

وقف مصداق بارز ایقاع مملک*

- سید محمد صادق طباطبایی^۱
- عادل پرنیان‌جوی^۲

چکیده

وقف یکی از اعمال حقوقی است که درباره عقد یا ایقاع بودن آن و نیز در اینکه قبض شرط صحت یا لزوم وقف است، بین حقوق دانان اسلامی اتفاق نظر وجود ندارد. برخی، مال موقوفه را ملک خداوند و برخی نیز متعلق به موقوف‌علیه می‌دانند. اگر قبول و قبض شرط تحقق وقف نباشد و ملکیت از آن موقوف‌علیه باشد، می‌توان وقف را مصداقی از ایقاع مملک دانست. با مراجعه به آرای فقها معلوم می‌شود که نه تنها قبول در وقف لازم نیست، بلکه قبض نیز از شرایط لزوم وقف است. بنابراین بر فرض آنکه مالکیت موقوفه به خداوند منتقل شود یا وقف فک ملک باشد، باز هم منافع مال موقوفه در ملکیت موقوف‌علیه وارد می‌شود، هر چند قول مشهور هم مالکیت عین و هم منافع را متعلق به موقوف‌علیه می‌داند. بنابراین می‌توان وقف را ماهیتاً ایقاع مملک دانست.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۳/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۱/۱۰

۱. استادیار دانشگاه اصفهان (tabatabaei@ase.ui.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (adelparniyan@yahoo.com).

واژگان کلیدی: وقف، عقد، ایقاع، مالکیت موقوفه، ایقاع مملک.

مقدمه

وقف از اعمال حقوقی است. هر عمل حقوقی، ناگزیر باید یا عقد باشد یا ایقاع. از دیرباز عقد یا ایقاع بودن وقف مورد اختلاف میان فقهای اسلامی بوده است، به گونه‌ای که برخی وقف -چه عام و چه خاص- را عقد پنداشته‌اند و عده‌ای نیز آن را نمونه یک ایقاع تمام‌عیار می‌دانند. عده‌ای هم میانه‌رو بوده و قائل به تفصیل شده‌اند و وقف خاص را عقد و وقف عام را ایقاع دانسته‌اند. قانون مدنی ایران جانب طرف‌داران عقد بودن وقف را گرفته و در ماده ۵۶ به لزوم وجود ایجاب و قبول اشاره کرده است.

درباره قبض نیز دو نظر عمده وجود دارد: ۱. قبض شرط لزوم وقف است؛ ۲. شرط صحت (تحقق) آن است. برخی از فقیهان به شرط بودن یا نبودن قبض اشاره نکرده‌اند (سآردیلیمی، ۱۴۰۴: ۱۹۷). در این رابطه قانون مدنی در ماده ۶۰ بیان می‌کند: «هر وقت به قبض بدهد (واقف) وقف تمام است» که به نظر می‌رسد در این ماده قانون‌گذار قبض را شرط صحت وقف دانسته است در حالی که بلافاصله در ماده ۶۱ می‌آورد: «وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است». در واقع از این ماده چنین برداشت می‌شود که قبض، خارج از شرایط صحت وقف است.

درباره وضعیت مال موقوفه بعد از تحقق وقف نیز تشتت آرا وجود دارد؛ عده‌ای از فقها مال موقوفه را ملک الله می‌دانند و برخی دیگر نیز آن را ملک موقوف‌علیه می‌شمارند، عده‌ای هم قائل به فک ملک از واقف هستند، به گونه‌ای که مال به شکل مال مباح می‌باشد که البته قابل تملک نیست. قانون مدنی در این باره سکوت کرده است. قرار دادن وقف در قسمت حق انتفاع، این نظر را تقویت می‌کند که قانون‌گذار آن را فک ملک می‌داند. به هر حال، هرچند از قانون مدنی چنین مستفاد می‌شود که این قانون، ایقاع مملک بودن وقف را نپذیرفته، اما از مطالعه آن در این باره می‌توان به جایگاه ایقاعات مملک در فقه دست یافت که آیا می‌توان وجود ایقاع مملک را تصور نمود؟ و آیا می‌توان از وقف به عنوان نمونه‌ای از ایقاعات مملک یاد کرد؟

در ابتدا، پاسخ این سؤال شاید بدیهی به نظر برسد؛ چرا که تصورات ما از ایقاعات مملک، نتیجه حاکمیت دیدگاه عقدگرایانه در بین حقوق‌دانان است که آن هم برآمده

از حقوق رومی ژرمنی و حقوق فرانسه است. بنابراین پذیرش اینکه ایقاع مملک وجود داشته باشد، سخت جلوه می‌نماید چه برسد به آنکه وقف را که در سایه‌سار قانون مدنی عقد پنداشته شده، نمونه‌ای از ایقاع مملک در نظر بگیریم.

در جستار حاضر برای اثبات اینکه وقف، ایقاع مملک است مطالب را در سه بخش می‌آوریم: در قسمت نخست با استفاده از منابع معتبر فقهی، ایقاع بودن وقف بحث و بررسی می‌شود. در قسمت دوم به نقش قبض در وقف می‌پردازیم و سرانجام در قسمت سوم، سرنوشت مال موقوفه پس از وقوع وقف از جهت مالک آن، تحلیل خواهد شد. در نهایت، نتیجه می‌گیریم که اگر وقف، ایقاع باشد و قبض در تحقق آن نقشی نداشته باشد، می‌توان ایقاع مملک بودن آن را در ذهن تقویت نمود. اما اگر وقف، عقد باشد یا قبض در تحقق آن نقشی داشته باشد، اثر آن به اراده واقف ایجاد نمی‌شود و نیازمند اراده سازنده دیگری است، لذا جانب‌داری از وقف به عنوان ایقاع مملک نادرست است. همچنین اگر وقف، فک ملک یا ملک خداوند باشد و اثر آن نیز اباحه منافع برای موقوف‌علیه باشد، هرچند از ایقاعات باشد، ایقاع مملک بودن آن دشوار به نظر می‌رسد. به عبارت بهتر، ایقاع مملک بودن وقف در گرو آن است که اراده موقوف‌علیه در تحقق وقف دخالت نداشته باشد و اثر وقف نیز ورود مالکیت عین یا منفعت در ملک او باشد.

۱. قبول در وقف

در اینکه وقف عقد است یا ایقاع، فقها اختلاف نظر دارند و بین آن‌ها سه دیدگاه وجود دارد: دسته‌ای از آن‌ها همه اقسام وقف را عقد می‌دانند و برخی نیز تمام اقسام وقف را ایقاع می‌دانند و برخی دیگر قائل به تفصیل بین وقف بر محصور و غیر محصور هستند و اولی را نیازمند قبول و در نتیجه عقد می‌دانند، اما دومی را ایقاع دانسته و بر عدم ضرورت قبول تأکید می‌کنند. ظاهراً اولین فقیهی که قبول را در وقف لازم دانسته است، علامه حلی است (۱۳۸۸: ۴۲۷) و تا قبل از ایشان کسی از قبول در وقف بحثی به میان نیاورده است. همچنان که در بحث وقف کتاب‌های *هدایة فی الاصول والفروع* (صدوق، ۱۴۱۸: ۳۲۳-۳۲۴)، *المقنعه* (مفید، ۱۳۱۳: ۶۵۲-۵۵۶)، *الخلاص* (طوسی، ۱۴۰۷: ۵۳۲-۵۳۳/۳)،

غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع (حسيني حلي، ۱۴۱۷: ۲۹۶-۳۰۰)، السرائر الحاوی
لتحريير الفتاوی (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۱/۳-۱۶۷) درباره قبول بحث نشده است.

۱-۱. وقف عقد است و به قبول نیاز دارد

علامه حلی، قبول، قصد قربت و اقباض را در وقف شرط می‌داند (۱۴۱۱: ۱۲۶). برخی دیگر نیز علی‌رغم آنکه می‌گویند از کلمات اکثر فقها استفاده می‌شود که به ایجاب تنها بدون قبول کفایت نموده و قبول را شرط ندانسته‌اند، نظریه شرط بودن قبول در وقف را قول صحیح‌تر می‌دانند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹۴/۱۰) و برخی دیگر با اطلاق عقد بر وقف معتقدند که در همه اقسام وقف معتبر بودن قبول قوت دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۲۸).

۲-۱. قول به تفصیل بین وقف عام و خاص

علامه حلی درباره وقف بر جهت و مصالح عمومی معتقد است که در وقف بر جهت و مصالح عمومی مانند فقرا و مساجد و مدارس، اقوی آن است که قبول در آن لازم نیست؛ چرا که قبول متعذر است و برای حاکم نیابت در قبول قرار داده نشده است. ولی اگر بگویند که این چیز متعلق به مسجد است، تملیک است نه وقف، لذا نیاز به قبول حاکم دارد. به عبارت بهتر به نظر می‌رسد علامه به دلیل اعتقاد به قاعده منع تملیک قهری در هر مورد که نتیجه عمل حقوقی، تملیک مال باشد، برای تحقق مالکیت قبول را لازم می‌داند و در این مورد نیز اگر موضوع، تملیک مال به مسجد باشد، نیازمند قبول است و اگر تملیک نباشد، یعنی ماهیت وقف تملیک عین موقوفه به موقوف علیه نباشد، قبول لازم نیست (حلی، ۱۳۸۸: ۴۲۸). همچنین ایشان در وقف بر شخص یا گروهی خاص، شرطیت قبول را به واقعیت نزدیک‌تر دانسته است؛ زیرا بدون رضایت و قبول بعید است که چیزی داخل در ملکیت کسی شود. بر همین مبنا برخی از شافعیان نیز معتقدند که اگر وقف موجب تملیک عین موقوفه در ملک موقوف علیه باشد، قبول لازم است و اگر موقوفه در ملک واقف یا متعلق به خداوند باشد و منافع آن متعلق به موقوف علیه باشد، قبول لازم نیست (همان). بنابراین از ظاهر کلام علامه به نظر می‌رسد که در وقف بر غیر محصور به دلیل تعذر قبول، نیازی به آن نیست در حالی که

در وقف بر محصور این مانع وجود ندارد. اما تأمل در کلام ایشان مشخص می‌کند که علت ضروری بودن قبول، التزام ایشان به قاعده منع تملیک قهری است که در این صورت هم تفاوت گذاشتن میان این دو مورد نمی‌تواند منطقی باشد. چنان که اگر وارد شدن چیزی بدون رضایت موقوف‌علیه صحیح نباشد، قاعدتاً نباید منافع نیز بدون رضایت موقوف‌علیه وارد ملکیت وی شود؛ چرا که در وارد شدن ملک در ملکیت موقوف‌علیه بین مالکیت منافع و مالکیت عین نمی‌توان تفاوت منطقی قائل شد. محقق ثانی ضمن مسلم دانستن اینکه رد موقوف‌علیه موجب بطلان وقف است، چه قائل به شرطیت قبول باشیم چه نباشیم، می‌گوید که وقف نیازمند قبول نیست؛ زیرا فقها در کتب فقهی خود همگی صحت وقف را به ایجاب و اقباض مرتبط دانسته و از مسئله قبول ذکری به میان نیاورده‌اند. همچنین وقف اخراج مال از ملکیت خود است مثل آزاد کردن برده و به قبول نیاز ندارد (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱/۹). برخی دیگر از فقها معتقدند که شاید از اینکه مصنف (صاحب شرایع) قبول را در وقف مطرح نکرده است توهم شود که قبول در وقف شرط نیست، اما این توهم باطل است؛ زیرا ممکن است منصف به جای ذکر قبول، به عقد بودن قبول اکتفا نموده باشد و بی‌تردید در معنای عقد، قبول نهفته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶/۲۸).

۳-۱. شرط نبودن قبول به صورت مطلق

صاحب ریاض المسائل از عبارات بیشتر فقها همچنان که در کتاب‌های مسالک الافهام و شرح لمعه آمده، نتیجه می‌گیرد که در هیچ یک از اقسام وقف قبول شرط نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹۳/۱۰). برخی دیگر، عدم اعتبار قبول را قول ظاهر می‌دانند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۴/۲۰) برخی نیز ضمن آنکه مشروط نبودن مطلق وقف به قبول را قوی‌تر می‌دانند، اما احتیاط را در تفصیل بین وقف عام و خاص دیده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۷/۱). عده‌ای هم معتبر نبودن قبول در وقف مساجد، قبرها، پل‌ها و وقف بر عناوین کلی مانند وقف بر فقرا، فقها و... را اقوی می‌دانند. اما اعتبار قبول در وقف خاص را احوط می‌دانند که باید موقوف‌علیه قبول کند. البته در وقف خاص هم، معتبر نبودن قبول اقوی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۴/۲).

۴-۱. دلایل معتقدان به شرط بودن قبول در مطلق وقف

۱-۴-۱. اصل عدم تحقق وقف بدون قبول است

به عبارت دیگر، وقف بدون قبول محقق نمی‌شود. برخی فقها از این اصل به اصل عدم حصول اثر بدون قبول (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۳) و یا اصل بقای مال در ملکیت مالک بدون قبول یاد نموده‌اند (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱/۹). به عبارت بهتر، اصل عدم تحقق تحریر مال (اگر وقف را تحریر مال بدانیم) و عدم تحقق تملیک (در صورتی که ماهیت وقف را تملیک عین یا منفعت بدانیم)، بدون قبول است.

این استدلال بر لزوم قبول رد می‌شود، بدین صورت که مجرای اصل زمانی است که دلیلی بر خلاف آن نباشد که در نهایت برای رفع تحیر در موضوع به اصول عملی رجوع می‌کنیم، در حالی که طبق احادیث رسیده از ائمه علیهم‌السلام مشخص می‌شود که چه در ذکر صیغه وقف و چه در بیان احکام وقف، قبول ذکر نشده است و این امر حاکی از عدم اشتراط قبول در وقف است (طباطبایی بزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۵-۱۸۶/۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴).

۲-۴-۱. اصل فساد در معاملات

بر اساس اصل فساد در معاملات، هر معامله‌ای به ایجاب و قبول نیاز دارد، به گونه‌ای که ایجاب و قبول به عنوان جزء سبب برای انتقال مالکیت است. به عبارت دیگر اگر شک کنیم که آنچه واقع شده صحیح است یا خیر، اصل بر فساد معامله است.

به این ایراد پاسخ داده شده که اصل فساد در معاملات اولاً: با تمسک به احادیثی که لزوم قبول در وقف را انکار می‌کنند، نفی می‌شود و با توجه به اینکه وقف یک عنوان است صحیح نیست که بر وقف جهت به قبول نیاز نباشد و در وقف بر محصور، قبول ضروری باشد. ثانیاً: قبول باید از سوی طرف عقد باشد و طرف عقد در وقف بر جهات و عناوین کلی به قبول از ناحیه حاکم انجام می‌شود؛ در حالی که این نوع از ولایت برای حاکم اثبات نشده است. بر فرض ثبوت چنین ولایتی برای حاکم، اگر برای افراد یک سرزمین چیزی هبه شود، آیا قبول حاکم کفایت می‌کند که ما نیز در این موضوع قبول حاکم را کافی بدانیم، در حالی که در وقف خاص معروف شده است که قبول طبقه اول کفایت می‌کند و قبول طبقات لاحق لازم نیست و چنین ولایتی

برای طبقه سابق بر طبقه لاحق وجود ندارد (همان: ۳/۴).

۳-۴-۱. فقها معتقد به عقد بودن وقف می‌باشند

برخی از فقها بی‌آنکه متعرض لزوم قبول در وقف شوند، به صراحت وقف را عقد می‌دانند، از جمله علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام یا محقق حلی در کتاب شرائع الاسلام در تعریف وقف می‌آورند:

وقف عقدی است که به موجب آن حبس اصل مال و تسبیل منفعت پدید می‌آید (حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳: ۳۸۷/۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۵/۲).

طبق این استدلال، وقف عقد است و هر عقدی مرکب از ایجاب و قبول است، بنابراین قبول در آن لازم است، مانند سایر عقود (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱/۹). به این ایراد پاسخ داده شده که این استدلال مصادره به مطلوب است (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۵/۲۰).

۴-۴-۱. وارد کردن مالی در ملک دیگری به قبول نیاز دارد

اگر مالی بخواهد وارد دارایی فردی شود، وی باید آن را قبول نماید (حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۵). به این ایراد چنین پاسخ داده شده که اولاً این امر با وقف بر طبقات بعدی نقض می‌شود؛ چرا که هیچ یک از فقها نگفته است که مثلاً در وقف بر اولاد نسل اندر نسل، قبول نسل دوم لازم است. ثانیاً ورود مال در ملکیت دیگری بدون قبول، مانع عقلی ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۵/۱)، در حالی که بر وارد شدن مال در ملک موقوف علیه دلیل وجود دارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۵/۲۰).

۵-۴-۱. اگر موقوف علیه وقف را رد کند، وقف باطل است

فقها اجماع دارند که وقف با رد موقوف علیه، باطل می‌شود و مقتضای این حکم لزوم قبول برای وقف است به گونه‌ای که بدون قبول مالکیت برای کسی حاصل نمی‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۳). در واقع پذیرش بطلان وقف در صورت رد موقوف علیه، دلیل بر لزوم قبول در وقف است.

آخوند خراسانی خود به این ایراد پاسخ داده که مقتضای بطلان وقف در صورت رد موقوف علیه، این است که رد مانع وقف است، نه اینکه قبول که نقطه ضد آن است، مقوم

وقف باشد (همان). همان گونه که ماده ۸۳۴ قانون مدنی در وصیت عهدی مقرر می‌دارد:
در وصیت عهدی قبول شرط نیست، لیکن وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است
وصایت را رد کند....

۵-۱. دلایل عدم شرطیت قبول در مطلق وقف

۱-۵-۱. اصل عدم اشتراط قبول

شهید ثانی معتقد است که نظر بیشتر فقها بر اصالت عدم اشتراط قبول است؛ چرا که دلایل کافی برای شرطیت قبول وجود ندارد و با شک در شرطیت، اصل عدم اشتراط قبول است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۴/۳). بر همین اساس، برخی از فقها در شرط بودن قبول در وقف اصل را بر عدم اشتراط می‌دانند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۴/۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۵/۱) و برخی نیز در توجیه این اصل و شمول آن در وقف گفته‌اند که در وقف مالکیتی ایجاد نمی‌شود، بلکه ازاله ملک است، همان گونه که در بحث عتق، ایجاب تنها برای ازاله ملک کفایت می‌کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۶۵/۳). بر این نظریه چنین ایراد شده که در عتق، دلیل خاص برای کفایت ایجاب داریم اما این امر موجب نمی‌شود که در وقف نیز قائل به کفایت ایجاب بدون قبول باشیم؛ چرا که این امر از باب قیاس است و در مذهب ما قیاس پذیرفته نیست (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹۵/۱۰).

۲-۵-۱. عموم روایات باب وقف

در روایات، از قبول بحثی به میان نیامده است و ائمه علیهم‌السلام وقف را با اراده خود ایجاد می‌نموده‌اند، بی‌آنکه حصول اثر آن را منوط به قبول و پذیرش موقوف‌علیه کرده باشند که عموم این ادله، هم شامل وقف عام و هم وقف خاص است. به دلیل اهمیت موضوع ناگزیر از بیان برخی از این احادیث برای مشخص نمودن ماهیت حقیقی وقف هستیم:

حدیث اول: امام صادق علیه‌السلام چنین املا کرد:

به نام خداوند بخشنده مهربان. فلانی پسر فلانی که زنده و سالم است با این نوشته، خانه‌اش را در فلان قبیله که حدود آن مشخص است صدقه داد. آن خانه، فروخته و بخشیده نمی‌شود تا اینکه به وارث آسمان‌ها و زمین برسد. او، فلانی و نسلش را در این موقوفه ساکن کرد و هر گاه آن‌ها منقرض شدند خانه برای مسلمانان نیازمند

خواهد بود (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۶/۱۶).

در این روایت، امام علیه السلام به ناقل حدیث کیفیت وقف و احکام آن را آموزش می‌دهد و چنانچه قبول، شرط صحت آن بود، باید ذکر می‌شد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳۲/۲۲).

حدیث دوم: صفوان از امام کاظم علیه السلام نقل می‌کند:

درباره مردی سؤال کردم که زمینی را وقف می‌کند و سپس تصمیم می‌گیرد تا بنایی در آن احداث کند. امام فرمود: «اگر آن را برای فرزندانش یا کسی دیگر وقف کرده و برای آن موقوفه تولیت قرار داده باشد، نمی‌تواند از وقفش برگردد و اگر موقوف علیهم صغیر باشند و تولیت موقوفه را برای آنان پس از بلوغ قرار داده و خود برای آن‌ها حیازت می‌کند، در این صورت هم نمی‌تواند از وقفش برگردد. اما اگر کبیر باشند و موقوفه را به آن‌ها تسلیم نکرده باشد و آن‌ها نیز با او به مخاصمه برنخاسته باشند تا آن را از وی بگیرند، در این صورت می‌تواند از وقفش برگردد» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۷/۷).

حدیث سوم: امام صادق علیه السلام فرمود:

امیرالمؤمنین علیه السلام خانه‌اش را در مدینه صدقه داد. آن خانه، فروخته و بخشیده نمی‌شود تا آنکه به وارث آسمان‌ها و زمین برسد. در این خانه فلانی و نسلش را ساکن کرد. پس هر گاه منقرض شدند، خانه برای مسلمانان نیازمند خواهد بود (طوسی، ۱۳۹۰: ۹۸/۴).

برخی از فقها با استفاده از این حدیث گفته‌اند که اگر قبول، شرط بود در این حدیث باید ذکر می‌شد؛ زیرا امام علیه السلام از این روایت هدفی جز بیان احکام ندارد و آشکار است که لزوم وقف و صحت آن به این لفظی است که از سوی امام نوشته شده و اثبات چیزی اضافه بر آن متوقف بر دلیل است، در حالی که تمسک به اصل عدم قبول، قوی‌تر است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۳۱/۲۲).

با توجه به همین روایات برخی از فقها معتقدند که عدم بیان قبول حاکی از عدم شرطیت قبول در وقف است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۸۵/۱). بنابراین از آنجا که شارع مقدس در مقام بیان احکام است، لذا عدم بیان قبول در این روایات به معنای عدم لزوم قبول در تحقق این ماهیت حقوقی می‌باشد. از سوی دیگر، ادله وارد شده درباره وقف فعل واقف را وقف نامیده‌اند، بدون آنکه قبولی صورت گرفته باشد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۴/۲۰؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴).

۱-۵-۳. شرط ابدیت

شرط ابدیت با لزوم قبول وقف منافات دارد؛ چرا که قبول عموم موقوف‌علیهم محال است و اکتفا به قبول طبقه اول هم بی دلیل است؛ چون طبقه اول هیچ ولایتی بر طبقه‌های بعدی ندارد و چنین ولایتی هم در فقه برای طبقه اول نسبت به سایر طبقات وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴).

۱-۵-۴. قصد قربت در وقف

شرط قربت در وقف نیز بیانگر آن است که وقف در زمره معاملات نیست، بلکه از عبادات است و قبول عبادت نیز با خداوند می‌باشد (همان). سؤالی که اینجا مطرح می‌شود آن است که اگر فرض کنیم وقف بر فقرا یا سادات یا... باشد و فردی از این افراد این وقف را قبول نکند، آیا می‌توان گفت که وی حق استفاده از مال موقوفه را ندارد؟

۱-۵-۵. تحلیل و ارزیابی

به نظر می‌رسد با توجه به روایات و ادله دیگر بتوان به این نتیجه رسید که وقف از ایقاعات است و قبول در تحقق آن نقشی ندارد، هرچند امروزه با وجود ماده ۵۶ قانون مدنی تصور آنکه وقف از جمله ایقاعات باشد، بعید به نظر می‌رسد. به هر حال وقف ماهیتاً از جمله ایقاعات است هرچند در قانون عقد بوده و قبول شرط تحقق آن باشد، همان گونه که برخی از فقها وقف را برای اراده واقف صرف نظر از اراده موقوف‌علیه استعمال نموده‌اند. قانون‌گذار - که وظیفه اصلی اش ایجاد حکم است - در ماده ۵۶ قانون مدنی ایجاد موضوع نموده و با عقد دانستن وقف، ایجاب و قبول را در آن الزامی نموده است، درحالی که ماهیت حقیقی وقف همچنان ایقاع است. به بیان دیگر، بر اساس اخبار و روایات، وقف ایقاع است و مردم، اراده واقف را با صرف نظر از اراده موقوف‌علیه وقف می‌نامند.

۲. نقش قبض در عقد وقف

برخی از حقوق دانان قبض را به دو نوع تقسیم نموده‌اند:

اول: قبضی که معلوم و محصول عقد کامل است، مانند تسلیم مبیع به مشتری و تسلیم ثمن به بایع. این نوع قبض در مرحله اجرای عقد است.

دوم: قبضی که احتمال داده می‌شود یا یقینی است که جزئی از اجزای عقد معینی باشد، در نتیجه احتمالاً یا قطعاً از عناصر عقد است. این نوع قبض، محل بحث در وقف و... می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۳۳/۱).

برخی از فقها معتقدند که به نظر همه فقها قبض در وقف شرط است و کیفیت آن مانند بیع است، بدین صورت که واقف، مال موقوفه را از تصرف خود خارج کند یا موقوف علیه بر آن وضع ید نماید یا بنا بر وضعیت وقف جابه‌جایی در مال موقوفه صورت بگیرد (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۲/۲). به نظر می‌رسد که این مثال مطابق موضوع نیست؛ زیرا چه قبض در وقف را شرط صحت بدانیم و چه شرط لزوم، اثر عقد فراتر از این امر است. بدین صورت که اگر قبض شرط صحت باشد، پیش از قبض، وقف محقق نشده ولی اگر شرط لزوم باشد وقف تا قبل از قبض جائز و قابل رجوع خواهد بود، نه آنکه قبض نقش اجرای عقد را داشته باشد. قانون‌گذار مدنی نیز موضع صریحی در این باره اتخاذ نکرده است؛ چرا که از یک سو به نظر می‌رسد در مواد ۵۰ و ۶۰ قانون مدنی شرط صحت وقف می‌داند و از سوی دیگر، ماده ۶۱ را چنین انشا نموده است:

وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند از آن رجوع کند... .

همان طور که ملاحظه شد، گویی وقف قبل از قبض به نحو صحت واقع شده و این قبض است که آن را به صورت لزوم درمی‌آورد. اگر غیر از این می‌بود قانون‌گذار باید می‌گفت که وقف بعد از تحقق آن لازم است؛ چرا که قبض نیز خود داخل در شرایط صحت است. به بیان دیگر، برای اینکه قبض از شرایط صحت باشد باید عبارت «حصول قبض» از ماده ۶۱ حذف گردد. بنابراین لازم است که موضوع در فقه بررسی گردد تا ماهیت قبض بیشتر معلوم شود. لذا در دو مبحث به بررسی قبض به عنوان شرط صحت و قبض به عنوان شرط لزوم می‌پردازیم. در نتیجه، اگر قبض شرط صحت باشد، تا قبل از تحقق آن عمل واقف واجد اثر نمی‌باشد، اما اگر شرط لزوم باشد، اثر وقف با اراده واقف ایجاد می‌شود و قبض موقوف علیه اراده واقف را لازم و گریزناپذیر می‌نماید و بدون دخالت موقوف علیه نیز اثر وقف به وجود می‌آید.

۱-۲. قبض به عنوان شرط صحت

برخی از فقها ضمن اینکه قبض را شرط صحت وقف می‌دانند، معتقدند تا زمانی که مال به موقوف علیه داده نشود، مالکیت به موقوف علیه (در فرضی که وقف موجب مالکیت موقوف علیه شود) یا فک ملک (در صورتی که وقف فک ملک باشد) صورت نگرفته است (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۹۵). برخی دیگر نیز قبض را شرط می‌دانند اما مشخص نکرده‌اند که شرط صحت وقف است یا لزوم آن؟ به اجماع فقها، قبض شرط وقف است، همان گونه که در بیع شرط است و به این صورت می‌باشد که واقف آن را از دست خود خارج کند یا موقوف علیه آن را به دست گیرد یا بر حسب وضعیت موقوفه منتقل شود (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۳۰۲/۲). بنابراین قیاس احکام قبض در وقف با بیع نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا قبض در بیع متفاوت با وقف است و مبیع از زمان وقوع عقد بیع، وارد ملکیت خریدار می‌شود و با فوت فروشنده تغییری در وضعیت مالکیت خریدار پدید نمی‌آید، در حالی که فقها اتفاق دارند که اگر واقف چیزی را وقف کند که ملک اوست و آن را از دست خود خارج نکند و در اختیار موقوف علیه یا ولی او قرار ندهد، وقف نیز صحیح نیست و مال همچنان در ملکیت مالک است و با فوت او به ورثه‌اش منتقل می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰: ۵۹۵؛ حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۱/۲). برخی دیگر معتقدند که اختلافی نیست در اینکه برای تمام شدن وقف قبض شرط است از این جهت که با قبض آثار عقد بر آن بار می‌شود بدین صورت که عقد وقف جزء سبب در انتقال موقوفه است و با قبض اسباب انتقال تمام می‌شود و عقد در نفس خودش محقق می‌گردد، ولی انتقال مالکیت منوط به قبض است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۵۸/۵). اما این امر مخالف با اجماعی است که فخرالمحققین به آن معتقد بوده است: شکی نیست که وقف بعد از اتمام آن لازم است، اما سؤال اینجاست که چه زمانی وقف تمام می‌شود؟ نزد ما به اجماع با ایجاب و نزد پدرم بنا بر اقوی با قبول (حسینی عاملی، بی‌تا: ۹/۹).

بنابراین اجماع زمان فخرالمحققین نه تنها عقد بودن وقف را زیر سؤال می‌برد، بلکه اصولاً شرطیت قبض در وقف را -چه به صورت شرط لزوم و چه شرط صحت- نفی می‌کند. بدین صورت که همان گونه که فخرالمحققین بیان می‌نمایند تا زمان ایشان وقف اجمالاً عملی حقوقی است که به اراده واقف مربوط می‌شود و نه اراده

موقوف علیه و قبض وی در تحقق آن مداخلیت ندارد. شهید ثانی همچنین با تکیه بر نظر فقهای که قبض را شرط لزوم وقف می‌دانند، معتقد است که هرچند این فقها لفظ لزوم را برگزیده‌اند، منظورشان این بوده که قبض هم شرط لزوم است و هم شرط صحت و برای این امر جدای از اجماع - که بر خلاف اجماعی است که تا قرن هفتم قمری، فخرالمحققین بر مبنای آن حکم به تمامیت وقف به ایجاب نموده است - به روایت صحیح صفوان از امام کاظم علیه السلام - که شرح آن گذشت - استناد نموده است (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۵۸/۵)، در حالی که اتفاقاً این حدیث می‌تواند دلیلی بر آن باشد که قبض شرط لزوم است و نه صحت، به گونه‌ای که برخی از فقها نیز از عبارت «أن يرجع فیها» چنین استنباط نموده‌اند که اگر قبض شرط صحت می‌بود، پیش از قبول، مال از ملکیت واقف خارج نمی‌شد؛ زیرا رجوع واقف از چیزی که در ملکیتش است، معنا ندارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۹/۲۰). همچنین ابوالصلاح حلبی در کتاب *الکافی فی الفقه* ابتدا به شرایط وقف می‌پردازد که یکی از این شرایط قبض است. سپس تحقق وقف را منوط به تمام شدن آن شروط می‌داند (۱۴۰۳: ۳۲۴). بیشتر حقوق‌دانان نیز با توجه به مواد ۵۹ و ۶۰ قانون مدنی معتقدند که قبض شرط صحت وقف می‌باشد (امامی، بی‌تا: ۵۸/۱؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۲۳۶/۱).

۲-۲. قبض به عنوان شرط لزوم وقف

جمع دیگری از فقها بر آن‌اند که قبض تأثیری در تحقق وقف ندارد. به این صورت که با ایجاب و قبول - آنان که وقف را عقد می‌پندارند - و به ایجاب - کسانی که در وقف قبول را لازم نمی‌دانند - مال موقوفه از ملکیت مالک خارج می‌شود و در ملکیت موقوف علیه - در صورتی که وقف انتقال مالکیت باشد - وارد می‌شود و تا قبل از قبض، واقف می‌تواند از اراده خود رجوع کند. اما هنگامی که مال موقوفه را به قبض موقوف علیه داد، دیگر حق رجوع ندارد. از عموم روایات وارده نیز چنین استنباط می‌شود که قبض نه در تحقق و نه در لزوم وقف مؤثر نیست، فقط در روایت صفوان از امام کاظم علیه السلام به صراحت از قبض سخن به میان آمده که در آنجا هم حمل بر شرط لزوم می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۰۹/۲۰).
 شیخ طوسی نیز معتقد است هنگامی که واقف چیزی را وقف کرد و به موقوف علیه قبض نمود، ملکیتش نسبت به آن شیء زائل می‌شود، ولی اگر به قبض وی نداد وقف

لازم نمی‌شود. هرچند برخی معتقد به لازم بودن وقف بدون قبول و به صرف عقد باشند - این نظر را به برخی از علمای اهل سنت نسبت می‌دهند- شرط لزوم بودن قبض را مستند به اجماع فقهای شیعه می‌نمایند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۶/۳؛ همو، ۱۴۰۷: ۵۳۹/۳) و برخی دیگر ضمن آنکه قبض را شرط لزوم می‌دانند، به صراحت بین شرط صحت و لزوم تفاوت می‌گذارند و بیان می‌دارند که با وقف از جانب واقف، وقف صحیح می‌باشد اما لزوم و پایداری آن مبتنی بر قبض است (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۹۸).

توجه به این سخن علامه حلی که «نزد ما علمای امامیه وقف با عقد و قبض مانند هبه و وصیت لازم می‌شود، در صورتی که به قبض داده نشود واقف می‌تواند از آن برگردد» (۱۳۸۸: ۴۲۷)، می‌تواند از این بابت راهگشا باشد که ایشان وقف را با عقود مقایسه نموده که قبض در آن‌ها شرط لزوم است و در صحت آن‌ها مؤثر نیست.

۲-۳. تحلیل و ارزیابی

بنابراین قبض در وقف شرط لزوم آن است؛ چرا که اگر شرط صحت می‌بود، می‌بایست در صورت فوت موقوف‌علیهم قبل از قبض موقوفه وقف باطل شود، در حالی که در این مورد قبض سایر موقوف‌علیهم یا طبقات بعدی کفایت می‌کند. به دیگر بیان، اگر قبض شرط صحت باشد، فوت موقوف‌علیه به معنای عدم تشکیل وقف و عدم تحقق ارکان آن است و چنین وقفی باید باطل باشد چنانچه فوت هر یک از طرفین هر عقدی قبل از تحقق ارکان آن باعث می‌شود که اساساً آن عقد شکل نگیرد.

۳. وضعیت مال موقوفه

برای پاسخ به این سؤال که سرنوشت مال موقوفه چه می‌شود؟ پاسخ‌های متعددی می‌توان تصور نمود؛ اول آنکه مال موقوفه به ملکیت موقوف‌علیه درمی‌آید. دوم آنکه واقف همچنان مالک مال موقوفه باقی می‌ماند و سوم آنکه اساساً مال موقوفه نه به موقوف‌علیه می‌رسد و نه در ملک واقف باقی می‌ماند، بلکه فک (تحریر) ملک است یا مالکیت آن به خداوند می‌رسد. هر کدام از این نظرات طرف‌دارانی در فقه دارد. هرچند برخی از حقوق‌دانان با تکیه بر آرای فقیهانی که مالکیت مال موقوفه را از آن

خداوند یا وقف را فکّ ملک می‌دانند، خواسته‌اند مفهوم وقف را با شخصیت حقوقی منطبق کنند، به نظر می‌رسد ظاهر ماده ۳ قانون اوقاف نیز این نظر را پذیرفته است و بررسی دوباره آن برای پاسخ به این پرسش که آیا وقف می‌تواند نمونه‌ای از ایقاع مملک باشد، می‌تواند ما را یاری نماید. بنابراین در دو بخش به بررسی این موضوع می‌پردازیم که آیا لازمه وقف خروج ملک از ملکیت واقف است؟ اگر چنین است، بعد از خروج ملک از ملکیت واقف، مال موقوفه از آن کیست؟ در نهایت، پس از اثبات این امر که در فقه وقف ایقاع است و قبض در تحقق آن نقشی ندارد، با اثبات مالکیت عین و منافع یا منافع به تنهایی می‌توان با صراحت بیشتری از ایقاع مملک بودن وقف جانب‌داری نمود.

۱-۳. خروج وقف از ملک واقف

برخی از فقها استدلال نموده‌اند که بنا بر قول پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که فرمود: «حبس الأصل وسبل الثمرة» است، ظاهر از واژه حبس ابقای مال در مالکیت واقف است (کمپانی، ۱۴۱۸: ۹۸/۳). اما در پاسخ می‌توان گفت که «حبس الأصل» به موقوف‌علیه برمی‌گردد، همان طور که تسبیل منفعت نیز به وی برمی‌گردد. در توجیه خروج مال موقوفه از ید واقف نیز استدلال شده است از آنجا که حقیقت وقف ایقاف است، لازمه ایقاف نیز خروج مال از ملکیت واقف است؛ زیرا وقتی واقف نمی‌تواند در عین مال و منافع آن تصرف کند و تعلق بدان ندارد، عقلاً بقای مالکیت وی را معتبر نمی‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۳۲/۱). برخی دیگر نیز مالکیت را از امور اعتباری می‌دانند و معتقدند که بر امور اعتباری آثار لغو و بیهوده بار نمی‌شود و از شارع و عقلاً بعید است که کار بدون اثر انجام دهند، لذا اعتبار این امر که مالی متعلق به واقف باشد، ولی وی ناتوان از دخل و تصرف در آن باشد و نتواند از منافع آن استفاده کند، امری لغو و بیهوده خواهد بود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲۲/۱۶). همچنین استدلال شده که از نصوص و اخبار باب وقف نیز استفاده می‌شود که واژه «بتلاً بتلاً» به معنای انقطاع مال از ملک واقف است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲۲/۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۳۲/۱). بنابراین به نظر می‌رسد متون فقهی مشحون از این نظر است که با وقف، مال از ملکیت واقف خارج می‌شود به گونه‌ای که می‌توان آن را قول مشهور دانست (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۰/۲۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۴/۲۲).

هرچند برخی از فقها بر آن اظهار اجماع نموده‌اند (حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۲۹۸)، آنچه بین فقها اختلاف‌انگیز است وضعیت مال موقوفه پس از خروج از ملکیت واقف می‌باشد.

۲-۳. مالک موقوفه خداوند است

بیشتر پیروان این نظریه معتقدند که وقف ازاله ملک از عین و منفعت به وجه تقرب است. پس ملک همانند عتق به خداوند منتقل می‌شود؛ چرا که اگر ملک کسی می‌بود با توجه به حدیث «الناس مسلطون علی أموالهم» می‌توانست آن را به بیع منتقل نماید (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲/۲۲۵). در حالی که در پاسخ گفته شده که عتق با وقف تفاوت دارد؛ چرا که در عتق مالیت از بین می‌رود، اما در وقف مالیت از بین نمی‌رود و منع شدن موقوف‌علیه از بیع موقوفه مقتضی خارج شدن مال موقوفه از آن که ملک کسی باشد، نیست (حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳: ۶/۲۹۴). همچنین در رد مالکیت خداوند بر مال موقوفه استدلال شده که خداوند مالک آسمان و زمین و آنچه که در آن است، می‌باشد. حتی املاکی که ملک مختص انسان‌ها هستند متعلق به خداوند. برخی دیگر از فقها با تفاوت گذاشتن بین وقف عام و خاص معتقدند که وقف عام ملک الله می‌باشد؛ چرا که در آن، حق هر یک از مستحقان مساوی بوده و استحاله ملک از یک نفر یا چند نفر و یا غیر معین به خاطر اجماع است و برتری هر یک از مستحقان ترجیح بلامرجح می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵/۳۷۷).

۳-۳. فکّ ملک

برخی از فقها تفاوت بین فکّ ملک و تعلق مالکیت موقوفه به خداوند را در این می‌دانند که اگر موقوف‌علیه جهت عامه باشد، موقوفه ملک الله است اما اگر وقف بر مسجد باشد فکّ ملک یا تحریر ملک است (حلی، قواعد الاحکام: ۱۴۱۳: ۲/۳۹۴). البته برخی دیگر از فقها تفاوتی میان این دو قائل نیستند و هر دوی آن‌ها را ملک الله می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵/۳۷۷). اینان بر آن‌اند که با وقف عین موقوفه از مالکیت واقف خارج می‌شود، اما خروج از ملکیت واقف با تملیک آن به دیگری ملازمه ندارد. شیخ انصاری ضمن تقسیم اوقاف به وقفی که ملک موقوف‌علیه می‌شود و وقفی که ملک کسی نمی‌باشد آن را تحریر مال می‌داند که در حد فکّ ملک است (انصاری، ۱۴۱۵: ۴/۵۳). برخی دیگر از فقها برای وقف اقسام مختلفی تصور نموده‌اند و یک نوع وقف را

موجب حق تقدم برای استفاده کنندگان از آن می‌دانند مثل پل‌ها و کاروانسراها که در آن‌ها فک ملک صورت می‌گیرد که موجب ابطال مالکیت واقف می‌شود (نابینی، ۱۳۷۳: ۳۴۷/۱). برخی دیگر نیز در توجیه ممنوعیت فروش وقف استدلال نموده‌اند که مال موقوفه نه ملک واقف و نه ملک موقوف‌علیه است، در واقع وقف تحریر یا فک ملک است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۷۸/۳). اما بر مبنای نظر جمعی از فقها که در سرنوشت مال موقوفه به اراده واقف نظر داشته‌اند، اگر واقف اراده کند که مال وارد ملکیت موقوف‌علیه شود، در نظر گرفتن فک ملک مستلزم بطلان وقف وی است؛ چرا که واقف ورود مال در ملکیت موقوف‌علیه را اراده نموده است، اما در این نظر فقط مال از ملکیت واقف خارج می‌شود ولی ورود آن در ملکیت موقوف‌علیه با مانع روبه‌روست.

۳-۴. موقوفه ملک موقوف‌علیه است

شیخ انصاری وقف بر گروهی خاص مثل وقف بر فرزندان را باعث انتقال مالکیت به موقوف‌علیه می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۳/۴). به زعم برخی دیگر وقف عقد است و لازمه آن خروج مال موقوفه از مالکیت واقف و ورود آن به ملکیت موقوف‌علیه است (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۰/۲۸). برخی به این استدلال پاسخ داده‌اند که از یک سو معقول نیست که وقف با معنای مشترک موجود در همه اقسام آن، عقد باشد؛ زیرا معنا ندارد وقف بر کبوتران خانه خدا عقدی بین واقف و موقوف‌علیه باشد. یا باید برخی از مواردی را که در وقف بودن آن‌ها شکی نیست، وقف ندانیم یا بپذیریم که وقف در برخی موارد عقد است و در برخی از موارد ایقاع. از سوی دیگر، دلیلی وجود ندارد که هر جا قبول باشد مالکیت هم ایجاد شود؛ زیرا متعلق بسیاری از عقود ملکیت نیست از قبیل نکاح، صلح و عاریه (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۳۰-۱۳۱/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۰/۳). برخی دیگر از فقها نیز از نصوص باب وقف چنین استنباط نموده‌اند که مالکیت به موقوف‌علیه منتقل می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۰/۲۸). برخی هم با تفاوت گذاشتن بین وقف عام و وقف خاص معتقدند که در وقف عام ملکیت به خداوند و در وقف خاص ملکیت موقوفه به موقوف‌علیه منتقل می‌شود؛ چرا که مالک باید وجود خارجی داشته باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۵)، اما با مراجعه به کتب فقهی مشخص می‌شود که بسیاری از فقها با

پذیرش انتقال مال موقوفه به موقوفه‌علیه در وقف عام بر درستی این ادعا که امور کلی و جهت می‌توانند مالک باشند، صحه گذاشته‌اند (راوندی، ۱۴۰۵: ۲۹۳/۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۲/۳). البته برخی دیگر با تکیه بر اخبار رسیده در این مورد بر آن‌اند که بر کسی پوشیده نیست که از این اخبار قطع و یقین به دست می‌آید که هر گاه موقوفه‌علیه موجود و منحصر باشد، ملک به وی منتقل می‌شود و هر گاه موقوفه‌علیه جهت یا عام باشد مانند فقرا نهایت چیزی که از اخبار به دست می‌آید، خروج ملک از ید واقف است اما اینکه به خداوند منتقل می‌شود یا به موقوفه‌علیه، دلالتی از اخبار بر این امر نیست (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۶/۲۲). برخی دیگر معتقدند که استحقاق نماء و منفعت و ضمان تلف تابع مالکیت عین است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۷/۳) که به این استدلال چنین پاسخ داده شده که گاهی برای منافع و نمائات انشای مستقلی صورت می‌گیرد و در برخی موارد انشای مستقلی بر آن صورت نمی‌گیرد. در فرض اول تصور جدایی مالکیت منافع از مالکیت عین می‌رود، به گونه‌ای که مالکیت منافع کاشف از مالکیت عین نمی‌باشد، اما در مورد دوم مالکیت منافع کاشف از مالکیت عین است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲۳/۱۶). همچنان که برخی اوقاف افاده حق انتفاع می‌کنند، نه ایجاد مالکیت منافع تا بتوان گفت که این منافع کاشف از مالکیت عین دارند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۹۹/۳)، اما در ارتباط با ضمان تلف برای موقوفه‌علیه این ضمان همواره بر ملک وارد نمی‌شود بلکه ممکن است اضافات ملکی هم موجب ضمان گردند همان گونه که اگر منافع انسان آزاد تلف شود متلف ضامن است در حالی که انسان آزاد مال نیست و کسی هم نسبت بدان مالک نیست. پس می‌توان تصور نمود که مال موقوفه ملک موقوفه‌علیه نباشد بلکه محبوس برای وی باشد و به مجرد مصرف منافع آن -تلف- از ناحیه دیگران ضمان به سود وی ایجاد شود (همان: ۹۹/۳). در لزوم ورود مالکیت موقوفه به ملکیت موقوفه‌علیه می‌توان استدلال نمود که موقوفه‌علیه رکنی از ارکان وقف است. اگر وقف فک ملک است، پس از چه باب به موقوفه‌علیه نیاز است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۲۳/۱۶) که این استدلال هم رد می‌شود به اینکه نیاز به موقوفه‌علیه از این حیث نیست که وقف فک ملک است بلکه از این حیث است که منافع ملک حبس شده، به چه کسی تعلق دارد (همان)، مضافاً اینکه بعضی از اوقاف متوقف بر موقوفه‌علیه نیست

(اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۰۰/۳). همچنین استدلال شده است از آنجا که در شرع مال بلا مالک وجود ندارد و هنگامی که با وقف خروج مال از ملکیت واقف فرض شود، واقف نیز تعلق مال را به موقوف‌علیه قصد نموده است، مقتضای شرعی این امر آن است که به آنچه قصد شده ترتیب اثر داد (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۲/۲۸). در حالی که قدر مسلم، مال موقوفه از ملکیت واقف خارج شده و یقین به مملوک بودن مال موقوفه وجود ندارد و برای بی‌صاحب بودن مال نیز مانعی وجود ندارد، همان گونه که مال اعراض شده قبل از آنکه کسی آن را تملک کند، مال بدون مالک است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۳۲/۱).

علی‌رغم آنکه در کتاب *السراائر قولی* نقل شده که در وقف، موقوفه به خداوند منتقل می‌شود. در حالی که صاحب کتاب معتقد است که مال موقوفه به ملکیت موقوف‌علیه درمی‌آید. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۳)، برخی از فقها امکان ادعای اجماع بر مالکیت موقوف‌علیه خصوصاً در وقف خاص را قوی می‌دانند و قولی را که در کتاب *السراائر* آمده، به وقف عام نسبت می‌دهند (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۳/۲۸). به نظر می‌رسد تسبیل منافع برای موقوف‌علیه به صورت ابدی با ملکیت عین به صورت عرفی برای آن‌ها ملازمه دارد.

برخی دیگر از فقها برای تحلیل سرنوشت مال موقوفه بهترین راه را مراجعه به اراده واقف می‌دانند. پیروان این دیدگاه متذکر می‌شوند که اگر واقف با وقف، تملیک را اراده نماید مانعی برای ترتیب اثر دادن به این اراده وجود ندارد و در این هنگام همه آثار ملکیت بر آن بار می‌شود. وانگهی اگر واقف اراده نماید که مال مورد وقف در ملکیت خودش باقی باشد مانعی نخواهد داشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۲۳۴/۱). هرچند برخی دیگر در منفعت مال موقوفه نیز اراده واقف را ملاک قرار داده‌اند و معتقدند که گاهی واقف، موقوف‌علیه را مالک منفعت موقوفه قرار می‌دهد و گاهی نیز قصد دارد که مال موقوفه بدون حصول ملکیت به مصرف موقوف‌علیه برسد و هر گاه واقف، منفعت مال موقوفه را در نظر داشته باشد باید خود آن منفعت به موقوف‌علیه داده شود و جایگزین کردن آن منفعت با چیز دیگر امکان ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۳۲/۲). عده‌ای از فقها نیز در وقف خاص و وقف برای گروهی خاص معتقد به ایجاد ملکیت برای موقوف‌علیه هستند (نابینی، ۱۳۷۳: ۳۴۷/۱).

هرچند در ظاهر مقدمه دوم این استدلال (اراده واقف مبنی بر باقی ماندن مال موقوفه در ملکیت خودش) مخالف با معنای مصطلح، عرفی و شرعی وقف است؛ چرا که به نظر

بیشتر فقها، بر اساس اخبار با وقف مال از ملکیت واقف خارج می‌شود، ولی اختلاف در این است که بعد از خروج به چه کسی منتقل می‌شود. در واقع، فقها بر خروج مال از ملکیت واقف اتفاق دارند، هرچند در انتقال آن به خداوند یا موقوف‌علیه اختلاف دارند.

۳-۵. تحلیل و ارزیابی

با بررسی آثار فقها مشخص می‌شود که اگر از ادعای اجماع بر مالکیت موقوفه برای موقوف‌علیه هم بگذریم قول مشهور و به بیان مؤلف کتاب *الحمدائق*، قول اشهر مالکیت موقوفه برای موقوف‌علیه است. این در حالی است که مالکیت منافع برای آن‌ها کمتر مورد اختلاف قرار گرفته و عموم فقها اتفاق نظر دارند که منافع مال موقوفه به ملکیت موقوف‌علیه درمی‌آید. بنابراین وقف بدون اراده موقوف‌علیه مالکیت عین و منافع را برای وی همراه خواهد داشت. همان‌گونه که اثبات شد از یک سو وقف به اراده واقف محقق می‌شود و تشّت آرای فقها در این رابطه که تحقق وقف به اراده و قبض موقوف‌علیه منوط است، مغایر با نص روایات است. از سوی دیگر، می‌توان در فقه پایگاهی برای مالکیت موقوف‌علیه بر عین موقوفه یافت، هرچند که اگر از این پایگاه بگذریم در رابطه با منافع مال موقوفه، اختلاف کمتری وجود دارد که متعلق به موقوف‌علیه باشد. در نتیجه، به هر صورت حدی از مالکیت برای موقوف‌علیه متصور است که با جمع این موضوع و مطالب مربوط به قبول و قبض در وقف باید تردیدها را از ذهن زدود و به ایقاع مملک بودن وقف نظر داشت.

نتیجه‌گیری

بر اساس آرای فقها، وقف از جمله ایقاعات است و قبول در تحقق آن نقشی ندارد. همچنین قبض از شرایط لزوم وقف بوده و با تحقق آن، واقف ناتوان از دخل و تصرف در وقف است. مالکیت عین و منافع مال موقوفه به صرف اراده واقف وارد ملکیت موقوف‌علیه می‌شود. بدین صورت نه تنها وقف از جمله ایقاعات است، بلکه از ایقاعاتی است که نتیجه آن نیز تملیک عین یا منفعت مال می‌باشد و می‌توان معتقد به ایقاع مملک بودن وقف شد. هرچند قانونی مدنی این نظر را نپذیرفته است، این مقاله می‌تواند در بازگشت وقف به ماهیت خود کمک نماید و دیدگاه معتدل‌تری را در زمینه پذیرش ایقاعات مملک به همراه آورد.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، بی تا.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. بحر العلوم، محمد بن محمدتقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی حلبی، حمزة بن علی بن زهره، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۳. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۵. همو، تذکره الفقهاء، قم، آل البيت علیه السلام، ۱۳۸۸ ق.
۱۶. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. همو، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. راوندی، قطب الدین سعید بن هبة الله، فقه القرآن، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۲۱. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، المراسم العلویة والاحکام النبویة، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، التتبیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، الهدایة فی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام هادی علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.

۲۴. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. طباطبایی حائری، سیدعلی، ریاض المسائل، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، تکملة العروة الوثقى، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فيما اختلفت من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۸. همو، الخلاف، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۹. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، با حاشیه کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۵. مفید، عبدالله محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۱۳ ق.
۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، ۱۴۲۱ ق.
۳۷. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۸. ناینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، تهران، المكتبة المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۳۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.