

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی فقهی و حقوقی وقف فضولی

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر محمد مهدی عزیزاللهی

نگارنده:

طاهره بیدار

تابستان 93

تقدیم به :

این اثر ناچیز را به ساحت مقدس منجی عالم بشریت حضرت مهدی (ع)، حضرت معصومه (س)، رهبر کبیر انقلاب اسلامی حضرت آیت الله امام خمینی (ره)، رهبر معظم انقلاب حضرت آیت الله خامنه‌ای، شهدا، جانبازان، کلیه خدمت‌گذاران به نظام مقدس جمهوری اسلامی تقدیم می‌کنم و نیز به پدر و مادر مهربانم، همسر عزیزم و کلیه اعضای خانواده تقدیم می‌کنم.

تشکر و قدردانی:

نمی‌توانم معنایی بالاتر از تقدیم و تشکر بر زبانم جاری سازم و سپاس خود را نسبت به اساتید خویش آشکار نمایم که هر چه بگویم کم است. با تقدیر و تشکر فراوان از استاد فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر محمدمهدی عزیزاللهی که با نکته‌های دلاویز و گفته‌های بلند، چراغ هدایت را بر کلبه‌ی محقر وجودم فروزان ساختند و همواره راهنما و راه‌گشای اینجانب در اتمام پایان‌نامه بودند؛ همچنین تشکر و قدردانی می‌کنم، از زحمات اساتید گرامی جناب آقای دکترسید حسن وحدتی شبیری، جناب آقای دکتر دبیرنیا، جناب آقای دکتر حسن‌زاده، جناب آقای دکتر صالحی مازندرانی و جناب آقای دکتر سلطانی نژاد و دیگر اساتیدی که از بردن نام آن‌ها عاجز هستم، که در کلیه مراحل تحصیل اینجانب را کمک فراوان نمودند. از پدر و مادر مهربان و همسر عزیزم و کلیه اعضای خانواده که در تمام مراحل تحصیل همراهم بودند و با جان و دل اینجانب را حمایت و تشویق کردند، نهایت تقدیر و تشکر را دارم.

ومن الله التوفیق

چکیده

یکی از موضوعات بحث‌برانگیز میان فقها و حقوق‌دانان، موضوع وقف فضولی است؛ به گونه‌ای که عدم نفوذ و یا بطلان وقفی که از سوی شخصی غیر از مالک، انجام می‌شود، باعث به وجود آمدن اختلاف نظر شده است و این اختلاف ناشی از این است که شرط مالک بودن واقف در وقف، رعایت نشده است؛ گروهی از فقها که قصد تقرب به خدا را از شرایط درستی وقف می‌دانند، معتقدند این قصد باید از سوی مالک باشد و نیت او هنگام اجازه در عقد گذشته اثر ندارد؛ زیرا باید نیت، هم‌زمان با انشاء وقف باشد؛ از طرف دیگر درستی عقد فضولی برخلاف اصل است و چون شرط صحت نیست، وقف فضولی باطل است؛ ولی گروه دیگر از فقها که وقف را از عقود احسانی می‌دانند و در آن، قصد قربت را شرط نمی‌دانند، معتقدند که وقف فضولی غیرنافذ است و با اجازه بعدی مالک نافذ خواهد شد. در هیچ یک از قوانین نیز، حکم این موضوع بیان نشده است. ماده 57 قانون مدنی نیز باعث به وجود آمدن اختلاف بین حقوق‌دانان شده است؛ برخی حقوق‌دانان معتقدند بیان قانون‌گذار در این ماده قرینه بر بطلان وقف فضولی است؛ برخی دیگر معتقدند که قانون‌گذار صرفاً درصدد بیان شرایط واقف بوده است. سکوت قانون‌گذار در مورد وقف فضولی و وجود ابهام در ماده 57 بر اهمیت موضوع می‌افزاید.

به نظر می‌رسد ماده 57 تنها درصدد بیان شرایط واقف بوده است، نه در مقام بیان بطلان یا عدم نفوذ وقف فضولی؛ زمانی که قانون‌گذار از این جهت در مقام بیان موضوع، نباشد، نمی‌توان از جمله آن مفهوم مخالف برداشت کرد و اگر قانون‌گذار قائل به بطلان وقف فضولی بود باید همانند وصیت به صراحت بطلان آن را بیان می‌کرد؛ به علاوه از آنجایی که فضولی در بیع جریان دارد به طریق اولی در وقف هم جریان دارد؛ بنابراین وقف فضولی هم مشمول قواعد عمومی قراردادها می‌شود.

واژگان کلیدی: وقف، فضولی، قصد قربت، شخصیت حقوقی

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
1	مقدمه.....
1	الف) بیان مسئله.....
2	ب) سوالات تحقیق.....
2	ج) فرضیه‌های تحقیق.....
3	د) سابقه و پیشینه تحقیق.....
3	ح) ضرورت انجام تحقیق.....
3	و) هدف تحقیق.....
4	ه) روش تحقیق.....
4	ی) سامان‌دهی تحقیق.....

فصل اول: کلیات و مفاهیم

6	1-1) مفاهیم تحقیق.....
6	1-1-1) مفاهیم اصلی.....
6	1-1-1-1) وقف.....
6	الف) معنای لغوی وقف.....
7	ب) معنای اصطلاحی.....

10(2-1-1-1) فضولی
11(الف) معنای لغوی
11(ب) معنای اصطلاحی
12(2-1-1) مفاهیم مرتبط
12(1-2-1-1) اذن
12(الف) مفهوم
12(ب) تفاوت اذن و اجازه
13(2-2-1-1) حبس
13(الف) مفهوم
13(ب) تفاوت حبس و وقف
14(2-1) اقسام وقف
15(3-1) ماهیت وقف
15(1-3-1) ماهیت از لحاظ عقد بودن و ایقاع بودن
16(الف) ایقاع بودن
19(ب) عقد بودن
21(ج) تفصیل بین وقف عام و خاص
23(2-3-1) ماهیت از لحاظ شخصیت داشتن یا نداشتن
28(4-1) ارکان وقف

28.....(1-4-1) واقف و شرایط آن.....

28.....الف) مالک بودن

29.....ب) اهلیت واقف.....

30.....(2-4-1) موقوف علیه یا موقوف علیهم و شرایط آن.....

30.....الف) موجود بودن

32.....ب) معین بودن

33.....ج) اهلیت تملک داشتن

34.....(3-4-1) مال موقوفه و شرایط آن.....

34.....الف) عین بودن.....

35.....ب) معلوم بودن

35.....ج) ملک واقف بودن.....

36.....د) قابل قبض بودن.....

فصل دوم: حکم وقف فضولی در فقه و حقوق

39.....(1-2) حکم وقف فضولی از منظر فقه و ادله آن.....

41.....(1-1-2) عدم نفوذ و ادله آن.....

41.....الف) آیه اوفوا بالعقود.....

43.....ب) عدم اشتراط قصد قربت در وقف.....

45.....ج) سیره عقلاء.....

- 46.....(د) اجماع
- 46.....(2-1-2) بطلان و ادله آن
- 47.....(الف) اشتراط قصد قربت در وقف
- 51.....(ب) ایقاع بودن وقف
- 53.....(ج) سیره عقلا بر عدم توکیل در عبادات
- 54.....(د) عقل
- 54.....(ل) روایت
- 56.....(م) اجماع
- 56.....(ن) اصل عدم انتقال و بقای مالکیت مالک
- 57.....(2-2) عقد فضولی به عنوان قاعده عمومی
- 60.....(3-2) حکم وقف فضولی از دیدگاه حقوق
- 60.....(1-3-2) ارزیابی دیدگاه های حقوق دانان و ادله آن ها
- 61.....(الف) دیدگاه بطلان
- 61.....(ب) دیدگاه عدم نفوذ
- 65.....(2-3-2) مبانی دیدگاه ها

فصل سوم: تاثیر دیدگاه بطلان و عدم نفوذ بر آثار وقف فضولی

- 70.....(1-3) اثر وقف فضولی در صورت بطلان

- 71.....(2-3) اثروقف فضولی در صورت غیر نافذ بودن.....
- 72.....(1-2-3) اثر وقف فضولی در صورت اجازه.....
- 72.....(1-1-2-3) ماهیت اجازه.....
- 74.....(2-1-2-3) شرایط اجازه.....
- 77.....(3-1-2-3) زمان اثرگذاری اجازه.....
- 78.....(الف) زمان اثرگذاری اجازه براساس نظریه نقل.....
- 80.....(ب) زمان اثرگذاری اجازه براساس نظریه کشف حقیقی.....
- 82.....(ج) زمان اثرگذاری اجازه براساس نظریه کشف حکمی.....
- 85.....(د) نظر قانون مدنی در مورد زمان اجازه.....
- 86.....(4-1-2-3) اثروقف فضولی قبل از اجازه.....
- 87.....(1-4-1-2-3) اثروقف نسبت به موقوف علیه.....
- 94.....(1-4-1-2-3) اثروقف قبل از اجازه نسبت به مالک.....
- 96.....(5-1-2-3) اثروقف بعد از اجازه.....
- 98.....(2-2-3) اثروقف فضولی در صورت رد.....
- 98.....(1-2-2-3) معنای رد.....
- 99.....(2-2-2-3) شرایط رد.....
- 102.....(3-2-2-3) آثار رد.....
- 103.....(الف) رابطه مالک با موقوف علیه.....

105(ب) رابطه مالک و فضول
107(ج) رابطه موقوف علیه و فضول
109 نتیجه گیری
115 پیشنهادها
112 منابع
113 (1) منابع فارسی
113 الف) کتاب ها
115 ب) مقاله ها
115 ج) مجموعه ها و فرهنگ ها
116 (2) منابع عربی

الف) بیان مسئله

میل به جاودانه زیستن از آرزوهای دیرینه‌ی انسان است و انسان‌ها در پی این هستند که یادگاری از خود باقی بگذارند؛ یکی از راه‌ها برای رسیدن به این آرمان، وقف است که از دیرباز مورد توجه بوده است؛ اما گاهی این عمل حقوقی از سوی شخص فصول تحقق می‌پذیرد؛ یعنی شخصی غیر از مالک، مالی را وقف می‌کند که به آن وقف فضولی می‌گویند. این موضوع یکی از موضوعات بحث برانگیز میان فقها و حقوق‌دانان است؛ به تعبیر دیگر، این که وقف فضولی باطل است یا غیرنافذ، باعث به وجود آمدن اختلاف نظر بین آن‌ها شده است و این اختلاف ناشی از اختلاف بر سر این است که شرط مالک بودن واقف در وقف، رعایت نشده است؛ براین اساس گروهی از فقها که قصد تقرب به خدا را از شرایط درستی وقف می‌دانند، معتقدند که این قصد باید از سوی مالک باشد و نیت او هنگام اجازه در عقد گذشته اثر ندارد، زیرا باید نیت، هم‌زمان با انشاء وقف باشد؛ ولی گروه دیگر از فقها که قصد قربت را در وقف شرط نمی‌دانند، معتقدند که وقف فضولی غیرنافذ است و با اجازه بعدی مالک نافذ خواهد شد. در قانون مدنی نیز قانون‌گذار یک مبحث را به وقف اختصاص داده است؛ علاوه بر این، قوانین دیگری هم در این زمینه وجود دارد اما در هیچ یک از این قوانین، قانون‌گذار حکم وقف فضولی را بیان نکرده است و سکوت کرده است؛ به عبارت دیگر به این موضوع اشاره نکرده است که اگر وقفی از سوی غیرمالک و بدون اذن او انجام گرفته، باطل است یا این که غیرنافذ است و با اجازه بعدی مالک صحیح خواهد شد. عبارت ماده 57 قانون مدنی نیز که بیان کرده است «واقف باید مالک مالی باشد که وقف کرده است...» ابهام دارد و باعث به وجود آمدن اختلاف بین حقوق‌دانان شده است؛ براین اساس برخی حقوق‌دانان معتقدند که بیان و تصریح قانون‌گذار در ماده 57 قرینه بر بطلان وقف فضولی است و برخی دیگر معتقدند که قانون‌گذار صرفاً در مقام بیان شرایط واقف است و وقف فضولی غیرنافذ است و ماده 65 قانون مدنی نیز موید همین نظر است.

ب) سوالات تحقیق

- 1- وقفی که از سوی شخص فضول انجام می‌شود، با رضایت مالک قابل تنفیذ است یا باطل؟
- 2- قصد قربت در وقف چه نقشی را ایفاء می‌کند؟
- 3- وقف فضولی تابع قواعد عمومی قراردادها و معاملات فضولی است یا این که وقف یک نهاد ویژه است که مقررات خاصی بر آن حاکم می‌باشد؟
- 4- ماده 57 قانون مدنی مفهوم مخالف دارد یا تنها به منطوق آن باید اکتفا کرد؟

ج) فرضیه‌های تحقیق

- 1- به نظر می‌رسد که وقف هم همانند بیع فضولی و نکاح فضولی غیرنافذ است و با الحاق اجازه مالک به آن نافذ خواهد شد و هیچ دلیل قابل قبولی مبنی بر بطلان وقف فضولی وجود ندارد.
- 2- وقف از جمله صدقات نیست که قصد قربت در آن شرط باشد و اصل، عدم اشتراط قصد قربت در وقف است.
- 3- وقف فضولی تابع قواعد عمومی قراردادها است؛ زیرا، وقف هیچ خصوصیتی ندارد که از سایر عقود متمایز باشد.
- 4- ماده 57 قانون مدنی صرفاً در مقام بیان شرایط واقف است و این جمله قانون‌گذار مفهوم مخالف ندارد؛ زیرا از طرفی در مقام بیان نیست و از طرف دیگر جمله وصفی است که نمی‌توان از آن مفهوم مخالف برداشت کرد؛ در این ماده قانون‌گذار صرفاً در مقام بیان شرایط واقف است و این تصریح قانون‌گذار را نمی‌توان قرینه بر بطلان وقف فضولی دانست همان‌طور که در هبه نیز چنین تصریحی وجود دارد.

د) سابقه و پیشینه تحقیق

در زمینه خود نهاد وقف کتاب‌ها، پایان‌نامه‌ها و مقالات زیادی وجود دارد، از جمله احکام وقف در شریعت اسلام، وقف و سیر تحولات قانون‌گذاری در موقوفات، وقف از نظر قانون مدنی و... که در آن‌ها صرفاً تاریخچه‌ای از وقف و کلیاتی از آن بیان شده است؛ هم‌چنین در برخی از پایان‌نامه‌ها و مقالات نهاد وقف با نهادهای مشابه در حقوق کشورهای دیگر مقایسه شده است؛ در زمینه معاملات فضولی هم کتاب‌ها، مقالات، پایان‌نامه‌های زیادی وجود دارد؛ از جمله معاملات فضولی، حکم معاملات فضولی در حقوق ایران و فرانسه و انگلیس، عقد غیرنافذ و آثار آن و... اما در زمینه خود وقف فضولی هیچ کتاب یا پایان‌نامه و مقاله مستقلی وجود ندارد و در کتاب‌ها و مقالات مختلف، صرفاً اشاره‌ای به وقف فضولی شده است و این موضوع سبب شد که در این تحقیق به بررسی فقهی و حقوقی وقف فضولی پرداخته شود.

ح) ضرورت انجام تحقیق

سکوت قانون‌گذار در مورد حکم وقف فضولی و ابهام ماده 57 قانون مدنی، سبب با اهمیت شدن این موضوع می‌شود و از آن جایی که در اصل 167 قانون اساسی نیز بیان شده است که در موارد سکوت قانون‌گذار یا وجود ابهام، باید به منابع معتبر یا فتاوی معتبر مراجعه کرد، در زمینه‌ی وقف فضولی نیز به دلیل سکوت و ابهام قانون، باید به منابع فقهی و فتاوی معتبر رجوع کرد که در میان فقها نیز اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظر، اهمیت این تحقیق را دوچندان می‌کند.

و) هدف تحقیق

هدف در این تحقیق این بوده است که تکلیف وقف فضولی بیان شود و راهنمایی برای قانون‌گذار باشد که به اصلاح مواد وقف بپردازد؛ به گونه‌ای که در آن حکم وقف فضولی هم مشخص شود و هم‌چنین کسانی که با این موضوع مواجه می‌شوند بتوانند از آن استفاده کنند.

ه) روش تحقیق

در این تحقیق از روش تحلیلی توصیفی استفاده شده است و در آن از کتاب‌ها و نرم‌افزارهای کتابخانه اهل بیت(ع) و جامع فقه اهل بیت(ع) و سایت‌های مختلف استفاده شده است.

ی) سامان‌دهی تحقیق

این تحقیق دربردارنده‌ی سه فصل است که در فصل اول به بیان کلیات پرداخته شده است که شامل مفاهیم، ماهیت وقف، اقسام و ارکان وقف و تاریخچه وقف و فضولی است؛ در فصل دوم نیز به بیان احکام وقف در فقه و حقوق پرداخته شده است که در قسمت اول آن، حکم وقف فضولی از منظر فقه بررسی شده است که در آن، به بیان دیدگاه فقها و ادله آن‌ها مبنی بر بطلان و عدم نفوذ، پرداخته شده است و در قسمت دوم به این موضوع پرداخته شده است که فضولی به عنوان قاعده‌ی عمومی است یا نه؛ در قسمت سوم نیز حکم وقف فضولی از منظر حقوق بررسی شده است که در آن، دیدگاه حقوق‌دانان مبنی بر عدم نفوذ و یا بطلان وقف فضولی و ادله آن‌ها، بررسی شده است. در فصل سوم نیز به آثار وقف فضولی پرداخته می‌شود که در قسمت اول آن، اثر وقف فضولی بر مبنای بطلان بیان شده است که این نظر رد شد و در قسمت دوم آن، اثر وقف در صورت عدم نفوذ بررسی شده است که این قسمت خود در بردارنده‌ی اثر وقف فضولی در صورت اجازة و اثر وقف در صورت رد آن، است.

فصل اول:

کلیات و مفاهیم

1-1) مفاهیم تحقیق

در این قسمت به بیان مفاهیم می‌پردازیم در قسمت اول مفاهیم اصلی را بیان می‌کنیم که شامل وقف و فضولی هستند و در قسمت دوم به مفاهیم مرتبط با موضوع پایان نامه از جمله اذن و حبس می‌پردازیم.

1-1-1) مفاهیم اصلی

مفاهیم اصلی و مهمی که در این جا به آن‌ها پرداخته شده، وقف و فضولی است.

1-1-1-1) وقف

الف) معنای لغوی

وقف در فرهنگ دهخدا به معنای: " ایستادن، به حالت ایستادن ماندن، آرام گرفتن، اقامت کردن، حبس کردن، بازداشتن"¹ است. و در فرهنگ عمید در مورد معنای لغوی وقف آمده است: "ایستادن، اندکی درنگ کردن بین کلام و دوباره شروع کردن، حبس عین ملک یا مالی و مصرف کردن منافع آن در اموری که واقف معین کند، آن چه که کسی از ثروت خود جدا کند که در کارهای عام المنفعه از آن استفاده کنند."²

¹. فرهنگ دهخدا، جلد 15، ذیل " وقف".

². فرهنگ عمید، جلد 3، ذیل "وقف".

در قاموس قرآن نیز ذیل واژه‌ی وقف آمده است: "وقف عبارت است از حبس شدن و حبس کردن، متوقف شدن و متوقف کردن."³

ب) معنای اصطلاحی

فقها در بیان مفهوم اصطلاحی وقف و این که وقف از نظر شرعی چه مفهومی دارد، اختلاف نظر دارند؛ منشاء این اختلاف نظر ناشی از این موارد است که برخی قصد قربت را شرط تحقق وقف می‌دانند و برخی دیگر قصد قربت را شرط تحقق وقف نمی‌دانند، برخی بعد از تحقق وقف، واقف را مالک عین موقوفه می‌دانند و برخی موقوف‌علیه یا موقوف‌علیهم را مالک عین موقوفه می‌دانند و برخی برای عین موقوفه شخصیت حقوقی قائل هستند و علاوه بر این برخی وقف را عقد می‌دانند و برخی دیگر وقف را ایقاع می‌دانند و .. این نوع اختلافات سبب شده است که در تعریف وقف تعاریف گوناگونی بیان شود.

برخی از علمای حنفیه معتقدند در وقف عین موقوفه حبس می‌شود اما در مالکیت واقف، باقی خواهد ماند و منافع آن بر جهت خیر، به مصرف می‌رسد و وقف را این گونه تعریف کرده‌اند: "وهو حبس العین علی حکم ملک الواقف، والتصدُّق بالمنفعة علی جهة الخیر. وبناء علیه لا یلزم زوال الموقوف عن ملک الواقف ویصح له الرجوع عنه، ویجوز بیعه."⁴

برخی از علمای حنفیه معتقد هستند که، در وقف عین موقوفه از مالکیت واقف خارج می‌شود و به تملک کسی در نمی‌آید بلکه در حکم ملک خداوند محسوب می‌شود و وقف را این گونه تعریف کرده‌اند: "الوقف حبس العین علی ملک الله و صرف منفعتها علی من اجب."⁵

³ قاموس قرآن، جلد 7، ذیل "وقف".

⁴ الحصفکی، الدر المختار، چاپ اول، (بیروت: دار الفکر، 1415ه.ق)، جلد چهارم، ص 532.

⁵ محمد بن احمد الشربینی، مغنی المحتاج، چاپ اول، (لبنان: دار احیاء التراث العربی، 1377ه.ق)، جلد دوم، 376.

مبین مذهب شافعی وقف را چنین تعریف کرده است: "وقف عبارت است از حبس مالی که انتفاع از آن با بقاء عین مال ممکن باشد و تصرف در اصل مال، ممنوع و مقطوع گردد و منافع رقبه به قصد قربت هزینه شود."⁶

ابن قدامه مقدسی نویسنده‌ی کتاب معروف "المغنی" در فقه حنبلی وقف را چنین تعریف کرده است: "الوقف هو تحبیس الاصل و تسبیل الثمره."⁷ که این تعریف به تعاریف فقهای امامیه از وقف نزدیک تر است.

در فقه امامیه نیز هر کدام از فقها و علماء به بیان تعریف وقف پرداخته‌اند. محقق حلی در شرایع الاسلام می‌گوید: "الوقف عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه."⁸ یعنی وقف عقدی است که ثمره‌ی آن، حبس اصل و رها کردن منفعت است.

شهید اول نیز، وقف را این گونه تعریف کرده است: "هو تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه."⁹ یعنی، وقف حبس و نگه داشتن اصل مال و رها کردن منفعت است.

امام خمینی نیز در تحریر الوسیله می‌فرماید: "و هو (الوقف) تحبیس العین و تسبیل المنفعه."¹⁰ وقف عبارت است از حبس عین و آزاد کردن منفعت است.

در قانون مدنی نیز همین تعریف پذیرفته شده است و در ماده‌ی 55 در تعریف وقف آمده است: «وقف عبارت است از این‌که، عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.» در این تعریف ارائه شده در قانون مدنی، دو نکته‌ی مهم و اساسی وجود دارد (1) نکته‌ی اول حبس عین است که مراد، حبس کامل عین است به این معنا است که عین مال از هر گونه نقل و انتقال مصون

⁶ محمد عبیدالکبیری، احکام وقف در شریعت اسلام، (ترجمه‌ی احمد صادقی گلدر)، چاپ اول، (مازندران: انتشارات اداره کل حج و امور خیریه‌ی استان مازندران، 1364)، ص 68.

⁷ عبدالله ابن قدامه، المغنی، چاپ اول، (لبنان: دار الکتب العربی، 1413ه. ق)، جلد ششم، ص 185.

⁸ نجم الدین جعفرین حسن حلی (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، (قم: موسسه اسماعیلیان، 1408ه. ق)، جلد دوم، ص 165.

⁹ محمد عاملی (شهید اول)، اللعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ اول، (لبنان، دار التراث، 1410ه. ق)، ص 99.

¹⁰ سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، چاپ اول، (تهران: انتشارات موسسه عروج، 1379)، جلد اول، ص 68.

نگه داشته شود. بنابراین زمانی که مالی وقف می‌شود، عین آن مال حبس می‌شود یعنی به اراده‌ی مالک از نقل و انتقال، اتلاف و تغییر حفظ می‌گردد و غیرقابل انتقال می‌شود.

صاحب جواهر نیز، حبس مال و فک ملک را یکی از ویژگی‌های صریح وقف می‌داند و در این زمینه ادعای اجماع می‌کند و می‌فرماید: "حبس الاصل.. فیکون صریحا فی الوقف كما عن الخلاف و الغنیه و الجامع و التذکره و الکیدری بل فی الاول الاجماع علیه..."¹¹ شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف وقف را حبس اصل مال می‌داند و بیان می‌کند که حبس اصل مال، بر مصون بودن از نقل و انتقال دلالت می‌کند و در این زمینه اجماع وجود دارد و در ادامه می‌افزاید: "در این زمینه هیچ اختلافی بین فقها وجود ندارد که تصرف واقف در مال موقوفه و منفعت قطع می‌شود و این به معنی از بین رفتن مالکیت است همانند بیع."¹²

نتیجه‌ی لزوم حبس عین نیز این است که تنها اعیان اموال را می‌توان وقف کرد پس منفعت، دین و حق را نمی‌توان وقف کرد؛ علاوه بر عین بودن، عینی قابل وقف کردن است که با انتفاع از بین نرود و حبس آن ممکن باشد. در ماده 58 قانون مدنی نیز به این موضوع اشاره شده است و در این ماده آمده است: "فقط وقف مالی جایز است که با بقاء عین بتوان از آن منتفع شد اعم از این که منقول باشد یا غیرمنقول، مشاع باشد یا مفروز."¹³

از طرف دیگر، حبس به تنهایی کافی نیست بلکه، باید حبس دائم صورت گیرد و اگر مالک، مالی را برای مدت محدود و معین وقف کند؛ در این صورت، دیگر این عمل عنوان وقف را ندارد بلکه، عنوان حبس را خواهد داشت که حبس یک نهادی غیر از وقف است.

به عبارت دیگر اگر حبس، دائمی نباشد؛ اراده‌ی مالک، بقای مالکیت خود و صرف منافع آن به صورت موقت و در جهت معین خواهد بود و ماهیتی که موضوع قصد مالک قرار گرفته،

¹¹. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، (بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، 1404 ه.ق.)، جلد 28، ص 20.

¹². محمد بن حسن طوسی، الخلاف، چاپ اول، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، 1411 ه.ق.)، جلد سوم، ص 539.

¹³. ناصر کاتوزیان، عقود معین، چاپ چهارم، (تهران: کتابخانه گنج دانش، 1380)، جلد سوم، ص 122.