

مطالعه تطبیقی شرایط مال موقوفه و مورد «تراست»^۱ از منظر حقوق اسلام و انگلیس*

** احسان سامانی

*** عزیزالله فهیمی

چکیده

دو نهاد خیریه «وقف» و «تراست» دارای ارکان و شرایط بسیار مشابهی هستند، به نحوی که برخی تراست را نسخه تکامل یافته وقف دانسته‌اند. در این پژوهش برای تبیین و پاسخ به این مسئله که آیا تراست همان وقف است و می‌توان به جای وقف از نهاد تراست که از انعطاف بیشتری برخوردار است، استفاده نمود یا خیر؟ به بررسی یکی از ارکان اصلی این دو نهاد که از اهمیت بیشتری برخوردار است، یعنی موضوع وقف و تراست پرداخته شده است. موضوع وقف و تراست، مالی است که متعلق وقف و تراست قرار می‌گیرد و در برخی موارد از جمله موجود و معین بودن، امکان منقول یا غیر منقول بودن، قابلیت بقاء در برابر انتفاع، ملک ایجاد کننده عقد بودن و خروج از ملکیت مالک، شرایطی یکسان و مشابه دارند. با این حال، وجود یک سری تفاوت‌های اساسی در خصوص عین بودن، انتقال و تعیین سهم افراد ذی‌نفع این دو را از هم متمایز کرده است، به نحوی که نمی‌توان تراست را همان وقف دانست.

کلید واژه‌ها: تراست، وقف، موضوع تراست، موضوع وقف، اسلام،

انگلیس.

۱. نهادی مشابه نهاد «وقف».

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۵/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۸/۲۰.

** استادیار گروه فقه و مبنای حقوق دانشگاه سیستان و بلوچستان /

esamani63@lihu.usb.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه قم / aziz.fahimi@yahoo.com



مقدمه

یکی از سنت‌های حسنه که از دیرباز به شکل‌های گوناگون در تاریخ بشر وجود داشته است، حبس اموال برای استفاده در اهداف خیرخواهانه می‌باشد که مورد تأیید اسلام نیز قرار گرفته است.

«وقف» در فرهنگ اسلامی یک حقیقت شناخته شده است که انفاقی مالی و ماندگار را نسبت به نسل‌های آینده فراهم می‌کند. اگرچه این نهاد به صورت تمام و کمال، مشابهی در دیگر فرهنگ‌ها و ادیان ندارد اما نهادهایی مشابه آن در حقوق تطبیقی به چشم می‌خورد. به عنوان مثال در فرانسه نهادی به نام فونداسیون «foundation» به رسمیت شناخته شده و قانونگذار فرانسوی در ماده ۱۸ قانون مصوب ۲۳ ژوئیه ۱۹۸۳ در تعریف آن می‌گوید:

عمل حقوقی که به موجب آن، فرد یا افراد حقیقی یا حقوقی اموال یا عوایدی را دائماً به صورت غیر انتفاعی در اختیار منافع عمومی قرار می‌دهند.

با توجه به تعریف ارائه شده، شباهت‌هایی بین نهاد مذکور و نهاد «وقف عام» در فرهنگ اسلامی به چشم می‌خورد.

کشور انگلستان نیز با وجود دارا بودن نظام حقوقی کامن‌لا، دارای نهادی مشابه نهاد «وقف»، تحت عنوان «تراست» می‌باشد. تراست همانند وقف از نهادهای اجتماعی است که از بطن جامعه جوشیده و به شکل تکامل یافته امروزی در آمده و ریشه در آداب و رسوم و ضرورت‌های اجتماعی انگلستان دارد، با این تفاوت که وقف، نهاد تکامل یافته در حقوق اسلام و تراست منبعث از انصاف در سیستم حقوق انگلوساکسون است. (رنه دیوید، ۱۳۶۴: ۳۴۴)

ویژگی‌ها و شرایط این دو نهاد (وقف و تراست) در برخی موارد همچون اشتراک در ارکان و اشتراک در اهداف و ... تشابه زیادی با هم دارند و در برخی موارد نیز متفاوت از یکدیگرند. آنچه در این نوشته بدان خواهیم پرداخت، بررسی شرایط اموالی است که مورد وقف و یا تراست واقع می‌شوند.

به بیان دیگر در حقوق اسلام هر مالی را نمی‌شود وقف کرد، بلکه باید یک سری شرایط داشته باشد تا بتوان آن را وقف کرد. در تراست نیز هر مالی نمی‌تواند موضوع تراست قرار بگیرد، بلکه باید دارای برخی شرایط باشد.



در این نوشته به بررسی تطبیقی شرایط مال حبس شده در این دو نهاد خواهیم پرداخت. لازم به ذکر است هدف از بررسی تطبیقی این دو نهاد، آشنایی و شناخت نهاد تراست و نقاط اشتراک و تمایز آن با وقف و در صورت امکان با توجه به شرایط خاص و ویژه وقف و انعطاف پذیری نهاد تراست- شناسایی نهاد تراست به عنوان یک نهاد خیریه در قوانین کشورهای اسلامی و استفاده از آن در برخی شرایط در جوامع اسلامی است.

۱. مفاهیم

أ) تراست

برای نهاد تراست، تعاریف متفاوتی ارائه شده است. کیتون می‌گوید: تراست رابطه‌ای است که در آن شخصی که به او تراستی (امین) می‌گویند، انصافاً موظف می‌شود که مالی را (منقول یا غیر منقول) به نفع شخص یا اشخاصی که ممکن است خود تراستی هم یکی از آن‌ها باشد نگهداری و اداره نماید (d.barker/2007, p352) بدین صورت که نفع واقعی اموال، به اشخاص یا جهات ذی‌نفع می‌رسد، نه به تراستی یا تراستیها. (Iwobi, Andrew/2001, p1-2)

برخی دیگر گفته‌اند: «تراست تعهد منصفانه‌ای است که تراستی را ملزم می‌کند موضوع تراست را در جهت انتفاع افرادی که ذی‌نفع نامیده می‌شوند و خودش نیز ممکن است یکی از آن‌ها باشد، استفاده نماید». (Samantha J Hepburn/2001, p263)

همچنین در تعریف تراست گفته‌اند:

یک رابطه پولی یا مالی است که مقید است به اینکه شخصی که عنوان مالکیت را با خود دارد، وظیفه منصفانه دارد تا اموال را برای انتفاع دیگران اداره نماید و این رابطه‌ای است که در نتیجه اظهار قصد موجد آن به وجود می‌آید. (Elizabeth A.Martin MA, p442)

اما آن گونه که از کتب نوشته شده در باب تراست فهمیده می‌شود، تعریف تراست به جهت پیچیدگی و گستردگی آن (Dixon, Martin, 2001, p3) و همچنین کاربرد آن برای اهداف متفاوت، کار بسیار مشکلی است و تعاریف ارائه شده بیشتر توصیف هستند تا تعریف و شرایط یک تعریف جامع و مانع را دارا نیستند.



برخی گفته‌اند تراست در واقع ریشه در وقف دارد که در اثر مرور زمان و تغییرات حاصله در آن، بدین شکل در آمده (Alastair Hudson, 2008, p13) که شخصی به عنوان تشکیل دهنده تراست (Settlor) شرط می‌کند پاره‌ای از اموالش (trust fund or the subject matter of the trust) به وسیله یک یا چند نفر امین (Trustee) به نفع یک یا چند شخص دیگر به نام ذی نفع (Beneficiary) اداره شود. (صفایی، ۱۳۶۴: ۳۴۵)

ب) وقف

«وقف» در لغت به معنی ایستادن و نگهداشتن و توقف و حبس کردن و منحصر کردن چیزی برای استفاده کسی است. (معین، ۱۳۶۲: ۱۱۰۰)

ماده ۵۵ قانون مدنی در مقام تعریف حقوقی و اصطلاحی وقف می‌گوید: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود». این تعریف تقریباً همان چیزی است که فقهای امامیه گفته‌اند؛ چنان که امام خمینی رحمته الله علیه در تحریر الوسیله می‌فرماید: «و هو (الوقف) تحبیس العین و تسبیل المنفعه». (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۶۲) محقق حلی در *سرائع الاسلام* می‌گوید: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه». (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۶۵)

شهید اول در متن لمعه گفته است: «و هو (الوقف) تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه». شهید ثانی در شرح لمعه در تعریف وقف، به حدیث نبوی اشاره کرده و آورده است: «الوقف حبس الاصل و سبل الثمره». (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۲۴)

برخی وقف را صدقه جاریه تعریف کرده‌اند. مقصود از «حبس عین» یعنی مال از نقل و انتقال و تلف محفوظ بماند، ولی منافع آزاد بوده و در مصارفی که معین شده قابل مصرف باشد، زیرا مقصود از وقف، انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است. (امینیان، ۱۳۸۱: ۲۲)

شهید ثانی در شرح لمعه (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۶۳) ذیل تعریف مصنف از وقف، می‌فرماید:

این تعریف وقف نیست، بلکه توصیف وقف به آثار و خصایص آن است و یا می‌توان گفت، تعریف لفظی است موافق حدیث نبوی که فرمود: «حبس الأصل و سبل الثمره». (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۲۶۰)



همچنان که شهید اول در کتاب دروس، وقف را بر اساس روایتی که در ضمن فضیلت وقف وارد شده (همان: ۵۳) این چنین تعریف کرده است: «... هو الصدقة الجارية». (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۲۶۳)

همچنین مرحوم محقق در شرایط فرموده است: «الوقف عقد ثمرته تحبیس الأصل و اطلاق المنفعه». (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۶۵)

آن گونه که روشن است این تعاریف یا تعریف لفظی و شرح الاسمی هستند و یا تعریف به آثار و احکام، نه آن تعریفی که در کتب منطقی ارباب منطلق ارائه می‌دهند، که جامع افراد و مانع اغیارند، لذا تعاریف فوق، همگی شامل «سکنی» و «عمری» و «رقبی» نیز هستند، (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۳۲) چنان که شهید ثانی در شرح لمعه به آن اشاره کرده است.

با آنکه «سکنی» و ... وقف نیستند و وقف با آن‌ها تفاوت دارد، ولی چه باید کرد که تعریف به ذاتیات در این گونه امور اعتباری راه ندارد، لذا چاره‌ای جز اکتفاء به همین تعاریف لفظی و آثاری نیست. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸: ۳)

کاتوزیان می‌گوید:

باید توجه داشت که وقف به دو معنی نزدیک به هم به کار می‌رود:

۱. عمل حقوقی خاصی که در شمار عقود معین قرار دارد و به موجب آن مالک، به منظور رسیدن به هدف معنوی و اخلاقی، مال یا بخش معین از دارایی خود را حبس می‌کند تا از انتقال مصون بماند و منافع آن را به مصرف در راه رسیدن به هدف خویش اختصاص می‌دهد.

۲. سازمان و نهادی حقوقی که برای رسیدن به هدف واقف به وجود آمده و دارای مدیر و ناظر و اموال خاص است، اداره مصرف آن تنها برای رسیدن به هدف منظور واقف امکان دارد و از دارایی او جدا گشته و اصالت و استقلال یافته است. امروز ما چنین سازمانی را «شخص حقوقی» می‌نامیم. در ماده ۸۸ قانون مدنی که صحبت از بیع وقف می‌شود بی‌گمان مقصود از آن، فروش مال موضوع آن (موقوفه) است. (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۴۴۷)

وی می‌نویسد:

این دو معنی با هم ارتباط نزدیک دارد و هر دو یک حقیقت را نشان می‌دهد. منتها، نخستین معنی مربوط به منشأ و سبب آن حقیقت و دیگری مربوط به ماهیت و اوصاف خود آن است.



آن گونه که ظاهر است، معنای اولی که دکتر کاتوزیان بیان کردند، تعریف وقف اصطلاحی می‌باشد، اما معنای دوم در واقع معنا و تعریف مال موقوفه می‌باشد نه معنای وقف، اگرچه گاهی مسامحه وقف در این معنی استعمال می‌شود.

ج) موضوع تراست و وقف

تراست دارای چند رکن است؛ شخصی که تراست را تشکیل می‌دهد که به آن تراستر یا ستلر (Settlor) گفته می‌شود. شخصی که امین برای اداره اموال قرار می‌گیرد که به آن تراستی (Trustee) می‌گویند. شخص امین، مأمور است اموال را به نفع عده‌ای اداره کند که به آنان ذی نفع (Beneficiary) می‌گویند و در نهایت اموالی که موضوع و متعلق تراست قرار می‌گیرند که به آن موضوع تراست (trust fund or the subject matter of the trust) گفته می‌شود. در وقف نیز این ارکان که عبارت‌اند از واقف، متولی، موقوف علیه و مال موقوفه، وجود دارد. بنابراین موضوع تراست و موضوع وقف عبارت است از مالی که وقف و یا تراست روی آن صورت گرفته و شخص مالک، آن را موضوع عقد وقف و یا موضوع تراست قرار می‌دهد.

۲. شرایط مال موضوع تراست

یکی از اصول مسلم حقوق تراستها این است که موضوع تراست باید موجود، معین و مشخص باشد. از این رو اگر موصی در وصیت نامه بکوشد برای کل اموالش یا برای یک مقدار کلی، تراستی را به وجود آورد، تراست او رد خواهد شد (Samantha J Hepburn, 2001, p284) زیرا تراست عبارت است از ارتباط بین تراستی و ذی نفع که هر دو به رعایت شرایطی که تراستر در ارتباط با مال موضوع تراست ایجاد کرده، ملزم هستند و بدون وجود و تعیین مال، تراست نمی‌تواند تحقق یابد. به عبارت دیگر تراست عبارت است از ترکیبی از مفهوم حقوق اموال و مفهوم تعهدات انصافی بین تراستی و ذی نفع و بدون وجود مال، نمی‌تواند تعهدی وجود داشته باشد. (Alastair Hudson, 2008, p33)

معین بودن مال موضوع تراست از دو لحاظ مورد توجه است:



۱. تعیین مال موضوع تراست به طور صریح؛ پس اگر شخصی باقی مانده ما ترک خود را پس از پرداخت دیون و... به عنوان تراست وصیت کند، چون باقی مانده ما ترک مشخص نیست، تراست باطل است. (Routledge, 2010, p21)

غالباً مشکل تعیین موضوع تراست، زمانی روی می دهد که تراستر بخواهد همزمان بیش از یک تراست ایجاد کند، اما در مورد اینکه کدام یک از این اموال موضوع کدام تراست است، هیچ توضیحی ندهد. برخی گفته اند تنها در صورتی که موضوع تراست، غیر عین یا غیرملموس باشد می تواند موضوع تراست معین نباشد. مثلاً سعید که مالک شرکتی است بگوید ۵۰ سهام از ۹۵۰ سهام این شرکت را به عنوان تراست برای وحید نگه می دارم. در اینجا هر چند که این ۵۰ سهام مشخص نیست و از مجموع سهامها تفکیک نشده، اما چون مقدار سهامها، برابر و یکسان است، تراست صحیح خواهد بود. (Alastair Hudson, 2008, p35)

۲. تعیین مقدار منافی که شخص ذی نفع از آن بهره مند می شود: (Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert, 2009, p173) پس اگر موصی که همسرش را به عنوان قیم فرزندان تعیین نموده، تمام اموالش را نیز به وی منتقل کند تا به نفع خود و امور مادی و معنوی فرزندان، کلیسا و فقرا مصرف نماید از آنجا که سهام ذی نفعها مشخص نشده، تراست باطل است و تمام اموال به همسر وی می رسد. (Routledge, 2010, p23)

همچنین اگر موصی تمام خانههایش (شاید دو تا باشد، لکن متن وصیت او مبهم است) را بر اساس تراست به دختر بزرگش، بدین نحو که هر کدام را که خودش خواست، انتخاب کند، منتقل و خانه دیگر را به دختر دیگرش منتقل نماید، در این فرض اگر دختر بزرگ بدون اینکه یکی از این خانهها را انتخاب کند، قبل از موصی بمیرد، دادگاه به بطلان این تراست نسبت به دختر کوچک حکم می کند، زیرا مشخص نیست که کدام یک از این خانهها بر اساس تراست باید برای او نگهداری شود.

بنابراین هر دو خانه بر اساس تراست استنباطی برای نوههای او نگهداری می شود. (Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert, 2009, p173)

فرق فقدان شرط اول (معین نبودن موضوع تراست) با فقدان شرط دوم (مشخص نبودن سهم هر کدام از ذی نفعها) این است که در صورت فقدان شرط اول، تراست



باطل می‌باشد و ممکن است تراستی مالک مطلق مال موضوع تراست شود،(Mohamed Ramjohn,2009,p54) اما در صورت فقدان شرط دوم، مال موضوع تراست بر اساس تراست استنباطی برای تراستر نگهداری می‌شود.(Routledge, 2010, p24)

نکته دیگر اینکه مالی که موضوع تراست است می‌تواند منقول یا غیرمنقول و یا حق عینی یا حق دینی مانند طلب، سهام شرکت، حقوق فکری و معنوی، مانند حق تألیف، حق اختراع و... باشد.(Mohamed Ramjohn,2009, p1)

بنابراین در تراست به خلاف وقف که عین موقوفه باید عین باشد، موضوع تراست می‌تواند عین نباشد و به عبارتی دیگر می‌تواند حق دینی مانند طلب، حق تألیف و یا حق اختراع باشد.(Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert,2009,p4)

همچنین حقوق دانان انگلیسی، قابلیت بقای مال مورد تراست در برابر انتفاع از آن را از شرایط مال مورد تراست ذکر نکرده‌اند. در خصوص لزوم چنین شرطی ممکن است در بادی امر تصور شود که عدم ذکر چنین شرطی، به خاطر بدیهی بودن آن است، زیرا ذی نفع از مالی می‌تواند منتفع گردد که با انتفاع از آن، قابلیت بقاء داشته باشد. ولی با کمی دقت بطلان تصور فوق ثابت می‌شود، زیرا بعضی وقت‌ها منظور از تراست، تنها نگهداری مال مورد تراست است. تراست ساده، چنین حالتی را دارد، به طوری که در این نوع تراست، وظیفه تراستی نگهداری مال مورد تراست تا رسیدن ذی نفع به سن رشد است. پس در این مورد مسئله انتفاع از مال مورد تراست مطرح نمی‌شود تا بحث قابلیت بقای آن در برابر انتفاع مطرح گردد.(richard edwards, nigel stockwell,2009,p16)

علاوه براینکه اگر مال مورد تراست، قابلیت بقاء در برابر انتفاع را نداشته باشد، تراستی می‌تواند با توجه به اختیار تبدیل و تعویضی که دارد، آن را با مال دیگری معاوضه نماید، بنابراین، هیچ دلیلی برای لزوم چنین شرطی وجود ندارد.

۳. شرایط مال موضوع وقف

مال مورد وقف یا عین موقوفه می‌بایست دارای یکسری شرایط همچون عین بودن، قابلیت تملک و امکان اقباض باشد که در ادامه به تبیین هر یک از این شروط می‌پردازیم.

أ) عین بودن و قابلیت انتفاع

مال موقوفه باید عینی باشد که با بقاء و استمرار آن، قابل انتفاع باشد (حلی، ۱۴۰۵ق: ۳۶۹) و مانند طعام و... نباشد که با انتفاع از آن، عین از بین برود به نحوی که نتواند برای صدقه جاریه و مستمر، موضوع باشد. طبق قانون مدنی نیز فقط وقف مالی جایز است که با بقای عین، بتوان از آن منتفع شد، اعم از اینکه منقول باشد یا غیر منقول، مشاع باشد یا مفروز. (ق مدنی، ۵۸م)

منظور از منافع، منفعت قابل توجه و عرفی است، لذا به منفعت اندک که عادتاً قابل توجه نیست، اعتنا نمی‌شود. همچنین این منافع باید منافع حلال باشند نه حرام، از این رو اگر مالی دارای منفعت عرفی و مقصوده و یا حلال نباشد، وقف آن باطل است. (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۳۹۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۵۹؛ امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۶۹) اما در مورد اینکه آیا مال موقوفه باید بالفعل دارای منفعت باشد یا اینکه منفعت بالقوه هم کفایت می‌کند، ظاهراً از نظر فقها بالفعل بودن منافع شرط نیست. (حایری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰: ۱۲۱؛ امام خمینی، همان)

شیخ در المیسوط (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲۸۷)، علامه حلی در قواعد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۳۹۳)، ابن ادریس (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۵۴)، محقق ثانی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۵۴)، صاحب مفتاح الکرامه (عاملی، بی‌تا، ج ۹: ۷۰)، صاحب جواهر (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸: ۱۵)، شهید اول و ثانی در لمعه و روضه (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۷۳)، فیض کاشانی (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳: ۲۰۸)، صاحب عروه (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۱: ۲۰۵) و امام خمینی علیه السلام (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۶۹) تصریح کرده‌اند که وقف اموال کلی (مثل دین) و اموال نامعین صحیح نیست. ابن ادریس می‌فرماید:

اگر مال موقوف در ذمه یا مطلق باشد، مثل اینکه بگوید اسبی یا عبدی را وقف کردم، وقف او جایز نمی‌باشد، زیرا تا وقتی که مال موقوف، عین معین نباشد، وقف آن جایز نمی‌باشد. (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۵۴)





بنابراین مالی که وقف می‌شود اولاً باید معین و مشخص باشد و نه مردد و مجهول و یا کلی، ثانیاً باید آن مال دارای منفعت عرفی و حلال باشد.

ب) قابلیت تملک

یکی دیگر از شرایط مال موقوفه این است که از قابلیت ملک واقع شدن، برخوردار باشد. پس آنچه که ملک واقع نمی‌شود، مثل انسان آزاد و... و همچنین آنچه که از نظر شرع این قابلیت را ندارد مثل شراب و خمر، وقف آن صحیح نمی‌باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۳۹۳؛ حایری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰: ۱۱۹؛ امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۶۹) البته برخی از فقها گفته‌اند: اگر کافری این اموال (خمر و خوک و...) را وقف کند، وقف او صحیح است به دلیل اینکه این اموال ملک او واقع می‌شود. (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۳۹۳)

البته باید توجه داشت که اگر کافری این اموال را در جامعه اسلامی و برای مسلمانان وقف کند، چنین وقفی یقیناً صحیح نیست، چون اموال مذکور قابل تملک برای مسلمانان نیست. علاوه بر اینکه شرط قبلی را که برخوردار از منفعت حلال بود نیز دارا نیست. بنابراین باید گفت طبق نظر این دسته از فقها وقف اموال مذکور توسط کافر فقط برای کفار صحیح می‌باشد.

ج) قابلیت قبض و یا اقباض

مال غیر قابل قبض را نمی‌توان وقف کرد؛ (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۳۲۱؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۱: ۲۰۶) خواه طبیعت مال چنین باشد که نتوان آن را قبض کرد، مانند دین و منفعت یا بر اثر حوادثی امکان به قبض دادن آن نباشد، مانند مالی که غرق شده یا غصب گردیده و مالک قدرت به قبض دادن آن را ندارد، اما در صورتی که موقوف‌علیه بتواند آن را قبض کند، هر چند واقف قادر به اقباض نباشد وقف صحیح است (ماده ۶۷ ق. مدنی) و چنانچه مال در تصرف موقوف‌علیه - ولو غاصبانه - باشد همان تصرف به عنوان قبض کفایت می‌کند و به همین اندازه که واقف قصد کند که به عنوان وقف در تصرف او باشد قبض حاصل می‌شود (امینیان مدرس، ۱۳۸۱: ۷۳) هر چند خود غاصب نداند و یا قصد آن را نکند و



نیز ممکن است در مورد مال غرق شده، موقوف علیه قادر باشد آن را نجات داده و تصرف نماید.

همچنین از ملاک ماده ۷۹۳ ق.م. که می گوید: «راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن» و ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق که می گوید:

هرگونه نقل و انتقال نسبت به عین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع(در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است، داده نخواهد شد، مگر در صورت اجازه کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است،

می توان استفاده کرد که اگر مال متعلق به حق غیر است چه به صورت خاص مانند رهن و چه به صورت عام مانند اموال ورشکسته و ترکه ای که هنوز ورثه تعهدات مورث را پرداخت نکرده اند، قابل وقف نمی باشد، زیرا ذی نفع قانوناً حق دارد از محل فروش مال، حق خود را استیفا نماید و این امر منافات با حبس عین دارد.(امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۶۹)

۴. شباهت های موضوع تراست و وقف

أ) معلوم و معین بودن

یکی از اصول مسلم در قراردادها، معین و مشخص بودن موضوع قرارداد می باشد. این اصل در مورد وقف نیز جاری است و تحقق عقد وقف، متوقف بر مشخص و معین بودن مال موقوفه می باشد. برای توضیح بیشتر در این باره، تعیین و تشخیص موضوع مورد وقف را از دو جهت از منظر فقها مورد بررسی قرار می دهیم.

۱. موضوع مورد وقف(مال موقوفه)

از دیدگاه فقها برای تحقق یک وقف، باید موضوع آن مشخص و معین باشد.(علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳: ۳۱۱؛ نجفی، بی تا، ج ۲۸: ۱۵) از این رو، چنانچه موضوع وقف مجهول، مطلق یا مردد باشد، وقف باطل خواهد بود. حتی توصیف موضوع وقف، مادامی که موجب خروج آن از کلی بودن نشود، موجب تحقق وقف نخواهد شد، بلکه توصیف مال موقوفه، در صورتی صحیح خواهد بود که موجب مشخص و معین شدن



مال موقوفه شود و آن گونه که برخی از فقها بیان داشتند این شرط مورد اتفاق همه فقهای شیعه می‌باشد.

۲. مقدار منافی که موقوفه‌علیهم از آن برخوردار می‌شوند

چنانچه در عقد وقف، مال مورد وقف، مشخص و معین باشد، ولی واقف مقدار منفعت هرکدام از موقوفه‌علیهم را مشخص نکند، مثلاً بگوید این زمین مشخص را برای فرزندانم وقف کردم (امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۷۲) اما سهم هر کدام از فرزندان را مشخص و معین نکند، عقد وقف باطل نخواهد بود، بلکه در چنین مواردی، منافع مال موقوفه به طور مساوی بین موقوفه‌علیهم تقسیم می‌شود (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳: ۷۸۳) به دلیل اینکه اولاً اصل، عدم تفاضل موارد عطف شده بر یکدیگر می‌باشد. ثانیاً تمام موارد و اطراف (موقوفه‌علیهم) نسبتشان با عقد وقف، مساوی است، پس هیچ کدام بر دیگری اولویت نخواهد داشت، از این رو منافع مال موقوفه بین آن‌ها به طور مساوی تقسیم خواهد شد.

لزوم معین بودن موضوع قرارداد در حقوق انگلیس نیز از اصول مسلم قراردادهای می‌باشد. اصل مزبور در خصوص تراست نیز حاکم بوده و معلوم و معین بودن موضوع تراست از دو لحاظ مد نظر حقوق دانان انگلیسی می‌باشد؛ نخست، مشخص شدن موضوع تراست به طور صریح (Routledge, 2010, p 21) و دوم تعیین مقدار منافی است که ذی‌نفع از آن برخوردار می‌شود. (Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert, 2009, p 173)

بنابراین مشخص و معین بودن موضوع، هم در عقد وقف و هم در قرارداد تراست، شرط می‌باشد و نبود آن موجب بطلان وقف و تراست خواهد شد، اما مشخص و معین بودن مقدار نفع هر کدام از افراد ذی‌نفع در عقد وقف و تراست عام (خیریه) شرط نمی‌باشد و در وقف، بنا بر مساوی بودن موقوفه‌علیهم گذاشته می‌شود. در تراست عام نیز مقدار نفع هر کدام از ذی‌نفع‌ها توسط دادگاه مشخص و یا بنا بر مساوی بودن ذی‌نفع‌ها گذاشته می‌شود، اما در تراست خاص، مشخص و معین نبودن مقدار نفع هر کدام از ذی‌نفع‌ها باعث بطلان قرارداد تراست خواهد شد.

ب) قابلیت بقا در برابر انتفاع

از دیگر شرایط مال موقوفه این است که باید عینی باشد که با بقا و استمرار آن (ماده ۵۸ ق. مدنی) قابل انتفاع باشد (حلی، ۱۴۰۵ق: ۳۶۹) و مانند طعام و... نباشد که با انتفاع از آن، عین از بین برود به نحوی که نتواند برای صدقه جاریه و مستمر، موضوع باشد. منظور از منافع نیز منافع قابل توجه و عرفی و نیز حلال است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۳۹۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۵۹؛ امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۶۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۲۶۸) البته گویا از نظر فقها بالفعل بودن منافع شرط نیست. (حایری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰: ۱۲۱؛ امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۶۹)

در تراست نیز اگرچه به علت تنوع اموال، موضوع تراست در برخی موارد امکان تفکیک عین از منفعت وجود ندارد (مانند حق اختراع) تا قائل به آن باشیم که عین باقی بماند و منفعت از آن حاصل شود، با این حال مال موضوع تراست عموماً در برابر انتفاع باقی می ماند، چون بررسی سابقه تاریخی نشان می دهد که ابتدا اموال غیرمنقول خصوصاً زمین و حقوق مربوط به آن، موضوع تراست قرار می گرفت که انتفاع سبب زوال آن نمی شده است و همچنین چون تراست عام (برای جهات خیریه) می تواند دائمی باشد (Samantha J Hepburn, 2001, p 377)، سپردن مال به تراست مزبور که با یک بار انتفاع از بین می رود، معقول به نظر نمی رسد. (صغیری، ۱۳۸۲: ۴۲۷)

ج) انتقال موضوع وقف و تراست

یکی از شرایط اساسی وقوع عمل حقوقی وقف، قبض می باشد است (نجفی، بی تا، ج ۲۸: ۶۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ۱۷۸؛ عاملی، بی تا، ج: ۷) اگرچه عاملی در کتاب «مفتاح الکرامه» می فرماید: سلار در کتاب مراسم، قبض را در وقف مطلقاً چه وقف عام و چه وقف خاص شرط ندانسته است نه شرط لزوم و نه شرط صحت (عاملی، بی تا، ج ۹: ۷)، اما ایشان در کتابشان - که به طور مختصر برخی احکام وقف را بیان نموده - اشاره ای به مسئله قبض نکرده است (سلار، ۱۴۰۴ق: ۱۹۷) و گویا عاملی از سکوت ایشان در این مسئله، این برداشت را داشته که به نظر سلار در عقد وقف، قبض شرط لزوم و صحت نیست. علامه در کتاب مختلف می فرماید: ابن جنید قائل است به اینکه شاهد گرفتن بر وقف نیز جای قبض را می گیرد و وقف را لازم می کند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ۳۲۲) اما شیخ طوسی شرط بودن قبض در وقف را مورد اجماع امامیه





می‌داند و می‌فرماید: از شرایط لزوم وقف در نزد مال(امامیه)، قبض است. (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳: ۵۳۹)

در مورد اینکه قبض مال موقوفه، شرط صحت در وقف است و یا شرط لزوم، بین فقها و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. شرط صحت بودن، یعنی وقف بدون قبض تحقق پیدا نمی‌کند و شرط لزوم بودن قبض یعنی اینکه وقف به ایجاب و قبول و بدون قبض تحقق می‌یابد، لیکن همانند عقد جایز، قابل رجوع از ناحیه واقف می‌باشد و پس از قبض به صورت عقد لازم و غیر قابل رجوع از ناحیه واقف در می‌آید.

برخی از فقها همچون امام خمینی رحمته الله علیه در کتاب *تحریر الوسیله* (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۶۴) و علامه حلی در کتاب *تبصره* (حلی، ۱۴۱۱ق: ۱۲۶) و نجفی در کتاب *جواهر الکلام* (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸: ۱۰) قبض را شرط صحت می‌دانند و شهید ثانی در *مسالك* ادعای عدم خلاف در مورد شرط صحت بودن قبض در عقد وقف می‌کند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۳۱۴)

اما برخی دیگر مانند محقق حلی در کتاب *شرایع* (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۶۶) و شهید اول در کتاب *کتاب لمعه* (شهید ثانی، ۱۳۸۳: ۸۸) قبض را شرط لزوم دانسته‌اند. از بین حقوق دانان نیز دکتر امامی (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۵۸) و طاهری (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۲۳۸) و دکتر صفایی (صفایی، ۱۳۴۸، ج ۱: ۳۳۹) و حائری شاه‌باغ (شاه‌باغ، ۱۳۷۶) قبض را شرط صحت دانسته‌اند و محمد بروجردی عبده (عبده، ۱۳۸۰: ۳۹) آن را شرط لزوم دانسته‌اند و ظاهراً کاتوزیان متعرض این مطلب نشده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۳: ۱۷۶)

خلاصه مطلب اینکه قبض عین موقوفه یکی از شرایط عقد وقف دانسته شده است، اگرچه برخی آن را شرط لزوم و برخی دیگر شرط صحت دانسته‌اند.

در تراست نیز همانند وقف، قبض یکی از شرایط تحقق این نهاد دانسته شده است. بنابراین تراستر باید مالکیت قانونی موضوع تراست را به تراستی انتقال دهد که البته تشریفات این انتقال نیز با توجه به نوع مال -منقول یا غیرمنقول بودن یا ثبت شده و غیر ثبت شده بودن- متفاوت خواهد بود؛ بدین گونه که اگر مال غیرمنقول ثبت شده باشد، این انتقال باید با تنظیم سند رسمی انجام شود و در جایی که مال منقول یا مال غیرمنقول ثبت نشده باشد، مال باید به تراستی تسلیم شود و به قبض او داده شود.



بنابراین اگر مال موضوع تراست به نحو قانونی و بر حسب نوع مال، انتقال نیافته باشد، تراست کامل نشده و قابل برگشت می‌باشد، مگر در مواردی که تراست معوض باشد. البته چنانچه تراستر خودش را به عنوان تراستی معرفی کند، در این صورت نیازی به انتقال نیست چرا که مال در دست اوست (Alastair Hudson, 2008, p.28) و در این صورت چنانچه موضوع تراست، زمین باشد، صرفاً یک اعلامیه معتبر تراست به همراه امضاء مبنی بر اینکه مالکیت قانونی موضوع تراست از هم اکنون در دست تراستر به عنوان تراستی می‌باشد، کافی است، اما اگر موضوع تراست غیر زمین باشد، برای تحقق تراست کافی است تراستر قصد واقعی خود را مبنی بر اعلام چنین تراستی اثبات کند. (Alastair Hudson, 2008, p. 28)

د) موجود بودن

مال موضوع تراست همچون مال موقوفه بایستی به عنوان یکی از ارکان تراست وجود داشته باشد و بدون وجود و تعیین آن، تراست واقع نمی‌شود. دلیل این مطلب این است که تراست عبارت است از یک ارتباط بین تراستی و ذی‌نفع که هر دو به رعایت شرایطی که تراستر در ارتباط با مال موضوع تراست ایجاد کرده، ملزم هستند. حال بدون وجود و تعیین مال، تراست نمی‌تواند تحقق یابد، به عبارت دیگر تراست عبارت است از ترکیبی از مفهوم حقوق اموال و مفهوم تعهدات انصافی بین تراستی و ذی‌نفع، و بدون وجود مال، نمی‌تواند تعهدی وجود داشته باشد. (Alastair Hudson, 2008, p.33)

ه) منقول یا غیر منقول بودن

مال موضوع وقف باید عین باشد و با انتفاع از بین نرود، اما اینکه حتماً باید غیرمنقول باشد، چنین شرطی در خصوص مال موضوع وقف وجود ندارد و می‌تواند غیر منقول و یا منقول باشد. مال موضوع تراست نیز همانند مال موقوفه می‌تواند از اموال منقول و یا غیرمنقول قرار داده شود.

و) ملک واقف و تراستر بودن

واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند (ق.مدنی ماده ۵۷) زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند در مالی تصرف کند مگر اینکه مالک آن باشد و یا در آن مال، ولایت یا



وکالت داشته باشد، به ویژه وقف که به معنی اخراج ملک از دارایی مالک بدون عوض و به زیان او است. شیخ طوسی در نهاییه می‌نویسد:

از شرایط وقف این است که واقف، مالک باشد و محجورالتصرف هم نباشد، لذا اگر آنچه را مالک نیست، وقف کند، باطل می‌باشد. (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۵۹۵)

با توجه به شرط مالکیت واقف، در عدم نفوذ اقدام فضول تردیدی نیست، اما آنچه ذهن را به پرسیدن و تردید وا می‌دارد این است که آیا عمل فضولی غیر مالک را می‌توان با رضای مالک تنفیذ کرد یا وقف فضولی باطل است؟ به عبارت دیگر آیا وقف خصوصی دارد که به مناسبت آن از قواعد معاملات فضولی استثنا شود یا همان قواعد را باید در وقف نیز اجرا کرد؟ صاحب جواهر می‌فرماید:

در صورت شرط دانستن قصد قربت در وقف، دو قول است؛ ۱. وقف باطل است، چون قصد قربت نیابت‌بردار نیست و غیر نمی‌تواند به جای مالک قصد قربت کند و قصد مالک نیز هنگام اجازه بی‌فایده است، زیرا قصد و نیت باید هم‌زمان با صیغه عقد وقف باشد و یا اینکه تأثیر چنین نیت و قصدی در صحت وقف، نامعلوم است و در این مورد اصل بقای ملک جاری می‌شود.^۱

۲. وقف با اجازه مالک صحیح است؛ چون وقف یکی از اقسام صدقه است و نصوص تصریح دارند به جواز و صحت صدقه فضولی، اما اینکه گفته شده تقرب به مال غیر صحیح نیست، این در صورتی است که فاعل از طرف خودش قصد قربت کند، اما قصد قربت از طرف مالک صحیح است و ادله دلالت بر مشروعیت آن دارد. صاحب جواهر این قول را به شهید در لمعه و علامه در قسمتی از تحریر و شرح ارشاد و تنقیح و روضه و ظاهر مسالک و... نسبت می‌دهد و ظاهراً این نظر را بر دیدگاه اول ترجیح داده است.

ایشان در ادامه می‌فرماید: اگر قصد قربت را در وقف شرط ندانیم، هیچ شکی نیست که قول به صحت وقف با اجازه مالک، رجحان دارد. (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸: ۱۹)

نتیجه اینکه گروهی از فقها که قصد تقرب به خدا را از شرایط درستی وقف می‌شمارند، می‌گویند این قصد باید از سوی مالک باشد و نیت او هنگام اجازه در عقد

^۱ ایشان برخی از فقها همچون محقق کرکی (در جامع المقاصد)، ابن براج (در مهذب) و علامه (در موضعی از تحریر) و شهید ثانی (در روضه) را موافق این قول می‌دانند.



گذشته اثر ندارد، زیرا بایستی مقرون به انشای وقف باشد و در مقام تردید در اصل بقای ملک نباید به اقدام فضول، اثری بار کرد، ولی جمعی دیگر که قصد تقرب را از شرایط وقف نمی‌دانند، در امکان تنفیذ وقف فضولی تردید ندارند. علاوه بر این، احکام فضولی از قواعد عمومی معاملات است و هیچ دلیلی وقف را از شمول آن خارج نمی‌کند.

در نهاد تراست نیز یکی از شرایط ایجاد کننده تراست این است که ایجاد کننده تراست باید مالک مطلق موضوع تراست باشد (Alastair Hudson, 2008, p14)، زیرا در نهاد تراست، ایجاد کننده تراست، مالکیت قانونی مال خود را به تراستی و مالکیت انصافی مال خود را به ذی‌نفع منتقل می‌کند (Alastair Hudson, 2008, p15&28) و روشن است که وقتی توانایی انجام چنین کاری را دارد که مالک آن مال باشد.

طبق این شرط اگر تراستر حین انعقاد تراست، مالک موضوع تراست نباشد و لو اینکه بعداً مالک آن مال شود، باز تراست معتبری منعقد نخواهد شد. (Alastair Hudson, 2008, p15&42) البته در تراست حکمی، قانون تراست را ایجاد می‌کند در حالی که مالک نیست (صفایی، ۱۳۶۴: ۳۴۷)، اما باید توجه داشت که در این مورد نیز تراست ابتدا به ساکن ایجاد نشده است، بلکه بر اساس قصد مفروض مصالح و موصی ایجاد شده است و یا به دلیل اینکه تراست مورد نظر اولیه به جهات مختلفی نتوانسته ایجاد شود، اموال به موجد تراست یا وارث وی و یا حتی ذی‌نفع‌ها برمی‌گردد، لذا منتقل‌الیه یا دارنده اموال به حکم قانون از آن‌ها به عنوان تراستی حکمی نگهداری می‌کند. (شریعتی، ۱۳۷۳: ۱۰۲؛ صفایی، همان)

۵. تفاوت‌های موضوع تراست و وقف

أ) عین بودن

مال موضوع وقف باید عین باشد و با انتفاع آن، اصل مال از بین نرود، اما در تراست لازم نیست مال موضوع تراست عین باشد، بلکه اموال معنوی مثل حق التألیف و... می‌توانند مال موضوع تراست باشند، علاوه براینکه همیشه تراست برای انتفاع نیست، بلکه همان گونه که قبلاً بیان شد در برخی موارد ایجاد تراست صرفاً برای نگهداری مال است.



ب) عدم بطلان تراست در صورت عدم تعیین موضوع آن

اگر مال موضوع تراست مردد باشد، این تردید موجب بطلان تراست نخواهد شد، بلکه ذی نفع آن تغییر می‌نماید، به این معنی که این تراست به عنوان تراست منتج منافعش برای مالک نگهداری خواهد شد. در صورتی که مال موقوفه به عنوان یک رکن، اگر مبهم یا مردد باشد، موجب بطلان وقف می‌شود.

ج) معین بودن سهم افراد ذی نفع

چنانچه در عقد وقف، مال مورد وقف، مشخص و معین باشد، ولی واقف مقدار منفعت هر کدام از موقوف‌علیهم را مشخص نکند، مثلاً بگوید این زمین مشخص را برای فرزندانم وقف کردم (امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۷۲) یا اینکه بگوید این مال معین را برای زید و مساکین وقف کردم یا مال سهم هر کدام از فرزندانم را در مثال اول و سهم زید و مساکین را در مثال دوم مشخص و معین نکند، به اعتقاد فقهای امامیه عقد وقف باطل نخواهد بود، بلکه در چنین مواردی، منافع مال موقوفه به طور مساوی بین موقوف‌علیهم تقسیم می‌شود. (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۷۸۳) به دلیل اینکه اولاً اصل، عدم تفاضل موارد عطف شده بر یکدیگر می‌باشد. ثانیاً تمام موارد و اطراف (موقوف علیه) نسبتشان با عقد وقف، مساوی است، پس هیچ کدام بر دیگری اولویت نخواهد داشت. از این رو منافع مال موقوفه بین آنها به طور مساوی تقسیم خواهد شد.

اما در تراست باید مقدار منافی که اشخاص ذی نفع از آن بهره مند می‌شوند، معین شود. (Graham Moffat, 2009, p 173) پس اگر موصی که همسرش را به عنوان قیم فرزندان تعیین نموده است، تمام اموالش را نیز به وی منتقل کند تا به نفع خود و امور مادی و معنوی فرزندان، کلیسا و فقرا مصرف نماید از آنجا که سهام ذی نفع‌ها مشخص نشده، تراست باطل است و تمام اموال به همسر وی می‌رسد. (Routledge, 2010, p23) همچنین در مواردی نیز در صورت فقدان این شرط، موضوع تراست، تحت عنوان تراست استنباطی برای تراستر یا ورثه او نگهداری می‌شود. (Graham Moffat, 2009, p173)

د) انتقال گیرنده مال موضوع وقف و تراست

در عقد وقف، موقوفه به قبض کسی داده می‌شود که حق انتفاع به او منتقل گردیده و یا کسی که سمت نمایندگی از طرف او را داشته باشد، لذا قانون مدنی در ماده ۶۲ چنین می‌گوید: «در صورتی که «موقوف علیهم» محصور باشند، خود آن‌ها قبض می‌کنند و قبض طبقه اولی کافی است...». چون در زمان انعقاد عقد وقف، تنها طبقه اولی صاحب حق انتفاع می‌باشند، البته قبض بعضی از آن‌ها کافی نیست، بلکه قبض همه لازم است. (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸: ۸۵) لذا اگر بعضی قبض کرده و بعضی دیگر قبض نکنند، نسبت به سهم قبض شده، وقف صحیح و تام است و نسبت به سهم کسانی که قبض نکرده‌اند، وقف باطل است. (طاهری، ۱۴۱۸ق: ۲۳۹)

قانونگذار در ادامه این ماده می‌گوید: «و اگر «موقوف علیهم» غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد، متولی وقف، و الا حاکم قبض می‌کند». متولی کسی است که از طرف واقف برای اداره موقوفه تعیین گردیده و باید موقوفه در تحت تصرف او باشد، لذا صلاحیت متولی در قبض استقلالی است، به خلاف حاکم که به سمت نمایندگی از طرف عموم قبض می‌کند.

فقها در وقف بر عناوین عام مثل وقف بر دانشمندان یا فقرا که در حقیقت وقف بر جهت است، می‌گویند چون قبض جمیع آنان غیر ممکن است، ناظر یا حاکم و قیم وقف باید قبض کند، اما در مورد وقف بر مساجد و مقابر، نماز خواندن یک نفر و تدفین یک نفر کافی است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۸: ۸۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۹: ۲۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۲۶۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۲۴) البته این نماز خواندن و تدفین باید به اذن واقف باشد تا اقباض تحقق گیرد و برخی علاوه بر این، نماز و دفن را به قصد قبض هم مقید کرده‌اند. لذا اگر نماز و تدفین بدون قصد قبض (مثلاً از روی غفلت) باشد، وقف لازم نمی‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۳۷۳)

اما برای تحقق تراست، تراستر (ایجاد کننده تراست) باید مالکیت قانونی موضوع تراست را به تراستی انتقال دهد که البته تشریفات این انتقال نیز با توجه به نوع مال (منقول یا غیر منقول بودن)، متفاوت خواهد بود، مگر اینکه تراستر خودش را به عنوان تراستی معرفی کند که در این صورت نیازی به انتقال نیست، چرا که مال در دست اوست و در این صورت صرفاً یک اعلامیه معتبر تراست، مبنی بر اینکه مالکیت قانونی موضوع





تراست از هم اکنون در دست تراستر به عنوان تراستی می‌باشد، کافی است. (Alastair Hudson, 2008, p28)

نتیجه

موضوع عقد و تراست، اگرچه در برخی شرایط مثل موجود بودن موضوع، معین و مشخص بودن موضوع، منقول یا غیرمنقول بودن، ملک واقف و تراستر بودن، تشابه دارند، اما در برخی شرایط، به روشنی از یکدیگر متمایز هستند. در تراست مالکیت عین به تراستی منتقل می‌شود درحالی‌که در وقف مالکیت عین به متولی منتقل نمی‌شود. در وقف اگر سهم افراد ذی‌نفع مشخص نباشد، حمل بر تساوی می‌شود اما در تراست خاص، موجب بطلان تراست می‌شود. همچنین یکی از شرایطی که بسیار مهم است و در وقف موجب محدودیت می‌شود عین بودن موضوع وقف است؛ یعنی موضوع وقف حتماً باید عین باشد، اما در تراست، لازم نیست موضوع از اعیان باشد، لذا از این جهت تراست با محدودیت مواجه نیست و انعطاف قابل توجهی دارد.

با توجه به تفاوت‌های مذکور، می‌توان گفت نهاد تراست دارای ماهیتی متفاوت از نهاد وقف است، اما با توجه به ادله‌ای چون «وفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم» و نیز ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان آن را به عنوان عقدی جدید پذیرفت.

منابع و مأخذ:

- ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵ق)، *عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة*، قم: دار سید الشهداء علیه السلام للنشر.
- ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- امامی، سید حسن (بی‌تا)، «حقوق مدنی»، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۱)، *وقف از دیدگاه حقوق و قوانین*، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، تهران: نشر گنج دانش.



- حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری، طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل (ط- الحدیثه)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه (ط- الحدیثه)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء علیهم السلام العلمیه.
- دیلمی، سلار، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق)، المراسم العلویة و الأحکام النبویة، قم: منشورات الحرمین.
- رنه دیوید (۱۳۶۴)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی و دیگران، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- سی. اف. پدفلد (۱۳۸۲)، *law made simple* ترجمه اسماعیل صغیری، تهران: نشر میزان.
- شریعتی، سید قاسم (۱۳۷۳)، مقایسه وقف در حقوق ایران و تراست در حقوق آمریکا، پایان‌نامه دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، استاد راهنما مصطفی محقق داماد.
- مکی عاملی، محمدبن جمال الدین (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ (۱۳۸۳)، *اللمعة الدمشقیة*، قم، دارالفکر.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)*، قم: کتابفروشی داوری.



- _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- _____ صفایی، حسین (۱۳۴۸)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات میهن.
- _____ طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ طباطبایی، یزدی، سید محمد کاظم (بی تا)، تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری.
- _____ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ (۱۳۸۷ هـ ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- _____ (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الكتاب العربی.
- _____ علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- _____ (بی تا)، تذکرة الفقهاء (ط - القديمة)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- _____ (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- _____ فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- _____ کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۳)، «حقوق مدنی (مشارکتها، صلح، عطایا)»، تهران: چاپ اقبال.

- محقق كركي، على بن حسين (١٤١٤ق)، جامع المقاصد في شرح
التقواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

- محقق حلي، نجم الدين جعفر بن حسن (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام في
مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعيليان.

- معين، محمد (١٣٦٢)، فرهنگ فارسي معين، تهران: چاپخانه سپهر.

- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیلة، قم: مؤسسه
مطبوعات دار العلم.

- نجفی، محمد حسن (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام،
بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- Alastair Hudson, (2008), Understanding Equity & Trusts, Third edition published by Routledge-Cavendish.

- Dixon, Martin, (2001), Equity and trusts – 3rd ed (Q & A series) , London, published in Great Britain by Cavendish.

- Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert, (2009), trust law, Fifth Edition, by Cambridge University Press.

- Iwobi, Andrew, (2001), Essential Trusts—3rd ed—, London, (Cavendish Publishing Essential Series).

- Mohamed Ramjohn, (2009), Equity and Trusts, USA and Canada, Sixth edition, published by Routledge-Cavendish.

- richard edwards, nigel stockwell, (2009), Trusts and Equity.

- Routledge, (2010), Equity and Trusts , Taylor & Francis e-Library, published in the USA and Canada.

- Samantha J Hepburn, (2001), PRINCIPLES OF QUILTY AND TRUSTS, London, Second Edition, The Glass House, Wharton Street.

- D. Barker, Colin Padfield, law made simple, , London.

- Elizabeth A. Martin MA, (1990), A concise Dictionary Of Law. 2 ed. Oxford Press.

- Dixon, Martin, (2001) Equity and trusts – 3rd ed (Q & A series), London.