

## گزارش آخرین نشست قضایی استان

# پاسخ به پرسش‌های ۲۶۶ تا ۲۶۸

تنظیم: حمید مهدی پور

رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات): توقیف و ابطال عملیات اجرایی در طول هم هستند. با صدور قرار توقیف، متعاقب آن ابطال اجرائیه مطرح است. بهتر است اداره ثبت اسناد نیز طرف دعوی قرار گیرد همانطوری که در تقاضای اعسار دادستان هم طرف دعوی قرار می‌گیرد، لیکن به چیزی محکوم نمی‌شود.

نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۱/۱۲/۷):

با توجه به مفهوم مخالف، قسمت اخیر ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی و صراحت ماده یک قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲ هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته یا از جهت دیگری شکایت از دستور اجرای سند رسمی داشته باشد می‌تواند به ترتیب مقرر در آیین دادرسی مدنی اقامه دعوی نماید» و با توجه به اینکه برابر ماده ۶ قانون اخیر الذکر، اداره ثبت ذی نفع در قضیه مطروحه نبوده و خساراتی که مستوجب تأذیه باشد متوجه اداره مذکور نیست. لذا نیازی نیست که طرف دعوی قرار گیرد. بنابراین طرح دعوی فقط به طرفیت متقاضی عملیات اجرایی کافی است. نکته دیگر اینکه اجرای ثبت صرفاً بر اساس اسنادی که (مثلاً اسنادی که در مورد مطالبه مهریه) متقاضی ارائه می‌نماید اجرائیه صادر می‌نماید، اما تشخیص صحت و سقم اسناد ارائه شده با مرجع صالح قضایی است.

سؤال ۲۶۷- با توجه به این که از نظر مقررات فقهی و قانونی (قانون موجر و مستأجر سال ۷۶) بین حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی تفاوت می‌باشد، آیا فردی که به عنوان مستأجر به علت تخلف به تخلیه محکوم شده و از حق کسب یا پیشه یا تجارت محروم گردیده می‌تواند مستقلاً دعوی مطالبه حق سرقتی مندرج در قرارداد اجاره به نرخ عادلانه روز نماید؟

حمزه نژاد (مجمع قضایی ولیمصر ۳۳): حق کسب و پیشه یک حق تدریجی الحصول است، چه در قرارداد ذکر شده باشد و چه نشده باشد. اما سرقتی یک مفهوم حقوقی است که تابع قرارداد است. یعنی اگر در قرارداد

شکایت داشته باشد یا اینکه تقاضای وی علیه خواننده یا نحوه عملیات مذکور مرتبط باشد هر دو باید خواننده قرار گیرند.

کیان و گلی پور: در صورتی که به نحوه عملیات اجرایی اعتراض داشته باشد و فقط توقیف عملیات را بخواهد لازم نیست اداره ثبت خواننده باشد. اما اگر ابطال را بخواهد لازم است که اداره ثبت خواننده قرار گیرد. ماده ۴ قانون فوق می‌گوید: منظور از دعوی همان دعوی در ماهیت است.

امیرسلیمانی: همانطوری که در بحث ابطال سند نیاز به این است که اداره ثبت را خواننده قرار بدهیم در ابطال عملیات اجرایی نیز لازم است و طبق ماده «۵» درخواست توقیف عملیات اجرایی به صورت مستقل ممکن نیست.

نظریه اکثریت قضات دادگستری رباط کریم: در هر حال باید اجرای ثبت به عنوان خواننده طرف دعوی قرار گیرد.

آدابی (دادگستری شهرری): بایستی بین توقف و ابطال عملیات اجرایی قائل به تفکیک شویم. بحث توقف در زمانی است که عملیات اجرایی در حال انجام است و ابطال زمانی است که عملیات اجرایی تمام شده است. بنابراین طرح دعوی علیه اجراء ثبت نیز لازم است.

قریانوند (مجمع قضایی شهید بهشتی): اکثریت همکاران معتقد بودند با توجه به ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی دعوی به طرفیت شخص متقاضی عملیات اجرایی کافی است. زیرا که اثر اقدام دادگاه متوجه طرفین است و اداره ثبت ذی نفع نیست، لذا نیازی نیست اداره ثبت هم طرف دعوی قرار گیرد. رفیعی (مجمع قضایی صادقیه): از ماده ۶ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت استنباط می‌شود که متقاضی عملیات اجرایی باید طرف دعوی قرار گیرد. زیرا که طرفین باید کسانی باشند که نفع و ضرری در دعوی داشته باشند. در مانحن فیه اداره ثبت ذی نفع نیست.

سفلانی (دادگستری هشتگرد): نظر همکاران به اتفاق این بود که اداره ثبت نباید طرف دعوی قرار گیرد. در غیر این صورت اداره ثبت باید مرتب پاسخگو باشد و نفعی هم ندارد.

سؤال ۲۶۶- آیا طرح دعوی توقیف و ابطال عملیات اجرایی ثبت به طرفیت اداره اجراء ثبت اسناد لازم می‌باشد یا صرف طرح دعوی علیه شخصی که متقاضی عملیات اجرایی است کافی است؟

صدقی (مجمع قضایی شهید محلاتی): طرح دعوی متفرع بر این است که شخص خواننده ذی نفع و ذی سمت باشد. در دعوی ابطال عملیات اجرایی بر فرض که شکایت در حد اصول ماده ۱ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت مصوب ۱۳۲۲ باشد. اداره اجراء ثبت اسناد هیچ نفع یا ضرری در قضیه ندارد تا طرف دعوی قرار گیرد و مهمتر از همه آن که اجراء ثبت صرفاً بر اساس اسنادی که متقاضی ارائه می‌دهد اجرائیه صادر می‌کند و صحت و سقم آن با مرجع صالح قضایی است. بنابراین دعوی عملیات اجرایی (دستور اجرای اسناد رسمی) به اداره اجراء ثبت توجهی ندارد.

پورنوری (مجمع قضایی امام خمینی ۵۹): ماده یک قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت می‌گوید: هر کس دستور اجرای اسناد رسمی را مخالف با مفاد سند یا مخالف قانون دانسته و از دستور اجرای سند رسمی شکایت داشته باشد به ترتیب مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی طرح دعوی می‌نماید. بنا به مراتب فوق اداره ثبت و فردی که ذی نفع اجرایی است یعنی تقاضا کننده اجرائیه باید حتماً طرف دعوی قرار گیرد.

حمزه نژاد (مجمع قضایی ولیمصر ۳۳): چون دعوی ادعای حقی است که مورد انکار واقع شده باشد در واقع اداره ثبت نیست، که باید پاسخگو باشد، بلکه شخص متقاضی عملیات اجرایی است که باید پاسخگو باشد. لذا در فرض سؤال، طرح دعوی علیه شخص متقاضی عملیات اجرایی کافی است. رحمانی (دادگستری رباط کریم): نظریه چند تن از قضات و سپس نظریه اکثریت به شرح ذیل ارائه می‌شود:

گوهرری: قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲ موارد را مشخص کرده و ارجاع به قانون آیین دادرسی مدنی نموده. لذا با توجه به اینکه اجرای ثبت ذی نفع نیست، لازم نیست به عنوان خواننده طرف دعوی قرار گیرد.

کریمی: چنانچه فردی از نحوه عملیات اجرایی

ذکر نشود هیچ حقی برای مستأجر متصور نیست. اما آیا برای مستأجر در عین مستأجره حقی تحت عنوان حق کسب و پیشه متصور است یا خیر؟ باید گفت قانون سال ۷۶ موجر و مستأجر در خصوص سرقفلی است و در باب حق کسب و پیشه وارد نمی شود که ما بگوییم آن را نقض کرده است. حق کسب و پیشه با کار فرد حاصل می شود و با سرقفلی فرق دارد. سرقفلی را در واقع می خرند و با سپرده و ودیعه فرق دارد. یعنی سپرده و ودیعه را حین الاسترداد می بایست به نرخ روز محاسبه کرد. ولی سرقفلی را فرد خریداری می کند. قسمت هایی از مطالب جمع آوری شده در ارتباط با سؤال مطروحه توسط ریاست شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی تهران.

نظریه فقها در خصوص ماهیت سرقفلی  
تعریف فقهی سرقفلی چیست؟ آیا همان حق کسب و پیشه است؟

آیت اله میرزا جواد آقا تبریزی: سرقفلی حقی است متعلق به ملک مثل حق ریشه که مالک می تواند در عوض مالی آن را به دیگری واگذار کند به طوری که آن شخص دیگر بتواند ملک را برای خود اجاره کند و یا حق مزبور را در قبال گرفتن مال به دیگری واگذار کند که دیگری اجاره نماید.

آیت اله سیدعلی سیستانی: سرقفلی اصطلاح فقهی نیست. ولی برای آنچه در عرف سرقفلی نامیده می شود راه حل فقهی وجود دارد که تفصیل آن را می توانید در توضیح المسائل چاپ اخیر در ملحقفات قسمت ۱۶ به عنوان سرقفلی بخوانید.

آیت اله موسوی اردبیلی: سرقفلی تعریف فقهی ندارد. ولی در عرف فعلی بازار مفهوم گرفتن (سرقفلی) این است که مستأجر حق داشته باشد هر قدر خواست محل اجاره را در اختیار داشته باشد و از هر کس خواست پول بگیرد و محل را به او واگذار کند و صاحب محل نه حق اخراج او را داشته باشد و نه مانع واگذاری او شود. فقط گاهی صاحب ملک شرط می کند که در مقابل موافقت واگذاری از طرف دوم یا سوم مبلغی پول بگیرد. همه این مطالب اگر به صورت لفظی هم نباشد مفهوم آن گرفتن سرقفلی است و معامله مبتیاً علیه انجام می شود و این صحیح و شرعی است.

آیت اله نوری همدانی: اگر محل اجاره شود و در اثر فعالیت مستأجر و حسن مدیریت او آن عمل مورد توجه و مراجعه مردم قرار گیرد برای مستأجر حقی به وجود می آورد که آن را سرقفلی می نامند.

در همین رابطه توجه خوانندگان را به سؤالات ۷ و ۳ و ۸ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۴ و نظرات اکثریت و اقلیت کمیسیون امور حقوقی و قضایی دادگستری استان تهران (جلد دوم مجموعه دیدگاه های قضایی قضات دادگستری استان تهران) جلب می نمایم.

سؤال وزارت امور اقتصادی و دارایی از شورای نگهبان و نظر مورخه ۶۱/۶/۳ فقهای شورای نگهبان در مورد حق کسب و پیشه:  
شورای نگهبان، موضوع: سرقفلی شعب استیجاری بانکها:

بر اساس ماده ۱۹ قانون مالک و مستأجر (هرگاه در اجاره نامه حق انتقال به غیر سلب شده و یا اجاره نامه ای 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 والا مستأجر می تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند). خواهشمند است به منظور حفظ منافع بانکها و نهائین دولت که دارای تعداد متناهی شعب استیجاری و بدون سرقفلی هستند و این شعب در حال حاضر ارزش زیادی دارد و با توجه به اینکه مفاد قراردادها از نظر قوانین اسلامی محترم است نظر آن شورا را اعلام فرمایید.

معاون امور بانکی وزارت اقتصادی و دارایی

بسم الله الرحمن الرحيم

معاونت امور بانکی وزارت امور اقتصادی و دارایی  
عطف به نامه شماره ۱۳/۱۱/۶۱-۳۳۵۵ به پست اسناد و اوراق مربوط به شکایت آقای... و فتوای حضرت امام خمینی مدظله اشعار می فرماید: ماده ۱۹ قانون روابط مستأجر و موجر (هرگاه در اجاره نامه حق انتقال به غیر سلب شده تا آخر ماده) شرعی نیست و اعتبار قانونی ندارد.

توضیح: در خصوص

مشروعیت حق کسب و پیشه یا به طور مصطلح سرقفلی به طور عام و کلی بدین معنی که مستأجر محل کسب و پیشه ولو مبلغی پرداخت نکرده و اثر مادی در محل کسب ایجاد نکرده باشد، حق داشته باشد، پس از پایان مدت اجاره برای تخلیه محل مبلغی را از مالک مطالبه و دریافت کند بحث

فراوانی وجود داشت و عموماً فتوی بر عدم مشروعیت مطالبه چنین وجهی بود. حضرت امام خمینی رضوان اله تعالی علیه نیز در آخر جلد دوم تحریر الوسیله تحت عنوان المسائل المستحدثه مبحث سرقفلی را مطرح و در مسئله (۱) مبحث سرقفلی می فرمایند:

«اجاره اعیان مستأجره اعم از مغازه، خانه و غیره اینها حقی را برای مستأجر ایجاد نمی کند به گونه ای که بعد از اتمام مدت اجاره موجر حق اخراج مستأجر را نداشته باشد و همچنین طول مدت اقامت و تجارت مستأجر در محل کسب یا وجاهت و قدرت تجاری مستأجر که موجب توجه افراد و مشتریان به محل کسب او می شود. حقی را برای مستأجر بر اعیان مورد اجاره ایجاد نمی کند. بنابراین پس از پایان مدت اجاره باید ملک را تخلیه و تسلیم صاحبش نماید و اگر بدون رضایت مالک در آن محل بماند غاصب و گناهکار است...»

و در مسئله (۲) می فرمایند: «اگر چنین مستأجری

این محل کسب را به دیگری اجاره دهد، این اجاره باطل است و اگر به عنوان مال الاجاره چیزی بگیرد حرام است...»

در مسئله (۳) نیز می فرمایند: «سرقفلی ای که این فرد غاصب در این صورت می گیرد حرام است...» آنچه که تحت عنوان سرقفلی گرفتن آن معنی ندارد مبلغی است که در ابتدای امر مالک هنگام اجاره دادن ملک خود به عنوان سرقفلی می گیرد امام خمینی<sup>(ع)</sup> در مسئله (۸) در این خصوص می فرمایند:

«مالک می تواند برای اجاره دادن محل هر مقدار را که بخواهد به عنوان سرقفلی از مستأجر بگیرد. چنانکه مستأجر نیز اگر حق اجاره به غیر داشته باشد در اثناء مدت اجاره می تواند ملک را اجاره دهد و برای اجاره دادن مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر دوم بگیرد. سرقفلی گرفتن مستأجر از موجر در بعضی موارد و تحت برخی عناوین پیش بینی شده است. مثلاً امام در مسئله (۷) می فرمایند: «اگر مستأجر ضمن عقد اجاره بر موجر شرط کند که محل را به دیگری اجاره ندهد و سال به سال با مال الاجاره متعارف به او اجاره دهد در این صورت برای تخلیه محل یا اسقاط این حق می تواند مبلغی را به عنوان سرقفلی بگیرد.»

به هر حال در موضوع مورد بحث شخصی که ملکش در اجاره بانک بود و برای تخلیه آن بانک مطالبه کسب و پیشه می کرد قضیه را دنبال می نمود که منجر شد به سؤال معاون امور بانکی وزارت امور اقتصادی و دارایی و پاسخ شورای نگهبان به شرحی که ذکر شد. لازم به تذکر است که شخص مزبور در این مورد استفتائی هم از حضرت امام<sup>(ع)</sup> به عمل آورده بود که متن استفتاء و پاسخ آن چنین است:

محضر مبارک حضرت مستطاب آیه اله العظمی امام خمینی دامت برکاته پس از اهداء عرض سلام. مستأجری که به عنوان سرقفلی به مالک چیزی نپرداخته و حق انتقال به غیر را هم نداشته آیا پس از منقضی شدن مدت اجاره حق اخذ سرقفلی جهت تخلیه دارد یا خیر؟

«بسمه تعالی، چنین حقی ندارد». محل مهر حضرت امام خمینی<sup>(ع)</sup> چنانکه دیدیم در نظریه شورای نگهبان نیز به این فتوای حضرت امام<sup>(ع)</sup> اشاره شده بود. بحث در مورد حق کسب و پیشه و شرعی بودن یا نبودن، ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر همچنان ادامه داشت و فقهای شورای نگهبان یک بار دیگر در تاریخ ۶۳/۵/۹ خلاف شرع بودن ماده مزبور را اعلام کردند. نظر فوق ضمن اظهار نظر در مورد چند ماده دیگر قانونی بدین شرح اعلام شد.

حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی

سرقفلی حقی است که مالک به ملک مثل حق ریشه آن را به دیگری واگذار کند به طوری که آن شخص دیگر بتواند ملک را برای خود اجاره کند

ندارد و اگر مقصود سرقفلی باشد باید طبق تحریر الوسیله عمل شود. در سایر موارد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود. مطلب همان است که قبلاً هم شورای نگهبان اظهار نظر کرده بود و این بار نیز به طور قاطع ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر و اخذ حق کسب و پیشه و تجارت را مغایر شرع اعلام کرد و موارد جواز اخذ سرقفلی را نیز موقوف به موارد ذکر شده در تحریر الوسیله حضرت امام (ره) نمود که نمونه‌ای از فتوای معظم له در این خصوص در قسمت فوق نقل شد. . . .

این نظر شورای نگهبان در مورد حق کسب و پیشه آن گونه که باید در عمل مقبول نیفتاد، دادگاه‌ها اکره داشتند که آن را بپذیرند. شورای عالی قضایی نیز از آن حمایت نمی‌کرد و به لحاظ مشکلات عملی که وجود داشت به دادگاه‌ها توصیه نمی‌کرد که وفق نظر شورای نگهبان عمل نموده و از اجرای ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر خودداری کنند. . . .

ماده واحده قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۵ آبان ۱۳۶۵ چنین مقرر می‌داشت: «از تاریخ تصویب این قانون کلیه اماکن استیجاری که با سند رسمی بدون دریافت هیچ گونه سرقفلی و پیش پرداخت به اجاره واگذار می‌شود در رأس انقضای مدت اجاره مستأجر موظف به تخلیه آن می‌باشد مگر آن که مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود در صورت تخلیف دوائر اجرای ثبت مکلف به اجرای مفاد قانون هستند».

این موضوع سرانجام به مجمع تشخیص مصلحت نظام کشیده شد و مجمع مزبور حق کسب یا پیشه یا تجارت را وفق قانون روابط موجر و مستأجر تثبیت و تأیید نمود و آن را به صورت ماده واحده قانونی در دی ماه ۱۳۶۹ بدین شرح تصویب نمود:

ماده واحده: در مورد «حق کسب یا پیشه یا تجارت» مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶ عمل شود.

ماده واحده الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب پانزدهم آبان ماه ۱۳۶۵ به قوت خود باقی است.

با این وصف ماده قانون ۱۹ روابط موجر و مستأجر احیاء شد و نظر فقهای محترم شورای نگهبان از اعتبار افتاد.

فراهانی (مجمع قضایی قدس): قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ بیان نموده مستأجر متخلف مستحق دریافت حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست. در قانون مصوب ۱۳۷۶ هم چیزی به عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت نداریم فقط سرقفلی است که تبصره ۲ ماده ۶ قانون اخیر تکلیف را روشن کرده است.

مرادی (مجمع قضایی خانواده): حق کسب یا پیشه یا تجارت تدریجی الحصول است و نیازی به ذکر آن در قرارداد نیست لیکن سرقفلی تابع قرارداد است؛ اگر در قرارداد ذکر نشود هیچ حقی برای مستأجر ایجاد نمی‌شود، حال با توجه به قرارداد سرقفلی و گذشت زمان آیا می‌توان حقی برای مستأجر در نظر گرفت؟

قانون صراحت ندارد اما می‌توانیم با وحدت ملاک و با توجه به تورم و ارزش پول مبلغ اضافی را لحاظ کنیم.

قربانوند (مجمع قضایی شهید بهشتی): برابر قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ می‌توان گفت در صورت تخلیف مستأجر اعم از اینکه سرقفلی پرداخت کرده باشد یا نکرده باشد مشمول حق کسب یا پیشه یا تجارت نخواهد بود.

صدقی (مجمع قضایی شهید محلاتی): برای پاسخ به سؤال مطروحه باید به دو مطلب پاسخ داده شود؛ اولاً مستأجری که سرقفلی پرداخت کرده علی‌رغم تخلیف از شرایط قرارداد اجاره (با فرض اینکه قرارداد مشمول قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ می‌باشد) حق مطالبه سرقفلی به نرخ عادلانه. . . را دارد؟

ثانیاً بر فرض وجود چنین حقی آیا لازم است دادخواست مستقلاً مطرح نماید یا اینکه همان دادگاهی که حکم تخلیه صادر می‌نماید بایستی راجع بر سرقفلی به نفع مستأجر اتخاذ تصمیم نماید؟

برای پاسخ به قسمت اول سؤال باید گفته شود قانون‌گذار در سال ۵۶ با تصویب قانون موجر و مستأجر خواسته در امور خصوصی مردم در قسمت (اجاره تجاری) دخالت نماید یعنی از طریق دخالت نظم عمومی در حقوق خصوصی وضع قانون نماید و به عبارت دیگر قانون‌گذار سال ۵۶ به انگیزه جلوگیری از تزلزل کسب و پیشه و تثبیت اجاره بها و تبعاً تثبیت قیمت‌ها خواسته نظم خاصی به روابط

استیجاری (تجاری) مردم بدهد.

آنچه به عنوان دخالت قانون‌گذار (یا قانون امری) محسوب می‌شود که توافق نیز برخلاف آن بی‌اثر می‌باشد صرفاً همان احکامی است که در خود قانون سال ۵۶ آمده. بنابراین اگر قانون سال ۵۶ به موضوعاتی تعرض نکرده ما از پیش خود نمی‌توانیم آن موضوعات را نیز به مقنن

نسبت بدهیم و آثار خارجی بر آن مرتب سازیم.

چیزی که قانون‌گذار در سال ۵۶ در مورد اجاره‌های تجاری آورده نهاده‌ی به نام حق کسب و پیشه و تجارت که تدریجی الوجود و مربوط به آینده می‌باشد (به اضافه امکان تخلیه تحت شرایط خاص) هست که همه این موارد جزء مقررات امری و توافق برخلاف آن بی‌اثر می‌باشد. اما علی‌رغم اینکه نهاد سرقفلی قبل از قانون سال ۵۶ و حتی قبل از قانون ۱۳۳۹ وجود داشته وجودش بالفعل است که قانون‌گذار در قانون جدید هیچ تعرض به آن ننموده است. بنابراین با توجه به اینکه دخالت قوانین امری در حقوق خصوصی افراد امری استثنایی است و استثناء به قدر متعین قابل تفسیر می‌باشد و در حالی که سرقفلی جزء مقررات است که ناشی از اراده طرفین و از قرارداد صرف ناشی می‌شود که قطعاً حمایت قانون قراردادها را دارد و به اضافه اینکه

در بسیاری از شهرها اصولاً مقررات امری قانون سال ۱۳۵۶ اجراء نمی‌شود و لیکن مقررات قراردادی سرقفلی جریان دارد و همچنین اینکه سرقفلی به صراحت در قانون ۱۳۶۵ (ماده واحده) پذیرفته شده و قصد قرارداد طرفین هم در خصوص سرقفلی حاکمیت دارد که علی‌رغم تخلیف مستأجر و تخلیه وی (و محرومیت از حق کسب و پیشه و تجارت) از بهای سرقفلی که ثمن معامله می‌باشد برخوردار می‌گردد.

و مهمتر از همه اینکه اگر محرومیت مستأجر را از حق کسب و پیشه و تجارت پس از وقوع تخلیف یک نوع جریمه مالی مدنی بدانیم این جریمه صرفاً در حد همان منصوص قانون موجر و مستأجر سال ۵۶ می‌باشد و تسری این جریمه به سرقفلی که چه بسا چندین برابر حق کسب و پیشه و تجارت است، نه مطابق اصول حقوقی است و نه با عدل و انصاف سازگاری دارد. مع الوصف بنا به مراتب فوق با فرض تخلیف مستأجر و صدور حکم تخلیه، مستأجر صرفاً از حق کسب و پیشه و تجارت (که ذاتاً مربوط به شهرت تجاری و جذب مشتری و زحماتی که مستأجر در طول قرارداد اجاره متحمل شده و موجب رونق محل کسب گردیده) با «سرقفلی» که صرفاً مربوط به موقعیت مکانی است و عناوین فوق الذکر در مورد جذب مشتری. . . در آن تأثیری ندارد، محروم است ولی از بهای سرقفلی به نرخ روز برخوردار می‌باشد.

ثانیاً آیا دادخواست مستقلاً برای مطالبه سرقفلی لازم است یا این که دادگاه مکلف است ضمن صدور حکم نسبت به سرقفلی اتخاذ تصمیم نماید؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت که سرقفلی

جزئی از قرارداد اجاره می‌باشد. به عبارت دیگر عقد اجاره در فرض که مستأجر سرقفلی را خریده است به دو قرارداد خرید منافع و خرید سرقفلی منحل شده است و این دو عقد با یکدیگر عجین و مرتبط است و لازم نیست برای مطالبه جزئی از یک عقد اجاره (مطالبه سرقفلی)

دادخواست دیگری مطرح شود و مؤیداً به ملاک رأی وحدت رویه شماره ۶۰-۶۳/۱۲/۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور سرقفلی از تبعات دعوی تخلیه است و باید دادگاه در ضمن صدور حکم نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید.

نمونه‌هایی از آراء مربوط به موضوع دادنامه شماره ۲۲۹۸۱/۹/۱۱ شعبه ۸۱۵ دادگاه عمومی تهران

«در خصوص دعوی خواهانها به طرفیت خوانده با وکالت آقای عباس معین زاده به خواسته صدور حکم تخلیه مورد اجاره یک باب مغازه جزء پلاک. . . ۱۲۹۴۵ فرعی از ۱۲۸ اصلی واقع در بخش ۱۲ تهران

**نظر شورای نگهبان در مورد حق کسب و پیشه آن گونه که باید در عمل مقبول نیفتاد دادگاه‌ها اکره داشتند که آن را بپذیرند. شورای عالی قضایی نیز از آن حمایت نمی‌کرد**

اختیار تخفیف را به تجدیدنظر هم می دهد.

نظر اقلیت: با توجه به اینکه اختیارات دادگاه تجدیدنظر وفق ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری احصاء شده و این دادگاه بدوی است که با متهم و دیگر اصحاب پرونده مواجه شده و با اوضاع و احوال قضیه آشنایی بیشتری دارد، عموم تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز مؤید این معنا است که دادگاه تجدیدنظر نمی تواند مجدداً در مجازات تعیین شده تخفیف دهد.

دیدگاه‌های قضات دادگستری رباط کریم گودرزی:

دادگاه تجدیدنظر می تواند مجازات را تخفیف دهد با این استدلال: ۱- تفسیر به نفع متهم ۲- دادگاه مذکور به قضایای پرونده اشراف کامل دارد و دقت بیشتری نیز دارد.

امیر سلیمانی: با توجه به ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی که درباره متهم است و دادگاه بدوی در این خصوص حکم مقتضی صادر نموده و شخص متهم محکوم علیه نام گرفته، لذا جهاتی که در ماده ۲۲ قانون مذکور ذکر شده اگر اعمال شده باشد دادگاه تجدیدنظر نمی تواند تخفیف دهد.

مجدداً گودرزی بیان نمودند: قانون ما در این مورد ساکت است پس با توجه به فرصت بیشتر و دید بازتر دادگاه تجدیدنظر این دادگاه به طور مطلق می تواند تخفیف دهد. اگر چه آن جهت تخفیف در حکم بدوی هم ذکر شده باشد.

قربانی: اصل بر قطعی بودن آرای محاکم است و باید استثنائات را به صورت مضیق تفسیر کنیم و نباید به دلالت صریح قانونی باشیم بلکه باید جواز آن را بررسی کنیم و در خصوص مجازات تجدیدنظر مجوزی نداریم تا بتوانیم استدلال کنیم که محاکم تجدیدنظر می توانند در مجازات محکمه بدوی تخفیف دهند.

رشیدزاده: با توجه به مفهوم مخالف ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، مجوز داریم و در استثناء باید به قدر متیقن عمل کنیم. مهرشاد و مهدی بالایی و محمد علیخانی و رشیدزاده و قربانی، موافق نظر امیر سلیمانی بودند.

سروی (نظریه اکثریت دادگستری و رامین): با عنایت به مفهوم مخالف ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و نیز با توجه به اینکه مرجع تجدیدنظر حق رسیدگی ماهوی و مستقل را دارد و با عنایت به قاعده تفسیر به نفع متهم مرجع تجدیدنظر جواز و حق تخفیف مجدد را خواهد داشت.

نظریه اقلیت:

اصل بر عدم حق مرجع تجدیدنظر است. برای

هنگام تخلیه باید به نرخ روز محاسبه شود، در صورت تخلف مستأجر حق کسب یا پیشه یا تجارت به او تعلق نخواهد گرفت، لیکن سرفقلی که باید به نرخ روز محاسبه شود تا زمانی که داده نشود تخلیه نیز نباید اجرا شود.

درصد بالایی از احکام دادگاه‌های حقوقی ۲ سابق مربوط به دعاوی مالک و مستأجر بود. آنچه مسلم است، قانون سال ۱۳۷۶ خواسته قوانین مختلف را جمع آوری و یک کاسه نماید. تصویب قانون مذکور در حمایت از موجرین بوده است.

نظریه اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۱/۱۲/۷):

ظاهراً کلام قانون گذار در ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶/۵/۲۶ که هم حق سرفقلی را به عنوان حقوق مالی به رسمیت شناخته و هم تبصره ۲ ماده مذکور مستأجر را هنگام تخلیه ذی حق در اخذ قیمت عادلانه روز سرفقلی از موجر شناخته،

حجیت قانونی دارد که بر اساس فقه پویای امامیه تدوین یافته و چون مبنای تصویب قانون شرع انور اسلام می باشد، حق کسب یا پیشه یا تجارت، غیر شرعی اعلام شده اما حق سرفقلی به قیمت عادلانه روز جهت حمایت از مستأجر به جای حق کسب و پیشه و تجارت وضع شده است. لذا در صورت تخلف مستأجر حق کسب یا پیشه یا تجارت اسقاط می شود. لیکن سرفقلی ذکر شده در قرارداد به نرخ عادلانه روز محاسبه و پس از پرداخت تخلیه صورت خواهد گرفت.

نظریه اقلیت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۱/۱۲/۷):

در صورت تخلف مستأجر ضمن اینکه مستأجر مستحق دریافت حق کسب یا پیشه یا تجارت نمی باشد بلکه سرفقلی قابل پرداخت به همان مبلغ اولیه مندرج در قرارداد خواهد بود.

■ سؤال ۲۶۸- چنانچه مرجع بدوی در خصوص محکومی قائل به تخفیف شده باشد آیا مرجع تجدیدنظر مجدداً می تواند در مقام تخفیف برآید؟

سفلاتی (نظریه اکثریت دادگستری هشتگرد): با توجه به تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و مفهوم مخالف ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و فلسفه وجودی مرجع تجدیدنظر که رسیدگی مجدد به موضوع بوده و اینکه طبق ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی اطلاق کلمه دادگاه و قابل تسری بودن آن به دادگاه تجدیدنظر که رسیدگی مجدد از جهت مجرمیت و تناسب جرم و مجازات است،

به دلیل تغییر شغل از سوپر مارکت به فروش لوازم یدکی احتساب خسارات دادرسی نظر به اینکه حسب صورتجلسه اجرای قرار معاینه و تحقیقات محلی تخلف مستأجر از مفاد قرارداد راجع به تغییر شغل مسلم گردیده و نظر به اینکه به عقیده دادگاه اگرچه مستأجر از حق کسب و پیشه و تجارت به لحاظ تخلف محروم گردیده، لیکن با توجه به پرداخت ابتدایی سرفقلی مشارالیه حق وی در این خصوص محفوظ بوده دادگاه قرار رجوع به کارشناسی جهت تعیین سرفقلی را صادر نموده که کارشناس محترم مبلغ سرفقلی را بدون لحاظ حق کسب و پیشه و تجارت به میزان ۷۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال تقدیم نموده است و نظر به اینکه پس از اعتراض وکیل خواهانها نسبت به نظریه کارشناسی و ارجاع به هیئت سه نفره کارشناسی وکیل محترم خواهان دستمزد کارشناس را در موعد مقرر تودیع ننموده است و نتیجتاً نظریه اولیه قطعیت یافته است. علی هذا دادگاه مستنداً بند ماده ۱۴ قانون موجر و مستأجر سال ۵۶ و مواد ۱۰ و ۲۱۹ الی ۲۲۳ قانون مدنی و مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی دعوی وکیل خواهان ثابت و مسلم تشخیص حکم بر تخلیه مورد اجاره ظرف یک ماه پس از قطعیت رأی صادر می گردد. خواهانها مکلفند مبلغ سرفقلی را قبل از تخلیه تودیع یا به مستأجر پرداخت نمایند. رأی صادره حضوری ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در محاکم تجدیدنظر استان تهران قابل اعتراض می باشد. »

رئیس شعبه ۸۱۵ دادگاه عمومی تهران- صدقی دادنامه شماره ۱۷- ۸۲/۱/۱۷ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

«در مورد تجدیدنظر خواهی آقای علی خانی حبیب آبادی به طرفیت آقایان حسن توکللی طرقی و اصغر توکللی طرقی نسبت به دادنامه شماره ۲۲۹۰/۸۱، صادره از شعبه ۸۱۵ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن حکم بر محکومیت تجدیدنظر خواه بر تخلیه یکباب مغازه موضوع سند اجاره مورخه ۶۵/۹/۱۵ به لحاظ تخلف مستأجر از جهت تغییر شغل در مقابل دریافت مبلغ ۷۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال بابت سرفقلی صادر شده و در فرجه مورد تجدیدنظر خواهی واقع شده و اعلام داشته تغییر شغلی ایجاد نشده و شهود معترض بوده اند و حق کسب و پیشه در نظر گرفته نشده و خواهان نقض دادنامه شده است. با توجه به جامع اوراق پرونده و تحقیقات انجام شده از جمله: صورتجلسه معاینه محل و اظهارات شهود که دلیلی خلاف اظهارات آنان احراز نمی شود و اینکه دادنامه بدوی مستدل است و با رعایت اصول و قواعد قانونی صادر یافته، تجدیدنظر خواهی را غیر وارد تشخیص و ضمن رد آن رأی بر تأیید دادنامه بدوی صادر می شود رأی صادره قطعی است. »

رئیس شعبه دادگاه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مهراون محمدی، مستشار دادگاه، حسین ابراهیمی رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات): سرفقلی قابل خرید و فروش است. وقتی سرفقلی خریداری شد در

جواز آن باید دلیل قانونی آورده شود. با توجه به اینکه وظیفه و صلاحیت مرجع تجدیدنظر محدود و مشخص است، صرفاً در چهارچوب تعیین شده باید اقدام نماید. مضافاً اینکه عموماً تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی نیز می‌تواند مؤید عدم استحقاق تخفیف مجدد توسط دادگاه از جمله دادگاه تجدیدنظر باشد. همچنین با عنایت به اینکه مرجع بدوی که از وضعیت و اوضاع و احوال پرونده و اصحاب دعوی به اندازه کافی مطلع می‌باشد و با علم به آن تخفیفات لازم را معمول داشته و نیز به جهت حفظ اعتبار و ارزش آراء محاکم و جلوگیری از خدشه بی مورد آن اقتضاء دارد که چنان حقی برای مرجع تجدیدنظر ملحوظ نماییم.

**صدقی (مجمع قضایی شهید محلاتی):** با توجه به ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی که تخفیف و تبدیل مجازات را برای دادگاه به معنی عام (مطابق شرایط مقرر در آن ماده) تجویز نموده و دادگاه تجدیدنظر نیز مشمول عنوان عام دادگاه می‌باشد و اینکه ممنوعیتی برای تخفیف مجازات در مقام تجدیدنظر (با توجه به عدم قطعیت رأی) در هیچ موضعی از قانون مقرر نگردیده بلکه بعکس صرفاً دادگاه تجدیدنظر از تشدید مجازات (آن هم تحت شرایطی) ممنوع می‌باشد و مضافاً اینکه محرومیت دادگاه تجدیدنظر از اعمال تخفیف در فرض سؤال، موجب نقض غرض مقنن از تأسیس دادگاه تجدیدنظر و فلسفه بازرسی و بررسی مجدد احکام بدوی (به طور کامل) می‌گردد و عدم پذیرش حق تخفیف برای تجدیدنظر موجب تالی فاسدی که محاکم بدوی ممکن است به منظور محروم کردن متهم از تخفیف مناسب صرفاً با تخفیف بسیار جزئی که تأثیری به حال متهم ندارد اختیار دادگاه تجدیدنظر را از اعمال تخفیف سلب نمایند و در نهایت اینکه تبصره ۳ ماده ۲۲ از مورد سؤال، خروج موضوعی دارد و شامل مواردی مانند اعمال ماده ۲۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری می‌باشد. بنابراین دادگاه تجدیدنظر حق اعمال تخفیف را ولو اینکه در شعبه بدوی تخفیفاً مبادرت به صدور حکم شده باشد را دارد.

**خانم امینی (اداره امور سرپرستی):** نظر به اقلیت منی بر رد حق دادگاه تجدیدنظر در اعمال تخفیف در صورتی که دادگاه بدوی اعمال تخفیف نموده باشد، مبنی بر این استدلال است که دادگاه قید شده در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مطلق کلمه دادگاه بوده و مفهوم مرجع رسیدگی علی الاطلاق از آن استنباط می‌شود و چنانچه یکبار به جهتی در دادگاه بدوی متهم از تخفیف برخوردار باشد برای استفاده از تخفیف در دادگاه تجدیدنظر نیاز به مجوز قانونی دیگری دارد. تفسیر مضیق قوانین کیفری نیز این نظر را تقویت می‌نماید.

نیز از این دیدگاه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۲/۷-۷۲-۱۶/۷۲-۱۶

استنباط می‌شود که اصولاً درصدد تفویض اختیار به دادگاه بدوی و یا اعمال آن یکبار توسط هر یک از مراجع اعم از بدوی و تجدیدنظر می‌باشد. نیز از نحوه نگرش اداره حقوقی در نظریات مشورتی شماره ۷/۲۶۴۲ - ۷/۳/۵ - ۷۳/۸/۲۱ و ۷/۴۹۷۰ - ۷/۱۹/۱۱ - ۷/۲۶۷۷ - ۷/۳/۱۱ به عنوان دکترین حقوق استنباط می‌شود که نظر بر این است چنانچه دادگاه تجدیدنظر قصد اعمال تخفیف داشته باشد، می‌بایست ابتدا مبادرت به نقض حکم و سپس اعمال تخفیف نماید و اعمال تخفیف با وجود تأیید حکم مجوز صریح قانونی ندارد.

**دیدگاه اکثریت:**

استدلال گروه اکثریت بر آن است که دادگاه تجدیدنظر می‌تواند به جهت دیگری غیر از جهت تخفیفی که دادگاه بدوی به آن جهت اعمال تخفیف نموده است در صورت نقض یا تأیید حکم بدوی اعمال تخفیف نماید و تصریح تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۸۱/۷/۲۸ مبنی بر اینکه «هرگاه دادگاه تجدیدنظر پس از رسیدگی محکوم‌علیه را مستحق تخفیف مجازات بداند ضمن تأیید حکم بدو، مستدلاً می‌تواند مجازات او را تخفیف دهد. هر چند که محکوم‌علیه تقاضای تجدیدنظر نکرده باشد» در تأیید و تقویت کننده این نظراست. لذا در صورت اعمال تخفیف توسط دادگاه بدوی چنانچه دادگاه تجدیدنظر محکوم‌علیه را به جهتی غیر از جهت تخفیف لحاظ شده اولیه مستحق تخفیف بداند می‌تواند مجازات متهم را تخفیف دهد.

**قریانوند (مجمع قضایی شهید بهشتی):** چنانچه دادگاه تجدیدنظر استان تمامی اقدامات دادگاه بدوی از جمله میزان مجازات معینه را متناسب تشخیص ندهد، بر اساس ملاک ماده ۲۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری می‌تواند در حکم دادگاه بدوی تغییر دهد. این نظر را می‌توان از مفهوم مخالف ماده ۲۵۸ همان قانون که دادگاه تجدیدنظر را از اعمال تشدید مجازات مقرر در دادگاه بدوی منع نموده نیز استخراج کرد. بنابراین از اختیارات دادگاه عالی نسبت به دادگاه تالی اعطاء تخفیف مجدد به محکوم‌علیه می‌باشد.

**توحیدی (مجمع قضایی شمیران):** اکثر همکاران معتقد بودند که اگر تخفیف مورد نظر در جهت همان تخفیف مرجع بدوی باشد و یا رأی بدوی توسط دادگاه تجدیدنظر تأیید شود این دادگاه نمی‌تواند مجدداً اعمال تخفیف نماید و اما در صورت نقض رأی بدوی و وجود جهت دیگر قانونی اعمال تخفیف بلامانع خواهد بود.

**رفیعی (مجمع قضایی صادقی):** با توجه به اینکه قانون اصلاحی اخیر التصویب اختیارات دادگاه تجدیدنظر را در خصوص موضوع سؤال بیشتر کرده، همکاران مجمع عقیده دارند که این مرجع حق تخفیف مجدد را دارد؛ زیرا که حکم بدوی قطعی نیست. تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی هم ناظر به یک دادگاه است که نمی‌تواند دوبار تخفیف بدهد. یعنی به جهاتی که تخفیف داده مجدداً به جهت دیگر هم تخفیف بدهد.

**مظفری (مجمع قضایی اطفال):** نظر اکثر همکاران این بود، جهتی که دادگاه بدوی تخفیف داده دادگاه تجدیدنظر در صورت تأیید رأی نمی‌تواند به همان جهت تخفیف مجدد بدهد. اما اگر رأی را نقض کند اختیار تخفیف دارد.

**زند (معاون آموزش و تحقیقات دادگستری استان تهران):** تخفیف مجازات توسط دادگاه تجدیدنظر مستلزم نقض حکم بدوی نیست. قانون‌گذار طبق ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، دادگاه تجدیدنظر را از باب تشدید منع نموده و غیر از این دادگاه تجدیدنظر همه اختیارات دادگاه بدوی را دارد.

**رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):** بین دادگاه دانی و عالی، دادگاه عالی است که حرف آخر را می‌زند. قانون‌گذار یک سر قضیه را محدود کرده، یعنی گفته دادگاه تجدیدنظر نمی‌تواند مجازات را تشدید کند. لیکن سر دیگر قضیه یعنی تخفیف را ممنوع نکرده است. بنابراین دادگاه تجدیدنظر مجاز است حتی جهتی را که دادگاه بدوی تخفیف داده از حیث تخفیف مجدد کامل تر نماید.

**نظریه قریب به اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۲/۱۰):**

با توجه به مفهوم مخالف ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و اقتضای قاعده تفسیر به نفع متهم، دادگاه تجدیدنظر اختیار اعمال تخفیف مجدد را (حتی نسبت به جهت یا جهاتی که دادگاه بدوی اعمال تخفیف نموده) دارد و اعمال این حق مستلزم نقض رأی دادگاه بدوی هم نیست. زیرا برابر ماده یاد شده قانون‌گذار اعمال تشدید مجازات را نسبت به محکوم‌علیه منع نموده و در سایر موارد اختیارات دادگاه تجدیدنظر مطابق اختیارات دادگاه بدوی است. مضافاً اینکه قانون اصلاحی اخیر التصویب دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز مؤید این نظر است. ضمناً اقلیتی از اعضای کمیسیون معتقد بودند جهت یا جهاتی که دادگاه بدوی اعمال تخفیف نموده، دادگاه تجدیدنظر نسبت به آن جهت یا جهات حق اعمال تخفیف ندارد.

**دادگاه تجدیدنظر می‌تواند به جهت دیگری غیر از جهت تخفیفی که دادگاه بدوی نموده است در صورت نقض یا تأیید حکم بدوی اعمال تخفیف نماید**