

تحول نهاد وقف و دورنمای آینده آن

چکیده: 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 شعائر مذهبی بوده است. با وجود این، حبس عین مال موقوف، به ویژه در مورد املاک، سبب شده است که بخشی از سرمایه ملی از گردش بیفتد و بی‌مبالاتی متولیان وقف و اختلاف موقوف‌علیهم 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 خیریه امروز جهان، با بهره‌مند شدن از دو مفهوم ۱. «شخصیت حقوقی» بنیاد و تعلق اموال به این شخصیت ۲. مفهوم نهاد کلی دارایی و استقلال آن در برابر اجزاء دارایی، از عیوب نهاد وقف پرهیز کرده‌اند و سرمایه در درون دارایی بنیاد گردش طبیعی خود را دارد. 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 کنجکاو در برابر این پرسش قرار می‌گیرد، که چرا ما با استفاده از ابزارهای نو به بازنگری قواعد سنتی و از جمله «حبس عین» نپردازیم و نقص نهاد مفید را همچون بنیادهای خیریه در جهان برطرف سازیم؟

طرح «تحول مفهوم وقف و دورنمای آینده آن» تلاشی برای نزدیک ساختن مفهوم وقف به بنیادهای خیریه با حفظ موازین فقهی است 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.

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 بهبودگی حبس عین ۵. ساختار بنیادهای خیریه در کشورهای دیگر.

مطالعه تطبیقی - تاریخی

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، نیاز به بحثی تاریخی و روانی احساس می‌شود تا انگیزه‌های واقفان و مصلحت‌های اجتماعی و سیاست حقوقی در این زمینه از نزدیک مطالعه شود. انگیزه‌های روانی وقف چندان گونه‌گون است که به دشواری می‌توان آنها را به نظم کشید. با وجود این، بر مبنای غلبه خودخواهی یا اندیشه‌های غیرخواهی می‌توان 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 می‌چربد، هرچند که ممکن است برای رسیدن به هدف نهایی واقف ناچار شود که به کارهای مفید اجتماعی نیز 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 وقف عام به انگیزه شهرت یافتن یا ماندگار شدن انجام پذیرد یا، در وقف خاص، هدف اندیشه دستگیری و حمایت از شخص معین یا گروهی محدود باشد.

برای توضیح این‌گونه انگیزه‌ها، بحث را با این ترس دیرین روانی آغاز می‌کنیم 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 می‌برد. در ادب پارسی نیز بارها از این رنج و دغدغه خاطر سخن رفته است؛ چنان‌که خواجه شیراز در وصف این نگرانی می‌سراید:

مرا در منزل جانان چه امن عیش، چون هر دم جَرَس فریاد می‌دارد که بر بندید محملها

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 کوشیده‌اند تا از راه منطقی بر این ترس غلبه کنند؛ چنان‌که گفته شده است بیم داشتن از مرگ ناروا و بیهوده است، چرا که تا انسان وجود دارد مرگ نیست، و زمانی که مرگ آید انسان نیست. استدلالی که به زبان مشکل را حل می‌کند، ولی پاسخ دل مشویش و مضطرب را نمی‌دهد و ترس از حادثه بنیان‌کن عمر را بیهوده نمی‌سازد.

شوپنهاور به شیوه دیگری چاره درد را می‌کند: حکیم آلمانی در سده هجدهم، در کتاب «جهان‌نمایش و اراده است» فلسفه خود را با این سخن آغاز می‌کند که «جهان تصوّر 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 - کُل بازگشت می‌نماید...».

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 مسؤول 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 راه رهای‌فراز از مرگ هستند. انگه در دل، اب: صافبان و

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 حیات به حجاب ظلمات رفت، بدین خیال خام که، با تن شستن در آب حیات و نوشیدن آن، جاودانه شود و در 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 خشم او نهان گشت چون چشمه از چشم او

تجربه‌هایی از این‌گونه نشان داد که انسان باید از این سودا بگذرد و وجود خاکی را به سرنوشت محتوم خود سپرد. با وجود این، آرزوی ماندگار شدن همچنان باقی است و تنها صورت مبارزه با نیستی تغییر یافته: انسان آرزومند همین که از بقای وجود خاکی و جسم خود مایوس شد، بر این سودا رفت که نام و یادگاری از خود باقی گذارد و بدین‌گونه از یادها 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 آنرا فرا راه 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 مبنا است که در اخبار آن را «صدقه جاریه» نامیده‌اند تا نشانه‌ای از احسان مستمر و پایدار باشد. (۱)

انگیزه‌های دیگری است که اشخاص را وادار به وقف کردن می‌سازد. در این گروه 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 بلندپروازها و خودنمایها. (۲)

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. (۳)

بخش نخست. تحوّل تاریخی نهاد وقف

تعریف وقف و خصوصیت‌های آن

برای رسیدن به هدفهای مطلوب اخلاقی، انسان می‌تواند به‌طور غیرمستقیم و از وسایل دیگر نیز استفاده کند؛ چنان که مال خود را به شخصیت حقوقی موجود ببخشد و متهب 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 این‌گونه تمهیدها آزادی احسان‌کننده را محدود می‌سازد و معایبی احترازناپذیر به بار می‌آورد. بنابراین، بهترین راه این است که حقوق قالب متناسب و مستقیم را در اختیار خیرخواهان و نیکوکاران قرار دهد.

از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید 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 شود، یعنی حبس شود. این حبس باید دائمی باشد تاگذشت زمان نتواند آنچه را واقف ساخته است درهم بریزد.

۲. باید آنچه حبس شده در مسیر حرکت خود به سوی هدفهای وقف نهادن شود؛

بی مالک بماند، مگر اینکه خود نهادی مستقل باشد.

۳. آنچه حبس شده باید در راه خیر و خدمت به دیگران مصرف شود و وسیله ارضاء 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». (۴) اکنون باید به تحلیل هر یک از این خصوصیتها پرداخت تا مفهوم وقف روشنتر 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 اینکه لازمه وقف مال «فک ملک» واقف است تردید معقولی جز از بعض محققان وجود ندارد. (۵) تنها بحث در این است که آیا ملکیت، پس از جدا شدن از دارایی واقف، به موقوف علیهم انتقال پیدا می‌کند یا خود اصالت و شخصیت می‌یابد؟ 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.).

نتیجه منطقی لزوم حبس عین این است که تنها اعیان اموال را می‌توان وقف کرد و منفعت و دین (۶) و حق نمی‌تواند موضوع این نهاد حقوقی قرار گیرد. بعضی کوشیده‌اند که حق را نیز از اعیان بدانند و وقف آن را نافذ بدانند، ولی این نظر هنوز در اندیشه‌ها 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.). (۷) این قید دامنۀ وقف و آزادی اراده را محدود می‌سازد؛ در حالی که، اگر ممکن بود اموال مورد وقف گردش اقتصادی و طبیعی خود را داشته باشد و دارایی موقوفه برای رسیدن به هدف واقف مورد بهره‌برداری قرار گیرد، از معایب اقتصادی این نهاد حقوقی و اخلاقی پرهیز می‌شد و میزان دارایی وقف

باعث می‌شود 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 به درستی اداره نشود.

در حقوق قدیم، و از جمله در فقه، دو مشکل اساسی وجود داشت که حبس عین مال را برای بقای وقف ایجاب می‌کرد ولی، در نظریه‌های جدید حقوقی این هر دو مشکل از بین رفته است. مشکل نخست در پذیرش شخصیتی اعتباری و غیر از انسان بود که امروز ما به آن شخصیت حقوقی می‌گوییم. 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 می‌آید. زیرا، اگر پذیرفته شود که اختصاص اموال به مصرف خاص و برای رسیدن به هدف معین خود شخصیت حقوقی به وجود می‌آورد و این موجود اعتباری می‌تواند 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 نمی‌رود، 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 نمی‌زند؛ آن‌گاه نه حبس مال ضرورت دارد و نه محدود کردن وقف به اعیان اموال لازم می‌آید، کافی است که واقف شخصیت یا بنیاد مورد نظر را به وجود آورد و مال وقف را به آن تملیک کند.

ولی، از آنجا که نظریه‌های یاد شده نزد پیشینیان به صورت کنونی پرورش نیافته بود، با اینکه به اجمال آنها را می‌شناختند و آثار این مفاهیم را رعایت می‌کردند، استقرار وقف را منوط به بقای عین موقوف می‌دانستند. 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، هرچند که وابسته به حبس اموال موضوع آن باشد، خود نشانه تکامل فکری درخشانی است که هنوز هم حقوق بعضی از کشورهای متمدن کنونی نتوانسته‌اند

بپذیرد، آن‌ها در نظام وقف، مال که به هدف عام آن اختصاص می‌یابد، باید...

حقوقی تبدیل می‌شود و می‌تواند دارای حق و تکلیف شود. (۸)

شرط ایجاد چنین سازمان حقوقی دوام وقف است که در فقه و قانون مدنی از شرایط عمومی وقف است (۹). پاره‌ای از فقیهان دربارهٔ این شرط تردید کرده‌اند (۱۰) که دیگران پاسخ گفته‌اند و منشأ تردید درستی وقف منقطع است. (۱۱)

ب. شخصیت حقوقی ناشی از اختصاص مال به هدف خیر

پس از اینکه عین مال حبس و منافع آن به مصرف معین اختصاص یافت، مهمترین مسأله‌ای که در حقوق سنتی مطرح می‌شود وضع تعلق عین مال است؟ (۱) آیا عین حبس شده همچنان در مالکیت واقف باقی می‌ماند؟ (۲) آیا این عین به موقوف علیهم تملیک می‌شود و به آنان تعلق دارد؟ (۳) آیا وقف خود سازمان خاص می‌یابد و از شخصیت حقوقی بهره‌مند می‌شود و عین مال به این سازمان تعلق پیدا می‌کند؟ هر یک از این احتمالها طرفدارانی در فقه دارد. ولی بررسی خط فکری محققان نشان می‌دهد که کم‌وبیش متوجه ضرورت شناسایی وجودی مستقل از واقف و موقوف‌علیه برای وقف بوده‌اند. و سرانجام نیز به آن رسیده‌اند و، در واقع، شناخت شخصیت حقوقی وقف دنبالهٔ همان اندیشهٔ نخستین است.

این فکر در آغاز بدین‌گونه ظاهر شد که، برای رهایی از تعلق عین موقوفه به اشخاص، آن را منسوب به خدا سازند و مال وقف را، به‌ویژه در موقوفات عام، ملک الله شمارند که اختصاص به مصرف معین آدمیان یافته است. سپس، پاره‌ای از محققان کوشش کردند که ضرورت ارتباط و تعلق ملک را، به شخص انکار کنند و نظریه‌ای فراهم سازند که استقلال و ادارهٔ وقف را، به‌صورتی که در احکام شرع وجود دارد، توجیه کند. در واقع، می‌توان گفت وجود یک «سازمان حقوقی شخص‌گونه» در فکر حقوقدانان ما وجود داشته و تنها نمی‌دانستند که آن را با چه نام مشخص کنند. زیرا، از نظر اداری و آثار، آنچه ساخته و پرداخته بودند، چیزی از یک شخصیت حقوقی کم نداشت، زیرا:

۱. موجودی که دارای نام و دارایی خاص است؛

۲. به سبب مدبر منصب واقف یا مقامهای عمده اداره می‌شود و تنها تابع مقررات

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

۴. طرف قراردادها واقع می‌شود و حق و تکلیف پیدا می‌کند.

این شخصیت، بدون اینکه نیازی به اجازه دولت یا ثبت در دفاتر یا تشریفات دیگر باشد، به وجود می‌آید و جالبتر اینکه تنها از مجموعه اموال یا ملک‌ها 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 تیر ماه ۱۳۵۴ اعلام کرد که: «موقوفه عام دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان اوقاف حسب مورد نماینده آن می‌باشد» 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 «حبس 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.

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 با وجود ناشناخته بودن شخصیتی که بتواند مستقل از انسان باشد، چگونه می‌توانستند اداره وقف را به‌عنوان سازمانی جدای از دارایی واقف یا موقوف علیه توجیه کنند؟

نکته جالبی که نباید از نظرها دور بماند این است که فقها از راه تمهید نظریه کلی درباره مالکیت اموال وقف شده به راه‌حلهای عملی اداره وقف دست نیافته‌اند، بلکه، با توجه به زمینه‌های اجتماعی و نیازهای عاطفی مردم و 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 پیش‌ساخته 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، 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 همچنان واقف 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 این‌گونه اموال خود اصالت و شخصیت پیدا می‌کنند و از دایره تعلق به آدمیان بیرون می‌رود؟ و در این مباحث است که مایه‌های فکری اعتقاد به وجود شخصیت حقوقی را می‌توان آشکارا دید:

این پرسشها ناشی از وجود اصولی است سنتی که در حقوق بیشتر کشورها مورد احترام است و همین امر نیز یافتن پاسخ درست را دشوارتر می‌سازد: از جمله اینکه هیچ ملک بدون مالک، تصرف نمی‌شود، باید دید مالک عین موقوفه کیست؟ ملک باید به

حقوقدانان تنها انسان را به عنوان شخص طبیعی می شناختند. سپس، به یاری فرضهای حقوقی و بعدها به عنوان موجودی حقیقی به وجود شخص حقوقی پی بردند. ولی، هنوز هم در اینکه مجموعه‌ای از اموال بتواند چنین شخصیتی یابد به شدت تردید دارند و تنها پاره‌ای از قوانین جدید وجود اموالی را که اختصاص به هدف و مصرف خاص داده شده است، به عنوان شخص حقوقی، شناخته‌اند. بدین ترتیب، اهمیت و ضرورت پاسخ به پرسشهای مطرح شده روشن می‌گردد و باید دید قوانین و حقوقدانان ما چه وضعی را در برابر این دشواریها برگزیده‌اند:

۱. معدودی از فقهای امامیه و بعض از عامه (۱۲) اعتقاد دارند که عین موقوفه حبس و در ملک واقف باقی می‌ماند، زیرا ظاهر از لزوم حبس عین (۱۳) با انتقال آن به دیگری منافات دارد. پس، تنها ثمره مال است که به موقوف علیهم می‌رسد.

بر این نظر انتقاد شده است که لزوم حبس عین با انتقال آن به دیگری یا خروج از ملکیت واقف منافات ندارد، زیرا می‌توان عین را در ملکیت موقوف علیهم نیز حبس کرد. (۱۴) وانگهی، وقتی شخص بتواند عین یا منفعت مالی را بفروشد یا ببخشد و مال از او به میراث نرسد، چگونه می‌توان ادعا کرد که او مالک است؟ در اثر وقف، رابطه مالک با عین موقوفه قطع می‌شود: عین از ملکیت او بیرون می‌رود و دیگر به او باز نمی‌گردد. از مفاد ماده ۶۱ قانون مدنی نیز همین معنی استفاده می‌شود. زیرا، به موجب آن: «وقف بعد از وقوع آن به نحو صحت و حصول قبض لازم است و واقف نمی‌تواند 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 (مانند وقف بر کسانی که متعرض می‌شوند) را درست و از اقسام وقف می‌دانند و همچنین وقف درباره بعض از منافع را نافذ می‌شمرند، در این دو مورد عین حبس شده را ملک واقف می‌بینند. (۱۵) ولی، چنان‌که گفته شد، منقطع بودن وقف نیز با لزوم فک ملک واقف منافات ندارد. از ظاهر ماده ۵۵ قانون مدنی نیز بر آن آید که باید تحقق وقف باید تمام منافع تسلسا شود، و فرض هم

ملکیت او از بین نمی‌رود. (۱۶)

۲. بین فقهای امامیه مشهور است که مال وقف به موقوف علیهم تملیک می‌شود. (۱۷) مبنای استدلال این گروه بر دو اصل استوار است: اول اینکه در اثر وقف رابطه حقوقی بین مالک و عین قطع می‌شود. دوم اینکه تصور ملک بدون مالک امکان ندارد. بر این مبنای اعتقاد دارند که ناچار باید موقوف علیه را مالک شمرد. اینان، در برابر ایراد کسانی که می‌گویند، چگونه موقوف علیه را می‌توان مالک شمرد در حالی که نه حق فروش آن را دارد و نه از او به میراث می‌ماند، پاسخ می‌دهند که عدم امکان فروش مال مالکیت را محدود می‌سازد ولی میان‌تهی نمی‌کند، به‌ویژه که در پاره‌ای موارد نیز بیع وقف تجویز شده است. رابطه حقوقی موقوف علیه با مال وقف نشانه‌های اصلی مالکیت را دارا است. زیرا، منافع ملک را موقوف علیه می‌برد و اگر کسی مال وقف را تلف کند در برابر او ضامن مثل یا قیمت است.

این گروه، حتی در مورد موقوفات عام (مانند فقراء) و بر جهات (مانند پل و مدرسه و مسجد)، اعتقاد دارند که موقوف علیهم مالکند، جز اینکه در چنین مواردی موقوف علیه کلی است و هیچ مانعی ندارد که ملکیتی به کلی نسبت داده شود، مانند وصایا و نذورات و اموال عمومی. ایراد مهمی که بر این استدلالها می‌شود 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 دارد، ولی این امتیاز دلیل نمی‌شود که مالک عین باشند، آن هم مالکیتی که هیچ نشانه‌ای از سلطه اختصاصی و دائم، یعنی جوهر این حق، را دارا نیست.

درست است که پس از وقف مالک نسبت به آن بیگانه است، ولی این واقعیت نیز دلیل تملیک مال به موقوف علیه نیست. زیرا، می‌تواند همچون مال بدون مالک (مانند ملک 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 حس

ویژه خود را داشته باشد. به ویژه، 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 اینکه مالک آن معلوم باشد (مانند وقف بر مساجد و پلها و مدرسه‌ها). (۱۸)

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؛ مصرف وقف در مرحله نخست اهمیت دارد که خدمت به مردم و در راه خدا است. پس برای رفع اشکال بهترین تمهید این است که وقف ملک خدا دانسته شود و اشخاص منتفع از این خوان نعمت بهره‌مند گردند. (۱۹)

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. (۲۰) 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 تعلق 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 اینکه 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 حق وقف و اشکال نشان می‌دهد. ابن‌الحق، مالکیت موقوفه علمه

آن به دیگری ندارد. زیرا آنچه نامعقول به نظر می‌رسد ملک بدون مالک است نه مال بدون مالک (مانند مال مورد اعراض). وقف مانند مال بی‌مالک است و ضرورتی ندارد که در پی مالک آن باشیم؛ مالی که به‌طور مستقل اداره می‌شود و به مصرف می‌رسد، بدون اینکه تعلق به شخص داشته باشد. (۲۱)

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 «فقراء» یا «دانشجویان» به دلیل اینکه مفهوم کلی است و وجود خارجی ندارد تردید کرد؟ (۲۲)

به‌اضافه، ملکیت از امور اعتباری است و لزومی ندارد که مانند سپیدی و سیاهی دارای محل خارجی باشد و کافی است دارای محلی اعتباری باشد و 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. (۲۳)

بدین ترتیب، این فقیه روشن‌بین می‌کوشد خود را از قیود سنتی مالکیت برهاند و وجود آن را قطع نظر از شخص مالک تصور کند. این‌گونه تلاشها، که شاید ناخواسته یا مبنی بر تصویری گنگ از وجود شخصیت حقوقی برای جمع اموال باشد، زمینه‌فکری و نهاد وجود یک سازمان حقوقی مستقل را برای وقف نشان می‌دهد. به‌ویژه، که از نظر آثار اداره، وقف چیزی از یک سازمان یا شخصیت حقوقی کم ندارد، جز اینکه وجود آن مبتنی بر «حبس عین موقوفه» و بقای آن است.

به هر حال، چنان‌که گفته شد، قانون اوقاف وقف عام را دارای شخصیت حقوقی شمرد (ماده ۳). این حکم خود نوعی پیشرفت حقوقی بود، ولی این پرسش را به وجود می‌آورد که 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

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، خواه 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. (۲۴)

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 بلیغ‌تر از «تسبیل منفعت» دیده‌اند. (۲۵) قانون مدنی واژه تسبیل را ترجیح داده است و بر مبنای آن می‌توان ادعا کرد که قصد قربت از شرایط تحقق وقف است، به‌ویژه که در اخبار نیز وقف را نوعی صدقه دانسته‌اند و در صدقه بیگمان قصد قربت شرط است. (۲۶) ولی، این ادعا را نباید پذیرفت، چرا که مصرف در راه خیر خود از نظر اخلاقی پسندیده و به سوی راه خدا است، هر چند که به منظور دیگری باشد و داعیه‌های عاطفی و آرمانهای انسانی انگیزه اصلی به‌شمار آید. (۲۷) 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 «تسبیل» در تعریف آن، باید از شائبه‌های خودپرستی و سودجویی دور بماند؛ مال به سود دیگران حبس شود و به انگیزه‌های نوعدوستی 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 موقوف‌علیه یا جزء موقوف‌علیه 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».

موقوف علیهم قرار گیرد (مانند وقف بر مسجد و مدرسه) یا وقف بر غیر محصور شود و خود یکی از مصداقها باشد (مانند اینکه 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 غیر محصور 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 در ماندگان 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 نمی آید، مگر اینکه هنگام وقف قصد خروج خود را کرده باشد. (۲۸) همچنین، ضرورتی ندارد که وقف بر بیگانگان شود و عواطف شخصی واقف در آن مؤثر نیفتد. پس، می توان مالی را بر اولاد یا خویشان و خدمتگذاران و میهمانان وقف کرد (ماده ۷۳ ق.م.ا)، هر چند که غنی شدن آنان از تکالیف واقف بکاهد (مانند وقف بر پدر و مادر یا اولاد).

ولی، نمی توان 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 بپردازند یا بر آنان شرط شود که مالی را به واقف یا شخص ثالث بدهند، زیرا شرط عوض با مفهوم «تسبیل» منافات دارد، هر چند که از منافع وقف نباشد.

تحول هدفها و همگامی با نیازهای اجتماعی

آنچه از دیدگاه جامعه شناسی قابل مطالعه است، تنوع هدفهای خیر و تحول آن از حمایت فردی شخص به سوی منافع اجتماعی است، چنانکه در قدیم، حمایت به شیوه دستگیری از محرومان و نیازمندان و هدفهای مذهبی (مانند سوگواریها) نمونه بارز آن است. با شکوفا شدن جامعه سرمایه داری و پیشرفت صنایع، این هدف رنگ دیگری به خود می گیرد؛ ابزار نیات خیر دستگیری و احسان نیست؛ انجام دادن خدمت عمومی است ... مدرسه و بیمارستان می شود و در کشورهای پیشرفته تأمین وسائل تحقیق در امور پزشکی، و انسان، حمایت از دانشگاهها و ترویج فرهنگ کشور، جایگزین

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 دارایی آن به هدفهای خیر اختصاص یابد از دیرباز وجود داشته است و هم‌اکنون بنیادهای خیریه در غالب کشورها، به‌ویژه در آمریکا، سهم بزرگی در امور اجتماعی و سیاسی و اقتصادی به عهده دارد و در جهان پرآوازه است: مانند بنیاد (Fondation) (۲۹) نوبل در سوئد و 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 می‌توانند 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. (۳۰) در قرن هیجدهم، روح فردگرایی و اقتصاد آزاد با بنیادهای خیریه نامساعد می‌نمود، چراکه این سازمانها از سرعت انتقال و گردش داراییها می‌کاست. به همین جهت، انقلاب همه‌ی بنیادها را از بین برد. این دشمنی به تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه نیز به میراث رسید. به‌اضافه، 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، به‌وسیله‌ی هبه یا وصیت به شخصیت‌های حقوقی موجود تملیک کنند و تحقق هدف خود را به‌صورت شرط بر متب یا موصی له تحمیل سازند. تنها شورای دولتی است که خود را پای‌بند به سنتها و رویه‌ها و متون مواد نمی‌بیند و در راه ایجاد این‌گونه مؤسسات تسهیلاتی فراهم می‌آورد.

در حقوق فرانسه، دارایی نمی‌تواند، بدون اینکه به شخص منسوب و به‌وسیله‌ی او اداره شود، زندگی حقوقی داشته باشد. پس، هر که می‌خواهد دارایی جدید به‌وجود آورد، باید در اندیشه‌ی ایجاد شخص، مدبر و سرپرست آن باشد. بدین منظور، و برای

باشد. (۳۱) این فرمان، که در واقع به «بنیاد» شخصیت حقوقی اعطا می‌کند، پس از اظهار عقیده شورای دولتی صادر می‌شود.

با این شرایط، واقف می‌تواند از راه هبه یا وصیت تملیکی به تأسیس بنیاد مورد نظر بپردازد: نخستین راه با مشکل مهمی روبه‌رو نیست، زیرا مالک می‌تواند 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 می‌یابد و اموال انتقال یافته به آن، دارایی شخص حقوقی محسوب می‌شود و زندگی حقوقی مستقل می‌یابد. ولی، پیمودن این راه با مانع عملی روبه‌رو است: نخست اینکه بنیادها به‌طور معمول به سرمایه فراوان نیاز دارند و مؤسس باید در زمان حیات از تمام یا بخش مهمی از دارایی خود محروم بماند، کاری که به‌طور متعارف اشخاص از آن پرهیز می‌کنند. دیگر اینکه احتمال دارد مؤسس پیش از تحصیل فرمان اعطای شخصیت به بنیاد فوت کند. این حادثه هبه را باطل می‌سازد و نقشه‌های طرح شده را در هم می‌ریزد.

راه آسانتر این است که انتقال دارایی مؤسس به وسیله وصیت انجام پذیرد، چون محروم ساختن وارث به مراتب ساده‌تر از گذشتن از تمام یا بخش مهم دارایی در زمان حیات است. به همین جهت، بیشتر مردم وصیت را ترجیح می‌دهند، ولی، رویه قضایی اشکال کرده است که، چون شخص حقوقی در زمان مرگ موصی هنوز ایجاد نشده است، نمی‌تواند موصی له واقع شود. با وجود این اندیشه‌های حقوقی با آن به مخالفت برخاسته و بند ۲ ماده ۹۰۲ را ناظر به شخص انسان می‌داند نه شخصیت حقوقی. بعضی نیز بر راه غیرمستقیم (وصیت به شخصیت‌های موجود) نیز ایراد گرفته‌اند:

این جمع، که به دلیل تعارض با مصالح اجتماعی و مخالفت رویه قضایی عقایدشان در فرانسه مهجور مانده است، خرده گرفته‌اند که واسطه انتقال موصی به به شخص حقوقی در واقع موصی له نیست، زیرا اموال موصی را از او می‌گیرد و به بنیاد می‌رساند. پس او را باید وصی شمرد که مأمور اداره دارایی است نه مالک آن و بدین‌گونه، از زمان فوت تا زمان تملیک به بنیاد، اموال موضوع آن بی‌مالک می‌ماند و چنین طفره‌ای را حقوق نمی‌پذیرد. به اضافه، ابن حریان به منزله تملیک به عاملاً و نماینده شخص است که خود

بر خلاف نهی قانون (ماده ۹۱۱) به شخصی که اهلیت ندارد مالی را ببخشد.

این ایرادها را موافقان رویه قضایی پاسخ گفته‌اند و سرانجام مصلحت عمومی را بر منطبق حقوقی ترجیح داده‌اند:

۱. این ایراد که واسطه انتقال دارایی به شخص حقوقی در واقع موصی له نیست و مالک اموال نمی‌شود، در صورتی مورد پیدا می‌کند 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 می‌شود، هر اندازه سنگین باشد، در زمره دیون او در می‌آید و از حق عینی که بر اموال تملک شده پیدا کرده است نمی‌کاهد. به همین جهت، خطر اصلی در استفاده از این راه غیرمستقیم، وثیقه قرار گرفتن این اموال برای دیون او است 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 ورثه‌اش (در صورت فوت پیش از تملیک) خطر دیگری است که تحقق آرمان موصی را تهدید می‌کند.

۲. در مورد وصیت همراه تعهد، بر خلاف تملیک به عامل شخص بی‌اهلیت، هیچ‌گونه تصنع و صورت‌سازی به چشم نمی‌خورد و موصی از راهی مشروع و قانونی استفاده می‌کند. به ویژه، که موصی به مقدمه چینی دست نمی‌زند که مالی را به شخص مجهول تملیک کند، بلکه سببی می‌سازد که شخص حقوقی بتواند، پس از احراز شخصیت و اهلیت، موصی به را به دست آورد. درباره نامشروع بودن جهت وصیت نیز، به گونه‌ای که عنوان شده است، همین پاسخ کافی است، چرا که اجرای هدف موصی سرانجام به تملک شخص بی‌صلاحیت نمی‌انجامد.

هدف موصی، از نظر گریز از رویه محاکم که وصیت به نفع شخص حقوقی آینده را باطل شمرده‌اند، نامشروع است، ولی دادگاهها در این باره سختگیری نمی‌کنند و بارها وصیت همراه با تعهد تملیک به بنیادهایی را که در آینده به وجود می‌آید نافذ

تسهیلاتی برای ایجاد آن قائل شده است: چنین مؤسسه یا انجمنی اهلیت قبول هبه و وصایایی که به سود هدف خیر می شود دارد. (۳۳)

ب. در سایر کشورها

در حقوق آلمان (مواد ۸۰ تا ۸۹ قانون مدنی) پذیرفته شده است که مجموعه‌ای از اموال، به دلیل اختصاص یافتن به هدف معین، ممکن است دارایی مستقلی شود و زندگی حقوقی ویژه خود را آغاز کند. وجود بنیادها (Fondations) وابسته و محدود به اذن مقامهای اداری است، لیکن 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 طفره 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. (۳۴) نزد اینان، اموال وقف شده به عنوان دارایی یک شرکت تلقی نمی شود، بلکه خود مؤسسه‌ای است مستقل، بدون اینکه شخص 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 شخص تعلق ندارد. (۳۵) متنها، 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 اجزای 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

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 سویس، این تفاوت اخیر از میان رفته است (مواد ۸۰ به بعد قانون مدنی). زیرا، در عین حال که قانون مدنی سویس برای وقف راه حلی مانند حقوق آلمان دارد، ایجاد بنیاد موکول به اذن دولت نشده است. منتها، دولت بر اداره اوقاف، جز در صورت بنیادهای مذهبی و خانوادگی، نظارت دارد و از این حیث به حقوق ایران نزدیکتر 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.

یادداشتها

۱. در حدیث نبوی آمده است: «اذا مات المؤمن انقطع عمله الا من ثلاثة: ولد صالح يدعو له و علم ينتفع 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، تحریرالمجلة، ج ۲، ص ۶۹.
۲. نویسنده در مشهد به وقفنامه هایی برخورد کرده یا شنیده است که از جهت موضوع بسیار خواندنی و عبرت آموز است: از جمله، وقف برای تهیه جهیز 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.
۳. 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). به ویژه در دوران مسیحیت که جنبه مذهبی به خود گرفته است (پلنیول و ریپر، ج ۵، به وسیله تراسبو و لوسرآن، ش ۹۰۵). با وجود این، درباره سوء استفاده از این نهاد حقوقی و اجتماعی مفید و اینکه چگونه اوقاف عام وسیله بهره برداری نامشروع متنفذان گشته و در راه امیال آنان به کار می رود، و وقف خاص وسیله فتنه و فساد بین اقارب شده است، رجوع شود به: محمد حسین کاشف الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۵، ص ۶۹.

- تحریر الکلام، (ج ۱، ص ۲۸۴) در تعریف وقف می‌نویسد: «عقد یقتضی تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» که در واقع تعریف عقد وقف است؛ همچنین رک. سید محمد جواد عاملی، *مفتاح الکرامة*، ج ۹، ص ۱، در ترجیح تعریف ...
۵. قول مشهور در فقه امامیه، که بعضی مانند صاحب غنیه و سرائر ادعای اجماع بر آن کرده‌اند (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 می‌داند نه فک ملک از او، رجوع شود به: *تحریر المجله*، ج ۵، ص ۷۱.
۶. درباره بطلان وقف منفعت و دین، در فقه ادعای اجماع شده است: رک. سید محمد جواد عاملی، *مفتاح الکرامة*، ج ۹، ص ۷۲.
۷. برای دیدن شرایط مال موقوف، رک. علامه حلی، *قواعد*: «الموقوف و شروطه اربعة: ان یکون عیناً مملوکه یصح الانتفاع بها مع بقائها و یمكن اقباضها» و در شرح آن: *مفتاح الکرامة*، ج ۹، ص ۷۰.
۸. در حقوق فرانسه، چون مالکیت از مفاهیم وابسته به شخص است و جمع اموال نمی‌تواند 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 آن‌گاه مال مورد نظر را به این شخصیت هبه کرد و وقف مال به طور مستقیم امکان ندارد (مازو، همان کتاب) و تنها در حقوق آلمان و سوئیس و قوانین جدیدتر است که شخصیت حقوقی اموال را که اختصاص به هدفی معین یافته است پذیرفته‌اند که بزودی تفصیل آن را خواهیم دید.
۹. الظاهر من کلام الاکثر هو اشتراط الدوام فی الوقف، و قد تقدّم فی اخبار وقوف الائمة (ع) ما يدل علیه: *حدائق*، ج ۲۲، ص ۱۳۴.
۱۰. شهید ثانی، *مسالك*، ج ۱، ص ۲۴۴.
۱۱. در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، *عقود معین*، ج ۳، ش ۷۱.
۱۲. ابوالصلاح، فقیه امامی در کافی (نقل از: جواهر، ج ۲۸، ش ۸۸) و از متأخران، شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، *تحریر المجله*، ج ۵، ص ۷۱، و از فقهای عامه، مالک و اقلیت از شافعی‌ها (ابن قدامه، *المغنی*، ج ۶، ص ۴).
۱۳. حدیث نبوی: «حبس الاصل و سبیل الثمرة».
۱۴. شیخ محمدحسن نجفی، همان کتاب - شهید ثانی، *مسالك*، ج ۱، ص ۳۵۶ - بعضی در مورد زوال ملک از واقف دعوی اجماع کرده‌اند: سید محمد جواد عاملی، *مفتاح الکرامة*، ج ۹، ص ۸۸.

- معصوم نقل می‌کند که قطع رابطه ملکیت با واقف را می‌رساند. متن خبر این است که «صدقه بتلا بتا» و سید محمد کاظم در معنای آن می‌نویسد: «ای منقطعة عن صاحبها الاول و مبانة عنه، فان البت و البتل بمعنی القطع»، ص ۲۳۲.
۱۷. محقق، شرایع، کتاب وقف - علامه حلی، قواعد، وقف - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۲ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲، ص ۸۸ به بعد - مامقانی، مناہج المتقین، ص ۳۲۵ - و از فقهای عامه: ابن قدامه، المغنی، ص ۷.
۱۸. مانند این ایرادها بر کسانی هم که وصیت بر جهات را در زمره وصایای تملیکی آورده‌اند وارد است. شگفتی در این است که صاحب جواهر که بیش از همه بر اثبات مالکیت موقوف‌علیهم 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).
۱۹. علامه حلی، قواعد، کتاب وقف، به این عبارت: «ثم ان كان مسجدا فهو فك ملك كالنحرير و ان كان على معین فالاقرب انه يملكه و ان كان على جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى» - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۵۶ و ۳۵۷ - شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، ص ۴۸۴ و ۴۸۵ - ابن ادریس (نقل از: مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۷۸).
۲۰. 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 فقهاء نقل شده است که همه موقوفات، اعم از عام و خاص، را بیرون از مالکیت واقف و موقوف‌علیه و ملک خدا می‌دانند (نقل از سید محمد کاظم طباطبائی، همان کتاب، ص ۲۳۲) - شمس‌الدین محمد رملی، نهاية المحتاج، ج ۵، ص ۳۸۵ - ابن قدامه، المغنی، ج ۶، ص ۶ (در مورد حنبلی‌ها) - شیخ طوسی در مبسوط این نظر را به قومی از فقها نسبت داده است (نقل از مفتاح الکرامة).
۲۱. ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۲۳۲ و ۲۳۳.
۲۲. این تعبیر در جواهر (ج ۲۸، ص ۹۱) نیز دیده می‌شود که مرحوم طباطبایی اقتباس و تکمیل کرده است.
۲۳. همان کتاب، ص ۲۱۰-۲۰۹.
۲۴. صاحب جواهر (ج ۲۸، ص ۲)، از صحاح نقل می‌کند که گفته است: «سبل فلان ضیمته‌ای جملها فی سبیل الله تعالی» و تعبیر وقف به «صدقه جاریه» در اخبار و نوشته‌های بعض از فقهاء (شهید در دروس، نقل از جواهر) این معنا را تأیید می‌کند. برای مطالعه بیشتر در زمینه لزوم ثبت تقرب در

- متأخران از او تقلید کرده‌اند - همچنين، رک: علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۸: «عقد یقنضی تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة».
۲۶. شیخ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۵، ص ۷۳.
۲۷. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۷ و ۸ - سید محمدکاظم طباطبایی، عروةالوقعی، (ملحقات)، ج ۲، ص ۱۸۶.
۲۸. علامه حلی، قواعد (مفتاح الکرامه)، ج ۹، ص ۳۱ - سید محمد کاظم طباطبایی، همان کتاب - محقق، همان کتاب - شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، ص ۴۶۹ - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۵۴ - محقق قمی، جامع‌الشنات، ص ۳۶۵ - رملی، نهاية المحتاج، ج ۵، ص ۳۶۴، ص ۲۰۱ و برای دیدن نظر مخالف، علامه حلی، تذکره، ج ۲، وقف - شیخ محمد حسن نجفی، همان کتاب، ص ۷۰ که انتفاع واقف از اموالی را که از ملکیت خارج می‌شود (مانند نماز خواندن در مسجد و عبور از پل) مجاز می‌داند و در جایی که وقف به عنوان تملیک بر کلی است، مانند وقف بر فقراء یا علماء و مجتهدان، واقف را داخل در موقوف‌علیهم نمی‌داند و انتفاع او را مجاز نمی‌شمرد - همچنين، از نویسندگان حقوق مدنی: رجوع شود به: سیدحسن امامی، ج ۱، ص ۱۳۶.
۲۹. واژه (Fondation) به دو معنای عام و خاص به کار رفته است: به معنای عام، اختصاص دادن توده‌ای از اموال به هدف معین است و به تصرفی نظارت دارد که اثر آن ایجاد بنیادهای خیر است، ولی در معنای خاص، شخصیت حقوقی ایجاد شده به منظور تحقق هدفهای خیر و احسان است: رک. مازو و برتون (Breton)، دروس حقوق عمومی، ج ۴، ش ۱۴۱۳.
۳۰. مازو، دروس حقوق عمومی، ج ۴، ش ۱۴۱۴.
۳۱. مازو، همان کتاب، ص ۵۷۰. به اضافه، در این باره که آیا می‌توان، 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 داده‌اند (پلنیول و ریپر، همان کتاب).
۳۲. در این باره، رک. مازو و برتون، ش ۱۴۲۲، ص ۶۳۱.

33. Le décret de reconnaissance d'utilité publique.

۳۴. پوختا (Puhcta)، روث (Roth)، ویندشید (Windsheid)، نقل از: پلنیول و ریپر، پاورقی ۱، ص ۱۱۶۹، همان کتاب.
۳۵. بیگمان، این نزدیکی بر مبنای نظریه‌ای است که در متن اصلی درس پذیرفته شده ولی بر طبق عقیده مؤلفانی که عین موقوفه را ملک موقوف‌علیهم یا واقف می‌دانند، بین دو حقوق آلمان و