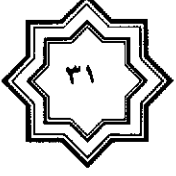


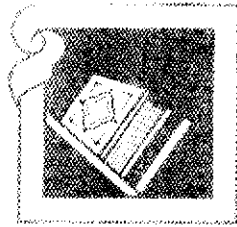
میراثِ ابدان

سال پنجم - شماره ۲



میراثِ ابدان

میراثِ ابدان



آیا وقف «فک ملک» است یا «ایقاف ملک» و چه آثاری بر هریک از این دو مترتب می شود؟ برای روشن شدن بحث، نخست به تعریف وقف اشاره می کنیم.

تعریف وقف

شیخ ابوجعفر طوسی (متوفای ۴۶۰ هـ.ق) در کتاب مبسوط وقف را چنین تعریف کرده است:

«الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة.»^۱

تحبیس، از ریشه «حبس» به معنای زندانی کردن و در قید درآوردن، و جلوی آزادی چیزی را گرفتن است، زیرا با وقف شدن ملک، آزادی نقل و انتقال از آن گرفته می شود.

تسبیل، در راه خدا آزاد گذاردن است، زیرا منافع وقف برای موقوف علیهم مباح و آزاد است تا از آن، انتفاع ببرند.

پس تعریف وقف، طبق گفته شیخ، نگاه داشتن اصل ملک و آزاد گذاردن منافع است و مخصوصاً کلمه «تسبیل» را به کار برده تا روشن شود که وقف از صدقات جاریه است که در راه خدا گذارده می شود تا از آن بهره ببرند.

از این رو است که شیخ ابو عبدالله مفید (متوفای ۴۱۳ هـ.ق) در کتاب المقنعه فرموده است:

«الوقوف فی الاصل صدقات.»^۲

هرگونه وقف، اساساً صدقه ای است که در راه خدا انجام می شود.

و این، طبق روایاتی است که درباره وقف آمده است. امام صادق (ع) می فرماید:

«لیس یتبع الرجل بعد موته من الاجر الا ثلاث خصال: صدقة اجراها فی حیاته فهی تجری بعد موته، و سنة هدی سنّها فهی یعمل بها بعد موته، او ولد صالح یدعو له.»^۳

یعنی: در پی انسان، اجر و ثوابی نخواهد آمد مگر در سه حال: صدقه ای که در حال حیات به جریان انداخته، پس از مرگ او در جریان باشد (مقصود وقف است) یا شیوه ای را به کار برده که هدایت گراست و دیگران آن را به کار می گیرند یا فرزندان نیکوکاری که برای او دعا و استغفار می کند.

حقیقت وقف

محمد هادی معرفت



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



۱- المبسوط، ج ۳، ص ۲۸۶.
 ۲- المقنعه، چاپ سنگی، ص ۹۹.
 ۳- وسائل الشیعه، چاپ آل البيت، ج ۱۹، ص ۱۷۱.



را که وقف را عقد دانسته اند، بهتر از دو تعریف دیگر می داند.^۱

اما ترجیح «اطلاق» بر «تسبیل» از این جهت است که اطلاق و تحبیس دو لفظ متقابل هستند و «اطلاق» در تعریف وقف، بیشتر می تواند حقیقت و وقف را آشکار کند. در صورتی که تسبیل، لفظ مقابل تحبیس نیست. همچنین لفظ تسبیل شامل هرگونه صدقه ای می گردد و به وقف اختصاص ندارد، از این جهت تعریف ناقص است و شامل اغیار نیز می گردد.

از نظر ما نیز، به کار بردن کلمه «اطلاق» به جای «تسبیل» گویاتر است، زیرا جنبه تقابلی بین «عین» و «منفعت»، که اولی ثابت و دومی آزاد و قابل نقل و انتقال است، گویای حقیقت و وقف است. و اما اینکه وقف، صدقه در راه خداست از احکام وقف به شمار می رود و در ماهیت وقف دخالت ندارد.

نکته قابل توجه آنکه سید جواد عاملی، تعریف وقف را به «عقد...» بهتر از دو تعریف دیگر دانسته است، وی ظاهرآ از دیدگاه «مصدری» به تعریف وقف نگریسته است.

وقف از دو دیدگاه قابل ملاحظه است؛ گاه منظور از آن، عملی است که وقف کننده انجام می دهد، که این معنای مصدری است و گاه مقصود، عمل انجام شده است که معنای اسم مصدری است.

تعریف شیخ طوسی در المبسوط و شهید اول در اللمعة الدمشقیة ناظر به معنای اسم مصدری است، یعنی عملی که بر اثر وقف انجام گرفته است، نه عملی که انجام می گیرد و نوعاً تعاریف، ناظر به عمل انجام شده است، که همان معنای اسم مصدری است و نباید از این نکته غفلت ورزید. لذا تعریف وقف به «عقد...» از این دیدگاه، صحیح نیست.



حقیقت و وقف

سه تعریف یاد شده بیانگر عملی بودند که واقف انجام می دهد زیرا «تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة» یا «تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» یا «تحبیس الاصل و تسبیل

لذا فقها وقف را در باب صدقات آورده اند و آن را گونه ای از صدقه شمرده اند و در کتب فقهیه رسماً عنوان «کتاب الوقوف و الصدقات» مطرح گردیده است.^۴

شهید اول، محمد بن مکی عاملی (شهادت ۷۸۶ هـ. ق) در کتاب الدرر و وقف را، رسماً، به صدقه جاریه تعریف نموده و تعریف یاد شده را ثمره و نتیجه آن گرفته، می گوید: «الوقف و هو الصدقة الجارية و ثمرتها: تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة.»^۵

بیشتر فقها، پس از شیخ طوسی، عبارت «تسبیل المنفعة» را نپسندیده اند و آن را به «اطلاق المنفعة» تبدیل نموده اند، چنان که در گفتار شهید اول مشاهده گردید. آنها همانند شهید اول، تعریف مذکور را ثمره وقف دانسته اند و حقیقت و وقف را همان عقد (الفاظی که با آن وقف صورت می گیرد) دانسته اند.

شیخ ابوالقاسم نجم الدین محقق حلّی، (متوفای ۶۷۶ هـ. ق) در کتاب شرایع الاسلام در تعریف وقف چنین می گوید: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة.»^۶

در پی او، علامه ابن المطهر حلّی (متوفای ۷۷۱ هـ. ق) در کتاب قواعد نیز همین تعریف محقق را آورده^۷ و به آن بسنده کرده است، ولی شهید اول در لمعه با اسقاط کلمه «عقد»، وقف را چنین تعریف کرده است: «الوقف، و هو: تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة.»^۸

فقههای معاصر، بیشتر، تعریف شیخ را پسندیده اند: مرحوم سید اصفهانی در وسیلة النجاة و امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله این تعریف شیخ را آورده اند.

مرحوم استاد آیت الله خوئی در منهاج الصالحین طبق روایت وارده از پیامبر اکرم (ص) که فرموده اند: «حبس الاصل و سبیل الثمرة.»^۹ وقف را چنین تعریف کرده است: «و هو تحبیس الاصل و تسبیل الثمرة.»

سید جواد عاملی (متوفای ۱۲۶۶ هـ. ق) در کتاب مفتاح الکرامه عبارت «اطلاق المنفعة» را بر عبارت «تسبیل المنفعة» ترجیح می دهد و تعریف محقق و علامه

۴- جواهر الکلام، ج ۲۸،

بیروت، ص ۳.

۵- الدرر و وقف، چاپ سنگی،

ص ۲۲۸.

۶- شرایع الاسلام، چاپ

نجف، ج ۲، ص ۲۱۱.

۷- ابضاح الفوائد،

فخرالمحققین، ج ۲،

ص ۳۷۷.

۸- شرح لمعه، چاپ سنگی،

ج ۱، ص ۲۹۸.

۹- مستدرک الوسائل، ج ۱۴،

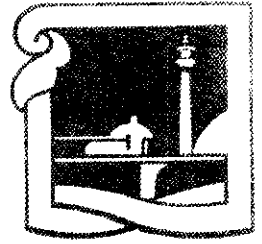
ص ۱۴۷؛ عن عوالی

اللتالی، ج ۲، ص ۲۶۰، رقم

۱۴.

۱۰- مفتاح الکرامه، ج ۹،

ص ۲.



الثمرة» همگی گویای این مطلب است که واقف، در هنگام انشای وقف، عین مال را نگاه می‌دارد و منافع آن را آزاد می‌سازد، ولی در عین حال این پرسش باقی می‌ماند که حقیقت وقف چیست که با چنین انشائی انجام می‌گیرد؟ آیا وقف، تملیک عین به موقوف علیه است یا قید نگاه داشتن آن، که از قابلیت «نقل و انتقال» ساقط می‌گردد یا آنکه وقف، اخراج ملک از ملکیت مالک است، بدون آنکه تملیک کسی گردد؟ به عبارت دیگر آیا وقف حقیقتی است در مقابل تملیک، و آن حقیقت صرفاً «فک الملک» است به این معنی که در وقف، ملک از ملکیت رها می‌شود و ملک کسی نمی‌گردد؟

آیا وقف، تملیک موقوف است یا فک ملک، و با عبارت روشتر آیا وقف نوعی تملیک است که صلاحیت نقل مجدد را ندارد و بر همان ملکیت موقوف علیهم باقی می‌ماند یا آنکه وقف، صرفاً آزاد ساختن عین موقوفه است که از ملکیت مالک اول بیرون رفته و به ملکیت کسی در نیامده، البته موقوف علیهم صرفاً حق انتفاع دارند، بدون آنکه حقی نسبت به اصل رقبه پیدا کنند؟

کدام یک از این دو فرض صحیح است؟

جواب این پرسش را باید در کلمات فقها و در مسأله «مجوزات بیع وقف» پیگیر شد. امام خمینی (ره) در کتاب البیع، مبحث شرایط عوضین، در شرط طلق (آزاد بودن) عین مال مورد بیع متعرض مسأله عدم جواز بیع وقف گردیده و چنین استدلال می‌فرماید:

«و یمكن الاستدلال علیه بعدم مملوكا، لا للواقف ولا للموقوف علیه، بل هو تحریر و فكّ ملك، فلا یصح بیعه، فإنه لا بیع الا فی ملك...»^{۱۱}

دلیل عدم جواز بیع وقف، همانا ملک نبودن آن است، نه برای واقف و نه برای موقوف علیه، بلکه صرفاً آزاد و رها شدن از ملکیت است و شرط جواز بیع آن است که در ملک واقع شود.

و چنین نتیجه می‌گیرند که اساساً، در وقف، مقتضی جواز بیع وجود ندارد، نه آنکه شرطی مفقود یا مانعی موجود باشد.

سپس با دقتی کامل مسأله را دنبال می‌کند و اثبات می‌کند که وقف از ملکیت واقف بیرون رفته و دلیلی بر

اینکه در ملکیت موقوف علیه درآمده باشد، وجود ندارد. لذا وقف را حقیقتی در مقابل ملک دانسته‌اند، یعنی موقوفه با آنکه مال است ولی ملک نیست و از اینجا، تصویر مال بودن بدون ملک بودن امکان پذیر می‌شود. نظیر معادن و گنجهای باستانی که با آنکه مالیّت دارند، ملک کسی نیستند.^{۱۲}

در مقابل صاحب جواهر وقف را ملک موقوف علیه می‌داند و دلیل عدم جواز بیع را وجود مانع می‌داند و اساساً جواز انتقال را به هر صورت اعم از بیع، هبه و غیره با ماهیّت وقف منافی می‌داند.^{۱۳} یکی از مستندات ایشان وجود روایاتی است که شیخ انصاری در کتاب بیع مکاسب آورده است. صاحب جواهر در موارد جواز بیع وقف معتقدند که پیش از بیع، وقف از وقیّت بیرون می‌رود و مجوز بیع همان ملکیت آن است که باقی می‌ماند.

محقق در شرایع می‌گوید: «الوقف ینتقل الی ملک الموقوف علیه، لان فائدة الملك موجودة فيه.»^{۱۴}

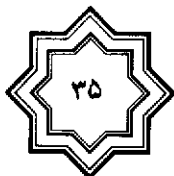
شهید ثانی در مسالک این قول را مذهب بیشتر فقها دانسته، می‌گوید: «فذهب الاكثر و منهم المصنف الی انه ینتقل الی الموقوف علیه، لما اشار الیه المصنف من انه مال مملوك، لوجود فائدة الملك فيه، و هی ضمانه بالمثل او القیمة، و لیس الضمان للواقف و لا لغیره، فیکون للموقوف علیه...»^{۱۵}

اتلاف عین موقوفه ضمانت آور است و ضمانت صرفاً به نفع موقوف علیه می‌باشد که این خود دلیل مالکیت اوست.

امام خمینی (ره) این استدلال را جواب داده، می‌فرماید: ضمانت مستلزم ملکیت نیست، زیرا قاعده اتلاف، یکی از قواعد عامه عقلائی است و در چارچوب حدیث «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» نمی‌گنجد. بلکه ضمانت در وقف بر حیوانات و بر افعال (مانند «احجاج» به حج فرستادن) نیز محقق است که ضامن باید جبران خسارت کند و اگر وقف را تلف کرده، باید مثل یا قیمت آن را بپردازد تا همانند آن خریداری شده و مانند اصل، وقف بر موقوف علیه گردد.^{۱۶}

ولی باید گفت که استدلال شهید ثانی در مسالک بر

۱۱- کتاب البیع، ج ۳، ص ۸۳، چاپ نجف.
 ۱۲- همان، ج ۳، ص ۸۴، ۸۵، ۸۶، ۸۷ و ...
 ۱۳- جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۹۰ و ج ۲۲، ص ۳۵۸.
 ۱۴- شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.
 ۱۵- مسالک الافهام، ج ۱، چاپ سنگی، کتاب الوقوف و الصدقات، م ۱۰ از لواحق.
 ۱۶- کتاب البیع، ج ۳، ص ۸۵.



دیگر آنکه «نمائات» (منافع و ثمرات و عوائد ملک) برای موقوف علیه است.

امام خمینی (ره)، در پاسخ به این استدلال فرموده اند که در اجاره، منافع از آن کسی است که عین از آن او نیست و در رهن، ضمانت هم برای مرتهن و هم برای راهن است. ضمن اینکه در اوقاف عامه نیز ضمانت هست، با آنکه ملکیت آن برای کسی نیست.^{۱۹}

ولی می توان گفت در اجاره، منافع از جانب مالک به مستأجر واگذار شده، همان گونه که در بیع، عین و منافع هر دو واگذار می شود و ضمانت در باب رهن، عنوان تبدیل را دارد، که بدل تلف شده به جای اصل در رهن مرتهن درمی آید، ولی از آن او می گردد.

لذا این دو مورد، که در گفتار امام خمینی (ره) به عنوان نقض مطرح شده، جای تأمل است.

این اصل مبتنی است که هر ضمانتی به مضمون له نیاز دارد و سند ضمانت همان حدیث «من اتلف مال الغير فهوله ضامن» است که یک اصل عقلانی است و در لسان شارع بر آن تاکید شده و نفس ضمانت، مالیت و ملکیت مضمون له را می رساند.

مسأله وقف بر حیوانات یا احجاج، از اوقاف عامه به شمار می رود، و صاحب جواهر به آن تصریح دارد و می گوید: «سواء كان علی معین او غیر معین او جهة عامة حتی المسجد و المقبرة التي وقف علی المسلمین...»^{۱۷} علاوه بر اینها جهات عامه تحت عنوان «شخصیت حقوقی» نیز قابل تملیک و تملک است.

فشرده سخن آنکه حقیقت وقف، تملیک رقبه عین موقوفه است که از ملکیت واقف بیرون آمده، در ملکیت موقوف علیه در می آید، همانند هبه و دیگر صدقات، که حقیقت آنها تملیک عین است، جز آنکه در هبه و صدقات، تملیک، مطلق است و در وقف مقید به عدم حق انتقال. پس وقف، تملیکی است موقوف، یعنی تملیک بسته شده، که هر گونه امکان نقل و انتقال، جز در موارد خاص که استثنا شده، از آن سلب شده است.

بنابر این، وقف، ایقاف ملک است، نه فک ملک.

دلیل این سخن روشن است، زیرا وقف از جمله صدقات است و در صدقه، تملیک عین صورت می گیرد. آری در دیگر صدقات، تملیک عین به گونه مطلق انجام می شود و در وقف به گونه مقید و بسته شده و اساساً وقف، وقف الملک است نه فک الملک، یعنی ملکیت را بسته نگاه می دارد، نه آنکه از ملکیت آزاد می گردد، زیرا هیچ یک از ویژگیهای آزادی در آن دیده نمی شود، بلکه صرفاً بسته و نگاه داشته مشاهده می شود و همان گونه که محقق حلّی در شرایع الاسلام فرموده است ویژگیهای ملکیت در آن وجود دارد «لأن فائدة الملک موجودة فیه».^{۱۸} یعنی تمامی آثار ملکیت نسبت به موقوف علیه، جز حق نقل و انتقال، وجود دارد که شهید ثانی در مسالک و صاحب جواهر، این آثار را کاملاً توضیح داده اند. از جمله، مسأله «ضمانت» که هرگاه خسارت یا تلفی متوجه عین موقوفه شود، ضمانت آن به نفع موقوف علیه خواهد بود، که شرح آن گذشت.

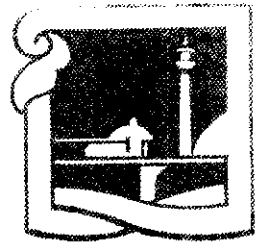


ثمره بحث

تا اینجا روشن گردید که حقیقت وقف، همانا تملیک عین موقوفه است، که موقوف علیه، مالک رقبه موقوفه می گردد، گرچه ملکیت وی بسته شده و موقوف است و حق انتقال به دیگری را ندارد.

اکنون اگر حالت وقفیت از عین موقوفه، به هر سبب زائل گردید و در جهت مصلحت وقفی، کاربردی نداشت، در این صورت وقفیت زائل گشته ولی ملکیت آن

۱۷- جواهر الکلام، ج ۲۸، صص ۹۰-۹۱.
 ۱۸- همان، ج ۲۸، ص ۹۱.
 ۱۹- کتاب البیع، ج ۳، ص ۸۵.



خلاصه سخن صاحب جواهر آن است که وقف وقتی از ملکیت واقف بیرون شد، در ملکیت موقوف علیه درمی آید و آنچه مانع تصرفات ناقله است، همانا جهت وقفیت است که با بطلان آن و زائل شدن مانع، حق جواز تصرف آزاد می گردد و لذا موقوف علیه به حق ملکیت می تواند رقبه را به فروش برساند. شاهد مدعا روایات و فتاوی فقهاست که بیع موقوفه از کار افتاده را برای موقوف علیه روا دانسته اند.

ولی کسانی که وقف را فک ملک می دانند و موقوف علیه را مالک عین نمی شناسند، برای توجیه صحت این گونه فروش موقوفات، راه دیگری انتخاب کرده اند که خالی از اشکال نیست. آنها می گویند: بر فرض ثبوت حق تصرف برای موقوف علیه که طبق نصوص و فتاوا، اوست که رقبه وقف را به فروش می رساند، این حق دلیل مالکیت او نیست، زیرا ممکن است یک گونه ولایت شرعی برای او به وجود بیاید، یعنی با خراب شدن موقوفه، صرفاً موقوف علیه می توانند آن را به فروش برسانند، زیرا آنان نزدیک ترین افراد به عین موقوفه می باشند، و همین نزدیک بودن، این حق ولایت را برایشان به وجود می آورد.

امام خمینی (ره) در این زمینه می فرماید:

«إن صحة البيع لا يتوقف على ملكية المبيع... ضرورة ان بيع الكلّي بيع ولا يكون الكلّي ملكاً قبل البيع، وبعده يصير ملكاً للمشتري، وبيع بعض الاوقاف مما لا يعقل ملكيته لاحد، صحيح في بعض الصور... مع ان تصدّي الموقوف عليه ممنوع، و انما قال به من قال بمالكته، و هي ممنوعة، و بالجملة جواز تصدیه فرع مالکيته... مضافاً الى انه لو فرض جواز فلا يدل علی مالکيته، لا مکان صیورته ولیاً شرعاً للنقل عند طرّو المجوز، فانه مع جواز البيع لا يكون احد امس بالعین»^{۲۲}

یعنی صحت بیع متوقف بر مالک بودن مبیع نیست، زیرا در بیع کلی ملکیت فعلی برای بایع وجود ندارد. و نیز برخی اوقاف که معقول نیست ملک کسی باشد، در بعضی حالات جایز البیع اند. ضمن اینکه ضرورتی ندارد که متصدی بیع صرفاً موقوف علیه باشد و بر فرض که او

باقی است، لذا موقوف علیه می تواند رقبه ملک را به حق ملکیت به فروش برساند و از فروش آن منتفع گردد، زیرا مانع حق انتقال زائل گشته و ملکیت از موقوف بودن آزاد گردیده است.

مثلاً، خانه ای که برای اولاد، نسل اندر نسل وقف گردیده، اگر مخروبه شد یا به خاطر کوچکی زمین آن، از حیث ارتفاع (سکنی گزیدن موقوف علیهم) ساقط گردید، نسل حاضر می تواند آن را به فروش برساند، مخصوصاً اگر مایه نزاع و برخوردهای عنیف شده باشد و نیز متولی مسجد می تواند فرش مسجد را که از حیث ارتفاع در جهت مقصوده ساقط شده، به فروش برساند و بهای آن را در دیگر مصالح مسجد به کار برد.

تمامی این نقل و انتقالها به حق ملکیت رقبه است و طبق قاعده «لا بیع الا فی ملک»، معاملات مذکور با دست مالک یا نماینده او انجام می شود.

خلاصه اینکه وقف، مادامی که بر وقفیت باقی است، قابل نقل و انتقال نیست، مگر آنکه از وقفیت خارج گردد، که در این صورت ملکیت آن باقی مانده، جواز بیع امکان پذیر می شود.

صاحب جواهر در این زمینه گوید:

«الوقف مادام وقفاً لا یجوز بیعه، بل لعل جواز بیعه مع کونه وقفاً من المتضاد، نعم اذا بطل الوقف اتجه حیثئذ جواز البیع...»^{۲۰} سپس در توجیه بیع وقف مذکور به دست موقوف علیه می گوید:

«ثم علی فرض بطلان الوقف بذلك، فهل يعود للواقف وورثته كالوقف المنقطع، او للموقوف علیه وورثته، و جهان ینشان من الخروج عن ملک الواقف و دخوله فی ملک الموقوف علیه بالوقف، و انما منعه من التصرف بغير الانتفاع المنافی لبقاء العین فی الملک، مادام قابلاً لتلك المنفعة، فمع فرض ذهابها و بطلان الوقف بذلك یبقی مملوکاً له من غیر منع ان یتصرف به کیف یشاء...»

و من أن خروجه عن ملكه كان علی الوجه المذكور لا مطلقاً، فمع فرض بطلان ذلك الوجه يعود الی ملک المالك...

ولعل الاول لا یخلو من قوّة، بل یشهد له النص و الفتوی المجوز لبیعه للموقوف علیهم.^{۲۱}

۲۰- جواهر الكلام، ج ۲۲، ص ۳۵۸.
 ۲۱- همان، ج ۲۲، ص ۳۵۹.
 ۲۲- کتاب البیع، ج ۳، ص ۹۰.



موقوفات، مخصوصاً آنها که در جهت منافع عمومی است، صحت وقف بر قبول کسی یا جهتی متوقف باشد و سیره مستمره مسلمین و بزرگان دین بر این بوده که واقفان، چه در وقف بر اولاد یا جهت خاص یا جهت عام، صرفاً صیغه وقف را جاری ساخته‌اند و تحقق وقف متوقف بر قبول کسی، حتی حاکم شرع، نبوده است.^{۲۳}

آری اقباض شرط است و تا واقف، عین موقوفه را در اختیار موقوف علیهم قرار ندهد، وقف صورت نمی‌گیرد، لذا اگر اقباض صورت نگیرد، وقف باطل می‌شود.

مقصود از اقباض، آن است که صرفاً رفع مانع از تصرف موقوف علیه نماید و ضرورتی ندارد که موقوف علیه در موقوفه تصرف نماید؛ همین که مانعی از تصرف او وجود نداشت، کفایت می‌کند.

البته اگر مقصود صاحب جواهر از شرط قبول، شرط اقباض به همین معنی باشد، قابل قبول است.

مؤلف تحقیقات پتور علوم اسلامی



متصدی بیع گردد دلیل بر مالکیت او نیست، زیرا ممکن است که یک گونه ولایت شرعی برای او پیش آید که از نزدیک بودن او به موقوفه برایش حاصل شده.

البته این توجیه جای تأمل است:

اولاً، اتفاق روایات و آراء فقها بر آن است که متصدی بیع، در صورت جواز، موقوف علیهم می‌باشند.

ثانیاً، حق فروش، فرع مالکیت است، به دلیل بازگشت «ثمن» در ملک موقوف علیهم، که ثمن باز نمی‌گردد، مگر در ملک کسی که مالک «مشمّن» بوده است.

ثالثاً، دلیلی بر ثبوت چنین ولایتی، تحت عنوان ولایت شرعی، وجود ندارد. همچنین اگر موقوف علیه، مالک عین نباشد، بلکه صرفاً مورد و مصرف وقف باشد، با زوال وقفیت کاملاً اجنبی خواهد گردید، و هیچ گونه حقی برای او قابل تصور نیست و باید عین موقوفه مذکور تحت ولایت عام حاکم شرع قرار گیرد. لذا از نصوص روایات و آراء فقها که موقوف علیه را متصدی بیع معرفی کرده‌اند به خوبی به دست می‌آید که رابطه او با موقوفه قطع شده و این رابطه چیزی جز مسأله ملکیت نیست.

رابعاً، در بیع کلی اعتبار ملکیت پیش از بیع فرض می‌شود و لذا بیع کلی در مواردی جایز است که این اعتبار جنبه عقلانی داشته باشد، و بایع برای مالکیت آن صلاحیت اعتباری داشته باشد.

و اما موقوفات اشاره شده، قطعاً جنبه ملکیت در آنها در جهت عامه و شخصیت حقوقی درباره آنها فرض می‌شود.



وقف عقد است یا ایقاع؟

صاحب جواهر وقف را عقد می‌داند و تحقق آن را متوقف بر قبول می‌داند ولی امام راحل آن را ایقاع دانسته، متوقف بر قبول نمی‌داند.

فرموده صاحب جواهر به نظر درست نمی‌آید، زیرا چنان که امام خمینی (ره) فرموده، سابقه ندارد که در