

# حقوق مکتسبه متصرفین در موقوفه ها

مهراب داراب پور<sup>1</sup>

(تاریخ دریافت: 1390/8/10 - تاریخ تصویب: 1390/10/17)

## چکیده:

یکی از عمده ترین مسائلی که در حوزه عملی وقف مبتلی به دادگاهها و محل نیاز مبرم حقوقدانان از جمله قضات محترم و وکلای گرامی دادگستری می باشد، مسأله حقوق مکتسبه ثالث در مقابله با مالکیت بر عین موقوفه و مالکیت بر منافع و حق انتفاع است. علمای حقوق و قضات دادگاههای عالی نیز گاهی از این مهم به طور کامل غافل مانده و اثرات آن را مد نظر نداشته اند. برای روشن شدن این حقوق مکتسبه، لازم است اولاً تحقیقی صورت پذیرد که مالک مال موقوفه چه کسی است. پس از شناخت مالک، حقوقی که ممکن است له یا علیه او اعمال شود، مشخص خواهد شد. بررسی تئوری های چهارگانه مالکیت موقوفه در حدیث و فقه و عرف و قانون، راه را برای شناخت حقوق و تکالیف اشخاص ثالث در موقوفه (حقوق مکتسبه) می گشاید. تحقیق در حق اولویت متصرفین و مستأجرین در این اموال با بررسی شیوه ایجاد، حیظه آن، مستندات قانونی و نحوه سلب این حق، باعث روشن شدن هر چه بیشتر حقوق مکتسبه می گردد. این مقاله با شناخت مالک موقوفه و تجزیه و تحلیل حق اولویت ثالث، علاوه بر انفتاح طرق حل اختلافات در خصوص ایجاد، اعمال و ادامه حقوق مکتسبه و عدم تعارض آن با ابطال فروش اسناد رسمی موقوفه، مقاصد وقف از یک طرف و حقوق مکتسبه را از طرف دیگر، در دو کفه ترازوی صلاح و نفع اقتصادی می گذارد و می کوشد تا راه حلی برای جلوگیری از ادامه عدم تعادل دو کفه ترازو پیدا شود. راه حل رفع مشکلات مرتبط با حقوق مکتسبه و تعادل آن با مقاصد وقف را باید با مطالعه متن مقاله جستجو کرد.

**واژگان کلیدی:** مالکیت، موقوفه، متصرف، مستأجر، حق مکتسبه، بیع موقوفه، اهداف وقف.

## مقدمه:

حبس مستمر عین،<sup>1</sup> (و گاهی اموال در حکم عین معین و سهام شرکت ها<sup>2</sup>) که معنون به وقف است، از تاسیسات مفید و حیات بخش اسلامی است که وجه تشابه چندانی با تأسیسات مشابه قبل از اسلام ندارد. هدف از این عقد لازم، عینی، الحاقی و مسامحه‌ای، یا از منظری دیگر، ایقاع، چنانکه از تعریف آن پیداست، حبس مستمر عین و تسبیل منافع آن است<sup>3</sup> (صانعی، مجمع المسائل، 565).

هدف اصلی، رهاسازی منافع موقوفه از تسلط واقف (مالک قبلی) به نفع عموم مردم یا اشخاص خاص مورد نظر واقف است. تسبیل منافع به تنهایی از مختصات عقد وقف نیست و ضرورت دارد که حبس مستمر عین با آن همراه باشد. اگر تسبیل منافع صورت پذیرد، ولی حبس مستمر عین واقع نشود و قبض تحقق نیابد،<sup>4</sup> وقف به معنای مذکور در قانون مدنی ایران واقع نشده و امکان دارد، عقد عمری، رقبی، سکنی یا حبس به معنای اخص باشد. به همین دلیل، تعریف وقف در ماده 55 قانون مدنی، که شامل سایر عقود می‌شود، مانع اغیار نبوده و تعریفی ناقص است.<sup>5</sup> به هر حال، غرض از وقف، بر اساس شروط و مقاصد واقف،<sup>6</sup> حبس عین مال و حفظ آن از تلف و اتلاف از یک طرف، و آزادی و اطلاق و رهاسازی منفعت یا انتفاع از طرف دیگر است، به نحوی که عین مصون از نقل و انتقال باقی بماند و منافع یا انتفاع از مال به نفع شخص یا اشخاصی آزاد شود (حائری یزدی، 1380، 44).<sup>7</sup> البته در اینکه قبض شرط صحت (سبزواری، 139- امام خمینی، 64) و یا شرط لزوم (حمزه بن علی، 176) است اختلاف وجود دارد.

در مقام عمل، مانعی وجود ندارد که مالک تسبیل منافع کند، ولی حق مالکیت عین را صریحاً برای خود حفظ نماید و آثار مالکیت یعنی نقل و انتقال و واگذاری به انحاء مختلفه آن را، بر آن مترتب سازد، ولی در اینگونه موارد، مثل خالصجات دولتی، عنوان وقف مذکور در قانون مدنی، بر آن صادق نیست و احکام وقف بر آن مترتب نمی‌باشد<sup>8</sup> و تسبیل منابع با حبس مستمر عین در وقف ملازمه دارد. گفته شده است، علیرغم اینکه در وقف،

حبس عین باید مستمر باشد، ولی ضرورت ندارد تسبیل منافع کامل باشد. تسبیل قسمتی از منافع در مواردی که حبس مستمر عین امکان دارد، مانع قانونی ندارد. در کنار آزادسازی کامل یا ناقص باید گفت تسبیل منافع گاه به صورت ایجاد حق انتفاع و زمانی به صورت ایجاد مالکیت منافع ظهور پیدا می کند. حق انتفاع زمانی به وجود می آید که منتفع یا موقوف علیهم، فقط شخصاً حق استفاده از موقوفه را داشته و حق نقل و انتقال آن منافع یا اجاره دادن عین را نداشته باشند. در مالکیت منافع، در مقایسه با حق انتفاع، مالک منافع حق نقل و انتقال و اجاره دادن منافع خویش را دارد که از موجبات حقوق مکتسبه برای مستأجرین و متصرفین خواهد بود. بدین ترتیب اگر این مالکیت مورد تعرض قرار گیرد، بر خلاف حق انتفاع، مالک منافع شخصاً می تواند طرف دعوی قرار گیرد. هر گاه تسبیل منافع به صورت تملیک منافع انجام شود، مانند وقف خاص و برخی از موارد وقف عام، موقوف علیهم مالک این منافعت و می توانند حق مالکیت بر منافع خود را، در حدود مقرر در قانون، اجرا کنند. زمانی که تسبیل منافع به صورت ایجاد حق انتفاع برای موقوف علیهم باشد، این حق هر لحظه برای منتفع یا موقوف علیهم ایجاد و مستهلک می شود. اگر آنها فرصت را غنیمت شمرده و از موقوفه منتفع شدند، این منافع استیفاء می گردد، و الا از بین می رود و نمی توانند عوض آن را از اتلاف کننده مطالبه نمایند. نکته دیگر آن که، ضرورتی ندارد منافع، در زمان انعقاد عقد و یا زمان قبض که عقد یا ایقاع کامل می شود، موجود باشد که در این صورت تملیک یا انتفاع بعد از ایجاد منفعت صورت می پذیرد.

عنوان گردید، که وقف در جهت اجرای عدالت اجتماعی است که حداقل ریشه های بی عدالتی را سست می کند تا راه از بین بردن آن هموارتر گردد. مهم ترین ریشه های بی عدالتی مسأله فقر است که باعث نابسامانی ها و انحرافات فراوان در جامعه می گردد. وقف، به ویژه وقف عام، یکی از بهترین منابع اقتصادی جهت تأمین مالی برای قشر محروم جامعه و از بین بردن فاصله طبقاتی است. البته وقف می تواند به اهداف اقتصادی دولت ها کمک کند و در کم کردن کسری بودجه نقش بسزائی داشته باشد. وقف، درآمد عمومی را

افزایش می‌دهد و مخارج آن را تأمین می‌کند. دولت، از این درآمدها استفاده و از آن هزینه‌ها اجتناب می‌کند و باعث بهبود وضع عموم می‌شود.

از آنجا که هدف از وقف، به ویژه وقف برای عموم مردم که وقف بر امور خیریه با بریات عام نامیده می‌شود (امینان، 1381، 68)، ایجاد تسهیلات اقتصادی برای بهبود زندگانی و معیشت و آرامش و اعتبار موقوف علیهم، و جلوگیری از صعوبت و مشکلات زندگی آنها می‌باشد،<sup>9</sup> پرسشی در این میان زمینه طرح می‌یابد و آن اینکه: آیا ورود شخص ثالث، جهت ساخت و ساز در موقوفه، و یا کشت و زرع و باغداری در موقوفات عملاً همه چیز را در اختیار ثالث نمی‌گذارد و هدف وقف را تحت الشعاع قرار نمی‌دهد؟ آیا نباید برای رفع تنگناهای ایجاد شده تمهیداتی اندیشیده شود؟ تجزیه و تحلیل این حق برای کمک به رسیدن به اهداف وقف محل بحث این مقاله است. این حق که معمولاً برای اشخاص ثالث که از موقوفه استفاده می‌کنند به وجود می‌آید، حقوق مکاتبه نام دارد. حقوق مکاتبه، اثرات فراوانی بر موقوفه می‌گذارد. تجزیه و تحلیل ایجاد و زوال این حقوق راه را برای شناخت هرچه بیشتر آنها و اثراتشان باز تر می‌کند تا اگر مغایر با اهداف و مقاصد وقف باشد، با آنها مقابله یا حداقل تعدیل شوند.

### 1- مالکیت موقوفه:

علمای حقوق، وقف را از جهت محصور بودن یا نبودن موقوف علیهم به دو قسم تقسیم کرده اند که عبارتند از: وقف بر محصور و وقف بر غیر محصور. اولی که وقف بر یک یا چند نفر یا شخصی معین است، وقف خاص نام دارد و وقف بر غیر محصور هم خود بر دو قسم است: یعنی گاهی بر اشخاص غیر محصور و گاهی بر مصالح عام است. به وقفی که بر مصالح عمومی<sup>10</sup> تعلق می‌گیرد، از این باب که هدف و سمت و سوی وقف بر جهت است (امام خمینی، 70) به آن وقف خاصه<sup>11</sup> نیز می‌گویند. خلاصه آن که وقف خاص برای اشخاص معین است و وقف عام<sup>12</sup> معمولاً برای عموم مردم یا طبقه ای خاصی از آنها

می‌باشد.<sup>13</sup> با این وجود، صور دیگری نیز متصور است بدین ترتیب که: گاهی ممکن است قسمتی از وقف، عام و قسمت دیگر خاص باشد و امکان دارد بدو وقف خاص و سپس عام گردد که به هر دوی این اقسام وقف مرکب از عام و خاص گویند. آن چه در این مقال مدنظر است، روش شدن این مسأله است که حقوق مکتسبه در مقابل چه کسی ایجاد می‌گردد. که در این راستا مقدمتاً لازم است تکلیف مالکیت اموال موقوفه از جهت شرعی و قانونی مشخص گردد. در این رابطه چهار نظریه موجود در این زمینه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

#### 1-1- ابقاء موقوفه در مالکیت مالک:

مسلم آن است که در روایات و احادیث تنها از حبس مال موقوفه سخن گفته شده است. لذا عناوینی چون زوال مالکیت مالک، ازاله ملک، تحریر یا فک ملک و تبطل در مالکیت مالک که در بحث وقف عنوان گردیده اند، صرفاً تفاسیر گوناگون علمای فقه و حقوق است که در مکاتب مختلف از مفهوم حبس کرده اند. در حالی که حبس ضرورتاً منجر به هیچ کدام از موارد مذکور نمی‌شود و بر خلاف نظریات فوق، آثاری از وقف چون ازاله تصرفات ناقله یا اداری یا انتفاعی و ممنوعیت انهدام مال یا ورود نقص بر آن، مستلزم ازاله ملک از مالکیت واقف نیست. از حدیث حبس العین و سبب الثمر<sup>14</sup> فقط اینگونه استنتاج می‌شود که برخی حقوق (چنان که اشاره شد: تصرفات ناقله عین و منافع، حق اتلاف و ایراد نقص بر عین، حق تصرفات اداری اگر واقف آن را برای خود محفوظ نداشته باشد، و حق تصرفات انتفاعی) از مالک گرفته می‌شود و سایر حقوق برای وی کماکان محفوظ می‌ماند. در صورت پذیرش نظر اخیر،<sup>15</sup> که اسقاط برخی از حقوق مالک می‌باشد و اثبات آن برای موقوف علیهم، مالکیت عین موقوفه برای مالک باقی می‌ماند. در این فرض موقوفه نه تنها بلا مالک نمی‌شود بلکه مالکیت آن از واقف به شخص موقوفه یا موقوف علیهم نیز منتقل نمی‌گردد. بنابراین، در این صورت لازم نیست موقوف علیهم،

اهلیت تملک یا تصرف داشته باشد،<sup>16</sup> (محقق حلی، 437). چون تملیکی در بین نیست. از جمله ادله ای که برای عدم وجود تملیک به غیر اقامه شده است، یکی این است که در وقف تملیک به خداوند جل شأنه صورت گرفته است، که در پاسخ باید گفت، شأن خداوند بالاتر از این است که با مخلوقین تشبیه شود و مالکیتی هم شأن با مالکیت بندگان برای وی توجیه گردد. خداوند در هر حال، ولو مال در ید دیگری باشد، مالک بلامنازع هستی، مخلوقات و مایملک آنها است. پیروان نظریه عدم انتقال مالکیت به دیگران همچنین گفته اند: اگر فرض شود که در وقف خاص موقوف علیهم مالک می‌شوند، در وقف عام و وقف بر جهت چه کسی مالک می‌شود؟ و چون پاسخ قانع کننده ای برای آن وجود ندارد، ابقاء مالکیت واقف استصحاب می‌شود.

از دیگر نتایج تفسیر ابقاء مالکیت عین موقوفه در مالکیت واقف آن است که، اگر قسمتی از مال مشاعی وقف باشد، و قسمت دیگر فروخته شود، واقف، که کماکان مالک است، حق شفعه دارد نه شخص موقوفه یا موقوف علیهم. موقوف علیهم، در این تفسیر، به علت عدم مالکیت قادر به تقاضای افراز ملک موقوفه از املاک دیگر نیز نمی‌باشند، بلکه صرفاً از باب اداره ملک امکان چنین تقاضایی از طرف آنها وجود دارد. به علاوه اثبات دعوی وقفیت، در وقف موجب نقل و انتقال مالکیت به غیر واقف، با شاهد واحد و یمین مدعی وقف ممکن است، در حالی که در تفسیر پیش گفته، در این دعوا، اقرار واقف در وقف ملک خویش کافی است و اگر نهایتاً متوکی مدعی وقف با شاهد واحد و یمین خود بتواند وقفیت را ثابت کند از باب حق اداره ملک است نه حق مالکیت وی. با روشن شدن عدم انتقال عین موقوفه از واقف به دیگری، اداره ملک به عهده موقوف علیهم که صاحب منافع اند، می‌باشد و در صورتی که واقف حق اداره ملک برای خود حفظ نکرده باشد، موقوف علیهم به این مهم می‌پردازند.

بر اساس این نظریه، پس مانده‌ها و داغی مال موقوفه به مالک که واقف است می‌رسد، نه به موقوف علیهم و یا شخص حقوقی.

در پایان باید گفت به نظر می‌رسد از باب فقه الحدیث، حق با کسانی است که موقوفه را ملک واقف می‌دانند و نقل ملک موقوفه را قبول نکرده اند. چون با توجه به کلیه احادیث و روایات وارده، شارع مقدس سخن از حبس ملک فرموده نه تملیک آن یا ازاله مالکیت. با این حال، علیرغم آنچه گفته شد، این دیدگاه مقبول طبع قانون مدنی و قوانین موضوعه ایران و شارحان آن قرار نگرفته است.

### 1-2- انتقال مالکیت موقوفه به موقوف علیهم:

مطمئناً در وقف بر جهات (وقف خاصه که از اقسام وقف عام می‌باشد)، کسی نقل ملک به موقوف علیهم را نپذیرفته است، چون موقوف علیهم فقط حق انتفاع دارند و وقف هم به جهت شده است نه به فرد فرد موقوف علیهم. با این حال، گاهی تعبیر نارسا و نامفهومی از عدم انتقال ملک شده، مثلاً عنوان شده است که: «لا ینتقل الملك الیهیم (یعنی موقوف علیهم) و انما ینتقل الی الله تعالی!». که فاقد وجه منطقی است. مشهور فقیهان در فقه جعفری نظر بر این دارند که، در غیر وقف خاصه، ملک به موقوف علیهم می‌رسد. این گروه، کلیه ی حقوقی که برای واقف در موقعی که موقوفه در مالکیت مالک باقی می‌ماند، و شرح آن در بند اول گذشت، را برای موقوف علیهم قائل می‌شوند.<sup>17</sup> با این وجود این نظر فقهی نیز مورد قبول قوانین موضوعه ایران قرار نگرفته است.

### 1-3- بلا مالک ماندن موقوفه:

از این دیدگاه عرفی، به محض قبض و تحقق وقف ملک بلا مالک می‌شود، یا به اصطلاح برخی از نویسندگان ملک به خداوند تبارک تعالی می‌رسد. هر چند این تعبیر حشو و نارواست و خداوند جل شأنه، منزله از همطرازی با مخلوق است و کل هستی خلقت اوست. با این حال همین تعبیر ناقص نشان می‌دهد که از این منظر دست مخلوقین و مردم از جمله مالک قبلی، واقف و موقوف علیهم از عین آن کوتاه است. اگر بپذیریم که در هر

حال عین موقوفه، بلا مالک است،<sup>18</sup> مال موقوفه چه در وقف بر جهت و چه در وقف خاص به هیچکس تعلق ندارد (موسوی بجنوردی، 280) و مانند اموالی می‌باشد که مالک ندارند ولی از انفال و اموال عمومی نبوده و جزء مشترکات عمومی و مباحات نیز شمرده نمی‌شوند. در میان طرفداران این قسم، برخی قائل به تفصیل شده و وقف بر جهت را باعث بلا مالک شدن موقوفه و وقف بر اشخاص خاص را سبب انتقال مالکیت به موقوف علیهم می‌دانند.<sup>19</sup>

لازم به ذکر است که در نظر علمای اهل سنت هم در این مورد ثبات هماهنگی یافت نمی‌شود. بر اساس تفکر مالکیه عین موقوفه در ملکیت مالک باقی می‌ماند در حالیکه واقف از تصرف در عین موقوفه ممنوع است، شافعیه اقوال مختلفی دارند، بنا بر اصلح اقوال عین موقوفه در مذهب شافعیه بلا مالک تصور شده است، حنفیه نیز این قول را پذیرفته‌اند و مال موقوفه را بدون مالک می‌دانند، حنابله به انتقال عین موقوفه، به موقوف علیه رأی داده‌اند.<sup>20</sup>

#### 1-4- انتقال مال موقوفه به شخص حقوقی:

قبلاً در حقوق اسلامی، بجز مواردی مانند مساجد، شخص حقوقی که دارای شخصیتی مستقل از دارایی باشد، وجود نداشته است. ولی قانونگذار ایران، از جمله در ماده 3 قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب 1363/10/2، شخصیت حقوقی<sup>21</sup> هر موقوفه را به طور مستقل پذیرفته است.<sup>22</sup> از آنجا که دارایی شخص حقوقی (ساکت 1370، 46). مستقل از دارایی اعضاء می‌باشد و موقوفه دارای کلیه اختیاراتی است که شخص حقیقی دارد، شاید تجزیه و تحلیل وقف از این دیدگاه بیشتر مقبول طبع زندگی عرفی و اجتماعی امروزی باشد. البته، تجزیه و تحلیل اقتصادی برای بهینه سازی و سودآوری و بهره مندی اجتماعی از موقوفه، محتاج تحقیق مفصل و راهگشای دیگری است.



در اسلام، از قدیم الایام، مسجد را که یکی از موقوفات بود، دارای شخصیت جدا از افراد می‌شناختند که تقریباً شبیه شخصیتی است که امروزه به «شخصیت حقوقی» تعبیر می‌شود. بدین ترتیب در این نوع موقوفات یا به تعبیر دقیق تر در وقف عام، فقها<sup>23</sup> و حقوقدانان،<sup>24</sup> مالک را «جهت عامه» یا «شخص حقوقی موقوفه»، دانسته اند.

همانگونه که یک شرکت قانونی شخصیت جدای از سهامداران یا شرکاء دارد، شخصیت موقوفه هم، حداقل در مورد مساجد، از شخصیت واقف و موقوف علیهم و منتفع از وقف و اشخاص متصرف موقوفه جدا می‌باشد. بنابراین، با این اعتبار که شخصیت موقوفه، جدای از شخصیت واقف باشد و با این فرض که وقف موجب نقل عین به موقوفه گردد، شش‌دانگ اموال وقف شده، نمی‌تواند به طور کامل هم ملک واقف باشد و هم ملک موقوفه. شاید به همین دلیل هم باشد که ماده 72 قانون مدنی<sup>25</sup> وقف بر نفس، به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیهم نماید،... اعم از اینکه راجع به حال حیات یا بعد از فوت وی باشد، باطل اعلام کرده است.<sup>26</sup> چرا که نقل عین به موقوفه صورت گرفته است. با این تفسیر، هنگامی که وقف بر جهات عامه می‌شود، شخص موقوفه مالک محسوب می‌شود و اشکالی ندارد که واقف هم، در صورتی که از مصادیق موقوف علیهم قرار گیرد، در زیر چتر مالکیت موقوفه از منافع موقوفه، مانند دیگران، بهره مند گردد. این است که ماده 74 قانون مدنی عنوان می‌کند: «در وقف بر مصالح عامه، اگر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود، می‌تواند منتفع گردد».

موقوف علیهم، حسب مورد، می‌تواند مالک منافع موقوفه گردند یا تنها از آن انتفاع برند. اما، با توجه به تفسیر فوق، عین اموال موقوفه متعلق به شخص موقوفه (شخص حقوقی) است که می‌تواند طرف معامله، مثلاً قرارداد وام، قرار گیرد و طلبکار و بدهکار شود. در این فرض اموال موقوفه، توسط موقوف علیهم قابل فروش و نقل و انتقال، مگر در مواردی که قانون تجویز کرده، نمی‌باشد. همچنین تنها شخص حقوقی است که به عنوان مالک طرف دعوی قرار می‌گیرد.

منافع مال موقوفه از عین آن جداست. یعنی علاوه بر حقوق مکسبه، صرف نظر از حق انتفاع، دو مالکیت وجود دارد، مالکیت عین و مالکیت منافع. پس اگر کسی عین و منفعت مال موقوف را مورد غصب یا تجاوز قرار دهد، دو مسئولیت در مقابل دو مالک دارد؛ در رابطه با عین نسبت به شخص موقوفه ضامن است و در رابطه با منفعت نسبت به موقوف علیهم ضامن می‌باشد و این بر خلاف مواردی است که مالک عین و منفعت یکی است که علمای بزرگ حقوق<sup>27</sup> فقط یک ضمان برای آن قائلند. در این موارد دلیلی وجود ندارد، که چرا تلف کننده عین تا زمان دادن مثل یا قیمت، ضامن منافع نباشد و مسئولیت مدنی برای دو ضامن به وجود نیاید. از این رو است که دادگاهها در پرونده‌های تخریب خانه همسایه در نتیجه گودبرداری، علاوه بر جبران ارزش خانه، نسبت به هزینه سکونت مالک خانه تخریب شده و اجاره بهای پرداختی توسط وی، همزمان با صدور حکم به جبران خسارت تخریب خانه، نیز اتخاذ تصمیم می‌کنند.

باید توجه داشت که یکی از عناصر اولیه مالکیت موقوفه، وجود عین موقوفه است که بالفعل اختصاص به موقوفه دارد. عین اصالتاً در اختیار شخص حقوقی موقوفه است. هر چند مالک می‌تواند ملک خود را به دیگری انتقال دهد یا حتی در موارد خاص اتلاف کند، اما موقوفه، به عنوان یک شخص حقوقی، نمی‌تواند مال وقفی را، جز در موارد خاص و محدود و محصور، نقل و انتقال دهد یا تعویض و اتلاف نماید. این از عوارض وقف مذکور در قانون مدنی و فقه است که قدرت مالک جدید را، به فرض قبول چنین مالکیتی، برای نقل و انتقال، تعویض و اتلاف ملک موقوفه محدود کرده است. به همین منوال، هر چند ملک عادی را می‌توان به مصارف گوناگون رساند و مصارف آن عموم و شمول دارد، اما از مختصات مال موقوفه این است که در مصارف خاص که عیناً مورد نظر واقف بوده،<sup>28</sup> مصرف شود و آن عموم و شمول معمولی اموال را نداشته باشد.

نکته دیگر اینکه مالکیت زمانی، در مورد اعیان غیر موقوفه، صحیح است و مانع قانونی هم ندارد. ایجاد این مالکیت بر اساس شروط ضمن عقد، امکان دارد. یعنی حتی اگر قائل

شویم که مالکیت جنبه دوام هم دارد، باز ممکن است مالکیت دست به دست شود و از این مالک به آن مالک، به صورت قراردادی یا قهری، نقل و انتقال یابد. با تفسیر فوق از وقف، مالکیت موقوفه مدام متعلق به شخص حقوقی موقوفه است و جز در موارد نادر، به دیگری انتقال نمی یابد و مالکیت زمانی در آن راه ندارد. البته حکم پیش گفته با مالکیت منافع به صورت زمانی (مهائات) که موضوع جواز است، متفاوت است. آنچه در وقف می تواند حائز اهمیت بسیار باشد مالکیت زمانی منافع است، به ویژه در وقف بر غیر جهات و موقوف علیهم غیر محصور که مثلاً نسل به نسل می آیند و از منافع در برهه های زمانی مجزا استفاده می کنند.

گاهی ممکن است ملک در ید موقوف علیهم یا اشخاص ثالث باشد، اینگونه تصرفات دلیل بر مالکیت آنها بر مال موقوفه نمی باشد. مباح له که ملک را نیز در تصرف دارد و آن را مورد استفاده قرار می دهد، مالک نمی باشد و حق اتلاف و تعویض و نقل و انتقال ندارد؛ وی تنها حق انتفاع دارد که ملک نیست و فاقد قابلیت های پیش گفته است.

همانگونه که منافع متعلق به خود شخص حقوقی موقوفه نیست، حقوق مکتسبه از جمله سرقتی و حق کسب و پیشه هم، در صورتی که مال شمرده شود، متعلق به موقوفه نیست و به مستأجر یا صاحب حق تعلق دارد. این حق، چنانکه شرح آن گذشت، از حق بر عین موقوفه و حق بر منافع و انتفاع از آن جداست که در این مجال، محل بحث قرار خواهد گرفت.

هرچند علمای حقوق عنوان می نمودند که مالکیت یک حق مطلق است (امامی، 1375، 42)، که البته در زمان حاضر به علت تخصیص اکثر، قابلیت پذیرش خود را از دست داده است (داراب پور، 1391، 78). مالکیت در موقوفه محدود به حدود و قیود فراوانی است، به نحوی که حبس کامل عین را به ارمغان آورد. بنابراین، مالکیت برای موقوفه یک حق مطلق نیست، یعنی، حتی شخص حقوقی موقوفه، حق هر گونه دخل و تصرف در مال موقوفه را ندارد (داراب پور، 1391، 245).

گفته شد که عین مال موقوفه، اختصاص به «شخص حقوقی موقوفه» دارد. منافع آن هم مختص موقوف علیهم است. استفاده از این منفعت است که به موقوف علیهم اختصاص پیدا می‌کند. مالک منافع، مالک منافی که هر لحظه به وجود می‌آید و بلافاصله معدوم می‌گردد، نیست، بلکه مالک اختصاصی منافع است، هرچند که در زمان حاضر آن منفعت وجود نداشته باشد.

اثر اینکه مالک موقوفه چه کسی است، در موارد مختلف مثل اعمال حق شفعه ظاهر می‌شود. مثال دیگر اثر این مالکیت موقعی است که به علل مختلف، مثل مخروبه شدن موقوفه و عدم امکان احیاء و یا انقراض موقوف علیهم و غیره وقف به پایان برسد. بنابراین، در صورت پایان وقف، مالکیت موقوفه یا داغی آن، حسب اینکه کدام دیدگاه پذیرفته شود، به مالک آن می‌رسد که آثار اقتصادی متفاوت را به بار می‌آورد. حقوق مکتسبه ایجاد شده - در بحث پیش رو - نیز در مقابل مالک مال موقوفه قابل استناد است.

## 2- حق اولویت متصرفین در اموال موقوفه:

مالکیت عین و مالکیت منافع یا انتفاع از موقوفه هر کدام به شخص حقوقی و موقف علیهم تعلق دارد. گفته شد، کسانی که موقوفه را در اجاره یا با تصرف مسالمت آمیز در اختیار دارند، بر آن موقوفه حقوقی دارند که به حقوق مکتسبه با حق اولویت<sup>29</sup> شهرت یافته است. برخی از فقیهان بزرگ، به صراحت عنوان کرده اند که «وقف گرچه دارای اهمیت خاصی است، اما حقوق الناس هم که مشروع [و قانونی] باشد [مثل حق سرقتی و حقوق مکتسبه]، دارای اهمیت فراوان [بوده]، بلکه بر حق الله در مواقع تراحم مقدم است.<sup>30</sup> با این توصیف، در اینجا ابتدائاً در خصوص نحوه ایجاد، حیطه و به رسمیت شناسی حقوق مکتسبه در حقوق موضوعه بحث می‌شود و سپس شیوه سلب حق اولویت در موقوفات، که محل اختلاف فراوان اوقاف و موقوفات با اشخاص ثالث است، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## 2-1- ایجاد حق مکتسبه در موقوفه از طریق اجاره و تصرف:

به موجب ماده 82 قانون مدنی، «هر گاه واقف برای اداره کردن موقوفه، ترتیب خاص معین کرده باشد، متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد، متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی، عمل نماید».

گفته شد که منافع موقوفه یا استفاده از آن متعلق به موقوف علیهم می‌باشد. هر طبقه از موقوف علیهم مالک منافع زمان زندگانی یا مربوطه آن طبقه است. بنابراین، یک طبقه نمی‌تواند مال موقوفه را بدون داشتن نمایندگی به اجاره طولانی مدت دهد، به نحوی که زائد بر دوران متعلق به آنها باشد. در این صورت اجاره فضولی محسوب می‌شود.<sup>31</sup> پس هر گاه طبقه اول از موقوف علیهم، موقوفه را برای مدت طولانی اجاره دهد و در اثناء اجاره منقرض گردد، اجاره نسبت به مابقی دوران اجاره غیرنافذ و فضولی خواهد بود، چون هر طبقه مالک منافع زمان مربوط به خویش است و یک طبقه، قائم مقام طبقه قبل از خویش نمی‌باشد. به عبارت دیگر منافع موقوفه، مانند منافع اموال مورثی نیست که اگر طبقه اول نباشد هر چه باقی مانده بود به طبقه بعد برسد، بلکه هر طبقه مالک حصه زمان طبقه خویش است و مالک حصه طبقه بعد از خود نمی‌باشد. پس، طبقه بعدی موقوفه، حق قبول یا رد اجاره را دارد. بنابراین، در صورت رد اجاره توسط این طبقه، اجاره از زمان شروع مالکیت طبقه جدید و رد اجاره باطل می‌شود و مستأجر حق دارد، اجاره بهایی را که برای دوران منافع طبقه بعدی به طبقه قبلی پرداخت کرده است، از مال خود آن‌ها، مطالبه کند.<sup>32</sup> بنابراین، خلاصه آن که حدود منافع و زمان انتفاع هر طبقه بستگی به نحوه وقف و ایجاد حقوق برای آن طبقه دارد. اگر وقف برای چند نسل پیاپی صورت گرفته باشد، تا انقراض آخرین نفر این نسل هیچ چیز به نسل بعدی نمی‌رسد.<sup>33</sup>

نکته دیگر آنکه، هرگاه اداره اوقاف یا متولی خاص، موقوفه را برای مدت طولانی اجاره دهد، هر طبقه مالک منافع دوران مخصوص خود می‌باشد. بنابراین، اگر طبقه اول

منقرض شود، طبقه دوم مالک اجاره بهای دوران متعلق به خود می‌باشد و این طبقه یا طبقات بعدی که به نمایندگی از آنها مال موقوفه به اجاره داده شده، حق فسخ اجاره را ندارند. چرا که متولی،<sup>34</sup> یا حسب مورد اداره اوقاف، مدیران شخص موقوفه و نمایندگان موقوف علیهم هستند و اقدام آن‌ها، در صورت رعایت غبطه وقف، در حد عمل یک وکیل برای موقوفه و موقوف علیهم الزام آور است.

هرگاه اعیانی در عرصه مال موقوفه به وجود آید، این عین متعلق به مالک اعیانی آن است. محل بحث عمده ما در این قسمت هم همین موضوع است. قانونگذار ایران، توجه ویژه‌ای به این مسأله معطوف داشته است و بیشتر حقوق مکتسبه، به علت وجود همین اعیانی است که ایجاد می‌شود؛ البته، صرف تصرف هم حق اولویت ایجاد می‌کند. گاهی با تسامح، به این حق اولویت حق تقدم گفته‌اند، که از نظر ادبی صحیح نمی‌باشد. چون حق تقدم حق مالی است که بستانکار اجاره دارد از ثمن مال یا اموال معین، مقدم بر سایر بستانکاران عادی از صاحب آن مال، طلب خود را استیفاء کند، مانند حق تقدم مرتهن و خریدار معامله شرطی و هر وثیقه گیرنده دیگر،<sup>35</sup> ولی حق اولویت در مقایسه با دیگران است. امکان دارد حق کسی که از این حق استفاده نمی‌کند به طور عرفی زائل شود. شاید حق تعلق که در فقه حنبلی به کار برده شده،<sup>36</sup> برای رابطه بین صاحب حق و مال غیر، تعبیر رساتری برای حق ایجاد کننده اعیان در اموال غیر، از جمله مال موقوفه، باشد ولی حقوقدانان ایرانی کمتر از آن استفاده کرده‌اند.

اگر متولی، بعنوان نماینده موقوف علیهم، زمین را برای کشت و زرع یا باغستان یا ساختن ساختمان و سکونت اجاره بدهد، کشت و زرع و باغ و اعیان مسکونی ساخته شده، متعلق به زارع و باغدار و سازنده است، هر چند منفعت هر دوره از آن متعلق به موقوف علیهم همان دوره می‌باشد. به نظر نمی‌رسد، برخلاف آنچه برخی گفته‌اند،<sup>37</sup> اجرت المثل زمانی که زراعت در زمین باقی است متعلق به طبقه ما قبل باشد، بلکه اجرت المثل هر دوره، به طور طبیعی و عادی و عرفی متعلق به موقوف علیهم همان دوره می‌باشد. آنچه

مسلم است این است که اعیانی ایجاد شده، متعلق به ثالث است و به شخص موقوفه و موقوف علیهم تعلق ندارد و در اینجاست که حقوق مکتسبه برای ثالث ایجاد می گردد. ذکر یک نکته دیگر در اینجا ضروری است و آن اینکه، اگر قبل از وقف حقوق مکتسبه ای وجود داشته باشد، مالک حق دارد ملک خود را با رعایت ضوابط و مقررات وقف کند و به قبض موقوف علیهم دهد اما این اقدام حقوق مکتسبه قبلی متصرفین یا زارعین یا مستأجرین را زائل نمی کند. برخی گفته اند، در اینگونه موارد در صورتی که وقف مالک، مزاحم حقوق دیگران نباشد، صحیح است.<sup>38</sup> شاید اشاره اینگونه فقیهان بزرگ و نو اندیش، ضرورت رعایت حقوق مکتسبه افراد بوده است تا وقفی که حقوق مکتسبه ثالث را زائل می کند، صحیح تلقی نشود.

## 2-2- حیطة حقوق مکتسبه در موقوفات:

بار دیگر لازم به ذکر است که حقوق موجود در موقوفه سه دسته اند:

الف: حق بر عین موقوفه

ب: حق بر منافع و یا انتفاع از موقوفه

ج: حق مکتسبه، حق اولویت، یا حق تعلق که غالباً به آن حق تقدم می گویند.

لازم به تأکید است که هر کدام از این حقوق مربوط به یک دسته خاصی از اشخاص است. حق بر عرصه یا اعیانی موقوفه، یا به اعتبار دیگر مالکیت عین، بنا به پذیرش نظریه چهارم در مالکیت موقوفه، متعلق به عین موقوفه است. شخص موقوفه مالک است و اقدامات مالکانه انجام می دهد، حق شغفه دارد، در صورت انقراض موقوف علیهم و یا پایان وقف به علت دیگر باز هم مالک داغی عین است.

در وقف خاص منافع در ملکیت موقوف علیهم در می آید و کسی در مالکیت آنها بر منافع تردید نکرده است. در وقف بر جهت، منافع متعلق به جهت است که برای موقوف علیهم صرف می شود یا موقوف فقط از آن انتفاع می برند، ولی مالک منافع نیستند.

در این میان حق مکتسبه یا حق تعلق ثالث، حقی اولویتی است که مستأجر یا متصرف موقوفه نسب به کل موقوفه دارد. این حق از حق بر عین و حق بر منافع متفاوت است. حقی نسبی مستقلی است که حدود و حواشی آن معین یا قابل تعیین است. اعیانی‌های ایجاد شده در موقوفه و درخت و زراعت‌های واقع در آن متعلق به سازنده و غارس و زارع است که از نوع بارز حقوق مکتسبه می‌باشند.<sup>39</sup>

حقوق مکتسبه متصرف در بند 3 ماده یک آئین نامه اجرائی قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب 1363/9/7 هیأت وزیران به نحو ناقص به شرح ذیل تعریف شده است. «حقوق مکتسبه متصرف عبارتست از هر نوع حقی که به نحوی از انحاء برای متصرف تحت شرایط قانونی معینی حاصل شده باشد، از قبیل مالکیت اعیان، تحجیر، حقوق کسب و پیشه، حق نسق زارخانه، حفر چاه، غرس اشجار و غیره». حقوق مکتسب متصرف، در اصلاحات تعلیقات بعدی آیین نامه فوق به تاریخ 1374/2/3 تعریف نشده و فقط برخی از انواع آن نظیر تحجیر، حقوق کسب و پیشه، حق نسق زارخانه، حفرچاه، و غرس اشجار شمارش گردیده است. تبصره 2 ماده 6 آئین نامه اجرائی 1374 که در سال 1375 اصلاح شد، درصدد حذف حق اولویت برای صاحبان حقوق مکتسبه برآمده بود که رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آن را به شرح ذیل ابطال کرد:<sup>40</sup>

«حکم مقرر در تبصره های ماده واحده قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه علی الاطلاق مفید تثبیت حق اولویت متصرفین اموال غیرمنقول موقوفه در انعقاد عقد اجاره با رعایت صرفه و صلاح وقف است. بنابراین تبصره 4 ماده 6 آئین نامه اجرائی قانون مذکور که به لحاظ عدم ذکر حق اولویت مذکور، مفهوم نفی حق مکتسب قانونی مزبور در صورت تغییر کاربری ملک است، خلاف قانون تشخیص و باستناد قسمت دوم ماده 25 قانون دیوان عدالت اداری ابطال می شود».

ذکر یک نکته در مورد حقوق مکتسبه در معادن در اینجا ضروری است. طبق نظریه مورخ 66/3/20 شورای نگهبان که در تفسیر تبصره 66 قانون بودجه 1362 مطرح شده، در



مورد معادنی که در اراضی وقفی واقع شده، شن و ماسه و خاک رس تابع وضع زمینی است که از آن برداشت می شود. بنابراین، اگر در زمین موقوفه اشیاء با ارزش دیگری باشد، متعلق به وقف است و جزء انفال نیست و هر گونه تصرف، بدون اذن متولی شرعی موقوفه و یا مالک و اخذ وجوه از آنها در این رابطه مشروع نیست. النهایه و مهم آن است که اگر معادنی که وقف باشد اجاره داده شده باشد، حقوق مکتسبه برای مستأجر در آن معادن به وجود می آید.

برای تعیین حقوق مکتسبه، در مورد توابع موقوفات، از قبیل جنگلها و مراتع و رودخانهها و کوهها نیز مراجعه به عرف عقلا لازم و ضروری است در این مورد ابتدا باید موضوع را تثبیت کرد و دید که آیا این توابع و این قبیل املاک موضوع وقف قرار می گیرند یا خیر و سپس در خصوص حقوق مکتسبه در آن بحث کرد. هر گونه برداشتی که در مورد حریم املاک شخصی وجود دارد، درباره حریم و توابع وقف نیز قابل تسری است. هیچ یک از موارد مراتع و جنگلها، به جز موارد خاص مستثنی شده، در ملکیت افراد قرار نمی گیرد و حقی در آن اکتساب نخواهد شد. در مورد املاک روستاها و دهات، حریم به محدوده ای اطلاق می شود که اسناد و بینه بر مالکیت فردی وجود داشته باشد و حریم اگر جزء اسناد ذکر شده باشد، محترم بود، و اعتبار دارد، ولی اگر دلیلی بر جزئیت حریمها موجود نباشد اصل بر عدم است. پس با مراجعه به عرف، باید دید که آیا دریاها و جنگلها و کوهها می توانند حریم ملک باشند؟ اگر دلیل قاطعی، در این خصوص، وجود نداشته باشد، حریم موقوفات به عنوان حریم وقف شمرده نمی شود، چون وقف فرع بر مالکیت است. پس در مورد حریم و توابع باید به همان مواردی که دلیل مسلم وجود دارد، اکتفا کرد. به طور کلی نکته مهم و قابل توجه آن است که در حریم زمینها فقط حق آبیاری و ایاب و ذهاب وجود دارد و چون این نوع حقوق، ملک مالک نیست، قابل وقف کردن نیز نمی باشد. در مورد بطلان وقف کوهها و زمینهای موات تردیدی نیست. چون

اصولاً واقف مالک نبوده و نمی‌توانسته است (جز در موارد نادر احیاء مستمر و مجاز) مالکیت پیدا کند.<sup>41</sup>

نکته دیگر آنکه در مورد وقف معادن باید عنوان کرد که آنچه در محدوده ملک است، چون قابلیت تملیک دارد می‌توان وقف نمود، مگر در جاهایی که عرف برای آن تعیین محدوده کرده و از محدوده ملک خارج می‌داند، مانند چیزهایی که در اعماق زمین و یا در فضا قرار دارد. در اینگونه موارد اصولاً مالکیت وجود ندارد که بحث وقف مطرح شود. بنابراین، بحث از حقوق مکتسبه در آنها نیز جایگاهی ندارد.

بدین ترتیب حق سوّمی که در موقوفات وجود دارد، حق مکتسبه است که عبارتست از حق بر مستحذات و اعیانی و درختان و کشت و زرعی که مستأجر آنها را بنا نهاده، غرس کرده و یا حرث نموده، یا به خاطر تصرف در آن اولویت بهره برداری به وجود آمده است. این حق گاه سرقفلی است و زمانی هم مانند سرقفلی است. چنانکه خواهیم دید، خلع ید و یا تخلیه و یا اخراج و یا رفع تصرف از مستأجر، یا متصرف ممکن نیست، مگر با رعایت اصول و مقررات قانونی به اضافه پرداخت حقوق مکتسبه که توسط کارشناس به پول تقویم می‌شود.

### 2-3- رسمیت حقوق مکتسبه در قوانین موضوعه:

رویه و عرفی که برای فروش و تملک بی‌رویه اموال موقوفه قبل از انقلاب به وجود آمده بود، با وضع قوانین موضوعه بعد از انقلاب مردود شمرده شد. شورای انقلاب در 1358/2/4 با وضع لایحه قانونی تجدید قرارداد و اجاره املاک و اموال موقوفه و تجدید انتخاب متولیان و امناء و نظار اماکن متبرکه مذهبی و مساجد، تدابیری برای جلوگیری از تضییع حق در موقوفات کشور اندیشید، تا به مستأجرین موقوفات عامه اخطار شود، جهت روشن شدن وضع املاک استیجاری خود و انعقاد قرارداد جدید به اداره اوقاف مراجعه کنند. این قانون به سبک انقلابی همه متولیان و امناء و نظار صالح و ناصالح مربوطه را از

سمت خود عزل و ممنوع التصرف نمود و نظام سابق را منهدم کرد، تا انتخابات مجدد انجام گیرد. سپس ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه در 1363/1/28 در مورد وقف عام و خاص از تصویب مجلس گذشت. در تبصره‌ی یک این قانون حقوق مکتسبه مستأجرین و متصرفین به رسمیت شناخته شد. به موجب تبصره‌ی سوم، اجازه داده شد املاک مزروعی که در اجرای قانون اجاره و تبدیل به احسن و واگذاری دهات و مزارع عام مصوب 1350/2/2 تقسیم شده بود، با رعایت حقوق مکتسبه زارعین به آنها اجاره داده شود. مسئولیت مدنی فروشندگان مال موقوفه، در تبصره 3 قانون 1363/1/28 به رسمیت شناخته شد. در تبصره 5 الحاقی 1380 به بازگشت به قوانین و مقررات وقف تأکید شد. در تبصره 6 الحاقی 1380 این قانون، جنگلها و مراتع و اراضی ملی را از شمول این قانون استثناء گردید. قانون 1363 فوق مربوط به موقوفات عام و خاص بود. در تاریخ 1371/11/25 ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه در خصوص وقف عام وضع گردید. این ماده واحده در موقوفات عام نسخ قانون 1363 شد؛ ولی در وقف خاص قانون 1363 کماکان به قوت خود باقی ماند. به موجب ماده واحده قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه فوق، کلیه اسناد قبلی فروش موقوفات عام، که بدون مجوز شرعی بوده اند، ابطال شد. اما بسیار جالب توجه و حائز اهمیت حقوقی و قضائی است که مجدداً در تبصره یک آن حقوق مکتسبه متصرف به رسمیت شناخته شد. در تبصره سه و چهار آن حق رجوع به فروشنده غیرقانونی مال موقوفه و درخواست خسارت به خریدار داده شد. در تبصره چهار شروط اجاره موقوفه به افراد غیر از متصرفین و دارندگان حقوق مکتسبه به صورت مشروح آورده شد و تشریح گردید. به عبارت دیگر، تمامی اسناد مالکیت رسمی موقوفات عام که به نام مردم شده بود، به موجب قانون ابطال اسناد فروشی رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب 1371/11/25 ابطال گردید، و در عین حال به رعایت حقوق مکتسبه اشخاص ثالث در تبصره‌های آن تأکید شد. یعنی با ابطال اسناد رسمی مالکیت، حقوق مکتسبه به هیچ وجه زائل نشده، بلکه حق مالکیت

رسمی قبلی به صورت حقوق مکتسبه تجلی پیدا کرده و قانون طریق دیگری را برای حمایت از صاحبان حق در نظر گرفته است.

بنابر آنچه شرح آن گذشت، به موجب تبصره 4 قانون ابطال اسناد و فروش رقبات آب و اراضی موقوفه مصوب 1371/11/25 برای متصرفین حقوقی شناخته شده است که هیچ مقام و مرجعی نمی‌تواند این حقوق مکتسبه را نادیده بگیرد. اداره اوقاف نیز به موجب همین قوانین ملزم به رعایت حقوق مکتسبه مردم شده است. عدم رعایت این قوانین موجب بطلان قراردادهای اجاره به نام دیگران (غیر از متصرفین و زارعین صاحب نسق) می‌باشد. در این رابطه، به تبصره 4 قانون اراضی موقوفه 1371 فوق راجع به موقوفات عام توجه فرمائید:

«در کلیه موارد مذکور در تبصره‌های فوق در صورتی که متصرف و یا زارع صاحب نسق، در مواعدی که به وسیله واحدهای اوقافی تعیین و کتباً به آنان ابلاغ می‌نماید ظرف مدت 30 روز از تاریخ رؤیت نامه اوقاف از تنظیم سند اجاره با موقوفه خودداری نمایند، سازمان می‌تواند موقوفه را به اشخاص داوطلب اجاره دهد. بدیهی است در این صورت متولی و اوقاف باید چنانچه متصرف و یا زارع صاحب نسق حقوق مکتسبه داشته باشد، بهای آن را به متصرف و یا زارع صاحب نسق با نظر کارشناس پرداخت نمایند. در صورت بروز اختلاف فیما بین طرفین، موضوع به مراجع قضایی احاله و محاکم مکلف‌اند این گونه موارد را خارج از نوبت رسیدگی و تعیین تکلیف نمایند.

در این تبصره، نحوه سلب حق اولویت ایجاد شده در موقوفات، که گاهی با تسامح به حق تقدم تعبیر شده است، را قانون با عنوان «حقوق مکتسبه» به رسمیت شناخته است و عدول از آن، جز موارد خاصی که قانون تجویز کرده است، امکان ندارد. اگر تردید به وجود آید که آیا سازنده، زارع، باغدار، متصرف حق اولویت خود را از دست داده است یا خیر، وجود حق استصحاب می‌شود. به هر حال، قانونگذار مشخص کرده است که در چه مواقع و با چه شرائطی امکان دادن اولویت اجاره یا تصرف مال موقوفه به ثالث دیگری،

داده شده است که برای جلوگیری از اطاله کلام به طور خلاصه احصاء خواهند شد. ولی قبل از آن دو نکته پر اهمیت قابل ذکر است اولاً: قانون مصوب 1371 مربوط به وقف عام است و شامل وقف خاص نمی‌شود. ثانیاً: به فرض که این قانون (1362/1/28) با ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش و رقبات، آب و اراضی موقوفه 1371 نسخ شده باشد (که نشده است) به موجب همین قانون شرایط و مقرراتی برای رفع تصرف صاحبان حقوق مکتسبه، در وقف عام و خاص، ضروری است. این شرایط به شرح ذیل است:

اول: اخطار به متصرف به نحوی که اخطار به رؤیت او (ابلاغ واقعی) برسد،

دوم: خلع ید از متصرف یا مستأجر یا قائم مقام عام یا خاص وی،

سوم: ابلاغ کتبی مراتب به متصرف یا قائم مقام وی،

چهارم: عدم مراجعه متصرف ظرف مدت 30 روز از رؤیت نامه اوقاف به آن اداره،

پنجم: عدم موافقت متصرف برای تنظیم اجاره با اداره اوقاف، موقعی که اختلافی در

نحوه و مبلغ اجاره نباشد،

ششم: پرداخت حقوق مکتسبه متصرف که مبلغ آن با ارجاع امر به کارشناس تعیین

می‌شود،

اگر شرایط ششگانه فوق حاصل گردید ولی اختلاف در مقدار حقوق مکتسبه شد، باید

جهت رفع اختلاف، به مراجع قضایی مراجعه شود. پس از اینکه جمع شرائط حاصل

گردید، مال موقوفه به اجاره متصرف جدید با شرایط مذکور در قوانین و مقررات اوقاف

داده می‌شود.

آنچه گفته شد مشروط بر این است که همه موقوفه عام باشد و آلا اداره اوقاف

نمی‌تواند دروقف خاص مداخله کند و آن را به اجاره دهد.

گاهی متاسفانه دادرسان دادگاههای بدوی و تجدیدنظر، بدون دقت در اینگونه قوانین

خاص، توجهی به حقوق مکتسبه معطوف نمی‌دارند و این حق را با آراء ناصواب خویش

نادیده می‌گیرند. آنها تصور می‌کنند که اگر اسناد رسمی مالکیت املاک موقوفه باطل شده

باشد، حقوق مکتسبه نیز از بین رفته است. برای نمونه در حکمی، دادگاه تجدیدنظر نتیجه گیری شده که چون اسناد رسمی مالکیت اموال موقوفه به موجب قانون باطل گردیده است و فروش مال وقف جایز نیست،<sup>42</sup> پس حقوق مکتسبه وجود ندارد!! چنین احکامی قبل از اینکه حکایت از بی دقتی باشد، نشان دهنده عدم اشراف به موازین قضایی و حقوقی برخی از تکیه کنندگان بر مسند قضا می‌باشد. به کارگیری چنین اشخاص شریفی حتی در دادگاه بدوی هم خلاف مصالح کشور و مردم است، تا چه رسد به اینکه در مقامی قرار گیرند که احکام آنها قطعی و قلمشان آثار حقوقی در احقاق حق یا ابطال حقوق مردم دارد.

### 3- عدم تعادل مقاصد وقف و حقوق مکتسبه:

در اینکه وقف برای مقاصد خیر است و حقوق مکتسبه هم امری قانونی است، تردیدی وجود ندارد. دیده شده است که در عمل حقوق مکتسبه، حقوق وقفی را تحت الشعاع قرار می‌دهد و مقاصد وقف در عمل منتفی می‌گردد. مسأله بسیار تأمل برانگیز در اینجا این است که گاهی حضور مستأجر و سازندگان اعیان و زارعین و متصرفین طرف قرارداد یا متصرفینی که به نحوی موقوفه به دست آنها رسیده است، حقوقی را در موقوفه اکتساب می‌کنند که درآمد موقوفه را به حداقل رسانده و هدف وقف را تحت الشعاع قرار می‌دهد.

### 3-1- حقوق مکتسبه هم طراز با مالکیت متصرف:

تا اینجا ملاحظه شد که برای سازندگان اعیان، کشاورزان، خریداران و متصرفین موقوفه حق اولویت (که گاهی با مسامحه به حق تقدم تعبیر شده است) در استفاده ایجاد می‌شود. این حق، قانونی، به جا و غیرقابل انکار و قابل واگذاری است. این حق اولویت گاه تحت عناوین فروش یا صلح و غیره به شخص یا اشخاصی دیگر واگذار می‌شود. در غالب اوقات عوضی که برای این اولویت داده می‌شود، با مسامحه معاملاتی، هموزن ثمنی است که برای بیع اشیاء مشابه پرداخت می‌شود و اجاره بهایی که برای مال موقوفه پرداخت

می‌شود، آنقدر اندک است که قابل توجه و امعان نظر نمی‌باشد. به عبارت دیگر، موقوفه در تئوری به صورت موقوفه باقی مانده و به کسی فروخته نشده یا واگذار نگردیده، ولی در عمل به مالکیت عملی اشخاص ثالث درآمده است، هر چند عنوان مالکیت را نداشته باشد. بسیاری از موقوفه‌های فعلی کشور همین وضع را دارند. مواردی که قبلاً به اجاره داده شده و در آن مستحذات ایجاد گردیده، یا باغستان در آن به وجود آمده، از نمونه‌های بارز این وضعیت می‌باشند. دیگر، موقوفه عملاً منافی ندارد و اجاره بهای اندک و ناچیز حاصله نیز تکافوی اداره و هزینه‌های موقوفه را نمی‌کند. بنابراین، مقاصد و منافی که مورد نظر واقف بوده، که در مقدمه به آن اشاره شد، تا هزینه اشخاص خاص یا صرف در امور خیریه مردمی شود، عملاً منتفی می‌گردد.

### 3-2- اهداف وقف تحت الشعاع حقوق مکتسبه:

مقاصد اصلی واقف، خیررسانی و سودهی و یاری موقوف علیهم است، تا وضعیت اقتصاد و معیشتی آنها سامان پذیرد و جامعه رو به خوبی و سعادت پیش رود. در این مورد سه نکته اصلی قابل بررسی است.

نکته اول، اگر به هر علتی، به ویژه ایجاد حقوق مکتسبه در وقف، مقاصد اصلی وقف از بین برود، یا در حکم عدم موجود باشد، آیا فروش چنین موقوفه ای جایز نیست؟ اکثر حقوقدانان و تفحص کنندگان در فقه فرموده اند، صرف اینکه بیع موقوفه به نفع موقوف علیهم بوده یا مقرون به صرفه و صلح بین آنهاست، مجوز بیع موقوفه نیست. باید در این موضوع تحقیق شود که اگر مقاصد وقف ایجاب کند، چرا نباید موقوفه بی مصرف یا کم مصرف یا با مصرف اقتصادی غیرقابل توجه را فروخت؟ البته، همیشه، قوانین ناظر بر موقوفات، متأثر از سیاست اراضی دولتها بوده و خواهد بود. موجبات بیع وقف در قانون مدنی تشریح شده است. در موارد خاص، فروش وقف جایز شمرده شده است. برای بسیاری از موقوفات، با سیاستهای اشتباه، به دلایل مختلف از جمله کافی نبودن زمین جهت

توزیع بین زارعین صاحب نسق، در اجرای قانون اصلاحات اراضی، سند غیر وقفی صادر شده است. در آغاز موقوفات خاص و سپس موقوفات عام، نیز از وقفیت خارج و به زارعین متصرف آن املاک فروخته شده اند. بعد از آن تلاش‌هایی در جهت احیای موقوفات صورت پذیرفت و قوانین متعددی در این خصوص به تصویب رسید. از آنجا که زمینهای وقفی در ابعاد کوچک بودند در اجرای همین قوانین، در جهت احیای موقوفات، مشکلاتی پدید آمد. اجرای مقررات در جهت احیاء موقوفات مستلزم برگرداندن همه آنها به وقفیت بود. اشتباهات غیرقابل انکار و گاهی غیرقابل اجتناب هستند، ولی باید دانست که از همان ابتداء، برای اطاعت از منویات واقف و منافع موقوفه علیهم، فروش و یا تبدیل موقوفه در بعضی از موارد جایز بوده است. چرا هنگامی که نگهداری موقوفه توجیه اقتصادی ندارد، موقوفه به همان شکل باقی بماند و تبدیل به احسن نگردد؟

فقیهان در جایز بودن، و حتی گاهی وجوب فروش، سخن گفته اند.<sup>43</sup> اهم دلایل عقلی که فروش و یا تبدیل به احسن را جایز می‌شمارند، به شرح ذیل شمرده شده است:

اولاً هرگاه مصلحت در فروش باشد، ممانعت از آن عین تبذیر است؛

ثانیاً هرگاه مصلحت در فروش باشد، ممانعت از آن موجب نقض غرض واقف خواهد شد؛

ثالثاً اگر بقای موقوفه چندان مفید فایده نباشد و یا با توجه به میزان سرمایه گذاری و بازده آن منفعت کم، همطراز ضرر خواهد بود و بالاخره به طور مسلم، اگر عواقب ابقاء وقف فتنه و نزاع و خطرهای جانی باشد، حفظ نفوس و رفع دشمنی بر حفظ منافع مالی رجحان خواهد داشت.

در کتب حقوقی و فقهی، بدون تجزیه و تحلیل اقتصادی و جلب منفعت و دفع ضرر، در خصوص عدم جواز فروش وقف به تفصیل سخن رفته است.<sup>44</sup> همچنین عنوان گردیده که در عدم جواز بیع و تبدیل موقوفه اجماع وجود دارد. به ویژه که روایاتی با تأکید به عدم فروش و عدم هبه و عدم توارث مال موقوفه (لاتباع و لاتوهب و لاتورث)<sup>45</sup> وجود دارد. بنابراین، در موقع شک و تردید، باید لزوم بقای وقف به حال خود را استصحاب کرد. اما



در واقع، در اینجا بحث از بقای موقوفه نیست، بحث از بقای بی‌بهای بی‌بقای موقوفه است. هنگامی که بقای موقوفه مساوی با ضرر و بی‌فایده‌گی است، بحث از بقای موقوفه نیست تا توسل به استصحاب و اصول رافع شک و شبهه ضرورت داشته باشد. به عبارت دیگر روایات عدم امکان فروش، مربوط به شرایط عادی موقوفه مربوط است. درست است که اصل وقف حبس مستمر مال است، ولی بدین مفهوم نیست که حق فروش و تبدیل به طور کلی منتفی گردیده است. در مواردی که بقای وقف، مفید نباشد و یا به تحقیق مضر است، که روایات مانعه نسبت به این موارد ساکت بوده و منعی ندارد، و هرگاه ایده شرعی بر پذیرش فروش یا تبدیل به احسن باشد، استناد به اصل استصحاب محلی از اعراب ندارد.

نکته دوم: آیا فروش و تبدیل به احسن در مواقعی که حقوق مکتسبه سهم عظیمی از حقوق موجود در موقوفه را به خود اختصاص داده، با غرض واقف نزدیک تر است یا خیر؟ در این مورد به طور کلی می‌توان عنوان کرد که هر عمل و اقدامی که وقف را مستمر سازد و منافع اقتصادی موقوف علیهم (و در کل جامعه در وقف عام) را محفوظ داشته یا بهبود بخشد، عقلاً و عرفاً جایز است. یکی از این اقدامات فروش مال موقوفه و خرید بدل می‌باشد که مبیع به محض خرید، وقف شمرده می‌شود. با این توصیف، آیا نباید برای موقوفاتی که حقوق مکتسبه، آنها را تقریباً بی‌فایده قرار داده است، فکری اندیشیده شود؟

نکته سوم: علاوه بر نکات فوق، آیا حقوق مکتسبه به وسعتی که قانون ایجاد کرده، نقص غرض واقف نیست. آیا حقوق مکتسبه، چنانچه شرح آن گذشت، به طور کلی، موقوفه را تحت الشعاع قرار نمی‌دهد. به عبارت دیگر، آیا دیگر با این منافع بسیار جزئی می‌توان، به وجود و بقای مال موقوفه معتقد بود؟ آیا چنانچه چنین موقوفه ای تبدیل به احسن شود، مقصود و غرض واقف، و به طور کلی نهاد وقف را، تقویت نمی‌کند؟ طبعاً برای بررسی اینگونه موارد، تجزیه و تحلیل اقتصادی لازم است. چنانچه نتیجه این مطالعات نشان دهد که باید حقوق مکتسبه محدود گردد، یا موقوفه به احسن تبدیل شود تا اولاً

مقصود شارع مقدس حاصل گردد و ثانیاً اهداف وقف معطل نماند، باید به نتیجه علمی تحقیقات اقتصادی کردن نهاد. این اقدام به اطاعت از شارع مقدس برای نیل به مقاصد وقف و واقف نزدیک تر است.

### نتیجه گیری:

اول: در ضرورت رعایت حقوق مکتسبه، زارعین، سازندگان بنا در عرصه موقوفه، متصرفین و مستأجرین و اشخاص ثالثی که به نحوی از انحاء حقی از قبیل سرقفلی و غیره در موقوفه برای آنها ایجاد شده است، علیرغم آراء ناصواب برخی شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تردیدی وجود ندارد. حقوق مکتسبه جدای از مالکیت عین و مالکیت منافع یا حق انتفاع موقوف علیهم می‌باشد. قوانین موضوعه این حق را به رسمیت شناخته اند. نه مقامات اداری و نه مقامات قضائی و نه تصویب کنندگان آئین نامه‌های قوانین مرتبط با وقف، حق نادیده گرفتن این حقوق مکتسبه ندارند. در غیر این صورت، حسب مورد، مسئولیت انتظامی، حقوقی و کیفری دارند.

دوم: ثمره اثبات حق مکتسبه برای متصرفین یا مستأجرین این است که تصرف عدوانی موقوفه و رفع تصرف از متصرف یا قرارداد موقوفه در اختیار مدعی تصرف سابق، اثر مثبت یا منفی بر حقوق صاحبان حق مکتسبه ندارد. یعنی امکان دارد، از صاحب حقوق مکتسبه، مانند رفع تصرف از مالک رسمی و واقعی املاک، رفع تصرف شود ولی صاحب حقوق مکتسبه، از طریق اثبات حق اولویت و تقدم خویش، درست مثل اثبات مالکیت مالکی که از وی رفع تصرف شده، مجدداً از طریق حکم دادگاه بر موقوفه تسلط پیدا کند تا حق تقدم وی مراعات گردد. متصرف قبلی می‌تواند از متصرف عدوانی فعلی رفع تصرف کند. همانگونه که مالک می‌تواند با اثبات مالکیت خود، حکم صادره قبلی مبنی بر رفع تصرف عدوانی را بلا اثر کنند، صاحب حق مکتسبه نیز قادر است، با اثبات حق خود، حکم صادره قبلی مبنی بر رفع تصرف عدوانی را از اثر ببندازد. یعنی صدور حکم در یکی

از دو دعوی «تصرف عدوانی» و دعوی «حق تقدم و اولویت و حقوق مکتسبه» موجب اعتبار امر مختومه برای دیگری نمی‌شود.

سوم: شناسایی حقوق مکتسبه ایجاب می‌کند که در صورتی که صاحب حقوق مکتسبه، به هر علتی، نخواهد موقوفه را در تصرف داشته باشد و به موجب قوانین ضرورت واگذاری آن به ثالث دیگری محسوس شود، پرداخت حقوق مکتسبه و رعایت شرائط انتقال حق اولویت به ثالث دیگر برای واگذارنده لازم است والا موجب مسئولیت مدنی عامل زیان خواهد بود.

چهارم: قوانین موضوعه برای هنگامی که حقوق مکتسبه، اهداف موقوفه را تحت الشعاع قرار می‌دهد به نحوی که بقای آن به بی‌بهای یا بی‌بقائی واقعی موقوفه منجر می‌شود، مقررات صریحی ندارند. تجزیه و تحلیل حقوقی موارد فروش موقوفه و تبدیل به احسن آن، اجازه بیع موقوفه را می‌دهد، ولی طبیعی است که این امر به گرانی مقبول طبع سنت گرایان واقع شود. تجویز چنین امری، پس از تحقیق اقتصادی و تجزیه و تحلیل نفع و زیان موقوفه و بدل آن، توسط قانونگذار توصیه می‌شود.

پنجم: در عرف و روابط مردم مالکیت زمانی در اموال غیرموقوفه امری پذیرفته شده است، اما اعمال مالکیت زمانی در مال موقوفه وفق قانونی فعلی ایران محلی از اعراب ندارد، هر چند امکان ایجاد آن در سایر نهادهای حقوقی مشابه منتفی نیست و مهائیات زمانی نیز اشکال ندارد.

ششم: عدم به رسمیت شناسی ادعای حقوق مکتسبه برای خواهان قاطع دعوی و مثبت حق مکتسبه برای خواننده نیست. امکان دارد هر کس با نشان دلایل و مستندات دیگر حقوق مکتسبه خویش را به اثبات برساند. عدم اثبات یک حق برای یک نفر، اثبات حق برای طرف دیگر نمی‌کند، اگر صدور چنین رأی باعث ورود ضرر شود. چنانچه ناشی از تقصیر قاضی باشد خود وی، والا دولت باید جبران خسارت نماید.

هفتم: عدم احراز حقوق مکتسبه برای خواهان یک پرونده، اثبات آن برای طرف مقابل نیست. بلکه هر شخص باید حق اولویت خود را در دادگاه اثبات کند. اثبات این مدعی نیاز به دلیل قاطع دارد.

هشتم: نکته بسیار مهم که به ویژه برخی از شعب دادگاههای تجدیدنظر بدان امعان نظر کافی نداشته اند این است که ابطال اسناد مالکیت رسمی مرتبط با عین موقوفه یا واگذاری مال موقوفه تحت هر عنوان مثلاً بیع، هیچ ارتباطی با عدم وجود حقوق مکتسبه ندارد، بلکه ابطال آن اسناد و یا واگذاری موقوفه، به طور قطع، ملازمه با پذیرش و وجود حقوق مکتسبه برای مالکین رسمی قبلی دارد که ضرورتاً و قانوناً و شرعاً چاره ای جز پذیرش این حق برای مالک قبلی، اعم از رسمی و غیر رسمی، وجود ندارد. پس ابطال انتقال مالکیت رسمی عین موقوفه، که از طریق غیرقانونی مثل فروش مال موقوفه صورت پذیرفته، مانع اعمال و ادامه حقوق مکتسبه نمی‌باشد.

## پی نوشتها:

1- برخی فقیهان معاصر، معتقدند وقف هر چیزی که ارزش و مالیت داشته باشد و در تملک شخص یا اشخاص در آید، صحیح است و می توان آن را وقف نمود، صانعی، آیت الله العظمی یوسف، مجمع المسائل، جلد دوم، انتشارات میثم تمار، صفحه 565، ایشان حتی وقف تلفن را هم جایز دانسته (جلد اول مسأله 1565) اما وقف منافع را صحیح تلقی نکرده (جلد دوم مسأله 1615) ولی وقف مالیت پول را جایز می شمارند (جلد دوم مسأله 1616).

2- صانعی، آیت الله العظمی یوسف، مجمع المسائل، همان، مسأله 1608.

3- حدیث: «احبس اصلها و سبّل ثمرتها» از اهل سنت.

4- در اینکه ماهیت قبض چیست، احتیاج به بحث فراوان جداگانه دارد. گروهی قائل به این هستند که قبض شرط صحت است، نظیر:

- ابوالصلاح، تقی الدین ابن نجم الدین عبدالله حلی، الکافی فی الفقه، صفحه 51؛
- یحیی بن سعید، شیخ ابو زکریا، الجامع للشرائع، صفحه 345؛
- شیخ طوسی، نهاییه صفحه 59؛
- ابن البراج، مهذب، صفحه 108؛
- راوندی، فقه القرآن، صفحه 150؛
- ابن حمزه، وسیله، صفحه 186. این منابع، در مجموعه الینابیع الفقهیه، جلد 12 چاپ شده است.

• علامه حلی، قواعد الاحکام، هامش مفتاح الکرامه، ج 9، ص 24؛

• محقق حلی، شرایع هامش مسالک، جلد 1- صفحه 353؛

• طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، جلد 2، صفحه 17 و 18؛

• شهید ثانی، مسالک، جلد 1، صفحه 353؛

- محقق کرکی، جامعه المقاصد، ص 513؛
- سبزواری، محمدباقر، کفایه، ص 139؛
- شهید اول، دروس شرعیه، ص 230؛
- طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، ملحقات عروه، جلد 2، ص 188؛
- اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیله، جلد 2، ص 165؛
- امام خمینی، تحریرالوسیله، جلد 2، ص 64؛

بنابر آراء فوق، هر چند عبارات آنها متفاوت است و دارای معانی مشابه می باشند، این بزرگواران، چنانچه قبض عین موقوفه، شرط صحت وقف باشد، موقوف علیه، در زمان حیات خود می‌بایست عین موقوفه را قبض نماید و گر نه فوت موقوف علیه، قبل از قبض سبب بطلان وقف است.

اما گروه دیگر آن را شرط لزوم وقف می دانند از جمله حمزه بن علی، در غنیه، ص 176 و شیخ مفید، در مقنعه، صفحه 17، (مجموعه الینابیع الفقهیه، جلد 12، شهیدین در لمعه و روضه، جلد 1، روضه، صفحه 299، علامه حلی، تذکره، ج 2، صفحه 427 (به خلاف آنچه که در قواعد الاحکام مذکور است)، معتقدند که: قبض، شرط لزوم وقف است و با فوت موقوف علیه قبل از قبض، وقف باطل نمی‌شود. بنابراین از محقق حلی دو نظریه متفاوت در دست است. بنابر یک نظر، قبض، از اجزاء ارکان و شرایط صحت وقف نمی‌باشد، بدون قبض، هم وقف با تمامیت اجزا متکون است، و بر این مبنا قبض، تأثیری در صحت وقف ندارد. بنابراین فوت موقوف علیه قبل از قبض، وقف را باطل نمی‌سازد. بنابر عقیده موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، القواعد الفقهیه جلد 4، ص 235 ادامه موجودیت موقوف علیه در چنین وقتی موثر نیست. همچنین است طبق نظر ابن بابویه قمی، هدایه بالخیر، ص 14، که در مجموعه الینابیع الفقهیه، جلد 12 چاپ شده است. در هر حال واقف حق رجوع دارد و فوت موقوف علیه، حق رجوع مورد نظر را استمرار می‌بخشد و آن را به موجودیت بطن دوم و یا بطون متأخره موقوف علیه، مرتبط می‌نماید، و بطن موجود بعد از فوت طبقه یا طبقات

متقدم اختیار قبض موقوفه را خواهد داشت. اگر واقف در این فاصله زمانی رجوع نکرده باشد بطن موجود عین موقوفه را قبض می نماید.

5- ماده 55 قانون مدنی: وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.

6- کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، جزء 5، صفحه 90؛ طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ملحقات عروه، جلد 2، صفحه 248. شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، جلد 10-6، کتاب الوقوف و الصدقات دارالمرتضی، بیروت، سال 1428 هـ 2007 میلادی، صفحه 2145، حدیث دوم و نهم. الوقوف یحسب ما یوقفها اهلها ان شاءالله، شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، دارالمرتضی، بیروت، 1430 هـ 2009 میلادی، صفحه 901، الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها اهلها ان شاء الله تعالی

7- حائری یزدی، دکتر محمدحسین، وقف در فقه اسلامی، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، چاپ اول، 1380، صفحه 44.

8- ماده 55 قانون مدنی: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

9- ر.ک. امینیان، مدرس، دکتر محمد، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین ایران، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان 81، صفحه 68. همچنین، سعادت فر، جواد، مجموعه مقالات همایش وقف در بازار سرمایه، قم، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ دوم، بهار 1387، ص 75؛ فیض، دکتر علیرضا، مصلحت وقف و بعضی شرائط آن، میراث جاویدان، شماره 8 زمستان، 1373، صفحه 104.

10- علامه حلی، تذکره الفقهاء، جلد 2، صفحه 429-430، شیخ طوسی «مضبوط»، صفحه 266؛ شیخ طوسی «نهایه» صفحه 62، سبزواری، محمدباقر، کفایه، صفحه 142.

11- خمینی، امام روح اله (ره)، «تحریرالوسیله»، جلد 2 صفحه ص 70؛ موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن، «وسیله النجاة» جلد 2 صفحه 170؛ خویی، آیت الله العظمی، سیدابوالقاسم (ره) منهاج الصالحین جلد 2، صفحه 335

12- خویی، آیت الله، همان. صفحه 335.

- 13- کاشف الغطاء، محمدحسین، «تحریرالمجله»، جزء پنجم، صفحه 71؛ معروف الحسینی، هاشم، «الوصایه و الاوقاف»، صفحه 149 به بعد.
- 14- حدیث نبوی: احبس اصلها و سبل ثمرتها.
- 15- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، الفارق جلد 5، بحث وقف.
- 16- برخی از فقیهان، مثل شهیدین در لمعه و روضه شرط معین بودن موقوف علیهم را معتبر ندانسته اند، روضه البیبه فی شرح لمعه دمشقیه، جلد اول، صفحه 301 و دیگران اهلیت موقوف علیهم را به عنوان شرط قرار نداده اند، محقق حلی، شرایع الاسلام هامش (مسالك جلد 1 صفحه 437)
- 17- شیخ مفید، مقنعه، صفحه 17، در مجموعه الینایع، الفقیه، جلد 12، چاپ شده است؛
- محقق حلی، شرائع، هامش مسالك، جلد 1، صفحه 345؛
  - علامه حلی، قواعد، هامش مفتاح الکرامه، ج 9، صفحه 79؛
- جواهر الکلام، جلد 4، صفحه 609. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر، ج 28، صفحه 2؛
- 18- ممکن است مالی وجود داشته باشد ولی ملک کسی نباشد؛ ر.ک.
- موسوی بجنوردی، سیدمیرزاحسن، القواعد الفقیهیه، جلد چهارم، صفحه 280-281. گفته شده است برخی علمای اهل سنت به سلب مالکیت از واقف و انتقال آن به خداوند تعالی قائلند؛
- شیخ طوسی، نهاییه، صفحه 59، خلاف، ج 2، صفحه 277، مبسوط صفحه 264 و 265؛
  - ابن ادریس، سرائر، صفحه 224، چاپ شده در مجموعه الینایع الفقیهیه جلد 12؛
  - طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ملحقات عروه، جلد 2، صفحه 232؛
- 19- سیدمحمد کاظم یزدی طباطبایی، در جلد 2 ملحقات عروه صفحه 232 ضمن بررسی اقوال مختلف مسأله و انتساب امر تملیکی بودن وقف به مشهور، در رد نظریه تملیکی بودن وقف، استدلال نموده و مقرر داشته است که: در وقف، تملیک و تملک نیست. زیرا در مساجد موقوفه این امر بخوبی روشن و مسلم است. مساجد موقوفه درعین وقفیت به احدی



تملیک نمی‌شود و به اصطلاح از آن صرفاً فک مالکیت می‌شود و لذا مساجد در تحت تملیک احدی قرار نمی‌گیرند، به نظر مشارالیه بیمارستانها، مدارس، حسینیه‌ها، پلها و دیگر تأسیسات موقوفه از این قبیل، به فرد بخصوصی تملیک نشده است و به محض انشاء وقف، ملک از حیثه ملکیت مالک خارج می‌شود.

20- مغنیه، محمد جواد، فقه در مذاهب پنجگانه، ص 588؛ احمد بن قدامه، از علمای حنابله، المقنع جزء 2، ص 317، مشارالیه در متن و حاشیه المقنع تملک موقوف علیه را نسبت به مال موقوفه، از مفردات مذهب تلقی کرده است؛ ابن الهمام، شرح فتح القدر، جلد 5، ص 424 و 425؛

خوارزمی، الکرلانی، کفایه - مرغینانی، هدایه، شرح بدایه المبتدی - بابرته، شرح العنايه علی الهدایه، سعدی چلبی (سعدی افندی)، حاشیه بر عنایه و هدایه، متون چهارگانه اشاره شده، در فقه حنفی در ضمیمه کتاب شرح فتح القدر ص 424 و 425، چاپ شده است.

21- ساکت، محمدحسین، شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، ناشر مولف بهار 1370، صفحه 46.

22- ر.ک. امینیان مدرس، دکتر محمد، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان 1381، صفحه 68.

23- مفتاح الکرامه جلد 9 صفحه 366-383؛ سیدمحمد کاظم طباطبایی، ملحقات عرونی، صفحه 192.

24- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، وصیت، صفحه 85 به بعد.

25- امکان دارد استدلال شود، چرایی گفته شده برای ماده 72، به سادگی قابل خدشه است. زیرا که ممکن است نقل عین به موقوفه صورت گیرد ولی بعد از آن واقف خود را در دایره موقوف علیهم قرار دهد. لذا به دلیل گفته شده نیست که ماده 72 وضع گردیده است. در دلیل مطروحه نیز فرقی میان وقف عام و وقف خاص نمی‌توان قائل بود زیرا که شأن مواد 72 و 74 متفاوت است.

26- در خصوص احادیث اخراج الوقف نفسه عن الوقف، رک، شیخ حرّ عاملی، وسایل الشیعه، جلد 13، (صفحه 296)، حدیث یک؛ کلینی، کافی، جلد 7 صفحه 37، حدیث 33؛ شیخ طوسی، تهذیب ج 9 صفحه 129؛ صدوق، من لایحضره الفقیه، جلد 4 صفحه 177، حدیث 623؛ همچنین رک شهیدین شرح لمعه، جلد 1، روضه صفحه 299. محقق کرکی، جامع المقاصد، صفحه 512 و 514؛ بحرانی، شیخ یوسف، حدائق، جلد 22 صفحه 134 و 155؛ نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج 28 صفحه 51؛ سیدعلی، ریاض، جلد 2 صفحه 20؛ طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، ملحقات عروه، جلد 2 صفحه 196؛ امام روح الله تحریرالوسیله جلد 2، صفحه 67.

27- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، «حقوق اموال» کتابخانه گنج دانش، 1376 صفحه 89 شماره 131.

28- الوقوف حسب ما یوقفها اهلها و لایباع و لایوهب و لایورث.

29- در عرف به این حق اولویت، حق تقدم می‌گویند که غلط مصطلح است. هرگاه در نوشته‌های نویسندگان از عبارت حق تقدم به طور مسامحه استفاده می‌شود، منظور همان حق اولویت است.

30- صانعی، آیت الله العظمی، یوسف، مجمع المسائل، جلد اول، همان، مسأله 1599.

31- رک صانعی، آیت اله العظمی یوسف، مجمع المسائل جلد دوم، همان، مسأله 1637.

32- حدائق، جلد 4 صفحه 493؛ حافظ ابی لافرج، القواعد، صفحه 46-143، ملحقات عروه صفحه 243.

33- رأی وحدت رویه 1342/12/26-3561 «...نظر به آرای صادره از شعب اول و ششم دیوان عالی کشور از یک طرف و شعبه دهم دیوان مزبور از طرف دیگر از حیث اختلاف در مقتضای عبارت نسلاً بعد نسل مندرج در وقفنامه و وصیت نامه‌ها... موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و چنین رأی داده می‌شود: مستفاد از صرف عبارت نسلاً بعد نسل در مورد وقف و تولیت و وصایت ترتیب است نه تشریک، از این قرار که هرگاه

یکی از نسل موجود با داشتن فرزند فوت شود، فرزند او با باقیمانده نسل انتفاع از مورد وقف یا در امر تولیت و وصایت نمی‌تواند شرکت نماید و مادام که چند نفر حتی یک نفر هم از نسل مقدم وجود داشته باشد نوبت به نسل نخواهد رسید و همچنین است در مورد عبارت طبقاً بعد طبقه و بنابراین و رأی شعبه اول و ششم موضوعاً صحیح است...».

34- صانعی، آیت اله العظمی یوسف، رساله توضیح المسائل، همان، مسأله 2689.

35- جعفری لنگرودی همان صفحه 101 شماره 148.

36- عبدالرحمن بن رجب، القواعد، صفحه 205.

37- شعائر اسلام صفحه 354.

38- صانعی، آیت الله العظمی یوسف، مجمع المسائل جلد 1 (همان)، مسأله 1570.

39- صانعی، آیت اله العظمی یوسف، مجمع المسائل جلد اول، همان، مسائل 1587 و 1593، مستحذاتی که بدون اجازه ساخته شده باشد، به نظر ایشان، حقی را برای متصرفین به وجود نمی‌آورد، هر چند خریداران مال وقفی غیر مطلع از وقف بوده و در ساختن اعیانی نیز حسن نیت داشته باشند!!

40- رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ 1376/8/3 شماره دادنامه 100 کلاسه 254/75.

41- همچنین، رکن، صانعی، آیت الله العظمی یوسف، مجمع المسائل، جلد اول، همان، مسأله 1567. به نظر معظم له، چراگاهها، مراتع، تپه‌ها و غیر آنها که از توابع قریه محسوب می‌شود، تابع وقف است و جزء موقوفه می‌باشد و تصرف در آن برای دیگران ولو به احیاء غیر جایز و حرام و تصرف غاصبانه در وقف است. البته مشارالیه در جای دیگر (مسائل 1575 و 1576) وقف زمین موات را باطل می‌داند زیرا وقف باید در زمین مباحات باشد. آیا توابع قریه زمین مباحات است؟ البته به نظر ایشان، وقف زمین‌های موات و انفال صحیح نیست چون ملک انسان نیست. آیا توابع قریه ملک انسان است؟ در جلد دوم مجمع المسائل (همان) مسأله 1617 نیز آمده است مراتع و جنگلها که جزء مباحات و انفال است، قابل وقف

کردن نمی‌باشند. چون ملکیت شرعاً و عقلاً شرط صحت عقد می‌باشد و وقف بدون آن باطل است.

42- حکم شماره 9009970221300615 شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران. در این حکم علاوه بر بیان مطالب غیرواقع دیگر، با استناد به اینکه فروش مال موقوفه جایز نیست، حقوق مکتسبه را مردود شمرده است!

43- صانعی، آیت الله العظمی یوسف، رساله توضیح المسائل، همان، مسأله 2097 و 2098 مقایسه شود با مجمع المسائل، جلد دوم، مسائل 1367، 1642 تا 1649؛ صانعی، آیت الله العظمی یوسف، منتخب الاحکام، چاپ دفتر تبلیغات اسلامی، 1379، مسائل 737 به بعد.

44- صانعی، آیت الله العظمی یوسف، رساله توضیح المسائل، همان، مسأله 2690؛ مجمع المسائل جلد اول مسائل 1610، 1613، نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، جلد 22، صفحه 357. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، جلد چهارم، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، 1357، صفحه 5-6.

45- شیخ طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، دارالمرتضی، بیروت، جلد 4-1، 1428 هجری 2007 میلادی، صفحه 925، حدیث دوم.

## منابع و مآخذ:

- (1) ابوالصلاح، تقی الدین ابن نجم الدین عبدالله حلی، الکافی فی الفقه.
- (2) ابن البراج، مهذب، (بی تا).
- (3) ابن حمزه، وسیله، در مجموعه الینایع الفقهیه، جلد 12.
- (4) اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله، جلد 2.
- (5) امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد 2.
- (6) ابن بابویه قمی، هدایه بالخیر.
- (7) الوقوف و الصدقات دارالمرتضی، (1428 ه.ق، 2007 میلادی)، بیروت.
- (8) امینیان مدرس، محمد، (زمستان 1381)، وقف از دیدگاه حقوق و قوانین ایران، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول.
- (9) ابن ادریس، سرائر، در مجموعه الینایع الفقهیه جلد 12.
- (10) احمد بن قدامه، از علمای حنابله، المقنع جزء 2.
- (11) ابن الهمام، شرح فتح القدر، جلد 5.
- (12) امامی، سید حسن، (1375)، حقوق مدنی، جلد 1، چاپ اسلامی.
- (13) بابر تی، شرح العنایه علی الهدایه.
- (14) بحرانی، شیخ یوسف، حدائق، جلد 22.
- (15) جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، الفارق جلد 5.
- (16) حمزه بن علی، غنیه.

- 17) حائری یزدی، محمدحسین، (1380)، وقف در فقه اسلامی، چاپ اول، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.
- 18) حافظ ابی لافرج، القواعد.
- 19) خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین جلد 2.
- 20) خواریزمی، الکرلانی، کفایه.
- 21) داراب پور، مهرباب، حقوق مدنی، حقوق اموال و مالکیت، انتشارات جنگل، 1391، فصل دوم از بخش اول.
- 22) راوندی، فقه القرآن.
- 23) رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ 1376/8/3 شماره دادنامه 100 کلاسه 254/75.
- 24) سبزواری، محمدباقر، کفایه.
- 25) سعادت فر، جواد، (بهار 1387)، مجموعه مقالات همایش وقف در بازار سرمایه، قم، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ دوم.
- 26) سعدی چلبی (سعدی افندی)، حاشیه بر عنایه و هدایه.
- 27) ساکت، محمدحسین، (بهار 1370)، شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی.
- 28) سیدعلی ریاض، جلد 2.
- 29) شهید ثانی، مسالک، جلد 1.
- 30) شیخ طوسی، نهاییه.
- 31) شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، جلد 6-10.
- 32) شیخ طوسی «مسیوط».

- (33) شيخ كليني، كافي، جلد 7.
- (34) شهيدين، لمعه وروضه، جلد 1.
- (35) شيخ صدوق، من لا يحضره الفقيه.
- (36) شيخ حرّ عاملي، وسايل الشيعه، جلد 13.
- (37) شيخ طوسي، (1428 ه.ق)، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، دارالمرتضى، بيروت، جلد 4-1.
- (38) صانعي، آيت الله العظمى يوسف، مجمع المسائل، جلد دوم، انتشارات ميشم تمار
- (39) صدوق، من لا يحضره الفقيه، جلد 4.
- (40) طباطبائي، سيدعلي، رياض المسائل، جلد 2.
- (41) طباطبائي يزدي، سيدمحمد كاظم، ملحقات عروه، جلد 2.
- (42) علامه حلي، قواعد الاحكام، هامش مفتاح الكرامه، جلد 9.
- (43) علامه حلي، تذكره، جلد 2.
- (44) فيض، دكتور علي رضا، (زمستان 1373)، مصلحت وقف و بعضى شرائط آن، ميراث جاويدان، شماره 8.
- (45) قمى، ميرزا ابوالقاسم، (1357)، جامع الشتات، جلد چهارم، چاپ اول، تهران، انتشارات كيهان.
- (46) كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، جزء 5.
- (47) محقق حلي، شرايع هامش مسالك، جلد 1.
- (48) محقق كر كى، جامعه المقاصد.
- (49) موسوى بجنوردى، سيدميرزا حسن، القواعد الفقيهيه جلد 4.

- (50) موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن، «وسیله النجاة» جلد 2.
- (51) مغنیه، محمد جواد، فقه در مذاهب پنجگانه.
- (52) مرغینانی، هدایه، شرح بداية المبتدی.
- (53) نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر، جلد 28.
- (54) یحیی بن سعید، شیخ ابو زکریا، الجامع للشرائع.