**

*اللهم صل علی محمد و آل محمد و عجل فرجهم*

خارج فقه ج 22 - احکام تخلی 10/8/1400

( احکام تخلی - حکم تخلی کردن در ملک وقفی در صورت جهل به کیفیت وقف - ادله فقها - اشکال استاد بر ادله - نظر استاد - نکته اخلاقی استاد)

مساله بیست و دوم : در املاک وقفی در صورتی که عالم به کیفیت وقف نباشد تخلی کردن چه حکمی دارد ؟ مثل حوزه‌های علمیه که وقف آن برای ساکنین یا برای همه طلاب یا برای طلبه و غیر طلبه است ؟

آن حدی که حکم آن قطعی است این است که استفاده عموم از وقف خاص جایز نیست اما از وقف عام جایز است اما بحث جایی است که کیفیت وقف را نمی دانیم ، و مرحوم سید در عروه و اکثر فقها می فرمایند در این موارد تخلی جایز نیست در مستمسک و هم التنقیح هم می باشد.

ادله:

دلیل اول : تمسک به قاعده اصالة الحرمة فی الاموال: یعنی قاعده اولیه در هر مالی این است که تصرف در آن حرام است مگر از مالک اذن گرفته شود.

دلیل دوم : استصحاب: استصحاب را از قاعده وقف استخراج کرده اند قاعده وقف این است که الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها که مقتضای این قاعده این است که اگر کسی شک کند در جواز تصرف در این وقف و عدم جواز تصرف ، استصحاب عدم جواز جاری می شود چون شک در تصرف و عدم جواز تصرف ناشی شده از شک در کیفیت و جعل و انشا ء وقف یعنی نمی دانم این وقف عام است یا خاص و اصل عدم جعل وقف برای عام جاری است و معنایش این است که نمی توان تصرف کرد

إن قلت : این استصحاب فوق معارض دارد و آن استصحاب عدم جعل برای خاص است که اصل این است که این وقف خاص نیست لذا تعارض و تساقط و مرجع برائت می باشد

قلت : در اینجا اگر ما اصل عدم جعل وقف برای خاص جاری کنیم اصل مثبت می شود و اصل مثبت حجت نیست چون در اینجا واسطه می شود برای اثبات اینکه پس این وقف عام است و اگر مستصحب بجای اثبات حکم شرعی، واسطه عقلی یا عادی را اثبات کند اصل مثبت می‌شود اما برعکس آن نیست چون لازمه شرعی استصحاب عدم جعله وقفا للخاص این است که تصرف در این وقف جایز نیست و حرام است پس اثر عدم جواز تصرف مال، عدم جعله وقفا للعام است و بدون واسطه وارد بر عدم جعله للعام شده است ( رجوع به مستمسک و التنقیح)

اشکال استاد بر هر دو دلیل :

اولا : اصالة الحرمة فی الاموال در جایی است که مالک این اموال محرز نشده است یعنی نمی داند این مال غصبی است یا نه ؟ وقتی مالک احراز نشد اینجا می گویند اصل اولی حرمت تصرف است و احراز آن به ید و سوق مسلم و فعل مسلم حجت است می باشد اما اینجا ما می دانیم این مال وقفی است و در وقفیت آن شکی نداریم فقط در کیفیت آن شک داریم و اصل فوق جاری نمی شود

ثانیا : ما قبول نداریم شک در جواز تصرف و عدم جواز تصرف نشات گرفته از کیفیت جعل و انشاء وقف باشد بلکه نشأت گرفته از اشتراط وقف که آیا برای وقف شرطی قائل شده است یا نه ؟ مثلا شرط کرده این وقف را ساکنین طلاب استفاده کنند که روی اصل این شرط شک داریم چون وقف نامه نزد ما نیست لذا وقتی که شک در اشتراط و شرطیت شد اصل عدم اشتراط است.

نظر استاد : تخلی در مکانهای وقف جایز است مادامی که کیفیت وقف احراز نشود مادامی که باعث مزاحمت نشود

نعم : به سه صورت تخلی جایز است :

صورت اول : اذن از متولی البته مادامی که دروغ نگوید ، چون اخبار متولی حجت است چون اخبار ذی الید است و اخبار ذی الید اماره است و حاکم بر اصل عدم جواز است

صورت دوم : عرف و عادت مردم که در این مدرسه رفت و آمد می کنند و این سیره کشف می کند که وقف عام است ( نکته : ید دو قسم است : ید شخصیه و ید نوعیه مثل سیره و عادت مردم )

صورت سوم : سایر تصرفات است مثل استفاده از آب و خوابیدن در آنجا و این نشان می دهد وقف عام است و تخلی جایز است.