

تحولات قانونگذاری در بیع وقف و مبنای آن

سید مهدی انجوی نژاد^{۱*}، محمد امامی^۲

۱- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شیراز

۲- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شیراز

تاریخ رسیدن: ۸۲/۱۲/۱۰ تاریخ دریافت: ۸۳/۶/۲۵

چکیده

وقف به عنوان نهادی که تداوم صدقات را امکان‌پذیر می‌سازد از زمانهای قدیم بین ملل مختلف، معمول بوده، ولی در دین اسلام، به جهت تأکید قرآن و سنت به دستگیری از ضعفا و فقرا و توجه مسلمانان بر امور خیریه، اهمیت بیشتری کسب کرده است، به کیفیتی که مورد بحث و تدقیق فقها قرار گرفته و جوانب مختلف آن تحت شمول ضوابط و قواعد فقهی درآمده است. با تدوین قانون مدنی و اختصاص مواد ۵۵ تا ۹۱ به آن، وقف، به صورت تأسیس حقوقی موضوعه شکل یافت و با ایجاد سازمان اوقاف، اداره آن نیز تحت کنترل قانون و دولت در آمد گسترش فعالیت دولت در امور نظارت بر مالکیت و اتخاذ سیاستی برای تحدید مالکیت خصوصی، در جهت تأمین اهداف مختلف، منجر به تدوین قوانینی شده است که موقوفات را هم در بر گرفته که اهم آنها؛ ناظر به فروش مال مورد وقف و تبدیل به احسن است. در این تحقیق تلاش شده تا فرایند تغییرات قوانین بررسی و مبنای بیع وقف و تبدیل به احسن به طور شفاف طرح گردد تا با در نظر گرفتن مصالح وقف، امکان استفاده مطلوب از موقوفات در چارچوب نیت واقعی واقف فراهم آید تا راهگشای تدوین قوانین مناسب در این امر گردد.

کلید واژه‌ها: حبس مال، وقف عام، وقف خاص، رقبات موقوفه، بیع وقف، تبدیل به احسن.

۱- مقدمه

فکر حبس مال از تملیک و تملک و اختصاص دادن منافع آن به جهت معینی، از زمان‌های دور وجود داشته است. می‌توان تأمین مالی اداره معابد به عنوان محلی برای پرستش خدا و ادای



اعتقادات دینی در ادیان مختلف ذکر نمود. افرادی که تکمن مالی داشتند، قسمتی از اموال خود را جهت اداره اماکن مذهبی، اختصاص می‌دادند. بدین صورت، نوعی تصرفات مالی از دوران‌های قدیم به وجود آمده است. در مصر قدیم برای تعمیرات و نوسازی و اقامه مراسم و تأمین مخارج رهبران دینی، املاکی را به خدایان و معابد اختصاص می‌دادند. حتی نقل شده است که رامسس دوم، مراسم ویژه‌ای برپا کرد و در جمع گروهی از مردم، املاکی را به خدایان تملیک کرد تا مردم در این امر خیر مشارکت کنند. حبس مال در روزگاران گذشته در ابتدا به انگیزه اداره اماکن مذهبی بود و سپس در راستای اهداف دیگر، مورد توجه قرار گرفت. به طوری که نقل شده در مصر قدیم، حبس مال جهت تغذیه مالی اولاد معمول بوده است. اعیان املاک را حبس می‌کردند و درآمد آن را به خانواده و یا اولاد خود اختصاص می‌دادند و شرط می‌شد که این حق بعد از آن‌ها به اولادشان تعلق گیرد تا از آنها بهرمنند گردند و حق انتقال اعیان به غیر را جهت تداوم در نسل‌های بعدی از آنها سلب می‌کردند. رومیان نیز عقیده داشتند اشیایی که به معابد اختصاص می‌یافت قابل بیع و رهن نبویند و کسی حق تملک آنها را نداشت، زیرا این اشیاء، به خدا تعلق دارد و چیزی که به خدا تعلق دارد، قابل تملک نیست. در بین ملل مختلف نیز حبس مال و اختصاص منافع به مصارف مختلف به نوعی معمول شده است و نمونه بارز آن، نهاد تراست در نظام حقوقی کامن‌لا(انگلیس) است. استفاده‌های متعددی از این نهاد، در بستر تاریخ به عمل آمده است. از مصادیق بارز آن، استفاده از منافع مال، دستگیری و تغذیه مالی مستمندان، مؤسسات خیریه و کمک به مؤسسات فرهنگی است. گرچه در ادیان باستانی و بین ملل به نحوی حبس مال معمول گردیده است، ولی وقف در اسلام ویژگی خاصی دارد و تأکید بر امر خیردر تعالیم مذهبی برای رضای خداوند، برجستگی ویژه‌ای دارد، به کیفیتی که کثرت نظرهای فقهی در این باب، بر کسی پوشیده نیست. وقف در مذاهب مختلف اسلامی، مورد بحث قرار گرفته و اختلاف نظر در آن نیز از مشروعیت وقف گرفته تا فروع آن زیاد است [۱، ج ۱، صص ۲۹-۳۸]. ویژگی مسائل وقف در کشور ما بدان جهت است که در جوار احکام فقهی، مقررات قانونی زیادی درباره آن تدوین شده است، از این رو هر گونه تغییر تحقیق در احکام فقهی، بدون توجه و آگاهی از قوانینی که تصویب شده و به نحوی ناظر به وقف است، ناقص خواهد بود. وجود این قوانین ناشی از کثرت اموال موضوع وقف است، به نحوی که موقوفات در حال حاضر، بخشی از ثروتها و داراییهای اقتصادی جامعه را تشکیل می‌دهد و از قبل این امکانات، دولت قادر خواهد بود در تأمین نیازهای جامعه و حل نارساییهای اجتماعی نقش

مؤثری ایفا کند. همین انگیزه، موجب شد که در طول تاریخ، سلاطین سعی کنند که در کنترل موقوفات و استفاده از آن گامهایی بردارند. حتی بعضی از حکام برای اینکه بتوانند از این امکان در راستای اداره امور خود استفاده کنند اموال موقوفه را خالصه و دولتی تلقی می‌کردند. در حال حاضر بیشتر ساماندهی این منابع ارزشمند و قابل توجه در راستای برنامه‌های اجتماعی با در نظر گرفتن نیت واقعی واقفان اهمیت یافته است. به ویژه اینکه تشکیلات اداری جهت اداره موقوفات وجود دارد. البته در دوره‌های قدیم نیز سلاطین نمایندگانی جهت اداره موقوفات تعیین می‌کردند، ولی پس از نهادینه شدن مدیریت جامعه و ایجاد تسهیلات دولتی، قدمهایی نیز در ایجاد تسهیلات مناسب برای تمرکز موقوفات برداشته شده است. اولین قانون مدون برای اداره موقوفات در ایران، به سال ۱۲۸۹ مربوط می‌شود. از آن تاریخ به بعد، تحولاتی در قوانین به وجود آمده که متأثر از سیاستهای عمومی و ارضی دولتهاست، به طوری که منجر به تبدیل موقوفه‌ها به ملک شده و دایره آن محدود گردیده است. پس از انقلاب اسلامی، تحولاتی در جهت احیای موقوفات به عمل آمد ولی حفظ موقوفات و هدایت مطلوب آن، در استفاده بهینه هنوز مطرح و موضوع بحث است و همین امر مستلزم بحث مجدد از مبنای آن و بررسی راهکارهای مناسب جهت استفاده مطلوب از موقوفات و در عین حال، تشویق و ترغیب متولیان و ثروتمندان در تقویت این نهاد است.

۲- مبنای وقف

۲-۱- تعریف

همان طور که از لغت برمی‌آید، وقف به معنای متوقف کردن است و در اصطلاح، تحبیس‌الاصل و تسبیل‌المنفعه، یعنی حبس کردن اصل مال و آزاد گذاردن منفعت است، [۲، ج ۲، ص ۴۴۲، ۳، ج ۱، ص ۱۲، ۴، ج ۲، صص ۲۹۴-۲۹۲، ۵، ج ۱۶، ...]

۲-۲- مشروعیت وقف

در قرآن پنج گونه اشاره به وقف شده است:

۱. آیاتی که مردم را به عمل صالح راهنمایی کرده است (آیه ۲ سوره ص، ۸۹ سوره هود، ۴ سوره تحریم، ۵۱ سوره مؤمنون، ۴۵ سوره نحل، ۷۲ و ۱۰۵ سوره انبیاء، ۳۹ و ۴۹ سوره آل‌عمران، ۸۵ سوره انعام، ۱۱۲ سوره صافات، ۴۶ سوره کهف و ۷۶ سوره مریم).



۲. آیاتی که به نیازهای آدمی اشاره دارد (چون آیه ۷۹ و ۸۰ سوره نحل، ۳ و ۴ سوره قریش و ۱۲۰ سوره طه)

۳. آیه‌هایی که در جهت احترام و جلب محبت وارد شده است (مانند آیه ۲۱ و ۲ سوره تکوین، ۱۸۱ سوره آل عمران، ۷ و ۲۰ سوره حدید و ۴۶ سوره کهف).

۴. آیه‌هایی که مردم را به زندگی براساس تعاون و احسان ترغیب کرده است (مانند آیه ۲ سوره مائده و ۱۵ سوره احقاف)

۵. آیاتی که در جهت خودیابی و به خویشتن خود رسیدن است (مانند آیه ۱۷۷ سوره بقره، ۹۱ سوره آل عمران و ۳۶ سوره نساء).

نیز از سنت روایات بسیاری داریم و عمل پیامبر(ص) و ائمه معصوم علیهم‌السلام و اصحاب و یاران پیامبر (ص) مؤید وقف است [۷، ص ۲۹۲، ۸، ص ۸۰۱، ۹، ج ۴، ص ۲۳۷ و ۲۴۲] ولی یکی از مسائل مهم و مبتلا به در امر وقف، تبدیل به احسن و مسائلی در زمینه جواز فروش و یا عدم جواز تبدیل و فروش وقف است. ما در ابتدا به ادله معتقدان به جواز فروش و تبدیل وقف و ادله مخالفان می پردازیم و پس از بررسی ادله، نتایج تحقیقات را مطرح خواهیم کرد.

۳- ادله معتقدان به جواز فروش و یا تبدیل وقف از نظر شیعه

۳-۱- اجماع

سید مرتضی در انتصار می‌گوید: فروش وقف در بعضی از شرایط از مختصات امامیه است، چون هدف وقف ایجاد منافع موقوف علیهم است و الا نقض غرض واقف لازم می‌آید. سید، دلیل جواز فروش را اجماع امامیه دانسته است و می‌گوید مخالفت ابن جنید به اجمال ضرری نمی‌رساند چون مخالفت ابن جنید، ناشی از ذهنیات او و روایات شاذ است که قابل توجه نیست [۱۰، ج ۱، ص ۲۲۶].

شیخ طوسی می‌گوید: طبق مذهب امامیه، بیع وقف در سه مورد جایز است [۱۱، ج ۳، ص ۲۸۷]. ابن زهره می‌نویسد: در سه مورد وقف را می‌توان فروخت، به دلیل اجماع و غرض واقف که منظور منافع موقوف علیهم است [۱۲، ج ۱، ص ۲۸۲].

۲-۳- سنت

از علی بن مهزیار نقل شده است که به امام جواد (ع) نوشتیم: فلانی زمینی خریده و آن را وقف کرده است و خمس شما را نیز در وقف قرار داده است. اکنون از شما سؤال می‌کند که آیا سهم شما را از آن زمین بفروشد و یا اینکه با مبلغی که خریده، برای خودش قیمت‌گذاری کند و یا اینکه سهم شما نیز جزء موقوفه بماند؟

امام جواد(ع) در پاسخ نوشته‌اند: (اعلم فلانا، انی آمره آن بیع حقی من الضیعه و ایصال ثمن ذلک الی، و ان ذلک رأیی ان شاء الله، اویقومها علی نفسه ان کان ذلک اوفق له): (به فلانی بگو که من دستور می‌دهم حق مرا از زمین بفروشد و بهای آن را به من برساند. ان شاء الله این نظر من است و یا اینکه اگر برای او مناسبتر است، به همان قیمت که خریده برای خودش بخرد) [۷، ج ۱۲، صص ۴-۲، ج ۴، ص ۲۳۹]. بنابراین، می‌توان روایت علی بن مهزیار را نیز دلیل جواز فروش وقف در صورت اصلح بودن دانست.

بعضی اعتراض کردند که قید اصلح در روایت نیست، پس مدعی عام دلیل خاص است، اما پاسخ آن است که اول اینکه اصلح بودن مفروغ عنه است، چون اگر اصلح نباشد، موقوف علیهم حاضر بفروش نمی‌شوند.

دوم اینکه اگر پاسخ عام باشد و امام حتی اگر فروش سودمندتر نباشد، اجازه فروش را داده‌اند با قیاس اولویت اگر سودمندتر باشد، به طریق اولی جایز است. سوم اینکه از جمله «ان کان ذلک اوفق له» مفهوم اصلح بودن فهمیده می‌شود. چهارم اینکه اگر انتخاب اصلح مورد تأیید بنای عقلا باشد و ترک آن باعث تضییع مال باشد و فروش وقف، با متقضای واقف سازگارتر باشد و نفع بیشتری به واقف و موقوف علیهم برسد چگونه می‌توان با این قاطعیت فروش وقف را رد کرد. روایتی است از طبرسی در احتجاج از حمیدی نقل می‌کند که گفته: در نامه‌ای به امام زمان (ع) نوشتیم: از امام صادق (ع) نقل شده، اگر وقف بر قومی به خودشان و فرزندان آنها (وقف بر اولاد) و همه موقوف علیهم بر فروش اتفاق نظر داشته باشند و به نفع آنها باشد می‌توانند وقف را بفروشند. حال اگر بعضی از آنها تصمیم بر فروش سهم خود داشته باشند، آیا جایز است و یا اینکه باید همه آنها بر فروش موافق باشند؟ آیا در چه فرضهایی فروش وقف جایز نیست؟ حضرت پاسخ دادند: «اذا کلن الوقف علی امام المسلمین فلا يجوز بیعها و اذا کان علی قوم من المسلمین فلیبع کل قوم ما یقدرون علی بیعه مجتمعین و متفرقین» (اگر وقف بر امام مسلمین باشد، فروش آن جایز نیست و اگر وقف بر گروهی از

مسلمین باشد هر قومی که توانایی بر فروش را دارند، می‌توانند بفروشند، خواه با هم‌چنین تصمیمی را بگیرند یا جداگانه) [۷، ج ۱۳، ص ۳۰۶].

۳-۳- از نظر عقل

اگر مصلحت در فروش باشد، ممانعت از فروش و یا تبدیل مساوی با تذبذیر است و جایز نیست. در صورتی که فروش مصلحت باشد عدم جواز فروش یا تبدیل موجب نقض غرض واقف است، چون در تنقیح مناط درمی‌یابیم که نظر واقف، منفعت رساندن است و منع از تبدیل و فروش، نه به نفع واقف است و نه به نفع موقوف علیهم، بلکه ضرر هم هست.

حتی اگر بقای وقف منفعت ناچیزی هم داشته باشد، گاهی مصلحت بر فروش است چون:

۱. عرف منفعت ناچیز را به منزله عدم منفعت می‌داند.

۲. از هر سرمایه منفعت خاصی قابل انتظار است، مثلاً از یک میلیارد سرمایه اگر سالی

ده میلیون هم منفعت به دست آید، باز هم ضرر است.

۳. بحث‌های موجود در کتب فقهای بزرگوار مربوط به مواردی است که بقای آن هیچ

ضرری ندارد؛ مثل زمینها در حالی که در شرایط کنونی، فقط اراضی موقوفه هم در هر سال مبالغ سنگینی هزینه دارد که ادارات اوقاف، متحمل این ضررها می‌شوند. بنابراین، اگر مال موقوفه هیچ منفعتی نداشته باشد فقها اجازه فروش آن را صادر می‌کنند و اگر مالی ضرر هم داشته باشد به طریق اولی فروش آن جایز است.

—مسأله فروش وقف: در بعضی از مواقع مثل وقوع در فتنه و نزاع بین موقوف‌علیهم، حکم جواز بیع را عقل صادر می‌کند، چون حفظ نفوس و رفع دشمنی از حفظ منافع مالی مقدم است. بعضی بین وقف عام و خاص فرق گذاشته‌اند و می‌گویند در وقف خاص فروش یا تبدیل آن ممکن است چون موقوف‌علیهم، مالکند، ولی در وقف عام، موقوف‌علیهم مالک نیستند.

به علاوه مسأله نیاز شدید موقوف‌علیهم موجب جواز بیع وقف است، در حالی که اولاً ادله عدم جواز بیع وقف به مانند جمله «لاتیاع و لاتوهب» فروخته نمی‌شود و هبه داده نمی‌گردد، عام است و شامل وقف خاص هم می‌شود. ثانیاً مسأله مالک بودن موقوف‌علیهم، در وقف خاص هم ادعایی بدون دلیل است. ثالثاً مسأله نیاز شدید برای موقوف‌علیهم، در وقف عام، بیشتر احساس می‌شود چون وقف بر عموم مسلمانان است که تصور نیاز آنها محسوستر است.

۴- تبدیل و فروش وقف از نظر اهل سنت

۴-۱- حنیفه

بیشتر پیروان حنیفه بنا بر روایتی که از حضرت علی(ع) نقل کرده‌اند، تبدیل وقف را جایز می‌دانند و معتقدند که پیش‌بینی ابدال و استبدال، نه تنها با لزوم وقف و همیشگی بودن آن منافاتی ندارد، بلکه چه بسا درآمد موقوفه را نیز زیاده‌تر کند [۱۲، ج ۹، ص ۵۸].

گروه دیگر با تغییر وقف به طور کلی به سه دلیل مخالفند:

۱. لازم می‌آید که موقوفه بارها فروخته شود که با نهاد وقف سازگار نیست.

۲. باعث سوء استفاده می‌گردد.

۲. با همیشگی بودن وقف منافات دارد [۶، ج ۴، ص ۳۸۳].

۴-۲- مالکیه

تبدیل وقف در اموال منقول، جایز است، به این نحو که اگر موقوفه رو به اضمحلال و خرابی رود عین موقوفه فروخته و از بهای آن چیزی خریده شود که در جهت مصرف وقف مفید باشد؛ مگر اینکه هزینه تعمیر آن را از طرف بیت‌المال ممکن باشد [۱۴، ج ۷، ص ۹۴].

در خصوص تبدیل وقف در اموال غیر منقول، بین مساجد و غیر مساجد فرق گذاشته‌اند، به این شکل که در مورد مساجد این امر را جایز نمی‌دانند، ولی درباره غیر مساجد گفته‌اند: اگر موقوفه، دارای منفعت است، تبدیل آن جایز نیست، مگر در مواقع ضروری، مثل توسعه مساجد و راههای عمومی، بلکه مصالح عمومی و اگر واقف یا متولی راضی نباشد باید از بهای فروش ملک، موقوفه دیگری تهیه شود [۱۴، ج ۷، ص ۷۵]. اما در جایی که موقوفه درآمدی ندارد و امید به کسب درآمد هم نیست و بقای وقف بر ضرر موقوفه باشد، سه قول وجود دارد:

۱. فروخته نمی‌شود.

۲. تبدیل هم جایز نیست؛ چون موقوفه مخروبه گذشتگان دلیل این مدعی است [۱۴، ج ۷، ص ۹۵].

۳. اگر داخل شهر است، به امید کمک خیرین تبدیل آن جایز نیست؛ ولی اگر بیرون از شهر

باشد تبدیل آن جایز است [۱۵، ج ۶، ص ۴۲].

۴-۳- شافیه

تبدیل یا فروش و هر نوع معاوضه‌ای، جایز نیست تا از ضایع شدن جلوگیری شود. فروش و



تبدیل آن جایز نیست ولو اینکه از بین برود مثل شاخه‌های خشک، چون همان شاخه‌های خشک هم قابل سوزاندن است [۴، ج ۳، ص ۲۹۲].

۵- ادله معتقدان به عدم جواز فروش و یا تبدیل وقف

بعضی فروش وقف را به هیچ نحو جایز نمی‌دانند [۱۶، ج ۱۲، ص ۱۵۲] زیرا:

۱. عدم جواز فروش وقف جزء مفهوم وقف است، چون از اول، بر اساس حبس اصل مال بوده است؛ اما پاسخ آن است که بر فرض اینکه فروش وقف به عنوان اولیه جایز نباشد، ولی اگر عنوان ثانویه پیش آید، به علت اختلاف موقوف‌علیهم و خطر بر آنها و یا بر موقوفه، محلی برای احکام اولیه و عدم جواز فروش وقف باقی نمی‌ماند.

۲. روایت ابی‌علی‌بن‌راشد: «لايجوز شراء الوقف»: فروش وقف جایز نیست [۱۷، ج ۷، ۳۷، ۱۱، ج ۱، ص ۱۳۰].

۳. محمد بن حسن صفار در نامه‌ای از امام حسن عسگری (ع) درباره وقف سؤال کرده است: حضرت پاسخ می‌دهد: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها» (وقفها به نحوی است که واقف وقف کرده است) [۷، ج ۱۲، ص ۲۹۵].

۴. از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمود: امیر المؤمنین، علی (ع) خانه‌ای در مدینه در محله بنی زریق داشت. صدقه داد و نوشت: «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصديق به علی بن ابی طالب و هوحی سوی تصدق بداره التي فی بنی زریق صدقه ولاتباع و لا توهب حتی یرثها الله الذی یرث السماوات و الارض...» [۷، ج ۱۲، ص ۲۰۴] (به نام خداوند بخشنده مهربان. این چیزی است که علی بن ابی طالب در حال صحت و سلامت صدقه داده است. صدقه داده خانه‌اش را که در محله بنی زریق بوده، صدقه‌ای که قابل فروش و هبه نیست تا خداوند آسمانها و زمین آن را وارث شود. تا آخر...).

۵. ابن ادیس ادعا کرده است که در مورد وقف عام، در بین فقها اختلافی وجود ندارد و فروش آن جایز نیست [۱۶، ج ۳، ص ۱۵۲]. پاسخ آن است که این ادعایی بدون دلیل است، چون از گفته علما خلاف این گفته ثابت شده است.

۶. شیخ طوسی می‌گوید: وقف دوگونه است؛ یکی اینکه ملک موقوف‌علیهم است، مثل وقف خاص و نوع دوم آنکه وقف ملک کسی نیست؛ مثل وقف عام و محل بحث در جایی است که ملک موقوف‌علیهم است، ولی در جایی که ملک کسی نیست، مثل وقف عام به طور قطع فروش آن جایز نیست [۱۶، ج ۳، ص ۱۵۲].

پاسخ آن است که ظاهر ادله بر خلاف این ادعا است؛ چون وقف مؤید حبس عین برای خداوند است و فقط استفاده از منفعت آن برای مردم آزاد است و مال موقوفه به مجرد وقف

از دست واقف خارج می‌شود و در زیر سلطه او نیست و برای همیشه موقوفه‌علیهم مالک منفعت هستند و اصل در دست هیچ‌کس نیست و دست واقف تا ابد از ملک کوتاه می‌شود.

۶- بررسی ادله

حقیقت آن است که در بحث فروش و تبدیل وقف، روایات مختلفی وارد شده است و نوع روایات، حاکی از عدم جواز فروش و تبدیل است؛ ولی اوامر و دستوراتی که از احادیث به دست می‌آید، بر دو نوع است: یکی اوامر مولوی و الزامی، دوم اوامر ارشادی و غیر لازم. بدیهی است که اگر شخصی مالی را وقف می‌کند، در شرایط عادی و به عنوان اولیه، اصل و عین مال باید حبس شود و از منافع آن بهره برد؛ ولی اگر مال موقوفه از شرایط عادی بیرون برود و عنوان اولیه را از دست بدهد و عقلاً بقای آن را مفید ندانند و یا اینکه حیثاً مضر باشد، طبیعی است که عقل سلیم حکم به بقای آن نمی‌دهد، چه آنکه هدف اصلی وقف که بهره‌مند شدن از منافع موقوفه است با از بین رفتن و راکد ماندن منتفی خواهد بود. بنابراین:

۱. برای عمل به وقف و انجام کار خیر در مرحله اول باید از منافع موقوفه با بقای عین استفاده کرد و اگر امکان نداشت باید به راههای دیگر از قبیل تبدیل و یا فروش موقوفه اقدام کرد.
۲. بر فرض اینکه به عنوان اولیه فروش و یا تبدیل وقف جایز نباشد مسلماً در شرایط خاص، به عنوان ثانویه فروش و یا تبدیل وقف جایز خواهد بود.

فقیه بزرگوار سید محمد کاظم یزدی در برخورد با قول مشهور فقها در باب فروش و تبدیل وقف، سخت نگران است و به جان خودش سوگند یاد می‌کند و می‌فرماید: به جان خودم سوگند که قدر متقین از اخبار در مورد اخبار مانع از فروش و تبدیل وقف این است که فروش املاک موقوفه به سادگی فروش املاک دیگر نیست و فقها در مورد وقف بسیار سختگیری کرده‌اند، در حالی که چنین نیست [۱، ج ۱، ص ۱۱۸].

ولی به نظر نگارنده اگر نظر و گفته‌های مخالفان را با دقت بیشتر نگاه کنیم به این نتایج می‌رسیم: اول اینکه اکثریت قاطع فقها، بزرگانی چون شیخ مفید [۱۸، ج ۱، ص ۹۹، ۱۹، ج ۹، ص ۱۳۰، ۱۰، ج ۱، ص ۲۲۶، ۲۰، ج ۱، ص ۴۸۹، ۲۱، ج ۱، ص ۴۴۱] و شیخ طوسی و سید مرتضی و علامه حلی و سلار و ابن حمزه با فروش و یا تبدیل وقف، در برخی از شرایط موافقت می‌کنند.

دوم آنکه بحث و نزاع فقها لفظی است و هر یک از آنان، به نحوی فروش و یا تبدیل وقف را برای خود به شکلی تجسم کرده و موضوع خاصی را در نظر گرفته که با شکل و موضوع نظر فقهای دیگر، مغایر است و نتیجه آرای مختلفی ارائه داده‌اند؛ از جمله:



۱. عده‌ای از فقها به مانند شیخ طوسی و سید مرتضی [۱۱، ۹، ص ۱۲۰، ۱۰، ج ۱، ص ۲۲۶] در برخی از حالات، فروش و یا تبدیل وقف را به دلیل ناکارآمد بودن و یا ضرر دادن جایز می‌دانند و افراد دیگری به مانند ابن‌ادریس فروش و یا تبدیل وقف را مضر به حال موقوفه میدانند و به طور طبیعی با فروش و تبدیل آن مخالفت می‌کنند [۱۶، ۳، ص ۱۵۳].
 ۲. اکثریت قاطع حنیفه، به دلیل بهره‌دهی بیشتر تبدیل وقف را جایز می‌دانند [۶، ج ۴، ص ۲۸۳] و عده‌ای از آنان، به خاطر ضایع شدن و ضرر رسیدن به موقوفه، فروش و یا تبدیل آن را جایز نمی‌دانند [۲۲، ۳، ص ۲۴۱].
 ۳. مالکیه در مورد مساجد و مکانی که موقوفه دارای منفعت است، تبدیل وقف را جایز نمی‌دانند [۱۴، ج ۷، ص ۹۴] و در موارد دیگر و در صورت ناکارآمدی موقوفه، فروش و یا تبدیل را جایز می‌دانند [۱۴، ج ۷، ص ۹۵].
 ۴. شافعیه چون معتقد است که با فروش و یا تبدیل، موقوفه از بین برود، فروش و یا تبدیل را جایز نمی‌دانند [۴، ج ۲، ص ۲۹۲].
 ۵. حنابله معتقدند که چون فروش و معاوضه وقف، در بعضی از موارد، موجب استمرار هدف واقف است تبدیل موقوفه جایز است و در مورد مساجد اگر قابل تعمیر نباشد و باعث سلب منافع و یا خرابی و یا بر خلاف مصلحت باشد، می‌توان آن را فروخت و در جای دیگر مسجدی احداث کرد [۲۳، ج ۶، ص ۱۸۵]. در تمام این موارد، می‌فهمیم که تمامی فقهای شیعه و سنی، بر این نکته اتفاق نظر دارند که نباید هیچ‌گونه فعل و انفعالی بر موقوفه ضرر برساند و باید موقوفه سالم و مفید و پابرجا بماند، ولی اگر فروش و یا تبدیل موقوفه نه تنها بر ضرر وقف نباشد، بلکه مفید و کارآمد باشد و بقای آن مضر باشد، همه آنان به روشنی و یا مفهوم گفتارشان فروش و یا تبدیل وقف را جایز می‌دانند.
- در نتیجه مهمترین دلیل در این‌گونه موارد، دلیل عقل است؛ چون با وجود دلایل دیگر، محلی برای اجماع باقی نمی‌ماند و استناد به اجماع در جایی است که دلیل شرعی دیگری نباشد و روایات وارده از دو طرف بر فرض صحت سند و دلالت، ارشادی است و ضمانت اجرایی ندارد. پس به حکم عقل باید گفت: انصاف آن است که نمی‌توانیم فروش وقف را به‌طور کل ممنوع بدانیم و بگوییم حتی در موردی که ملک از سوددهی خارج شود ملک موقوفه بر وقفیت باقی بماند تا به خودی خود تلف گردد که در این صورت، هیچیک از فقها حتی ابن‌ادریس و ابن‌جنید هم نمی‌توانند ملتزم به عدم صحت فروش وقف گردند، بلکه باید بین ادله جواز و عدم جواز فروش موقوفه جمع کرد و گفت: فروش وقف در برخی از موارد،

جایز نیست؛ ولی در برخی از موارد، به مانند جایی که منجر به وقوع در فتنه و قتل و یا نابودی وقف و ضرر دادن موقوفه است باید فروش آن را جایز دانست؛ چون بقای وقف در این گونه موارد با غرض واقف منافات دارد و غرض وقف، بقای خیر و ثواب و ایجاد منافع است، نه آنکه باعث ضرر و یا شر و فساد باشد. بنابراین اگر موقوفه به گونه‌ای باشد که غیر قابل استفاده گردد، فروش آن جایز است.

مهمترین دلیل مخالفان سه چیز است:

۱. اجماع

۲. احادیث وارده، مثل روایت ابی‌علی‌بن‌راشد: « لایجوز شراء الوقف » (۱۸، ج ۷، ص ۳۷، ۲۴، ج ۹، ص ۱۳۰) و حدیث: « صدقه لاتباع و لاتوهب » (صدقه‌ای فروخته نمی‌شود و هبه داده نمی‌شود) [۱۱، ج ۱۳، ص ۲۰۴] و روایت: « الوقوف تكون علی حسب مایوقفها اهلها ان شاء الله » وقف به نحوی است که واقف وقف کرده است [۱۱، ج ۱۳، ص ۲۰۴].

۲. استصحاب بقای وقف.

حال به این ادله پاسخ می‌دهیم:

الف) در مورد اجماع مورد ادعا می‌توان گفت: چنین اجماعی حاصل نشده، چون بسیاری از مخالفان، فروش مورد تحریب وقف را استثنا کرده‌اند. از طرف دیگر این اجماع با اجماع منقول از طرف سید مرتضی و ابن‌زهره و شیخ طوسی معارض است.

دیگر اینکه مشروعیت اجماع، در جایی که ادله دیگری مثل روایات مذکور وجود دارد جای تأمل و تردید است.

ب) در مورد احادیث، حدیث « لایجوز شراء الوقف »، اگرچه ظاهراً خرید و فروش موقوفات به طور اعم را ممنوع ساخته، ولی با توجه به ادله جوان، این روایت منصرف به مواردی است که امکان استفاده از موقوفه با حفظ عین وجود دارد پس شامل مورد بحث ما نمی‌شود.

در مورد حدیث « صدقه لاتباع و لاتوهب » باید گفت این روایت، تنها نقل روایتی است که در آن حضرت امیرالمومنین (ع) خانه‌اش را به این نحو صدقه داده که قابل فروش و هدیه نباشد و این حدیث، نمایانگر این است که آن حضرت، این نوع صدقه داده و در آن صدقه چنین شرطی را قرار داده است. حال این ادعا که در مرحله اول این صدقه مساوی با وقف است، ادعایی بیش نیست و متبادر از ظاهر این روایت، تنها صدقه‌ای مشروط است. در مرحله دوم بر فرض که بپذیریم مراد از صدقه وقف است، باز هم متبادر این است که این نوع وقف است که قابل فروش و هبه نباشد و مفهوم آن این است که نوع دیگری از وقف هم داریم که



قابل فروش و هبه است. بر فرض اینکه وقف قابل فروش و هبه نباشد، باز هم این سؤال پیش می‌آید که امر دایر است بین تزییع مال و فروش آن، به این نحو که بهای آن در راهی صرف شود که هم به نفع واقف باشد و هم به منفعت موقوف‌علیهم که مسلماً فروش آن ترجیح دارد. در مورد حدیث «الوقوف علی حسب مایوقفها اهلها» باید گفت این روایت در مقام بیان لزوم تابعیت از شرایط موردنظر واقف است و ممنوعیت فروش از احکام وقف است ولو اینکه این شرط، در متن وقفنامه هم آمده است و شرط کردن واقف تنها این خاصیت را دارد که اصل ملک باقی بماند و نسلهای متوالی از آن استفاده ببرند، در حالی که مورد بحث ما موقوفه‌ای است که قابل بهره‌برداری نباشد و فروش موقوفه با مانعی روبه‌رو نخواهد شد؛ چون اگر موقوفه در معرض خطر یا ضرر قرار گرفت، سه راه در پیش است:

الف) موقوفه را به حال خود رها کنیم و بهره‌برداری را تعطیل کنیم تا موقوفه خودبه‌خود از بین برود.

ب) نسل موجود را تا سرحد تخریب موقوفه، مجاز به استفاده از آن بدانیم و بگوییم ایشان می‌توانند ملک را از بین برند.

ج) ملک را تبدیل به احسن کرده، چیزی جایگزین آن کنیم که برای نسلهای بعد نیز بماند. در این میان، راه سوم، مطلوب است، چون روش اول و دوم:

۱. باعث از بین بردن حق خداوند و موقوف‌علیهم است.

۲. حق استفاده برای تمام نسلها است و تخریب موقوفه با حق نسلهای بعد منافات دارد.

۳. اگر نسل موجود حق تخریب دارد، پس به طریق اولی حق فروش هم دارد.

اما در مورد عدم جواز فروش وقف، به دلیل اصل استصحاب بقای وقف باید گفت: اولاً استصحاب یک اصل است (والاصل دلیل حیث لادلیل) اصل استصحاب تنها در جایی معتبر است که دلیل شرعی دیگری نباشد و ما بر جواز فروش دلایلی ارائه دادیم.

از طرف دیگر، با تخریب موقوفه، جایی برای اجرای حکم استصحاب باقی نمی‌ماند و موضوع منتفی است. بنابراین یقین سابق که از ارکان استصحاب است، وجود ندارد. از این رو تنها راه سوم باقی می‌ماند و قول به جواز فروش وقف و تبدیل آن در بعضی از موارد، بدون معارض و معتبر است.

۷- جریان تبدیل و فروش وقف

در قانون مدنی در قسمت اموال، مقررات ناظر به وقف تدوین یافته است. به دنبال سیاست ارضی دولت، در خصوص تحدید مالکیت و تقسیم اراضی بین زارعان بدون زمین، مقرراتی به تدریج به تصویب مجلس و هیأت دولت رسیده که اجرای بعضی مواد قانون مدنی را به حالت تعلیق درآورده است. تحولات قانونگذاری، بیشتر ناظر به فروش موقوفات و توابع مال مورد وقف است. مسأله فروش وقف به لحاظ اهمیت و نقشی که در استمرار موقوفات دارد، همواره مورد توجه فقها بوده و لذا فروش مال وقف، در قانون مدنی نیز به جهاتی امکان پذیر است، ولی در قوانینی که در راستای اجرای سیاست ارضی دولت و حمایت از منابع طبیعی به تصویب رسیده موجبات دیگری برای تبدیل مال موقوفه پیش‌بینی شده که در صفحات آتی به آن پرداخته می‌شود.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، گرایش به سمت احیای موقوفات قوت گرفت و منجر به تصویب قوانینی به منظور بازپس‌گیری موقوفات گردید:

۷-۱- موجبات فروش مال مورد وقف در قانون مدنی

قانون مدنی که ریشه در فقه اسلامی دارد، فروش مال وقف را جایز نمی‌شمرد، مگر در موردی که بین موقوف‌علیهم تولید اختلاف شود؛ به نحوی که بیم سفک دماء رود و یا منجر به خرابی مال موقوفه گردد و همچنین در صورتی که موقوفه در معرض خرابی باشد و آبادانی آن ممکن نگردد (ماده ۸۸ ق.م).

اصولاً چون نیت واقف از وقف مال، حفظ عین و آزادی و بخشش منفعت بوده است، هنگامی که به دلیل خرابی مال مورد وقف امکان استیفای منافع از آن وجود ندارد، به نحوی که نیت واقف عملی نمی‌شود چاره کار و راه حل منطقی پذیرش فروش موقوفه است، به شرط اینکه امید بهره‌برداری و استفاده از مال موقوفه تحت هیچ شرایطی امکان پذیر نباشد و تعمیر موقوفه نیز در صورت وقوع نقص میسر نباشد. چنانچه امکان مرمت موقوفه وجود داشته باشد، ولی انتفاع از آن میسر نگردد نیز بیع وقف و تبدیل موقوفه جایز است. در مورد فروش وقف، در قانون مدنی، فرقی بین وقف بر اولاد یا وقف بر عموم و مصالح عامه نیست.

البته گروهی در این مورد بین موقوفات عام و موقوفات خاص و وقف منفعت و وقف انتفاع قائل به تفکیک شده‌اند؛ به این توضیح که در مورد وقف منفعت فروش موقوفه را نیز پذیرفته و در وقف انتفاع آن را نپذیرفته‌اند.



لازم به توضیح است اگر نظر واقف در وقف تحصیل در آمد نباشد، آن وقف را وقف انتفاع گویند، مانند احداث مسجد در زمین ملکی واقف و اگر نظر واقف از وقف، تحصیل درآمد باشد تا به مصرف معینی برسد، آن را وقف منفعت گویند، مانند وقف دکان برای حفظ و اداره یا مسجد یا مدرسه و غیره [۲۵، ج ۱، ص ۱۵ و ۱۶].

بنابراین، با توجه به توضیحات بالا، زمینی که وقف بر مسجد یا حسینیه شده و در اثر مرور زمان بهره‌برداری از آن منتفی شده باشد، باید به کمترین بهره‌برداری از هدفی که موقوفه بر آن تحقق یافته اکتفا کرد و فروش موقوفه را مجاز ندانست.

در مورد بیم خرابی باید دانست که شرط تحقق فروش حصول اطمینان کامل از بیم مذکور است و این اطمینان براساس حدس و گمان به وجود نمی‌آید، بلکه با انجام کار کارشناسی حاصل می‌شود و بعد از کارشناسی و یقین از بیم خرابی باید مشخص شود که امکان تعمیر و مرمت وجود ندارد؛ یعنی اگر امکان تعمیر وجود داشت موضوع بیع منتفی است و در صورت عدم امکان تعمیر، موقوفه را می‌توان فروخت.

در قانون مدنی به خرابی مقداری از مال وقف نیز اشاره شده و چنین آمده: هرگاه بعض موقوفه خراب یا مشرف به خرابی گردد به طوری که انتفاع از آن ممکن نباشد همان بعض فروخته می‌شود؛ مگر اینکه خرابی بعض، سبب سلب انتفاع قسمتی که باقیمانده است بشود. در این صورت تمام فروخته می‌شود (ماده ۸۰ ق.م.).

جهت رعایت نیت واقف در مواردی هم که بیع وقف مجاز است، عین موقوفه به اقرب به غرض واقف تبدیل شود (ماده ۸۰ ق.م.).

در قوانینی که ذکر خواهد شد مشاهده می‌گردد قانونگذار از مبنای شرعی کاملاً عدول کرده و مجوز بیع وقف را، بدون در نظر گرفتن ضوابط و معیارهای قبلی پذیرفته است. اولین قانونی که بیع وقف را خارج از ضوابط شرعی پذیرفته قانون اصلاحات ارضی است. البته پس از انقلاب اسلامی، تلاشهایی جهت احیای موقوفات به عمل آمده، ولی به علت گوناگونی و زیادی قوانین راجع به اراضی و جنگلها، هنوز ابهاماتی در خصوص موضوع وجود دارد.

۲-۷- فروش موقوفات در قانون اصلاحات ارضی

بیع وقف، ابتدا در مورد موقوفات خاص پذیرفته شد و سپس در آخرین مراحل اجرای قانون اصلاحات ارضی موقوفات عام نیز مشمول بیع قرار گرفت.

اولین قانون اصلاحات ارضی در تاریخ ۳۸/۲/۲۴ به تصویب رسید. در ماده ۲ قانون یاد شده حد نصاب مالکیت برای هر شخص در تمام کشور مشخص شد. در تبصره ۱ ماده مورد اشاره، سهم موقوفات خاص نیز مشمول حد نصاب مندرج در ماده شده است و مقرر گردیده که از موقوفه برای هر یک از موقوفه‌علیه‌ها، تا میزان مقرر در ماده ۲ به صورت وقف خاص باقی مانده، مازاد بر آن فروخته شده، وجوه حاصله برابر ماده ۹۰ قانون مدنی صرف خرید مال دیگری می‌شود. در بند ۹ ماده ۳، قانون اصلاحات ارضی آستان قدس رضوی و موقوفات عام از مشمول ماده ۲ مستثنا می‌شوند.

در قانون اصلاحی قانون اصلاحات ارضی مصوب نوزدهم دی ماه ۱۳۴۰ بیشترین مالکیت کشاورزی هر شخص، در تمام کشور، به یک ده شش دانگ تقلیل پیدا کرده و در تبصره ۴ ماده ۲ حد نصاب موقوفات خاص نیز تا میزان مقرر در ماده ۲ تعیین شده و تصریح گردید که مازاد آن فروخته شود.

در مرحله دوم اجرای قانون اصلاحات ارضی، برابر مواد الحاقی به قانون اصلاحات ارضی، مورخ بهمن ماه ۱۳۴۱، مصوب هیأت وزیران، توجه بیشتری به موقوفات شده است. برابر ماده ۲، قانون زمینهای وقف عام باید به اجاره نود و نه ساله داده شود که هر پنج سال، قابل تجدید نظر است. زمینهای وقف خاص به منظور تبدیل به احسن، برابر قانون مدنی از طرف دولت خریداری و بین زارعان تقسیم می‌شود و درآمدهای کسب شده از فروش این گونه اموال، وسیله تولید وقف اختصاص به خرید مال دیگری داده می‌شود تا برابر ماده ۹۰ قانون مدنی مورد عمل قرار گیرد. برخورد با زمینهای وقفی، در مرحله دوم، ناشی از سیاست دولت در مورد تقسیم زمین بین زارعان بود که در مرحله اول زمین شامل آنها نشده بود. مرحله سوم قانون اصلاحات ارضی، شامل زمینهای وقفی نشد؛ ولی در قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعان مستأجر مصوب ۱۳۴۷/۱۰/۲۳ بار دیگر به موقوفات پرداخته شده است؛ به نحوی که در ماده ۸ قانون مقرر گردید: موقوفات خاص که بر اساس قوانین قبلی به اجاره داده شده، تبدیل به احسن گردند. البته تبدیل به احسن به جواز فروش زمینهای یاد شده بستگی دارد. در صورت بقای وقف، تبدیل به احسن شدن منافاتی با شرع ندارد.

در راستای این سیاست در قانون اجازه تبدیل به احسن و واگذاری دهات و مزارع موقوفه عام به زارعان صاحب نسق (مصوب ۵۰/۱۰/۲۱) آمده است که دهات و مزارع موقوفه عام مشمول مقررات ماده ۲ قانون الحاقی به قانون اصلاحات ارضی مصوب ۴۱/۱۰/۲۷ بین زارعان صاحب نسق تقسیم شود و مقرر گردید که وجوه حاصل از فروش این املاک برابر



آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید به خرید مال دیگری اختصاص یابد، بنابراین، موقوفات عام نیز مشمول فروش و تبدیل به احسن گردیدند. البته مقرر شد اراضی موقوفه‌ای که فاقد زارع هستند در اختیار متولی یا متصدی موقوفه بمانند و برابر مقررات، نسبت به آبادانی آن به نحوی که به صرفه و صلاح موقوفه باشد، اقدام گردد.

در تبصره ۴ قانون مقرر شد، اراضی موقوفه - اعم از عام و خاص - که به موجب قوانین مربوط برای اجرای طرحهای عمرانی مورد نیاز وزارت آب و برق یا حتی شرکتهای تابع بوده و تملک و تصرف آن، ضرورت داشته باشد به وزارت مربوط منتقل شود. البته در صورت بقای وقف استفاده از موقوفات جهت طرحهای عمرانی بلا مانع است؛ مثل اینکه باغ تبدیل به خیابان گردد؛ اما در عین حال، عرضه به صورت موقوفه باقی بماند؛ ولی تبدیل وقف به ملک، جهت طرحهای عمرانی نیاز به جواز خاص بیع وقف دارد.

قبل از قانون اصلاحات ارضی و مقارن اجرای آن، قوانین دیگری به تصویب رسید که ارتباط به طرحهای دولتی و برنامه‌های اجتماعی داشت؛ ولی در همه این قوانین، بیشتر اجاره موقوفه به وسیله دستگاه مجری طرح پیش‌بینی شده، یعنی دستگاهی که در اجرای طرحهای عمرانی خود نیاز به زمین‌های موقوفه دارد که؛ در صورتی که قابل تملک نبوده باشد، موقوفه به اجاره دراز مدت دستگاه مزبور درمی‌آید.

به عنوان مثال، در بند «و» و «ز» قانون سازمان برق ایران، مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۹ مقرر شد چنانچه فروش املاک موقوفه مجاز نباشد، از روش اجاره دراز مدت استفاده خواهد شد در صورتی که متولی هر موقوفه به اجاره دادن آن رضایت ندهد، از طرف دادستان محل با سپردن مال الاجاره پنج سال در صندوق ثبت، سند اجاره نامه تنظیم می‌گردد و در هر حال عدم توافق متولی موقوفه به اجاره و یا مبلغ مال الاجاره مانع عملیات وزارت آب و برق نخواهد شد. همچنین در ماده ۱۰ اساسنامه شرکت ملی نفت ایران مصوب ۱۳۵۳/۵/۲۰، به نحو اجاره موقوفات اشاره شده و سخنی از تملک به میان نیامده است. یا در بند «ج» ماده ۴ قانون خرید اراضی وابسته و تأسیسات برای حفظ آثار باستانی مصوب ۴۷/۹/۲۶ با اصلاحات و الحاقات بعدی چنین آمده است: حقوق زارعانه و حق‌السعی زارع صاحب نسق خریداری و وزارت فرهنگ و هنر قائم مقام مستأجر می‌شود.

۸- تلاش در جهت احیای موقوفات پس از انقلاب اسلامی

پس از انقلاب، اقداماتی جهت برگرداندن زمینهای وقفی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده بودند صورت پذیرفت که در نهایت، منجر به تصویب قانون ابطال اسناد موقوفات به فروش رفته گردید. البته قبل از قانون ابطال، قوانین دیگری به تصویب رسید که ناظر به نحوه استفاده از زمینهای موقوفه است، بدین شرح:

در لایحه قانونی خرید اراضی و املاک مورد احتیاج دولت و شهرداریها مصوب ۱۳۵۸/۹/۳ شورای انقلاب، مقرر شد که نسبت به املاک موقوفه حسب مورد، از طریق اجاره دراز مدت یا تبدیل به احسن عمل شود.

در تبصره ۴ ماده ۵ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب نیز آمده که نسبت به املاک موقوفه‌ای که طبق تشخیص سازمان اوقاف تبدیل به احسن آنها از نظر قانون مجاز است، به طریق یاد شده در این قانون و در مورد آنها که از نظر شرعی مجاز نیست به طریق اجاره طویل‌المدت عمل خواهد شد.

۸-۱- زمینهای مزروعی

طبق ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه، مصوب ۱۳۶۳/۱/۲۸ کلیه موقوفاتی که بدون مجوز شرعی، به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد، به وقفیت خود برمی‌گردد و در صورتی که موقوفه قابل اجاره باشد و مستأجر تقاضا کند، به اجاره او درمی‌آید و برابر تبصره ۲ همین قانون کلیه املاک مزروعی که در اجرای قانون اجاره و تبدیل به احسن و واگذاری دهات و مزارع موقوفات عام مصوب ۱۳۵۰/۲/۲ به زارعین صاحب نسق، منتقل و بین آنها تقسیم شده باشد با حفظ مصلحت وقف با متصرفان و زارعان صاحب نسق اجاره نامه تنظیم می‌شود.

ماده واحده قانون ابطال، مصوب ۱۳۶۳ که ناظر به کلیه موقوفات، اعم از عام و خاص بود، به وسیله ماده واحده قانون ابطال اسناد و فروش رقبات و اراضی موقوفه مصوب ۷۱/۱۱/۲۵ نسخ گردیده است. در این قانون، موقوفات خاص از دایره شمول قانون مستثنا گردیده است. به موجب ماده واحده یاد شده از تاریخ اجرای این قانون کلیه موقوفات عام که



بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد به وقفیت خود برمی‌گردد و اسناد مالکیت صادر شده باطل و از درجه اعتبارات ساقط است.

در خصوص تشخیص مجوز شرعی در ماده ۲ آیین نامه اجرایی قانون بالا مصوب ۷۴/۷/۳ کمیسیون مرکب از فقهای صاحب نظر که با انتخاب وزیر مربوطه و نماینده ولی فقیه تشکیل می‌شود، پیش‌بینی شده است.

قانون اصلاحات ارضی که در مرحله اول موقوفات خاص و در مراحل بعدی موقوفات عام را در برگرفت، منطبق با قانون مدنی نبود و در خصوص موقوفات مزروعی، با عنایت به اینکه رابطه استیجاری با مستأجرین مربوط وجود داشت و کمترین منافع موقوفه وصول و صرف اجرای نیت واقف می‌گردید، پس فروش آن به زارعان متصرف، به عنوان تبدیل به احسن، مصداقی نداشته است.

از میان انگیزه‌های احتمالی اصلاحات ارضی چنین آمده: چون بیشترین اراضی مالکی مشمول قانون شده و برای اینکه روستاییان بیشتری صاحب زمین گردند و وضع روستاییان از نظر معیشت بهبود یابد و فاصله بین ارباب و رعیت کوتاه شود، لازم آمد که زمینهای وقفی نیز مشمول قانون قرار گیرد. البته می‌شد با حفظ عین موقوفات برنامه‌ای را در جهت سهولت بهره‌برداری و بیشتر منتفع شدن زارعان مستأجر ترتیب داد، ولی این امر حاصل نشد. اصولاً با فروش زمینهای موقوفه، نیز بایست ملکی جهت جایگزینی تهیه می‌شد و این عمل نیز تحقق نیافت. اگرچه انگیزه تصویب قانون ابطال رقبات موقوفه، احیای موقوفات بود و در تدوین قانون مذکور و آیین‌نامه‌های اجرایی آن اقتضا داشت به سودآور بودن موقوفات، توجه بیشتری می‌شد، زیرا در برخی مناطق، امکاناتی که صرف شده تا موقوفات بار دیگر احیا شوند و یا هزینه‌هایی که صرف وصول عواید آن می‌گردد، به اندازه‌ای است که موقوفه را می‌توان از مصادیق موقوفات بدون فایده دانست در این گونه موارد می‌توان با اتکا به انگیزه وقف و نیت واقف، موانع شرعی را تعدیل و با فروش موقوفات در قالب تبدیل به احسن بلافاصله ملک دیگری را خریداری و جایگزین کرد، به ویژه در مورد زمینهای کوچک وقفی که در جاهای مختلف پراکنده است، باید آنها را فروخت و زمین دیگری با ابعاد اقتصادی تهیه کرد.

البته در تنظیم سند اجاره دراز مدت، باید منافع موقوفات در نظر قرار گیرد. در غیر این صورت، اگر مردم احساس کنند دولت جهت اجرای طرحهای عمومی خود ابتدا از موقوفات استفاده می‌کند و در تأمین حقوق موقوفه دقت به خرج داده نشود، گرایش به وقف اموال کم می‌گردد.

اضافه می‌گردد، ممکن است در توجیه تبدیل به احسن گفته شود که در هر حال، نیت واقف که اموال خود را وقف می‌کند، جهت خیرات و در راه خدا است و همین هدف، در اجرای

کارهای عمومی نیز وجود دارد. بنابراین، چون وقف جهت رفاه همگانی دارد و کارهای عمومی اجتماعی نیز عموماً متضمن این هدف هستند، چه اشکال دارد که جهت اجرای طرحهای عمرانی عمومی از زمینهای موقوفات استفاده گردد و زمینهای بخش خصوصی از اجرای طرح تا جایی که ممکن است مصون بماند، زیرا در ذیل ماده یک لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک، برای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، اشاره به آن دسته از اراضی متعلق به اشخاص حقیقی و حقوقی شده است که مورد نیاز طرح باشد و وقف هم یک شخصیت حقوقی است. البته باید متذکر شد نیت واقف در وقف از جایگاه مهمی برخوردار است، زیرا به اعتبار این نیت، واقف ملک خود را از مالکیت خارج و جهت تسبیل منافع حبس می‌کند مثلاً اگر وقف از نوع انتفاع باشد، یعنی واقف ملکی را وقف کرده تا در آن مسجد یا مدرسه ساخته شود، اگر مصرف مورد وقف به خاطر مصالح اجتماعی ضرورت یابد دست کم باید اجرای نیت واقف با همان مشخصات و قفنامه به محل دیگر انتقال یابد.

۸-۲- زمینهای شهری

اولین قانونی که در این خصوص به تصویب رسید، قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۵۹/۴/۵ شورای انقلاب است که زمینهای اوقافی از حوزه شمول آن مستثنا نشده‌اند. بر همین اساس در تبصره ماده ۱۱ از آیین‌نامه اجرایی قانون به روشنی آمده که موقوفات عام که اسناد مالکیت و قفنامه‌های آنها حاکی از عمران و آبادی در آن باشد، احیا شده محسوب می‌گردد، ولی در هر حال، مشمول بند ۲-۵ این آیین‌نامه خواهد بود. بند ۲-۲ مربوط به نحوه عمران، احداث بنا و احیاء زمینهای مزروعی و باغات است. در ذیل تبصره آمده است: در صورتی که ضرورت ایجاد کند، از زمینهای یاد شده استفاده‌ای غیر از آنچه در قفنامه آمده است. بشود موافقت هیأت وزیران الزامی است.

چون بسیاری از موقوفات از قبل سابقه عمران داشته‌اند و حین اجرای قانون یاد شده از آبادانی خارج شده بودند و تفاوت شرایط زمین تا زمانی که ملک وقف شده بود یا زمانی که قانون یاد شده به مرحله اجرا درآمده، موجب شد که زمینهای مورد نظر موات تلقی گردند و به خودی خود از وقفیت خارج شوند. به همین جهت، تبصره ماده ۱۱ به لحاظ خلاف شرع بودن، به وسیله دیوان عدالت اداری باطل اعلام شد.

در تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون اراضی شهری، مصوب ۶۰/۱۱/۲۷ آمده که اراضی غیر موات وقفی، به وقفیت خود باقی می‌ماند و عمل به وقف می‌شود، لکن هر گونه واگذاری اراضی، از



طرف اوقاف یا سایر متولیان طبق ضوابط شهرسازی و با نظر مسکن و شهرسازی صورت می‌گیرد. از مفهوم مخالف تبصره یاد شده چنین برمی‌آید که آن دسته از اراضی می‌توانند به عنوان وقف وجود داشته باشند که به صورت موات باشند و مصوبه بالا فقط ناظر بر اراضی وقفی غیر موات است و نه اراضی موات. در این صورت بنا را باید بر این گذاشت که وقتی زمینی وقف اعلام شد، تا خلاف آن ثابت نگردد به صورت وقف باقی خواهد ماند و خارج کردن اراضی وقفی از وقفنامه، محل اشکال است؛ به ویژه اینکه وقفنامه‌هایی که دارای قدمت طولانی است به طور طبیعی توسط علما و معتمدین محل با اجرای صیغه وقف تدوین یافته است.

در قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ به روشنی به زمینهای موات که سابقه وقفی دارند، اشاره شده است، به کیفیتی که در تبصره ۳ ماده ۱۰ تصریح شده: اراضی وقفی به وقفیت خود باقی است، ولی اگر زمینی به عنوان وقف ثبت و در مراجع نیصالح ثابت شود که تمام یا قسمتی از آن موات بوده سند وقف زمین موات ابطال و در اختیار دولت قرار می‌گیرد. در ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون مصوب ۶۷/۴/۱۵ در مورد وقف عام که دارای اسناد رسمی و احکام قطعی در خصوص وقفیت است، مقرر شده که از لحاظ غیر موات بودن، نیازی به استعلام از وزارت مسکن و شهرسازی نیست. در واقع این مقرر اصل را بر غیر موات بودن زمینهای وقفی دانسته شده، مگر اینکه ادعای موات بودن شده باشد که در آن صورت، هر گونه اقدام موکول به صدور رأی نهایی بر اساس ماده ۱۲ قانون شده است.

۸-۳- جنگلها و مراتع

همان‌طور که پیش از این گفته شد در مبحث وقف، برای واقف و ملکی که مورد وقف قرار می‌گیرد شرایطی لازم است، از قبیل اینکه واقف باید مالک مال باشد و ملک قابلیت تملیک را داشته باشد تا قابلیت وقف شدن را پیدا کند و همچنین باید ملک طلق مالک باشد.

بنابراین، اگر مالی در ملکیت مطلق واقف نباشد، نمی‌توان آن را مورد وقف قرار داد و به طریق اولی، مالی که در ملکیت عموم مردم باشد، هیچ شخصی نمی‌تواند آن را وقف کند. ابعاد ملکیت نیز عرفی است و نه تنها نامحدود بودن ابعاد ملک از نظر عرف مردود است، بلکه در مورد عمق و فضای ملک نیز عرف تعیین کننده است. با توضیحات بالا این نتیجه حاصل می‌گردد که جنگلها و مراتع به جهت اینکه مالک خاص ندارد، از انفال عمومی است و قابل وقف نمی‌باشد. ممکن است استدلال شود که وقف از لحاظ هدف با اموال عمومی و انفال هم‌سو و در یک جهت است و بنابراین فرقی ندارد که جنگلها و مراتع جزء انفال باشند یا به عنوان مورد وقف تلقی

گردند؛ اما باید گفت هم‌سو بودن هدف، برای اثبات وقفیت کافی نیست؛ چون وقف فرع بر مالکیت است و مالی که نمی‌تواند ملک شخصی قرار گیرد به طریق اولی نمی‌تواند مورد وقف واقع شود.

قبل از انقلاب در لایحه ملی کردن جنگلها مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ عرصه و اعیانی کلیه جنگلها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت دانسته شده است ولو اینکه قبلاً سند مالکیت صادر نشده باشد. البته در تبصره ۲ ماده قانون، فقط توده‌های جنگلی محاط در زمینهای زراعی که در اراضی جنگلی جلگه‌ای شمال کشور که در محدوده اسناد مالکیت رسمی اشخاص واقع شده باشد، از شمول قانون مستثنا شده‌اند. بعد از انقلاب در راستای احیای موقوفات، نسبت به جنگلها و مراتع به عنوان توابع موقوفات تصمیم‌گیری به عمل آمده است. در ماده واحد قانون ابطال مصوب ۶۳/۱/۲۸، به‌طور کلی اسناد فروش موقوفات باطل و از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. در ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی آن اعلام می‌شود موقوفاتی که در اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و مراتع مصوب ۱۳۴۲، به عنوان مراتع ملی شده اعلام گردیده، از تاریخ تصویب قانون ابطال اسناد فروش رقیبات و اراضی موقوفه، در اختیار سازمان اوقاف و متولیان مربوط قرار می‌گیرد. همان طور که در صفحات قبل آمد در تاریخ ۷۱/۷/۲۵، قانون جدید، همراه با اصلاحاتی تحت همان عنوان قانون ابطال اسناد و فروش رقیبات آب و اراضی موقوفه به تصویب مجلس رسید و در آن، شمول قانون منحصر به موقوفات عام گردید. به موجب تبصره ۶ این قانون، تهیه آیین‌نامه اجرایی به وزارت کشاورزی و سازمان اوقاف محول گردید.

در آیین‌نامه اجرایی قانون مصوب ۷۴/۲/۳، ۱۳ مفاده ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون سابق التصویب، به طور کلی، حذف گردید. حذف ماده ۱۰ آیین‌نامه موجب صدور احکامی به ضرر موقوفات در مراجع قضایی گردیده است، زیرا مراجع قضایی بدون توجه به اصل ماده واحده و صرفاً به علت حذف ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی که ناظر به رجوع وقفیت جنگلها و مراتعی است که به عنوان منابع ملی اعلام شده به ضرر اوقاف آرای صادر کرده‌اند. برای برطرف کردن این نقیصه و متعاقب فتاوی مقام معظم رهبری، در پاسخ به استعلامات مورخ ۷۲/۱۰/۲، ۷۲/۱۰/۷ و ۷۲/۱۰/۱۴، سازمان اوقاف و امور خیریه و استعلامات سازمان جنگلها و مراتع مورخ ۷۲/۵/۱۲ و ۷۲/۳/۱۹، در نهایت، هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۷۴/۳/۷، و به استناد تبصره ۶ ماده واحده قانون ابطال اسناد فروش رقیبات آب و اراضی موقوفه مصوب ۷۱/۱۱/۲۵، متنی به عنوان ماده ۱۰ به آیین‌نامه اجرایی مصوب ۱۳۷۴/۲/۳ اضافه کرده است، بدین شرح: چنانچه تمام یا بخشی از اراضی قابل واگذاری در حریم روستاها موقوف بماند، در اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگلها و مراتع (مصوب ۱۳۴۶)، به



عنوان انفال منابع ملی اعلام شده باشد، می‌باید حق بهره برداری آن توسط سازمان جنگلها و مراتع کشور، به سازمان اوقاف و امور خیریه و متولیان واگذار گردد.

البته در ذیل آیین نامه، تصریح شده است که کلیه مستحدثاتی که در اراضی یاد شده توسط متصرفان احداث شده باشد متعلق به آنان خواهد بود. بنابراین، متصرفان نسبت به عرصه، ملزم به تنظیم سند اجاره به اوقاف خواهند بود. بنابراین، جنگلها و مراتع گرچه جزء انفال و اموال عمومی است و همان طور که در تحقیقات آتی به آن اشاره خواهد شد، قابل وقف نیست، ولی در صورتی که در کنار رقبه موقوفه واقع باشد، تابع رقبه موقوفه خواهد بود. البته در حدی که در عرف حریم مورد نیاز، برای استفاده از رقبه موقوفه باشد.

۸-۴- معادن

سؤال این است که اگر زمینی وقف باشد، معدن موجود در آن، به تبع ملک آباد، وقف تلقی می‌شود و تابع احکام آن خواهد بود؟

برابرماده ۱۶۱ ق.م. معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است و استخراج آن، تابع قوانین مخصوص خواهد بود. در قانون معادن، مصوب ۲۸ اردیبهشت ماه ۱۳۳۶، مواد معدنی به سه طبقه تقسیم شده‌اند که طبقه اول آن شامل مواد معدنی است. که به طور طبیعی به مصرف ساختمان و صنایع مربوط به آن می‌رسد، مانند سنگ گچ، سنگ آهک، مرممر، خاک رس و ماسه که در هر ملک واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است.

در قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۴/۱، مجلس شورای اسلامی، طبق ماده ۴ قانون معادن، به چهار طبقه تقسیم‌بندی شده و طبقه یک آن شامل سنگ گچ و سنگ آهک، شن و ماسه معمولی، نمک طعام (آبی و سبکی) سنگ ساختمانی و امثال آن است.

در قانون اخیر نیز معادن طبقه اول، در صورتی که در ملک اشخاص یافت شود و به وسیله و هزینه مالک، بهره‌برداری گردد، متعلق به وی محسوب می‌شود.

البته بهره‌برداری از معادن طبقه سوم و چهارم، در حوزه صلاحیت مراجع دولتی قرار داده شده است. معادن واقع در اراضی موات ملک دولت است و در اصل سایر معادن برابر ماده ۱۶۱ ق.م. به تبع ملک تعلق به مالک دارد؛ ولی طبق قوانین معادن، پاره‌ای معادن، به دلیل اهمیتی که دارد، اموال دولت محسوب شده است و از نظر حقوقی نیز معادن جزء مشترکات عمومی محسوب نمی‌شود. بنابراین، معادن همیشه دارای مالک خاص و معین است، یعنی به شرح مزبور، یا ملک است و یا جزء اموال عمومی است. در مورد معادنی که در اراضی وقفی واقع شده، مسائلی مطرح بود که

منجر به نظریه شورای نگهبان گردید و آخرین آن (مورخ ۶۶/۲/۲۰)، بر اساس تقاضای وزارت کشور است و به عنوان تفسیر تبصره ۶۶ قانون بودجه سال ۱۳۶۳، ارائه شده است:

شن و ماسه و خاک رس تابع وضع زمینی است که از آن برداشته می‌شود. بنابراین، اگر در زمین موقوفه ملک دیگری باشد، متعلق به وقف است و جزء انفال نیست و هر گونه تصرف، بدون آن متولی شرعی موقوفه و یا مالک و اخذ وجوه از آنها در این رابطه مشروع نیست و تأیید تبصره ۶۶، بر اساس انصراف آن از شن و ماسه و خاک رس، زمینهای موقوفه و ملکی است.

۹- نتیجه‌گیری

قوانین ناظر بر موقوفات، در اساس متأثر از سیاست اراضی دولت بوده است. در این مقاله به قوانین و مقررات مختلفی که در مقاطع زمانی مختلف، به تصویب رسیده، اشاره گردیده است. موجبات بیع وقف در قانون مدنی پیش‌بینی گردیده که در موارد خاص، فروش وقف اجاره شده است، اما اقداماتی که در جهت تجدید مالکیت، در اجرای قانون اصلاحات اراضی به عمل آمد، چون در مراحل اول، زمین کافی جهت توزیع بین زارعین صاحب نسق موجود نبوده، در آغاز موقوفات خاص و سپس موقوفات عام، از وقفیت خارج و به زارعین صاحب آن فروخته شده است.

پس از انقلاب، تلاشهایی در جهت احیای موقوفات صورت پذیرفته و قوانین متعددی در این خصوص به تصویب رسیده که در این تحقیق به آن اشاره گردیده است. اجرای همین قوانین، در جهت احیای موقوفات، خود مشکلاتی را پدید آورده است. چون بسیاری از زمینهای وقفی در ابعاد کوچک بود، اجرای مقررات در جهت احیاء، مستلزم برگرداندن همه آنها به وقفیت بود. در نتیجه این سؤال در ذهن مطرح گردیده که برگرداندن همه اراضی موقوفه واگذار شده به وقفیت، حتی اگر نظر واقف در تبدیل به احسن به نوعی تأمین شده باشد، لازم است؟ پاسخ مستلزم بررسی بیع وقف در حقوق اسلام بود و در ابتدا، به بحث در تحلیل مبانی آن پرداخته شده است.

توضیح اینکه در مبحث فروش و یا تبدیل وقف که مهمترین مسأله مورد نظر ما در این مقاله است، به ادله مختلف اجماع، سنت، و دلیل عقل استناد شده است:

از نظر اجماع، با استناد به اجماعهای منقول از سید مرتضی و شیخ طوسی و ابن زهره، فروش و یا تبدیل وقف در بعضی از موارد، جایز شمرده شده و مخالفت بعضی از افراد، مانند ابن‌جنید، به علت توجه او به ذهنیات و شاذ بودن فاقد اعتبار محسوب گردیده است.

از نظر سنت، به روایات صریحی استناد شده، که طبق مفاد آنها به دلیل اتلاف و تضییع موقوفه و برای حفظ منافع واقف و موقوف‌علیهم، فروش و یا تبدیل آن در بعضی از موارد جایز است:



مهمترین بحث ما در استناد با ادله عقلیه است که عرف براساس عقل به دلایلی به شرح زیر، فروش و یا تبدیل به احسن را در مواردی جایز، بلکه واجب دانسته است:

۱. اگر مصلحت در فروش باشد، ممانعت از آن مساوی با تبذیر است.
 ۲. اگر مصلحت در فروش باشد، ممانعت از آن موجب نقض غرض واقف است.
 ۳. اگر بقای وقف بهره اندکی به همراه دارد، با توجه به میزان سرمایه‌گذاری در بعضی اوقات، منفعت کم، مساوی با ضرر است.
 ۴. اگر بقای وقف عواقبی از قبیل فتنه و نزاع و خطرهای جانی به دنبال داشته باشد، حفظ نفوس در رفع دشمنی از حفظ منافع مالی مقدم است.
- پس از جرح و تعدیل این مباحث، ادله قائلان به عدم جواز فروش و یا تبدیل وقف، به شرح زیر مطرح شده است:

۱. عدم جواز فروش وقف جزء مفهوم وقفی است که حبس مال است.
 ۲. ادعای عدم خلاف و شاید اجماع، بر عدم جواز بنا شده است.
 ۳. صریح روایاتی از قبیل لاتباع و لاتوهب، وجود دارد.
 ۴. بقای وقف حسب قواعد استصحاب می‌شود.
- در مقام پاسخ به این ادله گفته‌ایم که در مورد روایات:
۱. این روایت ارشادی است و ضمانت اجرایی ندارد.
 ۲. این گونه روایات مربوط به شرایط عادی است، به طوری که طبق اصل وقف که حبس مال است، کسی حق فروش یا تبدیل را ندارد، ولی بحث در جایی است که بقای وقف، مفید نیست و یا شاید مضر است که روایات مانع نسبت به این موارد ساکت است.
- علاوه بر این روایات و مباحث فقها و اختلاف نظر آنها به یک مشاجره لفظی شبیه‌تر است و ما معتقدیم که اگر بقای وقف مفید و لازم باشد، همه فقها متفقند که هیچ کس حق دخالت در عین را ندارد؛ ولی اگر بقای وقف مضر باشد و یا مفید نباشد؛ همه فقها به تبع مضامین روایات و حکم عقل، فروش و تبدیل آن را جایز می‌دانند.
- درباره استصحاب می‌گوییم: استصحاب اصل است و چون دلیل شرعی بر جواز داریم استصحاب محل ندارد، مهمترین دلیل در این گونه موارد دلیل عقل است، چون اجماع در صورت وجود دلیل شرعی دیگر، اعتبار ندارد و روایات وارده و بر فرض صحت و دلالت ارشاد به بنای عقلا است.

همچنین عرف بر اساس عقل با رد استدلال مخالفان به دلیل جلوگیری از تضییع موقوفات و سوددهی بیشتر و در جهت اهداف و نیات واقفان، فروش و یا تبدیل وقف را در بعضی موارد لازم و ضروری می‌دانند.

در مورد توابع موقوفات، از قبیل جنگلها و مراتع و رودخانه‌ها و کوهها نیز مراجعه به عرف عقلا را لازم دانسته‌ایم و هر گونه برداشتی که در مورد املاک شخصی داریم، درباره حریم و توابع وقف نیز قابل اعمال است و باید از عرف استعلام کرد و ما با استدلال ثابت کردیم که به ظاهر، هیچیک از موارد جنگلها و ... در ملکیت افراد قرار نمی‌گیرد و جزء انفال است و از شرایط اولیه، برای واقف، مالک بودن است و برای موقوفه، قابلیت تملک شرط است و در موارد یاد شده، نه واقف مالک می‌شود و نه ملک، قابلیت تملک را دارد؛ مگر آنکه دلیل قاطعی از قبیل احیاء و تحجیر و مانند اینها وجود پیدا کند.

در مورد حریمها طبق معمول مالکیت هر ملک، به محدوده‌ای تعلق می‌گیرد که اسناد و بینه بر مالکیت فردی حکایت دارد و حریم اگر جزء اسناد ذکر شده باشد، محترم است و اعتبار دارد، ولی اگر دلیلی بر جزئیت حریم نباشد اصل عدم آن است. پس با مراجعه به عرف، باید دید که آیا دریاها و جنگلها و کوهها می‌توانند حریم ملک باشند؟ و اگر دلیل قاطعی وجود نداشته باشد، حریم موقوفات را به عنوان وقف نمی‌پذیریم چون وقف فرع بر مالکیت است. پس در مورد حریم و توابع باید به همان چیزهایی که دلیل مسلم وجود دارد، اکتفا کرد. مثلاً بگوییم حریم زمینها فقط حق آبیاری و ایاب و نهاب است و این نوع حقوق، چون ملک طلق نیست، قابل وقف کردن نیست و ما بشخصه حتی در مورد وقفنامه‌های صریح درباره کوهها و زمینهای موات بسیار تردید داریم که چگونه از طرف فردی که حق مالکیت نداشته وقفنامه صادر و ثبت گردیده است؟

در مورد معادن با تفکیک بین معادن گفته‌ایم: آنچه در محدوده ملک است، چون قابل تملیک است، قابل وقفیت است، مگر در جاهایی که عرف برای آن تعیین حدود کرده و از محدوده ملک خارج می‌داند، مانند چیزهایی که در اعماق زمین و یا در فضا قرار دارد که چون عرف از تملک آن ابا دارد نمی‌تواند جزء وقف قرار گیرد.

۱۰- منابع

[۱] کیسی، دکتر محمد عبید، *احکام الوقف*، ترجمه احمد صادقی گلدر، انتشارات اداره کل حج و اوقاف و امور خیریه، ۱۳۶۴.

[۲] محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام الحلال و الحرام*، چ ۲، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ ه.ق.

- [۳] شهید اول، محمدبن جمال الدین ملکی، *اللمعه دمشقیه*، ج ۲، قم، دارالفکر، ۱۳۶۸.
- [۴] بینی، شمس الدین محمد بن احمد خطیب شافعی، *مغنی المحتاج*، ج ۵، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۱۷ هـ. ق.
- [۵] هندى، متقى بن حسام الدین، *کنز العمال*، ج ۳، بیروت، مؤسسۀ الرساله، ۱۴۰۹ هـ. ق.
- [۶] ابن عابدین، *ردالمحتار علی الدر المختار*، ج ۵، بیروت، دارالفکر، ۱۳۸۶ هـ. ق.
- [۷] حرعاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، ج ۵، بیروت دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ. ق.
- [۸] ابن ماجه القزوينی، محمدبن یزید، *صحیح ابن ماجه*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۲۹۵ هـ. ق.
- [۹] شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۲، قم، جامعہ مدرسین، ۱۴۰۴ هـ. ق.
- [۱۰] سیدمرتضی، علی بن الحسین، *الانتصار*، قم، جامعہ مدرسین، ۱۴۱۵ هـ. ق.
- [۱۱] شیخ طوسی، محمدبن حسن، *المبسوط*، تهران، چاپ مرتضویه، ۱۳۸۶ هـ. ق.
- [۱۲] انجوی نژاد، سیدمهدی، *فقه استدلالی*، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۷۴.
- [۱۳] ابن الهمام، *فتح القدير*، چاپخانه مصطفی محمد، ۱۳۵۶.
- [۱۴] خرشی، *شرح الخرشى علی مختصر الخلیل*، چاپ الامیریه، ۱۳۱۷.
- [۱۵] قرافی، احمد بن ادريس، *التاج و الاکلیل در حاشیه مواهب الجلیل*، مصر، چاپ سعادت، ۱۳۲۹ هـ. ق.
- [۱۶] ابن ادريس، محمدبن منصور، *السرائر*، قم، مؤسسۀ نشر اسلامی، ۱۴۱۰ هـ. ق.
- [۱۷] کلینی، محمدبن یعقوب، *فروع کافی*، تهران، دارالکتب اسلامی، ۱۳۶۷.
- [۱۸] شیخ مفید، محمدبن محمد، *المقنعه*، قم، جامعہ مدرسین، ۱۳۱۰.
- [۱۹] شیخ طوسی، *تهذیب الاحکام*، قم، نشر دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۰ هـ. ق.
- [۲۰] علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه*، قم، جامعہ مدرسین، ۱۴۱۲ هـ. ق.
- [۲۱] طوسی، علی بن حمزه، *الوسیله*، چاپخانه خیام، ۱۴۰۸ هـ. ق.
- [۲۲] ابن نجیم، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، مصر، چاپ علمیه، ۱۴۱۱ هـ. ق.
- [۲۳] ابن قدامه، عبدالرحمن بن احمد، *شرح الکبیر علی متن المقنعه*، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۱۹ هـ. ق.
- [۲۴] شیخ طوسی، *الاستبصار*، قم، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۰ هـ. ق.
- [۲۵] سلیمی فرد، *وقف آثار اجتماعی و اقتصادی آن*، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۵۶.