

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره سیزدهم، شماره ۲۳، بهار - تابستان ۱۴۰۰
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۲۴۹-۲۷۰)

اعتبارسنجی

شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در وقف*

- محمدحسن قاسمی^۱
- غلامرضا یزدانی^۲
- مجید استاد مؤدب خوشرو^۳

چکیده

وقف از اعمال حقوقی‌ای است که بعد از انشای آن، رابطه واقف با مال موقوفه قطع شده و هیچ حق عینی‌ای برای واقف نسبت به موقوفه باقی نمی‌ماند. از این رو، این سؤال مطرح شده است که آیا واقف می‌تواند در ضمن وقف، شرط کند که بتواند در آینده افراد جدیدی را به موقوف‌علیهم اضافه نماید یا خیر؟ در صورتی که عقد مطلق باشد، تقریباً عموم محققان و فقها بر این باورند که به علت گسسته شدن رابطه واقف با مال موقوفه، امکان ادخال و اضافه کردن افراد جدید به موقوف‌علیهم نیست. ولی در صورت اشتراط امکان ادخال افراد

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی
(ghasemimohammadhasan@yahoo.com).

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (ygholamreza1@gmail.com).

۳. طلبه سطح ۳ فقه و حقوق خصوصی مدرسه علمیه عالی نواب (majidomk1@yahoo.com).

جدید به موقوف‌علیهم، بین محققان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی شرط را باطل دانسته و لذا برای واقف امکان اضافه کردن افراد جدید را ممکن نمی‌دانند. در مقابل، گروهی شرط را صحیح دانسته و به اقتضای «المؤمنون عند شروطهم»، برای واقف چنین حقی را قائل هستند.

در نوشته حاضر که مبتنی بر روش توصیفی - تحلیلی است، این نتیجه به دست آمده است که چنانچه مفاد شرط، تسلط واقف بر تصرف در موقوفه و ادخال هر کسی که اراده کند، در موقوف‌علیهم باشد، چنین شرطی باطل است.

واژگان کلیدی: وقف، موقوف‌علیهم، واقف، شرط.

مقدمه

نهاد وقف امروزه در اکثر کشورها به ویژه کشورهای با اقتصاد بزرگ مورد توجه قرار گرفته و به عنوان اقتصاد بخش سوم، اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است. در حقوق ایران، مقررات وقف عمدتاً در قانون مدنی و ضمن مواد ۵۵ تا ۹۰ آمده است. مطالب مربوط به وقف که در قانون مدنی منعکس شده است، علی‌رغم پختگی نسبی، با ابهامات و اجمال‌گویی‌های متعددی همراه است؛ از جمله ماده ۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف‌علیهم نماید...».

یکی از نکات مورد تأکید در این ماده، این است که بعد از تحقق وقف، واقف نمی‌تواند کسی را از موقوف‌علیهم خارج و یا شخصی را داخل موقوف‌علیهم نماید. ابهامی که در این ماده وجود دارد این است که عدم امکان ادخال افراد در موقوف‌علیهم یا اخراج از آن، مقتضی ذات وقف بوده و در نتیجه، شرط خلاف آن در هنگام انشای وقف، امکان‌پذیر نمی‌باشد و یا اینکه عدم امکان اخراج یا ادخال غیر موقوف‌علیهم، مقتضی اطلاق وقف بوده و مانعی ندارد که واقف هنگام انشاء، شرط خلاف کند.

در جستار پیش رو، به جهت مسئله‌محور شدن مقاله، تلاش می‌شود که صرفاً جایگاه شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم مورد بررسی قرار گیرد. با وجود این باید توجه

کرد که شرط ادخال غیر موقوف علیهم به موقوف علیهم به چند شکل تصور می‌شود؛ گاهی واقف شرط می‌کند که بعد از انشای وقف، افرادی به طور قهری وارد موقوف علیهم شوند؛ برای مثال واقف شرط می‌کند که هر گاه موقوف علیهم صاحب فرزند شوند، فرزندان هم به طور قهری داخل در موقوف علیهم گردند. در این صورت، بی‌تردید چنین شرطی صحیح بوده و این صورت محل اختلاف نیست (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۵۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۱/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹). گاهی واقف شرط می‌کند که بعد از عقد، مال موقوفه به غیر موقوف علیهم منتقل شود. این شرط نیز محل بحث حاضر نیست. هر چند برخی اعتقاد به صحت دارند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲)، ولی فقها عمدتاً این فرع را باطل می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۴۳۱/۲) و بلکه ادعای اجماع بر بطلان نیز شده است (همو، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۵). محل بحث در مقاله حاضر این است که واقف شرط کند بعد از وقف، هر کسی را که اراده کرد، داخل در موقوف علیهم نماید؛ بدین معنا که اگر واقف در ضمن وقف شرط کند که در آینده هر گاه تمایل داشت بتواند افراد بیگانه را در شمار موقوف علیهم اضافه کند، آیا چنین شرطی صحیح بوده و امکان درج این شرط برای واقف هست یا خیر؟ مثلاً واقف ملکی را بر الف و فرزندان وی وقف، و شرط می‌کند که هر گاه در آینده تمایل داشت، بتواند افراد دیگری را هم به موقوف علیهم اضافه کند. در خصوص اعتبار این شرط، دیدگاه فقیهان و عالمان شیعه مختلف است. در خصوص پیشینه پژوهش باید خاطر نشان کرد که تا کنون پژوهش مستقلی در این باره در قالب مقاله یا پایان‌نامه انجام نشده است و آنچه انجام شده، پرداختن به این مسئله در قالب یک فرع فقهی در کتب فقهی است. از این رو، پژوهش حاضر فاقد پیشینه پژوهشی مستقل است.

الف) دیدگاه صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم و ادله آن

عده‌ای از فقها و محققان اعتقاد به صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم دارند؛ از جمله ابن سعید حلی در این خصوص می‌نویسد:

«اگر واقف شرط کند که هر کس را اراده کرد، بتواند بعداً داخل در وقف نماید، این جایز است» (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۳۷۲).

علامه حلّی هم در کتاب *تلخیص المرام و قواعد الاحکام* بر این عقیده است (علامه حلّی، ۱۴۲۱: ۱۵۲؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۳۸۹/۲). برخی دیگر از محققان هم نظر با علامه حلّی همین نظریه را انتخاب کرده‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹؛ بحرانی، بی‌تا: ۳۰۶/۱۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۰؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱: ۲۷۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۸۳/۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۵۷-۲۵۶/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۴۷۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲۷۹/۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۳۱۶/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۲۷۹/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۷۱/۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا(ب): ۴۶۶/۲؛ فیاض، بی‌تا: ۵۲۵؛ فیاض، ۱۴۲۶: ۴۶۱/۲).
 طرفداران این نظریه برای اثبات آن به ادله‌ای متوسل شده‌اند:

۱. عدم منافات با مقتضای وقف

اصل بر حکومت اراده‌ی واقف در وقف است. از این رو، مادامی که دلیل بر خلاف وجود نداشته و نیز شرط با ماهیت وقف تنافی نداشته باشد، شرط صحیح خواهد بود. شرط مورد بحث نیز منافاتی با مقتضای وقف نداشته و لذا صحیح به شمار می‌رود. به دیگر سخن، شرط خلاف مقتضای ذات یک عقد، شرطی است که خلاف اثر اصلی یا هدف اصلی عقد باشد؛ برای مثال، اثر اصلی عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع به خریدار، و هدف اصلی بیع، تصرف خریدار در مبیع است. حال اگر در ضمن بیع، شرط شود که مالکیت به خریدار منتقل نشود یا خریدار تصرف مادی و حقوقی در مبیع نکند، چنین شرطی، خلاف مقتضای ذات بیع به شمار خواهد رفت. در وقف نیز اثر اصلی، انتقال مالکیت مال موقوفه به شخصیت حقوقی وقف و انتقال حق انتفاع به موقوف علیهم است و هدف اصلی، انتفاع موقوف علیهم از مال موقوفه است. هر شرطی که خلاف اثر یا هدف پیش گفته باشد، خلاف مقتضای وقف به شمار خواهد رفت. از طرفی، شرط ادخال غیر موقوف علیهم در موقوف علیهم، نه منافاتی با اثر اصلی وقف - که انتقال مالکیت به موقوفه و انتقال حق انتفاع به موقوف علیهم است - داشته و نه با هدف وقف در تضاد است. از این رو، شرط خلاف مقتضای وقف به شمار نخواهد رفت.

علامه در *قواعد الاحکام* این شرط را جایز می‌داند، اما علتی برایش ذکر نمی‌کند و

محقق کرکی در توضیح فرمایش ایشان می‌گوید که چون این شرط، منافاتی با مقتضای وقف ندارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹)، فیض کاشانی نیز چنین توجیهی را بیان می‌کند (فیض کاشانی، بی‌تا: ۲۱۶/۳).

شیخ حسین بحرانی در این خصوص می‌نویسد به علت عدم منافات با وقف، این شرط صحیح است... و علت آن، قاعده «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً مخالفاً کتاب الله» است که در بسیاری از معاملات جاری می‌شود (بحرانی، بی‌تا: ۳۲۲/۱۳). صاحب جواهر و شهید ثانی هم به همین دلیل، این شرط را صحیح می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۸/۲۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۵) و معتقدند که این شرط، مثل شرط ادخال افرادی است که بعداً متولد می‌شوند. بلکه پذیرش این شرط، راحت‌تر از پذیرش شرط ادخال افرادی است که بعداً متولد می‌شوند؛ چون گاهی واقف اراده می‌کند که فردی را داخل کند و در اینجا مثل همان شرطی است که گفتیم و گاهی اراده نمی‌کند که آن فردی را داخل کند، پس وقف بر اصل خود باقی است. از این رو، هنگامی که آن شرط جایز باشد، این شرط هم مثل آن است یا به طریق اولی جایز است (بحرانی، بی‌تا: ۳۰۶/۱۳).

سید یزدی و محقق بحرانی هم به این دلیل اشاره کرده و به استناد آن، شرط فوق را صحیح قلمداد کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۴۴/۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۹/۲۲). به نظر می‌رسد تمسک به این دلیل خالی از اشکال نیست؛ چرا که این دلیل به تنهایی نمی‌تواند صحت شرط مورد بحث را ثابت نماید. آنچه این دلیل اثبات می‌کند این است که این شرط، منافاتی با مقتضای وقف نداشته و از این جهت نمی‌توان شرط حاضر را باطل دانست، ولی ممکن است به جهتی دیگر، حکم به بطلان آن گردد؛ چنان که در ادامه، ادله قائلان به بطلان را ذکر خواهیم کرد.

۲. تمسک به عموم حدیث «الوقوف یكون بحسب ما یوقفها أهلها»
عموم حدیث «الوقوف یكون...» (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۰۰/۴) اقتضا دارد که علی القاعده واقف می‌تواند هر شرطی را که اراده کند، در وقف درج نماید؛ از جمله شرط ادخال غیر موقوف علیهم. گروهی از محققان با تمسک به حدیث فوق، شرط ادخال من یرید

در موقوف علیهم را صحیح می‌دانند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۹۶/۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۸۸/۲، قسم ۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۴۴/۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶). محقق کرکی در این خصوص می‌نویسد از عبارت شهید اول در دروس ظاهر می‌شود که این شرط مقتضی بطلان است؛ اما این بعید است، به علت عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها أهلها». لذا قول اصح، صحت آن است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

در نقد تمسک به حدیث فوق گفته شده است که این حدیث در مقام مشروعیت وقف به هر نحو که واقف اراده کند، نیست؛ چون لازمه آن، جواز شرط خیار و شرط اخراج موقوف علیهم است که بنا بر گزارش صاحب جواهر از برخی عالمان، چنین شرطی به اجماع فقیهان شیعه و بلکه عالمان همه فرق اسلامی باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۷/۲۸). به عبارت دیگر، این حدیث مشرّع نیست؛ به این معنا که شخص حق دارد هرگونه که بخواهد وقف کند، گرچه مخالف اصول شریعت در وقف باشد. پس معنای حدیث این است که واقف در چارچوب شریعت هرگونه که بخواهد، می‌تواند وقف نماید و نه خارج از قواعد و اصول شرعی وقف (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴).

۳. عموم «المؤمنون عند شروطهم»

برای اثبات صحت شرط مذکور می‌توان به عموم «المؤمنون عند شروطهم» و سایر ادله شروط تمسک کرد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۴/۲). مؤید این حدیث، اخباری است که دلالت بر جواز ادخال غیر موقوف علیهم در موردی می‌کند که واقف چیزی را وقف بر اولاد صغیرش کرده و ادخال غیر را هم شرط نکرده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۲۳/۲۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۶).

در خصوص این استدلال نیز می‌توان گفت که روایت المؤمنون، مبنای مشروعیت بخشی به شروط ضمن عقد بوده و اصل اولیه در خصوص شروط را بر صحت قرار داده است. بنابراین، حدیث شریف در مقام تصحیح همه شروط در هنگام عقد نیست، بلکه مقصود این است که هر شرطی بر فرض صحت آن، اگر در معامله قید شود، باید به آن عمل شود، نه اینکه حدیث در مقام تشریح هرگونه شرطی است که عاقد در معامله به عهده می‌گیرد. از این رو، جهاتی که دلالت بر ممنوعیت شرط

مذکور می‌کند، باید بررسی شود و مورد نقادی قرار گیرد. به دیگر سخن، تمسک به روایت المؤمنون برای صحت بخشی به شرط مورد بحث، تمسک به عموم در شبهه مصداقیه است.

۴. تمسک به روایات خاص

برای صحت شرط مورد بحث، می‌توان به روایات خاصه‌ای که در این خصوص وارد شده است، استناد کرد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۸۸/۲، قسم ۳). از جمله روایات خاصه‌ای که می‌توان صحت شرط حاضر را از آن استنباط نمود، روایت ابوطاهر بلالی است.^۱ ظاهر این حدیث، جواز تغییر وقف در صورت شرط کردن است.

در نقد تمسک به روایت فوق گفته شده است که اولاً، این روایت اختصاص به ادخال اولاد دارد و تعدی از آن به کسانی که واقف دخولشان را اراده می‌کند یا به غیر اولاد جایز نیست و باید به قدر متیقن اخذ شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۳۷/۳). اما به نظر می‌آید این اشکال به آسانی قابل پذیرش نباشد؛ چرا که جمله «عَلَى أَنْ الْأَمْرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ مِنْهُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي» اطلاق دارد و هر گونه اختصاص حدیث به اولاد یا غیر آن‌ها را نفی می‌کند. ثانیاً، روایت از نظر سندی اشکال داشته (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲) و صحیح‌ه یا موثقه بودن آن از نظر سندی ثابت نشده است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴). ثالثاً، این روایت ظهور ندارد در اینکه تمام زمین موقوفه بوده است؛ بلکه شاید قسمتی از آن وقف شده و قسمتی دیگر متعلق وصیت بوده است و متعلق وصیت، اختیارش در دست موصی است تا مادامی که زنده است. پس وقف قبل از فوت، منجز است و وصیت هم معلق بر فوت است (همان). در خصوص این اشکال نیز باید یادآور شد که حدیث نه تنها ظهور دارد که تمامی زمین وقف بوده است، بلکه صراحت در این زمینه دارد؛

۱. «كَتَبَ جَعْفَرُ بْنُ حَمْدَانَ اسْتَحْلَلْتُ بِجَارِيَةٍ إِلَى أَنْ قَالَ: وَلِي صَبِيْعَةٌ قَدْ كُنْتُ قَبْلَ أَنْ تَصِيْرَ إِلَيَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ سَبَلْتُهَا عَلَيَّ وَصَايَائِي وَعَلَى سَائِرِ وُلْدِي عَلَيَّ أَنْ الْأَمْرَ فِي الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ مِنْهُ إِلَى أَيَّامِ حَيَاتِي وَقَدْ أَتَتْ بِهَذَا الْوَلَدِ فَلَمْ أَلْجِئُهُ فِي الْوَقْفِ الْمُنْتَقَدِمِ الْمَوْبُودِ وَأَوْصَيْتُ إِنْ حَدَثَ بِي حَدَثٌ الْمَوْبُودِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَيْهِ مَا دَامَ صَغِيرًا فَإِنْ كَبُرَ أُعْطِيَ مِنْ هَذِهِ الصَّبِيْعَةِ حَمْلَةً مَا تَنِي دِينَارٍ غَيْرَ مُؤَبَّدٍ وَلَا تَكُونُ لَهُ وَلَا لِعَقْبِهِ بَعْدَ إِعْطَائِهِ ذَلِكَ فِي الْوَقْفِ شَيْءٌ فَرَأَيْتُكَ أَعَزُّكَ اللَّهُ فَوَرَدَ جَوَابُهَا يَعْغِي مِنْ صَاحِبِ الزَّمَانِ إِنِّي لَا أَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي اسْتَحَلَّ بِالْجَارِيَةِ إِلَيَّ أَنْ قَالَ: وَأَمَّا إِعْطَاؤُهُ الْمَائَتِي دِينَارٍ وَإِحْرَاجُهُ مِنَ الْوَقْفِ فَالْمَالُ مَالُهُ فَعَلَّ فِيهِ مَا أَرَادَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۴/۱۹).

چون ضمیر در «سبلتها» به «ضیعة» برمی گردد و برگشتن ضمیر به بعضی از مرجع خود خلاف ظاهر است و نیاز به قرینه دارد که در کلام وجود ندارد. بر اساس آنچه گفتیم، در اشکالات وارده بر حدیث، جای بحث بسیار است، جز اینکه حدیث از جهت سندی ضعیف است و اثبات صحت این شرط با آن مشکل است.

علاوه بر روایت فوق، روایت دیگری که برای اثبات صحت شرط مذکور بدان تمسک شده است، صدر صحیحہ علی بن یقظین است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲). در این روایت آمده است که حضرت عَلِيٌّ در جواب سؤالی که نسبت به داخل کردن غیر موقوف علیهم در وقف پرسیده شده بود، به صراحت فرمود: این کار اشکالی ندارد.^۱

سند این روایت اشکالی ندارد؛ زیرا طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی صحیح است و فرزندان علی بن یقظین یعنی حسن و حسین هم شکی در وثاقتشان نیست (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۵). در این صحیحہ، مراد از جمله «وَبَيْنَهُ لَهُمْ» یعنی واقف برای آنها تبیین کرد که وقف مختص به آنهاست، و جمله «بَعْدَ أَنْ أَبَانَهُمْ بِصَدَقَةٍ» یعنی فرزندان دیگر خود را با دادن مبلغی به آنها تحت عنوان صدقه، از وقف خارج کرد. در تبیین دلالت روایت بر مراد باید گفت روایت دال بر تفصیل بین جایی است که واقف در حین انشای وقف اعلام می کند که وقف مختص به فرزندان خاص است و دیگر اولاد، جزء موقوف علیهم نیستند و مبلغی به عنوان صدقه به آنها داده شده است تا مثلاً راضی شوند و بین صورتی که این شرط در آن نشده است. در صورت اول، ادخال آنها در وقف جایز نیست و در صورت دوم جواب مثبت است. علاوه بر دو روایت پیش گفته می توان به صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج^۲ و روایت

۱. «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ بِطَرَفٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَبْدُو لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يُدْخَلَ مَعَهُ غَيْرُهُ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ. وَعَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ بِبَعْضِ مَالِهِ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ وَيَبِينُهُ لَهُمْ أَلَا أَنْ يُدْخَلَ مَعَهُمْ مِنْ وُلْدِهِ غَيْرَهُمْ بَعْدَ أَنْ أَبَانَهُمْ بِصَدَقَةٍ؟ قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ مَنْ وُلِدَ لَهُ فَهُوَ مِثْلُ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ فَذَلِكَ لَهُ» (همان: ۱۸۳/۱۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۴۸۸/۹).

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْقُضَلِيِّ بْنِ شَادَانَ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلِيٍّ فِي الرَّجُلِ يَجْعَلُ لِوَلَدِهِ شَيْئًا وَهُمْ صِعَاةٌ، ثُمَّ يَبْدُو لَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۳/۱۹-۱۸۴).

محمد بن سهل^۱ و روایت علی بن جعفر هم استناد نمود؛^۲ چون هنگامی که ادخال غیر توسط واقف، بدون شرط کردن جایز باشد، به طریق اولی در حین وقف با شرط کردن جایز خواهد بود (همان).

با وجود این، ایراداتی بر این استدلال وارد است:

۱- احتمال دارد که صحیحه عبدالرحمن بن حجاج و خبر محمد بن سهل و روایت عبدالله بن جعفر اختصاص به موردی داشته باشند که پدر چیزی را بر اولاد صغیر خود وقف می‌کند؛ همچنان که این مطلب در صحیحه عبدالرحمن با عبارت «فی الرجل يجعل لولده شیئاً وهم صغار...» فرض شده است و در ذیل روایت عبدالله بن جعفر با عبارت «نعم، یصنع الوالد بمال ولده ما أحب» به آن اشاره شده است. با وجود این احتمال، امکان استدلال به روایت وجود ندارد.

به نظر می‌رسد این احتمال و اشکال صحیح نباشد؛ چرا که خصوصیت خاصی در فرزند نیست که بتواند در حکم وقف تأثیر داشته باشد؛ بلکه اولاد صغیر، مانع از ادخال غیر در وقف می‌شوند، به علت اینکه ولایت ولی بر آنها، مبتنی بر رعایت غبطه و مصلحت آنهاست و شاید به خاطر همین مطلب، شیخ حرّ عاملی در وسائل الشیعه عنوان این باب را «عدم جواز إدخال الغیر فی الأولاد والموقوف علیهم مع صغرهم» آورده است. شاهد بر این مطلب این است که در روایت عبدالله بن جعفر، عطف کردن با لفظ «مع» در عبارت «رجل تصدق علی ولده بصدقة ثم بدا له أن یدخل غیره فیہ مع ولده»، ظهور در ادخال غیر ولد دارد. آن سه روایت که ذکر شدند، مطلق هستند و دلالت دارند که ادخال غیر مطلقاً چه واقف در حین انشای وقف آن را مختص به موقوف علیهم موجود کرده باشد یا نه جایز است. اما قسمت دوم صحیحه علی بن یقطین و روایت ابوطاهر بلالی مقید هستند و دلالت دارند بر اینکه اگر در حین وقف، واقف آن را به موقوف علیهم موجود اختصاص داده باشد، ادخال غیر جایز نیست. لذا

۱. «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سَهْلٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الرِّضَا عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى بَعْضِ وُلْدِهِ بِطَرَفٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَتَدَوُّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ غَيْرُهُ مِنْ وُلْدِهِ. قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ» (همان: ۱۸۳/۱۹).

۲. «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ جَدِّهِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَصَدَّقَ عَلَى وُلْدِهِ بِصَدَقَةٍ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ فِيهِ غَيْرُهُ مَعَ وُلْدِهِ. أَيْ يَصْلُحُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، يَصْنَعُ الْوَالِدُ بِمَالِ وُلْدِهِ مَا أَحَبَّ وَالْهَبَةُ مِنَ الْوَالِدِ بِمَنْزِلَةِ الصَّدَقَةِ مِنْ غَيْرِهِ» (عریضی، ۱۴۰۹: ۳۰۸).

مطلقات حمل بر مقید می‌شوند و ادخال غیر در صورتی جایز است که واقف در حین وقف، آن را مختص به موقوف‌علیهم موجود نکرده باشد.

۲- مشهور فقها از این مطلقات اعراض کرده‌اند و افزون بر آن، آن‌ها با قسمت دوم صحیح‌ه علی بن یقطین که دال بر عدم جواز است، معارضه دارند.

در پاسخ از اشکال دوم می‌توان گفت: اولاً، اعراض مشهور بر فرضی که محقق باشد، موجب خدشه در سند روایت نمی‌شود و همچنین صلاحیت برای ترجیح طرف مقابل ندارد، چون آنچه که صلاحیت دارد، شهرت روایی است نه شهرت فتوایی. ثانیاً، قسمت دوم صحیح‌ه علی بن یقطین باید همراه با قسمت اول آن لحاظ شود و در این صورت، هر دو قسمت با هم، آنچه را که ما گفتیم افاده می‌کند (همان).

۳- از جمله ایرادات بر این روایت، آن است که شاید منظور از «صدقه» در این روایات، «وقف» اصطلاحی نباشد. از این رو نمی‌توان به این روایات در باب وقف استدلال کرد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ب: ۳۰۲/۶؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۸۳/۲). این ایراد صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تمسک مخالفان و موافقان به این روایات، حاکی از آن است که برداشت عرف خاص (عرف فقها) از واژه «صدقه» در این روایات، همان وقف اصطلاحی می‌باشد. وانگهی در صدر اسلام، واژه صدقه در وقف زیاد استعمال می‌شده است؛ به گونه‌ای که برخی فقها از جمله حلبی در کتاب *الکافی*، بابی با عنوان «فصل فی الصدقة» مطرح کرده و از اصطلاح «وقف» استفاده نکرده‌اند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۳۲۴) و یا شیخ مفید به هر دو واژه اشاره کرده و عنوان باب وقف را چنین نگاشته است: «کتاب الوقوف والصدقات» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۱) و چه بسا قرائنی در روایت دلالت بر آن نماید که مراد از صدقه، وقف می‌باشد (فیض کاشانی، بی‌تا: ۲۱۶/۳). محدث بحرانی در این خصوص می‌نویسد:

«اینکه اصحاب، این روایات را در این مبحث مطرح می‌کنند، دلیل بر آن است که ایشان از این روایات، وقف را می‌فهمیدند. مؤید این مسئله آن است که صدقه در صدر اول به معنای وقف بوده است» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۴/۲۲).

۴. مهم‌ترین اشکال این احادیث آن است که با توجه به جمله «ثم یتدو له بعد ذلك»، محل سؤال راوی جایی است که شخص بعد از وقف می‌خواهد اشخاصی را

به موقوف علیهم اضافه کند و این از محل بحث ما خارج است و چنین کاری صحیح نیست. بحث ما در جایی است که این شرط در ضمن صیغه وقف بیاید؛ چون اگر در صیغه این قید نشود و واقف بخواهد بعداً به موقوف علیهم اضافه نماید، یقیناً چنین کاری ممکن نیست و علت اعراض مشهور از این احادیث هم همین می باشد و این عدم جواز اضافه شدن بعد از عقد، قدر متیقن از عدم جوازی است که در ماده ۶۱ قانون مدنی در بحث وقف آمده است:

«وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید...».

۵. رجوع شرط به شرط عنوان در موقوف علیهم

هر گاه واقف برای موقوف علیهم عنوانی را ذکر کند، دخول یا خروج افراد از تحت موقوف علیهم، دائرمدار صدق یا عدم صدق عنوان بر آن ها خواهد بود؛ مثلاً اگر واقف بگوید وقف بر اولادم کردم تا مادامی که فقیر باشند، در این صورت، هر گاه برخی غنی شدند، از موقوف علیهم خارج شده و زمانی که دوباره فقیر شوند، داخل موقوف علیهم خواهند شد. شرط ادخال غیر نیز به شرط عنوان برگشت می کند؛ زیرا وقتی واقف هنگام انشای وقف شرط می کند که هر گاه خواست، افرادی را داخل موقوف علیهم کند، مثل آن است که عنوان در آینده توسعه پیدا خواهد کرد. با تحلیل فوق می توان گفت که رجوع شرط ادخال غیر در موقوف علیهم، به شرط عنوان در موقوف علیهم برگشت می کند.^۱

به نظر می رسد استدلال فوق ناتمام بوده و نمی توان شرط مورد بحث را به شرط عنوان در موقوف علیهم برگرداند؛ چرا که در شرط عنوان موقوف علیهم هنگام وقف، عنوان موقوف علیهم مشخص است، ولی در شرط ادخال بر فرض صحت، عنوان موقوف علیهم مشخص نخواهد بود. وانگهی عرفاً بین این دو شرط تفاوت است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲).

۱. «... والأقوی الصّحة لما ذکر فی المسألة السابقة من عموم قوله *إلیهم*: «الوقف... إلى آخره» و امکان رجوعه إلى اشتراط عنوان فی الموقوف علیهم» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۲۴۴).

۶. قیاس شرط ادخال به دخول طبقه لاحقه در وقف بر ذریه

ممکن است گفته شود که ادخال به سبب شرط، مثل دخول طبقه لاحقه در وقف بر ذریه است و همان طور که دومی جایز است، باید اولی هم جایز باشد. در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که این قیاس مع الفارق است (همان)؛ زیرا در دومی، عنوان موقوف‌علیهم از همان ابتدا روشن و مشخص است و معلوم است که واقف، اموال را به نفع چه کسانی وقف نموده است، ولی در شرط ادخال بر فرض صحت، موقوف‌علیهم مشخص نیستند. برخی از فقیهان در این خصوص می‌نویسند: «بنا بر اینکه شرط مذکور، خارج از عقد باشد [همچنان که واقعاً هم این طور است]، فرق بین این شرط و شرط ادخال افرادی که بعداً متولد می‌شوند، واضح است؛ چون این شرط، وقف را از آنچه که بر طبق آن واقع شده است، تغییر می‌دهد. اما شرط ادخال افرادی که بعداً متولد می‌شوند، این طور نیست» (حسینی روحانی، بی‌تا(الف): ۳۵۶/۲۰).

بر اساس آنچه تا بدین جا آورده‌ایم می‌توان گفت که در ادله فائلان به جواز چنین شرطی، جای بحث بسیار است و نمی‌توان جواز چنین شرطی را با چنین استدلال‌هایی ثابت کرد.

ب) دیدگاه بطلان شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم و ادله آن

در مقابل دیدگاه نخست، عده‌ای از فقها و محققان بر این باورند که شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم باطل است؛ از جمله می‌توان به قطب‌الدین کیدری اشاره کرد. وی ضمن پذیرش این نظریه می‌نویسد:

«اگر واقف چیزی را وقف کند و شرط کند خارج کردن کسانی را که می‌خواهد از موقوف‌علیهم یا برتری دادن برخی بر بعضی دیگر یا داخل کردن هر کسی را که اراده کرد در موقوف‌علیهم، این شرط باطل است» (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۴۸).

شهید اول نیز قول اصح را عدم جواز این شرط می‌داند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۱/۲). امام خمینی در حاشیه وسیلة النجاة در این خصوص می‌فرماید: بعید نیست که شرط ادخال مثل شرط اخراج، جایز نباشد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۴۰). موسوی گلپایگانی در

حاشیه بر *وسيلة النجاة* و نیز در *هدایة العباد* و گروهی دیگر از معاصران، از طرفداران نظریه بطلان می‌باشند (همو، ۱۳۹۳: ۲۵۵/۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۵۱/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۶: ۱۹۴/۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۴۵/۶؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۳۷۸/۳). طرفداران این نظریه برای اثبات نظریه خود به ادله زیر استناد نموده‌اند.

۱. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با لزوم وقف

نخستین استدلال ارائه شده برای بطلان، این است که شرط مذکور با مقتضای وقف که همانا لزوم باشد، منافات دارد. علامه حلی در این خصوص می‌فرماید:

«نظر شافعیه بر این است که اگر واقف چیزی را وقف کند و شرط اخراج یا ادخال برخی از موقوف‌علیهم یا تقدیم و تأخیر در آن‌ها را منوط به اراده خود کند، در صحت چنین شرطی دو وجه است و قول اصح، منع می‌باشد؛ چون وضع وقف بر لزوم است و هنگامی که موقوف‌علیهم در معرض سقوط و اخراج باشند، دیگر لزومی نیست» (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۳).

به عبارت دیگر عقد وقف، عقدی لازم است و لزوم جزء مقتضیات آن است و چون این شرط با مقتضای وقف منافات دارد، لذا باطل است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۴۶).

به نظر می‌رسد که این استدلال ناتمام است؛ زیرا صحیح است که مقتضای وقف، لزوم است و رجوع در وقف امکان‌پذیر نیست، ولی لزوم عقد، مقتضای ذات نمی‌باشد، بلکه مقتضای اطلاق وقف است. از این رو با شرط خیار، امکان فسخ عقد وجود دارد که چنانچه شرطی در وقف ذکر نشود، بر طبق اطلاق صیغه، لزوم خواهد آمد؛ اما این بدین معنا نیست که نمی‌شود اطلاق را تقیید زد. البته امکان جعل خیار در وقف، محل بحث بین محققان است. هرچند گروهی جعل خیار را در وقف باطل دانسته‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۵۷/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۴۱/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۹/۱۷؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۶۲؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۱۸۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۶۲/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۴۵۰/۲)، ولی به نظر می‌رسد همان طور که بسیاری از محققان معتقدند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۳۴۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۲/۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا(ب): ۶۲/۲)، امکان جعل خیار در وقف وجود دارد (یزدانی، ۱۳۹۹: ۱۲۷).

۲. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با لزوم معلوم بودن

سهم موقوف‌علیهم

بی‌تردید معلوم بودن عوضین از شرایط اساسی قراردادهاست. مگر در مواردی که قرارداد مبتنی بر تسامح باشد. در وقف نیز باید مال موقوفه معلوم بوده و با توجه به لزوم معلوم بودن موقوف‌علیهم، سهم و حصه هر کدام مشخص خواهد بود. در حالی که اگر شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم شرط صحیحی باشد، باعث مجهول شدن سهم و حصه موقوف‌علیهم می‌شود. محقق کرکی در تبیین این استدلال می‌فرماید:

«از عبارت شهید اول در *الدروس الشرعیه* ظاهر می‌شود که این شرط مقتضی بطلان است... زیرا این شرط، منافات با وقف دارد از حیث اینکه مقتضی نقصان حصه و سهم موقوف‌علیهم است؛ پس وقف نسبت به موقوف‌علیهم موجود باطل است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

به نظر می‌رسد این استدلال نیز ناتمام بوده و نمی‌توان به استناد آن، بطلان را ثابت نمود؛ زیرا:

اولاً، از ابتدا عقد متضمن این شرط است، پس موقوف‌علیهم مستحق چیزی نیستند جز با شرط مذکور. بگذریم از اینکه وقف، در حق موقوف‌علیهم فی‌الجمله لازم است، اما در مقدار سهمشان قطعاً لازم نیست؛ چون اگر موقوفه، وقف بر آن‌ها و افراد دیگری که بعداً داخل وقف می‌شوند، باشد، در اینجا سهم موقوف‌علیهم بعد از اینکه افراد دیگری وارد وقف می‌شوند، قطعاً کمتر می‌شود و نظیر این مطلب در جایی است که واقف چیزی را بر چند بطن وقف می‌کند که با افزایش و تولد افراد جدید، سهم موقوف‌علیهم کمتر می‌شود و با نقصان و کم شدن افراد، سهم آن‌ها افزایش می‌یابد و همه فقها هم آن را صحیح می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۲۴/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷۸/۲۸).

از آن گذشته، قصد واقف در ابتدا این نیست، اگرچه در آخر به همین منتهی می‌شود؛ مثل وقتی که واقف چیزی را بر چند بطن وقف می‌کند و با افزایش موقوف‌علیهم مسلماً سهم آنان کمتر می‌شود، اما این اشکالی ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۹). به دیگر سخن، معلوم بودن عوضین در زمان عقد لازم است و در زمان انشای وقف، مقدار

موقوفه و سهم هر یک از موقوف‌علیهم مشخص است، هرچند بعد از آنکه واقف شرط را اعمال کرده و واقف افراد جدیدی را در دایره موقوف‌علیهم قرار می‌دهد، سهام موقوف‌علیهم به هم می‌خورد. افزون بر همه این‌ها با وجود روایات خاصه، تمسک به این قبیل تعلیل‌های استحسانی، صلاحیت تأسیس حکم شرعی یعنی عدم جواز شرط مذکور را ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۹/۲۲). بلکه این کلام، اجتهاد در برابر نص است؛ چون صدر صحیحه علی بن یقظین دلالت بر جواز این شرط می‌کند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۲/۲۲) و نیز می‌توان گفت، چنان که قبلاً هم گفتیم، این شرط خلاف اطلاق عقد است، نه خلاف مقتضای عقد، و شروط خلاف اطلاق بی‌تردید، شروط صحیحی می‌باشند و اساساً تمامی شروط با اطلاق منافات دارند.

۳. منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با لزوم مشارکت

موقوف‌علیهم و عدم مشارکت غیر

وقف از جمله اعمال حقوقی است که باعث انتقال مالکیت عین موقوفه از واقف به موقوف‌علیهم یا شخصیت حقوقی وقف می‌شود. از این رو به محض انشای وقف، رابطه مالکیتی که بین واقف و عین موقوفه برقرار بود، زایل شده و واقف نسبت به عین موقوفه از این جهت بیگانه فرض می‌شود و در نتیجه، تصرفات مالکانه توسط وی در وقف امکان‌پذیر نیست. از این رو، شروطی که با این اثر وقف در تعارض باشند، لاجرم باطل خواهند بود. از این روست که برخی فقها می‌فرمایند مقتضای عقد وقف، مشارکت جمیع موقوف‌علیهم در وقف و عدم مشارکت غیر آنهاست و چون این شرط با آن منافات دارد، لذا باطل است (همان). به دیگر سخن، چنین شرطی در وقف به منزله تصرف در ملک غیر است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۰/۳).

۴. استلزام تغییر وقف

بی‌تردید با توجه به ماهیت وقف که عبارت است از حبس عین، امکان تغییر وقف بعد از وقوع وجود ندارد. این در حالی است که صحت شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم، مستلزم تغییر در وقف می‌باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۶/۲۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰/۴).

۵. خلاف سیره عقلا بودن شرط ادخال غیر موقوف علیهم

برخی فقها ضمن حکم به بطلان شرط مذکور، معتقدند علت بطلان آن است که این شرط مانوس نبوده و خلاف سیره عقلاست؛ بدین معنا که در سیره علما و نیز عقلا دیده نشده که واقف مالی را وقف کند و سلطه را هم دست خودش نگه دارد تا هر کس را که بخواهد بیاورد و هر کس را هم که بخواهد خارج کند.

اشکال این استدلال آن است که گرچه در میان غیر مسلمانان نیز وقف به شکل‌های مختلفی وجود دارد، اما اثبات اینکه چنین شرطی در میان عقلا مرسوم نباشد، بسیار مشکل است؛ بگذریم که وجود پرسش‌های متعدد از امامان علیهم‌السلام در مورد شرعیت چنین شرطی، خود دلیل روشنی بر وجود چنین پدیده‌ای در وقف‌های آن زمان است. افزون بر همه این‌ها، ادعای برخی قائلان به صحت چنین وقفی، وجود احادیثی است که بر صحت آن دلالت دارد و از آنجا که این احادیث، مخالف سیره عقلاست، چنین سیره‌ای باطل خواهد بود.

بر اساس آنچه تا بدین جا آوردیم، می‌توان گفت که گرچه ما در برخی ادله قائلان به بطلان اشکال کردیم، اما بعضی دیگر از این استدلال‌ها صحیح است و چون قبلاً ادله جواز آوردن چنین شرطی در ضمن وقف مورد اشکال واقع شد، می‌توان نتیجه گرفت که شرط ادخال برخی از افراد به موقوف علیهم به وسیله واقف - چنانچه مفاد شرط، تسلط واقف بر تصرف در موقوفه و ادخال هر کسی که اراده کند در موقوف علیهم باشد، صحیح نیست.

عدم بطلان وقف بر فرض بطلان شرط

تا اینجا مسئله بطلان و صحت شرط مورد بحث قرار گرفت. در پایان دیدگاه بطلان، پاسخ به این سؤال ضروری است که بر فرض بطلان شرط، آیا بطلان شرط به وقف نیز سرایت کرده و باعث بطلان وقف می‌شود یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، بسیاری از فقها سکوت کرده و صرفاً در خصوص صحت و بطلان شرط بحث کرده‌اند. با وجود این، برخی از محققان تصریح کرده‌اند که شرط ادخال نه تنها خود باطل است، بلکه وقفی که به همراه چنین شرطی انشاء شود نیز باطل می‌باشد. این نظریه به حنابله و

شافعیه نسبت داده شده است (مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۰۳/۲). دلیل مبطل بودن شرط مذکور را خلاف مقتضای وقف بودن آن می‌دانند؛ بدین توضیح که مقتضای عقد، غیر از ماهیت عقد است. مقتضای عقد، اثر اصلی عقد است که از آن منفک نمی‌شود، مثل جواز تصرف در مبیع که اثر تملیک است، و شرط بایع بر مشتری مبنی بر اینکه من مبیع را به تو می‌فروشم به شرطی که در آن تصرف نکنی، خلاف مقتضای عقد است و شرط عدم انتفاع موقوف‌علیهم از موقوفه هم نظیر آن است. اما این شرط که موجب می‌شود ادخال غیر به اراده واقف باشد، معنایش آن است که سلطه واقف بعد از وقف، همچنان بر مال موقوفه باقی باشد و قطع نگردد و این با ماهیت وقف منافات دارد و در حقیقت واقف فقط در لفظ گفته که من فلان چیز را با این شرط وقف کرده‌ام، اما در واقع، سبب شرعی - یعنی همان وقف شرعی - محقق نشده است و بر فرض که شک کنیم آیا وقف با شرط مذکور، ایجادکننده وقف شرعی هست یا نه، اصل بر عدم تحقق آن می‌باشد (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۰).

به نظر می‌رسد که این دلیل نمی‌تواند بطلان را ثابت کند؛ زیرا مقتضای هر عقدی، اثر اصلی و هدف اصلی عقد است. اثر اصلی وقف، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم و هدف اصلی وقف، فراهم کردن فضای مناسب جهت انتفاع موقوف‌علیهم است. شرط مورد بحث، نه خلاف اثر اصلی است و نه خلاف هدف اصلی؛ بدین توضیح که چون با وقف، حق انتفاع عین موقوفه به موقوف‌علیهم منتقل می‌شود و شرط مذکور باعث سلب این اثر وقف نمی‌شود، از این رو شرط خلاف اثر اصلی نخواهد بود. از طرفی، هدف وقف که همانا فراهم کردن فضای مناسب جهت انتفاع موقوف‌علیهم است، نیز حاصل می‌شود. البته برخی برای اثبات منافات داشتن شرط مورد بحث با هدف وقف گفته‌اند که با شرط مذکور، حصه و نصیب موقوف‌علیهم موجود از مال موقوفه کاسته خواهد شد و این واقعیت با مقتضای وقف که همانا بهره‌مندی تام و کامل موقوف‌علیهم از وقف باشد، منافات دارد (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۵). ولی باید دانست که نقد پیش‌گفته وارد نیست؛ چرا که وقتی واقف از همان ابتدا شرط ادخال من ببرد می‌کند، در حقیقت حصه و سهم موقوف‌علیهم را به طور محدود برقرار کرده است (همان؛ بحرانی، بی‌تا: ۳۰۶/۱۳) و به تعبیر محقق ثانی:

«إِنَّ الْعَقْدَ لَمَّا تَضَمَّنَ هَذَا الشَّرْطَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ إِلَّا مَعَهُ، فَلَمْ يَسْتَحِقُّوا شَيْئًا إِلَّا بِالشَّرْطِ» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱/۹).

وانگهی آنچه با انشای وقف ایجاد می‌شود، ایجاد حق انتفاع برای موقوف‌علیهم است. اما میزان بهره‌مندی ایشان از موقوفه، بستگی به اراده واقف دارد (همان). شاهدش آن است که اگر واقف، مال موقوفه را بر شخص معین و اولاد و فرزندان وی که در آینده متولد خواهند شد، وقف نماید، آن هم به گونه‌ای که با تولد، فرزند از وقف نصیب ببرد، بی‌تردید چنین وقفی صحیح است، با اینکه با تولد فرزندان، حصه و سهم موقوف‌علیهم موجود کاسته خواهد شد.

نتیجه‌گیری

با توجه به مباحث پیش‌گفته روشن شد که شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم گاه به این صورت است که ادخال غیر موقوف‌علیهم به اراده واقف واگذار شده و بعد از وقف، هر زمان و نسبت به هر کسی که واقف اراده کند، امکان ادخال ایشان در وقف وجود دارد. گاهی شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم با ارائه معیاری در زمان انشای وقف صورت می‌گیرد و چنین نیست که مصداق و موارد آن مجهول بوده و به ارائه واقف وانهادده شده باشد؛ نظیر اینکه در ضمن وقف شرط می‌شود که هر گاه موقوف‌علیهم صاحب فرزند شوند، فرزندان ایشان نیز داخل در موقوف‌علیهم گردند. صورت دوم خارج از محل نزاع بوده و در خصوص صحت این شرط، تردید زیادی وجود ندارد؛ زیرا در این صورت، در حقیقت شروط و قیودی توسط واقف پیش‌بینی شده که با تحقق آن شروط و قیود، شخص مصداق موقوف‌علیهم قرار می‌گیرد. به دیگر سخن، این صورت نظیر وقف عام است؛ برای مثال، در مواردی که شخصی مالی را وقف بر فقرا می‌کند، در حقیقت معیاری (فقر) برای تعیین موقوف‌علیهم عنوان نموده است که هر کس حائز این معیار گردید، موقوف‌علیهم قلمداد می‌شود. آنچه محل نزاع است، صورت نخست است؛ یعنی اگر شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم، رجوع کند به جعل سلطنت برای واقف در ادخال کسانی که عنوان موقوف‌علیه بر آن‌ها منطبق نمی‌شود، در این صورت در حقیقت، امر وقف به ید واقف و تحت اختیار او قرار گرفته است.

لذا این شرط با توجه به ادله‌ای که ذکر کردیم، باطل است؛ چون عقد وقف لازم بوده و تغییر و تبدیل در آن امکان‌پذیر نیست.

۲۶۷

از این رو، به نظر می‌رسد ماده ۶۱ قانون مدنی که مقرر نموده است: «وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف‌علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف‌علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند»، از نوعی ابهام برخوردار باشد و برای رفع ابهام و تبیین محل شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم در وقف، لازم است که مورد بطلان شرط مذکور، با الحاق چند تبصره به ماده ۶۱ روشن گردد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. ابن سعید حلّی، یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۴. اراکی، محمدعلی، الخیارات، قم، در راه حق، ۱۴۱۴ ق.
۵. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ق.
۶. همو، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۷. بحرانی، حسین بن محمد بن ابراهیم، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۹. بصری بحرانی، محمد امین زین‌الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، بی تا، ۱۴۱۳ ق.
۱۰. بهجت، محمدتقی، جامع المسائل، چاپ دوم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ ق.
۱۱. بیهقی کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، قم، مجمع الامام المهدی علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، بی تا، بی نا، بی تا. (الف)
۱۵. همو، منهاج الصالحین، بی تا، بی نا، بی تا. (ب)
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۹. سبحانی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۱. سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیلة؛ الوقف، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۲۶ ق.
۲۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، بیروت، دار الصفوه، ۱۴۱۵ ق.
۲۵. طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، تکملة العروة الوثقی، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.

۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، *زین الدین بن علی، حاشیه الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۰. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۱. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. همو، *تلخیص المرام فی معرفة الاحکام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۳۳. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۴. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۵. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۶. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیه کتاب المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ش.
۳۷. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۸. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشککات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۹. فیاض، محمد اسحاق، *رساله توضیح المسائل*، قم، مجلسی، بی تا.
۴۰. همو، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا، ۱۴۲۶ ق.
۴۱. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۲. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الوقف*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۳. کاشف الغطاء، عباس بن حسن، *منهل الغمام فی شرح شرائع الاسلام*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ ق.
۴۴. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمد رضا، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۵. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۶. کرمانشاهی، محمد علی، *مقامع الفضل*، قم، مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی، ۱۴۲۱ ق.
۴۷. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۹. مغنیه، محمد جواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیاریت جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۵۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.

۵۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، بی‌تا.
۵۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج‌الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه‌العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. موسوی سبزواری، سیدعبد‌الاعلی، *جامع‌الاحکام‌الشرعیه*، چاپ نهم، قم، المنار، بی‌تا.
۵۴. همو، *مهذب‌الاحکام فی بیان‌الحلال‌والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۵. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة‌العباد*، قم، دارالقرآن‌الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر‌الکلام فی شرح‌شرائع‌الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار‌احیاء التراث‌العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۷. وحید خراسانی، حسین، *منهاج‌الصالحین*، چاپ پنجم، قم، مدرسه‌امام باقر(ع)، ۱۴۲۸ ق.
۵۸. یزدانی، غلامرضا، «صحت شرط‌خیار در وقف در فقه اسلامی»، *مجله‌جستارهای فقهی - اصولی*، سال ششم، شماره ۱۸، بهار ۱۳۹۹ ش.

