



دوره ۷ - شماره ۲۰ - تابستان ۱۴۰۳

واکاوی جایگاه کنگره و اختیارات آن در نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا

امیررضا محمودی، عباس تقوایی، محدثه قوامی‌پور سرشکه

چالش‌های حضور جوامع مدنی در فرایند دادرسی کیفری در ایران

انسبه سلیمی، علی دادخواه

تحلیلی بر فروض مسئولیت کیفری ضابطین قضایی با تاکید بر نظریه «مشارکت با فضیلت» در حقوق ایران

هادی مسعودی فر، نفیسه شیرازی

جرم انگاری شکار کودکان و نوجوانان در فضای سایبر در حقوق ایران

حمید عیاده پور، مریم کمائی، داریوش کلانتری

مسئولیت قیم؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و فرانسه

اکرم السادات مکی، اسماعیل کشکولیان

عاملیت ژن در جرائم سایبری و تاثیر آن در ارتکاب رفتار مجرمانه با تاکید بر جرم‌شناسی سایبری

سجاد صنعت‌جو، مانده دقیقی، شهرروز دربندی

امکان‌سنجی مشروعیت استبدال مال موقوفه در مذاهب فقهی اسلامی و حقوق موضوعه ایران

الهام طبرسا، محدثه صادقیان لمراسکی

واکاوی در آراء ابن سینا پیرامون زنان و کودکان و مقایسه آن با مفاد کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان

و کنوانسیون حقوق کودک

محمد مهدی داور، ریحانه صادقی

واکاوی چالش‌های اجرایی دستور ضبط وثیقه در شعب اجرای احکام کیفری

اکبر محمودی، ایمان اسفندیار

امکان‌سنجی دفاع مشروع از طریق حملات سایبری

صالح غلام‌حیدری

چالش‌های حکمرانی مبتنی بر توسعه پایدار در نظام بودجه ریزی ایران

محمد مهدی رضوانی فر، زهرا سلیمی

ساخت دولتی در خدمت زنان: ادغام جنسیت در دولت‌سازی پساناقشه

مرجان مرادی

سلاح‌های جنگ، ابزار عدالت: استفاده از هوش مصنوعی در مرحله تحقیقات جرایم بین‌المللی

نوید زمانه قدیم، آرام عباسپور جلالی

نقش و اهمیت دیوان عدالت اداری در تضمین حقوق فردی

زهرا معاریان



## Feasibility Assessment of the Legitimacy of Replacing the Endowment Property in Islamic Jurisprudence Schools and Subject Laws of Iran

## امکان سنجی مشروعیت استبدال مال موقوفه در مذاهب فقهی اسلامی و حقوق موضوعه ایران

**Elham Tabarsa**

Master of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran (Corresponding Author)

**Mohaddeseh Sadeghian Lamraski**

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Gorgan Branch, Gorgan, Iran

**الهام طبرسا**

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرگان، گرگان، ایران (نویسنده مسئول)

tabarsa.elham@gmail.com

**محدثه صادقیان لمراسکی**

استادیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرگان، گرگان، ایران

mohaddeseh.sadeghian@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-6789-1149>

### Abstract

Replacement, as one of the neglected ways in the field of the revival of endowments, has long been the center of debate among the early and late jurists. Islamic jurists, both popular and Imāmiyyah, have commented on this. In the authoritative sources of jurisprudence and civil law of Iran, in exceptional cases, the sale of the endowment property is allowed, including when the endowment property is damaged or there is a strong dispute between the endowments. The endowment property cannot be bought and sold, and it is not permissible to carry out any legal act that causes the same endowment to be transferred to others, but sometimes there are circumstances and conditions that are necessary to preserve the endowment institution and the interests of the endowment, the sale of the endowment property becomes necessary, therefore, in the reliable sources of jurisprudence and civil law of Iran, in exceptional cases, the exchange of the endowment property is allowed. The present research, which is practical in terms of its purpose and descriptive-analytical in terms of its method, has studied jurisprudence books and examined the opinions of jurists collected, and based on the opinion of the proposed opinions and the rights, it comes to the conclusion that the replacement of the endowment property despite the opinion Some opponents believe that it is possible to revive endowments under certain conditions, and it can be inferred that the source of the argument for not replacing endowment property by jurists was due to the establishment of a tyrannical government, and currently such a category has no relevance. And it is possible to use them optimally by accepting substitution.

**Keywords:** Replacement of Endowment, Islamic Jurisprudence, Legitimacy, Subject Rights, Endowment Property.

### چکیده

استبدال به‌عنوان یکی از راه‌های مغفول در زمینه احیای موقوفات از دیرباز در میان فقهای متقدم و متأخر مرکز بحث و تبادل نظر بوده است. فقهای اسلامی اعم از عامه و امامیه هر یک در این باره اظهارنظر نموده‌اند. در منابع معتبر فقهی و قانون مدنی ایران، در موارد استثنایی، بیع مال موقوفه مجاز اعلام شده است، از جمله زمانی که مال موقوفه خراب شود یا بین موقوف علیهم اختلافی شدید پدید آید. مال موقوفه قابلیت خرید و فروش را ندارد و انجام هر گونه عمل حقوقی که سبب انتقال عین موقوفه به دیگران شود، جایز نیست ولی گاهی شرایط و اوضاع و احوالی پیش می‌آید که برای حفظ نهاد وقف و مصالح موقوف‌علیه، فروش مال موقوفه لازم می‌شود، از این رو در منابع معتبر فقهی و قانون مدنی ایران در موارد استثنایی، استبدال مال موقوفه مجاز اعلام شده است. پژوهش حاضر از نظر هدف، کاربردی و از نظر روش، توصیفی-تحلیلی است به مطالعه کتاب‌های فقهی و بررسی نظریات فقها پرداخته و با امعان نظر به آرای مطروحه و حقوق موضوعه بدین نتیجه دست می‌یابد که استبدال اموال موقوفه به‌رغم نظر برخی از مخالفین، تحت شرایطی از جمله احیاء موقوفات ممکن می‌باشد و چنین استنباط می‌گردد که ممنوعیت عدم استبدال اموال موقوفه توسط فقها، به دلیل استقرار حکومت طاغوتی بوده است که در حال حاضر چنین مقوله‌ای فاقد موضوعیت می‌باشد و می‌توان با پذیرش استبدال نسبت به استفاده بهینه از آن‌ها اقدام نمود.

**واژگان کلیدی:** استبدال وقف، فقه اسلامی، مشروعیت، حقوق موضوعه، مال موقوفه.

Received: 2024/04/16 - Review: 2024/06/28 - Accepted: 2024/08/08

دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۴/۱۶ - پذیرش مقاله: ۱۴۰۳/۰۶/۲۸ - چاپ مقاله: ۱۴۰۳/۰۸/۰۸

ارجاع:

طبرس، الهام؛ صادقیان لمراسکی، محدثه؛ (۱۴۰۳)، امکان‌سنجی مشروعیت استبدال مال موقوفه در مذاهب فقهی اسلامی و حقوق موضوعه ایران، تمدن حقوقی، شماره ۲۰.

Copyrights:

Copyright for this article is retained by the author (s) , with publication rights granted to Legal Civilization. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) , which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.



CC BY-NC-SA



## مقدمه

سنت دیرپای وقف، هم در سیره رسول خدا (ص) و معصومین (علیهم السلام) و هم در سیره صحابه و تابعین، از جایگاه والا و ارجمندی برخوردار بوده است. پس از صدر اسلام نیز مسلمانان به سهم خود، در همه اعصار و امصار به‌عنوان یک سنت حسنه و صدقه جاریه به آن نگریده‌اند. این فرهنگ عظیم و ارزشمند در طول زمان به دلایل و عوامل گوناگون ضعیف شد، همه این رونق‌ها به رکود و کم‌فروغی گرایید و آن همه شور و اشتیاق به بی‌توجهی یا کم‌توجهی مبدل و در نتیجه فرهنگ ارزشمند و متعالی وقف در جامعه اسلامی تا حدود بسیار زیادی کمرنگ شد. در این پژوهش سعی بر آن شده است که به یکی از عواملی که می‌تواند در تحقق بخشیدن به احیای وقف ما را کمک کند پرداخته شود و آن استبدال عین یا منفعت موقوفات است و در پایان نیز راهکارهای دیگری را جهت احیای موقوفات ارائه خواهیم داد که امید است مورد توجه مسئولین و متولیان قرار بگیرد.

وقف یک نهاد حقوقی می‌باشد که به صرف قبول و قبض، وقف لازم شده و احدی از طرفین حق انجام دادن تصرفاتی غیر از موارد موضوع وقف را در آن ندارد (شهیدثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ۵۴۰). یکی از تصرفات بیع است که فقه در رابطه با بیع مال موقوفه موارد خاصی را ذکر کرده است که در غیر آن موارد اجازه فروش نمی‌دهد. در یکی دیگر از تصرفاتی که ممکن است در عین موقوفه (مال موقوف) جاری شود، تبدیل است و تبدیل اعم از ابدال و استبدال می‌باشد.

حضرت امام خمینی (ره) همچون بسیاری از فقیهان و عالمان به مسئله وقف به‌عنوان بحث فقهی به تبیین و تشریح مسائل متفرع بر آن پرداخته است. یکی از ماندگارترین آثار مکتوب حضرت امام خمینی (ره) کتاب فتوایی-فقهی تحریرالوسیله است. این اثر گران‌سنگ که به خامه فقهی متبحر و اصولی‌ی مبرز و فیلسوفی عارف نگاشته شده، از امتیازات متعددی برخوردار است که در کمتر کتاب فتوایی می‌توان دید. تحریرالوسیله دربردارنده عمده ابواب فقهی مورد نیاز، همراه با نوآوری‌ها و مباحث نوین فقهی، به دور از فروعات نادر و کم‌ابتلا است. در طول حیات علمی و فقهاتی حضرت امام خمینی (ره)، علاوه بر آنچه در کتاب فقهی ارزشمند تحریرالوسیله با عنوان «کتاب الوقف» آمده، حدود دویست استفتاء در مسائل مختلف از ایشان شده که نشان از اهمیت و جایگاه بلند این مقوله دارد. استفتانات حضرت امام خمینی (ره) در کتابی مستقل با عنوان مجموعه استفتانات در چند جلد منتشر شده است. همچنین در کتاب بیست و دو جلدی صحیفه امام که تمام سخنرانی‌ها، پیام‌ها و نامه‌های حضرت امام خمینی (ره) از سال ۱۳۴۲ تا زمان حیات ایشان گردآوری شده است مسائل وقف مورد بررسی قرار گرفته است.

در این پژوهش نخست مفاهیم استبدال و ابدال در وقف و مستندات فقهی آن مورد بررسی قرار گرفته سپس به بررسی موضوع در نظریات فقها با محوریت نظریات حضرت امام خمینی (ره) می‌پردازیم.

## ۱- مفاهیم استبدال و ابدال در لغت و اصطلاح

اهل لغت استبدال را از «بدل» به کسر باء، گرفته‌اند. در برخی کتب، استبدال را به معنای تعویض و تخفیف در جرم گرفته‌اند و فعل استبدال را به معنای جانشین کردن، بدل کرد، گرفته‌اند (معلوف و همکاران، ۱۳۸۵، ج ۱، ۹۶) و در برخی کتب دیگر فقط معنای اول را برای استبدال در نظر گرفته‌اند (معلوف و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۱، ۹۴). اما در معنای ابدال (به کسر همزه) در برخی کتب، آورده‌اند که ابدال یعنی بدل چیزی را آوردن (معلوف و همکاران، ۱۳۸۵، ج ۱، ۹۶) و در برخی دیگر به معنای تغییر دادن در آن می‌باشد و در صورتی که گفته شود «أبدل الشيء» یعنی آن چیز را با چیز دیگر عوض و بدل کرد (منتصر و همکاران، ۱۳۸۹، ج ۱، ۹۴). اما این دو واژه در میان فقها به گونه‌های متفاوتی ترجمه و تفسیر شده است، که در اینجا به برخی از آن‌ها می‌پردازیم.

ابدال یعنی فروختن عین موقوفه به قصد خریدن مال دیگر به جای آن، که مال خریداری شده از بهای عین فروخته شده، قهراً و با شرایط وقف اول، وقف خواهد بود؛ به عبارت دیگر در اینجا مال موقوفه در

آن موارد خاصی که اجازه فروش در آن هست فروخته می‌شود ولی وقتی فروخته شد ثمن آن را به نحو تبدیل به احسن، وقف می‌کنیم. استبدال عبارت است از معاوضه عین موقوفه با عین دیگر به این معنا که در اینجا نمی‌رویم آن مال موقوفه را بفروشیم و سپس از قیمت آن در امور وقف استفاده کنیم بلکه از همان ابتدا با چیزی که می‌خواهد به وقف گرفته شود معاوضه می‌شود (الرملی، ۱۲۹۲ق، ج ۵، ۳۹۴). در جای دیگر آمده است که استبدال خارج کردن عین موقوفه از جهت وقف و فروش آن و خرید یک عین دیگری به جای عین سابق و با همان کاربرد است، اما ابدال برخلاف استبدال، یعنی فروش و اخراج عین موقوفه از جهت وقف در مقابل پول و یا عین دیگر است در حالی که عین جدید وقف نیست. در کتاب احکام الوقف آمده که این دو لغت اشاره به دو نوع تصرف در مال موقوف است. مراد از ابدال تبدیل به احسن است یعنی فروختن مال موقوفه و خریدن مال دیگر به عوض آن است و مراد از استبدال معاوضه کردن مال موقوفه با مال دیگر است. این تفسیر در این کتاب ذکر شده ولی مأخذی را برای آن بیان نکرده است (الرملی، ۱۲۹۲ق، ج ۵، ۳۹۴). در جای دیگر در تعریف استبدال آمده است که استبدال یعنی معاوضه کردن عین موقوفه با ملک دیگر و جایگزین کردن موقوفه (ریاحی سامانی، ۱۳۷۸، ۱۴۲).

در متون اهل سنت نیز واژه‌هایی چون «ابدال»، «استبدال» و «مناقله» به چشم می‌خورند. فقهای اهل سنت غالباً «ابدال» را به معنای فروش عین موقوفه برای خریداری بدل آن و «استبدال» را به معنای گرفتن عین دوم (در برابر ثمن) به جای عین اول، تفسیر کرده‌اند. بنابراین هر یک از ابدال و استبدال در حقیقت، مستلزم معنای دیگری است. اگر بیع عین موقوفه لحاظ شود، ابدال و اگر به شراء بدل آن توجه شود استبدال خواهد بود (عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۱۳).

واژه «مناقله» نیز معنایی نزدیک به استبدال دارد، به طوری که هر گاه یکی از آن دو، اطلاق شود دیگری نیز در معنای آن داخل است. اما اگر هر دو واژه در یک کلام آمده باشند، منظور از مناقله، مقایسه است یعنی فروش وقف در برابر ملک طلق با این هدف که ملک طلق به جای آن وقف شود و منظور از استبدال، بیع وقف است در برابر نقود تا با آن ملکی خریداری و به جای وقف فروخته شده، وقف شود (ابن قاضی، ۱۴۰۹ق، ۴۷) و (عتیقی، ۱۴۱۷ق، ۱۳). چندان که حضرت امام خمینی (ره) نیز از واژه نواقل که منظورش بیع، اجاره و... هست استفاده می‌نمایند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۲۱).

همان‌طور که دیدیم مشهور فقها و علمای اهل عرب با تعاریفی که از ابدال و استبدال داشته‌اند به نحوی معتقد به فرق بین بیع و موارد مذکور هستند و ما هم در این پژوهش به همین تفکیک پرداخته و

استبدال را هم حکماً و هم معنأ از معنای بیع جدا می‌گیریم.

در این پژوهش بنابر فرموده مشهور، استبدال را به معنای معاوضه و جایگزینی گرفته و مستقیماً به جنس دیگر تبدیل می‌کنیم بدون این که آن را بفروشیم و از پول حاصله مورد وقف را تهیه کنیم.

## ۲- حکم استبدال وقف از منظر فقهای عامه

آیا استبدال عین موقوفه با رعایت مصلحت وقف مطلقاً و بدون هیچ شرطی جایز است؟ و یا مطلقاً ممنوع است؟ و یا با شرایطی جایز است؟ مسئله از نظر فقهای اسلام مورد اختلاف است که آیا احکام استبدال همانند بیع وقف می‌باشد یا خیر؟ که ذیلاً آراء مهم را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و نهایتاً به نظریه حضرت امام خمینی (ره) می‌پردازیم.

### ۲-۱- فقه حنفیه

در فقه حنفیه، با وسعت نظر قابل توجهی با مسئله برخورد شده است چراکه، در اکثر موارد و صور، ابدال و یا استبدال مال وقف را تنها به شرط آن که مصلحتی در نظر گرفته شود، جایز و روا شمرده‌اند. اعم از آن که از سوی واقف باشد و یا غیرواقف، نظیر متولی و حاکم، و اعم از آن که عین موقوفه عامر (دائر) باشد و یا غامر (غیردائر)، منقول باشد و یا عقار. واقف در وقف نامه چنین تصرفی را مجاز اعلام کرده باشد و یا نه. ولی مسئله، اجماعی و اتفاقی نیست و قول دیگری نیز از علمای حنفیه نقل شده است (ابن عابدین، ۱۳۲۶ق، ج ۳، ۵۳۵) و (الطرسوس، ۱۳۴۴ق، ۱۰۹).

ابن عابدین در حاشیه خود چنین می‌نویسد: استبدال بر سه وجه است: اول- واقف در هنگام انشای وقف برای خودش یا متولی حق استبدال را شرط می‌کند. به این صورت که مثلاً بگوید: این زمین را با این شرط که خودم حق استبدال آن به مالی دیگر با بیع آن و جایگزین کردن بدل آن را داشته باشم، وقف کردم. در این صورت وقف و شرط، هر دو، صحیح خواهند بود. دلیل این است که چنین شرطی با لزوم و تأیید منافات ندارد، زیرا لزوم و تأیید منوط به عین معین نیست تا با زوال آن، وقف زائل شود، بلکه وقف متقوم به عینی است که مستمراً دارای درآمد باشد. نکته دیگر این که در صورت شرط واقف، اذن قاضی هم شرط نیست؛ زیرا ناظر خاص دارای ولایت خاص است که بر ولایت عام قاضی مقدم است. دوم- واقف برای خود یا دیگری استبدال را شرط نکرده است، اما مال وقف به صورتی درآمده که غیرقابل استفاده است، مثل این که خراب شده و هزینه‌ای برای عمارت آن نیست، یا نمکزار شده یا غاصبی آن را غصب کرده و متولی از

استرداد آن عاجز است، اما غاصب به پرداخت قیمت حاضر است. در این صورت نیز فروش و استبدال آن جایز، بلکه گاه واجب است؛ اما باید با اذن قاضی باشد؛ زیرا در این صورت تنها قاضی است که چنین قدرتی دارد. سوم - هر چند وقف دارای درآمدی است که از هزینه‌اش زیادتر است، اما می‌توان آن را به موردی که دارای نفع بیشتری است، تبدیل کرد. در این صورت فقهای حنفیه دارای اختلاف شدید هستند، ابویوسف از کسانی است که هم بیع و هم استبدال را در این صورت جایز دانسته است.

توضیح حالت‌های مذکور در کلام ابن عابدین: اگر مالکی، ملکی را وقف کند و در وقف نامه پیش‌بینی نماید که خودش و یا دیگری و یا خودش و دیگری حق تبدیل عین موقوفه را داشته باشد چه حکم دارد؟ البته روشن است که اگر حق تبدیل منحصر برای خود واقف پیش‌بینی شده باشد دیگران مجاز به تبدیل نخواهند بود. چه آن که جواز تبدیل عین موقوفه امری است استثنایی و برخلاف اصل و در عمل به چنین احکامی، بایستی به قدر متیقن اکتفاء شود و به سایر موارد تعمیم داده نشود. قول صحیح و قابل اعتنا بنابر اذعان فقهای حنفی (سیوانی، ۱۳۵۰ق، ج ۵، ۵۸)، در فرع مزبور، این است که وقف و شرط، هر دو صحیح و نافذ است و چنین شرطی (شرط و پیش‌بینی جواز تبدیل) خللی به صحت وقف نمی‌رساند؛ زیرا، پیش‌بینی ابدال و استبدال عین موقوفه در سند وقفیت نه با لزوم وقف منافات دارد و نه با تایید آن. چه آن که صفت لزوم و تابید در وقف، قائم به عین معین نیست و با وجود عین دارای درآمد و استمرار اجرای نیت واقف، لزوم و تابید هم تحقق دارد. از سوی دیگر تبدیل، نه تنها درآمد موقوفه را از بین نمی‌برد و بلکه چه بسا موجب افزایش درآمد و در نتیجه استمرار اجرای نیت واقف می‌گردد و حداقل، از کم شدن درآمد موقوفه جلوگیری می‌نماید.

مطالعه کتب حنفیه اجمالاً این نکته را روشن می‌کند که، فقهای این مذهب تبدیل عین موقوفه عامر را در چند صورت؛ عملاً مجاز شمرده‌اند. به عبارت دیگر حنفیه با استبدال برخورد واقع‌بینانه و آسانی دارند و آن را در سه صورت جایز می‌دانند: اول - واقف، در سند وقف، تبدیل را مجاز شمرده باشد یعنی این که واقف، حق استبدال را برای خود یا دیگری و یا برای خود و دیگری (توأمان) شرط کند. پس استبدال عین جدید به جای عین وقفی جایز است. دوم - واقف، استبدال را شرط نکرده ولی موقوفه از حیز انتفاع خارج شده و درآمد آن برای هزینه خود آن هم کافی نیست که در این صورت (بنا به قول اصلح) با اجازه قاضی و مصلحت‌سنجی، استبدال جایز است مثلاً عین موقوفه غصب شود و راهی برای احقاق حق نباشد مگر تبدیل آن. سوم - واقف، استبدال را شرط نکرد ولی فی‌الجمله منفعتی در این کار باشد یا در بهره‌دهی

مؤثر گردد که در این صورت با اجازه قاضی (بنا بر قول اصلح و مختار) استبدال جایز است.

بیشتر پیروان حنیفه بنا بر روایتی که از حضرت امام علی (ع) نقل کرده‌اند، تبدیل وقف را جایز می‌دانند و معتقدند که پیش‌بینی ابدال و استبدال، نه تنها با لزوم وقف و همیشگی بودن آن منافاتی ندارد، بلکه چه بسا درآمد موقوفه را نیز زیادتر کند (سیوانی، ۱۳۵۰ق، ج ۵، ۵۹). حنفیان قائل به جواز استبدال عین موقوفه هستند، چه منقول و چه غیر منقول باشد. زیرا استدلال می‌کنند شدت در عدم جواز استبدال منجر به تعطیل وقف و منافع آن می‌گردد و اعیان وقفی به خرابی منجر می‌شود و آن با غرض شارع که دوام وقف و استمرار منافع آن است منافات دارد؛ زیرا واقف با هدف صدقه جاریه و تحصیل درآمد به نفع موقوف علیهم آن را وقف نموده است و رعایت هدف واقف و استمرار آن را نمی‌توان به آسانی، فدای برخی از عبارات سند وقف کرد.

## ۲-۲- مذهب مالکیه

اگر چه فقهای مالکی، در اصل، در مسئله تبدیل عین موقوفه، سخت‌گیری کرده‌اند و حکم تبدیل کردن را همانند بیع دانسته‌اند ولی عملاً میان وقف منقول و وقف غیر منقول فرق گذاشته‌اند که ذیلاً توضیح داده می‌شود. تبدیل وقف منقول- اگر عین موقوفه، مال منقول باشد مانند لباس، اسب، ماشین و امثال این‌ها و با توجه به هدف وقف، مفید فایده‌ای نباشد؛ مانند آن که لباس موقوفه فرسوده شود و اسب موقوفه قابل سوار شدن نباشد، طبق فقه مالکی عین موقوفه را می‌توان با چیز دیگری که در جهت وقف مفید فایده باشد معاوضه کرد. نظیر آن که اسبی که برای استفاده مجاهدین وقف شده مریض شود و به درد میدان جنگ نخورد که می‌توانیم آن را به سلاح تبدیل کنیم و از آن به جای موقوفه مورد استفاده قرار می‌گیرد (محمد الخرشی، ۱۳۱۷، ج ۷، ۹۴). حتی اگر عین موقوفه محتاج به هزینه باشد و هزینه آن از بیت‌المال (دارایی عمومی) تأمین شود باز هم، جایز نیست فروخته شود و مالی خریداری گردد که احتیاج به نفقه ندارد مانند تبدیل اسب موقوفه به سلاح که در بالا اشاره شد. در تبدیل، لازم است حتی الامکان، اقرب به غرض واقف بودن رعایت شود یعنی به جای اسب موقوفه‌ای که برای استفاده مجاهدین وقف شده است، سلاح خریداری شود (الدسوقی، ۱۳۵۳، ج ۴، ۹۰).

در مقابل قول مشهور، برخی از مالکیه تبدیل عین موقوفه منقول را در فروض مذکور، مجاز ندانسته‌اند و سیره عملی گذشتگان را مستند فتوای خود معرفی کرده‌اند. ولی این فتوا، چندان مقبول واقع نشده است.



بنابر قول مشهور در فقه مالکی، در جواز تبدیل موقوف منقول، اگر موقوف منقول در غیر موارد خاصی که برای آن وقف شده است، مفید فایده‌ای باشد؛ فروخته نمی‌شود و در موارد دیگر از آن استفاده می‌شود. من باب مثال، اگر چند جلد کتاب برای استفاده اشخاص معینی وقف شود و آن کتاب‌ها برای موقوف علیهم قابل استفاده نباشد فروخته نمی‌شود و در جای دیگر و به وسیله اشخاص دیگر مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد و حتی الامکان بایستی «مماثل» بودن رعایت شود یعنی کتب مدرسه مخروبه در مدرسه آباد و مصالح ساختمانی مسجدی که به کلی از بین رفته، در مسجد دیگر و هکذا مورد استفاده قرار گیرد (الدسوقی، ۱۳۵۳، ج ۴، ۹۱) و (محمد الخرشى، ۱۳۱۷، ج ۷، ۹۱).

تبدیل وقف غیر منقول - اگر عین موقوفه، قابل استفاده و انتفاع باشد جایز ندانسته و حتی تبدیل آن به هم جنس را جایز نمی‌دانند، مگر این که مصلحت عمومی مثل گسترش فضای مسجد یا گذرگاه عمومی آن را اقتضاء کند. توجه به این نکته لازم است که این اکثریت هرگز فروش مسجد را جایز نمی‌دانند بلکه می‌گویند اگر زمینی باشد استبدال آن جز برای توسعه در مسجد جایز نیست، اما فروش مسجد به هیچ وجه جایز نیست. بعضی از مالکیان در صورتی که ملک و زمین موقوفه کاملاً از انتفاع افتاده باشد و امید تجدید نفع در آینده هم به آن نباشد تعویض به مثل و جایگزینی آن به جای عین موقوفه را جایز می‌دانند. ولی در مورد وقف منقول که منجر به تلف آن است، استبدال جایز است.

خلاصه کلام این که در مذهب مالک بنابر قول مشهور بیع و استبدال وقف در دو صورت با قاطعیت ممنوع شده است: اول - در صورتی که مسجد باشد. دوم - در صورتی که مال وقف، عقار (املاک غیر منقول مثل خانه و زمین) باشد که در این صورت نیز به جز در موارد ضرورت، برای توسعه مسجد، مقبره، راه عمومی و...، بیع وقف جایز نیست؛ اما در موارد استثناء شده چون از مصالح عمومی هستند و عدم بیع وقف موجب آزار و اذیت مردم در عبادت و مسیر و دفن اموات شان می‌شود، بیع و استبدال بلامانع است.

در غیر این دو مورد در مواردی چون کتب موقوفه، البسه، حیوانات و... در صورتی که قابل انتفاع نباشند، به فروش می‌رسند و با ثمن آن‌ها بدل مماثل تهیه می‌شود. در «المدونه الکبری» آمده است: چهار پایانی که برای «سبیل الله» حبس شده‌اند، اگر غیر قابل انتفاع شدند به فروش می‌رسند و با بهای شان اسب‌های دیگری برای همین منظور خریداری می‌شوند.

اما در موردی که عقار به خاطر ضرورت‌های یاد شده تبدیل شده است؛ اگر «موقوف علیهم» افراد معین (مانند اولاد یا فرد خاص) باشند باید ثمن به آن‌ها پرداخت شود تا با آن املاکی را بخرند که به جای

املاک به فروش رفته، وقف باشند. اما اگر «موقوف علیهم» معین نباشند (مثل فقرا) در برابر این املاک پرداخت ثمن لازم نیست؛ زیرا در این صورت حق فرد یا افراد معینی به آن تعلق نگرفته است و برای مصالحی چون توسعه مسجد (و راه قبرستان) از آن استفاده شده است و برای واقف آن بیش از آنچه منظور و مقصود وی بوده است، اجر خواهد داشت. شایان یادآوری است که بعضی از مالکيه، استبدال عمار را نیز در صورتی که از حیز انتفاع افتاده باشد، جایز دانسته‌اند.

### ۲-۳- فقه شافعی

شافعیه در مورد فروش و تبدیل موقوفه چنان سخت‌گیری کردند تا مبادا اوقاف را با فروختن از بین ببرند. از این رو رأی آنان بر این بود که فروش و تبدیل زمین وقفی جایز نیست. همین‌طور فروش و تبدیل عین منقول را جایز نمی‌دانند، گرچه صلاحیت انتفاع نداشته باشد و فقط موقوف علیهم می‌توانند برای خود آن را به کار گرفته و از آن استفاده کنند. با تبدیل عین موقوفه، اعم از بیع و معاوضه آن، در فقه شافعی به شدت برخورد شده است. حتی به نظر می‌رسد که مطلقاً آن را ممنوع کرده‌اند تا از ضایع شدن موقوفه و تفریط در آن جلوگیری کرده باشند. از جست‌وجو در فقه شافعی روشن می‌شود که اختلاف فقهای شافعیه در اطراف صوری مانند شاخه خشک شده و چهارپای بیمار و تیرهای شکسته مسجد؛ دور می‌زند. در همین موارد هم برخی از فقها تبدیل را ممنوع می‌دانند اگرچه از بین برود (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ۱۴۵).

نشانه سخت‌گیری شافعیه در تبدیل عین موقوفه این است که گفته‌اند: اگر شاخه درخت موقوفه خشک شود موقوف علیهم می‌تواند آن را بسوزاند و نمی‌تواند آن را بفروشد؛ زیرا صفت وقف بودن، هرگز از موقوفه زائل نمی‌شود و موقوفه را هم نه می‌توان فروخت و نه می‌توان تبدیل کرد (الشربینی، ۱۳۷۲ق، ج ۲، ۲۹۱). شافعیان تصریح می‌کنند که فروش وقف حتی اگر به مصلحت وقف باشد و یا اگر قاضی یا ولی اجازه بدهد جایز نمی‌باشد. دلیل این سخت‌گیری، جلوگیری از نابودی و ضایع شدن وقف است. فقهای شافعیه در مورد اموال و املاک غیرمنقولی که به طور کلی غیرقابل استفاده شده‌اند، اختلاف دارند. گروهی استبدال را جایز دانسته‌اند و برخی آن را منع کرده‌اند.

سخت‌گیری شافعیه در بیع و استبدال وقف به حدی است که حتی در صورتی که مال وقف جز با استهلاك آن (مثل سوزاندن) قابل استفاده نیست، استبدال را جایز ندانسته‌اند و تنها به «موقوف علیهم» اجازه داده‌اند برای سوزاندن آن استفاده کنند. به‌عنوان مثال در عبارت شمس‌الدین می‌خوانیم که: تبدیل

یا فروش و هر نوع معاوضه‌ای، جایز نیست تا از ضایع شدن جلوگیری شود. فروش و تبدیل آن جایز نیست ولو این که از بین برود مثل شاخه‌های خشک، چون همان شاخه‌های خشک هم قابل سوزاندن است (الشربینی، ۱۳۷۲ق، ج ۲، ۱۵۲). لیکن، این همه سخت‌گیری در تبدیل عین موقوفه، گرچه تصور می‌شود که با «تحفظ و ورع» سازگار است ولی مصلحت جامعه اسلامی و منفعت موقوف‌علیه و حتی هدف واقف را با خطر جدی مواجه می‌کند.

#### ۲-۴- فقه حنابله

حنابله (برخلاف مالکیه) میان منقول و عقار موقوفه فرق نگذاشته‌اند و بلکه حکم غیرمنقول را از حکم منقول گرفته‌اند. اگر آسبی که برای جهاد وقف شده است، به درد میدان جنگ نخورد، ولی در آسیاب و یا حمل بار مفید باشد، فروخته می‌شود و قیاس اموال منقول دیگر و غیرمنقول به آن با هیچ مانعی مواجه نیست؛ زیرا بیع و معاوضه موقوفه موجب استمرار هدف واقف است گرچه صورتاً به مال دیگری مبدل شود (الدسوقی، ۱۳۵۳، ج ۶، ۲۴۳). حنابله گرچه به سخت‌گیری مالکیه و شافعیه، گرفتار نشده‌اند و تبدیل موقوفه را اصولاً مجاز شمرده‌اند ولی در تساهل هم به حد حنفیه نرسیده‌اند. فقهای حنابله، بنا به یک روایت، در حالاتی که مسجد تنگ می‌شود و توسعه آن غیرممکن می‌گردد و یا به علت مخروبه شدن آبادی و کوچ کردن مردم، مسجد از فایده ساقط می‌شود استبدال آن را مجاز می‌شمارند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ۶۲۳).

قائلین به جواز بیع و استبدال مسجد در حالات مذکوره، به چند دلیل استدلال کرده‌اند: اول- به اجماع اصحاب و تابعین: در خلافت خلیفه دوم به بیت‌المال دستبرد زدند و خبر آن به خلیفه رسید و خلیفه به سعد نوشت: «مسجدی را که در تمارین است به جای مناسب منتقل کن و بیت‌المال را در قبله مسجد، قرار ده تا از دستبرد مصون بماند». به این دستور عمل شد و مورد اعتراض احدی واقع نشد و اجماعاً، بلا مانع تلقی گردید. دوم- به نظر، حنابله می‌گویند: به دلالت عقل، در مواردی که حفظ وقف با حالت نخستین آن میسر نشد، بایستی از حیث هدف و معنی حفظ شود و این عمل، جز از طریق تبدیل میسر نیست (الدسوقی، ۱۳۵۳، ج ۶، ۲۴۲).

ابن عقیل چنین گفته است: وقف موبد است در صورتی که تایید با حفظ عین موقوفه ممکن نباشد سعی می‌کنیم که هدف را حفظ کنیم و «ابدال» جایگزین «ایان» می‌شود و جمود بر عین موقوفه با فرض تعطل

آن، موجب تضییع هدف می‌شود. نزدیک به فتوای مذکور، مطلبی است که در مورد «هدی» گفته شده است: «اگر هدی در راه رنجور شود، ذبح می‌شود گرچه در اصل، باید در «منی» ذبح شود. چه آن که ما لا یدرک کله لا یتراک کله...» (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق، ۱۱۱). حنا بله معتقدند که چون فروش و معاوضه وقف، در بعضی موارد، موجب استمرار هدف واقف است تبدیل موقوفه جایز است و در مورد مساجد اگر قابل تعمیر نباشد و باعث سلب منافع و یا خرابی و یا برخلاف مصلحت باشد، می‌توان آن را فروخت و در جای دیگر مسجدی احداث کرد (ابن قدامه، ۱۴۱۴ق، ۱۸۵).

در تمام این موارد، می‌فهمیم که تمامی فقهای شیعه و سنی، بر این نکته اتفاق نظر دارند که نباید هیچ‌گونه فعل و انفعالی بر موقوفه ضرر برساند و باید موقوفه سالم و مفید و پابرجا بماند، ولی اگر فروش و یا تبدیل موقوفه نه تنها بر ضرر وقف نباشد، بلکه مفید و کارآمد باشد و بقای آن مضر باشد، همه آنان به روشنی و یا مفهوم گفتارشان فروش و یا تبدیل وقف را جایز می‌دانند.

با مراجعه به آرا و استدلال دو طرف، رأی قائلین به جواز استبدال موقوفات راجح‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا شدت در عدم جواز استبدال باعث از بین رفتن موقوفات می‌گردد. شاید این رای به علت سوءاستفاده‌هایی که در تاریخ بر سر وقف می‌آمده از نظر فقها مطرح گردیده است، ولی با افزایش شرایط نظارت مردمی و دولتی می‌توان از تالی فاسد آن گذشت. در یک تجربه معاصر شورای فتوا در پادشاهی اردن اعلام نموده که می‌توان زمین‌های وقفی را با زمین دیگری تبدیل نمود، به عبارت دیگر استبدال را با شروطی جایز دانسته است.

## ۲-۵- مذهب زیدیه

در البحر الزخائر آمده است: مال وقفی که از استفاده افتاده است، مانند مسجدی که ویران شده است از وقفیت نمی‌افتد، زیرا غرض اصلی از وقف همان عرصه آن است (احمد بن یحیی، ۱۴۰۳ق، ج ۵، ۱۸۵).

## ۳- فتاوی علمای شیعه درباره بیع و استبدال وقف

### ۳-۱- نظر فقهای شیعه از صدر تا کنون

بیع و استبدال وقف از مطالب بسیار پیچیده در فقه شیعه جعفری می‌باشد اما اجمالاً، اصل بر عدم جواز تبدیل عین موقوفه است. شاید بهترین گواه بر پیچیده بودن این مطلب کلامی است که شهید ثانی بدان

اشاره می‌کند. ایشان می‌فرماید: عالمان بسیار کمی هستند که نظرشان در دو کتاب و حتی در دو بحث از یک کتاب با نظر دیگرش موافق باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ۲۵۴).

مورد اول- از مواردی که بسیاری از علماء بدان اشاره کرده‌اند، از بین رفتن وقف است. البته بسیاری این گونه فتوا داده‌اند، لیکن بعضی از ایشان آن را به امور دیگری مقید کرده‌اند. عالم‌های بزرگواری که به صورت مطلق از بین رفتن وقف را مجوز برای استبدال می‌دانند از این قرار است: محقق کرکی در جامع المقاصد (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ۹۷)، علامه حلی در قواعد (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ۳۹۵).

مورد دوم- ابن زهره در صورت از بین رفتن وقف چنانچه هیچ فائده‌ای نداشته باشد، بیع و استبدال را جایز دانسته است. از فقهاء معاصر مرحوم امام خمینی (ره) و حضرات آیات اراکی، بهجت، صافی، گلپایگانی، مکارم شیرازی، نوری همدانی و یزدی بدین مطلب فتوا داده‌اند (بنی هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۲، ۲۲۴).  
مورد سوم- گروه دیگری از فقهاء شیعه، خراب شدن وقف را در صورتی مجوز بیع می‌دانند که شخصی جهت آباد کردن آن نباشد (حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۲، ۴۴).

مورد چهارم- گروهی دیگر چنانچه بقاء وقف منجر به خرابی بشود، در مجوز بودن بیع وقف کافی دانسته‌اند. علامه حلی در باب بیع کتاب تحریر (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۲۷۹)، برخلاف کتاب تذکره الفقهاء چنین نظری را داده است.

مورد پنجم- صاحب مفاتیح در کتاب خود (فیض کاشانی ۱۴۱۰ق، ج ۳، ۲۱۲) علاوه بر شرط از بین رفتن وقف، اختلاف بین موقوف علیهم را نیز شرط کرده‌اند و در ادامه گفته‌اند: نه تنها اختلاف موقوف علیهم شرط است، بلکه باید بیع وقف به نفع موقوف علیهم باشد.

مورد ششم- گروهی دیگر حتی از این مطلب هم تجاوز کرده‌اند و بیع را حتی در صورتی که خوف و ترس از خراب شدن وقف وجود دارد، جایز دانسته‌اند. شیخ طوسی در نه‌ایه (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ۶۰۰) و محمدحسن نجفی (النجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ۳۶۵) بدین مطلب فتوا داده‌اند.

مورد هفتم- فقهاء معاصر شیعه، حتی در صورتی که وقف در معرض خرابی باشد، فتوا به جواز بیع و استبدال وقف داده‌اند. حضرات آیات تبریزی، خوئی، سیستانی و زنجانی بدین امر فتوا داده‌اند (بنی هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۲، ۲۲۴).

مورد هشتم- اختلاف شدیدی که منجر به فساد شود را مجوز بیع و استبدال می‌دانند. از علماء معاصر

مرحوم امام خمینی (ره) و حضرات آیات اراکی، بهجت، شبیری زنجانی، صافی، فاضل لنکرانی، گلپایگانی، مکارم شیرازی، میرزا جواد تبریزی، نوری همدانی و یزدی بدین امر فتوا داده‌اند (بنی هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۲، ۲۲۴).

همان‌طور که در فتاوا دیدیم تعداد کمی از فقها استبدال مال موقوفه را در مباحث‌شان متذکر شده‌اند و تقریباً هیچ فرقی بین بیع و استبدال اصطلاحی نگذاشته و همان احکامی که برای جواز بیع مال موقوفه در نظر گرفته‌اند برای استبدال نیز مدنظر قرار داده‌اند. درحالی‌که این عدم افتراق بین بیع و استبدال از قرن هفتم بین علما رواج پیدا کرده است و حتی در قوانین برخی از کشورها به آن پرداخته شده است.

### ۳-۲- نظرات حضرت امام خمینی (ره)

ایشان در موارد متعددی بر عدم استفاده غیر از مورد وقف و عدم استبدال اشاره نموده‌اند که در زیر بررسی می‌نماییم.

اول- در جلد دوم کتاب صحیفه، صفحه ۱۶۱، سندی به تاریخ دی ماه سال ۱۳۴۶ چاپ شده است که در پاسخ به سؤالات جناب آقای حسین فومنی که از سرقفلی و وقف سؤال کرده‌اند، در بند چهارم جوابیه آمده است: «محلی را که برای سیدالشهداء وقف نموده‌اند نمی‌توان مسجد کرد؛ باید به هر نحو که وقف شده است عمل نمود».

دوم- یکی از مواردی که حضرت امام خمینی (ره) با شرایطی استبدال و تغییر مال موقوفه را جائز دانسته است، جایی است که موقوف علیهم شدیداً اختلاف کرده و بیم سفک دماء محتمل باشد و با چنین اختلافی از تلف اموال و نفوس، ایمنی نباشد و این اختلاف سبب خرابی یا هلاک موقوفه گردد و قطع نمی‌شود مگر این که وقف فروخته شود، پس باید بفروش برسد و ثمن آن تقسیم شود. ولی اگر با فروش و خریدن عین دیگری از ثمن آن، یا تبدیل آن به عین دیگری، اختلاف برطرف می‌شود، پس با بهای آن، عین دیگری خریده و یا عین آن تبدیل به عین دیگری می‌شود یعنی استبدال و معاوضه صورت گرفته و وقف قرار داده می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ۱۴۲). البته باید اذعان داشت که حضرت امام خمینی (ره) بر این نظرند که با ظهور زمان جواز بیع موقوفه، با این که هنوز به فروش نرسیده وقف باطل می‌شود و معتقدند وقف مادامی که وقف است، بیع آن جایز نیست. با جواز بیع،

وقف از بین می‌رود. در واقع جواز بیع با بودن وقف در تضاد است، چون که جمع بین جواز و عدم جواز بیع امکان‌پذیر نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ۱۷۴).

سوم- انفع بودن تغییر کاربری موقوفه از دیگر موارد استبدال است. به هر گونه تغییر در نوع بهره برداری، تغییر کاربری گویند، مثلاً از کشاورزی به تجاری، از مسکونی به صنعتی، از بهداشتی به آموزشی و از این قبیل. برای مثال؛ مزرعه‌های وقفی در حاشیه یک شهر جهت کمک به سالمندان آن شهر وجود داشت که بعد از چند سال و با توسعه شهر در درون محدوده طرح هادی شهر قرار گرفت، با این شرایط جدید نه تنها آبیاری مزرعه هزینه بر شده که به دلیل واقع شدن در کنار میدان شهر یا واقع شدن روی یکی از خیابان‌های اصلی از وضعیت تجاری بسیار مناسبی برخوردار گشته است، در این صورت تغییر کاربری از کشاورزی (زراعت) به تجاری قطعاً به صلاح موقوفه بوده و مطمئناً در کمک‌رسانی به جامعه هدف مفیدتر خواهد بود. زیرا همچنان که قبلاً بیان شد «انفع» بودن برای تبدیل و یا بیع موقوفه یکی از عواملی بود که فقهاء بعضاً جهت تبدیل کردن به احسن بر آن نظر داشتند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ۲۳۲).

#### ۴- علت سختگیری در استبدال و یکی دانستن حکم آن با بیع در برخی موارد

بقای وقف در گرو بقای عین آن می‌باشد و طبیعت اشیاء ناگزیر به استبدال و جایگزینی است (که ضرورت‌ها «مانند خرابی، کاسته شدن محصول و...» آن را جایز می‌نماید) و مصداق آن (از نظر وضع قوانین نوین) قواعد وضع شده برای خدمات عام‌المنفعه بوده که مهم‌ترین آن‌ها قاعده استمرار و همگامی با تغییرات روز می‌باشد. استبدال وقف (که مانند تیغی دو لبه است) گاهی طمع حاکمان و تأیید برخی فقهاء، قضات و شهود را بر می‌انگیزد. طرطوسی به‌عنوان مثال یکی از این افراد را حاکم جمال‌الدین یوسف و معاون وی قاضی کمال‌الدین ابن‌ندیم معرفی کرده که به استبدال قصرهای مجلل و خانه‌های زیبا حکم داده بود (الطرطوسی، ۱۳۴۴ق، ۹۸). مؤلف «البحر» نیز فتوایی را ذکر نموده است که به موجب آن، استبدال ملک وقف بر عهده پسر متولی و هر کسی که از وی طلبکار بوده، می‌باشد (ابن‌نجیم، ۱۹۹۷م، ج ۵، ۲۲۷). البته این امر موجب شد تا برای قاضی که برای استبدال وقف حکم صادر می‌کند، شرط علم و عدالت را قرار دهند و وی را «قاضی بهشت» نامیدند و شرط نمودند که استبدال و جایگزینی فقط با ملک دیگری انجام شود (الطرطوسی، ۱۳۴۴ق، ۶۶). مالکی و شافعی این امر را محدود و مضیق کرده‌اند؛ مگر در نهایت

ضرورت. اما ابن حنبل آن را کلی موسع نموده و حنفیان به مقدار زیاد گسترش و رأی موسع داده‌اند. همان‌طور که مشاهده کردیم منع در استبدال وقف از قرن هفتم تازه شروع شد و این نشان می‌دهد که استبدال وقف برخلاف بیع وقف تا آن زمان از چیزهای رایج بوده است که به دلیل سوءاستفاده در آن، توسط فقهای اسلام (نه ائمه اطهار علیهم‌السلام) مورد منع قرار گرفته است و بعضی از فقها همان‌طور که مفصلاً گذشت شرایطی را برای استبدال (همانند بیع) تجویز کرده‌اند. حال آن که کشور اسلامی توسط مراجع تقلید و کسانی که موقوفه خوار نیستند اداره می‌شود چرا به زمان قبل از قرن هفتم باز نگردیم و موقوفات را در جایی که به نفع موقوفه علیهم و خود وقف است استبدال نکنیم؟

## ۵- دیدگاه حقوق موضوعه

در حقوق موضوعه هرچند قانون مدنی فروش مال موقوفه را فی حد ذاته جایز نمی‌داند، اما در شرایط غیرعادی برای حفظ منافع موقوف علیهم در مواردی از قبیل خرابی موقوفه، خوف از خرابی آن، متعذرالمنفعه، مجهول‌المصرف، بیم سفک دماء ناشی از اختلاف موقوف علیهم و غیره فروش را با کسب موافقت کتبی سازمان اوقاف مجاز اعلام نموده است. ماده‌های ۸۸، ۸۹، ۹۰ و ۳۴۹ قانون مدنی و ماده ۸ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ و ماده‌های ۴۳، ۴۴ و ۴۵ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب ۱۳۶۵/۲/۱۰ به این مسئله پرداخته است.

نظریه مشورتی<sup>۱</sup> اصداری از اداره حقوقی قوه قضاییه اذعان می‌دارد: «فروش مال وقف، اعم از وقف عام یا وقف خاص به استثنای موارد مذکور در مادتين ۸۸ و ۸۹ قانون مدنی باطل است و اداره اوقاف به لحاظ وظایفی که در حفظ موقوفات دارد می‌تواند ابطال آن را بخواهد» (میرزایی، ۱۳۹۰، ۲۱). البته این حکم قانونی در شرایط عادی است لیکن فروش وقف وفق مادتين ۸۸ و ۸۹ مجاز می‌باشد.

در تأیید مفاد ماده ۸۸ قانون مدنی می‌توان گفت، برای بقای وقف حبس عین و تسبیل منفعت باید همراه با یکدیگر باشد و انتفاع از عین ممکن باشد. ولی اگر نگاهداری آن از تلف به خطر افتد، وقف را نباید به‌صورتی که وجود دارد حفظ کرد، همچنان که اگر حبس عین ممکن باشد ولی امکان انتفاع از بین برود، مال موقوفه را باید فروخت. این سازمان حقوقی و اقتصادی تنها با تعادل دو مفهوم «حبس عین» و «تسبیل



منفعت» باقی می‌ماند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳، ۲۶۶). لذا طبق ماده ۸۸ قانون مدنی دو شرط ضروری است: خرابی موقوفه و بیم خرابی موقوفه، البته صرف خرابی یا بیم خرابی موقوفه مجوز اصلی بیع هم نیست، لیکن دو شرط دیگر، قابل اغماض نخواهد بود عمران متعذر باشد و کسی جهت این عمران اعلام آمادگی نکند.

روح حاکم بر این ماده ۸۹ قانون مدنی گویای این واقعیت است که، چنان که وقف از منفعت افتاد چه با خرابی جزئی که مؤثر در سلب تمام منافع کلی باشد و یا خرابی همه، ضرورتاً، بیع موقوفه نه تنها راهگشا است که در واقع تجدید عمر وقف به حساب می‌آید، چرا که با فروش آن، بدل جایگزین شده و حکم همان وقف پیشین را دارد. البته به استناد ماده‌های ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ قانون مدنی، به نظر می‌رسد که مقنن بین وقف عام و وقف خاص فرقی نگذاشته و به همین دلیل شرایط تبدیل و بیع در مورد هر دو نوع وقف اعمال می‌گردد.

همچنان که ماده ۹۰ قانون مدنی نیز به «اقرّب به غرض واقف» تصریح نموده است. ماده ۳۴۹ قانون مدنی در واقع دلیل دیگری را تحت عنوان «بیم سفک دماء» میان موقوف علیهم را به دو مورد سابق یعنی خرابی و یا بیم خرابی، افزوده است، آن چنان که ملاحظه می‌گردد، قانون‌گذار زمانی اختلاف بین موقوف علیهم را از مسوغات بیع موقوفه محسوب می‌کند که بیم از خونریزی و قتل میان آن‌ها محسوس و یقینی شود نه فقط وجود اختلافی که عادتاً در میان سایر مردم وجود دارد. مستفاد از فحوا و محتوای نص قانون و نظر فقهاء، چنین موردی یعنی، بیم سفک دماء، در وقف خاص پدید می‌آید درحالی که ممکن است وجود یک موقوفه عام در نقطه‌ای از یک منطقه به دلایل عرفی و رسوم حاکم بر آن محل، موجب کشمکش و نزاع و نهایتاً، ناامنی در میان مردم آن دیار شود، پس چاره را باید به همان شیوه پیش‌بینی شده (بیع موقوفه) منظور و نباید در این حالت بین وقف خاص و وقف عام تفاوت گذاشت، زیرا صراحت ماده ۳۴۹ قانون مدنی خود مؤید این برداشت است.

با این تصور، اختلاف می‌تواند در مورد موقوفه عام هم لحاظ گردد. اما این که در صورت تبدیل یا بیع، بدل چگونه خواهد بود؟، از منظر قانون پنهان نمانده است، زیرا در ماده ۹۰ قانون مدنی در مورد تبدیل چنین آمده است: «عین موقوفه در مورد جواز بیع با قرب به غرض واقف تبدیل می‌شود». در بند اول<sup>۲</sup> ماده اول آیین نامه اجرایی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۱۳۷۴ نیز به

۲. ماده ۱: تعاریف و اصطلاحات: ۱- مصلحت وقف: تأمین نظر واقف و منافع موقوف علیهم با رعایت غبطه موقوفه.

مصلحت موقوفه اشاره شده است (میرزایی، ۱۳۹۰، ۷۶). بنابراین از منظر حقوق تبدیل کردن به استبدال موقوفات با شرایطی پذیرفته شده است.

### نتیجه

وقف به تعبیر برخی از فقها یک صدقه جاریه است که این صدقه می‌تواند بسیاری از مشکلات اقتصادی و معیشتی افراد را برطرف کند اما به مرور زمان این خدمت حسنه به دلایل مختلف از جمله متروکه ماندن و چپاول سلاطین اموال موقوفه رو به زوال گرایش پیدا کرد تا جایی که افراد وقف را نمادی برای تباهی اموال خود در نظر می‌گرفتند فلذا از وقف کردن اموال شان دوری می‌جستند و دلیل جدی عوام در این زمینه اموال موقوفه‌ای است که در شهرها مشاهده می‌کنند ولی خالی از هر گونه زرع و کشت و آبادانی است.

یکی از مواردی که برخلاف بیع وقف دارای قوانین ساده و راحت‌تری است و در جهت احیای موقوفات مفید می‌باشد استبدال وقف است. استبدال وقف برخلاف بیع وقف تا آن زمان از چیزهای رایج بوده است که به دلیل سوءاستفاده موقوفه‌خواران در آن، توسط فقهای اسلام (نه ائمه اطهار علیهم السلام) مورد منع قرار گرفته است و اکثر فقها همان‌طور که به طور مفصل گذشت شرایطی را برای استبدال تجویز کرده‌اند و به عبارتی تفاوتی بین بیع و استبدال نگذاشته‌اند و حتی قانون‌گذار نیز به تبع فقها در ماده‌های قانونی تفاوتی را ارائه نکرده، درحالی‌که در قوانین برخی از کشورها بین بیع و استبدال تفاوت قائل شده‌اند.

آن چه از بیانات ارزشمند حضرت امام خمینی (ره) مستفاد می‌شود این است که وقف یعنی فک و آزادسازی ملک، اما عدم جواز بیع در مواردی مثل مشاعر، مساجد و مشاهد به خاطر فک و آزادسازی آن‌ها نیست بلکه بدین دلیل است که در آن‌ها بدلیت امکان ندارد. موقوفاتی مثل مدارس و کاروانسراها و وقف بر جهات و عناوین کلی با عروض بعضی از عوارض مثل خراب شدن موقوفه یا عدم امکان انتفاع خاص از آن موقوفات که از جمله اوقاف عامه هستند به خاطر مصالح مسلمین یا گروهی از آن‌ها آسان‌تر از اوقاف خاصه است و احتیاجی به تحمل و رنج زیادی نیست به خاطر این که آن (فروش موقوفات عامه) داخل در شئون ولایت فقیه است و آن از امور حسبی بوده که امر آن موکول به والی برای حفظ مصالح مسلمین هست جایز می‌باشند. بنابراین در جایی که وقف‌های پیش‌گفته دچار خرابی شوند والی موظف است که منافع آن‌ها را حفظ کند و هیچ‌گونه اهمال و سستی نکند و ایشان موظف است که آن‌ها را

فروخته و از پول آن‌ها مکان دیگری مثل آن خریداری کند و اگر امکان خرید مکان دیگر نبود آنچه که اقرب به مصلحت وقف بوده خرج کند و در صورت عدم امکان، پول‌ها را در مصالح موقوف‌علیهم خرج کند و مسئله در اجزاء مشاعر، مشاهد و مساجد هم، چنین حکمی دارند. بیع اوقاف خاصه و وقف منقطع هم در مواردی جائز است.

به‌رغم اختلاف فقها در مسئله استبدال، حقوق موضوعه ایران در شرایط خاص، استبدال را مجاز دانسته است. در حالت اولیه که شخص مالی را وقف می‌کند فروش و تبدیل مجاز نیست، ولی در حالت ثانویه که مال موقوفه از حیث انتفاع خارج می‌شود یا در آستانه ضایع شدن است و عنوان اولیه را از دست می‌دهد و بقای آن عملاً ممکن یا مفید نبوده، که شرع و عقل سالم، راه مفید و عقلایی در پیش گرفته و در این اوضاع عدم بیع یا تبدیل را منطبق با نیت و نظر واقف نمی‌داند، به تبدیل یا فروش آن حکم می‌کند. همچنین مشخص شده است، مادامی که تبدیل و بیع صورت نگیرد وقف از وقفیت خود ساقط نشده و باطل نمی‌گردد. پس از بیع موقوفه و دریافت ثمن و تبدیل آن، وقف در بدل، همانند اصل خود جاری و ساری می‌شود، بنابراین حکم بدل همان حکم اصل بوده که نیازی به اجراء و انشاء صیغه جدید ندارد.

**ملاحظات اخلاقی:** موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانتداری در استناد به متون و ارجاعات مقاله تماماً رعایت گردیده است.

**تعارض منافع:** تعارض منافع در این مقاله وجود ندارد.

**تأمین اعتبار پژوهش:** این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی نگارش یافته است.

## منابع

### فارسی

- بنی‌هاشمی، محمدحسن، ۱۳۹۱، توضیح المسائل سیزده مرجع، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ریاحی سامانی، نادر، ۱۳۷۸، وقف و سیر و تحولات قانون‌گذاری در موقوفات، چاپ اول، شیراز، انتشارات نوید.

- معلوف، لويس؛ جعفرى تبريزى، محمد تقى؛ حسن‌زاده‌آملی، حسن، ۱۳۸۵، **فرهنگ بزرگ جامع نوین**، ترجمه احمد سیاح، چاپ هفتم، تهران، انتشارات اسلام.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۰، **حقوق مدنی ( عقود معین )**، چاپ هفتم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- میرزایی، علیرضا، ۱۳۹۰، **مجموعه قوانین و مقررات اوقاف**، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهنامی.

#### عربی

- ابن عابدین، ۱۳۲۶ق، **المختار علی الدرر المختار**، آستانه، مطبعه عثمانیه.
- ابن قاضی الجبل الحنبلی، ۱۴۰۹ق، **مجموع فی المناقله و الاستبدال**، چاپ اول، کویت، وزارت اوقاف کویت.
- ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴ق، **المغنی**، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ابن نجیم المصری، ۱۹۹۷م، **البحر الرائق**، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ابو عبدالله محمد الخرشی، ۱۳۱۷، **شرح الخرشی علی مختصر خلیل**، بولاق، مطبعه امیریه.
- احمد بن یحیی بن المرتضی، ۱۴۰۳ق، **البحر الزخائر**، بیروت، مؤسسه الرساله.
- حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، ۱۳۸۸ق، **تذکره الفقهاء**، چاپ اول، قم، مؤسسه آل بیت ع.
- حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، ۱۴۱۸ق، **قواعد الاحکام**، چاپ اول، قم، مؤسسه آل بیت ع.
- حلبی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، **غنیه النزوع علمی الاصول و الفروع**، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق ع.
- خمینی، سیدروح‌الله، ۱۴۲۱ق، **کتاب الیبع**، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- الدسوقی، محمد بن احمد بن عرفه، ۱۳۵۳، **حاشیه علی الشرح الكبير للعلامه الدریر علی مختصر الامام خلیل**، چاپخانه محمدعلی صبیح.

- الرملی، ۱۲۹۲ق، **نهایه المحتاج الی شرح المن هاج**، چاپ اول، مصر، مطبعه العامره الکبری.
- زین الدین (شهید ثانی)، ۱۴۱۲ق، **الروضه البیهه فی شرح اللمعه دمشقیه**، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
- الشربینی، الخطیب، ۱۳۷۲ق، **مغنی المحتاج شرح المن هاج**، مصر، مطبعه مصطفی محمد.
- شیخ انصاری، مرتضی، ۱۴۱۹ق، **المکاسب**، جلد سوم، تعلیق و تصحیح احمد پایانی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.

- الطرطوسی، ۱۳۴۴ق، **أنفع الرسائل في تجريد المسائل**، مصر، مطبعة الشرق.
- عتیقی، عزالدین تونی خالد شعیب، ۱۴۱۷ق، **المصطلحات الوقفیه**، چاپ اول، الصندوق الوقفی للثقافه الفکر.
- علی بن الحسین الکرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، **جامع المقاصد**، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت ع.
- فیض کاشانی، محسن، ۱۴۱۰ق، **مفاتیح الشرائع**، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.
- قاضی ابن براج، ۱۴۰۶ق، **المهذب**، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی.
- محمد بن الحسن (شیخ طوسی)، ۱۴۰۰ق، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چاپ دوم، بیروت، دارالکتاب العربی.
- محمد بن عبدالواحد سیوانی، ۱۳۵۰ق، **فتح القدیر**، چاپ اول، مطبعة الحلبي.
- منتصر، عبدالحلیم؛ صوالحی، عطیه؛ خلف احمد، محمد؛ انیس، ابراهیم، ۱۳۸۹، **فرهنگ المعجم الوسیط**، ترجمه محمد بندرریگی، چاپ اول، تهران، انتشارات اسلامی.
- النجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، چاپ هفتم، بیروت، داراحیاء التراث العربی.

# Legal Civilization

ISSN: 2873-1841  
ISSN: 2873-1922

**No.20- Summer 2024**

**The Place of Congress and its Powers in the Political System of the United States of America**

**Amirreza Mahmoudi, Abbas Taghvaei, Mohades Ghavami Pour Sereshkeh**

**Challenge of the Presence of Civil Societies in Criminal Proceedings of Iran**

**Ensieh Salimi, Ali Dadkhah**

**An Analysis on the Imposition of Criminal Liability on Judicial Officers with an Emphasis on the Theory of “Participation with Virtue” in Iranian Law**

**Hadi Masoudifar, Nafiseh Shirazi**

**Criminalization of Hunting Children and Teenagers in Cyberspace in Iranian Law**

**Hamid Ayadehpour, Maryam Kamaei, Daryoush Kalantari**

**Guardian’s Responsibility: Study of Iranian and French Legal Systems**

**Akram Makki, Esmacil Kashkoulan**

**Agency of Genes in Cyber Crimes and its Effect on Committing Criminal Behavior with an Emphasis on Cyber Criminology**

**Sajjad Saanatjou, Maedeh Daghighi, Shahrooz Darbandi**

**Feasibility Assessment of the Legitimacy of Replacing the Endowment Property in Islamic Jurisprudence Schools and Subject Laws of Iran**

**Elham Tabarsa, Mohaddeseh Sadeghian Lamraski**

**Analyzing Avicenna’s Views about Women and Children and comparing it with the Provisions of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Convention on the Rights of the Child**

**Mohamad Mahdi Davar, Reyhaneh Sadeghi**

**Analyzing the Implementation Challenges of the Bail Confiscation Order in the Branches of the Execution of Criminal Sentences**

**Akbar Mahmoodi, Iman Esfandiari**

**Feasibility of Legitimate Self-defense through Cyber Attacks**

**Saleh Gholam Heidari**

**Governance Challenges Based on Sustainable Development in Iran’s Budgeting System**

**Mohammad Mahdi Rezvanifar, Zahra Salimi**

**Building a State that Works for Women: Integrating Gender into post-conflict State Building**

**Marjan Moradi**

**Weapons of War Tools of Justice: Using Artificial Intelligence to Investigate International Crimes**

**Navid Zamaneh Ghadim, Aram Abbaspour Jalali**

**The Role and Importance of the Administrative Court of Justice in Guaranteeing Individual Rights**

**Zahra Memarian**