

شرایط واقف، عین موقوفه و موقوف علیه از دیدگاه فقه اسلام

محمد ابراهیم جناتی

می دانیم که وقف دارای چهار رکن است: صیغه، واقف، عین موقوفه و موقوف علیه. رکن اول، یعنی صیغه وقف از نگاه فقه اسلامی پیش از این مورد بررسی قرار گرفت*.

در این مقاله رکن دوم و سوم و چهارم از نگاه فقه اسلامی به گونه فشرده مورد بررسی قرار می گیرد:

۱. تردیدی نیست که صحت انشای وقف منوط به کمال عقلی واقف است، از این روی وقف دیوانه صحیح نیست، زیرا دارای تکلیف نیست و عقلا برای کار و گفتار وی اعتباری قائل نیستند و در این مسأله بین عالمان مذاهب اختلافی نیست.

۲. عالمان مذاهب اسلامی اتفاق دارند که بلوغ از شرایط صحت وقف است، لذا وقف صبی را جایز ندانسته اند، چه ممیز باشد و چه نباشد، ولی و قاضی و دیگران نیز نمی توانند از طرف او مالش را وقف نمایند، زیرا جواز تصدی این کار از طرف او نیاز به دلیل دارد و دلیلی در بین نیست، ولی بعضی از فقهای امامیه بر آنند که وقف صبی در صورتی که به ده سالگی رسیده باشد صحیح

است، ولی بیشتر آنان این نظریه را نپذیرفته اند.

۳. عالمان امامیه وقف سفیه را صحیح ندانسته اند^۱، زیرا او را محجور می دانند، ولی حنفیان در صورتی که وصیت وی در موارد برّ و احسان باشد، آن را در ثلث مالش جایز دانسته اند و فرقی نگذاشته اند بین آنکه وصیت وی به گونه وقف باشد یا جز آن^۲.

۴. تردیدی نیست که آگاهی و قصد در تحقق وقف دخالت دارد، پس اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا خواب و مانند اینها صیغه وقف را بر زبان جاری کند، وقف تحقق نمی پذیرد. در این مسأله اختلافی بین عالمان مذاهب به چشم نمی خورد.

۵. عالمان مذاهب اسلامی در اینکه قصد قربت (قصد امتثال امر و اطاعت خدا)، مانند بلوغ و عقل از شرایط صحت وقف باشد اختلاف نموده اند.

برخی از عالمان امامیه، مانند مرحوم آیت الله العظمی شیخ محمد حسن نجفی، صاحب جواهر، قائل به عدم اعتبار این شرط در صحت وقف شده اند. بلی تنها اجر و ثواب وقف را بر آن منوط نموده اند، از این رو که قصد

* فصلنامه وقف؛ میراث جاویدان، شماره ۹، ص ۷۰.

۱- «سفیه» به کسی می گویند که مال خود را در کارهای بیهوده مصرف نموده و توانایی تشخیص نفع و ضرر مادی را نداشته باشد و تصرفاتش عقلانی نباشد.

۲- الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، باب مبحث الحجر علی السفیه.



لغیرهم ثم جعل لها قیماً لم یکن له ان یرجع فیها، و ان کانوا صغاراً و قد شرط ولایتها لهم حتی یبلغوا فیحوزها لهم لم یکن له ان یرجع فیها و ان کانوا کباراً و لم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله ان یرجع فیها لانهم لایحوزونها عنه و قد بلغوا.^۷

درباره مردی که مزرعه کوچک خود را وقف می کند سپس منصرف می شود و تصمیم می گیرد که در آن چیزی احداث کند، حضرت در مقام پاسخ فرمود: اگر مزرعه را برای فرزندان خود و غیر آنها وقف کرده و برای موقوفه سرپرست و قیم قرار داده حق رجوع ندارد و اگر موقوف علیهم صغیر باشند و در عقد وقف ولایت موقوفه را تا زمان بلوغ آنها برای خود شرط کرده باشد تا آن را برای آنان حیات نمایند، در چنین صورت، حق رجوع ندارد و اگر موقوف علیهم کبیر باشند و مزرعه را به آنان تسلیم نکرده باشد و با او برای حیات مزرعه مخاصمه نکرده باشند، در این صورت می تواند برگردد، زیرا موقوف علیهم حیات بالفعلی نسبت به مزرعه ندارند با اینکه بالغ اند.

۲. روایت محمد بن عثمان از حضرت ولی عصر صاحب الزمان، علیه السلام:

و اما ما سألت عنه من الوقف علی ناحیتنا و ما یجعل لنا ثم یحتاج الیه صاحبه فکل ما لم یسلم فصاحبه بالخیار، و کل ما سلم فلاخیار فیه لصاحبه احتیاج اولم یحتج، افتقر الیه او استغنی عنه - الی ان قال: - و اما ما سألت من امر الرجل الذی یجعل لناحیتنا ضیعةً و یسلمها لمن یقوم فیها و یعمرها و یؤدی من دخلها خراجها و مؤنتها و یجعل ما بقی من الدخل لناحیتنا فان ذلک جائز لمن جعله صاحب الضیعة قیماً علیها، انما لا یجوز ذلک لغیره.^۸

و اما آنچه درباره آن پرسیدی که عبارت باشد از وقف بر ناحیه ما یا آنچه برای ما قرار داده می شود و پس از مدتی صاحب آن چیز نیازمند به آن می شود، در این مورد هر چیزی که به ما تسلیم نشده صاحب آن اختیار رجوع دارد و هر چیزی که تسلیم شده صاحبش اختیار بازگشت ندارد، چه محتاج باشد و چه نباشد.

و در ادامه فرمود:

و اما آنچه پرسیدی درباره مردی که مزرعه ای را برای ناحیه ما قرار می دهد و آن را تسلیم می کند

قربت را تنها در موارد تعبدی و مسایل عبادی شرط صحت قرار می دهند نه در غیر آنها.

حنفیان، پیروان ابوحنیفه^۳، مالکیان، پیروان مالک بن انس اصبحی و شافعیان، پیروان محمد بن ادریس نیز همانند صاحب جواهر قائل به عدم اعتبار قصد قربت در صحت وقف شده اند.^۲

حنبلیان، پیروان احمد بن حنبل شیبانی بر این اعتقادند که مورد وقف باید امور خیر و آنچه باعث تقرب به خداست باشد؛ مانند وقف بر نیازمندان، مساجد، خویشان و کتابهای علمی. از این روی قصد قربت را در وقف اعتبار کرده اند، چون به اعتقاد آنان وقف برای به دست آوردن ثواب و اجر تشریح شده است و بدون قصد قربت، مقصود شرع از تشریح آن حاصل نمی شود.^۵

۶. آیا قبض موقوف علیه در تحقق وقف و تمامیت آن اعتبار شده است؟ فقها و عالمان مذاهب اسلامی در این مسأله اختلاف نموده اند:

امامیه بر این اعتقادند که قبض از شرایط لزوم وقف است نه از شرایط صحت آن، بر این اساس هرگاه مالک مالی را وقف نماید و پیش از آنکه به قبض موقوف علیه برساند نادم و پشیمان شود می تواند از آن برگردد.

بر این اساس اگر واقف پیش از آنکه عین موقوفه را به قبض موقوف علیه بدهد، بمیرد وقف باطل می شود و ملک به عنوان ارث به ورثه منتقل می شود. از دیدگاه حقوق مدنی نیز قبض یکی از ارکان وقف است.

مالکیان بر این اعتقادند که قبض به تنهایی برای لزوم وقف کفایت نمی کند، بلکه باید علاوه بر آن یک سال کامل در حیات موقوف علیه و یا متولی قرار گیرد و بعد از تمام شدن مدت مذکور وقف لازم می شود. پس اگر موقوف علیه و یا متولی عین مال را قبض کند، ولی یک سال در حیات و تصرف او نباشد وقف لازم نمی شود.

شافعیان و احمد بن حنبل، در برخی از گفته هایش، بر این اعتقادند که تمامیت وقف به قبض نیاز ندارد، بلکه به مجرد القای صیغه وقف، ملک از ملکیت واقف زایل می شود.^۶

دلایل اعتبار قبض در تحقق وقف

امامیه بر اعتبار قبض در تحقق وقف علاوه بر ادعای نفی خلاف به روایاتی تمسک جسته اند از آن جمله:

۱. روایت صفوان بن یحیی از ابوالحسن، علیه السلام:

سألته عن الرجل یقف الضیعة ثم یدو له ان یحدث فی ذلک شیءاً. فقال ان کان وقفها لولده و

۳- فتح القدیر، کمال الدین ابن همام، کتاب وقف.

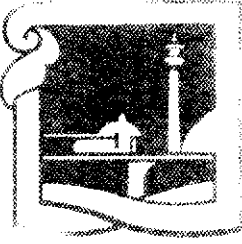
۴- کتاب وقف، ابوزهره، ص ۹۲.

۵- منار السبیل، ابن ضویان، ص ۶.

۶- کتاب وقف، ابوزهره.

۷- وسایل، ج ۱۹، باب ۴ از ابواب کتاب الوقوف و الصدقات، ص ۱۸۰، حدیث ۴.

۸- همان، ص ۱۸۲، حدیث ۸.



به کسی که در آن امارت و دخل تصرف کند و از درآمد آن مزرعه خراج و مؤونه آن را ادا کند و باقیمانده درآمد را برای ما قرار دهد، چنین امری برای آن کسی که از سوی صاحب مزرعه به عنوان قیم معین شده جائز است، ولی برای غیرقیم هیچ گونه تصرفی جائز نیست.

۳. خبر عبید بن زراره از امام صادق، علیه السلام:

فی رجل تصدق علی وکدله قد ادرکوا، قال: اذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، فان تصدق علی من لم یدرک من ولده فهو جائز لان الوالد هو الذی یلی امره و قال، علیه السلام، لایرجع فی الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.^۹

بلی ممکن است بر اعتبار حیازت موقوف علیه در تمامیت وقف، به بعض اخبار یاد شده تمسک جویم. در صورتی که مورد را مخصّص ندانیم، همان گونه که معروف است، امام، علیه السلام، در صحیح صفوان گذشته فرمود: «لأنهم لایجوزونها عنه و قد بلغوا.»
براین اساس نمی توان در وقف بر جهات عامه بر قبض ناظر، در صورتی که عنوان حیازت بر آن صدق نکند، بسنده کرد، در حال در مثل مدارس، قبض به تصرف طلاب و در مثل پل ها به مرور عابرین تحقق می پذیرد.
بلی اگر زمینی را وقف کند تا منافع آن صرف مسجد شود و درآمد حاصله، صرف آب وضو و چراغ و خادم شود می توان قائل به کفایت قبض متولی مسجد شد و با نبود او

عبید بن زراره از امام، علیه السلام، پرسید درباره حکم مالی که صاحبش برای فرزندان بالغ خویش صدقه قرار داد حضرت فرمود: اگر مرد پیش از قبض اموال به دست موقوف علیهم بمیرد آن مال به ارث برده می شود، ولی اگر بر فرزندان غیربالغ خود صدقه قرار داده باشد آن وقف نافذ است، زیرا پدر، ولی امر آنان است و فرمود: اگر صدقه به نیت قربت الی الله انجام شده باشد برگشتن از آن جایز نیست.

ولی استدلال به این روایت در صورتی تمام است که بر وقف، صدقه اطلاق شود. و اگر این را ملتزم نشویم و قائل به اختصاص آن به صدقه غیر وقف شویم و یا احتمال آن را بدهیم استدلال به آن تمام نیست.

بلی تمسک به جمله ای که در آخر حدیث: «لایرجع فی الصدقة...» بر اختصاص حکم به صدقه خاص اصطلاحی و عدم شمول آن بر وقف قابل نقد و اشکال است، زیرا می توان حکم را به صدقه خاص با ادعای اینکه وقف داخل در صدقه به معنی عام آن است، پذیرفت.

در حال قبض در وقف خاص به دلیل اخباری که دلالت بر اعتبار قبض در تحقق آن دارد شرط است، اما در وقف بر جهات عامه قبض شرط نیست، زیرا دلیلی بر اعتبار آن وجود ندارد.

قبض حاکم و یا عدول مؤمنین کافی است.
راوی می گوید: از ابوالحسن، علیه السلام، سؤال کردم درباره مردی که مزرعه خود را وقف می کند، سپس منصرف می شود و تصمیم می گیرد چیزی در آن احداث کند. حضرت پاسخ داد: اگر مزرعه را برای فرزندان خود و دیگران وقف کرده و برای آن قیم قرار داده نمی تواند عدول کند. همچنین اگر موقوف علیهم صغیر باشند و واقف تصدی وقف را برای خود، تا زمان بلوغ موقوف علیهم، شرط کرده باشد، در این صورت نیز نمی تواند از وقف عدول کند، اما اگر موقوف علیهم کبیر باشند و موقوفه را به آنها تسلیم نکرده باشد در صورتی می تواند از آن عدول کند که موقوفه هنوز به قبض آنها داده نشده باشد.^{۱۰}

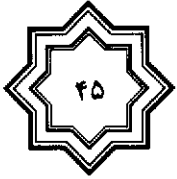
در هر حال هرگاه مالی بر طفل وقف شود، قبض ولی اعم از پدر و یا جد و یا وصی^{۱۱} کفایت می کند، در این مورد به صحیح صفوان و خبر عبید بن زراره، که گذشت، تمسک شده و بر کفایت قبض قیم از طرف او نیز به ادله ای که او را قائم مقام ولی شرعی قرار داده است استدلال کرده اند.

۷. مالک عین موقوفه کیست؟ بی تردید مال پیش از وقف در ملک مالک قرار داشت، فعلاً بحث در این است که بعد از وقف و تمام شدن آن آیا عین موقوفه بر ملک مالک

۹- همان، ص ۱۸۰، حدیث ۵.

۱۰- همان، ص ۱۸۰، حدیث ۴.

۱۱- وصی کسی است که پدر یا جد او را قیم طفل قرار داده اند.



نظر مالکیان و حنفیان

مالکیان عقیده دارند که عین موقوفه بر ملک واقف باقی می ماند، ولی نمی تواند در آن تصرف کند.

حنفیان معتقدند که آن مال، مالک ندارد و همین قول را شافعیان نیز برگزیده اند^{۱۵} و حنبلیان بر انتقال آن به ملک موقوف علیه عقیده دارند.

۸. وقف تحقق نمی پذیرد مگر زمانی که واقف قصد استمرار نماید و از این رو است که آن را «صدقه جاریه» می گویند. پس اگر آن را محدود به مدت معین کرد؛ مثل اینکه بگوید تا ۱۰ سال مال را وقف کردم و یا آنکه هر وقت خواستم یا در وقت نیاز خود یا نیاز اولادم از آن برگردم،

باقی می ماند (همان گونه که پیش از وقف در ملک او بود، غایه الامر عین موقوفه نسبت به او مسلوب المنفعة است) یا اینکه به ملک موقوف علیه منتقل می شود، یا آنکه بدون مالک می ماند؟

در این مسأله آرا و نظریات گوناگونی وجود دارد:

فقهای امامیه بر این اعتقادند که با تحقق وقف، مالکیت واقف زایل می شود و اختلاف آنها تنها در این است که آیا زوال عنوان ملک به گونه کلی است، یعنی نه در ملک مالک باقی می ماند و نه به ملک موقوف علیه درمی آید، و یا آنکه زوال عنوان ملک از آن به گونه کلی نیست، بلکه عین موقوفه از ملک مالک خارج و در ملک موقوف علیه داخل می شود. دسته ای از فقیهان در این مسأله بین وقف عام



این وقف صحیح نیست، و بیشتر عالمان امامیه قائل به بطلان آن شده اند، ولی بر این اعتقادند اگر قصد «حبس» کند عقد به گونه حبس منعقد می شود و اگر قصد وقف کند نه وقف واقع می شود و نه حبس. بنا بر این در صورتی که به گونه حبس محقق شود موقوف علیه در مدتی که صاحب عین معلوم کرده است می تواند از آن استفاده کند و بعد از آن مدت، عین به مالک برمی گردد.

مالکیان در صحت وقف، تأبید را شرط نکرده اند و لذا وقف کسی را که مالش را برای مدت معین، مثلاً یک سال، وقف کند صحیح و لازم دانسته اند. در این صورت بعد از گذشتن مدت مزبور، عین موقوفه به مالک برمی گردد و نیز اگر واقف شرط کرده باشد که او یا موقوف علیه، پس از انقضای مدت حبس، عین موقوفه را بفروشد صحیح است.^{۱۶}

هرگاه واقف، مالی را بر موردی که منقرض می شود وقف کند، مثل اینکه بگوید: این عین را بر اولاد موجود خود وقف نمودم، آیا این وقف صحیح است یا باطل؟ و بر فرض صحت، بعد از انقراض موقوف علیه عین موقوفه از آن چه کسی است؟

حنفیان می گویند: این وقف صحیح است و بعد از انقراض آن در مصرف فقرا قرار می گیرد.

حنبلیان قایل به صحت آن شده اند و بعد از انقراض

(مانند وقف مساجد و مدارس) و بین وقف خاص (مانند وقف بر اولاد) تفصیل قائل شده اند. اینان در نوع اول زوال ملک را از عین موقوفه به گونه کلی و در نوع دوم زوال ملک را از واقف و داخل شدن آن در ملک موقوف علیه دانسته اند. ابن زهره در کتاب غنیه و ابن ادریس در سرائر بر این تفصیل ادعای اجماع کرده اند.

ثمره این بحث در آنجا ظاهر می شود که جهت موقوف الیها منقرض شود. زیرا ما اگر معتقد به بقای عین موقوفه در ملک واقف باشیم، فروش آن برای واقف جائز می شود و اما در غیر این صورت نمی تواند آن را بفروشد، زیرا «لابیع الافی ملک» و همین طور است اگر قایل به انتقال آن به ملک موقوف علیه شویم.

گفتنی است که ابوزهره در کتاب خویش^{۱۲} قول به بقای عین موقوفه بر ملک واقف را به امامیه نسبت داده، ولی در موضع دیگری از کتاب یادشده^{۱۳} نوشته است که این قول نزد آنان رجحان دارد و او در نقلهایش مصدوری را ذکر نکرده است، با این همه صاحب جواهر می نویسد: بیشتر فقهای امامیه قایلند بر اینکه بعد از تمام شدن وقف، عین موقوفه از ملک واقف خارج می شود.

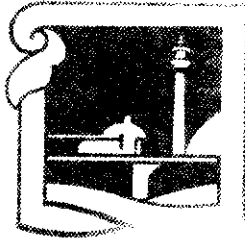
۱۲- کتاب وقف، ص ۴۹.

۱۳- همان، ص ۱۰۶.

۱۴- فتح القدیر، کمال الدین ابن همام، ج ۵، باب وقف؛ کتاب الوقف ابوزهره.

۱۵- فرق بین وقف و حبس در این است که با وقف، ملک از ملکیت واقف برای همیشه جدا می شود و بدین جهت نمی تواند در آن تصرف کند و به ارث هم برده نمی شود و اما در حبس، عین بر ملک حابس باقی می ماند، ارث برده می شود و می تواند آن را بفروشد. مطلبی که تذکر آن به جاست این است که شیخ ابوزهره چون فرق بین وقف و حبس را از دیدگاه امامیه تشخیص نداده است به آنان نسبت داده است که وقف را دو نوع می دانند: مؤبد و موقت و این خطاست زیرا وقف به نظر امامیه آنجاست که مؤبد باشد نه موقت.

۱۶- شرح زرقانی بر مختصر ابن ضیاء، باب وقف، ج ۷.



موقوف علیه بهره‌مندی از موقوفه را در اختیار کسانی قرار می‌دهند که نزدیکترین مردم به واقف باشند و این یکی از دو قول شافعی است.

مالکیان قائل به صحت این وقف‌اند و معتقدند که موقوفه پس از انقراض به نزدیکترین فقرا به واقف بازمی‌گردد.^{۱۷}

امامیه قائل به صحت این وقف هستند و می‌گویند: بعد از انقراض موقوف علیه، عین موقوفه به ورثه واقف برمی‌گردد.^{۱۸}

۹. عالمان مذاهب اسلامی بر این اعتقادند که مریض اگر چیزی از املاکش را وقف کند در صورتی که به مقدار ثلث مالش باشد صحیح است و در مازاد بر ثلث، به شرط اجازه ورثه جایز است.

شرایط تمامیت رکن دوم

تمامیت این رکن (واقف) نیاز به اموری دارد که مناسب است در اینجا آنها را بیان کنیم.

۱. فقها اموری را که واقف در مقام وقف شرط می‌کند مانند نص و تصریح شارع می‌دانند و معتقدند عمل طبق الفاظ او همانند الفاظ شارع واجب است. بر این اساس اگر قصد او از وقف معلوم باشد باید از آن پیروی شود؛ حتی اگر با فهم عرفی مخالف باشد، مثلاً اگر بدانیم از لفظ «برادر» دوستش را اراده کرده است باید عین موقوفه را

الف. شرط با طبیعت و مقتضای عقد منافات داشته باشد. مثلاً اگر در ضمن وقف شرط کند که عین موقوفه در ملک او باقی بماند و بتواند در آن، مانند اموال دیگرش تصرف کند این شرط باطل است، زیرا حقیقت این شرط بازگشت به این دارد که وقفی صورت نگرفته است.

حال این واقف شبیه به حال بایعی است که به مشتری بگوید: این مال را به تو فروخته‌ام به شرط اینکه به تو منتقل نشود و ثمن آن به من منتقل نشود! و بدین جهت فقیهان مذاهب اسلامی اتفاق دارند که هر شرطی که با مقتضای عقد منافات داشته باشد باطل و باطل‌کننده عقد است و فرقی در این جهت بین وقف و غیروقف نیست.

ب. شرط با احکام شرع مخالف باشد. مثل اینکه کسی خانه‌اش را بر کسی وقف نماید و شرط کند که او فعل حرامی در آن انجام دهد یا واجبی را ترک کند، زیرا در حدیث وارد شده «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله عز و جلّ فلا یجوز له ولا علیه» کسی که برخلاف کتاب خدا (در ضمن عقدی) شرط کند، این شرط نافذ نیست؛ نه به نفع او و نه علیه او.

«و قال: المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احلّ حراماً» مسلمانان بر شرایط خود پایبندند مگر شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال نماید. در این مسأله اختلافی بین فقیهان نیست، تنها اختلاف آنان در این است که آیا بطلان شرط باعث بطلان عقد نیز

می‌شود به گونه‌ای که وفای به آن لازم نباشد چنانچه وفا به شرط لازم نیست یا آنکه تنها بطلان متوجه شرط است نه عقد که در این صورت شرط باطل و اصل عقد (مشروط) صحیح خواهد بود.

ابوزهره در کتاب خویش از حنفیان نقل کرده است که تنها شروطی که با مقررات شرعی مخالف‌اند باطل است، اما اصل وقف صحیح است و فساد شرط باعث فساد وقف نمی‌شود، زیرا وقف تبرع است و شروط فاسد موجب بطلان تبرعات نمی‌شوند.^{۱۹}

عالمان امامیه در این مسأله اختلاف دارند؛ بعضی قائل شده‌اند که فساد شرط باعث فساد عقد که مشروط است

در اختیار او قرار داد نه در اختیار برادرش؛ زیرا اعتبار عرف بدین جهت است که وسیله کشف مقصود است و هرگاه ما قصد واقف را از راه دیگر احراز کردیم زمینه‌ای در این جهت برای عرف باقی نمی‌ماند و از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

بلی اگر از راه دیگری قصد واقف احراز نشود باید از عرف پیروی شود و اگر عرف دارای اصطلاح خاصی نباشد و از الفاظ واقف نتوانیم معنای مقصود او را به دست آوریم باید برای تعیین آن به لغت رجوع کنیم.

۲. هر شرطی که واقف در حین وقف تعیین کند واجب الوفاست؛ مگر در این موارد:

۱۷- المغنی، ابن قدامة و زرقانی و مهذب ابواسحاق شیرازی، باب وقف.
۱۸- جواهرالکلام، کتاب وقف.
۱۹- کتاب وقف، ابوزهره، ص ۱۶۲.



زندگی خود را نیز از آن موقوفه برداشت کند، شرط و وقف هر دو باطل می شوند.^{۲۵}

خیار شرط و شرط خیار

بجاست در اینجا فرق بین خیار شرط و شرط خیار را یادآور شویم.

شرط خیار در مواردی اطلاق می شود که عاقد هنگام انشای عقد لفظ «خیار» را بر زبان بیاورد و آن را برای خود شرط کند؛ مثل اینکه بگوید: «بعثتک هذا ولی الخیار فی فسخه و الرجوع منه مدة کذا» و یا بگوید: «وقفتم هذا ولی الخیار فی ابطاله» ولی خیار شرط و یا به تعبیر دیگر خیار تخلف شرط از مشروط در مواردی اطلاق می شود که عاقد هنگام انشای عقد لفظ «خیار» را به کار نبرد و تنها به ذکر امر مورد نظر خود بسنده نماید؛ مثل اینکه بایع به مشتری بگوید: «بعثتک هذا علی ان تکون عالماً» در این صورت اگر بعداً معلوم شود که او جاهل بوده است این تخلف باعث خیار برای بایع در فسخ بیع و رجوع از آن می شود؛ اگر بخواهد می تواند آن را امضا کند و اگر نخواهد می تواند آن را فسخ نماید.

عقد مطلق و مطلق عقد

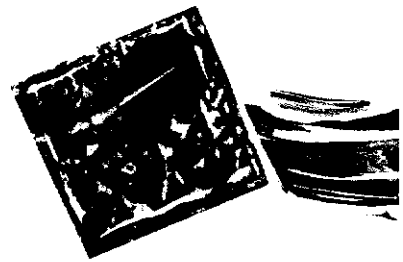
عقد مطلق عقدی است که مجرد از هر قیدی باشد، اما مطلق عقد اعم است و شامل عقد مطلق و عقد مقید به قید

می شود و بعضی دیگر قائل شده اند که فساد شرط باعث فساد عقد نمی شود و برخی در مسأله توقف کرده اند.^{۲۰} از دیدگاه نگارنده بطلان شرطی که با ذات عقد و طبیعت آن منافات نداشته و تنها منافات با احکام کتاب و سنت داشته باشد به عقد سرایت نمی کند و فساد آن باعث فساد عقد نمی شود، زیرا عقد دارای ارکان و شروطی است (مانند ایجاب و قبول و عقل و بلوغ برای عاقد و ملک بودن مبیع برای عاقد و قابلیت نقل و انتقال) که با وجود اینها حکم به صحت عقد و با نبودن اینها حکم به بطلان آن می شود. اما شرایط فساد هیچ گونه مساسی با ارکان عقد و شرایط آن ندارد و لذا فساد آن فساد عقد را به دنبال ندارد این مسأله نیاز به تفصیل بحث دارد که بیان آن از حوصله این نوشتار خارج است.

ج. واقف برای خود حق خیار را شرط کند؛ مانند آنکه واقف در وقت انشای عقد، شرط کند تا مدت معلومی دارای خیار در امضا و عدول از وقف باشد. در این مسأله فقهای مذاهب اسلامی اختلاف دارند. بیشتر عالمان مذاهب مانند عالمان امامیه، شافعیه و حنبلیه قایل به بطلان شرط وقف شدند زیرا آن را شرطی می دانند که با طبیعت عقد وقف منافات دارد.

ولی حنفیان این شرط و وقف را صحیح دانسته اند.^{۲۱} د. حنبلیان و شافعیان بر این اعتقادند که هرگاه واقف شرط کند که بتواند برخی از اهل وقف را خارج کند و

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی



ایجابی و یا سلبی و نیز عقدی می شود که در آن اطلاق و یا ایجاب و سلب شده باشد.

موقوف

در اینجا بجاست شرایط و اموری را که در متعلق وقف اعتبار شده است یادآور شویم.

شرایطی که در صحت بیع معتبر است در عین موقوفه (یعنی در آنچه متعلق وقف قرار می گیرد) نیز معتبر است. این شرایط عبارت اند از:

۱. موجود بودن، قیمت داشتن، معلوم بودن و مملوک تام برای واقف بودن؛ بنابراین شرط وقف چیزی که مال

برخی از غیراهل وقف را مشمول وقف قرار دهد، این شرط به دلیل منافات داشتن با ذات و مقتضای عقد، صحیح نیست و باعث بطلان وقف می شود.^{۲۲} ولی حنفیان و مالکیان قائل به صحت آن شده اند.^{۲۳} و امامیه قائل به تفصیل اند بدین صورت که اگر واقف شرط کند که اختیار داشته باشد کسی از اهل وقف را از آن وقف خارج کند، وقف او باطل است و اگر شرط کند کسانی را که بعداً متولد می شوند مشمول وقف قرار دهد وقف صحیح است؛ چه وقف بر اولاد خودش باشد یا اولاد دیگری.^{۲۴} ه. امامیه و شافعیه بر این اعتقادند هرگاه واقف مالی را وقف بر غیر کند، ولی شرط کند که دیون و هزینه

۲۰- جواهر الکلام، کتاب وقف.

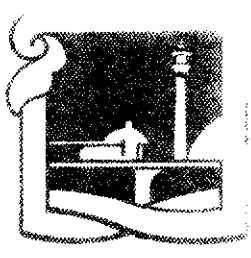
۲۱- فتح القدر، شرح مبتدی کمال الدین ابن همام و مغنی ابن قدامه حنبلی.

۲۲- مغنی، ابن قدامة، باب وقف.

۲۳- شرح الرزقانی بر مختصر ابن ضیاء.

۲۴- تذکرة الفقهاء، باب وقف.

۲۵- جواهر الکلام و مهذب ابواسحاق شیرازی.



نیست؛ مانند منفعت به تنهایی، و نیز وقف مال غیرمعین، مانند اینکه بگوید: «قطعه زمینی از زمینهایم را وقف کردم» و نیز وقف چیزی که مسلمان مالک آن نمی شود، مانند خوک، صحیح نیست. و نیز وقف دین صحیح نیست، زیرا حق است و حق، مال نیست. حنفیان^{۲۶}، شافعیان، حنبلیان و مالکیان این شرط را قبول دارند^{۲۷}.

۲. اجماعی است که موقوف باید از چیزهایی باشد که با بقای آن بتوان از آن بهره برد، لذا وقف چیزی که بهره بردن از آن امکان نداشته باشد مگر با از بین رفتن عین آن مثل چیزهای خوردنی و یا آشامیدنی صحیح نیست^{۲۸} و نیز چنین است وقف منفعت؛ پس کسی که مالک منفعت خانه ای از راه اجاره در مدت معین است، صحیح نیست که آن را وقف کند، زیرا مفهوم وقف، یعنی «تحبیس اصل و رها کردن منفعت» بر آن صدق نمی کند.

۳. عالمان همه مذاهب بر این اعتقادند که وقف اعیانی که در خارج ثابت اند، مانند زمین، خانه، باغ و... صحیح است زیرا قاعده وقف، یعنی «تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة» بر آنها انطباق دارد.

و نیز عالمان مذاهب، سواي حنفیان، اتفاق کرده اند بر صحت وقف اعیانی که قابل نقل باشند، مانند حیوانات، زیرا انتفاع از آنها با بقای عین امکان دارد.^{۲۹}

۴. فقهای مذاهب اتفاق کرده اند بر صحت وقف حصه مشترك از اعیان، مانند نصف یا ربع یا ثلث از خانه و امثال آن، مگر در مسجد و مقبره، زیرا اینها قابل شرکت نیستند.^{۳۰}

۵. وقف عین مرهونه و چیزی که تسلیم او امکان ندارد، مانند پرنده در هوا و ماهی در آب، اگرچه مالک آن باشد و حیوان گمشده و عین مغضوبه، در صورتی که واقف و موقوف علیه توانایی به دست آوردن آن را ندارند صحیح نیست. بلی اگر آن را برای غاصب وقف کند صحیح است، زیرا قبض محقق است.

موقوف علیه

شرایطی که در موقوف علیه اعتبار شده است عبارت اند از:

۱. وجود موقوف علیه در زمان وقف. پس اگر موجود نباشد؛ مثل اینکه مالی را برای بچه ای که در شکم مادر است و هنوز به دنیا نیامده، وقف کند صحیح نیست. این نظر امامیه، شافعیه و حنبلیه^{۳۱} است. زیرا اهلیت برای تملک ندارد، مگر زمانی که به دنیا آید و اما جدا کردن ارث و جواز وصیت برای او به خاطر دلیل خاص است تا محذور تفویض حق یا بازگشت به تقسیم جدید که در آن

عسر و حرج است از میان برود. مالکیان چنین وقفی را صحیح دانسته اند، ولی لزوم آن را منوط به آمدن او به دنیا دانسته اند پس اگر بچه مرده به دنیا بیاید وقف باطل می شود.^{۳۲}

ولی اگر مالی را بر معدوم به تبع موجود فعلی وقف نماید نزد همه عالمان مذاهب صحیح است؛ پس اگر کسی مالش را بر اولادی که وجود دارند و نیز بر اولادی که بعداً وجود پیدا می کنند وقف کند صحیح است.

۲. موقوف علیه برای تملک قابل باشد. پس وقف بر حیوان صحیح نیست و اما صحت وقف بر مساجد و مدارس و مانند آنها، با اینکه قابلیت تملک ندارند، بدین جهت است که وقف برای اینها وقف برای انسانهایی است که از آنها منتفع می شوند، از این روی صحیح است.

۳. موقوف علیه از معاصی خداوند نباشد، مثل وقف بر خریدن آلات قمار برای اهل آن و مجالس شراب و راهزنی. زیرا وقف از امور معروف و بر محسوب می شود و معصیت عکس آن است.^{۳۳} در این مسأله اختلافی بین عالمان مذاهب نیست.

۴. وقف بر غیرمسلمانان، مانند اهل ذمه، صحیح است و این مسأله مورد اتفاق است.^{۳۴} به دلیل قول خداوند که فرمود: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ (ممتحنه: ۸) شهید ثانی در کتاب شرح لمعه می گوید:

این کار گناه نیست، زیرا غیرمسلمانان نیز بندگان خدای اند.^{۳۵} حصنی دمشقی شافعی می گوید وقف صدقه تطوع محسوب است و این برای غیرمسلمانان جایز است.^{۳۶} و مرحوم طباطبائی یزدی حتی وقف بر کافر حربی را نیز، ترغیباً للخییر، جایز می داند^{۳۷} و لکن شافعیان وقف بر کافر حربی و مرتد را قبول ندارند، زیرا از قبیل وقف بر کسی است که دوامی ندارد، چون به حکم شرع کشته می شوند.^{۳۸}

۵. تعیین موقوف علیه. پس اگر مالی را، بدون تعیین موقوف علیه، بر مرد یا زن وقف کند باطل است. ولی مالکیان، حتی اگر واقف قرینه ای معین نکند قائل به صحت آن شده اند. پس اگر واقف بگوید: «این خانه من وقف است.» صحیح است و منافع آن در راه خیر و کارهای پسندیده مصرف می شود.

و اما اگر موقوف علیه بین دو شخص یا دو جهت مشتبه شود حل مشکل در این فرض با قرعه و یا صلح قهری است و معنای صلح قهری این است که نتیجه و حاصل موقوفه بین دو طرف تقسیم شود.

همچنین اگر عین موقوفه بین دو چیز مردد باشد؛ مثل اینکه علم به تحقق وقف داشته باشیم ولیکن ندانیم عین

۲۶- بدایع، ج ۶، ص ۲۲۰، الدر المختار و رد المحتار، ج ۳، ص ۳۹۳.
۲۷- الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۸، ص ۱۸۴.
۲۸- القوانین الفقهیه ابن جزئی، ص ۲۲۳؛ کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۷.
۲۹- فتح القدیر، شرح مبتدی ابن همام، ج ۶، شرح زرقانی بر مختصر ابی ضیاء، ج ۷.
۳۰- میزان شعرانی و کتاب وقف، محمد سلام مذکور.
۳۱- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۷؛ کتاب شرح الزرقانی بر مختصر ابی ضیاء، ج ۷.
۳۲- القوانین الفقهیه، ابن جزئی، ص ۲۴۳.
۳۳- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۸.
۳۴- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۸؛ القوانین الفقهیه، ابن جزئی، باب وقف.
۳۵- لمعه دمشقی، ج ۱، باب وقف.
۳۶- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۸.
۳۷- ملحقات عروه، باب وقف.
۳۸- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۹؛ شرح زرقانی بر مختصر ابی ضیاء، ج ۷.



است.

اما اگر لفظ «ذریه» و «نسل»، را استعمال کند و بگوید: «وقف علی ذریتی او نسلی» دختران نیز در آن داخل می باشند.

و اما لفظ «اهل» در آن جا که بگوید: «وقف علی اهلی» پسران، دختران، برادران، خواهران، عموها و عمه ها را دربر می گیرد و در شمول آن بر دایهها و خاله ها اختلاف است.

لفظ «اقرباء» (خویشان) همه کسانی را که از رحم به حساب می آیند شامل می شود.^{۳۴}

۸. هرگاه واقف تنها بگوید: «هذا وقف علی اولادی» (این مال را بر اولاد خود وقف نموده ام) آیا شامل اولاد دختران می شود؟ بر فرض شمول آیا شامل اولاد پسران و دختران می شود یا تنها به اولاد پسر اختصاص پیدا می کند؟

مشهور بین عالمان مذهب امامیه این است که لفظ «اولاد» شامل اولاد اولاد نمی شود و تنها مرحوم اصفهانی است که نظری دیگر دارد و فرقی بین اولاد پسر و دختر نگذاشته است و حق همین است، زیرا در این مورد فهم عرفی محل اعتبار است.

احمد بن حنبل می گوید: لفظ «ولد» بر دختر و پسر صلبی و نیز اولاد پسر صدق می کند، ولی بر اولاد دختر صادق نیست.^{۳۵}

شافعیان لفظ ولد صلبی را بر ذکور و اناث صادق می دانند، ولی بر اولاد اولاد به گونه مطلق صادق نمی دانند، ولیکن لفظ ولد را بر ذکور و اناث تعمیم می دهند. حنفیان نیز بر همین عقیده اند.^{۳۶}

مالکیان اناث را در لفظ «اولاد» داخل می دانند، ولی در الفاظ اولاد اولاد داخل نمی دانند.^{۳۷} ولی این نظر مالک قابل نقد و متناقض با نظر خود اوست، زیرا ماده لفظ در اولاد و اولاد اولاد یکی است و آن عبارت از «و، ل، د» است. بر این اساس چگونه می توان پذیرفت که لفظ مذکور در فرض عدم اضافه به «اولاد» شامل اناث شود و در فرض اضافه شامل آنها نشود و تنها شامل اولاد ذکور باشد؟



۳۹- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۹.

۴۰- مغنی، ابن قدامة، باب وقف؛ کتاب وقف ابو زهره و میزان الشعرانی.

۴۱- کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۹۹.

۴۲- همان.

۴۳- القوانین الفقهیة، ابن جزی، ص ۲۴۳.

۴۴- همان.

۴۵- مغنی، ابن قدامة، باب وقف.

۴۶- فتح القدیر، شرح مبتدی کمال الدین ابن همام، مهذب ابواسحاق شیرازی، باب وقف.

۴۷- شرح زرقلنی بر مختصر ابن ضیاء، ج ۷، باب وقف.

موقوفه خانه است یا دکان، این مشکل نیز با کمک قرعه و یا صلح قهری صورت می گیرد؛ به این طریق که نصف دکان و نصف خانه را موقوفه محسوب می کنیم.

۶. اگر واقف چیزی را بر خودش وقف کند و یا خودش را یکی از موقوف علیهم قرار دهد، چنین وقفی صحیح نیست. پس اگر کسی دکانی را وقف کند که عایدی آن را بعد از مرگ، خرج مقبره اش نمایند، این وقف صحیح نیست، زیرا معقول نیست انسان مالش را به خودش تملیک کند؛ بلی اگر مثلاً مالی را بر فقرا وقف کند و خودش فقیر شود می تواند از منافع آن استفاده کند و نیز اگر مالی بر طالبان علم وقف کند و خودش طالب علم شود.

شافعیان نیز دارای همین نظریه اند، زیرا معنای وقف تملیک قطعی منفعت است و انسان نمی تواند چیزی را به خودش بفروشد.^{۳۹} ولی حنفیان و حنبلیان این وقف را صحیح دانسته اند^{۴۰} و نیز جمعی از فقیهان اهل سنت مانند ابن سریج و زبیری و رویانی نیز قایل به صحت آن شده اند^{۴۱} اینان به روایتی از عثمان تمسک کرده اند که وقتی بشر باروقه را وقف کرد، گفت: «دلوی فیها کدلاء المسلمین» دلو من در این چاه مانند دلوهای مسلمانان است.^{۴۲} ولیکن این نظر نقدپذیر است، زیرا معنی وقف، تملیک منفعت است و عقلاً اتفاق نظر دارند که صحیح نیست کسی چیزی را به خودش بفروشد. مگر گفته شود که مراد عثمان این بوده است که واقف هم می تواند از وقفهای عام خود استفاده کند و مثلاً کسی که مسجدی را وقف کرده می تواند در آن نماز بخواند.

۷. هرگاه واقف مالی را بر اولاد ذکور خود وقف کند و مثلاً بگوید: «وقف علی ولدی او اولادی». دختران از موقوف علیهم محسوب نمی شوند، کما اینکه هرگاه مالی را بر اولاد اناث خود وقف کند مثل اینکه بگوید: «وقف علی بناتی» اولاد ذکور در آن داخل نمی باشند و هرگاه مالی را بر اولاد ذکور و اناث خود وقف کند؛ مثل اینکه بگوید «وقف علی اولادی ذکورهم و اناثهم» همگی از موقوف علیهم محسوب و از منافع عین موقوفه به گونه مساوی برخوردار می شوند.

ابوزهره در کتاب خود از عالمان مالکی نقل می کند که آنان تنها وقف بر اولاد ذکور را صحیح نمی دانند، و اجماع دارند که هر کس مالی را تنها بر اولاد ذکورش وقف کند و دختران را مشمول آن قرار ندهد و یا آنکه استحقاق وقف را مقید کند بر عدم زواج آنها گناهکار است و بعضی از آنان این گناه را علت بطلان وقف قرار داده اند.^{۴۳}

اگر واقف به جای «ولد» لفظ «عقب» (دنبال) را به کار برد و بگوید: «وقف علی اعقابی» حکم آن لفظ ولد