

## سرقفلی و مقایسه آن در قوانین جدید و قدیم

سید محمد هادی ساعی \_ عضو گروه حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)

قسمت پایانی

و آن گونه که گفته شد آنچه که مورد مناقشه شده است، نظریه شماره ۱۴۸۸-۱۳۶۳/۵/۹ شورای نگهبان است که اعلام کرده: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر، مذکور در ماده (۱۹) قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد...» و همان گونه که گفته شد برخی دادرسان با استناد به این نظر معتقد شدند که حق کسب و پیشه و تجارت موضوع ماده (۱۹) قانون ۱۳۵۶، مطلقاً حرام و معاملات مربوط به آن باطل است و صدور حکم بر پرداخت آن به مستأجر تخلف است.

ولی بسیاری نیز همان گونه که ذکر آن رفت، معتقد هستند که نظرات شورای نگهبان فقط از طریق قوانین مصوب قوهی مقننه قابل اعمال و اجرا است و بقاء قوانین سابق تا فسخ صریح یا ضمنی آنها با قوانین لاحق، استصحاب می شود.

برخی دیگر معتقد هستند که حتی اگر نظر اول را نیز بپذیریم این امر باعث ایجاد اختلال در اجرای قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ نمی شود؛ زیرا شورای نگهبان معتقد است که حق کسب و پیشه و تجارت موضوع مادهی (۱۹) قانون ۱۳۵۶ عنوان شرعی ندارد. واضح است که عنوان شرعی نداشتن با حرام بودن ملازمه نخواهد داشت.<sup>(۱)</sup>

مضافاً اینکه هر کجا سخن از سرقفلی بوده است، شورای نگهبان به تحریرالوسیله ارجاع داده است. در مورد سرقفلی تقریباً مناقشه ای وجود ندارد و همان گونه که گفته شد در تحریرالوسیله هشت مسأله از مسائل مستحدثه به سرقفلی اختصاص یافته است که پس از بیان حکم عام موضوع، در مسائل ۱ تا ۳ از مسأله ۴ به بعد به بیان مخصص های این حکم عام پرداخته شده است و مواردی را به اعتبار شرط کردن ضمن عقد، جایز شمرده اند.<sup>(۲)</sup>

با توجه به این امر که شرط ضمنی یا شرایط تبانی هم در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است، بنابراین می توان در روابط موجرین و مستأجرین محل های کسب، به وجود چنین شرطی در مورد برقراری حق کسب و پیشه و تجارت قائل شد. چون قانون مدنی ما عرف را به عنوان منبعی برای حقوق مدنی و خصوصی قبول کرده است و مفهوم حق کسب و پیشه تجارت در عرف بازار و تجارت به روشنی پذیرفته شده است و نظر به اینکه شرط ضمنی یا شرط تبانی هم در نظام حقوقی ما پذیرفته شده و در روابط موجرین و مستأجرین محل های کسب، می توان به وجود چنین شرطی در مورد برقراری حق کسب و پیشه و تجارت قائل شد و همان گونه که گفته شد، قانون حاکم بر موضوع با تعبیری که بیان گشت، مغایرتی با شرع ندارد و از سوی دیگر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نظر داده است که «اعمال مادتین (۱۸) و (۱۹) قانون موجر و مستأجر هر گاه مخالف صریح فتاوی امام (ره) نباشد بلامانع است.<sup>(۳)</sup>

از سوی دیگر باید قائل شویم آنچه به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت در قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ و پاره ای از قوانین دیگر مطرح است، با توجه به اصل صحت، معارضه ای با ضوابط

شرعی ندارد، این نظرات وجود داشت تا اینکه در سال ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام با تصویب ماده واحده‌ای در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت، مشکل اختلاف نظر دادرسان را پایان داد.

### قانون ۱۳۶۵ در مورد حق کسب و پیشه و تجارت

در سال ۱۳۶۵ قانون‌گذار زمان را برای طرح مسأله حق کسب و پیشه و تجارت از دیدگاه شرعی، مناسب دانسته، با تصویب ماده‌ی الحاقی به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۶۲ سعی کرده است. ضوابط عرفی را در مورد محل‌های کسب و پیشه حتی المقدور به قواعد شرعی نزدیک کند. متن ماده چنین است:

« از تاریخ تصویب این قانون کلیه‌ی اماکن استیجاری که با سند رسمی، بدون دریافت هیچ‌گونه سرقفلی و پیش پرداخت به اجاره واگذار می‌شود، در رأس انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه است؛ مگر آنکه مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود. در صورت تخلف، دوایر اجرای ثبت مکلف به اجرای قانون هستند.»<sup>(۴)</sup>

ملاحظه می‌شود که در این قانون در صورت وجود دو شرط که یکی راجع به شکل و تشریفات و دیگری ناظر به ذات و ماهیت رابطه طرفین است، حق کسب و پیشه و تجارت به کلی منتفی می‌شود. شرط اول وجود سند رسمی است در خصوص روابط موجر و مستأجر و دوم اینکه موجر هیچ وجهی از مستأجر دریافت نکرده باشد؛ مگر آنچه که مربوط به اجور باشد، در صورت عدم وجود هر یک از این دو شرط، به نظر برخی از حقوق‌دانان قانون سال ۱۳۵۶ اعمال می‌گردد.<sup>(۵)</sup>

### مصوبه جمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت

با توجه به اختلاف نظری که در رابطه با مشروعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت در بین دادرسان وجود داشت و عده‌ای همان‌گونه که در صفحات گذشته اشاره شد، از نظر شورای نگهبان عدم مشروعیت این حق را استنباط می‌کردند و برخی بر عکس اعتقاد داشتند که از نظر شورای نگهبان بطلان و عدم مشروعیت این حق استنباط نمی‌گردد و گروهی هم معتقد بودند که اصولاً شورای مذکور حق اعلام نظر در مورد قوانین قبل از انقلاب را ندارد، این اختلافات وجود داشت تا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده‌ی واحده‌ی زیر را تصویب کرد.

« در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت مطابق قوانین روابط موجر و مستأجر مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶، عمل می‌شود. ماده واحده‌ی الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب پانزدهم آبان ماه ۱۳۶۵ به قوت خود باقی است.

موضوع حق کسب یا پیشه یا تجارت در اجرای بند هشت اصل (۱۱۰) قانون اساسی در جلسه مورخ

۶۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی و به شرح ماده فوق به تصویب رسیده است.»

پس همان‌گونه که اشاره شد ماده واحده‌ی فوق، اصل را بر اجرای قانون موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ گذاشته است و در واقع جز در مواردی که مربوط به ماده واحده‌ی الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵ می‌شود، بایستی قانون سال ۱۳۵۶ را در خصوص حق کسب و پیشه اعمال کرد.

همان‌گونه که اشاره شد در ماده واحده‌ی مصوب ۱۳۶۵ با دو شرط حق کسب و پیشه و تجارت به کلی منتفی است و در صورت فقدان آن دو شرط، قانون موجر و مستأجر سال ۱۳۶۵ در خصوص حق کسب یا پیشه یا تجارت اعمال می‌گردد. این دو شرط یکی راجع به شکل تشریفات و دیگری ناظر به ذات و ماهیت رابطه‌ی طرفین است.

یکی آنکه ( شرط اول ) روابط موجر و مستأجر حتماً با سند رسمی برقرار شده باشد و شرط دوم آنکه موجر هیچ وجهی از مستأجر جز آنچه که بابت اجور مستحق آن است، دریافت نکرده باشد. خلاصه آنکه اصل در مورد حق کسب و پیشه براساس مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام و اعمال و اجرای قانون سال ۱۳۵۶ است، مگر اینکه این دو شرط محقق گردد.

### قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ در مورد سرقتی

قانون سال ۱۳۷۶ از ماده‌ی ( ۶ ) خود تا ماده ( ۱۰ ) به مسأله سرقتی اشاره کرده است.

در ماده‌ی ( ۶ ) این قانون اشاره شده است که :

« ماده ( ۶ ) هر گاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقتی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری خود، مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقتی دریافت کند؛ مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.

تبصره ۱: چنانچه مالک سرقتی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقتی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر، حق مطالبه‌ی سرقتی از مالک را ندارد.

تبصره ۲: در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقتی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه‌ی سرقتی به قیمت عادلانه‌ی روز را دارد.

در این ماده صراحتاً سرقتی به رسمیت شناخته شده است. البته لازم به ذکر است که اگر چه در ابتدای ماده عنوان گشته است که موجر می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقتی از مستأجر بگیرد ولی باید گفت که سرقتی ویژه‌ی مستأجر است و مالک حقی بر آن ندارد؛ ولی از آنجا که اجاره ای که بین موجر و مستأجر منعقد می‌گردد، در رابطه با محل کسب و پیشه حق مالکیت را بیش از تراضی طرفین محدود می‌سازد، مالکان نیز پیش از انعقاد اجاره، مبلغی به عنوان سرقتی از مستأجر می‌گیرند. گرفتن این پول با مفهوم حق کسب و پیشه یا سرقتی انطباق ندارد، ولی در عمل رواج کامل دارد و از موضوع بحث ما بیرون است. قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶ گرفتن همین مبلغ را منشاء ایجاد سرقتی برای مستأجر قرار داده است که در ماده ۶ این قانون این مسأله عنوان شده است. (۶)

این حق که به موجب آن مالک یک ملک تجاری، برای تحویل آن به مستأجر، قبل از آنکه در آن ملک، هیچ‌گونه عملیات تجاری صورت گرفته باشد، نوعاً مبلغی از مستأجر مطالبه می‌کند، دارای چه معیاری است و اصولاً چگونه توجیه می‌گردد؟

در پاسخ به این پرسش نویسندگان عنوان می‌دارند که عرف و عادت مبنای این حق می‌باشد و برخی از نویسندگان این حق را این‌گونه توجیه می‌کنند که مالک ملک تجاری با در اختیار قراردادن ملک

خود به مستأجر در حقیقت در یک نوع سرمایه گذاری با مستأجر خود شرکت می‌کند. او ملک خود را در شرکت می‌گذارد و بقیه سرمایه گذارای با مستأجر است. ولی در نهایت بر خلاف سیستم سرمایه‌گذاری در شرکت‌ها که شرکا بر اساس میزان سرمایه‌ی خود در سود و زیان شریک هستند، در این مورد سود مالک شریک، یک‌جا و قبل از تحویل ملک، برای تمام مدتی که مستأجر از ملک طبق قرارداد اجاره استفاده می‌کند، به او پرداخت می‌گردد. با این تعبیر می‌توان گفت مستأجر این مبلغ را به مالک می‌پردازد و در حقیقت این مبلغ سود سرمایه گذاری مشترک این دو شخص است.<sup>(۷)</sup>

ولی این توجیه حقوقی با این اشکال روبه‌رو است که اگر مستأجر در این مشارکتی که با مالک انجام می‌دهد، سودی نبرد و حتی ضرر هم بکند، چگونه در قالب مفهوم شرکت می‌توان مبلغ پرداخت شده به مالک را توجیه کرد و بهتر است مبنای دریافت این مبلغ از سوی مالک همان عرف و عادت باشد.

سؤالی که به ذهن می‌رسد آن است که آیا با تصویب قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶، مقررات سابق مربوط به حق کسب و پیشه که در ماده واحده‌ی ۲۵ دی ماه ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام هم، بدان تصریح شده است، به قوت خود باقی است یا خیر؟ یعنی آیا با تصویب قانون ۱۳۷۶ قوانین قبلی از جمله قانون ۱۳۵۶ دارای اعتبار هستند یا خیر؟

در جواب این سؤال نمایندگان دادگستری استان تهران عضو کمیسیون بررسی مسائل قضایی و حقوقی به اتفاق آراء در تاریخ ۷۷/۴/۱۰، اعلام کردند که «قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶ تعارضی یا مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام ندارد. خصوصاً آنکه در این مصوبه اشاره به اجرای ماده واحده‌ی مصوب ۶۵/۸/۱۵ نیز شده است.<sup>(۸)</sup> قراردادهایی که از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون اخیر و مطابق با این قانون تنظیم شده است مشمول مقررات همین قانون است و مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام تسری به آن ندارد. سایر قراردادهای اجاره تابع مقررات خاص خود است.<sup>(۹)</sup>

در توضیح مطلب فوق، ذکر این نکته لازم است که قانون سال ۱۳۷۶ تفاوت‌هایی با قانون سال ۱۳۵۶ دارد که از آن جمله می‌توان به این مطلب اشاره کرد که طبق تبصره‌ی ۱ ماده (۱۹) قانون ۱۳۵۶، هر گاه مستأجر بدون رعایت مقررات مواد اجاره را به دیگری واگذار نماید، موجر حق درخواست تخلیه را دارد و نیز می‌بایستی به مستأجر یا متصرف، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را بدهد. در حالی که در قانون سال ۱۳۷۶ به این امر اشاره ای نشده است و حتی در تبصره ماده (۱۰) این قانون آمده است که «مطالبه‌ی هر گونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع است.»

تفاوت دیگری که بین دو قانون ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶ وجود دارد، آن است که در قانون اخیر التصویب در ماده (۹) ذکر شده است که «چنانچه مدت اجاره به پایان برسد یا مستأجر سرقفلی به مالک نپرداخته باشد و یا اینکه کلیه‌ی حقوق ضمن عقد را استیفاء کرده باشد، هنگام تخلیه‌ی عین مستأجره، حق دریافت سرقفلی را نخواهد داشت.» شبیه چنین ماده‌ی در قانون سال ۱۳۵۶ وجود نداشت. به این معنا که قانون قدیم، حتی المقدور در صدد ایجاد و به رسمیت شناختن حق کسب و پیشه و تجارت بود؛ در حالی که قانون جدید اولاً با پرهیز از استفاده از عبارت حق کسب و پیشه و تجارت در تمامی

موارد از لفظ سرقفلی استفاده کرده است و ثانیاً در مواردی مثل ماده (۹) تبصره ماده‌ی (۱۰) خود در پی تحدید مصادیق این اصطلاح برآمده است. شاید بتوان گفت که آنچه در فکر واضعین قانون سال ۱۳۷۶ بوده است آن است که منشاء ایجاد سرقفلی مبلغی است که مستأجر در ابتدای عقد اجاره به مالک می‌دهد و خلاقیت، پشتکار، صداقت و امانت مستأجر دخالت چندانی در این امر ندارد ولی در قانون سال ۱۳۵۶ قانون‌گذار در صدد آن بوده است که به هر نحوی که شده حق کسب و پیشه و تجارت را برای مستأجر به رسمیت شناسد.

در اینجا سؤال دیگری که در همین ارتباط از کمیسیون بررسی مسائل قضایی و حقوقی نمایندگان قضات دادگستری استان تهران شده است، عنوان می‌گردد.

با توجه به اینکه ماده (۶) قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب سال ۱۳۷۶ اخذ سرقفلی را تجویز نموده است، آیا در انقضاء مدت اجاره و تخلیه، باید معادل همان مبلغ اخذ شده به مستأجر مسترد شود یا با توجه به تبصره ۲ همین ماده قیمت عادلانه‌ی روز باید پرداخت گردد؟

نظریه‌ی اکثریت قریب به اتفاق در مورد سؤال فوق در تاریخ ۷۷/۴/۱۰ به این شرح است :

« عبارت صدر ماده‌ی (۶) این قانون « هر گاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید.» با تبصره‌ی ۲ این ماده که مقرر داشته «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستأجر حق مطالبه‌ی سرقفلی به قیمت عادلانه‌ی روز را دارد»، تعارضی ندارد. به عبارت دیگر گرفتن وجهی به عنوان سرقفلی از مستأجر، فی الواقع یکی از طرق انتقال شرعی سرقفلی ( موضوع تبصره‌ی ۲) است و طرق شرعی دیگر ممکن است به صورت صلح، هبه و غیر آن باشد، لذا در موردی که مالک مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر گرفته باشد ( صدر ماده‌ی ۶) هنگام تخلیه، مستأجر حق مطالبه‌ی سرقفلی به قیمت عادلانه‌ی روز را دارد.»

ولی نظریه‌ی اقلیت بدین ترتیب عنوان گردیده است. « تبصره‌ی ۲ ماده‌ی (۶) این قانون در خصوص پرداخت سرقفلی به نرخ عادلانه‌ی روز، شامل موارد خاصی است که سرقفلی به طرق مجمع شرعی به مستأجر منتقل شده باشد. موضوع صدر ماده‌ی (۶) راجع به اینکه ضمن اجاره، مبلغی تحت عنوان سرقفلی از مستأجر گرفته شود، منصرف از تبصره‌ی (۲) است. در این فرض گرفتن مبلغی ضمن اجاره، تحت عنوان سرقفلی به منزله آن است که قسمتی از اجاره بها نقداً وصول شده و بقیه آن در طول مدت اجاره پرداخت می‌شود. لذا مواردی که منطبق با صدر ماده‌ی (۶) باشد ( بدون اینکه سرقفلی به طریق صحیح شرعی منتقل شده باشد)، وجود نداشته و در پایان مدت اجاره، مستأجر حق مطالبه‌ی همان وجه یا قیمت عادلانه‌ی روز سرقفلی را ندارد.<sup>(۱۰)</sup>

آنچه از این نظریات استنباط می‌گردد آن است که بر طبق قانون اخیر، منشاء سرقفلی مبلغی است که در ابتدای اجاره، مستأجر به مالک ملک می‌دهد. (ماده‌ی ۶) و در حالت دیگر موقعی حق سرقفلی برای مستأجر ایجاد می‌گردد که وی حقی را که مالک مبنی بر عدم تخلیه‌ی عین مستأجر و تعهد بر تمدید اجاره در هر سال، خواه با قیمت ثابت یا قیمت عادلانه برای وی ( مستأجر) ایجاد کرده است،

اسقاط کند و در این حالت است که مستأجر می تواند از موجر یا مستأجر دیگر مبلغی به عنوان سرقفلی برای اسقاط حقوق خود دریافت کند ( مواد ۷ و ۸). در حالی که قانون سال ۱۳۵۶ در مفهومی وسیع به حق کسب و پیشه نظر داشت. نتیجه آنکه علی رغم اشاره و پذیرش مفهوم سرقفلی در قانون سال ۱۳۷۶ مفهوم و برداشتی که قانون گذار از این اصطلاح در قانون اخیر داشته است. با توجه به توضیحاتی که داده شد، با قرائتی متفاوت از آنچه در قوانین سابق بوده است ، می باشد و عدم استفاده از عبارت حق کسب و پیشه و تجارت در قانون سال ۱۳۷۶ بر این مدعا می افزاید. بدین معنی که اگر در ابتدای عقد اجاره، مستأجر مبلغی را به مالک نپردازد و نیز اگر مالک متعهد نگردد که اجاره را به صورت پی در پی تمدید کند و نیز اگر مالک حق تخلیه ی عین مستأجر را از خود سلب نکند، سرقفلی برای مستأجر محقق نمی شود.

نتیجه:

از آنچه ذکر شد، نتیجه می گیریم که در ابتدا عرف و عادت بین تجار بود که مفهوم سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت را به وجود آورد و قانون گذار هم مجبور شد که این اصطلاح را در متون قانونی وارد کند.

در ابتدا در سال ۱۳۳۹ این اصطلاح در متون قانونی مورد استفاده قرار گرفت و در آن قانون تصریح شد که انتقال محل تجارت در مقابل اخذ سرقفلی به مستأجر جدیدی که به همان کسب یا پیشه یا تجارت مشغول شود، بلامانع است و مالک ملک مجبور به موافقت با این انتقال است؛ مگر اینکه در سند اجاره سلب حق انتقال به غیر ذکر شده باشد. این در واقع پاسخ منطقی و مثبتی بود که قانون گذار آن روز به مقتضیات و نیازمندی های زمان داد. این وضع ادامه داشت تا تصویب قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ که این قانون به شکل گسترده تری به مفهوم سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت پرداخت و ذکر شد که مستأجر اگر حق انتقال به غیر را داشته باشد، می تواند برای همان شغل یا مشابه آن، منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد و نکته ی جالب توجهی که در این قانون آمده بود، آنکه حتی اگر مستأجر بدون رعایت مقررات، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، موجر اگر چه حق درخواست تخلیه را دارد، ولی می بایستی به مستأجر یا متصرف نصف حق کسب و پیشه و تجارت را بپردازد. با دقت در مفاد قانون سال ۱۳۵۶ در می یابیم که قانون گذار در صدد است که حتی المقدور موارد اجرا و اعمال حق کسب و پیشه و تجارت را تعمیم دهد و حتی در موردی هم که حق انتقال از مستأجر سلب شده باشد نیز ، به نوعی حق کسب و پیشه و تجارت را به رسمیت شناخته است.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی این سؤال پیش آمد که آیا قانون سال ۱۳۵۶ به قوت خود باقی است یا خیر که شورای نگهبان طی نظری سرقفلی را براساس آنچه که در تحریرالوسیله آمده است به رسمیت شناخت و اعلام کرد که حق کسب و پیشه و تجارت در قانون سال ۱۳۵۶ آمده است، وجهه شرعی ندارد و بر همین اساس بود که دادگاه ها در این رابطه آراء متفاوتی صادر کردند. گروهی معتقد بودند که شورای نگهبان حق اظهار نظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب را ندارد؛ فلذا قانون ۱۳۵۶ را معتبر

می‌دانستند و براساس آن حکم صادر می‌کردند ولی گروه دیگر عقیده داشتند که شورای نگهبان حق اظهارنظر در خصوص تمام قوانین را دارد، پس براساس عقیده‌ی این گروه حق کسب و پیشه و تجارت باطل و حرام بود و در مورد آن حکم صادر نمی‌کردند. از این میان گروهی نیز معتقد بودند که حتی اگر نپذیریم که شورای نگهبان حق اظهارنظر در خصوص قوانین قبل از انقلاب را دارد، ولی عبارتی که این شورا به کار برده است آن است که حق کسب و پیشه و تجارت وجهه‌ی شرعی ندارد و از این عبارت نمی‌شود استنباط کرد که این حق، باطل و حرام است.

این اختلافات وجود داشت تا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام، در سال ۱۳۶۹ با تصویب ماده واحده‌ای به این اختلافات پایان داد و اعلام کرد که در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق قانون سال ۱۳۵۶ عمل گردد.

این وضعیت ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۳۷۶ قانون‌گذار قانون جدیدی را تصویب کرد و رسماً سرقفلی را پذیرفت و منشاء آن را مبلغی دانست که مستأجر در ابتدای مدت اجاره به مالک می‌پردازد. همان‌گونه که ذکر شد، برداشتی که قانون‌گذار سال ۱۳۷۶ از سرقفلی دارد با برداشتی که قانون‌گذار در سال ۱۳۵۶ از آن داشته است متفاوت است و عدم استفاده‌ی قانون‌گذار از عبارت حق کسب و پیشه و تجارت در قانون ۱۳۷۶ مؤید بر این نکته است. به هر صورت طبق قانون اخیر مبنای سرقفلی همان مبلغی که مستأجر در بدو عقد اجاره به مالک ملک، می‌دهد می‌باشد و یا اینکه اگر در عقد اجاره شرط شده باشد که مالک عین، حق تخلیه‌ی مورد اجاره را ندارد و یا اینکه می‌بایستی به صورت پی در پی قرارداد اجاره را با مستأجر تمدید کند؛ خواه براساس اجاره بهای اولیه یا براساس اجاره بهای عادلانه‌ی و مستأجر این حق خود را اسقاط کند، حق دریافت سرقفلی را خواهد داشت و این نوع برداشت از سرقفلی با آنچه که در قانون سال ۱۳۵۶ آمده است متفاوت و بسیار محدودتر از حق کسب و پیشه و تجارت است.

#### پی‌نوشت:

- ۱- کشاورز بهمن، همان منبع، صفحه ۱۲۹.
- ۲- کشاورز بهمن، همان منبع، صفحه ۸۵.
- ۳- پاسخ استفتائات شورای عالی قضایی، جلد اول، صفحه ۴۹.
- ۴- روزنامه رسمی ۱۳۶۴-۱۲/۹/۱۳۶۵ قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر.
- ۵- کشاورز بهمن، منبع پیشین، صفحه ۲۹۱.
- ۶- دکتر کاتوزیان ناصر، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، چاپ اول، چاپخانه گنج دانش ۱۳۷۶، صفحه ۲۲۵، شماره ۲۴۵.
- ۷- دکتر ثابت سعیدی ارسلان، حقوق بازرگانی، مرکز انتشارات دانشگاه پیام نور چاپ سوم، ۱۳۷۴، صفحه ۶۰.

۸- ماده واحده - در مورد حق کسب و پیشه یا تجارت مطابق قانون روابط موجر و مستأجر ، مصوب ۵۶/۵/۲ - « ماده واحدهی الحاقیه به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۶۹/۸/۱۵ به قوت خود باقی است.»

۹- مجموعهی دیدگاههای قضایی قضات دادگستری استان تهران، معاونت تحقیقات علمی و قضایی ، چاپ اول ۱۳۷۸، صفحه ۲۸، سؤال یازدهم.

۱۰- مجموعهی دیدگاههای قضایی قضات دادگستری استان تهران، صفحه ۲۵.