

Examining Conditional and Suspended Endowment and its Effects on People's Lifestyle

ARTICLE INFO

Article Type

Research Article

Authors

Mustafa Norouzi¹

Marzieh Pilehvar^{2*}

Mohammad Rezaei³

How to cite this article

Mustafa Norouzi, Marzieh Pilehvar, Mohammad Rezaei, Examining Conditional and Suspended Endowment and its Effects on People's Lifestyle, *Journal of Islamic Life Style Centeredon Health*, 2022:5(4): 455-469.

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran. (Corresponding Author).

3. Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Humanities, Bu Ali Sina University, Hamedan, Iran.

* Correspondence:

Address:

Phone:

Email: pilehvar-ma@gmail.com

Article History

Received: 2021/07/30

Accepted: 2021/12/05

Published: 2022/03/16

ABSTRACT

One of the issues that is raised in the endowment is the issue of conditionality and suspension, which is mentioned scatteredly in the jurisprudence books of scholars of the Khamsa schools, under what conditions is the endowment valid and under what conditions is it invalid? Or what conditions can be placed in the endowment and what conditions cannot be placed. But what has been discussed in this article is whether it is possible to condition the endowment with conditions or not? Can the endowment be suspended or not? that different sayings are given in each section, and then the arguments and obstacles are examined in each section, and the narrations that are given are briefly examined. The method of this descriptive research is analysis with library technique.

Keywords: Waqf, Conditional, Suspended, Choice, Exclusive, Absolute, Eternal

بررسی وقف مشروط و معلق و آثار آن بر سبک

زندگی انسانها

مصطفی نوروزی^۱

دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

مرضیه پیله ور^{۲*}

استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران. (نویسنده مسئول)

محمد رضائی^۳

استادیار، گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

چکیده

یکی از مسائلی که در وقف مطرح است بحث مشروط و معلق بودن است که بطور پراکنده در کتب فقهی علما مذاهب خمسسه از آن یاد شده که وقف با چه شرائطی صحیح و با چه شرائطی باطل می شود؟ و با چه شرائطی در وقف می توان قرار داد و چه شرائطی نمی توان قرار داد. لکن آنچه در این مقاله به آن پرداخته شده است این موضوع است که آیا ذاتا می توان وقف را مشروط به شروطی کرد یا خیر؟ آیا وقف می تواند معلق به امر یا عاملی باشد یا خیر؟ که اقوال مختلف در هر بخش آورده می شود و سپس ادله قائلین و مانعین در هر بخش بررسی می شود و روایاتی که آورده می شود به اختصار بررسی می گردد. روش این تحقیق توصیفی تحلیل با فن کتابخانه ای می باشد.

کلمات کلیدی: وقف، مشروط، معلق، خیار، تنجیز، مطلق، مؤبد.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۱۴

* نویسنده مسئول: pilehvar-ma@gmail.com

مقدمه

سنت حسنه وقف عملی زیبا و ارزشمند است که در شرع مقدس به فرهنگ وقف اهتمام خاص و ویژه ای شده و سیره رسول الله و ائمه هدی بر دعوت عملی و نظری بر این فرهنگ بوده و با نگاه به تاریخ میتوان شاهد این برکات در عرصه های مختلف زندگی فردی و اجتماعی افراد باشیم چه برای خود واقف و چه برای موقوف علیهم. چرا که این یک خلق و خوی الهی است که افراد در جامعه سبب نعمت رسانی و برکت دهی به هم نوع خویش باشند. و شاهد هستیم که چه برکات و نعمتهایی داشته مانند مساجد، مراکز علمی، بیمارستانها، مراکز تفریحی سالم، و...

با این چند روایت به عظمت این فرهنگ پی میبریم که چگونه اهلیت عصمت و طهارت بر این فرهنگ اهتمام داشتند.

پس جا دارد محققین و فقها به این مطلب جهت فرهنگ سازی و بستر سازی های آن توجه کنند و فضایی امید بخش تر و مطمئن تر برای واقفان بوجود آورند تا سبب رشد این فرهنگ عظیم انسانی و اسلامی گردد.

چرا که این یک دغدغه جدی است که برخی افراد دوست دارند از فیض این امر الهی بهره مند شوند ولی بجهت نگرانی که از آینده خویش دارند ممکن است نتوانند در مقابل وسوسه های نفسانی خویش با این نگرانی کنار بیایند. و این یک وظیفه بر علمای دین است که تا جایی که شارع مقدس اذن میدهد زمینه وسوسه های نفسانی را که ای چه بسا در جای خود مقدس باشند را در افراد کمتر کنند.

و این یک مساله تقریبا عمومی در مذاهب مختلف است که معمولا متدینینی که اقدام به این امر میکنند از قشر متوسط مالی جامعه ها هستند و معمولا این افراد گرایش بیشتری به عمل به مسائل دینی خود دارند.

لذا بجهت افزایش این فرهنگ عظیم الهی و انسانی و بجهت کمک به مبارزه با دغدغه های بیرونی و درونی همانطور که در مذاهب مختلف اسلامی همواره یکی از مباحث مورد نظر در بخشهای مختلف؛ چه در بحث صدقات جاریه (که وقف را در روایات ما صدقه جاریه میدانند و می نامند) و چه در بحث های دیگر مادی و معنوی رسیدگی به این امر بوده است.

بنابر این لازم است با استفاده از ادله متقن و محکم تا جایی که شریعت مقدس اذن میدهد این امر مقدس را سهل و آسان برای واقفان کرد و با اطمینان بخشی به واقفان در مورد موانعی که در ذهن شان می آید بستر سازی لازم را بر این امر مهیا نمود.

وقف نیز مانند دیگر واجبات الهی مورد توجه شارع قرار گرفته است و از آنجا که در وقف مسائلی مطرح می شود که ارتباط با دیگر افراد نیز در جامعه دارد لذا حقوق متعددی در آن بار می شود بنابراین این مساله مورد توجه فقها در مذاهب مختلف اسلامی قرار گرفته است. از جمله وقف مشروط که در فقه نظرات مختلف است بر خی فقها می فرمایند وقف لازم است منجز و مشخص باشد و برخی وقف مشروط را هم با شرائط و حالات مختلفی پذیرفته اند و در هر کدام از اقسام حقوقی که مترتب بر افراد می شود با هم متفاوت می شود.

در صورت اشتراط امر مجهول التحقق، عقد را متزلزل می‌داند، در حالی که اجماع بر خلاف آن واقع شده است. (همان)

ممکن است بتوان نظر شیخ طوسی در مسأله حامله بودن چهارپا را اینگونه توجیه کرد که منظور از شرط حامله بودن چهارپا در آینده آن است که چهارپا الان دارای یک خصوصیتی است که در آینده حامله می‌شود. در این صورت چنانچه در آینده حامله نشد از باب تخلف شرط، خیار فسخ برای او ایجاد می‌شود لذا تصور خلاف اجماع بدین گونه از بین می‌رود (۴).

ب. شرط نتیجه

منظور، شرط کردن نتایج مترتب بر اسباب است، مانند اینکه شرط کند خانه‌اش از آن فقرا یا برده‌اش آزاد یا همسرش مطلقه باشد که مورد نخست بر هبه و موارد دوم و سوم بر عتق و طلاق مترتب می‌شود.

برخی شرط نتیجه را صحیح ندانسته و گفته‌اند: شرط، مملوک مشروط له است و نتیجه نمی‌تواند مملوک واقع شود. بنابر این، شرط نتیجه باطل است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. (۵)

در مقابل، بسیاری از فقها شرط نتیجه را با دو شرط صحیح دانسته‌اند: یکی آنکه در اختیار مشروط علیه باشد؛ به گونه‌ای که حتی در فرض عدم شرط نیز بتواند آن را ایجاد کند، و دیگر آنکه در تحقق آن سبب و لفظ خاصی شرط نباشد، مانند وصایت و وکالت؛ اما اگر در تحقق نتیجه سبب و لفظ خاصی شرط باشد، مانند نکاح و طلاق، شرط چنین نتیجه‌ای - به دلیل مخالف بودن با کتاب و سنت - باطل است و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد و وفا به آن واجب نخواهد بود؛ بر خلاف قسم نخست که وفا به آن - به معنای ترتب آثار آن - بر مشروط علیه واجب است. (۶)

ج. شرط فعل

مراد، شرط کردن انجام کاری در ضمن عقد است، مانند شرط آزاد کردن برده یا دوختن لباس.

اما شرط فعل، هرچند شکی در صحت آن نیست، لیکن از چند جهت محل بحث واقع شده است: نخست، از جهت حکم تکلیفی که آیا وفا به شرط فعل، واجب و تخلف از آن، گناه و حرام است یا نه؟ ظاهر مشهور، وجوب وفا به شرط است و در نتیجه بر مشروط علیه واجب است آنچه شرط شده به جا آورد؛ لیکن برخی، وجوب تکلیفی را نپذیرفته و گفته‌اند: تنها فایده شرط این است که معامله را در معرض زوال قرار می‌دهد؛ بدین معنا که با عدم وفای مشروط علیه به شرط، مشروط له می‌تواند عقد را باطل کند. (همان، ۶۳-۶۲)

دوم؛ بنابر قول وجوب وفا به شرط، آیا با امتناع مشروط علیه از آن، وی بر وفا به شرط اجبار می‌شود یا نه؟ گروهی قول نخست را برگزیده‌اند. (همان، ۷۰) بلکه این قول به مشهور نسبت داده شده است. (۷)

در مقابل، برخی در صورت امتناع، تنها حق فسخ و ابطال عقد را برای مشروط له ثابت دانسته‌اند، نه اجبار مشروط علیه را بر وفا به شرط. (۸)

سوم؛ بنابر قول به جواز اجبار، آیا مشروط له با تمکن از اجبار مشروط علیه بر وفا به شرط، بین اجبار و فسخ عقد مخیر است یا

در این مقاله به تبیین وضعیت و آثار بازگشت پذیری وقف پرداخته خواهد شد. قبل از پرداختن به این بحث به تبیین شرط بازگشت پذیری در عقود اشاره می‌شود. شرط صحیح در عقود به سه نحو است: شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه. قبل از پرداختن به وضعیت اشتراط در وقف این سه قسم به اختصار بیان می‌گردد:

۱. اقسام شرط

شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگری درج می‌گردد و در اثر این امر بستگی و رابطه بین آن دو تعهد پیدا می‌شود که شرط، صورت تعهد تبعی بخود می‌گیرد و معنای مورد یا جزء، مورد معامله اصلی می‌شود. شرط در عقود بر یکی از حالات ذیل بیان می‌شود.

الف. شرط صفت

مراد، شرط صفتی در کالای تعیین شده در عقد است، مانند شرط کتابت برای برده و بکارت برای کنیز.

بدون شک، وصف، امری حقیقی و تکوینی است که وجود و عدمش بسته به وجود و عدم علت آن است؛ از این رو، شرط کردن، هیچ گونه دخالتی در وجود و عدم آن ندارد. بنابر این، مراد از شرط وصف تعلیق التزام و وفای به عقد بر تحقق مشروط (وصف) در خارج است؛ یعنی با وجود وصف در خارج، مشروط له باید به مقتضای عقد وفا کند و در فرض عدم وجود آن، برای وی خیار تخلف شرط ثابت می‌شود و او بین التزام به مفاد عقد و ابطال آن مخیر خواهد بود. (۱)

برخی، شرط وصف را به توصیف برگردانده و خیار را به جهت تخلف وصف ثابت دانسته‌اند، نه تخلف شرط. (۲)

۱- شرط حالی و استقبالی در شرط صفت

مرحوم شیخ انصاری (ره) بین شرط حالی و استقبالی فرق گذاشته است، بدین صورت که در شرط حالی، ما شرط وجود صفتی را الان در مبیع می‌نماییم در حالی که علم به وجود آن نداریم. در اینجا ما علم به تحقق شرط نداریم، بنا را بر تحقق شرط گذاشته‌ایم و فرض کرده‌ایم مثلاً در شرط حامله بودن حیوان، این حیوانی که الان خریداری می‌شود حامله باشد، هر چند الان نمی‌دانم که آیا این حیوان حامله هست یا خیر؟ ولی بنا را، بر وصف حمل گذاشته‌ایم. در واقع، وصف برای حیوان شده، که با این تعیین وصف غرر از بین می‌رود. لذا چنانچه معلوم شد حیوان دارای وصف خاص نبوده برای مشروط له خیار ایجاد می‌شود ولی در شرط استقبالی ما بنا را بر تحقق شرط گذاشته‌ایم بلکه شرط چیزی را در آینده کرده‌ایم که معلوم نیست محقق گردد یا خیر و طرفین در معامله نیز بنا را بر تحقق وصف خاصی نگذاشته‌اند.

لذا معامله غرری می‌شود که در نتیجه شرط باطل می‌گردد. (۳)

اجماع در شرط استقبالی و اشکال بر آن: در مورد شرط صفت باید این شروط، از شروط حالی باشند نه استقبالی یعنی باید مبیع به گونه‌ای باشد که الان دارای آن وصف باشد. شیخ انصاری (ره) در این مورد ادعای اجماع کرده است، لکن از مرحوم شیخ طوسی (ره) نقل خلاف شده، و آن اینکه ایشان می‌فرمایند اگر شرط، از شروط استقبالی باشد چنانچه شرط در آینده محقق شد، در نتیجه عقد لازم می‌باشد و اما چنانچه شرط محقق نباشد، عقد جایز است. در واقع

تنها در صورت عدم تمکن از اجبار، مجاز به فسخ عقد می‌باشد؛ مسئله محل اختلاف است. (۹)

چهارم؛ در صورت عدم امکان وفا به شرط آیا مشروط له می‌تواند در ازای شرط مفقود، از مشروط علیه مطالبه ارش کند؟ از دیدگاه مشهور، برای مشروط له تنها حق فسخ عقد یا امضای آن بدون گرفتن ارش ثابت است. بنابر این، مشروط له نمی‌تواند در ازای شرط مطالبه ارش کند؛ خواه شرط، مالیت و ارزش مادی داشته باشد یا نه. (همان، ۷۴-۷۳)

برخی، قائل به ثبوت ارش شده‌اند؛ بدین معنا که مشروط له میان فسخ عقد و امضای آن با گرفتن ارش مخیر است. (۱۰)

شرط فعل اقسام گوناگونی دارد که آثار هر یک با دیگری متفاوت است.

ج- ۱- شرط فعل مادی:

چنانچه مفاد شرط، انجام دادن یک فعل مادی باشد، مانند آنکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه کالایی را از محلی به محلی دیگر حمل کند، سه اثر بر این شرط مترتب است:

۱) وجوب اقدام به شرط از سوی مشروط علیه، ۲) جواز اجبار ممتنع، ۳) تحقق خیارفسخ برای مشروط له در فرض عدم امکان اجبار ممتنع و یا انجام دادن آن توسط شخص دیگر.

دلیل وجوب وفا به شرط، همان ادله قاعده شریعت است و لذا هرگاه مشروط علیه از انجام دادن مفاد شرط تخلف کند، در صورتی که اجبار او ممکن باشد، مشروط له می‌تواند با مراجعه به حاکم، اجبار او را تقاضا کند. حاکم نیز مشروط علیه را به طریق مقتضی مجبور به ایفای مفاد شرط می‌کند. (البته شهید اول در این مسأله عقیده مخالف دارد. به عقیده ایشان شرط، لزوم و وجوب نمی‌یابد، بلکه عقد لازم به دلیل وجود شرط، خیاری و جایز می‌شود. شهید اول در ادامه استدلال خود می‌گوید: «در موارد شرط نتیجه، مفاد شرط با تحقق عقد محقق می‌شود و لزوم شرط به تبع لزوم عقد تحقق می‌یابد، مثل آنکه وکالت در ضمن عقد لازم به نحو شرط نتیجه ملحوظ گردد؛ ولی اگر مفاد شرط یک امر منفصل از عقد و ممکن الوقوع باشد، مثل مواردی که شرط فعلی در ضمن عقد مندرج گردد، در حقیقت عقد بر یک امر ممکن الوقوع معلق شده است و چیزی که بر یک امر ممکن معلق شده باشد، خود ممکن الوقوع خواهد شد نه آنکه شرط لازم الاجرا گردد و بنابر این نتیجه این گونه اشتراط منقلب شدن عقد لازم به عقد جایز است.»

این نظریه، به وسیله فقهای دیگر از جمله شهید ثانی، مورد ایراد قرار گرفته و گفته شده که شرط، منفصل از عقد نیست، بلکه اثر شرط که استحقاق مشروط له به مفاد شرط است، متصل به عقد است و همراه با انشای شرط حاصل می‌شود. به سخن دیگر، آنچه به شکل منفصل انجام می‌گیرد، عمل بر طبق شرط است، نه اصل استحقاق.)

چنانچه اجبار مشروط علیه به اینکه مفاد شرط را بالمباشره انجام دهد، ممکن نباشد، اگر مفاد شرط قابل استنباه باشد، یعنی عمل قید مباشرت نداشته باشد و انجام دادن آن توسط دیگران نیز امکان پذیر باشد، حاکم به حساب مشروط علیه، انجام دادن آن را به دیگری

می‌سپارد و چنانچه مشروط علیه از پرداخت هزینه امتناع کند، حاکم هزینه صرف شده را از دارایی او برمی‌دارد.

دلیل فقهی این مسأله، «ولایت حاکم بر ممتنع» است و حاکم بدین وسیله از ضرر مشروط له جلوگیری می‌کند. (۱۱).

در فرض عدم امکان اجبار ممتنع، برای مشروط له خیار فسخ به وجود می‌آید. از نظر فقهی، دلیل تحقق حق خیار در فرض عدم امکان اجبار ممتنع، قاعده لا ضرر است.

چنانچه اجبار ممتنع ممکن نباشد، خواه از آن رو که نوع عمل اجبارپذیر نیست و خواه به این علت که دسترسی به حاکم ممکن نیست، ادامه لزوم عقد برای مشروط له ای که حق او تامین نگشته، یک امر ضرری است و موضوع آن از موارد اجرای قاعده لا ضرر است. به موجب این قاعده، حکم ضرری که لزوم عقد است رفع می‌شود و عقد لازم به عقد جایز تبدیل می‌شود. (۱۲).

(نظر دیگری در فقه ارائه شده مبنی بر اینکه دلیل خیار، آن است که التزام مشروط له معلق بر وفا به شرط است و در فرض تخلف می‌تواند ملتزم نباشد.) قانون مدنی ایران نیز در مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹ در مورد اجبار ممتنع، از نظریه مشهور فقها پیروی کرده است.

اما در فقه نظریه دیگری نیز در این باره وجود دارد. طبق این نظریه همین که مشروط علیه از انجام دادن شرط تخلف کند، مشروط له مختار است که یا عقد را فسخ کند و یا برای درخواست الزام ممتنع به انجام دادن مورد تعهد به حاکم رجوع کند.

در تایید این نظریه می‌توان گفت که وجود خیار، ناشی از قاعده لا ضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروط له باشد. بنابراین نمی‌توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروط له سلب کرد؛ ولی قانون مدنی ایران به پیروی از شیخ انصاری. (۶).

و بسیاری از فقها، برای حفظ اصل لزوم قراردادهای، نظریه ترتیب را پذیرفته است؛ یعنی اینکه قبل از تعذر اجبار، حق خیار ایجاد نمی‌شود.

روش دادگاه‌های کنونی نیز بر همین نظریه استوار است.

باید دانست که در صورت امتناع مشروط علیه از انجام دادن مورد شرط و تعذر اجبار، مطابق هر دو نظریه مذکور، مشروط له نمی‌تواند بهای شرط را تقویم کرده، آن را مطالبه کند، بلکه فقط حق فسخ دارد. (۱).

خواه تعذر و عملی نشدن مورد تعهد، ناشی از شخص متعهد باشد؛ مثل آنکه به جا آوردن مورد تعهد به روز معینی مربوط باشد و متعهد در آن روز بیمار شود، و خواه ناشی از تلف مورد تعهد باشد؛ مثل آنکه موضوع تعهد، دوختن پارچه باشد و آن پارچه تلف شود؛ زیرا اگر چه شرط مانند جزئی از ثمن است، دقیقاً چنین نیست که جزئی از ثمن در قبال شرط قرار گرفته باشد، بلکه شرط در این حالت همچون وصف است که در صورت فقدان آن نمی‌توان بخشی از ثمن را مطالبه کرد. به علاوه، عنوان ارش فقط در صورت وجود عیب مطرح می‌شود و حتی در فرض وجود غبن نیز امکان مطالبه آن وجود ندارد.

ج- ۲- شرط ترک فعل مادی

هرگاه ضمن عقدی شرط شود که یکی از طرفین یک عمل حقوقی را انجام ندهد، برای مثال مشتری مبیع را هبه نکند؛ اگر مشروط علیه از این امر تخلف کند و عملی را که بر انجام ندادن آن تعهد کرده است انجام دهد، برای مشروط له چه حقی به وجود می‌آید؟ در پاسخ به این مسأله، در فقه اختلاف عقیده وجود دارد. عده‌ای معتقدند اگر مشروط علیه عمل حقوقی مزبور را انجام دهد، کار او بی اثر و باطل است؛ یعنی در مثال فوق هبه واقع نمی‌شود؛ زیرا طبق ادله شروط، عمل حقوقی مورد نظر، حرام و منهی می‌شود و نهی نیز مقتضی فساد است. (اینکه نهی در معامله، مقتضی فساد است، مورد قبول همه فقها نیست.) به علاوه لزوم وفا به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور بر انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد (همان، ۲۲۰).

به عبارت دیگر، مشروط علیه با التزام به شرط، ممتنع شرعی شده است، و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است (الممتنع شرعا کالممتنع عقلا)؛ بدین معنا که قادر به انجام دادن آن عمل نخواهد بود.

طبق این نظریه که به نظر ما به طور کامل موجه است و با موازین حقوقی نیز انطباق دارد، تخلف از شرط هیچ گاه فرض نخواهد شد تا آنکه مسأله خیار برای مشروط مطرح شود؛ زیرا حق خیار ناشی از تخلف از شرط است و از آنجا که حسب فرض امکان انجام دادن آن عمل حقوقی که مشروط علیه متعهد بر ترک آن شده هیچ گاه وجود ندارد- گرچه مشروط علیه اقدام به تخلف می‌کند- تخلف هرگز واقع نمی‌شود.

شیخ انصاری در موارد مختلف این نظریه را تقویت کرده است؛ از جمله در بحث اشتراط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد، زمانی که شخص ضمن عقد بیع، از طریق شرط، متعهد می‌شود که خیار مجلس را اعمال نکند و به عبارت دیگر، بر ترک فسخ - که یک عمل حقوقی است- تعهد می‌کند، نسبت به تخلف از چنین شرطی می‌گوید:

«فمخالفة الشرط و هو الفسخ غیر نافذة فی حقه. فیستلزم ذلک کون الفسخ الواقع لغوا»؛ (۱۳)

یعنی چنانچه مشروط علیه، تخلف ورزد و به رغم تعهد خود اقدام به فسخ کند، فسخ بی اثر خواهد بود.

ملاحظه می‌کنید که فسخ یک عمل حقوقی است و چون شخص بر ترک آن متعهد شده است، به نظر شیخ امکان تخلف از وی سلب گردیده و چنانچه فسخ کند، عمل او بی اثر خواهد بود.

مرحوم طباطبایی یزدی نیز همین نظریه را اتخاذ کرده است. ایشان در مسأله وکالت ضمن عقد می‌فرماید: هرگاه شخصی فرد دیگر را در ضمن عقد لازمی وکیل کند و در ضمن شرط شود که او را عزل نکند، هرگاه بر خلاف شرط به عزل وکیل اقدام کند، عزل مؤثر نخواهد بود و وکالت به اعتبار خود باقی خواهد ماند. همچنین اگر ضمن عقد شرط شود که وکیل، خود را عزل نکند، وکیل نمی‌تواند خود را منعزل سازد. (۱۴).

صاحب نظران دیگری از فقها در این مورد معتقدند که تخلف از شرط امکانپذیر است و عمل حقوقی که بر ترک آن تعهد شده، در فرض انجام شدن باطل نیست و فقط برای مشروط له حق خیار فسخ

هرگاه مفاد شرط، ترک فعل مادی باشد، مشروط له از چه حقوقی برخوردار می‌شود؟ در پاسخ باید گفت که در این حالت دو فرض متفاوت را می‌توان در نظر گرفت:

فرض اول آنکه آنچه متعلق اراده قرار گرفته فقط عدم حدوث عملی است که ترک آن شرط شده است؛ مثل آنکه در ضمن عقد، یکی از طرفین ملتزم می‌شود در جلسه خاصی که در روز معینی تشکیل می‌شود، شرکت نکند. در این فرض اولاً هرگاه مشروط له نشانه‌های تخلف از شرط را ملاحظه کند، می‌تواند از دادگاه بخواهد که مشروط علیه را به ترک تخلف اجبار کند و ثانیاً در فرض تحقق تخلف و ارتکاب عملی که ترک آن شرط شده است، مشروط له، خیار تخلف شرط خواهد داشت.

فرض دوم اینکه نه فقط عدم حدوث عملی که ترک آن مورد شرط بوده، مورد نظر طرفین است، بلکه بقا و استمرار آن نیز متعلق اراده آنان بوده است؛ مثل آنکه در ضمن عقد، یکی از طرفین ملتزم شود که سکونت در شهری را ترک کند و یا اینکه در محلی احداث بنا نکند. در این فرض به نظر می‌رسد که هرگاه مشروط علیه تخلف کند و مفاد شرط را انجام ندهد، مشروط له می‌تواند اعاده وضعیت سابق را از دادگاه درخواست کند؛ زیرا مطابق عموم ادله شروط، مشروط له شرعاً ملزم به اجرای مفاد تعهد است و به این علت در فرض تخلف، حاکم الزام شرعی را اجرا می‌کند و در فرض عدم امکان الزام، برای مشروط له خیار تخلف شرط به وجود می‌آید.

ج- ۳- شرط فعل حقوقی

هرگاه مفاد شرط انجام دادن یکی از افعال حقوقی باشد، مثل اینکه ضمن عقد بیع بر یکی از طرفین شرط شود که مال معینی از اموال خود را به شخصی هبه کند و یا شخص معینی را برای امری خاص وکیل کند، در فرض تخلف از آن، مشروط له مانند مورد تخلف از شرط فعل مادی می‌تواند به حاکم مراجعه کند و حاکم ممتنع را وادار به انجام دادن مورد تعهد می‌کند و چنانچه او بازهم از انجام دادن مفاد تعهد امتناع کند، حاکم به استناد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» (۱۱)

به نیابت از ممتنع عمل حقوقی مورد تعهد را انجام می‌دهد؛ زیرا عمل حقوقی مورد تعهد از اعمالی نیست که مباشرت در انجام دادن آن معتبر باشد. بنابراین، مادام که امکان اجبار به انجام دادن عمل مورد تعهد وجود دارد، حق خیار فسخ برای مشروط له ایجاد نمی‌شود (۶).

تاسیس حقوقی «اجاره به شرط تملیک» را می‌توان از مصادیق شرط فعل حقوقی محسوب کرد. در همین باره ماده ۱۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۲ / ۶ / ۸ مقرر می‌کند: «بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، اموال منقول و غیر منقول را بنا به درخواست مشتری و تعهد او مبنی بر انجام اجاره به شرط تملیک و استفاده خود، خریداری و به صورت اجاره به شرط تملیک به مشتری واگذار نمایند». البته با تفسیر این ماده، شرط مزبور را هم می‌توان به صورت شرط نتیجه درج کرد و هم به صورت شرط فعل.

ج- ۴- شرط ترک فعل حقوقی

مساله مورد اهتمام فقها در مذاهب مختلف اسلامی است که آیا تصرف در موقوفه در همه حالات و شرائط ممنوع است یا در برخی موارد و حالات مانند زمان تخریب موقوفه یا نیاز و... میتوان در آن تصرف کرد.

بحث و نظرات در این زمینه مختلف است که نیاز به بیان اقوال و ادله و سپس نتیجه گیری در این زمینه است.

گفتار اول: جواز شرط بازگشت پذیری در وقف

در بحث جواز شرط برگشت پذیری در وقف اقوال فائلمین به صحت شرط برگشت پذیری را براساس یکی از سه صورت شرط بیان میشود: شرط فعل و نتیجه و صفت که در ابتدای بحث به آن اشاره شد.

الف: برخی از فقهاء امامیه

جمعی از فقهاء همچون شیخ مفید، سید مرتضی، سلار، محقق حلی و علامه حلی. شیخ طوسی شرط بازگشت پذیری در وقف را صحیح دانسته اند. (۱۶) و می فرمایند در برخی حالات مانند رو به زوال رفتن موقوفه و حالات مختلفی که در ادله بیان می شود مانند خوف از نزاع و... میتوان شرط مالکانه برای وقف قرار داد. شیخ طوسی در مبسوط برخلاف دیدگاهش در نهاییه شرط رجوع وقف را موجب بطلان وقف می داند: «اگر در وقف شرط فروش در هر زمانی خواست بنماید وقف باطل است، زیرا برخلاف مقتضای وقف می باشد چون وقف قابل فروش نیست» (۱۷) که البته شرط برگشت پذیری را در وقف قائل می شوند

ابن ادریس (م ۵۹۸ ه. ق.) با نظر شیخ در کتاب مبسوط موافقت کرده و می نویسد: «اگر واقف شرط خیار کند وقف بنا بر قول صحیح از اقوال فقهای ما باطل است» (۱۸).

آیه الله خوانساری از فقیهان معاصر نیز شرط برگشت پذیری وقف را پذیرفته است، وی می نویسد: «بیشتر فقهاء شرط برگشت پذیری وقف به هنگام نیاز را پذیرفته اند» (۱۵). سید مرتضی در انتصار: «از جمله عقائد مخصوص شیعیان این است که هرگاه موقوفه تخریب شده و غیر قابل انتفاع گردد میتوان آن را فروخت همچنین در صورت نیاز شدید صاحبان وقف فروش موقوفات مجاز خواهد بود» (۱۹)

ب: فقهاء عامه

اقوال مختلفی در بین فقهاء مذاهب خمس بر این مطلب جواز شرط بازگشت پذیری در وقف استناد می شود که از جمله فقیهان مالکی قائل هستند جائز است بیع وقف با سه حالت (۲۰):

۱. واقف در هنگام انشاء وقف شرط برگشت پذیری کند که آن را بفروشد

۲. موقوف از منقولات باشد و صلاحیت نداشته باشد که هدف واقف برای موقوف علیهم را اثبات کند

۳. ضرورتی در فروش آن باشد

طبق این اقوال بنا بر اولویت که بیع را جائز دانسته اند شرط در تصرفات مالکانه مانند بیع نیز بایستی جائز باشد.

به وجود می آورد. برای روشن شدن موضوع و آشنایی با نظریات مختلف به ذکر یک مساله می پردازیم:

هرگاه در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج، ازدواج مجدد نکند، فقیهان معاصر در مورد شرط و حقوقی که برای مشروط له ایجاد می شود به شرح زیر ابراز عقیده کرده اند:

الف) شرط فاسد است و مفسد عقد نیز هست؛ زیرا خلاف شرع است و علاوه بر آن هر شرط فاسد، مفسد عقد است.

ب) شرط فاسد است؛ ولی مفسد عقد نیست؛

ج) شرط صحیح و لازم الوفاست؛ ولی چنانچه زوج ازدواج کند، ازدواج مجدد باطل نیست. (۱).

طبق این نظریه اگر نسبت به شرط ضمن عقدی که مفاد آن ترک یک عمل حقوقی است، تخلف شود، عمل انجام شده باطل نیست، بلکه فقط موجب به وجود آمدن خیار می شود؛ اما چون در عقد نکاح خیار متصور نیست، زوجه در صورت تخلف زوج خیار فسخ نمی یابد.

د) شرط مزبور صحیح است و از ازدواج مجدد جلوگیری می کند؛ بدین معنی که در صورت تخلف زوج، ازدواج دوم باطل است. در میان فقهای معاصر، مرحوم آیت الله حکیم همین نظریه را اتخاذ کرده و چنین گفته است:

«و يجوز ان تشترط الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح او غیره ان لا يتزوج علیها و يلزم الزوج العمل به بل لو تزوج لم یصح تزویجه»؛

صحیح است که زوجه بر زوج در عقد نکاح و یا عقدی دیگر شرط کند که زوج، ازدواج دیگر نکند. زوج بر چنین شرطی ملزم است، بلکه چنانچه ازدواج کند، ازدواج (مجدد) او باطل است.

۲. تعابیر از شرط خیار در وقف مشروط:

مقصود از شرط خیار در وقف یکی از تعابیر ذیل است که به کار برده می شود:

یک: برخی عنوان را شرط خیار در وقف قرار داده اند.

دو: برخی دیگر عنوان را شرط بیع وقف و انتفاع برای واقف به هنگام نیاز قرار داده اند.

این تعبیر به جهت ثمراتی است که بر شرط مترتب است

سه: بعضی دیگر عنوان مساله را در وقف حق فروش واقف به گونه ای که ثمن آن برای موقوف علیه باشد بیان کرده اند (خوبی، بی تا، ج ۵۵، ۲۱۹).

چهار: برخی مورد بحث را شرط برگشت پذیری وقف به واقف در هنگام نیاز قرار داده اند. (۱۵)

این چهار تعبیر در شرط خیار مورد نظر در وقف مشروط استفاده می شود.

مبحث اول: بیان اقوال در وقف مشروط

تعابیر چهارگانه فوق به این جهت است که منظور از شرط برگشت پذیری در وقف جواز یا امتناع از شروطی است که نسبت به لزوم وقف و ابقاء آن تعیین می رود. چرا که همانطور که در تعریف وقف مطرح شد مراد از وقف «تحییس الاصل و تسبیل المنفعه» است که با انجام وقف، موقوفه از اختیار واقف خارج می گردد و دیگر واقف یا متولی و یا موقوف علیهم نمیتوانند در آن اثری بگذارند لذا این

خود ادله ای را مطرح میکند که در این مبحث به ادله هر دو دسته پرداخته و نقد و ارزیابی قرار می گیرند.

گفتار اول: ادله جواز شرط بازگشت پذیری در وقف

قائلین به جواز شرط بازگشت پذیری برای مدعای خود به سه دلیل آیات و روایات و اجماع تمسک می جویند که این سه تبیین و بررسی می گردد.

در آیات ادله عامی مطرح است که در این رساله تنها به آیه شریفه اوفوا بالعقود اشاره می گردد این آیه شریفه در بین فقها مشهورترین آیه بر جواز شرط بازگشت پذیری است.

در روایات به دو دسته روایت اشاره خواهد شد که دسته ای از روایات بطور صریح جواز شرط بازگشت پذیری را بیان میکند و دسته دوم روایات از طریق اولویت و نتیجه آن شرط بازگشت پذیری را اذن می دهند.

پس از این دو دسته روایت عده ای از فقها در مذاهب خمس قائل به اجماع هستند که بیان و بررسی می شود. البته بطور خلاصه میتوان گفت اگر چنانچه اجماع را هم بپذیریم این اجماع مبتنی بر مدارکی است که از آیات و روایات بدست می آید.

دلیل اول: ادله عام

در بحث استناد به ادله عامی مانند اوفوا بالعقود و المومنون برخی قائل هستند که این ادله فقط در مورد عقود لازمه جریان دارد لکن آیت الله شبیری زنجانی در درس خارج خود بحثی را پیرامون بیع معاطاتی مطرح میفرمایند که ادله را شامل عقود جائزه نیز می دانند البته پیش از ایشان هم بزرگانی به این مطلب ورد و پیرامون شامل شدن این ادله در عقود جائز مطالبی را فرموده اند که آیت الله شبیری به این مطالب نیز اشاره می فرماید. قبل از شروع بیان مطالب بیان میشود که اولاً بجهت اهمیت بحث و ثانیاً بجهت حفظ امانت این قسمت از درس خارج ایشان را کامل قرار میدهم. از این ادله میتوان در استفاه ادله اوفوا و ... برای وقف نیز که از عقود جائزه است استفاده نمود:

«ایشان می فرمایند یک اعتراضاتی که محقق نراقی در عواید الایام به تمسک به آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) کرده اند را نقل می کنند، ولی این اعتراضات، اعتراضات محکمی نیست. من فقط مختصری از این قسمت هایی که اینجا هست را عرض می کنم.

مرحوم نراقی می فرمایند که آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در سوره مائده است و این سوره، آخرین سوره ای است که بر پیغمبر (صلی الله علیه وآله وسلم) نازل شده است. در نتیجه ایشان می فرمایند خیلی این احتمال وجود دارد که مراد از عقود در آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) عبارت از آن عقدهایی باشد که قبلاً در آیه اسم برده شده است مانند بیع و بعضی چیزهای دیگر. الف و لام در اینجا برای عهد است، یعنی به آن عقود وفا کنید و تأکید ما سبق است، نه اینکه یک مطلب تأسیسی باشد. (۲۸).

این فرمایش مرحوم نراقی است، اما دلیل محکمی برای فرمایش خودشان ندارند. آقای خمینی هم می فرمایند که الف و لام ظاهر در عموم است و برای رفع ید از آن محتاج قرینه هستیم و اینکه بگویید این سوره در آخر نازل شده است و مسبوق به احکام کثیره ای است، این صلاحیت قرینه بودن را ندارد و مانع از تمسک ما به عموم آیه

فقها حنفیه قائل هستند: «می توان شرط کرد که واقف میتواند قضاء دین خود را از فروش موقوفه شرط کند یا بخاطر منفعتش از آن استفاده کند» (۲۱)

عده زیادی از فقهای حنفیه مانند ابویوسف از فقهای حنفیه طبق این مطلب فتوی داده اند

ابوزهره در کتاب وقف خود بیان میکند که فقها (خاصه و عامه) اجازه داده اند تبدیل نیت را در جمیع وقفها (۲۲)

در کتاب المغنی فقها حنبلی بیان کرده اند «اگر اهل یک قریه ای مسجدی را ترک کنند و کسی در آن نماز نخواند یا اینکه برخی از اهل آن در مضیقه بیفتد و یا اینکه کسی نباشد به آن رسیدگی کند و به طور کلی منفعتی نداشته باشد فروخته می شود» (۲۳)

از تمام این اقوال نیز بنا بر اولویت میتوان استنباط نمود در جایی که بیع وقف جائز باشد شرط تصرف مانند بیع نیز جائز می باشد

گفتار دوم: عدم جواز شرط بازگشت پذیری

قائلین به عدم جواز شرط بازگشت پذیری این قول را براساس شهرت و ادله ای که در جای خود به آن پرداخته خواهد شد و تعاریفی که از نظر لغوی و اصطلاحی در مورد وقف است با در نظر گرفتن مطلق وقف ابراز کرده اند.

الف: دسته دیگر از فقهای امامیه:

ابن ادریس ره در عدم جواز شرط بازگشت پذیری می فرماید: «پس از وقف نمودن و تحویل آن به اشخاص مورد نظر (موقوف علیهم) نمیتوان از تصمیم خود بازگشته و وقف را برهم زد، نیز نمی توان در مصارف تعیین شده تغییر داده یا موقوفه را بفروشد» (۱۸)

شهید اول ره نیز بیان می فرماید: «می توان ادعا کرد که همه علما شیعه قائل به ممنوعیت فروش هستند» (۲۴)

صاحب جواهر ره در کتاب شریف خود آورده است «تجویز بیع به معنای ابطال وقف است زیرا موقوفات قابل فروش و واگذاری نبوده و جایز شمردن بیع با روح وقف در تضاد می باشد» (۲۵)

کاشف الغطاء نیز فرمایش صاحب جواهر را تأیید کرده و و به منظور اثبات آن دلائلی را می آورد: ۱. روایات ۲. اجماع علماء ۳. منافات داشتن فروش ملک با وقف بودن آن

ب: فقها عامه

فقهای شافعیه دو قول دارند: ۱. اکثر آنها قائل به بطلان هستند. ۲. برخی قائل به صحت اینگونه وقف می شوند.

اصح اقوال در این قول قول اول است که می گویند: «این گونه شرط خیار قرار دادن موجب فساد وقف و باطل کردن آن است»

در مقابل این افراد دسته دوم می گویند: «واقف میتواند بر نفس خود وقف کند» (۲۶)

حنابله مطرح نموده اند اگر واقف شرطی کند که مانع استفاده موقوف علیهم از وقف شوند وقف باطل است و صحیح نیست. چون

این شروط مقتضی فساد در وقف است» (۲۷)

مبحث دوم: ارزیابی ادله اقوال

در بیان اقوال مطرح شد که عده ای از فقهای مذاهب خمس قائل به جواز شرط بازگشت پذیری و عده دیگر قائل به عدم جواز شرط بازگشت پذیری در وقف هستند. هر یک از این دسته برای مدعای

نمی‌شود. حتی ممکن است بگوییم که چون این آیه در آخر زمان پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) نازل شده، خود همین دلیل بر عموم است و پیغمبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) چون می‌دانست که زمان رحلتش نزدیک است، برای اینکه مردم بعد از ایشان حیران نمانند، تکلیف تمام چیزها را روشن فرموده‌اند، چند تا از عقود را قبلاً بیان فرموده بودند، و دیگر مناسب نیست که لفظ مجمل به کار برده شود و باید لفظ مبین به کار برده شود. تعبیر ایشان این است که «مضافاً الی إیمان أن یقال: إن کون المائده آخر ما نزلت مؤید للعموم و مؤکد له؛ لأن الوحي لما کان منقطعاً بعدها، فلا بد من تقنین قوانین کلیه، یرجع إليها البشر فی سائر الأدوار الی آخر الأبد، فتزیل آیه مجمله لا یصحح الاتکال علیها فی شیء من الموارد و الحوائج فی آخر العهد و آخر الوصیه، و التقنین لا ینبغی احتمالها». (همان) بعد هم می‌فرمایند که این مطلب هم مبتنی بر این است که ما بگوییم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) واجبات و محرمات را هم می‌گیرد، پس بنابراین (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اشاره است، یعنی آن واجبات و عقود خاصه مذکوره واجب الاتباع است و باید شما به آن‌ها عمل کنید.

اگر این بود درست است و ممکن است بگوییم که آن اشکالی که گفته شد، بر آن وارد نمی‌شود، ولی ما بیان کردیم که مراد از عقد واجبات نیست. ایشان می‌فرماید که «مع أن ما ذکره مبنی علی أن جمیع المحرمات و الواجبات التکلیفیة داخله فی مفهوم العقد و هو ضعیف». پس آیه به یک عده از عقودی که پیامبر (ص) بیان کرده است، اشاره دارد.

ایشان می‌گوید که شما بر اساس مبنای خودتان که واجبات را داخل در عقود می‌گیرید، می‌گویید که تکلیف واجبات هم روشن شده است، ولی ما که این مبنا را ابطال کرده و گفتیم که عقود شامل واجبات نمی‌شود، نمی‌توان (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) را اشاره به موارد سابق دانست، واجباتی بیان شده است و این آیه هم اشاره به آن‌ها ندارد تا الف و لام را برای عهد بدانیم. این فرمایش ایشان است.

پس از بیان این مطالب ایت الله شبیری می‌فرماید: «در اینجا من می‌خواهم که دو مطلب را عرض بکنم، یکی درباره این فرمایش ایشان که چون این سوره در آخر زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نازل شده، نباید لفظ مجملی در کار باشد، عرض بنده این است که متکلمین گفته‌اند و حتی خود آقایان همه گفته‌اند که ارجاع به اهل بیت علیهم السلام به خاطر همین است که مردم بعد از ایشان متحیر نمانند و بفهمند که وصی حضرت چه کسی است، مفسر کلمات پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم چه کسی است، اگر اجمالی در آیه‌ای از قرآن بود، چه کسی باید بیان بکند. پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) این کار را کرده است و اگر فرضاً در حجة الوداع بعضی از الفاظ مجمل باشد، چون اهل بیت (علیهم السلام) مرجع همه مجملات آیات قرآنند، ضروری به این مطلب نمی‌خورد. پس این طور نیست که ما استظهار کنیم که آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مجمل نیست، به دلیل اینکه آخر العهد است، زیرا پیغمبر (صلی الله علیه و آله و سلم) تکلیف امت را با ارجاع به اهل بیت (علیهم السلام) و حدیث ثقلین و ادله و روایات مختلف تعیین کرده است.

و اما اینکه ایشان می‌فرمایند آیه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) واجبات و امثال اینها را نمی‌گیرد و ناظر به آن‌ها نیست، ایشان استدلالی برای این مطلب بیان نکرده‌اند. مرحوم آقا شیخ محمد حسین اصفهانی در معنای عهد استظهار کرده بود که مراد از عهد مطلق جعل و قرار است، یعنی واجبات و سایر قرارها چه قرار الهی و چه قرار مردمی، همه را می‌گیرد. ایشان آن‌جا فرمودند که مستند ایشان برای این مطلب دو آیه (لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ*وَعَهْدُنَا إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ) (بقره/۱۲۵-۱۲۴) است و عهد در این دو آیه به معنای وصیت است و مربوط به معنای عهد مورد بحث نیست. در آن‌جا اگر عهد و عقد را هم یکی بگیریم، ایشان استدلال مرحوم اصفهانی را رد کرده‌اند، اما اینکه انسان قرارهایی در عالم الست با خداوند بسته باشد، چنانچه بسیاری از مفسرین امثال بیضاوی و دیگران هم نوشته‌اند، و خداوند هم بگوید که باید به این قرارهایی که بسته‌ای، التزام داشته باشی، چه دلیلی بر عدم وجود چنین قرارهایی وجود دارد. ایشان دلیلی بر بطلان این مطلب ذکر نکرده‌اند.

ایشان فرموده‌اند که عقد از «عقد الحبل» گرفته شده است به معنای گره زدن و امثال آن، اما دلیلی نداریم که بگوییم گره فقط در تبادل چیزی وجود دارد. اما راجع به قرارهای که بین خدا و انسان در یک عالم دیگری واقع شده است، ایشان بیانی ندارند. خلاصه اینکه در فرمایش ایشان یک تأملی وجود دارد.

اما اینکه ایشان نسبت به تخصیص اکثر در عقود جائزه و وجود خیار در اکثر مصادیق بیع جواب دادند، تبعید مسافت کرده‌اند، زیرا بر اساس مبنایی که خود ایشان در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) اختیار کرده‌اند، اصلاً احتیاج به این جواب ندارند. ایشان در (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می‌فرمایند که مراد از وفا عبارت از این است که مطابق مقتضای عقد عمل کنند، اما ناظر به این نیست که عقد را فسخ بکنند یا نکنند. بنابراین (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) همه عقود جایزه را می‌گیرد، زیرا عقود جایزه مادامی که شخص فسخ نکرده، باید به ملکیت طرف مقابل ترتیب اثر بدهد و حق ندارد بدون اجازه او تصرف کند، مگر اینکه فسخ بکند که آن یک بحث دیگری است.

عرض ما این است که شما که می‌گویید (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ناظر به عدم فسخ نیست، بلکه ناظر به این است که مادامی که موضوع باقی است، ترتیب اثر بدهید، احتیاجی به این ندارید که برای اینکه تخصیص اکثر پیش نیاید، بفرماید مراد اصناف عقد نیست، بلکه مراد افراد عقد است، زیرا با این مبنای شما اکثریت خارج نمی‌شود، نه عقود جایزه خارج است، نه بیع‌های خیار. البته اگر عقد فسخ شد و موضوع عوض شد، آن یک بحث دیگری است.

ادله عام اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم که به تفصیل بیان میشود دلالت بر صحت شرط در عقود را می‌نماید چرا که در این ادله تصریح دارد که لازم است وفاء به عقد که منظور مفادی است که در هنگام عقد بیان می‌گردد از جمله شروطی که طرفین قرار میدهند و در وقف یکی از طرفین واقف است که باید به شرائطی که میگذارد وفاء نمود.

اول: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (مائده/۱)

منظور از این شرط خارج ساختن کارهای محال نیست زیرا عقلا هر گز چنین چیزهایی شرط نمی باشد بلکه منظور شرطهایی است که توسط فعل دیگران که تحت اختیار واقف نیست خارج شود. به عنوان مثال: شخصی وقف میکند ولی تا قبل از اینکه کاری شکل بگیرد موقوفه از بین میرود لذا این شرط معلوم و واضح است. صور مختلف عدم قدرت در وقف:

عدم قدرت ناشی از نقش نداشتن واقف در تحقق وقف
عدم قدرت ناشی از نیاز تحقق شرط وقف به سبب خاصی: مثلا اینگونه شرط بگذارد که به شرطی این خانه را وقف تو میکنم که با فلان شخص ازدواج کنی. در اینجا این ازدواج محتاج به مقدماتی است که ای چه بسا خارج از قدرت واقف باشد
نکته: در مواردی که منافات شرط با مقتضای وقف روشن نیست باید دلیل اثری را که خلاف آن در وقف شرط میشود مورد ملاحظه قرار گیرد. آیات و روایاتی که در جای خود بحث شد به همین مطلب اشاره شد

۵. شرط نباید به گونه ای مجهول باشد که موجب غرر باشد
۶. شرط سفهی نباشد

از جمله مبطلات معامله سفهت است، و او معامله به ما دون ثمن المثل است به اضعاف مضاعف که از طریقه غالب عقلا خارج باشد، نه این که خود معامل سفیه باشد، زیرا که او داخل در عنوان دیگر است، بلکه مراد معامله به ما دون ثمن المثل است به اضعاف مضاعف با علم، و عدم انضمام غرض معتد به - غیر مقام محبات، که مقصود معامل بخشش به من بعامل معه باشد، مثل بیع وقف به جهت اضطراب به مادون ثمن المثل. و اگر بدون علم باشد داخل در غرر است، که او نیز از وجوه مفسده معامله است.

دوم: المومنون عند شروطهم.

۱/۲ روایت المومنون عند شروطهم بنا بر نقل در منابع شیعه:

«(و محمد بن الحسن [تعلیق] یاسناده عن علی بن الحسن [ضمیر] عن ایوب بن نوح عن صفوان بن یحیی عن منصور بزرج عن عبد صالح ع عنه عن ایوب بن نوح عن صفوان بن یحیی عن منصور بزرج عن عبد صالح ع قال: قلت له إن رجلاً من موالیک تزوج امرأة - ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه - إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج غيرها - فأعطاهما ذلك ثم بدا له في التزوج بعد ذلك - فكيف يصنع فقال بس ما صنع - وما كان يدریه ما يقع في قلبه بالليل والنهار - قل له فلیف للمرأة بشرطها - فإن رسول الله ص قال المؤمنون عند شروطهم»

۲/۲ نقل روایت در منابع اهل سنت

سرخسی در کتاب شرح کبیر خود این روایت را به دو نقل از صحیح بخاری و سنن ترمذی نقل می کند:

« حدثنا الحسن بن علی الخلال حدثنا أبو عامر العقدي حدثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده : قال رسول الله ص ... المؤمنون عند شروطهم... »

پیامبر اکرم صلی الله علیه وآله فرمودند: (عقد) صلح میان مسلمانان جایز است، مگر صلحی که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال نماید و مسلمانان پایبند به شروط خویش هستند مگر شرطی که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام نماید.

اگر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) به ما این پیام را رساند که هر عقدی لازم است «الا ما خرج بالدلیل»، این می شود لازم است؛ اما اگر معنای (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) این بود که به هر عقدی «علی ما هو علیه من الشرائط و الاحکام و الخصائص و اللوازم و الملزومات و الملازمات» وفا کنید، (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) نمی گوید هر عقدی لازم است، می گوید هر عقدی را هر طور که هست وفا کنید، عقد جایز یک طور وفا می شود، عقد لازم یک طور وفا می شود، عقد خیار یک طور وفا می شود، عقد غیر خیار یک طور وفا می شود. اگر معنای (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) این بود که بر شما واجب است که به هر عقدی وفا کنید «الا ما خرج بالدلیل»؛ اصل عقد لازم می شد. اما اگر معنای (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) این است که به هر عقدی «علی ما هو علیه» باید وفا کرد که اگر عقد لازم بود، لازم؛ جایز بود، جایز؛ لازم بود «من جهة» و جایز بود «من جهة»؛ از جهتی لازم بود و از جهتی جایز؛ مثل اینکه کسی خیار دارد و کسی خیار ندارد.

برای استفاده از این آیه باید لفظ عقود و وفای به عقد روشن شود. عقد در لغت به معنای عهد موثق و مشدد است و در اصطلاح عبارت از ایجاب و قبول می باشد. و منظور از وفای به عقد یعنی اجرای مفاد آن و قیام به مدلول عقد می باشد برای مثال اثر عقد تملیکی بیع، انتقال بیع به مشتری می باشد.

استفاده از این آیه منوط به این است که در اصول فقه، صیغه امر حقیقت در وجوب باشد همانطور که علماء فرموده اند. چرا که لفظ [أوفوا] فعل امر است و اگر بگوئیم حقیقت در وجوب است می توان گفت که وفای به عقد و اجرای مفاد آن واجب است. بنابراین مدلول آیه شریفه این است که، کلیه عقود واجب الوفا هستند.

در این آیه شریفه خداوند متعال به مومنین امر میفرماید که در هنگام عقد به آنچه با همدیگر شرط میکنید وفادار باشید. وقف نیز نوعی عقد است لذا در هنگام اجرای نیت وقف چنانچه واقف شرطی را قرار دهد و آن شرائط برخلاف شرائط صحت عقد که در ذیل اشاره شده است نباشد باید نسبت به آنها پایبند باشند.

۱.. شرط در حین وقف باشد نه بعد از آن و شرطی که پس از پایان وقف باشد تاثیری ندارد و نافذ نیست.
۲. شرط منافی با مقتضای عقد نباشد مثلاً اگر واقف شرط کند که بعد از وقف نیز مانند قبل آن تمام اختیارات مالکانه را دارا باشد
۳. شرط نباید مخالف با شریعت باشد چون تمام فقها در مذاهب خمس معتقد هستند که اگر چنانچه شرطی شود که مخالف با قرآن و شریعت باشد جائز نیست.

که روایاتی تبیین این شرط را می کند مانند صحیح حلی: « کل شرط مخالف کتاب الله فهو رد» (۲۹).

البته منظور از اینکه مخالف کتاب الله نباشد این نیست که شرط در آیات و روایات ذکر شده باشد بلکه همینکه مخالف نباشد کافی است ولو در آیات و روایات هم ذکر نشده باشد.

لذا این روایت نیز دال بر همین مطلب است: «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً و احل حلالاً»

۴. مقدور مکلف باشد:

دلیل دوم: ادله خاصه

ادله خاصه مربوط به بحث را به دو دسته روایت تقسیم می‌شوند: دسته اول: روایاتی که دلالت بر اصل شرط دارند: این روایات دلالت بر جواز شرط برگشت پذیری در وقف دارد. دسته دوم: روایاتی که به طریق اولویت و ثمره شرط دلالت بر جواز بازگشت پذیری وقف مشروط دارد: چرا که در بحث جواز شرط در وقف مطرح شد که مراد شرائطی است که بتوان در موقوفه تصرف مالکانه نمود و در روایات دسته دوم از آنجا که امام ع اذن داده اند برای فروش میتوان استنباط نمود که در شرط آن موارد مورد اذن ائمه علیهم السلام را میتوان به عنوان شرط قرار داد. اولاً: روایات دسته اول

روایت اول: روایت الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها « مُحَمَّدٌ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ع فِي الْوَقْفِ وَمَا رُوِيَ فِيهِ عَنْ آبَائِهِ ع فَوَقَّعَ الْوَقُوفَ تَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يُوقَفُهَا أَهْلُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ »

محمد بن علی بن الحسین با اسناد خود از محمد بن الحسن صفار از حضرت نقل میکند که نوشتند « وقف بر حسب آنچه موافقت شده انجام می‌گیرد».

از این روایت بدست می‌آید که باید بر اساس نیت واقف باید عمل کرد و چنانچه نیت واقف بر اساس موازین شرعی اذن شرط برگشت پذیری داشته باشد، قرار دادن شرط جائز و میتواند بر اساس نیت واقف عمل نمود

روایت دوم: روایت اول فضل:

« يُونسُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضِيلِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ بَعْضَ مَالِهِ فِي حَيَاتِهِ فِي كُلِّ وَجْهٍ مِنْ وَجْهِهِ الْخَيْرِ قَالَ إِنْ اخْتَجَّتُ إِلَيَّ شَيْءٌ مِنْ مَالٍ فَأَنَا أَحَقُّ بِهِ تَرَى ذَلِكَ لَهُ وَقَدْ جَعَلَهُ لِلَّهِ يَكُونُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ فَإِذَا هَلَكَ الرَّجُلُ يَرْجِعُ مِيرَاثًا أَوْ يَتَصَدَّقُ صَدَقَةً قَالَ يَرْجِعُ مِيرَاثًا عَلَى أَهْلِهِ »

اسماعیل پسر فضل از امام صادق (ع) در باره مردی که بعضی از اموالش را در زمان حیاتش در راه خیر صدقه می‌دهد (وقف می‌کند) و می‌گوید: اگر به چیزی از مال و یا نحله آن نیازمند شدم خودم سزاوارتر باشم آیا این حق برای او هست در حالی که این مال را برای خدا قرار داده؟ و چگونه است. وضعیت این مال پس از مرگ او؛ صدقه است و یا میراث؟ حضرت فرمود: این مال پس از مرگ مالک، میراث است.

الف: بررسی سندی

این روایت از روایات صحیحه است که یونس بن عبد الرحمن و مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانَ و إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضِيلِ در سند آن قرار دارند رجال آن در ادامه بررسی خواهد شد:

الف/۱. یونس بن عبد الرحمن

یونس بن عبد الرحمن از وی امام باقر ع و امام صادق (ع) را ملاقات کرده و از امام کاظم (ع) و امام رضا (ع) روایت کرده است. او همچنین وکیل امام رضا ع بود.

همچنین رجالیون درباره یونس گفته‌اند: علم امامان شیعه به چهار نفر منتهی می‌شود که یکی از آنان یونس بن عبد الرحمان است.

الف/۲. محمد بن سنان

مرحوم خوئی و کشی او را توثیق کرده اند ولی نجاشی و شیخ طوسی او را تضعیف کرده اند که تضعیفات مردود است به چند دلیل: اولاً. ایشان از مشایخ یونس بن عبد الرحمن است که از اصحاب اجماع است بنا بر قبول اینکه اصحاب اجماع از غیر ثقه نقل نمی‌کنند لذا توثیق وی معلوم می‌شود. ثانیاً. شایان توجه است که در کتب رجال، دو محمد بن سنان وجود دارند که به خاطر اختلاف.

نسبت و جدّ، دو نفر به حساب آمده‌اند: یکی محمد بن حسن بن سنان زاهری که مورد بحث ماست و دیگری محمد بن سنان بن ظریف هاشمی که با توجه به سخن شیخ طوسی و کشی که گفته‌اند: ابن سنان و لیس بعبدالله، احتمال دارد که برادر عبد الله بن سنان باشد که از اصحاب امام صادق (ع) بوده است.

البته برخی آن دو اسم را یکی حساب کرده و گفته‌اند که ممکن است ظریف جدّ نزدیک و زاهر از اجداد دور او باشد هر حال، این اشتراک، به اعتبار روایت خللی وارد نمی‌کند؛ چرا که وقتی نام محمد بن سنان می‌آید، به سوی محمد بن سنان زاهری به خاطر مشهور بودنش، انصراف پیدا می‌کند و اختصار در شرح حال محمد بن سنان هاشمی، نشانه ناشناخته بودن اوست

الف/۳. اسماعیل بن فضل هاشمی:

شیخ طوسی و علامه حلی ایشان را توثیق کرده اند

برخی او را تضعیف کرده اند مانند مرحوم خوئی که جهت تصحیح روایات وی بحث از طرق روایاتی که مرحوم کلینی برای ایشان دارند مفید است

شیخ صدوق به اسماعیل بن فضل هاشمی دو طریق دارد که ذیلاً بیان می‌شود

طریق اول: جعفر بن محمد بن مسرور - حسین بن محمد بن عامر - عبدالله بن عامر - محمد بن ابی عمیر - عبد الرحمن بن محمد -

فضل بن اسماعیل بن فضل از اسماعیل بن فضل هاشمی

طریق دوم: علی بن احمد بن موسی - محمد بن جعفر کوفی اسدی - محمد بن اسماعیل برمکی - عبدالله بن احمد از اسماعیل بن فضل.

آیت الله خوئی: طریق اول از جهت جعفر بن محمد بن مسرور و طریق دوم از جهت علی بن احمد بن موسی ضعیف هستند

برای تصحیح این روایت سه راه است:

۱. با توجه به اقوال علما نظر بر این است که راه تصحیح اسن روایت این است که طریق اول را توجه کنیم که محمد بن ابی عمیر است که از اصحاب اجماع هستند

۲. توجه به نظر رجالیونی که روایت شیخ صدوق را ثقه میدانند بجهت تأیید خود شیخ صدوق که مختار ما این مطلب است

۳. نیز توثیقاتی که دو بزرگوار رجالی شیخ طوسی و علامه حلی از وی دارند بخصوص با دقت و ظرافتی که این دو بزرگوار در مورد افراد دارند

ب: بررسی دلالی

پاسخ امام می‌شود. شاهد بر این مدعا فهم بسیاری از بزرگان از جمله آیه الله خوانساری است که می‌فرماید:

در این روایت نظر پرسشگر به صحت و فساد شرط برگشت پذیری بوده و صحت وقف از نظر او قطعی بوده و امام هم نظر واقف را نسبت به صحت امضا کرده

صاحب جواهر پس از بیان اقوال و اینکه قول قوی صحت وقف و شرط است در مقام نقد و بررسی روایات در ارتباط با این روایت با این مضمون می‌نویسد:

ممکن است گفته شود: جمله (یرجع میراثا، مال وقفی تبدیل به میراث می‌شود). در صورتی است که نیاز پیدا شده و در آن تصرف شده. در این صورت مال وقفی تبدیل به میراث می‌شود زیرا مال وقفی پس از رجوع به ملک مالک دو باره به وقف بر نمی‌گردد اما در غیر این صورت که نیاز پیدا نشود و یا نیاز پیدا شود ولی رجوع حاصل نشود همچنان صدقه است. جای شگفتی است برخی از معاصران قول به بطلان وقف و شرط خیار رجوع در صورت نیازمندی را به صاحب جواهر نسبت داده می‌نویسد:

صاحب جواهر تصریح دارد که شرط خیار فسخ در وقف بلاخلاف جایز نیست ... و فرقی هم ندارد که شرط خیار فسخ به جهت نیاز باشد و یا غیر آن.

این در حالی است که خود صاحب جواهر پس از نقل اقوال تصریح می‌کند قول قوی صحت شرط بازگشت پذیری و وقف است و در پایان تصریح می‌کند: میان شرط خیار مطلق و شرط بازگشت پذیری وقف به هنگام نیازمندی فرق است. او می‌نویسد:

« شکی نیست قول قوی صحت بازگشت پذیری و وقف است ... و میان این دو نوع شرط فرق واضح است »

روایت سوم: روایت دوم فضل:

روایت دیگر که مورد استدلال فقها واقع شده برای صحت شرط بازگشت پذیری وقف به هنگام نیاز عبارت است از:

« الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَأَبَانَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ مَنْ أَوْقَفَ أَرْضًا ثُمَّ قَالَ إِنْ أَحْتَجَبَتْ إِلَيْهَا فَأَنَا أَحَقُّ بِهَا ثُمَّ مَاتَ الرَّجُلُ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الْمِيرَاثِ »

اسماعیل بن فضل از امام صادق (ع) می‌فرماید: کسی که زمینی را وقف کند سپس بگوید: اگر نیازمند شدم بدان خودم سزاوارتر باشم. سپس بمیرد این زمین میراث خواهد بود.»

برای بررسی دلالت این روایت جمله (ترجع الی المیراث) دلالت دارد بر این که اصل وقف صحیح است و شرط رجوع اگر در خارج محقق شود موجب می‌گردد که مال وقفی میراث باشد، زیرا مال وقفی پس از برگشت پذیری دوباره به حالت وقفی بر نمی‌گردد. اگر جمله (ترجع الی المیراث) نباشد ممکن است ظهور در بطلان شرط داشته باشد لیکن با وجود این جمله، چنین ظهوری تحقق نمی‌یابد. دست کم روایت از این جهت مجمل است و مرجع، روایت اول است که دلالت بر صحت دارد.

صاحب جامع المدارک در این باره می‌نویسد: «در این روایت اگر جمله فانها ترجع الی المیراث در آن نباشد ظهور دارد در بطلان شرط برگشت پذیری لیکن با بودن این جمله این خبر ظهور در

این روایت دلالت دارد که در صورت شرط برگشت وقف به هنگام نیاز، هم وقف و هم شرط صحیح است. برخی بزرگان در مورد دلالت این روایت بیاناتی دارند که اشاره می‌گردد:

آیت الله خوانساری در کتاب شریف خود در بررسی این روایت می‌فرماید:

«ممکن است گفته شود: خبر اول (صحیح صفا) ظهور دارد در این که صدقه دهنده (واقف) آیا جایز است این شرط را بکند با این که مال را برای خدا قرار داده است؟ گویا صحیح بودن صدقه (وقف) صد در صد گرفته شده و پرسش از صحت شرط و بطلان آن شده. سپس آن حضرت ظاهرا پاسخ داده به صحیح بودن شرط یاد شده و صحت صدقه (وقف) را در نظر سائل امضا کرده است. پس این خبر دلیل بر صحت است نه فساد.»

دلالت روایت بر صحت وقف و شرط بازگشت پذیری تمام است. این روایت موثق است زیرا طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید صحیح است. لازم به یادآوری است روایت دیگری به همین مضمون با اندک اختلاف از فضل نیز رسیده است. لیکن در سند آن محمد بن سنان واقع شده است جای تعجب است برخی از صاحب نظران همین روایت را به عنوان صحیح نقل کرده‌اند در حالی که ضعف محمد بن سنان واضح است.

ممکن است بر استدلال به این روایت اشکال شود به این که جمله (یرجع میراثا علی اهله) دلالت دارد که وقف و شرط باطل است چون امام (ع) فرموده: این مال پس از مرگ مالک به ارث می‌رسد. صاحب جامع المدارک در جای دیگر می‌نویسد:

« برخی خواسته‌اند این روایت را بر صورت رجوع واقف حمل کنند ولی صریح روایت مخصوصا ذیل آن (او یمضی صدقه) همچنان بر صدقه بودن ادامه دارد «صورتی است که نیاز پیدا نشده و رجوع ننموده و اگر رجوع نموده بود (او یمضی) مفهومی نداشت ... ظاهر این روایت بطلان وقف است، ...»

به نظر بنده این اشکال درست نیست، زیرا در ارتباط با این سوال چند احتمال داده می‌شود:

الف- سوال از صورتی باشد که نیاز به مال وقفی پیدا نشده و رجوع هم نشده و مالک مرده است.

ب- سوال از صورتی است که نیاز به مال وقفی پیدا شده ولیکن رجوع نشده و مالک مرده است.

ج- سوال از صورتی است که نیاز پیدا شده و رجوع هم شده ولیکن تصرف نشده و یا اگر شده ناپود نشده است.

د- سوال از صورتی است که نیاز پیدا شده و با رجوع مال وقفی فروخته شده ولیکن بهای آن باقی است.

ه- نیاز پیدا شده و با رجوع مال وقفی فروخته شده و بهای آن نیز صرف شده است. بی گمان بنا بر احتمال آخر این بحث جا ندارد زیرا با منتفی شدن مال وقفی و بهای آن پرسش از وضعیت آن معنا ندارد. اما بنابر احتمالات دیگر جای پرسش از وضعیت عین مال وقفی و بهای آن وجود دارد و پاسخ امام مبنی بر این که مال وقفی میراث است قدر متیقن صورت چهارم را شامل می‌شود و صورتهای دیگر همچنان وقف خواهند بود. حداکثر صورت سوم هم مشمول

بطلان ندارد دست کم روایت مجمل است بنابراین رفع ید از ظهور روایات دیگر در صحت، وجهی ندارد»

ثانیا: روایات دسته دوم:

روایاتی که صراحت بر شرط بازگشت پذیری ندارد لکن همانطور که در ابتدا فصل مطرح شد ثمرات این روایت دلالت بر شرط دارد (شرط نتیجه) لذا محقق حلی ره قائل به شرط خیار به این نحو نیز بوده اند فلذا به طریق اولویت و از ثمره فرمایش امام ع جواز شرط در وقف را میتوان برداشت نمود.

روایت اول: روایت ابن محبوب بر بیع وقف غله:

« مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّابٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ حَنَّانٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع ... قُلْتُ فَلَوْلَئِنَّهُ مِنْ قِرَابَةِ الْمَيِّتِ أَنْ يَبِيعُوا الْأَرْضَ إِنْ احْتَأَجُّوا وَ لَمْ يَكْفِهِمْ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْعَلَّةِ قَالَ نَعَمْ إِذَا رَضُوا كُلَّهُمْ وَ كَانَ الْبَيْعُ خَيْرًا لَهُمْ بَأَعُوا»

ابن محبوب در روایتی طولانی حدیثی را از علی بن رباب نقل میکند که به اختصار قسمتی که مورد بحث است نقل میگردد.

جعفر بن حنان میگوید: از امام صادق علیه السلام سؤال کردم: مردی زمین خویش را بر خویشاوندان پدری و مادری خود وقف نموده و نیز وصیت کرده که از در آمد سالانه سیصد درهم به فلان شخص و بازماندگان او بدهند و بقیه بین خویشاوندان پدری و مادری تقسیم گردد آیا جائز است؟ حضرت فرمود: برای شخصی که به نفع او وصیت شده جائز است ... پرسیدم آیا بازماندگان اقوام متوفی میتوانند در صورت نیاز و عدم کفایت در آمد زمین انرا بفروشند؟ فرمود: اگر همه راضی بوده و فروش زمین برای ایشان سود بیشتری داشته باشد جائز است»

به نظر میرسد این برداشت از روایت مورد نظر علامه و دیگر علما نباشد چرا که اشاره ای در این روایت به بازماندگان نشده است لکن آنچه استدلال فرموده اند بر اینکه در روایت چون تصریح به بازماندگان نشده لذا نمیتوان به این روایت استدلال نمود خالی از اشکال نیست چرا که امام علیه السلام در اینجا در مقام بیان غیر این مورد را نبوده اند و اگر چنانچه سؤال می شد از بقیه ورثه ممکن بود انتقال به آنها نیز بیان می شد چرا که در روایات مشابه فرقی قرار نداده اند بین یک مورد خاص و مابقی

روایت دوم: خبر حمیری

« أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبِ الطَّبْرَسِيِّ فِي الْأَحْتِجَاجِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ الْحَمِيرِيِّ عَنْ صَاحِبِ الزَّمَانِ ع أَنَّهُ كَتَبَ إِلَيْهِ رَوَى عَنْ الصَّادِقِ ع خَبَرَ مَا تَوَرَّأَ إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى قَوْمٍ بَأَعْيَانِهِمْ وَ أَعْقَابِهِمْ فَاجْتَمَعَ أَهْلُ الْوَقْفِ عَلَى بَيْعِهِ وَ كَانَ ذَلِكَ أَصْلَحَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَى مِنْ بَعْضِهِمْ إِنْ لَمْ يَجْتَمِعُوا كُلَّهُمْ عَلَى الْبَيْعِ أَمْ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَجْتَمِعُوا كُلَّهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَ عَنْ الْوَقْفِ الَّذِي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَاجَابَ ع إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَ إِذَا كَانَ عَلَى قَوْمٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَبِعْ كُلُّ قَوْمٍ مَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مُجْتَمِعِينَ وَ مُتَّفَقِينَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ»

در احتیاج نقل شده که حمیری به محضر حضرت صاحب العصر عجل الله تعالی فرجه الشریف نامه ای به این شرح نگاشت: از امام صادق علیه السلام حدیثی به ما رسیده که بر اساس آن اگر ملکی بر جمعی خاص و بازماندگانشان وقف گشته و تمام صاحبان وقف بر فروش ملک اتفاق نظر نمایند در صورتیکه این عمل سودمندتر باشد جائز است... حال ایا اگر همه صاحبان وقف بر این امر اتفاق نظر نداشته باشند میتوان از برخی از آنان موقوفه را خریداری نمود یا انکه خریداری ملک مزبور جز در صورت اتفاق نظر همه جائز نیست؟ سؤال دیگر: موقوفه ای که فروش آن جائز نیست کدام است؟

حضرت بقیه الله عجل الله تعالی فرجه الشریف در پاسخ مرقوم فرمودند اگر بر امام مسلمانان وقف شده باشد فروش موقوفه جائز نیست اما اگر بر جمعی از مسلمین وقف گردد هر گروهی که قادر بر فروش آن باشند می توانند موقوفه را بفروشند»

شیخ طوسی در رجال خود در میان اصحاب امام رضا علیه السلام از فردی به نام ابوالعباس حمیری یاد کرده که خوبی با ارائه دلایلی، از جمله تاریخ سفر حمیری به کوفه، که نجاشی آن را گزارش کرده وی را غیر از عبدالله بن جعفر حمیری دانسته است (۳۰) این روایت مرفوعه است.

محور دلالت روایت این فراز است « إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَ إِذَا كَانَ عَلَى قَوْمٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَبِعْ كُلُّ قَوْمٍ مَا يَقْدِرُونَ عَلَى بَيْعِهِ مُجْتَمِعِينَ وَ مُتَّفَقِينَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ» حضرت در این روایت اذن بر فروش و شرط در وقف را قرار داده اند و تنها فروش موقوفاتی که بر امام مسلمین (علیهم السلام) وقف شده ممنوع نموده است

روایت سوم: مکتبه علی بن مهزیار در فروش سهم امام

« مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بَاسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ [إِشَارَةً] عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَهْزِيَارٍ قَالَ وَ كَتَبْتُ إِلَيْهِ إِنْ الرَّجُلُ ذَكَرَ أَنْ يَبِينَ مِنْ وَقْفٍ عَلَيْهِمْ هَذِهِ الضَّيْعَةَ اخْتِلَافًا شَدِيدًا وَ أَنَّهُ لَيْسَ يَأْتُمُّوهُ أَنْ يَتَّفِقُوا ذَلِكَ بَيْنَهُمْ بَعْدَهُ فَإِنْ كَانَ تَرَى أَنْ يَبِيعَ هَذَا الْوَقْفَ وَ يَدْفَعُ إِلَى كُلِّ إِنْسَانٍ مِنْهُمْ مَا وَقَفَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ أَمَرْتَهُ فَكَتَبَ إِلَيْهِ بِحَطِّهِ وَ أَغْلَمْتُهُ أَنْ رَأَيْتُ لَهُ إِنْ كَانَ قَدْ عَلِمَ الْاِخْتِلَافَ مَا بَيْنَ أَصْحَابِ الْوَقْفِ أَنْ يَبِيعَ الْوَقْفَ أَمْثَلُ فَإِنَّهُ رَبَّمَا جَاءَ فِي الْاِخْتِلَافِ تَلَفُ الْأَمْوَالِ وَ النَّفْسِ»

علی بن مهزیار در مکتبه خود از حضرت سؤال میکند که در صورت اختلاف میتوان موقوفه را فروخت؟ حضرت در پاسخ می فرماید: اگر خطر تلف اموال و جانها هست فروش موقوفه مانعی ندارد.

روایت چهارم: روایت ابن محبوب

محمد بن الحسن [ضمیر] بآسانده عن محمد بن علی بن محبوب عن أبي طاهر ابن حمزة « أَنَّهُ كَتَبَ إِلَيْهِ مَدِينُ أَوْقَفَ ثُمَّ مَاتَ صَاحِبُهُ وَ عَلَيْهِ ذَيْنَ لَا يَبْقَى مَالُهُ إِذَا أَوْقَفَ فَكَتَبَ ع بَيْاعِ وَقْفِهِ فِي الدِّينِ»

محمد بن علی بن محبوب از ابی طاهر که سؤال کردم از بیع وقف که فرمودند: اگر بجهت ادای دین باشد می توان موقوفه را فروخت» روایت پنجم: صحیح حجاج

مِنْهَا مَا يُنْعَى فِي السَّمَاءِ كَهَيْئَةِ غُنْقِ الْبَعِيرِ - فَسَمَاهَا عَيْنٌ يُنْعَى فَجَاءَ
الْبَشِيرُ يُبَشِّرُهُ - فَقَالَ بَشْرُ الْوَارِثِ بَشْرُ الْوَارِثِ - هِيَ صَدَقَةٌ بَتًّا بَتْلًا فِي
حَجَّجِ بَيْتِ اللَّهِ - وَ عَابَرِ سَبِيلِهِ - لَا تَبَاعُ وَلَا تَوْهَبُ وَلَا تُورَثُ - فَمَنْ
بَاعَهَا أَوْ وَهَبَهَا - فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ - لَا يَقْبَلُ
اللَّهُ مِنْهُ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا. وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ
بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ مِثْلَهُ»

ابن عطیه از وجود مبارک امام صادق ع روایتی را نقل می نماید که
رسول الله ص غنائمی را بین اصحاب تقسیم مینمود که از این غنائم
زمینی بود که به امیرالمومنین علی ع رسید و حضرت در آن چاهی
حفر نمود و آن را وقف کرد .

قسمتی از روایت که مورد توجه است فراز « لاتباع ولا توهب و
لاتورث فعليه لعنة الله والملائكة است .» که توضیح بیشتر در
بررسی دلالتی بیان خواهد شد

نتیجه گیری

اولا - عنصر تأیید داخل در حقیقت وقف نیست و در نتیجه
بازگشت پذیری وقف از طریق شروط فسخ و فاسخ مقیده در تعابیر
با آن نمیباشد. اصل عدم، عمومات ادله عقود، رد اجماع، ملاک
وقف منقطع الآخر و تشکیک در عنصر تأیید از مواردی است که
در حمایت از این نظر می توان ارائه نمود. ثانیا - اشتراط
شروط فسخ و فاسخ مقیده غیر از تعلیق آن است به این معنا که
در وقف مشروط اساساً وقف معلق نمیگردد تا مانعی برای اشتراط
پذیری آن به حساب آید؛ مضاف بر اینکه برخی نوشته ها
حاکمی از عدم لزوم وجود عنصر تنجیز در وقف می باشد.
ثالثا. اجماع بر اشتراط پذیرگی مقید وقف به دلیل مدرکی، منقول
بودن و عدم کاشفیت اجماع از قول معصوم قابل استناد نیست. رابعا
- بازگشت پذیری مقید وقف در روایات منعکس و با جواز
معصومین مواجه شده است. در واقع پس از اعمال شرط و مرگ
واقف، ملکیت از وقف خارج و به ورثه او منتقل میشود و بدین
ترتیب صحت شروط فسخ و فاسخ مقیده از روایات استنباط
میگردد خامسا-وقف بر نفس نمیتواند مستند بازگشت ناپذیری
مقید وقف باشد؛ زیرا در زمانی که وقف ادامه دارد واقف از آن
خارج است و هنگامی که واقف حق تصرف دارد، وقف اساساً
وجود ندارد. سادسا- دخول قصد قربت در وقف و بازگشت
ناپذیری هرآنچه که برای خدا باشد با ادله ای نظیر صحت وقف بر
کافر و از او، مردود می باشد. سابعا-وقف چه عقد محسوب شود و
چه ایقاع، قابلیت اشتراط پذیرگی را دارد؛ ادله متقن بر صحت وقف
به عنوان ایقاع مشروط و همچنین اندراج شرط ضمن آن به
عنوان عقد، شاهد این مدعاست. ثامنا-روایات، اصاله الصحه و
ادله عام در تقویت جواز بازگشت پذیری مقید وقف، از سوی
برخی فقیهان مورد استناد قرار گرفته است. تاسعا- علاوه بر این ها،
افزایش انگیزه واقفان به وقف در صورت اطمینان ایشان به
بازگشت پذیری آن از طریق اندراج شروط فسخ و فاسخ در مدت
معین به شرط آن که بعد از وقف، خود به مورد وقف نیاز پیدا
کرده باشند، رفع ابهام از قانون مدنی (م ۶۴۱م) و انکشاف عدم لزوم
تمسک به اطلاق آن، هدایت قضات به سوی اصدار حکمی مستدل

صحیحه عبدالرحمن بن حجاج در مورد وقف امیر مومنان است.
حضرت در این روایت طولانی در مورد وقف ملک ینیع شرط
می کند اگر موقوف علیه- / یعنی امام حسن علیه السلام- / نیاز به
فروش پیدا کرد می تواند آن را بفروشد. برخی از فقرات روایت به
این شرح است:

«محمد بن الحسن [ضمیر] یاسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان
عن عبد الرحمن بن الحجاج ... كَتَبْتُ لِأَصْحَابِهِمْ وَمَا كَانَ لِي بِأَذْيَةٍ
وَأَهْلِيهَا صَدَقَةٌ وَالْقَصِيرَةُ كَمَا قَدْ عَلِمْتُمْ صَدَقَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنِ الَّذِي
كَتَبْتُ مِنْ أَمْوَالِي هَذِهِ صَدَقَةٌ وَاجِبَةٌ بَتْلَةً حَيًّا أَنَا أَوْ مِتًّا يُنْفَقُ فِي كُلِّ
نَفَقَةٍ انْتَبَعِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ وَجْهَهُ وَ ذَوَى الرَّحِمِ مِنْ بَنِي
هَاشِمٍ وَ بَنِي الْمُطَّلِبِ وَ الْقَرِيبِ وَ إِنَّهُ يَوْمَ عَلَيَ ذَلِكَ أَحْسَنُ بَنِي عَلِيٍّ
يَأْكُلُ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَ يُنْفِقُهُ حَيْثُ يُرِيدُ اللَّهُ فِي حِلٍّ مُحَلَّلٍ لَا حَرَجَ
عَلَيْهِ فِيهِ فَإِنِ ارَادَ أَنْ يَبِيعَ نَصِيبًا مِنَ الْمَالِ فَيَقْضِيَ بِهِ الدَّيْنَ فَلْيَفْعَلْ إِنِ
شَاءَ لَا حَرَجَ عَلَيْهِ فِيهِ وَ إِنِ شَاءَ جَعَلَهُ شَرَوْى الْمَلِكِ.....»

مراد از این روایت طولانی قسمتی است که می فرماید :

«اگر (امام حسن) بخواهد مقداری از مال وقفی را برای ادای قرض
بفروشد اشکالی ندارد این کار را انجام دهد.»

دلیل سوم : اجماع

سیدمرتضی از جمله فقیهانی است که بر صحت شرط برگشت
پذیری وقف ادعای اجماع کرده. از آنجا که عبارت سیدمرتضی در
بخش پیشینه بحث گذشت از تکرار آن خودداری می شود. نقد و
بررسی ادعای اجماع در چنین مساله ای از دو جهت مورد اشکال
است.

اشکال صغروی این که برخی از فقها این شرط را صحیح نمی دانند
و برخی دیگر نیز بر بطلان آن ادعای اجماع کرده اند که پیش از
این مورد نقد و بررسی قرار گرفت.

بر فرض وجود چنین اجماعی، این اجماع نمی تواند کاشف از رای
معصوم باشد زیرا اگر نگوییم قطعا مدرکی است دست کم احتمال
مدرکی بودن آن داده می شود. (۳۱)

گفتار دوم : ارزیابی ادله قائلین بطلان شرط بازگشت پذیری در وقف
قائلین به بطلان شرط بازگشت پذیری وقف را در صورت قول به
شرط باطل می دانند که به سه دلیل روایت و اجماع و مقتضای عقد
وقف اشاره می کنند و در روایات به پنج روایت اشاره می شود.

دلیل اول : روایات

در روایات مورد استناد فقهاء شیعه و اهل سنت در مذاهب مختلف
راجع به عدم جواز شرط در وقف ؛ روایاتی که بطور مستقیم منع از
عدم شرط داشته باشند یافت نشد لکن برخی روایات که میتوان از
ثمره آن به طریق اولویت و نتیجه گیری قائل به عدم جواز شرط
شد.

از آن جمله روایاتی هستند که تصریح دارند موقوفه با وقف از مال
واقف خارج میگردد و برای همیشه بصورت وقفی باقی خواهد ماند
. و نمیتوان خرید و فروش در این موقوفات را داشت.

روایت اول : روایت ایوب ابن عطیه

« محمد بن الحسن [ضمیر] یاسناده عن الحسين بن سعيد عن النَّضْرِ عَنِ
يَحْيَى الْحَلْبِيِّ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ عَطِيَّةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ قَسَمَ
رَسُولُ اللَّهِ ص الْفِيءَ - فَأَصَابَ عَلِيًّا ع أَرْضًا - فَأَحْفَرُ فِيهَا عَيْنًا - فَحَرَجَ

12. Mohaghegh Mirdamad, Seyyed Mostafa, 1401 AD, Rules of Jurisprudence (Civil Section), Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 61st edition.
13. Ansari, Morteza, 1415, Kitab al-Makasib, Qom, Al-Angreez al-Alami, on the occasion of the remembrance of the second centenary of the birth of Sheikh Al-Azam al-Ansari.
14. Yazdi Tabatabayi, Mohammad Kazem, 1378, Urwa al-Waghqi, Qom, Dar al-Tafsir, 6th edition.
15. Khansari, Seyyed Ahmad, 1364, Jame al-Madarak fi Sharh al-Mukhas al-Nafi, Tehran, Ismailian Publications, second edition.
16. Tusi, Muhammad bin Hassan, 1400 A.H., The end of jurisprudence and al-fatawi, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, second edition.
17. Tusi, Abu Jafar Muhammad bin Hassan, 1427, Al-Rijal, Qom: Islamic Publications Office.
18. Ibn Idris Hali, Muhammad bin Mansour bin Ahmad (1410 AH), Al-Sura'ar al-Hawi for Tahrir al-Fatawi, 1 volume, Qom, Iran, Islamic Publications office affiliated with the Qom seminary community.
19. Alam Al-Hadi, Seyyed Morteza, 1415, Al-Intisar, Qom, Qom Seminary Teachers Society, Islamic Publications Office.
20. Jundi, Khalil Ibn Ishaq, 1422, Sharh al-Zarqani Ali, abbreviated by Sidi Khalil, revised by Amin, Abdussalam Muhammad, Qom, Dar al-Katb al-Al-Elamiya, volume 8.
21. Ramli, Shams al-Din, 1404, the end of al-Muhtahaj al-Sharh al-Manhaj, Beirut, Dar al-Fakr.
22. Mughina, Mohammad Javad, 1402, Fiqh Ali al-Mahabh al-Khamsah, Bina, Bija, 7th edition.
23. Ibn Qudama, Abdullah bin Ahmad, 1417, Al-Mughani, Mohaghegh, Halu, Abdul Fattah Muhammad; Turki, Abdullah

و مستند در فرض طرح دعاوی موضوع تحقیق و کمک به تقویت قوه تحلیل حقوق دانان در این زمینه، می تواند از دیگر دست آوردهای کاربردی این پژوهش به شمار آید.

References

1. Khoei, Abu al-Qasim, 1410, Minhaj al-Salehin, Qom, Medina of Science. Edition 28, 2 volumes.
2. Esfahani, Muhammad Hossein, 1419, Margin of Kitab Al-Makasab, Research: Sheikh Abbas Muhammad Al-Saba', Edition: Al-Awali, Publisher: Al-Muhaqq, Printing: Al-Miya, Line and Edition: Dar Al-Mustafa (PBUH) for Revival of Tradition
3. Ansari, Morteza bin Muhammad, 1374, Al-Makasab, Qom, Dehaqani, third edition.
4. Hosseini Aamili, Seyyed Javad bin Muhammad, B. Ta., Miftah al-Karamah fi Sharh Qa'aw al-Allamah, Beirut: Dar Ihya Al-Turath al-Arabi, first edition.
5. Tabatabaei Hakim, Seyyed Mohsen, 1374, Mustask Al-Arwa Al-Wathqi, Qom, Al-Tafsir Institute.
6. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah, 1415, Al-Makasab al-Muharmah, Qom: Institute for editing and publishing the works of Imam Khomeini Quds Sar.
7. Kashif al-Ghita, Ali, 1422, the description of the choices of al-lama, Qom, Al-Nashar al-Islami Foundation of the Jamaat al-Madrasin.
8. Tusi, Muhammad bin Hasan, Beita, Al-Mabusut fi fiqh al-Umamiyyah, Bija, Al-Razwiyyah Library, Al-Jaafariyya's works.
9. Mousavi Khomeini, Ruhollah, Bita, Baya, Qom, Mehr.
10. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, 1370, Hashiya Al-Makasab, Qom, Ismailian Institute, 4th edition, number of volumes: 2.
11. Mohaghegh Mirdamad, Seyyed Mostafa, 1406, Jurisprudential Rules, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, edition: 12th.

bin Abdul Mohsen, Riyadh: Dar Alam Al-Kitab, Volume 15.

24. The first martyr, Muhammad Bin Makki, 1412, al-Dros al-Sharia fi Fiqh al-Imamiya, Qom, Al-Nashar al-Islami Foundation, 1st edition, volume 3.

25. Najafi, Mohammad Hassan, 1376, Javaher Al Kalam, Tehran, Dar Al Kitab al-Islamiya.

26. Al-Hasafki, Mohammad Bin Ali, Beita, Al-Dar Al-Mukhtar, Beirut, Dar Al-Fakr.

27. Bhuti, Mansour bin Yunus, 1403, Kashf al-Qanaa on text of persuasion, Beirut, Alam al-Katb, 6 volumes.

28. Naraghi, Ahmed bin Mohammad Mahdi, 1375, Awaed al-Ayyam in the statement of the rules of al-Ahkam and the munitions of halal and haraam issues, Qom, Islamic Propaganda Office of Qom Seminary.

29. Kilini, Abu Jafar Muhammad bin Yaqub, 1407, Al-Kafi, Tehran: Dar Al-Kitab al-Islamiyyah.

30. Sadouq, Muhammad bin Ali bin Babuyeh, 1413, my book La Yahzara al-Faqih, Qom: Islamic Publications Office.

31. Hashemi Shahroudi, Seyyed Mahmoud, 2013, Fiqh culture according to the religion of Ahl al-Bayt, peace be upon him, Qom, Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence.