

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت در حقوق ایران

بوسیله:

غلامرضا قربانی

استاد راهنما:

دکتر پرویز عامری



شهریورماه ۱۳۸۶

۱۳۸۷ / ۹ / ۲۳

۱۰۶۲۰۳

به نام خدا

توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت در حقوق ایران

به وسیله‌ی:

غلامرضا قربانی

پایان نامه:

ارائه شده به تحصیلات تکمیلی دانشگاه به عنوان بخشی از فعالیت‌های تحصیلی
لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته‌ی:

حقوق خصوصی

از دانشگاه شیراز

شیراز

جمهوری اسلامی ایران

ارزیابی شده توسط کمیته پایان نامه با درجه: بسیار خوب

۲۴۱

دکتر پرویز عامری، استادیار دانشکده حقوق

دکتر علی اصغر حاتمی، دانشیار دانشکده حقوق

دکتر نادر مردانی، استادیار دانشکده حقوق

آبان ۱۳۸۶

۱۱

سپاسگزاری

از پدر و مادر و همسر که در طول دوران تحصیل رنج بسیاری را تحمل کردند.
از استاد ارجمندم جناب آقای دکتر پرویز عامری که در نهایت بردباری و دقت نظر با راهنمایی‌های ارزشمند خود مرا یاری نموده‌اند کمال تشکر را دارم.
موجب امتنان و قدرشناسی است از جناب آقای دکتر علی اصغر حاتمی و دکتر نادر مردانی که از مشاوره ارزشمند خود مرا بهره‌مند نمودند.

تقدیم به:

پدر و مادر دلسوز و مهربانم

همسر صبور و فداکارم

چکیده

توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت

به وسیله:

غلامرضا قربانی

پذیرش و توسعه مالکیت‌های غیرمادی یکی از تحولات بزرگ نظام‌های حقوقی و اقتصادی جهان است که امروزه در میان اکثر کشورهای جهان رسوخ کرده است. حق کسب، پیشه یا تجارت مستأجر از جمله این مالکیت‌های غیرمادی است که قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ برای اولین بار در ایران به آن وجهه قانونی بخشید. این موضوع از آن زمان تا کنون پیوسته، یکی از مباحث و موضوعات مهم اقتصادی و حقوقی کشور بوده است و ابعاد مختلف آن تحقیقات خاصی را طلب می‌کند از جمله این ابعاد توقیف اجرایی حق مذکور است که پژوهش حاضر به آن می‌پردازد. در واقع سؤال اصلی تحقیق این است که آیا حق کسب، پیشه یا تجارت مستأجر، قابل توقیف بنفع طلبکاران وی می‌باشد یا خیر؟ و اگر این قابلیت را دارد، این امر چگونه میسر است؟ نگارنده براین باور است که حق کسب، پیشه یا تجارت علی‌الطلاق قابل توقیف به نفع بستانکاران مستأجر است. اعم از اینکه اختیار انتقال منافع مورد اجاره به غیر به مستأجر داده شده باشد یا خیر، و اعم از اینکه مالک عین مستأجره راضی به انتقال حق کسب، پیشه یا تجارت به خریدار باشد یا نه. زیرا حق کسب، پیشه یا تجارت حقی است مالی و قابل معامله که قانونگذار برای مستأجر محل‌های کسب و پیشه به رسمیت شناخته است و به راحتی با منافع عین مستأجره مورد داد و ستد قرار می‌گیرد و از نظر اقتصادی نیز دارای ارزش مبادله می‌باشد، و لذا چون مال محسوب می‌شود قابل توقیف به نفع طلبکاران مستأجر نیز می‌باشد.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
الف: معرفی موضوع و طرح مساله	۱
ب: هدف تحقیق	۲
ج: سابقه علمی	۳
د: روش و مراحل تحقیق	۳
ی: طرح پایان نامه	۴
فصل اول: کلیات	۵
بخش اول: تبیین ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی	۶
مبحث اول: حق کسب، پیشه یا تجارت	۶
گفتار اول: ماهیت حقوقی	۷
گفتار دوم: موارد پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت به مستاجر	۹
گفتار سوم: سقوط حق کسب، پیشه یا تجارت	۱۲
مبحث دوم: سرقتی	۱۴
گفتار اول: پژوهش لغوی و اصطلاحی مفهوم سرقتی	۱۵
گفتار دوم: سرقتی در فقه	۱۹
قسمت اول: حکم گرفتن سرقتی درباره مالک	۲۰
قسمت دوم: حکم گرفتن سرقتی درباره مستاجر	۲۰
مبحث سوم: وجوه تمایز سرقتی و حق کسب، پیشه یا تجارت	۲۲
گفتار اول: تمایز در ماهیت حقوقی	۲۳
گفتار دوم: از نظر نحوه و کیفیت توقیف	۲۴
بخش دوم: تاریخچه و سیر تحول قانونگذاری و تعیین قانون حاکم بر حق کسب، پیشه یا تجارت	۲۶
مبحث اول: قانون راجع به تعدیل مال الاجاره ها	۲۶

مبحث دوم : قانون اختیارات آقای دکتر میلسپو در مورد تنزل و تثبیت بهای اجناس.....	۲۸
مبحث سوم : قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹.....	۲۹
مبحث چهارم : قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲.....	۳۱
مبحث پنجم : ماده واحده الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستأجر.....	۳۲
فصل دوم : شرایط توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت	۳۵
بخش اول : شرایط ماهوی توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۳۹
مبحث اول: مالیت داشتن حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۳۹
مبحث دوم : قابلیت نقل و انتقال بودن حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۴۳
مبحث سوم : تعلق حق کسب، پیشه یا تجارت به محکوم علیه یا متعهد.....	۴۵
بخش دوم : امکان و نحوه توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۴۸
مبحث اول: نظریه عدم امکان توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۴۹
مبحث دوم: نظریه امکان توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۵۰
گفتار اول: توقیف در فرض اختیار انتقال به غیر.....	۵۳
قسمت اول: توقیف در فرض رسمی بودن اجاره نامه.....	۵۴
قسمت دوم: توقیف در فرض غیر رسمی بودن اجاره نامه.....	۵۶
گفتار دوم : توقیف در فرض عدم اختیار انتقال به غیر.....	۵۹
قسمت اول: فرض رضایت مالک.....	۶۰
قسمت دوم - فرض عدم رضایت مالک.....	۶۱
الف- نظریه عدم امکان توقیف.....	۶۱
ب- نظریه الزام مالک به اعلام رضایت.....	۶۲
انتقاد از نظریه.....	۶۳
بند ۳- نظریه عدم ضرورت رضایت مالک ؛ مفاد نظریه.....	۶۴
ارزش نظریه.....	۶۵
فصل سوم: آثار توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت	۶۶
مبحث اول: ممنوعیت در نقل و انتقال.....	۶۷
مبحث دوم: ایجاد حق تقدم.....	۶۹
مبحث سوم: استیفای طلب از طریق فروش حق کسب، پیشه یا تجارت.....	۷۰

عنوان صفحه

- گفتار اول: استیفای طلب از طریق اجرای احکام دادگستری ۷۱
- قسمت اول: شرکت مالک در مزایده ۷۳
- قسمت دوم: شرکت محکوم له در مزایده ۷۴
- قسمت سوم: پرداخت بالاترین قیمت پیشنهادی توسط محکوم علیه ۷۵
- قسمت چهارم: موارد بی اعتباری مزایده حق کسب، پیشه یا تجارت و تجدید آن ۷۶
- گفتار دوم: استیفای طلب از طریق اجرای ثبت ۷۸
- قسمت اول: رویه عملی موجود ۷۸
- قسمت دوم: انتقاد از رویه دایره اجرای ثبت: ۸۰
- مبحث چهارم: توقیف و تخلف مستأجر ۸۱
- نتیجه ۸۳
- فهرست منابع ۸۴

مقدمه

الف: معرفی موضوع و طرح مسأله

در بسیاری از دعاوی حقوقی که خواسته نها مطالبه مال است پس از صدور حکم قطعی و ابلاغ آن و نیز صدور و ابلاغ اجرائیه، محکوم علیه حسب ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی مکلف است ظرف مدت ۱۰ روز، مفاد آن را به موقع اجرا بگذارد یا ترتیبی برای پرداخت محکوم به بدهد یا مالی معرفی کند که اجرای حکم و استیفاء محکوم به، از آن میسر باشد والا محکوم له، وفق ماده ۴۹ قانون اجرای احکام مدنی می تواند، درخواست کند که از اموال محکوم علیه معادل محکوم به توقیف گردد.

علاوه براین به موجب تبصره ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی شخص ثالث می تواند به جای محکوم علیه برای استفاده محکوم به، اقدام به معرفی مال کند. در موارد ۲۰، ۲۳ و ۲۴ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرائی نیز، موضوع معرفی مال توسط متعهد، متعهد له یا ثالث به منظور اجرای سند پیش بینی گردیده است. مهمترین مشکلی که دوایر اجرایی معمولاً با آن مواجهند فقدان یا عدم دسترسی به اموال مدیون است. زیرا عملیات اجرایی با توقیف مال آغاز می گردد و تا مالی از بدهکار بدست نیاید، عملیات نیز معطل می ماند. از جمله راهکارهای حل مشکل مذکور، توسعه و گسترش معنی و مفهوم «مال» است. از این رو یکی از مواردی که ارزش ریالی و اقتصادی آن در روزگار ما و پس از وضع و تصویب قانون-روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۹ بسیار قابل ملاحظه بوده و بالاخص در سالهای اخیر مورد توجه اشخاص فوق و دوایر اجرائی برای معرفی و توقیف و فروش قرار گرفته، حق کسب، پیشه یا تجارت است که تبیین نحوه برخورد علمی و عملی با مقوله مذکور در دوایر اجرا، امری ضروری احساس می شود.

لذا سؤال اصلی تحقیق این است آیا امکان توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت در دوایر اجرائی وجود دارد یا خیر؟ علاوه براین فرض امکان توقیف این حق، آیا واگذاری و فروش آن نیز ممکن است یا خیر؟ همچنین پاسخ به سؤال اصلی تحقیق این سؤال فرعی را نیز در ذهن ایجاد می کند که آیا حق کسب، پیشه یا تجارت اساساً مال محسوب می شود یا نه؟

در اینجا نظر به اهمیت موضوع و این که مفهوم حق کسب، پیشه یا تجارت از مفاهیم نو و امروزی اقلام اموال و دارائی اشخاص است با توجه به تمام علل انتخاب موضوع برآنیم که در این پایان نامه درباره امکان و نحوه توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت و کلیه عملیات اجرائی آن، به منظور فراهم آوردن امکان استیفای حقوق محکوم له یا متعهدله و وصول محکوم به یا طلب با توجه به خلاء های موجود در قوانین و در نظر داشتن اصول مسلم حاکم بر اجرای احکام مدنی و مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء، بحث و تحلیل کنیم. در این تحلیل رویه قضائی حاکم به عنوان یکی از ابزار جبران کننده خلاء ناشی از فقدان یا نقص قوانین حاکم بر موضوع، مورد توجه اکید قرار گرفته است.

ب: هدف تحقیق

هدف این پژوهش فراهم آوردن موجبات و امکان اجرای احکام مدنی و مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و در واقع تأمین هدف دادرسی است. زیرا اجرای حکم، غایت و هدف دادرسی است. بنابراین در دعاوی مالی، اگر پس از صدور حکم و قطعیت آن مالی از محکوم علیه به دست نیاید و حکم بلا اجرا بماند هدف دادرسی تأمین نگردیده و نتیجه ای برای محکوم له در برنخواهد داشت. لذا انگیزه اصلی تحقیق این است که با توجه به ارزش بالای اقتصادی حق کسب، پیشه یا تجارت در کشور راهکارها و پیشنهادهایی در خصوص امکان و نحوه توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت و نیز نحوه فروش و واگذاری آن ارائه گردد، تا با معرفی و توقیف آن توسط دایره اجرا و مزایده و واگذاری آن امکان اجرای حکم فراهم آمده و هدف دادرسی تأمین گردد. به عبارت دیگر هدف از پژوهش حاضر امکان اجرای احکام مدنی و مفاد اسناد لازم الاجراء و محکوم له و متعهدله را به طلب و حق خودرساندن می باشد. زیرا اگر حق کسب، پیشه یا تجارت، در ردیف اموال و دارائی های محکوم علیه یا متعهد قرار گیرد و توقیف و مزایده و واگذاری آن، میسر و ممکن گردد، طلبکار با فقر و اعسار طرف مقابل خود مواجه نگردیده و با استیفاء محکوم به یا طلب از محل فروش حق کسب، پیشه یا تجارت، هدف دادرسی که اجرای حکم است تأمین گردیده و عدالت در جامعه برقرار می گردد.

ج- سابقه علمی

در خصوص سابقه علمی موضوع پایان نامه به نظر می‌رسد اولین کتابی که در حقوق ایران نگاشته شده و در آن پیرامون موضوع بحث شده، «دانشنامه حقوقی» تألیف محمد جعفر لنگرودی باشد. مؤلف در این کتاب معتقد است حق کسب، پیشه یا تجارت مال تبعی است و مستقلاً و بالفعل مال محسوب نمی‌شود و فقط در موقع تخلیه عین مستأجره فعلیت پیدا می‌کند و از طرفی چون حسب مقررات قانون اجرای احکام مدنی و آئین نامه اجرای مفاد رسمی لازم الاجراء، برای اجرای احکام و مفاد سند به «مال» احتیاج داریم و حق کسب، پیشه یا تجارت مال محسوب نمی‌شود و فقط در موقع تخلیه عین مستأجره فعلیت پیدا می‌کند، لذا قابل توقیف نیز نمی‌باشد. دومین کتاب، «حقوق مدنی دوره عقود معین جلد اول» نوشته ناصر کاتوزیان می‌باشد. مؤلف این کتاب برعکس معتقد است حق کسب، پیشه یا تجارت برطبق ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و تبصره های آن حقی است موجود و هیچگونه تردیدی در مالیت داشتن آن نیست و لذا به عنوان قلمی از اقسام اموال و دارائی های محکوم علیه یا متعهد قابل توقیف می‌باشد. کتاب دیگری که به بحث درخصوص موضوع پرداخته، «سرقفلی و حق کسب، پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام» نوشته آقای بهمن کشاورز است. نامبرده ضمن آوردن نظرات مخالفین و موافقین قابلیت توقیف این حق در کتاب خود، قائل به امکان توقیف آن توسط دوایر اجرائی گردیده است. اما تا کنون تحقیق مفصل و جداگانه ای پیرامون موضوع توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت به صورت کتاب، پایان نامه و یا حتی مقاله انجام نگرفته است و در این خصوص خلاء و کاستی احساس می‌شود. منابع فوق الذکر نیز به طور تحلیلی و استدلالی و جامع الاطراف به موضوع نپرداخته اند و نحوه و کیفیت توقیف و مزایده و فروش را مسکوت گذاشته اند. فقهای متأخر امامیه نیز که در کتب خود به تشریح احکام و آثار سرقفلی پرداخته اند بحثی از امکان توقیف حق سرقفلی به میان نیاورده اند.

د: روش و مراحل تحقیق

در این تحقیق از دو روش میدانی و کتابخانه ای استفاده شده و در کنار مطالعه دقیق نظرات نویسندگان حقوقی از آراء و رویه های عملی موجود در مراجع ذیربط نیز استفاده شده است. با توجه به پراکندگی نظرات دوایر مختلف اجرا و کمبود تجربیات عملی در مواجهه با این

موضوع، بخصوص در اجرای ثبت، دسترسی به رویه عملی مراجع ذیربط برای پژوهشگر آسان نبوده است.

اما در خصوص مراحل تحقیق باید گفت که این مراحل شامل چند مقطع است: در مرحله اول یک بررسی و مطالعه اجمالی و مختصر روی منابع و مأخذ پایان نامه صورت گرفته است. در مرحله دوم، ضمن اقدام به مطالعه تفصیلی کتب اخیر الذکر، از موضوعات مورد بحث، فیش برداری به عمل آمده است. در مرحله سوم، مطالعه روی رویه قضائی دادگاه های ایران همراه با فیش برداری جهت ایضاح موضع دادگاه های ایران در خصوص توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت انجام گرفته است. در مرحله چهارم، به انسجام بخشی و رعایت تعادل و تسلسل و ارتباط بین مطالب گردآوری شده پرداخته شده و در مرحله آخر که مرحله ثمر دهی تحقیق است، به یک نتیجه گیری کلی و مختصر در باب موضوع پرداخته شده است، تا در انتهای پایان نامه منعکس شود.

ی: طرح پایان نامه

این پایان نامه شامل سه فصل می باشد: فصل اول به کلیات اختصاص دارد که به تبیین ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی، وجوه تمایز و تفاوت این دو عنوان و تاریخچه و سیر تحول قانونگذاری و تعیین قانون حاکم برحق کسب، پیشه یا تجارت می پردازد. در فصل دوم، تحت عنوان شرایط توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت، شرایط ماهوی و امکان و نحوه توقیف این حق مورد مطالعه قرار می گیرد. همچنین در این فصل، نظریات مختلف پیرامون امکان یا عدم امکان توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت و کیفیت و چگونگی توقیف در فروض مختلف آورده می شود. در فصل سوم پایان نامه نیز به بررسی آثار توقیف حق کسب، پیشه یا تجارت پرداخته شده است. در این فصل مباحثی از قبیل ممنوعیت در نقل و انتقال، ایجاد حق تقدم، اثر تخلف مستأجر در روند عملیات اجرایی و استیفای حقوق طلبکار از محل فروش حق کسب، پیشه یا تجارت مورد مطالعه قرار می گیرد. در پایان نیز نتیجه گیری خواهد شد.

فصل اول

کلیات

فصل اول : کلیات

پژوهش پیرامون موضوع تحقیق و پاسخگویی به سوال اصلی آن مستلزم این است که نخست ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی و وجوه تمایز و تفاوت این دو مقوله تبیین گردد. از طرف دیگر تعیین قانونی که برحق کسب، پیشه یا تجارت حکومت داشته و حقوق و تعهدات و تکالیف موجر و مستأجر را تبیین می نماید و نیز ذکر تاریخچه قانونگذاری و آوردن قوانین و مقرراتی که قبل از تصویب قانون حاکم، روابط موجر و مستأجر را تنظیم می نموده حائز کمال اهمیت است و بررسی آنها در فضل مقدماتی ضروری به نظر می رسد. لذا فصل اول تحقیق در دو بخش تحت عنوان « تبیین ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی » و « تاریخچه و سیر تحول قانونگذاری و تعیین قانون حاکم برحق کسب پیشه یا تجارت » به ترتیب مورد مطالعه قرار می گیرد.

بخش اول: تبیین ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی

مطالب این بخش در سه مبحث جداگانه مورد بحث قرار می گیرد؛ پس از آنکه در مباحث اول و دوم، حق کسب، پیشه یا تجارت و سرقتی را به ترتیب مورد شناسایی قرار دادیم در مبحث سوم وجوه تمایز این دو اصطلاح را از نظر ماهیت حقوقی و امکان و نحوه و کیفیت توقیف مورد تحلیل حقوقی قرار خواهیم داد.

مبحث اول : حق کسب، پیشه یا تجارت

شناخت ماهیت حقوقی حق کسب، پیشه یا تجارت، روند شکل گیری و چگونگی ولادت و ظهور این حق در سابقه قانونگذاری ایران و بیان موارد تعلق و سقوط حق

کسب، پیشه یا تجارت به مستأجر، در راستای پاسخگویی به سوال اصلی تحقیق اهمیت دارد لذا موارد فوق به نحو اختصار به شرح زیر مورد مطالعه قرار می گیرند.

گفتار اول : ماهیت حقوقی

برخی از حقوقدانان ضمن قائل شدن به وحدت مفهوم حقوقی سرقفلی و حق کسب، پیشه یا تجارت حق کسب پیشه یا تجارت را در مفهوم وسیع به « حقی بر مشتریان دائم و سرمایه تجارخانه» و در معنای محدودتر به « امتیازی که بموجب آن مستأجر متصرف بدلیل حقی که در نتیجه فعالیت خود در جلب مشتری پیدا کرده است در اجاره کردن محل کسب خویش بردیگران مقدم شناخته می شود» تعبیر کرده اند.^۱

بعضی دیگر معتقدند حق کسب و پیشه، حقی است برای مستأجر بازرگان و پیشه ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی کسب معاش کنند ولو آنکه بازرگان نباشند به اعتقاد اینها حق مزبور خود به خود، مالیت نداشته و به تنهایی قابل مبادله نیست یعنی مستأجر نمی تواند هم منافع عین مستأجر را برای خود نگه دارد و هم حق کسب، پیشه یا تجارت را به غیر منتقل کند و عوض آنرا بگیرد بلکه هر دو را باید با هم منتقل کند.^۲ عده ای دیگر حق کسب، پیشه یا تجارت را حقی مالی می دانند که به تبع مالکیت منافع برای مستأجر محل کسب، پیشه یا تجارت تحقق می یابد و قابلیت انتقال به غیر را- توأم با منافع عین مستأجره- دارد.^۳ و بالاخره عده ای دیگر عناصر تشکیل دهنده حق کسب، پیشه یا تجارت را با ماهیت حقوقی این حق یکی گرفته و گفته اند: « حق کسب یا پیشه (مایه تجارتي) عبارت است از مجموعه عوامل منقول مادی مانند اثاثیه، مواد اولیه، ابزارآلات (که برای بهره برداری به کار می رود) و کالاهای تجارتي، پول نقد و غیره، و عوامل منقول غیرمادی از قبیل حق اختراع، حقوق راجع به نام و شهرت و علائم تجارتي، حق تجدید اجاره، بنگاه تجارتي، حقوق راجع به مشتریان دائم و گذری، پروانه های تجارتي، حق مالکیت صنعتی، حق مالکیت ادبی یا هنری مرتبط با موارد بالا.^۴»

۱-ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره عقود معین، جلد اول، ص ۵۱۷.

۲-محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۲۴.

۳-بهمن، کشاورز، سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، ص ۲۸.

۴-محمود، عرفانی، حقوق تجارت، ص ۷۸.

تعاریف ارائه شده فوق هر یک به نوعی گوشه ای از ماهیت حقوقی و اقتصادی حق کسب، پیشه یا تجارت را نمایان می سازند ولی در عین حال دارای نواقص و معایبی نیز می باشند: در تعریف نخست همانطور که ملاحظه می شود فقط به حق تقدم مستأجر متصرف در اجاره محل کسب تاکید شده و به عناصر و ضوابط تشکیل دهنده این حق توجه نشده است. نقص دیگر این تعریف عدم تاکید بر قابل معامله بودن حق است در حالیکه این ویژگی به مستأجر، اجازه معامله - به تبع واگذاری منافع - و یا اسقاط حق را در قبال اخذ مال می دهد. وانگهی وجود این حق فقط در حالی که در مقام تحلیل حقوقی فرض کنیم که مدت اجاره تمام شده و مالک قصد تخلیه عین مستأجره و اجاره دادن مجدد آن را دارد و در این حالت مستأجر متصرف به اعتبار داشتن حق کسب، پیشه یا تجارت بر دیگر داوطلبان اجاره ملک مقدم است متجلی نمی شود، بلکه در حالتی که مستأجر قصد انتقال حقوق خود در عین مستأجره را به غیر داشته باشد نیز قابل لمس است (ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و تبصره های آن). در این حالت مستأجر حقی را که در نتیجه عقد اجاره برای وی ایجاد شده، با رضایت مالک و یا به حکم محکمه (در صورت راضی نشدن مالک) به غیر منتقل می کند. بنابراین در اینجا «حق تقدم در اجاره کردن محل کسبی خود» مطرح نیست بلکه «اختیار انتقال منافع ملک غیر» مطرح است.^۱

تعریف حق کسب، پیشه یا تجارت به: «حقی است برای مستأجر بازرگان و پیشه ور و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی کسب معاش می کنند ولو آنکه بازرگان نباشند.» نیز به دلیل نیارودن عوامل تشکیل دهنده حق در داخل تعریف، و نیز عدم تأکید بر قابل معامله بودن آن ناقص به نظر می رسد.

به نظر می رسد که تعریف زیر را می توان برای حق کسب، پیشه یا تجارت ارائه داد: «حق کسب، پیشه یا تجارت حقی است مالی و قابل معامله که برای مستأجر محلهای کسب و تجارت از طرف قانونگذار شناخته شده و میزان آن بستگی به عوامل مادی و معنوی متعدّد دارد» ماده ۱۱ قانون روابط مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹ که با وضع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ منسوخ گردیده عوامل و ضوابط تعیین میزان حق کسب پیشه یا تجارت مستأجر را تا حدودی مشخص کرده بود. حسب ماده ۱۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ تعیین مقدار حق کسب یا پیشه یا تجارت موکول به مراعات اصول و ضوابطی شده است که در آئین نامه خاصی پیش بینی می گردد، تاکنون چنین آئین نامه ای به تصویب نرسیده و ضوابط تعیین حق کسب پیشه یا تجارت عملاً به دست کارشناسان رسمی دادگستری است.

۱- بهمن، کشاورز، همان، ص ۳۵.

مهمترین عوامل و ضوابط مادی و معنوی تشکیل دهنده میزان این حق عبارتند از: کلیه اموال و مال التجاره و ابزار و ماشین آلات بازرگان. مشتریان محل، اسم و علائم مشخصه تجاری حق مالکیت صنعتی و بازرگانی و علائم کارخانه، پروانه کسب، تابلوی مغازه، حسن شهرت، رونق کسبی و....

گفتار دوم: موارد پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت به مستأجر

همانگونه که در گفتار قبل گفته شد قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ قانون حاکم بر محلهای حق کسب، پیشه یا تجارت بوده و اساس و زمینه اصلی کار را تشکیل می دهد. با توجه به مفاد مواد ۱۵ و ۱۹ این قانون مواردی که دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، موجر را نیز موظف به پرداختن حق کسب، پیشه یا تجارت می کند، بدین شرح می توان خلاصه کرد:

۱- تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید: حسب بند ۱ ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ مالک می تواند با تحصیل پروانه ساختمانی یا گواهی ایی که حکایت از اقدام وی برای گرفتن پروانه ساختمان از شهرداری داشته باشد تقاضای تخلیه مورد اجاره را بکند. در این مورد مالک باید برای تحصیل پروانه ساختمانی با در دست داشتن اسناد مالکیت و گواهی هائی که شهرداری ها در این موارد مطالبه می نمایند به شهرداری مراجعه کند، شهرداری نیز با تقاضای مالک ملک بدون توجه به تصرفات و مالکیت منافع و کسانی که حقوق دیگری غیر از حق مالکانه دارند (رهن، ودیعه، وثیقه و ...) پروانه ساختمانی را صادر می نماید.^۱

در این فرض صرف وجود پروانه ساختمانی کافی است و دادگاه به دلیل دیگری نیاز ندارد و مستأجر نیز دفاع موثری ندارد. دادگاه در موردی که بین موجر و مستأجر توافقی در مبلغ حق کسب، پیشه یا تجارت نباشد موضوع را به کارشناس دادگستری ارجاع و پس از جلب نظر کارشناس حکم تخلیه مورد اجاره را با پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت به مستأجر صادر می نماید.

۲- تخلیه به منظور احتیاج شخص موجر برای کسب یا پیشه یا تجارت: هرگاه موجر ثابت کند که شخصاً برای اشتغال به کسب یا پیشه یا تجارت به عین مستأجره نیاز دارد دادگاه به تخلیه ملک با پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت رای خواهد داد. در این مورد صدور حکم تخلیه منوط به احراز نیاز مالک به اشتغال در محل مورد

۱- نعمت، احمدی، بررسی قوانین مالک و مستأجر، ص ۱۲۳.

اجاره به منظور ارتزاق است و اثبات نیاز مشروط به این است که اولاً مالک به لحاظ موقعیت و تناسب قادر به انجام کار کردن در آن محل باشد و ثانیاً عدم اشتغال در مورد اجاره موجب وقفه و مضیقه در زندگی او شود بنابراین ادعای نیاز به صرف توسعه کار و افزون طلبی و سودجوئی بیشتر و سرگرمی و تفنن موجب تخلیه محل کسب نمی شود.^۱

از جمله مصادیق نیاز شخصی به عنوان مثال یکی حکم بازنشستگی است، فرض کنیم مالک کارمند دولت بوده و به افتخار بازنشستگی نائل آمده است، حکم بازنشستگی بهترین دلیل برای اثبات و احراز نیاز شخصی است. یا مالک خود صاحب حرفه و فنی است و قبلاً در محل دیگری مشغول بوده است که محل مزبور مثلاً بوسیله مالک او تخلیه شده است. یا با این که محل در طرح شهرداری واقع و تخریب گردیده و یا اینکه خود مالک محل دیگری بوده و بنا به هر علت آن را فروخته و هم اکنون فاقد محل کسب می باشد و یا اینکه مالک در شهرستان دیگری ساکن بوده و هم اکنون به شهر محل وقوع ملک خود آمده و می خواهد در ملک خود به کاسبی مشغول بشود، همه اینها می تواند از جمله مواردی باشند که موجر می تواند به استناد آنها تقاضای تخلیه نماید. و دادگاه ضمن صدور حکم تخلیه، حکم به پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت به مستأجر را نیز صادر می نماید.

۳- تخلیه محل کسب، به دلیل احتیاج موجر یا کسان نزدیک او به سکونت در آن (بند ۳ ماده ۱۵). این بند نیز همانند بند ۲ ماده ۱۵ می باشد با این تفاوت که دایره شمول آن افراد بیشتری را در بر گرفته، علاوه بر شخص مالک شامل فرزندان، پدر، مادر و همسر وی نیز می شود. در موارد سه گانه بالا حسب ماده ۱۶ قانون روابط موجر و مستأجر هرگاه مالک حسب مورد تا شش ماه از تخلیه شروع به ساختمان نکند یا حداقل مدت یک سال از محل مورد اجاره به نحوی که ادعا کرده استفاده ننماید بدرخواست مستأجر به پرداخت مبلغی معادل یکسال اجاره بها یا اجره المثل مورد اجاره در حق او محکوم خواهد شد مگر آنکه ثابت شود تأخیر شروع ساختمان یا عدم استفاده از مورد اجاره در اثر قوه قاهره یا مبتنی بر علل و جهاتی خارج از اراده مالک بوده است.

۴- مطابق ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر هرگاه در اجاره نامه حق انتقال به غیر به مستأجر داده نشده باشد یا اجاره نامه ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد و مستأجر تمایل به تخلیه و تحویل مورد اجاره را داشته باشد، مالک باید در مقابل تخلیه مورد اجاره حق کسب، پیشه یا تجارت وی را بپردازد و چنانچه

۲- بهمن کشاورز، همان، ص ۱۷۳.

مالک حاضر به پرداخت حق کسب، پیشه یا تجارت در مقابل تخلیه مورد اجاره نباشد مستأجر می تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند در این صورت دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال صادر می نماید در این فرض نیز مستأجر حقوق کسب، پیشه یا تجارت خود را از منتقل الیه (مستأجر جدید) دریافت می نماید.

۵- از جمله آثار عقد اجاره، تملیکی بودن آن است بدین معنا که موجر به موجب عقد اجاره مالک اجاره بها و مستأجر نیز مالک منفعت عین مستأجر می گردد. نتیجه تملیکی بودن عقد اجاره این است که مستأجره بعنوان مالک منافع حق هرگونه دخل و تصرف و از جمله نقل و انتقال در مایملک خود را دارد^۱، بدین ترتیب ماده ۴۷۴ قانون مدنی می گوید: «مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد» این ماده مقتضی طبیعت اجاره است ولی از بند ۱ و ۲ ماده ۱۴ و به ویژه ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ استفاده می شود که قانونگذار اصلی که بموجب آن مستأجر می تواند منافع ملک را به دیگری واگذار کند مگر اینکه حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد را در اجاره های مشمول آن قانون وارونه ساخته است و مالک منافع را در صورتی مجاز به انتقال آن می داند که این حق در اجاره نامه به او داده شده باشد. ماده ۱۰ قانون اخیرالذکر مقرر می دارد: «مستأجر نمی تواند منافع مورد اجاره را کلاً یا جزئاً یا به نحو اشاعه به غیر اجاره دهد یا واگذار نماید مگر اینکه کتباً این اختیار به او داده شده باشد...» ضمانت اجرای تخلف از مقررات این ماده یکی حق فسخ اجاره اصلی توسط موجر است؛ حسب بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر در مواردی که حق انتقال به غیر به مستأجر داده نشده، انتقال اجاره به غیر یا واگذاری عملی مورد اجاره به دیگران به موجر حق فسخ اجاره اصلی را می دهد. ضمانت اجرای دیگر آن سقوط نصف حق کسب، پیشه یا تجارت مستأجر است. حسب تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون مذکور در صورتی که مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده، مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید، موجر حق درخواست تخلیه را دارد و حکم تخلیه علیه مستأجر یا متصرف اجرا خواهد شد و در این مورد مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب، پیشه یا تجارت را خواهد داشت. بنابراین در این مورد نیز حکم تخلیه با پرداخت نصف مبلغ حق کسب، پیشه یا تجارت به مستأجر یا متصرف حسب مورد اجرا خواهد شد.

۱- ناصر، کاتوزیان، اموال و مالکیت، ص ۱۰۱.