# جهت سوم بحث حق سرقفلی: مشروعیت حق سرقفلی

با توجه به این که گفتیم حق سرقفلی به عنوان اعتبار وضعی (در مقابل ملکیت عین و ملکیت منافع و در مقابل اعتبار حکم شرعی) امری مستحدث است و در زمان صدور نص وجود نداشته، اگر بخواهیم آثار حق را بر آن بار کنیم نیاز به اقامه دلیل داریم بر این که این حق در نظر شارع هم مورد قبول است .

چنین نیست که حق بودن سرقفلی، به عنوان امر مسلّم فرض شود و به جهات دیگر بحث سرقفلی مثل قابل نقل بودن آن پرداخته شود، بلکه مثل حق تالیف باید ابتداء در مورد مشروعیت آن بحث شود. این اشکالی بود که به کتاب فقه العقود وارد بود.

گفتیم برای حق سرقفلی دو تصویر قابل فرض است، که از تصویر دوم تعبیر به حق کسب و پیشه می کنیم. ابتدا به بررسی وجوه مشروعیت و سپس وجوه عدم مشروعیت حق سرقفلی طبق تصویر اول می پردازیم:

## مقام اول: وجوه اثبات مشروعیت حق سرقفلی (تصویر اول)

از نظر اقوال هم در کلمات علمای ما نسبت به این مورد یعنی سرقفلی اختلاف اقوال وجود دارد بعضی از اعلام سرقفلی را بعنوان یک حق خاص قبول دارند مانند مرحوم امام بحسب آنچه که در تحریر و در زبده الاحکام وجود دارد و بعضی دیگر هم حق سرقفلی را بعنوان یک حق خاص قبول ندارند ولی بعضی از آثار متوقع در حق سرقفلی را از راههایی قبول کرده اند.

بعضی از وجوهی که در بحث حق تالیف مطرح شد، وجوه عامی بود و در مورد حق سرقفلی هم قابل جریان است:

### وجه اول مشروعیت حق سرقفلی: تمسک به ادله عامه عقود

تقریب این وجه همان طور که در بحث حق تالیف بیان شد این است که: خطابات به طور کلی متکفل بیان احکام روی عناوین است. به عنوان مثال، در احل الله البیع هر چه عنوان بیع بر آن صادق باشد امضاء شده یا « لایحل مال امرءٍ مسلم الا بطیبة نفسه » بيان شد هر چه مال باشد تصرف در آن بدون اذن مالک جائز نیست، اما تشخیص موضوعات با عرف است لذا اگر موردی مصداق عنوان قرار بگیرد ولو در ازمنه متاخر، حکم روی آن بار می شود. گفته شد حق تالیف مال است و لذا حکم عدم جواز تصرف بر آن بار می شود همانطور که بر فروش آن، بیع صادق است و عمومات می گویند هر بیعی امضاء شده است.

عین این تقریب، در مانحن فیه هم پیاده می شود؛ زیرا سرقفلی عرفا مالیت دارد و خود سرقفلیِ املاک خرید و فروش می شود (غیر از خرید و فروش عین) لذا مال است و تصرف در آن بدون اذن مالک جائز نیست، کمااین که قرارداد فروش آن به دیگری، مصداق بیع است و طبق عمومات، این نقل صحیح است، و همينطور عنوان صلح و بقیه عناوین معاملی .

مناقشاتی که در آن بحث مطرح شد در اینجا هم جاری است. در قسمت تمسک به عمومات و اطلاقات معاملات در مجموع چهار مناقشه ذکر شده بود که مناقشه اول قبول نشد ولی مناقشات دوم تا چهارم تمام بود. و در قسمت تمسک به لایحل مال امرء مسلم نیز مناقشاتی بیان شد که همان مناقشات در اینجا هم پیاده میشود.

.

### وجه دوم مشروعیت حق سرقفلی: تمسک به حکم عرف و عقلاء

تقریب این وجه در بحث حق تالیف این بود که عقلاء حق تالیف را مشروع دانسته و آن را مال می دانند و نظر عقلاء هم نزد شارع مورد قبول است. تمسک به بناء عقلاء، تقریبات مختلفی داشت.

#### تقریب اول

تقریب اول در بحث حق تالیف، تمسک به سیره عقلاء بود که گفته می شد از عدم ردع شارع کشف امضاء میشود. اشکال این تقریب هم این بود که این سیره، سیره مستحدث است و در موارد سیر مستحدثه، از عدم ردع نمیتوان کشف امضاء کرد.

#### تقریب دوم

تقریب دوم تمسک به ارتکاز عقلاء بود با توجه به این که نیاز به سیره نداریم و اگر ارتکاز عقلائی در زمان نص ثابت بوده ولو در همه مصادیق تمثل عملی پیدا نکرده باشد، این ارتکاز به نحو عام حجت است حتی نسبت به مصداقی که جدیدا موجود شده. این تقریب از نظر کبروی محل خلاف است و نوع محققین حجیت را مخصوص سیره عملیه متمثله در خارج می دانند، برخلاف مرحوم آقای صدر که ارتکاز عقلاء را هم حجت می داند به این بیان که:

شارع، هم نسبت به اعمال خارجی مکلفین اهتمام دارد و هم نسبت به ارتکازات آنها؛ چون این ارتکاز در معرض سرایت به اغراض شارع و تمثل در افعال خارجی است، لذا شارع وظیفه دارد از ارتکازات غلط ردع کند و از عدم ردع، کشف امضاء می کنیم. در بحث حق تالیف گفته شد در نظر عقلاء، انسان نتیجه عمل خود را مالک می شود و این ارتکاز به نحو عام در زمان شارع وجود داشت، لذا حق تالیف که نتیجه عمل مولف است، مورد ملکیت واقع می شود و از باب توسعه در مصداق ارتکاز است. در بحث سرقفلی هم گفته می شود در نظر عقلاء، مالک سلطنت بر حق الایجار دارد. ارتکاز این است که انسان بر شئون مال خود مالکیت دارد منتهی این که حق الایجار از شئون ملک است قبلا مطرح نبوده و مورد رغبت عقلائی نبوده و اکنون مصداق مال شده و مورد رغبت واقع شده است، لذا ارتکاز عام عقلائی مبنی بر مالکیت انسان نسبت به شئون مال خود، بر این مصداق تطبیق می شود.

اشکال این تقریب دوم در بحث حق معنوی این بود که حتی اگر کبرویا نظر آقای صدر را قبول کنیم که ارتکاز عام عقلائی هم حجیت دارد، اما در جایی مفید است که مورد از موارد توسعه در مصداق باشد نه جایی که توسعه در خود ارتکاز باشد؛ زیرا ارتکاز مستحدث مثل ارتکاز معاصر نیست و قطعا حجیت ندارد. این اشکال در فقه العقود هم در بحث شخصیت حقوقیه و هم بحث حق تالیف مطرح شد. آیا این اشکال بر تطبیق این وجه بر حق سرقفلی هم وارد است یا نه؟

ممکن است گفته شود که حق سرقفلی از مواردی است که ارتکاز به نحو عام وجود داشت و مانحن فیه از موارد توسعه در مصداق ارتکاز است نه توسعه در نفس ارتکاز. ارتکاز و کبرای کلی این است که سلطنت بر عین موجب سلطنت بر همه شئون و خصوصیات عین میشود به شرطی که آن خصوصیت، مالیت داشته باشد. در بحث سرقفلی، تصرف به اجاره دادن عین از شئون عین است، و این حق ایجار که از شئون عین مورد اجاره است، هرچند این حق قبلا مورد تنافس عقلاء نبود، اما اخیرا به عنوان مال مطرح شده و مورد رغبت عقلاء قرار گرفته است. لذا حق سرقفلی مصداق ارتکاز عام موجود در زمان شارع است.

**إن قلت:** این کبری به عنوان امر ارتکازی در میان عقلاء مطرح نیست؛ زیرا اوصاف و خصوصیات عین، مورد ملکیت مستقل قرار نمی گیرند، بلکه حیثیت تعلیلیه هستند برای افزایش مالیت عین. قبلا هم این مطلب بیان شد و در بحث تفکیک بین هیات و ماده گفتیم که معنی ندارد ماده عین متعلق به شخصی و هیات آن مملوک شخص دیگر باشد.

**قلت:** تقریب دیگر از بناء عقلاء به طوری که این اشکال وارد نشود استناد به روایات شراء ارض خراجیه است. از روایات وارده در شراء اراضی خراجیه استفاده می شود اگر انسان حق تصرف در مال غیر داشت ولو حق تصرف در مقابل عوض، غیر از این که حکم تکلیفی جواز تصرف را دارد، به عنوان امر وضعی مستقل و حق وضعی هم چنین اولویتی دارد. پس در زمان شارع امکان تصرف در مقابل عوض به عنوان امر وضعی و حق مستقل وجود داشت، منتهی مصداق آن در زمان شارع در مورد اراضی خراجیه تحقق پیدا کرده بود و در ازمنه اخیره در مورد اموال قابل اجاره محقق شده. اراضی خراجیه خصوصیت ندارد بلکه هر موردی که انسان حق تصرف در مال غیر در مقابل عوض داشته باشد، این کبری شامل آن می شود، منتهی در زمان گذشته این ارتکاز در مورد اعیان مورد اجاره اتفاق نیفتاده بود، و الان به خاطر تطورات حیات در این موارد هم اتفاق افتاده، اما نکته ارتکاز عام است.

مرحوم آقای تبریزی قائل بودند به این که حق سرقفلی به عنوان حق، اعتبار مستقل دارد و از نظر شرعی هم مشروعیت دارد، به دلیل این که از روایات وارده در بحث شراء اراضی خراجیه می توان چنین استفاده ای کرد. البته تمسک به این روایات، وجه دیگری برای مشروعیت حق سرقفلی است که بعدا مطرح می شود، اما مقصود این است که از روایاتی که ایشان مطرح می کند می توانیم استفاده کنیم برای تثبیت این تقریب دوم، هرچند این تقریب مقصود ایشان نبود؛ چون ایشان ارتکاز عقلائی غیرمتمثل در خارج را حجت نمی دانستند. ایشان به روایاتی از جمله روایات باب 71 جهاد العدوّ (بابُ حُكْمِ الشِّرَاءِ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ وَ الْجِزْيَة) تمسک می کردند. از مواردی که صاحب وسائل نتوانسته است از جمع بین روایات به نتیجه ای برسد این مورد است؛ زیرا بر به صورت کلی تعبیر به حکم شراء کرده است و نفرموده جواز الشراء یا عدم جواز الشراء. یکی از روایات این باب عبارت است از:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الصَّفَّارِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ رَجَاءٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع كَيْفَ تَرَى فِي شِرَاءِ أَرْضِ الْخَرَاجِ- قَالَ وَ مَنْ يَبِيعُ ذَلِكَ هِيَ أَرْضُ الْمُسْلِمِينَ- قَالَ قُلْتُ: يَبِيعُهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ- قَالَ وَ يَصْنَعُ بِخَرَاجِ الْمُسْلِمِينَ مَا ذَا- ثُمَّ قَالَ لَا بَأْسَ اشْتَرَى حَقَّهُ مِنْهَا- وَ يُحَوَّلُ حَقُّ الْمُسْلِمِينَ عَلَيْهِ- وَ لَعَلَّهُ يَكُونُ أَقْوَى عَلَيْهَا وَ أَمْلَأَ بِخَرَاجِهِمْ مِنْهُ[[1]](#footnote-1).

از این روایت استفاده می شود که خراج نبايد از بین برود؛ چون حق مسلمین است سپس خود امام علیه السلام در جواب فرمود: اشکالی ندارد کسی که زمين خراجی را در اختيار دارد حق خودش را به مشتری بفروشد، اما رقبه زمین فروخته نمی شود و حق مسلمین محوّل می شود به شخص دوم، و چه بسا فرد دوم نسبت به خراج بهتر عمل کند و مبالات بیشتری داشته باشد.

هرچند ابی برده توثیق خاص ندارد اما از آنجایی که مروی عنه صفوان است (از جمله در همین روایت)، طبق قاعده وثاقت مشایخ ثلاث توثیق می شود و روایت صحیحه خواهد بود.

روایات دیگری هم به این مضمون وجود دارد که وقتی شخص زمین خراجیه را فروخت شخص دوم باید خراج آن را بدهد، نه این که به عنوان ملک طلق با آن برخورد کند.

پس می توان گفت برای اثبات این امر ارتکازی عام در زمان صدور نص، از روایات اراضی خراجیه استفاده می کنیم. از این روایات که در آنها تعبیر شده شخص حق خود را می فروشد «انّما یبیع حقّه» استفاده میشود که با قطع نظر از این تعبیر امام (ع)، حق بودن مسلم است و امام (ع) در مقام بيان حکم آن می فرمايند : چون این شخص حق دارد میتواند حق خودش در این زمین را به دیگری بفروشد. يعنی از این روایات استفاده میشود که حق بودن مسلّم و مورد توافق بین متکلم و مخاطب است، این که انسان بتواند در مالی تصرف کند درمقابل عوضی که می پردازد ، همین امتیاز تلقی می شود و اینگونه نیست که به همه افراد این امتیاز برسد ، زمین خراجیه هم چنین بوده و امتیازی حساب می شده چرا که این زمینها محدود هستند و امام(ع) از این امتیاز تعبیر به حق فرمودند.

لذا اگر حجیت ارتکاز عام عقلائی را قبول کردیم ولو متمثل در سیره خارجیه نشده باشد، استناد به ارتکاز برای مشروعیت حق سرقفلی به این تقریب اشکالی ندارد. البته استدلال مرحوم آقای تبریزی به این روایات، تقریب دیگری دارد ، اما مقصود این بود که می توانیم از این روایاتی که ايشان مستقلاً به آنها استدلال کرده اند، استفاده کنیم برای تقریب ثانی از تمسک به حکم عقلاء.

#### تقریب سوم

این تقریب در کلمات عامه در بحث حق تالیف و در بحث سرقفلی آمده است و گفته اند همین که معامله بر سرقفلی رویه ای است که عقلاء آن را اختیار کرده اند، باعث می شود که حق سرقفلی را مشروع بدانیم. این استفاده از رویه عقلاء، طبق مبنای عامه است که عرف را از مصادر تشریع می دانند طبق آیه شریفه «وامر بالعرف». اشکال این استدلال هم کماتقدم اشکال کبروی است؛ زیرا چنین نیست که رویه عرف از مصادر تشریع باشد؛ چون منجر می شود به این که نظر شارع تابع نظر عرف و معلول آن باشد در حالی که امامیه معتقدند که در شریعت نسبت به همه وقائع حکم جعل شده است و این احکام تابع مصالح و مفاسد است. منتهی برای یافتن این حکم، باید دنبال کاشف ودليل اثبات باشیم نه این که ثبوت حکم شرعی تابع نظر عرف باشد که عامه می گویند. بلی ما میتوانیم از سیره عقلاء وحکم عرف وعقلاء استفاده بکنیم ولی در مقام کشف از حکم شارع با آن قیود و شروطی که در تمسک به سیره و ارتکاز عقلاء وجود دارد نه اینکه شریعت با قطع نظر از عرف حکمی نداشته باشد و هرکجا که عرف وعقلاء حکمی کرده باشند به تبعيت از آنها حکم شارع در مقام ثبوت ولوح محفوظ محقق شود .

اما بقیه وجوهی که در مورد حق تالیف گفته شد، آن وجوه نوعاً قابلیت جریان و سریان در حق سرقفلی را ندارند. مثلاً یکی از ادله ایی که در آن بحث عنوان شده بود ، تمسک به دلیل لاضرر و یا دلیل حرمت و منع ظلم بود که اینها در مورد حق سرقفلی تطبیق نمیشوند. و اینکه ما با تمسک به « لاضرر» بخواهیم بگوییم که مالک غیر از اینکه ملکیت العین را دارد سرقفلی مغازه را هم مالک است ، لا ضرر و دلیل حرمت ظلم نمیتواند اين را اثبات کند. همچنین دلیل ملکیت تکوینیه ای که در مورد حق التالیف به آن استدلال شده بود نمیتواند حق سرقفلی را اثبات بکند. همچنین حسن و قبح عقلی که در حق التالیف ادعا شده بود و گفته شد که در حق التالیف عقل حکم به قبح تصرف در مال و تالیف مؤلف میکند ، این وجه هم در تصوير اول از سرقفلی جاری نمیشود بلی ممکن است که نسبت به تصوير دوم حق سرقفلی به آن استدلال بشود که بعداً مطرح میشود (با مناقشه ای که درآن است ). دلیل اختلال نظام هم به این عنوان که گفته شود: اگر حق سرقفلی مورد قبول قرار نگیرد این موجب اختلال نظام میشود، شبهه این امر در مورد حق سرقفلی اساساً منتفی است. اینکه بگوییم اگر مالک العین غیر از ملکیت العینش حق سرقفلی نداشته باشد ، این موجب به هم ریختن نظام معیشتش میشود این امر در سرقفلی مورد ندارد.دلیل ولایت فقیه هم نسبت به آن موردی که فقیه بخواهد امر و نهی بکند ، این وجه ممکن است که در حق سرقفلی جاری بشود به این شکل که فقیه در یک موردی بر اساس مصلحت امر به اعطاء شیئ ای بکند يا از کاری نهی بکند به این شکل که بگوید : مالک نمیتواند بعد از تمام شدن مدت اجاره عذر مستاجر را بخواهد که محل را ترک بکند بلکه بايد در سال بعد هم به او اجاره بدهد و ... این آثار را میتوان با ولایت فقیه ثابت کرد ولی اینکه بخواهد بعنوان يک حق ، سرقفلی ثابت شود این امر با ادله ولایت فقیه ثابت نمیشود.

لکن ممکن است برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی به دلیل لزوم وفاء به شرط تمسک نمود همانطور که برای مشروعیت حق معنوی هم به این دلیل استدلال شد، منتهی تمسک به این دلیل تقریبات مختلفی دارد.

### وجه سوم مشروعیت حق سرقفلی: تمسک به دلیل شرط

تمسک به دلیل شرط برای مشروعیت حق سرقفلی از راه تطبیق شرط لازم الوفاء بر حق سرقفلی، در فقه العقود[[2]](#footnote-2) و در کتاب تقریرات مرحوم حلی[[3]](#footnote-3) مطرح شده است. این وجه تقریباتی دارد:

#### تقریب اول

در حق سرقفلی آن چه وجود دارد، اين است که مالک بازاء دادن حق سرقفلی به مستاجر خواهان مبلغی است، و از طرف دیگر مستاجر هم انتظار دارد که برای سالهای آینده ملک را به مبلغ کمتری نسبت به قیمت روز آن اجاره کند. برای تامین این دو غرض، آنها را به عنوان شرط در ضمن عقد اجاره قرار می دهیم، یعنی مالک عین را اجاره می دهد به مستاجر به شرط این که مستاجر مبلغی را به او قرض دهد (غرض موجر) و همچنین شرط می کنند که بعد از تمام شدن یک سال، مالک مانعِ مستاجر نشود و عین مورد اجاره را به خود مستاجر به همان مبلغ اجاره دهد یا به کسی که دلخواه مستاجر است (غرض مستاجر).

حاصل این تقریب این است که مقداری که در بازار به عنوان حق سرقفلی می گیرند، این پول را به عنوان شرط القرض در ضمن اجاره اول قرار می دهند. یعنی عین را اجاره می دهد به شرط این که مستاجر مثلاً مبلغ پنجاه ملیون به موجر قرض بدهد، و در مقابل هم موجر بعد از اتمام اجاره مانع ایجار مستاجر نشود، حال یا خود مستاجر به همین مبلغ اجاره کند یا این که به انتخاب مستاجر به دیگری اجاره دهد.

این دو شرط (اقراض مستاجر و عدم منع مالک مستاجر را از ایجار در سال های آینده) ممکن است به نحو شرط لفظی و مذکور در ضمن عقد باشد، و یا این که به خاطر رواج و رویّه عام شدن شرط ارتکازی شده باشد که احتیاج به تصریح در متن عقد ندارد و عقد حمل بر این شرط می شود مثل سایر موارد شرط ارتکازی.

##### مناقشه اول

این مطلب خارج از معاملات رایج و متعارف در سرقفلی هاست؛ چون آن چه متعارف است این است که مالک پولی که به عنوان سرقفلی گرفته را مصرف می کند و ملزم به پس دادن نیست. در حالی که در این تقریب از راه قرض وارد شد که طبعا باید اداء شود، لذا این تقریب نمی تواند سرقفلی رایج را توجیه کند.

##### مناقشه دوم

در شرط دوم گفته شد مالک مانع مستاجر در اجاره دادن نشود، اما این کافی برای صحت اجاره در سال دوم و سوم نیست؛ چون صحت اجاره متوقف بر این است که یا از ناحیه مالک و یا وکیل مالک انجام شود. اجاره احتیاج به اذن دارد و مجرد عدم المنع، اذن حساب نمی شود. لذا این شرط، صحت اجاره های سال های آینده را تامین نمی کند.

اشکالات دیگری در تقریب های دیگر تمسک به دلیل شرط، وجود دارد که به این تقریب هم مطرح است.

#### تقریب دوم

تقریب دوم این است که برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی از دلیل شرط استفاده می کنیم اما شرط، این نیست که مستاجر پولی را به مالک قرض دهد، بلکه با فرض این که مالک مبلغ را پس نمی دهد، شرط را تنظیم می کنیم ، شرط دوم و غرض مستاجر هم این گونه تصحیح می شود که مالک لغرضٍ عین را به مبلغ کمتری از قیمت متعارف بازار اجاره می دهد، و در مقابل مبلغی که از مستاجر می گیرد، مستاجر در ضمن عقد اجاره شرط می کند که بعد از تمام شدن مدت اجاره، مالک عین ملزم باشد به اجاره دادن ملک به مستاجر اول یا کسی که مستاجر اول معرفی کند. پس نفع مستاجر هم تامین می شود.

اما در مورد گرفتن مال به عنوان سرقفلی که شرط اول بود (غرض مالک)، دو تقریب مطرح است:

مرحوم آقای خوئی فرموده در ضمن عقد اجاره شرط می شود که مستاجر اول، غیر از مال الاجاره مبلغ پولی را (حق سرقفلی) به مالک بدهد. شرط اول در کلام ایشان به همین نحو واضح و ابتدائی مطرح شده است. حاصل تقریب ایشان برای تصحیح حق سرقفلی این است که مستاجر اول که پولی را به موجر می دهد تا زمانی که احتیاج دارد از عین استفاده می کند، و غرض او این گونه تامین می شود که حق ایجار را برای خود شرط می کند، لذا در ادامه یا خودش از عین استفاده می کند یا به مستاجر جدید می گوید اگر مبغلی به من بدهی از حقی که برای خودم به وسیله شرط درست شده تنزل میکنم.

إلا ان المالك- لغرض ما- يؤجرها برضى منه و رغبة بأقل من ذلك، و لكنه يقبض من المستأجر مبلغا كخمسمائة دينار مثلا و يشترط على نفسه في ضمن العقد- ان يجدد الإيجار لهذا المستأجر أو لمن يتنازل له المستأجر سنويا بدون زيادة و نقيصة، و إذا أراد المستأجر التنازل عن المحل لثالث أن يعامله نفس معاملة المستأجر، فحينئذ يجوز للمستأجر أن يأخذ لقاء تنازله عن حقه مبلغا يساوي ما دفعه الى المالك نقدا أو أكثر أو أقل، و ليس للمالك مخالفته حسب الشرط المقرر[[4]](#footnote-4).

اما بعض اعلام در مسائل مستحدثه[[5]](#footnote-5)، غیر از این تقریب، تقریب دیگری برای تامین غرض مالک مطرح میکنند به این بیان که می توان مبلغ سرقفلی مثل پنجاه ملیون را جزء اجاره ماه اول قرار داد، یعنی مال الاجاره ماه اول به مبلغ پنجاه ملیون مثلا بیشتر از مال الاجاره ماه های دیگر باشد. فرق تقریب ایشان و مرحوم آقای خوئی، فقط در ناحیه شرط اول است، زیرا درکلام آقای خوئی گرفتن حق سرقفلی شرط مستقل است، اما در کلام بعض اعلام حق سرقفلی جزء اجاره ماه اول قرار داده شده است، ولی دو تقریب در شرط دوم مشترک اند.

حاصل تقریب دوم این شد که در قسمت گرفتن حق سرقفلی، آن را به عنوان جزئی از اجرت ماه اول یا به عنوان شرط مستقل تصحیح می کنیم.

##### مناقشه

به وسیله این تقریب، به بعضی از آثار متوقع از حق سرقفلی میرسیم، اما این تقریب کافی نیست برای توجیه حق سرقفلی به نحوی که آن را حق مستقل قرار دهد. اگر حق سرقفلی حق مستقل شرعی بود آثار دیگری داشت که این تقریب آنها را تامین نمی کند.

یکی از آثار این است که حق سرقفلی اگر مشروع باشد قابل نقل است، اما در تقریب دوم که از راه شرط وارد شد، مستاجر اول نمی تواند حق سرقفلی خود را به مستاجر ثانی یا شخص دیگر نقل دهد. همچنین به وسیله دلیل شرط، نهایتا حکم تکلیفی استفاده می شود یعنی بر مالک لازم است که عین را به مستاجر یا کسی که او معرفی کند اجاره دهد، اما اگر به این شرط عمل نکرد صرفا معصیت و مخالفت با حکم تکلیفی کرده است و تصرف او تصرف در ملک و حق خود است و غصب نیست، لذا با این تقریب آثار وضعیه مترتب نمی شود. اثر سوم این است که اگر سرقفلی حق وضعی مستقل بود، وقتی مالک عین خود را با حق سرقفلی اجاره داد وحق سرقفلی را به مستأجر اول يا شخص ديگر منتقل کرد ، دیگر در ملک خود حق سرقفلی و حق ايجار ندارد و فقط نفس العین برای مالک می ماند. طبیعتا اثر مشروعیت حق سرقفلی به عنوان حق مستقل این است که ورثه مالک، فقط نسبت به عین مالکیت دارند و از جهت سرقفلی چیزی به ورثه نمی رسد.در حالی که طبق این تقریب این اثر تامین نمی شود؛ زیرا مالک تا زمانی که زنده است باید به شرط عمل کند، اما وقتی از دنیا رفت عین خارجی که تماما ملک او بود و متعلق حق غیر نبود، تماما به ورثه منتقل می شود و ورثه در مقابل مستاجر تکلیفی ندارند. وجه مطلب این است که مالک، مشروط علیه بود و دلیل المومنون عند شروطهم اقتضاء نمیکند که وجوب وفاء به شرط، بر غیر مشروط علیه ثابت شود. اما اگر سرقفلی حق مشروع مستقل بود، بعد از فوت مالک باز هم حق مستاجر تامین شده بود، و مثل جایی بود که مالک، عین خود را تا مدتی اجاره داده و در اثناء مدت اجاره فوت می کند که طبعا مال به صورت مسلوب المنفعه در آن مدت اجاره به ورثه منتقل می شود.

#### تقریب سوم

در تقریب سوم از تمسک به دلیل شرط، غرض مالک مثل همان تقریب سابق تامین میشود به این نحو که مبلغ سرقفلی به صورت مستقل یا در ضمن اجاره ماه اول شرط می شود. اما غرض مستاجر این گونه تامین میشود که در ضمن اجاره شرط دیگری می کنند مبنی بر این که مستاجر از ناحیه مالک ماذون باشد که ملک را به خودش یا به کسی که بخواهد اجاره دهد. فرق این تقريب با تقريب دوم اين است که در تقریب دوم آن چه شرط قرار داده می شد، اجاره دادن مالک به مستاجرین بود اما در این تقریب، شرط ماذون بودن مستاجر است در این که عین را اجاره بدهد. اگر وکالت و ماذونیت در ضمن عقد شرط شود، و به نحو شرط نتیجه باشد اجراء عقد به دست وکیل است، مثل شرط ماذونیت زن در طلاق خودش که در ضمن عقد نکاح شرط میشود و دیگر زوجه برای طلاق دادن خود احتیاج به رضایت زوج ندارد.

وجه این که در این تقریب، شرط را ماذونیت مستاجر اول در اجاره دادن عین در سالهای آینده قرار دادند (به جای ایجار مالک)، رهایی از اشکالات تقریب سابق بود؛ چون طبق تقریب سابق اگر مالک از انجام شرط امتناع کند صرفا معصیت کرده و مستاجر نمی تواند به هدف خود برسد، لذا گفته اند شرط می کنیم در ضمن عقد اجاره که مستاجر وکیل و ماذون باشد به این که خانه را به خودش( يا به شخص ديگری که خودش انتخاب می کند)اجاره دهد به این مبلغ کمتر.

در کلام قائل به این وجه[[6]](#footnote-6) توضیح داده شده که این وکالت قابل عزل نیست برخلاف وکالت های مستقل که در قالب عقد وکالت انجام می شود؛ زیرا وکالت اگرمستقلاً انشاء شود قابل عزل است و این که قید بلاعزل را به وکالت اضافه کنند فائده ای ندارد. ولی اگر در ضمن عقد لازم شرط شود دیگر قابل عزل نیست. وقتی این وکالت به نحو شرط نتیجه در ضمن عقد لازم اجاره اخذ شد، هم مالک مبلغی را به عنوان سرقفلی گرفته و هم مستاجر می تواند برای اجاره ملک در سال های آینده مبلغ اندک مورد توافق را به موجر بدهد. به هر حال غرض مالک و مستاجر هر دو تامین می شود.

##### مناقشه اول

وکالت برای تخریج حق سرقفلی مورد انتظار و رائج، و ترتیب همه آثار متوقع از آن کافی نیست. آن چه در میان عقلاء رائج است این است که اگر مستاجر فوت کند حق سرقفلی به ورثه او منتقل می شود مثل اموال او و سایر حقوق مالیه او (مثل حق تحجیر که به ارث می رسد). لذا آن چه رائج است این است که اگر صاحب ملک فوت کند، خللی در حق سرقفلی وارد نمی شود؛ چون عین به وارث او می رسد در حالی که خالی از این حق است همانطور که عین مستاجره، در حالت مسلوب المنفعه به ارث ورثه موجر میرسد. در حالی که طبق راه وکالت، حق سرقفلی با موت باقی نمی ماند؛ چون وکالت استنابه و اذن در تصرف است و با فوت هر یک از وکیل و موکل، وکالت منتفی میشود و ادعای اجماع هم بر این مطلب شده است.

پس اشکال این تقریب این است که غرض این بود که حق سرقفلی بعد از فوت طرفین هم ثابت باشد در حالی که وکالت، این غرض را تامین نمیکند.

صاحب این قول، در جواب از این اشکال فرموده است که به نظر ما وکالت با موت موکل از بین نمی رود چون وکالت در ضمن عقد لازم، لازم می شود[[7]](#footnote-7). اما این مطلب تمام نیست؛ چون طبق نظر مشهور، وقتی حقیقت وکالت، استنابه در تصرف شد طبعا وکالت در جائی معنی دارد که خود موکل حق تصرف داشته باشد. وقتی موکل حق تصرف ندارد، معنی ندارد که وکیل او حق تصرف داشته باشد. حتی اگر خلافا للمشهور وکالت را به معنای تولیه و جعل الولایه بدانیم (نه استنابه در تصرف) در این موارد که موکل برای تصرف در مال خود وکیل می گیرد، بازهم اشکال باقی است. چون هرچند موکل، مستاجر را ولیّ در تصرف در مال قرار داده است، اما ولایتی که داده است به عنوان تصرف در مال خودش است، لذا وقتی فوت کند مال از ملک او خارج می شود، و جعل ولایت برای تصرف در مال غیر معنی ندارد.

در مورد موت وکیل (نه موکل) ممکن است کسی توجیه کند کمافی فقه العقود که می توان وکالت را طوری تنظیم کرد که با موت مستاجر اول باطل نشود، نه از باب انتقال بالارث، بلکه از این باب که دائره شرط را وسیع قرار دهد. یعنی مستاجر با مالک شرط می کند که تا زمانی که زنده ام وکیل باشم و بعد از فوتم، ورثه ام وکیل باشند. این مطلب، غرض را در فرض موت وکیل تامین می کند، اما این توسعه وکالت از این باب است که خود مالک این حق ایجار را به وارث مستاجر داده است، در حالی که آن چه در حق سرقفی رائج و معنون است، این است که صاحب حق سرقفلی حقی مستقل دارد که قابل نقل و انتقال بالارث است. آن چه متعارف است این است که حق سرقفلی از صاحب سرقفلی (مستاجر) به وارث منتقل می شود، اما طبق این تقریب حق ایجار ثابت می شود مستقیما از مالک عین، نه به واسطه مورث.

##### مناقشه دوم

با توجه به احکامی که در باب وکالت گفته شده است، طبق مبنای مشهور که حقیقت وکالت، استنابه در تصرف است، اگر موکل دچار موانعی مثل جنون و اغماء شود، وکالت باطل میشود و تصرفات وکیل در آن زمان باطل می شود. وجه مطلب این است که خود موکل در این موارد حق تصرف ندارد تا بتواند دیگری را نائب در تصرف کند. لذا یکی از اشکالاتی که در بحث وکالت زوجه در عقدنامه های محضری مطرح است، این است که در یکی از بندها آمده که در صورت جنون زوج، زوجه وکیل در طلاق است. اشکال این است که در فرض جنون، خود موکل حق طلاق ندارد تا بخواهد به زوجه وکالت در طلاق بدهد. بله اگر کسی حقیقت وکالت را تولیه بداند نه استنابه در تصرف، این اشکال وارد نیست و این بند طبق نظر این بزرگان مثل مرحوم امام نوشته شده است.

ما اگر مبنای معروف را در معنای وکالت پذیرفتیم و گفتیم وکالت استنابه در تصرف است در مانحن فیه براساس اين تقريب که مستاجر وکیل از جانب مالک قرار داده شده است دیگر نمیتواند بعد از جنون و یا اغماء موکل ملک مورد نظر را به خودش اجاره بدهد ولی اگر سرقفلی را بعنوان یک حق مستقل میدانستیم دیگر اینچنین نبود و مستاجر حتی بعد از جنون و اغماء مالک هم میتوانست ملک را به خود و یا دیگری اجاره دهد. این هم مناقشه دوم است که بر اساس بعضی از مبانی به این تقریب وارد است.

##### مناقشه سوم

اگر از راه وکالت پیش آییم هرچند این مشکل حل شده است که مستاجر بعد از اتمام سال اول می تواند بدون مراجعه به مالک، عین را به خودش اجاره دهد، اما وکالت باعث می شود که صرفا تصرف وکیل نافذ باشد، نه این که خود موکل حق تصرف نداشته باشد و حق تصرف را از خودش سلب کرده باشد. لذا در باب وکالت در طلاق، در عین این که زوجه وکیل در طلاق است، خود زوج هم می تواند زن را طلاق دهد. حقیقت وکالت، توسعه دادن در جواز تصرف است نه نقل حق تصرف. لذا مناقشه سوم این است که طبق تقریب وکالت، اگر مالک بلافاصله بعد از اتمام سال اول و قبل از این که مستاجر اقدام کند و ملک را به خودش یا دیگری اجاره دهد، ملک را به شخصی اجاره داد، وجهی برای بطلان این اجاره نیست، در حالی که متوقع از حق سرقفلی رائج این است که مالک حق تصرف و ایجار در ملک خود را ندارد.

البته ورود این اشکال که مالک حق اجاره دادن داشته باشد، علی بعض المبانی است؛ چون ممکن است در کنار شرط وکالت مستاجر، شرط عدم ایجار و تصرف مالک هم بشود همانطور که در باب طلاق، زوجه می تواند شرط کند که وکیل در طلاق باشد و زوج هم بدون اذن او او را طلاق ندهد (از باب شرط فعل، نه شرط حکم) . در این جا هم مستاجر می تواند شرط کند که وکیل در ایجار باشد به اضافه این که مالک هم اجاره ندهد و چنین تصرفی نکند. اگر این طور شرط کنند طبق نظر مشهور که اثر شرط فقط حکم تکلیفی است نه بطلان وضعی، این شرط فائده ای ندارد؛ چون اگر مالک تخلف کرد صرفا عصیان کرده ولی ایجار او صحیح است و ملک خود را اجاره داده است. بله طبق نظر آقای حکیم که شرط موجب ملکیت است و اگر ترک الفعل شرط شده باشد، مشروط علیه از نظر شارع مالک فعل حساب نمی شود، اجاره دادن مالک صحیح نیست؛ چون مالک این کار نیست. لذا اگر در ضمن عقد نکاح شرط کنند که زوج ازدواج مجدد نکند، طبق نظر آقای حکیم این شرط عدم التزویج بر زوج، موجب بطلان ازدواج دوم او می شود نه اينکه صرفا حرمت تکلیفی داشته باشد.

##### مناقشه چهارم

متوقع از حق سرقفلی این است که حقی مستقل است و قابلیت نقل به دیگران را دارد، اما طبق تقریب وکالت، این حق قابل نقل نیست و به مقداری که در وکالت شرط شده است، آثار حق سرقفلی مترتب می شود.

حاصل بحث در وجه سوم این است که هیچ کدام از تقریبات تمسک به دلیل شرط، نمی تواند حق سرقفلی را به نحوی که در بین عقلاء رائج است تامین کند، و فقط آن را از جهت بعض آثار تامین می کند.

### وجه چهارم مشروعیت حق سرقفلی

مرحوم آقای خوئی در مستند در کتاب الاجاره فرموده با استناد به روایات حق السکنی می توانیم مشروعیت حق سرقفلی را اثبات کنیم. ایشان فرموده از روایات باب حق السکنی استفاده می شود که در موردی که عین قابلیت سکنی دارد، شخص می تواند حق سکنی آن را به دیگری منتقل کند و مشروعیت این حق سکنی از ادله استفاده می شود.

فرموده است حق سکنی حالت متوسطه بین اجاره و عاریه است. در جایی که انسان می تواند در مکانی سکونت و تصرف کند، گاهی از باب اباحه و اذن مالک است که تعبیر به عاریه می شود و در عاریه، مالک می تواند هر زمان از اذن خود رجوع کند. گاهی از این باب است که چون مالک منفعت شده است سکونت می کند که باب اجاره است، و لذا مالک حق مزاحمت و منع تصرفات مستاجر را ندارد و مستاجر هر تصرفی که بخواهد می تواند انجام دهد. اما حق سکنی حالتی متوسط است، یعنی نه مجرد اذن است که مالک هر موقع خواست رجوع کند، و نه ملکیت منفعت است تا ساکن بتواند هر تصرفی که خواست انجام دهد، بلکه در حق سکنی شخص مالک منفعت نیست ولی در عین حال، مالک نمی تواند از اذن خود برگردد.

سپس فرموده است این حق سکنی که حالت متوسطه بین عاریه و اجاره است، گاهی قابل جعل ابتدائی است که مورد آن در روایات بیان شده، و گاهی از راه شرط به دیگری منتقل میشود نه ابتداءً. با استناد به روایات وارده در حق سکنی، می توانیم مشروعیت حق سرقفلی را اثبات کنیم؛ چون حق سرقفلی همان حق سکنی است که از طریق عقد اجاره به افراد داده می شود. وقتی اصل مشروعیت این حق، (در مقابل ملکیت عین و منفعت) با اشتراط آن در ضمن عقد اجاره مشکل حل می شود و لذا مالک بعد از این که حق را به مستاجر منتقل کرد، نمی تواند ملک را به دیگری اجاره دهد بلکه تابع اراده مستاجر است.

ان قلت: حق سرقفلی متعارف در صورت فوت، به وارث منتقل می شود اما حق سکنی به وارث ذی حق منتقل نمی شود.

قلت: ازروایات حق سکنی استفاده می شود که حق سکنی تابع شرط است. اگر جعل حق سکنی تا زمان حیات زید باشد بله به وارث منتقل نمی شود ، اما اگر بگوید برای زید و ورثه و عقبه او، این شرط صحیح است پس چنین نیست که حق سکنی با فوت شخص از بین برود بلکه قابلیت بقاء دارد.

بنابراین ایشان فرموده با توجه به این که مالک می تواند حق سکنی را در اختیار دیگری قرار دهد و او را از سکنای منزل منتفع کند، مشروعیت حق سرقفلی استفاده می شود. وقتی اصل وجود این حق ثابت شد، از جهت کیفیت جعل این حق برای شخص آخر، ممکن است به صورت ابتدائی این حق به شخص داده شود و ممکن است در ضمن عقدی این حق سکنی را به دیگری منتقل کند. در حق سرقفلی نیز مالک می تواند حق سکنی را به دیگری بدهد در ضمن عقد اجاره یا در ضمن عقد آخر، و می تواند به صورت مطلق این حق سکنی را بدهد یا این که بگوید به شرطی که مبلغی را پرداخت کنی (حق سرقفلی) این حق سکنی را منتقل می کنم، و ممکن است شرط لفظی باشد و یا شرط ارتکازی. یکی از روایات باب حق السکنی به عنوان نمونه:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حُمْرَانَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ السُّكْنَى وَ الْعُمْرَى- فَقَالَ النَّاسُ فِيهِ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ- إِنْ كَانَ شَرَطَ حَيَاتَهُ فَهِيَ حَيَاتَهُ- وَ إِنْ كَانَ لِعَقِبِهِ فَهُوَ لِعَقِبِهِ كَمَا شَرَطَ حَتَّى يَفْنَوْا- ثُمَّ يُرَدُّ إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ[[8]](#footnote-8)

آن چه در روایات حق سکنی آمده است این است که مالک دار می تواند سکنای دار را برای شخصی قرار دهد و به همان نحوی که شرط کرده اند تبعیت میشود، مثلا گفته باشد تا فلان سال یا تا زمان حیات ساکن یا بعد از موت ساکن برای ورثه او، به هر نحوی که باشد متبع است. در روایات حق سکنی فرض این است که ابتداءً حق سکنی منتقل شده است. استدلال آقای خوئی این است که با مراجعه به روایات حق سکنی می یابیم که در مورد اعیان قابل اجاره مانند خانه غیر از مالکیت عین که مربوط به صاحب دار است و غیر از مالکیت منفعت که از راه اجاره به مستأجر می رسد و غیر از اباحه تصرف به تنهایی که در مورد عاریه است ، یک امر وضعی به عنوان حق سکنی وجود دارد و شارع فرموده می توان این امر وضعی را به دیگری منتقل کرد. وقتی امضاء شارع نسبت به این حق را احراز کردیم، میگوییم لازم نیست این حق را مالک ابتداء به دیگری بدهد بلکه می تواند آن را در ضمن معامله ای به عنوان شرط قرار دهد که با حق سرقفلی سازگاری دارد.

#### مناقشه

حق سرقفلی به حسب آن چه در بازار متعارف است و مورد سیره عقلائی است، به نحوی است که قابل انتقال به دیگری است و مستاجر اول می تواند سرقفلی را به مستاجران بعدی يا به شخص ديگر بفروشد. اما از روایات حق سکنی بیش از این که قرار دادن حق سکنی برای غیرمالک الدار جائز است و تا حدودی که شرط شده است می تواند سکونت کند، استفاده نمی شود. لذا این که ساکن، حق سکنی را بتواند به دیگری نقل دهد و بابت آن مبلغی بگیرد، از روایات استفاده نمی شود، به تعبیر دیگر از روایات حق سکنی استفاده نمی شود که سکنی به عنوان امر وضعی و حق باشد، نه صرف حکم. لذا نمی توان حق سرقفلی را با خصوصیاتی که دارد، از روایات سکنی استفاده کنیم.

اشکال و مناقشۀ دوم عبارتست از اینکه : آنچه که در حق سرقفلی متعارف و رائج بین العقلاء وجود دارد اين است که اگر شخصی صاحب حق سرقفلی شد این حق سرقفلی را میتواند به دیگری بدهد بگونه ایی که نفر دوم و مستاجر ثانی این حق سکنی را از مستاجر اول تلقی میکند ، مالک حق سرقفلی را به مستاجر اول داده است و مستاجر اول آن را به شخص آخر میدهد و از او عوض میگیرد. این آن چیزی است که در حق سرقفلی رائج است. ولی آنچه که در مورد روایات سکنی است اینست که : مالک الدار حق سکنی را برای هر شخصی که قرار داده ، آن حق تنها برای همان شخص ثابت میشود اگر حق را برای شخص آخر مثلاً زید قرار داده است ، این حق تنها متعلق به خود زید است و اگر این حق را برای زید و فرزندان او قرار داده این حق متعلق به زید و فرزندان او است لکن در اینجا رسیدن این حق به فرزندان بخاطر همان شرط و قراری است که مالک انجام داده است نه از باب ارث. ولی آنچه که در باب سرقفلی رائج است اینست که : شخصی که سرقفلی را گرفته است او در نقل اختیاری میتواند به دیگران این سرقفلی را نقل بدهد و دیگری این حق را از خود مستاجر اول تلقی میکند و اگر هم او حق سرقفلی اش را نقل اختیاری نداد بعد از موت او این حق سرقفلی به وارث او منتقل میشود از باب اینکه ورثه این مال و حق را از مورث خود ت تلقی میکنند نه اینکه از مالک الدار اینها را تلقی کرده باشند. پس بین آنچه که در حق سرقفلی رائج است و این تقریبی که بیان شد این تفاوت وجود دارد و بر این اساس ما نمیتوانیم از آن روایتی که در مورد حق سکنی است حق سرقفلی را با توجه به تمام خصوصیات مورد نظرش توجیه بکنیم.

مناقشه سوم اين است که بین حق سرقفلی و حق سکنی فرق ديگر وجود دارد وآن فرق این است که در حق سکنی مجانیت در کار است اما در حق سرقفلی پای عوض در کار است.

برخی برای نفی مشروعیت سرقفلی کماسیاتی به روایات حق سکنی تمسک کرده اند که امام علیه السلام فرموده است با موت شخص، حق سکنی باطل می شود، و گفته اند سرقفلی هم مثل حق سکنی است. در فقه العقود این استدلال را نفی کرده و فرموده بین دو مورد فرق وجود دارد، لذا نمی توان حکم یکی را به دیگری سرایت داد. در روایات بحث حق سکنی است و حق سکنی را مالک مجانا به شخص می دهد، اما در حق سرقفلی این حق را در مقابل عوض منتقل به غیر می کند. از آنجایی که در حق سرقفلی مالک مبلغی گرفته است، ممکن است دیگر با موت شخص باطل نشود و بالاخره بین دو مورد، فرق وجود دارد.

این فرمایش تمام نیست چون هرچند غالب این است که در حق سرقفلی آن را در مقابل عوض به مستاجر منتقل می کنند، اما قوام حق سرقفلی در تصویر اول این است که این حق برای مالک است و از ناحیه مالک به دیگری منتقل می شود و این که مجانا یا بالعوض باشد، در حقیقت سرقفلی مدخلیت ندارد.

لذا این که گفتیم بین دو مورد فرق است و در حق سکنی مجانیت است برخلاف سرقفلی، مقصود از مجانیت مجانیت در اول امر نیست که در فقه العقود بیان شده، بلکه مراد این است که در حق سکنی، ساکن بدون این که عوضی بدهد ساکن میشود یعنی در حق سکنی وجه الاجاره ای در کار نیست، اما در حق سرقفلی که به شخص منتقل می شود، کسانی که از ملک منتفع می شوند باید اجاره بدهند. لذا گفتیم ملک بدون سرقفلی اجاره اش فرق دارد و کمتر است از ملک با سرقفلی. در موارد سرقفلی انتفاع ساکن از عین، بالاجاره است که باید عوض منفعت را بدهد، اما در موارد حق سکنی، ساکن چیزی به عنون اجرت نمی دهد. سرقفلی طبق آن چه در منشأ تاریخی پیدایش آن گفتیم (که در اموال وقفی مطرح بود و حق سرقفلی را به اشخاص می دادند و اجاره کمی برای مال وقفی قرار می دادند) توأم با اجرت منفعت در طول زمان است، اما حق سکنی بدون عوض و اجرت است.

به تعبیر دیگر مجانیت در مورد حق سکنی، در دو قسمت مطرح است: یکی در ابتداء که حق سکنی به افراد داده می شود، و دوم در ناحیه بقاء حق سکنی است و انتفاعات بقائی که شخص از ملک مورد سکنی میبرد. در قسمت اول، بله مجانیت ملازمه با حق سکنی ندارد و ممکن است کسی حق سکنی را به دیگری بدهد و پولی بگیرد، اما مجانیت مورد نظر ما مجانیت در فرض حدوث نیست (خلافا لفقه العقود). مراد ما این است که به لحاظ انتفاع مستمر، این فرق وجود دارد که انتفاع مستمر در حق سکنی مجانی است و اگر حق سکنی به کسی داده شد، برای استفاده ماهانه و سالانه پولی پرداخت نمی کند، برخلاف بحث حق سرقفلی. پس بین حق سکنی و اجاره، در قسمت دوم یعنی به لحاظ انتفاع مستمر فرق وجود دارد و لذا از روایات حق سکنی نمی توانیم مشروعیت حق سرقفلی را استفاده کنیم.

### وجه پنجم مشروعیت حق سرقفلی

وجه پنجم این است که : ما با مراجعه به روایات وارد در شراء اراضی خراجیه میتوانیم اثبات کنیم که حق سرقفلی مشروعیت دارد. این استدلال در کلام مرحوم آقای تبریزی مطرح شده و ایشان مستقیما با استدلال به این روایات این مدعی را اثبات می کرد نه از راه استناد به ارتکاز. تقریب استدلال ایشان این است که:

در روایات بیان شده کسی که در زمین خراجیه زراعت میکند و از منافع زمین خراجیه استفاده می کند در مقابل پرداخت خراج، رقبه ارض را نمیتواند بفروشد اما حق خود در این زمین را می تواند به دیگری بفروشد. یعنی غیر از ملکیة العین که فرض اين است اراضی خراجيه مملوک مسلمین است (همانطور که در روایات ذکر شده) و غیر از ملکیة المنفعه که مربوط به شخصی است که از زمین استفاده می کند و خراج می دهد، عنوان سومی مطرح است و آن این است که شخص در این عین دارای منفعت، حقی هم دارد. آن حق چیزی نیست جز این که شخص استحقاق و اولویت دارد که در ازاء خراج، بتواند در زمین تصرف کند. در روایات بیان شده شخص اول که زمین را در مقابل خراج از حکومت گرفته است، عوض انتفاع را میدهد و زمین ملک او نیست، اما می تواند حق خود را به دیگری بفروشد. پس اعتبار وضعی وراء ملکیة العین و ملکیة المنفعه از روایات استفاده می شود که آن امر وضعی، حق زراعت در زمین است، و شارع اعتبار این حق و نقل آن را امضاء کرده است. وقتی شخص حق خود را می فروشد، چنین نیست که منفعت زمین را بفروشد؛ چون منفعت تابع خراج است و هر کس خراج بدهد مالک منافع زمین است، بلکه نفس این حق که بتواند در زمین کار کند بازاء خراج را، به دیگری منتقل می کند. یکی از روایات این باب، روایت ابی برده بود که اخیرا بیان شد.

هرچند مورد روایت، اراضی خراجیه است و با بحث سرقفلی اختلاف دارد (چون در اراضی خراجیه بحث اجاره نیست بلکه انتفاع از زمین است بازاء خراج و مقاسمه) اما مدعی این است که غیر از ملکیة العین و ملکیة المنفعه، اعتبار سومی وجود داشته باشد به عنوان حق ایجار عین، به طوری که مستاجر آن را از مالک دریافت کند و بتواند عین را به دیگران یا خودش اجاره بدهد. اما این مقدار اختلاف، فارق در حکم نیست و خصوصیت ندارد، یعنی احتمال نمیدهیم که حکم اراضی خراجیه شامل محل بحث که اجرت ماهانه است نشود. وقتی شارع اعتبار وضعی در اراضی خراجیه را امضاء کرده است، استفاد می شود موارد دیگری هم که از نظر ذاتی شبیه اراضی خراجیه است امضاء میشود. مقوم و جامع حکم، این است که انتفاع غیرمالک از زمین، مجانی نیست و بازاء عوض است، حال عوض به نحو خراج و مقاسمه باشد یا به نحو اجرت در عقد اجاره.

لذا ایشان در جواب این سوال که آیا حقوق مستحدثه که عقلاء قبول دارند و در زمان شارع وجود نداشت مشروع اند یا نه، می فرمودند حقوق مستحدثه اعتبار ندارند و نمی توانیم امضاء شارع نسبت به آنها را احراز کنیم، مگر در حقوقی که نظیر آن حق در زمان شارع وجود داشت و شارع آن نظیر را امضاء کرده است. برای این مورد، مثال به حق سرقفلی می زدند.

با این توضیح معلوم می شود که برخی مناقشات وارد به وجوه دیگر، به این وجه وارد نیست. مثلا یکی از اشکالات وجه چهارم (تمسک به روایات حق سکنی) این بود که در حق سکنی انتفاع به نحو مجانیت[[9]](#footnote-9) است و لازم نیست شخص اجرتی بدهد، در حالی که موطن سرقفلی، اعیان و املاک مستاجره است لذا ممکن است خصوصیت مجانیت در اعتبار حق اخذ شده باشد و طبعا در موارد غیرمجانی قابل استفاده نباشد.

این اشکال به وجه پنجم نمی آید؛ چون اراضی خراجیه با املاک مورد سرقفلی از این جهت مشترک اند که استفاده سالانه از زمین در مقابل عوض است نه مجانا. افرادی که از زمین خراجی استفاده می کنند، بازاء استفاده مستمر خراج می دهند نه این که مجانا انتفاع ببرند.

اشکال دیگر وجه چهارم این بود که طبق این تقریب، هرکس حق سکنی برای او قرار داده شده می تواند از مال استفاده کند ولو نسل بعد از نسل، ولی نمی تواند حق خود را منتقل کند. اما این اشکال به وجه پنجم وارد نیست؛ چون در روایات اراضی خراجیه بحث بیع حق مطرح است.

تنها اشکالی که ممکن است به وجه پنجم مطرح شود، بحث الغاء احتمال خصوصیت است و ممکن است کسی بگوید بین اراضی خراجیه و املاک مورد اجاره، احتمال فرق در حکم وجود دارد. قائل به وجه پنجم ادعایش اینست که احتمال خصوصیت در روایات اراضی خراجیه داده نمیشود . اگر احتمال خصوصیت الغاء بشود کما اينکه بعيد نيست اينطور باشد ، این وجه برای اثبات مدعا تمام و کافی است لکن اگر کسی بگوید که وجداناً احتمال خصوصیت در خراج وجود دارد دیگر از این وجه پنجم نمیتوان مدعا را اثبات کرد و برای اثبات مدعا میبایست به وجه دوم استناد بکنیم که استفاده از روايات اراضی خراجيه از راه ارتکاز عام عقلائی معاصر با زمان صدور نص بود.

حاصل بحث در وجوه مشروعیت حق سرقفلی: بعضی از این وجوه کبرویا ناتمام بودند و برخی وجوه این اشکال را داشت که تمام آثار متوقع از سرقفلی را تامین نمیکرد مثل تمسک به دلیل شروط. اما وجوهی بود که همه آثار متوقع را تامین می کرد، یعنی اثبات می کرد که سرقفلی حقی است که ثابت است غیر از ملکیة العین و ملکیة المنفعه و قابلیت نقل به دیگران را هم دارد.

## مقام دوم: وجوه نفی مشروعیت حق سرقفلی

همانطور که گفتیم وجوهی نیز برای اثبات عدم مشروعیت حق سرقفلی مطرح شده است:

### وجه اول

با توجه به روایات وارد در حق سکنی می یابیم که شارع حق سرقفلی به نحوی که حق مستقل و قابل نقل باشد را قبول ندارد. در حق سکنی نه عین منتقل می شود نه منفعت، وشخص ساکن ،حق استفاده و انتفاع دارد. در روایات حق سکنی بیان شده که اگر مالک، سکنی را به شخص دیگر تازمانی که ساکن زنده است بدهد، در صورت فوت مالک حتی اگر ساکن زنده باشد حکم به رد حبیس شده مال به ورثه مالک منتقل می شود. اگر سکنی، حق ممضاة عندالشارع بود، با موت مالک از بین نمیرفت بلکه مثل حق تحجیر میبود که اگر محجر حق خود را منتقل کند، موت محجر تاثیری در بقاء حق ندارد، و همچنین مثل موارد اجاره که اگر مالک عین فوت کند، اجاره از بین نمی رود. البته حق سکنی با موت ساکن باطل می شود، مگر در جایی که داخل در ثلث اموال باشد که از باب وصیت باقی می ماند، و فقط اگر زائد بر ثلث باشد با موت ساکن باطل می شود. پس سکنی به عنوان حق شرعی مورد قبول نیست و با توجه به این که سرقفلی مثل حق سکنی است، این روایات مشروعیت سرقفلی را هم نفی می کند.

این روایات در باب بطلان السکنی و الحبیس بموت المالک مطرح شده است. روایتی که سندا تمام است صحیحه عمربن اذینه است که در مورد قضاوت ابن ابی لیلا و اعتراض محمد بن مسلم است:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ قَالَ: كُنْتُ شَاهِداً عِنْدَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى- وَ قَضَى فِي رَجُلٍ جَعَلَ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ غَلَّةَ دَارِهِ- وَ لَمْ يُوَقِّتْ وَقْتاً فَمَاتَ الرَّجُلُ- فَحَضَرَ وَرَثَتُهُ ابْنَ أَبِي لَيْلَى- وَ حَضَرَ قَرَابَتُهُ الَّذِي جَعَلَ لَهُ غَلَّةَ الدَّارِ- فَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى أَرَى أَنْ أَدَعَهَا عَلَى مَا تَرَكَهَا صَاحِبُهَا- فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ الثَّقَفِيُّ- أَمَا إِنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ع- قَدْ قَضَى فِي هَذَا الْمَسْجِدِ بِخِلَافِ مَا قَضَيْتَ- فَقَالَ وَ مَا عِلْمُكَ فَقَالَ- سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيٍّ ع يَقُولُ- قَضَى عَلِيٌّ ع بِرَدِّ الْحَبِيسِ وَ إِنْفَاذِ الْمَوَارِيثِ- فَقَالَ لَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى هَذَا عِنْدَكَ فِي كِتَابِكَ- قَالَ نَعَمْ قَالَ فَأَرْسِلْ وَ ائْتِنِي بِهِ- فَقَالَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ- عَلَى أَنْ لَا تَنْظُرَ مِنَ الْكِتَابِ إِلَّا فِي ذَلِكَ الْحَدِيثِ- قَالَ لَكَ ذَلِكَ قَالَ فَأَحْضَرَ الْكِتَابَ- وَ أَرَاهُ الْحَدِيثَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي الْكِتَابِ فَرَدَّ قَضِيَّتَهُ[[10]](#footnote-10).

قضاوت ابن ابی لیلا در این مورد این بود که در فرض موت مالک دار، حکم کرد به این که حق ساکن محفوظ است و چنین نیست که خانه به صورت طلق به ورثه منتقل شود. محمد بن مسلم به ابی لیلا گفت این قضاوت تو برخلاف قضاوت امیر المومنین علیه السلام است که در همین مسجد قضاوت دیگری فرموده است. از امام باقر علیه السلام شنیدم که امیرالمومنین حکم به رد حبیس کرد. سپس ابی لیلا از قضاوت غلط خود عدول کرد و حکم کرد به این که حبیس برگردد و به ورثه منتقل شود. در روایت دیگری که سندا تمام نیست گفته شده که اگر قیمت آن به اندازه ثلث باشد، نافذ است والا خیر.

وجه استدلال به اين روايات این است که حق سرقفلی هم مثل حق سکنی است لذا بعد از موت مالک از بین می رود، پس حق اصطلاحی نیست که آثار حق را داشته باشد و قابل انتقال به غیر باشد.

#### مناقشه

نسبت به استدلال به این روایات در فقه العقود مناقشه شده است.

مناقشۀ اول عبارتست از اینکه : درست است که یکی از روایات وارد در باب حبیس و سکنی همین روایت عمر بن اذینه است ولی در آن باب روایات دیگری هم وجود دارد که مقتضای آنها این است که اگر برای حق سکنی مدتی معین شود (سال خاصی یا تا زمان حیات ساکن یا برای ساکن ونسل بعد از او) به مقداری که در حق سکنی مدت معین شده، آن مدت لازم الرعایه است و رجوع مالک اثری ندارد . روایاتی که بر این مضمون دلالت می کند را مرحوم صاحب وسائل در باب دوم کتاب سکنی و حبیس، جمع کرده و عنوان باب را این گونه قرار داده است: «بَابُ أَنَّ السُّكْنَى تَابِعَةٌ لِشَرْطِ الْمَالِكِ إِذَا وَقَّتَهَا بِحَيَاتِهِ أَوْ حَيَاةِ السَّاكِنِ أَوْ مَعَ عَقِبِهِ أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً كَانَتْ لَازِمَةً فَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ رَجَعَ الْمَسْكَنُ إِلَى الْمَالِكِ‌». یکی از روایات این باب، صحیحه حمران است:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حُمْرَانَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ السُّكْنَى وَ الْعُمْرَى- فَقَالَ النَّاسُ فِيهِ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ- إِنْ كَانَ شَرَطَ حَيَاتَهُ فَهِيَ حَيَاتَهُ- وَ إِنْ كَانَ لِعَقِبِهِ فَهُوَ لِعَقِبِهِ كَمَا شَرَطَ حَتَّى يَفْنَوْا- ثُمَّ يُرَدُّ إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ[[11]](#footnote-11).

ایشان این روایت را هم از صدوق و از هم کلینی نقل میکند. روایت به حسب نقل صدوق صحیحه است اما در سند کلینی، مرحوم کلینی از حمید بن زیاد از حسن بن محمد بن سماعه از غیر واحد از ابان نقل میکند. هرچند در سند کلینی افراد واقفی وجود دارد و به این اعتبار روایت موثقه خواهد بود، لکن علی ای حالٍ روایت معتبر است.

روایت دیگر در این مضمون، روایت اول باب سوم است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سُئِلَ عَنِ السُّكْنَى وَ الْعُمْرَى فَقَالَ- إِنْ كَانَ جَعَلَ السُّكْنَى فِي حَيَاتِهِ فَهُوَ كَمَا شَرَطَ- وَ إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لَهُ وَ لِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ حَتَّى يَفْنَى عَقِبُهُ- فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوا وَ لَا يُورِثُوا- ثُمَّ تَرْجِعُ الدَّارُ إِلَى صَاحِبِهَا الْأَوَّلِ[[12]](#footnote-12).

جمع این روایات با روایت عمر بن اذینه به این است که بطلان سکنی در جایی است که مدتی معین نشده باشد، همان طور که در روایت گفته شد «و لم یوقّت وقتا» اما اگر توقیت درکار باشد بایّ نحو کان، همان طور که از عنوان صاحب وسائل استفاده می شود، در مدت موقت این حق لازم الرعایه است و مالک حق برگشت ندارد.

پس حاصل مناقشه اول این است که این که در مورد سکنی مفروغ عنه گرفته شد که بعد از موت حق باطل می شود، صحیح نیست بلکه مقتضای قواعد تفصیل است بین فرض توقیت و عدم توقیت.

#### مناقشه دوم

هرچند در مورد روایات یعنی بحث سکنی قبول کنیم که با موت مالک حق از بین می رود، اما از بطلان حق سکنی نمی توان بطلان حق سرقفلی را استفاده کرد؛ چون بین دو مورد فرق است. در حق سکنی مالک به صورت مجانی سکنای دار را به دیگری داده است اما در سرقفلی مفروض این است که مالک در ازاء مبلغ معتنی بهی حق سرقفلی یا حق ایجار را به مستاجر اول می دهد. خصوصیت مورد روایت مجانیت است با توجه به این فارق بین این دو مورد ما نمیتوانیم از حکم مورد روایت به حکم محل بحث تعدّی بکنیم چرا که ممکن است در مورد روایت بگوییم این حکم به برگشتن حق السکنی به ورثه بخاطر اینست که مالک در ازاء حق السکنی پولی نگرفته است و حال اینکه در حق سرقفلی مفروض اینست که مالک پول گرفته است وبا گرفتن پول درحقيقت حق سرقفلی را استيفاء کرده ديگر اين عين برای مالک دارای حق سرقفلی نيست که به همين وصف به ورثه او برسد همانطور که در مورد اجاره خانه بمدت دو سال اگر مالک قبل از تمام شدن مدت اجاره بميرد وارث خانه را بصورت مسلوب المنفعة در آن مدت ارث می برد نه بما له المنفعة .احتمال این که اين خصوصیت موجب فرق بین دو مورد درحکم شود کافی است که نتوانيم از مورد روايت تعدی کنيم .

اما این مناقشه دوم تمام نیست چون حق سرقفلی محل بحث، این است که موطن اصلی حق سرقفلی مالک است، و مستاجر حق سرقفلی را از مالک تلقّی می کند و قوام سرقفلی به این جهت است. اما این که این تلقی مستاجر به نحو معاوضه باشد یا مجانی باشد در حقیقت سرقفلی مدخلیت ندارد. اگر مالک حق سرقفلی را به عنوان هبه و مجانیت به مستاجر بدهد، از حقیقت سرقفلی خارج نیست پس قوام سرقفلی به مجانیت نیست بلکه به صرف تلقی حق ایجار از مالک است. پس مورد روایت با مانحن فیه از حیث مجانیت سازگاری دارند و اشکال فرق بین الموردین وارد نیست. مگر این که مناقشه دوم و فرق بین الموردین را این طور تصحیح کنیم که:

در سرقفلی با توجه به خصوصیات و تعریفی که گفته شد، حق سرقفلی اختصاص به اعیان و باب اجاره دارد، یعنی غیر از مالک عین و مالک سرقفلی شخص دیگری از منفعت عین استفاده مستمر می کند علی نحو الاجاره لا علی نحو المجانیه. منشأ حق سرقفلی این بود که املاک وقفی در معرض تخریب بود و افراد با همان حالت فعلی مندرس از آنها استفاده نمی کردند، لذا حق سرقفلی را وضع کردند که به اشخاص داده شود تا راضی شوند در سالیان متمادی آن املاک را اجاره کنند، پس منشا سرقفلی، املاک اجاره ای است که انتفاع از آنها علی وجه العوض است. سرقفلی مشوب به عنوان ایجار است و ایجار از مقومات سرقفلی است، و ایجار هم یعنی عوض داشتن. پس در سرقفلی حیثیت عدم المجانیه برای انتفاع مستمر اخذ شده، در حالی که در مورد حق سکنی، افراد برای انتفاع مستمر خود مالی به مالک نمیپردازند. احتمال این که این فرق، موجب فرق بین حکم دو مورد شود، کافی است و دیگر نمی توان از مورد روایت به حق سرقفلی تعدی کرد.

پس صحیح در تقریب اشکال دوم، بیان فرق در ناحیه مجانیت به لحاظ انتفاع مستمر است، نه بیان فرق در ناحیه مجانيت درتلقی از مالک.

بنابراین، استدلال به روایات باب سکنی، چه برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی باشد (کما علیه السید الخوئی) و چه برای نفی مشروعیت حق سرقفلی (کما حکي فی فقه العقود عن بعض) متوقف بر این است که احتمال فرق و خصوصیت بین دو مورد وجود نداشته باشد. مناقشه مشترک بین دو استدلال این است که بین دو مورد، فرق وجود دارد.

### وجه دوم

این وجه در کلمات عامه ذکر شده. گفته شده مشروعیت حق سرقفلی قابل التزام نیست؛ چون مفاسدی بر آن مترتب است، مثل این که اگر حق سرقفلی برای مستاجر ثابت باشد، ثبوت سرقفلی برای او به این معنی است که می تواند مال اشخاص را اجاره دهد. این مطلب به این بر می گردد که حق سرقفلی موجب حجر مالک از تصرفات در ملک خودش است. مقتضای مالک بودن این است که مالک بتواند ملک خود را اجاره دهد، اما در سرقفلی مالک ملک خود را نمی تواند اجاره دهد و این حق نداشتن، تضییق در دائره سلطنت مالک است. پس از این که حق سرقفلی، محذور غیرقابل التزامی دارد کشف می کنیم که حق سرقفلی مشروع نیست.

#### مناقشه

هرچند مقتضای مالکیت شخص امکان تصرف و سلطنت شخص بر مال است و مالک نباید محجور از تصرف در مال باشد، اما مقتضای مالکیت، عدم محجوریت شخص نسبت به مالش است ابتداءً، نه عدم محجوریتی که مستند به خود مالک باشد. از الناس مسلطون علی اموالهم استفاده میشود که هر مالکی ابتداء و فی حد نفسه بر ملک خود سلطنت دارد و محجور نیست، اما منافات ندارد با این که مالک به استناد و اختیار خود، سلطنت خود را تضییق کند.

لذا در همه مواردی که برای شخصی حقی در مال غیر ایجاد می شود، مالک مال از بعض تصرفات محجور می شود. مثل حق الرهن که مالک (راهن) با این که مالک مال مرهونه است اما محجور از تصرفات در این مال است (هم تصرفات تکوینی و هم اعتباری) اما چون این محجوریت به خاطر رهن گذاشتن است که به اختیار خود مالک بوده، منافاتی با مقتضای مالکیت ندارد.

در حق سرقفلی فرض این است که مالک با اختیار خودش حق سرقفلی را به مستاجر منتقل کره و پولی گرفته ، لذا بعد از این انتقال مالک نمی تواند مال خود را اجاره دهد و از این کار محجور است، اما این محجوریت، به خاطر فعل خود مالک (انتقال حق سرقفلی) ایجاد شده است

حاصل این که محجوریتی که از فعل خود مالک ناشی شود، منافاتی با مقتضای ملکیت و سلطنت مالک ندارد.

پس هیچ یک از وجوه نفی مشروعیت سرقفلی تمام نیست.

**اما صورت دوم حق سرقفلی (حق کسب و پیشه):**

حق کسب و پیشه این است که گفته شده اگر مستاجر با اعمال مناسب خود موجب رونق و افزایش قیمت محل اجاره شود، حق پیدا می کند به طوری که مالک نمی تواند بعد از مدت اجاره، مجانا عذر او را بخواهد و مبلغی به او ندهد، بلکه مالک ملزم به رعایت این حق است و نمی تواند در عین تصرف کند مگر این که غرض مستاجر را تامین و او را راضی کند. وجوهی برای اثبات مشروعیت حق کسب و پیشه بیان شده است:

## وجوه اثبات مشروعیت حق کسب و پیشه

### وجه اول

وجه اول اثبات مشروعیت حق کسب و پیشه (یا حق سرقفلی در تصویر دوم) این است که با عمل و فعل مستاجر، مالیت و ارزش عین مستاجره بیشتر شده و طبعا سبب این افزایش مالیت، عمل مناسب مستاجر است. مقتضای قواعد اولیه این است که مالیت موجود در عین به هر سببی که پیدا شد، ملکیت آن هم به اختلاف سبب مختلف شود. لذا مقدار مالیتی که مربوط به خود عین بود ملک مالک است، اما مالیت مقدار افزوده شده، مملوک مستاجر است؛ زیرا این مقدار مالیت، مربوط و مستند به مستاجر است.

تبعض مالیت از جهت کمّی مطابق قاعده است، اما عقلاءً چنین نیست که مالیت ثابت در اشیاء به لحاظ مالکیت تبعض پیدا کند و بخشی از مالیت مربوط به یک مالک و بخش دیگر مربوط به مالک دیگر باشد. مالیت مثل بقیه اوصاف، از جهت تعلق مالکیت، قابل ملکیت استقلالی نیست و تابع ملکیه العین است، لذا سابقا گفتیم از نظر عقلاء معنی ندارد که ماده ملک یک شخص باشد و هیات ملک شخص دیگر.

از طرفی سبب افزایش مالیت فعل مستاجر است و وقتی از طرف دیگر معنی نداشت که مالیت عین، مملوک استقلالی مستاجر باشد، لازمه جمع بین دو مطلب این است که در این موارد برای صاحب عمل، ملکیت نسبت به خود عین محقق شود به نسبت مقدار مالیتی که اضافه کرده است. نتیجه مطلب این است که بین مالک عین و مستاجر شراکت در عین حاصل میشود. همانطور که اگر از اختلاط دو شیئ که هر کدام مملوک یک شخص است، شیء سومی به وجود آمد و تبدیل به شیء آخری شد، حق هیچ کدام از دو طرف از بین نمیرود، بلکه لازمه اختلاط این است که هر دو مالک عین خارجی باشند بالنسبه. مثال معروف این بحث این است که اگر عسل از شخصی و سرکه از شخص دیگر باشد و مخلوط شوند به طوری که سکنجبین به وجود بیاید، معنی ندارد بگوییم صاحب سرکه مالک سرکه موجود در سکنجبین است و صاحب عسل، مالک عسل موجود؛ چون سکنجبین شیء آخر است. در این جا می گویند اختلاط موجب شرکت دو نفر در عین می شود به نسبت قیمتی که عسل و سرکه در مقایسه با هم داشتند. در بحث خمس هم گفته اند اگر مال التجاره شخص زیاد شده و بعد از این که خمس تعلق گرفت و مستقر شد خمس آن را نداد، و سپس ضرر کرد و قیمت آن از قیمت سابق هم کمتر شد، چنین نیست که اصلا خمسی واجب نباشد و چنین هم نیست که باید همان خمس ارتفاع قيمت سابق داده شود، بلکه بالنسبه ضامن خمس است.

پس همانطور که اختلاط در اعیان موجب شرکت در عین می شود (نه شرکت در مالیت) در مورد حق کسب و پیشه که مقداری از مالیت عین، معلول عمل مستاجر است و مالکیت مستقل نسبت به مالیت هم عقلائی نیست، ضم این دو مطلب نتیجه می دهد که قائل به شرکت در عین شویم به نسبت مالیت. مقتضای سببیت عمل برای زیاده مالیت، این است که صاحب عمل به نسبت مقدار مالیتی که اضافه کرده، شرکت در عین پیدا کند.

در فقه العقود این بحث را با بحثی که در مارکسیسم مطرح است که ارزش همه اشياء از عمل است و ملاک ارزشگذاری، عمل است، مرتبط کرده، اما این ارتباط دادن وجهی ندارد ، بلکه تقریب استدلال این است که از نظر عقلائی به صورت عام، مالیت به سبب هر عملی که پیدا شود عامل، مالک مالیت حساب می شود. در موارد حق کسب و پیشه، مالیت افزوده شده در عین، مستند به عمل مستاجر است و مقتضای قواعد این است که شرکت در عین حاصل شود.

#### مناقشه

اساس این وجه، این است که انجام عمل، موجب ملکیت نسبت به نتیجه می شود مطلقا ولو آن نتیجه مالیت باشد، ولو آن مالیت در ملک غیر ایجاد شده باشد.ولی در نقد آن گفته می شود : هرچند اضافه مالیت در عين مورد اجاره به سبب عمل مستاجر ایجاد شده است، اما اشکال این است که چه دلیلی داریم بر این که اگر عمل انسان موجب نتیجه ای شود، آن نتیجه مطلقا مملوک عامل باشد؟

دلیلی که بخواهد بر این امر دلالت بکند بايد يا حکم عقلی باشد و یا حکم عقلایی باشد ويا دليل نقلی و هیچ یک از اینها در بین وجود ندارد، دليل نقلی که انتفاء آن درمقام معلوم است و دلیل عقلی ودلیل عقلائی هم بر چنین مطلبی دلالت ندارد. اینکه ما از نظر عقلی یک حکم مستقلی در مورد نتیجه الاعمال داشته باشیم که عقل حکم بکند که عاملان و انجام دهندگان کار مالک اعتباری نسبت به نتیجه العمل بشوند ، این خودش یک حکم عقلی مستقل در مقابل بقیه احکام عقلیه متیقن نیست و وجه و تقریبی برای آن وجود ندارد.

لذا اگر بخواهید به چنین امری ملتزم بشوید میبایست آن را به بناء عقلائی برگردانید در حاليکه در میان عقلاء چنین بناء و روالی نداریم که عامل، مالک نتیجه عمل خود شود ولو آن نتیجه، در عین مملوک شخص دیگر انجام شود. بر اين اساس در مثال معروفی که قبلا بيان شد اگر شخصی روی چوب شخص دیگر کار کرده و باعث ایجاد هیأت جدیدی شده است که مورد رغبت عقلاست، چون نتیجه عمل در ملک غیر اتفاق افتاده، حکم عقلائی واضحی نداریم که عامل مالک این نتیجه می شود.

بلکه در خصوص محل بحث (حق کسب و پیشه) برخی گفته اند دلیل بر خلاف هم داریم؛ چون این که مستاجرین موجب رونق عین مستاجره شوند، امر جدیدی نیست و در ازمنه سابق هم وجود داشته، در حالی که چنین نبود که برای مستاجر حقی قائل شوند و مالک نتواند بدون تحصیل رضایت مستاجر، عین را به دیگران اجاره دهند.

اگر نگوییم اطمینان داریم به این که عقلاء در زمان صدور نص چنین حقی را مشروع نمیدانستند، لااقل سیره ای بر این که عقلاء چنین حقی را قائل بودند احراز نمی شود و همین کافی است برای این که آثار حق شرعی مترتب نشود.

بله اگر عمل عامل مستند به مالک العین باشد و مالک او را امر کرده یا به او اذن داده باشد و عامل هم قصد تبرع نداشته باشد، استیفاء عمل موجب ضمان می شود، اما باز هم ضمان نسبت به خود عمل است نه نسبت به نتیجه عمل. در این موارد، اگر اجرت تعیین شده باشد، داخل در باب اجاره یا جعاله می شود و اگر اجرت معین نباشد، از باب ضمان عمل است که به مقدار اجرت المثل خود عمل است، اما به هر حال نتیجه، ربطی به عامل ندارد و مملوک او نیست. اما اگر فعل عامل مستند به مالک عین نباشد حال چه از باب غصب باشد یا از باب جهل به این که عین مال غیر است، مالک ضامن اجرت عمل نیست. قاعده احترام اعمال به این معنی است که اگر کسی عمل دیگری را استیفاء کرد ضامن عمل است (يا اجرت المسمی عمل يا اجرت المثل آن) اما نه این که عامل نسبت به نتیجه عمل، مالک شود.

### وجه دوم

اين است که برخی وجوهی که در حق تالیف به آنها استناد شد در این بحث هم قابل جریان است، مثل لاضرر یا حرمت ظلم و یا دلیل المومنون عند شروطهم.

دسته اول از اين وجوه که مثل دلیل لاضرر و حرمت ظلم باشد اشکال وارد به اين ادله در مقام همان اشکال سابق است که صدق ضرر و ظلم متوقف بر این است که در رتبه سابقه، شخص به نظر مقنّن ذی حق شمرده شود. اگر چنین مطلبی از خارج اثبات شد، نیازی به دلیل لاضرر و حرمت ظلم نیست و اگر اثبات نشد، تمسک به دلیل ظلم و لاضرر تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام است.

اما دسته دوم از ادله بحث حق تالیف، که از راه تمسک به دلیل المومنون عند شروطهم و شرط ضمن عقد، آثار حق را مترتب شود ، اين وجه در محل بحث هم قابل جریان است به این بیان که هرچند مستاجر به حسب طبع اولی با کارش در این مکان حق شرعی بعنوان حق کسب و پیشه پیدا نمی کند ، اما می تواند در ضمن عقد اجاره با مالک شرط کند که اگر عمل او موجب رونق مکان شود و مالک بخواهد آن مکان را به دیگری اجاره دهد، باید مبلغ خاصی را (یا عنوان عامی که در آن غرر نباشد) به عنوان حق کسب و پیشه به مستاجر بدهد.

مناقشه این استدلال در بحث حق تالیف این بود که این دلیل وافی به تمام آثار حق به عنوان امر وضعی مستقل نیست، و تمام آثار متوقع را اثبات نمی کند. در این جا هم می گوییم فقط آثاری مثل حرمت تکلیفی مخالفت با شرط را اثبات می کند نه همه آثار متوقع از حق کسب و پیشه را.

اما اشکال ثبوتی وجود ندارد و بر مالک لازم است که به این شرط عمل کند. اگر شرط لفظی باشد طبعا اشکالی نیست و اگر شرط لفظی نباشد و ارتکازی باشد، در چه مواردی شرط ارتکاز محقق است؟ در این جا در کلمات اعلام مطرح شده که اگر اجاره دادن املاکی مثل مغازه قبل از شیوع قانون ایجار و حق کسب و پیشه باشد، مستاجر حقی ندارد ولو موجب رونق عین شده باشد؛ چون حق کسب و پیشه مدرک شرعی ندارد و شرط لفظی یا ارتکازی هم وجود ندارد. اما اگر اجاره دادن بعد از شیوع قانون ایجار باشد، تعارف عمل به قانون ایجار در بین مردم، موجب ایجاد شرط ارتکازی می شود و چنین شرطی لازم الوفاء است.

این که شرط ارتکازی در چه مواردی تحقق پیدا می کند، به اختلاف موارد، مختلف است و اولا تابع وجود قانون، و ثانیا تابع عمل متعارف مردم برطبق قانون است، اما اصل این که قانون در ایجاد شرط ارتکازی تاثیر دارد قابل انکار نیست. لذا مرحوم آقای خوئی در سرقفلی به صورت دوم هم مثل صورت اول، از راه شرط وارد شده اند. وقتی چنین شد این امر تابع شرط بوده و عام است و اختصاصی به حق سرقفلی ندارد، لذا اگر طبق قانون کار، کارفرما بعد ازخواستن عذر کارگر ملزم به پرداخت مبلغی باشد، اجاره ای که بعد از رواج قانون کار بین کارفرما و کارگر بسته می شود، حمل بر آن قانون شده و موجب شرط ارتکازی و الزام کارفرما بر پرداخت آن مبلغ معین در قانون کار می شود.

پس مناقشه این وجه، این است که تمام آثار حق شرعی را تامین نمی کند ، و الا نسبت به ترتيب بعضی از آثار متوقع از حق کسب وپيشه مشکلی ندارد .

1. وسائل الشیعه ج15 ص 155 [↑](#footnote-ref-1)
2. ج1 ص 165 [↑](#footnote-ref-2)
3. بحوث فقهیه ص 147 [↑](#footnote-ref-3)
4. منهاج الصالحین للسید الخوئی ج1 ص 422 [↑](#footnote-ref-4)
5. المسائل المستحدثه (للسید الروحانی) ص 38 [↑](#footnote-ref-5)
6. المسائل المستحدثه (للسید الروحانی) ص 39 [↑](#footnote-ref-6)
7. همان [↑](#footnote-ref-7)
8. وسائل الشیعه ج19 ص 218 [↑](#footnote-ref-8)
9. با توضیحی که داده شد، که مراد مجانیت به لحاظ انتفاع مستمر است. [↑](#footnote-ref-9)
10. وسائل الشیعه ج19 ص 223 [↑](#footnote-ref-10)
11. وسائل الشیعه ج19 ص 218 [↑](#footnote-ref-11)
12. وسائل الشیعه ج19 ص 220 [↑](#footnote-ref-12)