

وضعیت حقوقی بیع موقوفه از منظر حقوق افغانستان

(با تأکید ویژه بر فقه حنفی و فقه امامیه)

محمد امین رحیمی^۱

چکیده

بیع وقف عبارت از بیعی است که مبیع آن مال موقوفه باشد. با توجه به اینکه قاعده‌ی عمومی در فقه اسلامی، نسبت به بیع وقف، عدم جواز فروش اموال موقوفه می‌باشد، فروش موقوفات خراب شده، از کار افتاده و مشروط به تعویض از سوی واقف را چگونه می‌توان توجیه نمود؟ مقاله‌ی حاضر با روش توصیفی تحلیلی در صدد حل مشکله‌ی فوق برآمده و تلاش کرده است تا با استفاده از فقه حنفی، قانون مدنی و فقه امامیه راه برون رفتی را نسبت به این مسئله پیدا نماید. پس از تورق در گزاره‌های فقهی و قانونی به این نتیجه دست یافته است که جواز بیع وقف، به دلیل بلااستفاده بودن برخی از اوقاف و عدم تأمین اهداف واقف نسبت به بعضی از موقوفات، نه تنها جایز، بلکه ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا استفاده‌ی بهینه از نهاد وقف در کشور، رونق‌بخشی به این نهاد حقوقی و تأمین اهداف بلندمدت واقف، ضرورت فروش موقوفه و جایگزین کردن بدیل احسن به جای آن را بلا تردید می‌سازد.

واژگان کلیدی: وقف، بیع وقف، جواز بیع وقف، فقه حنفی، قانون مدنی، فقه امامیه.

درآمد

نهاد وقف در فرهنگ اسلامی، یکی از موضوعات بسیار مهم، حیاتی و مؤثر می‌باشد؛ زیرا نهاد مذکور، در صورت نظام‌مند شدن، می‌تواند در شکوفایی فرهنگ و تمدن اسلامی، نقش مؤثری را ایفا نموده و امور عام المنفعه را در کشور رونق ببخشد. مسئله‌ی بنیادین در مورد اموال موقوفه و بهره‌وری از آن‌ها این است که آیا می‌توان مال موقوفه را فارغ از قیودی که در متون فقهی برای بیع مال موقوفه بیان شده است، فروخت و بهره‌وری از این ظرفیت بزرگ را بیشتر نمود و بهره‌دهی آن را در راستای اهداف متولیان وقف، افزایش داد؟ به عبارت دیگر اداره اوقاف

^۱ دانشجویی کارشناسی دکتری حقوق خصوصی (1154292amin@gmail.com)

افغانستان می‌تواند موقوفات کشور را فروخته و در عرصه‌های نوین سرمایه‌گذاری مانند سهام شرکت‌های بزرگ و بورس کشورهای منطقه که امروزه جایگاه ویژه‌ای را در جهت رشد اقتصادی جوامع انسانی دارد، سرمایه‌گذاری نمود و با به دست آوردن سودهای معتنا بهی که از این طریق به دست می‌آید، خانواده‌های بیشتری از شهروندان فقیر افغانستان را حمایت مالی نماید؟ در صورت مثبت بودن پاسخ پرسش فوق، اگر عین موقوفه به هر دلیلی کارایی‌اش را از دست بدهد یا بهره‌وری کافی را نداشته باشد، متولیان یا سازمان اداره موقوفات کشور می‌توانند اقدام به بیع موقوفات نموده و درآمد حاصل از فروش آن‌ها را خرج ساخت کارخانه‌های مدرن، پارک‌های وسیع، باغ‌های مثمر و سرمایه‌گذاری در بورس‌های جهانی نماید و از در آمد آن، تمام خانواده‌های فقیر سراسر افغانستان را به بهترین وجه اداره نماید. تحقیق حاضر، به هدف حل مسئله‌ی پیش‌گفته، بنا دارد که وضعیت حقوقی بیع موقوفه را در حقوق افغانستان و فقه امامیه، با روش توصیفی - تحلیلی، مورد بررسی قرار دهد تا بتواند از این رهگذر، محمل فقهی و حقوقی را برای جواز فروش موقوفات کشور پیدا نماید و گامی بلندی را در جهت رونق وقف در کشور بردارد و زمینه‌ی درآمد و اشتغال مستضعفان اقتصادی را در افغانستان فراهم نماید. نویسنده معتقد است که فقه امامیه و فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان چنین اجازه‌ی را به متولیان و سازمان اداره‌ی وقف داده است تا با فروش موقوفات کشور، زمینه‌ی بهره‌وری حداکثری آن‌ها را فراهم نماید. جواز بیع موقوفات و استفاده بهینه از بدل آن‌ها، راهکاری است که قبل از فقه و حقوق، اراده‌ی آزاد واقف، آن را مجاز شمرده است. بدین صورت که خداوند متعال، انسان را خیرخواه آفریده و میل به ماندگار شدن را در نهاد او نهادینه نموده است، راه تحقق بخشیدن به این تمایلات فطری را نیز به او نشان داده که همانا وقف اموال در راه مصالح خیر تا ابد می‌باشد. متولی و اداره‌ی اوقاف عمومی، باید جوهره‌ی اراده‌ی واقف را دریابد و آن را در بیع و تبدیل و تبدل موقوفه و سرمایه‌گذاری و مصرف آن در جهات نیت واقف، در نظر بگیرد.

۱- مفهوم شناسی

در ذیل این عنوان، مفهوم واژه‌ی بیع، وقف و بیع وقف تحلیل و بررسی می‌شود:

۱-۱- تعریف واژه‌ی بیع

واژه‌ی بیع در لغت به معنای فروش^۲ اما گاه به خرید و فروش نیز بیع اطلاق می‌گردد؛ کلمه‌ی بیع، در «کتاب البیع»، «احکام البیع» و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» به معنای اخیر استعمال شده است (ر، ک: طاهری، ۱۴۱۸ هـ ق/۴: ص ۱۸). زحیلی نیز همین معنی را برای واژه‌ی بیع از لغت شناسان نقل کرده است: «الْبَيْعُ لُغَةً: مُقَابَلَةُ شَيْءٍ بِشَيْءٍ، وَ هُوَ مِنْ

۲. و در مقابل آن «شراء» می‌باشد که به معنای خرید است.

أَسْمَاءُ الْأَضْدَادِ أَيْ الَّتِي تَطْلُقُ عَلَى الشَّيْءِ وَعَلَى ضَدِّهِ، مِثْلُ الشَّرَاءِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: {وَشَرَوْهُ بَثْمَنٍ بَخْسٍ} أَيْ بَاعُوهُ، وَ يُقَالُ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ: بَائِعٌ وَبِيعٌ، وَمَشْتَرٍ وَشَارٌ؛ بَيْعٌ، فِي لُغَتِ، بِهَ مَعْنَى مُقَابِلِ هِمَّ قَرَارِ دَادِنِ دُو چيز است؛ این واژه، از اسمای اضداد است که هم بر خود یک شیء و هم بر ضد آن اطلاق می گردد. مثلاً شراء که ضد بیع است، در آیه «۲۰» سوره یوسف، بیع خوانده شده است» (زحیلی، بی تا/۵: ص ۳۳۰۵). «بیع»، در اصطلاح، عبارت است از: «تملیک عین بعوض معلوم: أَنْ الْبَيْعِ نَقْلُ الْمَلِكِ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ/۲۲: ص ۲۰۳). نقل ملک، همان تملیک عین به عوض معلوم می باشد.

نوی نیز معنای فوق را از بیع، منظور نموده و نوشته است: «حقیقت بیع، در لغت مقابله مال به مال و در شرع، مقابله مال به مال به هدف تملیک است» (النوی، بی تا/۹: ص ۱۴۹).^۳ فقهای حنفی عقد بیع را «مبادله مال به مال به نحو خاص» دانسته اند (زحیلی، بی تا/۵: ص ۳۳۰۵).^۴ از آنجای که بیع، مانند قرض و اجاره، نوعی معاوضه محسوب می گردد، تعاریف مذکور، شامل معاوضه نیز می شود؛ با وجود این، تنها فارق میان بیع و معاوضه، قصد طرفین معامله است (بجنوردی، ۱۴۰۱ هـ/۱، ص ۲۹۴). قانون مدنی افغانستان، به پیروی از فقه حنفی، در بند «۱» ماده «۱۰۳۵»، بیع را چنین تعریف نموده است: «عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالی که ثمن مبیعه باشد». این تعریف، عین تعریفی است که ابن قدامه از بیع انجام داده و نوشته است: «الْبَيْعُ: مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ، تَمْلِيكًا، وَتَمْلِكًا؛ بیع، مبادله یک مال به مال دیگر بوده و با قصد تملیک از سوی بایع و قصد تملک از سوی مشتری، محقق می گردد» (المقدسی، ۱۳۸۸ هـ/۳: ص ۴۸۰). همین معنی در ماده «۱۰۳۷» قانون مدنی نیز مورد تصریح قرار گرفته است: «بیع به ایجاب و قبولی که معنی تملیک و تملک را افاده نماید با تعیین مبیعه و ثمن منعقد می گردد». به اعتقاد فقهای حنفی، هر کس جلوتر از دیگری، بگوید که می خرم یا می فروشم، ایجاب و کلام کسی که به دنبال کلمات فرد مذکور واقع می گردد، در هر قالبی که باشد، قبول تلقی می گردد (زحیلی، بی تا/۵: ص ۳۳۰۹).^۵ برخی از نویسندگان در زمینه ارزیابی تعاریف فوق نوشته است: «برای «بیع»، تعاریف بسیاری از ناحیه فقهای ارائه شده است؛ لکن، پس از نقض و ابرامهای بسیار، این تعریف [تملیک

۳. «وَأَمَّا حَقِيقَةُ الْبَيْعِ فِيهِ اللَّغَةُ فَمَوْ حَقَائِلُهُ أَلَّا بِالْأَلِ وَفِي الشَّرْعِ حَقَائِلُهُ أَلَّا بِالْأَلِ أَوْ نَحْوَهُ تَحْلِيًا».

۴. «وَأَصْلُهُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ: مَبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ أَوْ مَوْ مَبَادَلَةِ شَيْءٍ مَرغُوبٍ فِيهِ بِشَيْءٍ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ أَوْ بِإِيجَابٍ أَوْ تَعَاظٍ. وَخَرَجَ بِقَدِّ: (مَقْد) مَا لَا يَقْدُ كَبْعٍ دَرَمَرِ دَرَمَرٍ. وَغَيْرُ الْمَرغُوبِ: هَلْ الْهَبَةُ وَالْحَرَمُ وَالْإِتْرَابُ». «وَالْمَبَادَلَةُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ: مَا يَحِلُّ إِلَيْهِ الطَّيْعُ وَيُمْكِنُ إِدْخَالُهُ لَوْفَتِ الْحَاجَةِ، وَالْحَالِيَّةُ تَبَيَّنَ بِتَحْمُولِ النَّاسِ كَافَةً أَوْ بَعْضُهُمْ».

۵. «وَالْإِيجَابُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ: إِثْبَاتُ الْعَمَلِ الْخَاصِّ الدَّالِّ عَلَى الرِّضَا الْوَاقِعِ أَوَّلًا مِنْ كَلَامِ لَدِّ الْمُتَعَاقِدِينَ، سَوَاءً وَقَعَ مِنَ الْبَائِعِ كَبْعَتِ، أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي كَانِ يَتَدَّى الْمُشْتَرِي فَيَقُولُ: اشْتَرَيْتُ بِكَذَا. وَالْقَبُولُ: مَا ذَكَرْنَا مِنْ كَلَامِ لَدِّ الْمُتَعَاقِدِينَ. فَالْمُعْتَبَرُ إِذْنُ أَوَّلِيَةِ الصَّدُورِ وَتَأْوِيلُهُ فَقَطْ سَوَاءً أَكَانَ مِنْ جَمْعَةِ الْبَائِعِ أَمْ مِنْ جَمْعَةِ الْمُشْتَرِي».

عین بعوض معلوم] در مجموع، بهترین تعریف دانسته شده و مورد قبول بسیاری از فقها و حقوقدانان قرار گرفته است» (طاهری، ۱۴۱۸هـ/ق: ۴: ص ۱۹).

۱-۲. تعریف واژه‌ی وقف

مناسب ترین معنای لغوی واژه‌ی وقف را زحیلی از لغت شناسان نقل کرده و نوشته است: «**الوقف والتحبیس والتسبیل بمعنی واحد، وهو لغة: الحبس عن التصرف. يقال: وقف كذا: أى حبسته؛ معنای لغوی** کلمات مترافی چون وقف، تحبیس و تسبیل، حبس از تصرف می‌باشد؛ وقتی گفته می‌شود چیزی را وقف کردم، معنایش این است که آن مال را حبس نمودم و تمام تصرفاتم را از آن مال ممنوع نمودم» (زحیلی، بی‌تا/۱۰: ص ۷۵۹۹). معنای اصطلاحی «وقف» نیز از معنای معنای لغوی آن دور نیفتاده و به معنای حبس اصل مال و تسبیل منفعت استعمال گردیده است. قاطبه‌ی فقیهان اسلامی نیز مفهوم حبس را در تعریف وقف به کار گرفته و وقف مال را به معنای حبس آن مال و آزاد کردن استفاده از منافع آن دانسته‌اند؛ مثلاً شیخ طوسی در تعریف وقف نوشته است: «[**الوقف**] **تحبیس الاصل وتسبیل المنفعه**» (طوسی، ۱۳۷۸هـ/ق: ۳، ص ۲۸۶).

علامه حلی به جای استفاده از کلمه‌ی «تسبیل المنفعه»، از واژه‌ی «**اطلاق المنفعه**» استفاده نموده و در تعریف وقف نوشته است: «**الوقف عقد یفید تحبیس الاصل واطلاق المنفعه؛ وقف عقدی است که تحبیس اصل مال و رهایی منافع آن را افاده می‌کند**» (حلی، ۱۴۱۳هـ/ق: ۲، ص ۳۸۸). برخی از فقهای معاصر به جای اطلاق المنفعه، تسبیل الثمره را پسندیده و نوشته است: «**هو تحبیس الاصل وتسبیل الثمره؛ وقف، حبس اصل مال و در راه خدا بخشیدن ثمرات آن می‌باشد**» (طباطبایی، ۱۴۱۰هـ/ق: ۲، ص ۲۳۷). بعضی نیز میان دو تعریف فوق، تلفیق نموده و نوشته است: «**حقیقه الوقف تحبیس الاصل وتسبیل المنفعه او الثمره**» (خوانساری، ۱۴۰۵هـ/ق: ۴: ص ۲). جدیدترین و بهترین تعریف در مورد وقف، از سوی حضرت امام خامنه‌ی ارائه شده است؛ از نظر ایشان وقف: «نگه‌داشتن و حبس کردن عین مال و جلوگیری از انتقال آن به دیگری، به وسیله‌ی یکی از عقود، مانند بیع، صلح، هبه و قرار دادن منافع آن در جهتی که واقف آن را مشخص کرده است.» می‌باشد (خامنه‌ای، رساله‌ی آموزشی ۲: <http://farsi.khamenei.ir>).

از نظر فقهای حنفی، وقف، حبس کردن عین در قلمرو ملک واقف و صدقه قراردادن منفعت آن در جهت خیر است: «**و هو حبس العین علی حکم ملک الواقف، والتصدق بالمنفعه علی جهة الخیر**» (سرخسی، ۱۴۱۴هـ/ق: ۱۲: ص ۲۷). قانون‌گذار افغانستان نیز عین همین تعریف را در ماده «۳۴۳» قانون مدنی ارائه نموده و مقرر کرده است: «وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بذل منفعت آن به امور خیریه.» یعنی با اینکه

اصل مالکیت مالک نسبت به مال موقوفه همچنان برقرار است، اما تصرفات مالکانه‌ی وی مانند هبه، رهن، اجاره و غیره، با وقف آن مال، محبوس و قطع می‌گردد. سیواسی حنفی نیز شبیه همین تعریف را آورده است: «وَأَمَّا شَرْعًا: فَحَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِمَنْفَعَتِهَا أَوْ صَرْفُ مَنْفَعَتِهَا عَلَى مَنْ أَحَبَّ وَعِنْدَهُمَا حَبْسُهَا لَا عَلَى مِلْكِ أَحَدٍ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى؛ در اصطلاح شرع، وقف، حبس کردن عین در ملک واقف و صدقه قراردادن منفعت آن برای مصرف کسانی که دوست‌شان دارد، می‌باشد؛ اما به عقیده‌ی آن دو، وقف، حبس عین است در ملک خدا» (السیواسی، بی‌تا/۶: ص ۲۰۰). یعنی ابویوسف و محمد، معتقدند که وقف، سبب خروج مالکیت موقوفه از ملک مالک شده و به مالکیت خداوند درمی‌آید. خلاصه‌ی تعاریفات فوق این است که بگوییم: «وقف، عبارت است از زندانی کردن و نگهداشتن عین مال از تصرفات مالکانه و مصرف نمودن عائدات و منافع آن در جهت نیت واقف و در راه خیر». پس از شناختن معنای وقف اینکه به تعریف مال موقوفه می‌پردازیم.

۱-۳- تعریف بیع وقف

بیع وقف عبارت از بیعی است که مبیع آن مال موقوفه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ص ۱۲۱). از نظر ابوحنیفه بیع وقف به معنای فروش مبیعی است که با عقد جایز صفت موقوفه یافته است. صاحب فتح القدیر نیز بیع وقف را فروش مبیع موقوفه‌ی که خراب شده و قابل انتفاع نیست، دانسته است: «وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا صَارَ الْوَقْفُ بِحَيْثُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمَسَاكِينُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَهُ وَيَشْتَرِيَ بِثَمَنِهِ غَيْرَهُ؛ به روایت هشام از محمد: وقتی مال موقوفه در وضعیتی قرار بگیرد که غیر قابل انتفاع برای مساکین گردد، قاضی موظف است آن را فروخته و با پولش مال دیگری را با آن جایگزین نماید» (السیواسی، بی‌تا/۶: ص ۲۳۷). بند «۲» ماده «۳۷۷» قانون مدنی نیز همین تعریف را برای بیع وقف بیان داشته و مقرر کرده است: «اگر مال موقوفه قابل تقسیم نبوده و یا در تقسیم آن ضرر کلی متصور باشد، مطالبه فروش و تقسیم قیمت آن به تناسب سهم هر یک از مستحقین صورت گرفته می‌تواند.» یعنی به فروش مال موقوفه‌ی که به هر دلیلی استفاده از آن متعذر شده باشد، بیع وقف اطلاق می‌گردد. بنابراین، مفهوم بیع وقف کاملاً روشن بوده و نیازی به بحث بیشتر از این ندارد.

۲- ارکان و انواع وقف

در اینجا لازم است که با ارکان و انواع وقف نیز آشنایی مختصری پیدا نماییم:

۲-۱- ارکان وقف

از نظر فقهای امامیه و جمهور اهل سنت، وقف دارای ارکان چهارگانه‌ی زیر است:

۱- واقف: به کسی که تمام یا بخشی از دارائی خود را در جهت مصارف عام‌المنفعه و امور خیریه وقف می‌کند، واقف اطلاق می‌گردد؛

۲- موقوف‌علیه: اشخاص یا جهات و یا عناوینی که در آمد عین موقوفه برای مصالح آنان مصرف می‌گردد از قبیل فقراء، ایتام، اولاد واقف، زوار، طلاب علوم دینی و...، موقوف‌علیهم نام دارند؛

۳- موقوفات: عبارت است از اعیان اموالی که مالک، آن‌ها را در طریق خیر وقف می‌کند.

۴- وقف: مقصود از وقف همان عملیات حقوقی است که توسط واقف با اجرای صیغه‌ی خاصی به انجام می‌رسد و واقف با این عملیات، مالش را حبس و منافع آن را در مسیر خیر به مصرف موارد متعهد می‌رساند (ر، ک: زحیلی، بی تا/ ۱۰: ص ۷۶۵۲؛ السیواسی، بی تا/ ۶: ص ۲۰۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ هـ ق/ ۲: ص ۵۸۹).^۶ با وجود این وقف از نظر فقهای حنفی صرفاً یک رکن دارد که آن هم همان صیغه‌ی ایجاب می‌باشد: «**رکن الوقف عندهم: هو الإيجاب الصادر من الواقف الدال على إنشاء الوقف؛** رکن وقف در نزد فقهای حنفی، ایجابی است که از واقف صادر می‌شود و دلالت بر ایجاد و انشاء وقف می‌نماید» (زحیلی، بی تا/ ۱۰: ص ۷۶۰۵؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲ هـ ق/ ۴: ص ۳۴۰).

۲-۲- انواع وقف

وقف به اعتبار موقوف‌علیهم، به دو نوع وقف عام و خاص تقسیم شده است:

۱- وقف خاص: وقف خاص به وقفی اطلاق می‌گردد که بر عنوان خاص و جهت خاص وقف شده باشد؛ مانند وقف بر اولاد ذکور و یا وقف بر محل یا فرد خاصی که انتفاع از آن خصوصی باشد (ر، ک: عاملی، ۱۴۱۰ هـ ق/ ۳: ص ۱۸۴).. دانشور شهیر سوری، زحیلی، از چنین وقفی، به وقف ذرّی تعبیر نموده است: «**الوقف الأهلی أو الذرّی: فهو الذی یوقف فی ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أى شخص أو أشخاص معینین، ولو جعل آخره لجهة خیریه، کأن یقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم من بعدهم على جهة خیریه؛** وقف اهلی یا ذری، وقفی است که در ابتدا بر خود واقف یا هر شخص یا اشخاص معین دیگری وقف شده باشد، ولو اینکه واقف گفته باشد که پس از فوت آن اشخاص، منافع موقوفه بر جهات خیر مصرف گردد؛^۷ مثل اینکه بگوید این زمین بر خودم وقف شده و پس از من بر اولادم و پس از اولادم، وقف امور خیریه گردیده است»

^۶. «**أركان الوقف أربعة: المصلحة، و الواقف، و العین الموقوفة، و الموقوف علیهم.**»

^۷. یعنی پس از آنان بر جهت خاصی وقف شده باشد؛ مانند اینکه بگوید: پس از موقوف‌علیهم، این زمین وقف امور خیریه می‌باشد.

(زحیلی، بی تا/۱۰: ص ۷۶۰۷). گرچند قانون مدنی، وقف خاص را تعریف نکرده اما در بند «۱ و ۲» ماده «۳۶۱» قانون مدنی مقرر کرده است: «وقف کنند می تواند در حدود احکام این قانون استفاده از حقوق آتی را هنگام ثبت وقف خاص شرط گذارد: ۱- عطاء^۸ و حرمان^۹؛ ۲- زیادت^{۱۰} و نقصان». یعنی واقف، پس از وقف، می تواند برخی از افراد موقوف علیهم را موقتاً یا به صورت دائمی از وقف محروم و بعضی را به آن ها اضافه نماید؛ چنانکه می تواند به سهم برخی از موقوف علیهم افزوده یا بکاهد. البته تمام این کارها را زمانی می تواند که هنگام وقف و ثبت آن در اداره ی اوقاف، امور فوق را شرط کرده باشد.

۲- وقف عام: هرگاه وقف بر جهات و عناوین عام صورت گرفته باشد، مانند وقف بر فقراء، وقف بر اهل علم، وقف بر مدارس، بیمارستانها و مانند آن، وقف عام نام نهاده می شود (کاشانی، ۱۴۲۶هـ: ص ۵۹۹). زحیلی از این نوع وقف به وقف خیری یاد کرده است: «الوقف الخیری: فهو الذی یوقف فی أول الأمر علی جهة خیریه، ولو لمدّة معینة، یكون بعدها وقفاً علی شخص معین أو أشخاص معینین. کأن یقف أرضه علی مستشفى أو مدرسة، ثم من بعد ذلك علی نفسه وأولاده؛ وقف خیر این است که واقف در ابتدا زمینش را برای امور خیریه مانند ساخت بیمارستان و مدرسه، ولو به مدت معینی، وقف کند و سپس بر شخص یا اشخاص معین و پس از آن بر خود و اولادش وقف نماید. زیرا وقف باید موبد باشد» (زحیلی، بی تا/۱۰: ص ۷۵۰۷). گرچند قانون گذار افغانستان، تعریفی از وقف عام ارائه نداده است؛ اما در بند «۱» ماده «۳۵۹» قانون مدنی، آن را مورد شناسای قرار داده است. مذکور، مصوب کرده است: «وقف کننده نمی تواند از تمام و یا قسمتی از وقف عام رجوع نماید. اما برای جهات مصرف آن شروطی را در حدود احکام این قانون هنگام ثبت وقف تعیین نموده

^۸. «معناه إدخال من شاء فی الوقف كمصرف استثنائي، وبإزالة من استعماله حرمان المصروف الأصلي من الغلة أو بعضها فی الهدية التي يستحقها من أدخله فی الوقف؛ معنای ادخال این است که واقف کسی را که دلش بخواهد وارد وقف نموده و منافع وقف را کلاً برای ایشان در نظر بگیرد؛ این کار باعث می شود که در مدت استثنایی، کسی که قبلاً موقوف علیه بوده از سهمش محروم گردد» (زحیلی، بی تا/۱۰: ص ۷۶۰۷).

^۹. «والإخراج: هو جعل الموقوف عليه من غير أهل الوقف أبداً أو لمدة معينة يكون بعدها من أهله. ومفهومه مغایر لمفهوم الحرمان، وقد یجتمع المفهومان، فالإخراج إلى الأبد حرمان، والحرمان إلى الأبد إخراج؛ اخراج آن است که واقف برخی افراد موقوف علیهم را، برای همیشه یا برای مدت معینی، از دائره ی وقف بیرون کند و پس از مدت معین دوباره به دائره ی وقف برگردند. بنابراین، اخراج مقابل حرمان به کار می رود؛ با وجود این گاهی هردو مفهوم هم پوشانی کامل پیدا می کند. زیرا در صورت که اخراج برای همیشه صورت بگیرد، مفهومش همان حرمان است و چنانچه اگر حرمان نیز برای ابد باشد، مفهومش همان اخراج می باشد» (همان).

^{۱۰}. «والزائدة: تقضيل بعض الموقوف عليهم على الباقيين بشيء يميزه به حين توزيع الغلة، أو أن يجعل فی نصيبه فضلاً علی بقية الأنصبة علی الدوام؛ مقصود از زیادت این است که سهم برخی از موقوف علیهم را هنگام تقسیم سهم بیشتر کند یا علی الدوام سهم وی را بیشتر از دیگران قرار دهد» همان؛ «نصيب: ح الأنصبة و أنصبة: و نصيب: سهمیه از هر چیزی»

می‌تواند.^{۱۱} یعنی اگر همان جهات مصرفی که در کلام زحیلی نقل شد را هنگام ثبت وقف، ثبت نماید، اجرای آن اشکالی نخواهد داشت.

۲-۲-۱- وقف انتفاع و منفعت

وقف به اعتبار نوع استفاده از موقوفه، به دو قسم زیر قابل تقسیم است:

۱- وقف انتفاع: وقف انتفاع به وقفی گفته می‌شود که هدف از آن، درآمد مادی نباشد؛ مانند احداث مسجد و حسینیه؛ به اعتقاد فقهای حنفی هرگاه واقف، قطعه زمینی را برای احداث مسجد از زمینش جدا نموده و وقف نماید، پس از خوانده شدن یک رکعت نماز در آن مسجد، زمین مذکور، از ملکیت واقف خارج شده و وقف نیز تام و لازم می‌گردد (ر، ک: زحیلی، بی تا/۱۰: ص ۷۶۰۰). مواد «۳۵۴ تا ۳۵۹» قانون مدنی از همین نوع وقف سخن گفته است. فقهای امامیه نیز همین نظر را در وقف انتفاع دارند؛ اکثر فقهای امامیه معتقدند که در وقف عام از قبیل: مساجد، مقابر، مدارس، شوارع و قناطر، نیازی به اجرای صیغه وقف نبوده و با معاطات هم وقف واقع می‌گردد، مثل این که مکانی به عنوان مسجد ساخته شود، همین که در آن نماز خوانده شد، وقف تام و تمام خواهد بود، و یا در زمینی که به عنوان قبرستان قرار داده شده، همین که یک مرده در آن دفن شد، وقف به عنوان قبرستان حاصل می‌شود (ر، ک: طاهری، ۱۴۱۸هـ/۱: ص ۲۳۴).

۲- وقف منفعت: وقفی است که مراد از آن درآمد مادی باشد؛ مانند وقف دکان برای اداره مسجد، مدرسه یا بیمارستان و وقف گاو برای شخم زدن زمین وقف شده و....

۲-۲-۲- وقف اموال منقول و غیر منقول

وقف به اعتبار نوع موقوفه به وقف مال منقول و غیر منقول تقسیم گردیده است:

۱- وقف اموال غیر منقول: به وقف اموالی اطلاق می‌گردد که ثابت‌الاصل باشد؛ مانند وقف خانه، باغ و زمین. جواز این نوع از وقف، به اتفاق فقهای سنی از جمله حنفی، صحیح می‌باشد: «ویصح وقف العقار» اتفاقاً، لآنه متأبد» (الدمشقی الحنفی، بی تا/۲: ص ۱۸۲). صحت حکم مذکور، معلل به تأیید شده و لذا وقف موقت از نظر فقه حنفی، باطل است.

^{۱۱} اما براساس بند «۲» همان ماده واقف نمی‌تواند در اصل مال موقوفه تغییری ایجاد نماید: «وقف کننده نمی‌تواند در وقف مسجد و تاسیسات عامه و چیزیکه به آنها وقف گردیده تغییری وارد نماید».

۲- وقف اموال منقول: وقف اموال منقول مانند وقف حیوانات، ماشین و... که نقل و انتقال آن، بدون آنکه متحول گردد، امکان پذیر است. از آنجای که به اجماع فقهای حنفی تأیید شرط صحت وقف می باشد، وقف اموال منقول، به جهت مغایرت با تأیید، باطل است: «ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول؛ لأنه لا يبقی؛ فکان توقیثاً معنی» (السیواسی، بی تا/۶: ص ۲۱۹). با وجود این، ابویوسف و محمد که هردو از شاگردان مبرز ابوحنیفه می باشند، وقف اسب و اسلحه را برای به کارگیری در جهاد جایز دانسته اند (ر، ک: ابوالفتح، بی تا/۱: ص ۳۵۶). بر مبنای نظریه ی این دو فقیه نامدار حنفی که وقف اموال غیر منقول را مجاز می دانند، بند «۱» ماده «۳۵۶» قانون مدنی به صراحت تمام مصوب کرده است که: «وقف اموال منقول و غیر منقول جواز دارد». فقهای امامیه نیز باالاجماع، وقف اموال منقول و غیر منقول را جایز می دانند (ر، ک: هاشمی نسب، ۱۳۷۷: ص ۳۰).^{۱۲}

۲-۲-۳- وقف متصرفی و غیر متصرفی

وقف، به اعتبار نوع مدیریت موقوفه، به متصرفی و غیر متصرفی تقسیم شده است:

۱- وقف متصرفی: به موقوفات که اداره ی آنها قانوناً به عهده ی سازمان اوقاف و امور خیریه می باشد، اطلاق می گردد. ماده «۳۸۳» قانون مدنی، در این زمینه، مقرر کرده است: «نظارت وقف عام از وظیفه اداره اوقاف می باشد. این اداره امور مربوط به اموال موقوفه را مطابق اساسنامه خود تنظیم، تصرف و اداره می نماید». بنابراین و بر اساس ماده فوق الذکر، موقوفات در وقف عام، جزء موقوفات متصرفی به حساب می آید.

۲- اما موقوفاتی که دارای متولی و ناظر خاص می باشد و در عین حال زیر نظارت سازمان اوقاف، اداره ی وقف را انجام می دهند، موقوفات غیر متصرفی می باشند. ماده «۳۸۵» قانون مدنی در این زمینه مصوب کرده است: «هرگاه از مستحقین، اهلیت نظارت وقف را داشته باشد، شخصی دیگری به حیث ناظر وقف تعیین شده نمی تواند. در صورتیکه در بین مستحقین، شخصی واجد اهلیت نظارت موجود گردد، محکمه ختم ولایت ناظر دیگر را که قبلاً تعیین گردیده اعلام می دارد.» یعنی در جای که موقوف علیهم، تماماً مجور باشند و متولی و ناظر وقف شخص دیگری تعیین شده باشد، به محض اثبات رشد یکی از موقوف علیهم، ناظر قبلی برکنار و ناضر موقوف علیه جایگزین آن می شود.

۳- اداره وقف

^{۱۲} زیرا ضابطه ی مال موقوف نزد فقهای امامیه امکان انتفاع حلال از آن با بقای عین آن به صورت قابل توجه می باشد.

اداره‌ی وقف، از نظر فقه حنفی، در وقف عام با متولی و حاکم اسلامی و در وقف خاص، با موقوف‌علیه می‌باشد (السیواسی، بی تا/۶: ص ۲۰۹؛ الدمشقی الحنفی،). ماده «۳۸۰» قانون‌گذار افغانستان نیز همین قاعده را در وقف خاص و عام رعایت کرده است؛ زیرا قانون‌مدنی در مورد اداره‌ی موقوفه‌ی خاص مقرر کرده است: «وقف‌کننده در سند وقف، شخصی را برای نظارت در امور اداره، دوران انداختن مال موقوفه و توزیع حاصلات آن بر مستحقین به تناسب اسهام‌شان که در سند وقف تصریح شده باشد، تعیین نموده و حدود وظایف و صلاحیت وی را با شخصی که بعداً نظارت می‌کند تعیین می‌نماید.» اما اداره‌ی وقف عام، به استناد ماده «۳۸۳» قانون‌مدنی، به اداره‌ی وقف سپرده شده است. ماده مذکور در این زمینه مقرر کرده است: **«نظارت وقف عام از وظیفه اداره اوقاف می‌باشد. این اداره امور مربوط به اموال موقوفه را مطابق اساسنامه خود تنظیم، تصرف و اداره می‌نماید.»** و ماده «۳۴۵» همان قانون نیز مصوب کرده است: «برای واریسی امور مربوط به وقف اداره دولت بنام اوقاف وجود دارد که عواید و مصارف آن را مطابق به شرایط لازمه وقف بر وفق اساسنامه آن اداره و مراقبت می‌نماید.» در ماده «۳۵۲» همان قانون، مصوب شده است: «هرگاه سند وقف مشتمل بر تصرفی که قانوناً ممنوع و یا باطل بوده و یا وقف‌کننده فاقد اهلیت قانونی باشد، اداره ثبت اسناد در همچو موارد به ثبت آن اقدام نمی‌نماید.» براساس ماده‌ی مذکور، وقف از زمان انعقاد و تشکیلش تا زمان اداره‌ی آن تحت نظارت سازمان دولتی به نام اداره‌ی اوقاف می‌باشد. و لذا چنانچه سند وقف شرایط اساسی صحت وقف را نداشته باشد از ابتدا در اداره‌ی ثبت اوقاف، ثبت نخواهد شد.

در فقه امامیه نیز وقف به عام و خاص تقسیم گردیده است؛ در وقف عام، موقوف‌علیه غیر محصور است مانند وقف بر فقراء و علماء، اما در وقف خاص، موقوف‌علیه، محصور می‌باشد، مثل وقف بر اولاد واقف یا اولاد برادر یا عمو و مانند آن (قارپوزآبادی قزوینی، ص ۲۹۷). از نظر فقهای امامیه نیز تعیین متولی از ارکان وقف محسوب نمی‌شود؛ بنابراین، در صورت تعیین متولی از سوی واقف، و قبول آن توسط متولی، مسئولیت اداره‌ی وقف به عهده‌ی وی بار می‌شود و در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف، در وقف عام، اختیار با مجتهد جامع الشرائط و در وقف خاص، با موقوف‌علیه است (طاهری، ۱۴۱۸هـ.ق/۱: ص ۲۳۶).

۴- مبانی بیع وقف

در اینجا ابتدا مبانی بیع وقف را در فقه حنفی و قانون‌مدنی و پس از آن در فقه امامیه مورد بحث و بررسی و تحلیل دقیق قرار می‌دهیم.

۴-۱- مبانی بیع وقف در فقه حنفی و قانون‌مدنی

اصول کلی که ببع وقف را تجویز و توجیه می‌کند، ازن مظهر فقه حنفی به قرار زید است:

۴-۱-۱- استحسان

واژه‌ی «استحسان» در لغت به معنای «نیکو شمردن» (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ/ق: ۱۳/ص ۱۱۷) و در اصطلاح، نوعی بکارگیری عقل در استنباط حکم شرعی می‌باشد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱هـ/ق: ۲/ص ۲۲۰). از نظر فقهای حنفی، استحسان، دلیلی است که در ذهن مجتهد خطور می‌کند و عبارتی مناسب برای آن نمی‌یابد؛ یا حکمی است که از نظر مجتهد فعلا و در آینده انفع می‌باشد (الاندلسی، بی تا/ص ۶: ص ۱۶). بر اساس این تعریف، استحسان جوهره‌ی قائم به نفس مجتهد دانسته شده و بهترین تعریف در نشان‌دان حقیقت استحسان می‌باشد. ابوحنیفه نیز همین تعریف را از استحسان ارائه داده است: «الاستحسان المحکی عن أبي حنيفة رحمه الله هو الحكم بما يستحسنه من غير دليل؛ استحسان حکمی است که دلیلی شرعی بر آن قائم نبوده و تنها ذوق و سلیقه‌ی مجتهد بدان رسیده و آن را پسندیده است» (الشیرازی، ۲۰۰۳م/۱: ص ۱۲۱). سرخسی حنفی پس از نقل چند تعریف، خلاصه‌ی آن‌ها را صدور حکمی می‌داند که مجتهد به هدف ترک سختی و اخذ سهولت بر مسلمین به آن اقدام می‌کند. این کار مجتهد را، مقصد اصلی دین که ایجاد سهولت بر عباد است، نیز تأیید می‌کند (السرخسی، ۱۴۱۴هـ/ق: ۱۰/ص ۱۴۵).

قاعده‌ی که در ماده «۳۷۴» قانون مدنی وضع شده است بر مبنای استحسان می‌باشد؛ زیرا در ماده‌ی مذکور، مقرر شده است: «منزلی که به مقصد سکونت وقف گرفته است، انتفاع از آن، به غیر از سکونت یا منزلی که برای انتفاع غیر از سکونت وقف گرفته است، سکونت در آن مجاز می‌باشد. مشروط بر اینکه محکمه بخلاف آن قرار صادر نکرده باشد.» زیرا تغییر کاربری در وقف، زمانی مجاز می‌باشد که منافع غیر مقصود از وقف، انفع به حال موقوف‌علیهم باشد. به همین جهت است که ماده «۳۶۴» قانون مدنی، نیز برخی تصرفاتی که اصلا در نیت واقف نبوده است را مجاز شمرده است: «هرگاه در وقف به اقارب، منظور وقف غیر معین یا محل مصرف آن موجود نبوده و یا اصلا به آن مصرف ضرورت احساس نگردیده و یا اینکه حاصلات وقف بیش از اندازه مصرف مورد ضرورت باشد، حاصلات وقف تماما و یا قسمت باقی مانده آن به اجازه محکمه به اولاد والدین و اقارب محتاج وقف کننده باندازه ضرورت هر کدام بمصرف می‌رسد.» یعنی چنانچه جهت مصرف وقف مشخص نشده باشد یا محل مصرف آن نامعین باشد یا اینکه هر دو جهت فوق مشخص شده باشد اما منافع وقف بیش از مقدار مصرفی باشد که واقف برای آن منظور، مالش را وقف کرده است، در دو صورت اول تمام منافع وقف به مصرف اولاد موقوف‌علیه می‌رسد و در صورت سوم، مازاد بر مصارف مقصوده، به مصرف اولاد واقف خواهد رسید. این تصرفات مبتنی بر استحضانی است که قاضی به نظرش می‌رسد.

۴-۱-۲- استصلاح

یکی از مهمترین گد واژه‌هایی که در فقه حنفی، ظهور و نمود فروان داشته و جایگاه برجسته‌ای را به خود اختصاص داده است، واژه‌ی «استصلاح» در لغت به معنای طلب صلاح، نیکی، خیر دانستن و نیکو شمردن می‌باشد (ر، ک: علی دوست، ۱۳۹۵: ص ۱۲۹)؛ اما در اصطلاح، به معنای استدلال و استنباط حکم بر اساس مصلحت است، بدون این که دلیلی معین بر اعتبار یا رد آن مصلحت در شریعت، و جود داشته باشد (زحیلی، بی تا/۴: ص ۲۸۶). البته این مصلحت (که پایه و سند استنباط مستنبط است)، باید به گونه‌ای خُرد و جزئی در مواردی که مشابه مورد استنباط است، به امضای شارع رسیده باشد، هرچند، اصل و جنس آن مصلحت در نصّی معین و مشخص، مورد امضا قرار نگرفته باشد.

بنابراین، «استصلاح» در اصطلاح فقه و اصول، «مصلحت اندیشی» و «مصلحت انگاری» نیست، بلکه کشف مصلحت و استنباط حکم بر اساس آن می‌باشد. به تعبیر برخی دیگر، اصطلاح مذکور، در مورد مصالح و مضارّی به کار می‌رود که خطاب خاص یا عامی در مورد آن‌ها به دست ما نرسیده و تنها از مذاق شرع بدست می‌آید. به تعبیر برخی دیگر، استصلاح یا مصلحت مرسله، به مصلحتی گفته می‌شود که شارع مقدس نسبت به تحصیل آن تصریحی نداشته و دلیلی که اعتبار یا عدم اعتبار آن را ثابت کند نیز در دست نباشد (زحیلی، ۱/۱۴۲۷: ص ۲۵۳). برای مصالح مرسله، چنین مثال زده شده است که چنانچه کفار حربی، اسرای مسلمان را سپر خود قرار دهند و در پناه آنان قصد صدمه زدن به مسلمین را داشته باشند، مصالح مرسله، اقتضا می‌کند که کشتن اسرای مسلمان، حتی توسط سپاهیان مسلمان به هدف شکست دشمن، مجاز باشد. زیرا از مذاق شرع بدست می‌آید که این کار نزدیک‌تر به مصالح مسلمین است (ر، ک: همان). مواد «۳۷۴» و «۳۶۴» قانون مدنی که قبلاً ذکر شد، بر استصلاح نیز قابل تطبیق است.

۴-۲- مبانی بیع وقف در فقه امامیه

اصول کلی که از منظر فقهای امامیه، مبنای جواز فروش موقوفه می‌باشد به قرار زیر است:

۴-۲-۱- قاعده مصلحت

برخی از دانشمندان اسلامی، مراد از مصلحت را حفظ مقصود شارع در حوزه‌ی محافظت بر دین، جان، عقل، نسل و مال، می‌داند (المصطفی/۱: ص ۱۴۱، به گزارش: جمعی از مؤلفان، بی تا/۴۰-۳۹: ص ۹۸). به اعتقاد بعضی دیگر، چیزی که مقصود شارع را فراهم آورد، مصلحت نام دارد؛ اعم از این که عبادت باشد یا عادت (همان) به هر حال، از مباحث مهم، بنیادی و مورد توجهی که در طول حیات فقهی جامعه‌ی اسلامی مطرح بوده، «مصلحت» است که در بسیاری از افعال مکلفین، نقش مؤثری داشته و جایگاه بسیار گسترده‌ای را در متون دینی به خود اختصاص داده

است. جایگاه مذکور تا جای نزد عده‌ای از محققین قابل اهتمام بوده است که آنان، فلسفه‌ی تمام تشریعات و مقررات الهی را دایر مدار مصلحت و مصالح بندگان دانسته‌اند. بدین صورت که انگیزه‌ی خداوند حکیم و غنی از تشریع مقررات فقهی، تأمین مصالح مکلفان می‌باشد (علی دوست، ۱۳۹۵: ص ۲۸)

مقصود از مصلحتی که می‌تواند جواز بیع وقف را توجیه شرعی نماید، نتیجه‌ای سودمند هر فعلی است که وجود ذهنی آن، در آدمی انگیزه‌ی انجام کار را می‌آفریند و او را به سمت تحقق آن تشویق می‌نماید. عرف عقلاً چنین مصلحتی را منافع شخصی نام می‌نهند؛ بنابراین، فعلی که برآورنده‌ی نیازهای انسان‌ها باشد، فعل دارای مصلحت نامیده می‌شود (ر، ک: طباطبایی، بی تا/۱۴: ص ۲۷۷ - ۲۷۲). به عبارت دیگر، هر اقدامی که برآورنده‌ی نیازهای واقعی افراد جامعه باشد و منافع آن برای جامعه بر زیان‌هایش بچربد، فعل دارای مصلحت تلقی می‌گردد. بنابراین، مصلحت به عنوان ضابطه‌ی جواز بیع وقف می‌تواند به معنای منفعت باشد. پس توجه به مصلحت، باعث می‌شود تا فقیه از الفاظ خاصی که در دلیل ذکر گردیده است، الغای خصوصیت نموده و حکم عامی را در مورد یک مسئله مستحدثه، استنباط نماید (حامد العالم، ۱۴۱۵هـ.ق: ص ۱۳۳؛ حسان، ۱۹۸۱م: ص ۶؛ عجم، ۱۹۸۸م/۲: ص ۱۴۴۳).

۴-۲-۲- قاعده حسن و قبح عقلی

عقل، در کنار ظواهر الفاظ کتاب و سنت، از ابزار و وسایل کشف و درک احکام الهی، به شمار می‌رود؛ به تعبیر دیگر: «چنان که ظاهر قرآن و روایت فاقد مولویت هستند و عقوبت و پاداش ندارند، بلکه بیانگر پاداش خدا و کیفر الهی‌اند عقل نیز نسبت به قوانین فردی و جمعی، فاقد چنین شأنی است. عقل احکام ارشادی دارد و حکم ارشادی تابع مرشدالیه است؛ اگر مرشدالیه امری بایستنی و واجب باشد، حکم ارشادی عقل به آن، به معنای این است که اگر انجامش دادی مصالح، ملاکات و منافع حتمی آن نصیب تو می‌شود» (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ص ۴۱). بنابراین، قاعده‌ی مذکور، صرفاً در حد ادراک و کشف، توانایی داشته و بیشتر از آن شأنی در دایره احکام ندارد. اضافه بر این: «انسان غیر از قوه عقل نظری که اهل درایت و معرفت و ادراک است، نیروی دیگری دارد که ساینس و مدبر اوست. از آن مدبر و مدبر به عقل عملی تعبیر می‌شود. کار عقل نظری صرفاً ادراک است و هیچ مولویت و آمریت و ولایتی ندارد و کار عقل عملی سیاست و تدبیر و فرماندهی امور شخص است که البته شخص که عقل عملی او مسلط بر قوا و شئون مملکت وجودی او می‌شود، این مدیریت و رهبری را می‌تواند اعمال کند» (همان: ص ۴۴).

در بحث جواز بیع وقف، می‌توان از هر دو نوع عقل، نظری و عملی، بهره‌مند شد و راهی گشود برای معضل بیع وقف در بسیاری از مواردی که می‌توان مصلحت آن را با چراغ عقل نظری کشف نموده و با دستور عقل عملی

که مدیریت موارد اکتشافی عقل نظری را به عهده دارد، بیع وقف را انجام داد؛ به مقتضای عقل می‌توان موقوفاتی که از دایره‌ی انتفاع خارج گردیده است را فروخت و دوباره آن را در چرخه‌ی انتفاع و بهره‌دهی قرارداد. زیرا عقل نظری، قباح باقی گذاشتن موقوفه‌ی خراب شده را به حال خود زشت می‌داند، و فروش و به چرخه‌ی انتفاع قرارداد آن را حسن می‌شمارد؛ چنانکه عقل عملی نیز پس از ادراک مذکور، حکم به جواز بیع وقف می‌کند. زیرا اکثر فقهای امامیه اوامر شرعی در مورد احکامی که به مقتضای دلیل قطعی عقلی (مستقلات عقلیه) نیز ثابت می‌شود را ارشادی دانسته‌اند. و در مورد احکام مستقلات عقلیه که از کتاب و سنت دلیلی بر آن یافت نشده (مالا نص فیهِ) و مخالفتی نیز از جانب شرع درباره‌ی آن‌ها احراز نشده است، ملازمه‌ی عقلی بین حکم شرع و حکم عقل را پذیرفته و آن را حجت دانسته‌اند (ر، ک: عمیدزنجانی، ۱۴۲۱هـ/ق ۲: ص ۲۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷هـ/ق: ص ۱۲۳). وقتی حجیت عقل ثابت شد، عمومیت آن نیز در تمام موارد به اثبات رسیده و می‌توان بر مبنای آن، حکم جواز بیع وقف را اثبات نمود.

۴-۲-۳- قاعده اهم و مهم و قاعده لاضرر

هرگاه «تراحم بین اهم و مهم» به وجود آید، ضرورت استفاده از قاعده‌ی اهم و مهم نیز غیر قابل انکار می‌گردد؛ زیرا تدافع میان دو مصلحت یا دو مفسده یا میان مصلحت و مفسده، استفاده از قاعده‌ی فوق را ضروری می‌سازد. بنابراین، وقتی که گفته می‌شود تراحم بین مصلحت اهم با مهم به وجود آمده است، مراد از مصلحت اهم، مصلحت شدید و قوی تری است که باید مورد عمل واقع گردد. چون عقل، انجام کاری که از اهمیت کمتری برخوردار است را قبیح دانسته و در نهایت حکم به لزوم ترجیح اهم بر مهم می‌نماید. از مطالب فوق، این نتیجه به دست می‌آید که قاعده «اهم و مهم» یک قاعده‌ای فقهی - اصطیادی است که صاحبان فتوا و صاحب نظران وادی فقاقت، براساس آن استنباط حکم می‌نمایند یا استنباط خودشان را بر مبنای آن محک می‌زنند.

ضرورت بهره‌مندی از قاعده‌ی مذکور، زمانی آشکار می‌شود که لزوم گره‌گشایی از زندگی اجتماعی و سیاسی مردم را درک نماییم و بدانیم که باید از قواعد کلی نشأت گرفته از کتاب و سنت و عقل و اجماع، قوانین جزئی را برای تأمین هدف فوق، استخراج نموده و به کار گیریم. این عمل باعث می‌شود تا هم نیازهای جامعه برطرف گردد و هم فقه در عرصه زندگی، حضور چشم گیر و فعالی داشته باشد (ر، ک: الصفار، ۱۴۲۹هـ/ق: ص ۲۴؛ جمعی از محققان، ۱۳۸۹: ص ۶۱۳). بنابراین، بیع وقف بر اساس قاعده‌ی اهم و مهم نیز توجیه منطقی می‌یابد. راجع به قاعده لاضرر نیز باید گفت که از نظر بسیاری از فقهای امامیه، نقش این قاعده نفی حکم ضرری است نه آن که بخواهد حکمی را ثابت نماید؛ بنابراین، با قاعده «لا ضرر» می‌توان حکم ضرری که در اینجا عدم جواز بیع موقوف است را برداریم. زیرا، طبق اقوال قاطبه‌ی اصولیون، قاعده‌ی «لا ضرر» حکم ضرری را مرفوع می‌داند. پس چنانچه

بیع مال موقوف را در شرایط خاص جایز ندانیم، موجبات ضرر به موقوف علیهم و جامعه‌ی اسلامی را فراهم نموده‌ایم که قاعده‌ی مذکور، آن را مرفوع می‌داند (ر، ک: طاهری، ۱۴۱۸هـ/ق: ۲؛ ص ۲۴۲؛ مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۷هـ/ق: ۳؛ ص ۵۵۲؛ لنکرانی، ۱۴۲۹هـ/ق: ص ۲۶). قواعد مذکور تماماً، مبانی جواز بیع وقف را شکل می‌دهد.

۵- مسوغات بیع وقف

وقف، معمولاً، به قصد نفع رسانی دائمی و رسیدن به ثواب ماندگار صورت می‌گیرد؛ به همین جهت، اصل، در بیع وقف، عدم جواز فروش موقوفه بوده و در خروج از این قاعده‌ی کلی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقهاء و حقوقدانان در موارد مشخص و تحت شرایط خاصی، قائل به جواز فروش وقف شده‌اند. زیرا در صورتی که موقوفه به قدری رو به خرابی و فرسودگی برود که از قابلیت انتفاع خارج گردد، معقول‌ترین راهکار، فروش موقوفه می‌باشد (ر، ک: زحیلی، بی تا/۱۰؛ ص ۷۶۷۲؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ/ق: ۲۲؛ ص ۳۵۸). به هر حال، در اینجا عواملی که می‌تواند مجوز و مسوغ فروش موقوفات باشد را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۵-۱- خرابی موقوفه

این مجوز بیع وقف را از نظر فقهای حنفی و قانون مدنی و فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۵-۱-۱- از منظر فقه حنفی و قانون مدنی

فقهای حنفی، بیع موقوفه را در حالات زیر مورد بررسی قرار داده‌اند:

۱- بیع مسجد وقفی در حال خرابی: آنان، مسجد وقفی در حال خراب را غیر قابل فروش می‌دانند؛ زیرا از نظر آنان، پس از وقف، مسجدیت برای مسجد، ابدیت یافته و تغییر آن تحت هیچ شرایطی، ممکن نمی‌باشد. بنابراین، چنانچه مردم محله به علت ساخت مسجد بهتری در کنار مسجد موقوفه، از مسجد وقفی در حال خرابی به کلی بی‌نیاز گردد یا مسجد مذکور، به علت خرابی، به کلی غیر قابل استفاده گردد و کسی هم پیدا نشود که به خرج خود آن را تعمیر نماید، از نظر ابوحنیفه و ابویوسف، در هر دو صورت فوق، تغییر در مسجد وقفی جایز نبوده و مسجد تا قیام قیامت به مسجدیتش باقی می‌ماند و حتی کسی حق ضمیمه کردن آن به مسجد مجاور و نقل اموال آن به مساجد دیگر را نیز ندارد (زحیلی، بی تا/۱۰؛ ص ۷۶۷۲؛ برای تفصیل بیشتر، ر، ک: رحیمی، ۱۳۹۹؛ ص ۹۲ به بعد).

۲- بیع مسجد وقفی خراب شده: در صورت که مسجد وقفی، کاملاً خراب شده باشد و تنها تلی از آجر و گچ و... از آن به جای مانده باشد، مسئله دارای چند صورت می‌تواند باشد. در صورتی که از موقوفه، اموالی برای تعمیر

آن باقی نمانده باشد و اجاره دادن و تعمیر آن به وسیله‌ی اجاره‌بها نیز ممکن نباشد، فروش آن به اجازه حاکم شرع جایز بوده و بیع آن نیز صحیح می‌باشد. پس از فروش موقوفه نیز دو حالت قابل تصور است؛ در صورتی که امکان خرید مکانی دیگر و وقف آن به جای موقوفه وجود داشته باشد، وظیفه این است که باید با پول موقوفه چنین مکانی خریداری شده و به جای آن وقف گردد. اما در حالتی که خرید چنین مکانی برای وقف جایگزین، وجود نداشته باشد، بازهم مسئله دو صورت خواهد داشت. اگر ورثه‌ی برای واقف باقی مانده باشد باید ثمن موقوفه را به آنان بازگرداند و چنانچه ورثه‌ی برای وی باقی نمانده باشد، پول به دست آمده از بیع موقوفه به مصرف فقرا خواهد رسید (همان: ص ۷۶۷۴).^{۱۳}

بنابراین، قاعده‌ی عمومی در فقه حنفی و قانون مدنی در باب بیع مسجد وقفی در شرف خرابی، بقای آن تحت اصل عدم جواز بیع وقف می‌باشد؛ اما بیع مسجد وقفی که به کلی خراب شده است در صورتی جایز است که تعمیر آن ممکن نباشد و پس از فروش نیز مکانی دیگری برای مسجد جایگزین خریداری گردد (همان: ص ۷۶۷۵). مراد قانون‌گذار افغانستان از بند «۲» ماده‌ی «۳۵۹» قانون مدنی که مقرر کرده است: «وقف کننده نمی‌تواند در وقف مسجد و تأسیسات عامه و چیزیکه به آنها وقف گردیده تغییری وارد نماید.» نیز همین معنی است. یعنی قانون‌گذار، به تبعیت از فقه حنفی، هرگونه ایجاد تغییر در مسجد در شرف خرابی را به طور مطلق ممنوع اعلام کرده است. از مفهوم ماده‌ی فوق استنباط می‌گردد که چنانچه مسجد به کلی خراب شده باشد و تعمیر آن نیز ممکن نباشد، می‌توان آن را فروخته و مسجدی دیگری را جای آن ساخت. زیرا چنین کاری تبدیل مسجد خراب شده به مسجد آباد است نه تغییر مسجد.

۳- بیع موقوفه خاص به علت خرابی: برخی از فقهای حنفی استبدال عین موقوفه‌ی خراب شده را در وقف خاص و در صورت وجود مصلحت، مطلقاً جایز می‌شمارد: «و شرط فی البحر خروجه علی الانتفاع بالکلیه و کون البدل عقاراً و المستبدل قاضی الجئة المفسر بذی العلم والعمل؛» مولف کتاب بحر، گفته است هرگاه، موقوفه بکلی از انتفاع ساقط گردد، قاضی عادل می‌تواند آن را به مال غیر منقول تبدیل نماید». اما بعضی دیگر مانند ابویوسف بیع موقوفه در وقف خاص را به شرطی جایز می‌داند که واقف در وقف‌نامه شرط فروش کرده

^{۱۳}. در مورد آجر، آهن، و... که از مسجد خراب شده به جای مانده است، نظر ابویوسف بر فروش آن‌ها بوده و ایشان معتقد است که پس از فروش، ثمن آن‌ها باید به مساجد دیگر داده شود: «والخلاصة: الانتباه فی الفتوی عند هشاح الخفیه بیع الانتفاض ومصرف ثمنها إلى مسجد آخر أو رابط آخر؛ لأن غرض الواقف انتفاع الناس بالموقوفه وکلاً بلخدها المتغلبون؛ موضع فتوایی بزرگان حنفی در بیع آجر، آهن و سایر متعلقات مسجد خراب شده این است که باید موارد مشارالیه، فروخته شده و پول آن صرف مساجد دیگر گردد؛ زیرا در وقف امور مذکور، عنوان آجر و... موضوعیت نداشته و هدف واقعی واقف، بهره‌مندی مردم به وسیله‌ی عین موقوفه است که با بیع آن‌ها و مصرف آن‌ها در مسجدی دیگر نیز، حاصل می‌گردد؛ علاوه برآن با این عمل، موقوفه‌ی خراب شده از تصرف حاکمان زورگو نیز در امان می‌ماند».

باشد. بنابراین گاه ایشان، اگر واقف، در زمان انشاء وقف، شرط استبدال را برای خود یا دیگری قرار داده باشد یا سکوت نماید و یا شرط عدم بیع نموده باشد، آنگاه که منفعت موقوفه، به طور کلی قطع شود، به طوری که حتی کفاف هزینه‌ها و مخارج خود را نکند، در این حالت شرط و وقف هردو صحیح بوده و وقف باطل نمی‌شود. زیرا لزوم و تأیید در وقف، قائم به عین معین نبوده و چنین شرطی منافاتی با لزوم و تأیید وقف ندارد. اضافه بر آن، نه تنها فروش و تبدیل عین موقوفه، در آمد آن را از بین نمی‌برد، بلکه موجب افزایش در آمد موقوفه شده و باعث استمرار اجرای نیت واقف که خیر رسانی دائمی بوده است، نیز می‌گردد (الدمشقی الحنفی، ۱۴۱۲هـ/ق: ۴: ص ۳۷۶ و ص ۳۸۶؛ زارع بیدکی، ۱۳۷۷: ص ۸۷؛ وجدی، ۱۹۷۵م/۱۰: ص ۷۹۸).

بنابراین، اگر واقف زمین که دارای درخت است را وقف نماید و درختها به مرور زمان، نابود گردیده و موقوفه فاقد عواید گردد، فروش موقوفه و خرید زمین کوچک‌تر که به مصلحت موقوف علیهم می‌باشد، با اجازه‌ی قاضی، صحیح است (گلدر، ۲/۱۳۶۴: ص ۳۱). پس اگر فروش و تبدیل عین موقوفه در وقف‌نامه مسکوت گذاشته شده باشد و عین موقوفه به کلی فاقد درآمد شده یا عواید آن به نحو قابل ملاحظه‌ی کم شود، به فتوای اکثر فقهای حنفی، تبدیل آن به احسن، پس از تحصیل اذن قاضی مبنی بر فروش، جایز است؛ به نظر آنان، باید با ثمن عین موقوفه مال دیگری که درآمد بیشتری دارد، خریداری شده و جایگزین عین موقوفه گردد (همان). در ماده «۳۴۷» قانون مدنی نیز همین قاعده مقرر شده است: «صحت وقف، رجوع از آن و هرگونه تغییر در مصارف و شرایط لازمه و یا معاوضه مال موقوفه، وقتی از طرف وقف‌کننده اعتبار دارد که در دفاتر مربوط ثبت گردیده باشد». یعنی اگر واقف، از همان ابتدا، بیع وقف را شرط نماید، می‌تواند موقوفه را پس از خراب شدن، فروخته و تبدیل به احسن نماید. علاوه بر ماده فوق، ماده «۳۶۱» نیز بیع وقف خاص را به هدف مبادله به احسن، مجاز می‌شمارد که طبق ماده‌ی «۳۶۲»، ثبت این تغییر و تبدل نیز در اداره‌ی وقف الزامی است. از نظر فقهای حنفی، هرگاه موقوفه اموال غیر منقول و غیر مسجد بوده و در شرف خرابی قرار گیرد یا از بهره‌وری بیفتد، قاضی، حتی اگر واقف شرط بیع هم نکرده باشد، می‌تواند موقوفه را فروخته و تبدیل به احسن نماید؛ البته این اختیار، زمانی برای قاضی به وجود می‌آید که شرایط زیر وجود داشته باشد:

- ۱- موقوفه به صورت کلی از بهره‌وری خارج شده باشد؛
- ۲- منافع و ذخیره‌ی مالی نیز از موقوفه به جا نمانده باشد که آن را بتوان تعمیر کرد؛
- ۳- بیع که مقدمه‌ی تبدیل وقف به احسن می‌باشد، به غبن فاحش منجر نگردد؛
- ۴- قاضی متصدی بیع وقف، عادل باشد تا تبدیل وقف زمینه‌ی از بین رفتن موقوفات نگردد؛

۵- وقف باید تبدیل به مال منقول دیگری بشود، نه به پول نقد تا زمینه‌ی حیف و میل آن توسط متولی و ناظر وقف فراهم نگردد؛ البته تبصره‌ی را که برخی از فقهای حنفی در این زمینه قائل شده‌اند این است که اگر چنانچه قاضی عادل و وجود داشته باشد، می‌تواند موقوفه را به پول نقد نیز تبدیل نموده و سپس مال منقولی را به هدف جایگزین کردن موقوفه‌ی فروخته شده، با همان پول، خریداری نماید.

۶- قاضی، مال موقوفه را به کسی که شهادتش پذیرفته نمی‌شود و کسی که دینی بر ذمه‌ی قاضی دارد، نفروشد؛ زیرا در این دو صورت احتمال ارزان فروختن وقف یا متهم شدن قاضی وجود دارد. به هر صورت، چنانچه شرایط شش گانه‌ی فوق، فراهم باشد، بیع وقف غیر منقول جایز می‌باشد و در صورت فقدان یکی از آن شرایط، بیع وقف باطل خواهد بود.

۵- ۱- ۲- از منظر فقه امامیه

۱- بررسی جواز موقوفه به علت خرابی در وقف بر جهات: فقهای امامیه بر این باورند که عین موقوفه، در وقف بر جهات، پس از اینکه وقف صحیحاً واقع شد، از ملکیت مالک خارج گردیده و در عین حال به ملکیت کسی نیز در نمی‌آید؛ حضرت امام خمینی (ره) در این زمینه نوشته است: «موقوفه در وقف بر جهات عام مانند مساجد، زیارتگاه‌ها، پلها، کاروانسراها، قبرستان‌ها و مدرسه‌ها و نیز مساجد و زیارتگاه‌ها در ملکیت کسی در نمی‌آید؛ زیرا وقف عام، فک ملک و تملیک منافع در جهات معین می‌باشد.» آنان بر اساس همین مبنی، بیع موقوفات این چنینی را به هیچ عنوان جایز نمی‌دانند؛ آنان معتقدند که کسی حق ندارد مسجد خراب شده را فروخته و پول آن را مسجد بسازد و جایگزین آن نماید؛ چنانکه حق ندارد بخشی از مسجد را فروخته و از درآمد آن مسجد خراب شده را تعمیر نماید (خمینی، بی تا/ ۲: ص ۷۷؛ فیاض، بی تا/ ۲: ص ۴۶۱). کاشف الغطاء، علت عدم جواز بیع این نوع از موقوفات را فقدان شرط مالکیت واقف نسبت به مال موقوف می‌داند؛ به باور ایشان، موقوفه در وقف بر جهات از ملک واقف خارج شده و به ملکیت مسلمانان نیز در نمی‌آید؛ مسلمانان، صرفاً مجازند که از مسجد استفاده نمایند و هرگز مالک منافع مسجد نیز نمی‌شوند. بر مبنای ایشان، بیع مسجد وقفی در هیچ حالی جایز نبوده و اساساً بیع این نوع موقوفات، محل بحث و منازعه نمی‌باشد. زیرا از نظر ایشان یکی از شرایط عوضین در بیع این است که بایع، باید نسبت به مبیع ملک طلق و تام داشته باشد که در بیع موقوفات بر جهات، این شرط مفقود می‌باشد. زیرا موقوفه پس از وقف، از مالکیت واقف خارج شده و ایشان به همین جهت حق تصرفات ناقله از جمله بیع آن را ندارد (ر، ک: عاملی، ۱۴۱۰هـ/ق ۳: ص ۱۸۶).

۲- بررسی جواز بیع وقف در وقف عام (فقرا و علما) و در وقف خاص (اولاد و ذریه): خرابی موقوفه در وقف عام و خاص وقتی صورت می‌گیرد که بازگرداندن عین موقوفه به حالت اول ممکن نبوده و انتفاع از آن جز با

فروش آن ممکن نباشد؛ مانند اینکه حیوانی که وقف شده ذبح گردد، باغ خشک شده و قابل استفاده برای فقرا یا علما نباشد (نجفی، ۱۴۰۴ هـ/ق: ۱۴؛ ص ۱۶۱). فقهای امامیه معتقدند که اینگونه موقوفات را پس از تعذر انتفاع و به علت خرابی، می‌توان به دلیل اجماع و عدم شمول ادله‌ی ممنوعیت وقف، فروخت و به جایش مال مشابه را خریداری نموده و مجدداً آن را به جای موقوفه وقف نمود؛ زیرا به گفته‌ی شیخ انصاری، مقتضی در بیع موقوفه‌ی متعذر الانتفاع، موجود و مانع بیع آن نیز مفقود می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۰ هـ/ق: ۱۰؛ ص ۱۶۳). نتیجه‌ی بحث در اینجا این شد که هرگاه موقوفات که برای اداره‌ی زندگی فقرا، علما یا گروهی خاصی از مسلمانان صورت گرفته است، از حیز انتفاع ساقط گردد و در آمد متوقع را نداشته باشد، فروش و تبدیل آن به احسن جهت اداره زندگی فقرا منعی ندارد.

۵-۲- از دست دادن منافع مقصوده

از نظر ابن عابدین حنفی، اگر موقوف‌علیهم، از تعمیر خانه‌ای وقفی که منافع مقصوده‌اش را از دست داده است، امتناع کند و اجاره‌ی آن نیز ممکن نباشد تا از این طریق هزینه‌ی تعمیرش را بدست آورده و منافع مقصوده‌اش را بازگرداند، قاضی می‌تواند موقوفه را فروخته و خانه‌ی مثل آن را برای جایگزینی بخرد (الدمشقی‌الحنفی، ۱۴۱۲ هـ/ق: ۴؛ ص ۳۷۶؛ الحنفی، بی تا/۲: ص ۱۸۵). از عبدالغنی الحنفی استفاده می‌شود که منظور واقف از وقف، همیشه انتفاع است نه منفعت شخصی؛ بنابراین، فروش موقوفه در صورت از دست دادن منافع مقصوده مجاز بوده و باید پس از فروش موقوفه، مثل آن خریداری شده و به جای موقوفه وقف گردد. ماده «۳۹۷» قانون مدنی در این زمینه مقرر کرده است: «محکمه می‌تواند به منظور تعمیر و ترمیم مال موقوفه، عند الضرورت یک قسمت از مال موقوفه را بفروش برساند.» از این ماده نیز استنباط می‌گردد که از نظر قانون مدنی اولویت با تعمیر وقف است و سپس فروش و تبدیل آن به احسن. ثابت شد که فقه حنفی و قانون مدنی فروش موقوفه را در صورت از دست دادن منافع مقصوده مجاز می‌داند. از نظر فقه حنفی و قانون مدنی قاضی عامل فروش اگر عادل باشد می‌تواند چنین موقوفاتی را به فروش رسانده و با پول آن بدل قابل استفاده‌ی بهتری را خریداری نماید.

فقهای امامیه نیز فروش چنین موقوفاتی را به استناد کاهش منفعت معتدبه، جایز شمرده‌اند؛ آنان معتقدند که با فروش اینگونه موقوفات، می‌توان مالی را خریداری نمود که انفع از اصل مال موقوفه باشد و به جای آن وقف گردد، اعم از اینکه مماثل موقوفه باشد یا نباشد (خمینی، بی تا/۲، ص ۸۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ هـ/ق: ۲۲؛ ص ۸۵). البته این حکم در صورتی صحیح است که مراد واقف از وقف، منفعت‌رسانی باشد نه انتفاع به گروهی خاص؛ بنابراین، اگر مراد واقف از وقف، منفعت‌رسانی بوده باشد و می‌خواسته است که عنوان وقف به هر حال باقی بماند، مانند عنوان اسکان یتیم، اسکان فقیر، اسکان طالب العلم، در این صورت باید بعد از فروش موقوفه، مالی مثل موقوفه

خریداری گردد و به جای آن وقف گردد (خمینی، ۱۴۲۱ هـ/ق: ۳/ص ۲۲۷). زیرا بر مبنای روایات، حفظ مقصود و نیت واقف در وقف، لازم می‌باشد. بنابراین، در جای که عنوان خاصی، برای واقف، مدخلیت دارد مانند اسکان یتیم و...، اگر متولی، آن را فروخته و هتلی که ده برابر موقوفه درآمد داشته باشد را بخرد، به علت عدم تأمین غرض واقف، بیع وقف جایز نخواهد بود (کلینی، ۱۴۰۷ هـ/ق: ۷/ص ۳۷). پس، اگر مراد واقف از وقف، مطلق منفعت رسانی به دیگران باشد، در فروش و تبدیل موقوفه به احسن، تنها انفع بودن بدل در نظر گرفته می‌شود نه مماثلت؛ بر این اساس، می‌توان مکان غیر مماثل را که می‌تواند منافع فقرا را بهتر تأمین کند، خریداری نموده و برای آنان وقف نمود.^{۱۴} اما اگر مراد واقف از وقف، انتفاع خاص نسبت به گروه خاصی مانند اسکان علمای دینی باشد، باید در خریداری بدل مماثلت رعایت گردد.

۵-۳- شرط فروش موقوفه توسط واقف

اگر واقف، صیغه‌ی وقف را به صورت مشروط منعقد نموده و بگوید که من این باغ را به فلانی‌ها وقف نمودم و چنانچه میان موقوف‌علیهم اختلافی بروز نماید یا آنان احتیاج مالی پیدا نمایند، می‌توانند موقوفه را فروخته و پولش را میان خودشان تقسیم نمایند. فقه حنفی، قانون مدنی افغانستان و فقه امامیه، چنین شرطی را مخالف مقتضای عقد وقف، کتاب و سنت ندانسته و چنین وقفی را نیز صحیح دانسته‌اند (ر، ک: زحیلی، بی‌تا/۱۰: ص ۷۶۷۶). عبدالرحمان بن الحجاج که در صحت این نوع وقف تردید داشت، برای روشن شدن مسئله، خدمت حضرت امام کاظم (ع)، رسید و راجع به این مسئله از ایشان پرسش نمود. امام (ع)، در جواب وی، صورت وقف‌نامه‌ی حضرت علی (ع) را به او نشان داد. وقف‌نامه‌ی امام علی (ع)، مربوط به زمینی بوده که حضرت در «ینیع»^{۱۵} وقف کرده بود؛ ایشان در آن وقف‌نامه به امام حسن (ع) اجازه می‌دهد که اگر روزی یک خانه‌ی شخصی و یک خانه‌ی وقفی داشتی، هنگام احتیاج می‌توانی خانه‌ی وقفی را بفروشی (ر، ک: حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ/ق: ۱۹/ص ۱۹۹). چنانکه مشاهده شد، حضرت علی (ع) اجازه فروش خانه‌ی وقفی را در عقد وقف، شرط کرده و آن را به صورت مطلق، مجوز فروش خانه‌ی وقفی در صورت نیاز موقوف‌علیه، دانسته است.

زحیلی نظر حنفی‌ها را در این زمینه چنین گزارش کرده است: «هرگاه واقف هنگام وقف، استبدال را توسط موقوف‌علیه شرط کند، وی نیز می‌تواند بعداً براساس همین شرط، موقوفه را فروخته و آن را به احسن از آن تبدیل

^{۱۴}. مثلاً اگر واقف یک مجتمع ساختمانی را به هدف منفعت رسانی به علمای دینی وقف نموده باشد، در صورت از دست رفتن منافع مقصوده آن مجتمع، می‌توان آن را فروخت و مجتمع تجاری را خریداری نموده و برای آنان وقف نمود. زیرا در این صورت منافع و مصالح آنان بهتر تأمین می‌گردد و آنان می‌توانند با استفاده از اجاره‌بهای آن مجتمع تجاری، صاحب خانه‌شوند.

^{۱۵}. «ینیع» منطقه‌ای است در نزدیکی مدینه که عرب‌های امروزی به آن «آبار علی»، می‌گویند.

نماید» (زحیلی، بی تا/۱۰: ص ۷۶۷۶؛ الدمشقی الحنفی، ۱۴۱۲هـ/ق: ۴/ ص ۳۸۸). ابن عابدنی حنفی، شرط واقف را از نظر اعتبار، مانند نصوص شرعی دانسته و نوشته است: «أن شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه؛ شرط واقف، از نظر قدرت دلالت و اعتبار حجت، مانند نصوص شرعی است که همانند آن بر مدلولش دلالت صریح داشته و رعایت مشروط را واجب می گرداند» (همان: ص ۴۰۰).^{۱۶}

مادهی «۳۶۱» قانون مدنی نیز اجازه داده است که واقف در زمان ثبت وقف خاص، بیع وقف و تبدیل آن را به احسن برای خود شرط نماید. ماده «۳۴۷» نیز تصریح کرده است: «صحت وقف، رجوع از آن و هرگونه تغییر در مصارف و شرایط لازمه و یا معاوضه مال موقوفه، وقتی از طرف وقف کننده اعتبار دارد، که در دفاتر مربوط ثبت گردیده باشد.» در ماده مذکور تصریح شده است که اگر چنانچه معاوضه‌ی موقوفه در وقف‌نامه شرط شده باشد، موقوف علیهم می‌توانند بر اساس همان شرط، موقوفه را تعویض نمایند؛ البته مراد از تعویض در ماده‌ی مذکور همان تبدیل موقوفه به وسیله‌ی بیع، به احسن و انفع می‌باشد. بنابراین، در صورتی که واقف، ملکی را وقف نموده و در وقف‌نامه شرط نماید که خودش یا دیگری و یا خود به ضمیمه‌ی دیگری حق تبدیل عین موقوفه را داشته باشد، بر مبنای شرط مذکور می‌تواند موقوفه را تبدیل به احسن نماید.

فقه‌های امامیه نیز شرط فروش موقوفه را مؤثر دانسته و آن را یکی از مجوزات بیع وقف شمرده‌اند؛ بنابراین، هرگاه واقف شرط نماید که در صورت بروز اختلاف یا احتیاج مالی موقوف علیهم، آنان می‌توانند موقوفه را بفروشند و پولش را بین خود تقسیم نمایند، بیع موقوفه مجاز خواهد بود. امام خمینی (ره) در این زمینه گفته است: «هرگاه واقف، در هنگام وقف، شرط نماید که هر زمان منافع موقوفه کاهش پیدا نمود یا مخارجش افزایش یافت یا مالیاتش بیش از توان گردید یا وقف، سبب اختلاف موقوف علیهم را فراهم نمود یا ضرورتی دیگری بیع آن را ایجاب نمود یا عواملی غیر از این‌ها بیع وقف را ضروری ساخت، منعی در بیع وقف وجود نخواهد داشت»^{۱۷} (خمینی، بی تا/۲: ص ۸۰، نیز ر، ک: مفید، ۱۴۱۳هـ: ص ۶۵۲؛ حلی، ۱۳۸۸هـ: ص ۴۴۴؛ مکی عاملی، ۱۴۱۴هـ/ق: ۲/ ص ۲۷۹). بنابراین، قاعده‌ی عمومی مستنبط از کلمات فقها و مواد قانون مدنی این است که بیع وقف

^{۱۶} در جای دیگر گفته است: «إذا شرط الواقف أن لا يبيع الأرض أكثر من سنة، وكانت إجارتهما أكثر أنفع للفقراء فليس للفقير أن يبيعها أكثر من رفع الأمر للقاضي ليعجزها لأن له ولاية النظر للفقراء فافهم؛ هرگاه، واقف شرط کند که زمین وقفی را بیشتر از یکسال اجاره ندهد، قیم حق ندارد، بدون اجازه‌ی قاضی، آن را بیشتر از یکسال اجاره دهد؛ گرچند اجاره‌ی بیش از یکسال انفع به حال فقرا باشد. زیرا متولی وقف ولی فقراء محسوب نشده و حاکم است که با استناد به ولایتش بر فقرا با توجه به مصلحت آنان، موقوفه را بیش از یکسال اجاره می‌دهد».

^{۱۷} «إذا اشترط الواقف في وقفه أن يباع عند حدوث أمر مثل قلعة المنفعة، أو كثرة الخراج، أو إلخ، أو وقوع الخلاف بين أربابه، أو حصول ضرورة، أو حاجة لهم، أو غير ذلك، فلا حاجة من يبعه عند حدوث ذلك الأمر على الأقوى».

در صورت انفع بودن جایگزین، جایز بوده و تمام مسوعات بیع وقف که در کتب فقهی مطرح شده است، همگی از باب مثال می‌باشد. زیرا مهم این است که هرگاه موقوفه خراب شود یا از منافع مقصود تهی گردد یا واقف، شرط بیع کند، جواز بیع موقوفه، بلامانع می‌گردد. این قاعده‌ی عمومی در کلام امام خمینی (ره) به خوبی انعکاس یافته است که فرمود: «هرگاه بیع وقف ضرورت پیدا کند یا عاملی ضرورت بیع آن را توجیه منطقی نماید، بیع موقوفه مجاز می‌باشد» (خمینی، بی تا/۲: ص ۸۰).

برآمد

پس از تحقیقات وسیع و مطالعه منابع فقهی و قانونی، به نتایج زیر دست یافتیم:

- ۱- بیع وقف عبارت از بیعی است که مبیع آن مال موقوفه باشد؛
- ۲- امامیه و جمهور فقهای اهل سنت معتقدند که: «**أركان الوقف أربعة: الصیغة، و الواقف، و العین الموقوفة، و الموقوف علیه**»؛ اما فقهای حنفی، وقف را صرفا دارای یک رکن می‌دانند و آن نیز صیغه‌ی است که به هدف ایجاب، از سوی واقف ایراد می‌گردد.
- ۳- وقف انواع مختلفی دارد؛ لکن ما در اینجا صرفا از وقف انتفاع و منفعت، وقف اموال منقول و غیر منقول و وقف متصرفی و غیر متصرفی، نام بردیم.
- ۴- اکثر فقهای حنفی وقف غیر منقول را جایز نمی‌دانند؛ اما ابویوسف و محمد که از شاگردان بنام ابوحنیفه می‌باشند، قانون مدنی و فقهای امامیه، وقف غیر منقول را نیز مجاز می‌دانند.
- ۵- اداره‌ی موقوفات خاص تحت سیطره‌ی موقوف‌علیهم یا ناظری است که از سوی واقف راجع به این امر، منصوب می‌گردد. اما مدیریت و سازمان‌دهی وقف عام از منظر فقه حنفی، قانون مدنی و فقه امامیه، در اختیار کامل اداره‌ی اوقاف می‌باشد.
- ۶- فقهای حنفی، امامیه و قانون مدنی، بیع مسجد وقفی را تحت هیچ شرایط جایز نمی‌دانند؛ اما بیع موقوفات عام مانند موقوفات که برای تأمین مسکن فقرا و علما وقف شده است، از نظر فقه حنفی، امامیه و قانون مدنی بلاشکال است. تنها شرط جواز بیع این نوع موقوفات، انفع بودن بدلی است که به جای موقوفه‌ی فروخته شده خریداری می‌گردد.

۷- قاعده‌ی عمومی در مورد موقوفات عام که مجوز بیع را دارند، جواز بیع وقف، می‌باشد. بنابراین، به مجوز فقه امامیه، فقه حنفی و قانون مدنی، سازمان اوقاف افغانستان می‌تواند با فروش موقوفات عامی که خراب شده یا منافع

مقصوده‌شان را از دست داده یا واقف شرط فروش آن‌ها کرده است، دست به ابتکارات بزرگ اقتصادی بزند و با تأسیس مجتمع‌های تجاری در داخل کشور، نهاد وقف را رونق بخشیده و رسیدگی بهتری نسبت به فقرای کشور داشته باشد.

منابع

قرآن کریم.

الف: کتاب‌ها

ابوالفضل زارع بیدکی، فروش عین موقوفه در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر، پایان نامه کارشناسی ارشد پیوسته دانشگاه امام صادق (ع)، اردیبهشت ماه ۱۳۷۷؛

احمد صادق گلدر، احکام وقف در شریعت اسلامی، اداره کل حج و اوقاف استان مازندران، مازندران، ۱۳۶۴، چاپ اول؛

جمعی از محققان، فرهنگ نامه اصول فقه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۹، بی‌چاپ؛

جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، بی‌تا، چاپ اول؛

خامنه‌ای، علی، رساله‌ی آموزشی ۲، احکام معاملات، منعکس در:

<http://farsi.khamenei.ir/news-content?id=27836>

طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸هـ، چاپ دوم، ج ۴، ص ۱۸؛

علی دوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ۱۳۹۵، بی‌چاپ؛

عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۴۲۱هـ، چاپ چهارم؛

محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کتاب‌خانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷، چاپ نوزدهم؛

مکارم شیرازی، ناصر، استفتاءات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۲۷هـ، چاپ دوم.

ب: مجلات

ابن منظور، محمد، لسان العرب، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۱۴هـ، چاپ سوم؛

أبو زكريا النووي، محيي الدين يحيى، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر، بی جا، بی تا، بی چا؛

أبو محمد الأندلسي، محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بی تا، بی چا؛

أبو محمد المقدسي، موفق الدين عبد الله، المغنى، مكتبة القاهرة، قاهره، ۱۳۸۸هـ، بی چا؛

احمد ابو الفتح، كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية و القوانين المصرية، مطبعة البوسفور، بی تا، چاپ اول؛

انصاری، مرتضی، كتاب المكاسب (المحشی)، مؤسسه مطبوعاتی دار الكتاب، قم، ۱۴۱۰هـ، چاپ سوم؛

بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، مؤسسه عروج، تهران، ۱۴۰۱هـ، چاپ سوم؛

حامد العالم، يوسف، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، بی جا، ۱۴۱۵ق، چاپ دوم، ص ۱۳۳؛

حر عاملی، محمد، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹هـ، چاپ اول؛

حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، مكتبة المتنبى، قاهره، ۱۹۸۱م، بی چا؛

حلّی، حسن، تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۳۸۸هـ، چاپ اول؛

حلّی، حسن، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامي، قم، ۱۴۱۳هـ، چاپ اول؛

خمينی، روح الله، كتاب البيع، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، تهران، ۱۴۲۱هـ، چاپ اول؛

خمينی، روح الله، تحرير الوسيلة، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، بی تا، چاپ اول؛

الدمشقي الحنفي، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دارالفكر، بيروت، ۱۴۱۲هـ، چاپ دوم؛

الدمشقي الحنفي، عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، لمكتبة العلمية، بيروت، بی تا، بی چا؛

زحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، دارالفكر، دمشق، بی تا، چاپ چهارم؛

الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ۱۴۲۷ هـ، بی چا؛

سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، مؤسسه المنار، قم، ۱۴۱۳هـ، چاپ چهارم؛

السرخسی، محمد، المبسوط، دار المعرفة، بیروت، ۱۴۱۴هـ، بی‌چا؛

السیواسی، کمال الدین محمد، فتح القدير، دار الفكر، بی‌جا، بی‌تا، بی‌چا؛

الشیرازی، أبو اسحاق إبراهيم، اللمع فی أصول الفقه، دار الكتب العلمیة، بی‌جا، ۲۰۰۳م، چاپ دوم؛

الصفار، فاضل، فقه المصالح و المفاسد، دارالعلوم، بیروت، ۱۴۲۹هـ، بی‌چا؛

طباطبایی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، مؤسسه اعلمی، بیروت، بی‌تا، بی‌چا؛

طباطبایی حکیم، محسن، منهاج الصالحین (المحشی)، دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۰هـ، چاپ اول؛

طوسی، محمد، المبسوط فی فقه الإمامیة، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، ۱۳۸۷هـ، چاپ سوم؛

عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰هـ، چاپ اول؛

عجم، رفیق، موسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمين، مكتبة ناشرون، بیروت، ۱۹۸۸م، چاپ اول؛

فیاض، محمد، اسحاق منهاج الصالحین، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا، بی‌چا؛

قارپوزآبادی قزوینی، ملا علی، صیغ العقود و الإیقات (محشی)، انتشارات شکوری، قم، ۱۴۱۴هـ، چاپ اول؛

مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، دار التیار الجديد - دار الجواد، بیروت، ۱۴۲۱هـ، چاپ دهم؛

مفید، محمد، المقنعة، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳هـ، چاپ اول؛

مکی عاملی، محمد، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۴هـ، چاپ اول؛

مکارم شیرازی، ناصر، دائرة المعارف فقه مقارن، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۲۷هـ، چاپ

اول؛

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴هـ، چاپ

هفتم.