



مدرسه علمیه عالی نواب

پایان نامه سطح سه

رشته تخصصی: فقه و حقوق

گرایش حقوق خصوصی

عنوان:

قلمرو حاکمیت اراده در وقف

استاد راهنما:

حجت الاسلام و المسلمین دکتر غلامرضا یزدانی

استاد مشاور:

دکتر محمد علی سعیدی

تدوین و نگارش:

مجید استاد مؤدب خوشرو

تاریخ:

ذی القعدة ۱۴۴۱ - تیر ۱۳۹۹



تقدیم به:

ب

امام هشتم حضرت علی بن موسی الرضا 8 که در مدت تحصیل در جوار حرم ملکوتی اش پناهم داد،

تا با بهره‌گیری از مواهب مادی و معنوی آن آستان مقدس به کسب دانش پردازم، سپاسگزارم.

این نوشتار ناچیز را به پیشگاه مقدس ولی نعمت‌مان، حضرت ثامن الحجج علی بن موسی الرضا 8

تقدیم می‌کنم.



تقدیر و تشکر:

نویسنده بر خود لازم می‌داند، مراتب سپاس خویش را از بذل عنایات ویژه استاد فرهیخته
حجت الاسلام و المسلمین دکتر غلامرضا یزدانی که با راهنمایی‌های موشکافانه خود، بنده را رهین منت خویش
قرار داده و صحیفه‌های سخن را علم پرور نمود.

همچنین از استاد محترم جناب آقای دکتر محمد علی سعیدی که با مشاوره و گفته‌های بلند خویش
در سامان یافتن این نوشته همراهی نمودند، تقدیر و تشکر فراوان نموده و برای آن بزرگواران آرزوی سلامتی و
موفقیت در تمامی عرصه‌های زندگی را دارم.

چکیده:

به موجب اصل آزادی اراده که یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است، شخص ضمن آزادی انتخاب قالب قراردادی و طرف قرارداد، در خصوص محتوای قرارداد نیز از آزادی برخوردار است و می‌تواند نسبت به محتوای قرارداد مادامی که مخالف مقتضای ذات عقد، اصول کلی حقوقی، قوانین آمره و موازین شرعی نباشد، هر توافقی را انجام دهد. با وجود این، حاکمیت اراده طبق نظر مشهور فقها و حقوق دانان در برخی از قراردادها از جمله وقف، محدود شده و بسیاری از شروط و ترتیبات در وقف قابل توافق و اندراج نمی‌باشد. در نوشته حاضر که مبتنی بر روش تحلیلی-توصیفی است این نتیجه به دست آمده که هرگاه اعمال اراده واقف منجر به تغییری در وقف شود که در ضمن عقد پیش‌بینی نشده است، این گونه اعمال اراده‌ها مردود بوده و واقف نمی‌تواند در این خصوص تصمیمی بگیرد ولی هرگاه اعمال اراده واقف در متن عقد به صورت شرط یا هر ترتیب دیگری پیش‌بینی شده باشد، علی‌القاعده اراده وی تحت پوشش اصل حاکمیت اراده قرار داشته و امکان اعمال اراده برای واقف وجود خواهد داشت. با وجود این، مواردی که اعمال اراده منتهی به تغییر اساسی در وقف می‌شود و لو با شرط ضمن عقد، امکان پذیر نخواهد بود.

کلید واژه‌ها: وقف، شرط، حاکمیت اراده، آزادی اراده

فهرست علائم اختصاری:

قانون مدنی.....ق.م

هجری قمری.....ق.ه

فهرست اجمالی

بخش اول: موارد امکان دخالت اراده واقف در وقف

فصل اول: دخالت اراده در شیوه اداره موقوفه

مبحث اول: دخالت اراده در پرداخت حق التولیه از عواید موقوفه

مبحث دوم: دخالت اراده در تعیین متولی

گفتار دوم: تولیت موقوفه در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف

فصل دوم: دخالت اراده در خصوص عواید موقوفه

مبحث اول: دخالت اراده در لزوم پرداخت نفقه واجب النفقه

مبحث دوم: دخالت اراده در ادای نفقه واقف از اموال موقوف علیهم

مبحث سوم: دخالت اراده در برگشت موقوفه به واقف

مبحث چهارم: دخالت اراده در استثنای برخی از عواید موقوفه، جهت تأمین مخارج واقف

مبحث پنجم: دخالت اراده در عدم اجاره دادن موقوفه

فصل سوم: امکان دخالت اراده در خصوص موقوف علیهم

مبحث اول: دخالت اراده در امکان الزام به خواندن قرآن، به نیابت از واقف

مبحث دوم: دخالت اراده در ادخال غیر موقوف علیهم

بخش دوم: موارد عدم امکان دخالت اراده واقف در وقف

فصل اول: موارد عدم امکان دخالت اراده در خصوص عواید موقوفه

مبحث اول: عدم امکان اشتراط ادای دیون واقف

مبحث دوم: عدم امکان دخالت اراده در پرداخت خمس یا زکات واجب واقف

فصل دوم: موارد عدم امکان دخالت اراده در اداره موقوف علیهم

مبحث اول: عدم امکان اشتراط اخراج برخی از موقوف علیهم

فهرست منابع و مآخذ

نتیجه گیری:

فهرست تفصیلی

- مقدمه.....
- ۱- بیان مسأله.....
- ۲- ضرورت تحقیق و جنبه نوآوری آن.....
- ۳- سؤال‌های تحقیق.....
- ۳- فرضیه‌ها.....
- ۴- پیشینه تحقیق.....
- ۶- کاربردهای تحقیق.....
- ۷- روش تحقیق.....
- ۸- ساختار تحقیق.....

بخش اول: موارد امکان دخالت اراده واقف در وقف.....

فصل اول: دخالت اراده در شیوه اداره موقوفه.....

مبحث اول: دخالت اراده در پرداخت حق التولیه از عواید موقوفه.....

- ۱- تمسک به قواعد فقهی بر صحت شرط دریافت حق التولیه.....
- ۲- توسل به روایات خاصه بر صحت شرط دریافت حق التولیه.....
- ۳- توسل به سیره مستمره بین متشرعه بر صحت شرط دریافت حق التولیه.....
- ۴- شأنی از شئون وقف بودن حق التولیه.....

مبحث دوم: دخالت اراده در تعیین متولی.....

گفتار اول: شرط متولی بودن واقف در عقد وقف.....

الف: دیدگاه صحت تولیت واقف و ادله آن.....

- ۱- شأنی از شئون واقف بودن.....
- ۲- لزوم تبعیت از اراده واقف.....
- ۳- اصالة الصحه.....
- ۴- تمسک به سنت.....
- ۵- اجماع.....
- ۶- قاعده «المؤمنون عند شروطهم».....
- ۷- وجوب تبعیت از شروط جایز واقف.....

- ۸- قاعده «الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها».....
- ۹- عدم منافات با وقف.....
- ۱۰- عدم لزوم تملك وقف.....
- ۱۱- عمومات كتاب و سنت.....
- ۱۲- سيره مستمره بين مشرعه.....

ب: دیدگاه بطلان تولیت واقف و ادله آن.....

گفتار دوم: تولیت موقوفه در صورت عدم تعیین متولی از سوی واقف.....

الف: نظریه اعطای تولیت به موقوف علیهم.....

ب: نظریه تفصیل بین وقف عام و وقف خاص.....

ج: نظریه انتقال تولیت به مالک موقوفه.....

د- نظریه تفکیک بین اثر وقف.....

ه - نظریه انتقال تولیت به حاکم.....

فصل دوم: دخالت اراده در خصوص عواید موقوفه.....

مبحث اول: دخالت اراده در لزوم پرداخت نفقه واجب النفقه.....

گفتار اول: دیدگاه قائلین به صحت لزوم پرداخت نفقه واجب النفقه و دلایل آن.....

۱- منافات نداشتن با مقتضای وقف.....

۲- تمسک به روایات.....

۳- وقف بر نفس نبودن.....

گفتار دوم: دیدگاه قائلین به تفصیل در لزوم پرداخت نفقه واجب النفقه و دلایل آن.....

مبحث دوم: دخالت اراده در ادای نفقه واقف از اموال موقوف علیهم.....

گفتار اول: دیدگاه قائلین به امکان دخالت اراده در ادای نفقه واقف از اموال موقوف علیهم.....

۱- عدم صدق وقف بر نفس.....

۲- عدم تصرف در منافع وقف.....

گفتار دوم: دیدگاه قائلین به عدم امکان دخالت اراده در ادای نفقه واقف از اموال موقوف علیهم.....

۱- مصداق وقف بر نفس بودن شرط حاضر.....

۲- منافات داشتن شرط حاضر، با مقتضای عقد.....

گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل در ادای نفقه واقف از اموال موقوف علیهم و دلایل آن.....

مبحث سوم: دخالت اراده در برگشت موقوفه به واقف.....

گفتار اول: دیدگاه بطلان شرط خیار و دلایل آن.....

۱- تمسک به اجماع.....

۲- لزوم تأیید در وقف.....

۳- لزوم قصد قربت در وقف.....

۴- ایقاع بودن عقد وقف.....

گفتار دوم: دیدگاه صحت شرط خیار و دلایل آن.....

مبحث چهارم: دخالت اراده در استثنای برخی از عواید موقوفه، جهت تأمین مخارج واقف.....

گفتار اول: دیدگاه صحت شرط دخالت اراده در استثنای برخی از عواید موقوفه، جهت تأمین مخارج واقف و ادله آن.....

۱- آیه «أوفوا بالعقود».....

۲- اصل برائت.....

۳- حدیث «الوقوف یكون علی حسب ما یوقفها اهلها».....

۴- قاعده «المؤمنون عند شروطهم».....

۵- روایات خاصه.....

۶- خارج بودن از اصل وقف.....

۷- مصداق وقف بر نفس نبودن.....

گفتار دوم: دیدگاه بطلان شرط دخالت اراده در استثنای برخی از عواید موقوفه، جهت تأمین مخارج واقف و ادله آن.....

۱- مصداق وقف بر نفس بودن.....

۲- منافات داشتن با مقتضای وقف.....

۳- اجماع.....

۴- اطلاق روایات.....

گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل شرط دخالت اراده در استثنای برخی از عواید موقوفه، جهت تأمین مخارج واقف و ادله آن

مبحث پنجم: دخالت اراده در عدم اجاره دادن موقوفه.....

گفتار اول: دیدگاه قائلین به صحت شرط عدم اجاره موقوفه.....

۱- جایز بودن از نظر شرع و عدم منافات با مقتضای عقد.....

۲- حدیث «المؤمنون عند شروطهم».....

۳- حدیث «الوقوف یكون علی حسب ما یوقفها اهلها».....

۴- منافات نداشتن با تملیک موقوف علیهم.....

گفتار دوم: دیدگاه بطلان شرط عدم اجاره موقوفه.....

گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل شرط عدم اجاره موقوفه.....

فصل سوم: امکان دخالت اراده در خصوص موقوف علیهم.....

مبحث اول: دخالت اراده در امکان الزام به خواندن قرآن، به نیابت از واقف.....

گفتار اول: دیدگاه قائلین به صحت دخالت اراده در امکان الزام به خواندن قرآن، به نیابت از واقف.....

۱- عدم صدق وقف بر نفس.....

۲- تمسک به عموم قاعده «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها».....

۳- عدم ملازمه بین منع نفع بردن مادی واقف و مطلق منتفع شدن او.....

گفتار دوم: دیدگاه قائلین به بطلان دخالت اراده در امکان الزام به خواندن قرآن، به نیابت از واقف.....

۱- وقف بر نفس بودن.....

گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل دخالت اراده در امکان الزام به خواندن قرآن، به نیابت از واقف.....

مبحث دوم: دخالت اراده در ادخال غیر موقوف علیهم.....

گفتار اول: امکان سنجی شرط ادخال غیر موقوف علیهم به طور مطلق.....

الف: دیدگاه صحت شرط ادخال غیر موقوف علیهم و ادله آن.....

۱- توسل به اجماع.....

۲- عدم منافات با مقتضای وقف.....

۳- تمسک به عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها».....

۴- عموم «المؤمنون عند شروطهم».....

۵- روایات خاصه.....

۶- رجوع شرط به شرط عنوان در موقوف علیهم.....

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

ب: دیدگاه بطلان شرط ادخال غیر موقوف علیهم و ادله آن.....

۱- منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف علیهم با لزوم وقف.....

۲- منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف علیهم با لزوم معلوم بودن سهم موقوف علیهم.....

۳- منافات داشتن شرط ادخال غیر موقوف علیهم با اثر وقف.....

۴- استلزام تغییر وقف.....

۵- شرعی بودن وقف.....

ج: دیدگاه تفصیل وقف حاوی شرط ادخال غیر موقوف علیهم و ادله آن.....

گفتار دوم: امکان سنجی شرط ادخال اولاد اولاد در موقوف علیهم.....

الف: دیدگاه صحت شرط ادخال اولاد در موقوف علیهم و ادله آن.....

- ۱- اجماع
 - ۲- تمسک به عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
 - ۳- عموم «أوفوا بالعقود» و سایر عمومات
 - ۴- روایات خاصه
 - ۵- رجوع شرط مذکور به شرط در عنوان
 - ۶- اتصال وقف به موقوف علیهم دارای اهلیت تملک
 - ۷- عدم منافات با مقتضای وقف
- ب: دیدگاه بطلان شرط ادخال اولاد در موقوف علیهم و ادله آن
- گفتار سوم: امکان سنجی ادخال غیر در وقف در صورت اطلاق وقف
- الف: دیدگاه قائلین به صحت امکان سنجی ادخال غیر موقوف علیهم در وقف در صورت اطلاق عقد
- ۱- اتصال وقف به موقوف علیهم دارای اهلیت تملک
 - ۲- روایات خاصه
- ب: دیدگاه قائلین به بطلان امکان سنجی ادخال غیر موقوف علیهم در وقف در صورت اطلاق عقد
- ۱- منافات داشتن با مقتضای وقف
 - ۲- استلزام تغییر وقف
 - ۳- منافات داشتن ادخال غیر موقوف علیهم با اثر وقف
 - ۴- عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
 - ۵- استصحاب
 - ۶- اجماع
 - ۷- تسالم فقها
 - ۸- عمومات ادله
- گفتار چهارم: امکان سنجی ادخال غیر موقوف علیهم، در وقف بر اولاد صغیر در حالت اطلاق وقف
- الف: دیدگاه صحت ادخال غیر موقوف علیهم، در وقف بر اولاد صغیر در حالت اطلاق عقد
- ۱- تمسک به قاعده «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
 - ۲- روایات خاصه
- ب: دیدگاه بطلان ادخال غیر موقوف علیهم، در وقف بر اولاد صغیر در حالت اطلاق عقد
- ۱- قاعده «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
 - ۲- استلزام تغییر وقف

- ۳- روایات خاصه
- ۴- منافات داشتن با مقتضای وقف
- ۵- منافات داشتن ادخال غیر موقوف‌علیهم با اثر وقف
- ۶- اجماع
- ۷- اصل استصحاب
- ۸- شهرت فتوایی
- ۹- عدم جواز رجوع در صدقات
- ج: دیدگاه تفصیل ادخال غیر موقوف‌علیهم، در وقف بر اولاد صغیر در حالت اطلاق عقد
- گفتار پنجم: امکان‌سنجی شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم به طور مطلق در وقف بر اولاد صغیر
- الف: دیدگاه صحت شرط ادخال غیر موقوف‌علیهم به طور مطلق در وقف بر اولاد صغیر
- ۱- عدم منافات با مقتضای وقف
- ۲- اجماع
- ۳- روایات خاصه
- بخش دوم: موارد عدم امکان دخالت اراده واقف در وقف

فصل اول: موارد عدم امکان دخالت اراده در خصوص عواید موقوفه

- مبحث اول: عدم امکان اشتراط ادای دیون واقف
- گفتار اول: دیدگاه قائلین به صحت عدم امکان اشتراط ادای دیون واقف
- گفتار دوم: دیدگاه قائلین به بطلان عدم امکان اشتراط ادای دیون واقف
- ۱- وقف بر نفس محسوب شدن
- ۲- منافات داشتن با مقتضای وقف
- ۳- روایات خاصه
- ۴- تسالم و قطع اصحاب
- ۵- اجماع
- ۶- عدم انصراف ادله وقف
- گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل عدم امکان اشتراط ادای دیون واقف
- مبحث دوم: عدم امکان دخالت اراده در پرداخت خمس یا زکات واجب واقف
- گفتار اول: دیدگاه قائلین به صحت عدم امکان دخالت اراده در پرداخت خمس یا زکات واجب واقف
- گفتار دوم: دیدگاه قائلین به بطلان عدم امکان دخالت اراده در پرداخت خمس یا زکات واجب واقف

- ۱- مصداق وقف بر نفس بودن
- ۲- منافات داشتن با مقتضای وقف
- گفتار سوم: دیدگاه قائلین به تفصیل عدم امکان دخالت اراده در پرداخت خمس یا زکات واجب واقف

..... فصل دوم: موارد عدم امکان دخالت اراده در اداره موقوف علیهم

..... مبحث اول: عدم امکان اشتراط اخراج برخی از موقوف علیهم

..... گفتار اول: امکان سنجی شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم به طور مطلق

..... الف: دیدگاه صحت شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم به طور مطلق و ادله آن

- ۱- عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- ۲- روایات خاصه
- ۳- تقیید در موقوف علیه
- ۴- تمسک به مناط شرط ادخال موقوف علیهم
- ب: دیدگاه بطلان شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم به طور مطلق و ادله آن

- ۱- تسالم فقها
- ۲- منافات داشتن شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم - به طور مطلق - با مقتضای وقف
- ۳- تمسک به روایت «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- ۴- اجماع
- ۵- مخالفت شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم - به طور مطلق - با وقف های ائمه اطهار

..... ج: دیدگاه تفصیل شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم به طور مطلق و ادله آن

..... گفتار دوم: امکان سنجی شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم و انتقال آن به غیر موجودین

..... الف: دیدگاه صحت شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم و انتقال آن به غیر موجودین و ادله آن

- ۱- تمسک به اجماع
- ۲- عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم»
- ۳- حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- ب: دیدگاه بطلان شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم و انتقال آن به غیر موجودین و ادله آن

- ۱- منافات داشتن با مقتضای وقف
- ۲- تمسک به عمومیت حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- ۳- اجماع
- ۴- تسالم فقها

- ۵- شهرت فتوایی
- ۶- لزوم تعلیق در سبب
- ۷- منافات داشتن شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم و انتقال سهام به معدومین، با شرع
- ۸- لزوم تغییر دادن وقف
- ۹- اصل استصحاب
- ج: دیدگاه تفصیل شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم و انتقال آن به غیر موجودین و ادله آن
- گفتار سوم: امکان سنجی شرط اخراج موقوف علیهم صغیر
- الف: دیدگاه صحت شرط اخراج موقوف علیهم صغیر
- ب: دیدگاه بطلان شرط اخراج موقوف علیهم صغیر
- ۱- تمسک به اجماع
- ۲- منافات شرط با لزوم وقف
- ۳- عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- گفتار چهارم: امکان سنجی درج شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم، بعد از انعقاد وقف
- ۱- تمسک به اجماع
- ۲- منافات شرط با عدم امکان تغییر وقف
- ۳- خروج مال موقوفه از تسلط واقف، بعد از وقف
- ۴- تمسک به عموم حدیث «الوقوف یکون بحسب ما یوقفها اهلها»
- ۵- عدم امکان رجوع در وقف
- نتیجه گیری:
- فهرست منابع و مآخذ

- بیان مسأله

در اغلب نظام‌های حقوقی، اصل حاکمیت اراده در انعقاد قراردادها به رسمیت شناخته شده است. اصل حاکمیت اراده یعنی اینکه دو طرف قرارداد در ایجاد و تعیین شرایط حاکم بر آن، آزاد هستند الا اینکه مانعی جلوی آن را بگیرد و حاکمیت آن را محدود کند و مهمترین آنها قانون است. به عبارت دیگر حاکمیت اراده طرفین، ذاتی نیست و آنها نمی‌توانند بر خلاف قواعد امری توافق کنند و آن چیزی که اراده آنها را مقید می‌کند، مخالفت با شرع و قانون است. از سوی دیگر اراده دو طرف نباید با نظم عمومی و اخلاق حسنه، تضاد و درگیری داشته باشد مثلاً فروشنده نمی‌تواند بگوید خانه خود را به تو می‌فروشم به شرطی که در آن مشغول به آهنگری شوی تا ملک همسایه از رونق بیفتد یا زن شرط کند که مرد باید بعد از ازدواج، با خانواده خود قطع رابطه کند. شرط در مثال اول، مخالف با نظم عمومی و در مثال دوم، مخالف با اخلاق حسنه است.

عقد وقف توسط اراده واقف شکل می‌گیرد اما همین که وقف محقق شد، دیگر واقف نمی‌تواند در اراده خود تغییری به وجود آورد. حاکمیت اراده واقف، مطلق نیست و نمی‌تواند با مقتضای وقف - چه در مورد حبس دائم عین و چه در مورد مصرف منفعت - منافات داشته باشد.

واقف در عقد وقف، ممکن است شروط گوناگونی را ذکر کند و فقها در مورد صحت یا بطلان این شروط، به تفصیل بحث کرده‌اند اما چیزی که به نظر می‌رسد لازم به ذکر است، بیان ضابطه و ملاک برای صحت یا بطلان شروط است تا در مواردی که فقها از آن بحثی به میان نیاورده و یا در مسائل مستحدثه، بتوان به آن تمسک کرد و تکلیف وقف را به وسیله آن مشخص نمود. در تحقیق حاضر علاوه بر بررسی موارد امکان یا عدم امکان اعمال اراده واقف، به ایجاد ضابطه و ملاک در دو قسمت شروط صحیح و باطل پرداخته می‌شود.

به هر حال، فقها از اصل حاکمیت اراده به قاعده «العقود تابعه للقصود» یاد می‌کنند. همان طور که بیان شد به موجب این اصل، اراده اشخاص در تشکیل قرارداد و بیان شرایط آن نقش فعالی دارد. با وجود این در برخی از قراردادها به نظر می‌رسد حاکمیت اراده به نحو مطلق مورد پذیرش نباشد و با محدودیت‌هایی مواجه گردد که از جمله این قراردادها، عقد نکاح و عقد ضمان و عقد وقف است. شاهد بر این مدعا آن است که برخی شرایط را طرفین نمی‌توانند در این قراردادها بکنجانند که از جمله آنها شرط خیار است که طبق نظر مشهور، این شرط را نمی‌توان در قراردادهای سه گانه فوق درج نمود.

با توجه به محدود شدن حاکمیت اراده در عقد وقف، این سؤال مطرح می‌شود که قلمرو این محدودیت به چه میزان می‌باشد. برای پاسخ به این سؤال، به ناچار ضمن بررسی مواد قانونی و منابع فقهی مربوط به آنها، باید در مواردی که به موجب قانون، به طرفین به طور صریح اجازه دخالت در وقف داده شده و به مواردی که به طور صریح، دخالت طرفین منع شده است، مراجعه گردد.

۲- ضرورت تحقیق و جنبه نوآوری آن

نظر به اینکه تاکنون راجع به خصوص مسأله حاضر، پژوهش مستقلی انجام نشده و از طرفی با انبوهی از وقف نامه‌ها مواجهیم که دارای شروط متعددی است، انجام این تحقیق می‌تواند در وقف نامه‌های حاضر بسیار راهگشا باشد. خصوصاً اینکه مواد قانون مدنی در موارد متعددی که ناظر به موضوع پایان نامه حاضر است، سکوت اختیار کرده و یا مطلبی به طور اجمال بیان کرده است.

۳- سؤال‌های تحقیق

سؤال اصلی:

قلمرو حاکمیت اراده در وقف به چه میزان است؟

سؤالات فرعی:

۱. در چه مواردی اراده واقف در وقف نقش فعال دارد؟
۲. اراده واقف در خصوص اداره وقف چه وضعیتی دارد؟
۳. اراده واقف در خصوص اخراج بعضی از موقوف علیهم یا ادخال غیر موقوف علیهم چه وضعیتی دارد؟

۳- فرضیه‌ها

۱. به نظر می‌رسد در مواردی که اعمال اراده واقف بعد از انعقاد وقف، مستلزم تغییر پیش‌بینی نشده در وقف است، اراده محدود بوده و در مواردی که تغییر در متن عقد پیش‌بینی شده است، قاعده و اصل بر امکان دخالت اراده واقف می‌باشد.
۲. قاعده و اصل، بر نقش فعال داشتن اراده واقف بوده مگر مواردی که با ذات عقد وقف در تضاد بوده و یا دلیل خاص وجود داشته باشد.

۳. در خصوص امکان ادخال غیرموقوف علیهم یا اخراج بعضی از موقوف علیهم، اگر در متن عقد پیش بینی شده باشد، امکان اخراج یا ادخال وجود دارد و الا بعد از تحقق وقف، اراده واقف در این خصوص فعال نخواهد بود.

۴- پیشینه تحقیق

در خصوص قلمرو اصل حاکمیت اراده، تاکنون پژوهش‌های ارزنده‌ای انجام شده است ولی در خصوص قلمرو این اصل در عقد وقف، تاکنون هیچ کتاب یا پایان نامه و یا مقاله‌ای به طور مستقل نگارش نیافته است. هر چند با توجه به بررسی‌های به عمل آمده در مقالات و پایان نامه‌های ذیل بحث وقف، برخی از موضوعات مندرج در این پایان نامه به صورت مختصر مورد بررسی قرار گرفته است مانند پایان نامه شرط رجوع از وقف در حقوق و فقه امامیه نوشته نسرین اکبرزاده در دانشگاه تربیت معلم تبریز در سال ۱۳۹۰، پایان نامه بررسی فقهی تولیت و شرایط متولی در وقف از منظر مذاهب خمسسه اسلامی و حقوق مدنی ایران نوشته فاطمه کرباسی دهوجی در دانشگاه شهید باهنر کرمان در سال ۱۳۹۵، پایان نامه تحلیل فقهی و حقوقی اراده واقف در ایجاد و اداره و انحلال وقف نوشته محمد رضا چلمبری در دانشگاه بین‌المللی امام خمینی در سال ۱۳۹۱، پایان نامه وقف مشروط در حقوق ایران و مذاهب خمسسه از محمد نبی تاجداری در دانشگاه قم در سال ۱۳۸۴، مقاله شرط خیار رجوع از وقف به هنگام نیاز نوشته سید احمد خوانساری و محمد رحمانی در مجله وقف میراث جاویدان در سال ۱۳۷۹ در شماره ۳۱ و ۳۲، مقاله بررسی امکان انتفاع واقف از عین موقوفه در فقه امامیه و قانون مدنی نوشته حمید ابهری و سمیه ظهوری در مجله مطالعات حقوق خصوصی در سال ۱۳۹۷ در شماره یک، مقاله اداره موقوفات خاص فاقد متولی نوشته محمد حسن اماموردی در مجله مطالعات حقوق خصوصی در سال ۱۳۹۹ در شماره یک، و....؛ لکن مزیت پژوهش حاضر در این است که ضمن بررسی گسترده برای پاسخ مبسوط به چالش‌های موجود، به بررسی عمیق و استقصاء تام نظرات مختلف فقهای امامیه- از زمان ابن جنید اسکافی و ابی عقیل عمانی تا مراجع معاصر- و تطبیق آن با قانون مدنی در بحث حاضر، پرداخته است.

۶- کاربردهای تحقیق

۱- آشنایی حقوقدانان با زوایای مختلف این بحث

۲- ارائه طرحی جهت اصلاح و تکمیل قوانین

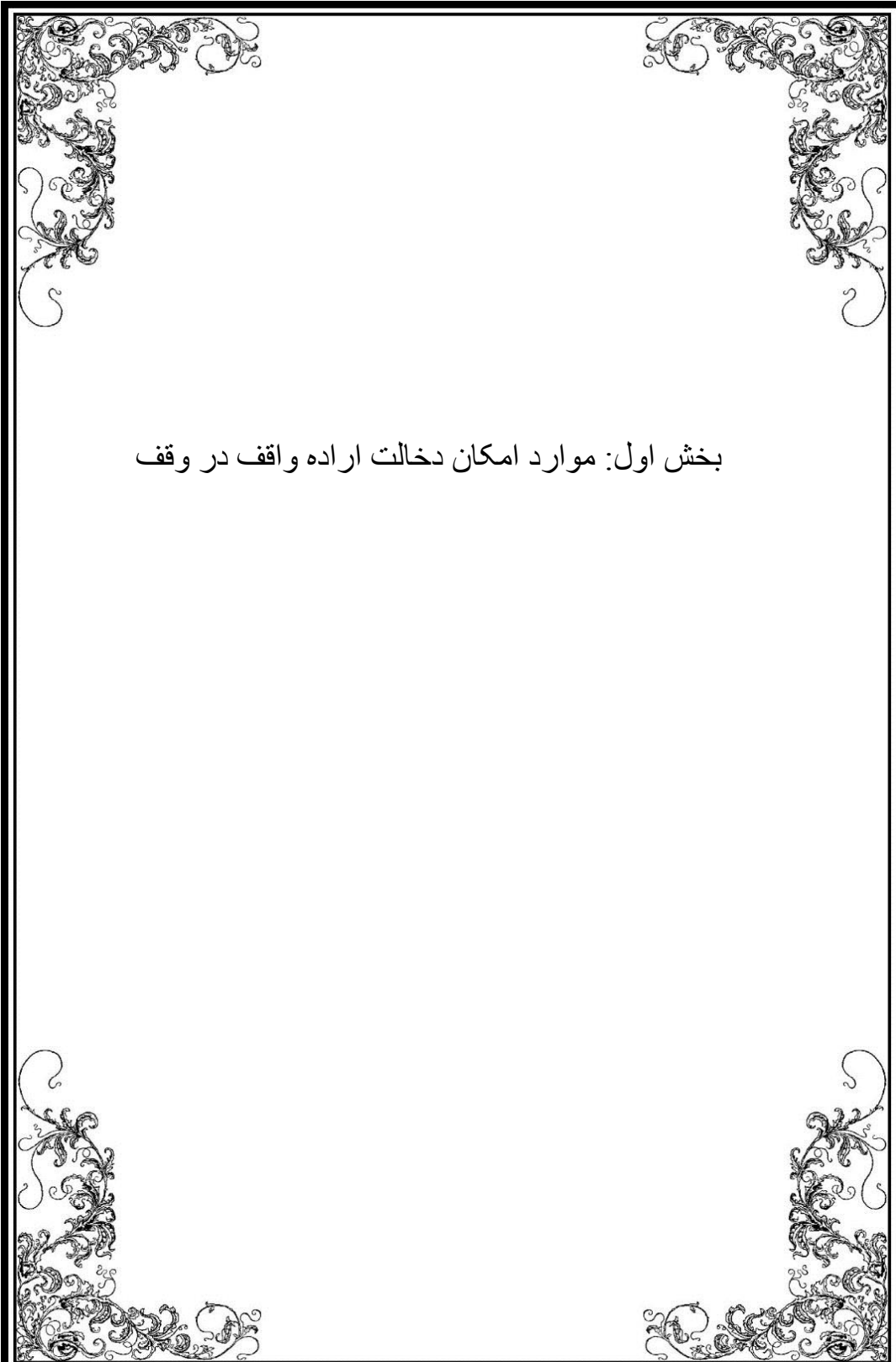
۳- ارائه طرحی به فعالین در حوزه قضا، اعم از وکلا و قضات، جهت انضباط بخشیدن به آراء

۷. روش تحقیق

تحقیق حاضر، تحقیقی نظری از نوع تحلیلی- توصیفی می‌باشد که به صورت مقایسه‌ای و تطبیقی، با مطالعه و استقصاء تام منابع فقهی شیعه و قوانین مربوط، صورت پذیرفته است. این تحقیق بر پایه مطالعات کتابخانه‌ای و با استفاده از کتب فقهی و حقوقی و استفاده از مقالات و بانک‌های اطلاعاتی انجام گرفته است. در تحقیق فوق کتاب «تکمله العروه الوثقی» نوشته سید محمد کاظم یزدی به عنوان منبع اصلی انتخاب شده است. در این کتاب در مورد امکان یا عدم امکان دخالت اراده واقف در وقف، در دوازده مبحث صحبت شده است که این‌ها تمثیلی هستند و ما این موارد دوازده گانه را معیار کار خود قرار داده و در کتاب‌های اولین فقیه که اَبی عقیل عمانی و ابن جنید باشد تا مراجع معاصر، به جستجوی موارد فوق پرداختیم.

۸. ساختار تحقیق

با توجه به عنوان پایان نامه حاضر که همانا تبیین قلمرو اصل حاکمیت اراده در وقف باشد، مطالب پایان نامه به دو بخش تقسیم شد. در بخش نخست، موارد امکان دخالت اراده در وقف و در بخش دوم موارد عدم امکان دخالت اراده در وقف، مورد بررسی قرار گرفت و البته به جهت مسأله محور شدن مباحث و دوری از موضوع محوری شدن، از بیان کلیات و مبادی تصویری موضوع اجتناب گردید. در بخش اول که به موارد امکان دخالت اراده در وقف، اختصاص یافته است، مطالب در سه فصل سامان یافت چرا که نظر به پژوهش‌های فقهی صورت گرفته توسط فقها و محققین، گاهی سخن از شروطی به میان آمده که ناظر به اداره وقف بوده و گاهی از شروط ناظر به منافع وقف توسط واقف بحث شده و گاهی از شروط ناظر به خصوص موقوف علیهم صحبت گردیده است. از این رو، هر یک از موارد سه گانه فوق ضمن یک فصل مستقل مورد بررسی قرار گرفته است. در بخش دوم نیز که اختصاص به موارد عدم امکان دخالت اراده در وقف پیدا نموده است، مطالب به دو فصل تقسیم شده است. در فصل اول به موارد عدم دخالت اراده در خصوص منافع موقوفه و در فصل دوم به موارد عدم دخالت اراده در اداره وقف، پرداخته شده است.



بخش اول: موارد امکان دخالت اراده واقف در وقف

در بخش حاضر به مواردی که واقف امکان دخالت داشته و می‌تواند با اشتراط در ضمن عقد، اراده خود را اعمال نماید، اشاره می‌شود تا از این رهگذر بتوان ضابطه و ملاک موارد ممکن برای دخالت اراده واقف را ترسیم کرد.

فصل اول: دخالت اراده در شیوه اداره موقوفه

نسبت به اداره موقوفه، واقف می‌تواند تصمیماتی بگیرد. منتهی در خصوص این که تا چه میزان می‌تواند در اداره مال موقوفه - که با انشای وقف از مالکیت وی خارج شده و هیچ رابطه عینی بین وی و مال موقوفه باقی نمی‌ماند - دخالت کند، جای تردید است. در فصل حاضر نسبت به قلمرو اراده واقف در اداره مال موقوفه، در طی چند مسأله بحث و گفتگو می‌شود.

مبحث اول: دخالت اراده در پرداخت حق التولیه از عواید موقوفه

بدون تردید کسی که متولی وقف شده، به استناد احترامی که عمل وی دارد می‌تواند درخواست دستمزد نماید. اصطلاحاً به وجهی که وی جهت اداره وقف دریافت می‌کند، حق التولیه اطلاق می‌شود. منبع دریافت حق التولیه ممکن است توسط مقام ناصب متولی مشخص شود. مسأله‌ای که در مبحث کنونی مورد بحث است، این است که آیا واقف می‌تواند در خصوص منبع حق التولیه اعمال اراده کرده و در حقیقت در ضمن وقف شرط نماید که حق التولیه از منافع وقف به متولی پرداخت گردد یا خیر؟ با جستجو و بررسی کتب فقهی به نظر می‌رسد همه فقها قائل به صحت آن هستند و نظر مخالفی در این مسأله یافت نشد. اولین فقیهی که به این فرع فقهی اشاره می‌کند، علامه حلی^۱ در «تذکره الفقهاء» است.

شهید ثانی در حاشیه بر «شرائع الاسلام»^۲ و «مسالک الأفهام»^۳ می‌نویسد اگر واقف چیزی از منافع وقف را به عنوان حق التولیه برای متولی تعیین کند، جایز است و همان اجرت عمل او می‌باشد. ملا احمد نراقی که از طرفداران صحت این نظریه است، می‌نویسد اگر متولی همان واقف باشد و شرط کند که تمام منافع وقف به عنوان حق التولیه برای او باشد، این باطل است.^۴ از عبارت ایشان استفاده می‌شود که شرط حق التولیه برای متولی جایز است لکن

۱. علامه حلی، حسن، تذکره الفقهاء، صص ۴۴۱-۴۴۲

۲. شهید ثانی، زین الدین، حاشیه شرائع الإسلام، ص ۵۲۱

۳. همو، مسالک الأفهام، ج ۵، ص ۳۲۵

۴. «سؤال ۱: هر گاه زید املاک و بیوتات چند را وقف نماید بر اولاد ذکور خود که يك نفرشان صغیر بوده باشد و چند نفر دیگر کبار، و تولیت مادام حیات با نفس

اگر به صورتی باشد که ذکر شد، باطل است. علامه حلی نیز معتقد است اصل قصد قربت وقف، از واقف بوده است پس او از بقیه به تولیت وقف، سزاوارتر است و اگر واقف چیزی از منافع وقف را برای متولی تعیین کند، جایز است و همان اجرت عمل او می‌باشد و مستحق چیزی بیشتر از آن نیست و اگر کمتر از اجرت المثل باشد، اقرب این است که برای او اجرت المثل است.^۵

از جمله محققین دیگری که این شرط را صحیح می‌دانند، می‌توان به شیخ جعفر کاشف الغطاء^۶، میرزای قمی^۷، سید علی طباطبایی در «ریاض المسائل»^۸ و «الشرح الصغیر»^۹، مجلسی دوم^{۱۰}، ملا احمد نراقی^{۱۱}، شیخ حسن

خود واقف بوده، و نماند و منافع که حق التولیه واقف می‌باشد به هر مصرفی خواهد برساند، بعد فوت تولیت با اولاد موقوف علیهم علی قدر حصصهم باشد، به شرط آن که قدری از منافع را به اخراجات تعمیر حسیته و روغن چراغ مسجد و ختم کلام الله به جهت خود واقف و والدین او نمایند، آیا چنین وقفی که از اول نفع آن از موقوف علیهم منقطع است صحیح است یا باطل، و هر گاه زید چنین وقفی نماید که منافع را خود مختار بوده باشد که به هر مصرفی خواهد برساند لازم می‌شود یا نه؟ حکم شرعی آن بیان شود.

جواب: در این وقف از سه جهت محل کلام می‌شود. اول: از جهت این که تمام منافع را به جهت خود، حق التولیه قرار داده و گفته که به هر مصرفی که خود خواهد برساند، و از این حیث این وقف باطل و صورت شرع ندارد.... «نراقی، ملا احمد، رسائل و مسائل، ج ۱، بخش ۲، ص ۲۱۵

۵. علامه حلی، حسن، تذکرة الفقهاء، صص ۴۴۱-۴۴۲

۶. کاشف الغطاء، جعفر، کشف الغطاء، ج ۴، ص ۲۴۷

۷. «۵- سؤال: بسم الله الرحمن الرحيم. هر گاه کسی ملکی را وقف کرد به این نحو که: وقف کردم این ملک را إلى آخر الابد، و تولیت آن را به جهت خود قرار دادم ما دام الحیات، و بعد موت خودم به جهت ولد اکبر ارشد، و بعد از او به جهت ولد ارشد و اکبر و هکذا ما تعاقبوا و تناسلوا نسلا بعد نسل و عقبا بعد عقب، و مقرر داشتم که محصول آن را بعد از وضع اخراجات ملک و تحصیل محصول، ما دام الحیات خود به مصرف برسانم، و بعد الوفاة متولی شرعی بعد از وضع اخراجات، عشر آن را به «حق التولیه» متصرف، و تتمه را بین اولاد من «للذکر مثل حط الأئیین» قسمت نماید و هر يك از اولاد اناث من که فوت می‌شود اولاد او را دیگر نصیبی نباشد، و حصه او به دیگران عود کند. به این معنی که اولاد اولاد اناث واقف را در آن ربطی نباشد بعد از چندی واقف فوت شد و از او سه نفر اولاد ذکور باقی ماند، و بعضی از اولاد ذکور فوت شد و از او ولدی ماند. آیا نصیب او به ولدش می‌رسد یا به برادرانش؟ و هکذا این ولد هر گاه فوت شود و از او ولدی بماند میراث او به ولدش می‌رسد یا به اخوان پدرش یا به اعمام پدرش؟ و آیا نظر به این که اولاد اولاد اناث را محروم کرده آیا اولاد اناثی که از اولاد ذکور بهم می‌رسند محرومند یا نه؟ و بر فرضی که محروم نباشند آیا اولاد آنها محرومند یا نه؟

جواب: پس بدان که در مسأله ما اشکال دیگر هست. و آن این است که مفروض واقف این است که خود را متولی کرده پس شاید مراد او منتفع شدن از باب حق التولیه باشد که مشهور جواز آن است. و منتفع شدن از باب تولیت نه از باب منتفع شدن واقف است از وقف و داخل کردن در منافع آن و اخراج نکردن. و لکن ظاهر این است که آن چه فقها تجویز کرده‌اند این است که ناظر از وقف بخورد و اطعام کند، نه آن که تمام منافع آن را در حال حیات خود متصرف باشد و احدی با او شریک نباشد.... «میرزای قمی، ابو القاسم، جامع الشتات، ج ۴، صص ۲۵-۲۸؛ همان، ص ۸۸

«۵۶- سؤال: هر گاه زید وقف کند ملکی را، و تولیت آن را ما دام الحیات برای خود قرار دهد، و بعد موته از برای ارشد اولاد ذکور باشد نسلا بعد نسل بشرط تقدم طبقه اولی بر طبقه سفلی و منافع ملک را چنین قرار دهد که اخماسا قسمت شود. خمسی از آن مصروف سبیل خیر شود. و خمسی از آن را اولاد او به مصرف برسانند به طریق ارث شرعی. و سه خمس دیگر مخصوص واقف باشد من باب التولیه ما دام الحیات. و بعد موته دو خمس اول باز به طریق سابق صرف شود و سه خمس دیگر به مصرف مزار واقف و تلاوت قرآن شود از برای او. و در حین وقف دو پسر داشت یکی بکر و یکی عمرو. الحال بعد انقضای چندین طبقه وارث او پسری از نسل بکر مانده که به پنج پشت به زید می‌رسد. و پسری نیز از نسل عمرو مانده که آن نیز به پنج پشت به زید می‌رسد، و پسری دیگر از او مانده که به چهار پشت به زید می‌رسد. الحال آن خمسی که مقرر داشته بود که به اولاد بدهند به طریق ارث شرعی، چگونه قسمت می‌شود؟ آیا اقرب به واقف - که آن پسر عمرو است که به چهار پشت به واقف می‌رسد - منع ابعده می‌کند از نسل هر کدام باشد؟ یا منع اقرب ابعده را، مختص است به همان سلسله عمرو؟

جواب: بدان که ظاهراً مراد از قسمت بر سبیل ارث شرعی آن است که در هر طبقه باید منافع را فرض کرد که میراث واقف است و به طریق میراث قسمت کرد، خواه واقف در حیات باشد یا نه. یعنی چنانکه هر گاه واقف که مالک ملک بوده می‌مرد و این ملک می‌ماند بایست در میان اولاد «للذکر مثل حط الأئیین» قسمت شود و ولد صلیبی مانع ارث اولاد اولاد باشد، هم چنین در حیات واقف منافع را «للذکر مثل حط الأئیین» میان خود اولاد صلیبی قسمت کنند... الي آخر «همان،

ص ۱۲۸؛ همان، ص ۱۳۹

۸. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۱۳۰

۹. همو، الشرح الصغیر، ج ۲، ص ۲۴۲

۱۰. مجلسی دوم، محمد باقر، ملاذ الأخیار، ج ۱۴، ص ۳۹۶

۱۱. نراقی، احمد، الحاشیة علی الروضة البهیة، ص ۵۳۹

کاشف الغطاء^{۱۲}، صاحب جواهر^{۱۳}، آخوند خراسانی^{۱۴}، سید یزدی^{۱۵}، نجم آبادی^{۱۶}، سید ابوالحسن اصفهانی^{۱۷}، امام خمینی در حاشیه بر «وسيلة النجاة»^{۱۸} و «زبدہ الأحکام»^{۱۹} و «تحریر الوسيلة»^{۲۰}، موسوی گلپایگانی در حاشیه بر «وسيلة النجاة»^{۲۱} و «مجمع المسائل»^{۲۲} و «هدایة العباد»^{۲۳}، محمد حسین کاشف الغطاء^{۲۴}، سید محسن حکیم^{۲۵}، سید حسن بجنوردی^{۲۶}، مرعشی نجفی^{۲۷}، خویی^{۲۸}، سید عبدالاعلی سبزواری در «جامع الأحکام»^{۲۹} و «مہذب الأحکام»^{۳۰}، خامنه ای در «أجوبة الاستفتائات»^{۳۱} و «توضیح المسائل»^{۳۲}، محمد جواد مغنیه^{۳۳}، وجدانی فخر^{۳۴}، بصری بحرانی^{۳۵}،

۱۲. کاشف الغطاء، حسن، أنوار الفقاهة - کتاب الوقف، ص ۳۷
۱۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۳
۱۴. آخوند خراسانی، محمد کاظم، کتاب فی الوقف، ص ۱۶
۱۵. «مسألة ۱۴: إذا عين الواقف مقداراً من المنافع للمتولي تعين كثيراً كان أو قليلاً وإن كان أقل من اجرة عمله، و ليس له حينئذ أزيد ...» یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص ۲۳۱
۱۶. نانینی، میرزا محمد حسین - ضیاء الدین، عراقی، الرسائل الفقهية، ص ۲۶۸
۱۷. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص ۵۴۸
۱۸. خمینی، سید روح الله، وسیلة النجاة (مع الحواشی)، ص ۵۴۸
۱۹. همو، زبده الأحکام، ص ۱۷۹
۲۰. همو، تحریر الوسيلة، ج ۲، صص ۸۳-۸۴
۲۱. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی الگلپایگانی)، ج ۲، ص ۲۶۳
۲۲. «سؤال ۱۱۱۴: هر گاه واقف مقدار معینی از منافع وقف را برای متولی قرار دهد که اجرت او محسوب می شود و آن مقدار کمتر از اجرة المثل باشد آیا جایز است متولی بمقدار اجرة المثل بر دارد یا نه؟
جواب: جایز نیست بلی اگر واقف مقدار معینی را ذکر نکند متولی حق دارد بمقدار اجرة المثل بردارد» موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۳۸۷
۲۳. همو، هدایة العباد، ج ۲، ص ۱۵۹
۲۴. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجلة، ج ۲، قسم ۳، ص ۷۵
۲۵. حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۴۷
۲۶. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهية، ج ۴، ص ۲۶۷
۲۷. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، منهاج المؤمنین، ج ۲، ص ۱۷۲
۲۸. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۳۸
۲۹. سبزواری، سید عبد الاعلی، جامع الأحکام الشرعية، ص ۴۸۰
۳۰. همو، مہذب الأحکام، ج ۲۲، ص ۹۸
۳۱. «سؤال ۲۰۰۰: آیا جایز است متولی وقف که از طرف واقف یا حاکم نصب شده، در برابر کارهایی که برای اداره شئون وقف انجام می دهد برای خودش اجرت بردارد و یا به دیگری بدهد تا آن کارها را به نیابت از او انجام دهد؟
جواب: متولی وقف اعم از این که از طرف واقف نصب شده باشد و یا از طرف حاکم، در صورتی که اجرت خاصی از طرف واقف برای او در برابر اداره امور وقف معین نشده باشد، می تواند اجرت المثل را از درآمدهای وقف برای خودش بردارد» خامنه ای، سید علی، أجوبة الاستفتائات، ص ۴۹۱
۳۲. «سؤال ۲۰۰۰: آیا جایز است متولی وقف که از طرف واقف یا حاکم نصب شده، در برابر کارهایی که برای اداره شئون وقف انجام می دهد برای خودش اجرت بردارد و یا به دیگری بدهد تا آن کارها را به نیابت از او انجام دهد؟
جواب: متولی وقف اعم از اینکه از طرف واقف نصب شده باشد و یا از طرف حاکم، در صورتی که اجرت خاصی از طرف واقف برای او در برابر اداره امور وقف معین نشده باشد می تواند اجرت المثل را از درآمدهای وقف برای خودش بردارد» خمینی، سید روح الله، توضیح المسائل، ج ۲، صص ۶۴۲-۶۴۳
۳۳. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۵، ص ۷۰
۳۴. وجدانی فخر، قدرت الله، الجواهر الفخرية، ج ۶، ص ۴۱
۳۵. بصری، محمد امین، کلمة التقوی، ج ۶، ص ۱۲۵

میرزا جواد تبریزی^{۳۶}، سید محمد سعید حکیم^{۳۷}، وحید خراسانی^{۳۸}، سیستانی^{۳۹}، ترحینی عاملی^{۴۰}، سید صادق روحانی^{۴۱}، فیاض در «توضیح المسائل»^{۴۲} و «منهاج الصالحین»^{۴۳} و صافی گلپایگانی^{۴۴} اشاره کرد.

۳۶. تبریزی، میرزا جواد، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۸

۳۷. حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۶۸ : همان، ص ۲۷۶

۳۸. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۲۶۹

۳۹. سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ج ۲، صص ۴۵۸-۴۵۹

۴۰. ترحینی، سید محمد حسین، الزبدة الفقهية، ج ۴، ص ۲۳۳

۴۱. روحانی، سید صادق، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۵۴

۴۲. فیاض، محمد اسحاق، رساله توضیح المسائل، ص ۵۱۸

۴۳. همو، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۵۰

۴۴. صافی گلپایگانی، لطف الله، هداية العباد، ج ۲، ص ۲۰۳