

بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

### خلاصه بحث گذشته

ملاحظه فرمودید که موضوع سرقفلی را به چهار صورت می‌توانیم مطرح کنیم که عناوین این چهار صورت را در بحث گذشته ذکر کردیم. صورت اول این شد که سرقفلی، نه عنوان عین و نه عنوان منفعت را دارد که حکمش را بیان کردیم. صورت دوم حق عرفی شد که حکمش را بیان نکردیم.

### حکم صورت دوم سرقفلی

در صورت دوم بیان شد این کسی که جایی را اجاره می‌کند، عرفاً یک حقّ مستأجر نسبت به این عین مستأجره پیدا می‌کند. عرف می‌گوید این مستأجر نسبت به بقیه‌ی مستأجرین در اجاره‌های بعد احقّ است. یک اولیّتی را و یک احقیّت را برای مستأجر عرف قائل می‌شود. حال فرق نمی‌کند که این مدت اجاره طولانی باشد یا نباشد (اگرچه بعضی‌ها می‌خواهند بگویند این احقیّت را عرف در زمانی که مدت اجاره طولانی است، می‌پذیرد که در این موضوعی که الآن می‌خواهیم بحث کنیم این جهت فرق نمی‌کند)، عرف مطلقاً برای مستأجر یک حقّ را نسبت به عین مستأجره قائل است و آن اینکه اگر بعد انتهاء المدة موجد بخواهد اجاره بدهد، در درجه‌ی اول باید به خود همین اجاره بدهد و مستأجر یک حقّ دارد بگوئیم مطلقاً (چه مدت اجاره زیاد باشد و چه کم).

یا در جایی که یک کسی ده، بیست سال یک جایی را اجاره کرده و حال که مدت اجاره تمام شد، اینجا عرف برای مستأجر یک حقّ را قائل است، آیا این مستأجر را می‌توانیم بگوئیم در مقابل این حق می‌تواند پولی را بگیرد (یا از موجد بگیرد یا از مستأجر دوم)؟ آیا چنین عملی مشروع است یا مشروع نیست؟ در فرضی که چنین حقّ را عرف قائل است.

### حل مسأله سرقفلی از راه شرط ضمنی

مرحوم حاج شیخ حسین حلی<sup>[1]</sup> ابتدا به مسأله، یک صورت فنی می‌دهند که بگوئیم این مستأجر اول، یک حقّ عرفی دارد و از این حقّ اگر بخواهد دست بردارد می‌تواند یک پولی را بگیرد، به تعبیر ایشان تنازل کند از این عین مستأجره و رفع ید کند این یک حقّ از حقوق مستأجر است. بعد این حق جزء شروط ضمنیه‌ی اجاره می‌شود. برای شروط ضمنی ما در فقه مثال زیاد داریم و مثال خیلی روشنش این است که اگر کسی آمد مالی را به دیگری فروخت (گفت این فرش را هزار تومان فروختم) و هیچ حرفی از اینکه این نقد است یا نسبه نمی‌زند، می‌گویند در خود این معامله نقد بودن ثمن به عنوان یک شرط ضمنی است، چرا؟

این شرط ضمنی از کجا آمد؟

از دو راه، یکی عرف این را می‌گوید، عرف می‌گوید من جنس را به تو فروختم پس پولش را بده، مشتری نمی‌تواند بگوید تو جنس را فروختی، اما نگفتیم نقدی یا نسیه؟ حال من چند روز بعد پولش را به تو می‌دهم، عرف می‌گوید در چنین معامله‌ای شرط ضمنی وجود دارد به نام نقد بودن ثمن یعنی در ضمن این عقد است، در اینجا (یعنی در شروط ضمنیه که بعضی از شروط ضمنیه را ما مرجعش را عرف می‌دانیم) هم عرف برای ما مرجع است. در باب بکارت نیز همینطور است، اگر کسی با دختری ازدواج می‌کند، خود همین یک شرط بنایی (گاهی اوقات می‌گویند) وجود دارد یعنی عقل مبنی بر این است که این دختر باکره باشد یا شرط ضمنی. پس عرف در چنین مواردی حاکم است می‌گوید چنین شرطی وجود دارد. راه دومش هم غیر از مسئله‌ی عرف خود اطلاق است، اطلاق انصراف به نقدی بودن دارد.

حالا بیائیم در ما نحن فیه بگوئیم «من كان قد استأجر محلاً من آخر لا يخرج المالك إلا برضائه»؛ یک شرط ضمنی وجود دارد که اگر مالک می‌خواهد او را اخراج کند باید او را راضی کند، «و لا يتخلف المالك من عقد الايجار معه بعد إنتهاء مدة الايجار مراعاةً لأحقّيته في الايجار عرفاً»؛ او عرفاً احق است. یک زمانی این مسئله ظاهراً هم در ایران و هم در عراق به عنوان قانون شده بوده که ولو مدت اجاره تمام شود، این مالک حق ندارد مستأجر را بیرون کند. آمدند به عنوان قانون موجد و مستأجر هم در ایران و هم در عراق این قانون را مطرح کردند.

ما به حسب اولی می‌گوئیم مالک حق دارد تا زمانی که اجاره تمام شد مستأجر را بیرون کند و مستأجر هم یک آن حق ندارد باشد، اما اگر گفتیم در زمان ما یک چنین شرط ضمنی عرفاً وجود دارد یعنی عرف می‌گوید کسی که جایی را اجاره می‌کند، یک حقّی پیدا می‌کند نسبت به عین مستأجره (در این دایره که مالک بعد انتهای مدت الاجاره حق ندارد این را اخراج کند)، اگر مستأجر گفت تو به چه کسی اجاره می‌دهی؟ به هر کسی اجاره می‌دهی من همان پول را به تو می‌دهم، بگوئیم یک چنین شرط ضمنی در اینجا هست.

«و هذا المقدار من الحقّ العرفی يكون صالحاً للنقل إلى الغير»؛ بگوئیم یک چنین حقّ عرفی که در همین مسئله‌ی شرط ضمنی مطرح شد وجود دارد، عرفاً قابلیت دارد که نقل و انتقال بدهد، مستأجر دوم پیدا شده که خیلی طالب این مکان است، می‌گوید شما می‌خواهید من بلند شوم، من یک چنین حقّی دارم که بیائی پولی در مقابل این حق به من بده و من مالک کنم، «و أن يكون نفس هذا الحقّ مالاً من الاموال»؛ خود این حق مال است، «يقبل المعاوضة عليه»؛ اولاً مالّ قابلّ للنقل و الانتقال عرفاً، این محقق استطاعت است یعنی اگر کسی یک چنین حقّی دارد می‌تواند این حقّش را بفروشد و پولی بدهد و مستطیع برای حج بشود باید این کار را بکند. یک کسی چنین حقّی دارد و می‌تواند اگر بفروشد با آن به حج برود این مستطیع است.

باز قائل می‌گوید این حق قابل انتقال به ورثه هم هست، خودش مُرد ولو مدت اجاره‌اش تمام شده، اما چنین حقّی برای او وجود دارد که به ورثه منتقل می‌شود، این بیان کامل و فنی این قول است، یعنی راه دوم اینکه بیائیم مسئله‌ی اینکه بگوئیم عرف به عنوان یک شرط ضمنی، این را حق برای مستأجر می‌داند و این هم آثاری است که بر آن مترتب است.<sup>[2]</sup>

## بررسی شرط ضمنی بودن سرقفلی

اگر سرقفلی را این‌گونه تحلیل کرده و بگوئیم «شرطّ ضمنیّ بعنوان الحق» و این حق هم مال قابلیت نقل و انتقال دارد، آیا مشروعیت دارد یا خیر؟ مرحوم شیخ حسین حلی این راه را رد کرده و می‌فرماید اگر واقعاً عرف چنین حقّی را برای مستأجر ثابت بدانند ما حرفی نداریم (سال گذشته در بحث اصول بحثی را مطرح کردیم که عرف کجا مرجع است؟ مشهور فقها می‌گویند عرف فقط در فهم مدالیل و مفاهیم الفاظ، در فهم ظهورات مرجع است ما یک موارد دیگری هم همان جا گفتیم برای مرجعیت

عرف بیان کردیم که این را نیز باید به آن اضافه کرده و بگوئیم در آنجایی که عرف یک حق را برای کسی قائل است، این حق ثابت است).

مرحوم حلی می‌گوید اگر ما عند العرف چنین حقی را ثابت بدانیم، بحثی نیست و می‌گوئیم «هذا الحق ثابت عرفاً مالاً يترتب عليه» این آثار، اما چنین چیزی معلوم نیست. حال اگر گفتیم شک داریم عرف چنین حقی را قائل است یا نه؟ اصل، عدم آن است و از طرف دیگر ما یک دلیل تعبدی، شرعی و نقلی بر ثبوت چنین حقی نداریم. بعد می‌فرماید یک چیزی اینجا وجود دارد و آن اینکه «قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه و طبعه مراعاتاً لأسبقته طالما لم يخل بشروط العقد»؛ می‌فرماید یک چیزی ما اینجا قبول داریم و گفتیم عرف چنین حقی را ثابت نمی‌داند، اما عادت عرف جاری شده که مالک متصدی اخراج مستأجر نمی‌شود، بالأخره کسی که خانه‌اش را به دیگری اجاره داده، وقتی ببیند همین مستأجر به همان پولی که مالک می‌خواهد اجاره بدهد به همان اجاره می‌دهد.

اگر مستأجری باشد که به شرایط عقد اخراج وارد نکرده باشد، مالک عادتاً به همین مستأجر اجاره می‌دهد، ولی می‌فرماید «لكن عدم تصديهِ لاجراجه لا يكون موجباً لأن يكون عدم اخراج من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها»؛ اینکه عادتاً مالک نمی‌آید اخراج کند به این معنا نیست که عدم اخراج، جزء شروط ضمنیه باشد. «و من البعيد جداً أن يكون المودع حين عقد الايجار يقصد انشاء هذا العقد للمستأجر»؛ اگر کسی بگوید که این شروط ضمنی هم نباشد، خود مودع این حق را قصد کند که خیلی بعید است! تا اینجا این اشکالات فنی است، ما می‌گوئیم اگر عرف چنین حقی را ثابت بداند مسئله تمام است.

### نکته‌ای درباره فرق میان عرف و بناء عقلا

اگر گفتیم این لفظ ظهور عرفی در این معنا دارد، عرف گفت معنای ظاهری این لفظ این است، دیگر امضای شارع لازم نیست یعنی هر جا عرف بتواند میدان‌داری کند و بتواند نظر بدهد اینجا امضاء شارع را نمی‌خواهیم. عرف می‌گوید این خون نیست، مثلاً در آنجایی که لباس انسان خونی می‌شود، انسان اینقدر این را می‌شوید، اما مع ذلک رنگش می‌ماند، عقل می‌گوید هنوز خون وجود دارد، اما عرف می‌گوید اینجا دیگر خون وجود ندارد، یا بخاری که از بول بلند می‌شود، این بخار را عقل می‌گوید همان بول است منتهی به شکل بخار در می‌آید، اما عرف می‌گوید «هذا ليس ببول».

دایره‌ای که عرف چقدر توانایی دارد برای دخالت، در اصول بحث خیلی خوبی کردیم. عرف گاهی اوقات مصداق را مشخص کرده و می‌گوید این بول است، این خون است، این رنگ است، گفتیم اینجا قول عرف اعتبار و مرجعیت دارد، حال یکی از مواردی که عرف مرجعیت دارد، در این است که کسی حق دارد یا نه؟ کجا چه حقی ثابت است، ما لازم نداریم که بگوئیم شرع بگوید اینجا حق هست یا نیست؟ این امر عرفی است، شرع می‌تواند بگوید توی پدر این حق را داری، ممکن است عرف یک جاهایی نفهمد، اما جایی که عرف گفت این حق است باید بر آن آثار بار شود.

در اینجا اگر عرف قبول کند این حق است بحثی نداریم، ولی اگر گفتیم عرف شک دارد، ما نیاز به دلیل روشنی داریم و دلیل بر حق بودن اینجا نداریم، بالأخره می‌خواهیم بگوئیم چنین حقی شرعاً ثابت نیست. بگوئیم یک شرط ضمنی در اینجا وجود دارد که مالک حق اخراج این مستأجر را ندارد.

تا اینجا اشکال اول، می‌گوئیم «لم يثبت هذا الحق عرفاً بل هذا مشکوک»، ما شک داریم لذا از این راه نمی‌توانیم وارد شویم.<sup>[3]</sup>

## اشکال دوم بر شرط ضمنی بودن سرقفلی

اشکال دومی که مرحوم حلی دارد می‌فرماید بر فرض اینکه عرف اینجا چنین حقی را قائل باشد، این از امور ثانویه و عارضه بعد الاجاره است یعنی از حقوق و احکام ثانویه‌ی اجاره است «و تتحقق بعد حصول الاجارة» یعنی «فی مرتبة متأخرة عن العقد»، این دیگر اصلاً شرط ضمنی نیست. شما می‌گوئید بعد از اینکه اجاره محقق شد، آیا به نفس عقد اجاره مستأجر این حق را پیدا می‌کند یا مستأجر که رفت در خانه نشست، می‌گوئید حالا آرام آرام این حق را پیدا می‌کند؟ اگر یک عقد اجاره‌ای منعقد شد بلا فاصله مستأجر مُرد و اصلاً یک دقیقه هم در این عین مستأجر ننشست، آیا عرف برایش حقی قائل می‌شود؟ نه.

پس این اشکال هم اشکال بسیار خوبی است که اگر این حق ثابت باشد، این دیگر در خود عقد نیست لذا اصلاً نمی‌توانیم بگوئیم «هذا من الشروط الضمنية» و باید «المؤمنون عند شروطهم» شاملش بشود، این اصلاً از شروط ضمنیه نیست و لذا ایشان می‌فرماید این نقض وارد نیست. شما وقتی یک جنسی را می‌فروشید و نمی‌گوئید نقد یا نسیه، اما خود عقد در همان حین عقد در ضمن عقد، این نقد بودن به عنوان شرط ضمنی مطرح است یا مثال شرط بکارت.<sup>[4]</sup>

## ارزیابی اشکال دوم مرحوم حلی

این فرمایش دوم مرحوم حلی ولو فرمایش و دقت خوبی است، اما این فقط اخصّ از مدعاست؛ زیرا این حقّ عرفی را درست است که قائل در استدلالش آمده به شروط ضمنیه تشبیه و تنظیر کرده، ولی اصلاً ما می‌خواهیم بگوئیم «إذا كان هذا الحق ثابتاً عرفاً»، او حقّش را می‌خواهد، حالا می‌گوئید به مجرد العقد این حق نمی‌آید، نیاید، فرض کنید یک سال نشست و این حق آمد، حالا می‌خواهد این کار را بکند یعنی استدلال مستدل خیلی بر پایه‌ی شروط ضمنیه نیست که بگوئید این از ماهیّت عقد خارج است، از امور متأخره‌ی از عقد است، از احکام ثانویه‌ی اجاره است، این استدلال خیلی مبتنی بر شروط ضمنیه نیست، این کتاب بحوث فقهیه را آقایان ببینند و مباحث دیگرش خیلی خوب است. مرحوم والد ما یک وقتی در همان ایام جوانی‌شان بر قاعده الزام و بعضی موارد دیگر این کتاب حاشیه زده بودند.

## وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] □ که یکی از برجسته‌گان حوزه‌ی نجف است، اول کسی که مسائل مستحدثه را نوشته مرحوم حلی است و عنوان کتابش هم بحوث فقهیه است. یک وقتی مسائل مستحدثه‌ای به دستم رسید در همین قم دیدم بحث‌های خیلی پخته و عمیقی دارد، بعد که بحوث فقهیه‌ی مرحوم حلی را دیدم، دیدم که اکثرش مال مرحوم حلی است منتهی آن نویسنده‌ی محترم یا آن مطالب را قبول کرده بود. علی‌ایّ حال عمده‌اش از آنجا گرفته شده بود، یعنی شاید بگوئیم قبل از مرحوم حلی که هم‌ردیف با مرحوم آقای خوئی بوده و حرف‌گزاری هم نیست برخی مرحوم حلی را در مباحث فقهی و اصولی اقوای از ایشان می‌دانستند و اصول ایشان هم چاپ شده و حتی در فهم کلمات مرحوم نائینی، چون هر دویشان شاگرد مرحوم نائینی بودند مرحوم حاج شیخ حسین حلی خیلی پخته‌تر به میدان آمده، به هر حال کتاب ایشان را حتماً بگیرید و یکی از بحث‌هایی که ایشان در اینجا دارد، همین بحث سرقفلی است.

[2] □ «و في صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين و المالك في معزل يرى البعض بأن هذا المقدار من التنازل من المستأجر القديم إلى غيره حق من حقوقه لأن تصرف المحل بيده طيلة مدة العقد. و هو في الوقت نفسه من الشروط الضمنية و لا مجال للمالك أن يمنعه من استعمال حقه و عدم الوفاء بذلك الشرط الضمني. و يمثلون للشروط الضمنية و التي لا يجوز التخلف فيها. مثلاً. بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشتري من أخذ الكتاب من البائع و احتساب المبلغ دينا بذمته، ذلك لأن نقدية الثمن بإزاء المثلث شرط ضمني لجريان العرف على التسليم، و لأن إطلاق العقد يقتضي ذلك على وجه يكون الانصراف إليه كقرينة نوعية على أخذه في متن العقد و يكون ذلك التعارف مغنياً عن إدخاله في صريح الإنشاء العقدي، فلا يجوز

التأخر عن دفع الثمن إلى البائع بل لا بد من تسليمه نقداً، وفيما نحن فيه كذلك فقد جرى العرف في أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلاً من آخر لا يخرج المالك إلا برضائه ولا يتخلف المالك عن عقد الإيجار معه بعد انتهاء مدة الإيجار مراعاة لأحقية الإيجار عرفاً، وهذا المقدار من الحق العرفي يكون صالحاً للنقل إلى الغير بصلح و نحوه، بل يكون نفس هذا الحق مالا من الأموال يقبل المعاوضة عليه ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال إلى الورثة كبقية الأموال التي تورث. «بحوث فقهية (للحلي)، ص: 147-148.

[3] □ «و لكن هذا الرأي غير صحيح. باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن المالك يكون ملزماً بإجابته على الإجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة. أمر يتوقف على الدليل ما دام لم يثبت عند العرف أن ذلك من قبيل الحقوق العائدة إلى المستأجر ولا بد للمالك عندها من الإجابة وعدم التخلف، وأقصى ما في البين أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لإخراج مستأجره بل يدعه وطبعه مراعاة لأسبقيته طالما لم يخل بشروط العقد ولكن عدم تصديه لإخراجه لا يكون موجبا لأن يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التي يجب الوفاء بها من قبل المالك. ومن البعيد جداً أن يكون المؤجر حين عقد الإيجار يقصد إنشاء هذا الحق للمستأجر.» همان، ص149.

[4] □ «و على فرض أن العرف يرى أن ذلك حقاً فإنما هو من الحقوق والأحكام الثانوية التابعة لحصول الإجارة بحيث تتحقق بعد حصولها في الخارج فتكون في مرتبة متأخرة عن العقد وإنشائه. وهذا لا يتم للنقض الذي يرد عليه فإننا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التباين العرفي بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال في موضوع تسليم نقد البلد في المعاملة الواقعة بين الطرفين، أو التسليم والتسلم فلا بد من أن نعتبر خدمة الزوجة في بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز. حينئذٍ -التخلف عن ذلك ولا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك في حين أن الزوجة حرة في خدمة بيتها والشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما فضل منها في ترتيب بيتها. و لو فتحنا باب النقض لجأنا بكثير من الأمثلة إليه.» همان.