



مقدمه.....	۱۱
فصل اول: مفاهیم مرتبط با حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت، ماهیت و مبنای آنها.....	۱۳
بخش اول: مفاهیم مرتبط با حق سرقفلی، ماهیت و مبنای آن.....	۱۴
مبحث اول: تعریف سرقفلی.....	۱۴
گفتار اول: سرقفلی در لغت.....	۱۴
گفتار دوم: سرقفلی در اصطلاح.....	۱۵
مبحث دوم: ماهیت سرقفلی.....	۲۳
گفتار اول: ودیعه.....	۲۳
گفتار دوم: عاریه.....	۲۴
گفتار سوم: صلح.....	۲۵
گفتار چهارم: جعاله.....	۲۶
گفتار پنجم: هبه.....	۲۷
گفتار ششم: وکالت.....	۲۸
گفتار هفتم: حواله.....	۲۹
گفتار هشتم: قرض.....	۳۰
گفتار نهم: مال الاجاره.....	۳۱
گفتار دهم: حق کسب یا پیشه یا تجارت.....	۳۳
گفتار یازدهم: حق سرقفلی.....	۳۴
مبحث سوم: مبنای سرقفلی.....	۳۶
گفتار اول: اراده دو جانبه.....	۳۶
بند اول: اراده طرفین در قالب عقد اجاره.....	۳۶
بند دوم: اراده ی طرفین در قالب سایر عقود.....	۴۲
گفتار دوم: اراده ی یکجانبه.....	۴۳
بخش دوم: مفاهیم مرتبط با حق کسب، پیشه و تجارت، ماهیت و مبنای آن.....	۴۴
مبحث اول: تعریف حق کسب، پیشه و تجارت.....	۴۵
مبحث دوم: ماهیت حق کسب، پیشه و تجارت.....	۵۰
مبحث سوم: مبنای حق کسب، پیشه و تجارت.....	۵۲

فصل دوم: پیشینه قانونگذاری سرقتی و حق کسب، پیشه و تجارت و شرایط تحقق آنها ... ۵۳**بخش اول: پیشینه قانونگذاری سرقتی و شرایط تحقق آن ۵۴**

مبحث اول: پیشینه قانونگذاری سرقتی ۵۴

گفتار اول: قوانین قبل از انقلاب ۵۴

بند اول: قانون تعدیل مال الاجاره مصوب ۱۳۱۷ ۵۴

بند دوم: قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ ۵۵

بند سوم: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ ۵۶

گفتار دوم: قوانین بعد از انقلاب ۵۶

بند اول: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ ۵۶

بند دوم: قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵ ۵۷

بند سوم: قانون اصلاح قانون تأسیس شرکت خاص پایانه های عمومی وسایل نقلیه باربری مصوب

۶۷ و اصلاحی ۷۴ ۵۸

بند چهارم: قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۷۶ ۵۹

گفتار سوم: نظریات شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام ۵۹

مبحث دوم: شرایط تحقق سرقتی ۶۱

گفتار اول: قرارداد اجاره تحت شمول قانون روابط موجر و مستأجر ۷۶ ۶۱

بند اول: لزوم کتبی بودن مستند رابطه استیجاری ۶۲

بند دوم: لزوم رعایت شرایط و ضوابط شکلی قانون جدید ۶۲

گفتار دوم: پرداخت سرقتی به مالک ملک تجاری ۶۴

گفتار سوم: سرقتی ناشی از شرط ۶۵

بخش دوم: پیشینه قانونگذاری حق کسب، پیشه و تجارت و شرایط تحقق آن ۶۹

مبحث اول: پیشینه قانونگذاری حق کسب، پیشه و تجارت ۶۹

مبحث دوم: شرایط تحقق حق کسب، پیشه و تجارت ۷۳

گفتار اول: اجاره های تحت شمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ ۷۳

گفتار دوم: اجاره به منظور شغل تجاری ۷۳

گفتار سوم: استفاده عملی تجاری از محل استیجاری ۷۵

گفتار چهارم: عدم تخلف از مقررات قانون ۵۶ ۷۶

فصل سوم: بررسی فقهی سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت و تفاوتها و شباهتهای آنها . ۷۷**بخش اول: سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت در فقه ۷۸**

مبحث اول: دیدگاه فقها ۷۹

گفتار اول: نظر آیت ا... امام خمینی (ره) ۷۹

گفتار دوم: نظر آیت الله خویی (ره).....	۸۱
گفتار سوم: نظر آیت الله سید علی حسینی سیستانی.....	۸۲
گفتار چهارم: نظر آیت الله شیخ حسین حلی.....	۸۳
گفتار پنجم: نظر آیت الله نوری همدانی.....	۸۴
گفتار ششم: نظر آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی.....	۸۵
گفتار هفتم: نظر آیت الله حاج شیخ محمد فاضل لنکرانی.....	۸۸
مبحث دوم: نظریه فقهای شورای نگهبان.....	۹۱
مبحث سوم: استنتاج.....	۹۳
بخش دوم: تفاوت‌های حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت.....	۹۴
مبحث اول: تفاوت در منشاء حق و سبب ایجاد آن.....	۹۴
مبحث دوم: تفاوت از حیث اثر هر دو حق در اجاره بهاء.....	۹۶
مبحث سوم: تفاوت در نحوه ی تحقق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت.....	۹۷
مبحث چهارم: تفاوت در مشروعیت سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت.....	۱۰۰
مبحث پنجم: تفاوت در امکان سقوط سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت.....	۱۰۱
مبحث ششم: تفاوت در نحوه نقل و انتقال.....	۱۰۱
بخش سوم: شباهت‌های حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت.....	۱۰۴
مبحث اول: وحدت در زمان اعمال حق سرقتی و کسب یا پیشه یا تجارت.....	۱۰۴
مبحث دوم: اصول یکسان در تعیین میزان سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت.....	۱۰۵
مبحث سوم: توقیف، مزایده و انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت و سرقتی.....	۱۰۶
فصل چهارم: حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت در آینه قانون.....	۱۱۱
بخش اول: حق سرقتی در آیین قانون سال ۱۳۷۶.....	۱۱۲
مبحث اول: انواع سرقتی در قانون ۱۳۷۶.....	۱۱۲
گفتار اول: سرقتی بابت اجور مؤجل و ارزش افزوده منافع.....	۱۱۴
گفتار دوم: سرقتی به معنای اخص.....	۱۱۸
گفتار سوم: سرقتی بابت اسقاط حق شرط.....	۱۲۰
مبحث دوم: تفاوت‌های انواع مختلف سرقتی.....	۱۲۴
مبحث سوم: نقل و انتقال سرقتی.....	۱۲۹
گفتار اول: مصادیق انتقال صحیح و شرعی سرقتی.....	۱۳۰
بند اول: انتقال سرقتی به وسیله عقد صلح.....	۱۳۰
بند دوم: انتقال سرقتی به وسیله عقد هبه.....	۱۳۱
بند سوم: انتقال سرقتی به وسیله عقد معاوضه.....	۱۳۲
بند چهارم: انتقال سرقتی با وصیت تملیکی.....	۱۳۲

- بند پنجم: انتقال سرقفلی با قراردادهای خصوصی ۱۳۳
- بند ششم: انتقال سرقفلی به وسیله عقد بیع ۱۳۴
- گفتار دوم: نقل و انتقال سرقفلی و منافع آن در مدت اجاره ۱۳۶
- بند اول: انتقال سرقفلی و منافع در موارد عدم سلب حق انتقال به غیر ۱۳۷
- بند دوم: انتقال سرقفلی و منافع در موارد سلب حق انتقال به غیر ۱۳۸
- بند سوم: انتقال سرقفلی بدون انتقال منافع ۱۳۹
- بند چهارم: مسئله تجویز انتقال منافع ۱۴۱
- بخش دوم: حق کسب، پیشه و تجارت در آیین قانون سال ۱۳۵۶** ۱۴۳
- مبحث اول: مالک حق کسب، پیشه و تجارت ۱۴۳
- مبحث دوم: اماکن مورد شمول حق کسب، پیشه و تجارت ۱۴۴
- گفتار اول: مطب پزشکان و دفاتر و کلاء دادگستری ۱۴۵
- گفتار دوم: دفاتر اسناد رسمی ۱۴۷
- گفتار سوم: انبارها ۱۴۸
- گفتار چهارم: اماکن آموزشی ۱۴۸
- مبحث سوم: دامنه شمول حق کسب، پیشه و تجارت و موارد عدم شمول آن ۱۴۹
- گفتار اول: دامنه شمول حق کسب، پیشه و تجارت ۱۴۹
- گفتار دوم: موارد عدم شمول حق کسب، پیشه و تجارت ۱۵۱
- مبحث چهارم: نقل و انتقال حق کسب، پیشه و تجارت ۱۵۳
- گفتار اول: انتقال اختیاری و ارادی ۱۵۴
- بند اول: انتقال با جلب رضایت مالک ۱۵۴
- بند دوم: تنفیذ و اجازه انتقال از طرف مالک ۱۵۵
- بند سوم: انتقال کلیدی ۱۵۵
- گفتار دوم: انتقال قهری ۱۵۶
- بند اول: انتقال ناشی از ارث ۱۵۶
- بند دوم: انتقال قضایی ۱۵۶
- بند سوم: انتقال اجرایی ۱۵۷

فصل پنجم: مصادیق دعاوی تخلیه مرتبط با حق سرقفلی و کسب، پیشه و تجارت و بررسی رویه

- قضایی** ۱۵۹
- بخش اول: مصادیق دعوی تخلیه** ۱۶۰
- مبحث اول: تخلیه به لحاظ انقضاء مدت اجاره ۱۶۰
- مبحث دوم: تخلیه به لحاظ تعدی و تفریط ۱۶۱
- مبحث سوم: تخلیه به لحاظ انتقال به غیر ۱۶۲

مبحث چهارم: تخلیه به لحاظ تغییر شغل.....	۱۶۳
مبحث پنجم: تخلیه به منظور تجدید بنا یا نیاز شخصی موجر.....	۱۶۴
مبحث ششم: تخلیه به لحاظ تخلف از شرط.....	۱۶۵
مبحث هفتم: تخلیه به لحاظ عدم پرداخت اجاره بها.....	۱۶۵
مبحث هشتم: تخلیه به لحاظ عدم تنظیم اجاره نامه.....	۱۶۶
بخش دوم: بررسی رویه قضایی.....	۱۶۷
مبحث اول: رأی در رابطه با زمان طرح دعوی تخلیه به لحاظ انقضاء مدت اجاره.....	۱۶۷
مبحث دوم: رأی در رابطه با تخلیه به لحاظ تعدی و تفریط.....	۱۶۸
مبحث سوم: رأی در رابطه با انتقال عین مستأجره به غیر.....	۱۶۹
مبحث چهارم: رأی در رابطه با تخلیه در قبال پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت.....	۱۷۱
مبحث پنجم: رأی در رابطه با عناصر تعیین کننده میزان حق کسب و پیشه و تجارت.....	۱۷۲
مبحث ششم: رأی در رابطه با معامله سرقفلی.....	۱۷۳
مبحث هفتم: رأی در رابطه با دعوی تجویز انتقال منافع.....	۱۷۴
مبحث هشتم: رأی وحدت رویه در خصوص عدم تاثیر میزان حق کسب و پیشه در خواسته اصلی.....	۱۷۵
مبحث نهم: رأی وحدت رویه در خصوص عدم محل کسب و پیشه یا تجارت محسوب نمودن مطب پزشکان.....	۱۷۹
مبحث دهم: رأی وحدت رویه در خصوص عدم تعلق حق کسب و پیشه یا تجارت به دفاتر وکلای دادگستری.....	۱۸۲

فصل ششم: نتیجه گیری..... ۱۹۷

فهرست منابع..... ۲۰۵

حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت، از مهمترین مباحث مربوط به اجاره اند که جایگاه بسیار مهمی در مباحث حقوقی و اقتصادی دارند. تغییر و تحول این نهاد حقوقی و تقنین در رابطه با آنها همیشه موجب حساسیت و بحث برانگیز بوده است. سرقتی از تأسیسه‌های رایج در عرف بوده که بین کسبه و تجار و در بازار برای ملک تجاری مطرح بوده و در سال ۷۶ جنبه قانونی به خود گرفته است و قانونگذار به صراحت از سرقتی نام برده و حق کسب یا پیشه یا تجارت را نیز مقنن در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۵۶ برای مستاجر ملک تجاری قائل شده است که در خصوص وحدت یا دوگانگی آن با سرقتی، در فقه، رویه قضایی و دکترین اختلاف نظر وجود دارد؛ و آراء متفاوتی از دادگاهها در این زمینه صادر شده است، که ناشی از عدم تبیین ماهیت حقوقی این دو حق می‌باشد. البته حق کسب یا پیشه یا تجارت از نظر مشهور فقها دارای اشکال شرعی بوده و لیکن سرقتی به معنای خاص خود مورد تأیید می‌باشد در واقع ماهیت حقوقی سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت کاملاً متمایز از یکدیگر بوده بطوریکه شرایط تحقق و ایجاد آنها متفاوت از هم می‌باشد، هر چند دارای وجوه اشتراکی نیز می‌باشند که همین امر باعث ایجاد اختلاف شده است ولیکن این دو حق متفاوت بوده و دارای آثار متفاوتی می‌باشند. در واقع در قوانین مدون، ما با دو کلمه روبرو می‌شویم: سرقتی و حق کسب، پیشه و تجارت. در جامعه ما گاه این دو به یک معنی به کار رفته و گاه از هم تفکیک شده و با معانی مختلف مطرح شده اند. البته ما سرقتی و حق کسب، پیشه و تجارت را دو حق مختلف می‌دانیم که دارای ماهیتی کاملاً متفاوتند و رویکردی که در نگارش این کتاب در پیش گرفته ایم نیز بر مبنای همین تفاوت میان دو حق مزبور می‌باشد. اینک در تعریف سرقتی باید گفت: سرقتی وجهی است که مالک (خواه مالک عین باشد یا منفعت) در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستاجر می‌گیرد تا محل را به وی اجاره دهد و واگذار نماید. در حالی که حق کسب، پیشه و تجارت حقی است که به طور تدریجی

و به مرور زمان برای مستأجر محل کسب، پیشه و تجارت به وجود می‌آید، در نتیجه بعد از اینکه مستأجر کار و فعالیت کرد و مشتری و اعتبار و رونق کسبی بدست آورد، حقی برای او به وجود می‌آید که به آن حق کسب، پیشه و تجارت می‌گویند.

در اینجا برای اثبات لزوم جداسازی دو واژه سرقفلی و حق کسب، پیشه و تجارت اجمالاً 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 تاثیری در این زمینه نمی‌تواند داشته باشد. در حالیکه اساس حق کسب، 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 می‌شود، فقها فقط با سرقفلی موافق هستند و حق کسب، پیشه و تجارت را شرعی نمی‌دانند. این مطلب، دلیلی بر تفاوت ماهوی آنهاست.

ج- بر خلاف حق کسب، پیشه و تجارت مبلغ و میزان سرقفلی با توجه به موقعیت محلی و کیفیت بنا و تجهیزات عین مستأجره تعیین می‌شود، و مبلغ نهایی را موجر تعیین می‌نماید.

لازم به توضیح است که در این کتاب تمامی تلاش ما بر این بوده است تا نگاهی جدید و در خور به حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت داشته باشیم و در تمامی فصول به صورت تطبیقی مهمترین مباحث مطروحه در زمینه دو حق مذکور را بررسی نماییم.

در انتها جا دارد اشاره گردد این کتاب با کمک و مساعدت مؤسسه حقوقی سپهر عدالت گستر پارسایان به چاپ رسیده است. همچنین از راهنمایی‌های استاد علی پورآذری قاضی بازنشسته دادگستری کمال تشکر را داریم.

فصل اول:

مفاهیم مرتبط با حق سرقتی و کسب و پیشه و
تجارت، ماهیت و مبنای آنها

این فصل از کتاب حاضر را به دو بخش کلی اختصاص دادیم و سعی نمودیم مهمترین مفاهیم کاربردی در مورد حق سرقتی و نیز حق کسب، پیشه و تجارت را در قالب چند مبحث، بیان نماییم. به این صورت که پس از آشنایی با تعاریف مربوطه با حقوق فوق، با ماهیت و مبنای هر یک آشنا می‌گردیم. لازم به توضیح است در این کتاب تمام تلاش خود را نمودیم تا با دیدگاهی مقایسه‌ای به تبیین مطالب بپردازیم. به این صورت که در هر فصل کتاب و از جمله فصل حاضر، هر مطلب و عنوانی که در خصوص حق سرقتی ذکر می‌نماییم، مشابه همان مطلب یا عنوان را در خصوص حق کسب و پیشه و تجارت نیز بیان نماییم. از این رو در طراحی ساختار کتاب با همین رویکرد به توضیح مطالب پرداختیم تا دست خوانندگان را برای درک بهتر مطالب به صورت همزمان و نیز جلوگیری از سردرگمی آنها باز بگذاریم. بنابراین در بخش اول به بیان تعریفی از حق سرقتی پرداختیم و سپس به ماهیت و مبنای آن اشاره نمودیم و در بخش دوم این فصل، عین همین موارد را در مورد حق کسب، پیشه و تجارت شرح دادیم.

بخش اول: مفاهیم مرتبط با حق سرقتی، ماهیت و مبنای آن

این بخش همانطور که از عنوانش بر می‌آید شامل ۳ مبحث می‌باشد.

مبحث اول: تعریف سرقتی

درک این مفهوم مستلزم آن است که به صورت جداگانه با مفهوم لغوی و اصطلاحی سرقتی آشنا گردیم.

گفتار اول: سرقتی در لغت

در تعریف واژه‌ی سرقتی در فرهنگ لغات فارسی تعاریف متعددی ارائه شده است از جمله‌ی این تعاریف عبارتند از:

- ۱- وجهی که مستأجر جدید ملکی به مستأجر قبلی یا مستأجر اول به مالک مورد اجاره برای انتقال منافع مورد اجاره به خود، می پردازد.^۱
- ۲- پولی که واگذارنده محل کسب در هنگام واگذاری آن دریافت می کند.^۲
- ۳- ارزش ملکی که بر اثر سعی و ابتکار مستأجر در راه کسب و کار ایجاد می گردد و به مستأجر تعلق دارد، حق کسب.^۳

توجه به این نکته ضروری است که در فرهنگ لغت « مؤلفین این کتب به بار ومعنی حقوقی و تخصصی این کلمه توجه و علاقه‌ای نداشته بلکه در پی بیان و ایضاح مفهوم عرفی و متداول آن بوده اند.»^۴

گفتار دوم: سرقفلی در اصطلاح

در رابطه با تعریف سرقفلی بین حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد. برخی بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوتی قائل نیستند و هر دو را به یک معنا می دانند. گروهی دیگر نیز بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوت قائلند.

از این رو تعاریف مختلفی برای سرقفلی ارائه شده است که ما به برخی از آنها اشاره می کنیم.

- ۱- «حقی است بر مشتری دائم و سرمایه‌ی تجارتخانه»^۵ و یا «امتیازی» است که به موجب آن مستأجر متصرف، به دلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است، در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم شناخته می شود.»^۶
- دکتر کاتوزیان که تعریف‌های فوق متعلق به ایشان است حتی در انتقاد از اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت بجای سرقفلی می گوید:

«این اصطلاح برای نخستین بار در قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ بکار رفت و با تغییر مختصری در قانون روابط موجر و مستأجر تکرار شد. قانونگذار از واژه‌ی متعارف «سرقفلی» دست برداشت

۱. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، چاپخانه مهارت، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۱، جلد پنجم، ص ۷۸

۲. صدری افشار، غلامحسین و حکمی، نسرتن و نشر فرهنگ گزیده فارسی، نشر فرهنگ معاصر، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۵۶۷

۳. انوری، حسن، منبع پیشین، همان صفحه

۴. کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، نشر جهاد دانشگاهی، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص ۵

۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ ۳۸، پاییز ۱۳۹۲، ص ۶۵، ش ۶۱

۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی (عقود معین ۱)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ص ۵۱۷

وبه جای آن ترکیب نامأنوس «حق کسب یا پیشه یا تجارت» را برگزید. این گزینش از نظر ادبی ودلالت بر مفهوم حق، این عیب مهم را دارد که اصطلاحی جامع بین حقوق بازرگانان و پیشه وران ارائه نمی‌کند و قدمشترک آنرا نمی‌رساند، چنین می‌رساند که حق کسب، حق پیشه و حق تجارت سه مفهوم جداگانه است که درباره‌ی احکام با هم شباهت دارد، در حالیکه واقعیت برخلاف این ظهور است. ماهیت و اوصاف اصلی حق در همه موارد یکی است و حق تاجر و پیشه ور، مظاهر گوناگون واقسام یک مفهوم هستند.»

تعریف دوم شکل تکامل یافته‌ی تعریف اول است. این تعریف‌ها گویای معنای سرقفلی نیستند زیرا:

آنچه که در نتیجه فعالیت در جلب مشتری بدست می‌آید یا حق بر مشتریان که ما آنها را شهرت تجاری می‌نامیم در واقع حق کسب یا پیشه یا تجارت می‌باشد. به عبارت دیگر شهرت تجاری مستأجر و حق بر مشتریان از عناصر تشکیل دهنده‌ی حق کسب یا پیشه یا تجارت است نه سرقفلی.

۲- سرقفلی عبارتست از «حق تقدم در اجاره»^۱

دکتر کاتوزیان با وضع قانون روابط موجر و مستأجر (ق.ر.م.م ۷۶) سرقفلی را به شرح فوق تعریف نموده است، اما به نظر ما تعریف مزبور خالی از اشکال نیست، زیرا وقتی حق تقدم در اجاره بعنوان سرقفلی تلقی گردد، این معنی به ذهن متبادر می‌گردد که این حق مختص مستأجر است، چون حق تقدم در اجاره کردن فقط برای مستأجر قابل تصور است، این در حالی است که ماده ۶ ق.ر.م.م مصوب ۷۶ به صراحت به دریافت مبلغی به عنوان سرقفلی از سوی مالک اشاره دارد. از سوی دیگر بین مالک و مستأجر تفاوت وجود دارد، بنابراین اگر این حق مختص مستأجر است به صراحت ماده‌ی فوق مالک، مستأجر تلقی نمی‌گردد تا حق دریافت سرقفلی را داشته باشد.

۳- «عوض وجهی که مستأجر محل کسب، از منتقل الیه آن محل می‌گیرد بابت سابقه کار خود در آن محل در رابطه با جلب ارباب رجوع. این جزو دارائی نامرئی است و درآمد نیست و مالیات به آن تعلق نمی‌گیرد» یا «عوض وجهی است که مالک محل کسب تازه سازه در اولین عقد اجاره، علاوه بر اجاره بها از مستأجر می‌گیرد»^۲

۱. همان منبع، ص ۶۴۲

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۶، جلد سوم،

شماره ۸۰۴۰، سرقفلی، ص ۲۱۶۸

در نقد این تعریف‌ها می‌توان گفت که در تعریف اول:

وجه بابت سابقه کار در محل و از باب جلب ارباب رجوع است در حالیکه ما قبلاً نیز بیان کردیم که این شهرت تجاری و از عناصر تشکیل دهنده‌ی حق کسب یا پیشه یا تجارت است.

در تعریف دوم:

اولاً: آنرا مختص مالک می‌داند در حالیکه در سرقفلی مستأجر اول نیز حق دریافت آن را از مستأجر دوم دارد.

ثانیاً: تازه ساز بودن یا نبودن تأثیری در گرفتن سرقفلی ندارد. از این رو هر دو تعریف فوق هر چند ذیل عنوان سرقفلی آمده، اما در واقع همان حق کسب یا پیشه یا تجارت را بیان می‌کند.

همانطور که در تعاریف اشاره شده آمده است هیچ یک مفید معنای سرقفلی نبوده اند یعنی در مقام بیان تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت بوده اند و این حق را به سرقفلی تعبیر نموده اند و حتی برخی نیز از بکار بردن عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت انتقاد نموده اند.

اما به نظر ما بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوت وجود دارد و ما آنها را دونهاد جدا از هم می‌دانیم. برخی از حقوقدانان قائل به این تفکیک می‌باشند و در مقام تعریف سرقفلی آنرا نهادی جدا از حق کسب یا پیشه یا تجارت می‌دانند که ما به برخی از آنها اشاره می‌نماییم.

الف) سرقفلی عبارت از «پولی است که در ابتدای عقد اجاره به هرعلتی، توسط مالک از مستأجر دریافت می‌شود»^۱

در این تعریف معنای درستی از سرقفلی ارائه نشده است چراکه:

اولاً: پول به عنوان سرقفلی تلقی گردیده است در حالیکه سرقفلی حق است و پول ما به ازای آن می‌باشد. ثانیاً: دریافت پول به هرعلت را بعنوان سرقفلی تلقی می‌نماید در حالیکه از ق.ر.م.م سال ۷۶ چنین برداشتی را نمی‌توان داشت.

ماده‌ی ۴ ق.ر.م.م ۷۶ می‌گوید: «در صورتی که مؤجر مبلغی به عنوان ودیعه یا تضمین یا قرض الحسنه و یا سند تعهد آور و مشابه آن از مستأجر دریافت کرده باشد...» همانطوری که ملاحظه می‌شود قانونگذار، ودیعه، تضمین، قرض الحسنه و یا سند تعهد آور و مشابه آن را از علتهای دریافت وجه از سوی موجر اعلام نموده است، از این رو دریافت مبلغ به هرعلت نمی‌تواند حمل بر گرفتن سرقفلی گردد.

۱. بیگدلی، سعید، نقدی بر سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۷۶، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۱۳ و ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۸۰، ص ۵۷

ضمن اینکه در پایان عقد اجاره سرقفلی به قیمت عادلانه روز قابل مطالبه می‌باشد درحالیکه موارد مذکور در ماده‌ی ۴ ق.ر.م.م به نرخ عادلانه روز قابل مطالبه نیست و فقط عین آن یا مثل آن حسب مورد قابل استرداد است و این در شرایطی است که موارد مذکور در ماده‌ی ۴ ق.ر.م.م پولی است که به علتی از جمله قرض الحسنه، ودیعه و غیره ممکن است مطالبه شده باشد. در همین رابطه نظریه اکثریت قضات دادگستری استان تهران در تاریخ ۱۳۸۰/۷/۵ نیز قابل توجه است.^۱

ثالثاً: در این تعریف دریافت سرقفلی صرفاً برای مالک به رسمیت شناخته شده است درحالیکه ماده ۶ ق.ر.م.م ۷۶ که می‌گوید: «همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند...» دریافت سرقفلی را برای مستأجر اول از مستأجر دوم جایز دانسته است، از طرف دیگر مواد ۷ و ۸ ق.ر.م.م ۷۶^۲ این حق را برای مستأجر به رسمیت شناخته است.

۱. نشست قضایی دادگستری استان تهران ۱۳۸۰/۷/۵: چنانچه موجر با اجاره دادن محل کسب مبلغی تحت عنوان قرض الحسنه از مستأجر گرفته باشد که هنگام تخلیه مسترد کند با فرض اینکه قرارداد بعد از اجرای ق.ر.م.م مصوب ۷۶ منعقد شده باشد آیا مستأجر در زمان تخلیه حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد؟ «نظریه اکثریت قریب به اتفاق: عقد مطابق - ق.م (ماده ۱۹۱ ق.م) به قصد انشای طرفین معامله محقق می‌شود و الفاظ عقود معمول است بر معانی عرفیه (ماده ۲۲۴ ق.م) لذا با توجه به اصل حکومت اراده اصحاب عقد در فرض مرقوم مستأجر به عنوان قرض الحسنه مبلغی

در زمان انعقاد عقد اجاره به موجر پرداخت می‌کند و قصد آن دواسترداد وجه مذکور در زمان تخلیه عین مستأجره است. بنابراین مبلغ مأخوذه قرض الحسنه ممکن نیست در طول زمان عقد زیاد یا تقلیل یابد حال آنکه مبلغ تحت عنوان سرقفلی امکان افزایش در طی زمان را دارد که پرداخت آن توسط موجر (با فرض افزایش قیمت) نا عادلانه خواهد بود. نتیجه اینکه موجر فقط همان مبلغی را که بعنوان قرض الحسنه دریافت داشته باید به مستأجر مسترد کند.

نظریه اقلیت: مقنن در سال ۷۶ برای جلوگیری از سوء استفاده موجر ق.ر.م.م را بر پایه «سرقفلی در املاک تجاری به قیمت عادلانه روز در زمان تخلیه مورد اجاره به مستأجر باید پرداخت شود» به تصویب رسانید لذا هرگونه توافق طرفین عقد اجاره املاک تجاری که نافی حق سرقفلی باشد کان لم یکن تلقی می‌گردد. از طرف دیگر املاک تجاری ارزش افزوده در طول زمان ایجاد می‌کنند که متعلق به فعالیت مستأجر در ملک مذکور است. بنابراین ارزش افزوده در زمان تخلیه باید به مستأجر مسترد گردد ولو اینکه طرفین عنوان «قرض الحسنه» در عقد قید نمایند از این رو به لحاظ اینکه قاضی باید عنوان مندرج در قرارداد را در جای صحیح و مقصود اصحاب معامله احراز کند هر عنوان دیگر غیر از سرقفلی را نمی‌پذیرد زیرا پذیرش آن با عدل و انصاف هم ناسازگار است. مقنن در سال ۷۶ ماده ی ۳۰ ق.ر.م.م مصوب ۵۶ را که مقرر می‌داشت: «کلیه ی طرق مستقیم یا غیر مستقیم که طرفین به منظور جلوگیری از اجرای مقررات این قانون اتخاذ نمایند پس از اثبات در دادگاه بلا اثر و باطل اعلام خواهد شد» حذف کرد چون مقررات جدید متخذ از شرع اسلام می‌باشد. به نقل از: میرزایی، علیرضا، محشی قانون روابط موجر و مستأجر، انتشارات بهنامی، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص ۲۷۸ و ۲۷۹

۲. ماده ۷ ق.ر.م.م مصوب ۷۶: 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

ب) «پولی که مستأجر ثانی (بمعنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می‌دهد»^۱
در نقد این تعریف می‌توان گفت:

اولاً: پول بعنوان سرقفلی بیان گردیده است در حالیکه این پول عوض سرقفلی می‌باشد.
ثانیاً: به منظور دریافت سرقفلی از سوی مستأجر دوم نیاز به انتقال قرارداد اجاره نیست، چراکه «انتقال قرارداد عبارت از حالتی است که به موجب آن شخص ثالثی جانشین یکی از طرفین عقد می‌گردد. به بیان دیگر در انتقال قرارداد هدف این است که موقعیت قراردادی یکی از طرفین همراه با تمامی حقوق و تعهدات ناشی از آن به شخص ثالثی منتقل گردد.»^۲

اما مستأجر می‌تواند مورد اجاره را به غیر اجاره دهد. «این امر را نایبستی انتقال عقد اجاره تلقی کرد. زیرا عقد اجاره منتقل نمی‌گردد، بلکه عقد اجاره جدیدی طبق شرایط جدید بین مستأجر اول و مستأجر دست دوم^۳ بسته می‌شود»^۴ و در این شرایط موجر (مستأجر اول) می‌تواند سرقفلی را واگذار نماید.

ج) سرقفلی عبارتست از «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد»^۵

آقای بهمن کشاورز که تعریف مزبور را قبل از وضع ق.ر.م.م سال ۷۶ ارائه نمود، با وضع قانون جدید سرقفلی را به شرح ذیل تعریف نمود:

«وجهی که مالک محل تجاری در آغاز اجاره، علاوه بر اجور، از مستأجر می‌گیرد تا محل را به او اجاره دهد یا مستأجری که حق انتقال به غیر دارد و به موجر سرقفلی پرداخته در قبال انتقال منافع به مستأجر دست دوم از او دریافت می‌کند و یا مستأجری که به موجب شروط ضمن عقد امتیازاتی دارد که مانع

مبلغ به او واگذار نماید در این صورت مستأجر می‌تواند از موجر و یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید.

ماده ۸ ق.ر.م.م مصوب ۷۶: 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 می‌تواند برای اسقاط حق خود و یا تخلیه محل مبلغی را به عنوان مطالبه دریافت نماید.

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ ۲۵، سال ۱۳۹۲، ش ۲۸۴۹، سرقفلی، ص ۳۵۶

۲. مقدم، عیسی، انتقال قرارداد، فصل نامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۷، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۶، ص ۲۳۰

۳. منظور مستأجر ثانی است

۴. همان منبع، ص ۲۳۲

۵. کشاورز، بهمن، منبع پیشین، ص ۷ و بهرامی، زهرا، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، نشر پیک فرهنگ، چاپ

دوم، تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۸

از تخلیه عین مستأجره به وسیله موجر است، در قبال اسقاط این امتیازات و استرداد مورد اجاره به مالک، از وی می‌گیرد.»^۱

در نقد این تعریف‌ها می‌توان گفت:

در تعریفی که راجع به سرقفلی قبل از تصویب ق.ر.م.م از سوی ایشان ارائه گردید:

اولاً: سرقفلی را به وجه تعبیر نموده و این در حالیست که وجه عوض سرقفلی است و سرقفلی خود یک حق است.

ثانیاً: سرقفلی فقط از سوی مالک به رسمیت شناخته شده است، در حالی که حق دریافت سرقفلی بوسیله مستأجر اول بعنوان موجر از مستأجر دوم نیز امکان پذیر است و مستأجر اول بدون اینکه مالک، سرقفلی را به او منتقل کرده باشد، حق دریافت مبلغی بعنوان عوض سرقفلی از مستأجر دوم را دارا می‌باشد.

تعریف دوم از جمع مواد ۶ و ۷ و ۸ و ۹ ق.ر.م.م سال ۷۶ و بعد از تصویب این قانون ارائه گردیده و هر چند منطبق بر مواد قانون سال ۷۶ است، اما به دلیل تدوین غیر صحیح مواد قانون ۷۶ نویسنده نیز به خطا رفته است زیرا: اولاً: وجه را سرقفلی تلقی نموده است.

ثانیاً: دریافت سرقفلی از سوی مستأجر را که حق انتقال به غیر دارد در صورتی مجاز می‌داند که او به موجر سرقفلی پرداخته باشد تا در قبال انتقال منافع به مستأجر دست دوم، بتواند سرقفلی دریافت کند. این در حالی است که قسمت اخیر ماده‌ی ۶ ق.ر.م.م سال ۷۶ این حق را برای مستأجر به رسمیت شناخته که در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از مستأجر دوم بعنوان سرقفلی دریافت کند و در همین راستا تبصره ۱ ماده‌ی مزبور اشاره می‌کند چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد مستأجر می‌تواند ملک را با دریافت سرقفلی به دیگری واگذار نماید. از طرف دیگر مالکی که سرقفلی نگرفته خود یک موجر در برابر مستأجر اول محسوب می‌شود، بنابراین مستأجر بدون اینکه به موجر خود سرقفلی داده باشد در صورتی که حق انتقال به غیر از وی سلب نشده باشد می‌تواند با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری اجاره دهد.

د) «مبلغی که به موجب قرارداد اجاره، مالک از مستأجر یا مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر بابت اجور معجل و ارزش افزوده منافع محل کسب دریافت می‌کند یا مبلغی که مستأجر محل کسب بابت اسقاط حقوقی که از شرط ضمن عقد اجاره حاصل نموده از موجر یا مستأجر دیگر اخذ می‌کند»^۱

۱. کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید مالک و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، نشر کشاورز، چاپ چهارم، بهار ۱۳۸۴، ص

بنابه نظر این عده سرقتی قسمتی از مال الاجاره محسوب می‌گردد. همچنین این گروه در تعریف دیگری از سرقتی حسب تبصره ۲ ماده ۶ می‌گویند:

«سرقتی عبارتست از ارزش و مقبولیت تجاری قابل تقویمی که بعضی از محل‌های کسب علاوه بر منافع با توجه به موقعیت خود فی‌الذات را دارا هستند و بوسیله‌ی مالک قانون آن به تبع منافع مورد اجاره قابلیت معامله را دارد.»^۲

همانطور که ملاحظه می‌شود این عده بین سرقتی موضوع مواد ۶ و تبصره ۱ آن و سرقتی مواد ۷ و ۸ ق.ر.م.م. سال ۷۶ با سرقتی موضوع تبصره ۲ ماده ۶ قانون مورد اشاره تفاوت قائلند و آنچه که در اینجا آن را ارزش و مقبولیت تجاری نامیدند، منطبق بر تبصره ۲ ماده ۶ ق.ر.م.م. می‌دانند. ایشان در تبیین ارکان تعریف سرقتی موضوع تبصره ۲ ماده ۶ می‌گویند:

«ارزش و مقبولیت بدین معنی است که مورد اجاره با توجه به موقعیت محلی و فیزیکی خود در بین مردم نوعی مقبولیت عرفی دارد که اشخاص حاضر می‌شوند در قبال بدست آوردن آن (امتیاز ملک) مبلغی را پرداخت کنند. ارزش و مقبولیت مذکور ناشی از خود ملک بوده و با توجه به شرایط زمان و بازار قابل افزایش یا کاهش می‌باشد. بنابراین با توجه به موارد مذکور سرقتی وجود اعتباری دارد و قائم به شخص نیست لذا نمی‌توان آن را به وجه یا حق تعریف کرد.»^۳

همچنین در ادامه‌ی تبیین ارکان تعریف فوق‌الذکر اشاره می‌گویند:

«در تعریف سرقتی ذکر شده که محل کسب، سرقتی را با توجه به موقعیت خود فی‌الذات را می‌باشد. منظور این است که سرقتی در ابتدای امر نتیجه کسب و فعالیت مستأجر یا با اراده اشخاص ایجاد نمی‌شود، بلکه ناشی از خود ملک بوده و محل کسب با توجه به موقعیت مکانی و فیزیکی خود ذاتاً دارای چنین ارزشی می‌باشد، هر چند که فعالیت مستأجر بعداً در افزایش میزان آن مؤثر خواهد شد. لذا اگر سرقتی را مخلوق اراده اشخاص بدانیم در این صورت اشخاص می‌توانند برای سایر اموال یا برای هر ملکی نیز سرقتی ایجاد کنند، در صورتی که چنین نیست اگر خود ملک دارای مقبولیت

۱. طاهر موسوی، یوسف، حقوق موجرو مستأجر در روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۳۹ و زینالی، مهدی، حق کسب و پیشه و تجارت و سرقتی در حقوق ایران، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۳

۲. طاهر موسوی، یوسف، منبع پیشین، ص ۱۳۹ و زینالی، مهدی، منبع پیشین، ص ۲۳

۳. همان منبع، همان صفحه

تجاری (سرقفلی) نباشد کسی حاضر به معامله سرقتی آن نمی شود، زیرا در این صورت، ملک، سرقتی (مقبولیت تجاری) ندارد تا مورد معامله واقع شود.^۱

به نظر می رسد که این تعریف گویای معنای واقعی سرقتی نیست زیرا:

اولاً: اگر قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۶ ق.ر.م.م درصدد بیان سرقتی ای جدا از سرقتی موضوع مواد ۶ و ۷ و ۸ بود آنرا بصورت جداگانه و نه بصورت یک تبصره در ذیل یک ماده بیان می نمود. بر عکس قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۶ درصدد بر آمد تا بیان نماید که اگر سرقتی شرعی که یکی از آنها در اصل ماده آمده است انتقال یابد هنگام تخلیه، دارنده ی این حق (مستأجر) مستحق مطالبه آن به نرخ روز می باشد. ضمن اینکه چگونه ممکن است با توجه به ریشه عرفی سرقتی که یک حق مالی است، قانونگذار هم وجه و هم حق مالی ای که در ازای پرداخت وجه واگذار می گردد را به عنوان سرقتی معرفی نماید.

ثانیاً: همانطور که قبلاً گفتیم، وجه عوض سرقتی است لذا تعریف مبلغ به سرقتی تحت تاثیر اشتباه قانونگذاری صحیح نیست. بنابراین مبلغ که به عنوان سرقتی در تعریف اول عنوان شده است در واقع عوض ارزش و مقبولیت تجاری است که در تعریف دوم به عنوان سرقتی بیان گردیده است. با این حال صرف نظر از ایرادات فوق تعریف اخیر که ارزش و مقبولیت تجاری را سرقتی عنوان نموده است نسبت به همه ی تعریف های ارائه شده از سوی نویسندگان حقوقی که تا به حال ارائه گردیده، با توجه به قانون سال ۷۶ قرابت بیشتری با تعریف سرقتی دارد.

با توجه به تعریف های اشاره شده و ایرادهای وارد بر آن سرقتی را با توجه به ق.ر.م.م سال ۷۶ و ریشه عرفی آن به شرح ذیل می توان تعریف نمود: «سرقفلی عبارتست از حقی مالی که مالک منافع ملک تجاری در قبالت دریافت مال یا اسقاط شرط تجدید اجاره یا تخلیه قبل از موعد عین مستاجر، به مستأجر یا مالک عین مستاجر و واگذار می نماید».

در این تعریف:

اولاً: بین مبلغی که به عنوان عوض سرقتی داده می شود با آنچه که ما آن را سرقتی می نامیم تمایز وجود دارد.

ثانیاً: در این تعریف سرقتی یک حق تلقی می گردد و وجه عوض آن است و مالک منافع، هم شامل مالک عین است و هم مستأجر، که می توانند سرقتی را واگذار و عوض آن را دریافت دارند.

مبحث دوم: ماهیت سرقتی

در رابطه با ماهیت حقوقی سرقتی اتفاق نظر وجود ندارد و در این رابطه نظریات مختلفی ارائه گردیده است. بنابراین به منظور بررسی ماهیت سرقتی لازم است راجع به نظریات مختلفی که در این رابطه وجود دارد بحث های لازم صورت گیرد تا معلوم گردد که سرقتی دارای چه ماهیت حقوقی است. آیا قسمتی از مال الاجاره است یا اینکه حق کسب یا پیشه یا تجارت تلقی می گردد و اگر هیچکدام از اینها نیست پس چه تفاوتی با آنها دارد. از این رو به ذکر موارد مختلف و مقایسه آنها با سرقتی می پردازیم.

گفتار اول: ودیعه

عده ای با این دیدگاه که، ما به ازاء، سرقتی محسوب می شود این بحث را مطرح کردند که آیا سرقتی با ودیعه قابل قیاس می باشد یا خیر؟

این گروه با بیان ویژگی های ودیعه به این موضوع پاسخ منفی داده اند.^۱ ما ضمن رد این دیدگاه که مابه ازاء، سرقتی محسوب می شود، معتقدیم که سرقتی را نمی توان با ودیعه قیاس کرد و حقی که در ازای پرداخت مالی به عنوان عوض واگذار می شود، هیچ شباهتی به ودیعه ندارد زیرا: به موجب ماده ۶۰۷ ق.م. «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می سپارد برای آنکه مجاناً نگه دارد. ودیعه گذار مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند».

همانطور که ملاحظه می شود:

اولاً - هدف اصلی از انعقاد ودیعه سپردن مال به دیگری برای نگهداری است. «جوهر و مقتضای عقد در این خلاصه می شود که مالی به منظور «نگهداری» به دیگری سپرده شود و گیرنده آن را حفظ کند و با نخستین مطالبه به صاحبش برگرداند».^۲

این در حالی است که با عقد اجاره منافع به مستأجر تملیک می گردد و در ضمن آن مبلغی که به عنوان عوض سرقتی داده می شود به منظور واگذاری سرقتی است نه اینکه حق مزبور برای نگهداری به طرف داده می شود تا آنرا حفظ کند.

۱. فلاح، محمد رضا، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۳۶۶

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین (عقود معین ۴)، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، ۱۳۸۲، ص ۱۱ - ان الله یأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها (قرآن کریم آیه ۵۸ از سوره نساء)

ثانیاً – تعدی و تفریط در حق سرقفلی برای دارنده سرقفلی مسئولیتی را ایجاد نمی کند در حالیکه در ودیعه باعث مسئولیت مستودع می شود. زیرا به موجب ماده ی ۶۱۷ ق.م: «امین نمی تواند غیر از جهت حفاظت تصرفی در ودیعه کند یا به نحوی از انحاء از آن منتفع گردد مگر با اجازه صریح یا ضمنی امانت گذار والا ضامن است».

ثالثاً – ماده ی ۶۱۱ ق.م می گوید: «ودیعه عقدی است جائز».

اما به عکس، قرارداد اجاره عقدی لازم تلقی می گردد و سرقفلی ای که در چهار چوب آن واگذار می گردد قابل فسخ نیست، مگر در زمان تخلیه که قیمت روز آن قابل مطالبه می باشد. رابعاً – ماده ی ۶۱۹ ق.م می گوید «امین باید عین مالی را که دریافت کرده است رد نماید». اما در رابطه با سرقفلی با توجه به تبصره ۲ ماده ۶ ق.ر.م.م ۷۶ حق محسوب می شود لذا عین آن قابل مطالبه نیست و به صراحت تبصره مذکور حق مطالبه ی آن به قیمت عادلانه ی روز وجود دارد.

گفتار دوم: عاریه

همان گروهی که بحث سرقفلی و ودیعه را مطرح کرده بودند همین بحث را بین سرقفلی و عاریه نیز مطرح نمودند که آیا می توان حق سرقفلی واگذار شده به مستأجر را به عنوان عاریه محسوب نمود یا خیر؟

فائزین به نظری که سرقفلی را وجه می دانند به این سوال پاسخ منفی داده اند.^۱

ما ضمن رد وجه بدون سرقفلی بنا به دلایل ذیل معتقدیم که سرقفلی را نمی توان عاریه دانست زیرا: بر طبق ماده ی ۶۳۵ ق.م «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند.» بنابراین تعریف:

اولاً – اثر عقد عاریه اجازه انتفاع است نه تملیک منفعت یا دادن حق انتفاع. به عبارت دیگر «اثر عقد عاریه ایجاد اذن است؛ نه حقی برای مستعیر در انتفاع ایجاد می کند و نه در برابر آن تکلیفی برای مالک در حفظ رابطه حقوقی به بار می آورد».^۲

اما عقد اجاره یک عقد تملیکی محسوب می گردد و در ضمن آن سرقفلی که یک حق محسوب می شود به مالک یا مستأجر تملیک می شود.

۱. به نقل از فلاح، محمد رضا، منبع پیشین، ص ۳۶۸

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۷۸

ثانیاً - به موجب ماده ی ۶۳۸ ق.م^۱ عاریه عقد جایز است در حالیکه اجاره یک عقد لازم محسوب می شود که در ضمن آن سرقفلی واگذار می گردد که قیمت روز آن صرفاً هنگام تخلیه قابل مطالبه است. ثالثاً - عاریه به موجب ماده ۶۳۷ ق.م فقط در رابطه با مالی است که بتوان با بقاء اصلش از آن منتفع شد در حالیکه سرقفلی به طرف تملیک می گردد و یک حق مالی است. بنابراین امکان رد عین آن به هنگام تخلیه وجود ندارد بلکه ارزش آن به نرخ عادلانه روز قابل مطالبه است، اما در عاریه باید مال بعد از انتفاع به صاحب آن باز گردانده شود.

گفتار سوم: صلح

در رابطه با صلح بودن ماهیت سرقفلی کسانی که سرقفلی را وجه می دانند معتقدند که وجه را مستأجر اول از مستأجر دوم می گیرد. این گروه معتقدند که مبلغ مزبور را مستأجر ثانی به مستأجر اول صلح می نماید تا در ازای این شرط مستأجر اول مانع تصرفات مستأجر دوم نگردد. ماده ی ۷۵۲ ق.م در رابطه با عقد صلح می گوید: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

از طرف دیگر ماده ی ۷۵۸ ق.م نیز می گوید که صلح در مقام معامله نتیجه آن معامله را دارد اما شرایط و احکام خاص آن معامله در آن جاری نیست. لذا اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن، همان نتیجه بیع خواهد بود.

ما ضمن رد وجه بودن سرقفلی با صلح بودن ماهیت سرقفلی مخالفیم زیرا:

اولاً: سرقفلی حقی است که بموجب آن موجر، مستأجر را بر دیگران در اجاره ملک تجاری مقدم می دارد. در حالیکه صلح به منظور رفع تنازع فعلی یا احتمالی و یا انجام معامله است. به عبارت دیگر در مفهوم و جوهر صلح نوعی تسالم و به بیان دیگر گذشت متقابل وجود دارد.^۳

ثانیاً: در سرقفلی هنگام تخلیه، قیمت آن به نرخ عادلانه ی روز قابل مطالبه است در حالیکه صلح یک عقد لازم است و آنچه که بعنوان مال الصلح پرداخت گردیده قابل مطالبه نیست.

۱. ماده ۶۳۸ ق.م «عاریه عقدی است جائز و به موت هر یک از طرفین منفسخ می شود»

۲. حلی، حسین، بحوث فقهیه (للحلی)، در یک جلد، مؤسسه المنار، قم - ایران، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ ه ق، ص ۱۲۲-۱۲۷ به نقل از عبدی پور فرد، ابراهیم، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، فصلنامه فقه و حقوق، سال دوم، پاییز ۱۳۸۴، ص ۹۸ و کلاتر، سید محمد، الروضه البهیة (شرح لمعه) شهید ثانی، انتشارات دآوری - قم، الطبعة الاولى، ۱۴۱۰، مجلدات ۱۰، جلد چهارم، پاورقی ص ۱۸۰

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت ها - صلح (عقود معین ۲)، چاپ احمدی، چاپ پنجم، ۱۳۷۹، جلد دوم، ص

ثالثاً: سرقفلی یک حق مالی است که قابل واگذاری به دیگری است، اما صلح یکی از طرق صحیح شرعی واگذاری سرقفلی می باشد.

گفتار چهارم: جعاله

در رابطه با جعاله بودن ماهیت سرقفلی عده ای دیگر که همانند گروه قبل سرقفلی را بعنوان وجه می دانند، به آن پاسخ مثبت داده و معتقدند که این وجه از سوی مستأجر ثانی به مستأجر اول پرداخت می گردد تا وی مانع تصرفات مستأجر ثانی نگردد. در این نظر مبلغ پرداختی جعلی است که مستأجر دوم به مستأجر اول می پردازد تا وی مزاحم تصرفات مستأجر اول نگردد.^۱

در این نظر عدم مزاحمت، مورد جعاله محسوب می گردد. در نقد این نظریه می توان گفت: ماده ی ۵۶۱ ق.م در تعریف جعاله می گوید: «جعاله عبارتست از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین». از طرف دیگر به موجب ماده ی ۵۶۵ ق.م جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می توانند از آن رجوع نمایند. ماده ۵۶۷ ق.م نیز عامل را وقتی مستحق دریافت جعل می داند که متعلق جعاله را تسلیم یا انجام داده باشد که با توجه به این ماده معلوم می شود، آنچه که ماده ۵۶۱ ق.م از آن به عمل یاد کرده در واقع انجام فعل است و شامل ترک فعل نمی شود. بنابراین ضمن رد سرقفلی بودن وجه باتوجه به ویژگی های عقد جعاله معتقدیم که نمی توان سرقفلی را با جعاله قیاس نمود زیرا:

اولاً – در جعاله نیاز نیست که طرف معین باشد اما در سرقفلی اینگونه نیست.

ثانیاً – جعاله تعهدی است جایز و به عبارت دیگر عقد جایز محسوب می شود، ولی سرقفلی بر خلاف جعاله جایزه نبوده و رجوع در آن ممکن نیست و با دادن مبلغ به عنوان عوض سرقفلی این حق واگذار شده و رجوع به مبلغ سرقفلی امکان پذیر نیست.

ثالثاً – این گروه در شرایطی وجه پرداختی را جعل تلقی می نمایند که معتقدند مبلغ یا عوض در ازای عدم انجام کار (ترک فعل)، یعنی عدم ایجاد مانع در تصرفات مستأجر پرداخت می شود و این در حالی است که جعاله برای انجام فعل است نه ترک فعل.

رابعاً – مبلغ، عوض سرقفلی است که در ازای ایجاد نوعی حق تقدم در اجاره کردن پرداخت می شود نه عدم ایجاد مانع در تصرفات؛ زیرا تا زمانی که قرارداد اجاره پابرجاست هیچ کسی نمی تواند مانع

۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثة، موسسه دارالکتاب - قم، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۴ هـ ق، ص

تصرفات مالک منافع (مستأجر) شود و با پایان اجاره حتی با وجود سرقتی مستأجر باید مورد اجاره را تخلیه نماید.

گفتار پنجم: هبه

در رابطه با قیاس سرقتی با هبه گروهی که سرقتی را وجه می دانند آن را بعنوان هبه معوضه قلمداد می نمایند؛ به این صورت که مستأجر دوم وجه را به مستأجر اول هبه کرده و به او تملیک می نماید تا مستأجر اول مزاحم وی در تصرف عین مستأجره نشود.^۱ ماده ی ۷۹۵ قانون مدنی در مقام تعریف هبه اعلام می دارد: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می کند. تملیک کننده واهب، طرف دیگر را متهب، مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می گویند.» با توجه به این تعریف هبه عقدی مجانی است. «ولی، هیچ مانعی ندارد که در عقد هبه شرطی بر متهب تحمیل شود که دارای ارزش مالی باشد. زیرا این شرط در مجموع مقتضای عقد جنبه فرعی و تبعی دارد و به عنوان علت غایی در برابر مال موهوب قرار نمی گیرد.»^۲

ماده ی ۸۰۱ قانون مدنی، هبه ای را که همراه چنین شرطی باشد «معوض» نامیده است.^۳ هبه از عقود عینی محسوب می گردد، چنانکه ماده ۷۹۸ ق.م. در این باره اعلام می کند: «هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب، اعم از اینکه مباشر قبض، خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد.»

با توجه به این اوصاف ضمن رد وجه بودن سرقتی معتقدیم که سرقتی با هبه قابل مقایسه نیست زیرا: اولاً: در سرقتی قصد تبرع وجود ندارد،^۴ اما هبه تبرعی محسوب می شود و همانطور که گفتیم شرط عوض هم تأثیر در ماهیت غیر معوض بودن عقد هبه نمی گذارد.

ثانیاً: در رابطه با هبه، قبض از شرایط صحت است در حالیکه در سرقتی، قبض از شرایط صحت محسوب نمی گردد.^۵

ثالثاً: در سرقتی قیمت آن به نرخ روز در پایان اجاره قابل مطالبه است، اما در هبه اینگونه نیست.

۱. همان منبع، ص ۲۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۳۳.

۳. ماده ۸۰۱ ق.م. «هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد.»

۴. فلاح، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۳۶۹.

۵. همان منبع، ص ۳۷۰.

گفتار ششم: وکالت

گروهی بر این عقیده اند که مالک با مستأجر توافق می نماید تا ملک را به او به مبلغی اجاره دهد و در ضمن اجاره شرط می کند که مستأجر وکیل موجر باشد تا مورد اجاره را بعد از پایان مدت به خودش یا دیگری به همان مبلغ اجاره دهد و وکیل در توکیل و اعطاء وکالت باشد و در ازای این وکالت مبلغی را به غیر از مال الاجاره می دهد؛ یعنی دادن وکالت در ازای آن مبلغ است به عبارت دیگر وکیل (مستأجر) چیزی به موکل (موجر) می دهد تا وکیل شود. آنها معتقدند که چون این وکالت ضمن عقد لازم الاجرا است، لازم می شود و حق عزل موکل از بین می رود. همچنین این گروه معتقدند که این وکالت مالی است. بنابراین بعد از فوت وکیل به ورثه ی او منتقل می شود.^۱

برخی نیز ضمن قبول این نظر وجه پرداختی را هبه معوضه یا صلح می دانند که ما در مباحث گذشته آن را رد کردیم.^۲

در نقد این نظریه می توان گفت:

ماده ۶۵۶ قانون مدنی در تعریف عقد وکالت می گوید: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید». با توجه به این تعریف اثر عقد وکالت اعطای نیابت است یعنی موکل اعمال وکیل را به منزله اقدام خود می داند و به او اختیار می دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی را انجام دهد.^۳

وکالت از عقود جایز بوده و به موت و جنون و سفه احد طرفین و همچنین عزل موکل یا استعفای وکیل مرتفع می گردد مگر اینکه عدم عزل یا وکالت ضمن عقد لازم شرط شده باشد. «در موردی هم که وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازم شرط شود، اثر آن پای بند ساختن وکیل و موکل و از بین بردن حق فسخ آنان است. طبیعت وکالت همچنان باقی می ماند و در اثر فوت و جنون هر یک از دو طرف عقد نیابت از بین می رود.»^۴ از طرف دیگر به موجب ماده ی ۶۸۳ ق.م.ا.گ موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد وکالت منفسخ می شود. لذا با توجه به مفهوم ماده ۶۸۳ ق.م.ا.گ انجام عمل مورد وکالت از طرف خود موکل هم امکان دارد و حتی شرط وکالت ضمن عقد لازم حق انجام مورد

۱. حسینی روحانی، سید محمد صادق، منبع پیشین، ص ۲۳

۲. نوری همدانی، حسین، سرقفلی، مجله پژوهش و حوزه، سال دوم، شماره هشتم، زمستان ۱۳۸۰، ص ۵۳

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، حقوق مدنی، عقود اذنی وثیقه های دین، ص ۲۰۷

۴. همان منبع، ص ۲۱۱

وکالت بوسیله ی موکل را از بین نمی برد.^۱ بنا به مسائل مطرح شده سرقفلی با وکالت قابل مقایسه نیست زیرا:

اولاً: موت و جنون و سفه احد طرفین سبب انفساخ وکالت می شود، اما چون سرقفلی در ضمن قرارداد اجاره واگذار می گردد هیچ گونه تأثیری در سرقفلی ندارد.

ثانیاً: در سرقفلی طرف مقابل دارنده ی حق سرقفلی نمی تواند ملک را به دیگری اجاره دهد یا عملی انجام دهد که حق طرف را از بین ببرد، اما در وکالت انجام مورد وکالت توسط موکل منعی ندارد و در صورت انجام، سبب انفساخ وکالت می گردد.

گفتار هفتم: حواله

در مورد حواله بودن سرقفلی آنهایی که آنرا به عنوان وجهی تلقی می نمایند که مستأجر ثانی به مستأجر اول بدلیل عدم ممانعت در تصرفات او می دهد، می گویند اگر مستأجر اول در ابتدای اجاره وجهی علاوه بر اجور به مالک پرداخته باشد و بعد ملک را به مستأجر ثانی اجاره داده و معادل آن مبلغ را از او بگیرد حمل بر حواله می گردد به این نحو که مستأجر اول به مستأجر ثانی حواله می دهد که هنگام تخلیه ملک، مبلغ مزبور را از مالک بگیرد. البته این عده دریافت مبلغ مزاد از مبلغ پرداختی به مالک را از مستأجر ثانی از سوی مستأجر اول تحت عنوان هبه یا صلح یا جعاله تلقی می نمایند.^۲

به موجب ماده ۷۲۴ ق.م «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال علیه می گویند.»

ماده ۷۲۵ ق.م نیز در رابطه با تحقق حواله می گوید: «حواله محقق نمی شود مگر با رضای محتال و قبول محال علیه.»

ماده ۷۲۶ ق.م نیز بیان می دارد که اگر در عقد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن رابطه مجری نخواهد بود. ضمناً به موجب ماده ی ۷۳۳ اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد اگر بیع باطل باشد حواله باطل است و اگر فسخ یا اقاله شود حواله درست خواهد بود و در قسمت اخیر اعلام داشته که مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری است. لذا با توجه به این مباحث و بنا به دلائل زیر ضمن

۱. همان منبع، ص ۲۰۵

۲. حسینی روحانی، سید محمدصادق، منبع پیشین، ص ۲۴

رد وجه بودن سرقفلی، نمی توان ماهیت آن را با حواله قیاس نمود زیرا: اولاً: موضوع حواله، دینی است که با توافق طرفین عقد به محال علیه منتقل می شود، اما سرقفلی حقی است که طبق توافق از سوی موجر به مستأجر انتقال می یابد و وجه در واقع عوض سرقفلی است که ممکن است موضوع حواله قرار گیرد.

ثانیاً: در حواله رضای محال علیه شرط است، اما در سرقفلی رضایت مالک در جایی که مستأجر اول از مستأجر ثانی سرقفلی می گیرد شرط نیست و مستأجر ثانی در صورتی که مالک، سرقفلی گرفته باشد می تواند به مالک رجوع کند.

ثالثاً: حواله در صورتی که قرار داد فسخ یا اقاله شود باطل نخواهد بود، ولی سرقفلی چون بصورت شرط ضمن عقد می آید از آنجایی که ماده ی ۲۴۶ ق.م می گوید اگر قرارداد فسخ یا اقاله شود شرط ضمن آن نیز باطل است در این صورت شروط مذکور در مواد ۷ و ۸ باطل شده و مستأجر حق دریافت سرقفلی را که در ازای اسقاط آنها داشت، ندارد.

گفتار هشتم: قرض

کسانی که عوض سرقفلی را به اشتباه سرقفلی فرض نمودند معتقدند سرقفلی مبلغی است که مستأجر در اول اجاره به موجر قرض می دهد. به عبارت دیگر موجر در ضمن عقد اجاره بر مستأجر شرط می کند که مستأجر مبلغ معینی را به او قرض دهد و تا وقتی که رابطه ی استیجاری بین آنها وجود دارد آن را از موجر مطالبه ننماید. ضمناً موجر بر خودش نیز شرط می کند که مستأجر تا زمانی که می خواهد می تواند اجاره را به همان مبلغ یا با اجاره بهای متعارف تمدید کند. بنابراین مستأجر تنها، پولی را که داده است طلبکار است و نمی تواند پول بیشتری طلب نماید اگر چه قیمت سرقفلی بالاتر باشد.^۱ بر طبق ماده ۶۴۸ ق.م: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعدّر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد».

۱. حلی، شیخ حسین، منبع پیشین، ص ۱۵۲ و لنکرانی، محمد فاضل، مجمع المسائل، بیتا، جلد ۳، ص ۷۶ به نقل از عبدی پور فرد، ابراهیم، منبع پیشین، ص ۹۷