

پایان نامه



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی

عنوان پایان نامه

ماهیت فقهی و حقوقی حق سرقفلی و ارتباط آن با حق کسب و

پیشه یا تجارت

استاد راهنما:

دکتر سیامک جعفرزاده

دکتر رضا نیکخواه

نگارش:

احد رمضانی

بهمن ماه ۱۳۹۹

تاریخ: 3204
شماره:
پست:

بسمه تعالی



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

دانشگاه ارومیه
دانشکده ادبیات و علوم انسانی

مدیریت محترم گروه فقه و حقوق اسلامی

با سلام، بدینوسیله به اطلاع میرساند جلسه امتحان نهایی شامل دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای احد رضانی دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی به شماره دانشجویی ۹۷۵۱۰۱۰۱۱ با موضوع: ماهیت فقهی و حقوقی سرفلسفی و ارتباط آن با حق کسب پشه و تجارت با حضور محترم هیئت داوران در ساعت ۱۱:۰۰:۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۵ در ۲۰۳ دانشکده ادبیات و علوم انسانی تشکیل و بر اساس محتوی و چگونگی ارائه پایان نامه کارشناسی ارشد و جدول تعیین رتبه موجود در سایت معاونت پژوهش و فناوری دانشکده با احتساب مقالات مستخرج از آن تحت عناوین زیر:

با نمره به عدد ۱۸۱۹۹ به حروف: هجده هزار و نود و نهمین و با رتبه: بیست و نهمین

مورد تصویب اعضا کتبه قرار گرفت. خواهشمند است دستور فرمایید موارد جهت اطلاع و

اقدام به معاونت پژوهش و فناوری دانشکده اعلام گردد.

استاد راهمای اول 55% ساهک حضرتزاده

استاد مشاور 45% رضا نیکخواه سرنغی

داور داخلی محمد حسن جوادی

داور داخلی سید مهدی صالحی

استاد راهمای اول
رئیس هیئت داوران

ارومیه، نهمین آذرماه (۲۰۲۰)
روزهای شنبه و یکشنبه
تلفن: ۰۴۱۳۳۳۲۰۸-۰۳۱
فکس: ۰۴۱۳۳۳۶۷۱۶
سازمان پستی: ۵۷۱۵۸-۸۱۲۷۵

تقدیم به همسر مهربانم به پاس تمام فداکاری هایش

تقدیر و تشکر

سپاس خداوندی را که به من آموخت در لحظه های شادی شکرگذار باشم و فراموش نکنم داشته ها و دانسته هایم از لطف بی منت اوست و آموخت که در لحظه های اندوهم صبور باشم که همه ی غم ها رفتنی است و سربلند کسی است که مطیع تقدیر و حکمت الهی باشد.

اینک به پاس لطف الهی که پایان نامه ی حاضر، آماده شده است بر خود واجب می دانم از حمایت های بی دریغ و مساعدت های اساتید ارجمندم جناب آقای حجت الاسلام دکتر سیامک جعفرزاده و جناب آقای دکتر رضا نیکخواه سپاس گذاری نمایم.

و از جناب آقای دکتر محمد حسن جوادی و از جناب آقای دکتر سید مهدی صالحی نیز سپاسگذارم که قبول زحمت فرمودند و داوری این تحقیق را بر عهده گرفتند.

چکیده

سرقفلی امروزه یکی از مهمترین عقود اجاره می باشد که منشا دعاوی متعددی بوده است هرچند تا سال ۱۳۷۶ بیشتر عنوان حق کسب و پیشه و تجارت مورد استفاده قانونگذار و عموم مردم بوده و همین باعث ایجاد اختلافات فراوانی بوده است که باعث شد قانونگذار در سال ۱۳۷۶ به طور کلی حق کسب و پیشه و تجارت را کنار بگذارد و به جای آن از سرقفلی استفاده کند. امروزه حق کسب و پیشه و تجارت تنها مشمول قانون روابط موجرو مستاجر سال ۱۳۵۶ می باشد و سرقفلی فقط تابع قانون ۱۳۷۶ و به قراردادهای قبل از این سال سرقفلی شامل نمی شود.

سرقفلی، در واقع وجهی است که مستاجر در زمان انعقاد عقد اجاره محل تجاری، علاوه بر کرایه به مالک پرداخت می کند و در نتیجه این عمل، حق تقدم پیدا می کند در اجاره کردن محل مزبور، و اگر مستاجر بخواهد محل را تخلیه کند، مالک، وجه سرقفلی را که در ابتدا از مستاجر گرفته است به قیمت عادلانه روز به او برمی گرداند. همچنین قابل اسقاط، توقیف، ضمان، واگذاری و انتقال به غیر می باشد در حالیکه در مورد حق کسب، پیشه و تجارت این موارد مصداق ندارد. بنابراین حق کسب و پیشه و تجارت متفاوت تر از سرقفلی می باشد. به این صورت که در زمان انعقاد عقد اجاره محل تجاری وجود ندارد و به تدریج و مرور زمان حاصل می شود و ممکن است اصلاً چنین حقی به وجود نیاید و کاملاً بستگی به عمل مستاجر دارد که با فعالیت مستمر و جذب مشتریان دائمی بیشتر و کسب شهرت و اعتبار شغلی خود باعث ایجاد چنین حقی شود.

موضوع سرقفلی در عرف و فقه نیز همواره مورد توجه بوده است به طوریکه اکثریت فقها، مشروعیت سرقفلی را قبول کرده اند و فقط در مورد حرمت و حلیت گرفتن سرقفلی اختلاف نظر دارند. این در حالی است که موضوع حق کسب و پیشه و تجارت از نظر فقهای محترم مردود می باشد.

واژه‌های کلیدی: سرقفلی، موجر و مستاجر، حق کسب و پیشه و تجارت

فهرست

ص

- ۱..... مقدمه
- ۳..... تعریف مسئله و بیان اصلی تحقیق :
- ۶..... اهمیت و ضرورت انجام تحقیق :
- ۷..... جنبه جدید بودن و نوآوری طرح در چیست ؟
- ۷..... اهداف تحقیق
- ۷..... سوالات تحقیق
- ۷..... سوالات اصلی
- ۷..... سوالات فرعی
- ۸..... فرضیات تحقیق
- ۹..... فصل اول: کلیات
- ۱۰..... ۱-۱ سرفصلی در لغت و اصطلاح
- ۱۰..... ۱-۱-۱ سرفصلی در لغت :
- ۱۱..... ۱-۱-۲ سرفصلی در اصطلاح :
- ۱۱..... ۳-۱ تعاریف سرفصلی از نظر دکترین حقوقی :
- ۱۲..... ۴-۱ سرفصلی در دیدگاه های حقوقی - فقهی :
- ۱۲..... ۴-۱-۱ سرفصلی در دیدگاه های حقوقی :

- ۱-۴-۲ سرقفلی در دیدگاه های فقهی : ۱۴
- ۱-۵-۵ تعریف سرقفلی در حقوق تطبیقی: ۱۷
- ۱-۶-۶ تاریخچه سرقفلی: ۱۸
- ۱-۷-۷ قوانین مربوط به سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت ۱۹
- ۱-۷-۱ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۳۹: ۱۹
- ۱-۷-۲ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶: ۲۴
- ۱-۷-۳ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲: ۲۸
- ۱-۷-۴ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵: ۲۹
- ۱-۷-۵ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶: ۲۹
- ۱-۸-۱ حق کسب و پیشه یا تجارت در لغت و اصطلاح : ۳۱
- ۱-۸-۲ تعاریف حق کسب و پیشه یا تجارت در دیدگاه های حقوقی و فقهی : ۳۱
- ۱-۹-۹ تاریخچه حق کسب، پیشه یا تجارت ۳۴
- فصل دوم: احکام سرقفلی ۳۵
- ۲-۱-۱ ارکان سرقفلی: ۳۶
- ۲-۱-۱-۱ توافق دو طرف: ۳۶
- ۲-۱-۲ عوض: ۳۹
- ۲-۱-۳ طولانی بودن رابطه: ۴۰

- ۲-۲ عوامل تشکیل دهنده سرقتی ۴۱
- ۳-۲ اشکال انتقال سرقتی: ۴۴
- ۴-۲ راه های انتقال سرقتی: ۴۵
- ۴-۲-۱ انتقال قراردادی سرقتی ۴۶
- ایجاد حق سرقتی از سوی مالک یا مستأجر ۴۷
- واگذاری سرقتی وقتی که مستأجر حق انتقال به غیر را دارد ۵۱
- انتقال حق سرقتی به غیر با اخذ رضایت مالک ۵۵
- ۴-۲-۲ انتقال قهری یا غیرارادی سرقتی ۵۹
- ۴-۲-۳ انتقال قضایی و اجرایی سرقتی ۶۵
- انتقال قضایی ۶۶
- انتقال اجرایی ۶۹
- فصل سوم: احکام حق کسب، پیشه یا تجارت ۷۳
- ۳-۱ مالک حق کسب یا پیشه یا تجارت کیست؟ ۷۴
- ۳-۲ ویژگی حق کسب یا پیشه یا تجارت ۷۶
- ۱- بهای حق کسب یا پیشه یا تجارت با وصف انقضای مدت: ۷۶
- ۲- پیوند حق کسب یا پیشه با تصرف مستمر: ۷۶
- ۳- وابستگی حق کسب یا پیشه یا تجارت با منافع عین مستاجر: ۷۷

- ۳-۳ انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت ۷۷
- ۳-۳-۱ انتقال اختیاری و ارادی ۷۸
- ۸۱- صور مختلفه انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون داشتن حق انتقال به غیر ۸۱
- صور انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت با داشتن حق انتقال به غیر ۸۴
- صور معموله در معاملات حق کسب یا پیشه یا تجارت ۸۶
- انتقال یا جلب رضایت مالک: ۸۶
- تنفیذ و اجازه انتقال از طرف مالک: ۸۷
- ۳-۳-۲ انتقال کلیدی: ۸۸
- ۳-۳-۳ انتقال قهری: ۸۹
- میراث زوجه از حق کسب یا پیشه یا تجارت: ۹۰
- نحوه استیفای منفعت وراثت: ۹۳
- نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه در مورد انتقال ناشی از ارث: ۹۴
- (ب)- انتقال قضایی ۹۵
- (ج)- انتقال اجرایی ۹۶
- ۱- خلاصه نظریات مخالفین قابلیت توقیف حق کسب یا پیشه یا تجارت ۹۷
- ۲- خلاصه نظریات موافقین قابلیت توقیف حق کسب یا پیشه یا تجارت ۹۹
- مصادیق انتقال اجرایی: ۱۰۲

- ۳-۴ ترتیب بازداشت «حق کسب یا پیشه یا تجارت» ۱۰۳
- ۱- وجود قرارداد رسمی اجاره: ۱۰۳
- ۲- نبودن قرارداد رسمی اجاره: ۱۰۴
- ۳-۵ فروش «حق کسب یا پیشه یا تجارت» ۱۰۵
- فصل چهارم: مقایسه سرقتی با حق کسب، پیشه یا تجارت ۱۰۹
- ۴-۱ سرقتی و حق کسب، پیشه یا تجارت در حقوق اسلام ۱۱۰
- ۴-۲ تفاوت های حق کسب یا پیشه یا تجارت با حق سرقتی: ۱۱۱
- ۴-۳ شباهت های حق کسب یا پیشه یا تجارت با حق سرقتی: ۱۱۵
- ۴-۴ جمع بندی نظرات فقها در مورد سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ۱۱۶
- ۴-۵ جمع بندی نظرات مراجع قانونی در مورد سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت ۱۱۷
- ۴-۶ نتایج و پیشنهادها ۱۲۱
- پیشنهادها: ۱۲۳
- فهرست منابع ۱۲۴
- منابع فارسی ۱۲۴
- منابع عربی ۱۲۶

مقدمه

یکی از موضوعاتی که اکثراً در شهرهای بزرگ شاهد آن هستیم نقل و انتقال سرقتی اماکن تجاری بدون علم و اطلاع طرفین از قوانین حاکم بر سرقتی این اماکن می باشد. سرقتی که در قانون قدیم روابط موجر و مستاجر با نام «حق کسب و پیشه یا تجارت» شناخته شده بود، حقی است که قانونگذار برای مستاجران اماکن تجاری در نظر گرفته بود تا از آنها به نحوی ویژه حمایت کرده باشد. به عبارت دیگر، سرقتی تنها در خصوص اماکن تجاری تعریف می شود و برای اماکن مسکونی چنین حقی قابل شناسایی نمی باشد. دلیل حمایت ویژه قانونگذار این بود تا از حاصل زحمات مستاجران در رونق دادن ملک تجاری حمایت کند. به عنوان مثال فرض کنید شما مغازه ای را از مالک آن اجاره و در آن اقدام به راه اندازی طلافروشی می کنید. با مرور زمان و تلاش فراوان، شهرت مغازه افزایش و مشتریان زیادی جذب می کنید. حال اگر مالک بعد از اتمام مدت قرارداد، شما را از مغازه بیرون کند آن شهرت و اعتباری که شما با سعی و تلاش فراوان به دست آورده بودید به نفع مالک مورد استفاده قرار میگیرد و شما مجبور می شوید به مغازه ای دیگر رفته و دوباره از نو شروع کنید.

به همین دلیل قانونگذار از حقوق مستاجران اماکن تجاری در مقابل مالکان دفاع می کند.

- اما نکته بسیار مهم این است که روابط میان مالک و مستاجر بر اساس کدام قانون و تحت چه شرایطی

تنظیم شده است؟ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و یا قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶؟

قانون گذار تا قبل از سال ۱۳۷۶ معتقد بود که، سرقتی همان حق کسب و پیشه و تجارت است و تفاوتی میان این دو قائل نبود. مردم نیز مفهوم سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت را یکی می‌دانند. اما باید دانست که از نظر حقوقی و قانونی این دو مفهوم با یکدیگر تفاوت دارند، سرقتی پولی است که در ابتدای قرارداد اجاره، علاوه بر اجاره بها، بابت انتقال منافع ملک تجاری، توسط صاحب ملک از مستاجر گرفته می‌شود اما حق کسب و پیشه و تجارت حقی است که تاجر از تداوم اشتغال در مکانی که اجاره کرده است به علت حسن شهرت و معروفیتی که در محل مزبور موثر افتاده است به دست می‌آورد. در حقوق ایران نیز، به خصوص حقوق مذهبی اسلام بین حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت تفاوت بنیادی وجود دارد، زیرا سرقتی در شرع اسلام مسئله‌ای پذیرفته شده و مقبول می‌باشد ولی حق کسب و پیشه و تجارت مسئله‌ای غیر شرعی تلقی شده است.

در این تحقیق در صدد هستیم تا با بررسی مفاهیم حقوقی و فقهی سرقتی و همچنین حق کسب و پیشه و تجارت و مصادیق آنها و آشنایی با قوانین موجود در این زمینه و همچنین راه‌های انتقال سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت راهکارهای مناسبی برای افزایش آگاهی افراد جامعه، کاهش ریسک معاملات تجاری و پیش‌گیری از وقوع اختلاف در این معاملات ارائه نماییم.

تعریف مسئله و بیان اصلی تحقیق :

سرقفلی به دلیل جایگاه مهم و با ارزشی که در عرصه دارایی اشخاص و به طور کلی مباحث اقتصادی و تجارت و بازار داراست، علاوه بر مفاهیم عمومی و کلی موضوع بایستی به مبانی اساسی دیگری از جمله منشأ ایجاد حق، ماهیت حقوقی، نحوه انتقال و تفاوت آن با سایر مفاهیم مشابه، تطبیق آن با ادله شرعی و غیره توجه نمود.

هرچند سرقفلی همانند بسیاری از عقود و نهادهای حقوقی دیگر که منشأ مالکیت های متعددی در مجموعه دارایی اشخاص می‌گردند، حق منجز، مالی، قانونی و شرعی است بنابراین می‌تواند مورد ارث، معامله و یا رهن قرار گیرد. در زمره اموال غیر مادی است که قابل تصرف دادن و تصرف گرفتن نیست و اگر چه معاملات آن در قالب عقود معین در قانون مدنی قابل تعریف نیست لیکن نمی‌توان بر اساس مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی موضوع عقد قرار گیرد، از آنجا که این حق به تبع مال غیرمنقول که قبلاً به اجاره واگذار شده ایجاد می‌گردد لذا در زمره اموال غیر منقول تبعی محسوب می‌گردد، و از آنجا که با اصلاح مواد ۹۴۶ و ۹۴۷ قانون مدنی زوجه از بهای تمام اموال غیرمنقول شوهر ارث می‌برد در این صورت سهم الارث زوجه بهای سرقفلی خواهد بود. همچنین با تحقیق و تعامل نسبت به جوانب و ارکان تشکیل دهنده این تحقیق مشاهده می‌گردد که این حق حوزه تعریف مشخصی نداشته و قسمتی از دامنه شمول آن با واژگان دیگری زیر عنوان حق کسب و پیشه و تجارت همپوشی دارد و در عین حال تفاوت بین آنها قابل ملاحظه است.

برای نمونه دکتر کاتوزیان در انتقاد از گزینش حق کسب و پیشه و تجارت به جای سرقتی گفتند: این اصطلاح برای نخستین بار در قانون روابط مالک و مستاجر مصوب ۱۳۳۹ به کار رفت و با تغییر مختصری در قانون کنونی روابط مالک و مستاجر تکرار شد. قانون‌گذار از کلمه متعارف سرقتی دست برداشت و به جای آن کلمات نامأنوس حق کسب یا پیشه یا تجارت را برگزید. این گزینش از نظر ادبی و دلالت بر مفهوم حق این عیب مهم را دارد که اصطلاحی جامع بین حقوق بازرگانان و پیشه‌وران ارائه نمی‌کند و قدر مشترک آن را نمی‌رساند. چنین می‌نماید که حق کسب و حق پیشه و حق تجارت سه مفهوم جداگانه هستند که در پاره‌ای از احکام با هم شباهت دارند، در حالی که واقعیت بر خلاف این ظهوراست. ماهیت و اوصاف اصلی حق در همه موارد یکی است و حق تاجر یا پیشه‌ور مظاهر گوناگون و اقسام یک مفهوم هستند.

ایشان سرقتی را در مفهوم عام و جهانی آن چنین تعریف می‌کنند "حقی است بر مشتریان دائم و سرمایه تجارتخانه" و ادامه می‌دهند: این حق را در فارسی «مایه تجارت» می‌توان ترجمه کرد. ولی، سرقتی در حقوق ایران مفهومی به این وسعت ندارد. حق سرقتی، که قانون روابط موجر و مستاجر از آن به حق کسب یا پیشه یا تجارت تعبیر کرده: حقی است که به موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود و در عرف بازار نیز وقتی می‌گویند سرقتی مغازه اش را فروخت یعنی آن را تخلیه کرده و به دیگری واگذار نمود که این مفهوم هیچگاه شامل انتقال سرمایه تاجر به نام تجاری او نمی‌شود.

بنابراین می توان نتیجه گرفت: سرقفلی، مبلغی وجه نقد می باشد که مستاجر در ابتدای اجاره به مالک پرداخت می کند تا محل را از وی اجاره کند با اولویت در اجاره، با حقی مشروط، اما حق کسب و پیشه، صرفاً از کسب شهرت و رونقی که مستاجر در ملک موجر به وجود می آورد حاصل می شود بنابراین حق کسب و پیشه تدریج الحصول بوده و به میزان فعالیت مستاجر در ملک موجر بستگی دارد. در هر دو حالت مستاجر در صورت عدم تخلف از شروط اجاره سرقفلی و حق کسب و پیشه مبلغ یا مالی را که از جانب مستاجر به موجر پرداخت شده را می تواند مطالبه نماید.

اسقاط حق کسب و پیشه در اصل اجاره، با توجه به اینکه هنوز به وجود نیامده به لحاظ عدم امکان اسقاط «ما لم یجب» ممکن نیست. در حالیکه توافق طرفین مبنی بر اسقاط سرقفلی، مواجهه با هیچ ایرادی نیست. سرقفلی در صورت رد و بدل شدن از عوامل تقلیل اجاره بها می باشد اما حق کسب و پیشه چون به مرور ایجاد می گردد نه تنها باعث کاهش اجاره بها نیست بلکه ممکن است خود عامل افزایش اجاره بها نیز باشد. حق سرقفلی، قابل توقیف و واگذاری و انتقال به غیر است در حالی که حق کسب و پیشه قابل توقیف، واگذاری و انتقال به غیر نیز نیست مگر در صورت درخواست تجویز انتقال منافع و صدور حکم در این خصوص یا تفویض انتقال به غیر.

راه های واگذاری انتقال سرقفلی نیز قابل بحث است که شامل انتقال قراردادی یا اختیاری، انتقال قهری یا غیر ارادی، انتقال قضایی و اجرایی می باشد.

نظریات فقها:

بیشتر فقها از جمله حضرت امام خمینی(ره)، حضرت آیت الله خویی، مالک را در اخذ وجه از مستاجر در ابتدای اجاره به عنوان سرقفلی آزاد می دانند و فقط در عنوان این وجه و طریقه اخذ آن به نحوی که مؤدی دچار معصیت نشود و حرام نباشد بحث و اختلاف دارند و همچنین به وجود عرفی که در مورد امکان انتقال عین مستاجره از مستاجر اول به مستاجر دوم بدون رضایت موجر، موجد حقی باشد قائل نیستند و دخالت دولت در موارد ضرورت و اضطرار باعث ابقای مستاجر در عین مستاجره و استمرار تصرف او «بدون رضایت مالک» می شود، اما، این امر حق سرقفلی برای چنین مستاجری ایجاد نمی کند.

بنابراین به نظر می رسد که فقها به تحلیل ماهوی پدیده سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت و به تبع آن اختلاف در حرمت و حلیت و همچنین مالیت داشتن یا نداشتن آن پرداخته اند.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق :

نظر به مشکلات عدیده ای که از اختلاط مفاهیم سرقفلی و حق کسب و پیشه در جامعه به وجود می آمد انجام این تحقیق ضروری دیده شد.

جنبه جدید بودن و نو آوری طرح در چیست؟

تاکنون تحقیقات متعددی در راستای بررسی ماهیت سرقتی و حق کسب و پیشه از نظر فقهی و حقوقی انجام شده بود با توجه به اختلاف نظرهای متعددی که در این زمینه بوجود آمده است در تحقیق حاضر به طور جامع این موضوعات مورد بررسی قرار گرفت.

اهداف تحقیق

- ارایه مفهوم جامع از سرقتی و ارتباط آن با حق کسب و پیشه و تجارت
- استخراج موارد تشابه و تفاوت سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت
- دستیابی به نوآوری های قانون جدید سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت

سوالات تحقیق

سوالات اصلی

- ۱- ماهیت فقهی و حقوقی سرقتی چیست؟
- ۲- تفاوت سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت از نظر فقهی و حقوقی چیست؟

سوالات فرعی

- ۱- آیا حق کسب و پیشه و تجارت همان سرقتی است؟
- ۲- سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت قابل اسقاط است یا خیر؟

۳- عرف در سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت موجد حق می باشد یا تاثیری در این امر ندارد؟

فرضیات تحقیق

۱. با توجه به قانون ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ روابط موجر و مستاجر، سرقتی همان حق کسب و پیشه و تجارت است که عدم یا وجود سرقتی و یا به عبارت دیگر پرداخت یا عدم پرداخت سرقتی از ناحیه صاحب حق کسب و پیشه و تجارت، در بدو اجاره، به مالک و موجر فقط یکی از عوامل موثر در میزان و مقدار آن است و بدون پرداخت اولیه آن نیز برای مستاجر محل کسب حق کسب و پیشه و تجارت ایجاد خواهد شد.

در حالی که قانون گذار در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶، به طور کلی حق کسب و پیشه و تجارت را منسوخ و حق سرقتی را احیا نمود.

۲. صرف نظر از این که نظرات مختلفی در خصوص اسقاط حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت وجود دارد اما این چنین به نظر می رسد چون حق کسب و پیشه و تجارت به مرور در منافع مستاجر به وجود می آید قابل اسقاط نیست (طبق قاعده فقهی اسقاط مالیم یجب) اما در حق سرقتی چون مالک و موجر می تواند در ابتدا از مستاجر وجهی مطالبه نماید قابل اسقاط و اعراض می باشد که در چنین صورتی مالک نمی تواند در هنگام تخلیه از موجر حق سرقتی مطالبه کند.

۳. بیشتر فقها در خصوص عرف، تحقق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت را موجد حق نمی دانند در حالی که بعضی از فقها نیز به مکان تأثیر عرف اشاره کرده اند.

فصل اول:

کلیات