

بررسی و مقایسه حق سرقتی با حق کسب یا پیشه یا تجارت

خسرو عباسی داکانی^۱

اشاره:

«حق سرقتی» و «حق کسب و پیشه» از تأسیس‌های حقوقی هستند که به اموال غیرمنقول اختصاص دارند و شامل اموال منقول نمی‌شوند. در مورد اموال غیرمنقول نیز حقوق مزبور تنها با رعایت سه شرط، تحقق و موجودیت می‌یابند: الف - حقوق مزبور تنها در مورد اماکن تجاری که کاربری آن‌ها برای ایجاد محل کسب یا تجارت یا پیشه معین شده و اختصاص یافته است، قابل تصور می‌باشد. ب - حقوق مزبور تنها هنگامی تحقق می‌یابند و یا قابل تصور هستند که محل کسب یا پیشه یا تجارت به اجاره واگذار شده باشد. ج - مستأجر مدتی را به کسب و پیشه یا تجارت مشغول بوده و خوش‌نامی یا شهرت تجاری کسب نموده باشد. در این صورت، بابت تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر، مستأجر می‌تواند بابت حق مزبور، مبلغی را از موجر یا مستأجر جدید دریافت کند. بنابراین برای تحقق حق کسب و پیشه عناصر زیر ضرورت دارد:

۱ - محل کسب و پیشه. ۲ - عقد اجاره. ۳ - شهرت تجاری مستأجر.

اما سرقتی، وجه نقدی است که توسط مستأجر به موجر پرداخت می‌شود و موقع تخلیه می‌تواند از موجر یا مستأجر جدید دریافت کند.

واژگان کلیدی: حق سرقتی، حق کسب یا پیشه یا تجارت، اجاره، شهرت تجاری.

حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت از نظر ماهیت حقوقی تفاوت‌های روشنی دارد، هرچند از لحاظ آثار حقوقی ممکن است آثار مشابهی داشته باشند. بنابراین بررسی تفاوت‌ها

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۰۶ تهران و عضو کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران.

و شباهت‌های حقوق مزبور ضرورت می‌یابد.

گفتار اول: حق کسب و پیشه یا تجارت

حق مزبور در حقوق ایران در قوانین و مقررات موضوعه، سابقه‌ی چندین ده‌ساله دارد. در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ که نسخ شده است، ضوابطی در مورد حقوق مزبور مقرر شده بود که دیگر قابل استناد نیستند. در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ فصل پنجم مواد ۱۸ و ۱۹ و تبصره‌های آن به حق کسب یا پیشه یا تجارت اختصاص داشت. حق مزبور در قانون موصوف، تعریف نشده است.

اما در ماده‌ی ۱۸ مقرر شده است؛ میزان حق کسب و پیشه یا تجارت که در این قانون و قوانین دیگر قید شده است بر مبنای اصول و ضوابط مقرر در آیین‌نامه‌ی که توسط وزارت‌خانه‌های دادگستری و مسکن و شهرسازی تهیه و به تصویب کمیسیون مربوطه در مجلس خواهد رسید، تعیین خواهد شد ولیکن متأسفانه آیین‌نامه‌ی مذکور هیچ‌گاه به تصویب نرسید. قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ نیز با وجود آن که ضوابطی در آن، در خصوص مورد، مقرر شده بود، به‌لحاظ الغای آن، دیگر قابل استناد نمی‌باشد.

بنابراین با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۷۸۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۳/۱۶ اداره‌کل حقوقی و تدوین قوانین قوه‌قضائیه به‌لحاظ خلأ موجود در مقررات موضوعه باید با استفاده از عرف و عادت مسلم و جلب نظر کارشناس نسبت به تعیین میزان آن اقدام نمود. اما متأسفانه در نظریه‌ی مرقوم به‌اشتباه به‌جای میزان حق کسب یا پیشه یا تجارت، میزان حق سرقتی درج شده است که با مورد سؤال انطباق ندارد ولیکن صرف‌نظر از اشتباه مذکور راه چاره را در توسل به عرف و عادت مسلم دانسته است. به‌نظر می‌رسد با توجه به موارد متعدد اختلاط بین حقوق مزبور در نظریه‌های اداره‌کل حقوقی قوه‌قضائیه، از نظر ایشان ظاهراً بین حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوت روشنی وجود ندارد و حقوق مزبور از نظر ایشان با یکدیگر مترادف هستند.^۱

در ماده‌ی ۱۹ قانون مذکور مقرر شده است: «در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به‌موجب اجاره‌نامه، حق انتقال به‌غیر داشته باشد می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن منافع مورد اجاره را با سند

۱. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۹۸ مورخ ۱۳۷۹/۴/۲۸ اداره‌کل حقوقی و تدوین قوانین قوه‌قضائیه.

رسمی به دیگری انتقال دهد. هرگاه در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر سلب شده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه‌ی مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد و الا مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند. در این صورت، دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال در دفترخانه‌ی تنظیم‌کننده‌ی سند اجاره‌نامه‌ی سابق یا دفترخانه‌ی نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه‌ی رسمی در بین نباشد) صادر نموده و رونوشت آن را به دفترخانه‌ی مربوطه ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود، مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود. هرگاه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود، حکم مزبور ملغی‌الآثر خواهد بود».

همان‌طور که ملاحظه شد در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون از حقوق کسب و پیشه و تجارت تعریفی به عمل نیامده است و قانون مزبور در این باب، ساکت است. اما از آنچه که در ماده‌ی ۱۵ قانون و تبصره‌های آن ذکر شده و به تعیین مواردی اختصاص دارد که موجر موظف به پرداخت حق کسب یا پیشه و یا تجارت به مستأجر است، با توجه به نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۳۶ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ اداره‌کل حقوقی دادگستری، روشن می‌گردد که حقوق مزبور، حقوقی است که به تخلیه‌ی مورد اجاره و تحویل آن به موجر مربوط می‌شود و لذا در موارد موضوع بندهای سه‌گانه‌ی ماده‌ی ۱۵ قانون که موجر درخواست تخلیه‌ی محل کسب یا پیشه یا تجارت را پس از انقضای مدت اجاره از دادگاه می‌نماید، دادگاه باید ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت به نفع مستأجر نیز رأی صادر نماید. همان‌طور که در نظریه‌ی اداره‌کل حقوقی نیز تصریح شده است: «با توجه به ذیل بند ۳ ماده‌ی ۱۵ مرقوم و صراحت آن در صورت تقاضای موجر به تخلیه‌ی ملک تجاری یا کسب یا پیشه، مستأجر مستحق دریافت حق کسب یا پیشه است و عدم دریافت سرقفلی از مستأجر تأثیری در قضیه ندارد. در نتیجه، دادگاه باید ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق مزبور نیز حکم دهد».

به این ترتیب، تعریف حق مزبور را در سایر متون باید جستجو نمود. در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق استاد جعفری لنگرودی، در تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت آمده است: «حقی است برای مستأجر بازرگان و پیشه‌ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره‌ی محلی کسب معاش می‌کنند ولو آن که بازرگان نباشند، با سرقفلی فرق دارد. زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده‌ی سرقفلی نیست. حق کسب یا پیشه تابع تملک منافع مورد اجاره‌ی مذکور است یعنی مال تبعی است. چندان که توقیف حق کسب یا پیشه

یا تجارت بدون توقیف منافع مورداجاره، علی‌الاصول، درست نیست»^۱.

از تعریف مزبور استفاده می‌شود که حق مزبور در اثر تداوم فعالیت تجاری یا کسب یا پیشه و موفقیت در انجام آن که منجر به شهرت تجاری و ازدیاد مشتریان برای واحد شغلی مزبور می‌شود، ایجاد می‌گردد.^۲ به عبارت دیگر، اشتها شغلی محل کسب یا تجارت که منافع اقتصادی و مالی زیادی را برای مالک منافع مغازه یا واحد تجاری در پی دارد موجب می‌شود تا چنانچه اشخاص دیگری نیز در محل مزبور به شغل موردنظر بپردازند از ثمره‌ی فعالیت شغلی مالک منافع قبلی برخوردار و بهره‌مند شده و بدون آن که تلاش زیادی برای جلب مشتری بنمایند، از مشتریان زیادی در همان ابتدای آغاز فعالیت شغلی خود برخوردار باشند که نتیجه‌ی آن تأمین منافع مادی و اقتصادی برای مالک منافع جدید یا مستأجر جدید می‌باشد. بنابراین ملاحظه می‌شود که حق مزبور، یک حق مالی است که قابل تبدیل به مال (یا وجه نقد) می‌باشد. در نتیجه، ممکن است افراد متعددی خواستار خرید و تملک حق مزبور باشند و لذا حق مزبور جنبه‌ی قانونی به خود می‌گیرد و قانون‌گذار در پی حمایت از حق مزبور و صاحبان حقوق یادشده برآمده و مقرراتی را وضع کند، تا آن‌جا که در قانون روابط موجر و مستأجر فصلی را بدان اختصاص داده است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۳۶ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ چنین نظر داده است: «حق کسب و پیشه یا تجارت حقی است که با تخلیه‌ی محل کسب یا پیشه یا تجارت و در موارد مذکور و مصرح در قانون به مستأجر تعلق می‌گیرد، بنابراین با توجه به صراحت بند ۳ ماده‌ی ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در صورتی که مستأجر مجاز به استفاده از عین مستأجره به منظور کسب یا پیشه یا تجارت بوده و مورداجاره که محل کسب یا پیشه است مناسب برای سکنا باشد، مستأجر مستحق دریافت حق کسب یا پیشه است و عدم دریافت سرقفلی از مستأجر تأثیری در قضیه ندارد. در نتیجه، دادگاه باید ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق کسب یا پیشه نیز حکم دهد».

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج. ۳، انتشارات گنج دانش، ص. ۱۷۰۷. همان‌طور که استاد جعفری لنگرودی فرموده‌اند به لحاظ آن که حق کسب یا پیشه یا تجارت تابع تملک منافع مورداجاره است، جزو اموال تبعی محسوب می‌شود و به ارث، به وراثت مستأجر منتقل می‌شود.
۲. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۱۰۸ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «همان‌طور که در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ تصریح شده است، حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد. به بیان دیگر، حق موصوف، مخصوص مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت است. زیرا به علت اشتغال مستأجر در آن محل ایجاد می‌شود اعم از این که مستأجر به موجر (مالک یا مستأجر قبلی) وجهی پرداخته باشد یا نه».

حق مزبور برای صاحب آن حقوقی را ایجاد می‌نماید که در جهت تأمین و حراست از حق کسب یا پیشه ضرورت می‌یابند. در ماده‌ی ۱۹ همان‌طور که ملاحظه شد حقوق مزبور احصا شده است که به شرح زیر می‌باشد:

الف - یکی از آثار حقوقی حق کسب یا پیشه یا تجارت آن است که ممکن است حق انتقال منافع مورداجاره را برای مستأجر در پی داشته باشد. یعنی ممکن است این حق برای مستأجر ایجاد شود که بتواند منافع مورداجاره را برای همان شغل یا مشابه آن واگذار نماید. اما همان‌طور که در ذیل ماده مقرر شده است، انتقال منافع باید به موجب سند رسمی صورت گیرد.

ب - در قسمت دوم ماده، مقرر شده است، در صورتی که؛ ۱ - حق انتقال منافع از مستأجر سلب شده باشد، ۲ - یا آن که اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد و مالک راضی به انتقال منافع به غیر نباشد و ۳ - مالک یا مستأجر متقاضی تخلیه و تحویل مورداجاره باشند،^۱ در مقابل تخلیه مورداجاره و تحویل آن به موجر؛ ۱ - موجر باید بهای حق کسب و پیشه یا تجارت مستأجر را با رعایت ماده‌ی ۱۸ قانون و عرف و عادت مسلم در باب میزان حق مزبور، به مستأجر بپردازد. ۲ - چنانچه مالک بهای حق کسب و پیشه را به مستأجر نپردازد یا در میزان آن به تراضی نرسند، مستأجر می‌تواند به دادگاه صالح مراجعه نموده و در باب (تنظیم سند انتقال منافع مورداجاره) دعوی اقامه کند.^۲ در این صورت، دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورداجاره به غیر و تنظیم سند انتقال؛ ۱ - در دفترخانه‌ی تنظیم‌کننده‌ی

۱. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۶۸۰۰ مورخ ۱/۱۰/۱۳۷۸/اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «اگر کسی به میل خود محل کسب و پیشه‌اش را تخلیه و به موجر تحویل دهد و چیزی مطالبه نکند، این عمل ظهور در اسقاط حق او دارد و اگر ثابت شود که چنین قصدی نداشته است و تخلیه هم به درخواست موجر بوده قانوناً حق او محفوظ است. اضافه می‌شود اصولاً حق کسب و پیشه در صورتی مطرح می‌گردد که موجر درخواست تخلیه، آن هم به علت احتیاج شخصی یا احداث بنا نماید و در صورتی که موجر این درخواست را نکرده باشد و مستأجر ملک مورداجاره را تخلیه کند چیزی به این عنوان به او تعلق نمی‌گیرد».

۲. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۰۵۲ مورخ ۴/۶/۱۳۸۱/اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «طبق ماده‌ی ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ حکم تجویز انتقال منافع مورداجاره به غیر به تقاضای مستأجر صادر می‌شود... و جواز قانونی برای اجرای حکم دادگاه به تقاضای موجر (مالک) وجود ندارد و مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۴۶۰ مورخ ۱۷/۷/۱۳۸۱ اداره‌ی مزبور دعوی مستأجر به خواسته‌ی تجویز انتقال منافع مورداجاره به غیر (موضوع قسمت دوم ماده‌ی ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶) باید به طرفیت مالک اقامه شود و اگر ملک مشاع و مالکین متعدد باشند، دعوی باید به طرفیت تمام آنان اقامه شود. زیرا هر یک از مالکین مشاع به قدرالسهم در عین مستأجره ذی نفع هستند».

اجاره‌نامه‌ی اول و یا ۲ - در دفترخانه‌ی نزدیک ملک مورد اجاره (در صورتی که اجاره‌نامه‌ی رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه‌ی مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود. بنابراین اثر حقوقی دوم حق کسب یا پیشه یا تجارت (حسب مورد) آن است که در مقابل تخلیه و تحویل ملک به موجر، مستأجر استحقاق دریافت بهای حق مزبور را از موجر خواهد داشت. در صورت تراضی طرفین، مستأجر بهای آن را دریافت نموده و مورد اجاره را تخلیه و تحویل موجر خواهد نمود. در غیر این صورت، می‌تواند از دادگاه صالح تقاضای صدور حکم به تجویز انتقال منافع را بنماید.^۱ در این صورت، پس از صدور حکم از سوی دادگاه، بدون آن که نیاز به صدور اجرائیه باشد، دادگاه رونوشت حکم صادره را به دفترخانه ارسال و مراتب را به موجر ابلاغ خواهد نمود که در دفترخانه حاضر و سند انتقال منافع را به نفع مستأجر جدید امضا نماید. در غیر این صورت، نماینده‌ی دادگاه به نیابت از مالک یا موجر در دفترخانه حاضر و سند مزبور را امضا خواهد نمود. بنابراین برای انجام کار، تنظیم و ثبت سند رسمی اجاره‌نامه ضرورت می‌یابد.

در ادامه‌ی ماده‌ی ۱۹ همان‌طور که ملاحظه شد، قانون‌گذار ضرورت وجود سند رسمی اجاره را برای انتقال منافع محل کسب یا پیشه به نحوی که در صدر ماده‌ی ۱۹ مقرر داشته بود زیرپانهاده و اجاره‌نامه‌ی عادی را نیز وافی به مقصود و کافی دانسته است و لیکن در مورد تجویز انتقال منافع از سوی مستأجر اول به مستأجر بعدی، تنظیم و ثبت سند رسمی اجاره را در خصوص مورد ضروری و لازم می‌داند. هنگام تنظیم و ثبت سند اجاره‌نامه در دفترخانه، مستأجر اول می‌تواند بهای حق کسب یا پیشه یا تجارت را از مستأجر بعدی دریافت نموده و سپس سند اجاره‌نامه را امضا کند. پس از ثبت سند اجاره‌نامه در دفترخانه، مستأجر جدید به تصریح ذیل ماده‌ی ۱۹ از هر حیث و نسبت به تمام شرایط اجاره، قائم‌مقام مستأجر سابق می‌شود و حق کسب و پیشه یا تجارت نیز متعلق به او می‌گردد.^۲

۱. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۶۴۷۵ مورخ ۱۳۷۳/۹/۲۹ اداره کل حقوقی دادگستری، کارشناسان رسمی دادگستری در تعیین میزان حق کسب و پیشه باید موارد زیر را رعایت کنند: ۱- موقعیت مورد اجاره. ۲- شغل مستأجر. ۳- مساحت مورد اجاره ۴- طول مدت رابطه‌ی استیجاری و غیره.

۲. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۴۳۴۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۵ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «چنانچه رابطه‌ی استیجاری بین مستأجر اول و موجر، مشمول شمول مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ باشد، مستأجر دوم که در حقیقت حق کسب و پیشه را از مستأجر اول انتقال گرفته و با موجر سند اجاره دیگری تنظیم کرده است، قائم‌مقام مستأجر اول است و لذا حق کسب و پیشه یا تجارت به وی تعلق می‌گیرد».

نکته‌ی آخر، آن‌که هرگاه ظرف شش‌ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، منافع مورداجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود، حکم مزبور ملغی‌الآثر خواهد بود. بنابراین اجرای حکم تجویز انتقال منافع منوط به قطعیت حکم صادره و اجرای مفاد آن ظرف مهلت شش‌ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، به موجر و مستأجر، می‌باشد. در نتیجه، پس از انقضای مهلت مقرر حکم صادره قابلیت اجرا نداشته و اثر حقوقی خود را از دست خواهد داد.^۱

در تبصره‌ی یک ماده‌ی ۱۹ مقرر شده است که هرگاه مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده مورداجاره را به دیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد و در این مورد، مستأجر یا متصرف، حسب مورد، استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت. به‌عبارت دیگر، هرگاه؛ ۱ - مستأجر حق واگذاری مورداجاره را به‌غیر نداشته باشد یا ۲ - اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال منافع مورداجاره به غیر نباشد و ۳ - تراضی بین طرفین در باب میزان بهای حق کسب یا پیشه یا تجارت نباشد و ۴ - مستأجر از دادگاه تقاضای تجویز انتقال منافع را به غیر ننموده و یا حکم قطعی به نفع او صادر نشده باشد و یا ۵ - حکم قطعی صادر شده باشد ولیکن مستأجر به‌جای سند رسمی با سند عادی منافع را به مستأجر جدید انتقال دهد، در این صورت، موجر می‌تواند تقاضای تخلیه‌ی مورداجاره را بنماید و لیکن این امر موجب تضييع کامل حق کسب یا پیشه‌ی مستأجر نخواهد شد بلکه موجب می‌شود تا پنجاه درصد از بهای حق کسب یا پیشه کاسته شود و مالک تنها با پرداخت نیمی از بهای حق کسب یا پیشه به مستأجر قبلی یا متصرف فعلی درخواست تخلیه‌ی مورداجاره را بنماید. بنابراین عدم رعایت مقررات

۱. مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۰۵۲ مورخ ۱۳۸۱/۶/۴ اداره‌کل حقوقی قوه‌قضائیه: «... هرگاه مستأجر ظرف شش‌ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، نسبت به اجرای آن اقدام نکند، حکم مزبور ملغی‌الآثر خواهد شد. فلسفه‌ی وضع این قسمت از مقررات قانونی، اذن دادگاه به مستأجر است نه محکومیت وی. و لذا مستأجر اختیار دارد از این جواز استفاده کند و لذا حتی در مواردی که «مالک، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را تودیع کند، مادام که مستأجر آن را اخذ ننموده و مورداجاره را تخلیه نکرده و تحویل نداده است، می‌تواند از تصمیم خود عدول کند و جواز قانونی برای اجرای حکم دادگاه به تقاضای موجر (مالک) وجود ندارد».

قانونی موضوع ماده‌ی ۱۹ موجب مجازات مالی مستأجر می‌شود و حق کسب و پیشه را به نصف آن کاهش می‌دهد.^۱

مفاد بند ۲ ماده‌ی ۱۴ نیز مقرر می‌دارد؛ هرگاه مورد اجاره فقط برای استفاده‌ی شخص مستأجر واگذار شده ولی مستأجر به عناوینی از قبیل وکالت یا نمایندگی و غیره عین مستأجره را به غیر واگذار کند بدون آن که طبق ماده‌ی ۱۹ آن قانون با مستأجر لاحق اجاره‌نامه تنظیم شده باشد، موجر می‌تواند حسب مورد از دادگاه صالح تقاضای صدور حکم بر فسخ اجاره یا تخلیه‌ی مورد اجاره را بنماید. دادگاه ضمن صدور حکم به فسخ اجاره، دستور تخلیه‌ی مورد اجاره را صادر می‌نماید. حکم مزبور، علیه مستأجر یا متصرف، اجرا و محل، تخلیه خواهد شد. اما مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۹۱۱ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱۲ اداره کل حقوقی قوه قضائیه؛ امضای موجر و اعلام رضایت وی در ذیل سند اجاره تنظیمی بین مستأجر سابق با مستأجر جدید حاکی از تأیید و اعطای منافع عین مستأجره و تعلق حق سرقتی به مستأجر سابق و واگذاری و تحقق رابطه‌ی استیجاری با مستأجر جدید است. نصف حق کسب و پیشه‌ای که مالک سهم مشاعی باید در ازای تخلیه به علت انتقال به غیر بپردازد، بر حسب مورد، به مستأجر یا منتقل‌الیه داده خواهد شد. هرچند در این نظریه نیز بین حق سرقتی و حق کسب و پیشه اختلاط پیش آمده است.

۱. به موجب نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۵۱ مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: «الف - هرچند دعوی تخلیه به طرفیت مستأجر به استناد تبصره‌ی یک ماده‌ی ۱۹ منع قانونی ندارد ولی بهتر است که دادخواست به طرفیت مستأجر و منتقل‌الیه هر دو داده شود تا هم از نظر پرداخت نصف حق کسب و پیشه به مستأجر یا متصرف امکان بررسی بیشتری باشد و هم از نظر اجرای حکم تخلیه. ضمناً چنانچه دعوی به طرفیت منتقل‌الیه نیز اقامه شده باشد باید مشخصات مشارالیه مطابق قانون آیین دادرسی در دادخواست ذکر شود. ب - حق کسب و پیشه مورد حکم معمولاً به مستأجر مورد اجاره پرداخت می‌شود مگر این که احراز شود که مستأجر حق کسب یا پیشه یا تجارت مورد اجاره را به منتقل‌الیه واگذار نموده که در این صورت، حق کسب و پیشه تعیین شده به منتقل‌الیه داده خواهد شد.»

هم‌چنین مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۱۰۸ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷ اداره کل مزبور؛ «چنانچه مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت که حق انتقال منافع به غیر را ندارد، هنگام انتقال مورد اجاره به غیر، وجهی به عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت از متصرف اخذ نموده باشد، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت مقرر در حکم تخلیه به متصرف مورد اجاره پرداخت می‌شود. لیکن چنانچه از این بابت از متصرف وجه یا مالی نگرفته باشد، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر پرداخت می‌شود نه به متصرف (تبصره‌ی یک ماده‌ی ۱۹ قانون مزبور)».

هم‌چنین در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۴۹۹۵ مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۷ اداره‌کل مزبور، چنین نظر داده است که؛ «در صورتی که دادگاه به‌علت انتقال به غیر، حکم تخلیه صادر نماید، معادل نصف حق کسب و پیشه در قبال تخلیه تعیین می‌نماید ولی اگر به‌لحاظ تغییر شغل حکم صادر نماید، هیچ‌گونه حق کسب و پیشه‌ای به مستأجر تعلق نمی‌گیرد». زیرا عمل مستأجر در تغییر شغل دلالت بر آن دارد که در انجام کسب یا پیشه یا تجارت خود موفق نبوده است در غیر این صورت، دلیلی نداشت که مبادرت به تغییر شغل کند، به‌همین دلیل است که مستحق دریافت حق کسب یا پیشه نمی‌باشد. این امر خود بهترین دلیل بر صحت مدعا است که حقوق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر آن محل اختصاص دارد و در نتیجه‌ی فعالیت او است که چنین حقی ایجاد می‌شود نه آن‌که هر محل تجاری واجد چنین ویژگی و مزیتی باشد. بنابراین مالک ملک تجاری هیچ‌گونه حقی نسبت به حق کسب یا پیشه یا تجارت محل ندارد، به‌ویژه راجع به ملکی که فاقد هرگونه سابقه‌ی تجارت یا کسب و پیشه بوده و یا آن‌که تازه احداث شده باشد.

مطابق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود. به‌عبارت دیگر، همان‌طور که در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۱۰۸ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷ اداره‌کل حقوقی قوه‌قضائیه نیز بیان شده است حق موصوف، مخصوص مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت است. زیرا به‌علت اشتغال مستأجر در آن محل ایجاد می‌شود اعم از این‌که مستأجر به موجر (مالک یا مستأجر قبلی) وجهی پرداخته یا نپرداخته باشد، در نتیجه چنین حقی برای مالک محل کسب و پیشه قانوناً متصور نیست. از مفاد تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۹ استفاده می‌شود که حق کسب یا پیشه یا تجارت، حق مکتسبه‌ای است که در اثر فعالیت شغلی خاص و خوش‌نامی و اشتهار مستأجر در ارائه‌ی یک خدمت خاص یا فروش یا عرضه‌ی کالای خاص برای مستأجر ایجاد می‌شود. به‌عبارت دیگر، هرگاه در اجرای ماده‌ی یک قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ محلی برای کسب یا پیشه یا تجارت به اجاره واگذار شود و در صورتی که تصرف متصرف برحسب تراضی با موجر یا نماینده‌ی قانونی او به‌عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به‌منظور اجاره باشد، اعم از این‌که نسبت به مورد اجاره، سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، حق مزبور به

استناد ماده‌ی ۱۹ قانون مورد بحث، برای مستأجر یا متصرف ایجاد می‌شود. در غیراین صورت و در خارج از موارد یادشده، اصولاً، صحبت از حق کسب یا پیشه یا تجارت محلی از اعراب نداشته و موضوعاً منتفی می‌باشد. بنابراین تصور حق کسب یا پیشه یا تجارت در سایر عقود و قراردادهایی که به غیر از منظور اجاره منعقد می‌شوند از قبیل معاملات قطعی که نسبت به اعیان املاک صورت می‌گیرد فاقد وجاهت قانونی است. زیرا پایگاه و مبنای حقوقی و قانونی حق کسب یا پیشه یا تجارت در عقد اجاره نهفته است. یعنی هرگاه منافع ملک تجاری یا مغازه به منظور اجاره به غیر منتقل شود، حق کسب یا پیشه یا تجارت امکان ظهور و بروز می‌یابد. به عبارت دیگر، چنانچه منافع ملک مزبور به اجاره واگذار شود ممکن است در اثر فعالیت شغلی مستأجر شهرت کسبی یا خوش‌نامی و در نتیجه مشتریان فراوان و سود مادی سرشار نیز برای وی پدید آید؛ در غیراین صورت، چنین امری متصور نخواهد بود. زیرا حق کسب و پیشه برای مالک ملک متصور نبوده و موردنظر قانون‌گذار نمی‌باشد و به همین دلیل و بر این اساس در معاملات قطعی املاک تجاری موضوع انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت ملک مزبور که فاقد سابقه‌ی کسبی بوده و تا هنگام ثبت سند قطعی فاقد مستأجر بوده و هیچ‌گونه فعالیت کسبی یا تجاری در آن صورت نگرفته است وضعاً و موضوعاً منتفی می‌باشد مگر آن که منافع ملک در اختیار غیر بوده و فعالیت شغلی در محل داشته باشد که در این صورت، هرگاه سابقه‌ی تصرف مستأجر و قرارداد فی‌مابین موجر و مستأجر مربوط به زمان حاکمیت قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ باشد حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز محقق گردیده و در سند انتقال قطعی و رسمی عین ملک می‌بایستی به موضوع حقوق مزبور و انتقال آن نیز تصریح شود و مستأجر باید در دفترخانه حاضر گردیده و به همراه مالک عین حق کسب و پیشه را به خریدار منتقل کند؛ در غیراین صورت، حقوق مزبور به خریدار منتقل نخواهد شد و برای مستأجر باقی خواهد ماند. بنابراین هنگام ثبت اسناد قطعی مزبور می‌بایستی مستأجر نیز در دفترخانه حاضر گردیده و نسبت به فسخ اجاره‌نامه فی‌مابین با مالک عین و انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت خود، حسب مورد، به خریدار اقدام نماید. در این صورت، باید

مشخصات مستأجر نیز در زمره‌ی انتقال‌دهندگان ذکر گردیده و نسبت به اخذ امضای وی جهت انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت به ضمیمه عین ملک، همراه با مالک عین اقدام شود یا آن که نسبت به انتقال حق کسب یا پیشه سند جداگانه بین مستأجر (مالک حق مزبور) و خریدار ملک به‌عنوان مثال به‌صورت صلح‌نامه تنظیم شود. اما در مواردی که ملک مزبور فاقد مستأجر می‌باشد، انتقال شش‌دانگ عرصه و اعیان ملک به خریدار کافی بوده و نیازی به تصریح انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت نخواهد بود. زیرا به‌موجب عقد بیع یا صلح حقوق کلیه حقوق و امتیازات ملک که جزو توابع و لواحق مورد معامله محسوب می‌شوند خود به‌خود به ضمیمه عین ملک به خریدار منتقل می‌شوند و لذا تصریح یا عدم تصریح به انتقال حق کسب یا پیشه به خریدار علی‌السویه بوده و تغییری در آثار حقوقی معامله قطعی ایجاد نمی‌کند. مضافاً این که در این‌گونه موارد، اساساً حق کسب و پیشه به‌لحاظ نبود مستأجر منتفی می‌باشد.

نکته‌ی مهم دیگر، آن است که در ضمن معاملات قطعی املاک نمی‌توان حق کسب یا پیشه یا تجارت ملک تجاری را از عین ملک مستثنا نموده و آن را متعلق حق دیگری (اعم از مالک یا شخص ثالث) قرار داد. این امر با اقتضای عقد بیع و اقتضای حقوق مزبور منافات دارد. زیرا اولاً جهت برقراری و انتقال آن‌ها نیاز به انعقاد قرارداد اجاره یا صلح منافع، به‌موجب قانون یادشده، می‌باشد. فلذا هرگاه طرفین در مورد مستثنا نمودن حق کسب یا پیشه توافق داشته باشند، لازمه‌ی این کار آن است که بین خریدار ملک و فروشنده که حق کسب یا پیشه به‌نفع او باید برقرار و منتقل گردد، قرارداد اجاره (به‌طور مستقل یا در ضمن معامله‌ی قطعی راجع به عین ملک) تنظیم گردیده و حق کسب یا پیشه به نفع او ایجاد شود. ثانیاً همان‌طور که گفته شد، چون حق مزبور جزو حقوق مکتسبه‌ای است که برای مستأجر ملک تجاری در اثر فعالیت شغلی او ایجاد می‌شود بنابراین تنها در صورتی که مستأجر وجود داشته باشد، این حق وجود خواهد داشت و در این صورت، مستأجر باید حقوق مزبور را به شخص متقاضی انتقال دهد و راجع به منافع ملک نیز باید بین خریدار و متقاضی حقوق مزبور اجاره‌نامه‌ی رسمی یا صلح‌نامه راجع به منافع منعقد و ثبت شود.

بنابراین همان‌طور که ملاحظه شد، حتی خریدار هم نمی‌تواند حق کسب یا پیشه را به صورت ابتدایی به متقاضی واگذار نماید. زیرا اساساً چنین حقوقی به صورت ابتدایی وجود ندارد بلکه تنها پس از اجاره دادن ملک به غیر و در اثر فعالیت کسبی مستأجر است که چنین حقی ایجاد می‌شود. در نتیجه در مورد املاکی که فاقد مستأجر و فاقد سابقه‌ی شغلی است، حقوق مزبور موجودیت و موضوعیت نداشته و امکان نقل و انتقال آن نیز طبعاً وجود ندارد. بنابراین در مورد املاک تجاری که به بیع قطعی یا صلح حقوق قطعی به خریداران منتقل می‌شوند و فاقد سابقه‌ی کسبی یا مستأجر هستند، حقوق کسب یا پیشه وجود نداشته و نمی‌توان در اسناد تنظیمی به حقوق مزبور اشاره یا تصریح نموده و مورد انتقال قرار داد. بدین ترتیب، روشن می‌شود رویه‌ی سازمان امور مالیاتی که در مورد انتقال قطعی املاک تجاری بابت حق کسب یا پیشه یا تجارت در املاک فاقد سابقه‌ی کسبی مبلغی را به بهای ملک اضافه نموده و مالیات بابت انتقال حقوق مزبور وصول می‌نماید، فاقد وجهت قانونی بوده و از باب تحصیل درآمد نامشروع به نفع دولت می‌باشد و لذا نمی‌تواند برخلاف قانون به رویه‌ی خود ادامه دهد. دفاتر اسناد رسمی نیز باید از پرداختن و تصریح به انتقال حقوق مزبور در اسناد معاملات قطعی راجع به املاک تجاری فاقد سابقه‌ی کسب یا مستأجر، پرهیز نمایند. زیرا منطبق با مقررات موضوعه نمی‌باشد و همان‌طور که ملاحظه شد، تنها در مورد املاکی که منافع آن‌ها متعلق به غیر بوده و روابط استیجاری آن‌ها تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ می‌باشد و از زمان حکومت قانون مزبور آغاز شده و تاکنون ادامه دارد، حق کسب و پیشه یا تجارت قابل تصور می‌باشد و در غیر این صورت، حقوق مزبور امکان بروز و ظهور ندارد و لذا دفاتر اسناد رسمی در مورد املاکی که فاقد شرایط مزبور بوده، هرچند محل کسب یا پیشه یا تجارت باشد، هرگاه بخواهند سند انتقال قطعی راجع به عین ملک را به ثبت برسانند، نمی‌توانند به انتقال حقوق مزبور به همراه عین ملک تصریح نمایند. زیرا همان‌طور که بیان شد، چنین حقوقی در خصوص مورد، وجود ندارد و تنها باید عرصه و اعیان ملک را با جمیع توابع شرعی و لواحق عرفیه‌ی آن به خریدار منتقل سازند. چنین انتقال یا سندی موجب انتقال

کلیه‌ی ذرات و اجزا و ضمایم مبیع به خریدار می‌گردد و وافی به مقصود و کافی می‌باشد. ادارات ثبت نیز نمی‌توانند به سبب آن که در سند قطعی ذکر از حق کسب و پیشه یا تجارت به میان نیامده، سند مزبور را ناقص تلقی نمایند و یا به بهانه‌ی این که بابت حق‌الثبت انتقال حق کسب و پیشه مبلغی به حیطه‌ی وصول درنیامده است، عمل سردفتر را تخلف از مقررات در امر تنظیم و ثبت اسناد تلقی نموده و به تعقیب انتظامی سردفتر مبادرت نمایند. زیرا همان‌طور که تبیین شد، حقوق مزبور تنها به مستأجران محل‌های کسب و پیشه که قرارداد اجاره‌ی آن‌ها تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ می‌باشد، اختصاص دارد و برای مالک ملک تجاری چنین حقی متصور نیست و مالک نمی‌تواند حقی را که ندارد به غیر منتقل نماید.

پس از بررسی و کنکاش پیرامون حق کسب یا پیشه یا تجارت در مقررات موضوعه به بحث و بررسی پیرامون حق سرقفلی خواهیم پرداخت.

گفتار دوم: حق سرقفلی

حق سرقفلی به صورت قانونی و به عنوان یکی از حقوق شناخته شده که مورد حمایت قانون گذار می‌باشد، نخستین بار در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ مورد توجه قرار گرفته و در متون قانونی جای گرفت. به موجب ماده‌ی واحده‌ی مرقوم مقرر گردید: «از تاریخ تصویب این قانون کلیه 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 تخلیه‌ی آن می‌باشد مگر آن که مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود. در صورت تخلف، دوایر اجرای ثبت مکلف به اجرای مفاد قانون هستند».

به عبارت دیگر، هرگاه ملکی به موجب سند رسمی به اجاره واگذار شود ولیکن بابت سرقفلی وجهی توسط مستأجر به موجر پرداخت نشده باشد، به مجرد انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه‌ی مورد اجاره بوده و حقی به او بابت حق سرقفلی تعلق نمی‌گیرد. بنابراین از آن زمان به بعد مستأجر نمی‌تواند مطالبه‌ی حق کسب یا پیشه یا تجارت نموده و از تخلیه‌ی مورد اجاره خودداری نماید مگر آن که بابت سرقفلی یا ودیعه، وجهی به موجر پرداخته باشد.

اما هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه مورخ ۱۳۷۶/۶/۱۸ در مورد حوزه‌ی نفوذ و دایره‌ی شمول ماده واحده‌ی مرقوم چنین نظر داده است؛ «مستتبط از ماده واحده‌ی الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵ این است که قانون مزبور ناظر به عقود اجاره‌ای است که بعد از تصویب آن قانون و ابتدائاً منعقد می‌شوند و شامل اماکن تجاری که سابقه‌ی اجاره به تاریخ قبل از تصویب قانون فوق داشته‌اند، نمی‌شود و لذا در مورد دعاوی مطروحه که به دلالت اسناد و اوراق پیرونده مسبوق به رابطه‌ی استیجاری به تاریخ قبل از تصویب ماده‌ی واحده قانون مذکور می‌باشند و تنظیم اجاره‌نامه‌های جدید در واقع و نفس‌الامر به منظور تمدید و تجدید اجاره‌ی قبلی بوده است، صدور اجرائیه از جانب دفتر اسناد رسمی مبنی بر تخلیه‌ی این قبیل محل کسب و پیشه مخالف قانون است و با این کیفیت رأی دادگاه حقوقی یک تهران که بر تأیید حکم دادگاه حقوقی ۲ اصدار یافته و مبتنی بر ابطال اجرائیه صادره است، صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد...».

با توجه به رأی هیئت عمومی دیوان کشور که در حکم قانون است و مفسر اراده‌ی قانون‌گذار در ماده واحده‌ی مرقوم می‌باشد حکم ماده واحده تنها شامل موارد اجاره‌ای می‌گردد که پس از تصویب ماده واحده بین اشخاص منعقد می‌گردد و به قراردادهای اجاره بیش از آن تسری ندارد و قراردادهای مزبور تابع قانون حاکم بر خود هستند.

در همین رابطه، اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۶۲۶ مورخ ۱۳۸۰/۶/۱۲ در مورد ماده واحده‌ی مرقوم چنین نظر داده است: «طبق ماده واحده‌ی مصوب مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت باید مطابق قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ عمل شود و چون مقررات این قانون شرایط تخلیه و نحوه‌ی پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت را مشخص کرده لذا حسب مورد ضوابط این قانون اجرا می‌شود» و در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۰۴۴۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۶ اداره‌ی مذکور، در متن بند ۳ نیز چنین نظر داده است که؛ با توجه به مقررات ماده‌ی واحده مرقوم چنانچه مقررات مندرج در ماده واحده‌ی این قانون رعایت شده و اجاره‌نامه رسمی باشد، به مستأجر حق کسب یا پیشه تعلق نمی‌گیرد.

مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در ماده‌ی واحده مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۲۵ در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت مقرر داشته است که؛ مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ عمل شود. ماده واحده‌ی الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵ به قوت خود باقی است.

همان‌طور که ملاحظه شد، مطابق رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور و نظریه‌ی اداره کل حقوقی قوه قضائیه و ماده واحده‌ی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، حق

کسب یا پیشه یا تجارت تنها در مواردی که اجاره‌ای براساس و در اجرای قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ بین اشخاص درخصوص محل کسب و پیشه یا تجارت منعقد شده باشد، امکان بروز و ظهور می‌یابد و در سایر موارد، چنین حقی برای مستأجر و یا متصرف اماکن مزبور متصور نمی‌باشد. خصوصاً در مواردی که بابت سرقفلی وجهی بین مالک و مستأجر و تحت این عنوان ردوبدل شده باشد که در این صورت تنها حقی که برای مستأجر قابل تصور نمی‌باشد، همانا حق سرقفلی می‌باشد نه حق کسب یا پیشه. این امر پس از تصویب قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ عینیت و قطعیت بیشتری یافته است. بنابراین بررسی قانون اخیر از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

مطابق ماده‌ی یک قانون مزبور؛ «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، اجاره‌ی کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب یا پیشه و غیره... تابع مقررات قانون مدنی و مقررات این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر می‌باشد». مطابق نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۱۹۲ مورخ ۷۹/۹/۲۰ اداره کل حقوقی دادگستری «قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ تابع اراده طرفین است. چنانچه موجر و مستأجر روابط خود را براساس ضوابط این قانون به‌طور عادی یا رسمی تنظیم نمایند، روابط فی‌مابین تابع این قانون و در غیر این صورت، تابع سایر قوانین خواهد بود. و قانون حاکم بر مورد اجاره که محل کسب یا پیشه یا تجارت باشد با توجه به کیفیت تنظیم اجاره‌نامه مشخص می‌شود».

به نظر می‌رسد نظریه مذکور، فاقد وجهت قانونی است. زیرا قانون روابط موجر و مستأجر جزو قواعد آمره است و اشخاص نمی‌توانند برخلاف مقررات مزبور که به نظم عمومی کشور مربوط می‌شود، تراضی نمایند و لذا قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ بر کلیه قراردادهای اجاره که پس از تصویب قانون مذکور منعقد خواهد شد، حاکم می‌باشد و در موارد اختلاف و دعوی، مراجع قضایی براساس قانون اخیر می‌بایستی به حل و فصل دعوی مبادرت نمایند.

تنها نکته‌ای که در ماده‌ی یک قانون هم بدان تصریح شده و پذیرفته شده است، آن است که اشخاص می‌توانند شرایطی نیز بین خود مقرر نمایند که در مواقع اختلاف می‌بایستی مراجع قضایی به شرایط مزبور نیز توجه نمایند. فلذا هرگاه طرفین با تراضی یکدیگر مقرر دارند که علاوه بر حق سرقفلی، حق کسب یا پیشه نیز در اثر اجاره برای مستأجر پدید آید و موجر موظف به پرداخت حقوق مزبور به مستأجر در صورت تخلیه‌ی

مورد اجاره باشد، در این صورت، چون حق کسب و پیشه در قانون اخیر مورد توجه قانون گذار واقع نشده و مقرراتی در خصوص مورد مقرر نشده است، طرفین قرارداد می‌توانند قانون مصوب ۱۳۵۶ را حاکم بر این قسمت از قرارداد خود بنمایند و این امر منافاتی با امره بودن قانون اخیر ندارد. زیرا قانون اخیر در خصوص مورد ساکت بوده و مقررات خاصی ندارد ولیکن در سایر موارد، روابط فی‌مابین طرفین تابع قانون اخیر بوده و مقررات این قانون حاکم بر آن خواهد بود و لذا حوزه‌ی نفوذ و تأثیر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای به جعل و وضع شروطی محدود می‌شود که منافاتی با مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ نداشته باشد. در نتیجه، اشخاص نمی‌توانند به‌طور کلی قرارداد اجاره‌ی خویش را از شمول قانون اخیر مستثنا نموده و به میل و اراده‌ی خود قانون دیگری را بر آن حاکم سازند مگر در حدودی که در سطور مرقوم توضیح داده شد.

مطابق نظرهای متعددی که از سوی اداره مذکور صادر شده است، امضای قرارداد اجاره از سوی دو نفر شاهد مورد اعتماد طرفین در صورتی که طرفین قصد داشته باشند تا قرارداد اجاره خود را تابع قانون اخیر سازند، ضرورت دارد. در غیر این صورت، قرارداد اجاره تابع قانون مزبور نخواهد بود و برحسب مورد، تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ یا ۱۳۶۲ خواهد بود.^۱ بنابراین مطابق نظریه مذکور، مقررات قانون اخیر جزو قواعد امره محسوب نمی‌شود و این مالک و مستأجر هستند که می‌توانند به میل و اراده‌ی خود قرارداد فی‌مابین را تابع قانون اخیر قرار دهند و اگر بدین امر تصریح ننمایند ولو آن که قصد مشترک ایشان همین امر باشد؛ چنانچه دو شاهد، به‌جز واسطه و دلال معاملات ملکی، ذیل قرارداد ایشان را امضا نماید، قرارداد ایشان تابع قوانین موجر و مستأجر قبلی، برحسب مورد چنانچه ملک مورد اجاره مسکونی یا تجاری باشد، خواهد بود.

لیکن همان‌طور که ملاحظه شد، این استنباط از قانون مزبور استنباط صحیحی نمی‌باشد. زیرا چگونه ممکن است اشتباه طرفین و عدم حضور شهود و امضای ذیل ورقه‌ی قرارداد اجاره، آن‌هم تنها در اجاره‌نامه‌های عادی، توسط ایشان موجب شود که قانون حاکم

۱. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۰۳۹۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲.

بر قرارداد اجاره تغییر یابد و حال آن که قانون گذار چنین نظری نداشته و چنین قیدی در ماده‌ی ۲ درج نشده است و چنین تفسیری از قانون در حالی که قانون گذار برای تنظیم روابط مخاطبین و تعیین مقررات حاکم بر آن که موجب تنسيق امور ایشان می‌شود کلیه‌ی اقسام قرارداد اجاره را تابع قانون اخیر قرار داده است، چگونه می‌تواند صحیح باشد و تنها عدم رعایت یک نکته شکلی آن‌هم در بخشی از اجاره‌نامه‌ها، اجاره‌نامه‌ی عادی، موجب تغییر قانون حاکم شود. چنین تفسیری از قانون با مفاد ماده‌ی یک قانون و روح آن منافات دارد و با فلسفه و هدف وضع قانون مزبور نیز در تعارض است.

چنین تعبیری از ماده‌ی ۲ قانون یادشده موجب شده است که اداره کل حقوقی دادگستری در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۵۴۳۴ مورخ ۱۳۸۲/۶/۳۱ حتی حق سرقفلی مستأجر را نیز در اثر عدم رعایت مفاد ماده‌ی ۲ قانون انکار نماید. در نظریه‌ی مذکور آمده است: «چنانچه ملک تجاری طبق قرارداد عادی به مستأجر اجاره داده شده و مالک مبلغی به عنوان سرقفلی دریافت کرده و قرارداد فاقد شرایط مندرج در ماده‌ی ۲ قانون مذکور باشد، در صورتی که مالک دادخواست تخلیه‌ی مورد اجاره را مطرح کند، استرداد یا عدم استرداد سرقفلی، تابع شرایطی خواهد بود که در اجاره‌نامه قید شده است اما اگر تخلیه‌ی مورد اجاره موکول به استرداد سرقفلی نشده و یا مطلبی راجع به استرداد سرقفلی ذکر نشده باشد، ظاهر بر این است که مورد اجاره به مدت اجاره در قبال سرقفلی و اجاره‌بهای مقرر به مستأجر، اجاره داده شده و نمی‌توان مالک را مجبور به استرداد سرقفلی نمود». در حالی که به موجب ماده‌ی ۶ قانون و تبصره‌ی ۲ آن موجر مکلف است هنگام تخلیه‌ی مورد اجاره، حق سرقفلی مستأجر را در صورت مطالبه به وی بپردازد و چنین تفسیری از قانون تنها منجر به تضییع حقوق اشخاص عادی و غیرمتخصص می‌گردد که با تنظیم قرارداد اجاره‌ی عادی و به لحاظ عدم شناخت و دانش حقوقی و تجربه کافی از شهود جهت امضای قرارداد خود کمک نمی‌گیرند. این بدین معنا است که قانون گذار با ایجاد امکان تنظیم قرارداد عادی اجاره، برخلاف مقررات ماده‌ی ۴۸ ق.ت.، برای اشخاص موجب می‌شود که ایشان به لحاظ عدم استفاده از خدمات سردفتران اسناد رسمی که مأمورین رسمی دولت در امر تنظیم اسناد هستند، رأساً به تنظیم قراردادی مبادرت نمایند که با دست خویش موجبات تضییع حقوق خود را به لحاظ عدم رعایت یک نکته شکلی و نه ماهوی فراهم سازند. در حالی که چنین امری با سیاست حقوقی و قضایی که بر پیشگیری قضایی استوار است، منافات دارد و نشانه‌ای از بی‌توجهی قانون گذار در امر

خطیر قانون‌گذاری تلقی می‌شود؛ در حالی که دامن آن منزه از چنین خطاهایی است. بنابراین با چنین تعبیری از قانون به نظر می‌رسد تنها راه چاره در آن است که اشخاص قراردادهای اجاره خود را در قالب سند رسمی و در دفاتر اسناد رسمی به انجام برسانند تا با چنین مشکلاتی که منجر به تضییع حقوق آن‌ها می‌شود، روبه‌رو نگردند.

اما در ماده‌ی ۶ قانون یادشده مقرر شده است: «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آن‌که در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد». این تعبیر از کتب فقهی و تعاریف فقها به قانون موضوعه کشور راه یافته است. ملاحظه می‌شود که در مورد سرقفلی به‌طور ضمنی در قانون اخیر تعریفی به‌عمل آمده است. که با تعریف استاد جعفری لنگرودی شباهت زیادی دارد. به تعبیر استاد: «سرقفلی عَوُض وجهی است که مالک محل کسب تازه‌ساز در اولین عقد اجاره علاوه بر اجاره‌بها از مستأجر می‌گیرد. این پول درآمد است و مشمول مالیات است. و یا این‌که عوض وجهی است که مستأجر محل کسب از منتقل‌الیه آن می‌گیرد بابت سابقه کار خود در آن محل در رابطه با جلب ارباب رجوع»^۱. در حالی که تعبیر دوم با تعبیر استاد جعفری لنگرودی در مورد حق کسب و پیشه شباهت و انطباق بیشتری دارد و با حق سرقفلی منطبق نمی‌باشد. زیرا همان‌طور که استاد فرموده‌اند: «حق کسب یا پیشه با سرقفلی تفاوت دارد. زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده سرقفلی نیست»^۲ پس چگونه می‌توان عناصر حق کسب و پیشه را جزو عناصر حق سرقفلی احصا نمود مگر آن‌که اشتباهی رخ داده باشد. اجمالاً مستأجر نیز می‌تواند بابت سرقفلی در هنگام تخلیه و تحویل مورد اجاره از موجر یا مستأجر جدید حق خود را دریافت کند.

با دقت در ماده‌ی ۶ این نتیجه حاصل می‌شود که برای تحقق حق سرقفلی و دریافت آن، دو حالت متصور است و در هر حالت، وجود شرایطی به‌شرح زیر ضرورت دارد:

۱ - مالک منافع، ملک خود را به اجاره واگذار کند. بنابراین در سایر عقود چنین حقی

۱. جعفری لنگرودی، همان، ص. ۲۱۶۱.

۲. همان، ص. ۱۷۰۷.

متصور نمی‌باشد.

۲ - مالک از مستأجر وجه نقدی را تحت عنوان سرقفلی دریافت نماید. بنابراین شامل غیرنقود و سایر عناوین نمی‌شود.

۳ - ملک مورد اجاره باید تجاری باشد. بنابراین شامل سایر املاک اعم از مسکونی یا محل کسب و پیشه نمی‌شود مگر آن که قید تجاری از باب ذکر مورد اغلب باشد که شامل محل‌های کسب یا پیشه نیز می‌گردد.

حالت دوم، اختصاص به مواردی دارد که مستأجر بابت سرقفلی، وجه نقدی به موجر پرداخته باشد که در این حالت شرایط زیر متصور است؛ ۱- مدت اجاره منقضی نشده باشد. ۲ - حق انتقال منافع به غیر از مستأجر سلب نشده باشد. ۳ - مستأجر بابت واگذاری حق خود از موجر یا مستأجر دیگر، وجهی به عنوان سرقفلی دریافت کند.

بنابراین تنها در موارد یادشده است که حق سرقفلی محقق می‌شود و در سایر موارد چنین حقی متصور نخواهد بود به همین دلیل، در تبصره‌ی یک ماده‌ی ۶ مقرر شده است: «چنانچه مالک، سرقفلی نگرفته باشد ولی مستأجر با دریافت سرقفلی ملک منافع ملک را به دیگری واگذار کند، پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی از مالک نخواهد داشت». پس شرط اساسی در تحقق حق سرقفلی آن است که مالک در ابتدا از مستأجر، بابت سرقفلی، مبلغی دریافت نموده باشد که در این صورت، سایر موارد و شروط نیز امکان تحقق می‌یابد و الا با وجود اجتماع شرایط مقرر در ماده‌ی ۶ بدون آن که مالک از مستأجر، سرقفلی گرفته باشد، حق سرقفلی محقق نخواهد شد.

نتیجه‌ی دیگر، آن است که مستأجر در دو صورت می‌تواند حق سرقفلی را مطالبه کند؛ ۱ - در صورتی که حق انتقال به غیر داشته باشد و مدت اجاره منقضی نشده باشد که در این صورت، مالک می‌تواند برای آن که مستأجر را از واگذاری منافع به غیر منصرف نماید، حق سرقفلی را به او بپردازد و خود مورد اجاره را پس بگیرد و قرارداد اجاره را با مستأجر فسخ نماید.

۲ - مالک اقدامی ننماید و مستأجر برای بقیه‌ی مدت اجاره، منافع مورد اجاره را به غیر منتقل کند که در این صورت، می‌تواند سرقفلی را از منتقل‌الیه دریافت کند.

نکته‌ی دیگر، آن که میزان سرقتی محدود به مبلغی که به موجر یا مستأجر قبلی پرداخته شده است، نمی‌باشد بلکه به موجب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۶ در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقتی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستأجر، حق مطالبه‌ی سرقتی به قیمت عادلانه‌ی روز را دارد. بنابراین تنها در مواردی که حق سرقتی به موجب عقداجاره که موجب صحیح شرعی برای انتقال حق مزبور است، به غیر منتقل شود، حق سرقتی برای مستأجر ایجاد می‌شود ولیکن در صورتی که منافع ملک تجاری به غیر واگذار نشده باشد و در اختیار مالک بوده و یا آن که منافع ملک به غیر واگذار شده باشد ولیکن بابت سرقتی وجهی از مستأجر دریافت نشده باشد، حق سرقتی قابل تصور نخواهد بود و هرگاه مالک بخواهد عین ملک تجاری مذکور را بدون آن که منافع آن به غیر منتقل شده و بابت انتقال حق سرقتی وجهی از کسی دریافت نموده باشد، به غیر منتقل کند، صحبت از سرقتی بیهوده و فاقد جاهت قانونی خواهد بود و در سند انتقال قطعی ضرورتی به ذکر انتقال حق سرقتی نخواهد بود. زیرا تنها در بستر عقد اجاره است که حق مزبور محقق می‌شود و تا آن زمان انتقال شش‌دانگ ملک تجاری نیازمند به تصریح حق مزبور نبوده و تمامی ذرات و اجزای ملک به خریدار منتقل می‌گردد و تنها در صورتی که منافع ملک تجاری قبلاً به غیر منتقل شده و بابت سرقتی وجهی از مستأجر توسط موجر دریافت شده باشد به دلیل تحقق حق مزبور، می‌بایستی در سند انتقال قطعی به استثنانمودن منافع و حق سرقتی آن تصریح و قید شود که به موجب سند اجاره متعلق به غیر می‌باشد. در غیر این صورت، نیاز به تصریح انتقال سرقتی در سند قطعی غیرمنقول نمی‌باشد و الزامی هم در خصوص مورد قانوناً وجود ندارد. زیرا تا قبل از اجاره دادن منافع و دریافت بهای سرقتی از مستأجر چنین حقی اساساً وجود ندارد.

میزان حق سرقتی نیز توسط کارشناسان رسمی می‌بایستی به قیمت عادلانه و منطبق با شرایط روز، تعیین و تقویم و پرداخت شود. یک نکته تأمل‌برانگیز آن است که برخی از همکاران ممکن است حق سرقتی را از عین ملک مستثنا نموده و سند قطعی غیرمنقول را در خصوص شش‌دانگ ملک مورد معامله به استثنای حق سرقتی آن تنظیم و ثبت نمایند.

در حالی که همان طور که تشریح شد، چنانچه متعاملین قصد داشته باشند که حق سرقفلی مورد معامله را برای فروشنده محفوظ دارند، چاره‌ی کار در آن است که پس از تنظیم و ثبت معامله قطعی راجع به عین ملک در دفترخانه در مورد منافع آن نیز اجاره‌نامه‌ای بین طرفین تنظیم و ضمن آن حق سرقفلی نیز برای فروشنده قرار داده شود و یا آن که در ضمن سند قطعی و به صورت شرط ضمن عقد، منافع مورد معامله‌ی پس از انتقال قطعی آن به خریدار، به صورت موقت به اجاره به فروشنده منتقل گردیده و در ازای دریافت وجهی از سوی خریدار، حق سرقفلی آن نیز به فروشنده‌ی عین ملک، واگذار شود. بنابراین دو قرارداد متعاقب هم و یا دو قرارداد در ضمن یک سند تنظیم و ابتدا به صورت قطعی، ملک تجاری و تمام اجزا و عناصر آن به خریدار منتقل می‌شود و سپس منافع و حق سرقفلی آن در قالب عقد اجاره به فروشنده واگذار می‌گردد. پس چنانچه چنین ترتیبی اتخاذ نگردد، مستثنا نمودن حق سرقفلی از مورد معامله قطعی فاقد وجهت قانونی و برخلاف مقررات قانون و روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ خواهد بود و دفترخانه نمی‌تواند تنها با ذکر عباراتی چند در ضمن سند قطعی بدین مضمون «شش دانگ یک باب مغازه بدون حق سرقفلی»، حق سرقفلی ملک مورد معامله را از مورد معامله استثنا نموده و آن را برای فروشنده محفوظ دارد بلکه برقراری و انتقال حق سرقفلی یا حفظ و نگهداری آن، برای و به نفع فروشنده‌ی عین ملک منوط به تنظیم قرارداد اجاره بین خریدار عین ملک و فروشنده در کنار و همزمان با انعقاد عقد بیع یا انتقال قطعی عین ملک به خریدار می‌باشد و در صورتی که چنین سازوکاری فراهم نشود، امکان تحقق و حفظ حق سرقفلی برای فروشنده عین ملک نخواهد بود.

در ماده‌ی ۷ قانون با نوع دیگری از حق سرقفلی روبه‌رو می‌شویم که با حق سرقفلی موضوع ماده‌ی ۶ قانون تفاوت دارد. در ماده‌ی ۷ مقرر شده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود، تا زمانی که ملک مورد اجاره در تصرف مستأجر باشد مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله ملک مورد اجاره را به همان مبلغ به او واگذار نماید در این صورت، مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت کند. به عبارت دیگر، چنانچه بین طرفین شرط شود که اختیار تخلیه مورد اجاره با مستأجر باشد و موجر حق افزایش اجاره‌بها را در طول مدت تصرف مستأجر نداشته و مکلف به تجدید اجاره به همان مبلغ اجاره‌بهای اولیه در پایان مدت اجاره باشد، حق سرقفلی برای مستأجر ایجاد می‌شود».

و در ماده‌ی ۸ نیز مقرر شده است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیرمستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید». به عبارت دیگر، موجر متعهد شود که مورد اجاره را در پایان هر سال به همان مستأجر قبلی اجاره دهد ولو آن که حق افزایش اجاره‌بها را در حدود متعارف داشته باشد، باز هم برای مستأجر حق سرقفلی ایجاد می‌شود.

بنابراین ملاحظه می‌شود در مواد مرقوم حق سرقفلی با حق کسب و پیشه یا تجارت مشابهت زیادی یافته است و بدون آن که در ابتدای عقد اجاره، مستأجر تحت عنوان سرقفلی وجهی به موجر پرداخته باشد، در پایان مدت اجاره، بابت تخلیه و تحویل مورد اجاره به موجر می‌تواند وجهی را بابت سرقفلی محل از موجر مطالبه و دریافت نماید.^۱ وجهی که تحت عنوان سرقفلی توسط مستأجر در اجرای مواد مرقوم از موجر مطالبه می‌شود بابت اسقاط حقوق قانونی است که در اجرای مواد مرقوم و در اثر توافق طرفین قرارداد و الزامات ناشی از قرارداد و اصل حاکمیت اراده برای مستأجر ایجاد می‌شود نه آن که وجهی به موجر بابت سرقفلی پرداخته باشد که در پایان عقد اجاره، قصد مطالبه آن را به نرخ روز داشته باشد.

در ماده‌ی ۹ مقرر شده است؛ چنانچه مدت اجاره به پایان برسد، بدون آن که شرایط موضوع مواد ۷ و ۸ آن به نفع مستأجر تعبیه شده باشد و یا آن که مستأجر، سرقفلی به مالک نپرداخته باشد و یا آن که مستأجر کلیه حقوق خود ناشی از شرایط ضمن عقد اجاره را استیفانموده باشد، هنگام تخلیه عین مستأجره حق دریافت سرقفلی نخواهد داشت.

به علاوه، به موجب تبصره ماده‌ی ۱۰ مطالبه هرگونه وجهی خارج از مقررات موضوع مواد ۶ تا ۹ قانون در روابط استیجاری ممنوع شده است. بنابراین در مورد قراردادهای اجاره تابع قانون اخیر، مستأجر نمی‌تواند در موقع تخلیه ملک مورد اجاره حق کسب و پیشه نیز

۱. مطابق نظریه‌ی شماره ۷/۳۶۹۸ مورخ ۱۳۷۹/۴/۲۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: هرچند معمولاً به مبلغی که مالک علاوه بر اجاره‌بها از مستأجر دریافت می‌کند سرقفلی و به مبلغی که در ازای تخلیه یا انتقال مورد اجاره به مستأجر داده می‌شود حق کسب یا پیشه یا تجارت گفته می‌شود ولی در بعضی از موارد و حتی در محاورات حقوقی و نیز در قوانین مصوب فرقی بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل نشده‌اند.

مطالبه نماید. به موجب ماده‌ی ۱۱ نیز مقرر شده است؛ قراردادهای اجاره که قبل از تصویب این قانون منعقد شده است، از شمول این قانون مستثنا بوده و حسب مورد، مشمول مقررات حاکم بر آن خواهند بود.

به همین دلیل اداره کل حقوقی دادگستری در نظریه‌ی شماره ۷/۴۴۵۹ مورخ ۱۳۸۱/۵/۶ چنین نظر داده است که با توجه به مصوبه ۱۳۶۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده‌ی ۱۱ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، مستأجر محل کسب و پیشه یا تجارت که مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ باشد اعم از این که سرقفلی پرداخت کرده یا نکرده باشد، هنگام تخلیه به لحاظ مواد ۱۴ و ۱۵ و ۱۸ و ۱۹ مستحق دریافت حق کسب یا پیشه یا تجارت به نرخ روز است.

به عبارت دیگر، در مورد اجاره‌نامه‌های مشمول قانون سال ۱۳۵۶ مستأجر حق مطالبه حق کسب یا پیشه یا تجارت را دارد ولیکن در مورد اجاره‌نامه‌های مشمول قانون سال ۱۳۷۶ در صورتی که بابت سرقفلی وجهی به موجر پرداخته باشد، حق مطالبه آن را به نرخ روز خواهد داشت. در غیر این صورت، نمی‌تواند آن را مطالبه نماید مگر در موارد موضوع مواد ۸ و ۹ قانون اخیر ولیکن در مورد مطالبه حق کسب یا پیشه یا تجارت تنها در صورتی که در عقد اجاره بین طرفین در خصوص مورد توافق صورت گرفته و شرط شده باشد علاوه بر حق سرقفلی می‌تواند حق کسب یا پیشه را نیز مطالبه نماید.

آنچه از این بررسی اجمالی حاصل شد، آن است که حق کسب یا پیشه یا تجارت با حق سرقفلی هرچند از نظر منشأ قانونی و حقوقی تفاوت‌های روشنی وجود دارد و خاستگاه آن‌ها با یکدیگر تفاوت دارد ولیکن از نظر آثار حقوقی مشابهت‌های زیادی یافته‌اند. به طوری که در محاورات حقوقی و آراء و نظرات ابرازی از سوی مراجع حقوقی و قضایی به صورت مترادف، مورد استعمال قرار می‌گیرند. اما از دیدگاه صرف حقوقی و قانونی، حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی از جمله حقوقی هستند که به عنوان حقوق مکتسبه یا حقوق قانونی مورد حمایت تنها به مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت اختصاص دارند و استعمال و به کار بردن حقوق مزبور یا اختصاص آن‌ها به مالک‌عین محل‌های مزبور از باب

مسامحه یا غلط مصطلح می‌باشد و تصور چنین حقوقی برای مالکان اعیان، مطابق مقررات قانونی جاری منتفی می‌باشد. و لذا تنها در بستر مالکیت منافع که به موجب عقد اجاره یا عقود دیگری که همان اثر حقوقی اجاره را بر جای می‌گذارند، به مستأجر منتقل می‌شود، قابل تصور هستند و در مورد املاکی که فاقد مستأجر و سابقه کسبی از سوی مستأجر هستند، حقوق مزبور وضعاً و موضوعاً منتفی بوده و محقق نمی‌شوند. در نتیجه، در اسناد رسمی قطعی راجع به انتقال عین املاک فاقد مستأجر نمی‌توان در مورد انتقال حقوق مزبور سخنی به میان آورد. زیرا انتقال حقوق مزبور به غیر تنها از ناحیه مستأجر املاک مزبور متصور می‌باشد و یا آن که مالک عین قصد انتقال منافع ملک خود را به غیر داشته باشد که در این صورت می‌تواند بابت انتقال سرقفلی وجهی از مستأجر دریافت نماید ولیکن در مورد حق کسب یا پیشه تنها پس از انتقال مالکیت بر منافع ملک تجاری به مستأجر است که وی می‌تواند به کسب یا تجارتي اشتغال ورزیده و شهرت تجاری کسب نماید و پس از ایجاد حق مزبور در اثر فعالیت شغلی است که مستأجر می‌تواند حق مزبور را به غیر واگذار نموده یا در قبال تخلیه و تحویل ملک به موجر وجهی بابت حق مزبور از موجر دریافت کند. در نتیجه مالک عین نمی‌تواند حقوق مزبور را به موجب سند قطعی راجع به عین به دیگری منتقل نموده یا حقوق مزبور را به نفع خود مستثنا نماید مگر آن که اجاره‌نامه‌ای بین طرفین تنظیم شود.

به علاوه، حق کسب و پیشه یا تجارت در مورد اجاره‌نامه‌هایی که براساس قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ در مورد اماکن مزبور منعقد گردیده و یا در مورد اجاره‌نامه‌های تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ که در ضمن آن چنین حقی برای مستأجر مقرر شده باشد، قابل تصور و مطالبه و دریافت می‌باشد. در حالی که حق سرقفلی تنها در مورد اجاره‌نامه‌های اماکن کسب و پیشه یا تجارت مشمول قانون سال ۱۳۷۶ قابل تصور و مطالبه و دریافت می‌باشد.