



مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر حق کسب و پیشه و تجارت
دکتر مریم احمدی
استادیار گروه حقوق خصوصی؛ مشاور حقوقی مذهبی مرکز وکلا،
کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه
Drmaryam.ahmadi@yahoo.com

چکیده:

روابط موجر و مستاجر و قوانین حاکم بر آن از دیرباز مورد توجه مقنین بوده است. حق کسب و پیشه و تجارت، از تاسیس های حقوقی رایج در حقوق موضوعه ایران است. پدیده حق کسب و پیشه و تجارت از جمله حقوقی است که در بستر عرف رشد و نمو نموده و در نهایت در عرصه مجلس مقننه ظهور و نمود یافته و لباس قانون بر تن نموده است. این حق از بدو پیدایش مسیر پر فراز و نشیبی را طی کرده است. قانون روابط موجر و مستاجر سال 1356 این حق را به اوج رساند و قانون روابط موجر و مستاجر سال 1376 آن را به حاشیه راند. با این وجود حقی که بر اساس قوانین سابق ایجاد گردیده است، ادامه حیات می‌دهد و لذا بایستی ماهیت این حق را به درستی شناخت و قوانین را مرور کرد. در خصوص وحدت یا دوگانگی آن از سرقفلی هم در دکتترین و هم در روپه قضایی اختلاف نظر وجود دارد که به نظر می‌رسد این امر ناشی از عدم تبیین ماهیت و طبیعت حقوقی این حق است. این نوشتار با بررسی تطبیقی قانون حاکم بر حق کسب و پیشه و تجارت به عنوان یک حق و امتیاز و تمایز آن از سرقفلی به عنوان وجهی که توسط مستاجر به مالک یا مستاجر قبلی پرداخت می‌شود، می‌پردازد. واژگان کلیدی: حق سرقفلی، امتیاز، قانون حاکم، حق کسب و پیشه و تجارت.

مقدمه:

تحولات اجتماعی در مسیر پر شتاب خود نیازمند قوانینی است که با تکیه بر آن ادامه حیات دهد. مقررات ساده ای که در گذشته حدود حقوق و آزادی ها را ترسیم می کردند؛ قادر به رفع نیازمندی های امروز جامعه نیستند. حق کسب و پیشه و تجارت، تأسیس حقوقی رایج در عرف جامعه و حقوق موضوعه ایران است که قدمت تاریخی آن صرفاً به چند دهه اخیر ختم می شود. حق کسب و پیشه و تجارت حق جوانی است که ولادت این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه 1320 تحقق یافته است و پیش از این تاریخ، هرچند که در نظام های حقوقی خارجی وجود داشته، لیکن در ایران اصلاً قابل قبول نبوده است. چه وجه شرعی آن نامعلوم و تبعاً حلیت آن نیز مورد مناقشه بوده و این مناقشه تا صدور نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام ادامه داشته است. (کشاورز، 1390، ص 19)

از لحاظ فقهی نیز از مسائل مستحدثه و نوپا تلقی می شود، اگرچه در منابع فقهی و حقوقی کم و بیش در خصوص این حق نظریاتی ارائه شده است. با توجه به تحول قوانین موجر و مستاجر و تغییر تدریجی نگرش قانون گذار در این مورد و اختلاف دیدگاه های که در این خصوص به چشم می خورد، مجال بحث به قوت خود باقی است.

1- کلیات

در این فصل به ذکر کلیات و تعاریف و وجوه افتراق حق کسب و پیشه و تجارت با سرقفلی می پردازیم و در نهایت قانون حاکم بر حق کسب و پیشه و تجارت را با مطالعه تطبیقی بررسی خواهیم نمود.

1-1 تعاریف

پیش از ورود به متن بحث لازم است معانی الفاظی که با آن سروکار داریم، مشخص گردد و از همین ابتدا تفاوت حق کسب و پیشه و تجارت با سرقفلی مشخص و مبرهن گردد.

1-1-1 تعریف حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی در منابع لغت و فرهنگ ها

در آثار متقدمین اعم از لغتنامه های و کتب حقوقی و کتب فقهی ذکری از حق کسب و پیشه و تجارت نمی توان یافت و این امر تعجیبی نیز ندارد؛ زیرا همان طور که ذکر شده این حق در حقوق ایران نوظهور است. (همان، ص 20) در مورد سر قفلی تعاریف زیر در منابع لغت ارائه شده است:

1. چیزی که از کرایه دار سرای یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست (دهخدا، 1377، ذیل کلمه سرقفلی)

2- وجهی که از کرایه دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست. (نفیسی، 1381، ص 1884)

3- حق آب و گل. حقی که مستاجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سربایی و امثال آن و او آن حق را به مستاجر بعد خود تواند فروخت. (دهخدا، همان)

4- حقی که بازرگان و کاسب به محلی پیدا می-کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت جمع آوری شده و غیره (معین، 1379، مدخل سرقفلی)

1-1-2 تعریف سر قفلی در لسان حقوق دانان و فقها

در منابع حقوقی و فقهی تعاریف زیر در مورد سر قفلی ارائه شده است:

1. "وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می-گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد"

(کشاورز، همان، ص 21)

2. سرقفلی عبارت است از: "پولی را که مستأجر اول به مالک می دهد و یا مستأجر ثانی به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره می دهد". (جعفری لنگرودی، 1374، ص 356)

3. "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 می شود". (کاتوریان، 1371، ص 517)

4. "سر قفلی عبارت از حق اولویتی که مستأجر بر ملک پیدا می-کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می-پردازد و مطابق آن شخص مستأجر که سرقفلی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک اولی از دیگران است". (مکارم شیرازی، 1371، ص 499)

5. "سرقفلی حقی است متعلق به ملک - مثل حق ریشه - که مالک می-تواند 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". (تبریزی، 1374، 65)

6. "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 می آید که آن را سر قفلی می نامند". (نوری همدانی، 1374، 103)

7. "سرقفلی، تعریف فقهی ندارد، ولی در عرف فعلی بازار، مفهوم گرفتن سر قفلی 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 می-کند که در مقابل واگذاری از طرف دوم یا سوم مبلغی پول بگیرد". (موسوی اردبیلی، 1381، 223)

1-1-3 تعریف سر قفلی یا نهاد های مشابه در حقوق خارجی

1-1-3-1 حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، اصطلاحاتی که مفهوماً یا از لحاظ حکمی

حاصل شده، داده می شود.

3. اضافه ارزش یک موسسهء تملک شده یا واحد در حال فعالیت است که مازاد بر ارزش رایج بازاری دارایی خالص آن واحد است و به طور غیر رسمی برای نشان دادن ارزش روابط خوب با مشتریان، اخلاق نیک کارکنان، نام تجاری خوش آوازه و غیر آن به کار می رود و انتظار می رود منتج به قدرت تحصیل درامدی بالاتر از معمول گردد.

4. توانایی یک تجارت برای تولید در آمدی بیش از نرخ طبیعی دارایی و سرمایه است که از مهارت مدیریتی فوق العاده، موقعیت در بازار، تکنولوژی محصول جدید و غیره ناشی می شود. در خرید یک فعالیت تجاری، will good بیانگر تفاوت بین ثمن معامله و ارزش دارایی خالص است.

به هر حال، در این نظام، will good با حق کسب یا پیشه یا تجارت قرابت بیشتری دارد تا سرقفلی در مفهوم عرفی جامعه، و ضرورتاً متکی به محل کسب تجارت نیست.

1-2 تحلیل ماهیت سرقفلی و حق سرقفلی

همان گونه که از بعضی تعاریف فهمیده می شود، برخی از حقوق دانان و فقها از سرقفلی به عنوان وجهی که مالک علاوه بر کرایه از مستأجر می گیرد یا وجهی که مستأجر اول در قبال واگذاری حق خود از مستأجر ثانی می-گیرد، تعبیر نموده اند. این تعریف با ایراد روبروست که وجه مزبور عوض و ما به ازای سرقفلی است نه خود سرقفلی که از آن به عنوان حق تعبیر می شود مگر آنکه گفته شود هر گاه سخن از حق و امتیازی است که برای مستأجر در ملک به وجود آمده، باید عبارت ترکیبی "حق سرقفلی" را به کار ببریم و هرگاه سخن از عوض قراردادی آن حق و وجهی است که مستأجر پرداخته است، می توان تعبیر "سرففلی" را به کار برد.

1-2-1 تحلیل حقوقی سرقفلی

در مورد وجه و مبلغی که در ابتدای اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستأجر اخذ می شود، تحلیل های مختلفی به شرح زیر ارائه شده است: تحلیل اول آن است که مبلغ مزبور بخشی از اجاره بهاست و در واقع اجاره بها منقسم به دو بخش است: بخش نقدی و یک جا که در

می تواند مشابه سرقفلی و یا حق کسب و پیشه در حقوق ایران تلقی شود، عبارت اند از:

1. commerce de Fonds: مایهء تجارتي که دربردارندهء مجموع عناصر مادی و غیر مادی سرمایهء بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدّم و تمديد اجارهء محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است. بدین ترتیب، حق تقدّم در اجاره و سرقفلی یکی از اجزای مایهء تجارتي است (ستوده تهرانی، 1386، ص 115؛ کاتبی، 1363، ص 173).

2. bail au Droit: حق السکنی و حق امتیاز در اجارهء محل تجارت و خرید و فروش که جزئی از مایه تجارتي (commerce de Fonds) است و به موجب این حق، موجر نمی تواند اجاره محل یک تجارت خانه یا مغازه را به دیگری واگذار کند و امتیاز سکونت با صاحب مغازه یا تجارت خانه است. (کاتبی، همان، ص 133)

3. 'commerciaire Propriete' که بعضاً porte de Pas هم گفته می شود و حقی است که به موجب مقررات موضوعه، برای تاجر در مورد محل تجارت به وجود می آید و او بر اساس آن، حق تقدّم در اجارهء و ادامه تجارت در محل کار خود را دارد. (ستوده تهرانی، همان، ص 119)

1-3-2 کامن لا

در نظام کامن لا شاید بتوان تأسیس اقتصادی - حقوقی Will Good را با سرقفلی مقایسه کرد.

1. در تعریف Will Good گفته شده است که مال و دارایی غیر مادی است و به معنای هر امتیاز یا امتیاز ثبتي است که به وسیلهء مالک یک فعالیت تجاری در تداوم تجارتش به دست می آید؛ خواه مرتبط با ساختمان و محلی باشد که در آن تجارت خود را انجام می دهد، یا مرتبط با نام و اسمی که آن تجارت را مدیریت می-کند، یا مرتبط با هر موضوع دیگری که سود و منفعتی از تجارت را به دنبال دارد.

(A.M Black)، 1983، p354

2. عوض معین و قابل حمایتی است که بابت داشتن مشتریانی که از یک تجارت پا برجا و با عملکرد مطلوب

ابتدا گرفته می شود و بر آن نام سرقفلی نهاده می شود و بخش دیگر که به اقساط و ماهانه از مستأجر اخذ می شود. (گلیپایگانی، 1364: 58: صافی گلیپایگانی، 1414: 573) در صورت صحت این تحلیل، سر قفلی بخشی از اجاره بهاست که در مقابل مالکیت منافع در مدت قرارداد اجاره قرار می گیرد و مستأجر حقی بیش از مالکیت منافع عین مستأجره در مدت زمان قرارداد به دست نمی آورد. 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 سر قفلی پرداخته، بخشی از اجاره بوده و در مالکیت مالک عین قرار گرفته است. البته اگر در قرارداد اجاره موجر به نفع مستأجر شرط کند که در پایان مدت مجدداً محل را با همان اجاره بها به وی اجاره دهد، (روحانی، 1414: 23) به مقتضای شرط، مستأجر حق تجدید اجاره را دارد و موجر نمی تواند تخلیه ملک را بخواهد، اما مبلغ سر قفلی قابل استرداد نیست. علاوه بر آن، تحلیل مزبور با مفهوم عرفی سر قفلی و قصد مشترک طرفین قرار داد، ناسازگار است و مقررات قانونی، همانند ماده واحده مصوب 15/1/65 و ماده 6 قانون روابط موجر و مستأجر مصوب 1367 به ویژه در تبصره 2 ان، دلالت می کنند که سرقفلی بخشی از اجاره بهای قراردادی نیست.

تحلیل دوم ان است که نفس اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره، حقی است که مالکیت عرفی دارد و ممکن است. در مقابل ان پولی دریافت شود. (کشاورز، همان 104) بر اساس این تحلیل، سر قفلی مبلغی است که مستأجر به مالک می پردازد تا از میان متقاضیان اجاره ملک او را ترجیح دهد و با او قرارداد اجاره ببندد. در واقع قرار داد اصلی یعنی قرارداد اجاره، تملیک منافع ملک در مدت معلوم در مقابل عوض یعنی اجاره بهای مقرر است و همزمان با انعقاد این قرارداد یا مقدم بر آن، توافق و قرارداد دیگری مابین طرفین منعقد می شود که مطابق ان مستأجر حاضر می شود 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 قرارداد اجاره در مدت معلوم پرداخت شود و برای مستأجر هیچ حق دیگری جز منافع عین مستأجره در مدت اجاره پیش بینی نشود، در پایان مدت قرار داد مستأجر ملزم به تخلیه عین مستأجره است، بدون آنکه حق استرداد مبلغ سرقفلی را داشته باشد. اگر چه یکی از نتایج پرداخت سرقفلی ان است که مالک با مستأجره قرارداد اجاره منعقد می کند و ملک را به وی تحویل می دهد، کلیت تحلیل یاد شده صحیح نیست و با مفهوم عرفی سر قفلی و آثار حقوقی ان مطابقت ندارد و با مقررات مذکور هم سازگاری نمی یابد. درتحلیل سوم، سرقفلی مبلغی است که مستأجر در ابتدای انعقاد اجاره به موجر قرض می دهد. به عبارت دیگر، موجر در ضمن عقد اجاره ملک تجاری در ازای اجاره بها، به مستأجر شرط می کند مبلغ معینی به او قرض بدهد و تا زمانی که رابطه استیجاری ادامه داشته باشد، ان را مطالبه نکند. علاوه بر ان موجر در ضمن عقد اجاره بر خودش شرط می نماید 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. (حلی، بی تا: 152؛ فاضل لنکرانی، 3: 76)

در فرض پذیرش این تحلیل، سرقفلی مبلغی است که به عنوان قرض به مالک پرداخت می شود و بر ذمه او باقی می ماند و مالک متعهد است در زمان تخلیه معادل ان را به مستأجر بپردازد. لیکن تحلیل یاد شده نیز با مفهوم عرفی سرقفلی مطابقت نمی نماید و با تبصره 2 ماده 6 قوانین روابط موجر و مستأجر سال 76 که مستأجر را هنگام تخلیه مستحق دریافت ارزش سرقفلی به قیمت روز می داند، منافات دارد؛ مگر آنکه که توجیه کنیم که در قرض، انگاه که موضوع قرض وجه رایج است، باز پرداخت معادل ارزش اسمی وجه قرض گرفته شده کافی نیست و باید معادل ارزش واقعی ان بازپرداخت 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 2 ماده 6 قانون مارالذکر، قیمت روز سرقفلی ملاک محاسبه

با مفهوم عرفی سرقفلی است، ان است که مبلغ مزبور عوضی است که مستأجر به مالک پرداخت می کند و مالک نیز ذر مقابل حقی را به مستأجر واگذار می کند که حق سرقفلی نامیده می شود. (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، 1379: 332) در واقع، مابین مالک و مستأجر، علاوه بر قرارداد اجاره یا ضمن ان، توافق و معاوضه دیگری نیز صورت می گیرد که مطابق ان حق سرقفلی که یک حق مالی است، به عنوان معوض در مقابل عوض و مبلغی که مستأجر تحت عنوان سرقفلی به عنوان عوض می پردازد، واگذار می شود.

نتیجه این توافق که در عرف (با مصاحه) از ان به فروش سرقفلی تعبیر می شود، تحقق حقی برای مستأجر در مورد ملک مورد اجاره است. (مکارم شیرازی، همان: 488؛ صانعی، 1377، 1144: 1144) در صورت واگذاری حق سرقفلی به دیگری، مبلغی که مستأجر اول از مستأجر بعدی می گیرد نیز عوض واگذاری حق مزبور است. همچنین در مواردی که مستأجر اول مبلغی به عنوان سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، لیکن بر اساس شروط ضمن عقد اجاره حقوقی به دست آورده باشد، می تواند در ازای اسقاط ان حقوق مبلغی از مالک دریافت نماید که گاه از ان مبلغ به عنوان سرقفلی یاد می شود.

1-2-2 تحلیل حق سرقفلی

به هر حال مسلم است که حق سرقفلی و عوض ان متفاوت اند. اما آنچه محل بحث است چگونگی این حق و لوازم و آثار ان است. آیا حقی است تابع شخص تاجر و کاسب مستأجر یا حقی است که بر نفس ملک تعلق گرفته و تابع ان است؟ در تعیین ارزش ان، سابقه، اعتبار و معروفیت مستأجر و میزان مشتریان دائم او ملاک محاسبه است یا کیفیت و مساحت بنا و موقعیت و مرغوبیت محل؟ در تقسیم بندی اموال، از اموال منقول تلقی می شود یا تابع مال غیر منقول است؟

بر مبنای وحدت حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، حق سرقفلی حق اب و گل مستأجر است و به تعبیر حقوقی، امتیازی است که به موجب ان، مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران

است. تحلیل چهارم ناظر به سرقفلی به عنوان وجهی است که مستأجر اول از مستأجر ثانی دریافت می کند. این تحلیل خود دو شق را تبیین می نماید. مطابق شق اول، اگر مستأجر اول قبلاً وجهی علاوه بر اجور به مالک نپرداخته باشد، در این حالت مبلغی که مستأجر ثانی به مستأجر اول می پردازد، در مقابل عدم مزاحمت و ممانعت وی در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی است و این امر به چند صورت قابل تحلیل است: 1. هبه معوضه است؛ بدین گونه که مستأجر ثانی تملیک وجه، بر مستأجر اول شرط می کند که مزاحم وی در تصرف عین مستأجره نشود. 2. مبلغ مزبور جعلی است که مستأجر ثانی به مستأجر اول می پردازد و مورد جعاله عدم اقدام مستأجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستأجر ثانی است. 3. مبلغ مزبور را مستأجر ثانی به مستأجر اول صلح و تملیک می کند و بر مستأجر اول شرط می کند که مزاحم تصرفاتش در عین مستأجره نشود (حلی، همان: 122 - 127)

اما اگر مستأجر اول خود در ابتدای اجاره اش وجهی علاوه بر اجور به مالک نپرداخته باشد، در این حالت اگر می خواهد معادل همان مبلغ را از مستأجر ثانی بگیرد، حمل بر حواله می شود که به موجب ان مستأجر اول مستأجر ثانی را حواله می دهد 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، جعاله یا صلح در ازای عدم مزاحمت مستأجر اول در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی، تلقی می شود. البته از این دیدگاه برای واگذاری عین مستأجره به مستأجر ثانی، رضایت و موافقت مالک و توافق او برای انعقاد قرار داد اجاره نیز لازم است. (همان)

تحلیل چهارم نیز با همه شهود ان، بر خلاف مفهوم رایج سرقفلی در عرف فعلی جامعه است و با قصد مشترک طرفین مطابقت ندارد. علاوه بر ان با مقررات موضوعه مذکور نیز چندان سازگاری ندارد. تحلیل پنجم که منطبق

مقدم است . به عبارت دیگر ، حق تقدم در اجاره یا حق تجدید اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستأجره از ان اوست . اما از دیدگاهی که این دو حق را متمایز و جدا می داند ، حق سر قفلی نوعی سلطه قانونی بر ملک مورد اجاره و نیز اعتباری عقلایی است که برای دارنده سر قفلی در مورد ملکی به وجود می آید . البته مسلم است که حق سر قفلی با مالکیت عین - مالکیت منفعت و حق انتفاع یا حقوق ارتفاقی - متفاوت است ، لیکن اعتبار عقلایی و سلطه قانونی است و در ردیف اعتبارات دیگر در مورد اموال غیر منقول است که در نتیجه ان دارنده حق ، در اجاره منافع ملک موضوع حق سر قفلی بر دیگران مقدم است و از این رو، در بعضی از تعاریف حق اولویت نامیده شده است . بر این اساس ، سر قفلی نوعی حق عینی برای دارنده سر قفلی بر ملک مورد نظر است . در بعضی قوانین ، همانند قانون اجاره و اگذاری امتیاز سر قفلی و مشارکت غرفه ها و فروشگاه های پایانه های عمومی بار و مسافر (مصوب 1377) ، از سر قفلی به عنوان یک امتیاز نام برده شده است . به هر حال ، مشاهده می شود که تمییز این دو حق تا حدودی دشوار به نظر می آید و این دو با وجود برخی تفاوت هایی که در احکام و آثارشان به چشم می خورد و در ادامه بحث به ان خواهیم پرداخت ، در جوهره و ماهیت حق بسیار به هم نزدیک اند .

1-2-3 تحلیل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت در تحلیل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت گفته شده است که «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 .» (نوبخت ، 1370 : 266) بر این مبنا ، حق کسب یا پیشه یا تجارت ، یک حق مالی است که به تدریج برای مستأجر محل کسب و پیشه تحصیل می شود و قابل تقویم به پول است و در صورت تخلیه عین مستأجره (جز در مواردی که مستأجر مرتکب تخلفات ماده 14 شده باشد) ، باید تقویم و به مستأجر پرداخت شود و در صورت انتقال و واگذاری منافع عین مستأجره (به اذن مالک یا دادگاه) توسط مستأجر بعدی به مستأجر قبلی

پرداخت می شود .

ممکن است گفته شود نظریه فوق با این عبارت قانون گذار در ماده 19 قانون روابط موجر و مستأجر سال 1356 تأیید می شود که می گوید : « هر گاه مالک راضی به انتقال به غیر نباشد ، باید در مقابل تخلیه مورد اجاره ، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد . » اما باید گفت که مبلغ مزبور ، ارزش و عوض حق کسب یا پیشه یا تجارت است و نه خود ان .

در تعبیر دیگر ، حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره پس از انقضای مدت اجاره تحلیل شده است . (نوبخت ، همان : 278 ؛ تبریزی ، همان) در تحلیل دیگر ، حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق استدامه تصرفات در عین مستأجره 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 . به هر حال ، این سؤال مطرح می شود که حق استدامه تصرفات از لوازم عرفی و قانونی حق تقدم در اجاره است ، یا حق تمديد اجاره و تقدم در ان از لوازم حق ادامه تصرفات مستأجر در عین مستأجره پس از انقضای مدت اجاره است ، یا این دو ، تعبیرات مختلف درباره یک حق واحد است . البته تحلیل اخیر منطقی تر به نظر می رسد . با این همه ، تجزیه و تحلیل کامل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سر قفلی ، پس از بیان وجوه اشتراک و افتراق این دو حق به دست می آید که اکنون به ان می پردازیم .

2- تطور عرفی و قانونی حق کسب و پیشه و تجارت و سر قفلی در ایران

در این بخش به تجزیه و تحلیل ماهیت سر قفلی و نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت خواهیم پرداخت . اما برای ورود به ان بحث ، نگاه تاریخی به تأسیس سر قفلی و تحول عرفی و قانونی ان در جامعه ایرانی می تواند ثمربخش باشد . تا قبل از دهه های اخیر و تأثیر اقتصاد و حقوق جهان خارج بر جامعه ما ، منظور از سر قفلی وجه مخصوصی بود که مستأجر علاوه بر کرایه ، در ابتدای اجاره

کار گرفته شده و در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال 1376، صرفاً از سرقفلی سخن به میان آمده است و اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت به کار نرفته است. پس از انقلاب اسلامی، براساس مبانی فقهی در مشروعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت تردید به میان آمده. اگر چه به موجب مصوبه مورخ 69/10/25 مجمع تشخیص مصلحت نظام، حق کسب یا پیشه یا تجارت مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر سال 1365 به قوت خود باقی ماند، اما با لحاظ دیدگاه فقهی که حق سر قفلی را متمایز از حق کسب یا پیشه یا تجارت می دانست، قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، صرفاً از حق سر قفلی که با پرداخت عوض یا بر مبنای شروط ضمن عقد برای مستأجر حاصل می شود، سخن به میان آورده است.

1-2 وجوه اشتراک و افتراق حق سرقفلی با حق کسب و پیشه و تجارت

1-1-2 وجوه اشتراک

1. هر دو حق در دسته بندی حقوق (حق ها)، حق مالی محسوب می شوند و دارای ارزش اقتصادی و قابل تقویم به پول هستند. البته درباره حق کسب یا پیشه یا تجارت، مناقشاتی کرده اند که بعداً به آن اشاره خواهیم کرد.

2. هر دو حق به عنوان یک حق مالی، قابل انتقال قهری به ورثه هستند؛ خواه مستأجر حق انتقال به غیر داشته باشد خواه نداشته باشد. این امر مانع انتقال قهری حق مالی به ورثه نیست، زیرا در این حالت، انتقال به غیر موضوعاً منتفی است، چون ورثه غیر نیستند، بلکه جانشین و قائم مقام قانونی دارنده حق اند. گفتنی است برخلاف مالکیت عرصه، زوجه از حق سرقفلی و حق کسب و پیشه نیز ارث می برد. (نظریه 74506 - 16/6/67 اداره حقوقی قوه قضاییه)

3. هر دو حق طبیعتاً قابلیت نقل و انتقال دارند. منتها از لحاظ حکمی در این خصوص بین حق سرقفلی و حق کسب و پیشه موضوع قانون روابط موجر و مستأجر سال 56 با حق سرقفلی موضوع قانون روابط موجر و مستأجر

به مالک یا سرایدار و غیره می داد و همان گونه که از نام آن پیداست، مزد گشودن قفل و تحویل محل به مستأجر بود. پس از تحولات اجتماعی اقتصادی جامعه، ایران مقتضیات تجاری باعث شد سرقفلی در مفهومی که در کشور های اروپایی رایج بود و به عنوان حقی که تاجر مستأجر در مورد محل تجارت و به دلیل رابطه استیجاری و جمع اوری مشتریان دائم کسب می کند در جامعه ما نیز رایج شود. منتها عرف، ضمن شناختن چنین حقی برای مستأجر، به مالکان اماکن تجاری نیز حق داد که در ابتدای اجاره از مستأجر مبلغ قابل توجهی دریافت کنند تا برقراری چنان حقی برای مستأجر معوض باشد و محدودیت های که برای سلطه مالکانه موجر به وجود می آید، پیشاپیش به گونه ای جبران شود، اگرچه رد پای ضعیفی از حق مستأجر اماکن تجاری در مقررات پراکنده قبل از سال 1322 به چشم می خورد، قانون گذار ایران در قانون اختیارات دکتر میلسپو در مورد تنزیل و تثبیت بهای اجناس، در اردیبهشت 1322 به حق مستأجر محل کسب و تجارت به جهت سابقه عمل و اعتبار و نام مستأجر اشاره نمود. قانون روابط مالک و مستأجر مصوب 1339 نیز، صراحتاً حق کسب و پیشه یا تجارت مستأجر اماکن تجاری و آثار و احکام آن به تفضیل مورد لحاظ قرار گرفت.

اما جالب توجه آن است که قانون گذار در این دو قانون از واژه رایج سرقفلی یا حق سرقفلی استفاده نکرده و در اولی عبارت حق کسب و پیشه یا تجارت و در دومی عبارت حق کسب یا پیشه یا تجارت را به کار برده است. شاید دلیل قانونگذار آن بوده که از نظر وی، این حق نه فقط در موارد پرداخت مبلغی به عنوان سرقفلی، بلکه بدون آن نیز برای مستأجر اماکن کسب و پیشه و تجارت حاصل می شود. در هر حال، رویه محاکم نیز سابقاً بر این منوال بود که از لحاظ احکام و آثار، فرقی بین حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل نبودند: اگر چه در قوانین شهرداری و مالیاتی از حق سرقفلی و حق واگذاری سخن به میان آمده است. در قوانین و مقررات اجاره، برای اولین بار در ماده واحده سال 1365 اصطلاح سرقفلی به

سال 76 تفاوت وجود دارد. به موجب مواد 14 و 19 قانون سال 56، حق انتقال به غیر باید در اجاره نامه ذکر شده باشد وگرنه در صورت عدم تصریح، مستأجر حق انتقال به غیر ندارد، مگر آنکه براساس ترتیبات مقرر در ماده 19، دادگاه انتقال به غیر را تجویز کند. اما بر اساس ماده 6 قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، دارنده سرقفلی حق انتقال ان را به دیگری دارد، مگر آنکه در اجاره نامه این حق از او سلب شده یا عدم انتقال به شرط شده باشد. گفتنی است معمولاً انتقال و واگذاری سرقفلی یا حق کسب یا پیشه یا تجارت، به صورت صلح معوض یا قرارداد ماده 10 قانون مدنی و یا به صورت شرط ضمن عقد اجاره صورت می گیرد و فروش انها منوط به پذیرش امکان فروش حق مالی است.

4. از لحاظ قابلیت توقیف این حقوق و انتقال اجرایی ان ها باید گفت، در این خصوص سه دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، در مقام اجرای مفاد سند رسمی یا اجرای حکم به نفع طلبکار یا محکوم له قابل توقیف نیستند و همچنین طلبکار نمی تواند از طریق تأمین خواسته، ان را بابت طلب خود توقیف نماید. اولین دلیل ارائه شده بر این دیدگاه، تشکیک در مالکیت حق کسب یا یا پیشه یا تجارت (حق سرقفلی) است. گفته شده است که حق مزبور از مصادیق ملک این یملک و نوعی سلطه قانونی است که خود مالیت ندارد و قابل مبادله نیست، لکن وسیله ای برای رسیدن به مال و مانند حقی است که که وارث بر ماترک زائد بر ثلث دارد. حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز به تنهایی مالیت ندارد، زیرا به تنهایی قابل مبادله نیست و ارزش اقتصادی ندارد؛ چون مستأجر نمی تواند در حالی که منافع عین مستأجر را برای خود نگه می دارد، سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به دیگری منتقل سازد و عوض ان را دریافت کند. به عبارت دیگر، انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مستقل از منافع عین مستأجره و بدون انتقال منافع امکان پذیر نیست. لذا مالکیت این حق، مالکیت تبعی است و نه استقلال و به همین علت، توقیف تابع بدون توقیف متبوع عقلاً محال است. (

جعفری لنگرودی، توقیف: 30-32) استدلال یاد شده پذیرفتنی نیست، زیرا مالکیت امری اعتباری و عرفی است و همان گونه که در متن استدلال نیز آمده است، حق کسب یا پیشه یا تجارت نوعی امتیاز سلطه قانونی است که عرف جامعه برای ان ارزش مالی قائل است و تردید در مالیت ان صحیح نیست. چنان که عرف جامعه برای منافع ملک در مدت خاص مبلغ خاصی در نظر می گیرد و برای حق کسب و پیشه یا حق سرقفلی عین مستأجره نیز ارزش مالی و مبلغ خاصی منظور می کند. به هر حال در این واقعیت تردیدی نیست که حق مالی عموماً و حق سرقفلی خصوصاً مال تلقی می شوند و واجد خصوصیات مال هستند. به خصوص در مورد مالکیت سرقفلی در معنای خاص و در مفهوم مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر سال 76 که نوعی اعتبار عقلایی در مورد ملک و قابل مبادله و تبدیل به پول است، نباید تردید نمود.

دلیل دوم که در واقع با عدول از استدلال اول و پذیرش مال بودن حق کسب یا پیشه یا تجارت همراه است، در اظهار نظر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابق منعکس است: چون متعاقب برگشت مال یا حقوق مالی در قبال اجراییه باید عملیات اجرایی ادامه یابد و با فروش ان محکوم به استیفا گردد، در حالتی که حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون موافقت دارنده حق قابل فروش و انتقال به دیگری نیست و ملازمه با کسب و تجارت مستأجر متصرف دارد و اساساً حق معلق است، بنابراین بازداشت حق کسب و پیشه و تجارت توسط دایره اجرای احکام دادگاه در قبال محکوم به مالی بدون اینکه وسیله دارنده حق به دیگری منتقل و به صورت طلب محکوم علیه نزد ثالث در آمده باشد، امکان پذیر نیست. (پاسخ سوالات از کمیسیون استفتائات و مشاوره حقوقی شورای عالی قضایی، 1362: 49) استدلال مزبور نیز قابل مناقشه است.

زیرا اولاً، نفس بازداشت و توقیف یک حق مالی واجد غرض عقلایی است و می تواند مانع از ان شود که بدهکار یا محکوم علیه ان را به دیگری منتقل کند و از دارایی خود

1376 ایین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا عنوان شده است که می گوید: بازداشت حقوق مدیون در مورد سرقفلی یا منافع جایز است ، لیکن مزایده ان به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست. (مجموعه دیدگاه های قضایی قضات دادگستری تهران ، 1378 : 22)

دیدگاه سوم: حق سرقفلی حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان یک حق مالی و به عنوان مال از اموال بدهکار یا محکوم علیه ، قابل توقیف ، مزایده و انتقال اجرایی است. دکتترین حقوقی به این نظریه گرایش دارد و معتقد است : « منشأ تردید از اینجاست که همیشه نمی توان سر قفلی را در بازار تبدیل به پول کرد و از محل ان محکوم به را تأمین نمود . ولی این تردید نابه جاست . همان طور که اسانی و دشواری فروش سایر اموال در تعیین ارزش ان ها اثر دارد ، در مورد سرقفلی نیز باید این اموال را در نظر گرفت . لیکن لزوم رعایت پاره ای تشریفات نباید در مال بودن حق سرقفلی و امکان توقیف ان به سود خواهان ایجاد تردید کند . طلبکار میتواند به جانشینی تاجر و مانند خود او در انتقال سرقفلی اقدام کند . » (کاتوزیان ، همان : کشاورز ، همان : 256)

رویه قضایی نیز به همین نظریه گرایش دارد . لذا اکثریت قضات دادگستری تهران معتقدند :

سرففلی به عنوان یک حق مالی قابل توقیف است وچنانچه مستأجر (مدیون) به موجب قرار داد اجاره ، اجازه انتقال به غیر را داشته باشد ، قابل تملیک می باشد و اگر اجازه انتقال به غیر نداشته باشد ، با توجه به ماده 19 قانون روابط موجر و مستأجر مصوب 1356 ، چنانچه مالک راضی به پرداخت حق کسب و پیشه در ازای تخلیه ملک نباشد ، دادگاه می تواند دستور تملیک صادر کند . (مجموعه دیدگاههای قضات دادگستری تهران: 22)

دیدگاه اخیر منطقی تر وبا اصول و موازین حقوقی ولزوم حمایت از طلبکار سازگار تر است نباید در امکان توقیف و مزایده این حق مالی توقیف نمود ، به ویژه در مواردی که مستأجر سرقفلی ملک را از مالک ان خریده باشد که در این صورت طبق ماده 6 قانون روابط موجر ومستأجر سال 76 ، اصل بر قابلیت انتقال و واگذاری این حق است .

خارج سازد . ثانیاً ، منظور نظریه فوق از دارنده حق مبهم است . اگر مقصود از دارنده حق ، مستأجر دارای حق سرقفلی یا حق کسب پیشه باشد ، رضایت او به عنوان بدهکار و محکوم علیه ، شرط توقیف مال و فروش اجباری مال توقیف شده نیست . اما اگر مقصود ، مالک ملک و لزوم رضایت اوست ، چه بسا در قرارداد اجاره این حق را به مستأجر داده باشد و در غیر این صورت ، می توان از ترتیبات مذکور در ماده 19 قانون روابط موجر ومستأجر سال 56 ، برای انتقال این حق بهره است .

دیدگاه دوم : حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ، قابل توقیف و لیکن غیر قابل مزایده است به علت ضعف استدلال دیدگاه اول و تصریح ماده 62 ایین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا (اصلاحی 1371) ، مبنی بر اینکه بازداشت حقوق مدیون در مورد مال غیرمنقول - اعم از سرقفلی یا منافع - جایز است ، عده ای قابلیت توقیف حق سرقفلی را پذیرفته اند ، اما ادامه عملیات اجرایی و فروش و انتقال اجباری ان را ناممکن می دانند. در رأی وحدت رویه شماره 1779 - 12/7/71 شورای عالی ثبت آمده است : نظر به اینکه مزایده سرقفلی مغایر با حقوق اشخاص ثالث است ، لذا هر گونه اقدامی در این مورد ، وجهه قانونی نداشته ...

اداره حقوقی دادگستری نیز در پاسخ به این سؤال که آیا توقیف سرقفلی مغایره بدهکار به تقاضای طلبکار جایز و قانونی است یا نه ، اظهار داشته است: توقیف سرقفلی (که میزان ان به وسیله کارشناسی تعیین خواهد شد) وسیله اجرا جایز است ، ولی چون این حق معلق است ، مادام که منجز نشده و مستقر نگردیده است اتمام عملیات اجرایی مجاز نیست . (امینی ، 1352 : 450)

بعضی از قضات دادگستری نیز توقیف سرقفلی به عنوان یک حق مالی در ازای بدهی دارنده این حق را جایز دانسته اند ، لیکن مزایده و انتقال ان را در صورتی ممکن می دانند که مستأجر حق انتقال به غیر داشته باشد یا مالک راضی به انتقال مورد اجاره به غیر باشد . اما در غیر این صورت ، صدور دستور تملیک و انتقال مورد اجاره به غیر جایز نیست. مستند این نظریه ، ماده 62 اصلاحی سال

البته مطابق قاعده باید اجرت المثل منافع آن را به مالک بپردازد. بدهی است در تقویم اجرت المثل محل باید مالکیت سرقفلی مستاجر و این واقعیت که سرقفلی آن به مستاجر واگذار شده مورد لحاظ قرار گیرد. زیرا عرف مابین اجاره بهای محلی که سرقفلی آن واگذار نشده و اجاره بهای همان محل در صورتی که سرقفلی آن به مستاجر واگذار شده باشد تمایز قائل است.

به هر حال، قانون روابط موجر و مستاجر سال 76 در خصوص حق مستاجر دارنده سرقفلی مبنی بر تقاضای تنظیم اجاره نامه جدید پس از انقضای مدت اجاره نامه قبلی ساکت است. براساس تفسیر مضیق مقررات این قانون و مقتضای اصل عدم نمی توان چنین حقی برای دارنده سرقفلی موضوع قانون سال 76 قائل شد. مگر آنکه گفته شود عرف چنین حقی برای مستاجر دارنده سرقفلی قائل است و این حق از لوازم عرفی واگذاری سرقفلی توسط موجر به مستاجر است. به موجب ماده 220 قانون مدنی، عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شوند ملزم اند، به هر حال، اگر در قرارداد مابین موجر و مستاجر دارنده حق سرقفلی، صراحتاً حق تمدید و تجدید اجاره مطابق شرایط مقرر پیش بینی شده باشد، موجر به رعایت و اجرای شرط مزبور الزام خواهد شد و اگر قرار داد در این مورد ساکت باشد، می توان گفت حق تمدید اجاره به عنوان لازمه عرفی حق سرقفلی به طور ضمنی مابین طرفین مقرر گردیده است. با این همه، برخی از فقها معتقدند سرقفلی حقی در مورد ملک است و لزوم تجدید اجاره و وجوب تجدید قرارداد اجاره بر مالک، تابع قوانین جاری کشور و شرایط مذکور در عقد اجاره مابین موجر و مستاجر است. حق سرقفلی فی نفس چنین حقی برای مستاجر و چنین تعهدی برای موجر ایجاد نمی کند.

2-2 وجوه افتراق

2-2-1 تفاوت در منشأ حق و سبب ایجاد آن

باتوجه به مقررات قانون روابط موجر و مستاجر مصوب

5. از دیگر آثار مشترک این دو حق ان است که مستاجر دارنده این حقوق، پس از انقضای مدت اجاره حق دارد به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد.

در اجاره های محل کسب و تجارتي که مشمول رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستاجر سال 56 است، با توجه به مفاد مقررات این قانون به ماده 6 ان، پس از انقضای مدت قرارداد اجاره، مستاجر می تواند به تصرفات خود و بهره برداری از منافع عین مستأجره همانند سابق ادامه دهد و در مقابل مکلف است در صورت عدم تمدید قرارداد و اجرت المثل محل به میزان اجرت المسمی قبلی پرداخت نماید. علاوه بر ان، مطابق ماده 7 این قانون، در صورتی که مدت اجاره نامه منقضی گشته است و طرفین راجع به تنظیم اجاره نامه جدید یا تنظیم اجاره بها و شرایط ان اختلاف داشته باشند، هریک از ان ها می تواند برای تنظیم جاره نامه به دادگاه مراجعه کند و الزام خوانده را به تنظیم اجاره نامه جدید بخواهد. بنابراین، مطابق مقررات این قانون، مستاجر اماکن تجاری و کسب و پیشه، پس از انقضای مدت اجاره حق ادامه تصرفات در عین مستأجره و حق تمدید و تجدید قرارداد اجاره را دارد. استحقاق مستأجره نیز اعم از این است که وجهی به عنوان سرقفلی به مالک پرداخته باشد یا وجهی نپرداخته صرفاً به جهت سابقه رابطه استیجاری، حق کسب یا پیشه یا تجارت را کسب کرده باشد.

در اجاره های که مشمول قانون روابط موجر و مستاجر سال 76 است، به موجب تبصره 2 ماده 6 این قانون، در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستاجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستاجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادله روز را دارد. مفهوم این تبصره از دیدگاه اکثریت قضات این است که اگر موجر در پایان مدت قرارداد اجاره تقاضای تخلیه نماید، تخلیه ملک منوط به پرداخت ارزش سر قفلی به قیمت روز به مستاجر دارنده سرقفلی است. (همان : 26) بنابراین مادامی که ارزش سرقفلی به قیمت عادله روز به مستاجر پرداخت نشود، با وجود انقضای مدت قرارداد کماکان می تواند به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد و

1356، حق کسب یا پیشه یا تجارت به موجی قانون و به واسطه وجود رابطه استیجاری برای مستأجر محل های کسب و تجارت و پیشه به وجود می آید. گفته می شود هر تاجر و کاسبی دو دسته مشتری پیدا می کند: مشتریان گذری و مشتریان دائم. تعداد مشتریان گذری اصولاً مرتبط با موقعیت محل کسب و تعداد مشتریان دائم ناشی از فعالیت مثبت و حسن عمل و مدیریت و ابتکار و شهرت اعتبار تاجر و تجارتخانه اوست و در هر حال این امر بخشی از سرمایه غیرمادی تاجر را تشکیل می دهد. تخلیه محل کسب و تغییر آن موجب می شود تاجر و کاسب بخش عمده ای از مشتریان خود را ازدست بدهد و سرمایه معنوی که در طول سالیان متمادی به عنوان پشتوانه تجارت و کسب خود فراهم کرده، زائل شود. از این رو، قانون برای مستأجر محل کسب و تجارت، در اجاره آن محل نسبت به دیگران حق تقدم و امتیازی قائل است که از آن به حق کسب یا پیشه یا تجارت تعبیر نموده است. این حق نه برای تاجر و کسبه برای پیشه ورانی فراهم می شود که به واسطه موقعیت محل و سابقه فعالیت خود در آن محل برای خویش مشتریانی دست و پا کرده اند. بنابراین باید گفت منشأ و سبب ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون است و سابقه رابطه استیجاری شرط اعطای این حق قانونی است، به گونه ای که هر چه سابقه این رابطه طولانی تر باشد، ارزش ریالی این حق افزون تر است.

از آنجا که مبنای ایجاد این حق قانون است، در تحقق اصل حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوتی نمی کند که مستأجر مبلغی را به عنوان سرقفلی به مالک یا مستأجر قبلی پرداخته باشد یا خیر. به عبارت دیگر، فرقی نمی کند که مالک سرقفلی مغازه را در ازای اخذ مبلغی به مستأجر واگذار نموده باشد یا نه. به محض برقراری رابطه استیجاری، این حق به تدریج و به موجب قانون برای مستأجر محل کسب و تجارت و پیشه فراهم می شود. البته پرداخت سرقفلی توسط مستأجر به موجر، در تقویم افزایش ارزش این حق موثر خواهد بود. همچنین تفاوتی نمی کند که در قرارداد اجاره این حق برای مستأجر

شناخته شده باشد یا از وی سلب شده باشد و در حال طبق مواد 30 و 19 قانون روابط موجر و مستأجر مصوب 1356، این حق برای مستأجر به وجود می آید.

اما حق سرقفلی در معنای خاص خود و در مفهوم مورد نظر قانون روابط موجر و مستأجر، حقی است که از قرارداد اجاره یا قرارداد فروش و واگذاری سرقفلی یا هر عقد لازم دیگری برای مستأجر حاصل آید. به عبارت دیگر، منشأ و سبب تحقق این حق، عقد و قرارداد مابین موجر و مستأجر است که قانون نیز به آن اعتبار و رسمیت بخشیده است. این حق برای مستأجر اماکن تجاری به طور کلی به دو صورت محقق می شود: صورت اول آن است که مالک با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقفلی، حق سرقفلی را به مستأجر فروخته یا صلح نموده و به هر عنوان منتقل نموده باشد. صورت دوم که مصادیق متعددی را در بر می گیرد، آن است که ضمن عقد اجاره، شرطی به نفع مستأجر و علیه مالک گنجانده شود که به مقتضای آن تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود پس از انقضای مدت، هر ساله عین مستأجره را به همان بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که پس از انقضای مدت، هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید (قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب 1376، ماده 7 و 8) یا شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید. (همان)

در این موارد و به طور کلی در تمامی مواردی که مستأجر به موجب شرط ضمن عقد، حقی به عین مستأجره پیدا می کند، مستأجر حق سرقفلی یا امتیازی شبیه آن را به دست می آورد که بعداً می تواند آن را با دریافت عوض به مستأجر بعدی واگذار نماید و یا با اخذ مبلغی از مالک حق خود را اسقاط نماید. بنابراین، سبب حق سرقفلی در معنای خاص آن، پرداخت عوضی به نام سرقفلی یا وجود شرط ضمن عقدی به نفع مستأجر است و به طور کلی در تمامی مواردی که مستأجر به موجب شرط ضمن عقد،

کیفیت آن و موقعیت محلی ملک و تجهیزات و امکانات آن ملاک محاسبه قرار می‌گیرد. اما در تعیین ارزش حق کسب یا پیشه یا تجارت، اصولاً باید طول مدت اجاره و حسن شهرت مستأجر که در معروفیت محل مزبور موثر افتاده است و نوع کسب و پیشه و تجارت، ملاک محاسبه قرار گیرد؛ اگر چه در عمل کارشناسان همان معیارهای نوعی را در تعیین ارزش حق کسب و پیشه نیز مورد لحاظ می‌دهند. (کاتوزیان، همان: 520)

2-2-6 در بعضی مقررات پیش بینی شده که در صورت اجرای طرح دستگاه دولتی یا شهرداری، به مالک مکان تجاری که خودش بهره برداری می‌کند و اجاره داده نشده است، مبلغی به عنوان سرقفلی یا حق واگذاری پرداخت شود. به دیگر سخن، در تعیین ارزش ملکی که در معرض اجرای طرح عمومی قرار گرفته، ارزش سرقفلی آن نیز محاسبه و به مالک پرداخت می‌گردد. در اینجا منظور از سرقفلی قابلیت تجاری محل است که به دلیل محروم شدن مالک از کسب و تجارت خودش، مبلغی به عنوان سرقفلی محل به او داده می‌شود. می‌توان گفت سرقفلی حق واگذاری این شخص به دیگران است که اگر طرح اجرا نمی‌شد، می‌توانست سرقفلی را به دیگران واگذار نماید یا مکانی را که قابلیت تجاری دارد برای بهره برداری تجاری به دیگران واگذار کند. این در حالی است که براساس تبصره 2 ماده 19 قانون روابط موجر و مستأجر، حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و نه به مالک آن.

2-2-7 حق کسب یا پیشه یا تجارت در قرارداد اولیه اجاره و قراردادهای بعدی قابل اسقاط و اعراض نیست. یک دلیل این است که چنین حقی در طول رابطه استیجاری و به تدریج برای مستأجر به وجود می‌آید لذا سلب و اسقاط این حق در قرارداد اولیه اجاره، اسقاط مالیمه خواهد بود. دلیل دیگر، امره بودن مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب 1356 است که با توجه به ماده 30 آن قانون، هرگونه شرط و توافقی به منظور سلب و اسقاط و اعراض از حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر در قرارداد اولیه و قراردادهای بعدی اجاره، کان لم یکن و فاقد اعتبار

حقی به عین مستأجره پیدا می‌کند، مستأجر حق سرقفلی یا امتیازی شبیه آن را به دست می‌آورد که بعداً می‌تواند آن را با دریافت عوض به مستأجر بعدی واگذار نماید و یا با اخذ مبلغی از مالک، حق خود را اسقاط نماید. بنابراین، سبب حق سرقفلی در معنای خاص آن، پرداخت عوضی به نام سرقفلی یا وجود شرط ضمن عقدی به نفع مستأجر است و به طور کلی این حق منشأ قراردادی دارد.

2-2-2 سرقفلی معمولاً به مالک پرداخت می‌شود یا به مستأجر قبلی که دارنده این حق است، اما حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق ماده 19 قانون روابط موجر و مستأجر سال 56، به مستأجر متصرف پرداخت می‌شود. البته می‌توان گفت آن چه که به مالک پرداخت می‌شود، عوض حق سرقفلی است و آنچه به مستأجر پرداخت می‌شود نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست، بلکه عوض آن است. به هر حال، مطابق مواد 7 و 8 قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، مستأجر اماکن تجاری نیز می‌تواند با دریافت مبلغی به عنوان سرقفلی از مالک، حق خود را اسقاط نماید؛ بنابراین، عوض سرقفلی ممکن است بر حسب مورد به مالک یا مستأجر پرداخت شود، و پرداخت آن به مالک مورد ندارد.

2-2-3 میزان ارزش سرقفلی در موارد واگذاری آن از مالک به مستأجر، توسط مالک پیشنهاد و با توافق طرفین تعیین می‌شود. اما میزان و ارزش حق کسب یا پیشه یا تجارت توسط دادگاه و با جلب نظر کارشناس تعیین می‌شود. البته در مواردی که مستأجر سرقفلی را مجدداً به مالک واگذار می‌نماید، به موجب ماده 10 قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، ارزش آن در صورت عدم توافق طرفین با نظر دادگاه تعیین خواهد شد.

2-2-4 حق سرقفلی ابتدائاً و بدون وجود رابطه استیجاری اعتبار و فرض می‌شود و توسط مالک به مستأجر واگذار می‌شود، و توسط مالک به مستأجر واگذار می‌شود، در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص آن در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد و به تدریج و به واسطه تداوم رابطه استیجاری برای مستأجر ایجاد می‌شود.

2-2-5 در تعیین ارزش سرقفلی معمولاً نوع بنا و کمیت و

روابط موجر و مستأجر سال 76 است، می توان گفت تخلف مستأجر صرفاً موجب حق فسخ اجاره برای موجر و تخلیه ملک می گردد، لیکن موجب سقوط و زوال حق سرقفلی نمی شود. البته در مورد اماکن استیجاری که تابع رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستأجر سال 56 است، این تردید و اختلاف نظر وجود دارد که آیا تخلف مستأجری که علاوه بر حق کسب یا پیشه یا تجارت، سرقفلی ملک را به نحو معوض از مالک خریده است، موجب سقوط کلیه حقوق وی می شود یا صرفاً موجب اسقاط حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص آن است و حق سرقفلی وی هنگام تخلیه باید به قیمت عادله روز پرداخت شود. (کشاورز، 1379: 26؛ دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، همان: 336)

نتیجه گیری:

دیدگاه قضات دادگاه ها و دیوان عالی در مورد وحدت یا تمایز این دو حق متفاوت است و در این مورد اختلاف نظر وجود دارد. به رغم آنکه اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی مورخ 19/4/72 خود اظهار نموده است که سرقفلی همان حق کسب یا پیشه یا تجارت است که طبق تبصره 2 ماده 19 قانون روابط موجر و مستأجر سال 1356، به مستأجر همان محل اختصاص دارد و بین این دو اصطلاح عرفی و قانونی تفاوتی نیست و هر دو به یک معناست، رویه قضایی پس از وضع قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، به دوگانگی و تمایز این دو حق گرایش یافته است. این در حالی است که سابقاً دادگاه ها در اعمال مقررات روابط موجر و مستأجر سال 56 به درستی تفاوتی بین این دو قائل نبودند. با توجه به توضیحاتی که در این مقاله ارائه شد و با توجه به جهات اشتراک و افتراق این دو حق، باید گفت: حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، در قانون روابط موجر و مستأجر سال 56 و در خصوص مواردی که تابع رژیم حقوقی آن قانون هستند، اگر هم مفهوماً متفاوت باشند از لحاظ احکام و آثار همانند و اسباب سقوط و زوال آنها یکسان است. اما حق سرقفلی در معنای خاص آن و در مفهوم مورد نظر قانون

قانونی است. اما سرقفلی در معنای خاص آن و در مفهوم قانون سال 76، ممکن است توسط مالک ملک برای خودش حفظ شود و به مستأجر منتقل نگردد و به هر حال در صورت انتقال آن به مستأجر، به عنوان یک حق از دارنده آن قابل اسقاط به نحو معوض یا بلاعوض خواهد بود.

2-2-8 تفاوت دیگر این دو حق در مشروعیت و جواز شرعی آنهاست. براساس دیدگاه اکثریت قریب به اتفاق فقیهان معاصر، به صرف رابطه استیجاری و سابقه مستأجر در محل، هیچ گونه حقی برای مستأجر اماکن تجاری به وجود نمی آید و او ملزم به تخلیه ملک در پایان مدت اجاره است. اما مالک می تواند با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقفلی یا براساس شروط ضمن عقد اجاره، حق سرقفلی ملک را به مستأجر واگذار نماید. تبصره 2 ماده 6 قانون روابط موجر و مستأجر سال 76، مشعر به دیدگاه فقهی است که تنها در صورتی که موجر به طریق صریح شرعی سرقفلی را به مستأجر تحویل منتقل نماید، مستأجر از حق سرقفلی برخوردار خواهد بود. طرق صحیح شرعی از دیدگاه فقها که در مواد 7 و 8 همان قانون به بعضی از آن ها اشاره شده است، واگذاری حق سرقفلی به مستأجر در مقابل دریافت عوض مالی توسط مالک به صورت عقد بیع یا صلح یا شرط نتیجه در ضمن عقد اجاره یا جعل شروطی در ضمن عقد اجاره به نفع مستأجر و علیه موجر است که مقتضای آن شرط، ایجاد چنین حقی یا لوازم آن به نفع مستأجر باشد. (موسوی خمینی، 1363: 2؛ تبریزی، 1378: 260؛ روحانی، 1414: 23؛ خامنه ای، 1415: 211)

2-2-9 تفاوت دیگر این دو حق در اسباب سقوط و زوال آنهاست. حق کسب یا پیشه یا تجارت، تنها در صورت وقوع یکی از تخلفات مذکور در ماده 14 قانون روابط موجر و مستأجر مصوب 1356، توسط مستأجر زائل می شود. البته در مورد تخلف مستأجر مبنی بر انتقال منافع به غیر بدون داشتن جواز آن، مطابق تبصره ماده 19 آن قانون، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت پرداخت می شود. اما در مورد مستأجری که مالک سرقفلی در مفهوم قانون

روابط موجر و مستأجر سال 76 ، بدون تردید از لحاظ اسباب تردید حق و زوال آن و نیز از لحاظ احکام و آثار ، متفاوت با حق کسب یا پیشه یا تجارت در مفهوم قانون سال 56 است که در این نوشتار به برخی از آن تفاوت ها اشاره شد .

منابع و مآخذ:

الف- منابع فارسی:

- 1- امینی ، یدالله ، مجموعه نظرهای
- 2- تبریزی ، جواد ، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه ، قم
- 3- جعفری لنگرودی، محمد جعفر ،ترمینولوژی حقوق ، تهران ، گنج دانش ، چاپ دهم ، 1374
- 4- دهخدا ، علی اکبر ، لغت نامه ، تهران ، انتشارات دانشگاه تهران ، 1377 ، ذیل کلمه سرقفلی
- 5- ستوده تهرانی ، حسن ، حقوق تجارت ، جلد اول، تهران ، نشر دادگستر ، 1386
- 6- کاتبی ، حسینقلی ، فرهنگ حقوقی فرانسه به فارسی ، گنج دانش ، 1363
- 7- کاتوریان ، ناصر ، عقود دینی ، تهران ، شرکت انتشار ، 1371 ،
- 8- کشاورز ، بهمن ، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام ، انتشارات کشاورز ، چاپ نهم ، 1390
- 9- معین ، محمد ، فرهنگ فارسی معین ، تهران ، انتشارات امیر کبیر ، 1379 ، مدخل سرقفلی
- 10- مکارم شیرازی ، ناصر ، توضیح المسائل ، قم ، مطبوعاتی هدف ، چاپ سوم ، 1371
- 11- موسوی اردبیلی ، عبدالکریم ، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه ، قم
- 12- نفیسی ، علی اکبر ، فرهنگ نفیسی ، تهران ، خیام ، جلد سوم
- 13- نوری همدانی، حسین ، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه ، قم

ب- منابع انگلیسی

1- Campbell henry ، dictionary ؛ A.M Black ، law " black ، 1983 ، p354

A comparative study of the law governing the right to business and trade

Dr. Maryam Ahmadi

:Abstract

The landlord-tenant relationship and the laws governing it have long been the concern of legislators. The right to business, profession and trade is one of the common legal institutions in Iranian subject law. The phenomenon of the right to trade is one of the rights that has grown and developed in the context of custom and has finally emerged and manifested itself in the field of the legislative assembly and has been clothed in law. This right has gone through many ups and downs since its inception. The Law of Landlord and Tenant Relations of 1356 brought this right to its peak and the Law of Landlord and Tenant Relations of 1376 marginalized it. However, the right that was established based on the former laws continues to exist, and therefore the nature of this right must be properly recognized and the laws reviewed. There is a difference of opinion regarding the unity or duality of goodwill both in

distinguishing it from goodwill as money paid by
.the tenant to the previous owner or tenant

Key words: right of goodwill, privilege, governing
.law, right of business and trade

doctrine and in judicial practice, which seems to
be due to the lack of clarification of the nature and
legal nature of this right. This article deals with the
comparative study of the law governing the right to
business and trade as a right and privilege and