

## تحلیلی بر تعیین حدود حقوقی حق سرقتی و حق کسب و پیشه یا تجارت در رویه قضایی

زهرا شهریاری<sup>۱</sup>، محمد رحیم بهبهانی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون، شیراز، ایران

<sup>۲</sup> استادیار و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد کازرون، شیراز، ایران

---

### چکیده

سرقفلی از تأسیس‌های رایج در عرف بوده، که بین کسبه و تجار و در بازار برای ملک تجاری مطرح بوده و در سال ۷۶ جنبه قانونی به خود گرفته است و قانون‌گذار به صراحت از سرقفلی نامبرده و حق کسب یا پیشه یا تجارت را نیز مقنن در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶ برای مستأجر ملک تجاری قائل شده است و آراء متفاوتی از دادگاه‌ها در این زمینه صادر شده است، که ناشی از عدم تبیین ماهیت حقوقی این دو حق می‌باشد البته حق کسب یا پیشه یا تجارت از نظر مشهور فقها دارای اشکال شرعی بوده ولیکن سرقفلی به معنای خاص خود مورد تأیید می‌باشد در واقع ماهیت حقوقی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت کاملاً متمایز از یکدیگر است. بطوریکه شرایط تحقق و ایجاد آن‌ها متفاوت از هم می‌باشد هرچند دارای وجوه اشتراکی نیز می‌باشند که همین امر باعث ایجاد اختلاف شده است ولیکن این دو حق متفاوت بوده و دارای آثار متفاوتی می‌باشند. در این پژوهش هدف بررسی توصیفی- تحلیلی ابعاد مختلف این دو نهاد حقوقی - عرفی و تبیین ماهیت آن‌ها به جهت کمک رفع ابهامات موجود می‌باشد.

---

واژه‌های کلیدی: سرقفلی، قانون مصوب ۱۳۵۶، قانون موجر و مستأجر ۱۳۷۶، موجر و مستأجر، حق کسب و پیشه و تجارت

---

## مقدمه

در طی اعصار متمدنی جوامع مختلف بوجود آمده و برای بقا و حل و فصل اختلافات و ایجاد جامعه ای آرامانی و ایده آل سعی در تنظیم روابط و ایجاد ضوابط و مقررات نموده اند تا از هر گونه بی عدالتی و نابرابری جلوگیری شود. از جمله مسائلی که به مرور زمان نیاز به قانون و قاعده بوده مسئله حقوق کسبه و تجار بوده است چرا که داد و ستد از دیرباز بین مردم معمول بوده است و تصویب و تدوین قوانین مخصوص لازم بوده و در هر قانون تحت شرایط حقوقی برای کسبه ایجاد شده که با توجه به شرایط حاکم به قراردادهای اجاره و وضعیت اقتصادی و فرهنگی جامعه حقوقی برای مستأجر اماکن تجاری متفاوت و متغیر بوده است.

از جمله این حقوق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشد و در جوامع مختلف با توجه به وضعیت اقتصادی و فرهنگ و عرف آن جوامع تعریف و اجرا شده است در حقوق ایران حق سرقفلی قبل از تصویب قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ به صورت عرف رایج و مسلم بین عموم مردم به خصوص کسبه و تجار مطرح و از ضمانت اجرای اخلاقی بسیار قوی ای برخوردار بود با تصویب قانون فوق الذکر، اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت جایگزین سرقفلی شد ولیکن در عمل هر دو اصطلاح به یک معنا و مفهوم به کار برده می شد گسترش روابط تجاری و ازدیاد انواع مشاغل نیاز به قانون کامل تر باعث تصویب قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ که کماکان متضمن حق کسب یا پیشه یا تجارت بود گردید اختلاف نظر در یکی بودن و دو گانگی حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت و عدم وجود ضابطه در تعیین میزان آن ها و هم چنین تاثیر این حقوق در تعدیل مال الاجاره و تخلیه امکان استیجاری و نظریات بعضی از مراجع قضایی در مورد عدم مشروعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت از جمله نظر فقهای شورای نگهبان که حاکی از فقدان عنوان شرعی این حق می باشد (که بیان داشته اند حق کسب یا پیشه یا تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی می باشد باید طبق تحریر الوسیله عمل شود و در سایر موارد مربوط به حق کسب یا پیشه نیز باید این نظر رعایت شود).

فقهای محترم امامیه به غیر شرعی بودن حق کسب یا پیشه یا تجارت نظر داده اند ولیکن بر مشروعیت و حلیت سرقفلی نظر داده اند. با عنایت به اینکه در مقام رسیدگی به دعوی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت آرا متناقضی از سوی مراجع قضایی اصدار یافته و در برخی آرا تمایزی بین این دو حق قائل نشده اند و در برخی آرا دیگر هر یک را حقی جداگانه دانسته اند و در عرف نیز هیچ تفاوتی بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل نبوده و چه بسا حق کسب یا پیشه یا تجارت را به عنوان حق سرقفلی فرض کرده و مورد معامله قرار می گیرد؛ و بالعکس.

دارنده حق کسب یا پیشه یا تجارت علاوه بر این حق ادعای حق سرقفلی نیز می کند، برخی حق کسب یا پیشه یا تجارت را فقط زمانی لحاظ می کنند که موجر درخواست تخلیه نماید که باعث ایجاد این حق می شود که اداره حقوقی نیز چنین نظری داده است در قابلیت توقیف و مزایده و انتقال این دو حق اختلاف نظر وجود دارد و در زمان اجرای احکام صادره نسبت به این حقوق به گونه ای متفاوت عمل می شود و این حقوق را غیر قابل توقیف می دانند. آیا واقعا حق سرقفلی نهادی مستقل و مجزای از حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشد یا هر دو نهاد مفهوم واحدی هستند و احکام یکسانی دارند.

مفهوم و ماهیت حقوقی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت چیست؟ ایجاد و نحوه تحقق این دو حق چگونه است سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت چیست؟ ایجاد و نحوه تحقق این دو حق چگونه است سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا پیشه به چه کسی پرداخت می گردد و چه عواملی در تعیین میزان آن ها دخیل است.

به نظر این دو نهاد حقوقی مجزا و مستقل از هم می‌باشند به گونه ای که حق سرقفلی قطعی الحصول قابل اسقاط دارای جواز شرعی و موثر بر میزان اجاره بها می‌باشد و لیکن حق کسب یا پیشه یا تجارت اینگونه نیست و احکام خاص خود را دارد. سرقفلی عبارت است از مال یا مبلغی که مستأجر در بدو انعقاد قرارداد اجاره به موجر می‌دهد و با پرداخت این مبلغ استحقاق دریافت معادل عادلانه آن در زمان تخلیه پیدا می‌کند البته با توجه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶ مستأجر می‌تواند با صرف نظر کردن از شروطی که به نفع وی در قرارداد اجاره موجود است طبق مواد ۷ و ۸ قانون مذکور مبلغی را تحت عنوان سرقفلی دریافت نماید.

در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت با توجه به کسب شهرت و رونقی است که در ملک به واسطه اقدام مستأجر به وجود می‌آید، چه مالی یا وجهی به موجر داده باشد یا نداده باشد لذا سرقفلی قطعی الحصول ولیکن حق کسب یا پیشه یا تجارت تدریجی الحصول است و ممکن است اصلاً بوجود نیاید و سرقفلی به مالک پرداخت می‌شود نه به مستأجر اول مگر اینکه شروطی به نفع مستأجر باشد که طبق قانون جدید مصوب ۷۶ استحقاق دریافت سرقفلی را دارد و همچنین رونق و شهرت تجاری و اعتبار صنفی بر خلاف حق کسب یا پیشه یا تجارت در آن تاثیری ندارد.

بنابراین سوال اصلی تحقیق این است که:

- آیا سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت یک مفهوم بوده یا مفاهیم مجزی از هم می‌باشد؟ آیا بین این دو حق تفاوتی وجود دارد؟ وجوه اشتراک و وجوه افتراق این دو حق در چیست؟

## ادبیات و یافته های تحقیق

### تاریخچه تعیین وضعیت سرقفلی و حق تجارت در قانون

سرفقلی یکی از اصطلاحاتی است که در جامعه ما منشاء دعاوی متعددی بوده است و در خصوص میزان حدود و ثغور این مفهوم، اختلافات زیادی وجود داشته است و حتی برخی معتقد بوده اند که حق کسب و پیشه و تجارت، اصولاً وجهه شرعی ندارند و این اظهار نظر نیز بر دامنه اختلافات افزوده است. در مورد منشاء ایجاد سرقفلی بسیاری عرف و عادت تجاری را مبنای ایجاد این حق می‌دانند که قانونگذاران به تدریج این ساخته‌ی عرف و عادت را وارد متون قانونی کردند. در ابتدا در سال ۱۳۳۹ این امر اتفاق افتاد و بعد در قوانین بعدی به اشکال دیگری این مسأله محقق گشت. در این نوشتار برآنیم که مراحل پذیرش و تغییر و تحول این مفهوم را، در متون قانونی مدّ نظر قرار دهیم.

در رابطه با پیشینه تاریخی قوانین مربوط به سرقفلی می‌شود به این قوانین اشاره کرد:

۱. قانون روابط مالک و مستأجر، مصوب خرداد ماه ۱۳۳۹ که به صراحت حق کسب و پیشه و تجارت را شناخته است.

۲. قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶

۳. قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب ۱۳/۲/۱۳۶۲

۴. قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب ۱۳۷۶

آنچه که مورد مناقشه شده است، نظریه شماره ۱۴۸۸ ۱۳۶۳/۵/۹ شورای نگهبان است که اعلام کرده: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر، مذکور در ماده (۱۹) قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد...» و همان‌گونه که گفته شد برخی دادرسان با استناد به این نظر معتقد شدند که حق کسب و پیشه و تجارت موضوع ماده (۱۹) قانون ۱۳۵۶، مطلقاً حرام و معاملات مربوط به آن باطل است و صدور حکم بر پرداخت آن به مستأجر تخلف است. ولی بسیاری نیز همان‌گونه که ذکر آن

رفت، معتقد هستند که نظرات شورای نگهبان فقط از طریق قوانین مصوب قوهی مقننه قابل اعمال و اجرا است و بقاء قوانین سابق تا فسخ صریح یا ضمنی آن‌ها با قوانین لاحق، استصحاب می‌شود. برخی دیگر معتقد هستند که حتی اگر نظر اول را نیز بپذیریم این امر باعث ایجاد اختلال در اجرای قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ نمی‌شود؛ زیرا شورای نگهبان معتقد است که حق کسب و پیشه و تجارت موضوع ماده‌ی (۱۹) قانون ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد. واضح است که عنوان شرعی نداشتن با حرام بودن ملازمه نخواهد داشت. مضافاً اینکه هر کجا سخن از سرقفلی بوده است، شورای نگهبان به تحریرالوسیله ارجاع داده است. در مورد سرقفلی تقریباً مناقشه‌ای وجود ندارد و همان‌گونه که گفته شد در تحریرالوسیله هشت مسأله از مسائل مستحدثه به سرقفلی اختصاص یافته است که پس از بیان حکم عام موضوع، در مسائل ۱ تا ۳ از مسأله ۴ به بعد به بیان مخصوص‌های این حکم عام پرداخته شده است و مواردی را به اعتبار شرط کردن ضمن عقد، جایز شمرده اند با توجه به این امر که شرط ضمنی یا شرایط تبانی هم در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است، بنابراین می‌توان در روابط موجرین و مستأجرین محل‌های کسب، به وجود چنین شرطی در مورد برقراری حق کسب و پیشه و تجارت قائل شد. چون قانون مدنی ما عرف را به عنوان منبعی برای حقوق مدنی و خصوصی قبول کرده است و مفهوم حق کسب و پیشه تجارت در عرف بازار و تجارت به روشنی پذیرفته شده است و نظر به اینکه شرط ضمنی یا شرط تبانی هم در نظام حقوقی ما پذیرفته شده و در روابط موجرین و مستأجرین محل‌های کسب، می‌توان به وجود چنین شرطی در مورد برقراری حق کسب و پیشه و تجارت قائل شد و همان‌گونه که گفته شد، قانون حاکم بر موضوع با تعبیری که بیان گشت، مغایرتی با شرع ندارد و از سوی دیگر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نظر داده است که «اعمال مادتین (۱۸) و (۱۹) قانون موجر و مستأجر هر گاه مخالف صریح فتاوی‌ای امام (ره) نباشد بلامانع است از سوی دیگر باید قائل شویم آنچه به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ و پاره‌ای از قوانین دیگر مطرح است، با توجه به اصل صحت، معارضه‌ای با ضوابط شرعی ندارد، این نظرات وجود داشت تا اینکه در سال ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام با تصویب ماده واحده‌ای در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت، مشکل اختلاف نظر دادرسان را پایان داد. قانون ۱۳۶۵ در مورد حق کسب و پیشه و تجارت در سال ۱۳۶۵ قانون‌گذار زمان را برای طرح مسأله حق کسب و پیشه و تجارت از دیدگاه شرعی، مناسب دانسته، با تصویب ماده‌ی الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ سعی کرده است. ضوابط عرفی را در مورد محل‌های کسب و پیشه حتی المقدوره قواعد شرعی نزدیک کند. متن ماده چنین است:

«از تاریخ تصویب این قانون کلیه‌ی اماکن استیجاری که با سند رسمی، بدون دریافت هیچ‌گونه سرقفلی و پیش پرداخت به اجاره واگذار می‌شود، در رأس انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه است؛ مگر آنکه مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود. در صورت تخلف، دوایر اجرای ثبت مکلف به اجرای قانون هستند ملاحظه می‌شود که در این قانون در صورت وجود دو شرط که یکی راجع به شکل و تشریفات و دیگری ناظر به ذات و ماهیت رابطه طرفین است، حق کسب و پیشه و تجارت به کلی منتفی می‌شود. شرط اول وجود سند رسمی است در خصوص روابط موجر و مستأجر و دوم اینکه موجر هیچ وجهی از مستأجر دریافت نکرده باشد؛ مگر آنچه که مربوط به اجور باشد، در صورت عدم وجود هر یک از این دو شرط، به نظر برخی از حقوق‌دانان قانون سال ۱۳۵۶ اعمال می‌گردد مصوبه جمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت با توجه به اختلاف نظری که در رابطه با مشروعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت در بین دادرسان وجود داشت و عده‌ای همان‌گونه که در صفحات گذشته اشاره شد، از نظر شورای نگهبان عدم مشروعیت این حق را استنباط می‌کردند و برخی بر عکس اعتقاد داشتند که از نظر شورای نگهبان بطلان و عدم مشروعیت این حق استنباط نمی‌گردد و گروهی هم معتقد بودند

که اصولاً شورای مذکور حق اعلام نظر در مورد قوانین قبل از انقلاب را ندارد، این اختلافات وجود داشت تا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده‌ی واحده‌ی زیر را تصویب کرد. «در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت مطابق قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶، عمل می‌شود. ماده واحده‌ی الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب پانزدهم آبان ماه ۱۳۶۵ به قوت خود باقی است موضوع حق کسب یا پیشه یا تجارت در اجرای بند هشت اصل (۱۱۰) قانون اساسی در جلسه مورخ ۶۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی و به شرح ماده فوق به تصویب رسیده است» پس همان‌گونه که اشاره شد ماده واحده‌ی فوق، اصل را بر اجرای قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ گذاشته است و در واقع جز در مواردی که مربوط به ماده واحده‌ی الحاقیه به قانون روابط و موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ می‌شود، بایستی قانون سال ۱۳۵۶ را در خصوص حق کسب و پیشه اعمال کرد. همان‌گونه که اشاره شد در ماده واحده‌ی مصوب ۱۳۶۵ با دو شرط حق کسب و پیشه و تجارت به کلی منتفی است و در صورت فقدان آن دو شرط، قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۶۵ در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت اعمال می‌گردد. این دو شرط یکی راجع به شکل تشریفات و دیگری ناظر به ذات و ماهیت رابطه‌ی طرفین است. یکی آنکه (شرط اول) روابط موجر و مستأجر حتماً با سند رسمی برقرار شده باشد و شرط دوم آنکه موجر هیچ وجهی از مستأجر جز آنچه که بابت اجور مستحق آن است، دریافت نکرده باشد. خلاصه آنکه اصل در مورد حق کسب و پیشه براساس مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام و اعمال و اجرای قانون سال ۱۳۵۶ است، مگر اینکه این دو شرط محقق گردد.

قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ در مورد سرقتی قانون سال ۱۳۷۶ از ماده‌ی (۶) خود تا ماده (۱۰) به مسأله سرقتی اشاره کرده است. در ماده‌ی (۶) این قانون اشاره شده است که: «ماده (۶) هر گاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقتی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری خود، مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقتی دریافت کند؛ مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱: چنانچه مالک سرقتی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقتی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر، حق مطالبه‌ی سرقتی از مالک را ندارد. در ابتدا عرف و عادت بین تجار بود که مفهوم سرقتی یا حق کسب و پیشه و تجارت را به وجود آورد و قانون‌گذار هم مجبور شد که این اصطلاح را در متون قانونی وارد کند. در ابتدا در سال ۱۳۳۹ این اصطلاح در متون قانونی مورد استفاده قرار گرفت و در آن قانون تصریح شد که انتقال محل تجارت در مقابل اخذ سرقتی به مستأجر جدیدی که به همان کسب یا پیشه یا تجارت مشغول شود، بلامانع است و مالک ملک مجبور به موافقت با این انتقال است؛ مگر اینکه در سند اجاره سلب حق انتقال به غیر ذکر شده باشد. این در واقع پاسخ منطقی و مثبتی بود که قانون‌گذار آن روز به مقتضیات و نیازمندی‌های زمان داد. این وضع ادامه داشت تا تصویب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ که این قانون به شکل گسترده‌تری به مفهوم سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت پرداخت و ذکر شد که مستأجر اگر حق انتقال به غیر را داشته باشد، می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد و نکته‌ی جالب توجهی که در این قانون آمده بود، آنکه حتی اگر مستأجر بدون رعایت مقررات، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، موجر اگر چه حق درخواست تخلیه را دارد، ولی می‌بایستی به مستأجر یا متصرف نصف حق کسب و پیشه و تجارت را بپردازد. با دقت در مفاد قانون سال ۱۳۵۶ در می‌یابیم که قانون‌گذار در صدد است که حتی المقدور موارد اجرا و اعمال حق کسب و پیشه و تجارت را تعمیم دهد و حتی در موردی هم که حق انتقال از مستأجر سلب شده باشد نیز، به نوعی حق کسب و پیشه و تجارت را به رسمیت شناخته است. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی این سؤال پیش آمد که آیا قانون سال

۱۳۵۶ به قوت خود باقی است یا خیر که شورای نگهبان طی نظری سرقفلی را براساس آنچه که در تحریرالوسیله آمده است به رسمیت شناخت و اعلام کرد که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون سال ۱۳۵۶ آمده است، وجهه شرعی ندارد و بر همین اساس بود که دادگاه‌ها در این رابطه آراء متفاوتی صادر کردند. گروهی معتقد بودند که شورای نگهبان حق اظهارنظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب را ندارد؛ فلذا قانون ۱۳۵۶ را معتبر می‌دانستند و براساس آن حکم صادر می‌کردند ولی گروه دیگر عقیده داشتند که شورای نگهبان حق اظهارنظر در خصوص تمام قوانین را دارد، پس براساس عقیده‌ی این گروه حق کسب و پیشه و تجارت باطل و حرام بود و در مورد آن حکم صادر نمی‌کردند. از این میان گروهی نیز معتقد بودند که حتی اگر نپذیریم که شورای نگهبان حق اظهارنظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب را دارد، ولی عبارتی که این شورا به کار برده است آن است که حق کسب و پیشه و تجارت وجهه‌ی شرعی ندارد و از این عبارت نمی‌شود استنباط کرد که این حق، باطل و حرام است. این اختلافات وجود داشت تا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام، در سال ۱۳۶۹ با تصویب ماده واحده‌ی ای به این اختلافات پایان داد و اعلام کرد که در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق قانون سال ۱۳۵۶ عمل گردد.

این وضعیت ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۳۷۶ قانون‌گذار قانون جدیدی را تصویب کرد و رسماً سرقفلی را پذیرفت و منشاء آن را مبلغی دانست که مستأجر در ابتدای مدت اجاره به مالک می‌پردازد. همان‌گونه که ذکر شد، برداشتی که قانون‌گذار سال ۱۳۷۶ از سرقفلی دارد با برداشتی که قانون‌گذار در سال ۱۳۵۶ از آن داشته است متفاوت است و عدم استفاده‌ی قانون‌گذار از عبارت حق کسب و پیشه و تجارت در قانون ۱۳۷۶ مؤید بر این نکته است. به هر صورت طبق قانون اخیر مبنای سرقفلی همان مبلغی که مستأجر در بدو عقد اجاره به مالک ملک، می‌دهد می‌باشد و یا اینکه اگر در عقد اجاره شرط شده باشد که مالک عین، حق تخلیه‌ی مورد اجاره را ندارد و یا اینکه می‌بایستی به صورت پی در پی قرارداد اجاره را با مستأجر تمدید کند؛ خواه براساس اجاره بهای اولیه یا براساس اجاره بهای عادلانه‌ی و مستأجر این حق خود را اسقاط کند، حق دریافت سرقفلی را خواهد داشت و این نوع برداشت از سرقفلی با آنچه که در قانون سال ۱۳۵۶ آمده است متفاوت و بسیار محدودتر از حق کسب و پیشه و تجارت است. بنابراین با توجه به آنچه گفته شد در این تحقیق به بررسی بررسی حق سرقفلی از منظر قانون و رویه قضایی پردازیم.

### مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

از آنجایی که در نظر داریم حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت را با یکدیگر مقایسه نمائیم، لازم است معانی الفاظی که با آن سر و کار داریم را روشن نمائیم.

### تعریف سرقفلی

برای آنکه بتوانیم تعریفی جامع از این واژه در حقوق ایران ارائه کرده باشیم، باید برداشتی هماهنگ از این واژه وجود داشته باشد. اما بین استادان حقوق ایران در این زمینه، اختلاف عقیده وجود دارد. بعضی از استادان، این حق را فقط متعلق به مستأجر می‌دانند. برخی دیگر، آن را متعلق به مالک می‌دانند. حال تعریف سرقفلی را از چند جنبه بررسی می‌نماییم.

### مفهوم اصطلاحی سرقفلی

سرقفلی کلمه‌ای فارسی است که در کتاب‌های عربی به آن «السرقفلیه» یا «الخلو» می‌گویند.<sup>۱</sup> در فرهنگ فارسی معین «سرقفلی» به «حقی که بازرگانان و کاسب نسبت به محلی پیدا میکند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع آوری مشتری و غیره» تعریف شده است. در فرهنگ دهخدا ذیل «سرقفلی» چنین آمده است: «چیزی است که کرایه دار سرای یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست (آندراج) ... حق آب و گل. حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سرای و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد خود تواند فروخت»<sup>۲</sup> در فرهنگ نفیسی مرحوم ناظم الاطباء ذیل کلمه «سرقفلی» آورده است: وجهی که از کرایه دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست.<sup>۳</sup> از آنجایی که فرهنگهای آندرج و نفیسی نسبت به منابع دیگر قدیمی‌ترند، به معنای رایج سرقفلی در عرف جامعه سابق ایران توجه شده و سرقفلی را به وجهی که از مستأجر (کرایه دار) اخذ می‌شده معنا نموده‌اند. اما در فرهنگ دهخدا و فرهنگ معین، تحولات حقوقی این اصطلاح مدنظر قرار گرفته و از سرقفلی به معنای یک حق برای مستأجر و مترادف با حق کسب و پیشه یاد شده است. و آنچه ایشان از لفظ «سرقفلی» دریافته‌اند همانست که ما آن را حق کسب و پیشه و تجارت می‌نامیم و مقوله‌ای جدا از سرقفلی به مفهوم اولیه و تاریخی آنست.

### مفهوم اصطلاحی حق کسب و پیشه

اصطلاح حق کسب و پیشه و تجارت برای نخستین بار در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ به کار رفت و با تغییر مختصری، در قانون روابط موجر و مستأجر تکرار شد (منظور قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد). قانون‌گذار از کلمه متعارف سرقفلی دست برداشت و به جای آن، ترکیب نامأنوس حق کسب یا پیشه یا تجارت را برگزید. انتخاب این اصطلاح از نظر ادبی و دلالت بر مفهوم حق، این عیب مهم را دارد که اصطلاحی جامع بین حقوق بازرگانان و پیشه‌وران ارائه نمی‌کند و قدر مشترک آن‌ها را نمی‌رساند.<sup>۴</sup>

در تعریف اصطلاحی سرقفلی باید گفت: گرفتن پولی، غیر از وجه اجاره، در برابر ملکی که به اجاره در اختیار کسی داده میشود را سرقفلی می‌گویند.<sup>۵</sup>

به موجب ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمان‌های دولتی و نظایر آن که با قرارداد رسمی

<sup>۱</sup> - نوری همدانی، (۱۳۸۰)، سرقفلی، نشریه اطلاع رسانی و کتابداری «پژوهشی و حوزه»، شماره ۸، ص ۵۱

<sup>۲</sup> - معین، محمد، (۱۳۳۹) فرهنگ فارسی، جلد دوم، ص ۱۸۶۹

<sup>۳</sup> - دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۵) فرهنگ دهخدا، ذیل کلمه سرقفلی

<sup>۴</sup> - کشاورز، بهمن، (۱۳۸۲)، سرقفلی و حق کسب و تجارت و پیشه و تجارت در حقوق ایران وفقه اسلام، چاپ چهارم، انتشارات کشاورز، صص ۲۵ و ۲۶

<sup>۵</sup> - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۶) کتاب «حقوق مدنی - عقود معینی»، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۵۶، ص ۶۲ و ۶۳

<sup>۶</sup> - نوری همدانی، همان، ص ۵۱

یاعادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانونی مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.»

دکتر جعفری لنگرودی در تعریف "سرقفلی" نوشته‌اند: «پولی که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می‌دهد.»<sup>۱</sup> که این تعریف به معنای وسیع کلمه بیان شده و علاوه بر سرقفلی به معنی خاص، شامل حق کسب و پیشه هم می‌گردد. ولی به هر حال قائل به تفکیک بین این دو حق گردیده است.

دکتر کاتوزیان، سرقفلی را در فارسی "مایه کسب" یا "مایه تجارت" قرار داده و در مفهوم عام وجهانی آن نوشته‌اند: «حقی است بر مشتریان دائم و سرمایه تجارخانه» و در نهایت، آن را برابر نهاد حق کسب یا پیشه و تجارت دانسته و افزوده‌اند: «حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف، در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود و در عرف بازار نیز وقتی می‌گویند تاجری سرقفلی مغازه‌اش را فروخت یعنی آن را تخلیه کرد و یا به دیگری واگذار کرد و این مفهوم هیچگاه شامل انتقال سرمایه تاجر و نام تجاری او نمی‌شود.»<sup>۲</sup>

### مفهوم قانونی

در قانون جدید روابط موجر و مستأجر تعریفی از سرقفلی ارائه نشده است، اما بر اساس مصداق‌هایی که از حق سرقفلی برشمرده، محدوده و قلمرو آن را روشن ساخته است. از جمع مواد مذکور در فصل دوم قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، به خوبی استنباط می‌شود که قانون‌گذار با رسمیت دادن به حق سرقفلی در مفهوم عرفی و شرعی آن، حق کسب و پیشه و تجارت را به مثابه یک نهاد قانونی، حداقل در قلمرو قانون جدید به کناری نهاده و سعی کرده است به روابط عرفی، تاریخی و عملی موجود بین موجر و مستأجر رجوع کند. و در محدوده قانون جدید، باید ذهن خود را از مفهوم و تعریف حق کسب و پیشه و تجارت بکلی پاک و خالی نماییم.

در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ آمده است: «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را به عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر و مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.»

### تعریف سرقفلی در اصطلاح حقوقدانان

دکتر بهمن کشاورز سرقفلی را: «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد.» تعریف می‌نماید.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، رمینولوژی حقوق، چاپ یازدهم، کتابخانه گنج دانش، ص ۳۵۶ شماره ۲۸۴۹

<sup>۲</sup> - even mor

<sup>۳</sup> - source of trade

<sup>۴</sup> - کاتوزیان، همان، ص ۶۲

<sup>۵</sup> - کشاورز، همان، ص ۲۸



دکتر جعفری لنگرودی نیز سرقفلی را: «پولی که مستأجر اول به مالک می‌دهد و یا مستأجر ثانی به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره می‌دهد.» تعریف می‌نماید.<sup>۱</sup>

از نظر دکتر کاتوزیان سرقفلی: «امتیازی است که به موجب آن مستأجر متصرف به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می‌شود.»<sup>۲</sup>

### تعریف سرقفلی در اصطلاح فقها

سرقفلی در نظر آیت‌ا... ناصر مکارم شیرازی عبارت است از: «حق اولوبیتی که مستأجر بر ملک پیدا می‌کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن مستأجری که سرقفلی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک، اولی از دیگران است.»<sup>۳</sup> آیت‌ا... میرزا جواد آقا تبریزی: «سرقفلی حقی است متعلق به ملک - مثل حق ریشه - که مالک می‌تواند در عوض مالی، آن را به دیگری واگذار کند، به طوری که آن شخص دیگر، بتواند ملک را برای خود اجاره کند یا حق مزبور را در قبال گرفتن مالی به دیگری واگذار کند که دیگری اجاره نماید.»<sup>۴</sup>

آیت‌ا... نوری همدانی: «اگر محلی اجاره داده شود و در اثر فعالیت مستأجر و حسن مدیریت او، آن محل مورد توجه و مراجعه مردم قرار گیرد، برای مستأجر حقی به وجود می‌آید که آن را سرقفلی می‌نامند.»<sup>۵</sup>

موسوی اردبیلی: «سرقفلی تعریف فقهی ندارد، ولی در عرف فعلی بازار، مفهوم گرفتن سرقفلی این است که مستأجر حق داشته باشد هر قدر خواست محل اجاره را در اختیار داشته باشد و از هر کس خواست پول بگیرد و محل را به او واگذار کند و صاحب محل نه حق اخراج او را داشته باشد و نه مانع واگذاری او شود. فقط گاهی صاحب ملک شرط می‌کند که در مقابل موافقت واگذاری از طرف دوم یا سوم مبلغی پول بگیرد.»<sup>۶</sup>

در نهایت سرقفلی را در حقوق ایران می‌توان اینگونه تعریف نمود: سرقفلی حقی است مالی و قابل معامله که برای متصرف محلهای کسب و تجارت از طرف قانون‌گذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعددی دارد.

### تعریف حق کسب و پیشه و تجارت

در لغتنامه‌ها و کتب فقهی و حقوقی متقدمین ذکری از حق کسب و پیشه و تجارت نمی‌توان یافت، زیرا، این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ۱۳۲۰ ظهور و تحقق یافته و پیش از این تاریخ در ایران تأسیس مزبور جایگاهی نداشته است. حق کسب و پیشه، که به نظر می‌رسد دارای قدمت بیشتری نسبت به حق سرقفلی باشد، حقی است که به مرور زمان برای بازرگانان یا کاسبی که محلی را اجاره کرده و در آن مشغول است، به وجود می‌آید. به هم زدن شهرت تجاری و جلب مشتری که ارتباط تنگاتنگ با محل کار بازرگان و پیشه‌ور دارد، شالوده توجیه‌کننده چنین حقی است. به زبان ساده‌ی غیر حقوقی،

<sup>۱</sup> - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۷) ترمینولوژی حقوق، تهران گنج دانش، چاپ دهم، ص ۳۵۶

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، کتاب - عقود دینی، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱، ص ۵۱۷، به نقل از رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه یا

تجارت و حق سرقفلی، عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۸۴)، حق سرقفلی، نشریه فقه و حقوق، شماره ۶ ص ۹۱

<sup>۳</sup> - مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۱)، توضیح المسائل، نشر قم، مطبوعاتی هدف، چاپ سوم، ص ۴۹۹ مسأله ۲۴۳۳

<sup>۴</sup> - تبریزی، جواد، (۱۳۸۱)، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم، ص ۱۱۸

<sup>۵</sup> - نوری همدانی، پیشین

<sup>۶</sup> - موسوی اردبیلی، عبدالکریم، (۱۳۸۳)، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم، ص ۲۵۱

حق کسب و پیشه، همان حق آب و گل است.<sup>۱</sup> که در قدیم در روابط بین مالک و کشاورز رواج داشته، و قانون‌گذار در ماده ۳۱ آیین نامه قانون ثبت این حق را عبارت از: «دسترنج رعیتی و حق اولویت و گاوبندی و غیره که در املاک معمول و بین رعایا خرید و فروش می‌شود» تعریف نموده است و علت ایجاد چنین حقی برای کشاورز رنج و زحمتی است که بر روی زمین متحمل می‌شود و تا زمانی که مالک قیمت دسترنج رعایا را نپردازد حق بیرون کردن کشاورز از زمین را ندارد. که این امر در حال حاضر مشابه وضعیت موجر و مستأجر در اماکن تجاری مشمول قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد. نتیجتاً، تا کنون دادگاه‌ها هنگام تخلیه ملک تجاری، در بیشتر اوقات موجر را مکلف به پرداخت حق کسب و پیشه به مستأجر می‌کردند تا بخشی از ضرر احتمالی او که بر اثر جابه‌جائی محل به وجود می‌آید، جبران شود. در رابطه با این حق تعاریف متعدد دیگری ارائه شده که در ذیل به مواردی از آن اشاره می‌گردد.

### تعریف ابتدائی حق کسب و پیشه

این حق ابتدائاً تحت عنوان فون دوکومرس یا حقوق وابسته به موسسه تجاری وارد زبان حقوقی ایران گردیده است، و حقوقدانان به دنبال معادل فارسی که آینه تمام نمای آن باشد هر یک عباراتی را به کار برده‌اند از جمله: (حقوق تجاری) (شهرت تجاری) (کارمایه بازرگانی) و برخی نیز از جمله مرحوم دکتر عبدالحمید اعظم زنگنه اصطلاح شایع سرقفلی را معادل آن دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

### تعریف حق کسب و پیشه از نظر حقوقدانان

آقای دکتر کاتوزیان این حق را «حقی بر مشتریان دائم سرمایه تجارخانه» تعریف نموده است.<sup>۳</sup> آقای محمدجعفر جعفری لنگرودی این حق را «حقی که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود» تعریف نموده است.<sup>۴</sup>

آقای کشاورز این حق را چنین تعریف نموده‌اند: حق کسب و پیشه و تجارت «حقی است مالی، که به تبع مالکیت منافع برای مستأجر محل کسب با پیشه یا تجارت تحقق می‌یابد و قابلیت انتقال به غیر را - توأم با منافع عین مستأجره دارد»<sup>۵</sup> و در تعریفی دیگر ایشان حق کسب و پیشه و تجارت را «حقی که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران تقدم دارد» بیان نموده است.

قانون تملک زمین‌ها برای اجرای برنامه‌های شهرسازی مصوب ۳۹/۳/۱۷ و قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ حق کسب و پیشه را «حقی برای مستأجر بازرگانان و پیشه‌وران و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی کسب معاش کنند ولو آنکه بازرگان نباشند» بیان نموده است.

### ایرادات وارد بر تعاریف حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

#### ایرادات وارد بر تعاریف سرقفلی

<sup>۱</sup> - نورایی، جهان بخش، (۱۳۷۶)، حذف حق کسب و پیشه و تخلیه محل کار، نشریه اقتصاد، شماره ۳۵۴، ص ۶۷

<sup>۲</sup> کاتبی، حسین قلی، (۱۳۵۶)، حق سرقفلی و کسب و پیشه و تخلیه محل کار، نشریه اقتصاد، شماره ۳۵۴، ص ۶۷

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۶)، ضمیمه حقوق مدنی - عقود معین، چاپ اول، دانشگاه تهران، ص ۹۸

<sup>۴</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶)، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، کتابخانه گنج دانش، تهران، ص ۲۲۴ و ۲۲۵ شماره ۱۷۹۰

<sup>۵</sup> کشاورز، بهمن، (۱۳۸۲) سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، چاپ چهارم، انتشارات کشاورز، ص ۳۸

با توجه به اینکه تألیف فرهنگ معین بعد از دهه ۱۳۲۰ و چاپ فرهنگ دهخدا نیز از سال ۱۳۲۵ آغاز گردیده، مؤلفین در برداشت خود از کلمه سرقفلی از جریانات اقتصادی و آئین‌نامه تعدیل اجاره بها تأثیر پذیرفته و تحت تاثیر این جریانات به تعریف سرقفلی پرداخته‌اند و آنچه را که آن‌ها از لفظ سرقفلی دریافت نموده‌اند همان است که ما آن را حق کسب و پیشه و تجارت می‌نامیم و با مفهوم اولیه سرقفلی، همخوانی ندارد.

حال آنکه، تعریف سرقفلی که در فرهنگ آندراج بیان گردیده، با توجه به اینکه این فرهنگ لغت در سال ۱۳۰۶ هجری قمری توسط محمد پادشاه، متخلص به شاد بن غلام محیی الدین منشی مهاراجه در آغاز قرن چهاردهم هجری تالیف شده (و مؤلف فرهنگ نفیسی هم با توجه به اینکه در سال ۱۳۴۲ مرحوم شده) و قبل از تدوین آئین‌نامه تعدیل اجاره بها سرقفلی را تعریف نموده‌اند، پس معنی واقعی و دقیق سرقفلی قبل از این تاریخ نگاشته شده است که می‌توان آن را در تعریف ناظم الاطباء در فرهنگ نفیسی و تعریف صاحب آندراج در فرهنگ آندراج یافت. و تعریف مرحوم دهخدا در فرهنگ دهخدا و تعریف مرحوم دکتر معین در فرهنگ معین تحت تأثیر جریانات اقتصادی و آئین‌نامه تعدیل اجاره بها را باید محمول بر مسامحه و غیر واقعی دانست.<sup>۳</sup>

در مبحث تعریف سرقفلی در حقوق فرانسه گفتیم که اصطلاح (فون دوکومرس) که در حقوق آن کشور مورد استفاده قرار می‌گیرد، برخی از اساتید حقوق ایران در برابر این اصطلاح لفظ سرقفلی را مورد استفاده قرار داده‌اند. ایرادی که بر این تطبیق می‌توان عنوان نمود این است که: اگرچه سرقفلی یک کلمه شایع و عمومی است و در حال حاضر یک مفهوم حقوقی خاص در عرف تجارت ایران دارد، لیکن از نظر اصطلاح‌شناسی و تطبیق مفاهیم با الفاظ، کلمه سرقفلی عرفی شامل موضوعات دیگری از قبیل اسم تجارتي و علامت و ترسیمات و مدلها و اجازه‌نامه‌های اختراعات و غیره است. پس سرقفلی یک قسمت و یک جزء از فون دوکومرس است نه همه آن.<sup>۴</sup>

### ایرادات وارد بر تعاریف حق کسب و پیشه و تجارت

تعریفی که دکتر کاتوزیان از حق کسب و پیشه و تجارت ارائه نموده صرف نظر از ابهام و اجمالی که دارد این ایراد را هم دارد که: نقش موقعیت و محل کسب، همچنین نوع استفاده در ایجاد، اعتبار و ارزش حق کسب و پیشه و تجارت در این تعریف بیان نشده است. همچنین ایشان مفهوم حق کسب و پیشه را با مفهوم حق سرقفلی یکی دانسته‌اند که در مباحث آتی توضیح خواهیم داد که این دو حق متفاوت از هم می‌باشند.<sup>۵</sup>

ایرادی که به تعریف آقای محمدجعفر جعفری لنگرودی از حق کسب و پیشه و تجارت وارد است این است که: این تعریف منصرف به موردی است که مدت اجاره تمام شود و موجر بخواهد آن را به کسی دیگر اجاره دهد، ولی زمانی که مستأجر بخواهد (بدون اینکه مدت اجاره اش تمام شود) به اذن مالک یا اذن محکمه منافع مورد اجاره و به تبع آن حق کسب یا پیشه یا

<sup>۱</sup> مقدمه فرهنگ فارسی معین، جلد اول، صفحه ۴۳

<sup>۲</sup> همان، صفحه ۴۰

<sup>۳</sup> کشاورز، پیشین، ص ۲۶

<sup>۴</sup> کاتبی، حسینقلی، (۱۳۳۵)، حق سرقفلی یا مالکیت تجاری، نشریه کانون وکلا، دوره اول، شماره ۵۱، ص ۱۱۱

<sup>۵</sup> بهرامی، زهرا، (۱۳۹۰)، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، انتشارات موسسه نگاه بینه، چاپ پنجم، ص ۲۰

تجارت خود را به دیگران انتقال دهد، مشمول این تعریف نخواهد بود. و اشکال اساسی دیگر اینکه در این تعریف برخی از آثار حق کسب و پیشه ذکر شده و ماهیت این حق در تعریف تبیین نشده است.<sup>۱</sup>

ایرادی که به تعریف آقای کشاورز وارد است این است که: ایشان حق کسب و پیشه و تجارت را قطعی الحصول دانسته در صورتی که ممکن است این حق ممکن الحصول باشد. (اگر مستأجر مرتکب تخلف نشود. به علاوه موجبات حسن شهرت فراهم گردد مستحق حق موصوف می‌گردد.) ثانیاً در صورت تجویز انتقال منافع قابلیت انتقال چنین حقی نیز ممکن است.<sup>۲</sup> «در صورتی که مستأجر بدون تحصیل اذن دادگاه یا موافقت موجر در مواردی که حق انتقال به غیر را ندارد منافع را به دیگری منتقل کند که در این صورت مستأجر متصرف، در برابر تخلیه استحقاق دریافت نصف سرقفلی را دارد.»<sup>۳</sup>

در خصوص تعریف کمیسیون حقوق تجارت از حق کسب و پیشه و تجارت از آنجائی که حق کسب و پیشه از حقوق مکتسبه مستأجر می‌باشد و مادام که نصی زوالش را اعلام ندارد بقاءاش استصحاب می‌گردد، لذا ایراداتی بر آن وارد است که بشرح ذیل می‌باشد:<sup>۴</sup>

۱- اینکه ضابطه اصالت عدم در همه جا جاری است اصلی صحیح و طبیعی می‌باشد. اما وقتی چیزی از عدم به وجود می‌رسد باید گفت اصل وجود است و عدم باید با دلیل به اثبات برسد، لذا به استناد ماده ۷۱ قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ که بیان می‌دارد: (حق کسب و پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و از تاریخ اجرای این قانون انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی قانونی شناخته می‌شود...) با توجه به عبارت عام و صریح این ماده وجود حق کسب و پیشه و تعلق آن به مستأجر و عدم امکان انتقال آن به دیگری بدون وجود سند رسمی به اثبات رسیده و هرگاه در ادامه این وجود و بقاء حقوق مکتسبه شک نمائیم برای درک حقیقی چاره ای جز توسل به اصل استصحاب موجود نیست، ولی متأسفانه کمیسیون حقوق تجارت اظهار داشته (بقاء حق سرقفلی نیاز به نص دارد) و این به معنی آن است که عقد نامه را طلاق نامه محسوب داشته و آنچه که مثبت وجود است دلیل بر عدم به حساب آورده است.

۲- از مقنن نمی‌توان انتظار داشت که خلاف رویه قانونگذاری که برای جلوگیری تضييع حقوق مستأجر، بواسطه اجرای قوانین سابق تکلیف کرده، نسبت به مواردی قبل از اجرای این قانون بهر علتی از علل حکم تخلیه صادر شده و یا اجرائیه از دفاتر اسناد رسمی برای تخلیه محل کسب به مرحله صدور رسیده و هنوز اجرا نشده است دادگاه باید حق کسب و پیشه را تعیین نماید، و غیرمعقول عمل نموده و دایره شمول قانون را نسبت به ما قبل تا این حد توسعه دهد بلکه با نا به جا قرار دادن جمله (دادگاه با توجه به مقررات این قانون نسبت به حقوق کسب و پیشه یا تجارت حکم خواهد داد) در آخر ماده ۹ قانون موجر و مستأجر سبب تفاسیر غلط و استنباط نا صحیح در جهت خلاف نظر مقنن که حمایت از مستأجر بوده گردیده است.

۳- دلیل دیگر وجود حق کسب و پیشه آن هم به نحو مستقل که خلاف نظر کمیسیون حقوق تجارت می‌باشد، تبصره ماده ۸۱ قانون موجر و مستأجر می‌باشد که بیان می‌دارد: (در مورد محل کسب و پیشه یا تجارت در صورت سلب حق انتقال به غیر در

<sup>۱</sup> همان

<sup>۲</sup> بهرامی، همان، ص ۱۰۱

<sup>۳</sup> تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون مالک و مستأجر ۱۳۵۶

<sup>۴</sup> امین زاده، همان، ص ۱۰۵ تا ۱۱۲

اجاره‌نامه هرگاه مستأجر بخواهد منافع مورد اجاره را به دیگری انتقال دهد و مالک راضی به این انتقال نباشد باید طبق موازین ماده ۱۱ قانون موجر و مستأجر به مستأجر در مقابل تخلیه مورد اجاره حق کسب و پیشه و تجارت را بپردازد.

۴- اگر حق کسب و پیشه تابع حق انتفاع بود، باید هر وقت حق انتفاع باشد حق کسب و پیشه نیز موجود باشد و بالعکس، حال اینکه خلاف آن از هر دو جهت ثابت است، چنانکه ممکن است حق انتفاع وجود داشته باشد و حق کسب و پیشه وجود نداشته باشد. و عکس آن نیز باین صورت مشاهده گردیده که اجرائیه یا حکم تخلیه صادر شده یعنی حق انتفاع از بین رفته لیکن به مستأجر حق دریافت سرقفلی داده شده است.<sup>۱</sup>

در نتیجه و به جهت مذکور می‌توان گفت بین حق انتفاع و حق کسب و پیشه رابطه تبعیت بطریق کمیسیون حقوق تجارت وجود ندارد، بلکه بین این دو حق تقدم و تأخر وجودی دارد، اول حق انتفاع ایجاد می‌گردد، سپس ممکن است حق کسب و پیشه به وجود آید.

### تحلیل ماهیت سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

#### تحلیل حقوقی سرقفلی

حق سرقفلی در عرف فعلی ایران به دو نوع است:

۱- یکی حقی است که بازرگان یا پیشه‌ور و صنعتگر در ازاء کار و زحمتی که در جلب مشتریان و شهرت و موقعیت موسسه و مغازه خود متحمل گردیده بدست آورده است، و آنرا مال و دارائی خود می‌داند و مورد معاوضه و معامله قرار می‌دهد.<sup>۲</sup>

۲- دیگری حقی است که هر مالک مستغلات و صاحب ساختمان جدید در موقع اجاره دادن به تاجر یا مغازه دار یا صنعتگر و صاحبان مشاغل آزاد علاوه بر مال الاجاره مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می‌گیرد.<sup>۳</sup>

همان گونه که از بعضی تعاریف فهمیده می‌شود، برخی از حقوقدانان و فقها از سرقفلی به عنوان وجهی که مالک علاوه بر کرایه از مستأجر می‌گیرد یا وجهی که مستأجر اول در قبال واگذاری حق خود از مستأجر ثانی می‌گیرد،<sup>۴</sup> تعبیر نموده‌اند. ایرادی که به آن وارد است این است که وجه مزبور عوض و ما به ازای سرقفلی است و نه خود سرقفلی که از آن به عنوان حق تعبیر می‌شود. مگر آنکه گفته شود هر گاه سخن از حق و امتیازی است که برای مستأجر در ملک بوجود آمده، باید عبارت ترکیبی «حق سرقفلی» را به کار ببرید و هرگاه سخن از عوض قرار دادی آن حق و وجهی است که مستأجر پرداخته است، می‌توان تعبیر «سرقفلی» را به کار برد.

در نوع اول سرقفلی بعضی از صاحبان مشاغل آزاد مانند طبیب و وکیل و مقاطعه کار و سر دفتر و غیره نیز برای محل کار و بنگاه انتفاعی خود سرقفلی قائل شده‌اند، که بر خلاف اصول و غیر موجه است. زیرا مشتریان این قبیل افراد ارباب رجوع آن‌ها هستند و اصولاً توجه این گونه مشتریان به علت نتیجه کار و مهارت و تجربه خود طبیب سرشناس و متخصص که بیماران زیاد دارد می‌باشد و اگر چنانچه طبیب دیگری در آن محل مطب باز نماید مسلماً بیماران طبیب سابق به وی مراجعه نخواهند کرد.

<sup>۱</sup> همان، ص ۱۱۰

<sup>۲</sup> کاتبی، همان، ص ۱۱۰ - ۱۳۸

<sup>۳</sup> همان

<sup>۴</sup> - جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۳۵۶

حتی اگر طبیب ماهر زحمتی هم کشیده باشد و جایی را بنام خود معروف ساخته باشد حق سرقفلی به آن تعلق نخواهد گرفت و همین گونه است در خصوص وکلای دادگستری و سایر صاحبان مشاغل آزاد.<sup>۱</sup>

در نوع دوم سرقفلی: که مالک و صاحب ساختمان در ابتدای اجاره مبلغی از مستأجر اول خود می‌گیرد، به قدری عدول از حق و تعدی است که نامی بر آن جزء سوء استفاده نمی‌توان گذاشت و اساساً مبنای حقوقی ندارد، زیرا سرقفلی حقی است که در نتیجه کار و زحمت و اشتغال مداوم و مشتریان و شهرت و معروفیت ایجاد می‌گردد و در ساختمانی که موسسه تجاری و مغازه افتتاح نشده و مشتریانی بدست نیامده، سرقفلی از کجا پیدا شده است؟<sup>۲</sup>

بعضی در پاسخ به این سوال گفته‌اند که: یا سرقفلی ناشی از موقعیت یک مغازه است که ارتباطی با بازرگان و موسسه بازرگانی و یا عمل و معروفیت و شهرت مغازه ندارد بلکه صرفاً ناشی از مرغوب بودن محل است. مثل اینکه ساختمان تازه سازی در یکی از نقاط فعال بازار یا خیابان که وضع محل جلب مشتری می‌کند ساخته شود، باعتبار محل سرقفلی پیدا می‌شود، حتی اگر آن ساختمان در آن محل نبود آن سرقفلی را هم نداشت، و یا ناشی از کار و زحمت و عمل مداوم یک مغازه دار و یا یک تاجر است که بر اثر مدت متمادی کار و فعالیت مشتریانی برای خود جلب کرده است. به این ترتیب سرقفلی ایجاد می‌شود از طرف مالک «موجر» را به جهت موقعیت و مشتری‌گیری و سرقفلی ایجاد می‌شود از طرف بازرگان و مغازه دار «مستأجر» را به جهت مشتریانی‌می‌دانند.

در مورد مبلغ و وجهی که توسط مالک از مستأجر در ابتدای اجاره و تحت عنوان سرقفلی اخذ می‌گردد تحلیل‌های مختلفی وجود دارد که به چند تحلیل بصورت خلاصه به شرح ذیل اشاره می‌نماییم:

### الف: تحلیل اول

برخی نظر به آن دارند که مبلغی را که در اول اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستأجر اخذ می‌گردد، بخشی از اجاره بهاست و در واقع اجاره بها را به دو قسم تقسیم نموده‌اند: بخش نقدی و یک جا که در ابتدا گرفته می‌شود، که آن را سرقفلی نام نهاده‌اند و بخش دیگر که به اقساط و ماهانه از مستأجر اخذ می‌شود.<sup>۵</sup>

در صورت صحت این تحلیل، سرقفلی بخشی از اجاره بهاست که در مقابل مالکیت منافع در مدت قرار داد اجاره قرار می‌گیرد و مستأجر حقی بیش از مالکیت منافع عین مستاجر در مدت زمان قرار داد بدست نمی‌آورد. مستأجر در پایان مدت نیز در صورت عدم توافق با مالک و عدم تجدید اجاره، باید ملک را تخلیه نماید. بدون آنکه حق مطالبه چیزی را داشته باشد. زیرا آنچه تحت عنوان سرقفلی پرداخته، بخشی از اجاره بوده و در مالکیت مالک عین قرار گرفته است. البته اگر در قرار داد اجاره، موجر به نفع مستأجر شرط کند که در پایان مدت مجدداً محل را با همان اجاره بها به وی اجاره دهد، به مقتضای شرط، مستأجر حق تجدید اجاره را دارد و موجر نمی‌تواند تخلیه ملک را بخواهد، اما مبلغ سرقفلی قابل استرداد نیست. علاوه بر آن، تحلیل مزبور با مفهوم عرفی سرقفلی و قصد مشترک طرفین قرار داد، ناسازگار است و مقررات قانونی، همانند ماده واحده مصوب

<sup>۱</sup>- کاتبی، پیشین، ص ۱۱۰ - ۱۳۸

<sup>۲</sup>- همان

<sup>۳</sup>- Achalandage

<sup>۴</sup>- clientele

<sup>۵</sup>- صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۴۱۴)، توضیح المسائل قم، دارالقرآن کریم، ص ۵۷۳

<sup>۶</sup>- روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴)، المسائل المستحدثه، قم، دارالکتاب، چاپ چهارم، ص ۲۳

۶۵/۱/۱۵ و ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ به ویژه در تبصره ۲ آن، دلالت می‌کنند که سرقفلی بخشی از اجاره بهای قرار دادی نیست.<sup>۱</sup>

به نظر اینجانب این تحلیل مقرون به واقع نمی‌باشد، زیرا وقتی که طرفین می‌توانند بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی در ابتدای اجاره و با پرداخت مبلغی بعنوان اجاره شروطی را بین خود در نظر بگیرند چه لزومی دارد که همان شروط را با پرداخت مبلغی به عنوان سرقفلی و یک لفظ جدای از اجاره منعقد نمایند مضافاً به اینکه در نظر مذکور بیان شده سرقفلی بخشی از اجاره است پس این تحلیل از سرقفلی غلط و مقرون به واقع نمی‌باشد.

### ب: تحلیل دوم

اینکه «...نفس اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره، حقی است که مالیت عرفی دارد و ممکن است در مقابل آن پولی دریافت شود.»<sup>۲</sup>

بر اساس این تحلیل، سرقفلی مبلغی است که مستأجر به مالک می‌پردازد تا از میان متقاضیان اجاره ملک، او را ترجیح و با او قرار داد اجاره ببندد. در واقع قرار داد اصلی (قرار داد اجاره) تملیک منافع از مدت معلوم در مقابل عوض (اجاره بهای مقرر) است و همزمان با انعقاد این قرار داد یا مقدم بر آن، توافق و قرار داد دیگری مابین طرفین منعقد می‌شود که مطابق آن مستأجر حاضر می‌شود در مقابل اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره مبلغی را به وی بپردازد. اگر این تحلیل درست باشد و مبلغ سرقفلی صرفاً در مقابل اقدام مالک و حاضر شدن وی برای انعقاد قرار داد اجاره در مدت معلوم پرداخت شود و برای مستأجر هیچ حق دیگری جز منافع عین مستاجر در مدت اجاره پیش بینی نشود، در پایان مدت قرار داد، مستأجر ملزم به تخلیه عین مستأجر است، بدون آنکه حق استرداد مبلغ سرقفلی را داشته باشد.<sup>۳</sup>

اگرچه یکی از نتایج پرداخت سرقفلی آن است که مالک با مستأجر قرار داد اجاره منعقد می‌کند و ملک را به وی تحویل می‌دهد، کلیت تحلیل یاد شده صحیح نیست و با مفهوم عرفی سرقفلی و آثار حقوقی آن مطابقت ندارد و با مقررات مذکور هم سازگار نمی‌باشد.

### ج: تحلیل سوم

برخی در تحلیل سرقفلی گفته‌اند: «مبلغی است که مستأجر در ابتدای انعقاد اجاره به موجر قرض می‌دهد. به عبارت دیگر، موجر در ضمن عقد اجاره ملک تجاری در ازای اجاره بها، به مستأجر شرط می‌کند مبلغ معینی به او قرض بدهد و تا زمانی که رابطه استیجاری ادامه داشته باشد، آنرا مطالبه نکند، علاوه بر آن موجر در ضمن عقد اجاره بر خودش شرط می‌نماید که در پایان مدت اجاره، تا زمانی که مستأجر بخواهد، اجاره را به همان مبلغ یا اجاره بهای متعارف تمدید کند و مستأجر نیز قبول نماید.»<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> عبدی پور فرد، ابراهیم، (۱۳۸۴)، رویکرد تحلیلی بر ماهیت حق کسب یا پیشه، نشریه حقوق «فقه و حقوق»، شماره ۶ ص ۸۹ تا ۱۱۴

<sup>۲</sup> کشاورز، پیشین، ص ۱۰۴

<sup>۳</sup> عبدی پور فرد، همان، ص ۸۹-۱۱۴

<sup>۴</sup> حلی، شیخ حسین، (۱۴۰۸)، بحوث الفقهیه، موسسه المنار، بی تا ص ۱۵۲

<sup>۵</sup> فاضل لنکرانی، محمدرضا، (۱۴۱۰) جامع المسائل، قم، چاپ مهر، ج ۳، ص ۷۶

چنانچه بخواهیم این تحلیل را مورد پذیرش قرار دهیم، سرقفلی که به مالک پرداخت شد به عنوان قرض می‌باشد که بر ذمه او باقی می‌ماند و مالک متعهد می‌گردد در زمان تخلیه معادل آن را به مستأجر بپردازد. لیکن این تحلیل نیز با مفهوم عرفی سرقفلی سازگاری ندارد و با تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ که مستأجر را هنگام تخلیه مستحق دریافت ارزش سرقفلی به قیمت روز می‌داند، منافات دارد؛ مگر اینکه آن را اینگونه توجیه کند که در قرض، زمانی که موضوع قرض وجه رایج است، بازپرداخت معادل ارزش اسمی وجه قرض گرفته شده کافی نیست و باید معادل ارزش واقعی آن باز پرداخت شود. این توجیه هم وافی به مقصود نیست، زیرا در این صورت باید ارزش واقعی همان وجه اولیه به قیمت روز محاسبه و پرداخت شود، در حالی که مطابق تبصره ۲ ماده ۶ قانون مارالذکر، قیمت روز حق سرقفلی ملاک محاسبه است.<sup>۱</sup>

به نظر اینجانب با توجه به اینکه قانون مدنی قرض را به این صورت تعریف نموده که: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد.»<sup>۲</sup> لذا همان گونه که ملاحظه می‌گردد، قرض عقدی است که فقط یک طرف، ملک خود را تملیک طرف دیگر می‌نماید، در حالی که در سرقفلی مستأجر مبلغی را به مالک می‌پردازد و مالک نیز با قبول این مبلغ متعهد می‌گردد تا ملک خود را پس از پایان اجاره به شخص دیگری غیر از مستأجر اول اجاره ندهد، مضافاً به اینکه ملک هم در تصرف مستأجر قرار می‌گیرد، و همان گونه که در قسمت دوم تعریف قرض آمده قرض گیرنده، مثل چیزی را که قرض گرفته از حیث مقدار، جنس و وصف رد می‌نماید، (مثلاً اگر وجه رایج باشد همان مبلغی را که قرض گرفته است رد می‌نماید)، در حالی که در سرقفلی حتی اگر وجه رایج باشد، در زمان تخلیه معادل آن براساس قیمت روز محاسبه و پرداخته می‌شود، لذا به نظر می‌رسد اینکه بگوئیم سرقفلی که به مالک پرداخت شده به عنوان قرض می‌باشد که بر ذمه مالک باقی می‌ماند صحیح نیست.

### ح: تحلیل چهارم

در تحلیلی دیگر بیان شده سرقفلی به عنوان وجهی است که مستأجر اول از مستأجر ثانی دریافت می‌کند. تحلیل فوق دو شق را تبیین می‌نماید:

#### عدم پرداخت وجه علاوه بر اجاره

اگر مستأجر اول قبلاً وجهی علاوه بر اجور به مالک نپرداخته باشد، در این حالت مبلغی که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد، در مقابل عدم مزاحمت و ممانعت وی در تصرف عین مستاجر توسط مستأجر ثانی است، و این امر به چند صورت قابل تحلیل است:

#### هبه معوضه

بدین گونه که مستأجر ثانی، ضمن هبه و تملیک وجه، بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم وی در تصرف عین مستاجر نشود.

#### جعاله

<sup>۱</sup> عبدی پورفرد، پیشین، ص ۹۸

<sup>۲</sup> قانون مدنی: مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸، ماده ۶۴۸



مبلغ مزبور جعلی است که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد، و مورد جعاله عدم اقدام مستأجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستأجر ثانی است.

### صلح

مبلغ مزبور را مستأجر ثانی به مستأجر اول صلح و تملیک می‌کند و بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم تصرفاتش در عین مستاجر نشود.<sup>۱</sup>

همانگونه که ملاحظه می‌گردد، ایشان در تحلیل مبلغی را که مستأجر ثانی به مستأجر اول به عنوان سرقفلی پرداخت می‌کند در قالب سه عقد هبه معوضه و جعاله و صلح بیان می‌نماید که ایراداتی به آن بشرح ذیل وارد می‌باشد:

اولاً: در خصوص اینکه مبلغی که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد هبه معوضه است صحیح نمی‌باشد، چرا که در تعریف هبه آمده است: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند.»<sup>۲</sup> درست است که مستأجر ثانی وجه را به مستأجر اول تملیک می‌کند و هبه صحیح است، لیکن در قبال این تملیک، عین مستاجر در تصرف مستأجر ثانی قرار می‌گیرد که با هبه سازگاری نداشته و نمی‌توان آن را هبه نامید و اگر بخواهیم آن را هبه معوض بنمایم درست است، که طبق ماده ۸۰۱ قانون مدنی بیان کرده است: «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب (تملیک کننده که مستأجر ثانی است) می‌تواند شرط کند که متب (طرف دیگر هبه یا مستأجر اول) مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.» به نظر می‌رسد که نظر قانون‌گذار از مال، مال متعلق به خود مستأجر اول می‌باشد نه مال متعلق به دیگری، در حالی که در سرقفلی عین مستاجر متعلق به مالک می‌باشد نه مستأجر اول، که بصورت اجاره به مستأجر اول واگذار گردیده است.

دوماً: در خصوص اینکه مبلغی را که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد جعاله می‌باشد، و در تحلیلی که بیان نموده عدم اقدام مستأجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستأجر ثانی را مورد جعاله اعلام نموده، در صورتی این تحلیل صحیح است که عین مستاجر متعلق به مستأجر اول باشد و بخواهد مزاحمت ایجاد نماید در حال که در سرقفلی عین مستاجر متعلق به مالک است نه مستأجر اول، لذا چنین جعلی غیر عقلانی بوده که در ماده ۵۷۰ قانون مدنی جعاله بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلانی را باطل می‌داند که بنظر می‌رسد این تحلیل نیز صحیح نمی‌باشد.

سوماً: در خصوص اینکه ایشان، مبلغی را که مستأجر ثانی به مستأجر اول پرداخت می‌کند، صلح می‌داند،<sup>۳</sup> هر چند صلح وجه نقد از سوی مستأجر ثانی به مستأجر اول صحیح می‌باشد، لیکن اینکه مستأجر اول شرط کند که مزاحم تصرفات مستأجر ثانی در عین مستاجر نگردد صحیح نمی‌باشد، زیرا مستأجر اول مالک عین مستاجر نمی‌باشد که بخواهد چنین شرطی را قبول نماید، لذا چنین شرطی غیر مقدور بوده و از شروط باطل می‌باشد.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد هر سه مورد تحلیل ایشان که در قالب سه عقد هبه معوض و جعاله و صلح بیان گردیده، اینکه مستأجر نبوده و شرط عدم مزاحمت برای مستأجر ثانی را بپذیرد مورد اشکال واقع شد. و مضافاً به اینکه ایشان در تحلیل خود آورده است که مستأجر اول قبلاً وجهی علاوه بر اجور به مالک نپرداخته باشد، که اصلاً از لحاظ منطقی، و عرف جامعه عقلانی

<sup>۱</sup> حلی، همان، ص ۱۲۲-۱۲۷

<sup>۲</sup> قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ ماده ۷۹۵

<sup>۳</sup> حلی، پیشین، ص ۱۲۲-۱۲۷

نمی‌باشد که مالک چنین کاری نماید و حتی بعید بنظر می‌رسد که بدون پرداخت چنین وجهی از سوی مستأجر اول به مالک، مالک چنین اذنی از قبل به مستأجر داده باشد یا بعداً اجازه یا تنفیذ نماید.

### پرداخت وجه علاوه بر اجاره

اگر مستأجر اول خود در ابتدای اجاره‌اش وجهی علاوه بر اجور به مالک پرداخته باشد، در این حالت اگر می‌خواهد معادل همان مبلغ را از مستأجر ثانی بگیرد، حمل بر حواله می‌شود که به موجب آن مستأجر اول، مستأجر ثانی را حواله می‌دهد که هنگام تخلیه ملک، مبلغ مزبور را که بر ذمه مالک باقی است، از او مطالبه و دریافت نماید، اگر مبلغ مأخوذ از مستأجر ثانی نیز بیشتر از مبلغ پرداختی مستأجر اول به مالک است، مبلغ مازاد به عنوان هبه، جعله یا صلح در ازای عدم مزاحمت مستأجر اول در تصرف عین مستاجر توسط مستأجر ثانی، تلقی می‌شود. البته از این دیدگاه برای واگذاری عین مستاجر به مستأجر ثانی، رضایت و موافقت مالک و توافق او برای انعقاد قرار داد اجاره نیز لازم است.<sup>۱</sup>

که این تحلیل نیز برخلاف مفهوم رایج سرقفلی در عرف فعلی جامعه ما است و با قصد مشترک طرفین مطابقت ندارد، علاوه بر آن با مقررات موضوعه مذکور نیز چندان سازگاری ندارد.

### خ: تحلیل پنجم

در این تحلیل مبلغی در ابتدای اجاره تحت عنوان سر قفلی توسط مالک از مستأجر اخذ می‌شود، عوضی است که مستأجر به مالک پرداخت می‌کند و در مقابل مالک نیز حقی را برای مستأجر واگذار می‌کند که حق سرقفلی نامیده می‌شود.<sup>۲</sup>

درواقع ما بین مالک و مستأجر علاوه بر قرار داد اجاره یا ضمن آن، توافق و معاوضه‌ی دیگری نیز صورت می‌گیرد که مطابق آن حق سرقفلی که یک حق مالی است، به عنوان معوض در مقابل عوض و مبلغی که مستأجر تحت عنوان سرقفلی و به عنوان عوض می‌پردازد واگذار می‌شود. نتیجه این توافق که در عرف (با مسامحه) از آن به فروش سرقفلی تعبیر می‌شود، تحقق حقی برای مستأجر در مورد ملک مورد اجاره است.<sup>۳</sup>

در صورت واگذاری حق سرقفلی به دیگری، مبلغی که مستأجر اول از مستأجر بعدی می‌گیرد نیز عوض واگذاری حق مزبور است. همچنین در مواردی که مستأجر اول مبلغی به عنوان سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، لیکن براساس شروط ضمن عقد اجاره حقوقی بدست آورده باشد، می‌تواند در ازای اسقاط آن حقوق مبلغی از مالک دریافت نماید و یا در ازای انتقال و واگذاری آن حقوق مبلغی از مستأجر بعدی دریافت نماید که گاه از آن مبلغ به عنوان سرقفلی یاد می‌شود.

به هر حال حق سرقفلی حق آب و گل مستأجر است و به تعبیر حقوقی، امتیازی است که به موجب آن، مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم است. به عبارت دیگر، حق تقدم در اجاره یا حق تخلیه اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستاجر از آن اوست. این از دیدگاهی است که حق سرقفلی و حق کسب و پیشه را بر مبنای وحدت آنها مورد بررسی قرار دهیم. لیکن اگر بخواهیم این دو حق را متمایز و جدای از هم بررسی کنیم، حق سرقفلی نوعی سلطه قانونی بر ملک مورد اجاره و نیز اعتباری عقلایی است که برای دارنده سر قفلی در مورد ملکی به وجود می‌آید. و نوعی حق عینی برای

<sup>۱</sup> - همان

<sup>۲</sup> - دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۹، ص ۳۳۲ به نقل از مقاله رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه، ابراهیم عبدی پور،

نشریه فقه و حقوق، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۶، ص ۸۹ تا ۱۱۴

<sup>۳</sup> - مکارم شیرازی، همان، ص ۴۸۸

<sup>۴</sup> - صناعی، یوسف، (۱۳۷۷)، مجمع المسائل، جلد اول، بی تا، ص ۱۱۴۴

دارنده سرقفلی بر ملک مورد نظر می‌باشد. که در بعضی از قوانین، همانند قانون اجاره واگذاری امتیاز سرقفلی و مشارکت غرفه-ها و فروشگاه‌های پایانه‌های عمومی بار و مسافر مصوب ۱۳۷۷، از سرقفلی به عنوان یک امتیاز نام برده شده است. همانطور که بیان گردید، امروزه قاطبه مردم در قبال پرداخت پول برای خویش قائل به حق سرقفلی هستند، بنابراین شخص مستأجر با خرید این حق، دارای این امتیاز می‌گردد. همان طور که پیداست معنای عرفی سرقفلی موافق با قانون سال ۷۶ می‌باشد، زیرا همانطور که شاهد هستیم در عرف می‌گویند، فلانی سرقفلی مغازه‌اش را فروخت؛ یعنی آن را تخلیه و به دیگری واگذار کرد و نه این که سرمایه و نام تجاری و شهرت تجاری خود را به دیگری واگذار کرد. بنابراین صفت ممتاز و عنصر اصلی سرقفلی، حق مقدم در اجاره و مالکیت منافع عین مستأجر در برابر اجاره بهای ثابتی است که طرفین به آن تراضی کرده‌اند و از این لحاظ شباهت تام با حقوق غیر منقول تبعی (ماده ۱۸ قانون مدنی) دارد.

### تحلیل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت

در تحلیل این حق گفته شده است: «حقوق کسب و پیشه در واقع جبران زیان ناشی از تخلیه محل کار و فعالیت انتفاعی مستأجر و از بین رفتن موقعیت شغلی اوست که طی سالیان متمادی فراهم شده است.»<sup>۱</sup> بر این مبنا حق کسب یا پیشه یا تجارت، یک حق مالی است که به تدریج برای مستأجر محل کسب و پیشه تحصیل می‌شود و قابل تقویم به پول است و در صورت تخلیه عین مستاجر (جز در مواردی که مستأجر مرتکب تخلفات ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ شده باشد)، باید تقویم و به مستأجر پرداخت شود و در صورت انتقال واگذاری منافع عین مستاجر (به اذن مالک یا دادگاه) توسط مستأجر بعدی به مستأجر قبلی پرداخت شود. در تعبیری دیگر از حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق ادامه تصرفات مستأجر در عین مستاجر، پس از انقضای مدت اجاره تحلیل شده است.<sup>۲</sup>

در تحلیل دیگر، حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق ادامه تصرفات در عین مستاجر و حق واگذاری و انتقال منافع (با تجویز دادگاه) تفسیر شده است. همچنین حق کسب یا پیشه یا تجارت، امتیازی برای مستأجر متصرف دانسته شده که در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم است.<sup>۳</sup>

### مالیت و مالکیت در سرقفلی و حق کسب و پیشه یا تجارت

#### سرقفلی چه نوعی مالی است؟

زمانی اراضی و املاک و نقود که شامل طلا و نقره بود صرفاً دارایی عینی افراد محسوب می‌گردید. اما امروزه به این دارایی ملموس، دارائیهای زیادی اضافه شده است که سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت یکی از این دارایی‌ها می‌باشد. قانون مدنی در ماده ۱۱۸ بعضی از حقوق و دعاوی را تابع اموال غیر منقول دانسته و این اموال را غیر منقول تبعی نام نهاده، طبقه بندی اموال منقول و غیر منقول ناظر باشیاء و اموال مادی است و حقوق مالی و غیر محسوس را نباید در عداد سایر اشیاء خارجی در این تقسیم داخل کرد. بنابراین اگر لازم باشد که حقوق مالی نیز به منقول و غیر منقول تقسیم شود، به جای توجه به ماهیت حقوقی آن باید موضوع حق را در نظر گرفت، بدین ترتیب حقی که موضوع آن مال غیر منقول است به تابعیت از این موضوع غیر منقول تلقی می‌شود و حقی که بر روی یک شیء منقول اعمال می‌گردد منقول است.

<sup>۱</sup> -نوبخت، یوسف، (۱۳۷۰) اندیشه های قضایی، تهران، انتشارات کیهان، ص ۲۶۶

<sup>۲</sup> -همان، ص ۲۸۷

<sup>۳</sup> -همان، ص ۲۸۷

اجرای قاعده‌ی کلی در خصوص حقوق عینی و یافتن مصادیق منقول و غیر منقول آن، به آسانی امکان دارد: بدین معنی که اگر حق عینی مربوط به مال غیر منقول باشد، آن حق نیز غیر منقول است و برعکس اگر حق ناظر به شیء منقول باشد به تبعیت از آن منقول است. و در خصوص حقوق دینی معمولاً جز در موارد استثنائی منقول است. حال در ذیل به بررسی حق کسب و پیشه و انطباق آن با اموال منقول و غیر منقول می‌پردازیم.

### حق کسب و پیشه و تجارت چه نوع مالی است

حق کسب و پیشه و تجارت امروزه فعالیت و سرمایه تاجر و نوع اعمالی که انجام می‌دهد بیش از خصایص اخلاقی او حائز اهمیت است. ممکن است مشتریان تجارتخانه‌ای اساساً صاحب آنرا نشناسند، ولی با اعتماد بنام تجاری و فعالیت مؤسسه او علاقه‌مند باشند که اشیاء مورد نیازشان را از فراورده‌های او تهیه کنند. مشتریان دائم تاجر بیشتر از خود تاجر به سرمایه و کالای تجاری و افزار آلات او بستگی دارد، در خصوص مشتریان مدنی، مثل پزشک و وکیل از اعتبار صلاحیت و حسن سلوک شخصی وی از فعالیت‌های او استفاده می‌نمایند. در فرانسه تاجر باید بتواند حق بر مشتریان را مانند یکی از حقوق مالی تلقی کند، و در آن تصرفات مالکانه نماید و این حق از عوامل مؤسس آن جدا نیست، و با سرمایه تاجر و نام تجاری و پروانه کسب و حق تقدم در اجاره و حتی تزئینات مغازه آمیخته است، که می‌توان گفت: «حقی است بر مشتریان دائم و سرمایه تجارتخانه». این دارای عناصر مختلفی از جمله عناصر مادی، شامل: کالای تجاری و افزار کار و عناصر غیر مادی آن؛ حق تقدم در اجاره و نام تجاری و علائم مخصوص تجاری و نظایر آن است ولی عنصر اساسی آن فقط مشتریان تاجر و حقی است که او در اثر کار و فعالیت خود بدست آورده. از طرف دیگر چون اموال غیر مادی و حقوق مالی را ذاتاً عنوان منقول و غیر منقول تقسیم نموده‌اند، تشخیص این حقوق تنها بوسیله موضوع آن‌ها امکان دارد: و جایی که موضوع حق مال منقول باشد، آن حق را منقول تبعی و اگر موضوع حق غیر منقول باشد، آن حق نیز غیرمنقول تبعی می‌باشد، لذا از آنجایی که موضوع حق بر مشتریان دائم کار و فعالیت انسان است، و عمل انسان را نمی‌توان در عداد اموال منقول بشمار آورد، لذا در حقوق فرانسه سرقفلی را جزء اموال منقول تبعی بحساب آورده‌اند.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران سرقفلی در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب خرداد ماه ۱۳۳۹ که از آن به «حق کسب و پیشه یا تجارت» تعبیر شده، حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف، در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود، و همان گونه که گذشت، در عرف بازار وقتی می‌گویند تاجر سرقفلی مغازه‌اش را فروخت یعنی آنرا تخلیه کرده و به دیگری واگذار نمود، این مفهوم شامل انتقال سرمایه تاجر و نام تجاری او نمی‌گردد.

با توجه به ماده ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر، حق سرقفلی از عناصر مختلفی تشکیل شده که بعضی منقول و بعضی دیگر غیر منقول است. مثلاً پولی که تاجر در برابر کار و فعالیت و حسن شهرت خود می‌گیرد. مسلماً ناشی از یک حق منقول است. و حقی که او به محل مورد اجاره دارد غیر منقول تلقی می‌شود. لذا تشخیص نوع این حق مختلط به آسانی امکان ندارد، و باید دید تابع کدا یک از عناصر تشکیل دهنده ی آن است؟

پس اگر بخواهیم مشخص کنیم حق کسب و پیشه چه نوع مالی است باید موضوع این حق را مشخص نمائیم، در ماده ۱۸ قانون مدنی انواع حقوق غیر منقول تبعی احصاء گردیده که عبارتند از:

۱- حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله

<sup>۱</sup> لیون کان رونولت، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، تهران، جلد ۳، نشر میزان، ص ۲۴۱

۲- حق ارتفاق نسبت به ملک غیر

۳- دعاوی راجع به اموال غیر منقوله.

ولی این احصاء دال بر منحصر بودن این نوع از حقوق به موارد مصرحه در ماده ۱۸ نمی‌باشد، بلکه حقوقی؛ چون: حق تحجیر، حق وثیقه، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، حق مالکیت، حق حریم، حق مستأجر نسبت به عین مستاجر و بطور کلی تمام حقوق عینی بر اموال منقول، از جمله حقوق غیر منقول تبعی محسوب می‌شوند.

در مورد حق کسب و پیشه و تجارت که اگر عناصر آن را تجزیه کنیم، خواهیم دید از اجزائی همچون، کالاها، ابزار کار، علائم و اسم تجاری تشکیل شده که فی‌الجمله به اعتبار کالاها حق غیر منقول و به اعتبار علائم و اسم تجاری، حق منقول خواهد بود. لذا با توجه به این تفاسیر حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت حق غیر منقول تبعی خواهد بود.

در سایر مواد نیز قرائنی وجود دارد که استنباط مذکور را تأیید می‌کند؛ مثلاً:

۱- بموجب مستفاد از مواد ۱۷-۱۹-۱۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ حق سر قفلی (حق کسب و پیشه یا تجارت) از مال غیر منقول و موضوع اجاره قابل انفکاک نیست، و تنها با واگذاری اجاره محل قابل انتقال است؛ یعنی مستأجر نمی‌تواند در محل خود بنشیند و سرقفلی آن را نیز انتقال دهد.

۲- مطابق ماده ۱۷ قانون فوق، انتقال حق کسب و پیشه و تجارت فقط با تنظیم سند رسمی امکان دارد، در حالی که می‌دانیم اموال منقول نیازی به تنظیم سند رسمی ندارد.

### نظریه اداره حقوقی

هم چنین نظریه شماره‌ی ۷/۳۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۲ پرونده‌ی ۱۸۰۳ اداره حقوقی به شرح ذیل است:

سؤال: با عنایت به این که در مورد حق کسب و پیشه یا تجارت تعریفی از نظر این که این حق در زمره اموال منقول است یا غیر منقول نشده است. لذا خواهشمند است دستور فرمایید کتباً به هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری وزارت امور اقتصادی و دارایی اعلام شود، آیا حق کسب و پیشه یا تجارت در زمره اموال منقول یا در حکم اموال غیر منقول است؟

نظریه: حق کسب یا پیشه یا تجارت از جمله حقوق مالی بوده که قابل توقیف بوده است و چون از طریق کارشناس نیز به ریال تعیین می‌شود، به علاوه جزو ماترک بوده و از طریق ارث با توجه به ضابطه اموال منقول به میزان یک چهارم یا یک هشتم به همسر می‌رسد. لذا جزء اموال منقول محسوب می‌شود<sup>۲</sup>

### بحث و نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر به منظور «تحلیلی بر تعیین حدود حقوقی حق سرقفلی و حق کسب و پیشه یا تجارت در رویه قضایی» صورت گرفته است. هرچند در مطالعات پیشین به بررسی این موضوع پرداخته شده است اما هنوز مفهوم سازی حقوق دو اصطلاح «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه یا تجارت» در رویه قضایی نامشخص است، به طوریکه اشاره شد؛ قبل از سال ۱۳۱۷ سرقفلی در عرف حیات داشته و نام وجهی بوده که موجر در بدو امر در قبال گشودن قفل مغازه علاوه بر اجاره بها می‌ستاند و هم چنین نام حقی بوده که برای مستأجر در محل بوجود می‌آمد و قابل نقل و انتقال بوده و مستأجر در قبال این حقی می

<sup>۱</sup> دنیر، موسی، تحلیل رابطه حق سر قفلی با حق غیر منقول تبعی، مجلات پژوهشی «دانش پژوهان» بهار و تابستان ۱۳۸۲ شماره ۳ ص ۴۰

<sup>۲</sup> شهری، غلامرضا، خرازی، محمد (۱۳۹۳)، مجموعه نظرهای مشورتی اداره ی کل حقوقی قوانین و تدوین قوه ی قضاییه در مسائل مدنی از سال

توانسته وجهی دریافت نماید اما حق کسب یا پیشه یا تجارت از سال ۱۳۳۹ ظهور یافت آن هم در متون قانونی که در سال ۱۳۵۶ بار دیگر قانون‌گذار با تاکید بیشتر قواعدش را تبیین نمود حق کسب یا پیشه یا تجارت در لسان قانون‌گذار با تاکید بیشتر قواعدش را تبیین نمود حق کسب یا پیشه یا تجارت در لسان قانون‌گذار وجهی بوده که مستأجر در قبال حق تقدم خود می‌ستاند از سال ۱۳۶۵ قانون‌گذار درصدد کم رنگ نمودن حق کسب یا پیشه یا تجارت بوده به طوری که این رویه سرانجام در سال ۱۳۷۶ به حذف کامل آن انجامید و این در حالی بود که سرقفلی در این برهه از زمان جایگاهی خاص یافت به نحوی که قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ در چندین ماده به تفصیل به ذکر انواع آن پرداخت.

سرقفلی نوع اول مبلغی است که بر اساس قراردادی موجر، تحت حکومت قانون ۷۶ در بدو امر از مستأجر مکانی است که با هدف تجاری به او اجازه داده شده بر اساس قراردادی از موجر یا مستأجر دیگر تحت حکومت قانون ۷۶ در اثنا عقد اجاره می‌گیرد به شرط آنکه حق انتقال به غیر از وی سلب نشده باشد سرقفلی نوع سوم مبلغی است که مستأجر مکانی که با هدف تجاری به او اجازه داده شده به نرخ عادلانه روز هنگام تخلیه از موجر تحت حکومت قانون ۷۶ می‌گیرد به شرطی که در بدو امر به موجر سرقفلی پرداخت هباید سرقفلی نوع چهارم مبلغی است که مستأجر مکانی که با هدف تجاری او اجازه داده شده بر اساس قراردادی در قبال اسقاط حق ماندن در ملک بدون افزایش اجاره بها و یا حق اجاره کردن ملک، هر ساله با اجاره متعارف از موجر یا مستأجر ثانی تحت حکومت قانون ۷۶ می‌گیرد سرقفلی عرفی حقی است برای مستأجر در اماکنی که باهدف تجاری به او اجازه داده شده که بر اساس توافق با موجر و در صورت سکوت طرفین به حکم عرف برای او بوجود می‌آید که براساس آن دارای حق ماندن در محل حتی بعد از انقضای مدت اجاره و ستادن وجهی به نرخ عادلانه ی روز در قبال تخلیه ی ملک و گذشتن از این حق تقدم است البته به شرطی که وجهی در بدو امر جدای از مال الاجاره به موجر پرداخته باشد... حق کسب یا پیشه یا تجارت: وجهی است که مستأجر مکانی که با هدف تجاری به او اجازه داده شده به حکم قانون به عنوان عوض حق تقدم خود حق ماندن در ملک در زمان تخلیه به نرخ عادلانه روز از موجر یا مستأجر ثانی تحت حکومت قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ می‌گیرد.

در مقام مقایسه سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از حیث ایجاد می‌توان گفت سرقفلی بر اساس اراده و توافق موجر و مستأجر بوجود می‌آید اما حق کسب یا پیشه یا تجارت به حکم قانون بوجود می‌آید بر این اساس ارکان لازم برای شکل‌گیری انواع سرقفلی و حق کسب یا پیشه تجارت عبارت است از اول: سرقفلی به عنوان مبلغی پول که موجر در بدو امر از مستأجر می‌گیرد یک انعقاد عقد اجاره دو توافق مستأجر و موجر در مورد گرفتن سرقفلی (مستفاده از قسمت اول ماده شش قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶) دوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر در اثنای عقد اجاره می‌گیرد توافق بر دادن مبلغی در مقابل واگذاری حق ماندن در ملک تا اتمام مدت اجاره (مستفاده از قسمت دوم ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷) سوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر هنگام تخلیه از مالک می‌گیرد یک انعقاد عقد اجاره، دو اگر وجهی از سوی مستأجر به موجر در بدو اجاره داده شود این سرقفلی نوع سوم برای مستأجر بوجود می‌آید مگر اینکه بر توافق بر خلاف این رویه اثبات شود (مستفاده از مفهوم مخالف تبصره یک ماده شش قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶) چهارم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر در قبال اسقاط حق عدم تخلیه یا عدم افزایش اجاره بها از موجر و یا مستأجر دیگر می‌گیرد یک وجود این شرایط و امتیازات به نفع مستأجر دو وجود تراضی میان مستأجر یا موجر و یا مستأجر دیگر در مورد گرفتن وجه در قبال اسقاط این امتیازات (مستفاده از ماده ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب

۱۳۷۶) پنجم سرقفلی عرفی در صورت یک انعقاد عقد اجاره و دو اگر وجهی تحت عنوان سرقفلی از سوی مستاجر به موجب در بدو اجاره داده شود این سرقفلی برای مستاجر بوجود می آید مگر توافق بر خلاف این رویه اثبات شود (مستفاد از عرف) حق کسب یا پیشه یا تجارت صرف انعقاد رابطه استیجاری تحت شمول قانون ۱۳۵۶ (مستفاد از مواد مربوط به حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ و بویژه ماده ۱۹ این قانون) سرقفلی در رابطه با امکان تجاری سراسر کشور می تواند بوجود بیاید اما حق کسب یا پیشه یا تجارت در رابطه با امکان تجاری سراسر کشور نمی تواند بوجود بیاید با توجه ماده ۳۱ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ که قلمرو اجرایی این قانون سراسر کشور را در بر نمی گیرد.

در رابطه با انتقال سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت می توان گفت برای نقل و انتقال سرقفلی تنظیم سند رسمی لازم نیست اما برای انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت تنظیم سند رسمی لازم است با توجه به تصریح تبصره دو ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶)

دارنده سرقفلی اصولاً حق انتقال سرقفلی خود را دارد مگر اینکه خلاف آن بین طرفین مقرر شده باشد اما دارنده ی حق کسب یا پیشه یا تجارت اصولاً حق انتقال آن را ندارد با توجه به ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ که مستاجر نمی تواند منافع مورد اجاره را کالا یا جزئا یا به نحو اشاعه به غیر انتقال دهد مگر اینکه کتبا این اختیار به او داده شده باشد انتقال سرقفلی در صورت شرط عدم انتقال از اسباب فسخ و تخلیه است اما موجب سقوط خود سرقفلی برای مستاجر نمی باشد در حالی که با تخلف مستاجر در مورد انتقال به غیر با وجود عدم حق در این رابطه نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت او ساقط شود بنا به تصریح تبصره ی یک ماده ۱۹.

مستاجر مشمول قانون ۵۶ می تواند حتی بعد از انقضا مدت اجاره منافع مورد اجاره را به دیگری یا موجر انتقال کند و حق کسب یا پیشه یا تجارت بستاند اما در مورد سرقفلی با توجه به انواع مختلف آن وضعیت متفاوت است اول سرقفلی به عنوان مبلغی پول که موجر در بدو امر از مستاجر می گیرد دریافت این وجه در بدو اجاره صورت می گیرد.

دوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستاجر از موجر یا مستاجر دیگر در اثنای عقد اجاره می گیرد مستاجر در اثنای مدت اجاره این نوع سرقفلی را می تواند دریافت کند سوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستاجر هنگام خلیه از مالک می گیرد مستاجر هنگام تخلیه می تواند این نوع سرقفلی را مطالبه کند چهارم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستاجر در قبال اسقاط حق عدم تخلیه یا عدم افزایش اجاره بها از موجر می گیرد مستاجر می تواند چه در اثنای مدت اجاره و چه بعد از انقضای آن این نوع سرقفلی را دریافت کند پنجم سرقفلی عرفی مستاجر می تواند این نوع سرقفلی را چه در اثنای مدت اجاره و چه بعد از انقضای مدت اجاره آن انتقال دهد.

در مقام مقایسه سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از حیث امکان توقیف میتوان گفت با توجه به وجه بودن چهار قسم اول سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت توقیف آن ها ممکن و ذیل عنوان توقیف طلب مطرح می شود اما توقیف سرقفلی عرفی با توجه به حق بودن آن محل اختلاف بسیار است اما صرف نظر از اختلاف نظرات و مسائل و نکات مطرح شده در این رابطه نهایتاً باید گفت با توجه به ارزش اقتصادی سرقفلی عرفی و اینکه از طریق انتقال آن به غیر می توان وجهی مطالبه کرد می توان قائل به مالیت داشتن آن و به تبع آن قابلیت توقیف آن باشیم.

در مقام مقایسه سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از حیث فرد دریافت کننده آن باید گفت به جز قسم اول از سرقفلی که باید به موجر پرداخت شود چهار قسم دیگر سرقفلی را باید به مستاجر داد در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت را فقط به

مستأجر باید پرداخت کرد اما در مورد اینکه آیا تخلیه موکول به پرداخت سرقفلی یا حق کسب یا پیشه یا تجارت است و یا خیر؟ می توان گفت اول سرقفلی به عنوان مبلغی پول که موجر در بدو امر از مستأجر می گیرد در مورد سرقفلی نوع اول، این بحث بطور کلی منتفی است چون موجر است که این نوع سرقفلی را می ستاند دوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر در اثنای عقد اجاره می گیرد سرقفلی در این حالت عوض است در یک قراردادی که معوض آن تخلیه ملک و گذشتن از حق ت قدم است بنابراین باید قائل به هم زمانی پرداخت سرقفلی و تخلیه بود پس باید گفت در این رابطه تخلیه موکول به پرداخت سرقفلی است

سوم سرقفلی به عنوان مبلغ پول که مستأجر هنگام تخلیه از مالک میگیرد تخلیه ملک منوط و موکول به پرداخت این نوع سرقفلی است در مورد سرقفلی نوع چهارم و پنجم و حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز تخلیه موکول به پرداخت سرقفلی است. در مقام مقایسه سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از حیث ارزیابی می توان گفت اول سرقفلی به عنوان مبلغی پول که موجر در بدو امر از مستأجر می گیرد تراضی و توافق موجر و مستأجر مبلغ این سرقفلی را تعیین می کند دوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر در اثنای عقد اجاره می گیرد تراضی و توافق مستأجر با موجر یا مستأجر ثانی نیز مبلغ این نوع سرقفلی را تعیین می کند سوم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر هنگام تخلیه از مالک می گیرد دادگاه باید قیمت این نوع سرقفلی را به قیمت عادلانه روز تعیین کند چهارم سرقفلی به عنوان مبلغی پول که مستأجر در قبال اسقاط حق عدم تخلیه یا عدم افزایش اجاره بها می گیرد تراضی و توافق مستأجر با موجر یا مستأجر ثانی مبلغ این نوع سرقفلی را تعیین می کند پنجم سرقفلی عرفی در صورت عدم توافق موجر و مستأجر قیمت این نوع سرقفلی بر اساس قیمت عادلانه روز تعیین می شود.

حق کسب یا پیشه یا تجارت در صورت عدم توافق موجر و مستأجر مبلغ حق کسب یا پیشه یا تجارت به نرخ عادلانه روز تعیین می شود.

و در نهایت در مقایسه سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از حیث سقوطشان می توان گفت سرقفلی بر خلاف اراده دارنده آن ساقط نمی شود در حالی که تمام یا بخشی از حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر متخلف بر خلاف اراده ی او ساقط می شود با توجه به تصریح ماده ۱۴ و تبصره یک ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶.

## منابع

۱. اباذری فومشی، منصور، (۱۳۸۷)، قانون روابط موجر و مستأجر در نظم کنونی، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ سوم
۲. امام خمینی (ره)، (۱۴۰۱)، تحریر الوسیله - جلد دوم
۳. امام خمینی (ره)، (۱۳۶۳)، تحریر الوسیله، نشر موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه
۴. امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، جلد چهارم، مسائل نو ظهور، سرقفلی
۵. امامی، حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، اسلامی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل، جلد ۲
۶. امین زاده واحدی، فرخ، (۱۳۵۳)، حق کسب و پیشه در حقوق معاصر ایران، نشریه کانون وکلا
۷. بهرامی، زهرا، (۱۳۹۰)، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، انتشارات موسسه نگاه بینه، چاپ پنجم



۸. بیگدلی، سعید، (۱۳۸۰)، سرقفلی و حق کسب و پیشه، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق
۹. پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، جلد اول، ۱۳۶۹
۱۰. پنجتنی، سیدمحسن، (۱۳۸۹)، روابط موجر و مستأجر، ماهنامه کانون
۱۱. تبریزی، جواد، (۱۳۸۱)، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ یازدهم
۱۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۹)، توقیف سرقفلی، مجله حقوق امروز، سال اول، شماره ۲
۱۴. جواب و سوال از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی؛ چاپ روزنامه رسمی جلد دوم
۱۵. حلی، شیخ حسین، (۱۴۰۸)، بحوث الفقهیه، موسسه المنار، بی تا
۱۶. خامنه ای، (۱۳۹۱)، سید علی، مجموعه استفتائات، تهران، نشر میزان، سوال ۱۶۷۰
۱۷. درخشانی، علی اکبر، (۱۳۵۷) نهادهای حقوقی، نشریه کانون وکلا
۱۸. دنیر، موسی، (۱۳۸۲) تحلیل رابطه حق سرقفلی با حق غیر منقول تبعی، مجلات پژوهشی «دانش پژوهان»
۱۹. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۵) فرهنگ دهخدا، ذیل کلمه سرقفلی
۲۰. رسولی زاده، حسین، (۱۳۸۹)، مناسب تخلیه عین مستأجره با پرداخت حق سرقفلی در قانون جدید. بر گرفته شده از سایت نورمگز
۲۱. روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴)، المسائل المستحدثه، قم، دارالکتاب. چاپ چهارم
۲۲. زینالی، مهدی، (۱۳۹۰)، شیوه های عملی طرح و دفاع از دعاوی سرقفلی و حق کسب، انتشارات جنگل، چاپ اول
۲۳. ساعی، سیدمحمدهادی، (۱۳۸۵)، سرقفلی و مقایسه آن در قوانین قدیم و جدید، نشریه حقوق و داد رس
۲۴. ستوده، حسن، (۱۳۷۶)، حقوق تجارت، تهران، چاپ دادگستر
۲۵. سیفی زیناب، غلامعلی، (۱۳۶۹)، سرقفلی در حقوق ایران، نشریه حقوق کانون وکلا
۲۶. شهری، غلامرضا، خرازی، محمد (۱۳۹۳)، مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی قوانین و تدوین قوه قضائیه در مسائل مدنی از سال ۱۳۶۳ تا ۱۳۸۰
۲۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، عقود معین، تهران، مجد، چاپ هفتم، جلد ۱
۲۸. صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۴۱۴)، توضیح المسائل قم، دارالقرآن کریم
۲۹. صدقی، غلامعلی، (۱۳۸۸) جواز توقیف و تملیک سرقفلی و حق کسب و پیشه، برگرفته شده از سایت نورمگز
۳۰. عبدی پور فرد، ابراهیم، (۱۳۸۴)، رویکرد تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه، نشریه حقوق، شماره ۶
۳۱. عرفانی، محمود، (۱۳۶۹) حقوق تجارت، جلد اول به نقل از سیفی زیناب، غلامعلی، سرقفلی در حقوق ایران، نشریه حقوق کانون وکلا
۳۲. فاضل لنکرانی، محمدرضا، (۱۴۱۰) جامع المسائل، قم، چاپ مهر، ج ۳
۳۳. قهرمانی، نصراله، (۱۳۵۵)، سرقفلی، مجله کانون وکلا
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۶) کتاب «حقوق مدنی - عقود معینی»، چاپ اول، دانشگاه تهران
۳۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، کتاب - عقود دینی، تهران، شرکت انتشار
۳۶. کشاورز، بهمن، (۱۳۸۲)، سرقفلی و حق کسب و تجارت و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلامی، انتشارات کشاورز، چاپ اول
۳۷. کاتبی، حسین قلی، (۱۳۵۶)، حق سرقفلی و کسب و پیشه و تخلیه محل کار، نشریه اقتصاد

۳۸. کاتبی، حسینقلی، (۱۳۳۵)، حق سرقفلی یا مالکیت تجاری، نشریه کانون وکلا، دوره اول
۳۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، دوره عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، جلد ۱
۴۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی معاملات معوض، عقود تحلیلی، چاپخانه بهمن، چاپ چهارم
۴۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، نقدی تحلیلی بر قانون موجر و مستأجر، نشریه حقوق (کانون)، شماره ۴۵
۴۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۶)، حقوق مدنی، عقود معین، شرح قانون روابط موجر و مستأجر، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار
۴۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، چاپ چهارم
۴۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، نشر گنج دانش
۴۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، نقدی تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستأجر، مجله وکالت
۴۶. لیون کان رونولت، (۱۳۸۹)، حقوق تجارت، تهران، جلد ۳، نشر میزان
۴۷. مجموعه مشاوره های قضایی، آیین دادرسی مدنی و اجرای احکام مدنی
۴۸. مجموعه مقالات حقوقی (منتشره در جراید و مطبوعات سال ۷۶)، روابط عمومی وزارت دادگستری
۴۹. مجموعه نظریات مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری، از سال ۱۳۵۸
۵۰. مرتضوی، سید محمد علی، (۱۳۹۰)، وظایف و تکالیف قانونی موجر و مستأجر، نشریه خراسان شمالی، مورخ ۱۳۸۹/۶/۳. شماره انتشار ۱۷۶۳۳
۵۱. معاونت آموزش دادگستری استان تهران، قضاوت، شماره ۱۵
۵۲. معین، محمد، (۱۳۳۹) فرهنگ فارسی، جلد دوم
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۱)، توضیح المسائل، نشر قم، مطبوعاتی هدف، چاپ سوم
۵۴. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، (۱۳۸۳)، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم
۵۵. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۲)، نشریه حقوقی دادگستری
۵۶. نوبخت، یوسف، (۱۳۸۵)، اندیشه های قضایی، مجموعه نظریه های قضات دادگاه های حقوقی ۲، تهران: انتشارات تولید کتاب تک، چاپ اول
۵۷. نورایی، جهان بخش، (۱۳۷۶)، حذف حق کسب و پیشه و تخلیه محل کار، نشریه اقتصاد
۵۸. نوری همدانی، (۱۳۸۰)، سرقفلی، نشریه اطلاع رسانی و کتابداری «پژوهشی و حوزه»، شماره ۸
۵۹. همایونفر، محسن، (۱۳۴۰) حق کسب و پیشه یا تجارت، نشریه حقوق «کانون وکلا»
۶۰. یآوری اهری، بهرام، (۱۳۴۱) حق کسب و پیشه یا تجارت، نشریه کانون وکلا
۶۱. یآوری، فتح الله، ت (۱۳۵۶)، حولات قضایی در رسیدگی باختلاف موجر و مستأجر، نشریه حقوق

## An analysis on determining the legal limits of the right to goodwill and the right to trade in the judicial procedure

Zahra shahriari<sup>1</sup>, Mohammad Rahim Behbahani<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Graduated with a master's degree in private law from Islamic Azad University, Kazeroon branch, Shiraz

<sup>2</sup>Assistant Professor of Law Faculty of Islamic Azad University, Kazeroon Branch

---

### Abstract

Goodwill is one of the common establishments, which has been proposed between merchants and traders and in the market for commercial property and has become legal in 1976. The legislator explicitly mentions goodwill and the right of business or profession or trade is also legislated in law. Landlord-Tenant Relations Approved 56 The tenant of commercial property has been granted and different rulings have been issued in this regard, which is due to the lack of explanation of the legal nature of these two rights, of course, the right to business or profession or trade according to famous jurists. It has legal forms, but goodwill is approved in its own meaning. In fact, the legal nature of goodwill and the right of business or profession or trade are completely different from each other, so that the conditions for their realization and creation are different, although they also have a common nature. This has caused a difference, but these two rights are different and have different effects. In this study, the aim is to study the different dimensions of these two legal-customary institutions and explain their nature in order to help resolve the existing ambiguities.

**Keywords:** goodwill, law passed in 1977, landlord and tenant law 1997, landlord and tenant, right of business and trade

---