ارزش روز حق سرقفلی معنا می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۳)؛ تصویری که به وضوح هم مغایر با آثار و احکام حق کسب و پیشه و تجارت است که در آن اسباب تخلیه محصور شده بود و هم ناسازگار با مفهوم حق اختیار اجاره در سرقفلی، قصد مشترک متعاقدین و مواد ۶، ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ و نیز مخالف با اوصاف عقد سرقفلی است؛ زیرا:

اولاً، در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶، حق تخلیه مالک نیازمند سبب خاصی بود که بدون تحقق آن اسباب، امکان تخلیه ملک وجود نداشت؛ در حالی که در مفهوم جدید بدون نیاز به هیچ سببی مالک حق تخلیه ملک را دارد؛ ثانیاً، در عقد سرقفلی طی توافق میان مالک با مشتری یا مستأجر، مالک حق اختیار اجاره را به مشتری یا مستأجر واگذار نموده که از آثار و لوازم چنین حقی احترام مالک و دیگران به آن است؛ امری که موجب می‌شود بدون رضایت دارنده حق امکان تخلیه عین وجود نداشته باشد. همچنانکه در موارد مشابه‌ای نظیر قانون راجع به تعدیل مال الاجاره مصوب ۱۳۱۷، قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه ۱۳۷۱ درخواست تخلیه بدون رعایت حق اختیار مستأجر با مانع استماع دعوا مواجه می‌شود. این‌که از ویژگی‌های حق،

۱. برای ملاحظه چنین نظری، بنگرید به نظریه مشورتی ۷/۹۷/۲۱۰۰ مورخ ۷/۲۱/۱۳۹۷.

اختیاری بودن اعمال آن است، نباید موجب این توهم شود که مالک حق برهم زدن عقد یا زوال حق دیگران را دارد. در این شرایط این که در چه مواردی مالک حق تخلیه دارد، باید به قواعد عمومی خیارات در عقود لازم مراجعه کرد؛ نه این که با مجرد کردن حق سرقفلی از منبع حقوقی آن و دادن ابتکار نقض عمدی به حقوق دیگران، آثار و احکام آن را ترسیم نمود.

پس، این که در بخشی از نظریه مشورتی ۹۵۶/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است «واگذاری حق سرقفلی باعث نمی شود که ملک مذکور از شمول مقررات مربوط به قانون یادشده (۱۳۵۶) از جمله مقررات مربوط به حق فسخ و تخلیه خارج شود» و یا در برخی آرای محاکم قضایی تصریح شده است، فرض حق سرقفلی به طور مجزا و مستقل از حق کسب و پیشه در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ منتفی است و سرقفلی مستأجر یکی از عناصر مؤثر در تعیین میزان حق کسب و پیشه است (رای شماره ۱۵۳۰/۲۲۲۸۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۰۳ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران)، جملگی مغایر مبنای حق سرقفلی است که ناشی از توافق میان مالک با مشتری یا مستأجر است؛ زیرا پیش از تصویب قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ چنین حقی در سایه اصل حاکمیت اراده در ماده ۹ آیین نامه قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۱۵<sup>۱</sup> وجود داشت. وضع مقرراتی در خصوص پیدایش و زوال حق «کسب و پیشه و تجارت» در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ موجب نخواهد شد به حقوق ناشی از توافقات طرفین عقد که ممکن است در قالب عقد مستقل یا شروط ضمن عقد ایجاد شود، خللی وارد گردد. از این رو، در فرضی که احراز شود در قرارداد اجاره مشمول قانون سال ۱۳۵۶، طرفین نیز حق سرقفلی را پیش بینی کرده اند، سقوط حق کسب و پیشه ناشی از حکم قانون، موجب سقوط حق سرقفلی مقرر میان متعاقدین

۱. ماده ۹ آیین نامه قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات مصوب ۱۳۱۷/۱۱/۱۵: در مواردی که بعلت غیبت موجر یا مخالفت او تنظیم اجاره نامه به نمایندگی مدعی العموم می شود سایر شرایطی که در اجاره نامه قید و بعهده موجر و مستأجر گذارده می شود باید منطبق با شرایط اجاره نامه قبلی باشد و چنانچه اجاره نامه در بین نباشد شرایط عمومی از قبیل آب بها و هزینه برف رویی و ازاله خاک رویه و جبران کسر شیشه که معمولاً بعهده مستأجر است و تأدیه عوارض مستغل و تعمیرات ضروری آن که بعهده موجر است و حق فسخ در صورت عدم تأدیه مال الاجاره تا ده روز بعد از موعد و هم چنین نبودن هیچ گونه حقی برای مستأجر از قبیل سرقفلی و صنفی و غیره در اجاره نامه قید می شود.

نمی‌شود.

پرسشی که بعد از فسخ عقد سرقتی یا قرارداد اجاره‌ای که در ضمن آن شرط تمدید مطرح می‌شود، آن است که میزان مبلغی که قرار است به مشتری یا مستأجر استرداد شود چه مقدار است. آیا باید بر پایه قواعد عمومی خیارات صرفاً عین مبلغی که در ازای حق تمدید یا اختیار پرداخت شده است، مسترد گردد یا این که با ملاحظه کاهش ارزش اسکناس، همان مبلغ پرداختی استرداد شود یا باید افزون بر عین مبلغ استردادی، به دارنده حق سرقتی ازدیاد مشتریان که موجب ازدیاد قیمت عین می‌شود نیز پرداخت نمود؟ این سؤالی است که اهمیت بسیاری در فرض مسأله دارد.

به نظر می‌رسد در این شرایط پاسخ به این سؤال را باید از احکام عمومی خیارات استنباط نمود. مطابق ماده ۲۸۸ قانون مدنی که اکثر حقوق دانان به جریان آن در خیارات نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۹؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۳)، پاسخ به این سؤال وابسته به آن است که آیا افزایش قیمت عین ناشی از ازدیاد مشتریان در نتیجه مستقیم عمل گیرنده مال است یا به اقتضای ذات مورد معامله به طور طبیعی حاصل شده است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۶).

مطابق ماده ۱۱ منسوخ در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ که در آن آمده بود دارنده حق کسب و پیشه و تجارت مستحق قیمت ناشی از ازدیاد مشتریان است، ممکن است گفته شود دارنده سرقتی بعد از فسخ، مستحق ازدیاد قیمت مورد سرقتی است؛ زیرا قانون‌گذار با پذیرش این که ازدیاد قیمت ملک ناشی از عمل مستأجر است، حکم به پذیرش استحقاق مستأجر داده بود. نسبت دادن چنین دیدگاهی به مقنن که در مقام بازگشت به احکام قانون مدنی و نظریه عقود در فقه است، ثقیل به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۰۵؛ شیروی، ۱۳۷۹: ۳۱)؛ چرا که از دلالت‌های این دیدگاه آن است در اجاره و حتی عقود دیگر که ملک با رضای مالک در اختیار شخصی قرار می‌گیرد، در تمام این موارد، شخص، مستحق ازدیاد قیمت عین ناشی از مشتریان است و تخلیه عین متفرع از پرداخت آن است؛ ادعایی که مانع از حق تخلیه مالک با انقضای مدت می‌شود و مفهوم تخلیه در اجاره فقه سنتی را بدون محتوا می‌کند. فقهای امامیه بنابر این ملاحظات، ازدیاد مشتریان را اقتضای ذات

مورد عین مستأجره به طور طبیعی می‌دانند و به تخلیه عین مستأجره در پایان مدت اجاره بدون هیچ مابه‌ازایی حکم می‌کنند. عواملی که موجب شد در بازگشت به نظریه عقود در قانون مدنی، قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ وضع شود و مطابق تبصره ماده ۱۰ قانون نامبرده، تصریح شود که مطالبه چنین وجوهی ممنوع است؛ لذا این که در تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ تصریح شده است «... هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد»، مفهوم تخلیه به موارد فسخ عقد سرقفلی و قیمت عادلانه به کاهش ارزش مالی که در نتیجه عقد به دست آمده و قرار است به واسطه فسخ استرداد شود بازگشت دارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۵. تعارض میان مالک و دارنده حق سرقفلی در تخلیه و اعمال حق اختیار

### یا تمديد

همان‌طور که بیان شد، به واسطه عقد سرقفلی برای مشتری یا مستأجر حق اختیار یا تمديد اجاره ایجاد می‌شود که به تبع این حق، مالک یا موجر مکلف به بقای مشتری یا مستأجر در ملک می‌شوند. به عبارت دیگر، قرارداد یاد شده برای مشتری یا مستأجر ایجاد حق کرده، به تبع این حق، برای مالک یا موجر تکلیف ایجاد می‌شود.

از آن جا که از ویژگی‌های حق، اختیاری بودن اعمال حق از سوی صاحب آن است که هرگاه مایل باشد حق خود را اعمال کند بدون این که دارنده حق متعهد به اجرای آن باشد و از سوی دیگر، مالک نمی‌تواند برای مدت نامشخصی در وضعیت نامعلومی قرار گیرد؛ بنابراین احتمال تعارض میان مالک و دارنده سرقفلی در اجرای حقوق خود، امر بعیدی نیست. بر اساس این منطق در ماده ۱ قانون راجع به تعدیل مال‌الاجاره ۱۳۱۷ در جمع میان این دو مقرر شده بود که «درخواست خلع ید مستأجر در مدت مزبور در دادگاه‌ها و ادارات ثبت به استناد انقضاء مدت اجاره یا قرارداد یا اجاره سابق پذیرفته نخواهد شد...»؛ عدم استماع دعوا تخلیه‌ای که در تحولات بعدی در مواد ۵ و ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۳۹ و مواد ۷ و ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ جای خود را به «درخواست تجدید اجاره» از سوی مالک یا موجر

۱. برای دیدن نظر مخالف، بنگرید به: نظریه مشورتی ۷/۹۷/۲۱۰۰ مورخ ۲۱/۷/۱۳۹۷ اداره حقوقی قوه قضائیه.

داد (محمدی، ۱۳۹۳: ۹)؛ به این صورت که اگر مستأجر مطابق تشریفات مقرر از تجدید اجاره در مهلت‌های مقرر با توجه به اختلاف میان آن‌ها خودداری کند، متعاقب تقاضای مالک، حکم تخلیه عین مستأجره صادر می‌شود. به عبارت دیگر، مقنن در تعارض میان مالکیت مالک و مستأجر در اعمال حق اختیار یا تمدید اجاره، اولویت را به مستأجر داده؛ بدون این که مستقیماً به موجر حق تخلیه دهد، تخلیه عین مستأجره را وابسته به این امر نمود که مستأجر از حق اختیار یا تمدید اجاره خود استفاده نکند؛ امری که قانون‌گذار در مقررات ۱۳۷۶ درباره آن ساکت مانده و شرایط و احکام آن را مشخص نکرده است.

به نظر می‌رسد در این حالت چون مبنای حق سرقفلی اراده متعاقدين است، باید به مفاد قرارداد میان متعاقدين مراجعه کرد که آیا طرفین ترتیباتی در این باره در قرارداد مقرر نموده‌اند یا خیر. در صورتی که طرفین در این باره در قرارداد سکوت کرده باشند، در فرض اختلاف میان طرفین، اولویت با دارنده حق سرقفلی است و موجر مستقیماً نمی‌تواند درخواست تخلیه را مطرح نماید، بلکه مالک مکلف است ابتدا علیه مشتری یا مستأجر برای تمدید اجاره اقامه دعوا نماید. در این صورت، دادگاه با تعیین شرایط انعقاد عقد اجاره بر پایه قواعد حاکم بر اجرای احکام مدنی، حکم به تجویز تجدید اجاره میان طرفین می‌دهد. متعاقب این حکم در مرحله اجرا، در صورتی که مشتری یا مستأجر در مهلت‌های مقرر از تمدید امتناع نماید، با درخواست بعدی مالک، حکم تخلیه مشتری یا مستأجر بدون پرداخت بهای سرقفلی صادر می‌شود.<sup>۱</sup>

۱. برای دیدن مواردی که مستأجر از حق اختیار یا تمدید اجاره خود استفاده نمی‌کند، تخلیه متفرع بر بهای حق مکتسب مستأجر است، بنگرید به: طهماسبی، ۱۴۰۲: ۲۷۶.

## برآمد

۱- ماهیت حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و حق سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، جملگی به مفهوم «حق اختیار یا تمدید اجاره» بازگشت دارد. تفاوت آن‌ها در منابع حقوقی است که اولی ناشی از «حکم قانون» و دیگری ناشی از «اراده متعاقدين» است؛ به این ترتیب که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ ریشه در حکم قانون‌گذار داشته و مقنن در مواد این قانون آثار و احکام آن را به تفصیل معین کرده بود. اما از آنجا که حق سرقفلی شرعی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ ریشه در اراده متعاقدين دارد، موجب شد قانون‌گذار از بیان آثار و احکام آن خودداری نماید؛ عاملی که سبب شد در رویه قضایی در طول این سال‌ها میان آثار و احکام حق سرقفلی و قصد مشترک متعاقدين و آثار عقد سرقفلی ناسازگاری حادث شود.

۲- از آن‌جا که مطابق عرف حاکم در جامعه عموماً در قراردادهای سرقفلی متعاقدين عموماً در مورد آثار و احکام حق سرقفلی سکوت می‌کنند، این‌که آثار و احکام حق سرقفلی شرعی چگونه تحلیل شود باید به منبع حقوقی آن یعنی عقد و ماهیت حق سرقفلی مراجعه کرد. در این مقاله اثبات شد که ماهیت حق سرقفلی «حق اختیار یا تمدید اجاره» است که متعاقدين با اتکا به اراده، آن را خلق می‌کنند؛ امری که موجب می‌شود چون مشتری یا مستأجر حق اختیار یا تمدید اجاره را به دست می‌آورد، حق تخلیه مالک سلب شود و به تبع آن، مشتری یا مستأجر با تمدید، اجاره‌بهای کمتری پرداخت نماید؛ لذا این‌که از دید اکثریت قضات منظور از «هنگام تخلیه» در تبصره ۲ ماده قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ آن است که مالک در پایان مدت اجاره بدون نیاز به سببی و با پرداخت ارزش روز سرقفلی می‌تواند درخواست تخلیه مشتری یا مستأجر دارنده حق سرقفلی را بدهد، مغایر با ماهیت حقوقی سرقفلی و قصد مشترک متعاقدين در عرف است. از این رو، این‌که در چه مواردی مالک حق تخلیه دارد باید به موارد فسخ عقد رجوع کرد، نه این‌که با مجرد نمودن حق سرقفلی از منبع حقوقی آن، احکام میان طرفین را تنظیم نمود.

## فهرست منابع

## الف. فارسی

- \* افشار، اباذر و صابری، حسین و فخعلی، محمدتقی (۱۳۹۹)، «جایگاه مصلحت در تحقق مقتضیات عقود با تأملی بر راه حل مصلحت کامنه»، پژوهش های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴.
- \* الشریف، محمدمهدی و صادقی، سیدوحید (۱۴۰۴)، شرح قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- \* باریکلو، علیرضا (۱۳۹۵)، «تحلیل فقهی و حقوقی سرقتی در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۴۹، شماره ۲.
- \* بیگدلی، سعید (۱۳۸۰)، «نقدی بر سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶»، فصل نامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره های ۱۳ و ۱۴.
- \* حبیبی، سعید و حسین زاده، مجید (۱۳۹۳)، «رویکردی نوین نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی از دیدگاه نظام حقوقی مالکیت فکری»، دیدگاه های حقوقی قضایی، دوره ۱۹، شماره ۶۷.
- \* حسین زاده، جواد (۱۳۸۸)، «اوصاف قرارداد اختیار معامله»، حقوق اسلامی، دوره ۶، شماره ۲۲.
- \* حسین زاده، جواد و شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۶)، «وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله»، اقتصاد اسلامی، دوره ۷، شماره ۲۷.
- \* خویباری، حامد و طباطبائی، محمدصادق (۱۳۹۹)، «تحلیل تطبیقی نظریه عوض به عنوان مبنای لزوم اعمال حقوقی در حقوق ایران و انگلستان»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۲۲.
- \* دارویی، عباسعلی (۱۳۹۹)، «ماهیت و اعتبار تعهد تمدید قرارداد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۲۲.
- \* سکوتی، رضا (۱۳۸۲)، «تأملی بر مفهوم سرقتی و جایگاه آن در قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶»، فصل نامه علامه، شماره های ۶ و ۷.
- \* شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۹)، «نگاهی به قانون روابط موجر و مستأجر»، مجله

- مجتمع آموزش عالی قم، شماره‌های ۷ و ۸.
- \* شهبازی، محمدحسین (۱۳۸۵)، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران: مؤلف.
- \* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
- \* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، عقود معین ۱، تهران: مجد.
- \* طباطبائی حصارى، نسرین (۱۴۰۳)، «نگرشی انتقادی به رویکردهای قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول در حل چالش‌های معاملات املاک»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.
- \* طهماسبی، علی (۱۴۰۲)، «حق مستأجر ملک موقوفه یا مأذون در ساخت بنا بر استمرار تصرف در عین مستأجره»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
- \* عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸۴)، «رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرفقلی»، حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۶.
- \* عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- \* غلامعلی، صدقی (۱۳۹۱)، «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرفقلی»، رویه قضایی (نقد رأی)، شماره ۱.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، «نقد تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۲۶/۰۵/۱۳۷۶»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۵، شماره ۰.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان.
- \* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \* محمدی، پژمان (۱۳۹۳)، جایگاه قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ در نظام حقوقی ایران، اهواز: دانشگاه شهید چمران.
- \* ملک‌زاده، فهمیه (۱۳۹۴)، «سرفقلی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی)»، پژوهش‌نامه متین، دوره ۱۷، شماره ۶۸.
- \* نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۰)، «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۳.
- ب. عربی

- \* حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، *فقه العقود*، جلد نخست، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- \* موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، *موسوعة الإمام الخوئی*، جلد سی ام، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره).
- \* لنکرانی، محمد فاضل (۱۳۹۴)، *درس خارج فقه، کتاب البیع*، بر اساس تحریر الوسیله (شرایط عوضین).