

بازخوانی فقهی حقوقی

حق شفعه موقوف علیهم*

- محمدحسن حائری^۱
- جواد یعقوبی^۲
- محمد یعقوبی^۳

چکیده

حق شفعه موقوف علیهم یکی از مسائل اختلافی در فقه و حقوق می‌باشد و نظرات متفاوتی در مورد آن بیان گشته و قانون مدنی نیز در این زمینه از نظر مشهور پیروی کرده است. سه نظر عمده در بین فقها در این باره عنوان شده که بر اساس آن عده‌ای قائل به عدم مالکیت موقوف علیهم بر مال موقوفه، و متفرع بر آن، قائل به عدم حق اخذ به شفعه توسط آنان هستند و گروهی دیگر معتقدند که حق شفعه یک استثناست و در مواردی جاری می‌شود که ملک بین دو نفر مشترک باشد و بر این اساس قائل به تفصیل شده‌اند و فقط در مواردی که موقوف علیه واحد باشد، حق اخذ به شفعه را برای او پذیرفته‌اند و نهایتاً عده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۴/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۱۱.

۱. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri-m@um.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (javadyaghobi97@yahoo.com).

۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (mohammad.yaghoobi1369@yahoo.com).

دیگری از فقها نظیر سید مرتضی با استناد به قاعده لاضرر و حدیث نبوی، حق شفعه را برای موقوف علیهم جاری دانسته و به اثبات این حق برای آنان پرداخته‌اند. این نوشتار با بررسی نظرات حقوق دانان و فقیهان، به نقد و بررسی نظریه موافقان و مخالفان حق شفعه موقوف علیهم پرداخته و در نهایت از بین اقوال حقوق دانان، نظریه شخصیت حقوقی کاتوزیان را پذیرفته و از بین فقها، نظر سید مرتضی را که تأکید بر قاعده لاضرر و حدیث نبوی داشته، با نیت و غرض واقف پیوند زده و اثبات حق اخذ به شفعه توسط موقوف علیهم را مورد تأکید قرار داده است. بر اساس این تحقیق، نظر سید مرتضی با وجود اینکه خالی از اشکال و ایراد نیست، به نیت واقف و هدف وقف نزدیک تر است.

واژگان کلیدی: حق شفعه، موقوف علیهم، مالکیت، شخصیت حقوقی، قاعده لاضرر.

مقدمه

حق شفعه از جمله مسائل اختلافی در میان فقها و حقوق دانان است و نظرات گوناگون زیادی درباره آن به چشم می خورد. برخی فقها قائل به عدم ثبوت حق شفعه در وقف می باشند؛ اعم از اینکه موقوف علیهم واحد یا متعدد باشند (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۵۴/۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۴۵/۳؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۳۵۹/۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۴۵۹/۲). اما گروهی دیگر از فقها قائل به تفصیل شده، معتقدند که اگر موقوف علیه یک نفر باشد، حق شفعه ثابت است، ولی اگر متعدد باشند، حق شفعه اعمال نخواهد شد (ر.ک: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۷/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶؛ علامه حلی، *مختلف الشیعه*، ۱۴۱۳: ۳۹۷/۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶۵/۴). در نهایت سید مرتضی معتقد است که حق شفعه در وقف ثابت است؛ خواه موقوف علیهم واحد باشند یا متعدد. وی همچنین یکی دیگر از مبانی نظر خود را قاعده لاضرر عنوان می کند (سید مرتضی علم الهدی، ۱۴۱۵: ۳۱۳/۱۶) که در این مقام به تفصیل درباره نظریات این فقها بحث خواهد شد.

اما در میان حقوق دانان نیز اختلاف برداشت‌های چشمگیری از تعبیرات فقها درباره حق شفعه موقوف علیهم به چشم می خورد. بعضی نظیر امامی حق شفعه را استثنا دانسته و آن را در بیش از دو نفر قابل اعمال ندانسته‌اند (۱۳۷۴: ۱۴/۴). گروهی دیگر مانند کاتوزیان معتقدند که چون وقف دارای شخصیتی حقوقی است و موقوفه نیز به این

شخصیت تعلق دارد، نه موقوف علیهم، پس در نتیجه حق شفعه جاری است (۱۳۷۷: ۲۳۱) و در نهایت نظریه سوم که مشخصاً جعفری لنگرودی آن را عنوان کرده است، حق شفعه را جاری می‌داند، اما نه برای موقوف علیهم، بلکه برای خود مالک (۱۳۸۷: ۳۴۵) که در این نوشتار به تفصیل درباره آن بحث خواهد شد.

در ماده ۸۱۱ قانون مدنی آمده است:

اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد، متولی یا موقوف علیهم حق اخذ به شفعه ندارند.

به دلالت این ماده در مواردی که مال غیر منقول، مشترک بین طلق و موقوف علیهم باشد و مالک طلق، حصه خود را با تمام شرایطی که در قانون باعث ایجاد حق شفعه می‌شود، به دیگری انتقال دهد، موقوف علیهم حق اخذ به شفعه ندارند. در واقع قانون قاطع است و حکم قضیه را هم به صراحت بیان کرده، اما بحث‌های پیرامونی آن و مبنای اتخاذی مقنن در جعل این ماده، دریچه عظیمی را جهت تحلیل و تفسیر آن گشوده است که از زوایای گوناگون می‌توان به آن نگریست و در پی کشف تحلیلی متفاوت و در عین حال پویا برآمد.

۱. تعریف حق شفعه و اجزای آن

در اصطلاح فقهی، اخذ به شفعه به حالتی گویند که کسی حصه شریکش را اخذ و به سهم خود اضافه نماید و مال خود را زیاد کند.^۱ در ماده ۸۰۸ قانون مدنی آمده است: هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

«بر طبق تعریف قانون مدنی، برای اخذ به شفعه شرایط زیر لازم است:

۱. وجود شرکت در مال و اشاعه ملک که زمینه ایجاد حق و رکن اصلی آن است.

۱. وسئل ثعلب عن اشتقاقها، فقال: الشفعة الزيادة وذلك أن المشتري يشفع نصيب الشريك يزيد به بعد أن كان ناقصاً كأنه كان وتراً فصار شفعاً (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۰۶/۳).

۲. غیر منقول بودن مال مشاع که نشانه اختصاص حق شفعه به املاک است.
۳. قابل تقسیم بودن ملک.
۴. وقوع انتقال سهم یکی از دو شریک به وسیله بیع به دیگران.
۵. محدود بودن شمار شریکان به دو شخص در زمان وقوع بیع» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۲۲).

۲. مفهوم شخصیت حقوقی

با توجه به اینکه مبنای اکثر حقوق دانانی که قائل به حق اخذ به شفعه برای موقوف علیهم هستند، شخصیت حقوقی مال موقوفه می‌باشد، ابتدا به طور مختصر شخصیت حقوقی مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت نیز نتیجه‌گیری مورد نظر تحریر شده است.

در اصطلاح حقوقی، شخص موجودی است که دارای حق و تکلیف می‌باشد (ساکت، ۱۳۸۶: ۵۸) و بر دو نوع است: شخص حقیقی که همان انسان است و دیگری شخصیت حقوقی که آن را شخص اخلاقی یا شخص معنوی نیز می‌نامند. شخصیت نیز در علم حقوق عبارت است از وصف و شایستگی شخص برای اینکه بتواند طرف و صاحب حق و تکلیف باشد و یا بتواند اعمال حق و تکلیف کند.

پس از اینکه معنای شخص و شخصیت را به خوبی شناختیم، اینک به تعاریف حقوق دانان از شخصیت پرداخته، آن را بررسی می‌کنیم. برای شخصیت حقوقی، تعاریف متعددی ارائه شده است. برخی شخصیت حقوقی را در برابر شخصیت حقیقی (صفار، ۱۳۹۰: ۹۹) و عده‌ای نیز اعم از شخصیت حقیقی دانسته‌اند (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۷۹؛ امامی، ۱۳۷۴: ۱۵۰/۴-۱۵۱). برخی حقوق دانان در تعریف شخص حقوقی گفته‌اند:

[شخص حقوقی به] گروه‌ها، جمعیت‌ها و انجمن‌هایی گفته می‌شود که حقوق و تکالیفی مشترک و متمایز از حقوق و تکالیف افرادی که آن‌ها را تشکیل داده‌اند، دارا هستند (صانعی، ۱۳۷۲: ۱۱۴/۲).

برخی دیگر در ادامه این مطالب افزوده‌اند:

شخص حقوقی هنگامی پدید می‌آید که قوانین متداول، آن‌ها را طرف حق و تکلیف

بشناسد و برای آنان شخصیت مستقلی قائل گردد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۶۲؛
جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۲۳).

بررسی این تعاریف، ما را تا حد زیادی به شناخت شخصیت حقوقی نزدیک‌تر می‌کند و در واقع، این وصف و قابلیت اگر ذاتی، همراه و ملازم با شخص باشد، می‌توان آن را شخصیت حقیقی تصور کرد (رسایی‌نیا، ۱۳۷۷: ۱۲۰) که تنها مصداق منحصر به آن، انسان زنده‌ای می‌باشد که از حیات مستقل برخوردار است (صفا، ۱۳۹۰: ۹۸). اما اگر این وصف ذاتی شخص نباشد، بلکه قانون‌گذار و خردمندان جامعه، این حقوق و تکالیف را به این شخصیت پیوند داده باشند، آن را شخص حقوقی یا معنوی^۱ می‌گویند که تصور شخصیت خاصی دربارهٔ این شخص اعمال می‌گردد که آن را شخصیت حقوقی گویند (ساکت، ۱۳۸۶: ۱۶۰).

۳. تحلیل حقوقی حق شفعهٔ موقوف علیهم

چنان که پیشتر اشاره شد، در مادهٔ ۸۱۱ قانون مدنی در این باره آمده است:
اگر حصهٔ یکی از دو شریک وقف باشد، متولی یا موقوف علیهم حق اخذ به شفعه ندارند.

از طرف دیگر در مادهٔ ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳/۶/۲ عنوان شده است:
هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نمایندهٔ آن می‌باشد.

نیز از طرفی مادهٔ ۵۸۸ قانون تجارت عنوان می‌دارد:
شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیهٔ حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد؛ مانند حقوق و وظایف ابوت - بنوت و امثال ذلک.

قائل شدن شخصیت حقوقی برای وقف توسط قانون‌گذار، و از طرف دیگر مقایسهٔ

1. Artificial person\ Personnesjuridique\ Personnemorales.

آن با مبانی وضع ماده ۸۱۱ قانون مدنی، بحث‌های نظری و کاربردی زیادی را در این زمینه دامن زده است؛ به طوری که بعضی از حقوق دانان ادعای نسخ ضمنی ماده ۸۱۱ قانون مدنی را مطرح کرده‌اند. سه نظریه در میان حقوق دانان به چشم می‌خورد: بعضی نظیر امامی حق شفعه را استثنا دانسته و آن را در بیش از دو نفر قابل اعمال ندانسته‌اند (۱۳۷۴: ۱۴/۴). گروهی دیگر مانند کاتوزیان معتقدند که چون وقف دارای شخصیتی حقوقی است و موقوفه نیز به این شخصیت تعلق دارد، نه موقوف علیهم، پس در نتیجه حق شفعه جاری است (۱۳۷۷: ۲۳۱) و در نهایت نظریه سوم که مشخصاً جعفری لنگرودی آن را عنوان کرده است، حق شفعه را جاری می‌داند، اما نه برای موقوف علیهم، بلکه برای خود مالک (۱۳۸۷: ۳۴۵) که در ادامه به تفصیل درباره آن بحث خواهد شد.

۳-۱. عدم اثبات حق شفعه به اعتبار استثنا بودن آن

امامی یکی از حقوق دانانی است که حق شفعه را یک استثنا می‌داند. وی به طور مستقل به این بحث پرداخته و صرفاً در جلد چهارم کتاب حقوق مدنی خود در ذیل بحث «حق اخذ به شفعه» به آن اشاره کرده است. از دیدگاه او، موقوف علیهم مالک عین موقوفه‌اند، ولی چون حق شفعه یک استثناست و در بیش از دو نفر، قابلیت اجرا شدن ندارد، در نتیجه موقوف علیهم حق اخذ به شفعه ندارند. وی این نظر را به شرکت‌های تجاری و مالکیت‌های جمعی نیز تعمیم داده است (۱۳۷۴: ۱۵/۴).

در واقع اگر این نظر را بپذیریم، با این نقض روبه‌رو می‌شویم که در بسیاری از شرکت‌های تجاری، مالکیت‌های جمعی و... که چندین نفر به طور مشترک مالک آن می‌باشند، نمی‌توان قائل به حق اخذ به شفعه شد. پیامد این نظریه آن است که در این موارد ممکن است شرکت‌های تجاری و یا مالکان جمعی ملک، دچار ضرر و زیان شوند. ضمن آنکه استثنا بودن حق شفعه، دلیلی محکم برای محروم کردن مالکیت‌های جمعی از آن نیست. همچنین می‌توان مدعی شد که عرف، تفاوتی میان مالکیت فردی و جمعی نمی‌بیند، بنابراین عمومیت حق شفعه آن را نیز شامل می‌شود؛ مگر آنکه قاعده‌ای فقهی و یا دلیل روایی بر این مطلب اقامه شود که در کلام محقق فوق، به

چنین دلیلی استناد نشده است.

در مقابل این نظر، کاتوزیان معتقد است که شمار سهام‌داران شرکت‌ها یا تعدد موقوف علیهم، هیچ تأثیری در ایجاد این حق ندارد و تا زمانی که شخصیت حقوقی باقی است، تمام دارایی شرکت به این شخصیت تعلق دارد، نه به سهام‌داران یا شریکان (۱۳۷۷: ۲۳۱).

ممکن است عده‌ای از پژوهشگران انتقاد کنند که چون حق شفعه استثنایی و بر خلاف قاعده است، لذا مختص بیع است و امکان تعمیم آن به عقود دیگر نظیر صلح به سهم مشاع یا وصیت به سهم مشاع نیست. در مقام پاسخ به این ایرادات و اشکالات ابتدا باید مبنای خلاف قاعده بودن حق اخذ به شفعه بر مبنای قواعد فقهی تشریح شود و سپس پاسخ شفاف و مستدل به این ایرادات داده شود.

«یکی از قواعد مسلم فقهی، قاعده‌ای است که گاهی از آن به «قاعده تسلط» یا «قاعده تسلیط» تعبیر می‌شود؛ ولی در عبارت فقها به قاعده سلطنت معروف است. مفاد قاعده این است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند. به عبارت دیگر به موجب این قاعده، اصل بر آن است که همه گونه تصرفات برای مالک مجاز است، مگر آنکه به موجب دلیل شرعی، خلاف آن ثابت گردد. کاربرد این قاعده در موارد شک و تردید است؛ بدین معنا که هرگاه نسبت به جواز تصرف مالک تردید شود، با استناد به این قاعده می‌گوییم: با توجه به عدم دلیل شرعی بر منع، مالک مجاز به تصرف است. به گفته صاحب جواهر: «قاعده سلطان المالك وتسلط الناس على اموالهم، أصل لا يخرج عنه في محل الشك» [نجفی، ۱۴۰۴: ۱۳۸/۲۷]؛ یعنی قاعده سلطنت مالک و به تعبیر دیگر تسلط مردم بر اموال خود، اصلی است که در موارد تردید و عدم وجود دلیل بر خلاف، نمی‌توان از آن خارج شد» (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۲۷).

۱. ماده ۳۰: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

ماده ۳۱: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد، مگر به حکم قانون».

می‌خورد. «در حقوق مدنی، اخذ به شفعه تنها موردی است که با بودن مالک در قید حیات، دیگری می‌تواند ملک او را بدون موافقتش تملک کند» (امامی، ۱۳۷۴: ۹/۳). از مجموع مطالب بالا به دست آمد که منظور برخی فقها و حقوق‌دانان از بر خلاف قاعده خواندن حق شفعه چیست. در واقع حق شفعه بر خلاف قاعده تسلیط و مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی است. در نتیجه، تملک حاصل از اخذ به شفعه، تملک ارادی نیست؛ زیرا بر خلاف خواست مالک است. از این رو حقوق‌دانان آن را تملک قهری نامیده و پنداشته‌اند که تنها اخذ به شفعه تملک قهری است و به همین خاطر، حق اخذ به شفعه را مختص به بیع و تملک قهری را منحصر به مورد اخذ به شفعه دانسته‌اند. اما عناصر تملک قهری به قرار ذیل است:

«اول: مال یا ملکی که دارای مالک باشد؛ پس تملک از طریق حیازت مباحات، از موضوع تملک قهری خارج شد.

دوم: غیر مالک، آن مال یا ملک را به ضرر مالک آن، تصاحب و تملک کند. این اعم است از اینکه عوض آن را قانوناً بدهد یا دادن عوض قانوناً شرط آن نباشد.

سوم: قانون صریحاً اذن تملک قهری را داده باشد. پس تملک قهری از ایقاعاتی است که قانون آن را شناخته است، مانند اخذ به شفعه.

پس اقسام تملک قهری از قرار ذیل است:

الف) اخذ به شفعه. این تملک معوض است.

ب) تملک لقطه بعد از حول تعریف در حدود قانون. این تملک مضمون به عوض است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱/۲۶۰-۲۶۱).

با توجه به مطالب فوق، فقهای اسلام در رابطه با تشریح حق شفعه دچار دوگانگی عجیبی شده‌اند؛ بدین بیان که در ابتدا گمان کرده‌اند که تملک قهری در شفعه خلاف قاعده است، قاعده آن است که تملیک و تملک به تراضی صورت بگیرد. با توجه به این اصل، روایات شفعه خلاف اصل سلطنت (تسلیط) است و باید محدود به قدر متیقن گردد و در نتیجه شفعه را مختص عقد بیع دانسته و همچنین شفعه را مختص مبیع مشاع دانسته‌اند. سپس با نگاهی به حکمت و فلسفه وضع حق شفعه در کلام فقها، این نتیجه مستفاد می‌گردد که اکثر قریب به اتفاق فقها، فلسفه وضع حق اخذ به شفعه

را قاعده لاضرر عنوان کرده‌اند.^۱ حال که حکمت وضع حق شفعه، «لاضرر» است در وصیت به سهم مشاع و صلح سهم مشاع هم قاعده لاضرر باید جاری شود و نمی‌توان فلسفه اصلی ایجاد حق اخذ به شفعه را نادیده گرفت و مفهوم لاضرر در باب شفعه باید کاملاً مورد مذاقه و دقت قرار گیرد.

اما در پاسخ به آن عده از فقها و حقوق‌دانان که شفعه را خلاف اصل و قاعده دانسته‌اند، چنین گفته شده است:

معروف شده است که نصوص باب شفعه، خلاف قاعده است و مقصود از قاعده، نقل و انتقال مال به تراضی است که شایع است، اما تملک قهری شایع نیست؛ یعنی بر خلاف شایع است. بسیار خوب! نصوص تملک قهری در باب شفعه، خلاف شایع است و این روشن است؛ اما که گفته است که هر چه که خلاف شایع است، خلاف قاعده است؟ از قدیم گفته‌اند که احکام شرع، تابع مصالح و مفاسد است. این خود یک قاعده است؛ تملیک و تملک که به تراضی صورت گیرد، مطابق مصالح اجتماعی است، اما تملک قهری شفیع در بیع حصه مشاع هم در چهارچوب خاص خود، تابع مصالح اجتماعی است، با قلمرو محدودی که دارد؛ پس هم در تراضی و هم در شفعه، تبعیت از مصالح می‌شود. مصالح در تراضی شایع است، مصالح باب شفعه خلاف شایع است اما خلاف قاعده نیست. در نتیجه از نصوص باب شفعه، تفسیر مضیق نباید کرد و آن‌ها را اختصاص به بیع و میبوع مشاع نباید داد. پس اگر شریک، حصه خود را سرمایه شرکت تجاری قرار دهد، شریک دیگر حق اخذ به شفعه دارد (همو، ۱۳۹۳: ۱۹۱).

جعفری لنگرودی از جمله حقوق‌دانانی است که معتقد است حق شفعه اختصاص به بیع ندارد. وی در طرح اصلاحی قانون مدنی و در محشای خود بر قانون مدنی ذیل ماده ۱۲۸۵ این امر را بیان می‌کند (مجموعه محشی قانون مدنی، ۱۳۹۱: ۸۳۳).

۲-۳. اثبات حق شفعه موقوف علیهم به اعتبار شخصیت حقوقی

کاتوزیان سعی در تفسیر نهاد وقف از طریق یک سازمان حقوقی شخص گونه دارد؛ موجودی که دارای نام و دارایی خاص است، به وسیله مدیر منصوب واقف نهادهای

۱. قضی رسول الله ﷺ بالشفعة بین الشركاء فی الأرضین والمساکن وقال: «لا ضرر ولا ضرار» وقال: «إذا رُفَّت الأُروفُ وحُدَّت الحدود فلا شفعة» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۰/۵؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵/۴۰۰).

عمومی اداره می‌شود و تنها تابع مقررات وقف‌نامه است، پس از مرگ واقف به زندگی حقوقی خود ادامه می‌دهد و منحل نمی‌شود و از طرف دیگر، طرف قرارداد واقع می‌شود و حق و تکلیف پیدا می‌کند با این تفاوت که در شخصیت‌های حقوقی کنونی، دارایی شخص مفهومی کلی و مستقل از اجزای آن است و با از بین رفتن هیچ مالی وجود شخص حقوقی از بین نمی‌رود. ولی در وقف، وجود عین موقوفه از ارکان اساسی این سازمان حقوقی است (عقود معین، ۱۳۹۲: ۱۳۲/۳).

این نویسنده در بحث مالکیت عین موقوفه معتقد است که موقوف‌علیهم تنها حق انتفاع از عین موقوفه را دارند و در عینحال، برای عین موقوفه ماهیتی اعتباری قائل است که وجودی مستقل دارد. نص کلام وی چنین است:

آنچه در این میان اهمیت دارد و در حقوق ما هم به آن اشاره شده، تمیز بین مالکیت عین و منافع و پرهیز از اختلاط این دو است. موقوف‌علیهم بر عین حبس شده تنها حق انتفاع دارند ولی این امتیاز سبب نمی‌شود که مالک عین هم باشند. درست است که پس از وقف، مالک نسبت به آن بیگانه است، ولی این واقعیت سبب تملک مال به موقوف‌علیهم نیست؛ زیرا می‌توان همچون مال بدون مالک تصور کرد (همو، ۱۳۸۷: ۱۷/۳).

وی در ادامه، پایه‌های شخصیت حقوقی وقف را پی‌ریزی می‌کند و استدلال خود را بیشتر بر این پایه استوار می‌سازد:

چه مانع عقلی وجود دارد که این اموال به جهت اختصاص یافتن به جهت معین خود اصالت یابند و همچون وجودی مستقل، خود ماهیت اعتباری یابند؛ به خصوص در موقوفات عام، پذیرش چنین موجودی به مراتب آسان‌تر از آن است که تملیک به سود کسانی قبول شود که وجود خارجی ندارند (مانند تملیک بر دانشجویان مدرسه‌ای که هنوز تأسیس نشده) (همان).

وی در ادامه کلام خویش با استفاده از کلام فقهای که سعی در ارائه تفسیری متفاوت از مالک بودن مال موقوفه دارند، سعی می‌کند که پایه‌های نظریه شخصیت حقوقی مال موقوفه را به اثبات برساند و می‌نویسد:

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی در عین حال که هیچ مانعی نمی‌بیند که حتی در وقف دائم نیز مال در ملکیت واقف باشد، تعبیراتی دارد که زمینه فکری مربوط به

قبول شخصیت حقوقی وقف را آشکارا نشان می‌دهد. این محقق، مالکیت موقوف علیهم و خداوند را مردود می‌داند و اعتقاد دارد که خروج مال از ملک واقف، ملازمه با تملیک آن به دیگری ندارد؛ زیرا آنچه نامعقول به نظر می‌رسد ملک بدون مالک است، نه مال بدون مالک (مانند مال مورد اعراض). وقف مانند مالی بی‌مالک است و ضرورتی ندارد که در جستجوی مالک آن باشیم؛ مالی که به طور مستقل اداره می‌شود و به مصرف می‌رسد، بدون اینکه تعلق به شخص داشته باشد. در مورد اوقاف عام می‌افزاید، هیچ ضرورتی ندارد که مالک آن موجود باشد؛ زیرا مالکیت، رابطه‌ای است بین مالک و مملوک و از حیث لزوم وجود، هیچ تفاوتی بین این دو پایه ملکیت نیست. پس همان گونه که مملوک می‌تواند معدوم باشد (مانند کلی در ذمه و منافع و ثمره درخت پیش از بروز آن)، مالک نیز می‌تواند کلی و معدوم باشد. پس چرا باید در مالکیت «فقرا» یا «دانشجویان» به دلیل اینکه مفهوم کلی است و وجود خارجی ندارد تردید کرد؟ (همان: ۱۷/۳-۱۸).

کاتوزیان در ادامه بحث با استعانت از این کلام صاحب‌العروه این طور نتیجه

می‌گیرد:

[این فقیه سعی داشته است که] خود را از قیود سنتی مالکیت برهاند و وجود آن را قطع نظر از شخص مالک تصور کند. این گونه تلاش‌ها که شاید ناخواسته یا مبنی بر تصویری گنگ از وجود شخصیت حقوقی برای جمع اموال باشد، زمینه فکری و نهاد وجود یک سازمان حقوقی مستقل را برای وقف نشان می‌دهد (همان: ۱۸/۳).

نظریه فوق بر مبنای شخصیت حقوقی، به اثبات حق شفعه برای موقوف‌علیهم پرداخته است. بنابراین اگر کسی شخصیت حقوقی وقف را نپذیرد، استدلال فوق را نیز نخواهد پذیرفت. ضمن آنکه برخی از فقیهان که حق شفعه موقوف‌علیهم را نپذیرفته‌اند بر مبنای عدم مالکیت موقوف‌علیهم استدلال کرده‌اند. از این رو ابتدا باید مالکیت موقوف‌علیهم اثبات شود، آنگاه در حق شفعه یا عدم آن گفتگو شود.

۳-۳. اثبات حق شفعه موقوف‌علیهم به اعتبار مالک بودن واقف

جعفری لنگرودی از جمله حقوق‌دانانی است که به این موضوع پرداخته است و به نظر می‌رسد که رویکرد مبتکرانه و جدیدی را در این بحث دنبال می‌کند. ایشان ایراد را در

شیوه تفسیر حدیث نبوی،^۱ در بحث وقف می‌داند و معتقد است که از این حدیث تفسیر درستی عنوان نشده و به نوعی کمال دقت از سوی اهل نظر در این حدیث صورت نگرفته است. وی پس از استوار کردن استدلال نظریه خود در مالکیت واقف، به بیان موضوعات اختلافی در باب وقف پرداخته و از این طریق به اشکالات مطرح شده پاسخ داده است. در این بحث ابتدا مبانی نظر این نویسنده به طور کاملاً مختصر توضیح داده می‌شود و سپس نظر وی در باب حق شفعه موقوف‌علیهم بیان می‌گردد.

ایشان در تفسیر معنای حبس در مال موقوفه بر خلاف فقیهانی که معتقدند مالکیت مال زایل می‌شود، ازاله ملک رخ می‌دهد یا فک ملک می‌گردد، معتقد است که حبس ضرورتاً منجر به هیچ یک از این موارد نمی‌شود. برعکس آن نظریات، در تفسیر ابقای موقوفه در مالکیت مالک، ازاله تصرفات ناقله یا تصرفات اداری یا انتفاعی و ممنوعیت انهدام مال یا ورود نقص بر آن، مستلزم ازاله ملک از مالکیت واقف نیست. از حدیث نبوی این گونه استنتاج می‌شود که تنها برخی از حقوق من جمله تصرفات ناقله عین یا منافع، تصرفات واگذاری منافع، حق اتلاف و ایراد نقص بر عین و حق تصرفات اداری اگر واقف آن را برای خود محفوظ نداشته باشد، از مالک گرفته می‌شود و سایر حقوق برای وی کماکان باقی می‌ماند (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱۳۹۱: ۵/۳۴۵-۳۶۵).

ایشان در ادامه و در پاسخ به این سؤال که اگر مالک زمینی، نصف مشاع آن را وقف کرد و سپس نصف دیگر را به ثالثی فروخت، آیا موقوف‌علیه یا متولی یا حاکم، حق اخذ به شفعه دارند یا نه، استدلال می‌کند:

پایه سؤال این است که حق شفعه، فرع بر مالکیت است و چون نقل ملک به موقوف‌علیهم شده است پس موقوف‌علیه حق اخذ به شفعه را دارد. اگر وقف، موجب نقل ملک نباشد موقوف‌علیه حق اخذ به شفعه را دارد؛ زیرا شفیع باید شریک ملک بایع باشد و شرکت بدون مالکیت متصور نیست. من که حبس را از باب اسقاط می‌دانم، عقیده دارم که روح نصوص باب شفعه، اجازه اعمال حق شفعه را در مسئله مذکور می‌دهد (همان: ۵/۳۵۳؛ همو، ۱۳۸۷: ۳۴۵، مسئله ۲۰۳۲).

۱. حَبْسِ الْأَصْلِ وَسَبَلِ الثَّمَرَةِ (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۲۹۱؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۷/۱۴؛ ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۲/۲۶۰).

۳-۴. نظریه مختلط

برخی دیگر از حقوق دانان نیز نظریه‌ای مختلط را برگزیده و برخی مسائل را از هم تفکیک کرده‌اند. محقق داماد پس از بررسی نظرات فقهای مخالف و موافق در باب حق شفعه موقوف علیهم، به تقویت نظریه فقهای مخالف و صاحب جواهر می‌پردازد و به طور ضمنی حق شفعه را از موقوف علیهم ساقط می‌داند، اما از این نظر که آیا از باب شخصیت حقوقی وقف و همچنین تعدد موقوف علیهم، می‌توان در واقع شخصیت حقوقی را یک وجود واحد و اعتباری دانست یا نه، دو امر را از هم تمیز داده است:

شخصیت حقوقی بر دو نوع است؛ یک دسته نظیر شرکت‌هایی که به ثبت می‌رسد و سهام‌داران مشخص دارد. در این گونه موارد از آنجا که صاحبان سهام، مالکین حقیقی هستند (هرچند که اختیار نقل و انتقال را برابر اساس‌نامه، به شخص یا اشخاص دیگر داده باشند)، لذا می‌توان گفت که بلا تردید به علت تعدد و تکرار از مورد شفعه خارج است. ولی در مواردی که سهام‌داران مشخصی ندارد، املاک و اموالی که به نام دولت یا مؤسساتی مثل دانشگاه تهران، مجلس شورا و مانند آن ثبت داده می‌شود، می‌توان حق شفعه را برای آنان قائل بود (۱۳۸۴: ۲۶-۳۲).

عده‌ای دیگر از حقوق دانان نیز همین نظر را دارند و معتقدند با توجه به اینکه قانون برای وقف، شخصیت حقوقی را به رسمیت شناخته است، قائل شدن حق شفعه برای موقوف علیهم، معقول و معتدل به نظر می‌رسد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۰؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۹۲-۹۳) و همچنین برخی دیگر نیز اعمال حق شفعه را به اعتبار اینکه در قانون مدنی به جای شخص، نفر یا کس هم به کار برده شده است، بعید نمی‌دانند (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۱۲۵).

۴. نقد و بررسی

به طور کلی سه نظر عمده در میان حقوق دانان مورد بررسی و بحث قرار گرفت. از میان این نظرات، نظر امامی، پاسخ‌گوی نیازهای عمومی جامعه نمی‌باشد و با توجه به پیشرفت جوامع بشری و گسترده‌گی روزافزون فعالیت‌های تجاری و تأسیس شرکت‌های بازرگانی متعدد، نمی‌تواند مقبول واقع شود. همچنین وی حق شفعه را حقی استثنایی می‌داند که در موارد شک باید بر طبق قاعده عمل شود. این دیدگاه نیز در سطور فوق

مورد نقد قرار گرفت. نگاهی کوتاه به مبانی وضع شخصیت حقوقی توسط قانون‌گذار، صحت این مدعا را تأیید می‌کند. نظر جعفری لنگرودی نیز علاوه بر اینکه با قول مشهور فقها ناسازگار به نظر می‌رسد، دلایل نظریه وی نیز مورد نقد جدی قرار دارد؛ چرا که بر خلاف قول مشهور که معتقدند از حدیث نبوی «حبس الأصل وسبب المنفعة» این طور برداشت می‌شود که حبس مذکور در حدیث، مایه ازاله ملک واقف است،^۱ اما او به تبعیت از امام مالک و قولی از احمد بن حنبل و امام شافعی معتقد است که حبس مذکور، مزیل ملک نیست. اینان بر این باورند که حبس، مانع مالکیت واقف بر عین نیست، بلکه محبوس، منافع موقوفه است که واقف از آن ممنوع شده است. اما در نقطه مقابل و حامیان قول مشهور، معتقدند که مالکیت عین به موقوف علیهم نقل می‌شود؛ در نتیجه محبوس (به ضرر واقف) هم عین است و هم منافع آن (جعفری لنگرودی، الفارق، ۱۳۹۱: ۵/۳۵۰ و ۳۵۷). نقدی که به دیدگاه حامیان ایقاع دانستن وقف و به تبع آن مالک دانستن واقف، وارد است این است که اگر وقف در ملکیت واقف است، چرا در بعضی فروض که ملک موقوفه تخریب می‌شود و امکان استفاده از آن وجود ندارد، به ملکیت واقف بر نمی‌گردد؟^۲ این چه ملکیتی است که در آن، نه تصرفات اداری می‌توان انجام داد، نه حقوقی و نه تصرفات ناقله؟ برای پی بردن به ماهیت و مفهوم مالکیت بهتر است از کلام حقوق دانان استعانت جست. در بین حقوق دانان مرسوم است که گفته می‌شود مالکیت دارای سه وصف اساسی است:

۱. مطلق بودن؛
۲. انحصاری بودن و
۳. دائمی بودن (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۱۰۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۰-۹۱). آنان مالکیت را کامل‌ترین حق عینی می‌دانند که انسان می‌تواند بر مالی داشته باشد و سایر حقوق عینی را از شاخه‌های حق مالکیت می‌دانند، در نتیجه: «۱. مالک می‌تواند با هر شیوه که مایل است و با هر انگیزه‌ای که دارد از عین مال خود بهره‌برداری کند یا آن را بی‌استفاده باقی گذارد. ۲. مالک حق دارد از

۱. از جمله حامیان قول مشهور، صاحب جواهر می‌باشد که به نقل از صاحب غنیه و السرائر، در این مسئله ادعای اجماع می‌کند و آن را به قول مشهور مستند می‌نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸/۹۰).

۲. اگر ملک وقف خراب شود، از وقف بودن بیرون نمی‌رود (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۹: مسئله ۲۶۹۷؛ حسینی سیستانی، ۱۳۷۹: مسئله ۲۷۰۵).

ثمره‌ها و محصول مالی که در اختیار اوست منتفع شود. ۳. مالک می‌تواند مال خود را از بین ببرد یا به دیگری منتقل کند. مالک نه تنها حق دارد با اجرای اعمال مادی و خارجی از مال خود استفاده کند یا آن را از بین ببرد، می‌تواند برای حفظ، اداره و انتقال آن، اعمال حقوقی گوناگون انجام دهد» (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۲: ۱۱۰-۱۱۱).

بنابراین با توجه به مطالب فوق پیرامون معنا و مفهوم مالکیت، تصور مالک دانستن واقف در نهایت اشکال است؛ به ویژه آنکه قانون مدنی نیز در ماده ۵۶ وقف را عقد دانسته است، و تصور ایقاع دانستن وقف و به تبع آن مالک دانستن واقف مورد تردید است. بر فرض هم که نظریه ایقاع بودن وقف را بپذیریم، در واقع می‌توان گفت که هیچ ملازمه‌ای بین ایقاع دانستن وقف و مالک بودن واقف وجود ندارد و نمی‌توان گفت که چون وقف ایقاع هست، در نتیجه ملک در ملکیت واقف باقی می‌ماند؛ چرا که طبق اجماع فقها به نقل از صاحب جواهر، حبس در وقف مزیل ملک می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۰/۲۸).

بحث عقد یا ایقاع بودن وقف در بین فقها محل بحث و نظر قرار گرفته است و در این باره سه نظریه وجود دارد:

۱. عقد است به طور مطلق؛ در وقف عام، قبول با حاکم شرع است و در وقف خاص، موقوف‌علیهم قبول را انجام می‌دهند (همان: ۷-۶/۲۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۲-۱۱/۹؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۶۷).

۲. ایقاع است؛ در نتیجه نیازی به قبول ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۶-۴۴۱/۲۱).

۳. تفصیل به اینکه در وقف خاص عقد، و در وقف عام ایقاع است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۶/۳؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۷۰-۴۷۱).

صحت تفصیلی در باب عقد یا ایقاع بودن وقف، در حوصله این نوشتار نیست و مقاله‌ای دیگر را می‌طلبد. اما از مجموع نظرات حامیان عقد و ایقاع بودن وقف می‌توان به این نتیجه رسید که قول به عقد بودن وقف، موافق مشهور علماست و قانون مدنی ایران نیز در ماده ۵۶ طبق نظر اکثر علما قول به عقد بودن وقف را پذیرفته است. عمده استدلال حامیان مشهور به این برمی‌گردد که داخل کردن مال در ملک غیر، بدون رضایت وی جایز نمی‌باشد، لذا وقف عقد است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷-۶/۲۸).

در واقع همان طور که مشهور فقها نیز عنوان کرده‌اند، با وقف، مالکیت واقف از مال موقوفه ساقط می‌شود و واقف نمی‌تواند هیچ دخل و تصرفی در مال موقوفه داشته باشد. وقف در واقع حبس عین است و حبس مزیل ملک است؛ بدین معنا که با تمام شدن وقف، چه در وقف خاص و چه در وقف عام، عین موقوفه از ملکیت واقف خارج و داخل در ملکیت موقوف‌علیهم می‌شود.^۱ صاحب‌جواهر نیز این امر را عقیده مشهور دانسته و از قول صاحب غنیه و السرائر، ادعای اجماع بر آن را مطرح کرده است (همان: ۹۰/۲۸). آنچه جعفری لنگرودی از معنای حبس در حدیث نبوی برداشت می‌کند، با هدف وقف در تعارض است. از مفاد ماده ۶۱ قانون مدنی نیز همین معنا فهمیده می‌شود؛ زیرا بعد از وقوع وقف، واقف نه می‌تواند از آن رجوع کند و نه تغییری در آن بدهد، پس در اینکه عین موقوفه از مالکیت واقف خارج می‌شود، تردیدی نمی‌توان داشت.

اما اکثریت، حق شفعه را برای موقوف‌علیهم ثابت می‌دانند؛ با استناد به اینکه قانون برای مال موقوفه شخصیت حقوقی قائل شده و خود این شخصیت نیز یک موجود اعتباری است و می‌تواند طرف حق و تکلیف واقع شود، پس در نتیجه موقوف‌علیهم می‌توانند حق شفعه را اعمال کنند. نکته‌ای که در این زمینه باید به آن توجه شود، تقدم و تأخر قانونی است. با توجه به اینکه قانون تجارت، کلیه حقوق و تکالیف شخص حقیقی را برای شخص حقوقی به رسمیت می‌شناسد و همچنین قانون اوقاف و امور خیریه که برای وقف، شخصیت حقوقی قائل شده است، می‌توان نتیجه گرفت که قانون خاص جدید در راستای تکمیل و تقویت مبانی قانون عام قدیم است و با آن تعارضی ندارد. با امعان نظر به وضع ماده ۸۱۱ قانون مدنی عیان می‌گردد که مبنا این ماده آن است که حق شفعه در بیش از دو نفر قابلیت اجرا ندارد و از آنجا که مال موقوفه در بیش از دو نفر است، پس در نتیجه حق شفعه‌ای وجود نخواهد داشت. حال با توجه به وضع قوانین جدید و اینکه مال موقوفه، دارای شخصیت حقوقی است و وجودی

۱. واضح است که حبس به طور مطلق مزیل ملک نیست؛ بلکه حبس تنها در وقف مزیل ملک است؛ چرا که قانون‌گذار، انواع حبس نظیر حبس موقت و دائم را به رسمیت شناخته است. اینکه حبس در وقف با چه استدلال و منطقی مزیل ملک می‌باشد در صفحه قبل تشریح شد.

مستقل دارد، می‌توان نتیجه گرفت که حق شفعه برای موقوف‌علیهم قابل اثبات است. از جمع‌بندی کلام حقوق‌دانان دربارهٔ ثابت بودن یا نبودن حق شفعه برای موقوف‌علیهم می‌توان به این نتیجه رسید که به غیر از برخی حقوق‌دانان که به دلیل استثنا بودن حق شفعه، آن را برای مال موقوفه ثابت نمی‌دانند (امامی، ۱۳۷۴: ۱۵/۴)، اکثر حقوق‌دانان قائل به اثبات حق شفعه برای موقوف‌علیهم هستند، اما دلایل مورد استناد آن‌ها با یکدیگر متفاوت است. برخی از باب قائل شدن شخصیت حقوقی در صدد اثبات حق شفعه برای مال موقوفه هستند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۰؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۹۲-۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۷/۳). برخی دیگر نیز به اعتبار مالک بودن واقف، قائل به وجود حق شفعه برای مال موقوفه می‌باشند (جعفری لنگرودی، الفاروق، ۱۳۹۱: ۳۵۳/۵) و همچنین برخی دیگر نیز اعمال حق شفعه را به اعتبار اینکه در قانون مدنی به جای شخص، نفر یا کس هم به کار برده شده است، بعید نمی‌دانند (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۱۲۵).

۵. حق شفعه موقوف‌علیهم از دیدگاه فقها

با نگاهی به اقوال فقها در باب حق شفعه موقوف‌علیهم، سه مینا به چشم می‌خورد. عده‌ای از فقها مبنای عدم ثبوت حق شفعه برای موقوف‌علیهم را ناشی از عدم مالکیت آنان بر مال موقوفه دانسته‌اند و عده‌ای دیگر قائل به تفصیل شده و رأی به عدم اعمال حق شفعه در مواردی که موقوف‌علیهم متعدد باشند، داده‌اند و معتقدند که شفعه تنها در ملکی که بین دو نفر مشترک باشد، قابل اعمال است و لذا در مواردی که موقوف‌علیهم واحد باشند، مانعی برای اعمال اخذ به شفعه ذکر نکرده‌اند و در نهایت عده‌ای دیگر، مبنای حق شفعه را نفی ضرر دانسته و به اعمال حق شفعه توسط موقوف‌علیهم معتقد شده‌اند، اعم از اینکه واحد باشند یا متعدد؛ زیرا در صورت عدم اعمال حق شفعه، به موقوفه ضرر وارد می‌شود.

اکنون به تشریح این سه مینا می‌پردازیم:

۱-۵. مبنای نخست: عدم مالکیت

بر اساس این مینا، فقها در واقع به مالکیت موقوف‌علیه بر موقوفه خدشه وارد کرده‌اند و

معتقدند که موقوف علیهم مالک عین موقوفه نیستند تا حق اخذ به شفعه داشته باشند؛ زیرا حق شفعه در موردی قابل اعمال است که دو نفر مشترکاً مالک مال غیر منقولی باشند و در این مورد شرط مالکیت احراز نشده است.

صاحب جواهر از جمله فقهای است که ایراد را در مالکیت موقوف علیهم دانسته است:

«ولو كانت الدار بعضها وقفًا وبعضها طلقًا فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحدًا... لأنه ليس مالکاً للرقبة على الخصوص» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۷/۳۷)؛ اگر بخشی از خانه‌ای وقف و بخش دیگر آن طلق (آزاد) باشد، چنانچه بخش طلق آن فروخته شود، برای موقوف علیهم حق شفعه‌ای نخواهد بود، اگرچه یک نفر باشد...؛ زیرا وی به طور خاص مالک قسمت وقفی نیست.

دلیل اولی که صاحب جواهر عنوان می‌کند، همان عدم مالکیت موقوف علیهم است که مانع اعمال اخذ به شفعه می‌گردد.

دلیل دیگر ایشان این است که قصد مالک در وقف، تملیک به فرد واحد نبوده است، بلکه منظور او سایر طبقات نیز می‌باشد و به همین جهت، مالکیت از واقف به طبقات بعدی منتقل می‌شود، نه از طبقه اول موقوف علیهم. حتی در فرضی هم که موقوف علیه واحد، در ابتدا از افراد غیر منحصر بوده باشد، اما به هنگام فروش حصه شریک، منحصر در یک نفر شده باشد، باز هم نمی‌توان او را مالک رقبه دانست؛ زیرا در این فرض، تملیک به نفع جنس رخ داده است، نه فرد واحد. مثل آنکه وقف بر اولاد زید شده باشد و او هم تنها یک فرزند داشته باشد. در واقع ایشان در رد نظریه فقهای که قائل به حق اخذ به شفعه در موقوف علیهم واحد هستند، معتقد است که قصد واقف، تملیک عین موقوفه به تمامی طبقات حال و آینده است و موقوف علیهم فعلی، مالک خاص عین نیستند، اگرچه واحد باشند. دلیل این ادعا این است که مثلاً طبقات بعدی موقوف علیهم، از مالک اصلی که همان واقف است مالکیت انتفاع را دریافت می‌کنند، نه از طبقه قبل از خودشان. صاحب جواهر معتقد است که اگر در هنگام وقف، موقوف علیهم در یک نفر منحصر شده باشد، اما لفظ واقف این باشد که بر بنی زید وقف کردم، چون لفظ وقف جنس است و منحصرأً یک شخص خاص را

در بر نمی‌گیرد، بلکه می‌تواند چند نسل را شامل شود، نمی‌توان برای موقوف‌علیهم موجود حق شفعه قائل شد.

در واقع صاحب جواهر حرف کسانی را می‌پذیرد که گفته‌اند: «اگر موقوف‌علیه واحد باشد پس حق اخذ به شفعه را دارد». ولی مطابق کلام وی، موقوف‌علیه واحد متصور نیست.

محقق حلی (۱۴۰۸: ۲۰۰/۳)، یحیی بن سعید هذلی حلی (۱۴۰۵: ۲۷۸)، امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۹۹۳/۲) و سیدعلی طباطبایی حائری (۱۴۱۸: ۵۵/۱۴) نیز عیناً همین استدلال را عنوان کرده‌اند.

برخی فقها و به طور خاص شیخ طوسی در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند و معتقدند که قول مخالفی وجود ندارد. در المبسوط آمده است:

اگر نصف ملک وقف، و نصف دیگر آن آزاد باشد و قسمت آزاد فروخته شود، بلاخلاف حق شفعه‌ای برای موقوف‌علیهم ایجاد نخواهد شد (۱۳۸۷: ۱۴۵/۳).

با توجه به اقوالی که مطرح شد، این نظریات را می‌توان چنین خلاصه کرد که اگر قائل به عدم انتقال موقوفه به موقوف‌علیهم باشیم، حق شفعه برای وقف ثابت نمی‌شود؛ زیرا ایجاد حق شفعه معطوف بدان است که شفیع، شریک فروشنده حصه باشد و شرکت هم جز از طریق مالکیت متصور نیست. بنابراین در وقف، شرط مزبور یعنی شریک بودن شفیع یا مالکیت شفیع منتفی است و به تبع آن، حق شفعه نیز برای وقف منتفی خواهد بود. البته بعضی از این فقها از جمله صاحب شرایع، قائل به انتقال رقبه وقف به موقوف‌علیهم هستند، ولی چون معتقدند که مالکیت موقوف‌علیه نسبت به موقوفه ناقص است، لذا حق تصرف در عین موقوفه را ندارند، از این رو هیچ اختیاری بر اعمال این حق نخواهند داشت (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۱۸/۲؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۳۵۹/۳).

۲-۵. مبنای دوم: تعدد موقوف‌علیهم

بر اساس این مبنا، فقیهان در واقع قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند که اگر موقوف‌علیه یک نفر باشد حق شفعه برای وقف ثابت می‌باشد و در صورتی که موقوف‌علیهم متعدد باشند، این حق برای آن‌ها ثابت نمی‌شود. استدلال این فقیهان بر این پایه استوار است

که چون شرط محدود بودن شرکا در این فرض منتفی است و حق شفعه نیز استثناست و در موارد تردید عمل به قاعده می‌شود، این حق برای وقف ثابت نمی‌شود. بنابراین مانع ثبوت حق شفعه در چنین حالتی، کثرت شرکا و انتفای شرط محدود بودن شریکان به دو نفر می‌باشد و نه خود وقف.

از جمله فقیهانی که این استدلال را عنوان کرده‌اند، می‌توان از محقق کرکی (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۵۸/۶) و ابن ادریس حلی نام برد. وی در *السرائر* بیان داشته است:

اگر ملک بر جماعتی از مسلمانان وقف شود و قسمتی از آن آزاد باشد و مالک حصه خود را بفروشد، موقوف علیهم و متولی وقف حق اخذ به شفعه نخواهند داشت؛ زیرا بیش از دو نفرند. اما اگر موقوف علیه یک نفر باشد حق شفعه خواهد داشت (۱۴۱۰: ۳۹۷/۲).

علامه حلی نیز معتقد است که اگر موقوف علیه واحد باشد، می‌تواند اخذ به شفعه کند:

مطابق یک نظریه، اگر موقوف علیه یک نفر باشد، حق شفعه در حصه طلق جاری است (قواعد الاحکام، ۱۴۱۳: ۲۴۳/۲؛ بی‌تا: ۱۴۵/۲).

برخی دیگر از فقها نظیر کاشف الغطاء هم وقف را به دو دسته وقف عام و خاص، و وقف خاص را نیز به وقف بر موقوف علیه متعدد و واحد تقسیم نموده و در نهایت نتیجه گرفته‌اند در موردی که موقوف علیه واحد باشد، حق شفعه جاری است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶۵/۴).

۳-۵. مبنای سوم: لاضرر

این مبنا رأی و عقیده کسانی است که معتقدند حق شفعه برای موقوف علیه ثابت است؛ خواه یک نفر باشد یا بیشتر. این مبنا را سید مرتضی علم‌الهدی اتخاذ کرده و معتقد است:

بر امام و خلیفه مسلمانان است تا در مورد موقوفاتی که بر مساکین و مساجد و مصالح مسلمانان می‌باشد و بر آن موقوفات نظارت دارند، مطالبه شفعه نمایند و همچنین هستند تمام نظار موقوفات، اعم از وصی و ولی که حق دارند اخذ به شفعه نمایند. اما سایر فقها در این مورد با نظر فقهای امامیه مخالف‌اند (۱۴۱۵: ۴۵۷).

«ما برای شما در دین هیچ سختی و مشقتی قرار ندادیم» (حج/ ۷۸): «و اگر خدا می‌خواست شما را به زحمت و رنج می‌افکند» (بقره/ ۲۲۰) و همچنین فرموده: «خداوند برای شما سهولت را اراده کرده و نه مشقت را» (بقره/ ۱۸۵) و آیات دیگری از این قبیل که هرچند در معنای مذکور صراحت ندارد اما فحوی آن دلالت می‌کند (فاضل جواد کاظمی، بی‌تا: ۹۹/۳).

در تشریح مبنای سید مرتضی می‌توان گفت که در واقع موقوف‌علیهم به خاطر دفع ضرری که به مال موقوفه از فروش حصه شریک وارد می‌شود، قصد خرید حصه مبیعه را دارند و این با این حدیث در یک راستا قرار دارد و از طرف دیگر اگر موقوف‌علیهم صرفاً قصد جلب منفعت بیشتری را داشته باشند و ایراد ضرر منتفی باشد، باز هم حق شفعه برای آنان ثابت است؛ زیرا نیت و غرض واقف، منفعت رساندن به موقوف‌علیهم است و در واقع اگر این حق را برای آنان نپذیریم، به هدف و نیت واقف بی‌توجهی کرده‌ایم.

از این رو در صورتی که موقوف‌علیهم تقاضای استفاده از حق شفعه را داشته باشند، بر اساس این قاعده می‌توان به نفع آنان نظر داد.

ابهام در نظریه سید مرتضی

سید مرتضی در این بحث دو ادعا مطرح کرده است؛ یکی ادعای اجماع امامیه بر پذیرش حق شفعه در وقف است که این ادعا توسط شیخ طوسی و صاحب‌جو/هررد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۸/۳۷). ادعای دیگر وی، ضرر موقوف‌علیهم در صورت محروم شدن از حق شفعه است. این ادعای سید مرتضی البته در روایات هم آمده است، اما به دلیل ابهام در نوع ضرر ادعایی سید مرتضی، فقها به این روایات استناد نکرده و در واقع از آن اعراض کرده‌اند. در اینجا باید میان دو مطلب تفکیک شود؛ اول آنکه آیا مشارکت در ملک، متضمن ضرر است؟ دوم آنکه به فرض قبول ضرری بودن مشارکت، آیا با سلب حق شفعه، موقوف‌علیهم متحمل ضرر می‌شوند یا خیر؟ در پاسخ پرسش نخست باید گفت که صرف مشارکت نه تنها ضرری نیست، بلکه می‌تواند فواید و ثمرات بسیاری در پی داشته باشد؛ به ویژه در دنیای امروز با مشارکت و

در جمع‌بندی نظریه سید مرتضی می‌توان گفت که اولاً ادعای اجماع از وی پذیرفته نیست. ثانیاً در مورد ضرری بودن مشارکت نیز به طور مطلق نمی‌توان این ادعا را پذیرفت. در موارد خاصی ممکن است که مشارکت، ضرر موقوف‌علیهم را در پی داشته باشد و شاید روایات نیز به همین موارد نظر داشته باشند. بنابراین می‌توان در این موارد خاص، نظر سید مرتضی در باب ضرر را قرین صواب دانست. اما اشکال عدم جریان حق شفعه در وقف به دلیل عدم ملکیت موقوفه یا تعدد موقوف‌علیهم و مانند آن که مشهور بر اساس آن حکم کرده‌اند، همچنان باقی است.

نتیجه‌گیری

حق شفعه موقوف‌علیهم یکی از مسائل اختلافی در فقه و حقوق به شمار می‌رود که نظرات و دیدگاه‌های مختلف و بعضاً متضادی در این مورد به چشم می‌خورد. در میان حقوق‌دانان سه نظر عمده در بحث حق شفعه موقوف‌علیهم مطرح شد که از میان آن‌ها نظر امامی در عین اینکه قائل به مالکیت موقوف‌علیهم بر عین موقوفه بود، اما حق شفعه را یک استثنا می‌دانست و فقط در مواردی این حق را اعمال می‌کرد که عده شرکا منحصر در دو نفر باشد. همچنین وی در مالکیت‌های جمعی نیز به همین دلیل، حق اخذ به شفعه را جاری نمی‌دانست. این نظریه واقعیت‌های جامعه امروز را که در آن مالکیت جمعی به سرعت در حال گسترش است، نادیده می‌گیرد و موجب ضرر و زیان مالکان جمعی می‌شود. کاتوزیان نیز بر مبنای اثبات شخصیت حقوقی برای وقف، به حق شفعه موقوف‌علیهم نظر می‌دهد. این نظریه با اینکه حامیان زیادی پیدا کرده، تنها بر مبنای کسانی مقبول است که شخصیت حقوقی مال موقوفه را می‌پذیرند. از جمع‌بندی کلام حقوق‌دانان درباره ثابت بودن یا نبودن حق شفعه برای موقوف‌علیهم می‌توان به این نتیجه رسید که به غیر از برخی حقوق‌دانان که به دلیل استثنا بودن حق شفعه، آن را برای مال موقوفه ثابت نمی‌دانند (امامی، ۱۳۷۴: ۱۵/۴)، اکثر حقوق‌دانان قائل به اثبات حق شفعه برای موقوف‌علیهم هستند؛ اما دلایل مورد استناد آن‌ها با یکدیگر متفاوت است، به طوری که برخی از باب قائل شدن شخصیت حقوقی در صدد اثبات حق شفعه برای مال موقوفه هستند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۳۰؛ صفایی، ۱۳۹۰: ۹۲-۹۳؛ کاتوزیان،

۱۳۸۷: ۱۷/۳): برخی دیگر نیز به اعتبار مالک بودن واقف، قائل به وجود حق شفعه برای مال موقوفه می‌باشند (جعفری لنگرودی، *الفارق*، ۱۳۹۱: ۳۵۳/۵) و همچنین برخی دیگر نیز اعمال حق شفعه را به اعتبار اینکه در قانون مدنی به جای شخص، نفر یا کس هم به کار برده شده است، بعید نمی‌دانند (داراب‌پور، ۱۳۹۱: ۱۲۵).

در میان فقها نیز به سه دیدگاه مختلف اشاره شد که عده‌ای موقوف‌علیهم را به طور کلی مالک عین موقوفه دانسته و آن را بر خلاف مقتضای شفعه که محصور بودن بین دو نفر است، عنوان کرده‌اند. عده‌ای دیگر نیز قائل به تفصیل شده و تعدد موقوف‌علیهم را مورد مناقشه قرار داده و بر آن ایراد وارد کرده‌اند، ولی در موارد وحدت موقوف‌علیه، این حق را برای وی مرعی دانسته‌اند. نظر سوم، نظر سید مرتضی علم‌الهدی بود که بر اساس آن، اگر حق شفعه را برای موقوف‌علیهم جاری ندانیم، متضرر خواهند شد و این امر با نیت و هدف واقف در تضاد است. نحوه وارد آمدن ضرر توضیح داده شد و وجه غالب آن موردی بود که مال وقفی در جهت منفعت و مصلحت مسلمانان باشد؛ نظیر مساجد. نظریه سید مرتضی دو دلیل عمده داشت؛ یکی قاعده لاضرر و دیگری حدیث نبوی که بر اساس آن، پیامبر ﷺ مبنای حق شفعه را دفع ضرر دانسته است و همچنین دیگر گزاره‌های فقهی نیز این امر را مورد توجه قرار داده و مبنای ایجاد حق اخذ به شفعه را قاعده لاضرر دانسته‌اند. در این مقاله ضمن بررسی نظر سید مرتضی، استدلال وی با این نظر تکمیل شد که چون مبنای حق اخذ به شفعه دفع ضرر است و هدف واقف نیز منفعت رساندن به موقوف‌علیهم است، حق اخذ به شفعه برای موقوف‌علیهم ثابت می‌شود. در نهایت با ارزیابی نظریه سید مرتضی این نتیجه حاصل شد که ادعای ایشان در باب اجماع مخدوش است؛ ادعای ضرر نیز از دلایل کافی برخوردار نیست؛ زیرا روایات مورد استناد سید به دلیل ابهام در معنای ضرر، از سوی مشهور مورد توجه قرار نگرفته است و تصور ضرر نیز جز در موارد اندکی از موقوفات قابل تصور نیست. بنابراین ادعای سید مرتضی در باب ضرری بودن شرکت در برخی موارد که پای مصالح مسلمانان در میان است، پذیرفتنی است. از مجموع مطالب فوق می‌توان چنین برداشت کرد که اگر استدلال دوم این نوشتار که مبتنی بر اثبات حق شفعه موقوف‌علیهم بر اساس قاعده لاضرر است، به دلیل ابهام در معنای

ضرر وارده، پذیرفته نشود، استدلال اول این نوشتار که مبتنی بر بحث شخصیت حقوقی مال موقوفه بود، همچنان پابرجاست. لذا اثبات حق شفعه برای موقوف علیهم، هم با مبانی حقوقی سازگارتر است و هم با غرض واقف؛ چرا که واقف در صدد آن است که موقوف علیهم کمال استفاده را از مال موقوفه ببرند و ضرر و نقصانی متوجه آنان نگردد.



۲۶. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعية في فقه الاماميه، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۲۸. عاملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد في شرح التواعد، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. علامه حلی، حسن بن يوسف بن مطهر، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه، مشهد، مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، بی تا.
۳۰. همو، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. همو، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. فاضل جواد کاظمی، جواد بن سعید، مسالك الافهام الى آیات الاحكام، بی جا، بی تا، بی تا.
۳۳. قاسم زاده، سیدمرتضی، حق شفعه، وصیت و ارث، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱ ش.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۳۵. همو، ایتاع، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۳۶. همو، حقوق مدنی - ایتاع (نظریه عمومی - ایتاع معین)، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۳۷. همو، عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۳۸. همو، گامی به سوی عدالت، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۳۹. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۴۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۱. مجاهد طباطبائی حائری، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، بی تا.
۴۲. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، ایتاع، اخذ به شفعه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامي، ۱۳۸۴ ش.
۴۴. همو، قواعد فقه مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامي، ۱۳۸۹ ش.
۴۵. مؤتمنی طباطبائی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، سمت، ۱۳۷۴ ش.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، توضیح المسائل، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۴ ق.
۴۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۸. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۴۹. هذلی حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.