

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



رساله‌ی دوره‌ی دکتری تخصصی (PHD)

رشته: حقوق خصوص

عنوان: تحلیل مبانی سرفلی و حق کسب در حقوق ایران با مطالعه در حقوق فرانسه

و انگلیس

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر سیامک رهپیک

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر سید مرتضی قاسم‌زاده

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر علی اکبر فرح زادی

دانشجو:

لیلا جوانمرد

مرداد ۱۳۹۸

تقديم به

پيشگاه امام عصر (عج)

تا چه قبول افتد و چه در نظر آيد

بانشکر از زحمات استادان گرانقدر جناب آقای دکتر سیامک رسیک، جناب آقای دکتر سید مرتضی قاسم زاده و جناب آقای

دکتر علی اکبر فرح زادی که بارها سهمانی‌های بی‌دریغ‌شان را هکشتای موانع کار پژوهشی حاضر بودند؛

بانشکر از استادان گروه حقوق دانشگاه تهران و دانشگاه شهید چمران اهواز که تحتین قدم‌های کار پژوهشی حاضر، وام‌دار اعتماد آنان

بوده است.

بانشکر از خانواده ام که در تمام سختی‌های زندگی به‌مراهمی و مهربانی‌شان انگیزه‌ی ادامه‌ی مسیر بوده است.

و با سپاس از دوست عزیزم سرکار خانم دکتر نسرين خداجی که تحتین جاده‌های تلاش و صبر را به‌مراهم قدم‌های ایشان پی‌بومدم.

چکیده

پژوهش حاضر با هدف دست یابی به درک صحیحی از ماهیت، علت و فلسفه ی ایجاد سرقفلی و حق کسب به تحلیل مبانی آنها پرداخته است؛ به این منظور نظریه های متعددی که می تواند راجع به سرقفلی و حق کسب مطرح شود در حقوق ایران، فرانسه و انگلیس با روش توصیفی و تفسیری، جمع آوری شده و از میان آن ها مبانی مناسب با حقوق ایران برای سرقفلی و حق کسب انتخاب و مورد تحلیل قرار گرفته است. مطابق نتایج پژوهش حاضر، سرقفلی و حق کسب خود به خود به وجود نمی آید؛ به صرف وجود موقعیت تجاری مطلوب لزوماً یک ملک دارای سرقفلی نیست و با وجود حسن شهرت لزوماً یک تاجر دارای حق کسب نیست؛ سرقفلی و حق کسب را باید به وجود آورد به این صورت که قانون حق کسب را و تراضی طرفین، سرقفلی را به وجود آورده است و امتیازات قانونی در برابر وجهی به نام حق کسب و امتیازات قراردادی و گاه عرفی، در برابر وجهی به نام سرقفلی می باشد. حسن شهرت مستأجر در حقوق ایران به صورت مستقل مورد حمایت قرار نمی گیرد و فقط مستأجری که دارای حق کسب یا سرقفلی باشد، می تواند عوض حسن شهرت خود را دریافت نماید و اگر این مستأجر فاقد حق کسب یا سرقفلی باشد، هیچ گونه حمایتی از رونق کسب او به عمل نمی آید؛ حال آن که در حقوق انگلیس و فرانسه حسن شهرت تجاری به صورت مستقل مورد حمایت و به عنوان یک مال قابل خرید و فروش می باشد و تاجر در هر حال می تواند عوض حسن شهرت خویش را مطالبه نماید. در این رساله این نظریه به عنوان یک مبنای تحلیلی تقویت شده است و برخی نظرات فقهی معاصر آن را تأیید کرده اند.

واژگان کلیدی: سرقفلی، حق کسب، حسن شهرت، حق ورود، مایه ی تجاری، حق شهرت.

مقدمه.....	۱
۱- تبیین موضوع تحقیق	۲
۲- ضرورت و اهداف تحقیق	۲
۳- سؤالات تحقیق:	۳
۴- فرضیه‌های تحقیق	۳
۵- پیشینه‌ی تحقیق	۳
۶- قلمرو تحقیق	۵
۷- روش تحقیق	۵
۸- روش جمع آوری اطلاعات	۵
۹- نوآوری تحقیق	۵
۱۰- کاربردهای احتمالی تحقیق	۵
۱۱- ساختار تحقیق	۶
مبحث مقدماتی: پیشینه، مفهوم و ماهیت سرقتی و حق کسب.....	۸
گفتار نخست: پیشینه.....	۸
بند نخست: سرقتی	۸
بند دوم: حق کسب	۱۱
گفتار دوم: مفهوم و ماهیت.....	۲۳
بند نخست: سرقتی	۲۳
بند دوم: حق کسب	۲۸
فصل نخست: مبانی تحلیلی سرقتی و حق کسب.....	۳۱
مبحث نخست: موقعیت تجاری مطلوب.....	۳۲

۳۲	گفتار نخست: حقوق ایران.....
۳۳	بند نخست: سرقفلی معلول موقعیت تجاری مطلوب.....
۴۲	بند دوم: موقعیت تجاری مطلوب، عامل افزایش ارزش سرقفلی.....
۴۹	گفتار دوم: حقوق انگلیس و فرانسه.....
۴۹	بند نخست: حقوق انگلیس.....
۵۲	بند دوم: حقوق فرانسه.....
۵۵	مبحث دوم: حسن شهرت.....
۵۵	گفتار نخست: حقوق ایران.....
۵۵	بند نخست: حق کسب، معلول حسن شهرت.....
۶۰	بند دوم: حمایت مستقل از حسن شهرت.....
۶۲	الف: تحلیل نظریه‌ی حمایت از حسن شهرت (رونق کسب) مستأجر.....
۶۲	اول- ماهیت حسن شهرت.....
۶۵	دوم- تمایز حسن شهرت با دیگر حقوق مشابه.....
۶۲	ب: جایگاه حمایت از حسن شهرت مستأجر در حقوق ایران.....
۷۰	پ: نظرات فقها در ارتباط با حمایت از حسن شهرت مستأجر.....
۷۵	ت: چگونگی تشخیص وجود حسن شهرت و ارزیابی مقدار آن.....
۷۹	گفتار دوم: حقوق انگلیس.....
۷۹	بند نخست: مفهوم و اهمیت حق شهرت.....
۸۴	بند دوم: عوامل اثرگذار بر حق شهرت.....
۸۴	اول - کسب دایر.....
۸۴	دوم - مشتریان.....

۸۷	سوم- محل کسب
۸۸	چهارم- اسم تجاری
۸۴	پنجم- طول مدت اجاره
۸۴	ششم- سایر عوامل
۹۲	بند سوم: انتقال حق شهرت
۱۰۰	گفتار سوم: حقوق فرانسه
۱۰۱	بند نخست: ماهیت و عناصر مایه‌ی تجاری
۱۰۵	بند دوم: قرارداد بهره برداری از مایه‌ی تجاری
۱۰۸	بند سوم: آثار قرارداد فروش مایه‌ی تجاری
۱۰۸	اول - تکالیف فروشنده
۱۰۸	دوم - تکالیف خریدار
۱۰۸	سوم - تشریفات فروش
۱۱۰	بند چهارم: وثیقه‌ی مایه‌ی تجاری
۱۱۲	خلاصه‌ی فصل نخست
۱۲۰	فصل دوم: مبانی قانونی و قراردادی سرقتی و حق کسب
۱۲۲	مبحث نخست: مبانی قانونی
۱۲۲	گفتار نخست: حق کسب و سرقتی در حقوق ایران
۱۲۲	بند نخست: حق کسب
۱۲۵	بند دوم: سرقتی
۱۲۹	گفتار دوم: اجاره‌ی تجاری در حقوق فرانسه
۱۲۹	بند نخست: ایجاد

بند دوم: آثار	۱۳۱
اول- تجدید اجاره	۱۳۲
دوم- عدم افزایش اجاره	۱۳۳
سوم- دریافت غرامت اخراج	۱۳۲
چهارم- واگذاری اجاره	۱۳۶
مبحث دوم: مبانی قراردادی	۱۳۷
گفتار نخست: سرقفلی در حقوق ایران	۱۳۷
بند نخست: سرقفلی موضوع صدر ماده‌ی شش قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶	۱۳۸
اول- تمدید اجاره	۱۴۷
دوم- دریافت قیمت عادلانه ی روز سرقفلی به هنگام تخلیه	۱۴۹
سوم- تأخر یا تقدم تخلیه نسبت به پرداخت قیمت سرقفلی	۱۵۰
قسمت اول - تقدم پرداخت قیمت سرقفلی نسبت به تخلیه	۱۵۱
قسمت دوم - تقدم تخلیه نسبت به پرداخت قیمت سرقفلی	۱۵۳
بند دوم: سرقفلی موضوع ذیل ماده‌ی شش قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶	۱۵۶
بند سوم: سرقفلی موضوع تبصره ی ماده‌ی شش قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶	۱۵۶
گفتار دوم: حق ورود در حقوق فرانسه	۱۷۷
بند نخست - حق ورود به عنوان مبلغی اضافه بر اجاره بها	۱۷۹
بند دوم - حق ورود به عنوان غرامت ارزش پولی ساختمان	۱۸۳
خلاصه‌ی فصل دوم	۱۸۷
نتیجه	۱۹۶
پیشنهادها	۱۹۹

مقدمه

سرقفلی و حق کسب دو نهاد متفاوت می باشند. سرقفلی قبل از سال ۱۳۱۷ در عرف وجود داشته است اما حق کسب در سال ۱۳۳۹ توسط قانونگذار ایجاد شده و صرف انعقاد رابطه ی استیجاری تحت شمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ برای شکل گیری حق کسب کافی است اما برای ایجاد سرقفلی، صرف انعقاد عقد اجاره تحت شمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ کافی نیست؛ بلکه باید شرایط دیگری که در مواد شش تا هشت این قانون آمده است، وجود داشته باشد تا سرقفلی ایجاد شود. این دو نهاد متمایز، مبانی متفاوتی نیز خواهند داشت.

مبانی، معانی مختلفی دارد. در لغت به معنای ریشه و بنیان چیزی و در دانش حقوقی عبارت است از نیروی الزام آور حقوق که آدمی را به اجرای مقررات و می دارد. ما در این رساله، درصدد می باشیم که منشأ اجتماعی و اقتصادی که به سرقفلی و حق کسب، مشروعیت می بخشد را ذیل عنوان مبانی تحلیلی یا فلسفی و منشأ قانونی یا قراردادی حق کسب و سرقفلی را که توجیه کننده ی ایجاد چنین حقی می باشند را ذیل عنوان مبانی قانونی و قراردادی بررسی نماییم. وجود حسن شهرت برای حق کسب و موقعیت تجاری مطلوب برای سرقفلی به عنوان مبانی تحلیلی و امتیازات قانونی برای ایجاد حق کسب و امتیازات قراردادی برای وجود سرقفلی به عنوان مبانی قانونی و قراردادی، قابل طرح می باشند.

در این رساله به جای اصطلاح طولانی "حق کسب یا پیشه یا تجارت" از عبارت "حق کسب" استفاده شده است زیرا تمایزی میان حق کاسب با پیشه ور و تاجر نمی باشد؛ همان طور که قانونگذار نیز میان این عبارات، حرف "یا" را به کار برده است زیرا اولاً- کاسب، شخصی می باشد که کالایی را به قصد فروش و کسب سود به همان شکل یا با تغییر مختصر در آن می فروشد؛ مانند بقال، قصاب، کتاب فروش و مطابق بند یک از ماده ی دو قانون تجارت، می توان گفت، کاسب همان تاجر است. ثانیاً- کسبه ی جزء به استناد ماده ی شش قانون تجارت، تاجرند؛ اگر چه از انجام برخی تکالیف مربوط به تاجر معاف شده اند.

ثالثاً- اصطلاح "حق کسب یا پیشه یا تجارت" از قوانین روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ و روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ وارد حقوق ایران شد و مطابق این قوانین، همه ی مستأجرین اماکن تجاری، واجد حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشند، اعم از این که تاجر، کاسب یا پیشه ور باشند.

۱- تبیین موضوع تحقیق

یکی از مسائلی که در رابطه با عقد اجاره مطرح می‌شود، سرقتی و حق کسب است. سرقتی به حقی که موجر یا مستأجر در رابطه با ملک تجاری دارد و هم چنین به وجهی که در عوض اسقاط یا انتقال این حق به موجر یا مستأجر پرداخت می‌گردد، اطلاق می‌شود؛ حق کسب نیز به حقی که مستأجر در رابطه با ملک استیجاری تجاری دارد و هم چنین به وجهی که در عوض اسقاط یا انتقال این حق به ایشان پرداخت می‌گردد، اطلاق می‌شود. در این رساله، تلاش شده است تا مبانی سرقتی و حق کسب تحلیل شود. ذیل تحلیل مبانی سرقتی و حق کسب، نوشته‌ی حاضر در صدد است تا فلسفه و علت ایجاد سرقتی و حق کسب را در رابطه‌ی موجر و مستأجر، تحلیل و مستندات قانونی و قراردادی سرقتی و حق کسب را بررسی و هم چنین با بررسی حقوق فرانسه و انگلیس، ضمن شناسایی و تحلیل نهادهای مشابه سرقتی و حق کسب، علت و فلسفه‌ی ایجاد چنین نهادهایی را نیز در حقوق این کشورها بررسی و با علت ایجاد سرقتی و حق کسب در حقوق ایران، مقایسه نماید.

۲- ضرورت و اهداف تحقیق

امروزه با وجود پژوهش‌های ارزشمندی که در رابطه با سرقتی و حق کسب صورت گرفته است اما اولاً- هم چنان ابهام و اختلاف نظر پیرامون ماهیت و مبانی سرقتی و حق کسب وجود دارد. ثانیاً- اهمیت حسن شهرت و رونق کسب مستأجر در حاشیه‌ی بحث سرقتی و حق کسب قرار دارد. ثالثاً- مطالعه‌ی تطبیقی قابل توجهی در حوزه‌ی سرقتی و حق کسب صورت نگرفته است. برای حل مسائل نام برده شده، اهداف تحقیق حاضر این است که ۱- از طریق تحلیل مبانی سرقتی و حق کسب ماهیت این دو نهاد تبیین گردد.

۲- از طریق تحلیل مبانی نظریه‌ی حمایت از حسن شهرت مستأجر، حمایت حقوقی مستقلی از این حق مستأجر به عمل آورده شود.

۳- با مطالعه‌ی تطبیقی پیرامون نهادهای مشابه سرقتی و حق کسب در حقوق انگلیس و فرانسه ضمن آشنایی با این نهادها، زمینه‌ی اقتباس نقاط مثبت حقوق کشورهای مزبور در زمینه‌ی سرقتی و حق کسب فراهم آید.

۳- سؤالات تحقیق:

- ۱- مبنای تحلیلی سرقتی و حق کسب چیست؟
- ۲- مبنای قانونی و قراردادی سرقتی و حق کسب کدام اند؟
- ۳- نهادهای مشابه سرقتی و حق کسب در حقوق فرانسه و انگلیس کدام اند؟

۴- فرضیه‌های تحقیق

- ۱- موقعیت تجاری مطلوب به عنوان مبنای تحلیلی سرقتی و وجود حسن شهرت تاجر به عنوان مبنای تحلیلی حق کسب قابل طرح است.
- ۲- امتیازاتی که قانونگذار جهت ایجاد ثبات در کسب به مستأجر اعطا می نماید، مانند امکان دریافت وجهی به هنگام تخلیه، حق تمدید و عدم امکان افزایش آزادانه اجاره بها، مبنای قانونی حق کسب و وجود امتیازاتی که بر مبنای توافق و حاکمیت اراده واگذار می شود، مانند حق دریافت قیمت عادلانه سرقتی به هنگام تخلیه، موکول بودن تخلیه به پرداخت قیمت عادلانه سرقتی و حمایت از حسن شهرت مستأجر، مبنای قراردادی سرقتی می باشد.
- ۳- در حقوق انگلیس، حق شهرت^۱ و در حقوق فرانسه، مایه‌ی تجاری^۲، مالکیت تجاری^۳ و حق ورود^۴ را می توان به عنوان نهادهای مشابه سرقتی و حق کسب دانست.

۵- پیشینه‌ی تحقیق

تحقیقاتی که در حوزه‌ی سرقتی و حق کسب انجام شده است را می توان به سه دسته تقسیم نمود: الف) دسته‌ی نخست از تحقیقات، آثار نهادهای مزبور از جمله محل‌هایی که سرقتی و حق کسب به آن‌ها تعلق می‌گیرد، نحوه‌ی ارزیابی، انتقال، توقیف و موارد سقوط را به تفصیل بررسی و ماهیت و مبنا را به اجمال تحلیل نموده‌اند. آثار ذیل از آن جمله‌اند: بهرامی، زهرا، سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت، چاپ پنجم، نگاه بینه، تهران، ۱۳۸۷. - جوانمرد، لیلا، مقایسه‌ی حق سرقتی و کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ایران، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۰ - خندانی مهدی،

-
- 1- Good will
 - 2- fond de commerce
 - 3- propriete commerciale
 - 4- pas de porte

بررسی فقهی حقوقی سرقفلی، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید، قم، ۱۳۸۱- کاکا اله، کیوان، بررسی احکام سرقفلی در فقه امامیه و اهل سنت و حقوق موضوعه ایران، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه قم، قم، ۱۳۸۶- کشاورز، بهمن، بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، چاپ چهاردهم، نشر کشاورز، تهران، ۱۳۸۴- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، چاپ ششم، انتشارات کشاورز، تهران، ۱۳۸۵. این در حالی است که در نوشته‌ی حاضر به صورت تخصصی به تحلیل مبنای سرقفلی و حق کسب پرداخته شده است.

ب) برخی دیگر از تحقیقات، اگر چه به صورت تفصیلی تر به ماهیت و مبنای سرقفلی و حق کسب پرداخته‌اند اما پژوهش‌های مزبور فاقد بررسی تطبیقی می‌باشند؛ آثار ذیل از آن جمله‌اند: زینالی، مهدی، حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی در حقوق ایران، چاپ نخست، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸-؛ فلاح، محمدرضا، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶)، جلد نخست، چاپ دوم، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸-؛ فلاح، محمدرضا، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶)، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸-؛ فلاح، محمدرضا، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستأجر (مصوب ۲۶ مرداد ماه ۱۳۷۶)، چاپ دوم، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸. این در حالی است که نوشته‌ی حاضر به تفصیل و از نظر تحلیل مبنای سرقفلی و حق کسب به بررسی تطبیقی در حقوق کشورهای انگلیس و فرانسه می‌پردازد.

پ) دسته‌ی سوم از تحقیقاتی که با بحث سرقفلی یا حق کسب مرتبط می‌باشند، به تفصیل مباحث اموال و مالکیت، عقود معین، عقد اجاره، حقوق تجارت یا مباحث ارزیابی و کارشناسی را بررسی و به صورت مختصر به موضوع سرقفلی پرداخته‌اند؛ آثار ذیل از آن جمله‌اند: - ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ یازدهم، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۵. - علیزاده خرازی، محمد مسعود، بررسی تحلیلی روابط اقتصادی موجر و مستأجر، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸. - کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، چاپ پنجم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۱. - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۱.

حال آن که در پژوهش حاضر، به صورت اختصاصی و انحصاری به بحث سرقفلی و حق کسب، پرداخته شده است.

۶- قلمرو تحقیق

تحقیق حاضر به بررسی سرقتی و حق کسب از زمان پیدایش این نهادها تا کنون در حقوق ایران می‌پردازد و علاوه بر این که به مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلیس پرداخته است، سرقتی و حق کسب را صرف نظر از آثار آن‌ها از نظر مبنا مورد تحلیل قرار می‌دهد.

۷- روش تحقیق

تحقیق حاضر با روش توصیفی و تفسیری فراهم آمده است.

۸- روش جمع آوری اطلاعات

اطلاعات رساله‌ی حاضر با جستجو و مطالعه‌ی کتابخانه‌ای جمع آوری شده است.

۹- نوآوری تحقیق

رساله‌ی حاضر، نخستین اثری می‌باشد که صرف نظر از آثار سرقتی و حق کسب، اولاً به طور مستقل و عمده به تحلیل مبانی این دو نهاد می‌پردازد. ثانیاً- نظریه‌ی حمایت مستقل از حسن شهرت مستأجر را مطرح می‌نماید. ثالثاً- به تفصیل و از نظر تحلیل مبانی سرقتی و حق کسب به بررسی تطبیقی در حقوق کشورهای انگلیس و فرانسه می‌پردازد.

۱۰- کاربردهای احتمالی تحقیق

پژوهش راجع به تحلیل مبانی سرقتی و حق کسب و انجام مطالعه‌ی تطبیقی در این رابطه اولاً- ابهامات را از چهره‌ی سرقتی و حق کسب برطرف و بر غنای دانش حقوقی کشور می‌افزاید و جهت حل مسائل به حقوق دانان کمک می‌نماید. ثانیاً- با ارائه‌ی نظریه‌ی حمایت مستقل از حسن شهرت مستأجر، امکان دریافت عوض حسن شهرت، حتی در صورت عدم وجود حق کسب یا سرقتی را فراهم و با ایجاد زمینه‌ی افزایش سرمایه‌ی کسب مستأجر به عنوان یکی از فعالان عرصه‌ی تجارت به رونق اقتصادی کشور کمک می‌نماید. ثالثاً- مطابق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶ در زمان اتمام مدت قرارداد اجاره، مستأجر واجد حق سرقتی، ملزم به تخلیه و موجر نیز مکلف به پرداخت قیمت عادلانه‌ی سرقتی به ایشان می‌

-باشد اما در قانون مذکور صراحتاً تعیین نشده که ایفای کدام یک از این تکالیف، مقدم بر دیگری است. تقدم یا تأخر پرداخت سرقفلی نسبت به تخلیه، مسأله ای است که پاسخ به آن بر سرمایه ی مستأجر، جهت استمرار کسب در محل جدید، تأثیرگذار خواهد بود. در پاسخ به سوال مزبور، میان قضات و دیگر حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی تخلیه ی ملک را منوط به دریافت عوض سرقفلی می -دانند؛ حال آن که گروهی دیگر قائل به ضرورت تخلیه پیش از دریافت این مبلغ می -باشند. پژوهش حاضر با تبیین مبنای سرقفلی بر اساس قرارداد می تواند به اختلاف نظر مزبور، پایان دهد زیرا با توجه به این که در عرف، امر تخلیه منوط به پرداخت قیمت سرقفلی می باشد، موجری که حق سرقفلی را به مستأجر اعطا می کند اولاً به حکم عرف و ثانیاً با علم به وجود چنین شرطی، تقدم پرداخت عوض سرقفلی را بر امر تخلیه به صورت ضمنی پذیرفته است.

۱۱- ساختار تحقیق

به نظر می رسد پیش از آن که ماهیت و چیستی سرقفلی و حق کسب تبیین گردد، نمی توان به تحلیل مبنا و چرایی آن پرداخت؛ بر همین اساس در رساله ی حاضر یک مبحث مقدماتی به پیشینه، مفهوم و ماهیت سرقفلی و حق کسب اختصاص داده شده است.

دو دیدگاه در مورد مبنای سرقفلی و حق کسب وجود دارد. مطابق دیدگاه نخست، سرقفلی و حق کسب خودشان به وجود می آیند؛ به این صورت که وجود حسن شهرت مستأجر منجر به ایجاد حق کسب برای او و وجود موقعیت تجاری مطلوب، منجر به ایجاد سرقفلی برای موجر می شود و اما مطابق دیدگاه دوم، سرقفلی و حق کسب خود به خود ایجاد نمی شوند، بلکه باید آن ها را به وجود آورد؛ به این صورت که بر اساس حکم قانون، حق کسب و به حکم قرارداد، سرقفلی ایجاد می شود. دیدگاه نخست از آنجا که مبنا و فلسفه ی سرقفلی و حق کسب را صرف نظر از قانون و قرارداد و از نظر تحلیل اجتماعی و اقتصادی بررسی می نماید، تحت عنوان مبانی تحلیلی سرقفلی و حق کسب و دیدگاه دوم از آنجا که مبنای سرقفلی و حق کسب را با توجه به قانون و قرارداد بررسی می نماید، تحت عنوان مبانی قانونی و قراردادی سرقفلی در نوشته ی حاضر مطرح شده است؛ بر همین اساس، این رساله در دو فصل، مبانی سرقفلی و حق کسب را مورد تحلیل قرار داده است. ذیل فصل نخست در دو مبحث

به موقعیت تجاری مطلوب به عنوان مبنای سرفغلی و حسن شهرت به عنوان مبنای حق کسب و ذیل
فصل دوم در دو مبحث به مبنای قانونی برای حق کسب و قراردادی برای سرفغلی پرداخته شده است.

مبحث مقدماتی: پیشینه، مفهوم و ماهیت سرقتی و حق کسب

با توجه به اختلاف نظرها و ابهاماتی که راجع به ماهیت و پیشینه سرقتی و حق کسب وجود دارد، لازم است که به عنوان یک مبحث مقدماتی و پیش از ورود به مباحث تحلیل مبنا، راجع به پیشینه، مفهوم و ماهیت سرقتی و حق کسب توضیح داده شود؛ بر همین اساس ذیل این مبحث علاوه بر طرح نظرهای مختلف پیرامون مفهوم و ماهیت سرقتی و حق کسب، در مورد پیشینه موضوع توضیح اجمالی نیز داده خواهد شد.

گفتار نخست: پیشینه

ذیل این گفتار به طور مختصر به پیشینه قانونی و تاریخی سرقتی و حق کسب پرداخته می‌شود و سپس شرح مختصری در رابطه با نهادهای مشابه سرقتی و حق کسب در حقوق انگلیس و فرانسه داده خواهد شد.

بند نخست: سرقتی

در خصوص پیشینه قانونی سرقتی می‌توان گفت اولین بار که واژه سرقتی در متون قانونی ایران ذکر شده، پانزده اسفند ۱۳۱۷ در آیین نامه‌ی اجرایی "قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات" بوده است.^۱ علاوه بر آن از سال ۱۳۱۷ تا سال ۱۳۷۶ در قوانین دیگری از جمله تبصره‌ی ماده‌ی صد شهرداری مصوب ۱۳۵۸^۲، لایحه‌ی قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب

۱- ماده‌ی نه آیین نامه‌ی مزبور مقرر می‌دارد: "در مواردی که به علت غیبت موجر یا مخالفت او، تنظیم اجاره نامه به نماینده‌ی مدعی العموم واگذار می‌شود، سایر شرایط که در اجاره نامه قید و به عهده‌ی موجر و مستأجر گذارده می‌شود، باید منطبق با شرایط اجاره نامه‌ی قبلی باشد و چنان چه اجاره نامه‌ی در بین نباشد، شرایط عمومی از قبیل آب بها و هزینه برف روبی و ازاله‌ی خاکروبه و جبران کسر شیشه که معمولاً بر عهده مستأجر است و تأدیه‌ی عوارض مستغل و تعمیرات ضروری آن که به عهده‌ی موجر است و حق فسخ در صورت عدم تأدیه‌ی مال الاجاره تا ده روز بعد از موعد و هم چنین نبودن هیچ گونه حقی برای مستأجر از قبیل سرقتی و صنفی و غیره در اجاره نامه قید می‌شود". نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۲۹۸۸ - ۱۳۱۷)

۲- "در مورد احداث بنای بدون پروانه در حوزه‌ی استفاده از اراضی مربوطه در صورتی که اصول فنی و بهداشتی و شهرسازی رعایت شده باشد، کمیسیون می‌تواند با صدور رأی بر اخذ بیمه به ازاء هر متر مربع بنای بدون مجوز، یک دهم ارزش معاملاتی ساختمان یا یک پنجم ارزش سرقتی ساختمان، در صورتی که ساختمان ارزش دریافت سرقتی داشته باشد، هر کدام که مبلغ آن بیشتر است از ذینفع، بلا مانع بودن صدور برگ پایان ساختمان را به شهرداری اعلام نماید، اضافه بنای زائد بر تراکم مجاز بر اساس مفاد تبصره‌ی های دو و سه عمل خواهد شد". نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۰۰۸۸ - ۱۳۵۸/۰۷/۱۹)

۱۳۵۸^۱، قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۵^۲، قانون بودجه‌ی سال ۱۳۶۷^۳ و قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶^۴ از سرفق‌لی نام برده شده است.

به نظر می‌رسد، سرفق‌لی از عرف جامعه‌ی ایران وارد آیین نامه‌ی مذکور شده است. اگر چه تاریخ ایجاد سرفق‌لی به طور دقیق در عرف معلوم نمی‌باشد اما این امر که سرفق‌لی قبل از سال ۱۳۱۷ در میان عرف جامعه‌ی ما وجود داشته است، با توجه به وجود واژه‌ی سرفق‌لی در میان فرهنگ لغت‌هایی^۵ که

۱- در ماده‌ی ۱۵ لایحه‌ی قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۵۸/۹/۵ آمده است: "... هزینه‌ی تنظیم سند برعهده‌ی خریدار است و مالک از پرداخت مالیات انتقال املاک غیر منقول معاف خواهد بود، ولی مالیات ارزش سرفق‌لی که جزء قیمت کارشناس منظور شده است، وصول خواهد شد." (نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۰۱۳۶-۱۳۵۸/۰۹/۱۹)

۲- این ماده واحد مقرر می‌دارد: "از تاریخ تصویب این قانون، کلیه‌ی اماکن استیجاری که با سند رسمی، بدون دریافت هیچ‌گونه سرفق‌لی و پیش پرداخت، به اجاره واگذار می‌شود، در رأس انقضای مدت اجاره، مستأجر موظف به تخلیه آن می‌باشد، مگر آن که مدت اجاره با توافق طرفین تمدید شود، در صورت تخلف، دوائر ثبت مکلف به اجرای مفاد قانون هستند." (نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۳۶۵/۹/۸-۱۲۱۶۰)

۳- در شق ۱۵ از تبصره‌ی ۱۲ قانون بودجه‌ی سال ۱۳۶۷ نیز صراحتاً عنوان سرفق‌لی مطرح شده است: "به وزارت امور اقتصادی و دارایی اجازه داده می‌شود، در صورت افزایش مجموع موضوع ردیف‌های ۱۱۰۵۰۰ (مالیات اشخاص حقوقی غیر دولتی) و ۱۲۰۲۰۰ (مالیات مشاغل) و ۱۳۰۳۰۰ (مالیات نقل و انتقالات و سرفق‌لی) منظور در قسمت سوم این قانون ... الخ." (نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۲۵۵۱-۱/۱۱/۱۳۶۷)

۴- قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶/۵/۲۶ در ماده‌ی شش خود مقرر داشته است: "هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرفق‌لی از مستأجر دریافت نماید. هم چنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود، مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرفق‌لی دریافت کند. مگر آن که در ضمن عقد اجاره، حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد. تبصره‌ی یک: "چنانچه مالک سرفق‌لی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرفق‌لی، ملک را به دیگری واگذار نماید پس از پایان مدت اجاره، مستأجر اخیر حق مطالبه‌ی سرفق‌لی از مالک را ندارد." تبصره‌ی دو: "در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی، سرفق‌لی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه، مستأجر حق مطالبه‌ی سرفق‌لی به قیمت عادلانه‌ی روز را دارد."

ماده‌ی هفت: "هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود، تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه‌ی عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که هر ساله، عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید، در این صورت مستأجر می‌تواند از موجر یا مستأجر دیگر، مبلغی به عنوان سرفق‌لی برای اسقاط حقوق خود دریافت نماید."

ماده‌ی هشت: "هرگاه ضمن عقد اجاره شرط شود که مالک، عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره‌ی متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید، مستأجر می‌تواند، برای اسقاط حق خود یا تخلیه‌ی محل، مبلغی را به عنوان سرفق‌لی مطالبه و دریافت نماید."

ماده‌ی ده: "در مواردی که طبق این قانون دریافت سرفق‌لی مجاز می‌باشد، هرگاه بین طرفین نسبت به میزان آن توافق حاصل نشود، با نظر دادگاه تعیین خواهد شد. تبصره: مطالبه‌ی هرگونه وجهی خارج از مقررات فوق در روابط استیجاری ممنوع می‌باشد." (نقل از روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۹۹۱۵۲-۱۳۷۶/۶/۱۷)

۵- فرهنگ آندراج یکی از فرهنگ‌های زبان فارسی است که آن را محمد پادشا از ایالات دکن هندوستان جمع‌آوری نموده است. این کتاب نخستین بار در هند به چاپ رسید و سپس در سال ۱۳۳۵ هجری شمسی در تهران به چاپ رسیده است؛ همچنین فرهنگ لغت نظام، فرهنگی فارسی است که سید محمد علی داعی الاسلام در سال ۱۳۰۵ شمسی در دکن هندوستان منتشر نمود؛ همچنین فرهنگ لغت نفیسی در سال ۱۳۰۳ شمسی توسط دکتر میرزا علی اکبر خان نفیسی ناظم الاطبا تألیف شد. این کتاب مشمول ۲۶۰۰۰ لغت فارسی، تازی، ترکی و مغولی است.

مراجعه شده در ۱۸ خرداد ۱۳۹۸ از <https://fa.wikipedia.org>

قبل از سال ۱۳۱۷ نگاشته شده‌اند، قابل اثبات است؛ فرهنگ لغت آندراج در سال ۱۲۶۷ هجری شمسی تألیف شده است. در این فرهنگ لغت، ذیل واژه‌ی سرقفلی آمده است: "چیزی که کرایه دار، سوای کرایه‌ی حویلی یا دکان بگیرد و آن مزد گشودن قفل است و داخل کرایه نیست".^۱ فرهنگ لغت نفیسی ناظم الاطباء در سال ۱۳۰۳ شمسی تدوین شده است. در این فرهنگ لغت ذیل کلمه‌ی سرقفلی آمده است: "وجهی که از کرایه دار خانه و حویلی و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست".^۲ فرهنگ لغت نظام در سال ۱۳۰۵ هجری شمسی منتشر شده است. در این فرهنگ لغت ذیل کلمه‌ی سرقفلی آمده است: "پولی که علاوه بر کرایه‌ی دکان یا خانه یا امثال آن‌ها، کرایه کننده در ابتدا به مالک یا به کرایه کننده‌ی اول می‌دهد".^۳

معنای سرقفلی در این زمان، همان طور که از فرهنگ لغت‌های مذکور نیز به ذهن می‌رسد، مبلغی می‌باشد که مزد گشودن قفل است. چنین نهادی که معادل مزد گشودن قفل باشد، در غرب وجود نداشته است. مبلغ سرقفلی تا سال ۱۳۳۹ اندک بود؛ آن چنان که آن را مزد گشودن قفل می‌نامیدند اما پس از این تاریخ، مالکان جهت جبران امتیازاتی مانند حق کسب که قانونگذار به مستأجر می‌داد، به افزایش مبلغ سرقفلی اقدام نمودند.

در مورد پیشینه‌ی تاریخی سرقفلی و این که دقیقاً به چه نحو به وجود آمده است، اطلاعات کاملی در دست نیست ولی آن چه مسلم است، سرقفلی در عرف، دارای عمر نسبتاً طولانی می‌باشد؛ اگر چه در خصوص چگونگی رواج سرقفلی و این که نهاد مزبور، تحت تأثیر چه عواملی به وجود آمده اطلاعات کاملی وجود ندارد ولی در این رابطه گفته شده که تا دهه‌ی دوم سال‌های ۱۳۰۰ هجری شمسی، سرقفلی مطرح نبوده است اما در این برهه با تخریب قسمتی از محله‌ی سنگلج (پارک شهر فعلی) در دوران حکومت رضا خان تعداد قابل توجهی از مستأجرین مغازه‌های محله‌ی سنگلج به محله‌های اطراف روی آوردند و با توجه به کم بودن تعداد مغازه‌ها به نسبت تقاضا و مطالبه‌ی مبلغی علاوه بر اجاره بها از سوی مالکین برای اجاره دادن مغازه‌های جدید، به تدریج پرداخت مبلغی به نام

۱- پادشا(شاد)، محمد، فرهنگ لغت آندراج، جلد سوم، انتشارات خیام، تهران، ۱۳۳۶، ص ۲۴۰۸.

۲- نفیسی (ناظم الاطباء)، علی اکبر، فرهنگ نفیسی، جلد سوم، انتشارات خیام، تهران، ۱۳۱۷، ص ۱۸۸۴.

۳- داعی الاسلام، سید محمد علی، فرهنگ نظام، جلد سوم، نشر دانش، تهران، ۱۳۱۳، ص ۳۵۳.