

سرقفلی و مقایسه آن در قوانین جدید و قدیم

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

مقدمه:

موضوع این نوشتار سرقفلی و مقایسه آن در قوانین قدیم و جدید است. سرقفلی یکی از اصطلاحاتی است که در جامعه ما منشاء دعاوی متعددی بوده است و در خصوص میزان حدود و ثغور این مفهوم، اختلافات زیادی وجود داشته است و حتی برخی معتقد بوده اند که حق کسب و پیشه و تجارت، اصولاً وجهه شرعی ندارند و این اظهار نظر نیز بر دامنه اختلافات افزوده است.

در مورد منشاء ایجاد سرقفلی بسیاری عرف و عادت تجاری را مبنای ایجاد این حق می دانند که قانونگذاران به تدریج این ساختهی عرف و عادت را وارد متون قانونی کردند. در ابتدا در سال ۱۳۳۹ این امر اتفاق افتاد و بعد در قوانین بعدی به اشکال دیگری این مسأله محقق گشت. در این نوشتار برآنیم که مراحل پذیرش و تغییر و تحول این مفهوم را، در متون قانونی مدّ نظر قرار دهیم.

کلیات و وضعیت سرقفلی در قوانین قبل از انقلاب اسلامی:

مفهوم سرقفلی در لغت و کتب حقوقی

در مورد مفهوم سرقفلی نظرات مختلفی بیان شده است که از آن جمله می توان به این موارد اشاره کرد: سرقفلی در فرهنگ فارسی معین به « حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع آوری مشتری و غیره»^(۱) تعبیر شده است.

در فرهنگ دهخدا ذیل کلمه سرقفلی، چنین آمده است « چیزی که از کرایه دار دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست»^(۲).

مرحوم ناظم الاطباء در فرهنگ نفیسی، ذیل کلمه مذکور آورده است « وجهی که از کرایه دار خانه و دکان، علاوه بر کرایه دریافت می کنند».

آقای دکتر جعفر لنگرودی در دانشنامه‌ی حقوقی ذیل کلمه سرقفلی آورده اند « پولی که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می دهد و همچنین مستأجر اول به موجر (مالک) می دهد . این وجه از مصادیق دارائی نامرئی است و عنوان در آمد اتفاقی را ندارد، به شرط اینکه ناشی از جمع آوری مشتریان و کارکردن مستأجر باشد و آلا مالکی که مغازه می سازد و آن را با گرفتن پول به نام سرقفلی، اجاره می دهد، این پول جزء درآمد محسوب است و مالیات بر درآمد به آن تعلق می گیرد»^(۳) واضح است که سرقفلی از اصطلاحات حقوق تجارت است و در آنجا ذیل عنوان مایه‌ی تجاری به سرقفلی نیز اشاره می‌شود. مایه‌ی تجاری که به زبان فرانسه به آن

FOND DE COMMERCE گفته می‌شود عبارت از مجموع اموال مادی و غیر مادی است که برای تجارت مؤسسه، مورد بهره برداری قرار می‌گیرد. سرقفلی را باید جزئی از اجزاء مایه‌ی تجاری دانست.^(۴) حق سرقفلی که جزئی از اجزاء مایه تجاری است در فرانسه به عنوان

Propriete commercial نامیده می‌شود، عبارت است از حقی که تاجر برای تقدم در اجاره‌ی محل و ادامه‌ی تجارت خود در محل کار خود دارد.

در حقوق ایران، به حقی که تاجر یا صنعتگر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود برای محل کار خود، ایجاد می‌کند، سرقفلی گفته می‌شود. علاوه بر آن حقی که صاحب محلی که دارای موقعیت خوبی است، برای مالک خود قائل می‌شود؛ قبل از اینکه اصولاً آن محل به اجاره داده شود. به این حق نیز سرقفلی گفته می‌شود.^(۵)

در رابطه با پیشینه تاریخی قوانین مربوط به سرقفلی می‌شود به این قوانین اشاره کرد:

۱_ قانون روابط مالک و مستأجر، مصوب خرداد ماه ۱۳۳۹ که به صراحت حق کسب و پیشه و تجارت را شناخته است.

۲_ قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶

۳- قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۳

۴- قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب ۱۳۷۶

لازم به ذکر است که به موجب ماده‌ی (۳۲) قانون روابط مؤجر و مستأجر، مصوب ۱۳۵۶، قانون مصوب سال ۱۳۳۹ به صراحت منسوخ گردیده ولی حق سرقفلی به موجب ماده (۱۹) قانون مذکور پذیرفته و شناسایی گردید.

در قانون سال ۱۳۶۲ نیز که مربوط به روابط مؤجر و مستأجر است، اشاره‌ای به سرقفلی نشده است. لیکن در مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام، در خصوص حق کسب پیشه یا تجارت مصوب ۶۹/۱۰/۵ به این امر تصریح شده است که «در مورد حق کسب یا پیشه یا تجارت مطابق قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵/۵/۲ عمل شود. ماده واحده الحاقیه به قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۶۵/۸/۱۵ به قوت خود باقی است.

مفهوم حق سرقفلی

در تجارت امروز کاردانی و سرمایه‌ی تاجر و نوع کاری که انجام می‌دهد بیش از اوصاف اخلاقی او اهمیت دارد. ممکن است مشتریان کارخانه یا فروشگاه‌ی صاحب آن را نشناسند، ولی به دلیل اعتماد به نام تجارتي و فعالیت مؤسسه، مایل باشند که کالای مورد نیازشان را از فرآورده‌های آن تهیه کنند. در واقع، مشتریان دائم تاجر به سرمایه و کالای تجارتي و انواع آلات افزار وی، بیشتر از شخصیت او علاقه و نظر دارند. ولی در مورد کسانی که به پزشکان یا وکلای مراجعه می‌کنند بیشتر به اعتبار صلاحیت و حسن رفتار و اخلاق و معلومات آنان نظر دارند.

از همین روست که می‌باید گفت حقی که تاجر بر مشتریان خود دارد باید در زمره‌ی حقوق مالی به حساب آید و به این نحو تاجر بتواند در آن تصرف کند و به دیگران انتقال دهد. در واقع این حق نوعی مالکیت غیر مادی است، یا حقی است بر مشتریان دائم و سرمایه‌ی تجارتخانه.^(۶) عنصر اصلی این حق، حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که در اثر کار و کوشش به دست آورده است.

عوامل متعددی می تواند در تعیین میزان سرقتی دخالت داشته باشد که از آن جمله می توان به موقعیت و مرغوبیت محل ، شرایط و کیفیت اجاره، طول مدت اشتغال مستأجر ، وضع محل اجاره، مخارجی که مستأجر هزینه کرده است و نیز نوع کسب و پیشه اشاره کرد. در حقیقت می شود گفت که حق کسب و پیشه ناشی از یک سلسله عواملی است که باید آنها را به دو دسته تقسیم کرد:^(۷)

اول : عواملی که تاجر در به وجود آوردن آن دخالتی ندارد و منوط به تصادف و شانسی است، مثلاً مغازه در اثر پروژه های مربوط به شهرسازی و خیابان کشی تصادفاً در چهار راه یا در محلی قرار، می گیرد که پر رفت و آمد بوده و قابلیت جلب و جذب مشتری آن زیاد می گردد.

دوم : عواملی که در اثر ابتکار و به دست خود تاجرانجام می گردد و موجب رونق تجارت و کاسبی وی می شود؛ مثل بالابردن مرغوبیت جنس، استفاده از مواد اولیه مرغوب و ابتکاراتی که مربوط به ارائه جنس می شود.

مجموع این عوامل که در جلب و جذب مشتری و سودآوری تجارت مؤثر است ارزش سرقتی را بالا می برد.

در آثار متقدمین اعم از لغت نامه ها و کتب حقوقی و فقهی ذکری از حق کسب و یا پیشه یا تجارت نمی توان یافت و این از آن جهت است که ظهور این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ۱۳۲۰ تحقق یافته و قبل از این تاریخ هر چند که در نظام های حقوقی خارجی وجود داشته ، لکن در ایران اصولاً مورد قبول نبوده است. زیرا وجه و عنوان شرعی آن نامعلوم و تبعاً حلیت آن نیز مورد مناقشه بوده است. این مناقشه تا صدور نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام ادامه داشته است که بدان اشاره خواهد شد. برخی از حقوقدانان ضمن قائل شدن به وحدت مفهوم سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت به این مسأله اشاره کرده اند که حق کسب یا پیشه یا تجارت در مفهومی وسیع به حقی که بر مشتریان دائم و سرمایه ی تجارتخانه وجود دارد اطلاق می گردد و در معنی محدود به حقی که به موجب آن مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود تعبیر شده است.^(۸)

یکی از اساتید معروف حقوق ایران از این اصطلاح حق کسب یا پیشه ی تجارت انتقاد به عمل آورده اند و عنوان کرده اند که این اصلاح از نظر ادبی و دلالت بر مفهوم حق، این عیب مهم را دارد که اصطلاحی جامع بین حقوق بازرگانان و پیشه وران ارائه نمی کند و قدر مشترک را بیان نمی سازند و چنین می نمایند که حق کسب و حق پیشه و حق تجارت سه مفهوم جداگانه است که در پاره ای احکام با هم شباهت دارد در حالی که واقعیت بر خلاف این ظهور است. ماهیت و اوصاف حق در تمام موارد یکی است و حق تاجر یا پیشه ور مظاهر گوناگون و اقسام یک مفهوم هستند.

این ترکیب ابداعی قانونگذار در قلمرو حقوق نیز نادرست و گمراه کننده است، برای اینکه براساس بند ۱ ماده (۲) قانون تجارت، کاسب تاجر محسوب می گردد؛ زیرا که او به کار خرید و فروش می پردازد. پس حق کسب نمی تواند مفهومی غیر از حق تجارت داشته باشد؛ در حالی که در اصطلاح ابداعی قانونگذار دو مفهوم جداگانه شناخته شده است.

از سوی دیگر این اصطلاح گمراه کننده است؛ زیرا عنوان حق پیشه، این فکر را به وجود می آورد که صاحبان مشاغل گوناگون مانند پزشک و سردفتر و وکیل دادگستری، نیز می توانند حق پیشه‌ی خود را به دیگری منتقل سازند؛ در حالی که می‌دانیم، مفهوم سرقفلی تنها در جایی قابل تصور است که مشتریان مؤسسه‌ای به دلیل شهرت و موقعیت محل و مرغوب بودن کالا به آن رجوع کنند نه به خاطر شخصیت مالک آن.

معمولاً مشتری پزشک یا وکیل دادگستری وابسته به شخص او است و به مطب دفتر وکالت ارتباط ندارد تا تخلیه‌ی ملک، حقی را از او سلب کند یا بر ارزش منافع بیفزاید.

از همین رو است که عنوان حق پیشه و تجارت نتوانسته است جایی در عرف تجارت یا نزد حقوقدانان برای خود باز کند امروز همه این حق را سرقفلی می‌نامند و اگر کسی بخواهد حق کسب یا پیشه یا تجارت را به دیگری بفهماند باید آن را به سرقفلی بر گردانند.^(۹)

بعضی دیگر معتقد هستند که حق کسب یا پیشه یا تجارت حقی است که برای بازرگانان و پیشه‌وران مستأجر و مطلق کسانی که از طریق اجاره‌ی مکانی، کسب معاش می‌کنند پیدا می‌شود ولو آنکه بازرگان نباشند و این حق با سرقفلی مفهوماً فرق دارد، زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده‌ی آن نیست.^(۱۰)

رویه دادگاهها در این مورد

در وضع کنونی قانون روابط موجر و مستأجر، بیشتر دادگاهها حق پیشه را هم، در کنار حق کسب یا تجارت از اقسام حق سرقفلی می‌شمارند: صاحبان مشاغل را نیز مانند بازرگانان مشمول حمایت قانون روابط موجر و مستأجر قرار می‌دهند، خواه مشتریان جنبه‌ی شخصی داشته باشند یا بر اثر مرغوبیت محل، به آنجا مراجعه کنند. در نتیجه پزشک و وکیل دادگستری و سردفتر و خلاصه هر شخص حقوقی و حقیقی که محلی برای پیشه و شغلی اجاره می‌کند، حق سرقفلی دارد؛ هر چند که در این مورد رویه‌ی دادگاهها مستقر نگشته است. ولی به نظر می‌رسد که بیشتر دادرسان، تمایل به شناسایی سرقفلی برای محل این دو حرفه دارند، اگر چه این نظر در مورد مجتمع‌های پزشکی و بیمارستانها تا حدودی می‌تواند قابل قبول واقع گردد. ولی در خصوص پزشکانی که بیماران دائمی و وابسته به شخصیت خود دارند و نیز در مورد وکیلی که به واسطه‌ی مهارت و امانت و سخنوری کسب درآمد می‌کند. منطقی‌تر است که باید قابل اعمال باشد؛ زیرا در مورد اخیر شخصیت پزشکان یا وکلاء بسیار مهم‌تر از محل مطب یا دفتر آنان است و مراجعین بر اساس این شخصیت و کاردانی به آنان مراجعه می‌کنند^(۱۱)

وضعیت سرقفلی در قوانین قبل از انقلاب اسلامی

قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۳۹ در خصوص سرقفلی اگر چه این قانون به وسیله قانون بعدی نسخ شده است، لیکن اشاره به مفاد این قانون از نظر سابقه تاریخی مثمر ثمر خواهد بود.

در ماده (۱۱) قانون روابط مالک و مستأجر، مصوب سال ۱۳۳۹ میزان حق کسب و پیشه و تجارت (سرقفلی) براساس عوامل زیر تعیین می شد:

۱- موقعیت و مرغوبیت محل کسب و پیشه و تجارت.
۲- شرایط و کیفیات اجاره از لحاظ مزایایی که در عقد اجاره برای موجر یا مستأجر منظور گردیده است.

۳- طول مدت اشتغال مستأجر به کسب و پیشه و یا تجارت در مورد اجاره و حسن شهرت او که در معروفیت محل مزبور مؤثر افتاده است.

۴- وضع محل اجاره از نظر نوع بنا

۵- مخارجی که مستأجر به منظور آماده نمودن محل مزبور از حیث قفسه‌بندی و تهیه‌ی اشیاء مورد لزوم و سایر تزئینات داخلی متحمل گردیده است.

۶- نوع کسب و پیشه یا تجارت مستأجر

ماده (۱۷) قانون مزبور صراحتاً بیان می‌داشت که سرقفلی به مستأجر همان محل اختصاص دارد و آن را قابل انتقال می‌دانست و طبق ماده (۱۸) همان قانون 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. که در صورت عدم موافقت با انتقال اجاره، مالک مکلف است حق سرقفلی را شخصاً به مستأجر بپردازد.

انتقال اجاره‌ی محل در مقابل اخذ سرقفلی به مستأجر جدیدی با کسب یا پیشه یا تجارت دیگری غیر از آنچه در اجاره نامه مذکور بوده است، با موافقت کتبی مالک مجاز است . در ماده (۲۱) همان قانون مقرر بوده که حق استفاده از مورد اجاره، در صورت فوت مستأجر به وراث منتقل می گردد و نیز در آن قانون بیان گشته بود که در صورت لزوم تخلیه‌ی محل کسب و تجارت حق تقدم مستأجر سابق را برای اجاره‌ی محل در ساختمان جدید باید به رسمیت شناخت.

لازم به یادآوری است که سرقفلی برای نخستین بار در این قانون مورد اشاره قرار گرفت و به آثار و احکام آن اشاره شد. این قانون تا سال ۱۳۵۶ بر روابط موجران و مستأجران حکومت داشت تا اینکه در سال ۱۳۵۶ قانون جدیدی در این رابطه تصویب گشت و قانون قدیم را نسخ کرد.

قانون مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ در مورد سرقفلی

به موجب ماده ۳۲ قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶، قانون مصوب سال ۱۳۳۹، صراحتاً منسوخ گردید؛ ولی حق کسب یا پیشه یا تجارت یا به عبارت دیگر حق سرقفلی به موجب ماده (۱۹) قانون مذکور پذیرفته گردید.

با توجه به مفاد مواد (۱۵) و (۱۹) قانون اخیرالذکر در موارد زیر دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، موجر را نیز موظف به پرداخت سرقفلی می‌کند. این موارد عبارت هستند از :

۱- تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید (بند ۱ ماده ۱۵)

۲- تخلیه به دلیل احتیاج موجر برای کسب یا پیشه (بند ۲ ماده ۱۵)

۳- تخلیه محل کسب ، به دلیل احتیاج موجر یا کسان نزدیک او به سکونت در آن (بند ۳ ماده ۱۵)
۴- در موردی که حق انتقال به غیر از مستأجر سلب شده یا اجاره نامه تنظیم نشده باشد و موجر با انتقال منافع به دیگری موافقت نکند و مستأجر بخواهد در برابر تخلیه سرقفلی بگیرد. (ماده ۱۹)
۵- در صورتی که مستأجر، بدون تحصیل اذن دادگاه یا موافقت موجر، در مواردی که حق انتقال به غیر را ندارد، منافع را به دیگری منتقل کند، در این صورت مستأجر یا متصرف در برابر تخلیه استحقاق دریافت نصف سرقفلی را دارد (تبصره ماده ۱۹)
اگر چه حکم سه مورد اول مشخص است ولی درباره اجرای ماده (۱۹) و تبصره آن ما با ابهام روبه رو می گردیم.

در خصوص مورد چهارم اشکال در این است که اگر قبل از انقضاء مدت اجاره، مستأجر بخواهد بر خلاف شرط مندرج در عقد اجاره، آن را به دیگری منتقل کند و در همین راستا با مخالفت مالک روبه رو گردد، حق تخلیه ندارد؛ زیرا عقد اجازه عقدی لازم است و تا پایان مدت اجاره ، منافع به مستأجر منتقل شده است و نیز براساس تبصره ۲ ماده (۱۹) نیز حق سرقفلی جدا از منافع عین قابل انتقال نیست و مستأجر نمی تواند خود به عنوان مستأجر مالک منافع باشد ، لکن سرقفلی را واگذار کند. پس، ناچار باید گفت که ماده (۱۹) ناظر به موردی است که اجاره پایان یافته باشد و بر همین مبنا مستأجر به تصرف خود ادامه دهد و در این حالت بخواهد منافع مورد اجاره را به دیگری انتقال دهد، ولی برخی از دادرسان فقط به ظاهر ماده اکتفا کرده اند و حتی در مدت اجاره نیز مستأجر را مجاز به تخلیه عین و گرفتن سرقفلی می دانند و ماده (۱۹) را استثنا بر اصل لزوم عقد اجاره می دانند. مورد دیگر درباره اجرای تبصره ۱ ماده (۱۹) است. در این رابطه دو سؤال مطرح می شود؛ سؤال اول آنکه انتقال به غیر از طرف مستأجری که این حق را ندارد، چرا مانند سایر مواردی که مستأجر مقصر است (مثل ماده ۱۴) او را از گرفتن سرقفلی محروم نمی سازد و نیمی از حق کسب یا پیشه یا تجارت باید پرداخت شود؟

سؤال دیگر آنکه سرقفلی به چه کسی باید پرداخت شود؟ در تبصره یک ماده ۱۹ آمده است که سرقفلی باید برحسب مورد به متصرف یا مستأجر پرداخت گردد. ولی این پاسخ قانع کننده نیست زیرا مشخص نمی کند که مراد از متصرف کیست و مضافاً اینکه در چه مورد سرقفلی به مستأجر و در چه مورد به متصرف تعلق دارد؟

در پاسخ سؤال اول باید گفت که چون در مورد محل کسب و پیشه و تجارت هیچ شرطی حق انتقال به غیر را ، از مستأجر نمی گیرد. اقدام او به انتقال منافع به دیگری، تنها از جهت رعایت نکردن ماده (۱۹) و عدم رجوع به دادگاه و اذن گرفتن از موجر، تقصیر محسوب می شود و به همین جهت نیز قانونگذار برای چنین مستأجری نصف سرقفلی را مقرر داشته است.

در جواب سؤال دوم باید گفت که منظور از متصرف، انتقال گیرنده است و این امر از لحن قانون استنباط می گردد.

هر گاه مستأجری که حق انتقال به غیر را ندارد آن را به دیگری اجاره دهد، حکم تخلیه در برابر او نیز قابل اجراء است، اگر چه در جریان دادرسی شرکت نداشته باشد. در این مورد، اگر متصرف قائم مقام مستأجر نباشد، می‌تواند به عنوان ثالث بر حکم اعتراض کند؛ ولی حق ندارد با استناد به اصل نسبی بودن احکام، خود رامشمول آن نداند. ولی این سؤال به ذهن می‌رسد که چرا مالک باید به چنین متصرفی سرقفلی بدهد؟

بر طبق تبصره ۲ ماده (۱۹) سرقفلی به مستأجر همان محل اختصاص دارد و نیز بر اساس بند ۲ ماده (۱۴) در موردی که مستأجر بدون داشتن حق انتقال به غیر و برخلاف ماده (۱۹) عین را به دیگری می‌سپارد، به موجر حق فسخ اجاره داده شده است و دیدیم که فسخ ناظر به رابطه‌ی مالک و مستأجر است و اجاره‌ی دوم در حقیقت باطل شناخته می‌شود. پس باید پرسید چگونه امری را که تبصره ۲ ماده (۱۹) منع کرده است، تبصره ۱ همان ماده می‌پذیرد؟ در جواب باید گفت که این تعارض در صورتی از بین می‌رود که گفته شود، اسقاط حق انتقال به غیر در مورد مستأجر محل کسب و پیشه اثر متعارف خود را ندارد و این حق را از مستأجر نمی‌گیرد و به همین دلیل انتقال گیرنده نیز مستأجر محسوب می‌شود و به این عنوان از موجر سرقفلی می‌گیرد.^(۱۲)

بررسی وضعیت سرقفلی در قوانین و مصوبات بعد از انقلاب

قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ و نظر شورای نگهبان در مورد سرقفلی در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ که اصولاً مربوط به اماکن مسکونی است، هیچ‌گونه صحبتی از حق کسب و پیشه به میان نیامده است و عملاً پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مباحث متعددی در خصوص شرعی بودن یا نبودن حق سرقفلی مطرح گردید. شورای نگهبان در تاریخ ۶۳/۵/۹ درباره‌ی سرقفلی این‌گونه اظهار نظر نموده است: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده (۱۹) قانون روابط موجر و مستأجر (سال ۱۳۵۶) عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی باشد، باید طبق تحریرالوسیله عمل شود. در سایر موارد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود.»

در تحریرالوسیله نوعاً در مواردی اجازه‌ی دریافت سرقفلی داده شده که یا مستأجر قبل از انقضاء مدت محل را تخلیه کند (اعم از اینکه به خود موجر منتقل کند یا به دیگری و یا اینکه در ابتدای اجاره مبلغی تحت عنوان سرقفلی پرداخته باشد).^(۱۳)

تا قبل از تصویب ماده واحده مربوط به حق کسب و پیشه توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام دادگاه‌ها رویه واحدی را نداشتند و با نظر گرفتن این امر که قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ متعرض حق کسب پیشه نشده، آن را مسکوت گذارده بودند. اکثر دادگاه‌ها در رابطه با این حق مقررات قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ را اجرا و اکثراً در مورد حق کسب و پیشه رأی می‌دادند. معذالک برخی از محاکم نیز مستنداً به نظر شورای نگهبان از صدور حکم در مورد حق کسب و پیشه امتناع می‌کردند. در این مورد ارائه توضیحاتی لازم می‌نماید.

در مرحله نخست باید گفت که برخی از حقوقدانان معتقد هستند اصل (۴) قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» مورد عمل مستقل ندارد بلکه ناظر به اصول ۷۲، ۹۱ - ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی است، یعنی این که شورای نگهبان فقط نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی در خصوص انطباق یا عدم انطباق آن‌ها باموازین شرع می‌تواند اظهار نظر کنند، نه خارج از آن. این نظر بیان می‌کند که شورای نگهبان خارج از این دایره حق ندارد قانونی را بررسی و احیاناً آن را مغایر شرع تشخیص دهد. نتیجه این نظریه عدم شمول اصل ۴ قانون اساسی به قوانین سابق است.^(۱۴)

گروهی دیگر برآنند که اصل (۴) مذکور، شامل تمام قوانین جاری کشور است و تشخیص فقهای شورای نگهبان منحصر به قوانینی نیست که از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته باشد. در شورای نگهبان عقیده غالب بر این است که اصل (۴) مستقل از اصولی است که در باب قوه مقننه و اصول (۹۱) تا (۹۸) آمده، و وظیفه و اختیار دیگری، برای فقهای شورای نگهبان تعیین نموده است «و بنابراین شامل قوانین و مقررات قبل از انقلاب نیز می‌شود. همین برداشت به عنوان نظر تفسیری اصل (۴) در پاسخ سؤال شورای عالی قضایی اعلام شده است: «عطف به شماره ... مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی، این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلام باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است...»

پی نوشت‌ها:

- ۱- دکتر محمد، معین، فرهنگ فارسی معین، جلد دوم، صفحه ۱۸۶۹.
- ۲- علی اکبر، دهخدا، فرهنگ دهخدا، ذیل کلمه سرقفلی
- ۳- دکتر محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، چاپ پنجم، چاپ گلشن، تهران ۱۳۷۰، صفحه ۳۵۷، شماره ۲۸۴۹.
- ۴- دکتر حسن، ستوده تهرانی، حقوق تجارت، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۴. جلد اول. صفحه ۸۸.
- ۵- همان منبع، صفحه ۹۱
- ۶- دکتر ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، چاپ چهارم، چاپخانه بهمن ۱۳۷۱ صفحه ۵۱۶ شماره ۳۷۲
- ۷- همان منبع صفحه ۵۷۱
- ۸- بهمن کشاورز، سرقفلی و حق کسب و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، چاپ اول انتشارات جهاد دانشگاهی ۱۳۷۴، صفحه ۲۹.
- و دکتر حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، نشر دادگستر، جلد اول ۱۳۷۴، صفحه ۹۲.
- ۹- دکتر ناصر، کاتوزیان، منبع پیشین صفحه ۵۱۷، ۵۱۸ - شماره ۳۷۳
- ۱۰- دکتر محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، صفحه ۲۲۵، ۲۲۴، شماره ۱۷۹۰
- ۱۱- دکتر ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، صفحه ۵۱۹، شماره ۴۷۴

۱۲- دکتر ناصر، کاتوزیان، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، چاپ اول، چاپخانه گنج دانش ۱۳۷۶. صفحه ۲۲۵، شماره ۲۲۴

۱۳- امام خمینی، تحریرالوسیله، مؤسسه انتشارات دارالعم، چاپ اول ۱۳۶۹، جلد اول، صفحه ۵۸۰.

۱۴- دکتر حسن، مهرپور، مقاله‌ی اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلا شماره ۱۴۷ - ۱۴۶، بهار و تابستان ۱۳۶۸، صفحه ۲۱

