

فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی / سال هشتم / شماره بیست و نهم / پاییز ۹۱ / صفحات ۳۹-۵۲

## بطلان وقف در موارد جواز فروش<sup>۱</sup>

فرج بهزاد\*  
محرم ایرانی اصل\*\*

### چکیده:

در بحث بیع وقف، اصل و قاعده کلی برعدم جواز فروش است. درخروج از این قاعده کلی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. اما اکثر فقهاء و حتی حقوقدانان و قانون مدنی ایران در موارد مشخصی قائل به جواز فروش وقف هستند. در موارد جواز فروش وقف در پاسخ به این سؤال اساسی که آیا وقف، به مجرد عروض جواز فروش، باطل می‌شود؟ یا اینکه وقف تا زمان بیع به وقفیت باقی می‌ماند و با تحقق بیع خارجی باطل می‌شود؟ عمدتاً سه نظریه مطرح می‌شود: نظریه اول قائل به بطلان وقف به مجرد عروض موارد جواز فروش می‌باشد. نظریه دوم، قائل به بطلان وقف با تحقق بیع خارجی می‌باشد و نظریه سوم، با بیان ۸ مورد به عنوان موارد جواز فروش وقف قائل به تفصیل شده و در برخی موارد وقف را به مجرد عروض جواز فروش، باطل دانسته و در برخی موارد با تحقق بیع خارجی قائل به بطلان وقف شده است.

**کلید واژه‌ها:** بیع وقف، بطلان وقف، موارد جواز فروش.

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۵/۲۸ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۱۱

\* استادیار گروه فقه و مبنای حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل f.behzad@iauardabil.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد فقه و مبنای حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل

## ۱- مقدمه

اصل و قاعده کلی در باب فروش وقف، عدم جواز فروش وقف می‌باشد. در خروج از این اصل و قاعده کلی بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. ولی اکثر فقهاء و همچنین حقوقدانان در موارد مشخصی قائل به جواز فروش وقف هستند. البته در موارد جواز فروش هم بین فقهاء اختلاف نظر هست. حتی در قانون مدنی ایران هم فقط به موارد محدود و خاصی اشاره شده است و حال آن که برخی از فقهاء موارد بیشتری را برای جواز فروش وقف بیان فرموده‌اند. به نظر برخی از اساتید برای پرهیز از این دوگانگی و همچنین لزوم انطباق موارد جواز عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی، قانونگذار باید به صراحت تمام موارد جواز بیع موقوفه در فقه اسلامی رادرقانون مدنی وارد کند (ابهری علی آباد و رضیان، ۱۳۸۵، ۸۰، ۳۰). در هر حال در مواردی که قائل به جواز فروش وقف هستند این مسأله مطرح است که آیا وقف در موارد جواز فروش به مجرد پیدایش موارد جواز باطل می‌شود یا خیر وقف باطل نشده و به وقفیت خود باقی می‌ماند تا زمانی که فروخته شود و با نفس فروش، وقف باطل می‌شود؟

برخی از فقهاء پس از طرح سؤال فرموده‌اند: تفصیل سخن این است که الف) احتمال دارد بطلان وقف به مجرد جواز بیع باشد ب) بطلان وقف به جوازی که به دنبال آن بیع باشد نه جواز مطلق ج) بطلان وقف به بیع مطلق باشد نه جواز مطلق د) احتمال دارد که وقف در برخی از فروض باطل شود و در فرض دیگر باطل نگردد ه) احتمال دارد اینکه وقف به هیچ طریقی باطل نشود حتی با بیع مطلق (موسوی خمینی، ۳، ۱۱۴).

با عنایت به اینکه آثار مختلفی بر این نظریات مترتب است به بحث و نقل و نقد اقوال مطرح شده و تحلیل نظریه مختار و نتیجه بدست آمده خواهیم پرداخت. این مسأله از جمله مسائلی است که توسط برخی از فقهاء و حتی برخی از حقوقدانان مورد بحث و بررسی واقع شده و نظریات مختلفی هم ابراز گردیده است. به طور اجمال سه نظر عمده در این مسأله عبارتند از:

۱- در مواردی که فروش وقف جایز است، به مجرد عروض و پیدایش موارد جواز فروش، وقف باطل می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۲، ۳۵۸؛ انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۱۰۸؛ لاری، ۱۴۱۸، ۲، ۱۹۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۳، ۱۴؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶، ۶، ۵۲۹).

۲- وقف با نفس بیع باطل می‌شود نه با جواز آن (انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۱۰۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۹۶).

۳- در بعضی موارد، وقف به مجرد عروض موارد جواز فروش باطل می‌شود و در بعضی موارد دیگر با تحقق بیع باطل می‌شود. یعنی قائل به تفصیل بین موارد مختلف هستند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶، ۹۴).

## ۲- بطلان وقف به مجرد عروض و پیدایش موارد جواز فروش

به نظر برخی از فقهاء فروش وقف تا زمانی که به صفت وقفیت باقی است جایز نیست و حتی می‌توان گفت: جواز فروش وقف در حالی که هنوز وصف وقف بودن را دارد با وقف بودن ملک متضاد می‌باشد البته اگر وقف باطل شود وصف وقفیت را از دست بدهد در این صورت فروش آن جایز می‌باشد (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۲، ۳۵۸؛ انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۱۰۷).

شاید بتوان گفت: اگر وقف عبارت است از حبسی که ممنوعیت از نقل و انتقال را بدنبال دارد پس جواز نقل و فروش در تضاد با آن می‌باشد و با فرض فعلیت جواز، وقف باطل می‌شود به خاطر اینکه اجتماع ضدین ممتنع است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۳، ۱۱۴).

به نظر صاحب کتاب البیع تعریف معروف وقف عبارت است از: « تحبیس عین و تسبیل منفعت یا اطلاق منفعت » و از صاحب جواهر (ره) به تبعیت از کاشف الغطا نقل شده است که فرموده حبس عبارت است از ممنوعیت از تصرفات، پس زمانی که تصرف مجاز باشد آن عین از وقفیت خارج می‌شود (همان، ۳، ۸۰-۷۹). در کتاب هدی الطالب فی شرح المکاسب، قول به بطلان وقف به مجرد عروض اسباب خاص برای جواز فروش وقف از نظریات مرحوم شیخ کبیر کاشف الغطا و صاحب جواهر دانسته شده است (مروج جزائری، ۱۴۱۶، ۶، ۵۲۹). برخی در بیان منافات وعدم منافات جواز فروش با وقف، با اشاره به نظریات صاحب جواهر و کاشف الغطا، می‌نویسند: جواز فروش، مبطل وقفیت وقف می‌باشد همانطوری که از جواهر و شرح قواعد نقل شده است زیرا جواز فروش با حقیقت وقف منافات دارد به خاطر اینکه دوام و جاودانگی دروقف شرط می‌باشد و جواز فروش وقف با وقف بودن ملک در تضاد می‌باشد (لاری، ۱۴۱۸، ۲، ۱۹۷).

## ۲-۱- نقد نظریه بطلان وقف به مجرد جواز فروش

### ۲-۱-۱- عدم تضاد بین ممنوعیت از نقل وقف با مجوز فروش آن

صاحب کتاب البیع در ذیل عبارت نقل شده از صاحب جواهر مبنی بر تضاد بین فروش وقف با ممنوعیت از نقل وقف می‌فرماید و در عبارت نقل شده از صاحب جواهر (ره) با چشم‌پوشی از اینکه تضاد

ذکر شده در این جا بر خلاف اصطلاح است، ممنوعیتی که تصور می‌شود عبارت است از ممنوعیت قرار داده شده از طرف واقف، برای اینکه وقف بر حسب ماهیت اگر حبس از تقلبات (ممنوعیت از تبدیل) باشد ایجاد چنین ماهیتی به دست واقف بوده و عاقلانه نیست ممنوعیت را شرعی قرار دهیم برای اینکه ممنوعیت شرعی در اختیار واقف نیست پس حبس و ممنوعیت از طرف واقف است نه از طرف شارع، این ممنوعیت، در تضاد با جواز فروش وقف نیست برای اینکه جواز فروش (وقف) شرعی است نه مالکی و منع مالکی در تضاد با جواز شرعی نمی‌باشد. همانطوری که اگر پدر، فرزندش را به چیزی امر کند و مادر، فرزندش را از آن چیز نهی کند این‌ها در تضاد با هم نیستند. پس اگر تضادی هم باشد در جایی خواهد بود که شخصی به چیزی امر کند و از همان چیز هم نهی نماید البته بعد از فرض وحدت جهات، نه اینکه تضاد در بیان امر یک شخص با نهی شخص دیگر باشد.

پس ممنوعیت از طرف مالک در تضاد با جواز شرعی نیست بلکه آن دو تا در یک محل قابل جمع هستند هر چند جواز شرعی بر ممنوعیت از طرف مالک مقدم می‌شود و فروختن وقف از نظر شرعی در حالی که وقف هم باشد جایز است یعنی تخلف از منع مالک و فروش آنچه را که حبس کرده و ممنوع از نقل قرار داده، جایز می‌باشد، در نتیجه بطلان وقف قبل از بیع و در حال جواز به دلیلی غیر از قضیه تضاد احتیاج دارد (موسوی خمینی، ۳، ۱۴۲۱، ۱۱۵-۱۱۴).

## ۲-۱-۲- لازمه بطلان وقف به مجرد عروض جواز فروش، خروج عین موقوفه از ملک موقوف علیه به ملک واقف است و این بر خلاف اجماع است.

صاحب مکاسب چند تا اشکال برسختن مرحوم صاحب جواهر و کاشف الغطا وارد کرده است و فرموده اگر مقصود وی (صاحب جواهر) از بطلان وقف، منتفی شدن برخی از آثار وقف می‌باشد، باید گفت: منتفی شدن آثار یعنی جایز بودن فروش موقوفه (که البته ریشه در سقوط حق موقوف علیهم از عین موقوفه یا جایگزین آن دارد) و چنین چیزی بی‌معنی است چه رسد به اینکه نیازمند دقت، آن هم از نوع بسیار زیادش باشد.

اما اگر منظور وی، منتفی شدن اصل وقف است (همانطوری که از ظاهر کلام او چنین بر می‌آید، چرا که ممنوعیت فروش را در عداد مقومات مفهوم وقف بر می‌شمرد) اشکالات متعددی بر گفتار وی وارد می‌شود. از جمله اشکالات اینکه:

این ادعا برخلاف اجماع است زیرا (علاوه بر اینکه معنای ابطال وقف پیش از بیع، خروج موقوفه از مالکیت موقوف علیه و دخول در مالکیت واقف می‌باشد و بر این اساس، فروش آن برای موقوف علیه جایز نخواهد بود) هیچ یک از فقهای که فروش وقف را در موارد خاص تجویز نموده‌اند معتقد به بطلان وقف و خروج موقوفه از ملک موقوف علیه و دخول در مالکیت واقف نمی‌باشند (انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۱۰۸-۱۰۹). البته برخی از فقهاء در ذیل این اشکال فرموده‌اند: علاوه بر این که ادعای اجماع در چنین مسأله‌ای وجهتی ندارد خروج عین موقوفه از ملک موقوف علیهم هم غیرموجه می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۳، ۱۵).

### ۲-۱-۳- عدم درج ممنوعیت فروش در مفهوم وقف

ممنوعیت از فروش وقف، در عداد مقومات مفهوم وقف نیست، وقف دارای یک حقیقت است اگرچه دارای انواعی می‌باشد لذا در غیر مساجد و مانند آن وقف نوعی تملیک می‌باشد به همین خاطر عنوان صدقه بر آن منطبق گشته و می‌توان با لفظ تصدقت وقف را انشاء نمود منتهی مالک وقف، نسل‌های پی در پی می‌باشند بنابراین اگر فروش موقوفه به منظور جایگزین‌سازی، صحیح باشد، فروشنده از طرف همه مالکان در تبدیل مال ایشان به مالی دیگر ولایت دارد. در صورت صحت فروش بدون جایگزین‌سازی (مثل مواردی که به خاطر نیاز نسل موجود اقدام به فروش می‌گردد) شارع بر ایشان (نسل موجود) حق بطلان وقف را قائل شده، البته با فروش، ولی اگر نفروشد وقف باطل نخواهد شد (در حالی که به گفته صاحب جواهر با تجویز بیع اگرچه فروخته نشود، وقف باطل می‌گردد) به خاطر همین اگر پس از حکم حاکم شرع مبنی بر جواز فروش موقوفه، نیاز موقوف علیه برطرف گشته یا اینکه وقف فروخته نشود، وقف به حال خود باقی خواهد ماند (انصاری، ۱۴۱۹، ۳، ۲۰۶-۲۰۷).

### ۲-۱-۴- لازمه بطلان وقف به مجرد جواز فروش، عدم برگشت وقفیت ملک حتی

با از بین رفتن موارد جواز فروش می‌باشد و این برخلاف واقع است

صاحب کتاب البیع می‌فرماید: ممکن است بر نظریه بطلان وقف به مجرد جواز فروش اشکال شود به اینکه لازمه آن نظریه، عدم بازگشت وقفیت، حتی با از بین رفتن عارض باشد، پس زمانی که وقف خراب شود یا اینکه بین صاحبان وقف اختلاف پیش آید و قائل به بطلان وقف در زمان عروض مجوز (فروش)

باشیم اما وقف فروخته نشود تا اینکه عارض (موارد جواز فروش) از بین برود پس لازمه چنین نظری عدم بازگشت وقفیت ملک است چون هیچ سببی بر آن نیست و این برخلاف واقع است (موسوی خمینی، ۳، ۱۴۲۱، ۱۱۶).

### ۳- بطلان وقف با تحقق بیع خارجی

به موجب این نظریه، وقف در موارد جواز فروش زمانی باطل می‌شود که بیع تحقق یابد. صاحب کتاب مکاسب می‌فرماید: جایز بودن فروش موقوفه (در مواردی خاص) منافاتی با این ندارد که تا زمان فروش، وقف به حال خود باقی باشد، بنابراین وقف با فروش موقوفه باطل می‌گردد، نه جایز بودن فروش. پس معنای جایز بودن فروش موقوفه، چیزی جز این نیست که ابطال وقف به منظور جایگزین ساختن ملکی دیگر و یا بدون جایگزین‌سازی، صحیح می‌باشد. زیرا اگر چه مدلول صیغه وقف، جاودانگی وقف و ممنوعیت معاوضه موقوفه است، اما گاه عواملی پیدا می‌شود که مخالفت با این انشا را جایز می‌سازد. همانطوری که اقتضای عقد جائز مانند هبه، تملیک کالا به گیرنده را در بر داشته و این تملیک تسلط او را ایجاب می‌نماید که با گرفتن کالا از دست وی، منافات دارد ولی با این حال می‌توان مخالفت کرده و تسلط وی بر کالا را قطع نمود (انصاری، ۳، ۱۴۱۹، ۱۰۷).

صاحب کتاب القواعد الفقهیه، با ذکر دلایلی معتقد است که در موارد جواز فروش وقف، با وقوع بیع خارجی برای وقف موضوعی باقی نمی‌ماند. ایشان مطلب را تفصیل داده و در عدم بطلان وقف با جواز فروش می‌فرمایند: همانا بطلان شیء یا با از بین رفتن علل قوام آن چیز است یا با آوردن دلیل تعبدی بر بطلان آن چیز. اما دلیل تعبدی اعم از اجماع یا آیه یا روایت معتبره در این مورد وجود ندارد. پس عمده همان وجه اول می‌باشد یعنی انتفاء شیء در آنچه که داخل در قوام آن شیء است پس بایستی ملاحظه کرد آیا عدم جواز فروش از مقومات حقیقت و ماهیت وقف است تا اینکه با جواز بیع، وقف باطل شود یا اینکه عدم جواز فروش از بعضی آثار و احکام وقف است که در این صورت جواز فروش، موجب بطلان وقف نمی‌باشد و چون وقف عبارت است از ایقاف و حبس آن از تقلبات اعتباریه (ممنوعیت از تبدیل) مانند فروختن، هبه کردن، صلح بر آن و غیر آنها، به مقتضای این تعریف، «عدم جواز فروش» مانند سایر تبدلات اعتباریه داخل در حقیقت وقف و در قوام ذات وقف است، یا لاقلاً از مقتضیات ذات آن است پس با این وجود باید قائل به بطلان وقف هنگام جواز فروش آن شد.

البته می‌توان گفت اگرچه حقیقت وقف حبس و منع از تقلبات اعتباریه می‌باشد اما این ممنوعیت بطور مطلق نیست بلکه تا زمانی است که یکی از موجبات جواز فروش عارض نشود وگرنه با اینکه ملک به حال وقف باقی است، فروش آن جایز می‌باشد. بلی با وقوع بیع خارجی دیگر برای وقف موضوعی باقی نمی‌ماند و قهراً وقف با فروش مرتفع می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۲۹۶).

برخی در توجیه قول مرحوم شیخ در مکاسب که معتقدند «تا تحقق بیع خارجی وقف به وقفیت خود باقی است و به صرف عروض جواز فروش، وقفیت باطل نمی‌شود» نوشته‌اند: دلیل قول شیخ استصحاب است چه اینکه وقتی شک کنیم آیا به محض عروض جواز فروش، وقفیت باطل می‌شود یا نه؟ اصل بقاء وقفیت است تا زمانی که بیع وقف در خارج حاصل شود. ممکن است اشکال شود اگر به محض عروض جواز فروش، وقف باطل نمی‌شود، پس با توجه به قاعده «لایبع الا فی ملک» چطور می‌توان ملک وقفی را در معرض فروش قرارداد؟ در جواب گفته شده که جواز فروش، دلیل بر بطلان وقف به محض عروض جواز نیست بلکه صرفاً دلالت بر این می‌کند که یک لحظه پیش از بیع، وقف باطل می‌شود یعنی آن‌ا، تا بیع به صورت صحیح واقع شود و به این ترتیب بین ادله نیز جمع می‌گردد یعنی هم به استصحاب وقفیت عمل می‌کنیم و هم به عموم «لایبع الا فی ملک»، ثمره میان قول صاحب جواهر که قائل به بطلان وقف به صرف عروض مجوز فروش است و قول شیخ اعظم که قائل به بقاء وقفیت تا زمان تحقق بیع خارجی است، درجایی ظاهر می‌شود که ضرورت مجوز بیع وقف از بین برود یا پس از حکم به جواز بیع، عملاً بیعی محقق نشود که طبق قول شیخ، ملک به وقفیت خود باقی می‌ماند ولی بر اساس نظر صاحب جواهر، وقف باطل شده است (لاری، ۱۴۱۸، ۲، ۱۹۷).

برخی از فقهاء درباره بطلان وقف با بیع می‌فرمایند: وقف بر حسب تصور یا به خود عین خارجی تعلق می‌گیرد بدون اینکه مالیت داشتن آن در نظر گرفته شود یا با لحاظ قرار دادن مالیت به جهت تعلیلیه، همانطوری که در باب بیع مسأله چنین است. پس همانا بیع به خود عین تعلق می‌گیرد و مالیت آن عین به صورت قید نیست، بلکه اگر مالیت آن عین، مورد لحاظ هم قرار بگیرد به جهت تعلیلیه می‌باشد. یا اینکه با ملاحظه مالیت وقف به جهت تقییدیه می‌باشد و متعلق وقف با مالیت آنچه که عرضه شده است می‌باشد. یا اینکه وقف به مالیت عینی که مقید است به آن تعلق می‌گیرد، یا به مالیت عین به طور مطلق، یا به عین و مالیت بر وصف ترکیب، یا به عین و بدل آن بدون شرط، یا به عین و به بدل آن به شرط عروض عارض که موجب بیع آن شود و تصورات دیگری غیر از اینها.

در بطلان وقف با بیع در غیر آنچه که احتمال تعلق گرفتن به مالیت به طور مطلق است در سایر احتمالات ذکر شده اشکالی نیست. لکن به طور تحقیق آن تصورات ذکر شده واقع نمی‌شوند چون ضرورتاً از شرائط وقف این است که وقف، به اعیان تعلق می‌گیرد و مالیت از اعیان نیست و برای آن هیچ منفعت و ثمره‌ای نمی‌باشد.

پس وقف مالیت، صحیح نمی‌باشد همان طوری که اوقاف متداول در هیچ یک از موارد به مالیت اشیاء نه به طور مستقل و نه به طور ترکیب و نه به طور تقیید تعلق نمی‌گیرد هر چند که اگر تعلق گرفتن وقف بر مالیت را هم فرض کنیم در بطلان وقف با بیع هیچ شبهه‌ای نیست زیرا انتقال عین با انتقال مالیت آن است و عاقلانه نیست مالیت عین را با فروش آن حفظ کنیم و توهم بعضی‌ها مبنی بر بقاء مالیت آن بعد از فروش عین در ضمن بدل، نادرست می‌باشد. بلکه مالیت مطلق، از آن چیزهایی است که اصالت ندارد و عاقلانه نیست مالیت عین شخصی قابلیت تطبیق بر مالیت عین دیگری داشته باشد. پس وقف با بیع در هر فرضی باطل می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۹، ۳، ۱۱۹-۱۲۰).

صاحب کتاب هدی الطالب در بیان عدم منافات بین وقف و جواز فروش آن می‌فرماید: بعد از فراغ از ادله منع بیع وقف، نوبت به ذکر اقوال در مسأله می‌رسد و آن همانا تخصیص عموم دلیل منع در بعضی از صورت‌هاست طبق نظر ایشان بطور اجمال در جواز بیع وقف شکی نیست صاحب کتاب قبل از بیان اقوال و صورت‌های استثناء شده از اطلاق دلیل منع فروش وقف، به مبحث بطلان وقف در موارد جواز فروش، به محض عروض جواز یا به محض بیع اشاره می‌نماید و می‌فرماید: بعد از قبول دو امر مبنی بر حرام بودن بیع وقف قبل از عروض مجوز فروش، جایز بودن بیع وقف بعد از عروض مجوز فروش، آیا وقف به مجرد عروض اسباب خاصه که مجوز برای بیع وقف است باطل می‌شود یا اینکه صفت وقفیت تا زمان تحقق بیع خارجی استمرار پیدا می‌کند و عنوان وقف با عروض مجوز زائل نمی‌شود؟ دو قول هست که شیخ کبیر مرحوم کاشف الغطاء و صاحب جواهر بر نظریه اول هستند (بطلان وقف به مجرد عروض جواز فروش) و شیخ انصاری (ره) نظریه دوم را براساس استدلال ذیل اختیار کرده است:

در وقف مانند سایر امور انشائیه از عقود و ایقاعات دو مرحله وجود دارد:

مرحله اول: انشاء وقف و مفاد این انشاء عبارت است از معتبر بودن ممنوعیت و حبس عین وقف شده

از هر گونه تصرفات ناقله به طور دائم.



مرحله دوم: امضاء شارع، چنین وقفی را که براساس بیان معصوم علیه السلام: «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» (وقف بر اساس آنچه صاحب وقف آن را وقف کرده می‌باشد) مورد امضاء شارع قرار گرفته است، مانند امضاء آنچه که خریدار و فروشنده در عقد بیع انشاء کرده‌اند. مثل آیه حل البیع، پس دلیل امضاء وقف اگر معارضی نداشته باشد، اقتضاء می‌کند لزوم وقف و عدم جواز فسخ وقف را در زمان عروض اسباب فروش. اما در تجویز فروش وقف از نظر شرعی هیچ شکی وجود ندارد به عبارتی شرع فروش وقف را در مواردی تجویز کرده است و این جواز با باقی ماندن عین موقوفه برصفت وقفیت منافات دارد به خاطر در تضادبودن آن منع مالکی که از طرف شارع امضاء شده با جایزدانستن فروش وقف در بعضی موارد از طرف شارع و این تضاد موجب تخصیص دلیل لزوم وقف می‌شود در نتیجه به باقی ماندن عنوان وقف بعد از عروض مجوز حکم می‌شود و وقف با بیع خارجی باطل می‌شود، این مسأله مانند مقیدکردن سلطه متهب در عین موهوبه می‌باشد که این تملک اقتضاء می‌کند حرام بودن انتزاع عین هبه شده از دست متهب را مگر به اذن او (متهب)، به خاطر آنچه که بر جایز بودن رجوع و اهب دلالت می‌کند. پس همانطوری که این دلیل با حقیقت عقد هبه منافات ندارد پس دلیل جواز فروش وقف هم در تضاد با صحت وقف نیست و اگر اشکال شود بر اینکه اقتضای جواز بیع و ممنوعیت از نقل و انتقال، بطلان وقف به مجرد عروض جواز فروش می‌باشد نه باقی ماندن بر وقفیت، تا اینکه با بیع خارجی باطل شود به خاطر منافات داشتن دو اعتبار و آن دو اعتبار، یکی ممنوعیت عین موقوفه از نقل و انتقال و دیگری اعتبار جواز فروش موقوفه است. در جواب می‌توان گفت: اگر قائل باشیم به اینکه بر اساس قرار داد شرعی، مجوز فروش به هنگام عروض مجوز، خود بیع است تا اینکه وقف به مجرد جواز نقل باطل شود پس در تضاد ذکر شده هیچ شکی نیست. در صورتی که امرچنین نیست و مجوز بیع، خود بیع نیست بلکه مقصود از جواز فروش جایزبودن ابطال وقف یا تبدیل به بدل است به طوری که آن بدل، متصف به وقفیت شود و در محل مبدل (وقف قبلی) قرار گیرد یا تبدیل به بدل نیست مانند موردی که احتیاج شدید به پول وقف باشد یا مانند تلف شدن وقف و آنچه معلوم است اینکه جواز ابطال، مبطل وقف نیست بلکه مبطل، همانا تصرف و نقل خارجی است مگر اینکه گفته شود ابطال وقف از جمله تصرفاتی می‌باشد که عین موقوفه هنگام انشاء وقف از آن ممنوع شده است و شارع هم آن را امضاء کرده است، پس تجویز ابطال با حقیقت وقف که همانا ممنوعیت از حرکت اعتباریه (نقل و انتقال) است منافات دارد. اما این فرض با منع قرارگرفتن ابطال، در زمره تصرفاتی که عین موقوفه از آن ممنوع شده، دفع می‌شود چون ابطال متأخر از ممنوعیت است، به خاطر عارض شدن ابطال بر

عنوان حبس (ممنوعیت) و معلوم است که عارض متأخر از معروضش می‌باشد و محال است اخذ آنچه که از لحاظ رتبه متأخر است در آنچه که از لحاظ رتبه بر آن مقدم است. نتیجه این که به باقی ماندن وقف در موارد عروض مجوز فروش حکم می‌شود و بطلان وقف همانا با تحقق بیع خارجی می‌باشد (مروج جزائری، ۱۴۱۶ع، ۵۲۹-۵۳۰-۵۳۱). برخی از حقوقدانان در بیان اشکال علمی بر مسأله فروش وقف می‌گویند: اشکال تحلیلی و علمی در فروش مال موقوفه این است که مبیع باید در حین عقد طلق و قابلیت نقل و انتقال را داشته باشد و مال موقوفه در حال وقفیت چون طلق نیست نمی‌تواند مبیع قرار بگیرد اشکال مزبور را به دو نحو پاسخ داده‌اند:

الف- با پیدایش سبب فروش، وقف باطل و موقوفه از وقفیت خارج می‌شود و ملک طلق فروخته می‌شود.

ب- پیدایش سبب، موجب جواز بیع می‌گردد، ولی ملک در وقفیت باقی است تا بیع محقق شود و با تحقق بیع، وقف زائل می‌گردد و لازم نیست که قبل از بیع مبیع طلق باشد. قول دوم به نظر قوی می‌رسد و جواز بیع بدون آنکه محقق شود نمی‌تواند موجب زوال وقفیت شود، زیرا سبب جواز بیع موقوفه هرگاه موجود شد و فروش آن مدتی به تأخیر افتاد تا آنکه سبب مزبور مرتفع گردد باید گفته شود که با پیدایش سبب فروش، مال موقوفه از وقفیت خارج و ملک می‌گردد و پس از زوال سبب، مجدداً از ملکیت به وقفیت عودت می‌یابد و حال آنکه این امر برخلاف منطق حقوقی به نظر می‌رسد (امامی، ۱۳۷۳، ۱، ۹۲-۹۳).

برخی از حقوقدانان پس از بیان نظریات فقهاء در مورد فروش مال موقوفه مبنی بر اینکه عده‌ای از فقهاء می‌فرمایند وقف قابل فروش نیست و مواردی که بیع آن مجاز شناخته شده در واقع صورتهایی است که وقف باطل می‌شود و ملک آزاد به فروش می‌رسد و عده‌ای دیگر می‌گویند که امکان فروش وقف با مفاد آن در تضاد نیست و وقف، با فروش عین موقوفه باطل می‌شود ولی با امکان فروش از بین نمی‌رود، در جمع این دو نظر اعلام داشته‌اند که تا زمانی که هدف از وقف قابل تحقق یافتن است، هیچگاه مجوزی برای فروش مال موقوفه ایجاد نمی‌شود و هیچ مقامی نمی‌تواند این نهاد دائم را برهم زند یا تغییر دهد، پس در هر مورد که فروش وقف تجویز می‌شود، تحقق آن هدف به گونه‌ای که انشاء شده است امکان ندارد و ادامه حبس بی‌فایده است انتفاء هدف به معنی پایان یا بطلان وقف با همان خصوصیت‌ها است، پس اگر گفته می‌شود که «صدقه جاریه» را پیش از بطلان نمی‌توان فروخت نباید موجب شگفتی شود.

ولی این حقیقت را نیز نباید انکار کرد که با ایجاد مجوز فروش عین موقوفه، پایه و جوهر وقف به هم نمی‌خورد و نهادی که واقف برپا داشته است فرو نمی‌ریزد آنچه که باقی می‌ماند زمینه‌ای است تغییر کرده از وقف پیشین که عین آن نیست ولی جوهر حبس را هنوز با خود دارد به همین جهت نیز گفته شد که بدل عین موقوفه در صورت تلف خود به خود وقف است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۳، ۲۶۲-۲۶۳). نظریه سوم: تفصیل بین موارد متعدد.

#### ۴- تفصیل بین موارد متعدد

طبق این نظریه در بعضی از موارد جواز فروش وقف، به مجرد عروض جواز، وقف باطل می‌شود ولی در بعضی از موارد دیگر وقف با تحقق بیع خارجی باطل می‌شود.

صاحب کتاب ملحقات عروه الوثقی در باب احکام وقف در مسأله ۳۹ می‌فرماید: در موارد جواز بیع وقف، آیا وقف به مجرد جواز باطل می‌شود؟ پس بعد از باطل شدن فروخته می‌شود و یا به وقف بودن باقی می‌ماند تا فروخته شود و با بیع باطل می‌شود؟ ایشان سپس می‌فرمایند: اقوی این است که میان موارد به تفصیل قائل شویم، در مورد اول، از ۸ مورد یعنی زوال عنوان، وقف باطل می‌شود و سپس فروخته می‌شود و بلکه همچنین است در مورد دوم و سوم، زیرا معنی ندارد که عین، بر وقفیت باقی بماند در حالی که انتفاع از آن به طور کلی یا انتفاع قابل توجه به نحوی که به عدم لا حق نشود، ممکن نباشد اما سایر موارد با بیع باطل می‌شود (یزدی، بی تا، ۱، ۲۶۰؛ یزدی، احکام وقف، ۲، ۲۱۴).

توضیح اینکه ایشان در مسأله ۳۷ به مواردی که از عدم جواز بیع وقف مستثنی شده، اشاره کرده‌اند که به طور خلاصه عبارتند از:

- ۱- زایل شدن عنوانی که واقف خود آن را ملحوظ داشته است.
- ۲- مال موقوف خراب شود به نحوی که اصلاً با نگهداشتن آن مال، انتفاع از عین ممکن نباشد.
- ۳- از انتفاع قابل توجه به سبب خرابی یا غیر آن، ساقط شود به نحوی که امیدی به برگشتن آن به حالت نخستین نباشد تا آنجایی که عرفاً گفته شود از انتفاع افتاده است.
- ۴- واقف، بیع عین موقوفه را هنگام حادث شدن امری، شرط کند مانند کم‌شدن منفعت یا زیاد شدن مالیات.

۵- عین موقوفه در وضعی است که اگر بماند، می‌دانیم یا گمان داریم منجر به خرابی خواهد شد آنچنان که اصلاً انتفاع از آن ممکن نخواهد شد یا درآمد آن، آنچنان کم خواهد شد که ملحق به عدم است.

۶- هنگامی که فروختن عین موقوفه و خریدن مال دیگری به جای آن، برای موقوف علیهم سودمندتر باشد.

۷- بر موقوف علیهم ضرورت شدیدی عارض شود.

۸- میان موقوف علیهم اختلافی رخ دهد که با وجود آن، ترس از تلف شدن مال و نفس باشد (همان، ۱، ۲۴۵-۲۴۶).

برخی از حقوقدانان با اشاره به وجود سه نظریه در فقه به توضیح نظریه سوم می‌پردازند و می‌گویند: آیا پیدایش یکی از اسباب مجوز فروش موقوفه، باعث زوال عنوان وقف می‌شود یا عنوان وقف، از تاریخی زایل می‌گردد که بیع، محقق می‌شود. قانون مدنی ساکت است. در فقه سه نظر وجود دارد که سومین آن این است که در پاره‌ای از موارد، با تحقق سبب فروش موقوفه، وقف زائل می‌گردد ولو آن‌که هنوز بیع واقع نشده باشد مانند موردی که عنوان موقوفه زائل شده باشد یا موقوفه عملاً خراب شده باشد یا موقوفه نفع قابل ملاحظه‌ای نداشته باشد. اما در مواردی که بین موقوف علیهم، اختلاف افتاده و بیم خونریزی می‌رود دلیلی نیست که وصف موقوفه بودن از مال موقوفه سلب شود پس در این مورد تا بیع واقع نشود وقف از بین نمی‌رود (جعفری لنگرودی، ۲۵۲، ۱۳۷۰).

## ۵- نظریه مختار

در تعریف وقف گفته شده که آن عبارت است از حبس عین و تسبیل منفعت و حبس عین اینکه مال موقوفه از هرگونه تصرف از جمله بیع ممنوع باشد البته ممنوعیتی که در اینجا تصور می‌شود ممنوعیت قرارداده شده از طرف واقف بوده و زمانی که شارع قائل به جواز فروش وقف باشد قول شارع مقدم بوده و در تضاد با منع مالکی نمی‌باشد و در مواردی که شارع قائل به جواز فروش وقف شده منظور جواز ابطال وقف است و جواز ابطال وقف، مبطل وقف نیست بنابراین بعد از عروض و پیدایش موارد جواز فروش وقف تا زمانی که بیع تحقق پیدا نکرده است ملک به حالت وقفیت باقی می‌ماند و اگر بعد از عروض موارد فروش شک کنیم که وقف باطل بوده یاخیر، طبق اصل استصحاب وقف باطل نمی‌باشد و در جمع بین اصل استصحاب و قاعده لایبغ الافی الملک، عروض موارد جواز فروش کاشف است از اینکه وقف قبل از بیع و در

یک لحظه (آناما) باطل شده و بیع تحقق پیدا می‌کند و با تحقق بیع خارجی دیگر موردی برای وقف باقی نمی‌ماند و اگر در فاصله بین عروض موارد جواز فروش وقف و تحقق بیع خارجی، موارد جواز فروش مرتفع شود وقف به حالت خود (وقفیت) باقی می‌ماند. علاوه بر آن طبق اصل احتیاط بایستی نهایت دقت را در وقف بکار برد و بدون جهت نبایستی وقف را باطل اعلام کرد و وقف از جمله موضوعاتی است که در آن به احتیاط سفارش شده است بنابراین احتیاط هم در این است که با تحقق بیع خارجی، وقف را باطل بدانیم.

### ۶- نتیجه

وقف عبارتست از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود (ماده ۵۵ قانون مدنی) مقصود از حبس عین، جداساختن ملک (فک ملک) از دارایی مالک و مصون داشتن آن از نقل و انتقال است. تسبیل منفعت به معنی صرف در راه خدا و به عبارت دیگر منظور از تسبیل منافع، واگذاری منافع در راه خداوند و امور خیریه اجتماعی می‌باشد. در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران در باب مسأله فروش وقف، اصل و قاعده کلی مبنی بر عدم جواز فروش وقف می‌باشد. اما در پاره‌ای موارد این اصل و قاعده کلی تخصیص خورده است و با عروض و پیدایش برخی از موارد ما می‌توانیم عین موقوفه را بفروشیم. البته موارد جواز فروش وقف در فقه بیشتر از موارد ذکر شده در قانون مدنی است و چون منابع معتبر فقهی منشاء مقررات قانون مدنی است لازم است بین موارد جواز بیع عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی، انطباق وجود داشته باشد. باتوجه به اینکه در باب مسأله فروش وقف با دو عقد مستقل و جدا یعنی عقد وقف و عقد بیع مواجه هستیم برخی بر این عقیده‌اند که با عروض موارد جواز فروش، عقد وقف باطل می‌شود. برخی بر این باورند که صرف عروض موارد جواز فروش، باعث بطلان عقد وقف نمی‌باشد بلکه با تحقق بیع، عقد وقف باطل می‌شود و برخی هم بین موارد جواز فروش قائل به تفصیل شده‌اند. البته فقهاء در موارد جواز فروش وقف، صرف نظر از پذیرفتن هر کدام از نظریات سه‌گانه در دو موضوع اتفاق نظر دارند:

الف- حرام بودن فروش وقف قبل از عروض مجوز فروش

ب- جایز بودن فروش وقف بعد از عروض مجوز

با عنایت به اینکه منظور از موارد جواز فروش وقف، جواز ابطال است و خود عروض موارد جواز فروش، مبطل عقد وقف نیست لذا بایستی طبق قاعده استصحاب عقد وقف، بعد از عروض موارد جواز فروش تا تحقق بیع خارجی به قوت خود باقی بماند و در جمع بین قاعده استصحاب و قاعده لایبع الا فی

ملک می‌توان گفت که عروض موارد جواز فروش کاشف است از سبق بطلان وقف قبل از بیع در یک لحظه (آن‌آما) و اگر در فاصله زمانی بین عروض مجوز فروش وقف تا زمان تحقق بیع خارجی، موارد جواز فروش وقف از بین رفته و مرتفع شود عین خارجی بر وقفیت خود باقی می‌ماند. در آخر ذکر این نکته لازم است که مسأله بطلان وقف در موارد جواز فروش، زمانی مطرح است که وقف از ابتدا باطل نباشد. به عنوان مثال اگر واقف اهلیت وقف کردن را نداشته ولی ملکی را وقف کرده در اینجا وقف از ابتدا باطل بوده است.

### فهرست منابع

- ۱- ابهری علی‌آباد، حمید، رضیان، عبدا...، ۱۳۸۵، لزوم انطباق موارد جواز بیع عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی، فصلنامه مقالات و بررسی‌ها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، شماره ۸۰.
- ۲- سیدحسین، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامی، تهران.
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۹، المکاسب، آیت ... احمد پایانی، منشورات دارالحکمه، قم، چاپ اول.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۸، مکاسب، اصغر محمدی همدانی، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- ۵- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۵، المکاسب، مطبوعات دینی، قم، چاپ چهارم.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۰، حقوق اموال، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
- ۷- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، ۱۳۸۶، تکمله العروه الوثقی (احکام وقف)، محمدصادقی گلدری، محمدعلی خسروی، کومه، تهران، چاپ اول.
- ۸- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰، حقوق مدنی عطایا، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
- ۹- لاری، سید عبدالحسین، ۱۴۱۸، التعلیقه علی المکاسب، گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، مؤسسه معارف السلامیه، قم، چاپ اول.
- ۱۰- مروج جزائری، سید محمدجعفر، ۱۴۱۶، هدی الطالب فی شرح المکاسب، مؤسسه دارالکتاب، قم، چاپ اول.
- ۱۱- موسوی بجنوردی، سید میرزاحسن، ۱۴۱۹، القواعد الفقهیه، مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، الهادی، قم، چاپ اول.
- ۱۲- موسوی خمینی، سیدروح ...، ۱۴۲۱، البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، چاپ اول.
- ۱۳- نجفی، شیخ محمدحسین، ۱۹۸۱، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، علی آخوندی، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.