# جلسه51-54

# وجه دوم نفی مشروعیت حق تالیف

وجه دوم: اگر حق تالیف را حق مشروع و معتبر بدانیم، اعتبار این حق موجب این است که مولف مصنفات خود را حبس کرده و آن را در اختیار دیگران قرار ندهد و این مصداق کتمان علم است. با توجه به حرمت کتمان علم، معتبر بودن حق تالیف به این معنی است که مولف حق کتمان علم دارد و این مخالف ادله ای است که بر حرمت کتمان علم وجود دارد، لذا حق تالیف نمی تواند مشروع باشد.

این وجه مشتمل بر یک صغری و یک کبری است:

کبرای حرمت کتمان علم در کلمات عامه مطرح است ، حداقل درجایی که شخصی سوال بپرسد و سوال شونده علم خود را کتمان کرده و پاسخ ندهد. برای این کبری، علاوه به بر آیه شریفه« إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مٰا أَنْزَلْنٰا مِنَ الفْبَيِّنٰاتِ وَ الْهُدىٰ مِنْ بَعْدِ مٰا بَيَّنّٰاهُ لِلنّٰاسِ فِي الْكِتٰابِ أُولٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللّٰهُ وَ يَلْعَنُهُمُ اللّٰاعِنُونَ »[[1]](#footnote-1) به روایاتی هم تمسک کرده اند. مثلا در سنن ترمذی از پیامبر(ص) روایتی نقل می کند: «من سئل عن علم ثم کتمه اُلجم بلجام من النار» و طبعا تهدید به عقاب در جایی است که عمل حرام باشد.

صغرای استدلال هم این است که اگر مولف حق تالیف داشته باشد، معنای ثبوت حق این است که بتواند علم خود را (اگر به او پولی ندهند) کتاب را در اختیار دیگران نگذارد. این عمل کتمان علم است و طبعا از ثبوت و اعتبار حق تالیف، متولد شده است. پس نتیجه این است که حق تالیف حق مشروعی نیست.

## مناقشه

از نظر کبروی اشکالی در حرمت کتمان علم نیست و در کلمات برخی محدثین و فقهاء ما در مواضع مختلف به این بحث اشاره شده است. از جمله این که مرحوم علامه در آخر کتاب قواعد وصیتی به فرزند خود فخر المحققین می کند که مشتمل بر مطالب مهمه ای است. یکی از آن وصایا این است که:

«و إيّاك و كتمان العلم و منعه عن المستحقّين لبذله، فإنّ اللّٰه تعالى يقول إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مٰا أَنْزَلْنٰا مِنَ الْبَيِّنٰاتِ وَ الْهُدىٰ مِنْ بَعْدِ مٰا بَيَّنّٰاهُ لِلنّٰاسِ فِي الْكِتٰابِ أُولٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللّٰهُ وَ يَلْعَنُهُمُ اللّٰاعِنُونَ و قال رسول اللّٰه صلّى اللّٰه عليه و آله: «إذا ظهرت البدع في أمّتي فليظهر العالم علمه، فمن لم يفعل فعليه لعنة اللّٰه» و قال عليه السّلام: «لا تؤتوا الحكمة غير أهلها فتظلموها، و لا تمنعوها أهلها فتظلموهم[[2]](#footnote-2)»

در مواضع دیگر هم کبرای حرمت کتمان علم بیان شده است.

اما مراد از علمی که کتمان آن حرام است علم دین و سوالات مربوط به حکم شرعی است نه مطلق علم، لذا این وجه اخص از مدعی است و شامل غیر این موارد نمی شود مثل جایی که متن علمی صرف است و ربطی به دین و شریعت ندارد.

از نظر صغروی هم همانطور که در کلمات خود عامه مطرح شده، اشکال این است که آن چه مورد تحریم قرار گرفته، کتمان مطالب علمی است، اما این که مولف، در مقابل تالیف خود پول بگیرد مصداق کتمان علم نیست. اگر مولف تالیف خود را به ناشر نمی دهد مگر در ازاء مبلغی، این کار مصداق کتمان علم نیست؛ چون ناشر طالب و منتفع از این علم نیست که ارائه نکردن مطالب علمی به او کتمان علم حساب شود ، بلکه ناشر می خواهد تالیف او را تکثیر کرده و در اختیار دیگران قرار دهد واز اين راه مالی بدست آورد وسودی کسب کند. پس حتی اگر کبرویا حرمت کتمان علم شامل این موارد شود یا تالیف مربوط به امر دین باشد، اما اشکال این است که مطالبه مال در مقابل دادن تالیف به ناشر، مصداق کتمان علم نیست.

# وجه سوم نفی مشروعیت حق تالیف

در کلمات برخی از عامه مطرح شده که حق تالیف مثل حق شفعه است و همانطور که حق شفعه قابل معاوضه با مال نیست، حق تالیف هم قابلیت معاوضه ندارد. توضیح این استدلال (ولو در کلمات خودشان مطرح نیست) این است که:

اگر حق بودن را در مورد حق تالیف قبول کنیم و بگوییم یک رابطه خاص بین شخص و مضمون تأليف شده بوجوده التجريدی به عنوان امر وضعی وجود دارد، اما خصوصیت قابل نقل بودن در حق تالیف وجود ندارد. در حقیقت این وجه به اشکال در مرحله دوم برمی گردد، یعنی اشکال در اثر خاص قابلیت نقل است و بعد از قبول این که حق تالیف شرعا معتبر است و دیگران حق تصرف در آن را ندارند، صرفا در وجود اثر قابلیت نقل اشکال می کند.

## مناقشه

اشکال این وجه از مطالبی که در بحث آثار حق مطرح شد به دست می آید. وقتی اصل حق بودن حق تالیف را قبول کردید و در وجود آثار آن شک کردید، بر اساس ضابطه ای که قبلا بیان شد می توانیم شک را رفع کنیم. ضابطه ای که با استفاده از کلمات محقق اصفهانی بیان شد در مواردی که حقی برای شخص ثابت میشود، این بود که:

اگر در ثبوت حق در موردی، خصوصیت شخص ذی حق دخل داشته باشد و به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده باشد، آن حق قابل نقل نیست و اگر خصوصیت شخص به نحو حیثیت تقییديه اخذ نشده باشد قابل نقل است.

مثلا در مورد حق تحجیر گفته شد حق تحجیر قابل نقل است؛ چون از دلیل حق تحجیر به ضم مناسبات حکم و موضوع استفاده می شود که تحجیر صرفا علت در ثبوت حق است اما خصوصیت تحجیر درثبوت آن برای صاحب حق اخذ نشده ولذا قابل نقل است. اما حق شفعه چنین نیست؛ چون از دلیل حق شفعه به ضم ارتکاز عقلائی استفاده می شود که حق شفعه برای این قرار داده شده که شریک در اثر شراکت با شخص ثالث متضرر نشود؛ چون ممکن است نتواند با او سازگاری داشته باشد. این نکته اقتضاء می کند که حق شفعه برای خود شریک باشد و معنی ندارد که به شخص ثالث که شریک نیست آن را منتقل کند؛ چون این حق به مناط دفع ضرر حاصل از شراکت است لذا قابلیت نقل ندارد. اما در مورد حق تحجیر، اولویت پیدا کردن نسبت به مکانی که تحجیر کرده است، چنین نیست که متوقف باشد بر این که خود او استفاده کند بلکه می تواند آن را به دیگری منتقل کند و پول آن را بگیرد؛ چون خصوصیت محجّر به نحو حیث تقییدی اخذ نشده است.

پس قیاس حق تالیف با شفعه قیاس مع الفارق است. ملاک حق تالیف که دلیل آن ارتکاز عقلائی است، طبق ارتکاز عقلائی این است که زحمات مولف و مخترع هدر نرود و بتواند از نتیجه زحمتی که کشیده منتفع شود، حال چه مباشرتا خود او آنها را تکثیر کند، چه به ناشر بدهد و از مبلغ آن منتفع شود. پس اگر اصل ثبوت حق در حق التالیف مورد قبول قرار گرفت، در مرحله دوم نمی توان در اثر قابلیت نقل اشکال کرد.

# وجه چهارم نفی مشروعیت حق تالیف

اثر متوقع در مورد حق تالیف این است که کسی اجازه نداشته باشد بدون اذن مولف، تالیف او را تکثیر کرده و سودی حاصل کند، و اگر حق تالیف مشروع باشد این کار جائز نخواهد بود و اگر مشروع نباشد این کار جائز خواهد بود. پس آن چه مهم است امکان تصرف غیرمولف یا غیرمخترع به تکثیر و نشر بدون اذن مولف و مخترع است. به لحاظ این اثر، حکمی که بر اساس قواعد به دست می آید، این است که این تصرف ممنوع نیست؛ چون ناشر، یک نسخه از تالیف یا یک از نمونه از اختراعی که در دست اوست و از مولف یا مخترع خریده، از روی آن قرار است تکثیر کند. این عمل ناشر و تکثیر او، تصرف در مال خود اوست و با توجه به الناس مسلطون علی اموالهم کسی نمی تواند دیگری را ار تصرف در ملک خودش منع کند. ناشر مالک آن نسخه است و یکی از انحاء تصرف مالک، این است که ملک خود را در معرض تکثیر قرار دهد و وجهی ندارد که مشتری ممنوع از این تصرف شود. پس مشروعیت حق تالیف مستلزم منع مالک از تصرف در اموال خود است، و از آنجایی که مالک نمی تواند ممنوع از تصرف در مال خود باشد، کشف می کنیم که حق تالیف مشروع نیست.

## مناقشه عامه به این وجه

این وجه در برخی کلمات عامه از جمله کتاب معاملات مالیه اصالتا و معاصرتا مطرح شده و در همین کتاب مناقشه این تقریب این طور بیان شده است که:

در این استدلال، بین ملکیت انتفاع و ملکیت منفعت، خلط شده است. در مواردی که شخص منفعت شیء را مالک شود، می تواند آن را به دیگری تملیک کند و همان اختیاری که داشت را به دیگری منتقل کند، مثل موارد اجاره که اگر شرط مباشرت نشده باشد مستاجر می تواند منفعت مملوکه خود را به مستاجر دوم منتقل کند. اما در موارد ملک انتفاع، آنی که شخص مالک است، متقوم به خود اوست و قابلیت نقل به دیگری ندارد. برای ملک انتفاع، به باب نکاح مثال زده است که زوج مالک زوجه است به نحو ملک انتفاع نه ملک منفعت لذا نمی تواند به دیگری انتقال دهد، اما مثال نزدیک تر برای ملکیت انتفاع، موارد عاریه است؛ زیرا در عاریه، فقط خود مستعیر میتواند از مال استفاده کند و حق ندارد منافع مال را به دیگری منتقل کند.

بر این اساس، گفته شده جواب این تقریب این است که ناشر انتفاع را مالک شده است نه منفعت و ماده کتاب را، لذا نمی تواند هر تصرفی را در این کتاب انجام دهد، بلکه فقط می تواند از کتاب منتفع شود به این که از آن استفاده کند یا آن را بفروشد. پس عقد شراء روی نسخه کتاب واقع شده به غرض انتفاع و استفاده از آن، نه این که ملکیت منفعت ایجاد شده باشد تا بتواند آن را تکثیر کند.

اما این مناقشه که بر اساس فرق بین ملکیت منفعت و ملکیت انتفاع مطرح شده، وارد نیست؛ چون هرچند بین ملکیت منفعت و ملکیت انتفاع فرق وجود دارد، اما این تفریق ربطی به ما نحن فیه ندارد. مولف عین نسخه کتاب را به ناشر فروخته است و به تبع ملکیت عین، مالک منافع عین هم می شود همانطور که مالک انتفاع هم می شود، پس وجهی برای انکار ملکیت منفعت وجود ندارد؛ چون ملکیت منفعت، تابع ملکیت عین است.

## مناقشه صحیح به این وجه

مناقشه صحیح به این تقریب به حسب مبانی فقه امامیه، این است که هرچند ملکیت عین موجب جواز تصرف مالک به هر نحوی است، اما این در جایی است که عین، متعلق حق دیگری نبوده و به عبارت دیگر ملکیت طلق باشد. اما اگر عین، متعلق حق غیر باشد، دیگر ملک طلق نیست و وقتی ملک طلق نبود جواز تصرف مالک در آن به نحو مطلق ثابت نیست. لذا در موارد رهن، هرچند عین مرهونه ملک راهن است، اما چون متعلق حق الرهانه است باعث می شود که جواز تصرف بأیّ نحو کان نداشته باشد، بلکه اگر راهن بمیرد و مال به وارث او برسد، وارث راهن هم نمی تواند در آن تصرف کند چون مال متعلق حق غیر است.

در مانحن فیه فرض این است که در مشروعیت حق تالیف شک داریم و اگر حق تالیف ثابت باشد این نسخه از کتاب، ولو ملک ناشر شده است اما متعلق حق مولف است و ناشر حق تصرف در مال بأیّ نحو کان ندارد؛ چون ملک طلق او نخواهد بود. پس جواز تصرف مالک (ناشر) در ملک خود بأیّ نحو کان مفروغ عنه نیست تا به آن استدلال کنید برای اثبات عدم مشروعیت حق تالیف، بلکه چنین جواز تصرفی مشکوک است و شبهه مصداقیه تمسک به دلیل الناس مسلطون علی اموالهم است و نمی توان به این دلیل به تنهایی تمسک کرد برای نفی مشروعیت حق تالیف. بله بعد از اثبات عدم مشروعیت حق تالیف، میتوان به الناس مسلطون علی اموالهم تمسک کرد برای جواز تکثیر تالیف دیگری بدون اذن او، لذا مرحوم امام فرمود چون حق تالیف منشأ شرعی ندارد، از «الناس مسلطون» استفاده می شود که وجهی برای منع ناشر از تصرف در ملک خود نداریم. حاصل این که جواز تصرف ناشر در ملک خود و تکثیر آن، در طول عدم مشروعیت حق تالیف است، نه این که در فرض شک در مشروعیت حق تالیف، برای نفی مشروعیت آن به الناس مسلطون تمسک کنیم.

# وجه پنجم نفی مشروعیت حق تالیف

این که اشخاص از نتایج فکر مولفین و مخترعین استفاده کنند و از روی تالیف یا اختراع آنها تقلید کنند، از مسائلی نیست که جدیدا پیدا شده باشد بلکه ذات این مسائل در زمان شارع وجود داشته در حالی که در شریعت، منعی از این کار وارد نشده به این که گفته شده باشد که کسی حق تکثیر و نشر ندارد. در مورد تالیفات که واضح است در زمان سابق هم وجود داشته است. در مورد اختراعات هم همان طور که برخی در توضیح کلام مرحوم امام گفته اند، تقلید از اختراع دیگران در سابق هم وجود داشته بلکه تقلید از اختراع دیگران یک نحو امتیاز برای اشخاص حساب می شده و چنین نبود که سازنده، دیگران را از این کار منع کند، بلکه امر مجاز و موجهی بوده و شارع هم از آن نهی نکرده است. پس با توجه به این که این مساله موضوع مستحدث نیست و در شریعت منعی از آن وارد نشده، معلوم می شود که تکثیر و نشر تالیفات و اختراعات دیگران، امری جائز است و به تعبیر دیگر، حق تالیف مالیت ندارد تا تصرف دیگران در آن، تصرف در مال غیر باشد. اما این که در قانون کشور ها از این عمل، منع شده است، باعث نمی شود که رفع ید از حکم شرعی کنیم.

## مناقشه

سابقا در بحث ارتکازی بودن حق تالیف توضیح داده شد که تطوّر حیات و تغییر و پیشرفت در وضع زندگی، دخالت دارد در این که موضوع حق تالیف به عنوان موضوع مستحدث ایجاد شده باشد. هرچند سابقا تالیف وجود داشته، اما استفاده از تالیفات دیگران به این نحو وسیع که بدون زحمت، کتاب دیگران را در هزاران نسخه چاپ کنند در گذشته نبود، بلکه نهایتا به نحو استنساخ بود که از روی کتاب دیگری بنویسند. از آن جایی که استنساخ از عمل دیگران زحمت داشت، تکثیر کتب، به عنوان عملی سودآور مطرح نبود، بلکه بعد از اختراع دستگاه های چاپ است که افراد می توانند به وسیله تکثیر کتب و تالیفات، به اموال کلانی برسند. با توجه به تطوّر و پیشرفت حیات، قبلا تکثیر، عملی سودآور نبود وبه همين جهت در میان عقلاء برای حق تالیف بذل عوض نمی شد و مالیت نداشت، اما در زمان فعلی چون راه کسب سود از آن وجود دارد، حق تالیف مال عند العقلاء حساب می شود؛ چون عقلاء تنافس به تحصیل آن بازاء عوض دارند. پس در زمان صدور نص، مقومات مالیت برای حق تالیف وجود نداشت، لذا مال نبود حتی مال عرفی، اما در زمان حال با توجه به خصوصیات زمان، مال عرفی است.

نتیجه این که در زمان شارع اصلا حق تالیف، مال عرفی هم نبود تا شارع بخواهد از آن ردع کند و از عدم ردع شارع از تصرف غير مؤلف وغيرمخترع استفاده کنید که شارع مالیت آن را قبول نداشته است. اما در زمان غیبت که مالیت پیدا کرده، از موارد مصادیق مستحدث می شود که ارتکاز عقلاء در زمان فعلی بر مالیت آن ایجاد شده و شک در قبول و امضاء شارع داریم. از تجویز تکثیر در زمان سابق، نمی توان تجویز تکثیر در زمان حال را استفاده کرد؛ چون تجویز در زمان سابق به مناط عدم مالیت بود، اما الان مالیت ایجاد شده و کبرای عدم جواز در مال مسلم موضوع پیدا می کند. بله نمی توانیم امضاء شارع را احراز کنیم اما چنین هم نیست که ردع شارع را بتوان اثبات کرد.

# جمع بندی بحث حق تالیف

در این جا وجوه اثبات مشروعیت حق تالیف و وجوه اثبات عدم مشروعیت حق تالیف به پایان رسید. نتیجه بحث این است که همه آثاری که متوقع از حق تالیف است به عنوان حق مستقل، قابل اثبات نیست؛ چون وجوه آن تمام نبود. اما برخی ادله اثبات مشروعیت، وجوهی بودند که بعض آثار را می توانستند اثبات کنند، مثل دلیل ولایت فقیه یا ادله شروط یا فتوای فقهاء به وجوب رعایت قوانین کشورها.

بحث از حق تالیف در بحث از حق، از این باب بود که مواردی در ارتکاز عقلاء به عنوان حق مستحدث ثابت است که بايد ببینیم آیا دلیل بر ثبوت حق نزد شارع داریم یا نه؟ و اگر دلیلی نداشته باشیم، آیا دلیلی وجود دارد که آثار متوقع از آن حق یا بعض آثار را ثابت کند ولو عنوان آن حق ثابت نشود؟ البته بحث از حقوق معنوی می تواند در بحث تقسیم بندی حقوق هم قرار بگیرد؛ چون حقوق تقسیم شد به حق عینی و شخصی، و سپس مطرح شد که برخی از حقوق وجود دارند که داخل در هیچ کدام نیستند و قسم سومی از حقوق اند که از آنها به حقوق معنوی وفکری تعبير می شود. پس بحث حق تالیف را هم می توان ذیل بحث حقوق مستحدثه مطرح کرد و هم ذیل بحث تقسیمات حق.

# حق سرقفلی

بعد از بحث حق تالیف، یکی از حقوقی که در کلمات مطرح شده که آیا مشروع است یا نه، بحث حق سرقفلی است (با توجه به این که از حقوقی است که در میان عقلاء معتبر دانسته شده است )، در زمان حاضر اشکالی نیست که حق سرقفلی مورد عمل عقلاء است و بر آن ترتیب اثر می دهند، یعنی تصرف در مورد حق را بدون اذن صاحب حق جائز نمی دانند و همچنین این حق را قابل نقل و انتقال می دانند. بحث در این است که آیا این حق نزد شارع مشروع است یا خیر؟ همانطور که در کلمات آمده، دو صورت از حق سرقفلی حق قابل تصویر و بحث است:

**بیان دو تصویر برای حق سرقفلی**

صورت اول (که عمده کلمات ناظر به این صورت است) این است که در اجاره اعیانی مثل مغازه یا کارخانه که به صورت مستمر مثلا سالانه اجاره داده می شود، آیا در این موارد غیر از ملکیة العین (که مربوط به مالک است) و ملکیة المنفعه (که مربوط به مستاجرِ در هر سال است)، امر سومی هم به نام حق سرقفلی وجود دارد یا نه؟ حق سرقفلی در تصویر اول، عبارت است از این که شخص حق داشته باشد عین را اجاره دهد برای مالک به اجرت معینی، مثلا عین را در سال دوم اجاره دهد به مبلغ خاصی ولو مالک العین راضی به این نباشد و بخواهد سال دوم به مبلغ بیشتری اجاره دهد. پس بحث این است که غیر از ملکیت عین و منفعت، امر سومی به نام حق ایجار مغازه به مستاجرین در مقابل مال معلوم وجود دارد، یا این که چنین امری وجود ندارد و بعد از اتمام مدت اجاره، مالک مختار است که مغازه را اجاره بدهد یا ندهد، و به همان مستاجر اجاره دهد یا به دیگری، و همچنین به همان مبلغ اجاره دهد یا به مبلغ دیگری. اگر حق سرقفلی وجود داشته و مشروع باشد، مصدر اصلی این حق، خود مالک است و مالک در کنار ملکیت عین و ملکیت منفعت، حق ایجار به دیگران را دارد و می تواند حق سرقفلی را به مستاجر اول منتقل کند، که اگر چنین کند حق اجاره دادن ها به مبلغ خاص، در اختیار مستاجر اول است. پس صورت اول سرقفلی این است که آیا چنین حق قابل نقلی برای مالک العین وجود دارد که بتواند آن حق را به شخص دیگری (مثل مستاجر اول) نقل دهد تا اختیار ایجار از اين به بعد با او باشد، یا چنین حقی وجود ندارد و یا اگر هم چنین حقی وجود دارد اما قابل نقل نیست؟ این امر محل خلاف است.

صورت دوم حق سرقفلی این است که مستاجری که مثلا مغازه ای را اجاره کرده، گاهی حضور مستاجر در این مغازه وکار خاص او باعث می شود که ارزش مالی این مغازه زیاد شده باشد. مثلا اگر مغازه به عنوان قصابی اجاره داده شده باشد، کار خاص و خصوصیات مستاجر قصاب، باعث رونق این مکان و ارزش مالی این مغازه شده است به طوری که مغازه قصابی با همین شرایط در مکان دیگر به مبلغ کمتری از مغازه قصابی در این مکان اجاره داده می شود؛ زیرا فعالیت ها و رونق کار مستاجر، موجب بالا رفتن قیمت عین یا قیمت منفعت عین شده است. در تصویر دوم، بحث در این است که آیا مالک حق دارد بدون این که هیچ مبلغی به مستاجر بدهد، بعد از تمام شدن مدت اجاره او را از عین مستاجره بیرون کند ولو عمل او باعث رونق آن مکان شده است، یا اینکه مستاجر به خاطر ایجاد افزایش مالیت عین، حق پیدا می کند و بخشی از مالیت این عین برای مستاجر است به طوری که اگر بخواهد تخلیه کند، می تواند حقی را از مالک یا از مستاجر بعدی دریافت کند. تعبیر دیگر از حق سرقفلی طبق این صورت، تعبیر «حق پیشه» است، یعنی این حق، حاصل از کار و پیشه مستاجر است. پس حق سرقفلی در صورت دوم ، حقی است که در اثر کسب و پیشه مستاجر ایجاد شده و به خاطر آن حق، مستاجر عوضی می گیرد از مالک یا از مستاجر بعدی.

فرق دو تصویر: در تصویر اول از حق سرقفلی، منشا این حق خود مالک بوده و مالک می تواند آن را منتقل کند به مستاجر، ولی در تصویر دوم، منشأ این حق، عمل خود مستاجر است نه این که از مالک به او منتقل شده باشد. لذا هر دو صورت از حق سرقفلی باید بحث شود. آیا در هر دو تصویر از بحث، حق یعنی اعتبار وضعی خاصی در مقابل اعتبار حکم یا اعتبار ملک وجود دارد، چون امور مجعوله وضعیه یا از سنخ حق است یا ملک و این دو در مقابل اعتبار حکم هستند .

**ذکر جهات بحث:**

جهت اول: تعریف حق سرقفلی و ماهیت آن و این که جزء حقوق عینی است یا حقوق شخصی.

جهت دوم: بررسی عناوین و اصطلاحاتی که در مورد حق سرقفلی تعبیر می شود.

جهت سوم: بحث از مشروعیت حق سرقفلی و این که اگر نتوانستیم مشروعیت حق سرقفلی را به عنوان حق مستقل اثبات کنیم، آیا می توانیم به آثار متوقع از این حق (ولو بعض آن) از راه های دیگر نائل شویم یا نه؟

## جهت اول: تعریف و ماهیت حق سرقفلی

در بحث تعریف حق سرقفلی، مباحثی که در تعریف ماهیت حق مطرح شد، باید مد نظر قرار گیرد. طبق نظر مشهور که حق را به سلطنت اضعف از ملکیت معنی می کنند، حق سرقفلی در تصویر اول عبارت است از سلطنتی که شخص در مال مورد اجاره دارد، در این جهت که آن را اجاره دهد، یعنی سلطنت بر ایجار. اگر کسی حق را به ملکیت معنی کند، سرقفلی یعنی ملکیت شخص خاص نسبت به این تصرف یعنی ایجار به مبلغ خاص. همین طور اگر حق را به معنای تفویض یا اولویت و غیره بدانیم، تعریف سرقفلی عبارت از این است که امر ایجار عین به شخصی موکول شده باشد یا این که شخص اولی به آن باشد.

اما تعریف حق سرقفلی در تصویر دوم، هرچند حق در این جا هم به معنای سلطنت است، اما سلطنتی است که شخص بر مالیت شیء دارد. چون کار و پیشه مستاجر در محل، باعث می شود که قیمت عین یا منفعت آن بیشتر شود و مستاجر اول سلطنت بر مقدار ارزش افزوده عین خارجی پیدا کند و به مقدار مالیت اضافه شده، حق دارد که پول بگیرد تا از عین رفع ید کند. در تصویر دوم، حق سرقفلی بر می گردد به مالکیت ارزش افزوده و شریک شدن با مالک العین در مجموع مال. لذا هرچند از آن تعبیر به حق می شود، اما مرجع و حاصل آن، مالکیت نسبت به مقدار مالیت اضافه شده در عین است.

پس حقیقت سرقفلی در تصویر اول، اعتبار وضعی خاص در مقابل اعتبار ملکیت است، و در تصویر دوم، مالکیت ارزش اضافه شده است، اگرچه درمقام تعبير از آن به حق هم تعبيرشود . براين اساس فقط در تصویر اول است که مبانی در تعریف ماهیت حق بايد در نظر گرفته می شود.

نکته آخر در بحث ماهیت سرقفلی این است که اگر حق سرقفلی را قبول کنیم، این حق داخل در حقوق عینی است یعنی تعلق به عین خاص دارد، همانطور که حق تحجیر و حق رهانه تعلق به عین دارد، برخلاف حقوق شخصی.

## جهت دوم: تعبیر مناسب با حق سرقفلی

با توجه به این که حق سرقفلی دارای دو تصویر است، باید بررسی کنیم تعبیر مناسب با آن، به نحوی که شامل هر دو تصویر شود چیست. الفاظ مختلفی در مورد حق سرقفلی به کار رفته است. غیر از عنوان سرقفلی که حتی در کلمات غیر عرب زبان ها هم به کار می رود، عنوان های دیگری هم مثل عنوان خلوّ یا عنوان فروغ و افراغ به کار می رود. بعضی هم مثل اهل مصر تعبیر به مفتاح می کنند. عنوان دیگر، عنوان زینت یا جلسه است. با توجه به خصوصیات مورد بحث، به بررسی این عناوین می پردازیم:

عنوان سرقفلی شامل هر دو تصویر از این حق می شود و اشاره دارد به این که کلیددار امر، شخصی است و این کلیدداری خود را به دیگری منتقل می کند. از ثبوت این امتیاز و اختصاص، تعبیر می کنند به این که کلید این امر به ید این شخص است یعنی قفلی وجود دارد که نشاندهنده اختصاص است و این قفل به دیگری منتقل می شود. پس قفل در « سرقفلی » نشان دهنده اختصاص است و این قفل به شخص دیگری داده میشود « سر » هم بمعنای مقابل و بابت است . در محل بحث، قفل کردن عين مورد اجاره و بستن آن در اختیار شخص است و اگر در مقابل این حق چیزی بگیرد، تعبیر به حق سرقفلی می کنند که بدلِ در اختیار داشتن قفل شیء است.

معمولا آن چه در کلمات عامه مطرح است این است که گفته اند مستاجر تنازل می کند عمّا تحت یده و ایجار خود را به دیگری منتقل می کند، یعنی سرقفلی را با تصویر دوم معنی کرده اند، اما وجهی ندارد و نسبت به صورت اول هم این تعبیر صادق است. در تصویر اول که سرقفلی برای مالک ثابت است، در حقیقت قفل و تضییق مورد با مالک است و باز کردن این قفل هم با خود مالک است. لذا تعبیر سرقفلی با هردو تصویر سازگار است یعنی اگر شخص اختصاصی با موردی داشته باشد و بدل این اختصاص و امتیاز، بخواهد مالی بگیرد تعبیر به حق سرقفلی می شود.

عنوان خلوّ هم که از إخلاء به معنای خالی کردن است عنوانی عام است. در تصویر اول که مالک اختیار دار ایجار بود، وقتی سرقفلی را واگذار می کند در حقیقت خالی میکند زمینه را برای مستاجر بعدی. در تصویر دوم هم وجه تعبیر خلوّ این است که مستاجر بعد از این که به خاطر پیشه و مهارت خود موجب افزایش مالیت عین شد، اگر کنار بکشد و سرقفلی را به مالک یا مستاجر بدهد، در حقیقت تخلیه و ایجاد خلوّ کرده است بین مورد حق و بین شخصی که مال را به او می دهد. پس طبق تصویر اول، مالک اخلاء و رفع ید از عین خود می کند از جهت تصرف خاص ایجار، و در تصویر دوم هم، مستاجر خود را کنار می کشد و حق را در اختیار دیگری قرار می دهد و لذا عنوان تخلیه صادق است.

 عنوان سوم عنوان فروغ و افراغ است. وجه تعبیر به آن (مثل عنوان خلوّ) این است که شخص در حقیقت زمینه را خالی می کند برای تصرف دیگران، یا خود را فارغ می کند از تصرف در مکان. لذا عنوان افراغ، مثل عنوان خلوّ است و اگر عنوان قبلی مناسب بود این عنوان هم مناسب است.

عنوان چهارم عنوان مفتاح است که در بلاد مصر، تعبیر به آن می کنند. وجه مناسبت تعبیر مفتاح معلوم است؛ چون اختصاصی که شخص نسبت به مورد حق داشت باعث می شود که تعبیر کلید به کار برده شود و کأنّ شخص کلید را در اختیار دیگری قرار می دهد در مقابل مال معیّن. این تعبیر با هر دو تصویر مناسبت دارد، اما در قوانین و حقوق مصر، آن را در خصوص صورت دوم یعنی حق پیشه به کار برده اند، لذا تعبیر کرده اند که چنین امری، اکل مال به باطل است و حق شرعی نیست.

عنوان پنجم این است که از سرقفلی تعبیر به زینت می کنند. وجه این تعبیر این است که مستاجر نسبت به محل اجاره تغییری ایجاد کرده و حالت جدیدی مثل دِکور اضافه کرده است که موجب تزیّن آن مورد شده است. انتقال حق سرقفلی به این معنی است که کأنّ ایجاد دکوری کرده است و آن را منتقل می کند. این تعبیر، مخصوص صورت دوم است اما تصویر اول از سرقفلی، ربطی به اضافه شدن دکور و زینت و امثال آن ندارد. مراد از زینت، رونقی است که در این مکان ایجاد شده به خاطر فعالیت خاص مستاجر.

عنوان دیگر که نزد اهل مغرب به کار می رود عنوان جلسه است. وجه تعبیر به جلسه این است که شخص در این موارد، حق جلوس در مکان به طور مستمر دارد بازاء کراء معیّن، بدون این که احتیاج باشد که رضایت مالک را کسب کند. با توجه به این که کسی که حق جلسه برای او پیدا می شود غیرمالک العین است و برای این که بخواهد حق جلوس پیدا کند باید این حق جلوس را از مالک دریافت کند، پس ابتداء این حق باید در مالک باشد تا بتواند به او منتقل کند. تطبیق عنوان جلسه بر صورت اول معلوم است؛ چون خود مالک حق جلوس دارد و در مقابل مال معیّن این حق جلوس را به دیگری واگذار می کند. اما نسبت به صورت دوم هم ممکن است اینطور گفته شود که وقتی مستاجر باعث رونق و زیادی در مالیت عین مستاجره شد، این کار باعث می شود که مستاجر اول حق داشته باشد که بازهم در آن مکان جلوس و اقامت داشته باشد و فعالیت خود را ادامه دهد، یعنی ایجاد رونق در مکان، باعث ایجاد حق جلوس برای مستاجر شده است.

پس نوع الفاظی که در مورد حق سرقفلی تعبیر می شود، صلاحیت اشاره به هر دو تصویر از حق سرقفلی را دارد.

## جهت سوم: بررسی مشروعیت حق سرقفلی

عمده بحث این است که آیا این امری که در ارتکاز عام عقلاء ثابت است (حال یا طبق هردو تصویر و یا فقط طبق تصویر اول) آیا در دائره تشریع شارع هم ثابت است و شارع آن را به عنوان حق شرعی قبول دارد یا نه. عقلائی بودن حق سرقفلی طبق تصویر اول، مسلّم است اما طبق تصویر دوم، این که حق ارتکازی عقلائی باشد، محل شک است.

در این جهت، برخی برای اثبات مشروعیت حق سرقفلی به وجوهی تمسک کرده اند و در مقابل هم برخی به وجوهی برای اثبات عدم مشروعیت از باب دلیل العدم تمسک کرده اند. ابتدا به بررسی وجوه اثبات مشروعیت می پردازیم. نتیجه بعضی از این وجوه، ثبوت این حق به عنوان خاص است، و نتیجه بعضی از این وجوه، اثبات برخی از آثار این حق است ولو نتواند اصل حق بودن آن را اثبات کند.

### وجوه اثبات مشروعیت حق سرقفلی در تصویر اول

مقدمه: حق سرقفلی به صورت اول در زمان سابق وجود نداشته، و آن چه وجود داشته این بوده که مالکین شرعا و عقلاء مجاز بوده اند که مال خود را به هر کسی که بخواهند اجاره دهند، اما این که مالک، علاوه بر ملکیت عین و ملکیت منفعت، حقی داشته باشد به عنوان حق ایجار و بتواند آن را به دیگری منتقل کند در زمان های اخیر پیدا شده است. وجه پیدایش این حق هم گفته اند این است که در اعصار متاخر، در اموال وقفی، متولیان وقف از عهده اداره این اموال برنمی آمدند و مالی نداشتند تا خرج تعمیر اموال وقفی کنند و موجب خرابی این اموال میشد. اگر این اموال را به نحو متعارف اجاره میدادند، کسی حاضر نمی شد در خانه یا مغازه وقفی سرمایه گذاری کند و برای تعمیر آنها پول بدهد و اجاره متعارف هم در آن زمان به صورت محدود مثلا یک ساله بود، لذا بعد از تمام شدن مدت اجاره، مالک عذر مستاجر را می خواست. برای این که این اموال موقوفه، معطل نماند و خراب نشود، راهی که عقلاء طی کردند این بود که بعضی افراد را پیدا کردند تا این اموال موقوفه را با مال خود تعمیر کنند، در مقابل این که حق ایجارِ این مکان ها با آنها باشد. اگر حق ایجار به آنها منتقل نمیشد، بعد از گذشت یک سال باید از محل بلند می شدند، اما با اين راه حق ایجار سالانه به معمرین داده می شود در مقابل مالی که برای تعمیر اموال وقفی خرج می کنند. پس رواج سرقفلی در ازمنه اخیر پیدا شده است، و حق مرتکز عقلاء در زمان صدور نص نیست بلکه حق مستحدث است. با توجه به این که حق سرقفلی حق مستحدث است، باید ببینیم آیا وجوه اثبات مشروعیت تمام است یا نه؟

برخی اصل حق بودن سرقفلی را مفروغ عنه گرفتند و از احکام آن مثل قابل نقل بودن بحث کرده اند، اما باید در مورد اصل مشروع بودن چنین حقی بحث کنیم. لذا یکی از اشکالاتی که به کتاب فقه العقود وارد است، این است که اصل حق بودن سرقفلی را مفروغ عنه گرفته اند، در حالی که در این بحث هم مثل بحث حق التالیف، باید ابتدا از مشروع بودن این حق بحث شود و سپس از احکام آن.

لذا در ادامه به بررسی این وجوه می پردازیم. برخی وجوهی که در بحث حق تالیف مطرح شد، در این بحث هم می آید.

1. - سوره بقره آيه :159 [↑](#footnote-ref-1)
2. قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام ج3 ص 716 [↑](#footnote-ref-2)