

الله الرحمن الرحيم

تخلیه محل سرفلی
وحق کسب و پیشه و تجارت به جهت
تغییر شغل

مهدی زینالی
وکیل پلیمیک دادگستری



سروشناهه	- زینالی، مهدی، ۱۳۵۸
عنوان فاردادی	- ایران. قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور	- تخلیه محل سرقلی و حق کسب و پیشه و تجارت به جهت تغییر شغل/ مهدی زینالی.
مشخصات نشر: تهران	: چراغ دانش ، ۱۳۹۳
مشخصات ظاهری	: ۱۸۲ ص؛ ۲۱ × ۱۴ س.م.
شابک	۹۷۸ ۹۶۴ ۸۳۵۵ ۸۱ ۹:
فیبا:	وسيط فهرست نويسي
موضوع	سرقلی - ايران
موضوع	مالک و مستاجر -- ايران
موضوع	حقوق تجارت -- ايران
رده بندی کنگره	KMH ۹۲۲ / ۳ ۱۳۹۳:
رده بندی دیوبنی	۳۴۶/۵۵۰۷:
شماره کتابشناسی ملی	۳۶۷۹۶۹۷:

شناسنامه

عنوان کتاب: تخلیه محل سرقلی و حق کسب و پیشه و تجارت به جهت تغییر شغل

مؤلف: مهدی زینالی

ناشر: انتشارات چراغ دانش

نوبت چاپ: سوم / ۱۳۹۷

قطع و تیراز: رقعی، ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۲۵۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۸۳۵۵-۸۱-۹

کد کتاب: ۴۰۹/۳

www.cheraghdanesh.com

دفتر مرکزی: تهران، میدان هفت تیر، ورودی مدرس، کوچه مازندرانی

پلاک ۴، طبقه ۳ و ۶ واحد ۷ و ۱۴

تلفن پخش و فروش: ۰۲۱ ۸۸۳۲۷۲۵۱ - ۸۸۸۴۴۹۱۶

حق چاپ برای انتشارات چراغ دانش محفوظ است. هرگونه تکثیر (اعم از چاپ، کپی، فایل الکترونیکی و...) از این اثر بدون اخذ مجوز کتبی از ناشر خلاف قانون بوده و بیکرد قانونی دارد.

فهرست

۵	مقدمه
فصل اول	
۷	تعريف سرفلی و حق کسب و پیشه و تجارت.....
۹.....	مبحث اول: تعريف سرفلی.....
۹	گفتار اول: تعريف لغوی سرفلی.....
۱۱	گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی سرفلی.....
۱۷.....	گفتار سوم: مفهوم سرفلی عرفی
۱۹	گفتار چهارم: انواع سرفلی عرفی
۲۰	بند اول: سرفلی ناشی از حق کسب و پیشه و تجارت.....
۲۱	بند دوم: سرفلی واقعی
۲۵.....	مبحث دوم: تعريف حق کسب و پیشه و تجارت.....
۲۹.....	مبحث سوم: تفاوت سرفلی و حق کسب و پیشه و تجارت
۳۳	فصل دوم
۳۳.....	شیوه عملی طرح دعوای تغییر شغل
۳۵.....	مقدمه
۳۷.....	مبحث اول: دعوای تخلیه به دلیل تغییر شغل
۳۸	گفتار اول: شرایط طرح دعوای تخلیه به دلیل تغییر شغل
۳۸	بند اول: اجاره برای شغل معین
۳۹	بند دوم: شغل غیر مشابه.....
۴۰	گفتار دوم: مطالب قابل بحث دعوای تخلیه به دلیل تغییر شغل.....
۴۱	بند اول: تغییر شغل موقت
۴۱	بند دوم: تغییر شغل در محل مسکونی تبدیل شده به تجاري با اذن موجر.....
۴۲	بند سوم: تغییر شغل توسط منتقل اليه
۴۳	بند چهارم: تأسیس شغل جدید در کنار شغل سابق.....
۴۳	گفتار سوم: الزامات اثباتی خواهان (موجر) دفاعیات خوانده (مستأجر) در دعوای

بند اول: الزامات اثباتی موجر در دعوی تخلیه به جهت تغییر شغل.....	۴۴
بند دوم: دفاعیات مستأجر در دعوی تخلیه به جهت تغییر شغل.....	۴۵
فصل سوم.....	۴۷
دعاوی تغییر شغل در رویه قضایی	۴۷
مبحث اول: نشستهای قضایی.....	۴۹
مبحث دوم: نظریه‌های مشورتی.....	۶۳
مبحث سوم: پرسش و پاسخها	۶۵
مبحث چهارم: نمونه رای و نمونه دادخواست تخلیه به علت تغییر شغل	۶۹
گفتار اول: نمونه رأی شعبه دیوان عالی کشور	۶۹
گفتار دوم: تخلیه به جهت تغییر شغل در آراء دادگاه‌های بدوى و تجدیدنظر	۷۳
گفتار سوم: آراء دادگاه انتظامی قضاط	۱۳۲
ضمایم	۱۳۵
قوانين مقررات سرقفلی	۱۳۵
فهرست منابع و مأخذ	۱۶۵
مقالات	۱۶۸

مقدمه

بعد از تألیف سلسله کتاب‌های مربوط به سرقفلی که حوزه تئوری آن در کتاب «سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران» و مسائل عملی موضوع در کتاب «شیوه‌های عملی طرح و دفاع از دعاوی سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت» مورد بررسی عملی و کاربردی قرار گرفت و در نهایت در کتاب «مجموعه پرسش و پاسخ‌های سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت» سؤالات مطروحه در باب سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت با طبقه‌بندی موضوعی در اختیار حقوقدانان و علاقمندان قرار گرفت حال قصد داریم طی یک مجموعه ۱۵ جلدی هر کدام از دعاوی مربوط به سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت را به صورت جداگانه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار دهیم تا همکاران گرامی و حقوقدانان عزیز و محترم برای بررسی یک دعوى و یک موضوع از مراجعه به منابع مختلف بی نیاز باشند.

در این مجموعه ۱۵ جلدی که همه دعاوی سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت را شامل خواهد شد ضمن طرح مبانی تئوری سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در کلیه کتاب‌ها، قسمت‌های کاربردی و عملی دعوى از کتاب شیوه‌های عملی طرح و دفاع از دعاوی سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت ذکر گردید و همچنین کلیه اظهارنظرهای مراجع قضایی و نظریات مشورتی به همراه نمونه آراء و نمونه دادخواست در هر کدام از کتاب‌ها گنجانده شده که تحریر حاضر به دعوى «تخلیه به جهت تغییر شغل» پرداخته است.

مهری زینالی (وکیل پایه یک دادگستری)

فصل اول

تعریف سرکفلی و حق کسب و

پیشہ و تجارت

مبحث اول: تعریف سرفلی

از آن جا که سرفلی اولین بار در عرف پدیدار شد و در واقع مفهوم سرفلی به نوعی زاده عرف است و حتی وجود سرفلی در عرف علت اصلی پیش‌بینی آن در قانون بوده، بررسی سرفلی به عنوان یک پدیده حقوقی عرفی در فرهنگ لغت که به مفهوم لغوی الفاظ می‌پردازد اجتناب‌ناپذیر است. در همین راستا در گفتار اول به بررسی مفهوم لغوی سرفلی در فرهنگ لغات می‌پردازیم و در گفتار دوم سرفلی را از دیدگاه حقوقدانان بررسی خواهیم کرد و در گفتار سوم مفهوم عرفی سرفلی و در نهایت در گفتار چهارم انواع سرفلی عرفی را به بحث خواهیم نشست تا ضمن روشن شدن مفهوم لغوی و اصطلاحی آن رابطه بین سرفلی و حق کسب و پیشه به واقع روشن شود.

گفتار اول: تعریف لغوی سرفلی

در فرهنگ لغات در مقابل لفظ سرفلی، مفاهیم تقریباً مشابهی به چشم می‌خورد و در برخی موارد که تفاوتی در تعاریف وجود دارد ناشی از مشتبه شدن مفهوم سرفلی و حق و کسب و پیشه و تجارت است به طوری که در فرهنگ معین در مقابل لفظ سرفلی می‌خوانیم: «حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت جمع‌آوری مشتری و غیره»^۱ چنین تعریفی چنانکه در مبحث بعدی روشن خواهد شد بیشتر با مفهوم حق کسب و پیشه و تجارت سازگار است.

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، (تهران: انتشارات معین، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۴) ذیل لفظ سرفلی.

مرحوم دهخدا در ذیل لفظ سرقفلی چنین آورده است: «سرقفی [سَقْفَى] اِمْرَكَبْ أَچِيزِى که از کرایه‌دار سرای کرایه حویلی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست (آندراج) حق آب و گل حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروانسراپ و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد از خود تواند فروخت (یادداشت مؤلف) حاصل مال‌الاجاره این بازار در هر حال مبلغ هزار درهم است بیرون از تکلفات عمال و توقعات عمال و مرسولات حراس و وظایف سقا و سرقفلی سرایدار (ترجمه محسن اصفهانی) »^۱

در فرهنگ نظام نیز در ذیل سرقفلی چنین می‌خوانیم: «پولی که علاوه بر کرایه دکان یا خانه یا امثال آن‌ها کرایه کننده در اول به مالک یا به کرایه‌کننده اول می‌دهد.»^۲

در فرهنگ نفیسی مرحوم نظام الاطباء مفهوم سرقفلی را چنین بیان می‌کند: «وجهی که از کرایه‌دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد، کشیدن قفل است و داخل در کرایه نیست.»^۳

در نهایت فرهنگ عمید، سرقفلی را پولی می‌داند که شخصی به شخصی می‌دهد تا خانه یا دکان را که در اجاره دارد به وی واگذار نماید.^۱ آنچه از

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، دوره جدید، سال ۱۳۷۷) ذیل لفظ سرقفلی.

۲. داعی‌الاسلام، سید‌محمد‌علی، فرهنگ نظام (تهران: انتشارات حیدری، چاپ دوم، سال ۱۳۶۳)، ص ۳۵۳.
۳. نظام الاطباء فرهنگ نفیسی، جلد سوم، ص ۱۸۸۴ نقل از: سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، بهمن کشاورز، (تهران: انتشارات کشاورز، چاپ پنجم، سال ۱۳۸۳) ص ۲۶.

تعاریف ذکر شده بر می‌آید این است که اولاً: مفهوم سرقلی در لغت هم درخصوص محل مسکونی و هم درخصوص محل تجارت کاربرد داشته است؛ ثانیاً: از نظر لغوی سرقلی مبلغی است که به مالک یا مستأجر از طرف مستأجر بعدی پرداخت می‌شود. و بالاخره گاهی هم سرقلی را به حق آب و گل و حقی که به جهت جمع‌آوری مشتری و رونق کسب حاصل شده تعریف نموده‌اند. آنچه مسلم است به دست دادن مفهوم اخیر از سرقلی همانطور که بعداً خواهد آمد با معنای حق کسب و پیشه و تجارت موافق‌تر است. بنابراین، فرهنگ نویسانی که سرقلی را مبلغی می‌دانند که مستأجر به مالک و مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد به مفهوم اصطلاحی آن نزدیک‌ترند اگرچه بحث در مبنای پرداخت مبلغ از طرف مستأجر دوم به مستأجر اول این تعریف را هم مواجهه با ایراد خواهد نمود؛ زیرا اگر مبنای پرداخت را جمع‌آوری مشتری و رونق کسب بدانیم مفهوم حق کسب و پیشه نمایان خواهد شد.

گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی سرقلی

اگرچه سرقلی اولین بار در عرف به وجود آمد و قانونگذار به علت رواج عرفی آن مجبور شد آن را در قوانین و مقررات کشور پیش‌بینی کند؛ اما برداشت مقنن از سرقلی همیشه موافق مطلق مفهوم عرفی آن نبوده است. به طوری که با وجود تغییراتی که در قوانین مربوط به سرقلی به وجود آمده است مردم هنوز به روال قدیمی به خرید و فروش سرقلی می‌پردازند و تنها در موقع

۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید (تهران: انتشارات امیرکبیر، سال ۱۳۶۱)، ذیل لفظ سرقلی.

تعیف سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

مشکل و اختلاف است که آرزو می‌کنند به جای اتکا بر عرف به صورت قانونی عمل می‌کردند در این قسمت از بحث سعی خواهیم کرد با ارائه تعاریف حقوقدانان مفهوم قانونی و اصطلاحی سرقفلی را روشن کنیم تا معلوم شود قانونگذار تا چه اندازه در پیش‌بینی سرقفلی از عرف پیروی نموده است و مفهوم سرقفلی از دیدگاه قانونگذار چیست که در واقع ملاک در روابط حقوقی، معنای قانونی است و کسانی در این میان موفق هستند که در روابط حقوقی خود به جای لحاظ عرف در مسائل سرقفلی به موازین قانونی آن عمل نموده‌اند.

با بررسی چند تعریف اصطلاحی از سرقفلی به تشریح مبانی آن می‌پردازیم تا ضمن روشن شدن معنای سرقفلی، مفهوم حق کسب و پیشه و تجارت و روابط حاکم بر این دو را هم در ادامه بحث، بررسی کنیم.

دکتر کاتوزیان سرقفلی را به این نحو تعریف می‌کند: «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 می‌شود.»^۱

دکتر لنگرودی در ترمینولوژی حقوق برای سرقفلی دو مفهوم می‌آورد و می‌نویسد: «سرقفلی دو معنی دارد: ۱) عوض وجهی است که مستأجر محل کسب از منتقل‌الیه آن محل می‌گیرد. بابت سابقه کار خود در آن محل در رابطه با جلب ارباب رجوع، این جزء دارایی نامرئی است و درآمد

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض) (تهران: انتشارات به نشر، چاپ سوم، سال ۱۳۸۷)، ص

نیست و مالیات به آن تعلق نمی‌گیرد. ۲) وجهی است که مالک محل کسب تازه ساز در اولین عقد اجاره، علاوه بر اجاره‌بها از مستأجر می‌گیرد. این پول درآمد است و مشمول مالیات بر درآمد است.^۱

در تعریف اول، نویسنده ترمینولوژی سرفلی را امتیازی می‌داند که در نتیجه جلب مشتری حاصل شده است در حالی که چنین مفهومی مبین حق کسب و پیشه تجارت است و این حق با حق سرفلی متفاوت می‌باشد؛ به طوری که تعریف دوم تا حدودی این دو معنا را از هم جدا نموده، ولی در نهایت نویسنده برای سرفلی مفهوم عامی قائل شده است که حق کسب و پیشه و تجارت را هم در برمی‌گیرد و حال آنکه که سرفلی از چنین معنای عامی برخوردار نیست.

همانطور که در مفهوم لغوی سرفلی گذشت حقوقدانان نیز در برخورد با لفظ سرفلی تعاریف متفاوتی ارائه داده‌اند. چنانکه عده‌ای بر این عقیده هستند که سرفلی علاوه بر معنای واقعی خود مفهوم حق کسب و پیشه و تجارت را هم تحت شمول قرار می‌دهد و گروهی حق کسب و پیشه را همان سرفلی دانسته و مفهومی غیر از معنای حق کسب و پیشه و تجارت برای سرفلی قائل نشده‌اند. النهایه گروهی از حقوقدانان نیز با درک واقعیت‌های بیرونی به تعریف سرفلی پرداخته‌اند و مفهوم واقعی آن را بیان نموده‌اند. همانطور که در گفتار قبل نیز بحث شد سرفلی

۱. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۸۱)، ذیل لفظ سرفلی.

چیزی غیر از جمع‌آوری مشتری و حق تقدم در اجاره است کما اینکه حقوقدانانی که از چنین عقیده‌ای پیروی نموده‌اند سرفلی را به گونه‌ای دیگر تعریف کرده‌اند که چند مورد را بررسی می‌کنیم.

یکی از این حقوقدانان سرفلی را چنین تعریف می‌کند: «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال‌الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد.»^۱ اگرچه این تعریف مفهوم واقعی و کامل سرفلی را بیان نمی‌کند ولی روشن است که قصد نویسنده، ارائه تعریف جامع و مانع از سرفلی نبوده بلکه وی در مقام بیان مفهومی جدا از معنای حق کسب و پیشه و تجارت برای سرفلی بوده است به همین دلیل هم در تعریف، اشاره‌ای به مبنا و ماهیت سرفلی نشده و مضاف بر آن تعریف شامل سرفلی که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد نیز نمی‌شود.

آنچه تا به حال در مورد تعریف سرفلی بیان شد درخصوص مفهوم آن قبل از سال ۱۳۷۶ بود. لیکن قانونگذار در قانون سال ۱۳۷۶ در ماده ۶ و تبصره‌های آن و در مواد ۷ و ۸ همان قانون چند مفهوم مختلف از سرفلی به دست داد که چنین برخوردي ارائه تعریف واحد از سرفلی را نه تنها دشوار، بلکه غیرممکن ساخته است. با این همه برخی از حقوقدانان سعی نموده‌اند تعریف واحدی از آن ارائه دهند که یکی از

۱. کشاورز، بهمن، سرفلی حق کسب و پیشه و تجارت حقوق ایران و فقهای اسلام، (تهران: انتشارات کشاورز چاپ پنجم، سال ۱۳۸۳)، ص ۲۸.

حقوقدانان^۱ در تعریف سرفلی به طوری که مفاهیم جدید ارائه شده در قانون را هم تحت شمول قرار دهد، آورده است: «وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز علاوه بر اجور از مستأجر می‌گیرد تا محل را به او اجاره دهد یا مستأجری که حق انتقال به غیر دارد و به موجر سرفلی پرداخته در قبال انتقال منافع به مستأجر دست دوم دریافت می‌کند و یا مستأجری که به موجب شروط ضمن عقد امتیازاتی دارد که مانع از تخلیه عین مستأجره به وسیله موجر است در قبال اسقاط این امتیازات و استرداد مورد اجاره به مالک از وی می‌گیرد.»^۲ برخی از حقوقدانان^۳ این تعریف را مورد انتقاد قرار داده‌اند و استدلال نموده‌اند که چنین تعریفی از سرفلی شامل سرفلی موصوف در ماده ۶ قانون و تبصره یک آن و مواد ۷ و ۸ بوده و در خصوص سرفلی بیان شده در تبصره ۲ ماده ۶ که در واقع بارزترین مصدق عرفی نقل و انتقال سرفلی می‌باشد صحیح نیست. چه سرفلی ذکر شده در ماده ۶ و تبصره یک آن اجور معجل بوده و متفاوت از سرفلی موضوع تبصره ۲ ماده ۶ می‌باشد.

ایراد دیگری که بر تعریف فوق وارد است اینکه سرفلی را به وجه تعریف می‌کند در حالی که چنین تعبیری از سرفلی با تبصره ۲ ماده ۶ هم

۱. کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط مالک و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ (تهران: نشر کشاورز، چاپ دوم، سال ۱۳۸۰) ص ۱۱۷.

۲. کشاورز، بهمن، منع پیشین، ص ۱۱۷.

۳. طاهر موسوی، یوسف، حقوق موجر و مستأجر در قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ (تهران: انتشارات مجده، چاپ اول، سال ۱۳۸۴)، ص ۱۳۵.

خوانی ندارد؛ زیرا نظر به تصریح ماده، سرقفلی موضوع آن قابل معامله بوده و ارزش آن با گذشت زمان متغیر است در حالی که چنین خصوصیتی بر وجه متصور نیست.

در نهایت منتقد، خود دو تعریف برای سرقفلی ارائه می‌دهد و در تعریف سرقفلی موضوع تبصره ۲ ماده ۶ مقرر می‌دارد: «سرقفلی عبارتست از ارزش و مقبولیت تجاری قابل تقویمی که بعضی از محل‌های کسب علاوه بر منافع با توجه به موقعیت خود فی‌نفسه آن را دارا هستند و به وسیله مالک قانونی آن به تبع منافع مورد اجاره قابلیت معامله را دارد»^۱ و در تعریف دوم که ماده ۶ و تبصره ۱ آن را همراه با ماده ۷ و ۸ همان قانون تحت شمول قرار می‌دهد چنین می‌نویسد: «مبلغی که به موجب قرارداد اجاره، مالک از مستأجر یا مستأجر از موجر یا مستأجر دیگر بابت اجر 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.»^۲

همانطور که گفته شد با توجه به قانون جدید که مفاهیم متفاوتی از سرقفلی ارائه داده است به دست دادن تعریف واحد از سرقفلی کاری دشوار است، کما اینکه نویسنده اخیر نیز از ارائه تعریف واحد برای سرقفلی عاجز بوده است و به ناچار آن را در دو قسمت تعریف نموده و

۱. همان، ص ۱۳۷.

۲. طاهر موسوی، یوسف، منبع پیشین، ص ۱۳۹

خود با توجه به انتقادش بر تعریف قبلی باز در تعریف سرقلی‌های مقرر در ماده ۶ و تبصره ۱ و مواد ۷ و ۸ از سرقلی به وجه تعبیر کرده است که البته با توجه به مفهوم ارائه شده از سرقلی در قانون جدید چنین عملی اجتناب‌ناپذیر است.

گفتار سوم: مفهوم سرقلی عرفی

برای یافتن مفهوم عرفی سرقلی، مراجعه به قانون یا حتی کتاب کفايت نمی‌کند؛ چرا که سرقلی در حقوق ایران از بد امر ریشه در عرف داشته و مفهوم واقعی آن در رابطه بین تجار و کسبه و در میان مردم عادی قابل درک است. امروزه بیشتر معازه‌های قدیمی که در مکان‌های ارزشمند و تجاری بازارهای شلوغ شهرهای بزرگ و کوچک کشورمان واقع شده‌اند دارای سند سرقلی عادی یا رسمی می‌باشند. که بر اساس این اسناد اداره دارایی و شهرداری‌ها دارنده واقعی معازه را صاحب سرقلی می‌دانند و اعتبار خیلی از تجار بزرگ نیز همان سرقلی معازه می‌باشد که در برخی موارد حتی ارزش میلیاردی دارد. این در حالی است که مقنن کشورمان همیشه برای عبور از فیلتر حساس شورای نگهبان و تأمین مشروعیت قوانین و مقررات سرقلی که یکی از مهمترین میادین مناقشه صاحب نظران بوده با گریز از واقعیت‌های پا گرفته در جامعه از تصویب قوانین منطبق با واقعیت‌های بیرونی عاجز بوده است و متأسفانه قوانین تصویبی در این مورد به جای حل مشکلات مردم، منشأ اختلاف عقیده و چالش‌های مختلف شده‌اند. به طوری که، امروزه مردم با تممسک به عقیده

عرف، سرفلی مغازه را اعتبار خود می‌دانند در حالی که مقнن به چشم یک اجاره ساده به آن می‌نگرد. علی‌رغم اینکه در عرف، مدت در سرفلی دارای هیچ اهمیتی نیست، مقнن با توجه به اجاره بودن رابطه مالک و صاحب سرفلی، مدت را از اساسی‌ترین ویژگی‌های آن می‌داند و در حالی که کسبه و تجار از واگذاری سرفلی ملک خود سخن می‌گویند مقнن از وجهی که در این میان مبادله می‌شود تحت عنوان سرفلی یاد می‌کند و بالاخره زمانی که مالک با انتقال سرفلی مغازه خود بر این باور است که مغازه متعلق به صاحب سرفلی می‌باشد و نمی‌تواند او را از آن جا بیرون کند. مگر در مواردی که ملکاش مورد تعدي یا تفریط قرار می‌گیرد، مقнن با دادن اختیار تمام و مطلق به او را تشویق می‌کند تا عقیده واقعی خود را کتمان کرده و با بهانه‌های مختلف که قانون برایش فراهم آورده است تعادل اقتصادی و تجاری ایجاد شده را بر هم زده و مستأجر را تحت فشار قرار دهد و البته می‌توان چندین مورد دیگر از این موارد را بر شمرد و نهایتاً نتیجه گرفت که مقнن با بی‌اعتنایی به عرف جامعه و صرفاً با رجوع به منابع فقهی به تصویب قانون پرداخته که ما حصل این اقدام اگر متوجه شدن مقررات را در بی‌نشانی باشد، مسلماً قوانین را به منشأ واقعی مشکلات تبدیل خواهد کرد.

گفتار چهارم: انواع سرفلی عرفی^۱

بررسی سرفلی و پیشینه آن در حقوق ایران مبین آن است که همواره بین حقوقدانان و حتی در میان فقهاء در برداشت از مفهوم سرفلی اختلاف عقیده وجود داشته است و مطالعه محدود در منشأ مناقشه، حاکی از آن است که این اختلاف ریشه در شباهت مفهومی حق کسب و پیشه و سرفلی دارد. لذا طرح این سؤال به جا و مناسب خواهد بود که چرا با تمام تفاوت‌هایی که بین این دو تأسیس وجود دارد هنوز این اختلاف پابرجاست و دکترین درخصوص مفهوم این دو عمل حقوقی به عقیده واحدی نرسیده‌اند؟

در این گفتار برآنیم با ارائه یک تقسیم‌بندی جدید از سرفلی عرفی در باب این اختلاف عقیده طولانی مدت در حد توان به روشنگری بپردازیم تا ضمن روشن شدن جواب سؤال فوق علت واقعی این اختلاف عقیده نیز تبیین گردد. آنچه مسلم است اینکه در عرف صحبتی از حق کسب و پیشه نیست و مردم اکثراً حق و حقوق راجع به ملک تجاری را تنها زیر یک عنوان سرفلی مبادله می‌کنند؛ اما مذاقه در این زمینه نشان می‌دهد که سرفلی عرفی در حقوق ایران همیشه مبنای واحدی نداشته است. بنابراین، در این قسمت سرفلی عرفی را با دو مبنای متفاوت مورد بحث قرار می‌دهیم:

۱. تقسیم سرفلی عرفی به این صورت ممکن است به جهت عملی آنچنان که باید مفید فایده نیاشد، لیکن از لحاظ تسهیل در درک مفاهیم و تحلیل صحیح موضوع متمر ثمر خواهد بود.

بند اول: سرفولی ناشی از حق کسب و پیشه و تجارت

همانگونه که در بخش دوم این نگارش گفتیم اجاره اماکن تجاری برابر قانون روابط مoyer و مستأجر سال ۱۳۵۶ حقی به نام «حق کسب و پیشه و تجارت» را برای مستأجر ایجاد می‌کرد که بنای عقیده برخی صاحب نظران^۱ این حق برای مستأجر حق تقدم در اجاره را موجب می‌شد. چنانکه بعد از گذشت مدتی مستأجر بدون توجه به مدت اجاره (با توجه به اینکه مدت در قانون یاد شده دارای اهمیت نیست) با داشتن حق انتقال به غیر می‌توانست منافع مستأجره را در کنار حق کسب و پیشه به موجب ماده ۱۹ قانون مذکور به دیگری انتقال دهد و در غیر این صورت با پرداخت مبلغی تحت عنوان حق مالکانه، رضایت مالک را برای انتقال جلب نماید. جالب توجه اینکه این انتقالات در عرف اغلب تحت عنوان سرفولی صورت می‌گیرند و متأسفانه حرفی از واگذاری حق کسب و پیشه به میان نمی‌آمد. به این ترتیب سرفولی عرفی که به صورت اتوماتیک در عرف پدیدار شده بود از مقررات مربوط به حق کسب و پیشه و تجارت استفاده می‌کرد و نتیجه این رویه چنین شد که هر روز فاصله بین سرفولی و حق کسب و پیشه کمتر و کمتر گردید و برخی را به این فکر انداخت که هیچ تفاوتی بین سرفولی و حق کسب و پیشه وجود ندارد و ماحصل این عقیده آن جا ظاهر شد که برخی با این استدلال که سرفولی

۱. کاتوزیان، ناصر، نقدی تحلیلی بر قانون روابط مoyer و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ (مقاله) مجله و کالت خرداد و تیر ۱۳۸۰ شماره ۶ ص ۴۷.

زمانی قابل مزایده است که مستأجر استحقاق آن را داشته باشد، با مزایده و حتی توقيف سرفلی به مخالفت برخاستند. حال آنکه حقی که به این شکل ایجاد گردیده و مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرد حق کسب و پیشه است و مقررات حاکم بر آن نیز قانون روابط موخر و مستأجر سال ۱۳۵۶ می‌باشد. بی‌شک به این دلیل برخی از اندیشمندان از استحقاق مستأجر حرف زده و شرایط تحقق سرفلی را شرط مزایده آن دانسته‌اند. این در حالی است که سرفلی به مفهوم واقعی آن حقی است در ملک تجاری که به قیمت عادله روز قابل خرید و فروش است و نیازی به تحقق ندارد. بنابراین، سرفلی که به این شکل حاصل می‌شود سرفلی ناشی از حق کسب و پیشه بوده و در واقع درختی است که از دانه حق کسب و پیشه روییده و ریشه در زمین قانون روابط موخر و مستأجر سال ۱۳۵۶ دارد.

بند دوم: سرفلی واقعی^۱

همانگونه که در کلیات این نوشته گفتیم اگرچه سابقه سرفلی در عرف تجاری کشورمان به کمتر از یک قرن می‌رسد؛ اما کیفیت ایجاد آن به خوبی روشن نیست و اظهار نظرهایی که در این خصوص وجود دارد بیشتر احتمال و حدس و گمان می‌باشد؛ اما هیچ تردیدی نیست که علاوه بر سرفلی ناشی از حق کسب و پیشه سرفلی علیحده‌ای نیز در حقوق ایران وجود دارد. به طوری که بعد از تصویب قانون روابط موخر و

۱. برخی اساتید از این نوع سرفلی تحت عنوان سرفلی به معنای اخص یاد کرده‌اند.

مستأجر سال ۱۳۵۶ به دلیل ایجاد قهری حق کسب و پیشه در املاک تجاری و ادامه اجباری عقد اجاره مطابق این قانون، برخی مالکان به این فکر افتادند که به جای انعقاد اجاره صرف که به مرور زمان منجر به ایجاد حق کسب و پیشه و نهایتاً انتقال آن تحت عنوان «سرقفلی» در عرف می‌شود، سرقفلی ملک تجاری خود را بدوآ با گرفتن مبلغ قابل توجهی، با اجاره‌بهای جزئی ماهیانه واگذار نمایند که این شیوه با لحاظ سابقه عرفی آن و به علت سودمندتر بودن نسبت به اجاره صرف روز به روز شایع‌تر گردید. به طوری که مالکین به جای اجاره دادن ملک خود و گرفتار شدن با محدودیت‌های ناشی از این قانون، مبلغی را که تا حدودی نیز به قیمت ملک نزدیک بود از مستأجر می‌گرفتند - که بعضی مواقع خود این مبلغ را سرقفلی نامیده‌اند - و با یک اجاره‌بهای خیلی جزئی به اصطلاح سرقفلی ملک خود را واگذار می‌کردند و از آن‌جا که هیچ قانونی در خصوص سرقفلی وجود نداشت و قالب عقد انتقال سرقفلی به اجاره بیشتر شباهت داشت. از طرف دیگر حق کسب و پیشه حاصل از قانون روابط موجر و مستأجر نیز اغلب اوقات تحت عنوان «سرقفلی» منتقل می‌شد عرف و حتی مراجع قضایی با نگرش همسان به این دو مقوله حقوقی یعنی «سرقفلی واقعی» و «سرقفلی ناشی از حق کسب و پیشه» با نادیده گرفتن تفاوت‌های زیر بنایی این دو عمل حقوقی، سرقفلی واقعی را که یک رابطه کاملاً اختیاری و عرفی مبتنی بر اراده طرفین بود، تحت شمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ که یک قانون امری است

قرار دادند تا به این ترتیب سرقلی عرفی که از سال‌ها قبل در روابط استیجاری اجتماع جاری بود شکل قانونی به خود بگیرد. این در حالی است که سرقلی واقعی یک رابطه ارادی صرف بوده که علی‌رغم شباهت هایی که بین آن و حق کسب و پیشه وجود دارد؛ تفاوت‌های چشمگیرش قابل اغماس و مسامحه نیست. لیکن الزام و شیوع عرفی سرقلی به حدی بود که اراده‌ی قضایی را هم تحت شعاع قرارداد و علاوه بر سرقلی ناشی از حق کسب و پیشه، سرقلی واقعی عرفی (سرقلی به معنای اخص کلمه) نیز تحت شمول این قانون قرارگرفت در حالی که شایسته بود این رابطه به جای تحمیل به قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ با ماده ۱۰ قانون مدنی و عمومات قراردادها مورد سنجش قرار می‌گرفت تا ضمن ارادی و اختیاری باقی ماندن آن، الزامات عرفی بلا قیدش در رابطه بین مالک و دارنده سرقلی ملحوظ می‌گردید. كما این‌که افراد جامعه کمابیش بدون توجه به قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ با ماده ۱۰ قانون مدنی اقدام به انتقال سرقلی می‌کنند که البته لازم است متن با توجه به سابقه و رواج عرفی سرقلی با تصویب قانونی جامع و کامل در این زمینه، در جهت قانونمند کردن «سرقلی» اقدام کند.

مبحث دوم: تعریف حق کسب و پیشه و تجارت

حق کسب و پیشه همانطور که از ظاهر عبارت نیز بر می‌آید ناشی از فعالیت و مشهوریت تاجر است. صرفنظر از عقیده عده‌ای از حقوقدانان که برای کسب و پیشه و سرقفلی مفهوم واحدی قائل هستند.^۱ اغلب حقوقدانان عقیده بر تفاوت مفهومی و معنایی این دو دارند که این واقعیت با روشن شدن تعریف حق کسب و پیشه و تجارت و در نهایت با بررسی بیشتر آن در این قسمت محسوس‌تر خواهد شد.

همانطور که قبلاً نیز گذشت برخی فرهنگ نویسان مفهوم حق کسب و پیشه را در مقابل لفظ سرقفلی آورده‌اند به طوری که سرقفلی در فرهنگ معین به این نحو تعریف شده است: «حقی است که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت جمع‌آوری مشتری و غیره...» این تعریف بیشتر با مفهوم حق کسب و پیشه هم خوانی دارد تا سرقفلی کما اینکه حقوقدان نیز حق کسب و پیشه را با این مفهوم تعریف نموده‌اند.

این حق در واقع نوعی حق تقدم در اجاره می‌باشد و به همین دلیل برخی از حقوقدانان آن را چنین تعریف نموده‌اند: «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 خود بر دیگران

۱. یوسفی زیناب، غلامعلی، متع پیشین، ص ۲۰۱.