

غلامعلی سیفی زیناب



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

سرفقلى در حقوق ايران



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی



● مقدمه

پذیرش و توسعه مالکیت‌های غیرمادّی^۱ یکی از تحولات بزرگ نظام‌های حقوقی و اقتصادی جهان است که امروزه در میان تمام ملل متمدن رسوخ کرده است. انسان‌های پیشین مالکیت را همواره منحصر به اشیاء مادّی می‌دانستند و برای آنها مالکیت‌های فکری و معنوی و سایر چهره‌های مالکیت غیرمادّی مفهومی نداشت. این قبیل مالکیت‌ها که در اثر پیشرفت و تکامل دانش بشری وارد قلمرو حقوق شده است، برای نخستین بار در حقوق موضوعه دول اروپای غربی مورد شناسایی قرار گرفته و از آنجا به تدریج پایه عرصه حقوقی و اقتصادی دیگر ممالک نهاده است. حق سرقتلی تاجر از جمله مالکیت‌های غیرمادّی است که زمان زیادی از پیدایش آن نمی‌گذرد و در اصل، این پدیده در قرن حاضر

۱. incorporeal property

در زندگی اقتصادی مرده بروز کرده و قانونگذاران را ناچار به وضع مقررات لازم در این مورد نموده است.^۲

اغلب کشورها مقررات سرقتی را که از موضوعات بدون واسطه حقوق تجارت و اقتصاد اجتماعی است، در میان قوانین تجاری خود جای داده‌اند و برخی کشورها نیز زمینه حقوق مدنی را محل مناسب ذکر این مقررات دانسته‌اند.^۳ قانونگذار ما چند سال پس از پیدایش عملی پدیده سرقتی در بازار ایران، با وضع مقرراتی به نام «قانون روابط مالک و مستأجر» در خردادماه ۱۳۳۹ برای اولین بار به آن وجهه قانونی بخشید.^۴ اگرچه عمر این نهال نوین در جامعه ما به کمتر از پنجاه سال می‌رسد، با وجود این، پیوسته سکنی از مباحث و موضوعات نسبتاً مهم اقتصادی و قضایی کشور بوده است و ابعاد مختلف آن تحقیقات خاصی را طلب می‌کند.



۲. صدرزاده افشار: «حق کسب و پیشه یا تجارت و روابط آن در حقوق فرانسه»، مجله حقوقی وزارت دادگستری [سال بیستم، شماره ۲، تیرماه ۱۳۵۷]، ص ۵۵.

۳. مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی: ماهنامه بررسیهای بازرگانی [شماره ۷، آذرماه ۱۳۶۷] ص ۱۱۰.

۴. علی صدارت و مهدی نراقی: تحول حقوق مالکیت و مالکیت معنوی [نشر امیر کبیر، ۱۳۵۵]، ص ۵۰.

البته لازم به ذکر است که حق کسب و پیشه یا تجارت، در مفاهیم ابتدایی، میان ایرانیان قدیم معمول و رایج بوده است. البتهاره به علت عدم پیشرفت صنعت و بازرگانی به شکل امروزی آن را اختصاص به کشاورزی داده، به «حق آب و گل» تعبیر می‌کردند. به تدریج این حق به نام «سرقطی» برای مستأجران کاروانسراها، دکانها و حمامها نیز شناخته شد که آن را مزه گشودن قفل می‌دانستند (علی اکبر دهخدا: لغتنامه، ذیل واژه سرقطی. معتمد معین: فرهنگ فارسی، همان واژه).



کلیات

الف. تعریف سرقتی^۵

سرقتی، مایه تجاری و نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ما مفهوم واحدی دارد.^۶ قانونگذار در قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و نیز در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون نو سازی و عمران شهری مصوب ۱۳۵۸ و برخی مقررات دیگر به جای کلمه رایج «سرقتی» از اصطلاح «حق کسب یا پیشه یا تجارت» استفاده کرده است. اسکان دارد گفته شود که این دو اصطلاح یکی نیستند^۷ و دومی اعم از اولی است. بنابر توضیح که سرقتی اختصاص به بازرگانان دارد، ولی حق کسب یا پیشه به غیرتجار یعنی کسبه و پیشه‌وران و صاحبان حرف و مشاغل تعلق می‌گیرد. این برداشت صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا مطابق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت، کاسب تاجر محسوب می‌شود و آوردن عبارت «حق کسب» در کنار عبارت «حق تجارت» لزومی ندارد و معنای چندینی را هم به دست نمی‌دهد. در حقوق کنونی، شخص را به لحاظ میزان

5. key money

۶. مایه تجاری یا تجاری، ترجمه اصطلاح «fonds de commerce» از زبان فرانسه است و در حقوق این کشور اصطلاح مذکور دارای معنایی اعم از معنای سرقتی است، لیکن در کشور ما تفاوتی میان مایه تجاری و سرقتی نمی‌توان قائل شد، (حسینی کاتبی: فرهنگ حقوقی فرانسه-فارسی [نشر گنج دانش، ۱۳۶۳]، ذیل واژه یاد شده).
۷. نظریه شماره ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ فقهای شورای نگهبان: «حق کسب و پیشه و تجارت... اگر مقصود سرقتی باشد...».

سرمایه، داشتن دفتر کار و یا کارت بازرگانی تاجر نمی شناسند. هر کس به کار خرید و فروش و طلب سود روی آورد تاجر محسوب می شود، اگرچه کم بضاعت و فاقد محل خاص کسب باشد.^۸ در رابطه با اصطلاح «حق پیشه» نیز باید گفت که منظور مقتن از آوردن این عبارت شناختن حقی شبیه حق سرقفلی برای صاحبان حِرَف و مشاغل غیرتجاری نبوده بلکه او با این کار درصدد بوده است که پیشه‌وران به معنای اخص کلمه را از حیث مقررات اجاره و سرقفلی در شمار بازرگانان محسوب نماید. بسیار بعید به نظر می رسد که قصد قانونگذار از این اصطلاح، شناختن حقی برای دارندگان برخی مشاغل و پیشه‌ها مثل حِرَف پزشکی، وکالت و سردفتری باشد، زیرا در این قبیل موارد بدون تردید مراجعان با شخص صاحب پیشه کار دارند و عناصری که موجب پیدایش سرقفلی اماکن تجاری می‌گردد، مثل موقعیت محل و نوع تزئین بنا و تابلو و غیره، در جلب ارباب رجوع اثر محسوس و مستقیمی ندارد.

با توجه به آنچه گفته شد کلمه «سرقفلی» که در حال حاضر شهرت و مقبولیت بیشتری هم دارد از هر واژه و عبارت جانشین مناسب‌تر به نظر می رسد و عملاً نیز برای فهماندن مفهوم اصطلاحات معادل از کلمه سرقفلی کمک گرفته می‌شود.^۹ اصطلاح سرقفلی مانند بسیاری دیگر از اصطلاحات حقوقی از طرف قانونگذار مورد تعریف قرار نگرفته است. این خلأ از جانب حقوقدانان پر شده است و هر کدام از بُعد خاصی تعریفی ارائه داده‌اند. تعاریف ذیل در کتب حقوقی مشاهده می‌شود:

۸. کریم کیایی: حقوق بازرگانی [چاپ تهران، ۱۳۵۴]، ص ۶۹ و ۷۰.
۹. ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی) [نشر بهنشر،

۱۳۶۳]، ص ۴۰۴.

● تعریف سرقتی به اعتبار تقدم مستأجر متصرف در اجاره محل کسب:

در این تعریف گفته شده است:

«سرقفلی حقی است که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود.»^{۱۰}
همانطور که ملاحظه می شود در تعریف مزبور فقط به تقدم مستأجر متصرف در اجاره محل کسب تأکید شده و به دیگر مفاهیم سرقتی، بالخصوص به سرقتی شخص در غیر رابطه استیجاری یعنی حق مالک سازنده مغازه، توجهی معطوف نگردیده است.
نقص دیگر این تعریف عدم تأکید بر قابلیت معامله بودن حق است، در حالی که این ویژگی به مستأجر اجازه معامله و یا اسقاط حق را در قبال اخذ مال می دهد.

● تعریف سرقتی بدون توجه به عناصر و ضوابط تشکیل دهنده این حق:

مطابق تعریف برخی از حقوقدانان «سرقفلی پولی است که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلا عوض می دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می دهد.»^{۱۱}
در این تعریف حقوق کامل مستأجران اماکن تجاری مورد توجه واقع شده و همچنین برخلاف تعریف اول به نتیجه و قابلیت تقویم حق به پول اشاره گردیده است. مع هذا این تعریف نیز به علت نیاوردن عوامل تشکیل دهنده حق در داخل تعریف، ناقص به نظر می رسد.

۱۰. ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، همان صفحه.

۱۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی: نوبینولوژی حقوق [نشر بنیاد راستاد، ۱۳۶۳]، ص ۳۵۶.

● تعریف سرقتی به اعتبار عوامل تشکیل دهنده حق:

برخی از نویسندگان حقوقی عناصر تشکیل دهنده حق سرقتی را با ماهیت حقوقی این حق یکی گرفته و گفته اند:

«حق کسب یا پیشه (مایه تجاری) عبارت است از مجموعه عوامل منقول مادی مانند اثاثیه، مواد اولیه، ابزار آلات (که برای بهره برداری به کار می رود) و کالاهای تجاری، پول نقد و غیره، و عوامل منقول غیرمادی از قبیل حق اختراع، حقوق راجع به نام و شهرت و علائم تجاری، حق تجدید اجاره، بنگاه تجاری، حقوق راجع به مشتریان دائم و گذری (حق سرقتی)، پروانه های تجاری، حق مالکیت صنعتی، حق مالکیت ادبی یا هنری مرتبط با موارد بالا.»^{۱۲}

مطابق نظر این عده از نویسندگان حق کسب یا پیشه تعبیر به مایه تجاری شده و اعم از سرقتی قلمداد شده است، در حالی که این برداشت از واژگان فوق در نظام حقوقی ما مبنایی ندارد. صرف نظر از ایراد مربوط به تفکیک حق کسب یا پیشه از حق سرقتی، عیب دیگر تعریف اخیر آن است که اجزای تشکیل دهنده حق با خود حق یکی فرض شده است.^{۱۳} به نظر می رسد که تعریف زیر را می توان برای سرقتی ارائه داد:

سرقتی حقی است مالی و قابل معامله که برای مالک یا

۱۲. محمود عرفانی: حقوق تجارت [نشر جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۵]، ج ۱/ ص ۷۸.
۱۳. خود نویسنده در صفحه بعد به یکی نبودن حق کسب یا پیشه با عوامل تشکیل دهنده آن اعتراف کرده و اظهار داشته است که: «به طور کلی مجموعه عوامل منقول مادی و منقول غیرمادی که در یک بنگاه تجاری وجود دارد حق کسب یا پیشه را که خود واحد حقوقی منفکی از عوامل متشکله مزبور می باشد، تشکیل می دهد» (محمود عرفانی: همان مأخذ، ص ۷۹).

متصرف قانونی محلّهای کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعدد دارد.

ب. ماهیت اقتصادی سرقفلی

وجه سرقفلی از مصادیق دارایی نامرئی است و درآمد اتفاقی محسوب نمی‌شود به شرط اینکه ناشی از کار کردن مستأجر و جمع‌آوری مشتریان باشد. درآمد^{۱۴} غیر از دارایی و سرمایه^{۱۵} است. درآمد قابل خرج است بدون آنکه به سرمایه لطمه‌ای بزند. بنابراین مال الاجاره ملک درآمد، ولی سرقفلی دارایی به شمار می‌رود.^{۱۶}

ج. ضوابط تشکیل دهنده سرقفلی

در ماده ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ که با وضع قانون جدید روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۵۶) منسوخ گردیده است، اعلام شده بود:

«میزان حقوق کسب و پیشه یا تجارت با توجه به موضوعات زیر، از طرف دادگاه تعیین می‌شود:

۱. موقعیت و مرغوبیت محل کسب و پیشه یا تجارت.
۲. شرایط و کیفیات اجاره از لحاظ مزایایی که در عقد اجاره برای موجر یا مستأجر منظور گردیده است.
۳. طول مدت اشتغال مستأجر به کسب و پیشه یا تجارت در مورد اجاره و حسن شهرت او که در معروفیت محل مزبور مؤثر افتاده است.

14. revenue

15. capital

۱۶. ماهنامه بررسیهای بازرگانی، شماره ۷، ص ۱۱۲.

۴. وضع محل اجاره از نظر نوع بنا.
۵. مخارجی که مستأجر به منظور آماده نمودن محل مزبور از حیث قفسه بندی و تهیه اشیاء مورد لزوم و سایر تزیینات داخلی متحمل گردیده است.

۶. نوع کسب و پیشه یا تجارت.»

آییننامه نحوه تعیین و تشخیص و پرداخت حق کسب و پیشه یا تجارت مصوب یکم تیرماه ۱۳۴۸ هیأت وزیران نیز در ماده ۵ دقیقاً همین ضوابط را ملاک تعیین میزان سرقفلی پرداختی به مالکان دانسته و هیأت‌های ارزیابی را مکلف نموده است که با ملاحظه ضوابط یاد شده، نسبت به تعیین مقدار حق کسب و پیشه یا تجارت مالکان یا متصرفان که محل کار آنان در اثر اجرای طرحهای احداث و توسعه معابر و نوسازی و عمران شهری از بین می رود، اقدام نمایند.^{۱۷}

حسب اعلام ماده ۱۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ تعیین مقدار حق کسب یا پیشه یا تجارت موکول به مراعات اصول و ضوابطی شده است که در آییننامه خاصی پیش بینی می گردد. تاکنون چنین آییننامه‌ای به تصویب نرسیده و ضوابط تعیین سرقفلی عملاً به دست کارشناسان رسمی دادگستری است که معمولاً ارزیابی خود را با توجه به نرخ خرید و فروش املاک مشابه در محل صورت می دهند.

چنانچه بخواهیم مهمترین عوامل و ضوابط تشکیل دهنده سرقفلی را مشخص نماییم، عوامل مزبور عبارت خواهند بود از:

۱. عوامل و ضوابط مادی:

کلیه اموال و مال التجاره و ابزار و ماشین آلات بازرگان، عوامل و

۱۷. غلامرضا حجتی اشرفی: مجموعه قوانین و مقررات شهرداری و شوراهای اسلامی [نشر گنج دانش، ۱۳۶۵]، ص ۱۳۴.

معیارهای مادی متشکله سرقفلی محل است.^{۱۸}

۲. عوامل و ضوابط معنوی:

ضوابط غیرمادی زیر مستقیماً در مقدار سرقفلی مؤثر است:

• مشتریان محل:

مشتریان گذری^{۱۹} و ثابت^{۲۰} از مهمترین ضوابط سرقفلی است و در واقع اساس کار تاجر و صنعتگر را تشکیل می دهد. حق کسب و پیشه و یا تجارت بدون وجود مشتریان نمی تواند تحقق پیدا کند. افزایش و کاهش تعداد مشتریان محل تجاری موجب بالا رفتن و یا نزول مقدار سرقفلی است و اگر تاجری در اثر عملکرد خود، مشتریان را از دست بدهد، سرقفلی محل اشتغال او به طور جدی تقلیل می یابد و فعالیت و اعتبار زیادی لازم است تا وضع جدید را دگرگون نماید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

• اسم و علائم مشخصه تجاری:

عنوانی که تاجر یا شرکت تجاری با استفاده از آن فعالیت می کند، در جلب توجه مشتریان مؤثر است. هرگاه اسم تجاری، نام کوچک و یا خانوادگی تاجر باشد جزو حق کسب و پیشه یا تجارت درمی آید و یکی از عناصر دارائی او تلقی می شود و با آن انتقال می یابد. در چنین حالاتی منتقل الیه نمی تواند با استفاده از نام انتقال دهنده به کار خود ادامه دهد و لازم است که برای دفع توهم از کلمه «سابق»

۱۸. ماهنامه بررسیهای بازرگانی، شماره ۸، دی ماه ۱۳۶۸، ص ۱۰۹.

بعد از آوردن نام تاجر قبلی استفاده نماید. سوء استفاده از اسم تجارتي بازرگان، تجاوز به حقوق قانونی و محترم اوست و موجب مسؤولیت مدنی است (ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹).

• تابلوی مغازه^{۲۱}:

برای ممتاز و مشخص کردن هر مغازه از مغازه‌های دیگر از تابلو استفاده می‌شود. ممکن است تابلو به نام شخص تاجر باشد و یا واژه آراسته و خوش معنی دیگری در آن به کار رود. تابلوی مغازه از ضوابط معنوی سرقفلی است و به کسی تعلق دارد که در استفاده از آن بر دیگران مقدم بوده است. استفاده دیگری از نوع تابلوی متعلق به کسبه پیشین در محدوده جغرافیایی خاصی که نوعاً مشتریان ثابت در آنجا زندگی می‌کنند، ممنوع است. در محدوده‌های جغرافیایی وسیع استفاده از تابلوی مشابه تابلوی بازرگان دیگر فاقد اشکال حقوقی است مگر تابلوی مغازه‌های بزرگ و معروف که تداعی شعبه را بنماید.^{۲۲}

• حق مالکیت صنعتی و بازرگانی و علائم کارخانه^{۲۳}:

از جمله دیگر ضوابط معنوی سرقفلی علامت کارخانه و اشکال و ترسیمات صنعتی است. مطابق ماده ۱ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب تیرماه ۱۳۱۰ علامت اعم است از نقش، تصویر، رقم، مهر، لفاف و غیره که برای امتیاز و تشخیص محصول صنعتی و تجارتي یا کشاورزی اختیار می‌شود. داشتن علامت تأیید اداره استاندارد به طور محسوس موجب بالا رفتن سرقفلی می‌گردد.

21. enseigne

۲۲. افشار صدرزاده: همان مأخذ، ص ۶۲. کریم کیایی: همان مأخذ، ص ۹۵.

23. Les marques de fabrique

• پروانه کسب:

اجازه کتبی مراجع صلاحیت دار را برای اشتغال به امور تجاری، «پروانه کسب» یا «جواز کسب» می نامند.^{۲۴} پروانه کسب نوع اشتغال و رشته فعالیت دارنده آن را مشخص می کند و در عرف تجاری حائز اهمیت فراوان است. دلیل ارزش و اهمیت فوق العاده پروانه کسب آن است که دارنده پروانه از حمایت قانونی برخوردار است و آزادی فعالیت شغلی او را در قلمرو معینی به دنبال دارد و اقدام سایرین به دایر کردن فعالیت های هم نوع و یا مشابه را تا حوزه جغرافیایی مشخصی ممنوع می سازد. بعلاوه دارندگان پروانه های کسب به سهولت می توانند به عضویت اتحادیه های صنفی درآیند و از امتیازات مربوط مثل گرفتن کالاهای سهمیه ای و دریافت وام و اخذ اعتبار و غیره برخوردار شوند.

اغلب پروانه های کسبی به شخص خاصی مربوط نیست و توأم با معامله سرقفلی به انتقال گیرنده واگذار می گردد، اما برخی پروانه ها قائم به شخص معینی است و تحت ضوابط خاصی به افراد واجد صلاحیت داده می شود، مثل پروانه مربوط به فروش دارو که در اعطای آن لزوماً شرایطی مراعات می گردد.^{۲۵}

پروانه کسب مستقلاً قابل معامله است و استثنای آن از سرقفلی منفی ندارد. بنابراین انتقال دهنده سرقفلی لزومی در واگذاری پروانه به تبع سرقفلی ندارد؛ مثلاً شخص می تواند سرقفلی ملک خود را با یک نفر معامله کند و پروانه محل را به دیگری واگذار نماید. این رویه بویژه در خصوص پروانه هایی که قائم به شخص خاصی است، به علت واجد شرایط نبودن منتقل الیه معمول می گردد.

۲۴. ماهنامه بررسی های بازرگانی، شماره ۸، ص ۱۱۲.

۲۵. ماهنامه بررسی های بازرگانی، شماره ۸، ص ۱۱۳.

د. ویژگیهای سرقتی

۱. سرقتی از حقوق مالی است و مانند دیگر حقوق مالی قابل توارث، معامله و رهن می باشد.
۲. سرقتی از اموال غیرمادی است و قابل تصرف نیست و به همین جهت قواعد مختص اموال مادی مانند اماره تصرف (ماده ۳۵ قانون مدنی) شامل آن نمی گردد.
۳. تغییر و عدم پایداری از خصوصیات بارز سرقتی است، زیرا اتکای آن به ابتکار متصرف است و هرگاه خوب بهره برداری نگردد، مشتریان پراکنده می شوند و حق تقلیل می یابد.
۴. حق سرقتی مثل حق انتفاع از اموال غیرمنقول از اموال غیرمنقول تبعی است (ماده ۱۸ قانون مدنی)، زیرا مرکز ثقل تمام نیروهای پدیدآورنده سرقتی محل کسب است که غیرمنقول تلقی می شود.^{۲۶}



اعتبار سرقتی در حقوق فعلی ایران

قبل از بحث پیرامون اعتبار و یا عدم اعتبار سرقتی در حقوق فعلی ایران براساس قوانین و مقررات جاریه ناگزیر از ذکر انواع سرقتی است.

۲۶. جهت دیدن نظر مخالف که سرقتی را مال منقول می داند، رک. به: افشار صدرزاده: همان مأخذ، ص ۵۸ و ۵۹.

مطابق نظر اکثریت قضات دادگاه های حقوقی در تهران، حق سرقتی در حکم اموال منقول است، (اندیشه های قضایی، دیدگاه های قضات محاکم حقوقی دو تهران، مجموعه چهارم، تدوین و نگارش یوسف نوبخت، چاپ مؤسسه کیهان، بهار ۶۸، ص ۲۹).

انواع سرقتی

اماکن تجاری و محله‌های کسب در قالب یکی از این سه صورت از طرف مالک به غیر واگذار می‌شود:

۱. انتقال قطعی ملک با سرقتی
۲. اجاره ملک و واگذاری سرقتی
۳. اجاره صرف ملک بدون اخذ سرقتی

در صورت اول، مالک محل کسب و تجارت، ملک خود را با استفاده از یکی از عقود تملیکی به طور قطعی به دیگری انتقال می‌دهد. در این حالت، ملک به طور کلی از مالکیت انتقال دهنده خارج و با جمیع امتیازات و متعلقات از جمله سرقتی به انتقال گیرنده واگذار می‌شود. در این روش که مالکیت عین از شخصی به دیگری انتقال می‌یابد فقط از عقود مملک عین می‌توان استفاده کرد؛ لذا عقد اجاره که مملک منفعت عین است نه خود عین (ماده ۴۶۶ قانون مدنی) نمی‌تواند برای این صورت نقشی ایفا کند. پس آنچه در این وضع غیرقابل تردید می‌نماید این است که قرارداد اجاره‌ای منعقد نمی‌گردد و موجر و مستأجر در میان نیست.

در صورت دوم، مالک محل تجاری را اجاره می‌کند و در عین حال سرقتی آنجا را به میزان ارزشی که در زمان انعقاد عقد اجاره دارد به مستأجر واگذار می‌نماید. از لحاظ تحلیلی، در این حالت میان طرفین دو عقد بسته می‌شود: یکی عقد اجاره برای تملیک منفعت محل در مقابل اجاره‌بهای معین، و دیگری انتقال سرقتی در مقابل عوض و یا صلح آن. در نظر قانونگذار، از دو عقد مذکور اولی بر دومی غلبه و حکومت دارد؛ یعنی انتقال سرقتی خارج از عقد اجاره قرار نمی‌گیرد هرچند که میزان سرقتی بالا و مقدار اجاره‌بها پایین باشد. بنابراین

هرگاه مستأجر محل که منتقل^۱ الیه سرقفلی نیز هست دادخواستی جهت الزام انتقال دهنده سرقفلی به تنظیم سند رسمی درخصوص واگذاری سرقفلی به دادگاه تقدیم دارد، دادخواست او رد خواهد شد. خواسته دادخواستی که در این رابطه داده می شود الزام موجر به تنظیم سند رسمی اجاره می تواند باشد.

صورت سوم، شامل موردی است که مالک محل تجاری، ملک خود را با اجاره صرف در اختیار دیگری قرار می دهد. تنها چیزی که در این حالت موجر از مستأجر دریافت می کند، اجاره بهای عین مستأجره است، و هیچ گونه پیش پرداختی تأدیه نمی گردد.

در صورتهای اول و دوم منتقل^۱ الیه دارنده جدید حق سرقفلی شده و مالک قبلی از این جهت نمی تواند ادعایی داشته باشد. از این نوع سرقفلی که اغلب با پرداخت عوض و با طیب نفس صاحب حق به دیگری منتقل می شود، می توان به سرقفلی مالکانه تعبیر کرد. صاحب این حق مجاز است که حق خود را مورد معامله قرار دهد و به نرخ روز انعقاد عقد جدید، عوض آن را از منتقل^۱ الیه ثانی اخذ نماید و یا در صورت تخلیه ملک که در حالت دوم پیش می آید، قیمت سرقفلی را به نرخ زمان تخلیه از موجر مطالبه کند.

در صورت سوم، بدون آنکه مستأجر وجهی به عنوان سرقفلی به موجر بدهد، حین تخلیه ملک از او مطالبه حق سرقفلی می نماید و چه بسا در این موارد مجموع اجاره بهای پرداختی مستأجر درصد ناچیزی از سرقفلی ادعایی او را تشکیل دهد.

بحث ما در این باب بررسی اعتبار این گونه سرقفلی است که اخذ آن در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ تجویز شده است.

طرح بحث

قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر در دوم مردادماه ۱۳۵۶ ملغی گردید. قانون اخیرالذکر، هم شامل اماکن استیجاری تجاری و محلهای کسب و هم شامل اجاره و استیجاره اماکن مسکونی بود. تا اینکه در سیزدهم اردیبهشت ماه ۱۳۶۲ مجلس شورای اسلامی مقررات جدیدی را به نام «قانون روابط موجر و مستأجر» مورد تصویب قرار داد. با توجه به مواد اول و پانزدهم این قانون که مقرر شده است «اماکنی که برای سکونت با تراضی با موجر به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری به منظور اجاره به تصرف متصرف داده شده یا بشود اعم از اینکه سند رسمی یا سند عادی تنظیم شده یا نشده باشد مشمول مقررات این قانون و قانون مدنی است»، معلوم می‌گردد که حاکمیت قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ درخصوص اماکن تجاری و کسبی استیجاری به قوت خود باقی بوده، قانون جدیدالتصویب فقط شامل اجاره اماکن مسکونی است.

در قانون حاکم بر اجاره محلهای کسب و پیشه و تجارت، فصلی در دو ماده به حق کسب یا پیشه یا تجارت اختصاص داده شده است و در بعضی از مواد دیگر این قانون نیز مانند ماده ۱۵ این عنوان به طور پراکنده دیده می‌شود.

مادتین ۱۸ و ۱۹ قانون مورد بحث مسائلی را راجع به حق کسب یا پیشه یا تجارت مطرح می‌سازد و از جمله ماده ۱۹ در فراز دوم مقرر می‌دارد:

«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 تخلیه 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 دفترخانه تنظیم کننده سند اجاره‌نامه سابق یا دفترخانه نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود. مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم مقام مستأجر سابق خواهد بود.»^{۲۷}

همان طور که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این ماده برای مستأجری که محل کسبی را به اجاره صرف در اختیار گرفته است بدون آنکه سرقفلی محل را معامله کند و آن را برای خود انتقال دهد، حق کسب و پیشه و تجارت شناخته و آن را قابل مطالبه از مالک و مستأجر ثانی دانسته است. پذیرش سرقفلی برای این قبیل مستأجران حسب اعلام فقهای شورای نگهبان فاقد عنوان شرعی قلمداد شده و حکم آن به کتاب تحریرالوسیله احاله گردیده است.^{۲۸} مطابق کتاب تحریرالوسیله در چنین حالاتی اجذ و جوهی به عنوان سرقفلی و همچنین بقای مستأجر در عین مستأجره بدون رضای مالک حرام شمرده شده و ید او ضمانتی تلقی گردیده است.^{۲۹}

با توجه به این نظر که از طرف فقهای شورای نگهبان با اختیارات حاصله از اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعلام گردیده است، باید دید که آیا هنوز ماده ۱۹ و بقیه مواد مربوط به

۲۷. روزنامه رسمی، شماره ۹۵۱۸، مورخ ۱۳۵۶/۶/۱.

۲۸. نظریه شماره ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ فقهای شورای نگهبان:

«حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیرمذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی باشد باید طبق تحریرالوسیله عمل شود. در سایر مواد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود.»

۲۹. امام خمینی: تحریرالوسیله [نشر مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۳۶۳]، ص ۵۵۳.

پذیرش حق کسب و پیشه و تجارت مستأجر از لحاظ نظام حقوقی ایران به قوت خود باقی است یا نه؟ به دیگر سخن، می‌خواهیم ببینیم که آیا پس از اعلام نظر کتبی شورای نگهبان مبنی بر عدم مطابقت و یا مخالفت مقرراتی از قوانین رژیم گذشته با موازین اسلامی، باز این مقررات قابل استناد هستند یا خیر؟ چنانچه این قبیل مقررات اعتبار خود را از دست می‌دهند با چه دلیل حقوقی می‌توان بر آن استدلال کرد؟

مبحث اول

تأثیر نظرات شرعی شورای نگهبان در اعتبار قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب اسلامی

الف. تعیین قلمرو اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

اصل چهارم قانون اساسی حاوی یک الزام بسیار مهمی است و آن اینکه مقرر داشته است: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد...»

مطابق قسمت اخیر این اصل، تشخیص مطابقت و مغایرت قوانین مدونه با معیارهای شرعی، برعهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است. ملاحظه اصول نود و یکم و نود و ششم قانون اساسی که تأکید بر بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی در این شورا می‌کند، علی‌الظاهر جایی برای نظارت شورای مذکور بر مقررات موضوعه رژیم پیشین نگذاشته است.^{۳۰} اما قبول این نظر با سیاق عبارتی که در تدوین اصل چهارم

۳۰. اصل نود و یکم قانون اساسی:

«به منظور پاسداری از احکام اسلامی و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس

قانون اساسی به کار رفته دشوار است. این اصل با چند تأکید، از جمله آوردن کلمه «کلیه» و نام بردن مهمترین قوانین جاریه، خود را بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم دانسته است. بنابراین به آسانی می توان گفت که اختیار فقهای عضو شورای نگهبان محدود و منحصر به بررسی و تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی نیست و آنها می توانند عنداللزوم عدم انطباق مقررات سابق را نیز با موازین اسلامی اعلام نمایند.^{۳۱} قطع نظر از اینکه برداشت فوق، اقتضای منطقی یک نظام مذهبی است، عملکرد چند ساله شورای نگهبان نیز قانوناً می تواند دلیل صحت اعتقاد مزبور باشد، زیرا مرجع تفسیر قانون اساسی به موجب اصل ۹۸ این قانون، شورای نگهبان شناخته شده و مفروض این است که شورای موصوف بهتر از هر شخصیت و یا هیأتی به روح قانون فوق آشنایی دارد. بدین لحاظ نمی توان مدعی شد که اعلام نظر شورای نگهبان در رابطه با عدم مطابقت برخی مقررات

شورای ملی (اسلامی) با آنها شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می شود:

۱-

۲-

اصل نود و ششم قانون اساسی: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی (اسلامی) با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی برعهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.»
 ۳۱. شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۰/۱/۲۵ در پاسخ نامه ای به شورای عالی قضایی اظهار داشته است:

«مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می داند جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید.»

(سید جلال الدین مدنی: حقوق اساسی [نشر سروش، ۱۳۶۶]، ج ۴ / ص ۴۶)

سابق، خارج از صلاحیت صورت می‌گیرد و به همین دلیل معلوم می‌شود که اظهار نظر فقهای شورای نگهبان در رابطه با حق کسب و پیشه و تجارت، در چهارچوب اختیارات قانونی شورا است و عمل آنها تجاوز به اختیارات قوه قانونگذاری محسوب نمی‌شود.

ب. اعتبار و قابلیت اجرایی قانونی که مخالفت آن با موازین شرعی از طرف شورای نگهبان اعلام می‌گردد:

برای بررسی اعتبار مقرراتی که از طرف شورای نگهبان عدم مطابقتشان با موازین شرعی اعلام می‌گردد، نظریه‌های ذیل را می‌توان فرض کرد و آنها را مورد ارزیابی قرار داد:

• نظریه اول:

چون علی‌القاعده نسخ قوانین و مقررات فقط از طرف مرجع قانونگذاری هم‌تراز و واضع آنها و یا مرجع بالاتر امکان‌پذیر است^{۳۲}، و مسلم نیست که از حیث قانونگذاری و نسخ، شورای نگهبان مرجعی بالاتر باشد، بنابراین تا زمانی که هر کدام از قوانین سابق توسط مرجع صلاحیت‌دار قانونگذاری به طور صریح یا ضمنی نسخ نشده به قوت و اعتبار خود باقی است.^{۳۳}

۳۲. عبدالقادر عوده: التشریح الجنائی الاسلامی (مقارناً بالقانون الوضعی) الجزء الاول [مؤسسة الرسالة (بیروت)، الطبعة السادسة ۱۹۸۵]، ص ۲۳۳، شماره ۱۹۳، بند ۱۳: «لأن القاعدة الاساسیه... أن النصوص لا یسسخها إلا نصوص فی مثل قوتها أو اقوی منها...» (ناصر کاتوزیان: مقدمه علم حقوق [نشر دانشگاه تهران ۱۳۵۲] ص ۱۲۵ به بعد).

۳۳. کمیسیون استفتاءات دادگستری در پاسخ نامه شماره ۶۸۲۳ مورخ ۶۱/۶/۲۲ دادگستری شهرستان بهبهان و پیروهای آن گفته است:

«... و به عبارت وسیع‌تر و واضح‌تر اینکه استناد به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ و اجرای مواد آن، مادامی که از سوی قوه مقننه منسوخ اعلام نشده بلا اشکال

این نظر با ظاهر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی که مقرر داشته است «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد» هماهنگی دارد؛ زیرا مجال استناد حکم به فتاوی زمانی است که حکم دعاوی در قوانین مدونه یافت نشود، و قانون غیرمنسوخه از قوانین مدونه و موضوعه محسوب می شود. قبول این نظر دشوار و مبانی آن ضعیف است، به این دلیل که عقیده مزبور از راه قواعد کلی حقوقی و با توجه به اصول مورد احترام در سیستمهای حقوقی جهان و بدون ملاحظه خصوصیات موجود نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران استنتاج گردیده است. درست است که نسخ قوانین موضوعه توسط قوه قانونگذاری به عمل می آید ولی در حقوق ما علاوه بر این روش که طریق معمول اکثر نظامهای حقوقی جهان است، راه دیگری نیز برای ابطال و بی اعتباری قوانین پیش بینی شده و آن اعلام عدم مطابقت قانون با موازین شرعی از طرف شورای نگهبان است. این رویه از ویژگیهای یک نظام حکومتی مذهبی است که به علت سمت گیری آن به سوی اعمال مقررات دینی، مرجع مذهبی معینی را جهت بررسی مطابقت و همسویی مقررات مورد عمل جامعه با قواعد مقدس، مأمور این کار قرار دهد. علیهذا فتوای صادره از این هیأت قانونی پیش بینی شده در قانون اساسی

همین کمیسیون پس از اعلام نظر شورای نگهبان در رابطه با حق کسب و پیشه و تجارت در پاسخ نامه دیگر ریاست دادگستری شهرستان بهبهان (نامه شماره ۵۰۲۸ مورخ ۱۳۶۳/۸/۸) در تاریخ ۶۳/۸/۲۴ از قول شورای عالی قضایی گفته است که: «نظر شورای محترم عالی قضایی این است که در این موارد طبق قانون عمل گردد».

بدیهی است که منظور شورای عالی قضایی از عمل به قانون، مراعات و اجرای قانون روابط موجر و مستأجر بوده است نه عمل به سیستم قانونی کشور.

جمهوری اسلامی ایران (فقهای شورای نگهبان) از نوع فتاوی رایج و مورد نظر در اصل یکصد و شصت و هفتم نیست که در صورت فقدان قانون مدون مورد استناد قرار گیرد.

• نظریه دوم:

اعتبار داشتن و صحت اجرای قوانین سابق که مخالفت مدلول آنها با موازین اسلامی اعلام شده، نه به دلیل اعتقاد به عدم نسخ این قبیل مقررات است، بلکه به علت این است که افراد در انعقاد قراردادها با تراضی خود را ملتزم به اجرای جمیع احکام مقرر در قانون حاکم بر قرارداد کرده‌اند و اقتضای این نوع توافق که به مثابه شرط در ضمن عقد لازم می‌باشد، اجرای تعهدات حاصله است. در خصوص معتبر بودن مفاد مادّین ۱۸ و ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر متضمن قبول سرقفلی برای مستأجر صرف محل کسب و تجارت علی‌رغم نظر شورای نگهبان، می‌توان گفت که علی‌ای حال موجران و مستأجران اماکن کسب و پیشه و تجارت با علم و اطلاع به مقررات قانون روابط موجر و مستأجر، ولو به نحو اجمال، اقدام به عقد قرارداد اجاری نموده‌اند. در این صورت، بنای طرفین التزام و تبعیت از تمام آثار و لوازم مقرر در قانون بوده که از جمله آثار و لوازم قانون حاکم بر روابط استیجاری در اماکن محل کسب و تجارت، تأدیه سرقفلی به مستأجر است و عقد اجاره مبنیاً بر آن واقع شده است.

قبول این نظر نیز خالی از اشکال نیست، زیرا قطع نظر از اینکه طرفین عقد اجاره حین تنظیم و انعقاد قرارداد غالباً اطلاعی از مقررات قانون روابط موجر و مستأجر نداشته و نتیجتاً احکام آن را وارد قرارداد خود نکرده‌اند، بعضاً در قانون مورد بحث احکامی وجود دارد که با مبانی شرعی در تضاد است، مثل بقای مستأجر در عین مستأجره پس از انقضای

مدت قرارداد و برخلاف میل موجر. تجویز عمل به امر نامشروع با ظاهر و روح قانون اساسی مباینت کامل دارد^{۳۴} و در هیچ عصری از اعصار اجازه تغییر و تبدیل در احکام دین حنیف داده نشده است.^{۳۵}

• نظریه سوم:

ممکن است گفته شود که سرقفلی مستأجر حق مکتسب اوست^{۳۶} و چنین استدلال شود که برای مستأجر محل کسب و پیشه و تجارت براساس حکومت قانون قبل از اعلام نظر شورای نگهبان حقی ایجاد شده است و قانون جدید نمی تواند حقوق تحصیل شده افراد را نادیده بگیرد.^{۳۷}

این نظر هم نمی تواند مورد قبول قرار گیرد، زیرا هرچند که

۳۴. از مفهوم مخالف نامه مورخ ۶۱/۷/۱۷ شورای نگهبان خطاب به شورای عالی قضایی که اظهار داشته است: «... اجرای سایر قوانین مادام که مخالفت آن با موازین اسلامی اعلام نگردیده موقتاً بلا مانع است»، معلوم می شود که از نظر شورای نگهبان همینکه مخالفت قانونی با موازین اسلامی اعلام گردید عمل به آن جایز نیست.

۳۵. عبدالقادر عوده: همان مأخذ، ص ۲۳۳:

«ان الشریعة الاسلامیه هی الدستور الأساسی للمسلمین... فکل ما یوافق هذا الدستور فهو صحیح وکل ما ینحالف هذا الدستور فهو باطل، مهما تغیرت الأزمان و تطورت الآراء فی التشریع، لأن الشریعة جاءت من عند الله علی لسان رسوله لیعمل بها فی کل زمان و کل مکان فتطبیقها لیس محدوداً بزمن ولا مقصوراً علی اشخاص أو أجيال أو اجناس و هی واجبة التطبيق حتی تلغی أو تنسخ...».

۳۶. «حق مکتسب حقی است که تحت شرایط قانون معینی به دست آمده است و آن شرایط قانونی عوض شده است و با این حال آن حق به اعتبار شرایط زمان حدوث آنها معتبر باید شناخته شود.» (محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۳۹، شماره ۱۹۰۲).

۳۷. ماده ۴ قانون مدنی:

«اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد.»

اجرای قانون جدید در مورد قراردادهای سابق امری استثنایی و خلاف اصل است، ولی هرگاه نظم عمومی اقتضا کند که قانون شامل روابط حقوقی گذشته نیز بشود، حقوق افراد مانعی در این راه به وجود نخواهد آورد. به عبارت دیگر، هرگاه نظم عمومی و یا موازین شرعی طلب کند، اجرای فوری قانون لازم است و به حقوق افراد اعتنایی نباید کرد.^{۳۸}

مراعات این امر و عدم قبول حق مکتسب وقتی که پذیرش و احترام آن مغایر احکام شرعی است، در نظام حقوقی ما قویاً لازم است، کما اینکه عطف به ماسبق نشدن قوانین و محترم شمردن حقوق مکتسب افراد که در حقوق کیفری به شدت جریان دارد^{۳۹}، نتوانسته است مجازات افرادی را که قبل از تصویب مقررات حدود و قصاص و در زمان حکومت قانون مجازات عمومی سابق مرتکب جرمی شده و تا زمان اجرای مقررات جدید التصویب به طور قطعی محکوم نشده اند از حیطة اجرای این مقررات بیرون ببرد.^{۴۰}

ج. عدم پذیرش سرقتی برای مستأجر در ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵:
در این ماده واحده قانونگذار مقرر داشته است:

۳۸. ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ص ۱۸۷ و تعارض قوانین در زمان (حقوق انتقالی)، [نشر مدرسه عالی بیمه تهران، ۱۳۵۵] ص ۱۹ و ۴۴.

۳۹. Nullum crimen sine lege-Nulla poena sine lege

عبدالحسین علی آبادی: حقوق جنایی [نشر فردوسی، چاپ اول، ۱۳۶۷] ج ۳/ ص ۱.
پرویز صانعی: حقوق جزای عمومی [چاپ دانشگاه ملی ایران (شهید بهشتی)، ۱۳۵۱]،
ج ۱/ ص ۱۲۰.

۴۰. رأی وحدت رویه شماره ۴۵ - ۱۳۶۵/۱۰/۲۵.

«ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را برطبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می باشد که از صدر اسلام تشریح شده اند...»
(مجموعه قوانین سال ۱۳۶۵، نشر روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۷۱۸).

«از تاریخ تصویب این قانون کلیه اماکن استیجاری که با سند رسمی بدون دریافت هیچ گونه سرقفلی و پیش پرداخت به اجاره واگذار می شود، در رأس انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه آن می باشد مگر آنکه مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود. در صورت تخلف، دوایر اجرایی ثبت مکلف به اجرای مفاد قانون هستند.»

ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر علاوه بر موارد فسخ اجاره (ماده ۱۴)، در سه مورد به موجر اجازه داده است که پس از انقضای مدت اجاره درخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت را از دادگاه بنماید.^{۴۱} با تصویب این ماده واحده با جمع سه شرط: ۱) مقدم نبودن تاریخ انعقاد قرارداد اجاره بر تاریخ تصویب قانون، ۲) تنظیم سند رسمی اجاره، ۳) عدم دریافت هیچ گونه سرقفلی و پیش پرداخت از طرف موجر، موجبی بر موجبات تخلیه مذکور در ماده ۱۵ اضافه گردیده است بدون آنکه قانونگذار از پرداخت و یا عدم پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر سخنی به میان بیاورد. ممکن است گفته شود که منظور قانونگذار از وضع این ماده دادن اطمینان به مالکان بوده و می خواسته است به آنها اجازه دهد که بدون احراز یکی از موارد مندرج در ماده ۱۵ مذکور پس از انقضای مدت قرارداد هر وقت خواست، از طریق دادگاه یا

۴۱. «ماده ۱۵. علاوه بر موارد مذکور در ماده قبل در موارد زیر نیز پس از انقضای مدت اجاره درخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت از دادگاه جایز است:

۱. تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید مشروط بر اینکه پروانه ساختمانی یا گواهی شهرداری مربوط ارائه شود...

۲. تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب یا پیشه یا تجارت؛

۳. در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد و مالک برای سکونت خود یا اولاد یا پدر یا مادر یا همسر خود درخواست تخلیه نماید.

در موارد سه گانه فوق دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز حکم خواهد داد.»

دوایر اجرایی ثبت، مستأجر را ملزم به تخلیه عین مستأجره نماید و این ماده چیزی را زائد بر اضافه کردن موجبی بر موجبات تخلیه نمی‌رساند. مطابق این نظر، موجر مانند سایر موارد تخلیه موظف به پرداخت حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر خواهد بود و حکم ذیل ماده ۱۵ مبنی بر تأدیه سرقفلی به مستأجر اختصاص به موارد سه‌گانه تخلیه در این ماده ندارد.

برداشت فوق از ماده واحده صحیح نیست، زیرا گذشته از اینکه مفاد اصل چهارم قانون اساسی اجازه چنین برداشتی را نمی‌دهد، ماده مورد بحث به تأیید شورای نگهبان رسیده^{۴۲} و اصل بر عدم عدول این شورا از نظر قبلی خود مبنی بر مشروعیت نداشتن مطالبه سرقفلی از طرف مستأجر است.

د. تکلیف موضوعاتی از مقررات سابق که حکم خلاف شرع داشته‌اند:

از مباحث پیشین روشن شد که شورای نگهبان قانوناً حق اعلام بی‌اعتباری مقررات خلاف شرع رژیم قبلی را دارد. حال می‌خواهیم ببینیم که در صورت توقف و بلااجرا شدن این قسم مقررات، تکلیف موضوعات مرتبط به آنها چه می‌شود؟ در پاسخ باید گفت که چون قانون اساسی نظر شورای نگهبان را قاطع شناخته است^{۴۳}، در چنین مواردی راه حل حقوقی قضایا در درجه اول توسل به روح قوانین و اصول حقوقی، و در درجه دوم استمداد از کتب معتبر فقهی و فتاوی فقهاست (اصل ۱۶۷ قانون اساسی).^{۴۴} مع الوصف سزاوار آن است که هماهنگ و

۴۲. ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر در تاریخ ۱۳۶۵/۸/۲۱ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است.

۴۳. سید جلال‌الدین مدنی: همان مأخذ، ص ۴۷.

۴۴. باید توجه داشت که در مسائل کیفری رعایت قاعده قبح عقاب بلا بیان مانع از تمسک به روح قوانین و اصول حقوقی است (پرویز صائمی: همان مأخذ، ص ۱۲۰ به بعد).

همزمان با اخذ نظر شورای نگهبان، تدابیری اتخاذ گردد که قوانین جانشین پیاده شود و تکلیف موضوعات را روشن نماید.

مبحث دوم

رویه محاکم

ملاحظه آرای صادره از دادگاه‌های عمومی حقوقی دو که مراجع صلاحیت دار رسیدگی به دعاوی راجع به روابط موجر و مستأجر هستند^{۴۵}، حکایت از آن دارد که اکثریت قریب به اتفاق شعب این دادگاه‌ها مفاد ماده ۱۹ قانون سابق الذکر را معتبر دانسته، برخلاف نظر شورای نگهبان، مستأجر محل تجاری را محق به دریافت سرقفلی از موجر می‌شمارند. درحالی که با اعلام نظر قاطع شورای نگهبان، ماده مزبور از اعتبار افتاده و از دور قوانین مدون خارج گردیده است و محملی بر عملکرد محاکم نمی‌توان یافت. بعلاوه این رویه خلاف اصل تقدم قانون اساسی بر قوانین عادی است و از موجبات تجدیدنظر و نقض حکم به شمار می‌رود.

جای شگفتی است که دادگاه‌های مزبور روزبه‌روز نظر خود را در این باره تعمیم داده، درصددند که مفهوم وسیع‌تری را از سرقفلی و عوامل سازنده آن مورد نظر قرار دهند، همچنانکه در یک تحول عجولانه، مطب و دفتر وکالت را، از حیث تعلق سرقفلی، محل کسب و پیشه و تجارت به شمار آورده‌اند.^{۴۶} اگرچه تأثیر محل کار افرادی مثل پزشک و

۴۵. قانون تشکیل دادگاه‌های حقوقی یک و دو مصوب ۱۳۶۴/۹/۳، بند ۸، ماده ۷. (فقط در مطالبه اجور نصاب دادگاه حقوقی دولازم‌الرغایه است.)

۴۶. نظر اعلام شده اکثریت قریب به اتفاق دادرسان محاکم مذکور چنین است:

«چون مطب یا دفتر وکالت عرفاً محل سکونت نیست بلکه محل کار و درآمد تلقی می‌شود و از نظر مقررات مالیاتی و نظام پزشکی، طبابت و وکالت نوعی شغل و پیشه و ←

وکیل در جمع‌آوری مراجعان انکارناپذیر است و دیریا زود محل اجاره‌سازان این قبیل مشاغل در دنیا مشمول مقررات سرقفلی خواهد شد، لیکن انتظار نمی‌رفت که قبل از حل ابهام اصل مسائل سرقفلی، دادگاه‌های ما چنین طریقی را درپیش بگیرند. وقتی شورای نگهبان نظر به عدم جواز اخذ سرقفلی از طرف مستأجر می‌دهد، بدیهی است که برای محکمه در جهت تضییق و تحدید دامنه پدیده مورد بحث ایجاد الزام می‌کند نه در جهت توسعه و گسترش آن. زمانی که در حقوق فرانسه که یکی از خاستگاه‌های اصلی پدیده سرقفلی است برای مستأجر پمپ بنزین به آسانی نمی‌توانند حق کسب و پیشه یا تجارت قائل شوند^{۴۷}، اعتقاد بر تعلق این حق به اشخاصی مثل وکیل و پزشک در حقوق ایران به سادگی قابل توجیه نخواهد بود.^{۴۸}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

دارای جنبه انتفاعی است و با توجه به اینکه 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 و این معنی در خصوص پزشک و وکیل نیز صادق است، علیهذا مطب و دفتر وکالت در حکم محل سکنی نیست و به اعتبار پیشه بودن وکالت و طبابت و جنبه انتفاعی داشتن، سرقفلی به آن تعلق می‌گیرد...»

(دادگستری جمهوری اسلامی ایران: مجموعه نظرات قضات دادگاه‌های حقوقی دوی تهران نسبت به مسائل حقوقی مطروحه در سال ۱۳۶۶، تدوین و نگارش یوسف نوبخت، ص ۱۴).

47. A. Jauffret: Rep Com, Dalloz, V, Fonds de commerce, no 210.
Civ 3e, 13 Févr. 1980, Bull III, p, 26, no 37.

۴۸. کمیسیون استفتاءات دادگستری در پاسخ نامه شماره ۵/۵۴۴۹ مورخ ۶۱/۸/۱ ریاست شعبه ۵ دادگاه صلح رشت اعلام داشته است: «... اماکنی مانند مطب، دفتر اسناد رسمی و دفتر شرکتهایی که به امور تجارتنی اشتغال ندارند تابع مقررات مربوط به محل سکنی می‌باشد.»



پښتونستان ښار ښار
پښتونستان ښار ښار