



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

احکام رجوع در تبرعات مالی از دیدگاه فقه و قانون

(رساله ماستری)

محصل: نورالله "نوری"

استاد راهنما: وزیر محمد "سغیدی"

سال: ۱۴۰۳ هـ. ش - ۱۴۴۶ هـ. ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
برنامه ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

احکام رجوع در تبرعات مالی از دیدگاه فقه و قانون (تیزس ماستری)

محصل: نور الله (نوری)
استاد رهنما: وزیر محمد (سعیدی)

سال 1403 هـ . ش - 1446 هـ . ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شریعتات و قانون

د پیاوړتیا و قانون

بورډ ماستری

تصدیق نامه

محترم نورالله ولد عبدالستار: ID نمبر SH-MSF-s1400-838 محصل دور دهم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: احکام رجوع در تبرعات مالی از دیدگاه فقه و قانون به روز پنجشنبه تاریخ ۱۴۰۲/۱۲/۲۴ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۰ (نمره به عدد) نور پوره (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیات	
۲	سرمحقق سید حبیب شاکر	عضو هیات	
۳	استاد وزیر محمد سعیدی	استاد رهنما و رئیس جلسه	

معاون علمی

آمر بورډ ماستری

شکرو تقدیر

در قدم نخست سپاس خدای را که هستی را آفرید و قرآن را نازل کرد و قوانین و ضوابط را گذاشت تا در سایه شریعت وی تمامی انس و جن خوشبخت باشند، و سلام و درود بر بهترین افراد بشر، سید و سرور ما محمد (صلی الله علیه و سلم) و بر آل و اصحاب و پیروان راستین ایشان.

در قدم دوم از والدین عزیزم که با دعاها مساعدت ها و اهتمام شان توانستم این رساله را به توفیق الله به اتمام برسانم سپاسگزاری نموده و از الله متعال طول عمر و صحتمندی برایشان مسألت دارم. همچنان از همسر عزیزم نوری که زندگی و راه را برایم روشن نمود. بدون شک هر نوع مصاعب و مشکلاتی را که در طول دوران تحصیل و بالاخص در تحریر این رساله به آن روبرو گردیدم متحمل شد و در پهلویم ایستاد و با اصرار هایش توانستم به توفیق و نصرت الله متعال این رساله را تکمیل نمایم سپاسگزاری ویژه می نمایم، انچنین تشکری می کنم از برا در محترم قاری صاحب حسیب الله (حسیب) که در تهیه مواد این رساله بامن همکاری زیاد نمودند.

در قدم سوم از دانشمند فاضل و فرهیخته استاد محترم پوهاند محمد وزیر سعیدی که با صبر و حوصله مندی تمام، زحمت رهنمائی این رساله را متقبل شدند و با وجود مصروفیت های علمی و حیاتی شان از هیچ نوع کمک و همکاری دریغ ننمودند اظهار سپاس و امتنان می نمایم. در آخر هم از ریاست محترم پوهنخی شریعیات و آمریت محترم برنامه ماستری بخش شریعت و قانون و تمامی استادان محترم، برادران و خواهران گرامی ام و هر آنکه به نحوی در تحریر این رساله همکاری نموده اند اظهار سپاس و شکران می نمایم.

با عرض حرمت

نورالله نوری

خلاصه

الله (جل جلاله) را سپاسگذار هستیم که با نعمت اسلام بر ما منت نهاد و احکام و مسائل آن را برای ما آسان گردانید که با طبیعت همه انسانها در هر شرایط و زمان سازگار بوده و همزمان با کاروان ترقی و پیشرفت ، تحول و تغییر و مقتضیات هر عصر همگام است، الله رب العالمین برای هر مسلمانی حقوق و واجبات را مقرر نموده است که اگر انسانها از عهده این حقوق و واجبات درست بدر آیند در حقیقت رسالت عظیم اسلام را اداء نموده اند، آنگاه ما ملت واحد و متمسک به اسلام خواهیم بود و هیچ دشمنی بر ما پیروز نخواهد شد و هیچ مداخله ما را شکست نخواهد داد.

واز آسانگیری های اسلام این است که تبرعات را برای برقراری روابط اجتماعی مسلمانان مشروع قرار داده و جایگاه ویژه در دین مقدس اسلام برایش قائل گردیده و به شیوه های مختلف مردم را به پرداخت آن تشویق و ترغیب نموده است تا این اموال تنها در میان اشخاص ثروتمند دست نگریده و نیازمندان از آن محروم نشوند. این رساله دربرگیرنده رجوع از تبرعات و صورت های مختلف آن در فقه اسلامی و قانون وضعی است. بنابراین، این رساله را در پنج فصل به ترتیب ذیل ترتیب نموده ام :

فصل اول: این فصل مشتمل بر موضوعات ذیل است ، حقیقت رجوع از تبرعات ، تعریف رجوع، تعریف تبرع ، تعریف الفاظ مشابه به تبرع و رجوع ، مشروعیت تبرع ، کیفیت رجوع از تبرعات ، انواع عقود و تصرفاتی که رجوع از آنها جایز است.

فصل دوم: فصل دوم دربرگیرنده موضوعات آتی است: عقد هبه و تعریف آن، مشروعیت و کیفیت رجوع از این عقد ، حکم شرعی رجوع از آن ، آثار مرتبه رجوع با ذکر اقوال فقهاء و بیان قول راجح و اسباب آن.

فصل سوم: در این فصل وقف و تعریف آن، مشروعیت و کیفیت رجوع از این عقد ، حکم شرعی رجوع از آن و آثار مرتبه رجوع با ذکر اقوال فقهاء و بیان قول راجح و اسباب آن را مورد بررسی قرار داده ام.

فصل چهارم: در این فصل عقد وصیت، تعریف آن، مشروعیت و کیفیت رجوع از این عقد ، حکم شرعی رجوع از آن آثار مرتبه رجوع با ذکر اقوال فقهاء و بیان قول راجح و اسباب آن را مورد بررسی قرار داده ام.

فصل پنجم: در این فصل روی موضوعات معاصر بحث نموده ام ، از قبیل رجوع از تبرعات، تعریف مؤسسات خیریه و انواع آن ، کیفیت رجوع مؤسسات از تبرع، حکم شرعی رجوع مؤسسات از تبرع، آثار مرتبه به رجوع مؤسسات از تبرعات و غیره موارد .

در خاتمه نتایج دست یافته از جریان تحقیق ، مناقشه موضوعات و نتیجه گیری را جابجا نموده ام، و همچنان پیشنهادات خود را برای دولت، مؤسسات، متبرعین و نیازمندان تقدیم نموده و در آخر به ترتیب معیاری مصادر و مراجع پرداخته ام.

فهرست مطالب

خلاصه..... ب

5	مقدمه
1	اهمیت موضوع:
2	اسباب اختیار موضوع :
2	هدف تحقیق :
3	پیشینه و خلفیه موضوع :
3	روش بحث و تحقیق :
4	خطه بحث:

فصل اول

مفاهیم و تعاریف

5	مبحث اول : حقیقت تبرع و رجوع از آن
5	مطلب اول : تعریف لغوی و اصطلاحی رجوع
6	مطلب دوم: واژه های مرتبط
9	مطلب سوم: تعریف لغوی و اصطلاحی تبرع
13	مبحث دوم: عقود تبرع و حکم فقهی رجوع کردن از آن
13	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی عقد
15	مطلب دوم: واژه های مرتبط
15	مطلب سوم: انواع تصرفات در عقود
16	مطلب چهارم: عقد های غیر لازم طبق طبیعت عقد
17	مطلب پنجم: واژه های مرتبط
18	مطلب ششم: عقد های غیر لازم به علت وجود خیار
19	مطلب هفتم: معنای تبرعات و عقود شامل آن ()
20	مطلب هشتم: احکام فقهی رجوع از تبرعات ()

فصل دوم

رجوع در عقد هبه

20	مبحث اول: ماهیت عقد هبه
21	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی هبه
23	مطلب دوم: مشروعیت عقد هبه
24	مطلب سوم: کیفیت رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقهاء و قانون
26	مبحث دوم: حکم رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقهاء و قانون
26	مطلب اول : حکم رجوع در عقد هبه قبل از قبض، از دیدگاه فقهاء
28	مطلب دوم: حکم رجوع در هبه بعد از قبض
30	مبحث سوم: موانع رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقهاء و قانون
30	مطلب اول: مانع عوضی
32	مطلب دوم: مانع دوم (زیادت در موهوب)
39	مبحث چهارم: عقد عمری و رجوع در آن
39	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی عمری
40	مطلب دوم: مشروعیت عمری
41	مطلب سوم: رجوع از عمری
43	مطلب چهارم: رجوع در عمری مقید به شرط
46	مبحث چهارم: رجوع در ابراء
46	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی ابراء

47	مطلب دوم: ابرای مکفول عنه.....
47	مطلب سوم: ابرای کفیل.....

فصل سوم رجوع در عقد وقف

48	مبحث اول: ماهیت وقف.....
48	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی وقف.....
50	مطلب دوم: انواع وقف.....
50	مطلب سوم: ارکان وقف و شروط آن.....
51	مطلب چهارم: شرط های ده گانه در وقف.....
52	مطلب پنجم: مشروعیت وقف.....
54	مبحث دوم: حکم رجوع از وقف در فقه اسلامی و قانون مدنی.....
54	مطلب اول: حکم رجوع در وقف قبل از قبض.....
57	مطلب دوم: حکم رجوع در وقف بعد از قبض.....
66	رأی راجح و اسباب آن:.....

فصل چهارم رجوع در عقد وصیت

67	مبحث اول: ماهیت وصیت و رجوع از آن.....
67	مطلب اول: تعریف وصیت در لغت و اصطلاح.....
69	مطلب دوم: مشروعیت وصیت.....
71	مطلب سوم: حکم وصیت.....
75	مبحث دوم: کیفیت رجوع از وصیت از دیدگاه فقه و قانون.....
75	مطلب اول: اقسام رجوع از وصیت.....
84	مبحث اول: صورت های رجوع کردن از تبرعات مؤسسات خیریه.....
84	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی مؤسسه.....
84	مطلب دوم: مفهوم « خیریه».....
85	مطلب سوم: مفهوم « خاص».....

فصل پنجم

صورت های معاصر رجوع کردن از تبرعات

84	مبحث اول: رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع و حکم آن.....
84	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی مؤسسه.....
84	مطلب دوم: مفهوم « خیریه».....
85	مطلب سوم: مفهوم « خاص».....
85	مطلب چهارم: تعریف مؤسسات خیریه خاص.....
86	مبحث دوم: حکم صدقه و رجوع از آن.....
86	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی صدقه.....
86	مطلب دوم: حکم رجوع از صدقه.....
90	مطلب سوم: حکم اعطاء صدقه برای مؤسسات خیریه.....
919	مبحث سوم: رجوع از تبرع برای مؤسسات خیریه عام المنفعه.....
91	مطلب اول: تعریف مؤسسه خیریه عام المنفعه.....
91	مطلب دوم: حکم فقهی مؤسسات خیریه عام المنفعه.....

92.....	مطلب سوم: تبرع برای مؤسسات خیریه عام المنفعه از طریق پرداخت زکات
93.....	مطلب چهارم: تعریف زکات
93.....	مطلب پنجم: حکم پرداخت زکات برای مؤسسات خیریه عام المنفعه
94.....	مطلب ششم: حکم رجوع از زکات
95	مبحث چهارم : رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع و حکم آن
95.....	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی وکالت
96.....	مطلب دوم : مشروعیت وکالت
97.....	مطلب سوم: حکم فقهی عقد وکالت
98.....	مطلب چهارم: حکم رجوع از عقد وکالت
99.....	مطلب پنجم : موانع رجوع از عقد وکالت
100.....	مطلب ششم : رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع
100	مبحث پنجم : رجوع مؤسسات خیریه عام المنفعه از تبرع و حکم آن
100.....	مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی التزام
101.....	مطلب دوم : معانی التزام ودلالت آن
101.....	مطلب سوم: حکم رجوع مؤسسات خیریه عام المنفعه از تبرع
104.....	نتایج بحث
105.....	مناقشه
112.....	پیشنهادهات
119.....	فهرست مصادر و مراجع

مقدمه

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين، و بعد:

بدون شک شریعت اسلامی پیروان خود را برای انجام اعمال خیر جهت مساعدت و همکاری فقراء و مساکین به شیوه ها و روش های مختلف ترغیب و تشویق نموده و این نوع اعمال را سبب نزدیکی و قربت جستن به الله تعالی معرفی می نماید که از آنجمله می توان تبرعات مالی را بر شمرده؛ زیرا که آثار بزرگ آن به زندگی فردی و اجتماعی انسانها بر می گردد.

در این رساله بیشتر تمرکز بنده به مهمترین انواع تبرعات عبارت اند از هبات ، و صایا ، صدقات و اوقاف که باعث کثرت الفت و محبت در میان افراد جامعه بشری میگردد، صورت گرفته است.

هرگاه همین افعال خیر و تبرعات در نصوص قرآنکریم ، سنت پیامبر (صلی الله علیه و سلم)، اقوال صحابه (رضی الله عنهم) ، تابعین و دانشمندان اسلامی (رحمهم الله) مورد بحث و بررسی قرار داده شود، به خوبی اهمیت فضیلت و جایگاه رفیع و انکارناپذیر آنها می توان درک کرد.

از طرف دیگر تبرعات مالی از جمله امور مندوبه و مستحب بوده که واجب و لازم نمی باشد و شریعت اسلامی هم بدون الزام و وجوب به آن تشویق و ترغیب نموده است. به همین سبب گاهی اوقات ، بعضی اشخاص از برخی تبرعات خود به اعتبار اینکه واجب نبوده بلکه از جمله امور مندوبه و مستحب می باشد ، با گذشت زمان از آن رجوع می نمایند. مثلاً : زمینی را برای اعمار مسجد، مدرسه، شفاخانه و یا اماکن عمومی وقف (تبرع) نموده و با گذشت مدتی که قیمت و بهایی آن بلند می رود از آن رجوع می کند، و یا شخصی جایزادی را برای شخص دیگر وصیت می نماید و با مرگ موصی ورثه از آن رجوع می کنند. مواردی دیگری امثال اینها وجود دارد که روزانه اتفاق می افتد و به آن روبرو می شویم.

از این جهت شریعت اسلامی برای جلوگیری از این نوع اقدامات (رجوع از تبرعات) و بروز منازعات بین طرفین شروط و ضوابطی را وضع نموده است که با تحقق آن تبرعات به ملکیت تامه منتقل و مبدل شده ، متبرع و ورثه حق رجوع و بازگشت را از تبرع خویش ندارند.

بدون شک که تعداد کثیری از مردم با این شروط و ضوابط معرفت و آگاهی ندارند، بناءً به جمع این موضوع مع احکام ، شروط و قواعد و دیگر مسایل آن در این رساله پرداختم، تا کسانی که خواستار معلومات در این موضوع هستند ؛ بتوانند بدون خستگی و جهد زیاد به احکام آن معرفت حاصل نموده و رفع مشکل نمایند. چنانچه از خلال مباحث این رساله ساحه لزوم و شروط شرعی که باعث الزامیت و موانعی که باعث غیر الزامیت تبرعات می گردد را واضح نموده ام ، تا باشد که غموض و مبهمیت این موضوع از بین رفته و سبب روشن و واضح شدن این امر در نزد خواننده گان این اثر گردد.

اهمیت موضوع:

در چند مورد قرار ذیل خلاصه میگردد:

1- هرگاه افعال خیر و تبرعات در نصوص قرآنکریم ، سنت پیامبر (صلی الله علیه و سلم)، اقوال صحابه (رضی الله عنهم) ، تابعین و دانشمندان اسلامی (رحمهم الله) مورد بحث و بررسی قرار داده شود، به خوبی اهمیت فضیلت و جایگاه رفیع و انکارناپذیر آنها می توان درک کرد و بدون شک شریعت اسلامی پیروان خود را برای انجام اعمال خیر جهت مساعدت و همکاری فقراء و مساکین به شیوه ها و روش های مختلف ترغیب و تشویق نموده زیرا باعث قربت و نزدیکی به الله (جل جلاله) و کثرت الفت و محبت در میان افراد و تقویت روابط اجتماعی میگردد.

2- از طرف دیگر وجود وقایع جدید در عصر فعلی که ارتباط به مسأله رجوع از تبرعات دارد به خصوص در کشور ما که به سبب جنگ ها، هلاکت ها، ویرانی ها و بحرانها در دهه های اخیر، مؤسسات مختلف خیریه با اهداف مختلف برابر است که اهداف شان خیر باشد و یا هم شر، بوجود آمده اند که ممکن گاهی اوقات بعضی از آنها از تبرعات خود رجوع نمایند ، بناءً بیان کردن آثار مرتب و حکم شرعی منطبق بر

آن و بیان کردن آثار سلبی که مرتب می شود به سبب رجوع از تبرعات به یکی از طرفین و یا هم هر دو طرف اهمیت موضوع را بیشتر می سازد.

3- اهمیت دیگر این موضوع در اینست که اکثر مردم به گمان اینکه تبرعات مالی از جمله امور مندوبه و مستحب می باشد بناء بعضی اوقات از برخی تبرعات خود رجوع مینمایند در حالیکه شریعت اسلامی برای جلوگیری از این نوع اقدامات (رجوع از تبرعات) و بروز منازعات بین طرفین شروط و ضوابطی را وضع نموده است که با تحقق آن تبرعات به ملکیت تامه منتقل و مبدل شده و حق رجوع و بازگشت را از تبرع خویش ندارند بدون شک که تعداد کثیری از مردم با این شروط و ضوابط معرفت و آگاهی ندارند بناء در این رساله به جمع این موضوع مع احکام و شروط آن پرداخته ام تا توانسته باشم تا حدی این مبهمیت را حل نمایم.

اسباب اختیار موضوع :

اسباب اختیار این موضوع را در نقاط ذیل مشخص می سازم:

- 1- آنچه که در اهمیت موضوع گذشت سبب اساسی از اسباب اختیار موضوع است.
 - 2- قلت علم و عدم آگاهی اکثریت مردم حتی در بعضی موارد عدم آگاهی محصلان و طلاب علوم شرعی به دلیل تشنّت و پراگنده بودن احکام آن در ابواب مختلف فقهی نسبت به حقیقت تبرعات که آیا لازمی هست و یا خیر؛ و به گمان اینکه تبرعات لازمی نبوده بلکه از جمله امور مندوبه و مستحب میباشد بناء متبرع بنابر همین ظن خود هر وقتیکه خواسته باشد رجوع می نماید، در حالیکه امر بر خلاف اینست، زیرا اگر چه که تبرعات در ابتدا لازمی نیست اما در بعضی حالات در حدود ملکیت تامه و مؤکده داخل می شوند.
 - 3- ضرر عظیمی از وراء این رجوع به اشخاص متبرع لهم ملحق میشود، زیرا به مجردی که این اموال به آنها میرسد به مصرف نمودن و آماده کردن آن در مصالح و ضروریات شان میپردازند بناء اگر متبرع از تبرع خویش رجوع نماید، به ضرر بزرگ مالی و حتی در بعضی موارد از وراء این رجوع به ضرر جسمی عمیق مواجه می شوند.
 - 4- خواستم واضح بسازم اینکه رجوع از بعضی انواع این تبرعات جواز دارد، البته در صورتیکه شخص به این تبرع ضرورت شدید داشته باشد و اگر رجوع ننماید به ضرر مواجه شود.
- بناء در این تحقیق خواستم حدود واضح و روشن این موضوع را برای سایر مردم به تصویر بکشم و از خلال آن ساحه لزوم و شروط شرعی الزام آور و موانع الزام آن را واضح و روشن نمایم تا مشعل راه برای مسلمان ها و متبرعین مسلمان بوده مفاد و ضرر خویش را درک نموده و از بروز منازعات، خصومات و امثال آن جلوگیری نمایند.

هدف تحقیق :

وضع حاکم جنگ و بحران های وارده در دهه های اخیر بر افغانستان باحثین و محققین کشور عزیزمان را در محدودیت ها و شرایطی قرار داد که مدتی از تحقیق پیرامون مباحث مختلف به زبان های ملی باز ماندند که از جمله مباحث مهم یکی هم احکام رجوع در تبرعات مالی است، بناء هدف از تحقیق این موضوع (احکام رجوع از تبرعات مالی) روشن نمودن احکام و آثار مرتب بر آن از دیدگاه فقه اسلامی و قانون وضعی به یکی از زبان های ملی است.

پیشینه و خلفیه موضوع :

فقه‌های قدیم در کتابهای خود بطور مستقل بابی را که مختص به تبرعات باشد ذکر ننموده اند، بلکه تحت ابوابی ذکر نموده اند که غالباً حکم تبرع را می‌گیرد. مثل هبه، وقف، وصیت و غیره ابواب احسان که تحت تبرعات شامل می‌باشند.

اما علمای معاصر بعضی کتب و اباحت را مرتبط به موضوع هذا نوشتند لیکن بعضی مسایل جدید مثل رجوع مؤسسات خیریه خاص و عام را ذکر ننموده و فقط به ذکر عقود قدیمی مثل هبه، وقف، وصیت و غیره اکتفاء نموده اند، و یا هم در این کتب و اباحت علمی از اختصار شدید عقود کار گرفته اند در حالیکه بعضی از این عقود به توضیح بیشتر نیاز دارند. کتابی که در ارتباط به این موضوع دریافتم (نظریه الرجوع فی العقود و التصرفات) مؤلف: فتح الله اکثم تفاحه. و برخی کتب و رسایل علمی دیگر که به زبان عربی بوده، برای محصلان علوم شرعی و عامه مردم که نیازمند فراگیری احکام و مسائل شرعی مربوط به این موضوع هستند مشکل جدی وجود داشته هم چنان قبلاً ذکر نمودم آنچه که در خور شأن این موضوع است در این کتب بحث نشده است.

بناءً مقصد از تحقیق حاضر جمع نمودن موضوعات مختلف رجوع از تبرعات در فقه اسلامی و قانون وضعی و بحث از صورت های معاصر آن که به سبب جنگ ها و بحران های وارده در دهه های اخیر تقاضای وجود تبرعات را می‌نماید، می‌باشد. و در ضمن مباحث این رساله به طور مفصل به وضع شروط و ضوابط مختص به این موضوع (تبرع و رجوع از آن) و کیفیت جمع نمودن و حکم رجوع از آن که از ضروریات موضوع بوده با استمداد از فقه اسلامی و قانون وضعی پرداخته ام. اگر به صواب رسیده باشم از توفیق الله متعال است و اگر خطاء نموده باشم از نفسم است و امید از الله متعال دارم که از من بگذرد و مورد عفو خویش قرار دهد.

روش بحث و تحقیق :

تحقیق مذکور که یک تحقیق وصفی تحلیلی می‌باشد در تحقیق آن روش ذیل بکار گرفته شده است:

- 1- ذکر کردن آیات قرآن، اسم سوره و رقم آیت مع وجه استدلال.
- 2- ذکر کردن وجه استدلال دلایلی که از کتاب الله، سنت رسول الله و اجماع امت وارد شده ما دامی که ضرورت به توجیه داشته باشند.
- 3- تخریج احادیث از مصادر و مراجع معتمد آن به استثنای احادیثی که در صحیحین ذکر شده است، و در صورتیکه مرجع حدیثی مورد توثیق قرار گرفت اسم کتاب و مؤلف آن بعد از آن عنوان کتاب، باب و سپس جلد صفحه و رقم حدیث را ذکر نموده ام.
- 4- بحث مذکور به فصول جداگانه و هر فصل به مباحث و هر مبحث به مطالب و مطالب در صورت ضرورت به فروعات تقسیم بندی شده است.
- 5- در بحث هذا به مصادر اصلی از کتاب های فقهی و اصولی و استقراء نصوص شرعی متعلق به موضوع بحث و مسائل آن رجوع گردیده است.
- 6- تحقیق اقوال علماء و مذاهب و عرض کردن صورت مسأله و تحریر محل نزاع از خلال رجوع کردن به کتب معتبر فقهی در مذاهب صورت گرفته است.
- 7- اگر مسأله مورد اتفاق فقهاء باشد به ذکر اجماع اکتفاء شده است.

8- در صورتیکه مسأله اختلافی باشد ، اقوال علماء با دلایل شان و ترجیح بین اقوال بعد از مناقشه و تحلیل دلایل با مراعات کردن دقت و امانت علمی و به دور از هر نوع تعصب بین مذاهب ذکر شده و تحقیق گردیده است .

خطه بحث:

بحث حاضر دارای پنج فصل بوده و هر فصل دارای مباحث ، هر مبحث دارای مطالب و در صورت ضرورت مطالب به فروع تقسیم بندی شده؛ هم چنان دارای نتایج، مناقشه، نتیجه گیری و پیشنهادات می باشد

فصل اول

مفاهیم و تعاریف

این فصل دارای دو مبحث است که هر مبحث دربرگیرنده مطالب می باشد.

مبحث اول : حقیقت تبرع و رجوع از آن

واژه تبرع از جمله مصطلحات و زبان زدهای مهم است که در این اواخر بر سر زبانها جا افتاده و در گذشته ها نیز کاربرد داشته است، بناءً میخوایم این مبحث را به تعریف تبرع و رجوع از آن آغاز نمایم، تا محور اساسی برای آن باشد.

مطلب اول : تعریف لغوی واصطلاحی رجوع

اول: تعریف لغوی

«رُجُوع» از ماده (رجع) گرفته شده و به معنای تکرار و بازگشت می آید؛ عربها میگویند: رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعًا. او برمسکن اصلیش بازگشت.

همانگونه که در کلام الله رب العزت این واژه بکار رفته است، و الله تعالی می فرماید: والسماء ذات الرجوع (الطارق: ۱۱).

ترجمه: سوگند به آسمان که دارای باران فراوان و پر ریزش است.

در آیت فوق از آسمان به واژه «الرَّجْع» تعبیر گردیده، زیرا ریزش باران در بار نخست آهسته می باشد، و بعد از مدتی ریزش آن شدت میگیرد و سپس دوباره به شکل اولیه خود بر میگردد.

واژه «الرجوع» به معنای انصراف از شیء، و واژه «راجع الرجل» به معنایی برگشت به سوی کار خیر و یاشر و برگشتاندن یک چیز به عقب می آید، و هرگاه گفته شود برای این معامله رجوع نیست به این مفهوم است که بیع لازم بوده و فسخ در آن امکان پذیر نیست.

واژه «رجع» از باب ضرب (رجع يرجع رجعا و رجوعا) مشتق بوده و به معنای انصراف و برگشت است.

«الرجوع» به معنای بازگشت «المرجع» جای بازگشت است. با این تفاوت که رجوع به معنای برگشت بر جایگاه، حالت و صفت قبلی است. گفته می شود: فلانی بر جایگاه قبلی و یا بر حالت قبلی خویش فقر و تنگ دستی، ثروت و غنای، صحت و یا بیماری و نوشته هایش و... برگشت. «رجع عن الشيء» به معنای ترک آن می آید^(۱).

اگرچه معانی بالا بسیار باهم مشابه و همخوانی دارد اما معنای اخیر به موضوع بحث ما نزدیکتر است، زیرا رجوع در تبرع به معنای برگشت به حالت اصلی یعنی عاری بودن از مسئولیت است.

(۱) - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي (1399ق) معجم مقاييس اللغة. ج: 2، التحقيق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر. ب- ط، مادة (رجع) ص: 490

- محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منظر الأنصاري الرويفي الأفرقي (1414ق) لسان العرب. ج: 8، بيروت: دار صادر، الطبعة: الثالثة، كتاب العين المهمة، فصل الرء، ص: 115.

- أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبوالبقاء الحنفي (ب- ت) الكليات معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية. ج: 1، التحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، ب- ط، فصل الرء، مادة (رجع)، ص: 478.

- محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (2001م) تهذيب اللغة. ج: 1، التحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى، باب العين والجيم مع الرء، مادة (رجع)، ص: 234.

دوم: تعریف اصطلاحی رجوع

تاجای که من اطلاع دارم فقهای اسلامی برای رجوع تعریف مستقل ارائه نکرده اند، بلکه در ضمن عقود تعریف نموده اند زیرا که معنا و مفهوم رجوع برای همگان واضح بوده بنابر این نیاز به تعریف مستقل ندارد.

اما از جمله علمای مذهب احناف کاسانی (رحمه الله)⁽¹⁾ رجوع را این گونه تعریف نموده است: «رجوع عبارت از فسخ عقد بعد از اتمام آن است، فسخ عقد بعد از اتمام آن بدون دخالت محکمه و بدون در نظر داشت رضایت عاقدین جایز است، درست مانند رد مال معیوب در عقد بیع بعد از قبض مبیعه است. بلی عوارض مانعه از رجوع متنوع است از آنجمله هلاک شی موهوب است زیرا راه برای برگشت به شی موهوب و قیمت آن وجود ندارد»⁽²⁾.

اما انتقاد که بر این تعریف وارد گردیده این است که تعریف جامع و مانع نیست زیرا تعریف تنها شامل فسخ می‌گردد، در حالیکه رجوع به مراتب از فسخ کرده مهمتر بوده، چون رجوع شامل تصرفات حقوقی دیگر از قبیل اقاله و رد و غیره می‌گردد.

تعریف رجوع از دیدگاه دانشمندان معاصر

اما دانشمندان معاصر رجوع را این گونه تعریف نموده اند: رجوع عبارت از نقض عقد است که توسط اراده یکی از عاقدین تحت شرایط مخصوص نقض می‌گردد⁽³⁾.

از تعریف فوق چنین بر می آید که رجوع از عقد صرف در دو صورت جایز است:

- 1- شرایط مخصوص عقد موجود باشد.
- 2- به رضایت کامل یکی از متعاقدین صورت گرفته باشد.

تعریف راجح و اسباب آن:

به نظر من تعریف دانشمندان معاصر بنابر اسباب ذیل راجح به نظر می رسد:

1- تعریف مذکور جامع و مانع بوده و نسبت به معنای تبرعات که محور اصلی این بحث را تشکیل می‌دهد نزدیکتر است.

2- تعریف فوق موضوع را از حالت مطلق بیرون کشیده مقید و محدود نموده است، و در عین حال برای رجوع از عقد شرایط ویژه در نظر گرفته است که در صورت عدم موجودیت آن رجوع ممکن نیست.

مطلب دوم: واژه های مرتبط

برخی از واژه های دیگری نیز وجود دارد که بین آنها و اصطلاح رجوع روابط نزدیکی برقرار است، اما اگر این واژه ها به طور مطلق ذکر شوند معنای رجوع را افاده کرده نمی توانند، مانند: فسخ، اقاله، رد و غیره بنابر این وجه اشتراک و افتراق آنها در ذیل بیان می گردد:

(1) - أبو بکر بن مسعود بن أحمد الکاسانی علاء الدین: فقیه حنفی و از أهل حلب است در سال 587 ق تولد گردیده و در حلب وفات نموده است تألیفات متعددی دارد از جمله: بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، السلطان المبین فی أصول الدین وغیره. الأعلام، الزرکلی 70/2.

(2) - علاء الدین أبو بکر بن مسعود بن أحمد، الکاسانی الحنفی (1406 ق) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ج: 6، الناشر: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الثانية، ص: 128.

(3) - فتح الله، اکثم تفاحة (2010 م) نظریة الرجوع فی العقود والتصرفات. ج: 1، الناشر: الجنادرية للنشر والتوزيع، ب-ط، ص: 84.

1- الرد

تعريف لغوی رد :

واژه رد به معنای برگشتاندن و نپذیرفتن یک امر است، گفته می شود: «رددت علیه وديعته». من امانت او را برایش برگرداندم ، و «ترددت الى فلان» من بار بار بسوی وی برگشتم ، و «ثراؤ القوم البيع» مردم ببيع را رد کردند (1).

تعريف اصطلاحی رد:

اکثریت فقهاء واژه «رد» و «رجوع» را به یک معنا به کار برده اند. چنانچه در مغنی المحتاج آمده: «لکل من المستعير والمعير رد العارية متى شاء، و رد المعير بمغنی رجوعه». بر عاریت دهند و عاریت گیرنده لازم است هرگاه خواسته باشند شی عاریت را مسترد نمایند، رد شی عاریتی از سوی عاریت دهنده به معنای رجوع آن است (2).

در عبارت بالا واژه «رد» به معنای رجوع به کار رفته است .

و به همین منوال واژه رجوع به معنای رد به کار رفته است چنانچه عربها میگویند: «رجعت فی هبتی ، او ارتجعتها ، او رددتها إلى ملكی». "من از بخشش خود رجوع کردم و دوباره او را به ملکیت خود در آوردم" (3).

فقهاء در باب رجوع از وصیت میگویند: هرگاه موصی بگوید: من از وصیت خود رجوع کردم، وصیت خود را باطل قرار دادم و یا کلمات مشابه دیگری از قبیل: وصیت خود را رد کردم ، وصیت خود را تغییر دادم ، وصیت خود را فسخ کردم را به کار ببرد ، در تمام حالات وصیت باطل می گردد، فرق نمی کند که کلمه رجوع و یا کلمه رد ، فسخ ، تغییر و بطلان و... را به کار ببرد (4).

با وجود که فقهای کرام (رحمهم الله) در گذشته ها واژه رد را به معنای رجوع بکار برده اند با آنهم فرق زیادی بین واژه «رد» و «رجوع» وجود دارد، زیرا رجوع نسبت به رد عام تر است، «رد» شامل رجوع بوده و آثار حقوقی رجوع بالای آن مرتب می گردد مثلاً در صورت رجوع و اهب از هبه یکی از آثار حقوقی که بر رجوع مرتب می گردد رد عین موهوبه به مالک آن است.

کاسانی (رحمه الله) میگوید: «اذا انفسخ القعد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب» (5). هرگاه عقد هبه توسط رجوع فسخ گردد عین موهوبه از ملکیت موهوب له بیرون آمده دو باره به ملکیت سابقه و اهب بر می گردد.

2- الفسخ

تعريف لغوی فسخ:

واژه «فسخ» به معنای نقض کردن و برهم زدن معامله است گفته می شود: «فسخ البيع». ببيع را نقض کرد سرانجام ببيع نقض شد (6).

تعريف اصطلاحی فسخ:

(1) - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، الحنفی الرازی (ب- ت) مختار الصحاح. ج: 1، بیروت- مادة (ردد)، ص: 121،

- الدكتور سعدي أبو حبيب (1408ق) القاموس الفقهي لغتاً واصطلاحاً. ج: 1، دمشق - سوریه: دار الفكر، الطبعة: الثانية، حرف الراء، ص: 146.

(2) - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (1415ق) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ج: 3، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 328.

(3) - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفی (1412ق) رد المحتار على الدر المختار. ج: 5، بيروت - دار الفكر، الطبعة: الثانية، ص: 705.

(4) - منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (1414ق)، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهي الإيرادات. ج: 2، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ص: 461.

(5) - بدائع الصنائع، الكاساني 134/6.

(6) - لسان العرب ، ابن منظور، باب الخاء المعجمة ، فصل الفاء 44/3 ، مختار الصحاح ، الرازی ، مادة (فسخ) 239/1.

فقهائی اسلامی فسخ را به معنای رجوع بکار برده اند، و از جمله بارز ترین موارد که فسخ به معنای رجوع بکار رفته است موضوع شرکت ها است، فقهائی مذاهب سه گانه امت اسلامی (علمای حنفی، علمای شافعی و علمای حنبلی) رجوع از عقد شرکت را به فسخ تعبیر کرده اند (1).

به نظر بنده باوجود که واژه فسخ در نزد فقهاء به معنای رجوع بکار رفته ولی با آنهم این کاربرد مطلق نبوده بلکه بر علاوه از معنای رجوع به معنای دیگری هم بکار رفته است که متفاوت تر از واژه رجوع می باشد:

الف: از لحاظ بطلان عقد: نخستین تفاوت میان فسخ و رجوع در اینست که فسخ از ابتداء عقد را باطل می سازد گویا اصلاً عقد به وقوع نپیوسته است. در حالیکه رجوع از ابتداء عقد را باطل نمیسازد بلکه از وقت رجوع به بعد عقد را باطل میسازد و برگزشته هم برنمیگردد.

ب: از لحاظ آثار مرتبه عقد: تفاوت دوم این که بعد از فسخ عقد هیچ نوع آثار حقوقی بر آن مرتب نمی گردد زیرا اصلاً عقدی وجود ندارد که بر آن اثر مرتب شود، در حالیکه بعد از رجوع آثار حقوقی بر عقود قبلی مرتب می گردد.

ج: از لحاظ محل عقد: تفاوت سوم این است که فسخ در عقود لازمی و در عقود دوجانبه صورت میگیرد در حالیکه رجوع در عقود غیر لازمی و یک جانبه نیز صورت میگیرد.

و اما این تفاوت ها مانع آن نمیگردد که فسخ از جمله آثار حقوقی رجوع نباشد بلکه هرگاه رجوع به جمیع شروط لازمه اش صورت گیرد و موانع هم وجود نداشته باشد آنگاه عقد فسخ می گردد (2).

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هرگاه یکی از عاقدین در عقودیکه الزام را به طرفین عقد متوجه می سازد وجبیه را ایفاء نه نماید، طرف مقابل می تواند فسخ عقد را و در صورت لزوم با جبران خساره از طرف دیگر مطالبه نماید. عقودیکه طبیعتاً غیر لازم بوده یا به خیاری مقترن گردیده باشد که موجب فسخ گردد، از این حکم مستثنی است (3).

3- الإقالة

تعریف لغوی إقالة:

واژه « إقالة » به معنای فسخ و از بین بردن عقد است. چنانچه میگویند: « إقالة ، یقیله وتقایلا » این واژه ها زمانی ب کار برده میشوند که طرفین عقد، بیع را فسخ نمایند و در نتیجه آن میبعه دوباره به ملکیت بایع و ثمن به ملکیت مشتری برگردد (4).

(1)- بدائع الصنائع ، الکاسانی 77/6.

- أبو زکریا محي الدين بن شرف النووي (1412ق) روضة الطالبين وعمدة المفتين . ج: 4، التحقيق: زهير الشاويش، بيروت-دمشق-عمان: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة ، ص: 283.

- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ب-ت) كشف القناع عن متن الإقناع . ج: 3، الناشر: دار الكتب العلمية، ص: 507.

(2)- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت (1404-1427ق) الموسوعة الفقهية الكويتية . ج: 22، الطبعة: الثانية، الكويت دار السلاسل ، ص: 127 .

(3)- ماده: 739.

(4)- لسان العرب ، ابن منظور، حرف اللام ، فصل القاف ، 580/11.

تعریف اصطلاحی اقاله:

فقهای امت اسلامی تعریف های متعددی از اقاله ارائه نموده اند که نزدیکترین آنها به واژه رجوع تعریف ابن نجیم (رحمه الله)⁽¹⁾ است و به دو طریقه تعریف نموده اند :

الف : تعریف عام : عبارت از پایان دادن عقد است.

ب : تعریف خاص : عبارت از پایان دادن عقد بیع است⁽²⁾.

از تعریف فوق بر می آید که اقاله و رجوع هر دو در یک نقطه اشتراک و در دو نقطه اختلاف دارند ، نقطه اشتراک شان در برگشت به حالت قبل از إبرام عقد و نقطه اختلاف شان در محل عقد و شروط آن است.

نقطه اختلاف اقاله و رجوع :

الف - از لحاظ شرط : برای صحت اقاله رضایت عاقدین شرط است اگر عاقدین بر اقاله بیع رضایت داشتند بیع فسخ می گردد در غیر آن عقد بر حالت خود باقی است، در حالیکه برای صحت رجوع رضایت عاقدین شرط نیست. بلکه یک طرف عقد هم میتواند از عقد رجوع کند بدون در نظر داشت رضایت طرف دیگر، همان طوری که ابن نجیم (رحمه الله) به این نقطه اشاره نموده اند⁽³⁾.

ب - از لحاظ محل : محل هریکی از اقاله و رجوع از هم متفاوت می باشد، امکان دارد محل اقاله عقد بیع باشد اما محل رجوع عقد هبه باشد.

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: طرفین می توانند عقد را بعد از انعقاد آن بر رضایت خود اقاله نمایند. اقاله موجب انحلال عقد می گردد⁽⁴⁾.

مطلب سوم: تعریف لغوی و اصطلاحی تبرع

اول: تعریف لغوی

واژه «تبرع» از باب «تَبَرَّعَ يَتَبَرَّعُ تَبَرُّعاً» گرفته شده به معنای بخشش و هبه است. گفته می شود : «تَبَرَّعَ بِالْعَطَاءِ» بطور رایگان عطا و تبرع کرد «وَفَعَلْتُ ذَلِكَ مُتَبَرِّعاً» آنرا بطور رایگان کمک کردم⁽⁵⁾.

دوم: تعریف اصطلاحی

فقهای اسلامی تعریف مستقل برای تبرع ارائه نکرده اند بلکه به انواع تبرع از قبیل وصیت ، وقف ، هبه ... اشاره نموده اند، تعریف این انواع می تواند حقیقت و ماهیت تبرع را مشخص نماید. و از تعریف انواع فوق چنین بر می آید که تبرع بذل و بخشش مادی و معنوی است از سوی انسان مکلف بلا عوض در حال و آینده که برای دیگران غالباً به غرض حصول ثواب اعطاء می گردد⁽⁶⁾.

فقهاء در مورد تبرع چنین فرموده اند: تبرع عبارت از بذل و احسان مال و منفعت است که از سوی انسان مکلف در حال و آینده بدون تقاضای عوض و به نیت ثواب برای غیر اعطاء می گردد. و شامل هبه، وصیت، وقف و غیره میگردد.

(1)- زين الدين بن ابراهيم بن محمد ، المعروف بابن نجيم المصري البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج: 6 ، وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفى القادري (ت بعد 1138) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين دار الكتاب الإسلامى ، الطبعة: الثانية، ص: 110.

(3)- البحر الرائق ، ابن نجيم 110/6.

(4)- ماده: 747.

(5)- الدكتور سعدي ، أبو حبيب (1408ق) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً. ج: 1، دمشق - سورية: دار الفكر ، الطبعة: الثانية، ص: 37.

- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو الفراهيدي البصري (ب، ت) العين. ج: 2 ، ص: 135.

(6)- الموسوعة الفقهية الكويتية 65/10.

وقتی که فقهاء به تقسیم عقود پرداختند تبرعات را شامل عقود تملیکی نموده و از نوع عقود معاوضات قرار داده اند.

فقهائى مذهب مالکى مىگویند: عقود تبرعات: «عبارت اند از صدقه، هبه، حُبْس (عمرى) (ارفاق)، صله (و از جمله صله: انقطاع امام (إخدام، إسكان، نحلة) عاریه، هدیه، منحة عریة، اغتلال، عطية، حباء و رهن است»

مطلب چهارم: واژه های مرتبط

1- التطوع

تعریف لغوی تَطَوُّع :

از ماده (طَوَّع) گرفته شده بمعنای فرمانبرداری کردن و منقاد شدن است. گفته می شود «تَطَوَّعَ بِالشَّيْءِ» آن چیز را کمک کرد و بخشید (1).

تعریف اصطلاحی تَطَوُّع: «اسم لما شرع زیادة على الفرض والواجبات».

عبارت از امری مشروع و زائد بر فرض و واجب است (2).

در هر حالت تطوع یک نوعی از تبرعات بوده ، همانگونه که تبرع گاهی واجب و گاهی غیر واجب است، به همین منوال تطوع هم در باب عبادات گاهی به درجه وجوب می رسد و گاهی از درجه وجوب تنزیل می کند. ولی در کل تطوع تمام مازاد بر فرائض و واجبات را گویند .

2- البرّ

تعریف لغوی بَرّ:

بمعنای طاعت و بندگی، راستگویی، مصلحت، عطا و بخشش، مهربانی و محبت. و از نامهای خداوند متعال است، آن ذات که در وعده های خویش بر اولیاء و دوستانش صادق است (3). گفته می شود: «وَبَرٌّ فِیْ یَمِینِهِ» در قسم خود راست گفته است .

تعریف اصطلاحی بَرّ:

استعمال فقهاء از معنی لغوی آن خارج نمی شود. «بر» در نزد فقهاء عبارت از اسم جامع است که بر تمام کارهای خیر اطلاق می گردد. هدف آن رعایت ارزشهای اخلاقی، اصل صله رحمی، صداقت و راستی همراه مردم بوده و شامل رعایت نمودن ارزشهای اخلاقی همراهی خالق با پذیرفتن اوامر الهی و اجتناب از نواهی او می گردد. و گاهی بر ، بر اعمال دائمی اطلاق می گردد که مخلصانه و بدور از ریاء انجام می شود (4).

3- الهدية

تعریف لغوی هدیه: از ماده (هدی) گرفته شده بمعنای تحفه ، سوغات و ارمان است. گفته میشود:

«أَهْدِیْتُ لِلرَّجُلِ كَذَا» من این تحفه را برای اعزاز وی فرستادم (5).

تعریف اصطلاحی هدیه: عبارت از مالی است که بخاطر اعزاز و اکرام یک شخص اهدا میگردد.

(2)- أحمد بن محمد بن علی الفیومی ثم الحموی (ب-ت) المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. ج: 2، بیروت-المکتبة العلمیة، بص: 380، لسان العرب، ابن منظور، کتاب العین المهملة، فصل الطاء المهملة 240/8.

(3)- علی بن محمد بن علی الزین الشریف الجرجانی (1403ق) التعریفات، ج: 1، التحقیق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بیروت-لبنان: دارالکتب العلمیة، ص: 61.

(4)- المصباح المنیر، الحموی، کتاب الباء، باب الباء مع الراء وما ینلثهما مادة (بر) 43/1، 177/1، أبو نصر إسماعیل بن حماد الجوهري الفارابی (1407ق) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. ج: 2، ص: 588.

(4)- محمد رواس قلیجی - حامد صادق قتیبی (1408ق) معجم لغة الفقهاء . ج: 1، الطبعة: الثانية، ص: 105.

(5)- مختار الصحاح، الرازی، باب الهاء، مادة (هدی) 325/1، المصباح المنیر، الحموی، کتاب الهاء، باب الهاء مع الدال و ما ینلثهما، مادة (هدی) 636/2.

و به عباره دیگر هدیه: عبارت از مالی است که از روی لطف و مرحمت برای دوست اهدا میگردد⁽¹⁾.

مطلب پنجم: مشروعیت تبرعات

مسلمانان همواره تلاش می ورزند برای رسیدن به بهشت و نجات از آتش جهنم کارهای نیکی را انجام دهند تا از آن طریق با پروردگارشان تقرب حاصل نموده و به تعقیب آن بر بلندترین مقام بهشت برین راه پیدا کنند و یکی از راه های رسیدن به این مقام همانا تبرعات مالی است که نفس انسان مسلمان را از بخل و حرص پاک ساخته وی را به مقام کرم و سخاوتمندی تکیه میدهد. مشروعیت تبرع به قرآن، سنت و اجماع امت ثابت است.

1- قرآن کریم

الف: الله سبحانه وتعالى می فرماید: ان الصفا والمروت من شعائر الله فمن حج البيت او عتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما (البقرة: ۱۵۸).

ترجمه: بی گمان صفا و مروه از نشانه های خدا هستند، پس هرکس که حج یا عمره بگذارد بر او گناهی نخواهد بود که آن دو را طواف کند و هرکس که طاعتی را به دلخواه و مخلصانه انجام دهد پس همانا خداوند سپاس گذار و آگاه است.

وجه استدلال:

این آیت بر مشروعیت تطوع دلالت دارد، بدون شک تطوع یکی از انواع تبرعی است که الله سبحانه وتعالى در این آیت کریمه بر آن ترغیب نموده است: (البقرة: ۱۵۸).

به این معنی؛ آنچه که بر مومن انجام دادن آن لازم نباشد بجا بیاورد، یعنی کسی که برخی از نوافل را انجام دهد الله تعالی از او تقدیر می نماید⁽²⁾.

چنانچه امام ثعلبی (رحمه الله)⁽³⁾ در تفسیر این آیت قول امام حسن بصری (رحمه الله) را نقل کرده فرمودند: این آیت شامل تمام دین است، یعنی شامل تمام انواع طاعات و عبادات میگردد که بروی فرض و یا واجب نباشد⁽⁴⁾.

خداوند متعال می فرماید: وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان (المائدة: ۲). ترجمه: در راه نیکی و پرهیزگاری همدیگر را یاری و پشتیبانی نمائید و همدیگر را در راه تجاوز و ستمکاری یاری و پشتیبانی نکنید از خدا بترسید. بیگمان خداوند دارای مجازات شدیدی است.

وجه استدلال:

آیه کریمه تمام مسلمانان را بر تعاون و همکاری به کارهای خیر دعوت میدهد، سید قطب (رحمه الله) در تفسیر این آیت میگوید: این امر شامل تمام مسلمانان می گردد تا یکدیگر را به کارهای خیر و پیروی از اوامر الله (جل جلاله) امر و همکاری نموده و مردم را از کارهای شر باز دارند⁽⁵⁾. این گفته موافق گفته پیامبر اسلام (صلی الله علیه وسلم) است که می فرماید: «مَنْ دَلَّ عَلَى خَيْرٍ فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِ فَاعِلِهِ»⁽⁶⁾. ترجمه: "هرکس به خیری راهنمایی کند پاداش او مانند پاداش انجام دهنده ای آن خیر است".

(1)- معجم لغة الفقهاء، قلعجی، حرف الهاء 493/1، مقایس اللغة، ابن فارس، كتاب الهاء، باب الهاء والذال وما يثلثهما، مادة (هدى) 43/6.

(2)- إبراهيم بن إسماعيل الأبياري (1405ق) الموسوعة القرآنية. ج: 9، الناشر: مؤسسة سجل العرب، ص: 129.

(3)- أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق: مفسر و از أهل نيشاپور بوده و در علم تاريخ اشتغال داشت. در سال 427ق وفات نموده است.

(4)- أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (1422ق) الكشف والبيان عن تفسير القرآن. ج: 2، التحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، بيروت-لبنان: دار إحياء التراث العربی الطبعة: الأولى، ص: 29.

(5)- سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي (1412ق)، في ظلال القرآن، ج: 2، القاهرة-بيروت: دار الشروق، الطبعة: 17، ص: 893.

2- سنت نبوی

الف: «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: كُلُّ سُلَامَى مِنَ النَّاسِ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ، كُلَّ يَوْمٍ تَطْلُعُ فِيهِ الشَّمْسُ؛ يَعْدِلُ بَيْنَ اثْنَيْنِ صَدَقَةٌ، وَيُعِينُ الرَّجُلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَيَحْمِلُ عَلَيْهَا أَوْ يَرْفَعُ عَلَيْهَا مَتَاعَهُ صَدَقَةٌ، وَالْكَلِمَةُ الطَّيِّبَةُ صَدَقَةٌ وَكُلُّ خَطْوَةٍ يَخْطُوهَا إِلَى الصَّلَاةِ صَدَقَةٌ، وَيُمِيطُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ صَدَقَةٌ»⁽¹⁾.

ترجمه: از ابوهریره (رضی الله عنه) روایت است که پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: هر روز که خورشید طلوع می کند به تعداد مفصلهای بدن صدقه و احسان بر انسان مسلمان لازم می باشد، (تا بدین وسیله شکر این نعمتها را به جا آورد) رعایت عدالت در بین دو نفر صدقه است، کمک کردن به مردم در گذاشتن یا برداشتن باری از پشت باربرهایشان احسان و صدقه می باشد، و همچنین هر کلمه خیری که به زبان آید و هر گامی که برای انجام نماز برداشته شود و هر چیز موزنی که از سر راه دور شود يك صدقه و احسان است.

وجه استدلال :

این حدیث بر اجر و پاداشت صدقه و کمک و دستگیری مسلمانان دلالت می نماید ، بلا تردید تبرعات که مسلمانان انجام میدهند از قبیل هبه ، صدقه، وقف... تمام آنها از باب صدقات هستند که پیامبر اسلام (صلی الله علیه وسلم) بر آن ترغیب و تشویق نموده و انجام دهنده گان آن را به اجر و ثواب بزرگ وعده داده است. ب: «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مَنْ تَصَدَّقَ بِعَدْلِ تَمْرَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ، وَلَا يَصْعَدُ إِلَى اللَّهِ إِلَّا الطَّيِّبُ، فَإِنَّ اللَّهَ يَقْبَلُهَا بِيَمِينِهِ، ثُمَّ يُرَبِّبُهَا لِصَاحِبِهَا كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلَوْهَ، حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الْجَبَلِ»⁽²⁾.

ترجمه: از ابوهریره (رضی الله عنه) روایت است که پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: کسی که به اندازه يك دانه خرما از کسب حلال خود صدقه بدهد (چون تنها چیزهای پاک و حلال می تواند به سوی خدا صعود کند) خداوند با رضایت کامل این صدقه را از او می پذیرد و آن را افزایش و پرورش میدهد همانگونه که يك نفر از شما کره اسب خود را که تازه از شیر مادرش گرفته شده پرورش میدهد، افزایش این صدقه به اندازه ای است که این دانه خرما به اندازه يك کوه بزرگ در می آید.

وجه استدلال:

این حدیث ارزش صدقه را بیان می دارد و هر که در راه الله صدقه میکند الله تعالی او را برایش پرورش میدهد ، و این تجارت سودمندی است که بندگان با پروردگار شان قرارداد بسته اند ، و هرگاه انسان از مال خود در راه الله تبرع کند مستحق اجر و پاداش عظیم شناخته می شود⁽³⁾.

ج: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا مِنْ يَوْمٍ يُصْبِحُ الْعِبَادُ فِيهِ، إِلَّا مَلَكَانِ يَنْزِلَانِ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمَا: اللَّهُمَّ أَعْطِ مُنْفِقًا خَلْفًا، وَيَقُولُ الْآخَرُ: اللَّهُمَّ أَعْطِ مُمْسِكًا تَلْفًا»⁽⁴⁾.

(1)- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، (1422ق) صحيح البخاري، ج: 4، كتاب: الجهاد والسير، باب: من أخذ بالركاب ونحوه، التحقيق: محمد بن زهير

ناصر الناصر، الناشر: دار الطوق النجاة، (مصور عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ص: 56، ح: (2989).

(2)- صحيح البخاري، ج: 2، ص: 108، ح: 1410، كتاب: الزكاة، باب: الصدقة من كسب طيب.

(3)- ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (1423ق) شرح صحيح البخاري، ج: 3، التحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، السعودية-الرياض: مكتبة الرشد،

ص: 412.

(4)- صحيح البخاري، ج: 2، ح: 1442، ص: 115، كتاب: الزكاة، باب: قوله تعالى فاما من اعطى واتقى.

ترجمه: ابوهریره (رضی الله عنه) روایت می کند که نبی اکرم (صلی الله علیه وسلم) فرمود: «هر روزی که بندگان، صبح می کنند دو فرشته از آسمان نازل می شود یکی میگوید: خدایا! به کسی که در راه تو اتفاق می کند عوض بده و دیگری میگوید: خدایا! به کسی که از اتفاق خودداری می کند ضرر و زیان برسان. وجه استدلال:

رسول اکرم (صلی الله علیه وسلم) میفرماید: با دو قسم اشخاص، مردم غبطه می کنند و رشک میورزند: اول: مرد که الله رب العزت برای وی مال فروان عطاء کرده، و او را بر مصرف کردن در راه حق نیز توفیق داده است، و مال را جز در راه خیر در دیگر راه ها به مصرف نمی‌رساند این شخص قابل غبطه است، و امروز هم تجار و سرمایه داران مختلف هستند که برخی از آنها سرمایه خود را در راه الله، کارهای خیر، کمک به مستمندان، اعمار مساجد و مدارس، چاپ کتابها ... به مصرف می‌رساند این همان کسی است که خداوند توفیق خیر را برایش عنایت فرموده است.

دوم: مردی که الله رب العالمین برای وی علم و دانش را ارزانی داشته است، این شخص مطابق همین حکمت و دانش در حق خویشتن، فامیل و مردم صادقانه فیصله و داوری مینماید و همین دانش را برای مردم هم میآموزاند بدون شک این شخص هم قابل غبطه است⁽¹⁾.

مبحث دوم: عقود تبرع و حکم فقهی رجوع کردن از آن

مطلب اول: تعریف لغوی واصطلاحی عقد

اول: تعریف لغوی عقد

عقد در لغت مقابل حل (گشودن) بوده و به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است، همچنین عقد به معنای بستن ریسمان و بیع و عهد می آید⁽²⁾. صاحب معجم مقاییس اللغة میگوید: (ع، ق، د) بر بستن و گره زدن دلالت میکند، بدین خاطر تمامی مشتقات این باب همین معنا را افاده می نماید، گفته می شود: «عَقْدُ الْحَبْلِ وَالْعَهْدُ وَالْبَيْعُ» یعنی ریسمان، عهد و قرار داد بیع را بسته کرد. الله تعالی میگوید: وَمَنْ شَرَّ النَّفْثِ فِي الْعَقْدِ (الفلق: ۴).

ترجمه: پناه می برم به الله و از شر (زنان جادوگر) که با افسون در گره ها می دمند. نیز گفته می شود: «عَقْدُ الْبَيْعِ» قرار داد بیع را بستم «عَقْدُ الْيَمِينِ» سوگندم را پخته کردم «عَقْدُ عَلِي كَذَا عَقْدُهُ عَلَيْهِ» با او قرار داد بستم. «مَعْقِدُ الشَّيْءِ» جای قرار داد بستن را گویند. «عَقْدَةُ النِّكَاحِ» پخته کردن و استوار کردن عقد نکاح⁽³⁾.

دوم: تعریف اصطلاحی عقد

عقد در اصطلاح دو معنا دارد:

1- معنای عام

عقد به معنای عام عبارت از آن است که شخصی بذات خود به کردن کاری کمر بندد و یا کردن آن را از طریق عهد و پیمان بر کسی لازم بگرداند⁽⁴⁾.

(1)- محمد بن صالح بن محمد العثیمین (1426ق) شرح ریاض الصالحین، ج: 3، الرياض: دار الوطن للنشر، ص: 403.

(2)- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين (1406ق) معجم اللغة ج: 1، التحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، بيروت-مؤسسة الرسالي، الطبعة: الثانية، كتاب العين، باب العين والقاف وما يثلهما، ص: 620، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والقاف وما يثلهما في الثلاثي، مادة (عقد) 89/4، لسان العرب، ابن منظور، حرف الدال المهملة، فصل العين المهملة، مادة (عقد) 296/3، المصباح المنير، الحموي، كتاب العين، باب العين مع القاف وما يثلهما، مادة (عقد) 421/2.

(3)- المصباح المنير، الحموي، كتاب العين، باب العين مع القاف وما يثلهما، مادة (عقد) 421/2.

(4)- القاضي محمد بن عبد الله أبوبكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي (1424ق) احكام القرآن. ج: 2، التحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمي، الطبعة: الثالثة، ص: 6-7.

بناءً بیع و نکاح و تمامی معاملات معاوضی، عقد نامیده می شوند؛ زیرا هر یک از طرفین وفا به عقد را بر خود لازم گردانیده اند، و سوگند به آینده را نیز عقد گفته می شود؛ زیرا سوگند خورنده وفاء را بالای خود لازم کرده است، همچنان است عهد و پیمان با کسی و امان دادن به کسی. و عاقد کسی را میگویند که کاری را بالای خود لازم می گرداند. عقد به نذر و شبیه آن نیز اطلاق می شود (1).

از همین جهت آلوسی (رحمه الله) در مورد این آیه کریمه: یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود (المائدة: 1).

ترجمه: "ای مؤمنان! به پیمانها و قراردادها وفا کنید".

میگوید: واژه عقد شامل همه عقود است که الله تعالی بر بندگانش لازم کرده و از ایشان پیمان گرفته، و نیز پیمان هایی که میان بندگان صورت میگیرد از قبیل: امانت ها، معاملات و قرار داد هایی که وفا به آنها واجب است مشمول عقود می باشند (2).

2- معنای خاص

عقد به معنای خاص نتیجه اراده دو شخص (متعاقدين) است که با هم قرار داد و معامله میکنند.

علمای لغت عقد را تعریفات زیادی کرده اند از جمله:

1- التزام متعاقدين وقصد کردن آنها به کاری و عبارت از ارتباط ایجاب و قبول است (3).

2- تعلق و ارتباط داشتن شرعی کلام هر یک از متعاقدين با یکدیگر بگونه ای که اثرش آنرا در مورد ظاهر گردد (4).

3- «عقد» قراردادی است که با صیغه ایجاب و قبول میان متعاقدين صورت میگیرد، مانند: عقد بیع، اجاره و نکاح (5).

از تعریفات فوق دانسته می شود که عقد هایی که شرعاً مجاز نباشند عقد گفته نمی شوند؛ بدین سبب علماء واژه شرع را در تعریف عقد ذکر کرده اند، تا عقد های غیر شرعی و نا جایز از میان برداشته شود. بناءً لابدی و ضروری است که در معاملات و قرار داد ها جانب شریعت سخت رعایت شود. و موضوع بحث ما در این جا عقد خاص است.

تعریف راجح:

تعلق کلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً علی وجه يظهر أثره فی المحل (6).

"ارتباط شرعی کلام هر یکی از متعاقدين با طرف مقابل است بگونه ای که اثر آن در محل عقد ظاهر گردد." و دارای دو ویژگی می باشد:

1- میان ایجاب و قبول توافق (التزام) باشد.

2- عقد انشایی نباشد، بلکه باید آثاری بر آن مرتب گردد.

(1)- أحمد بن علی أبوبکر الرازی الجصاص الحنفی (1405ق) احکام القرآن. ج: 3، التحقيق: محمد صادق القمحاوی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، (ب-ط)، ص: 285.

(2)- شهاب الدین محمود بن عبد الله الحسینی الآلوسی (1415ق) روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی. ج: 3، التحقيق: علی عبد الباری عطیة، بیروت: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 223.

(3)- محمد بن عمیم الإحسان المجددی البرکتی (1424ق)، التعریفات الفقہیة. ج: 1، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 149، القاموس الفقہی لغةً واصطلاحاً، سعدی أبو حبيب 255/1.

(4)- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدین أبو عبد الله بن الشیخ شمس الدین ابن الشیخ جمال الدین الرومی الباہرئی (ب-ت) العناية شرح الهدایة، ج: 6، الناشر: دار الفكر، ب-ط، ص: 248.

(5)- التعریفات الفقہیة، البرکتی 149/1.

(6)- العناية شرح الهدایة، الباہرئی 248/6.

مطلب دوم: واژه های مرتبط

1-التزام

تعریف لغوی التزام: از «لزم» گرفته شده که معنای ثبوت و دوام را می دهد، گفته می شود: «لزمه المال، أي: وجب عليه». یعنی مال بر او واجب شد، و «لزمه الطلاق أي: وجب عليه حكمه». یعنی حکم طلاق بر او واجب گردید، «ألزمته المال والعمل فالتزم». مال و کار را بر او لازم کردم پس او آن را پذیرفت. التزام به معنای اعتناق «امری را به گردن گرفتن» نیز می آید⁽¹⁾.

تعریف اصطلاحی التزام: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً عليه من قبل.

کسی چیزی را بر خود لازم بگرداند که قبلاً بر او لازم (واجب) نبود. خطاب میگوید: «التزام» به این معنا است که شخصی چیزی از کار های خیر را مطلقاً و یا معلقاً بر خود لازم بگرداند⁽²⁾.

2-التصرف

تعریف لغوی تصرف: تقلب وتصرف (اختیار) کردن در امور و سعی و تلاش در کسب معیشت را گویند⁽³⁾.

تعریف اصطلاحی تصرف: عملی است که از شخص صادر می شود و شریعت احکام گوناگون را بالای آن مرتب می سازد، و تصرف شامل افعال و اقوال شخص میشود، بدین سبب میتوان گفت که تصرف نسبت به عقد عام تر است⁽⁴⁾.

3-العهد

تعریف لغوی عهد: به معنای وصیت، امان دادن و عهد و پیمان آمده است.

تعریف اصطلاحی عهد: «حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال».

"حفاظت و مراعات کردن چیزی لحظه به لحظه می باشد".

پیمانی که مراعات کردن آن لازمی باشد عهد گفته شده است، و عهد های الهی آن است که در عقل های ما آن را به ودیعت گذاشته و یا ما را به انجام دادن آن دستور داده است. معاهد در عرف شریعت کسانی اند از کفار که در ذمه و پیمان و پناه مسلمین داخل می شوند⁽⁵⁾.

مطلب سوم: انواع تصرفات در عقود

تصرفات بر دو نوع است:

الف: تصرفات قولی

ب: تصرفات فعلی

اول: تعریف تصرفات قولی: عبارت از تصرفاتی است که تنها توسط اقوال انجام یابد و کوچکترین مجال برای دخالت افعال وجود نداشته باشد. البته تصرفات قولی کتابت و اشاره را نیز دربر میگیرد.

مثالهای تطبیقی تصرفات قولی:

1- هبه

(1)- لسان العرب، ابن منظور، حرف المیم، فصل اللام 541/12، المصباح المنیر، الحموی، کتاب اللام، باب اللام مع الزای و ما یتلثهما، مادة (لزم) 552/2.

(2)- محمد بن أحمد بن محمد علیش، أبو عبد الله المالکی (ب، ت) فتح العلی المالک فی الفتوی علی مذهب الأمام المالک ج: 1، الناشر: دار المعرفة، ب- ط، ص: 217-218.

(3)- مجد الدین أبو الطاهر محمد بن یعقوب الفیروزی آبادی (1426ق) القاموس المحیط ج: 1، التحقیق: مکتب تحقیق التراث فی مؤسسة الرسالة، بیروت- لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزیع، الطبعة: الثامنة، ج: 827، لسان العرب، ابن منظور 189/9، المصباح المنیر، الحموی 338/1.

(4)- معجم لغة الفقهاء، قلیجی، حرف التاء 132/1.

(5)- التعریفات، الجرجانی 159/1.

2- وقف

3- طلاق ، طهار ، یمین و...

تصرفات قولی بردونوع است :

الف- عقدی: تصرفات قولی عقدی به دوصورت تحقق می باید:

1- تصرفات قولی عقدی یکجانبه: شامل عقود تبرعات مانند: هبه ، صدقه ، وقف ، وصیت و عاریه . عقود غیرتبرعات مانند: طلاق ، طهار یمین و غیره می گردد.

2- تصرفات قولی عقدی دوجانبه: شامل عقود لازم مانند: عقد بیع ، اجاره، مزارعه و عقود غیر لازم مانند: شرکت وکالت و غیره می گردد.

ب- غیر عقدی: تصرفات قولی غیر عقدی عبارت از تصرفات قولی محض است که هیچ نوع مشابهت به عقود ندارند مانند: شهادت ، اقرار و غیره⁽¹⁾.

دوم: تعریف تصرفات فعلی: عبارت از تصرفاتی است که تنها توسط افعال انجام می یابد و کوچکترین مجال برای قول در آن نمیباشد.

مثالهای تطبیقی تصرفات فعلی:

1- غصب: گرفتن مال غیر به زور و ظلم.

2- اعمال نماز: مانند قیام ، رکوع ، سجود و...

3- جنایات: مانند سرقت ، قتل جرم زنا و....

مطلب چهارم: عقد های غیر لازم طبق طبیعت عقد

فقهاء بر این امر اتفاق دارند که هرگاه عقد با شروط و ارکانش صورت گیرد عقد بالای عاقدین لازم میگردد و هیچ یک از عاقدین حق رجوع را ندارد، مگر در صورت وجود سببی که حق رجوع را برای آنها بدهد⁽²⁾.

استاد سنهوری⁽³⁾ میگوید: رجوع کردن یکی از متعاقدين در قرار داد بدون رضایت جانب مقابل در دو صورت ممکن و مجاز است:

1- بخاطر آن که طبیعت عقد تقاضای آن را دارد .

2- و یا در نفس عقد اختیار حق رجوع باقی است⁽⁴⁾.

پیش از این که عقود غیر لازم را بدانیم نخست باید تعریف لزوم را بدانیم:

1-اللزوم

تعریف لغوی لزوم:

مصدر فعل لازم یلزم است از باب علم یعلم. گفته می شود: «لزم فلان فلانا» یعنی: فلانی با فلانی بود و از او جدا نشد. همچنان لزوم به معنای در آغوش گرفتن می آید، چنانچه گفته می شود: «لازمه ملازمة ولزاما،

(1)- أدوہبۃ الزحیلۃ (1397ق) الفقه الإسلامی وأدلته للزحیلۃ ، ج: 4، سوریه ، دمشق- دار الفکر ، الطبعة: الرابعة، ص: 2921، و الموسوعة الفقهیة الكويتیة 71/12

(2)- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (1412ق) رد المحتار على الدر المختار، ج: 3، بيروت: دار الفكر، الطبعة: الثانية، ص: 21.

- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الزعيني (1412ق)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج: 3، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ص: 457.

- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي (ب-ت) الإنصاف، ج: 8، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، ص: 304.

(3)- عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الدكتور: از علمای بزرگ قانون مدنی در عصر خود، بود مصری بوده و در سال 1312 در اسکندریه تولد گردیده است.

(4)- عبد الرزاق، السنهوري (2001م) مصادر الحق فی الفقه الإسلامی. ج: 1، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى، ص: 131.

والتزمه». یعنی او را در آغوش گرفت گفته می شود: «لزمه المال» یعنی مال بر او واجب شد، «لزومه الطلاق» حکم طلاق بر او واجب گردید⁽¹⁾. نیز لزوم به معنای ملازمت، تمسک و مداومت بر چیزی می آید.

از عایشه صدیقه (رضی الله عنها) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «أَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى أَدْوُمُهَا، وَإِنْ قَلَّ» وَكَانَتْ عَائِشَةُ إِذَا عَمِلَتْ الْعَمَلَ لَزِمَتْهُ»⁽²⁾.

ترجمه: "محبوب ترین عملها به نزد الله تعالی با دوام ترین آنهاست اگر چه اندک باشد، و عایشه (رضی الله عنها) هرگاه عملی را انجام می داد بر آن مداومت میکرد".

تعریف اصطلاحی لزوم: لزوم از لحاظ عقد⁽³⁾ بر دو معنا دلالت میکند:

- 1- إنشاء التزامات.
- 2- عدم امکان رجوع عاقد از عقد (قرار داد) بدون در جریان گذاشتن جانب مقابل.

مطلب پنجم: واژه های مرتبط

2-الجواز

تعریف لغوی جواز: به معنای صحت (ثبوت) و نافذ شدن است. گفته می شود: «جاز العقد، أي: نَفَذَ و مضى على الصحة». "قرار داد نافذ و صحیح شد". «أُجِزْتُ الْعَقْدُ، أي: جَعَلْتُهُ جَائِزًا نَافِذًا». "یعنی قرار داد را جایز و نافذ گردانیدم"⁽⁴⁾.

تعریف اصطلاحی جواز: امام زرکشی (رحمه الله)⁽⁵⁾ میگوید: جواز در اصطلاح بر امور ذیل دلالت میکند:

- 1- بر رفع حرج دلالت میکند برابر است واجب باشد یا مندوب و یا مکروه.
 - 2- به مستوای طرفین دلالت میکند که آن مختار بودن میان ترک و فعل است.
 - 3- بر چیز غیر لازم دلالت میکند و این اصطلاح فقهاست در باب عقود.
- و ارتباط میان لزوم و جواز این است که جواز در برخی معانی اش ضد لزوم می باشد⁽⁶⁾.

تعریف عقد غیر لازم به اعتبار مَرَكَب اضافی بودنش

1- ابن نجیم عقد (بیع) غیر لازم را این گونه تعریف کرده است: عقد غیر لازم آن است که به اعتبار اصل و وصف مشروع (جایز) باشد، متضمن خیار بوده و حق غیر بر آن تعلق نداشته باشد⁽⁷⁾.

بخش اول تعریف شامل عقد غیر لازم به اعتبار ماهیت عقد است و بخش دوم شامل عقد غیر لازم به اعتبار سبب خیار است.

2- عقد غیر لازم این است که هر یک از طرفین حق فسخ آن را بدون رضایت جانب مقابل داشته باشد⁽⁸⁾. مانند وکالت بدون مزد زیرا وکالت در عوض پول را اجاره گویند و در این صورت از جمله عقود لازمی به شمار می آید. همچنان شراکت، زیرا هر یک از شریکان بدون در جریان گذاشتن شریک خود حق فسخ را دارند برابر است شریکش راضی باشد و یا خیر.

(1)- لسان العرب، ابن منظور، حرف المیم، فصل اللام 541/12، المصباح المنیر، الحموی،، مادة (لزم) 552/2.

(2) - صحیح مسلم، ج: 1، ص: 541، ح: 783، باب فضیلة العمل الدائم من قیام الیل و نحوه.

(3)- مصطفی احمد الزرقا، (1425ق) المدخل الفقهي العام، ج: 1، دمشق: دارالقلم، الطبعة: الثانية، ص: 513.

(4)- المصباح المنیر، الحموی، کتاب الجیم، باب الجیم مع الواو وما یتلثهما، مادة (جوز) 114/1.

(5)- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين: عالم به فقه شافعي وأصول آن بود. ترکی الاصل بوده اما تولدش در سال 745 ق و وفاتش در سال 794 ق

در ترکیه صورت گرفته است.

(6)- أبو عبد الله بدرالدین محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (1405ق) المنشور في القواعد الفقهية، ج: 2، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ص: 7.

(7)- البحر الرائق، ابن نجيم 75/6.

(8)- بدران ابو العینین، (ب-ت) تاریخ الفقه الإسلامی ونظرية العقود، ج: 1، بیروت - لبنان: دار النهضة العربية، ب-ط، ص: 501.

اقسام عقد‌های غیر لازم:

عدم لزوم یا از دو جانب می باشد یا از یک جانب، به همین خاطر عقد غیر لازم به دو بخش تقسیم می شود:

1- **جایز از طرفین:** عقدی است که هر یک از متعاقدين بدون رضایت و در جریان گذاشتن جانب مقابل حق فسخ آن را داشته باشد این در حالیست که شروط رجوع موجود و موانعش منتفی باشد⁽¹⁾.

2- **از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز:** عقدی است که نسبت به یکی از متعاقدين لازم باشد، در این صورت عاقد (کسی که عقد بر او لازم نیست) بدون رضایت و در جریان گذاشتن جانب مقابل حق رجوع را دارد⁽²⁾.

مطلب ششم: عقد های غیر لازم به علت وجود خیار

مهمترین مثال در عقد های لازم برای وجود خیار بیع است. قبلاً ابن نجیم بیع لازم را چنین تعریف کرد: عقد لازم آن است که به اعتبار اصل و وصف مشروع (جایز) بوده و متضمن خیار باشد و حق هیچ کس به آن بستگی نداشته باشد⁽³⁾.

وکاسانی (رحمه الله) آن را چنین تعریف کرده است: عقد لازم آن است که چهار نوع خیار در آن نباشد: خیار تعیین، شرط، عیب و خیار رؤیت. در صورت وجود این خیارها بیع لازم نمی گردد⁽⁴⁾.

عقد فاسد در نزد حنفی ها منعقد می گردد چون اصل دارد، زیرا که با ارکان و صیغه اش صورت گرفته است لیکن به علت فاسد بودن وصفش فاسد است، مانند: شامل بودن بیع بر جهالت مبیعه، جهالت وقت یا بودن شرط های فاسد، ربا و غیره.

و عقد فاسد لازم نمی باشد، زیرا عاقد حق فسخ را دارد چون این عقد مخالف شریعت است، اما هرگاه عاقدین وصف فاسد را زایل کنند در آن صورت بیع لازم می شود⁽⁵⁾.

در الإنصاف آمده: خیار در عقود لزوم را کاملاً از بین می برد⁽⁶⁾.

تعریف خیار:

اول- **تعریف لغوی خیار:** اسم مصدر است از اختیار به معنای بر گزیدن، مثلاً گفته می شود: «أنت بالخيار، أي اختر ما شئت»: یعنی بر گزین آنچه را که می خواهی. «خَيْرُهُ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ». یعنی انتخاب یکی از دو چیز را به اختیار او گذاشت⁽⁷⁾.

دوم- **تعریف اصطلاحی خیار:** برای خیار تعریف های گوناگونی ذکر شده است لیکن تعریف جامع از بین تعاریف این است: «حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي». "خيار حق عاقد (اجرا کننده صیغه عقد) است در فسخ عقد و یا اجرای آن، به سبب وجود مجوز شرعی و یا به مقتضای اتفاق قرار دادی"⁽⁸⁾.

(1) - بدائع الصنائع، الكاساني 77/6.

(2) - المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا 525/1.

(3) - البحر الرائق، ابن نجيم 75/6.

(4) - بدائع الصنائع، الكاساني 228/5.

(5) - حاشية ابن عابدين، ابن عابدين 127/4.

(6) - الانصاف، المرادوي 528/11.

(7) - مقاييس اللغة، ابن فارس، كتاب الخاء، باب الخاء والياء وما يثلثهما، مادة (خير) 232/2.

(8) - الموسوعة الفقهية الكويتية 41/20.

خطیب شریبنی (رحمه الله) ⁽¹⁾ خیار را چنین تعریف کرده است: "هو طلب خیر الأمرین من إمضاء العقد أو فسخه". مطالبه بهتر بودن یکی از دو گزینه توسط اجرای قرار داد و یا فسخ آن ⁽²⁾.

شروط ثبوت خیار

1- عقد از قسم عقود معاوضات مالی محض باشد که خیار در آن امکان داشته باشد. و خیار در صلی که از قتل، خلع و مهر صورت می گیرد جایز نیست ⁽³⁾.

2- مبیعه معین و مشخص باشد در غیر این صورت خیار ثابت نخواهد شد ⁽⁴⁾.

زیرا چیزی که معین و مشخص باشد به مجرد جاری شدن قرار داد ملکیت ثابت می شود، و چیزی که معین و مشخص نباشد به مجرد عقد ملکیت ثابت نمی شود بلکه به قبض (دریافت) ثابت می شود و رجوع به سبب خیار در قرارداد هایی مجاز است که به مجرد جاری شدن عقد ملکیت نیز ثابت گردد ⁽⁵⁾.

فرق میان عقد غیر لازم باعتبار طبیعت آن و عقد غیر لازم به سبب وجود خیار در آن

از خلال آنچه ذکر شد بدست می آید که این هر دو عقد در غیر لازم بودن شان باهم مشابه و در صفت لزوم با هم مختلف اند.

صفت لازمه در طبیعت عقد صفت اصلی و تغییر نا پذیر است، و صفت عدم لزوم در عقد غیر لازم به سبب خیار مؤقت است که به زوال سبب (خیار) زایل می شود.

مطلب هفتم: معنای تبرعات و عقود شامل آن (6)

عقود نسبت به مقاصد و اهداف که دارند از هم متفاوت هستند، گاهی مقصد عقد تملیک می باشد برابر است که تملیک اعیان باشد یا منافع، گاهی مقصد عقد حفظ و نگهداری می باشد، گاهی مقصد عقد اسقاط حق، گاهی مقصد عقد اجازه قبض برای شخص ممنوع از تصرف می باشد، گاهی مقصد عقد مقید کردن اشخاص معین و ممنوع تصرف قرار دادن غیر می باشد.

بناءً فقهاء عقود را به دسته های مختلف تقسیم کرده اند، هر دسته شامل یک تعداد عقود میگردد که از لحاظ مقاصد و اهداف باهم موافق هستند. و برای هر دسته نام خاص انتخاب نموده اند تا از دیگر عقود متمایز گردند ولی با آنها عقود وجود دارد که شامل دسته های مختلف می گردد (در بیشتر از یک نوع داخل میباشد) زیرا که خاصیت مقاصد و اهداف متعدد دارد.

از جمله این دسته ها عقود تملیکات:

عقد تملیک عقدی است که به وسیله آن انتقال مالکیت حاصل میگردد یعنی مورد معامله از ملکیت ناقل به ملکیت منتقل الیه میرود. اگر انتقال در اعیان صورت گیرد بیع، و اگر در منافع باشد اجاره و اعاره است، و گاهی تملیک در بدل عوض صورت می گیرد و گاهی بدون عوض صورت می گیرد. از اینجا دانسته می شود که عقود تملیک دوتنوع است:

اول: عقود معاوضات

به نام عقود مبادلات هم مسمی گردیده است، زیرا این عقود بر اساس مبادله بین عاقدین و تملیک هریکی از آنها برای دیگری صورت می گیرد. برابر است که این مبادله، مبادله مال به مال باشد، مانند تمام

(1)- اسمش محمد بن احمد الشریبنی، از جمله فقهای شافعی و مفسر لغوی از اهل قاهره است و در سال 977 ق وفات نموده است. 1

(2)- مغنی المحتاج، الشریبنی 402/2.

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 292/5، حاشیه ابن عابدین، ابن عابدین 593/4.

(4)- بدائع الصنائع، الکاسانی 292/5.

(5)- مرجع سابق 292/5.

(6)- تاریخ الفقه الاسلامی و نظریة العقود، بدران ابو العینین 486/1-488.

- عبد الکریم زیدان (ب-ت) المدخل لدراسة الشريعة الإسلام. ج: 1، الناشر: دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع بالإسکندرية، ص: 312.

انواع بیوع از قبیل بیع سلم ، صرف ، قرض و غیره. و یا مبادله مال به منفعت باشد مانند : اجاره ، استصناع ، مزارعه ، مساقات و مضاربه یا مبادله مال در بدل آنچه که نه در حکم مال است و نه در حکم منفعت مانند: عقد ازدواج ، خلع و غیره، و یا مبادله منفعت در بدل منفعت باشد مانند : تقسیم منافع از طریق وسائل و ابزار ویژه هر عصر و زمان.

بطور خلاصه باید گفت : هر آنچه که در آن معنای معاوضه و مبادله بین طرفین موجود باشد عقد معاوضه است .

دوم: عقود تبرعات

عقدی است که در آن انتقال مال و یا تعهد از یک طرف به نفع طرف دیگر صورت گیرد، و کسی که انتقال دهنده مال و یا تعهد کننده است هیچ چیز در برابر مال و تعهد خود نمیگیرد و نه جانب مقابل چیزی را در مقابل مال و تعهد برای او می دهد . مانند: هبه ، وصیت ، وقف ، صدقه ، اعاره ، ابراء مدیون ، قرض حسنه ، کفاله ، حواله و کمک و یاری کردن در عقود معاوضات و... عقود تبرعات و معاوضات افاده تملیک را مینمایند از همین رو اطلاق عقود تملیکات بر آنها درست است.

مطلب هشتم: احکام فقهی رجوع از تبرعات (1)

فقهاء اتفاق دارند که تبرع داری حکم واحد فقهی نیست بلکه نسبت به حالت متبرع و متبرع به احکام پنجگانه فقهی ذیل بر آن پیش می آید:

1- واجب: هرگاه بخاطر دریافتن قربت که از ایشان فوت گردیده مانند قربت زکات و حج وصیت نماید این نوع تبرع واجب است.

2- مندوب: هرگاه ورثه ثروتمند باشد تبرع در حدود ثلث ترک مندوب است.

3- مکروه: هرگاه در موجودیت خویشاوندان فقیر برای اجنبی وصیت نماید این نوع تبرع مکروه است.

4- مباح: هرگاه در موجودیت خویشانان ثروتمند برای اجنبی ثروتمند در حدود کمتر از ثلث تبرع نماید مباح است.

5- حرام: هرگاه به معصیت و گناه وصیت نماید و یا در فعل حرام وصیت نماید این گونه تبرع حرام است.

همین حکم بر تمام انواع تبرعات از قبیل وقف و هبه قابل تطبیق است.

از خلال آنچه که در بالا گذشت ممکن است که به مقصد رجوع از تبرعات نائل آیم:

« رجوع عبارت از برگشت از عقود است که مالک به اعطاء مایملک خود بدون مطالبه ثمن و بدل برای دیگری اقدام می کند مانند عقود وصیت ، هبه ، وقف ، قرض ، صدقه ، وکالت ، اجاره و غیره ».

بنابر این حکم فقهی رجوع از تبرعات بستگی دارد به نوعیت عقد تبرع ، رجوع از هر عقد تبرع مطابق آثار مرتبه آن از عقد تبرع دیگر متفاوت است.

فصل دوم

رجوع در عقد هبه

این فصل مشتمل بر سه مبث است که هر مبحث دارای مطالب می باشد.

مبحث اول: ماهیت عقد هبه

برای درک مفهوم هبه نخست به تعریف لغوی و اصطلاحی آن پرداخته بعداً به مسائل دیگر می پردازیم.

(1) - الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارت الاوقاف الكويتية 69/10 .

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی هبه

اول: تعریف لغوی هبه

(واو، ها، با) واژه هایی اند که بر یکدیگر قیاس کرده نمیشوند، گفته میشود: «وَهَبْتُ الشَّيْءَ أَهْبَهُ هِبَةً وَمَوْهَبًا» یعنی چیزی را هبه کردم (بخشیدم). «اتَّهَبْتُ الْهَبَةَ، أَيُّ: قَبِلْتُهَا»: یعنی هبه را پذیرفتم. پس هبه، عطا (بخشش) بدون عوض و غرض است. گفته می شود: «وَهَبَ اللَّهُ لَهُ الشَّيْءَ»: یعنی الله تعالى به او چیزی را داد (بخشید). «تَوَاهَبَ النَّاسُ فِيمَا بَيْنَهُمْ» مردم یکدیگر را عطایا و بخششی دادند. در حدیث احنف آمده است: «وَلَا التَّوَاهُبُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ضَعَةٌ، يَعْنِي أَنَّهُمْ لَا يَهَبُونَ مُكْرَهِينَ»⁽¹⁾. "هبه و بخشش در میان شان ضایع و بر باد نمی شود؛ یعنی به اکراه و اجبار هبه و بخشش نمی کنند". و مراد از آن تبرع (بخشش) و تفضلی است که نفع آن بطور مطلق به موهوب له میرسد،

گفته می شود: «تَوَاهَبَ الْقَوْمُ» مردم یکدیگر را هبه و بخششی دادند. «رَجُلٌ وَهَّابٌ وَ وَهَّابَةٌ». یعنی شخصی بسیار بخشنده و عطا کننده.

دوم: تعریف اصطلاحی هبه

فقهای کرام (رحمهم الله) تعریف های متعددی برای هبه ذکر کرده اند و اینک تفصیل آن:

1- تعریف علمای احناف: الهبه "تمليك العين بلا عوض في الحال".

هبه عبارت از تمليك (به ملكيت درآوردن) عين (مال) در حال حيات و زندگي بدون عوض است⁽²⁾.

شرح تعريف:

با قيد جمله (تمليك عين) اباحت، عاريت، اجاره، وقف و ضيافت خارج می گردد؛ زیرا در اين ها تمليك عين صورت نمیگیرد بلکه تمليك منفعت مراد میباشد.

با قيد جمله (بلا عوض) هر آنچه در عوض چیزی بدست آید، خارج میگردد، مانند: بيع، هر چند با لفظ هبه هم باشد، و همچنان با قيد مذکور هبه (بخشیدن) ثواب خارج می گردد زیرا آن نیز مانند بيع است. و با قيد جمله (في الحال) وصيت خارج میشود؛ زیرا آن تمليك بعد از مرگ است⁽³⁾.

2- تعريف علمای مالکی: الهبه "تمليك متمول بغير عوض إنشاءً".

هبه عبارت از اين است: که شخصی (مُتَمَوِّل) مال خود را بدون عوض (بطور مجانی و رایگان) انشاءً و به عقد جديد، به ملكيت کسی دیگری درآورد⁽⁴⁾.

شرح تعريف:

با قيد (متمول) تمليك غير خارج می شود مانند: تمليك إنكاح (زن را شوهر دادن و مرد را زن دادن) یا تمليك طلاق.

و با قيد (بغير عوض) بيع و دیگر معاملات عوضی خارج میگردد.

(1) - معجم مقایس اللغة، ابن فارس، كتاب الواو، باب الواو والهاء وما يثلثهما، مادة (وهب) 147/6، لسان العرب، ابن منظور، فصل الواو، مادة (وهب) 803/1، المصباح المنير، الحموي، كتاب الواو، باب الواو مع الهاء وما يثلثهما، مادة (وهب) 673/2.

(2) - بدائع الصنائع، الكاساني 115/6.

(3) - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدرالدين العيني (1420ق) البناية شرح الهداية. ج: 10، بيروت-لبنان: ص: 159.

(4) - عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (1422ق) شرح الزرقاني على مختصر الخليل وحاشية البتاني. ج: 7، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 171.

وبا قید (إنشاءً) حکم به استحقاق وارث خارج می شود؛ زیرا آن تملیک متمول بدون عوض است؛ تنها فرق اینست که تملیک در عطایا انشائی می باشد برخلاف حکم استحقاق به میراث؛ زیرا آن تأیید و تثبیت چیزی ثابت است (1).

3- تعریف علمای شافعی: الهبه (التملیک بلا عوض هبة). تملیک (به ملکیت درآوردن) بدون عوض را هبه گویند (2).

شرح تعریف:

مراد از تملیک، تملیک عین واصل چیز است.

مراد از بلاعوض این است که هبه در حال حیات بصورت تطوعی (بخششی) داده شود.

با قید بلا عوض معاملات عوضی خارج می گردد مانند: بیع، اگرچه با لفظ هبه هم باشد.

وبا قید هبه؛ وقف، عاریت و ضیافت خارج می گردد.

4- تعریف علمای حنبلی:

"وهي التبرع بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره".

هبة و تبرع این است که: انسان مال موجود خود را در حیات و زندگی خود بدون عوض به ملکیت غیر درآورد (3).

شرح تعریف:

تبرع بذل و بخشیدن را گویند، تبرع این است که چیزی به کسی بدون عوض و بدل داده شود. با قید تبرع بیع خارج می گردد؛ زیرا بیع تبرع نیست بلکه عقد معاوضی است، مثلاً: شخصی خانه اش را در بدل یک هزار (افغانی) و یا موترش را در بدل ده هزار افغانی میدهد این تبرع گفته نمی شود؛ زیرا این معامله معاوضتاً صورت گرفته است نه احساناً، لذا این گونه عقود در تبرعات و بذل و عطایا شامل نیست.

و مراد از (تملیک مال موجود) محل تبرع است. یعنی مال معلوم خود را بر سبیل تملیک به کسی میبخشد و با این قید، تبرع به منفعت بر سبیل عاریت و یا قرض خارج می گردد.

مثلاً: شخصی صد هزار افغانی را بطور قرض به کسی میدهد، این شخص تنها در اعطای مبلغ مذکور تا میعاد معینی، سخاوت و جوان مردی کرده است نه بر سبیل تملیک بلا عوض، بناءً چون میعاد به پایان رسید شخص مدین (بدهکار) مجبور است آن مبلغ را پس بدهد.

مثال عاریت: شخصی موتر خود را بطور عاریت برای مدت یک ماه به کسی میدهد و میگوید: این موتر در اختیارات است برابر است که سفر میکنی و یا هم چکر میزنی، خلاصه اختیار هر نوع تصرف را داری. این گونه معامله نیز در باب هدایا (ارمغان) و عطایا (بخششی ها) داخل نیست (4).

با قید موجود، غیر موجود خارج می گردد مثلاً: شخصی میوه سال آینده باغش را به کسی ببخشد یا میوه چند سال آینده را ببخشد یا بار حیوانی را که تا هنوز بالایش بار نشده ببخشد. این همه هبه های غیر موجود است. پس هبه کردن شیئی غیر موجود صحیح نیست؛ زیرا در هبه شرط است که موهوب به موجود باشد.

و با قید حیات وصیت خارج می گردد؛ زیرا تملیک در وصیت بعد از مرگ موصی متحقق می شود.

مراد از غیر، موهوب له است. غیر در این جا نکره است لذا جز واهب (هبة کننده) همه انسان ها را شامل می گردد. مثلاً: پسر و دختر واهب برابر است که خورد باشند و یا بزرگ یعنی همه در (غیر) شامل اند،

(1) - محمد بن عبدالله الخرشى المالكي، أبو عبدالله (ب-ت) شرح مختصر خليل ج: 7، بيروت: دار الفكر للطباعة، ب-ط، ص: 101.

(2) - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (1425ق) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه ج: 1، ال.

(3) - موسي بن أحمد بن موسي بن سالم بن عيسي بن سالم الحجواي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين ن أبو النجاء زاد المستنقع في إختصار المقنع ج: 1، ص: 143.

(4) - محمد بن محمد المختار الشنقيطي شرح زاد المستنقع ج: 5، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتعريفها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.net>

پس هبه به همه انسان ها جز شخص واهب صحیح است؛ زیرا غیر طرف ثانی است و واهب طرف اول¹).

تعریف راجح و اسباب آن:

آنچه از خلال تعریف های گذشته واضح میشود این است که همه تعریف ها یک مطلب را افاده میکنند هر چند که در الفاظ مختلف هستند ولی در مضمون با هم یکسان اندوآن "اعطا و دادن چیزی بر شخصی بر سبیل احسان است". لیکن جامع ترین تعریف در این مورد تعریف احناف است؛ زیرا این تعریف همه انواع تبرعاتی که باید روی آن بحث شود را شامل است.

تعریف هبه از دیدگاه قانون:

در قانون مدنی آمده است: هبه عبارت است از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض، گاهی بمقابل عوض نیز صورت میگیرد⁽²⁾.

مطلب دوم: مشروعیت عقد هبه

فقههای امت اسلامی برای مشروعیت عقد هبه از قرآن، سنت و اجماع استدلال کرده اند:

1- دلایل از قرآن کریم

1- الله تعالى می فرماید: وآتى المال على حبه ذوى القربى والیتامى والمساكين (البقرة: ۱۷۷). ترجمه: "مال (خود) را با وجود دوست داشتنش به خویشاوندان و یتیمان و مسکینان و واماندگان در راه بدهید".

وجه استدلال:

یعنی مال را با وجود دوست داشتنش خارج میکند و به دیگران می دهد.

2 - هم چنان الله متعال در آیت دیگر می فرماید: وآتوا النساء صدقاتهن نحله (النساء: ۴).

ترجمه: "مهریه زنان را به عنوان هدیه (و فریضه ای الهی) با طیب خاطر به آنان بدهید، پس اگر آنان چیزی از آن را با رضایت خاطر به شما بخشیدند، آن را حلال و گوارا بخورید".

وجه استدلال:

این فرموده الهی: چه در این جا به معنای عطا و بخشش است؛ گفته می شود: «نَحَلْتُ فُلَانًا شَيْئًا». یعنی فلانی را چیزی دادم. و مهریه عطیه ای است از جانب الله تعالی برای زن و گفته شده: نحلة به معنای طیب خاطر است، یعنی مردها باید با طیب خاطر مهریه زنان شان را پرداخت کنند⁽³⁾.

2- دلایل از سنت نبوی

1- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَيُّ الصَّدَقَةِ أَكْبَرُ أَجْرًا؟ قَالَ: أَنْ تُصَدِّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ شَيْءٍ تَخْشَى الْفَقْرَ وَتَأْمُلُ الْغِنَى، وَلَا تُمَهِّلُ حَتَّى إِذَا بَلَغَتْ الْحُلُومَ، قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا، وَلِفُلَانٍ كَذَا، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ⁽⁴⁾.

ترجمه: "ابوهریره (رضی الله عنه) میگوید: مردی نزد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) آمد و پرسید: ای رسول الله! کدام صدقه اجر بیشتری دارد؟ رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: صدقه که آنرا در زمان تندرستی و هنگامی که حرص جمع آوری مال را داری و از فقر میترسی و امید به ثروتمند شدن را داری

(1)- زاد المستقنع، الحجاوی 143/1.

(2)- ماده: 1176.

(3)- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (1384ق) الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي. ج: 5، التحقيق: أحمد البردوني و إبراهيم أطفيش، القاهرة: دار الكتب المصرية، الطبعة: الثانية، ص: 24.

(4)- صحيح البخاري. ج: 4، ص: 4، ح: 2748، كتاب: الوصايا، باب: الصدقة عند الموت.

بدهی، نه اینکه منتظر بمانی تا لحظات مرگت فرا رسد آنگاه صدقه دهی و بگویی: به فلانی اینقدر بدهید و به فلانی اینقدر بدهید. در حالی که در آن لحظه خود بخود مال تعلق به دیگران میگیرد (از آن تو نیست)".

2- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَالَ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَى ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ، لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أَهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ» (1).

ترجمه: ابوهریره (رضی الله عنه) میگوید: نبی اکرم (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: "اگر مرا برای صرف ساعد یا پاچه گوسفندی دعوت کنند خواهم پذیرفت. همچنین اگر به من ساعد یا پاچه هدیه داده شود خواهم پذیرفت".

وجه استدلال:

این حدیث دو معنی دارد: عام و خاص

اول- معنای عام: مثلاً: چیزی را در زندگی به کسی میدهی ولی هدفت بدست آوردن بدل و عوض است اگر منفعت دنیوی باشد هدیه است و اگر ثواب اخروی باشد صدقه است. یا چیزی را به کسی به محض محبت و خیر خواهی میدهی این را منحه و عطیه میگویند.

دوم- معنای خاص: یعنی چیزی را به کسی میدهی ولی هیچ بدل و عوض در بدلش نمیخواهی، این را نیز منحه میگویند، این نوع هبه باعث ثواب بوده و فاعلش اجر می برد بویژه زمانی که به خویشاوندان و اقرباء و امثال شان داده شود (2).

3- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَالَ: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ لَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِحَارَتِهَا وَلَوْ فَرَسَيْنِ شَاةٍ» (3).

ترجمه: ابوهریره (رضی الله عنه) میگوید: نبی اکرم (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: "هیچ زنی هدیه به همسایه (یا هدیه همسایه) را حقیر و کوچک نشمارد، اگر چه سُم گوسفندی باشد".

وجه استدلال:

این حدیث بر تهادی و متاحفه (هدیه و تحفه دادن) ترغیب و تشویق میکند هرچند کم هم باشد، زیرا باعث جلب و جذب محبت و صمیمیت، زدودن کینه و کدورت، روابط نیک با همسایه، زندگی مسالمت آمیز و حسن مهر ورزی میگردد. همچنان هدیه و تحفه کم و اندک دلیل صمیمیت بوده و تکلیفش کم تر میباشد (4).

3- دلیل از اجماع

علمای کرام بر مشروعیت و جواز هبه اجماع کرده و بر استحباب آن با همه انواع متفق اند؛ زیرا این یک نوع تعاون و همکاری بر تقوی بوده و نیز بیانگر آراسته بودن جامعه اسلامی به حسن مهر ورزی نسبت به یکدیگر است (5).

مطلب سوم: کیفیت رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقهاء و قانون

مورد خلاف:

فقهائ کرام بر مشروعیت هبه متفق اند اختلاف در اینست که هرگاه شروط رجوع در هبه متوفر شود و موانع منتفی گردد آیا نیازی به فیصله قاضی و حکم حاکم یا به رضایت جانب مقابل (موهوب له) است؟ یا واهب خود سرانه و بدون تأمل و تفکر و رضایت جانب مقابل حق رجوع در هبه را دارد.

(1)- صحیح البخاری. ج: 3، ص: 153، ح: 2568، کتاب: الهبة وفضلها، باب: القليل من الهبة. (ذراع) دست حیوان و (کراع) ساق پای حیوان را می گویند.

(2)- حمزة محمد قاسم (1410ق) منار القاری شرح مختصر صحیح البخاری. ج: 4، مکتبة دار البیان، ص: 8.

(3)- صحیح البخاری. ج: 3، ص: 153، ح: 2566، کتاب: الهبة وفضلها و التحريض علیها.

(4)- شرح صحیح البخاری، ابن بطال 85/7.

(5)- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري مراتب الاجماع في العبادات و المعاملات و الاعتقادات. ج: 1، ص: 96.

سبب اختلاف در این مسأله:

آیا رضایت جانب مقابل برای رجوع در هبه شرط صحت است؟ یا این که رضایت جانب مقابل شرط نیست. علمای کرام در این مسأله به دو دسته تقسیم شده اند:

قول اول:

فریق اول: جمهور (مالکی ها، شافعی ها، و حنبلی ها) به این نظر اند که واهب بدون رضایت جانب مقابل (موهوب له) حق رجوع در هبه را دارد⁽¹⁾. برای تأیید نظریه خود از عقل و قیاس استدلال کرده اند:

1- دلیل عقلی

میگویند: هیچ نیازی به حکم حاکم در رجوع به هبه نیست؛ زیرا رجوع در هبه به نص ثابت است⁽²⁾.

و مراد از نص این فرموده رسول الله (صلی الله علیه وسلم) است:

«لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ وَمَثْلُ الَّذِي يُعْطَى الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»⁽³⁾.

ترجمه: "بر هیچ انسانی جایز نیست، چیزی را که به کسی داده پس بگیرد، مگر پدر که میتواند آنچه را به پسرش داده پس بگیرد. مثل کسی که چیزی را میبخشد سپس از آن پشیمان می شود و آن را پس میگیرد مثل سگی است که چون سیر شد می کند و بعد همان قی کرده خود را می خورد".

2- دلیل از قیاس

رجوع در هبه را بر فسخ بیع با شرط خیار و رؤیت قیاس کرده اند، علت مشترک این است که هر دو خیار (شرط و رؤیت) بر رضایت جانب مقابل وابسته نیست و رجوع در هبه از همین قبیل است⁽⁴⁾.

مناقشه:

این قیاس، قیاس مع الفارق است؛ زیرا کسی که حق خیار برایش داده شد حق خود را میگیرد بدین سبب رضایت جانب مقابل هیچ ضرورت نیست؛ بر عکس هبه که با طیب خاطر واهب صورت گرفته است، لذا حق رجوع را ندارد⁽⁵⁾.

قول دوم:

حنفی ها میگویند: در رجوع نمودن از عقد هبه قبول و رضایت موهوب له شرط است، و اگر موهوب له راضی نشد باید قاضی میان شان داوری کند⁽⁶⁾. و برای تأیید رأی و مذهب خود از قیاس استدلال کرده اند:

1- دلیل از قیاس

1- رجوع واهب را در هبه خود بر شفعه قیاس کردند، علت مشترک این است که حق برای هر دو ثابت می باشد و حق شفعه با رضایت بدست می آید، همچنان رجوع در هبه مانند شفعه است⁽⁷⁾.

2- رجوع در هبه مانند رد مبیعه به سبب عیب بعد از قبض است، لذا همانگونه که رجوع در بیع بعد از قبض بدون رضایت جانب مقابل و داوری میان آنها صحیح نمیشد در هبه نیز رجوع جایز نیست، به علت این که فسخ در هر دو عقد جایز است⁽⁸⁾.

(1)- مواهب الجلیل، الحطاب الرعینى 63/6، روضة الطالبین، النووی 384/5، المغنی، ابن قدامة 42/6.

(2)- مواهب الجلیل، الحطاب الرعینى 63/6، روضة الطالبین، النووی 384/5، کشاف القناع، البهوتی 316/4.

(3)- سنن أبی داود، ج: 3، ص: 291، ح: 3539، کتاب: الهبة، باب: الرجوع فی الهبة، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج: 8، ص: 427.

(4)- مغنی المحتاج، الشربینی 566/3، کشاف القناع، البهوتی 316/4.

(5)- البناية شرح الهدایة، الغیتابی 199/10، بدائع الصنائع، الکاسانی 134/6.

(6)- بدائع الصنائع، الکاسانی 134/6، تحفة الفقهاء، السمرقندی 166/3.

(7)- محمد بن أحمد بن أبی سهل شمس الأئمة السرخسی (1414ق) المبسوط، ج: 12، بیروت: دار المعرفة، ب- ط، ص: 80.

(8)- البحر الرائق، ابن نجیم 294/7، المبسوط، السرخسی 80/12.

جواب:

این قیاس، قیاس مع الفارق است زیرا خیار عیب در بیع می باشد و آن عقد معاوضه است بر عکس هبه که از قسم تبرعات و عطایای بلا عوض و مجانی می باشد⁽¹⁾.

رأی راجح و اسباب آن:

به نظر من رأی دوم راجح است، یعنی باید رجوع در هبه با تراضی (رضایت جانبین) و قضای قاضی صورت گیرد؛ و اسباب ترجیحش این است:

1- هرگاه به رضایت جانبین و قضای قاضی فیصله و داوری صورت نگیرد، میان واهب و موهوب له نزاع و کشمکش پیدا می شود.

2- واهب حق رجوع را دارد، چنانکه در حدیث ابن عمر و ابن عباس (رضی الله عنهم) آمده که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند:

«لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هَبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطَى الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»⁽²⁾.

ترجمه: "بر هیچ انسانی حلال نیست، چیزی را که به کسی داده پس بگیرد، مگر پدر که می تواند آنچه را به پسرش داده پس بگیرد. مثل کسی که چیزی را می بخشد سپس از آن پشیمان میشود و آن را پس می گیرد مثل سگی است که چون سیر شد می کند و بعد همان قی کرده خود را می خورد".

این حدیث بر جواز رجوع بر هبه دلالت میکند. والله اعلم.

کیفیت رجوع در هبه از دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: واهب میتواند به موافقه موهوب له از هبه رجوع نماید، در صورت عدم موافقه موهوب له، واهب از محکمه اجازه رجوع را حاصل می دارد، مشروط بر اینکه مستند به عذر معقول بوده و مانع رجوع موجود نشده باشد⁽³⁾.

مبحث دوم: حکم رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقهاء و قانون

رجوع در هبه یا قبل از قبض هبه می باشد یا بعد از آن و حکم هر دو صورت از یکدیگر متفاوت است، اینک به شرح و تفصیل هریکی آن میپردازیم:

مطلب اول: حکم رجوع در عقد هبه قبل از قبض، از دیدگاه فقهاء

مورد خلاف: جمهور فقهاء بر مشروعیت هبه اتفاق دارند؛ اما اختلاف شان در هبه مقید به شرط است.

سبب خلاف: اختلاف در این است که آیا قبض شرط صحت است یا شرط تمام؟ کسانی که قائل به شرط صحت اند میگویند: تا زمانی که قبض صورت نگیرد عقد لازم نمیگردد، و کسانی که قائل به شرط تمام اند میگویند: عقد لازمی می شود و بر واهب اقباض لازم است و حق رجوع را ندارد⁽⁴⁾.

برای توضیح بیشتر این مسأله اقوال فقهاء را ذکر میکنم، فقهاء در این مورد سه قول دارند:

قول اول:

رجوع در هبه قبل از قبض جایز است. این قول حنفی ها، شافعی ها و یک روایت از حنبلی ها است⁽⁵⁾.

(1) - المغنی، ابن قدامة 6/66.

(2) - تخریج حدیث در صفحه 35 گذشت.

(3) - ماده: 1201.

(4) - أبو الولید محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفید (1425ق) بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج: 4، القاهرة: دار الحديث، ص:

114.

(5) - بدائع الصنائع، الكاساني 4/114، مغنی المحتاج، الشربيني 3/566، المغنی، ابن قدامة 6/42.

این ها برای تأیید رأی خود از اقوال صحابه، اجماع و دلایل عقلی استدلال کرده اند:

1- دلیل از اقوال صحابه

1- عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقَا مِنْ مَالِهِ بِالْعَابَةِ. فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ. وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ. وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادَّ عَشْرِينَ وَسَقَا. فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَرَزْتِيهِ كَانَتْ لَكَ (1). ترجمه: عروه بن زبیر از عایشه (رضی الله عنها) روایت میکند که او گفت: ابوبکر صدیق (رضی الله عنه) بیست اصله (نهال) درختان خرما باغش را که در غابه بود به عایشه بخشید و چون هنگام وفاتش فرا رسید به او گفت: دخترم! به الله قسم هیچ چیز بعد از وفاتم از دارا ماند بودن تو محبوب تر و از فقر تو برایم سخت تر نیست. من به تو بیست اصله (نهال) درخت خرما داده ام، اگر آنها را نگاه کردی و حفاظت نمودی از آن خودت می باشی.

2- عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ؛ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا. ثُمَّ يُمَسْكُونَهَا، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَالِي بِيَدِي. لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا. وَإِنْ مَاتَ هُوَ، قَالَ: هُوَ لِأَبْنِي قَدْ كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ إِيَّاهُ. مَنْ نَحَلَ نَحْلَهُ، فَلَمْ يُحْزَها الَّذِي نُحَلَّها، حَتَّى تَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَارِثِهِ، فَهِيَ بَاطِلٌ (2). ترجمه: از عبد الرحمن بن عبد القاری روایت است که عمر بن خطاب (رضی الله عنه) گفت: مردم را چه شده که به فرزندان خود چیزی را می بخشند و باز آن را پس میگیرند، و اگر فرزند یکی آنها وفات کند میگوید: این مال (موهوبه) از آن من است و آن را به هیچ کس نمیدهم، و اگر خودش وفات کند میگوید: این از آن فرزندم است. پس هر که چیزی را بخشید و موهوب له آن را حفاظت نکرد تا آن که وفات نمود و آن چیز به ورثه آن ماند باطل است.

وجه استدلال:

این اقوال بر رجوع در هبه قبل از قبض دلالت دارند.

2- دلیل از اجماع

جواز رجوع در هبه قبل از قبض از ابو بکر و عمر (رضی الله عنهما) روایت کرده شده است و هیچ کس از صحابه را سراغ نداریم که با ایشان مخالفت کرده باشند (3).

3- دلیل عقلی

هبه را به قرض قیاس میکنند به علت این که هر دو عقد ارفاق (به کسی فایده رساندن، مهربانی کردن) است یعنی تا زمانی که قرض را مالک نشوی عقد صورت نمیگیرد همین گونه است هبه (4).

قول دوم:

رجوع در هبه قبل از قبض جایز نیست، این مذهب مالکی هاست (5). مالکی ها برای عدم جواز رجوع در هبه قبل از قبض، از قیاس استدلال کرده اند:

(1) - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروحدري الخراساني أبو بكر البيهقي (1424ق) السنن الكبرى. ج: 6،

(2) - سنن الكبرى البيهقي، ج: 6، ص: 281، ح: 11949، كتاب: الأقضية

(3) - الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان 190/2.

- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ب-ت) المجموع شرح المذهب. ج: 15، الناشر: دار الفكر، ب-ط، ص: 381.

(4) - مغنى المحتاج، الشربيني 565/3.

(5) - بداية المجتهد، ابن رشد القرطبي 114/4.

1- مهمترین و اساسی ترین دلیل کسانی که قبض را در هبه شرط نمودند میگویند: هبه مانند بیع است، اصل و قاعده در عقود این است که قبض برای صحت عقود شرط نیست، تا زمانی که دلیل و موجهی بر اشتراط قبض نباشد (1).

جواب: این قیاس خلاف اقوال صحابه بوده و غیر منضبط است (2).

قول سوم:

شیئی موهوب یا از مکیلات و موزونات میباشد و یا از غیر مکیلات و موزونات، اگر از مکیلات باشد رجوع در آن قبل از قبض جایز است، و اگر از مکیلات نباشد رجوع در آن قبل از قبض جایز نیست، این دومین نظر ورأی حنبلی ها است (3). ایشان در این مورد از قیاس استدلال کرده اند:

دلیل از قیاس:

1- هبه یکی از دو نوع تملیک است؛ یعنی در برخی آن تملیک قبل از قبض لازم میشود و در برخی لازم نمیگردد، پس در برخی قبل از قبض لازم نمیگردد مانند: بیع صرف (معامله پول با پول) و غیره، و برخی آن قبل از قبض لازم میگردد، مانند معاملات مالی و معاوضوی دیگر (4).

جواب:

قیاس کردن هبه بر بیع قیاس مع الفارق است زیرا بیع بنا بر معاوضه صورت میگیرد بر عکس هبه، زیرا آن مبنی بر تبرع است.

رأی راجح و اسباب آن:

از نظر من دیدگاه جمهور راجح است زیرا:

1- دلایل شان قوی است.

2- در این مصلحت و خیر خواهی و اهب در نظر گرفته شده است، چون او میتواند پیش از اعطای عطیه مشوره کند و بعد از تأمل و تفکر با اراده کامل از خلوص و صداقت مال خود را برای کسی هبه نماید.

مطلب دوم: حکم رجوع در هبه بعد از قبض

مورد خلاف:

فقهاء متفق اند (5) که هرگاه شروط و ارکان هبه پوره باشد ملکیت شیئی موهوب، به موهوب له منتقل میشود اما در حکم رجوع از هبه بعد از قبض اختلاف دارند.

قول اول:

(1)- مرجع سابق.

- أحمد بن غانم (أوغنیم) بن سالم بن مهنا، شهاب الدین النفراوی الأزهری المالکی (1415ق) الفواکه الدوانی علی رسالة ابن أبي زيد القيروانی. ج: 2، الناشر: دار الفكر، ب-ط، ص: 154.

(2)- المغنی، ابن قدامة 379/5.

(3)- أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلی المقدسی، ثم الدمشقی الحنبلی الشهیر بابن قدامة المقدسی (1414ق) الکافی فی فقه الامام أحمد. ج: 2، الناشر: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الأولى، ص: 260.

)

(5)- البحر الرائق، ابن نجیم 290/7، حاشیة الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 101/4، مغنی المحتاج، الشربینی 401/2، کشاف القناع، البهوتی 301/4.

جمهور (علمای مالکی ، علمای شافعی و علمای حنبلی) میگویند: رجوع در هبه بعد از قبض جایز نیست، بجز پدر (یعنی برای پدر جایز است که در هبه خود رجوع کند)⁽¹⁾. ایشان در این مورد به دلایل ذیل استدلال کرده اند:

1- از ابن عباس وابن عمر (رضی الله عنهم) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هَبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»⁽²⁾.

ترجمه: "بر هیچ انسانی حلال نیست چیزی را که به کسی داده پس بگیرد مگر پدر که میتواند آنچه را به پسرش داده پس بگیرد. مثل کسی که چیزی را میبخشد سپس از آن پشیمان میشود و آن را پس میگیرد مثل سگی است که چون سیر شد قي میکند و بعد همان قي کرده خود را میخورد".

وجه استدلال :

از این حدیث بر حرمت رجوع در هبه استدلال شده است، و مشبه به مانند مشبه می باشد⁽³⁾.

2- از ابن عباس (رضی الله عنهما) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «الْعَائِدُ فِي هَبِّهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» قَالَ هَمَامٌ وَقَالَ قَتَادَةُ وَلَا نَعْلَمُ الْقِيَّ إِلَّا حَرَامًا⁽⁴⁾.

ترجمه: کسی که هبه اش را پس میگیرد، مانند کسی است که استقراغ کرده سپس دوباره استقراغش را میخورد". همام میگوید قتاده گفت: ما استقراغ را حرام میدانیم.

وجه استدلال:

حدیث ظاهرا بر حرمت رجوع در هبه دلالت دارد.

قول دوم:

حنفی ها میگویند: رجوع در هبه بعد از قبض جایز است به شرطی که مانع وجود نداشته باشد⁽⁵⁾. ایشان در این مورد از سنت نبوی و اجماع استدلال کرده اند:

دلیل از سنت

1- از ابو هریره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «مَنْ وَهَبَ هَبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُنْبَأْ مِنْهَا»⁽⁶⁾.

ترجمه: "هرکس چیزی را هبه کرد، او خود بدان بیشتر سزاوار است مادامی که ثواب و عوض آن را بدست نیاورده باشد".

وجه استدلال:

ظاهر حدیث دلالت بر این دارد که واهب حق رجوع در هبه را دارد ما دامی که ثواب و بدل آن را دریافت نه نموده باشد⁽⁷⁾.

(1)- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (1414ق) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني. ج: 2، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت: دار الفكر، ب-ط، ص: 255. المجموع شرح المذهب، النووي 381/15، المغني، ابن قدامة 56/6.

(2)- تخریج حدیث در صفحه 35 گذشت.

(3)- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (1413ق) نيل الأوطار. ج: 6، المحقق: عصام الدين الصباطي، مصر: دار الحديث، الطبعة: الأولى، ص: 14.

(4)- صحيح مسلم. ج: 3، ص: 1241، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض.

(5)- بدائع الصنائع، الكاساني 128/6.

(6)- السنن الكبرى. ج: 6، ص: 300، ح: 12024، كتاب: الهبات،

(7)- المبسوط، السرخسي 49/12.

2- از سمره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»⁽¹⁾.

ترجمه: اگر هبه (بخششی) به ذی رحم (خویش) داده شود رجوع در آن جایز نیست.

وجه استدلال:

حدیث دلالت بر این دارد که هرگاه هبه (بخششی) به غیر ذی رحم داده شود رجوع در آن جایز است⁽²⁾ رأی راجح و اسباب آن:

آنچه از خلال دیدگاه های فقها برایم راجح به نظر میرسد، قول جمهور است و آن اینکه رجوع در هبه بعد از قبض جایز نیست بجز پدر که به فرزند خود هبه کرده باشد؛ زیرا هبه نوعی از عقود است و الله تعالی می فرماید: چَرُّ رُّكْبٍ كَقِ (المائدة: 1).

ترجمه: "ای کسانی که ایمان آورده اید! به پیمانها (و قرار دادهای خود) وفا کنید".

پس شخص مسلمان به عقد و عهد خود وفا میکند چنانچه الله تعالی برایش دستور داده است.

حکم رجوع در هبه از دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: رجوع از کل یا بعضی هبه گرچه واهب حق خود را ساقط نموده باشد جواز دارد، مشروط بر اینکه یکی از موانع متذکره مواد (1205) – (1213) موجود نشود⁽³⁾.

در ماده (1208) در مورد هبه بین زوجین چنین میگوید: هرگاه هبه بین زوجین صورت گرفته باشد، رجوع از آن جواز ندارد، گرچه بعد از هبه در بین آنها تفریق واقع شده باشد.

هم چنان در ماده (1209) چنین صراحت دارد: هرگاه هبه بین اقارب محرم واقع شده باشد، رجوع در آن جواز ندارد.

مبحث سوم: موانع رجوع در عقد هبه از دیدگاه فقها و قانون

در باب رجوع از هبه دو گونه موانع وجود دارد:

1- موانعی که فقها بر آن متفق اند.

2- موانعی که فقها در آن اختلاف نظر دارند؛ اینک به توفیق الله متعال به شرح و بسط آن می پردازیم:

مطلب اول: مانع عوضی

1- تعریف لغوی عوض:

واژه عین، واو، ضاد (عَوْضٌ، عَوْضٌ) دو کلمه صحیح است. «عَوْضٌ» بر عوض و بدل دلالت میکند و «عَوْضٌ» بر زمان گفته می شود: «عَوْضُهُ مِنْ هِبَتِهِ خَيْرًا» یعنی او را در عوض هبه (بخششی) اش بهترین بدل دادم⁽⁴⁾.

2- تعریف اصطلاحی عوض

المقابل المادي أو المعنوي الذي يحصل عليه الواهب نظير الهبة.

عوض، بدل مادی یا معنوی است که برای واهب در بدل هبه اش حاصل می شود.

اقسام عوض (بدل) در هبه:

(1) - سنن الکبری للبيهقي. ج: 6، ص: 300، ح: 12026، کتاب: الهبات، باب: المكافأة فی الهبة، المستدرک علی الصحیحین. ج: 2، ص: 60، ح: 2324. محمد ناصر الدین البانی منکر گفته است، سلسله الأحادیث الضعیفة والموضوعة 1/ 536.

(2) - البحر الرائق، ابن نجیم 294/7.

(3) - ماده: 1204.

(4) - معجم مقاییس اللغة، الرازی، کتاب العین، باب الواو والعین وما یثلثهما، مادة (عوض) 188/4.

عوض بر دو قسم است؛ عوض مشروط و عوض غیر مشروط. در مشروعیت عوض غیر مشروط میان علماء هیچ اختلافی وجود ندارد^(۱)، زیرا آن از باب رد وجواب تحیه (سلام) است؛ الله تعالی می فرماید:

وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّتٍ فَحَيُّوا بِحَسَنِ مَنْهَا أوردوها (النساء: ۸۶) .

ترجمه: "و چون شما را تحیت (و سلام) گویند، پس پاسخی بهتر و یا همانند آن بدهید".

عایشه (رضی الله عنها) روایت میکند: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»^(۲).

ترجمه: آن حضرت هدیه را قبول میکرد و عوض آن را نیز میداد.

اما اگر عوض در عقود مشروط باشد، در این مورد میان علماء اختلاف است:

قول اول:

جمهور فقهاء (حنفی ها، مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها در یک قول ظاهر) میگویند: هبه، به عوض مشروط شرعاً جایز است^(۳).

این ها از قیاس استدلال کرده میگویند:

چون بیع معاوضه در مقابل بدل معلوم صحیح است، پس هبه مشابه بیع است؛ لذا اشتراط معاوضه در آن جایز است^(۴).

قول دوم:

شافعی ها (در یک قول ظاهر شان) میگویند: هبه مشروط به شرط شرعاً باطل است^(۵). ایشان در این مورد از عقل استدلال کرده اند.

میگویند: هبه، تبرع (بخشش بدون عوض) است و عوض مشروط منافی تبرع است؛ بدین سبب این شرط باطل است^(۶).

مناقشه:

جواب از این استدلال اینست: عوض غالباً از موهوب کمتر میباشد و تبرع در تفاوت میان قیمت هاست و اگر عوض معادل موهوب باشد در این صورت این عقد هبه نیست بلکه بیع است؛ بناءً تغییر لفظ ضرری وارد نمی کند زیرا در عقود معانی مدار اعتبار است نه الفاظ و مبانی (حروف)^(۷).

رای قانون مدنی در مورد هبه مشروط به شرط:

هرگاه هبه بمقابل عوض صورت گرفته باشد، حق رجوع در آن ساقط میگردد، مشروط بر اینکه عوض در برابر قسمتی از موهوبه قرار داده نشده باشد. اگر عوض به استحقاق برده شود و اهب رجوع کرده می تواند، مشروط بر اینکه به موهوبه، زیادتی که مانع رجوع شود یا مانع دیگری موجود نگردد^(۸).

(۱)- مغنی المحتاج، الشربینی 559/3.

(۲)- مسند الامام احمد. ج: 41، ص: 138، ح: 24591، باب: مسند الصدیقة عائشة بنت الصدیق رضی الله عنه، أبو سلیمان حمد بن محمد بن إبراهیم بن الخطاب البستی المعروف بالخطابی (1351ق) معالم السنن. ج: 3، حلب: المطبعة العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 168.

(۳)- بدائع الصنائع، الكاسانی 132/6، بداية المجتهد، ابن رشد القرطبی 116/4، مغنی المحتاج الشربینی 572/3، المجموع شرح المذهب، النووی 387/15، المغنی، ابن قدامة 67/6، كشاف القناع، البهوتی 300/4.

(۴)- مراجع سابق.

(۵)- مغنی المحتاج، الشربینی 572/3 - 573.

(۶)- مرجع سابق 573/3.

(۷)- المجموع شرح المذهب، النووی 388/15.

(۸)- ماده: 1211.

مطلب دوم: مانع دوم (زیادت در موهوب)

مانع دوم زیادت در موهوب است. زیادت در موهوب دو حالت دارد:

اول: زیادت با موهوب متصل و پیوست میباشد، مانند: روغن و غیره.

دوم: زیادت از موهوب منفصل جدا میباشد، مانند: ولد (بچه) شیر و غیره.

میان فقها اختلاف است که آیا (رجوع) در هر دو نوع زیادت جایز است یا خیر، این شاء الله به توفیق الله متعال به شرح و بسط آن می پردازم:

1- حکم رجوع در زیادت متصله

مورد خلاف: همه فقها بر مشروعیت هبه اتفاق دارند، لیکن اختلاف در اینست که آیا واهب میتواند در زیادت متصله رجوع کند یا خیر؟ در این مسأله دو قول وجود دارد.

قول اول:

جمهور (حنفی ها، مالکی ها و حنبلی ها در یک روایت) میگویند: اگر زیادت در عین موهوب در نزد موهوب له صورت گرفته باشد واهب حق رجوع در هبه خود را ندارد⁽¹⁾.

لیکن فقها میگویند: شرط است که زیادت در عین موهوبه و یا در قیمت آن صورت گیرد، یعنی قیمت آن (موهوبه) بعد از این زیادت بالا رود (پس در این صورت واهب حق رجوع را ندارد) اما زیادت های عادی که در قیمت عین موهوبه تأثیری نمیگذارد، در آن رجوع جایز است⁽²⁾.

سبب اختلاف: این است که آیا (در این صورت ها) یکی از عاقدین متضرر می شوند یا خیر؟
قائلین بر عدم جواز رجوع در هبه ای که زیادت در آن متصل باشد از عقل و قیاس استدلال کرده اند:

1- دلیل از قیاس

این یک نوع استرجاع (باز پس گرفتن) مال است؛ یعنی فسخ نمودن عقد بدون عیب است. پس زیادت متصله مانع این استرجاع میشود مانند استرجاع حق مهر بفسخ نکاح و یا نصف آن در بدل طلاق یا رجوع بائع در مبیعه به علت ناتوانی مشتری؛ لیکن رجوع واهب با رد مبیعه به سبب عیب فرق میکند⁽³⁾.

2- دلایل عقلی

الف- زیادت از آن موهوب له می باشد؛ زیرا موهوب در ملکیت او نمو و افزایش یافته، بناءً واهب حق رجوع در اصل را ندارد تا مبدا معامله به سوء مشارکت انجامد⁽⁴⁾.

ب- اگر کسی زمینی صاف و بدون حاصل را هبه کرد و موهوب له در آن زیادت آورد مثلاً: در آن نهال غرس نمود، دکان جور کرد، خانه ساخت یا فارم عسل و غیره را بنا نهاد، در این صورت واهب حق رجوع را ندارد زیرا این زیادت، زیادت متصله است⁽⁵⁾.

قول دوم:

شافعی ها و حنبلی ها (در یک روایت) میگویند: زیادت متصله مانع رجوع واهب نمی شود⁽⁶⁾.
این ها برای تأیید قول شان از قیاس و عقل استدلال کرده اند:

(1)- بدائع الصنائع، الکاسانی 129/6، ومحمد بن أحمد بن محمد علیش، أبو عبدالله المالکی (1409ق) منح الجلیل شرح مختصر خلیل. ج: 8، بیروت: دار الفکر، ب- ط، ص: 208، المغنی، ابن قدامة 67/6.

(2)- مراجع سابق.

(3)- کشاف القناع، البهوتی 315/4.

(4)- إبراهیم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدین (1418ق) المبدع فی شرح المقنع. ج: 3، بیروت-لبنان: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الأولى، ص: 206.

(5)- علی بن أبي بکر بن عبد الجلیل الفرغانی المرغینانی، ابوالحسن برهان الدین الهدایة فی شرح بداية المبتدی. ج: 3، المحقق: طلال یوسف، بیروت-لبنان: ص: 226.

(6)- مغنی المحتاج، الشربینی 570/3، المبدع، ابن مفلح 205/5، الکافی فی فقه الإمام أحمد، ابن قدامة 262/2.

1- دلیل از قیاس

زیادت متصله را به زیادت منفصله قیاس کرده اند، زیرا هردو، زیادت در عین موهوبه است و زیادت منفصله اصلاً مانع رجوع و اهب نمیشود، پس زیادت متصله نیز مانند آن است (1).

مناقشه:

این قیاس، قیاس مع الفارق است؛ زیرا جدا نمودن زیادت منفصله از عین موهوبه ممکن است، پس رجوع و اهب در آن جایز میباشد بر عکس زیادت متصله که جدا نمودن آن از عین موهوبه امکان ندارد (2).

2- دلیل عقلی

رجوع و اهب در هبه طبق قاعده و قانون جایز است و این زیادت تابع اصل میباشد و حکم اصل را می گیرد پس رجوع در آن جایز است (3).

مناقشه:

رجوع در اصل (عین موهوبه) زمانی جایز است که در آن تغییر و تبدیل نیامده باشد و زمانی که در آن تغییر وارد شد حکمش نیز تغییر میکند (4).

رأی راجح و اسباب آن:

در این مسأله قول اول راجح تر است، یعنی اگر زیادت در عین موهوبه صورت گرفته باشد و اهب حق رجوع را ندارد بنابر اسباب ذیل:

1- هبه به معنای عطا و بخششی است که از طیب خاطر و اراده کامل و اهب نشأت میگیرد، بدون در نظر داشت قیمت، اهمیت و کمی و کاستی در آن.

2- رسول الله (صلی الله علیه وسلم) می فرمایند: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ». "ضرر رساندن و قبول نمودن ضرر جایز نیست" (5).

این فضل و کرم الله متعال بالای موهوب له است که شخصی به او این مهربانی را کرده و او آن را بدست آورده و موهوب در نزد او افزایش یافته است، بناءً او به آن مستحق تر است.

دید گاه قانون مدنی در مورد حکم رجوع در زیادت متصل

چنین صراحت دارد: هرگاه به عین موهوبه زیادتی عاید شود که متصل آن بوده و موجب زیادت قیمت آن گردد، مانع رجوع میگردد. در صورت زوال مانع، حق رجوع عودت مینماید (6).

مطلب سوم: وفات نمودن یکی از متعاقدين

هرگاه یکی از متعاقدين (واهب یا موهوب له) وفات کند، آیا این (موت) مانع حق رجوع می شود یا این میت دو حالت دارد: یا واهب می باشد یا موهوب له:

(1) - المبدع، ابن مفلح 206/3.

(2) - بدائع الصنائع، الکاسانی 129/6.

(3) - نهایه المحتاج، الرملی 421/5.

(4) - مغنی المحتاج، الشریبینی 570/3.

(5) - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن یزید القزوينی، و ماجه اسم أبيه یزید، سنن ابن ماجه. ج: 2،

(6) - ماده: 1205.

حالت اولی: اگر واهب وفات کند

قبلاً بیان گردید که بنا بر قول راجح واهب صرف در دو حالت حق رجوع را دارد: یکی رجوع قبل از قبض هبه، دوم: رجوع والد در هبه ای که بر فرزندش کرده است. پس اگر واهب در یکی از این دو حالت وفات کند آیا موت او اثری بر هبه می گذارد یا خیر؟

اول: وفات واهب قبل از قبض

اگر واهب قبل از این که موهوب له عین موهوبه را قبض کند وفات نماید، فقهاء در این مورد اختلاف دارند:

قول اول:

جمهور (مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها) میگویند: عقد هبه به مجرد وفات نمودن واهب منحل (باطل) میشود و ورثه آن حق رجوع در هبه را دارند (1).

دلیل قول اول:

کسانی که قائل به انحلال عقد هبه به موت واهب قبل از قبض اند میگویند: هبه عقدی است جایز که به موت واهب باطل میشود مانند وکالت (2).

قول دوم:

صحیح ترین قول در نزد شافعی ها و قول بعضی از حنبلی ها اینست: عقد هبه به موت واهب منحل (باطل) نمیشود، بلکه ورثه واهب در اقباض (به تصرف در آوردن) قایم مقام او میشوند (3).

دلیل قول دوم:

کسانی که به عدم انحلال هبه به موت واهب قبل از قبض قایل اند میگویند: هبه عقدی است که مآلش (انجامش) لزوم است، بناءً به موت واهب منحل و باطل نمی گردد، مانند بیع مشروط به شرط خیار (4).

مناقشه:

این قیاس، قیاس مع الفارق است؛ زیرا بیع عقد معاوضه است و هبه عقد تبرع، بناءً نمیتوان یکی را بر دیگری قیاس کرد. بالفرض اگر این قیاس را صحیح بدانیم، باز هم میان مقیس و مقیس علیه فرق است، چون اصل در عقد بیع لزوم است، و لزوم در صورتی مرتفع میشود که بیع متضمن خیار باشد بر عکس هبه؛ زیرا هبه جایز است نه لازم، و لزوم آن متوقف به قبض است؛ بناءً الحاق آن به بیع جایز نیست.

رای راجح و اسباب آن:

آنچه به نزد من راجح به نظر میرسد قول اول است، زیرا قبلاً ذکر شد که عقد جایز به مرگ یکی از متعاقدين منحل و باطل میشود، و هبه عقد جایز است، بناءً به موت واهب باطل میگردد، دیگر اینکه مال بعد از موت واهب به ورثه آن منتقل میشود و از ورثه به خاطر هبه نمودن مال ایجاب صادر نشده است، بناءً تمام مال واهب در ملکیت ایشان قرار میگیرد.

(1) - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزبي الكلبي الغرناطي (ب- ت) القوانين الفقهية. ج: 1، ب- ط، ص: 242، روضة الطالبين، النووي 375/5، مغنی المحتاج، الشربيني 566/3، الانصاف، المرادوي 124/7.

(2) - القوانين الفقهية، الكلبي 242/1، روضة الطالبين، النووي 375/5، المغنی، ابن قدامة 43/6، المبدع، ابن مفلح 194/5.

(3) - روضة الطالبين، النووي 437/4، مغنی المحتاج، الشربيني 566/3، المغنی، ابن قدامة 43/6.

(4) - روضة الطالبين، النووي 437/4، مغنی المحتاج، الشربيني 566/3، المغنی، ابن قدامة 43/6، المبدع، ابن مفلح 364/5.

دوم: وفات واهب بعد از قبض

کسانی که قائل به لزوم هبه بعد از قبض اند میگویند: هرگاه موهوب له موهوبه را قبض کند و بعد از آن واهب وفات نماید موت واهب هیچ اثری در آن نمیگذارد، زیرا هبه به مجرد قبض در ملکیت موهوب له قرار میگیرد، در این صورت طوری که واهب حق رجوع را در حیاتش ندارد ورثه آن نیز حق رجوع را ندارند.

اما اگر میت والد باشد، آیا ورثه آن حق رجوع در هبه را دارند چنانکه خودش حق رجوع را داشت طوری که قبلاً در این باب احادیث را خواندیم، فقها در مورد دو قول دارند:

قول اول:

علمای مالکی و علمای حنبلی (در یک روایت) میگویند: حق رجوع به ورثه منتقل میشود (1).

دلیل قول اول:

قائلین به اینکه حق رجوع به ورثه واهب منتقل می شود از این حدیث استدلال کرده اند: «عَنِ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ، قَالَ: تَصَدَّقَ عَلَيَّ أَبِي بِبَعْضِ مَالِهِ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَنْطَلِقَ أَبِي إِلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِئُشْهَدَ عَلَى صَدَقَتِي، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَفَعَلْتَ هَذَا بَوْلَدِكَ كُلِّهِمْ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «اتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ»، فَرَجَعَ أَبِي، فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ» (2).

ترجمه: نعمان بن بشیر (رضی الله عنه) میگوید: پدرم بخشی از مالش را به من بخشید. مادرم عمره دختر رواحه؛ گفت: تا رسول الله (صلی الله علیه وسلم) را گواه نگیری، من راضی نخواهم شد. پدرم نزد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) رفت تا آنحضرت (صلی الله علیه وسلم) را بر این هدیه اش، گواه بگیرد. رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمود: آیا به سایر فرزندان نیز چنین هدیه ای داده ای؟ گفت: خیر. فرمودند: از الله بترسید و میان فرزندان با عدالت، رفتار کنید. نعمان میگوید: آنگاه پدرم برگشت و بخشش خود را پس گرفت.

وجه استدلال:

رسول الله (صلی الله علیه وسلم) این مفاضله و ترجیح را جور و ظلم شماریده و بشیر را به پس گرفتن بخششی اش دستور دادند و از گواه شدن بر آن امتناع ورزیدند، زیرا ظلم حرام است و امر تقاضای وجوب را میکند، این بذات خود دلیلی صریح است بر تحریم تفضیل و ترجیح یک فرزند بر فرزند دیگر در هبه، لذا نه انجام دادن این فعل حلال است و نه گرفتن آن بخششی (3).

قول دوم:

شافعی ها و حنبلی ها در روایت دیگر میگویند: حق رجوع به موت واهب باطل می شود و به ورثه انتقال نمی یابد (4). **دلایل قول دوم:**

قائلین به این قول که حق رجوع به موت واهب باطل میشود و به ورثه انتقال نمی یابد از این دلایل استدلال کرده اند:

(1) - الذخیره، القرافي 286/6، حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 101/4، الإناصاف، المرداوي 141/7.

(2) - صحيح البخاري، ج: 3، ص: 158، ح: 2587، كتاب: الهبة وفضلها و التحريض عليها، باب: الإشهاد في الهبة.

(3) - المغني، ابن قدامة 60/6، شرح الزركشي، الزركشي 308/4.

(4) - المجموع شرح المذهب، النووي 211/9، المغني، ابن قدامة 60/6، الإناصاف، المرداوي 140/7.

دلیل اول:

از عمر بن خطاب (رضی الله عنه) روایت است که فرمودند: «لَا نُحْلَةَ، إِلَّا نُحْلَةً يَحُوزُهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ»⁽¹⁾.

ترجمه: نیست عطیه و بخششی، مگر عطیه و بخششی که فرزند از پدر بگیرد و آن را حفظ کرده بتواند".

وجه استدلال:

عمر بن خطاب (رضی الله عنه) ضمن این فرمانش بیان کرد که اگر فرزند عطیه پدرش را حفظ کرده بتواند هبه لازم می گردد و اگر آن را قبض نماید از آن او میشود و ورثه بعد از وفات پدر شان حق رجوع را ندارند⁽²⁾.

مناقشه:

در این دلیل ذکری از رجوع پدر در هبه و رجوع ورثه بعد از موت پدرشان نیامده است، این اثر فقط دلالت بر این دارد که هبه به قبض لازم میگردد.

دلیل دوم:

هرگاه پدر به فرزند خود هبه کند این هبه بعد از فوت پدر لازم میگردد چنانچه که اگر تنها باشد، و ورثه حق رجوع را ندارند⁽³⁾.

مناقشه:

این قیاس، قیاس مع الفارق است؛ زیرا اگر واهب علاوه از موهوب له اولاد دیگری نیز داشته باشد در این صورت در حق دیگران ظلم و جفا کرده است، لذا باید رجوع کند یا میان همه فرزندان عدالت را یکسان مراعات نماید، اگر این کار را نکرد بقیه فرزندان بعد از وفات پدر شان حق رجوع را دارند، لیکن اگر پدر یک فرزند داشت و برای او هبه کرد در این صورت رجوع کردن واجب نیست بلکه اختیاری است و بعد از وفات حق رجوع ساقط میشود و هیچ کس حق دعوا را ندارد.

دلیل سوم:

هبة پدر به فرزند به موت پدر لازم میگردد چنانکه اگر موهوب له اجنبی باشد. بناءً ورثه حق رجوع را ندارند⁽⁴⁾.

مناقشه:

این قیاس، قیاس مع الفارق است؛ زیرا اگر کسی برای اجنبی چیزی را هبه کند در زندگی حق رجوع را ندارد، پس ورثه او بعد از موتش به طریق اولی حق رجوع را ندارند، بر عکس این که پدر به فرزند خود چیزی را هبه کند؛ زیرا پدر حق رجوع را دارد، و اگر پدر وفات نمود دیگر فرزندان قائم مقام او شده حق رجوع در هبه را دارند تا از ظلم نجات یافته و حق شان را بگیرند.

رأی راجح و اسباب آن:

(1)- سنن الکبری للبیہقی. ج: 6، ص: 282، ح: 11935، کتاب: الهبات، باب: یقبض للطفل أبوه. شیخ ألبانی این حدیث را صحیح گفته است. إرواء الغلیل 69/6.

(2)- المبدع، ابن مفلح 201/5، المغنی، ابن قدامة 61/6.

(3)- مراجع سابق.

(4)- المبدع، ابن مفلح 201/5.

بعد از ذکر صورت های مختلف هبه و ذکر دلایل و مناقشات به این نتیجه رسیدم که قول اول راجح است، یعنی هرگاه پدر فرزندی از فرزندان را چیزی دهد و دیگران را محروم کند، بعد از وفات پدر دیگر فرزندان حق رجوع در هبه را دارند تا از ظلم نجات یافته و حق خود را ستانند، اما اگر پدر فرزندی از فرزندان را که نهایت فقیر و تنگدست است چیزی بخششی دهد و آن را کمک کند در این صورت دیگر فرزندان حق رجوع را ندارند.

حالت دومی: اگر موهوب له وفات کند

هرگاه موهوب له عین موهوبه را در حیات خود آورده و حفظ کند در ملکیت او داخل می شود و بعد از وفات مال موروثه اش به شمار میرود، بناءً موت موهوب له بعد از قبض هبه، اثری بر عین موهوبه نمیگذارد، اما اگر موهوب له قبل از قبض هبه وفات نماید در این صورت از دو حالت خالی نیست:

حالت اولی: موت موهوب له قبل از قبول و بعد از ایجاب

اگر موهوب له بعد از ایجاب هبه از طرف واهب و قبل از قبول وفات نماید، آیا ورثه او این قبول را به میراث میبرند یا اینکه هبه به موت موهوب له باطل میگردد و موجب از ایجابش منصرف میشود؟ در این مورد فقهاء دو قول دارند:

قول اول:

جمهور (حنفی ها، مالکی ها- در صورتی که هدفش بعینه موهوب له باشد- شافعی ها و صحیح ترین قول نزد حنبلی ها) میگویند: هبه به موت موهوب له باطل میشود و حق قبول را ورثه او به میراث نمیبرند (1).

دلایل قول اول:

قائلین به این قول از این دلایل استدلال کرده اند:

دلیل اول: زمانی که خبر وفات نجاشی به رسول الله (صلی الله علیه وسلم) رسید، هدیه ای را که به او فرستاده بودند بر گردانند، اگر حق قبول منتقل میشد و به میراث برده میشد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) هرگز هدیه شان را پس نمی گرفتند. بناءً معلوم شد که قبول به ورثه موهوب له منتقل نمیشود (2).

دلیل دوم: هبه عقد تملیک است، و عقد تملیک بدون ایجاب و قبول درست نمیشود، مانند بیع و دیگر متملکات، بناءً هرگاه موهوب له قبل از ایجاب وفات کند ایجاب باطل می شود چنانچه ایجاب در بیع به موت مشتری قبل از قبول باطل می گردد، بناءً هبه نیز باطل میگردد زیرا هبه تا هنوز تکمیل نشده است (3).

قول دوم:

قول علمای مالکی- در صورتی که هدفش بعینه موهوب له نباشد- و یک قول حنبلی ها اینست که میگویند: هبه به موت موهوب له باطل نمی شود و ورثه آن در قبول هبه قایم مقام او میشوند (4).

دلایل قول دوم:

(1)- المبسوط، السرخسی 56/12، تبیین الحقائق، الزیلعی 92/5، حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 102/4، الذخيرة، القرافي 232/6، روضة الطالبين، النووي 376/5، كشاف القناع، البهوتي 303/4.

(2)- المغنی، ابن قدامة 43/6.

(3)- المبسوط، السرخسی 57/12، المغنی، ابن قدامة 43/6.

(4)- حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 102/4، الذخيرة، القرافي 232/6، الانصاف، المرداوي 124/7، كشاف القناع، البهوتي 303/4.

ممکن این گونه استدلال شود: که واهب به ایجاب هبه مقداری از مال و ملک خود را به موهوب له اعطا نموده، و هر زمانی که موهوب له آن چیز را قبول کند در ملکیتش در می آید، بناءً قبول (پذیرش) از جمله حقوقی است که به میراث برده میشود، لذا ورثه می توانند عین موهوبه را تصاحب کنند.

مناقشه:

این دلیل مخالف عمل کرد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) است که ایشان هدیه را از نجاشی پس گرفتند لذا اگر حق قبول منتقل میشد و به میراث برده میشد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) هرگز هدیه شان را پس نمیگرفتند. بناءً معلوم شد که قبول به ورثه موهوب له منتقل نمیشود.

رای راجح و اسباب آن:

آنچه برای من صحیح و راجح به نظر میرسد قول اول (جمهور) است. و آن اینکه هبه به موت موهوب له باطل می شود و حق قبول را ورثه او به میراث نمیبرند زیرا دلایل شان خیلی قوی، بهتر و سالم از مناقشه است. دیگر اینکه دیدگاه دوم دلیل قوی و مستند ندارند؛ بناءً قول اول اقرب إلى الصواب است. والله اعلم

حالت دوم:

اگر موهوب له بعد از قبول هبه و قبل از قبض آن وفات کند، علماء در این مورد دو دیدگاه دارند:

قول اول:

یک قول از مالکی ها- در صورتیکه مقصد واهب موهوب له بعینه نباشد- و صحیح ترین قول نزد شافعی ها اینست که هبه باطل نمی شود و ورثه قایم مقام موهوب له در قبض میگردند⁽¹⁾.

دلایل قول اول:

دلیل شان این است:

هبه به محض ایجاب و قبول لازم می گردد، و قبض شرط تنفیذ و تمام است، و عقد لازم به موت منحل و باطل نمیگردد⁽²⁾.

مناقشه:

عقد در این حالت جایز است و هبه عقدی است که بدون قبض لازم نمیگردد، چنانچه دلایل و مرجحات آن در مباحث سابقه ذکر گردید.

قول دوم:

قول علمای مالکی- در صورتیکه مقصد واهب موهوب له بعینه باشد- یک قول از علمای شافعی و علمای حنبلی اینست که میگویند:

هبه به مجرد وفات واهب باطل می شود و ورثه قایم مقام او شده نمیتوانند⁽³⁾.

دلیل قول دوم:

هبه بدون قبض لازم نمیشود، بناءً به موت واهب باطل می گردد مانند وکالت و شراکت؛ علت مشترکشان این است که وکالت و شراکت به موت یکی از متعاقدين منحل میشوند⁽⁴⁾.

(1)- حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 102/4، روضة الطالبين، النووي 375/5.

(2)- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي المعونة علي مذهب عالم المدينة. ج: 1، المحقق: حميش عبد الحق، مصطفى أحمد الباز- مكة المكرمة: المكتبة التجارية، ب- ط، ص: 1607.

(3)- حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 102/4 الفواكه الدواني، النفراوي 159/2.

(4)- المبسوط، السرخسي 48/12، المهذب، النووي 334/2، المغنی، ابن قدامة 43/6.

رأى راجح و اسباب آن:

آنچه برای من درست و راجح به نظر می‌آید دیدگاه دوم است؛ زیرا دلیل شان قوی است، چون هبه عقدی جایزی است که بدون قبض لازم نمی‌گردد، اگر قبض صورت نگیرد به مجرد وفات یکی از متعاقدين منحل و باطل می‌گردد. الله سبحانه و تعالی اعلم

دیدگاه قانون در مورد رجوع از هبه بعد از مرگ متعاقدين

قانون مدنی چنین صراحت دارد: هرگاه یکی از طرفین عقد هبه، بعد از قبض آن فوت نماید، حق رجوع در آن ساقط می‌گردد⁽¹⁾.

مبحث چهارم: عقد عمری و رجوع در آن

عمری از انواع هبه به حساب می‌آید که اینک به شرح و تفصیل آن می‌پردازیم:

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی عمری

اول- تعریف لغوی: عمری به ضم عین، سکون میم و الف مقصوره از عُمر گرفته شده است، گفته می‌شود: مَكَانٌ عَامِرٌ: یعنی مکانی دارای عمارت و آبادی، و برای باشنده خانه عامر گفته می‌شود و جمعش عُمَار است و عربها در زمان جاهلیت عمری و رقبی را انجام می‌دادند.

عمری این است که شخصی به شخصی دیگری بگوید: این خانه را تا زنده هستی به تو دادم یا بعد از وفات من این خانه از آن تو باشد، وقتی مُعمر این سخن را گفت و آن چیز را به مُعمر تسلیم داد آن چیز تا ابد از آن مُعمر می‌شود⁽²⁾.

الله تعالی می‌فرماید: واستعمرکم فیها (هود: 61).

ترجمه: "و شما را در آن به آباد کردنش گمارید". این آیه کریمه به همین مطلب اشاره دارد.

دوم- تعریف اصطلاحی عمری: فقهای کرام عمری را تعریف‌های زیادی کرده اند اینک برخی از آنها:

تعریف علمای احناف: گردانیدن شخصی خانه اش را تا هنگام وفات به شخصی دیگر و هنگامی که وفات یافت آن خانه دو باره به خودش برگردد⁽³⁾.

تعریف علمای مالکی: این عرفه⁽⁴⁾ آن را چنین تعریف کرده است: مالک گردانیدن منفعت و فایده آن در حیات معطی (وقف کننده) بدون عوض و بدل⁽⁵⁾.

تعریف علمای شافعی: تا زمانی که مُعمر زنده است موهوب از آن او ست، و بعد از وفات او وارث در آن تصرف کرده نمی‌تواند⁽⁶⁾.

در (البیان) چنین آمده است: عمری نوعی از هبه است که نیاز به ایجاب و قبول دارد، و آن لازم نمی‌شود مگر به قبض کردن، و قبض آن بدون اجازه و اهب درست نیست⁽⁷⁾. و آن به چندین شیوه است:

(1)- ماده: 1206.

(2)- الصحاح تاج اللغة، الفارابی، فصل العین، ماده (عمر) 757/2، تهذیب اللغة، أبو منصور، باب العین و الرأ مع المیم 234/2، مختار الصحاح، الرازی، باب العین، ماده (عمر) 218/1، لسان العرب، ابن منظور، فصل العین المهملة 603/4.

(3)- الاختیار لتعلیل المختار، أبو الفضل الحنفی 53/3.

(4)- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمی، أبو عبد الله: یکی از شیوخ تونس و عالم و خطیب در عصر خود بود نسبتش به سوی ورغمة (قریه در افریقا) می‌باشد، در سال 716

تولد گردیده و در سال 803 در تونس وفات نموده است. د

(5)- الفواکه الدوانی، النفروایی 162/2.

(6)- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (1428ق) نهاية المطلب في دراية المذهب ج: 8، المحقق: عبد العظيم محمود الدّيب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى،

ص: 419.

(7)- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (1421ق) البيان في مذهب الإمام الشافعي ج: 8، ص: 127.

- 1- مُعْمَر تصریح کند که این چیز از آن فلانی وورثة آن است، پس این هبه ای است که از آن ورثه مییابد.
- 2- چیزی را به طوری عمری بدهد ولی مشروط به رجوع کردن بعد از وفات مُعْمَر. در صحت این نوع عمری اختلاف است بخاطری که با هبه فرق دارد.
- 3- اینکه تا هنگام وفات آن را بدهد ودر آن رجوع وعدم رجوع را ذکر نکند بلکه قضیه را مطلق بگذارد (1).

فشرده و خلاصه تعریفهای گذشته این است که: عمری نوعی از عقود ارفاق (خیر خواهی) وتبرعاتی است که اسلام عزیز به انجام دادن آن ترغیب وتشویق کرده است، بسا اوقات علمای کرام آن را به هبه مسمی میکنند. پس عمری در بلا عوض بودن مانند هبه است.

عمری از دیدگاه قانون:

قانون مدنی در مورد تصریح میدارد: هبه مقید به مدت عمر جواز داشته و به ارث برده نمیشود (2).

مطلب دوم: مشروعیت عمری

عمری در سنت نبوی بنا بر دلایل ذیل مشروع وجایز است:

- 1- «عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، قَالَ: قَضَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالْعُمَرَى، أَنَّهَا لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ». ترجمه: "از جابر (رضی الله عنه) روایت است که میگوید: پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) دستور دادند که عمری مال کسی است که به او بخشیده شده است" (3).
- 2- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ» (4). ترجمه: از جابر (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: هر کس که بصورت عمری به او چیزی داده شد، به او و فرزنداناش تعلق میگیرد، و هرگز به ملك دهنده برنمی گردد. چون دهنده بخششی نموده است که حکم میراث در آن به اجرا درآمده است".
- 3- عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ» (5). ترجمه: از ید بن ثابت روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) عمری را برای ورثه گردانیدند".
- 4- «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: الْعُمَرَى جَائِزَةٌ» (6). ترجمه: از ابوهریره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: عمری جایز و صحیح است".

وجه استدلال:

از مجموع این احادیث دانسته می شود که عمری جایز است. در شرح السنه چنین آمده است: عمری (بخشش مادام الحیات) بالاتفاق جایز است، مثلاً شخصی به شخصی بگوید: «أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ» این منزل را تا زنده ای به تو بخشیدم، یا تا زنده هستی از آن تو باشد، پس آن کس این را پذیرفت.

(1) - ابن دقیق العید (ب-ت) إحصاء الأحكام شرح عمدة الأحكام ج: 2، الناشر: مطبعة السنة المحمدية، ب- ط، ص: 175.

(2) - ماده: 118.

(3) - صحیح البخاری ج: 3، ص: 165، ح: 2625 کتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: ما قيل في العمرى والرقبي.

(4) - صحیح مسلم ج: 2، ص: 1245، ح: 1625، کتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(5) - سنن ابن ماجه ج: 2، ص: 796، ح: 2381، کتاب: الهبات، باب: العمرى.

(6) - صحیح البخاری ج: 3، ص: 165، ح: 2626، کتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: ما قيل في العمرى والرقبي.

این مانند هبه است در صورتی که مُعَمَّر آن را قبض کند، پس او مالکش می شود و برایش هر نوع تصرف در آن جایز است، و هنگامی که وفات نماید به میراث برده می شود، برابر است که مُعَمَّر «هِيَ لِعَقَبِكَ مِنْ بَعْدِكَ أَوْ لَوَرَثَتِكَ» یعنی این برای باز ماندگان تو باشد- گفته باشد یا خیر (1).

مطلب سوم: رجوع از عمری

عمری مطلق می باشد یا مقید، هر کدام احکام خاص خود را دارد که در ذیل بیان میشود:

اول: رجوع از عمری مطلق

مثال عمری مطلق: مُعَمَّر برای مُعَمَّر گوید: این از تو و برای باز ماندگان بعد از تو باشد. فقهای که این گونه عمری را جایز قرار می دهند همه اتفاق دارند که این عمری در ملک مُعَمَّر داخل شده، و ملکیت عین چیز عمری شده را شامل می شود (2). ایشان در این باره از احادیث ذیل استدلال کرده اند:

1- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمرَى لَهُ وَلِعَقَبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي أَعْطَاهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا لِأَنَّهُ أَعْطَاهَا عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ» (3).

ترجمه: از جابر (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) فرمودند: هر کس بصورت عمری به او چیزی داده شد، به او و فرزنداناش تعلق میگیرد. و هرگز به ملك دهنده برنمیگردد. چون دهنده بخششی نموده است که حکم میراث در آن به اجرا درآمده است.

2- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «مَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا عُمرَى لَهُ وَلِعَقَبِهِ، فَقَدْ قَطَعَ قَوْلُهُ حَقَّهُ فِيهَا، وَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَ وَلِعَقَبِهِ». غَيْرَ أَنَّ يَحْيَى قَالَ فِي أَوَّلِ حَدِيثِهِ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمرَى فُهِىَ لَهُ وَلِعَقَبِهِ» (4).

ترجمه: از جابر (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) فرمودند: هر کس عمری را به کسی بخشید تا به او و ورثه اش تعلق گیرد، به یقین که این سخن او، حقش را از او بریده است، لذا این عمری ملك آن شخص و ورثه او است - یعنی از آن کسی است که به او بخشیده شده- و در اول حدیث یحیی چنین آمده است: هر کس بصورت عمری به او چیزی داده شد، به او و فرزنداناش تعلق میگیرد.

هرگاه عمری مطلق باشد، آیا در این صورت تملیک تنها متوجه عین مُعَمَّر به میباشد که عمری از آن مُعَمَّر و ورثه آن بوده و مُعَمَّر حق رجوع را ندارد؟، یا اینکه تملیک متوجه منفعت عین مُعَمَّر به می باشد که در این صورت مُعَمَّر بعد از وفات مُعَمَّر حق رجوع را دارد فقهاء در این مسأله دو قول دارند:

قول اول:

جمهور (علمای احناف، علمای شافعی، و علمای حنبلی) میگویند: تملیک متوجه عین و اصل مُعَمَّر به میباشد و مُعَمَّر در هیچ صورت حق رجوع را ندارد و عمری از آن مُعَمَّر و ورثه آن است (5). ایشان در این مورد از این حدیث استدلال کرده اند:

(1)- محیی السنة، أبو محمد الحسین بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (1403ق) شرح السنة، ج: 8، ص: 293.

(2)- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المذهب، ج: 2، الناشر: دار الكتب العلمية، ص: 336.

- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد الشَّعْدِي، حنفي (1404ق) التتف في الفتاوى، ج: 1، المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، بيروت-لبنان: دار الفرقان/مؤسسة الرسالة-عمان الأردن، الطبعة: الثانية، ص: 521-522، الإختیار لتعلیل المختار، أبو الفضل الحنفي 53/3، حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 109/4، المبدع، ابن مفلح 198/5.

(3)- صحيح مسلم، ج: 3، ص: 1245، ح: 1625، كتاب: الهبات، باب: العمرى.

(4)- صحيح مسلم، ج: 3، ص: 1245، ح: 1625، كتاب: الهبات، باب: العمرى.

(5)- بدائع الصنائع، الكاساني 117/6.

«عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: قَضَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالْعُمَرَى، أَنَّهَا لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ»⁽¹⁾.
ترجمه: "از جابر (رضی الله عنه) روایت است که میگوید: پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) دستور دادند که عمری مال کسی است که به او بخشیده شده است".

وجه استدلال:

این حدیث با صراحت کامل دلالت بر این دارد که عمری از آن مُعمر بوده و از جمله اموالی به شمار میرود که بعد از وفات او به میراث برده میشود⁽²⁾.

مناقشه:

این قول موافق عمل اهل مدینه نیست⁽³⁾.

جواب: این ادعا بیجاست، حدیث عمری را جمعی زیادی از صحابه کرام از جمله: جابر، ابن عمر، ابن عباس و ابو هریره (رضی الله عنهم) روایت کرده اند⁽⁴⁾.
و در المغنی آمده است: قول قاسم که خلاف قول اصحاب کرام و تابعینی که از ایشان نام بردیم پذیرفته نیست، پس چگونه در مخالفت قول سید المرسلین پذیرفته می شود، و کسانی که نعره اجماع اهل مدینه را در این مسأله ورد زبان میکنند درست نیست؛ زیرا بسیاری از ایشان به همین قول کرده اند، و طارق به دستور عبد الملك بن مروان نیز همین گونه فیصله کرده است⁽⁵⁾.

قول دوم:

مالکی ها میگویند: تملیک متوجه منفعت عین معمر به است، لذا بعد از موت مُعمر به صاحبش بر می گردد⁽⁶⁾. در **بداية المجتهد** آمده است: برای مُعمر در عمری جز منفعت چیزی دیگری نیست، هنگامی که مُعمر وفات کرد، آن چیز به مُعمر و یا ورثه آن بر می گردد. این قول امام مالک و اصحاب اوست⁽⁷⁾.
قرافی⁽⁸⁾ میگوید: در نزد امام مالک و اصحاب او ملکیت در عمری با لفظ عمری، سکن، اعتمار، استغلال و اعمار به منافع ثابت میشود نه عین آن چیز⁽⁹⁾. ایشان در این مورد از عقل استدلال کرده اند:
1- تملیک در عمری متوجه منفعت عین معمر به است، و این مقتضای لغت عربی است. ابن الأعرابی⁽¹⁰⁾ میگوید: عرب در این که عمری (بخش ما دام الحیات) رقبی (بخشیدن تا مدت معین) منحه (تحفه و بخششی)

- سلیمان بن محمد بن عمر البجیرمی المصری الشافعی (1415ق) تحفة الحبيب علی شرح الخطيب=حاشية البجيرمي علی الخطيب. ج: 3، الناشر: دار الفكر، ص: 270

(1)- صحيح البخاری. ج: 3، ص: 165، ح: 2625، کتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: ما قبل فی العمری والرقبی.

(2)- بدائع الصنائع، الکاسانی 117/6، المبدع، ابن مفلح 198/5.

(3)- أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (1400ق) الکافی فی فقه أهل المدینة. ج: 2، المحقق: محمد محمد أحمد ولد مادیک الموریتانی، المملكة العربية السعودية-الرياض: مكتبة الرياض، الطبعة: الثانية، ص: 1021.

(4)- السنن الكبرى للبيهقي. ج: 6، ص: 284، کتاب: الهبات، باب: العمری.

(5)- 69/6.

(6)- الذخيرة، القرافي 216/6.

(7)- 116/4.

(8)- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي از علمانی مالکی بوده و نسبتش به قبیله صنهاج و به سوی قرافه (محلی در نزدیکی قبر امام شافعی-رحمه الله-) در قاهره است. از مصر بوده که در همانجا تولد و وفات یافته است

(9)- الذخيرة، القرافي 216/6.

(10)- محمد بن زیاد، معروف به ابن الأعرابي، أبو عبد الله: راوی و از دانشمندان علم لغة از اهل کوفه بود. و در سال 845 در سامراء وفات نموده است. دارای مصنفات زیادی است از جمله: تاریخ القبائل و النوادر فی الأدب و أبيات المعاني. الأعلام، الزركلي 131/6-132.

عاریه (چیزی را به امانت بردن) سکنی (کسی را جای دادن) اطراق (دادن حیوان نر برای جفت گیری) در ملکیت مالک آن بوده و منافع آن برای کسی است که برایش داده شده است، هیچ اختلافی ندارند⁽¹⁾.

2- تملیک اصل و عین چیز در صورت مراد می باشد که بطور مطلق ذکر شود، وقتی مالک تملیک را معلق به عمر مُعمر ذکر کند دانسته میشود که مرادش عین چیز نیست، بناءً واجب است که آن را به تملیک منافع حمل کنیم⁽²⁾.

رای راجح و اسباب آن :

من بعد از تحقیق و پژوهش به این نتیجه رسیدم که قول اول بنا بر دلایل ذیل راجح است:

- 1- قوت دلایل و وجود نصوص صریح از احادیث نبوی.
- 2- فرمان صریح رسول الله (صلی الله علیه وسلم) که عمری به ورثه میرسد.
عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمرِي لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ».
- ترجمه: از جابر (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) فرمودند: هر کس بصورت عمری به او چیزی داده شد، به او و فرزنداناش تعلق میگیرد. و هرگز به ملك دهنده برنمیگردد. چون دهنده بخششی نموده است که حکم میراث در آن به اجرا درآمده است. الله سبحانه و تعالی اعلم

مطلب چهارم: رجوع در عمری مقید به شرط

صورت مسأله: این که مُعمر برای مُعمر بگوید این چیز از آن تو باشد تا زمانی که من میرم و یا تو می میری. فقهاء در باره این نوع عمری دو قول دارند:

قول اول:

مالکی ها و روایتی از حنبلی ها است که میگویند: هرگاه معطی (دهنده) شرط بگذارد که عین مُعمر به هنگام وفات مُعمر از آن او خواهد بود شرطش صحیح است، و در این صورت تملیک متوجه منفعت عین معمر به می باشد نه متوجه عین و اصل⁽³⁾.

در مواهب الجلیل آمده: اگر مقید به وقت باشد مثلاً بگوید: این خانه را برای مدت یک سال، یا ده سال، یا تا زنده هستم یا تا زنده هستی به تو دادم، همانگونه می باشد که گفته است. و اگر مطلق ذکر کند در آن صورت بر عمر معطی (دهنده) حمل کرده میشود⁽⁴⁾.

ایشان در این مورد از سنت نبوی و فعل صحابه کرام استدلال کرده اند:

اول: سنت نبوی

- 1- عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ: إِنَّمَا الْعُمْرَى الَّتِي أَجَاَزَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنْ يَقُولَ: «هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ» فَأَمَّا إِذَا قَالَ: «هِيَ لَكَ مَا عِشْتُ» فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صَاحِبِهَا»⁽⁵⁾.
- ترجمه: ابو سلمه از جابر (رضی الله عنه) روایت کرده که او گفت: بخشش مادام العمری که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) اجازه داد؛ آن است که فرد هبه کننده بگوید: این زمین مال تو و وارثان توست، اما اگر بگوید: این تا زنده ای در اختیار توست، آن به صاحبش بر میگردد.

(1) - المغنی ، ابن قدامة 69/6.

(2) - مرجع سابق 71/6 - 72.

(3) - الذخيرة ، القرافي 324/6 ، مواهب الجلیل ، الحطاب الرُعيني 61/6.

(4) - 62/6.

(5) - صحيح مسلم ، ج: 3 ، ص: 1245 ، ح: 1625 ، كتاب: الهبات ، باب: العمری .

وجه استدلال:

این حدیث دلیل صریح است بر صحت اشتراط بر گشت عمری به صاحبش بعد از موت مُعمر⁽¹⁾.

مناقشه:

ممکن این بخش حدیث از حدیث جابر (رضی الله عنه) باشد و یا مدرج از کلام زهری؛ زیرا این حدیث با سند دیگری از جابر (رضی الله عنه) روایت شده ولی در آن این الفاظ: «فَأَمَّا إِذَا قَالَ...» نیست⁽²⁾.

2- «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»⁽³⁾.

ترجمه: "مسلمانان موظف بمراعات شرط و عهد خویش هستند".

وجه استدلال:

این حدیث افاده لزوم شرطی را میکند که عاقدین باهم شرط می گذارند چنان شرطی که مخالف کتاب و سنت نمی باشد، پس شرط گذاشتن مُعمر رجوع عین معمره را بعد از وفات مُعمر نیز جایز است؛ زیرا ممانعتی در این شرط دیده نمیشود⁽⁴⁾.

قاسم میگوید: مردم را درحالی یافتیم که شروط خویش را مراعات می کردند، پس عمل کردن به شرط رواست.

مناقشة این استدلال:

این دلیل مخالف حدیثی است که آن را جابر روایت کرده و در آن چنین فرموده: «لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطِي فِيهَا شَرْطٌ، وَلَا ثَنِيًّا»⁽⁵⁾.

ترجمه: "برای هبه کننده نه شرط جایز است و نه استثناء".

دوم: فعل صحابه

از قاسم بن محمد در باره آنچه مردم میگویند سوال شد، او فرمود: مردم را درحالی یافتیم که شروط خویش را در مال های شان و در آنچه می دادند مراعات میکردند "قاسم تعدادی زیادی از صحابه کرام را درک کرده و از ایشان حدیث روایت کرده است. پس هدف او از "مردم" در این حدیث همان اصحاب گرامی اند که با ایشان ملاقات کرده است⁽⁶⁾.

مناقشه:

این قول قاسم مخالف روایتی است که از شخص او در مورد عدم جواز اشتراط معطی در عمری روایت شده است.

قول دوم:

قول حنفی ها، صحیح ترین قول شافعی ها و مذهب در نزد حنبلی ها اینست که معمر به (شیء هبه شده) از آن مُعمر و ورثه آن است و شرط باطل است⁽⁷⁾.

(1) - شمس الدین محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (1413ق) شرح الزركشي . ج: 4، الناشر: دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ص: 319.

(2) - شرح منتهی الايرادات، البهوتي 435/2، المغني، ابن قدامة 96/6.

(3) - صحيح البخاري. ج: 3، ص: 92، بعد از ح: 2273، كتاب: الإجارة، باب: أجر السمسرة.

(4) - المبدع، ابن مفلح 196/5.

(5) - صحيح مسلم. ج: 3، ص: 1264، ح: 1625، كتاب: الهبات، باب: العمرى.

(6) - الذخيرة، القرافي 217/6، المبدع، ابن مفلح 198/5.

(7) - بدائع الصنائع، الكاساني 116/6، مغنى المحتاج، الشربيني 563/3، المغني، ابن قدامة 69/6.

در مغنی المحتاج آمده: (لو قال مع قوله أعمرتكها: فإذا مت عادت إلي أو إلي وارثي فكذا هي هبة و إعمار صحيح في الأصح) اگر با این قولش: (تا زنده ای این چیز را به تو بخشیدم) چنین گوید: و هرگاه وفات کردی بر من و یا بر وارث من بر می گردد. در این صورت بنا بر قول راجح این هبه و اعمار (چیزی را مادام العمر به کسی دادن) صحیح و درست است (1).

در المغنی آمده: «فإن شرط إذا مت فهي لي». اگر شرط بگذارد که هرگاه تو وفات کردی این از آن من باشد. از امام احمد در این باره دو روایت نقل شده است:

اول: عقد و شرط هر دو صحیح است و هرگاه مُعَمَّر وفات یافت آن چیز به مُعَمِّر بر میگردد.

دوم: آن چیز از آن مُعَمَّر و ورثه آن بوده و شرط باطل است (2).

به این قول خود از سنت نبوی و عقل استدلال کرده اند:

1- سنت نبوی

1- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي امْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أُعْطَاهَا ابْنُهَا حَديقَةً مِنْ نَخْلٍ فَمَاتَتْ فَقَالَ ابْنُهَا إِنَّمَا أُعْطِيْتُهَا حَيَاتِهَا. وَلَهُ إِخْوَةٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « هِيَ لَهَا حَيَاتُهَا وَمَوْتُهَا ». قَالَ كُنْتُ تَصَدَّقْتُ بِهَا عَلَيْهَا. قَالَ « ذَلِكَ أَبْعَدُ لَكَ » (3).

ترجمه: از جابر بن عبد الله (رضی الله عنه) روایت است در باره زنی از انصار که فرزندش باغی از نخلستان خود را به وی داده بود، آن زن وفات کرد پسرش گفت: من این نخلستان را تا زمانی به وی داده بودم که زنده باشد. او برادرانی داشت پیامبر (صلی الله علیه وسلم) درباره او حکم کردند و گفتند: «این نخلستان از آن زن است، چه در طول حیات و چه پس از مرگ او، یعنی بعد از مرگش جزو ما ترک او است». آن مرد گفت: از آن باغ به وی صدقه می دادم، پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) گفت: «آن از شما دورتر است».

وجه استدلال:

این حدیث دلیل صریح و واضح است بر بطلان شرط مُعَمِّر و انقراض عقب آن، و این صفت و ویژگی تنها در تملیک رقاب و اصل چیز میباشد (4).

2- از ابن عمر (رضی الله عنهما) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: لَا عُمَرَى وَلَا رُقْبَى فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَمَاتُهُ» (5). ترجمه: " نه عمری جایز است و نه رقبی، پس هرکس چیزی به او مادام الحیات داده شد و یا مادام الحیات وبعد الممات داده شده پس آن چیز در زندگی وبعد از آن از او خواهد بود".

وجه استدلال:

این حدیث دلیل صریح است بر ابطال شرط و این که عمری و رقبی به هیچ صورت به مالکش بر نمیگردد (6).

(1)- 563/2.

(2)- 69/6.

(3)- سنن أبي داود، ج: 3، ص: 295، ح: 3557، کتاب: البيوع، باب: في العمري. این حدیث را بیهقی ضعیف گفته است. إروا الغلیل 51/6.

(4)- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ب- ت المحلى بالآثار، ج: 8، بيروت: دار الفكر، ب- ط، ص: 132.

(5)- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (1406ق) سنن الصغرى، ج: 6، ص: 273..

(6)- المبدع، ابن مفلح 198/5، المغني، ابن قدامة 70/6.

دوم: عقل

هرگاه این شرط را جایز قرار دهیم، در این صورت عمری حیثیت هبة مؤقت را بخود می گیرد، وتوقیت در هبة درست نیست، و شرط هم آن را فاسد نمیکند؛ زیرا این شرط بالای مُعمر نیست بلکه شرط بالای ورثه است (1)

مناقشه:

در عمری توقیت درست است، زیرا شرط رجوع در این جا بر غیر موهوب له که ورثه هستند میباشد. بر عکس توقیت به زمان معلوم (2).

رأی راجح و اسباب آن:

به نظر من قول اول بنا بر دلایل ذیل راجح است:

1- قوت دلایل ایشان، دلایلی قوی و مستندی از سنت ذکر کرده اند و فریق ثانی تنها از اقوال صحابه (رضی الله عنهم) استدلال نموده اند، و قول رسول الله (صلی الله علیه وسلم) از قول صحابه (رضی الله عنهم) قوی و قابل حجت است.

2- مسلمانان به شروط خود پایبند اند چنانکه از رسول الله (صلی الله علیه وسلم) نقل شده است، پس در پرتو همین شرایط منفعت دو جانبه مسلمانان بدون نارضایتی الله تعالی در نظر گرفته شده است. قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هبة مقید به زمان معین جواز ندارد (3).

مبحث چهارم: رجوع در ابراء

مطلب اول: تعریف لغوی واصطلاحی ابراء

اول- تعریف لغوی:

ابراء در لغت مصدر است از برأ بیرأ که به معنای تنزیه تخلص (رها کردن) ودوری از چیزی میباشد. ابن الأعرابی میگوید: برئ: به معنای تخلص (رهایی یافتن) تنزه (از عیوب پاک شدن) تباعد (دور شدن) است. لذا ابراء در این جا به معنای: بری ساختن بدهکار از وام و یا حقی که بر اوست میباشد. پس تبرئه: تصحیح برائت و رفع اتهام را گویند، و مبارات: بیزار شدن از یکدیگر و مصالحه بر فراق وجدایی را گویند (4).

دوم- تعریف اصطلاحی ابراء:

ساقط کردن شخص حق خود را از کسی که بالایش حق دارد. و هرگاه حق بر ذمه شخص و به طرف آن نباشد، مانند حق شفعه و حق سکنی موصی به، پس ترک این نوع حقوق را ابراء گفته نمی شود بلکه ابراء اسقاط محض است. و واژه اسقاط را در این جا بکار بردیم مع اینکه ابراء دو معنا دارد: یکی: اسقاط و دومی: تملیک. این کار را بخاطر تغلیب یکی از معانی بر دیگری کردیم، ولی این هم به نحوی به اسقاط دلالت میکند (5).

(1) - المغنی ، ابن قدامة 70/6.

(2) - شرح منتهی الإیرادات ، البهوتی 435/2.

(3) - ماده 1186.

(4) - تهذیب اللغة ، ابو منصور باب الرء والباء 193/15، مجمل اللغة ، ابن فارس ، کتاب الباء ، باب الرء و الباء وما یتلثهما مادة (برأ) 122/1 ، مقایس اللغة ، الرازی ، کتاب

الباء ، باب الباء و الرء وما معهما من الثلاثی مادة (برأ) 236/1.

(5) - الموسوعة الفقهیه الكويتیه: 142/1.

مطلب دوم: ابرای مکفول عنه

فقهاء اتفاق دارند که هرگاه مکفول له مکفول عنه را مبرا کند این در حقیقت اسقاط کفاله است، پس حق مکفول له زایل میشود و دوباره حق رجوع به کفیل را جهت مطالبه ادا ندارد. و همچنان حق رجوع به مکفول عنه را نیز ندارد⁽¹⁾.

در مرشد الحیران آمده: ادا نمودن اصیل یا کفیل مال مکفول به را، موجب برائت اصیل، کفیل و کفیل کفیل می گردد⁽²⁾.

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: تأدیة وجه کفالت از طرف اصیل یا کفیل موجب برائت اصیل و کفیل هر دو میگردد⁽³⁾.

اما ساقط شدن حق مکفول عنه در رجوع کردن بر کفیل جهت مطالبه اداء است؛ زیرا کفیل تبع و وثیقه است و هرگاه مکفول بری شود وثیقه زایل میگردد مانند رهن، زیرا وام و قرض بر اصیل است نه بر کفیل، و تنها مطالبه حق بر او غالب است و ابرای اصیل ساقط کردن قرض از ذمه اوست و هرگاه دین از ذمه اش ساقط شد حق مطالبه اش نیز زایل میشود، چون مطالبه در قرض میباشد نه در غیر قرض⁽⁴⁾.

مطلب سوم: ابرای کفیل

فقهاء اتفاق دارند که هرگاه مکفول له کفیل را مبرا کند فقط کفیل بری می شود، اما اگر مکفول را مبرا کند پس بری نمیشود ذمه اش با این ابراء، زیرا دین و قرض بر اصیل است نه بر کفیل، و کفیل تنها حق مطالبه را دارد، و از سقوط حق مطالبه سقوط دین لازم نمیگردد، و از عدم مطالبه عدم دین لازم نمیگردد، و برائت فرع مستلزم برائت اصل نمی باشد؛ زیرا آن وثیقه و پیمانی است که بدون ادای دین از هم پاشیده است؛ بناءً ذمه اصیل بری نمیشود مانند رهن که بدون استیفاء فسخ و باطل میگردد⁽⁵⁾.

آنچه از مباحث مذکور بدست میآید این است که: ابرای مکفول عنه سبب سقوط حقوقی می شود که بر او لازم گردیده است؛ و این حق را کسی ساقط کرده که ملکیت اسقاط بدست او بوده، و از برائت ذمه مکفول عنه سقوط حق مطالبه از کفیل لازم می آید، لذا بعد از این ابراء، مکفول له در هیچ صورتی حق رجوع بر کفیل و مکفول عنه را ندارد.

اما ابرای کفیل هر چند برائت کفیل است ولی باز هم برائت ذمه مکفول عنه از حقوقی که بالای اوست لازم نمیگردد، بناءً برای مکفول له مجاز است که بر مکفول عنه مراجعه نموده و حق خود را از او بگیرد⁽⁶⁾. در المذهب آمده: هرگاه مکفول بنفسه حاضر شود و نفس خود را تسلیم کند، کفیل بری میشود، چنانکه هرگاه ضامن دین مضمون عنه را ادا نماید بری می شود، اگرچه مکفول به غایب هم باشد⁽⁷⁾. در قانون در مورد چیزی ذکر نگردیده بود.

(1) - بدائع الصنائع، الکاسانی 10/6، روضة الطالبین، النووی 257/4، المبدع، ابن مفلح 251/4.

(2) - محمدقدری باشا (1308ق) مرشد الحیران إلى معرفة أحوال الإنسان، ج: 1، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة: الثانية، ص: 124، ماده: 760.

(3) - ماده: 1702.

(4) - بدائع الصنائع، الکاسانی 12/6.

(5) - البحر الرائق، ابن نجیم 246/6. - محمد بن عبد الله بن علي الخرشى المالكي (1317ق) حاشية الخرشى، ج: 6، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ص: 314، و روضة الطالبین، النووی: 257/4، المبدع، ابن مفلح: 251/4.

(6) - شرح الزركشي، الزركشي 120/4.

(7) - 154/2.

فصل سوم

رجوع در عقد وقف

این فصل دارای دو مبحث است که هر مبحث در برگیرنده مطالب می باشد.

مبحث اول: ماهیت وقف

برای درک مفهوم وقف نخست به تعریف لغوی و اصطلاحی آن پرداخته بعداً به مسایل دیگر میپردازیم.

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی وقف

اول- تعریف لغوی: وقف مصدر است از: وقفت الدابة (حیوان ایستاد شد) و وقف الأرض علی المساکین - به معنای حبس و بند کردن است، اما أوقف لغت ردی و نادرست است⁽¹⁾.
دوم- تعریف اصطلاحی: علمای کرام وقف را تعریف های متعددی نموده اند که مهمترین آنها را در این جا ذکر میکنم:

تعریف امام ابو حنیفه (رحمه الله):

هو حبس العين علی ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية.

وقف به معنای حبس و نگاه داشتن عین یک چیز در ملکیت واقف و صدقه نمودن منفعت آن که به منزله عاریت است⁽²⁾.

شرح تعریف:

از این تعریف واضح میشود که عین موقوفه در ملکیت صاحبش باقی میماند و از ملکیت آن خارج نمیشود، بنابر این در نزد امام ابو حنیفه (رحمه الله) رجوع در وقف جایز است طوری که رجوع در عاریت جایز است؛ زیرا وقف را به مثابه عاریت میداند⁽³⁾.

تعریف صاحبین- ابو یوسف و محمد (رحمهم الله):

"هو حبس العين علی حکم ملك الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى علی وجه تعود إلى العباد".
وقف عبارت اند از: حبس و نگاه داشتن عین یک چیز بر حکم ملکیت الله تعالى است، به نحوی که ملکیت واقف زایل می شود و منفعت آن به بندگان میرسد⁽⁴⁾.

شرح تعریف:

از این تعریف واضح میشود که وقف، حبس عین موقوفه در ملکیت الله تعالى بوده نه در ملکیت واقف چنانکه در تعریف اول ذکر شد، بناءً در این جا لزوم وقف و عدم جواز رجوع در آن مرتب می شود، لیکن محصول و ثمره آن به جهتی که وقف برای آن صورت گرفته است می رسد، و خرید و فروش و یا تصرف در اصل (عین موقوفه) جایز نیست.

تعریف مالکی ها:

"هو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس".

(1)- لسان العرب، ابن منظور، حرف الفاء، فصل الواو، مادة (وقف) 359/9-360.

(2)- الهداية، المرغيناني 15/3، الاختيار لتعليل المختار، ابو الفضل الحنفی 40/3.

(3)- الهداية، المرغيناني 15/3.

(4)- کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی المعروف بابن الهمام (ب-ت) فتح القدیر. ج: 6، الناشر: دار الفكر، ب-ط، ص: 203.

وقف عبارت اند از : اعطای منفعت عین(اصل) اگر چه به اجاره باشد و یا عائد و در آمد آن برای شخص مستحق تا مدت مشخص که واقف از آن منظور دارد (1).

شرح تعریف:

یعنی اعطای واقف منفعت شیء را که مالک عین آنست و یا شیء را که تنها مالک منفعت آنست نه عین و یا اصل آن ؛ مانند مستأجر، که در هر دو صورت تنها منفعت را وقف مینماید و ملکیت اصل برای خودش باقیست و در نزد موقوف علیه تا مدتی که واقف تعیین نموده است باقی میماند و میتواند که برای دایم وقف نماید و یا هم تا یک مدت مشخص و معین؛ زیرا از نظرشان تأیید(دایمی بودن) شرط صحت وقف نیست(2).

تعریف شافعی ها:

قالوا: "هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته علي مصرف مباح موجود". شافعی ها میگویند: وقف، حبس و نگاه کردن مالی است که انتفاع از آن در مصرف مباح موجود ممکن باشد، و عین آن باقی بماند و هیچ نوع تصرف در آن جایز نمیباشد (3).

شرح تعریف:

بنا بر تعریف مذکور وقف مالی است که انتفاع از آن علی الدوام صورت گیرد، و این از جمله شروط وقف است. اما آنچه انتفاع علی الدوام از آن ممکن نباشد مانند: مطعومات و ریاحین (گل های خوشبو) و چیز های مشابه آن، وقف کردن آنها نیز درست نیست. و هدف از منع تصرف این است که واقف نه آن را فروخته میتواند و نه هبه کرده میتواند... زیرا بنا بر قول راجح ملکیت این چیز از آن الله تعالی است و منفعت عین موقوفه بر کسانی که برایشان وقف شده میرسد و شرط است که باید جهت موقوفه مباح و موجود باشد در غیر آن صورت وقف باطل میشود، وقف مباح مانند وقف بر مساجد، فقراء و غیره است. و وقف بر آواز خوانان و امثال شان جایز نیست. اما قید موجود بخاطر اخراج وقف از غیر موجود است، مثلاً: وقف بر کسی که عنقریب تولد میشود، این گونه وقف نیز صحیح نیست (4).

تعریف حنبلی ها:

هو: "تحبیس الأصل ، وتسبیل الثمرة".

وقف عبارت اند از: حبس و نگهداری اصل(عین) شیء ، و به مصرف رسانیدن محصول و ثمره آن در راه خداوند(جل جلاله) است(5). صاحب الروض المربع میگوید: مراد از اصل: آنچه است که انتفاع از آن ممکن باشد و عینش نیز باقی بماند(6).

تعریف راجح و اسباب آن:

با تأمل در این تعریف ها بجز تعریف امام ابو حنیفه (رحمه الله) به این نتیجه می رسیم که همه تعریف ها در یک نقطه جمع می شوند، و آن اینکه: وقف تخصیص دادن ملك یا مالی است که انتفاع از آن ممکن باشد و اصل (عین) آن چیز نیز باقی بماند. و نیز اینکه واقف در آن هیچ نوع تصرف کرده نمیتواند، مثلاً: فروش،

(1)- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي ، الشهير بالصاوي المالكي (ب-ت) حاشية الصاوي على الشرح الصغير=بلغة السالك لأقرب المسالك . ج:4، الناشر: دار المعارف ، ب-ط، ص: 97-98.

(2)- حاشية الصاوي، الصاوي 97/4-98.

(3)- مغنی المحتاج، الشربيني 523/2.

(4)- مغنی المحتاج، الشربيني 523/2.

(5)-المغني ، ابن قدامة 3/6.

(6)- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي الروض المربع شرح زاد المستقنع . و معه حاشية الشيخ العثيمين و تعليقات الشيخ السعدي ، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير ، ج:1، الناشر: دار المؤيد- مؤسسة الرسالة، ص: 435.

بخشش، به عاریت و اجاره دادن و غیره. ولیکن لفظ همین تعریف مختص شافعی ها بوده و بنابر اسباب ذیل راجح است:

- 1- تعریف جامع و مانع بوده زیرا کیفیت انتفاع از وقف را مشخص نموده است.
- 2- در تعریف تصرف مباح ذکر گردیده است که مقصد اساسی از وقف هم همین است.

تعریف وقف از دیدگاه قانون مدنی:

قانون مدنی وقف را چنین تعریف میکند: وقف عبارت است از حبس مال از تصرف مالکانه و بذل منفعت آن بامور خیریه⁽¹⁾.
این تعریف با همه تعریف های فوق الذکر مطابقت دارد.

مطلب دوم: انواع وقف

وقف بر سه قسم است:

- 1- وقف خیری: آن است که منفعتش برای یک جهت خیریه و یا بیشتر از یک جهت اختصاص داده شود.
- 2- وقف اهلی: آن است که منفعتش برای افراد اختصاص داده شود.
- 3- وقف مشترک: آن است که وقف خیری و اهلی هر دو را شامل باشد⁽²⁾.

مطلب سوم: ارکان وقف و شروط آن

وقف چهار رکن دارد که هر کدام از خود شروط دارد: صیغه، واقف، موقوف علیه و موقوف.

1- صیغه

صیغه واژه ای است که بر اراده وقف دلالت میکند، و این بر دو بخش تقسیم می شود: صریح و کنایه

- 1- **صریح:** آن است که واقف گوید: وقف کردم، حبس کردم و این چیز را در راه الله دادم.
 - 2- **کنایه:** احتمال معنای وقف و غیر آن را دارد، مثلاً گوید: صدقه کردم، مال را برای فقراء یا فی سبیل الله قرار دادم.
- وقف به الفاظ کنایه منعقد نمیشود مگر در صورتی که قرینه وجود داشته باشد تا اینکه دلالت بر وقف نماید. جمهور فقهاء بر این نظر اند: همانگونه که وقف با لفظ منعقد میشود به فعل نیز منعقد میشود، مثلاً: مسجدی را اعمار کند و برای مردم اجازه نماز خواندن در آن را دهد یا مقبره ای را بخرد و به مردم اجازه دفن کردن مردگان را بدهد، در هر دو حالت مسجد و مقبره وقف گفته میشوند؛ زیرا این جا قرینه ای وجود دارد که دلالت بر اراده واقف میکند⁽³⁾.

در صیغه وقف جزم (قاطعیت) شرط است:

یعنی صیغه وقف جازم و قاطع بوده و احتمال عدم اراده وقف را نداشته باشد، بناءً وقف به وعده منعقد نمیشود. و نیز تنجیز (فوری و لازم الإجراء بودن) در آن شرط است مانند: معلق گذاشتن وقف به آمدن شخصی. همچنان تأبید (دایمی بودن) نیز از جمله شرط های صیغه وقف است، به این معنا که صیغه به استمرار وقف دلالت کند بدون تقیید به زمان معین. پس تأقیث وقف به مدت معین درست نیست این رأی جمهور فقهاء است. ولی علمای مالکی به تأقیث قائلند، و هدف از تأقیث تعیین ضرب الأجل معینی است که وقف به انتهای آن منتهی میشود⁽⁴⁾.

(1)- ماده: 343.

(2)- سید سابق (1397ق) فقه السنة. ج: 3، بیروت- لبنان: دار الکتب العلمیة، الطبعة: الثالثة، ص: 515.

(3)- الدر المختار، ابن عابدین 340/4، الذخیرة، القرافی 315/6.

(4)- حاشیة الصاوی، الصاوی 523/2.

2- واقف

شرط است که واقف اهلیت تبرع را داشته باشد، مثلاً: عاقل، بالغ، غیر محجور علیه، مختار و غیر مکره و مالک اصل و عین چیز باشد⁽¹⁾.

3- موقوف علیه

مراد از موقوف علیه جهتی است که از وقف مستفید میشود، پس باید آن جهت، جهت درست و نیک باشد نه جهت معصیت و گناه. و این که منقطع (جدا شده، قطع شده) نباشد یعنی خاص نباشد مانند: وقف بر مساکین- ولی برخی از فقهاء این را نیز جایز دانسته اند، نیز شرط است که منفعت وقف بر واقف بر نگردد، مثلاً: برای نفس خود وقف کند- برخی فقهاء این را نیز جایز گفته اند- و جمهور فقهاء میگویند: جهتی که بالای آن وقف می شود باید صلاحیت مالکیت را داشته باشد بنا بر این وقف بر جنین (طفل تولد نشده) درست نیست⁽²⁾.

4- موقوف

در موقوف شرط است که شرعاً مال جایز الانتفاع باشد، بناءً وقف شراب و امثالش جایز نیست. دوم این که موقوف مال مملوکه و ذاتی شخص واقف باشد، و دوام الانتفاع بودن نیز در آن شرط است، لذا وقف مستهلکاتی که عین آن از بین برود مانند: طعام و غیره صحیح نیست.

مال موقوفه باید منقول باشد و آن مالی است که انتقالش ممکن باشد مانند: کالا و غیره، و وقف نقود (پول) نیز جایز است. وقف مشاع- ملک یا خانه ای که میان چند نفر مشترک باشد و سهم جداگانه هر يك معین نشده باشد- نیز جایز است بشرطی که حصه های آنها معلوم باشد مانند: ربع، نصف و یا مساحت. همچنان وقف زمین نیز جایز است. و در اصل موقوف افزودن جایز است برابر است که این افزایش عینی باشد یا نقدی⁽³⁾.

- در قانون مدنی چنین آمده: وقف جزء مشاع در اموال غیر منقول جواز ندارد، مگر در صورتی که مفرز و معین گردیده باشد⁽⁴⁾.

مطلب چهارم: شرط های ده گانه در وقف

این یک تعداد شروطی است مربوط به واقف، یعنی واقف صلاحیت تصرف وقف را دارد مثلاً: تغییر در مصارف وقف، ابدال وقف، استبدال وقف و غیره. و این شرط ها به نام شروط ده گانه یاد میشوند:

أ- زیادت و نقصان: مثلاً: واقف در نصیب و حصه یکی از مستحقین وقف بیفزاید و یا بکاهد.
ب- ادخال و اخراج: واقف شخصی را مستحق وقف بداند که اصلاً مستحق نیست و شخصی را از مستحقین است خارج کند.

ج- اعطاء و حرمان: اعطاء، ایثار و ترجیح دادن بعضی از مستحقین به اعطاء بطور مؤقت و یا دایم میباشد. و حرمان محروم ساختن بعضی از مستحقین بطور مؤقت و یا دایم.

د- تغییر و تبدیل: تغییر حق واقف است یعنی او میتواند شروطی را که در وقف وضع کرده بود تغییر دهد. تبدیل: نیز حق واقف است یعنی او میتواند در شیوة انتفاع از موقوف تصرف کند، مثلاً: خانه موقوفه برای سکونت بوده و حالا آن را به اجاره میدهد.

(1)- بدائع الصنائع، الکاسانی 219/6، القوانين الفقهية، الکلبی 243/1، مغنی المحتاج، الشربینی 523/3، کشاف القناع، البهوتی 261/4.

(2)- بدائع الصنائع، الکاسانی 219/6، القوانين الفقهية، الکلبی 243/1، مغنی المحتاج، الشربینی 523/3، کشاف القناع، البهوتی 261/4.

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 219/6-220، قوانین الفقهية، الکلبی 243/1، مغنی المحتاج، الشربینی 539/3، کشاف القناع، البهوتی 279/4.

(4)- ماده: 356.

هـ - ابدال واستبدال: ابدال: یعنی فروختن عین موقوفه در عوض نقود و یا اعیان دیگر. و استبدال: فروختن عین موقوفه و در عوض شیء دیگری را خریدن سپس آنرا وقف کردن را گویند. قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: (1). وقف کننده میتواند در حدود احکام این قانون استفاده از حقوق آتی را هنگام ثبت وقف خاص شرط گزارد:

1- اعطاء و حرمان.

2- زیادت و نقصان.

3- تغییر.

4- مبادله.

مطلب پنجم: مشروعیت وقف

وقف از دیدگاه فقهاء به کتاب الله، سنت رسول الله (صلي الله عليه وسلم) و عمل صحابه (رضی الله عنهم) ثابت است (2):

1- دلیل از قرآن کریم

ترجمه: "ای کسانی که ایمان آورده اید! رکوع کنید، و سجده کنید، و پروردگارتان را بپرستید، و کار نیک انجام دهید باشد که رستگار شوید". (الحج: ۷۷).

وجه استدلال:

زحیلی (رحمه الله) (3) در تفسیر این آیه میگوید: الله تعالی انسان را بخاطری آفرید تا بطور کامل و به شیوة درست عبادت و اطاعتش را کند، و او را به انجام دادن عباداتی دیگری علاوه از عبادات فرض نیز تشویق و ترغیب کرده است، و وقف یکی از آن عبادت های تطوعی است، تا مسلمانان از آن مستفید شوند. الله تعالی میفرماید: لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ آل عمران: ۹۲). ترجمه: "هرگز به نیکوکاری نمی رسید تا از آنچه دوست دارید انفاق کنید، و آنچه انفاق می کنید، بی شک الله به آن آگاه است".

وجه استدلال:

این آیه کریمه به انجام دادن کار های خیر و خرچ کردن در راه حق تشویق و ترغیب کرده است. صاحب تفسیر فی ظلال القرآن در تفسیر این آیه چنین نوشته: برای مسلمانان می زیبد که از مال های محبوب و پسندیده خود در این دنیا خرج کنند تا او را نزد الله تعالی در روز قیامت بطور پس انداز در یابند (4). آیات مذکوره به انجام دادن کار های خیر تشویق و ترغیب کرده و آن را باعث اجر و پاداش می داند، و وقف نیز یکی از راه های خیری است که اسلام بسوی آن ترغیب و تشویق کرده است.

2- دلیل از سنت نبوی

(1)- ماده: 361.

(2)- البحر الرائق، ابن نجیم 203/5 الفواکه الدوانی، النفراوی 150/2، مغنی المحتاج، الشربینی 523/3، کشاف القناع، البهوتی 240/4.

(3)- أ. د / وهبة بن مصطفى الزحيلي: در منطقة دير عطية از نواحي دمشق در سال (1932م) تولد شده است و

(4)- 409/1.

«عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»⁽¹⁾.

ترجمه: ابوهریره (رضی الله عنه) میگوید: رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: "هر گاه انسان بمیرد ثواب اعمالش قطع می شود مگر از سه چیز: 1 - صدقه جاریه 2- علمی که بعد از مرگ او مورد استفاده قرار گیرد 3- فرزند نیکوکاری که برایش دعا میکند".

وجه استدلال:

این حدیث دلالت دارد بر این که سلسله اعمال انسان و ثواب آن همزمان با فرا رسیدن مرگ قطع میشود مگر از سه چیز - بخاطری که او سبب و موجد این چیز ها بوده است - فرزند که کسب پدر است، همچنان علمی که بصورت کتاب و یا تعلیم و تعلم از او بجای مانده است. و مراد از صدقه جاریه وقف است⁽²⁾.

2- عَنْ عَمْرِو بْنِ الْحَارِثِ قَالَ: «مَا تَرَكَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَّا بَغْلَتَهُ الْبَيْضَاءَ وَسِلَاحَهُ وَأَرْضًا تَرَكَهَا صَدَقَةً»⁽³⁾.

ترجمه: از عمرو بن حارث (رضی الله عنه) روایت شده است که فرمودند: "پیامبر (صلی الله علیه وسلم) هیچ چیزی به جا نگذاشت، جز اشتر سفید و اسلحه اش و زمینی که آن را صدقه کرده بود".

وجه استدلال:

این حدیث دلالت بر این دارد که از رسول الله (صلی الله علیه وسلم) یک زمین مانده بود که آن را وقف کرده بودند، پس این دلیل بر جواز وقف است.

3- دلیل از عمل صحابه (رضی الله عنهم)

«عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ أَصَابَ عُمَرُ بِخَيْبَرَ أَرْضًا فَأَتَى النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ أَصَبْتُ أَرْضًا لَمْ أَصِبْ مَالًا فَطُؤْتُ أَنْفَسَ مِنْهُ فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي بِهِ قَالَ إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا فَتَصَدَّقَ عُمَرُ أَنَّهُ لَا يَبِيعُ أَصْلَهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ فِي الْفُقَرَاءِ وَالْقُرْبَى وَالرَّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ»⁽⁴⁾.

ترجمه: "ابن عمر (رضی الله عنهما) میگوید: یک قطعه زمینی از زمینهای خیبر به عمر بن خطاب رسید عمر نزد پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) آمد و گفت: یک قطعه زمین به من رسیده است که هرگز در زندگی ام چنین مال با ارزشی نداشته ام، پس من را در مورد آن چه دستور می دهید؟ رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: اگر میل داری اصل و عین آن را وقف نموده و محصولات آن را صدقه کن عبدالله میگوید: عمر آن زمین را صدقه کرد و گفت: این زمین قابل فروش، بخشش و به ارث گرفتن نمیباشد، درآمد آن را بر فقراء و خویشان نزدیک و فقیر و آزاد ساختن بردگان و مسائلی که در راه الله تعالی پیش میآید و مهمانان و ابن السبیل (کسانی که در مسافرت بی پول می مانند) به عنوان احسان قرار میدهم، کسی که سرپرستی این وقف را به عهده میگیرد مانعی نیست که خودش به اندازه نیاز در حدود متعارف از آن بخورد، یا از درآمد آن به اشخاص فقیر و نیازمند کمک کند".

وجه استدلال:

(1) - صحیح مسلم ، ج: 3، ص: 1255، ح: 1631، کتاب: الوصیة، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .

(2) - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (1392ق) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج . ج: 11، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، ص: 85.

(3) - سنن النسائي . ج: 6، ص: 229، كتاب: الأحباس، سنن الدارقطني . ج: 5، ص: 328، ح: 4401، باب: كتاب الأحباس، سنن الكبرى للبيهقي . ج: 6، ص: 265، ح: 11895،

باب: الصدقات المحرمات. و محمد ناصرالدين ألباني آن را صحیح گفته است، مشكاة المصابيح 1686/3.

(4) - صحیح البخاری . ج: 4، ص: 12، ح: 2772، كتاب: الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب.

ابن بطلال (رحمه الله)⁽¹⁾ میگوید: این حدیث یک قاعده واصل است در باره جواز وقف وحبس⁽²⁾.

4- دلیل از اجماع

جابر (رضی الله عنه) میگوید: هیچ کسی از انصار و مهاجرین را سراغ ندارم که مالی داشته باشد مگر اینکه آن را بطوری صدقه دایمی وقف کرده که هرگز نه فروخته میشود، نه بخشیده میشود و نه به میراث برده میشود⁽³⁾.

ابن قدامه (رحمه الله)⁽⁴⁾ میگوید: صحابه کرام به این امر اجماع کرده اند؛ زیرا هرکه از ایشان توان وقف را داشت وقف کرد و این عمل (وقف) در میان شان مشهور هم شد ولی هیچ یک از ایشان آن را رد نکردند⁽⁵⁾.

ابن رشد (رحمه الله)⁽⁶⁾ میگوید: حبس (وقف) یک سنت و شیوه دایمی است که خود رسول الله (صلی الله علیه وسلم) و مسلمانان بر آن عمل نموده اند⁽⁷⁾.

ابن عابدین (رحمه الله)⁽⁸⁾ میگوید: وقف در نزد علمای ما (امام ابو حنیفه و اصحاب او) جایز است، در اصل ذکر کرده است: امام ابو حنیفه وقف را جایز نمیدانست، بناءً برخی مردم از ظاهر سخن امام آب خورده به این باور شدند که وقف نزد او جایز نیست، لیکن قول صحیح این است که وقف در نزد همه علما جایز است، و اختلاف تنها در لزوم و عدم لزوم آن است⁽⁹⁾.

در نزد امام ابو حنیفه (رحمه الله) رجوع در وقف جایز است، به این طور که فایده آن (شیء وقفه شده) در جهت وقف صرف شود و عین آن در ملکیت واقف باقی بماند، و اگر در زندگی از آن رجوع کند مع الکراهت جایز بوده و از آن میراث برده نیز میشود. وقف تنها در دو صورت لازم میشود:

1- قاضی در مورد فیصله و داوری کرده باشد.

2- یا آن را به شکل وصیت وقف کرده باشد⁽¹⁰⁾.

مبحث دوم: حکم رجوع از وقف در فقه اسلامی و قانون مدنی

مطلب اول: حکم رجوع در وقف قبل از قبض

مورد خلاف: همه فقهاء در مشروعیت عقد وقف متفق اند ولی در حکم رجوع به سبب طبیعت (ماهیت) وقف اختلاف دارند، و انگیزه این خلاف بر اختلاف شان در شرط قبض بر میگردد که آیا قبض شرط صحت

(1) - علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال، أبو الحسن: از جمله علمای حدیث و از اهل قرطبه بود. از جمله تألیفاتش شرح البخاری است. الأعلام، الزرکلی 285/4.

(2) - شرح صحیح البخاری، ابن بطلال، 8/ 194 باب: الوقف کیف یكتب.

(3) - إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الحنفی (1320ق) الإسعاف فی أحكام الأوقاف. ج: 1، الناشر: طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر المحمية، الطبعة: الثانية، ص: 7.

(4) - عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعاعيلي المقدسي از بزرگان حنابله، فقيه و محدث بود سال (682 ق) وفات کرد.

(5) - المغني، ابن قدامة 3/6.

(6) - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد: فيلسوف و از اهل قرطبه بود. در سال (520ق) تولد گردیده است. تصنیفاتش در حدود 50 کتاب است که از جمله: فلسفه ابن رشد، التحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، الضروري في المنطق، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الأعلام، الزرکلی 318/5.

(7) - منح الجليل، ابن رشد 34/4.

(8) - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه ديار شام و امام حنفي در عصر خود بود. تولد و وفاتش در دمشق بود. تألیفات متعددی دارد از جمله: رد المحتار على الدر المختار و رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية، نسمة الأسحار على شرح المنار. الأعلام، الزرکلی 42/6.

(9) - حاشية ابن عابدين، ابن عابدين 337/4.

(10) - بدائع الصنائع، الكاساني 219-21/6.

است یا شرط تمام؟ برای توضیح بیشتر در این مسأله، اقوال علماء را ذکر میکنم، علماء در این مورد دو نظریه دارند:

قول اول:

جمهور (مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها) میگویند: وقف نیازی به قبض ندارد بلکه بدون آن درست میشود و برای وقف کننده رجوع در وقف جایز نیست، ایشان در این مورد از سنت نبوی و قیاس استدلال کرده اند⁽¹⁾:

1- سنت نبوی

«عَنْ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَسْتَأْمُرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ قَالَ: إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ، لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ، غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ قَالَ (الرَّأَوِي): فَحَدَّثْتُ بِهِ ابْنَ سِيرِينَ، فَقَالَ: غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ مَالًا»⁽²⁾.

ترجمه: «ابن عمر (رضی الله عنه) میگوید: یک قطعه زمینی از زمینهای خیبر به عنوان سهم غنیمت به عمر بن خطاب رسید، عمر (رضی الله عنه) نزد پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) آمد و نظر پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) را درباره آن درخواست نمود، گفت: ای رسول الله! در فتح خیبر یک قطعه زمین به عنوان سهم به من رسیده است که هرگز در زندگی ام چنین مال با ارزشی نداشته ام، چه دستوری می فرمایید؟ پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) گفت: اگر میل داری اصل و عین زمینت را وقف کن و درآمد آن را به عنوان خیر و صدقه قرار بده» عبدالله میگوید: عمر (رضی الله عنه) آن را وقف کرد، و درآمد آن را صدقه قرار داد، و گفت: این زمین قابل فروش، بخشش و به ارث گرفتن نمیباشد، درآمد آن را برای فقراء و خویشاوندان نزدیک فقیر و آزاد ساختن بردگان و هر مسایلی که در راه خدا باشد و ابن السبیل (کسانی که در مسافرت بی پول می مانند) و مهمانان به عنوان احسان قرار می دهم، کسی که سرپرستی این وقف را به عهده می گیرد (متولی آن است) مانعی نیست که خودش به اندازه نیاز در حدود متعارف از آن بخورد، یا از درآمد آن به اشخاص فقیر و نیازمند کمک کند. راوی میگوید: این حدیث را برای ابن سیرین روایت کردم او به جای (غیر متمول) لفظ (غیر متأثّل مالا) را گفت: یعنی باید متولی مال وقف را به کسانی که مال جمع نمی کنند و فقیر اند بدهد.

وجه استدلال:

این حدیث به طور مطلق وبدون قبض ذکر شده است، اگر قبض در عقد وقف شرط میبود حتما رسول الله (صلی الله علیه وسلم) آن را بر ای حضرت عمر (رضی الله عنه) بیان مینمودند.

امام شافعی (رحمه الله) میفرماید: عمر بن خطاب (رضی الله عنه) تا وقت وفات این دستور رسول الله (صلی الله علیه وسلم) را جاری گذاشت، همچنان علی (رضی الله عنه) صدقه خود را در ینبع و نیز فاطمه (رضی الله عنها) صدقه خود را تا وفات رسول الله (صلی الله علیه وسلم) جاری گذاشت⁽³⁾.

(1) - عبد الرحمن بن محمد بن عسکر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام المالك، ج: 1، مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، الطبعة: الثالثة، ص: 107، منهاج الطالبين، النووي 170/1، كشف القناع، البهوتي 254/4، المغني، ابن قدامة 4/6.

(2) - صحيح البخاري، ج: 4، ص: 12، ح: 2772، كتاب: الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب.

(3) - أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشي المكي (1410 ق) الأم، ج: 4، بيروت: دار المعرفة، ب- ط، ص: 55.

2- دلیل از قیاس

وقف را بر عتق قیاس کرده اند، وجه مشترک این است که وقف تبرعی است که نه هبه کرده می شود، نه فروخته میشود و نه به میراث بردن آن جایز است، پس به محض قول لازم میگردد (1).

قول دوم:

محمد بن حسن از حنفی ها و یک روایت از امام احمد است که میگویند: وقف بدون قبض درست نمیشود هرگاه قبض کامل نشود رجوع در آن جایز است (2). این ها از افعال صحابه (رضی الله عنهم) و قیاس استدلال کرده اند:

1- فعل صحابه

عمر بن خطاب (رضی الله عنه) وقفش را در اختیار دخترش حفصه (رضی الله عنها) گذاشت، او این کار را بخاطر اتمام وقف کرده بود. پس معلوم شد که وقف بدون تسلیم دادن شیء موقوفه به متولی کامل و درست نمیشود (3).

جواب: او این کار را بخاطر گرفتاری ها و مصروفیت زیاد یا بخاطر خوف تقصیر و کوتاهی و یا بخاطری که بعد از وفاتش در دست فاطمه (رضی الله عنها) باشد کرده بود نه بخاطر اتمام وقف (4).

2- قیاس

وقف را بر وصیت و هبه قیاس کرده اند، وجه مشترک این است که در آن هر دو تبرع به مالی صورت میگیرد که آن را از اصلیت مال خارج نمیکند، لذا وقف بدون قبض لازم نمیگردد (5).

جواب: این قیاس مع الفارق است؛ زیرا هبه تملیک مطلق و وقف تحبیس اصل است و تسبیل منفعت (چیزی را در راه الله بخشیدن) به عتق زیاد مشابه است، پس الحاق وقف به آن بهتر است (6).

قول سوم :

وقف عقدی است جایز و غیر لازم قبل از قبض بلا کراهت و بعد از قبض مع الکراهت. این روایتی است از امام احمد بن حنبل (رحمه الله).

از عقل استدلال کرده است، چنانچه میگوید: وقف تبرع به مال است، وقف مال را از مالیت خارج نمیکند، بناءً به مجرد تلفظ لازم نمیگردد مانند وصیت و هبه (7).

قول راجح و اسباب آن:

از خلال آنچه که ذکر گردید به نظر بنده قول اول (جمهور) راجح به نظر میرسد، به علت این که وقف به مجرد وقوع لفظ لازم میگردد و رجوع از آن جایز نیست بنابر اسباب ذیل :

1- قوت ادله و سلامت آن از مناقشه.

2- دلایل فریق دوم بیجا و بی مورد است، پس وقف مخالف هبه و دیگر تبرعاتی است که مبنی بر استغناء از اصل میباشد.

(1) - شرح منتهی الإرادات، البهوتی 406/2، المغنی، ابن قدامة 4/6، المبدع، ابن مفلح 184/5.

(2) - المبسوط، السرخسی 36/12، البحر الرائق، ابن نجیم 203/5، المغنی، ابن قدامة 4/6.

(3) - المبسوط، السرخسی 36/12، البحر الرائق، ابن نجیم 203/5، المغنی، ابن قدامة 4/6.

(4) - مراجع سابق.

(5) - شرح منتهی الإرادات، البهوتی 425/2، المغنی، ابن قدامة 4/6.

(6) - المبدع، ابن مفلح 328/5.

(7) - حاشیه ابن عابدین، ابن عابدین 338/4، کشاف القناع، البهوتی 254/4.

مطلب دوم: حکم رجوع در وقف بعد از قبض

مورد خلاف: فقهای کرام در باره حکم رجوع در وقف بعد از قبض اختلاف دارند، منشأ این خلاف به اساس اختلاف شان در کیفیت و چگونگی وقف میباشد، برای توضیح بیشتر باید گفت که فقهاء در این مورد به دو گروه تقسیم شده اند:

قول اول:

جمهور فقهاء (علمای مالکی، علمای شافعی، علمای حنبلی و صاحبین از احناف) میگویند: وقف بعد از قبض لازمی و حتمی بوده و رجوع در آن جایز نیست⁽¹⁾. ایشان در این مورد به احادیث نبوی و اجماع صحابه (رضی الله عنهم) استدلال کرده اند:

سنت نبوی

1- «عَنْ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْرٍ، فَأَتَى النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ قَالَ: إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاغُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ، لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ، غَيْرَ مَتَمَوْلٍ قَالَ (الرَّأَوِي): فَحَدَّثْتُ بِهِ ابْنَ سِيرِينَ، فَقَالَ: غَيْرَ مُتَأْتِلٍ مَالًا»⁽²⁾.

ترجمه: «ابن عمر (رضی الله عنه) میگوید: یک قطعه زمینی از زمینهای خیر به عنوان سهم غنیمت به عمر بن خطاب رسید، عمر نزد پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) آمد و نظر ایشان را درباره آن درخواست نمود، گفت: ای رسول الله! در فتح خیبر يك قطعه زمین به عنوان سهم به من رسیده است که هرگز در زندگی من مال با ارزشی نداشته ام، چه دستوری می فرمایید؟ پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) گفت: اگر میل داری اصل و عین زمینت را وقف کن و درآمد آن را به عنوان خیر و صدقه قرار بده» عبدالله میگوید: عمر آن را وقف کرد، درآمد آن را صدقه قرار داد، و گفت: این زمین قابل فروش، بخشش و به ارث گرفتن نمیباشد، درآمد آن را بر فقراء و خویشان نزدیک فقیر و آزاد ساختن بردگان و هر مسائلی که در راه الله باشد و ابن السبیل (کسانی که در مسافرت بی پول می مانند) و مهمانان به عنوان احسان قرار میدهم، کسی که سرپرستی این وقف را به عهده میگیرد (متولی آن است) مانعی نیست که خودش به اندازه نیاز در حدود متعارف از آن بخورد، یا از درآمد آن به اشخاص فقیر و نیازمند کمک کند. راوی میگوید: این حدیث را برای ابن سیرین روایت کردم او به جای (غیر متمول) لفظ (غیر متائل مالا) را گفت: یعنی باید متولی مال وقف را به کسانی که مال جمع نمی کنند و فقیرند بدهد.

وجه استدلال:

منطوق حدیث دلالت دارد بر این که چیزی موقوفه نه فروخته میشود، نه به میراث برده می شود و نه بخشیده می شود، و این بذات خود مقتضی لزوم وقف و عدم جواز رجوع در آن است.

دلیل دوم

2- «عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»⁽³⁾.

(1) - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ب-ت) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي ج: 4، الناشر: دار الفكر، ب-ط، ص: 75، روضة الطالبين، النووي

342/5، المغنی، ابن قدامة: 8/6، بدائع الصنائع، الكاساني 219/6-218.

(2) - تخریج حدیث در صفحه 73 گزشت.

(3) - تخریج حدیث در صفحه 72 گذشت.

ترجمه: ابوهریره (رضی الله عنه) میگوید: رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمود: "هر گاه انسان بمیرد ثواب اعمالش قطع می شود مگر از سه چیز: 1 - صدقه جاریه. 2- علمی که بعد از مرگ مورد استفاده قرار گیرد.

3 - فرزند نیکوکاری که برایش دعا میکند".

وجه استدلال:

نص حدیث تصریح بر این دارد که عمل انسان به موتش منقطع می گردد بجز از سه چیز، از جمله صدقه جاریه است مگر این که آن وقف کرده شود. بناءً حدیث بر لزوم وقف وعدم جواز رجوع از آن دلالت دارد و علماء صدقه جاریه را به وقف تعبیر و تفسیر کرده اند⁽¹⁾.

2- اجماع صحابه (رضی الله عنهم)

از جابر (رضی الله عنه) روایت شده که او گفت: هر صحابی که توان وقف کردن را داشت وقف کرد. روایت است که عمرو بن عاص از یمن بسوی مدینه آمد و گفت: برای اهل مدینه هیچ چیزی باقی نماند مگر اینکه آن را وقف کردند.

روایت شده که علی (رضی الله عنه) در ینبع چاهی را حفر کرد که آب آن مانند گردن شتر بیرون می آمد. راوی میگوید: علی (رضی الله عنه) آن را صدقه کرد و بر آن چنین نوشت: این صدقه ای است از جانب علی بن ابی طالب خالص برای رضای الله تعالی تا این که الله او را از آتش نجات دهد. حسن و حسین و دیگر اولاده و ذریه علی (رضی الله عنه) آن را همواره در طول زندگی مشاهده کردند این اجماع صحابه است بر وقف⁽²⁾.

قول دوم:

قول امام ابو حنیفه (رحمه الله) است که می گوید: عقد وقف بعد از قبض عقد جایز بوده و رجوع از آن نیز جایز است، مگر در وقف مسجد و وصیتی که بعد از موت نافذ میشود⁽³⁾. امام صاحب از سنت نبوی و قول صحابی استدلال کرده است:

1- سنت نبوی

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَبْدِ رَبِّهِ جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ حَائِطِي هَذَا صَدَقَةٌ وَهُوَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولُهُ فَجَاءَ أَبَوَاهُ، فَقَالَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ كَانَ قِوَامَ عَيْشِنَا «فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَيْهِمَا» ثُمَّ مَاتَا فَوَرِثَهُمَا ابْنُهُمَا بَعْدَهُمَا⁽⁴⁾.

ترجمه: از عبد الله بن زید بن عبدربه (رضی الله عنهم) روایت است که او نزد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) آمد و گفت: یا رسول الله! این باغ من در راه الله و رسولش صدقه است، آنگاه پدر و مادرش آمدند و گفتند یا رسول الله! این باغ سرمایه زندگی ما بود، پس رسول الله (صلی الله علیه وسلم) آن باغ را بر گرداندند و بعد از وفات آنها پسرشان او را به میراث برد.

(1) - نیل الأوطار، الشوکانی 30/6 ،

- محمد بن إسماعیل بن صلاح بن محمد الحسني، الکحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم (ب-ت) سبل السلام. ج: 2، ب-ط، ص: 126.

(2) - البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني 57/8-58.

(3) - الميسوط، السرخسي 27/12، تبیین الحقائق، الزيلعي 326/3.

(4) - أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني (1424ق) سنن الدار قطني. ج: 5، حققه و ضبطه و علق عليه: شعيب الأرناؤوط، حسن عبدالمعظم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، بيروت-لبنان: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، كتاب: الأحباس، باب: وقف المسجد، ص: 358، ح: 4452.

وجه استدلال:

رسول الله (صلی الله علیه وسلم) این صدقه را بر گرداندند اگر وقف لازمی میبود آن را بر نمیگرداندند. جواب: در این حدیث ذکری از وقف نیست بلکه تنها صدقه ذکر شده است، گویا صدقه نفلی صورت گرفته است وبس⁽¹⁾. و ممکن است باغ از آنها باشد و او نیابتاً در آن تصرف کرده، ممکن بدون اجازه آنها تصرف کرده باشد، بناءً آنها آن را نافذ نکردند و شکایت شان را نزد رسول الله (صلی الله علیه وسلم) بردند.

2- قول صحابی (رضی الله عنهم)

از زهری روایت است که عمر بن خطاب (رضی الله عنه) گفت: اگر من صدقات خود را برای رسول الله (صلی الله علیه وسلم) ذکر نمی کردم همه آن را باز می گشتاندم⁽²⁾. جواب: این حدیث منقطع است زیرا ابن شهاب ابن عمر را درک نکرده است⁽³⁾.

رای راجح و اسباب آن:

آنچه از خلال نظریات و آرای فقهاء و مناقشة ادلة آنها واضح میشود، این است که در لزوم عقد وقف بعد از قبض میانشان هیچ اختلاف وجود ندارد، اینک اسباب و علل آن:

1- ترجیح روایتی که در نزد امام ابو حنیفه (رحمه الله) بر عدم جواز وقف دلالت دارد، و هرگاه روایتی را که به جواز رجوع در وقف و عدم لزوم آن دلالت دارد ترجیح دهیم در آن صورت امام ابو حنیفه (رحمه الله) را معذور می دانیم که حدیث عمر به او نرسیده است، امام ابو یوسف (رحمه الله) میگوید: هیچ کس توان خلاف حدیث عمر را ندارد و اگر این حدیث به امام ابو حنیفه (رحمه الله) می رسید حتماً آن را میپذیرفت⁽⁴⁾.

دیدگاه قانون در مورد رجوع از وقف

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: 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 میتواند⁽⁵⁾.

مطلب سوم: رجوع در وقف مؤقت

هرگاه واقف (وقف کننده) واژه وقف را مطلق ذکر کند و به تنجیز (لازم الاجرا بودن) و تأبید (مادام الحیات بودن) صراحت ننماید، در این صورت قول واقف احتمال تنجیز و تأبید هر دو را دارد. لیکن اگر وقف را مؤقت ذکر کند، آیا در این صورت برای او جایز است که در وقف خود رجوع کند یا خیر؟ و نتیجه این توقیت بر صحت وقف چیست؟ فقهاء در این مسأله بر سه دسته تقسیم شده اند:

قول اول:

مفهوم واضح شده از کلام حنفی ها، مذهب شافعی ها و قول صحیح در نزد حنبلی ها اینست که این وقف با شرطش باطل است⁽⁶⁾.

(1) - المغنی، ابن قدامة 4/6.

(2) - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (1379ق) فتح الباری شرح صحیح البخاری. ج: 5، رقم کتبه و أبوابه و أحادیثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه و صححه و اشرف علی طبعه: محب الدين الخطيب، باب: الوقف كيف يكتب، ص: 402.

(3) - فتح الباری شرح صحیح البخاری، العسقلاني 402/5.

(4) - أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأخوذی بشرح جامع الترمذی. ج: 4، بیروت: دار الکتب العلمیة، ص: 521.

(5) - ماده: 359، فقره (1).

(6) - تبیین الحقائق، الزیلعی 329/3، بدائع الصنائع، الکاسانی 220/6، روضة الطالبین، النووی 394/4، المذهب، الشیرازی 324/2، الإنصاف، المرادوي 25/7،

- أحمد سلامة القليوبي و أحمد البرلسي عميرة (1415) حاشيتا قليوبي وعميرة. ج: 3، بیروت: دار الفكر، ب-ط، ص: 103.

در بدائع الصنائع آمده است: آنچه به نفس و ماهیت وقف تعلق میگیرد تأیید است، یعنی همواره وجاویدانه میباشد حتی اگر واقف برای وقف ضرب الأجل هم تعیین کند باز هم جایز نیست⁽¹⁾.
در المذهب آمده است: وقف نه به شرط خیار جایز است و نه به شرط رجوع⁽²⁾.
در الإنصاف آمده است: هرگاه واقف در وقف خود بیع، هبه و یا رجوع را شرط بگذارد بنا بر یک قول، شرط و وقف هر دو باطل می گردد قول صحیح و درست در مذهب همین است. ابن قدامة در المغنی میگوید: در این مورد هیچ مخالفی را سراغ نداریم⁽³⁾.

دلایل قول اول:

کسانی که شرط و وقف هر دو را باطل می دانند از دلایل ذیل استدلال کرده اند:

1- شرط گذاشتن واقف حق فروش را و رجوع در آن خلاف مقتضای وقف است، بناءً این وقف صحیح نیست زیرا متضمن شرط فاسد است، و این قول را حدیثی که از عمر بن خطاب (رضی الله عنه) روایت شده است نیز تأیید می کند: چنانچه فرمودند: «لَا يَبَاعُ أَصْلُهَا» یعنی اصل آن فروخته نمیشود⁽⁴⁾.
2- وقف مانند صدقه است، علت مشترک این است که هدف در این هر دو اخراج مال برای قربت و نزدیکی به الله تعالی است، پس همانگونه که صدقه مشروط صحیح نیست وقف مشروط نیز صحیح نمیباشد⁽⁵⁾.
3- وقف در حقیقت نسبت دادن ملکیت به الله تعالی است مانند: آزاد کردن غلام، یا نسبت کردن ملکیت به موقوف علیه مانند بیع و هبه. ولی در هر دو صورت این شرط، شرط فاسد است⁽⁶⁾.

قول دوم:

قول بعض شافعی ها و یک روایت از حنبلی ها این است که میگویند: وقف صحیح است و شرط باطل⁽⁷⁾.
در روضة الطالبین از ابن سريج⁽⁸⁾ نقل شده: احتمال دارد که شرط باطل شود و وقف صحیح⁽⁹⁾.
در الإنصاف آمده: شرط باطل است وقف صحیح⁽¹⁰⁾.

دلایل قول دوم:

قائلین به بطلان شرط وصحت وقف به دلایل ذیل استدلال نموده اند:

1- وقف بر شروط فاسده در بیع قیاس کرده می شود، در بیع فاسد شرط ها باطل است ولی بیع جایز و صحیح میباشد چنانکه در حدیث بریره (رضی الله عنها) آمده است: رسول الله (صلی الله علیه وسلم) شرط را باطل قرار دادند و عقد را جاری⁽¹¹⁾.

(1)- 220/6.

(2)- 324/2.

(3)- 8/6.

(4)- المغنی، ابن قدامة 9/6، المبدع، ابن مفلح 323/5.

(5)- المذهب، الشیرازی 324/2، المبدع، ابن مفلح 161/5.

(6)- بدائع الصنائع، الکاسانی 220/6، روضة الطالبین، النووی 329/5، المغنی، ابن قدامة 8/6.

(7)- روضة الطالبین، النووی 318/5، مغنی المحتاج، الشربینی 538/3، المغنی، ابن قدامة 9/6، الإنصاف، المرادوی 25/7.

185/1.

(9)- 329/5.

(10)- 25/7.

(11)- المبدع، ابن مفلح 165/5.

مناقشه:

این قیاس مع الفارق است زیرا وقف عقد اسقاط است و بیع عقد معاوضه، بناءً اینها با همدیگر جمع نمیشوند و فرق دارند علاوه بر آن در صحت بیع مشروط به شروط فاسده میان فقهاء اختلاف است، پس در حکم اصل مقیاس علیه که بیع است اختلاف وجود دارد، لذا چگونه می توان وقف مشروط را بر بیع مشروط به شروط فاسده قیاس کرد.

2- قیاس کرده میشود بر عتق به شرط رجوع، چون عتق در این صورت واقع میشود و شرط باطل⁽¹⁾.

مناقشه:

تعدادی زیادی از علماء به این باور اند که عتق مشروط به شرط واقع نمیشود، مع اینکه این مخالف وقف است. زیرا عتق مبنی بر غلبه و سرایت است⁽²⁾.

۱- قیاس اشتراط رجوع در وقف بر اشتراط مطلق بر اینکه رجعت برای او نیست، زیرا هرگاه مطلق حق رجوعش را ساقط کند و یا طلاق دهد مشروط به اینکه رجوع نمی کند طلاق واقع می شود ولی حق رجوعش ساقط نمیشود⁽³⁾.

مناقشه:

این قیاس مع الفارق است، زیرا اشتراط رجوع در وقف إنشاء حکمی است که اصلاً ثابت نیست به خلاف اشتراط عدم رجوع در طلاق رجعی؛ زیرا این اسقاط حکمی است که اساس شرعی دارد و این به اسقاط زایل نمیشود.

قول سوم:

مالکی ها میگویند: شرط صحیح است و واقف حق رجوع را نیز دارد⁽⁴⁾.
در التاج و الاکلیل آمده: در صحت وقف تأبید شرط نیست، یعنی مؤبد ودایمی بودن شیء موقوفه، لذا وقف تا یک مدت معین صحیح می باشد و باز وقفیت برداشته میشود⁽⁵⁾.

دلایل قول سوم:

قائلین به صحت وقف و شرط وثبوت حق رجوع برای واقف به دلایل ذیل استناد نموده اند:

۱- در صحیح بخاری حدیث است که حسان (رضی الله عنه) حصه خود را از وقف ابو طلحه به معاویه (رضی الله عنه) فروخت⁽⁶⁾

(1)- الإسعاف في أحكام الأوقاف، علي الطرابلسي، ص: 30.

(2)- مغنی المحتاج، الشریبینی 538/3، نهاية المحتاج، الرملی 376/5.

(3)- روضة الطالبین، النووی 330/5.

(4)- محمد بن یوسف بن أبی القاسم بن یوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالکي (1416ق) التاج و الاکلیل لمختصر خلیل ج: 7، الناشر: دار الکتب العلمیة،

الطبعة: الأولى، ص: 648، مواهب الجلیل، الحطاب الرعیني 20/6، حاشیة الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 87/4.

(5)- 648/7.

وجه استدلال:

ابن حجر⁽¹⁾ میگوید: امکان و احتمال می رود که ابو طلحه هنگام وقف این گزینه را به ایشان گفته باشد که هرکه نیازمند است می تواند سهم خود را بفروشد، و برخی از علماء به جواز این شرط قائل اند. از جمله: علی (رضی الله عنه) و غیره⁽²⁾.

مناقشه:

این یک استدلال بعید است زیرا هیچ دلیل ندارد، بناءً درست نیست که حکم شرعی را بر آن مرتب سازیم و حقیقت امر این است: بعد از این که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) باغ را به ابو طلحه بر گرداند ابو طلحه این باغ را وقف نکرد بلکه در ملکیت اشخاص مذکور قرار داد و هریک از آنها به فروختن حصه خود اقدام کردند زیرا اگر وقف میکرد برای حسان جایز نبود که آن را بفروشد، چون او می دانست که وقف فروخته نمیشود.

2- رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»⁽³⁾. ترجمه: "مسلمانان موظف بمراعات شرط و عهد خویش هستند".

وجه استدلال:

هرکه در چیزی شرط بگذارد آن چیز در ملکیت او داخل شده و از آن او می باشد، و در این (رعایت شروط) حقوق جانبین مراعات می شود- واقف و موقوف علیه- و تا زمانی که این شرط مشتمل بر حرام نباشد مانع شرعی به میان نمیآید⁽⁴⁾.

مناقشه:

ظاهر و منطوق حدیث بر لزوم شرط دلالت دارد که وفاء به آن واجب است، لیکن باید نخست این لزوم مقید شود در صورتی که شروط صحیح و منعقد باشد. و در مسأله که ما در صدد بیان آن هستیم شرط گذاشتن درست نیست بناءً منعقد هم نمیشود. و وقف عقد مؤبد است که احتمال تأقیث و فسخ را ندارد؛ زیرا او منافی مقتضای عقد است. و هرشرطی که خلاف مقتضای عقد باشد یا به وجود آن محرمات الهی حلال و حلال های الهی حرام گردد آن شرط باطل است.

۲- قول عمر (رضی الله عنه) است: اگر من صدقه خود را برای رسول الله (صلی الله علیه وسلم) ذکر نمی کردم البته آن را بر میگرداندم⁽⁵⁾.

وجه استدلال:

ممکن عمر بن خطاب بر صحت و لزوم وقف قائل باشد مگر اینکه واقف شرط رجوع را بگذارد پس او میتواند رجوع کند⁽⁶⁾.

(1)- أحمد بن علي بن محمد الكتاني العسقلاني، أبو الفضل، شهاب الدين، ابن حجر: از جمله آئمه علم و تاریخ است، در اصل از عسقلان (منطقه ای در فلسطین) بوده، اما تولد و وفاتش در قاهره بوده است. در.

(2)- فتح الباری، ابن حجر العسقلانی 388/5.

(3)- صحیح البخاری، کتاب: الاجارة، باب: أجر السمسرة، بعد از ح: 2273.

(4)- حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 81/4.

(5)- مالک بن أنس بن مالک بن عامر الأصبحي المدني (1412ق) موطأ امام مالک رواية أبي مصعب الزهري. ج: 2، المحقق: بشار عواد معروف - محمد خليل، الناشر: مؤسسة الرسالة، ص: 487.

(6)- فتح الباری، ابن حجر العسقلانی 402/5.

مناقشه:

اگر به صحت این اثر باور کنیم باز هم دلالت بر مسأله گذشته نمی‌کند. آنچه در وجه استدلال ذکر شد، یک نوع تأویل تکلفی است. این اثر بر تأیید وقف و جواز اشتراط واقف و رجوع از وقف هیچ دلالت ندارد.

قول راجح و اسباب آن:

به نظر من راجح قول اول است زیرا دلایلش قوی و مستند است، و ادله مخالفین نهایت ضعیف بوده و از مناقشه هیچ خالی نیست. دلایل آنها یا به نصوص عام تخصیص شده است و یا هم قیاس های فاسد الاعتبار که در مقابل نصوص صریح قرار دارد. و اگر از این علل سالم هم باشد باز هم می‌بینیم که از یک جهت میان مقیس و مقیس علیه فرق وجود دارد و از جهت دیگر شرطیکه در عقد وقف موجود است شرط فاسد است زیرا خلاف مقتضای وقف که تأیید است میباشد. پس وقفی که مشروط و مقترن به چنین شروط باشد باطبیعت و مقتضای همین عقد سازگار نیست، و هر عقدی که مشروط به شروط فاسده باشد هرگز منعقد نمیشود.

دیدگاه قانون در مورد مسأله فوق:

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هرگاه وقف به شرط غیر صحیح مشروط گردیده باشد، وقف صحیح و شرط باطل شناخته میشود⁽¹⁾.

هم چنان در ماده (373) آمده است: هرگاه وقف کننده شرطی گزارد که مخالف منافع ملی، مصلحت وقف یا مستحقین باشد، وقف صحیح اما شرط از اعتبار ساقط میگردد. رأی قانون مدنی مطابق قول دوم (قول بعض شافعی ها و يك روايت از حنبلی ها) است.

مطلب چهارم: رجوع در وقف معلق به موت

هرگاه شخصی مال خود را وقف کند ولی فیصله قاطع نکند، بلکه آن را به موتش معلق ذکر نماید مثلاً بگوید: این خانه من بعد از وفاتم وقف است. آیا برایش جایز است که از وقف خود رجوع کند؟ و یا اینکه وقف از حین صدور لازم میگردد. فقهاء در این مورد دو قول دارند:

قول اول:

حنفی ها، شافعی ها و بعضی از حنبلی ها میگویند: مادامی که زنده است رجوع کرده میتواند⁽²⁾. در اللباب آمده: این مانند وصیت است، بناءً ثلث آن به موت لازم می شود نه قبل از موت⁽³⁾. در حاشیتا قلیوبی آمده: تعلیق وقف جایز نیست مگر به موت، مثلاً گوید: بعد از وفاتم این چیز را وقف کردم، در این صورت این یک نوع وصیت است و او می تواند رجوع کند⁽⁴⁾. در الانصاف آمده که حارثی میگوید: کلام اصحاب مقتضی این است که وقف معلق به موت قبل از وجود معلق علیه حتماً و لازماً واقع نمیشود⁽⁵⁾.

(1)-ماده: 353.

(2)- تبیین الحقائق، الزیلعی 326/3.

-عبد الغنی بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي اللباب في شرح الكتاب. ج: 2، حقه و فصله و طبعه و علق حواشیه: محمد محیی الدین عبد الحمید، بیروت-لبنان: المكتبة العلمية، ص: 180، روضة الطالبین، النووي 405/4، حاشیتا قلیوبی، القلیوبی 104/3، المغنی، ابن قدامة 25/6.

دلایل قول اول:

قائلین به جواز رجوع واقف مادامی که زنده است به دلایل ذیل استناد نموده اند:

1- دلیل اول

هر آنچه معلق به موت ذکر شود حیثیت وصیت را بخود می گیرد، و وصیت بالاجماع قبل از موت تنفیذ نمی شود. و این عقدی است جایز و غیر لازم؛ بدین سبب بذات خود یک نوع وصیت است⁽¹⁾.

مناقشه این دلیل:

هر چند وقف معلق به موت مشابه وصیت است ولی بطوری قطعی آن را وصیتی از وصایا دانستن بیجاست؛ زیرا میان این دو تفاوتی زیاد است. باید گفت که موصی به در وصیت از ملکیت یک شخص به شخص دیگر منتقل میشود بر عکس وقف، اما در وقف آنچه به موقوف علیه منتقل می شود تنها منفعت است نه عین چیز. و شرط در انتقال ملکیت در وصیت قبول است بر عکس وقف که در انعقاد آن نیازی به قبول نیست. علاوه از این فرق های زیادی میان این دو عقد نیز وجود دارد که تفاوت های آنها را در حقیقت و ماهیت و احکام واضح میسازد.

اما این قول که هر آنچه معلق به موت ذکر شود وصیت گفته می شود، غلط است. مثلاً: تدبیر معلق به موت است. ولی هیچ کس این را وصیت نمیگوید.

2- دلیل دوم

قیاس به تدبیر است. یعنی چنانکه برای سید جایز است که غلام مدبر خود را عند الحاجة و لزوم دین بفروشد، همچنان رجوع از وقف معلق نیز جایز است. علت مشترک این است که هریکی از این ها تبرع معلق به موت است⁽²⁾.

مناقشه:

این قیاس، قیاس فاسد الاعتبار است زیرا در فروش غلام مدبر عند الحاجة، اختلاف است، و از شروط صحت قیاس این است که حکم اصل و مقیس علیه موافق بر آن باشد. بالفرض اگر این را بپذیریم باز هم استدلال بر این درست نیست، زیرا قائلین به جواز بیع مدبر شرط گذاشته اند که حاجت موجه باشد مانند: دین و غیره، بر عکس وقف معلق به موت؛ زیرا قائلین به جواز رجوع آن را مقید به حاجت نکرده اند، و رجوع در وقف معلق را بطور مطلق صحیح می دانند، بناءً استدلال از قیاس در این مورد بیجاست.

قول دوم:

مفهوم و محتوای کلام مالکی ها این است: واقف از وقف خود رجوع کرده نمی تواند، و وقف از حین صدور لازم میگردد. زیرا ایشان به صحت تأجیل در وقف قایل اند⁽³⁾. و این قول اکثر حنبلی ها نیز بوده و همین مذهب شان است⁽⁴⁾.

در حاشیه الدسوقی آمده: در وقف تنجیز (بدون قید و شرط لازم الاجرا بودن) شرط نیست بلکه تأجیل در آن نیز درست است⁽⁵⁾.

(1) - اللباب فی شرح الكتاب، الميداني 180/2، المغنی، ابن قدامة 25/6، المبدع، ابن مفلح 60/5.

(2) - المغنی، ابن قدامة 25/6..

(3) - مواهب الجلیل، الرعینی 648/7، حاشیه الدسوقی، ابن عرفة الدسوقی 87/4.

(4) - المغنی، ابن قدامة 25/6، الانصاف، المرداوی 24/7..

(5) - 473/5.

در الإنصاف آمده: باید وقف ناجز (فوری) صورت گیرد، و معلق گذاشتن آن به شرط صحیح نیست مگر این که گوید: این چیز را بعد از موتم وقف کردم، در این صورت بنابر قول خرقی وقف جایز بوده و مذهب نیز همین است⁽¹⁾.

دلایل قول دوم:

قائلین به لزوم وقف معلق به موت به دلایلی که بر لزوم وقف دلالت دارد چنگ زده اند، این دلایل عام است که وقف منجز (لازم الاجرا) و معلق هردو را شامل میشود⁽²⁾.

مناقشه:

این دلایل تنها به لزوم وقف منجز (لازم الاجرا) دلالت میکند نه بر لزوم وقف معلق به موت؛ زیرا آن مشابه وصیت است.

قول راجح و اسباب آن:

به نظر من قول اول راجح است، زیرا وقف معلق به موت مشابه وصیت است، و وصیت بعد از موت نافذ میشود نه قبل از موت، بناءً موصی به اجماع فقهاء حق رجوع را دارا می باشد، پس وقف معلق به موت از حیث لزوم و عدم لزوم حکم وصیت را دارد، لذا برای وقف کننده به وقف معلق، رجوع جایز است. در قانون مدنی در مورد چیزی ذکر نگردیده بود.

مطلب پنجم: رجوع از وقف منجز (لازم الاجرا) در مرض الموت

هرگاه شخصی بخشی از مالش را وقف کند— هرچند از ثلث کم هم باشد و در مرض الموت آن را اجرا کند آیا آنچه را از مالش خارج کرده لازم می شود و دیگر حق رجوع را ندارد؟ یا آنچه را خارج کرده حکم وصیت را بخود میگیرد و در این صورت واقف حق رجوع را دارد؟ فقهاء در این مسأله دو قول دارند:

قول اول:

قول جمهور (صاحبین، شافعی ها و مذهب حنبلی ها) این است که می گویند: وقف لازم است و واقف حق رجوع را ندارد⁽³⁾.

در تبیین الحقائق آمده: اگر در مرض الموت به وقف وفا کند... در نزد صاحبین ثلث مال لازم میشود⁽⁴⁾. خطیب شربینی (رحمه الله) بعد از ذکر قول صاحب منهاج میگوید: شرط واقف، صحت عبارت او و اهلیت تبرع است. میگوید: در این قول او (اهلیت تبرع) مریض در مرض الموت داخل بوده و وقفش از ثلث شروع می شود⁽⁵⁾.

در المغنی آمده: اگر کم تر از ثلث بیرون کرده شود بدون اجازه و رضامندی ورثه وقف لازم می شود. و در بیشتر از آن وقف به مقدار ثلث لازم می گردد و اجازه ورثه در آن نیز حتمی است⁽⁶⁾.

دلایل قول اول:

قائلین به لزوم وقف در چنین حالت به دلایل ذیل استناد نموده اند:

(1)-24/7.

(2)- صفحه 76 همین بحث دیده شود.

(3)- تبیین الحقائق، الزیلعی 326/3، بدائع الصنائع، الکاسانی 218/6، مغنی المحتاج، الشربینی 524/3، المغنی، ابن قدامة 25/6، الإنصاف، المرداوی 22/7.

(4)- 326/3.

(5)- 524/3.

(6)- 25/6.

1-دلیل اول

عموم دلایل دلالت دارد بر لزوم وقف وعدم جواز رجوع از آن (1).

2-دلیل دوم

همانا حق ورثه هنگام بیماری واقف به مال تعلق میگیرد و در چنین حالت تبرع به بیشتر از ثلث ممنوع است، مانند عطیه و عتق. و اگر از ثلث کم باشد وقف لازم و جایز می شود، زیرا در این صورت حق ورثه به مال تعلق نمیگیرد (2).

قول دوم:

قول امام ابو حنیفه و مالکی ها این است که میگویند: واقف در چنین وقف حق رجوع را دارد (3). در تبیین الحقائق آمده: اگر وقف را در مرض الموت اجرا کند... در نزد امام ابو حنیفه (رحمه الله) بمنزله وقف منجز در حالت صحت بوده و لازم نمیگردد (4).

دلایل قول دوم:

قائلین به جواز رجوع از وقف به دلایل ذیل استناد نموده اند:

1-دلیل اول

قیاس بر وصیت است، زیرا اگر شخص در مرض الموت وقف کند و در آن وفات نماید این وقف در بیشتر از ثلث نافذ نمی شود بناءً در این صورت حکم وصیت را بخود می گیرد، لذا واقف حق رجوع از وقف را دارد (5).

مناقشه:

این قیاس مع الفارق است؛ زیرا وقفی که در مرض الموت صورت گیرد مخالف وصیت است، چون اگر واقف از بیماری صحت یاب شود حق رجوع را دارد بر عکس وصیت؛ زیرا موصی حق رجوع را ندارد علاوه بر آن بعد از وفات موصی ملکیت انتقال میکند و موصی له جهت اخذ وصیت به ورثه موصی مراجعه می نماید بر عکس وقف؛ زیرا وقف از حین صدور نافذ و لازم می شود و ابداً به واقف بر نمیگردد.

رای راجح و اسباب آن:

آنچه به نظر من درست به نظر می آید قول اول است، زیرا که عموم دلایل بر لزوم وقف دلالت دارد و بدون تفریق و تفکیک حالت بیماری و حالت صحت، و قول به تفریق میان حالت صحت و مرض به دلیل نیاز دارد، و در این جا هیچ دلیلی وجود ندارد؛ بناءً وقف بخاطر عموم دلایل بر لزومش باقی میماند. در قانون مدنی در مورد چیزی ذکر نگردیده بود.

(1) - صفحه 76 همین بحث دیده شود.

(2) - تبیین الحقائق، الزیلعی 326/3.

(3) - تبیین الحقائق، الزیلعی 326/3، بدائع الصنائع، الکاسانی 218/6،

- أبو الولید محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (1408ق) البیان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعلیل لمسائل المستخرجة. ج: 12، التحقيق: د. محمد حجي وآخرون، بيروت- لبنان: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الثانية ص: 237.

(4) - 326/3.

(5) - البیان والتحصيل، القرطبي 237/12.

فصل چهارم

رجوع در عقد وصیت

مبحث اول: ماهیت وصیت و رجوع از آن

برای درک مفهوم وصیت نخست به تعریف لغوی و اصطلاحی آن پرداخته بعداً به مسایل دیگر میپردازیم.

مطلب اول: تعریف وصیت در لغت و اصطلاح

اول: وصیت در لغت

گفته می شود: (أوصی له بشئ) چیزی را برای او وصیت کرد. و (أوصی إلیه) یعنی او را وصی خود گردانید، تا اینکه در کارها و اموالش بعد از مرگش در مورد خانواده اش تصرف کند. و (وصایه) بفتح واو و کسر آن، اسم است⁽¹⁾.

از ابو هریره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «استوصوا بالنساء خيراً، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلْعٍ، وَإِنَّ أَعْوَجَ مَا فِي الضِّلْعِ أَعْلَاهُ، فَإِنْ ذَهَبَتْ تُقِيمُهُ كَسْرَتُهُ، وَإِنْ تَرَكْتُهُ، لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ، فاستوصوا بالنساء»⁽²⁾.

ترجمه: "خواهان رفتار نیک با زنان شوید. زیرا زن از استخوان پهلوی چپ آفریده شده، و کج ترین استخوانهای پهلوی بالاتر آن است اگر خواسته باشی راستش کنی، می شکنی و اگر بگذاری، همیشه کج است. پس در مورد زنان همدیگر را وصیت به خیر نمایید".

وصیت: چیزی که آن را وصیت می کنی، و وصیت به معنای پیوستن است، گویا وصیت کننده آنچه را در زمان حیاتش دارد به بعد از مرگش وصل میکند. گفته می شود: (أوصیت إلیه بمال) یعنی مال را برای او دادم. (أوصیت به بولد) خواهان مهر و عطوفت او با فرزندانش شدم، (أوصیت به بالصلاة) یعنی او را به نماز خواندن دستور دادم. گاهی وصیت به معنای اسم مصدر اطلاق می شود ولی مراد از آن فعل موصی می باشد، چنانچه الله تعالی میفرماید:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ (المائدة: ۱۰۶). ترجمه: "ای کسانی که ایمان آورده اید! چون مرگ یکی از شما فرا رسد در موقع وصیت باید از میان شما دو نفر عادل را گواه بگیرید".

دوم: وصیت در اصطلاح

تعریف علمای احناف: هی «اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته»⁽³⁾.

"یعنی آنچه که موصی در مال خود بعد از وفاتش واجب قرار دهد را وصیت گویند".

شرح تعریف:

به قید اسم لما أوجبه الموصي بیع و اجاره خارج می شود؛ زیرا هیچ چیزی از آن احتمال وجوب بعد از موت را ندارد چون اگر آن را بعد از مرگ واجب کند باطل می گردد⁽⁴⁾.

(1) - مختار الصحاح، الرازي، باب الواو، مادة (وصی) 340/1، مقایس اللغة، ابن فارس، كتاب الواو، باب الواو والصاد وما يثلثهما، مادة (وصی) 116/6، القاموس الفقهي، ابو حبيب، حرف الواو، مادة (وصی) 381/1.

(2) - صحيح البخاري، ج: 4، ص: 133، ح: 3331، كتاب: أحاديث الأنبياء، باب: الوصية بالنساء.

(3) - بدائع الصنائع، الكاساني 333/7.

(4) - مرجع سابق.

به قید فی ماله مال غیر خارج می شود، چون وصیت در مال غیر (مالی که در ملکیتش نباشد) جایز نیست. به قید بعد موته تملیک به عوض در حال حیات خارج می شود مانند: بیع و هم چنان نیز هبه خارج می گردد زیرا هبه تملیک بدون عوض در زندگی بطریق تبرع است.

مناقشة این تعریف:

این تعریف جامع نیست؛ زیرا حقوق الله تعالی و دینی را که بر ذمه اش است شامل نمی گردد. اگر چنین تعریف مینمودند: «هی طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالی و العباد ما لم یصلهما أو تملیک إلى آخره». "وصیت طلب برائت ذمه از حقوق الله و حقوق العباد است تا وقتی که برایشان نمیرسید و یا در ملکیت شخص دیگر قرار نمیگرفت". یا اگر میگفت: «الْوَصِيَّةُ: تَمْلِيْكٌ مُضَافٌ لِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ». "وصیت تملیکی است منسوب به بعد از مرگ". بهتر بود⁽¹⁾.

تعریف علمای مالکی:

ابن عرفه⁽²⁾ میگوید: الوصیت «عقد یوجب حقاً فی ثلث مال عاقده یلزم بموته أو نیابة عنه بعده»⁽³⁾. وصیت عقدی است که در سوم حصه مال عاقد حقی را واجب میگرداند که به مجرد موت موصی و یا بنابر نیابت از او بعد از وفاتش لازم میشود.

شرح تعریف:

(عقد): قرار دادی است میان طرفین (دو شخص) که هریک از آنها به تنفیذ آن پابند میباشند. (فی ثلث ماله): به این قید، آنچه در رأس المال در حالت صحت عقد صورت گرفته، خارج میشود. (یلزم بموته): به این قید تبرع زوجه به سوم حصه مالش خارج میشود، چون لزوم ثلث به موت زوجه موقوف نمیباشد.

(أو نیابة عنه بعده): عطف بر (حقاً) است، یا (أو) برای تنويع است، یعنی وصیت در عرف فقهاء بر دو نوع است؛ اول: (وصیت) عقدی است که در سوم حصه مال عاقد حقی را واجب میگرداند که به مجرد موت موصی لازم میگردد.

دوم: (وصیت) عقدی است که بنا بر نیابت از عاقد (بعد از وفات او) لازم می گردد. در این اشاره به این مطلب است که وصیت دین (قرض) را شامل نمی باشد؛ زیرا دین از رأس المال پرداخته میشود⁽⁴⁾.

تعریف علمای شافعی:

الوصیت «تبرع بحق مضاف و لو تقدیراً لما بعد الموت»⁽⁵⁾. "وصیت تبرع و بخششی است از مال منسوب به بعد از مرگ هر چند تقدیراً (به اندازه) هم باشد".

شرح تعریف:

(تبرع): عطا و بخشش بدون عوض⁽⁶⁾.

(بحق): مال و غیره.

(مضاف): صفت برای تبرع است.

(1) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم 459/8.

(2) - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالم وخطيب در عصر خود بوده، تولد و وفاتش در همین شهر بوده است.

(3) - منح الجليل، عيش 503/9.

(4) - معجم لغة الفقهاء، قلعي، حرف العين 317/1.

(5) - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (1357ق) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج: 7، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة

التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، ص: 3.

(6) - معجم لغة الفقهاء، قلعي، حرف التاء 120/1.

(ولو تقدیرا): مثلا بگوید: برای فلانی این قدر وصیت کردم، بدون اینکه گوید: بعد از مرگم؛ زیرا واژه وصیت خود صریح است (یعنی وصیت بعد از مرگ نافذ میشود) (1).

تعریف حنبلی ها:

«هي الأمر بالتصرف بعد الموت، و الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت» (2).
"دستور دادن به تصرف کردن بعد از مرگ، وصیت به مال: تبرع و بخشیدن بعد از مرگ را گویند".

شرح تعریف:

(الأمر بالتصرف بعد الموت): دستور دادن به تصرف کردن بعد از مرگ؛ وصیت در لغت به معنای امر و سفارش است. الله تعالی میفرماید: ووصی بها ابراهم بنیه و یعقوب (البقرة: ۱۳۲). ترجمه: "ابراهیم و یعقوب، فرزندان خود را به این آیین سفارش کردند". (التبرع به بعد الموت): وصیت به مال: تبرع و بخشیدن بعد از مرگ را گویند، بر عکس هبه؛ زیرا هبه تبرع در حال حیات است (3).

تعریف راجح و اسباب آن:

از خلال آنچه گذشت معلوم میشود که تعریف مالکی ها و حنفی ها راجح است؛ دلایل ترجیح این است:
1- این تعاریف وصیت و ایصاء هر دو را شامل میشود، و آن عبارت از وصی- وکیل گردانیدن غیر بعد از شخص بر اولادش.

2- اما تعاریف شافعی ها و حنبلی ها ایصاء را شامل نمیشود؛ بنابر آن این تعاریف مانع و غیر جامع است.

تعریف و صیت از دیدگاه قانون

قانون مدنی وصیت را چنین تعریف مینماید: وصیت عبارتست از تصرف در ترکه بنحویکه اثر آن به مدت بعد از وفات و صیت کننده منسوب باشد (4).

مطلب دوم: مشروعیت وصیت

مشروعیت وصیت به کتاب الله سنت رسول الله و اجماع امت ثابت است.

1- کتاب الله

1- الله تعالی می فرماید: کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیت للوالدین والاقربین بالمعروف (البقرة: ۱۸۰).

ترجمه: "بر شما نوشته شده هنگامی که یکی شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی از خود به جای گذارده، برای پدر و مادر و خویشاوندان به نیکی وصیت کند. این حق است بر پرهیزگاران".

از عائشة صدیقه (رضی الله عنها) روایت است که شخصی خواست وصیت کند در حالی که عیال دار بود و چهار صد دینار داشت عائشه (رضی الله عنها) گفت: من خیر و فضیلتی را در این نمی بینم.

الله متعال می فرماید: من بعد وصیت یوصی بها اودین (النساء: ۱۲).

ترجمه: "بعد از انجام وصیتی که به آن سفارش کرده اند و بعد از ادای دین".

(1) - إعانة الطالبین ، البکری 234/3.

(2) - المبدع ، ابن مفلح 227/5.

(3) - شرح منتهی الإرادات، البهوتی 453/2.

(4) - ماده: 2103.

وجه استدلال:

علماء اعم از سلف و خلف بر این امر اجماع کرده اند که قرض برتنفیذ وصیت مقدم است، این مطلب از فحوا و محتوای آیه کریمه فهمیده میشود (1).

امام صابونی (رحمه الله) (2) در کتابش (صفوة التفاسیر) میگوید: حق ورثه بعد از تنفیذ وصیت میت و قضای دیونش میباشد، و ترک آن بعد از آن تقسیم کرده میشود (3).

3- الله تعالی می فرماید: یاایها الذین آمنوا شهادت بینکم اذا حضر احدکم الموت حین الوصت ذوا عدل منکم المائدة: ۱۰۶).

ترجمه: "ای کسانی که ایمان آورده اید! چون مرگ یکی از شما فرا رسد در موقع وصیت باید از میان شما دو نفر عادل را گواه بگیرید".

وجه استدلال:

در جاهلیت هر شخص در حضور ورثه و اقربایش وصیت میکرد و هیچ نوع نزاع و کشمکش میان شان رخ نمیداد؛ چون ایشان به وصیت احترام و ارج قائل بوده و به تنفیذ آن حریص بودند تا حق میت حفظ شود؛ زیرا راهی دیگری برای تحقق بخشیدن حق میت وجود نداشت بدین سبب قرآن کریم از گرفتن گواهان برای توثیق وصیت حرف نزد بر عکس تبایع و خرید و فروش و قرض که در آیه (282) سورة بقره ذکر شده است.

و این آیه مسأله وصیت را توثیق و تأکید میکند بخاطر شایستگی و اهمیت وصیت و واجد شرایط بودن آن به توثیق؛ زیرا در بیع و دین معلوم است که هریک از جانبین از مصلحت خود دفاع میکنند و حق خود را میگیرند بر عکس وصیت (4).

دوم: سنت نبوی

1- از عبدالله بن عمر (رضی الله عنه) روایت است که پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «مَا حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ، يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ» (5).

ترجمه: "هر انسان مسلمانی که مال و ثروت با ارزشی داشته باشد که بخواهد نسبت به آن وصیت نماید، نباید دو شب را به روز برساند، مگر اینکه وصیت نامه خود را نوشته داشته باشد".

وجه استدلال:

در حدیث ابن عمر تشویق و ترغیب به وصیت کردن بیان شده است؛ زیرا مرگ یک حادثه ناگهانی است که انسان را نا خود آگاه یکام خود فرو میبرد (6).

2- از ابو هریره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ» (7).

(1) - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (1420ق) تفسير القرآن العظيم، ج: 2، المحقق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ص: 228.

(2) - محمد علي الصابوني: شيخ صابوني در شهر حلب (سوريه) در سال 1930م تولد گرديده است. و پدرش از كبار علمای شهر حلب بود،

(3) - 241/1.

(4) - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (1984ق) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد». ج: 7، تونس: الدار التونسية للنشر، ص: 80.

(5) - صحيح البخاري، ج: 4، ص: 2، ح: 2739، كتاب: الوصايا، باب: وقول النبي (صلی الله علیه وسلم) وصيت الرجل مكتوبة عنده.

(6) - شرح صحيح البخاري، ابن بطال 141/8.

(7) - سنن ابن ماجه، ج: 2، ص: 904، ح: 2709، كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج: 45، ص: 475، ح: 27482، باب: من حديث أبي

الدرداء عويمر، سنن الدارقطني، ج: 5، ص: 263، ح: 4289، باب: كتاب الوصايا. ألباني صحيح گفته است. صحيح الجامع الصغير وزيادته 358/1.

ترجمه: "الله تعالی (از لطف خود) به شما اجازه داده که هنگام وفات یک سوم مال تان را (در راه الله) صدقه دهید، تا بر اعمال شما افزوده شود".

وجه استدلال:

این حدیث بر مشروعیت و جواز وصیت دلالت دارد.

سوم: اجماع

امت اسلامی از زمان رسول الله (صلی الله علیه وسلم) تا امروز وصیت میکنند، و هیچ کس هم رد نکرده، بناءً میتوان گفت که این یک امر اجماعی است⁽¹⁾.

همچنین فقهاء بر جواز وصیت بعد از ادای دین اتفاق کرده اند، یعنی: اگر چیزی بعد از قضای دین باقی میماند وصیت در آن جایز است در غیر آن صورت جایز نیست، همچنین اگر پدری عاقل و غیر محجور برای فرزندان خود وصیت میکند نیز متفق اند⁽²⁾.

مطلب سوم: حکم وصیت

مراد از حکم وصیت:

یعنی وصف شرعی وصیت از حیث اینکه مطلوب است یا مطلوب نیست، یا اختیار است میان ترک و فعل.

مورد خلاف:

فقهاء همه اتفاق دارند که وصیت به کل مال برای والدین و خویشاوندان در آغاز اسلام جایز بود؛ چنانکه الله تعالی می فرماید: (البقرة: ۱۸۰).

ترجمه: "بر شما نوشته شده هنگامی که یکی شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی از خود به جای گذاریده، برای پدر و مادر و خویشاوندان به نیکی وصیت کند. این حقی است بر پرهیزگاران". سپس این آیه توسط آیات موارد منسوخ گردید⁽³⁾.

بعد از نزول آیات موارد، علمای کرام در مورد حکم وصیت بر دو دسته تقسیم شدند:

قول اول

جمهور فقهاء (علمای حنفی، علمای شافعی، علمای مالکی و علمای حنبلی) به این نظر اند که وصیت مستحب است؛ زیرا آن نوعی از انواع کار های نیک است⁽⁴⁾.

این دسته از علماء برای تأیید مدعای خود از قرآن، سنت، فعل صحابه، قیاس و عقل استدلال کرده اند.

اول: کتاب الله

1- الله تعالی می فرماید:

ترجمه: "بر شما نوشته شده هنگامی که یکی شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی از خود به جای گذارده، برای پدر و مادر و خویشاوندان به نیکی وصیت کند. این حقی است بر پرهیزگاران". (البقرة: ۱۸۰).

وجه استدلال:

مراد از خیر، مال است در این آیه به وصیت برای والدین اقرباء و خویشاوندان توصیه و سفارش شده، سپس این حکم به آیات سورة نساء منسوخ گردید، پس الله تعالی برای والدین و هر صاحب میراث حصه اش

(1) - بدائع الصنائع، الکاسانی 330/7، المغنی، ابن قدامة 137/6.

(2) - مراتب الإجماع، بن حزم 110/1، الإجماع، ابن المنذر 76/1، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارت الأوقاف الكويتية 223/43.

(3) - بدائع الصنائع، الکاسانی 330/7، مغنی المحتاج، الشربینی 66/4، کشف القناع، البهوتی 335/4.

(4) - العناية شرح الهداية، البابرتی 413/10، الذخيرة، القرافي 7/7، إعانة الطالبین، البکری 234/3، کشف القناع، البهوتی 338/4.

را معین کرد، بدین سبب وصیت برای آنها (ورثه) جایز نیست، بلکه وصیت برای کسانی است که میراث نمی برند، برابر است که خویشاوندان باشند یا غیر⁽¹⁾.

ابن المنذر⁽²⁾ میگوید: طبق معلوماتی که من از اهل علم دارم همه اجماع دارند که وصیت برای والدین و آنده از اقرباء که میراث نمی برند جایز است⁽³⁾. و بسیاری از اهل علم گفته اند: این آیه به آیات موارث منسوخ شده و نیز با این حدیث رسول الله (صلی الله علیه وسلم) که فرموده اند: «لا وصیة لوارث»⁽⁴⁾. ترجمه: «وصیت برای ورثه جایز نیست».

2- الله تعالی می فرماید: (النساء: 11).

ترجمه: «همه اینها» پس از انجام وصیتی است که او (میت) به آن سفارش کرده و بعد از ادای دین است».

وجه استدلال:

ذکر وصیت در این آیه دلالت بر مندوبیت آن میکند اگر واجب میبود حتما میگفت: من بعد الوصیة.

دوم: سنت نبوی

1- از عبدالله بن عمر (رضی الله عنه) روایت است که پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَ وصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً»⁽⁵⁾.

ترجمه: «هر انسان مسلمانی که مال و ثروت با ارزشی داشته باشد که بخواهد نسبت به آن وصیت نماید، نباید دو شب را به روز برساند، مگر اینکه وصیت نامه خود را نوشته داشته باشد».

وجه استدلال:

امام شافعی (رحمه الله) میگوید: حزم و احتیاط اینست که وصیت شخص مسلمان باید نزدش مکتوب (نوشته شده) باشد و نوشتن آن مستحب است و باید در حال صحت و عافیت نوشته و بر آن گواه نیز بگیرد و آنچه ما

باحتاج است را بنویسد و اگر امر جدیدی پیدا شد که ضرورت به وصیت داشت آن را ضمیمه وصیت نامه کند و نوشتن چیزهای معمولی و اندک و متکرر لازم نیست⁽⁶⁾.

2- از ابو هریره (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ، عِنْدَ وَفَاتِكُمْ، بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ، زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ»⁽⁷⁾.

ترجمه: «الله تعالی (از لطف خود) به شما اجازه داد که هنگام وفات یک سوم مالتان را (در راه الله) صدقه دهید تا بر اعمال شما افزوده شود».

وجه استدلال:

در الفاظ دیگر این حدیث جمله: «حيث شئتم» آمده که دلالت بر مندوبیت و استحباب وصیت میکند.

(1)- قتادة بن دعامة بن قنادة بن عزيز، أبو الخطاب السدوسي البصري (1418ق) الناسخ والمنسوخ. ج: 1، المحقق: حاتم صالح الضامن، كلية الآداب - جامعة بغداد، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ص: 35.

(2)- محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، حافظ و شيخ حرم در مکه مکرمه بود و در سال 319 ق در همانجا وفات نمود.

(3)- الإجماع، ابن المنذر 76/1.

(4)- سنن ابن ماجه. ج: 2، ص: 906، ح: 2714، از حدیث: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»، باب: لا وصیة لوارث، سنن أبي داود. ج: 3، ص: 114، ح: 2870، باب: ما جاء في الوصية للوارث، سنن الدارقطني. ج: 5، ص: 268، ح: 4298، كتاب: الوصايا. ألبانی حکم به صحیح بودن آن نموده است، صحیح الجامع الصغير وزيادته 368/1.

(5)- تخريج حديث در صفحه 97 گذشت.

(6)- شرح النووي على صحيح مسلم، النووي 74/11.

(7)- تخريج حديث در صفحه 96 گذشت.

3- از ابو قلابه (رضی الله عنه) روایت است که رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «لا وصیت لوارث» ترجمه: "وصیت برای ورثه جایز نیست." در برخی روایات دیگر آمده: «إلا أن یجیزه الورثة»⁽¹⁾. ترجمه: "مگر اینکه ورثه اجازه دهند".

وجه استدلال:

در این زیادت (إلا أن یجیزه الورثة) مراد نفی جواز است نه نفی تحقیق، و از ضروریات نفی جواز نفی فرضیت و وجوب است، این حدیث مرسل روایت شده است لیکن مراسل در نزد ما حجت است مانند مسانید یا قوی تر از آن⁽²⁾.

4- رسول الله (صلی الله علیه وسلم) وفات نمودند ولی وصیت نکردند اگر وصیت واجب میبود حتماً قبل از وفات عملاً انجام میدادند⁽³⁾.

سوم: قیاس

1- تبرع و بخشش بعد از وفات در صورتی معتبر است که در حال حیات صورت گرفته باشد، همچنین است تبرع به وصیت بعد از موت. و این احسان و نیکی است که به آن ترغیب و تشویق شده است⁽⁴⁾.

2- قیاس نمودن وصیت به هبه، به علت این که هر دو از انواع تبرع اند، اما هبه واجب نیست پس همین گونه است وصیت⁽⁵⁾.

3- قیاس نمودن سبب وصیت به سبب سایر تبرعات، به علت این که مراد از آنها حاصل نمودن ذکر حسن (به نیکی یاد کردن) در دنیا و نائل شدن به درجات عالی در آخرت می باشد، و تبرع واجب نیست پس همچنین است وصیت⁽⁶⁾.

4- وصیت عطیه و بخششی است که در حال حیات واجب نیست، بناءً بعد از موت نیز واجب نخواهد بود مانند سایر عطیه ها⁽⁷⁾.

حنفی ها در مورد قیاس میگویند:

قیاس جواز وصیت را نمیپذیرد؛ زیرا وصیت تملیکی است منسوب به حالت زوال مالکیت موصی، اگر به حالت قیام مالکیت منسوب شود، مثلاً بگوید: این را فردا به تو میدهم باطل خواهد بود پس این وصیت نیز باطل است، مگر ما بخاطر حاجت و نیاز مردم این را مستحسن و بهتر میدانیم؛ زیرا انسان به آرزو هایش مغرور است و فریب میخورد و در عملش کوتاهی میکند، پس هرگاه بیماری عاید حالش گردد و از موت بترسد در این حالت نیاز به تلافی آن تقصیرات و کوتاهی دارد که در مالش در حیات از او سر زده، بناءً اگر این وصیت را انجام دهد هدف اخروی اش (عدم احتساب) متحقق میشود و اگر از بیماری صحت یاب شد پس مال از خودش است و از آن در دنیا استفاده میکند⁽⁸⁾.

چهارم: دلیل عقلی

(1) - سنن الترمذی، ج: 4، ص: 433، ح: 2120، باب: لا وصیة لوارث، سنن ابن ماجه، ج: 2، ص: 905، ح: 2713، باب: لا وصیة لوارث، سنن الدارقطنی، ج: 5، ص: 267، ح: 4296، کتاب: الوصایا، ألبانی صحیح گفته است. إرواء الغلیل 87/6.

(2) - المبسوط، السرخسی 143/27.

(3) - فؤاد السرطاوی، الوجیز فی الوصایا و الموارث، ج: 1، الناشر: دار یافا العلمیة للنشر و التوزیع، ص: 18.

(4) - المبسوط، السرخسی 142/27.

(5) - المغنی، ابن قدامة 137/6.

(6) - البحر الرائق، ابن نجیم 459/8.

(7) - المغنی، ابن قدامة 138/6.

(8) - الهدایة، المرغینانی 513/4.

ابن عبد البر⁽¹⁾ ادعا کرده که وصیت به اجماع علما واجب نیست زیرا اگر وصیت نکند مالش کاملاً میان ورثه تقسیم می‌گردد، بناءً اگر وصیت واجب می بود بخشی از مالش برای وصیت جدا کرده می شد. رأی راجح و اقرب الی الصواب رأی هادویه و ابو ثور است ایشان می‌گویند: وصیت در صورتی واجب است که کسی دین دار باشد یا نزدش ودیعه و امانت باشد یا حق مردم بالایش باشد که اگر وصیت نکند ضایع می شود⁽²⁾.

پنجم: فعل صحابه (رضی الله عنهم)

از اکثر صحابه کرام وصیت منقول نشده و هیچ اعتراضی هم بر آن ذکر نگردیده، بناءً اگر وصیت واجب می بود حتماً از ایشان با الفاظ صریح نقل می شد⁽³⁾.

قول دوم

ابن حزم ظاهری⁽⁴⁾ می‌گوید: کسی که مال و ترکه از او باقی می ماند وصیت بالایش فرض است⁽⁵⁾. او در این مورد از دلایل ذیل استدلال کرده است:

اول: کتاب الله

الله تعالی می فرماید:

ترجمه: "همه اینها) پس از انجام وصیتی است که او (میت) به آن سفارش کرده و بعد از ادای دین است". (النساء: 12).

وجه استدلال:

در آغاز آیه الله تعالی فرموده: فرض گردانیده شده، بناءً اسقاط این فرض دلیل واضح می خواهد. همچنان این کلمه که قبلاً ذکر شد. یعنی: این ثابت و حق است⁽⁶⁾. (البقرة: ۱۸۰)

دوم: سنت نبوی

از عبدالله بن عمر (رضی الله عنه) روایت است که پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ، يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَ وصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ»⁽⁷⁾.

ترجمه: "هر انسان مسلمانی که مال و ثروت با ارزشی داشته باشد که بخواهد نسبت به آن وصیت نماید نباید دو شب را به روز برساند، مگر اینکه وصیتنامه خود را نوشته داشته باشد".

وجه استدلال

ابن عمر (رضی الله عنهما) می‌گوید: از وقتی این حدیث را از پیامبر (صلی الله علیه وسلم) شنیدم یک شب سپری نشده بود که وصیتم را نوشته کردم⁽⁸⁾.

(1)-یوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر: از بزرگان حفاظ حدیث، مؤرخ و آدیب بود، که برایش حافظ مغرب گفته میشد. در قرطبه تولد گردیده است. سفرهای طولی به اندلس غربی و شرقی داشته است و در شاطبه در سال 463 ق وفات نمود.

(2)- سبل السلام، الصنعانی 151/2.

(3)- المغنی، ابن قدامة 138/6.

(4)- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد: عالم اندلسی در عصر خود، و یکی از امامان اسلام است که تعداد کثیری از مردم در اندلس منسوب به مذهب وی بوده و بنام "الحزمية" یاد میشوند. در سال 384 ق در قرطبه تولد گردیده است.

(5)- المحلی بالآثار، ابن حزم 349/8.

(6)- شرح الممتع، العثیمین 136/11.

(7)- تخریج در صفحه 97 گذشت.

(8)- المحلی، ابن حزم 349/8.

از قول ابن عمر فهمیده می شود که این حدیث بر وجوب وصیت دلالت میکند، به همین خاطر او به تنفیذ وصیت فوراً قیام کرد.

مناقشه:

این حدیث را یحیی بن سعید بن قطان از عبید الله بن عمر از نافع از ابن عمر از نبی اکرم (صلی الله علیه وسلم) روایت کرده و در آن گفته: «يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ»⁽¹⁾. یعنی می خواهد وصیت کند یا اراده وصیت کردن را دارد.

در این جا وصیت به اراده موصی تعلق گرفته، دیگر این که رسول الله (صلی الله علیه و سلم) خود شان وصیت نکرده اند و ابن عمر (رضی الله عنه) که خود راوی حدیث است وصیت نکرده است⁽²⁾.

رأی راجح و اسباب آن:

آنچه از خلال مباحث گذشته برایم راجح به نظر می آید مذهب کسانی است که به استحباب وصیت قائل اند. و اینک اسباب ترجیح:

1- الله تعالی در قرآن کریم میفرماید:

ترجمه: "بر شما فرض شده هنگامی که یکی شما را مرگ فرا رسد، اگر مالی از خود به جای گذاریده، برای پدر و مادر و خویشاوندان به نیکی وصیت کند. این حق است بر پرهیزگاران". (البقرة: ۱۸۰). این است که این آیه به آیات مواریث منسوخ است؛ و دلایل نسخش خیلی قوی و زیاد است.

2- از پیامبر (صلی الله علیه و سلم) و از اصحاب کرام ثابت نشده که ایشان وصیت کرده باشند، بالفرض اگر واجب میبود حتما اصحاب کرام بعد از رسول الله (صلی الله علیه و سلم) آن را عملی میکردند.

مبحث دوم: کیفیت رجوع از وصیت از دیدگاه فقه و قانون

مطلب اول: اقسام رجوع از وصیت

رجوع از وصیت بر دو بخش تقسیم می شود:

قسم اول: رجوع صریح

رجوع صریح آن است که لفظش بالکل واضح باشد، مثلاً موصی گوید: از وصیتم رجوع کردم یا آن را باطل کردم یا آنچه وصیت کردم بعد از وفاتم از آن وارثانم باشد⁽³⁾.

قسم دوم: رجوع دلالتی

دلالت یا بالقول می باشد و یا بالفعل.

أ: دلالت قولی

سخنی بگویند که دلالت بر رجوع از وصیت کند. مثلاً: آن را فروختم یا آن را به کسی داده ام یا رد کردم و غیره.

علماء بر جواز رجوع از وصیت برابر است که به دلالت فعل باشد و یا قول به هر دو اجماع کرده اند⁽⁴⁾.

(1)- تخریج در صفحه 97 گذشت.

(2)- البیان، العمرانی 154/8.

(3)- المبدع، ابن مفلح 245/5، علاء الدین محمد بن (محمد امین المعروف بابن عابدین) بن عمر بن عبد العزيز عابدین الحسینی الدمشقی، قرّة عین الأخیار لتکملة رد المحتار علی الدر المختار، ج: 7، بیروت - لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزیع، ص: 238.

(4)- منح الجلیل، علیش 516/9، بدائع الصنائع، الکاسانی 394/7، الکافی، ابن قدامة 289/2، الحاوی الکبیر، الماوردی 314/8، الموسوعة الفقهية الكويتية 233/43، فقه السنة، سید سابق 592/3.

ب: نمونه هایی از دلالت فعلی

- 1- موصی عین موصی به را بفروشد، یا آن را از ملکیتش خارج کند، یا هبه کند، یا به گرو دهد و یا به ترمیم و درست کاری آن دستور دهد.
- 2- در عین موصی به تصرفی کند که عین موصی به هلاک و ختم شود، مثلاً: گوسفندی وصیت شده را ذبح و خانه وصیت شده را ویران کند.
- 3- عین موصی به را با چیزی دیگری به گونه مخلوط کند که قابل جدا سازی نباشد مثلاً: گندم موصی به را با جو مخلوط کند یا آرد گندم موصی به را به آرد جواری مخلوط کند. این همه نوعی از انواع رجوع است؛ و این همه از جمله رجوع دلالتی است، و گاهی دلالت قوی جای رجوع صریح را میگیرد⁽¹⁾.
قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: وصیت کننده از تمامی یا بعضی وصیت صراحتاً یا دلالتاً عدول نموده می تواند⁽²⁾.

مبحث سوم: حکم رجوع از عقد وصیت

فقهاء بر جواز رجوع از وصیت اتفاق دارند؛ زیرا وصیت به منزله عقد و قرار داد غیر لازم است نیز وصیت عطیه و بخششی است که ملکیت زایل نمیشود، بناءً رجوع از آن جایز است مانند هبه قبل از قبض. چنانچه امام بیهقی روایتی را از عمر (رضی الله عنه) آورده: شخص (موصی) میتواند وصیت خود را به هر گونه که میخواهد تغییر دهد⁽³⁾.

مطلب اول: رجوع در وصیت بلا موجب

منشأ رجوع از وصیت اگر صحیح باشد از هر دو جانب (موصی و موصی له) صورت میگیرد. و رجوع از وصیت را میتوان بر پنج بخش (حالت) تقسیم کرد:

1- رجوع موصی از وصیت در حال حیات و قبل از وفات:

فقهاء همه به این نظر اند که هرگاه موصی در حال حیات و قبل از وفات در وصیت خود رجوع کند عقد وصیت فسخ و باطل میگردد؛ زیرا وصیت در حال حیات عقد غیر لازم است، بناءً موصی هر وقتی خواسته باشد در وصیت خود رجوع کرده میتواند⁽⁴⁾. و اینک دلایل آن :

- 1- از عمر (رضی الله عنه) روایت شده که ایشان فرمودند: «يُغَيِّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنَ الْوَصِيَّةِ»⁽⁵⁾.

ترجمه: شخص (موصی) میتواند وصیت خود را به هر گونه که می خواهد تغییر دهد.

^{۳-} وصیت، تبرع و بخششی است که تا زمانی موصی زنده است موصی له در آن تصرف کرده نمیتواند، بناءً اگر موصی در حال حیاتش در وصیت خود رجوع کند عقد وصیت فسخ و باطل

(1) - منح الجلیل، علیش 516/9، بدائع الصنائع، الکاسانی 394/7، الکافی، ابن قدامة 289/2، الحاوی الکبیر، الماوردی 309/8، الموسوعة الفقهية الكويتية 233/43، فقه السنة، سید سابق 592/3.

(2) - ماده: 2121.

(3) - بدائع الصنائع، الکاسانی 394/7، بداية المجتهد، ابن رشد 121/4، مغنی المحتاج، الشربینی 112/4، المبدع، ابن مفلح 245/5، المحلی، ابن حزم 391/8.

(4) - تبیین الحقائق، الزیلعی 186/6، بدائع الصنائع، الکاسانی 387/7، الفواکه الدوانی، النراوی 132/2.

- أبو حامد محمد بن محمد الغزالی الطوسی (1417ق) الوسيط في المذهب . ج: 4، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة: دار السلام، الطبعة: الأولى، ص: 477، المغنی، ابن قدامة 156/6، المبدع، ابن مفلح 245/5، الإنصاف، المرادوی 205/7، المحلی، ابن حزم 391/8.

(5) - أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن يهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (1412ق) سنن الدارمي . ج: 4، ص: 2044.

السنن الكبرى للبيهقي . ج: 6، ص: 460، ح: 12654، كتاب: الوصايا، باب: الرجوع في الوصية و تغييرها. ابن حديث را شيخ الباني صحيح و راويانش را ثقة دانسته است. إرواء الغليل 98/6، ح: 1658.

میگردد؛ زیرا آنچه از موصی صادر شده ایجاب است و وقتی ابطال ایجاب در عقود عوضی قبل از قبول چون بیع جایز باشد ابطال تبرع (وصیت) به طریق اولی جایز است^(۱).
۴- وصیت عطیه ای است که فی الحال موصی له مالک آن شده نمیتواند، و این عقد به موت موصی
۵-

۶- تجیز (فوری و لازم الإجراء) میگردد، بناءً موصی در حال میتواند^(۲). قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: وصیت یا قبولی صریح یا ضمنی شخصیکه به او وصیت میشود بعد از وفات وصیت کننده لازم میگردد^(۳).

۲- رجوع موصی له بعد از موت موصی و قبل از قبض و قبول:
فقهاء همه به این نظر اند که هرگاه موصی له بعد از وفات موصی و قبل از قبض و قبول موصی به رجوع کند عقد وصیت فسخ و باطل میگردد؛ در این حالت رجوع از وصیت برای موصی له جایز است؛ زیرا او حق را که مالکیت و صلاحیت قبول و گرفتن آن را داشت ساقط کرده، گویا او شبیه شفيعی است که حق شفيعیت خود را میبخشد^(۴).

قانون مدنی در مورد چنین تصریح میدارد: هرگاه شخصیکه به او وصیت شده هنگام وفات وصیت کننده موجود باشد از همان لحظه وفات شی وصیت شده را مستحق میگردد مگر اینکه در متن وصیت استحقاق شی وصیت شده به وقت معین بعد از مرگ تثبیت شده باشد^(۵).

۳- رجوع موصی له در حیات موصی:

عموم فقهاء به این نظر اند که وصیت بفسخ موصی له و رجوع آن، قبل از وفات موصی منحل و باطل نمیگردد؛ زیرا وصیت تا هنوز واقع نشده و موصی له در حیات موصی حق تصرف و رجوع از وصیت را ندارد، بناءً رد کردن آن بیجاست مانند رد کردن مبیعه قبل از ایجاب و قبول. یا مثلاً: کسی به زن خود گوید: (أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا إِنْ قَبِلْتِ إعطائي مائة دينار). اگر فردا صد دینار من را پذیرفتی طلاق هستی. در این صورت فی الحال قبول و یا رد آن بیجا و بی ارزش است، مگر در صورتی که وقت تنفیذ (وقت معین) که فردا است فرا رسد، پس اگر قبل از وقت معین قبول و یا رد نمود کلامش اعتباری ندارد، زیرا رد و قبول پیش از وقت اعتبار ندارد^(۶).

امام زفر (رحمه الله) - از احناف - میگوید: هرگاه وصیت در حال حیات موصی رد کرده شود باطل میگردد، یعنی موصی له مالکیت و صلاحیت رجوع و رد وصیت در حیات موصی را دارد^(۷).
امام زفر (رحمه الله) برای این رأی خود این گونه استدلال کرده: رد در حقیقت ابطال صیغه منشئه وصیت است، پس وقتی موصی وفات نمود صیغه منشئه وصیت از بین میرود بناءً ملکیت به مقتضای آن ثابت نمیشود^(۸).

(۱)- المغنی ، ابن قدامة 153/6 ، شرح منتهی الإرادات ، البهوتی 461/2.

(۲)- المغنی ، ابن قدامة ۱۵۲/۶.

(۳)- ماده: 2122.

(۴)- بدائع الصنائع ، الکاسانی 334/7 ، مواهب الجلیل ، المواق 367/6 ، الوسیط ، الغزالی 477/4 ، المبدع ، ابن مفلح 245/5.

(۵)- ماده: 2127.

(۶)- بدائع الصنائع ، الکاسانی 334/7 ، مواهب الجلیل ، المواق 367/6 ، الوسیط ، الغزالی 477/4 ، المبدع ، ابن مفلح 245/5.

(۷)- تبیین الحقائق ، الزیلعی 184/6.

(۸)- مرجع سابق.

قول راجح و اسباب آن:

آنچه برای من راجح معلوم می شود قول عموم فقهاء است؛ زیرا قبول و رد قبل از زمان استحقاق ممکن نیست و زمان استحقاق بعد از وفات موصی است و قبل از وفات موصی، موصی له هیچ اختیاری ندارد هرچند موصی له وصیت را در حیات موصی قبول هم کند؛ این قبول هیچ اثری ندارد زیرا که نه افاده ملکیت را میکند و نه استحقاق را.

همین طور رد از جانب موصی له در حیات موصی اثری ندارد، زیرا این تصرفات در غیر محلش واقع شده، بناءً پذیرفته نمی شود؛ زیرا محل رد و پذیرش بعد از موت موصی است نه قبل از وفات آن. چون طبیعت وصیت همین گونه است، یعنی ایجاب وصیت وقت خاص دارد که عبارت از حیات موصی میباشد، چنانکه قبول وقت خاص دارد و آن عبارت از وفات موصی است.

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: وصیت به رد آن قبل از وفات وصیت کننده باطل نمیگردد. در این مورد قانون مدنی موافق قول عموم فقهاء است.

4- رجوع موصی له بعد از موت موصی و بعد از قبول و قبض:

فقهاء متفق اند که وصیت به رجوع موصی له بعد از قبول و قبض منحل و باطل نمیگردد؛ زیرا ملکیت آن بر موصی به ثابت شده است و رد آن به منزله رد سایر مال و جایداد اش است، لذا اگر موصی له موصی به را رد کند وصیت فسخ نمیشود، بلکه تملیکی است از جانب موصی له به ورثه موصی، گویا این شخص (موصی له) کسی دیگر را مالک مال خود گردانیده باشد⁽¹⁾.

قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هرگاه شخصی که به او وصیت شده بعد از وفات وصیت کننده تمام یا بعضی وصیت را رد نموده و یکی از ورثه رد را بپذیرد وصیت فسخ و اگر هیچ یک از ورثه آنرا قبول ننماید، رد کردن شخصی که به او وصیت شده باطل شناخته می شود⁽²⁾.

5- رجوع موصی له بعد از موت موصی و بعد از قبول و قبل از قبض:

فقهاء در مورد رجوع موصی له در این حالت بر دو دسته تقسیم شده اند:

قول اول:

موصی له حق رجوع را ندارد این مفهوم کلام علمای حنفی و علمای مالکی و صحیح ترین قول علمای شافعی و مفتی به در مذهب و صحیح ترین قول مذهب حنبلی است (جمهور فقهاء)⁽³⁾. این ها به به این نظر اند که در این حالت موصی به از آن موصی له است. در فتح القدير آمده: موصی به، بعد از قبول در ملکیت میآید⁽⁴⁾.

در المقدمات الممهدات آمده: در مورد وجوب وصیت برای موصی له اختلاف است:

قول اول: هنگام وفات موصی و قبول کردن موصی له وصیت واجب میشود.

قول دوم: به مجرد فرا رسیدن مرگ موصی وصیت واجب میگردد⁽⁵⁾.

(1)- تبیین الحقائق، الزیلعی 184/6، بدائع الصنائع، الکاسانی 334/7، مواهب الجلیل، الحطاب الرُّعیني 367/6، الفواکه الدوانی، النفراوی 132/2، الوسیط، الغزالی 477/4، الانصاف، المرداوی 205/7.

(2)- ماده: 2126، فقرة (2).

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 334/7، فتح القدير، ابن الهمام 427/10، المقدمات الممهدات، القرطبی 120/3، مغنی المحتاج، الشریبی 87/4، نهاية المحتاج، الرملی 66/6، روضة الطالبین، النووی 135/5، الانصاف، المرداوی 242/17، المغنی، ابن قدامة 154/6.

(4)- 497/10.

(5)- 120/3.

در الإنصاف آمده: اگر موصی له موصی به را بعد از قبول و قبل از قبض رد کند ردش مطلقاً درست نیست⁽¹⁾.

دلایل قول اول:

قائلین به عدم انحلال و بطلان وصیت به رجوع موصی له میگویند: موصی به، به طور تام و کامل در ملکیت موصی له در آمده که گویا آن را قبض کرده است⁽²⁾.

قول دوم:

موصی له در این حالت حق رجوع را دارد. این قول علمای حنبلی است⁽³⁾.

دلایل قول دوم:

قائلین به این قول وصیت را به وقف قیاس کرده اند به علت این که در هردو تملیک بدون عوض است، بناءً رد کردن آن قبل از قبض درست است. ولی باید گفت که این قیاس، قیاس مع الفارق است بنا بر دو وجه:

- 1- وقف تملیک در حال حیات است بر عکس وصیت که تملیک بعد از وفات است.
- 2- وقف به مجرد عقد لازم میگردد قبض در آن شرط نیست، و رجوع در آن بعد از انعقاد با لفظ درست نیست هر چند قبض صورت هم نگرفته باشد.

رای راجح و اسباب آن:

آنچه برای من راجح معلوم میشود قول اول است، بنابر اسباب ذیل:

- 1- زیرا دلایل شان قوی و تعلیل و تحلیل شان بجاست، و نیز در مقابل ضعف دلایل قول دوم و خالی نبودن آن از مناقشه است.
- 2- دیگر این که ملکیت در وصیت به موت موصی و پذیرش موصی له (صدور قبول از او) بستگی دارد و این هردو در وصیت متحقق شده اند. بناءً اگر موصی له موصی به را به ورثه موصی برگرداند، این را رجوع گفته نمیشود بلکه این یک نوع تملیک است از جانب موصی له به ورثه موصی. قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هرگاه شخصی که به او وصیت صورت گرفته قبل از قبولی یا رد وصیت فوت شود ورثه موصی له قایم مقام او شناخته میشود⁽⁴⁾. این جا مجموعه تصرفاتی است که در دلالت کردن آنها بر رجوع اختلاف است، که آیا دلالت بر رجوع میکند و یا خیر؟ این تصرفات قرار ذیل است:

اول: جحود (انکار) از وصیت

هرگاه موصی گوید: این وصیت را من نکرده ام آیا این را رجوع گفته می شود یا خیر؟ در این مورد دو قول است:

قول اول:

انکار از وصیت رجوع شمرده میشود. این قول ابی یوسف، قول شافعی ها و یک روایت در نزد حنبلی ها است⁽⁵⁾.

(1)- 242/17.

(2)- بدائع الصنائع، الکاسانی 334/7، المقدمات الممهدات، القرطبی 120/3، المغنی، ابن قدامة 154/6، الانصاف، المرداوی 242/17.

(3)- المغنی، ابن قدامة 154/6، الإنصاف المرداوی 242/17.

(4)- ماده: 2123.

(5)- بدائع الصنائع، الکاسانی 380/7، اللباب فی شرح الكتاب، الميداني 179/4، روضة الطالبین، النووی 304/6، المغنی، ابن قدامة 190/6.

در مجمع الأنهر آمده: انکار از وصیت در نزد امام محمد (رحمه الله) رجوع شمرده نمیشود برخلاف ابی یوسف (رحمه الله) (1).

در روضة الطالبین آمده: ولو سئل عن الوصية فأنكرها فهو رجوع. "اگر از موصی در مورد وصیت سوال شود و او از آن انکار کند این رجوع شمرده میشود" (2).

در المغنی آمده: وإن جحد الوصیتو الثانی: یکون رجوعاً. "و اگر از وصیت انکار کرد...دوم: رجوع شمرده میشود" (3).

دلایل قول اول:

قائلین به اینکه انکار از وصیت رجوع شمرده میشود از دلایل ذیل استدلال کرده اند:

1- رجوع از وصیت به معنای فسخ و ابطال آن است، و فسخ عقد کلامی است که بر عدم رضا به عقد سابق و به عدم ثبوت حکم آن دلالت میکند. پس جحد نیز به معنای آن است، و جحد دلالت بر این دارد که موصی نمیخواهد عین موصی به را به موصی له بدهد (4).

2- انکار در حقیقت نفی از وجود وصیت در ماضی و حاضر است، و در دلالت بر عدم وجود وصیت نسبت به رجوع قوی است؛ زیرا رجوع صحیح، تنها وصیت را در حاضر نفی میکند (5).

3- اشباه و نظایر این را تأیید میکند، مثلاً: انکار مؤکل از وکالت به مثابة عزل وکیل، انکار متبایعین از بیع اقاله شمرده می شود، پس انکار از وصیت رجوع شمرده میشود (6).

قول دوم:

این قول او رجوع شمرده نمیشود. این قول محمد بن حسن و یک وجه در نزد حنبلی ها است (7).

در بدائع الصنائع آمده: قال و سألت محمداً عن ذاك - أي في رجل أوصى بوصيته ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية ، فقال : لا يكون الجحد رجوعاً. "از محمد پرسیده شد: شخصی وصیت میکند و باز وصیتش بر آن پیش کرده میشود، میگوید: این را نمیشناسم، چه باید شود؟ گفت: این انکار رجوع شمرده نمیشود" (8).

در المغنی آمده: وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين . "اگر از وصیت انکار کند رجوع شمرده نمیشود" (9).

دلایل قول دوم:

قائلین به این که انکار از وصیت رجوع شمرده نمیشود این گونه استدلال کرده اند:

(1) - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (ب-ت) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. ج: 2، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ب- ط، ص: 695.

(2) - 304/6.

(3) - 190/6.

(4) - بدائع الصنائع ، الكاساني 380/7 ، المغنی ، ابن قدامة 190/6 .

(5) - فتح القدير، ابن الهمام 438/10 .

(6) - تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (1411ق) الأشباه والنظائر. ج: 1، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ص: 291.

(7) - بدائع الصنائع ، الكاساني 380/7 ، المبدع ، ابن مفلح 242/5.

(8) - 380/7.

(9) - 190/6.

1- حقیقت رجوع مغایر حقیقت جحود است؛ زیرا حقیقت رجوع اقرار به وجود وصیت در ماضی و ابطال آن در حاضر و مستقبل است، اما جحود نفی وجود آن در ماضی است، بناءً صحیح نیست که حکم یکی از متغایرین حقیقی را مانند حکم یکی از آنها بدانیم بدون این که علت مشترکی بین هم داشته باشند⁽¹⁾.
مناقشه:

این قول: "جحود (انکار) از وصیت رجوع است" مراد از آن اتحاد رجوع و جحود در معنا نیست بلکه مراد از آن اتحاد حکم است که ابطال وصیت میباشد، یعنی ملکیت برای موصی له در ترک موصی ثابت نمیشود، پس نفی در رجوع به معنای فسخ است، و در جحود به معنای سلب وقوع است، بناءً منافات در اتحاد معناست نه در اتحاد حکم⁽²⁾.

۷- انکار از وصیت به مثابة دروغ است، و دروغ اعتبار شرعی ندارد، بلکه آن مانند لغو است⁽³⁾.
۸-

مناقشه:

اگرچه انکار در حقیقت دروغ است مگر مجازاً احتمال فسخ را دارد، بناءً بر مجاز حمل میشود که آن عبارت از فسخ است تا کلام عاقل بقدر امکان از الغاء صیانت و نگهداری شود.

ترجیح و اسباب آن:

بعد از عرض و پیشکش دلایل فریقین راجح ترین قول به نظر من قول اول است که انکار موصی را در رجوع به وصیت معتبر میداند، بنابر اسباب ذیل:

- 1- این بخاطر قوت دلایل و وجاهت آن است، و نیز بخاطر رد و قابل مناقشه بودن دلایل فریق دوم.
- 2- و نیز امکان دارد که جحود موصی را مجازاً بر فسخ حمل کرد.

دوم: تغییر دادن اسم موصی به

ائمة اربعة اتفاق دارند به اینکه هرگاه موصی در موصی به تصرفی کند که به سبب آن موصی به تغییر کند، به این صورت که نامش محو و زایل شود، مثلاً: گندم وصیت شده را آرد کند یا پنبه وصیت شده را ندافی کند، این نوع تصرف رجوع به شمار میرود⁽⁴⁾.

در بدائع الصنائع آمده: الرجوع الثابت من طریق الضرورت نوعان ... والثانی: أن يتغير الموصی به بحیث یزول معناه و اسمه. "رجوع ثابت از طریق ضرورت بر دو نوع است: نوع دومش اینست که موصی به تغییر کند طوریکه اسم و معنایش زایل شود⁽⁵⁾."

در منح الجلیل آمده: أوصی بغزل فحاکه، أو برداء فقطعه قميصاً فهو رجوع. اگر موصی ریسمان وصیت شده را ببافد یا چادر وصیت شده را لباس جور کند، این رجوع شمرده میشود⁽⁶⁾.

در منهاج الطالبین آمده: و طحن حنطة وصی بها و بذرها و عجن دقيق و غزل قطن و نسج غزل و قطع ثوب قميصاً رجوع. "آرد کردن گندم وصیت شده و پاشیدن آن، خمیر کردن آرد، ندافی کردن پنبه، بافتن ریسمان و قطع کردن تکه وصیت شده، این همه رجوع شمرده میشوند"⁽⁷⁾.

(1)- بدائع الصنائع، الکاسانی 380/7، مجمع الأنهر، شیخی زاده 695/2.

(2)- فتح القدير، ابن الهمام 438/10.

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 380/7.

(4)- بدائع الصنائع، الکاسانی 384/7، منح الجلیل، علیش 518/9، منهاج الطالبین، النووی 194/1، المغنی، ابن قدامة 189/6.

(5)- 384/7.

(6)- 518/9.

(7)- 194/1.

در المغنی آمده: و إن وصی بحب ثم طحنه أو بدقیق فجعنه أو بعجین فخبزه کان رجوعاً. "اگر دانه وصیت شده را آرد، آرد وصی شده را خمیر و خمیر وصیت شده را نان پخته کند، این همه رجوع به شمار می‌رود"⁽¹⁾. قانون مدنی در مورد مسأله فوق چنین صراحت دارد: هرگاه وصیت کننده علایم عین وصیت شده را تغیر دهد یا در آن زیادتى را از قبیل ترمیم به عمل آرد که مستقل بنفسه نباشد، عین مذکور با زیادتى وارده، مال وصیت شده شناخته می‌شود⁽²⁾.

سوم: مخلوط کردن موصی به با چیزی دیگری

اگر موصی، موصی به را به چیزی مخلوط کند برابر است از جنسش با شد یا غیر جنسش، اگر خلط به گونه باشد که امکان جدا سازی وجود داشته باشد و موصی به تفکیک شده بتواند، در این صورت رجوع شمرده نمی‌شود؛ زیرا تفکیک آن مانع تسلیم نمودن آن نمی‌گردد چون فصل و جدایی میان شان ممکن است. اما اگر خلط طوری باشد که تفکیک موصی به امکان نداشته باشد، در این صورت میان فقهاء اختلاف است که آیا این رجوع شمرده می‌شود یا خیر؟

قول اول:

قول جمهور (حنفی ها، شافعی ها و حنبلی ها) این است که می‌گویند: رجوع شمرده می‌شود⁽³⁾. در بدائع الصنائع آمده: ولو أوصی بقمیص ثم نقضه فجعله قباءً فهو رجوع. "اگر قمیص وصیت کرده اش را پاره کرده قباء جور کند، رجوع شمرده می‌شود"⁽⁴⁾. در مغنی المحتاج آمده: و خلط حنطة معین وصی بها بحنطة أخرى رجوع سواء أخلطها بمثلها أو بغيره. "مخلوط کردن گندم خاص وصیت شده با گندم دیگری، رجوع شمرده می‌شود برابر است آن را به مثلش خلط کرده باشد و یا به غیرش"⁽⁵⁾.

در المغنی آمده: و إن وصی بشيء معین، ثم خلطه بغيره علی وجه لا یتمیز منه کان رجوعاً. "اگر چیزی معینی را وصیت کند و باز آن را با چیزی دیگری طوری خلط کند که تمیز و جدا سازی اش مشکل باشد، رجوع شمرده می‌شود"⁽⁶⁾.

دلایل قول اول:

قائلین به اینکه اگر خلط طوری باشد که تفکیک موصی به امکان نداشته باشد رجوع شمرده می‌شود این گونه استدلال کرده اند: زیرا تسلیم موصی به با این خلط متعذر می‌باشد، چون تفکیک و جدا سازی میان موصی به و غیرش ممکن نیست⁽⁷⁾.

قول دوم:

(1)- 189/6.

(2)- ماده: 2176.

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 379/7، المغنی، ابن قدامة 189/6، الانصاف، المرداوی 269/17، المذهب، الشیرازی 361/2، مغنی المحتاج، الشربینی 114/4.

(4)- 379/7.

(5)- 114/4.

(6)- 189/6.

(7)- بدائع الصنائع، الکاسانی 379/7، المذهب، الشیرازی 361/2، المغنی، ابن قدامة 189/6.

قول مالکی ها این است که میگویند: رجوع شمرده نمیشود⁽¹⁾. در منح الجلیل آمده: **ولا تبطل الوصية... أولت السويق بسمن، أو زيت و عسل فهو للموصی له بزیادته.** "وصیت باطل نمی شود ... اگر تلخان را با روغن و یا عسل و غیره مخلوط کند باز هم موصی به با زیادتش از آن موصی له می باشد"⁽²⁾.

دلایل قول اول:

قائلین به اینکه، اگر خلط طوری باشد که تفکیک موصی به امکان نداشته باشد رجوع شمرده میشود این گونه استدلال کرده اند: زیرا تسلیم موصی به با این خلط متعذر می باشد، چون تفکیک و جدا سازی میان موصی به و غیرش ممکن نیست⁽³⁾.

دلایل قول دوم:

قائلین به اینکه این خلط رجوع شمرده نمیشود این گونه استدلال کرده اند: اصل بقای موصی به در تصرف موصی له است، بناءً از ملکیت او خارج کرده نمیشود مگر به یقین⁽⁴⁾.

مناقشه:

این قول درست نبوده و پذیرفته نمیشود که موصی به ملکیت موصی له است بلکه آن در ملکیت موصی تا هنوز باقیست و او هر وقتی بخواهد حق رجوع را دارد.

قول راجح و اسباب آن:

قول اول درست و به صواب نزدیکتر است، بنابر اسباب ذیل:

1- چون استدلال شان قوی است.

۹- و دیگر اینکه اقدام موصی، به این فعل (مخلوط کردن موصی به با چیزی دیگری) دلیل اعراض از وصیت و ابطال آن می باشد. بدین سبب این تصرف را رجوع در وصیت شمردیم.

(1)- الذخيرة، القرافي 147/7، التاج والاکلیل، المواق 522/8 - 523.

(2)- 523/9.

(3)- بدائع الصنائع، الکاسانی 379/7، المهذب، الشيرازی 361/2، المغنی، ابن قدامة 189/6.

(4)- الذخيرة، القرافي 147/7، منح الجلیل، علیش 523/9.

فصل پنجم

صورت های معاصر رجوع کردن از تبرعات

این فصل دارای پنج مبحث است که هر مبحث دارای مطالب می باشد.

مبحث اول: صورت های رجوع کردن از تبرعات مؤسسات خیریه

مطلب اول: تعریف لغوی واصطلاحی مؤسسه

اول-تعریف لغوی: (أُسُس) بمعنای اساس، بنیاد، بنیان، پایه و آغاز هر چیز بکار میرود و جمع آن اساس است. گفته می شود: (أُسَّ الْبِنَاءَ يُوَسِّهُ أَسَّاً) بنیاد و تهداب خانه را نهاد. چنانچه امام لیت (رحمه الله) میگوید: هرگاه گفته شود: أَسَّسْتُ داراً (من خانه را بنا نهادم) به این مفهوم است که حدود آن را تعیین و دیوارهای آن را از سطح زمین بلند نمودم⁽¹⁾.

دوم-تعریف اصطلاحی: واژه (مؤسسه) از جمله واژه های معاصر است، بنابر این از فقهایی قدیم هیچ گونه تعریف در مورد این واژه وارد نگردیده، اما دانشمندان معاصر به گونه های مختلف این واژه را تعریف نموده اند، اینک در ذیل یکی از آنها را به بررسی میگیریم:

المؤسسة هي: «مجموعة من الطاقات البشرية و الموارد المادية (طبيعية كانت أو مالية أو غيرها...) والتي تشتغل فيما بينها وفق تركيب معين و توليف محدد قصد إنجاز و أداء المهام المنوطة به».
"مؤسسه بخشی از نیروی بشری و درآمدهای مادی است (طبیعی باشد یا مالی) طبق ترکیب معین و ساحه کاری محدود که دارند به قصد برآورده ساختن نیازها و انجام کارهای بزرگ فعالیت مینمایند"⁽²⁾.
قانون مدنی مؤسسه را چنین تعریف مینماید: مؤسسه، عبارت از شخصیت حکمیست که برای انجام خدمات بشری، دینی، علمی، فنی و یا سپورتنی از طریق تخصیص اموال برای مدت غیر معین تأسیس یافته و برای اهداف غیر انتفاعی فعالیت مینماید⁽³⁾.

مطلب دوم: مفهوم «خیریه»

اول: تعریف لغوی خیر

این واژه سه حرفی (خ، ی، ر) بمعنای عطف و گراییدن و تمایل است و بیشتر این واژه در مقابل شر به کار میرود⁽⁴⁾.

و در آیات متعدد قرآن کریم واژه خیر به همین معنا بکار رفته است، الله سبحانه و تعالی می فرماید:
کارهای نیک انجام دهید، تا این که رستگار شوید. (الحج، آیه: 77)

دوم: تعریف اصطلاحی خیر

(1)- لسان العرب، ابن منظور، حرف السين المهملة، فصل الألف 6/6، معجم مقاییس اللغة، ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة في الذي يقال له المضاعف، مادة (أس) 14/1.

(2)- عمر صخری (2008م) اقتصاد المؤسسة. ج: 1، الجزائر: دیوان المطبوعات الجامعية، الطبعة: السادسة، ص: 24.

(3)- ماده: 455.

(4)- معجم مقاییس اللغة، ابن فارس، كتاب الخاء، باب الخاء والياء وما يثلثهما، مادة (خير) 232/2، القاموس الفقهي، أبو حبيب، حرف الخاء 127/1.

خیر عبارت از آن چه است که تمامی انسانهای دارای فطرت سلیم برآن گرایش ورغبت داشته باشند چون عقل، برتری، عدل و تمام اشیای دارای سود و منفعت مانند مال و ثروت.

انواع خیر: خیر بردو نوع است

1- **خیر مطلق:** عبارت از آن چه است که در هر حالت و برای هر عاقل خوش آیند (مرغوب فیه) باشد مانند صلاح و خوشبختی دنیا و آخرت.

2- **خیر مقید:** عبارت از آنچه است که برای همه مرغوب فیه نباشد بلکه برای برخی ها خوش آیند و برای برخی دیگری ناخوش آیند مانند مال و اولاد. بسا اوقات این دو برای زید خیر است اما برای عمرو، شر تمام میشود⁽¹⁾. چنانچه در قرآن کریم به همین معنا آمده است. الله سبحانه و تعالی میفرماید: ترجمه: اگر دارائی فراوانی از خود به جای گذاشت.

و هم چنان الله سبحانه و تعالی در آیت دیگر میفرماید: ترجمه: آیا گمان میبرند اموال و فرزندان که با آن یاریشان می نمائیم. شتابان (درهای خوبیها و نعمتها را به رویشان می گشائیم) و خیرات و برکات را نصیب شان مینمائیم؟ بلکه نمی فهمند (که این گام به گام به سوی دوزخ کشاندن و بر عذاب سرمدی ایشان افزودن است). (المومنون، آیه: 55-56)

مطلب سوم: مفهوم « خاص »

خاص عبارت از لفظی است که بطور انحصاری برای مسمای معلوم وضع گردیده باشد. قطاع خاص (بخش خصوصی): عبارت از مؤسسات است که در خدمت سرمایه افراد و شرکت ها قرار دارند.⁽²⁾

مطلب چهارم: تعریف مؤسسات خیریه خاص

از علمائی معاصر داکتر عبدالرافع موسی مؤسسات خیریه خاص را چنین تعریف نموده است: «هی کل مجموعة من الأعضاء (طبیعیین أو معنویین) یدخلون نظاما یحکم طريقة و نظم تحقیق الهدف الذی أنشئت من أجله».

"عبارت از مجموعه افراد است که من حیث اعضاء کلیدی یک مؤسسه در زیر چتر یک نظام دقیق گردهم آمده و برای تحقق بخشیدن اهداف والای که برای آن مؤسسه ایجاد گردیده است بطور دسته جمعی فعالیت می نمایند"⁽³⁾.

عناصر مؤسسه خیریه خصوصی: از تعریف داکتر موسی چنین برمیآید که مؤسسات خیریه خصوصی دارای عناصر ذیل می باشند:

- 1- هر مؤسسه خیریه خصوصی دارای هدف ویژه می باشد که برای تحقق آن تلاش میورزد.
- 2- هر مؤسسه خیریه خصوصی فعالیت های خود را در بخش های مختلف خیریه چون فرهنگی، اجتماعی، ابتکار و نوآوری و... در کنار دولت ها برای مبارزه با فقر، بیسوادی و عقب گرایی به تجربه میگیرد.

(1)- تاج العروس، الزبیدی 238/11.

(2)- محمد بن علی بن محمد بن عبدالله الشوکانی الیمینی (1419ق) إرشاد الفحول إلى تحقیق الحق من علم الأصول. ج: 1، المحقق: الشیخ أحمد عزو عنایة، دمشق - کفر بطن، قدم له: الشیخ خلیل المیس و الدكتور ولی الدین صالح فرفور، الناشر: دار الكتاب العربی، الطبعة: الأولى، ص: 350.

- محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفی (1351ق) تيسير التحرير. ج: 1، مصر: مصطفى البابي الحلبي، وصورته: بيروت - دار الكتب العلمية (1403ق)، و بيروت - دار الفكر، ص: 150.

(3)- موسی رافع، (1998م) الجمعيات الأهلية والاسس القانونية التي تقوم عليها ومدى تجارية اعمالها واكتسابها صفة التاجر. ج: 1، الناشر: القاهرة النهضة العربية، ص: 21.

3- هر مؤسسه خیریه خصوصی سعی می کند تا از مجاری مختلف کمک ها و امکانات مادی بیشتر را جمع آوری نموده، و دوشادوش سیاست گذاری های عمومی دولت به پیش برود و در نهایت بر اهداف خویش که همانا خدمت گذاری بر اجتماع است نائل آید.

1- هر مؤسسه خیریه خصوصی تلاش میورزد برای افزایش پشتوانه مالی و درآمدهای هرچه بیشترشان با ایجاد برنامه های کمک رسانی به مستحقین در بین افراد سهم دار اعتماد سازی نمایند.
قانون مدنی جمعیت خیریه را چنین تعریف میدارد: جمعیت خیریه عبارت از جمعیتیست که برای تأمین اهداف خیریه و یا رفاه اجتماعی جهت استفاده اعضای جمعیت یا سایر اشخاص تأسیس شده باشد⁽¹⁾.

مبحث دوم : حکم صدقه و رجوع از آن

برای درک مفهوم صدقه نخست به تعریف لغوی و اصطلاحی آن پرداخته بعداً به مسائل دیگر می پردازیم.

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی صدقه

اول: تعریف لغوی

صَدَقَهُ جمع صَدَقَات است بمعنای عطا و بخششی که برای ثواب میدهند بکار میرود. گفته میشود: (أَعْطِيَتْهُ صَدَقَةً) برای وی به نیت ثواب بخشش نمودم.
و فاعل آن (مُتَصَدِّقٌ وَ مُصَدِّقٌ) بمعنای صدقه دهند آمده است چنانچه در قرآن کریم هم به همین الفاظ استعمال گردیده است. خداوند سبحان می فرماید: (یوسف: ۸۸).
ترجمه: بر ما ببخش و ببار و کالای ما را به تمام و کمال بده بی گمان خداوند بخشنده را جزا میدهد.
و هم چنان الله سبحانه و تعالی می فرماید:

ترجمه: مردان بخشنده و زنان بخشنده، پس صدقه به معنی عطیه و بخشش آمده است⁽²⁾.

دوم: تعریف اصطلاحی صدقه

عطیه و بخششی را گویند که مقصد از آن حصول ثواب در نزد الله سبحانه و تعالی میباشد⁽³⁾.
اصفهانى (رحمه الله)⁽⁴⁾ چنین تعریف نموده است: صدقه عبارت از آن مقدار مالی است که انسان او را به نیت قربت و نزدیکی به پروردگار در راه او به مصرف میرساند مانند اموال زکات، البته تفاوت زکات و صدقه در اینست که زکات بیشتر در واجب و صدقه بیشتر در نفی بکار میرود و اما گاهی به اساس نیت صادقانه صدقه دهنده واجب را هم صدقه مینامند⁽⁵⁾.

مطلب دوم : حکم رجوع از صدقه

رجوع از صدقه بر دو نوع است :

الف : حکم رجوع از صدقه قبل از قبض

(1) - ماده: 451.

(2) - المصباح المنیر، الحموی، کتاب الصاد، باب الصاد مع الدال وما یتلثهما مادة (صدق) 335/1.

(3) - التعریفات، الجرجانی 32/1، معجم لغة الفقهاء، قلجعی 272/1.

(4) - الحسین بن محمد بن الفضل، أبو القاسم الأصفهانی (أصفهانی) معروف به راغب: أديب و از جمله حکماء و علمای عصر خود بود و از اهل اصفهان بوده اما در بغداد سکونت میکرد و در همانجا مشهور شد و در سال 502 ق وفات نمود.

(5) - أبو القاسم الحسین بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانی (1412 ق) المفردات فی غریب القرآن. ج: 1، المحقق: صفوان عدنان الداودی، دمشق- بیروت: دار القلم، الدار الشامیة، الطبعة: الأولى، ص: 180.

فقهایی امت اسلامی در رابطه با مشروعیت صدقه و اعطای آن برای فقراء و مستمندان به نیت کسب ثواب و تقرب جستن به الله (جل جلاله) اتفاق نظر دارند⁽¹⁾. اما در رابطه به رجوع از صدقه قبل از قبض آن اختلاف نظر دارند:

قول اول

امام مالک (رحمه الله) و تمام اصحابش میگویند⁽²⁾: صدقه بمجرد قول بالای انسان واجب میگردد، پس به حیات و تصرف نیاز دارد بنابراین باید و اهب و متصدق وجه صدقه را از ملکیت خود خارج و در ملکیت فقیر دریاورند به شرط که بیمار و فقیر نباشند تا قبض صورت گیرد. اصحاب این قول بر دلایل از کتاب الله، سنت رسول الله و قیاس استدلال نموده اند⁽³⁾.

1- قرآن کریم

الله سبحانه و تعالی میفرماید: (المائدة: ۱).

ترجمه: ای مؤمنان! به پیمانها و قراردادهای وفا کنید.

وجه استدلال: عقد عبارت از ایجاب و قبول است و این دو امر شامل صدقه نیز میگردد⁽⁴⁾.

2- سنت نبوی

رسول الله (صلی الله علیه و سلم) می فرماید: «لَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِيمَا وَهَبَ إِلَّا الْوَالِدَ مِنْ وَلَدِهِ»⁽⁵⁾. ترجمه: برای هیچ بخشنده جایز نیست که از هبه رجوع نماید بجز پدر که میتواند از هبه که برای فرزندش عطا نموده رجوع نماید.

وجه استدلال: هبه همانند صدقه است پس حکم آن را به خود اختصاص میدهد بناءً همانگونه که رجوع از هبه جواز دارد رجوع از صدقه هم نیز جایز است⁽⁶⁾.

3- قیاس

اگر قرار باشد که صدقه و هبه بر اساس قول و گفتار منعقد نگردند، پس بر اساس قبض هم الزام آور نخواهند بود⁽⁷⁾ زیرا که خود قبض قول را ملغی قرار می دهد و دیگر حکم باقی نمی ماند که مستلزم وجوب صدقه و هبه گردد، بنابراین الزام آور بودن قبض دلیل انعقاد آنها بر اساس قول است؛ و ازسوی هم هر قبض باید در پی عقد باشد که قبلاً به وقوع پیوسته است و اگر قبض در پی عقد که قبلاً انجام یافته به میان نه آمده باشد به تنهای خود هیچ گونه حکم را بار نمی آورد.

قول دوم

فقهایی حنبلی و شافعی میگویند: صدقه قبل از قبض لازمی نیست⁽⁸⁾.

ابن قدامه میگوید: در اشیاء کیلی و وزنی قبل از قبض هبه و صدقه جواز ندارد⁽⁹⁾.

(1) - بدائع الصنائع، الکاسانی، 221/6، روضة الطالبین، النووی، 341/2، المغنی، ابن قدامه 101/3 الکافی، ابن قدامه 1008/2.

(2) - أبو الولید محمد بن أحمد بن رشد القرطبی (1408ق) المقدمات الممهدات، ج: 2، الناشر: دار الغرب الإسلامی الطبعة: الأولى، ص: 408.

(3) - حاشیة العدوی، العدوی، 259/2.

(4) - البیان والتحصیل، ابن رشد القرطبی 269/2.

(5) - سنن الکبری للبیہقی، ج: 6، ص: 297، ح: 12015، کتاب: الهبات، باب: من قال: لا یحل لواهب أن یرجع فیما وهب لأحد إلا الوالد فیما وهب لولده، و شیخ ألبانی

اسناد آن را منقطع گفته است، مشکاة المصابیح 910/2.

(6) - المقدمات الممهدات، ابن رشد القرطبی 409/2.

(7) - الذخیرة، القرافي 230/6، شرح مختصر خليل، الخرشى 106/7.

(8) - التنف فی الفتاوی، السعدی 513/1.

(9) - المغنی، ابن قدامه 41/6.

اصحاب این قول بر ادله از قرآن و سنت استدلال نموده اند⁽¹⁾:

1- قرآن کریم

الله سبحانه و تعالی میفرماید: (البقرة: ۲۷۱).

ترجمه: اگر بذل و بخششها را آشکار کنید، چه خوب، و اگر آنها را پنهان دارید و به نیازمندان بپردازید، برای شما بهتر خواهد بود.

وجه استدلال

شیخ عثیمین (رحمه الله)⁽²⁾ در تفسیر این آیت میفرماید: تا زمان که صدقات و خیرات بدست فقراء نرسد مدار اعتبار نیست چرا که الله (جل جلاله) میفرماید چپ چپ (البقرة: ۲۷۱). از این آیت دو حکم دیگر نیز استنباط میگردد:

الف: هزینه و مصارف رسانیدن صدقه به فقراء و مستمندان بدوش صدق دهنده است.

ب: اگر انسانی قصد و نیت صدقه را داشت اما بعداً از تصمیم خود منصرف شد باکی ندارد زیرا که تاهنوز برای فقراء نرسیده است⁽³⁾.

2- سنت نبوی

ام کلثوم دختر ابی سلمه میگوید: «لَمَّا تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُمَّ سَلَمَةَ، قَالَ لَهَا: "إِنِّي قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً، وَأَوَاقِيَّ مِنْ مِسْكِ، وَلَا أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلَّا قَدْ مَاتَ، وَلَا أَرَى إِلَّا هَدِيَّتِي مَرْثُودَةً عَلَيَّ، فَإِنْ رُدَّتْ عَلَيَّ، فَهِيَ لَكَ»⁽⁴⁾.

ترجمه: هنگامیکه رسول الله (صلی الله علیه وسلم) با ام سلمه (رضی الله عنها) ازدواج نمود برایشان فرمودند: من بسوی نجاشی پادشاه حبشه یک جوره لباس و بمقدار چند اوقیه بخور عنبر فرستادم، گمان میکنم که نجاشی فوت کرده است و عنقریب این هدایا دوباره بسویم برمیگردد، اگر این هدایا بسویم برگشت آنها از آن تو باشند.

وجه استدلال:

این حدیث دال بر آن است که صدقه قبل از قبض لازمی (الزام آور) نیست⁽⁵⁾.

ب: حکم رجوع از صدقه بعد از قبض

فقهاء بر عدم جواز رجوع از صدقه بعد از قبض اتفاق نظر دارند⁽⁶⁾:

و برای اثبات ادعای خود به سنت نبوی، اقوال صحابه و اجماع امت استناد نموده اند:

1- سنت نبوی

1- زید بن اسلم از پدرش روایت میکند که گفت: من از عمر بن الخطاب (رضی الله عنه) شنیدم که گفت: اسپی را در راه خدا به کسی هدیه کردم، او به وضع آن رسیدگی نمیکرد، گمان کردم که میخواهد آن را با

(1) - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (1424ق) المحيط البرهاني في الفقه النعماني. ج: 6، المحقق: عبد الكريم سامي الجندى، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ص: 264.

- محمد بن صالح بن محمد العثيمين (1422ق) الشرح الممتع على زاد المستقنع. ج: 11، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ص: 72، حاشية البجيرمي، البجيرمي 263/3.

(3) - محمد بن صالح بن محمد العثيمين (1423ق) تفسير ابن عثيمين سورة الفاتحة والبقرة. ج: 3، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، ص: 358.

(4) - مسند الإمام أحمد، ج: 45، ص: 246، مسند القبائل، باب: حديث أم كلثوم، ح: 5125، شيخ ألباني این حدیث را ضعیف گفته است. إرواء الغلیل 62/6.

(5) - الشرح الممتع، ابن عثيمين 70/11.

(6) - مراتب الإجماع، ابن حزم 97/1.

قیمت نازل فرود شد در این مورد از رسول الله (صلی الله علیه وسلم) پرسیدم ایشان فرمودند: «لَا تَبْتَغُهُ وَإِنْ أُعْطَاكَ بِدِرْهَمٍ، فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يُعُودُ فِي قَيْئِهِ» (1).

ترجمه: آن را خریداری مکن و صدقه ات را پس بگیر؛ زیرا کسی که صدقه اش را پس بگیرد، مانند سگی است که استفراغ میکند و دوباره آن را میخورد.

وجه استدلال:

رجوع از هبه با در نظر داشت اختلاف علماء جایز است درحالیکه رجوع از صدقه بطور مطلق ناجایز است (2).

1- عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ حَمَلَ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَوَجَدَهُ يُبَاعُ، فَأَرَادَ أَنْ يَبْتَاغَهُ، فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَقَالَ: «لَا تَبْتَغُهُ وَلَا تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ» (3).

ترجمه: عبدالله بن عمر (رضی الله عنه) گوید: عمر بن خطاب اسبی را در راه خدا به یک نفر بخشیده بود بعداً دید که آن مرد اسب را می فروشد، در این مورد از پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) پرسید، پیغمبر (صلی الله علیه وسلم) فرمودند: آن را خریداری مکن و از احسان و صدقه ای که انجام داده ای پشیمان مشو.

وجه استدلال:

نهی در این حدیث از برای تنزیه است نه از برای تحریم، بنابراین برای کسانی که چیزی را صدقه میدهند و یا مالی را برای زکات کفار و نذر به نیت قربت اختصاص میدهند ناجایز و مکروه است که آن اموال را دوباره خریداری نمایند و یا به نحوی به ملکیت و تصرف خود در بیاورند (4).

2- قول صحابه (رضی الله عنهم)

قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصَلَةٍ رَحِمَ أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يُرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ لَمْ يُرْضَ مِنْهَا» (5).

عمر بن الخطاب (رضی الله عنه) فرمودند: هرکس چیزی را بخاطر برقراری روابط خویشاوندی و صله رحمی و یا هم به نیت صدقه هبه نماید دیگر حق رجوع را در آن ندارد، اما اگر کسی چیزی را برای کسب ثواب هبه نماید ولی از مورد هبه شده راضی نیست میتواند رجوع نماید.

وجه استدلال :

امام محمد (رحمه الله) میفرماید: مذهب ما همین دیدگاه را پذیرفته است، بنابر این هرکه برای محارم و خویشاوندان خود و یا به نیت صدقه هبه نماید بعد از اینکه شیء موهوب از طرف موهوب له قبض گردید دیگر واهب نمیتواند که از هبه رجوع نماید، اما اگر کسی برای غیر محارم و خویشاوندان خود هبه نماید بعد از اینکه شیء موهوب از سوی موهوب له قبض گردید باز هم واهب میتواند از هبه خود رجوع نماید، مشروط بر اینکه مشاهده گردد که در این هبه ثواب درکار نیست و یا اینکه اگر در دست این شخص باقی بماند بر منفعت او افزوده نمیشود و یا از ملکیت موهوب له خارج و به ملکیت غیر در میآید (6).

3- اجماع

(1)- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي (1414ق) صحيح ابن حبان. ج: 11، المحقق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية كتاب: الهبة، باب: الرجوع في الهبة، ص: 526، ح: 5125، مسند الإمام أحمد. ج: 1، ص: 180، ح: 281، باب: مسند عمر ابن الخطاب رضي الله عنه. شيخ ألباني این حدیث را صحیح گفته است. إرواء الغلیل 340/3.

(2)- عمدة القاری شرح صحیح البخاری، العینی 176/13.

(3)- صحیح البخاری، ج: 2، ص: 127، ح: 1489، كتاب: الجهاد و السير، باب: هل يشتري الرجل صدقته.

(4)- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (1392ق) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج. ج: 11، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية، ص: 64.

(5)- موطأ الإمام مالك. ج: 1، ص: 284، ح: 805، باب: الهبة و الصدقة. الباني این حدیث را صحیح گفته است. إرواء الغلیل 55/6.

(6)- موطأ الإمام مالك، مالك بن انس 284/1.

تمام علمای امت اسلامی اتفاق دارند که رجوع از صدقه جایز نیست بخاطرکه هدف صدقه کسب اجر و ثواب است که حاصل شده است، زیرا رجوع از صدقه در مقصد آن خلل وارد می نماید⁽¹⁾.
 فقهای مذهب حنفی میگویند: رجوع از صدقه جایز نیست برابر است که بر فقراء و مستمندان صورت گرفته باشد و یا بر اغنیاء و ثروتمندان⁽²⁾.
 فقهای مذهب مالکی میگویند: حکم صدقه عام است هر صدقه که به نیت ثواب برای روز آخرت صورت گرفته باشد رجوع از آن جواز ندارد اگرچند از طرف پدر برای فرزند هم باشد⁽³⁾.
 فقهای حنبلی و شافعی با دیگر فقهاء در باره عدم جواز رجوع از صدقه اتفاق نظر دارند.
 قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد: هرگاه هبه بصفت صدقه یا بمنظور خیر صورت گرفته باشد رجوع از آن جواز ندارد⁽⁴⁾.

مطلب سوم: حکم اعطاء صدقه برای مؤسسات خیریه

از دیدگاه شریعت اسلامی هیچ مانع برای پرداخت صدقات عامه در وجوه خیر وجود ندارد، و از آنجمله مؤسسات خیریه برای کفالت فقراء است، مگر اینکه تبرع کننده جهت مصرف را تحدید نموده باشد مثلاً بگوید: این مال را تنها برای کفالت یتیمان و بی نوایان به مصرف برسانید که در آن صورت در دیگر راه ها به مصرف رساندن جایز نیست.
 از شیخ ابن عثیمین (رحمه الله) در این مورد سوال شد که مردی مقداری از پول را برای شخص دیگری میسپارد تا در مدرسه حفظ قرآن کریم به مصرف برساند، اما این شخص توسط همین سرمایه موثر بزرگ بنام خود میخرد و میگوید: این موثر در خدمت مدرسه تحفیظ القرآن است. این عمل از لحاظ شرع متین چه حکم دارد؟

شیخ چنین پاسخ ارائه نمودند: اگر این پول برای مصلحت عموم مدرسه اختصاص داده شده باشد پس جایز است که موثری را برای مصلحت مدرسه، استادان و شاگردان خریداری نماید اما مصرف این پول در وجوه دیگر جایز نیست⁽⁵⁾.

رأی راجح و اسباب آن در مورد حکم رجوع کردن از صدقه برای جمعیات خیریه خاص

از خلال آنچه که در مورد صدقه و حکم آن گفته شد رأی راجح اینست که رجوع کردن از صدقه قبل از قبض جواز دارد زیرا صدقه دهنده تا هنوز مالش را برای فقیر اعطا ننموده و اثری بر آن مرتب نگردیده است بناءً رجوع از آن جواز دارد اما رجوع از صدقه بعد از قبض به اتفاق فقهاء جایز نیست⁽⁶⁾.
 بنابر آن دیدگاه من در مورد اینست که هرگاه یک مسلمان به اعطای صدقه به یکی از مؤسسات خیریه اقدام کرد رجوع از آن برایش جایز نیست بنابر اسباب ذیل:

1- الله سبحانه و تعالی در کتاب خود فرموده است: (المائدة: ۱) .

ترجمه: ای مؤمنان! به پیمانها و قراردادهای وفا کنید.

وجه استدلال:

(1)- مراتب الإجماع، ابن حزم 96/1، المبسوط، السرخسی 92/12.

(2)- المبسوط، السرخسی 92/12.

(3)- الفواکه الدوانی، النفراوی 157/2.

(4)- ماده: 1213.

(5)- محمد بن صالح بن محمد العثیمین (1413ق) مجموع فتاوی و رسائل فضیلة الشیخ محمد بن صالح العثیمین ج: 18، جمع و ترتیب: فهد بن ناصر بن ابراهیم

السلیمان، الناشر: دار الوطن - دار الثریا، الطبعة: الأخيرة، ص: 476.

(6)- مراتب الإجماع، ابن حزم 97/1.

الله متعال در این آیت بر وفا کردن بر عقدها و قرار داد ها امر نموده است و شخص مسلمان زمانیکه صدقه را برای مؤسسات خیریه می‌دهد، در واقع همراه آن قرار داد محکم نموده است تا صدقه را برای مستحقین آن برساند پس بر وفا کردن قرار دادش ملزم می‌باشد.

2- اجماع علما بر عدم جواز رجوع در صدقه بعد از قبض دلیل است بر اینکه بر صدقه دهنده برای جمعیت خیریه جابز نیست تا از صدقه خود رجوع نماید.

3- جمعیت خیریه زمانیکه صدقه را قبض می نماید گاهی علی الفور آن را بر مستحقین می‌رساند در صورتیکه متصدق بر مطالبه آن اقدام نماید بدون شک که این جمعیت متضرر میشوند در حالیکه قاعده فقهی می‌گوید: (لا ضرر ولا ضرار) ⁽¹⁾. "ضرر رساندن و مقابله ضرر با ضرر جایز نیست".

4- در صورتیکه متصدق احساس کند که صدقه اش برای مستحقین نرسیده است به سبب غیر عادل بودن مؤسسه، ثواب صدقه اش باقیست و برایش میرسد، نظر به قاعده (الأمر بمقاصدها) ⁽²⁾. چون وقتیکه متصدق به پرداخت صدقه برای مؤسسه خیریه اقدام میکند نیتش رساندن آن برای مستحقین است، پس اجر و ثواب را در مقابل نیتش بدست می‌آورد نه در آنچه که مؤسسه انجام می‌دهد، ولکن واجب است بر مسلمان که جویای حالت و وضعیت مؤسسه شود تا اینکه مطمئن شود مال را به مستحقین می‌رساند.

5- صدقه دهنده مالش را به خاطر رضای الله (جل جلاله) و بدست آوردن ثواب و خوشنودی الله مصرف مینماید پس سزاوار است برایش بر عهده‌ی که با الله (جل جلاله) نموده است باقی بماند، تا از جمله کسانی قرار بگیرد که الله (جل جلاله) از آنها راضی است و مورد فضل و رحمتش قرارشان داده است، زمانیکه یک مسلمان مالش را برای یک مؤسسه صدقه می نماید، باعث فرحت قلبی این مؤسسه می‌گردد بر اینکه مورد اعتماد این شخص قرار گرفته است، هرگاه اگر این شخص از صدقه اش رجوع کند کارمندان این مؤسسه به سبب این رجوع نا امید میشوند و در تصمیم گیری و برنامه کاری شان که در کیفیت تصرف این مال داشتند خلل وارد میشود.

مبحث سوم: رجوع از تبرع برای مؤسسات خیریه عام المنفعه

مطلب اول: تعریف مؤسسه خیریه عام المنفعه

مؤسسه خیریه عام المنفعه عبارت از یک واحد اداری است که شخصیت حکمی خود را از واحدهای اداری حقوق عامه کسب می نماید و اداره منافع عامه را با استقلالیت محدود بدوش می‌گیرد. قانون مدنی جمعیت های عام المنفعه را چنین تعریف مینماید: جمعیت عام المنفعه، عبارت از جمعیتی است که بمنظور تأمین منافع عامه تأسیس می‌گردد ⁽³⁾.

مطلب دوم: حکم فقهی مؤسسات خیریه عام المنفعه

در بین مؤسسات خیریه عام المنفعه و عناصر سه گانه دیگر از قبیل دولت، مکفول له و متبرع رابطه تکاملی وجود دارد:

1- رابطه دولت با مؤسسه خیریه عام المنفعه رابطه مسئولیت و محاسبه است، به این مفهوم که دولت منحیث ناظر از تمام فعالیت های یک مؤسسه خیریه عام المنفعه که در چهارچوب مقررات دولت انجام میدهد نظارت میکند.

(1)- القاضی أبو یعلی، محمد بن الحسین بن محمد بن خلف بن الفراء (1410ق) العدة فی اصول الفقه، ج: 5، الطبعة: الثانية، ص: 1522.

(2)- الأشباه و النظائر، السبکی 12/1.

(3)- ماده: 440.

- 2- رابطه مؤسسه خیریه عام المنفعه با مکفول له رابطه کفالت است ، به این مفهوم که مکفول له مکلف است که مکفول بها را بدون پرداخت تبدیل و انجام کار در مقابل آن قبض نماید.
- 3- رابطه متبرع با مکفول له رابطه تبرع محض است ، به این مفهوم که متبرع مال خود را برای مؤسسه میسپارد تا از طریق او برای مستحقین و نیازمندان پرداخته شود چرا که مؤسسه در رسانیدن مال به مستحقین اصلی آن امین شمرده میشود.
- 4- رابطه متبرع با مؤسسه خیریه عام المنفعه رابطه وکالت است ، به این مفهوم که مؤسسه منحیث وکیل است تا این مال را در موارد که برای آن تخصیص یافته است به مصرف برساند.
- 5- رابطه متبرع با دولت رابطه ضمانت از حق متبرع است ، به این مفهوم که دولت از شخص متبرع نظارت می کند که مال خود را برای مؤسسه واگذار نماید تا در وجوه مصرف آن دچار اشتباه نشود و همچنان از مؤسسه هم نظارت بعمل می آورد تا در رسانیدن برای مستحقین و نیازمندان اهمال نکند.

مطلب سوم: تبرع برای مؤسسات خیریه عام المنفعه از طریق پرداخت زکات

از جمله مهمترین درآمدهای مؤسسات خیریه عام المنفعه اموال زکات است، و قتیکه درآمد مؤسسه خیریه از طریق اموال زکات باشد در آن صورت بهره برداری ، سودجوی و مضاربت در آن جایز نیست باید این درآمدها بشکل فوری برای مستحقین واقعی آن پرداخته شود⁽¹⁾. زیرا زکات یک رکن عظیم از ارکان اسلام و یک شعیره از شعایر آن به شمار می رود که الله رب العالمین در کتاب مقدس اش موارد مصرف آن و اشخاص مستحق آن را تعیین نموده است ، این اصناف هشتگانه در سوره توبه به تفصیل ذکر گردیده اند. چنانچه الله سبحانه و تعالی میفرماید: (التوبة: ۶۰).

ترجمه: زکات مخصوص مستمندان، بیچارگان، گردآورندگان آن ، کسانی که جلب محبتشان (برای پذیرش اسلام و سودگرفتن از خدمت و یاریشان به اسلام چشم داشته) میشود، آزادی بندگان، بدهکاران، در راه خدا، و واماندگان در راه (و مسافران درمانده و دورافتاده از مال و منال و خانه و کاشانه) میباشد . این يك فریضه مهم الهی است (که جهت مصلحت بندگان خدا مقرر شده است) و خدا دانا و حکیم است . از اینکه زکات برای برآورده ساختن ضرورت نیازمندان فرض گردیده است پس باید بطور فوری برای مستحقین آن پرداخته شود و هرگونه تأخیر در پرداخت زکات بدون عذر معقول ناجایز و ممنوع است . در حدیث صحیح آمده است که عبد الله بن عباس (رضی الله عنهما) می فرماید : رسول الله (صلی الله علیه و سلم) وقتی که معاذ بن جبل (رضی الله عنه) را به یمن فرستاد به او فرمود: «أَنَّ اللَّهَ قَدْ فَרَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَنُزِّلُ عَلَى فَقَرَائِهِمْ»⁽²⁾.

ترجمه: به آنان بگو که خداوند زکاتی بر اموالشان واجب گردانیده است که از ثروتمندان گرفته و به فقرایشان بازگردانده میشود.

و همین روش رسول الله (صلی الله علیه و سلم) و خلفای راشدین بود ، برای لحظه هم اموال زکات را در بیت المال مسلمانان باقی نمیگذاشتند بلکه فوراً آن را در میان مستحقین و نیازمندان توزیع مینمودند. و از آنجائی که مؤسسات خیریه عام المنفعه رابطه بین اغنیاء و فقراء هستند پس بمجرد رسیدن اموال زکات به این مؤسسات باید آن را برای مستحقین هشتگانه آن بدون تأخیر بپردازند. قانون مدنی در مورد چنین تصریح میدارد: تبرعات به اسم و حساب جمعیت مطابق به مقرراتیکه از طرف حکومت وضع گردیده ، جمع آوری شده میتواند.

(1)- الاجماع، ابن المنذر 1/ 48 ، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية 312/23.

(2)- صحیح البخاری. ج: 2، ص: 104، ح: 1395، کتاب: الزکاة، باب: وجوب الزکاة .

مرجع صلاحیتدار میتواند شرایط خاصی را در مورد تبرعات هر جمعیت حسب احوال علاوه کند⁽¹⁾.
هم چنان تصریح میدارد: مؤسسه نمی تواند بدون اجازه مرجع صلاحیتدار وصیت و یا هبه را قبول نماید⁽²⁾

مطلب چهارم: تعریف زکات

الف- تعریف لغوی زکات: زکات بمعنای نمو، برکت، پاک و پاکیزه است⁽³⁾. و به همین معانی در قرآن کریم آمده است: خذ من اموالهم صدقة تطهرهم (التوبة: ۱۰۳).

ترجمه: ای پیغمبر! از اموال آنان زکات بگیر تا بدین وسیله ایشان را پاک داری.

ب- تعریف اصطلاحی زکات: فقهاء مع اینکه در معنی اصلی و اساسی باهم اتفاق دارند، اما در معنی اصطلاحی زکات تعریف های گوناگونی ارائه نموده اند، برخی از آنها را در ذیل بیان میکنیم:

1- فقهای حنفی میگویند: زکات عبارت از تعیین کردن مقدار از مال از جمله مال مخصوص برای مالک مخصوص بخاطر پاک کردن گناهان⁽⁴⁾. همانگونه که الله سبحانه وتعالی میفرماید: چگ گ گ گ گ ن ن ن ه ج (التوبة: ۱۰۳).

ترجمه: ای پیغمبر! از اموال آنان زکات بگیر تا بدین وسیله ایشان پاک داری.

2- فقهای مالکی میگویند: زکات عبارت از انتخاب مقداری مخصوص از اموال مخصوص است (چهارپایان، غله جات، پول نقد، اموال تجارتي و معادن) که به حد نصاب رسیده، و در عین حال در ملکیت تام مالک قرار داشته و یک سال قمری بروی سپری شده باشد به استثناء معادن و غلجات و پرداختن آن برای مستحقین آن⁽⁵⁾.

1- فقهای شافعی میگویند: زکات عبارت از انتخاب شیء مخصوص از مال مخصوص با اوصاف مخصوص و برای گروه مخصوص است⁽⁶⁾.

2- فقهای حنبلی میگویند: «زکات عبارت از حق واجب است در اموال مخصوص برای گروه مخصوص در وقت مخصوص» البته هدف از وقت مخصوص سپری شدن یک سال قمری در حیوانات، پول نقد و اموال تجارتي است، و سخت شدن دانه در غله جات و پخته شدن در میوه جات و چیدن آن است⁽⁷⁾.

تعریف راجح و اسباب آن:

تعریف حنبلی ها تعریف جامع و مانع است چراکه قواعد مشخص و معین را برای پرداخت زکات و مستحقین آن در نظر گرفته است.

مطلب پنجم: حکم پرداخت زکات برای مؤسسات خیریه عام المنفعه

مؤسسات خیریه بمثابة وکیل برای اموالی هستند که برایشان می رسد، وکالت به اتفاق علماء در اسلام جایز است⁽⁸⁾.

هرگاه زکات دهنده هراس داشته باشد که زکات از طریق آنها بر مستحقین شان نمی رسد جایز است که اموال زکات را برای مؤسسات خیریه بپردازند مانند «انجمن جمع آوری زکات» تا اینکه رسیدن زکات

(1)- ماده: 440.

(2)- ماده: 464.

(3)- مقایس اللغة، ابن فارس، کتاب الزای، باب الزاء والكاف وما یتلثهما، مادة (زکی) 17/3، معجم الوسیط، مجمع اللغة العربیة، باب الزای، مادة (زکی) 396/1.

(4)- الاختیار لتعلیل المختار، ابو الفضل الحنفی 99/1.

(5)- الحاجة كوكب عبید (1406ق) فقه العبادات علی المذهب المالکی. ج: 1، دمشق- سوريا: مطبعة الإنشاء، الطبعة: الأولى، ص: 269.

(6)- الحاوی الكبير، الماوردي 71/3.

(7)- صالح بن الفوزان بن عبدالله الفوزان (1423ق) الملخص الفقهي. ج: 1، الرياض - المملكة العربية السعودية: دار العاصمة، الطبعة: الأولى، ص: 321.

(8)- مراتب الإجماع، ابن حزم 61/1.

برای مستحقین آن تضمین گردد و از همین طریق اجر و ثواب که برای کسب آن از طریق پرداخت زکات قصد داشتند، تحقق یابد. همانطوری که علامه ابن باز (رحمه الله) مفتی اعظم کشور عربستان سعودی درباره پرداخت زکات برای مؤسسات خیریه فتوی دادند: هرگاه در رهبری این مؤسسات انسانهای امانتدار و قابل اعتماد قرار داشته باشد که اموال زکات را در راه های شرعی به مصرف برسانند پرداخت زکات برای مؤسسات خیریه جایز است و این خود نوع از تعاون بر تقوی و نیکوکاری است⁽¹⁾.

مطلب ششم: حکم رجوع از زکات

هرگاه کس زکات خود را اشتبهاً برای شخصی که گمان میکرد که فقیر و محتاج است پرداخت اما بعداً معلوم گردید که آن شخص فقیر و محتاج نبوده و میتواند مقدار از این مال را به عنوان پس انداز ذخیره نماید، مسئولیت زکات دهنده رفع گردیده و حق رجوع را در زکات ندارد⁽²⁾.

دلیل این قول حدیثی است که ابوهریره (رضی الله عنه) از پیامبر اسلام (صلی الله علیه وسلم) روایت میکند که فرمودند: قَالَ رَجُلٌ لَّا تُصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ فَوَضَعَهَا فِي يَدِ سَارِقٍ؛ فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ، تُصَدِّقُ عَلَى سَارِقٍ؛ فَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ، لَأَتَصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ، فَوَضَعَهَا فِي يَدَيَّ زَانِيَةٍ؛ فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ، تُصَدِّقُ اللَّيْلَةَ عَلَى زَانِيَةٍ؛ فَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ عَلَى زَانِيَةٍ؛ لَأَتَصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ، فَوَضَعَهَا فِي يَدَيَّ غَنِيٍّ؛ فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ، تُصَدِّقُ عَلَى غَنِيٍّ فَقَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ الْحَمْدُ عَلَى سَارِقٍ، وَعَلَى زَانِيَةٍ، وَعَلَى غَنِيٍّ فَأَتَيْتِي، فَقِيلَ لَهُ: أَمَّا صَدَقَتُكَ عَلَى سَارِقٍ فَلَعَلَّهٗ أَنْ يَسْتَعِفَّ عَنْ سَرِقَتِهِ، وَأَمَّا الزَّانِيَةُ فَلَعَلَّهَا أَنْ تَسْتَعِفَّ عَنْ زِنَاهَا، وَأَمَّا الْغَنِيُّ فَلَعَلَّهٗ يَغْتَبِرُ فَيَنْفِقُ مِمَّا أَعْطَاهُ اللَّهُ⁽³⁾.

ترجمه: "مردی گفت: حتماً صدقه ای میدهم و صدقه اش را با خود برد و نادانسته صدقه اش را به دزدی داد، مردم گفتند: به دزدی صدقه داده شد! آن مرد گفت: خدایا! سپاس و ستایش سزاوار توست، (صدقه به دزدی دادم!) حتماً صدقه ای دیگر میدهم و آن را برد و به زنی زناکار داد، مردم گفتند: دیشب به زنی فاحشه صدقه داده شد! خدایا! سپاس و ستایش سزاوار توست، صدقه به زنی زناکار دادم! حتماً صدقه ای دیگر میدهم و آن را با خود برد و به شخص ثروتمندی داد، مردم گفتند: دیشب به شخص بی نیازی احسان شد! خدایا! سپاس و ستایش سزاوار توست، صدقه را به دزد و زناکار و ثروتمند دادم! بعد (در خواب) کسی نزد او آمد و گفت: (نگران نباش که صدقه ات قبول شده و جایی دارد)، اما صدقه تو به دزد، شاید که او را از دزدی و صدقه تو به زن زناکار، شاید که او را از زنا باز دارد و شخص ثروتمند نیز شاید از صدقه تو عبرت بگیرد و از آن چه که خدا به او داده است، انفاق کند".

این صدقه نزد الله مورد پسند قرار گرفت و برای کسانی که صدقه شده بود مفید واقع شد.

وجه استدلال :

از این حدیث چنین استنباط میگردد که اگر کسی به فقیر صدقه دهد و بعداً معلوم گردد که غنی و ثروتمند است ، این صدقه از طرف صدقه دهنده کفایت می کند به پرداخت دوباره آن نیاز نیست.

بعضی از اهل علم میگویند: در صورتیکه مالش را به شخصی پرداخت نماید به گمان اینکه از جمله اهل زکات و مستحقین آن است اما بعداً معلوم شد که اهل و مستحق زکات نیست ثواب آن برایش داده میشود ، حتی در غیر مسأله غنی و ثروتمند، بلکه به طور عام ؛ زیرا تا حد توانش از خداوند ترسیده، تقوا و پرهیزگاری نموده است. الله سبحانه و تعالی در کتاب خود می فرماید: **وَوُؤُتِمَّ** (البقرة: ۲۸۶).

(1) - موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء ابن باز.

(2) - الشرح الممتع ، ابن عثيمين 263/6.

(3) - صحيح البخاری. ج: 2، ص: 110، ح: 1421، كتاب: الزكاة، باب: إذا تصدق على غني وهو لا يعلم.

زیرا در عبادات ظن و نیت مکلف معتبر است، بر خلاف معاملات نه نفس امر، و مشکل ایجاد میشود در صورتیکه برایش بگوییم زکات تو قبول نشده است در حالیکه او اجتهاد نموده است، و مجتهد اگر در اجتهاد خود به خطا رفت برایش یک اجر داده میشود، و اگر در اجتهاد خود به حق رسید پس برایش دو اجر داده میشود.

و همین قول به صواب نزدیکتر است یعنی اگر با وجود اجتهاد و دقت برای کسی که گمان میکند اهل زکات است، زکات خود را پرداخت می نماید در حالیکه بعداً معلوم گردید که اهل زکات نیست پس ثواب برایش داده میشود زیرا ثابت شد قبلاً که اگر برای غنی و ثروتمند به گمان اینکه فقیر هست زکات خود را پرداخت نماید مستحق اجر و ثواب می گردد بنا بر آن بقیه اصناف بر آن قیاس میگردند⁽¹⁾.

رأی راجح و اسباب آن در مورد حکم رجوع از تبرع برای مؤسسات خیریه عام المنفعه:

از خلال آنچه که در مورد حکم رجوع از زکات بحث نمودم دریافتم که رأی راجح عدم رجوع از زکات است بعد از اینکه قبض گردد، هم چنان جایز نیست رجوع کردن از تبرعات که برای مؤسسات خیریه عام المنفعه صورت گرفته است. و لازم است برای متبرع تا برعهدهی که با این مؤسسه نموده است وفا کند بنابر اسباب ذیل:

1- پرداخت زکات برای مؤسسات خیریه عام المنفعه از باب فرموده الله سبحانه و تعالی است: (المائدة: ۲). در این آیه کریمه تشویق و ترغیب شده است بر اینکه مسلمانان بین شان کمک و همکاری وجود داشته باشد، و متبرع زمانیکه مال خود را برای مؤسسات خیریه عام المنفعه اعطا مینماید در حقیقت از امر الله متعال اطاعت و پیروی مینماید به تعاون و همکاری با برادران مسلمان خود در خرچ و مصرف متبرع به و اعطای آن برای مستحقین.

2- مؤسسات خیریه عام المنفعه ارتباطات، التزامات و قراردادهای دارند که به مجرد رسیدن اموال بخشی آنها اجرا میکنند پس در صورتیکه شخص از تبرع خود رجوع کند در عمل این مؤسسه خلل وارد شده و متضرر میشوند در حالیکه قاعده فقهی میگوید: (لا ضرر ولا ضرار)⁽²⁾. "ضرر رساندن و مقابله ضرر با ضرر جایز نیست".

3- زمانیکه متبرع در انتخاب کردن مؤسسه خیریه دقت میکند پس بر او یقین حاصل میشود براینکه همین اموال به زودترین فرصت به مستحقین آن میرسد، بنابر آن از ایصال اموال بخشی برای محتاجان و نیازمندان مطمئن میگردد.

4- مؤسسات خیریه عام المنفعه شدیداً از طرف حکومت تحت نظارت قرار دارند بنابر آن اموال بخشی را به مستحقین آن به موقع میرسانند.

مبحث چهارم: رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع و حکم آن

مؤسسات خیریه بمثابة وکیل هستند در تصرف نمودن اموالیکه به این مؤسسات سرا زیر میگردد، بنابر این لازم می بینم که بحث خود را با وکالت و احکام فقهی آن آغاز نمایم.

(1)- شرح الممتع، ابن العثیمین 263/6.

(2)- العدة في اصول الفقه، القاضي أبو يعلى 1522/5.

مطلب اول: تعریف لغوی و اصطلاحی وکالت

اول- تعریف لغوی: وکالت به معنای جانشینی، ضمانت کردن، تفویض کردن، نمایندگی، نیابت، وصایت، و ولایت آمده است⁽¹⁾.

دوم - تعریف اصطلاحی وکالت: فقهاء در تعریف اصطلاحی وکالت اختلاف دارند اما در مضمون غالباً اتفاق دارند که همانا «استعانت بغير» است.

1- فقهای حنفی میگویند: وکالت عبارت از تفویض صلاحیت برای یک شخص در کار دیگری، و قائم مقام قرار دادن او در انجام همان شغل است. برای شخص تفویض کننده مؤکل، و برای شخص تفویض شده وکیل و برای کاری که تفویض صلاحیت صورت گرفته است مؤکل به میگویند⁽²⁾.

2- فقهای مالکی میگویند: وکالت، نیابت از صاحب حق از سوی غیر صاحب حق است، البته نیابت در عبادات جایز نبوده و همچنان وکالت مشروط به مرگ مؤکل هم نیست⁽³⁾.

3- فقهای شافعی میگویند: وکالت عبارت از آنست که مؤکل شخصی را بخاطر عجز و ناتوانی و راحت طلبی قائم مقام خود قرار دهد و بر آن اعتماد نماید⁽⁴⁾.

4- فقهای حنبلی میگویند: «وکالت عبارت از نائب قرار دادن شخص جایز تصرف مانند خودش است» برابر است که هر دو مرد باشند یا زن و یا یکی مرد و دیگری زن، موارد که نیابت در آن جایز است حقوق الله و حقوق العباد میباشد⁽⁵⁾.

تعریف راجع و اسباب آن:

تعریف فقهای حنفی نسبت به دیگر تعریف ها در مفهوم وکالت جامع تر است بنابر اسباب ذیل:

1- این تعریف تمام انواع وکالت ها را دربر میگیرد، برابر است که وکالت مطلق باشد یا مقید، با مزد باشد یا بدون مزد.

2- وکالت در مؤسسات خیریه غالباً غیر مقید میباشد. روی اسباب فوق تعریف فقهای حنفی به موضوع بحث نزدیک تر است.

قانون مدنی وکالت را چنین تعریف می نماید: وکالت، عقدیست که بموجب آن مؤکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود میسازد⁽⁶⁾.

مطلب دوم: مشروعیت وکالت

وکالت بر اساس قرآن، سنت و اجماع امت ثابت است.

1- قرآن کریم:

الله سبحانه و تعالی میفرماید:

ترجمه: همان گونه ایشان را برانگیختیم تا از یکدیگر بپرسند. یکی از آنان گفت: چه مدتی اید؟ گفتند: روزی یا بخشی از روز بوده ایم. گفتند: پروردگارتان بهتر می داند که چقدر مانده اید. سکه نقره ای را که با خود دارید به کسی از نفرات خود بدهید و او را روانه شهر کنید، تا ببیند کدامین ایشان غذای پاک تری

(1)- کتاب العین، الفراهیدی، حرف الکاف، باب الثلاثی المعتل من الکاف، مادة (وکل) 405/5، مختار الصحاح، الرازی، باب الواو، مادة (وکل) 344/1، لسان العرب، ابن منظور، حرف اللام، فصل الواو 590/11.

(2)- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية مجلة الاحكام العدلية. ج: 1، التحقيق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ

، كراتشي، ماده (1449)، ص: 280.

(3)- الفواكه الدواني، النفراوى 229/2.

(4)- المجموع، النووى 92/14.

(5)- كشاف القناع، البهوتى 461/3.

(6)- ماده: 1554.

دارد ، روزي و طعامي از آن برايآن بياورد . اما بايد نهايت دقت را به خرج دهد و هيچ كس را از حال شما آگاه نسازد. (الكهف: ۱۹)

وجه استدلال:

در احكام القرآن در تفسير اين آيت چنين آمده است: اين آيت دليل بر جواز وكالت در خريداري است چرا كه اصحاب كهف يك نفر را به نمايندگي از خود براي خريداري طعام فرستاده بودند^(۱).

2- سنت نبوی

احاديث زيادي در رابطه با مشروعيت وكالت وارد شده است به برخي از آنها در ذيل اشاره ميگردد:
زيد بن خالد وابوهريره (رضي الله عنهما) روايت مي كنند كه پيامبر (صلى الله عليه وآله وسلم) فرمود: «وَيَا أَنَسُ اغْدُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَسَلِّهَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمَهَا فَأَعْتَرَفَتْ، فَرَجَمَهَا»^(۲).
ترجمه: اي انيس! فردا صبح نزد همسر اين مرد برو، اگر اعتراف كرد كه مرتكب عمل زنا شده است او را رجم كن.

وجه استدلال:

پيامبر اسلام (صلى الله عليه وآله وسلم) انيس را به نمايندگي از خود براي اقامه حد فرستادند^(۳).

3- اجماع امت:

امت اسلامي از عصر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) تا امروز بر جواز وكالت اتفاق نظر دارند^(۴).
ابن قدامه ميگويد: "تمامي امت اسلامي بر جواز وكالت اجماع نموده اند"^(۵).

مطلب سوم: حكم فقهی عقد وكالت

از خلال تعريفات و مشروعيت عقد وكالت حكم فقهی آن در نكات ذيل خلاصه ميگردد:

1- وكالت رابطه بين دوشخص است، گاهي بشكل مطلق ميباشد و گاهي بشكل مقيد ، طبق توافق كه در بين آنها صورت گرفته است.

قانون مدني در مورد چنين صراحت دارد: وكيل گرفتن بصورت مطلق ، مقيد، معلق به شرط يا موكل به آينده صحيح است^(۶).

2- شرايط عقد وكالت نبايد در مخالفت با اصول شريعت اسلامي قرار داشته باشد در غير آن عقد وكالت باطل است.

3- تنفيذ موارد توافق شده براي طرفين لازمي است. چرا كه پيامبر اسلام (صلى الله عليه وآله وسلم) ميفرمايد: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»^(۷).

ترجمه: بايد مسلمانان شرايطي كه بين خودشان تعيين مي كنند؛ پاييند باشند.

(۱)- احكام القرآن ، الجصاص 40/5 .

(۲)- صحيح البخاري. ج: 3، ص: 102، ح: 2314، كتاب: الوكالة ، باب: الوكالة في الحدود .

(۳)- شرح صحيح البخاري ، ابن بطال 451/6.

(۴)- مراتب الإجماع، ابن حزم 61/1، تبين الحقائق ، الزيلعي 254/4 ، نهاية المحتاج، الرملي 15/5.

(۵)- المغني ، ابن قدامه 63/5.

(۶)- ماده: 1557.

(۷)- تخریج قبلاً گذشت.

4- در صورتی که وکالت مطلق بوده باشد ، و مقید به کدام شروط نباشد به اتفاق فقهاء هریکی از طرفین میتوانند از عقد وکالت رجوع نمایند⁽¹⁾.

مطلب چهارم: حکم رجوع از عقد وکالت

برای دریافت حکم رجوع از عقد وکالت باید در قدم نخست بین وکالت بامزد و بدون مزد تفکیک نموده و سپس حکم رجوع از هریکی آنها را به بررسی گرفت :

اول - حکم رجوع از عقد وکالت بدون مزد:

به اتفاق جمهور فقهاء (علمای حنفی ، علمای شافعی ، علمای حنبلی) عقد وکالت بدون مزد برای طرفین عقد (مؤکل و وکیل) غیر الزامی بوده هریکی از آنها می توانند بدون رضایت واراده طرف مقابل از عقد وکالت رجوع نمایند⁽²⁾.

بنابر عوامل ذیل میتوانند رجوع نمایند:

1- گاهی چنین حالت پیش میآید که مؤکل مصحلت را در ترک همان کاری می بیند که برای پیشبرد آن وکیل گماشته است و یا هم مصحلت را درگزینش وکیل دیگر میبیند، و گاهی برای وکیل کاری پیش میآید که نمیتواند وکالت را پیش ببرد در این صورت لزوم عقد برای هر دو جانب زیان آوراست⁽³⁾.

2- نفس وکالت اجازه در تصرف است ، پس هریکی از طرفین عقد صلاحیت ابطال آن را دارند مانند اجازه در خوردن طعام و غذا است⁽⁴⁾.

3- وکالت بدون مزد بمثابة تبرع است، همان طوری که رجوع از تبرع جایز است به همین منوال رجوع از وکالت مطلق و بدون مزد هم جایز است. الله سبحانه و تعالی میفرماید:

(التوبة: ۹۱).

ترجمه: بر نیکوکاران هیچ راهی (برای سرزنش و گناهکار قلمداد کردنشان) وجود ندارد.

دوم : حکم رجوع از عقد وکالت با مزد:

فقهای اسلامی در رابطه به حکم رجوع از عقد وکالت بامزد سه دیدگاه متفاوت دارند اینک در ذیل به شرح آن میپردازیم :

قول اول

وکالت عقد جایز و غیر لازمی است به اتفاق جمهور فقهاء (حنفی ، مالکی ، شافعی و حنبلی) طرفین عقد (مؤکل و وکیل) می توانند بدون رضایت واراده طرف دیگر از عقد وکالت رجوع نمایند⁽⁵⁾.

طرفداران این قول به همان دلایل استدلال کرده اند که جمهور بر آن تمسک بسته بودند:

1- گاهی چنین حالت پیش میآید که مؤکل مصحلت را در ترک همان کاری میبیند که برای پیش برد آن وکیل گماریده است و یا هم مصحلت را درگزینش وکیل دیگر میبیند ، و گاهی برای وکیل کاری پیش میآید که نمی تواند وکالت را به پیش ببرد در این صورت لزوم عقد برای هر دو جانب زیان بار می آورد.

(1)- الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزیری 152/3 .

(2)- البحر الرائق ، ابن نجیم 187/7 ، حاشیة الدسوقي ، ابن عرفة الدسوقي 379/3 ، المذهب ، الشیرازی 356/1 ، كشف القناع ، البهوتی 468/3.

(3)- أبوبکر (المشهور بالبکري) بن محمد شطا الدمیاطي (1418ق) اعانة الطالبین علی حل ألفاظ فتح المعین (هو حاشیة علی فتح المعین بشرح قرّة العین بمهمات الدین). ج:3، الناشر: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة: الأولى ، ص:114 ، حاشیة البجیرمی ، الجیرمی 64/3.

(4)- الکافی فی فقه الامام احمد، ابن قدامة 142/2 .

5- البحر الرائق ، ابن نجیم 187/7 ، مغنی المحتاج ، الشربینی 257/3 ، حاشیة البجیرمی ، البجیرمی 64/3 ، كشف القناع ، البهوتی 468/3 ، الکافی فی فقه الامام احمد، ابن قدامة 142/2 ، مواهب الجلیل ، الحطاب 188/5.

2- نفس وکالت اجازه در تصرف است، پس هریکی از طرفین عقد صلاحیت ابطال آن را دارند مانند اجازه در خوردن طعام و غذا است.

یاد داشت : فقهای حنفی و حنبلی در بین حکم رجوع از عقد وکالت بامزد وبدون مزد تفاوت قائل نشده اند بلکه میگویند رجوع از عقد وکالت مطلقاً جواز دارد.

قول دوم :

فقهای مذهب مالکی میگویند: وکالت بامزد یک عقد لازمی است و بمجرد انعقاد برای طرفین الزام آور بوده و هیچ یکی از آنها حق رجوع را در آن ندارد⁽¹⁾.

برای اثبات ادعای خود به قیاس استدلال نموده میگویند: وکالت بامزد حیثیت عقد اجاره را دارد همانگونه که عقد اجاره بمجرد قول برای طرفین الزام آور است به همین منوال عقد وکالت بامزد هم بمجرد قول برای طرفین الزام آور است⁽²⁾.

جواب : فقهای دیگر از این استدلال این گونه پاسخ داده اند : این قیاس زمانی صحت دارد که در عقد وکالت بامزد ، عمل ومدت وکالت تعیین گردد ، در صورتی که یکی از این دو امر مجهول باشد قیاس عقد وکالت با اجاره جایز نیست ، زیرا اجارة مبتنی بر جهالت باطل است.

قول سوم :

برخی دیگری از فقهای مذهب مالکی میگویند: عقد وکالت بامزد بمثابة جعالة است ، بنابراین برای جاعل (مؤکل) بعد از آغاز فعالیت از سوی وکیل الزام آور است و دیگر نمی تواند رجوع نماید، درحالیکه برای مجعول له (وکیل) الزام آور نبوده می تواند از آن رجوع نماید⁽³⁾.

هرگاه وکالت به اجرت باشد وکیل به اجرای عمل مستحق اجرت معینه میگردد. اگر اجوره شرط نشده باشد وکیل از جملة اشخاصی باشد که به اجرت اجراء وظیفه می نماید مستحق اجرت مثل و در غیر آن متبرع شناخته می شود.

قول راجع و اسباب آن :

بادر نظر داشت دلایل آتی قول جمهور علماء راجح است:

1- دلیل جمهور نسبت به دلیل دیگران قوی است زیرا جمهور علماء به ادله عقلی و قیاس بعنوان یکی از ادله شرعی استدلال کرده اند و هیچ کسی هم نتوانسته است که بر دلایل آنها انتقاد نماید درحالیکه بر قیاس دیگران انتقاد صورت گرفته است.

2- جهالت وقت و عمل خود دلیل رجوع برای طرفین عقد است.

مطلب پنجم : موانع رجوع از عقد وکالت

موانع رجوع از عقد وکالت قرار ذیل است:

1- عدم آگاهی بر عزل وکیل.

2- تعلق داشتن حق غیر بر عقد وکالت مانند وکالت در بیع رهن ، زیرا در نزد حنفی و مالکی چنین حالت رجوع از عقد وکالت شمرده میشود⁽⁴⁾.

3- متوجه بودن ضرر به مؤکل در نتیجه عزل وکیل.

(1)- الذخيرة، القرافي 9/8، التاج والاکلیل، المواق 214/7.

(2)- مواهب الجلیل، الحطاب الزعینی 138/5.

(3)- حاشية الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 397/3، التاج والاکلیل، المواق 214/7.

(4)- حاشية ابن عابدين، ابن عابدين 536/5، بدائع الصنائع، الکاساني 38/6، الذخيرة، القرافي 9/8.

هرگاه در نتیجه عزل وکیل ضرر متوجه مؤکل گردد آنگاه عزل جایز نیست مثلاً : اگر وکیل در غیاب مؤکل از سمت وکالت کنار برود مال تحت دعوی به قاضی و یا شخص دیگر تعلق گیرد در چنین صورتی مؤکل متضرر میگردد بنابر این تا حضور یافتن مؤکل عزل نمودن وکیل خود را، جایز نیست. این دیدگاه مذهب جمهور (حنفی مالکی و شافعی) است⁽¹⁾.

4- در صورت واقع شدن وکالت بر صفت جعاله؛ هرگاه وکالت به صفت جعاله درآید در آن صورت مطابق دیدگاه برخی از علمای مذهب مالکی مانع رجوع برای طرفین عقد است و مطابق قول برخی دیگر از فقهای مذهب مالکی مانع رجوع برای جاعل بعد از آغاز فعالیت های وکیل است اما مانع رجوع برای مجعول نیست⁽²⁾.

5- در صورت واقع شدن وکالت بر وجه اجاره، از موانع رجوع است در نزد مالکی و شافعی به شرطیکه به لفظ اجاره منعقد شده باشد⁽³⁾.

مطلب ششم : رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع

همانگونه که قبلاً ذکر شد رجوع از عقد وکالت بدون مزد به اتفاق فقهاء جایز است، اما در مورد حکم رجوع از عقد وکالت بامزد اختلاف دیدگاه وجود دارد.

از خلال بحث های گذشته چنین معلوم میشود که رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع بمثابة رجوع مؤکل از عقد وکالت است، بنابر آن رجوع وکیل از عقد وکالت بدون مزد به اتفاق فقهاء جایز است به همین منوال رجوع مؤسسات خیریه خاص از تبرع به اتفاق جایز است، اما برای رجوع مؤسسات خیریه خاص یک سلسله قواعد و ضوابط ذیل در نظر گرفته شده است :

1- ضرر بزرگی متوجه مکفول له نباشد. اگر احياناً ضرر حیات مکفول له را تهدید نماید رجوع از تبرع جواز ندارد زیرا تأمین حیات آن برای همگان لازمی است.

2- در صورتیکه مؤسسه خیریه خاص به یقین بداند که این مال به مستحقین اصلی داده نمیشود. یعنی هرگاه مؤسسه درک کرد که این مال به مستحقین اصلی و نیازمندان نمیرسد آنگاه می تواند از تبرع رجوع کند زیرا متبرع مال خود را در نزد مؤسسه بخاطر گذاشته است که از طریق آنها به مستحقین واقعی رسانده شود، وقتی که این شرط مفقود گردید طبیعی است که مشروط هم مفقود میگردد.

مبحث چهارم : رجوع مؤسسات خیریه عام المنفعه از تبرع و حکم آن

در بحث حکم فقهی مؤسسات خیریه عام المنفعه بیان کردیم که رابطه مکفول و مؤسسه رابطه تبرع است، هرگاه مؤسسه از تبرع رجوع کند مکفول له حق مطالبه اداء را ندارد، ولی دولت و متبرع مکلف اند تا اسباب و عوامل رجوع مؤسسه را از تبرع جستجو نمایند که به کدام علل و اسباب مؤسسه از انجام وظایف خود إباء ورزیده و از تبرع رجوع مینماید، زیرا که مؤسسه در قبال تعهدات که برای متبرعین در راستای رسانیدن مال شان به مستحقین سپرده مسئول است.

بنابراین لازم می بینم که در آغاز از التزام مؤسسه بعنوان وظائف و مسؤولیت های وی صحبت نمایم و سپس روی اصل موضوع تماس بگیریم :

(1) - مغنی المحتاج، الشربینی 258/3، حاشیه البجیرمی، البجیرمی 133/3.

(2) - حاشیه الدسوقي، ابن عرفة الدسوقي 397/3.

(3) - التاج والإکلیل، المواق 214/7، حاشیه البجیرمی، البجیرمی 133/3.

مطلب اول: تعریف لغوی واصطلاحی التزام

اول تعریف لغوی: التزام بمعنای تعهد ، ضمانت ، وظیفه ، مسؤولیت وملزم شدن به امری ، جمع آن الزامات است.

گفته می شود : «التزام المال أو العمل» بر خود لازم گردانید⁽¹⁾.

دوم- تعریف اصطلاحی: عبارت از ملزم ساختن شخص خود را بر انجام کارهای نیک و یا معلق ساختن به کار نیک مانند عطیه و بخشش ؛ و در عرف بر اشیاء خاص تر هم اطلاق گردیده است مانند واجب گردانیدن نفس فقط بر انجام کارهای نیک همانگونه که در بین عوام مروج است⁽²⁾.

مطلب دوم : معانی التزام ودلالت آن

فقهاء میگویند: لفظ التزام ولزوم برچندین معانی دلالت می کنند برخی از آنها قرار ذیل است:

1- آنچه که انسان بالای خود واجب میگرداند و یا به حکم شریعت بالای وی واجب میگردد. امام سرخسی(رحمه الله) در باب نفقه میگوید: عبارت از دین است که انسان به اختیار خود توسط عقد بر خود لازم میگرداند مانند: مهر و دین کفالت . پس اقدام یک شخص برای انجام عملی بمثابه اقرار وی است که گویا او اقرار می کند قادر به انجام آن است ، چراکه انسان عاقل کاری که از توانش بالاتر باشد بالای خود لازم نمیگرداند⁽³⁾.

2- دلالت بر اهلیت اداء است .

در حاشیه الدسوقی ذکر گردیده است: هر ممیز که اهلیت خرید و فروش راداشته باشد و بیع را بالای خود لازم گرداند این کار او دلیل بر مکلف و رشید بودن و اهلیت اداء آن است⁽⁴⁾.

3- دلالت بر اثر مرتب بر فعل است.

در معنی المحتاج آمده است: اگر یکی از عاقدین بدون رضایت و اجازه دیگری به طلب مشتری رضایت نشان دهد بیع لازم میگردد و دیگر حق رجوع برای آنها باقی نمی ماند زیرا اصل در بیع لزوم است⁽⁵⁾.

تعریف راجع و اسباب آن :

از میان این تعاریف آنچه به بحث ما نزدیکتر است تعریف اولی است: "آنچه که انسان بالای خود واجب میگرداند و یا به حکم شریعت بالای وی واجب میگردد".

ارجحیت این معنی بر مبنای اسباب ذیل است :

1- هدف اساسی مؤسسات خیریه عام المنفعه التزام برای رسانیدن اموال به مستحقین است.

۲- اگر مؤسسه خیریه عام المنفعه برای اداء واجب خود که همانا رسانیدن اموال به مستحقین و نیازمندان

است اقدام نکند متبرع حق دارد که از مرجع مربوطه مطالبه نماید که بالای مؤسسه فشار وارد کند

تا این مال را به مستحقین آن برساند.

(1)- لسان العرب ، ابن منظور، حرف المیم، فصل اللام ، مادة (لزم) 541/12 ، المصباح المنیر، الحموی، کتاب اللام،

باب اللام مع الزای وما یثلثهما، مادة (لزم) 552/2 ، الصحاح تاج اللغة، الفارابی، فصل اللام، مادة (لزم) 2029/5.

552/2 ، الصحاح تاج اللغة، الفارابی 2029/5 .

(2)- شمس الدین أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسی المغربي، المعروف بالحطاب الرعینی المالکی (1404ق) تحریر الکلام فی مسائل الالتزام .

ج:1، التحقیق: عبد السلام محمد الشریف، بیروت- لبنان: دار الغرب الإسلامی، الطبعة: الأولى، ص: 71.

(3)- المبسوط ، السرخسی 193/5 .

(4)- حاشیه الدسوقی، ابن عرفة الدسوقی 231/3 .

(5)- 511/2 .

مطلب سوم: حکم رجوع مؤسسات خیریه عام المنفعه از تبرع

دین مقدس اسلام وسائل متعددی را برای حمایت از حقوق مستمندان مقرر نموده است، یکی از آن وسائل التزام برای طرفین است تا باشد هریک برای ادای وجبیه خود اقدام نمایند و تاهدیف نهائی که مؤسسات برای آن ایجاد شده اند تحقق یابد.

بنابراین مؤسسات خیریه عام المنفعه مکلف اند که به اساس اصل التزام، اموال را برای مستحقین آن در صورت نبود موانع برسانند. این همه برای برآورده ساختن اسباب ذیل است:

1- تا بدین وسیله از یک طرف هدف اساسی مؤسسات خیریه عام المنفعه که همانا ضمانت اجرائی ایصال اموال متبرعین برای مستحقین آن است تحقق یابد، و از طرف دیگر هدف اساسی متبرعین که همانا عدم ضیاع اموال شان به طریق عبث است تحقق یابد. زیرا اشخاص گمراه هستند که به خاطر بدست آوردن اموال خود را فقیر و نیازمند معرفی میکنند در حالیکه چنین نیستند، بنابراین متبرعین اموال خود را به مؤسسات میپردازند تا رساندن آن را به مستحقین تضمین نمایند.

2- اگر مؤسسه خیریه عام المنفعه به رجوع از تبرعات اقدام نماید بدون شک خلل بزرگی در جامعه ایجاد گردیده و جار و جنجال های زیادی بخاطر ضیاع و از بین رفتن حقوق مردم پدید می آید، ولی اگر نظارت دائمی از جانب دولت بر این مؤسسات وجود داشته باشد بدون تردید که با پرداخت مستمر تبرعات برای مستحقین از جانب مؤسسات امن و استقرار دائمی آن به جامعه بر میگردد.

3- هدف کلی و اساسی از ایجاد مؤسسات خیریه عام المنفعه نیازهای شدید مردم بی بضاعت به این مؤسسات گفته شده است، زیرا این مؤسسات هستند که تبرعات مردم را بوجه احسن برای مستحقین آن می رسانند. عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَجُلًا، جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ، وَأَيُّ الْأَعْمَالِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أَحَبُّ النَّاسِ إِلَى اللَّهِ أَنْفَعُهُمْ لِلنَّاسِ، وَأَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ سُورُورُ تُدْخِلُهُ عَلَى مُسْلِمٍ، أَوْ تَكْشِفُ عَنْهُ كُرْبَةً، أَوْ تَقْضِي عَنْهُ دَيْنًا، أَوْ تَطْرُدَ عَنْهُ جُوعًا، وَلَئِنْ أَمْشَيْتَ مَعَ أَخٍ لِي فِي حَاجَةٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَعْتَكِفَ فِي هَذَا الْمَسْجِدِ شَهْرًا فِي مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ، وَمَنْ كَفَّ غَضَبَهُ سَتَرَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ كَظَمَ غَيْظَهُ وَلَوْ شَاءَ أَنْ يُضْضِيَهُ أَمْضَاهُ؛ مَلَأَ اللَّهُ قَلْبَهُ رَجَاءً يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ مَشَى مَعَ أَخِيهِ فِي حَاجَةٍ حَتَّى يُبَيِّنَهَا لَهُ ثَبَّتَ اللَّهُ قَدَمَهُ يَوْمَ تَرْوُلُ الْأَقْدَامِ»⁽¹⁾.

ترجمه: "محبوب ترین شما نزد خداوند (جل جلاله) کسی است که برای خلق خدا مفیدتر باشد. پسندیده ترین عمل نزد خداوند (جل جلاله) این است که قلب مسلمانی را شاد کنی، یا پریشانی اش را بر طرف سازی. یا قرضش را ادا کنی و یا گرسنگی اش را دور نمایی. و اگر من با برادر مسلمانی خویش، برای رفع مشکلش قدم بردارم، برابرم از اعتکاف یکماه بهتر است. و هرکس خشمش را فرو برد خداوند (جل جلاله) رازهایش را می پوشاند و کسی که توانایی اعمال خشم را دارد ولی آنرا فرو می برد، خداوند قلبش را در قیامت پر از خرد مندی و رضایت خواهد ساخت. و اگر کسی با برادرش به راه افتد و مشکلش را حل نماید، خداوند قدمهایش را روزی که قدمها می لغزند، استوار خواهد ساخت. آگاه باشید که اخلاق بد، اعمال (نیک) را فاسد می کند همانطور که سرکه، عسل را فاسد میگرداند."

از آنجایی که نیازهای جامعه زمینه ساز برای ایجاد مؤسسات خیریه عام المنفعه گردیده است، پس باید خود را طبق قواعد و ضوابط ذیل عیار سازند:

(1) - سلیمان بن أحمد بن ایوب مطیر اللخمی الشامی، أبو القاسم الطبرانی (1405ق) الروض الدانی (المعجم الصغیر). ج: 2، المحقق: محمد شکور محمود الحاج آمریر، بیروت - عمان: المکتب الإسلامی، دار عمار، الطبعة: الأولى، باب المیم (من اسمہ محمد)، ص: 106، ح: 861، وألبانی این حدیث را حسن لغیره گفته است، صحیح الترغیب والترہیب 709/2.

- 1- باید این مؤسسات تابع وزارت مربوطه باشند و در عرصه فعالیت های شان از آنها الهام بگیرند مانند انجمن جمع آوری زکات که تابع وزارت اوقاف و امور دینی است.
- 2- باید این مؤسسات تحت نظارت جدی قرار داشته باشند، زیرا که ضامن رسانیدن اموال به مستحقین واقعی هستند و این مؤسسات نزد مردم از اعتماد بزرگی برخوردار میگردند در صورتیکه تابع مقررات حکومت باشند و از طرف حکومت نظارت و حمایت شوند.
- 3- باید مسئولین مؤسسات خیریه عام المنفعه تلاش کنند تا در میان کارهای مربوطه اولویت بندی نمایند و در قدم نخست کارهای مهمی که منافع شهروندان در آن نهفته است در نظر گیرند.
- 4- باید کسانی که مسئولیت انتخاب مؤظفین مؤسسات را بدوش دارند انسانهای باکفایت و درایت را توظیف نمایند تا بتوانند بوجه احسن از عهده این مسئولیت بزرگ موفق به درآیند و در عین حال امانتدار در برابر اموال مردم باشند

نتایج بحث

خداوند (جل جلاله) را سپاسگذار هستم که بر من منت نهاد تا این رساله را به پایان برسانم ، آرزو دارم این رساله برای هر خواننده مفید و سودمند واقع گردد، من در این رساله برخی از مسائل فقهی و قانونی را که مربوط به تبرعات است بیان کردم و در خلال این بحث به برخی از صورتهای معاصر عقود تبرعات هم نیز دست یافتم ، و در نهایت امر در جریان تحقیق بایک سری از حقائق و نتایج مهم علمی نائل گردیدم. نتایج مهم که از لابلای بحث بر آن دست یافتم در بندهای ذیل خلاصه مینمایم :

- 1- شباهت های که در بین مصطلحات رجوع ، رد ، فسخ و اقاله وجود دارد به این مفهوم نیست که این مصطلحات یک معنا را افاده می کنند و دارای یک اثر مرتب هستند بلکه از خلال این رساله بر این واضح شد که هر یکی از این مصطلحات دارای مفهوم و معنای جداگانه و آثار مستقل میباشند.
- 2- در نتیجه رجوع از عقد یک سلسله آثار فقهی بالای رجوع کننده مرتب میگردد، آثار مرتبه رجوع از عقد مالی این است که شخص رجوع کننده بر حالت قبل از عقد بر میگردد.
- 3- نفس انسان مومن همواره ارتقاء طلب هست از همین رو هر آنچه که در اختیار دارد بخاطر بدست آوردن رضای پروردگار در راه او به مصرف میرساند، والله رب العالمین بخاطر پوره کردن این آرزوها راه های متعددی را برای انجام کارهای نیک و پیش قدمی در آن مساعد نموده است که از آن جمله تبرعات است.
- 4- تمام مسلمانان امت واحد هستند و حیثیت دیوار مضبوط و محکم را دارند همانطوری که پیامبر اسلام آنها را به دیوار محکم تشبیه نموده است. برای اینکه این مفهوم معنا پیدا کند باید مسلمانان در بین شان تعاون و همکاری وجود داشته باشد و اموال خود را در جهت های خیر به مصرف برسانند و آنچه را برای خود دوست میدارند برای دیگران نیز دوست بدارند.
- 5- تبرعات در شریعت اسلامی مبتنی بر ارفاق و نفع رساندن برای عاقدین است بنابراین برای حفظ منافع عاقدین حق رجوع برای هر یکی از آنان به رسمیت شناخته شده است.
- 6- و از جمله عقود تبرعات که مردم از طریق آن به سخاوت ، احسان و نیکوکاری دست مییابند عبارت اند از: هبه ، وقف ، وصیت ، عمری و غیره میباشد.
- 7- امروز ما در شرایط قرار داریم که فقر در جهان بی داد میکند و بخصوص در کشورهای جهان سوم و کشورهای عقب مانده همواره با چالشهای بزرگی از قبیل جنگ و خونریزی ، اختلاف و اختناق جریان دارد در چنین شرایط نیاز بیشتر به مال و ثروت است تا متبرعین و محسنین به این مؤسسات بپردازند و از طریق آنها به مستحقین آن پرداخت شود تا نیاز نیازمندان ، فقراء و مستمندان مرفوع گردد.
- 8- مؤسسات خیریه خصوصی عبارت از مؤسسات هستند که یک تعداد از اشخاص محدود آن را تأسیس مینمایند که اعضای این مؤسسات و شرایط و مواصفات آنها از طرف قانون تحدید میگردد ، این مؤسسات در اثر داعیه خدمتگذاری به مردم و انجام کارهای نیک و عام المنفعه ایجاد و آغاز به فعالیت مینمایند ، کمک و مساعدات را از مردم بدست میآورند و دوباره به مردم که همانا مستحقین آن هستند بر میگردانند.
- 9- مؤسسات خیریه موظف اند تا سرمایه را که متبرعین بر آنها می سپارند و اعتماد می کنند ، بوجه احسن در بین مستحقین آن توزیع نمایند.

10- امروز کارهای خیر از حالت انفرادی به شکل فعالیت های اجتماعی درآمده است. و این کار بخاطر شفافیت هرچه بیشتر به تقدیر و استقبال گرم مردم روبروشده است.

مناقشه

قابل ذکر است که در مباحث این رساله آنچه که مورد اختلاف علماء و دانشمندان امت اسلامی است بعد از ذکر اقوال و دلایل مورد مناقشه قرار گرفته است که در ذیل بطور مؤجز و مختصر بیان میگردد.

1- واژه تبرع از جمله مصطلحات و زبان زدهای معاصر است که در این اواخر بر سرزبانها جا افتاده و در گذشته ها کاربرد قابل ملاحظه نداشته است تاجای که من اطلاع دارم فقهای اسلامی برای رجوع تعریف مستقل ارائه نکرده اند ، بلکه در ضمن عقود تعریف نموده اند زیرا که معنا و مفهوم رجوع برای همگان واضح بوده بنابر این نیاز به تعریف مستقل ندارد .

اما از جمله علمائی مذهب احناف علامه کاسانی (رحمه الله) رجوع را این گونه تعریف نموده است: « رجوع عبارت از فسخ عقد بعد از اتمام آن است ، فسخ عقد بعد از اتمام آن بدون دخالت محکمه و بدون در نظر داشت رضایت عاقدین جایز است ، درست مانند رد مال معیوب در عقد بیع بعد از قبض مبیعه است . بلی عوارض مانعه از رجوع متنوع است از آنجمله هلاک شی موهوب است زیرا راه برای برگشت به شی موهوب و قیمت آن وجود ندارد»⁽¹⁾.

اما انتقاد که بر این تعریف وارد گردیده این است که تعریف جامع و مانع نیست زیرا تعریف تنها شامل فسخ می گردد ، در حالیکه رجوع به مراتب از فسخ کرده مهمتر بوده ، چون رجوع شامل تصرفات حقوقی دیگر از قبیل اقاله، رد و غیره میگردد.

اما دانشمندان معاصر رجوع را این گونه تعریف نموده اند : رجوع عبارت از نقض عقد است که توسط اراده یکی از عاقدین تحت شرایط مخصوص نقض میگردد⁽²⁾.

از تعریف فوق چنین بر می آید که رجوع از عقد صرف در دو صورت جایز است:

1- شرایط مخصوص عقد موجود باشد .

2- به رضایت کامل یکی از متعاقدين صورت گرفته باشد.

به نظر من تعریف دانشمندان معاصر بنابر اسباب ذیل راجح به نظر می رسد :

1- تعریف مذکور جامع و مانع بوده و نسبت به معنای تبرعات که محور اصلی این بحث را تشکیل میدهد نزدیکتر است.

2- تعریف فوق موضوع را از حالت مطلق بیرون کشیده مقید و محدود نموده است، و در عین حال برای رجوع از عقد شرایط ویژه ای در نظر گرفته است که در صورت عدم موجودیت آن رجوع ممکن نیست.

2- برخی از واژه های دیگری نیز وجود دارد که بین آنها و اصطلاح رجوع روابط نزدیکی برقرار است، اما اگر این واژه ها به طور مطلق ذکر شوند معنای رجوع را افاده کرده نمیتوانند ، مانند : فسخ ، اقاله ، رد و غیره. شباهت های که در بین این مصطلحات وجود دارد به این مفهوم نیست که یک معنی را افاده می کنند و دارای یک اثر مرتب هستند بلکه از خلال این رساله برایم واضح شد که هریکی از این مصطلحات

(1)-بدائع الصنائع، الکاسانی 128/6.

(2)- نظرية الرجوع في العقود والتصرفات، أكثم تفاع 184/1.

دارای مفهوم و معنای جداگانه و آثار مستقل میباشند که وجه اشتراک و افتراق شان را در متن رساله بطور مفصل ذکر نموده ام و در اینجا موارد قابل مناقشه را بطور مجمل ذکر مینمایم.

- باوجود که فقهای کرام در گذشته ها واژه رد را به معنای رجوع به کار برده اند ، با آنهم فرق زیادی بین واژه «رد» و «رجوع» وجود دارد ، زیرا رجوع نسبت به رد عام تر است ، «رد» شامل رجوع بوده و آثار حقوقی رجوع بالای آن مرتب می گردد مثلاً در صورت رجوع واهب از هبه یکی از آثار حقوقی که بر رجوع مرتب میگردد رد عین موهوبه به مالک آن است.

- به نظر بنده با وجود که واژه فسخ در نزد فقهاء به معنای رجوع به کار رفته ولی با آنهم این کاربرد مطلق نبوده بلکه بر علاوه از معنای رجوع به معنای دیگری هم به کار رفته است که متفاوت تر از واژه رجوع میباشد :

الف : از لحاظ بطلان عقد : نخستین تفاوت میان فسخ و رجوع در این است که فسخ از ابتداء عقد را باطل میسازد گویا اصلاً عقد به وقوع نپیوسته است. درحالیکه رجوع از ابتداء عقد را باطل نمیسازد بلکه از وقت رجوع به بعد عقد را باطل می سازد و برگزشته هم بر نمیگردد.

ب: از لحاظ آثار مرتبه عقد : تفاوت دوم این که بعد از فسخ عقد هیچ نوع آثار حقوقی بر آن مرتب نمیگردد زیرا اصلاً عقدی وجود ندارد که بر آن اثر مرتب شود ، درحالیکه بعد از رجوع آثار حقوقی بر عقود قبلی مرتب میگردد.

ج: از لحاظ محل عقد : تفاوت سوم این است که فسخ در عقود لازمی و در عقود دوجانبه صورت میگیرد درحالیکه رجوع در عقود غیر لازمی و یک جانبه نیز صورت میگیرد.

و اما این تفاوت ها مانع آن نمیگردد که فسخ از جمله آثار حقوقی رجوع نباشد بلکه هرگاه رجوع به جمیع شروط لازمه اش صورت گیرد و موانع هم وجود نداشته باشد آنگاه عقد فسخ میگردد⁽¹⁾.

فقهائ امت اسلامی تعریف های متعدد از اقاله ارائه نموده اند که نزدیکترین آنها به واژه رجوع تعریف ابن نجیم (رحمه الله) است و به دو طریق تعریف نموده اند :

الف : تعریف عام : عبارت از پایان دادن عقد است.

ب : تعریف خاص : عبارت از پایان دادن عقد بیع است⁽²⁾.

از تعریف فوق بر می آید که اقاله و رجوع هر دو در یک نقطه اشتراک و در دو نقطه اختلاف دارند ، نقطه اشتراک شان در برگشت به حالت قبل از إبرام عقد، و نقطه اختلاف شان در محل عقد و شروط آن است.

3- هم چنان فقهای اسلامی تعریف مستقل برای تبرع ارائه نکرده اند بلکه به انواع تبرع از قبیل وصیت ، وقف ، هبه و... اشاره نموده اند، تعریف این انواع می تواند حقیقت و ماهیت تبرع را مشخص نماید. و از تعریف انواع فوق چنین بر میآید که تبرع بذل و بخشش مادی و معنوی است از سوی انسان مکلف بلا عوض در حال و آینده برای دیگران غالباً به غرض حصول ثواب اعطاء میگردد⁽³⁾.

4- علماء عقد را در اصطلاح دو تعریف نموده اند: عام و خاص

عقد به معنای عام: عبارت از آن است که شخصی بذات خود به کردن کاری کمر بندد و یا کردن آن را از طریق عهد و پیمان بر کسی لازم بگرداند⁽⁴⁾.

عقد به معنای خاص، نتیجه اراده دو شخص (متعاقدين) است که با هم قرار داد و معامله میکنند.

علمای لغت عقد را تعریفات زیادی کرده اند، که از جمله تعریفات به نظر بنده تعریف ذیل راجح میباشد:

(1)- الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 127/22.

(2)- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ابن نجيم 110/6.

(3)- الموسوعة الفقهية الكويتية 65/10.

(4)- احكام القرآن ، ابن العربي 7-6/2.

تعلق کلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل.

"ارتباط شرعی کلام هر یکی از متعاقدين با طرف مقابل است بگونه ای که اثر آن در محل عقد ظاهر گردد". و این دارای دو ویژگی میباشد:

1- میان ایجاب و قبول توافق (التزام) باشد.

2- عقد إنشایی نباشد، بلکه باید آثاری بر آن مرتب گردد.

5- فقهای کرام (رحمهم الله) هبه را تعاریف متعددی نموده اند، آنچه از خلال تعریفات شان واضح میشود این است که همه تعریف ها یک مطلب را افاده میکنند، هر چند که در الفاظ مختلف هستند ولی در مضمون با هم یکسان اند و آن "اعطا و دادن چیزی بر شخصی بر سبیل احسان است". لیکن جامع ترین تعریف در این مورد تعریف احناف است؛ "تمليك العين بلا عوض في الحال".

هبه عبارت از تملیک (به ملکیت در آوردن) عین (مال) در حال حیات و زندگی بدون عوض است.⁽¹⁾ زیرا این تعریف همه انواع تبرعاتی که باید روی آن بحث شود را شامل است.

6- فقهای کرام بر مشروعیت هبه متفق اند، اختلاف در این است که هرگاه شروط رجوع در هبه متوفر شود و موانع منتفی گردد آیا نیازی به فیصله قاضی و حکم حاکم یا به رضایت جانب مقابل (موهوب له) است؟ یا واهب خود سرانه و بدون تأمل و تفکر و رضایت جانب مقابل حق رجوع در هبه را دارد.

سبب اختلاف در این مسأله

آیا رضایت جانب مقابل برای رجوع در هبه شرط صحت است؟ یا اینکه رضایت جانب مقابل شرط نیست. علمای کرام در این مسأله به دو دسته تقسیم شده اند:

قول اول:

فریق اول: جمهور (مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها) به این نظر اند که واهب بدون رضایت جانب مقابل (موهوب له) حق رجوع در هبه را دارد.⁽²⁾

قول دوم:

حنفی ها میگویند: در رجوع نمودن از عقد هبه قبول و رضایت موهوب له شرط است، و اگر موهوب له راضی نشد باید قاضی میان شان داوری کند.⁽³⁾

بعد از ذکر دلایل هر دو طرف و مناقشه آن به نظر من رأی دوم راجح است، یعنی باید رجوع در هبه با تراضی (رضایت جانبین) و قضای قاضی صورت گیرد؛ و اسباب ترجیحش این است: هرگاه به رضایت جانبین و قضای قاضی فیصله و داوری صورت نگیرد، میان واهب و موهوب له نزاع و کشمکش پیدا میشود.

در مورد رجوع در هبه قبل از قبض قول (حنفی ها، شافعی ها و یک روایت از حنبلی ها) جواز آن است.

مالکی ها قایل به عدم جواز آن است.

مالکی ها برای عدم جواز رجوع در هبه قبل از قبض، از قیاس استدلال کرده اند که قرار ذیل دلیل شان مناقشه گردیده است:

1- مهمترین و اساسی ترین دلیل کسانی که قبض را در هبه شرط نمیدانند میگویند: هبه مانند بیع است، و اصل و قاعده در عقود این است که قبض برای صحت عقود شرط نیست، تا زمانی که دلیل و موجهی بر اشتراط قبض نباشد.⁽⁴⁾

(1) - بدائع الصنائع، الکاسانی 115/6.

(2) - مواهب الجلیل، الحطاب 63/6، روضة الطالبین، النووی (384/5)، المغنی، ابن قدامة 42/6.

(3) - بدائع الصنائع، الکاسانی 134/6، تحفة الفقهاء، السمرقندی 166/3.

(4) - بداية المجتهد، ابن رشد 114/4.

مناقشه این دلیل: این قیاس خلاف اقوال صحابه بوده و غیر منضبط است⁽¹⁾.

دومین نظر و رأی از حنبلی ها این است⁽²⁾: شیئی موهوب یا از مکیلات و موزونات میباشد و یا از غیر مکیلات و موزونات، اگر از مکیلات باشد رجوع در آن قبل از قبض جایز است، و اگر از مکیلات نباشد رجوع در آن قبل از قبض جایز نیست، ایشان در این مورد از قیاس استدلال کرده اند که دلیل شان قابل مناقشه است:

1- هبه یکی از دو نوع تملیک است؛ یعنی در برخی آن تملیک قبل از قبض لازم می شود و در برخی لازم نمی گردد، پس در برخی قبل از قبض لازم نمی گردد مانند: بیع صرف (معامله پول با پول) و غیره، و برخی آن قبل از قبض لازم می گردد، مانند معاملات مالی و معاوضی دیگر⁽³⁾.

مناقشه این دلیل: قیاس کردن هبه بر بیع قیاس مع الفارق است؛ زیرا بیع بنا بر معاوضه صورت میگیرد بر عکس هبه؛ زیرا آن مبنی بر تبرع است.

از نظر من دیدگاه جمهور راجح است زیرا:

1- دلایل شان قوی است.

2- در این مصلحت و خیر خواهی و اهب در نظر گرفته شده است، چون او میتواند پیش از اعطای عطیه مشوره کند و بعد از تأمل و تفکر با اراده کامل از خلوص و صداقت مال خود را برای کسی هبه کند.

5- جمهور (مالکی ها، شافعی ها و حنبلی ها) میگویند: رجوع در هبه بعد از قبض جایز نیست، بجز پدر (یعنی برای پدر جایز است که در هبه خود رجوع کند).

حنفی ها میگویند: رجوع در هبه بعد از قبض جایز است به شرطی که مانع وجود نداشته باشد.

آنچه از خلال دیدگاه های فقها برایم راجح به نظر میرسد، قول جمهور است و آن اینکه رجوع در هبه بعد از قبض جایز نیست بجز پدر که به فرزند خود هبه کرده باشد؛ زیرا هبه نوعی از عقود است و الله تعالی میفرماید: یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود (المائدة: 1)

"ای کسانی که ایمان آورده اید! به پیمانها (و قرار دادهای خود) وفا کنید".

پس شخص مسلمان به عقد و عهد خود وفا میکند چنانچه الله تعالی برایش دستور داده است. و دلایل شان قابل مناقشه هم نیست.

اما قانون مدنی مطابق رأی احناف بوده و چنین صراحت دارد⁽⁴⁾: رجوع از کل یا بعضی هبه گرچه و اهب حق خود را ساقط نموده باشد، جواز دارد، مشروط بر اینکه یکی از موانع متذکره مواد (1205) – (1213) موجود نشود.

7- علمای کرام وقف را تعریف های متعددی نموده اند با تأمل در این تعریف ها بجز تعریف امام ابو حنیفه (رحمه الله) به این نتیجه میرسیم که همه تعریف ها در یک نقطه جمع میشوند، و آن اینکه: وقف، تخصیص دادن ملك یا مالی است که انتفاع از آن ممکن باشد و اصل (عین) آن چیز نیز باقی بماند. و نیز اینکه واقف در آن هیچ نوع تصرف کرده نمی تواند، مثلاً: فروش، بخشش، به عاریت و اجاره دادن و غیره. ولیکن لفظ همین تعریف مختص به شوافع بوده و بنابر اسباب ذیل راجح است:

1- تعریف جامع و مانع بوده زیرا کیفیت انتفاع از وقف را مشخص نموده است.

2- در تعریف تصرف مباح ذکر گردیده است که مقصد اساسی از وقف هم همین است.

الفواکه الدوانی، النفراوی 154/2.

(1) - المغنی، ابن قدامة 379/5.

(2) - الکافی فی فقه الامام أحمد، ابن قدامة 260/2.

(3) - کشاف القناع، البهوتی 301/4.

(4) - ماده: 1204.

10- فقهای کرام در بارة حکم رجوع در وقف بعد از قبض اختلاف دارند، منشأ این اختلاف به اساس اختلاف شان در کیفیت و چگونگی وقف میباشد، برای توضیح بیشتر باید گفت که فقهاء در این مورد به دو گروه تقسیم شده اند:

قول اول:

جمهور (علمای مالکی، علمای شافعی، علمای حنبلی و صاحبین از علمای حنفی) میگویند: وقف بعد از قبض لازمی و حتمی بوده و رجوع در آن جایز نیست⁽¹⁾.
قول امام ابو حنیفه (رحمه الله) است که می گوید: عقد وقف بعد از قبض عقد جایز بوده و رجوع از آن نیز جواز دارد مگر در وقف مسجد و وصیتی که بعد از موت نافذ میشود⁽²⁾. دلیلی که امام صاحب به قول صحابی استدلال نموده اند قرار ذیل مناقشه گردیده است:

- قول صحابی (رضی الله عنهم)

از زهری روایت است که عمر بن خطاب (رضی الله عنه) گفت: اگر من صدقات خود را برای رسول الله (صلی الله علیه وسلم) ذکر نمی کردم همه آن را باز میگشتاندم⁽³⁾.
جواب: این حدیث منقطع است زیرا ابن شهاب ابن عمر را درک نکرده است⁽⁴⁾.
آنچه از خلال نظریات و آرای فقهاء و مناقشة ادلة آنها واضح میشود، این است که در لزوم عقد وقف بعد از قبض میان شان هیچ اختلاف وجود ندارد، اینک اسباب و علل آن:

1- ترجیح روایتی که در نزد امام ابو حنیفه (رحمه الله) بر عدم جواز وقف دلالت دارد، و هرگاه روایتی را که به جواز رجوع در وقف و عدم لزوم آن دلالت دارد ترجیح دهیم در آن صورت امام ابو حنیفه (رحمه الله) را معذور میدانیم که حدیث عمر به او نرسیده است، امام ابو یوسف (رحمه الله) میگوید: هیچ کس توان خلاف حدیث عمر را ندارد و اگر این حدیث به امام ابو حنیفه (رحمه الله) می رسید حتماً آن را می پذیرفت⁽⁵⁾.
8- فقهاء وصیت را تعریف های متفاوت نموده اند از جمله تعریف احناف «اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته»⁽⁶⁾.

"یعنی آنچه که موصی در مال خود بعد از وفاتش واجب قرار دهد را وصیت گویند." قرار ذیل مناقشه گردیده است.

این تعریف جامع نیست؛ زیرا حقوق الله تعالی و دینی را که بر ذمه اش است شامل نمیگردد. اگر چنین تعریف مینمودند: «هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى و العباد ما لم يصلهما أو تملك إلى آخره». "وصیت طلب برائت ذمه از حقوق الله و حقوق العباد است تا وقتی که برایشان نمیرسید و یا در ملکیت شخص دیگر قرار نمیگرفت." یا اگر میگفت: «الْوَصِيَّةُ: تَمْلِكُ مُضَافٌ لِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ». "وصیت تملیکی است منسوب به بعد از مرگ." بهتر بود⁽⁷⁾.

لیکن از خلال تعاریف تعریف مالکی ها و حنفی ها راجح است؛ دلایل ترجیح این است:

(1)- الشرح الكبير، الدردير / 75، روضة الطالبين، النووي 342/5، المغنى، ابن قدامة 8/6، بدائع الصنائع، الكاساني 219/6-218.

(2)- المبسوط، السرخسي 27/12، تبين الحقائق، الزيلعي 326/3.

(3)- فتح الباري، العسقلاني 402/5.

(4)- فتح الباري شرح صحيح البخاري، العسقلاني 402/5.

(5)- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، المباركفوري 521/4.

(6)- بدائع الصنائع، الكاساني 333/7.

(7)- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم 459/8.

1- این تعاریف وصیت و ایصاء هر دو را شامل میشود، و آن عبارت از وصی- وکیل گردانیدن غیر بعد از شخص بر اولادش.

2- اما تعاریف شافعی ها و حنبلی ها ایصاء را شامل نمیشود؛ بنابر آن این تعاریف مانع و غیر جامع است. 10- عموم فقهاء به این نظر اند که وصیت بفسخ موصی له و رجوع آن، قبل از وفات موصی منحل و باطل نمیکردد؛ زیرا وصیت تا هنوز واقع نشده و موصی له در حیات موصی حق تصرف و رجوع از وصیت را ندارد، بناءً رد کردن آن بیجاست مانند رد کردن مبیعه قبل از ایجاب و قبول. یا مثلاً: کسی به زوجه خود بگوید: (أنت طالق غداً إن قبلت إعطائي مائة دينار). اگر فردا صد دینار من را بپذیرفتی طلاق هستی. در این صورت (فی الحال) قبول و یا رد آن بیجاست و بی ارزش است، مگر در صورتی که وقت تنفیذ (وقت معین) که فردا است فرا رسد، پس اگر قبل از وقت معین قبول و یا رد نمود کلامش اعتباری ندارد، زیرا رد و قبول پیش از وقت اعتبار ندارد⁽¹⁾.

امام زفر (رحمه الله) - از حنفی ها - میگوید: هرگاه وصیت در حال حیات موصی رد کرده شود باطل میگردد، یعنی موصی له مالکیت و صلاحیت رجوع و رد وصیت در حیات موصی را دارد⁽²⁾. امام زفر (رحمه الله) برای این رأی خود این گونه استدلال کرده: رد در حقیقت ابطال صیغه منشئه وصیت است، پس وقتی (موصی) وفات شد صیغه منشئه (وصیت) از بین می رود بناءً ملکیت به مقتضای آن ثابت نمیشود.

آنچه برای من راجح معلوم میشود قول عموم فقهاء است؛ زیرا قبول و رد قبل از زمان استحقاق ممکن نیست، و زمان استحقاق بعد از وفات موصی است، و پیش از وفات موصی، موصی له هیچ اختیاری ندارد، هر چند موصی له وصیت را در حیات موصی قبول هم کند؛ این قبول هیچ اثری ندارد، بخاطری که نه افاده ملکیت را میکند و نه استحقاق را.

همین طور رد از جانب موصی له در حیات موصی اثری ندارد، زیرا این تصرفات در غیر محلش واقع شده، بناءً پذیرفته نمی شود؛ زیرا محل رد و پذیرش بعد از موت موصی است نه پیش از وفات آن. چون طبیعت وصیت همین گونه است، یعنی ایجاب وصیت وقت خاص دارد که عبارت از حیات موصی میباشد، چنانکه قبول وقت خاص دارد و آن عبارت از وفات موصی است.

11- واژه (مؤسسه) از جمله واژه های معاصر است، بنابر این از فقهای قدیم هیچ گونه تعریف در مورد این واژه وارد نگردیده، اما دانشمندان معاصر به گونه های مختلف این واژه را تعریف نموده اند، اینک در ذیل یکی از آنها را به بررسی میگیرم:

«مؤسسه بخشی از نیروی بشری و درآمدهای مادی است (طبیعی باشد یا مالی) طبق ترکیب معین و ساحه کاری محدود که دارند به قصد برآورده ساختن نیازها و انجام کارهای بزرگ فعالیت مینمایند»⁽³⁾. از علمائی معاصر داکتر عبدالرافع موسی مؤسسات خیریه خاص را چنین تعریف نموده است: عبارت از مجموعه افراد است که منحیث اعضاء کلیدی یک مؤسسه در زیر چتر یک نظام دقیق گردهم آمده و برای تحقق بخشیدن اهداف والای که برای آن مؤسسه ایجاد گردیده است بطور دسته جمعی فعالیت مینمایند⁽⁴⁾.

(1)- مراجع سابقه دیده شود.

(2)- تبیین الحقائق، الزیلعی 184/6.

(3)- اقتصاد المؤسسة، عمر صخری 24/1.

(4)- الجمعيات الأهلية والاسس القانونية، موسی رافع 21/1.

نتیجه گیری

در پایان این رساله ، مهم ترین نتایجی را که در خلال این بحث بدان دست یافته ام به ترتیب فصل ها و مباحث قرار ذیل مختصراً ذکر مینمایم:

1- «رُجوع» از ماده (ر، ج، ع) گرفته شده ، و به معنای تکرار و بازگشت میآید ، و در اصطلاح عبارت از نقض عقد است که توسط اراده یکی از عاقدین تحت شرایط مخصوص نقض میگردد.

2- واژه «تبرع» از باب «تَبَرَّعَ يَتَبَرَّعُ تَبَرُّعاً» گرفته شده به معنای بخشش و هبه است و در اصطلاح عبارت از بذل و احسان مال و منفعت است که از سوی انسان مکلف در حال و آینده بدون تقاضای عوض و به نیت ثواب برای غیر اعطاء گردد. و شامل هبه ، وصیت ، وقف و غیره میگردد.

3- در نتیجه رجوع از عقد یک سلسله آثار فقهی بالای رجوع کننده مرتب می گردد، آثار مرتبه رجوع از عقد مالی این است که شخص رجوع کننده برحالت قبل از عقد برمیگردد.

4- در عقد هبه قبل از ملکیت و لزومیتش حکمی ثابت نمیشود، و در صورتیکه شرطی از ملکیت و یا لزومیت آن مختل گردد، نه اثری بر آن مرتب شده و نه هم لازمی میگردد بناءً رجوع در این حالت جواز دارد.

5- بعد از اینکه هبه لازمی گردید رجوع در آن برای هیچ احدی جایز نیست نه برای پدر و نه هم سائر اصول بنابر رأی اکثر علماء ، اما بنابر رأی بعضی دیگر از علماء رجوع پدر از هبه خود جایز است.

6- گاهی هبه در مقابل عوض صورت میگیرد و لکن بنابر رأی راجح بیع بوده و حکم آن را به خود می گیرد.

7- وقف بعد از اینکه تمام شد و لازمی گردید واقف دیگر حق رجوع از آن را ندارد.

8- اگر وصیت در اثنای حیات موصی صورت گرفته باشد، غیر لازمی بوده و موصی هر وقتیکه خواسته باشد و تا وقتیکه زنده است میتواند آن را زیاد و یا کم و یا هم بطور کل وصیت را لغو نماید، اما بعد از وفات موصی ملک ثابت و لازم موصی له بوده ، و ورثه حق رجوع و یا طلب نقض آن را ندارند.

9- مقصد از صدقه تقرب و نزدیکی جستن به الله (جل جلاله) و تملیک به محتاج و نیازمند میباشد.

10- مؤسسه بخشی از نیروی بشری و درآمدهای مادی است (طبیعی باشد یا مالی) طبق ترکیب معین و ساحت کاری محدود که دارند به قصد برآورده ساختن نیازها و انجام کارهای بزرگ فعالیت مینمایند.

11- از دیدگاه شریعت اسلامی هیچ مانع برای پرداخت صدقات عامه در وجوه خیر وجود ندارد، و از آنجمله مؤسسات خیریه برای کفالت فقراء است ، مگر اینکه تبرع کننده جهت مصرف را تحدید نموده باشد مثلاً بگوید: این مال را تنها برای کفالت یتیمان و بی نوایان به مصرف برسانید که در آن صورت در دیگر راه ها به مصرف رساندن جایز نیست.

12- مؤسسات خیریه عام المنفعه ارتباطات، التزامات و قراردادهای دارند که به مجرد رسیدن اموال بخششی آنها اجرا میکنند پس در صورتیکه شخص از تبرع خود رجوع کند در عمل این مؤسسه خلل وارد شده، و متضرر میشوند در حالیکه قاعده فقهی میگوید: (لا ضرر ولا ضرار).

پیشنهادهات

از خلال آنچه که در جریان تحقیق در یافتیم برای دولت و مردم چنین پیشنهاد مینمایم :

- 1- باید اهمیت و جایگاه، شرایط و آثار مرتبه تبرعات از دیدگاه اسلام از طریق علماء در منابر و نشر و توزیع بروشورها در میان مردم بیان گردد تا مردم را به پرداخت تبرعات ترغیب و تشویق نموده اشتباهات و بد فهمی ها از بین برود.
- 2- باید نظارت جدی از سوی دولت و نهادهای مربوطه صورت گیرد تا مساعدات مردم مورد دست برد و حیف و میل مؤظفین و کارمندان مؤسسات قرار نگیرد.
- 3- باید رؤسا و کارمندان مؤسسات خیریه هر لحظه الله را حاضر و ناظر دانسته خواسته های درونی خود را کنار گذاشته و امانت های مردم را بشکل عادلانه در بین مستحقین آن توزیع نمایند، تا باشد که اعتماد متبرعین را کسب نمایند و تبرعات خود را به طور مستمر به این نهاد ها تسلیم نمایند.
- 4- باید کسانی که تبرعات را بدست میآورند مستحقین واقعی باشند و نباید با استفاده از فریب و ترفند خود را نیازمند جلوه دهند.
- 5- باید مؤسسات خیریه با یکدیگر کمک و همکاری داشته باشند تا بدین وسیله مساعدت و کمک های مالی مردم را بصورت دقیق تر برای مستحقین توزیع نموده و از دست برد گروه های خاص جلوگیری به عمل آورند.
- 6- باید مؤسسات خیریه عام المنفعه حتی المقدور تلاش نمایند که تمام امکانات دست داشته خود را برای برآورده ساختن نیاز، نیازمندان بمصرف برسانند تا از متضرر شدن آنان و شهروندان جلوگیری به عمل آید.
- 7- باید متبرعین در راستای شناسائی مؤسسات متعهد و ملتزم از دقت لازم کار بگیرند تا سرمایه شان از طریق این مؤسسات به مستحقین واقعی آن برسد.
- 8- باید دولت از فعالیت های مؤسسات خصوصی نظارت جدی داشته باشد تا بشکل درست اموالی که متبرعین برایشان می سپارند در وجوه مشروع آن به مصرف برسانند.

فهرست آیت ها

شماره	آیت	سوره	نمر آیت	صفحه
1	والسما اذا ت الرجع	الطارق	11	6
2	ان الصفا والمروة من شعائر الله	البقره	158	12
3	وتعاونوا على البر والتقوى	المائدة	2	12
4	يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود	المائدة	1	15
5	واتى المال على حبه ذوى القربى	البقره	177	25
6	واتوا النساء صدقاتهن نحلة	النساء	4	25
7	واذا حييتم بتحية فحيوا با احسن منها	النساء	86	32
8	يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا	الحج	77	53
99	كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت	البقره	180	70

70	12	النساء	من بعد وصية يوصى بها او دين	10
87	271	البقره	ان تبدوا الصدقات فنعاهي	11
92	103	التوبة	خذ من اموالهم صدقة تطهرهم	12
67	106	المائدة	يا ايها الذين امنوا شهدات بينكم اذا حضر احدكم الموت	13
69	132	البقره	ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب	14
71	180	البقره	كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرابين	15
84	77	الحج	يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون	16

فهرست احاديث

شماره	حديث	كتاب	صفحه
1	كل سلامى من الناس عليه صدقة	صحيح البخارى	12
2	جاء رجل الى النبى (صلى الله عليه وسلم) فقال يا رسول الله اى الصدقة اعظم اجرا؟ قال : ان تصدق وانت صحيح شحيح	صحيح البخارى	24
3	يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة	صحيح البخارى	25
4	ان عمرا قال ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسونها	سنن البيهقى	28
5	لا يحل لرجل ان يعطى عطية او يهب هبة فيرجع فيها ال الوالد فيما يعطى لولده	سنن ابى دواود	29
6	العائنة فى هبته كا العائد فى قيئه	صحيح المسلم	29
7	اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها	سنن البيهقى	30
8	انما العمرى التى اجازها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ان يقول هى لك ولعقبك	صحيح المسلم	43
9	اذا مات الانسان انقطع عنه عمله ، الا من ثلاث، الا من صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح يدعوا له.	صحيح البخارى	52
10	ان عمر اصاب ارضا بخيبر فاتى النبى (صلى الله عليه وسلم)	صحيح البخارى	55
11	المسلمون على شروطهم	صحيح البخارى	62
12	استوصوا با النساء خيرا فان المرأة خلقت من ضلع	صحيح البخارى	67

71	سنن ابن ماجه	ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث اموالكم زيادة لكم فى اعمالكم	13
87	مسند احمد	لما تزوج رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ام سلمة قال لها : انى قد اهديت الى النجاشى حلة واواقى من مسك.	14
92	صحيح البخارى	ان الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم فترد على فقرائهم	15
101	المعجم الصغير	احب الناس الى الله انفعهم للناس واحب الاعمال الى الله سرور تدخله على مسلم	16

فهرست اعلام

شماره	علم	صفحه
1	ابو عبدالله ، محمد بن اسماعيل البخارى الجعفى (رحمه الله)	12
2	النوى ،ابوزكريا ، محى الدين يحى، بن شرف الشافعى(رحمه الله)	8
3	احمد بن فارس بن زكريا، القزوينى الرازى (رحمه الله)	5
4	علاء الدين ، ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاسانى الشافعى(رحمه الله)	7
5	زين ادين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصرى.(رحمه الله)	9
6	شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشافعى(رحمه الله)	10
7	القاضى ،محمد بن عبدالله ، ابوبكر بن العربى المعافى المالكى(رحمه الله)	13
8	ابوعبد الله ، بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزكشى(رحمه الله)	17
9	موسى بن احمد بن موسى الحجاوى المقدسى ثم الصالحى(رحمه الله)	22
10	احمد بن على ، ابوبكر الجصاص الحنفى(رحمه الله)	14
11	عبد الرزاق بن احمد السنهورى، الدكتور المصرى	16
12	منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتى الشافعى(رحمه الله)	8
13	شهاب الدين، محمود بن عبدالله الحسينى الآلوسى(رحمه الله)	40
14		6

	ابوبكر بن مسعود بن موسى الكاساني، علاء الدين، الفقيه الحنفي (رحمه الله)	
27	الخراساني، احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسوحردى، ابوبكر البيهقي (رحمه الله)	15
28	ابن قدامه ، ابو محمد موفق الدين ، عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي (رحمه الله)	16
59	العسقلاني، احمد بن علي بن حجر ، ابو الفضل ، الشافعي (رحمه الله)	17
24	القرطبي، ابو عبد الله ،محمد بن احمد بن ابي بكر الانصاري الخزرج ،شمس الدين (رحمه الله)	18
26	شمس الايمة السرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل (رحمه الله)	19
16	الطرابلسي، شمس الدين ، ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطابي الرعيني(رحمه الله)	20
42	ابن عثيمين ، محمد بن صالح بن محمد التميمي (رحمه الله)	21
72	الاصبحي ، ابو عبد الله ، مالك بن انس الحميري(رحمه الله)	22

فهرست مصادر و مراجع

1. القرآن الكريم .
2. ابن بطل ، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (1423ق) شرح صحيح البخاري . التحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم ، السعودية-الرياض: مكتبة الرشد.
3. ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد ، التميمي، أبو حاتم ، الدارمي ، البستي (1414ق) صحيح ابن حبان . المحقق: شعيب الأرناؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية .
4. ابن حجر ، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي (1379ق) فتح الباري شرح صحيح البخاري . رقم كتبه و أبوابه و أحاديثه : محمد فؤاد عبد الباقي ، قام بإخراجه و صححه و اشرف على طبعه: محب الدين الخطيب .
5. ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري مراتب الاجماع في العبادات و المعاملات والإعتقادات . بيروت: دار الكتب العلمية.
6. ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري ، (ب-ت) المحلى با الآثار . بيروت: دار الفكر ، ب-ط.
7. ابن حنبل ، أبو عبد الله أحمد بن محمد (1421ق)، مسند الإمام احمد بن حنبل . المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد وآخرون ، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الناشر: مؤسسة الرسالة: الطبعة: الأولى.
8. ابن دقيق العيد (ب-ت) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . الناشر: مطبعة السنة المحمدية ، ب-ط.
9. ابن رشد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد (1408ق) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة . التحقيق: د. محمد حجي وآخرون ، بيروت-لبنان: دار الغرب الإسلامي ، الطبعة: الثانية.
10. ابن رشد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد (1408ق) المقدمات الممهدات . الناشر: دار الغرب الإسلامي الطبعة: الأولى.
11. ابن رشد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (1425ق) بداية المجتهد و نهاية المقتصد . القاهرة: دار الحديث.
12. ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي (1412ق) رد المحتار على الدر المختار . بيروت - دار الفكر ، الطبعة : الثانية.
13. ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي ، قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار . بيروت - لبنان : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
14. ابن عاشور التونسي ، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر (1984ق) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» . تونس : الدار التونسية للنشر.

15. ابن العربي ، القاضي محمد بن عبد الله أبوبكر المعافري الاشبيلي المالكي (1424ق) احكام القرآن . التحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمي، الطبعة: الثالثة.
16. ابن عرفة ، محمد بن أحمد الدسوقي المالكي (ب-ت) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي. الناشر: دار الفكر، ب-ط.
17. ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (1406ق) مجل اللغة . التحقيق: زهير عبد المحسن سلطان ، بيروت-مؤسسة الرسالي، الطبعة: الثانية.
18. ابن فارس ، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني (1399ق) معجم مقاييس اللغة. التحقيق: عبد السلام محمد هارون ، الناشر: دار الفكر-ب-ط .
19. بن قتادة ، قتادة بن دعامة بن قنادة بن عزيز ، أبو الخطاب السدوسي البصري (1418ق) الناسخ والمنسوخ. المحقق: حاتم صالح الضامن، كلية الآداب - جامعة بغداد ، الناشر: مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الثالثة.
20. ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (1388ق) المغني. الناشر: مكتبة القاهرة.
21. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (1414ق) الكافي في فقه الامام أحمد . الناشر: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى .
22. ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمرو القرشي البصري (1420ق) تفسير القرآن العظيم. المحقق: سامي بن محمد سلامة ، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع ، الطبعة: الثانية.
23. ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو إسحاق برهان الدين (1418ق) المبدع في شرح المقنع . بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
24. ابن المنذر ، أبوبكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (1425ق) الإجماع . المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد ، الناشر: دار المسلم للنشر و التوزيع ، الطبعة: الأولى.
25. ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي (1414ق) لسان العرب . بيروت: دار صادر ، الطبعة: الثالثة.
26. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري البحر الرائق شرح كنز الدقائق. وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة: الثانية.
27. ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ب-ت) فتح القدير. الناشر: دار الفكر، ب-ط.
28. أبو حبيب ، الدكتور سعدي (1408ق) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً. دمشق- سورية: دار الفكر، الطبعة: الثانية.
29. أبو منصور ، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (2001م) تهذيب اللغة . التحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى.
30. الأبياري ، إبراهيم بن إسماعيل (1405ق) الموسوعة القرآنية . الناشر: مؤسسة سجل العرب.
31. الأزدي ، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو السجستاني سنن أبي داود . التحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد ، صيدا - بيروت: المكتبة العصرية.
32. أكثم تقاحة ، فتح الله (2010م) نظرية الرجوع في العقود والتصرفات. الناشر: الجنادرية للنشر والتوزيع ، ب-ط.
33. الألباني ، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين ، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري (1421ق) صحيح الترغيب والترهيب . الرياض: مكتبة المعارف، الطبعة: الأولى.
34. الألباني ، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين ، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري ضعيف الجامع الصغير وزيادته. أشرف علي طبعه: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي .

35. الألباني ، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين ، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري (1412ق) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة. الرياض-المملكة العربية السعودية: دار المعارف ، الطبعة: الأولى
36. الألوسي ، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني (1415ق) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. التحق: علي عبد الباري عطية، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
37. البابر تي ، محمد بن محمد بن محمود (ب،ت) العناية شرح الهداية. الناشر: دار الفكر، ب-ط.
38. البجيرمي ، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (1415ق) تحفة الحبيب على شرح الخطيب=حاشية البجيرمي على الخطيب. ج:3، الناشر: دار الفكر ، ص: 270 .
39. البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (1422ق) صحيح البخاري . التحقيق: محمد بن زهير ناصر الناصر، الناشر: دار الطوق النجاة،(مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى.
40. بدر الدين العيني ، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي (1420ق) البنية شرح الهداية . بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
41. بدران ابو العينين (ب-ت) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية العقود . بيروت -لبنان: دار النهضة العربية ، ب-ط .
42. البركتي ، محمد بن عميم الإحسان المجددي (1424ق) ، التعريفات الفقهية. الناشر: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
43. برهان الدين ، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (1424ق) المحيط البرهاني في الفقه النعماني. المحقق: عبد الكريم سامي الجندي ،بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى .
44. البغدادى المالكي ، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المعونة علي مذهب عالم المدينة . المحقق: حميش عبد الحق ، مصطفى أحمد الياز-مكة المكرمة: المكتبة التجارية ، ب-ط .
45. البغوي ، محيي السنة ، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (1403ق) شرح السنة . التحقيق: شعيب الأرناؤوط-محمد زهير الشاويش ، بيروت: المكتب الإسلامي- دمشق، الطبعة: الثانية.
46. البكري ، أبوبكر بن محمد شطا الدمياطي (1418ق) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين) . الناشر: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة: الأولى.
47. البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس الحنبلي (1414ق) ، دقائق أولي النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات . الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى.
48. البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس الحنبلي (ب،ت) كشف القناع عن متن الإقناع. الناشر: دار الكتب العلمية.
49. البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي الروض المربع شرح زاد المستقنع و معه حاشية الشيخ العثيمين و تعليقات الشيخ السعدي ،خرج أحاديثه : عبد القدوس محمد نذير ، الناشر: دار المؤيد-مؤسسة الرسالة.
50. البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروحردي الخراساني أبوبكر (1424ق) السنن الكبرى . ج: 6، المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة.
51. تاجي گلہ داری، دكتور حسين تفسير احسن الكلام. دار السلام.

52. الثعلبي ، أحمد بن محمد بن إبراهيم (1422ق) الكشف والبيان عن تفسير القرآن . التحقيق:الإمام أبي محمد بن عاشور، بيروت-لبنان:دار إحياء التراث العربي الطبعة: الأولى.
53. الجرجاني ، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (1403ق)التعريفات . التحقيق:جماعة من العلماء بإشراف الناشر، بيروت-لبنان: دارالكتب العلمية.
54. الجصاص ، أحمد بن علي أبوبكر الرازي الحنفي (1405ق)احكام القرآن . التحقيق:محمد صادق القمحاوي، بيروت:دار إحياء التراث العربي، (ب- ط).
55. الجويني ، عبد الملك بن عبدالله بن يوسف (1428ق) نهاية المطلب في دراية المذهب . المحقق:عبد العظيم محمود الديب ،الناشر:دار المنهاج ،الطبعة: الأولى.
56. الحجاوي ، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم المقدسي زاد المستنقع في إختصار المقنع. المحقق :عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، الرياض:دار الوطن للنشر.
57. الحطاب الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (1412ق)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل . الناشر:دار الفكر،الطبعة:الثالثة.
58. الحطاب الرعيني ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (1404ق) تحرير الكلام في مسائل الالتزام . التحقيق:عبد السلام محمد الشريف ،بيروت- لبنان:دار الغرب الإسلامي ،الطبعة:الأولى.
59. حمزة ، محمد قاسم (1410ق) منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري . راجعه :الشيخ عبد القادر الأرناؤوط ،عني بتصحيحه ونشره : بشير محمد عيون ،دمشق-الجمهورية العربية السورية،الطائف- المملكة العربية السعودية :مكتبة دار البيان .
60. الحموي ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي(ب-ت) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. بيروت- المكتبة العلمية ،ب-ط.
61. الخرشي ، محمد بن عبد الله بن علي المالكي (1317ق) حاشية الخرشي . بيروت -لبنان: دار الكتب العلمية ،الطبعة :الثانية .
62. الخرشي ، محمد بن عبد الله المالكي، أبو عبدالله (ب-ت)شرح مختصر خليل . بيروت:دار الفكر للطباعة ، ب-ط.
63. الخطابي أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي (1351ق) معالم السنن . حلب: المطبعة العلمية ،الطبعة : الأولى.
64. الدار قطني ، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي (1424ق) سنن الدار قطني .حققه و ضبطه و علق عليه:شعيب الأرناؤوط،حسن عبدالمنعم شلبي ،عبد اللطيف حرز الله ،أحمد برهوم ،بيروت-لبنان:مؤسسة الرسالة ،الطبعة:الأولى.
65. الرازي ، زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر،الحنفي (ب،ت) مختار الصحاح. التحقيق: يوسف الشيخ محمد ، بيروت-صيدا: المكتبة العصرية-الدار النموذجية .
66. الراغب الاصفهاني ، أبو القاسم الحسين بن محمد (1412ق) المفردات في غريب القرآن . المحقق: صفوان عدنان الداودي ، دمشق- بيروت: دار القلم ،الدار الشامية ،الطبعة : الأولى.
67. رافع ، موسى (1998م) الجمعيات الأهلية والاسس القانونية التي تقوم عليها ومدى تجارية اعمالها واكتسابها صفة التاجر . الناشر:القاهرة النهضة العربية .
68. الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس (1404ق) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . بيروت:دار الفكر، الطبعة: الأخيرة.

69. الزبيدي ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ب-ت) تاج العروس . التحقيق: مجموعة من المحققين.
70. الزحيلي ، الدكتور وهبة (1397ق) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي . سوريه ، دمشق-دار الفكر ، الطبعة : الرابعة .
71. الزرقا ، مصطفى احمد (1425ق) المدخل الفقهي العام . دمشق: دار القلم ، الطبعة: الثانية.
72. الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد المصري (1422ق) شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشيه البناني. ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين ، بيروت -لبنان :دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
73. الزركشي ، أبو عبد الله بدرالدين محمد بن عبد الله بن بهادر (1405ق) المنثور في القواعد الفقهية . الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية.
74. الزمخشري ، جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، (1407ق) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل . بيروت: دار الكتاب العربي ، الطبعة: الثالثة.
75. زيدان ، عبد الكريم (ب-ت) المدخل لدراسة الشريعة الإسلام . الناشر: دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع بالإسكندرية.
76. السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين (1411ق) الأشباه والنظائر. الناشر: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
77. السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (1414ق) المبسوط . ج: 12، بيروت: دار المعرفة، ب- ط.
78. السرطاوي ، فؤاد عبد اللطيف الوجيز في الوصايا و المواريث. الناشر: دار يافا العلمية للنشر و التوزيع .
79. السُّعْدي ، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد (1404ق) النتف في الفتاوى . المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، بيروت-لبنان: دار الفرقان/مؤسسة الرسالة-عمان الأردن ، الطبعة: الثانية
80. السنهوري ، عبد الرزاق (2001م) مصادر الحق في الفقه الإسلامي . الناشر: دار إحياء التراث العربى ، الطبعة : الأولى.
81. السمرقندي ، محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبوبكر علاء الدين (1414ق) تحفة الفقهاء. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية
82. سيد سابق (1397ق) فقه السنة. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثالثة .
83. سيد قطب ، إبراهيم حسين الشاربي (1412ق)، في ظلال القرآن . القاهرة-بيروت: دار الشروق، الطبعة: 17..
84. الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشي المكي (1410ق) الأم. بيروت: دار المعرفة ، ب- ط.
85. الشربيني ، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (1415ق) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . بيروت :دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
86. الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (1419ق) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول. المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق – كفر بطنا ، قدم له: الشيخ خليل الميس و الدكتور ولي الدين صالح فرفور ، الناشر: دار الكتاب العربي ، الطبعة: الأولى.
87. الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (1413ق) نيل الأوطار. المحقق: عصام الدين الصبابطي مصر: دار الحديث ، الطبعة: الأولى.

88. الشنقيطي ، محمد بن محمد المختار شرح زاد المستتفع . مصدر الكتاب:دروس صوتية قام بتعريفها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.net> .
89. شهاب الدين ، عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي ، أبو زيد أو أبو محمد إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام المالك . مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، الطبعة: الثالثة .
90. شيخي زاده ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، يعرف بداماد أفندي (ب-ت) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر . الناشر: دار إحياء التراث العربي ، ب-ط .
91. الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف المهذب في الفقه الإمام الشافعي . الناشر: دار الكتب العلمية ، ب-ط .
92. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ب-ت) حاشية الصاوي على الشرح الصغير=بلغة السالك لأقرب المسالك . الناشر: دار المعارف ، ب-ط .
93. صخرى ، عمر (2008م) اقتصاد المؤسسة . الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة: السادسة .
94. الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني (ب-ت) سبل السلام . ب-ط .
95. الطبراني ، سليمان بن أحمد بن أيوب مطير اللخمي الشامي ، أبو القاسم (1405ق) الروض الداني (المعجم الصغير) . المحقق: محمد شكور محمود الحاج أمير، بيروت - عمان :المكتب الإسلامي ، دار عمار ، الطبعة: الأولى .
96. العثيمين ، محمد بن صالح بن محمد (1426ق) شرح رياض الصالحين . الرياض: دار الوطن للنشر .
97. العثيمين ، محمد بن صالح بن محمد (1422ق) الشرح الممتع على زاد المستتفع . الناشر: دار ابن الجوزي ، الطبعة: الأولى .
98. العثيمين ، محمد بن صالح بن محمد (1413ق) مجموع فتاوى ورسائل فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين . جمع وترتيب : فهد بن ناصر بن إبراهيم السليمان، الناشر : دار الوطن - دار الثريا، الطبعة : الأخيرة .
99. العدوي ، أبو الحسن ، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (1414ق) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني . المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي ، بيروت: دار الفكر ، ب-ط .
100. علي الطرابلسي ، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر (1320ق) الإسعاف في أحكام الاوقاف . الناشر: طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر المحمية ، الطبعة: الثانية .
101. عlish ، محمد بن أحمد بن محمد ، أبو عبد الله المالكي (ب،ت) فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام المالك . الناشر: دار المعرفة ، ب-ط .
102. الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (1417ق) الوسيط في المذهب . المحقق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر ، القاهرة : دار السلام ، الطبعة: الأولى .
103. الفارابي ، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (1407ق) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية . التحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، بيروت: دار العلم للملايين، الطبعة: الرابعة .
104. الفراهيدي ، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو (ب،ت) العين . التحقيق: د.مهدى المخزومي د.إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال ، ب-ط .
105. الفوزان ، صالح بن الفوزان بن عبدالله (1423ق) الملخص الفقهي . الرياض- المملكة العربية السعودية :دار العاصمة ، الطبعة :الأولى .

106. الفيروزي آبادي ، مجد الدين أبو الطاهر محمد بن يعقوب (1426ق) القاموس المحيط . التحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت-لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثامنة.
107. القاضي أبو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء (1410ق) العدة في أصول الفقه . الطبعة: الثانية.
108. قلجعي ، محمد رواس – حامد صادق قنبي (1408ق) معجم لغة الفقهاء . الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة: الثانية.
109. قدرى باشا ، محمد (1308ق) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان . الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، الطبعة: الثانية .
110. القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (1994م) الذخيرة . بيروت-دار الغرب الإسلامي ، الطبعة: الأولى.
111. القرطبي ، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري (1400ق) الكافي في فقه أهل المدينة. المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني ، المملكة العربية السعودية-الرياض: مكتبة الرياض ، الطبعة: الثانية.
112. القزويني ، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه . المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي ، فيصل عيسى البابي الحلبي، الناشر : دار إحياء الكتب العربية .
113. القليوبي و عميرة ، أحمد سلامة القليوبي و أحمد البرلسي عميرة (1415) حاشيتا قليوبي وعميرة. بيروت: دار الفكر، ب-ط.
114. الكاساني ، علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد، الحنفي (1406ق) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية.
115. الكفوي ، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الحنفي (ب،ت) الكليات معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية. التحقيق: عدنان درويش – محمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة ، ب-ط.
116. الكلبي ، أبو القاسم ، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي (ب-ت) القوانين الفقهية . ب – ط.
117. كوكب عبيد ، الحاجة (1406ق) فقه العبادات على المذهب المالكي . دمشق- سوريا: مطبعة الإنشاء ، الطبعة: الأولى.
118. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية مجلة الاحكام العدلية . التحقيق: نجيب هواويني ، الناشر: نور محمد ، كارخانه تجارت كتب ، آرام باغ ، كراتشي .
119. مالك بن أنس ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (1412ق) موطأ امام مالك رواية أبي مصعب الزهري. المحقق: بشار عواد معروف – محمد خليل ، الناشر: مؤسسة الرسالة .
120. المرداوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحى الحنبلى (ب-ت) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف . الناشر: دار إحياء التراث العربى ، الطبعة: الثانية.
121. مرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني ، أبو الحسن برهان الدين ، الهداية في شرح بداية المبتدي. المحقق: طلال يوسف ، بيروت-لبنان : دار إحياء التراث العربي .
122. المواق ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي ، أبو عبد الله المالكي (1416ق) التاج و الاكليل لمختصر خليل . الناشر: دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى.
123. الموصلى ، عبد الله بن محمود بن مودود (1356ق) الاختيار لتعليل المختار. الناشر: القاهرة-مطبعة الحلبي.

124. الميداني ، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الحنفي اللباب في شرح الكتاب . حققه و فصله و طبعه و علق حواشيه :محمد محيي الدين عبد الحميد ، بيروت-لبنان:المكتبة العلمية .
125. النجار ، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات حامد عبد القادر (ب-ت) المعجم الوسيط . الناشر: دار الدعوة .
126. النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (1406ق) سنن الصغرى. المحقق: عبد الفتاح أبو غدة ، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية ، الطبعة: الثانية .
127. النفراوي ، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم بن مهنا ، شهاب الدين الأزهرى المالكي (1415ق) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني . الناشر: دار الفكر ، ب-ط.
128. النووي ، أبو زكريا محي الدين بن شرف (1412ق) روضة الطالبين وعمدة المفتين . التحقيق: زهير الشاويش، بيروت-دمشق-عمان:المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة .
129. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف(ب-ت) المجموع شرح المذهب ج: 15، الناشر: دار الفكر، ب-ط .
130. النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (1425ق) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه . المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر ، الطبعة: الأولى .
131. النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (1392ق) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج . بيروت:دار إحياء التراث العربي ، الطبعة: الثانية.
132. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت(1404-1427ق) الموسوعة الفقية الكويتية . الطبعة: الثانية، الكويت دار السلاسل.
133. وزارت عدليه، جريدة رسمية، قانون مدنى افغانستان . 1355ش.
134. الهاشمي البغدادي ، محمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف ، الإرشاد إلى سبيل الرشاد . المحقق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الناشر: مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الأولى.
135. الهيثمي ، أحمد بن محمد بن علي بن حجر (1357ق) تحفة المحتاج في شرح المنهاج. رجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد ، الطبعة: بدون طبعة .

Abstract

I am grateful to Allah who blessed us with the blessing of Islam and made its rulings and issues easy for us which is compatible with the nature of all human beings in all conditions and times and is in sync with the caravan of progress and progress, transformation and change and the requirements of each age Allah, the Lord of the worlds, has established rights and obligations for every Muslim If people fulfill these rights and duties correctly, they have fulfilled the great mission of Islam Then we will be a united nation and adhere to Islam And no enemy will win over us and no intervention will defeat us One of the advantages of Islam is that it has made donations to establish social relations of Muslims legitimate And it has been given a special place in the holy religion of Islam and has encouraged and encouraged people to pay it in different ways So that this property is not acquired only among rich people and the needy are not deprived of it This treatise includes reference to the stipulations and its various forms in Islamic jurisprudence and civil law, so I have organized this treatise in five chapters in the following order:

The first chapter: This chapter contains the following topics The truth of referencing is from the definition of reference, the definition of reference The definition of words similar to donation and referral, the legitimacy of donation, the quality of referral from donation, types of contracts and possessions that are permissible to refer to

The second chapter The second chapter includes the following topics Gift contract and definition, its legitimacy and reference quality from this contract The Shari'i rule of referring to those works is the order of referring by mentioning the sayings of the jurists and stating the rulings of Rajah and its reasons

The third chapter In this chapter is dedication and definition, that legitimacy And the quality of reference from this contract, the Shari'i ruling of reference from it and the effects of the order of reference by mentioning the sayings of the jurists and so on I have examined Rajeh's statement and its reasons

Chapter 4: In this chapter, the contract of will is defined, its legitimacy And the quality of reference from this contract, the Shariah ruling of reference from those works, the order of reference by mentioning the sayings of the jurists And I have examined Rajeh's statement and its reasons

Chapter Five In this chapter, I have discussed contemporary issues Such as referring to donations, defining charitable institutions And its types, the quality of the institution's reference to the donation, the Shari'i ruling of the institution's reference to the donation The works are ordered to refer to the institutions of donations and other cases

In the end, I have moved the results obtained from the research, discussion of topics and conclusions and I have also presented my suggestions to the government of the benefactors and the needy institutions, and finally I have discussed the criteria of the sources and references



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

Referral Rulings in Financial Donations From The Point of View of Jurisprudence And Law A Master's Thesis

Written By: Norullah " Noori"
Supervisor : Pro. Wazir Mohammad " Sayedi "
Year: 2024



Salam University
Faculty of Sharia & Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

Referral Rulings in Finanacial Donations From The Point of View of Jurisprudence and Law

A Master's thesis

Student: Norullah Noori

Supervised by: Pro. Wazir Mohammad Sayedi

Year: 2024