

سرقفلی، حق کسب و پیشه و جایگاه آن در مبحث وقف^۱

علمی - پژوهشی

زهرا ال اسحق خوئینی *

مریم مهدی پور خردمردی **

زهرا سادات میرهائمی ***

چکیده

حق سرقفلی و حق کسب و پیشه هر دو از حقوق مکتبسه هستند و در عین حال که شباهاتی با هم دارند با یکدیگر متفاوتند. سرقفلی وجهی است که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل را به وی اجاره داده و واگذار کند اما حق کسب یا تجارت یا پیشه حقی است که در اثر رونق اقتصادی ایجاد شده در محل و در اثر فعالیت مستأجر به وجود می‌آید. در پاره ای موارد وقف املاک تجاری، بین دو حق مذکور و حقوق وقف، تعارض ایجاد می‌شود که در عمل مبتلابه بسیاری دارد. اگر ملک تجاری با حق سرقفلی اجاره داده شود و یا حق کسب و پیشه به آن تعلق بگیرد، با گذر زمان، عملاً منافعی وجود نخواهد داشت تا جهت اهداف وقف، هزینه گردد. از سویی قوانین هم حق سرقفلی و هم حق کسب و پیشه را به رسمیت شناخته‌اند. بر این اساس در صورت توقف اجاره یا فروش مال موقوفه یا تغییر کاربری یا هر اقدامی که موجب از بین رفتن مفاد قرارداد اولیه شود، اگر مستأجر از مقررات قانون و قرارداد اولیه تخلف نکرده باشد، حق نادیده گرفتن این حقوق مکتبسه وجود ندارد. اما در صورتی که تخلف مستأجر احراز شود، یا اینکه مستأجر در مدت اجاره مورد اجاره را تعطیل کرده باشد، حق کسب و پیشه نخواهد داشت، زیرا اساساً ابتدا حقی برای مستأجر ایجاد نشده تا محل مذکور واجد شرایط لازم امتیازات مربوط به امکان تجاری باشد. در مورد حقوق موقوفه، قوانین و اجماع نظر فقها نشان می‌دهد دو راه حل در شرایط فوق وجود دارد: ۱- تغییر کاربری و احیای موقوفه، ۲- پایان وقف.

کلید واژه ها: وقف، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه یا تجارت، تعارض، مستأجر

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۱۰/۱۷) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۱/۰۳/۲۱)

* استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه الزهرا(س)، تهران، ایران (نویسنده مسؤول)

z.aleeshagh@alzahra.ac.ir

** دانشجوی دکترا حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، تهران، ایران

*** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه الزهرا(س)، تهران، ایران

- مقدمه

سرقفلی و حق کسب و پیشه از جمله حقوق معنوی هستند که از لحاظ فقهی از مسائل مستحدثه و نوظهور تلقی می‌شوند. در قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۷۶ به مسئله سرقفلی و حق کسب و پیشه توجه شده و احکام و مقررات آن تبیین گردیده است. در جامعه ما این دو مساله گاه به یک معنی به کار رفته و گاه با معانی مختلف مطرح شده اند. سرقفلی وجهی است که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستاجر می‌گیرد تا محل را به وی اجاره داده و واگذار کند. در حالی که حق کسب یا تجارت یا پیشه حقی است که به طور تدریجی و به مرور زمان برای مستاجر محل تجارت به وجود می‌آید. بنابراین حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی دو حق مالی متمایز از هم هستند و دارای موضوعاتی با ماهیت غیر مادی می‌باشند. این پژوهش به بررسی مفهوم و ماهیت حق سرقفلی به عنوان یک حق و امتیاز و تمایز آن از سرقفلی به عنوان وجهی که توسط مستاجر به مالک یا مستاجر قبلی پرداخت می‌شود، می‌پردازد و سپس جهات اشتراک و افتراق آنها را بیان می‌نماید. در ادامه نیز به بررسی جایگاه این مفاهیم در مبحث وقف پرداخته شده است. وقف از موضوعات مهم احکام اجتماعی اسلام است که در مواردی با دو حق مذکور در تعارض قرار می‌گیرد.

گاهی حقوق مکتسبه، حقوق وقفی را تحت الشعاع قرار می‌دهد و مقاصد وقف در عمل منتفی می‌گردد. به عبارتی دیگر گاهی حضور مستاجر و سازندگان اعیان و متصرفین طرف قرارداد یا متصرفینی که به نحوی موقوفه به دست آنها رسیده، حقوقی را در موقوفه اکتساب می‌کنند که درآمد موقوفه را به حداقل رسانده و مقاصد اصلی وقف یا از بین برود، یا در حکم عدم موجود باشد. حال مسئله این است که حکم ادامه اجاره وقف در شرایط تعارض با حقوق مکتسبه چگونه است؟ همچنین اگر اجاره به همین دلیل (بهای اندک) متوقف شود، با توجه به قوانین فعلی وقف، وضعیت حقوق مکتسبه چگونه خواهد بود؟

- مفهوم و ماهیت فقهی و حقوقی حق سرقفلی

۱-۲- تعریف لغوی حق سرقفلی

سرقفلی در لغت در معانی زیر بکار رفته است:

چیزی که از کرایه دار سرای حوالی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۳۰۶). حق آب و گل؛ حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروان سرایبی و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد خود تواند فروخت (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۳۰۶). حقی که بازرگان و کاسب به محلی پیدا می‌کند به جهت تقدم در اجاره، شهرت، جمع‌آوری شده و غیره (معین، ۱۳۷۹، مدخل سرقفلی).

۲-۲- تعریف اصطلاحی حق سرقفلی

فقیهان و حقوق دانان مفهومی واحد از سرقفلی ارائه نداده و برخی با عنوان سرقفلی و برخی دیگر با عنوان حق سرقفلی از آن یاد کرده اند که به برخی از این تعاریف اشاره می‌شود.

۱- «یکی از معاملات رایج بین تجار و کسبه که تنها در اماکن کسب و تجارت متصور است، سرقفلی نامیده می‌شود. معیار جواز و عدم جواز دریافت آن توسط مستأجر بر این اساس است: در مواردی که پس از سررسید مدت اجاره، موجر حق افزایش اجاره بها و تخلیه ی عین مستأجره را داراست و مستأجر حق امتناع از پرداخت مبلغ مزاد بر اجاره بهای سابق و تخلیه محل را ندارد، دریافت سرقفلی توسط مستأجر جایز نبوده و تصرف در عین مستأجره بدون رضایت صاحب آن غصب و در نتیجه حرام است؛ و در مواردی که مالک حق افزایش اجاره بها و تخلیه ی محل را نداشته و مستأجر حق داشته باشد که بدون اذن مالک، محل مورد اجاره را به نفع دیگری تخلیه کند، دریافت سرقفلی از سوی مستأجر جایز است»^۱.

۲- «بر هر کس که مکان تجاری یا غیر تجاری ای را برای مدتی مشخص اجاره نماید، لازم است که پس از سررسید مدت و در صورت درخواست تخلیه از سوی مالک، ملک را تخلیه کند و حق ندارد که مکان را بدون اذن مالک به دیگری اجاره دهد، جز در هنگامی که قبلاً ولو در مقابل مبلغی معین که در بعضی عرفها، از آن به حق سرقفلی تعبیر می‌شود، در مورد این امر - به خاطر بنای

^۱ - «من المعاملات الشائعة بين التجار و الكسبة ما يسمى (السرقفلية) و هي إما تكون في محلات الكسب و التجارة و الضابط في جواز أخذها و عدمه للمستأجر هو أنه في كل مورد كان للموجر حق الزيادة في بدل الإيجار أو تخلية المحل بعد انتهاء مدة الإيجار ولم يكن للمستأجر الامتناع عن دفع الزيادة أو التخلية لم (خوئی، ۱۴۱۰.هـ.ق، ج ۱، ص ۴۲۲؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳.هـ.ق، ص ۱۶۵).

عرفی خاص یا عام - توافق حاصل شده باشد. در این صورت مستأجر می تواند اقدام به تخلیه نکرده و عقد اجاره را تجدید کند و همچنین می تواند از حق خویش در باقی ماندن و منزل گزیدن در محل به نفع شخص سوم، در ازای مبلغی معین که از آن نیز به حق سرقفلی تعبیر می شود، صرف نظر نماید» (ایروانی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۲، ۱۲۳).

۳- «سرقفلی عبارت است از حق اولیاتی که مستأجر بر ملک پیدا می کند در مقابل پولی که به مالک در اول کار می پردازد و مطابق آن، مستأجری که سرقفلی پرداخته در اجاره کردن آن ملک، اولی از دیگران است. مقدار سرقفلی باید معلوم باشد و طرفین با میل و رضایت خود معامله را انجام دهند و ... و معنی سرقفلی و لوازم آن را بدانند.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ه.ق، ۴۷۸).

۴- «سرقفلی عبارت است از چیزی که مالک علاوه بر مال الاجاره ای که در ازای اجاره دادن محل دریافت می دارد، به ازای حق سکونت در یک محل تجاری و مثل آن از مستأجر دریافت می کند؛ بنابراین اجاره بها و سرقفلی به مالک تعلق می یابد و مستأجر نیز از منفعت در طول مدت اجاره و حق سکونت تا زمان دلخواه خود برخوردار می گردد. هر کدام به ازای آن چه در مقابلش قرار می گیرد. «یعنی منفعت در برابر مال الاجاره و حق سکونت در مقابل سرقفلی» (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ه.ق، ۱۰۸۱).

قانون گذار ایران نیز در سال ۱۳۷۶ در فصل دوم قانون روابط موجر و مستأجر، نسبت به سرقفلی بیاناتی دارد؛ بر اساس مواد ۶، ۷ و ۸ قانون فوق الذکر می توان نتیجه گرفت که سرقفلی از دیدگاه قانون، مبلغی است که می تواند به مالک یا مستأجر تعلق یابد. به این بیان که سرقفلی مالک عبارت از مبلغی است که علاوه بر اجاره بها و در مقابل منعقد نمودن عقد اجاره از سوی مالک دریافت می شود و سرقفلی مستأجر عبارت است از مبلغی که مستأجر در ازای واگذاری یا اسقاط حق خویش، نسبت به محل مورد اجاره دریافت می کند و این حق عبارت از استفاده از منفعت عین مستأجره در طول مدت اجاره، عدم تخلیه محل و پرداخت نکردن مبلغی مازاد بر اجاره بهای سابق بعد از سررسید مدت اجاره، انحصار استیجار عین مستأجره به مستأجر است.

برخی از حقوق دانان نیز نسبت به سرقفلی تعاریف ذیل را ارائه نموده اند:

۱- «سرقفلی دو معنا دارد: ۱- عوض وجهی است که مستأجر محل کسب، از منتقل الیه آن محل می گیرد، بابت سابقه کار خود در آن محل، در رابطه با جلب ارباب رجوع. این جزء دارایی نامرئی است

و درآمد نیست و مالیات به آن تعلق نمی‌گیرد. ۲- وجهی است که مالک محل کسب تازه ساز در اولین عقد اجاره، علاوه بر اجاره بها از مستأجر می‌گیرد، این پول درآمد است و مشمول مالیات بر درآمد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴۳).

۲- «وجهی که مالک در ابتدای اجاره و جدا از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل خالی را به او اجاره دهد» (کشاوری، ۱۳۸۸، ۲۸).

همان طور که ملاحظه می‌شود، نسبت به مفهوم سرقفلی در میان فقها و حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد. چرا که برخی آن را یک معامله و یا یک نوع عقد اجاره دانسته و برخی از آن، به مالی که ما بازای صرف نظر کردن از حق یا منفعت است؛ خرید دایمی منفعت در برابر اجاره بها، نفس منفعت، مبلغی که به مالک یا مستأجر تعلق می‌یابد و حق تقدم مستأجر و... تعبیر می‌کنند.

صرف نظر از این اختلاف نظرها، منظور ما از آن چه تحت عنوان حق سرقفلی از آن بحث می‌کنیم، حقی است که به واسطه تعهد مالک در ضمن عقد اجاره مبنی بر تجدید عقد اجاره و عدم افزایش اجاره بها و اجبار به تخلیه پس از سررسید مدت و یا دارا بودن اجازه ی انتقال به غیر در اثنا و یا پس از سررسید مدت، برای مستأجر پدید می‌آید.

– مفهوم و ماهیت فقهی و حقوقی حق کسب و پیشه و تجارت

۳-۱ – تعریف لغوی حق کسب و پیشه

در لغت نامه ها و کتب فقهی و حقوقی متقدمان ذکری از حق کسب، پیشه و تجارت نمی‌توان یافت؛ زیرا ولادت و ظهور این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ی ۱۳۲۰ تحقق یافته است و پیش از این تاریخ هرچند که در نظام های حقوقی خارجی وجود داشته، لیکن در ایران اصولاً مورد قبول نبوده است» (کشاوری، ۱۳۸۸، ۳۴).

بنابراین به لحاظ لغوی علمای ادبیات تعریف و تعبیر خاصی از حق کسب و پیشه و تجارت ارائه نداده اند. همچنین برخی فرهنگ‌نویسان مفهوم حق کسب و پیشه را در مقابل لفظ سرقفلی آورده‌اند.

۳-۲ – تعریف اصطلاحی حق کسب و پیشه

در کتب فقهی فقهای امامیه و اهل سنت، اصطلاحی تحت عنوان حق کسب و پیشه و تجارت

مشاهده نگردید؛ اما برخی از فقهای معاصر امامیه (حسینی حائری، ۱۴۲۳ ه. ق، ج ۱، ص ۱۷۱) در بحث سرقفلی به حق کسب و پیشه و تجارت نیز پرداخته‌اند.

یکی از فقهای معاصر، سرقفلی را به دو دسته سرقفلی مالک و سرقفلی مستأجر تقسیم نموده و درباره سرقفلی مستأجر چنین می‌آورد: «مرحله دوم بحث راجع به سرقفلی ای است که مستأجر، هنگام خواست مالک مبنی بر تخلیه محل، از مالک و یا پس از انقضای مدت اجاره و در قبال تخلیه محل یا اجاره دادن، از مستأجر دوم، مطالبه می‌کند؛ و چنین استناد می‌نماید که بواسطه کسب و تجارت وی در آن محل مثل دکان یا دیگر محله ای کسب، حقی در ملک مورد اجاره، برای وی پدید آمده است و این بدین علت است که آن ملک در بازار تجارت معروف و مشهور و در نتیجه مورد توجه مردم قرار گرفته است؛ و این حق به حق پیشه یا تجارت یا سرقفلی و مثل آن، نامیده می‌شود؛ و بر این اساس مستأجر جز در صورت دریافت سرقفلی از مالک یا مستأجر دوم در ازای این حق موهوم، از تخلیه محل خودداری می‌کند؛ و همین‌طور و بدون در نظر گرفتن رضایت مالک، از قبلی به بعدی منتقل می‌شود» (موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ ه. ق، ۱۰۹۱-۱۰۹۲).

یکی دیگر از فقهای معاصر، تحت عنوان «برداشتی جدید از حق سرقفلی» به این مفهوم اشاره نموده و می‌گوید: «برداشتی جدید از حق سرقفلی؛ و آن این است که گفته می‌شود حق سرقفلی مخصوص مکانی همچون دکان بکر تازه سازی است که تا زمانی که دکان رونق بیابد و مردم با آن آشنا شده و در رفت و آمد به آن خو بگیرند، مستأجر آن را به کار گیرد و این باعث ترقی قیمت دکان شود؛ زیرا روشن است که دکانی که مردم به رفت و آمد و خرید از آن عادت نکرده‌اند، نسبت به دکانی که مردم به آن گرایش یافته‌اند، قیمت کمتری دارد. بدین خاطر مستأجر هنگام اخراجش از این دکان، این تفاوت قیمت یا جزیی از آن را مطالبه کرده و آن را، از مالکی که می‌خواهد او را اخراج کند و یا اجاره بها را افزایش دهد و یا از مستأجر جدید که از وی می‌خواهد که دکان را ترک کند تا او بتواند با صاحب دکان عقد اجاره منعقد نماید، دریافت می‌کند؛ و آن به خاطر این ادعاست که به وجود آورنده ی قیمت، مالک آن می‌شود؛ و این مستأجر همان کسی است که این قیمت اضافی را پدید آورده و یا در به وجود آمدن آن سهیم است» (حسینی حائری، ۱۴۲۳ ه. ق، ۱۷۱-۱۷۲).

قوانین موجود در زمینه روابط بین موجر و مستأجر نیز، به طور روشن به تعریف حق کسب و پیشه و تجارت پرداخته‌اند. با این همه برخی از حقوق دانان تلاش کرده‌اند که این حق را تعریف کنند.

۱- «حقی بر مشتریان دائم و سرمایه تجارت خانه، این حق را که در فارسی (مایه تجارت) می توان ترجمه کرد، دارای عناصر گوناگونی است که بعضی از آنها مادی و بعضی دیگر غیر مادی است ولی عنصر اساسی آن حفظ مشتریان تاجر و امتیازی است که در اثر کار و کوشش به دست آمده است» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، ۵۱۶).

۲- «حقی است برای مستأجر، بازرگانان و پیشه وران و مطلق کسانی که از طریق اجاره مکانی، کسب معاش کنند حتی اگر آن که بازرگان نباشند. با سرقفلی از نظر مفهومی فرق دارد، زیرا شهرت تجارت و وجود مشتریان، از عناصر سازنده ی آن نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲۲۴).

۳- «حق کسب یا پیشه یا تجارت بر اساس قانون روابط مالک و مستأجر ۱۳۵۶ حقی است که به تبع اجاره به مستأجر تعلق می گیرد و عنصر عمده ی آن وضعیت و موقعیت ملک و شرایط اجاره و مالکیت مستأجر بر منافع است، هر چند که کار و فعالیت و حسن شهرت مستأجر نیز یکی از عناصر آن به شمار می آید» (صفایی، ۱۳۸۷، ۱۳۸).

۴- «حقی است مالی که به تبع مالکیت منافع، برای مستأجر محل کسب و پیشه و تجارت تحقق می یابد و قابلیت انتقال به غیر را - توأم با منافع عین مستأجره - دارد» (کشاورز، ۱۳۸۸، ۳۸). «حقی است که به علت اشتغال در اماکن تجاری با توجه به وضعیت شغل و موقعیت محل استیجاری به مستأجر تعلق می گیرد» (شمسی پور، ۱۳۸۱، ۴۶).

۵- «حق کسب و پیشه و تجارت، حق مالی تدریجی الحصول و قابل تقویمی است که قانون گذار در قبال فعالیت کسبی و رونق مورد اجاره برای مستأجر محل کسب در نظر گرفته که به تبع منافع مورد اجاره (در صورت جواز انتقال) با سند رسمی قابلیت نقل و انتقال به غیر را دارد» (طاهر موسوی، ۱۳۸۷، ۱۳۰).

به نظر می رسد که بر اساس مفهوم فقهی و حقوقی حق بتوان چنین نتیجه گرفت که: حق کسب و پیشه و تجارت، امتیازی نسبت به محل مورد اجاره است که با انعقاد عقد اجاره و با توجه به فعالیت مستأجر در محل کسب که منجر به رونق محل کسب شده است، برای مستأجر حاصل می شود.

مفهوم و ماهیت فقهی و حقوقی وقف

کلمه وقف یک لغت عربی و مصدر ثلاثی مجرد بر وزن فعل بوده و به صیغه اوقاف، موقوفات و

موقوف جمع بسته می شود (بشیری و پور رحیم، ۱۳۹۱، ۳). وقف در لغت فارسی به معنی ایستادن، به حالت ایستاده ماندن، آرام گرفتن، اقامت کردن، ساکن کردن، منع کردن، جلوگیری، بازداشتن، حصر کردن، منحصر ساختن چیزی را به کسی یا چیزی، مخصوص کردن، آنچه در ملک کسی نباشد و آن را به راه خدا گذاشتن، در بعضی از جاها به معنی مطلق عطاء استعمال گردیده است (دهخدا، ۱۳۷۸، ج ۴۹، ۲۳۵).

وقف در اصطلاح فقهای امامیه عبارت از: «حبس نمودن عین ملک و مصرف کردن منافع آن در راه خداست». برخی از فقها در تعریف وقف آورده اند: وقف عبارت است از: «نگهداشتن اصل ملک و جاری ساختن منفعت است؛ و جمع آن وقوف و اوقاف است» (طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۳، ۲۸۶). برخی دیگر از فقها در تعریف وقف آورده اند: «وقف صدقه جاریه ای است و ثمره آن عقد، نگه داشتن عین مال و رها و آزاد کردن منفعت آن است؛ و با لفظ صریح و آشکار وقف کردم، یا حبس کردم و یا در راه خدا گذاشتم، آورده می شود» (عاملی، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۲، ۲۶۳). همچنین گفته شده: «وقف، حبس کردن عین (یعنی قرار دادن عین مال در حالتی که جایز نیست تصرف شرعی در آن مال بر انتقال ملک به وسیله واقف مگر در حالت استثناء) و رها ساختن منفعت و این تعریف وقف نیست، بلکه ذکر کردن برخی از خصوصیت های وقف است؛ و گرنه سکنی، عمری و رقبی و حبس نیز داخل در تعریف وقف هستند؛ و این تعریف اشاره شده خارج از حقیقت وقف هست» (عاملی، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۱، ۲۶۰).

ماده ۵۵ قانون مدنی در مقام تعریف حقوقی و اصطلاحی وقف بیان می دارد: «وقف عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود». وقف را از نظر حقوقی می توان چنین تعریف کرد: «عملی حقوقی است که به موجب آن شخص اعم از شخص حقیقی یا حقوقی عین مالی را از ملکیت خود خارج نموده و از هر گونه نقل و انتقال اعم از نقل و انتقال های ارادی، مانند اقسام معاملات و نقل و انتقال های قهری، مانند توارث و سایر تصرفات به طور کامل مصون نگاه می دارد و منافع آن را در راه های خدایسندانه و امور خیریه به طور دائم به جریان می اندازد تا افراد محدود و معین یا نامحدود و غیر معین به صورت بلاعوض از آن منافع بهره مند شوند» (بشیری، ۱۳۹۱، ۱۹). بنابر این معنای اصطلاحی وقف عبارتست از: حبس کردن و نگهداری عین مال و مصرف کردن عائدات و منافع آن در جهت نیت واقف و در راه خیر (خراسانی، بی تا، ج ۲، ۱۴۱). وقف از جمله عقود لازمه است که پس از انشاء عقد بطور صحیح و جامع قابل رجوع و فسخ نیست.

- تعارض وقف با حق سرقفلی و حق کسب و پیشه

۱-۶- تبیین تعارض

چنانچه بیان شد سرقفلی عبارت است از اینکه مستأجر در مقابل پولی که در ابتدای اجاره به مالک می پردازد، حق اولویتی بر اجاره مجدد ملک پیدا می کند و نیز حق کسب و پیشه و تجارت، امتیازی نسبت به محل مورد اجاره است که با توجه به فعالیت مستأجر در محل کسب و رونق آن برای وی حاصل می شود؛ در پاره ای موارد، این حقوق با وقف در تعارض قرار می گیرد. در این قسمت به بیان چگونگی وقوع این تعارض و نیز راه حل های پیشنهادی برای خروج از این تعارض پرداخته می شود: در قسمت قبل آمد که دو حق سرقفلی و حق کسب و پیشه مربوط به محل کسب و تجارت (مغازه ها و پاساژهای تجاری) است، لذا تعارض مذکور فقط در مورد وقف هایی که موضوع آن ها محل کسب است روی می دهد. در برخی موارد، واقف قصد دارد که منافع حاصل از اجاره ملک تجاری خود را مورد استفاده وقف قرار دهد، در صورتی که در عقد اجاره، مبلغی به عنوان سرقفلی توسط مستأجر پرداخت گردد، با گذر زمان تعارضی قابل توجه میان اهداف وقف و منافع مستأجر اتفاق می افتد. مالکیت عین و منافع یا انتفاع از موقوفه هر کدام به شخص حقوقی وقف و موقوف علیهم تعلق دارد. اما در این بین، کسانی که موقوفه را با اجاره در اختیار دارند، بر آن موقوفه حقوقی دارند که به حقوق مکتسبه با حق اولویت شهرت یافته است (داراب پور، ۱۳۹۰، ۵۴).

به جهت اینکه معمولاً مبلغی که به عنوان سرقفلی پرداخت می شود، درصد قابل توجهی از کل قیمت ملک محسوب می شود، در ابتدا که موقوف علیهم یا متولی سرقفلی را دریافت می کنند، شاید تصور کنند که سازگاری کاملی با منافع وقف وجود دارد، اما حق اولویتی که برای مستأجر پدید می آید در آینده ایجاد مشکل می کند:

اولاً از ارزش مالی سرقفلی بعد از گذشت زمان طولانی کاسته می شود.

ثانیاً میزان مال الاجاره که معمولاً مقدار کمی است، قابل افزایش نیست.

ثالثاً موجر (نهاد حقوقی وقف) حق اضافه کردن مال الاجاره را ندارد.

رابعاً تغییر مستأجر توسط موجر جز در موارد نادر (مثلاً عدم پرداخت مال الاجاره) امکان ندارد.

خامساً این حق اولویت به مستأجر داده شده که اگر رضایت داد با دریافت مبلغ سرقفلی ملک را

تخلیه کند. و قاعدتاً با کاهش ارزش مبلغ سرقفلی، او ادعای دریافت مبلغ بیشتری مطابق با ارزش بازار را خواهد داشت.

بنابراین مال موقوفه، عایدی خاصی نخواهد داشت تا در راستای اهداف وقف هزینه گردد و شاید بتوان گفت اجاره دادن به همراه سرقفلی عبارت اخرای فروش ملک تجاری است که کاملاً با اهداف وقف ناسازگار است. موقوفه در تئوری به صورت موقوفه باقی مانده و به کسی فروخته نشده یا واگذار نگردیده، ولی در عمل به مالکیت عملی اشخاص ثالث درآمده است، هر چند عنوان مالکیت را نداشته باشد. حال این مسئله مطرح می شود که اگر اجاره موقوفه اهداف وقف را تحت شعاع خود قرار دهد، تکلیف چیست؟

مشابه این جریان در بحث حق کسب و پیشه به وقوع می پیوندد. با این وصف باید پرسید که چرا موقوف علیهم طبقه اول و یا متولی دست به چنین اقدامی زده و اجاره به همراه سرقفلی را انتخاب کرده اند؟ آیا ضرورت خاصی از جهت حفظ منافع وقف موجب این عملکرد شده است؟

۲-۶- ریشه یابی علت وقوع تعارض

با بررسی سوابق موقوفاتی که در گذشته مورد اجاره به همراه سرقفلی بودند، شواهد قابل قبولی به دست می آید که این اقدام موقوف علیهم و یا متولی وقف توجیه می گردد. برخی از این شواهد به عنوان نمونه ذکر می گردد و امکان اینکه ادله ی دیگری هم بوده باشد وجود دارد. نکته قابل توجه اینکه، اینگونه از موارد وقف عمدتاً مربوط به سالهای گذشته دور و زمان قبل از انقلاب می باشند.

۱-۲-۶- نابودی موقوفات کشور در دوران پهلوی و مصادره به نفع حکومت

اسناد تاریخی نشان از عزم جدی رضاخان و بعد از او فرزندش، بر از بین بردن هرچه بیشتر دین و آثار دینی بوده است. یکی از مظاهر دین، وقف است که می تواند سهم شایانی در بهبود وضع معیشتی مردم با نیت خدایسندانه داشته باشد. به عبارت دیگر، وقف، هم جنبه ی دینی و اعتقادی واقف را تقویت می کند و فضای جامعه را متوجه رهنمودهای به جای دین می کند و هم به جهت منافع مادی ای که به دنبال دارد، باری از دوش جامعه برداشته و خیرات و برکاتش متوجه موقوف علیهم و مردم

^۱ مشخص است که هم مطابق قانون و هم اقوال فقها، اگر مبلغی در ابتدای عقد اجاره توسط مستأجر به مالک پرداخت نشده باشد، مستأجر دارای چنین حق اولوی نخواهد بود

می شود. املاک مسکونی، املاک زراعی، خیرات عام المنفعه از قبیل احداث درمانگاه ها و مراکز بهداشتی، مدارس، کاروانسراها، حمام های عمومی، مدارس علوم دینی و مساجد برخی از موضوعات وقف در گذشته بوده است. به همین جهت، حکومت پهلوی به دنبال حذف هرگونه آثار و شعائر منتسب به دین بوده تا اهداف پلید غربگرایانه خود را به کرسی بنشانند.

نقشی که رضاخان در سلسله منحوس پهلوی در احاطه و نابود کردن موقوفات داشت هیچ‌گاه قابل بخشش نیست زیرا موقوفات و رقبه‌ها پشتیبان محکم و قوی در مسائل مذهبی بود. ^۱ جدای از نادرشاه، سپهسالار و مواردی که در دوره قاجار وجود داشته، بیشترین اموال وقفی که تصرف شده، در دوره رضاشاه بوده است. او دستور داد که اموال موقوفه به صورت قانونی ثبت شود که در اختیار شاه قرار بگیرد، به گونه‌ای که دستور داد در بین روستاهایی که به نام رضاشاه است، اگر اموال موقوفه‌ای وجود دارد به اموال او ملحق شود و مالکیت اموال موقوفه را به نام خود می‌کند. البته گاهی هم از درآمد همین موقوفات کارهایی عمومی هم انجام داده، اما چون رویکردی دین ستیزانه داشت، مالکیت موقوفات را به نام خود کرد، اما آیت الله حائری در آن زمان مخالف این کار بودند زیرا اعتقاد داشتند موقوفات باید طبق همان وقفنامه‌ای که تنظیم شده عملیاتی شود. در سال ۱۳۱۰ نیز که سازمان ثبت اسناد اداری در کشور تأسیس شد، به این بهانه همه موقوفاتی که در آن نام روحانیون و ائمه جماعات و امثال آن ذکر شده بود، پاک کردند و به تبع آن تصرفات جدیدی انجام شد.^۲

مصادره اوقاف پس از نادرشاه، برای دومین بار توسط رضاشاه در دوره چهارم سلطنت وی (دی ۱۳۱۳) صورت گرفت و وزارت معارف، مالک یا ناظر موقوفات شد. با این قانون اوقاف کاملاً به تصرف دولت درآمد و دولت نیز به دلخواه خود درآمد آن را در مصارف غیرووقف به کار می‌برد. دولت کوچکترین علاقه‌ای به تبلیغات و شعائر مذهبی نداشت و بی‌میل به فروش موقوفات نبود، اما با توجه به خلاف شرع بودن فروش اوقاف، این کار در عمل غیرممکن بود تا زمانی که علی منصور به نخست‌وزیری رسید و رضاشاه درصدد فروش املاک موقوفه برآمد. سرانجام، قانون فروش موقوفات در اردیبهشت ۱۳۲۰ به تصویب مجلس رسید. در این قانون، به وزارت دارایی اجازه داده شد تا قنوات

^۱ حجت الاسلام و المسلمین گلپایگانی رییس دفتر مقام معظم رهبری در گلپایگان

<https://www.iribnews.ir/fa/news/۲۰۴۸۱۸۴/>

^۲ حجت الاسلام شرفحانی رییس مرکز امور خیریه سازمان اوقاف <http://qudsonline.ir/news/۷۳۸۲۹۶/>

موقوفه را بفروشد. وقتی این لایحه را به مجلس آوردند، اکثریت نمایندگان از تصویب آن وحشت داشتند. محتشم‌السلطنه، رئیس مجلس چندبار با رئیس دادگستری صحبت کرد و مدعی بود که این کار برای سلطنت و مملکت میمنت ندارد. چند روز بعد رضا شخصاً به رئیس مجلس گفت: این قانون باید تصویب شود و شد (حاج محمدی، ۱۳۹۴).

در این میان، اجاره املاک تجاری به نحو سرقفلی نوعی واگذاری صوری وقف بوده تا ماهیت وقفی ملک، عیان نگردد. بدین وسیله در مراجعه بازرسان سلطنتی، ملک تجاری مذکور در حکم ملک به فروش رفته بوده و مورد طمع حکومت قرار نمی گرفته. از جهتی دریافت سرقفلی هزینه قابل توجهی به دست متولی می داده تا بتواند در راستای اهداف وقف، آن‌ها را خرج نماید.

۲-۲-۶- تأمین اهداف وقف

این مورد با دلیل قبل بی ارتباط نیست. در زمان پهلوی، به جهت عدم اهتمام حکومت به دین و مظاهر دینی، امور مرتبط با این مقولات، اوضاع اقتصادی مناسبی نداشتند و لذا نیازمند حمایتی مضاعف بودند. به عنوان مثال مساجد و مدارس علوم دینی از این دست بودند. در برخی موارد، افراد خیر، موقوفاتی را جهت تأمین هزینه های این مراکز قرار داده بودند، لیکن به جهت اوضاع بد اقتصادی (چه برای عموم جامعه و چه خاصاً جامعه دینی) مال الاجاره اندک حاصل از اجاره املاک تجاری کفاف مخارج موجود را نمی داد. بنابراین، متولی وقفیات مذکور، چاره ای نیکوتر از اجاره املاک تجاری به همراه سرقفلی (اصطلاحاً فروش سرقفلی) نداشته است. با این کار، مال قابل توجهی به دست می آمده و حداقل تا مدتی هرچند اندک، اهداف وقف را محقق می کرده است. لذا اقدام متولی در راستای جلب منافع بیشتر برای وقف بوده و قابل توجیه می باشد.

قوانین موضوعه هم حق سرقفلی و هم حق کسب و پیشه را به رسمیت شناخته اند. لذا در صورت توقف اجاره یا فروش مال موقوفه یا تغییر کاربری یا هر اقدامی که موجب از بین رفتن مفاد قرارداد اولیه شود، اگر مستأجر از مقررات قانون و قرارداد اولیه تخلف (ارتکاب تعدی یا تفریط، انتقال اجاره به دیگری یا تغییر شغل) نکرده باشد، نه مقامات اداری و نه مقامات قضائی و نه تصویب کنندگان آئین نامه‌های قوانین مرتبط با وقف، حق نادیده گرفتن این حقوق مکتسبه نداشته و حتی در صورت عدم رعایت این حقوق، حسب مورد مسئولیت انتظامی، حقوقی و کیفری نیز دارند. اما در صورتی که تخلف

مستاجر احراز شود، یا اینکه مستاجر در مدت اجاره مورد اجاره را تعطیل کرده باشد، حق کسب و پیشه نخواهد داشت، زیرا با این وصف اساساً ابتدا حقی برای مستاجر ایجاد نشده تا محل مذکور واجد شرایط لازم امتیازات مربوط به اماکن تجاری باشد و موجر یا موجرین مکلف به پرداخت ما به ازای آن شوند.

۳-۶- راهکار و چگونگی اداره موقوفه در زمان تعارض موقوفه با حقوق

مکتسبه

۱-۳-۶- بررسی و تحلیل اقوال فقهای معاصر

با توجه به مطالبی که در قسمت تعارض حقوق مکتسبه و اهداف وقف و برخی علل تاریخی آن بیان شد، این مسئله مطرح می شود که حل این تعارض به چه شکل است و به عبارتی شیوه اداره موقوفه در تعارض با حق سرقفلی و کسب و پیشه چگونه است؟ در این قسمت به بررسی و تحلیل آراء فقها در این خصوص پرداخته می شود. با توجه به اینکه این تعارض مرتبط با دو مبحث سرقفلی و نیز وقف می باشد، از سویی بحث از جمله مسائل مستحدثه می باشد، لذا اقوال فقهای معاصر در دو زمینه سرقفلی و وقف و نیز استفتائاتی که از ایشان در این زمینه شده است، منابع این بحث را تشکیل می دهند.

بنابر نظر برخی از فقها مانند آیت الله خوئی و آیت الله تبریزی، سرقفلی در صورت حصول شرایطی جایز می باشد و در غیر اینصورت حرام است. راهکاری که شاید از وقوع بسیاری از مسائل و اختلاف ها پیشگیری کند؛ ایشان سرقفلی را به سه نوع تقسیم کرده و قائل به تفصیل شده اند:

در یک قسم آن کسب کردن و سرقفلی گرفتن برای آن بدون اذن و رضای مالک حرام و در دو قسم دیگر سرقفلی گرفتن مشروع است و ملاک مشروعیت و عدم مشروعیت آن این است که در هر مورد که موجر حق تخلیه و بالا بردن مبلغ اجاره را داشته باشد و مستاجر به زور متکی شده نه به اجاره بیفزاید و نه تخلیه کند در این مورد سرقفلی گرفتن و کسب کردن در آن محل بدون رضای صاحب ملک جایز نبوده و حرام است و در هر مورد که صاحب ملک حق بالا بردن وجه اجاره و یا تخلیه را ندارد (و مستاجر حق تخلیه را به دیگری دارد، بدون رضای مالک) سرقفلی گرفتن مشروع و

کسب کردن جایز است.^۱

در خصوص نظر این فقها می‌توان گفت هر جا که سرقفلی جایز نباشد تعارضی رخ نمی‌دهد، اما در موارد جواز سرقفلی و حصول تعارض با وقف، رجوع به احکام کلی اجاره راهگشاست که در ادامه توضیح آن خواهد آمد.

در خصوص موضوع مورد بحث، علاوه بر رساله مراجع نظام، از برخی از آنان به طور خاص جهت پژوهش حاضر استفتاء شده است که آورده می‌شود:

پرسش: با عرض سلام در مورد حکم تعارض سرقفلی و وقف اگر مغازه ای وقف شده باشد، (چه وقف عام و چه خاص) اگر مغازه اجاره داده شود به همراه سرقفلی (از مستاجر پولی به عنوان سرقفلی گرفته شود و نیز مال الإجاره کمی ماهیانه پرداخت شود) بعد از گذشت چندین سال، مستاجر طلب حق سرقفلی بسیار زیادی می‌کند و مغازه را تخلیه نمی‌کند، این کار او چه حکمی دارد و آیا چنین حقی دارد؟ وضعیت وقف در این حالت چگونه است. چون در واقع منافعی باقی نمی‌ماند تا صرف اهداف وقف شود. چون مال الجاره که کم است و مستاجر هم تخلیه نمی‌کند.

پاسخ آیت الله سیستانی:

«بسمه تعالی»

سرفقلی شرعیت ندارد ولی می‌تواند مستاجر شرط کند که در مقابل پولی که می‌پردازد مغازه را همیشه به او اجاره دهند یا به کسی که به او مغازه را واگذار می‌کند و این شرط اگر به مصلحت وقف نباشد جایز نیست و باطل است و اما اجاره کم هم جایز نیست و باید متولی وقف مقدار اجاره را طبق متعارف بازار قرار دهد. موفق باشید^۲

پاسخ آیت الله مکارم شیرازی

^۱ ۱- در رساله ۱۲ مرجع قسمت احکام اختصاصی، مطابق با فتاوی آیت الله خوئی با حاشیه آیت الله تبریزی، طی مسائل ۱۴ تا ۱۷ به چندین مورد مبتلابه موضوع سرقفلی پرداخته شده است (بنی هاشمی، ۱۳۷۸، ج ۲، ۷۰۲-۷۰۴).

^۲ استفتاء از طریق ایمیل از دفتر معظم له

« تخلف از قرارداد اجاره جایز نیست. باید قیمت سرقفلی به نرخ روز به او (مستأجر) داده شود. وقف آن ملک اشکالی ندارد، هر چند درآمدش کم باشد. منافع موقوفه به هر مقدار که باشد، باید در جهت نیت واقف هزینه گردد.»^۱

با توجه به پاسخ هایی که از این دو مرجع بزرگوار دریافت شد، اینگونه استدلال می توان نمود که:

۱- مطابق نظر آیت الله سیستانی اگرچه سرقفلی جایز نیست اما شرطی که منجر به نتیجه سرقفلی باشد (شرط دوام اجاره و دریافت پول قابل توجهی در ابتدای اجاره توسط موجر) پذیرفته شده است. البته یک تفاوت مهم میان این شرط و حق سرقفلی وجود دارد و آن اینکه فقیه محترم در ادامه قید فرموده اند که مال الاجاره باید مطابق عرف و به صورت متعارف باشد، بنابراین با اتخاذ چنین رویه ای، شاید بتوان مدعی شد که در اصل، تعارضی میان سرقفلی و وقف صورت نمی گیرد، زیرا عوایدی مال موقوفه جهت هزینه برای اهداف وقف کفایت می کند و لذا اگر در گذشته بر اجاره کم توافق شده باشد، چنین تراضی باطل خواهد بود.

۲- مطابق نظر آیت الله مکارم، حقوق مکتسب مقدم است و البته اهداف وقف نیز نباید فراموش گردد و هرآنچه از منافع موقوفه باقی مانده هر چند کم باید در جهت نیت واقف هزینه گردد. بنابراین در این فرض خاص (اجاره بسیار کم و عدم تخلیه مستأجر به جهت تعلق گرفتن سرقفلی) اگر وقف، درآمد دیگری داشته باشد تا بتوان به مستأجر پرداخت نمود تا تخلیه نماید که این کار مناسبترین تصمیم است اما در غیر اینصورت عملاً منفعتی باقی نمی ماند و موقوفه در حکم تلف می باشد، لذا راهکار دیگری را باید اتخاذ نمود؛ دو راهکار را می توان اتخاذ نمود که در ادامه توضیحاتی پیرامون آن خواهد آمد: تغییر کاربری و احیای موقوفه (تبدیل موقوفه به احسن) / بیع موقوفه

یعنی اگر بتوان بدون فروش ملک مزبور، منفعت قابل توجهی به دست آورد، این کار اولی است در غیراینصورت، فروش موقوفه و تبدیل آن به مالی که بیشترین قرابت را با نیت واقف دارد راهکار آخر می باشد. به عنوان مثال خرید ملک تجاری کوچکتر و صرف هزینه اجاره بها در جهت نیت واقف تصمیم مناسبی خواهد بود.

این سوال نیز تا حدی به موضوع مورد بحث مرتبط است که در گذشته از آیت الله خامنه ای (مد

۱ استفتاء حضوری و کتبی از دفتر معظم له به تاریخ ۱۴۰۰/۶/۲۴ و همچنین از طریق ایمیل (هر دو جواب با هم آورده شد)

ظله) استفتاء شده بود.

سوال: آیا فروش سرقفلی مغازه‌ای که در زمین صحن مسجد ساخته شده جایز است؟

پاسخ: در صورتی که ایجاد مغازه در صحن مسجد، شرعاً، مجاز بوده فروش سرقفلی آن با رعایت مصلحت و نفع وقف، با اذن متولی شرعی مانعی ندارد و در غیر این صورت واجب است ساختمان مغازه خراب شود و زمین آن به همان صورت اول به حیاط مسجد اضافه شود (استفتائات رهبر انقلاب، سوال ۲۰۵۴).

در پاسخ به این استفتاء معیاری مهم و راهگشا مشاهده می شود و آن رعایت مصلحت و نفع وقف می باشد، ملاکی که می توان رد پای آن را در کلیه مباحث مربوط به عقد وقف مشاهده نمود. در بحث عام اجاره مال موقوفه نیز چنین ملاکی رویت می شود و می تواند به حل تعارض موجود کمک شایانی نماید.

فقه‌های عظام در مورد اجاره مال موقوفه در وقف خاص، با تفاوت اندکی متفق القول هستند که مصلحت وقف باید رعایت شود در غیر اینصورت اجاره باطل می باشد؛

«اگر ملکی را بر افراد مخصوصی، مثلاً بر اولاد خود وقف کند که هر طبقه‌ای بعد از طبقه دیگر از آن استفاده کنند، چنانچه متولی ملک، آن را اجاره دهد و بمیرد (در صورتی که مراعات مصلحت وقف یا مصلحت طبقه بعدا کرده باشد)، اجاره باطل نمی شود، ولی اگر متولی نداشته باشد و یک طبقه از کسانی که ملک بر آنها وقف شده، آن را اجاره دهند، و در بین مدت اجاره بمیرند، در صورتی که طبقه بعد اجاره را اجازه نکنند، اجاره باطل می شود، و در صورتی که مستأجر مال الاجاره تمام مدت را داده باشد، مال الاجاره از زمان مردنشان تا آخر مدت اجاره را از مال آنان می گیرد.»^۱ (بنی هاشمی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۵۶۶)

بنابراین در یک جمع بندی می توان گفت:

اول اینکه اینکه نظر فقیه در خصوص جواز یا عدم جواز سرقفلی باید مورد بررسی قرار گیرد. زیرا برخی از فقها جواز سرقفلی را نمی پذیرند، و برخی از فقها، جواز سرقفلی را با شرایطی خاص می پذیرند، به عبارت دیگر برخی از حالت های سرقفلی را جایز و برخی را حرام می دانند. بنابراین، در مواردی که از نظر فقیه سرقفلی جایز نمی باشد، تعارضی نیز با وقف صورت نگرفته و احکام وقف

^۱ این مسأله با تفاوت اندکی توسط همه فقها ذکر شده است.

جاری است.

درخصوص مواردی که فقیه، گرفتن سرقفلی را مجاز می‌شمرد، و تعارض با وقف صورت می‌گیرد، اقوال فقها را می‌توان چنین دسته بندی و تحلیل نمود:

الف) تقدم حقوق مكتسبه

ب) تقدم وقف

ج) بطلان اجاره (وحدت ملاک با بحث اجاره)

هر یک از این سه مورد قائلینی از میان فقهای عظام حاضر دارند که تفصیل آن آمد. از نظر افرادی که وقف و مصالح آن مقدم بوده و نیز افرادی که اجاره را باطل می‌دانند (دو قول آخر) سرقفلی گرفتن با این شکل جایز نبوده و مستأجر باید ملک تجاری را تحویل دهد. اما از نظر قول اول، سرقفلی صحیح بوده و راهکاری برای وقف باید جست؛ در صورتی که بتوان مال الاجاره را مطابق با قیمت بازار افزایش داد و از آن طریق موقوفه را اداره کرد، اولویت با این اقدام است. اگر این کار امکان نداشته باشد، در موردی که موقوفه درآمد دیگری داشته باشد تا بتوان از طریق آن ها سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به مستأجر فعلی پرداخت کرد و آن ها را مجاب به تخلیه کرد، این اقدام نیز مناسب خواهد بود در غیر اینصورت دو راه حل به نظر می‌رسد که در ادامه توضیح مختصری در این باره خواهد آمد:

- تغییر کاربری و احیای موقوفه و تبدیل موقوفه به احسن

- بیع موقوفه

۲-۳-۶- تغییر کاربری و احیای موقوفه و تبدیل به احسن موقوفه

در برخی موارد تبدیل مال موقوفه به مالی دیگر به نفع موقوف علیهم است و موجب عایداتی بیشتر برای طبقه اول یا همه آنها می‌گردد. تبدیل موقوفه به مالی بهتر و مفید تر توسط برخی از فقها ذکر گردیده است اما در قانون مدنی از این مورد سخنی به میان نیامده است. شاید علت عدم ذکر این مورد وجود اختلاف شدید بین فقها در مورد جواز بیع در این حالت است.

امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «تغییر وقف جایز نیست مگر این که هیچ سودی هر چند اندک نداشته باشد» (خمینی، ۱۳۸۸، ۳۱۹) محقق حلی در شرایع می‌نویسد: بر فرض اینکه مال

در معرض خرابی نباشد» و لو لم یقع خلف ولا یخشی خرابه بل کان البیع انفع لهم، قیل یجوز بیعه و الوجه منع» (حلی، ۱۳۷۷.ق، ۱۵۵) علامه حلی در قواعد الاحکام می نویسد: «لو لم یقع خلف و لا یخشی بل کان البیع انفع لهم لم یجز بیعه ایضا علی رای» (حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ۳۹۵) به عقیده شیخ مفید نیز موقوف علیهم نمی توانند به هیچ عنوان در عین موقوفه تصرف کنند و تغییری در شرایط وقف بدهند مگر در موارد خاصی مثل خرابی و احتیاج شدید. در میان فقهای متقدم، کسی که به طور صریح در مورد مذکور به جواز بیع قائل باشد یافت نمی شود (ابهری و رضیان، ۱۳۸۵، ۲۰). اما برخی فقها مانند سید محمد کاظم طباطبایی و محقق ثانی در جامع المقاصد با شرایطی آن را پذیرفته اند.

در تحلیل موضوع باید گفت که از طرفی تحبیس عین از ارکان وقف است و نمی توان بدون دلیل خاص آن را تغییر داد و نظر اکثریت فقهای امامیه هم بر عدم جواز چنین بیعی است. از طرفی نیز شخص واقف با توجه به حس خیرخواهانه می خواهد قسمتی از مشکلات اقتصادی جامعه را حل کند و تا حد امکان به ضعیفان کمک کند. حال با تبدیل آن به احسن هدف واقف به نحو بهتری تأمین می گردد و به نهاد وقف هم لطمه چندانی وارد نمی شود. به نظر می رسد نظر اخیر با توجه به جامعه کنونی ما قابل دفاع تر باشد.

برای مثال در دوره های قدیم آب انبارها از جمله اموال وقفی بودند که پس از لوله کشی آب شهری، کاربری قبلی آنها ساقط شد و در شرایط فعلی نیز ممکن است وضعیتی پیش آید که موقوفه عایدی چندانی نداشته باشد. در این زمینه حضرت آیه الله مکارم شیرازی در پاسخ به سوالی به مضمون زیر بیان می دارد این تغییر کاربری اگر به حکم ضرورت باشد اشکالی ندارد.

سوال: آیا می توان املاکی که وقف شده را به هر نحوی تغییر داد؟

پاسخ: «بعد از تحقق وقف، املاک وقفی را نمی توان تغییر داد مگر اینکه ضرورتی ایجاب کند؛ مثلاً ملک موقوفه در آن شرایط هیچ فایده‌ای برای مصارف وقف نداشته باشد. بنابراین چنانچه در حال و آینده نیاز به استفاده از آن مکان مطابق نیت واقف نباشد (مثل آب‌انبار در زمان ما) می توان برای سایر کارهای عامّ المنفعه از آن استفاده کرد و در صورتی که امکان استفاده از آن مکان نباشد

می‌توانند آن را بفروشند و مکان دیگری خریده و از آن برای کارهای عام‌المنفعه استفاده کرد.^۱

۳-۳-۶- بیع موقوفه

یکی از مهم‌ترین و بحث‌برانگیزترین موارد پایان وقف بیع مال موقوفه است. برخی بیع وقف را پایان وقف قلمداد می‌کنند و برخی آن را راهی برای ادامه حیات وقف می‌دانند و برخی نیز اساساً بیع وقف را در هیچ فرضی قبول ندارند. در مورد جواز بیع مال موقوفه نظرات متعددی مطرح شده است و اختلاف نظرهای متعددی در این مورد دیده می‌شود. برخی از موارد جواز بیع در قانون مدنی نیز ذکر گردیده است اما با بررسی فقهی این بحث روشن می‌گردد که قانون تمام موارد ذکر شده در فقه را لحاظ نکرده است، پس با کنار هم قرار دادن قانون و منابع فقهی باید به موارد و نظرات متعدد در این مورد دست یافت.

اصل عدم امکان فروش مال موقوفه دائمی بودن و فک ملک شدن در عقد وقف جزئی از ماهیت عقد وقف است و همچنین هدف از وقف این است که واقف می‌خواهد تا زمانی که ممکن است، حتی بعد از فوت خود، منافع موقوفه به موقوفه‌علیهم برسد و ثواب و اجر معنوی آن نیز نصیب واقف گردد، در نتیجه در این امر که اصل بر عدم امکان فروش مال موقوفه است اختلافی بین فقها و حقوقدانان دیده نمی‌شود. شیخ انصاری دلیل اصلی عدم امکان فروش مال موقوفه را اجماع و روایات وارد شده در این زمینه می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۴، ۳۴). از مهم‌ترین روایات، روایتی است از امام صادق (ع) که در مورد وقف نامه‌ای که حضرت علی (ع) نوشته‌اند فرمودند که حضرت علی (ع) خانه‌ای را وقف کرد و فرمود: «لا تباع ولا توهب حتی یرثها الذی یرث السماوات و الارض و...» البته شیخ معتقد است که سخن امام منصرف به موردی است که فروش موقوفه بدون عذر صورت گیرد اما در هر صورت اصل اولیه را بر عدم امکان فروش قرار می‌دهد. روایتی هم از محمد بن یعقوب ابن راشد نقل گردیده که وی در مورد زمینی وقفی از امام سؤال می‌کند و حضرت در پاسخ می‌گوید «لا یجوز شراء الوقف»

باتوجه به اینکه درباب مسأله فروش وقف با دو عقد مستقل و جدا یعنی عقد وقف و عقد بیع مواجه هستیم برخی بر این عقیده‌اند که باعروض موارد جواز فروش، عقد وقف باطل می‌شود. برخی

^۱ - وب سایت حضرت آیت‌الله مکارم شیرازی در لینک زیر

بر این باورند که صرف عروض موارد جواز فروش، باعث بطلان عقد وقف نمی باشد بلکه با تحقق بیع، عقد وقف باطل می شود و برخی هم بین موارد جواز فروش قائل به تفصیل شده اند. البته فقهاء در موارد جواز فروش وقف، صرفنظر از پذیرفتن هر کدام از نظریات سه گانه در دو موضوع اتفاق نظر دارند: الف- حرام بودن فروش وقف قبل از عروض مجوز فروش ب- جایز بودن فروش وقف بعد از عروض مجوز (بهزاد، ایرانی اصل، ۱۳۹۱، ۵۱)

دکتر لنگرودی در حاشیه ماده ۸۹ قانون مدنی می نویسد: «اصل بر منع بیع وقف است، مگر در صورت حاجت و ضرورت که باید به همین قدر ضرورت اکتفا شود، اما اگر فروش بعضی سالب انتفاع از باقی باشد ضرورت فراگیر تمام موقوفه می گردد». (لنگرودی، ۱۳۷۹، ۵۵) دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۶۴۰ به تاریخ ۱۳۷۵/۵/۱۸ بیان می دارد: ... طبق ماده ۸۸ و ۸۹ و ۳۶۹ قانون مدنی و به نظر اکثریت فقهای امامیه و نیز نظر امام بزرگوار در مسأله ۷۳ تحریر الوسیله، فروش املاک موقوفه منوط به شرایط و اسباب خاص است و جز با وجود اسباب منصوص فروش مال موقوفه جایز نیست» (بازگیر، ۱۳۷۹، ۲۳۰). یکی از موارد اصلی جواز فروش مال موقوفه تغییر در وضعیت موقوفه است. این تغییرات مطابق ماده ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی به چند حالت ممکن است رخ می دهد:

الف- اینکه موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد،

در فقه اسلامی نیز خرابی مال موقوفه از مواردی است که فروش آن را جایز می کند. اما برخی فقها پس از تقسیم وقف به خاص و عام در فروش آن اختلاف کرده اند. امام خمینی در مسأله ۷۱ از کتاب تحریر الوسیله می نویسد: «اوقاف بر جهات عامه مانند مساجد، مدارس، مقابر، قناطر، و امثال آنها، که احدی مالک آنها نمی شود، در مساجد و مشاهد بدون اشکال فروختن آنها جایز نیست و در مدارس و مقابر و قناطر و امثال آنها بنا بر احوط جایز نیست اگر چه خراب و مندرس شوند و امیدوی به انتفاع آنها در جهت مقصوده نباشد البته نسبت به اعیان آنها» (امام خمینی (ره)، ۱۳۷۸، ۹۳) شیخ انصاری نیز پس از تقسیم وقف به موبد و منقطع، وقف موبد را به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می کند و می گوید: «بدون شک فروش موقوفات غیر تملیکی چون مالک صاحبان وقف به حساب نمی آید جایز نیست، به همین دلیل اگر مسجد دچار تخریب گردد فروشش ممنوع است» (انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق، ۴، ۵۴).

ب- اینکه بعضی موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد. اگر مال موقوفه در اثر خرابی یا حادثه ای دیگر دارای عایداتی باشد که عرفاً بسیار ناچیز و یا غیر مفید باشد. به نظر برخی به استناد به ماده ۸۸ قانون مدنی می توان آن را فروخت. دکتر لنگرودی در حاشیه چهارم ذیل ماده ۸۸ می نویسد: «در مورد کاهش قابل ملاحظه منافع موقوفه فروش آن با رعایت تبصره ماده هشتم قانون سازمان حج و اوقاف روا است» (لنگرودی، ۱۳۷۹، ۵۵) بر اساس تبصره ماده هشت قانون سازمان حج و اوقاف: «در آمد موقوفات متعذر المصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت گرچه با پس انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد با تشخیص و تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می رسد...» البته قانون سازمان اوقاف معیاری برای قلت عواید به دست نمی دهد اما به نظر اکثر حقوقدانان این امر یک معیار عرفی است. یعنی عین موقوفه طوری خراب شود که انتفاع از آن در دید عرف در مقایسه با امثال عین موقوفه در حکم عدم باشد. البته به شرطی که امیدی به بازگشت به حال نخست نباشد (سلیمی فر، ۱۳۷۰، ۴۳).

اگرچه عدم قابلیت انتفاع عرفی به صراحت در قانون مدنی ذکر نشده است اما برخی از فقها به این امر اشاره نموده و این امر را مجوز فروش می دانند. شیخ انصاری در مورد وقف موبد تملیکی می نویسد: «تخریب موقوفه به گونه ای که بهره قابل توجهی از آن بر نیاید و حتی کاهش منافع موقوفه مجوز بیع آن است» (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ج ۴، ۷۱). نائینی در کتاب منیه الطالب معتقد است: «زمانی که امکان انتفاع از موقوفه موجود نباشد اصل بر این است که فروش جایز است و هنگامی که اعیان موقوفه از انتفاع خارج می شوند فروش آنها به نظر واقف نزدیک تر است» (نائینی، ۱۴۱۸ ه.ق، ۳۶۸).

از نظر تحلیلی می توان استدلال مشابه با موردی که موقوفه تخریب می شود را در اینجا اعمال کرد. در واقع هدف واقف بهره مندی موقوف علیهم از وقف است و حال اگر موقوفه دارای عایدات چندانی ناچیزی باشد که عرفاً قابلیت استفاده نداشته باشد، دیگر باقی ماند وقف عقلایی به نظر نمی رسد، زیرا اگر منفعت زایل شود حکمت تشریح و فلسفه جعل وقف نیز زایل می گردد (ابهری و رضیان، ۱۳۸۵، ۱۳).

۷- نتایج و یافته ها

- گرچه دو مفهوم حق سرقفلی و حق کسب و پیشه از حقوق مکتسبه هستند، با این حال این دو واژه در مفهوم و اصطلاح با هم متفاوتند. به طوری که سرقفلی وجهی است که مالک در ابتدای اجاره و جدای از مال الاجاره از مستأجر می‌گیرد تا محل را به وی اجاره داده و واگذار کند اما حق کسب و پیشه یا تجارت حقی است که به‌طور تدریجی و به‌مرور زمان در اثر رونق اقتصادی ایجاد شده در محل و در اثر فعالیت مستأجر برای او به وجود می‌آید.
- قوانین موضوعه هم حق سرقفلی و هم حق کسب و پیشه را به رسمیت شناخته‌اند. لذا بر این اساس در صورت توقف اجاره یا فروش مال موقوفه یا تغییر کاربری یا هر اقدامی که موجب از بین رفتن مفاد قرارداد اولیه شود، اگر مستأجر از مقررات قانون و قرارداد اولیه تخلف (ارتکاب تعدی یا تفریط، انتقال اجاره به دیگری یا تغییر شغل) نکرده باشد، نه مقامات اداری و نه مقامات قضائی، حق نادیده گرفتن این حقوق مکتسبه را ندارند. اما در صورتی که تخلف مستأجر احراز شود، یا اینکه مستأجر در مدت اجاره مورد اجاره را تعطیل کرده باشد، حق کسب و پیشه نخواهد داشت، زیرا با این وصف اساساً ابتدا حقی برای مستأجر ایجاد نشده تا محل مذکور واجد شرایط لازم امتیازات مربوط به امکان تجاری باشد و موجر یا موجرین مکلف به پرداخت ما به ازای آن شوند.
- در موضوع وقف باید عین و منافع آن همواره حفظ شده و باید به اهداف اولیه وقف عمل کرد، با این حال ممکن است در تعارض وقف و حقوق مکتسب، موقوفه به وضعیتی دچار شود که امکان انتفاع از آن یا ممکن نشود یا هزینه اداره آن بیش از منافع مادی و معنوی آن باشد. اقوال فقهای معاصر در مورد این تعارض سه مورد را شامل می‌شود: تقدم حقوق مکتسبه، قدم وقف، بطلان اجاره (وحدت ملاک با بحث اجاره). از نظر افرادی که وقف و مصالح آن مقدم بوده و نیز افرادی که اجاره را باطل می‌دانند (دو قول آخر) سرقفلی گرفتن با این شکل جایز نبوده و مستأجر باید ملک تجاری را تحویل دهد. اما از نظر قول اول، سرقفلی صحیح بوده و راهکاری برای وقف لازم است؛ در صورتی که بتوان مال الاجاره را مطابق با قیمت بازار افزایش داد و از آن طریق موقوفه را اداره کرد، اولویت با این اقدام است. اگر این کار امکان نداشته باشد، در موردی که موقوفه درآمد دیگری داشته باشد تا بتوان از طریق آن‌ها سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به مستأجر فعلی پرداخت کرد و آن‌ها

- را مجاب به تخلیه کرد، این اقدام نیز مناسب خواهد بود در غیر اینصورت دو راه حل به نظر می رسد: تغییر کاربری و احیای موقوفه و تبدیل موقوفه به احسن، بیع موقوفه
- در برخی موارد تبدیل موقوفه به مالی بهتر و مفیدتر توسط برخی از فقها ذکر گردیده است، اما در قانون مدنی از این مورد سخنی به میان نیامده است.
 - یکی از موارد اصلی جواز فروش مال موقوفه تغییر در وضعیت موقوفه است. این تغییرات مطابق ماده ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی به چند حالت ممکن است رخ می دهد: اینکه موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، اینکه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد.

فهرست منابع

- ابهری، حمید؛ رضیان، عبد الله (۱۳۸۵). لزوم انطباق موارد جواز بیع عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی، نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵.ه.ق)، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط - الحدیث). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، باقر (۱۴۲۷.ق). دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری. قم
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹). قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور. تهران: نشر دریا.
- بشیری، عباس؛ پوررحیم، مریم (۱۳۹۱). حقوق کاربردی وقف و اراضی موقوفه. تهران: انتشارات جنگل
- بن هاشمی خمینی، سید محمد حسن (۱۳۷۸). توضیح المسائل مراجع. قم: دفتر انتشارات اسلامی
- بهزاد، بهزاد؛ ایرانی اصل، فرج (۱۳۹۱). بطلان وقف در موارد جواز فروش. فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی. سال هشتم، شماره ۲۹.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶). حقوق اموال. تهران: انتشارات گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، تهران
- حاج محمدی، حسین (۱۳۹۴). تبارشناسی موسسات خیریه در ایران (پهلوی اول). روزنامه

- شهروند، شماره ۷۳۵، ۲۴ آذر، به نقل از نشریه مهر و ماه
- حائری یزدی، (۱۳۸۰). وقف در فقه اسلامی و نقش آن در شکوفایی اقتصاد. مشهد: موسسه چاپ آستان قدس رضوی.
 - حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۳ق). فقه العقود. قم: مجمع اندیشه اسلامی.
 - حلی، ابوالقاسم نجم الدین (۱۳۷۷). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: مکتبه الاسلامیه.
 - حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه حلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 - خراسانی، علی محمدی (بدون ذکر سال نشر). شرح تبصره المتعلمین. (بدون نام انتشارات).
 - خمینی، سید روح الله (۱۳۶۸). تحریر الوسیله. قم: دار الکتب العلمیه
 - خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: انتشارات مدینه العلم.
 - داراب پور، مهرداد (۱۳۹۰). حقوق مکتسبه متصرفین در موقوفه ها. نشریه دیدگاه های حقوق قضایی، پیاپی ۵۶
 - دهخدا، دکتر علی اکبر (۱۳۷۸). لغت نامه. تهران: دانشگاه تهران.
 - سلیمی فر، مصطفی (۱۳۷۰). وقف و آثار اقتصادی اجتماعی آن. مشهد: نشر آستان قدس رضوی.
 - شمسی پور، غلامرضا (۱۳۸۸). بررسی قوانین و مسایل مربوط به حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت. قم: بکا.
 - صفایی، حسین (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها). تهران: میزان.
 - طاهر موسوی، یوسف (۱۳۸۷). حقوق موجر و مستأجر. تهران: مجد.
 - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
 - عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 - قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۷۶
 - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). حقوق مدنی عقود معین. تهران: نشر یلدا.
 - کشاورز، بهمن (۱۳۸۸). سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام. تهران: کشاورز.

-
- محمدی خراسانی، علی (بی تا). شرح تبصره المتعلمین. بدون نام ناشر.
 - معین، محمد (۱۳۷۹). فرهنگ فارسی معین. تهران: انتشارات امیرکبیر.
 - مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹ه.ق). رساله توضیح المسائل. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع).
 - موسوی خلخالی، محمد مهدی (۱۴۲۷ه.ق). فقه الشیعۀ (کتاب الاجارۀ). تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
 - نائینی، میرزا حسین (۱۴۱۸ ه.ق). منیۀ الطالب. قم: مؤسسه نشر اسلامی.