

# رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی

ابراهیم عبدی پور فرد\*

چکیده

حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، از تاسیسه‌های حقوقی رایج در حقوق موضوعه ایران است که در خصوص وحدت یا دوگانگی آن هم در دکترین و هم در رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد و به نظر می‌رسد این امر ناشی از عدم تبیین ماهیت و طبیعت حقوقی این حق است. این نوشتار با طرح دیدگاههای مختلف به تبیین مفهوم و ماهیت حق سرقتی به عنوان یک حق و امتیاز و تمایز آن از سرقتی به عنوان وجهی که توسط مستاجر به مالک یا مستاجر قبلی پرداخت می‌شود، می‌پردازد و سپس با رویکردی تحلیلی از مقایسه حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت و بیان جهات اشتراک و افتراق آنها بحث می‌کند.

واژگان کلیدی: سرقتی، حق سرقتی، حق کسب یا پیشه یا تجارت، امتیاز.

## مقدمه و طرح بحث

حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی، دو تأسیس حقوقی رایج در عرف جامعه و حقوق موضوعه ایران‌اند که قدمت تاریخی آنها صرفاً به چند دهه اخیر ختم می‌شود و از لحاظ فقهی از مسائل مستحدثه و نوپیدا تلقی می‌شوند. اگر چه در منابع فقهی و حقوقی کم و بیش در خصوص این دو نظریاتی ارائه شده است، با توجه به تحول قوانین موجر و مستاجر و تغییر تدریجی نگرش قانون‌گذار در این مورد و اختلاف دیدگاههایی که در این خصوص به چشم می‌خورد، مجال بحث به قوت خود باقی است.

\* استادیار دانشگاه قم.

در این نوشتار با رویکرد تحلیلی به بررسی این دو تأسیس حقوقی در حقوق موضوعه ایران و مبانی فقهی آن می‌پردازیم و ضمن بیان وجوه افتراق و اشتراک این دو، در تبیین ماهیت حقوقی این دو حق می‌کوشیم. در این زمینه، مباحث لازم در چند بند مطرح می‌شود و در معرض سنجش افکار نقادانه اهل نظر قرار می‌گیرد. امید است این مباحث فتح بابی برای طرح دیدگاههای اهل فن در این خصوص باشد.

### الف. تعریف سرقفلی در منابع لغت و فرهنگها

در مورد سرقفلی تعاریف زیر در منابع لغت ارائه شده است:

۱. چیزی که از کرایه‌دار سرای حویلی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست. (آندراج، به نقل از دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳۶۰۸)
۲. وجهی که از کرایه‌دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست. (نقیسی، بی تا: ۱۸۸۴)
۳. حق آب و گل. حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان‌سرای و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد خود تواند فروخت. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۳۶۰۸)
۴. حقی که بازرگان و کاسب به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع‌آوری شده و غیره. (معین، ۱۳۷۹: ۱۸۹۹)

ملاحظه می‌شود که در فرهنگهای آندراج و نقیسی که نسبت به منابع مذکور دیگر قدیمی‌ترند، به معنای رایج سرقفلی در عرف جامعه سابق ایران توجه شده و سرقفلی را به وجهی که از مستأجر (کرایه‌دار) اخذ می‌شده معنا نموده‌اند. اما در فرهنگ دهخدا و فرهنگ فارسی معین، تحولات حقوقی این اصطلاح مد نظر قرار گرفته و از سرقفلی به معنای یک حق برای مستأجر و مترادف با حق کسب و پیشه یاد شده است. این در حالی است که مؤلف ترمینولوژی حقوق، سرقفلی را متمایز از حق کسب و پیشه دانسته و تعریف نموده است.

## ب. تعریف سرقفلی یا نهادهای مشابه در حقوق خارجی

### ۱. حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، اصطلاحاتی که مفهوماً یا از لحاظ حکمی می‌تواند مشابه سرقفلی و یا حق کسب و پیشه در حقوق ایران تلقی شود، عبارت‌اند از:

۱. ۱. *Fonds de commerce*: مایه تجارتي که در بردارنده مجموع عناصر مادی و غیرمادی سرمایه بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمديد اجاره محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است. بدین ترتیب، حق تقدم در اجاره و سرقفلی یکی از اجزای مایه تجارتي است. (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴: ۷۸؛ کاتبی، ۱۳۶۳: ۱۷۳)

۱. ۲. *Droit au bail*: حق السکنی و حق امتیاز در اجاره محل تجارت و خرید و فروش که جزئی از مایه تجارتي (*Fonds de commerce*) است و به موجب این حق، موجر نمی‌تواند اجاره محل یک تجارتخانه یا مغازه را به دیگری واگذار کند و امتیاز سکونت با صاحب مغازه یا تجارتخانه است. (کاتبی، همان: ۱۳۳)

۱. ۳. *Propriete' commerciale* که بعضاً *Pas de porte* هم گفته می‌شود و حقی است که به موجب مقررات موضوعه، برای تاجر در مورد محل تجارت به وجود می‌آید و او بر اساس آن، حق تقدم در اجاره و ادامه تجارت در محل کار خود را دارد. (ستوده تهرانی، همان: ۲۸۴)

### ۲. کامن‌لا

در نظام کامن‌لا شاید بتوان تأسیس اقتصادی - حقوقی *Good will* را با سرقفلی مقایسه کرد.

۱. ۲. در تعریف *Good will* گفته شده است که مال و دارایی غیر مادی (*Intangible asset*)

است و به معنای هر امتیاز یا امتیاز ثبتی است که به وسیله مالک یک فعالیت تجاری در تداوم تجارتش به دست می‌آید؛ خواه مرتبط با ساختمان و محلی باشد که در آن تجارت خود را انجام می‌دهد، یا مرتبط با نام و اسمی که آن تجارت را مدیریت می‌کند، یا مرتبط با هر موضوع دیگری که سود و منفعتی از تجارت را به دنبال دارد. (Black, 1983: 354)

۲. ۲. عوض معین و قابل حمایتی است که بابت داشتن مشتریانی که از یک تجارت پا

برجا و با عملکرد مطلوب حاصل شده، داده می‌شود. (Ibid)

۲. ۳. اضافه ارزش یک موسسه تملک شده یا واحد در حال فعالیت است که مازاد بر ارزش رایج بازاری دارایی خالص آن واحد است و به طور غیررسمی برای نشان دادن ارزش روابط خوب با مشتریان، اخلاق نیک کارکنان، نام تجاری خوش آوازه و غیر آن به کار می‌رود و انتظار می‌رود منتج به قدرت تحصیل درآمدی بالاتر از معمول گردد. (Ibid)

۲. ۴. توانایی یک تجارت برای تولید درآمدی بیش از نرخ طبیعی دارایی و سرمایه است که از مهارت مدیریتی فوق العاده، موقعیت در بازار، تکنولوژی محصول جدید و غیره ناشی می‌شود. در خرید یک فعالیت تجاری، Good will بیانگر تفاوت بین ثمن معامله و ارزش دارایی خالص است. (Ibid)

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

### ج. تعریف سرقتی در اصطلاح حقوقدانان و فقها

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

۱. «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد.» (کشاورز، ۱۳۷۴: ۱۸) دکتر لنگرودی نیز پولی را که مستأجر اول به مالک می‌دهد و یا مستأجر ثانی به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره می‌دهد، سرقتی نامیده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۳۵۶)

۲. «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.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۵۱۷)

۳. «سرقفتی عبارت است از حق اولوی که مستأجر بر ملک پیدا می‌کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن شخص مستأجر که سرقتی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک اولی از دیگران است.» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱: ۴۹۹)

۴. «سرقفتی 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.» (جوادی تبریزی، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی)

۵. «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.» (نوری همدانی: گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی)

۶. «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.» (موسوی اردبیلی، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی)

## د. تطور عرفی و قانونی سرقفلی در ایران

در بحث بعدی به تجزیه و تحلیل ماهیت سرقفلی و نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت خواهیم پرداخت. اما برای ورود به آن بحث، نگاه تاریخی به تأسیس سرقفلی و تحول عرفی و قانونی آن در جامعه ایرانی می‌تواند ثمر بخش باشد.

تا قبل از دهه‌های اخیر و تأثیر اقتصاد و حقوق جهان خارج بر جامعه ما، منظور از سرقفلی وجه مخصوصی بود که مستأجر علاوه بر کرایه، در ابتدای اجاره به مالک یا سرایدار و غیره می‌داد و همان‌گونه 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 کشورهای اروپایی رایج بود و به عنوان حقی که تاجر مستأجر در مورد محل تجارت خود و به دلیل رابطه استیجاری و جمع‌آوری مشتریان دائم کسب می‌کند، 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 معروض باشد و محدودیتهایی که برای سلطه مالکانه موجر به وجود می‌آید، پیشاپیش به گونه‌ای جبران شود.

اگر چه رد پای ضعیفی از حق مستأجر اماکن تجاری در مقررات پراکنده قبل از سال ۱۳۲۲ به چشم می‌خورد، قانون‌گذار ایران در قانون اختیارات دکتر میلسبو در مورد تنزیل و تثبیت بهای اجناس، در اردیبهشت ۱۳۲۲ به حق مستأجر محل کسب و تجارت به جهت سابقه عمل و اعتبار و نام مستأجر اشاره نمود. قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ نیز، صراحتاً حق کسب و پیشه یا تجارت را به رسمیت شناخت و در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر اماکن تجاری و آثار و احکام آن به تفصیل مورد لحاظ قرار گرفت.

اما جالب توجه آن است که قانون‌گذار در این دو قانون از واژه رایج سرقتی یا حق سرقتی 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 سرقتی، بلکه بدون آن نیز برای مستأجر اماکن کسب و پیشه و تجارت حاصل می‌شود. در هر حال، رویه محاکم نیز سابقاً بر این منوال بود که از لحاظ احکام و آثار، فرقی بین حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل نبودند؛ اگر چه در قوانین شهرداری و مالیاتی از حق سرقتی و حق واگذاری سخن به میان آمده است. در قوانین و مقررات اجاره، برای اولین بار در ماده واحده سال ۱۳۶۵ اصطلاح سرقتی به کار گرفته شده و در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶، صرفاً از سرقتی سخن به میان آمده 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 آمد.\* اگر چه به موجب مصوبه مورخ ۶۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، حق کسب یا پیشه یا تجارت مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ به قوت خود

\* به موجب نظریه ۱۴۸۸ شورای نگهبان قانون اساسی، حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقتی باشد، باید طبق تحریر الوسیله عمل شود. ۱۳۶۳/۵/۹

باقی ماند، اما با لحاظ دیدگاه فقهی که حق سرقفلی را متمایز از حق کسب یا پیشه یا تجارت می‌داند، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، صرفاً از حق سرقفلی که با پرداخت عوض یا بر مبنای شروط ضمن عقد برای مستأجر حاصل می‌شود، سخن به میان آورده است.

## هـ. تحلیل ماهیت سرقفلی و حق سرقفلی

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، تعبیر نموده‌اند. این تعریف با این ایراد روبه‌روست 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 به وجود آمده، باید عبارت ترکیبی «حق سرقفلی» را به کار ببریم و هر گاه سخن از عوض قراردادی آن حق و وجهی است که مستأجر پرداخته است، می‌توان تعبیر «سرقفلی» را به کار برد.

### ۱. تحلیل حقوقی سرقفلی

در مورد وجه و مبلغی که در ابتدای اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستأجر اخذ می‌شود، تحلیل‌های مختلفی به شرح زیر ارائه شده است:

تحلیل اول آن است که مبلغ مزبور بخشی از اجاره‌بهاست و در واقع اجاره‌بها منقسم به دو بخش است: بخش نقدی و یکجا که در ابتدا گرفته می‌شود و بر آن نام سرقفلی نهاده می‌شود و بخش دیگر که به اقساط و ماهانه از مستأجر اخذ می‌شود. (گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۵۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۵۷۳) در صورت صحت این تحلیل، سرقفلی بخشی از اجاره‌بهاست که در مقابل مالکیت منافع در مدت قرارداد اجاره قرار می‌گیرد و مستأجر حقیقی بیش از مالکیت منافع عین مستأجره در مدت زمان قرارداد به دست 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 قرارداد، اجاره موجر به نفع مستأجر شرط کند

که در پایان مدت مجدداً محل را با همان اجاره‌بها به وی اجاره دهد، (روحانی، ۱۴۱۴: ۲۳) 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 قرارداد، ناسازگار است و مقررات قانونی، همانند ماده واحده مصوب 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 اجاره‌بهای قراردادی نیست.

تحلیل دوم آن است که «...نفس اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره، حقی است که مالیت عرفی دارد و ممکن است در مقابل آن پولی دریافت شود.» (کشاورز، همان: ۱۰۴) براساس این تحلیل، سرقفلی مبلغی است که مستأجر به مالک می‌پردازد تا از میان متقاضیان اجاره ملک، او را ترجیح دهد و با او قرار داد اجاره ببندد. در واقع قرارداد اصلی یعنی قرارداد اجاره، تملیک منافع ملک در مدت معلوم در مقابل عوض یعنی اجاره‌بهای مقرر است و همزمان با انعقاد این قرارداد یا مقدم بر آن، توافق و قرارداد 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 قرارداد اجاره در مدت معلوم پرداخت شود و برای مستأجر هیچ حق دیگری جز منافع عین مستأجره در مدت اجاره پیش‌بینی نشود، در پایان مدت قرارداد، مستأجر ملزم به تخلیه عین مستأجره است، بدون آنکه حق استرداد مبلغ سرقفلی را داشته باشد.

اگر چه یکی از نتایج پرداخت سرقفلی آن است که مالک با مستأجر قرارداد 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 سازگاری نمی‌یابد.

در تحلیل سوم، سرقفلی 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، آن را 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 اجاره‌بهای متعارف تمدید کند و مستأجر نیز قبول نماید. (حلی، بی تا: ۱۵۲؛ فاضل لنکرانی، ۳: ۷۶)

در فرض پذیرش این تحلیل، سرقفلی مبلغی است که به عنوان قرض به مالک پرداخت می‌شود و بر ذمه او باقی می‌ماند و مالک متعهد است در زمان تخلیه معادل آن را به مستأجر بپردازد. لیکن تحلیل یاد شده نیز با مفهوم عرفی سرقفلی مطابقت نمی‌نماید 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 آنکه توجیه کنیم که در قرض، آن گاه که موضوع قرض وجه رایج است، باز پرداخت معادل ارزش اسمی وجه قرض گرفته شده کافی نیست و باید معادل ارزش واقعی آن باز پرداخت شود. این توجیه هم وافق 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 ماز الذکر، قیمت روز حق سرقفلی ملاک محاسبه است.

تحلیل چهارم ناظر به سرقفلی به عنوان وجهی است که مستأجر اول از مستأجر ثانی دریافت می‌کند. این تحلیل خود دو شق را تبیین می‌نماید.

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 می‌پردازد، در مقابل عدم مزاحمت و ممانعت وی در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی است و این امر به چند صورت قابل تحلیل است: ۱. هبه معوضه است؛ بدین گونه که مستأجر ثانی، ضمن هبه و تملیک وجه، بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم وی در تصرف عین مستأجره نشود. ۲. مبلغ مزبور جعلی است که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد و مورد جعله عدم اقدام مستأجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستأجر ثانی است. ۳. مبلغ مزبور را مستأجر ثانی به مستأجر اول صلح و تملیک می‌کند و بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم تصرفاتش در عین مستأجره نشود. (حلی، همان: ۱۲۲ - ۱۲۷)

اما 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، جعاله یا صلح در ازای عدم مزاحمت مستأجر اول در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی، تلقی می‌شود. البته از این دیدگاه برای واگذاری عین مستأجره به مستأجر ثانی، رضایت و موافقت مالک و توافق او برای انعقاد قرارداد اجاره نیز لازم است. (همان)

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

تحلیل پنجم که منطبق با مفهوم عرفی سرقفلی است، آن است که مبلغ مزبور عوضی است که مستأجر به مالک پرداخت می‌کند و مالک نیز در مقابل حقی را به مستأجر واگذار می‌کند که حق سرقفلی نامیده می‌شود. (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۹: ۳۳۲) در واقع، مابین مالک و مستأجر، علاوه بر قرارداد اجاره یا ضمن آن، توافق و معاوضه 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. (مکارم شیرازی، همان: ۴۸۸؛ صانعی، ۱۳۷۷، ۱۱۴۴: ۱۱۴۴) 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 به دست 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.

\* واگذاری «حق سرقفلی» در مقابل عوض (سرقفلی) می‌تواند در قالب عقد صلح، قرارداد ماده ۱۰ و یا به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد اجاره باشد.

## ۲. تحلیل حق سرقفلی

به هر حال، مسلم است که حق سرقفلی و عوض آن متفاوت اند. اما آنچه محل بحث است چگونگی این حق و لوازم و آثار آن است. آیا حقی است تابع شخص تاجر و کاسب مستأجر یا حقی است که بر نفس ملک تعلق گرفته و تابع آن است؟ در تعیین ارزش آن، 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؟

۹۹

بر مبنای وحدت حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، 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 تجدید اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستأجره از آن اوست.

اما از دیدگاهی که این دو حق را متمایز و جدا می داند، حق سرقفلی نوعی سلطه قانونی بر ملک مورد اجاره و نیز اعتباری عقلایی است که برای دارنده سرقفلی در مورد ملکی به وجود می آید. البته مسلم است که حق سرقفلی 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 آن دارنده حق، در اجاره منافع ملک موضوع حق سرقفلی بر دیگران مقدم است و از این رو، در بعضی از تعاریف حق اولویت نامیده شده است.

بر این اساس، سرقفلی نوعی حق عینی برای دارنده سرقفلی بر ملک مورد نظر است. در بعضی قوانین، همانند قانون اجازه واگذاری امتیاز سرقفلی و مشارکت غرفه ها و فروشگاههای پایانه های عمومی بار و مسافر (مصوب ۱۳۷۷)، از سرقفلی به عنوان یک امتیاز نام برده شده است.

به هر حال، مشاهده می شود که تمیز این دو حق تا حدودی دشوار به نظر می آید و این دو با وجود برخی تفاوتهایی که در احکام و آثارشان به چشم می خورد و در ادامه بحث به آن خواهیم پرداخت، در جوهره و ماهیت حق بسیار به هم نزدیک اند.

## و. 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.» (نویخت، ۱۳۷۰: ۲۶۶) بر این مبنای، 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 مستأجره (جز در مواردی که مستأجر مرتکب تخلفات ماده ۱۴ 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 می‌شود.

ممکن است گفته شود نظریه فوق با این عبارت قانون‌گذار در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ تأیید می‌شود که می‌گوید: «هر گاه مالک راضی به انتقال به غیر نباشد، باید در مقابل تخلیه مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را پردازد.» اما باید گفت مبلغ مزبور، ارزش و عوض حق کسب یا پیشه با تجارت است و نه خود آن.

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. (نویخت، همان: ۲۸۷؛ تبریزی، همان) در تحلیل دیگر، حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق استفاده 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 می‌شود که حق استفاده تصرفات از لوازم عرفی و قانونی حق تقدم در اجاره است، یا حق تمدید اجاره و تقدم در آن 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 منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

با این همه، تجزیه و تحلیل کامل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، پس از بیان وجوه اشتراک و افتراق این دو حق به دست می‌آید که اکنون به آن می‌پردازیم.

## ز. وجوه اشتراک و افتراق حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت

### اول. وجوه اشتراک

۱. هر دو حق در دسته‌بندی حقوق (حق‌ها)، حق مالی محسوب می‌شوند و دارای ارزش اقتصادی و قابل تقویم به پول هستند. البته درباره مالکیت حق کسب یا پیشه یا تجارت، مناقشاتی کرده‌اند که بعداً به آن اشاره خواهیم کرد.

۲. 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 حق‌اند. گفتنی است بر خلاف مالکیت عرصه، زوجه از حق سرقتی و حق کسب و پیشه نیز ارث می‌برد. (نظریه ۷۴۵۰۶ - ۶۷/۶/۱۶ اداره حقوقی قوه قضاییه)

۳. هر دو حق طبیعتاً قابلیت نقل و انتقال دارند. منتهای لحاظ حکمی در این خصوص بین حق سرقتی و حق کسب و پیشه موضوع قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ با حق سرقتی موضوع قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ تفاوت وجود دارد. به موجب مواد ۱۴ و ۱۹ قانون سال ۵۶، حق انتقال به غیر باید در اجاره‌نامه ذکر شده باشد وگرنه در صورت عدم تصریح، مستأجر حق انتقال به غیر ندارد، مگر آنکه براساس ترتیبات مقرر در ماده ۱۹، دادگاه انتقال به غیر را تجویز کند. اما براساس ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، دارنده سرقتی حق انتقال آن را به دیگری دارد، مگر آنکه در اجاره‌نامه این حق از او سلب شده یا عدم انتقال به غیر شرط شده باشد. گفتنی است معمولاً انتقال و واگذاری سرقتی یا حق کسب یا پیشه یا تجارت، به صورت صلح معوض یا قرارداد ماده ۱۰ قانون مدنی و یا به صورت شرط ضمن عقد اجاره صورت می‌گیرد و فروش آنها منوط به پذیرش امکان فروش حق مالی است.

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

**دیدگاه اول:** حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی، در مقام اجرای مفاد سند رسمی یا اجرای حکم به نفع طلبکار یا محکوم‌له قابل توقیف نیستند و همچنین طلبکار نمی‌تواند از طریق تأمین خواسته، آن را بابت طلب خود توقیف نماید.

اولین دلیل ارائه شده بر این دیدگاه، تشکیک در مالیت حق کسب یا پیشه یا تجارت (حق سرقفلی) است. گفته شده است که حق مزبور از مصادیق ملک ان یملک و نوعی سلطه قانونی است که خود مالیت ندارد و قابل مبادله نیست، لکن وسیله‌ای برای رسیدن به مال و مانند حقی است 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 نمی‌تواند در حالی که منافع عین مستأجر را برای خود نگه می‌دارد، سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به دیگری منتقل سازد و عوض آن 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 مالیت این حق، مالیت تبعی است و نه استقلالی و به همین علت، توقیف تابع بدون توقیف متبوع عقلاً محال است. (جعفری لنگرودی، توقیف: ۳۰ - ۳۲)

استدلال یاد شده پذیرفتنی نیست، زیرا مالیت 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 آن ارزش مالی قائل است و تردید در مالیت آن صحیح نیست. صرف اینکه انتقال یک حق مالی به تبع انتقال مال دیگری صورت گیرد، نافی مالیت و ارزش اقتصادی آن نیست، چنان که عرف جامعه برای منافع ملک در مدت خاص مبلغ خاصی در نظر می‌گیرد و برای حق کسب و پیشه یا حق سرقفلی مربوط به عین مستأجره نیز ارزش مالی و مبلغ خاصی منظور می‌کند. به هر حال در این واقعیت تردیدی نیست که حق مالی عموماً و حق سرقفلی خصوصاً مال تلقی می‌شوند و واجد خصوصیات مال هستند. به خصوص در مورد مالیت سرقفلی در معنای خاص و در مفهوم مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ 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 بازداشت مال یا حقوق مالی در قبال اجراییه باید عملیات اجرایی ادامه یابد و با فروش آن 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 درآمده باشد، امکان پذیر نیست. (پاسخ و سوالات از کمیسیون استفتانات و مشاوره حقوقی شورای عالی قضایی، ۱۳۶۲: ۴۹)

استدلال مزبور نیز قابل مناقشه است. زیرا اولاً، نفس بازداشت و توقیف یک حق مالی واجد غرض عقلایی است و می‌تواند مانع از آن شود که بدهکار یا محکوم‌علیه آن را به دیگری منتقل کند و از دارایی خود 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 محکوم‌علیه، 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، می‌توان از ترتیبات مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، برای انتقال این حق بهره جست.

دیدگاه دوم: حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، قابل توقیف و لیکن غیرقابل مزایده است. به علت ضعف استدلال دیدگاه اول و تصریح ماده ۶۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (اصلاحی ۱۳۷۱)، مبنی بر اینکه بازداشت حقوق مدیون در مورد مال غیر منقول - اعم از سرقفلی یا منافع - جایز است، عده‌ای قابلیت توقیف حق سرقفلی را پذیرفته‌اند، اما ادامه عملیات اجرایی و فروش و انتقال اجباری آن را ناممکن می‌دانند.

در رأی وحدت رویه شماره ۱۷۷۹ - ۷۱/۷/۱۲ 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 آن به وسیله کارشناسی تعیین خواهد شد) وسیله اجرا جایز است، ولی چون این حق معلق است، مادام که منجر نشده و مستقر نگردیده است اتمام عملیات اجرایی مجاز نیست. (امینی، ۱۳۵۲: ۴۵۰)

بعضی از قضات دادگستری نیز توقیف سرقفلی به عنوان یک حق مالی در ازای بدهی دارنده این حق را جایز دانسته‌اند، لیکن مزایده و انتقال آن را در صورتی ممکن می‌دانند 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 ۶۲ اصلاحی سال ۱۳۷۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا عنوان شده است که می‌گوید: بازداشت حقوق مدیون در مورد سرقفلی یا منافع جایز است، لیکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست. (مجموعه دیدگاه‌های قضایی قضات دادگستری تهران، ۱۳۷۸: ۲۲)

**دیدگاه سوم:** حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان یک حق مالی و به عنوان یک مال از اموال بدهکار یا محکوم‌علیه، قابل توقیف، مزایده و انتقال اجرایی است. دکترین حقوقی به این نظریه گرایش دارد و معتقد است: «منشأ تردید از اینجاست که همیشه نمی‌توان سرقفلی را در بازار تبدیل به پول کرد و از محل آن محکوم‌به را تأمین نمود. ولی این تردید نابخاست. همان طور که آسانی و دشواری فروش سایر اموال در تعیین ارزش آنها اثر دارد، در مورد سرقفلی نیز باید این عوامل را در نظر گرفت. لیکن لزوم رعایت پاره‌ای تشریفات نباید در مال بودن حق سرقفلی و امکان توقیف آن به سود خواهان ایجاد تردید کند. طلبکار می‌تواند به جانشینی تاجر و مانند خود او در انتقال سرقفلی اقدام کند.» (کاتوزیان، همان: ۵۲۶؛ کشاورز، همان: ۲۵۶)

رویه قضایی نیز به همین نظریه گرایش دارد. لذا اکثریت قضات دادگستری تهران معتقدند: سرقفلی به عنوان یک حق مالی قابل توقیف است و چنانچه مستأجر (مدیون) به موجب قرارداد اجاره، اجازه انتقال به غیر را داشته باشد، قابل تملیک می‌باشد و اگر اجازه انتقال به غیر نداشته باشد، با توجه به ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، چنانچه مالک راضی به پرداخت حق کسب و پیشه در ازای تخلیه ملک نباشد، دادگاه می‌تواند دستور تملیک صادر کند. (مجموعه دیدگاه‌های قضات دادگستری تهران: ۲۲)

دیدگاه اخیر منطقی‌تر و با اصول و موازین حقوقی و لزوم حمایت از طلبکار سازگارتر است. نباید در امکان توقیف و مزایده این حق مالی تردید نمود، به ویژه در مواردی که



مستأجر سرقفلی ملک را از مالک آن خریده باشد که در این صورت طبق ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، اصل بر قابلیت انتقال و واگذاری این حق است.  
۵. از دیگر آثار مشترک این دو حق آن است که مستأجر دارنده این حقوق، پس از انقضای مدت اجاره حق دارد به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد.

در اجاره‌های محل کسب و پیشه و تجارتي که مشمول رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ است، با توجه به مفاد مقررات این قانون به ویژه ماده ۶ آن، پس از انقضای مدت قرارداد اجاره، مستأجر می‌تواند به تصرفات خود و بهره‌برداری از منافع عین مستأجره همانند سابق ادامه دهد و در مقابل مکلف است در صورت عدم تمدید قرارداد و اجرت‌المثل محل به میزان اجرت‌المسمی قبلی پرداخت نماید. علاوه بر آن، مطابق ماده ۷ این قانون، در صورتی که مدت اجاره‌نامه منقضی گشته است و طرفین راجع به تنظیم اجاره‌نامه جدید یا تعیین اجاره‌بها و شرایط آن اختلاف داشته باشند، هر یک از آنها می‌تواند برای تنظیم اجاره‌نامه به دادگاه مراجعه کند و الزام خوانده را به تنظیم اجاره‌نامه جدید بخواهد. بنابراین، مطابق مقررات این قانون، مستأجر 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 مستأجر نیز اعم از این است که وجهی به عنوان سرقفلی به مالک پرداخته باشد یا وجهی نپرداخته و صرفاً به جهت سابقه رابطه استیجاری، حق کسب یا پیشه یا تجارت را کسب کرده باشد.

در اجاره‌هایی که مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ است، به موجب تبصره ۲ ماده ۶ این قانون، در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه 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 سرقفلی به قیمت روز به مستأجر دارنده سرقفلی است. (همان: ۲۶) بنابراین مادامی که ارزش سرقفلی به قیمت عادلانه روز به مستأجر پرداخت نشود، با وجود انقضای مدت قرارداد کماکان می‌تواند به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد و البته مطابق قاعده باید اجرت‌المثل منافع آن را به مالک بپردازد. بدیهی است در تقویم

اجرت‌المثل محل باید مالکیت سرقفلی مستأجر و این واقعیت که سرقفلی آن به مستأجر واگذار شده مورد لحاظ قرار گیرد. زیرا عرف مابین اجاره‌بهای محلی که سرقفلی آن واگذار نشده و اجاره‌بهای همان محل در صورتی که سرقفلی آن به مستأجر واگذار شده باشد، تمایز قائل است.

به هر حال، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ در خصوص حق مستأجر دارنده سرقفلی مبنی بر تقاضای تنظیم اجاره‌نامه جدید پس از انتقضای مدت اجاره‌نامه قبلی ساکت است. براساس تفسیر مضیق مقررات این قانون و مقتضای اصل عدم نمی‌توان چنین حقی برای دارنده سرقفلی موضوع قانون سال ۷۶ قائل شد. مگر آنکه گفته شود عرف چنین حقی برای مستأجر دارنده سرقفلی قائل است و این حق از لوازم عرفی واگذاری سرقفلی توسط موجر به مستأجر است. به موجب ماده ۲۲۰ قانون مدنی، عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم‌اند. به هر حال، اگر در قرارداد مابین موجر و مستأجر دارنده حق سرقفلی، صراحتاً حق تمدید و تجدید اجاره مطابق شرایط مقرر پیش‌بینی شده باشد، موجر به رعایت و اجرای شرط مزبور الزام خواهد شد و اگر قرارداد در این مورد ساکت باشد، می‌توان 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 مستأجر است. حق سرقفلی فی نفسه چنین حقی برای مستأجر و چنین تعهدی برای موجر ایجاد نمی‌کند.\*

## دوم. وجوه افتراق

### ۱. تفاوت در منشا حق و سبب ایجاد آن

با توجه به مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، حق کسب یا پیشه یا تجارت به موجب قانون و به واسطه وجود رابطه استیجاری برای مستأجر محل‌های کسب و

\* ایشان در پاسخ به استفتایی فرموده‌اند: «وجوب تجدید الاجارة على المالك او جواز مطالبته للتخليه و لزوم اجابتها، و كذا ضمان الاموال المصروفة على المحل الاستيجاري تابع للقوانين الجارية في البلد و للشرائط المذكورة في عقد الاجارة بين الموجر و المستأجر، و اما سرقفلية المحل فان كانت قد انتقلت الى المستأجر من المالك بوجه شرعي او كانت نابتة له بمقتضى القانون فله حق المطالبة بها بالقيمة الفعلية.» (خامنه‌ای، ۱۴۱۵، ۲: ۲۱۱ - ۲۱۵)

تجارت و پیشه به وجود می‌آید. گفته می‌شود هر تاجر و کاسبی دو دسته مشتری پیدا می‌کند: 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 و اعتبار تاجر و تجارتخانه اوست و در هر حال این امر بخشی از سرمایه غیرمادی تاجر را تشکیل می‌دهد. تخلیه محل کسب و تغییر آن موجب می‌شود تاجر و کاسب بخش عمده‌ای از مشتریان خود را از دست 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 فقط برای تاجر و کاسب بلکه برای پیشه‌ورانی فراهم می‌شود که به واسطه موقعیت محل و سابقه فعالیت خود در آن محل برای خویش مشتریانی دست و پا کرده‌اند. 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 گونه‌ای که هر چه سابقه این رابطه طولانی‌تر باشد، ارزش ریالی این حق افزون‌تر است.

از آنجا که مبنای ایجاد این حق قانون است، در تحقق اصل حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوتی نمی‌کند که مستأجر مبلغی را به عنوان سرقفلی به مالک یا مستأجر قبلی پرداخته باشد یا خیر. به عبارت دیگر، فرقی نمی‌کند 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 می‌شود. البته پرداخت سرقفلی توسط مستأجر به موجر، در تقویم و افزایش ارزش این حق موثر خواهد بود. همچنین تفاوتی نمی‌کند که در قرارداد اجاره این حق برای مستأجر شناخته شده باشد یا از وی سلب شده باشد و در هر حال طبق مواد ۳۰ و ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، این حق برای مستأجر به وجود می‌آید.

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 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 می‌شود: 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 می‌گیرد، 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 که پس از انقضای مدت، هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید (قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۷۶، ماده ۷ و ۸) 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 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.

۲. سرقفلی معمولاً به مالک پرداخت می‌شود یا به مستأجر قبلی که دارنده این حق است، اما حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، به مستأجر متصرف پرداخت می‌شود. البته می‌توان گفت که آنچه به مالک پرداخته 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 ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، 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، اما عوض حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص همواره به مستأجر پرداخت می‌شود و پرداخت آن به مالک مورد ندارد.

۳. میزان و 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 کارشناسی تعیین می‌شود. البته در مواردی که مستأجر سرقفلی را مجدداً به مالک واگذار می‌نماید، به موجب ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، ارزش آن در صورت عدم توافق طرفین با نظر دادگاه تعیین خواهد شد.

۴. حق سرقفلی ابتدائاً و بدون وجود رابطه استیجاری اعتبار و فرض 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.

۵. در تعیین ارزش سرقفلی معمولاً نوع بنا و کمیت و 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 قرار می‌دهند. (کاتوزیان، همان: ۵۲۰)

۶. در بعضی مقررات پیش‌بینی شده که در صورت اجرای طرح دستگاه دولتی یا شهرداری، به مالک مکان تجاری که خودش بهره‌برداری 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 بهره‌برداری تجاری به دیگران واگذار کند. این در حالی است که براساس تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر، حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و نه به مالک آن.

۷. 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 و لذا سلب و اسقاط این حق در قرارداد اولیه اجاره، اسقاط مالم یجب خواهد بود. دلیل دیگر، امره بودن مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است که با توجه به ماده ۳۰ 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 قانونی است.\*

اما سرقتی در معنای خاص آن و در مفهوم قانون سال ۷۶، 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 جانب دارنده آن قابل اسقاط به نحو معوض یا بلا عوض خواهد بود.

۸. 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 نمی‌آید و او ملزم به تخلیه ملک در پایان مدت اجاره است. اما مالک می‌تواند با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقتی یا براساس شروط ضمن عقد اجاره، حق سرقتی ملک را به مستأجر واگذار نماید. تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، مشعر به دیدگاه فقهی است که تنها در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقتی را به مستأجر منتقل نماید، مستأجر از حق سرقتی برخوردار خواهد بود. طرق صحیح شرعی از دیدگاه فقها که در مواد ۷ و ۸ همان قانون به بعضی از آنها اشاره شده است، واگذاری حق سرقتی 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، ۱۳۶۳، ۲: ۵۵۲؛ تهریزی، ۱۳۷۸، ۲۶۰؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۲۳؛ خامنه‌ای، ۱۴۱۵: ۲۱۱)

\* به موجب ماده ۳۰ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «کلیه طرق مستقیم یا غیرمستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند پس از اثبات در دادگاه بلا اثر و باطل اعلام خواهد شد.»

۹. 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 ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، توسط مستأجر زائل می‌شود. البته در مورد تخلف مستأجر مبنی بر انتقال منافع به غیر بدون داشتن جواز آن، مطابق تبصره ماده ۱۹ آن قانون، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت پرداخت می‌شود.

اما در مورد مستأجری که مالک سرقفلی در مفهوم قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ است، می‌توان گفت تخلف مستأجر صرفاً موجب حق فسخ اجاره برای موجر و تخلیه ملک می‌گردد، لیکن موجب سقوط و زوال حق سرقفلی نمی‌شود.\*

البته در مورد امکان استیجاری که تابع رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ 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 می‌شود یا صرفاً موجب اسقاط حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص آن است و حق سرقفلی وی هنگام تخلیه باید به قیمت عادلانه روز پرداخت شود. (کشاوری، ۱۳۷۹: ۲۶؛ دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، همان: ۳۳۶)

## نتیجه

دیدگاه قضات دادگاهها 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 ۷۲/۴/۱۹ خود اظهار نموده است که سرقفلی همان حق کسب یا پیشه یا تجارت است که طبق تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، 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 ۷۶، به دو گانگی و تمایز این دو حق گرایش یافته است. این در حالی است که سابقاً دادگاهها در اعمال مقررات روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ به درستی تفاوتی بین این دو قائل نبودند.

\* مستنبط از ماده ۱ و تبصره ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ و مواد ۴۸۷ و ۴۹۲ و ۴۹۸ قانون مدنی.

با توجه به توضیحاتی که در این مقاله ارائه شد و با توجه به جهات اشتراک و افتراق این دو حق، باید گفت: حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، در مفهوم قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ و در خصوص مواردی که تابع رژیم حقوقی آن قانون هستند، اگر هم مفهوماً متفاوت باشند از لحاظ احکام و آثار همانندند. و اسباب سقوط و زوال آنها یکسان است.

اما حق سرقتی در معنای خاص آن و در مفهوم مورد نظر قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، بدون تردید از لحاظ اسباب ایجاد حق و زوال آن و نیز از لحاظ احکام و آثار، متفاوت با حق کسب یا پیشه یا تجارت در مفهوم قانون سال ۵۶ است که در این نوشتار به برخی از آن تفاوتها اشاره شد.





## کتابنامه

۱. امینی، یدالله، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه مسائل مدنی از سال ۱۳۵۸ به بعد، دفتر تحقیقات و مطالعات دادگستری، تهران، ۱۳۵۲.
۲. پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتانات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی، تهران، ۱۳۶۲، ج ۱.
۳. تبریزی، جواد، گنجینه استفتانات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم.
۴. تبریزی، جواد، استفتانات جدید، قم، نشر سرور، ۱۳۷۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «توقیف سرقفلی»، مجله حقوق امروز، سال اول، شماره ۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ دهم، ۱۳۶۷.
۷. حلی، شیخ حسین، بحوث الفقهیه، مؤسسة المنار، بی تا.
۸. خامنه‌ای، سیدعلی، اجوبه الاستفتانات، کویت، دارالمنار للنشر و التوزیع، اول، ۱۴۱۵، ج ۲.
۹. دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، مجموعه مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور، تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۹، ج ۱.
۱۰. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، مدخل سرقفلی.
۱۱. روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، قم، دارالکتاب، چاپ چهارم، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۴.
۱۳. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، توضیح المسائل، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۴.
۱۴. صانعی، یوسف، مجمع المسائل، ج ۱.
۱۵. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، ج ۳.
۱۶. کاتبی، حسینقلی، فرهنگ حقوقی فرانسه به فارسی، گنج دانش، ۱۳۶۳.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، عقود دینی، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱.
۱۸. کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب یا پیشه در تجارت، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۷۴.

۱۹. گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، قم، موسسه دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۳۶۴، ج ۲.

۲۰. مجموعه دیدگاههای قضایی قضات دادگستری تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.

۲۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۹، مدخل سرقفلی.

۲۲. مکارم شیرازی، ناصر، توضیح المسائل، قم، مطبوعات هدف، چاپ سوم، ۱۳۷۱.

۲۳. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم.

۲۴. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳، ج ۲.

۲۵. نفیسی، علی اکبر، فرهنگ نفیسی، تهران، خیام.

۲۶. نوبخت، یوسف، اندیشه های قضایی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.

۲۷. نوری همدانی، حسین، گنجینه استفتائات مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، قم.

28. Black M.A, HenryCampbell , *Black's Law Dictionary*, West publishing co., 1983

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

۱۱۴  
فقه و حقوق

سال دوم / پاییز ۱۳۸۴