



## عنوان پایان نامه:

وحدت یا تعدد سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت و آثار

مترتب بر آن

## استاد راهنما:

جناب آقای دکتر جلیل قنواتی

## استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حمید رضا اصلانی

## دانشجو:

روح ا... هوشنگی آرام

## رشته:

حقوق خصوصی

# فهرست

## عنوان

## صفحه

## چکیده

## مقدمه

۱

## فصل اول: مفاهیم و مبانی و سیر قانونگذار

۱-۱-۱-۱ - معنی و مفهوم سر قفلی و حق کسب یا پیشه و تجارت ۶

۱-۱-۱-۱ - سر قفلی ۶

۱-۱-۱-۲ - حق کسب یا پیشه یا تجارت ۱۰

۱-۱-۱-۳ - بررسی تطبیقی سر قفلی و حق کسب و پیشه یا تجارت با

حقوق خارجی

۱-۱-۳-۱ - حقوق فرانسه ۱۲

۱-۱-۳-۲ - کامن لا ۱۳

۱-۲ - سیر قانونی روابط موجر و مستاجر ۱۴

۱-۳ - دیدگاه فقها در مورد حق سر قفلی و حق کسب یا پیشه یا

تجارت

۱-۳-۱ - نظر آیت الله امام خمینی (ره) ۲۰

۱-۳-۲ - نظر آیت الله خویی (ره) ۲۳

۱-۳-۳ - نظر حضرت آیت الله سید علی حسینی سیستانی ۲۵

۱-۳-۴ - نظر آیت الله شیخ حسین حلی ۲۷

۱-۳-۵ - نظر آیت الله نوری همدانی ۲۸

## فصل دوم: بررسی شرایط و مبنای پرداخت حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت و ماهیت حقوقی آن

۳۶-۱-۲- شرایط تحقق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت

۳۶-۱-۱-۲- شرایط تحقق حق کسب یا پیشه یا تجارت

۳۶-۱-۱-۱-۲- اجاره های تحت شمول قانون روابط موجر و مستاجر

مصوب سال ۱۳۵۶

۳۸-۲-۱-۱-۲- اجاره به منظوره شغل تجاری

۴۰-۳-۱-۱-۲- استفاده عملی تجاری از محل استیجاری

۴۱-۴-۱-۱-۲- عدم تخلف از مقررات قانون ۵۶

۴۲-۲-۱-۲- شرایط تحقق سرقفلی

۴۳-۱-۲-۱-۲- قرارداد اجاره تحت شمول قانون روابط موجر و

مستاجر ۷۶

۴۸-۲-۲-۱-۲- پرداخت سرقفلی به مالک ملک تجاری

۵۰-۳-۲-۱-۲- سرقفلی ناشی از شرط

۵۶-۲-۲- تحلیل حقوقی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت

۵۶-۱-۲-۲- تحلیل حقوقی سرقفلی

۶۵-۲-۲-۲- تحلیل حقوقی حق کسب یا پیشه یا تجارت

## فصل سوم: وجوه اشتراک و افتراق، حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت و آثار مترتب بر آن

۷۰	۳-۱- وجوه اشتراک
۷۰	۳-۱-۱- وحدت زمان اعمال حق سرقفلی و کسب یا پیشه یا تجارت
۷۲	۳-۱-۲- عوامل و ضوابط یکسان در تعیین میزان سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت
۷۴	۳-۱-۳- توقیف مزایده فروش و انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت و سرقفلی
۸۰	۳-۲- وجوه افتراق
۸۰	۳-۲-۱- تفاوت در منشاء حق و سبب ایجاد آن
۸۳	۳-۲-۲- اثر سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت در اجاره بهاء
۸۵	۳-۲-۳- تفاوت در نحوه ی تحقق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت
۹۱	۳-۲-۴- تفاوت در مشروعیت و جواز شرعی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت
۹۲	۳-۲-۵- امکان سقوط سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت
۹۳	۳-۲-۶- تفاوت در نحوه نقل و انتقال
۹۸	نتیجه
۱۰۱	فهرست مراجع

## ضمائم

## چکیده:

سرقفلی از تأسیسه‌های رایج در عرف بوده؛ که بین کسبه و تجار و در بازار برای ملک تجاری مطرح بوده و در سال ۷۶ جنبه قانونی به خود گرفته است و قانونگذار به صراحت از سرقفلی نام برده و حق کسب یا پیشه یا تجارت را نیز مقنن در قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۵۶ برای مستاجر ملک تجاری قائل شده است که در خصوص وحدت یا دوگانگی آن با سرقفلی، در فقه، رویه قضایی و دکترین اختلاف نظر وجود دارد؛ و آراء متفاوتی از دادگاه‌ها در این زمینه صادر شده است، که ناشی از عدم تبیین ماهیت حقوقی این دو حق می‌باشد. البته حق کسب یا پیشه یا تجارت از نظر مشهور فقها دارای اشکال شرعی بوده و لیکن سرقفلی به معنای خاص خود مورد تأیید می‌باشد در واقع ماهیت حقوقی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت کاملاً متمایز از یکدیگر بوده بطوریکه شرایط تحقق و ایجاد آنها متفاوت از هم می‌باشد، هر چند دارای وجوه اشتراکی نیز می‌باشند که همین امر باعث ایجاد اختلاف شده است ولیکن این دو حق متفاوت بوده و دارای آثار متفاوتی می‌باشند.

واژگان کلیدی: سرقفلی - حق کسب یا پیشه یا تجارت - حق سرقفلی - فعالیت تجاری - مکان تجاری.

## مقدمه:

در طی اعصار متمادی جوامع مختلف بوجود آمده و برای بقاء و حل و فصل اختلافات و ایجاد جامعه ای آرمانی و ایده آل سعی در تنظیم روابط و ایجاد ضوابط و مقررات نموده اند تا از هر گونه بی عدالتی و نابرابری جلوگیری شود.

از جمله مسائلی که به مرور زمان نیاز به قانون و قاعده بوده مسئله حقوق کسبه و تجار بوده است. چرا که دادوستد از دیر باز بین مردم معمول بوده است. و تصویب و تدوین قوانین مخصوص لازم بوده و در هر قانون تحت شرایط، حقوقی برای کسبه ایجاد شده که با توجه به شرایط حاکم به قراردادهای اجاره و وضعیت اقتصادی و فرهنگی جامعه حقوقی برای مستاجر اماکن تجاری متفاوت و متغیر بوده است.

از جمله این حقوق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشد. و در جوامع مختلف با توجه به وضعیت اقتصادی و فرهنگ و عرف آن جوامع تعریف و اجرا شده است. در حقوق ایران حق سرقفلی قبل از تصویب قانون مالک و مستاجر مصوب ۱۳۳۹ به صورت عرف رایج و مسلم بین عموم مردم به خصوص کسبه و تجار مطرح و از ضمانت اجرای اخلاقی بسیار قوی ای برخوردار بود. با تصویب قانون فوق الذکر، اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت جایگزین سرقفلی شد. ولیکن در عمل هر دو اصطلاح به یک معنا و مفهوم به کار برده می شد- گسترش روابط تجاری و ازدیاد انواع مشاغل نیاز به قانون کامل تر باعث تصویب قانون روابط موجر و مستاجر ۱۳۵۶ که کماکان متضمن حق کسب یا پیشه یا تجارت بود گردید. اختلاف نظر در

یکی بودن و دوگانگی حق سرقفلی یا حق کسب و پشه و تجارت و عدم وجود ضابطه در تعیین میزان آنها و هم چنین تاثیر این حقوق در تعدیل مال الاجاره و تخلیه اماکن استیجاری و نظریات بعضی از مراجع قانونی در مورد عدم مشروعیت حق کسب یا پیشه یا تجارت از جمله نظر فقهای شورای نگهبان که حاکی از فقدان عنوان شرعی این حق می باشد.<sup>۱</sup> (که بیان داشته اند حق کسب یا پیشه یا تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقفلی می باشد باید طبق تحریرالوسیله عمل شود در سایر موارد مربوط به حق کسب یا پیشه نیز باید این نظر رعایت شود).

فقهای محترم امامیه به غیر شرعی بودن حق کسب یا پیشه یا تجارت نظر داده اند. ولیکن بر مشروعیت و حلیت سرقفلی نظر داده اند.

با عنایت به اینکه در مقام رسیدگی به دعاوی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت آراء متهافتی از سوی مراجع قضایی اصدار یافته و در برخی آراء تمایزی بین این دو حق قائل نشده اند و در برخی آراء دیگر هر یک را حقی جداگانه دانسته اند و در عرف نیز هیچ تفاوتی بین سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قائل نبوده و چه بسا حق کسب یا پیشه یا تجارت را به عنوان حق سرقفلی فرض کرده و مورد معامله قرار می گیرد؛ و بالعکس.

دارنده حق کسب یا پیشه یا تجارت علاوه بر این حق ادعای حق سرقفلی نیز می کند، برخی حق کسب یا پیشه یا تجارت را فقط زمانی لحاظ می کنند که موجر درخواست تخلیه نماید که

---

<sup>۱</sup> - نظریه مورخه ۱۳۶۳/۵/۹ فقهای شورای نگهبان - مجموعه نظریات شورای نگهبان - حسین مهرپور،

باعث ایجاد این حق می شود. که اداره حقوقی نیز چنین نظری داده است در قابلیت توقیف و مزایده و انتقال این دو حق اختلاف نظر وجود دارد و در زمان اجرای احکام صادره نسبت به این حقوق به گونه ای متفاوت عمل می شود و این حقوق را غیر قابل توقیف می دانند.

ایا واقعاً حق سرقفلی نهادی مستقل و مجزای از حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشد یا هر دو نهاد مفهوم واحدی هستند و احکام یکسانی دارند.

مفهوم و ماهیت حقوقی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت چیست؟ ایجاد و نحوه تحقق این دو حق چگونه است. سرقفلی و حق کسب یا پیشه به چه کسی پرداخت می گردد و چه عواملی در تعیین میزان آنها دخیل است.

به نظر این دو نهاد حقوقی مجزا و مستقل از هم می باشند به گونه ای که حق سرقفلی قطعی الحصول قابل اسقاط دارای جواز شرعی و موثر بر میزان اجاره بها می باشد؛ و لیکن حق کسب یا پیشه یا تجارت اینگونه نیست و احکام خاص خود را دارد.

سرفقفلی عبارت است از مال یا مبلغی که مستاجر در بدو انعقاد قرارداد اجاره به موجر می دهد و با پرداخت این مبلغ استحقاق دریافت معادل عادلانه آن را در زمان تخلیه پیدا می کند. البته با توجه به قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۷۶ مستاجر می تواند با صرف نظر کردن از شروطی که به نفع وی در قرارداد اجاره موجود است طبق مواد ۷ و ۸ قانون مذکور مبلغی را تحت عنوان سرفقفلی دریافت نماید.



در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت با توجه به کسب شهرت و رونقی است که در ملک به واسطه اقدام مستاجر به وجود می آید، چه مالی یا وجهی به موجر داده باشد یا نداده باشد. لذا سرقفلی قطعی الحصول ولیکن حق کسب یا پیشه یا تجارت تدریجی الحصول است؛ و ممکن است اصلاً بوجود نیاید و سرقفلی به مالک پرداخت می شود نه به مستاجر اول مگر اینکه شروطی به نفع مستاجر باشد که طبق قانون جدید مصوب ۷۶ استحقاق دریافت سرقفلی را دارد و همچنین رونق و شهرت تجاری و اعتبار صنفی بر خلاف حق کسب یا پیشه یا تجارت در آن تاثیری ندارد.

در مورد تعدد یا وحدت این دو حق به صورت پایان نامه تا کنون مورد بررسی قرار نگرفته است. لیکن مقاله ای در این زمینه توسط آقای ابراهیم عبدی پورفرد تحت عنوان رویکردی تحلیل به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی نگارش یافته است.

روش تحقیق و نگارش پایان نامه به صورت تحلیلی توصیفی و با مراجعه به منابع مختلف می باشد.

برای تفهیم و تبیین موضوع را در سه فصل که فصل اول شامل مفاهیم و مبانی که به بیان معنی و مفهوم سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت بررسی تطبیقی و سیر قانونگذاری و دیدگاه فقها در این زمینه پرداخته شده و در فصل دوم به بررسی تحلیلی این حقوق در جهت شناخت ماهیت حقوقی شرایط تحقق و مبنای پرداخت این دو حق پرداخته شده است و در فصل سوم با اعتقاد به دوگانگی این دو حق وجه اشتراک و افتراق آنها و آثار مترتب به آن مورد کنکاش قرار گرفته است.

# فصل اول

## مفاهیم و مبانی

## وسیر قانونگذاری

آیا این حق سرقفلی مشمول تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت می باشد یا هر یک به طور جداگانه تعریفی مستقل دارند. سابقه تاریخی این دو حق و اینکه چه قوانین و مقرراتی در مورد آنها تدوین و تصویب گردیده است. دیدگاه فقهای امامیه و مراجع قانونی نسبت به این دو مقوله چیست و چه نظریاتی را مطرح کرده اند. و چه کشورهایی در مورد این حقوق قوانین و مقرراتی را تصویب کرده اند. لذا در این فصل مطالب فوق مورد بررسی قرار می گیرد.

### ۱-۱- معنی و مفهوم سرقفلی و حق کسب یا پیشه و تجارت.

در ابتدا لازم است معنی لغوی و اصطلاحی هر یک از این عناوین را بیان نماییم چرا که هر یک دارای معنی خاصی می باشند و با توجه به تعاریفی که حقوقدانان و صاحب نظران با تاثیر پذیری از قوانین و عرف حاکم ارائه کرده اند می توان به وجود تفاوت در این دو مقوله پی برد.

#### ۱-۱-۱- سرقفلی:

با توجه به اینکه تعریف از سرقفلی در قوانین مطرح نشده در نتیجه به دیدگاه صاحب نظران و اصول کلی و عرف متداول در مورد سرقفلی می پردازیم تا بتوانیم بر مبنای آنها به تعریف جامعی از سرقفلی برسیم و تعریف مناسبی را ارائه بدهیم.

در فرهنگ معین سرقفلی<sup>۱</sup> به « حقی که بازرگان و کاسب نسبت به محلی پیدا می کند

به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع آوری مشتری و غیره تعریف شده. »

۱ - فرهنگ فارسی معین - جلد دوم - صفحه ۱۸۶۹

در فرهنگ دهخدا آمده است: سرقفلی چیزی است که از کرایه دار سرای یادکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست - حق آب و گل یا حقی که مستاجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سرای و امثال آن و او آن حق را به مستاجر بعد تواند فروخت.<sup>۱</sup> آقای دکتر لنگرودی در ترمینولوژی حقوق آورده اند: «پولی که مستاجر ثانی ( به معنی اعم ) به مستاجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می دهد و همچنین مستاجر اول به موجر مالک می دهد.»<sup>۲</sup>

به نظر میرسد تعریف آقای دکتر لنگرودی هم شامل تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت و هم شامل تعریف سرقفلی می باشد و ایشان قائل به تفکیک بین این دو حق شده است؛ به لحاظ اینکه وی اصولاً حقی برای مستاجر در عین مستاجر قائل بوده و نظر به قابلیت انتقال به مستاجر ثانی داشته است.

دکتر کاتوزیان در مسرقفلی بیان داشته اند « حقی است به مشتریان دائم و سرمایه تجارتخانه و این حق را در فارسی به مایه تجارت ترجمه کرده . ولی سرقفلی را در حقوق ایران به این وسعت تعریف نکرده و سرقفلی را که قانون روابط موجر و مستاجر از آن به حق کسب یا پیشه یا تجارت تعبیر کرده ، حقی می داند که به موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن

---

<sup>۱</sup> - فرهنگ دهخدا ، ذیل کلمه سرقفلی

<sup>۲</sup> - جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، ترمینولوژی حقوق . تهران ۱۳۷۶ - صفحه ۳۶۷ چاپ هشتم.

محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود و در عرف بازار نیز وقتی می گویند سرقفلی مغازه اش را فروخت یعنی آن را تخلیه کرد و به دیگری واگذار نمود.<sup>۱</sup>

دکتر کاتوزیان در بیشتر مطالبی که در مورد سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت مطرح کرده اند تفاوتی بین این دو حق قائل نبوده و آنها را در یک ردیف شناخته اند. ولی با توجه به تصویب قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ و مطرح شدن حق سرقفلی و نحوه ایجاد آن مشخص می گردد قانونگذار مفهوم سرقفلی را جدای از مفهوم حق کسب یا پیشه یا تجارت مطرح شده در قانون ۱۳۵۶ دانسته است.

آقای کشاورز سرقفلی را وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستاجر می گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد تعریف کرده اند و پس از تصویب قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ در کتاب بررسی تحلیلی قانون مزبور در تعریفی کاملتر که نشأت گرفته از مواد قانون مزبور می باشد. بیان داشته اند وجهی است که مالک محل تجاری در آغاز اجاره علاوه بر اجاره، از مستاجر می گیرد تا محل را به او اجاره دهد یا مستاجری که حق انتقال به غیر دارد و به موجر سرقفلی پرداخته در قبال انتقال منافع به مستاجر دست دوم از او دریافت می کند. و یا مستاجری که به موجب شروط ضمن عقد امتیازاتی دارد که مانع از تخلیه عین مستاجر به وسیله موجر است، در مقابل اسقاط این امتیازات و استرداد مورد اجاره به مالک از وی می گیرد.<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> - دکتر ناصر کاتوزیان - ضمیمه کتاب در حقوق مدنی - عقود معین - چاپ اول - ۱۳۵۶. انتشارات دانشگاه تهران - ص ۶۲ و ۶۳.  
<sup>۲</sup> - کشاورز - بهمین . بررسی تحلیلی قانون جدید روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ چاپ چهارم ۱۳۸۹. انتشارات جنگل. ص ۱۱۹.

دکتر لنگرودی در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق<sup>۱</sup> در مورد بیع سرقفلی بیان داشته اند (سرقفلی مال بالفعل نیست مال تبعی است و عارض بر حق مستاجر محل کسب و پیشه است بر منافع عین مستاجر و به تبع معروض مذکور نظر به ماده ۱۸ قانون مدنی مال غیر منقول است تبعاً. به موجب این ماده، تبعاً حق سرقفلی، عین تبعی است و تملیک عین در ماده ۳۳۸ قانون مدنی شامل آن است. پس بیع سرقفلی مصداق بیع است. و چون تملیک در تعریف مذکور نظر به سابقه تاریخی ماده ۳۳۸ قانون مدنی به معنی تسلیط است (نه انتقال مالکیت) و شامل بیع کلی در ذمه هم می باشد پس لغت تملیک در ماده مذکور هم نباید مایه تشویش اذهان گردد). و در واقع به نظر ایشان در بحث سرقفلی تسلطی به منافع صورت می گیرد بدون اینکه مالکیت عین منتقل شود.

## ۱-۱-۲- حق کسب یا پیشه یا تجارت

در لغت نامه ها و کتب فقهی متقدمین ذکری از حق کسب و تجارت نمی توان پیدا کرد. زیرا ظهور این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران دهه ۱۳۲۰ بوده است و پیش از این در

---

<sup>۱</sup> - جعفری لنگرودی - دکتر محمد جعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد دوم چاپ سوم. نشر گنج دانش، ۱۳۸۶. ص ۹۷۶

ایران تاسیس مزبور جایگاهی نداشته است. در مورد حلیت آن اختلاف وجود داشته تا زمان صدور نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام.<sup>۱</sup>

حق کسب یا پیشه یا تجارت حقی است برای مستاجر بازرگان و پیشه ور و مطلق کسانی است که از طریق اجاره مکانی، کسب معاش کنند ولو آن که بازرگان نباشند که با سرقفلی مفهوم<sup>۲</sup> "فرق دارد. زیرا شهرت تجاری و وجود مشتریان از عناصر سازنده آن نیست. حق مزبور خود به خود مالیت ندارد و به تنهایی قابل مبادله نیست. یعنی مستاجر نمی تواند هم منافع عین مستاجر را برای خود نگه دارد و هم حق کسب یا پیشه را به غیر منتقل کند و عوض آن را بگیرد بلکه هر دو را باید با هم منتقل کند. یعنی حق کسب یا پیشه یا تجارت نسبت به منافع عین مستاجر یک مال تبعی است لذا توقیف تابع بدون توقیف متبوع معنا ندارد حق کسب یا پیشه مال غیر منقول است.<sup>۳</sup>

دکتر کاتوزیان ضمن قائل شدن به وحدت مفهوم سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت آن را در مفهوم وسیع به «حقی بر مشتریان دائم و سرمایه تجارخانه» و در معنی محدود تر به «حقی که به موجب آن مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خود بر دیگران مقدم شناخته می شود» تعبیر کرده اند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - کشاورز، بهمن - سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام چاپ ششم - انتشارات کشاورز - ص ۳۴.

<sup>۲</sup> - جعفری لنگرودی، محمد جعفر - منبع پیشین.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان - ناصر منبع پیشین - ص ۶۲.

آقای کشاورز با قائل شدن تفاوت بین سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت آن را چنین تعریف کرده اند: حقی است مالی که به تبع مالکیت منافع، برای مستاجر محل کسب و پیشه و تجارت تحقق می یابد و قابلیت انتقال به غیر را توأم با منافع عین مستاجر دارد.<sup>۱</sup>

آنچه از تعاریف فوق بدست می آید این است که حق کسب یا پیشه یا تجارت مربوط به شغل کسب و کار بوده و با اشتغال به کار تجاری محقق می شود و با سرقتی که به اماکن و در بدو اجاره تعلق می گیرد، متفاوت است و این تعریف در محدوده قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ صحیح می باشد.

حق کسب یا پیشه یا تجارت دارای عناصر گوناگونی است که ما در جای خود به تفصیل در مورد عوامل سازنده آن بحث خواهیم کرد ولی در اینجا به طور مختصر متذکر می شویم که عنصر اساسی حق کسب یا پیشه یا تجارت حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که به مرور زمان و در اثر کار و کوشش به دست می آید و بر خلاف سرقتی که بدوا" و قطعی الحصول است. حق کسب یا پیشه تجارت تدریجی الحصول است و البته ممکن است اصلا" چنین حقی بوجود نیاید.

## ۱-۱-۳- بررسی تطبیقی سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت با حقوق

### خارجی

#### ۱-۱-۳-۱- حقوق فرانسه

<sup>۱</sup> - کشاورز بهمین . منبع پیشین - ص ۳۸.



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:

الف: مایه تجارتي<sup>۱</sup> که در بردارنده مجموع عناصر مادی و غیر مادی سرمایه بازرگان است

و شامل موقعیت محل تجارت، مشتریان دائم، اسم تجاری، علامت تجاری، نقوش و ترسیمات

تجاری، حق اختراع، حق تقدم و تمديد 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 تجارتي

است.<sup>۲</sup>

ب: حق السكنی<sup>۳</sup> و حق امتیاز در اجاره محل تجارت و خرید و فروش که جزئی از مایه

تجارتی است و به موجب این حق، موجرنمی تواند اجاره محل یک تجارتخانه یا مغازه را به

دیگری واگذار کند و امتیاز سکونت با صاحب مغازه یا تجارتخانه است.

ج: حقی که به موجب مقررات موضوعه، برای تاجر در مورد محل تجارت به وجود

می آید و او بر اساس آن، حق تقدم در اجاره و ادامه تجارت در محل کار خود را دارد.

## ۱-۱-۲-۳-۲- کامن لا

در نظام کامن لا شاید بتوان تأسیس اقتصادی - حقوقی Good will را با سرقفلی

مقایسه کرد.

<sup>۱</sup> - Fonds de commerce

<sup>۲</sup> - به نقل از ابراهیم عبدی پور فرد. مقاله رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب و پیشه یا تجارت و حق سرقفلی - مجله

فقه و حقوق - سال ۸۴ - ص ۹۱

<sup>۳</sup> - Droit au bail

الف: در تعریف Good will گفته شده که مال و دارایی غیرمادی<sup>1</sup> است و به معنای هر امتیاز یا امتیاز ثبتی است که بوسیله 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.

ب: عوض معین و قابل حمایتی است که بابت داشتن مشتریانی که از یک تجارت پا برجا و با عملکرد مطلوب حاصل شده، داده می شود.

ج: اضافه ارزش یک مؤسسه تملک شده یا واحد در حال فعالیت است که مازاد بر ارزش رایج بازار دارای خالص آن واحد است و به طور غیر رسمی برای نشان دادن ارزش روابط خوب با مشتریان، اخلاق نیک کارکنان، نام تجاری خوش آوازه و غیر آن به کار می رود و انتظار می رود منتج به قدرت تحصیل درآمدی بالاتر از معمول گردد.

د: توانایی یک تجارت برای تولید درآمدی بیش از نرخ طبیعی دارایی و سرمایه است که از مهارت مدیریتی فوق العاده، موقعیت در بازار، تکنولوژی محصول جدید و غیره ناشی می شود. در خرید یک فعالیت تجاری، Good will بیانگر تفاوت بین ثمن معامله و ارزش دارایی خالص است.

به هر حال، در این نظام، Good will با حق کسب یا پیشه یا تجارت قرابت بیشتری دارد تا سرقفلی در مفهوم عرفی جامعه، و ضرورتاً متکی به محل کسب و تجارت نیست.

<sup>1</sup> -Intangible asset

## ۱-۲- سیر قانونی روابط موجر و مستاجر

در خصوص پیشینه تاریخی سرقفلی و اینکه دقیقاً "به چه نحو به وجود آمده است. اطلاعات کاملی در دست نیست ولی آنچه مسلم است اینکه سرقفلی در حقوق ایران از عمر چنان طولانی برخوردار نیست اگر چه بنا به استنتاج برخی حقوقدانان سرقفلی از لحاظ عرفی مبتنی بر مراضعات طرفین بوده و دارای عمر طولانی می باشد. بنابراین ریشه های حضور سرقفلی را باید قبل از قانونگذاری در ایران جستجو کرد که مردم فارغ از قانون و مقررات با قبول آن بصورت کاملاً "آزاد آن را در روابط استیجاری خود لحاظ می کردند.

به نظر می رسد حق کسب یا پیشه نیز قبل از ورود به حیطة قانون، ریشه عرفی داشته است. طوری که بعد از اجاره یک محل و رونق کسب مستاجر در محل، که با تحمل هزینه و صرف وقت زیاد همراه بوده باشد این موضوع از دید عرف دور نمانده و مردم آن را به رسمیت شناختند که تدریجاً با ورود به حوزه قانون رنگ و بوی بیشتری به خود گرفت و تحت عنوان حق کسب یا پیشه یا تجارت در آمد.<sup>۱</sup>

تاقبل از تصویب قانون تعدیل مال الاجاره مستغلات، مصوب ۱۳۱۷. روابط حقوق موجر و مستأجر-تابع مواد عمومی اجاره پیش بینی شده در قانون مدنی بود گسترش تعاملات موجر و مستأجر و ازدیاد جمعیت و اجاره بهامقنن رامجبور به تصویب قانون تعدیل اجاره بها نمود که در متن قانون اشاره ای به سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت نشده است ولیکن در ماده ۹

<sup>۱</sup> - زینالی - مهدی. حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی در حقوق ایران - چاپ اول ۱۳۸۸ انتشارات جنگل ص ۲۸.

آیین نامه آن که براساس الزام عرفی سرقفلی وجود داشته قانونگذار مجبورا " برای فرار از آن به تصریح عدم وجود آن توسط دفترخانه اشاره نموده است. به عبارت دیگر اولین برخورد قانونگذار با سرقفلی نوعی مخالفت با این پدیده بوده و تصریح به عدم وجود چنین حقی بوده است .

البته عده ای را هم عقیده بر این است که قبل از مورد بحث سرقفلی در قوانینی مانند ماده ۹ قانون طرز جلوگیری از تصرف عدوانی سال ۱۳۰۹ و دیگر قوانین به طور ضمنی پیش بینی شده بود که البته از ظاهر و مفهوم قانون مذکور چیزی بدست نمی آید که مبنی بر پیش بینی حق کسب یا پیشه یا سرقفلی باشد. در هر حال ظهور سرقفلی و حق کسب یا پیشه در متون این قانون سالها از باب نفی آن و بیشتر با برخورد محافظه کارانه و محتاطانه بوده است.

پس از گذشت مدتی از تصویب قانون تعدیل اجاره بها با توجه به مشکلات عدیده موجر و مستاجر قانون مزبور و قانون مدنی دیگر پاسخگو نبود لذا قانونگذار بر آن شد تا با تصویب قانون جدید ضمن حل مشکلات و پر کردن خلاء های قانونی روابط موجر و مستاجر را از حالت اختیاری و مبتنی بر تراضی به روابطی مبتنی بر قانون و تابع مقررات مبدل کند چنانکه پیش بینی حق کسب یا پیشه در این قانون قدرت مطلق موجر را در تخلیه مورد اجاره بعد از انقضای مدت اجاره محدود نمود و در برخی موارد حق تقدم برای مستاجر ایجاد شد. اگر چه این