



ORIGINAL RESEARCH PAPER

Feasibility of the Validity of Joint-Venture Construction Contracts for Endowed (Waqf) Properties in Islamic Jurisprudence and Iranian Law, with Emphasis on Judicial Rulings

Javad Habibi Tabar^{*1}, Siamak Qiyasi Saraki², Ali Asghar Ebrahimi³

Received:

14 Aug 2025

Revised:

22 Oct 2025

Accepted:

02 Dec 2025

Available Online:

22 Jun 2026

Keywords:

int-Venture
Construction
Contract, Endowed
(Waqf) Properties,
Waqf, Imamiyyah
Jurisprudence,
Iranian Law, Judicial
Rulings.

Abstract

The joint-venture construction contract, as one of the emerging contractual arrangements in the construction sector, has gained wide application with respect to privately owned real estate. However, regarding endowed (waqf) properties, given the special nature of the waqf institution and the religious and legal restrictions arising from it, numerous questions and challenges have been raised in jurisprudential and legal contexts. This study, using a descriptive-analytical method and relying on library sources, seeks to examine the feasibility of concluding a joint-venture construction contract for endowed properties from the perspective of Imamiyyah jurisprudence and Iranian law. The findings indicate that despite the absence of an explicit precedent for such contracts in classical jurisprudential texts, the joint-venture construction contract can be recognized as an independent and binding contract by invoking the general evidences supporting the validity of contracts, the principle of freedom of will and contractual autonomy (Article 10 of the Civil Code), as well as established customary practices. At the same time, the validity of concluding such contracts with respect to endowed properties is contingent upon observing the substantive conditions of waqf, preserving the original endowed corpus, avoiding any impairment of the beneficiaries' rights, and complying with the specific regulations governing the waqf-managing institutions. This article also analyzes judicial rulings and seeks to propose solutions to reduce disputes and to promote judicial consistency in related cases

1*Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author)

2 Assistant Professor, Department of Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

3 Ph.D Student in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran.

Please Cite This Article As: Habibi Tabar, J; Qiyasi, S Ebrahimi, AA (2025). "Feasibility of the Validity of Joint-Venture Construction Contracts for Endowed (Waqf) Properties in Islamic Jurisprudence and Iranian Law, with Emphasis on Judicial Rulings". *Interdisciplinary Legal Research*, 7(2): 21-39.



This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0)

مقاله پژوهشی

(صفحات ۳۹-۲۱)

امکان‌سنجی اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه در فقه و حقوق ایران با تکیه بر آرای محاکم

جواد حبیبی‌تبار^{۱*}، سیامک قیاسی سررکی^۲، علی‌اصغر ابراهیمی^۳

۱. دانشیار، گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. (نویسنده مسؤول)

۲. استادیار، گروه حقوق، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران.

دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۲۳ ویرایش: ۱۴۰۴/۰۷/۳۰ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۱۱ انتشار: ۱۴۰۵/۰۴/۰۱

چکیده

قرارداد مشارکت در ساخت به‌عنوان یکی از قراردادهای نوظهور در عرصه ساخت‌وساز، در اموال غیرمنقول شخصی از گستره کاربرد وسیعی برخوردار گردیده است، اما در ارتباط با املاک موقوفه، با توجه به ماهیت ویژه نهاد وقف و محدودیت‌های شرعی و حقوقی ناشی از آن، پرسش‌ها و چالش‌های متعددی در عرصه‌های فقهی و حقوقی مطرح شده است. این پژوهش با روش تحلیلی - توصیفی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای، در پی بررسی امکان انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به املاک موقوفه از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران است. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که قرارداد مشارکت در ساخت، علی‌رغم فقدان پیشینه صریح در متون فقهی، با استناد به عمومات ادله صحت عقود، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی (ماده ۱۰ ق.م) و نیز ارتکازات عرفی، می‌تواند به‌عنوان عقدی مستقل و لازم پذیرفته شود. در عین حال، صحت انعقاد این قرارداد درباره املاک موقوفه، منوط به رعایت شرایط ماهوی وقف، حفظ اصل عین موقوفه، عدم تضییع حقوق موقوف‌علیهم و نیز تبعیت از مقررات خاص نهادهای متولی وقف است. این مقاله همچنین با واکاوی آرای مراجع قضایی، درصدد ارائه راهکارهایی جهت کاهش اختلافات و نیل به وحدت رویه قضایی در دعاوی مرتبط می‌باشد.

کلمات کلیدی: قرارداد مشارکت در ساخت، املاک موقوفه، وقف، فقه امامیه، حقوق ایران، آرای محاکم.

مقدمه

قرارداد مشارکت در ساخت، از جمله قراردادهای نوپدید است که در پاسخ به نیازهای امروزی جامعه در حوزه ساخت‌وساز شکل گرفته است. براساس این قرارداد، مالک زمین (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) با شخص دیگری (سازنده) توافق می‌کند تا در ازای احداث ساختمان در زمین مذکور، در ملک ساخته‌شده شریک شوند. این قرارداد دارای ماهیت عهدي - تملیکی بوده و در زمره عقود غیرمعین جای می‌گیرد (امامی ۱۳۷۵: ۷۴؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۸۳/۳). اگرچه این قرارداد عمدتاً در املاک شخصی (غیروقفی) منعقد می‌شود، اما در سال‌های اخیر، شاهد انعقاد آن درخصوص املاک موقوفه نیز هستیم. باتوجه به ماهیت وقف که براساس ماده ۵۵ قانون مدنی، عبارت است از «حبس عین و تسبیل منفعت»، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که آیا اساساً انعقاد چنین قراردادی در مورد اراضی موقوفه جایز است؟ این مسأله به‌ویژه باتوجه به این واقعیت که در کشور اسلامی، ایران، موقوفه‌های فراوانی وجود دارد که در ترویج شعائر اسلامی، ایجاد و گسترش نهادهای مذهبی، مؤسسات فرهنگی و علمی و نیز تأسیس اماکنی نظیر مساجد، مدارس و بیمارستان‌ها نقشی زیربنایی ایفا نموده‌اند، از اهمیتی دوچندان برخوردار است. آمار قابل توجه موقوفات در کشور (که حدود یک‌سوم از عرصه‌های اراضی را شامل می‌شود) و نیز حجم انبوه دعاوی مرتبط با این موضوع در محاکم قضایی، گویای اهمیت عملی و نظری والای این نهاد حقوقی - فقهی است.

از سوی دیگر، ماهیت حقوقی نهاد وقف، گونه‌ای از مالکیت ویژه و مقید را برای موقوفه پدید می‌آورد که به‌طور بنیادین با مالکیت شخصی اعم از حقیقی و حقوقی تفاوت دارد. وقف، عین مال را از گردش معاملات خارج و منافع آن را در راه خاصی تخصیص می‌دهد. بنابراین، هرگونه تصرف در عین موقوفه، از جمله مشارکت در ساخت که مستلزم تغییر شکل عین و ایجاد مالکیت جدید است، نیازمند بررسی دقیق فقهی و حقوقی است، چنان‌که سؤالات محوری این پژوهش عبارتند از: آیا از منظر فقه امامیه و همچنین در چهارچوب نظام حقوقی ایران، انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به املاک موقوفه امکان‌پذیر و معتبر است؟ ماهیت فقهی و حقوقی این قرارداد چیست و در کدام دسته از عقود (معین یا نامعین) قابل طبقه‌بندی است؟ چه شرایط و ضوابط شرعی و قانونی باید در مرحله انعقاد، اجرا و تفسیر چنین قراردادی رعایت شود تا مشروعیت و اعتبار آن محفوظ بماند؟ رویه قضایی

محاکم در رسیدگی به دعاوی مرتبط با این قراردادها چگونه است و چه اصول و چهارچوب‌هایی از آرای صادره قابل استنباط است؟ بر این اساس، تحقیق حاضر درصدد است با تکیه بر مبانی فقه امامیه و اصول حقوقی حاکم بر نظام قانون‌گذاری ایران، به تحلیل جامع و نظام‌مند پرسش‌های فوق بپردازد و با واکاوی شرایط، محدودیت‌ها و آثار حقوقی این نهاد قراردادی، چهارچوبی شفاف برای اعتبارسنجی و کاربست عملی آن ارائه نماید.

با مراجعه به پایگاه‌های علمی معتبر، مشهود می‌گردد که هیچ پژوهش مستقلی درخصوص محور اصلی این نوشتار، یعنی امکان‌سنجی اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه در فقه و حقوق ایران با تکیه بر آرای محاکم صورت نپذیرفته است. درحقیقت، عمده تحقیقات موجود در این عرصه، معطوف به تحلیل ماهیت عقد پیش‌فروش ساختمان بوده است که به‌زعم این پژوهش، صرف تحلیل ماهوی آن، پاسخگوی پرسش قاطع درخصوص اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه نبوده و ضرورت بازخوانی اندیشه‌ها و آرای فقهی و حقوقی در رابطه با وضعیت این سنخ قراردادهای مشارکت را ایجاب می‌نماید. با این حال، در ادامه به مهم‌ترین پژوهش‌هایی که صرفاً در محدوده‌ای محدود با چند صفحه ابتدایی این تحقیق قرابت دارند، اشاره می‌شود:

غریبه و مسعودی در مقاله «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان»، بیع مذکور را بدون در نظر گرفتن جایگاه آن در قرارداد مشارکت در ساخت مورد بررسی قرار داده‌اند (غریبه و مسعودی، ۱۳۹۰: ۱۵۷).

رحیمی و خدارحمی در مقاله «مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران»، به هیچ‌روی به اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه اشارتی ننموده‌اند (رحیمی و خدارحمی، ۱۳۹۳: ۳).

چگنی و سیاه‌بیدی کرمانشاهی در مقاله «بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق»، به‌صورت کلی به تأثیر فسخ بر قراردادهای تبعی و فرعی اشاره کرده و بحث خاصی درخصوص اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه ارائه نداده‌اند (چگنی و سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹: ۹۵).

زارعی و رحیمی در مقاله «بررسی فقهی - حقوقی تأثیر فسخ معامله مبنا بر معاملات تملیکی متعاقب»، این موضوع را با

مشروعیت کلی آن، مستند به حکم عام و مؤکد قرآن کریم در آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) مبنی بر لزوم وفای به عهد و پیمان‌ها است. اعتبار و لزوم اجرای مفاد این قرارداد، افزون بر اصل بنیادین «تراضی» و حاکمیت اراده، با استناد به قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷) که پایبندی مؤمنان به شروط صحیح و پذیرفته‌شده در عقود را واجب می‌شمارد، به‌خوبی قابل تحلیل و توجیه است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۵۵/۱).

در این قرارداد، آورده مالک عین معین و ثابت زمین در مقابل آورده سازنده قرار می‌گیرد که این تفاوت ماهوی، سبب می‌گردد سهم مالک حقی مستقر و قطعی باشد، حال آن‌که سهم سازنده تا پیش از اجرای کامل تعهد، متزلزل و غیرمستقر باقی بماند. افزون بر این، حق انتفاع سازنده از عرصه، مطلق و دائمی نیست، بلکه صرفاً حقی محدود و موقتی است که منحصرأ به منظور احداث بنا در بازه زمانی مشخص به وی اعطا شده و هرگونه نقل و انتقال خارج از این چهارچوب را منع می‌نماید؛ قید زمان که از ارکان اساسی این عقد محسوب می‌شود، واجد آثار حقوقی گسترده‌ای است که در مباحث آتی مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

با این بیان، آن‌چه از مفاد قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه برداشت می‌شود، این است که در آن اداره و نهادهای موقوفه با شخصی دیگری (حقیقی یا حقوقی) قراردادی را منعقد می‌کند تا در ازای ساختن پروژه ساختمانی در زمین مربوطه، در آن‌چه ساخته می‌شود، شریک گردد. در این حالت قیمت زمین محاسبه و به‌عنوان آورده اداره موقوفه محسوب می‌گردد. سازنده نیز سرمایه‌ای را جهت احداث بنا منظور می‌نماید که آورده‌ای او شمرده می‌شود، در نتیجه این سرمایه و دارایی ترکیب از نیروی کار و تخصص سازنده و وجه نقد است و مجموع این آورده‌ها را مجموع سرمایه‌گذاری تشکیل می‌دهد. براساس نسبت‌سنجی میان آورده‌های متعاقدين از مجموع دارایی، سهم‌الشرکه هریکی از سازه‌ها تعیین می‌شود، در نتیجه متعاقدين پس از پایان عملیات ساخت، با توافق یکدیگر سازه‌ها را با النسبه سهم خود تقسیم و تفکیک می‌کند و براساس هر واحد سند مجزا به نام مالک آن صادر می‌شود.

محور قراردادن خيارات قانونی و قراردادی تحلیل نموده‌اند که ماهیتاً از حیطة موضوعی پژوهش حاضر خارج است (زارعی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۹۵-۱۱۶)، بدین‌سان، پژوهش‌های انجام‌شده تاکنون در حوزه قراردادهای پیش‌فروش ساختمان و چالش‌های حقوقی پیرامون آن، هرگز به تحلیل امکان‌سنجی اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه در فقه و حقوق ایران با تکیه بر آرای محاکم نپرداخته‌اند. بنابراین ضرورت این تحقیق، باتوجه به خلأ پژوهشی موجود، افزایش دعاوی مرتبط با موقوفات، نیاز قانون‌گذاران، قضات (به‌ویژه قضات متصدی شعبه ویژه وقف در محاکم بدوی و تجدید نظر)، متولیان موقوفات و حقوق‌دانان به راهکارهای علمی و عملی، کاملاً محسوس است.

۱- مفهوم‌شناسی و بایسته‌های موضوع

قرارداد، در بنیادین‌ترین تعریف خود، بیانگر توافق و تراضی اراده‌های دو یا چند طرف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۱۰). عقد نیز که در لغت به معنای «بستن» و «گره‌زدن» است، در اصطلاح حقوقی به عملی اطلاق می‌شود که به‌موجب آن، حقوق و تعهدات متقابل و وابسته‌ای میان طرفین ایجاد می‌گردد، به‌گونه‌ای که این حقوق و تعهدات در هم تنیده شده و پیدایش و تداوم هریک، وابسته به وجود و اجرای تعهد طرف مقابل است (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۲۷۷/۱). این پیوند و درهم‌تنیدگی حقوقی، پایه نظم و اعتبار بخش به روابط معاملاتی است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۹/۲).

قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، به‌عنوان یکی از گونه‌های قراردادی در عرصه ساخت‌وساز، فاقد تعریف صریح و ویژه در منظومه قوانین و مقررات موضوعه است. از منظر فقهی نیز، با تأمل در متون فقهی، سابقه‌ای مبسوط از عقدی با عنوان مشخص «مشارکت در ساخت املاک موقوفه» یا هر نهاد حقوقی دیگر که از حیث ماهوی، دقیقاً برآیند و اثر حقوقی مشابهی را به‌جای گذارد، مشاهده نمی‌شود. اصولاً قرارداد مشارکت در ساخت، در زمره عقود معاوضی قرار می‌گیرد که بین مالک عرصه (اعم از شخص حقیقی، حقوقی یا متولی موقوفه) و شخصی که متعهد به احداث اعیان (ساختمان) بر روی آن عرصه می‌گردد، منعقد می‌شود. در این عقد، ایجاب و قبول تنها آغازی بر رابطه حقوقی مستمر است، نه پایانی بر آن. این تراضی، سرآغاز پذیرش و زمینه‌ساز اجرای تدریجی تعهدات سنگین و بلندمدتی است که در متن قرارداد پیش‌بینی شده است. از منظر فقهی و حقوقی، قرارداد مشارکت در ساخت در زمره عقود نامعین قرار می‌گیرد که

۲- ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه

تبیین ماهیت فقهی و حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، مستلزم واکاوی این پرسش بنیادین است که آیا این نهاد، در زمره عقود معین شناخته شده در قانون قرار می گیرد یا آن که باید آن را عقد نامعین و برآمده از اصل آزادی قراردادی، ماده ۱۰ قانون مدنی، دانست؟ پاسخ دقیق به این سؤال، نه صرفاً با تأمل در الفاظ که با کشف قصد مشترک واقعی طرفین از طریق مطالعه جامع مفاد و مندرجات سند تنظیمی و سپس تطبیق آن با قالب های حقوقی ممکن، حاصل می شود.

بررسی تطبیقی نشان می دهد که انطباق این قرارداد با عقود معین سنتی با اشکالات ماهوی جدی روبرو است. تطبیق آن با عقد بیع (ماده ۳۳۸ ق.م) نادرست است، زیرا برخلاف بیع که انتقال مالکیت حال است، در اینجا حق مالکیت بر واحدهای آتی، معلق بر ساخت و ایجاد است و سازنده نمی تواند سهم مالک را به دیگری انتقال دهد. همچنین انطباق با عقد شرکت مدنی (ماده ۵۷۱ ق.م) نیز قابل دفاع نیست، چراکه شرکت عقدی جایز است (مواد ۵۷۸ و ۵۸۶ ق.م) و با فوت یا حجر منفسخ می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۴۶۲)، درحالی که ضرورت سرمایه گذاری کلان در ساخت، لازم بودن چنین قراردادی را اقتضا می کند. افزون بر این، نتیجه عقد شرکت، مالکیت مشاع نسبت به کل دارایی است، درحالی که در مشارکت ساخت، هدف مالکیت مفروز هر یک بر سهم مشخصی از واحدهاست. همچنین تطبیق با عقد مضاربه (ماده ۵۴۶ ق.م) ممکن نیست، زیرا در مضاربه سرمایه باید نقدی و از جانب مالک سرمایه باشد و موضوع تعهد عامل، تجارت است، نه احداث بنا. در مشارکت ساخت، آورده ها متنوع، اعم از زمین، نقد و تخصص است و هر دو طرف در تأمین سرمایه و اجرای پروژه مشارکت دارند (ذاکری نیا، ۱۳۹۲: ۵۷).

با عدم امکان انطباق کامل بر عقود معین، پرسش از «توقیفی بودن عقود» مطرح می شود. قائلین به توقیفی بودن، اعتبار را منحصر به عقود شناخته شده در عصر تشریع می دانند (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۱/۴)، اما دیدگاه راجح و مورد پذیرش اکثر فقها و حقوق دانان (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۴/۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۶۴۵/۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۹۸/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۱۱/۲) مبتنی بر ادله ای نقلی، مانند آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و «... إِنْ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...» (نساء/۲۹) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷) عدم توقیفی بودن عقود است. این ادله، عمومیت داشته و شامل

هر توافق عقلایی که مخالف شرع و قانون نباشد، می شود (خوانساری، ۱۳۷۳: ۹۷/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۳۱۵/۲-۲۸۸؛ فاضل مقداد، ۱۳۷۳: ۱۳۴۳: ۷۱). بر این اساس، قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، عقدی نامعین، مستقل و عقلایی است که مشمول عمومات صحت عقود و اصل آزادی قراردادی و اصل صحت می گردد. رعایت قیود شرعی و قانونی، به ویژه احکام ناظر بر وقف، شرط اعتبار آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۴۴/۱). ماده ۱۰ قانون مدنی با شناسایی اصل آزادی قراردادی، نفوذ این توافق ها را به عدم مخالفت صریح با قانون، از جمله عدم تعارض با اخلاق حسنه و نظم عمومی مطابق ماده ۹۷۵ ق.م مشروط نموده است (شهیدی، ۱۴۰۳: ۵۹-۵۸).

۳- تحلیل فقهی اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه

بررسی آرای فقهای امامیه در خصوص اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، بیانگر دو دیدگاه کلان است: دیدگاه نخست، با اتکا به لزوم حفظ عین موقوفه و ممنوعیت هرگونه تصرفی که متضمن خروج عین از ملکیت وقف یا تفویض اصل آن باشد، قائل به عدم صحت این قرارداد بوده و آن را به دلیل تعارض با ماهیت دائمی و حبسی وقف، فاقد اعتبار شرعی می داند؛ در مقابل، دیدگاه دوم با استناد به عمومات صحت عقود و معاملات و نیز با تفکیک میان مالکیت عرصه و مالکیت اعیان احداثی، به جواز و صحت این قرارداد حکم می نماید، مشروط بر آن که مقررات خاص وقف رعایت شده و مصلحت موقوفه و موقوف علیهم به نحو مطلوب تأمین گردد.

۳-۱- دیدگاه نخست: عدم صحت قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه

براساس مبانی فقهی ناظر بر ضرورت صیانت از عین موقوفه و حرمت هرگونه تصرفی که متضمن خروج عین از قلمرو مالکیت وقف یا مستعد تضییع و تباهی اصل موقوفه باشد، این دیدگاه به بطلان شرعی قرارداد مذکور حکم می نماید، چراکه ماهیت دائمی و حبسی نهاد وقف که در آن عین، از گردونه نقل و انتقالات خارج و منافع آن تسبیل می گردد. با ساختار و آثار حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت که به نحوی از انحاء متضمن نوعی تغییر در وضعیت عین و انتفاع از آن در قالب مداخله ای اجرایی - مالی است، در تعارض آشکار ارزیابی می شود. صاحب عروه، دیدگاه عدم جواز فروش موقوفه را به شیخ مفید نسبت داده و سپس خود تصریح کرده اند که قوی ترین نظر، عدم جواز بیع موقوفه در این فرض است. ایشان در ادامه تأکید می کنند که این قول، موافق با

نظر اکثر فقهای امامیه می‌باشد (یزدی طباطبائی، ۱۴۱۴: ۲۵۵/۱).

۱-۳- تبیین ادله عدم صحت

طبق مبانی فقهی، اصل اولی در خصوص موقوفات، عدم جواز تبدیل و تغییر وضعیت عین موقوفه است. بر این اساس، فقهای بسیاری، از جمله ابن ادریس حلی با استناد به حرمت فروش و انتقال مالکیت موقوفه، هرگونه تصرفی را که منجر به خروج عین از ملکیت وقف گردد، ممنوع و باطل می‌دانند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۳/۳). در ادامه، این ادله و مستندات فقهی به تفصیل مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

دلیل اول: عدم جواز تبدیل و تغییر وضعیت عین موقوفه از مفاهیم ذاتی و ملازم نهاد وقف به‌شمار می‌رود، زیرا اساس این نهاد بر حبس عین و تسبیل منفعت استوار گردیده است. با این حال، در پاسخ به این استدلال باید اذعان داشت که هرچند فروش وقف به‌عنوان اولی و در شرایط عادی مجاز نمی‌باشد، لیکن در صورت تحقق عنوان ثانویه، از قبیل بروز اختلاف و نزاع میان موقوف‌علیه‌م که متضمن خطر برای ایشان یا خود موقوفه باشد، محلی برای احکام اولیه باقی نمانده و حکم عدم جواز، جای خود را به جواز یا حتی لزوم فروش در جهت دفع ضرر و حفظ مصلحت بالاتر می‌سپارد.

دلیل دوم: براساس روایت ابی‌علی بن راشد که در منابع معتبر فقهی امامیه، از جمله «الکافی» اثر شیخ کلینی (شیخ کلینی، ۱۳۶۷: ۱۳۰/۵) نقل شده است، «لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْوَقْفِ»، بدین معنا که خرید و فروش موقوفه جایز نمی‌باشد. این حدیث، به‌صراحت بر حرمت بیع وقف دلالت دارد و به‌عنوان یکی از مستندات اصلی قائلان به عدم جواز ذکر می‌گردد.

دلیل سوم: مکاتبه صفار: محمد بن حسن صفار در رقعته‌ای از امام حسن عسکری (ع) درباره ماهیت و حکم وقف استفسار نموده‌اند. حضرت در پاسخ تصریح فرموده‌اند: «الْوَقْفُ تَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يُوقَفُهَا أَهْلُهَا»؛ یعنی وقف، بر طبق همان شرایط و نحوه‌ای است که صاحب آن (واقف) قرار داده است. این حدیث شریف که در منابع معتبر حدیثی شیعه، (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۲۹۵/۱۹) نقل شده است، بر لزوم رعایت دقیق نیت و شرایط مقرر شده توسط واقف به‌عنوان اصل حاکم بر اداره موقوفه تأکید می‌نماید و مبین آن

است که هرگونه تصرف در موقوفه، باید در چهارچوب شروط منصوص واقف صورت پذیرد.

دلیل چهارم: از امام صادق (ع) روایت شده که فرمودند: امیرالمؤمنین علی (ع) خانه‌ای در مدینه در محله بنی‌رزیق داشتند که آن را صدقه (وقف) دادند و نوشتند: «بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيَّ مِنْ أَبِي طَالِبٍ وَ هُوَ حَيٌّ سَوِيٌّ، تَصَدَّقَ بِدَارِهِ الَّتِي فِي بَنِي رَزِيقٍ، صَدَقَهُ لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ حَتَّى يَرِثَهَا اللَّهُ الَّذِي يَرِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ...»؛ به نام خداوند بخشنده مهربان. این چیزی است که علی بن ابی‌طالب در حال سلامت و صحت [کامل] تصدق نمود. خانه خود را که در محله بنی‌رزیق است، صدقه‌ای داد که فروخته نمی‌شود و بخشیده نمی‌گردد تا زمانی که خداوند که وارث آسمان‌ها و زمین است، آن را به ارث برد...».

این حدیث شریف که در منابع معتبری (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۳۰۴/۱۹) ثبت گردیده، به‌وضوح بر دو ویژگی بنیادین وقف تأکید می‌نماید: ۱- حرمت بیع (فروش) وقف؛ ۲- حرمت هبه (بخشش) وقف و این ممنوعیت را تا زمانی مقرر می‌دارد که ذات اقدس الهی به‌عنوان وارث حقیقی همه موجودات آن را در چرخه هستی به ارث برد. این تعبیر، بر دائمی‌بودن و استمرار مالکیت وقفی و خروج آن از چرخه معاملات متعارف انسانی، دلالتی قوی و انکارناپذیر دارد. چنان‌که شیخ انصاری دلیل محوری عدم جواز هرگونه تصرف در مال موقوفه را مبتنی بر اجماع فقهای امامیه و همچنین روایات وارده در این باب می‌داند. از برجسته‌ترین این مستندات نقلی، روایتی است از امام صادق (ع) که در شأن وقف‌نامه حضرت امیرالمؤمنین علی (ع) نقل شده و در آن تصریح گردیده که آن حضرت خانه‌ای را وقف نمودند و فرمودند: «لَا تَبَاعُ وَلَا تُوهَبُ حَتَّى يَرِثَهَا الَّذِي يَرِثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ...»؛ فروخته نمی‌شود و بخشیده نمی‌گردد تا زمانی که ذاتی که وارث آسمان‌ها و زمین است، آن را به ارث برد. شیخ انصاری با تحلیل این روایت، معتقد است خطاب امام (ع) ناظر به موردی است که فروش موقوفه بدون وجود عذر موجه و ضرورت شرعی صورت پذیرد. با این حال، وی بر این پای می‌فشارد که اصل اولیه و قاعده اساسی در فقه امامیه، عدم امکان و عدم جواز انتقال در مال موقوفه است، مگر آن که عنوان ثانویه‌ای، مانند دفع ضرر مهم‌تر یا تحقق مصلحت غالب، چهارچوبی استثنایی و مضیق برای آن ایجاد نماید، بدین ترتیب، حتی در صورت پذیرش امکان فروش در شرایط اضطراری، حکم اولی و ظاهر شرعی، حرمت بیع وقف باقی می‌ماند.

۳-۲- دیدگاه دوم: صحت قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه

یکی از دلایل مورد استناد برای جواز فروش املاک موقوفه، تبدیل به احسن است. بر پایه این دیدگاه، هرگاه تبدیل عین موقوفه به مال یا سرمایه‌ای دیگر برای موقوف‌علیه‌هم سودمندتر و نافع‌تر تشخیص داده شود، فروش موقوفه و جایگزینی آن با آن مال مفیدتر جایز شمرده می‌شود. نخستین فقیهی که این قول را به صورت منسجم مطرح و از آن دفاع نموده، شیخ مفید است. وی در آغاز، اصل رجوع از وقف و تغییر آن را مجاز نمی‌داند، اما در ادامه موارد استثنایی جواز را برمی‌شمارد و یکی از این موارد را چنین بیان می‌کند: «... و همچنین اگر تغییر وقف به غیر جهتی که واقف معین کرده است، برای موقوف‌علیه‌هم مفیدتر و نافع‌تر از وضعیت کنونی آن باشد» (مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۲). فاضل آبی نیز در آثار خود، جواز فروش موقوفه به جهت «یک مصلحتی» را به «عالمان ثلاث» و «سلار» نسبت داده است (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۲/۲)، چنان که برخی محققان متأخر اشاره کرده‌اند، مراد فاضل آبی از «عالمان ثلاث»، شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی می‌باشد. مصداق «یک مصلحت» که در کلام فاضل آبی ذکر شده، می‌تواند همان «نفع بودن تبدیل برای موقوف‌علیه‌هم» باشد، به‌ویژه که ایشان، شیخ مفید را نیز در زمره این سه عالم برشمرده است. این استناد تاریخی، نشان از ریشه‌دار بودن دیدگاه تبدیل به احسن در سنت فقهی امامیه دارد (مروج، ۱۴۱۶: ۵۷/۷).

برای اثبات صحت قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، می‌توان به ادله متعدد استناد نمود که در ذیل به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود.

دلیل اول: روایات: برای اثبات قول به جواز و صحت قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، در منابع روایی امامیه به احادیثی استناد شده است که دلالت بر جواز مشارکت و بهره‌برداری مشروع از اموال در قالب‌های تعاونی و توافقی دارند. در ادامه، دو نمونه از این روایات که در این استدلال مورد توجه قرار گرفته‌اند، بیان می‌گردد:

خبر جعفر بن حیان: متن این روایت و سند آن چنین است: «عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد و احمد بن عن الحسن بن محبوب عن علی بن رثاب عن جعفر بن حیان قال: سألت ابا عبدالله (ع) عن رجل وقف غله له علی قرابته من ابیه و قرابته من امه و اوصی لرجل و لعقبه من تلك الغله لیس بینه و بینه قرابه بثلاثمائه درهم فی کل سنه و یقسم الباقی علی قرابته من ابیه و قرابته من امه قال جائز للذی اوفی

له بذلك قلت ارایت ان لم یخرج من غله الارض التی وقفها الا خمسمائه درهم فقال الیس فی وصیته ان یعطی الذی اوصی له من الغله ثلاثمائه درهم و یقسم الباقی علی قرابته من امه و قرابته من ابیه قلت نعم قال لیس لقرابته ان یأخذوا من الغله شیئا حتی یوفی الموصی له بثلاثمائه درهم ثم لهم ما یبقی بعد ذلك قلت ارایت ان مات الذی اوصی له قال ان مات کانت الثلاثمائه درهم لورثته یتوارثونها ما بقی احد فاذا انقطع ورثته ولم یبق منهم احد کانت الثلاثمائه درهم لقرابه المیت تره الی ما یخرج من الوقف ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلك ما بقوا وبقیت الغله قلت فللورثه من قرابه المیت ان یتبعوا الارض اذا احتاجوا ولم یکفهم ما یخرج من الغله قال نعم اذا رضوا کلهم وکان البیع خیرا لهم باعوا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۰/۱۹؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۳۵/۷).

در ادامه این روایت، جعفر بن حیان خطاب به امام صادق (ع) می‌پرسد: «آیا ورثه شخص متوفی این حق را دارند که در صورت ناکافی بودن منافع موقوفه برای تأمین معاش خویش و وجود نیاز ضروری، زمین موقوفه را بفروشند؟»

امام در پاسخ، حکم شرعی را این‌گونه بیان می‌فرماید: «آری، در صورتی که همه ذی‌نفعان [ورثه و سایر موقوف‌علیه‌هم] راضی باشند و همچنین فروش، برای آنان سودمندتر و به مصلحت‌تر باشد، این اقدام جایز است.»

این پاسخ، دو شرط بنیادین برای جواز خروج از حکم اولیه مشخص می‌کند:

۱- رضایت جمعی و اجمامی تمامی کسانی که در موقوفه حقی دارند؛

۲- تحقق مصلحت و غلبه نفع ناشی از فروش، به گونه‌ای که این اقدام را به نفع موقوف‌علیه‌هم توجیه نماید.

این استفتا و پاسخ آن، گویای انعطاف شرع مقدس در مدیریت اموال وقفی در مواجهه با ضرورت‌ها و مصالح عالی‌تر است، به شرط حفظ چهارچوب‌های عدالت و رضایت ذی‌نفعان.

تحلیل و بررسی خبر جعفر بن حیان: برای بررسی دقیق و علمی، لازم است اشکالات وارده بر استدلال به این روایت به صورت منظم و با ذکر دقیق هر اشکال و پاسخ احتمالی آن، تحلیل گردد. در ادامه، مهم‌ترین این اشکالات به همراه تقریر علمی آن‌ها ارائه می‌شود:

۱- سند این روایت، فاقد اتقان رجالی لازم می‌باشد، چراکه شیخ طوسی در اثر رجالی خویش، هر چند جعفر بن حیان را در شمار یاران امام صادق (ع) ذکر نموده است، اما تصریحی بر وثاقت وی نکرده است (طوسی، ۱۴۲۷: ۱۷۵). بر این مبنا، علامه حلی نیز در تحلیل خود، این روایت را تحت عنوان «مجهول» طبقه‌بندی نموده است. این امر موجب می‌شود که استناد تام و تمام به این حدیث در فرآیند استنباط احکام شرعی با ملاحظات و احتیاط‌های جدی همراه گردد (مجلسی، ۱۴۰۴: ۵۹/۷). درنهایت، ممکن است این استدلال مطرح گردد که روایت‌کننده از جعفر بن حیان، حسن بن محبوب است که خود راویای ثقه و جلیل‌القدر و از اصحاب اجماع می‌باشد. با فرض پذیرش این قاعده که اصحاب اجماع همواره و به‌طور مطلق از راویان غیرثقه نقل روایت نمی‌کنند، می‌توان نتیجه گرفت که جعفر بن حیان نیز شخصی موثق بوده و درنتیجه، روایت مذکور معتبر است، لیکن این ادعا که «اصحاب اجماع از غیرثقه روایت نقل نمی‌کنند»، ادعایی ناتمام و فاقد پایه استدلالی متقن است و نمی‌توان بر آن به‌عنوان دلیلی قطعی برای توثیق خودبه‌خودی تمام راویان در سلسله سند تکیه نمود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۶۲/۳).

۲- این اشکال متوجه آن است که متن روایت، فاقد وحدت موضوعی بوده و مضطرب است، زیرا در بخش‌هایی از آن با تعبیر «اوصی» به وصیت اشاره می‌شود و در فراز پایانی که سخن از فروش توسط ورثه میت است، این موضوع با ماهیت وصیت سازگارتر است تا وقف. بنابراین نمی‌توان به‌روشنی دریافت که موضوع اصلی روایت، وقف است یا وصیت (خویی، بی‌تا: ۲۱۵/۵).

در پاسخ به این شبهه، حضرت امام خمینی (ره) چنین استدلال نموده‌اند که هیچ تعارضی میان این دو مفهوم در متن روایت وجود ندارد. می‌توان پذیرفت که وصیت مذکور، وصیت مصطلح باشد و در عین حال، بخشی از مال مورد اشاره در روایت، وقف بوده است، به این معنا که واقف، بخشی از اموال خود را وقف و بخش دیگر را موصی به قرار داده است. در این صورت، ذکر هر دو تعبیر در متن روایت طبیعی است و اضطرابی در آن نیست. این تحلیل، مبتنی بر جمع عرفی و منطقی بین دو نهاد حقوقی است که می‌توانند در یک سند یا عمل حقوقی واحد در کنار هم قرار گیرند (شیخ انصاری ۱۴۱۵: ۸۱/۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳۴/۳).

۳- محقق اصفهانی این اشکال را وارد نموده که موضوع این روایت، وقف منقطع است، زیرا در انتهای روایت سخن از ارث رسیدن مال به ورثه است که این امر با ماهیت وقف دائم سازگاری ندارد. بر این اساس، جواز تبدیل به احسن که در پایان روایت آمده، ناشی از میراثی بودن مال است، نه ناشی از وقف بودن آن و درنتیجه قابل تعمیم به اوقاف دائم نمی‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۶۲/۳).

در پاسخ به این اشکال چنین استدلال شده است: وقف به دو قسم دائم و منقطع تقسیم می‌گردد. هرگاه در صیغه عقد، لفظ یا قیدی دال بر انقطاع ذکر نشود، عقد به‌صورت دائم محسوب می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳۶/۳). بنابراین در فرض این روایت نیز اگر قید انقطاعی وجود نداشته باشد، وقف مذکور دائم خواهد بود. افزون بر این، چنان‌چه در مسأله مورد پرسش تفاوت ماهوی و حکمی میان وقف دائم و منقطع وجود می‌داشت، برعهده امام (ع) بود که با بیانی تفصیلی این تمایز را تبیین فرمایند. سکوت ایشان از چنین تفصیلی و ارائه حکم به‌صورت مطلق، خود قرینه‌ای است بر این که حکم صادرشده، شامل هر دو نوع وقف می‌گردد و اختصاص به وقف منقطع ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۲/۴).

۴- مفاد ظاهری این روایت، دلالت بر آن دارد که عواید حاصل از فروش موقوفه، می‌بایست میان ورثه موجود تقسیم گردد. این امر به‌طور طبیعی منجر به سلب حق نسل‌های آتی (بطون متأخر) و انقطاع جریان انتفاع از موقوفه می‌شود. چنین پیامدی، با مقصود اصلی وقف که تداوم انتفاع و حفظ مال برای مصارف مشخص است، در تعارض قرار می‌گیرد. به همین دلیل، این روایت از سوی اصحاب مورد اعراض و عمل قرار نگرفته و در استنباط احکام مرتبط با اوقاف، به‌عنوان سند معتبر به حساب نیامده است (یزدی طباطبایی، ۱۴۱۴: ۲۵۶/۱).

۵- اشکال بنیادین بر استدلال به این روایت آن است که جواز فروش موقوفه، تنها در فرض مشخص احتیاج موقوف‌علیهم و به شرط انفع‌بودن صادر شده است. بنابراین مفاد روایت فاقد اطلاق بوده و نمی‌توان از آن، جواز مطلق فروش موقوفه را صرفاً به استناد انفع‌بودن اقتصادی استنباط نمود. به بیان دیگر، قید احتیاج، جزء مقوم حکم است و درنتیجه، دلالت روایت محدود به همان مورد خاص بوده و قابل تسری به سایر مصادیق، مانند صرف

افزایش کارایی اقتصادی بدون وجود ضرورت نمی‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳۹/۳).

خبر حمیری: متن این روایت و سند آن چنین است: «احمد بن علی بن ابی‌طالب طبرسی در کتاب «الاحتجاج»، از محمد بن عبدالله بن جعفر حمیری نقل می‌کند که از صاحب‌الزمان (عج) پرسیدند: «روایتی از امام صادق (ع) نقل شده که اگر وقف بر گروهی با مشخصات و اعقاب (نسل‌های) آنان باشد و اهالی وقف بر فروش آن اتفاق کنند و فروش برای آنان اصلح (مصلحت‌دارتر) باشد، آیا جایز است که (سهم) برخی از آنان خریداری شود، اگر همه آن‌ها بر فروش اتفاق نظر نداشته باشند؟ یا آن‌ها اصلاً جایز نیست، مگر این‌که همه بر آن اجتماع کنند؟ و نیز درباره وقفی که فروش آن جایز نیست؟» امام (عج) پاسخ فرمودند: «اگر وقف بر امام مسلمین باشد، فروش آن جایز نیست و اگر بر گروهی از مسلمانان باشد، پس هر گروه [از موقوف‌علیهم] آن‌چه را می‌توانند بفروشند، چه مجتمعاً و چه متفرقاً، إنشاءالله» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۱/۱۹).

این روایت مستند محکمی برای جواز تصرفات اقتصادی در موقوفات خاص، از جمله قرارداد مشارکت املاک موقوفه در ساخت ارائه می‌دهد، به شرط آن‌که: مصلحت موقوف‌علیهم (افزایش منافع، آبادانی) احراز شود.

در صورت انجام معامله بر کل موقوفه، رضایت تمام موقوف‌علیهم جلب گردد.

در صورت انجام معامله بر بخشی از موقوفه (مانند سهم یک گروه)، فقط رضایت ذی‌نفعان همان بخش کافی است. این روایت، تکمیل‌کننده و مؤید استدلال‌های پیشین در جواز مشارکت ساخت است.

تحلیل و بررسی خبر حمیری: استدلال به این روایت نیز ناتمام است، زیرا حضرت امام خمینی (ره) خاطرنشان می‌سازند که هیچ قرینه قطعی در دست نیست که این مکاتبه با امام زمان (عج) به‌وسیله یکی از نواب اربعه خاص آن حضرت صورت پذیرفته باشد، در نتیجه وسایط و واسطه‌های نقل این روایت، مجهول بوده و سند آن از اعتبار لازم برخوردار نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۴۲/۳).

۱- مرحوم آیت‌ا... فاضل لنکرانی در این زمینه می‌نویسد: «مقتضای تحقیق و بررسی دقیق، عدم جواز بیع موقوفه حتی به قصد تبدیل به احسن است، زیرا برای جواز چنین بیعی دلیل معتبری وجود ندارد، مگر دو روایت مطرح‌شده» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۸۳). ایشان در ادامه از صاحب عروه نقل می‌کنند که این دو روایت، از حیث سند ضعیف بوده و مورد اعراض و عدم عمل مشهور فقهای متقدم و متأخر نیز واقع شده‌اند. بنابراین ضعف سندی این روایات، امری جبران‌ناپذیر است و نمی‌توان برای اثبات مدعای جواز فروش وقف، به آن‌ها استناد نمود (یزدی طباطبایی، ۱۴۱۴: ۲۵۶/۱).

۲- مفاد ظاهری این روایت حاکی از آن است که عواید حاصل از فروش موقوفه، منحصراً میان ورثه حاضر توزیع می‌گردد. این رویکرد، به‌طور طبیعی موجب سلب حق انتفاع نسل‌های آتی و انقطاع جریان دائمی بهره‌مندی از موقوفه می‌شود. چنین پیامدی با غرض اصلی و ماهیت ذاتی وقف در تعارض آشکار قرار دارد. به همین دلیل، این روایت نیز از سوی اصحاب و فقهای متقدم مورد اعراض و عدم عمل واقع شده و در استنباط احکام مرتبط با اوقاف، به‌عنوان سند معتبر تلقی نمی‌گردد (یزدی طباطبایی، ۱۴۱۴: ۲۵۶/۱).

۳- مفاد این دو روایت با اصول و قواعد محکم و مسلم فقهی در تعارض است و التزام به آن امکان‌پذیر نمی‌باشد، به‌ویژه آن‌که در ذیل یکی از این روایات، جواز فروش هر وقف خاصی به‌صورت مطلق اعلام شده است؛ حال آن‌که چنین اطلاقی، با ادله قطعی ناظر بر حرمت فروش موقوفات و ضرورت حفظ عین آن‌ها در تنافی است، در نتیجه، نمی‌توان به چنین اطلاقی پایبند بود و آن را مبنای استنباط حکم شرعی قرار داد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۴۲/۳).

نتیجه آن‌که این روایات، فاقد صلاحیت لازم برای استناد و استدلال فقهی می‌باشند و تنها ادله‌ای که پس از بررسی و نقد این روایات ارائه می‌گردد، برای اتکا به دیدگاه مورد نظر، واجد اعتبار و قابلیت اعتماد هستند.

دلیل دوم: مقتضای قاعده ثانویه: براساس تحلیل پیش‌گفته، می‌توان چنین استدلال نمود که اگرچه مقتضای قاعده اولیه و حکم ظاهری، عدم جواز بیع موقوفات است، لیکن مقتضای قاعده ثانویه و حکم واقعی در موارد خاصی که انتفاع مطلوب

ناچیز است که عرفاً در حکم عدم انتفاع محسوب می‌گردد، وظیفه شرعی و مدیریتی خود را در سه گزینه محتمل می‌یابد:

۱- رهاسازی ملک موقوفه تا به مرور زمان به کلی تخریب شود؛
 ۲- خروج دادن ملک از ملکیت وقف صرفاً به استناد تحقق این عناوین (خرابی یا عدم انتفاع) و مصرف آن در مسیری مغایر با نیت واقف؛
 ۳- فروش و تبدیل آن و مصرف عواید حاصل در همان جهتی که واقف شرط نموده یا در مسیری که به غرض وی نزدیک‌تر است، به نحوی که تبدیل به احسن تحقق یابد.

بدیهی است باتوجه به لزوم حفظ نیت واقف تا حد امکان به عنوان یک اصل مسلم در فقه وقف، گزینه سوم (فروش و تبدیل به احسن) به عنوان راه حل متعین و برتر شناسایی می‌شود، زیرا این گزینه حرمت تضییع مال مسلم را رعایت می‌کند. نیت واقف را محترم می‌شمارد. موافق با احتیاط شرعی است، چراکه از اتلاف مال جلوگیری کرده و آن را در چهارچوبی مشروع به جریان می‌اندازد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۶۲/۴).

۴- تحلیل حقوقی اعتبار قرارداد با تکیه بر قوانین و مقررات

قانون مدنی در ماده ۳۴۹، با الهام از فقه امامیه، اصل اولیه ممنوعیت فروش مال وقفی را مقرر نموده و بیان می‌دارد: «بیع مال وقف صحیح نیست، مگر در مواردی که بین موقوف‌علیهم اختلافی ایجاد شود، به نحوی که بیم ریختن خون رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است.» از سیاق این ماده، چنین استنباط می‌گردد که قانون‌گذار، موارد جواز فروش را منحصر در همین مصادیق دانسته است. همچنین ماده ۸۸ قانون مذکور تصریح می‌کند: «بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد، به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود.» بر این اساس، ملاحظه می‌شود که علی‌رغم حکم اولیه ممنوعیت تصرف در موقوفات، در مواد قانونی فوق، مواردی تحت عنوان مستثنیات بیع و تبدیل و تصرف در موقوفات پیش‌بینی شده است که با تحقق شرایط خاصی اقدام به فروش و تبدیل به احسن را جایز می‌شمارد. این رویکرد قانونی، هم‌سو با دیدگاه فقهی مبتنی بر رعایت مصلحت و دفع ضرر از موقوفه و موقوف‌علیهم است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۷: ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۳/۳).

علت جواز فروش در مستثنیات مذکور برای بیع و تصرف در موقوفات را می‌توان تطبیق احکام ثانویه بر مبنای اصولی چون

موقوف‌علیهم از موقوفه متعذر یا ناقص باشد، به جواز فروش و تبدیل موقوفه به مال بهتر (تبدیل به احسن) تمایل می‌یابد. دلیل این امر آن است که غرض اصلی و محور اساسی در نهاد وقف، انتفاع موقوف‌علیهم از منافع موقوفه است و حبس عین و منع از نقل و انتقال، وسیله و مقدمه‌ای برای تحقق این غایت به شمار می‌رود، چنان که محقق اصفهانی به درستی اشاره کرده‌اند، انتفاع موقوف‌علیهم، مقصود اصلی است و حبس عین، مقصودی تبعی و فرعی است که نباید مانع تحقق هدف اصلی گردد. بنابراین هرگاه به هر علتی، از قبیل تعذر انتفاع، کم‌بودن منافع، یا امکان تحصیل منافع بیشتر از طریق تبدیل انتفاع مناسب از موقوفه مقدور نباشد، باید موقوفه فروخته شده و به مال بهتر یا تقدینگی تبدیل گردد تا موقوف‌علیهم بتوانند از بدل آن بهره‌مند شوند. در این صورت، حکم ثانوی جواز بیع جایگزین حکم اولی حرمت می‌شود، زیرا مقدمه‌ای که (منع فروش) برای حفظ غایت (انتفاع) ایجاد شده بود، هنگامی که خود مانع تحقق آن غایت شود، مرتفع و بی‌اثر می‌گردد. این نگاه، مبتنی بر حکمت تشریع وقف و تفسیر غایی‌نگر از احکام آن است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۳۵/۳). علامه حلی نیز معتقد است که در فرض تعذر استیفای منافع موقوفه اصرار بر حفظ عین وقف، موجب تضییع غرض واقف می‌گردد، لذا حفظ عین موقوفه موضوعیت نداشته و می‌توان با تبدیل آن به مماثل در تحقق غرض واقف که سودرسانی مستمر به موقوف علیه است، اقدام نمود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۸۹/۶). کلام ایشان، اگرچه در فرض دقیقاً همین گونه است. استدلال‌های ایشان و نیز تحلیل محقق اصفهانی، هرچند مستقیماً ناظر به جواز بیع موقوفه در صورت تعذر انتفاع است، اما از چنان غنا و اتقان اصولی برخوردار است که می‌تواند به طور گسترده‌تر در تبیین جواز تبدیل موقوفه به احسن به کار گرفته شود. در واقع، اگر مقصود اصلی وقف، انتفاع موقوف‌علیهم دانسته شود و حبس عین، وسیله‌ای تبعی برای تحقق این هدف تلقی گردد، هرگاه تبدیل موقوفه به مال بهتر یا نقدینه بتواند منافع بیشتر، پایدارتر یا مناسب‌تری را برای موقوف‌علیهم فراهم آورد، می‌توان با استناد به قاعده اهم و مهم و حفظ روح و غایت وقف، اقدام به چنین تبدیلی نمود، حتی اگر بیع موقوفه در نگاه اول ممنوع باشد.

دلیل سوم: رعایت غرض واقف: هنگامی که حاکم شرع یا متولی موقوفه با املاک وقفی روبه‌رو می‌شود که در آستانه خرابی قرار دارند یا به گونه‌ای هستند که انتفاع از آن‌ها ممتنع بوده یا به حدی

اعمال نمود. در واقع، هدف اصلی واقف، بهره‌مندی موقوف‌علیه‌هم از موقوفه است و اگر موقوفه دارای عوایدی چندان ناچیز باشد که عرفاً فاقد قابلیت استفاده محسوب شود، دیگر بقای مال به‌عنوان وقف، امری غیرعقلایی جلوه می‌کند، زیرا با زوال منفعت، حکمت تشریع و فلسفه جعل نهاد وقف نیز زائل می‌گردد.

در این خصوص، برخی از حقوق‌دانان نیز بر این باور است که بقای وقف مستلزم آن است که دو رکن «حس عین» و «تسبیل منفعت» همراه با یکدیگر محقق باشند و اقتضای هیچ‌یک زائل نگردد یا با مفاد دیگری در تضاد قرار نگیرد. اگر انتفاع از عین ممکن باشد، ولی حفظ آن از تلف، با مخاطره مواجه شود، وقف را نباید به‌صورت موجود حفظ کرد. همچنین اگر حس عین ممکن باشد، اما امکان انتفاع از بین رفته باشد، باید مال موقوفه را فروخت. این سازمان حقوقی و اقتصادی تنها با تعادل این دو مفهوم (حس و انتفاع) باقی می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۳/۳).

بنابراین درخصوص جواز تبدیل به احسن موقوفه در صورت کاهش عواید آن می‌توان گفت از منظر حقوق‌دانان نیز کاهش شدید منافع و عدم قابلیت انتفاع، مجوزی برای فروش و تبدیل به احسن موقوفه است. به‌نظر می‌رسد اگر مال موقوفه در اثر خرابی یا علل دیگر دارای عوایدی باشد که عرفاً بسیار ناچیز یا غیرمفید تلقی گردد، به استناد ماده ۸۸ قانون مدنی می‌توان آن را فروخت و تبدیل به احسن نمود.

البته در موارد فروش موقوفه به‌جهت قلت منافع نیز باید با احتیاط و دوراندیشی عمل نمود، زیرا چه‌بسا در حال حاضر منافع موقوفه اندک باشد، اما در آینده و با تحولات عمرانی، ارزش موقوفه به‌طور قابل توجهی افزایش یافته و عواید آن فزونی گیرد. در چنین مواردی، نباید صرفاً به‌دلیل کاهش فعلی عواید، اقدام به فروش عجولانه نمود، بلکه لازم است آینده‌نگری و حفظ موقوفه برای بهره‌وری آتی مورد توجه قرار گیرد.

۵- مطالعه و تحلیل آرای محاکم

اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه در محاکم دادگستری یکی از چالش‌برانگیزترین قراردادهای رایج در حوزه املاک وقفی می‌باشد. قرارداد مشارکت در ساخت، به‌عنوان یک عقد غیرمعین، معمولاً میان مالک زمین و یک سازنده منعقد می‌شود تا در ازای احداث بنا، طرفین در عرصه و اعیان ساخته‌شده به‌صورت شمع شریک گردند. باتوجه به ماهیت خاص

«الأهم فالأهم» و قاعده معروف «الضرورات تبیح المحظورات» دانست که براساس آن، تصرف و تبدیل در موقوفات تحت شرایط خاص، مشروع و جایز تلقی می‌شود. در این رابطه، برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که مواد ۸۸ و ۳۴۹ قانون مدنی، موارد جواز بیع موقوفه را تکمیل نموده‌اند و از این عبارت استنباط می‌شود که مجوزهای بیع از نظر قانون منحصر در همین مصادیق است. با این حال، حقوق‌دانان از طریق تفسیر موسع این مواد، درصدد توسعه دامنه موارد جواز بیع وقف برآمده‌اند، لکن این توسعه عمدتاً محدود به موارد «قلت منفعت» است و شامل کلیه مصادیق تبدیل به احسن نمی‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۶۵/۳؛ امامی ۱۳۷۵: ۹۳/۱).

از منظر حقوق‌دانان، مسلوب‌الانتفاع‌شدن یا کاهش شدید منافع موقوفه، ازجمله مواردی است که فروش وقف را تجویز می‌کند. برخی از ایشان معتقدند با استناد به ماده ۸۸ ق.م، در فرض کاهش منافع و در صورتی که فروش، اعود و سودمندتر تشخیص داده شود، می‌توان موقوفه را فروخت.

جعفری لنگرودی در حاشیه چهارم خود ذیل ماده ۸۸ قانون مدنی اعتقاد دارد: «در مورد کاهش قابل ملاحظه منافع موقوفه، فروش آن با رعایت تبصره ماده هشتم قانون سازمان اوقاف روا است.» براساس این تبصره، «درآمد موقوفات متعذرالمصرف و موقوفاتی که عواید آن‌ها به‌سبب قلت، گرچه با پس‌انداز چند سال برای اجرای نظر واقف کافی نباشد، با تشخیص و تحقیق اداره اوقاف، در موارد اقرب به غرض واقف در محل به مصرف می‌رسد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۷۵).

البته در این میان، قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه معیار دقیق و کمی برای تشخیص «قلت عواید» ارائه نمی‌دهد، لیکن به‌نظر اکثر حقوق‌دانان، این امر یک معیار عرفی است، بدین‌معنا که عین موقوفه به حدی از خرابی یا نقصان بهره‌وری برسد که انتفاع از آن، در دید عرف و در مقایسه با امثال آن ملک، در حکم عدم انتفاع تلقی گردد، البته به شرطی که در زمان حاضر یا آینده نزدیک، امیدی معقول به بازگشت آن به حالت اول وجود نداشته باشد.

بدین‌ترتیب، قانون‌گذار در ماده ۸۸ قانون مدنی، عدم قابلیت انتفاع را از موجبات جواز فروش موقوفه دانسته است، لذا می‌توان استدلالی مشابه با مورد تخریب موقوفه را در اینجا نیز تحلیل و

به‌نحوی که بیم سفک دما رود یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در مواردی که در مبحث راجع به وقف مقرر است).

- ذیل ماده ۲ از مواد الحاقی به قانون اصلاحات ارضی مصوب ۱۳۴۱ (املاک موقوفه عام با در نظر گرفتن منافع وقف به اجاره طویل‌المدت نود و نه سال به زارعین همان موقوفه اجاره نقدی داده می‌شود. اجاره بها هر پنج سال یک مرتبه قابل تجدید نظر است).

اوقاف خاص در صورت اقتضا بر طبق قانون مدنی به منظور تبدیل به احسن از طرف دولت خریداری و بین زارعین تقسیم می‌شود. وجوه حاصله از فروش این‌گونه املاک وسیله تولیت وقف اختصاص به خرید ما دیگری داده می‌شود تا طبق ماده نود قانون مدنی مورد عمل قرار گیرد.

- ماده ۵۴ از آیین‌نامه اجرایی قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۱ (واگذاری زمین شهری از طرف اوقاف یا متولیان موقوفه برای امر مسکن و یا تأسیسات عمومی فقط طبق نقشه شهرسازی مورد تأیید وزارت مسکن و شهرسازی که به تصویب مراجع ذی‌صلاح برسد، به متقاضیانی که سازمان زمین شهری معرفی کند، طبق مقررات اوقاف صورت خواهد گرفت، مگر این که در وقفنامه به مورد یا افراد خاصی اشاره شده باشد و ماده ۵۷ و ۵۹ از همان قانون).

- تبصره ماده ۱۱ از آیین‌نامه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸/۰۵/۲۲ ...

- ماده ۱۲ - اصلاحی ۱۳۹۱/۰۳/۰۷ - از آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۵/۰۲/۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

- ماده ۳۲ (اصلاحی ۱۳۹۱/۰۳/۰۷) و ماده ۴۲ و ۴۵ از آیین‌نامه مذکور.

- ماده ۲ از آیین‌نامه اجرایی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه.

- ماده ۲۰ از اصلاح آیین‌نامه اجرایی قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه.

وقف که مبتنی بر حبس عین و تسبیل منفعت است (ماده ۵۵ ق.م)، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که رویکرد محاکم دادگستری درخصوص رسیدگی به اختلاف فی‌مابین طرفین قراردادهای مشارکت در ساخت درباره اموال موقوفه و اتخاذ تصمیم نهایی چگونه است؟ یافته‌های این مقاله که مبتنی بر تجربه شخصی (تصدی محاکم حقوقی و دادگاه تجدید نظر) و ملاحظه آرای محاکم دادگستری هست، این است که قضات محاکم با تکیه بر مستندات زیر، دعوای مربوط به قراردادهای مشارکت در ساخت با موضوع املاک وقفی را قابل استماع دانسته و رسیدگی و قرار یا حکم مقتضی صادر نموده و می‌نمایند که در ادامه، به نمونه‌هایی از آن‌ها اشاره و بعضاً مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند.

۱- مستندات محاکم:

- اصل حاکمیت اراده تبلور یافته در ماده ۱۰ ق.م (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است).

- مفهوم مخالف ماده ۹۷۵ (محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد).

- ماده ۸۸ (بیع وقف در صورتی که خراب شود یا خوف آن باشد که منجر به خرابی گردد، به‌طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، در صورتی جایز است که عمران آن متعذر باشد یا کسی برای عمران آن حاضر نشود).

- ماده ۸۹ (هرگاه بعض موقوفه، خراب یا مشرف به خرابی گردد، به‌طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد، همان بعض فروخته می‌شود، مگر این که خرابی بعض، سبب سلب انتفاع قسمتی که باقی مانده است، بشود، در این صورت، تمام، فروخته می‌شود).

- ماده ۹۰ (عین موقوفه در مورد جواز بیع به اقرب به غرض واقف تبدیل می‌شود).

- ماده ۳۴۹ همه از همان قانون (بیع مال وقف صحیح نیست، مگر در موردی که بین موقوف علیهم تولید اختلاف شود،

- آیین نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی مصوب ۱۳۶۵.

- ماده ۱ و ۷ از اصلاح مواد ۱ و ۷ آیین نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی.

- اصلاحیه آیین نامه نحوه و ترتیب وصول پذیره و اهدایی.

همه مقررات مذکور دلالت بر جواز فروش املاک موقوفه به منظور تبدیل به احسن با رعایت شرایط مقرر و جواز احداث اعیانی در عرصه های وقفی توسط متولی خاص یا سازمان اوقاف و ادارات ذی ربط و یا از طریق قرارداد مشارکت در ساخت دارد.

۲- نمونه هایی از آرای محاکم:

- دادنامه ای با موضوع ارکان قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه: در این قسمت ضمن انعکاس متن یک فقره دادنامه صادره از دادگاه بدوی و یک فقره دادنامه از دادگاه تجدید نظر استان تهران به تحلیل جلوه موضوع بحث، در آن دو فقره دادنامه، می پردازیم.

۱- متن دادنامه صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی - حقوقی - دادگستری شهرستان پاکدشت.

«رأی دادگاه: درخصوص دادخواست آقای ... با وکالت آقای... به طرفیت: ۱- آقای ... با وکالت خانم ... ۲- اداره اوقاف به خواسته تقسیم مال مورد مشارکت، بدین توضیح که خواهان به موجب ۲ برگ قرارداد مشارکت در ساخت مسکن مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۰۸ مبلغ ۵۲ میلیون تومان سرمایه در اختیار خوانده ردیف اول قرار می دهد که نام برده شروع به ساخت نماید، دادگاه تشکیل جلسه داده، مشخص گردید عرصه ملک، متعلق به اوقاف می باشد، سند اجاره اوقاف به نام خوانده است وکیل خواهان ادامه داده است که جواز ساختمان فقط یک طبقه پارکینگ و دو طبقه روی آن بوده است، درحالی که خوانده اقدام به ساخت ۵ طبقه بر روی پارکینگ کرده است، وکیل خوانده اظهار داشته موکل من با تقسیم هیچ مشکلی ندارد و مطابق بند ۴ از ماده ۳ قرارداد مشارکت سود و ضرر حاصل از مشارکت در ساخت در پایان کار و پس از فروش کلیه واحدها به نسبت سرمایه ای که هریک از طرفین سرمایه گذاری نموده اند، بین شرکا تقسیم می شود و دادگاه موضوع را به کارشناس ارجاع و مشخص گردید ملک مورد نظر با تمام خلاف هایی که انجام شده و اضافه بناهایی که ساخته

شده و مصالحی که به کار رفته و خرید ملک مبلغ ۳/۳۱۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال هزینه گردیده است که خواهان به نسبت سرمایه گذاری خود، یعنی ۵۲ میلیون تومان از سود و زیان شریک خواهد بود، علی هذا صرف نظر از این که اداره اوقاف مالک عرصه نمی باشد و موقوفه «متقین» که دارای شخصیت حقوقی مستقل است، مالک می باشد و باتوجه به این که طرفین به تنظیم سند اجاره اوقاف با موقوفه متقین مشکل ندارند و فقط حصه تقسیم اعیانی را دارند و چون در قرارداد مشارکتی که بین طرفین به امضا رسیده است، مقرر شده است که سود و ضرر حاصل از مشارکت در ساخت، در پایان کار و پس از فروش کلیه واحدها به نسبت سرمایه ای که هریک از طرفین سرمایه گذاری نموده اند، بین شرکا تقسیم شود. بنابراین تقسیم ملک امکان پذیر نمی باشد، علی هذا برای دادگاه باتوجه به نظریه کارشناس رسمی دادگستری مشخص گردیده است که مبلغ ۵۲ میلیون تومان را خوانده سرمایه گذاری کرده است و مبلغ ۲۸۱ میلیون تومان را خواهان سرمایه گذاری کرده است، فلذا چون قرار طرفین فروش ملک و تقسیم سود و زیان آن است، بنابراین مستنداً به ماده ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۲ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ حکم به فروش ملک مذکور صادر می نماید، به طوری که قیمت ملک در اجرای احکام مدنی در مرحله اقدام مشخص و ملک با شرایط موجود هر چقدر ارزش داشت، خواهان به نسبت سرمایه گذاری خود و خوانده به نسبت سرمایه گذاری خود مستحق دریافت ارزش ملک خواهند بود. همچنین حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل و هزینه کارشناسی در حق خواهان صادر و اعلام می گردد، در مورد اداره اوقاف چون دعوی متوجه آن نمی باشد، مستنداً به ماده ۸۹ ناظر بر بند ۴ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ قرار رد دعوای خواهان صادر می گردد. رأی صادره ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظر در دادگاه تجدید نظر استان تهران می باشد. رییس شعبه سوم حقوقی دادگستری شهرستان پاکدشت.»

متن دادنامه دادگاه تجدید نظر: «رأی دادگاه: درخصوص تجدید نظرخواهی تجدید نظرخواه به طرفیت تجدید نظر خوانده نسبت به دادنامه شماره ۹۳/۸۹۰ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی پاکدشت که به موجب آن حکم به فروش ملک موضوع دعوی مطروحه ملک در اجرای احکام مدنی مشخص به شرح دادنامه تجدید نظر خواسته صادر گردیده است، صرف نظر از این که دادگاه خارج از خواسته خواهان به شرح مفاد درخواست

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع خصولتی (خصوصی - دولتی) و طرف دیگر، شخص حقیقی.

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع خصولتی و طرف دیگر هم از نوع خصولتی.

یک طرف قرارداد، از نوع خصولتی و طرف دیگر، دولتی.

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع دولتی و طرف دیگر هم دولتی.

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع دولتی و طرف دیگر، حقوقی از نوع خصوصی. در دادنامه دادگاه بدوی، این رکن به‌نحو یک طرف، شخص حقیقی و طرف دیگر، ترکیبی از حقیقی و حقوقی (از نوع دولتی) ظهور دارد، به این نحو که خواهان و خوانده ردیف اول، شخص حقیقی و خوانده ردیف دوم (اداره اوقاف) شخص حقوقی از نوع دولتی است (باتوجه به قانون اساسی و قانون تشکیلات سازمان اوقاف و بعضی دیگر از قوانین موضوعه قوانین موضوعه و باتوجه به ساختار اداری و وظایف حاکمیتی و تأمین بودجه سازمان اوقاف از محل بودجه عمومی، سازمان اوقاف، یک نهاد دولتی محسوب می‌شود. این ساختار با هدف حفظ موقوفات به‌عنوان ثروتهای عمومی و استفاده از آن‌ها در جهت منافع جامعه اسلامی شکل گرفته است).

- موضوع قرارداد (معقود علیه): دومین رکن از ارکان قرارداد مشارکت در ساخت در املاک موقوفه، موضوع قرارداد است. در هر قراردادی، مقصود از موضوع، همان چیزی هست که طرفین، به‌خاطر آن، وارد عقد می‌شوند. موضوع عقد، ماهیتی ترکیبی دارد، یعنی می‌تواند مال یا عمل یا هر دو باشد. در دادنامه بدوی مورد نظر، خواهان به‌عنوان طرف اول قرارداد مشارکت در ساخت، مبلغ معینی را به‌عنوان سرمایه در اختیار خوانده ردیف اول به‌عنوان مالک منفعت (ایشان با استناد به قرارداد اجاره مضبوط در پرونده، در جایگاه مستاجر و «موقوفه متقین» به‌عنوان موجر قرار دارد) و به‌عنوان سازنده، قرار داده تا خوانده ردیف اول با کسب مجوزات لازم از مراجع ذی‌ربط، از جمله، شهرداری و با اختصاص دادن مبلغی معین (البته کمتر از خواهان) احداث بنا بکند و در سود حاصله به نسبت آورده، بهره‌مند شوند. از آنجا که مطابق قرارداد مشارکت در ساخت مضبوط در پرونده، خواهان و خوانده ردیف اول علاوه بر اختصاص وجه نقد، انجام اموری را متعهد شدند، لذا

نخستین و صورت جلسه اول دادرسی خارج از خواسته مبادرت به صدور رأی نموده است، دادگاه به‌لحاظ این که موقوفه متقین که شخصیت مستقلی از اداره اوقاف و امور خیریه داشته، طرف دعوی واقع نگردیده است. ملاً دادگاه اعتراض معترض را منطبق بر بندهای «ج» و «ه» ماده ۳۴۸ قانون آئین دادرسی مدنی دانسته، در نتیجه مستنداً به ماده ۳۵۸ همان قانون ضمن نقض دادنامه تجدید نظر خواسته قرار رد دعوی خواهان بدوی را صادر و اعلام می‌دارد. این رأی قطعی است. شعبه ۱۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران - رییس و مستشار.»

تحلیل دادنامه‌های مذکور از حیث ارکان قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه:

- متعاقدين و عنوان حقوقی آن‌ها: قبل از بیان نکات این قسمت، ضروری است با اشاره به مواد قانونی از قوانین موضوعه، لزوم مستند (مستند به قانون) و مستدل بودن رأی دادگاه‌ها را یادآوری نماییم. طبق اصل ۱۶۶ از قانون اساسی احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. مطابق ماده ۳۷۴ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری رأی دادگاه باید مستدل و موجه باشد و مستند به قانون و شرع باشد. براساس ماده ۳ و ۲۹۶ از قانون آیین دادرسی مدنی، رأی دادگاه باید مستدل و موجه باشد و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن رأی صادر شده است. پس از بیان لزوم مستدل و مستند بودن رأی دادگاه‌ها می‌پردازیم به معرفی متعاقدين قرارداد و عنوان حقوقی آن‌ها به‌عنوان اولین رکن از ارکان قرارداد مشارکت در ساخت در اموال موقوفه تبلور یافته در دادنامه بدوی موصوف. قرارداد مشارکت در ساخت از زمره عقود دوجانبه است، یعنی بر پایه اراده مشترک دو طرف، منعقد می‌گردد. صورت‌های دو طرف قرارداد به‌نحو زیر است:

دو طرف قرارداد، شخص حقیقی هستند.

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع دولتی و طرف دیگر، شخص حقیقی.

یک طرف قرارداد، شخص حقوقی از نوع خصوصی و طرف دیگر، شخص حقیقی.

موضوع این قرارداد نسبت به هر دو، دارای ماهیتی ترکیبی است (مال و عمل).

قدرالسهم: سومین رکن از ارکان قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به املاک موقوفه، قدرالسهم است. مراد از قدرالسهم، میزان مالکیتی است که به طرفین، براساس آورده خود در مال مشاع حاصل از ساخت، تعلق می‌گیرد. در پرونده مد نظر، باتوجه به تخصصی بودن موضوع، مستنداً به ماده ۲۵۷ و مواد بعدی از مبحث ششم - رجوع به کارشناس از قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه به منظور تعیین قدرالسهم هریک از طرفین، موضوع را به کارشناس ارجاع نمود و پس از مشخص شدن میزان سرمایه‌گذاری طرفین، توسط کارشناس منتخب، به لحاظ این که خواسته خواهان، به شرح دادخواست، تقسیم ملک (ایعانی مستحده) در عرصه وقفی بوده و باتوجه به تعداد واحدهای احداث شده که قابلیت تقسیم نداشته، دادگاه، حکم به فروش اعیانی و تقسیم سود هر یک از طرفین در مرحله اجرای احکام صادر نمود. بدیهی است که اگر دادنامه فوق به همان نحو در دادگاه تجدید نظر تأیید می‌شد، در مرحله اجرا، داورز اجرا تحت نظارت و دستورات قاضی اجرای احکام، اعیانی موصوف را جهت فروش به مزایده می‌گذاشتند و پس از فروش، ثمن آن را به نسبت آورده هریک از طرفین، پس از کسر هزینه‌های اجرایی بین آنان تقسیم می‌کردند.

ولی به دلیل نقض دادنامه موصوف در دادگاه تجدید نظر و صدور قرار رد دعوی خواهان، این حالت، میسر نشد و پرونده بدون حصول خواسته خواهان، مختومه گردید. مضمون استدلال دادگاه تجدید نظر برای نقض دادنامه دادگاه بدوی و صدور قرار رد دعوی خواهان این بود که از آنجا که ملک موصوف از حیث عرصه، در اداره ثبت اسناد و املاک مربوطه به نام از موقوفه متقین، ثبت شده بود و شخصیت موقوفه، مستقل از شخصیت اداره اوقاف و امور خیریه هست، موقوفه متقین، می‌بایست طرف دعوی خواهان قرار می‌گرفت، از آنجا که غرض از انعکاس متن دادنامه‌ها، معرفی ارکان قرارداد مشارکت در ساخت نسبت به ملک موقوفه بوده و این هدف، تأمین گردید، لذا از تحلیل چگونگی طرح دعوی خواهان از حیث رعایت نشدن بعضی از مقررات مربوطه و تحلیل دادنامه‌های مذکور از جنبه‌های دیگر (رعایت نشدن یا نشدن مقررات شکلی و ماهوی در صدور دادنامه‌ها) خودداری می‌شود.

۲- دادنامه دوم با موضوع پیش فروش واحد آپارتمان بر پایه دو فقره قرارداد مشارکت در ساخت: دادنامه قطعی و نهایی شماره ۱۴۰۰۹۱۳۹۰۰۰۷۹۶۸۰۰۷ - ۱۴۰۰/۰۶/۲۹ شعبه ۵ دادگاه عمومی - حقوقی - شهرستان شهر ری.

«مفاد دادنامه: به دلالت این دادنامه، یک ملک وقفی، موضوع قرارداد مشارکت در ساخت قرار گرفت و سازنده، یک واحد از واحدهای اختصاص یافته به خود را به فرد دیگری پیش فروش نمود. متعاقباً قرارداد مشارکت در ساخت به دلایلی منحل گردید و ادامه ساخت به موجب قرارداد جدید توسط سازنده به فرد دیگری واگذار گردید. در این فرض، تا زمانی که مالک ملک (موقوفه آقامیرزا شکر...) مدعی بطلان قرارداد جدید نشود و طرح دعوی نکند و حکم به بطلان آن صادر نشود، انحلال قرارداد مشارکت در ساخت، خللی به حقوق پیش خریدار (فرد ثالث) وارد نخواهد کرد.»

«خلاصه دادنامه: درخصوص دعوی خواهان ... به طرفیت ۱- ...؛ ۲- ...؛ ۳- ...؛ ۴- ...؛ ۵- ...؛ ۶- موقوفه آقامیرزا شکر... با تولید ...؛ ۷- اداره کل اوقاف و امور خیریه استان تهران؛ ۸- اداره اوقاف و امور خیریه شهرستان ری؛ ۹- شرکت انبوه سازی ... به خواسته الزام به ایفای تعهد به نفع ثالث درخصوص تکمیل و تحویل یک دستگاه آپارتمان (یک واحد) به مساحت تقریبی ۷۵ متر مربع وفق شرایط قرارداد اولیه ملک دارای پلاک ثبتی ... به انضمام خسارات دادرسی. خلاصه پرونده حاکی از این است که قرارداد مشارکتی جهت احداث اعیانی در یک قطعه زمین اوقافی به پلاک ثبتی ... موقوفه ارباب شکر... فی‌مابین آقای ... به عنوان متولی موقوفه (طرف اول) و آقای ... به عنوان سازنده (طرف دوم) منعقد گردید. قدرالسهم طرف اول، سی درصد از واحدهای مسکونی و طرف دوم هفتاد درصد. سازنده به موجب قرارداد مشارکت موصوف، اقدام به پیش فروش واحدها (بعضی از واحدها) به خواهان نمود و بعضی از واحدها نیز به موجب قرارداد مشارکت در ساخت جدید (بین سازنده و سازنده دیگر) به اشخاص دیگر پیش فروش گردید. در ادامه، طرف اول قرارداد اولیه (متولی) اقدام به اقاله آن قرارداد و انعقاد قرارداد اجاره عرصه با حق احداث و تملک اعیانی با خواندگان ردیف اول و دوم نمود. در قرارداد مذکور، با توافق با سازنده دوم در مقابل تهاثر بخشی از مبلغ پذیره ابتدایی مربوط به حق احداث اعیانی و حقوق تراکم آتی به مبلغ ... ریال ساماندهی قرارداد واحدهای واگذار شده توسط سازنده اول به سازنده دوم واگذار گردید، در نتیجه این واگذاری،

می‌بایست بدون ورود در ماهیت دعوی، مستنداً به ماده ۲ از قانون آیین دادرسی مدنی، دعوی را غیرقابل استماع می‌دانست و قرار عدم استماع دعوی صادر می‌نمود.

۳- نمونه رأی دیگر درخصوص نقض حقوق و تعهدات طرفین و آثار تعهدات متقابل قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه.

از مباحث بنیادین در تحلیل عقد مشارکت در ساخت، حقوق و تعهدات طرفین عقد است که به محض وقوع ایجاب و قبول و تحقق عقد، برای هریک از متعاملین، ایجاد و لازم‌الاجرا می‌شوند. از آنجا که عقد مشارکت در ساخت، به‌عنوان یک قرارداد مستقل و متمایز از سایر عقود نامعین در نظام حقوقی تلقی می‌شود، لذا باتوجه به اصول حاکم بر عقود، نظیر اصل لزوم، اصل صحت، اصل وفای به عهد و قاعده تسلیط، لازم است دو طرف در متن قرارداد، به‌نحو صریح، حدود مسؤولیت‌ها، تعهدات و حقوق خویش را تبیین و تفکیک کنند تا در صورت بروز تخلف از مفاد عقد یا عدم اجرای تعهدات، توسط یکی از طرفین، امکان استناد به مفاد عقد و اثبات آن برای طرف زیان‌دیده فراهم باشد و بتوانند یا به‌صورت توافقی نسبت به حل مشکل اقدام بکنند یا در صورت میسر نشدن این امر، با مراجعه به داور در صورت پیش‌بینی‌شدن داوری در قرارداد نسبت به رفع اختلاف، اقدام بکنند یا در غیر این صورت، به مراجع ذیصلاح قضایی جهت فصل خصومت مراجعه نمایند. دادنامه زیر نشانگر وقوع اختلاف فی‌مابین طرفین در یک قرارداد مشارکت در ساخت ملک وقفی، در نتیجه نقض بعضی از تعهدات قراردادی و فصل خصومت توسط محکمه صالح می‌باشد.

برای تبیین مقصود، این رأی در سه قسمت زیر ارائه می‌شود.

خلاصه دادخواست و خلاصه دادنامه و انطباق دادنامه به موضوع بحث: «۱- خلاصه دادخواست (دعوی و خواسته): در دادخواست این پرونده، بنیاد توسعه و عمران موقوفات کشور در توضیح دعوی به طرفیت شرکت پالیز گشت آریا و موقوفه سرلشگر خدایار به خواسته تأیید فسخ قرارداد مشارکت در ساخت به شماره ۱۶۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۱۸ و اصلاحیه شماره ۳۰۰۴ و تخلیه و رفع تصرف از ملک وقفی به مساحت ۴۱۰ هکتار واقع در شهریار به پلاک ثبتی ۳۱ اصلی اعلام نمود، خواهان به‌موجب قرارداد موصوف، قطعه زمین مورد نظر را در اختیار شرکت خوانده قرار داد تا براساس مفاد قرارداد، اقدام به احداث باغ پسته و گلخانه

سازنده دوم، موظف به جلب رضایت پیش خریداران، اعم از خواهان و سایر خواندگانی که پیش‌خرید کردند، به‌نحو مقتضی (از طریق پرداخت اصل مبلغ پرداخت‌شده توسط آنان به اضافه سود آن‌ها یا واگذاری واحد به آن‌ها با قیمت تعدیل‌شده و شرایط مورد تأیید طرفین) شدند. سازنده دوم به تعهدات قراردادی خود نسبت به خواهان (یکی از پیش‌خرداران) عمل ننمود. به همین دلیل، خواهان پرونده، درخواست صدور حکم به الزام سازنده به ساخت و تحویل واحد به قیمت تعدیل‌شده نمود (سایر خواندگان به لحاظ ارتباط حقوقی آنان با یکدیگر، طرف دعوی قرار گرفتند).

دادگاه باتوجه به این که با تنظیم قرارداد مشارکت در ساخت اولیه، مالکیت مالک (موقوفه) و سازنده اول بر حصه خود مستقر گردید و انحلال این قرارداد، تأثیری در حقوق خواهان به‌عنوان پیش‌خردار و لزوم انجام تعهد سازنده دوم نسبت به ایشان ندارد (با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۵۵ قانون مدنی). با انحلال قرارداد مشارکت اول صرفاً اذن در احداث بنا توسط سازنده اول زایل و این اذن به سازنده دوم انتقال داده شد (ضمن این که در قرارداد مشارکت اول، حق انتقال واحدهای سهمی سازنده اول، ساقط نگردید)، از ماده فوق استفاده می‌شود که تا زمانی که مالک (موقوفه) بطلان معامله فی‌مابین خواهان و سازنده اول را درخواست نکرده باشد و حکم به بطلان معامله انجام‌شده صادر نگردد، معامله فی‌مابین سازنده اول و خواهان به قوت خود باقیست (درحقیقت، سازنده دوم به‌موجب بعضی از بندهای قرارداد اولیه، جانشین سازنده اول در انجام تعهدات گردید)، دعوی خواهان را وارد دانسته و مستنداً به مواد ۱۰، ۱۹۶، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۲، ۲۴۴ و ۲۴۵ از قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به محکومیت سازنده دوم به ساخت و تکمیل و تحویل واحد موصوف به قیمت تعدیل‌شده با احتساب خسارت دادرسی در حق خواهان صادر و اعلام نمود (این رأی ظرف بیست‌روز پس از ابلاغ، قابل تجدید نظرخواهی در محاکم تجدید نظر استان تهران اعلام شد، ولی درنهایت به مرحله قطعیت و نهایی رسید).»

انطباق دو فقره دادنامه فوق با عنوان بحث: قاضی انشاکننده دادنامه‌های فوق با پذیرفتن قرارداد مشارکت در ساخت به‌عنوان قرارداد معتبر، درخصوص خواسته‌های خواهان که برابر مقررات اقامه‌شده وارد رسیدگی ماهوی شده و با استدلال موجه و منطبق با مقررات مربوطه اظهار نظر ماهوی نمود و اگر معتقد به معتبرنبودن قراردادهای مشارکت در ساخت در ملک موقوفه بود،

هیدروپنیک در عرصه موقوفه نماید، ولی متأسفانه شرکت موصوف، تا تاریخ تقدیم دادخواست به تعهدات خود عمل نکرده و این امر موجب ورود خسارت سنگین به موقوفه شد. خوانده در پاسخ و در مقام دفاع، اعلام نمود خواهان می‌بایست ابتدا الزام متعهد به اجرا شرط فعل را مطالبه می‌نمود، سپس در فرض عدم امکان اجبار و الزام، آنگاه، ضمانت اجرای قراردادی را اعمال می‌نمود.»

خلاصه دادنامه: «۱- خواهان به تعهدات خود عمل نمود، ولی خوانده به هیچ‌یک از تعهدات خود عمل ننمود و این امر، سبب ورود خسارت به خواهان گردید (برای احراز ورود خسارت، به دلیل تخصصی بودن، مراتب به کارشناسان متخصص ارجاع گردید و کارشناسان، ورود خسارت و میزان آن را اعلام نمودند)؛ ۲- شرکت خوانده، فاقد توانایی لازم برای انجام تعهدات قراردادی بوده که این امر با ارجاع به کارشناسان سه نفره و وصول پاسخ استعلامات از مراجع ذی‌ربط، محرز گردید؛ ۳- دفاعیات بلاوجه خوانده. دعوی خواهان، وارد و ثابت دانسته شد و حکم به تأیید فسخ تخلیه و رفع تصرف از ملک موقوفه مستنداً به مواد ۲۱۹، ۲۲۰ و ۲۲۳ از قانون مدنی و مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آیین دادرسی مدنی، صادر و اعلام گردید.»

انطباق دادنامه موصوف به موضوع بحث: «تعهد اصلی خوانده به شرح قرارداد مشارکت در ساخت و الحاقیه آن، اقدام به احداث باغ پسته و گلخانه هیدروپنیک (رشد گیاهان به روش داخل آب نه به صورت کاشت در خاک) در عرصه موقوفه در مدت معین بوده، ولی با تحقیقاتی که دادگاه به عمل آورد و در بالا اعلام شد، خوانده با رهاکردن کار در مدت ۹ سال و پیشرفت کار در حد ۱۰ درصد، در واقع، مرتکب نقض تعهدات قراردادی شد و خواهان، با تنظیم و ابلاغ اظهارنامه با مفاد اعلام فسخ (دادگاه، سهواً به این امر توجه ننمود) مراتب فسخ را به شرکت، اعلام نمود، ولی شرکت، با خواهان به تفاهم و توافق نرسید و خواهان با مراجعه به دادگستری با تقدیم دادخواست، درخواست تأیید فسخ و ... نمود که دادگاه با استدلالی که در بالا مشروحاً اعلام گردید حکم به تأیید فسخ قرارداد مشارکت در ساخت صادر و بدین ترتیب، فصل خصومت به عمل آمد (مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران).»

نتیجه‌گیری

جمع‌بندی یافته‌های تحقیق در پاسخ به سؤالات پژوهش: قرارداد مشارکت در ساخت، ازجمله قراردادهای نوپیدی است که در پاسخ به نیازهای امروزی جامعه در حوزه ساخت‌وساز شکل گرفته است. براساس این قرارداد، مالک زمین (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) با شخص دیگری (سازنده) توافق می‌کند تا در ازای احداث ساختمان در زمین مذکور، در ملک ساخته‌شده شریک شوند. این قرارداد دارای ماهیت عهدی-تملیکی بوده و در زمره عقود غیرمعین جای می‌گیرد. قرارداد مشارکت در ساخت، علی‌رغم فقدان پیشینه صریح در متون فقهی، با استناد به عموماً ادله صحت عقود، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) و نیز ارتکازات عرفی، می‌تواند به عنوان عقدی مستقل و لازم پذیرفته شود. در عین حال، صحت انعقاد این قرارداد درباره املاک موقوفه، منوط به رعایت شرایط ماهوی وقف، حفظ اصل عین موقوفه، عدم تضییع حقوق موقوف‌علیه و نیز تبعیت از مقررات خاص نهادهای متولی وقف است. بررسی آرای فقهای امامیه درخصوص اعتبار قرارداد مشارکت در ساخت املاک موقوفه، بیانگر دو دیدگاه کلان است: دیدگاه نخست، با اتکا به لزوم حفظ عین موقوفه و ممنوعیت هرگونه تصرفی که متضمن خروج عین از ملکیت وقف یا تقویت اصل آن باشد، قائل به عدم صحت این قرارداد بوده و آن را به دلیل تعارض با ماهیت دائمی و حبسی وقف، فاقد اعتبار شرعی می‌داند. در مقابل، دیدگاه دوم با استناد به عموماً صحت عقود و معاملات و نیز با تفکیک میان مالکیت عرصه و مالکیت اعیان احداثی، به جواز و صحت این قرارداد حکم می‌نماید، مشروط بر آن که مقررات خاص وقف رعایت شده و مصلحت موقوفه و موقوف‌علیه به نحو مطلوب تأمین گردد. تأکید بر اعتبار فقهی و حقوقی این قرارداد به عنوان ابزاری کارآمد برای احیای موقوفات، مشروط بر رعایت ضوابط، تأکید بر لزوم توسعه رویه قضایی هماهنگ و اتخاذ تمهیدات قانونی برای کاهش اختلافات است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، صداقت و و امانتداری رعایت شده است.

تعارض منافع: در این مقاله هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

سهم نویسندگان: نگارش مقاله مشترکاً توسط نویسندگان صورت گرفته است.

تشکر و قدردانی: از کلیه کسانی که در معرفی منابع و تهیه این مقاله ما را یاری رساندند، تشکر و قدردانی می‌نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش فاقد تأمین‌کننده مالی بوده است.

منابع

اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.

آل کاسف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

آهنگران، محمدرسول، سعیدی، مهدی، بازخوانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکرد تطبیقی در حقوق اسلامی، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.

جائزی، مسعود؛ مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی مؤسسه کیهان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۳.

جعفری لنگرودی محمدجعفر دانشنامه حقوقی جلد اول انتشارات امیر کبیر چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۲.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشای قانونی مدنی به انضمام طرح اصلاح قانون مدنی، بخش طرح اصلاح قانون مدنی، تبصره اول، ذیل ماده ۱۰، ص ۶۸۴

جمال‌زاده، بررسی فقهی عقد بیمه، قم: بوستان کتاب، ۱۳۷۹.

حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

خوانساری، موسی، منیه الطلاب، تهران: مکتبه محمدیه، ۱۳۷۳ ق.

ذاکری‌نیا، حانیه، قراردادهای مشارکت در ساخت، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.

سبزواری، محمدباقر، کفایه الاحکام، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۳ ق.

سلسله محاضرات العلماء البارزین، جده: المعهد الاسلامی للبحوث و التدريب البنک الاسلامی للتنمیه، ۱۴۱۴ ق.

شهیدی، مهدی تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد، ۱۴۰۳ ق.

صفار، محمدجواد؛ نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب مجله نامه مفید، شماره ۱۴، ۱۳۷۷.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، عروه الوثقی، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.

طباطبایی، علی، ریاض المسائل، جلد اول، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ ه ق.

عاملی جمعی، زین‌الدین، شهید ثانی مسالک الافهام، جلد چهارم، مؤسسه معارف اسلامی، قم، ۱۴۱۴، ق.

فاضل، مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران: مرتضویه، ۱۳۷۳ ش.

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: مشارکتهای، صلح، عقود معین، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۴ ق.

مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه.

محقق داماد، مصطفی اصول فقه دفتر دوم مرکز نشر علوم اسلامی چاپ چهارم تهران، ۱۳۶۴.

مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.

نراقی، احمد، عوائد الایام، قم: مکتبه بصیرتی، بی‌تا.

- نوری، حمد خاطر، عقود المعلوماتیه، دراسه فی المبادئ العامه فی القانون المدنی، دراسه موازنه، عمان: جامعه آل البيت، الدار العلمیه الدولیه و دارالثقافه للنشر و التوزیع، ۲۰۰۱.

- وحید بهبهانی، محمدباقر، الرسائل الفقهیة، بی‌جا: مؤسسه علامه بهبهانی، بی‌تا.

- هاشمی شاهرودی، محمود؛ بحوث فی أصول فقه، جلد اول، مرکز الغدیر، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۷ ه.ق.