

دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

کارشناسی ارشد - علوم انسانی

عنوان پایان نامه

مقایسه حق سرقتی در قوانین موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶

استاد راهنما

عیسی امینی

استاد مشاور

حیدر حسن زاده

دانشجو

پرنگ لاله عباسی

تاریخ دفاع

۱۳۸۹/۱۱/۲۵



## مقدمه

### اهمیت موضوع –

در جوامع امروزی بسیاری از اشخاص حقیقی و حقوقی با مسایل مربوط به روابط موجر و مستاجر روبرو هستند. نوسان قیمت املاک، افزایش اجاره بها و به تبع آن افزایش ارزش سرقفلی را موجب گشته است و از طرفی ارزش یک نام تجاری خاص برای مصرف کننده در جوامع امروزی موجب پیدایش استراتژی های خاص در ایجاد تمایز در محصولات یک شرکت نسبت به رقبا و به تبع آن ایجاد مایه ی تجاری است. سرانجام در اهمیت موضوع همین بس که زمینه ی دعاوی متعددی است که بسیاری از آنها به دلیل عدم آگاهی موجرین و مستاجرین، از قوانین و مقررات مطرح شده در این زمینه ناشی شده است و چه بسا ممکن است سبب ورود زیان های جبران ناپذیر به طرفین گردد.<sup>۱</sup> فلذا شناخت دقیق سرقفلی و نیز حق کسب یا پیشه و ارابه ی مفهوم و معیار دقیق جهت تفکیک این دو از یکدیگر امری مهم می نماید.

**هدف از تحقیق –** حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت از تاسیس های حقوقی رایج در حقوق موضوعه ی ایران است که در خصوص وحدت و یا دوگانگی آن هم در دکترین و هم در رویه ی قضایی اختلاف نظر وجود دارد و به نظر می رسد این امر ناشی از عدم تبیین دقیق ماهیت و طبیعت این حقوق در قوانین مرتبط است حال آنکه از اجرای قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶، ۳۳ سال و از اجرای قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶، ۱۳ سال گذشته است هر چند برخی گمان می کردند قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ به همه ی اختلافات

---

۱- ارزش و اهمیت نام تجاری، مقاله ی اینترنتی، مظاهر یوسفی و علی اصغر ضیاچی، صفحه ی اول  
<http://emodiran.com/downloads/view/2855/t>

و تعارضات حقوقی و قضایی پایان خواهد داد و چنین نشد.<sup>۱</sup> بنابراین ابهامات موجود، نیاز به بررسی هرچه بیشتر موضوع رساله را تایید می نماید.

**سوالات تحقیق** – این رساله در قالب سه سوال اصلی و چندین سوال فرعی به شرح ذیل ارایه می گردد:

۱- جایگاه حق کسب یا پیشه یا تجارت و سرقتی در قوانین موجر و مستاجر سال های ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶ به چه نحو است و وجوه اشتراک و افتراق آن دو در چیست؟

در این پرسش بررسی می شود سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت چیست و نقش فعالیت تجاری تاجر در استحقاق حق کسب یا پیشه یا تجارت برای مستاجر تا چه حد اهمیت دارد و آیا مستاجری که در بدو قرارداد اجاره سرقتی نداده باشد و هیچ گونه فعالیت تجاری در طول مدت اجاره در مورد اجاره نداشته باشد نیز استحقاق دریافت حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت یا خیر؟ و یا اگر مستاجر مشمول قانون روابط موجر و مستاجر ۵۶ علی رغم پرداخت سرقتی در بدو انعقاد قرارداد اجاره مرتکب تعدی و تفریط گردد صرفاً حق کسب و پیشه را از دست میدهد یا سرقتی نیز به او تعلق نمیگیرد؟ و نیز بررسی این مطلب که با توجه به تعاریف ارایه شده از آنها آیا حق درخواست تخلیه صرفاً از حقوق موجر به حساب می آید و یا مستاجر نیز می تواند بدون آنکه موجر درخواست تخلیه نماید، با انقضای مدت، خود را آماده تخلیه بداند و سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت خود را مطالبه نماید؟ از طرفی دیگر نقش شروط در قوانین روابط موجر و مستاجر سال های ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶ چیست و علی الخصوص آیا می توان شرط عدم وجود سرقتی و یا حق کسب یا پیشه یا تجارت نمود یا خیر؟

۲- آیا سرقتی در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ نیز وجود دارد یا خیر؟ اگر وجود دارد چه فرقی با سرقتی مذکور در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ دارد و

---

علیزاده خزایی، محمد مسعود، بررسی تحلیلی روابط اقتصادی موجر و مستاجر و تعیین سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت، اجاره بها و تعدیل اجاره بها و اجرت المثل، انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول ۱۳۸۸، ص ۷۷

اگر وجود ندارد مقصود قانون گذار از طرح عنوان سرقتی در قانون الحاق یک ماده به قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۵ چیست؟

با توجه به ماهیت سرقتی آیا مالک می تواند به محض احداث بنای تجاری سرقتی را انتقال دهد یا خیر؟ و در زمان انتقال در رابطه با ملکیت می بایستی بالاخص تعیین تکلیف گردد یا خیر؟

۳- معیار و نحوه ی محاسبه ی حق کسب یا پیشه یا تجارت و سرقتی در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ و سرقتی قبل از تصویب قانون مذکور به چه نحوی است؟

آیا رویه ی قضایی و آیین دادرسی خاصی در تعیین میزان سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت در دادگاه ها وجود دارد یا خیر؟ آیا موضوع سرقتی می تواند غیر از وجه نقد باشد؟ در این صورت در زمان تخلیه نحوه ی محاسبه ی آن به چه نحوی است؟

**فرضیه ی تحقیق** – در ابتدای این رساله فرض بر این است آنچه در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶، تحت عنوان حق کسب یا پیشه آمده با سرقتی موضوع قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ در ماهیت و نیز در آثار متفاوت اند و آنچه در قانون روابط موجر و مستاجر

سال ۱۳۷۶ تحت عنوان سرقتی بیان شده است با سرقتی موجود در عرف جامعه و قبل از تصویب قانون مذکور، جز تفاوت در مبانی قانونی آن دو و نیز اختلاف جزئی در نحوه ی محاسبه ی آن، یکسانند چنانچه هنگام محاسبه ی سرقتی قبل از تصویب قانون ۷۶، سرقتی به نوعی در بردارنده ی حق کسب یا پیشه نیز هست.

**سابقه ی تحقیق** – در عرف تا قبل از دهه های اخیر و تاثیر اقتصاد و حقوق جهان خارج بر جامعه ی ما، منظور از سرقتی وجه مخصوصی بود که مستاجر علاوه بر کرایه در ابتدای اجاره به مالک یا سرایدار و غیره می داد و همان گونه که از نام آن پیداست مزد گشودن قفل و

تحويل محل به مستاجر بوده است . در قانون اگر چه ردپای ضعیفی از حق مستاجر اماکن تجاری در مقررات پراکنده ی قبل از سال ۱۳۲۲ به چشم می خورد و در نهایت به سال ۱۳۷۶ ختم می گردد لیکن در رابطه با موضوع حق کسب یا پیشه و سرقتی ، مستقلاً کتب زیادی نگاشته نشده است و بیشتر در کتاب هایی که به بررسی روابط موجر و مستاجر پرداخته است ، اشاراتی نیز به یکی از مباحث قانونی موجر و مستاجر یعنی سرقتی و حق کسب یا پیشه داشته اند . ضمناً در کتب عقود معین نیز ضمن بررسی ماهیت و آثار عقد اجاره ، ناگزیر و بسیار مختصر اشاراتی به سرقتی و حق کسب یا پیشه نیز داشته اند .

#### انگیزه ی تحقیق –

حق کسب یا پیشه و سرقتی ، از جمله موضوعاتی هستند که تاکنون محل مناقشات حقوقی بسیار ، در مراجع قضایی شده و به همین دلیل تبیین زوایای قانونی موضوع جهت برطرف کردن برخی ابهامات کماکان مورد لزوم است . از آنجاییکه از سال ۱۳۲۲ تاکنون مقررات متعددی در رابطه با روابط موجر و مستاجر به تصویب رسیده است ، زمینه ی بحث در این خصوص فراوان است و علیرغم بحث های فراوان در خصوص حق کسب یا پیشه و سرقتی تاکنون در رابطه با مقایسه ی سرقتی در قانون سال ۷۶ و سرقتی قبل از تصویب این قانون بحث کافی نشده است و همین امر موجب گشت تا علیرغم اینکه موضوع به ظاهر تکراری است در این رابطه تحقیق نمایم .

#### روش تحقیق –

در بخش اول این رساله استفاده از روش توصیفی تحلیلی را مبنای کار خود قرار داده است به طوریکه پس از ارایه ی مطالبی در خصوص تعاریف حقوقی عناوین کلیدی تحقیق به

بررسی ماهیت و اصول نظری کلی عناوین مذکور در حوزه ی دکترین حقوقی و آرای قضایی پرداخته ایم . در بخش دوم با بررسی آثار عناوین کلیدی تحقیق سعی شده است با روشی تحلیلی نتایج حاصله از بخش اول را در بخش دوم پیاده نموده و با بررسی مداخلات قضایی به بررسی احکام و قوانین موجود در خصوص مطلب بپردازیم .

## بخش اول :

ماهیت و ایجاد حق سرفقلى در قوانين موجر و مستاجر سالهاى ۱۳۵۶ و ۱۳۷۶

در ابتدا ضروری است که ضمن تعریف سرقتی در عرف و قوانین موجر و مستاجر بدوا به بررسی ماهیت این حق بپردازیم. ضمناً تعریف مفهوم و ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و تفاوت های آن با حق سرقتی و امکان جمع آنان و سایر کیفیاتی که سبب روشن شدن ماهیت این حقوق می گردد را نیز عنوان نمود. تشریح و تبیین هر یک از عناوین فوق، تشخیص حق کسب یا پیشه یا تجارت و سرقتی را تسهیل نموده و مانع از تلقی اشتباه از مفهوم آن می گردد. چراکه حق کسب یا پیشه یا تجارت در مفهوم و تلقی عرفی آن همان سرقتی است که کسبه و بازاریان آن را به عنوان جزئی از دارایی خویش می دانند و مورد داد و ستد قرار می دهند لیکن میان مفهوم عرفی و قانونی حق کسب یا پیشه یا تجارت فرق است. عرف عموماً میان این مفاهیم فرقی قائل نشده زیرا از تاریخ تصویب و اجرای قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۳۹ تاکنون در بین کسبه و بازاریان و عرف جامعه (در مفهوم عرف عام) حق کسب یا پیشه یا تجارت به سرقتی معروف است و اغلب این دو حق مجزا را به عنوان سرقتی می شناسند.<sup>۱</sup>

این حقوق جایگاه بسیار مهمی در مباحث حقوقی و اقتصادی داشته تغییر و تحول این نهاد های حقوقی و تقنین در این باب همیشه حساسیت زا و بحث انگیز بوده است که خود دلیل بر نقش مهم و فراگیر این نهاد ها در عرصه اقتصادی اجتماع می باشد و پیش از آنکه جنبه ی قانونی

---

<sup>۱</sup> . فلاح، محمد رضا، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستاجر، جلد دوم، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ ۱۳۸۸، ص ۱۰۴



بیاورد در عرف تجاری موجود بوده و رعایت می شده که نهایتاً حق کسب یا پیشه یا تجارت در سال ۱۳۳۹ و سرقفلی در سال ۱۳۷۶ به صورت قانونی درآمدند .

اگر نخواهیم بپذیریم که چنین حقی قبل از تاریخ مذکور نیز به صورت عرفی موجود بوده است دست کم بعد از این تاریخ وجود چنین حقی با این سابقه ی طولانی شکی در این مطلب باقی نمی گذارد که مطالبه ی آن توسط مستاجر امری کاملاً متعارف بوده است .

در جهت تبیین عنوان پایان نامه می بایست بررسی نمود که آیا اطلاق عنوان سرقفلی در عرف و نزد عده ای از حقوقدانان صحیح است یا خیر و برای اثبات لزوم جداسازی دو واژه ی سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت به ترتیب ذیل پیش می رویم .

## \*فصل اول : ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت

در عرف جامعه ما مفهوم حق کسب یا پیشه یک باره ایجاد نشده است و خود شامل مفهوم سرقتی بوده که پیش از حق کسب یا پیشه وجود داشته است و تعبیر از حق کسب یا پیشه به سرقتی و بالعکس که از سال ۱۳۳۹ تاکنون در بسیاری از قوانین و مقررات اعم از قانون روابط موجر و مستاجر سالهای ۱۳۳۹ و ۱۳۵۶ و مواد ۲۰ و ۲۷ قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷ و ماده ۷ لایحه ی قانونی نحوه ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه های عمومی عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ و تبصره ۲ ماده ۷۳ قانون مالیاتهای مستقیم مصوب سال ۱۳۶۶<sup>۱</sup> و آئین نامه ی نحوه ی تعیین و تشخیص و پرداخت حق کسب یا پیشه مصوب ۱۳۴۸ به عمل آمده است ناشی از مسامحه نبوده ، به بیان دیگر به کار بردن اصطلاح حق کسب یا پیشه و کوشش برای احتراز از به کار بردن اصطلاح سرقتی و ترک آن بنا به مصالح و ضرورت‌های اجتماعی بوده است . معاملات فراوان مردم درباره ی حق کسب یا پیشه بر این مبنا که برای مستاجر حقی نسبت به محل اجاری پیدا می شود و او می تواند در ازای ترک محل و واگذاری آن به موجر یا مستاجر جدید وجهی تحت عنوان حق کسب یا پیشه ملک اجاری دریافت نماید قانونگذاران وقت را بر آن داشت که بر این حق صحه گذاشتند و به آن جنبه قانونی دادند . از سوی دیگر افزودن حق به کسب و پیشه به منظور این بوده است که نشان داده شود حق مزبور در محل کسب یا پیشه یا تجارت به وجود می آید یعنی پدیده و ماهیت حقوقی خاصی است متفاوت از آنچه در اجاره های مسکونی است ، لیکن در محدوده ی قانون سال ۱۳۵۶ تجاری نبودن ملک از نظر ضوابط شهرداری مانع ایجاد حق کسب یا پیشه برای مستاجری که با اذن مالک محل را به عنوان محل کسب و کار مورد استفاده قرار داده بود نمی شد در حالیکه ماده ۶ قانون موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ سرقتی را صرفاً در ملکی که تجاری باشد قابل پرداخت و دریافت می داند این ماده برگرفته از ترجمه عبارات

<sup>۱</sup> . این ماده و تبصره های آن حذف شده است .

امام خمینی در کتاب تحریر الوسیله می‌باشد.<sup>۱</sup> درباره‌ی ماهیت حق کسب و پیشه باید دانست که یک حق مالی است که اگر چه ممکن است منشاء پیدایش آن دریافت وجهی توسط موجر از مستاجر باشد ولی چه این وجه توسط موجر گرفته شود و چه گرفته نشود حق کسب یا پیشه یا تجارت را باید محصول و نتیجه‌ی کار کرد و فعالیت مستاجر در ملک مورد اجاره دانست . واضح است که این حق مالی مانند سایر حقوق مالی آثار و عوارض خود را دارد : قابل انتقال ارادی و نیز قابل انتقال قهری است . قابل توقیف توسط بستانکاران است ، در اهمیت آن همین بس که انتقال این حق باید به وسیله‌ی سند رسمی به عمل آید (تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶) خواه اجاره با سند رسمی باشد یا با سند عادی و یا اصلاً اجاره نامه‌ی در بین نباشد بنابراین وصول آن توسط مستاجر منوط به ذکر آن در قرارداد نمی‌باشد . با وجود آن باید افزود که این حق یک حق دائمی برای مستاجر نیست و بقا و استمرار آن برای او موقوف به این است که وی با حسن نیت در محل مورد اجاره تصرف نماید آن هم تصرفی که مطابق با مفاد قرارداد اجاره و به اندازه‌ی متعارف باشد در غیر این صورت این حق او از بین می‌رود . اگر چه می‌توان گفت عاید موجر می‌گردد و او می‌تواند ملک را با ارزیابی جدیدی از حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستاجر دیگر اجاره دهد . هر چند از آنجایی که حق کسب یا پیشه متشکل از یکسری عوامل مادی و معنوی است ، عدم وجود آن قبل از تصویب قانون سال ۱۳۷۶ اصولاً متصور نیست . قانونگذار در قانون سال ۵۶ در شناختن حق مستاجر نسبت به حق کسب یا پیشه او تا آنجا پیش رفته است که به او حق داده است اگر بدون رعایت مقررات ماده ۱۹ حق کسب یا پیشه را به غیر انتقال دهد استحقاق دریافت نصف میزان

---

<sup>۱</sup> . موسوی خمینی، روح اله ،تحریر الوسیله ، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی ، جلد دوم ، انتشارات دارالعلوم ، چاپ پنجم ۱۳۸۵ ص ۶۱۵ قسمت اول مساله‌ی ۸

حق کسب و پیشه را داشته باشد (تبصره ۱ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶)

### ● مبحث اول - مبنا و تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت

متأسفانه قانون گذار در هیچ یک از قوانین مربوط به روابط موجر و مستاجر و نیز حتی در خود قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶ تعریفی از حق کسب یا پیشه ارائه نداده است و آنچه به شرح ذیل می خوانیم تعاریفی است که در نهایت حقوق دانان با توجه به مواد قانونی و سابقه ی این حق در حقوق فرانسه و کامن لا ، ارائه می دهند . و جهت بررسی مبنای این حق نیز ، از آنجاییکه حق کسب یا پیشه اولین بار در قانون سال ۵۶ ایجاد گشت فلذا مواد همین قانون جهت شناخت مبنای این حق مد نظر است .

### گفتار اول - مبنای حق کسب یا پیشه یا تجارت

این حق که نوعی تقدم در اجاره ی محل کسب می باشد بیشتر با این مبنا توجیه شده است که موسسات تجاری اغلب اوقات در ساختمان هایی تاسیس می شوند که مالکیت آنها متعلق به دیگران است . کوشش و فعالیت تاجر موجب پیدا شدن مشتری میشود و محل کسب و فعالیت مرغوبیت و ارزشی پیدا می کند که نمی توان آن را نادیده گرفت و چون ادامه ی استقرار او در محلی است که کار خود را شروع کرده و توسعه داده به موازات حقی که مالک محل برخوردار است تاجر و مستاجر نیز دارای حقوقی می شوند که در اثر سعی و جدیت تاجر به آن محل تعلق می گیرد زیرا تاجری که عده ای را به عنوان مشتری برای مراجعه به محل کسب خود جلب کرده ارزش محل را چند برابر نموده است از این رو هر کس جانشین او شود از نتیجه ی فعالیت سابق او استفاده خواهد کرد از طرف دیگر چنانچه مالک محل کار تاجر

<sup>۱</sup> . حمیتی واقف ، احمد علی ، سرفقلی در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ و مقایسه آن با حق کسب و پیشه ، روزنامه اطلاعات ، شماره ۲۱۸۰۵ ، سال ۱۳۷۸ ، ص ۱۱

آزادانه بتواند تاجر را از ملک خود بیرون کند نه تنها تاجر را از حقوق مکتسبه ی خود محروم خواهد نمود بلکه بلاجهت از نتیجه و ثمره ی فعالیت او استفاده خواهد کرد.<sup>۱</sup>

اگر چه دلایل دیگری نیز برای وجود چنین حقی نقل شده است اما دلیل عمده و مبنای چنین حقی همان است که بیان شد .

### گفتار دوم – تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت

با توجه به مطالب فوق می توان در تعریف حق کسب یا پیشه یا تجارت گفت : حقی است مفروض که لزوما پس از انعقاد قرارداد اجاره در نتیجه ی عناصری از قبیل جلب مشتری و شهرت منتج به رونق کسبی برای مستاجر ایجاد می گردد.

این حق در سال ۱۳۳۹ به صورت قانونی بروز پیدا کرد و در واقع قانون این عرف حاکم بر جامعه را به رسمیت شناخت . وضعیت به همین منوال تا سال ۱۳۵۶ ادامه یافت و در این سال قانون روابط موجر و مستاجر جدیدی وضع شد و طبق ماده ۳۲ این قانون ، قانون مصوب ۱۳۳۹ منسوخ اعلام گردید ولیکن حق کسب یا پیشه یا تجارت مجددا در ماده ۱۹ این قانون به رسمیت شناخته شد . بعد از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۶۲ مجددا قانون موجر و مستاجر جدیدی وضع گردید ولی طبق ماده ۱ این قانون فقط محل های مسکونی شامل آن بودند لذا در زمینه ی اماکن تجاری اصولا بایستی به قانون سال ۱۳۵۶ مراجعه می شد .

---

<sup>۱</sup> بیگدلی ، سعید ، نقدی بر سرفلی و حق کسب و پیشه در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ ، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق شماره ۱۳ و ۱۴ ، ص ۲۷

## ● مبحث دوم – تحلیل ماهیت حق کسب یا پیشه و عامل تاسیس و اسقاط آن

در تحلیل ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت گفته شده است که حق کسب و پیشه در واقع جبران زیان ناشی از تخلیه ی محل کار و فعالیت انتفاعی مستاجر و از بین رفتن موقعیت شغلی اوست که طی سالیان متمادی فراهم شده است.<sup>۱</sup>

بر این مبنا حق کسب یا پیشه یا تجارت یک حق مالی است که به تدریج برای مستاجر محل کسب و پیشه تحصیل می شود و قابل تقویم به پول است و در صورت تخلیه ی عین مستاجره (جز در مواردی که مستاجر مرتکب تخلفات ماده ۱۴ شده باشد) بایستی تقویم و به مستاجر پرداخت شود و در صورت انتقال و واگذاری منافع عین مستاجره ، به اذن مالک یا دادگاه توسط مستاجر بعدی به مستاجر قبلی پرداخت می شود . نظریه ی فوق با این عبارت قانون گذار در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۵۶ تایید می شود که می گوید : هر گاه مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه ی مورد اجاره حق کسب یا پیشه مستاجر را بپردازد اما باید گفت مبلغ مزبور ارزش و عوض حق کسب یا پیشه یا تجارت است و نه خود آن چرا که حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان حق ادامه ی تصرفات مستاجر در عین مستاجره پس از انقضاء مدت اجاره شناخته شده است .<sup>۲</sup> بنابراین در تحلیل دیگر حق کسب یا پیشه یا تجارت به حق ادامه ی تصرفات در عین مستاجره و حق واگذاری و انتقال منافع (با تجویز دادگاه) تفسیر شده است . همچنین حق کسب یا پیشه یا تجارت امتیازی برای مستاجر متصرف دانسته شده که در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم است . از آنجایی که پس از انعقاد قرارداد اجاره میان موجر و مستاجر و رعایت شرایط صحت معامله پس از انقضای مدت عقد و انحلال عقد اجاره در اماکن تجاری ، تخلیه ی اماکن تجاری مشمول قانون

<sup>۱</sup> . نوبخت ، یوسف ، اندیشه های قضائی ، انتشارات کیهان ، چاپ ۱۳۷۰ ، ص ۱۰۷  
<sup>۲</sup> . عبدی پور فرد ، ابراهیم ، رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفی ، باشگاه پژوهشگران دانشجو

۵۶ منوط به تحقق شرایط خاصی است<sup>۱</sup>، این سوال مطرح می شود که حق ادامه ی تصرفات از لوازم عرفی و قانونی حق تقدم در اجاره است یا حق تمدید اجاره و تقدم در آن از لوازم حق ادامه ی تصرفات مستاجر در عین مستاجر پس از انقضاء مدت اجاره است یا این دو تعبیرات مختلف درباره ی یک حق واحد است البته تحلیل اخیر منطقی تر به نظر می رسد .

### گفتار اول – عامل تاسیس و ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت

مطابق مواد ۱۵ و ۱۹ قانون موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ به محض تحقق حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون و نظم و مقررات عمومی آن را حمایت و با نظر کارشناسی میزان آن با در نظر گرفتن عوامل موثر در قضیه تعیین و اعمال می گردد . به عبارت دیگر موسس حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون بوده و اراده و نظر طرفین در تحقق آن دخالتی ندارد چنانکه اگر توافق به عدم پرداخت و دریافت آن هم در ضمن عقد اجاره داشته باشند در زمان تخلیه در صورت محقق شدن این حق این توافق اولیه هیچ گونه تاثیری در اعمال حق مزبور نداشته و حق کسب یا پیشه یا تجارت باید پرداخت شود .

فذا طبق مواد قانون مصوب ۱۳۵۶ با انعقاد عقد اجاره در مورد اماکن تجاری و تصرف مورد اجاره توسط مستاجر حق کسب یا پیشه یا تجارت بالقوه تحقق پیدا می کند . یعنی به محض اینکه محل تجاری به اجاره یک کاسب داده شود چنین شاغلی که مستاجر مکان تجاری است مستحق حق کسب یا پیشه یا تجارت می گردد خواه قبلاً "پولی به عنوان سر قفلی یا هر عنوان دیگر داده باشد یا خیر .

### گفتار دوم – عامل اسقاط حق کسب یا پیشه یا تجارت

<sup>۱</sup> . سهرابی مهر ، محمد علی ، تخلیه اماکن تجاری ، پایان نامه کارشناسی ارشد ، دانشگاه مفید قم ، سال ۱۳۸۸

حق کسب یا پیشه یا تجارت متوجه مستاجر است زیرا به موجب قانون این حق به نفع مستاجر ایجاد می گردد و به لحاظ اینکه به مرور زمان و بر حسب اشتغال مستاجر حاصل می گردد ، قابل اسقاط در بدو اجاره نمی باشد ضمن اینکه بر فرض قابل اسقاط بودن با عنایت به امره بودن ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۶ و اینکه حق کسب یا پیشه یا تجارت جزو قواعد امره این قانون است می توان گفت این حق ساقط شدنی نیست . برخی معتقدند اسقاط ما لم یجب نمی تواند باشد چرا که اسقاط حق ناظر به آینده است یعنی مستاجر اعلام می دارد چنانچه در آینده برای وی در اثر فعالیت کسبی حق کسب یا پیشه یا تجارت ایجاد شود در این صورت با اراده هنگام عقد خویش آن را از خود ساقط می نماید بنابراین اسقاط ما لم یجب نخواهد بود زیرا سبب آن که انعقاد عقد اجاره است ایجاد شده است و شرط استحقاق حسن شهرت است<sup>۱</sup> .

به نظر می رسد قبل از شمول قاعده اسقاط ما لم یجب حاکمیت ماده ۳۰ قانون ۱۳۵۶ محل نزاع را از بین می برد . ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در خصوص تکلیف دادگاه در عدم اجرای چنین توافقاتی است : عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست . اگر چه صراحت ماده ۳۰ آن است که شرط یا توافق مخالف این قانون باید باطل گردد و نیاز به طرح دعوی مستقل از سوی ذینفع است اما به نظر می رسد با صراحتی که ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی دارد نیازی به طرح دعوی مستقل نباشد زیرا قواعد آیین دادرسی پیرامون شکل کار در محاکم و روش هایی است که هر صاحب حقی برای وصول به آن باید در پیش بگیرد و از طرفی دیگر آخرین اراده قانون گذار این است که دادگاه نمی تواند به عقود و قرارداد هایی که مخالف قانون باشد ترتیب اثر دهد بنابراین وجود شرط و یا قرارداد مخالف قانون قابل اعتنا نیست و نیازی به طرح دعوی مستقل در جهت ابطال آن ضروری به نظر نمی رسد<sup>۲</sup> .

<sup>۱</sup> . بهرامی ، زهرا ، حق سرقتی و حق کسب ، پیشه و تجارت ، انتشارات نگاه بینه ، چاپ ۱۳۸۴ ، ص ۳۳  
<sup>۲</sup> . فلاح ، محمد رضا ، ثبوت و اثبات در قانون روابط موجر و مستاجر ، جلد دوم ، انتشارات جنگل جاودانه ، چاپ دوم ۱۳۸۸ ، ص ۱۵۴



از نظریه شماره ۷/۱۶۹۹ مورخ ۱۳۶۲/۴/۲ اداره حقوقی و پاسخ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۲۲ قضاات دادگاه های تهران و مفاد ماده ۳۰ قانون موجر و مستاجر ۱۳۵۶ به خوبی آشکار می گردد که حق کسب یا پیشه یا تجارت که از مقررات و ضوابط قانون سال ۱۳۵۶ می باشد قابل اسقاط نبوده و هر اقدامی در این سو مواجه با شکست خواهد بود . اما موجر به طور مستقیم از فقدان آن ذینفع است به همین جهت می تواند شرطی را در عقد بگنجانند که به نفع وی تلقی گردد .

### ● مبحث سوم – ضابطه ی تشخیص محل تجاری از غیر تجاری

در شروع بحث ضروری است ضابطه ای که به موجب آن محلی ، تجاری یا مسکونی تلقی می شود به دست آید تا بر اساس مبانی ، اماکن مسکونی از تجاری و یا اداری از تجاری با یکدیگر متمایز گردند .

### گفتار اول – قانون و قرارداد

به موجب بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ از وظایف شهرداری ، صدور پروانه برای کلیه ساختمان هایی است که در شهر ساخته می شود قانون گذار در تبصره این بند اضافه می نماید که شهرداری در شهر هایی که نقشه جامع شهر تهیه شده مکلف است طبق ضوابط نقشه مذکور ، در پروانه های ساختمانی نوع استفاده از ساختمان را قید کند . ملاحظه می شود شهرداری به عنوان نهادی دولتی که اداره امور شهر از وظایف اوست و ماده ۵۵ قانون مذکور نیز به تفکیک ، هر یک از این وظایف را شمارش نموده است مرجعی است که صلاحیت و اختیار صدور پروانه ساختمانی و نوع کاربری آن را دارد که با وصول درخواست مالک و با لحاظ موقعیت محل و فاصله آن تا خیابان اصلی و استفاده احتمالی متقاضی از محل و درخواست وی و سایر شرایطی که برای این امر لحاظ می گردد نوع

کاربری آن را تعیین و بر این اساس پروانه ساختمانی صادر می گردد ضرورتاً می بایست  
کاربری آن نیز اعلام شود . مالک ساختمان نیز موظف است در نوع استفاده از محل ، کاربری  
آن را رعایت نماید<sup>۱</sup> .

شهرداری در نظر قانونگذار مرجع ذیصلاح در خصوص صدور پروانه ساختمانی و تعیین  
نوع کاربری ساختمانهاست اما این مرجع مبنای انحصاری تعیین نوع کاربری نیست . قرارداد  
خصوصی طرفین نیز نباید فراموش شود . زیرا در روابط خصوصی و حقوقی موجر و  
مستاجر اراده آنان حاکم است و قانون تنها به عنوان مکمل اراده آنان در امور مداخله می نماید  
 . البته در جایی که قانون آمره است و با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد رعایت قانون و  
اجرای آن بر اراده طرفین مقدم است زیرا مصالح اجتماعی و نظم امور در سطح کلان منافع  
کل جامعه و ثبات و دوام نظام اجتماعی را حفظ و کنترل می نماید . اما در ما نحن فیه اشتغال  
در یک محل مسکونی به امر تجاری مبنای با نظم عمومی ندارد . اگر چه قدر مسلم این است  
که با نظامات شهرداری مخالف است ولی به همان دلیل که با پرداخت عوارض شهرداری می  
توان نوع کاربری محل را تغییر داد به همان دلیل می توان اختیار طرفین را در تغییر کاربری  
و نوع استفاده از محل توجیه نمود . صرف نظر از این ادعا در قانون ۵۶ و در شرایط کنونی  
آنچه که موضوع بحث است تعلق یا عدم تعلق حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستاجری است که  
در محل مسکونی به شغل تجاری مشغول است لذا تخلف از نظامات شهرداری در درجه دوم  
اهمیت است بنابراین عدم رعایت نظامات شهرداری مسقط حق کسب یا پیشه یا تجارت و یا  
مانع ایجاد آن نخواهد بود و نباید عدم رعایت نظامات شهرداری را با اشتغال به مشاغل حرام  
قیاس نمود زیرا قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ برای نظم دادن به روابط سالم  
تجاری ایجاد گردید . روابطی که خلاف شرع مقدس است جایگاهی در بازار ندارد و اصولاً

---

<sup>۱</sup> . فرامرزیان ، ندا ، ودیعه و قرض الحسنه به جای سرقتی ، سایت روزنامه همشهری ، صفحه نخست  
<http://hamshahrionline.ir/news/?id=372>

عرف جامعه نیز آن را به رسمیت نمی شناسد همانگونه که در شرع شراب و معاملات آن حرام اعلام گردید قانونگذار متشرع نیز احترامی برای این شغل به رسمیت نمی شناسد لذا چنانچه خرید و فروش مسکرات در محل تجاری صورت گیرد اعتباری ندارد و اگرچه محل تجاری است ولی ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت نخواهد بود .

اگرچه موجر و مستاجر نمی توانند با توافق یکدیگر محلی مسکونی را برای تجارت اختصاص دهند تا مستاجری که دارای شغل تجاری است در آن به فعالیت تجاری مشغول شود و بند ۲۴ و تبصره ذیل آن در این خصوص صریح است و ماده ۱۰۰ این قانون نیز به کمیسیون مربوطه اختیار قلع بنا را داده است اما موضوع بحث ما وضع موجود است زیرا همچنان که می دانیم با اجرایی شدن قانون موجر و مستاجر ۱۳۷۶ طرفین نمی توانند با توافق یکدیگر رابطه استیجاری خویش را مشمول قانون ۱۳۵۶ نمایند . لذا این قانون تنها بر روابطی حاکم است که در گذشته و قبل از اجرایی شدن این قانون برقرار شده است و در عمل نیز شهرداری پس از اطلاع از تبدیل کاربری محل و نوع استفاده از آن با اخذ عوارض مشکل موجود را حل می نماید . به هر حال چه در فرضی که با مخالفت شهرداری مواجه گردد و یا اینکه با اخذ عوارض تبدیل کاربری ، مستاجر بتواند به شغل خود ادامه دهد مجوزی برای سقوط حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست .<sup>۱</sup>

### گفتار دوم - تاجر بودن مستاجر

عامل دیگری که در تلقی استحقاق مستاجر تا حدودی موثر است شغل مستاجر است یعنی اگر مستاجر یکی از شاغلین موضوع قانون تجارت باشد به اعتبار استفاده ای که وی از محل می نماید در استحقاق او موثر است و محل نیز تجاری می گردد . نام های تجاری به چند دلیل ارزش دارند و مورد حق کسب یا پیشه اند و به نظر می رسد کارشناسان در اغلب موارد

<sup>۱</sup> . بهرامی ، بهرام ، عقد اجاره کاربردی ، چاپ ۱۳۸۱ ، انتشارات نگاه بینه ، ص ۴۶

ارجاعی به ایشان جهت تعیین میزان حق کسب ، پیشه یا تجارت معیار هایی از جمله مصرف کنندگان زیاد نام تجاری تاجر و نیز شهرت زیادی که از سوی مصرف کنندگان داشته است را مد نظر قرار می دهند بنابراین نوع فعالیت تجاری تاجر و میزان موفقیت وی در معروفیت هرچه بیشتر نام تجاری اش می تواند از موارد افزایش میزان حق کسب یا پیشه به شمار رود و از این رو دارای اهمیت می باشد . اگرچه امروزه کارشناسان امر صرفاً به موفقیت و وضعیت مکانی توجه می کنند .

### گفتار سوم - عرف و قابلیت محل

تلقی عرف نیز از محل به عنوان تجاری یا مسکونی باید مدنظر قرار گیرد چرا که یکی از عوامل بسیار مهم در تعیین ارزش سرقتی می باشد . در بسیاری از شهر ها در کوچه پس کوچه ها و در محدوده های مسکونی و علیرغم اینکه مجوز صادره از سوی شهرداری مسکونی است ولی به دلیل وجود تقاضا در خرید کالا های مصرفی مغازه هایی ایجاد گردید که مستاجر خود را مستحق حق کسب یا پیشه یا تجارت می داند و عرف نیز آن را تایید می نماید . ماهیت مکان عامل دیگری است که نباید فراموش شود زیرا محلی که در کنار خیابان است و دارای بافت تجاری است ماهیت تجاری دارد . اما این عامل به گونه ای به مجوز صادره نیز برمی گردد اما به هر حال و بر اساس عرف ، عموماً از این اماکن استفاده تجاری می شود . اما واقعیت این است که هیچ ضابطه مشخصی را نمی توان برای تعیین نوع محل تجاری بدست داد . لذا دادرس می بایست در هر دعوی خاص و با توجه به اوضاع و احوال محل و رابطه طرفین اجاره نامه اراده ی واقعی طرفین را بدست آورد بر آن اساس در خصوص استحقاق یا