

## نقدی بر سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶

سعید بیگدلی\*

**چکیده:** قوانین مربوط به تنظیم روابط موجر و مستأجر به علت شیوع اجاره، از مهمترین قوانین هر کشور محسوب می‌شوند. همچنین، بحث سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، از بحثهای مهم اجاره محلهای تجاری هستند. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۷ با تصویب جدیدترین قانون روابط موجر و مستأجر، تغییرات عمیقی در این زمینه به وجود آورد، که شایسته کنکاش و بررسی است. مقاله حاضر به اختصار، ضمن بررسی مفهوم این دو واژه و ضرورت یا ضرورت نداشتن چنین تقسیم‌بندی، به بررسی مبانی این دو نهاد حقوقی می‌پردازد، سپس پیشینه آنها را به اشاره از نظر می‌گذراند. بخش دیگر این مقاله ضمن اشاره به تفاوت‌های این قانون با وضعیتهای پیش‌بینی شده در قوانین سابق، به داوری در زمینه کم و کیف مفهوم سرقفلی، با معنای مورد نظر این قانون می‌پردازد.

واژه‌های کلیدی: ۱- سرقفلی ۲- حق کسب و پیشه و تجارت ۳- اجاره

## مقدمه

سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، از مهمترین مباحث مربوط به اجاره است که جایگاه بسیار مهمی در مباحث حقوقی و اقتصادی داشته، تغییر و تحول این نهاد حقوقی و تقنین در این باب همیشه حساسیت‌زا و بحث‌انگیز بوده است که خود دلیل بر نقش مهم و فراگیر این نهاد در عرصه اقتصادی اجتماع می‌باشد.

مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۶، آخرین قانون مربوط به موجر و مستأجر را به تصویب رساند. از جمله مباحث تغییر یافته در این زمینه، بحث سر قفلی بود که دستخوش تحولات عظیمی گردید. مقاله حاضر، درصدد بررسی نکات مثبت و منفی این قانون در زمینه یاد شده است. لیکن این بررسی میسر نیست، مگر بعد از ارائه مباحثی در جهت تبیین تفاوت بین «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت»، مبنای این دو حق، پیشینه حق کسب و پیشه و تجارت، و نظر فقها در موضوع یاد شده. لذا قبل از بحث و بررسی قانون جدید، زمینه‌های اجتناب‌ناپذیر این مباحث را فراهم می‌آوریم.

## ۱. تعریف سرقفلی و حق کسب پیشه و تجارت

حق سرقفلی که در حقوق فرانسه به عنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده است، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد» (کورنو، ۱۹۸۶م).

برای آنکه بتوانیم تعریفی جامع از این واژه در حقوق ایران ارائه کرده باشیم، باید برداشتی هماهنگ از این واژه وجود داشته باشد. اما بین استادان حقوق ایران در این زمینه، اختلاف عقیده وجود دارد. بعضی از استادان، این حق را فقط متعلق به مستأجر می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۲۲). برخی دیگر، آن را متعلق به مالک می‌دانند و حقی را که مشتری دارد، به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نام می‌نهند.

به نظر می‌رسد اختلاف نظر موهوی چندانی بین حقوقدانان وجود نداشته باشد، و قریب به اتفاق نسبت به این موضوع همعقیده باشند. حقوقی که مستأجر و موجر دارند، دو چیز مختلف است و دو مبنای مختلف دارد. ولی بعضی از استادان به پیروی از حقوق فرانسه، سرقفلی را مختص به حق مستأجر نموده‌اند. بعضی دیگر به تبعیت از عرف جامعه ایران، آن را بر هر دو

نوع حق اطلاق کرده‌اند. عده‌ای نیز به علت تفاوت ماهیت این دو نوع حق، بر هر کدام نامی مستقل نهاده‌اند.

علاوه بر اینکه «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت» را دو حق مختلف می‌دانیم و برخلاف بعضی حقوقدانان به تفاوت بین این دو معتقدیم، برای تبیین حقوقی مطلب و تجزیه و تحلیل مناسب آن، بهتر است هم از اصطلاح عرفی سرقفلی و هم از برداشت غربی آن دست برداریم، و با واژه‌گزینی دقیق به بررسی آنها بپردازیم. اینک در تعریف «سرقفلی» باید گفت: «پولی است که در ابتدای عقد اجاره به هر علتی، توسط مالک از مستأجر دریافت می‌شود.»

در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت، عبارت است از (ستوده، ۱۳۷۶، ص ۶۸؛ کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۱۸ و ۳۷):

«حقی که تاجر یا صنعتگر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود، برای محل کارش قائل می‌شود.»

همچنین در تعریف دیگری از حق کسب و پیشه و تجارت آمده است (احمدی، ۱۳۷۴، ص ۶۸): «حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند. این حق ناشی از تقدّم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسبی است که بر اثر عملکرد مستأجر محل به وجود آمده است.»

بی‌آنکه بخواهیم به طور مفصل وارد این بحث شویم، برای اثبات لزوم جداسازی دو واژه «سرقفلی» و «حق کسب و پیشه و تجارت»، به سه تفاوت عمده این دو عنوان می‌پردازیم: الف: سرقفلی فقط در اول عقد اجاره به مالک پرداخت می‌شود. لذا، کسب اعتبار و شهرت تجاری و ... هیچ تأثیری در این زمینه نمی‌تواند داشته باشد. در حالی که اساس حق کسب و پیشه و تجارت، بر شهرت و جلب مشتری است.

ب: با تعریفی که از این دو واژه به عمل آمد و به مفهومی که بیان شد، فقها فقط با سرقفلی موافقت و حق کسب و پیشه را شرعی نمی‌دانند. این مطلب، دلیلی بر تفاوت ماهوی آنهاست. ج: برخلاف حق کسب و پیشه و تجارت، مبلغ و میزان سرقفلی با توجه به موقعیت محلی، کیفیت بنا و تجهیزات عین مستأجره تعیین می‌شود، و مبلغ نهایی را موجر تعیین می‌کند (کشاورز، ۱۳۷۴، صص ۱۴-۳۸).

### مبنای سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

مبنای این دو نوع حق، از مهمترین مباحث این موضوع است. اصولاً، تا مبنای این حقوق شناخته نشود، نمی‌توانیم وضعیت قانونی و شرعی این حقوق را بررسی کنیم. متأسفانه، در این باره کمتر صحبت شده است. مجتهدانی نیز که در این باب اظهار نظر کرده‌اند، حکم مسئله را بدون ذکر علت و مبنای آن بیان کرده‌اند. با اینهمه، می‌توان به طور خلاصه مبنای این حقوق را به قرار ذیل ارزیابی کرد.

#### حق کسب و پیشه و تجارت

این حق که نوعی حق تقدم در اجاره محل کسب می‌باشد، بیشتر با این مبنا توجیه شده است که مؤسسات تجاری، اغلب اوقات در ساختمانهایی تأسیس می‌شوند که مالکیت آنها متعلق به دیگران است. در نتیجه، کوشش و فعالیت و پشتکار تاجر در اثر پیدا شدن مشتری محل کسب و فعالیت، مرغوبیت و ارزشی پیدا می‌کند که نمی‌توان آن را نادیده گرفت. و چون ادامه استقرار او در محلی است که کار خود را شروع کرده و توسعه داده، به موازات حقی که مالک محل برخوردار است، تاجر و مستأجر نیز دارای حقوقی می‌شود که در اثر سعی و جدیت تاجر به آن محل تعلق می‌گیرد؛ زیرا تاجری که عده‌ای را به عنوان مشتری برای مراجعه به محل کسب خود جلب کرده، ارزش محل را چند برابر نموده است. از این‌رو، هر کس جانشین او شود از نتیجه فعالیت سابق او استفاده خواهد کرد.

از طرف دیگر، چنانچه مالک محل کار تاجر، آزادانه بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند، نه تنها تاجر را از حقوق مکتسبه خود محروم خواهد نمود، بلکه بلاجهت از نتیجه و ثمره فعالیت او استفاده خواهد کرد (ستوده، ۱۳۷۶، ج ۱، صص ۸۹-۹۰). اگرچه دلایل دیگری نیز برای وجود چنین حقی نقل شده است، اما دلیل عمده و مبنای چنین حقی همان است که بیان شد.

#### سرقفلی

تقریباً همه فقها و مجتهدانی که در این زمینه بحث نموده‌اند، وجود چنین حقی را برای مالک تأیید کرده‌اند؛ ولی کمتر کسی به مبنا و علت آن اشاره کرده است.

از مجموع نظرات حقوقدانان و فقها، می‌توان مبنای این حق را بر یکی از سه نظر عمده زیر استوار کرد.

## ۱. اختیارات مالکانه

اعتقاد بیشتر اندیشمندان این است که مالک چون مسلط بر مال خویش است، بنابراین حق دارد علاوه بر مال الاجاره‌ای که به صورت زمان‌بندی شده و مشخص دریافت می‌دارد، مبلغی نیز در ابتدا دریافت کند. این مبلغ را می‌بایست اصولاً جزء مال الاجاره محسوب کرد؛ که البته، قسمت معجل مال الاجاره‌ای محسوب خواهد شد.

در اینکه چه علتی باعث شده است که مالک علاوه بر دریافت مال الاجاره زمان‌بندی شده چنین مبلغی را نیز مطالبه نماید، بحث چندانی نشده است؛ ولی برخی حقوقدانان و فقها در این زمینه، نظرات مشابهی دارند.

یکی از حقوقدانان در این باره چنین اظهار نظر کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۵۲۲):

«حق سرقفلی، ویژه مستأجر است و مالک حقی بر آن ندارد. منتهی، چون اجاره‌ای که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر منعقد می‌شود، حق مالکیت را بیش از پیش و فراتر از حد تراضی طرفین محدود می‌سازد، مالکان نیز پیش از انعقاد اجاره، مبلغی به عنوان سرقفلی از مستأجر می‌گیرند. گرفتن این پول با مفهوم سرقفلی انطباق ندارد، ولی در عمل رواج کامل دارد.»

آیت ا... فاضل لنکرانی نیز معتقد است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ص ۲۹۷):

«چون مال الاجاره محل کسب ترقی می‌کرد و مالک نمی‌توانسته اجاره را بالا ببرد یا مستأجر را از آن محل بیرون کند و گاهی یک محل کسب و مغازه سالهای متمادی بدون اضافه شدن مبلغ اجاره در دست مستأجر باقی می‌مانده است، مالک اقدام به گرفتن چنین مبلغی علاوه بر مبلغ زمان‌بندی شده می‌نماید.»

پس در مجموع از آنچه بیان گردید، چنین فهمیده می‌شود که محدود شدن اختیارات مالک، باعث استفاده از آن حق مالکانه موجر نسبت به ملک خود شده است.

## ۲. دریافت وجهی در قبال موقعیت خوب ملک استیجاری

بر اساس این نظر (ستوده، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۹۱)، هر ملکی دارای شرایطی است و از جهت کیفیت شرایط برای تجارت، یک وضعیت ندارد. مالک می‌تواند وقتی که ملک خود را جهت تجارت به اجاره واگذار می‌کند، به جهت موقعیت خوبی که ملکش برای این کار دارد، مبلغی را از مستأجر دریافت کند. طبعاً، هر مکانی که دارای شرایط و کیفیت بهتری برای تجارت باشد، سرقفلی بیشتری خواهد داشت.

### ۳. دریافت سرقفلی در قبال دادن امتیازی به مستأجر

بر این اساس، هنگامی که مالک ملک تجاری با دریافت سرقفلی محل را به اجاره واگذار می‌نماید، به علاوه حق انتفاع از منافع ملک یاد شده، به مستأجر این امتیاز را می‌دهد که در پایان مدت اجاره، بتواند به اقامت خود در محل ادامه دهد و با اجاره بهای متعارفی اجاره ادامه پیدا کند؛ یا اینکه حق تخلیه محل را از خود سلب می‌نماید.

چنین برداشتی از سرقفلی برخلاف موارد یاد شده قبلی، باعث ایجاد حق مخصوصی برای مستأجر می‌شود که حتماً دارای ارزش مالی است. بنابراین، بالطبع همیشه این امکان برای مستأجر فراهم می‌شود که به اجاره محل ادامه دهد؛ یا اگر بخواهد، محل را تخلیه نماید و به موجر تحویل دهد و در قبال گذشتن از این حق خود، از مالک مبلغی دریافت نماید و اگر بخواهد، به مستأجر دیگری منتقل نماید و مبلغی در مقابل این حق از او بگیرد.

برداشت عرف از سرقفلی دریافتی به وسیله مالک، با این مینا بسیار سازگارتر بود تا با مبانی قبلی؛ چرا که وقتی مالکی ملک تجاری خود را با دریافت سرقفلی اجاره می‌داد - یا به قول عرف مرسوم، به صورت فروش سرقفلی معامله می‌کرد - این گونه نبود که این سرقفلی جزئی از مال الاجاره باشد و بعد از اتمام مدت، مستأجر هیچ حقی نسبت به ملک نداشته باشد. بلکه از دید عرف، با چنین معامله‌ای فقط ملک در دست مالک باقی می‌ماند که می‌تواند اجاره بهای متعارف آن را دریافت نماید، ولی اداره محل، تخلیه آن یا واگذاری به مستأجر دیگر، در اختیار مستأجر قرار می‌گرفت - و به قول عرف، می‌توانست سرقفلی خریداری شده محل را بفروشد.

اشاره‌ای گذرا به پیشینه حق کسب و پیشه و تجارت و همچنین نظریه فقها در این باب، راهگشای بررسی این حق در قانون جدید است.

حق کسب و پیشه و تجارت، چه در عرف تجاری ایران و چه در قانون مربوط به روابط موجر و مستأجر، تغییر و تحولات عمده‌ای داشته و فراز و نشیبهای فراوانی را به خود دیده است.

تا قبل از سال ۱۳۳۹ با اینکه مواد صریحی در این مورد وجود نداشت، ولی حق مزبور در عرف و عادت تجاری شناخته شده بود، و عملاً رعایت شد (کشاوری، ۱۳۷۴، ص ۶۰).

این وضعیت در سال ۱۳۳۹ به صورت قانونی بروز پیدا کرد، و قانون این عرف را به رسمیت شناخت. وضعیت به همین منوال تا سال ۱۳۵۶ ادامه یافت. و در این سال، قانون روابط موجر و

مستأجر جدیدی وضع شد. طبق ماده ۳۲ این قانون، قانون مصوب ۱۳۳۹ منسوخ اعلام گردید، ولی حق کسب و پیشه و تجارت دوباره در ماده ۱۹ این قانون، به رسمیت شناخته شد. بعد از انقلاب اسلامی و در سال ۱۳۶۲، دوباره قانون موجر و مستأجر جدیدی وضع گردید. ولی طبق ماده ۱ این قانون، فقط محلهای مسکونی شامل این قانون بودند. لذا در زمینه بحث حاضر، اصولاً باید به قانون سال ۱۳۵۶ مراجعه می‌شد.

به علت اینکه بیشتر مجتهدان به غیر شرعی بودن حق مزبور نظر داده‌اند، اختلاف رویه‌ای بین قضات در این زمینه ایجاد شد. در سال ۱۳۶۳، شورای نگهبان در نظریه‌ای اعلام کرد که حق مورد اشاره ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد (روزنامه رسمی، ۱۳۶۳، شماره ۱۱۵۰۲).

این نظریه به علت اختلاف نظری که در صلاحیت اعلام نظر استقلالی شورای نگهبان وجود داشت، کارساز واقع شد. در تاریخ ۶ اسفند ۱۳۶۳، دیوان کشور با جمعی از قضات و مجتهدان خود که به طور قانونی تشکیل یافت، اعلام نظری کرد که حاکی از تأیید ضمنی چنین حقی بود (کشاورز، ۱۳۷۴، ص ۱۲۰).

در سال ۱۳۶۵، ماده واحده‌ای به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. براساس این ماده واحده، اصولاً چنین حقی وجود دارد، به شرطی که اجاره با سند رسمی نبوده و سرقفلی نیز دریافت شده باشد. در این صورت، به قانون سال ۱۳۵۶ ارجاع داده شده است. بالاخره بعد از مباحث طولانی درباره شرعی بودن یا نبودن حق کسب و پیشه و تجارت، در سال ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده‌ای را به تصویب رساند، و به همه گفتگوها و اختلاف نظرها پایان داد. به موجب این ماده:

«در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۵۶/۵/۲ عمل شود. ماده واحده الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۶۵/۸/۱۵، به قوت خود باقی است.»

اما چنانچه خواهیم دید، این نظر نیز در سال ۷۶ تغییر کرد، و قانون جدید چنین حقی را غیر قانونی اعلام نمود.

اکنون، در باب نظر فقها و مجتهدان درباره حق کسب و پیشه و تجارت، باید گفت که از دیدگاه اینان، حق یاد شده با مبنایی که ذکر شد، مردود است. حتی بعضی از ایشان ضمن اشاره به توجیه یاد شده، آن را غیر صحیح و نامعقول دانسته‌اند، و سپس حکم بر حرمت مطالبه

چنین حقی از سوی مستأجر داده‌اند. (حلی، ص ۱۲۱؛ امام خمینی (ره)، ۱۴۰۳، ق، ج ۲، ص ۶۱۵؛ خوبی، ۱۳۹۵، ق، ص ۳۴؛ منتظری، ۱۳۶۲، ص ۴۰۹؛ صانعی، ۱۳۷۴، صص ۴۷۸-۴۷۷؛ مظاهری، ۱۳۷۰، ص ۳۰۶؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۳۷۷، صص ۲۹۸-۲۹۷).

به طور قریب به یقین، می‌توان مقدمه چنین حکمی را قاعده تسلیط دانست که وجود چنین حقی برای مستأجر، مالک را از تسلط و اختیار کامل بر دارایی خویش محروم می‌نماید؛ اگرچه می‌توان باب بحث درباره تعارض قواعد لاضرر و قاعده یاد شده را در مورد یاد شده، مفتوح دید.

همچنین، همه فقها بالاجماع به صحت اخذ سرقفلی به وسیله موجر معتقدند. و چنانکه بعضی نیز به طور صریح اشاره کرده‌اند، مبنای آن را اختیار مالکانه می‌دانند. و لذا، حق رجوع برای مشتری نسبت به آن قائل نیستند، مگر اینکه شرطی به نفع مشتری شده باشد و مشتری در قبال گذشتن از حق خود، سرقفلی را مطالبه کند (فاضل‌لنکرانی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۰).

اکنون، بنابر مطالب پیشگفته، به بررسی سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون سال ۱۳۷۶ می‌پردازیم.

### بررسی قانون سال ۱۳۷۶ در باب سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

به جای بررسی تک‌تک مواد مربوطه، به طور موضوعی به نقد قانون جدید در باب حق کسب و پیشه و تجارت، و سرقفلی می‌پردازیم.

#### ۱. حق کسب و پیشه تجارت

در قانون جدید برخلاف قانون سال ۱۳۵۶، هیچ اشاره‌ای به عنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نشده است. از این جهت، قانونگذار، از روش قانون سال ۱۳۳۹ و همین‌طور اصطلاحات رایج بین مردم و عرف، تبعیت کرده است. ضمن اینکه این مسئله، نشانگر جهتگیری قانونگذار در این بخش می‌باشد و با تغییر عنوان مذکور، مفهوم مذکور نیز کاملاً متفاوت از قانون سابق شده است. در قانون سابق، حق کسب و پیشه و تجارت یک حق مفروض برای مستأجر بود. در حالی که سرقفلی در قانون جدید، یک حق قابل مطالبه برای مالک است. و اگر حقی نیز با این عنوان برای مستأجر پیش‌بینی شده است، چیزی غیر از معنای اصطلاحی و عرفی آن است که در بررسی «سرقفلی» بدان خواهیم پرداخت. و چون تبصره ماده ۱۰ قانون جدید، گرفتن هر مبلغی خارج از مواد یاد شده در قانون را ممنوع اعلام می‌کند، پس حق کسب و پیشه و تجارت به طور کلی از بین رفته است شکی وجود ندارد که چنین اقدامی،



جز در جهت شرعی کردن این مقررات نبوده است؛ چنانکه قبلاً به نظرات فقها پرداخته‌ایم. اما به نظر می‌رسد چنین اقدام مهمی، شدیداً قابل انتقاد است؛ چرا که:

الف: همان گونه که اشاره شد، به نظر می‌رسد تنها مبنای رد این حق، قاعده تسلیط است. بنابر این قاعده، چون وجود چنین حقی حدود صلاحیت مالک در اعمال حقوق مالکیتش نسبت به ملک را تحدید می‌کند، مردود است. در حالی که لاقلاً در چنین استدلالی، جای بحث و نظر در باب تعارض قواعد لاضرر و تسلیط همچنان باز است. چگونه ممکن است فردی را که طی سالها اجاره‌نشینی در محلی تجاری، در نتیجه مهارت، صداقت، درستکاری و ... باعث جلب مشتری و شهرت محل شده است - که مایه اولیه درآمد و تجارت به شمار می‌رود - از حق خود محروم کرد و هیچ حقی برای او قائل نبود.

آیا چنین برخوردی فقط با استدلال بر وجود حق مالک، قابل توجیه است؟  
آیا افراد قادرند وجود حق خود را برخلاف اصول عقلی و اصل چهلم قانون اساسی وسیلهٔ اضرار به غیر، بلکه استفاده بلاجهت از دستاوردهای دیگران قرار دهند؟  
آیا دایرهٔ شمول حق تسلیط و اعمال حقوق مالکیت نسبت به اموال معنوی و دستاوردهای مادی دیگران، قابل تسری است؟

ب: بنابر آنچه در بخش پیشین ذکر گردید، حق مزبور قبل از اینکه جامعهٔ قانونی به خود بپوشد، در عرف تجاری موجود بود و رعایت می‌شد، و در نهایت در سال ۱۳۳۹ به صورت قانونی درآمد. اگر نخواهیم بپذیریم که چنین حقی قبل از تاریخ مذکور نیز به صورت عرفی موجود بوده است، دست کم بعد از این تاریخ وجود چنین حقی با این سابقهٔ طولانی، شکی در این مطلب باقی نمی‌گذارد که مطالبهٔ آن توسط مستأجر امری کاملاً متعارف بوده است. مالک نیز قهراً به هنگام واگذاری محل برای اجاره، می‌دانسته است که در عین واگذاری منافع محل به دیگری، ملتزم به رعایت حقوقی خواهد بود که بعد برای مستأجر ایجاد خواهد شد. البته، بدون شک علی‌رغم این عرف، مالک می‌توانسته است شرط خلاف این مسئله را بنماید و از مستأجر بخواهد قبل از اجاره کردن محل، حقوق آیندهٔ خود را نسبت به ملک مزبور ساقط کند. اکنون با این مقدمه، می‌گوییم که مورد مذکور مشمول مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی است. طبق ماده ۲۲۵ قانون یاد شده، متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزلهٔ ذکر در عقد است.

چون آنچه فقها در باب حرمت این عقد ذکر کرده‌اند، مقتضای اطلاق این عقد است و نه مقتضای ذات این عقد، بنابراین طرفین می‌توانند با رضایت و توافق یکدیگر، برخلاف این قاعده تصمیم بگیرند و تعهداتی بر عهده هر کدام از طرفین نهاده شود. لذا، وقتی این حق به صورت امری متعارف و کاملاً پذیرفته با سابقه‌ای طولانی درآمده است، حتی بدون ذکر در عقد نیز به منزله ذکر در عقد بوده و طرف متعهد را ملتزم می‌کرده است. پس، حتی در صورت پذیرفتن غیر شرعی بودن بالاطلاق این حق نیز مشکلی در توجیه این حق از نظر شرعی نداشته است. بنابراین، به نظر می‌رسد بهتر این است که با توجه به مصالح اقتصادی و نیازهای جامعه امروز که باعث شده است در اغلب کشورهای جهان نیز چنین حقی به طور قانونی به رسمیت شناخته شود، قانونگذار ما نیز به جای ریشه‌کن کردن این حق، با اصل قرار دادن وجود چنین حقی، در عین حال به طرفین اجازه شرط خلاف می‌داد یا اگر اوضاع و احوال را نشانگر خلاف اصل یاد شده می‌دید، به غیر قانونی بودن آن حکم می‌کرد؛ اصلی که با عرف جافتاده جامعه نیز همسویی کامل داشت.

ج: مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۹ به علت اختلاف نظر در باب شرعی بودن یا نبودن این حق، ماده‌ای را تصویب نمود و در قسمتی از موارد، وجود چنین حقی را قانونی و شرعی اعلام کرد. اکنون، سؤال این است که مگر مجمع تشخیص مصلحت نظام، محل تشخیص احکام ثانویه در جهت مصالح روز و اداره کشور نیست؟

آیا غیر از این است که وجود چنین نهادی پیش‌بینی شده است تا مرجعی باشد که در موارد مخصوصی، در امر قانونگذاری مداخله نماید و تصمیمش به عنوان تصمیمی بالاتر از تشخیص مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان عمل شود تا تنگ‌نظریها و سختگیریهای فقهی باعث اخلال در اداره امور جامعه نگردد؟ بنابراین، نه تنها حداقل لازم بوده است که مجلس در مورد یاد شده، در همان حد ماده تصویبی از سوی مجمع بدان پایبند بماند، بلکه لازم است بحثی گسترده‌تر در این زمینه گشوده شود که آیا مجلس شورای اسلامی حق دارد به طور صریح یا ضمنی با تصویب قوانینی، مانع اجرای مصوبات تصمیمات این مجمع گردد؟

## ۲. سرقفلی

سرفقلی اصطلاحی است که قانونگذار، برای بیان حقوق مالک و مستأجر بر گزیده است. این اصطلاح در مورد حق مالک، همان سرفقلی اصطلاحی است که قبلاً نیز پذیرفته شده بود. اما

نسبت به مستأجر، متفاوت از چیزی است که به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت بود، و جز در مورد توافق طرفین چنان حقی نمی‌تواند جنبه قانونی داشته باشد.

قانونگذار در مواد مربوط به سرقفلی (مواد ۶ تا ۱۰) بعد از ذکر حق مالک در دریافت مبلغی به عنوان سرقفلی، مواردی را نیز با همین عنوان برای مستأجر شمرده است. در همه موارد مذکور که حقی به مشتری داده شده، موضوع عبارت است از اینکه به عنوان عقد، موجر امتیازاتی به مستأجر داده است، که این امتیازات ارزش مالی دارند. و لذا، مستأجر می‌تواند در ازای گذشتن از این حق خود، مبلغی دریافت دارد.<sup>۱</sup> در حالی که در قانون سابق حق کسب و پیشه و تجارت، نتیجه کار مستأجر بود. در صورتی که حقوق پیش‌بینی شده در قانون جدید برای مستأجر ایجاد شود، انتقال این نوع سرقفلی با مشکلی مواجه نخواهد بود. یعنی، در موارد سه‌گانه پیش‌بینی شده، مستأجر با توافق و تراضی مالک یا مستأجر جدید خواهد توانست حق خود را منتقل سازد. و اصولاً، اختلاف در میزان این حق هم پیش نخواهد آمد؛ در حالی که در حق قبلی مستأجر، چنین اختلافی طبیعی بود.

موضوعی که در این قانون ذکر نشده است، ولی در قانون سابق بدان پرداخته شده و تکلیف آن مشخص شده بود، این است که انتقال این سرقفلی از سوی مستأجر آیا باید با سند رسمی باشد یا با سند عادی نیز امکانپذیر است؟ قانونگذار وظیفه داشت به جهت اهمیت مطلب، در این باب تصمیم بگیرد.

در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که چون قانون سابق در زمینه نحوه انتقال سخن گفته و این قانون مطلبی نگفته است، پس طبیعی است که در این زمینه به قانون سابق رجوع نماییم؛ چراکه اصل بر این است که در موارد سکوت، قانونگذار، قانون قبلی را همچنان معتبر می‌داند. در این صورت اینجا نیز طبق تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون سابق، باید معتقد به لزوم سند رسمی و شرط بودن سند رسمی برای انتقال شویم. اما، به نظر می‌رسد چنین استدلالی در این مورد خاص، درست نباشد.

علت مسئله اینکه، اینجا مفهوم سرقفلی - همان‌گونه که یادآوری شد - با مفهوم حق کسب و پیشه و تجارت قانون سابق کاملاً متفاوت است. پس، وقتی اصل موضوع ماده ۱۹ منتفی شده است، جایی برای استناد به تبصره آن باقی نمی‌ماند.

به علاوه، حق کسب و پیشه و تجارت، موضوع دقیق و شایعی بود که احتیاج به دقت فراوان داشت تا حقوق طرفین، افراد ثالث و همچنین حق دولت رعایت شود. در حالی که سرقفلی با

معنای جدیدش، هم بسیار نادر خواهد بود و هم، به نظر نمی‌رسد چندان مشکلزا و اختلاف‌انگیز باشد. لذا، بهتر به نظر می‌رسد با استناد به ماده ۲ قانون جدید در این باره، سند عادی را کافی بدانیم و به صحت آن معتقد شویم.<sup>۲</sup>

مطلب مهمتر در این زمینه، نحوه برخورد قانونگذار با مبنای سرقفلی است؛ که پیش از این در باب آن سخن گفته‌ایم. قانونگذار در این زمینه از روش دوگانه‌ای بهره جسته، که باعث ناهمخوانی در مواد شده است. با اینکه از سبک و سیاق مطالب کاملاً مشهود است که مواد با استفاده از متون فقهی، بویژه *تحریرالوسیله* حضرت امام خمینی (ره) تنظیم شده، با اینهمه از مبنای فقهی آن در این موضوع فاصله گرفته است. چنانکه ذکر شد، فقها توجیه گرفتن سرقفلی از سوی مالک را اختیارات مالکانه دانسته‌اند. به عبارت دیگر، مبلغ را همانند مبلغی که تحت عنوان اجاره بها پرداخته می‌شود، می‌دانند. و لذا، در پایان مدت اجاره نسبت به این مبلغ، حق رجوع به مستأجر نداده‌اند. در حالی که در قانون جدید نه تنها از این مطلب عدول شده و بصراحت در تبصره ۲ ماده ۶ به مستأجر اجازه داده شده است نسبت به این مبلغ به مالک رجوع کند، بلکه اجازه داده شده است قیمت عادلانه روز از مالک مطالبه شود.

قانونگذار با این تصمیم خود، خواسته است از رویه عرف تجاری پیروی کند و نسبت به وقایع و عادات طولانی اجتماعی بی‌تفاوت نگذرد. در حالی که توجه به این مطلب نداشته است که مبنای این دو نظر، با یکدیگر تفاوت عمده دارند.

اگر در عرف تجاری سرقفلی قابل رجوع است، به علت آن است که مالک در ضمن گرفتن سرقفلی، متعهد به دادن امتیازاتی به مستأجر شده است که ارزش مالی دارند؛ همانند حق ادامه اجاره محل. لذا، هنگام تخلیه نیز علاوه بر اینکه حق مطالبه سرقفلی برای مستأجر محفوظ است، بلکه میزان این حق نیز با توجه به قیمت عادلانه روز تعیین می‌شود. در حالی که منظور قانونگذار در ماده ۶ چنین امری نبوده است. یعنی، قانونگذار در این ماده نمی‌خواهد از سرقفلی‌ای صحبت کند که در قبال دادن امتیازی به مستأجر، از او گرفته می‌شود؛ چراکه این نوع سرقفلی، در مواد ۷ و ۸ پیش‌بینی شده‌اند. مبنای فقهی این مطلب و شیوه نگارش این بحثها در کتب فقهی جدید از جمله *تحریرالوسیله* امام خمینی، چنین امری را تأیید می‌کند. منظور چنین فقهایی - که مرجع و منبع مراجعه قانونگذارها بوده است - از بحث سرقفلی، مبلغی بوده است که موجد به عنوان اختیار مالکانه می‌گیرد؛ که چنین مبلغی، قابل استرداد

نیست. عرفاً نیز اگر مالک امتیازی به مستأجر نداده، اما مبلغی گرفته باشد، جزء مال الاجاره محسوب می‌شود و بعد این وجد قابل مطالبه از سوی او نیست.

با توجه به توضیحات یاد شده، اگر تفسیر ارائه شده را نپذیریم و معتقد شویم که منظور از سرقفلی در این ماده، مربوط به جایی است که امتیازی به مستأجر داده شده است، در این صورت باید بگوییم که آوردن مواد ۷ و ۸ در این قانون، هیچ وجهی ندارد و زاید به نظر می‌رسد؛ چراکه علت اینکه این فروض که در کتب فقهی و از جمله *تحریر الوسیله* ذکر شده‌اند، عدم حق رجوع مستأجر نسبت به سرقفلی بوده است. پس، وقتی از مبنای این نظر صرف نظر و از مبنای دیگری پیروی گردد، و به حق رجوع حکم شود، آوردن این فروض وجهی نخواهد داشت و در عالم خارج شاید هرگز واقع نشود. دلیل مطلب نیز واضح است؛ یا مالک در ابتدای اجاره از مشتری سرقفلی دریافت کرده یا اینکه بدون دریافت هیچ مبلغی محل را اجاره داده است. در صورتی که از مستأجر سرقفلی گرفته باشد، طبعاً مستأجر، حقوق یاد شده در این مواد ۷ و ۸ را خواهد داشت؛ چراکه اگر مالک حاضر به بازپرداخت سرقفلی به قیمت روز نباشد، او خواهد توانست به اجاره خود ادامه دهد یا این محل را به دیگری اجاره دهد. و اگر سرقفلی نگرفته باشد، هیچ دلیلی ندارد مالک بدون گرفتن هیچ مبلغی یا امتیازی، حاضر شود اختیارات ملک خود را به مستأجر واگذار نماید تا او در پایان مدت اجاره، بتواند مبلغی مطالبه نماید که چه بسا از خود اجاره‌بهای دریافتی نیز افزون‌تر باشد. بنابراین، تنها احتمالی که می‌تواند توجیه‌گر وضع مواد ۷ و ۸ قانون جدید باشد، شاید پیدا کردن وجهی برای حق مستأجر بر حق کسب و پیشه و تجارت بوده است. بدین معنا که قانونگذار می‌خواسته است بگوید که اگر مبنای گرفتن حق کسب و پیشه توسط مستأجر، داشتن امتیازی در مقابل مالک بوده باشد، چنین حقی به رسمیت شناخته می‌شود. حتی اگر منظور قانونگذار چنین امری نیز بوده باشد، تصمیم‌گیری او درست نبوده است؛ چراکه با توجه به مطالب پیشگفته، پیداست که چنین اختیاری برای مستأجر، هیچ سنخیتی با آنچه حق کسب و پیشه و تجارت نامیده می‌شود، ندارد.

بنابراین، اگرچه پذیرش نظریه عرف تجاری از سوی قانونگذار را انتخابی منطقی و منطبق با معیارهای حقوقی می‌دانیم که باعث انطباق قانون با روش معمول در عرف شده است، لیکن ذکر مواد دیگر در این زمینه که باعث تشکیک در مطالب می‌شود، زاید است و باعث سوء برداشت خواهد شد.

در پایان مقاله با ذکر دو نکته دیگر در باب بحث حاضر، سخن را به پایان می‌بریم:  
۱. قسمت اول ماده ۹ قانون جدید التصویب، غیر صحیح به نظر می‌رسد؛ مگر اینکه به جای حرف «یا»، از «و» استفاده شود. در صورت فعلی، این ماده با تبصره ۲ ماده ۶، در تعارض است. ماده ۹ قانون جدید چنین مقرر می‌دارد:

«چنانچه مدت اجاره به پایان برسد یا مستأجر سرقفلی به مالک نپرداخته باشد و یا اینکه مستأجر کلیه حقوق ضمن عقد را استیفاء کرده باشد، هنگام تخلیه عین مستأجره حق سرقفلی نخواهد داشت.»

بنابراین ماده، هم تمام شدن مدت اجاره و هم نپرداختن سرقفلی به مالک، هر کدام به طور مستقل دلیلی بر عدم امکان گرفتن سرقفلی به وسیله مستأجر تلقی می‌شوند، در حالی که تمام شدن مدت اجاره، به هیچ دلیلی نمی‌تواند منسقط چنین حقی باشد. لذا، منظور قانونگذار این بوده است که اگر مدت اجاره تمام شده و در عین حال سرقفلی نیز قبلاً به مالک پرداخت نشده باشد، در این صورت امکان رجوع به سرقفلی وجود نخواهد داشت. تبصره ۲ ماده ۶ نیز مؤید همین نظر است، چون تنها پرداخته شدن سرقفلی به مالک را موجد حق مستأجر می‌داند، و مطالبه شدن در مدت عقد اجاره را به عنوان شرط نیاورده است.

۲. به نظر می‌رسد بهتر بود به جای اصطلاح «طریق صحیح شرعی» که در تبصره ۲ ماده ۶ آمده است، توضیح مطلب می‌آمد و منظور قانونگذار صریحاً بیان می‌شد؛ چراکه در کتب فقها شرایط خاصی برای گرفتن سرقفلی توسط مشتری پیش‌بینی نشده است و منظور دقیق قانونگذار معلوم نیست.<sup>۳</sup>

کتابنامه

۱. احمدی، نعمت، بررسی قانون روابط موجر و مستاجر، تهران: انتشارات اطلس، ۱۳۷۴
۲. حلی، شیخ حسین، *مبحث الفقهیه*
۳. خویی، ابوالقاسم، *مستحدثات المسائل*، لطفی، ۱۳۹۵
۴. روزنامه رسمی، ۱۱۵۰۲، ۱۳۶۳/۶/۳
۵. ستوده، حسن، *حقوق تجارت*، تهران: چاپ دادگستر، ۱۳۷۶
۶. صانعی، یوسف، *توضیح المسائل*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۴
۷. فاضل لنکرانی، محمدرضا، *جامع المسائل*، قم: چاپ مهر، ۱۳۷۷
۸. کاتوزیان، ناصر،  *عقود معین*، تهران: شرکت انتشار، ۱۳۷۱
۹. کشاورز، بهمن، *حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت*، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴
۱۰. کورنو، ژرار،  *لغتنامه حقوقی (Vocabulair Juridique)*، انتشارات نشر دانشگاهی فرانسه، ۱۹۸۶ م
۱۱. مظاهری، *توضیح المسائل*، قم: انتشارات شفق، ۱۳۷۰
۱۲. منتظری، حسینعلی،  *رساله توضیح المسائل*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲

## یادداشت:

<sup>۱</sup> به عنوان مثال، طبق ماده ۶ این قانون، در صورتی که مشتری از ادامه انتفاع از ملک استیجاری انصراف دهد و در مقابل مبلغی از مالک با مستاجر جدید بگیرد، این حق سرقفلی نامیده می‌شود. ماده ۷ این قانون چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود، تا زمانی که عین مستاجر در تصرف مستاجر باشد، مالک حق افزایش اجاره‌بها و تخلیه عین مستاجر را نداشته باشد و متعهد شود که همه ساله عین مستاجر را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در این صورت مستاجر می‌تواند از موجر یا مستاجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خویش دریافت نماید». ماده ۸ قانون یاد شده نیز مورد مشابهی را مقرر داشته است: «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک عین مستاجر را به غیر مستاجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستاجر متصرف واگذار نماید، مستاجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل، مبلغی را به عنوان سرقفلی، مطالبه و دریافت نماید».

<sup>۲</sup> ماده ۲ قانون جدید چنین مقرر می‌دارد: قراردادهای عادی اجاره باید با قید مدت اجاره، در دو نسخه تنظیم شود و به امضای موجر و مستاجر برسد و به وسیله دو نفر افراد مورد اعتماد طرفین به عنوان شهود گواهی گردد.»

<sup>۳</sup> تبصره ۲ ماده ۶ قانون جدید روابط موجر و مستاجر: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستاجر منتقل نماید، مستاجر می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل، مبلغی را به عنوان سرقفلی مطالبه و دریافت نماید.»