

## اشتراط خیار در وقف

| محمد هادی دارائی \* |

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری،  
تهران، ایران

### چکیده

وقف تأسیسی دائمی و با استحکامی فراتر از سایر عقود است به نحوی که بسیاری از فقهای امامیه و حقوق‌دانان کشورمان به کرات از دائمی بودن (تأبید) وقف و غیرقابل فسخ و تفاسخ بودن آن سخن گفته‌اند. آمیختگی وقف با اعتقادات مذهبی و اجر اخروی مترتب بر آن و آثار نیکوی اجتماعی و اقتصادی این نهاد، بر پایداری آن افزوده است به گونه‌ای که امروزه برخی اوقاف دارای قدمت بیش از هزار سال می‌باشند. علی‌رغم تأکید بر مؤبد بودن وقف، بررسی آثار فقهی نشان می‌دهد که برخی فقها در فروض خاص، امکان درج شرط خیار را در وقف پیش‌بینی کرده‌اند. مشهور فقها چنین شروطی را مورد پذیرش قرار داده و توجیهاً و ادله مختلفه برای اثبات صحت چنین شروطی مطرح شده است. قانون مدنی این دیدگاه را نپذیرفته است و از مواد مختلف آن استنباط می‌شود که تأبید و غیرقابل فسخ بودن وقف از خصایص ذاتی و غیرقابل انفکاک این عقد هستند و تحت هیچ عنوان نمی‌توان در وقف، شرطی نمود که سبب بازگشت وقف به مالکیت واقف شود. لهذا آنچه به عنوان شرط فسخ یا تفاسخ در برخی آثار فقهی مطرح شده، اساساً خارج از تأسیس وقف بوده و تحت عنوان سایر اجناس نظیر مطلق یا عمری قابل بررسی است.

**واژگان کلیدی:** وقف، حبس، تأبید، اشتراط خیار، فک ملک

---

\*Email: dr.daraei@yahoo.com

### مقدمه

قانون مدنی برخلاف رویه خود در طرح مباحث به تبعیت از ابواب فقهی، موضوع وقف را در مواد آغازین قانون مدنی مطرح کرده است. اما در آثار فقهی این موضوع غالباً در مباحث پایانی عقود و یا پس از عقود مطرح می‌شود. نکته قابل توجه دیگر در شیوه قانون مدنی این است که اکثر مواد قانون در مبحث وقف، ترجمه عبارات فقهی است و اکثر مسائل جدید در باب وقف در مقررات ناظر به وقف که در سال‌های بعد تصویب شده‌اند مطرح گردیده است. تبعیت قانون مدنی از فقه در مبحث وقف، طبعاً منجر به حکومت قواعد و استدلال‌های فقهی در این باب شده است به نحوی که در آثار شارحان قانون مدنی نیز این حکومت سایه افکننده است و عبارات به‌کار رفته در شرح این بخش از مواد، رنگ و بوی عمیق فقهی دارد.

از جمله موضوعات مهم در باب وقف، امکان یا عدم امکان فسخ آن است. همواره این پرسش مطرح است که آیا می‌توانیم مال خود را وقف کنیم و در آینده بدان رجوع نماییم؟ هرچند مقنن در باب درج خیار در وقف، علی‌الظاهر ماده صریحی ندارد، اما برخی مواد به خوبی نشان می‌دهند که قانون مدنی چنین امری را نمی‌پذیرد از جمله ماده ۶۱ و نیز تعریفی که مقنن از وقف ارائه داده و عین را محبوس تلقی کرده است.

در کنار این امر، شاهد طرح بحثی در برخی آثار فقهی هستیم که برای واقف امکان درج خیار در وقف را پیش‌بینی کرده‌اند. همانگونه که اشاره شد این موضوع تنها در برخی آثار فقهی مطرح شده و در برخی آثار اساساً بدان پرداخته نشده است و در برخی دیگر نیز صریحاً با آن مخالفت گردیده. در این مقاله به دنبال یافتن حکم این موضوع در حقوق ایران هستیم که آیا اساساً امکان درج شرط خیار در وقف وجود دارد یا نه. پاسخ به این پرسش اولاً بستگی تام به شناخت ویژگی‌های وقف دارد. ثانیاً با توجه به عدم طرح چنین موضوعی به‌نحو صریح در مقررات ایران، حقوق‌دانان نیز غالباً بدان نپرداخته‌اند، لذا ادبیات فقهی بر مباحث حاکم است و از نظرات فقهای امامیه استفاده خواهد شد تا در نهایت حکم حقوقی آن استنباط شود. بنابراین در فصل اول ویژگی‌های وقف مطرح و در فصل دوم به بررسی ادله موافقان و مخالفان چنین شرطی خواهیم پرداخت.

### ۱. ویژگی‌های وقف

در این فصل به بیان برخی شرایط وقف خواهیم پرداخت که با موضوع بحث (اشتراک خیار در وقف) مرتبط می‌باشند. لذا از طرح ویژگی‌هایی نظیر غیرمعاوضی بودن، وحدت مالک عین و منفعت و نظایر آن خودداری نموده و به شروط مرتبط که عبارتند از تأیید، فک ملک و قصد قربت خواهیم پرداخت.

## ۱-۱. تأیید

دیدگاه مشهور فقهای امامیه این است که تأیید (جاودان بودن)، شرط صحت وقف است و برای اثبات این امر اولاً به روایاتی تمسک می‌کنند که در آن‌ها عباراتی دال بر مؤبد بودن وقف به کار رفته است (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۳۴؛ بحرانی، ۲۱/۱۴۰۵: ۴۵۳). دوم اینکه برخی در خصوص لزوم جاودان بودن وقف ادعای اجماع نموده‌اند (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۴۵۲-۴۵۱؛ نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۵۳). دلیل سوم را آخوند خراسانی از برخی اعظام عصر خویش - که ظاهراً صاحب عروه می‌باشد - نقل می‌کند که «دوام، در تمامی عقود مُملک، شرط صحت است زیرا ملکیت قابل توقیت (موقت‌نمودن) نیست مگر به تبعیت از محلش (موضوعش) همانند سایر اعراض که قائم به موضوعاتشان هستند نظیر سیاهی و سپیدی. دوام و انقطاع نیز به تبعیت موضوعاتشان قابل تصور می‌باشند و تملیک وقفی نیز از اموری است که قابل توقیت نیست» (خراسانی، ۱۴۱۳: ۲۹). برخی حقوق‌دانان نیز بر تأیید وقف تأکید دارند (امامی، ۱/۱۳۷۷: ۷۳).

در مقابل، گروهی از فقها شرط تأیید را در وقف معتبر ندانسته و می‌گویند که اشتراط مدت در وقف بر اساس عموماتی نظیر اوفوا بالعقود صحیح است و اصل نیز بر عدم لزوم تأیید وقف است زیرا دلیلی بر لزوم چنین شرطی وجود ندارد (شهید ثانی، ۵/۱۴۱۳: ۳۵۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۲۰۸؛ خراسانی، ۱۴۱۳: ۳۱). در خصوص ادعای اجماع نیز برخی بدان قائل نبوده و حتی قول اول را به «جماعتی» از فقها منسوب دانسته‌اند (سبزواری، ۲/۱۴۲۳: ۱۰؛ طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۹۴). به‌علاوه آخوند خراسانی (طاب ثراه) در پاسخ به استدلال بر غیرقابل توقیت بودن عقود تملیکی، می‌گوید که عقود از امور اعتباری هستند و در دست اعتبارکننده، لذا می‌توان عقد تملیکی را به نحو موقت انشا کرد. ایشان به‌عنوان مثال نقض، از زوجیت موقت و نیز مالکیت مالک بر بدل حیلوله نام می‌برد که موقت می‌باشند (خراسانی، ۱۴۱۳: ۳۰).

مقنن در ماده ۵۵ قانون مدنی وقف را حبس عین و تسبیل منافع دانسته است.<sup>۲</sup> «منظور از حبس نمودن عین مال، نگاهداشتن عین مال از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین گردد» (امامی، ۱/۱۳۷۷: ۷۳). مقنن در این ماده از محبوس بودن عین به‌طور مطلق و بدون تعیین مدت سخن می‌گوید و در هیچ‌یک از دیگر مواد قانون مدنی به موضوع موقت بودن وقف اشاره نداشته لذا از این ماده

۱. از مهم‌ترین قواعد فلسفی که زیربنای قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد، قاعده‌ای است که با عبارت «الاعتبار بید من بیده الاعتبار» یا «الاعتبار بید المعبر» بیان می‌شود.

۲. این تعریف انعکاس روایاتی است که در این باب وارد شده است از جمله فرمایش نبی مکرم اسلام (ص): «حَبْسِ الاصل و سَبْلِ الثمرة» (نوری، ۱۴/۱۴۰۸: ۴۷).

می‌توان دائمی بودن وقف را استنباط کرد. به‌علاوه در وجه تسمیه وقف گفته شده است که «مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است و بدین جهت هم آن را وقف گفته‌اند، چه کلمه وقف در فارسی ایستادن و نگهداشتن است» (امامی، ۱/۱۳۷۷: ۷۳). همچنین به نظر می‌رسد که عرف به‌عنوان منشأ پیدایش معاملاتی نظیر وقف (جعفری، ۱۳۸۸: ۳۴۵) - نیز همین معنا را از وقف برداشت می‌کند و در مواجهه با توقیت وقف، با دیده تردید و انکار بدان می‌نگرد. از نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۱۸ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز این نظر قابل استنباط است: «... حبس کامل این اموال (موقوفه)، مستلزم اخراج ابدی آن از ملک واقف خواهد بود».

در ادامه بحث بالا مناسب است که به یکی از شرایط عین موقوفه اشاره شود که مرتبط با شرط دائمی بودن وقف است و آن لزوم بادوام بودن عین موقوفه است. به نظر برخی فقها مال موضوع وقف نباید دارای عمر کوتاه باشد (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۳۱؛ کاشف الغطا، ۲/۱۳۵۹: ۷۸).<sup>۱</sup> دلیل این دسته از فقها آن است که کوتاه بودن عمر مورد وقف با شرط جاودان بودن وقف منافات دارد (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۳۱). به‌علاوه عینی که عمر کوتاه دارد منافع آن نیز اندک است لذا وقف به‌دلیل قلت منفعت صحیح نخواهد بود (شهید ثانی، ۳/۱۴۱۰: ۱۷۵). برخی حقوق دانان نیز با استناد به ماده ۵۸ قانون مدنی، «معتابه» بودن عمر عین موقوفه را شرط صحت وقف دانسته‌اند (حائری، ۱۳۷۶: ۳۱). در مقابل، اکثر فقها کوتاه بودن عمر عین موقوفه را مُخِل به وقف تلقی نکرده و اطلاق عبارات اکثر فقها در این باب را حمل بر صحت وقف اعیان دارای عمر کوتاه دانسته‌اند. لذا وقف گیاهان معطر برای بوی خوششان را جایز می‌دانند (نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۱۸). در پاسخ به ادله گروه اول نیز می‌توان گفت که کوتاه بودن عمر عین موقوفه منافاتی با شرط تأیید در وقف ندارد زیرا منظور از لزوم جاودان بودن وقف، دوام آن تا زمان حیات عین موقوفه است (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۷۹)، بلکه اگر بین این دو منافات بود، هیچ وقفی صحیح نمی‌بود زیرا هیچ عینی دارای عمر ابدی نیست (نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۱۸). به‌علاوه هیچ‌یک از فقها کم یا زیاد بودن منافع را دلیل صحت و بطلان وقف ذکر نکرده‌اند و دلیل فوق (بطلان وقف به‌دلیل قلت منافع عین دارای عمر کوتاه) استحسانی است. قانون مدنی در ماده ۵۸ به‌نحو مطلق امکان انتفاع از عین، بدون اینکه از بین برود را شرط صحت وقف دانسته است اعم از اینکه عمر آن کوتاه یا طولانی باشد.

در خصوص شرط تأیید، ذکر دو مسئله (فرع) ضروری به نظر می‌رسد.

۱. در مقابل، برخی فقها حتی وقف یک دسته گل خوشبو را نیز صحیح دانسته‌اند. (شهید ثانی، ۳/۱۴۱۰: ۱۷۵)

## ۱-۱-۱. تعیین مدت در وقف

ابتدا باید به این نکته اشاره کرد که برخی حکم توقیت و تأیید وقف را واحد دانسته و هر دو را باطل می‌دانند. اما عده‌ای دیگر بین حکم این دو تفاوت قائل شده و درحالی‌که تأیید را شرط صحت وقف نمی‌دانند اما توقیت وقف را باعث بطلان آن دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۹۴؛ لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۹۲).

پس از ذکر این مقدمه به پرسش اصلی می‌پردازیم که اگر در وقف مدت تعیین شود و یا موقوف‌علیه (علیهم) عادتاً منقرض می‌شوند، حکم چنین وقفی چیست؟ برخی فقها تعیین مدت در وقف را باطل و مبطل می‌دانند زیرا برخلاف شرط تأیید وقف است (محقق حلی، ۲/۱۴۰۸: ۱۷۰). به‌علاوه به نظر ایشان نمی‌توان گفت آنچه ایجاد شده است حبس رقبی است زیرا بین حبس و وقف تفاوت ماهوی وجود دارد بدین معنا که وقف مستلزم خروج از ملک است اما حبس مستلزم خروج از ملک نیست (نک: طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۹۲).<sup>۱</sup> دیدگاه دوم این است که شرط صحیح است و پس از پایان مدت صرف بریات عمومی می‌گردد (حلی، ۱۴۱۷: ۲۹۹) و برخی این قول را مشهور دانسته‌اند (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۳۶). این دیدگاه به لحاظ حقوقی و با استناد به ماده ۹۱ قانون مدنی قابل‌پذیرش است و برخی حقوق‌دانان نیز آن را برگزیده‌اند (امامی، ۱۳۷۷: ۷۵). بنابر این نظر مفاد شرط این است که در مدت تعیین شده منافع عین موقوفه صرف جهت منظور می‌شود و پس از پایان مدت تسبیل منافع در جهت بریات عمومی مصرف خواهد شد. نظر سوم این است که وقف صحیح است و شرط باطل و پس از پایان مدت به ورثه موقوف‌علیه می‌رسد (ابن ادریس حلی، ۳/۱۴۱۰: ۱۶۵؛ حائری، ۱۳۷۶: ۳۵). نظر چهارم این است که وقف صحیح است و پس از پایان مدت عین موقوفه به واقف یا وراث وی بر می‌گردد (سبزواری، ۲/۱۴۲۳: ۱۰). بازگشت این نظر به عدم اعتبار تأیید در وقف است و از این رو صاحبان این دیدگاه معتقدند که وقف مدت‌دار نیز در مدت تعیین شده صحیح است (خراسانی، ۱۴۱۳: ۳۱)، لذا بعد از پایان مدت به واقف یا ورثه وی بازمی‌گردد. این فقها به روایت «الوقوف علی حسب ما یقفها (یوقفها) اهلها» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹، ح ۲۴۳۸۶: ۱۷۵) نیز برای اثبات صحت وقف موقت استناد کرده‌اند (خراسانی، ۱۴۱۳: ۳۱). به‌علاوه به نظر

۱. صاحب عروه در رد این استدلال می‌فرماید که اخراج از ملکیت مقتضای ذات وقف نیست بلکه از آثار شرط تأیید است (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱: ۱۹۲) لذا چون در فرض تعیین مدت در وقف، طرفین قصد تأیید نداشته‌اند، اخراج از ملکیت نیز حاصل نخواهد شد. برخی حقوق‌دانان تأکید دارند که تأیید اساساً نه مقتضای ذات وقف است و نه از لوازم مقتضای بلکه وقف می‌تواند مقطوع‌الآخر باشد که در صورت انقطاع به ملک واقف بازمی‌گردد (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۹۱).

ایشان روایاتی که شیوه وقف ائمه را بیان کرده‌اند بدین معنا هستند که حضرات معصومین آن گونه انشاء وقف نموده‌اند نه اینکه وقف لزوماً باید آن گونه انشا شود (خراسانی، ۱۴۱۳: ۳۲). دیدگاه پنجم این است که آنچه واقع شده صحیح است ولی وقف نیست، بلکه حبس است و لذا پس از پایان مدت به مالک یا وراث وی باز می‌گردد. دلیل صاحبان دیدگاه این است که در این حال مقتضی ایجاد حق انتفاع یعنی صیغه حبس وجود دارد، زیرا وقف و حبس در معنی مشترک هستند و می‌توان هر یک را به جای دیگری قرار داد فلذا اگر وقف مقرون به تأیید نباشد، نشان می‌دهد که حبس مقصود بوده همان گونه که اگر حبس مقرون به تأیید باشد، نشان‌دهنده قصد وقف است<sup>۱</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵: ۳۵۳).<sup>۲</sup> به علاوه فقها به روایات صحیحی نیز برای تأیید قول صحت وقف موقت استناد کرده‌اند.<sup>۳</sup> بر

۱. این سخن شهید (ره) که «اگر حبس مقرون به تأیید باشد، نشان‌دهنده قصد وقف است» بالجمله صحیح نیست زیرا می‌توان آنچه انشا شده را حبس مؤبد دانست هر چند سخن وی از باب غلبه می‌تواند فی الجمله صحیح باشد.  
 ۲. سید یزدی بیان دیگری در اشتراک حبس و وقف و عدم تفاوت ماهوی این دو دارد: «ایقاف (متوقف نمودن)، قدر مشترک وقف و حبس است و تفاوت وقف و حبس در قصد تأیید یا عدم آن است. پس در آنجا که قصد تأیید نباشد، قهراً حبس خواهد شد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۱۹۲). البته ایراد وارد بر سخن شهید که در پاورقی پیشین متذکر شدیم بر قسمت اخیر کلام محقق یزدی طاب ثراه نیز وارد است.

۳. صحیح اول از علی ابن مهزیار از معصوم (امام جواد یا امام هادی علیهما السلام): «قُلْتُ لَهُ رَوَى بَعْضُ مَوَالِيكَ عَنْ آبَائِكَ ع - أَنْ كُلَّ وَقْفٍ إِلَى وَقْتٍ مَعْلُومٍ - فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْوَرَثَةِ - وَ كُلُّ وَقْفٍ إِلَى غَيْرِ وَقْتٍ جَهْلٌ مَجْهُولٌ - فَهُوَ بَاطِلٌ عَلَى الْوَرَثَةِ - وَ أَنْتَ أَعْلَمُ بِقَوْلِ آبَائِكَ ع - فَكَتَبْتُ عَ هَكَذَا هُوَ عِنْدِي» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ۱۹۲). صاحب حدایق ذیل این روایت می‌فرماید که، «ظاهر روایت این است که اگر وقف مقید به وقت معلوم باشد حبس صحیح بوده و انفاذ آن در مدت تعیین شده از سوی ورثه واجب است و اگر وقت آن ذکر نشود یا مجهول باشد، باطل خواهد بود» (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۳۵). البته قسمت اخیر قول ایشان محل اشکال است که وقف بدون تعیین مدت را باطل دانسته‌اند حال آنکه وقف همواره بدون تعیین مدت است و حمل بر دوام می‌شود و لذا این روایت را باید حمل بر جایی کنیم که مدت تعیین شده اما مجهول باشد که این حبس (حق انتفاع) مجهول بوده و باطل است.

روایت دیگر صحیح ابوالحسن صفار: «كَتَبْتُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ عَ سَأَلَهُ عَنِ الْوَقْفِ الَّذِي يَصِحُّ كَيْفَ هُوَ فَقَدْ رَوَى أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا كَانَ غَيْرَ مُوقَّتٍ فَهُوَ بَاطِلٌ مَرْدُودٌ عَلَى الْوَرَثَةِ وَإِذَا كَانَ مُوقَّتًا فَهُوَ صَحِيحٌ مُمَضًى قَالَ قَوْمٌ إِنَّ الْمَوْقَّتَ هُوَ الَّذِي يَذْكُرُ فِيهِ أَنَّهُ وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ وَ عَقِبِهِ فَإِذَا انْقَرَضُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ إِلَى أَنْ يَرِثَ اللَّهُ الْأَرْضَ وَ مَنْ عَلَيْهَا وَ قَالَ آخَرُونَ هَذَا مُوقَّتٌ إِذَا ذَكَرَ أَنَّهُ لِفُلَانٍ وَ عَقِبِهِ مَا بَقُوا وَ لَمْ يَذْكُرْ فِي آخِرِهِ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ إِلَى أَنْ يَرِثَ اللَّهُ الْأَرْضَ وَ مَنْ عَلَيْهَا وَ الَّذِي هُوَ غَيْرَ مُوقَّتٍ أَنْ يَقُولَ هَذَا وَقَفْتُ وَ لَمْ يَذْكُرْ أَحَدًا فَمَا الَّذِي يَصِحُّ مِنْ ذَلِكَ وَ مَا الَّذِي يَبْطُلُ فَوَقَعَ عَ الْوَقُوفُ بِحَسَبِ مَا يَوْقِفُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ۱۹۳). صاحب وسایل ذیل صحیح صفار می‌فرماید که ظاهر روایت این است که اگر دائم باشد، وقف است و اگر موقت باشد حبس می‌باشد. به خصوص به قسمت اخیر این روایت که فرموده است «الْوَقُوفُ بِحَسَبِ مَا يَوْقِفُهَا» استناد کرده‌اند.

اساس این دیدگاه، اگر در وقف مدت تعیین شود و یا موقوف‌علیهم عادتاً منقرض شوند، باطل نیست بلکه وقف نیست و حبس است و لذا بعد از پایان مدت به ملک واقف یا موقوف‌علیهم - یا وراث ایشان - برمی‌گردد (همین گونه است اگر واقف مالی را برای شخصی و فرزندان‌ش وقف کند و پس از چند نسل موقوف‌علیهم مقطوع‌النسل شوند، به این وقف، وقف یا حبس منقطع‌الآخر گویند). البته برخی فقها تصریح کرده‌اند که اگر در وقف مدت تعیین شود، در صورتی حبس محسوب می‌شود که قصد حبس داشته باشد اما اگر قصد وقف داشته، یقیناً باطل خواهد بود (شهید ثانی، ۵/۱۴۱۳: ۳۵۳؛ نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۵۳).

به نظر می‌رسد اولاً اگر طرفین واقعاً قصد وقف داشته‌اند و برای آن مدت تعیین کرده باشند، وقف باطل است زیرا شرط بنیادین صحت وقف، تأبید و اخراج ابدی و غیرقابل برگشت از ملکیت است؛ ثانیاً اگر مال را وقف کرده و ضمن آن مدت تعیین نموده اما بر تفاوت وقف و حبس (عقد انتفاع) آگاه نبوده، به عنوان حبس صحیح است؛ ثالثاً اگر موقوف‌علیهم را به نحوی تعیین نموده که عادتاً منقرض می‌شوند وقف صحیح است زیرا کسی تردیدی در صحت وقف منقطع‌الآخر ندارد. البته در خصوص دوران پس از انقطاع موقوف‌علیهم میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و در نظام حقوقی ایران بند ۱ ماده ۹۱ قانون مدنی حکم موضوع را مشخص نموده است.

## ۲-۱- تفاوت وقف با حبس مؤبد

قانون مدنی حبس و حق انتفاع را به یک معنا به کار برده است و همانند برخی آثار فقهی، از حبس مؤبد سخنی به میان نمی‌آورد و البته این به معنای غیر معتبر بودن حبس مؤبد نیست زیرا در برخی قوانین و آثار فقهی و حقوقی این مفهوم مورد شناسایی قرار گرفته است<sup>۱</sup> و حبس مؤبد یکی از اقسام حق انتفاع است. اما جست‌وجوی نویسنده این سطور در آثار فقهی و حقوقی در یافتن بیان تفاوت‌های حبس مؤبد با وقف ره به جایی نبرد که البته احتمال دارد از دید نویسنده مغفول مانده باشد. به هر حال در بیان برخی تفاوت‌های مهم حبس مؤبد و وقف، آنچه به ذهن می‌رسد بدین شرح است:

۱. در حبس مؤبد، فک ملک نمی‌شود و عین کماکان در مالکیت حابس و مالک است و منتفعین صرفاً حق انتفاع دارند اما وقف، فک ملک و حبس عین است به نحوی که واقف هیچ مالکیتی بر عین موقوفه ندارد؛

۲. درج عوض یا شرط عوض در وقف باطل و مبطل است اما در حبس مؤبد این گونه نیست؛

۳. در وقف اقاله و خیار راه ندارد اما در حبس مؤبد هر دو حق قابل تحقق است؛

۱. از جمله ماده ۳ قانون اوقاف ۱۳۱۳ از حبس مؤبد سخن گفته است.

۴. در حبس مؤبد، مالک می‌تواند صرفاً یکی از منافع مال را حبس کند و لذا سایر منافع کماکان در مالکیت وی باقی می‌ماند مانند آنکه میوه‌های درختان باغی را حبس کند اما سایر منافع نظیر سایه درختان و برگ آن‌ها و زمین باغ برای کشت و زرع کماکان در ملک وی است. اما در وقف به واسطه حبس عین، رابطه مالکیت مالک با منافع و عین منقطع می‌شود. البته برخی فقها تصریح نموده‌اند که در وقف امکان دارد برخی منافع را وقف کرد و برخی دیگر در اختیار واقف بماند و مستند ایشان روایت «الوقف علی حسب ما یقفها اهلها» می‌باشد (کاشف الغطا، ۲/۱۳۵۹: ۷۵). اما به نظر می‌رسد با عنایت به فک مالکیت از عین و حبس عین موقوفه، به‌طور کلی پیوند مالک با آن قطع می‌شود و نمی‌توان برخی منافع را برای مالک باقی گذارد. به‌علاوه روایت مورد استناد نیز ناظر به موضوع و جهت وقف است و نه تعیین حدود تصرفات واقف و به نظر می‌رسد منظور روایت این است که وقف صرف اموری می‌شود که واقف آن را اراده کرده است اما باید در چهارچوب قواعد باشد لذا وقف بر امور نامشروع و یا وقف بر نفس باطل است و عموم الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، مصحح چنین وقفی نیست؛

۵. در حبس مؤبد اگر عین از قابلیت انتفاع منافع محبوسه خارج شود، حبس منفسخ و مالکیت مالک بر آن اعاده می‌شود اما در وقف اگر عین موقوفه قابلیت انتفاع را از دست بدهد امکان فروش عین موقوفه وجود دارد که منافع آن صرف اقرب به غرض واقف می‌شود (مواد ۸۷ تا ۹۰ قانون مدنی) و در هیچ حال به ملک واقف بازمی‌گردد؛

۶. وقف بر نفس باطل است (ماده ۷۲ قانون مدنی) اما حبس مؤبدی که حابس نیز جزء منتفعین باشد صحیح است؛

۷. مقنن برای وقف شخصیت حقوقی شناخته است (ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳) اما حبس فاقد شخصیت حقوقی است؛

۸. برخی فقها قصد قربت را شرط صحت وقف دانسته‌اند اما در حبس چنین دیدگاهی وجود ندارد.

هرگاه صیغه انشای حبس به نحوی باشد که تردید شود منظور انشاکنده وقف بوده یا حبس مؤبد، دو دیدگاه قابل طرح است. اول اینکه بگوییم اصل بر حبس بودن است زیرا تردید در این است که آیا عین از مالکیت مالک خارج شده است یا نه و اصل بر عدم اخراج از ملکیت است و مالکیت مالک، استصحاب می‌شود. دیدگاه دوم می‌تواند این باشد که از باب غلبه، مورد را وقف محسوب می‌کنیم زیرا عمدتاً منظور از انشای حبس تأبیدی، وقف است و نه حق انتفاع موبد. بر فرض وجود چنین

غلبه‌ای، از باب تقدم اماره بر اصل، دیدگاه دوم اقوی است. حتی در عبارات برخی فقها دیده می‌شود که اگر حبس مقرون به تأیید باشد، نشان‌دهنده قصد وقف است (شهید ثانی، ۱۴۱۳/۵: ۳۵۳).

## ۲-۱. فک ملک

فک ملک یا اخراج از ملکیت یکی دیگر از شرایط وقف است. واقف عین را از ملکیت خویش منتزع می‌نماید و - با توجه به شناسایی شخصیت حقوقی برای وقف - هم‌زمان، شخصیت حقوقی شکل می‌گیرد و عین موقوفه به این شخصیت حقوقی منتقل می‌شود.<sup>۱</sup> روایات متعددی بر فک ملک در وقف دلالت دارد و در کتب روایی، بابتی به بحث اخراج از ملکیت اختصاص یافته است. در آثار فقهی نیز هنگام بحث راجع به بطلان وقف بر نفس، به موضوع اخراج از ملکیت پرداخته‌اند و وقف بر نفس را منافی با شرط اخراج از ملکیت می‌دانند زیرا «معقول نیست که انسان مالش را به خودش تملیک کند»<sup>۲</sup> (شهید ثانی، ۱۴۱۳/۵: ۳۶۱).<sup>۳</sup> لازم به ذکر است که به نظر برخی فقها اگر اجماع بر این امر محقق نباشد، دلیلی بر لزوم فک ملک و اخراج واقف از وقف وجود ندارد (کاشف‌الغطا،

۱. با شناسایی شخصیت حقوقی برای وقف، با پیچیدگی‌های نظری مواجه هستیم. از سویی در هر نقل و انتقال حقوقی، پیش از انتقال، منتقل‌الیه وجود دارد و ملک به وی منتقل می‌شود اما در وقف، واقف و منتفعین مشخص هستند اما منتقل‌الیه تا پیش از انعقاد قرارداد هنوز به وجود نیامده است. هم‌زمان با انعقاد وقف، منتقل‌الیه (شخصیت حقوقی وقف) پدید می‌آید و عین موقوفه هم‌زمان به وی منتقل می‌شود. چنین وضعیتی را در هیچ‌یک از تأسیسات حقوقی شاهد نبوده‌ایم. از طرف دیگر می‌توان شباهت‌هایی را بین این وضعیت با تأسیس «تعهد به نفع ثالث» ملاحظه کرد. در اینجا با ایجاب‌کننده (واقف)، قبول‌کننده (حاکم یا طبقه اول موقوف علیهم) و منتقل‌الیه (شخصیت حقوقی وقف) مواجهیم. بررسی این پیچیدگی‌ها مجال دیگری می‌طلبد تا به نحو مبسوط به فحوص در ابعاد آن پرداخته شود. اما جماً می‌توان به قرابت مبنای این تأسیس با نظریه مادی تعهد توجه کرد.

۲. اولاً به نظر می‌رسد شیوه بیان استدلال فوق (اینکه گفته‌اند معقول نیست انسان مالش را به خودش تملیک کند) باید تغییر یابد زیرا در وقف، تملیک منافع رخ نمی‌دهد بلکه موقوف‌علیهم حق انتفاع دارند و این تفاوت اصلی است که بین احباس با عقود ناقل منافع وجود دارد. لذا بیان دقیق این است که بگوییم «معقول نیست کسی انتفاع از منافع مالش را به خودش واگذار کند». دوم اینکه نفس استدلال نیز محل تأمل است زیرا واقف با انعقاد وقف، ملکیت را از خود سلب می‌کند لذا اگر خود را جزء منتفعین قرار دهد، منع عقلایی ندارد زیرا در زمان انتفاع دیگر مالک آن مال نیست تا ایراد فوق وارد باشد. بنابراین برای بطلان وقف بر نفس باید به دنبال ادله یا استدلال‌های دیگری بود.

۳. برخی فقها بین وقف دائم و وقف منقطع‌الآخر (یعنی وقف بر اشخاصی که عادتاً منقرض می‌شوند نظیر وقف بر فرزند بدون ذکر اینکه نسل بعد نسل به بطون بعد منتقل شود) تفاوت قائل شده و در اولی، خروج وقف از ملک واقف را مسلم دانسته‌اند اما در دومی فک ملک را محل اشکال می‌دانند (خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۶۵ و ۶۶). در حقوق ایران در وقف منقطع‌الآخر نیز اخراج از ملکیت رخ می‌دهد و در صورت انقطاع، منافع موقوفه صرف بریات عمومی می‌شود (ماده ۹۱ قانون مدنی).

۷۴: ۲/۱۳۵۹). برخی حقوق دانان نیز همین دیدگاه را پذیرفته و ملازمه بین وقف و اخراج از ملکیت را نمی‌پذیرند (لنگرودی، ۵/۱۳۸۸: ۳۵۱). به نظر ایشان واقف صرفاً حقوق خود نسبت به عین موقوفه را اسقاط می‌کند نظیر حق انتقال و انتفاع و غیره اما عین موقوفه کماکان در ملک وی باقی است (لنگرودی، ۵/۱۳۸۸: ۳۵۲). صرف نظر از ایرادات تحلیلی متعدد بر دیدگاه اخیر، در نظام حقوقی فعلی ما، با شناسایی شخصیت حقوقی برای وقف، نظر فوق قابل دفاع به نظر نمی‌رسد. هرچند قانون مدنی تصریح بر این موضوع فک ملک ندارد اما از مواد مختلف قابل برداشت است؛ نظیر ماده ۵۵ که از حبس عین سخن می‌گوید، و عدم امکان تغییر وقف که در ماده ۶۱ بدان تصریح شده است و ماده ۷۲ که وقف بر نفس را باطل دانسته است. به علاوه با توجه به ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه ۱۳۶۲ که وقف را دارای شخصیت حقوقی می‌داند، تردیدی نیست که به نظر مقررین وقف بعد از تحقق، از ملک واقف خارج می‌شود و دارای شخصیت حقوقی است.

اینکه آیا در وقف صرفاً منافع به موقوف‌علیهم تملیک می‌شود (نک: نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۶۸) و یا عین و منافع با هم تملیک می‌شوند (ابن ادریس حلی، ۳/۱۴۱۰: ۱۶۵) و یا اساساً موقوف‌علیهم مالک عین و منافع نیستند بلکه فقط حق انتفاع دارند، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. در حقوق ایران با توجه به ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه ۱۳۶۲ که مقرر می‌دارد «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان اوقاف حسب مورد نماینده آن می‌باشد»، و نیز قانون مدنی که بحث وقف را ذیل حق انتفاع آورده است، باید گفت که وقف بعد از وقوع دارای شخصیت مستقل است و لذا نه ملک واقف است و نه موقوف‌علیهم بلکه موقوف‌علیهم صرفاً حق انتفاع دارند و عین موقوفه ملک شخصیت حقوقی وقف است.

### ۳-۱. قصد قربت

مشهور فقها قصد قربت را نیز شرط صحت وقف دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۸۶) و استدلال شده است که وقف و صدقه از یک جنس هستند (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۹۶) و همان گونه که در صدقه، قصد قربت شرط صحت است، در وقف نیز همین گونه می‌باشد. حتی بر این امر ادعای اجماع نیز شده است (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۴۶۰). به علاوه قائلین به لزوم قصد قربت به روایاتی نظیر «لا صدقة ولا عتق إلا ما ارید به وجه الله عزّ و جلّ» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ۲۱۰) استناد می‌کنند. لازم به ذکر است که برخی معتقدند که قصد قربت صرفاً به مسلمان منتسب است و لذا از

۱. در روایات، کلمه وقف به طور نادر به کار برده شده و غالباً به جای آن، صدقه تعبیر شده است.

غیرمسلمان اعم از کتابی و غیرکتابی قصد قربت تمشی نمی‌یابد، اما برخی فقها تصریح نموده‌اند که قصد قربت از کافر نیز متمشی می‌شود (کاشف الغطا، ۲/۱۳۵۹: ۷۳).

برخی احتمال داده‌اند که منظور از لزوم قصد قربت در وقف این است که وقف ذاتاً تقرب است (عاملی کرکی، ۹/۱۴۱۴: ۱۵). این تفسیر به قول دوم باز می‌گردد که نیت قربت شرط صحت وقف نیست. اما به نظر می‌رسد چنین تفسیری با دیدگاه قائلین به لزوم قصد قربت در وقف سازگار نیست زیرا نماز نیز ذاتاً تقرب است. اما با وجود این، داشتن قصد قربت شرط صحت آن است و همین‌گونه است عقد صدقه. لذا منظور قائلین به لزوم قصد قربت این است که همانند نماز باید هنگام انعقاد، چنین قصدی وجود داشته باشد و الا باطل است و اصطلاحاً آن را از عبادات می‌دانند و نه توصلات. در مقابل، برخی فقها داشتن قصد قربت را شرط نمی‌دانند زیرا دلیلی بر این امر نیست، هرچند می‌گویند که اگر با قصد قربت باشد، ثواب دارد (شهید ثانی، ۳/۱۴۱۰: ۱۶۵). به علاوه روایات وارده را نیز حمل بر کمال وقف می‌کنند و نه صحت آن (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۴۶۱)؛ بدین معنا که کمال وقف را در داشتن قصد قربت می‌دانند نه اینکه داشتن قصد قربت شرط صحت وقف باشد. مؤید کلام ایشان، موارد مشابهی در روایات است که حمل بر کمال آن عبادت شده است نظیر «لا صلاة الا باذان و اقامة» (تهذیب، ج ۲: ۲۸۲) و یا «لا صلاة الا باسْبَاحِ الْوُضُوءِ وَ إِحْضَارِ النَّيَّةِ وَ خُلُوصِ الْيَقِينِ وَ إِفْرَاقِ الْقَلْبِ وَ تَرْكِ الْأَشْغَالِ» (نوری، ۴/۱۴۰۸: ۱۰۶).

مقنن نیز در هیچ‌یک از مقررات ناظر به وقف قصد قربت را شرط صحت وقف ندانسته است. در نظریه ۷/۲۳۳۱ مورخ ۸۲/۳/۱۷ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز این دیدگاه بیان گردیده: «در عقد وقف، قصد قربت شرط نشده... غیر مسلمان هم می‌تواند قربه الی... عملی انجام دهد و به هر حال وقف از کافر هم پذیرفته است».

در مبحث بعد خواهیم دید که یکی از ادله برخی فقها برای عدم امکان اشتراط فسخ در وقف، لزوم داشتن قصد قربت است که هرآنچه قصد قربت در آن شرط است، قابل فسخ و رجوع نیست.

## ۲. بررسی ادله موافقان و مخالفان

در خصوص عدم امکان فسخ وقف ادعای اجماع شده است (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۴۴۶) و حتی قول به عدم فسخ را از ضروریات مذهب امامیه دانسته‌اند (نجفی، ۲۸/۱۴۰۴: ۱۱). و در میان عامه، ابوحنیفه است که می‌گوید، وقف بعد از قبض تا زمان تنفیذ حاکم، قابل فسخ است (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۴۴۷). برخی حقوق‌دانان نیز تأکید دارند که در وقف نمی‌توان خیار فسخ قرار داد (امامی، ۱/۱۳۷۷: ۷۴).

علی‌رغم اجماع فوق، حداقل دو فرض در آثار برخی فقهای امامیه مطرح شده است که حاکی از صحت اشتراط برخی خيارات در وقف است. مورد اول آن است که واقف وجود ویژگی ای را در موقوف‌علیهم شرط کند و ایشان فاقد آن شرط شوند، که به نظر برخی فقها واقف حق رجوع از وقف را دارد (کاشف الغطا، ۲/۱۳۵۹: ۸۹)<sup>۱</sup> مانند آنکه واقف ملکش را وقف فرزندان عادلش کند ولی فرزندان فاسق شوند. در این حال، عدالت قید موقوف‌علیهم بوده و به نظر ایشان، رجوع از این وقف، تغییر در وقف نیست زیرا عادل بودن موقوف‌علیهم قید وقف بوده و نه انگیزه و داعی واقف (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۹۲). در آنجا که عدالت موقوف‌علیهم انگیزه واقف بوده، در صورت زوال عدالت، وقف متزلزل نمی‌شود زیرا عدالت، قید وقف نبوده تا با زوال قید، مقید نیز منتفی شود. با توجه به اینکه فرض دوم که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد عمدتاً دارای مباحث و استدلال‌های مشابه مورد اول است، بیش از این در خصوص فرض اول سخن نمی‌گوییم و به فرض دوم می‌پردازیم. به‌علاوه اهمیت فرض دوم آنجا ظاهر می‌شود که در خصوص آن ادعای اجماع شده است و بسیاری فقها آن را نقل و تأیید نموده‌اند.

مورد دوم<sup>۲</sup> قول مشهور فقها - بلکه بنابر نظر برخی، اجماع امامیه (سیدمرتضی، ۱۴۱۵: ۴۶۸) - آن است که اگر واقف بگوید در صورت نیاز، وقف به ملکش بازگردد و یا بگوید این ملک تا زمانی وقف است که غنی باشم، وقف صحیح است و با محتاج شدنش، وقف به ملک وی رجوع کرده و بعد از مرگ نیز به ورثه‌اش می‌رسد (مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۲؛ شهیدثانی، ۳/۱۴۱۰: ۱۷۲). سید مرتضی قدس سره این دیدگاه را از انفرادات امامیه دانسته است. البته قبل از وی، ابن جنید (ره) خلاف این نظر را برگزیده و این شرط را صحیح نمی‌دانسته اما سیدمرتضی، قول وی را فاقد حجیت و مبتنی بر ظنون غیر معتبر و اخبار شاذ می‌داند (سیدمرتضی، ۱۴۱۵: ۴۷۰). در خصوص ماهیت آنچه ایجاد شده است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها به‌طور کلی این شرط را باطل و مبطل وقف دانسته‌اند که در گفتار دوم به نظر ایشان اشاره خواهد شد. نظر دوم این است که این فرض، وقف نبوده بلکه حبس است (علامه حلی، ۱۴۱۳ [الف/۲]: ۳۸۹) که حابس می‌تواند در صورت نیاز رجوع کند و یا اگر فوت کند، به ورثه‌اش می‌رسد حتی اگر در زمان حیات رجوع نکرده باشد زیرا هرگز وقف نبوده. نظر سوم این است که مانحن‌فیه وقف محسوب می‌شود و لذا اگر محتاج نشد و فوت کرد، به ورثه

۱. هر چند ایشان تداوم وقف منقطع‌الآخر بعد از زوال بطن آخر و صرف آن در امور خیر را اولی دانسته‌اند از اتمام وقف و بازگشت به ملک واقف یا ورثه او.

۲. صاحب عروه می‌فرماید که بین مورد اول و دوم تفاوتی نیست زیرا در اولی جعل غایت، وصف موقوف‌علیه است و در دومی وصف واقف (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۲۰۲).

نمی‌رسد اما اگر محتاج شود، به ملک واقف بازمی‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب/۶]: ۲۹۲؛ طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۲۰۲؛ خمینی، ۲/۱۳۹۰: ۶۷).  
در دو گفتار بعد به بررسی ادله و استدلال‌های قائلین به صحت و بطلان این شرط می‌پردازیم و در نهایت موضع قانون مدنی تبیین خواهد شد.

### ۲-۱. موافقین اشتراط خیار

آن گونه که اشاره شد بسیاری از فقها شرط مورد بحث (اشتراط خیار در صورت نیاز واقف) را صحیح دانسته‌اند. ادله این دیدگاه، علاوه بر اجماع مورد ادعا، این است که وقف مانند سایر عقود در اختیار واقف است و وی می‌تواند هر شرطی می‌خواهد درج کند و بین این شرط با سایر شروط، تفاوتی نیست (سیدمرتضی، ۱۴۱۵: ۴۶۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب/۶]: ۲۹۲). دلیل سوم، عموماً اوفوا بالعقود و المومنون عند شروطهم است (طباطبایی حائری، ۱۰/۱۴۱۸: ۱۱۸) زیرا آنچه واقع شده، عقد است و اکنون در صحت شرط ضمن آن اختلاف است و لذا در این حال در شمول عموماً بر این شرط تردید داریم و در حالت شک، اصل را بر شمول عموماً بر مورد مشکوک می‌گذاریم (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/۳۶۵). چهارمین دلیل، روایات است از جمله روایت از امام حسن عسکری (ع) که می‌فرمایند: «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها». روایت دیگر که مهم‌ترین مستند این دیدگاه است صحیح‌ه اسماعیل ابن فضل از حضرت صادق (ع) است که از حضرت سؤال می‌شود که شخصی هنگام حیاتش بخشی از مالش را وقف می‌کند که صرف امور خیر شود و شرط می‌کند که اگر نیازمند شد، نسبت به این مال دارای حق باشد. اگر مرد وفات یافت آیا به وراثت می‌رسد یا وقف محسوب می‌شود. حضرت پاسخ دادند که به وراثت می‌رسد (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹، ح ۲۴۳۹۰: ۱۷۷). دلیل پنجم این است که وقف، تملیک منافع است و مانند اجاره، درج حق فسخ در آن جایز می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب/۶]: ۲۹۲). دلیل ششم را کسانی ارائه می‌دهند که تأیید را شرط صحت وقف نمی‌دانند و می‌گویند به جهت عدم اعتبار تأیید در وقف، این شرط صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۲۰۲).

### ۲-۲. مخالفین اشتراط خیار

بر اساس این دیدگاه اشتراط خیار در وقف باطل و مبطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳ [الف/۲]: ۳۸۹). ادله استنادی بدین قرار است: اولاً این شرط خلاف مقتضای ذات وقف است زیرا مقتضای ذات وقف این است که پس از انعقاد، به مالک بر نمی‌گردد (ابن ادریس، ۳/۱۴۱۰: ۱۵۵ و ۱۵۶) و به عبارت دیگر مقتضای ذات وقف، اخراج از ملکیت است که این شرط مغایر این مقتضاست. برخی حقوق‌دانان دلیل مخالفت این شرط با مقتضای ذات وقف را آن دانسته‌اند که مقتضای ذات وقف

تسهیل منافع است و این شرط با تسهیل منافع منافات دارد (امامی، ۱۳۷۷: ۷۴؛ لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۱۲). دوم اینکه برخی فقها ادعای اجماع سیدمرتضی را مخدوش می‌دانند (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۶۵) به خصوص اینکه شیخ طوسی این شرط را باطل دانسته و ابن حمزه نیز از نظر شیخ پیروی نموده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ [ب/۶: ۲۹۱] و همان گونه که در گفتار پیشین دیدیم، قبل از سیدمرتضی، ابن جنید - که از اقدمین است - این شرط را باطل دانسته. سوم اینکه عموم اوفوا بالعقود و المومنون، بر عقود و شروط صحیح شمول دارند و اینکه شرط فسخ در وقف صحیح باشد، خود محل نزاع است لذا استدلال به عمومات برای اثبات صحت این شرط، مصادره به مطلوب است. زیرا عمومات نمی‌توانند موضوع خود را اثبات کنند بلکه ابتدا باید ثابت شود که مثلاً شرط صحیحی وجود دارد و سپس عمومات بر آن شمول یابند و شرط را لازم‌الوفا بدانیم. چهارم اینکه استناد به روایت منقول از حضرت عسکری (ع) نیز صحیح نیست زیرا اطلاق روایت شامل وقوف صحیح و باطل می‌شود در حالی که یقین داریم وقوف باطل نظیر وقف بر نفس مشمول آن نیستند و لذا استدلال به این روایت نیز مصادره به مطلوب است (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۶۶). پنجم اینکه استدلال به صحیحۀ اسماعیل نیز رد شده است زیرا صرف نظر از ضعف سند (شهید ثانی، ۱۴۱۳/۵: ۳۶۵)، از این روایت، بطلان وقف برداشت می‌شود به این دلیل که وقتی حضرت می‌فرماید «يُرْجَعُ مِيرَاثًا عَلَيَّ أَهْلِي» کاشف از این امر است که وقف باطل بوده و لذا به‌عنوان میراث به ورثه می‌رسد (بحرانی، ۲۲/۱۴۰۵: ۱۶۶ و ۱۶۷). ششم اینکه روایتی داریم که ظاهراً برخلاف روایت فوق است که معصوم در پاسخ به سؤالاتی در خصوص واقفی که وقف نموده سپس بدان محتاج شده است می‌فرماید: «هر واقفی که قبض نشده، واقف اختیار رجوع دارد و هر واقفی که قبض شده است، واقف خیار ندارد خواه بدان محتاج باشد یا نباشد» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ح ۲۴۳۹۹: ۱۸۲). هفتم اینکه برخی گفته‌اند در ذات وقف، قربت به حضرت حق وجود دارد و پس از ایجاد وقف، حق الله ایجاد می‌شود و لذا طرفین حتی با تراضی نیز نمی‌توانند حق الله را ساقط نمایند (عاملی، ۹/۱۴۱۴: ۱۴). دلیل اخیر دارای مستند روایی است و شخصی به معصوم می‌گوید که پدرش مالی را وقف نموده ولی از آن رجوع کرده است و معصوم در پاسخ می‌فرماید: «وقف برای خداوند عزوجل است و هر آنچه برای خدا قرار داده شده، رجوع در آن راه ندارد» (حر عاملی، ۱۹/۱۴۰۹: ح ۲۴۴۲۹: ۲۰۴).<sup>۱</sup> هشتم اینکه وقف از انواع صدقات است و رجوع از صدقه جایز نیست و این دو مطلب، اجماعی هستند (حلی (مقداد)،

۱. «إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَمَا جَعَلَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا رَجْعَ لَهُ فِيهِ». روایات فراوان دیگری با همین مضمون در باب ۱۱ از کتاب وقوف و صدقات (باب عدم جواز الرجوع فی الوقف بعد القبض و لا فی الصدقة بعده) و مسائل الشیعه وجود دارد.

۲/۱۴۰۴: ۳۰۵). نهمین دلیل، استفاده از استدلال سوم گروه اول (موافقین) است که برای جواز اشتراط خیار مزبور به عموماً استناد نمودند. اگر این عموماً در چنین شرطی کاربرد داشته و قابل استناد باشند، چرا در سایر موارد خیار فسخ قابل استناد نباشند به نحوی که واقف همواره بتواند شرط خیار را در وقف درج نموده و فسخ کند؟ درحالی که حتی موافقین شرط مورد اشاره، درج شرط فسخ در سایر حالات را باطل و مبطل می دانند. هر چند برخی فقها تفاوت‌هایی بین این شرط با سایر شروط ذکر کرده‌اند (عاملی، ۲۱/۱۴۱۹: ۵۱۳؛ طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۱۲۰۳) اما بیان ایشان قابل پذیرش نیست. دلیل دهم استناد به آثار و مقتضیات اصلی وقف است که عبارتند از اسقاطات اربعه و واقف. برخی حقوق دانان تصریح دارند که واقف پس از وقف حق نقل و تغییر و اداره و انتفاع از وقف را از خود زائل می سازد و شرط بازگشت عین موقوفه با این اسقاطات اربعه منافات دارد (لنگرودی، ۵/۱۳۸۸: ۳۵۰ و ۳۵۱).

### ۲-۳. موضع قانون مدنی

ماده ۶۱ قانون مدنی تصریح نموده است که بعد از تحقق وقف «واقف نمی تواند از آن رجوع کند» و اطلاق این ماده شامل تمامی فروض از جمله فرضی که مطرح شد (واقف شرط کند که در صورت نیاز حق رجوع داشته باشد) نیز می شود. لذا تحت هیچ عنوان نمی توان در وقف درج خیار نمود. به علاوه اگر شرطی در موقوفه علیه (علیهم) ذکر شود و آن شرط در ایشان از بین برود، هر چند قانون مدنی حکم خاصی پیش بینی نکرده است اما با توجه به اینکه مواد مختلف قانون مدنی از عدم

---

۱. صاحب عروه (قدس سره) می گوید که در چنین شرطی (شرط رجوع از وقف در صورت نیاز)، مقتضای شرط، زوال وقف و عود آن به ملک واقف است فلذا این شرط، تعیین غایت وقف است نه اینکه برای واقف خیار باشد (ان مقتضاه زوال الوقفیه و عوده ملكا فهو غاية لها لا أن يكون له الخيار في الفسخ و عدمه)؛ بدین معنا که ایشان این شرط را شرط فاسخ دانسته اند و نه شرط فسخ. به عبارت دیگر به محض نیاز واقف، وقف منحل می شود نه اینکه پس از تحقق حاجت، واقف حق فسخ داشته باشد. اما این سخن محل ایراد است زیرا از عبارات پرسش مطروحه در روایات چنین معنایی برداشت نمی شود (عبارت روایت چنین است: قَالَ إِنْ احْتَجْتُ إِلَى شَيْءٍ مِنَ الْمَالِ فَأَنَا أَحَقُّ بِهِ) زیرا واقف می گوید اگر نیازمند شدم، نسبت به مال «احق» باشم و هر صاحب حقی می تواند از حقش استفاده نکند یعنی واقف نسبت به آن مال اولویت دارد اما می تواند از حق خویش در اولویت در مالکیت استفاده نکند و این همان فسخ است و نه انفساخ. به علاوه حتی اگر بپذیریم شرط مزبور شرط فاسخ است، درج آن ضمن وقف کماکان محل اشکال است زیرا بر خلاف شرط تأیید و اخراج از ملکیت است که به نظر نگارنده، از مقتضیات ذات وقف و یا لازم مقتضای ذات آن هستند. لازم به ذکر است که صاحب عروه هر چند با طرح پاسخ فوق قصد داشته اند که قاعده عدم فسخ وقف را بدون استثنا گذارده و این مورد را نیز از شمول فسخ خارج نمایند، اما این احتمال را نیز طرح کرده اند که این شرط، استثنایی بر قاعده عدم امکان فسخ وقف باشد (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۲۰۴).

امکان تغییر وقف سخن می‌گویند و با توجه به اجماع بر عدم امکان فسخ وقف و با عنایت به ویژگی تأیید وقف، به نظر می‌رسد که وقف به حال خود باقی است و صرف بریات عمومی در جهت اقرب به غرض واقف می‌شود. البته لازم به ذکر است که وقف از عقود است که شخصیت موقوف‌علیه در آن علت عمده عقد است، لذا اگر در شخصیت وی اشتباه شود عقد باطل خواهد بود. مثلاً اگر واقف گمان کند که موقوف‌علیه از اوتاد و اختیار است و مالی برای وی وقف کند و سپس معلوم شود که دلقینه پوشی بیش نبوده، وقف باطل خواهد بود. اما در همین فرض اگر موقوف‌علیه به هنگام وقف واقعاً دارای وصف مذکور بوده و بعداً آن صفت زایل شود، وقف صحیح است و پس از زوال وصف، مال مزبور صرف بریات عمومی و مصالح اختیار می‌شود.

لازم به ذکر است که مقنن در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی فسخ وقف را پیش‌بینی نکرده است بلکه سبب زوال وقف صرفاً از بین رفتن عین موقوفه است. لذا حتی در فرض جواز بیع عین موقوفه نیز وقف منحل نمی‌شود بلکه به اقرب به غرض واقف مبدل می‌گردد و در موارد پیش‌بینی شده در ماده ۹۱ نیز وقف به حال خود باقی است. همچنین می‌توان به ماده ۷۹ قانون مدنی اشاره نمود که واقف شرط خاصی را در متولی پیش‌بینی نموده و متولی فاقد وصف گردد که متولی در این حالت منحل می‌شود اما در سایر مختصات وقف تغییری ایجاد نمی‌شود.

### نتیجه

ویژگی‌های وقف از قبیل تأیید و فک ملک به‌نحوی هستند که وقف بعد از تحقق، به تأسیسی غیرقابل تغییر تبدیل می‌شود و لذا اجماع فقهای امامیه، بر عدم امکان درج شرط فسخ ضمن وقف است و وقف خیارى مورد پذیرش قرار نگرفته و قانون مدنی نیز ظهور در پذیرش همین موضع دارد. اما در میان آثار فقهی مثال‌هایی مطرح شده است از جمله «فیما لو شرط الواقف عوده الیه عند الحاجة» که حتی بر صحت این شرط ادعای اجماع شده است و حداقل این است که مشهور فقهای امامیه بر صحت این شرط فتوی داده‌اند. این شرط از اقسام اشتراط خیار است و برخلاف اجماع بر عدم امکان رجوع از وقف، چنین شرطی مورد پذیرش قرار گرفته و برخی آن را استثنایی بر قاعده دانسته‌اند. برخی ادله که بر صحت این شرط اقامه شده‌اند اعم از مدعا هستند (نظیر عموم المومنون عند شروطهم و یا الوقوف حسب ما یوقفها اهلها) و می‌توانند صحت هر شرط فسخی را در وقف اثبات نمایند. حتی برخی فقها دیدگاه‌شان این است که هر شرطی را به‌عنوان غایت وقف می‌توان درج نمود مانند اینکه واقف بگوید که این خانه را وقف کردم اما اگر پدرم از سفر آمد حق فسخ دارم (طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۱۴: ۲۰۴). به نظر می‌رسد که این دیدگاه صحیح نیست و خلاف اجماع محقق مبنی بر عدم امکان فسخ وقف است و با پذیرش این نظر، به‌طور کلی قاعده‌ای تحت عنوان

«غیر قابل فسخ بودن وقف» نخواهیم داشت. به علاوه با ارتکاز عقلائی که وقف را غیر قابل بازگشت می داند سازگار نیست.

بررسی ادله مخالفین این شرط نشان می دهد که نظر ایشان با قواعد حاکم بر وقف و هدف آن و روایات وارده در این باب هماهنگی بیشتری داشته و از استحکام فزون تری برخوردار است. شرط فوق با اجماع بر عدم امکان فسخ وقف و نیز تأیید آن و همچنین با مقتضای وقف - یا لازم مقتضا (اخراج از ملکیت) - تعارض دارد. به علاوه روایات وارده در خصوص این شرط نیز لزوماً صحت وقف با شرط مورد نظر را اثبات نمی کنند بلکه بر حبس مطلق (بدون تعیین زمان) و یا حبس عمری نیز قابل حمل هستند.

به نظر نگارنده، هر عقدی دارای ویژگی های ذاتی است که سبب تمایز آن از سایر عقود و تأسیسات حقوقی می شود. خلط خصایص باعث می شود که مفاهیم خلط شده و امکان تفکیک ماهیئت اعتباری وجود نداشته باشد. به عنوان نمونه می بینیم که برای تفکیک بیع و اجاره، غالب فقها از به کارگیری لفظ بیع برای تملیک منافع اجتناب نموده بلکه تملیک منافع را در غالب اجاره - و یا صلح منافع، حسب قصد و هدف طرفین - محقق می دانند. وقف نیز دارای خصایصی است که توجه به آن ها موجب می شود با سایر مفاهیم مشابه نظیر حبس، خلط نگردد.

از جمله مهم ترین ویژگی های ذاتی وقف، تأیید و فک ملک است. این دو خصیصه با یکدیگر ارتباط وثیق دارند به این معنا که مالک، عین موقوفه را از مالکیت خود اخراج و منافع آن را به طور مؤبد در هدف منظور، وقف می کند. هر آنچه سبب خدشه یا حذف این دو ویژگی شود، موجب می شود که وقف محقق نگردد. شروطی از قبیل شرط فسخ در صورت نیاز، سبب انتفای «تأیید» و «فک ملک» می شوند و لذا با مقتضای ذات وقف تعارض دارند. روایات وارده نیز اولاً حمل بر حبس می شوند و ثانیاً عموم «الوقوف حسب ما یوقفها واقف» نیز بر شروطی حمل می شود که خلاف ذات وقف و غیر مشروع نباشند.

از منظر قانونی، می توان با اطمینان گفت که قانون مدنی برخلاف نظر مشهور، شرط رجوع واقف در صورت نیاز را نپذیرفته و در ماده ۶۱ هر نوع رجوع از وقف را غیر معتبر دانسته است. لذا اگر چنین شرطی در وقف درج شود باید آن را حمل بر حبس مطلق یا عمری نمود و اگر از عبارات واقف استنباط شود که وی صرفاً قصد وقف با شرط فسخ را داشته، چنین شرطی باطل و مبطل خواهد بود. از این امر می توان به نتیجه دیگری نیز دست یافت: هر شرطی برخلاف تأیید وقف، فاقد اعتبار است و مقنن در مواد متعدد بر این امر تأکید کرده است و با قائل شدن به شخصیت حقوقی وقف، بر لزوم انتزاع ملکیت واقف از وقف و عدم مالکیت موقوف علیهم بر آن تأکید کرده است.

## منابع

## فارسی

- امامی، سیدحسین (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران: بی نا.
- مجموعه قانون مدنی (۱۳۹۱)، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین، چاپ نهم.

## عربی

- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حرّ عاملی، محمد (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ۳۰جلدی، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلبی (ابن زهره)، حمزه (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلّی (ابن ادریس)، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی (علامه)، حسن (۱۳۸۸ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلّی (علامه)، حسن (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی (علامه)، حسن (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی (محقق)، نجم الدین (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری (۱۴۰۴ق)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۳ق)، کتاب فی الوقف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سید روح... (۱۳۹۰ق)، تحرير الوسيلة، النجف الاشرف: مطبعة الآداب.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق)، کفاية الأحكام، ۲جلدی، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- سید مرتضی (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی (زین الدین ابن علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، حاشیه کلانتر، قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی (زین الدین ابن علی عاملی) (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

- طباطبایی حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، بیروت: مؤسسه آل البيت.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری.
- طوسی، ابو جعفر محمد (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: دار الكتاب العربی.
- عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ۲۳ جلدی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- فیض کاشانی، محمدمحسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- کاشف الغطا (نجفی)، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، تحریرالمجلة، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
- مفید (بغدادی)، محمّد (۱۴۱۳ق)، المقنعة، تهران: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.