

## تحلیل فقهی و حقوقی

# شرط فاسخ در عقد وقف\*

- سیدمهدی قریشی<sup>۱</sup>
- محمدحسن جوادی<sup>۲</sup>
- حامد رحمانی<sup>۳</sup>

### چکیده

در مورد صحت یا بطلان وقف مشروط به شرط فاسخ، نظر خاصی در فقه ابراز نشده است؛ ولی فقها در مورد وقفی که در آن واقف شرط می‌کند در صورت نیازمند شدن به مال مورد وقف، موقوفه به وی بازگردد، نظرات متفاوتی ارائه داده‌اند که شامل صحت، بطلان، و صحت با عنوان حبس است. از آنجا که پی بردن به نظر صحیح در این میان، در یافتن پاسخ سؤال اساسی تحقیق، یعنی «امکان قرار دادن شرط فاسخ در عقد وقف» تأثیر مستقیم دارد، پژوهش حاضر با بررسی نظرات فقهی مورد اشاره، به اثبات نظریه «صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» پرداخته و با واکاوی مفهوم

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۹/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. استادیار دانشگاه ارومیه (نویسنده مسئول) (sm.ghoreishi@urmia.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه ارومیه (mh.javadi@urmia.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه ارومیه (rahmanihamed@ut.ac.ir).

شرط فاسخ در حقوق، آن را منطبق با شرط مذکور در عقد وقف می‌داند و معتقد است امکان قرار دادن شرط فاسخ در عقد وقف وجود دارد و شرط «بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز»، مصداق بارز آن است.

**واژگان کلیدی:** شرط فاسخ، عقد وقف، بازگشت موقوفه، شرط رجوع.

### ۱. مقدمه و طرح مسئله

شرط فاسخ از موضوعات نوپیدا در حقوق است و طرح آن با این عنوان در میان فقها رواج نداشته است. با وجود این، می‌توان مطالبی را در کتب فقهی و از جمله در موضوع وقف پیدا کرد که با مضمون این نهاد حقوقی همخوانی دارد. شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، از جمله این موارد است. توضیح آنکه اگر واقف در ضمن عقد شرط کند که هر گاه نیازمند شد، موقوفه به وی بازگردد، درباره صحت و بطلان چنین عقد و شرطی و نیز عنوانی که بر عمل وی در فرض صحت اطلاق می‌شود، نظرات متفاوتی در فقه ارائه شده است. برخی از فقها معتقدند وقف و شرط، هر دو باطل است (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱/۱۵۶؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۰۰؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۷۰؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۱۳). ابن ادریس در کتاب *سرائر* بر این قول ادعای اجماع نموده است. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳/۱۵۶-۱۵۷)

گروهی دیگر، چنین شرطی را صحیح دانسته ولی گفته‌اند:

«درج آن در کنار عمل مزبور باعث می‌شود آن عمل با عنوان حبس صحیح باشد، نه وقف» (علامه حلی، ۱۴۱۳: الف/۲: ۳۸۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۱۷۱).

دسته سوم نیز وقف و شرط، هر دو را صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ب/۶-۲۹۰-۲۹۱). سید مرتضی این قول را از انفرادات امامیه دانسته و بر آن ادعای اجماع نموده (علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۶۸-۴۶۹) و برخی نیز آن را نظر اکثر فقها عنوان کرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵/۳۶۴). بر مبنای این نظریه، تمام آثار وقف تا زمانی که واقف به مرحله نیاز نرسیده است بر آن مترتب می‌شود و آنگاه که واقف به آن نیاز پیدا کرد، وقف منحل شده و به ملک واقف بازمی‌گردد. اصطلاحی که از آن با عنوان «شرط فاسخ» یاد می‌شود که در صورت تحقق، بر مبنای اصول حقوقی، عقد را در حالت انفساخ

قرار می‌دهد.

توجه به این مطلب از این رو صورت می‌گیرد که تا کنون پژوهش حقوقی مستقلی درباره امکان جریان شرط فاسخ در وقف صورت نگرفته است. آنچه وجود دارد این است که تنها برخی از حقوق‌دانان و نویسندگان حقوقی، ضمن بحث از قلمرو شرط فاسخ، در اشاره‌ای مختصر، جریان شرط فاسخ در وقف را با استدلال به «لزوم دائمی بودن وقف» و نیز «انحصار انحلال وقف در موارد معدود و ویژه» رد کرده و به این ترتیب، اجرای شرط فاسخ در وقف را (به گونه نکاح)، از استثنای وارد بر جریان شرط فاسخ در عقود قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۴۶/۵؛ گلباغی ماسوله، ۱۳۹۰: ۹۸؛ اسدی‌نژاد و بهارلو، ۱۳۹۰: ۱۰-۱۱؛ صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴: ۷۲). در حالی که به نظر می‌رسد استثنای وارد شده صحیح نیست و وضعیت وقف از این جهت، همانند سایر عقود است و باید مشمول قواعد عمومی قراردادها قرار گیرد؛ به ویژه، مطالعه پیشینه بحث در فقه، نتیجه مذکور را مورد تأیید قرار می‌دهد.

نوشتار حاضر برای تحلیل حقوقی موضوع و تشریح نحوه اجرای قاعده عمومی مربوط به شرط فاسخ در مورد وقف و نیز تبیین مبنای فقهی آن، ابتدا مفهوم شرط فاسخ و نیز وضعیت حقوقی «شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز از سوی واقف در عقد وقف» را از منظر فقهی مورد بررسی قرار داده و سپس بر اساس مبنای فقهی، در مورد وضعیت حقوقی شرط فاسخ در وقف از منظر حقوق، به تحلیل و ارزیابی می‌پردازد و در روشی توصیفی - تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، «جواز قرار دادن شرط فاسخ در وقف» را به اثبات می‌رساند.

## ۲. مفهوم شرط فاسخ

به منظور تحلیل فقهی و حقوقی موضوع شرط فاسخ در وقف، تعریف شرط فاسخ و ماهیت آن در دو بخش جداگانه مورد تبیین قرار می‌گیرد.

### ۱-۲. تعریف شرط فاسخ

شرط فاسخ، ترازی طرفین عقد درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده است. آن

دسته از دانشمندان حقوق که به بحث نهاد شرط فاسخ توجه نشان داده‌اند، این نهاد را ترازی دو طرف قرارداد درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده معرفی کرده (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۰۱/۵) و در تعریف آن گفته‌اند:

«وابسته کردن انحلال عقد به تحقق امری در آینده؛ مانند اینکه شخصی خانه خود را به دیگری هبه کند که اگر متهب ظرف دو سال و بیش از واهب فوت کند، عقد هبه منفسخ شود» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۵۶).

فقها شرط فاسخ را قید «انفساخ» عقد می‌دانند؛<sup>۱</sup> به این معنا که به محض تحقق شرط، عقد خودبه‌خود و بدون نیاز به هیچ سبب و عملی - جز تحقق شرط - منفسخ می‌گردد (نراقی، ۱۴۱۸: ۳۸۶/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۲۳؛ مامقانی، ۱۳۴۵: ۶۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۴۷۶/۲-۴۷۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۵۵/۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۸: ۳۵۹/۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۳۴/۴-۳۴۵؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۲۲). این تعریف هماهنگ بین دانشمندان فقه و حقوق، تقریباً همان استنباطی است که از سیاق صحیحه سعید بن یسار،<sup>۲</sup> موثقه اسحاق بن عمار<sup>۳</sup> و

۱. هر گاه «وجود» تعهد متوقف بر حصول شرط شود، به طوری که به محض تحقق شرط، تعهد به وجود آید و با تخلف از آن، تعهد منتفی شود، چنین شرطی را «شرط تعلیقی» می‌نامند.

۲. سعید بن یسار گوید: «به امام صادق علیه السلام عرض کردم: ما با جماعتی از مزرعه‌داران و غیر ایشان رفت‌وآمد داریم و به آنها جنس می‌فروشیم و هر ده تومانی را که برایشان جنس داده‌ایم با آنها دوازده یا سیزده تومان حساب می‌کنیم که تا یک سال به همین قرار عمل می‌شود و در مقابل خریدار می‌نویسد: زمین یا خانه‌اش را به ما فروخته و قیمت را دریافت داشته است به آن قیمتی که ما با سود به حساب او آورده‌ایم و ما آن قرارداد و مکتوب را حفظ می‌نماییم، اگر تا آخر سال یا مدت قرارداد وجه اجناس را پرداخت که مکتوب را به او رد می‌کنیم و اگر نیاورد ملک را تصاحب می‌نماییم. امام علیه السلام فرمود: اگر مال را نیاورد از آن توست و اگر در وقت معین آورد، زمین یا هر چه بوده باید به او بازگردانی» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۴/۳؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۲: ۱۲/۳۵۴). سند این روایت، صحیح اعلام شده است (مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۴: ۱۶۷/۱۹).

۳. اسحاق بن عمار بیان کرده است: «شنیدم شخصی از امام صادق علیه السلام سؤال می‌کرد و می‌گفت: مرد مسلمانی نیاز پیدا کرد که خانه خود را بفروشد، پس به نزد برادرش رفت و گفت: خانه‌ام را به تو می‌فروشم و دوست دارم خانه برای تو باشد به شرط اینکه اگر من ثمن خانه را در طول یک سال برای تو آوردم خانه را به من برگردانی. امام علیه السلام جواب دادند: اگر ثمن را در این مدت آورد، اشکالی ندارد. پرسیدم: اگر خانه منافعی داشته باشد برای چه کسی می‌باشد؟ امام علیه السلام فرمودند: برای مشتری. آیا نمی‌بینی اگر خانه از بین برود، از مال مشتری می‌باشد؟» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۵/۳؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۲: ۱۲/۳۵۵). سند این روایت در جوامع حدیثی، مرسل یا موثق اعلام شده است (مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۶: ۴۹۹/۱۰).

روایت معاویة بن میسره<sup>۱</sup> به دست می‌آید؛ زیرا در همه این روایات، از حضرت امام صادق علیه السلام درباره معامله‌ای پرسش می‌شود که انفساخ و انحلال قهری آن به رد ثمن مشروط است بدون اینکه به فسخ و انشای آن، هیچ گونه اشاره‌ای شده باشد. حضرت امام صادق علیه السلام در پاسخ به پرسش طرح شده، قرارداد مشروط به شرط فاسخ را جایز و عاری از اشکال می‌دانند و تصریح می‌دارند که اگر فروشنده در مدت معین، ثمن را برای خریدار پس آورد، مال به مالک پیشین آن برمی‌گردد. بنابراین روایات یادشده به جواز انفساخ قرارداد به موجب شرط (شرط فاسخ) دلالت دارند.

صحت و مشروعیت شرط فاسخ علاوه بر روایات خاص مورد اشاره، از عمومات وفای به شرط نیز به دست می‌آید. چه آنکه روایات دال بر وجوب و لزوم وفای به شرط که مطابق نظر برخی از فقها، مستفیض و بلکه متواتر دانسته شده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۱۱/۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۰۱/۶؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۱۲/۱۷) و در صحت و توثیق سند آنها هیچ تردیدی وجود ندارد (حرّ عاملی، ۱۳۸۲: ۳۴۹-۳۵۳)، با عموم و اطلاق خویش، بر صحت و اعتبار و لزوم وفای به هر شرط غیر ابتدایی دلالت می‌نمایند که در مخالفت کتاب عزیز خداوند سبحان و سنت رسول اعظم صلی الله علیه و آله و سلم نباشد (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۰۱/۶) و شرط فاسخ نیز یکی از گونه‌های شرطی است که قرارداد به آن مشروط می‌گردد و مخالفتی از کتاب و سنت نیز برای شرط فاسخ دیده نشده است. بنابراین شرط فاسخ، شرطی صحیح، دارای اعتبار و لازم‌الوفاء است (ابن بزّاج طرابلسی و طوسی، ۱۴۱۱: ۵۴؛ حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۵/۱؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱: ۴۰۱/۸؛ نراقی، ۱۴۱۸: ۳۸۶/۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۶۵/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۲۳؛ مامقانی، ۱۳۴۵: ۶۰؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۲۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۱۲/۱۷؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۸؛ طباطبایی، بی‌تا: ۳۳۲)

۱. معاویة بن میسره نقل کرده است: «شنیدم ابوالجارود از امام صادق علیه السلام در مورد فردی سؤال کرد که خانه‌اش را به شخصی فروخت. ابوالجارود گفت: بین او و کسی که خانه را از او خریده است، شرطی وجود دارد؛ شرط کرده است که اگر تو مالم را در مدت سه سال بازگردانی، پس خانه متعلق به خودت باشد. اگر مالش را آورد [حکم چه خواهد بود]؟ امام علیه السلام پاسخ دادند: برای او شرط شده است. ابوالجارود پرسید: همانا مرد از این مال به مدت سه سال بهره‌مند شده است. امام علیه السلام پاسخ دادند: مال اوست. امام علیه السلام دوباره فرمودند: آیا نمی‌بینی اگر خانه آتش بگیرد، از مال چه کسی می‌باشد؟ خانه، خانه مشتری است» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۶-۱۷۷؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۲: ۳۵۵-۳۵۶). با وجود استناد فقها به این روایت، سند آن مجهول اعلام شده است (مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۶: ۳۱۰/۱۱).

موضوع شرط فاسخ را نیز «قرارداد غیر ممنوع از انحلال ارادی» تشکیل می‌دهد؛ به این معنا که قرارداد مشروط به شرط فاسخ باید صحیح، منجز و نافذ باشد تا بتوان از وابسته ساختن انحلال آن، سخن به میان آورد. از انحلال ارادی آن نیز منعی نباید وجود داشته باشد؛ زیرا اگر انحلال قرارداد شرعاً و قانوناً به تحقق سبب یا اسباب معینی موکول باشد و یا اسباب فسخ قرارداد در اموری مشخص منحصر گردد، تعلیق انحلال این قرارداد به امری غیر از اسباب مذکور در شرع و قانون، صحیح و روا نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۱: ۶۱؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۶/۵۹-۶۱). برای مثال، در عقد نکاح که رابطه زناشویی را جز از راه طلاق نمی‌توان از هم گسست، شرط فاسخ نیز در آن راهی ندارد و زن و شوهر نمی‌توانند رویدادی را به تراضی سبب انفساخ عقد سازند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۵/۳۴۶).

## ۲-۲. ماهیت شرط فاسخ

شرط فاسخ با تراضی طرفین به عنوان التزام تبعی در عقد درج می‌گردد و شرایط و ویژگی‌های یک شرط را دارد. شروطی که با عنوان التزام تبعی در عقد درج می‌گردند، ممکن است در یکی از قالب‌های شرط صفت، شرط فعل یا شرط نتیجه باشند. در صورتی که نتیجه یکی از اعمال حقوقی ضمن عقد شرط گردد و مقصود این باشد که موضوع شرط با وقوع عقد، خودبه‌خود انجام شود، آن را شرط نتیجه گویند. مانند شرط وکالت زن در عقد نکاح. شرط نتیجه ناظر به امور اعتباری است که در اثر توافق دو اراده قابلیت وقوع دارد. از طرفی تحقق شرط نتیجه به هیچ اقدام دیگری نیازمند نیست و با وقوع عقد اصلی حاصل می‌شود (همو، ۱۳۸۱: ۳۱۵). با تأمل در نحوه درج شرط فاسخ در قرارداد و نتایج حاصل از آن، شرط نتیجه بودن شرط فاسخ مورد تأیید قرار می‌گیرد و این حقیقتی است که بسیاری از دانشمندان فقه شیعه به آن تصریح دارند (عراقی، ۱۴۱۳: ۵/۱۴۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۴۷۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴/۳۳۴-۳۳۵ و ۳۳۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۸: ۵/۳۵۹؛ همو، بی‌تا: ۹۸/۱۴). از نظر حقوقی نیز شرط انفساخ تابع احکام خیار شرط نیست؛ بلکه نهادی است جداگانه که نفوذ آن را باید بر طبق قواعد کلی شروط و طبیعت عقد سنجید.

اصل، نفوذ شرط فاسخ است و باید این مسئله را در سایه ماده ۱۰ قانون مدنی مورد

تحلیل و بررسی قرار داد. به نظر می‌رسد شرط انفساخ بر معنای ذکر شده از شرط نتیجه انطباق دارد؛ زیرا اولاً شرط فاسخ بر مبنای تراضی و اصل حاکمیت اراده در ضمن عقد قرار داده شده است و همین اراده‌هایی که در تشکیل و انعقاد آن نقش ایفا کرده‌اند، می‌توانند شرایط آن را تغییر داده یا بر خلاف آن تراضی کنند. ثانیاً شرط فاسخ نیز مانند شرط نتیجه، خودبه‌خود و بدون دخالت اراده تأثیرگذار است و برای ایفای نقش آن، نیازمند دخالت اراده‌های تشکیل دهنده آن یا یکی از آن اراده‌ها نیست. بنابراین انحلال عقد به وسیله شرط فاسخ، در عین حال که سببی ارادی دارد، انحلالی قهری به شمار می‌آید؛ زیرا آنچه باعث انفساخ و از هم گسیختن عقد می‌شود، «حادثه» و امری خارجی است و نه اراده و انشای فعلی طرفین قرارداد؛ وگرنه باید به خیار شرط و فسخ تعبیر گردد. بنابراین باید تفاوت ماهوی میان شرط فاسخ و شرط فسخ در نظر گرفت و شرط فاسخ را بر خلاف شرط فسخ، از اسباب قهری انحلال معاملات به حساب آورد (ر.ک: رأی شماره ۷۴۴/۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۷۱/۱۱/۰۹؛ بازگیر، ۱۳۸۲: ۶۵).

از همین جا تفاوت شرط فاسخ با اقاله معلق نیز آشکار می‌شود؛ اقاله هرچند به صورت معلق صورت پذیرد (بر فرض پذیرش صحت آن)، تراضی مستقلی برای انحلال قرارداد و نتیجه آن، انحلال ارادی قرارداد در زمان تصمیم طرفین بر انجام اقاله است ولی تراضی بر شرط فاسخ، در ضمن تراضی بر عقد و با یک انشاء صورت می‌گیرد و اثر آن، انحلال قهری و خودبه‌خودی قرارداد در صورت تحقق شرط است. علاوه بر این، تعلیق در اقاله (اگر صحیح باشد) از نوع تعلیق در ایجاد عمل حقوقی یا ایجاد اثر است آن است ولی تعلیق در انحلال قرارداد (شرط فاسخ)، از نوع تعلیق در از بین رفتن عمل حقوقی و زوال آن (شرط منفی) است. بنابراین ماهیت شرط فاسخ با اقاله معلق متفاوت است.

### ۳. تحلیل فقهی شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز به عنوان

#### شرط فاسخ

به منظور تبیین موضوع شرط فاسخ در وقف، دیدگاه‌های فقهی موجود درباره شرط

بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، به عنوان شرط فاسخ در وقف، مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد و نظر برگزیده ارائه خواهد شد.

### ۱-۳. دیدگاه فقها

با التفات به مباحث وقف و مطالب ارائه‌شده از سوی فقها باید گفت در مورد وقفی که مشروط به «بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» انشاء می‌شود، سه دیدگاه به صورت زیر وجود دارد:

#### ۱-۱-۳. بطلان وقف و شرط

از جمله فقهای که وقف مقرون به شرط بازگشت به ملک واقف در صورت نیاز را باطل می‌داند، ابن ادریس است. وی در این باره می‌نویسد:

«از جمله شروط صحت وقف این است که شرط اختیار واقف در بازگشت به وقف، در آن وارد نشود؛ پس هر گاه چنین چیزی را شرط نماید، طبق نظر صحیح در میان اصحاب ما، وقف باطل خواهد بود» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۶/۳-۱۵۷).

فقیهی دیگر ضمن پذیرش این نظر، در بیان دلیل آن می‌گوید:

«بر مجموع آنچه که وی قصد کرده است [عقد و شرط]، به دلالت دو روایت صحیح اسماعیل و روایات دیگر غیر از این دو، حکم صحت جاری نمی‌شود. از سوی دیگر، حبس بودن این مال در مدت خاصی، مقصود اصلی وی در این عقد نبوده است؛ پس عقد [و شرط] باطل می‌شود. بنابراین اگر این فرد تا لحظه مرگ نیازمند نشود و بمیرد، قول قوی‌تر این است که آن مال به ورثه وی بازمی‌گردد» (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۳/۲).

در توضیح این دلیل باید گفت مطابق این دیدگاه، آنچه منظور واقف بوده (وقف مؤبد) به دلیل درج شرطی مخالف مقتضای وقف در آن واقع نشده است؛ زیرا طبق فرض، ابدی و دائمی بودن، مقتضای عقد وقف و شرط صحت آن است و شرط بازگشت مال مورد وقف، به معنای نفی ابدی بودن در وقف است. از سوی دیگر، آنچه واقع شده (وقف موقت یا همان حبس به معنای خاص)، مورد نظر واقف نبوده است (ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد). بنابراین هم عقد باطل است و هم شرطی که در

ضمن آن گنجانده شده و فرع و تابع عقد اصلی بوده است.

علامه حلی در *مختلف الشیعه* با بیانی دیگر به دلیل این دسته از فقها اشاره کرده و آورده است:

«فقهای که چنین شرطی را مانع صحت عقد می‌دانند، چنین دلیل آورده‌اند که این شرط، منافی با [مقتضای] عقد وقف است؛ پس وقف به خاطر در بر داشتن شرطی فاسد، باطل است» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ب: ۲۹۲/۶).

شیخ طوسی در *المبسوط* و ابن حمزه در *الوسیله* نیز نظری مشابه اتخاذ کرده و هرگونه شرط خیار یا شرطی را که منجر به بازگشت موقوفه به ملک واقف گردد، غیر معتبر و موجب بطلان عقد دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۳۰۰؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۷۰).

### ۲-۱-۳. بطلان وقف و صحت شرط

بر اساس تبعی که در میان نظرات فقها به عمل آمد، ظاهراً محقق حلی نخستین فقیهی است که نظریه «صحت شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز و بطلان وقف» را مطرح کرده و معتقد است چنین عملی صحیح است ولی نه با عنوان وقف؛ بلکه با عنوان «حبس». وی در این باره آورده است:

«اگر واقف برگشت مال وقف را به هنگام نیازمندی شرط کند، شرط صحیح است و وقف باطل و تبدیل به حبس می‌شود که به هنگام نیاز به او برمی‌گردد و به ارث می‌رسد» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۱۷۱؛ همو، ۱۴۱۲: ۳/۱۱۹).

برخی از فقهای دیگر نیز همانند محقق، این نظر را مورد تأیید قرار داده‌اند (قطان حلی، ۱۴۲۴: ۱/۵۵۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۰/۹؛ حلی، ۱۴۱۱: ۱۴۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۴۵۲؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۲/۳۸۹؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۳۸۲؛ عاملی، ۱۴۱۴: ۲/۴۳۱).

مهمترین استدلال‌های این گروه از فقها، در موارد زیر خلاصه می‌شود:

۱- شرط «بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز»، شرطی صحیح است؛ زیرا وقف نیز مانند اجاره، تملیک منافع است و از این رو، جایز است در آن شرط خیار قرار داد. علاوه بر این، چنین شرطی داخل در عموم ادله لزوم وفای به عقد (أوفوا بالعقود) و شرط (المؤمنون عند شروطهم) و نیز فرمایش امام حسن عسکری علیه السلام

(الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها) (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۷/۷) قرار می‌گیرد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۴/۵-۳۶۵).

۲- وقف و حبس، حقیقتی مشترک دارند که عبارت است از تحبیس عین، و تفاوت آنها در مؤبد بودن یکی و موقت بودن دیگری است و آنجا که عمل حبس به صراحت یا به کمک قرینه به صورت غیر مؤبد و برگشت پذیر انشاء شود، دلالت بر نوع موقت آن یعنی حبس خواهد داشت؛ بر خلاف آنجا که این عمل به صورت مؤبد انشاء گردد که در این صورت بر وقف دلالت خواهد نمود؛ زیرا ابدی بودن، شرط صحت وقف است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۹/۹). شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز نیز قرینه بر غیر مؤبد بودن عمل انجام شده و بیانگر تعلق اراده واقعی شخص به حبس است.

۳- روایتی که اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام نقل کرده، به صحت این عمل با عنوان حبس دلالت دارد. در این دو روایت که سند آنها طبق اعلام روایت پژوهان، موثق همانند صحیح است (شمس‌الدین، بی تا: ۱۰۵-۱۲۹)، با اندکی تفاوت در مضمون آمده است: «اسماعیل پسر فضل، از امام صادق علیه السلام درباره مردی پرسید که بعضی از اموالش را در زمان حیاتش در راه خیر صدقه می‌دهد (وقف می‌کند) و می‌گوید اگر به چیزی از مال یا غله آن نیازمند شدم، خودم سزاوارتر باشم، آیا این حق برای او هست؛ در حالی که این مال را برای خدا قرار داده؟ آیا این مال در زمان حیات فرد برای خود فرد است که پس از مرگ او، به میراث می‌رسد یا به عنوان صدقه تداوم می‌یابد؟ امام علیه السلام فرمود: این مال به عنوان میراث به خویشاوندان وی برمی‌گردد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۱/۹).

دلالت روایت به این صورت است که عبارت «یرجع میراثاً» ظهور در صحت این عمل به عنوان حبس دارد؛ زیرا اگر چنین عملی از اصل باطل بود، برگشت (رجوع) مال به ملک واقف بی‌معنا بود؛ چرا که در این صورت به دلیل بطلان وقف، عین و منفعت مال موقوف همچنان در ملک واقف باقی می‌ماند. به عبارت دیگر، «باید وقف صحیح باشد تا صادق بیاید که بعد موت رجوع می‌کند به میراث» (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۲۷/۴). ولی حبس این گونه نیست؛ چرا که منفعت ملک در مدت زمان حبس، از ملک حبس کننده خارج می‌شود و بنابراین استعمال رجوع در مورد آن به صورت

حقیقی صحیح است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۱۵/۲۱).

### ۳-۱-۳. صحت وقف و شرط

سومین نظریه در خصوص وقف مشروط به بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز، نظریه «صحت وقف و شرط» است؛ یعنی چنین عملی با عنوان وقف صحیح است و با بروز نیاز برای واقف، عقد وقف منحل شده و مال موقوفه در اختیار واقف قرار می‌گیرد. شیخ طوسی در این زمینه می‌نگارد:

«اگر واقف شرط کند که هر گاه به چیزی از موقوفه نیاز پیدا کرد، اختیار فروش موقوفه و تصرف در آن را داشته باشد، چنین شرطی صحیح است و وی اختیار دارد آنچه را که شرط کرده، انجام دهد» (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۹۶-۵۹۵).

شبهه این عبارت را فقهای دیگر از جمله شیخ مفید، سلار و ابن براج در نوشته‌های خود آورده‌اند و سید مرتضی بر آن، ادعای اجماع نموده و چنین مسئله‌ای را از انفردات فقه امامیه برشمرده است (مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۲؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۷؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۹۳/۲؛ علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۶۹-۴۶۸).

مهمترین دلایل این نظریه عبارت از موارد زیر است:

۱- اجماع: نخستین فقیهی که در این مسئله به اجماع استناد کرده، سید مرتضی

است. وی می‌نویسد:

«از موضوعاتی که جزء مسائل اختصاصی فقه امامیه محسوب می‌شود، این سخن است که هر کس وقفی بنماید، جایز است شرط نماید که اگر در زمان حیاتش به آن نیاز پیدا کرد، اختیار فروش موقوفه و بهره‌برداری از منافعی را داشته باشد. دلیل ما برای این سخن، اتفاق نظر فقهای امامیه است و نیز به این دلیل که موقوفه بودن هر چیز، تابع اختیار واقف و شرایطی است که وی قرار می‌دهد. پس اگر آنچه را گفتیم برای خود شرط نماید، مانند سایر شرطهایی خواهد بود که در وقف قرار می‌دهد» (علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۶۹-۴۶۸).

۲- اصل صحت در عقد و شرط: علامه حلی در این باره آورده است:

«دلیل ما برای این نظریه، اصل صحت عقد و شرط با هم است» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۱/۶).

۳- روایت محمد بن حسن صفار از امام عسکری علیه السلام:

«[امور] وقف‌ها مطابق آنچه صاحبان آنها وقف می‌کنند، خواهد بود؛ إن شاء الله»  
(کلینی، ۱۴۰۷: ۳۷/۷).

اطلاق این روایت شامل شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز نیز می‌شود و بدیهی است چنین شرطی از جمله شروطی نیست که با دلیل از اطلاق این روایت خارج شده باشد؛ زیرا این شرط خلاف مقتضای عقد وقف نیست و مخالفتی هم از سوی کتاب یا سنت در این زمینه وارد نشده است.

۴- مطابق دو روایتی که اسماعیل بن فضل از امام صادق علیه السلام نقل کرده، بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت تحقق شرط (یعنی تحقق نیاز) که مورد سؤال راوی بوده، مورد تأیید قرار گرفته است و این دلالت بر صحت شرط و صحت عمل صورت گرفته با عنوان وقف دارد.

۵- به اجماع فقها، مشروط ساختن وقف، امری جایز است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۲/۶)؛ پس هر گاه شرطی که در ضمن عقد وقف گنجانده شده از بین رود، وقف استمرار نخواهد داشت. بنابراین اکنون که عقد قابل مشروط ساختن می‌باشد و از سوی دیگر، امکان انتقال مال موقوفه از موقوف علیه به دیگری وجود دارد (همانند انتقال آن از بطن اول به بطن دوم و موارد دیگر)، نباید مانعی در خصوص این شرط وجود داشته باشد.

### ۲-۳. بررسی دیدگاه‌ها و نظر برگزیده

با بررسی ادله ارائه شده از سوی طرفداران هر یک از سه نظریه فوق مشخص می‌شود دیدگاه مربوط به «صحت وقف و شرط» بر دو نظر دیگر رجحان دارد. دلایلی که مانع پذیرش دیدگاه نخست می‌شود، عبارت از موارد زیر است:

اولاً: دو روایت اسماعیل بن فضل به صحت عمل صورت گرفته با عنوان وقف دلالت دارد. دلالت این دو روایت به این گونه است که از یک سو عبارت «یرجع» ظهور در صحت این عمل تا زمان تحقق شرط و تحقق رجوع با حادث شدن شرط دارد؛ زیرا رجوع تنها در صورت صحیح بودن عمل مفهوم پیدا می‌کند. از سوی دیگر،

عبارت «أو يمضى صدقة» دلالت بر اراده «وقف» در سؤال راوی دارد. زیرا تنها وقف است که در صورت صحیح نبودن شرط بازگشت موقوفه هنگام نیاز، قابلیت استمرار در زمان بعد از فوت واقف را داراست و حبس با تحقق فوت برای حابس، در هر صورت باطل می‌گردد. بنابراین روایت ظهور در این دارد که مورد سؤال، وقف است و نه حبس، و به قرینه تناسب حکم و موضوع، پاسخ امام علیه السلام نیز ناظر به وقف است. علاوه بر این، «یرجع» ظهور در این دارد که وقف تا زمان تحقق شرط، صحیح است.

ثانیاً: مطابق قاعده شروط، مفاد شرط در هر عقدی، هر امری است که مخالف مقتضای ذات عقد یا مخالف کتاب و سنت نباشد. در جای خود به اثبات رسیده است که شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیازمندی وی، شرطی خلاف مقتضای عقد وقف نیست (رحمانی، ۱۳۷۸: ۲۹۳-۲۹۵) و علاوه بر آن، مخالفتی از کتاب یا سنت در این باره وارد نشده است (همان: ۲۹۶-۲۹۷). بلکه روایت حسن صفار از امام حسن عسکری علیه السلام که لزوم تبعیت وقف از شروط واقف را بیان می‌کند، بر مشروع بودن چنین شرطی دلالت می‌نماید. بنابراین وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز، عقدی صحیح و دارای اثر است.

ثالثاً: پس از اثبات عدم اشتراط دوام در صحت وقف (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۰۳/۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰: ۱۳۱-۱۳۵)، می‌توان هر شرطی را که منقطع کننده وقف و منتقل کننده موقوفه به واقف یا دیگران می‌شود، در عقد وقف گنجانند؛ اعم از اینکه آن شرط، شرط صفتی باشد که در موقوف علیهم در نظر گرفته می‌شود و با زوال آن صفت، وقف در مورد آنان منفسخ می‌گردد یا شرط، عبارت از اختصاص منافع موقوفه به فرد یا افراد خاصی باشد و آنان منقرض شوند و با انقراض آنان، وقف منحل گردد یا نظیر مورد بحث ما، شرط اختصاص به واقف داشته باشد و وی بازگشت موقوفه به خود در زمان نیازمندی اش را شرط کند و در زمانی بعد از تحقق وقف، این شرط حاصل شود و موقوفه به واقف بازگردد. آنچه ممنوع است، مقید کردن وقف به «زمان» خاصی مثلاً یک سال یا صد سال است و طبق نظر پذیرفته شده، وقف باید از این حیث، مطلق انشاء شود، ولی مقید کردن آن به امری غیر از «زمان» که ممکن است در آینده‌ای دور یا نزدیک اتفاق افتد، ممنوع نیست و باعث بطلان وقف نمی‌شود؛ هرچند چنین شرطی

نیز مانند هر شرط دیگر، جز در قالب زمان (آینده) رخ نمی‌دهد.

ضعف دلایل نظریه دوم نیز روشن است؛ زیرا اولاً: ماهیت وقف با ماهیت حبس متفاوت است و نمی‌توان آن دو را یک عقد محسوب نمود. وقف عبارت از حبس مال به صورت مطلق است و این مستلزم فک ملک از مالک است ولی در حبس، منافع مال برای مدتی موقت در اختیار دیگران قرار می‌گیرد (حق انتفاع) و به این دلیل، فک ملک صورت نمی‌گیرد؛ بلکه مال همچنان در ملک حبس‌کننده باقی می‌ماند. بنابراین مشروط کردن وقف را به امری که ممکن است در آینده رخ دهد، نمی‌توان دلیل بر اراده نوع موقت از حبس (حبس به معنای خاص) دانست.

ثانیاً: به موجب قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد»، عقد از قصد تبعیت می‌کند. بنابراین آنجا که اراده شخص به وقف تعلق گرفته، نمی‌توان نتیجه حبس را بر آن مترتب نمود. همچنین به موجب این قاعده، اگر قرار دادن شرط بازگشت موقوفه به واقف با مقتضای عقد وقف تنافی داشته باشد، باید موجب بطلان وقف شود، نه اینکه باعث تغییر ماهیت وقف و تبدیل آن به عقدی دیگر (حبس) گردد.

ثالثاً: همان‌گونه که در توضیح ادله مربوط به صحت وقف و شرط بیان شد، در دو روایتی که اسماعیل بن فضل از امام صادق ع نقل کرده، بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت تحقق شرط (تحقق نیاز) که مورد سؤال روای بوده، مورد تأیید قرار گرفته است و این دلالت بر صحت شرط و صحت عمل صورت‌گرفته با عنوان وقف دارد.

به نظر می‌رسد برخی از دلایل ارائه‌شده در نظریه سوم نیز غیر معتبر و غیر قابل پذیرش می‌باشند؛ از جمله، اجماع مورد ادعای سید مرتضی در خصوص صحت وقف و شرط، به دلیل وجود نظر مخالف در میان فقهای متقدم و متأخر (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۶/۳-۱۵۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۳/۲) و نیز احتمال مدرکی بودن، فاقد اعتبار است و شرایط اصولی حجیت اجماع را ندارد.

علاوه بر این، استناد به اصل (اصل صحت مورد استناد در کلام علامه حلی) نیز با وجود دلیل، اصولاً صحیح نیست.

با این حال، عموم روایت صفار از امام حسن عسکری ع و ظاهر دو روایت

اسماعیل بن فضل و نیز قابلیت وقف برای مشروط ساختن و عدم مانع در انتقال آن به دیگری به موجب شرط، بر صحت شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز و اعتبار نظریه سوم دلالت دارند. برای اثبات این نظر علاوه بر آنچه پیش از این در نقد ادله بیان شد، می‌توان به موارد زیر نیز تمسک جست:

۱. قاعده «الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها»: مطابق این قاعده فقهی (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۲۷/۴-۳۱۶)، وقف در نحوه انعقاد و اداره و اجرا، تابع نظر و اراده واقف است و وی می‌تواند هر گونه شرطی را که مخالف کتاب و سنت یا مخالف مقتضای وقف نباشد، برای تحقق وقف و اداره موقوفه قرار دهد. شرط بازگشت موقوفه به واقف در صورت نیاز نیز از همین قبیل است و مخالفتی از کتاب و سنت در مورد آن وجود ندارد و بلکه بسیاری از فقیهان به جواز آن تصریح کرده‌اند و نیز تخالفی میان آن و مقتضای عقد، به اثبات نرسیده است و آنچه در مورد مخالفت این شرط با ویژگی دائمی و ابدی بودن وقف گفته شده است، بنا به اجماع پیش گفته سید مرتضی در خصوص صحت چنین وقف و شرطی (علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۶۸-۴۶۹) و استدلال فقهای دیگر، مبنی بر «قلمداد شدن تأیید در وقف به اقتضای اطلاق وقف و نه مطلق وقف» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۰۳/۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۳۰: ۱۳۵) مردود است؛ زیرا آنچه باعث بطلان عقد می‌شود، تقیید وقف به زمان خاصی مثلاً یک سال یا ده سال می‌باشد و اساساً وقف غیر مؤبد، مانند وقف بر موقوف‌علیهی که غالباً منقرض می‌شوند، صحیح است (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۳۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۰۴-۳۰۲/۶).

۲. دلیل «المؤمنون عند شروطهم»: عموم دلیل بر صحت شرط و لزوم وفای به آن دلالت دارد؛ زیرا از نظر فقهی، «شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز، مقتضی آن است که با تحقق شرط، برگشت مال موقوفه به واقف، متوقف بر فسخ عقد توسط وی و انشایی مستقل نباشد؛ بلکه به مجرد ظهور شرط (یعنی همان بروز نیاز)، وقف منفسخ گردد و این همان معنای ظاهری از شرط واقف است؛ زیرا شرط واقف، بازگشت موقوفه هنگام نیاز است، نه بازگرداندن موقوفه. بنابراین با تحقق نیاز، موقوفه عملاً به ملک واقف باز می‌گردد و دلیل آن، ظاهر شرط و داخل بودن آن در عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۷-۳۶۸/۵؛ همو، ۱۴۲۲: ۵۲۶).

#### ۴. تحلیل حقوقی شرط فاسخ در وقف و اثرات آن

پیش از تحلیل موضوع باید یادآور شد در کنار اختلاف نظر فقهی در مورد وضعیت وقفی که مشروط به بازگشت به ملک واقف در صورت نیاز، انشاء می‌شود، در حقوق نیز در مورد صحت وقفی که در هنگام انشاء، به شرط فسخ یا شرط فاسخ مشروط می‌شود، نظر قاطعی ابراز نشده است. در بهترین نظر از میان نظرات موجود در این باره گفته شده است شرط فاسخی که در کنار عقد وقف قرار داده شده باشد، نشان از غیردائمی بودن حبس مورد نظر واقف دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۴۶/۵)؛ یعنی در واقع، اراده واقعی فرد، بیانگر ماهیت حقوقی عمل وی خواهد بود و از راه تفسیر اراده باید به عنوان حقوقی عمل وی پی برد و یا در نظری دیگر گفته شده است چنین شرطی به دلیل برخورد با مانع قانونی اثر خود را از دست می‌دهد (صدیقیان و جعفری ندوشن، ۱۳۹۴: ۷۲). نویسنده اشاره نکرده است که منظور از مانع قانونی چیست و با بی‌اثر شدن شرط، خود مشروط چه فرجامی پیدا می‌کند؟ آیا آن هم به سرنوشت شرط (بی‌اثر بودن و بطلان) دچار می‌شود یا با عنوان وقف به حیات خود ادامه می‌دهد؟

#### ۴-۱. تحلیل حقوقی

تحلیل و بررسی ماهیت شرط بازگشت موقوفه به واقف هنگام نیاز در عقد وقف و نظریه صحت وقف و شرط در فقه در مقابل دو نظریه دیگر، این حقیقت را آشکار می‌سازد که چنین شرطی در عقد وقف، با شرط فاسخ انطباق کامل دارد؛ زیرا بر طبق آنچه پیش از این در تعریف و بیان ویژگی‌های شرط فاسخ و دلایل پذیرش نظریه صحت وقف و شرط در فقه بیان شد، «موکول ساختن انحلال عقد به شرطی خارجی یا حادثه‌ای در آینده» مضمون اصلی شرط فاسخ را تشکیل می‌دهد و حادثه‌ای که در اینجا، انحلال عقد وقف به آن وابسته شده است، همان «نیازمند شدن واقف به مال مورد وقف» در زمانی بعد از انشای وقف است که یکی از گونه‌های تعلیق در انحلال عقد (تعلیق انحلال عقد به امری قهری) را تشکیل می‌دهد. بنابراین با تحقق شرط (نیازمند شدن واقف) در زمانی بعد از تحقق عقد، وقف خودبه‌خود منحل و منفسخ می‌گردد و چون اثر حادثه از هنگام بروز آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱۹)، آثار وقف از آن

لحظه از بین می‌رود و مال موقوفه به ملک مالک پیشین آن یعنی واقف برمی‌گردد. الزام ضمنی طرف مقابل به حفظ موضوع قرارداد و اسقاط حق تصرفی که مخالف و منافی با نفوذ شرط باشد و امکان تحقق آن را از بین ببرد<sup>۱</sup> (همان: ۱۱۹-۱۲۰) نیز تأیید دیگری بر نافذ بودن چنین عقدی تا زمان تحقق شرط و قلمداد شدن این شرط از نوع شرط «فاسخ» است. علاوه بر این، برای اعتبار شرط فاسخ در وقف از لحاظ حقوقی، از دلایل زیر نیز می‌توان بهره گرفت:

۱. عدم انحصار انحلال وقف به اسباب ویژه در قانون مدنی

بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی:

«عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

منظور از عبارت «علت قانونی» با لحاظ اصطلاح «فسخ» در این ماده، هر علتی است که بر حسب اراده طرفین یا یکی از آنها، سبب انحلال ارادی عقد قرار می‌گیرد؛ اعم از اینکه این انحلال ارادی، در زمانی بعد از تشکیل قرارداد و با انشایی مستقل، در قالب شرط خیار باشد که اثر آن، انحلال فعلی قرارداد در زمان اختیار فسخ است یا انشای آن در ضمن انشای مربوط به تشکیل عقد در قالب شرط فاسخ صورت بگیرد و هدف، انحلال قهری عقد در زمان آینده و هنگام تحقق شرط باشد. در هر صورت، آنچه سبب انحلال عقد را فراهم می‌آورد، اراده طرفین عقد است که قانون نیز آن را به موجب این ماده و ماده ۱۰ محترم می‌شمارد.

با این حال، عقدی را که انحلال آن از نظر قانونی در اسباب معینی منحصر گردیده، نمی‌توان به موجب شرط فاسخ منحل کرد. قانون‌گذار در ماده ۷۶۰ قانون مدنی، اسباب انحلال صلح را در خیار و اقاله منحصر کرده و آورده است:

«صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جایزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله».

۱. شرط فاسخ در این باره با شرط فسخ مذکور در ماده ۴۶۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید»، از حیث مبنای حکم یکسان است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱۹).

به طوری که از مقررات این ماده استفاده می‌شود، اسباب انفساخ صلح، صریحاً به خیار و اقاله منحصر شده است و تعلیق انحلال عقد (شرط فاسخ)، مسلماً نه خیار است و نه اقاله.

این مطلب در مورد نکاح نیز صادق است. به موجب ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود». همان گونه که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار انحلال عقد نکاح را در سه مورد فسخ و طلاق و بذل مدت (ویژه نکاح موقت) محصور دانسته و سخنی از انحلال قهری آن با موارد دیگر به میان نیاورده است. لذا استفاده از اسباب دیگر (مانند اقاله یا شرط فاسخ) برای انحلال عقد نکاح صحیح نیست (ر.ک: همو، ۱۳۹۲: ۵/۳۴۶).

استقراء در مواد قانونی نشان می‌دهد انحلال وقف از نظر قانون‌گذار به اسباب خاصی منحصر نشده و وقف از این جهت، تابع قواعد عمومی مربوط به عقود لازم است. تنها استثنایی که در این باره وجود دارد، ماده ۶۱ قانون مدنی<sup>۱</sup> است که «رجوع از وقف» را بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض، ممنوع اعلام کرده و بدیهی است که اشتراط واقف مبنی بر انحلال وقف در صورت تحقق شرط، دخالت در آن بعد از وقوع عقد و تحقق قبض نیست تا بر عنوان «رجوع» تطبیق داده شده و ممنوع اعلام گردد. از سوی دیگر، انحلال وقف در زمان تحقق شرط - که از نظر واقف، امری محتمل و غیر قطعی است - به صورت قهری رخ می‌دهد و واقف در آن دخالتی ندارد و از این رو مشمول ماده ۶۱ و مواد دیگر قانون مدنی قرار نمی‌گیرد.

بنابراین با نبود منع قانونی، واقف می‌تواند در ضمن انعقاد وقف، شرط فاسخی مبنی بر انحلال وقف در صورت تحقق شرط مورد نظر قرار دهد و «علت قانونی» مذکور در ماده ۲۱۹ با توجه به تفسیری که از آن ارائه شده است، شامل وقف نیز می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۶۱-۶۲).

۱. ماده ۶۱ قانون مدنی: «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 موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی تعیین نکرده، بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند».

## ۲. نفوذ اصل حاکمیت اراده

برای اثبات صحت وقف مشروط به شرط فاسخ و پیدا کردن جایگاه قانونی برای آن می‌توان به ماده ۱۰ قانون مدنی استناد کرد. این ماده مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

اگر نتوان مغایرتی بین شرط فاسخ در وقف به عنوان یکی از مصادیق حاکمیت اراده با قواعد آمره و نظم عمومی پیدا نمود، می‌توان به صحت این عمل حقوقی به استناد ماده ۱۰ حکم نمود. به نظر نمی‌رسد توافق افراد در عقد وقف مبنی بر اینکه با وقوع حادثه‌ای در آینده، وقف خودبه‌خود از بین برود، خللی به قواعد آمره و نظم عمومی وارد کند؛ زیرا قواعد مربوط به معاملات جز در موارد خاص، از قواعد آمره محسوب نمی‌شود و توافق بر خلاف آن جایز است و نظم عمومی در حوزه حقوق خصوصی که آزادی اراده را محدود می‌کند، شامل مقرراتی می‌شود که ناظر به جهت، اهلیت، قصد و رضا در معامله است و قرار دادن شرط فاسخ در وقف، در تعارض با هیچ یک از قواعد مذکور نیست و بنابراین تحت حاکمیت اراده باقی می‌ماند.

## ۲-۴. اثر شرط فاسخ در وقف

پس از اثبات امکان درج شرط بازگشت موقوفه به مالک هنگام نیاز به عنوان فاسخ در عقد وقف بر اساس فقه و حقوق امامیه، می‌توان آثار زیر را برای آن برشمرد:

۱- عمل صورت‌گرفته توسط شخص با همان عنوانی که وی اراده نموده، یعنی وقف محقق می‌شود و تفسیر و تغییر آن به عنوان حبس، مغایر با قواعد کلی معتبر در عقود و از جمله قاعده «العقود تابعة للقصود» بوده و نادرست است.

۲- وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز، در صورت دارا بودن سایر شرایط، به نحو صحیح منعقد می‌شود و شرط ضمن آن، به دلیل عدم مغایرت با مقتضای ذات عقد وقف و عدم مخالفت با کتاب و سنت، معتبر و دارای اثر است و از این رو، وقف تا زمان تحقق شرط (بروز نیاز) استمرار می‌یابد و با حادث شدن آن، انحلال می‌یابد.

۳- از آنجا که صرف تحقق شرط فاسخ برای انحلال عقد مشروط به آن کفایت می‌کند، در موضوع مورد بحث نیز صرف نیازمند شدن واقف به مال موقوفه، موجب انحلال وقف می‌شود و به تشریفات خاصی نیاز ندارد.

۴- اثر شرط نتیجه بودن شرط فاسخ، انحلال قهری وقف هنگام تحقق شرط است. بنابراین قرار دادن اختیار رجوع به مال وقفی برای واقف پس از نیازمند شدن به مال وقفی و اعتقاد به بطلان وقف تنها در صورت انتخاب رجوع از سوی وی، مغایر با مضمون شرط فاسخ و به منزله قرار دادن آن به عنوان «شرط فسخ» است که دلیلی بر جریان و اعتبار آن در وقف وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

۱. نظریه «صحت وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز و استمرار وقف تا زمان بروز شرط» در فقه، در مقابل دو نظریه دیگر که قائل به بطلان کلی این عمل و یا صحت آن با عنوان حبس و نه وقف هستند، به دلیل قرار گرفتن در عموم ادله لزوم وفای به عقد و شرط، ادله لزوم تبعیت عقد از قصد، قاعده «الوقوف»، قاعده «شروط» و دلالت ظاهری روایاتی که در این زمینه وجود دارد، از استحکام و استواری بیشتری برخوردار و مورد پذیرش قرار گرفته است.

۲. «شرط بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز» در فقه، با «شرط فاسخ» در حقوق که قرارداد صحیح نافذ را از زمان تحقق شرط در حالت انفساخ قرار می‌دهد و نوعی از شرط نتیجه محسوب می‌شود، انطباق کامل دارد. بنابراین و بر اساس نظر مورد پذیرش در فقه، امکان قرار دادن شرط فاسخ در عقد وقف وجود دارد و وقف مشروط به بازگشت موقوفه به ملک واقف در صورت نیاز، صحیح است و تا زمان تحقق نیاز برای واقف استمرار می‌یابد و بعد از آن منحل می‌گردد.

۳. به رسمیت شناختن شرط فاسخ در عقد وقف، مطابق با قاعده «الوقوف» در فقه و نیز اصل حاکمیت اراده در حقوق و ماده ۱۰ قانون مدنی است. با توجه به این دلایل و نیز فقدان منع قانونی در این باره، وقف در شمول قواعد عمومی قراردادهای قرار دارد و از حیث امکان قرار دادن شرط فاسخ در آن مانند سایر عقود لازم می‌باشد.

## کتاب شناسی

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز و ابوجعفر محمد بن حسن طوسی، *جواهر الفقه - العقائد الجعفریه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۴. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، *مجموعه فتاوی ابن الجنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۵. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيله*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۶. اراکی، محمدعلی، *الخيارات*، قم، فی طریق الحق، ۱۴۱۴ ق.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۸. بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آینه آرای دیوان عالی کشور (عقود و تعهدات)*، چاپ دوم، تهران، فردوسی، ۱۳۸۲ ش.
۹. حائری طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۸۲ ق.
۱۱. حسینی حلبی، حمزة بن علی بن زهره، *غنية النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق (علیه السلام)*، قم، المطبعة العلمیه، بی تا.
۱۳. همو، *منهاج الفقاهه*، قم، بی تا، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. حسینی عاملی، سید جواد بن سید محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. حلی، حسن بن علی بن داود، *الجوهرة فی نظم التبصره*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۶. خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. رحمانی، محمد، «شرط خیار رجوع به وقف هنگام نیاز از نگاه آیه الله سید احمد خوانساری»، *فقه اهل بیت (علیهم السلام) (فارسی)*، شماره های ۱۷-۱۸، ۱۳۷۸ ش.
۱۸. سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویه*، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. سیفی مازندرانی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسيلة - الوقف*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۰ ق.
۲۰. شمس الدین، محمد جعفر، *مشیخة الفقیه*، بی جا، دار التعاریف للمطبوعات، بی تا.
۲۱. شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۱ ش.
۲۲. صدوق، محمد بن علی حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. صدیقیان، عبدالله و جواد جعفری ندوشن، «قلمرو نفوذ شرط فاسخ»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره هفتاد و نهم، شماره ۸۹، ۱۳۹۴ ش.

۲۴. طباطبایی، سیدمحمد، *المناهل*، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، بی تا.
۲۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *تکملة العروة الوثقى*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. همو، *حاشیه المکاسب*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۸. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۹. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *حاشیه شرائع الاسلام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۳۲. همو، *مسالك الافهام الى تفصیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. عراقی، ضیاء الدین، *شرح تبصرة المتعلمین*، تحقیق محمد حسن، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الى احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق (الف).
۳۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق (ب).
۳۸. علم الهدی، سید مرتضی، *الانصاف فی انقراض الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۹. فخرالمحققین حلّی، محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۰. قُطان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، قم، مؤسسة امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی - اعمال حقوقی*، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱ ش.
۴۲. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.
۴۳. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، بلد، ۱۳۷۴ ش.
۴۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۵. مامقانی، عبدالله، *نهاية المقال فی تکلمة غایة الآمال*، نجف، المطبعة المرتضویه، ۱۳۴۵ ق.
۴۶. مجلسی اصفهانی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. همو، *ملاد الاختیار فی فهم تهذیب الاخبار*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۴۸. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۴۹. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۰. همو، *نکت النهایه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۵۱. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۵۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.

۵۳. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*. تصحیح مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی، حسین یزدی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، *البیع*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، گردآوری محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۵۷. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان حلال والحرام*، نجف، دفتر معظم له، ۱۴۱۶ ق.
۵۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.

