

تحلیل چگونگی کارکرد حقوقی جایگزینی حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقتی: اجتناب ناپذیری پذیرش احترام حق رونق تجاری

احد قلی زاده منقوای*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۹/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۶/۶)

چکیده

مقاله حاضر تحت عنوان حق کسب، پیشه یا تجارت به تجزیه و تحلیل موارد ابهام آمیز یعنی مشروعیت یا عدم مشروعیت آن حق، بقای آن و حق یا عدم حق انتقال اجاره به غیر می پردازد. در مقابل تحت عنوان حق سرقتی از نظر قوانین و مقررات به تجزیه و تحلیل سرقتی به منزله وجهی جدا از اجاره بها، منظور از «حق مطالبه سرقتی به قیمت عادلانه روز»، تداوم نداشتن اجاره بعد از انقضای مدت آن در سرقتی نوع اول، امکان ساقط شدن اجاره پایه سرقتی و نحوه تمدید اجاره می پردازد و پس از مقایسه حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقتی با اتکا به بحث های انجام شده نتیجه می گیرد که حق سرقتی جایگزین مناسبی برای حق کسب، پیشه یا تجارت نیست. در نتیجه، حق اخیر که ثابت شده است مخالف شرع هم نیست باید به دلیل مصالح کنونی جامعه به سیستم حقوقی بازگردانده شود.

واژگان کلیدی

انتقال مورد اجاره به غیر؛ تخلیه مورد اجاره؛ تعدیل اجاره بها؛ حق کسب، پیشه یا تجارت؛ حق سرقتی.

۱. مقدمه

حق کسب، پیشه یا تجارت و حق سرقتی از موضوعاتی‌اند که بسیاری به‌خصوص تجار، کسبه و پیشه‌وران با مسائل حقوقی آن‌ها سر و کار جدی دارند. شیوه جریان حق کسب و جایگزینی آن با حق سرقتی، همچنین حمایت هر کدام برای موجر یا مستأجر، موضوع بحث‌هایی هستند که به دفاتر وکالت، اسناد رسمی و دادگاه‌ها نیز کشیده شده‌اند.

در حقوق عرفی (کامن‌لا) حق کسب، پیشه یا تجارت به مفهوم توقع معقول به داشتن مشتریان دائم و گذری ثابت است (Crane, 1932: 651). آن‌گونه که لرد الدن در پرونده^۱ کروتول در مقابل لای^۲ ابراز کرده است این حق از این احتمال عقلی حاصل می‌شود که مشتریان قدیمی همچنان به همان مکان سابق متمسک خواهند شد (Ibid: 653). حق کسب، پیشه یا تجارت^۳ در حقوق خارجی نسبت به حقوق داخلی مفهومی وسیع‌تر دارد و در کنار مفاهیمی نظیر حمایت از اسرار تجاری قرار می‌گیرد (Reece & Square, 2013: 1) به‌گونه‌ای که علامت تجاری^۴ نیز از موارد مربوط به آن محسوب می‌شود (Derenberg, 1961: 733; also Black, 1983: 354). این حق در کامن‌لا انواع مختلفی دارد با این حال، آن‌گونه که معروف شده است (ستوده، ۱۳۷۴: ۷۸ و کاتبی، ۱۳۶۳: ۱۷۳) حق کسب، پیشه یا تجارت نسبت به محل قدیمی‌ترین نوع از انواع این حق است که قابل نقل و انتقال نیز است.

مقاله حاضر درصدد مقایسه حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقتی و نتیجه‌گیری از آن است، بنابراین طرح و ابهام‌زدایی از بعضی موضوعات مربوطه مقدمه این مقایسه بوده است. پس ابتدا تحت عنوان حق کسب، پیشه یا تجارت به تجزیه و تحلیل موارد ابهام‌آمیز یعنی مشروعیت یا عدم مشروعیت آن حق، بقای آن و حق یا عدم حق انتقال اجاره به غیر پرداخته و در مقابل تحت عنوان حق سرقتی از نظر قوانین و مقررات به تجزیه و تحلیل سرقتی به‌منزله وجهی جدا از اجاره‌بها، منظور از «حق مطالبه سرقتی به قیمت عادلانه روز»، تداوم‌نداشتن اجاره بعد از انقضای مدت آن در سرقتی نوع اول، امکان ساقط‌شدن اجاره پایه سرقتی و نحوه تمدید اجاره پرداخته است.

۲. حق کسب، پیشه یا تجارت

در آغاز مسائل حقوقی مربوط به حق کسب، پیشه یا تجارت را تحت عناوین مشروعیت یا عدم مشروعیت آن حق، بقای آن و حق یا عدم حق انتقال اجاره به غیر مطرح می‌کنیم.

1. 17 Ves. Jr. 335, 347, 34 Eng. Rep. 129 (Ch. 1810).

2. Crutwell v. Lye

3. Good will

4. Trade mark

۱.۲. مشروعیت یا عدم مشروعیت حق کسب، پیشه یا تجارت

مطابق نظر شورای نگهبان حق کسب، پیشه یا تجارت عنوان شرعی ندارد. آن گونه که بعضی (عبدی پور فرد، ۱۳۸۴: ۹۴؛ بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۳؛ سیفی زیناب، ۱۳۶۹: ۶ و ۹ و کامیار، ۱۳۸۵: ۶۶) ابراز کرده‌اند برداشتی که از این نظر شده آن بوده که این حق «نامشروع» است و لغو شده (امامی، ۱۳۶۴: ۱۳۳) محسوب می‌شود، اگرچه کلمات آن نظر به صراحت دلالت بر چنین برداشتی ندارد، زیرا زیادند مواردی که عنوان شرعی ندارند، اما امروزه تردیدی نیست که نامشروع نیستند نظیر عقد بیمه، مطالبه خسارات دادرسی (همان: ۱۲۹)، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه، حقوق مالکیت معنوی، تجدیدنظرخواهی (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۷۳) یا فرجام‌خواهی از احکام دادگاه‌ها و جایگاه حقوقی دادسراها. البته آن گونه که بعضی نیز ابراز کرده‌اند (کامیار، ۱۳۸۵: ۶۶) خود نظر مورد بحث هم در ایجاد چنین برداشتی مؤثر بوده، زیرا در ادامه آن آمده است «اگر مقصود سرقفلی باشد باید طبق تحریرالوسیله عمل شود»؛ یعنی «سرقفلی» است که مشروع است و در عین حال می‌تواند جایگزینی برای حق کسب، پیشه یا تجارت باشد، پس برای اینکه مشکل مشروعیت پیش نیاید بهتر است علاقه‌مندان از سرقفلی به جای آن استفاده کنند.

اینکه چگونه می‌توان بر خلاف «اصالة الاباحه» هر چیز جدیدی را با استدلال «عنوان شرعی ندارد» نامشروع اعلام کرد جای بحث دارد و اینکه با نامشروع قلمداد کردن حق کسب، پیشه یا تجارت آن گونه که دیگران (همان: ۶۵؛ بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۲ و نوبخت، ۱۳۷۰: ۲۶۶) هم نظر داده‌اند چگونه می‌توان مانع از جریان قواعد لاضرر یا بطلان اکل مال غیر به باطل یا استفاده بلاجهت از مال دیگری (ستوده، ۱۳۷۴: ۸۹-۹۰) شد نکاتی هستند که مطرح می‌شوند. امروزه هیچکس منکر نیست که ایستادگی، پشتکار و تکاپوی مستأجر در مغازه به رونق تجاری آن منجر می‌شود و این رونق از نظر اقتصادی مابه‌ازای مالی دارد. این مال به راحتی به دست نمی‌آید و لازمه تحصیل آن صرف هزینه‌های مادی و معنوی بسیاری است (Behr, 2013: 256). این مال به منزله مالی غیرمنقول آنچنان به عین مستأجره متصل شده است که از آن تجزیه‌ناپذیر است.

در سال ۱۳۶۳ انتظار نمی‌رفت که نظر ذکرشده شورای نگهبان عطف به ماسبق شود و چنین هم نشد یعنی هر حق کسب، پیشه یا تجارتي که تا آن زمان برای مستأجرهای محل‌های مربوطه ایجاد شده بود از سوی دادگاه‌ها هم به رسمیت شناخته شد و مطابق آن‌ها حکم داده می‌شد، اما شک ایجاد شد که آیا این نظر مانع از تداوم حق کسب‌هایی می‌شود که قبل از آن تاریخ ایجاد شده و در جریان بودند؟ با توجه به لحن غیرقاطع آن نظر و به کاربرد عبارت «عنوان شرعی ندارد»، بعید بود که احکام مندرج در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ منتفی شوند و در قراردادهایی که بعد از اظهار آن نظر بسته می‌شدند حق کسبی ایجاد نشود.

در ادامه نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۶۹/۱۰/۲۵ مطرح شد و آنچنان که بعضی نیز ابراز کرده‌اند (کشاورز، ۱۳۷۴: ۱) به نظر می‌رسید طبق آن نظر که در خصوص حق کسب، پیشه یا تجارت عمل مطابق قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ را مقرر داشته است و ماده واحده الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۱۳۶۵/۰۸/۱۵) را به قوت خود باقی می‌داند، «در مورد حلیت و مشروعیت حق کسب و پیشه و تجارت به عنوان یک حق موجود و مجاز هیچ تردید و مناقشه‌ای وجود ندارد». اما چندان هم نمی‌شد مطمئن بود چون نظر آن مجمع قاعداً نظر فقهی نیست و حرام را برای همیشه به حلال مبدل نمی‌کند، بلکه فقط از سر رعایت مصلحت نظام به طور موقت امر مزبور را مجاز می‌شمرد. شاید به همین دلیل این نظر در سال ۱۳۷۶ مانع کنار گذاشتن حق کسب از اجاره‌امکانی که بعد از آن تاریخ اجاره داده می‌شوند نشد.

در واقع مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۹ حق کسب، پیشه یا تجارت را به رسمیت شناخت، اما هفت سال بعد مجلس بدون توجه به آن نظر مصلحتی به تصویب قانونی اقدام کرد که مطابق آن در امکانی که بعد از اجرایی شدن آن قانون اجاره داده می‌شوند حق کسب قابل ایجاد نیست. این اقدام سؤالی را مطرح کرد که آیا مجلس مجاز است این‌گونه از نظر مجمع عدول کند! البته مجمع به این اقدام مجلس اعتراضی نکرد و شاید علت آن بود که مجمع در آن مورد در مقام رفع اختلاف راجع به یک مصوبه جدید میان شورای نگهبان و مجلس اقدام نکرده بود، بلکه راساً برای حل مشکلات ناشی از اختلاف نظرهای پیداشده در دستگاه قضایی راجع به اجرای قانون سال ۱۳۵۶ در کنار نظر شورای نگهبان و ماده واحده سال ۱۳۶۵ اقدام کرده بود و با تصویب قانون جدید آن اختلاف نظرها منتفی می‌شد و دیگر به اعمال نظر آن مجمع نیازی نبود.

با گذشت زمان هم دلیلی بر غیرشرعی بودن حق کسب، پیشه یا تجارت ارائه نشد و برعکس معلوم شد فقها موردی مشابه یعنی «حق نسق زراعی» که منشأ آن مثل منشأ حق کسب «ایجاد رونق» است را قبلاً به رسمیت شناخته (خسروی، ۱۳۸۷: ۵۲) و عکس‌العمل منفی نسبت به آن نشان نداده‌اند. این حق که در نقاط مرکزی ایران به «حق کرد» نیز معروف است و بعضی از آن به «حق ریشه» یا مطابق قوانین بعداً^۱ یا قبل از انقلاب از آن به «حقوق زارعانه» (جعفری، ۱۳۷۰: ۲۳۶) تعبیر کرده‌اند به مستأجر زمین زراعی تعلق دارد و منشأ آن اصلاحاتی است که مستأجر در

۱. از جمله در قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸/۰۶/۲۵، قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارتخانه‌ها با مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۰۷، قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۶۳/۰۱/۲۸ و ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۷۱.

مدت اجاره در زمین اجاره شده از نظر بهبود وضعیت آبیاری آن، جمع کردن سنگ و ریشه‌های درختان و نظایر آن‌ها انجام داده است.

شک و تردیدهایی هم که با نظر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۳ در خصوص عدم مشروعیت حق کسب، پیشه یا تجارت ایجاد شده بود و بعضی از آن‌ها با وجود نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۶۹ باقی مانده بود نیز با تصویب ماده ۱۱ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ زدوده شد. ضمن اینکه پذیرفته نشدن آن حق در تضاد با اصل چهل و ششم قانون اساسی قرار می‌گرفت که «هر کس را مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش» تلقی می‌کند.

۲.۲. بقای حق کسب، پیشه یا تجارت

طبق تبصره ماده ۱۰ قانون جدید «مطالبه هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می‌باشد». بنابراین، به نظر بعضی (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۲) طبق این تبصره «حق کسب و پیشه و تجارت به طور کلی از بین رفته است». بعضی دیگر (بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۰) نیز موافق این نظرند، اما آن‌گونه که دیگران (موسوی، ۱۳۸۴: ۴۳) هم نظر داده‌اند دقت در ماده ۱۱ همان قانون که مقرر می‌دارد «اماکنی که قبل از تصویب این قانون به اجاره داده شده از شمول این قانون مستثنی و حسب مورد مشمول مقررات حاکم بر آن خواهند بود» نشان می‌دهد که مفاد ماده ۱۰ فقط شامل اجاره اماکنی است که تحت قانون جدید منعقد می‌شوند و آن ماده در خصوص اجاره اماکنی که قبل از آن اجاره داده شده‌اند و آن اجاره‌ها هنوز ادامه دارند اعمال نمی‌شود.

پس آن‌گونه که دیگران هم نظر داده‌اند (کامیار، ۱۳۸۵: ۶۶ و کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۶) مستأجرانی که مکان اجاره شده آن‌ها مشمول قانون ۱۳۵۶ است همچنان مشمول آن قانون‌اند و حق کسب، پیشه یا تجارت آن‌ها کاملاً محترم است. حتی با توجه به حرمت حقوق مکتسب افراد و با توجه به استعمال کلمه «اماکن» در ماده ۱۱، اشخاصی که مطابق قانون سال ۱۳۵۶ مستأجر محلی بوده‌اند، اکنون اگر محل را با رعایت ماده ۱۹ آن قانون به غیر واگذار کنند علی‌رغم نظر بعضی (ایثاری، ۱۳۸۷: ۱۴)، حق دارند - اگرچه اجاره مزبور اکنون بسته می‌شود - از او حق کسب بگیرند و متقابلاً پردازنده آن دارای حق مزبور خواهد بود. نام برده شدن از دعوی مربوط به این حق در قوانین شوراهای حل اختلاف (۱۳۸۷) و (۱۳۹۴) نیز از دلایل این نظر است.

درواقع آن‌گونه که دیگران (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۶ و موسوی، ۱۳۸۴: ۲۷ و ۲۸) نیز نظر داده‌اند قانون سال ۱۳۷۶ مخالف ایجاد حق کسب، پیشه یا تجارت با اجاره‌هایی است که تحت آن منعقد می‌شوند، اما مانع بقا و انتقال حق کسب‌هایی نیست که پیش‌تر ایجاد شده‌اند یا سبب ایجاد آنها ایجاد شده یا تمدید (رای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۸-۱۷۶ مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۳) یا منتقل می‌شوند. پس آن‌گونه که بعضی (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۴) انتظار داشته‌اند

قانون‌گذار سال ۱۳۷۶ پابندی خود به مصوبه ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام را تاحدی نشان داده است.

۳.۲. حق یا عدم حق انتقال اجاره به غیر

از خصوصیات مهمی که در قوانین قبل از انقلاب به حق کسب، پیشه یا تجارت ضمیمه شده بود و قانون‌گذار بعد از انقلاب نیز درصدد برآمد تا نشان دهد که آن خصوصیت با تمسک به حق سرفقلی نیز قابل حصول است استثنایی شدن حق موجر در تخلیه مستأجر بود. این استثنایی شدن به حدی بود که اصولاً مستأجر می‌توانست با رعایت تشریفات، عین مستأجره را حتی بعد از پایان اجاره به دیگری اجاره دهد. البته استثنایی شدن حق تخلیه نه از ذاتیات حق کسب، بلکه از عرضیات آن بود. به این شکل که چون حق رونق تجارتي مستأجر با عین مستأجره توأم شده بود و قابل تجزیه نبود پس مستأجر مجاز می‌شد که عین مستأجره را به دلیل حقیقتی حتی بعد از مدت اجاره در اختیار داشته باشد یا آن را همراه با حق رونقش به دیگری منتقل کند. البته برای جلوگیری از ضرر موجر هم تمهیدات متقابلی اندیشیده شده بود.

در این خصوص، بعضی (عبدی پورفرد، ۱۳۸۴: ۱۰۱؛ بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۲؛ رادان، ۱۳۸۲: ۳۷؛ کشاورز، ۱۳۷۴: ۱۶۰ و موسوی، ۱۳۸۴: ۲۳۵) برآنند که طبق مواد ۱۴ و ۱۹ قانون سال ۵۶، حق انتقال به غیر باید در اجاره‌نامه ذکر شده باشد و در صورت تصریح‌نشدن، مستأجر حق انتقال به غیر ندارد، مگر آنکه طبق ترتیبات مقرر در ماده ۱۹، دادگاه انتقال به غیر را تجویز کند. این نظر در نگاه اول کاملاً موجه به نظر می‌رسد، حتی بعضی (معزی، ۱۳۷۵: ۱۸ و کشاورز، ۱۳۷۴: ۲۱۸) مالک را محق در مطالبه وجهی یا درصدی از قیمت حق کسب بابت صدور اجازه انتقال آن از مستأجر دانسته‌اند.

اما با مذاقه بیشتر معلوم می‌شود که این‌گونه نیست، زیرا مراجعه مستأجر طبق ماده ۱۹ به دادگاه علی‌رغم نظر بعضی (معزی، ۱۳۷۵: ۱۸) نه برای گرفتن اجازه و نه برای تعیین مبلغ حق کسب، پیشه یا تجارت بلکه آن‌گونه که دیگران (موسوی، ۱۳۸۴: ۲۳۳) هم نظر داده‌اند برای تأمین دلیل نسبت به تمایل‌نداشتن موجر به انتقال گرفتن اجاره است. دقت در مفاد ماده ۱۹ نیز این تحلیل را به روشنی اثبات می‌کند. البته آن‌گونه که دیگران (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۵۰) هم نظر داده‌اند ماده ۱۰ آن قانون به صورت اصل «عدم حق انتقال برای مستأجر» تنظیم شده است، اما ترکیب مواد ۱۴ و ۱۹ آن قانون در صورتی که مستأجر سند رسمی اجاره داشته و در آن سند حق انتقال به غیر سلب نشده باشد و یا بعد از پیشنهاد انتقال به موجر و تأمین دلیل انجام این پیشنهاد از طریق مراجعه به دادگاه، مستأجر را در انتقال مورد اجاره به شخص ثالث مخیر کرده است. قانون‌گذار در اینجا میان زمانی که هنوز مدت زمان قراردادی اجاره (معمولاً یک سال از تاریخ

انعقاد آن) نگذشته و زمانی که این مدت سپری شده و عین مستأجره به موجب قانون در تصرف مستأجر است تفاوتی قائل نشده است.

حقی که قانون‌گذار به موجر برای درخواست تخلیه عین مستأجره با پرداخت فقط نصف حق کسب، پیشه یا تجارت تفویض کرده حقی استثنایی است و نمی‌توان از آن احکامی اصولی استنباط کرد. برای مثال، اگر موجر از این حق خود استفاده نکند با گذشت زمان اصولاً آن حق منتفی می‌شود و در نتیجه اگر مستأجر جدید مایل باشد می‌تواند با رعایت ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۵۶ اجاره را با دریافت کامل حق کسب به دیگری انتقال دهد. پس علی‌رغم نظر بعضی (کشاوری، ۱۳۷۴: ۲۱۲)، اگر برای نمونه، شهرداری مورد اجاره را با پرداخت حق کسب به مستأجر دوم برای انجام طرح‌های توسعه، تملک و تخریب کرده باشد، موجر نمی‌تواند نصف مبلغ دریافت‌شده از شهرداری را به استناد ماده ۱۹ ذکرشده از مستأجر مطالبه کند. البته، اگر مالک نصف حق کسب را به مستأجر دوم پیش‌تر پرداخته و محل را تخلیه کرده بود، بنا بر این تحلیل، شهرداری مجبور می‌شد محل را با پرداخت کل حق کسب به مالک تخریب کند.

طبق آنچه گفته شد حق کسب، پیشه یا تجارت هم نوعی مال غیرمنقول (جعفری، ۱۳۷۰: ۲۲۴) و به عبارتی (Williams, et al., 2013: 348) از دارایی‌های شخص است و می‌توان در صورتی که از مستثنیات دین نباشد آن را علی‌رغم نظر برخی (بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۵ و همو، ۱۳۸۳: ۱۷۱) توقیف و از محل انتقال آن طلب مدیون (دارنده حق کسب) را تأدیه کرد. بدیهی است اگر قرار بر انتقال آن شد و مستأجر دارای سند رسمی اجاره نبود یا بود، اما در آن حق انتقال به غیر سلب شده بود تشریفات ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ باید رعایت شود.

۳. حق سرقتی از نظر قوانین و مقررات

برخلاف حق کسب، پیشه یا تجارت که منشأ غیرقراردادی دارد منشأ حق سرقتی قرارداد است، بنابراین مسائل حقوقی متفاوتی درباره آن مطرح می‌شود. مطالب ذیل این بخش را تحت عناوین سرقتی به منزله وجهی جدا از اجاره‌بها، منظور از «حق مطالبه سرقتی به قیمت عادله روز»، تداوم‌نداشتن اجاره بعد از انقضای مدت آن در سرقتی نوع اول، امکان ساقط‌شدن اجاره پایه سرقتی و نحوه تمدید اجاره تجزیه و تحلیل می‌کنیم.

۳.۱. سرقتی به منزله وجهی جدا از اجاره‌بها

ماده واحده ۶۵/۱/۱۵ سرقتی را به «پیش‌پرداخت» تعبیر کرده است که نزدیک‌ترین معنی به معنای تحت‌اللفظی آن «پیش‌پرداخت اجاره‌بها» است؛ یعنی آن‌گونه که دیگران (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۵۹) هم نظر داده‌اند و علی‌رغم نظر بعضی (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴: ۹۶) اینکه پرداخت قسمتی از اجاره‌بها از

قبل فراهم شده باشد. تجربه نشان می‌دهد که مردم از «پیش‌پرداخت» معنی «پول پیش» را برداشت و در نزد خود آن را به پولی تشبیه می‌کردند که مستأجر در ابتدای اجاره به موجر می‌پردازد تا در ازای آن مبلغ اجاره‌بها کم شود (همان: ۱۰۶) و در آخر آن را از موجر استرداد کنند. به همین دلیل بود که اجاره‌بهای مغازه‌هایی که سرقفلی پرداخته بودند نوعاً کمتر از اجاره‌بهای مغازه‌های بدون پرداخت سرقفلی بود.

یازده سال بعد که قانون روابط موجر و مستأجر به تصویب رسید با توجه به متن و تبصره ۲ ماده ۶ آن معلوم شد گونه‌ای از آنچه به‌منزله سرقفلی از سوی مستأجر به موجر پرداخت می‌شود دقیقاً شبیه همان چیزی است که مردم از سرقفلی برداشت کرده بودند. در این مفهوم، علی‌رغم نظر مطلق بعضی (دفتر مطالعات، ۱۳۷۸: ۳۳۲)، سرقفلی عوض چیزی نیست، بلکه پول پیشی است که هنگام تخلیه به مستأجر بازگردانده می‌شود. وقتی گفته می‌شود سرقفلی عوض چیزی نیست، علی‌رغم نظر بعضی (جعفری، ۱۳۷۰: ۳۵۶)، منظور آن نیست که سرقفلی وجهی است که مستأجر بلاعوض به موجر می‌دهد، بلکه منظور آن است که مستأجر قرار است این پول را از موجر هنگام تخلیه مسترد دارد و مانند وجهی است که در نزد موجر امانت گذاشته می‌شود.

۳.۲. منظور از «حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز»

مطالعه ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ نشان می‌دهد که آن‌گونه که دیگران (بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۴ و همو، ۱۳۸۳: ۱۶۹) نیز نظر داده‌اند منظور تبصره ۲ آن ماده از «مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز»، مطالبه معادل مبلغ پرداختی مستأجر به موجر به نرخ عادلانه روز است نه آن‌گونه که بعضی (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴: ۹۷) ابراز کرده‌اند مطالبه چیزی به نام «حق سرقفلی»، زیرا اگر دقت شود در فرض ماده ۶، علی‌رغم نظر بعضی (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۸) و آن‌گونه که دیگران (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۶) هم نظر داده‌اند، مستأجر با پرداخت مبلغ (سرفقلی) غیر از طلبی که از موجر دارد هیچ حق یا امتیاز خاصی نسبت به ملک موجر به دست نیاورده است که با پایان اجاره آن حق را در ازای مبلغی جدید (سرفقلی جدید) به موجر واگذار کند.

در این خصوص، چون حق خاص اضافه‌ای ایجاد نشده است پس فرض محاسبه ارزش واقعی ایجادنشده نیز هیچ مبنایی ندارد. اگر حق خاصی ایجاد شده بود آثاری داشت برای مثال، مستأجر را اولی در اجاره مجدد عین مستأجره می‌کرد یا او را اولی در اجاره با اجاره‌بهای ثابت یا کمتری می‌کرد، در حالی که در فرض آن ماده، مستأجر به محض انقضای مدت اجاره مثل هر مستأجر دیگری موظف به تخلیه عین مستأجره بوده است و اگر وجهی به‌منزله سرقفلی به موجر (اعم از اینکه مالک باشد یا مستأجر قبلی و نظایر آن) پرداخته باشد می‌تواند آن را به نرخ عادلانه روز مطالبه کند. در این خصوص، علی‌رغم نظر بعضی (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴:

۱۰۸) قانون به صراحت در تبصره ۱ ماده ۶ آورده است که مستأجر اول ممکن است دارنده سرقتی نباشد با این حال وجهی دریافت کند و به مستأجر بعدی سرقتی بدهد. علاوه بر این، ممکن است مستأجر اول وجهی به منزله سرقتی به مالک پرداخته باشد، اما وجهی که از مستأجر دوم می‌گیرد بیشتر از آن وجه باشد.

تبصره ۱ آن ماده نیز مؤید این نظر است و نشان می‌دهد با سرقتی پیش‌پرداختی هیچ حق یا امتیاز خاصی نسبت به ملک موجر به دست نیامده است، زیرا در فرض آن تبصره اگر مستأجر دوم با پرداخت سرقتی به مستأجر اول در عین مستأجره حق و امتیازی به دست آورده بود قاعدتاً آن امتیاز مستقل محسوب می‌شد و مالک وقتی آن ملک را در اختیار می‌گرفت لاجرم آن حق و امتیاز را هم در اختیار می‌گرفت پس مجبور بود اگرچه از مستأجر اول سرقتی نگرفته بود به مستأجر دوم سرقتی بدهد، اما تبصره ۱ مخالف این امر است.

در این خصوص، بعضی (موسوی، ۱۳۸۴: ۱۵۸) از سرقتی نوع اول (سرقتی پیش‌پرداختی) به سرقتی منتج از «ارزش‌افزوده منافع» تعبیر کرده‌اند، اما آنچه در این باره قانون‌گذار مطرح کرده است چیزی جز بازپرداخت وجه گرفته‌شده به اضافه معادل تقلیل ارزش آن در نتیجه تقلیل ارزش پول نیست و ربطی به استحصال منافع از سوی مستأجر از مورد اجاره یا استحصال منافع از سوی موجر از وجه مزبور ندارد تا بتوان نام آن را «ارزش‌افزوده منافع» گذاشت. همچنین، از سرقتی نوع اول بعضی (همان: ۱۶۱) به «اجور معجل» تعبیر کرده‌اند که این تعبیر عرفاً با تقلیل اجاره بها تحت تأثیر مبلغ پرداخته‌شده سازگار است، اما قانوناً چون ارزش سرقتی نوع اول قرار است به موجر بازگردانده شود و این وجه افتراقی اساسی میان آن و اجور است که قرار نیست به موجر بازگردانده شود نمی‌توان آن را پذیرفت.

جمله اول ماده ۶ و تبصره اول آن در قانون ۱۳۷۶ هر دو از سرقتی پیش‌پرداختی سخن می‌گویند. در این‌گونه موارد علی‌رغم نظر بعضی (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴: ۹۹) نمی‌توان گفت «سرقتی نوعی حق عینی برای دارنده سرقتی بر ملک مورد نظر است». در واقع، سرقتی نوع اول از نظر قانون‌گذار به صورت معوض تنظیم نشده است؛ یعنی مستأجر قرضی را به موجر می‌دهد بدون اینکه عوضی بابت دادن آن به دست آورد و در پایان اجاره آن را مسترد می‌دارد اگرچه عرفاً عوضی برای چنین قرضی در نظر گرفته می‌شود و آن کاهش اجاره بها با توجه به مبلغ سرقتی (پول پیش) پرداختی است. همین فرض متقابلاً سبب می‌شود که بازپس‌دادن پول پیش به نرخ عادلانه روز در عرف قابل قبول نباشد و غیرمنطقی جلوه کند چون با توجه به تورم موجود در جامعه به این ترتیب موجر در مقابل استفاده از قرض دو بار عوض پرداخت می‌کند؛ یک بار در قالب کاهش مبلغ اجاره بها و بار دوم در قالب پرداخت ارزش پول پیش به نرخ عادلانه روز.

در نتیجه، سرقفلی پیش‌پرداختی از سوی جامعه استقبال نشده است و امری متروک تلقی می‌شود.

شایان یادآوری است که آن‌گونه که دیگران (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۰) نیز نظر داده‌اند آنچه در جامعه به «واگذاری سرقفلی» معروف است و با آن مستأجر حق تمدید سالیانه اجاره با اجاره‌بهای فوق‌العاده اندک را به دست می‌آورد مصداق سرقفلی نوع اول گفته شده نیست.

۳.۳. تداوم نداشتن اجاره بعد از انقضای مدت آن در سرقفلی نوع اول

سرفقلی مطابق قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ دارای سه نوع مختلف است؛ نوع اول پیش‌پرداختی است و انواع دوم و سوم شرطی‌اند. در سرقفلی نوع اول که در ماده ۶ قانون سال ۱۳۷۶ و تبصره‌های آن درج شده است، علی‌رغم نظر بعضی (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴: ۱۰۵) مستأجر وظیفه دارد به محض انقضای مدت اجاره، محل را تخلیه کند و آن‌گونه که دیگران (همان: ۱۰۶ و بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۴) هم نظر داده‌اند دلیلی وجود ندارد که نشان دهد مستأجر حقی برای ادامه دادن تصرف خود به‌منزله مستأجر در عین مستأجره دارد. سرقفلی نوع اول برای مستأجر حق تخلیه‌نکردن ایجاد نمی‌کند. البته، این حقیقت با این امر منافاتی ندارد که موجر به دلیل اینکه قادر به بازپرداخت سرقفلی اخذشده نیست با تمدید اجاره موافقت کند.

ماده ۶ یا سایر مواد آن قانون چنین اختیاری به مستأجر نداده‌اند. سرقفلی‌های نوع دوم و سوم و شرایطی که برای تداوم اجاره در آن‌ها در نظر گرفته شده است نیز مؤید این امرند. بدیهی است در این مورد، متقابلاً مستأجر حق دارد سرقفلی پیش‌پرداختی را به نرخ عادلانه روز مطالبه کند، اما با این فرض که حق حبس در حقوق ایران حقی استثنایی است که فقط در موارد معینی وجود دارد، مستأجر حق ندارد عین مستأجره را برای وصول معادل سرقفلی پرداخته شده در تصرف خود نگه دارد و چون چنین حقی ندارد اگر آن را در ید خود نگه دارد آن‌گونه که دیگران (عبدی‌پورفرد، ۱۳۸۴: ۱۰۵) هم نظر داده‌اند موظف به پرداخت اجرت‌المثل مدتی که آن را در تصرف خود نگه می‌دارد به موجر خواهد بود. البته، مستأجر می‌تواند با وجود تخلیه با تمسک به قرار تأمین خواسته یا دستور موقت به توقیف عین مستأجره مزبور یا منافع آن یا هر مال دیگری از مالک برای دریافت سرقفلی پیش‌پرداختی اقدام کند بدون اینکه مجبور باشد بابت نگه‌داشتن مورد اجاره در تصرف خود اجرت‌المثلی بپردازد.

بر خلاف آنچه درخصوص سرقفلی نوع اول گفته شد، دقت در ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ نشان می‌دهد که آن‌گونه که دیگران (همان و نوبخت، ۱۳۷۰: ۲۸۷) نیز نظر داده‌اند مطابق آن قانون اصل بر ناممکن بودن تخلیه محل کسب، پیشه یا تجارت از سوی موجر بوده است مگر اینکه موجبات قانونی آن فراهم می‌آمده است. در واقع مانند آن بوده که اجاره

بدون نیاز به موافقت موجر و به حکم قانون خود به خود تمدید شود، زیرا شرایط اجاره بعد از انقضای مدت همچنان رعایت می‌شده است، برای مثال مستأجر مکلف به پرداخت اجرت‌المسمی بوده است، مگر اینکه میان او و موجر راجع به اجاره‌بها توافق جدیدی حاصل شود یا اینکه دادگاه حکم به تعدیل اجاره‌بها صادر کند. اما علی‌رغم نظر بعضی (بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۳) که معتقدند «مالک می‌توانسته ... از مستأجر بخواهد قبل از اجاره‌کردن محل، حقوق آینده خود را نسبت به ملک مزبور ساقط کند»، دقت در ماده ۳۰ آن قانون که حاوی یک قاعده آمره بوده است نشان می‌دهد که قانون‌گذار آن‌گونه که دیگران (عبدی‌پورفر، ۱۳۸۴: ۱۰۷ و کامیار، ۱۳۸۵: ۷۷) هم ابراز کرده‌اند اجازه توافق بر خلاف آن را به طرفین نداده بوده است. در واقع بر خلاف اراده طرفین مبنی بر تعیین مدت برای اجاره و توقع تخلیه عین مستأجره در پایان مدت تعیین شده، قانون‌گذار اجاره را دائمی تلقی و ملک را اصولاً غیر قابل تخلیه قلمداد کرده بود.

ماده واحده ۱۳۶۵ (همچنین رأی وحدت رویه شماره ۶۱۸-۱۳۷۶/۱۸) با این اصل به مقابله برخاست و آن‌گونه که دیگران (اباذری، ۱۳۸۵: ۱۴۵؛ سیفی، ۱۳۶۹: ۸ و کامیار، ۱۳۸۵: ۶۷) هم ابراز کرده‌اند استثنای بزرگی برای آن تعبیه کرد به‌گونه‌ای که امکانی که از آن تاریخ به بعد با سند رسمی اجاره داده می‌شدند را اصولاً با انقضای مدت اجاره قابل تخلیه اعلام کرد. علی‌رغم نظر بعضی (کانوزیان، ۱۳۸۰: ۴۷) که در مورد چنین سندی معتقدند اگر «به نگرفتن سرقفلی در آن تصریح نمی‌شد، قانون خنثی و بی‌اثر می‌ماند»، وجود سند رسمی برای تخلیه کافی بود و آن‌گونه که دیگران (معزی، ۱۳۷۵: ۱۷) هم نظر داده‌اند دریافت سرقفلی و پیش‌پرداخت به‌منزله واقعه‌ای خارجی باید اثبات می‌شد، زیرا علاوه بر اینکه کلمات آن ماده واحده چنین دلالتی ندارند ظاهر در جامعه آن است که وقتی در سند اجاره ذکری از پرداخت سرقفلی و پیش‌پرداخت وجود ندارد چنین پرداختی انجام نشده است مگر اینکه انجام آن ثابت شود.

باید توجه داشت که مطابق ماده واحده ۱۳۶۵ با وجود رسمی بودن سند اجاره اگر مستأجر سرقفلی یا پول پیش پرداخته بود دیگر استثنا اعمال نمی‌شد، بلکه اصل اعمال می‌شد و ملک قابل تخلیه نبود. این نکته بعداً در قالب سرقفلی‌های نوع دوم و سوم در قانون سال ۱۳۷۶ متبلور شد. در نتیجه، اینکه بعضی (بهرامی، ۱۳۸۲: ۵۲) در خصوص تعلق حق کسب، پیشه یا تجارت ابراز کرده‌اند «هر محلی که از سال ۱۳۵۶ تا ۱۳۷۶ برای کسب یا پیشه یا تجارت اجاره داده شده باشد، این حق به آن مکان و مستأجر ... تعلق می‌گیرد»، بدون توجه به استثنای بزرگی است که در سال ۱۳۶۵ برای قانون سال ۱۳۵۶ ایجاد شده است. منظور اینکه در خصوص اجاره‌های منعقدشده در فاصله آن ۲۰ سال باید دید اجاره قبل از ماده واحده سال ۱۳۶۵ منعقد شده است یا بعد از آن و اگر بعد از آن بوده باشد باید دید تابع اصل بوده است یا استثنا.

طبق قانون سال ۱۳۵۶ در موارد امکان درخواست تخلیه برای موجر نیز تخلیه به دو دسته یعنی با پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت و بدون پرداخت آن تقسیم می‌شود. در موارد مندرج در ماده ۱۴ جز در یک مورد آن‌گونه که دیگران (همان و عبدی پورفر، ۱۳۸۴: ۱۰۰) هم نظر داده‌اند حکم تخلیه بدون الزام موجر به پرداخت حق کسب صادر می‌شود. در آن یک مورد استثنایی هم نصف حق مزبور به صاحب حق تعلق می‌گیرد.

۴.۳. امکان ساقط شدن اجاره پایه سرقفلی

بعضی (بهرامی، ۱۳۸۳: ۱۷۱) برآنند که «حق سرقفلی با تخلف ساقط نمی‌شود، ولی حق کسب و پیشه به صرف تحقق تخلف ساقط می‌شود». برای رد یا اثبات این موضوع موارد مندرج در ماده ۱۴ قانون سال ۱۳۵۶ را درباره سرقفلی بررسی می‌کنیم. اگر مستأجری که سرقفلی دارد تغییر شغل دهد و اجاره برای شغل معین باشد و شغل جدید مشابه شغل سابق نباشد او تعدی و تفریط کرده است. در این صورت اگر سرقفلی پیش‌پرداختی باشد این تعدی و تفریط برای موجر حق تخلیه ایجاد می‌کند، اما مستأجر را از مطالبه حق سرقفلی خود به نرخ عادلانه روز محروم نمی‌کند. این در حالی است که اگر سرقفلی شرطی باشد با وجود اینکه قرارداد اجاره متضمن شروط سرقفلی است، تعدی و تفریط به پیدایش حق فسخ و تخلیه برای موجر منجر می‌شود، زیرا تردیدی نیست که در موارد سکوت قانون سال ۱۳۷۶ قانون مدنی اجرا می‌شود و می‌دانیم که اجاره به موجب موادی از قانون مدنی منفسخ می‌شود یا قابل فسخ است.

علاوه بر موارد مذکور در مبحث اجاره، به طور کلی آن‌گونه که دیگران (آقاپور، ۱۳۷۶: ۴۶) هم نظر داده‌اند هر یک از خيارات ممکن است در اجاره نیز باشد. در چنین حالتی سؤال مهم این خواهد بود که چون مستأجر برای تحصیل سرقفلی شرطی معمولاً مبلغ قابل ملاحظه‌ای به موجر پرداخته است آیا می‌تواند کل یا قسمتی از آن را برای مدتی که قرار بود از آن شروط بهره‌برداری کند و دیگر قادر به بهره‌برداری نیست از مستأجر مطالبه کند؟ یا اینکه آیا می‌تواند عوض حق ناشی از شروطی که به این ترتیب از دست می‌دهد را مطالبه کند؟ قانون در این باره ساکت است. اگر شروط مندرج در اجاره مدت داشته باشند می‌شود به نسبت سال‌های استفاده شده از مبلغ مزبور کسر کرد و مابقی را به مستأجر مسترد داشت، اما در عرف نیز مانند قانون، استفاده از شروط سرقفلی را بدون مدت و برای همیشه در نظر می‌گیرند به همین دلیل این‌گونه واگذاری را «فروش» سرقفلی می‌نامند. اگر این‌گونه باشد آنچه مستأجر به دست آورده بود حقی برای زمانی بینهایت بوده و آنچه باقی مانده است همچنان حقی برای زمانی بینهایت است. در نتیجه نمی‌توان چیزی از آن کاست و موجر باید همه آنچه را که أخذ کرده است مسترد دارد.

بدیهی است مستأجر نمی‌تواند موجر را وادار به پرداخت «عوض» حقش نسبت به مدت باقیمانده کند، زیرا شروط با فسخ منتفی شده‌اند و موجر به منزله تبعات مالی فسخ چنین مبالغی را به مستأجر می‌پردازد. پس سؤال دیگری مطرح می‌شود که آیا آنچه بازگردانده می‌شود باید به نرخ عادلۀ روز باشد یا به مبلغ اسمی؟ در این مورد اگرچه به حکم منطق ارزش واقعی باید پرداخته شود، اما متأسفانه قانون‌گذار پرداخت به نرخ عادلۀ را شامل این مورد نمی‌داند و چون محاسبه به نرخ عادلۀ یا به نرخ روز فعلاً فقط در موارد استثنایی نظیر خسارات تأخیر تأدیه تجویز شده، نمی‌توان قانوناً آن را به این موارد تسری داد. سایر موارد مندرج در ماده ۱۴ نظیر پرداخت نکردن یا نپرداختن به موقع اجاره‌بها نیز در اینجا در نهایت چنین حکمی خواهند داشت. پس می‌توان این گفته را تأیید کرد که حق سرقفلی بر خلاف حق کسب، پیشه یا تجارت ساقط‌شدنی نیست.

همان‌گونه که گفته شد مستأجر برای تحصیل شرط عدم تخلیه و عدم افزایش اجاره‌بها (سرقفلی نوع دوم) یا تحصیل شرط عدم تخلیه و افزایش متعارف اجاره‌بها (سرقفلی نوع سوم) معمولاً آن‌گونه که دیگران (موسوی، ۱۳۸۴: ۱۶۷) هم ابراز کرده‌اند مبلغ هنگفتی به موجر پرداخت می‌کند. با ذکر تقریباً بی‌مورد مبلغ در سرقفلی نوع اول، معمولاً خوانندگان مواد ۷ و ۸ قانون سال ۱۳۷۶ غافل می‌شوند که تحصیل این شروط نیز معوض بوده است. از سوی دیگر، قانون‌گذار در ماده ۷ قانون سال ۱۳۷۶ با ذکر عبارت «تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر است» اجاره‌ای ساخته است که انتها و تاریخ انقضای مشخصی ندارد. چنین اجاره‌ای اگر ماده ۷ وجود نداشت مسلماً به دلیل غرری بودن باطل تلقی می‌شد، زیرا متضمن شرط مجهولی است که جهل به آن موجب جهل به عوضین است؛ یعنی موجر نمی‌داند که عین مستأجره تا کی قرار است در تصرف مستأجر باشد پس نمی‌داند بابت وجهی که در مقابل شرط عدم تخلیه وصول می‌کند چه مدت قرار است اجاره را تحمل کند؛ یک سال، ده سال، چقدر! جامعه از این عبارت برداشت «همیشه» می‌کند یعنی با فوت مستأجر هم اجاره به ورثه او منتقل می‌شود و با انتقال حق مستأجر به دیگری و فوت او اجاره به ورثه منتقل‌الیه می‌رسد. بعضی (نون، ۱۳۷۹: ۳۰) بر این مواد ایرادات متعدد دیگری را نیز برشمرده‌اند.

در این خصوص، بعضی (موسوی، ۱۳۸۴: ۱۶۸) در خصوص ایجاد حق فسخ طبق قانون مدنی برای موجر با وجود شرط عدم تخلیه برای مستأجر در قانون روابط مالک و مستأجر ۱۳۷۶ ابراز داشته‌اند که «می‌توان گفت به لحاظ اینکه طبق ماده یک قانون ۷۶ هر دو قانون توأمأ حاکم بر روابط استیجاری شده‌اند، لذا به لحاظ تعارض دو قانون طبق قاعده الدلیلان اذا تعارضتا تساقطا هر دو ساقط و به موجب شرط ضمن عقد و آیه شریفه اوفوا بالعقود (اصل لزوم قراردادهای) موجر ملزم به تعهد خود می‌شود». ولی این نظر ایرادات متعددی دارد؛ اول

اینکه قانون سال ۱۳۷۶ به دلیل موخرالتصویب و خاص بودن حاکم بر مقررات قانون مدنی است پس فرض حاکمیت توأم آن دو و در نتیجه طرح تساقط مورد قبول نیست. دوم اینکه؛ تعارضی میان این دو وجود ندارد، زیرا مستأجر ذی نفع شرط است و موجر ممکن است به دلایلی دارای حق فسخ باشد. تا وقتی حق فسخ ایجاد نشده یا با وجود ایجاد شدن، اعمال نشده است، مستأجر از شرطی که به نفع او شده است بهره می برد و با ایجاد حق فسخ، موجر مختار در اعمال آن می شود. سوم اینکه؛ اگر شرط عدم تخلیه و حق فسخ به دلیل تعارض متساقط شده باشند آنچه برای اجرای او فوا بالعقود باقی می ماند تنها تداوم عقد اجاره تا انقضای آن یعنی معمولاً پایان یک سال خواهد بود و با انقضای مدت همچنان چاره ای جز تخلیه نخواهد بود.

۳.۵. نحوه تمدید اجاره

علی رغم نظر بعضی (همان: ۲۴۸) که معتقدند در قانون سال ۱۳۷۶ «درخواست تخلیه به جهت تعدی یا تفریط یا تغییر شغل و تخلف از شرط و غیره بعد از انقضای مدت مفهومی نداشته و فقط در اثنای مدت اجاره میسر می باشد»، اجاره بعد از انقضای مدت تمدید می شود و رابطه بعدی هم مثل رابطه قبلی یک اجاره و در نتیجه همچنان قابل فسخ یا انفساخ است. با این گونه استدلال نمی توان امکان فسخ یا انفساخ عقد اجاره و شرط ضمن آن را که مبنای سرقفلی قلمداد شده است را انکار کرد، چون این گفته با مفاد مواد ۷ و ۸ قانون سال ۱۳۷۶ سازگاری ندارد، زیرا برای مثال در ماده ۷ آمده است مالک «متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید»، همچنین در ماده ۸ آمده است که «هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک ... هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر واگذار نماید» یعنی تمدید رابطه نیز همچنان به صورت اجاره خواهد بود.

البته قانون گذار در غفلتی آشکار در مواد ۷ و ۸ الزام موجر به تمدید اجاره را ابتدا با بیان «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» در قالب شرط نتیجه و سپس همان را با بیان «و متعهد شود که هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید» در قالب شرط فعل بیان کرده و این متأسفانه نشانگر تسلط نداشتن قانون گذار قانون سال ۱۳۷۶ حتی به مقدمات حقوق مدنی است. در نتیجه این ابهام ایجاد شده است که بالاخره کدام یک از این دو یعنی شرط فعل یا نتیجه در روابط میان موجر و مستأجر حاکم است. با توسل به قاعده الجمع می توان گفت در این مورد شرط نتیجه همان گونه که در ماده ۷ در صدر آمده اصلی است و اجاره هر سال خود به خود تمدید می شود و مستأجر می تواند موجر را به

حضور در دفترخانه و تمدید اجاره و اجرای شرط فعل مذکور به منزله یکی از آثار شرط نتیجه وادار کند.

۴. مقایسه حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقتی

دقت در مفاد قانون سال ۱۳۷۶ نشان می‌دهد که علی‌رغم نظر بعضی (کاتبی، ۱۳۶۳: ۱۷۳ و نوین، ۱۳۷۹: ۲۸) که سرقتی را امتیازی می‌دانند «که به موجب آن 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 می‌شود» در حال حاضر و با توجه به مفاد قوانین روابط موجر و مستأجر سال‌های ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶ این تعریف هیچ ربطی به حق سرقتی ندارد و در واقع تعریفی برای حق کسب، پیشه یا تجارت است، زیرا منشأ سرقتی قرارداد است در حالی که منشأ حق کسب شهرت (Ray, 2013: 683) یا رونق تجارتي است (جعفری، ۱۳۷۰: ۲۲۴؛ ستوده، ۱۳۷۴: ۶۸ و کشاورز، ۱۳۷۴: ۱۸ و ۳۷). به همین دلیل در هیچ‌یک از گونه‌های به رسمیت شناخته شده سرقتی در قانون سال ۱۳۷۶ رونق تجارتي به منزله منشأ حق سرقتی ذکر نشده است. حتی قبل از قانون ۱۳۷۶ نیز چنین تعریفی موجه نبود، زیرا آن گونه که بعضی (بهرامی، ۱۳۸۲: ۴۸) نیز ابراز کرده‌اند، قانون سال ۱۳۵۶ نیز در مقام تعبیر یا مترادف قرارداد حق سرقتی با حق کسب نبود. ابتدا بر قرارداد به جای ابتدا بر رونق تجارتي از تفاوت‌های اصلی این دو حق با یکدیگر است.

گفته بالا به طور ضمنی به تفاوت اصلی دیگر این دو حق نیز اشاره کرده و آن ناشی از قانون بودن حق عدم تخلیه در حق کسب، پیشه یا تجارت و ناشی از قرارداد بودن حق عدم تخلیه در حق سرقتی است. این دو تفاوت اساسی سبب می‌شود که حق کسب با حق سرقتی قابل جمع باشد به گونه‌ای که یک شخص بتواند در یک آن هر دو حق را در یک ملک داشته باشد. میان حق کسب و حق سرقتی تفاوت‌های دیگری نیز وجود دارد. برای مثال، مبلغ حق کسب به رونق تجارتي بستگی دارد که محاسبه آن همان‌گونه که در متون خارجی نیز مطرح است (Darch, 2013: 115) به منزله امری علمی به نظر کارشناس نیاز دارد در حالی که مبلغ سرقتی جز در خصوص سرقتی پیش‌پرداختی به نظر دارنده آن بستگی دارد که البته این نظر آن‌گونه که دیگران (کشاورز، ۱۳۷۴: ۱۴-۳۸) نیز ابراز داشته‌اند ممکن است تحت تأثیر واقعیات موضوع باشد. در سرقتی پیش‌پرداختی مبلغ سرقتی معین است، اما تعیین معادل آن به نرخ عادلانه روز به نظر کارشناس نیاز دارد.

تفاوت دیگر اینکه، حق کسب، پیشه یا تجارت به منزله حقی استثنایی به مکان‌های کسب، پیشه یا تجارت آن هم در حوزه‌های شهری معینی اختصاص داشت در حالی که حق سرقتی را طرفین می‌توانند در خصوص هر مکانی به دلخواه مقرر کنند.

با به طور قانونی محترم‌شمرده شدن حق کسب، پیشه یا تجارت برای حدود ۵۰ سال، زمینه داشت فراهم می‌شد که ابعاد دقیق‌تری از موضوع مطرح شود و به نحو معمول در کشورهای دیگر (Derenberg, 1961: 736) داشتن حق کسب برای کسانی که بیش از یک مکان تجارتي در یک محله یا در نقاط مختلف یک شهر یا کشور دارند و حتی مواردی که صاحب آن حق اماکنی نیز در خارج از کشور دارد مورد توجه قرار گیرند. مسائل جدیدی مطرح می‌شد نظیر اینکه شهرت تجارتي ایجادشده متناسب به مکان است یا محصول؟ اگر آن شهرت کاملاً متناسب به محصول باشد این امر ارزش حق کسب مکان را بالاتر نخواهد برد. به دنبال چنین مسائلی آثار و احکام حق کسب و تجارت از آثار و احکام حق پیشه فاصله می‌گرفت.

سؤالات دیگری وجود داشت مانند اینکه اگر مستأجر کارگرانی داشت آیا آن‌ها هم در حق کسب، پیشه یا تجارت سهیم می‌شدند یا خیر؟ (Reece & Square, 2013: 1). همچنین اینکه آیا نقض حقوق مالکیت معنوی دارنده حق کسب ممکن است به آسیب به حق او و رقیق شدن (Behr, 2013: 260) حق او منجر شود؟ (Gugliuzza, 2013: 757) یا اینکه چه ارتباطی میان حق کسب و حقوق رقابت وجود دارد؟ (Baker, 2013: 547) یا اینکه آیا این حق به سایت‌های اینترنتی هم تعلق می‌گیرد (Fairfield, 2013: 590)، اما انگار این سرنوشت محتوم ماست که تا چیزی نزدیک می‌شود که نهادینه شود و ثمر بدهد، از همه جا بی‌خبری وارد میدان می‌شود طرحی نو درمی‌اندازد طرح سابق را لگدمال می‌کند و ما هم نظاره‌گریم.

مقایسه بالا تردیدی باقی نمی‌گذارد که سرقفلی جانشین مناسبی برای حق کسب، پیشه یا تجارت نیست و نتوانسته است نیاز جامعه را برآورده کند. نگاهی به آمار تعداد فوق‌العاده مغازه‌های خالی در شهرهای بزرگ و نگاهی به تعداد کسبه و پیشه‌ورانی که مجبورند پی در پی مثل کولی‌ها با فشار موجرها جا عوض کنند نیز به راحتی این امر را ثابت می‌کند.

قانون‌گذار بعد از انقلاب در مواجهه‌ای که با حق کسب، پیشه یا تجارت داشت با دو اصل مهم درافتاد؛ اولی اصل عدم تخلیه قانونی بود و دومی اصل استحقاق حق کسب. مشابه اصل اول را سعی کرد به صورت قراردادی و با وضع سرقفلی‌های نوع دوم و سوم ایجاد کند. مشابه اصل دوم را نیز سعی کرد با دریافتی مستأجر از موجر به موجب سرقفلی‌های نوع اول، دوم و سوم ایجاد کند. اما تفاوت‌های آنچه ساخته شد با آنچه وجود داشت بسیار زیاد است. نتیجه آن شد که امروزه در عمل اگر مستأجر محل را اجاره و حاصل فکر و جسم خود را صرف رونق آن کند در پایان مدت اجاره بدون امکان وصول حتی ریالی در ازای رونقی که ایجاد کرده است، مشتریان ثابتی که جلب کرده، سهمیه‌هایی که به دست آورده، و اعتباری که در میان تاجر و کسبه دیگر برای آن محل تحصیل کرده است (Darch, 2013: 115)، تخلیه می‌شود

و بدین ترتیب در هیاهوی شعارهای فریبنده‌ای که از هر سو درباره فقرزدایی به گوش می‌رسد قشر موجر به ناحق دست‌رنج قشر مستأجر را تصاحب می‌کند.

در شرایط کنونی، وقتی مستأجر در پایان مدت اجاره ملک را تخلیه می‌کند آن حق به ضرر او و با وجود قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» منضم به عین مستأجره باقی می‌ماند و عملاً در تصرف موجر قرار می‌گیرد. موجر در عمل یا با اشتغال به همان کسب، پیشه یا تجارت یا مشابه آن، از آن بهره می‌برد بدون اینکه عوضی به ایجادکننده آن پرداخته باشد و به عبارتی «اکل مال غیر به باطل» می‌کند یا اینکه به نوع دیگری بهره‌مند می‌شود و آن حق را همراه عین مستأجره و اغلب با در نظر گرفتن سهمی برای آن رونق در مال‌الاجاره و نظایر آن اجاره می‌دهد یا اینکه مغازه (محل) را برای مدتی بسته نگه می‌دارد و در عمل ضمن تقویت منافع عین مستأجره متعلق به خود، رونق ایجاد (حق مستأجر سابق) را نیز تلف می‌کند.

مستأجر معمولاً از قشرهای کم‌درآمد است و قادر نیست مبالغ هنگفتی را به‌منزله سرقفلی پیش‌پرداختی بپردازد و پرداخت مبلغی ناچیز هم مانع تخلیه او از سوی موجر نخواهد شد، در نتیجه سرقفلی پیش‌پرداختی نه مانع تخلیه او می‌شود و نه از حق ایجاد رونق تجاری او حمایت می‌کند پس از این سرقفلی در جامعه استقبال نمی‌شود. سرقفلی نوع دوم تقریباً به قیمتی مساوی با قیمت خود ملک باید خریداری شود پس هیچ استقبالی از آن نمی‌شود. اکنون که با قانون تملک آپارتمان‌ها امکان صدور سند مجزا برای قسمت‌های مختلف یک اعیانی وجود دارد دلیلی وجود ندارد که شخص با پرداخت معادل قیمت ملک به اجاره آن با حق سرقفلی اقدام کند. تنها سرقفلی نوع سوم است که به دلیل اینکه مستأجر در آن حدود نصف مبلغ ملک را برای اصطلاحاً خرید سرقفلی پرداخت می‌کند می‌تواند تاحدی مورد استقبال باشد، آن هم البته به این شرط که مستأجر توان پرداخت آن را داشته باشد.

۵. نتیجه‌گیری

همان‌گونه که گفته شد زیادند مواردی که قانون‌گذار بعد از انقلاب با غیرشرعی تلقی کردن، آن‌ها را از میان مقررات زدود، اما در رویارویی با نیازهای جامعه چاره‌ای جز بازگرداندن آن‌ها به سیستم حقوقی کشور ندید. به نظر می‌رسد این بار نوبت حق کسب، پیشه یا تجارت است. در شرایط کنونی، با تخلیه ملک از سوی مستأجر در پایان مدت اجاره آن حق به ضرر او و با وجود قاعده «لاضرر منضم به عین مستأجره باقی می‌ماند و برای موجر زمینه «اکل مال غیر به باطل» یا تلف مال غیر (مستأجر) را فراهم می‌کند.

مستأجر کم‌بضاعت قادر نیست مبالغ هنگفتی را به‌منزله سرقفلی پیش‌پرداختی بپردازد تا آن مبلغ مانع تخلیه او شود و این سرقفلی سبب حمایت از حق رونق تجاری او نیز نمی‌شود.

موجر نیز مایل نیست بابت وجهی که به این ترتیب دریافت کرده است و در ازای آن از اجاره‌بها می‌کاهد در انقضای اجاره معادل روز آن را به مستأجر پرداخت کند پس از سرقتی پیش‌پرداختی استقبال نمی‌شود. سرقتی نوع دوم را مستأجر تقریباً به قیمتی مساوی با قیمت خود ملک باید خریداری کند در نتیجه با امکان خرید مغازه به طور مستقل از کل ملک هیچ استقبالی از آن نمی‌شود. تنها سرقتی نوع سوم است که به دلیل ارزان‌تر بودن می‌تواند تاحدی مورد استقبال باشد، آن هم البته به این شرط که مستأجر توان پرداخت آن را داشته باشد.

در تدوین قانون سال ۱۳۷۶ اشتباهات فاحشی شده است. برای مثال، شرط عدم تخلیه هم شرط نتیجه و هم شرط فعل قلمداد شده است. از سوی دیگر، برای ایجاد امکان گرفتن نتایج ناشی از حق کسب از حق سرقتی تن به تغییرات و تحولاتی غیرقانونی داده شده است. برای مثال، گذاشتن شرط بدون مدت (شرطی باطل و مبطل) در قرارداد اجاره پذیرفته شده است.

بدون تردید اجرای قانون سال ۱۳۵۶ و در نظر گرفتن حق کسب، پیشه یا تجارت در مواردی موجب نارضایتی موجران می‌شد، اما شایسته بود با امعان‌نظر به جایگاه حقوقی آن حق علل نارضایتی موجران ریشه‌یابی شود نه اینکه حق صاحب حق انکار شود. متأسفانه یکی از عوامل آن نارضایتی عملکرد غلط قضات در این مورد بود به گونه‌ای که شاید از باب دخالت در اموال اغنیا به نفع فقرا، حتی در مواردی که مستأجر هیچ رونق تجارتي در عین مستأجره ایجاد نکرده یا شهرت نیک و رونق تجارتي محل را تقلیل داده یا از بین برده بود به نفع او و به ضرر موجر حکم به پرداخت حق کسب می‌کردند و درواقع کمک می‌کردند تا مستأجر مطالبه حق کسب را وسیله اصطلاحاً «تلكه‌کردن» موجر قرار دهد.

جالب اینکه امروز معلوم شده است که حق کسب، پیشه یا تجارت نیز حقی غیرشرعی نیست و فقها هم موردی مشابه یعنی «حق نسق زراعی» که منشأ آن مثل منشأ این حق «ایجاد رونق» است را به رسمیت شناخته‌اند (خسروی، ۱۳۸۷: ۵۲). تردیدهایی نیز که نظر شورای نگهبان درخصوص مشروعیت آن ایجاد کرده بود با نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۶۹ تقلیل یافت و با ماده ۱۱ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ منتفی شد. ضمن اینکه نپذیرفتن آن در تضاد با اصل چهل و ششم قانون اساسی قرار می‌گرفت.

در نتیجه اکنون با مشخص شدن ناکارآمدی نظام سرقتی و تناسب‌نداشتن آن با نیازهای جامعه مخصوصاً در تضادبودن آن با نظام کارآفرینی، چاره‌ای جز دادن حق به حقدار و بازگشت به نظام پذیرش حق رونق تجارتي (حق کسب، پیشه یا تجارت) باقی نمی‌ماند، مگر اینکه بخواهیم با وجود آشکارشدن حقیقت، آن را بپوشانیم و حلالی را نادیده انگاریم.

بازگرداندن حق کسب، پیشه یا تجارت به نظام حقوقی کشورمان طرفداران زیادی دارد برای مثال، بعضی (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۹ و بیگدلی، ۱۳۸۰: ۶۴) حذف این نهاد را از سیستم حقوقی ایران در تعارض با واقعیت‌های خارجی و عادات و رسوم پا گرفته تجارتي دانسته‌اند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. آقاپور اناری، اکبر (۱۳۷۶). *عقد اجاره- قوانین و مقررات مربوط به آن*. انتشارات طلایه.
۲. ابادری فومشی، منصور (۱۳۸۵). *نحوه رسیدگی به دعاوی اجاره و سرقتی*. انتشارات خرسندی.
۳. امامی، اسدالله (۱۳۶۴). *آیا می‌دانید حقوق مالک و مستأجر از چه قرار است؟*، نشر راهنما.
۴. ایثاری، محمد (۱۳۷۸). «بحثی پیرامون سرقتی و حقوق کسب و پیشه و تجارت». *مجله کارشناس*، شماره ۲۲.
۵. بهرامی، بهرام (۱۳۸۲). «بررسی و تطبیق حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت و مقایسه آثار حقوقی آن». *مجله دادگستر*، شماره ۱۳.
۶. ----- (۱۳۸۳). *عقد اجاره کاربرد*. نشر نگاه بینه.
۷. بیگدلی، سعید (۱۳۸۰). «نقدی بر سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶». *فصل‌نامه پژوهشی دانشگاه امام صادق*، شماره ۱۳ و ۱۴.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). *ترمیولوژی حقوق*. گنج دانش.
۹. خسروی، علی (۱۳۸۷). «حق زارعانه از منظر منابع حقوق ایران»، *فصل‌نامه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد*. سال ۳، شماره ۱۰ و ۱۱.
۱۰. دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور (۱۳۷۸). *مجموعه مذاکرات و آرا هیئت عمومی دیوان عالی کشور*. جلد ۱، انتشارات روزنامه رسمی کشور.
۱۱. رادان جلیلی، علی (۱۳۸۲). «انتقال مورد اجاره به شریک، انتقال به غیر نیست». *مجله دادرسی*، شماره ۳۸.
۱۲. ستوده‌تهرانی، حسن (۱۳۷۴). *حقوق تجارت*. تهران: نشر دادگستر.
۱۳. سیفی‌زیناب، غلامعلی (۱۳۶۹). «سرقتی در حقوق ایران». *مجله کانون وکلا*، شماره بهار و تابستان.
۱۴. عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۸۴). «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی». *مجله فقه و حقوق*، سال دوم.
۱۵. کاتبی، حسین‌قلی (۱۳۶۳). *فرهنگ حقوقی فرانسه-فارسی*. تهران: گنج دانش.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). «نیرنگ به قانون در روابط موجر و مستأجر». *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۲۸.
۱۷. ----- (۱۳۸۰). «نقدی تحلیلی بر قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶». *مجله وکالت*، شماره ۶.
۱۸. کامیار، غلامرضا (۱۳۸۵). «حق کسب و پیشه و تجارت از دیدگاه حقوق شهری و شهرسازی در نظام حقوقی ایران». *ماهنامه کانون*، شماره ۶۶.
۱۹. کشاورز، بهمن (۱۳۷۴). *سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت*. انتشارات جهاد دانشگاهی.
۲۰. معزی، فرخ (۱۳۷۵). «نکاتی چند درباره سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت». *مجله کارشناس*، شماره ۱۴.
۲۱. موسوی، یوسف‌طاهر (۱۳۸۴). *حقوق موجر و مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶*. مجمع علمی و فرهنگی مجد.

۲۲. نوبخت، یوسف (۱۳۷۰). *اندیشه‌های قضایی*. انتشارات کیهان.

۲۳. نوین، پرویز (۱۳۷۹). «قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶». *مجله دادگستر*، شماره ۱.

ب) خارجی

24. Baker, Ryan (2013). "Bidding on Trademarked Keywords in Search Engines: A Trademark Law Update", 8 *Washington Journal of Law, Technology & Arts*.
25. Black, Henry Campbell (1983). *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co.
26. Behr, Lauren (2013). "Trademarks for the Cure: Why Nonprofits Need Their Own Set of Trademark Rules", 54 *Boston College Law Review*.
27. Crane, Judson A. (1932). "Partnership Goodwill", 18(6) *Virginia Law Review*.
28. Darch, Matthew C. (2013). "The Presumption of Irreparable Harm in Patent Infringement Litigation: A Critique of Robert Bosch LLC v. Pylon Manufacturing corp", 11 *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*.
29. Derenberg, Walter J. (1961). "Territorial Scope and Situs of Trademark and Goodwill", 47 (5) *Virginia Law Review*.
30. Fairfield, Joshua AT (2013). "Do-Not-Track as Default", 11 *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property*.
31. Gugliuzza, Paul R. (2013). "IP Injury and the Institutions of Patent Law", 98 *Iowa Law Review*.
32. Ray, Siobhan (2013). "Don't Hop on the Bandera Wagon Just Yet: Enforcing Sale of Business Covenants Not to Compete in Taxes", 65 *Baylor Law Review*.
33. Reece III, Laurence H., & One Bowdoin Square (2013). "Employee Noncompetition Agreements: Recent Developments and Trends", *Massachusetts Law Review*.
34. Williams, Paula J., Kris Anne Tobin, Eric Franklin, and Robert J. Rhee (2013). "Tackling 'Arithmophobia': Teaching How to Read, Understand, and Analyze Financial Statements", 14 *Transactions*.