

Jostar- Hay Fiqhi va Usuli
(Jurisprudence and Principles of Jurisprudence) (JFU)

Vol 6 ; No 18 ; Spring 2020

Print ISSN 2476-7565

Online ISSN 2538-3361

The Authenticity of Condition Option in Endowment according to Islamic Jurisprudence ¹

Doi: 10.22081/jrj.2019.52174.1539

Gholamreza Yazdani

(Assistant Professor at Razavi University for Islamic Sciences; Iran) ;

E mail: ygholamreza1@gmail.com

Received in: 2018/09/22

Accepted in: 2019/09/15

Abstract

One of the classifications of contracts is its division to the binding and permitted. Dissolving the obligatory contracts is not possible, save in the cases the option is proved to one party or both of them or they agree in cancellation of the contract. The binding contracts are also divided to optional and non-optional obligatory contracts. Iran civil code has remained silent in the (in-) feasibility of mentioning the option word in endowment contracts. Thus, there is controversy among the lawyers in this case. Likewise, there is disagreement in this regard between Imamiyah and Sunni scholars. Some have deemed the issue of option correct in the endowment contract while others have deemed such an option null and void but the contract is correct per se. It is concluded in the present paper that the condition of

**The Authenticity of
Condition Option
in Endowment
according to Islamic
Jurisprudence**

125

1 .Yazdani, GH (2020) ;The Authenticity of Condition Option in Endowment according to Islamic Jurisprudence; Jostar- Hay Fiqhi va Usuli; Vol: 6 ; No: 18 ; Page: 125-150 - Doi: 10.22081/jrj.2019.52174.1539

option in the endowment contract is correct and civil code's silence in this respect is due to its authenticity on the part of the law-maker.

Keywords: Option, condition option binding contract, endowment.



**Justārḥā-ye
Fiqhī va Uṣūlī**

Vol.6, No. 18
Spring 2020

126

صحت خیار شرط در وقف در فقه اسلامی^۱

غلامرضا یزدانی^۲

چکیده

یکی از تقسیمات عقد، تقسیم آن به جایز و لازم است. انحلال عقود لازم ممکن نیست، مگر در جایی که برای یکی از طرفین یا هر دوی آنها، خیار ثابت شود یا طرفین بر اقاله قرارداد، تراضی نمایند. عقود لازم نیز به نوبه خود به دو دسته عقود لازم خیار پذیر و عقود لازم خیار ناپذیر تقسیم می شوند. قانون مدنی ایران در خصوص امکان یا عدم امکان درج خیار در عقد وقف، سکوت کرده است؛ لذا حقوقدانان نسبت به آن اختلاف دارند. در فقه امامیه و اهل سنت نیز مسئله اختلافی است. برخی شرط خیار در عقد وقف را صحیح دانسته‌اند. در مقابل، برخی حکم به بطلان شرط و عقد کرده‌اند و برخی معتقدند شرط باطل، ولی عقد صحیح است. در نوشتار حاضر، این نتیجه به دست آمده است که شرط خیار در عقد وقف، صحیح و سکوت قانون مدنی را نیز باید بر صحت آن نزد قانونگذار حمل نمود.

کلید واژه‌ها: خیار، خیار شرط، عقد لازم، وقف.

صحت خیار شرط
در وقف در فقه اسلامی

۱۲۷

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۶/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۶/۲۴.

۲. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد- ایران؛ رایانامه: ygholamreza1@gmail.com

مقدمه

خیار شرط آن است که در ضمن عقد، برای یکی از طرفین یا هر دو یا ثالث، اختیار فسخ معامله را شرط می‌کنند. درج خیار شرط در برخی از عقود ممنوع مثل نکاح و در برخی از عقود جایز مثل بیع، مورد تردید است. از جمله قراردادهایی که درج خیار شرط در آن، مورد تردید است، وقف است. در حقیقت، سؤال این است که آیا واقف ضمن انشای وقف می‌تواند برای مدت مشخصی به نفع خود یا دیگری، خیار شرط قرار دهد یا خیر؟ قبل از پاسخ به این سؤال، توجه به این مطلب که اصل در عقود، جواز اشتراط خیار است یا عدم جواز، می‌تواند بسیار راهگشا باشد؛ چرا که اگر اصل در معاملات، عدم جواز شرط خیار باشد، در بحث حاضر یعنی وقف، کسانی که مدعی صحت شرط خیار هستند، باید این ادعا را با دلیل خاص به اثبات برسانند، در مقابل، کسانی که مدعی بطلان شرط خیار در وقف، هستند، باید برای اثبات ادعای خود، دلیل خاص اقامه نمایند.

این مسئله در کتب فقهی به این صورت مطرح شده است که آیا خیار شرط به عقد بیع اختصاص دارد یا در تمامی عقود و معاملات به جز موارد استثنایی جریان دارد. در سابق بین محققان اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به عقد بیع وجود نداشت؛ چه عموم آن‌ها بر این باور بودند که اصل اولیه جریان خیار شرط در تمامی عقود است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز آن موجود باشد. پشتوانه این نظریه می‌تواند اصل آزادی اراده باشد؛ زیرا همان‌طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می‌توانند به هر نحو که خواستند اراده خود را اعمال نمایند، می‌توانند در فروعات و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است. مهم‌ترین آن‌ها روایات و خصوصاً روایت شریفه «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۳۲/۳) است. صاحب مفتاح الکرامه در این باره می‌فرماید: «مقدس اردبیلی از کتاب تذکره این برداشت را کرده است که شرط خیار در هر معامله‌ای داخل می‌شود و فرموده است که عموم ادله عقود و وجوب وفای به عقود و ادله وجوب وفای به شروط، دلیل روشنی بر آن است، مگر اینکه مانعی نظیر اجماع و مانند آن یافت شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۲۸

به نظر می‌رسد حق با ایشان است» (عاملی، ۱۴۱۹، ۳۵۳/۵).

بسیاری از فقها به جواز اشتراط خیار در عقود تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۶۲/۲۳؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵؛ نراقی، ۱۴۲۲، ۳۲۹). حتی قدما نیز مسئله را طوری مطرح کرده‌اند که گویا، جواز شرط خیار در عقود، امری مسلم است؛ برای مثال، شیخ طوسی در المبسوط، تک‌تک قراردادهای را بر شمرده و امکان یا عدم امکان درج خیار شرط را در آن‌ها بررسی کرده است. منتهی قراردادهایی را که در آن‌ها شرط خیار امکان‌پذیر نیست، با ذکر دلیل یاد می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، ۷۸/۳). این نشان می‌دهد که از نظر وی، اصل جواز درج شرط خیار است. با وجود این، برخی بر این باورند اصل، عدم جواز درج شرط خیار در عقود است. از جمله آیت‌الله سبحانی می‌نویسند: «مقتضی قاعده عدم صحت خیار شرط در عقود و ایقاعات است، مگر آن دسته از معاملات که مشروعیت فسخ در آن‌ها احراز گردد؛ در نتیجه در هر موردی که مشروعیت فسخ احراز شد، می‌توان در انشای معامله، شرط خیار کرد و نمی‌توان برای اثبات مشروعیت به اطلاق ادله شروط تمسک جست؛ زیرا ادله شروط، مشروع نیستند، بلکه نقش آن‌ها این است که عمل به شرط را بعد از آنکه مشروعیت آن ثابت شد، واجب می‌کنند» (سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۷۷). برخی دیگر به‌رغم آنکه می‌پذیرند که اصل در عقود، جواز شرط خیار است، اثبات این اصل را با دلیل شروط صحیح نمی‌دانند؛ به همین دلیل که ادله شروط، مشروع نیست و صرفاً دلالت بر وجود عمل به شرطی می‌کنند که صحت آن ثابت شده است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ۳۹۳/۳).

به نظر می‌رسد، نه این ادعا که اصل در معاملات، عدم جواز شرط خیار است، ادعایی صحیح است و نه بطلان تمسک به ادله شروط.

اما بطلان این ادعا که نمی‌توان برای تصحیح شرط خیار به اطلاق ادله شروط تمسک جست، جهتش آن است که ادله شروط، که دربر دارنده «المؤمنون عند شروطهم» هستند، دارای یک ذیل است؛ یعنی عبارت «الا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً». اگر مفاد این روایت این باشد که بر مؤمنان واجب است که به شروط صحیح پایبند باشند، ذیل روایت لغو و زاید خواهد شد؛ از این رو، باید این مطلب که «اصل در شروط، صحت است» را مطوی در کلام گرفت. لذا، گویا چنین گفته شده

است: «اصل در شروط صحت است. پس بر مؤمنان واجب است که به شروط خود پایبند باشند، مگر شروطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کنند».

اینکه بطلان این ادعا که اصل در معاملات عدم جواز شرط خیار است، دلیلش حکومت اراده و قاعده «العقود تابعه للقصود» است. بدون تردید، همان طور که طرفین در انعقاد اصل قرارداد، آزادی کامل دارند، در محدود کردن اراده خود نیز آزادی کامل دارند، خصوصاً اینکه اطلاق ادله شروط نیز دلالت بر جواز شرط خیار در هر معامله‌ای می‌کند.

بنا بر این، اصل در مسئله، جواز اشتراط خیار در عقد است مگر اینکه دلیل بر عدم جواز اشتراط آن قائم شود؛ نظیر عقد نکاح یا عقد هبه و ایقاعاتی که نتیجه آن یک امر عدمی و رفع یک امر موجود است. پس در وقف، اگر دلیلی بر عدم جواز اشتراط خیار اقامه شد، فیها و الا باید ملتزم شد که در وقف، اشتراط خیار اشکالی ندارد.

قانون مدنی ایران در خصوص امکان یا عدم امکان شرط خیار در عقد وقف، سکوت کرده است؛ از این رو، در دکترین حقوقی نسبت به این مسئله، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز، به این مسئله اشاره‌ای نکرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۱۹؛ باریکلو، ۱۳۹۴، ۲۳۴؛ صفایی، ۱۳۹۴، ۲۳۸) به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق ماده ۴۵۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است» نظر این دسته از حقوقدانان بر جواز درج شرط خیار در ضمن وقف باشد.

در مقابل، گروهی از حقوقدانان به‌رغم سکوت قانون مدنی، معتقدند شرط خیار در ضمن عقد وقف، شرط باطل و مبطل عقد است (یوسف‌زاده، ۱۳۹۴، ۱۰۱). برخی در این باره نوشته‌اند: «چنان که از تعریف ماده ۵۵ قانون مدنی معلوم می‌گردد، در عقد وقف نمی‌توان شرط عوض نمود یا خیار فسخ، قرار داد و یا آن را اقاله کرد؛ زیرا شرط عوض و خیار فسخ و اقاله با مقتضای عقد که تسبیل منافع است منافات دارد و شرط خلاف مقتضای عقد طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی باطل و مبطل عقد است» (امامی، بی‌تا، ۷۰/۱). گروهی دیگر نیز بعد از آنکه برای عقد وقف، عناصر سه‌گانه «حبس

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۰

کامل عین، تأیید و اخراج عین موقوفه از ملک» را بر شمرده‌اند، نوشته‌اند: «شافعیه نیز نظر ما را دارند و به همین جهت، وقف به شرط خیار را باطل می‌دانند؛ زیرا شرط مذکور ... خلاف مقتضی ذات عقد وقف است» (لنگرودی، ۱۳۸۸، ۲۰۵).

برای حل مسئله و استنباط نظر قانونگذار، ضروری است به منابع فقهی قانون مدنی مراجعه شود. جواز یا عدم جواز شرط خیار در عقد وقف، از مباحث پر فراز و نشیب در فقه امامیه بوده است؛ به گونه‌ای که از زمان طرح این مسئله تاکنون، بیش از پنج رویکرد در خصوص آن مطرح شده است. برخی بر این باورند که شرط خیار در عقد وقف، صحیح است (سآر، ۱۴۰۴، ۱۹۷). شیخ طوسی به مخالفت با این نظریه برخاسته، معتقد است: شرط خیار در عقد وقف، باطل و مبطل عقد است (طوسی، ۱۳۸۷، ۸۱/۲). بعد از صدور این دیدگاه از جانب شیخ طوسی، عموم فقها تا زمان محقق اردبیلی بر این باور بودند که شرط خیار در عقد وقف، باطل است؛ از جمله ابن‌براج (۱۴۰۶، ۳۵۵/۱)، فاضل آبی (۱۴۱۷، ۴۶/۲) و محقق اول (۱۴۱۸، ۱۵۶/۱). علامه حلی در چهار کتاب فقهی مهم خود به این فرع پرداخته و در همه آن‌ها فرموده است که خیار شرط در عقد وقف جایز نیست (۱۴۱۰، ۲۷۵/۱؛ ۱۴۲۰، ۲۹۳/۲؛ ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ ۱۴۱۳، ۶۸/۲). شهید اول نیز حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف کرده است (۱۴۱۷، ۲۶۸/۳؛ ۱۴۱۴، ۱۰۳/۲). محقق کرکی نیز با این عقیده هم‌داستان است (۱۴۱۴، ۳۰۳/۴). شهید ثانی نیز در موارد متعددی حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف نموده است. در حاشیه ارشاد (۱۴۱۴، ۱۰۳/۲) و نیز در فوائد القواعد (۱۴۱۹، ۶۱۶) و مسالک این عقیده را ابراز نموده است (۱۴۱۳، ۲۱۱/۳).

بعد از شهید ثانی، نظریه بطلان کم‌رنگ شده است. اولین صدای مخالف توسط محقق اردبیلی اعلام شده است. وی بعد از بیان اینکه اصل در شرط خیار، صحت است، در بطلان شرط خیار در معاملات به عنوان یک قاعده کلی، تردید نموده، می‌فرماید به اعتقاد من، اصل جواز شرط خیار در تمامی معاملات است مگر عقود که دلیل خاص بر بطلان وجود داشته باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۱۱/۸). محقق سبزواری نیز هر چند شرط خیار در وقف را باطل دانسته، مستند آن را اجماع می‌داند و سپس در تحقق اجماع، اشکال می‌کند (سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱). محدث بحرانی

نیز در بطلان شرط خیار در وقف، تردید می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۵/۱۹). بعد از ابراز تردیدهایی در صحت شرط خیار در عقد وقف توسط برخی از محققان، سید عاملی در مفتاح الکرامه، به طور جزم، شرط خیار را در عقد وقف باطل اعلام کرده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴). بعد از وی، سید مجاهد، اعتقاد به صحت این شرط پیدا کرده است (سید مجاهد، بی‌تا، ۳۳۶). صاحب جواهر، تنها مدرک بطلان شرط یادشده را اجماع دانسته و فرموده است: اگر اجماع تمام باشد، شرط خیار جایز نیست و الا نمی‌توان حکم به بطلان شرط خیار در عقد وقف داد (جواهر، ۱۴۰۴، ۶۲/۲۳). شیخ انصاری نیز مسئله را عنوان کرده، ادله مانعیت را نقل و نقد کرده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵). بعد از شیخ انصاری، این مسئله، محور اختلافات زیادی قرار گرفته است. افرادی همچون محقق اصفهانی (۱۴۱۸، ۲۲۶/۴)؛ سید ابوالحسن اصفهانی (۱۴۲۲، ۳۴۶)؛ خمینی (بی‌تا، ۶۲/۲)؛ روحانی، (۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷۷ و بی‌تا، ۶۲/۲)؛ محمدحسن مامقانی (۱۳۱۶، ۴۹۸/۳)؛ یزدی (۱۴۲۱، ۳۳/۲)؛ لاری (۱۴۱۸، ۳۲۶/۲)؛ ملا عبدالله مامقانی (۱۳۵۰، ۶۸) و سیدمحمدباقر ایروانی (۱۴۰۶، ۲۷/۲) از جمله افرادی هستند که این شرط را صحیح می‌دانند.

در مقابل این گروه، برخی از فقهای معاصر همچون: نائینی، (۱۳۷۳، ۵۷/۲)؛ سیدمحسن حکیم (۱۴۱۰، ۴۱/۲)؛ سبزواری (۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ اراکی (۱۴۱۴، ۱۶۲)؛ سبحانی (۱۴۱۴، ۱۸۱)؛ سیدمحمدسعید حکیم (۱۴۱۵، ۶۲/۲)؛ و آیت‌الله سیستانی (۱۴۱۷، ۴۵۰/۲)، معتقدند شرط خیار در عقد وقف، امکان‌پذیر نیست و باطل است. برخی نیز معتقدند شرط، باطل ولی عقد صحیح است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴) و برخی نیز با تفکیک وقف تحریری^۱ از تملیکی^۲ معتقدند شرط خیار در وقف تحریری، مبطل ولی در وقف تملیکی، صحیح است (خویی، بی‌تا، ۲۷۴/۶).

وضعیت شرط خیار در عقد وقف، در فقه اهل سنت نیز اختلافی است. تقریباً فقهای اهل سنت در این باره، سه دیدگاه متفاوت دارند. برخی بر این اعتقادند که

جستارهای فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۲

۱. وقف تحریری، وقفی است که اثر آن، آزادی و رهایی عین موقوفه از مالکیت واقف بدون اینکه مال موقوفه به ملکیت کسی در آید.

۲. منظور از وقف تملیکی، آن است که به موجب آن، مال موقوفه به ملکیت شخصی ولو شخص حقوقی در آید.

درج شرط خیار در ضمن عقد وقف، اشکالی ندارد و هم شرط و هم عقد، هر دو صحیح است. در مقابل، گروهی شرط خیار را در ضمن عقد وقف را جایز نمی‌دانند و معتقدند هم شرط و هم عقد، هر دو باطل است. در نهایت، برخی راه میانه را در پیش گرفته و معتقدند، شرط خیار، باطل ولی به صحت عقد وقف وارد نمی‌کند.

نظریهٔ صحت شرط خیار در ضمن عقد وقف توسط ابویوسف حنفی (سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲؛ ابن‌نجیم، بی‌تا، ۲۰۴/۵؛ عینی، ۱۴۲۰، ۴۵۰/۷؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۸۰/۸) و ابن‌عبدالسلام مالکی و دسوقی مالکی (دسوقی، بی‌تا، ۸۷/۴)؛ ابن‌اسحاق مالکی (۱۴۲۶، ۲۱۲/۱)؛ علیش مالکی (۱۴۰۹، ۱۵۰/۸) و رعینی مالکی (۱۴۱۲، ۴۳/۶) انتخاب شده است.

نظریهٔ بطلان شرط و وقف، توسط اکثر فقهای مذاهب اربعه مورد پذیرش است. از بین حنفیه، محمد بن حسن و هلال بن یحیی این دیدگاه را برگزیده‌اند (ابن‌نجیم، بی‌تا، ۲۰۴/۵؛ سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲). همچنین عموم فقهای شافعی به این نظریه فتوا داده‌اند؛ از جمله: نووی (۱۴۱۲، ۳۲۹/۵)؛ شیرازی (بی‌تا، ۳۲۴/۲)؛ عمرانی (۱۴۲۱، ۸۰/۸)؛ انصاری (بی‌تا، ۴۶۴/۲)؛ رملی (۱۴۰۴، ۳۷۶/۵). نزد حنابله نیز نظریه بطلان شرط و وقف، از شهرت بیشتری برخوردار است. از جمله فقهای حنبلی که به این نظریه تصریح کرده‌اند می‌توان به مرداوری (بی‌تا، ۲۶/۷)؛ ابن‌تیمیه (۱۴۰۴، ۳۶۹/۱) و ابن‌قدامه (۱۳۸۸، ۹/۶) اشاره کرد و حتی ابن‌قدامه ادعای اجماع نیز نموده است.

گروهی از فقهای اهل سنت از جمله ابن‌حاجب مالکی (۱۴۲۱، ۴۴۹/۱)؛ قرافی مالکی (۱۹۹۴، ۳۲۶/۶) بر آنند که در مورد بحث، صرفاً شرط باطل است، ولی عقد وقف، باطل نیست. ابن‌شاس مالکی (۱۴۲۳، ۹۶۷/۳)، یوسف بن خالد سمتی از حنفیه (سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲) و ابن‌سریج از شافعیه (نووی، ۱۴۱۲، ۳۲۹/۵) به این نظریه فتوا داده‌اند.

ذکر این نکته ضروری است که ابن‌عابدین حنفی، اختلاف اهل سنت در مسئله شرط خیار در عقد وقف را ناظر به وقف غیر مسجد می‌داند و معتقد است در وقف مسجد، چنانچه شرط خیار پیش شود، وقف صحیح و صرفاً شرط باطل است (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲، ۳۴۲/۴).

با توجه به تاریخچه و اختلاف نظر شدید فقها و حقوقدانان در مسئله، ضروری

است در تحقیقی مستقل وضعیت شرط خیار در وقف به روشنی تبیین شود؛ چه با تبیین این مسئله، می‌توان در جهت اصلاح قانون مدنی، گامی برداشت تا به قضات و وکلا کمک شود که بتوانند با دقت بیشتری به انشای رأی یا تنظیم لایحه دفاعیه پردازند.

به هر حال، محققان در خصوص امکان یا عدم امکان درج شرط خیار در عقد وقف، اختلاف نظر دارند و صرف نظر از کسانی که در مسئله توقف کرده و نظریه‌ای را ابراز نکرده‌اند (مفید، ۶۵۲، ۱۴۱۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۵۳۷/۳؛ کیدری، ۱۴۱۶، ۳۴۵) و کسانی که مسئله را با تردید از آن یاد کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۵/۱۹) سه دیدگاه تقریباً بین فقها شکل گرفته است. گروهی به طور مطلق، درج شرط خیار در ضمن عقد وقف را باطل دانسته‌اند و گروهی به طور مطلق، حکم به صحت داده و بالاخره برخی بین موارد وقف، تفصیل داده‌اند. در ادامه، ضمن اشاره به هر یک از این دیدگاه‌ها، ادله ایشان نقل و مورد نقد قرار می‌گیرد.

الف) دیدگاه بطلان شرط خیار و وقف توأمان

بسیاری از محققان بر این باورند که شرط خیار در ضمن عقد وقف، شرط باطل و بلکه مبطل عقد وقف می‌باشد. این نظریه از زمان شیخ طوسی تا زمان محقق اردبیلی، از شهرت زیادی برخوردار بوده است. بعد از تشکیک محقق اردبیلی در صحت این نظریه، گروهی از فقها به صحت شرط خیار در عقد وقف معتقد شدند. به هر حال، طرفداران نظریه بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف، به ادله متعددی که بالغ بر هفت دلیل است، تمسک جست‌ه‌اند.

۱- اجماع

برخی برای بطلان شرط خیار در عقد وقف، ادعای اجماع می‌کنند. شهید ثانی ذیل عبارتی در شرایع «خیار شرط در تمامی عقود داخل می‌شود به جز نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق» می‌نویسند: برای اثبات حکم در موارد استثنا شده، به دلایلی تمسک شده است که هیچ کدام تمام نیست به جز اجماع که دلیل عمده می‌باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۱۱/۳). سید عاملی نیز اجماع را دلیل بر عدم جواز شرط خیار در

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۳۴

وقف می‌داند (عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴). مرداوری، ادعای اجماع کرده است (مرداوری، بی تا، ۲۶/۷). با توجه به اینکه، مسئله هم بین شیعه و هم اهل سنت، اجماعی است، می‌توان ادعای تسالم فقهی نمود که اعتبار آن به مراتب بالاتر از اجماع است.

تمسک به اجماع در بحث حاضر این اشکال را دارد که از طرفی، وجود چنین اجماعی نه تنها مورد تردید برخی از محققان قرار گرفته است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۱۱/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱)، بلکه می‌توان گفت، اساساً مسئله اجماعی نیست؛ چرا که برخی از قدما چنان که گذشت، با این دیدگاه مخالف بوده‌اند، بلکه شهید اول در دروس می‌نویسند که مسئله حاضر، اختلافی است (شهید اول، ۱۴۱۷، ۲۶۸/۳). محقق سبزواری نیز اجماع را ناتمام می‌داند (سبزواری، ۱۴۲۳، ۴۷۰/۱). وانگهی، اگر هم مسئله اجماعی باشد، با توجه به مدرکی بودن آن، نمی‌تواند اجماع تعبدی و کاشف از رأی معصوم علیه السلام قلمداد شود. در حقیقت، مطابق دیدگاه فقهای امامیه، ملاک حجیت اجماع آن است که هم نظر بودن تمامی فقها، نشانگر رأی و نظر معصوم علیه السلام باشد؛ لذا اجماع تعبداً حجت است، ولی هرگاه در کنار اجماع، ادله دیگری نیز موجود باشد، این شائبه ایجاد می‌شود که ممکن است مستند نظر مجمعین، سایر ادله موجود در مسئله باشد و مستند آن، نظر و رأی معصوم علیه السلام نباشد؛ پس چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از نظر معصوم علیه السلام باشد. به چنین اجماعی، اجماع مدرکی اطلاق می‌شود.

بنا به نظر آخوند خراسانی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۸۹) ادعای تسالم فقهی هم وجهی ندارد؛ زیرا همان‌طور که در تاریخچه بحث روشن شد، مسئله حاضر بین اهل سنت نیز اجماعی نبوده و در فقه اهل سنت سه دیدگاه وجود دارد.

۲. شرط صحت وقف بودن تأیید

برخی با این استدلال که تأیید، شرط صحت وقف است، امکان درج شرط خیار را در عقد وقف، منتفی می‌دانند (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ۴۶/۲). به این بیان که از طرفی، در ماهیت عقد وقف، تأیید و دائمی بودن نهفته است. وقتی کسی مالی را وقف می‌کند، نمی‌تواند برای آن مدت ذکر کند، بلکه باید وقف دائمی و ابدی باشد. از طرفی، اگر امکان درج شرط خیار در عقد وجود داشته باشد، به این معناست که

هر زمان واقف بخواهد، می تواند عقد وقف را فسخ کند و مجدداً مال موقوفه را به تملک خود درآورد. این معنا با دائمی بودن عقد وقف در تضاد است (خویی، بی تا، ۲۷۴/۶؛ اراکی، ۱۴۱۴، ۱۶۲)؛ به دیگر سخن، دائمی بودن با لزوم عقد وقف تلازم دارد و هر چیز که لزوم عقد وقف را از بین ببرد، در حقیقت، ملازم آن یعنی دائمی بودن را هم بر می دارد (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲).

به نظر می رسد، طبیعت دائمی داشتن وقف، منافاتی با امکان درج شرط خیار در عقد وقف نداشته باشد. توضیح مطلب این است که در تمامی معاملات به جز عقود استمراری، طبع اولیه معامله بر دوام است، حتی نکاح؛ از این رو، در عقد نکاح، مادامی که شرط مدت نشده باشد، فقها نکاح را دائمی قلمداد می کنند (خمینی، بی تا، ۲۹۰/۲). با وجود اینکه طبع اولیه عقود، دوام است، ولی بدون تردید امکان درج خیار در عموم قراردادها به جز موارد خاص وجود دارد. این حقیقت نشانگر آن است که درج خیار، منافاتی با دوام ندارد و دوام عقد را مقید نمی کند. برای مثال، در عقد بیع، وقتی فروشنده عقد را انشا می کند و به مدت یک ماه - مثلاً برای خود - جعل خیار شرط می کند، عقد را به طور دائمی انشا می کند. منتها تا یک ماه فرصت دارد که در صورت پشیمانی، عقد را منحل کند. در حقیقت، خیار شرط، عقد دائمی را موقت نکرده، بلکه امکان ازاله و انحلال عقد دائمی را در یک مقطع زمانی مشخص فراهم می کند. روحانی در نقد استدلال بالا می نویسد: «اشکال این استدلال آن است که خیار منافاتی با دوام ندارد. اثر خیار، رفع شیء ای است که موجود است، نه اینکه بیع را موقت کند؛ از این رو، در بیع می توان شرط خیار کرد، در حالیکه بیع، انشای مالکیت دائمی است» (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۳۶

۳- تضاد شرط خیار با قصد قربت در عقد وقف

از جمله دلایل مطرح شده برای بطلان شرط خیار در عقد وقف، این است که وقف، نوعی عبادت است و شرط صحت آن این است که واقف، قصد قربت داشته باشد. از طرفی، درج خیار شرط با قصد قربت کردن، قابل جمع نیست؛ زیرا معنا ندارد شخصی کاری را برای رضایت خداوند انجام دهد و اراده کند که هرگاه

پشیمان شود، بتواند از آن کار برگردد؛ به دیگر سخن، شرط خیار به این معناست که شخص، تردید در قصد قربت دارد و تردید در قصد قربت، مبطل عقد وقف می‌باشد؛ چرا که قصد قربت جدی، شرط صحت آن است. محققان زیادی به این دلیل استدلال کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۳۰۳/۴؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱۸/۱۴؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ اراکی، ۱۴۱۴، ۱۶۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۸۱). در فقه اهل سنت نیز برخی به این دلیل اشاره نموده‌اند (شیرازی، بی‌تا، ۳۲۴/۲؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶).

این دلیل نیز نمی‌تواند بطلان شرط خیار در عقد وقف را به اثبات برساند (شاهد ثانی، ۱۴۱۳، ۳۲۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۳/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵)؛ زیرا اولاً اینکه عقد وقف، از عبادات بوده و صحت آن متوقف بر قصد قربت باشد، امری پذیرفتنی نیست (خوبی، بی‌تا، ۲۷۴/۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ چرا که دلیل بر لزوم در قصد قربت در عقد وقف در دسترس نمی‌باشد، در حالیکه تعبدی بودن بودن امری، نیازمند دلیل است (مامقانی، ۱۳۵۰، ۶۸). دیگر اینکه اگر وقف را، نوعی صدقه بدانیم، ثابت نمی‌کند که قصد قربت در ماهیت آن، اخذ شده است. نهایت چیزی که اثبات می‌کند این است که عقد وقف، امر مستحب و راجحی نظیر نکاح و تجارت و کسب حلال است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴).

ثانیاً بر فرض که قصد قربت در عقد وقف شرط باشد، جواز شرط خیار، تلازمی با عدم قصد قربت ندارد (مامقانی، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳)؛ زیرا ممکن است شخص با جدیت و قصد قربت عملی را انشا کند و امکان فسخ آن را نیز برای آینده پیش‌بینی کند؛ نظیر اینکه کسی عقد بیع را به قصد تقرب انشا کند و در عین حال برای خودش، جعل خیار نماید (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴) یا نظیر شخصی که با قصد جدی و قربت، وارد روزه مستحبی می‌شود، ولی امکان دستکشی از روزه، تا شب برای او وجود دارد. ثالثاً وقف منقطع بدون تردید، وقف صحیح است، در حالی که به اعتقاد برخی مال موقوفه بعد از انقراض موقوف علیهم، به ملک واقف بر می‌گردد (لاری، ۱۴۱۸، ۳۲۶/۲).

۴-۱/۴: زاله ملک بودن وقف

از جمله ادله‌ای که برای بطلان شرط خیار در عقد وقف عنوان شده، این است

که ماهیت عقد وقف، ازاله ملک می‌باشد؛ لذا ماهیت آن با جعل خیار شرط، قابل جمع نیست (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۶۶/۱۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۳۰۳/۴؛ محقق نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ نووی، ۱۴۱۲، ۳۲۹/۵؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ۸۰/۸؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶). در توضیح این دلیل می‌توان گفت وقف، باعث می‌شود ملکیت واقف از عین موقوفه سلب شود و از این حیث، مال موقوفه، آزاد و رها گردد و از تحت مالکیت اشخاص رهایی یابد؛ نظیر طلاق که با تحقق آن، زوجیت منحل می‌شود و زوجین از قید نکاح، رهایی می‌یابند یا نظیر عتق که با تحقق آن، عبد از قید عبودیت اشخاص خلاص می‌شود. حال اگر واقف با درج شرط خیار، بتواند مجدداً امکان تملک خود بر عین رها شده از قید تملک را فراهم آورد، این شرط از نگاه عرف با مفهوم «ازاله مالکیت» و «تحریر عین» سازگار نیست (خویی، بی‌تا، ۲۷۴/۶).

همان‌طور که در مقدمه گذشت، اصل در عقود، امکان درج شرط خیار است؛ مگر اینکه دلیل معتبری بر عدم آن اقامه شود. از طرفی، دلیل فوق، دلیلی استحسان است و نمی‌توان با آن، اطلاق ادله شروط را تقیید زد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۱۱/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۶۳/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵؛ مامقانی، محمد حسن، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳؛ یزدی، ۱۴۲۱، ۳۳/۲). وانگهی، استدلال مذکور با این اشکال نقضی مواجه است که می‌تواند در ضمن عتق، شرط نمود که عبد بعد از آزادی، تا مدتی برای مولا خدمت کند. جواز این شرط نشانگر عدم تنافی شروط مقیدکننده تحریر با ماهیت تحریر و فک ملک است (لاری، ۱۴۱۸، ۳۲۶/۲).

اشکال دیگر آن است که اساساً این دلیل عین مدعاست؛ زیرا بحث در این است که آیا در وقف، امکان جعل خیار وجود دارد یا خیر؟ حال دلیل حاضر می‌گوید: چون عقد وقف، فک ملک است و امکان جعل خیار در آن وجود ندارد، نمی‌توان در آن درج خیار کرد (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۶۶/۱۷).

از همه اشکالات پیش گفته که عبور کنیم، اشکال عمده این دلیل آن است که اساساً ماهیت وقف، فک ملک نیست، بلکه اثر وقف، تملیکی است. امروزه برخی از فقها به درستی بر این باورند که مال موقوفه، شخصیت حقوقی دارد و واقف، مال را به شخصیت حقوقی تملیک می‌کند (هاشمی شاهرودی، بی‌تا، ۱۵/۱). توضیح اینکه بسیاری

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۳۸

از فقهای متقدم بر این اعتقاد بودند که با وقف، مال از مالکیت واقف خارج می‌شود و وارد ملک کسی نمی‌شود، بلکه صرفاً عین موقوفه حبس می‌شود و منافع آن رها می‌گردد، ولی امروزه بسیاری بر این باورند که بعد از انشای وقف، عین موقوفه از ملکیت واقف خارج می‌گردد و وارد ملکیت شخص دیگری می‌شود. لکن شخصی که عین موقوفه را تملک می‌کند، موقوف‌علیهم نیست، بلکه شخصیت حقوقی وقف است که مالک عین موقوفه می‌شود.

۵- ایقاع بودن عقد وقف

برخی از فقها با این استدلال که وقف از ایقاعات است نه از عقود و از طرفی، امکان درج شرط خیار در ایقاعات وجود ندارد، بر این باورند که درج شرط خیار در وقف صحیح نیست (نائینی، ۱۳۷۳، ۵۷/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴)؛ به نظر می‌رسد هر چند وقف از جمله ایقاعات بوده نه عقود، این مطلب که امکان درج شرط خیار در ایقاعات وجود ندارد، مطلب صحیحی نیست (خویی، بی‌تا، ۲۷۱/۶) و نمی‌توان ضابطه کلی مبنی بر عدم امکان درج شرط خیار در ایقاعات را ارائه نمود (سبحانی، ۱۴۱۴، ۱۷۹). حقیقت آن است که ایقاعات از حیث اثر دو قسم‌اند؛ اثر برخی از ایقاعات، انحلال ماهیت حقوقی موجود است بدون اینکه با ایقاع، ماهیت حقوقی جدیدی ایجاد شود؛ برای نمونه، طلاق که از ایقاعات به شمار می‌رود، باعث زوال رابطه زوجیت می‌شود و ماهیت حقوقی نکاح را از بین می‌برد؛ به دیگر سخن، با طلاق، ماهیت حقوقی جدیدی انشا نمی‌شود، بلکه ماهیت حقوقی موجود (نکاح) از بین می‌رود. فسخ عقد نیز همین گونه است، ولی برخی از ایقاعات باعث ایجاد ماهیت حقوقی جدید با آثار جدید می‌شود. برای مثال، وصیت تملیکی که از ایقاعات است، باعث ایجاد ماهیت حقوقی وصیت می‌شود و آثار متعددی بر آن بار می‌گردد. وصیت تملیکی، از قبل ماهیتی حقوقی نداشته تا با وصیت تملیکی آن ماهیت از بین برود (خویی، بی‌تا، ۲۷۱/۶). وقف از این حیث شبیه وصیت تملیکی است و باعث ایجاد ماهیت حقوقی جدیدی می‌شود؛ از این رو، می‌توان تصور کرد که واقف برای انحلال این ماهیت حقوقی جدید شرط خیار را تا زمان مشخصی در نظر گرفته باشد.

۶- عدم مشروعیت اقاله در وقف

برخی بر این باورند که ملاک جواز یا عدم جواز درج شرط خیار در ضمن عقد، امکان یا عدم امکان اقاله در آن است؛ یعنی هر عقدی که در آن، اقاله امکان‌پذیر باشد، درج شرط خیار در آن رواست و هر موردی که امکان اقاله در آن منتفی باشد، درج شرط خیار در آن روا نیست. از طرفی، عقد وقف از جمله عقود است که اقاله در آن امکان‌پذیرست. از این رو، نمی‌توان شرط خیار در ضمن آن درج نمود (تبریزی، ۱۴۱۶، ۱۵۶/۴).

بدون تردید، بین امکان اقاله و امکان خیار شرط، ملازمه‌ای وجود ندارد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ۳/۳۹۳)؛ زیرا مشروعیت خیار شرط، از ادله‌ای همچون «المؤمنون عند شروطهم» استفاده می‌شود و دلیلی بر تلازم بین شرط خیار و امکان اقاله وجود ندارد.

۷- ارسال مسلمات گرفتن فقها

با مراجعه به کتب فقهی روشن می‌شود که فقها عدم امکان درج شرط خیار در ضمن عقد وقف را مسلم گرفته‌اند تا آنجا که برای مخاطب ظن قوی پیدا می‌شود که درج شرط خیار در ضمن عقد وقف، امکان‌پذیر نیست و مرتبه این ظن از ظنون اجتهادی، کمتر نیست؛ از این رو، همان‌طور که ظنون اجتهادی، حجت می‌باشند، این ظن نیز حجت می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷).

هر چند در مقطعی از تاریخ (بعد از شیخ طوسی تا زمان محقق اردبیلی)، عموم فقها بر این باور بودند که درج شرط خیار در عقد وقف، امکان‌پذیر نیست، ولی هم قبل از این دوره و هم بعد از آن، عده زیادی از فقها، چنان‌که دیدیم، با این عقیده هم صدا نبودند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۰

۸- اخلال به رضایت

درج خیار شرط ضمن عقد، نشانگر آن است که واقف هنوز رضایت خود را به‌طور کامل محقق ننموده و تصمیم نهایی خود را اتخاذ نکرده است؛ بلکه با درج مدتی جهت امکان فسخ قرارداد، در پی آن است که فرصتی جهت تأمل و تفکر

بیشتر برای خود ایجاد کند. از طرفی، بدون تردید، قوام انشا و تحقق اراده انشایی به وجود «قصد» و «رضایت» است (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) و خلل به قصد یا رضایت، باعث بطلان قرارداد می‌شود؛ از این رو، چون درج خیار شرط به منزله، عدم تکمیل رضاست، باید عقد وقفی را که در ضمن آن، شرط خیار شده، باطل دانست. نظیر عقد اکراهی که به واسطه عدم وجود رضایت باطل می‌باشد. این دلیل توسط محمد بن حسن حنفی ارائه شده است (ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲).

این تحلیل، با ایرادات متعددی مواجه است:

۱. درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت نیست؛ به گونه‌ای که عقد را بتوان به عقد اکراهی تشبیه کرد، بلکه هنگام عقد، قصد و رضایت شخص، کامل است، لذا اقدام به معامله می‌کند؛ لکن چون احتمال می‌دهد نسبت به مزایا و منافع معامله، راه صواب را نپیموده باشد، با درج شرط خیار می‌خواهد فرصت بیشتری برای فکر کردن در اختیار خود قرار دهد.

۲. اگر درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت باشد، بدین معناست که در هیچ معامله‌ای نمی‌تواند شرط خیار پیش‌بینی نمود؛ زیرا لزوم قصد و رضایت، اختصاص به عقد وقف ندارد و بلکه از قواعد عمومی قراردادهاست.

۳. به فرض که درج شرط خیار به معنای عدم تکمیل رضایت باشد، باز هم نمی‌توان حکم به بطلان وقف صادر کرد؛ زیرا خلل به رضایت، باعث بطلان معامله نیست و بلکه صرفاً ممکن است عقد را غیرنافذ کند.

۹. عدم تحقق قبض با شرط خیار

عقد وقف از عقود عینی است و زمانی محقق می‌شود که علاوه بر ایجاب و قبول، مال موقوفه به قبض موقوف علیهم نیز داده شود (ماده ۵۹ ق.م.ا). قبض مال به موقوف علیهم نیز زمانی محقق می‌شود که مال به گونه‌ای به آن‌ها تسلیم شود که آن‌ها بر مال مسلط شوند و بتوانند هرگونه تصرفی در آن بنمایند (ماده ۳۶۷ ق.م.ا). از طرفی، با وجود شرط خیار در ضمن عقد وقف، موقوف علیهم به طور کامل بر مال مسلط نمی‌شود؛ زیرا نمی‌توانند تصرفات منافی با حق ذوالخیار انجام دهند. پس

با وجود خیار شرط، قبض تکمیل شده تلقی نمی شود و در نتیجه، هنوز عقد وقف محقق نشده است و عدم تحقق عقد وقف به معنای بطلان آن است (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹/۶؛ ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴، ۴۲/۱۲).

هر چند تحقق قبض، زمانی صورت می گیرد که مال به گونه ای به قبض موقوف علیهم برسد که آن ها بتوانند هر نوع تصرفی در آن بکنند، ولی این زمانی است که سلطنت موقوف علیهم محدود نشده باشد. در مواردی که واقف، شرط خیار قرار می دهد، در حقیقت، سلطنت موقوف علیهم بر مال موقوفه را محدود کرده است. از این رو، ولو قبض محقق شده، ولی هر تصرفی از طرف آن ها امکان پذیر نیست.

۱۰. استدلال به موثقه اسماعیل بن فضل

در این روایت آمده است: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجبتُ إليها فأنا أحقُّ بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع في الميراث» (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۵۰/۹)؛ یعنی اگر واقف در ضمن عقد وقف شرط کند «چنانچه من به مال موقوفه نیازمند شدم، نسبت به آن احق باشم»، در این صورت، بعد از فوت واقف، مال موقوفه جزء ما ترک (میراث) وی خواهد بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۲

در نحوه استدلال به این روایت برای اثبات بطلان درج شرط خیار در ضمن عقد وقف گفته شده است، اینکه حضرت ﷺ فرمودند: «بعد از فوت واقف، مال موقوفه، از ما ترک وی به شمار می رود» نشانگر آن است که اساساً عقد وقف باطل بوده است و تنها دلیلی که می تواند عقد وقف را باطل نماید، همین شرط خیاری است که به نفع واقف شده است (یزدی، ۱۴۲۱، ۳۳/۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ۴۹۷/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۲۶/۴).

به نظر می رسد اولین کسی که به این روایت برای اثبات بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف استدلال کرده، شیخ انصاری می باشد (مامقانی، ۱۳۵۰، ۶۸)، ولی خود ایشان در استدلال به آن تأمل دارند (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۵۱/۵). به هر حال، استدلال فوق به جهات زیر مورد اشکال می باشد:

۱. شرط برگشت مال موقوفه به واقف در صورت نیازمند شدن واقف، با شرط خیار متفاوت است (سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۱۹/۱۷)؛ چرا که در شرط خیار، عقد وقف به طور

دائم ولی به صورت متزلزل منعقد می‌شود، ولی در شرط مذکور، واقف برای خودش حق فسخ قرار نداده است تا عقد متزلزل باشد، بلکه برای وقف، عنوانی را انتخاب کرده است. در این صورت، مادامی که این عنوان موجود باشد، عقد وقف پابرجاست و به محض زوال آن عنوان (نیازمند شدن خودش)، عنوان وقفیت از بین می‌رود و در نتیجه عقد وقف منحل می‌شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲/۲۷؛ یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳). به دیگر سخن، شرط خیار، شرط فعل است ولی شرط برگشت مال موقوفه به واقف، شرط نتیجه است (نائینی، ۱۳۷۳، ۲/۵۷؛ خویی، بی‌تا، ۲۷۴/۶). شاهد تفاوت شرط برگشت مال موقوفه به واقف از شرط خیار این است که بعضی از فقها، با اینکه شرط خیار را در ضمن عقد وقف باطل می‌دانند، حکم به صحت شرط مذکور می‌کنند و ادعای اتفاق فقها در عمل به روایت اسماعیل می‌نمایند (ر.ک: یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳).

۲. معلوم نیست که جهت بطلان وقف، شرط مذکور باشد، بلکه چه بسا به این سبب باشد که واقف به نوعی خودش را داخل در موقوفه‌علیهم کرده است و می‌دانیم که وقف بر نفس، باطل است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۴/۱۵۶). شاهد اینکه واقف خودش را داخل در موقوفه‌علیهم کرده، آن است که صاحب وسائل، این روایت را در ذیل باب «بطلان وقف بر نفس» نقل کرده است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۹/۱۷۸).

۳. بر فرض که شرط برگشت مال موقوفه به واقف، نوعی شرط خیار باشد، باز هم موثقه دلالت بر بطلان شرط خیار نمی‌کند، بلکه دلالت بر صحت آن می‌کند؛ زیرا دلیل اینکه حضرت فرمود: «در صورت فوت واقف، مال موقوفه جزو ترکه وی قرار می‌گیرد» این نیست که با درج این شرط، عقد وقف باطل می‌شود، بلکه به این دلیل است که شرط، شرط صحیحی است و با نیازمند شدن واقف، مال موقوفه به ملکیت او در می‌آید و در نتیجه، بعد از فوت او، مال مذکور جزو ترکه او به‌شمار می‌رود (یزدی، ۱۴۲۱، ۲/۳۳؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ۳/۴۹۸؛ روحانی، ۱۴۱۲، ۱۷/۱۶۶).

ب: دیدگاه بطلان شرط خیار و صحت وقف

برخی از فقها برآن اند چنانچه در ضمن عقد وقف، شرط خیار درج گردد، شرط، باطل ولی عقد، صحیح است. این نظریه توسط ابن حاجب مالکی (۱۴۲۱، ۱/۴۴۹).

قرافی مالکی، (۱۹۹۴، ۳۲۶/۶). ابن شاس مالکی (۱۴۲۳، ۳/۹۶۷) یوسف بن خالد سمتی از حنفیه (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲) و ابن سریج از شافعیه (نوی، ۱۴۱۲، ۵/۳۲۹) مطرح شده است. ظاهر کلمات برخی از فقهای شیعه نیز پذیرش این نظریه است (تبریزی، ۱۴۱۶، ۴/۱۵۶).

برای اثبات این نظریه می‌توان به ادله زیر اشاره کرد:

۱- اصل اللزوم

برخی از فقهای مالکی برای اثبات این نظریه به اصالة اللزوم تمسک کرده‌اند. قرافی مالکی در این خصوص می‌نویسد: «اگر در وقف، شرط خیار شود، شرط، باطل و وقف، لازم می‌باشد؛ زیرا اصل در عقود، لزوم است» (قرافی، ۱۹۹۴، ۶/۳۲۶). به نظر می‌رسد، صرف اصالت لزوم در معاملات نمی‌تواند دلیل بر بطلان شرط خیار باشد؛ چرا که اساساً فلسفه جعل خیار و از جمله خیار شرط، ایجاد مفزّی برای متعهد قراردادی است که بتواند در شرایط خاص (عیب، غبن، شرط خیار و...) از تعهد قراردادی رهایی یابد، چنان که جایگاه اصلی جعل خیار، عقود لازم است.

۲- قیاس وقف به عتق

برخی از فقهای اهل سنت از جمله یوسف بن خالد سمتی، وقف را به عتق قیاس کرده و گفته‌اند: چون در هر دو مورد، اثر عقد، فک ملک و تحریر است و از طرفی، در عتق، بدون تردید شرط خیار، باعث بطلان عتق نشده و بلکه خود شرط باطل است، لذا وقف نیز که مشابهت تام با عتق دارد، می‌بایست در حکم حاضر نیز هماهنگ با عتق باشد (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۴۲).

اشکال دلیل این است که علاوه بر اینکه قیاس، ابزار صحیحی برای استنباط نمی‌باشد، قیاس حاضر به جهاتی باطل است: اولاً در خود عتق که فک ملک و تحریر است، می‌توان شروطی که محدودکننده تحریر می‌باشد، درج کرد؛ مثلاً در ضمن عتق، شرط نمود که عبد آزاد شده برای مدتی نزد مولا خدمت کند. ثانیاً عقد وقف از عقود تملیکی است نه عقودی که اثر آن، فک ملک باشد؛ از این رو، نمی‌توان وقف را به عتق قیاس نمود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۴

ج: دیدگاه صحت شرط خیار و وقف توأمان

برخی از فقهای امامیه و گروهی از فقهای اهل سنت، نظریه صحت شرط و عقد وقف را برگزیده‌اند؛ چرا که از طرفی، دلیلی قابل اعتماد بر بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف، اقامه نشده است و همان‌طور که اشاره شد، اصل اولیه این است که خیار شرط اختصاص به عقد بیع ندارد و در تمامی معاملات، می‌توان شرط خیار کرد، مگر مواردی که دلیل خاص برخلاف آن اقامه شده باشد. حال که شرط خیار در ضمن عقد وقف با مشکل مواجه نیست، باید به شرط وفا نمود (دسوقی، بی‌تا، ۷۵/۴) و وفای به شرط، همانا عمل طبق مقتضی آن است.

نتیجه اینکه ادله‌ای که برای بطلان شرط خیار در ضمن عقد وقف اقامه شده است، نمی‌تواند بطلان شرط مذکور را به اثبات برساند. از طرفی، اصل اولیه دلالت بر جواز شرط خیار در عقد تمامی عقود و از جمله عقد وقف می‌کند. از این رو، باید معتقد شد شرط خیار در عقد وقف، با مشکلی مواجه نیست و شرط صحیحی می‌باشد. شاید به همین دلیل است که قانونگذار ایران در قانون مدنی، شرط خیار در ضمن عقد وقف را باطل اعلام نکرده است.

صحت خیار شرط
در وقف در فقه اسلامی

نتیجه‌گیری

اصل در باب خیار شرط این است که خیار شرط، اختصاص به بیع ندارد و علی‌الاصول، در تمامی عقود و قراردادها، می‌توان خیار شرط را پیش‌بینی نمود. با وجود این، برخی از قراردادها، خیار‌پذیر نیستند و نمی‌توانند پذیرای خیار شرط شوند. در خصوص وقف، اختلاف نظر بسیار گسترده است. این اختلاف اختصاص به فقهای امامیه ندارد، بلکه میان مذاهب اهل سنت نیز اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. با توجه به سکوت قانون مدنی در این خصوص، بین حقوقدانان ایرانی نیز اختلاف نظر وجود داد. به نظر می‌رسد، ادله‌ای که برای ممنوعیت خیار در وقف بیان شده است، توان اثبات این مطلب را نداشته و نمی‌توان با این ادله که اکثراً استحسانی است در مقابل قاعده کلی و اصل حاکمیت اراده حکمی را ثابت نماید. از این رو، می‌توان در وقف، خیار شرط پیش‌بینی نمود. به نظر می‌رسد، نظر قانونگذار ایران که عدم

امكان شرط خيار را در وقف بيان نكرده است، به اين سبب بوده كه درج شرط خيار را در وقف امكان پذير مي داند.

منابع

۱. آخوند خراساني، محمد كاظم، ۱۴۰۹، كفاية الاصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۲. آملی، ميرزا محمد تقی، ۱۳۸۰، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقى، تهران: مؤلف.
۳. ابن براج، قاضي، ۱۴۰۶، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۴. ابن تيميه، عبدالسلام، ۱۴۰۴، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، چاپ دوم، رياض: مكتبة المعارف.
۵. ابن حاجب، عثمان بن عمر، ۱۴۲۱، جامع الامهات، چاپ دوم، بی جا: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع.
۶. ابن شاس، ابو محمد، ۱۴۲۳، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، چاپ اول، بيروت، لبنان: دارالغرب اسلامي.
۷. ابن عابدين، محمد امين، ۱۴۱۲، رد المحتار على الدرر المختار، چاپ دوم، لبنان، بيروت: دارالفكر.
۸. ابن قدامه، عبدالله، ۱۳۸۸، المغنى، مصر، قاهره: مكتبة القاهرة.
۹. ابن نجيم، زين الدين، بی تا، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، چاپ دوم، بی جا: دارالكتاب الاسلامي.
۱۰. اراكي، محمد علي، ۱۴۱۴، الخيارات، چاپ اول، قم: مؤسسه در راه حق.
۱۱. اردبيلي، احمد، ۱۴۰۳، مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۱۲. اصفهاني، سيد ابوالحسن، ۱۴۲۲، وسيلة النجاة «مع حواشي الامام الخميني»، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۱۳. اصفهاني، محمد حسين، ۱۴۱۸، حاشية كتاب المكاسب، قم: انوار الهدى.
۱۴. امامي، سيد حسن، بی تا، حقوق مدني، تهران: انتشارات اسلامي.
۱۵. انصاري، زكريا، بی تا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بی جا: دارالكتاب

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸

بهار ۱۳۹۹

۱۴۶

الاسلامى .

۱۶. انصارى، مرتضى، ۱۴۱۵، كتاب المكاسب، چاپ اول، قم: كنگره جهانى بزرگداشت

شيخ انصارى رحمته الله.

۱۷. ايروانى، على، ۱۴۰۶، حاشية المكاسب، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد

اسلامى .

۱۸. باريكلو، عليرضا، ۱۳۹۴، اموال و حقوق مالى، چاپ دوم، تهران: سمت .

۱۹. بحراني، يوسف، ۱۴۰۵، الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم:

دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم .

۲۰. تيريزى، جواد، ۱۴۱۶، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم: مؤسسه

اسماعيليان .

۲۱. حكيم، سيد محسن، ۱۴۱۰، منهاج الصالحين، چاپ اول، بيروت: دارالتعارف

للمطبوعات .

۲۲. حكيم، سيد محمد سعيد، ۱۴۱۵، منهاج الصالحين، چاپ اول، بيروت: دار الصفوة .

۲۳. خليل بن اسحاق، ۱۴۲۶، مختصر خليل، چاپ اول، قاهره: دارالحدیث .

۲۴. خمينى، سيد روح الله، بی تا، تحرير الوسيله، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم .

۲۵. خويى، سيد ابوالقاسم، بی تا، مصباح الفقاهه، بی جا: بی نا .

۲۶. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، ۱۳۸۸، حقوق اموال، تهران: گنج دانش .

۲۷. رعينى، الخطاب، ۱۴۱۲، مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل، چاپ سوم،

بيروت: دارالفكر .

۲۸. رملی، شمس الدين، ۱۴۰۴، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت: دارالفكر .

۲۹. روحانى، سيد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق عليه السلام، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام .

۳۰. روحانى، سيد صادق، بی تا، منهاج الصالحين، بی جا: بی نا .

۳۱. ديلمى، سلالر، ۱۴۰۴، المراسم العلوية و الأحكام النبوية، چاپ اول، قم: منشورات

الحرمين .

۳۲. دسوقى، محمد بن احمد، بی تا، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، دارالفكر، بيروت .

۳۳. سبحانى، جعفر، ۱۴۱۴، المختار فى أحكام الخيار، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام .

۳۴. سبزواری، سيد عبد الأعلى، ۱۴۱۳، مهذب الأحكام، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار .

۳۵. سبزواری، محمد باقر، ۱۴۲۳، كفاية الأحكام، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامى وابسته

به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم .

۳۶. سرخسی، محمد بن احمد، ۱۴۱۴، الميسوط، بيروت: دارالمعرفة لبنان.
۳۷. سيد مجاهد، محمد، بی تا، كتاب المناهل، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، قم، ایران.
۳۸. سیستانی، سید علی، ۱۴۱۷، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، قم، ایران.
۳۹. شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۷، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۰. _____، ۱۴۱۴، غاية المراد في شرح نکت الإرشاد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۱. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۴، حاشية الإرشاد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۲. _____، ۱۴۱۹، فوائد القواعد، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۳. _____، ۱۴۱۳، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
۴۴. شیرازی، ابواسحاق، بی تا، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بی جا: دار الکتب العلمیه.
۴۵. صفایی، سید حسین، اشخاص و اموال، ۱۳۹۴، چاپ بیستم، تهران: میزان.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، ۱۳۹۰، اول، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
۴۷. _____، الميسوط في الفقه الاماميه، ۱۳۸۷ ه. ق. سوم، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، تهران، ایران.
۴۸. عاملی، سید جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ۱۴۱۹ ه. ق. اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۹. علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۰، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. _____، ۱۴۲۰، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۵۱. _____، تذكرة الفقهاء، ۱۴۱۴، اول، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، قم، ایران.
۵۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال ششم، شماره پیاپی ۱۸
بهار ۱۳۹۹

۱۴۸

٥٣. عlish، محمد بن احمد، ١٤٠٩، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دارالفكر.
٥٤. عمراني، ابوالحسين، ١٤٢١، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اول، جده: دارالمنهاج.
٥٥. عيني، بدرالدين، ١٤٢٠، البناية شرح الهداية، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلمية.
٥٦. فاضل آبي، حسن، ١٤١٧، كشف الرموز في شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٥٧. قرافي، ابوالعباس، ١٩٩٤م، الذخير، ٥، چاپ اول، بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٥٨. كاتوزيان، ناصر، ١٣٩٠، اموال و مالکيت، چاپ سي و سوم، تهران: ميزان.
٥٩. کرکي، محقق ثاني، ١٤١٤، جامع المقاصد في شرح القواعد، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٦٠. لاری، سيد عبدالحسين، ١٤١٨، التعليقة على المكاسب، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
٦١. مامقاني، محمد حسن، ١٣١٦، غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.
٦٢. مامقاني، ملا عبدالله، ١٣٥٠ق، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلاميه.
٦٣. محقق حلي، جعفر بن حسن، ١٤١٨، المختصر النافع في فقه الإمامية، چاپ ششم، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
٦٤. مرداوي، علاء الدين، بي تا، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، چاپ دوم، بی جا: ١٤٩ دار احياء التراث العربي.
٦٥. نائینی، ميرزا محمد حسين، ١٣٧٣، منية الطالب في حاشية المكاسب، چاپ اول، تهران: مكتبه المحمديه.
٦٦. نجفی، محمد حسن، ١٤٠٤، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار احياء التراث العربي.
٦٧. نووی، ابوذکريا، ١٤١٢، روضة الطالبين و عمدة المفتين، چاپ سوم، بيروت: المكتب الاسلامي.
٦٨. هاشمی شاهرودی، سيد محمود، بی تا، كتاب الاجاره، چاپ اول، قم: مؤسسه دایرة المعارف الفقه الاسلامي.
٦٩. یزدی، سيد محمد كاظم، ١٤٢١، حاشية المكاسب، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعيليان.
٧٠. يوسف زاده، مرتضى، ١٣٩٤، اموال و مالکيت، چاپ اول، تهران: ميزان.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی