

جواز توقیف و تملیک سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

توسط: [احسان نصوحی](#) شهریور ۱۳، ۱۳۹۴

چکیده: زمانی دارایی اشخاص صرفاً دارایی عینی و عمدتاً اراضی و املاک و نقود که شامل طلا و نقره بوده اطلاق می‌شد. امروزه دارایی‌های زیادی به این دارایی ملموس اضافه شده است که سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت جزء این دسته از دارایی‌هاست.

اگر مال را به هر چیزی که ارزش داد و ستد داشته باشد و یا هر چیزی که مورد رغبت اشخاص قرار می‌گیرد تعریف کنیم «حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت» یکی از مصادیق بارز آن است. خواه اراده ما از این دو حق، به صورت دو حق تفکیک شده و با ماهیتی کاملاً متفاوت باشد و یا منظورمان حقی واحد باشد که البته ما اعتقاد به تفکیک این دو حق داریم و در جای خود قابل بحث و بررسی است.

حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت امروزه یکی از سرمایه‌های گرانبهای اشخاص است و بدون شک در معاملات و مراودات به عنوان یکی از وثیقه‌های عمومی تعهدات، مدنظر طرفین است. بنابراین فرض عدم امکان توقیف و یا فروش و مزایده آن جهت استیفاء حقوق اشخاص در مرحله اجرای احکام دادگستری یا ثبت، قابل قبول نمی‌باشد ولو اینکه موانعی در عمل ملاحظه شود باید با استفاده از راهکارهای منطقی و قابل دسترس و البته قانونی، آنها را برطرف و راه وصول صاحبان حق به این مال ارزشمند را هموار کنیم.

واژگان کلیدی: واژگان کلیدی: مال، سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، توقیف، تملیک

تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۶/۱۲

تاریخ تأیید: ۱۳۹۰/۸/۲۲

نویسنده پاسخگو: دیوان عالی کشور

Sedghi.gh@yahoo.com

توقیف و تملیک سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

مطابق رای که از شورای عالی ثبت صادر شده است اعلام گردیده است که «سرقفلی چون حق منجز نمی‌باشد، قابل توقیف و تملیک نمی‌باشد.» این رای از حیث مبانی حقوقی و شرعی مورد انتقاد است و تبعیت از آن، حقوق مسلم اشخاص (محکوم‌له و طلبکار) را در معرض تضییع قرار می‌دهد. به همین

گردش کار رای وحدت رویه مورخ ۱۲/۷/۷۱ شورای عالی ثبت و توجیحات رای شخصی برای وصول طلب خود از دو نفر به استناد چک‌های برگشتی عهده بانک‌های ملت و صادرات علیه بدهکاران اجرائیه صادر و پس از ابلاغ اجرائیه به بدهکاران، دائن درخواست بازداشت سرقفلی یک باب فروشگاه دو دهنه موضوع سند اجاره شماره ۴۶۷۴۹ دفتر ... را می‌نماید که پس از بازداشت، بستانکار از اجرای ثبت درخواست می‌کند که مورد بازداشت را مزایده و به فروش برساند. لکن اجرای ثبت در پاسخ اعلام داشته: «انجام تقاضا مقدور نیست»، که پاسخ مزبور مورد اعتراض بستانکار واقع و در نتیجه بر طبق ماده ۲۲۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی (ماده ۱۶۹ فعلی) نسبت به اعتراض رسیدگی و چنین نظر داده شده است: «حق سرقفلی زمانی محقق است که مستاجر استحقاق آن را داشته باشد و توقیف حق سرقفلی همان‌طور که در ماده ۶۲ آیین‌نامه اجرا (ماده ۵۴ فعلی) ۲ تصریح شده است، بلاشکال می‌باشد ولی ارزیابی و فروش آن تا زمانی که تحقق آن محرز نشده باشد خالی از اشکال نخواهد بود. بنابراین اعتراض بستانکار وارد نبوده و رد می‌شود.»

پس از آن، اداره کل اجرای ثبت تهران در گزارشی به شماره ۲۹۴/۱ - ۳۱/۱/۷۱ به عنوان معاون محترم رئیس قوه قضائیه و ریاست محترم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور اعلام داشته که در مورد بازداشت سرقفلی از هیات نظارت ثبت استان تهران آرای مختلفی صادر و هیات حق سرقفلی را علاوه بر بازداشت، قابل مزایده و فروش می‌داند که برخی از آرای مزبور نیز بر اثر اعتراض در شورای عالی ثبت، طرح و شورا طبق آرای متعدد آرای هیات نظارت را نقض نموده است، فلذا درخواست شده موضوع برای ایجاد وحدت رویه در شورا طرح و تحت رسیدگی قرار گیرد که حسب دستور معظمله پرونده در جلسه ۱۲/۷/۷۱ در شورای عالی ثبت، طرح و شورا (در قسمت اسناد) چنین رای داده است: «نظر به اینکه مزایده سرقفلی نتیجتاً مغایر با حقوق اشخاص ثالث است لذا هرگونه اقدامی در این مورد، وجهه قانونی نداشته و ضمناً رای هیات نظارت نیز فسخ می‌شود.» مراتب نیز طی بخشنامه شماره ۴۴۳۹ - س/۲ - ۲۸/۷/۷۱ به ادارات کل ثبت استان ابلاغ گردیده است. ۳.

پیرامون موضوع رای، یکی از اعضای وقت شورای عالی ثبت توجیحاتی به شرح ذیل ارائه نموده‌اند: «بر طبق ماده ۴۶۶ قانون مدنی «اجاره عقدی است که به موجب آن مستاجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود.» عقد اجاره مانند عقد بیع لازم می‌باشد و بر طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی بین طرفین و قائم‌مقام قانونی آنها لازم‌الاتباع است و به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ می‌شود. همچنین در اجاره مطلق، مالک منافع می‌تواند برای مدتی که مالک است آن را به اجاره واگذار بنماید و هرگاه بیش از مدت مزبور اجاره دهد نسبت به مدت زائد، فضولی است مگر آنکه به اجازه مالک باشد.» بنابراین از مجموع عبارات فوق، این نتیجه عاید می‌گردد که بر هم خوردن عقد اجاره و فسخ و یا اقاله

آن تابع مقررات ماده ۲۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ با اصلاحات بعدی است و یا اینکه ابطال آن فقط با حکم دادگاه ممکن است و کلیه مندرجات و قرارداد مربوط به عقد اجاره برای طرفین معتبر است و بدون رعایت مقررات و شروط پیش‌بینی شده توسط طرفین عقد به قوت خود باقی است. پس از تصویب قانون روابط مالک و مستاجر در خرداد ۱۳۳۹، به موجب ماده ۱ قانون مزبور دکان‌ها و مغازه‌ها و غیره در شمول مقررات این قانون واقع و در فصل ۵ نیز به حق کسب و پیشه و یا تجارت پرداخته و برای مستاجرین محل کسب و پیشه مقرراتی پیش‌بینی شده و از مواد ۱۷ و ۱۸ به بعد این قانون در مورد حق کسب و پیشه مقرراتی پیش‌بینی شده است و در نتیجه حق پیشه و کسب که عموماً به آن «سرقفلی» می‌گویند از حقوق متعلق به مستاجرین اماکن مذکور بوده و جنبه قانونی به خود گرفته است. پس از تصویب قانون مزبور در قوانین بعدی نیز که در مورد اجاره به تصویب رسیده است، به مساله حق پیشه و کسب پرداخته و در چند سال پیش به موجب مصوبه قانونی تصریح شده است؛ اگر در سند اجاره تصریح گردد که موجر سرقفلی دریافت نکرده باشد اجاره ملک مشمول قانون مدنی است و پس از انقضای مدت اجاره، موجر حق درخواست تخلیه دارد. علیهذا با توضیحاتی که در مورد عقد اجاره و حق پیشه و کسب (سرقفلی) داده شد اینک به موضوع بازداشت سرقفلی می‌پردازیم.

بازداشت سرقفلی

قبل از تصویب آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی در سال ۱۳۵۵ شورای عالی ثبت، رای به این مضمون صادر کرده است. «بازداشت سرقفلی جایز است» این موضوع هنگام تدوین آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی در سال ۱۳۵۵ در ماده ۶۲ (۵۴ فعلی) چنین آمده است:

«بازداشت حقوق مدیون نسبت به مال غیرمنقول اعم از سرقفلی یا منافع جایز است در این صورت مراتب به اداره ثبت محل جهت ثبت در دفتر بازداشتی و ابلاغ آن به دفاتر اسناد رسمی مربوط اعلام می‌گردد.»

پس ملاحظه می‌شود، هرگاه به ملکی سرقفلی تعلق گرفت وقتی استیفای طلب دائن از محل آن ممکن است که ملک با اذن و توافق موجر و مستاجر با رعایت مقررات به اجاره غیر درآید و سرقفلی نیز رد و بدل گردد یعنی از قوه به فعل درآید و مادام که این امر تحقق نیابد ضبط و تصرف در آن عملی نیست و تجویز مزایده آن به طوری که در رای هیات نظارت آمده اگر مزایده برنده داشته باشد درخواست وی توسط یک مرجع رسمی یعنی اجرا، مداخله در عقد اجاره‌ای است که فی‌مابین دو نفر، لااقل بدون رضای موجر به عمل می‌آید که خلاف قانون است. نهایتاً شورای عالی ثبت در رای صادره به این امر توجه داشته و به لحاظ مذکور در مقام فسخ رای هیات نظارت برآمده است. ۴.

این رای قبل نقد بوده و در چند فراز به اشکالات آن می‌پردازیم:

الف - قابلیت توقیف سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

اولاً: توقیف سرقفلی با توجه به تفکیکی که ما قائل هستیم مواجه با اشکالی نخواهد شد و اصولاً سرقفلی یک حق منجز است و دلایلی که برای معلق بودن حق کسب و پیشه و تجارت گفته شد در مورد سرقفلی موضوعات منتفی است و تخلف مستاجر هم در هیچ صورتی آن را زائل نخواهد کرد. ثانیاً: اگر منظور از سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت باشد، این هم یک حق معلق نمی‌باشد بلکه از زمان ایجاد آن - که انقضای زمان متعارف پس از عقد اجاره می‌باشد - یک حق کاملاً منجز و قطعی است. لیکن ممکن است در آینده به علت تخلفات مستاجر زایل شود که ممکن است برای هر مالی واقع شود. راجع به اینکه حق کسب و پیشه قابل توقیف و تملیک است یا نه، ابتدا نظرات موافق و مخالف را می‌آوریم^۵، سپس به نقد استدلال‌های به کار برده آن می‌پردازیم:

بند اول - دلایل مخالفین قابلیت توقیف حق کسب و پیشه و تجارت

این گروه بر آنند که چون حق کسب و پیشه و تجارت قائم به مستاجر است و تا به جبهتی مورد حکم محکمه واقع نشود، مال محسوب نمی‌شود، قابل توقیف نیست و نیز چون ماده ۲۴۰ قانون آیین دادرسی مدنی (ماده ۱۲۱ فعلی) ۶ و ماده ۵۵ قانون تسریع محاکمات (۱۳۰۹) مقرر داشته که برای توقیف - در مقام اجرای قرار تامین یا اجرای حکم - «مال» لازم است نه حق مالی، لذا توقیف حق کسب و پیشه و تجارت که حقی است مالی و نه خود مال، میسر نمی‌باشد.

به این موارد چنین پاسخ داده شده است که «اجزاء دو دلیل مذکور با یکدیگر در تعارض است. چه مفهوم دلیل اول این خواهد بود که هرگاه حق کسب و پیشه و تجارت مورد لحوق حکم محکمه قرار گیرد یا به دیگری منتقل شود - هرچند که حقی مالی است و نه خود مال - قابل توقیف خواهد بود. حال آنکه از دلیل دوم چنین مستنبط است که حق کسب و پیشه و تجارت مطلقاً قابل توقیف نیست. البته این تعارض را می‌توان ظاهری دانست چه در حالتی که به حکم محکمه حق کسب و پیشه و تجارت تبدیل به پول می‌شود و یا همین حالت، حین انتقال حق کسب و پیشه و تجارت به غیر حادث می‌شود، آنچه که قابل توقیف می‌شود، عوارض این حق، یعنی پول خواهد بود، نه خود این حق. بنابراین در هر حال به نظر این عده، حق کسب و پیشه و تجارت مطلقاً غیرقابل توقیف است.^۷

در توضیح و توجیه علت عدم قابلیت توقیف حق کسب و پیشه و تجارت گفته شده است که: حق کسب و پیشه و تجارت از مصادیق «ملک ان یملک» است که عبارت از نوعی سلطه قانونی که خود مالیت ندارد و قابل مبادله نیست، لکن وسیله‌ای است برای رسیدن به مال (به صورت شرط لازم و نه شرط کافی). مثل حقی که وارث بر ماترک زاید بر ثلث دارد و می‌تواند وصیت مورث خود را - در صورتی که مازاد بر ثلث باشد - اجازه بکند یا نکند. اگر اجازه کند، خود را از مال مازاد بر ثلث محروم کرده و اگر نکند - با جمع شرایط دیگر - مالک این اموال خواهد شد. لکن این مورد تنها شرط تملک وارث نیست و برای مالکیت او جمع شروط دیگری هم لازم است. چنین حقی قابل مبادله و اسقاط نیست و لذا قابل توقیف هم نیست.

حق کسب و پیشه و تجارت هم به تنهایی مالیت ندارد زیرا به تنهایی قابل مبادله نیست و ارزش اقتصادی ندارد و به عبارت دیگر مستاجر نمی‌تواند در عین اینکه منافع عین مستاجر را برای خود نگه می‌دارد، حق کسب و پیشه و تجارت را به غیر منتقل کند و عوض آن را بگیرد. لذا مالیت حق کسب و پیشه و تجارت یک مالیت تبعی است نه استقلالی. به همین جهت توقیف تابع بدون توقیف متبوع عقلا و بالبداهه محال است. از طرفی حق کسب و پیشه و تجارت وسیله تحصیل مال است، یعنی به علت وجود قانونی این حق است که مستاجر می‌تواند عوض آن را که مبلغی پول است دریافت دارد و بدیهی است که توقیف عوض قانونی حق کسب و پیشه و تجارت بی‌اشکال است اما توقیف معوض با حفظ عنوان معوض، محال است و بالاخره، علت واقعی منع توقیف حق کسب و پیشه و تجارت ناشی از طبیعت آن است که قانون‌گذار آن را به صورت یک مال تبعی درآورده است و منع توقیف آن ربطی به اینکه «حق مالی» است نه «مال» ندارد. زیرا هرچند «مال» در قانون تعریف نشده ولی در اصطلاحات مسلم حقوقی ما، مال هر امری است که قابل مبادله به پول باشد و ارزش اقتصادی داشته باشد. بنابراین حق مالی هم مصداق مال به معنی اعم کلمه است و این امر را از جمع ماده ۱۱ قانون مدنی با ماده ۱۸ همان قانون می‌توان استنباط کرد. همچنان که حق صاحب علامت ثبت شده بر علامت (که البته مالیت تبعی ندارد بلکه مالیت آن استقلالی است) قابلیت توقیف در مقام اجرای حکم و قرار را دارد.^۸ در این مورد کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی چنین اظهارنظر کرده است: «چون متعاقب بازداشت مال یا حقوق مالی در قبال اجرائیه باید عملیات اجرایی ادامه یابد و باید از فروش آن، محکوم به استیفاء گردد در حالی که حق کسب و پیشه و تجارت بدون موافقت دارنده حق قابل فروش و انتقال به دیگری نیست و ملازمه با کسب و تجارت مستاجر متصرف دارد و اساساً حق معلق است، بنابراین بازداشت حق کسب و پیشه و تجارت توسط دایره اجرای دادگاه در قبال محکوم به مالی بدون اینکه وسیله دارنده حق به دیگری منتقل و به صورت طلب محکوم‌علیه نزد ثالث درآمده باشد امکان‌پذیر نیست.»

ملاحظه می‌شود که در این نظریه، «حقوق مالی» قابل بازداشت تلقی شده است لکن عدم قابلیت فروش حق کسب و پیشه و تجارت بدون رضایت مالک، دلیل عدم قابلیت توقیف آن اعلام شده است. اما اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ این سوال که: «آیا توقیف سرقفلی مغازه بدهکار به تقاضای طلبکار جایز و قانونی است یا نه؟» در یک نظریه قدیمی که با نظریه بعدی منسوخ گردیده، اعلام کرده است: «توقیف سرقفلی (که میزان آن وسیله کارشناس تعیین خواهد شد) وسیله اجرای جایز است ولی چون این حق معلق است، مادام که منجز نشده و مستقر نگردیده است انجام عملیات اجرایی مجاز نیست.»^۹ در پاسخ به استعلامات قضات، گروه قضایی مستقر در معاونت آموزش قوه قضائیه با استدلال مشابه فوق سرقفلی را قابل توقیف دانسته لکن قابل مزایده ندانسته‌اند.^{۱۰} و همچنین اکثریت قضات دادرای ناحیه ۶ تهران با توجه به معلق بودن حق سرقفلی و اینکه محل حقوق مالک می‌باشد، توقیف و فروش آن را جایز ندانسته‌اند.^{۱۱}

بند دوم - دلایل موافقین قابلیت توقیف حق کسب و پیشه و تجارت طبق ماده ۱۹ و تبصره‌های آن، حق کسب و پیشه و تجارت حقی است موجود و هیچ‌گونه احتمالی در تحقق آن راه ندارد. مستاجر ملک، حتی اگر حق انتقال به غیر از او سلب شده باشد، می‌تواند با انتقال منافع به دیگری، یا تخلیه ملک و سپردن آن به مالکی که با انتقال مخالفت می‌کند، آن را به دست آورد. امکان از بین رفتن حق، آن را احتمالی و متزلزل نمی‌سازد. همچنان که تقصیرهای سبک و سنگین می‌تواند اموال دیگر را از بین ببرد، طبع سرقفلی نیز چنان است که با پاره‌ای تقصیرها سازگاری ندارد، ولی احتمالی شمردن آن بدین می‌ماند که بگویند، چون ظروف چینی با اندک سهل‌انگاری می‌شکند، نباید آن را در زمره اموال به حساب آورد. کارشناس ورزیده و آگاه باید محدودیت‌هایی را که برای انتقال این حق وجود دارد هنگام ارزیابی حق کسب و پیشه و تجارت در نظر بگیرد. ۱۲.

بند سوم - روش عملی توقیف حق کسب و پیشه و تجارت دایره اجرای ثبت، به تقاضای طلبکار حق کسب و پیشه و تجارت متعلق به بدهکار را مشروط به آنکه روابط بدهکار با موجرش - مبتنی بر سند رسمی باشد - بازداشت می‌کند. روش توقیف این است که نامه‌هایی به دفترخانه تنظیم‌کننده سند، اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع عین مستاجر، اتحادیه‌ای که مستاجر (بدهکار) به اقتضای شغلش به آن وابسته است و بالاخره شخص بدهکار نوشته و مراتب توقیف حق کسب و پیشه و تجارت اعلام می‌شود و به صورت همزمان، مراتب توقیف طی بخشنامه‌ای به کلیه دفاتر اسناد رسمی در سراسر کشور ابلاغ می‌گردد. به این ترتیب، عمل توقیف حق کسب و پیشه و تجارت - بدون اینکه با تصرف بدهکار در عین مستاجر اصطکاکی پیدا کند، انجام می‌گیرد. طبعاً مرحله بعدی کار باید فروش مال بازداشت شده به تقاضای طلبکار و به منظور استیفای طلب وی باشد. لکن در این مرحله کار متوقف می‌شود. یعنی در پاسخ تقاضای بستانکار گفته می‌شود که چون سرقفلی مالیت ندارد قابل حراج و فروش نیست. ۱۳. اگرچه نظر مذکور این امتیاز را دارد که حق کسب و پیشه و تجارت را قابل توقیف دانسته ولی اشکال آن این است که گفته، «قابل تملیک نیست»، اگر مالی قابل توقیف باشد لیکن قابل فروش و تملیک نباشد چه اثری برای توقیف‌کننده دارد؟ شاید گفته شود می‌تواند با توقیف سرقفلی برای مستاجر به نحوی ایجاد مشکل کند تا وی مجبور به پرداخت دیون طلبکار شود اما این امتیاز نمی‌تواند در حدی باشد که ارزش توقیف کردن داشته باشد بنابراین اصل توقیف عبث می‌گردد.

مطابق ماده ۵۴ اصلاحی مورخ ۱۱/۶/۱۳۸۷ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی و حق کسب و پیشه جایز است لکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست و در صورت بازداشت منافع یا سرقفلی، مراتب به اداره ثبت محل جهت ثبت در دفاتر بازداشتی و ابلاغ آن به دفاتر اسناد رسمی مربوط اعلام می‌گردد. لذا مراجع قضایی نیز چه در اجرای قرار تامین خواسته کیفری یا حقوقی، چه در مقام اجرای محکومیت حقوقی یا کیفری

پرداخت وجه یا دیه) حق توقیف و بازداشت سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت وی را دارند.

ب) قابلیت فروش و تملیک بودن حق کسب و پیشه و تجارت

بند اول - تعریف مال و انواع آن

هر چیزی که برای انسان نافع و استفاده از آن ممکن باشد آن را مال گویند به شرط اینکه مملوک و یا قابل تملک باشد. ۱۴

«از نظر حقوقی، به چیزی مال گویند که دارای دو شرط اساسی باشد:

۱- مفید باشد و نیازی را برآورد خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛

۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملیت معین باشد.

اشیایی مانند دریاها، آزاد و هوا و خورشید، از ضروری‌ترین وسایل زندگی است؛ ولی، چون هیچ‌کس نمی‌تواند نسبت به آن ادعای مالکیت انحصاری کند، مال محسوب نمی‌شود. «۱۵

در خصوص تحول مفهوم مال نیز گفته شده است که در گذشته، واژه مال، ویژه کالای مادی بود، اما پیشرفت‌های زندگی کنونی آن را از این فضای محدود خارج ساخته است و امروزه به تمام عناصر گوناگون دارایی مانند زمین و اموال منقول و غیرمنقول و مطالبات و حقوق مالی و حتی حق تالیف و حق اختراع و سرقفلی نیز مال گفته می‌شود. ۱۶

در تقسیم‌بندی حقوق، به حقوق مالی و غیرمالی، مراد از حقوق غیرمالی، امتیازی است که هرچند ممکن است دارای آثار مالی نیز باشد اما هدف اصلی آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است مانند حق زوجیت و حق ولایت و منظور از حقوق مالی، امتیازاتی است که هدف اصلی آن تامین نیازهای مادی اشخاص است مانند حق مالکیت و برخلاف گروه نخست، قابل مبادله و تقویم به پول است و این ویژگی موجب می‌شود که حقوق مالی اصولاً انتقال‌پذیر باشد، یعنی هم به وارثان شخص برسد و هم قابل معاوضه و داد و ستد باشد و از طرف طلبکاران نیز قابل توقیف و فروش باشد. ۱۷

حق کسب و پیشه و تجارت بعد از ایجاد آن، یک حق کامل مالی می‌باشد. زیرا اگر حقی معلق باشد امکان استیفاء آن توسط صاحب آن نمی‌باشد در حالی که این حق پس از ایجاد، می‌تواند توسط مستاجر به مالک عین مستاجر فروخته شود و در صورت امتناع وی، با فرض اینکه حق انتقال به غیر از مستاجر سلب شده باشد، از طریق دعوی تجویز انتقال منافع به غیر فروخته می‌شود پس معلوم می‌شود اصولاً حق معلق نیست. اشکال عمده‌ای که در عدم امکان تملیک حق کسب و پیشه و تجارت اعلام شده این است که این حق با توجه به حق اولویت مالک، قابل انتقال و تملیک دانسته نشد؛ چون اگر مالک حق انتقال به غیر را از وی سلب کرده باشد چطور بدون تمایل مالک امکان تملیک به طلبکار می‌باشد. در جواب باید گفت طلبکار قائم‌مقام مستاجر است. ماده ۳۶ قانون اعسار مقرر می‌دارد: «در کلیه اختیارات و حقوق مالی مدعی اعسار که استفاده از آن موثر در تادیبه دیون او باشد، طلبکاران او قائم‌مقام قانونی مدعی اعسار بوده و حق دارند به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کنند و

هر اقدام حقوقی که مستاجر قادر به انجام آن بوده طلبکار هم می‌تواند انجام دهد.»
اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه جدید خود به شماره ۳۰۲۵/۷ مورخ ۲۱/۵/۸۷ که در مقام اصلاح نظریه قبلی بوده است، نظریه قابل قبولی ارائه داده است که عینا نقل می‌گردد: «بازداشت سرقفلی جهت استیفای طلب با توجه به ماده ۶۲ (ماده ۵۴ فعلی) اصلاحی آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی بلااشکال است و مزایده و فروش آن با رضایت مالک یا در مواردی که مستاجر حق انتقال به غیر دارد فاقد منع قانونی است. توجهها به ماده ۵۱ قانون اجرای احکام مدنی ۱۸ از حق سرقفلی به میزان محکومبه و هزینه‌های اجرایی بازداشت و فروخته می‌شود و برنده مزایده باید تمامی وجوه مبلغ فروش را تادیه کند و دایره اجرا پس از پرداخت محکومبه و کسر هزینه‌های اجرایی در صورتی که باقی‌مانده‌ای باشد آن را به محکوم‌علیه مسترد می‌کند.»

بند دوم - انتقال سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در اجرای احکام دادگستری و واحد اجرای ثبت

۱- عمل مزایده و فروش یا در اجرای احکام مدنی است و یا در واحد اجرای ثبت. مطابق قاعده اذن در شی اذن در لوازم آن شی است ابتدا مالک دعوت می‌شود تا در صورت رضایت، شخصا طبق نظر کارشناس حق کسب و پیشه و تجارت را خریداری کند و این مساله در صورت مجلس قید شود و در صورت عدم رضایت مالک با وحدت ملاک از ماده ۱۹ قانون مورد بحث از طریق مزایده و تشریفات قانونی حق کسب و پیشه و تجارت به فروش می‌رسد و بهای آن به طلبکار داده می‌شود. مع‌الوصف ملاحظه می‌شود در این راحل، هم حق اولویت مالک رعایت شده است و هم طلبکار در جهت استیفاء حقتش مواجه با مشکلی نشده است. ۱۹

۲- ممکن است گفته شود اجرای احکام دادگستری یا واحد ثبتی صرفا در چهارچوب اجرائیه می‌تواند عمل کند و حق ندارد راجع به دعوت از مالک و استعمال از وی راجع به تمایل به خرید، اقدام کند. اگرچه این اشکال با توجه به روح حاکم بر مقررات اجرای احکام مدنی و ثبتی وارد نمی‌باشد. چه اینکه در جاهای مختلف، به اجرای احکام وظایفی داده شده که مدلول اجرائیه نمی‌باشد مانند ماده ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی. ۲۰ مع‌الوصف برای رهایی از این اشکال می‌توان گفت اجرای احکام پرونده اجرایی را متوقف می‌کند و به طلبکار می‌گوید پس از ارائه رای تجویز انتقال منافع به غیر، عملیات اجرایی ادامه می‌یابد و طلبکار از باب قائم‌مقامی علیه مالک و مستاجر (هر دو نفر) طرح دعوی تجویز انتقال منافع به غیر طرح می‌کند پس از صدور رای و قطعیت آن به اجرای احکام ارائه و عملیات اجرایی تا وصول حق طلبکار ادامه می‌یابد. ۲۱

البته نظر اول اقوی بوده و با قانون و مقررات هم هیچ منافاتی ندارد و تضییع‌کننده حق هیچ‌یک از طرفین نمی‌باشد و تکلیف ماده ۵۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷ رئیس قوه قضائیه روشن است چون برابر اصل ۱۷۰ قانون اساسی ۲۲ قضات دادگاهها مکلف به رعایت قانون

می‌باشند و آیین‌نامه خلاف قانون فاقد اعتبار می‌باشد.

نتیجه‌گیری

توقیف و تملیک سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در هر صورت چه قایل به تفکیک این دو حق باشیم و یا معتقد به وحدت باشیم، هیچ منع قانونی ندارد. زیرا در صورت قائل شدن به جدایی سرقفلی از حق کسب و پیشه و تجارت با عنایت به اینکه سرقفلی حق منجزی است توقیف و تملیک آن به طلبکار با هیچ مانعی مواجه نخواهد بود و به حق مالک عین یا ثالث دیگر، خدشه‌ای وارد نخواهد ساخت و نظریه قدیمی اداره حقوقی و یا رای شورای عالی ثبتی که در این خصوص اعلام شده تماماً راجع به حق کسب و پیشه و تجارت بوده است نه سرقفلی.

اما در مورد حق کسب و پیشه و تجارت اگرچه مانند حق سرقفلی حقی کاملاً آزاد نمی‌باشد و ممکن است در پس حوادثی مانند تغییر شغل مستاجر و غیره زایل شود، اما چون این حق یک حق مالی می‌باشد و قابل داد و ستد و دارای ارزش اقتصادی است، صرف وجود احتمالات نمی‌توان حق موجود فعلی را نادیده گرفت بنابراین توقیف و تملیک حق کسب و پیشه و تجارت نیز هیچ منع قانونی ندارد. اما در صورتی که قائل به وحدت این دو حق باشیم در این حالت نیز هیچ منع قانونی وجود ندارد، چرا که وقتی حقی را می‌توان جداگانه توقیف و تملیک کرد بر فرض که آن دو حق، تبدیل به یک حق ادغامی و واحد گردند ماهیت آنها هیچ تغییری نمی‌نماید تا منع توقیف، فروش و تملیک، حادث شود. در نتیجه رای مورخه ۱۲/۷/۷۱ شورای عالی ثبت صحیح نبوده و به نظر می‌رسد جهت استیفاء حقوق اشخاص نیاز به طرح مجدد در شورا و اصلاح دارد. البته مستند این رای که ماده ۵۴ آیین‌نامه مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا می‌باشد نیز ضرورت بازبینی کامل از طریق رئیس قوه قضائیه دارد.

پی‌نوشت‌ها:

۱- ماده ۱۶۹: عملیات اجرایی بعد از صدور دستور اجرا (مهر اجرا شود) شروع و هرکس (اعم از متعهد سند و هر شخص ذی‌نفع) که از عملیات اجرایی شکایت داشته باشد می‌تواند شکایت خود را با ذکر دلیل و ارائه مدرک به رئیس ثبت محل تسلیم کند و رئیس ثبت مکلف است فوراً رسیدگی نموده و با ذکر دلیل رای صادر کند. نظر رئیس ثبت به هر حال برابر مقررات به اشخاص ذی‌نفع ابلاغ می‌شود و اشخاص ذی‌نفع اگر شکایتی از تصمیم رئیس ثبت داشته باشند می‌توانند ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ شکایت خود را به ثبت محل و یا هیات نظارت صلاحیت‌دار تسلیم نمایند تا قضیه برابر بند ۸ ماده ۲۵ اصلاحی قانون ثبت در هیات نظارت طرح و رسیدگی شود.

۲- ماده ۵۴: بازداشت حقوق مدیون نسبت به سرقفلی جایز است لکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز نیست در صورت بازداشت منافع یا سرقفلی مراتب به اداره ثبت محل جهت ثبت در دفاتر بازداشتی و ابلاغ آن به دفاتر اسناد رسمی مربوطه اعلام می‌گردد.

۳- مجله کانون، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۴۲، شماره ۷، تیر و مرداد ۱۳۷۷، صص

- ۴- کریمپور، مهدی، پیشین، صص ۲۱ و ۲۰
- ۵- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، ص ۱۴۲ الی ۱۴۵
- ۶- ماده ۱۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ «تامین در این قانون عبارت است از توقیف اموال از منقول و غیرمنقول»
- ۷- مقاله توقیف سرقفلی، مجله حقوق مروز سال اول شماره ۲، دکتر جعفری لنگرودی، ص ۳۱
- ۸- پیشین، ص ۳۲
- ۹- نظریه شماره ۵۶۰۲۰/۷ - ۲۱/۱۲/۱۳۵۹ اداره حقوقی قوه قضائیه
- ۱۰- مجموعه مشاوره‌های قضایی، آیین دادرسی مدنی و اجرای احکام مدنی شماره ۱۵۰۸ ص ۸۰۵
- ۱۱- مجله قضاوت، شماره ۵۱، بخش نشست‌های قضایی
- ۱۲- کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی (بیع، معاوضه، اجاره، قرض)، ص ۵۲۶
- ۱۳- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، ص ۱۴۸
- ۱۴- بروجردی، عبده، محمد، ص ۱۱
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، دوره‌های مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، ص ۹
- ۱۶- پیشین، صص ۹ و ۱۰
- ۱۷- پیشین، صص ۱۱ و ۱۲
- ۱۸- ماده ۵۱ قانون اجرای احکام مدنی «از اموال محکوم‌علیه به مزانی توقیف می‌شود که معادل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی باشد ولی هرگاه مال معرفی شده ارزش بیشتری داشته باشد و قابل تجزیه نباشد تمام آن توقیف خواهد شد در این صورت اگر مال غیرمنقول باشد مقدار مشاعی از آن که معادل محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی باشد توقیف می‌شود.»
- ۱۹- شهرام محمدزاده، مطالعه موردی مسائل حقوقی جلد یک، نظریه قاضی کوهکن، ص ۷۴
- ۲۰- ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی «هرگاه محکوم به انجام عمل معینی باشد محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم‌له می‌تواند تحت نظر داورز (مامور اجرای آن عمل را وسیله دیگری اجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه لازم رابه وسیله اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناسی معین می‌نماید وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم‌علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.»
- ۲۱- برای مطالعه بیشتر کشاورز، بهمن، منبع پیشین، صص ۱۴۹ و ۱۵۰ مراجعه شود.
- ۲۲- اصل ۱۷۰ قانون اساسی «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرا تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.»

فهرست منابع:

کتاب و مقالات

- ۱- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰
- ۲- جعفری لنگرودی، جعفر، مجله حقوق امروز، سال اول، شماره ۲
- ۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی (بیع معاوضه اجاره - قرض)، شرکت انتشار چاپ ششم سال ۷۴
- ۴- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵
- ۵- کشاورز، بهمن، سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، انتشارات کیهان، چاپ اول، تابستان ۱۳۶۹
- ۶- محمدزاده، شهرام، مطالعه موردی مسائل حقوقی، جلد یک، چاپ معاونت آموزش قوه قضائیه
- ۷- مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری، از سال ۱۳۵۸ به بعد در مسائل مدنی، غلامرضا شهری، امیر حسین آبادی، ناشر روزنامه رسمی، چاپ دوم، ۱۳۷۰
- ۸- مجله کانون سردفتران اسناد رسمی، سال چهل و دوم، شماره ۷، تیر و مرداد ۱۳۷۷
- ۹- مجله قضاوت، ماهنامه آموزش دادگستری استان تهران، شماره ۵۱، خرداد و تیر ۱۳۸۷
- ۱۰- معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه مشاوره‌های قضایی، آیین دادرسی مدنی و اجرای احکام مدنی، انتشارات جنگل، نوبت چاپ اول، ۱۳۸۹

قوانین

- ۱- قانون اجرای احکام مدنی ایران
- ۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۳- قانون مدنی ایران
- ۴- آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷ رئیس قوه قضائیه.

دکتر غلامعلی صدقی