

تحلیل فقهی - حقوقی بیع مال موقوفه

تاریخ دریافت: ۸۹/۶/۲

تاریخ پذیرش: ۸۹/۸/۱۵

روشنعلی شکاری*

اسماعیل کریمیان**

چکیده

در این مقاله پس از بررسی تاریخی نهاد وقف، به مفهوم شناسی این نهاد فقهی حقوقی پرداخته و پس از گزارشی مروری از ارکان و آثار وقف به بیع مال موقوفه می‌پردازیم، در این موضوع اصل عدم امکان فروش مال موقوفه را تقویت می‌نمائیم و سپس استثنائات این اصل یعنی خراب شدن عین موقوفه، بیم خرابی مال موقوفه، خرابی بعضی از مال موقوفه، جواز فروش مال موقوفه ناشی از روابط موقوف علیهم (بیم نزاع و سفک دماء) تبدیل موقوفه به احسن، اضطرار، شرط فروش در عقد وقف را به بحث می‌گذاریم و سرانجام مختصری از احکام مذکور را در سایر مذاهب اسلامی معرفی خواهیم نمود.

واژگان کلیدی

وقف، بیع موقوفه، خرابی مال موقوفه، روابط موقوف علیهم

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران

مقدمه

میل به جاودانه زیستن از آرزوهای دیرینه انسان‌ها است. انسان آرزومند ابدیت، همین که از بقای خاکی خویش نا امید می‌شود، در جستجوی یادگاری است تا به وسیله آن از یادها نرود. از جمله بهترین شیوه‌ها که مورد سفارش اکید تعالیم و آموزه‌های اسلامی نیز قرار گرفته وقف اموال جهت خدمت به دیگران است. علاوه بر دین اسلام، فکر حبس مال از تملیک و تملک و اختصاص دادن منافع آن به جهت معینی، از زمانهای دور در بین سایر ملل نیز وجود داشته است. می‌توان تأمین مالی اداره معابد به عنوان محلی برای پرستش خدا و ادای اعتقادات دینی در ادیان مختلف را ذکر نمود. افرادی که تمکن مالی داشتند قسمتی از اموال خود را جهت اداره اماکن مذهبی، اختصاص می‌دادند. در مصر قدیم برای تعمیرات و نوسازی و اقامه مراسم و تأمین مخارج رهبران دینی، املاکی را به خدایان و معابد اختصاص می‌دادند. حبس مال در روزگاران گذشته در ابتدا به انگیزه اداره اماکن مذهبی، و سپس در راستای اهداف دیگر مورد توجه قرار گرفت.

نهاد حقوقی «تراست» در نظام حقوقی کامن لا نمونه بارز دیگر توجه به این نهاد در بین سایر ملل است. استفاده‌های متعددی از نهاد تراست در طول تاریخ به عمل آمده است که از مصادیق بارز آن: دستگیری و تغذیه مالی مستمندان، کمک به مؤسسات خیریه و کمک به نهادهای فرهنگی است.

گرچه در ادیان باستانی و بین ملل مختلف به نحوی حبس مال معمول گردیده است، ولی نهاد وقف در اسلام ویژگی خاصی دارد و تأکید بر امر خیر در تعالیم مذهبی برای رضای خداوند، برجستگی ویژه‌ای دارد، به نحوی که کثرت نظرهای فقهی در این باب بر کسی پوشیده نیست. وقف در مذاهب مختلف اسلامی، مورد بحث قرار گرفته، و اختلاف نظر در آن نیز از مشروعیت وقف گرفته تا فروع آن زیاد است. ویژگی مسائل وقف در کشور ما بدان جهت است که در جوار احکام فقهی، مقررات قانونی زیادی در مورد آن تدوین شده است. وجود این قوانین ناشی از کثرت اموال موضوع وقف است (انجوی نژاد و امامی، ۱۳۸۳، ص ۱۵۴)، به نحوی که موقوفات در حال حاضر، بخشی از ثروت‌ها و دارایی‌های اقتصادی جامعه را تشکیل می‌دهد.

همین انگیزه موجب شد که در طول تاریخ سلاطین سعی کنند که در کنترل و استفاده از موقوفات گامهایی بردارند اما در حال حاضر بیشتر ساماندهی این منابع ارزشمند در راستای برنامه‌های اجتماعی با در نظر گرفتن نیت واقعی واقفان اهیت یافته است. اولین قانون مدون برای اداره موقوفات در ایران، به سال ۱۲۸۹ مربوط می‌شود. از آن تاریخ به بعد تحولاتی در قوانین به وجود آمده که متأثر از سیاست‌های عمومی و ارضی دولت است. پس از انقلاب اسلامی، تحولاتی در جهت احیای موقوفات به عمل آمد ولی حفظ موقوفات و هدایت مطلوب آن، در استفاده بهینه هنوز مطرح و موضوع بحث است. یکی از مسائل مهم و مورد اختلاف فقها و حقوق دانان مسأله پایان وقف و به ویژه امکان فروش آن است. از آنجا که وقف تحبیس عین و تسبیل منفعت است و عقدی دائم است که دوام و بقاء جزء ذات آن بوده و از هرگونه نقل و انتقال مصون است در نتیجه بر طبق نظر همه فقها و عالمان حقوق اصل اولیه، عدم امکان خرید و فروش، رهن و ارث مال موقوفه است. با وجود این‌ها مواردی حاصل می‌شود که بقاء وقف با مصلحت سازگار نیست و در این شرایط است که اختلاف نظرات اصلی در مورد نحوه و موارد امکان فروش پدیدار می‌شود. در این تحقیق سعی شده با بررسی این موارد ابعاد مختلف بحث و آثار آن روشن گردد. بنابراین در ابتدا کلیاتی در مورد وقف و ارکان آن ذکر می‌شود و در ادامه بیع مال موقوفه به طور خاص مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. کلیات

در این مبحث سعی می‌کنیم تصویری مختصر و در عین حال روشن از نهاد وقف ارائه کنیم، بنابراین در ابتدا به معنا و تاریخچه وقف می‌پردازیم و سپس ارکان وقف را بررسی می‌کنیم و در نهایت پایان وقف را مورد توجه قرار می‌دهیم:

۱-۱. تعریف وقف

وقف در لغت به معنی ایستادن، به حالت ایستاده ماندن، آرام گرفتن، اقامت کردن، ساکن کردن، حبس کردن، توقف نمودن در کلام، دانستن و مطلع شدن است. وقف مفرد است و جمع آن وقوف یا اوقاف است. (ملکزاده، ۱۳۸۵، ص ۱۷) در مورد تعریف اصطلاحی و حقوقی وقف اختلاف نظر چندانی بین فقها حقوقدانان وجود ندارند و همگی آن‌ها تعریف تقریباً مشابهی را ارائه می‌کنند.

وقف در ماده ۵۵ قانون مدنی این گونه تعریف شده است: «وقف عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود»

تعاریف فقهای امامیه نیز در همین راستا است. امام خمینی می‌فرماید: «و هو (وقف) تحبیس العین و تسبیل المنفعه.» (الخمینی، ۱۳۶۸، ص ۶۲) محقق حلی در شرایع السلام می‌نویسد: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه» (حلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۲)

علمای مذهب شافعی گفته اند: وقف عبارت است از حبس مالی که انتفاع از آن با ابقاء عین مال ممکن باشد و تصرف در اصل مال ممنوع و مقطوع گردد و منافع رقبه به قصد قربت در بر هزینه شود. در فقه حنفی وقف عبارت است از: حبس عین مال بر ملک واقف و صدقه دادن منفعت آن. در فقه حنبلی آمده است که: وقف حبس اصل مال و تسبیل ثمره آن است. (سلیمی فر، ۱۳۷۰، ص ۱۱)

همان‌طور که گفته شد تعریف قانون مدنی متخذ است از تعریفی که برای وقف در کتب فقه به این عبارت مذکور است (تحبیس الاصل و تسبیل الثمره) و شهید در لمعه و محقق در شرایع به جای "تسبیل الثمره اطلاق المنفعه" تعبیر کرده و این تعبیر در مقابل تحبیس مناسبتر است.

«به هر حال تعریف مذکور را که موافق است با حدیث "حبس الاصل و تسبیل الثمره" نمی‌توان تعریف حقیقی دانست زیرا تعریف حقیقی که آن را حده تام گویند عبارت از تعریفی است که جامع جمیع افراد معرف و مانع از اغیار باشد بر عکس این تعریف مانع دخول عمری رقبی و سکنی و حبس نبوده و بر آن‌ها نیز صادق است در حالی که وقف بر آن‌ها صدق نکرده و شامل آن‌ها نمی‌باشد بنابراین تعریف مزبور از

باب ذکر خاصه شیء است که آن را تعریف لفظی و شرح اسم گویند». (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۹)

نتیجتاً می‌توان گفت که در اصطلاح حقوقی وقف عبارت است از این که عین ملک یا مالی از طرف مالک آن حبس گردد به طریقی که هرگز فروخته و یا به رهن دیگری گذاشته نشود و سود و بهره آن در راه خدا، موافق نظر واقف به مصارف خیر برسد. دکتر لنگرودی در حاشیه پنجم ذیل ماده ۵۵ قانون مدنی می‌نویسد:

«وقف تسبیل منافع است ولی هر تسبیل منافع وقف نیست، مانند: طرق و شوارع عامه، که تسبیل منافع بدون وقف است». (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۵۵)

از واژه «عین» در تعاریف ذکر شده بر می‌آید که مال مورد وقف باید به صورت عین باشد و سایر انواع اموال قابل وقف نیست. منظور از «حبس» ممنوع کردن نقل و انتقال و یا تصرفاتی است که موجب تلف عین می‌شود، زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است. منظور از «تسبیل» این است که واقف از استفاده از منافع موقوفه به طور شخصی صرف نظر کرده و مقرر نماید که در راه خدا و امور خیریه و اجتماعی مصرف گردد. (امینیان مدرس، ۱۳۸۱، ص ۲۶)

بسیاری از فقها از جمله امام خمینی در تحریر الوسیله و محقق حلی در شرایع، تنجیز و قصد قربت را از دیگر شرایط وقف ذکر کرده اند.

۲-۱. تاریخچه وقف

اعمال و عقود شبیه به وقف، در تمام اجتماعات بشری وجود داشته و دارد. ولی وقف در فقه اسلامی ویژگی‌هایی دارد که باید گفت وقف از مختصات نظام حقوقی و اقتصادی اسلام است.

۱-۲-۱. وقف پیش از اسلام

اگرچه تاریخ پیدایش اوقاف و نذورات و چگونگی آن در میان ملل و اقوام قدیمی به خوبی روشن نیست، ولی از قواعد و شواهد تاریخی می‌توان استنباط کرد که از آغاز پیدایش ادیان آسمانی و ظهور کاهنان و بعثت انبیاء، ساختمان‌ها، معبد‌ها و کنیسه‌ها و آتشکده‌ها و قربانگاه‌ها و صدقات جاریه و نذورات مستمری مانند اوقاف وجود داشته

است که به مصارف خیریه و عمران و آبادی آن معابد می‌رسیده و کاهنان و موبدان و کشیشان و کاتبان از درآمد آن‌ها امرار معاش می‌کردند. از میان ملل قدیم، به خصوص نژاد ایرانیان از زمان‌های بسیار قدیم به پیروی از آیین و کیش خود، به کارهای نیک و آبادانی و دستگیری از درماندگان و بینویان توجه بسیار داشتند، و به یقین دارای موقوفات و نذورات بسیاری برای نگهداری معابد و آتشکده‌های خود بودند که پاره‌ای از آن‌ها در برخی از شهرهای ایران از قبیل یزد و کرمان هنوز در نزد زرتشتیان باقی و دایر است.

از روی قرائن می‌توان حدس زد که آتشکده معروف «آذر گشب» در بلخ موقوفات و نذورات بسیار داشته، ولی چنان که اشاره شد چگونگی وقف در دوره‌های قبل از اسلام و تعریف و احکام آن‌ها به خوبی روشن نیست. (شهابی، ۱۳۴۳، ص ۲)

۱-۲-۲. وقف پس از اسلام

در کتاب صحیح بخاری آورده شده است که پیغمبر اکرم (ص) زمینی را وقف کرد و منافع آن را برای ابن سبیل صدقه قرار داد. در کتب شیعه نیز از املاکی که حضرت فاطمه بانوی بزرگ اسلام و حضرت علی (ع) و همچنین سایر امامان علیهم‌السلام آن‌ها را وقف کرده‌اند به تفصیل سخن رانده شده است. به قراری که مشهور است باغ‌هایی هم اکنون در مدینه به نام «باغ صبا» و «باغ مرجان» وجود دارد که از موقوفات امام حسن مجتبی و علی ابن حسین (ع) است.

از زمان پیغمبر اسلام هنوز چند قرن سپری نشده بود که سطح موقوفات نیز مانند سایر جنبه‌های تمدن اسلامی به وضع شگفت‌انگیزی رو به توسعه نهاد و املاک و مستغلات بزرگ و پر درآمد یکی پس از دیگری برای خیرات و میرات عمومی وقف شد. در دوره خلافت عباسیان، که به عصر طلایی تمدن اسلامی شهرت دارد، موقوفات و درآمد آن‌ها در تمام کشورهای اسلامی رو به فزونی نهاد و مردمان خیر اندیش و امرا و وزرا و بزرگان و تجار موقوفات بسیاری برای امور عام المنفعه از خود به یادگار گذاشتند، چنان که از مصارف موقوفات، همه گونه وسایل زندگی برای طبقات بی بضاعت و فقیر به خوبی فراهم بود. پس از پایان خلافت عباسیان در همین عصر در هنگام پادشاهی آل بویه که از خاندان ایرانی الاصل بودند، در شهرهای بزرگ ایران و

عراق املاک بسیاری به امور فرهنگی، بهداشتی و دینی به وسیله پادشاهان و وزرای آن طایفه وقف گردید. موقوفات در زمان تیموریه و صفویه به اوج خود رسید که تا کنون نیز ادامه دارد. (شهابی، ۱۳۴۳، ص ۲)

اهمیت اوقاف به ویژه در بخش اراضی مزروعی آن اندازه بود که توجه دولت‌ها را به خود جلب کند و لذا اداره موقوفات به قضات که معمولاً از روحانیون بودند واگذار شد. پس از انقلاب مشروطه ایران، در قانون مدنی ایران که مقتبس از فقه امامیه است، از وقف بحث مخصوص شده و مواد قانونی و آیین نامه‌ها و مقرراتی متعددی برای آن تنظیم گردیده است. از زمان تاسیس سازمان اوقاف نیز تحرک چشمگیری در امور مربوط به وقف به وجود آمد و پرونده‌های زیادی به جریان افتاد و رقباتی به عنوان موقوفه به ثبت رسید و زمین‌های موقوفه زیادی به اجاره واگذار شد. (صادقی گلدر، ۱۳۶۲، ص ۱۰۴)

۲. تشکیل وقف و انواع آن

در این گفتار سعی می‌کنیم با اشاره‌ای کوتاه به ارکان عقد وقف و انواع آن تا حد امکان تصویری از این نهاد حقوقی ارائه کنیم تا زمینه بحث‌های بعدی در مورد بیع موضوع این عقد روشن تر گردد.

۲-۱. ارکان عقد وقف

همان طور که از ماده ۵۶ قانون مدنی بر می‌آید وقف یکی از عقود معین است که شرایط و اوصاف آن تا حد زیادی در قانون مشخص شده است. وقف از جمله عقود عینی نیز هست، یعنی همان طور که از ماده ۵۹ قانون مدنی هم استنباط می‌شود تا زمانی که واقف مال مورد وقف را به تصرف موقوف علیهم ندهد عقد وقف محقق نمی‌شود. در عقد وقف مانند سایر عقود سه عنصر یا رکن اصلی را می‌توان شناسایی کرد: ایجاب کننده یا واقف، قبول کننده یا موقوف علیهم و موضوع عقد یعنی مال موقوفه. ذیلاً به بررسی هر یک از این ارکان می‌پردازیم:

۱. واقف: ماده ۵۷ قانون مدنی می‌گوید: «واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است» طبق قاعده کلی هر

مالکی می‌تواند ملک خود را وقف کند و در مورد این که آیا وقف فضولی جایز است یا خیر اختلاف نظر است. امام خمینی در کتاب تحریر الوسیله در مساله پنجم از ابتدای کتاب وقف می‌فرماید: «در مورد این که عقد فضولی در وقف جایز است یا خیر محل خلاف و اشکال است و جریان آن بعید نمی‌باشد لیکن احوط خلاف آن است.» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۶۳) محقق حلی در شرایع (حلی، ۱۳۷۷، ص ۵۳) وقف فضولی را غیر نافذ می‌داند که با اجازه مالک صحیح خواهد شد. در میان حقوقدانان نیز در مورد این امر اختلاف نظر وجود دارد، دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۹) و دکتر امامی (امامی، ۱۳۷۴، ص ۷۵) معتقد به صحت این نوع از عقد هستند و برخی دیگر (امینیان مدرس، ۱۳۸۱، ص ۵۰) معتقد به عدم صحت آن هستند. به نظر می‌رسد در این مورد خصوصیتی متوجه عقد وقف نباشد و مقررات عقد فضولی در قانون مدنی از جمله قواعد عمومی قراردادهاست که شامل عقد وقف نیز می‌شود. از این‌روی بین عقد وقف و سایر عقود تفاوتی نیست و عقد وقف فضولی در صورت تنفیذ مالک از تاریخ انعقاد صحیح است.

راجع به قسمت دوم ماده ۵۷ قانون مدنی باید گفت که، چون واقف در اموال خود دخالت می‌کند و مجاناً فک ملک مینماید، به طور مسلم باید دارای اهلیت قانونی که برای معاملات لازم است باشد. محجورین اهلیت استیفاً برای وقف کردن ندارند و انگهی وقف کردن اموال محجور از ناحیه نمایندگان قانونی ایشان نیز ممنوع است از حدود اختیارات آنان خارج است. تاجر ورشکسته نیز با استنباط از مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت، نمی‌تواند مال خود را وقف کند و اقدام او باطل خواهد بود. فقها غالباً مسلمان بودن واقف را شرط نمی‌دانند و کافر می‌تواند طبق مقررات اسلامی یا مذهب خود مالش را وقف کند.

۲. موقوف علیهم: رکن دیگر وقف موقوف علیهم هستند که تعیین نوع آن‌ها دارای آثار مهمی در عقد وقف است. نوع موقوف علیهم تعیین کننده نوع وقف است. در صورتی که موقوف علیهم محصور باشند، وقف خاص محقق می‌شود و اگر غیر محصور باشند وقف عام خواهد بود. در قسمت بعد به این امر خواهیم پرداخت. بر اساس ماده ۶۹ قانون مدنی وقف بر معدوم صحیح نیست، پس وجود موقوف علیهم در

زمان برقراری حق انتفاع شرط صحت وقف است البته به عقیده برخی حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۶۳) قابلیت وجود موقوف علیهم برای درستی وقف کافی است.

بر اساس قسمت دوم ماده ۶۹، می توان وقف را برای معدوم به تبع موجود ایجاد کرد، بنابراین طبقه موجود موقوف علیهم واسطه حمل این حق به معدوم که بعداً موجود می شود خواهند بود و نباید بین موقوف علیه موجود و موقوف علیه معدوم که بعداً به وجود خواهد آمد انقطاع زمانی صورت گیرد. در مورد وقف بر حمل هم در بین فقها و هم حقوقدانان اختلاف نظر دیده می شود. محقق حلی در شرایع این نوع وقف را باطل می داند. «لو وقف علی المعدوم ابتداء لم یصح کمن وقف علی من سیولد او علی حمل لم ینفصل». (حلی، ۱۳۷۷، ص ۵۳) امام خمینی نیز در تحریر الوسیله (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۷۰) وقف بر حمل قبل از تولد را صحیح نمی داند. به نظر می رسد از آن جا که «حمل از حقوق مدنی متمتع می شود مشروط بر این که زنده متولد شود» (ماده ۹۵۷ قانون مدنی) باید گفت که حمل پس از تولد از مال موقوفه منتفع گردد که در این فرض با وحدت ملاک ماده ۶۳ ق. م ولی فهری حمل اقدام به قبض مال موقوفه می کند.

یکی دیگر از شرایط موقوف علیهم این است که بتواند شرعاً و قانوناً صاحب حق انتفاع شود، بنابراین به همان نحو که کافر نمی تواند مالک قرآن گردد حق انتفاع از آن را هم نخواهد داشت. به این نکته نیز باید توجه داشت که بر اساس ماده ۷۲ قانون مدنی وقف بر نفس باطل است، مگر این که وقف بر مصالح عامه باشد و خود واقف نیز از مصادیق موقوف علیهم قرار گیرد.

۳. مال موقوفه: در چند ماده از قانون مدنی شرایطی برای مال موقوفه تعیین شده است. ماده ۵۸ این قانون وقف مالی را جایز می داند که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد، در نتیجه می توان استنباط کرد که وقف دین و منفعت باطل است. عین بودن مال مورد وقف را از ماده ۵۵ که وقف را حبس عین و تسبیل منفعت می داند نیز می توان

استنباط نمود. علاوه بر این وقف مالی جایز است که قابلیت بقا داشته باشد. پس اموال مصرف شدنی یا اموالی را که در مدت کوتاهی فرسوده می‌شوند را نمی‌توان وقف کرد. مستنبط از ماده ۶۴ قانون مدنی، منافع مال موقوفه نباید به طور دائمی و همیشگی در اختیار شخصی باشد زیرا در این حالت هدف وقف که استفاده از منافع مال است منتفی می‌گردد. اما به طور موقت قرار گرفتن منفعت مال در اختیار دیگری یا موجود بودن حق ارتفاق در مال مورد وقف خللی به آن وارد نمی‌کند.

بر اساس ماده ۶۷، مال مورد وقف باید قابلیت قبض و اقباض داشته باشد در غیر این صورت وقف باطل است، زیرا در صورت وجود عدم امکان قبض مال موقوفه امکان انتفاع از آن نیز وجود نخواهد داشت. البته بر اساس قسمت دوم ماده ۶۷ قبض و اقباض مال موقوفه طریقت دارد و اگر بر خلاف واقف، موقوف علیهم قادر به اخذ آن باشند وقف صحیح خواهد بود.

۲-۲. وقف خاص

وقف را هنگامی وقف خاص می‌نامند که موقوف علیهم عقد وقف، اشخاص محصور و معینی باشند. بر اساس ماده ۵۶ و ۶۲، برای تحقق وقف خاص قبول و قبض طبقه اول موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها ضروری است. بر اساس ماده ۶۳ قانون مدنی در صورتی که موقوف علیهم محجور باشند، ولی و وصی آنها از جانب ایشان موقوفه را قبض می‌کند.

اگر در وقف خاص اوصافی برای موقوف علیهم معین شود که در حین عقد وجود داشته‌اند و بعداً صفات مذکور از آنان سلب شود وقف باطل است. همچنین اگر موقوف علیهم منقرض گردند و طبقه دیگری هم از آنها وجود نداشته باشد، وقف باطل می‌گردد و به ملکیت واقف یا وراث او باز می‌گردد. (امینیان مدرس، ۱۳۸۱، ص ۶۳) و همان‌طور که ذکر شد در وقف خاص، واقف نمی‌تواند جزء موقوف علیهم قرار گیرد یا پرداخت دیون و مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد.

۲-۳. وقف عام

وقف عام در دو حالت واقع می‌گردد. یکی وقف بر افراد غیر محصور مانند: وقف بر فقرا و دیگری وقف بر جهت و مصالح عامه مثل وقف بر گسترش علم و دانش. در

وقف عام قبول با حاکم است و قبض با متولی موقوفه، زیرا در زمان انعقاد وقف متولی هنوز نقشی ندارد تا قبول را بتوان بر عهده او نهاد و پس از قبول از ناحیه حاکم است که قبض از سوی متولی مطرح می‌شود.

در وقف عام بر خلاف وقف خاص خود واقف هم می‌تواند جزء موقوف علیهم قرار گیرد و از آن منتفع گردد.

در هنگام پایان وقف یا موارد جواز بیع موقوفه، اختلاف نظرهای عمده‌ای بین وقف خاص و عام وجود دارد که در ادامه به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۲-۴. پایان وقف

وقف نیز مانند هر عقد دیگری سرانجام پیام می‌پذیرد. اما پایان وقف دارای ویژگی‌هایی است که عقود دیگر از آن بی‌بهره‌اند و آن شرایط ویژه‌ای است که بر عقد وقف حاکم است و تا حدودی پایان این عقد را محدود به شرایط خاصی می‌نماید و از همین جهت پایان وقف یکی از مباحث مهم و اختلافی میان فقها شده است. ذیلاً به بررسی موارد پایان و زوال وقف می‌پردازیم.

۱. تلف موقوفه: هر چند مال مورد وقف باید در زمره اموالی باشد که با انتفاع از آن عین مال از بین نرود، ولی گاه در اثر حوادث ناگهانی مانند زلزله و آتش‌سوزی و یا به مرور زمان مانند خشک شدن آب قنات و یا در اثر کثرت استعمال مانند اموال منقول، مال موقوفه از بین می‌رود. (امینیان مدرس، ۱۳۸۱، ص ۶۷) بند دوم ماده ۵۱ قانون مدنی، در تبیین موارد زوال حق انتفاع، تلف شدن مالی که موضوع حق انتفاع می‌باشد را عنوان نموده است. البته، برای استفاده از مفهوم این ماده، می‌باید منظور از تلف را مشخص نمود. در لسان فقها، منظور از تلف عین موقوفه مواردی است که امکان هیچ‌گونه انتفاع از عین موقوفه وجود نداشته باشد. (دریاباری، ۱۳۸۱، ص ۲۲۳) بنابراین اگر تلف عین موقوفه به نحوی باشد که حتی بهره‌گیری از آن، حتی در اقرب به نظر واقف، وجود ندارد و امکان فروش و تبدیل به احسن نیز به دلیل غرری بودن معامله ممکن نیست، وقف پایان یافته تلقی می‌گردد. البته باید میان تلف وقف که عامل انسانی

در آن نقش ندارد و با اتلاف وقف که حاصل از عمل انسان می‌باشد تفاوت گذارد. از این رو در ادامه اتلاف را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲. اتلاف موقوفه: منظور از اتلاف، تلف کردن عین موقوفه توسط شخص، خواه به مباشرت و خواه به تسبیب می‌باشد که بنابر قاعده اتلاف، می‌باید ضامن باشد. اتلاف به نحو حکمی یا به نحو حقیقی قابل تصور است. برای نمونه، هرگاه موقوف علیهم، عین موقوفه را گم نمایند، این تلف حکمی است ولی هرگاه عین موقوفه را خراب کنند و یا آتش بزنند، این تلف حقیقی است. اما پرسش اینجا است که آیا با اتلاف عین موقوفه وقف پایان می‌پذیرد؟ موضوع هم در بین فقها و هم در بین حقوقدانان اختلافی است. برخی فقها معتقدند که استبدال وقف صحیح نیست، زیرا با اتلاف وقف، هدف واقف که انتفاع از عین موقوفه هست منتفی می‌شود و استبدال وقف موافق با قصد و هدف واقف نیست. در بین حقوقدانان نیز برخی در پی این نظر رفته و معتقدند مالی که اتلاف کننده به عنوان بدل می‌دهد خواه مثل باشد خواه قیمت، به خودی خود وقف نمی‌باشد. (امامی، ۱۳۷۴، ص ۹۴) در مقابل برخی دیگر از فقها (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۴) و حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۵۶) استبدال وقف را صحیح می‌دانند، و معتقدند شخصیت حقوقی موقوفه در مال جدید ادامه دارد، و حتی بدون صیغه جدید بدل مال موقوفه، اقتضای وقف را دارد.

با وجود دیدگاه‌های گوناگون در مورد وضعیت وقف در مورد اتلاف آن، قانون مدنی در این مورد ساکت است. به نظر می‌رسد اتلاف وقف، موجب پایان وقف نیست، و باید بپذیریم که در اثر اتلاف، وقف به طور کلی بدون موضوع باقی نمی‌ماند و ذمه تلف کننده جانشین عین موقوفه خواهد شد. در خصوص مغایرت استبدال با قصد واقف نیز باید خاطر نشان ساخت در این فرض قصد واقف مورد خدشه قرار نمی‌گیرد چرا که قصد او در هنگام انعقاد عقد محل بحث و گفتگو قرار می‌گیرد که در آن زمان معتبر بوده حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که با اتلاف عین موقوفه خدشه‌ای به قصد اولی واقف وارد می‌شود یا خیر؟ در پاسخ باید گفت در این مورد خدشه به قصد واقف محل اشکال نیست بلکه سؤال را باید روی موضوع عقد وقف متمرکز کرده و بگوییم آیا با اتلاف موضوع وقف عقد وقف منفسخ می‌شود یا خیر؟ از آنجا که

تحلیل فقهی - حقوقی بیع مال موقوفه ۱۰۱

انگیزه وقف، منفعت عموم از عین است اگرچه با اتلاف عین این انگیزه موضوع خود را از دست می‌دهد ولی آنچه متلف به عنوان بدل عین می‌دهد جایگزین عین تلف شده می‌شود و با توجه به شخصیت حقوقی این نهاد، عقد وقف با عین مبدله به حیات خود ادامه می‌دهد.

۳. انقراض موقوف علیهم: تأثیر انقراض موقوف علیهم در زوال وقف نیز از جمله موارد اختلافی میان فقها و حقوقدانان می‌باشد. با انقراض آن‌ها چهار فرض قابلیت طرح دارد:

الف: عین موقوفه به واقف یا وراث او در زمان انقراض موقوفه می‌رسد.

ب: به وراث واقف حین القوت او می‌رسد.

ج: به ورثه موقوفه علیه می‌رسد.

د: صرف امور خیریه می‌شود.

هر چهار نظر در بین فقهای امامیه و اهل سنت طرفدارانی دارد. در هر حال به نظر می‌رسد توجه به قصد و هدف واقف در تحلیل ما نحن فیه، ضروری است. بنابراین اگر واقف قید نموده باشد که تنها عین موقوفه در مصرف معین شده صرف شود، نمی‌توان در صورت انتفای هدف، آن را صرف موردی دیگر نمود و به ناچار باید قائل به پایان وقف شویم. اما اگر واقف، مصرف مال موقوفه را مقید به امر خاصی نکرده باشد، می‌توان آن را صرف امور خیریه نمود. برخی از حقوقدانان نیز با توجه به مواد ۹۰ و ۹۱ قانون مدنی همین نظر را تأیید کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰؛ امامی، ۱۳۷۴، ص ۲۱۰) تبصره ماده ۸ قانون اوقاف نیز در تأیید همین معنا می‌گوید: «درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آن‌ها، به علت قلت، برای اجرای نظر واقف کافی نیست، همچنین آن قسمت از درآمد موقوفاتی که به علت کثرت عواید، زاید بر مصارف متعارف باشد، با تشخیص و تحقیق اوقاف، به نزدیکترین غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد...».

۴. بیع موقوفه: یکی از مهم‌ترین و بحث برانگیزترین موارد پایان وقف بیع مال موقوفه است که موضوع اصلی این تحقیق را تشکیل می‌دهد. برخی بیع وقف را پایان

وقف قلمداد می‌کنند و برخی آن را راهی برای ادامه حیات وقف می‌دانند و برخی نیز اساساً بیع وقف را در هیچ فرضی قبول ندارند. در ادامه تا حد امکان به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۳. بیع مال موقوفه

در مورد جواز بیع مال موقوفه نظرات متعددی مطرح شده است و اختلاف نظرهای متعددی در این مورد دیده می‌شود. برخی از موارد جواز بیع در قانون مدنی نیز ذکر گردیده است اما با بررسی فقهی این بحث روشن می‌گردد که قانون تمام موارد ذکر شده در فقه را لحاظ نکرده است، پس با کنار هم قرار دادن قانون و منابع فقهی باید به موارد و نظرات متعدد در این مورد دست یافت.

۳-۱. اصل عدم امکان فروش مال موقوفه

دائمی بودن و فک ملک شدن در عقد وقف جزئی از ماهیت عقد وقف است و همچنین هدف از وقف این است که واقف می‌خواهد تا زمانی که ممکن است، حتی بعد از فوت خود، منافع موقوفه به موقوفه علیهم برسد و ثواب و اجر معنوی آن نیز نصیب واقف گردد، در نتیجه در این امر که اصل بر عدم امکان فروش مال موقوفه است اختلافی بین فقها و حقوقدانان دیده نمی‌شود. شیخ انصاری دلیل اصلی عدم امکان فروش مال موقوفه را اجماع و روایات وارد شده در این زمینه می‌داند. (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۲) از مهم‌ترین روایات، روایتی است از امام صادق(ع) که در مورد وقف نامه‌ای که حضرت علی(ع) نوشته‌اند فرمودند که حضرت علی(ع) خانه‌ای را وقف کرد و فرمود: «لا تباع و لا توهب حتی یرثها الذی یرث السماوات و الارض و...» البته شیخ معتقد است که سخن امام منصرف به موردی است که فروش موقوفه بدون عذر صورت گیرد اما در هر صورت اصل اولیه را بر عدم امکان فروش قرار می‌دهد. روایتی هم از محمد بن یعقوب ابن راشد نقل گردیده که وی در مورد زمینی وقفی از امام سؤال می‌کند و حضرت در پاسخ می‌گوید «لا یجوز شراء الوقف»

دکتر لنگرودی در حاشیه ماده ۸۹ قانون مدنی می‌نویسد: «اصل بر منع بیع وقف است، مگر در صورت حاجت و ضرورت که باید به همین قدر ضرورت اکتفا شود، اما

تحلیل فقهی - حقوقی بیع مال موقوفه ۱۰۳

اگر فروش بعضی سالب انتفاع از باقی باشد ضرورت فراگیر تمام موقوفه می‌گردد.
«(لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۵۵)

دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۶۴۰ به تاریخ ۱۳۷۱/۵/۱۸ بیان می‌دارد:
«...طبق ماده ۸۸ و ۸۹ و ۳۴۹ قانون مدنی و به نظر اکثریت فقهای امامیه و نیز نظر امام بزرگوار در مسأله ۷۳ تحریرالوسیله، فروش املاک موقوفه منوط به شرایط و اسباب خاص است و جز با وجود اسباب منصوص فروش مال موقوفه جایز نیست» (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۲۳۰) اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۶ بیان می‌دارد:
«فروش مال وقف، اعم از وقف عام و 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» (اداره کل تدوین قوانین، ۱۳۸۰، ص ۳۸)

همان‌طور که مشاهده می‌شود اصل اولیه عدم امکان فروش مال موقوفه خدشه ناپذیر است، اما مواردی وجود دارد که موجب ورود استثناهایی بر این اصل می‌گردد و باعث می‌شود که در موارد خاصی امکان فروش مال موقوفه فراهم گردد. این موارد گاهی مربوط به عین موقوفه است و گاهی مربوط به موقوفه علیهم و گاهی هم به علت عوامل خاص دیگر. در ادامه به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۲-۳. جواز فروش مال موقوفه ناشی از وضع عین موقوفه

همان‌طور که اشاره شد یکی از موارد اصلی جواز فروش مال موقوفه تغییر در وضعیت موقوفه است. این تغییرات به چند حالت ممکن است رخ دهد که عبارت است از:
الف: مال موقوفه عملاً خراب شود

ماده ۸۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «بیع وقف در صورتی که خراب شود... به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود». گاهی اوقات مالی را که واقف وقف کرده تخریب

می‌گردد. مثلاً ساختمان موقوفه‌ای بر اثر زلزله از بین می‌رود یا اتومبیل موقوفه‌ای بر اثر تصادف به نحوی منهدم می‌شود که دیگر قابل استفاده نمی‌باشد. در این حالت می‌توان باقیمانده مال موقوفه را در صورت مالیت داشتن به فروش رساند و وجه حاصل را در راه تحقق هدف واقف مصرف کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۶۴) البته باید توجه داشت که خرابی مال موقوفه باید به نحوی باشد که امکان انتفاع از آن میسر نباشد. اگر مال موقوفه قطعه باغی باشد که تعداد اندکی از درختان آن خشک شده باشد، این موضوع فروش مال موقوفه را مجاز نمی‌کند، چون هنوز امکان انتفاع از بقیه درختان باغ وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز معتقداند که دو شرط ذکر شده در انتهای ماده ناظر به بیع وقفی که خراب شده نیز هست، در نتیجه مال موقوفه تخریب شده در صورتی فروخته می‌شود که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.

برخی از حقوقدانان (حضرتی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۶؛ لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۵۵) نیز موردی را که وقف انتفاع مورد نظر واقف را ندارد ولی امکان انتفاع دیگر را دارد از جمله این موارد می‌دانند و بیع آن را با شرایط مربوطه جایز می‌شمارند.

در فقه اسلامی نیز خرابی مال موقوفه از مواردی است که فروش آن را جایز می‌کند. اما برخی فقها پس از تقسیم وقف به خاص و عام در فروش آن اختلاف کرده اند. امام خمینی در مسأله ۷۱ از کتاب تحریر الوسیله می‌نویسد: «اوقاف بر جهات عامه مانند مساجد، مدارس، مقابر، قناطر، و امثال آنها، که احدی مالک آنها نمی‌شود، در مساجد و مشاهد بدون اشکال فروختن آنها جایز نیست و در مدارس و مقابر و قناطر و امثال آنها بنابر احوط جایز نیست اگرچه خراب و مندرس شوند و امیدی به انتفاع آنها در جهت مقصوده نباشد البته نسبت به اعیان آنها» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۶۳) شیخ انصاری نیز پس از تقسیم وقف به موبد و منقطع، وقف موبد را به تملیکی و غیر تملیکی تقسیم می‌کند و می‌گوید: «بدون شک فروش موقوفات غیر تملیکی چون مالک صاحبان وقف به حساب نمی‌آید جایز نیست، به همین دلیل اگر مسجد دچار تخریب گردد فروشش ممنوع است». (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۶)

برخی از فقها نیز به طور کلی عرصه را مصون از فروش می‌دانند، خواه در وقف عام و خواه در وقف خاص. محقق حلی در شرایع الاسلام می‌نویسد: «اگر خانه‌ای

خراب شود عرصه آن از وقف خارج نمی‌شود و فروش آن جایز نیست». (حلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۴) علامه حلی نیز در قواعد الاحکام می‌نویسد: «اگر خانه از وقف خارج شود، عرصه آن وقف می‌ماند و فروش آن جایز نیست» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۵۷)

برخی از فقها نیز بدون تفکیک در بین انواع وقف، موضوع را به اطلاق مطرح کرده و فروش وقف را در حالت تخریب به طور کلی مطرح کرده‌اند. در تحلیل نظرات فوق باید گفت که اصولاً ماهیت وقف دارای دو رکن است: حبس مال و تسبیل منفعت. حال اگر تخریب وقف در حدی باشد که منفعت از آن منتفی شده باشد، در این صورت با از بین رفتن یک رکن اصل وقف نیز زایل می‌گردد و حتی رکن دیگر وقف نیز متزلزل می‌گردد، در نتیجه با این استدلال فرقی بین وقف خاص و عام قرار نمی‌گیرد و تخریب موجب جواز فروش خواهد بود. بحث راجع به فروش عرصه مال موقوفه کمی پیچیده تر است. از طرفی دائمی بودن و بقای وقف امری ضروری است و از طرفی نیز می‌توان گفت که انتفاع از وقف به نحوی که مورد نظر واقف بوده است منتفی گردیده است.

هر دو استلال دارای طرفدارانی است و از جهت شهرت فتوایی نمی‌توان یکی را بر دیگری ترجیح داد، اما به نظر نگارنده امکان فروش عرصه مال موقوفه به دلیل استلال ذکر شده و همچنین به این دلیل که در صورت فراهم شدن مقتضای فروش اصل بر امکان فروش است و دلیلی بر تفکیک وجود ندارد موجه تر به نظر می‌رسد.

ب: بیم خرابی مال موقوفه

بر اساس قسمت دوم ماده ۸۸ قانون مدنی: «بیع وقف در صورتی که... خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد، به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود». بر اساس این ماده، بیم از هر گونه خرابی، دلیل برای فروش مال موقوفه نیست و باید دو شرط ذکر شده در این ماده رعایت گردد. همچنین بر اساس نظر حقوقدانان (انجوی نژاد، و امامی، ۱۳۸۳، ص) شرط دیگر تحقق فروش، حصول اطمینان کامل از بیم مذکور است، و این اطمینان بر اساس حدس و گمان به وجود نمی‌آید، بلکه بر اساس انجام کار کارشناسی

حاصل می‌شود. از نظر تحلیلی نیز در موردی که مال موقوفه رو به خرابی می‌رود، با غرض واقف و مصلحتی که بنیان نهاده شده، تعارض دارد. لذا در صورتی که خرابی احتراز ناپذیر باشد، بیم خرابی مجوز بیع خواهد بود. (حضرتی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۸)

از دیدگاه فقهی نیز بیم خرابی مال موقوفه مجوز فروش خواهد بود اگرچه برخی از فقها در مورد این امر سکوت کردند. شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «لایجوز بیع الوقف... الا ان یخاف علی الوقف هلاکه او فساد...» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۵۳) الاسحاق الجلی در کتاب غنیه النزوع می‌گوید: «انه یجوز عندنا بیع الوقف للموقوف علیه اذا خیف خرابه» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۵۸) برخی از فقها نیز بین وقف عام و خاص تفاوت گذارده‌اند و بیع وقف را در این حالت در مورد وقف عام، به خصوص در مورد مساجد، نمی‌پذیرند. ابن ادریس در سرائر و علامه حلی در قواعد الحکام بر این نظرند.

در تحلیل نظرات فوق باید گفت که بیع وقف در این حالت نیز هم برای موقوف علیهم مفیدتر و هم با اهداف واقف سازگارتر است. پس راهی را که قانون مدنی برگزیده صحیح است و همچنین ادله و اهداف ذکر شده برای بیع وقف در این حالت، شامل وقف خاص و عام به طور یکسان است.

ج: خرابی بعضی از مال موقوفه

ماده ۸۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه بعضی موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعضی فروخته می‌شود مگر این که خرابی بعضی سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی ماده است بشود، در این صورت تمام فروخته می‌شود» بنابراین اگر قسمتی از موقوفه خراب شود، یا در معرض خرابی قرار گیرد، این امر سرایت به سایر قسمت‌ها نمی‌کند. مانند این که موقوفه خانه یا باغی باشد و خانه خراب شود ولی باغ قابل انتفاع باشد که در این صورت همان قسمت خانه فروخته می‌شود. اگر خرابی در قسمتی از موقوفه به نحوی باشد که امکان انتفاع از بقیه نباشد، در آن صورت تمام موقوفه به فروش می‌رود مانند حمامی که قسمت آتشیخانه و تأسیسات آب‌رسانی آن خراب شده است که در این صورت حمام قابل استفاده نخواهد

تحلیل فقهی - حقوقی بیع مال موقوفه ۱۰۷

بود. برخی از حقوقدانان (امینان مدرس، ۱۳۸۱، ص ۱۷۳) رعایت شرایط ماده ۸۸ نیز در فروش بعضی لازم می‌دانند.

در فقه اسلامی موارد مربوط به خرابی مال موقوفه به طور کلی ذیل یک عنوان بحث گردیده است. بر اساس نظر فقها که مشابه دیدگاه قانون مدنی است اگر بعضی از مال موقوفه خراب شود فقط آن بعضی فروخته می‌شود مگر این که خرابی بعضی به کل مال سرایت کند. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر بعضی از وقف به طوری خراب شود که انتفاع از آن ممکن نباشد فروختنش جایز است و اگر قسمت دیگر نیاز به تعمیر داشته باشد با منافع خودش و اگر ممکن نباشد بعید نیست بگوئیم بهای فروخته شده را صرف تعمیر قسمت دیگر کنیم» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۲۳) شیخ انصاری نیز در مورد وقف مؤبد تملیکی فروش آن را در صورت تخریب کل یا بعضی به گونه‌ای که کل وقف غیر قابل انتفاع باشد جایز می‌داند. (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۶) در این مورد نیز مانند تخریب کل موقوفه در مورد وقف عام و خاص اختلاف نظرهایی در بین فقها دیده می‌شود که بر اساس استدلالهایی که ذکر گردید نظر بهتر بر عدم وجود تفاوت در بین این دو نوع وقف است.

از نظر تحلیلی نیز خرابی بعضی مجوز فروش موقوفه نیست و فروش بعضی به نظر واقف نزدیک تر است تا فروش تمام آن. اما در فرضی که خرابی بعضی سبب سلب انتفاع از بقیه گردد در این صورت تمام موقوفه فروخته می‌شود و این امر با مصلحت وقف و نظر واقف سازگارتر است. (حضرتی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۸)

د: عدم قابلیت انتفاع عرفی، اگر مال موقوفه در اثر خرابی یا حادثه‌ای دیگر دارای عایداتی باشد که عرفاً بسیار ناچیز و یا غیر مفید باشد. به نظر برخی به استناد به ماده ۸۸ قانون مدنی می‌توان آن را فروخت. دکتر لنگرودی در حاشیه چهارم ذیل ماده ۸۸ می‌نویسد: «در مورد کاهش قابل ملاحظه منافع موقوفه فروش آن با رعایت تبصره ماده هشتم قانون سازمان حج و اوقاف روا است» (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۵۵) بر اساس تبصره ماده هشت قانون سازمان حج و اوقاف: «درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آنها به سبب قلت گرچه با پس‌انداز چند سال برای اجرای نظر

واقف کافی نباشد باتشخیص و تحقیق اوقاف در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد...» البته قانون سازمان اوقاف معیاری برای قلت عواید به دست نمی‌دهد اما به نظر اکثر حقوقدانان این امر یک معیار عرفی است. یعنی عین موقوفه طوری خراب شود که انتفاع از آن در دید عرف در مقایسه با امثال عین موقوفه در حکم عدم باشد. البته به شرطی که امیدی به بازگشت به حال نخست نباشد. (سلیمی فر، ۱۳۷۰، ص ۴۳)

اگرچه عدم قابلیت انتفاع عرفی به صراحت در قانون مدنی ذکر نشده است اما برخی از فقها به این امر اشاره نموده و این امر را مجوز فروش می‌دانند. شیخ انصاری در مورد وقف موبد تملیکی می‌نویسد: «تخریب موقوفه به گونه‌ای که بهره قابل توجهی از آن بر نیاید و حتی کاهش منافع موقوفه مجوز بیع آن است» (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۶) نائینی در کتاب منیه الطالب معتقد است: «زمانی که امکان انتفاع از موقوفه موجود نباشد اصل بر این است که فروش جایز است و هنگامی که اعیان موقوفه از انتفاع خارج می‌شوند فروش آن‌ها به نظر واقف نزدیک‌تر است». (نائینی، ۱۴۱۸.ه.ق، ص ۳۴۸) از نظر تحلیلی می‌توان استلال مشابه با موردی که موقوفه تخریب می‌شود را در اینجا اعمال کرد. در واقع هدف واقف بهره مندی موقوف علیهم از وقف است و حال اگر موقوفه دارای عایدات چندان ناچیزی باشد که عرفاً قابلیت استفاده نداشته باشد، دیگر باقی ماند وقف عقلایی به نظر نمی‌رسد، زیرا اگر منفعت زایل شود حکمت تشریح و فلسفه جعل وقف نیز زایل می‌گردد. (بهری و رضیان، ۱۳۸۵، ص ۱۳)

۳-۳. جواز فروش مال موقوفه ناشی از روابط موقوف علیهم

بر اساس قانون مدنی و همچنین فقه اسلامی مواردی وجود دارد که به علت اختلاف موقوف علیهم، بیم وقوع حوادثی از جمله خرابی مال موقوفه و صدمات بدنی به موقوف علیهم وجود دارد. در این موارد نیز طبق نظر اکثریت فقها و قانون مدنی بیع موقوفه جایز می‌گردد.

الف: خرابی مال موقوفه ناشی از اختلاف موقوف علیهم

ماده ۳۴۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که... منجر به خرابی مال موقوفه

گردد». پس اختلاف بین موقوف علیهم مجوز بیع است که منجر به خرابی موقوفه گردد، مانند آن که در نحوه اداره مال موقوفه بین موقوف علیهم اختلاف شود به گونه‌ای که اگر این اختلاف ادامه یابد بر اثر عدم اداره مال موقوفه، آن مال خراب شود. به عقیده یکی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۶۷) جواز بیع موقوفه در این حال در صورتی است که خرابی به گونه‌ای باشد که اجتناب از آن امکان نداشته و تنها راه فرار از آن، فروش موقوفه باشد.

در عبارات فقها نیز قول مشهور این است که اگر بین موقوف علیهم اختلافی ایجاد شود که بیم آن می‌رود که منجر به خرابی موقوفه گردد، فروش وقف جایز می‌گردد. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «اگر بین موقوف علیهم آن چنان اختلافی افتد که بیم تلف اموال رود و این خطر ریشه کن نشود مگر به فروختن موقوفه، که در این صورت موقوفه را می‌فروشند» شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «لا یجوز بیع الوقف الا یخاف خرابه بسبب وقوع خلاف بین ارباب الوقف». (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۹۴) محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «لو وقع بین الموقوف علیهم خلف بحیث یخشی خرابه جاز بیعه» (حلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۴) علامه حلی و شیخ انصاری نیز نظر مشابهی را مطرح می‌کنند.

در تأیید نظرات فوق باید گفت که اصولاً هدف واقف از ایجاد وقف، انتفاع موقوف علیهم از منافع آن است که در صورتی که به خراب شدن مال موقوفه به دلیل اختلاف صاحبان وقف علم پیدا شود یا ظن که موجب ترس از خراب شدن آن می‌شود، مثل این است که غرض واقف منتفی شده و امکان تحصیل آن نیست، مگر آن که همین موقوفه فروخته شود.

ب: بیم سفک دماء ناشی از اختلاف موقوف علیهم

در قسمت دیگری از ماده ۳۴۹ آمده است: «بیع مال وقف صحیح نیست مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود به نحوی که بیم سفک دماء رود» گاهی اختلاف بین موقوف علیهم لطمه‌ای به مال موقوفه وارد نمی‌کند، بلکه این اختلاف به حدی شدید است که بیم خون ریزی و سفک دماء بین موقوف علیهم

می‌رود. در این حالت، برای جلوگیری از سفک دماء فروش مال موقوفه مجاز خواهد بود. برخی از حقوقدانان (امامی، ۱۳۷۴، ص ۹۲) معتقداند که اختلاف بین موقوف علیهم باید به حدی باشد که منجر به جرح شدیدی شود که نوعاً منتهی به فوت گردد، و الا اگر این اختلاف موجب عداوت و اتلاف مال و زد و خورد ها و جرح‌های کوچک شود، فروش آن جایز نخواهد بود، زیرا عرفاً این امور سفک دماء نامیده نمی‌شود. حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۹۸) دیگر نیز در تبیین سفک دماء معتقدند که منظور از آن قتل نفس است نه هرگونه خون‌ریزی، خواه قتل نفس فوراً اتفاق افتد یا اینکه قتل ناشی از جرح منتهی به آن باشد. برخی دیگر ضمن تأیید این مورد تصریح کرده‌اند که مقصود از خون‌ریزی، ریزش خون موقوف علیهم است نه خون دیگران. (لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۵۰)

در فقه اسلامی نیز بیم سفک دماء از موارد مجوز فروش است اما برخی از فقها آن را به صورت مطلق ذکر کرده و صرف اختلاف را کافی می‌دانند مانند: شیخ طوسی که در نهایت می‌نویسد: «لا يجوز بيع الوقف... الا يخاف وقوع خلاف بينهم». (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۹۰) و برخی دیگر آن را به تنهایی کافی ندانسته و آن را به عنوان مقدمه خرابی مال موقوفه مؤثر می‌دانند برای مثال: محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «لو وقع بین موقوف علیهم خلف بحیث یخشی خرابه جاز بیعه» (حلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۵) و علامه حلی در قواعد الحکام میرزای نائینی در منیه الطلب نیز عبارات مشابهی را بیان می‌کنند.

به نظر می‌رسد که قانون مدنی مورد اختلافی که باعث خرابی می‌گردد با موردی که صرفاً بیم سفک دماء است را تفکیک کرده و هر دو حالت را مجوز بیع قرار داده است. در نتیجه در حقوق ما باید نظرات فقهای را تأیید کرد که قائل به تفکیک بین این دو مورد شده‌اند.

۳-۴. موارد دیگر جواز فروش

علاوه بر مواردی که ذکر شد فقها و حقوقدانان موارد دیگری را نیز به صورت پراکنده مطرح می‌کنند که در ادامه تا حد امکان به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف: تبدیل موقوفه به احسن

در برخی موارد فروش مال موقوفه و تبدیل آن به مالی دیگر به نفع موقوف علیهم است و موجب عایداتی بیشتری برای طبقه اول یا همه آنها می‌گردد. تبدیل موقوفه به مالی بهتر و مفید تر توسط برخی از فقها ذکر گردیده است اما در قانون مدنی از این مورد سخنی به میان نیامده است. شاید علت عدم ذکر این مورد وجود اختلاف شدید بین فقها در مورد جواز بیع در این حالت است.

امام خمینی در تحریر الوسیله می‌نویسد: «تغییر وقف جایز نیست مگر این‌که هیچ سودی هرچند اندک نداشته باشد» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۱۹) محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «و لو لم یقع خلف و لا یخشی خرابه بل کان البیع انفع لهم، قیل یجوز بیعه و الوجه منع» (حلی، ۱۳۷۷، ص ۱۵۵) علامه حلی در قواعد الاحکام می‌نویسد: «لو لم یقع خلف و لا یخشی بل کان البیع انفع لهم لم یجز بیعه ایضا علی رای» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۳۰۸) به عقیده شیخ مفید نیز موقوف علیهم نمی‌توانند به هیچ عنوان در عین موقوفه تصرف کنند و تغییری در شرایط وقف بدهند مگر در موارد خاصی مثل خرابی و احتیاج شدید. در میان فقهای متقدم، کسی که به طور صریح در مورد مذکور به جواز بیع قائل باشد یافت نمی‌شود. (ابهری و رضیان، ۱۳۸۵، ص ۲۰) اما برخی فقها مانند سید محمد کاظم طباطبایی و محقق ثانی در جامع المقاصد با شرایطی آن را پذیرفته‌اند.

در تحلیل موضوع باید گفت که از طرفی تحبیس عین از ارکان وقف است و نمی‌توان بدون دلیل خاص آن را تغییر داد و نظر اکثریت فقهای امامیه هم بر عدم جواز چنین بیعی است. از طرفی نیز شخص واقف با توجه به حس خیرخواهانه می‌خواهد قسمتی از مشکلات اقتصادی جامعه را حل کند و تا حد امکان به ضعیفان کمک کند. حال با تبدیل آن به احسن هدف واقف به نحو بهتری تأمین می‌گردد و به نهاد وقف هم لطمه چندانی وارد نمی‌شود. به نظر می‌رسد نظر اخیر با توجه به جامعه کنونی ما قابل دفاع تر باشد.

ب: قاعده اضطرار

به نظر برخی از فقها اگر موقوف علیهم بر اثر احتیاج شدید، به فروش مال موقوفه نیاز داشته باشند می‌توانند آن را بفروشند. این دیدگاه نیز در قانون مدنی منعکس نشده است. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌گوید: «اگر ضرورت و حاجتی برای موقوف علیهم پیش آید بنا بر اقوی بیع موقوفه جایز است» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۱۹) شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «لا يجوز بيع الوقف الا كان بارباب الوقف حاجه الضروریه» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۲۹۵) شیخ انصاری و علامه حلی نیز بیع وقف را در این حالت مجاز دانسته اند.

در کلام فقها این دلیل یافت می‌شود که به طور کلی هدف از وقف، جعل منافع برای موقوف علیهم و انتفاع آن‌ها از عین موقوفه است. از این رو هرگاه این هدف با بقای عین میسر نباشد، و حاجت موقوف علیهم فروش عین موقوفه را ایجاب کند فروش آن جایز خواهد بود. (بهری و رضیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴) البته مشکل در این است که مال موقوفه ملک موقوف علیهم نیست تا بتوانند آن را بفروشند، زیرا حتی اگر وقف، وقف خاص باشد طبقات متعددی از موقوف علیهم وجود دارند و نیاز و حاجت یک طبقه باعث نمی‌شود که مجوز فروش به آن طبقه خاص تعلق گیرد. پس جواز فروش عین موقوفه با وجود امکان انتفاع از آن، به دلیل نیاز موقوف علیهم به ثمن آن، امری بر خلاف عدالت و ترجیح بلا مرجح است. و همچنین تشخیص آن احتیاجی که موجب فروش مال موقوفه شود امری دشوار است. (دریاباری، ۱۳۸۱، ص ۲۳۵) به خصوص این که اصل نهاد وقف نیز نباید در معرض نابودی قرار گیرد بلکه به منظور مهیاشدن زمینه استمرار این نهاد پربرکت و در نتیجه انتفاع طبقات بعدی، حتی در موارد خاص جواز فروش نیز باید به مال دیگری تبدیل شود.

در نتیجه باید گفت با وجود این که به نظر می‌رسد نظر غالب در فقه اسلامی جواز فروش موقوفه در این حال است، اما مصلحت وقف و طبقات متعدد موقوف علیهم ایجاب می‌کند که این مورد را از جمله موارد جواز بیع محسوب نکنیم. به ویژه این که به نظر می‌رسد قانون مدنی با وجود قرار داشتن در مقام بیان متذکر این مورد نشده است که این امر نشان دهنده رعایت همین مصلحت از جانب قانونگذار و عدم تمایل وی به جواز بیع در مورد احتیاج شدید موقوف علیهم است.

ج: شرط فروش در عقد وقف

یکی از بحث برانگیزترین موارد بیع موقوفه در موردی است که واقف در عقد وقف شرط کرده باشد که در صورت وقوع حوادثی مانند مالیات زیاد یا مخارج زیاد، یا در صورت اراده واقف، موقوفه فروخته شود. این مورد هم از مواردی است که به صراحت در قانون ذکر نشده اما می‌توان آن را در قسمت مربوط قواعد عمومی شروط بررسی کرد. از نظر تحلیلی باید گفت که ذات عقد وقف فک ملک و حبس مال است و در صورتی که چنین شرطی شده باشد به خصوص شرط فروش موقوفه به اراده واقف، به نظر خلاف مقتضای ذات عقد وقف است و حتی می‌توان قائل به بطلان شرط و عقد با هم شد. اما برخی از حقوقدانان قائل به صحت آن شده‌اند. (سلیمی فر، ۱۳۷۰، ص ۴۵)

در فقه نیز مسأله مورد اختلاف فقها است. شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد: «و متی شرط الواقف انه متی احتاج الی شی منه کان له بیع و التصرف فیه کان الشرط صحیحا و کان له ان یفعل ما شرط الا انه اذا مات». مرتضی علم الهدی در کتاب الانتصار می‌نویسد: «ان جعل الواقف خیار لنفسه فی بیع الوقف فهو جائز». (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۱۰۰) امام خمینی در تحریر الوسیله می‌گوید: «اگر واقف در ضمن وقف شرط کند که موقع حدوث امری مانند کمی درآمد یا زیادی مالیات یا پیشامد ضرورت یا حاجتی موقوفه فروخته شود در چنین موردی بنا بر اقوی فروش مانعی ندارد» (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۱۹)

در مقابل برخی از فقها این امر را نپذیرفته‌اند. علامه حلی در قواعد الاحکام می‌نویسد: «و لو شرط بیعه عند التضرر او عند خرابه او خروج عن حد الانتفاع فی الصحت الشرط اشکال» قاضی ابن براج نیز در کتاب جواهر الفقه در مخالفت با صحت این گونه شروط می‌نویسد: «اذا وقف وقفا و شرط ان یبیعه متی اراد لا یصح هذا الوقف» (مؤسسه فقه شیعه، ۱۳۸۶، ص ۱۵۸) ایراد قاضی ابن براج این نکته می‌باشد که شرط فوق، بر خلاف مقتضای عقد وقف که دوام حبس است می‌باشد زیرا که لازمه وقف خروج عین مال از ملکیت واقف به طور دائم می‌باشد و نهادن این شرط بدان

معناست که مال موقوفه از ملکیت واقف به طور دائم خارج نشده است و این عمل حقوقی حبس موقت می‌باشد و خصوصیت وقف را ندارد.

به هر حال به نظر می‌رسد عدم صحت وقف در این حالت با قواعد و اصول حقوقی و شرایط ویژه وقف سازگار تر باشد.

۴. بیع مال موقوفه در سایر مذاهب

در فقه عامه نیز مباحثی گسترده در مورد بیع وقف دیده می‌شود. در فقه عامه بحث را تحت عنوان تبدیل موقوفه مطرح می‌کنند و تبدیل اعم است از ابدال و استبدال.

ابدال یعنی فروختن عین موقوفه به قصد خریدن مال دیگری به جای آن از بهای عین فروخته شده که قهرا و با شرایط وقف اول، وقف خواهد بود و استبدال عبارت است از معاوضه عین موقوفه با عین دیگر. در ادامه به بررسی مهم‌ترین مذاهب عامه در این زمینه می‌پردازیم.

۴-۱. فقه حنفیه

در فقه حنفیه، با وسعت نظر قابل توجهی با مسأله برخورد شده است و در نتیجه در اکثر موارد، ابدال و استبدال مال وقف را تنها به شرط آن‌که مصلحتی در نظر گرفته شود، جایز و روا شمرده‌اند. اعم از آن‌که از سوی واقف باشد و یا غیر واقف، نظیر متولی و حاکم، و اعم از آن‌که منقول باشد و یا عقار. ولی مسأله اجماعی و اتفاقی نیست و قول دیگری نیز از علمای حنفیه نقل شده است:

در فقه حنفیه در فرضی که واقف در وقف نامه پیش بینی نماید که خودش و یا دیگری حق تبدیل عین موقوفه را داشته باشد، قول مقبول این است که شرط نیز مانند وقف صحیح و نافذ است و جعل جواز تبدیل نه با لزوم وقف منافات دارد و نه با تأیید آن. در فرضی که عین موقوفه فاقد درآمد شود و یا عواید آن ناچیز گردد، اکثریت قاطع فقهای احناف تبدیل عین موقوفه را جایز می‌دانند به شرط آن‌که به اذن قاضی باشد به عبارت دیگر، واقف یا متولی می‌تواند در صورتی که عین موقوفه فاقد درآمد شود و یا این‌که درآمد آن به طور قابل ملاحظه‌ای کاهش یابد، با تحصیل اذن و رای قاضی آن را بفروشد و از بهای آن مال دیگری که درآمد بیشتری دارد بخرد و جایگزین موقوفه نخست نماید.

در صورتی که واقف در وقف نامه از جواز تبدیل حرفی نزده باشد و موقوفه دارای درآمد باشد، ولی تبدیل آن موجب تحصیل درآمد بیشتری باشد، فقهای حنفیه در حکم این صورت که آیا تبدیل جایز است یا نه، اختلاف نظر دارند. رای اکثریت بر عدم جواز تبدیل است. زیرا تبدیل نه از جانب واقف شرط شده است و نه ضرورتی آن را ایجاد می‌نماید و تحصیل درآمد بیشتر در وقف، مورد نظر نیست. ولی ابویوسف از حنفیه، در این صورت تبدیل را جایز می‌داند و به روایتی از حضرت علی(ع) نیز استناد می‌کند. (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۹۱)

۴-۲. فقه مالکیه

در مذهب مالکیه، اگرچه فقها در اصل تبدیل عین موقوفه سختگیری کرده‌اند، ولی عملاً میان وقف منقول و وقف غیر منقول فرق گذاشته‌اند.

اگر عین موقوفه مال منقول باشد، مانند لباس، اسب و امثال اینها، و با توجه به هدف وقف مفید فایده‌ای نباشد؛ مانند آن‌که لباس موقوفه فرسوده شود و اسب قابل سوار شدن نباشد، طبق فقه مالکی عین موقوفه فروخته می‌شود و از بهای آن چیزی خرید می‌شود که در جهت هدف وقف مفید باشد. نظیر آن‌که اسبی که برای استفاده مجاهدین وقف شده مریض شود و به درد میدان جنگ نخورد که فروخته می‌شود و از بهای آن سلاح خریداری می‌شود، و به جای موقوفه قرار می‌گیرد.

حتی اگر عین موقوفه محتاج به هزینه باشد و هزینه آن از بیت المال تأمین شود، باز هم جایز نیست فروخته شود و مالی خریداری شود که احتیاج به هزینه کردن ندارد. در مقابل قول مشهور، برخی از مالکیه تبدیل عین موقوفه منقول را در فرض مذکور، مجاز ندانسته‌اند و سیره عملی گذشتگان را مستند فتوای خود معرفی کرده‌اند. ولی این فتوی چندان مقبول واقع نشده است (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۹۱)

فقهای مالکیه در موردی که موقوفه عین غیر منقول باشد، بین مساجد و غیر مساجد فرق گذاشته گفته‌اند: مساجد در هیچ حالتی از حالات فروخته نمی‌شود و غیر مساجد مانند خانه‌ها و دکان‌های موقوفه به «قائم المنفعه» و «منقطع المنفعه» تقسیم می‌شود:

اگر عین موقوفه دارای درآمد یعنی قائم المنفعه باشد، تبدیل آن جایز نیست مگر در موارد ضروری مانند توسعه مسجد یا راه عمومی و سایر مواردی که مصالح عمومی اقتضا می‌کند که در این حالات تبدیل جایز است. و اگر واقف یا متولی رضایت ندهد، مجبور و ملزم می‌شود و از بهای عین موقوفه، موقوفه دیگری تهیه می‌گردد. ولی اگر عین موقوفه مسلوب المنفعه باشد و امید دارای درآمد شدن آن نیز معقول نباشد و ادامه آن وضع به ضرر وقف باشد بین فقهای این مذهب اختلاف است. برخی آن را مجوز فروش می‌دانند و برخی دیگر مثل امام مالک گفته است که تبدیل موقوفه جایز نیست و موقوفه‌های مخروب گذشته و تبدیل نکردن آن‌ها دلیل این مدعی است. البته در موارد ضرورت عمومی، در فقه مالکیه فروش مال غیر منقول جایز است اگرچه در این مورد هم اقوال دیگری ذکر گردیده است. (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۴۵)

۳-۴. فقه شافعیه

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 (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۵۰)

از جستجو در فقه شافعی روشن می‌شود در اطراف مواردی 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. نشانه سختگیری شافعیه در تبدیل عین موقوفه این است که گفته اند: اگر شاخه درخت موقوفه خشک شود، موقوف علیهم می‌توانند آن را بسوزانند ولی نمی‌توانند آن را بفروشند، زیرا صفت وقف بودن، هرگز از موقوفه زایل نمی‌شود و موقوفه را هم نمی‌توان فروخت. البته بعضی هم در فروش مذکور، بیع موقوفه را مجاز دانسته و تصریح کرده‌اند که باید از بهای مبیع، موقوفه‌ای تهیه شود. (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۹۵۵)

۴-۴. فقه حنابله

فقهای حنابله، بر خلاف مالکیه، میان منقول و عقار فرق نگذاشته‌اند بلکه حکم غیر منقول را از منقول گرفته‌اند. به قول این فقها اگر اسبی 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 همچنین اموال غیر منقول به آن با هیچ مانعی مواجه نیست. زیرا بیع و معاوضه موقوفه موجب استمرار هدف واقف است گرچه صورتاً به مال دیگری مبدل شود.

حنابله، گرچه به سخت گیری مالکيه و شافعيه، گرفتار نشده‌اند و تبدیل موقوفه را اصولاً مجاز شمرده‌اند، ولی در تساهل هم به حد حنفیه نرسیده‌اند. (ملک زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۹۵۵)

نتیجه گیری

وقف در لغت به معنای حبس کردن، ایستادن و ساکن کردن است و در اصطلاح حقوقی یعنی این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود (ماده ۵۵ قانون مدنی) حبس عین به این معنا است که پس از تحقق وقف، عین موقوفه از هرگونه نقل و انتقال و خرید فروش مصون باشد. تسبیل منفعت، یعنی این که منافع عین موقوفه در جهتی که واقف تعیین کرده است، مصرف شود. نهاد وقف در دوران قبل از اسلام نیز دارای نشانه‌ها و آثاری است، اما بیشترین تأثیر آن بعد از ظهور اسلام است که این نهاد را به صورت مستقل و تا حدود زیادی متمایز از گذشته مطرح کرد. در عقد وقف مانند سایر عقود سه عنصر یا رکن اصلی را می‌توان شناسایی کرد: ایجاب کننده یا واقف، قبول کننده یا موقوف علیهم و موضوع عقد یعنی مال موقوفه. در یک تقسیم بندی وقف به دو دسته اصلی وقف خاص و عام تقسیم می‌شود. وقف را هنگامی وقف خاص می‌نامند که موقوف علیهم عقد وقف، اشخاص محصور و معینی باشند و وقف عام نیز در دو حالت واقع می‌گردد. یکی وقف بر افراد غیر محصور و دیگری وقف بر جهت و مصالح عامه. نهاد وقف در چند حالت پایان می‌پذیرد، حالاتی مانند تلف موقوفه، اتلاف موقوفه، انقراض موقوف علیهم و موارد جواز بیع. در حقوق مدنی ایران و فقه اسلامی، قاعده کلی ممنوع بودن فروش مال موقوفه یا هرگونه نقل و انتقال حقوقی دیگر است.

در قانون مدنی، فقط در دو مورد بیع مال موقوفه مجاز اعلام شده که در هر یک از این دو مورد باید شرایطی وجود داشته باشد. مورد اول اینکه مال موقوفه خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد به شرط آن که این خرابی به نحوی باشد که انتفاع از عین مال، غیر ممکن و کسی هم حاضر به عمران آن مال نباشد یا عمران آن متعذر باشد. در صورت عدم وجود یکی از شرایط مذکور، فروش مال موقوفه جایز نیست. مورد دوم این که بین موقوف علیهم اختلاف شدیدی ایجاد شود که بیم سفک دماء رود، یا این اختلاف باعث خرابی مال موقوفه گردد. در فقه اسلامی، علاوه بر دو مورد فوق، در موارد دیگری نیز بیع موقوفه مجاز اعلام شده است. از جمله این که اگر منافع و مصالح موقوفه علیهم ایجاب کند می‌توان مال موقوفه را فروخت. به عبارت دیگر، اگر با فروش مال موقوفه یا تبدیل آن، منفعت و سود بیشتری به موقوف علیهم برسد، فروش موقوفه جایز است. همچنین اگر موقوف علیهم نیاز شدید به عوض مال موقوفه داشته باشند بیع این موقوفه، طبق نظر برخی از فقها مجاز اعلام شده است ولی پذیرفتن آن در حقوق کنونی دشوار است. همچنین در مورد شرط واقف که بسیاری از فقها شرط فروش را در وقف صحیح می‌دانند اما به نظر برخی دیگر این شرط خلاف مقتضای ذات عقد وقف که دائمی بودن است می‌باشد. مقررات قانون مدنی ایران در مبحث وقف بر فقه اسلامی مبتنی است. از این رو، حد الامکان باید بین مقررات این قانون و منابع فقهی تطابق وجود داشته باشد. برای پرهیز از این دوگانگی، قانونگذار باید به صراحت تمام موارد جواز بیع موقوفه در فقه اسلامی را در قانون مدنی وارد کند. البته اختلاف نظر در برخی موارد مثل شرط فروش یا مصلحت موقوف علیهم در فقه نیز وجود دارد.

در فقه عامه از قبیل حنفیه و شافعیه و مالکیه بیع مسجد را مطلقاً جایز نمی‌دانند. به جز حنابله که بیع مسجد را جایز می‌داند، در غیر مسجد نیز حنابله به طریق اولی بیع و استبدال اوقاف را با وجود اسباب و عللی جایز می‌داند. شافعیه بر خلاف حنابله، بیع

و استبدال وقف را حتی در وقف خاص مطلقاً ممنوع کرده‌اند هرچند واجد دلایل متعددی باشد. در مذهب حنفیه استبدال در اوقاف خاصه و عامه (به جز مسجد) در حالتی که واقف شرط کرده باشد، موقوفه غیر قابل انتفاع باشد و در استبدال موقوفه نفعی متصور شود را می‌پذیرند.

منابع منابع فارسی

- ابهری، حمید و رضیان، عبد الله (۱۳۸۵)، «لزوم انطباق موارد جواز بیع عین موقوفه در قانون مدنی ایران با فقه اسلامی»، نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی. اداره کل تدوین قوانین (۱۳۸۰)، مجموعه قوانین و مقررات اوقاف، تهران: نشر معاونت پژوهش و تدوین و تنقیح قوانین.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۱)، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، تهران: انتشارات سمت.
- انجوی نژاد، مهدی و امامی، محمد (۱۳۸۳)، «تحولات قانون گذاری در بیع وقف و مبانی آن»، مجله مدرس علوم انسانی، دوره هشتم، شماره ۳۴.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، تهران: نشر دریا.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد.
- حضرتی، امرالله (۱۳۷۶)، اداره وقف، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- دریاباری، محمد زمان (۱۳۸۱)، «پایان وقف»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۱.
- سلیمی فر، مصطفی (۱۳۷۰)، وقف و آثار اقتصادی-اجتماعی آن، مشهد: نشر آستان قدس رضوی.
- شهابی، علی اکبر (۱۳۴۳)، تاریخچه وقف در اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۱۲۰ پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۸۹، پیاپی ۳۲

صادقی گلدر، احمد (۱۳۶۲)، مقدمه‌ای بر فرهنگ وقف، تهران: نشر صائن.
فخار طوسی، جواد (۱۳۸۴)، در محضر شیخ انصاری، قم: نشر نسیم مهر.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: نشر میزان.
لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، محشی قانون مدنی، تهران: نشر گنج دانش.
ملک زاده، فهیمه (۱۳۸۵)، بررسی بیع وقف از دیدگاه فقه و حقوق، تهران: انتشارات دبیزش.

منابع عربی

حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید (۱۳۷۷)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: چاپ سنگی عبدالرحیم، مکتبه الاسلامیه.
خمینی، روح الله (۱۳۶۸)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: دارالکتب العلمیه.
مؤسسه فقه شیعه (۱۳۸۶)، الوقف و الوصایا، لبنان: نشر الدار الاسلامیه.
نائینی، میرزا حسین (۱۴۱۸ ه.ق)، منیه الطالب، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

Archive of SID