

# تحول نهاد وقف و دورنمای آینده<sup>۱</sup> آن؛ مطالعه<sup>۲</sup> تطبیقی-تاریخی

ناصر کاتوزیان

## چکیده

۱. مقدمه: در کشور ما «نهاد وقف» هم از نظر چهره عبادی و قصد تقرب در آن و هم از جهت اقتصادی، اهمیت فراوانی دارد؛ چندان که می‌توان گفت در طول تاریخ، یکی از وسایل عمومی شدن مالکیت خصوصی و توزیع عادلانه ثروت و حفظ میراث فرهنگی و شعایر مذهبی بوده است. با وجود این، حبس عین مال موقوف، بویژه در مورد املاک، سبب شده است که بخشی از سرمایه ملی از گردش بیفتند و بی‌مبالاتی متولیان وقف و اختلاف موقوف علیهم، این نهاد مفید حقوقی و اجتماعی را از اثر مطلوب خود منحرف سازد و باعث ویرانی املاک کشاورزی شود. دشواری فروش مال موقوف و استثنایی بودن موارد «تبدیل به احسن»، آرمانهای واقف و حکمت تشریح وقف را خنثی می‌کند و ضرورت بازنگری در قواعد

سنتی را با حفظ موازین شرعی آشکار می‌سازد؛ در حالی که بنیادها و مؤسسه‌های خیریه‌ی امروز جهان، با بهره‌مندی از دو مفهوم زیر، از عیوب نهاد وقف پرهیز کرده‌اند و سرمایه در درون دارایی بنیاد، گردش طبیعی خود را دارد. این دو مفهوم عبارتند از: (۱) «شخصیت حقوقی» بنیاد و تعلق اموال به این شخصیت؛ (۲) مفهوم نهاد کلی دارایی و استقلال آن در برابر اجزاء دارایی.

۲. دلایل و اهداف: هر دو مفهوم «شخصیت حقوقی» و «دارایی» در حقوق کنونی ما وجود دارد: شخصیت حقوقی موقوفه به تدریج در فقه شکل گرفت و شناخته شد و قانون اوقاف آن را رسمی کرد. مفهوم دارایی کلی و مستقل از اجزاء نیز، که خود شاخه‌ای از شخصیت حقوقی اموال است، امروز از امور بدیهی است. پس، ذهن کنجکا و در برابر این پرسش قرار می‌گیرد که چرا ما با استفاده از ابزارهای نوبه بازنگری قواعد سنتی و از جمله «حبس عین» نپردازیم و نقص این نهاد مفید را همچون بنیادهای خیریه در جهان برطرف نسازیم؟ طرح «تحول مفهوم وقف و دورنمای آینده آن» تلاشی است برای نزدیک ساختن مفهوم وقف به بنیادهای خیریه با حفظ موازین فقهی؛ و همه ابداع و ابتکار در این تلفیق و همگامی است و می‌تواند نظام حقوقی وقف را دگرگون سازد و کاربرد اقتصادی و اداری فراوان داشته باشد.

۳. موضوعات و عناوین کلی: (۱) انگیزه‌های روانی و اجتماعی وقف (۲) تاریخ شکل یافتن فکر شخصیت حقوقی وقف در فقه و بازتاب آن در قوانین کنونی (۳) تحول هدفها و نیازهای عمومی (۴) شیوه وقف و اثر این تحول در وقف و بیهودگی حبس عین (۵) ساختار بنیادهای خیریه در کشورهای دیگر.

\* \* \*

هدف از وقف و نقش آن در تکوین نهاد حقوقی شناخت هیچ ماهیتی، جز از راه پی بردن به هدف آن ممکن نیست. نهاد وقف نیز تابع همین قاعده است: برای پی بردن به فلسفه وقف و هدفهای این نهاد حقوقی، بحثی تاریخی و روانی مورد نیاز است تا به وسیله آن، انگیزه‌های واقفان و مصلحتهای اجتماعی و نیز سیاست حقوقی در این زمینه از نزدیک مطالعه شود. انگیزه‌های روانی وقف چندان گونه‌گون است که به دشواری

می توان آنها را به شمارش کشید. با وجود این، بر مبنای غلبه انگیزه خودخواهی یا اندیشه های غیرخواهی، می توان آنها را به دو گروه اصلی تقسیم کرد:

#### ۱. میل به جاودانه زیستن و مبارزه با نیستی

در این گروه، انگیزه خودخواهی بر اندیشه خیر می چربد؛ هر چند که ممکن است فرد برای رسیدن به هدف نهایی ناچار شود که به کارهای مفید اجتماعی دست زند و از این راه به دیگران نیز نفعی برساند. پس نباید تقابل این دو گروه را با تقسیم مرسوم وقف خاص و عام اشتباه کرد. زیرا احتمال دارد که وقف عام به انگیزه شهرت یافتن یا ماندگار شدن انجام پذیرد یا در وقف خاص هدف، دستگیری و حمایت از شخص معین یا گروهی محدود باشد.

برای توضیح این گونه انگیزه ها، بحث را با این ترس دیرین روانی آغاز می کنیم که بیم از مرگ و نیستی همیشه انسان را آزرده و خطر نابودی، امنیت خاطر او را از بین برده است؛ چندان که در حال آسایش و توفیق نیز از آن رنج می برد. در ادب پارسی نیز بارها از این رنج و دغدغه خاطر سخن رفته است؛ چنانکه خواجه شیراز در وصف این نگرانی می سراید:

مرا در منزل جانان چه امن عیش، چون هر دم  
جرس فریاد می دارد که بر بندید محملها  
شب تاریک و بیم موج و گردابی چنین هایل  
کجا دانند حال ما سبکباران ساحلها

نگرانی از آینده تاریک و بیم موج و گردابی هولناک که بر سر راه است، هر عاقلی را به اندیشه وامی دارد که چه کند. آیا این دلهره و ترس بیهوده است و باید بر آن غلبه کرد؟ یا راهی وجود دارد که بتوان از تاریکی و موج و گرداب به سلامت گذشت و به سبکباران ساحلها پیوست؟

حکیمان کوشیده اند تا از راه منطق بر این ترس غلبه کنند؛ چنانکه گفته شده است که بیم داشتن از مرگ، ناروا و بیهوده است؛ چراکه تا انسان وجود دارد مرگ نیست، و زمانی که مرگ آید انسان نیست. این استدلالی است که به زبان، مشکل را حل می کند، ولی پاسخ دل مشویش و مضطرب را نمی دهد و ترس از حادثه بنیان کن عمر را بر طرف نمی سازد.

شوپنهاور به شیوه دیگری چاره درد می کند: حکیم آلمانی در سده هجدهم، در کتاب «جهان نمایش و اراده است» فلسفه خود را با این سخن آغاز می کند که «جهان تصور من است» و مقصود

از جهان تصویری، عوارض و حادثه‌هایی است که به حس و شعور ادراک می‌شود و تابع وجود و ذهن انسان است. او اراده را اصیل و منبع همه نیروها می‌داند و درباره مرگ می‌نویسد:

چون اراده همان مهر به هستی و زندگی است، پس هر موجودی از مرگ گریزان و بیمناک است؛ ولیکن مرگ فقط عارض اموری است که متعلق به جهان عوارض و حوادث است و عارض ذات که همان اراده یا نفس است نمی‌شود... مرگ عارض افراد است نه انواع، پس فرد چون بمیرد مرگ او عبارت از برطرف شدن عوارضی است که حادث شده بودند، اما حقیقت او - یعنی نفس - که حادث نبوده باز باقی است و به اصل خود - یعنی به اراده کل بازگشت می‌نماید...<sup>۱</sup>

پیامبران الهی نیز وعده جاودانگی روح را دادند تا آرامش انسان را تأمین کنند و از همه مهم‌تر، وعده دیدار معشوق را هم بر آن افزودند. به انسان نهیب زدند که به سوی حق می‌رود و در آن پیشگاه عدالت، مسئول اعمال خویش است. این وعده الهی، که از روزن دل و با ابزار ایمان نفوذ می‌کرد، در مؤمنان مؤثر افتاد و به قلب آنان اطمینان بخشید. اما این اثر ویژه مؤمنان و مخلصان است و تنها ترس صافیان را از بین می‌برد؛ دیگران همچنان در جستجوی راهی برای فرار از مرگ هستند. وانگهی، در دل این صافیان و مؤمنان نیز امید به جاودانگی و رجوع به حق و رسیدن به معشوق، دغدغه دیگری آفرید و ترس از نیستی جای خود را به ترس از حسابرسی روز واپسین و مکافات آن داد. گویی جوهر حیات و هستی، پیوسته در حال مبارزه با نیستی است و سرشت انسان نیز همگام با همین قانون آفریده شده است.

در داستانهای قدیمی، شرح این مبارزه به تفصیل دیده می‌شود که چگونه زورمندان در پی اکسیر زندگی تلاش کرده‌اند: از جمله در خمسه نظامی (اسکندرنامه) آمده است که سردار مقدونی، پس از غلبه بر دارا، به انگیزه یافتن آب حیوان به حجاب ظلمات رفت، بدین خیال خام که، با تن شستن در آب حیات و نوشیدن آن، جاودانه شود و در اریکه قدرت بماند؛ ولی سرانجام در حسرت بماند و سرخورده بازگشت:

چو در چشمه یک چشم زد بنگرید	شد آن چشمه از چشم او ناپدید
بدانست خضر از سر آگهی	که اسکندر از چشمه ماند تهی
نه محرومی او نه از چشم او	نهان گشت چون چشمه از چشم او

تجربه‌هایی از این گونه نشان داد که انسان باید از این سودا بگذرد و وجود خاکی را به سرنوشت محتوم خود بسپارد. با وجود این، آرزوی ماندگار شدن همچنان باقی است و تنها، صورت مبارزه با نیستی تغییر یافته است: انسان آرزومند همین که از بقای وجود خاکی و جسم خود مأیوس شد، بر این سودا رفت که نام و یادگاری از خود باقی گذارد تا از پادها نرود. در جستجوی این یادگار، هر جمع به راهی رفتند: بعضی فرزندان صالح به بار آوردند و خود را در وجود او یافتند و بدین دل خوش کردند که تجسم افکار و اعتقادهای خود را در قالبی ساخته خود ببینند و برای آیندگان نهند؛ برخی بر آن شدند که دانشی اندوزند و آن را فراره بازماندگان سازند؛ جمع دیگر نام نیک را برگزیدند و خدمت به دیگران را بهترین شیوه شناختند، پس ناچار شدند که وسیله مالی این خدمت را، دور از دسترس وارثان، به کناری محفوظ نگاه دارند و از ترکه جدا سازند. وقف، شکل خارجی و حقوقی همین آرمان است و بر همین مبناست که در اخبار، آن را «صدقه جاریه» نامیده‌اند تا نشانه‌ای از احسان مستمر و پایدار باشد.<sup>۲</sup>

۲. میل به تحقق آرمانهای دور از دسترس در زمان حیات، تشویق پیشوایان دینی به نیکی کردن و ادامه صدقه دادن و تقرب به خدا، از انگیزه‌های دیگری است که اشخاص را وادار به وقف کردن می‌سازد. در این دسته از انگیزه‌ها غیرخواهی و احسان، بر خودخواهی غلبه دارد: امروز تمام زیارتگاهها، بخش مهمی از نوانخانه‌ها و مدارس قدیمی و حوزه‌های علمی و مسافرخانه‌ها از محل درآمد اوقاف اداره می‌شود و تنوع آن به اندازه‌ای است که از نظر جامعه‌شناسی، تحقیق مستقلی را در این باره ایجاب می‌کند؛ چندان که می‌توان گفت وقفنامه‌ها کتابی است از شرح دردها و رنجها و آرزوهای تحقق نیافته و گاه، بلندپروازیها و خودنماییها.<sup>۳</sup>

حقوق، از دیدگاه اجتماعی، علم به نیازها و در خدمت آنهاست. باید وسیله‌ای برای رفع این نیاز عاطفی و اخلاقی انسان تمهید شود که متناسب با طبیعت خواستها و نیازها باشد. وقف، این وسیله حقوقی و اقتصادی است که از دیرباز، قوانین، آن را شناخته‌اند و مذاهب نیز به گسترش آن کمک کرده‌اند.<sup>۴</sup>

## بخش نخست: تحول تاریخی نهاد وقف

### تعریف وقف و ویژگیهای آن

برای رسیدن به هدفهای مطلوب اخلاقی، انسان می‌تواند به طور غیرمستقیم عمل نماید و از وسایل دیگر نیز استفاده کند؛ مانند آن که مال خود را به شخصیت حقوقی موجود ببخشد و متبیب را ملزم سازد تا آن را در جهتی که واهب می‌خواهد به مصرف رساند. پاره‌ای از نظامهای حقوقی (مانند فرانسه) این راه غیرمستقیم را ترجیح داده‌اند، ولی توسل به این گونه تمهیدها آزادی را محدود می‌سازد و معایبی احترازا ناپذیر به بار می‌آورد. بنابراین، بهترین راه این است که حقوق، قالب متناسب و مستقیمی را در اختیار خیرخواهان و نیکوکاران قرار دهد.

از آنچه گفته شد، چنین برمی‌آید که نهاد وقف دارای سه خصوصیت ممتاز و عمده است:

۱. مال موقوف باید از نقل و انتقال و تلف مصون بماند و از شمار دارایی مالک خارج گردد؛ یعنی حبس شود. این حبس باید همیشگی باشد تا گذشت زمان نتواند آنچه را واقف ساخته است درهم بریزد.

۲. باید آنچه حبس شده در مسیر حرکت خود به سوی هدفهای وقف نهادینه شود؛ دارایی وقف اصالت یابد و تبدیل به «سازمانی حقوقی» گردد. زیرا ملک نمی‌تواند بی‌مالک بماند، مگر این که خود، نهادی مستقل باشد.

۳. آنچه حبس شده باید در راه خیر و خدمت به دیگران مصرف شود و وسیله‌ارضای خودخواهی و سودجویی قرار نگیرد. زیرا بر مبنای اندیشه غیرخواهی تأسیس شده است. این سه خصوصیت در ماده ۵۵ قانون مدنی بدین عبارت آمده است: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».<sup>۵</sup> اکنون باید به تحلیل هریک از این ویژگیها پرداخت تا مفهوم وقف روشن تر شود.

### الف. حبس دائم ملک و امکان گریز از آن

از نظر قانون مدنی، مالی وقف است که عین آن حبس شود؛ یعنی به اراده مالک، مصون از انتقال و تلف گردد. برای جلوگیری از انتقال ملک به وارثان و تملک قهری آن به وسیله طلبکاران،

مال موقوف باید از شمار دارایی واقف بیرون رود. در این که لازمه وقف مال «فک ملک» واقف است، تردید معقولی جز از بعض محققان وجود ندارد.<sup>۶</sup> تنها بحث در این است که آیا ملکیت، پس از جدا شدن از دارایی واقف، به موقوف علیهم انتقال پیدا می کند یا خود، اصالت و شخصیت می یابد؟ پاسخ این پرسش را نیز در بحثهای آینده خواهیم دید؛ ولی آنچه را باید یادآوری کرد، لزوم حبس عین و انتزاع آن از مالکیت واقف است (ماده ۶۱ ق. م. م.).

نتیجه منطقی لزوم حبس عین این است که تنها اعیان اموال را می توان وقف کرد؛ منفعت و دین<sup>۷</sup> و حق نمی تواند موضوع این نهاد حقوقی قرار گیرد. بعضی کوشیده اند که حق را نیز در زمره اعیان آورند و وقف آن را نافذ بدانند، ولی این نظر هنوز در اندیشه ها رسوخ جدی نکرده است. از میان اعیان نیز مالی قابل وقف کردن است که با انتفاع از بین نرود و حبس آن ممکن باشد (ماده ۵۸ ق. م. م.).<sup>۸</sup> این قید دامنه وقف و آزادی اراده را محدود می سازد؛ در حالی که اگر ممکن بود که اموال مورد وقف گردش اقتصادی و طبیعی خود را داشته باشند و دارایی موقوفه برای رسیدن به هدف واقف مورد بهره برداری قرار گیرد، از معایب اقتصادی این نهاد حقوقی و اخلاقی پرهیز می شد و میزان دارایی وقف نیز فزونی می یافت.

یکی از ایرادهایی که پیروان اقتصاد آزاد به «وقف» می گیرند این است که حبس مال باعث می شود که ثروت کشور از گردش و فعالیت باز ماند و زیانهای فراوان اقتصادی به بار آید و عین

موقوفه نیز رو به خرابی رود و بدرستی اداره نشود.

در حقوق قدیم، از جمله در فقه، دو مشکل اساسی وجود داشت که حبس عین مال را برای بقای وقف ایجاب می کرد؛ ولی در نظریه های جدید حقوقی این هر دو مشکل از بین رفته است: مشکل نخست در پذیرش شخصیتی اعتباری و غیر از انسان برای وقف بود که امروزه ما به آن شخصیت حقوقی می گوئیم. مشکل دوم شناخت مفهوم دارایی به عنوان موجود اعتباری مستقل از اجزاء آن است.

این امکان با پخته شدن و پرورش دو نظریه «شخصیت حقوقی» و «دارایی» به وجود می آید. زیرا اگر پذیرفته شود که اختصاص اموال به مصرف خاص و برای رسیدن به هدف معین، خود شخصیت حقوقی به وجود می آورد و این موجود اعتباری می تواند دارایی خاص داشته باشد، و نیز اگر قبول شود که دارایی مفهومی کلی و مستقل از اجزاء آن است و با فزونی و کاستی اجزاء از بین نمی رود، برای استمرار کار وقف، کافی است گفته شود که آنچه وقف شده در شمار دارایی این شخصیت است و انتقال و تلف هر جزء به آن مفهوم کلی صدمه نمی زند؛ آنگاه نه حبس مال ضرورت دارد و نه محدود کردن وقف به اعیان اموال لازم می آید. تنها لازم است که واقف، شخصیت یا بنیاد مورد نظر را به وجود آورد و مال وقف را به آن تملیک کند.

ولی از آنجا که نظریه های یاد شده نزد پیشینیان به صورت کنونی پرورش نیافته بود، با این که به اجمال آنها را می شناختند و آثار این مفاهیم را رعایت می کردند، استقرار وقف را منوط به بقای عین موقوف می دانستند. پس ناچار بودند که لازمه وقف را حبس عین مال قرار دهند. همین نظریه از فقه به قانون مدنی رسیده و در آن، وقف به «حبس عین و تسبیل منفعت» تعریف شده است.

این نکته نیز ناگفته نماند که وجود نهاد حقوقی وقف و گسترش آن در حقوق اسلام و قانون مدنی، هر چند که وابسته به حبس اموال موضوع آن باشد، خود نشانه تکامل فکری درخشانی است که هنوز هم حقوق بعضی از کشورهای متمدن کنونی نتوانسته اند پذیرای آن شوند. زیرا در نظام وقف، مالی که به هدفهای آن اختصاص می یابد، بدون نیاز به اذن دولت و تنها در اثر تراضی مالک و ذی نفع در انتفاع از آن، به شخصیت حقوقی تبدیل می شود و می تواند دارای حق و تکلیف شود.<sup>۹</sup>

شرط ایجاد چنین سازمان حقوقی ای دوام وقف است که در فقه و قانون مدنی از شرایط عمومی وقف است.<sup>۱۰</sup> پاره ای از فقیهان درباره این شرط تردید کرده اند<sup>۱۱</sup> که دیگران بدان پاسخ گفته اند و منشأ تردید، درستی وقف منقطع است.<sup>۱۲</sup>



### ب. شخصیت حقوقی ناشی از اختصاص مال به هدف خیر

پس از این که عین مال، حبس و منافع آن به مصرف معین اختصاص یافت، مهم ترین مسأله ای که در حقوق سنتی مطرح می شود وضع تعلق این مال است: (۱) آیا عین حبس شده همچنان در مالکیت واقف باقی می ماند؟ (۲) آیا این عین به موقوف علیهم تملیک می شود و به آنان تعلق دارد؟ (۳) آیا وقف، خود سازمان خاص می یابد و از شخصیت حقوقی بهره مند می شود و عین مال به این سازمان تعلق پیدا می کند؟

هریک از این احتمالات طرفدارانی در فقه دارد. ولی بررسی خط فکری محققان نشان می دهد که کم و بیش متوجه ضرورت شناسایی وجودی مستقل از واقف و موقوف علیه برای وقف بوده اند. و سرانجام نیز به آن رسیده اند و، در واقع، شناخت شخصیت حقوقی وقف دنباله همان اندیشه نخستین است.

این فکر در آغاز بدین گونه ظاهر شد که، برای رهایی از تعلق عین موقوفه به اشخاص، آن را منسوب به خدا سازند و مال وقف را، بویژه در موقوفات عام، ملک الله شمارند که اختصاص به مصرف معین آدمیان یافته است. سپس پاره ای از محققان کوشش کردند که ضرورت ارتباط و تعلق ملک را به شخص انکار کنند و نظریه ای فراهم سازند که استقلال و اداره وقف را، به صورتی که در احکام شرع وجود دارد، توجیه کند.

در واقع می توان گفت وجود یک «سازمان حقوقی شخص گونه» در فکر حقوقدانان ما وجود داشته و تنها نمی دانستند که آن را با چه نامی مشخص کنند؛ از نظر اداری و آثار، آنچه ساخته و پرداخته بودند، چیزی از یک شخصیت حقوقی کم نداشت. زیرا وقف:

۱. موجودی دارای نام و دارایی خاص است؛

۲. به وسیله مدیر منصوب واقف یا مقامهای عمومی اداره می شود و تنها تابع مقررات وقفنامه است (مانند اساسنامه شرکتها)؛

۳. پس از مرگ واقف به زندگی حقوقی خود ادامه می دهد و وجودی دائمی است؛

۴. طرف قراردادها واقع می شود و حق و تکلیف پیدا می کند.

این شخصیت، بدون این که نیازی به اجازه دولت یا ثبت در دفاتر یا تشریفات دیگر باشد، به وجود می آید و جالب تر این که تنها از مجموعه اموال یا ملکی که حبس شده و اختصاص به

جهت و مصرف معین یافته است، به وجود می‌آید؛ مفهومی که تنها در حقوق جدید پاره‌ای از کشورها، مانند آلمان و سوئیس، پذیرفته شده است.

بدین ترتیب، پذیرفتن شخصیت حقوقی وقف در قوانین کنونی نیز به آسانی رسوخ کرد؛ چنانکه در گام نخست، ماده ۳ قانون اوقاف مصوب تیرماه ۱۳۵۴ اعلام کرد: «موقوفه عام دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان اوقاف حسب مورد نماینده آن است» و در گام نهایی، ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ شخصیت حقوقی وقف را، قطع نظر از عام یا خاص بودن آن، پذیرفت. تنها نکته‌ای که از اصالت این شخصیت می‌کاهد، وابستگی آن به وجود عینی است که به همین منظور حبس شده و منافع آن به مصرف معین اختصاص یافته است. در شخصیتهای حقوقی کنونی، دارایی شخص مفهومی کلی و مستقل از اجزاء آن است و با از بین رفتن هیچ مالی وجود شخص از بین نمی‌رود. ولی در وقف، وجود عین موقوفه از ارکان اساسی این سازمان حقوقی است. و این در حالی است که حکمت وجود قید «حسب عین» از بین رفته است و از لحاظ نظری، هیچ نیازی به آن احساس نمی‌شود.

به هر حال، پیش‌بینی نهاد حقوقی وقف و ویژگیهای این نوع خاص از مالکیت در قانون مدنی، وسیله مهمی برای تبدیل مالکیت‌های خصوصی به مالکیت‌های جمعی و عمومی است. اکنون، به دلیل اهمیت موضوع، به بحث فقهی نزدیک‌تر می‌شویم تا در خلال مباحث پراکنده، جوهر شخصیت را در اندیشه‌ها بیابیم.

#### تحول فکری در فقه

بر پایه این فکر که مالکیت باید به شخص نسبت داده شود تا تحقق خارجی یابد، مسأله تعیین سرنوشت حق مالکیت، یکی از دشوارترین مباحثی است که در وقف با آن روبه‌رو هستیم. شاید امروز، به دلیل آشنایی کافی حقوقدانان ما با مفهوم «شخصیت حقوقی» از دشواری مبحث کاسته شده باشد. لیکن از نظر مطالعه تاریخی در فقه، این اشکال باقی است که فقهای گذشته، با وجود ناشناخته بودن شخصیتی که بتواند مستقل از انسان باشد، چگونه می‌توانستند اداره وقف را به عنوان سازمانی جدا از دارایی واقف یا موقوف علیه توجیه کنند؟

نکته جالبی که نباید از نظرها دور بماند این است که فقها از راه تمهید نظریه‌ای کلی درباره

مالکیت اموال وقف شده به راه‌حلهای عملی اداره وقف دست نیافته‌اند، بلکه با توجه به زمینه‌های اجتماعی و نیازهای عاطفی مردم و با استفاده از اخبار، قواعد حاکم بر وقف را به دست آورده‌اند: یعنی از طبیعی‌ترین راه، نهاد اجتماعی وقف و نیاز و گرایش به مالکیت جمعی را به یک سازمان حقوقی تبدیل کرده‌اند، آنگاه بدین فکر افتاده‌اند که چگونه این سازمان پیش ساخته را در قالب نظریه‌های حقوقی توجیه کنند. بدین ترتیب، جستجوی مالک عین موقوفه اهمیت عملی شایانی برای آنان نداشت؛ چندان که مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، در عین حال که با کمال دقت و ظرافت بنیان یکی از مهم‌ترین نظریه‌های حقوق جدید (شخصیت حقوقی) را بررسی می‌کند، از این بحث تنگ حوصله می‌شود و آن را بی‌فایده یا از لحاظ عملی کم‌فایده می‌بیند.

در هر حال، فقیهان با قبول اداره وقف به شکل سازمان حقوقی و قطع اختیار واقف در این بخش از دارایی خود، با این پرسش منطقی روبه‌رو شده‌اند که مالک عین موقوفه کیست؟ آیا واقف همچنان مالک است و عین موقوفه در دارایی او حبس شده است؟ آیا موقوف علیهم مالک است و حقوق، این مالکیت را برای باقی نگاهداشتن بنیان مؤسسات خیریه محدود کرده است؟ آیا این گونه اموال، خود اصالت و شخصیت پیدا می‌کند و از دایره تعلق به آدمیان بیرون می‌رود؟ در این مباحث است که مایه‌های فکری اعتقاد به وجود شخصیت حقوقی را می‌توان آشکارا دید:

این پرسشها ناشی از وجود اصولی سنتی است که در حقوق بیشتر کشورها مورد احترام است و همین امر نیز یافتن پاسخ درست را دشوارتر می‌سازد: از جمله این که هیچ ملکی بدون مالک تصور نمی‌شود، پس باید دید مالک عین موقوفه کیست؛ ملک باید به شخص تعلق یابد تا او صاحب حق، و ملک موضوع حق قرار گیرد. سالیان دراز حقوقدانان تنها انسان را به عنوان شخص طبیعی می‌شناختند؛ سپس به یاری فرضهای حقوقی و بعدها به عنوان موجودی حقیقی، به وجود شخص حقوقی پی بردند. ولی هنوز هم در این که مجموعه‌ای از اموال بتواند چنین شخصیتی یابد به شدت تردید دارند و تنها پاره‌ای از قوانین جدید، وجود اموالی را که به هدف و مصرف خاص اختصاص داده شده است، به عنوان شخص حقیقی شناخته‌اند. بدین ترتیب، اهمیت و ضرورت پاسخ به پرسشهای مطرح شده روشن می‌گردد و باید دید قوانین و حقوقدانان ما چه موضعی را در برابر این دشواریها برگزیده‌اند:

۱. معدودی از فقهای امامیه و بعضی از عامه<sup>۱۳</sup> اعتقاد دارند که عین موقوفه حبس می‌شود و در ملک واقف باقی می‌ماند؛ زیرا ظاهر از لزوم حبس عین<sup>۱۴</sup> با انتقال آن به دیگری منافات دارد.

پس تنها ثمره مال است که به موقوف علیهم می رسد.

بر این نظر انتقاد شده است که لزوم حبس عین با انتقال آن به دیگری یا خروج از ملکیت واقف منافات ندارد؛ زیرا می توان عین را در ملکیت موقوف علیهم نیز حبس کرد.<sup>۱۵</sup> وانگهی، وقتی شخص نتواند عین یا منفعت مالی را بفروشد یا ببخشد و مال از او به میراث نرسد، چگونه می توان ادعا کرد که او مالک است؟ در اثر وقف، رابطه مالک با عین موقوفه قطع می شود: عین از ملکیت او بیرون می رود و دیگر به او باز نمی گردد. از مفاد ماده ۶۱ قانون مدنی نیز همین معنی استفاده می شود. زیرا به موجب آن، «وقف بعد از وقوع آن بنحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی تواند از آن رجوع کند یا در آن تغییری بدهد یا از موقوف علیهم کسی را خارج کند یا کسی را داخل در موقوف علیهم نماید یا با آنها شریک کند یا اگر در ضمن عقد متولی معین نکرده بعد از آن متولی قرار دهد یا خود به عنوان تولیت دخالت کند».

با وجود این، فقیهانی که وقف منقطع را (مانند وقف بر کسانی که منقرض می شوند) درست و از اقسام وقف می دانند و همچنین وقف درباره بعضی از منافع را نافذ می شمرند، در این دو مورد، عین حبس شده را ملک واقف می بینند.<sup>۱۶</sup> ولی، چنانکه گفته شد، منقطع بودن وقف نیز با لزوم فک ملک واقف منافات ندارد. از ظاهر ماده ۵۵ قانون مدنی نیز برمی آید که برای تحقق وقف باید تمام منافع تسبیل شود، و بر فرض هم که چنین وقفی درست باشد، تنها در مورد بعضی از منافع که برای واقف باقی مانده، ملکیت او از بین نمی رود.<sup>۱۷</sup>

۲. بین فقهای امامیه مشهور است که مال وقف به موقوف علیهم تملیک می شود.<sup>۱۸</sup> مبنای استدلال این گروه بر دو اصل استوار است: اول این که در اثر وقف، رابطه حقوقی بین مالک و عین قطع می شود. دوم این که تصور ملک بدون مالک امکان ندارد. بر این مبنا، اعتقاد دارند که ناچار باید موقوف علیه را مالک شمرد. اینان، در برابر ایراد کسانی که می گویند چگونه موقوف علیه را می توان مالک شمرد، در حالی که نه حق فروش آن را دارد و نه از او به میراث می ماند، پاسخ می دهند که عدم امکان فروش مال، مالکیت را محدود می سازد ولی میان تهی نمی کند؛ بویژه آن که در پاره ای موارد نیز بیع وقف تجویز شده است. رابطه حقوقی موقوف علیه با مال وقف، دارای نشانه های اصلی مالکیت است. زیرا منافع ملک را موقوف علیه می برد و اگر کسی مال وقف را تلف کند در برابر او ضامن مثل یا قیمت است.

این گروه حتی در مورد موقوفات عام (مانند فقرا) و بر جهات (مانند پل و مدرسه و مسجد)

اعتقاد دارند که موقوف علیهم مالکند؛ جز این که در چنین مواردی موقوف علیه کلی است و هیچ مانعی ندارد که ملکیتی به کلی نسبت داده شود، مانند وصایا و نذور و اموال عمومی.

اشکال مهمی که بر این استدلالها می‌توان وارد کرد در این نکته خلاصه می‌شود که، اگر موقوف علیهم تنها حق انتفاع از مال وقف را داشته باشند، هم منافع از آن ایشان است و هم ضمان تلف به سودشان به وجود می‌آید. پس این نشانه‌ها را نباید دلیل مالکیت شمرد. آنچه در این میان اهمیت شایان دارد و در حقوق ما به روشنی انجام شده، تمیز میان مالکیت عین و منافع، و پرهیز از اختلاط این دو است. موقوف علیهم بر عین حبس شده حق انتفاع دارند، ولی این امتیاز دلیل نمی‌شود که مالک عین باشند؛ آن هم مالکیتی که هیچ نشانه‌ای از سلطه اختصاصی و دائم را، که جوهر این حق است، دارا نیست.

درست است که پس از وقف، مالک نسبت به عین بیگانه است، ولی این واقعیت نیز دلیل تملیک مال به موقوف علیه نمی‌شود. زیرا می‌تواند همچون مال بدون مالک (مانند ملکی که از آن اعراض شده و هنوز تملیک نگردیده است) تلقی شود. وانگهی، چه مانع عقلی وجود دارد که این اموال به دلیل اختصاص یافتن به جهت معین و به دلیل حبس قانونی آنها، خود اصالت یابد و همچون شخصیتی اعتباری و حقوقی در اجتماع، زندگی ویژه خود را داشته باشد. بویژه در مورد اوقاف عام، پذیرش چنین موجودی به مراتب آسان‌تر از این است که تملیک به سود کسانی قبول شود که وجود خارجی ندارند (مانند تملیک بر دانشجویان مدرسه‌ای که هنوز تأسیس نشده است) یا به سود جهتی که تنها نشانه مصرف وقف است، بدون این که مالک آن معلوم باشد (مانند وقف بر مساجد و پلها و مدرسه‌ها).<sup>۱۹</sup>

۳. جمعی از محققان، که موقوف علیه را مالک وقف می‌دانند، در مورد اوقاف عام، مال موقوف را از آن خدا می‌پندارند. اشکال در این است که در وقف بر جهت یا بر غیر محصور، همه در برابر انتفاع از عین، وضعی برابر دارند و نمی‌توان عین موقوفه را ملک همه شمرد؛ در مرحله نخست مصرف وقف اهمیت دارد که خدمت به مردم و در راه خداست؛ پس برای رفع اشکال بهترین تمهید این است که وقف، ملک خدا دانسته شود و اشخاص ذی نفع از این خوان نعمت بهره مند گردند.<sup>۲۰</sup>

در نظر اینان، سه نوع وقف وجود دارد: (۱) تملیک در وقف خاص؛ (۲) فک ملک در مساجد و جهات؛ (۳) خروج ملک از میان مردم و تعلق آن به خدا، در موقوفات عام.<sup>۲۱</sup>

بدین ترتیب، نخستین نشانه‌های اعتقاد به وجود شخصیت و اصالت وقف در سایه منسوب کردن آن به خداوند دیده می‌شود. در واقع، این تعبیر نوعی مجاز و فرض حقوقی است که برای نمایاندن اصالت مالکیت وقف به کار رفته تا عین حبس شده از هرگونه تعلقی برهد و به منبعی بالاتر از خاکیان وابسته شود؛ وگرنه همه محققان اسلامی بر این باورند که خدا قادر و مالک همه چیز است و هنگامی که سخن از مالکیت می‌رود مقصود این است که در روابط اجتماعی ملک به چه شخصی اختصاص داده شده است. پس منسوب کردن مال به مالک نخستین جهان، رفع اشکال در روابط آدمیان نمی‌کند، جز این که به ملک اصالتی بیرون از تعلقهای متعارف می‌بخشد. به هر حال، بعضی از فقیهان این فکر را در مورد همه اقسام وقف به کار برده‌اند.

۴. مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی، در عین حال که هیچ مانعی نمی‌بیند که حتی در وقف دائم نیز مال در ملکیت واقف باشد، تعبیراتی دارد که زمینه فکری مربوط به قبول شخصیت حقوقی وقف را آشکارا نشان می‌دهد. این محقق، مالکیت موقوف علیهم و خداوند را مردود می‌داند و اعتقاد دارد که خروج مال از ملک واقف با تملیک آن به دیگری ملازمه ندارد. زیرا آنچه نامعقول به نظر می‌رسد ملک بدون مالک است، نه مال بدون مالک (مانند مال مورد اعراض). وقف مانند مال بی مالک است و ضرورتی ندارد که در پی مالک آن باشیم؛ مالی که به طور مستقل اداره می‌شود و به مصرف می‌رسد، بدون این که تعلق به شخص داشته باشد. ۲۲

او در مورد اوقاف عام، می‌افزاید: هیچ ضرورتی ندارد که مالک آن موجود باشد. زیرا مالکیت رابطه‌ای است بین مالک و مملوک و از حیث لزوم وجود، هیچ تفاوتی بین این دو پایه «ملکیت» نیست. پس همان‌گونه که مملوک می‌تواند معدوم باشد (مانند کلی در ذمه و منافع و ثمره درخت پیش از بروز آن) مالک نیز می‌تواند کلی و معدوم باشد. پس چرا باید در مالکیت «فقر» یا «دانشجویان» به دلیل این که مفهوم کلی است و وجود خارجی ندارد تردید کرد؟ ۲۳

به اضافه، ملکیت از امور اعتباری است و لزومی ندارد که مانند سپیدی و سیاهی دارای محل خارجی باشد و کافی است که دارای محلی اعتباری باشد؛ حتی می‌توان گفت وجود ملکیت با اعتبار عقلایی یکی است (مانند وجود حرمت و وجوب و مانند اینها). پس لزومی ندارد که وجود ملکیت فرع بر وجود محل خارجی آن شود، چنانکه حرمت زنا نیز پیش از وقوع آن وجود دارد. ۲۴

بدین ترتیب، این فقیه روشن بین می‌کوشد تا خود را از قیود سنتی مالکیت برهاند و وجود آن را قطع نظر از شخص مالک تصور کند. این گونه تلاشها که شاید ناخواسته، مبنی بر تصویری کنگ

از وجود شخصیت حقوقی برای جمع اموال باشد، زمینه فکری و نهادی وجود یک سازمان حقوقی مستقل را برای وقف نشان می‌دهد. بویژه آن که از نظر آثار اداره، وقف چیزی از یک سازمان یا شخصیت حقوقی کم ندارد؛ جز این که وجود آن مبتنی بر «حسب عین موقوفه» و بقای آن است.

به هر حال، چنانکه گفته شد، قانون اوقاف وقف عام را دارای شخصیت حقوقی شمرده است (ماده ۳). این حکم، خود نوعی پیشرفت حقوقی است، ولی این پرسش را به وجود می‌آورد که چرا وقف خاص مشمول آن نباشد؟ اگر وقف عام شخصیتی را به وجود می‌آورد، چرا وقف خاص مشمول آن نباشد؟ اگر وقف عام شخصیتی در حقوق عمومی باشد، آیا نباید وقف خاص نیز شخصیتی در حقوق خصوصی به حساب آید؟ به نظر می‌آید که ماده ۳ متأثر از نظر فقهایی بوده است که بین وقف عام و خاص در تعیین اثر وقف تفاوت گذارده‌اند؛ در حالی که واقعیت جز این است.

ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ این نقص را برطرف کرد و با اعلام این حکم که «هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد»، شخصیت حقوقی وقف را، عام باشد یا خاص، شناخت.

### ج. تسبیل منفعت، گرایش به مالکیت جمعی

چنانکه گفته شد، در تعریف وقف آمده است که منافع تسبیل می‌شود. ظاهر از واژه «تسبیل» این است که منافع در راه خدا صرف شود.<sup>۲۵</sup>

با وجود این، بسیاری از فقیهان آن را به معنی اباحه و مصرف در جهتی دانسته‌اند که وقف برای آن انجام شده است. به همین جهت نیز این گروه، اصطلاح «اطلاق منفعت» را بلیغ تر از «تسبیل منفعت» دیده‌اند.<sup>۲۶</sup> قانون مدنی واژه تسبیل را ترجیح داده است و بر مبنای آن می‌توان ادعا کرد که قصد قربت از شرایط تحقق وقف است، بویژه آن که در اخبار نیز وقف را نوعی صدقه دانسته‌اند و در صدقه بی‌گمان قصد قربت شرط است.<sup>۲۷</sup> ولی این ادعا را نباید پذیرفت؛ چرا که مصرف در راه خیر، خود از نظر اخلاقی پسندیده و به سوی راه خداست، هر چند که به منظور دیگری باشد و داعیه‌های عاطفی و آرمانهای انسانی انگیزه اصلی به شمار آید.<sup>۲۸</sup> بنابراین، تسبیل

ملازمه با قصد قربت ندارد.

آنچه انکارناپذیر به نظر می‌رسد این است که وقف، هم از نظر پیشینه تاریخی این نهاد و هم از لحاظ وجود واژه «تسیل» در تعریف آن، باید از شایبه‌های خودپرستی و سودجویی دور بماند؛ مال به سود دیگران حبس شود و به انگیزه‌های نوع دوستی و غیرخواهی اختصاص یابد. بنابراین، واقف نمی‌تواند مالی را به سود خود و برای جبران ضررها و هزینه‌های شخصی یا تحصیل منفعت وقف کند؛ چنانکه ماده ۷۲ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: «وقف بر نفس، به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منابع موقوفه قرار دهد، باطل است، اعم از اینکه راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت».

با وجود این، اگر وقف بر مصالح عامه شود و واقف نیز خود یکی از مصداقهای موقوف علیهم قرار گیرد (مانند وقف بر مسجد و مدرسه) یا وقف بر غیرمحصور شود و خود یکی از مصداقها باشد (مانند این که بر مستمندان یا دانشمندان رشته معینی از علوم وقف کند و خود مستمند شود یا در آن رشته تبحر یابد) مانعی ندارد (ماده ۷۴ ق.م.ا.). در مورد وقف بر مصالح عموم، قانون مدنی تصریح دارد، ولی در وقف بر غیرمحصور نیز باید همان حکم را پذیرفت. زیرا در این مورد هم وقف بر جهت و مصرف معین شده است. واقف خواسته است بدین وسیله از درماندگان دستگیری کند یا باعث ترویج دانش خاصی شود. پس انتفاع او، به عنوان یکی از گامهای رسیدن به هدف معهود، وقف بر نفس به شمار نمی‌آید؛ مگر این که هنگام وقف قصد خروج خود را کرده باشد. ۲۹ همچنین ضرورتی ندارد که وقف بر بیگانگان شود و عواطف شخصی واقف در آن مؤثر نیفتد. پس می‌توان مالی را بر اولاد یا خویشان و خدمتگزاران و میهمانان وقف کرد (ماده ۷۳ ق.م.ا.)؛ هرچند که غنی شدن آنان از تکالیف واقف بکاهد (مانند وقف بر پدر و مادر یا اولاد).

ولی نمی‌توان وقف را (مانند آنچه در هبه گفته شد) با شرط عوض به موقوف علیهم پیشنهاد کرد: بدین ترتیب که آنان موظف شوند هزینه زندگی واقف یا دیون او را پردازند یا بر آنان شرط شود که مالی را به واقف یا شخص ثالث بدهند. زیرا شرط عوض با مفهوم «تسیل» منافات دارد؛ هرچند که از منافع وقف نباشد.



تحول هدفها و همگامی با نیازهای اجتماعی آنچه از دیدگاه جامعه‌شناسی قابل مطالعه است، تنوع هدفهای خیر و تحول آن از حمایت فردی شخص به سوی منافع اجتماعی است؛ چنانکه از قدیم، این حمایت به شیوه‌دستیگیری از محرومان و نیازمندان و هدفهای مذهبی (مانند سوگواریها) انجام می‌شده است. با شکوفا شدن جامعه سرمایه‌داری و پیشرفت صنایع، این هدف رنگ دیگری به خود می‌گیرد؛ ابزار نیات خیر دستیگیری و احسان نیست؛ انجام دادن خدمت عمومی است که تبدیل به مدرسه و بیمارستان می‌شود و در کشورهای پیشرفته تأمین وسایل تحقیق در امور پزشکی، انسانی، حمایت از دانشگاهها و ترویج فرهنگ کشور، جایگزین حمایتهای فردی نخستین شده است.

### بخش دوم. ایجاد بنیادهای خیریه در حقوق خارجی

در کشورهای اروپایی، وقف به معنایی که در قوانین ما وجود دارد (حبس عین و تسبیل ثمره) به چشم نمی‌خورد؛ ولی فکر ایجاد سازمانی که دارای آن به هدفهای خیر اختصاص یابد از دیرباز وجود داشته است و هم‌اکنون بنیادهای خیریه در غالب کشورها، بویژه در آمریکا، سهم بزرگی در امور اجتماعی و سیاسی و اقتصادی به عهده دارند و نام برخی از آنها در جهان پرآوازه است: مانند بنیاد (Foundation)<sup>۳۰</sup> نوبل در سوئد و بنیادهای فورد و راکفلر در آمریکا.

#### الف. حقوق فرانسه

در فرانسه، بنیادهای خیریه رشد چندانی نیافت و یکی از مهم‌ترین دلایل آن دشمنی فردگرایان پس از انقلاب با وجود شخصیت‌های حقوقی است که می‌توانستند یک هدف سیاسی یا مذهبی را تعقیب کنند. قانونگذار فرانسه هنوز هم نتوانسته است خود را از پیشداوریهای زمان انقلاب ۱۷۸۹ درباره‌ی خطرهای وجود شخصیت‌های حقوقی برهاند و آن را در کنار دولت

بشناسد.<sup>۳۱</sup> در قرن هجدهم، روح فردگرایی و اقتصاد آزاد با بنیادهای خیریه نامساعد می نمود. چراکه این سازمانها از سرعت انتقال و گردش داراییها می کاست. به همین جهت، انقلاب همه بنیادها را از بین برد. این دشمنی به تدوین کنندگان قانون مدنی فرانسه نیز به میراث رسید. به اضافه، آنان با این فکر که دارایی بتواند از شخص جدا شود و به دلیل اختصاص یافتن به هدف معین، اصالت یابد مخالف بودند. به پندار آنان، مؤسسان چنین بنیادهایی باید تنها از قالبهای موجود حقوقی استفاده کنند؛ اموالی را که مایلند به مصرف خاص برسد، به وسیله هبه یا وصیت به شخصیتهای حقوقی موجود تملیک کنند و تحقق هدف خود را به صورت شرط بر متهدب یا موصی له تحمیل نمایند. تنها شورای دولتی است که خود را پایبند به سنتها و رویه ها و متون مواد نمی بیند و در راه ایجاد این گونه مؤسسات تسهیلاتی فراهم می آورد.

در حقوق فرانسه، دارایی نمی تواند، بدون این که به شخص منسوب و به وسیله او اداره شود، زندگی حقوقی داشته باشد. پس هر که می خواهد دارایی جدید به وجود آورد، باید در اندیشه ایجاد شخص مدیر و سرپرست آن باشد. بدین منظور و برای تأسیس بنیاد حقوقی، باید از دولت اذنی گرفت که حاوی تصدیق فایده عمومی آن باشد.<sup>۳۲</sup> این فرمان، که در واقع به «بنیاد» شخصیت حقوقی اعطا می کند، پس از اظهار عقیده شورای دولتی صادر می شود.

با این شرایط، واقف می تواند از راه هبه یا وصیت تملیکی به تأسیس بنیاد مورد نظر بپردازد. نخستین راه با مشکل مهمی روبه رو نیست؛ زیرا مالک می تواند آنچه را مایل است به مصرف مورد نظر اختصاص دهد و به شخصیتی که از نظر اجتماعی مفید شناخته شده است ببخشد. از این پس، بنیاد خیریه تحقق می یابد و اموال انتقال یافته به آن دارایی، شخص حقوقی محسوب می شود و زندگی حقوقی مستقل می یابد. ولی پیمودن این راه با مانع عملی روبه روست: نخست این که بنیادها به طور معمول به سرمایه فراوان نیاز دارند و مؤسس باید در زمان حیات از تمام یا بخش مهمی از دارایی خود محروم بماند؛ کاری که به طور متعارف اشخاص از آن پرهیز می کنند. دیگر این که احتمال دارد مؤسس پیش از تحویل فرمان اعطای شخصیت به بنیاد فوت کند. این حادثه هبه را باطل می سازد و نقشه های طرح شده را درهم می ریزد.

راه آسان تر این است که انتقال دارایی مؤسس به وسیله وصیت انجام پذیرد؛ چون محروم ساختن وارث، به مراتب، ساده تر از گذشتن از تمام یا بخش مهم دارایی در زمان حیات است. به همین جهت، بیشتر مردم وصیت را ترجیح می دهند؛ ولی رویه قضایی اشکال کرده است که چون

شخص حقوقی در زمان مرگ موصی هنوز ایجاد نشده است، نمی تواند موصی له واقع شود. با وجود این، اندیشه های حقوقی با آن به مخالفت برخاسته و بند ۲ از ماده ۹۰۲ را ناظر به شخصیت انسان می داند نه شخصیت حقوقی. بعضی نیز بر راه غیرمستقیم (وصیت به شخصیت های موجود) ایراد گرفته اند: این جمع که، عقایدشان به دلیل تعارض با مصالح اجتماعی و مخالفت رویه قضایی، در فرانسه مهجور مانده است، خرده گرفته اند که واسطه انتقال موصی به به شخص حقوقی، در واقع موصی له نیست. زیرا اموال موصی را از او می گیرد و به بنیاد می رساند. پس او را باید وصی شمرد که مأمور اداره دارایی است نه مالک آن؛ و بدین گونه، از زمان فوت تا زمان تملیک به بنیاد، اموال موضوع آن بی مالک می ماند و چنین طفره ای را حقوق نمی پذیرد. به اضافه، این جریان به منزله تملیک به عامل و نماینده شخصی است که خود اهلیت برای تملک ندارد. جهت موصی نیز نامشروع است؛ زیرا بدین وسیله می خواهد برخلاف نهی قانون (ماده ۹۱۱) به شخصی که اهلیت ندارد، مالی را ببخشد.

این ایرادها را موافقان رویه قضایی پاسخ گفته اند و سرانجام، مصلحت عمومی را بر منطق حقوقی ترجیح داده اند:

۱. این ایراد که واسطه انتقال دارایی به شخص حقوقی در واقع موصی له نیست و مالک اموال نمی شود، در صورتی مورد پیدا می کند که تعهد موصی له درست به اندازه تملیک باشد و او ناچار شود همه آنچه را به دست آورده است به شخص حقوقی انتقال دهد. در این فرض نیز، در مالکیت او نباید تردید کرد. شرایطی که بر موصی له تحمیل می شود، هر اندازه سنگین باشد، در زمره دیون او در می آید و از حق عینی که بر اموال تملک شده پیدا کرده است نمی کاهد. به همین جهت، خطر اصلی در استفاده از این راه غیرمستقیم، وثیقه قرار گرفتن این اموال برای دیون اوست که احتمال دارد به وسیله طلبکاران ضبط شود و موصی له فرصت اجرای تعهد در برابر شخص حقوقی را نیابد. همچنین احتمال تفریط موصی به وسیله او یا ورثه اش (در صورت فوت پیش از تملیک) خطر دیگری است که تحقق آرمان موصی را تهدید می کند.

۲. در مورد وصیت همراه تعهد، برخلاف تملیک به عامل شخص بی اهلیت، هیچ گونه تصنع و صورت سازی ای به چشم نمی خورد و موصی از راهی مشروع و قانونی استفاده می کند. بویژه آن که موصی به مقدمه چینی دست نمی زند که مالی را به شخص مجهول تملیک کند؛ بلکه سببی می سازد که شخص حقوقی بتواند، پس از احراز شخصیت و اهلیت، موصی به را به دست

آورد. درباره نامشروع بودن جهت وصیت نیز، به گونه ای که عنوان شده است، همین پاسخ کافی است. چراکه اجرای هدف موصی سرانجام به تملک شخص بی صلاحیت نمی انجامد. هدف موصی، از نظر گریز از رویه محاکم که وصیت به نفع شخص حقوقی آینده را باطل شمرده اند، نامشروع است؛ ولی دادگاهها در این باره سخت گیری نمی کنند و بارها وصیت همراه با تعهد تملیک به بنیادهایی را که در آینده به وجود می آید نافذ شناخته اند. ۳۳

باید افزود که هرگاه هدف از ایجاد مؤسسه ای، نگاهداری و تیمار کودکان و بیماران و از کارافتادگان باشد و دست کم ده تن را بپذیرد، قانون ۱۴ ژانویه ۱۹۳۳ تسهیلاتی برای ایجاد آن قائل شده است: چنین مؤسسه یا انجمنی اهلیت قبول هبه و وصایایی را که به سود هدف خیر می شود، دارد. ۳۴

ب. در سایر کشورها  
در حقوق آلمان (مواد ۸۰ تا ۸۹ قانون مدنی) پذیرفته شده است که مجموعه ای از اموال، به دلیل اختصاص یافتن به هدف معین، ممکن است دارایی مستقلی شود و زندگی حقوقی ویژه خود را آغاز کند. وجود بنیادها (Foundations) وابسته و محدود به اذن مقامهای اداری است؛ ولی این اذن به گذشته سرایت می کند و در صورتی که وقف به موجب وصیت انجام پذیرد، از روز فوت موصی، به بنیاد شخصیت حقوقی می دهد. بدین ترتیب، هرگاه مؤسس برای ایجاد آن به دارایی خود وصیت کند، موصی به طور مستقیم به شخصیت حقوقی موجود می رسد و طرفه در مالکیت رخ نمی دهد. حقوقدانان آلمانی به آسانی پذیرفته اند که برای ایجاد یک مؤسسه مفید اجتماعی هیچ

ضرورتی ندارد که دارایی مؤسس به شخص موجود تملیک شود؛ وقف و اختصاص، خود دلیل وجود است و نیازی به صورت سازی نیست.<sup>۳۵</sup> نزد اینان، اموال وقف شده دارایی یک شرکت تلقی نمی شود، بلکه خود مؤسسه ای است مستقل، بدون این که شخصی مالک آن باشد.

بدین ترتیب، مفهوم وقف در حقوق آلمان و ایران بسیار به هم نزدیک است؛ چرا که در هر دو، تکیه بر اصالت اموال است و این اموال به هیچ شخصی تعلق ندارد.<sup>۳۶</sup> منتها، تفاوت در این است که در حقوق ما عین مال موقوف «حبس» می شود و متولی نمی تواند آن را به دیگری منتقل سازد، ولی در حقوق آلمان مجموعه اموالی که به وقف اختصاص داده شده، خود یک «دارایی» با تمام مختصات نظری آن است؛ یعنی مفهومی است کلی و مستقل از اجزاء آن. و همین فرض باعث می شود که مؤسسه وقف، زندگی حقوقی متحرک پیدا کند و امکان گسترش داشته باشد. با وجود این، در مقابل این امتیاز، وجود شخصیت حقوقی برای وقف در آلمان نیز موقوف به اذن دولت است، در حالی که حقوق ما چنین قیدی ندارد و همین که مالی از جانب مالک آن وقف و به تصرف موقوف علیهم داده شد، خود مؤسسه ای مستقل است. منتها چون در وقف بر غیر محصور و مصالح عمومی (وقف عام)، حاکم باید وقف را بپذیرد، نظارت مقامهای عمومی نیز درباره فایده ایجاد موقوفاتی که به سود جامعه تأسیس می شود معمول خواهد شد.

در حقوق سوئیس، این تفاوت اخیر از میان رفته است (مواد ۸۰ به بعد قانون مدنی). زیرا در عین حال که قانون مدنی سوئیس برای وقف، راه حلی مانند حقوق آلمان دارد، ایجاد بنیاد موقوف به اذن دولت نشده است. منتها دولت بر اداره اوقاف، جز به صورت بنیادهای مذهبی و خانوادگی، نظارت دارد و از این حیث به حقوق ایران نزدیک تر شده است. قانون مدنی برزیل (مواد ۲۴ تا ۳۰) نیز از همین مبنا پیروی کرده است و با مفهوم وقف در حقوق ما شباهت کامل دارد.

پی نوشتها:

۱. نقل ترجمه از: محمدعلی فروغی، سیر حکمت در اروپا، ج ۲، ج ۳، ص ۸۹.
۲. در حدیث نبوی آمده است: «اذا مات المؤمن انقطع عمله الا من ثلاثة: ولد صالح يدعوله و علم یتبع به بعد موته و صدقة جاریه» (نقل از: ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۸۴). صاحب جواهر نیز از مسالک و تذکره نقل کرده است که علما گفته اند: «المراد بالصدقة الجارية، الوقف» (ج ۲۸، ص ۲) کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۲، ص ۶۹.
۳. نویسنده در مشهد به وقفنامه هایی برخورد کرده یا شنیده است که از جهت موضوع بسیار خواندنی و عبرت انگیز است: از جمله، وقف برای تهیه جهیزیه دختران یتیم و فقیر، وقف برای تهیه کوزه هایی که خدمتکاران در هنگام بردن آب به سهو می شکنند، وقف برای تهیه پول گوشتی که خدمتکار خریده و کدبانوی خانه نپسندیده و قصاب پس نگرفته است، وقف بر اطعام زائران امام رضا(ع)، وقف بر اسکان این زائران، وقف بر تعمیرات مساجد و مدارس و مشاهد مشرفه، وقف برای تأمین مخارج طلاب ... و مانند اینها.
۴. علاوه بر اسلام، که در آن وقف جای شایسته ای در فقه و اخلاق دارد، در روم نیز وقف وجود داشته و وسیله تحقق هدفهای مذهبی بوده است (مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۴، ص ۱۴۱۵)؛ بویژه در دوران مسیحیت که جنبه مذهبی به خود گرفته است (پلنیول و ریپر، ج ۵، به وسیله تراسبو و لوسوآرن، ش ۹۰۵). با وجود این، درباره سوءاستفاده از این نهاد حقوقی و اجتماعی مفید و این که چگونه اوقاف عام وسیله بهره برداری نامشروع منتقدان گشته و در راه امیال آنان به کار می رود، و وقف خاص وسیله فتنه و فساد بین اقارب شده است، رجوع شود به: محمدحسین کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۵، ص ۶۹.
۵. اقتباس از حدیث نبوی «حُبس الاصل و سبب الثمرة» (مستدرک، ج ۲، ص ۵۱۱). در این باره، بویژه ر.ک: شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، ج ۲۲، ص ۱۲۶ به بعد. علامه حلی در کتاب تحریر الکلام، ج ۱، ص ۲۸۴ در تعریف وقف می نویسد: «عقد یقتضی تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» که در واقع تعریف عقد و وقف است؛ همچنین ر.ک: سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۱، در ترجیح تعریف ...
۶. قول مشهور در فقه امامیه، که بعضی مانند صاحب غنیه و سرائر، ادعای اجماع بر آن کرده اند (نقل از جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۸۸. شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۳۲۷-علامه حلی، قواعد، وقف- سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۷۸) با وجود این، برای دیدن نظر مخالف که وقف را مقید ساختن ملکیت واقف می داند نه فک ملک از او، رجوع شود به: تحریر المجلة، ج ۵، ص ۷۱.

۷. درباره بطلان وقف منفعت و دین، در فقه ادعای اجماع شده است: ر.ک: سید محمد جواد عاملی، *مفتاح الكرامة*، ج ۹، ص ۷۲.
۸. برای دیدن شرایط مال موقوف، ر.ک: علامه حلی، قواعد: «الموقوف و شروطه اربعة: ان يكون عيناً مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها ويمكن اقباضها» و در شرح آن: *مفتاح الكرامة*، ج ۹، ص ۷۰.
۹. در حقوق فرانسه، چون مالکیت از مفاهیم وابسته به شخص است و جمع اموال نمی تواند شخصیت حقوقی به وجود آورد، برای تحقق هدفهای خیر مالک، یا باید آن را به شخصیتهای حقوقی موجود بخشید یا در نخستین گام، بنیادی با شخصیت حقوقی و اجازه دولت به وجود آورد و آن گاه مال مورد نظر را به این شخصیت هبه کرد و وقف مال به طور مستقیم امکان ندارد (مازو، همان کتاب). تنها در حقوق آلمان و سوئیس و قوانین جدیدتر است که شخصیت حقوقی اموال را که اختصاص به هدفی معین یافته است پذیرفته اند؛ که در ادامه، تفصیل آن را خواهیم دید.
۱۰. الظاهر من کلام الاكثر هو اشتراط الدوام فی الوقف، و قد تقدم فی اخبار وقوف الائمة (ع) ما يدل عليه: *حدائق*، ج ۲۲، ص ۱۳۴.
۱۱. در این باره، ر.ک: ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۳، ش ۷۱.
۱۲. شهید ثانی، *مسالك*، ج ۱، ص ۲۴۴.
۱۳. ابوالصلاح، فقیه امامی در کافیه (نقل از: جواهر، ج ۲۸، ش ۸۸) و از متأخران، شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، *تحریر المجلة*، ج ۵، ص ۷۱، و از فقهای عامه، مالک و اقلیت از شافعیها (ابن قدامه، *المغنی*، ج ۶، ص ۴).
۱۴. حدیث نبوی: «حُبس الاصل و سبب الثمر».
۱۵. شیخ محمدحسن نجفی، همان؛ شهید ثانی، *مسالك*، ج ۱، ص ۳۵۶ - بعضی در مورد زوال ملک از واقف دعوی اجماع کرده اند: سید محمد جواد عاملی، *مفتاح الكرامة*، ج ۹، ص ۸۸.
۱۶. سید محمد کاظم طباطبایی، *ملحقات عروة الوثقی*، ج ۲، ص ۲۳۲.
۱۷. سید محمد کاظم طباطبایی، همان، ص ۲۳۳. علاوه بر آنچه گفته شد، این نویسنده خبری از معصوم نقل می کند که قطع رابطه ملکیت با واقف را می رساند. متن خبر این است که «صدقة بتلا بتا» و سید محمد کاظم در معنی آن می نویسد: «ای منقطعة عن صاحبها الاول و مبانة عنه، فان البت و البتل بمعنی القطع»، ص ۲۳۲.
۱۸. محقق، *شرايع*، کتاب وقف؛ علامه حلی، قواعد؛ محقق ثانی، *جامع المقاصد*، ج ۱، ص ۵۲؛ شیخ

- محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ص ۲، ص ۸۸ به بعد؛ مامقانی، مناهج المتقین، ص ۳۲۵ و از فقهای عامه: ابن قدامه، المغنی، ص ۷.
۱۹. مانند این ایرادها بر کسانی هم که وصیت بر جهات را در زمره وصایای تملیکی آورده اند وارد است. شگفتی در این است که صاحب جواهر که بیش از همه بر اثبات مالکیت موقوف علیهم در اوقاف عمومی اصرار دارد (ج ۲۸، ص ۹۱)، در وصیت متوجه این اشکالها هست و به همین دلیل وصیت بر جهات عمومی را در شمار وصایای عهدی آورده است (ناصر کاتوزیان، وصیت، ش ۱۱).
۲۰. علامه حلی، قواعد، کتاب وقف، به این عبارت: «ثم ان كان مسجداً فهو فك ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى»؛ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۵۷-۳۵۶؛ شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، ص ۴۸۵-۴۸۴؛ ابن ادریس (نقل از: مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۷۸).
۲۱. تفکیک بین وقف بر مسجد (فک ملک) و وقف عام (ملک خدا) مستفاد از نظر علامه در قواعد است، ولی در مسالک هر دو را در شمار ملک خدا و در یک تقسیم آورده است و از بعض فقها نقل شده است که همه موقوفات، اعم از عام و خاص، را بیرون از مالکیت واقف و موقوف علیه و ملک خدا می دانند (نقل از سید محمد کاظم طباطبایی، همان، ص ۲۳۲)؛ شمس الدین محمد رملی، نهیة المحتاج، ج ۵، ص ۳۸۵، ابن قدامه، المغنی، ج ۶، ص ۶ (در مورد حنبلی ها). شیخ طوسی در مبسوط این نظر را به قومی از فقها نسبت داده است (نقل از مفتاح الکرامة).
۲۲. ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۲۳۲ و ۲۳۳.
۲۳. این تعبیر در جواهر، ج ۲۸، ص ۹۱، نیز دیده می شود که مرحوم طباطبایی اقتباس و تکمیل کرده است.
۲۴. همان کتاب، ص ۲۱۰-۲۰۹.
۲۵. محمدحسن نجفی در جواهر، ج ۲۸، ص ۲، از صحاح نقل می کند که گفته است: «سبل فلان ضیعتة ای جعلها فی سبیل الله تعالی» و تعبیر وقف به «صدقة جاریه» در اخبار و نوشته های بعض از فقها (شهید در دروس، نقل از جواهر) این معنی را تأیید می کند. برای مطالعه بیشتر در زمینه لزوم نیت تقرّب در فقه، ر. ک: سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۲۵.
۲۶. محقق در شرایط، در تعریف وقف می نویسد: «عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» و متأخران از او تقلید کرده اند. همچنین ر. ک: علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۸: «عقد یقتضی تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة».



۲۷. شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ۵، ص ۷۳.
۲۸. شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۷۰۸ - سید محمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، (ملحقات)، ج ۲، ص ۱۸۶.
۲۹. علامه حلی، قواعد (مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۱)؛ سید محمد کاظم طباطبایی، همان؛ محقق، همان، شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، ص ۴۶۹؛ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۵۴؛ محقق قمی، جامع الشتات، ص ۳۶۵؛ رملی، نهاية المحتاج، ج ۵، ص ۳۶۴، ص ۲۰۱. برای دیدن نظر مخالف، ر.ک: علامه حلی، تذکره، ج ۲، وقف؛ شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص ۷۰ که انتفاع واقف از اموالی را که از ملکیت خارج می شود (مانند نماز خواندن در مسجد و عبور از پل) مجاز می داند و در جایی که وقف به عنوان تملیک بر کلی است، مانند وقف بر فقرا یا علما و مجتهدان، واقف را داخل در موقوف علیهم نمی داند و انتفاع او را مجاز نمی شمرد. همچنین از نویسندگان حقوق مدنی: رجوع شود به: دکتر سیدحسن امامی، ج ۱، ص ۱۳۶.
۳۰. واژه (Foundation) به دو معنی عام و خاص به کار رفته است: به معنی عام، اختصاص دادن توده ای از اموال به هدف معین است و ناظر به تصرفی است که اثر آن ایجاد بنیادهای خیر است. ولی در معنی خاص، شخصیت حقوقی ایجاد شده به منظور تحقق هدفهای خیر و احسان است: ر.ک: مازو و برتون (Breton)، دروس حقوق مدنی، ج ۴، ش ۱۴۱۳.
۳۱. مازو، همان، ج ۴، ش ۱۴۱۴.
32. Le décret de reconnaissance d'utilité publique.
۳۳. مازو، همان، ص ۵۷۰. به اضافه، در این باره که آیا می توان بدون کسب اذن دولت و از راه تشکیل شرکتهای مدنی و انجمنها، بنیادهای خیریه را به وجود آورد، ایرادهای زیادی شده است که طرفداران رویه قضایی به آن پاسخ داده اند (پلنیول و ریپر، همان).
۳۴. در این باره، ر.ک: مازو و برتون، ش ۱۴۲۲، ص ۶۳۱.
۳۵. پوختا (Puhcta)، روث (Roth)، ویندشید (Windsheid)، نقل از پلنیول، و ریپر، پاورقی ۱، ص ۱۱۶۹، همان.
۳۶. بی گمان، این نزدیکی بر مبنای نظریه ای است که در متن اصلی درس پذیرفته شده، ولی طبق عقیده مؤلفانی که عین موقوفه را ملک موقوف علیهم یا واقف می دانند، بین دو حقوق آلمان و ایران شباهتی وجود ندارد.