

وقف مال مشاع در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

محمد حسامی، عباس میرشکاری^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۷/۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۴/۶

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

برخلاف تصرفات حقوقی، تصرفات مادی شریک، ولو به میزان حصه خود، منوط به اذن دیگر شرکا است. از این رو درباره وقف مال مشاع جای بحث وجود دارد؛ زیرا برای انعقاد آن، علاوه بر توافق متعاملین، قبض نیز ضروری است. در فقه مذاهب اسلامی در خصوص وقف مال مشاع، برخی میان اموال «قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم» و همچنین «منقول و غیرمنقول» تفکیک قائل می‌شوند و با توجه به نوع مال، درباره وضعیت عقد وقف و کیفیت قبض مال مشاع داوری می‌کنند. در مقابل، دیدگاهی وجود دارد که قائل به تفکیک نیست و در هر صورت وقف مال مشاع را صحیح می‌داند و برای تحقق قبض نیز فرقی میان اموال مشاع نمی‌گذارد. در قوانین ایران نص ویژه‌ای در این زمینه وجود ندارد و حقوق دانان با توجه به سایر عقود عینی و نظرات فقهی، وقف مال مشاع را صحیح اعلام می‌کنند و فقط از نظر چگونگی قبض مال مشاع نظرات گوناگونی را مطرح می‌نمایند. با توجه به بررسی‌های صورت گرفته، به نظر می‌رسد در صورتی که برای تحقق قبض سلطه معنوی موقوف علیه را کافی بدانیم، قبض نیز تصرف اعتباری تلقی می‌شود. بدین ترتیب، انعقاد عقد وقف از سوی یکی از شرکا صحیح خواهد بود.

واژگان کلیدی: وقف، مال مشاع، سلطه معنوی، حقوق ایران، مذاهب اسلامی

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛

Hesami73mohammad@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران؛ mirshekariabbas1@ut.ac.ir

مقدمه

مقاله حاضر در صدد بررسی وقف مال مشاع در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران است. مال مشاع عبارت از مالی است که دو یا چند نفر به طور مشترک مالک جزء جزء آن‌اند. تصرفات شرکا در مال مشاع از دو نوع تصرف مادی و اعتباری خارج نیست. تصرفات مادی هر یک از شرکا، ولو به میزان حصه خود، منوط به اذن سایرین است. در مقابل، کلیه تصرفات اعتباری شریک فقط نسبت به سهم خود صحیح است و هرگاه نسبت به حصه دیگران واقع شود، تابع مقررات معاملات فضولی است. از آنجاکه در وقف مال مشاع، برای تحقق عقد، افزون بر توافق (به عنوان تصرف اعتباری)، قبض (به عنوان تصرف مادی) نیز لازم است، درباره اعتبار عقد وقف نسبت به مال مشاع تردید وجود دارد.

در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران راجع به وقف مال مشاع دو دیدگاه کلی مطرح است. دیدگاه نخست اموال مشاع را به «قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم» و «منقول و غیرمنقول» تفکیک می‌کند. تفکیک نخست در فقه حنفی، مالکی و امامیه مطرح است که در اموال قابل تقسیم برخی قائل به فساد و برخی دیگر قائل به صحت عقد وقف‌اند و در اموال غیرقابل تقسیم نیز عده‌ای عدم نفوذ و عده‌ای دیگر صحت عقد وقف را می‌پذیرند و در مورد اخیر تخلیه را معیار قبض می‌دانند. تفکیک دوم از سوی برخی از فقهای امامیه و حنفی مطرح می‌شود. در این خصوص، برخی عقد وقف را نسبت به اموال منقول باطل و عده‌ای دیگر صحیح محسوب می‌کنند و نسبت به اموال غیرمنقول به اتفاق قائل به صحت وقف‌اند. ایشان در اموال منقول و غیرمنقول به ترتیب استیلائی مادی و تخلیه را ملاک قبض معرفی می‌کنند. در مقابل، دیدگاهی وجود دارد که قائل به تفکیک نیست و برخی از فقهای امامیه، شافعی، حنبلی و حقوق‌دانان ایران قائل به آن‌اند. طرف‌داران دیدگاه اخیر برای توجیه نظر خود به عموم پاره‌ای از روایات، قیاس با بیع مال مشاع و اجماع تمسک می‌کنند. این گروه، بدون هیچ تفکیکی بین اموال مشاع، قائل به صحت عقد وقف‌اند و قبض کلیه اموال مشاع را نیز یکسان می‌دانند و در این راستا لزوم اخذ اذن شریک، تخلیه و افراز را به عنوان ضابطه قبض به رسمیت می‌شناسند.

بر اساس دیدگاهی که اخذ اذن شریک را برای تحقق قبض مال موقوف ضروری می‌داند، این پرسش مطرح می‌شود که اگر شریک از اعطای اذن امتناع کند چه باید کرد؟

در این صورت، آیا می‌شود به حاکم مراجعه و از این طریق شریک را ملزم کرد؟ تردید از این جهت است که به دلیل عدم تحقق قبض هنوز عقد وقفی شکل نگرفته است تا موقوف علیه ذی نفع شناخته شود و بتواند به دادگاه مراجعه کند. علاوه بر این، اعطای اذن در قبض حق شریک است و از این رو بعید به نظر می‌رسد که بتوان وی را به اعمال حق خود ملزم کرد. به هر روی، درباره این مسئله اختلاف نظر وجود دارد. گذشته از این، گاهی ممکن است موقوف علیه به تنهایی یا به همراه واقف و بدون اذن دیگر شرکا مال مشاع را مورد قبض و اقباض قرار دهد. در این مورد، فقها و حقوق دانان در خصوص ضمان شخص قبض کننده اختلافی ندارند، اما در مورد این که قبض بدون اذن شریک موجب تشکیل عقد وقف می‌شود یا نه بین آن‌ها اختلاف وجود دارد. با توجه به این مقدمه و برای بیان نظریه عمومی، رسالت این مقاله پاسخ به این پرسش اصلی است که عقد وقف نسبت به مال مشاع چه وضعیتی دارد؟ قبض مال مشاع در عقد وقف به چه شکلی اتفاق می‌افتد؟ و در نهایت، قبض بدون اذن شریک چه ضمانت اجرایی دارد؟ اهمیت این پژوهش از آن جهت بیشتر احساس می‌شود که در خصوص وضعیت وقف مال مشاع پژوهش جدید و مستقلی در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران صورت نگرفته است و فقهای مذاهب اسلامی (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۴۸؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ص ۳۷؛ بهجت، ۱۴۲۶، ص ۳۶۸؛ جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ عمرانی، ۱۴۲۱، ص ۵۷) و حقوق دانان ایران (امامی، ۱۳۹۳، ص ۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵)، در ضمن مباحث عقد وقف، به طور بسیار مختصر به این موضوع اشاره نموده‌اند. همچنین، بررسی برخی پژوهش‌هایی که اخیراً صورت پذیرفته نشان می‌دهد در خصوص حکم وضعی وقف اموال مشاع به طور مفصل بحثی نشده و فقه مذاهب اسلامی نیز مفصلاً مورد نقد و بررسی قرار نگرفته است و محتوای تحقیقات انجام شده غالباً دایره مدار تقسیم و افراز اموال مشاع موقوفه و مسائل مرتبط به آن است که جملگی مربوط به بعد از انعقاد صحیح عقد وقف است (محققان، ۱۳۹۷، ص ۸۵-۱۰۱؛ قربانیان، ۱۳۸۹، ص ۴۴-۵۴؛ فرساد، ۱۳۹۷، ص ۱۲۷-۱۴۹).

۱. بررسی فقهی وقف مال مشاع

۱-۱. دیدگاه قائل به تفکیک

برخی از فقها امامیه، مالکی و حنفی در بررسی وقف مال مشاع، اموال مشاع را به «قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم» و همچنین «منقول و غیرمنقول» تفکیک می‌نمایند. آن‌ها پس از تفکیک میان اموال مشاع، با توجه به نوع مال، وضعیت عقد وقف و کیفیت قبض مال مشاع را مورد قضاوت قرار می‌دهند.

۱-۱. دیدگاه قائل به تفکیک بین اموال قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم

الف) معرفی مال قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم

طبق نظر حنفیه، مال غیرقابل تقسیم عبارت از مالی است که امکان تقسیم آن وجود ندارد، به نحوی که تقسیم مال باعث می‌شود که مالیت آن به‌طور کامل از بین برود یا دچار نقصان شود یا دیگر نتوان مانند سابق از آن منتفع شد مثل حیوان و خانه کوچک (شیخی‌زاده، بی‌تا، ص ۳۵۶؛ میدانی، بی‌تا، ص ۱۷۲). به عبارت دیگر، در اموال غیرقابل تقسیم در صورت بروز اختلاف بین شرکا حاکم نمی‌تواند آن‌ها را ملزم به تقسیم مال کند (ابن‌نجیم، بی‌تا، ص ۲۸۶؛ عینی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۱۶۸). در برابر مال قابل، تقسیم مالی است که می‌توان آن را تقسیم کرد بدون آن‌که مالیت آن پس از تقسیم از بین برود یا دچار نقصان شود و همچنان به همان کیفیت پیش از تقسیم قابل انتفاع است و در فرض ایجاد اختلاف میان شرکا حاکم می‌تواند شریک را ملزم به تقسیم مال کند، مثل خانه بزرگ و گندم (عینی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۱۶۸؛ میدانی، بی‌تا، ص ۱۷۲). فقهای مالکی و امامیه در وقف مال مشاع تعریفی از این اموال ارائه نمی‌دهند، اما از آثار آن‌ها نیز همین مفهوم برداشت می‌شود (رعینی، ۱۴۱۲، ص ۱۹؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۴).

ب) قول به فساد وقف مال قابل تقسیم

برخی از فقهای حنفی وقف مال مشاع قابل تقسیم را فاسد و در حکم وقف قبل از قبض می‌دانند (عینی، ۱۴۲۰، ج ۷، ص ۴۳۲؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص ۴۲؛ میدانی، بی‌تا، ص ۱۸۲). فقهای حنفی در توجیه این عقیده مفروض بودن مال موردوقف در زمان قبض را به‌عنوان یکی از شرایط صحت وقف می‌پذیرند و به‌نظر می‌رسد برای اذن شریک جهت تحقق قبض اعتباری قائل نیستند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲، ص ۳۴۸؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص ۴۱). طبق این نظر، هر وقت پس از قبض و تشکیل عقد وقف معلوم شود که مال موقوف در زمان قبض مشاع بوده است، عقد وقف باطل می‌شود (ابن‌مازه،

۱۴۲۴، ص ۱۱۱؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص ۴۱). در مقابل، هرگاه تمام شرکا مال مشاع سهم خود را به یک نفر وقف کنند، چون در زمان قبض، وصف اشاعه مال از بین می‌رود، صحت عقد وقف با اشکالی مواجه نمی‌شود (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۳۴۸). حنفیه وقف مال مشاع را با عقد هبه قیاس می‌کنند و به نظر می‌رسد هدف از قیاس مذکور اشاره به همان دلایلی است که برای توجیه فساد هبه مال مشاع بیان شده است، به‌ویژه این‌که از نظر این گروه از فقهای حنفی وقف نیز عقدی تملیکی است (ابن ماز، ۱۴۲۴، ص ۲۰۲). ایشان در هبه مال مشاع، علاوه بر اشتراط افراز (عینی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۱۶۲)، معتقدند با توجه به قابل تقسیم بودن مال و با استناد به روایتی فقط تصرف مادی ملاک تحقق قبض است و مادام که مال تقسیم نشود عقد هبه فاسد است (ابن نجیم، بی‌تا، ص ۲۸۶؛ میدانی، بی‌تا، ص ۱۷۲).

هیچ‌یک از دلایل فوق توان توجیه این عقیده را ندارد؛ چه اولاً، دلیلی وجود ندارد که افراز شرط صحت وقف باشد، مخصوصاً که فقهای سایر مذاهب نیز افراز را شرط صحت وقف نمی‌دانند. ثانیاً، هدف از قبض تسلط بر موضوع عقد است که امری عرفی محسوب می‌شود و از جایی به جای دیگر متفاوت است. بنابراین لزومی ندارد که همیشه و همه جا قبض مادی ملاک قرار گیرد؛ به‌ویژه آن‌که در عصر کنونی در بسیاری از موارد مجرد قبض مادی دلیل تسلط محسوب نمی‌شود.

ج) قول به صحت وقف مال قابل تقسیم

در میان فقهای مذاهب اسلامی، فقهای مالکی (خرشی، بی‌تا، ص ۷۹؛ رعینی، ۱۴۱۲، ص ۱۹؛ صعیدی عدوی، ۱۴۱۴، ص ۲۶۴) و برخی از فقهای امامیه (حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۷۳؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۳) قائل به صحت وقف مال مشاع قابل تقسیم‌اند. به عقیده امامیه، از آنجاکه عقد وقف ملازمه با انتفاع از عین موقوفه دارد، قبض باید به شکلی اتفاق بیفتد که بتوان از منافع آن منتفع شد. قبض بدین مفهوم در اموال قابل قسمت زمانی اتفاق می‌افتد که یا شریک با تسلیم مال مشاع موافق باشد یا حالت اشاعه به وسیله تقسیم از بین برود، به‌ویژه این‌که تقسیم به معنای افراز و تمییز حق است و بیع وقف محسوب نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ص ۲۷۰؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۷۳). فقهای مالکی نیز معتقدند وقف اموال مذکور باعث حبس شریک در مال مشاع نمی‌شود و ضرری به او

نمی‌رساند؛ زیرا با توجه به قابل‌قسمت بودن مال مشاع، شریک هرگاه که بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم و افراز مال مشاع را نماید (جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ مالکی، ۱۴۲۰، ص ۲۲۸). در مال مشاع قابل‌قسمت، قبض به کیفیتی که موجب انتفاع از منافع آن شود وقتی رخ می‌دهد که یا شریک با قبض کل مال مشاع موافقت کند یا مال مشاع افراز شود، به‌ویژه این‌که استمرار استیلای ید بر عین موقوفه نیز ضروری است. با وجود این، در صورت پذیرش افراز و تقسیم مال مشاع به‌عنوان راه‌حلی برای تحقق قبض، آنچه حقیقتاً وقف می‌شود مال مفروز است نه مشاع.

د) قول به عدم نفوذ وقف مال غیرقابل تقسیم

برخی از فقهای مالکی معتقدند صحیح‌شدن وقف مال مشاع غیرقابل تقسیم منوط به اذن دیگر شرکا است (جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ رعینی، ۱۴۱۲، ص ۱۸). به عقیده ایشان، در اموال قابل‌قسمت که امکان تقسیم و افراز مال مشاع وجود دارد، حبس سهم واقف ضروری برای شریک دیگر ندارد و او هر وقت که بخواهد می‌تواند مال مشاع را تقسیم کند. اما، برخلاف این مورد، در مال مشاع غیرقابل تقسیم، اگر شریک حاضر به شراکت با موقوف علیهم نباشد نمی‌تواند مال مذکور را تقسیم و افراز کند و تنها راهی که برای او باقی می‌ماند فروش مال مشاع غیرقابل تقسیم است. این درحالی است که بخشی از مال مشاع وقف و بیع و تقسیم مال موقوف نیز باطل است؛ بنابراین امکان فروش کل مال مشاع نیز وجود ندارد. به عبارت دیگر، وقف مال غیرقابل تقسیم، ولو به‌میزان سهم واقف، سایر شرکا را در مال مشاع حبس و آن‌ها را مجبور به قبول شراکت با موقوف علیه و تحمل ضرر می‌کند. بنابراین، هرگاه شرکا با وقف سهم واقف موافقت کنند، عقد وقف صحیح و گرنه باطل می‌شود (جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ رعینی، ۱۴۱۲، ص ۱۸؛ مالکی، ۱۴۲۰، ص ۲۸۸).

دیدگاه فوق بدون اشکال به‌نظر نمی‌رسد. زیرا از یک سو، سهم واقف در عالم اعتبار معین است و از این رو در عقد وقف، مال مشاع فقط به اندازه سهم او حبس می‌شود و ضروری به شریک دیگر وارد نمی‌شود. از سوی دیگر، امتناع شریک از تسلیم مال غیرقابل تقسیم مانع تحقق قبض و تشکیل عقد وقف است. بدین ترتیب، فروش مال مشاع فروش

مال موقوف محسوب نمی‌شود و حتی بعد از فروش مال مشاع و وقف قرارداد ثمن آن به میزان حصه واقف دیگر آنچه وقف می‌شود مال مفروز است نه مشاع.

ه) قول به صحت وقف مال غیرقابل تقسیم

برخی از فقهای حنفی، مالکی و امامیه پیرو این عقیده‌اند و هریک از آنها در بیان این نظر به توجیهاات خاصی متوسل می‌شوند. فقهای مالکی و امامیه معتقدند: در وقف مال مشاع غیرقابل قسمت حبس عین موقوفه فقط نسبت به سهام واقف اتفاق می‌افتد و اثری بر حصه دیگر شرکا ندارد و موجب ورود ضرر به آنها نمی‌شود (جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ مالکی، ۱۴۲۰، ص ۲۲۸). طبق باور این گروه از فقها، استیلای مادی ملاک تحقق قبض است. در مذهب مالکی، با فروش مال مشاع و وقف قرارداد ثمنی که به حصه واقف تعلق می‌گیرد قبض به کیفیت مذکور محقق می‌شود و عقد وقف شکل می‌گیرد (جندی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۹؛ خرسی، بی‌تا، ص ۷۹؛ مالکی، ۱۴۲۰، ص ۲۲۸). اما در فقه امامیه، تحقق قبض به کیفیت مقرر منوط به اذن سایر شرکا است (نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۴) و هرگاه از این امر امتناع نمایند می‌توان برای نصب امین به حاکم رجوع کرد یا تخلیه را به‌عنوان ضابطه قبض پذیرفت (نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۴). فقهای حنفی نیز وقف مال مشاع غیرقابل تقسیم را صحیح می‌دانند و در توجیه آن وقف مال غیرقابل تقسیم را با هبه آن مقایسه می‌کنند و به‌نظر می‌رسد به همان دلایل مذکور در هبه مال مشاع: ضرورت، قیاس با بیع و اجاره مال مشاع توجه دارند تا تخلیه را ملاک قبض معرفی کنند، به‌ویژه این‌که به نظر ایشان وقف عقد تملیکی است. درخصوص ضوابط ارائه‌شده از قبض، نظر گروهی که فروش مال مشاع و وقف کردن ثمن مربوط به حصه واقف را معیار قبض می‌داند خالی از ایراد نیست؛ زیرا در این صورت موضوع مربوط به وقف مال مفروز است و دیگر بحثی از وقف مال مشاع مطرح نخواهد بود: مادام که قبض اتفاق نیفتد، عقد وقف شکل نمی‌گیرد و با فروش مال مشاع آنچه وقف می‌شود مال مفروز است نه مشاع که در صحت آن تردیدی وجود ندارد. در مقابل، طبق نظر کسانی که تخلیه را به‌عنوان ملاک قبض به رسمیت می‌شناسند، چنانچه وقف عقد تملیکی در نظر گرفته شود، خالی از ایراد بود است و هبه و وقف نیز قابل قیاس خواهند بود (مانند فقه حنفی). اما، چنانچه وقف عقدی انتفاعی در نظر گرفته شود، این ایراد وارد خواهد بود که عقد وقف ملازمه با انتفاع از

منافع وقف دارد و به مجرد تخلیه نمی‌توان از منافع عین موقوفه انتفاع کرد و قیاس هبه و وقف مال مشاع در این فرض مع الفارق به نظر می‌رسد (مانند نظر برخی فقهای امامیه).

۱-۱-۲. دیدگاه قائل به تفکیک بین اموال منقول و غیرمنقول

الف) معرفی مال منقول و غیرمنقول

فقهای امامیه و حنفی تعریف دقیقی از اموال منقول و غیرمنقول بیان نمی‌کنند، اما مشترکاً مال منقول را در برابر زمین و خانه به کار می‌برند تا نشان دهند که تفکیک مذکور از نظر نقل و انتقال مادی است و شامل نقل و انتقالات حقوقی نمی‌شود (بحرانی، بی‌تا، ص ۲۸۲؛ بلخی، ۱۳۱۰، ص ۳۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۲۰؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۱، ص ۲۹). بنابراین، به نظر می‌رسد مفهوم اموال منقول و غیرمنقول در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران مترادف باشد و برای تعریف آن‌ها می‌توان به مواد ۱۲ و ۱۹ ق.م.م. مراجعه کرد. به‌ویژه این‌که ظاهر عبارات برخی از فقها و حقوق‌دانان نیز مؤید این مطلب است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۴۵۸؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۱، ص ۲۹).

ب) قول به بطلان وقف مال منقول

فقهای حنفی وقف مال مشاع منقول را باطل می‌دانند (بلخی، ۱۳۱۰، ص ۳۶۰؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۱، ص ۲۹) و در توجیه عقیده خود می‌گویند: یکی از شرایط اساسی صحت عقد وقف دوام است، یعنی پس از حبس مال موقوف باید بتوان دائماً از آن منتفع شد. در اموال منقول، تحقق چنین شرطی قابل تصور نیست؛ چه این اموال در شرف تلف شدن قرار دارند و با انتفاع تدریجی نهایتاً از بین می‌روند؛ بنابراین انتفاع دائمی از آن‌ها محال است (بلخی، ۱۳۱۰، ص ۳۶۰؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۲۰). آنچه پیدا است، ایشان دوام را در مال موضوع وقف جست‌وجو می‌کنند و به همین علت فقط وقف اموال غیرمنقول را صحیح می‌دانند. مطالب بالا کاملاً بیانگر آن است که در مذهب حنفی هیچ فرقی بین مال مفروز و مشاع وجود ندارد و در هر صورت وقف مال منقول باطل است (کاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۲۰). فقهای مذاهب دیگر، با وجود این‌که دوام را شرط صحت وقف می‌دانند، از این حیث میان اموال منقول و غیرمنقول فرقی نمی‌گذارند و وقف کلیه

اموال مشاع را صحیح می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ص ۵۴۸؛ نجفی، ۱۴۲۴، ص ۱۳).

با تمام این اوصاف، نمی‌توان پذیرفت که اشتراط دوام در عقد وقف ناظر به مال موقوف باشد، بلکه به نظر می‌رسد که این شرط یا ناظر به عقد وقف است یا مقصود از آن دوام عرفی مال موقوف است، بدان شرح که از یک طرف اثر وقف حبس عین و انتفاع از مال موقوف است که برای تحقق آن وجود چنین شرطی لازم به نظر می‌رسد، به‌ویژه این که طبق نظر فقهای سایر مذاهب اسلامی نیز دوام ناظر به عقد وقف است نه موضوع آن. از طرف دیگر، منظور از دوام، دوام حقیقی مورد وقف نیست بلکه مقصود دوام عرفی مال موقوف است، ولو این که به مرور زمان مستهلک شود. از این رو در اموال غیرمنقول، همچون زمین نیز ممکن است فروضی پیش بیاید که مال مورد وقف باقی باشد اما انتفاع از آن به هیچ وجه ممکن نباشد که در این صورت بقای ظاهری مال بدون وجود قابلیت انتفاع در حکم تلف و از بین رفتن آن است. فراتر از این، حتی امکان دارد در برخی موارد مال غیرمنقول نیز حقیقتاً تلف شود و وجود خارجی نداشته باشد و این درحالی است که وقف مال غیرمنقول صحیح است.

ج) قول به صحت وقف مال منقول

برخلاف فقه حنفی، فقهای امامیه وقف مال مشاع منقول را صحیح می‌دانند (محققان، ۱۳۹۷، ص ۹۰؛ نجفی، ۱۴۲۴، ص ۱۳). در فقه امامیه، اگرچه دوام از شرایط صحت وقف است، این امر موجب بطلان عقد نمی‌شود؛ چه، اشتراط دوام ناظر به عقد وقف است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ص ۵۴۸) و در صورتی که مقصود دوام مال موقوف باشد قطعاً دوام عرفی آن مد نظر است. فقهای امامیه به صحت وقف مال مشاع منقول تردیدی ندارند (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳، ص ۹؛ بهجت، ۱۴۲۶، ص ۳۶۸؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ص ۵۱۵؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ص ۲۰). از نگاه آنها، از آنجاکه در مال مشاع وقوع قبض قابل تصور است، صحت وقف بعد از وقوع قبض نیز می‌تواند درست باشد. ایشان علاوه بر توجیه فوق برای تأیید نظر خود به دلایلی چون پاره‌ای اخبار (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۷۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ص ۲۵۰؛ کلینی، ۱۴۰۷، ص ۳۷)، عموم و اطلاق روایات (رعینی، ۱۴۱۲، ص ۳۶۶؛ میدانی، بی‌تا، ص ۲۳۰)، عموم جریان وقف بر طبق نیت

واقف (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۳۷؛ محققیان، ۱۳۹۷، ص ۹۱)، اتفاق فقها (بحرانی، بی‌تا، ص ۲۸۲) و قیاس با بیع و هبه (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ص ۵۴۲) متوسل می‌شوند. علاوه بر آن، برخی دیگر از فقهای امامیه اجماع (سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۴۳؛ عاملی حسینی، ۱۴۱۹، ص ۶۵۲) را در توجیه و تأیید نظر خود بیان می‌کنند. قیاس وقف مال مشاع و بیع آن با توجه به عینی بودن عقد وقف و قصدی بودن عقد بیع مع الفارق به نظر می‌رسد. با وجود این، به نظر می‌رسد مقصود چیز دیگری باشد: در اموال مشاع امکان قبض و اقباض مال وجود دارد، بنابراین بیع و وقف مال مشاع صحیح است. اما عقد وقف وقتی انعقاد می‌یابد که قبض مال موقوف اتفاق بیفتد. با این توضیح دیگر بعید به نظر می‌رسد که قیاس فوق اشکالی داشته باشد. طبق این نظر، هرگاه قبض مال مشاع اتفاق بیفتد عقد وقف تشکیل می‌شود. قبض مال منقول با تحویل آن به موقوف علیه صورت می‌گیرد که موجب تصرف در سهم دیگر شرکا است. بر این اساس، برای نفوذ آن، علاوه بر رضایت واقف، اذن شرکای او هم لازم است (بحرانی، بی‌تا، ص ۲۸۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ص ۳۶).

دیدگاه صحت وقف مال منقول نه تنها مورد انتقاد نیست، بلکه از دو جهت قابل دفاع هم هست. اولاً، همان‌طور که در مال مفروز وجود قدرت بر تسلیم برای تراضی به وقف کفایت می‌کند و عقد وقف هنگامی تشکیل می‌شود که مال موقوف به قبض موقوف علیهم داده شود، در وقف مال مشاع نیز همین مقدار از قدرت بر تسلیم برای تشکیل آن کافی است و وقف هنگامی واقع می‌شود که قبض اتفاق بیفتد، به‌ویژه این‌که وقف سهم یکی از شرکا برای دیگران ضرری ایجاد نمی‌کند. ثانیاً، علیرغم انتفاعی بودن عقد وقف و ضرورت وضع ید موقوف علیهم بر مال موقوفه، در اموال مشاع این موضوع با اشکال مواجه نخواهد شد و قبض اموال مشاع (وضع ید) به طرق مختلف از قبیل اعطای وکالت به شریک برای وقوع قبض، اخذ رضایت شریک و... محقق می‌شود. بنابراین صحت عقد وقف ضرورتاً منوط به اذن شریک نخواهد بود و فقط یکی از راه‌های وقوع قبض اخذ رضایت شریک بیان شده و منحصر به آن نیست و صحت وقف فقط مستلزم قبض است و منوط به رضایت شریک نیست. گذشته از این‌ها، شاید بتوان گفت انتفاع از مورد وقف اثر عقد وقف است و از نظر حقوقی بین انشای عقد و اثر آن تفاوت وجود دارد. بنابراین،

بین کیفیت قبضی که موجب تشکیل صحیح عقد وقف و کیفیت قبضی که موجب تحقق اثر آن (انتفاع از منافع موقوفه) می‌شود تفاوت وجود دارد؛ در اولی قبض مادی و استمرار آن شرط نیست، اما در دومی هر دو مورد اخیر شرط است که در این صورت اصلاً نیاز به قبض مادی نخواهد بود و به تبع آن بحث از اذن شریک نیز منتفی است و صحت عقد منوط به آن نخواهد بود.

د) قول به صحت وقف مال غیرمنقول

راجع به صحت وقف مال مشاع غیرمنقول بین فقهای امامیه و حنفی هیچ اختلافی مشاهده نمی‌شود (بلخی، ۱۳۱۰، ص ۳۶۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳؛ موصلی بلدحی، ۱۳۵۶، ج ۳، ص ۴۲). سابقاً اشاره شد که حنفی‌ها دوام مال موقوف را شرط صحت وقف می‌دانند و به جهت وجود قابلیت دوام در اموال غیرمنقول موجبی برای بطلان وقف باقی نمی‌ماند (بلخی، ۱۳۱۰، ص ۳۶۰؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۲۰). پذیرش صحت وقف مال غیرمنقول به این معنا نیست که عقد وقف پیش از تحقق قبض صحیحاً انعقاد می‌یابد، بلکه بدان معنا است که چون می‌توان آن را بعداً قبض کرد، تراضی برای وقف آن نیز امکان دارد و هر زمان که قبض اتفاق بیفتد عقد وقف هم صحیحاً شکل می‌گیرد. به عقیده فقهای امامیه، تمامی دلایل صحت وقف مال مشاع منقول برای توجیه صحت وقف مال مشاع غیرمنقول نیز قابل استناد است، اما در مال مشاع غیرمنقول که تسلیم و تحویل مال امکان ندارد قبض به مفهوم گفته شده قابل تحقق نیست و لذا راهی جز پذیرفتن تخلیه به عنوان ملاک قبض باقی نمی‌ماند (بحرانی، بی تا، ص ۲۸۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۳؛ نجفی، ۱۴۲۴، ص ۱۳) و از آنجاکه تخلیه فی نفسه موجب تصرف در حصه شریک دیگر نیست و ضرری به او نمی‌رساند، برای تحقق آن اخذ اذن سایر شرکا لزومی ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۶؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ص ۳۷).

طرف داران این عقیده، هرچند در خصوص حکم وضعی وقف مال مشاع غیرمنقول نظر مناسبی را بیان می‌کنند، با وجود این، معیاری که برای قبض این اموال ارائه می‌شود این اشکال را دارد: از آنجاکه عقد وقف ملازمه با انتفاع از مورد معامله دارد، آیا مجرد تخلیه توسط واقف موقوف‌علیه را بر مال موقوف و انتفاع از منافع آن مسلط می‌کند؟ به‌ویژه این که استمرار قبض در آن شرط است.

۱-۲. دیدگاه عدم قائل به تفکیک: صحت وقف مال مشاع

برخی از فقهای امامیه (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۲۶۹؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۳۱)، شافعی (دمیاطی، بی تا، ص ۱۸۹؛ خن، مصطفی و همکاران، ۱۴۱۳، ص ۱۸) و حنبلی (مرداوی، بی تا، ص ۸؛ مقدسی، بی تا، ص ۱۸۹) در بیان حکم وقف مال مشاع میان اموال موردوقف فرقی نمی‌گذارند و وقف تمام اموال مشاع اعم از منقول و غیرمنقول را صحیح می‌دانند. طبق این نظر، همان‌طور که وقف مال مفروز صحیح است، وقف مال مشاع نیز صحیح می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۶؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۳۱؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۳). به عبارت دیگر، در قابلیت قبض مال مفروز شکی وجود ندارد تا صحت آن با اشکال مواجه شود و از این رو در مال مشاع نیز که امکان تحقق قبض آن وجود دارد تردیدی در صحت وقف باقی نمی‌ماند (حائری طباطبایی، بی تا، ص ۵۰۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۲۲). از طرف دیگر، از آنجاکه وقف مال مشاع به شریک ضرری نمی‌رساند، صحیح دانستن وقف مال مشاع اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ چه، حبس سهم شریک از مال مشاع به سهام دیگران تسری نمی‌یابد و شریک دیگر مانند سابق نسبت به سهم خود قادر به انحای تصرفات حقوقی است. به بیان دیگر، مال مشاع فقط به میزان سهم واقف حبس می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۳۱).

طبق این دیدگاه، نه تنها حکم وضعی وقف مال مشاع منقول و غیرمنقول یکسان است، بلکه قبض اموال مذکور نیز به یک شکل اتفاق می‌افتد که با اخذ اذن شریک، تخلیه و افراز مال مشاع است. بنابراین، از آنجاکه امکان قبض و اقباض مال مشاع وجود دارد، ایشان بیش از هر چیزی بر مسئله تحقق قبض تمرکز می‌کنند تا با اثبات امکان قبض اموال مشاع به صحت وقف مال مشاع برسند. فقهای شافعی (عمرانی، ۱۴۲۱، ص ۵۷؛ نووی، بی تا، ۳۲۸/۱۵) و حنبلی (مرداوی، بی تا، ص ۸؛ مقدسی، بی تا، ص ۱۸۹) عقد وقف را از زمره عقود رضایی محسوب می‌کنند و از این رو برای تشکیل این عقود نسبت به مال مشاع اشکالی نمی‌بینند و در تأیید این نظر، وقف را با بیع مال مشاع قیاس می‌نمایند و به علت رضایی بودن عقد وقف، به مسئله قبض و کیفیت تحقق آن برای تشکیل عقد اشاره‌ای نمی‌کنند.

الف) لزوم اخذ اذن شریک

طبق باور برخی از فقهای امامیه (بحرانی، بی‌تا، ص ۳۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۲۶۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۶؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ص ۳۶) عقد وقف ملازمه با انتفاع از مال موقوف دارد و از آنجا که قبض شرط صحت وقف است، باید به کیفیتی اتفاق بیفتد که موقوف علیه بتواند به موجب آن منافع مال موقوف را استیفا کنند. وقوع قبض به چنین کیفیتی در اموال مشاع با تصرف در سهم شریک دیگر همراه است و زمانی نفوذ شرعی پیدا می‌کند که شریک با آن موافقت کند.

ب) تخلیه

به عقیده عده‌ای دیگر از فقهای امامیه، مجرد تخلیه برای تحقق قبض در وقف مال مشاع کفایت می‌کند (نجفی، بی‌تا، ص ۲۶۴؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۴۳۱؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۳۳). یعنی همان‌طور که در عقود تملیکی چون بیع و هبه می‌توان تخلیه را به‌عنوان قبض پذیرفت، در اینجا نیز اشکالی ندارد که تخلیه را ملاک قبض قرار داد (وجدانی، ۱۴۲۶، ص ۳۶). با این حال بعید به نظر می‌رسد تخلیه به‌تنهایی بتواند موقوف علیه را بر حصه واقف مسلط کند به‌گونه‌ای که او بتواند از منافع عین موقوفه انتفاع ببرد.

۲. بررسی حقوقی وقف مال مشاع: صحت وقف مال مشاع

در قوانین موضوعه حکم صریحی در این مورد وجود ندارد، اما قانونگذار در مواد ۴۶ و ۵۸ قانون مدنی مقرر نموده است که مال مشاع می‌تواند مورد وقف و حق انتفاع قرار گیرد. افزون‌بر آن، به موجب ماده ۸۱۱ این قانون: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد»، به‌طور ضمنی صحت وقف مال مشاع پذیرفته شده است. در حقوق ایران، برخلاف رهن و هبه مال مشاع، بحث چندانی در وقف مال مشاع صورت نگرفته است و به همین علت برخی از حقوق‌دانان برای توجیه آن به رهن مال مشاع ارجاع داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵) و به اتفاق و به تبعیت از فقهای امامیه وقف مال مشاع را صحیح دانسته‌اند (امامی، ۱۳۹۳، ص ۹۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص ۳۸۲۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵ و ۲۰۸). بر اساس مطالعات صورت‌گرفته، به نظر می‌رسد ایشان بین اموال مشاع موضوع وقف هیچ تفکیکی قائل نیستند؛ چه، از یک طرف وقف کلیه اموال مشاع را صحیح می‌دانند و از طرف دیگر، در بیان کیفیت قبض

مال موقوف بین اموال مشاع تفکیکی ارائه نمی‌دهند. از این رو به نظر می‌رسد حقوق دانان ایران نیز مانند فقهای طرفدار دیدگاهی که قائل به تفکیک نیست، تمرکز اصلی خود را بر سر مسئله قبض گذاشته‌اند تا با توجیه آن، صحت وقف مال مشاع را توجیه کنند؛ زیرا هر مالی را که بتوان قبض کرد می‌توان وقف نمود.

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی ۷/۸۶۳۲-۱۳۷۶/۱/۲۱ تقسیم طلق از وقف و همچنین فروش سهم طلق از مال مشاع را پذیرفته است که این امر به طور ضمنی دلالت بر پذیرش صحت وقف مال مشاع در رویه قضایی دارد. این اداره در نظریه مشورتی ۷/۹۳/۱۲۵۳-۹۳/۸/۲۸ نیز وثیقه مال مشاع به اندازه حصه رهن را صحیح دانسته است که با توجه به عینی بودن عقد رهن، این رأی راجع به وقف مال مشاع نیز قابل تسری به نظر می‌رسد. گذشته از این‌ها، نظریات مشورتی دیگری از جمله نظریه ۷/۵۷۸۲-۱۳۷۲/۱۱/۲، ۷/۴۱۷۸-۱۳۸۲/۵/۱۸ و ۷/۲۲۹۷-۱۳۷۷/۶/۹ به صورت ضمنی دلالت بر این امر دارند (شهری و حسین‌آبادی، ۱۳۵۸، ص ۳۰۵). با تمام این اوصاف، در حقوق ایران راجع به قبض مال موقوفه مشاع برخی اخذ اذن سایر شرکا و عده‌ای نیز افزاز مال مشاع را لازم می‌دانند که این نظریات در ادامه مورد بحث قرار می‌گیرند.

۱-۲. لزوم اخذ اذن شریک

برخی از حقوق دانان ایران (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵) معتقدند عقد وقف، برخلاف هبه که موجب تملیک عین است، ملازمه با انتفاع از مال موقوف دارد و از آنجاکه قبض شرط صحت وقف است، باید به کیفیتی اتفاق بیفتد که موقوف علیه بتواند به موجب آن منافع مال موقوف را استیفا نمایند. وقوع قبض به چنین کیفیتی در اموال مشاع با تصرف در سهم شریک دیگر همراه است و زمانی نفوذ شرعی پیدا می‌کند که شریک با آن موافقت کند. بنابراین، لزوم اخذ اذن سایر شرکا برای تحقق قبض و انعقاد وقف ضرورت دارد.

۲-۲. افزاز

برخی دیگر از حقوق دانان بر این باورند که قبض سهم واقف از مال مشاع پس از افزاز اتفاق می‌افتد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۵۷). درخواست افزاز فقط از سوی واقف پذیرفته می‌شود و موقوف علیه از چنین حقی برخوردار نیست؛ زیرا مادام که قبض

اتفاق نیفتاده وقفی شکل نمی‌گیرد تا او قائم‌مقام واقف شود و بتواند چنین درخواستی کند. همان‌طور که مشاهده می‌شود، به‌نظر می‌رسد طبق این نظر نیز قبض مادی برای تشکیل عقد ضرورت داد و به همین دلیل تحقق قبض مستلزم افراز مال مشاع است. در ایراد به این نظر می‌توان گفت: نظر فوق فقط در مورد اموال قابل افراز صدق می‌کند و درباره اموال غیرقابل افراز ساکت است. مهم‌تر این‌که پیش از افراز قبضی اتفاق نیفتاده است و هنوز وقفی واقع نشده است که ما آن را وقف مشاع بنامیم و پس از افراز نیز آنچه حقیقتاً وقف می‌شود مال مفروز است نه مشاع. بنابراین پیروان این نظر در ظاهر از وقف مال مشاع سخن می‌گویند اما در حقیقت وقف مال مفروز را صحیح اعلام می‌کنند. از این‌رو به‌نظر می‌رسد ایشان افراز را برای انعقاد وقف شرط می‌دانند.

۳. تحلیل و ارزیابی معیارها

۳-۱. در مرحله توافقی

بطلان وقف مال مشاع به هیچ وجه قابل توجیه نیست؛ چه، بر اساس اصل صحت، بطلان معاملات امری استثنائی و مستلزم تصریح قانون است. در موضوع مورد بحث، نه تنها نصی مبنی بر بطلان وقف مال مشاع وجود ندارد، بلکه قانونگذار در مواد ۴۶ و ۵۸ قانون مدنی نیز به‌طور صریح و بدون هیچ تفکیکی اعلام کرده است که اموال مشاع می‌توانند موضوع وقف و حق انتفاع قرار گیرند. غیرنافذ دانستن وقف مال مشاع نیز درست به‌نظر نمی‌رسد؛ چه، از یک طرف مالک فقط نسبت به سهم خود تصرف حقوقی کرده است. از طرف دیگر، تصرف واقف در حصه خود ضروری برای شریک دیگر ندارد؛ چه، او هر وقت حاضر به تحمل شریک جدید نباشد می‌تواند حسب مورد تقاضای افراز یا فروش مال مشاع کند.

پس از رد دیدگاه بطلان و عدم نفوذ، برای تأیید صحت وقف مال مشاع می‌توان به دلایل زیر اشاره نمود: اولاً، به‌نظر می‌رسد مواد ۴۶ و ۵۸ قانون مدنی به‌طور ضمنی صحت وقف مال مشاع را پذیرفته است. ثانیاً، اطلاق ماده ۵۸۳ ق.م. شامل کلیه عقود رضایی و عینی است. ثالثاً، انعقاد عقد وقف نسبت به حصه یکی از شرکا ضروری برای سایرین ندارد و خللی به حقوق آن‌ها وارد نمی‌کند. رابعاً، همان‌گونه که در اموال مفروز قدرت بر تسلیم در زمان ترازی طرفین برای تشکیل عقد وقف کافی است و پس از تحقق قبض عقد

وقف شکل می‌گیرد، در اموال مشاع نیز مجرد قدرت بر تسلیم برای تراضی طرفین کفایت می‌کند و بدون شک پس از تحقق قبض، ولو به صورت مادی، عقد وقف به‌طور صحیح انعقاد می‌یابد. نظریه‌های مشورتی مذکور در متن نیز بیانگر این مطلب است که رویه قضایی کشور نیز طرف‌دار صحت وقف مال مشاع است.

۲-۳. در مرحله قبض

الف) احتمال نخست: لزوم اخذ اذن شریک (سلطه مادی)

عقد وقف با انتفاع از منافع عین موقوفه ملازمه دارد. بنابراین قبض، به‌عنوان شرط صحت وقف، باید به شکلی اتفاق بیفتد که موقوف‌علیه بر عین موقوفه مسلط و از منافع آن بهره‌مند شود. از این رو در عقد وقف نمی‌توان تخلیه و سلطه معنوی را ملاک قبض در نظر گرفت؛ چه، به‌وسیله آن‌ها امکان انتفاع از مورد معامله وجود ندارد. گسترش سهام شرکا در جزء جزء مال مشاع سبب می‌شود که تصرف مادی در هر قسمت از آن تصرف در سهام دیگران باشد. بنابراین، برای تحقق قبض به مفهوم بیان شده علاوه بر اذن واقف، اذن شرکای او نیز ضروری به‌نظر می‌رسد. با وجود این، گاهی ممکن است شریک از اعطای اذن امتناع کند. در این صورت، از آنجاکه قبض قائم به شخص نیست، بهترین راه وکیل‌کردن شریک یا شخص ثالثی برای قبض مال مشاع است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۰۶). با این حال باز امکان دارد که شریک از قبول وکالت در قبض یا توکیل به ثالث خودداری کند. با امتناع شریک از اعطای اذن و قبول نمایندگی در قبض، ظاهراً موقوف‌علیه نمی‌تواند برای الزام شریک به اعطای اذن به دادگاه رجوع کند؛ زیرا از یک طرف، با امتناع شریک هنوز قبض مال مشاع رخ نداده و عقد وقف تشکیل نشده است و برای موقوف‌علیه حقی ایجاد نمی‌شود که بتواند با استناد به آن در دادگاه اقامه دعوی کند. علاوه بر این، با توجه به عدم ایجاد حق برای موقوف‌علیه، نه‌تنها امکان رجوع به دادگاه وجود ندارد، بلکه امکان توسل به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» نیز وجود نخواهد داشت؛ زیرا شرط توسل به این قاعده وجود حق به نفع مدعی و تکلیف به آن بر عهده ممتنع است و در ما نحن فیه حقی برای موقوف‌علیه جهت قبض مال مشاع و تکلیفی بر ذمه شریک مال مشاع جهت قبض آن به موقوف‌علیه وجود ندارد تا حاکم بتواند آن را از طرف ممتنع به نفع مدعی اعمال کند. از طرف دیگر، اقامه دعوی علیه هر شخصی برای

الزام به اعمال حقوق قانونی خود غیرمنطقی به نظر می‌رسد. با تمام این تفاسیل، اگرچه به علت عدم تشکیل عقد وقف و عدم ایجاد حقی برای موقوف علیه مراجعه او به دادگاه از این باب قابل تصور نیست، اما به نظر می‌رسد رجوع به حاکم (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۰۶) در صورتی که واقف به موقوف علیه اذن در قبض مال مشاع را اعطا کند از باب اذن اعطاشده چندان بی‌مبنا نیست؛ زیرا اولاً، وقتی یکی از شرکا مال مشاع حاضر به تسلیم سهم خود به موقوف علیه است و به او اذن در قبض سهم خود را می‌دهد، در حقیقت اذن در لوازم آن را نیز به او اعطا کرده است که یکی از لوازم مزبور رجوع به دادگاه در صورت امتناع شریک برای الزام وی به اعطای اذن یا قبول وکالت در قبض و... است. ثانیاً، امتناع شریک از اعطای اذن و همچنین اجتناب از قبول وکالت در قبض نه تنها از تصرفات قانونی واقف در سهم خود جلوگیری و او را مجبور به تحمل شرکت می‌کند، بلکه در صورت اعطای اذن به ثالث جهت قبض مال مشاع برای وقوع وقف مانع از اعمال حقوق شخص ثالث و انصراف ثالث از این حق می‌شود، مخصوصاً اگر استمرار قبض مادی برای تشکیل وقف شرط نباشد. این درحالی است که امتناع شریک از قبول مسائل مذکور نه برای رفع نیاز است و نه دفع ضرر و از این رو به نظر می‌رسد که بر مبنای سوءاستفاده از حق بتوان به دادگاه مراجعه کرد. همچنین، با وحدت ملاک از ماده ۲۵۲ قانون مدنی، هرگاه اقدام شریک موجب ورود ضرر به ثالث شود شخص ثالث می‌تواند برای جلوگیری از تضییع حقوق خود به دادگاه رجوع کند. بنابراین مبنای رجوع به دادگاه را می‌توان در قواعد «سوءاستفاده از حق» و «ملازمه اذن در شیء و اذن در لوازم آن» و «لاضرر» جست‌وجو کرد.

مسئله دیگری که در اینجا قابل بحث است مربوط به فرضی است که پس از امتناع شریک از اعطای اذن در قبض، موقوف علیه کل مال مشاع یا بخشی از آن (به اندازه سهم واقف) را بدون اذن واقف یا پس از اخذ اذن او قبض کند. در فقه و حقوق راجع به این مسئله اختلاف نظر وجود دارد، به نحوی که برخی قبض بدون اذن شریک را تنها موجب ضمان می‌دانند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ص ۲۱۴) و برخی دیگر، علاوه بر ضمان معتقدند قبض بدون اذن شریک اثر حقوقی ندارد و مانع از تشکیل عقد وقف می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ص ۲۷۵). مستند به ماده ۵۸۲ ق.م. و دلایل زیر

پذیرش نظر دوم مناسب‌تر به نظر می‌رسد. اولاً، اگرچه واقف در خصوص قبض سهم خود رضایت دارد، با توجه به گسترش سهم هریک از شرکا در تمام مال مشاع و غیرقابل تمییز بودن آن در عالم خارج بعید به نظر می‌رسد بتوان قبض انجام شده را به میزان سهم وی معتبر دانست. ثانیاً، یکی از شرایط اعتبار قبض مادی اموال مشاع از نظر قانون اخذ اذن شریک است؛ بنابراین هرگاه شرط مزبور محقق نشود، قبض به کیفیت قانونی رخ نداده است و آنچه اتفاق افتاده صلاحیت آن را ندارد که دارای اثر حقوقی باشد و موجب صحیح شدن عقد وقف شود. ثالثاً، معتبر دانستن قبض بدون اذن شریک در مواردی که اخذ اذن وی لازم است نوعی تشویق به فعل حرام و انجام امور خلاف قانون است و از بعد نظم عمومی جامعه و روابط خصوصی اشخاص مشکلاتی را به همراه خواهد داشت و از این رو به علت تعارض داشتن با نظم عمومی فاقد اثر قانونی به نظر می‌رسد. رابعاً، اگرچه حکم تکلیفی حرمت نمی‌تواند مستقیماً مانع تشکیل و صحت عقد وقف شود، در اینجا حکم حرمت به طور مستقیم از تحقق قبض معتبر جلوگیری نمی‌کند و این عدم تحقق قبض است که مستقیماً مانع تشکیل عقود وقف می‌شود نه حکم تکلیفی حرمت؛ حکم تکلیفی به صورت غیرمستقیم مانع انعقاد عقد وقف می‌شود و در این امر اشکالی وجود ندارد.

ب) احتمال دوم: عدم لزوم اذن شریک (سلطه معنوی)

مستنبط از مواد ۲۶۷ و ۴۷۵ قانون مدنی، قبض به معنای سلطه و استیلا بر مورد قبض است. این سلطه در حالت عادی وقتی محقق می‌شود که شخص قبض‌کننده هر وقت که خواست بتواند انحصار تصرفات مادی و حقوقی را در حدود قانون نسبت به مورد معامله انجام دهد، ولو این که در آن تصرف عملی نداشته باشد. اما، در اموال مشاع به علت وجود وضعیت اشاعه سلطه معنوی به معنای بالا نیست، بلکه بدان معنا است که شریک هر وقت که خواست بتواند انحصار تصرفات حقوقی و اعتباری را نسبت به سهم خود انجام دهد؛ ولی برای انجام تصرفات مادی نیاز به اذن سایر شرکا است. در فقه و حقوق، راجع به کیفیت و مصادیق تحقق استیلا بر اموال مفروز و مشاع اختلاف وجود دارد. بدین ترتیب در وقف مال مشاع با وقوع قبض، موقوف علیه باید بتواند انحصار تصرفات اعتباری از جمله معاملات قانونی، مراجعه به دادگاه، تقاضای افراز یا فروش

مال مشاع را در حدود قانون نسبت به سهم وقف شده بنماید و نسبت به تصرفات مادی نیز همان طور که واقف بدون اذن سایر شرکا حق تصرف بر مال مشاع را نداشت، پس از وقف نیز این محدودیت برای موقوف علیه باقی است.

با تمام این اوصاف، علی‌رغم این که عقد وقف ملازمه با انتفاع از منافع موقوفه دارد، به نظر می‌رسد که قبض فیزیکی برای انعقاد وقف ضرورت ندارد و مجرد سلطه معنوی برای وقوع آن کافی است. چراکه از یک طرف می‌توان گفت بین انشای عقد وقف و اثر آن تفاوت وجود دارد. به بیان ساده‌تر، انتفاع از منافع موردوقف اثر اصلی عقد وقف است که پس از انشای عقد برای موقوف علیه ایجاد می‌شود. از این رو می‌توان بین کیفیت قبضی که در انشا و صحت عقد وقف تأثیر دارد و کیفیت قبضی که در اثر عقد وقف (انتفاع) موثر است تفاوت قائل شد و در مورد نخست، قبض مادی و استمرار در آن را لازم ندانست، اما در مورد دوم، قبض مادی (وضع مادی) و استمرار در آن را ضروری انگاشت. بنابراین، علی‌رغم این که انتفاع از منافع مستلزم قبض مادی (وضع ید) است، مجرد تصرف اعتباری مثل تنظیم سند رسمی برای سلطه معنوی و انعقاد عقد وقف کافی است. در تأیید این نظر می‌توان از ملاک هبه و رهن مال مشاع استفاده کرد که در این دو عقد عینی نیز سلطه معنوی به عنوان ملاک قبض به رسمیت شناخته شده است. علی‌رغم این که هبه و رهن مال مشاع ملازمه‌ای با انتفاع از مورد معامله ندارند و از این جهت با وقف مشاع تفاوت دارند، این امر مانع از وحدت ملاک نخواهد شد؛ زیرا منظور از ملاک اخذ شده بدون توجه به آثار عقود عینی و فقط از این حیث است که در عقود مذکور نیز بین مرحله تشکیل عقد و مرحله ایجاد آثار عقد تفاوت وجود دارد و می‌توان در کیفیت قبض هر یک از مراحل تفاوت قائل شد. از طرف دیگر، بر فرض این که تفکیک بین مرحله تشکیل و اثر عقد وقف و به تبع آن تفکیک بین کیفیت قبض هر یک از مراحل پذیرفته نشود؛ می‌توان بیان داشت که صرف نظر از این که عقد وقف ملازمه با انتفاع از مال موقوفه دارد، ولی اثر اصلی عقد وقف ایجاد حق انتفاع (انتفاع بالقوه) برای موقوف علیه است نه این که موقوف علیه به محض وقوع عقد وقف به صورت بالفعل و عملی از منافع مورد معامله منتفع شود. بنابراین پس از انشای صحیح عقد وقف برای موقوف علیه حق انتفاع از موردوقف ایجاد می‌شود که این انتفاع به صورت بالقوه است و هرگاه او بخواهد می‌تواند

طبق قانون و به صورت عملی و فیزیکی از منافع موقوفه منتفع شود. در این صورت نیز می‌توان بین وقف، هبه و رهن مال مشاع قیاس نمود؛ چراکه در هبه و رهن مال مشاع نیز اثر اصلی عقد ایجاد حق مالکیت و ایجاد حق تأمین وثیقه است و به صورت بالقوه برای متهب و مرتهن ایجاد شده است و آن‌ها هر وقت بخواهند می‌توانند حقوق قانونی خود را به صورت کامل یا ناقص اعمال کنند. در نتیجه، با قبول این نظر، قبض مال مشاع برای تشکیل عقد وقف تصرف اعتباری محسوب می‌شود و باعث می‌شود که همانند عقود رضایی عقد وقف نیز به طور کامل از زمره تصرفات حقوقی محسوب شود و در خصوص تشکیل آن نسبت به اموال مشاع اشکالی متصور نباشد. بهترین نوع سلطه معنوی در روابط خصوصی اشخاص جامعه که قانوناً و عرفاً محترم شمرده می‌شود تنظیم سند رسمی است، به ویژه این که در عقد رهن یا هبه نیز در بسیاری از موارد، مثل اموال غیرمنقول و خودرو، قبض مادی فی نفسه موجب سلطه مرتهن یا متهب بر مال مرهونه یا موهوبه نمی‌شود و این تنظیم سند رسمی است که موجب استیلا و تشکیل عقد شناخته می‌شود. تحقق سلطه معنوی عرفاً در کلیه اموال غیرمنقول و اموال منقولی که امکان تنظیم سند رسمی برای آن‌ها وجود دارد به وسیله تنظیم سند رسمی امکان پذیر است، اما در اموالی که امکان تنظیم سند رسمی وجود ندارد می‌توان تخلیه و تنظیم سند عادی را ملاک قبض قرار داد. در تقویت این نظر باید گفت: اولاً، قبول این دیدگاه ضرری برای شریک مال مشاع ندارد؛ چه، او همانند سابق هر وقت که بخواهد می‌تواند حسب مورد افزای یا فروش مال مشاع را درخواست کند. ثانیاً، در جایی که یکی از شرکای مال مشاع حاضر است ثالثی را بر سهم خود مسلط کند و ثالث نیز حاضر به قبول کلیه حقوق و تعهدات این شریک است، به نظر می‌رسد عرفاً با تخلیه و تنظیم سند رسمی نیز می‌توان ثالث را بر مورد معامله مسلط دانست.

از مهم‌ترین آثار معرفی سلطه معنوی به عنوان ضابطه قبض^۱ به ویژه در عقد وقف این است که: اولاً علی‌رغم اشتراط قبض در صحت وقف، این عقد به طور کامل تصرف حقوقی محسوب می‌شود و به اذن سایر شرکای مال مشاع نیاز ندارد و از محدودیت

۱. در خصوص امکان پذیرش سلطه معنوی به عنوان ضابطه قبض در عقود عینی، ر.ک. به: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۴۸.

هریک از شرکا در تصرف در مال مشاع (لزوم اخذ اذن سایر شرکا برای تصرف در اموال مشاع به اندازه سهم خود) کاسته می‌شود و موجب می‌شود دایره محدودیت شرکا در تصرف در اموال مشاع گسترش نیابد. ثانیاً، پذیرش قبض با این کیفیت موجب می‌شود عقد وقف صحیحاً انعقاد یابد و پس از آن موقوف علیه، به قائم‌مقامی از مالک، بتواند برای احقاق حقوق خود اقدامات قانونی از قبیل انعقاد حقوق مجاز نسبت به موقوفه، مراجعه به مراجع ذیصلاح برای افزایش مال مشاع، و مراجعه به دادگاه به‌عنوان ذی‌نفع را به‌عمل آورد. ثالثاً، قائم‌مقامی صورت‌گرفته نیز برای سایر شرکا ضرری ندارد؛ زیرا شرکا همچنان حق انحلال و خروج از شرکت را دارند و موقوف علیه نیز قائم‌مقام واقف شده و درخصوص تصرف در مال مشاع نه‌تنها از کلیه حقوق واقف برخوردار است، بلکه کلیه تعهدات و تکالیف واقف نیز بر ذمه او قرار می‌گیرد.

نتیجه‌گیری

هر شریکی می‌تواند به میزان سهم خود هرگونه تصرف حقوقی در مال مشاع انجام دهد، اما برای انجام تصرفات مادی نیاز به اذن دیگر شرکا دارد. از این‌رو وقف مال مشاع از سوی یکی از شرکا، ولو به اندازه سهم خود، با اشکال روبه‌رو است؛ زیرا علاوه بر توافق طرفین، قبض (تصرف مادی) نیز شرط صحت عقد است.

در فقه مذاهب اسلامی اختلافات فراوانی درباره اعتبار وقفی که از سوی یکی از شرکا منعقد شده وجود دارد، چنان‌که برخی از فقها بسته به نوع مال، درباره وضعیت حقوقی عقد تصمیم می‌گیرند. برخی دیگر نیز، در هر صورت و صرف‌نظر از نوع مال، درخصوص اعتبار عقد وقف داوری می‌کنند. در حقوق ایران، به‌نظر می‌رسد صحیح دانستن وقف مال مشاع اشکالی ایجاد نمی‌کند، به‌ویژه این‌که اموال مشاع را نیز می‌توان همانند اموال مفروز مورد قبض و اقباض قرار داد و همین مقدار از قابلیت قبض برای توافق متعاملین جهت انعقاد عقد وقف نسبت به اموال مشاع کافی به‌نظر می‌رسد. با این حال، ممکن است برخی در عقد وقف، به‌عنوان عقدی عینی، قبض مادی را به‌عنوان ضابطه معرفی کنند که در این صورت تحقق آن منوط به اذن تمام شرکا خواهد بود. بر این اساس، امتناع سایر شرکا از اعطای اذن به موقوف علیه برای قبض مانع تشکیل عقد وقف می‌شود. ظاهراً از یک سو، با توجه به منعقدنشدن عقد وقف، موقوف علیه برای

رجوع به دادگاه ذی‌حق شناخته نمی‌شود و از طرف دیگر اعطای اذن حق شریک است و نمی‌توان او را ملزم به اعمال حق خود کرد. با وجود این، با استناد به قواعد «ملازمه داشتن اذن در شیء و اذن در لوازم آن» و «سوءاستفاده از حق»، امکان رجوع موقوف علیه به حاکم از باب اذن اعطاشده قابل توجیه است. گذشته از آن، هرگاه قبض مال مشاع بدون اذن شریک اتفاق بیفتد، گسترش سهم هریک از شرکا در تمام مال مشاع مانع از آن است که قبض به میزان سهام واقف معتبر باشد و به همین علت نمی‌توان برای قبض بدون اذن شریک اعتبار و اثر حقوقی قائل شد، مخصوصاً که اعتبار بخشیدن به آن معتبر دانستن امر خلاف قانون و تشویق به آن است.

باین حال، به نظر می‌رسد اثر اصلی وقف ایجاد حق انتفاع برای موقوف علیه است نه انتفاع بالفعل. بر این اساس، تحقق قبض مادی برای تشکیل عقد لزومی ندارد و مجرد سلطه معنوی برای تشکیل آن کفایت می‌کند. در این صورت، به مجرد سلطه معنوی، عقد وقف به طور صحیح انعقاد می‌یابد و موقوف علیه به صورت بالقوه بر سهم واقف مستولی می‌شود، به گونه‌ای که به قائم مقامی از واقف حق تصرفات حقوقی قانونی نسبت به حصه موردوقف، درخواست افزای مال مشاع و حق مراجعه به دادگاه برای الزام شریک و... را پیدا می‌کند. با پذیرش کفایت ایجاد سلطه معنوی برای تحقق قبض، عقد وقف با وجود عینی بودن، تصرف اعتباری شمرده شده و بدون نیاز به اذن سایر شرکا صحیح محسوب می‌شود.

منابع

- ابن عابدین، محمدامین (۱۴۱۲). رد المحتار، جلد ۴، بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸). المغنی، جلد ۴، قاهره: مکتبه القاهره.
- ابن مازه، محمود بن أحمد (۱۴۲۴). المحيط البرهانی، جلد ۶، بیروت: دارالکتب، چاپ اول.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم (بی تا). البحر الرائق، جلد ۷، دارالکتاب الاسلامی.
- امامی، حسن (۱۳۹۳). حقوق مدنی، جلد ۱، تهران: اسلامیه، چاپ سی و پنجم.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۳). کتاب فی الوقف. قم: انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- بحرانی، حسین بن محمد (بی تا). الأنوار اللوامع، جلد ۱۳، قم: مجمع البحوث، چاپ اول.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵). الحدائق الناصره، جلد ۲۲، قم: انتشارات اسلامی، چاپ اول.

- بلخی، نظام‌الدین (۱۳۱۰). *الفتاوی الهندیه*، جلد ۲. دارالفکر، چاپ دوم.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶). *جامع المسائل*، جلد ۳. قم: دفتر آیت ... بهجت، چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *رهن و صلح*. تهران: گنج دانش، چاپ چهارم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *مجموعه محشی قانون مدنی*. تهران: گنج دانش، چاپ چهارم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). *مبسوط در ترمینولوژی*، جلد ۵. تهران: گنج دانش، چاپ هفتم.
- جندی، خلیل بن اسحاق (۱۴۲۹). *التوضیح*، جلد ۷. مرکز نجیویه، چاپ اول.
- حائری طباطبایی، سیدمحمد (بی تا). *کتاب المناهل*. قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول.
- حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲). *فقه الصادق (ع)*، جلد ۱۹. قم: دار الکتب، چاپ اول.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵). *الجامع للشرایع*. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، چاپ اول.
- خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۲۴). *اجوبه الاستفتائات*. قم: دفتر مقام معظم رهبری، چاپ اول.
- خرشی، محمد بن عبدالله (بی تا). *شرح مختصرخلیل*، جلد ۷. بیروت: دارالفکر.
- خن، مصطفی، بغا، مصطفی و شربجی، علی (۱۴۱۳). *الفقه المنهجی*، جلد ۵. دمشق: دار القلم.
- دیاطی، ابو بکر بن محمد (بی تا). *اعانه الطالبین*، جلد ۳. بیروت: دارالفکر، چاپ چهارم.
- رعینی، محمد بن عبد الرحمن (۱۴۱۲). *مواهب الجلیل*، جلد ۶. بیروت: دار الفکر، چاپ دوم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳). *مهذب الأحکام*، جلد ۲۲. قم: مؤسسه المنار، چاپ نهم.
- شهری، غلامرضا و حسین آبادی، امیر (۱۳۵۸). *مجموعه نظرهای مشورتی... در مسائل مدنی از سال ۱۳۵۸ به بعد*. تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷). *الدروس الشرعیه*، جلد ۲. قم: انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه*، جلد ۳. قم: داوری، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام*، جلد ۵. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). *مسالك الأفهام*، جلد ۶. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط*، جلد ۳. تهران: المكتبة المرتضویه، چاپ سوم.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). *النخلاف*، جلد ۳. قم: انتشارات اسلامی، چاپ اول.

- شیخی‌زاده، عبدالرحمن بن محمد (بی‌تا). مجمع الانهر، جلد ۲. دار إحياء التراث العربی. صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام، جلد ۲۸. بیروت: دار الحیاء، چاپ هفتم. صعیدی عدوی، علی بن أحمد (۱۴۱۴). حاشیه العدوی، جلد ۲. بیروت: دارالفکر. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴). تکمله العروه الوثقی. قم: داوری، چاپ اول. عاملی حسینی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه، جلد ۱۵. قم: انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- علامه حلی، حسین بن یوسف (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، چاپ اول. علامه حلی، حسین بن یوسف (۱۴۲۰). تحریر الأحکام. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول. عمرانی، یحیی بن ابی‌الخیر (۱۴۲۱). البیان فی مذهب الامام، جلد ۸. جده: دارالمنهاج، چاپ اول. عینی، محمود بن احمد (۱۴۲۰). البنايه شرح الهدایه، جلد ۱۰. بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
- عینی، محمود بن احمد (۱۴۲۰). البنايه شرح الهدایه، جلد ۷. بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
- فرساد، سعید (۱۳۹۷). «رهن مال مشاع از منظر فقه مذاهب خمسسه و حقوق ایران». نشریه فقه و حقوق خصوصی، سال ۱، شماره ۲، ص ۱۲۷-۱۴۹.
- قربانیان، حسین (۱۳۸۹). «وضعیت حقوقی وثیقه مال مشاع و تقسیم آن». ماهنامه کانون، سال ۵۲، شماره ۱۰۴، ص ۴۴-۵۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). عقود معین: عطایا، جلد ۳. تهران: گنج‌دانش، چاپ نهم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). عقود معین: عقود اذنی، جلد ۴. تهران: گنج‌دانش، چاپ نهم.
- کاسانی، علاء‌الدین (۱۴۰۶). بدائع الصنایع، جلد ۶. بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ دوم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی، جلد ۷. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مالکی، محمد بن احمد (۱۴۲۰). شرح میاره الفاسی. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- محققیان، رضا (۱۳۹۷). «بررسی جواز وقف مال مشاع و افراز آن». فصلنامه وقف میراث جاویدان، سال ۲۶، شماره ۱۰۱ و ۱۰۲، ص ۸۵-۱۰۱.
- مرداوی، علی بن سلیمان (بی‌تا). الانصاف، جلد ۵. دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم. مقدسی، عبد الرحمن بن محمد (بی‌تا). الشرح الكبير، جلد ۶، دارالکتب العربی.

- موصولی بلدحی، عبد الله بن محمود (۱۳۵۶). الاختیار، جلد ۱. قاهره: مطبعه الحلبي.
- موصولی بلدحی، عبد الله بن محمود (۱۳۵۶). الاختیار، جلد ۳. قاهره: المطبعه الحلبي.
- میدانی، عبد الغنی (بی تا). اللباب فی شرح الكتاب، جلد ۲. بیروت: المكتبه العلمیه.
- نجفی، جعفر بن خضر (بی تا)، کشف الغطاء، ج ۴، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم، چاپ اول.
- نجفی، حسن بن جعفر (۱۴۲۲). أنوار الفقاهه- کتاب الوقف. نجف: مؤسسۀ کاشف الغطاء، چاپ اول.
- نجفی، عباس بن حسن (۱۴۲۴). منهل الغمام، جلد ۳. نجف: موسسه کاشف الغطاء، چاپ اول.
- نووی، محی الدین یحیی بن شرف (بی تا). المجموع، جلد ۱۵. بیروت: دار الفکر.
- وجدانی، قدرت الله (۱۴۲۶). الجواهر الفخریه. قم: انتشارات سماء قلم، چاپ دوم.



Endowment on the Joint Property in Islamic Religious Jurisprudence and Iranian Law

Mohammad Hesami,¹ Abbās Mirshekari

Abstract

Unlike immaterial possessions, the material possessions of the partner, even to the extent of his portion, is subject to the consent of the other partners. So There is a debate about the Endowment on the joint property; because, for its formation, in addition to the agreement, the delivery is also essential. In Islamic religious jurisprudence, regarding the Endowment of the Joint property, some differentiate between "divisible and indivisible", as well as "movable and immovable" property, and according to the type of property, they judge the status of the endowment contract and the quality of delivery of joint property. In contrast, there is an indivisible view that it considers the endowment on the joint property to be valid in any case and do not make any distinction between the joint properties for the delivery. There is no specific provision in Iranian law in this regard, and According to other real contracts and jurisprudential opinions, jurists declare the Endowment of the Joint property to be correct and only express various opinions on the quality of delivery of joint property. According to the survey, it seems that if we consider that the immaterial domination by beneficiary of an endowment is sufficient for taking delivery; delivery is an immaterial possession. so the contract of endowment is valid, from one of the party.

1. Master of science, Private Law, University of judicial sciences & administrative services, Tehran, Iran (Corresponding Author); Hesami73mohammad@gmail.com
2. Assistant Professor, Department of Islamic & Private Law, Tehran University, Tehran, Iran. mirshekariabbas1@ut.ac.ir

Keywords: Endowment, joint property, immaterial domination, Iranian law, Islamic religious jurisprudence.

