

رسالة السيد احمد الحسن



به نام خدا مشور اخلاق پژوهش

مایاری از خداوند سبحان و اعتقاد بر این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتدای فرهنگ و تمدن بشری، مادیانجویان و اعضاء هیات علمی و واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل برانست: التزام به برانست جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به سائبه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم با حرمت با در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد گرمی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق
گرایش حقوق خصوصی

عنوان
مطالعه تطبیقی سرقتی در حقوق ایران و فرانسه

استاد راهنما
دکتر صالح فرهادی آجرلو

نگارنده
دانش امیری

شهریور ۱۳۹۸

ج



**Islamic Azad University
Germi Branch**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of M.A in Private Law**

**Title
Comparative goodwill study in Iran and France**

**Supervisor
Dr. Saleh Farhadi Ajerlou**

**By
Danesh Amiri**

September 2019

سپاسگزارى:

حمد و سپاس خداوندی را سزاست که دانش را به معرفت زیور داد و بدین سان انسان را اشرف مخلوقات قرار داد. بعد از سپاس از خالق یکتا بر خود وظیفه می دانم از تمامی اعضای خانواده ام و کلیه کسانی که در دوران تحصیل همواره مشوق و پشتیبان اینجانب بوده اند کمال تشکر را بنمایم همچنین از زحمات اساتید محترم و دانشجویان صمیمی و مهربان دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی و بالخصوص از استاد ارجمند جناب آقای دکتر صالح فرهادی آجرلو به عنوان استاد راهنما و اساتید داوران بی نهایت سپاسگزارم.

تقدیم به:

روح پدر و جاودانگی مادر عزیزم
همسر عزیز و گلی از گل‌های بهشت (طاها و تارا)
شاکرم بر پروردگار عالم که از روی کرم پدر و مادری
فداکار نصیب ساخته تا در سایه‌ی درخت پربرار وجودشان
بیاسایم و از ریشه‌ی آن‌ها شاخ و برگ گیرم و از سایه‌ی
وجودشان در راه کسب علم و دانش تلاش نمایم. والدینی که
وجودشان تاج افتخار بود بر سرم و نامشان دلیلی بر وجودم،
چرا که این دو فرشته پس از پروردگار مایه هستی‌ام بودند و
دستم را گرفته و راه رفتن را در وادی زندگی پرفراز و
نشیب آموختند اکنون که یکی از این دو فرشته (پدر) به سوی
ذات حق پر کشیده و از نعمت دعای خیرشان بی نصیب گشتم
روحشان شاد و یادش همیشه گرامی باد. و دیگری کلید دار
بهشت (مادر) و همسر عزیزم الگوی مهر و عطوفت رادرالفاظ
دلنوازی همچونی در حیاتم روشنی بخشیده‌اند و گلی از
گل‌های بهشت (طاها و تارا جان).

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱	چکیده
۲	مقدمه
۳	الف) بیان مسأله
۵	ب) اهمیت و ضرورت انجام تحقیق
۵	پ) سوالات تحقیق
۶	ت) فرضیه های تحقیق
۶	ث) پیشینه تحقیقات
۷	ج) روش تحقیق
۷	چ) تعریف واژه ها و اصطلاحات
۷	ح) ساماندهی تحقیق
	فصل اول: کلیات تحقیق
۹	۱-۱- تعریف سرقتی به اعتبار تقدم مستاجر
۹	۲-۱- تاریخچه سرقتی
۱۰	۳-۱- تعریف سرقتی در نظام حقوقی فرانسه
۱۰	۴-۱- ویژگی های سرقتی
۱۰	۵-۱- انواع سرقتی
۱۰	۶-۱- تعریف حق کسب، پیشه یا تجارت
۱۱	۷-۱- تاریخچه حق کسب یا پیشه یا تجارت
۱۱	۸-۱- سرقتی در نظام حقوقی کامن لا
۱۲	۹-۱- ویژگی های حق کسب یا پیشه یا تجارت
۱۲	۱-۹-۱- بقای حق کسب یا پیشه یا تجارت با وصف انقضای مدت
۱۲	۲-۹-۱- پیوند حق کسب یا پیشه با تصرف مستمر
۱۲	۳-۹-۱- وابستگی حق کسب یا پیشه یا تجارت با منافع عین مستاجر
۱۲	۴-۹-۱- شباهت های حق سرقتی با حق کسب یا پیشه یا تجارت
۱۳	۵-۹-۱- تفاوت های حق سرقتی با حق کسب یا پیشه یا تجارت
۱۴	۶-۹-۱- تفاوت دیگری که سرقتی با حق کسب یا پیشه یا تجارت دارد
۱۵	۱۰-۱- احکام سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت
۱۵	۱-۱۰-۱- سرقتی در رابطه مالک و مستاجر دست اول
۱۶	۲-۱۰-۱- سرقتی در رابطه مستاجر اول و مستاجر دوم
۱۶	۳-۱۰-۱- مبلغ سرقتی
۱۷	۴-۱۰-۱- چند نکته در باب سرقتی
۱۷	۱۱-۱- دعاوی مربوط به سرقتی و حق کسب و پیشه
۱۷	۱-۱۱-۱- موارد پرداخت کل سرقتی به مستاجر
۱۷	۱-۱۱-۱- تخلیه به لحاظ احداث بناء
۱۸	۲-۱۱-۱- تخلیه به منظور احتیاج شخصی موجر
۱۸	۳-۱۱-۱- تخلیه محل کسب برای سکونت
۱۸	۲-۱۱-۱- موردی که نصف سرقتی اسقاط می شود
۱۹	۳-۱۱-۱- موارد اسقاطی سرقتی
۱۹	۱-۱۱-۱- تخلیه به لحاظ تعدی و تفریط

۱۹ ۱۱-۳-۲- تخلیه به لحاظ تغییر شغل
۲۰ ۱۱-۳-۳- تخلیه به لحاظ عدم پرداخت اجاره بها
۲۰ ۱۱-۳-۴- تخلیه به لحاظ تخلف از شرط
۲۱ ۱۱-۳-۵- گزارش کارگاه حقوقی در مورد سرقتی
	فصل دوم: تطور عرفی و قانونی سرقتی در ایران
۲۲ ۲-۱- تحلیل ماهیت سرقتی و حق سرقتی
۲۲ ۲-۱-۱- تحلیل حقوقی سرقتی
۲۴ ۲-۱-۲- تحلیل حق سرقتی
۲۵ ۲-۱-۳- وجوه اشتراک و افتراق حق سرقتی با حق کسب و پیشه و تجارت
۲۹ ۲-۱-۴- تفاوت در منشا حق و سبب ایجاد آن
۳۱ ۲-۲- پیشینه قوانین روابط موجر و مستاجر در ایران
۳۳ ۲-۲-۱- ترادف یا تشابه حق کسب و پیشه و تجارت با بحث سرقتی
۳۴ ۲-۲-۲- حق کسب و پیشه و تجارت در فرانسه
۳۶ ۲-۲-۳- مدت در عقد اجاره
۳۸ ۲-۲-۳-۱- مدت اجاره تا زمانی که مستاجر مورد اجاره را تملک نماید
۳۸ ۲-۲-۳-۲- بقای عقد اجاره به اراده موجر یا مستاجر
۳۹ ۲-۲-۴- حق سرقتی در حقوق فرانسه
۴۰ ۲-۲-۵- ماهیت حقوقی حق کسب پیشه یا تجارت
۴۲ ۲-۲-۶- ضوابط معنوی و ضوابط مادی
۴۲ ۲-۲-۶-۱- ضوابط معنوی
۴۵ ۲-۲-۶-۲- حق کسب و پیشه یا تجارت در فرانسه
	فصل سوم: سرقتی و شرایط نقل و انتقال آن
۴۷ ۳-۱- فلسفه پیدایش سرقتی
۴۸ ۳-۱-۱- انواع سرقتی
۴۸ ۳-۱-۱-۱- سرقتی حاصل از حق کسب و پیشه
۴۸ ۳-۱-۱-۲- سرقتی واقعی
۴۸ ۳-۱-۲- اخذ مجوز انتقال از مالک در صورت عدم رضایت
۴۹ ۳-۱-۳- سرقتی به سه روش اختیاری، قهری و قضایی منتقل می‌شود
۴۹ ۳-۱-۳-۱- انتقال اختیاری
۴۹ ۳-۱-۳-۲- انتقال قهری
۴۹ ۳-۱-۳-۳- انتقال قضایی
۴۹ ۳-۱-۴- انتقال سرقتی در صورتی که سند سرقتی، عادی باشد
۴۹ ۳-۱-۵- انتقال سرقتی، در موارد رسمی بودن سند سرقتی
۴۹ ۳-۱-۶- انتقال سرقتی توسط شخص بدون داشتن حق انتقال به غیر
۴۹ ۳-۱-۷- تکلیف مالک سرقتی در صورت نبود حق انتقال و عدم رضایت مالک
۵۰ ۳-۱-۸- موجبات اسقاط حق کسب و پیشه و سرقتی
۵۰ ۳-۱-۹- اجاره دادن محل سرقتی
۵۰ ۳-۱-۱۰- تغییرات فیزیکی در محل سرقتی
۵۱ ۳-۱-۱۱- مقررات، قوانین و شرایط خاص سرقتی چیست؟
۵۱ ۳-۱-۱۱-۱- تفاوت و تشابه سرقتی واقعی و سرقتی حاصل از حق کسب و پیشه
۵۱ ۳-۱-۱۱-۲- مغازه داران و مالکان سرقتی نوع اول باید بدانند

۵۲	۳-۱-۱۱-۳- برای خرید سر قفلی یک ملک چه مواردی را باید رعایت کرد؟
۵۲	۳-۱-۱۲- نکات مربوط به فروش سر قفلی یک ملک
۵۲	۳-۱-۱۳- انواع سند سر قفلی
۵۳	۳-۱-۱۴- حکم اعطای نمایندگی یا وکالت برای استفاده از محل سر قفلی چیست؟
۵۳	۳-۱-۱۵- اقداماتی که باعث اسقاط حق کسب، پیشه و سر قفلی می شوند
۵۴	۳-۱-۱۶- حکم اجاره دادن محل سر قفلی
۵۴	۳-۱-۱۷- حکم انجام تغییرات فیزیکی در محل سر قفلی چیست؟
۵۴	۳-۱-۱۸- تحلیل رابطه حق سر قفلی با حق غیر منقول تبعی
۵۵	۳-۱-۱۸-۱- تبیین و تشخیص رابطه سر قفلی با حق غیر منقول تبعی
۵۷	۳-۱-۱۸-۲- مفهوم سر قفلی در نظام حقوقی ایران
۵۹	۳-۲- نتیجه گیری
۶۰	۳-۳- پیشنهادها
۶۱	منابع
۶۳	چکیده انگلیسی

چکیده

سرقفلی برای نخستین بار در حقوق موضوعه دول اروپای غربی مورد شناسایی قرار گرفته و از آنجا به تدریج پا به عرصه حقوقی و اقتصادی دیگر ممالک نهاده است. حق سرقفلی تاجر از جمله مالکیت غیر مادی است که زمان زیادی از پیدایش آن نمی گذرد و در اصل این پدیده در قرن حاضر در زندگی اقتصادی مردم بروز کرده و قانونگذاران را ناچار به وضع مقررات لازم در این مورد نموده است. اغلب کشورها مقررات سرقفلی را که از موضوعات بدون واسطه حقوق تجارت و اقتصاد اجتماعی است در میان قوانین تجاری خود جای داده اند و برخی کشورها نیز زمینه حقوق مدنی را محل مناسب ذکر این مقررات دانسته اند قانونگذار ما چند سال پس از پیدایش عملی پدیده سرقفلی در بازار ایران با وضع مقرراتی به نام (قانون روابط مالک و مستاجر) در خرداد ماه ۱۳۳۹ برای اولین بار به آن وجهه قانونی بخشید. قانونگذار در قوانین روابط مالک و مستاجر و روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ و نیز در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۵۸ و برخی مقررات دیگر به جای کلمه رایج (سرقفلی) از اصطلاح (حق کسب یا پیشه یا تجارت) استفاده کرده است امکان دارد گفته شود که این دو اصطلاح یکی نیستند و دومی اعم از اولی است بدین توضیح که سرقفلی اختصاص به بازرگانان دارد ولی حق کسب یا پیشه به غیر تجاری یعنی کسبه و پیشه وران و صاحبان حرفه و مشاغل تعلق می گیرد. قوانین مربوط به تنظیم روابط موجر و مستاجر به علت شیوع اجاره، از مهمترین قوانین هر کشور محسوب می شوند. همچنین، بحث سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، از بحثهای مهم اجاره محلهای تجاری هستند. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۶ با تصویب جدیدترین قانون روابط موجر و مستاجر، تغییرات عمیقی در این زمینه به وجود آورد، که شایسته کنکاش و بررسی است. پایان نامه حاضر به اختصار، ضمن بررسی مفهوم این دو واژه و ضرورت یا ضرورت نداشتن چنین تقسیم بندی، به بررسی مبانی این دو نهاد حقوقی می پردازد، سپس پیشینه آنها را به اشاره از نظر می گذراند. بخش دیگر این پژوهش ضمن اشاره به تفاوت های این قانون با وضعیتهای پیش بینی شده در قوانین سابق، به داورى در زمینه کم و کیف مفهوم سرقفلی، با معنای مورد نظر این قانون می پردازد. سرقفلی که در زبان فرانسه Fonds de commerce می نامند به حق تجاری تعبیر نموده است. ولی به نظر می آید که «اگر کلمه (سرقفلی) را که در زبان عامه مصطلح است قبول کرده و اگر عمومیت هم ندارد آنرا عمومیت بدهیم مناسب تر خواهد بود مضافاً بر اینکه هر حقی که در قانون تجارت به مناسبت شغل تجارت برای تاجر شناخته شده است، «تجارتی است» و لیکن حق سرقفلی که در حقوق فرانسه به عنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده است، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد» در راستای تحلیل و بررسی مسایل ابهام آمیز در روابط میان موجر و مستاجر، این قوانین در مقایسه با قوانین کشور فرانسه به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار می گیرد، چراکه با بررسی حقوق رومی ژرمن «که نمود آن را در قانون کشور فرانسه می یابیم.

کلید واژها: سرقفلی، حق کسب، حق پیشه، موجر و مستاجر، تجارت.

مقدمه

برای دستیابی و تحلیل نسبی موضوع تحلیل اقتصادی چنین به نظر می‌رسد در اماکن تجاری در بسیاری از شغل‌ها محل کار برای شخص اهمیت زیادی دارد. به این صورت که وقتی شخصی مغازه‌ای باز می‌کند بعد از یک مدت اعتباری پیدا می‌کند، مشتریهایی پیدا می‌کند حق سرقتی ناظر به همین حالت است یعنی حقی که برای صاحب مغازه در رابطه با مشتری‌ها و محل پیدا می‌شود. زیرا اگر مستأجر محل کارش را تغییر دهد مشتری‌های خود را از دست می‌دهد و مجدداً باید از صفر شروع کند. سرقتی مفهومی متمایز از حق کسب و پیشه و تجارت است و آنچه در قانون روابط مؤجر و مستأجر مورد بحث قرار گرفته حق کسب و پیشه و تجارت است نه سرقتی. با توجه به اینکه فقها در مورد خلاف شرع بودن این نهاد حقوقی حکمی نداده‌اند و قانونگذار بعد از انقلاب این پدیده را پذیرفته و اغلب محاکم حتی دیوان عالی کشور هم حق کسب و پیشه و تجارت را مورد حکم قرار داده‌اند و در عرف تجار هم این مسئله پذیرفته است در اعتبار حق کسب و پیشه و تجارت تردیدی نیست.

سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت که باید بین آنها تفاوت قائل شد، از مهم‌ترین مباحث مربوط به اجاره است که جایگاه بسیار مهمی در مباحث حقوقی و اقتصادی داشته و به عنوان یکی از نهادهای قانونی نوپا در نظام اقتصادی و قضایی ما می‌باشد و قدمت آن به کمتر از پنجاه سال ختم می‌گردد. به لحاظ فقهی نیز از مسائل جدید و نو پیدا تلقی می‌شود. پذیرش و توسعه مالکیت‌های غیرمادی یکی از تحولات بزرگ نظام‌های حقوقی و اقتصادی جهان است که امروزه در میان تمام ملل متمدن رسوخ کرده است. انسان‌های پیشین مالکیت را همواره منحصر به اشیای مادی می‌دانستند و برای آنها مالکیت‌های فکری و معنوی و سایر چهره‌های مالکیت غیرمادی مفهومی نداشت. این قبیل مالکیت‌ها که در اثر پیشرفت و تکامل دانش بشری وارد قلمرو حقوق شده است، برای نخستین بار در حقوق موضوعه دول اروپایی غربی مورد شناسایی قرار گرفته و از آنجا به تدریج پا به عرصه حقوقی و اقتصادی دیگر ممالک نهاده است. حق سرقتی تاجر از جمله مالکیت‌های غیرمادی است که زمان زیادی از پیدایش آن نمی‌گذرد و در اصل، این پدیده در قرن حاضر در زندگی اقتصادی مردم بروز کرده و قانونگذاران را ناچار به وضع مقررات لازم در این مورد نموده است (صدرزاده، ۱۳۵۱).

اغلب کشورها مقررات سرقتی را که از موضوعات بدون واسطه حقوق تجارت و اقتصاد اجتماعی است، در میان قوانین تجاری خود جا داده‌اند و برخی کشورها نیز زمینه حقوق مدنی را محل مناسب ذکر این مقررات دانسته‌اند قانونگذاران ما چند سال پس از پیدایش عملی پدیده سرقتی در بازار ایران، با وضع مقرراتی به نام قانون روابط مالک و مستأجر در خرداد ۱۳۳۹ (برای اولین بار به آن وجهه قانونی بخشیدند) (صدارت و نراقی، ۱۳۵۵)

تحولات صنعتی و اقتصادی باعث افزایش اموال منقول، اموال غیرمادی و اموال مبتنی بر دانش و حقوق معنوی شده است. در گذشته اموال غیرمنقول و مادی اهمیت بیشتری داشت اما امروزه بیشتر ثروت جوامع پیشرفته را سهام شرکت‌ها، مالکیت‌های صنعتی، طرح‌ها و مدل‌های صنعتی، اسرار تجاری، دانش فنی، مالکیت‌های ادبی و هنری، علائم تجاری، نام‌های تجاری (ماووپین^۱، ۲۰۰۸). نرم افزارهای رایانه‌ای، سرقتی و حقوق کسب یا پیشه یا تجارت تشکیل می‌دهند.

پدیده حق کسب و پیشه و تجارت از جمله حقوقی است که در بستر عرف رشد و نمو کرد و سرانجام در عرصه مجلس مقننه ظهور و جامه قانون بر تن کرد. این حق از بدو پیدایش، مسیر پرفراز و نشیبی را طی کرد. قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ این حق را به اوج رساند و قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ آن را به حاشیه راند. با این وجود حقی که بر اساس قوانین سابق خلق گردیده است ادامه حیات می‌دهد و اجرای آن توسط محاکم تضمین می‌شود. پس باید ماهیت این حق را شناخت و مرزهای آن را به درستی تعیین کرد و از اهمیت آن غافل نبود. در این تحقیق با رویکرد

تحلیلی به بررسی موضوع سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت در ایران می‌پردازیم و ضمن ارائه تعاریف حقوقی و فقهی این دو موضوع، افتراق و اشتراك آن نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. امروزه رابطه میان موجر و مستاجر صرفاً یک رابطه حقوق خصوصی نبوده و از آنجا که، نقش بسیار مهمی در رشد و توسعه اقتصاد و نیز، حفظ امنیت و ثبات جامعه دارد قانونگذار، ناگزیر، خود را به مداخله در این رابطه ساخته است.

همانطور که پیشتر بدان اشاره شد قوانین و مقررات اجاره، بالاخص در مورد اماکن تجاری به رغم تغییرات عمده، هنوز نتوانسته پاسخ روشن و صریحی را در خصوص پاره‌ای از مسایل مربوط ارائه نماید و همین موضوع، باعث شده حقوقدانان، با شناسایی اجزای لازم در خصوص این روابط، در صدد باشند بهترین راه حل‌های ممکن را جهت منظم ساختن و مدیریت آن تدوین نمایند که همین موضوع، باعث ایجاد تفاسیر مختلف و اختلاف نظر بسیار و همچنین تشتت آرا در محاکم گردیده است، به طوری که، حتی رویه‌های مختلف قضایی نتوانسته خلا ناشی از نقص قانونی را جبران نماید. در راستای تحلیل و بررسی مسایل ابهام‌آمیز در روابط میان موجر و مستاجر، این قوانین در مقایسه با قوانین کشور فرانسه به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار می‌گیرد، چراکه با بررسی حقوق رومی ژرمن «که نمود آن را در قانون کشور فرانسه می‌یابیم» و با توجه به انعطاف و تغییر آن، براساس نیازمندی‌های اقتصادی و اجتماعی جامعه جهانی و مقایسه‌ی آن با حقوق داخلی می‌توان به راه کارهای اصولی و نتایج منطقی تری دست یافت.

الف) بیان مسأله

امروزه سرقتی یکی از مقوله‌های اقتصادی در عرصه حقوقی مجامع بین‌المللی است که کشورها ملزم به رعایت و پایبند به مقررات تجاری و اقتصادی آن می‌باشند. پذیرش و توسعه مالکیت‌های غیر مادی یکی از تحولات بزرگ نظام‌های حقوقی و اقتصادی جهان است که در میان تمام ملل متمدن رسوخ کرده است انسانهای پیشین مالکیت را همواره منحصر به اشیا مادی می‌دانستند و برای آنها مالکیت‌های فکری و معنوی و سایر چهره‌های مالکیت غیر مادی مفهومی نداشت این قبیل مالکیت که در اثر پیشرفت و تکامل دانش بشری وارد قلمرو حقوق شده است برای نخستین بار در حقوق موضوعه دول اروپای غربی مورد شناسایی قرار گرفته و از آنجا به تدریج پا به عرصه حقوقی و اقتصادی دیگر ممالک نهاده است.

حق سرقتی تاجر از جمله مالکیت غیر مادی است که زمان زیادی از پیدایش آن نمی‌گذرد و در اصل این پدیده در قرن حاضر در زندگی اقتصادی مردم بروز کرده و قانونگذاران را ناچار به وضع مقررات لازم در این مورد نموده است.

اغلب کشورها مقررات سرقتی را که از موضوعات بدون واسطه حقوق تجارت و اقتصاد اجتماعی است در میان قوانین تجاری خود جای داده‌اند و برخی کشورها نیز زمینه حقوق مدنی را محل مناسب ذکر این مقررات دانسته‌اند قانونگذار ما چند سال پس از پیدایش عملی پدیده سرقتی در بازار ایران با وضع مقرراتی به نام (قانون روابط مالک و مستاجر) در خرداد ماه ۱۳۳۹ برای اولین بار به آن وجهه قانونی بخشید.

سرقتی مایه تجاری و نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ما مفهوم واحدی دارد. قانونگذار در قوانین روابط مالک و مستاجر و روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ و نیز در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۵۸ و برخی مقررات دیگر به جای کلمه رایج (سرقتی) از اصطلاح (حق کسب یا پیشه یا تجارت) استفاده کرده است امکان دارد گفته شود که این دو اصطلاح یکی نیستند و دومی اعم از اولی است بدین توضیح که سرقتی اختصاص به بازرگانان دارد ولی حق کسب یا پیشه به غیر تجار یعنی کسبه و پیشه‌وران و صاحبان حرفه و مشاغل تعلق می‌گیرد. ماهیت اقتصادی وجه سرقتی از مصادیق دارایی نامرئی است و درآمد

اتفاقی محسوب نمی‌شود، به شرط اینکه ناشی از کار کردن مستاجر و جمع آوری مشتریان باشد. میزان حقوق کسب و پیشه و یا تجارت با توجه به موضوعات زیر از طرف دادگاه تعیین می‌شود:

۱. موقعیت و مرغوبیت محل کسب و پیشه و تجارت ۲. شرایط کیفیت اجاره از لحاظ مزایایی که در عقد اجاره برای موجر یا مستاجر منظور گردیده است ۳. نوع کسب و پیشه یا تجارت و غیره آیین نامه نحوه تعیین و تشخیص و پرداخت حق کسب و پیشه یا تجارت ضوابط را ملاک تعیین میزان سرقفی پرداختی به مالکان دانسته و هیات‌های ارزیابی را مکلف نموده است که با ملاحظه ضوابط یاد شده نسبت به تعیین مقدار حق کسب و پیشه یا تجارت مالکان یا متصرفان که محل کار آنان در اثر اجرای طرح‌های احداث و توسعه معابر و نوسازی و عمران شهری از بین می‌رود اقدام نمایند.

حسب اعلام ماده ۱۸ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ تعیین مقدار حق کسب یا پیشه یا تجارت موکول به مراعات اصول و ضوابطی شده است که در آیین نامه خاصی پیش بینی می‌گردد تاکنون چنین آیین نامه ای به تصویب نرسیده و ضوابط تعیین سرقفی عملاً به دست کارشناسان رسمی دادگستری است که معمولاً ارزیابی خود را با توجه به نرخ خرید و فروش املاک مشابه در محل صورت می‌دهند. مهمترین عوامل و ضوابط تشکیل دهنده سرقفی در محل‌های مربوط در تداوم پایان نامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. مطالعه چند مورد از ویژگی‌های سرقفی می‌تواند مقدمه پیش زمینه برای اعتبار آن در حقوق فعلی ایران باشد: ۱. سرقفی از حقوق مالی است و مانند دیگر حقوق مالی قابل توارث معامله و رهن می‌باشد. ۲. سرقفی از اموال غیر مادی است و قابل تصرف نیست و به همین جهت قواعد مختص اموال مادی مانند اماره تصرف (ماده ۳۵ قانون مدنی) شامل آن نمی‌گردد. ۳. تغییر و عدم پایداری از خصوصیات بارز سرقفی است زیرا اتکای آن به ابتکار متصرف است و هرگاه خوب بهره برداری نگردد، مشتریان پراکنده می‌شوند و حق تقلیل می‌یابد. ۴. حق سرقفی مثل حق انتفاع از اموال غیر منقول تبعی است (ماده ۱۸ قانون مدنی) زیرا مرکز ثقل تمام نیروهای پدید آورنده سرقفی محل کسب است که غیر منقول تلقی می‌شود.

اعتبار سرقفی در حقوق فعلی ایران براساس قوانین و مقررات جاریه ناگزیر از ذکر انواع سرقفی است. اماکن تجاری و محلهای کسب در قالب یکی از این سه صورت از طرف مالک به غیر واگذار می‌شود: ۱. انتقال قطعی ملک با سرقفی ۲. اجاره ملک و واگذاری سرقفی ۳. اجاره صرف ملک بدون اخذ سرقفی.

در صورت اول مالک محل کسب و تجارت و ملک خود را با استفاده از یکی از عقود تملیکی به طور قطعی به دیگری انتقال می‌دهد. در صورت دوم، مالک محل تجاری را اجاره می‌کند و در عین حال سرقفی آنجا را به میزان ارزشی که در زمان انعقاد عقد اجاره دارد به مستاجر واگذار می‌نماید.

صورت سوم، شامل موردی است که مالک محل تجاری ملک خود را با اجاره صرف در اختیار دیگری قرار می‌دهد تنها چیزی که در این حالت موجر از مستاجر دریافت می‌کند اجاره بهای عین مستاجر است و هیچ گونه پیش پرداختی تادیه نمی‌گردد. «آقای خلعت‌بری در حقوق تجارت خود این جمله را (منظور تعریف حق سرقفی) که در زبان فرانسه Fonds de commerce می‌نامند به حق تجاری تعبیر نموده است. ولی به نظر می‌آید که «اگر کلمه (سقفی) را که در زبان عامه مصطلح است قبول کرده و اگر عمومیت هم ندارد آنرا عمومیت بدهیم مناسب تر خواهد بود مضافاً بر اینکه هر حقی که در قانون تجارت به مناسبت شغل تجارت برای تاجر شناخته شده است، «تجارتی است» و لیکن حق سرقفی که در حقوق فرانسه به عنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده است، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد» (کورنو، ۱۹۸۶). برای آنکه بتوانیم تعریفی جامع از این واژه در حقوق ایران ارائه کرده باشیم، باید برداشتی هماهنگ از این واژه وجود داشته باشد. اما بین استادان حقوق ایران در این زمینه، اختلاف عقیده وجود دارد. بعضی از استادان، این حق را فقط متعلق به مستاجر می‌دانند (کاتوزیان،

۱۳۷۱، ص ۵۲۲) برخی دیگر، آن را متعلق به مالک می‌دانند و حقی را که مشتری دارد، بعنوان «حق کسب و پیشه و تجارت» نام می‌نهند. بعضی از استادان به پیروی از حقوق فرانسه، سرقفلی را مختص به حق مستأجر نموده‌اند. بعضی دیگر به تبعیت از عرف جامعه ایران، آن را بر هر دو نوع حق اطلاق کرده‌اند. عده‌ای نیز به علت تفاوت ماهیت این دو نوع حق، بر هر کدام نامی مستقل نهاده‌اند. در تعریف «سرففلی» باید گفت: «پولی است که در ابتدای عقد اجاره به هر علتی، توسط مالک از مستأجر دریافت می‌شود.» در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت، عبارت است از (ستوده، ۱۳۷۶، ص ۶۸؛ کشاورز، ۱۳۷۴، ص ۱۸): «حقی که تاجر یا صنعتگر در نتیجه جلب مشتری و شهرت و فعالیت خود، برای محل کارش قائل می‌شود.» همچنین در تعریف دیگری از حق کسب و پیشه و تجارت آمده است (احمدی، ۱۳۷۴، ص ۶۸): «حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند. این حق ناشی از تقدم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسبی است که بر اثر عملکرد مستأجر محل به وجود آمده است.»

ماهیت حقوقی سرففلی، حق کسب های پیشه یا تجارت در حقوق فرانسه خصایصی بشرح زیر دارد.

الف: حق کسب یا پیشه یا تجارت حقی است مادی که از ضوابط خود مستقل بوده و مانند کلیه حقوق و اموال می‌تواند بفروش رفته یا به شرکتی انتقال یابد و یا به اجاره و رهن داده شود این امر ضوابط آن را از میان نمی‌برد. این حق از اموال معنوی بوده و بیشتر از اعتبار شخصی بازرگان ایجاد می‌شود به همین جهت تا اندازه ای ناپایدار است، زیرا وقتی که از آن بهره برداری نکنند مشتریان پراکنده شده و حق از میان می‌رود. حق کسب یا پیشه یا تجارت و یا همان سرففلی به اندازه بهره برداری از آن می‌تواند اعتبار داشته باشد.

ب: حق کسب، سرففلی یا پیشه و یا تجارت از اموال غیر مادی بوده که قابل تصرف نمی‌باشد و به همین جهت مشمول قاعده در مورد اموال منقول تصرف دلیل بر مالکیت است نمی‌باشد و به همین ترتیب میان دو تصرف متوالی، متصرف اول حق تقدم ندارد بلکه آنکه تاریخ مالکیتش معلوم باشد حق تقدم خواهد داشت (ماده ۱۱۴۱ ق.م). البته قابل تصرف نبودن حق نامبرده مانع از تمتع از آن نمی‌شود و توقیف تأمین یا اجرائی آن نیز در حقوق فرانسه امکان دارد.

ج: حق کسب یا پیشه یا تجارت و یا سرففلی از اموال منقول محسوب می‌شود، زیرا ضوابط آن جملگی متکی به اموال منقول هستند این حق پس از مرگ صاحب آن به وراثت او می‌رسد. چنانکه محل حق کسب یا پیشه یا تجارت غیر از محل سکونت صاحب آن باشد اقامتگاه قانونی او محسوب می‌شود در حقوق فرانسه بازرگان یا صنعتگر زن علاوه بر محل اقامت شوهر خود اقامتگاه بازرگانی نیز دارد که همان محل کسب یا پیشه یا تجارت اوست.

(ب) اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

امروزه در جهان اندیشمندان در تکاپوی دستیابی به علوم متفاوت در عرصه علم و دانش می‌باشند و روز به روز در تحقیقات شان نظریه‌ها و فرضیه‌های نوین را عرضه می‌دارند. و هر شخص برای تبیین علوم در قالب پروژه، رساله و تحقیق اثراتی را به مراکزین علمی (دانشگاه‌ها و موسسات علمی) ارائه می‌دهند مع الوصف موضوع مطالعه تطبیقی سرففلی در حقوق ایران و فرانسه نیز به روشنی بیانگر اهمیت و ضرورت آن می‌باشد که ما را به گسترش تحقیق ترغیب نموده است.

(پ) سوالات تحقیق

سوال اصلی:

۱. تطبیق سرففلی در نظام حقوقی ایران و فرانسه بررسی شود؟

سوال های فرعی:

۱. مصادیق وجه سرففلی در ماهیت اقتصادی چگونه است؟

۲. آیا مالک می‌تواند انتقال قطعی مکان‌های تجاری و محل‌های کسب یا سرقفلی را انجام دهد؟
۳. اعتبار سرقفلی در حقوق فعلی ایران بر چه اساسی است؟

ت) فرضیه های تحقیق فرضیه اصلی:

۱. سرقفلی حقی است مالی و قابل معامله که برای مالک یا متصرف قانونی محل‌های کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعدد دارد. حق سرقفلی که در حقوق فرانسه بعنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد»

فرضیه های فرعی:

۱. وجه سرقفلی از مصادیق دارایی نامرئی است و درآمد اتفاقی محسوب نمی‌شود به شرط اینکه ناشی از کار کردن مستاجر و جمع آوری مشتریان باشد درآمد غیر از دارایی و سرمایه است، درآمد قابل خرج است بدون آنکه به سرمایه لطمه بزند بنابراین مال التجاره ملك درآمد است. ولی سرقفلی دارایی به شمار می‌رود.
۲. مالک سرقفلی محل کسب و تجارت، ملک خود را با استفاده از یکی از عقود تملیکی می‌تواند به طور قطعی به دیگری انتقال دهد.
۳. اعتبار سرقفلی در حقوق ایران بر اساس قوانین و مقررات جاریه از انواع سرقفلی است که از طرف مالک به غیر واگذار می‌شود.

ث) پیشینه تحقیقات

خلعت بری، در کتاب حقوق تجارت نوشتند: «خود این جمله را (منظور تعریف حق سرقفلی) را که در زبان فرانسه Fonds de commerce می‌نامند به حق تجاری تعبیر نموده است. هر حقی که در قانون تجارت به مناسبت شغل تجارت برای تاجر شناخته شده است، تجارتی است».

ستوده تهرانی، در حقوق تجارت می‌گوید: سرقفلی مایه تجاری و نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ما مفهوم واحدی دارد. قانونگذار در قوانین روابط مالک و مستاجر و نیز در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از مقررات قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۵۸ و برخی مقررات دیگر به جای کلمه رایج (سرففلی) از اصطلاح (حق کسب یا پیشه یا تجارت) استفاده کرده است.

صدرزاده، در کتاب حق کسب یا سرقفلی آورده استحقاق سرقفلی تاجر از جمله مالکیت غیر مادی است که زمان زیادی از پیدایش آن نمی‌گذرد و در اصل این پدیده در قرن حاضر در زندگی اقتصادی مردم بروز کرده و قانونگذاران را ناچار به وضع مقررات لازم در این مورد نموده است

کاتبی، در فرهنگ حقوق فرانسه بیان داشته: در حقوق فرانسه مایه تجارتی که در بردارنده مجموع عناصر مادی و غیرمادی سرمایه بازرگان است و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمدید اجاره محل تجارت، مواد اولیه صنعتی و اثاثیه تجاری و کالاهای تجاری است. بدین ترتیب، حق تقدم در اجاره و سرقفلی یکی از اجزای مایه تجارتی است.

کاتوزیان، در حقوق مدنی نوشته است: «سرففلی حقی است که تاجر و کاسب نسبت به محلی پیدا می‌کند. این حق ناشی از تقدم در اجاره، حسن شهرت، جمع‌آوری مشتری و رونق کسبی است که بر اثر عملکرد مستاجر محل به وجود آمده است».

کورنو فرانسوی در کتاب حقوق تجارت چنین گفته است: حق سرقتی که در حقوق فرانسه به عنوان «Propriete Commercial» و در بعضی موارد «Pas de Porte» نامیده شده است، عبارت است از «حقی که تاجر برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت خود دارد» (کورنو، ۱۹۸۶).

ج) روش تحقیق

روش تحقیق در این پژوهش توصیفی - تحلیلی است بدین صورت که ابتدا قوانین و مقررات موجود مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت با بررسی و تحلیل نقاط ضعف و قوت قوانین، راه کار مناسب ارائه می‌شود تا اهداف مقرر و متصور برای تحقیق و پایان نامه محقق شود.

چ) تعریف واژه ها و اصطلاحات

تعریف سرقتی: «عبارت است از حق اولییتی که مستأجر بر ملک پیدا می‌کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن شخص مستأجر که سرقتی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک اولی از دیگران است.»

اصطلاح سرقتی: 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.

مفهوم سرقتی: سرقتی یک دارایی و حق معنوی تاجر است که برای تقدم در اجاره محل و ادامه تجارت در محل کار خود بهره مند می‌شود.

ح) ساماندهی تحقیق

این تحقیق شامل مقدمه، چکیده، سه فصل و نتیجه‌گیری و پیشنهاد می‌باشد. فصل اول تحت عنوان کلیات (مفاهیم، پیشینه، در فصل دوم و در فصل سوم با نتیجه‌گیری و پیشنهاد به پایان رسید.

فصل اول کلیات تحقیق

در مورد سرقتی تعاریف زیر در منابع لغت ارائه شده است:

چیزی که از کرایه دار سرای دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست (آندراج^۱، ۱۳۷۷). وجهی که از کرایه دار خانه و دکان علاوه بر کرایه دریافت کنند و آن مزد کشیدن قفل است و داخل کرایه نیست (نفیسی، بی تا) حق آب و گل، حقی که مستاجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سرایی و امثال آن و او آن حق را به مستاجر بعد خود تواند فروخت (دهخدا، ۱۳۷۹).

حقی که بازرگان و کاسب به محلی پیدا می کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع آوری شده و غیرمعین سرقتی وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستاجر می گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد (کشاورز، ۱۳۷۹). پولی را که مستاجر اول به مالک می دهد و یا مستاجر ثانی به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره می دهد، سرقتی نامیده می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷).

امتیازی است که به موجب آن مستاجر 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 می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱).

سرقتی عبارت است از حق اولیاتی که مستاجر بر ملک پیدا می کند، در مقابل پولی که به مالک در اول کار می پردازد و مطابق آن شخص مستاجر که سرقتی پرداخته، در اجاره کردن آن ملک اولی از دیگران است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱).

از تعاریف فوق راجع به حق سرقتی بالاخص آنچه فرهنگ دهخدا و آندراج بیان گردیده نکته ی حائز اهمیتی وجود دارد که به موجب آن چنین استنباط می شود که در زمان های قدیم وسعت و گستردگی املاک و اموال ملاکین و اشخاص مالک و عدم نظارت همیشگی و مستمر مالکین نسبت به املاک وسیع خود، شخصی به عنوان امین و دربان تعیین می گردید تا در صورتی که مالک مجوز تحویل ملک را صادر می نمود چه به صورت ارائه ی نوشته یا به صورت دادن نشانی به شخص امین اقدام به گشودن قفل مغازه ی مورد نظر می نمود و بابت این اقدام مزدی یا پاداشی دریافت می نمود که از آن به عنوان سرقتی تعبیر می گردید و چنین تعبیری به لحاظ منشا عرفی آن بیشتر تقویت می شود تا سایر معانی و تعاریف دیگر که قانونگذار و حقوقدانان مهم نسبت به تعریف سرقتی بیان نمودند.

۱-۱- تعریف سرقتی به اعتبار تقدم مستاجر

به اعتبار تقدم مستاجر متصرف در اجاره محل کسب در این تعریف گفته شده است:

(سرقتی حقی است که به موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می‌شود) همانطور که ملاحظه می‌شود در تعریف مزبور فقط به تقدم مستاجر متصرف اجاره محل کسب تاکید و به دیگر مفاهیم سرقتی، بالاخص به سرقتی شخص در غیر رابطه استیجاری یعنی حق مالک سازنده مغازه توجهی معطوف نگردیده است. نقص دیگر این تعریف عدم تاکید بر قابلیت معامله بودن حق است در حالی که این ویژگی به مستاجر اجازه معامله و یا اسقاط حق را در قبال اخذ مال می‌دهد. تعریف سرقتی بدون توجه به عناصر و ضوابط تشکیل این حق مطابق تعریف برخی از حقوقدانان (سرقتی پولی است که مستاجر ثانی (به معنی اعم) به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستاجر اول به موجر مالک می‌دهد). در این تعریف حقوق کامل مستاجران اماکن تجاری مورد توجه واقع شده و همچنین برخلاف تعریف اول به نتیجه و قابلیت تقویم حق به پول اشاره گردیده است معهدا این تعریف نیز به علت نیاوردن عوامل تشکیل دهنده حق در داخل تعریف، ناقص به نظر می‌رسد.

مطابق تعریف برخی از حقوقدانان (سرقتی پولی است که مستاجر ثانی (به معنی اعم) به ستاجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستاجر اول به موجر مالک می‌دهد) در این تعریف حقوق کامل مستاجران اماکن تجاری مورد توجه واقع و همچنین برخلاف تعریف اول به نتیجه و قابلیت تقویم حق به پول اشاره گردیده است معهدا این تعریف نیز به علت نیاوردن عوامل تشکیل دهنده حق در داخل تعریف، ناقص به نظر می‌رسد:

برخی از نویسندگان حقوقی عناصر تشکیل دهنده حق سرقتی را ماهیت حقوقی این حق یکی گرفته و گفته اند حق کسب یا پیشه (مایه تجاری) عبارت است از مجموعه عوامل منقول مادی مانند اثاثیه مواد اولیه ابزارآلات (که برای بهره برداری به کار می‌رود) و کالاهای تجارتی حقوق راجع به نام و شهرت و علائم تجارتی حق تجدید اجاره، بنگاه تجارتی، حقوق راجع به مشتریان دائم و گذری (حق سرقتی) پروانه های تجارتی، حق مالکیت صنعتی و حق مالکیت ادبی یا هنری مرتبط با موارد بالا مطابق نظر این عده از نویسندگان حق کسب یا پیشه تعبیر به مایه تجاری شده و اعم از سرقتی قلمداد شده است در حالی که این برداشت از واژگان فوق در نظام حقوقی ما مبنایی ندارد صرف نظر از ایراد مربوط به تفکیک حق کسب یا پیشه از حق سرقتی عیب دیگر تعریف اخیر آن است که اجزای تشکیل دهنده حق با خود حق یکی فرض شده است به نظر می‌رسد که تعریف زیر را می‌توان برای سرقتی ارائه داد:

سرقتی حقی است مالی و قابل معامله که برای مالک یا متصرف قانونی محل های کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعدد دارد.

۱-۲- تاریخچه سرقتی

استفاده از لفظ سرقتی برای اولین بار در آیین نامه‌ی اجرایی قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات مصوب سال ۱۳۱۷ به کار برده شد. اگرچه این آیین نامه سرقتی را تعریف نکرده بود اما به نظر می‌رسد چون لفظ کسب یا پیشه یا تجارت هنوز وارد متون قانونی ما نشده بود باید سرقتی را منصرف به همان معنای عرفی خود یعنی وجهی که موجر در ابتدای اجاره از مستاجر می‌گیرد، دانست. متعاقباً در سال ۱۳۲۲ قانونی با عنوان قانون اختیارات دکتر (میلسپو) در مورد تنزیل و تثبیت بهای اجناس به تصویب رسید که آیین نامه آن هم در همان سال تصویب گردید. این آیین نامه نقطه عطفی در روابط موجر و مستاجر محسوب می‌شود چرا که اولین مقررره ای بود که به شناسایی حقوقی برای مستاجر مبادرت نمود. این قانون و آیین نامه اش در عین حال که مبنای شناسایی حق کسب یا پیشه یا تجارت هستند مبنای قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۳۹

می باشند. اما با این وجود نامی از حق کسب یا پیشه یا تجارت نبرده است. از این رو می توان نتیجه گرفت که ورود این لفظ به حیطه ی قوانین ما کاملاً ناگهانی و یکباره بوده است. نامانوس بودن این لفظ با عرف حقوقی و اجتماعی و سابقه ی استعمال نسبتاً طولانی لفظ سرقفلی یکی از عوامل بسیار مهم در جای گذاری لفظ سرقفلی به جای عبارت: حق کسب یا پیشه یا تجارت و متعاقباً تخلیط خام این دو مفهوم با یکدیگر توسط برخی نویسندگان بوده است (کشاورز، ۱۳۸۲).

۱-۳- تعریف سرقفلی در نظام حقوقی فرانسه

در حقوق فرانسه، اصطلاحاتی که مفهوماً یا از لحاظ حکمی می تواند مشابه سرقفلی و یا حق کسب و پیشه در حقوق ایران تلقی شود، عبارتند از: Fonds de commerce مایه تجارتي که در بردارنده مجموع عناصر مادي و غيرمادي سرمايه بازرگان است و شامل: موقعيت محل تجارتي، مشتريان دائم، اسم تجاري، علامت تجاري، نقوش و ترسيمات تجاري، حق اختراع، حق تقدم و تمديد اجاره محل تجارتي، مواد اوليه صنعتي و اثاثيه تجاري و كالاهاي تجاري است. بدین ترتیب، حق تقدم در اجاره و سرقفلی یکی از اجزای مایه تجارتي است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴؛ کاتبی، ۱۳۷۳). حق السکني و حق امتیاز در اجاره محل تجارتي و خرید و فروش که جزئی از مایه تجارتي است و به موجب این حق، موجر نمی تواند اجاره محل يك تجارخانه یا مغازه را به دیگری واگذار کند و امتیاز سکونت با صاحب مغازه یا تجارخانه استکاتی، (همان) حقی است که به موجب مقررات موضوعه، برای تاجر در مورد محل تجارتي به وجود می آید و او بر اساس آن، حق تقدم در اجاره و ادامه تجارتي در محل کار خود را دارد (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴).

۱-۴- ویژگی های سرقفلی

سرفقلی از حقوق مالی است و مانند دیگر حقوق مالی قابل توارث، معامله و رهن می باشد. سرفقلی از اموال غیرمادی است و قابل تصرف نیست و به همین جهت قواعد مختص اموال مادي مانند اماره تصرف شامل آن نمی گردد. تغییر و عدم پایداری از خصوصیات بارز سرفقلی است زیرا اتکای آن به ابتکار متصرف است و هرگاه خوب بهره برداری نکرده، مشتریان پراکنده می شوند و حق تقلیل می یابد. حق سرفقلی مثل حق انتفاع از اموال غیرمنقوله از اموال غیرمنقول تبعی است، زیرا مرکز ثقل تمام نیروهای پدید آورنده، سرفقلی محل کسب است که غیرمنقول تلقی می شود (صدرزاده، ۱۳۵۱).

۱-۵- انواع سرفقلی

اماکن تجاري و محل هاي كسب در قالب یکی از این سه صورت از طرف مالک به غیر واگذار می شود: **انتقال قطعی ملك با سرفقلی:** در این حالت مالک محل کسب و تجارتي، ملك خود را با استفاده از یکی از عقود تملیکی به طور قطعی به دیگری انتقال می دهد. **اجاره ملك و واگذاری سرفقلی:** در این حالت مالک محل تجاري را اجاره می کند و در عین حال سرفقلی آنجا را به میزان ارزشی که در زمان انعقاد عقد اجاره دارد به مستاجر واگذار می نماید. **اجاره صرف ملك بدون اخذ سرفقلی:** شامل موردی است که مالک محل تجاري، ملك خود را با اجاره صرف در اختیار دیگری قرار می دهد. تنها چیزی که در این حالت موجر از مستاجر دریافت می کند، اجاره بهای عین مستاجر است و هیچ گونه پیش پرداختی تادیه نمی گردد.

۱-۶- تعریف حق کسب، پیشه یا تجارت

حق کسب یا پیشه یا تجارت حق مالی تدریج الحصول و قابل تقویمی است که دارای ماهیت کاملاً غیرمادی بوده و در نتیجه تراوش های فکری و فعالیت های تجاري ابتکاری تاجر، به عنوان مستاجر

محل تجاری به نحو قهری ایجاد می شود. به تبع منافع عین مستاجر در صورت تجویز قراردادی یا قانونی با سند رسمی قابلیت نقل و انتقال به غیر را نیز دارد حق کسب یا پیشه یا تجارت، حقی است مالی که با مالکیت منافع برای مستاجر محل کسب یا پیشه یا تجارت ایجاد می شود و قابلیت انتقال به غیر را دارد (کشاورز، ۱۳۸۲).

این حق در حقیقت عبارتست از کسب یا رونقی که در ملک استیجاری به واسطه اقدام مستاجر به وجود آمده است (علیزاده و خرازی، ۱۳۸۹).

حق کسب یا پیشه یا تجارت حقی است که بر موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷)، و همچنین حقی است بر مشتریان دائم سرمایه یا تجارتخانه (کاتوزیان، ۱۳۷۱).

به عبارت دیگر حق کسب یا پیشه یا تجارت حق مالی تدریجی الحصول و قابل تقویمی است که قانون گذار در قبال فعالیت کسبی یا رونق مورد اجاره برای مستاجر محل کسب در نظر گرفته است و به تبع منافع مورد اجاره در صورت تجویز انتقال، با سند رسمی قابلیت نقل و انتقال به غیر را دارد (موسوی، ۱۳۷۸). بنابراین، حق کسب یا پیشه یا تجارت اولیبتی است که برای مستاجر بوجود آمده و به وی حق داده است که بر دیگران ترجیح داشته باشد. این اولویت را که به تبع فعالیت کسبی تاجر یا کاسب طی سنوات متوالی و با حسن شهرت و بی بدست آمده است، قانون گذار "حق کسب یا پیشه یا تجارت" نامیده و دارای ارزش ریالی است (فلاح، ۱۳۸۸).

۱-۷- تاریخچه حق کسب یا پیشه یا تجارت

تغییر نظام حقوقی به تبع نظام اقتصادی و پیدایی سرفقلی کاملاً طبیعی و متفرع بر قواعد عقلی است. حق کسب و پیشه تجارت دارای سابقه طولانی است و پرداخت آن صرفاً بر مبنای اراده طرفین صورت گرفته و هیچ عامل خارجی بر اراده طرفین بطور مستقیم تأثیرگذار نیست.

این پدیده در حقوق ایران ظهوری تقریباً ناگهانی داشته و در یک مقطع تاریخی وارد کشور ما شده است. در اروپا قانونی وجود داشت که اگر کسی جایی را اجاره کرد و مشغول فعالیت و کار در آن محل گردید، بعد از مدت اجاره مالک حق ندارد او را از آنجا بیرون کند و مستاجر الویت دارد در آن مکان مانده و اجاره بپردازد. بعد کم کم در کشورهای دیگر این قانون رواج پیدا کرده در قوانین اسلامی چنین حق و الویتی برای مستاجر بدون اذن و اجازه مالک وجود ندارد. در لغت نامه ها و کتب فقهی و حقوقی متقدمین ذکر از حق کسب و پیشه و تجارت نمی توان یافت. زیرا این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ۱۵۲۳ ظهور و تحقق یافت و پیش از آن جایگاهی نداشته است. حق کسب و پیشه نسبت به حق سرفقلی دارای قدمت بیشتری است. حقی است که به مرور زمان برای بازرگانان یا کاسبی که محلی را اجاره کرده و در آن مشغول کار بوده است، بوجود آمد. و بالاخره از لحاظ تاریخی، شهرت تجاری و جلب مشتری که ارتباط تنگاتنگ با محل کار بازرگانان و پیشه ور دارد، شالوده توجیه کننده چنین حقی است و یا به عبارت ساده تر همان حق آب و گل است.

۱-۸- سرفقلی در نظام حقوقی کامن لا

در نظام کامن لا شاید بتوان تأسیس اقتصادی - حقوقی Good will را با سرفقلی مقایسه کرد. در تعریف Good will گفته شده است که مال و دارایی غیرمادی (Intangible asset) است و به معنای هر امتیاز یا امتیاز ثبتي است که به وسیله مالک یک فعالیت تجاری در تداوم تجارتش به دست می آید؛ خواه مرتبط با ساختمان و محلی باشد که در آن تجارت خود را انجام می دهد، یا مرتبط با نام و اسمی که آن تجارت را مدیریت می کند، یا مرتبط با هر موضوع دیگری که سود و منفعتی از تجارت را به دنبال دارد.