

## بررسی راه‌های واگذاری و انتقال سرقفلی

سیدحسین حسینی نیک\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۹/۱۱

مقدمه:

هرچند تصویر عامه مردم از مفاهیم حقوقی و به‌ویژه عقود مرسوم و قراردادهای منعقد شده که عرفاً و شرعاً پذیرفته شده، به‌وضوح و دقت تصور اندیشمندان علم حقوق از اصول و مبانی متشکله آن‌ها نیست لیکن برخی از این مفاهیم به‌دلیل کثرت استعمال و شیوع آن‌ها در مراودات اقتصادی و معاملات تجاری به‌نحو قابل توجهی بسط و تبیین یافته است؛ چنان‌که امروزه، قواعد اساسی عقود مانند بیع، وقف، وصیت و وکالت تا حد زیادی برای همگان روشن و ملموس است. از سوی دیگر، واژگان حقوقی دیگری وجود دارند که بنا به عواملی مانند محدودیت در پیدایش علل موجهه یا نوپایی و بدیع بودن و یا اختلاف صاحب‌نظران در تحلیل ماهوی از مبانی و ارکان آن‌ها، نه تنها از حیث برداشت عمومی بلکه از جهت تحلیل علمی نیز حساسیت‌زا و بحث‌انگیز خواهد بود.

مفهوم سرقفلی به‌معنای عام کلمه از جمله مقوله‌هایی است که هر چند قابلیت فهم کلی و عمومی آن آسان است اما به‌دلیل جایگاه مهم و با ارزشی که در عرصه دارایی اشخاص و به‌طور کلی مباحث اقتصادی و تجارت و بازار دارا است، علاوه بر مفاهیم

\* نویسنده مسئول؛ سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۱ یزد و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

عمومی و کلی موضوع بایستی به مبانی اساسی دیگری از جمله منشأ ایجاد حق، ماهیت حقوقی، نحوه انتقال، تفاوت آن با سایر مفاهیم مشابه، تطبیق آن با ادله شرعی و غیره توجه نمود.

هر چند در بادی امر به نظر می‌رسد همانند بسیاری از عقود و نهادهای حقوقی دیگر که منشأ مالکیت‌های متعددی در مجموعه دارایی‌های اشخاص می‌گردند، حق سرقفلی نیز حق منجز، مالی، قانونی و شرعی است ولی با تحقیق و تأمل نسبت به جوانب و ارکان تشکیل‌دهنده این حق مشاهده می‌گردد که این حق، حوزه تعریف مشخصی نداشته و قسمتی از دامنه شمول آن با واژگان دیگری زیر عنوان حق کسب و پیشه و تجارت هم‌پوشی دارد و در عین حال، تفاوت بین آن‌ها قابل ملاحظه است. از سوی دیگر، بر خلاف تأسیسات شرعی مستحدثه دیگر که اصولاً مشاجرات فقهی (قال و اقول) و اختلاف نظر و بحث و مباحثه (لا و نعم) در مصادیق موضوع بوده و نه احکام محموله بر آن، به نظر می‌رسد مناقشات شرعیه در مانحن‌فیه به تحلیل ماهوی پدیده سرقفلی و به تبع آن اختلاف در حرمت و حلیت و همچنین مالیت داشتن یا نداشتن آن معطوف گردیده است.

از آنجایی که در این تحقیق قصد بررسی مبانی کلی و مفاهیم حقوقی و شرعی سرقفلی را نداشته و صرفاً به نحوه واگذاری و نقل و انتقال آن اعم از قهری و ارادی خواهیم پرداخت علی‌هذا به اختصار بخشی از مباحثی که ممکن است به‌عنوان مقدمه موضوع مطروحه ضروری باشد، ابتدائاً طرح و سپس طرق شش‌گانه انتقال سرقفلی را طبق آنچه با تحقیق احصا نمودیم، براساس آموزه‌های پذیرفته‌شده حقوقی، بیان می‌داریم.

### مبحث اول: مفاهیم کلی

اگر چه خاستگاه و زمان پیدایش پدیده‌ای به‌نام سرقفلی در زندگی اجتماعی و اقتصادی بشر عصر حاضر روشن نیست اما از آنجایی که امروزه مفهوم مالکیت از نوع سنتی که معطوف به اشیا و اموال مادی است به‌نوعی از مالکیت معنوی نیز که در عالم خارج ظهور

مادی ندارند، تغییر و توسعه یافته و ادعای مالکیت داشتن نسبت به اموالی مانند حق الامتیازات، پروانه‌های تأسیس و بهره‌برداری، مالکیت‌های فکری و علمی، برندهای تجارتي و هم‌چنین سرقتی وارد قلمرو علوم اقتصادی و بالتبع دانش حقوق گردیده و پیشینه این مفاهیم در سده اخیر قابل جستجو است. بنابراین می‌توان اذعان داشت سابقه عرفی به وجود آمدن حق سرقتی، احتمالاً از قرن حاضر تجاوز نمی‌کند ولی در نظام حقوقی ایران، بی‌تردید ۵۰ سال پیش (خرداد ماه ۱۳۳۹) قانون‌گذار ما با تصویب قانون روابط مالک و مستأجر برای اولین بار به این نهاد حقوقی، وجهه قانونی بخشید.

از متون قانونی در خصوص مفهوم و ماهیت سرقتی می‌توان استنباط نمود؛ اولاً سرقتی از حقوق مالی است، بنابراین می‌تواند مورد ارث، معامله و یا رهن قرار گیرد. ثانیاً در زمره اموال غیرمادی است که قابل تصرف دادن یا تصرف گرفتن نیست و اگرچه معاملات آن در قالب عقود معین در قانون مدنی قابل تعریف نیست لیکن می‌توان براساس مفاد ماده ۱۰ ق.م. موضوع عقد قرار گیرد، ثالثاً از آنجایی که این حق به تبع مال غیرمنقول که قبلاً به اجاره واگذار شده، ایجاد می‌گردد لذا در زمره اموال غیرمنقول تبعی محسوب می‌گردد. رابعاً حقی است که به تبع عقد اجاره سابق نسبت به ملک تجاری ایجاد می‌گردد و فارغ از يك قرارداد اولیه واگذاری حق انتفاع، قابل تصور نیست.

با این توصیف و به‌منظور تبیین مبانی اساسی بحث سرقتی بدون ورود به تفصیل مباحث، ابتدا کلیاتی مرتبط با موضوع را تحلیل و سپس به بررسی راه‌های واگذاری و انتقال سرقتی خواهیم پرداخت.

#### گفتار اول: تعریف سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت

##### بند اول: تعریف سرقتی

بررسی پیشینه تاریخی سرقتی نشان‌دهنده این است که نهاد سرقتی پیش از آنکه به صورت حقوقی در قانون و توسط حاکمیت پیش‌بینی گردد، به صورت عرفی در مراودات تجاری و معاملات مردم معمول بوده است. لذا تعریف عرفی آن، ما را برای دستیابی به شناخت اصطلاحی این مفهوم کمک خواهد کرد، هر چند فرهنگ‌نویسان زبان فارسی

به دلیل عدم آشنایی و تفکیک مفهوم سرقفلی از حق کسب و پیشه و شاید به دلیل غلبه اصطلاح سرقفلی در فرهنگ عامه، نه تنها به تعریف حق کسب و پیشه به صورت علی‌حده نپرداخته‌اند بلکه با خلط مبحث، در تعریف سرقفلی به بیان ماهیت حق کسب و پیشه پرداخته‌اند.

فرهنگ فارسی «معین» سرقفلی را «حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت جمع‌آوری مشتری و غیره» تعریف کرده است.<sup>۱</sup> ناظم‌الاطبا در فرهنگ نفیسی مفهوم سرقفلی را چنین بیان می‌کند: «وجهی که از کرایه‌دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل در کرایه نیست.»<sup>۲</sup>

با بررسی تعریفی که حقوق‌دان‌ها از معنای اصطلاحی سرقفلی ارائه داده‌اند به روشنی آشکار می‌گردد که اگرچه تشتت در آراء و اختلاف در مبانی تعریف دارند لیکن با اندکی جسارت نمی‌توان مکتوم داشت که به نحو نسبتاً مشترکی مغلوب وجه غالب اصطلاح سرقفلی (که دامنه شمولش حق کسب و پیشه را نیز در برمی‌گیرد) گردیده‌اند.

دکتر کاتوزیان سرقفلی را امتیازی می‌داند که به موجب آن مستأجر متصرف، به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره دادن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می‌شود.<sup>۳</sup>

دکتر جعفری لنگرودی با تفصیل بیشتری برای سرقفلی، دو معنا بیان داشته؛  
 ۱ - عوض وجهی است که مستأجر محل کسب از منتقل‌آلیه آن محل، بابت سابقه کار خود در آن محل در رابطه با جلب ارباب‌رجوع می‌گیرد. ۲ - وجهی است که مالک محل کسب تازه‌ساز در اولین عقد اجاره، علاوه بر اجاره‌بها از مستأجر می‌گیرد.<sup>۴</sup>

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات معین، ۱۳۸۴.

۲. ناظم‌الاطبا، فرهنگ نفیسی، انتشارات کشاورز، ۱۳۸۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض)، انتشارات بهنشر، ۱۳۸۷، ص. ۵۱۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.

با عنایت به این که قانون گذار ایران با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ و آیین نامه مربوطه، سرقفلی را به معنای عام کلمه تلقی کرده و هیچ اشاره‌ای به حق کسب و پیشه و تجارت (با تعریفی که بعداً بدان خواهیم پرداخت) ننموده است لذا در تعریف نسبتاً جامع و مانعی که با احاطه به شمول قانون فوق‌الذکر ارائه گردیده، مقرر می‌دارد: سرقفلی وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز، علاوه بر اجور، از مستأجر می‌گیرد تا محل را به او اجاره دهد و یا مستأجری که حق انتقال به غیر دارد و به موجر سرقفلی پرداخته در قبال انتقال منافع به مستأجر دست دوم دریافت می‌کند و یا مستأجری که به موجب شروط ضمن عقد، امتیازاتی دارد که مانع از تخلیه عین مستأجره به وسیله موجر است، در قبال اسقاط این امتیاز و استرداد مورد اجاره به مالک، از وی می‌گیرد.<sup>۱</sup>

#### بند دوم: تعریف حق کسب و پیشه و تجارت

از آنجایی که قانون گذار در متن قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ کلمه سرقفلی را ( با وجود شیوع آن در اصطلاح عوام و کسبه و تجار ) به کار نبرده و تمامی مواد قانون با اصطلاح حق کسب و پیشه و تجارت بیان گردیده و از طرفی دقیقاً برخلاف این رویه در تدوین قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ صرفاً از واژه سرقفلی استفاده شده و هیچ اشاره‌ای به حق کسب و پیشه ندارد. این قرینه نشان می‌دهد تدوین کنندگان قانون، تفکیک بین این دو اصطلاح حقوقی را لازم می‌دانسته و آگاهانه انجام داده‌اند. هرچند انگیزه این اصرار قانون گذار در جایی به صراحت بیان نگردیده است لیکن می‌توان استنباط نمود که در تصویب قانون قدیم، مراعات مصالح عرفی و در قانون جدید، اتیان ملاحظات شرعی، مبنای تدوین قانون بوده است.

با این توصیف و هرچند قانون مصوب ۱۳۵۶ هیچ‌گونه تعریفی از حق کسب و پیشه و تجارت ارائه نداده لیکن با تمسک به دکترین حقوق دانان می‌توان گفت؛ حقی است برای مستأجر بازرگان و پیشه‌ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره محلی، کسب معاش کنند ولو آنکه بازرگان نباشند و با سرقفلی فرق دارد. زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر

۱. کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط مالک و مستأجر، نشر کشاورز، ۱۳۸۰، ص. ۱۱۷.

سازنده سرقفلی نیست.<sup>۱</sup>

تعریفی دقیق‌تر، حق کسب و پیشه و تجارت را حق مالی تدریجی‌الحصول و قابل تقویمی می‌داند که قانون‌گذار در قبال فعالیت کسبی و رونق مورداجاره برای مستأجر محل کسب در نظر گرفته و به تبع منافع مورداجاره ( در صورت جواز انتقال) با سند رسمی، قابلیت نقل و انتقال به غیر را دارد.<sup>۲</sup>

#### گفتار دوم: تفاوت سرقفلی با حق کسب و پیشه و تجارت

نه تنها در محاورات عامه مردم و عرف تجار و کسبه، عنوان حق کسب و پیشه کاربرد ندارد بلکه بسیاری اندیشمندان حقوقی و قضات نیز به نحو تغلیب صرفاً اصطلاح سرقفلی را به کار می‌برند و اصولاً اعتقادی به تفکیک دو مفهوم از یکدیگر ندارند. چنانکه سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت را به‌رغم مغایرت ظاهری، با یکدیگر، مترادف و هم‌معنی می‌دانند.<sup>۳</sup> مع‌الوصف، رفتار دوگانه قانون‌گذار در تدوین دو قانون مرتبط با یکدیگر مصوب سال‌های ۱۳۵۶ و ۱۳۷۳ و نیز مباحثات فقهی و شرعی مطروحه در شرعی بودن سرقفلی و نامشروع بودن حق کسب و پیشه می‌طلبد حداقل از دیدگاه نظری، جایگاه هر کدام و تفاوت آن‌ها با یکدیگر را تبیین کنیم.

مستفاد از تعاریف فوق، می‌توان گفت سرقفلی، اختصاصاً به ملك مربوط است، به عبارت دیگر، موقعیت ملك تجاری، شامل مرغوبیت محل وقوع یا به اصطلاح کسبه، مشتری‌خور بودن آن و نیز نوع ساختمان شامل کیفیت ساخت‌وساز یا وضعیت ظاهر و دکوراسیون آن واحد، در میزان سرقفلی مؤثر خواهد بود ولی حق کسب و پیشه به عواملی فارغ از موقعیت ملك مانند نوع شغل، مدت اشتغال یا شرایط ویژه و مزایایی که برای مستأجر در قرارداد پیش‌بینی شده است، بستگی داشته و ارزش آن براساس عوامل مزبور ارزیابی می‌شود.

۱. جعفری لنگرودی، همان.

۲. طاهر موسوی، یوسف، حقوق موجر و مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر، انتشارات مجد، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۰.

۳. کاتوزیان، ضمیمه حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۳، ص. ۵۱۷.

علاوه بر اختلاف فوق‌الذکر در عوامل موجد هر يك، تفاوت‌های دیگری نیز از سوی حقوق‌دان‌ها بین سرقتی و حق کسب و پیشه ارائه گردیده که بعضاً عبارتند از:

۱- سرقتی در واقع پولی است که در بدو عقد اجاره به موجر پرداخت گردیده لیکن حق کسب و پیشه بر مبنای اعتبار تجاری و شهرت کسبی و میزان جلب مشتری نسبت به محل مورد اجاره ایجاد می‌شود. به عبارت دیگر، سرقتی همزمان با شروع قرارداد و حق کسب و پیشه در طول زمان اجاره محقق می‌گردد. با این توصیف، ممکن است محل تجاری که بدون دریافت سرقتی به مستأجر واگذار شده پس از مدتی، مستأجر بدون داشتن حق سرقتی به دلیل شهرتی که کسب نموده واجد حق کسب و پیشه گردد و یا مکان تجاری که با دریافت سرقتی به اجاره داده شده توسط مستأجر استفاده غیرتجاری گردد. لذا هرچند سرقتی او همیشه محفوظ است ولی موجبی برای دریافت حق کسب و پیشه نخواهد داشت.

۲- از دیدگاه فقهی به نظر می‌رسد همه فقهای امامیه به اجماع اخذ سرقتی وسیله موجر را با استدلال به اختیارات مالکانه صحیح می‌دانند در حالی که برای حق کسب و پیشه، جواز شرعی قائل نیستند.

۳- اسقاط حق کسب و پیشه در اول اجاره با توجه به این که هنوز به وجود نیامده به لحاظ عدم امکان اسقاط مالم یجب ممکن نیست در حالی که توافق طرفین مبنی بر اسقاط سرقتی، مواجه با هیچ ایرادی نیست.<sup>۱</sup>

۴- سرقتی در صورت رد و بدل شدن از عوامل تقلیل اجاره‌بها می‌باشد. برای مثال، محل کسبی که با سرقتی به اجاره داده می‌شود مشمول اجاره بهای کمتری نسبت به محلی است که بدون سرقتی به اجاره داده می‌شود. اما حق کسب و پیشه چون به مرور ایجاد می‌گردد، نه تنها باعث کاهش اجاره‌بها نیست بلکه ممکن است خود عامل افزایش اجاره‌بها نیز باشد. چه هر چه ملك تجاری دارای مشتری بیشتر و کسب‌وکار پررونق‌تری

۱. زینالی، مهدی، حق کسب و پیشه و تجارت و سرقتی در حقوق ایران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۲۵.

باشد، مالک را وامی‌دارد تا اجاره‌بهای بیشتری از مستأجر مطالبه نماید.<sup>۱</sup>

#### گفتار سوم: پیشینه تاریخی و سیر قوانین موضوعه

برای بررسی سابقه تاریخی سرقفلی و حق کسب و پیشه، بیان دو نکته به‌عنوان زمینه و بستر رشد و توسعه این نهاد حقوقی ضروری می‌نماید.

اول این‌که همان‌طور که قبلاً بیان شد، سرقفلی به‌معنای عام کلمه از جمله تأسیسات حقوقی است که قانون‌گذار به‌دلیل فراگیری عمومی آن در مبادلات و معادلات تجاری و بازرگانی مردم ناچار به ورود در تعیین مبانی قانونی و دخالت در تصویب قواعد امریه و مواد قانونی لازم‌الاجرا برای آن گردید. لذا بیش و پیش از هر عامل دیگر بایستی عرف معمول در این نهاد حقوقی را منظور داشت. چنان‌که واژه «سرقفلی» در محاورات مردم کاملاً شناخته‌شده و مأنوس بوده در حالی‌که واژگان حق کسب و پیشه و تجارت در زبان عامه، کاملاً مهجور و حتی در زبان حقوق‌دان‌ها نیز هنوز معمول نیست. و از باب تغلیب، هر دو مفهوم را در قالب سرقفلی بیان می‌کنند. هم‌چنین می‌توان به مفهوم «فروش سرقفلی» اشاره نمود. چنان‌که در اصطلاح بازار، کاملاً معمول است که گفته می‌شود سرقفلی این ملک به فروش می‌رسد. هرچند در تحلیل حقوقی، فروش حق، معنایی نداشته باشد اما حقوق‌دانان و به‌تبع آن، قانون‌گذار ناچار به ارائه راه‌کاری برای به‌انجام رسیدن خواسته مردم خواهند بود. از همین رو، منظور از واژه سرقفلی (آنچه بعد از این در این تحقیق خواهد آمد) نه فقط معنای خاص حقوقی آن بلکه برداشت عمومی و غالب از این واژگان یعنی حق کسب و پیشه و تجارت خواهد بود.

دوم این‌که تبیین حقوقی و قانونی از نهاد تازه‌تأسیس سرقفلی و حق کسب و پیشه بدون در نظر گرفتن ملاحظات شرعی و مسایل مطروحه فقهی که توسط فقها و مراجع تقلید بیان گردیده، ممکن نیست.

هرچند دیدگاه اسلام‌شناسان در احکام این موضوع چندان اجماعی و متفق‌علیه نیست

۱. شمسی‌پور، غلامرضا، حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، انتشارات بکا، ۱۳۸۸، ص. ۳۶.

اما تقریباً همه مراجع، حکم به حلیت سرقفلی به معنای خاص داده‌اند.

امام خمینی (ره) بیان می‌دارند مالك می‌تواند هر مقداری که بخواهد به عنوان سرقفلی از شخص بگیرد تا ملك خود را به او اجاره دهد. هم‌چنین در صورتی که حق انتقال داشته باشد می‌تواند بابت اجاره محل استیجاری اش به ثالث (در مدت اجاره) مبلغی به عنوان سرقفلی بگیرد.<sup>۱</sup>

آیت‌اله مکارم شیرازی در این خصوص چنین آورده است؛ صاحب ملك می‌تواند ملك خود را به دیگری اجاره دهد و علاوه بر مال الاجاره از او سرقفلی بگیرد. در این صورت، ملکی را که اجاره داده نمی‌تواند به دیگری اجاره دهد، هرچند مدت اجاره تمام شده باشد ولی اگر مستأجر اول که سرقفلی پرداخته، موافقت کند، می‌تواند به دیگری اجاره دهد. مستأجر اول نیز حق دارد سرقفلی آن ملك را به دیگری واگذار کند، خواه به قیمتی بیشتر یا کمتر باشد.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، به نظر می‌رسد حق کسب و پیشه با تعریفی که در این پژوهش از آن ارائه دادیم مورد پذیرش فقیهان نیست.

صاحب تحریرالوسیله نیز چنین تبیین می‌نمایند؛ هم‌چنین اگر مدت بقای تجارت مستأجر در محل کسب طولانی شود یا اینکه وجاهت و قدرت نفوذ تجاری او سبب توجه مردم به کسب او شود از آن‌ها برای مستأجر نسبت به اعیان، حقی ایجاد نمی‌شود.<sup>۳</sup>

آیت‌اله سیستانی می‌فرمایند؛ اقامت طولانی مستأجر در محلی و رواج پیشینه و ارزش پیدا کردن محل و به دست آوردن موقعیت تجاری آن، هیچ‌یک، حقی برای او در ماندن در آنجا به وجود نمی‌آورد و پیش از پایان مدت اجاره، بر او واجب است محل را تخلیه و تسلیم مالکش کند.<sup>۴</sup>

۱. امام خمینی، سیدروح اله، *تحریرالوسیله*، ج. ۲، ص. ۶۱۵.

۲. *توضیح المسائل مراجع*، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۹۱۷.

۳. امام خمینی، همان.

۴. *توضیح المسائل مراجع*، همان، ص. ۸۹۴.

هم‌چنین در بعضی از فتاوا، تعریفی از سرقفلی ارائه داده شده که در واقع مبین ماهیت حق کسب و پیشه است و می‌توان نتیجه گرفت که حق کسب و پیشه نیز می‌تواند شرعی تلقی شود.

به نقل از آیت‌اله نوری همدانی، در این خصوص آورده می‌شود؛ 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 می‌آورد که آن را سرقفلی می‌نامند.<sup>۱</sup> ایشان اخذ سرقفلی را بر دو مبنای، یکی گرفتن سرقفلی در ازای تخلیه محل اجاره و دیگری تحقق سرقفلی به‌عنوان شرط ضمن عقد اجاره پذیرفته‌اند.

در بررسی سیر تقنینی، اگر برای اختصار، از قوانین سابق‌التصویب که در حال حاضر لازم‌الاجرا نمی‌باشند (از جمله قانون تعدیل مال‌الاجاره مستغلات مصوب ۱۳۱۷ و آیین‌نامه اجرایی آن، قانون اختیارات دکتر میلسپو در مورد تنزل و تثبیت بهای اجناس و قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹)، صرف‌نظر نمائیم، قوانین و مقرراتی که در حال حاضر کماکان موضوعیت داشته و نسبت به قراردادهای منعقد شده در زمان هرکدام، ضمانت اجرا دارد، به شرح زیر است:

۱ - قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که تأسیس حقوق جدیدی با عنوان حق کسب و پیشه و تجارت را به‌جای سرقفلی ابلاغ نمود. این قانون (به‌موجب ماده یک آن) روابط استیجاری کلیه محل‌های مسکونی و تجاری را اعم از آنکه نسبت به مورد اجاره سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، شامل گردید و به‌موجب ماده ۱۹ در صورتی که مستأجر محل کسب و پیشه یا تجارت به‌موجب اجاره‌نامه، حق انتقال به غیر داشته باشد می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد.

۲ - با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ قانون‌گذار مقررات

۱. رک: سایت حضرت آیت‌اله نوری همدانی.

حاکم بر روابط استیجاری محل‌های مسکونی را تغییر داده است لیکن محل‌های تجاری و کسب و پیشه هم‌چنان در حاکمیت قانون سابق باقی ماند.

۳ - متعاقب اوج‌گیری اختلاف‌نظرها در قانون روابط استیجاری املاک تجاری و شرعی بودن یا نبودن سرقفلی و حق کسب و پیشه نهایتاً شورای نگهبان با وجود اختلاف‌نظرهایی که در صلاحیت این شورا برای اظهارنظر نمودن در خصوص شرعیت داشتن قوانین سابق‌التصویب وجود داشت در مورخه ۱۳۶۳/۶/۳ بدون ملاحظه جوانب متعددی که این تأسیس حقوقی داراست، اظهار نظر نمود؛ حق کسب و پیشه یا تجارت در ملک غیر، مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی باشد باید طبق تحریرالوسیله عمل شود. در سایر موارد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود.

۴ - در سال ۱۳۶۵ قانون‌گذار با تصویب ماده واحده‌ای درصدد اظهارنظر در خصوص اجاره املاک تجاری برآمده و تلاش کرد تا به بخشی از مناقشات مربوط به بحث سرقفلی و غیرشرعی بودن آن از يك طرف و الزامات عرفی حاکم بر آن، از سوی دیگر، خاتمه داده و پاسخی به نیازهای دستگاه‌های اجرایی در این خصوص داده باشد و لذا مقرر نمود از تاریخ تصویب این قانون کلیه اماکن استیجاری که با سند رسمی بدون دریافت هیچ‌گونه سرقفلی و پیش‌پرداخت به اجاره واگذار می‌شود در رأس انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه آن می‌باشد مگر آنکه مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود. در صورت تخلف، دواير اجرای ثبت مکلف به اجرای مفاد قانون هستند.

۵ - پس از اظهارنظر شورای نگهبان هرچند بعضی با تمسک به این استدلال که «عنوان شرعی» نداشتن در اظهارنظر شورای نگهبان الزاماً به مفهوم «حرام بودن» آن نیست، راه را برای اعمال حاکمیت قانون سال ۱۳۵۶ کماکان هموار نمودند ولی هم‌چنان بالاتکلیفی و تشتت آراء و تعارض در احکام صادره از سوی محاکم و حتی نظریه‌پردازان حقوقی مشاهده می‌شد تا این که مجمع تشخیص مصلحت نظام به بررسی موضوع

پرداخته و با تصویب ماده واحده‌ای به شرح ذیل با صراحت به تمام اختلافات خاتمه داد: در مورد حق کسب و پیشه یا تجارت مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مردادماه ۱۳۵۶ عمل می‌شود، ماده واحده الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب آبان ماه ۱۳۶۵ به قوت خود باقی است.

۶- النهایه، آخرین قانونی که در این خصوص تصویب گردید، قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ بود که به موجب ماده يك آن اجاره کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه،... که با قرارداد عادی یا رسمی منعقد می‌شود، مشمول قانون مزبور خواهد بود.

چنانکه قبلاً نیز گفته شد، این قانون کاملاً براساس رعایت ملاحظات شرعی و نظر فقهی مراجع تقلید تدوین گردید. علی‌هذا در فصل دوم آن با عنوان سرقفلی به مقررات مرتبط با این موضوع پرداخته شد و بدون هیچ‌گونه ذکر از عنوان حق کسب و پیشه صرفاً به تعریف و تبیین ضوابط قانونی حاکم بر سرقفلی پرداخت.

هرچند پس از تصویب این قانون در این خصوص که آیا دامنه شمول ماده ۱۳ قانون ۱۳۷۶ (که کلیه مقررات و قوانین مغایر با این قانون را لغو کرده) شامل لغو ماده واحده تصویبی مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز می‌گردد یا خیر، تردید ایجاد شد و بعضاً استدلال نمودند که مرجع قانون‌گذاری حق رد و ابطال مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد لیکن آنچه بر آن اتفاق نظر وجود دارد، این است که امروز می‌توان اذعان نمود؛ هر سه قانون روابط موجر و مستأجر کماکان نسبت به قراردادهای اجاره‌ای که در زمان حاکمیت هرکدام از قوانین مزبور منعقد گردیده، لازم‌الاجرا بوده و قانون مصوب ۱۳۷۶ صرفاً در خصوص عقود اجاره‌ای نافذ است که پس از تصویب قانون مزبور تا حال حاضر، منعقد شده باشد.

#### مبحث دوم: راه‌های انتقال سرقفلی

بررسی طرق نقل و انتقال و واگذاری سرقفلی به معنای عام کلمه ( اعم از سرقفلی

به معنای خاص موضوع قانون سال ۱۳۷۶ و حق کسب و پیشه و تجارت موضوع قانون سال ۱۳۵۶) مستلزم تبیین دو نکته است:

نکته اول: ماهیت حقوقی این حق در قانون مدنی به نحو خاص تعریف نشده و برای بیان خصوصیات و مشخصات ماهوی آن بایستی به عموم مقررات قانون مدنی متمسک شد.

با این توصیف، می توان اذعان داشت سرقفلی يك حق مالی و معنوی و غیرمنقول تبعی است؛

اولاً مالی است، به دلیل این که دارای ارزش مادی بوده و در معاملات و تجارت فی مابین مردم قابل تقویم به پول می باشد چنان که سرقفلی املاک تجاری خرید و فروش می شود یا می توان آن را با ارائه سند دین بدهکار از طریق دایره اجرای ثبت توقیف نمود.

ثانیاً از میان انواع حقوق مالی که به حقوق مالی عینی، دینی و معنوی تقسیم می شوند، از آنجایی که حق سرقفلی عینیت نداشته و از نوع دینی نیز نمی باشد لذا باید آن را در زمره حقوق مالی معنوی دانست. چنان که دکتر کاتوزیان معتقد است؛ حق سرقفلی از جهتی به حق تقدم در اجاره ملك می ماند و از دیدگاه دیگر، حقی است که تاجر بر اعتبار و قدرت جذب مشتریان خود دارد. به همین جهت چنین حقی در دایره تقسیم حق دینی و عینی نمی گنجد و خود گروهی ویژه از اموال نوظهور را تشکیل می دهد که وصف مشترك آنها تکیه بر حاصل ابتکار و اندیشه انسان است و به همین اعتبار نیز حقوق معنوی نامیده می شود مانند حق تألیف، حق اختراع، حق مالکیت صنعتی و تجاری و حق سرقفلی. حقوق معنوی را به اعتبار موضوع آن، به دو گروه تقسیم کرده اند: ۱ - حقوقی که موضوع آن پدیده ای فکری و اعتباری است. ۲ - حقوق بر مشتری، خواه مشتریان تجاری باشند (مانند سرقفلی) یا خدماتی (مانند حق سردفتران اسناد رسمی)<sup>۱</sup>

ثالثاً هرچند در مورد منقول یا غیرمنقول بودن حق سرقفلی اختلاف نظرهای زیادی

۱. ر.ک.: کاتوزیان، حقوق مدنی اموال و مالکیت، ج. اول، نشر یلدا، ۱۳۷۴.

وجود دارد لیکن با توجه به اینکه حق سرقفلی بدون عقد اجاره اولیه فی مابین موجر و مستأجر در يك مال غیرمنقول تجاری، قابل تصور نیست و تحقق آن، چه از طرف مالك و چه از سوی مستأجر مستلزم انعقاد قرارداد اجاره است و مستفاد از ماده ۱۸ ق.م. می‌توان حق سرقفلی را يك حق مالی غیرمنقول تبعی دانست.

نکته دوم: به‌طور کلی در قرارداد اجاره، مستأجر حق انتقال منافع عین مستأجره را داراست «مگر آن که ضمن العقد، عدم انتقال، شرط شده باشد. ماده ۴۷۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره دهد مگر این که در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد». مستفاد از منطوق این ماده می‌توان اظهار نمود در صورتی که طرفین قرارداد اجاره متعرض به حق انتقال منافع از سوی مستأجر نشده باشند یا به عبارت دیگر، در این خصوص سکوت کرده باشند، مستأجر دارای حق انتقال به غیر خواهد بود.

قانون‌گذار با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر در سال ۱۳۵۶ به‌موجب ماده ۱۰ از این اصل پذیرفته‌شده، عدول نموده و مقرر داشت مستأجر نمی‌تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً به‌نحو اشاعه به غیر انتقال دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد. بنابراین چنانچه حق انتقال منافع در قرارداد مسکوت باشد یا اصلاً قراردادی تنظیم نشده باشد، اصل بر نبود این حق است.

براساس اصل عطف به‌ماسبق نشدن قوانین باید اذعان داشت کلیه قراردادهای اجاره‌ای که قبل از ۱۳۵۶/۵/۲ (تاریخ تصویب قانون) منعقد شده‌اند مشمول مقررات ماده ۴۷۴ ق.م. بوده و در صورت سکوت، مستأجر حق انتقال منافع به غیر را داراست.

برخی نیز اعتقاد دارند از آنجایی که ماده يك قانون مقرر داشته: «هر محلی که برای سکنی یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود» ... بنابراین عبارت «اجاره داده شده یا بشود» مشعر به این است که این قانون ناظر به قراردادهای منعقد قبل از خود نیز باشد و با این تحلیل کلیه قراردادهای قبل و بعد از این قانون در صورت سکوت، مشمول نبود حق انتقال منافع به غیر خواهند بود.

در احصا و تقسیم‌بندی از صور مختلف انتقال سرقفلی، از این جهت که اراده و رضایت

طرفین عقد ( موجر و مستأجر) همزمان یا قبل از انتقال منافع موجود باشد یا انتقال بدون اختیار و موافقت طرفین عقد محقق گردد یا انتقال صرفاً براساس اراده واقعی یکی از موجر یا مستأجر انجام شود به ۳ دسته اساسی قابل تقسیم است:

اول: انتقال قراردادی یا اختیاری؛ دوم: انتقال قهری یا غیرارادی؛ سوم: انتقال قضایی و اجرایی.

#### گفتار اول: انتقال قراردادی سرقفلی

انتقال ارادی باعث مالکیت از نوع ارادی خواهد شد و آن، ملکیتی است که مالک به اختیار خود آن را به دست آورده است مانند آنچه انسان از راه بیع، صلح و اجاره کسب می کند. در این صورت، مشتری، متصالح و مستأجر مال را به اختیار و رضای خود مالک شده اند بدیهی است ابزار حقوقی برای این تملیک و تملك ارادی انعقاد عقد یا قرارداد است. نکته قابل توجه اینکه قبل از ورود به بحث بایستی دو مفهوم متفاوت را در این خصوص از یکدیگر متمایز بداریم. گاهی انتقال، محصول انعقاد قرارداد است. به عبارت دیگر، نتیجه حاصله از تنظیم و انشای قرارداد، واگذاری و قبول انتقال يك حق عینی یا دینی است مانند تمليك مبیع به مشتری در اثر عقد بیع یا انتقال منافع مال مورد اجاره به مستأجر در عقد اجاره. گاهی نیز منظور از انتقال قرارداد، مفهوم حقوقی جدیدی است که از آن به حالتی تعریف شده که شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین قرارداد می گردد یا به عبارت دیگر، جایگاه حقوقی یکی از طرفین به انضمام تمام حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص دیگری منتقل گردد. به عنوان مثال، مالکی تعهد می کند که ملك خود را در برابر مبلغی به دیگری بفروشد و طرف قرارداد این حق تملك را به دیگری انتقال می دهد و او را جانشین خود می کند.<sup>۱</sup>

در تبیین موضوع، تذکر دو نکته ضروری است؛ اولاً انتقال قرارداد در مفهوم فوق الذکر با انتقال دین و طلب یا تبدیل تعهد و واگذاری اجرای تعهد به شخص ثالث، متفاوت است.

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۳، شرکت سهامی انتشار، ج. ۲، ۱۳۷۶، ص. ۳۹۳.

ثانیاً دامنه شمول انتقال قرارداد از دو جهت با محدودیت مواجه است. نخست در کلیه عقود که با مباشرت متعهد در اجرای قرارداد شرط شده باشد مانند عقد نکاح، انتقال قرارداد امکان‌پذیر نیست. دوم این‌که صرفاً انتقال قرارداد در عقود مستمر مانند مضاربه و اجاره قابل تحقق است و در عقود که نتیجه عقد همزمان با وقوع آن حاصل گردد (مانند تملیک در عقد بیع) انتقال قرارداد مفهومی ندارد.

با این توصیف، انتقالی که در نتیجه وقوع عقد حاصل می‌گردد (مفهوم اول) تنها در یک صورت از صور انتقال سرقفلی قابل تصور است و آن وقتی است که مالک در ابتدای قرارداد اجاره اولیه یا به عبارتی همزمان با عقد اجاره وجهی نیز تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت می‌کند و حق را تحت عنوان سرقفلی برای مستأجر ایجاد یا به او منتقل می‌کند و در سایر طرق انتقال سرقفلی که بعداً به تفصیل خواهد آمد، کیفیت اقدام حقوقی از نوع انتقال قرارداد (مفهوم دوم) می‌باشد.

از آنجایی که حق سرقفلی در زمره حقوق مالی بوده و دارای ارزش مادی و قابل تعیین بها و تقویم به پول می‌باشد بنابراین می‌تواند موضوع عقد و معامله قرار گیرد و دارندگان این حق تحت شرایط قانونی نسبت به تملیک آن به دیگران اقدام نمایند. از سوی دیگر، با توجه به اینکه منشأ ایجاد حق سرقفلی، انعقاد قرارداد اجاره است بنابراین راه‌های ذیل برای انتقال قراردادی (ارادی) سرقفلی قابل تصور است:

۱- ایجاد حق سرقفلی از سوی مالک یا مستأجر.

۲- واگذاری سرقفلی وقتی که مستأجر حق انتقال به غیر دارد.

۳- انتقال حق سرقفلی به غیر با اخذ رضایت مالک.

*بند اول: ایجاد حق سرقفلی از سوی مالک یا مستأجر*

چنان‌که قبلاً نیز اشاره شد، از جمله تفاوت‌های سرقفلی با حق کسب و پیشه این بود که حق سرقفلی در ابتدای انعقاد عقد و براساس وجه پرداختی اولیه توسط مستأجر به موجر ایجاد می‌شود، در حالی که حق کسب و پیشه به دلایلی از جمله شهرت کسبی و اعتبار تجاری، در طول زمان، حاصل می‌گردد.

اگرچه ایجاد اولیه حق سرقفلی در يك قرارداد اجاره برای مستأجر ظاهراً انتقال محسوب نمی‌شود لیکن می‌توان اعطای حق مزبور از طرف موجر به مستأجر یا از سوی مستأجر سابق به مستأجر جدید را نوعی تمليك یا واگذاری آن حق دانسته و مستأجر را مالك آن تلقی نمود. بدین ترتیب هرچند امروزه تقریباً پرداخت سرقفلی در قراردادهای اجاره‌ای که قبلاً فاقد این حق بوده، غیرمعمول است و اصولاً مالکین به دنبال راه‌های قانونی‌اند تا از هرگونه ادعای احتمالی مستأجرین در خصوص پرداخت سرقفلی و دعوی آتی نسبت به آن پیشگیری نمایند مع‌الوصف قانون‌گذار بر خلاف قانون سال ۱۳۵۶ که هیچ اشاره‌ای به منشاء ایجاد حق کسب و پیشه نمی‌کرد، در تصویب قانون سال ۱۳۷۶ با تأسی به مبنای شرعی و حتی استنساخ از فتاوی صادره از سوی مراجع عظام، به مشروعیت ایجاد این حق نظر داشته و بدون توجه به عرف معمول بازار، آن را قانونی کرده است.

به عبارت دیگر، منشاء پیدایش حق سرقفلی الزاماً تحقق عقد اجاره نیست بلکه مالك می‌تواند قبل از انعقاد قرارداد اجاره این حق را به اولین مستأجر واگذار و عوض آن را دریافت نماید و یا در مواردی که ذیلاً بدان‌ها اشاره خواهد شد، مستأجر می‌تواند بدو و همزمان با انصراف از بخشی از حقوق مکتسبه خود وجهی را تحت عنوان سرقفلی از مالك یا مستأجر جدید دریافت نماید.

ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر و مصوب سال ۱۳۷۶ مقرر می‌دارد: «هرگاه مالك، ملك تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آن‌که در ضمن عقد اجاره، حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.»

با بررسی و امعان نظر در موارد ۶ و ۷ و ۸ قانون مصوب ۱۳۷۶ و نیز با توجه به آراء فقهی موجود در این رابطه، به نظر می‌رسد منشاء پیدایش حق سرقفلی بدو یکی از سه طرق ذیل می‌باشد:

۱ - وقتی مالك همزمان با اجاره دادن ملك تجاری خود علاوه بر مال الاجاره، مبلغی را

به‌عنوان سرقفلی از مستأجر اخذ نماید. بدیهی است در صورت مزبور، مستأجر علاوه بر مالکیت بر منافع ملك مورد اجاره که مستقیماً از عقد اجاره حاصل گردیده، مالك حق مالی دیگری به نام سرقفلی که به تبع قرارداد اجاره محقق گردیده نیز می‌باشد.

هرچند حق مالی مزبور با پرداخت مبلغ معینی به‌عنوان سرقفلی ایجاد گردیده اما قانون‌گذار ارزش حق به وجود آمده را فارغ از وجهی دانسته که ابتدائاً توسط مستأجر پرداخت شده و تقویم ارزش آن را به قیمت عادلانه روز دانسته است. چنان که در تبصره ۲ ماده ۶ آمده است: «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».

۲- مستفاد از ذیل ماده ۶ قانون مرقوم مستأجر می‌تواند در اثنای مدت اجاره، باقی‌مانده مدتی را که حق انتفاع از ملك مورد اجاره دارد به مالك مسترد کند یا به مستأجر دیگری واگذار نماید و از بابت گذشت از حق خود، مبلغی را به‌عنوان سرقفلی از مالك یا مستأجر جدید دریافت نماید، هرچند هیچ مبلغی ابتدائاً به‌عنوان سرقفلی به موجر پرداخت نکرده باشد.

مبنای حقوقی این حق از آنجا ناشی می‌شود که عقد اجاره در زمره عقود لازم بوده و پس از انعقاد، هیچ‌یک از طرفین عقد رأساً نمی‌توانند قرارداد را فسخ نمایند. لذا اگر ضمن‌العقد، حق واگذاری منافع برای مستأجر شناخته شده باشد او می‌تواند با دریافت مبلغی آن را به مالك یا مستأجر دیگر واگذار نماید.

این تجویز قانونی شاید بر اساس فتوای شرعی فقها و از جمله امام خمینی (ره) در همین رابطه تدوین یافته باشد که مضمون نظر ایشان چنین است؛ اگر کسی محلی را برای مدت طولانی (مثلاً بیست سال) اجاره کند و حق انتقال دادن مورد اجاره به غیر را هم داشته باشد و اتفاقاً اجاره محل در ضمن مدت ترقی کند، مستأجر می‌تواند محل را به مبلغی که اجاره کرده است، اجاره دهد و مقداری هم از کسی که ملك را به او اجاره می‌دهد، با توافق او، به‌عنوان سرقفلی بگیرد.

۳- اگر ضمن‌العقد اجاره شروطی به نفع مستأجر معین شده باشد، مستأجر می‌تواند

هنگام اسقاط حقوق خود ناشی از شروط مزبور از مالک، مبلغی را به عنوان سرقفلی، مطالبه و دریافت نماید.

قانون گذار دو نمونه از این شروط را در تدوین قانون ۱۳۷۶ بیان داشته است:

ماده ۷: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در این صورت مستأجر می تواند از موجر و یا مستأجر دیگر، مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید».

ماده ۸: «هرگاه ضمن عقد اجاره 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. مستأجر می تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل، مبلغی را به عنوان سرقفلی، مطالبه و دریافت نماید».

تنظیم سند رسمی برای این نوع از سرقفلی هرچند در عرف معمول بازار کاربردی نیست اما امکان پذیر است و می توان همزمان با تنظیم قرارداد اجاره و ضمن العقد پرداخت وجه به عنوان سرقفلی توسط مستأجر گواهی شده و موجر اقرار به دریافت آن نماید. چنان که ماده ۱۴ آیین نامه اجرایی قانون سال ۱۳۷۶ مقرر می دارد: «دفاتر اسناد رسمی علاوه بر رعایت شرایط عمومی تنظیم اسناد اجاره مکلفاند در سند اجاره اماکن با کاربری تجاری و اماکنی که با رعایت قوانین و مقررات مربوط به منظور استفاده تجاری واگذار می شوند، تصریح کنند که عقد اجاره با سرقفلی یا بدون سرقفلی واقع شده است و در قراردادهای عادی اجاره نیز طرفین مکلفاند سند اجاره را با قید همین مطلب تنظیم نمایند».

بند دوم: واگذاری سرقفلی وقتی که مستأجر حق انتقال به غیر را دارد

از جمله شایع ترین و به عبارتی عرفی ترین نوع تحقق و به تبع آن انتقال سرقفلی (به معنای عام آن) وقتی است که مستأجر براساس یکی از طرق کسب مالکیت سرقفلی، صاحب این حق شناخته شده و ضمن العقد اجاره، حق واگذاری منافع مورد اجاره به غیر را داراست. بنابراین می تواند اقدام به واگذاری آن و ایجاد حق سرقفلی برای مستأجر جدید نماید. صدر ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ مقرر می دارد: «در صورتی که مستأجر محل کسب و پیشه به موجب اجاره نامه، حق انتقال به غیر را داشته باشد، می تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد».

مستفاد از ماده مرقوم به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار برای انتقال سرقفلی علاوه بر شرط جواز انتقال به غیر از طرف مستأجر که قبلاً به تفصیل بررسی شد، شرایط خاص دیگری را نیز پیش‌بینی نموده است:

#### الف) تجاری بودن ملك مورد اجاره

شاید در اصل موضوع مبنی بر این‌که سرقفلی در املاك تجاری قابل تحقق است، اختلافی در دیدگاه حقوق‌دانان از نظر قانونی و فقها از جهت شرعی، وجود نداشته باشد و در تعلق سرقفلی به ملك تجاری همگان متفق‌القول‌اند. لیکن آنچه محل بحث واقع شده، این است که؛ اولاً: در قانون سال ۱۳۵۶ به‌موجب ماده ۱۹ صرف استفاده تجاری از محل کسب و پیشه برای تحقق حق کسب و پیشه کفایت می‌کند. به عبارت دیگر، ملك تحقق این حق، ماهیت شغل از جهت تجاری بودن یا نبودن آن شناخته شده است اما در ماده ۶ قانون ۱۳۷۶ برای مالك شرط گردیده که ملك تجاری خود را به اجاره واگذار کند.

ثانیاً: اگر تجاری بودن ملك، شرط تحقق حق سرقفلی است، ملك تشخیص و تمییز املاك تجاری از غیرتجاری چیست؟ هرچند ضابطه عرفی در افواه عمومی - برای تعیین ملك تجاری از اصطلاح مغازه یا دکان استفاده می‌کند اما - در عرف اداری - می‌توان مقررات شهرداری را از جهت تفکیک واحدهای ساختمانی به مسکونی - تجاری - اداری و غیره ملك تشخیص و تعیین ملك تجاری دانست.

#### ب) انتقال برای همان شغل یا شغل مشابه باشد

مستأجر جدید پس از قبول انتقال حق سرقفلی بایستی به ادامه شغل مستأجر اول متعهد باشد. قانون‌گذار با اندکی تعدیل در قاعده موضوعه خود، اشتغال به فعالیت اقتصادی مشابه را نیز پذیرفته که به‌نظر می‌رسد:

اولاً ملك تعیین نوع شغل مستأجر، قرارداد اجاره فی‌مابین است که در صورت تصریح به نوع کسب، رعایت آن برای مستأجر جدید الزامی است و در صورت عدم ذکر کیفیت شغل در قرارداد و نیز در مواردی که اجاره فی‌مابین فاقد قرارداد کتبی به‌صورت عادی یا رسمی باشد، رعایت این شرط الزامی نخواهد بود.

ثانیاً رابطه تشخیص مشابهت شغل جدید، عرف و در صورت اختلاف، مرجع قضایی خواهد بود.

(ج) انتقال به صورت سند رسمی باشد

تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ مقرر می‌دارد: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود».

با این توصیف، مستأجری که حق واگذاری سرقفلی به غیر داشته، در صورت انتقال به صورت عادی و بدون تنظیم سند رسمی به دلیل مخالفت اقدام وی با صراحت تبصره مرقوم، فاقد اعتبار و قابل فسخ از طرف مستأجر اولیه یا مالک مربوطه خواهد بود. در خصوص دامنه شمول این تبصره و این که آیا صرفاً معطوف به صدر ماده مرقوم بوده یا قاعده لازم‌الاجرا برای سایر نقل و انتقالات نیز می‌باشد نظریات متعددی ارائه گردیده است.

نظریه اکثریت قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران چنین است:

باتوجه به ماده يك قانون روابط موجر و مستأجر که متصرف استیجاری ولو بدون سند رسمی را نیز مشمول این قانون و او را مستأجر می‌داند که به این ترتیب مستأجر جدید محل کسب قانوناً مستحق سرقفلی است، هرچند دارای سند رسمی اجاره و انتقال سرقفلی نباشد و باتوجه به این که از حیث قانون نویسی تبصره فقط ناظر به ماده قبلی است و به سایر موارد تسری نمی‌یابد، علی‌هذا تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون یادشده تنها در محدوده ماده ۱۹ کاربرد داشته و فقط در مورد این ماده قابل اعمال است و لاغیر. یعنی اگر مستأجر محل کسب دارای حق انتقال به غیر باشد تنها به موجب سند رسمی می‌تواند منافع و سرقفلی ناشی از آن را به غیر واگذار نماید و اگر حق انتقال به غیر تفویض نشده و برای این کار از دادگاه تحصیل اجازه کرده باشد، باز برای انتقال باید سند رسمی تنظیم کند والا چنانچه بدون تنظیم سند رسمی انتقال صورت گرفته باشد، این انتقال از حیث تعلق سرقفلی به مستأجر لاحق معتبر نیست. در غیر مورد مذکور در ماده ۱۹ مثل موردی که

انتقال با رضایت مالك صورت می‌گیرد تبصره ۲ ماده ۱۹ قابلیت اعمال نداشته و لزومی به تنظیم سند رسمی برای انتقال سرقفلی به مستأجر لاحق نیست و متصرف جدید مستأجر و صاحب حقوق کسب و پیشه شناخته می‌شود.<sup>۱</sup>

*بند سوم: انتقال حق سرقفلی به غیر با اخذ رضایت مالك*

از جمله موارد انتقال سرقفلی (به معنای عام کلمه) وقتی است که حق شخص از جهت مالکیت قانونی نسبت به محل مورد اجاره محرز است اما ضمن العقد اجاره، اجازه واگذاری و انتقال آن به غیر برای مستأجر شناخته نشده و یا به سکوت برگزار شده که چنان که قبلاً بیان شد، مشعر به نبود حق انتقال است و به عبارت دیگر، حقی است با مشخصه دارندگی برای مالك آن ولی بدون اجازه اعمال حق انتقال نفساً مگر آن که موجر آن را تنفیذ نماید.

اصولاً مستأجرین با علم به تبعات منفی واگذاری سرقفلی بدون اخذ رضایت مالك اقدام به انتقال سرقفلی نمی‌کنند چرا که رعایت این اصل که مؤکداً در قانون بیان گردیده از قواعد صریح بوده و ضمانت اجرای قاطعی نیز برای آن در نظر گرفته شده است. چنان که تبصره يك ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ مقرر می‌دارد:

در صورتی که مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد و در این مورد مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت.

با این توصیف، اخذ رضایت مالك (موجر) برای واگذاری حق سرقفلی توسط مستأجر به دو صورت قابل تحقق است:

*الف) اخذ موافقت موجر قبل از انتقال سرقفلی*

معمولاً مستأجرین پس از یافتن خریدار برای سرقفلی ملك تجاری خود و گمانه‌زنی‌های اولیه و به عمل آوردن هماهنگی‌های لازم قبل از هر اقدام حقوقی که منجر

۱. نوبخت، یوسف، *اندیشه‌های قضایی*، ج. ۳، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰، ص. ۲۴۵.

به انتقال قانونی و شرعی حق سرقفلی گردد، ابتدا با مراجعه به مالک تلاش برای اخذ موافقت وی را آغاز می‌کنند. اصولاً مالکین برای دادن چنین اجازه‌ای مبلغی را از مستأجر اولیه مطالبه می‌کنند که آن را اصطلاحاً «حق مالکانه» می‌نامند و میزان آن بسته به نظر عرف محل از ده تا بیست درصد از کل ارزش سرقفلی مورد مطالبه است و چنانچه منتقل‌آیه قصد تغییر نحوه استفاده (تغییر شغل) در محل مورد اجاره را نیز داشته باشد، به مبلغ مالکانه افزوده خواهد شد.

حال چنانچه قرارداد اجاره تنظیمی فی‌مابین موجر و مستأجر اول به صورت سند رسمی تنظیم شده باشد، طرفین در دفتر اسناد رسمی حاضر شده و چنانچه مدت قرارداد مزبور هنوز به اتمام نرسیده باشد ابتدا نسبت به فسخ آن اقدام و سپس موجر، قرارداد اجاره جدید را با مستأجر دوم منعقد و امضا می‌نماید و ضمن آن سندی در قالب یکی از عقود ناقله مانند صلح حقوق فی‌مابین مستأجر اول به عنوان صاحب حق سرقفلی و مستأجر دوم به عنوان منتقل‌آیه تنظیم می‌گردد و در صورتی که عقد اجاره اولیه به صورت عادی تنظیم شده باشد، مالک می‌تواند با تنظیم سند اجاره با مستأجر جدید به صورت رسمی یا عادی، ذیل سند رسمی صلح حقوق سرقفلی تنظیمی فی‌مابین مستأجر اول و مستأجر جدید آن را نیز تنفیذ نماید.

#### ب) اخذ موافقت موجر پس از انتقال سرقفلی

گاهی صاحبان سرقفلی به دلیل ناآگاهی یا بی‌احتیاطی در مبادلات تجاری خود مبادرت به انجام معامله نسبت به حقوق فرضیه و قانونی خود تحت عنوان سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت نموده در حالی که صراحتاً اجازه مالک برای واگذاری این حق به غیر نداشته‌اند. در صورت مزبور، دو فرض قابل تصور است:

فرض اول این‌که؛ موجر متعاقب قرارداد سرقفلی، مستأجر لاحق را به عنوان مستأجر خود شناخته و مال الاجاره مقرر را از وی دریافت می‌کند و در قبال آن، رسید تسلیم می‌نماید یا مبادرت به تنظیم قرارداد اجاره به صورت عادی یا رسمی با وی می‌کند که در صورت مزبور با

توجه به تنفیذ قرارداد واگذاری از سوی مالک، رعایت مقررات ماده ۱۹ گردیده و مورد، مشمول تبصره يك ماده مزبور نخواهد بود.

فرض دوم؛ وقتی است که مالک به انتقال صورت گرفته، رضایت نداده و مستأجر سابق یا مستأجر لاحق هیچ‌کدام نتوانند تنفیذ موجر را ذیل قرارداد تنظیمی خود اخذ نمایند. بدیهی است صورت مزبور به دلیل نقض مقررات ماده ۱۹ مشمول تبصره يك ماده مرقوم بوده و مالک می‌تواند با پرداخت نصف سرقفلی یا حق کسب و پیشه محل را از ید مستأجرین خارج نماید.

در فرض مزبور محتمل است که موجر پس از اطلاع از انتقال بدون مجوز، نسبت به دریافت مال الاجاره از مستأجر جدید امتناع نموده و مستأجر جدید نیز اجاره بها را نزد صندوق ثبت در یکی از دفاتر اسناد رسمی تودیع نموده باشد و مالک نیز اقدام به دریافت مبلغ مزبور نماید. حال، سؤال این است که آیا دریافت مزبور می‌تواند دلیلی بر تنفیذ و تأیید انتقال محسوب شود؟

به‌صراحت تبصره ۲ ماده ۷ قانون سال ۱۳۵۶ که بیان می‌دارد دریافت وجه بابت اجاره‌بها از طرف مالک یا موجر دلیل بر تسلیم او به ادعای طرف نخواهد بود علی‌هذا مستفاد از عموم و اطلاق تبصره مرقوم، صرف دریافت وجه از سوی مالک نه تنها دلیل بر تأیید میزان اجاره بها تلقی نمی‌شود بلکه مستندی برای مستأجر جدید مبنی بر تنفیذ ید استیجاری و سایر شرایط قرارداد اجاره قبلی، محسوب نمی‌شود.

بدیهی است اگر مالک، مال الاجاره را مستقیماً از مستأجر لاحق اخذ و رسیدی دال بر دریافت مال الاجاره به‌نام مستأجر جدید تحویل دهد، این اقدام می‌تواند کاشف از مرضات وی باشد.

#### گفتار دوم: انتقال قهری یا غیرارادی سرقفلی

اگر ماهیت انتقال را از نظر حقوقی زوال مالکیت نسبت به مال معین به نفع مالک جدید تعریف کنیم، نوعی از این انتقال را که سبب موجه آن بدون توافق طرفین ایجاد

می‌گردد، انتقال قهری گویند و شاید مثال منحصر به فرد آن که تقریباً تمام حقوق‌دان‌ها بدان اشاره داشته‌اند، انتقال دارایی شخص پس از فوت او به ورثه است؛ چنان که کیفیت انتقال مطلق بوده و حتی نیازی به پذیرش یا قبول وراثت نیز نمی‌باشد. به نظر می‌رسد انحصار انتقال قهری به تأسیس حقوقی ارث، قانون‌گذار را نیز متأثر ساخته چنان که ماده ۱۱۱ آیین‌نامه قانون ثبت مقرر می‌دارد ثبت انتقالات قهری به نام ورثه در دفتر املاک مجانی است و...

با این توصیف، از آنجایی که ارث را انتقال مالکیت اموال میت پس از فوت به وراثت دانسته و از طرفی سرقفلی یا حق کسب و پیشه نیز چنان که قبلاً تعریف شد، حقی مالی است و در زمره دارایی‌های اشخاص تلقی می‌شود؛ بنابراین در صورت فوت مالک این حق، بالتبع وراثت، قائم مقام قانونی و شرعی مورث خود در خصوص تملک این حق خواهند بود.

ماده ۴۹۷ ق.م. اعلام می‌دارد؛ «عقد اجاره به واسطه فوت موجر یا مستأجر باطل نمی‌شود لیکن اگر موجر فقط برای مدت عمر خود مالک منافع عین مستأجره بوده است، اجاره به فوت موجر باطل می‌شود و اگر شرط مباشرت مستأجر شده است، به فوت مستأجر باطل می‌گردد».

هرچند مستفاد از عموم مقررات ماده مرقوم، قرارداد اجاره اصولاً با فوت موجر یا مستأجر باطل نمی‌شود و برای مدت مذکور در قرارداد، فی‌مابین آن‌ها و قائم‌مقام قانونی ورثه ادامه می‌یابد لیکن با توجه به این که قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ بخشی از مقررات قانون مدنی را به‌طور صریح یا به‌صورت ضمنی نسخ نمود و از جمله اینکه به مستأجر اجازه داد تا پس از پایان مدت اجاره نیز بتواند به انتفاع از عین ادامه دهد و حق فسخ و تخلیه مورداجاره را برای موجر محدود نمود علی‌هذا نه تنها مستأجری که دارای حق سرقفلی در مورداجاره است، حق بهره‌مندی از مالکیت خود را حتی پس از پایان مدت اجاره دارا است بلکه در صورت فوت وی، این حق به وراثت نامبرده انتقال می‌یابد.

بدیهی است کیفیت و شرایط حق منقوله به وراثت که به تبع حق موجهه برای مورث پدید آمده از همان شرایط حق اولیه پیروی نموده و دارندگان لاحق این حق چیزی بیش از دارنده سابق آن نخواهند داشت. بنابراین چنان که مالک سرقفلی حق انتقال به غیر نداشته،

وراث وی نیز به نحوی می‌توانند اعمال حق کنند که واگذاری به غیر تلقی نشود. بنابراین برای بهره‌مندی ورثه از این حق به صورت یکی از شقوق ذیل قابل تصور است:

الف) همه ورثه به صورت جمعی و با هم از منافع ملك تجاری بهره‌مند گردند. به عنوان مثال اگر متوفی دارای دو فرزند بوده هر دو شراکتاً به امور تجاری و کسب و پیشه در محل بپردازند.

ب) برخی از ورثه به يك یا چند نفر دیگر از وراث نمایندگی بدهند تا اشخاص منصوب، در جهت منافع خود اصالتاً و به وکالت از سایرین، از حق سرقفلی بهره‌مند شده و به کار در آن محل مشغول گردند.

ج) در صورتی که وراث نتوانند یا نخواهند شخصاً از محل مورد اجاره مورث خود استفاده کنند می‌توانند شخص ثالثی را به عنوان مدیر یا کارگزار خود انتخاب تا وی به نیابت از وراث به امور تجاری در آن محل بپردازد.

به موجب بند يك ماده ۱۴ قانون ۱۳۵۶ در موردی که عین مستأجره به منظور کسب و پیشه و یا تجارت خود مستأجر اجاره داده شده و مستأجر آن را به عناوینی از قبیل وکالت یا نمایندگی و غیره عملاً به غیر واگذار کند بدون اینکه طبق ماده ۱۹ این قانون با مستأجر لاحق اجاره‌نامه تنظیم شده باشد، موجر می‌تواند حکم فسخ اجاره یا تخلیه را از دادگاه درخواست کند.

علاوه بر صوری که فوقاً برای استفاده از محل تجاری توسط وراث احصا شد، صورت دیگری نیز قابل تصور است؛ وقتی که بین ورثه در نحوه بهره‌برداری از منافع محل اجاره اختلاف نظر وجود داشته باشد. مثلاً در حالی که برخی مصمم برای تصدی امور تجاری به واسطه شخص خود هستند تعدادی معتقد به گماردن مدیر برای اداره بهتر امور خود باشند.

در فرض مزبور، سؤال این است که آیا ورثه می‌توانند افزای منافع خود را در محل مورد اجاره که دارای حق سرقفلی‌اند، از دادگاه درخواست کنند که در این خصوص، نظرات متعددی ارائه شده و جمع دیدگاه‌های مزبور را می‌توان در مجموعه نظرات قضات حقوقی مشاهده نمود:

الف) دیدگاه اکثریت بر این مبنا استوار است که «نظر به این که افزایش منافع با افزایش عین، ملازمه داشته و مستلزم دخل و تصرف در عین و اضرار مالک آن است و چون افزایش منافع در حالت مذکور مغایر ماده ۱۹ است علی‌هذا رسیدگی دادگاه و صدور حکم، دائر به افزایش منافع، جایز نیست و راه حل قضیه این است که مقررات ماده ۱۹ رعایت شود یعنی شریک در صورت داشتن حق انتقال، منافع را به دیگری واگذار کند یا از دادگاه، تجویز انتقال منافع را نسبت به سهم خود بخواهد.<sup>۱</sup>

ب) اقلیت قضات نیز نظرات متعددی ارائه داده‌اند که به نظر می‌رسد دو نظر ذیل قابل تأمل است:

برخی از اقلیت معتقدند چنانچه مدت اجاره باقی باشد افزایش منافع به حکم دادگاه به درخواست مستأجرین مشروط به عدم تعدی و تفریط نسبت به مورد اجاره بلامانع است و منافاتی با ماده ۱۹ قانون ندارد. چه این ماده ناظر به بعد از مدت اجاره است و اگر مدت اجاره سپری شده باشد چون در این صورت مالکیت مستأجرین نسبت به منافع مورد اجاره منتفی است لذا با زوال مالکیت منافع، موجبی برای افزایش آن نیست.

اقلیت دیگری معتقد است افزایش محل کسب فقط در صورتی امکان‌پذیر است که اولاً همه شرکا راضی باشند و ثانیاً افزایش به صورت زمانی یعنی با رعایت نوبت در استیفای منفعت توسط شرکا نسبت به کل مورد اجاره باشد. در غیر این صورت، به علت عدم امکان افزایش با اتخاذ ملاک از ماده ۳۱۷ ق.ا.ح. منافع مورد نزاع باید به فروش برسد. النهایه، دادگاه قبل از صدور دستور فروش بایستی مقررات ماده ۱۹ قانون را رعایت کند و چنانچه مالک عین، حاضر به خرید نباشد، دستور فروش شش‌دانگ منافع را صادر نماید.<sup>۲</sup>

صرف نظر از ارزیابی استدلال‌های فوق به نظر می‌رسد راه حل اخیر هرچند نظر گروه اقلیت قضات می‌باشد ولی راه کاری عملی و واقعی‌تر است. چرا که تفکیک و تقسیم حق

۱. نویخت، همان، ص. ۲۵۸.

۲. همان، ص. ۲۵۹.

انتفاع از حیث زمان (قاعده مہایات) برای تمام وراثت اقدامی عدالت محور است و علاوه بر این که تزییع حقوق موجر را در پی ندارد، همه ورثه در صورت تمایل می‌توانند بهره خود را از حق موروثی خود ببرند و در صورت عدم توافق، وراثتی که قصد انتقال سهم‌الارث خود را داشته باشند، می‌توانند دادخواست الزام به فروش را علیه سایر ورثه مطرح و ضمن آن یا در دعوایی علی‌حده الزام به تجویز انتقال منافع به غیر را علیه موجر درخواست نمایند.

در پایان این گفتار تذکر دو نکته ضروری است:

**نکته اول:** در زمره وراثت متوفی که کیفیت سهم‌الارث وی با سایر ورثه از این جهت که بهای تقدیم‌شده اموال غیرمنقول را ارث می‌برد، زوجه است. قبل از اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ ق.م. که زوجه از بهای اعیانی و اموال منقول ارث می‌برد، بررسی این که آیا سرقفلی جزو اموال منقول یا غیرمنقول است اهمیت داشت لیکن از آنجایی که مواد مزبور اخیراً اصلاح گردیده و زوجه از بهای تمام اموال شوهر خود اعم از منقول و غیرمنقول و عرصه و اعیان ارث می‌برد علی‌هذا بررسی منقول یا غیرمنقول بودن حق سرقفلی از این جهت فاقد اهمیت است. زیرا در هر صورت سهم‌الارث زوجه بهای سرقفلی خواهد بود.

**نکته دوم:** هرچند تملیک در عقد وصیت با قبول موصی له پس از فوت موصی محقق می‌گردد و انتقال مالکیت، اراده انتقال‌گیرنده را نیز لازم دارد، اما می‌توان عقد وصیت را در حاشیه انتقال قهری مورد بررسی قرارداد چنان که قانون مدنی قسمت چهارم از کتاب دوم خود را به وصایا و ارث اختصاص داده است.

از جمله مواردی که عقد وصیت را با انتقال سرقفلی مرتبط ساخته وقتی است که شخصی وصیت نموده تا بخشی از اموال منقول وی تعلق به دیگری پیدا کند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا عنوان اموال منقول شامل حق کسب و پیشه و تجارت نیز می‌شود؟

سه دیدگاه در این خصوص مطرح گردیده است:

نظر اول (اقلیت): با توجه به مواد ۱۲ و ۱۹ ق.م. (ناظر به توصیف اموال غیرمنقول و منقول) چون حقوق کسب و پیشه و تجارت اساساً تحت عنوان اموال قرار نمی‌گیرد بلکه از

امور اعتباری و صرفاً نوعی امتیاز و از حقوق احتمالی است لذا وصیت مذکور، شامل مورد نمی‌شود.

نظر دوم (اقلیت): حقوق کسب و پیشه و تجارت از آنجایی که دارای ارزش اقتصادی و قابل نقل و انتقال است، مالیت دارد لیکن چون ملحق به غیرمنقول و در حکم آن است، مشمول وصیت مذکور نیست.

نظر سوم (اکثریت): هرچیز که قابل داد و ستد و دارای ارزش اقتصادی باشد، مال محسوب است پس سرقفلی نیز مال است؛ البته از اموال غیرمادی که تحت عنوان منقول در نمی‌آید. زیرا اطلاق منقول و غیرمنقول تنها نسبت به اموال مادی صادق است. به اموال غیرمادی، حقوق مالی گفته می‌شود و باتوجه به مواد ۹۴۰ و ۹۴۶ ق.م. حقوق مالی مثل حق شفعه که به زوج ارث می‌رسد در حکم اموال منقول است. بنابراین حق سرقفلی نیز که از حقوق مالی است، در حکم اموال منقول است.<sup>۱</sup>

#### گفتار سوم: انتقال قضایی و اجرایی سرقفلی

بعضاً ممکن است انتقال مالکیت با اراده واقعی و حقیقی یکی از متعاملین صورت گرفته و اراده دوم با قائم‌مقامی نماینده حاکمیت براساس قانون محقق گردد. به عبارت دیگر، براساس همان وظیفه و رسالت اساسی حقوق ثبت که همانا حضور در قراردادهای خصوصی فی‌مابین مردم است، حاکمیت به منظور نظارت و هدایت روابط حقوقی مزبور، به دخالت و اعمال قدرت اجرایی خود می‌پردازد.

حال چنانچه مبنای نقل و انتقال مالکیت، احکام صادره از سوی مراجع قضایی باشد و نماینده اجرای احکام مبادرت به امضای اسناد به نیابت از مالک مستنکف نماید، آنرا انتقال قضایی و اگر تملك براساس صدور اجرائیه نسبت به اسناد رسمی لازم‌الاجرا و با حضور نماینده اداره ثبت اسناد و املاک صورت پذیرد، آنرا انتقال اجرایی گویند.

#### بند اول: انتقال قضایی

اختلاف مالک و مستأجر در میزان حق خود و محدوده اعمال آن حرف تازه و جدیدی

است و شاید به قدمت دعوی تورانیان و ایرانیان در شاهنامه برسد. همیشه مالکین، خود را ذی‌حق و مستأجر را مزاحم، تلقی و او را به اجبار، تحمل می‌کنند. از سوی دیگر، مستأجرین اگر نگوئیم بیش از نصف، حداقل نیمی از سرمایه جمع‌شده در مال غیرمنقول تجاری را که عرصه آن متعلق به مالک است، از آن خود می‌دانند.

از جمله دعاوی مطروحه در اجاره اماکن تجاری وقتی است که مستأجر بنا به دلایلی قصد واگذاری حقوق سرقفلی خود به اشخاص دیگر را دارد و از سوی دیگر، این حق ضمن قرارداد اجاره صراحتاً به وی داده نشده و مالک نیز حاضر به موافقت با اقدام مزبور، نیست.

قانون‌گذار برای خروج از این بحران در ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ 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 تنظیم‌کننده 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، قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود. هرگاه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی، منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود حکم مزبور ملغی‌الاثراً خواهد بود».

مستفاد از ماده مرقوم اولاً عدم قید حق انتقال در متن اجاره‌نامه یا به عبارت دیگر، سکوت قرارداد در این خصوص به منزله سلب حق انتقال بوده و مستأجر نمی‌تواند بدون اجازه مالک نسبت به واگذاری منافع اقدام نماید. ثانیاً در صورت فقدان اجازه، مستأجر می‌تواند برای تجویز انتقال منافع به مرجع قضایی مراجعه کند مشروط بر این‌که:

الف) مالک در خصوص انتقال منافع رضایت نداشته باشد.

ب) مالک حاضر به پرداخت حقوق مکتسبه مستأجر تحت عنوان سرقفلی به وی و تملك آن نباشد.

پس از طرح دعوی مزبور از سوی مستأجر، چنانچه موجر رضایت برای انتقال سرقفلی به غیر نداشته باشد و اعلام کند که قصد دارد از حق تقدم قانونی خود استفاده و سرقفلی را

تملك كند، دادگاه نسبت به تعيين كارشناس رسمى براى ارزيابى قيمت سرقفلى اقدام و موجر مى‌تواند با پرداخت آن، محل مورداجاره را تصرف كند. به عبارت ديگر، اگر مالك حاضر به پرداخت سرقفلى باشد دادگاه بايستي به هزينه مالك، قرار كارشناسى جهت برآورد ارزش سرقفلى صادر و سپس به انشاي حكم مبادرت كند. به اين بيان كه تخليه عين مستأجره در قبال پرداخت سرقفلى معين از طرف مالك صورت خواهد گرفت و چنانچه مالك ظرف ۳ ماه سرقفلى را نپردازد به موجب همان حكم، مستأجر مجاز به انتقال منافع به غير با دريافت سرقفلى به هر ميزان خواهد بود.

در پاسخ به اين سؤال كه آيا درخواست موجر براى تملك سرقفلى بايستي به صورت تنظيم دادخواست تقابل صورت گيرد يا صرف اعلام مالك در پاسخ به دادخواست مستأجر كفايت مى‌كند؟ ديدگاه اكثريت كه رويه معمول دادگاه‌ها نيز مى‌باشد، ضرورتى براى تسليم دادخواست تقابل از سوى مالك نمى‌داند. ديدگاه ديگرى با باريك‌بينى به دو استدلال متمسك و قائل به ضرورت تسليم دادخواست تقابل شده است؛ اولاً اين كه هيچ دادگاهى نمى‌تواند به دعوايى رسيدگى كند مگر اين كه شخص يا اشخاصى ذى نفع، رسيدگى به دعوى را مطابق مقررات قانونى درخواست نموده باشند. ثانياً اگر مستأجر پس از اقامه دعوى و قبل از قبول تملك سرقفلى از سوى مالك اعلام انصراف نمايد چنانچه موجر دادخواست تخليه نداده باشد، براى وى حق پيگيرى باقى نمى‌ماند.

در پاسخ به دو استدلال مزبور بايد گفت؛ اولاً حق موجهه براى مالك مبنى بر تخليه در صورت رضايست براى پرداخت سرقفلى به تبع دادخواست مستأجر و به حكم قانون ايجاد شده و نيازى به دادخواست على حده نيست. ثانياً در هر صورت چه مالك دادخواست تقابل براى تخليه ارائه كرده يا نكرده باشد در صورتى كه مستأجر از ادعاى خود انصراف دهد، حق تخليه از مالك سلب خواهد شد. زيرا موارد مجاز براى تخليه كه در ماده ۱۴ قانون ۱۳۵۶ مقرر گرديده، حصرى است و اين مورد در زمره مصاديق مزبور، نيست.

در پايان اين بخش نيز بررسى چند نكته در تبين زواياى بحث مفيد است:

**نکته اول:**

بعضاً محل‌های کسب و پیشه از جهت کیفیت بنا و ساخت‌وساز انجام‌شده به نحوی است که قابلیت تفکیک و تجزیه به دو واحد مستقل را دارا است. سؤال این است که آیا (به استناد ماده ۱۹) مستأجر در موارد مزبور می‌تواند از دادگاه تقاضای تجویز انتقال قسمتی از مورداجاره را به غیر بنماید و به عبارت دیگر، سرقفلی بخشی از محل را به دیگری واگذار کند؟

دو دیدگاه ارائه شده است:

**الف) نظر اکثریت:** تقاضای مستأجر از دادگاه، دایر به تحصیل اجازه برای واگذاری قسمتی از مورداجاره به غیر، قابل استماع نیست. زیرا این نتیجه حاصل می‌شود که عقد اجاره سابق که واحد بوده به دو عقد و دو مورداجاره و دو مستأجر یا بیشتر منحل گردد و این امر موجب اضرار به موجر می‌شود یعنی ممکن است به‌جای پرداخت حق کسب و پیشه به یک مستأجر، ناگزیر شود به دو مستأجر یا بیشتر سرقفلی بپردازد و اساساً نمی‌توان موجر را اجبار نمود به‌جای یک مستأجر که در آغاز با او طرف قرارداد بوده، دو یا چند مستأجر دیگر را در همان پلاک تحمل نماید و از ماده ۱۹ قانون نیز چنین اجازه‌ای نتیجه نمی‌شود و چون حکم ماده ۱۹ استثنا است، نباید آن را تفسیر موسع کرد بلکه باید آن را به‌طور محدود تفسیر نمود و قائل شد که مستأجر حق دارد اجازه انتقال تمام مورداجاره را از دادگاه بخواهد نه قسمتی از آن را.

**ب) نظر اقلیت:** همان‌طور که مالکین مشاع منافع مورداجاره هر یک می‌توانند با اعمال ماده ۱۹ سهم خود را به غیر واگذار نمایند و همان‌طور که موجر و مستأجر می‌توانند شرط کنند که مستأجر حق انتقال جزئی از مورداجاره را داشته باشد هم‌چنان نیز حکم دادگاه که قائم‌مقام اراده طرفین است می‌تواند مبنی بر تجویز انتقال جزئی از منافع مورداجاره مستأجر به غیر باشد و این امر ملازمه با اضرار موجر نداشته و مخالفتی هم با حکم ماده ۱۹ قانون مذکور ندارد.<sup>۱</sup>

۱. همان، ص. ۲۳۵.

## نکته دوم:

کیفیت احتساب شش ماه مهلت مذکور در ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ از جهاتی قابل بررسی است.

هرگاه مستأجر به استناد ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر از دادگاه تقاضای تجویز انتقال منافع به غیر نماید و نسبت به این خواسته حکم قطعی صادر شود به موجب قسمت اخیر ماده مذکور چنانچه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود، حکم مزبور ملغی الاثر خواهد بود و باز طبق ماده مرقوم در فرض سلب حق انتقال به غیر از مستأجر، چنانچه مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه مورد اجاره حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد. بنابراین اگر مالک، خود حاضر به پرداخت سرقفلی باشد اولویت برای او خواهد بود و در این صورت، دادگاه در قبال تخلیه، مالک را به پرداخت سرقفلی تعیین شده، محکوم می نماید و الا اجازه انتقال منافع به غیر را به مستأجر می دهد و از طرفی مطابق ماده ۲۸ قانون مذکور در مواردی که حکم تخلیه عین مستأجره با پرداخت حق کسب یا پیشه و یا تجارت صادر و قطعی می شود موجر مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی وجه معینه را تأدیه نماید و الا حکم مزبور ملغی الاثر خواهد بود. به این ترتیب، مستأجر از تاریخ ابلاغ حکم قطعی برای انتقال منافع به مدت شش ماه و مالک نیز از تاریخ ابلاغ حکم قطعی جهت پرداخت حق کسب و پیشه، سه ماه فرجه قانونی دارند. مسئله راجع به چگونگی جمع بین شش ماه مذکور در ماده ۱۹ و سه ماه مقید در ماده ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر است. آیا شش ماه یادشده پس از انقضای سه ماه فرجه قانونی مالک آغاز می شود و جمعاً نه ماه احتساب می گردد و یا ابتدای احتساب شش ماه و سه ماه مذکور هر دو از تاریخ ابلاغ حکم قطعی است که در این صورت، سه ماه داخل در شش ماه بوده و سه ماه اول فرجه قانونی برای مالک منظور می شود و تنها سه ماه مهلت قانونی برای مستأجر خواهد بود؟

در این زمینه، در تاریخ ۶۴/۱۲/۲۲ چهار نظریه از سوی قضات محاکم حقوقی تهران ابراز شده است و نظر اول که با اکثریت آراء اعلام شد، عبارت است از:

نظر به این‌که در مواد ۱۹ و ۲۸ قانون روابط موجر و مستأجر صراحتاً ابتدای مهلت قانونی شش‌ماه برای مستأجر و سه‌ماه برای موجر از تاریخ ابلاغ حکم قطعی اعلام گردیده است احتساب شش‌ماه فرجه قانونی مستأجر پس از انقضای سه‌ماه مهلت موجر که بالغ بر نه‌ماه می‌شود، برخلاف نص و ظاهر مواد مذکور است. علی‌هذا باتوجه به صراحت مواد یادشده و سه‌ماه مهلت و ارفاق قانونی مذکور در ماده ۲۸ برای مالک، شش‌ماه فرجه قانونی مذکور در ماده ۱۹ مانند مورد ماده ۲۸ از تاریخ ابلاغ حکم قطعی شروع می‌شود و سه‌ماه داخل در شش‌ماه بوده و به این ترتیب، عملاً برای مستأجر در صورت استفاده مالک از سه‌ماه اول برای تأدیه سرقفلی و عدم پرداخت آن فقط سه‌ماه مهلت جهت انتقال منافع باقی خواهد ماند که اگر در این مهلت باقی‌مانده اقدام به انتقال ننماید، حکم صادره ملغی‌الاثراً می‌گردد.<sup>۱</sup>

#### نکته سوم:

بعضاً ممکن است محل مورداجاره در مالکیت مشاعی دو یا چند نفر بوده و منشأ آن مشارکت ارادی یا مالکیت قهری ناشی از ارث باشد. بدیهی است مستأجر نیز بایستی دادخواست تجویز انتقال منافع خود را علیه تمام مالکین به دادگاه ارائه دهد. حال چنانچه بعضی از مالکین حاضر به پرداخت سرقفلی باشند تکلیف مستأجر و نحوه صدور رأی چگونه خواهد بود؟

پاسخ اولیه که به این پرسش می‌توان داد این است که دادگاه بایستی نسبت به سهم مالکانه موجرینی که حاضر به پرداخت سرقفلی به مستأجر می‌باشند حکم تخلیه و نسبت به سهم مالکینی که حاضر به پرداخت سرقفلی نگردیده‌اند، حکم به تجویز انتقال منافع برای مستأجر صادر نماید لیکن از دو جهت اقدام مزبور می‌تواند سبب ضرر و زیان یکی از اطراف موضوع گردد. از یک طرف، در فرض مزبور مستأجر متضرر می‌گردد. زیرا وقتی مالکیت سرقفلی وی به‌صورت اشاعه درآید عملاً باقیمانده مالکیت وی قابل معاوضه یا

واگذاری نیست. از سوی دیگر، برای مالک مشاعی محل مورداجاره نیز خرید بخشی از سرقفلی در شرایطی که مستأجر کماکان متصرف قسمتی از محل می‌باشد، نفع چندانی در بر نخواهد داشت. به عبارت دیگر، هرکدام به نوعی متضرر می‌گردند اما از جهت قاعده فقهی از آنجایی که دو ضرر در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، سنجش میزان و کیفیت ضرر قابل اهمیت است و براین اساس، به نظر می‌رسد ضرری که مستأجر با وصف موجود متحمل می‌شود، به مراتب، بیشتر از ضرری است که مالک خواهد دید. چراکه در این صورت، مستأجر از حق قانونی خود محروم شده و به جای آن که بتواند با واگذاری حقوق سرقفلی خود نسبت به انتقال منافع مورداجاره به دیگری اقدام کند با وضعیتی مواجه خواهد شد که عملاً و حداقل بخشی از مالکیت وی غیرقابل انتقال می‌شود. علی‌هذا به نظر می‌رسد در مورد مزبور با توجه به عدم اتفاق نظر موجران و در راستای قاعده لاضرر، دادگاه بایستی حکم به تجویز انتقال منافع صادر نماید.

#### بند دوم: انتقال اجرائی

سرقفلی چنان که قبلاً در مبحث ماهیت حقوقی آن بیان شد، به‌عنوان يك حق مالی تبعی شناخته می‌شود که افراد می‌توانند نسبت به داراشدن آن اقدام و از آثار مالکیت آن بهره‌مند گردند. از سوی دیگر، سرقفلی در عرف تجاری و کسب و کار به‌عنوان يك سرمایه ارزشمند و قابل ملاحظه یاد می‌شود و مردم در مراودات و معاملات خود از اعتبار این دارایی استفاده نموده و خود را شخصی دارا جلوه می‌دهند. از این رو، همان تلقی مالیت که برای مالک، قابل تصور و اعمال است، متقابلاً اشخاص ثالث نیز انتظار دارند که بتوانند مطالبات و بستانکاری‌های خود را از اشخاص دارای حق سرقفلی با دست انداختن به مالکیت آن‌ها در منافع محل مورداجاره و کسب و کارشان وصول نمایند. به‌عنوان مثال، طلبکاران از تاجر ورشکسته که صاحب حق سرقفلی نسبت به محل کسب خود می‌باشد توقع توقیف این حق را از دادگاه دارند تا بتوانند مطالبات خود را از محل فروش یا مزایده این حق به‌دست آورند لیکن از دیدگاه حقوقی و قضایی در خصوص قابلیت توقیف و تملیک حق سرقفلی، وحدت نظر وجود نداشته و آراء متفاقتی صادر گردیده است.

از مجموع دیدگاه‌های ارائه شده توسط حقوق دان‌ها و قضات دادگستری، آراء ایشان را می‌توان به سه دسته تفکیک کرد؛ هرچند با تصویب ماده ۵۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۸۷/۶/۱۱ قوه قضائیه که بعداً به آن خواهیم پرداخت، دیدگاه‌های مذکور در بند اول و دوم قابلیت اجرایی نداشته و مفاد ماده مرقوم منطبق با بند سوم خواهد بود.

۱ - گروهی معتقدند سرقفلی اساساً قابلیت توقیف نداشته و نمی‌توان آن را در مقابل دین یا طلب، بازداشت نمود و از دو جهت برای آن استدلال کرده‌اند که؛ اولاً سرقفلی یک حق تبعی است. به عبارت دیگر، عامل موجد و حتی استمرار آن وجود عقد اجاره یا واگذاری منافع قبلی است. بنابراین به تنهایی و فارغ از پرداختن به ارکان عقد اجاره قبلی فی مابین مالک و مستأجر قابل تصور نیست. ثانیاً سرقفلی نوعی حق مالی است و برای تحقق امر توقیف الزاماً بایستی در خارج، مالی، وجود داشته باشد.

۲ - برخی از حقوق دانان توقیف و بازداشت سرقفلی در مقابل ادای دین را به طور کلی پذیرفته‌اند و استدلال کرده‌اند که؛ اولاً آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی برای اجرای احکام دادگستری لازم‌الاتباع نیست. ثانیاً چنانکه در تقسیم‌بندی منشأ ایجاد حق سرقفلی بیان شد، ممکن است توقیف سرقفلی را حداقل برای مالک آن قابل تصور و تحقق بدانیم. ثالثاً هرچند سرقفلی یک حق مالی است اما در هر شرایط قابل تقویم به پول توسط کارشناسان مربوطه می‌باشد.

۳ - دیدگاه کسانی که امروزه با مفاد ماده ۵۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی با توجه به اصلاحاتی که نسبت به ماده ۶۲ آیین‌نامه سابق انجام شده، مطابق است.

ماده ۵۴ آیین‌نامه مرقوم مقرر می‌دارد: «بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی جایز است لیکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست. در صورت بازداشت منافع یا سرقفلی مراتب به اداره ثبت محل جهت ثبت در دفاتر بازداشتی و ابلاغ آن به دفاتر اسناد رسمی مربوطه اعلام می‌گردد».

بدین ترتیب، بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی جایز است لیکن با توجه به

اینکه فروش و انتقال سرقفلی بازداشت شده در آیین نامه مذکور پیش بینی نشده و سرقفلی يك حق مالی است نه مال مطلق؛ لذا تا زمانی که حق مالی به صورت مال تبدیل نشود، قابل فروش و واگذاری نخواهد بود. خصوصاً اینکه ممکن است این حق به علت تخلفات مستأجر چنان که در قانون سال ۱۳۵۶ پیش بینی گردیده، از بین برود. بنابراین، قبل از تبدیل حق مالی به مال، فروش آن امکان پذیر نیست و تا زمانی که مستأجر قصد فروش یا واگذاری مورد اجاره را به دیگری نداشته باشد، امکان استفاده از این حق توقیف شده، وجود ندارد.

در همین راستا نظریه شماره ۷/۴۷۴۰ - ۱۳۸۰/۵/۱۱ اداره حقوقی مقرر می‌دارد: بازداشت حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر منع قانونی ندارد. النهایه انجام مزایده و فروش حق مذکور برای استیفای حقوق طلب کار بدون رضایت مالك فاقد مجوز قانونی است. بنابراین اولاً اگر مزایده با رضایت مالك صورت گیرد، واگذاری آن اعم از اینکه به خود مالك باشد یا به اشخاص ثالث، بدون اشکال است و محکوم له می‌تواند طلب خود را از محل فروش آن استیفا نماید. ثانیاً در صورت احراز صحت مزایده، دادگاه دستور انتقال حق کسب و پیشه و تجارت را به برنده مزایده در یکی از دفاتر اسناد رسمی صادر خواهد کرد. حتی در صورتی که به دلایل محدودیت این حق، امکان فروش و انتقال سرقفلی وجود نداشته باشد مع الوصف توقیف آن از این جهت که مستأجر را دچار محدودیت در اعمال حقوق مالکانه نسبت به حق سرقفلی خود می‌سازد و از هرگونه نقل و انتقال آن ممنوع می‌گردد، مفید خواهد بود و می‌تواند بستانکار را نسبت به وصول طلب خود ولو در آینده، امیدوار سازد.

#### مبحث سوم: عقود ناقله حق سرقفلی

اگرچه قانون گذار در تدوین قوانین آمره برای حق سرقفلی (که قبلاً در عرف معمول مردم از جهت مفاهیم کلی و مبانی و شرایط آن ایجاد شده، تلقی می‌شد) روش معمول و جاری را قانونی کرد اما در خصوص نحوه تنظیم و انعقاد عقود ناقله این حق فی مابین متعاملین، زمانی که اراده واگذاری به غیر را دارند، مقررات روشن و صریحی بیان نگردیده است.

صدر ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ اشاره‌ای به انتقال منافع مورداجاره به دیگری در صورت داشتن شرایطی با سند رسمی دارد. هم‌چنین تبصره ۲ ذیل ماده مرقوم مقرر می‌دارد: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستأجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود».

هرچند در خصوص تبصره مرقوم اختلاف نظر وجود دارد به نحوی که برخی معتقدند الزام قانون‌گذار به تنظیم سند رسمی صرفاً معطوف به انتقال سرقفلی در شرایط ماده ۱۹ (انتقال قضایی) بوده و سایر نقل‌وانتقالات سرقفلی را که قبلاً بیان شد، در بر نمی‌گیرد و عده‌ای دیگر نیز بر این باورند که تبصره مرقوم ناظر به عموم مقررات فصل پنجم این قانون بوده و همه انواع معاملات سرقفلی را شامل می‌گردد. مع‌الوصف، تکلیف مقرر برای تنظیم سند رسمی منصرف از کیفیت و نحوه انعقاد قرارداد واگذاری آن است چنان‌که تصریح نکرده آیا این حق مالی در قالب عقود معین در قانون مدنی قابل واگذاری است یا بایستی از عموم مقررات ماده ۱۰ قانون مزبور برای انتقالات ارادی استفاده نمود.

همزمان با تدوین قانون سال ۱۳۷۶ انتظار این بود که قانون‌گذار این خواسته عمومی و حقوقی را پاسخ داده و راه‌کار مناسبی برای تنظیم و تنسیق این دسته از مرادوات تجاری مردم فراهم نماید که با بررسی در متون قانون مزبور به غیر از تبصره ۲ ماده ۶ که مقرر داشته 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، اشاره دیگری به نحوه استفاده از عقود قانونی و شرعی نداشته و به‌نظر می‌رسد این شرط که انتقال باید به طریق صحیح شرعی باشد نه تنها مشکلی را حل نکرده بلکه به دلیل اختلاف دیدگاه‌ها و آراء متهاافت و بعضاً متناقضی که در شرع و توسط فقهای متقدم و متأخر بیان گردیده بر ابهام و ناکارآمدی قانون مزبور افزوده است. با این توصیف و با توجه به عرف معمول در معاملات سرقفلی و عقود که عامه مردم در تحقق نقل و انتقال این حق به کار می‌برند و نیز با عنایت به مبانی نظری دانش حقوق و دکترین حقوقی در این زمینه می‌توان شیوه‌های ذیل را برای تبیین ماهیت عقد منعقد فی‌مابین متعاملین این حق برشمرد.

### گفتار اول: عقد اجاره

چنان که قبلاً در گفتار اول از انتقال قراردادی سرقفلی به تفصیل بیان شد، موجر می‌تواند همزمان با تنظیم قرارداد اجاره با مستأجر مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین به موجب تکلیف ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون ۱۳۷۶ دفاتر اسناد رسمی علاوه بر رعایت شرایط عمومی تنظیم اسناد اجاره مکلف‌اند در سند اجاره اماکن با کاربری تجاری و اماکنی که با رعایت قوانین و مقررات مربوط به منظور استفاده تجاری واگذار می‌شوند، تصریح کنند که عقد اجاره با سرقفلی یا بدون سرقفلی واقع شده است. بنابراین اگر قرارداد اجاره بدوی تنظیمی فی‌مابین موجر و مستأجر توأم با پرداخت وجهی تحت عنوان سرقفلی باشد، هنگام تنظیم قرارداد اجاره رسمی بایستی ذیل آن، مراتب پرداخت سرقفلی قید گردد.

قراردادهای اجاره به شرح فوق از این جهت که در زمان حاکمیت قانون ۱۳۵۶ تنظیم شده باشند یا مشمول مقررات قانون سال ۱۳۷۶ باشند، از نظر اعتبار مدت در قرارداد اجاره با یکدیگر متفاوت‌اند. چراکه مدت براساس قانون ۱۳۵۶ در قراردادهایی که ضمن آن سرقفلی نیز به مستأجر واگذار شده، عملاً منتفی بوده و مالک نمی‌تواند در پایان مدت ولو با پرداخت سرقفلی درخواست تخلیه محل را بنماید. در حالی که در قراردادهای موضوع قانون ۱۳۷۶ چنانچه موجر در پایان مدت تقاضای تخلیه محل را داشته باشد، می‌تواند با پرداخت سرقفلی به قیمت عادله روز خواسته خود را عملی نماید. البته، در صورت بروز اختلاف در میزان و بهای سرقفلی می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید.

نوع دیگری از قرارداد اجاره که در انتقال سرقفلی مورد کاربرد واقع می‌شود، وقتی است که مستأجر سرقفلی خود را به مستأجر دوم واگذار نموده و همزمان با تنظیم قرارداد اجاره جدید فی‌مابین موجر و مستأجر جدید، ذیل قرارداد مزبور را امضا می‌نماید و به عبارت دیگر واگذاری منافع ملک مورد اجاره را که حقوق سرقفلی آن متعلق به وی بوده، اجازه می‌دهد.

تنظیم قرارداد به این نحو؛ اولاً معمول و متداول نیست. ثانیاً با این استدلال که حق سرقفلی نوعی حق مالی است و هرچند به تبع عقد اجاره حاصل می‌گردد اما ماهیت آن

پس از ایجاد، بسیار متفاوت و تفکیک شده از حقوق مالک نسبت به ملك مورداجاره است. بنابراین آنچه در عقد اجاره از سوی موجر به مستأجر دوم واگذار می‌شود، چیزی غیر از منافع محل استیجاری نیست و این کاملاً با حق مالی مستأجر اول که تحت عنوان سرقفلی یا حق کسب و پیشه شناخته می‌شود، متفاوت است. و انتقال آن ضمن قرارداد اجاره که معامل آن موجر بوده و مورد معامله آن منافع محل مورداجاره است، ممکن نیست و عقدی علی حده را می‌طلبد.

#### گفتار دوم: عقد وکالت

بعضاً مشاهده می‌گردد معاملات سرقفلی فی مابین مستأجر قدیم و مستأجر جدید بدون توجه به مالکیت موجر و لزوم اخذ رضایت و تنفیذ وی نسبت به قرارداد منعقدہ انجام گردیده و طرفین مبادرت به تنظیم و امضای قولنامه‌هایی می‌کنند که علاوه بر آنکه ماهیتاً ناقص و بر خلاف مقررات قانونی است، از لحاظ شکلی و ارکان اساسی قرارداد نیز فاقد وجهه قانونی می‌باشد. البته، به منظور تثبیت و توجیه قولنامه مزبور، اقدام به تنظیم وکالت‌نامه‌ای رسمی از طرف مستأجر اولیه به نام خریدار سرقفلی نموده و در آن علاوه بر دادن اختیار واگذاری و صلح حقوق مزبور به وکیل، نامبرده می‌تواند نسبت به انعقاد قرارداد اجاره جدید با مالک و حتی به منظور اخذ رأی مبنی بر تجویز انتقال منافع به غیر، علیه موجر طرح دعوی نماید.

هرچند اقدامات مزبور ظاهراً قانونی و حداقل وکالت آن در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد لیکن از جهات متعددی به مصلحت نیست.

اولاً تنظیم این گونه وکالت‌نامه‌ها به‌ویژه در خصوص مواردی که مستأجر حق واگذاری سرقفلی به غیر را دارا نبوده و رعایت مقررات ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ را ننماید با توجه به این که به موجب تبصره ۱ ماده مرقوم موجر حق درخواست تخلیه با پرداخت نصف حق سرقفلی (کسب و پیشه و تجارت) به مستأجر یا متصرف را خواهد داشت علی‌هذا باعث تضییع حقوق آن‌ها گردیده و مسئولیت سردفتر نیز از دیدگاه جدیدی که معتقد است [براساس اصل آگاهی سازی و هشدار دهی] سردفتر مسئولیت ارشاد و آگاه‌سازی اصحاب سند را نیز بر عهده دارد، قابل بررسی است.

ثانیاً همزمان با انتقال مورداجاره از سوی مستأجر به شخص دیگر تخلف موضوع تبصره يك مرقوم محقق شده و اقامه دعوای بعدی از سوی وکیل مستأجر (متصرف جدید) ممکن است در دادگاه قابل استماع نباشد یا دادگاه دعوای مستأجر مبنی بر تجویز انتقال منافع را به استدلال این که او دیگر در مورداجاره تصرف و حق و نفعی ندارد و در نتیجه به علت فقدان سمت رد کند.<sup>۱</sup>

ثالثاً با توجه به ارزش اقتصادی و ریالی بالایی که مقوله سرقتی موضوع حکم تبصره يك ماده ۱۹ قرار گیرد با توجه به این که ارزش واقعی و معاملاتی حق مزبور در بازار از آنچه کارشناسان مربوط ارزیابی می کنند، به مراتب بیشتر است. لذا سهل انگاری مستأجرین در انتقال و واگذاری این حق باعث تحمل خسارات اساسی به دارایی آن ها خواهد شد.

#### گفتار سوم: عقد صلح

عقد صلح که ماهیت خود را از مبانی فقهی دریافت نموده و به سیدالعقود معروف است، در قانون مدنی نیز اگرچه تعریف نشده است لیکن کاربرد آن در ماده ۷۵۲ ق.م. بدین شرح بیان گردیده که؛ «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

بنابراین مستفاد از قانون مدنی صلح بر دو قسم است: اول صلح دعوی که در مقام رفع تنازع یا به عبارت دیگر، به منظور اعلام تراضی طرفین دعوا برای خاتمه آن منعقد می گردد. دوم صلح به منظور انجام معامله که عرفاً جایگزین سایر عقود محسوب می شود. بنابراین عقد صلح می تواند جایگزین عقود معین دیگری واقع شود مانند عقد صلح به جای بیع (انتقال عین به عوض معلوم) یا اجاره (انتقال منفعت به عوض معلوم) یا عاریه (انتقال منفعت بدون عوض) یا هبه (انتقال مالکیت بدون عوض معلوم) یا ابراء (اسقاط دین). چنان که ماده ۷۵۸ ق.م. مقرر می دارد؛ «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون این که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

با این توصیف، از جمله عقودی که برای انتقال سرقفلی استفاده می‌شود، عقد صلح است که مستأجر اول، دارنده حق سرقفلی است و به‌عنوان مصالح و موجر یا مستأجر دوم به‌عنوان انتقال‌گیرنده این حق یا مصالح شناخته می‌شوند.

از آنجایی که ماده ۷۵۴ ق.م. هر صلحی را نافذ می‌داند مگر آنکه بر امری غیرمشروع واقع شود و همچنین سرقفلی به معنای اعم کلمه از جهت شرعی و به تبع آن قانوناً پذیرفته شده است. بنابراین نقل و انتقال آن در قالب عقد صلح اعم از معوض یا بلاعوض مشروع تلقی می‌شود لیکن تذکر دو نکته ضروری است:

نکته اول: حسب مقررات ماده ۱۹ قانون ۱۳۵۶ هرگاه حق انتقال سرقفلی از مستأجر سلب شده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نباشد، مستأجر بایستی رضایت موجر را جلب نماید. تحقق این منظور می‌تواند ضمن سند صلح مرقوم در فرضی که حق سرقفلی به مستأجر جدید واگذار می‌شود واقع گردد؛ بدین ترتیب که ذیل سند صلح مرقوم را مالک نیز امضا نموده و انتقال آن را تنفیذ می‌کند.

نکته دوم: تردیدی نیست که سند صلح مرقوم کفایت از تنظیم قرارداد اجاره جدید فی‌مابین مالک و مستأجر جدید نمی‌کند و اگر بپذیریم که حق سرقفلی نوعی حق مالی تبعی است که به تبع عقد اجاره محل تجاری حاصل می‌گردد و امکان این که بتوان بین حق سرقفلی و حق استفاده از منافع ملک موضوع قرارداد اجاره تفکیک مالکیت قائل شد، وجود ندارد. بنابراین الزاماً بایستی همزمان با تنظیم سند صلح، درخصوص انعقاد قرارداد اجاره جدید با مستأجر جدید نیز اقدام گردد و برداشت کسانی که صلح مرقوم را به‌منزله تنفیذ مفاد اجاره سابق با مستأجر جدید تلقی نموده‌اند، موجه نیست.