

باسمه تعالی

- مقدمه بحث فقه ۱
- سابقه وقف در اسلام و ادیان دیگر ۵
- کتاب الوقف تحریر الوسيله ۷
- بررسی روایات استحباب وقف ۷

بسم الله الرحمن الرحيم و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

مقدمه بحث فقه

بحثی که ما در فقه شروع می کنیم کتاب الوقف است. لازم است چند کلمه ای در اهمیت بحث وقف عرض کنم: اصل اینکه ما این کتاب را انتخاب کردیم بعد از اصرار برخی از دوستان بود که کتاب و مبحثی را شروع کنیم که در حوزه زیاد تدریس نشده باشد، و به علاوه عملی و کاربردی هم باشد.

اولا وقف بحث بسیار مهمی است. و تقریباً در کمتر ناحیه ای از کشور ما و کشورهای اسلامی هست که وقف وجود نداشته باشد. و این وقف مسائل زیادی را به لحاظ فقهی مطرح می کند. به لحاظ اجتماعی و اقتصادی و سیاسی هم بحث وقف بحث مهمی است. واقعا اگر این سنت حسنه ادامه و گسترش پیدا می کرد به نظر می آید که بخش مهمی از مشکلات اقتصادی کشور برطرف و بسیاری از محرومیتها زدوده می شد. متأسفانه به سبب عوامل مختلفی این بحث وقف، سیر خوبی را که در قرون قبل داشته از دست داده است، که یکی از اسبابش تصرفات ناصحیح در اوقاف است، تصرفات متولین و غیره.

علی ای حال بزرگانی از فقه چه در عالم شیعه و چه در عالم اهل سنت به دنبال این هستند که بحث وقف احیاء شود که این کار درستی است. ما یقین داریم که اگر وقف توسعه پیدا کند هم به لحاظ شخصی برای واقف که کارش و

وقفش از مصادیق برّ و احسان و انفاق است و خصوص صدقه جاریه ای است که در روایات آمده، برای او یک استکمال عظیم است، و هم به لحاظ اجتماعی آثار بسیار مهمی دارد.

منتهی در این زمان ما که گستره بحث ارتباطات و روابط عجیب اجتماعی شده و موضوعات جدید پدید آمده، به دنبال خودش وقف هم مسائل جدیدی را خلق می کند. ما باید نسبت به تنظیم و اداره اوقاف کارهای جدید و تقنین های جدیدی داشته باشیم و پاسخ های درستی داشته باشیم، و هم به لحاظ فقهی بتوانیم این روابط جدید را تنظیم کنیم و مسائل جدید و مشکلاتش را حل و رسیدگی کنیم، و هم اگر مراجعه شد در مسائل مستحدثه حرف برای گفتن داشته باشیم.

این واجب می کند که ما بحث های خوبی در بحث وقف داشته باشیم. تا جایی که من سراغ دارم بحث وقف کم بحث شده است.

یک کاری که انشاءالله برای زنده تر شدن این بحث های فقهی دنبال خواهیم کرد تطبیقش با قوانین موجود کشور است.

زندگی اجتماعی و سیاسی و اقتصادی ما با قوانین می چرخد، و مردم در کوچه بازار با قوانین کار دارند. این قوانین نسبتش با بحث های فقهی چی است؟

ما در میان قوانین چند دسته قانون داریم که با وقف کار دارد:

قانون مدنی یک قانون مادر است. ۱۳۳۵ ماده دارد. خودش یک کتاب است که در دو جلد تدوین شده است. هر جلدی چند کتاب دارد. و هر کتابی چند باب دارد و بابش فصل و مبحث دارد. این قانون مدنی را ظاهراً در سال حدود ۱۳۰۷ نوشته اند. نهصد و خورده ای از موادش اول تصویب شده و بعد بخش های دیگر به آن ضمیمه شده است. الان این قانون مدنی که دست ما هست موادی از آن قانون اول نسخ شده که حذف شده، و موادی اصلاح شده است و در سنوات بعدی آمده است. این قانون مدنی را برحسب قوانین غربی خصوصاً قانون فرانسه نوشته اند. البته این جهتش اشکال ندارد، چون کسانی که تدوین کننده قانون مدنی بودند فقیه بودند و خوب هم نوشتند، و تا حدی که توانستند قانون را با نظر مشهور فقهاء تطبیق دادند. کمتر ماده ای از مواد قانون مدنی هست که کسی بتواند چندان اشکال شرعی به آن بگیرد، مگر جاهای خاصی، آن هم بر روی بعضی از مبانی.

در خصوص وقف اینطور وارد شده اند که آمده اند بر حسب قوانین مدنی فرانسه و جاهای دیگر بحث را در اموال شروع کرده اند، وانحاء حقوقی که نسبت به مال می شود داشت را آورده اند. بحث مالیت را مطرح کرده اند، بعد در حق انتفاء ورود کرده اند، که مبحث دوم از این حق، وقف است. مبحث دیگرش هم سکنی و رقبی و عمری است که آنها اخوات وقف شمرده می شوند که بحثشان در همین بحث وقف ما خواهد آمد.

پس در همین قانون مدنی که الان قانون مرجع در کشور است ماده ۵۵ این قانون تا ماده ۹۲ راجع به وقف است. اتفاقا در ماده ۵۵ که وقف را تعریف می کند، عین تعریف فقهی را آورده است.

منتهی یک سری مطالب در این قانون وجود دارد که باید دید واقعا با فرمایش فقهاء تطبیق می شود یا نه.

از آن مهتر قوانین دیگری است، مثل قوانین خاصی که در مورد اوقاف است. قانون تشکیلات سازمان اوقاف قانونی است مصوب سال ۱۳۶۳/۱۰/۱۸. این را من به خصوص دارم نقل می کنم به این جهت که این قانون مختص اوقاف است.

در ماده سه این قانون می گوید: وقف شخصیت حقوقی است^۱.

وقتی ما وقف را شخصیت حقوقی بدانیم، ظاهرا می خواهیم آثار شخص حقوقی را بر آن بار کنیم، مانند اینکه این شخص می تواند مستقلا بفروشد، بخرد، مدیون شود.

این قانون مصوب زمان انقلاب است، شورای نگهبان هم آن را تأیید کرده است، و در زمان تأیید آن در شورای نگهبان برخی از مراجع بودند و آن را تأیید کرده اند. آیا این شخصیت حقوقی بودن منطبق بر فقه ماست؟

شخصیت حقوقی آثاری دارد. بعضی از فقهاء ما شخصیت حقوقی جعلی و اعتباری ای که ماها خودمان خلق کنیم را اصلا قبول ندارند. مانند شرکتها که قبول ندارند و بالطبع سهام شرکتها را نیز قبول ندارند، همچنین بانکها را قبول ندارند، حتی دولت را بما هو دولت شخصیت حقوقی نمی دانند، خرید و فروش دولت را قبول ندارند، و به لحاظ فقهی به طرقی می خواهند این را اصلاح کنند. حال اگر وقف را شخصیت حقوقی دانستیم، می توانیم آن را تصحیح کنیم؟

اینها بحث های مهمی است.

^۱ - بحث آن بعدا مفصل خواهد آمد.

وقف که شخصیت حقوقی است آیا شخص حقوقی همه کار می تواند بکند؟ همه این قراردادهایی که در فقه برای شخص طبیعی قرار داده اند می تواند انجام بدهد؟ مثلاً اگر شخص حقوقی مثل شرکتها را قبول کردیم می تواند وقف کند؟ وقتی می گوئیم وقف کند یعنی شخص حقوقی به وسیله تولیتش، چون شخص حقوقی خودش که یک امر اعتباری است، متولی این شخص و در شرکتها مدیر عامل آن، کاری را انجام می دهد.

به لحاظ عملی در بحث وقف دانشگاه آزاد که حضرت آقا (دام ظلّه) تحقیقش را به من ارجاع دادند، نتیجه ای که گرفتم این بود که نمی توانند وقف کنند، البته دلایل مختلفی داشت که یکی همین بود که اصلاً به نظر می آید ما اطلاقی در بحث وقف نداریم که شخصیت حقوقی هم بتواند وقف کند.

اینها همه قابل بحث اند. که فقها بحث نکرده اند. و از این مسائل در مسیر بحث بسیار است.

مانند اینکه آیا سهام شرکتها را می شود وقف کرد؟ منافع را می شود وقف کرد؟ پول را می شود وقف کرد. مانند اینکه شخصی یک میلیون تومان را وقف کند، و با اینکه عینش متبدل می شود، ولی می شود ما بگوئیم اصل مالیتش باقی باشد؟ اینها بحث های واقعا دقیق و مهمی است.

اینکه ما عرض می کنیم باید به قوانین هم نگاهی داشته باشیم برای این است که با زندگی عملی مردم مرتبط است. مردم در چارچوب همین قوانین دارند زندگی می کنند. ما واقعا باید راه حل های فقهی برای آنها داشته باشیم تا مردم راز برخی مشکلات رها کنیم.

مثلاً در بانکها الان شما ببینید چقدر مشکل ایجاد می شود. خب باید برای آن راه حل فقهی پیدا کرد. در این بحثها تلاش می کنیم ببینیم آیا با تحقیق و تدقیق می شود این بحثها را به نحوی به سامان رساند که پرسش های این چنینی هم پاسخ داده شود یا نه؟

سابقه وقف در اسلام و ادیان دیگر

برخی گفته اند وقف مختص اسلام است. نقل کرده اند^۱ که شافعی اینطور نظر داده. و ابن حجر در فتح الباری^۲ می گوید که شافعی قبول ندارد که وقف یک حکم امضائی باشد و وقف را حکمی تأسیسی می داند. ابن حزم اندلسی هم می گویند همین نظر را دارد. منتهی عده ای از بزرگان و فقهاء می گویند این حرف نادرست است و وقف حتی در غیر اسلامین نیز وجود داشته است. و در بیع و کنائس و اینجور چیزها اوقافی داشته اند و برای اینها وقف می کردند. حتی برخی از علماء اهل سنت گفته اند که تاریخ مصر نشان می دهد که وقف اولاد هم در میان آنها وجود داشته است و وقف می کردند برای اولاد. یعنی سابقه حقیقت وقف در ملل و مذاهب و ادیان دیگر وجود داشته باشد.

از مرحوم امام در کتاب البیع^۳ نقل کرده اند که فرموده: وقف حقیقت شرعیه ندارد، چون مختص به اسلام نیست، و قبل از صدر اسلام در ملل دیگر نیز بوده است. و حتی کسانی که متدین به دین هم نبودند وقف داشتند.

البته ایشان هم مستندی نیاورده اند. اگر کسی بخواهد در این مسائل با استناد کار کند طبیعتاً باید یک کار تاریخی مبسوط انجام دهد.

در هر حال این بحث الان مطرح است. و ظاهراً نمی شود انکار کرد که در قبل از زمان اسلام هم اصل وقف وجود داشته است، به خصوص که در صدر اسلام تلقی به قبول شده است، و به نظر می آید که سیره مستمره ای بوده و کار اسلام در اینجا تأسیس محض نبوده، بلکه امضاء بوده است. طوری که بعضی ها از ابن عباس نقل کرده اند که هیچ صحابی پیغمبر نبود «الا وقد وقف». حالا سند روایت را نمی دانیم چطور است ولی اینطور نقل شده است. آنقدر که در ثواب وقف در آن زمان تأکید شده بود اهل وقف شده بودند.

از این بحث ها فارغ شویم.

سیر بحث ما بر اساس تحریر الوسیله حضرت امام قدس سره است. ما باید یک کتاب متنی مثل شرایع یا منهاج را انتخاب می کردیم، و تحریر الوسیله را انتخاب کردیم. خود این هم که یاد امام زنده باشد اهمیت خاصی دارد.

^۱ - من خودم مراجعه نکرده ام نقل کرده اند.

^۲ جلد ۵ صفحه ۴۰۳ طبع دار احیاء التراث عربی

^۳ جلد ۳ صفحه ۸۱

حضرت امام رحمه الله در تحریر الوسیله دو جور کار کرده اند: یک جائی تعلیق زده اند به وسیله سید، بعد آمده اند تعلیقات را در متن وسیله درج کرده اند و البته اصلاحاتی هم کرده اند. کما اینکه در همین قبل از شروع مسائل در اول بحث وقف هم یک اختلافی در این جهت وجود دارد.

بنابر این سیر بحث ما بر اساس تحریر الوسیله است.

در تحریر اولین بحثی که شروع می شود قبل از مسائلی اینطور است: کتاب الوقف و اخواته، که اخواتش عبارت است از سکنی و رقبی و عمری. که اینها ماهیتش یکی است، بر می گردد به اینکه یک مالکی منافع شیئی را به دیگری تملیک کند در مدتی، یا در اختیار او قرار دهد. اگر سکنی دار باشد، از این تعبیر می کنند به سکنی. اگر یک منفعتی در مدت عمر باشد به این می گویند عمری، و اگر برای یک مدت معین باشد به او می گویند رقبی از باب ارتقاب المدة. حبس با این اخوات ماهیتش یکی است. منتهی در حبس دیگر مدت و اضافه خاص نیست والا ماهیتش با همین چیزهایی که گفتیم یکی است نه با وقف.

در وقف یک خصوصیتی وجود دارد که حالا بحث مفصلش می آید. بر اساس نظر شایع در وقف علقه مالک با ملک قطع می شود و از ملک مالک خارج می شود. البته این نظر همه نیست ولی نظر شایع در وقف این است که علقه ملک با مالک قطع می شود. اینکه کجا می رود بحث آتی است که آیا به ملک موقوف علیهم در می آید یا بلامالک می ماند و جور دیگر، این بحث بعدی است. ولی بالاخره مشهور فقهاء بلکه الا شد و ندر معتقدند که از ملک مالک خارج می شود. و بر این خروج آثار متعددی در فروع آتی مترتب هست که انشاءالله یک به یک بررسی می کنیم.

پس فرق اساسی بین وقف و بین حبس که دارای انحائی است در همین جهت است. در حبس علقه مالک با ملک خودش قطع نمی شود. من مالک خانه هستم، اگر برای مدتی سکنای این دار را به کسی بدهم می شود رقبی؛ و اگر برای طول عمر خودم یا طول عمر آن شخص منتفع بدهم می شود عمری؛ و اگر فقط سکنای دار است می شود سکنی. اما در هر صورت علقه خودم را با ملکم قطع نکرده‌ام یعنی بعد از اتمام آن زمان انتفاع به ملک خودم باز می گردد در صورتی که در وقف اینطور نیست.

گرچه در بعضی از فروع اوقاف نیز بعد از مدتی ممکن است برگردد که در فروع آتی بحث خواهیم کرد.

کتاب الوقف تحریر الوسيله

«کتاب الوقف و اخواته: و هو تحبیس العین و تسبیل المنفعة و فيه فضل كثير و ثواب جزیل ففی الصحيح عن ابی عبدالله علیه السلام قال: ليس يتبع الرجل بعد موته من الجر الا ثلاث خصال: صدقة اجراها فی حیاته ففی تجری بعد موته، و سئة هدی سئها ففی یعمل بها بعد موته، و ولد صالح یدعوا له، و بمضمونه روایات».

حضرت امام قده در تحریر الوسيله برای بیان آن ثواب جزیل و فضل کثیر به صحیحه ای از امام صادق علیه السلام ارجاع کرده اند که انسان بعد از موتش اجرای برایش حاصل نمی شود الا از سه باب: یکی صدقه ای که در زمان حیاتش اجراء کرده، فهی تجری بعد موته، و سنت هدایتی که ایجاد کرده و بعد از موتش به آن عمل می شود، و ولد صالحی که یدعوا له. و بعد هم فرمودند به مضمون این روایت روایاتی دیگری نیز وجود دارد.

در متن وسیله همینطور است، اصل مسئله که و هو تحبیس العین و تسبیل المنفعة و فيه فضل كثير و ثواب جزیل قال رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم: إذا مات ابن آدم انقطع عمله الا عن ثلاثة: ولد صالح یدعوا له و علم یتنفع به بعد موته و صدقة جاریة، و فسرت الصدقة الجارية بالوقف.

بررسی روایات استحباب وقف

حضرت امام ره در وسیله چون تعلیق زده اند (ایشان قبل از اینکه تحریر الوسيله بنویسند وسیله را تعلیق زده اند) آنجا فرموده اند علی روایة عامة. اولین تغییری که ایشان نسبت به وسیله داده اند این است که آمده اند جای این روایت عامی یک روایت صحیحه ای از امام صادق علیه السلام قرار داده اند که در کافی هست و در وسائل هم هست. منتهی یک نکته ای وجود دارد، امام بعد از اینکه این روایت را نقل کرده اند و می فرمایند و بمضمونه روایات - که همینطور است - نمی دانیم چرا این عبارت مرحوم سید را حذف کرده اند؟ مرحوم سید گفته اند و فسرت الصدقة الجارية بالوقف. این اضافه لازم است همانطور که فقهاء متعدد فرموده اند. و مرحوم سید در کتاب الوقف اول بحث شروع می کند که صدقه در اصطلاح فقهاء چیست، که انشاءالله بحث می کنیم که معانی مختلف دارد، و به نظر می رسد که این صدقه ای که در روایات هست مقصود وقف است. صدقه جاریه که یجری بعد موته وقف است. البته با نظر دقی خصوص این روایت به تنهایی نمی تواند این نکته را ثابت کند، و لکن در روایات دیگر که در همین مساق و مضمون است آنجا امام علیه السلام می فرماید: صدقه جاریه بعد می فرماید: لایباع و لایوهب و لایورث. این قیدها تقریباً روشن می کند که این صدقه وقف است. و الا آن صدقه دیگری که در آخر کتاب وقف و گاهی در ابتدای کتاب

وقف از آن بحث می کنند که همین صدقه اصطلاحی است که امر عبادی است این است که کسی انفاقی می کند به دیگری لله و برای ثواب این عمل؛ در این صدقه بعد از اینکه آن طرف مالک می شود می تواند بفروشد و هبه دهد. اصلا این مال با همین صدقه منتقل می شود به او و او هم می فروشد و می خرد. پس لا بیاع و لایوهب در صدقه های معمولی که ما می گوئیم نمی آید. پس این لا بیاع و لایوهب باید در چیزی شبیه وقف باشد.

بنابر به نظر می آید این عبارتی که مرحوم سید در ذیل عبارت وسیله داشت که «و فسرت الصدقة الجارية بالوقف» لازم بود تا مربوط به وقف بشود، و درست هم هست. این یک مطلب در این روایت.

و روایات دیگری که در اینجا هست در وسائل جلد ۱۹^۱ اول کتاب الوقوف و الصدقات، باب اول باب استحبابها، در این باب روایات متعددی ذکر شده است. گاهی روایات هم با طرق مختلفه نقل شده است. همین روایت اولی که ما خواندیم روایت اول همین باب اول کتاب الوقوف و الصدقات است: محمد بن یعقوب عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن عیسی عن منصور عن هشام بن سالم عن ابی عبدالله علیه السلام. روایت سندش درست است. بعد دارد که و رواه الصدوق فی الامالی و رواه الشیخ باسناده عن احمد بن محمد بن محمد بن عیسی، یعنی سه تا سند برای این ذکر شده است.

البته ما در فقه مکرر گفتیم که ما در بحث کافی خیلی دنبال سند نیستیم گرچه این روایت سندش صحیح است. ما در کافی اصل را بر صحت اسنادش می گذاریم بخاطر شهادتی که در مقدمه کافی داده است که سائل گفت من کتابی از شما می خواهم که روایاتش صحیح باشد یا روایاتی باشد که به آن عمل کنم، ایشان فرمود صحیح ما اردت را من آوردم. حالا این شهادت به درد می خورد یا نمی خورد و اشکالاتی که رجالیین مثل آقای خوئی ره می کنند ما اینها را به خیال خودمان جواب دادیم. ولذا نظرم آن مستقر شده است بر اینکه می شود به کتاب کافی عمل کرد. حتی من لایحضره الفقیه هم به نحوی همینطور است، نه از باب شهادتشان بر آنها، بلکه به این خاطر که می گوید این صحیحی است که اُفتی به. و شهادت مثل صدوق بر این روایات مانند شهادت های امروزی نیست که با استنباط و اجتهدای کذائی است. ما فکر می کنیم از باب اینکه ایشان یک کارشناس خریط بوده است در بحث روایت شناسی اینطور شهادت داده است. و این کافی است. و اگر این را نگوئیم مشکلاتی ایجاد می شود که در جای خود بیان کرده ایم.

حتی این حرف را به نحوی ما در تهذیب هم گفتیم از باب اینکه شیخ در مقدمه می فرماید ما این را از اصل های مشهور که بعمل به الاصحاب استخراج کردیم.

حالا درست است که در سلسله سند گاهی افرادی ضعیف هستند اما ضعف آن سند از این حیث منافات ندارد با صحت قدمائی که عبارت است از قابلیت عمل و وثوق به صدور این روایات از باب اینکه کسانی شهادت داده اند که خریط این کار بوده اند.

حالا این یک بحث رجالی مهمی می طلبد سر جای خودش، اختلاف نظر هست. ما فکر می کنیم این یک حرف اعتدالی معقولی است که به اینها عمل کنیم.

گرچه مرحوم آقای خوئی در اول رجال از مرحوم نائینی نقل می کند که ایشان می گفت اگر کسی در اسناد کتب اربعه تشکیک کند این کار پیرزنها است که داخل بشوند و بروند سند را زیر و رو کنند. بعد مرحوم آقای خوئی می فرماید این حرف درست نیست. حالا ما کار به فرمایش مرحوم نائینی نداریم ولی دلیل داریم بر این عرضی که می کنیم، می گوئیم همانطوری که بزرگانی فرموده اند اینها شهادت های قابل قبولی است. اما چرا به این شهادت ها می شود عمل کرد و چرا لزومی ندارد که ما به شهادتهایی مثل شهادت نجاشی و کشی و شیخ و اینها مراجعه کنید این بحث مهمی است در جای خودش.

این روایت و روایتهای دیگری که به این مضمون در این باب اول هست.

بعد در آخرین این باب مرحوم شیخ حر عاملی می گوید: اقول و تقدم ما يدل على ذلك ويأتي ما يدل عليه.

تقدم آن که می گوید قبلا اشاره کردیم، این در حدیث دو و سه و چهار از باب شش همین کتاب هست که آنجا هم روایات صدقه آمده و روایاتش هم خیلی خوب است. چون آنجا از امیرالمؤمنین علیه السلام و دیگران نقل می کند که لایباع و لا یوهب و امثال این، که دلالتهای خوبی بر بحث وقف دارد. و همینطور در باب ده از این ابواب.

این روایاتی است که عنوان عمده اش صدقه است، ولی در برخی شاهد دارد بر این معنا، و در برخی هم شاید بحث وقف آمده باشد.

سؤال وجواب: رُوی هم همینطور است. چون در مقدمه گفته است که من اینها را صحیح می دانم که اُفتی به، ولو روی باشد. چه جور صحیح می داند؟ ما ادعایمان این است که صدوق که در قرن چهار زیست می کرده قرائن کافی داشته است که وثوق به صدور اینها پیدا کند ولو با تعبیر روی می آورد. آنها را که می گوید قال رسول الله صلی الله علیه وآله

وسلم، آن یک بحث دیگری دارد، که آنجا عده ای گفته اند چون ایشان اسناد داده حتما اسناد داشته است که به نحو بطل و قطع اسناد داده است، آن را از جهت دیگری ممکن است تصحیحش بکنند. هر چند کسانی که خیلی سخت گیری می کنند می گویند این هم مرسله ای است مثل مرسلات دیگر و نمی توانیم به اینها اکتفاء کنیم. ولی به نظر ما باز اینجا هم انصاف اقتضاء می کند که برای این باب دیگری باز کنیم. اینکه صدوق در آن زمان با آن دسترسی هایی که داشته بگوید قال رسول الله، یک آدم اینطور متدین و دقیق در نقل روایات این نمی شود همینجوری حرف بزند. من یادم هست وقتی داشتیم برخی رجال نجاشی را تحقیق می کردیم، آن شخص می گوید من از استادم در مسجد کجا اینها را داشتم می شنیدم، برخی از این روایات را ایشان می خواند من گوش می کردم و برخی را من می خواندم و ایشان گوش می کرد و تصحیح می کرد. یعنی اینقدر دقت می کنند در نقل. آنوقت ما بگوئیم یک شخصی مثل صدوق که در نقل این اسناد اینقدر تدقیق دارد بگوئیم حالا وقتی می گوید قال رسول الله همینطوری گفته قال رسول الله، این مشکل است.

سؤال وجواب: اشکال اصلی که مثل مرحوم آقای خوئی وعده ای دارند همین است که می گویند آخرش ایشان یک اجتهادی کرده و دلیل معتبری که برای خودش حاصل شده برای خودش حجت است اما برای دیگران چرا حجت باشد. کما اینکه در بحث های فقهی هم فقهی که استنباطی کند ما نمی گوئیم برای دیگران حجت است، مگر بر اساس یک دلیل یا یک مقلدی پیدا شود که رجوع کند و گرنه حرف یک مجتهد برای مجتهد دیگر حجت نیست. یک آقای خیلی بزرگوار فرمایشی دارد ولی یک مجتهد دیگری در آن خدشه می کند.

جواب این حرف این است که نحوه کار شیخ صدوق در اینجور مسائل اجتهاد به این معنای امروزی نبوده است که بگوئیم ایشان یک اجتهادی کرده و این اجتهاد ممکن است دیگری در آن خدشه کند. در واقع مثل یک کارشناس بوده که تشخیص موضوع می داده با اکتفاء و اعتماد به قرائنی که هر کس هم مراجعه کند همین را می گوید.

من حرفم این است که اگر این را نگوئیم شما دچار یک مشکلی می شوید که نتیجتاً باید انسدادی بشوید. چرا؟ نجاشی نقل هایش چطوری است؟ نجاشی می گوید زرارة بن اعین ثقة ثقة. خب این را از کجا می گوید؟ خب اینکه از اتم مراسیل است. فاصله بین نجاشی و زراره چقدر بوده است. نجاشی چهارصد بوده تا صد و خرده ای بیش از دویست سال می شود، ایشان چطور می گوید ثقة ثقة عدل؟ همانطور که به نجاشی در نقل هایش اعتماد می کنید همین حرف را در مورد صدوق هم بزنید.

سؤال وجواب: من عرضم این است که اولاً رجالیین ما هم اجتهاد می کردند. شیخ ره رجالی ای است چند تا کتاب رجالی دارد، فهرست، اختیار کشی، رجال، اما شیخ ره چطور آدمی است در رجال؟ اصل را بر عدالت می گذارد. پس اهل اجتهاد بوده اند که در جرح و تعدیل ها تأثیر می گذارد.

سؤال وجواب: پس من می گویم رجالی یک آدم دقیقی بوده، ولذا فکر می کنم در تعارض با حرف شیخ در رجالش و فهرست و غیره حرف نجاشی اقدم است، واقعا از شیخ اداق است. خب نجاشی آدم دقیقی است، من هم معتقدم که وقتی می گوید که زرارة بن اعین ثقة ثقة عدل حتما قرائن و اماراتی داشته است که می توانسته این را بگوید. ولی شما بیش از این نمی توانید بگوئید که قرائن و اماراتی است که به نظر او کافی است در اعتماد. و بلکه به نظر او هر کسی هم که مراجعه به آن قرائن کند همین را می گوید. بیش از اینکه نیست. ممکن است دیگری طوری باشد از آنها این استفاده را نکند. وثاقت بیش از این نیست که من هم خودم مجموعه قرائن را کافی برای نقل بدانم، و هم این را بگویم دیگرانی هم که آدمهای عادی و طبیعی باشند و این قرائن را ببینند به همین نتیجه می رسند. بیش از اینکه نیست. شما نمی توانید به یک آدمی که الان از بیرون آمد و می گوید مثل اینکه هوا یک مقداری غبارآلود است. خب مجموعه استشمامی که کرده و نگاهی که کرده این را به آن رسانده است. و شما رفتید و دیدید اتفاقاً غبار آلود هم نیست، آیا وثاقت او به هم می خورد؟ وثاقت این است که امین و موثق باشد در نقل.

سؤال وجواب: ما مبنا را کار نداریم، مبنا یعنی مجموع قرائنی که نتیجه را ثابت می کنید. این را می گوئیم مبنا دیگر. در فهم این مجموع قرائن ممکن است ما اشکال کنیم بگوئیم این مجموع قرائن کافی نیست. همین حالا اصلاً عملاً بگوئیم رجالیین ما مثل مرحوم وحید بهبهانی رویه اش در رجال این است که مجموعه ای از چیزها را جمع می کند و می گوید این قرینه است بر این چیز. ترحم یا ترضی را عده ای کافی می دانند برای مدح، عده ای دیگر کافی نمی دانند. ولی این کافی دانستن که خلاف ثقة بودنشان نیست. بلکه بخاطر این است که یکی به این مجموعه قرائن اکتفاء می کند و دیگری اکتفاء نمی کند. این ربطی به وثاقت ندارد.

واینکه نقل می کند ثقة ثقة چون واقعا یقین دارد که ثقة ثقة، یا مجموع قرائنی است که عقلاء به آن اکتفاء می کنند در نقل. به این مقدار ظن مثل اطمینانها اکتفاء می کنند. یا اینکه حتی اطمینان هم نیست ولی در مقام کارشناسی به او اکتفاء می کنند.

بنابر این من عرضم این است که چون صدوق کسی نیست که مثل امروز اجتهاد کند، حتی حرفهای معمولی که می زند ما احتمال زیاد می دهیم که اینها مضمون روایات باشد. در مورد والدش که همین را می گویند که کتاب فقهی منسوب

به ایشان را می گویند این تقریباً متن فتوایش متن روایات است. در مورد صدوق ما می گوئیم یک آدم این چنینی که می گوید من این را صحیح می دانم که اُفتی به، این یک شهادت خاصی است. نه اینکه فقط شهادت این است که من مضمونش را از لحاظ عمل کافی می دانم، بلکه او را موثوق در صدور از ائمه می داند. و این یک شهادتی است مثل شهادت رجالین.

این یک بحث مهمی است روی آن کار کنید. این تنها حرف من نیست حرف خیلی ها است. همین نقض را که گفتیم اگر این مطلب را نپذیریم در حجیت قول نجاشی و اینها مشکل می شود بعدها دیدم مرحوم صاحب حدائق در درّه نجفیه همین نقض را عیناً کرده است و دیگران هم همین نقض را کرده اند. یعنی اگر بنا باشد ما این راه را ببندیم باید انسدادی بشویم. این بهتر است.

دوستان به این روایات مراجعه می کنند، بحث ثواب بود و صدقه که صدقه اش بحثی دارد که اشاره کردم و انشاءالله معانی اش می آید.

در این متنی که نقل کردیم قبل از ورود به مسئله اول چندین بحث دیگر وجود دارد. بحث اول راجع به این تعریفها است. مرحوم آخوند در رساله وقف خودش یک حرفی دارد راجع به این تعریفها، ما اجمالش را عرض می کنیم و عبور می کنیم. بعد راجع به خود این جمله که الوقف هو تحبیس العین و تسبیل منفعتها، که بعضی جاها در متن روایت نبوی دارد حبس الاصل و سبیل الثمرة، در این تغییر عبارتها هم باید تأملی کرد. و بعد بگوئیم که اینها در مقام این تعریف دارند چه کار می کنند، آیا مفهوم وقف را می خواهند بیان کنند یا واقع وقف را می خواهند بیان کنند؟ آیا اینها با هم فرقی دارد و چه اثری دارد؟

باسمه تعالی

- تعریف وقف ۱۳
- کلام فقهاء در تعریف وقف به ایقاف ۱۵
- کلام مرحوم آخوند در تعریف وقف ۱۶
- بررسی کلام مرحوم آخوند ۱۸
- نظریه مختار در تعریف وقف ۱۹

تعریف وقف

بحث در تعریف وقف بود.

در تحریر الوسيلة اینطور شد که: «کتاب الوقف و اخواته و هو تحبیس العین و تسبیل المنفعة.»

در متن وسیله هم تقریباً همین است، در آنجا هم گفته است که «الوقف هو تحبیس العین و تسبیل منفعتها». از این جهت فرقی نمی کند.

در کلمات قوم تعریف وقف با بیان های مختلفی آمده است که ابتداء ما این را فی الجملة نقل می کنیم تا بعد ببینیم این تعاریف چه چیزی را در وقف ثابت می کنند.

در کتاب مفتاح الکرامة معمولاً اقوال را جمع می کند، در متن مفتاح الکرامة که قواعد علامه است بجای اینکه وقف را اینطور تعریف کند که «الوقف هو تحبیس الاصل یا تحبیس العین و تسبیل المنفعة»، می گوید «عقدٌ یفید تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة». هم تسبیل را به اطلاق تبدیل کرده است و هم یک تصرف خیلی روشنی قرار داده است که بجای اینکه وقف را خود تحبیس الاصل یا عین و تسبیل المنفعة یا اطلاق المنفعة بگیرد گفته عقدٌ که یفید تحبیس الاصل یا عقدٌ ثمرتها تحبیس الاصل که برخی دیگر تعبیر کرده اند.

این هم یک بیان در تعریف.

صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: تعریفه بالعقد المفید لذلك أو الدال على ذلك كما فی التنقیح و ایضاح النافع و الکفایه كما ستسمع احسن من تعریفه بأنه تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه که عقد را نیاورده اند كما فی الشرایع و النافع و اللعنه. و همینطور احسن است من تعریفه بأنه تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه كما فی المبسوط و فقه القرآن للراوندی و الوسیله و السرائر و الجامع و المذهب البارع و مجمع البرهان. در این کتبی که ذکر شد در برخی از اینها آمده است «تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه»، در برخی دیگر آمده است «تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه». و جامع همه اینها این است که نگفته اند عقد یفید تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه یا تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه، بلکه خودش را گفته اند که تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه. و این خیلی فرق می کند.

شما اگر در تعریف وقف عقد را داخل کنید، آنوقت جمع کثیری از فقهاء که عقد نمی دانند مطلقا یا در برخی از موارد وقف، اینها همه را کنار گذاشته اید. یا اینکه بگوئید تحبیس الاصل است که آنوقت قابل بحث است که عقد هست یا نیست. خلاصه عقد بودن را این گروه دوم خارج کرده اند.

یک نکته کوچکی در این عبارت هست، و آن اینکه: ایشان شرایع را هم جزء کسانی آورده است که گفته اند تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه. در حالی که در شرایع ۲/۲۱۱ ایشان فرموده: عقد یفید تحبیس الاصل و اطلاق المنفعه. پس شرایع هم گفته است عقد.

در تنقیح و در ایضاح النافع به یک نکته ای اشاره کرده اند، گفته اند: تعریف به تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه یا اطلاق المنفعه تعریف حقیقی نیست بلکه تعریف به غایت است. چون غایت این وقف تحبیس بوده است آمده اند تعریف کرده اند به غایت آن. در حالی که تعریف واقعی تعریف به غایت نیست بلکه تعریف به خود شیء و حقیقت شیء است. كما اینکه در مسالک و در روضه فرموده اند: تعریف وقف به تسبیل و تحبیس این تعریف به بعض الخصوصیات است نه تعریف واقعی.

خب واقعه چیست؟ و اصلا واقعی دارد یا ندارد؟ این محل بحث است.

کلام فقهاء در تعریف وقف به ایقاف

مرحوم سید در متن وسیله در مسئله ۶۷ که خواهد آمد می فرماید: تحقیق این است که الوقف ایقاف للعین أو للأصل لدرّ منفعتهما. حقیقت وقف ایقاف عین است برای استفاده منفعتش برای موقوف علیهم. پس حقیقت وقف ایقاف است.

مرحوم امام ره هم در تحریر همین را قبول کرده است.

بعد دیدم بعضی از ناظرین به کلام امام قده یعنی حضرت آیه الله سبحانی (حفظه الله) هم در کتاب وقفش می گوید این تعاریفی که به عنوان تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة شده است اینها تعریف به لازم است نه حقیقت شیء. اگر بخواهید حقیقت وقف را بگویید چیست باید بگوئید حقیقت وقف ایقاف شیء و منافع آن است برای استفاده موقوف علیهم.

که این فرمایش ایشان عینا مأخوذ از متن وسیله و تحریر الوسيله است.

قبل از اینها مرحوم صاحب عروه در چند جای عروه می فرماید حقیقت وقف ایقاف است. و صاحب عروه هم بر وسیله و هم بر تحریرالوسيله مقدم است. در عروه ۲/ ۱۹۲ چاپ قدیم می فرماید: إذ التحقيق كما سيجيء أن حقيقة الوقف هو الايقاف و حينئذ فإن قصد التأييد استلزمه الخروج عن ملكه و الا فلا. - این را بخاطر این جهت گفته است که چون فرعی که آنجا محل بحثش بوده این بوده: - والدخول في ملك الموقوف ممنوع حتى في المؤبد. والحاصل أن الايقاف قدر مشترك بين الوقف و الحبس، و لافرق بينهما الا بقصد التأييد و عدمه.

پس خلاصه حقیقت وقف ایقاف است.

در عروه ۲/ ۲۳۲ می فرماید: والاقوى أن حقيقة الوقف هو الايقاف - اینجا نکته اصلی را می گوید - و لازمه الخروج عن ملك الواقف إذا كان مؤبدا لأنه إذا كان ممنوعا عن التصرف في العين و المنفعة لا يبقى له تعلق بها و لا يعتبر العقلاء بقاء ملكيته. چون ما بعدا بحث مفصلی داریم که آیا ملکیت عین یا اصل از ملک واقف خارج می شود یا نه؟ بعد بحث می شود که آیا وارد در ملک موقوف علیهم می شود، یا نه اصلا وارد در ملک کسی نمی شود، بلکه مثل تحریر محض و فک ملک محض در عتق رقبه است، یا ملک خداوند می شود؟ آنجا بحث می شود.

ایشان می فرماید که ولو ما در باب وقف قبول داریم که از ملک واقف خارج می شود و ملک فک می شود، اما این خروج از ملک در ماهیت وقف دخیل نیست، بلکه از لوازم حقیقت وقف است. حقیقت وقف ایقاف است. این ایقاف که به معنای نگه

داشتن و منع من التصرف در عین و توابعش است این ایقاف اگر مؤبد باشد لازمه اش خروج از ملک است. چرا؟ برای اینکه اگر شخص نتواند در عین ملکش و در منافعش تصرف کند پس لا تعلق له بها. و عقلاء دیگر برای همچنین آدمی که همچنین نسبتی با ملکش ندارد که نه می تواند تصرف کند در عینش و نه در منفعتش اعتبار ملکیت نمی کنند. و بعد ایشان از روایات هم استظهار می کند که روایات هم همین را می خواهند بگویند که واقف بعد از وقفش نسبت به ملک خودش مثل اجنبی می شود. این ادعای ایشان است که ما فعلا به این جهتش کار نداریم، بلکه به این جهت کار داریم که حقیقت وقف ایقاف است.

و عرض کردم جالب این است که آیه الله سبحانی عبارتشان این است که می فرماید: این تعاریفی که علماء کرده اند که گفته اند تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة تعریف به آثار است دون التعریف بالحقیقه، و ذلک لان حقیقه الوقف ایقاف العین الموقوف، و الاولی تعریفه بایقاف الشیء علی جهة أو شخص لتدر المنافع منه علیها. که این تقریبا متن خود تحریر الوسیله و خود وسیله در مسئله ۶۷ است.

عرض ما این است که ظاهرا این بزرگواران می خواهند بگویند ما حقیقت وقف را تعریف کردیم. لکن اولین بحث این است که آیا اصلا در اینجور موارد ما تعریف حقیقی داریم و می توانیم تعریف کنیم حقیقت یک شیء را؟

کلام مرحوم آخوند در تعریف وقف

مرحوم آخوند هم رساله ای دارد در وقف - که اتفاقا این رساله را با مجموع رسائل دیگرش همین مدرسه ما توسط یکی از افاضل تنقیحاً چاپ کرده است - مرحوم آخوند هم در رساله وقف تعریف را همین تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة می گیرد. بعد می فرماید: این اختلافاتی که در تعابیر قوم وجود دارد اختلاف در حقیقت نیست، «ولیس هذا خلافا فی حقیقته، لما حققنا فی البحث و غیره أن الاصحاب فی تعاریفهم فی سائر الابواب إنما هو بصدد شرح الاسم کاللعوی لا الحد أو الرسم». بعد خود ایشان می گوید: حبس و وقف حقیقتشان واحد است و اختلافشان بالمرتبه است. «وکیف کان فهو حبس خاص و هو المطلق منه المقابل للحبس لا مطلقه الشامل لهما، و التفاوت بینهما إنما یکون بالمرتبه، كما یکون بین الايجاب و الاستحباب، و اختلافهما بحسب الآثار إنما هو لذلك - یعنی لاختلاف المرتبه - لا لاختلافهما فی الحقیقه». مجموعه رسائل آخوند صفحه ۸.

ایشان در صفحه ۵۷ از همین مجموعه رسائل می فرماید: «و تحقیق الحال فيها يستدعى تمهيد مقال و هو إن الوقف على ما مرت إليه الإشارة وإن كان بحسب الحقيقة لغةً و شرعاً حبساً لا تملیكا متفصلاً بالحبس -الی أن قال-: الا أنه عبارة عن المرتبة العليا التي هی الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرفات و التقلبات فی العین.»

حرف ایشان این است که وقف و حبس یکی هستند هر دو حبس هستند، منتهی یکی حبس مؤبد است، بطوری که واقف ممنوع است از نقل و انتقال و تصرف در عین و منفعت. یکی از آنها فقط حبس است از تصرف در منفعت، که عبارت هستند از حبس در سکنی و رقبی و عمری و حبس خاص. که فقط حبس است از تصرف در منافع. وقف هم حبس است، منتهی حبس مؤبدی است که حبس است از تصرف در عین و منفعت. می گوید این فرقی نمی آورد، بلکه دو مرتبه از حبس است، یکی مرتبه علیا که حبس است از همه تصرفات، و یکی مرتبه دنیا و پائین و دون که عبارت است از حبس از تصرف در منافع.

آنوقت بر این اساس آثار زیادی در فروعاً مختلفه مترتب می شود. بعد ایشان اینجا می گوید بنابر این اصلاً این حرف که وقف تملیک باشد غلط است.

آنوقت عبارتی قریب به یک صفحه را نقل می کنند از برخی از اعاضم در تقریراتشان از شیخ علامه شیخ انصاری ره. - که منقح محترم این رساله فرموده اند ما این عبارت را پیدا نکرده ایم. من هم نرفتم دنبال کنم، ولی تقریباً مطمئن هستم که این عبارت بعینها عبارت مرحوم آشتیانی است در کتاب القضاء. و تعبیر اینکه می گوید قال بعض الاعاضم فی تقریره هم خیلی جالب است. من در ذهنم این بود که کتاب القضاء مرحوم آشتیانی عمده اش تقریرات شیخ انصاری است. واقعا اینطوری است. خیلی جاهای آن می گوید و کذا افاد الاستاذ فی مجلس الدرس. و شاهد دیگرش هم این است که هم آ میرزا حبیب الله رشتی کتاب القضاء دارد و هم مرحوم ملا حسینقلی همدانی کتاب القضاء دارد، همه اینها در مطالب شبیه به هم هستند، معلوم می شود همه اینها تقریرات شیخ انصاری هستند - یک نکته فوق العاده مهمی در اینجا دارد که من دیروز به آن اشاره کردم، و آن این است که: مرحوم آشتیانی در اینجا از مرحوم شیخ نقل می کند که توقیت در ملکیت عین معنا ندارد. این یک بحث استداراکی است، آنوقت در ذیل می گوید وقف تملیک است لا حبساً مستلزماً للتملیک. این را مرحوم آشتیانی از شیخ نقل می کند. مرحوم آخوند به این اشکال می کند.

پس در تعریف وقف مطالب مختلفی گفته شده است، آیا نوعی حبس است، یا حبس تملیکی است یا تملیک یستلزم

الحبس.

یک بحث مهمی که اینجا مطرح می شود این است که این تعاریف چیست؟

عبارت آقای سبحانی را دیدیم، به نظرم ایشان می خواهد تعریف حقیقی کند. ولی مرحوم آخوند در عبارت صفحه ۸ از رسائلشان که نقل کردم می خواهد بفرماید که اصلاً اینها تعریف حقیقی نیست. می گوید شرح الاسم است کاللعوی، نه حد و رسم که تعریف حقیقی است - که حد تعریف به اجزاء ماهوی است و رسم تعریف به لوازم است -.

بررسی کلام مرحوم آخوند

یک بحثی اینجا وجود دارد که اثر عملی در فقه و اصول ندارد، فقط برای فهم کلمات اصولیین به درد می خورد. آن هم اینکه مرحوم آخوند شرح الاسم را با تعریف لغوی و لفظی یکی می داند. ایشان در کفایه در چند جا به این مطلب اشاره کرده است که هذا من شرح الاسم و هو التعریف اللفظی، یعنی بیان یک لفظ به معنایی مشابه معنای دیگر یا گفتن یک معنا به الفاظ دیگر مثل انسان و بشر. آیا این حرف درست است یا نه؟

مرحوم اصفهانی که اهل تدقیق است در ذیل فرمایش آخوند هر کجا رسیده این تعلیق را زده است که شما دارید اشتباه می کنید. شرح الاسم تعریف لفظی و لغوی نیست. اصلاً شرح الاسم با تعریف واقعی یکی است. منتهی تعریف بالحقیقه یا ماء حقیقه در جایی است که شیء وجود پیدا کرده است و تعریف بعد الوجود است، و شرح الاسم همین است قبل الوجود. این اصطلاح را ایشان از بعض منطقیین آورده است.

ما اینها را مفصل در بحث واجب مشروط که چاپ هم شده است، در جلد ۳۱ از فلسفه علم اصول آورده ایم. ما کلمات بوعلی و عده دیگری را آورده ایم که گاهی اصطلاح شرح الاسم غیر از این است که مرحوم اصفهانی نقل کرده است. و می شود گفت یک بیانی است که با تعریف لفظی یکی نیست ولی به یک معنایی است که به تعریف لفظی اقرب است تا آن چیزی که مرحوم اصفهانی می فرماید. حالا این بیان اصطلاحات است که کلمات قوم معلوم باشد چه می گویند. دوستانی که مایل هستند مراجعه کنند.

آن چیزی که الان برای ما بحث واقعی است این است که حقیقت وقف چیست؟

ممکن است کسی به این برسد که اصلاً در وقف خروج از ملکیت نیست. برخی از اهل سنت این را می گویند. بعید نیست بعضی از کلمات علماء ما هم همین باشد. ظاهراً یک عبارتی از نهاییه یا مبسوط شیخ نقل کرده اند به این معنا که باید نگاه کنم که اصلاً در وقف خروج از ملکیت نیست بلکه همین منع از نقل و انتقال است. این را باید بحث کنیم. چون مرحوم سید یک استدلالی کرده بینیم این استدلال جواب دارد یا نه.

روی این فرض که در وقف این قسمتش مسلم باشد که مال موقوف از ملک واقف خارج می شود. اگر شخصی منزلی یا مسجدی یا چیز دیگری را وقف کرد، چه وقف عام یا وقف خاص، از ملک واقف خارج می شود. فرض کنیم اینطور است. حالا سؤال این است که آیا این خروج داخل در ماهیت وقف است؟ یا نه، حقیقت وقف همان حبس است. یا حبس هم نیست بلکه ایقاف است، مگر اینکه حقیقت حبس را همان ایقاف بدانیم که حقیقتش ایقاف است، و این ایقاف لازمه اش حبس است، یا می گوئیم خودش حبس است و لازمه اش خروج از ملکیت و تملیک به دیگران است.

پس در حقیقت وقف خروج از ملکیت اخذ نشده است، و تملیک به دیگری هم در آن نیست. این هم بحث مفصلی خواهد شد که ما ولو در وقف خروج از ملک واقف را قطعی بدانیم اعم از اینکه در تعریف باشد یا لازم باشد، اما ورود در ملک دیگری و تملیک به دیگری اول کلام است. آیا در وقف خاص تملیک به موقوف علیهم می شود؟ آیا در وقف عام - مثل وقف برای علماء یا فقراء - تملیک به این موقوف علیهم می شود، یا اینکه فک ملک مطلق است بدون تملیک به کسی، یا تملیک به خداوند می شود؟ اینها بحث هایی است که خواهد آمد.

نظریه مختار در تعریف وقف

اولین مطلبی که در این بحث من می خواهم عرض کنم مطلبی است که در این کلمات نیامده است و استدلالشان طوری هست که ما مجبوریم این نکته ای که می خواهیم عرض کنیم تنقیح کنیم. و این نکته به درد خیلی از مباحث می خورد و در اینگونه مباحث مثل بحث ملک یا حق یا هر کجا که می خواهند در اصول و در فقه تعریف کنند یک نکته کلیدی است.

ما یک بحثی داریم که در این تعاریف شما به دنبال بیان معنای لفظ هستید و می خواهید مفهوم یک لفظ را معلوم بکنید و شرح بدهید، یا می خواهید یک واقعیت و ماهیتی را در جایی که ماهیت واقعی یا اعتباری باشد بیان کنید؟ بین اینها فرق است.

این را خواهش می کنم دقت کنید. چون بحث فوق العاده مهمی است، وفهمش هم در نظر اولی ممکن است مشکل باشد که چه فرقی دارد. وقتی این فرق روشن شد به کلمات قوم که مراجعه کنید عجایی می بینید از خلط بین بیان معنای لفظ و بین بیان ماهیت و واقعیت یک شیء.

یک وقت شما به دنبال بیان معنای لفظ هستید. مثلاً در ماهیت واقعیه لفظ آب، می پرسید آب یعنی چه؟ می گویند همان سیال معروف. وقتی می خواهید این معنای لفظ آب را کشف بکنید راهش مراجعه به کتاب لغویین یا مراجعه به عرف است که از آنها سؤال کنید.

اما یک وقت شما می خواهید واقعیت آب را که یک ماهیتی است در عالم کشف بکنید. به قول امروزی ها می شود H_2O ، یا اصلاً این هم تعریف درستی نیست، صور نوعیه نیست، صور نوعیه اش چیز دیگری است، جنس وفصلش چیز دیگری است. هر چه که هست می خواهید این ماهیت را کشف کنید. ماهیت آب را اگر بخواهید کشف کنید چه جوری کشف می کنید؟ باید بروید در لابراتوار وآزمایشگاه ببینید حقیقت آب چیست H_2O است یا چیز دیگری است. راهش مراجعه به کتاب لغت نیست. کتاب لغت نمی تواند برای شما واقعیت آب را کشف کند. یک کار پیچیده علمی می خواهد تا ببیند واقعیت آب چیست. حالا H_2O یک ظاهری است، ممکن است باطنش چیز دیگری باشد. ممکن است بعداً یک کشف علمی بشود که این H_2O اصلاً غلط است. اینها هیچ ربطی به عالم لغت و بیان معنا ندارد. حالا ما کاری نداریم که در فهم معنا به لغوی مراجعه می کنیم یا به عرف مراجعه می کنیم، به هر کس می خواهیم مراجعه کنیم. روش در فهم معنای یک لفظ این است که به لغوی یا عرف مراجعه کنیم. اما روش در کشف یک ماهیت کار علمی می خواهد. حالا این علم یکوقت علم طبیعی است، یکوقت علوم دیگر مثل علوم اجتماعی است.

اگر شما این تفکیک را دقیق متوجه بشوید بعد می بینید گاهی خیلی عجیب است. مثلاً مرحوم آشیخ محمد تقی جعفری رضوان الله علیه که آدم اهل فکر و پرکاری بود، ایشان وقتی مثلاً فرهنگ و تمدن را می خواهد تعریف کند می رود چندین عبارت را از جاهای مختلف و فرهنگها و کتابها می آورد، که در لغت فلان این را را گفته اند در جای دیگر این را گفته اند. سؤال این است که اصلاً وقتی که ما می خواهیم راجع به واقعیت فرهنگ بحث بکنیم آیا راهش مراجعه به کتاب لغت است که ببینیم دائرة المعارفها فرهنگ را چه جور تعریف کرده اند، یا نه راه دیگری دارد.

این بحث همه جا می آید.

مثلا در باب حق شما نگاه کنید رساله حق و حکم مرحوم اصفهانی را یا فرمایش آقای خوئی در اول بیع را و دیگران که بحث کرده اند، برخی می گویند الحق هو الثبوت لغة. خب بله، اما این چه کشفی از واقعیت حق می کند؟ در باب حکم بعضی ها گفته اند که حقیقت وجوب هو اعتبار الثبوت، چون وجب ای ثبت. من می خواهم بگویم همه این موارد یک خلط عجیبی رخ داده است. بله مفهوم لفظ وجوب ممکن است همین ثبوت باشد که می فرمایید. اما ما در باب ماهیت حکم در علم اصول دنبال مدلول و مفهوم لفظ وجب نیستیم. دنبال یک پدیده ای هستیم به نام حکم. می خواهیم ببینیم حقیقت این چیست؟ آیا حقیقت و واقع حکم اعتبار است، یا اراده و کراهت است، یا انشاء شیئی است بداعی جعل الداعی که مرحوم اصفهانی می گوید، یا حقیقت حکم ابراز الاراده است که محقق عراقی ره می فرماید، یا چیز دیگری است. اینها ربطی به مدلول لفظ وجوب ندارد. همین حرف در حق، ملک، بیع و وقف هم می آید. خیلی بحث مهمی است.

ما الان در آنجایی که می خواهیم شخصیت حقوقی را بحث کنیم که آیا وقف شخصیت حقوقی دارد یا نه، ما به این کار داریم. یک عده ای در باب بیع می گویند بیع انشاء تملیک عین بعوض است. یک عده ای می گویند مبادله مال بمال، که مرحوم شیخ در اول بیع مکاسب از مصباح و جاهای دیگر این را می آورد. یعنی ایشان دنبال مدلول لفظ بیع در این کتابها گشته است. در حالی که اگر ما در مکاسب از بیع بحث می کنیم باید از واقع بیع بحث کنیم. یک پدیده ای در بین عقلاء وجود دارد، حالا غربی ها به آن می گویند نهاد، ما می گوئیم پدیده و واقعیت، آن چیست؟ آن کاری است که در بیع می کنند ما آن کار را باید ببینیم چیست، یا مسبب این کار را باید ببینیم چیست که نقل و انتقال است یا چیز دیگر. اما مدلول، ولو ما به مدلول هم کار داریم اما نه به عنوان کشف واقعیت بیع، بلکه برای اینکه مقصودمان از گفتن لفظ بیع را مشخص کنیم، اما اینکه واقعیت بیع چیست بحث دیگری است.

الان همین بحث را ما در وقف داریم. بزرگوارانی مثل صاحب عروه ره و حضرت امام قده و سید ابوالحسن اصفهانی ره در وسیله و دیگران که اقدام هستند در قول به اینکه وقف ایقاف است که در عبارت های علامه ظاهرا آمده است، ظاهرا در تذکره و مذهب البارع است که سَمی الوقف وقفا لاشتماله علی وقف المال علی الجهة المعینه. یعنی وقف لغوی که همان ایقاف است. یعنی معلوم می شود این نظر که می گوئیم الوقف ایقاف قبل از سید یک عده دیگر هم شاید همین نظر را داشته اند. حالا آن کسی که بالتصریح گفته مرحوم سید است و بقیه را باید فحص کرد. عرض ما این است که وقتی شما در مقام کشف حقیقت وقف می گوئید الوقف ایقاف ظاهرش این است که به لغت برگشته اید. آیا واقعا لغت در اینجا چیزی را اینجا حل می کند؟ مرحوم

آخوند در صفحه ۸ ظاهرا و در صفحه ۵۷ به صراحت داشت که وقف لغتا و به حسب شرع هو الحبس و التحبیس. سؤال این است که آیا در مقام کشف حقیقت وقف چیزی را معلوم می کند یا نه. به نظر ما این حرف خلط است که ما بحث لغوی از وقف را با تحلیل واقعیت وقف خلط کنیم. البته تحلیل هم کرده و بحث واقعی هم کرده اند ولو خلط کرده اند. خلاصه ما باید در صدد شناخت حقیقت وقف باید باشیم. و حرف من این است که در این شناخت بحث لغوی کمکی به ما نمی کند.

حالا بیائیم اول بحث، در تحلیل این پدیده ای که به نام وقف داریم ببینیم حرف کدامیک از اینها درست است. آیا واقعا وقف تحبیس است و در آن تملیک است یا نه؟ آیا ایقافی است که غیر از تحبیس است یا هو التحبیس؟ ایقافی است که غیر از تملیک است.

این بحث را جلسه بعد دنبال می کنیم. و الحمد لله رب العالمین

باسمه تعالی

ادامه بحث تعریف وقف Error! Bookmark not defined.

تعریف وقف به ایقاف در کلام فقهاء Error! Bookmark not defined.

کلام مرحوم آخوند در حقیقت وقف Error! Bookmark not defined.

بیان نظر مختار در حقیقت وقف Error! Bookmark not defined.

خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در تعریف وقف بود که در تحریر الوسيله آمده بود تحبیس العین و تسبیل المنفعة. که هم در متن وسیله است و هم در کلمات بزرگان همین تعریف آمده است. البته گاهی بجای لفظ «عین» لفظ «اصل» آمده است که تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة، و گاهی این «تسبیل المنفعة» را گفته اند «اطلاق المنفعة». اینها خیلی فرق های اساسی نیست. اما گاهی در تعریف وقف گفته اند: «عقد یفید تحبیس العین (أو الاصل) و تسبیل المنفعة»، و گاهی فرموده اند که «الوقف تملیک بوجه خاص فی موضوع خاص» که لازمه اش تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة می باشد.

و این موجب شد که برخی از بزرگان مثل صاحب عروه، صاحب وسیله و حضرت امام قده در تحریر الوسيله فرموده اند که «حقیقة الوقف ایقاف». و این ایقاف لازمه اش تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة است. و سید ادامه می دهد که لازمه اش فک ملک و تحریر است. منتهی می گویند این فک ملک و تحریر و جدا شدن ملک از مالک در وقف، اینها مقوم وقف نیست. مقوم و حقیقت وقف همان ایقاف است. و واقعا کلمات علماء اینجا متشتت است.

و اشکال هم که نکنید که دعوای لفظی و صوری است. نخی اینطور نیست. چون اینکه حقیقت وقف ایقاف باشد به معنایی که آقایان می گویند که تحبیس باشد یا تملیک باشد، یا اصلا تملیک هم نباشد، و لازمه وقف هم فک ملک نباشد کما اینکه عده ای از فقهاء می گویند، که می فرمایند در وقف، ملک به ملک واقف باقی است فقط نمی تواند در آن تصرف کند. خب اینها واقعا تشتت است و باید ببینیم این را چه کنیم.

و بحث فقط لفظی نیست، بلکه در بحث های آتی اثر دارد. مثلاً اگر گفت حبست وبعد توقیت زمانی نکرد، آیا این حبس واقع می شود یا وقف واقع می شود یا هیچکدام واقع نمی شود. یک طرف آن قضیه بسته به این بحث است که حقیقت وقف چیست.

و در جلسه گذشته عرض کردیم یک مشکل در کلمات فقهاء این است که بحث لغوی را با بحث واقعی خلط کرده اند. وقتی عالم بزرگی مثل صاحب عروه ره می فرماید حقیقت وقف ایقاف است، یا عالم بزرگی مثل مرحوم آخوند در رساله وقف می فرماید الوقف حبس کما هو لغتا و شرعاً، و یا این بزرگواران به نحوی حل مسئله اینکه حقیقت وقف چیست را وابسته کرده اند به اینکه معنای لفظ وقف چیست.

و ما آن جلسه گذشته عرض کردیم که این اصلاً روش غلطی است و در موارد متعدد مشابه همچنین چیزی رخ داده است. چون بحث کردیم تکرار نمی کنیم، فقط برای آشنا شدن ذهن آقایان می خواهم عرض کنم که فرق اساسی است بین اینکه ما در تحقیق یک واقعیت به دنبال مقومات واقعی آن باشیم اعم از آنکه واقعیت واقعه تکوینی و یک صورت نوعیه باشد، یا یک واقعیت اجتماعی باشد، یعنی اعتبارات عقلانی - که در جدیدی ها در غرب از آن تعبیر به واقعیت های اجتماعی می کنند. علماء می گویند اعتبارات عقلانی -، مثل ملکیت، زوجیت، طلاق و غیره. اینها اعتبارات عقلانی هستند.

یک وقت ما می خواهیم بشکافیم که این اعتبار عقلانی چیست و داریم چه کاری می کنیم. اما یکوقت می خواهیم بدانیم مدلول لفظ وقف چیست، مثل اینکه در بیع یکوقت می خواهید بدانید معنای لفظ بیع چیست، می گوئید مبادله مال بمال در مقام معنای لغوی هستید. لذا به قاموس و مصباح المنیر مراجعه می کنید. من عرضم این است که اینها دو مقام کاملاً جدا است. البته روشن است که ما با مدالیل الفاظ هم کار داریم، منتهی فقط برای اشاره به آن چیزی که می خواهیم آن را کشف بکنیم. اگر از ما بپرسند که آب چیست، ما باید یک جوری بگوئیم مقصودمان چیست و به آن اشاره کنیم، اما برای اینکه بگوئیم آب چیست نمی شود به کتاب لغت مثل کتاب دهخدا مراجعه کنیم که آب چیست، چون ما می خواهیم ببینیم واقعیت آب چیست. اینکه دهخدا یا فرهنگ معین یا آندراج چه چیزی گفته، اینها فائده ای ندارد. بله برای اینکه فقط بدانیم به چه چیزی اشاره می کنیم اجمالاً لازم است مدلول لفظ را بدانیم، اما این واقعا به درد کشف تحلیل ماهیت یا واقعیت یا مقومات آن امر واقعی نمی خورد. آن را باید بروند در آزمایشگاه کشف کنند که حقیقت آب چیست.

در امور اعتبارات واقعی هم همین است. اعتبارات عقلانی که در بستر اجتماع رخ می دهد مثل ملکیت، زوجیت، طلاق و... اینها یک واقعیت هایی دارد. متأسفانه در مقام تحلیل واقعیت اینها خلط شده کما اینکه خیلی جاها اینطور شده است.

ادامه نظریه مختار پیرامون حقیقت وقف

اگر از ما بپرسند که حقیقت بیع چیست؟ می گوئیم تملیک عین بعوض. نه اینکه معنای لفظ بیع حتما این است. بلکه ما دنبال این هستیم که ببینیم واقع عملیه ای که عقلاء در باب بیع انجام می دهند چیست. در بیع کاری که بایع و مشتری می کنند تملیک عین به عوض است. ولی لغوین اینطور معنا نکنند.

اجاره چیست؟ این نیست که بگویید در آجرتک الدار بكذا معنای لفظ ایجار در لغت این است. این فائده ای که ما به دنبالش هستیم ندارد. آنچه ما به دنبالش هستیم این است که می خواهیم ببینیم واقعیت کاری که این دو نفر در اجاره انجام می دهند چیست. که فقهاء به این رسیده اند که تملیک منفعت است به عوض. در صلح و جاهای دیگر هم همینطور.

آن جلسه عرض کردم که فرق این دو مقام روشن است هم به لحاظ خودش و هم به لحاظ روشی که ما برای کشف داریم. یکی روشش مراجعه به کتاب لغت و عرف است و یکی مراجعه به واقعیت آن پدیده اجتماعی است اگر بتوان در آورد که این واقعیت چه مقوماتی دارد.

سؤال وجواب: ما در اعتبارات جنس و فصل که نداریم ولی مقومات که می توانیم داشته باشیم.

سؤال وجواب: ما یک لفظ داریم و یک معنا داریم و یک واقعیت داریم. من عرضم این است که معنای لفظ بیع یک مسئله است برای اشاره به آن واقعیت. اما با این نمی توانید آن واقعیت را کشف کنید. الان شما به آب اشاره کنید و اصلا لفظ بکار نبرید، این که کشف حقیقت آب نمی کند. لفظ مثل همان اشاره می ماند و دارد اشاره می کند به یک صورت نوعیه. منتهی واقعیت آن صورت نوعیه چیست؟ ما در باب بیع یک وقت مقاممان این است که می خواهیم اشاره کنیم که راجع به چه چیزی داریم صحبت می کنیم. اینجا لفظ بیع به درد می خورد. اما بعد از اینکه اشاره کردیم واقعیت آن را باید با تملیک عین به عوض درست کنیم.

این یک بحثی است که ما چگونه به این واقعیت برسیم. در کلمات فقهاء که شما اصلا این را نمی بینید چون اصلا این تفکیک را نکرده اند. البته اشاراتی هست، ولی چون تفکیک نیست لذا ذهنشان به دنبال این نرفته است که یکی را کنار

بگذاریم که بحث لغت و لفظ است. چون بعد از اینکه اشاره حاصل شد، و ما با همین اشاره ای که از لفظ وقف شده الان می فهمیم که مقصود از وقف چیست، منتهی واقعیت وقف را نمی دانیم چیست. ما می دانیم امیرالمؤمنین سلام الله علیه آمده اند مثلاً بئر ینبع را وقف کرده اند که هذا صدقة بتلا بئاً، که منافعش از مالکش مقطوع است. این را که ما می دانیم. اما اینکه این کاری که ایشان انجام دادند چه چیزی هست، این را دقت نکرده اند و گفته اند این ایقاف است.

پس اصلاً این بیانها در مقام تبیین و تحلیل فائده ای ندارد. چرا؟ چون این مثل این می ماند که ملکیتی که یک اعتبار عقلائی است، یکوقت می گوئیم ما هو الملك؟ می روید در کتب لغت می بینید که ملک به معنای سلطنت است، اما این مشکل را حل نمی کند که حقیقت ملک چیست. برای کشف حقیقت ملک باید ببینید آیا اصلاً یک اعتباری است، یک انتزاعی است، یا چیز دیگری است. این چیزی که عقلاء می گویند ملک، واقعیت این چیست؟

برخی از بزرگان مثل مرحوم اصفهانی (شاید قبل از ایشان هم بوده اند) می گوید ملک اعتبار است و دادن حد یک چیز به چیز دیگری است. مرحوم طباطبائی هم در بحث اعتباریات همین راه را رفته است که ملک دادن حد یک چیزی به چیز دیگری است. مثلاً رابطه من و قوایم که یک سلطنت واقعی است این را اعتبار می کنیم در جایی که این رابطه نیست. رابطه این علت و معلول که رابطه تکوینی است، این رابطه را اعتبار می کنیم بین من و کتاب در جایی که نیست. بین من و کتاب رابطه ای شبیه رابطه من و قوایم نیست که وقتی اراده می کنم حرکتش بدهم، و شبیه رابطه علت و معلول نیست که اینطور به هم وابسته باشند. ولی او را اینجا اعتبار می کنیم، یعنی می گوئیم آن ملک اینجا هست.

این یک تبیین است. حالا درست یا غلط بحث دیگری است، اما این یک تبیینی است در عالم واقع، که می گوید آن چیزی که بین عقلاء به عنوان ملکیت دارج است یکون نوع من الاعتبار بهذه الخصوصية. در حق هم شبیه به همین را می گویند. این تبیین است. تبیین در مقام تحدید واقعیت این امر است.

حالا در باب وقف چه کرده اند؟ در باب وقف گفته اند وقف ایقاف است. خب این چه چیزی را روشن می کند؟! این مثل این می ماند که بگویند الملك سلطنة. چیزی را حل نمی کند و فائده ای ندارد. ما باید ببینیم آن حقیقتی که در باب وقف رخ می دهد چه چیزی است.

اگر بخواهیم قیاس بکنیم بگوئیم مثل اعتبار ملکیت که در باب امور شتایی به اسباب مختلفه ای مثل حیاض، وراثت، بیع و شراء رخ می دهد آن واقعیت چیست. یک عده ای گفته اند نوع من الاعتبار، که اعتبار را هم تعریف کرده اند که چیست. و این اعتبار خواصی دارد مثل اینکه باید یک اثری بر آن مترتب باشد و فائده ای داشته باشد. همه اینها در بطن این تحلیل نهفته است. شما در باب وقف یک همچنین کاری باید بکنید که بگوئید چیست.

حقیقت وقف حکم وضعی مجعول بالاصالة است

حالا که این روشن شد عرض ما این است که: در باب حقیقت وقف، به نظر من وقف خودش یک حکم وضعی و یک مجعول بالاصالة است. شبیه ملکیت، شبیه زوجیت، شبیه طلاق. در ملکیت چه چیزی رخ داده است؟ ملکیت بنابر اینکه حکم وضعی است و احکام وضعی مجعول بالاصالة هستند یعنی به تبع حکم تکلیفی انتزاع نمی شوند که بعدا توضیح می دهیم، کما اینکه نظر مرحوم آخوند و عده زیاد دیگری است. بر خلاف شیخ انصاری ره که می فرماید برای احکام وضعی مثل ملکیت و زوجیت جعل بالاصالة نیست، یعنی اینطور نیست که عقلاء و بعد هم به تبع آنها شارع بیاید اعتبار کند که هذا ملک و بعد آثاری را بر این ملک بار کنند. به نظر مرحوم شیخ اینطور نیست، بلکه او را به تبع احکام تکلیفی می دانند.

ما به تبع مرحوم آخوند و بزرگان دیگری مثل محقق عراقی، محقق نائینی و محقق اصفهانی ره می گوئیم ملک مجعول بالاصالة است.

در مجعول بالاصالة چه چیزی رخ می دهد؟ عقلاء یک اعتباری را به نام ملکیت در مورد اموری می کنند. می گویند اگر کسی حیاضت کرد شیئی را یا احتطاب کرد او می شود مالک، هو مالک و هذا العین ملک. اینجا اعتبار ملکیت دارند. منتهی این را توجه کنید تمام احکام وضعی که ما می گوئیم مجعول بالاصالة است یعنی ابتداء جعل می شود حتما باید یک اثری روی آن باشد والا لغو است. ما بگوئیم هذا ملک، مثلا من حاز ملک، باید ملکیت اثری داشته باشد تا من حاز ملک یک فردی از ملکیت را ایجاد کند در وعاء اعتبار تا آن اثر روی آن بار بشود. مثلا عقلاء یک حکم کلی دارند که هر کسی مالک چیزی بود می تواند در آن عین تصرف کند و تکوینا ممنوع التصرف نیست، وبعد هم می تواند در آن تصرف وضعی بکند مثل اینکه نقل و انتقال بدهد در وعاء تعبدی و اعتبارات عقلائی. یعنی تصرفات تکوینی و تعبدی و نقل و انتقال وضعی هم داشته باشد. این اثرش هست. پس یک جا می آیند می گویند من حاز ملک، که حالا یا شارع این را امضاء کرده یا خودش یک جاهایی ابتداء ملک دارد، مثل اینکه بعضی از امور ارث را شارع ابتداء تأسیس کرده باشد، بعد هم بر این اعتبار ملک آثاری را بار کرده اند.

این تفکیک در احکام وضعیه مهم است.

عرض ما این است که در باب وقف هم در مقام تحلیل واقعیتش یک همچنین پدیده ای رخ داده است. یعنی وقتی یک چیزی را وقف می کنیم به هر کیفیتی، وقف مجعول بالاصالة است، مثل ملکیت است، حالا بیان اینکه هذا وقف یا هذا حبس مؤبد یا کذا و کذا، آن چیزی که با الفاظ داریم بیانش می کنیم عبارت است از نوع من الاعتبار که هذا وقف، این وقف است. مثل ملکیت، که در آنجا هم مهم نیست که این را با چه الفاظی برسانید. مهم آن اعتباری است که انجام می دهید. می گوئیم در باب وقف هم ما یک اعتباری انجام می دهیم که هذا وقف. اثرش همین است که در روایات آمده است که الوقف صدقة لا تباع و لا توهب و لا تورث.

پس اگر حقیقت وقف را از من بپرسید چیست نمی گویم ایقاف، چون شبیه این می ماند که بگوئیم الملک سلطنة که مشکلی را حل نمی کند. لذا مرحوم آخوند فرموده اند که خیلی از این تعریف ها لفظی است، مثل انسان و بشر است که جای یک لفظ، لفظ دیگری بگذاریم. او که فائده ندارد. اما اگر رفتید سراغ آن واقعیت اجتماعی به نام ملکیت که در میان عقلاء دارج است گفتید این حقیقتش نوع من الاعتبار، که در وعاء تعبدی این آثار بر آن مترتب است، ما همین را در باب وقف می گوئیم.

سؤال وجواب: در باب اعتبارات اینکه چه مفهومی را اعتبار کنیم اثری ندارد. حتی ممکن است بگوئید این دیوار است، این اشکالی ندارد. در عالم لب هیچ اشکالی ندارد. چون در باب اعتبارات آن چیزی که اثر دارد نفس این هوویت یا هذا ذاک است که می گوئیم این دیوار است. آن مفهومی که از آن استفاده کردیم اثر چندانی ندارد. چرا؟ برای اینکه عقلاء در جای دیگر گفته اند که هر جا اعتبار دیوار شد این اثر را دارد. منتهی به لحاظ سلیقه ای و ذوقی و مناسب این است که ما مفهومی را اعتبار کنیم متناسب با آن آثاری که مترتب می کنیم. ذوق این را می گوید. اگر ما بگوئیم دیوار است تناسبی ندارد. اما اگر بگوئیم ملک است، سلطنت است مناسب دارد. چون وقتی انسان سلطنت دارد تصرف می کند در چیزی که بر آن سلطنت دارد. در باب ملک هم همینطور است. لذا این فقط تناسب ذوقی است، ولی اثر لبی ندارد.

بنابر این اینکه چه مفهومی اعتبار بشود خیلی مهم نیست. منتهی در عالم خارج گفته اند اگر اعتبار وقفیت کردید و قصد هم داشتید برای ثبوت این وقف بما له من الآثار، آنوقت این آثارش مترتب می شود. کما اینکه در باب تملیک این است. اگر در بیع و شراء شما تملیک کردید، انشاء تملیک از متبایعین که موضوع تملیک عقلانی است، لذا می گویند کار متبایعین تملیک من العقلاء بالتسبیب، چون کار عقلاء که ربطی به من ندارد. من موضوع درست می کنم در بیع برای کار عقلاء. من به مشتری می گویم ملکتنک داری بکذا و او هم می گوید قبلت. این انشاء ایجاب و قبول

است. این موضوع می شود برای اعتبارات عقلائی. گویا عقلاء به نحو قضیه حقیقه گفته اند که هر وقت متبایعین اینطور انشاء یا اعتبار کنند ما هم ملکیت را اینچنین اعتبار می کنیم، مثلاً ملکیت دار را برای مشتری و ملکیت ثمن را برای بایع. متبایعین در واقع کاری کرده اند که عقلاء اعتبار ملکیت بکنند. یعنی بالتسبیب تملیک کرده اند. چون تملیک عقلاء دست خودشان هست ولی من آمده ام کاری کرده ام که عقلاء تملیک بکنند. این می شود تملیک بالتسبیب. که تعبیر تملیک بالتسبیب در کلمات فقهاء هست.

عرض ما این است که لب کار بیع تملیک بالتسبیب است. لب ملکیت هم اعتبار عقلائی.

حالا مشابه همین حرف ها را ما در باب وقف می زنیم. اگر در وقف ما در عالم واقع صرفاً تملیک کرده بودیم، می توانستیم اینطور تحلیل کنیم که تملیک خاص. اما فرض این است که ما از ادله اعتبار وقفیت و نفوذش صرفاً ملکیت نمی فهمیم. پس چیست؟ ما ادعایمان این است که اصلاً وقف یک حکم وضعی مستقل است مجعول بالاصالة مثل ملکیت و زوجیت. می گوئیم آقای واقف می گوید هذا وقف، قصد هم می خواهد که اینک در بیع هم می خواهد، می گوید هذا وقف بقصد خاص. وقتی این را گفت مصداقی از وقف حاصل می شود. این وقف موضوع آثار است. پس وقف اعتباراً خاص، اثرش هم همین است که در روایات آمده است و یا در عرف عقلائی آمده و به نحو روایی امضاء شده است.

این تحلیل به نظرم درست است.

سؤال وجواب: اول کلام است که واقعا در وقف تملیک باشد. لذا در وقف عام خیلی ها قبول می کنند که فقط تحریر و فک ملک است، نه اینکه تملیک کسی باشد. حتی در وقف خاص هم که تملیک رخ می دهد خیلی ها می گویند حقیقت وقف این تملیک نیست. مثل مرحوم سید می گوید ایقاف، لازمه اش این تملیک است. پس حقیقتش این تملیک نیست. در صدقه هم این تملیک را همه نگفته اند حالا وقف هم که صدقه خاص است نگفته اند چیست. بله حکم او است و می شود به آن اشاره کرد که صدقه خاصی است که لا تباع و لا تورث. ولی نگفته اند این صدقه چیست، نگفته اند نوع من الاعتبار که مجعول بالاصالة باشد. که بگوئیم هذا صدقه و به این همراه با قصد خاص مصداقی از صدقه ایجاد بشود. من ندیده ام این را بگویند.

وقف مثل زوجیت است. در زوجیت وقتی زوجین می گویند ما زوج هستیم بقصد خاص، می شوند مصداق زوج. اثر زوج این احکامی است که در شرع بر آن بار است. من می گویم وقف هم همینطور است.

البته نمی گویم فقهاء این معنا را نفی کرده اند، بلکه بحث لغوی آنها با این بحث خلط شده است. می توانستند مستقیم بگویند که ما در بحث وقف کاری به معنای لفظ وقف ابتداء نداریم، آن چیزی که به ما مربوط است حقیقت آن است، و او اعتباراً خاص و مجعول بالاصالة. و این مجعول بالاصالة خیلی مهم است. چون با این انشاء وقف که وقت گذا یا حبست مؤبداً با قصد خاص، من می گویم يقع مصداقاً من الوقف. کما اینکه در طلاق آن آقا می گوید زوجتی طالق، قصد خاص هم دارد، يقع مصداقاً من الطلاق. خب این مصداق چه اثری دارد؟ عقلاء در احکام وضعی مجبورند برای احکام وضعی اثر داشتن باشند. اثر آن قطع رابطه زوجیت و عدم جواز نظر و عدم ارث و بقیه آثار است. این آثار مترتب می شود.

پس ما در این وقف اگر اینجور بگوئیم بهتر از این است که بگوئیم الوقف ایقاف. خب این مشکلی را حل نمی کند. اما اگر بگوئیم وقف یک حکم وضعی است مجعول بالاصالة است و به آثارش هم اشاره است.

اما اینکه انتزاعی باشد، من نمی گویم نمی شود انتزاعی باشد. کما اینکه در کل احکام وضعی اینکه نشود انتزاعی باشد قابل بحث است. چرا؟ چونکه کسی ممکن است با بیع و خم همان آثار احکام وضعی را بر انتزاعیات هم بار کند، منتهی کار مشکلی است. که ما در جای خودش در احکام وضعی مفصل بحث کردیم که چرا عقلاء به دنبال احکام وضعی که مجعول بالاصالة باشد می روند. چون مثلاً ملک یک آثاری دارد، اسبایش متعدد است. برای ملک حیاضت هم ملک می آورد، وراثت هم ملک می آورد، بیع هم ملک می آورد، صلح هم ملک می آورد، وقف ممکن است در یک صوری ملک می آورد. اگر ما یکجا ملک مجعول بالاصالة را درست نکنیم و آثاری برایش برایش مشخص نکنیم هر مورد باید اینجور بگوئیم که هر کجا وقف شد این آثار هست. نمی توانیم بگوئیم آثار ملک هست، باید آثار را یکی یکی بشماریم. هر کجا صلح شد این آثار هست، هر کجا بیع شد این آثار هست. خب این یک کار سخیفی بود. عقلاء آمده اند یک راهی پیدا کرده اند می گویند ما برای ملک یک آثاری می شماریم، بعد در جاهای مختلف می گوئیم يقع الملك و يحصل الملك. مسئله تمام می شود. بجای اینکه عنوان ملکیت و جعل ملکیت را حذف بکنیم و بیائیم هر کجا در اسباب تمام آثار را بشماریم یک کار دشوار و سختی می شود، علاوه بر اینکه اثباتاً هم با رویه شان هم سازگار نیست. ما چون داریم بحث اثباتی می کنیم که عقلاء چه کار دارند می کنند، نه اینکه چه کارهایی می توانستند بکنند. ما ممکن است بگوئیم مسلک انتزاعیت هم در احکام وضعی اشکالی ندارد ثبوتاً، اما این ربطی به تحلیل کار عرف و عقلاء ندارد. عقلاء در باب ملک اینطور عمل کرده اند، ما همین را می گوئیم در باب وقف هم هست.

اما دلیل اثباتی ما چیست؟

دلیل بر مدعی

اولا: من می گویم نوع سخنی که از وقف در میان عقلاء دارج است همین است. می گویند این ملک وقف است. من نمی گویم بنابر انتزاعیت این را نمی شود بگوئیم. ولی نکته اش این است که بر وقف آثاری بار است، بعد می گویند این وقف است، در مقام انشاء هم همین را می گویند، می گویند وقفت هذا بر این افراد خاص یا بر مسجد. درست مثل بحث ملکیت و زوجیت.

من می خواهم یک استظهارهایی از روایات بکنند که نمی گویم غیر از این نمی شود. ولی وقتی خودمان را مقابل این روایات می گذاریم به نظر می آید در این روایات هم دارد همین کار را می کند. یعنی واقف یک انشائی می کند بقصد خاص، بعد یقع مصداق من الوقف و بعد هم آثار وقف بر آن بار می شود.

مثلا: در وسائل الشیعه جلد ۱۹ باب ۳ از ابواب کتاب الوقوف و الصدقات:

علی بن سلیمان کتب الی ابی الحسن علیه السلام جعلت فداک لیس لی وارث ولی ضیاع ورثتها من ابی، و بعضها استفدتها و لا آمن الحدثان، فان لم یکن لی ولد و حدث بی حادث فما تری جعلت فداک؟ لی أن أوقف بعضها علی فقراء إخوانی و المستضعفین، أو أبيعها و أتصدق بثمنها فی حیوتی علیهم. معلوم است که می خواهد یک بری انجام بدهد، به امام علیه السلام می نویسد من بچه ندارم و خوف دارم که این اموالی که دارم از بین برود، شما چه تشخیص می دهید؟ آیا وقف کنم بر فقراء اخوانی و المستضعفین، یا همین حالا بروم این را بفروشم و صدقه بدهم برود. فإني أتحوف ان لا ینفذ الوقف بعد موتی. من می ترسم وقف بعد از موت من به آن عمل نشود.

تعبیر اینکه آن اقف بعضها علی فقراء من وقفش کنم. از آن مهمتر تعبیر به اینکه لا ینفذ الوقف، من می ترسم این وقف نفوذ پیدا نکند. این نفوذ هر چه باشد مثل اینکه عمل نشود و غیره، این وقف را مفروغ عنه گرفته است. گویا یک واقعیته مثل ملکیت یا زوجیت حاصل شده است می ترسد که به آن عمل نشود. ظاهرش این است. من نمی گویم نمی شود این را با مسلک انتزاعیت حل کرد. در مسلک انتزاعیت هم بعد از ترتب آثار می توانیم بگوئیم که انتزاع ملک می شود بعد هم بگوئیم الملك تحقق. می شود اما خیلی پیچش دارد. اینجا می گوید آن اقف بعضها، وقفش کنم. بعد هم می گوید می ترسم به این وقف عمل نشود. گویا که وقف را یک واقعیت اجتماعی گرفته است مثل ملکیت و زوجیت.

در روایت در سوائل از کافی و تهذیب و فقیه نقل می کند: عن صفوان بن یحیی عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يقف الضیعة ثم یدو له أن يحدث في ذلك شيئاً؟ می گوید شخص ضیعه اش را وقف می کند بعد به نظرش می رسد که یک تغییری در آن بدهد.

قال: إن كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قیماً لم یکن له أن یرجع فیها. اگر ضیعه را برای اولادش یا غیر آنها قرار داده و بعد قیم هم قرارداده است دیگر حق تصرف در آن ندارد.

تعبیر اینکه یقف الضیعة، وقف می کند ضیعه را. مثل اینکه بگوئیم تملیک می کند. وقف می کند ضیعه را، ظاهرش این است که یک پدیده ای رخ می دهد به نام وقف.

بعد امام علیه السلام باز می فرماید إن كان وقفها لولده، اگر وقف کرد. یعنی وقف را به عنوان یک واقعیت مفروغ عنه می گیرند. حالا اینکه این واقعیت چیست از بعضی قرائن دیگر پیدا می شود چست.

سؤال وجواب: انتزاعی هم می شود. منتهی در انتزاعی اول باید آثار را بار کنند بر کاری که واقف کرده است. واقف نباید بگویند وقف، باید بگویند انشاء کرد، حالا انشاء تملیک کرد یا انشاء عنوان وقف کرد و هر چیز دیگر، و ترتب علیه این احکام، بعد ما انتزاع می کنیم وقفیت را. عرض کردم بر اساس این هم می توانیم بگوئیم وقف، اما پیچش خیلی روشن است. این غیر از این است که بگوید أقف کذا بعد بگوئیم وقف شده است. این طرف می گوید من وقف کرده ام، امام علیه السلام می گوید اگر وقف شد اینطور شد. ظاهرش این است که این شخص دارد این وقف را ایجاد می کند و این وقف هم وقتی ایجاد شد این آثار را دارد. این خیلی نزدیکتر و روشن تر است. که در این صورت مثل ملک است که بگوید من تملیک کردم بقصد خاص، امام علیه السلام می فرماید هر وقت این تملیک واقع شد اینطوری است. این اقرب به این معنا است.

نظیر این روایت چهارم است از باب پنجم همین باب: کتب جعفر بن حمدان «استحللت بجارية إلى أن قال و لی ضیعة قد كنت قبل أن تصیر إلى هذه المرأة سبّلتها علی وصایای و علی سائر ولدي علی أن الأمر في الزیادة و النقصان فيه إلى أيام حياتي (الی أن قال) و لا یكون له و لا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء فأریك أعزك الله تعالى.

یعنی این کاری را که این شخص کرده است را یک واقعیتهی شمرده است به نام وقف و می گوید رأی شما چیست. فورد جواب که: أما الرجل الذي استحل بالجارية «إلى أن قال» و أما إعطاؤه المأتي دينار و إخراجہ من الوقف، فالمال ماله فعل فيه ما أراد.

تعبیر کرده است به اخراج من الوقف. باز به نظر می آید که مثل اخراج من الملك می ماند. وقف را یک واقعیتی گرفته است که به کار این شخص حاصل می شود و اخراج عن الوقف دارد.

و مواردی نظیر اینها.

باز تأکید می کنم که نه این است که بر اساس انتزاع حل نمی شود. کما اینکه حتی در باب ملک و زوجیت هم همینطور است. آنجا ما در بحث احکام وضعی گفته ایم که کحال نیست که کسی بخواهد اینطوری جعل بکند. اما هم تناسب ندارد و هم با رویه خارجیه عقلاء یکی نیست. ما استظهارمان از این مطلب این است که امیرالمؤمنین علیه السلام که در آنجا می فرماید هذه صدقة جاریة دارد جعل می کند این عنوان را. صدقة جاریه که لاتباع و لا تورث هم حکمش هست نه داخل در خودش.

این عرض ما است. فاصله این حرف با بیان فقهاء خیلی است که انشاءالله فردا بعضی از اشارات را می کنیم.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

۳۴	ادامه بحث تعریف وقف
۳۵	عبارت حضرت امام قده در تعریف وقف به اعتبار
۳۵	اشکال به فرمایش حضرت امام قده
۳۶	مقایسه تعریف ما از وقف با تعاریف دیگر
۳۷	فائده تعریف وقف به مجعول بالاصالة
۴۰	ابهام کلمات در مورد تعریف وقف به صدقه جاریه
۴۱	اعتبار صیغه در وقف و الفاظ آن
۴۱	فروعات مسئله اول
۴۱	اعتبار صیغه در وقف
۴۳	کدامیک از این الفاظ صریح هستند؟
۴۴	عدم دخل ماضویت و عربیت در عقود
۴۵	کفایت جمله اسمیه در صیغه وقف

ادامه بحث تعریف وقف

بحث در تعریف وقف بود، که گفتیم این بحث به لحاظ برخی از آثار که بر آن مترتب می کنند بحث مهمی است، و اینطور نیست که برخی مثل صاحب جواهر یا مرحوم آخوند فرموده اند که اینها بحث های لفظی و یا یک تمیز اجمالی است. این نیست، بلکه این بحث ها اثر گذار است بر آن نتایجی که در فروعات آتی بحث می کنیم.

کلمات فقهاء در حقیقت وقف خیلی متشکلت است. برخی گفته اند وقف عقدی است که ثمره اش تحبیس اصل و تسبیل یا اطلاق ثمره است. برخی گفته اند خود تحبیس است، برخی گفته اند تملیک است، و هکذا. این یک اختلاف اساسی بود در فرمایش فقهاء.

ما دیروز شواهدی عرض کردیم بر اینکه بعید نیست هم به لحاظ ثبوتی و هم اثباتی اصلاً وقف یک مجعول بالاصالة باشد. یعنی وقف مثل زوجیت و ملکیت خودش مجعول باشد.

عبارت حضرت امام قده در تعریف وقف به اعتبار

من ندیدم کسی تصریح به این معنا کرده باشد (البته فحضم تمام نبود). فقط حضرت امام قده در تحریر الوسيلة در همان مسئله ۶۷ که بحث تصویر انحاء تملیک برای موقوف علیهم در وقف عام و خاص (که در آنجا که بحث می شود که آیا ملک از ملک واقف بیرون می رود و داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا در وقف عام داخل در ملک مسلمین می شود، یا اصلاً فک ملک است و داخل در ملک کسی نیست، بلکه می شود ملک بلا مالک، مثل مباحات اصلیه. یا در وقف خاص داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا نه. و در آنجا که داخل می شود حقیقت وقف می شود تملیک به این موقوف علیهم. در آنجا مرحوم سید وقتی این وجوه را نقل می کند آخرش می گوید: وجوه، و دیگر جلوتر نرفته است. [اینکه من در جلسه ای گفتم سید هم می گوید وقف ایقاف است، این اشتباه است. اینکه وقف ایقاف است را صاحب عروه و حضرت امام در تحریر الوسيلة گفته اند. در تحریر الوسيلة در مسئله ۶۷ بحث ورود ملک در ملک موقوف علیهم را به تفصیل بحث کرده اند که در متن سید هم آمده است تا اینجا که می گوید وجوه. مرحوم امام ره در تحریر الوسيلة اضافه می کند می فرماید: والتحقیق که حقیقت وقف ایقاف است]، در آنجا امام تعبیر می کند به اعتبار وقف. (من همین را دیدم، برخی دوستان در جاهای دیگر هم پیدا کرده اند). در این مسئله بعد از اینکه فرمایش سید تمام شد که وجوه، عبارت امام ره این است که: «لا یبعد أن یكون اعتبار الوقف فی جمیع اقسامه ایقاف العین لدرّ المنفعة علی الموقوف علیه». تعبیر کرده اند به «اعتبار الوقف».

اشکال به فرمایش حضرت امام قده

وقف اعتبار خاصی است

منتهی این هم یک حرف مجملی است. چون ما که دیروز بحث کردیم که وقف خودش یک مجعول بالاصالة باشد مثل ملکیت و زوجیت، این یک قسم اعتبار خاص است. ما اعتبارات دیگر هم داریم. مثلاً وقتی می گویند بیع اعتبار است، بیع ممکن است اعتبار باشد ولی اعتبار به معنای مجعول بالاصالة نیست، ما فردی از بیع را مثل ملکیت و زوجیت جعل نمی کنیم. چون البیع به معنای اینکه فرد مجعول دارد موضوع آثار نیست. بیع به معنای تملیک عینِ بعوض است. ملکیتش اعتبار مجعول بالاصالة است.

خلاصه این تعبیر که «لا یبعد أن یكون اعتبار الوقف فی جمیع اقسامه ایقاف العین» این یک عبارت مجملی است. (ما دلیلی هم نداریم که بگوئیم فقهاء این حرف ما را قبول ندارند، ولی روشن نیست و نیاز به تتبع و فحص دارد). بالاخره مقصود ما که خیلی روشن عرض کردیم و باید هم فرقی با بقیه روشن بشود همین است که ما می گوئیم وقف یک مجعول بالاصالة است.

مقایسه تعریف ما از وقف با تعاریف دیگر

حالا امروز می خواهیم قیاس کنیم این حرف را با حرف دیگرانی که گفته اند وقف یکجا تملیک است یکجا غیر تملیک است، یا گفته اند تحبیس است، یا گفته اند عقدُ یفید التحبیس، یا گفته اند صدقة جاریه، می خواهیم این را بسنجیم که در قیاس با هم چه وضعی دارند.

عرض ما در فارق بین عملية الاعتبار و اعتباری که به عنوان نتیجه الاعتبار است نمی باشد

سؤال وجواب: در همه این مجعولات بالاصالة یک کاری معتبر انجام می دهد و به اعتبار او فردی از آن امر اعتباری حاصل می شود. ... این چیزی که صاحب جواهر و دیگران گفته اند که الوقف عقد ثمرته کذا، می تواند ناظر به همین دعوا باشد که اسامی معاملات اسم عقد هستند یا حاصل از عقد هستند. در اعتبار هم شبیه به این شاید بیاید. ما که عرض می کنیم امر اعتباری است می خواهیم بگوئیم واقعیتش مجعول بالاصالة است، البته یک عملیه ای هم این را ایجاد می کند. اما

در امور مثل بیع، خود بیع مجعول بالاصالة نیست، با عملیه بیع که انشاء ایجاب و قبول از ناحیه متبایعین است فردی بالاصالة از بیع ایجاد نمی شود. بلکه تملیک عین به عوض می شود که اعتبار عقلاء است ملکیت را. فرقی با بیع این است. پس بحث ما در فارق بین عملیه اعتبار که کار معتبر است و بین نتیجه اش که حصول یک امر اعتباری است نیست. در همه مجعول های بالاصالة مثل زوجیت، ملکیت، طلاق و غیره در همه جا یک کاری معتبر انجام می دهد و با آن کار یک فردی از آن امر حاصل می شود. در اینکه بحثی نیست. بحثی که هست این است که در مثل بیع بعد از ایجاب و قبول فرد این چنینی بیع حاصل نمی شود. چون اصلاً بیع اینطوری نیست. بیع تسبیبی است برای حصول ملکیت از ناحیه عقلاء، اینطور نیست که البیع باز خودش یک مجعول بالاصالة باشد. ملکیتش مجعول بالاصالة است. بایع و مشتری ایجاب و قبول دارند، که موضوع قرار می گیرد برای ملکیتی که عقلاء اعتبار می کنند برای بایع و مشتری در ثمن و مثنی، و همین می شود تملیک تسبیبی و همین بیع است.

سؤال و جواب: جوابش روشن است. وقف دو تا اضافه می تواند پیدا کند، با اضافه به معنای فاعلی اش می شود عملیه وقف کردن، با اضافه معنای مفعولی اش می شود نتیجه ای که حاصل شده است. اینکه روشن است. در هر چیزی هم که یک مبدأ اشتقاقی دارد به فاعل اضافه می شود می شود معنای فاعلی و اگر به مفعول اضافه بشود می شود معنای مفعولی. ملک هم همینطور است، ملک هم اضافه به مالک که می شود معنای تملیک کردن است و به آن شیء که اضافه می شود معنای مملوکیست دارد. در وقف هم ما همان وقف به معنای مفعولی که عبارت است از آن حاصل، این در مجعول بالاصالة و در مثل بیع و شراء فرق می کند. در مجعول های بالاصالة خودش یک فردی جعل می شود. اما در غیر اینها از انتزاعیات و غیره نه، فردی جعل نمی شود بلکه انتزاع می شود از یک عملیه دیگری مثل در بیع و شراء.

فائده تعریف وقف به مجعول بالاصالة

حالا فائده آن تصویر ثبوتی که ما کردیم و ادعا کردیم که بعضی از اثباتها با آن موافق است این است که بسیاری از مشکلاتی که در تعریف های دیگر هست در اینجا حل می شود.

مثلاً اگر ما وقف را تملیک بگیریم البته تملیک خاص، یعنی تملیکی که خروج از ملک واقف است و تملیک می شود به موقوف علیهم. اشکالش این است که بعضی جاها تملیک نیست. آنوقت نمی شود حقیقت وقف دو چیز باشد که یکجا تملیک باشد و یکجا تملیک نباشد. اینکه معنا ندارد. برخلاف عرض ما که ما می گوئیم وقف یک مجعول بالاصالة است، یک اعتبار خاصی است. این اعتبار خاص وقتی حاصل شد، در یک جاهای اثرش تملیک است و در یک جاهایی اثرش تملیک نیست فقط استفاده از منفعت آن است. این کاملاً شدنی است. کما اینکه ملک وقتی حاصل شد یک جاهایی اثرش عبارت است از اطلاق سلطنت مالک که استفاده کند، یک جاهایی محجور است نمی تواند. یعنی اینکه در ملک یک جاهایی جواز تصرف باشد و یک جاهایی عدم جواز تصرف، اشکالی ایجاد نمی کند در حقیقت ملک. چون آنها اثر ملک است، گاهی این اثر است و گاهی آن اثر است و گاهی پنج تا اثر است و گاهی چهار اثر است. اما اگر گفتید حقیقت وقف تملیک است، دیگر نمی شود حقیقتش غیر تملیک هم باشد. برخلاف اینکه بگوئیم وقف حقیقتش یک اعتبار مجعول بالاصالة است مثل ملکیت و زوجیت، گاهی اثرش تملیک است و گاهی نیست.

سؤال وجواب: اصلاً در باب اعتبارات اینطوری فرقی با تنزیل در این است که به تعبیر محقق اصفهانی در این اعتبارات اینها محقق موضوع هستند، یعنی نفس این هوهویت موضوع اثر است، مهم نیست چه مفهومی را بر چه چیزی تطبیق می کنیم. که دیروز مفصل توضیح دادیم.

سؤال وجواب: ما کاری مهمی که کردیم این بود که حقیقت وقف را از آن احکامش منسلخ کردیم. تعدد و تغایر احکام موجب تعدد حقیقت وقف نمی شود.

پس نتیجه این شد که ما می توانیم یک مجعول بالاصالة را فکر کنیم با این آثار. اما اگر این را نگوئیم مشکل پیدا می کنیم. مثلاً گفته اند حقیقت وقف تحبیس اصل و تسبیل الثمرة است. خب تحبیس یعنی چه؟ خیلی ها مثل صاحب حدائق^۱، مفتاح الکرامة^۲ و دیگران می گویند حقیقت تحبیس منع من التصرف است. می گویند اطلاق یا تسبیل مقابل تحبیس است،

^۱ - حدائق ج ۲۲ صفحه ۱۲۶

^۲ - مفتاح الکرامة ج ۲۱ صفحه ۴۱۵

و تحبیس به معنای منع من التصرف است. منع من التصرف حکم است، یعنی یحرم، حالا یا یحرم وضعی یا تکلیفی. یعنی اگر تصرف کنید درست نیست^۱ که وضعی است یا حق ندارید تصرف کنید که لایجوز.

سؤال وجواب: ممنوعیت من التصرف آثار وقف است. و الا منع واقف که به درد نمی خورد. چون وقف حاصل می شود تازه منع وضعاً اثر پیدا می کند و از ملک واقف بیرون می رود. و دیگر واقف مالک نیست تا بخواهد منع کنید کسی را. پس منعی که اینجا منظور است نه منع کردن مالک به معنای منع مالکی در مقابل اباحه مالکی. اینکه نیست. شما به وقف او را ممنوع التصرف می کنید به حکم شارع. چون وقف کردید از ملک شما بیرون رفته است، دیگر شما علقه ای ندارید که منع کنید او را. در آن تمام شدن وقف واقف حق منع ندارد در حالی که منع من التصرف حتماً هست. این منع من التصرف که اینها می گویند همان حکم را می گویند که بعد الوقف ممنوع می شود من التصرف. می گوید منع کن از تصرف یعنی تسبیب کن برای حکم شرعی منع نه اینکه خودت منع کنی. خودش منع کند که اثر ندارد. الان منع کرده است، وقف که تمام شد دیگر علقه مالکی ندارد. مگر وقف غیر مالک اثر گذار است؟ در حالی که منعش باقی است. یعنی شما با وقف کاری می کنید که منع من التصرف پدید می آید، هم برای خودت، چون دیگر ملک شما نیست و تصرف در آن نمی توانید بکنید. برای دیگران نسبت به عینش هست و اگر موقوف علیهم هستند از منفعتش استفاده می کنند.

پس یک احکام و آثاری بر تحبیس بار می شود که اینها حکم هستند. حتی منع خودم باشد باز هم حکم است.

پس ما عرضمان این است که شما نباید وقف را بر اساس احکام مترتبه معنا کنید. اگر شما بگوئید وقف یک حقیقت مجعول اصالی است، تحبیسش به هر معنایی، آثار و احکام منعی همه اثر و لازمه این امر مجعول می شود. ولذا دیگر این اشکال هم وارد نمی شود.

عقد یفید التحبیس هم همینطور است. ما می گوئیم مسئله وقف که می گوئیم وقف حاصل شد وقف تنجیز شد، وقف امضاء شد اینها به عقد بر نمی گردد. چه بسا عقد هم نباشد ایقاع باشد. چه بسا بعضی ها ممکن است بگویند اگر نیت هم کرد واقع می شود (که البته نگفته اند). در امر اعتباری قلیل المؤونه است. اگر شارع می فرمود به اعتبار هم حاصل می شد دیگر معنا ندارد بگوئیم عقد. چون اعتبار امر نفسانی معتبر است، مبرزش امر دیگری است.

^۱ - تعبیر فرمودند که نمی ماسد.

عرض ما این است که همانطور که در ملکیت و زوجیت شما نمی گوئید که ملکیت عقدی که یغید الملک. ملکیت خودش آن مجعول بالاصالة است که از اسباب خاصی حاصل می شود یکی از آنها عقد است. عقد سبب الملكية است، کما اینکه حیاضت سبب الملكية است و هکذا.

ابهام کلمات در مورد تعریف وقف به صدقه جاریه

در مورد صدقه جاریه یک مقدار حرفها مبهم بلکه متناقض است.

مرحوم شهید در دروس می فرماید: أنه صدقة جاریة. کما اینکه از برخی روایات اینطور استفاده می شود.

بعضی ها بر عکس گفته اند، فرموده اند صدقه جاریه وقف است.

ما از این باید اینطور بفهمیم که هر دو یکی است. و هر دو در این صدقه جاریه (که غیر از صدقه مستحبی است که در آن تملیک تبرعی است) عبارت است از آن مجعول بلاصالة ای که یک اعتبار خاص است به این کیفیتی که آثار خاصه دارد. حالا این صدقه جاریه یا عنوان وقف یا هر چیز دیگری که مجعول می شود چه آثار و احکامی دارد؟ در فروعات آتیه می بینیم.

تنها کاری که ما اینجا کردیم این است که احکام را از این تعاریفی که آنها گفتند بیرون بکشیم تا آن اشکالات وارد نشود. یک عنوان مجعولی که تمام این آثار می شود بر آن بار باشد. یکجا تملیک باشد و یکجا نباشد. یکجا حکم منع من التصرف داشته باشد و یکجا نداشته باشد. و هکذا. حتی اینکه از ملک واقف هم بیرون می رود در آن نهفته نیست. یک اعتبار مجعولی است ممکن است لازمه این اعتبار مجعول بخاطر آثاری که بار کرده اند خروج از ملک باشد ممکن هم است نباشد. باید ببینیم که لا تباع و لا تورث و لا توهب که لازمه اش خروج از ملک است، آنوقت می گوئیم یک اعتبار خاصی و یک مجعول اصالی است که لازمه اش خروج از ملک است، اگر هم نبود می گوئیم نیست. یعنی چه خروج ملک و چه عدم خروج ملک هیچ اضرائی به حقیقت وقف در مقام نمی زند.

هذا تمام الکلام فی حقيقة الوقف.

سؤال وجواب: باید بگوئیم صدقه جاریه هم یک مجعول اصالی است که آثاری دارد که در فروعات بعد می خوانیم. نگوئید تملیک است. چون عده ای که صدقه می گویند من اقسام الصدقة. (به ذهنم هست که مرحوم آیه الله فاضل این را گفته اند). اینها بحث را شلوغ می کند. ما نمی توانیم بگوئیم از اقسام صدقه است، یعنی صدقه یک جامعی دارد که یکی از آنها صدقه ای است که تملیک تبرعی است و یکی از آنها هم این است که ما می گوئیم. این خیلی فرق می کند با بحث ما. دیگر ما نمی توانیم بگوئیم این همان وقف است. اما کسانی که می گویند المقصود من الصدقة الجارية هو الوقف. خیلی خوب، پس صدقه جاریه وقف است. وقف چیست؟ همان مجعول بالاصاله ای است که ما می گوئیم، که آثاری دارد که خواهد آمد. نمی توانید بگوئید تملیک.

اعتبار صیغه در وقف و الفاظ آن

مسئله ۱: يعتبر فی الوقف الصیغة و هی کل ما دل علی انشاء المعنی المذكور، مثل وقفت و حبست و سببت بل و تصدقت (که در کلمات فقهاء حرمت را هم اضافه کرده اند) إذا اقترن بما يدل علی ارادته كقوله صدقة مؤبدة لا تباع و لا توهب ونحو ذلك. یعنی اگر غیر از آن سه صیغه اول را گفتید مثلاً تصدقت را گفتید باید اقتران پیدا کند به چیزی که يدل علی اراده صدقه جاریه که وقف است. مثلاً بگوئید تصدقت صدقة لا تباع و لا توهب و لا تورث. و کذا مثل جعلت ارضی موقوفة أو محبسة أو مسبلة علی کذا، اینها هم صیغه ای هستند که با آن انشاء می شود. و لا يعتبر فيه العربية و لا الماضوية بل يكفي الجملة الاسمية مثل هذا وقف أو هذا محبسة أو مسبلة.

فروعات مسئله اول

اعتبار صیغه در وقف

فرع اول: فرمودند يعتبر فی الوقف الصیغة.

ابتدا یک اشکالی در مسئله وجود دارد این را بیان کنیم بعد برویم روی اصل بحث.

اشکال این است که در چند فرع بعد می گویند وقف به صورت معاطات هم می آید. آنوقت چطور با این جمله جور می آید که يعتبر فی الوقف الصیغه؟!

بلاشبهه عبارت ناسازگار است ولی دو راه حل برای این مطلب ذکر کرده اند:

راه حل اول: گفته اند يعتبر فی الوقف الصیغه یعنی اگر خواستید لفظ بکار ببرید صیغه خاصی در آن لازم است. در قبال اینکه فقط معاطات یعنی انشاء بالفعل باشد.

راه حل دوم: بگوئیم مقصود از صیغه در اینجا عقد است نه لفظ. و عقد اعم از این است که به لفظ باشد یا بالمعاطاة باشد. چون حقیقت وقف ایجاب و قبول است، و ایجاب و قبول می شود به لفظ و انشاء لفظی باشد و می شود به فعل و انشاء فعلی باشد. به هر دو می شود.

سؤال وجواب: واضح است که اطلاق صیغه بر عقد مجاز محض است و کل ما دلّ یعنی کل لفظ دلّ این عبارت هم از عبارت فقهاء گرفته شده است که می گویند این صیغه ها مأخوذ است. این را آورده اند چون بعد معاطات را آورده اند و قبول کرده اند این اشکال هست. آن کسانی که معاطات را قبول نمی کنند راحت هستند. چون بسیاری از فقهاء معطات را قبول ندارد نه در بیع و نه در جای دیگر. آنها راحت هستند. این عبارت فقهاء است که صیغه وقف اینها است، که معمولاً می گویند وقف صریح است، بعضی می گویند حتی حبست و سبّلت را می گویند نیاز به قید دارد، و بعضی می گویند هر سه تا صیغه صریح است. ولی در عین حال آنها معمولاً کسانی هستند که معاطات را قبول ندارند. امام ره و مرحوم سید در وسیله که اینطور فرموده اند اینها مجبورند یک توجیهی بکنند که مقصود چیست. حالا لب مطلب روشن است که اگر معاطات را قبول کردند آنوقت باید بگوئیم اینجا بحث در نوع لفظ بکار برده شده است نه در اصل اینکه باید صیغه باشد. والا آن را در معاطات گفته اند که می شود نباشد. یعنی اگر خواستید بجای فعل با الفاظ انشاء کنید باید اینجور باشد. یعنی یا صیغی باشد که صریح هستند در مراد، یا صیغی باشند که با قرینه مراد را تعیین می کنند.

سؤال وجواب: کسانی که معاطات را قبول دارند، آنها می گویند در اوقاف خاصه هم بالمعاطاة می شود، که انشاء کند به اعطاء و موقوف علیهم آن را بگیرد. ... در اوقاف عامه که اصلاً ممکن است ما قبول نخواهیم و لازم نباشد اخذ او. ... اصلاً امام و دیگران که اینها را عقد نمی دانند، بلکه در وقف عام ایقاع می دانند و می گویند قبول لازم نیست، فقط احتیاط می کنند که حاکم قبول کند. اصلاً قبول لازم ندارند تا بگوئیم بالمعاطاة است یا نه. فقط ایقاعش معاطاتی است.

کدامیک از این الفاظ صریح هستند؟

فقهاء در کلماتشان وقف را صریح گرفته اند. و تقریباً همه این را گفته اند این صریح است و نیاز به اقتران به چیزی برای انشاء وقف ندارد. البته قصد را همه می گویند که به قصد وقوع باید باشد، اما لفظی که می آورد وقف است. در میان اهل سنت شافعی گفته است: نه، این صریح نیست، و نیاز به قرینه ای مثل تأبید و امثاله دارد که معنای وقف دارد.

برخی از بزرگان مثل علامه ره فرموده اند که این چه حرفی است، بلکه این اقرب الاشیاء است که وقف صریح است. بعد برخی از خاصه به علامه اشکال کرده اند که این تعجب شما خیلی درست نیست. در یک روایتی همین وقف برای سکنی و رقبی و عمری که حبس است آمده است. پس چرا استغراب می کنید که وقف غیر صریح باشد؟ صاحب جواهر به آنها جواب می دهد که این حرف شما نادرست است. چون ما که می گوئیم لفظ وقف صریح در مراد است، منافات ندارد که یک جای دیگری با قرینه مجازاً به معنای دیگری دلالت کند. استعمال مجازی در جایی با قرینه، مثل استعمال وقف برای یک معنایی غیر از وقف، این مستبعد نیست و منافاتی با صراحت هم ندارد. یعنی وقف لو خلی و خودش این صراحت دارد در معنای وقفی و در ایجاد همان واقعیتی که ما می گفتیم توأم با قصود خاص، ولی منافات ندارد که یک جایی مجازاً استعمال بشود. معنای دیگری افاده بکند.

پس این حق است که انصافاً وقف صریح است در این معنا.

حبست و سبلت هم همینطور است به شرطی که مقترن باشد با یک قیدی که او را از حبس های دیگر جدا کند، مثل اینکه بگوید حبس تأبیدی یا حبس مؤبد. حبست و سبلت مثل وقف نیست. حتماً یک قیدی می خواهد. چون سبلت هم باید بگوید که چیزی را تسبیل کرده و چطور تسبیل کرده است. در حبس هم تسبیل است منتهی خروج از ملک خودش نیست. در سکنی و رقبی و عمری هم تسبیل است، اما تسبیل های خاص است. پس اینها هم نیاز به یک قیدی دارد.

تعبیر «إذا اقترن به ما یدل علی ارادته» اگر فقط به تصدقت بخورد آنوقت اشکال پیش می آید، چون حبست و سبلت هم همینطور است. ولی ممکن هم هست که بگوئیم به همه بر می گردد، یعنی هم به حبست و سبلت و هم به تصدقت.

در کلمات فقهاء مثل حرمت هم آورده اند که اگر بگوئی حرمت کذا و کذا را به خصوصیتی مثل اینکه لا تباع و لا تورث و کذا و کذا، آنوقت معلوم می شود یک تحریم خاصی است که همان وقفی است که مقصود است.

بنابر این لبس این می شود که الفاظی که ما برای انشاء بکار می بریم باید الفاظی باشند که در دلالتشان بر معنای منشأ یک دلالت تامی باشد از حیث اینکه نشود بر چیز دیگری تطبیق بشود.

عدم دخل ماضویت و عربیت در عقود

یک بحث هم راجع به این است که واضح است که در حقیقت عقود عربیت و ماضویت دخیل نیست. در بیع هم دخیل نیست. در عقود دیگر هم دخیل نیست. اگر در جایی صیغه خاصی با خصوصیت های خاص ذکر بکنند او از دلیل خاص فهمیده می شود. والا بیع، شراء، صلح و وقف که عمومیت هم داشته و علی الظاهر سابقه هم داشته، اینها وقتی می خواهند واقع بشود از نظر واضع به هر آنچه که عقلاء واقع می کنند واقع می شود. مگر اینکه شارع خصوصیتی بیاورد. که واضع در وقف و بیع و امثالهم خصوصیتی مثل قید ماضویت و عربیت نیاورده است. چون غیر عربی ها هم وقف و بیع و شراء می کردند. واضح است که اینها در حقیقت تحقق بیع دخیل نیست.

بله اگر در یک جائی مثل بحث صیغه طلاق استفاده بشود باید صیغه این باشد، خب آن بحث خاصی است. و الا علی الاصول تحقق آن عنوانی که عند العقلاء یک عنوان اعتباری و جعلی است با همه اسبابی که خود عقلاء قبول دارند حاصل می شود، مگر اینکه شارع وجه خاصی برای تحققش بیاورد.

بله اگر ما اطلاقی یا مقامی یا غیر مقامی استفاده نکنیم از کلام شارع که آن اسباب عقلائیه مفید این نتیجه و مسبب هست، علی الظاهر اگر نوبت برسد به اصل، اصل عدم تحقق مسبب است. این درست است. منتهی نوبت به اینها نمی رسد. ما یا با اطلاق لفظی یا مقامی به تسبیبات عقلائی می توانیم تکیه کنیم. ولذا عربیت و ماضویت دخیل نیست.

کفایت جمله اسمیه در صیغه وقف

اما اینکه فرمود «یکفی الجملة الاسمية»، این هم نکته اش همین است که تحقق این مجعولات به جمله اسمیه کثرا ما واقع می شود، بلکه همانطور که برخی گفته اند شاید ادلّ باشد در مقام انشاء که بگوئیم هذا وقف. گرچه صیغه، صیغه خبری است ولی داریم با آن انشاء می کنیم. کما اینکه در باب احکام صیغ خبریه که با آنها انشاء می شود گاهی گفته می شود ادل هستند. در مثل وجوب اگر گفتیم یغتسل با اینکه صیغه خبریه است ولی دلیل بر وجوب است و ادلّ هم هست بر وجوب. اینجا هم هذا وقف یا هذا محبسة یا هذا مسئلة واقعا صیغی است که عرف و عقلاء در انشاءات بکار می برند. شارع هم جایی منع نکرده است. و واضح است که شارع هم در این مسائل اعتماد کرده است به همان اسبابی که عقلاء دارند. لذا این اشکالی ندارد.

آیه الله سبحانی (دام ظلّه) در یک تعلیقه ای می فرماید که آیه الله حجت ره در انشاء وقف به این صیغ اسمیه اشکال و احتیاطی کرده اند. ولی ظاهرا همانطور که ایشان هم فرموده اند این اشکال وجهی ندارد.

والحمد لله رب العالمین..

باسمه تعالی

- ۴۶ ادامه بررسی مسئله اول تحریر
- ۴۷ چهار قیدی که احتمال دخل آن در صیغه وقف وجود دارد
- ۴۸ بیان نظر برخی از فقهاء در لزوم این قیود
- ۴۸ کلام شیخ حسن کاشف الغطاء در قول به اشتراط قیود اربعه
- ۵۰ نقل اقوال فقهاء در کلام شیخ حسن کاشف الغطاء ره
- ۵۲ معنای العقود تابعه للقصد
- ۵۴ امکان نفی قیود با اطلاق مقامی در فرض تأسیسی بودن معاملات
- ۵۵ بیان اطلاق مقامی با تصویری دیگر

ادامه بررسی مسئله اول تحریر

بحث در مسئله اول بود که در وقف صیغه لازم است. تهافتی در عبارت وجود داشت بین این بحث با بحث بعدی که معاطات را در وقف قبول کرده اند و تهافت به این صورت حل شد که مقصود این است که در جائی که می خواهیم با لفظ انشاء کنیم صیغه خاص لازم است.

سؤال وجواب: مقصود این بود که کسانی که معاطات را در مطلق عقود قبول دارند یا در مثل این عقدها قبول دارند، این قبول معاطات با ظاهر اینکه «یعتبر فی الوقف الصیغه» سازگار نیست. و حل آن این بود که در صورتی که بنا گذاشتیم که با لفظ انشاء کنیم صیغه خاص لازم است.

چهار قیدی که احتمال دخل آن در صیغه وقف وجود دارد

حالا که صیغه لازم است بحث می شود که این لفظ چه قیودی دارد؟

در اینجا چهار مسأله وجود دارد:

اول این که: آیا کل ما دل علی الانشاء (انشاء معنای وقف) صحیح است؟ هر چیزی که دلالت کند، اعم از اینکه صریح باشد، یا صریح نباشد بلکه کنائی باشد و با قرینه بیاید، یا مجاز باشد در مقابل حقیقت، آیا این کافی است؟

مسأله دوم این که آیا عربیت شرط است یا نه؟

مسأله سوم این بود که: آیا ماضویت شرط است یا نه؟

مسأله چهارم این است که: آیا صیغه باید به صیغه فعلیه باشد (و قصد انشاء کند)، بگوید: «بعتک» که به صیغه ماضی

است، یا نه، «ایع» یا «أنا باع» هم کافی است؟

پس در اینجا چهار مسئله وجود دارد.

دلیل بر عدم اشتراط قیود اربعه: امضائی بودن عناوین معاملات

دیروز عرض کردیم که اگر بپذیریم معاملات عمدتاً امضائیه هستند، یعنی عقلاء معاملات دارجی دارند و آنها را انجام می دهند (وقتی می گوئیم دارج یعنی عناوین این معاملات به کاری که آنها می کنند صدق می کند)، بیع و شراء می کنند، صلح دارند، هبه دارند، وقف دارند، و مولا آنها را امضاء کرده و قیودی برای آنها نیاورده است؛ خیلی روشن است که بسیاری از این شرط هایی که نقل شده است نمی توانستند قید باشند.

عقلاء در تمام دنیا با زبانهای مختلفشان بیع و شراء دارند. مثلاً ما در فارسی خرید و فروش داریم. صدق عنوان خرید و فروش بر معامله ای که انجام می دهیم حتماً متوقف بر عربیت نیست. چون مردم خرید و فروش انجام می دهند و بعد می گویند بیع کردیم، شراء کردیم. صلح هم همین است، هبه هم همین است، رهن هم همین است. و در مورد وقف نیز همین است بنابر اینکه وقف یک تأسیس خصوص اسلام نباشد.

قبل از اسلام هم برای کنائس و مساجدشان وقف می کردند (اگر مسجد به معنای محل عبادت داشتند). حتی کفار هم وقف اولاد داشتند. پس وقف {در میان عقلاء حتی قبل از اسلام} به گونه ای بوده است. این وقف در میان آنها با

الفاظی صورت می گرفته است. مسلماً چینی ها به زبان عربی بیع و شراء نمی کردند، وقف هم نمی کردند. فارس ها به زبان عربی وقف نمی کردند.

بنابر این دلیل کلی ما برای اینکه الفاظ خاصی لازم نیست بلکه به هر لفظی که دلالت کند بر انشاء معنای وقف کفایت می شود مثل «وقف» و «حبست» و کذا، (البته به ضمیمه اینکه هر کجا احتمال خلاف بدهیم و ظهور نباشد قرینه می خواهیم) یا برای اینکه ماضویت شرط نیست، این است که واضح است که عرف و عقلاء با جمله غیر ماضی مثل مضارع هم انشاء می کنند، یا با جمله اسمیه هم انشاء می کنند. و به همین دلیل عربیت نیز شرط نیست.

دیروز عرض کردیم دلیل کلی ما این است: چون این معاملات امضائی هستند، تحقق این معاملات در میان مردم هیچکدام از این قیود را ندارد. نه ماضویت را، نه عربیت را، نه اسمی بودن را، و حتماً بکل لفظ یدل علیه و اگر مجاز یا کنائی باشد همراه با قرینه واقع می شود. یعنی صدق می کند که بیع واقع شده است، و ادله امضاء عقود اینها را می گیرد. این دلیل بر اینکه تمام اینها لازم نیست. لذا ما بحث چندانی در این جهت نداریم.

بیان نظر برخی از فقهاء در لزوم این قیود

بحثی در اینجا هست و آن این که گاهی فقهاء نسبت به این قیود سخت گرفته اند، و عده ای در الفاظ دال بر انشاء مضمون، خصوصیات اخذ کرده اند.

عده ای ماضویت را شرط کرده اند. گفته اند با مضارع و با جمله اسمی این عقود واقع نمی شود. بعضی گفته اند با لفظ عجمی واقع نمی شود. همه اینها را گفته اند.

در جواهر و مفتاح الکرامه نسبت به اکثر این قیود ذکر کرده اند که چه کسانی در جاهای مختلف این فرمایش را فرموده اند.

کلام شیخ حسن کاشف الغطاء در قول به اشتراط قیود اربعه

یکی از کسانی که همه اینها را شرط می کنند شیخ حسن ابن شیخ جعفر کاشف الغطاء است. ایشان تقریباً هم عصر صاحب جواهر است و انصافاً آدم ملایی است. کتاب انوار الفقاهه ایشان چند سال پیش طبع منقحی شده است و شنیده ام برخی از بزرگان حوزه فرموده اند کتاب قابل اعتنائی است. حق هم همین است، چون آدم خیلی دقیق نویس و موجز نویسی است، ولی گاهی انظار عجیبی دارد. مثلاً در اینجا تمام این قیود را شرط می کند.

اشترای صراحت لفظ از نظر ایشان

اولا ایشان در این بحث که با چه لفظی می توانیم دلالت کنیم می گوید لفظ باید صریح باشد.

مقصود از صراحت در مقابل کنایه است. یعنی این لفظ برای همین معنا وضع شده باشد. لذا عده ای در این بحث بدلولوا هذا الشرط بأخذ الحقيقة، گفته اند باید حقیقت باشد نه مجاز. یعنی الفاضی که ما بکار می بریم برای انشاء عناوین این معاملات از جمله وقف، باید یک الفاظ صریح باشد. مقصود از صراحت یعنی لفظی باشد که برای عناوین این معاملات وضع شده باشد.

مرحوم شیخ با همین تعبیر صراحت را معنا می کند.

مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء می گوید: «والصریح هو الموضوع له مطابقة كوقفت أو أوقفت على لغة شاذ».

معنای صریح از نظر شیخ و دیگران

می فرماید لفظ صریح یعنی لفظی که وضع شده باشد مطابقة لهذا المعنى. مرحوم شیخ هم میفرماید مقصود از صریح یعنی اینکه وضع شده باشد برای عناوین همین معاملات. اگر بحث بیع است باید بگوید بعثک هذا بذاک. اگر بگوید ملکک صریح نیست. اگر بگوید ادخلتها فی ملکک صریح نیست. یا اگر بگوید سلطتک علیها ولو به قرینه اینکه تسلیط بیعی باشد این هم در بیع فائده ندارد. مقصودشان این است که باید صریح باشد یعنی لفظ برای عنوان همین معامله وضع شده باشد. و لذا در وقف هم باید بگوید وقفت. بقیه دیگر صریح نیستند، حتی حبست و سبلت هم صریح نیستند.

ولی در متن تحریر آن دو را بر وقفت عطف کرده است. می فرماید: «و هی کل ما دل على انشاء المعنى المذكور مثل وقفت و حبست و سبلت». ظاهرش این است که حبست و سبلت را قبول کرده است که اینها هم صریح هستند. چون نگفته است که اینها برای دلالت و برای انشاء این معنا نیاز به اقترا به چیزی دارند.

بعد ایشان برخلاف صاحب جواهر که عبارت های متغیری آورده اند و دسته بندی نکرده اند، ولی ایشان در انوار الفقاهة^۱ فهرست کرده است تمام کسانی که به نحوی خصوصیتی را در این لفظ دال اخذ کرده اند (من اینها را می خوانم چون واقعا دسته بندی خوبی است).

^۱ انوار الفقاهة جلد ۷ صفحه ۲۰۴-۲۰۵

نقل اقوال فقهاء در کلام شیخ حسن کاشف الغطاء ره

فرموده:

«فمنهم من جعل الصریح وقفت فقط، ونقل علیه الاجماع، و جعل غیره موقوف علی القرینة، ونقل الاجماع علی توقف حرمت و أبدت و تصدقت علی القرینة».

این یک قول است، که صریح فقط یک چیز است.

«ومنهم من جعل حبست و سبلت کوقفت لا یفتقر الی قرینة لاستعمالهما فی العرف مجردین و لورودهما فی الاخبار کذلک» (یعنی مجردا عن القرینة).

یعنی حبست و سبلت هم عطف بر وقفت گرفته شده اند. ظاهر تحریر هم شاید همین باشد که اینجا قید و قرینه را لازم نیاورده است.

«و منهم من جعلهما مفتقرین الی القرینة».

یعنی بعضی حبست و سبلت را صریح نگرفته اند و گفته اند قرینه می خواهد.

«و لا یبعد أن اجتماعهما فی مورد واحد صریح فی الوقف».

این هم یک قولی است در کلمات، که برخی گفته اند اینکه فقهاء حبست و سبلت را قبول کرده اند نه اینکه جدا جدا قبول کرده اند به عنوان الفاظ صریح. بلکه مقصود این است که اگر هر دو را با هم گفتیم یعنی بگوئیم «حبست و سبلت» روی هم رفته صریح هستند.

«ثم منهم من يظهر منه أن القرینة المصححة لابد فیها من لفظ، كما یقول صدقة مؤبدة».

که بحث مفصل تر این را از مرحوم شیخ می آوریم. که عده ای می گویند وقتی قرینه می خواهیم قرینه باید در لفظ باشد. لذا قرینه حالیه و قرینه مقام فائده ندارد (که نکته اش را بعدا عرض می کنیم). قرینه باید در لفظ باشد.

«و منهم من يظهر منه الاطلاق فی القرینة».

بعضی ها هم گفته اند مطلق قرینه گفته است، اعم از اینکه در لفظ باشد یا قرینه مقام و حال باشد.

«و منهم من يظهر منه أن وقفت و حبست و سبلت و تصدقت کافية فی صیغة الوقف من دون انضمام قرینة».

یعنی تصدقت را هم عطف کرده اند بدون انضمام قرینه و آن را هم صریح گرفته اند.

«ومنهم من يظهر منه أنَّ تصدقت إن تعلّقت بجهة عامة كانت من الصريح و الا فمن غير الصريح».

اگر تصدقت در جهت عامه باشد صریح است اما در غیر جهت عامه صریح نیست.

«ومنهم من يظهر منه أنَّ تصدّقت و حرّمت صیغة واحدة فلا تغنی الثانية عن الاولى، وتغنی الاولى مع القرينة».

تنها نمی توانیم بیاوریم باید با هم عطف بشود. لكن تصدّقت به تنهایی همراه با قرینه می شود اما حرّمت نمی شود. این هم یک بحثی است که می آید که آنجاهایی هم که کافی نیست عده ای گفته اند بعضی از اینها با قرینه هم به درد نمی خورد.

«ومنهم من يظهر منه أنَّ غير الصريح يجزئ في الوقف باطنا ويدان الواقف بنيته».

از گفتار یک عده ای اینطور استفاده می شود که آنجاهایی که لفظ وقف کنائی است و يحتاج الى القرينة، اگر قرینه را نیاوریم، می گویند این بسته به نیت این واقف است. اگر این کسی که مثلا گفته است حرّمت بدون قرینه، اگر در باطن خودش قصد کرده باشد وقف را، در باطن يقع وقفا بین خودش و خدایش. (در بعضی عبارات دارد که «دین بنیته»). و با او اینطور معامله می شود به این چیز ادانه می شود، گویی بین دینش و قصدش و خدا تخلیه شده است. خودش می داند و خدایش.

بعضی ها گفته اند نخیر، اگر شما الفاظ غیر صریح را آوردید و قرینه نیاوردید، آن نیت باطنی شما لا یکفی و اصلا وقف واقع نمی شود. چون شرط تحقق این ماهیت (مجموله) این است که در مقام ظاهر و لفظ شما قید را بیاورید. حالا در فرمایش شیخ این بیشتر باز می شود.

من تحقیق نکرده ام که این بعض کیست، ولی در این کتاب حاشیه زده اند که صاحب ریاض این را فرموده یا نقل کرده است، که ایشان فرموده: اینکه برخی می گویند صرف نیت این آقای واقف که در مقام انشاء فقط گفته است حرّمت یا سبّلت (بنابر اینکه قرینه بخواهد) بدون قرینه کافی است، این درست نیست و نمی شود به ضم نیت بگوئیم وقف بین خود و خدایش تمام است.

سؤال وجواب: استدلال عمده مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء وعده دیگری که این حرفها را می زنند در هر جائی که گفته اند عمده اش این است که این ماهیات لا يتحقق در موارد شک. و چون شک در اسباب تحققش هست بنابر این اصل عدم تحقق این ماهیت است، و استصحاب بقاء ملکیت می کنیم برای واقف. و عجیب است در یک فروضی که تقریبا

اکثر فقهاء قبول دارند که وقف می شود مثل اینکه کسی فرشی را ببرد در مسجدی بگذارد و ظاهرش این است که این فرش را که گذاشته برای وقف است، می گویند نه، با این وقف ثابت می شود می توانند آن را ببرد و مانعی ندارد.

معنای العقود تابعة للقصد

سؤال وجواب: اینکه گفته اند العقود تابعة للقصد، این در جای خودش مفصل بحث شده است. ما در باب عقود چندین جور قصد داریم: یک قصدی در تحقق انشاء دخیل است. یک قصدی در تحقق معامله دخیل است، یعنی باید قاصد للعناوین هم باشیم. اگر کسی می گوید بعثتک هذا الدار بهذا الثمن، این دارد انشاء می کند. باید با این انشاء قصد تملیک عین به عوض داشته باشد، نه اینکه با این انشاء بخواهد کار دیگری بکند. یعنی باید قصد کند حقیقت آن معامله ای را که دارد انشاء می کند.

در همانجا که ما می خواهیم انشاء کنیم، عده ای ادعاء می کنند که در این انشاءات باید تمام آنچه را که در مقام انشاء مرادش هست در لفظش تجلی پیدا کند. در مقام انشاء شما نمی توانید بخشی از مفاد منشأ را {به لفظ بیاورید منظور از منشأ} تملیک بالحمل الشایع عقلاء نیست. همین منشأ خودتان تمامش باید در عالم الفاظ دال داشته باشد. ظاهراً شیخ هم در مکاسب این است که این بحث را پذیرفته است. این قصود غیر از آن قصودی است که در تحقق انشاء دخیل است. انشاء شما باید ظهور داشته باشد در منشآت تاما، ولی این تازه می شود مرحله منشأ و انشاء. باید به این ضمیمه بشود قصد حدوث حقیقت معامله که تملیک عین به عوض باشد یا در اجاره تملیک منفعت به عوض باشد یا یک جاهایی وثیقه است، تا معامله محقق بشود.

پس اینکه می گویند معاملات تابع قصود هستند نه اینکه من همینطور بنشینم و فقط قصد کنم بیع کنم. نه، بلکه یعنی باید ضمیمه آن انشاء تامتان، قصود معاملی هم باشد که حرف درستی است. الان بحث در آن انشاء است که با چه چیزی محقق می شود.

بعد ایشان می فرماید:

«ویظهر من آخرین أن انضمام القرينة شرط في الصحة والاجزاء لاصالة عدم نفوذ المشكوك في تأثيره وصحته، و العقود اللازمة والعبادات توقيفية».

که اینجا در حاشیه کتاب گفته اند که صاحب ریاض - یا خودش گفته است یا از دیگران نقل کرده است - که اگر این آقا برای حرمت در مقام انشاء قرینه نیاورد چون شک داریم که مسبب واقع می شود، وقف واقع نشده است ولو در باطن نیت کند. چون نیتی که او می کند، شرط تحقق منشأ را که عبارت باشد از انشاء تام درست نکرده است.

ویظهر من بعضهم الركون الى الاقتصار الى لفظ وقت و تصدقت لاستعمالهما في الاخبار، دون غيرهما و لاسيما لفظ الصدقة. ويظهر من الوالد^۱ تجويز الجملة الاسمية وجعل الاولى كونها وقفا (بگوید هذا وقف) دون هذا موقوف. والاقوى في النظر ما تقدم ذكره.

ما تقدم ذكره ایشان این است که جمله اسمیه به درد نمی خورد بلکه باید جمله باشد فعلیه، همینطور ماضویت و عربیت شرط است. همه اینها هست.

مثلا ایشان در صفحه ۲۰۳^۲ می فرماید: و يشترط كون الصيغة بلفظ عربي لعربي أو عجمي. چه طرف عرب باشد چه عجم با عربی واقع می شود. و الاكتفاء بالعجمي مطلقا لا يخلو من وجه. یعنی عجمی هم اکتفاء کند به صرف عربی و عجمی را ضمیمه نکند. (دیدید که در عقود نکاح بعضی ها احتیاط می کنند و فارسی آن را هم می گویند).

آنوقت کسانی که لفظ عربی را شرط می کنند حرف عجیبی می زنند، می گویند آیا لحن در کلام مضر است؟ یعنی اگر عبارت ملحون باشد، مثلا بجای بعتک بگوید بعتک، این درست است یا نه؟

شیخ و دیگران می گویند بنابر اینکه عربیت شرط باشد و از باب شک در تحقق مسبب باشد خب ما در اینجا شک می کنیم مسبب محقق می شود یا نه. در ترتیب بین ایجاب و قبول هم همین را می گویند.

می گوید: و يشترط فعليتهما مع قصد الانشاء. می گوید باید به صیغه فعلی باشد نه جمله اسمیه، و باید با قصد انشاء باشد. فلا تكفي جملة الاسمية وإن كانت اقوى في الانشاء. جملات اسمی گاهی اقوی هستند در انشاء، می گوید ولو اقوی باشد این کافی نیست.

و کسانی نقض کرده اند گفته اند در رهن و امثالش چطور قبول کرده اند که هذا وثيقة؟

در جواب گفته اند آن مورد دلیل خاص دارد.

^۱ والد ایشان مرحوم آشیخ جعفر کاشف الغطاء رضوان الله علیه است

^۲ طبق کتاب موجود در نرم افزار انوار الفقاهة کتاب الوقف صفحه ۴

وهمینطور گفته اند ماضویت هم شرط است، چون امر و استقبال فائده ندارد. امر استدعاء است، استقبال هم یک جور توقع است. نه اینکه انشاء باشد به چیزی که می خواهد واقع بشود.

بعد گفته اند این به نکاح و مزارعه نقض نمی شود چون آن دو دلیل دارند.

امکان تمسک به صدق عرفی معاملات بر مصادیق فاقد قید برای نفی دخالت قید بنابر امضائی بودن اسباب و مسببات ما در مقابل همه اینها دو تا حرف داریم:

نکته اول: توقیفی بودن این اسباب و مسببات اول کلام است. تأسیسی بودن آنها اول کلام است. اینها نه تأسیسی هستند و نه توقیفی. عمده عناوین معاملات امضائی هستند و مسلماً عقلاء در میان خودشان این قیودی را که آقایان می گویند ندارند. یعنی عناوین معاملات بر آنها واقع می شود. در فارسی هم خرید و فروش می کنند و بعد می گویند خریدیم و فروختیم. هیچ کس نگفته است که اگر عربی نباشد صدق خرید و فروش نمی کند. یا اگر به صیغه ماضی نگوید، مثلاً طرف بگوید من فروشنده هستم به این قیمت، طرف هم بگوید قبول من خریدم، بگوئیم که نه این کافی نیست بلکه حتماً باید اینطور باشد که من فروختم. اینها درست و نیست و در میان عرف این حرفها نیست و شارع هم همین ها را امضاء کرده است. احل الله البیع داریم در بیع، اوفوا بالعقود داریم در عقود. عقد واقع شده است و ادله امضاء هم گرفته است. ما بیش از این نمی خواهیم.

امکان نفی قیود با اطلاق مقامی در فرض تأسیسی بودن معاملات

نکته دوم: حتی اگر ما برخی از معاملات را تأسیسی بدانیم، مثلاً در وقف ادعا کنیم که ادعاه بعضی که اصلاً وقف تأسیسی است و قبل از اسلام وقف نبوده بلکه چیزهای دیگری بوده است. اگر کسی همچنین ادعایی بکند به نظر من اطلاق مقامی کافی است برای اثبات اینکه قیود لازم نیست. در یک جاهایی مثلاً در طلاق راوی از امام می پرسد که اگر من الفاظ را اینطور بگویم مثلاً بگویم انت محرمة (و امثال ذلک) این کافی است؟ امام می فرماید این ها فائده ندارد، باید بگوئی أنت طالق. در آنجا ممکن است بگوئید دلیل خاص گفته است. اما در جاهای دیگر مثل همینکه الوقوف حسب ما یوقفها اهلها، اینجور جاها ایکال شده است به همین چیزی که بین عقلاء هست. اطلاق مقامی این است که مولا حکمی را برای موضوعی آورده است، خودش هم بیان نمی کند که این موضوع چه جور محقق می شود. معلوم می شود که ایکال کرده است به عرف. مثلاً در باب وضوء میگویند شما آب بریزید بر وجه از بالا تا پائین، نگفته اند کدام آب. معلوم می شود به همین آبی

که نزد مردم است اکتفاء کرده اند. اگر آب خاصی مراد بود می گفتند. (اطلاق لفظی نیست، اگر ما فرض کنیم که لفظ آب و اطلاقی در کار نباشد) این می شود اطلاق مقامی. ایکال به عرف در اخذ به این موارد.

اینجا هم همینطور است، الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها. فرض کنیم که اصلاً وقف تأسیسی باشد اما نگفته اند چه جوری باشد که ماضوی و عربی و غیره باشد.

با وجود این اطلاق نوبت به شک در مسبب نمی رسد

لذا این فرمایشی که آقایان می کنند و مثل یک اصل ثابت شده است که هر کجا ما شک کنیم در تحقق شرط یا قیدی در مورد سبب، آنجا مسبب واقع نیست، پس اگر ما شک کنیم در ماضویت، شک کنیم در اخذ عربی، شک کنیم در اخذ جمله فعلیه، چون شک می کنیم در تحقق مسبب پس باید قائل بشویم که اینها شرط هستند.

جوابش این است که این در جایی است که یک دلیلی موضوع را احراز نکند و شک را مرتفع نکند مثل اطلاق مقامی. اطلاق مقامی اماره است، مثل اطلاق لفظی که اگر وجود داشت اماره است. اینها شک را بر می دارد. ما شک نداریم تا بخواهیم بگوئیم با وجود شک باید احتیاط کنیم و بگوئیم مسبب عند الشک فی السبب حاصل نمی شود.

بنابر این ما دو راه در مقابل این اشتراط های غلاظ و شداد داریم. مثلاً ما به چینی ها بگوئیم شما وقتی می خواهید وقف کنید حتماً باید این الفاظ عربی را بگوئید، ملحون هم نباشد و ماضوی هم باشد. به نظرم کلاً اینها خلاف عرف است.

پس ما دو حرف می زنیم، اولاً می گوئیم این حرف درست نیست، بخاطر این معاملات همه سوابق داشته است حتی وقف. در میان مردم وقف دارج بوده است، حتی کفار هم وقف می کرده اند وقف اولاد داشته اند، ربطی به ادیان بخصوصه هم ندارد. همین وقفی که در میان عقلاء دارج بوده را شارع امضاء کرده است. ولو ممکن است مولا یک قیدی هم به آن بزند ولی همین دارج بوده است.

ادعای دوم ما این است که حتی اگر تأسیسی و توقیفی هم باشد اطلاق مقامی کفایت می کند. مولا کیفیتش را بیان نکرده است بلکه ایکال به عرف کرده است.

بیان اطلاق مقامی با تصویری دیگر

یک راهی شبیه اطلاق مقامی هم وجود دارد که بعضی ها می گویند اطلاق مقامی همین است. و آن این است که ما بگوئیم: اینها در میان مردم مبتلا به بوده است، این خصوصیتها در میان مردم و در سیره متشرعی نقل نشده که همچنین چیزهایی اخذ شده است. اینها فتاوی علماء است. اینکه مثلاً چینی ها حتی مسلمانهای آنها باید به صیغه عربی وقف را

بگویند همچنین چیزی نگفته اند. ممکن است بگوئیم چون این چیز مبتلا بهی بوده است و در روایاتی که برای ما آمده است نقل نشده است که یکجا این را بگویند که حتما باید به لفظ عربی بگویند، یا در سیره عقلائیه و متشرعیه همچنین چیزی نیامده که بخواهد ما را محدود کند.

این دلیل هم در جایی که مورد ابتلاء باشد کفایت می کند.

بالاخره ما می توانیم به وجوه مختلفی این قیود را دفع کنیم. و حق همین است که در متن تحریر آمده است که ما در باب عقود و معاملات بکل لفظ که یدل علی المراد می توانیم اکتفاء کنیم.

مرحوم شیخ همین حرفها را دارد فقط نکته اضافه ای دارد، و آن این است که آیا در باب معاملات به عنوان یک قاعده ما این را قبول داریم که هر آن چیزی که در منشأ ما محقق می شود به لحاظ معنایی، باید دالی در مقام لفظ داشته باشد؟ این هست یا نه؟ چون در معاطات مرحوم شیخ با اینکه اصل معاطات را قبول دارد ولی خلاف اقوال فقهاء می داند. اکثر فقهاء قدیم معاطات را قبول نداشتند که ایشان اینها را بحث کرده و تشکیک می کند. بعد ایشان می گوید به عنوان یک قاعده ما این را قبول داریم که اگر معنایی در عبارت می خواهد ظاهر بشود باید به لفظ باشد.

آنوقت بنابر این می آید اشکال می کند به کسانی که الفاظ غیر صریح را کافی نمی دانند، مجاز را کافی نمی دانند ولو با قرینه، یا گفته اند مجازات بعید و لو با قرینه. ایشان همه اینها را دفع می کند، و می فرماید وجهی ندارد که ما اینها را قبول نکنیم. چون دارد به لفظ دلالت می شود، فرق نمی کند که دال ما بر معنای منشأ بالمطابقة باشد، موضوع له حقیقی باشد، یا نه، مجاز باشد ولی با قرینه باشد. عقلاء در مقام دلالت به همه اینها اکتفاء می کنند.

می گوید بله، اگر لفظ مجاز یا کنائی است و قرینه نیاورید این اشکال دارد.

فردا برخی از عبارت های ایشان را نقل می کنیم.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۵۷ ادامه بحث عدم نیاز به قیود اربعه
- ۵۸ خروج مجاز همراه با قرینه از بحث طبق نظر شیخ
- ۵۹ به نظر ما خلافاً للشيخ الاعظم کنایات همراه با قرینه حالیه و مقامیه هم مثل مجاز مقارن با قرینه هستند
- ۵۹ کبرای مرحوم شیخ بر احتیاج به دال لفظی
- ۵۹ تطبیق کبری بر بحث کنایات
- ۶۰ استشهاد مرحوم شیخ به کلمات فقهاء
- ۶۲ بررسی استشهاد مرحوم شیخ انصاری به عبارات فقها در تفاوت کنایه با مجاز
- ۶۲ رد کبرای مرحوم شیخ بر عدم صحت انشاء به لازم
- ۶۴ قرینه جزء دال نیست، بلکه رفع مانع از دال می کند
- ۶۵ رد صغرای کلام شیخ
- ۶۸ نکته ای در باب شخصیت حقوقی وقف
- ۶۸ قصد عنوان مسجدیت در وقف مسجد
- ۶۹ آیا جعل مسجدیت مساوی با وقفیت آن است؟
- ۷۰ فروع مرتبط با وقف مسجد

ادامه بحث عدم نیاز به قیود اربعه

دیروز فرمایش امام ره در تحریر الوسیله و مرحوم سید را اینطوری عرض کردیم که قابل تحلیل و توجیه است که مسئله ماضویت و صراحت و جمله اسمیه بودن و عربیت اینها همه خصوصیاتیه هستند که می خواهد روی یک عنوانی برود که این عنوان، عنوان عرفی است، مثل وقف، مثل بیع، مثل تملیک، مثل اجاره. اگر عقلاء در میان خودشان برای تحقق این عناوین خصوصیتی اخذ نکرده باشند اطلاقات و عمومات شامل اینها می شود حتی وقتی که اینها فاقد این خصوصیات باشند.

پس عنوان تملیک عین بعوض می شود با لفظ فارسی یا با صیغ جمله اسمیه باشد. فقط شرطش این است که عند العقلاء والعرف عناوین اینها واقع بشود به همین الفاظ بدون رعایت این خصوصیاتیه که این آقایان گفته اند، مثل صراحتی

که در مقابل مجاز و کنایه گفته اند. اگر عرف با مجاز هم دلالت می کند بر مجعولی که قبول دارد موضوع آثار است، چه در وقف چه در بیع و چه در صلح و چه در اجاره، آنوقت عمومات و اطلاعات ادله ای که روی وقف و بیع و اجاره آمده اینجا را می گیرد.

پس بنابر این ما اشکالی نمی بینیم که در کلام صراحت نباشد یا مجاز باشد یا به لفظ فارسی باشد یا صیغه جمله اسمیه باشد.

مرحوم شیخ در مکاسب صفحه ۱۱۹ شروع می کند در بحث این خصوصیات. می فرماید:

«اما الکلام من حیث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالکنایات».

بعد کلام تذکره را نقل می کند که صراحت لازم است. در تذکره می گوید «فلا یقع بالکنایة بیع البتة».

بعد ایشان می گوید بعضی ها این تصریح را به حقیقت تبدیل کرده اند، که دیروز عرض کردیم. منتهی آنها گفته اند که بنابر این به مجازات واقع نمی شود چه مجاز قریب باشد و چه مجاز بعید باشد. بعضی ها گفته اند که به مجازات بعیده واقع نمی شود. اینها که گذشت.

خروج مجاز همراه با قرینه از بحث طبق نظر شیخ

مرحوم شیخ می فرماید: بحث مجاز وقتی توأم با قرینه است از بحث خارج است، چون مجاز با قرینه مثل صراحت در دلالت بر معنا است. وقتی کسی که بیع می کند مضمون را با الفاظی که صریح در بیع هستند انشاء می کند مثل «بعتک»، فرقی نمی کند با انشاء با الفاظی که مجاز هستند مثل «ادخلته فی ملکک» در صورتی که همراه با قرینه ای باشد که در لفظ داخل باشد. ولذا می فرماید: معیار این است که شما با الفاظ دلالت کنید بر معنا و عنوانی که آن عنوان را انشاء می کنید. حال ما می گوئیم در وقف هم همینطور است. (البته ایشان هم آورده است، بحث قرض و نکاح و وقف و ... را آورده است).

به نظر ما خلافاً للشيخ الاعظم کنایات همراه با قرینه حالیه و مقامیه هم مثل مجاز مقارن با قرینه هستند

مرحوم شیخ باب دلالت مجازی با قرینه بر آن عنوان را قبول کردند، اما باب کنایات را قبول نکرده است. می گوید در باب کنایات شما از یک لازمی می خواهید به ملزوم برسید. انشاء می کنید لازم را برای اینکه به ملزوم برسید. و چون در انشاء ملزوم از طریق انشاء لازم، تمام دال شما بر انشاء ملزوم در لفظ نیست، بلکه کمک گرفته اید از قرائن حالی و مقامی این کفایت نمی کند. (حالا هم کبری و هم صغری را توضیح می دهیم).

کبری مرحوم شیخ بر احتیاج به دال لفظی

کبرایی که مرحوم شیخ می پذیرد این است که بنابر آنچه در باب معاطات گفتیم، در باب عقود باید تمام دال بر آنچه که عنوان عقد است و انشاء می شود در کلام باشد. والا اگر در بخشی از آن بر قرائن حالیه و مقامیه اعتماد بشود فائده ندارد. که ایشان می خواهد ادعا کند طرق عقلائی را، ولی این درست نیست. حالا یا از باب اینکه در عقد ما تأکید می خواهیم که باید مؤکد باشد، و با صرف قرائن مقامی و حالی ما تأکید نداریم. تأکید با آوردن در کلام است. (که البته خیلی هم بعید نیست، شاید بعضی از ظروف اجتماعی همین باشد، بگویند اگر یک امر مهمی هست که باید بر آن تأکید بشود باید در لفظ بیاید نه اینکه از قرائن حالیه و مقامیه کمک بگیرید).

تطبیق کبری بر بحث کنایات

می فرماید: در بحث کنایات اینطور است. شما انشاء می کنید ادخال شیئی را در ملک او و اخراج شیئی را از ملک او. انشاء می کنید ادخال عین را در ملک او به عوض ثمن یعنی ادخال آن ثمن در ملک خودتان. اخراج و ادخال این ملک، لازمه تملیک عین بعوض است. خود آن تملیک نیست. و شما به قرینه حالی و مقامی می فهمانید که مقصودتان از اینکه می گوئید ادخلت هذا فی ملکک بعوض کذا این است که تملیک کردم این را به شما. یعنی از انشاء این لازم ملزومش را که تملیک است قصد می کنید.

منتهی ایشان می گوید بله، انشاء شده است آن ملزوم، منتهی تمام الدال بر منشأ لفظی نیست، بلکه کمک گرفته اید از سابقه های ذهنی یا بحث و گفتگوهای که بینتان بوده است یا قرائن حالیه که همه اینها در واقع کاری می کند که دال شما تماما لفظی نباشد. و می فرماید ما در بحث معاطات گفتیم که اگر دال تماما لفظی نبود عقد با این واقع نمی شود و این فائده ندارد. حرف ایشان این است.

استشهاد مرحوم شیخ به کلمات فقهاء

آنوقت فرمایش عده ای از فقهاء را که گفته اند ما در باب عقود الفاظ مخصوصی می خواهیم یا گفته اند الفاظ عقود توقیفی است یا مثل فخر الدین در ایضاح الفوائد گفته اند به استقراء ما فهمیدیم که شارع برای عناوین معاملاتش الفاظ خاصه دارد، همه اینها را مرحوم شیخ حمل می کند بر این کلامی که خودش دارد.

اینجا دو تا بحث واقع می شود:

یکی اینکه آیا فرمایش این بزرگواران همین چیزی است که مرحوم شیخ می فرماید. آیا در تذکره که تصریح می کند «الرابع من شروط الصیغة التصريح فلا يقع بالكنایة بيع البتة»، آیا مرادش همین چیزی است که شیخ می فرماید؟ یا اینکه در ایضاح^۱ می فرماید: «من أن كل عقد لازم وضع له الشارع صیغة مخصوصة بالاستقراء». می گوید ما از کلمات شارع فهمیده ایم که مولا برای عقود لازم صیغه خاصه قرار داده است. مرحوم شیخ این را حمل می کند بر فرمایش خودش. یا توقیفیتی که در کلام بعضی ها هست را هم بر کلام خودش حمل می کند، در صفحه ۱۲۹ می فرماید: «و الیه یشیر ایضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ینعقد عقد بلفظ آخر لیس من جنسه». بعد می فرماید: «و ما عن المسالك من أنه یجب الاقتصار فی العقود اللازمة علی الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة». که ایشان می فرماید مراد از منقوله شرعی یعنی در کلمات ومأثور شارع این الفاظ آمده باشد.

خب ببینید ظاهر این فرمایش که می گوید این الفاظ آمده باشد این است که این بزرگواران همین الفاظ را می گویند. مرحوم شیخ قبلا فرمود: و الاقوی این است که ما این عناوین را به هر لفظی ولو مجاز انشاء بکنیم فرقی نمی کند و اشکالی ندارد. و ایشان می فرماید که چون در باب مجازات همراه با قرینه مجموعا دلالت لفظی است و یکجوری مستند به وضع

است، (ولو وضعی که مناسب باشد، یعنی مناسب موضوع له باشد، بالاخره به وضع مستند است و به الفاظ متکی است) لذا اشکالی ندارد. در باب مجاز اینطوری است ولو به کمک قرینه لفظ دارد دلالت می کند.

ایشان قائل است که در کنایات اینطور نیست. در کنایه شما از لازم به ملزوم منتقل می شوید اما نه بخاطر خود لفظ فقط، گرچه معنای لازم به تعبیر علمای بیان قنطره است برای وصول شما به معنای ملزوم، منتهی این قنطره به کمک قرائنی است که می تواند حالی یا مقامی باشد. ظرف اقتضاء کرده است که در این روزگاری که پخت و پز ما با هیزم نیست وقتی من می گویم «زید کثیر الرماد» مقصود جواد بودن او است. چون این زمان که کسی کثرت رماد ندارد تا بخواهیم واقعا یکجائی بگوئیم زید کثیر الرماد.

پس قرینه حالیه و مقامیه است که دلالت می کند بر انتقال ما از کثرت رماد به جواد بودن.

در باب عقود و ایقاعات هم همینطور است. اگر انتقال شما کنائی بود شیخ می گوید فائده ندارد.

بعد در صفحه ۱۲۸ می گوید ضابطه کلی این است:

«وجوب ایقاع العقد بانشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع، إذ لو وقع بانشاء غيرها فإن كان لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة للاستمتاع لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة وإن كان بقصد هذه العناوين».

می گوید در شرع ما عنوان زوجیت داریم، عنوان هبه هم داریم، عنوان صلح هم داریم. هبه جای زوجیت را نمی گیرد. اگر مرأه بجای اینکه بگوید زوجتک نفسی بگوید وهبتک نفسی، این فائده ندارد. ولو به قرائنی ما بدانیم که مقصود او از هبه نفس خودش تزویج است، این فائده ندارد.

پرسش این است که چرا فایده ندارد؟ با اینکه خود ایشان در یک صفحه قبل فرمود اگر شما با مجاز (ولو بعید) بر مرادتان دلالت کنید برای تحقق آن عناوین انشائی کفایت می کند با این حال در اینجا می گوید کفایت نمی کند. نکته اش را دقت کنید که ایشان قبلا هم متذکر شده و باز تکرار می کند: فرق مجاز با کنایه این است که در مجازات تمام دالمان لفظ است ولو قرینه باشد. اما در اینجا تمام دال لفظ نیست. ایشان قائل است اگر مرأه با لفظ «هبه» قصد تزویج کند تزویج را افاده نمی کند. {به این توضیح که} اگر قصد کند عنوان هبه را و قصد نکند تزویج را، که می شود هبه، اصلا می شود یک انشاء بیگانه از تزویج. و اگر انشاء کند هبه را و قصد کند چنین عناوینی مثل تزویج را می شود باب کنایات. یعنی انشاء کرده است لازم را و واقعا مقصودش ملزوم بوده است که مثلا در اینجا بحث ازدواج است.

«وإن كان (این انشاء هبه) بقصد هذه العناوين (یعنی عناوین بیع و ازدواج و کذا) دخلت فی الکناية التي عرفت أن تجویزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالافعال». که ما قبلاً گفتیم که مقاصد معاملی را باید با اقوال آورد و الا فائده ندارد.

منتهی یک بحث مهمی اینجا وجود دارد، آیا این ادعا درست است که مرحوم شیخ می فرماید ما اگر عناوین را به نحو کنایه انشاء بکنیم فائده ندارد. و بعد هم فرمایش بزرگوارانی که گفته اند الفاظ خاص لازم است همین است.

بررسی استشهاد مرحوم شیخ انصاری به عبارات فقها در تفاوت کنایه با مجاز

اولاً در این تطبیق کلمات قوم به نظرم بعضی عبارت های ایشان واقعا سازگار نیست. آنها لفظ را می گویند، می گویند باید با این الفاظ مخصوصه باشد. اما مرحوم شیخ مطلب را بر عناوین لازم و ملزوم حمل می کند. آن فرمایش بزرگواران حتی ظاهراً مجاز را هم {نفی می کند}. یعنی وقتی می گویند باید صریح باشد و کنایات را نمی گیرد، ظاهر حرفشان این است که مجاز هم نباشد و تنها باید حقیقت باشد. گرچه صراحت به معنای وضوح است و وضوح با مجاز هم می سازد، اما به {قرینه} این فرمایشات که می گویند لفظ خاص لازم است دیگر با مجاز سازگار نیست. شما در بیع باید «بیع» بگوئید نه لفظی که مجازاً دلالت بر بیع کند.

پس از لحاظ تطبیق عبارت قوم بعید است بشود همه را اینطور که مرحوم شیخ توجیه می کند توجیه کرد.

رد کبرای مرحوم شیخ بر عدم صحت انشاء به لازم

اما اصل مطلب چیست؟ آیا اگر بیع را انشاء کنیم به انشاء لازم، اشکالی دارد؟ مرحوم شیخ می گوید این اشکال دارد. ولی بزرگوارانی مثل مرحوم سید و عده ای این حرف را قبول ندارند و می گویند در باب کنایات ما هیچ دلیلی بر فرمایش شما نداریم.

البته مرحوم سید تمام آن موارد اختلاف اقوال را آورده که در صراحت چه می گویند و کدام الفاظ صریح هستند و کدام نیستند. اما در آخر بحث می گوید: دقت و تعرض به کلمات قوم که آیا تطبیق می شود به این بحث شیخ یا نمی شود

اثری ندارد. برای اینکه بر فرض زحمت بکشیم و بگوئیم کلامشان ظاهر در این است، خب چه فائده ای دارد. ولذا می فرماید^۱:

«بل الاولى عدم التعرض لجمع كلماتهم و التعرض لما هو المهم من تحقيق الحق».

بعد می فرماید:

«والتحقيق كما عرفت الاكتفاء بكل ما له ظهور عرفي لشمول العمومات».

دو تا دلیل می آورد که همان دلیلی است که ما دیروز آوردیم (این دو دلیل برای همیشه و در همه معاملات به درد می خورد):

دلیل اول: با هر کاری که {انشاء عنوان} واقع می شود مثل انشاء ملزوم به انشاء لازم، انشاء بیع به انشاء ادخال شیئی فی ملک، انشاء وقف به انشاء عنوان حبس، انشاء وقف به انشاء سبب، انشاء وقف به انشاء تصدق، که انشاء ملزوم باشد به انشاء لازم هستند، و به صورت کلی هر کجا به هر کیفیتی انشاء کنیم همینکه عمومات شاملش شود کفایت می کند.

ایشان توضیح نداده است که چه زمانی شامل می شود. ولی طبیعی است که زمانی شامل می شود که عرف و عقلاء برای تحقق عنوان وقف خصوصیت دیگری را لازم ندانند. و الا واضح است که اگر عرف و عقلاء لازم بدانند مصداق وقف نمی دانند. مثلاً اگر صراحت نزد عرف و عقلاء شرط باشد نمی گویند با تصدق وقف حاصل می شود. اما اگر عرف و عقلاء {انشاء بدون صراحت} را قبول داشته باشند (کما هو الحق) در این صورت عمومات شامل می شود.

پس دلیل ما بر اکتفاء به اینها این است که عمومات شامل می شود.

والتحقق كما عرفت الاكتفاء بكل ما له ظهور عرفي لشمول العمومات.

دلیل دوم: می فرماید اگر واقعا این خصوصیات لازم بود حتما مکشوف می شد و در کلمات شارع می آمد مخصوصاً جائی که محل ابتلاء باشد. نمی شود چیزی محل ابتلائی باشد که هیچ جا در کلمات شارع از آن عین و اثری نباشد. و می گوید ما قبلاً هم این را گفته ایم:

«بل قد عرفت عدم ورود خبر يكون حجة ظاهرة في اعتبار اصل الصيغة».

^۱ - مجموعه آثار جلد ۵۱ صفحه ۴۲۱

چون معاطات را ایشان در وقف قبول دارد.

بعد می فرماید: «و ما اشیر الیه سابقا من الاخبار لا اشعار فیها فضلا عن الدلالة، والحق احق أن یتبع».

خلاصه بحث که به درد بحث ما بخورد این است که ظاهرا در باب وقف اینطوری است که عرف و عقلاء در وقف مسلما عربیت را شرط نمی دانند. این همه اقوام در دنیا وقف می کردند. ماضویت هم شرط نیست. همچنین عرفی است که با جمله اسمیه مانند «هذا وقف» وقف کنند، و با آن نیز انشاء می شود.

ممکن است شما بگوئید که ولو این انشاء صراحت ندارد، ولی همینکه با قرائن حالی و مقامی در مقام انشاء باشد کفایت می کند.

مرحوم شیخ استدلال قوی ای بر این ندارد که باید تمام آنچه که دال بر محتوا و بر این عناوین است حتما باللفظ دال باشد. دلیلی بر این حرف نیست.

قرینه جزء دال نیست، بلکه رفع مانع از دال می کند

نکته مهم دیگری در همین فرمایش شیخ وجود دارد که این را محققین اشاره کرده اند (هم مرحوم سید و هم مرحوم اصفهانی در حاشیه)، گفته اند: چه در باب مجازات و چه در باب کنایات قرینه جزء دال نیست. قرینه کاری می کند که دال ما مانعش در دلالت برطرف شود. در مجاز اگر گفتیم رأیت اسدا یرمی واز لفظ اسد ما رجل شجاع را اراده کردیم و مذهب سکاکی را نگفتیم (اگر مذهب سکاکی را بگوئیم که روشن تر است) اگر بگوئیم اسد اصلا استعمال شده است در رجل شجاع، این اسد است که استعمال می شود در رجل شجاع و می شود دال بر رجل شجاع ولو به کمک قرینه. نه اینکه اسد به اضافه قرینه هر کدام بخشی از مدلول را دلالت می کنند. از باب تعدد دال و مدلول نیست، که بخشی را اسد دلالت کند و بخشی را یرمی. اینطور نیست. بلکه یرمی کاری می کند که لفظ اسد تمام مدلول را که رجل شجاع است دلالت کند.

چون اگر قرینه نبود وضع اولی می گفت اسد دلالت بر آن حیوان مفترس می کند. مانع از دلالت اسد بر رجل شجاع را برطرف می کند.

به بیان فنی تر قرینه حیث تعلیلی است برای دلالت لفظ بر این معنا، نه اینکه خودش بخشی از دال باشد.

رد صغرای کلام شیخ

در کنایه هم همینطور است. قرائن حالی و مقامی کاری می کنند که در زید کثیر الرماد کثرت رماد دلالت کند بر جواد بودن. کثرت رماد دلالت بر جواد بودن می کند نه آن قرینه ها. قرینه کمک کند که رفع می کند مانع از دلالت را. پس حتی در قرینه حالی و مقامی تمام دال لفظ است.

یعنی ما حتی اگر کبرایی که مرحوم شیخ می فرماید بپذیریم که عقلاء در ابواب معاملات برای تحقق عنوان معامله در مقام انشاء لازم می دانند که تمام دال بر منشأ لفظ باشد، باز در باب کنایات شرط شما حاصل است. تمام دال لفظ است. بله برای تحقق این دلالت یک کمکی از بیرون می خواهیم، اما نه اینکه بخشی از دال چیز دیگری هست.

پس ما در مقابل شیخ ره دو تا حرف داریم: یکی اینکه بگوئیم ما اصل کبری شما را قبول نداریم. عقلاء در باب تحقق عناوین معاملات همچنین شرطی ندارند. بلکه با قرائن حالی و مقامی ولو بخشی از دال ظهور حال من باشد هیچ اشکالی ندارد. همینکه ما منشأ داشته باشیم به ابزار عقلاء برای این مسئله کافی است. این ادعای خارجی است دیگر. شیخ می گوید نه، عقلاء این کار را نمی کنند، یعنی برای تحقق عقودشان اکتفا نمی کنند، ولی ما ادعا می کنیم سیره دارجه این است.

حالا ممکن است کسی بین عقود مهمه و غیر مهمه تفصیل بدهد. مثلاً ممکن است کسی بگوید که برای عقود مهم در دنیا می گویند باید حتماً محکم کاری بشود، لفظ دقیق باشد یا حتی کتابت باشد. اما برای عقود معمولی که بین مردم دارج است واقعا این نیست که ایشان می گوید.

حرف دیگر این است که شرط شما درست، اما این شرط شما در کنایات حاصل است. کما اینکه در مجازات هست و خود شما قبول کردید. شیخ در مجازات به صراحت قبول کرده است، می گوید چون ما در باب دلالت عند العقلاء ظهور می خواهیم، صراحت هو الوضوح، و وضوح با مجاز هم می شود. چه فرقی می کند؟ چون مجاز هم لفظ است. ولی کنایات را انکار می کند. ما می گوئیم در کنایات هم لفظ است.

این فرمایش مرحوم سید و مرحوم اصفهانی است.

سؤال و جواب: در باب نسبت بین قرینه و ذوالقرینه و نسبت بین مقید و مخصص منفصل با مطلق و عام دو تا مسلک هست: یک مسلک حکومت است، که ظاهر مرحوم شیخ است، که حتی با مقید یا مخصص منفصل ما کشف می کنیم که اراده جدیه از اول مقصور بوده است. در باب قرائن منفصله حتماً ظهور تصویری که حاصل می شود بلا کلام، و همینطور

ظهور تصدیقی اولی که مراد استعمالی است شکل می گیرد. اما ظهور تصدیقی در مراد جدی حاصل نمی شود. ما برای خلق عناوین معاملات بالانشاء ظهور تصدیقی دوم که اراده جدیه است می خواهیم. فقط این کافی نیست که شما ظهور استعمالی داشته باشید. و الا ظهور استعمالی در هزل هم هست. اگر کسی هازلا به دوستش بگوید خانه ام را به تو فروختم به دو ریال و آن هم هازلا قبول کند، ظهور تصویری هم هست، ظهور تصدیقی اول هم هست که مراد استعمالی است، اما ظهور تصدیقی دوم نیست، یعنی خلق آن ماهیت عقلائیه نیست. ما بحث مان در خلق آن ماهیت است.

پس می شود ما از اول ادعا کنیم که حتی اگر کبرای شما درست باشد اما ما می توانیم حرف دیگری بزنیم و بگوئیم قرائن کارشان این است که می آیند دلالت لفظ را تمام می کنند، نه آنچه که شما می گوئید.

پس به نظر من هم در باب وقف و هم در سایر عقود ما دو معیار کلی داریم:

معیار اول: بحث شمول عمومات است، بعد الفراغ از این ادعا که عقلاء در میان خودشان این قیود را اخذ نکرده اند. این ادعای خارجی است.

معیار دوم: این است که لو کان هذا لبان فی کلمات الشارع، در حالی که همچنین چیزی در کلمات شارع نیست. در این امور مهم و مورد ابتلاء مخصوصا در بیع و صلح و ... کجا همچنین خصوصیات را در الفاظ گفته اند؟ بله هر کجا بوده مثل طلاق گفته اند اما در ابواب دیگر نگفته اند، و همین کافی است.

سؤال و جواب: نگوئید سیره فقهاء، سیره فقهاء که فی نفسه حجت نیست. بگوئید اجماع کلام فقهاء. اما کما اینکه در باب معاطات گفته اند اجماع محصل که نداریم و اجماع منقول هم حجت نیست. تازه اجماع محصل هم اگر می بود باید غیر مدرکی بود. اجماع محصلی که بعضی از مجمعین از برخی از همین اخباری که دلالتش ادعا شده است استفاده کرده اند می شود اجماع مدرکی یا محتمل المدرکی و این هم فائده ندارد.

و لذا در معاطات در بین بزرگان فعلی کمتر کسی هست که معاطات را لازم نداند. هم صحیح می دانند و هم لازم می دانند. چون می گویند در معاطات هم انشاء حاصل شده منتهی به فعل حاصل شده است. عقلاء در دنیا به فعل هم انشاء می کنند و عناوین معاملات واقع می شود. اما ما فقهای داریم از زمان شیخ مفید تا حالا که به صراحت گفته اند که لایقع البیع و المعاملات بدون اللفظ، ولی اینها تمام نیست.

هذا تمام الکلام در این فرمایش ایشان.

سؤال وجواب: اولاً خود قدر متیقن در مقام مخاطب را عده ای مثل مرحوم نائینی منکر هستند مگر به قرینه بر گردد. ثانیاً: در این بحث ما از روایات استفاده نکردیم، چون می گویند لا عین له فی الاخبار الصحیحة و لا اثر. عمده اش این ادعا است که عناوین معاملات عند العقلاء لایقع. چون لایقع آنوقت دلیل بر اعتبار نداریم. ادعایشان این است. ما می گوئیم واقع می شود.

مرجع ما هنگام شک در خصوصیات اصالة الفساد است، ولی عمومات و اطلاقات عقد را تصحیح می کند.

یک نکته دیگر عرض کنم از این بحث بیرون برویم: در این بحث ما یک دقتی لازم است، برخی از بزرگواران مثل مرحوم آیه الفاضل و قبل از ایشان شاید مفتاح الکرامة هم اینطور گفته باشد (طبق آنچه از عبارت شیخ استفاده می شود) گفته اند: اگر در خصوصیات شک کنیم در عناوین این معاملات، اصل عدم آن است. مثلاً عبارت آقای فاضل این است که لم یثبت همچنین خصوصیتی در معاملات.

ولی این استدلال درست نیست. به دلیل اینکه اصل در باب معاملات فساد است، چون از باب سبب و مسبب است. اگر شما وجود یک قیدی را در سبب که تأثیر گذار باشد در حصول مسبب و نیامده باشد، اصل فساد است.

مگر اینکه شما بگوئید در ظرف عقلاء عنوان معاملی واقعی می شود، یعنی عند العقلاء این شرط نیست، شک کنیم شرعاً شرط است یا نه، با عمومات و اطلاقات درست کنیم. این حرف درست است.

اما اگر ما عند العقلاء شک کنیم، مثل اینکه بگویند در باب وقف، ما نمی دانیم آیا ماضویت در صیغه وقف شرط است یا نه، آیا جمله اسمیه کفایت می کند یا نمی کند، در این صورت با این عبارتی که ایشان فرموده است درست نمی شود. ایشان می فرماید که برای ما همچنین قیدی ثابت نیست. خب ثابت نیست اما اصل فساد است.

ولذا مرحوم شیخ هم در مکاسب همچنین حرفی را ظاهراً از صاحب مفتاح الکرامة می آورد، ولی می گوید این فائده ندارد و اصل فساد است. مگر ما در بحث حدیث رفع و امثال آن ادعا کنیم که شامل شرائط می شود، که در جای خودش گفته شده است که این درست نیست. مرحوم اصفهانی همینجا این بحث را کرده و ما ادامه نمی دهیم. دوستان مراجعه کنند در اصول که شمول حدیث رفع برای احکام وضعی مشکل است ولو اینکه احکام وضعی بتوانند جعل تشریعی داشته باشند ولو بالتبع، ولی شمول آن مشکل است. که بحثش مفصل می آید.

ولذا این استدلال که برخی از بزرگان فرموده اند درست نیست. مگر اینکه عرض کردم بحث دیگری بکنند و همان حرف مرحوم شیخ و دیگران را بگویند که دخول اینجور عقدی را تحت عناوین معاملی عقلانی تثبیت بکنند و با اطلاعات و عمومات شمولش را درست کنند، والا با شک ما نمی توانیم آن را درست کنیم. شک در باب معاملات موضوع اصالة الفساد است نه آن چیزی که ایشان فرموده است.

نکته ای در باب شخصیت حقوقی وقف

سؤال وجواب: بحث اینکه وقف شخصیت حقوقی دارد یا نه، خیلی بحث مهمی است. یعنی وقف خودش می تواند مالک بشود، بدهکار بشود، مقروض بشود، وقف می تواند تملیک کند، می شود به وقف هبه کرد. این بحثهای واقعا جالبی است که رد پای آن در کلمات فقهاء هم هست، ولی اینطور که در قانون صراحتا آمده است که وقف شخصیت حقوقی دارد خیلی بحث مهمی است که هست یا نه.

اولا فقهاء به اطلاق شخصیت حقوقی را قبول نکرده اند، بله فی الجمله قبول دارند. امام و ولی را به عنوان یک شخصیت حقوقی قبول دارند و شاید برای مسجد هم یک شخصیت حقوقی به معنایی قائل باشند، اما اینکه همه این چیزهایی که داریم دارای شخصیت حقوقی باشد اول کلام است.

ثانیا: اگر یک شخصیت حقوقی شد همه این کارها را می تواند انجام بدهد یا نه؟ این هم قابل بحث است.

(انسب بود قبل از ورود به مسائل این بحث را مطرح کنیم ولی بعدا یک جایی آن را بحث می کنیم).

اما مسئله دوم که بحث واقعا مهم و مبتلا بهی است و عجیب هم تشنت در کلمات است در این بحث.

قصد عنوان مسجدیت در وقف مسجد

مسئله ۲: لابد فی وقف المسجد من قصد عنوان المسجدية، فلو وقف مكانا على صلاة المصلين و عبادة المسلمين صح لكن لم يصر به مسجدا ما لم يكن المقصود عنوانه. والظاهر كفاية قوله جعلته مسجدا و إن لم يذكر ما يدل على وقفه و حبسه، والاحوط أن يقول وقفته مسجدا أو على أن يكون مسجدا.

بحث در این است که در باب وقف مسجد حتما باید قصد عنوان مسجدیت بشود و الا آن شیء مسجد نمی شود.

دو تا سؤال مطرح می شود:

یک بحث آیا وقف برای نماز داریم بدون اینکه مسجد بشود؟

می گویند بله، ما می توانیم جائی را وقف کنیم برای صلاة من دون آن یكون مسجدا. و این خیلی اثر مهمی دارد. چون مسجدیت آثار تکلیفی مهمی دارد، مثل اینکه مکث جنب در آن جائز نیست، تنجیش جائز نیست و ...، اما در مطلق مکانی که اخذت للصلاة همچنین چیزی نگفته اند.

بنابر این سؤال این است که آیا اگر ما جائی را وقف کنیم برای نماز بدون اینکه قصد عنوان مسجدیت کنیم اولاً آیا واقع می شود؟ می فرماید بله می شود. می شود وقف صلاة بدون اینکه مسجد باشد.

آنوقت هم آیه الله فاضل و هم آیه الله سبحانی در تعلیقه شان فرموده اند: می گویند مصلی نماز جمعه یا مطلق المصلی مثل نمازخانه ها، (نمازخانه همیشه مسجد نیست مگر قصد مسجدیت کرده باشند) بر مصلاهای نماز جمعه آثار مسجدیت مترتب نمی شود مگر اینکه قصد مسجدیت کرده باشند. البته آقای فاضل ره مطلق فرموده است که آثار مسجدیت بار نمی شود. آیه الله سبحانی می گوید مگر در عرف وعقلاء در جائی وقتی بگویند وقف نماز است بالالتزام عنوان مسجدیت را هم قصد کرده باشند. لذا ایشان می فرماید شاید ظروف واجتماعات فرق کند. یک جاهایی وقتی بگویند وقف نماز کردیم یعنی مسجد، و یک جاهایی هم این را نفهمند. پس تابع فهم عرفی از قول این قائل موقع وقف کردن است.

پس یک بحث این است که ماتن می فرماید اگر گفتند وقف کردیم برای نماز بدون قصد مسجدیت، وقف حاصل است به عنوان جای نماز بدون مسجدیت. مرحوم سید هم همین را می فرماید. منتهی مرحوم سید این تعبیر که صحّ لکن لم یصر به مسجدا را ندارد. مرحوم امام در تحریر فرموده این وقف صحیح است بدون مسجدیت. ببینیم این حرف درست است یا نه.

آیا جعل مسجدیت مساوی با وقفیت آن است؟

بعد هم می گویند ظاهر این است که: برای مسجد شدن همین کافی است که بگوئیم جعلته مسجدا.

منتهی اگر از این طرف ما آمدیم جعل کردیم مسجدیت را، آیا حتما وقف است؟ ظاهر این عبارات این است که حتما وقف است. می فرماید: «والظاهر کفاية قوله جعلته مسجدا، وإن لم يذكر ما يدل على وقفه و حبسه، والاحوط أن يقول

وقفته مسجد). کفایت برای چه چیزی؟ برای مسجد شدن که روشن است، ظاهرش این است که کفایت می کند برای وقف مسجد شدن. چرا؟ برای شبهه اینکه لعل کسی بگوید جعلته مسجدا فقط مسجدیت را درست می کند نه وقفیتش را. اثرش هم خیلی روشن است. وقف یک نهاد و اعتبار عقلائی و موضوعی شرعی است که آثار خاص خودش را دارد. آیا با قولش که جعلته مسجدا آن وقف حاصل می شود یا نه؟ ظاهرش این است که حاصل می شود و احوط این است که بگوید وقفته مسجد.

فروع مرتبط با وقف مسجد

چند تا فرع دیگر هست که فی الجمله به این مربوط است. احکام مسجد را متفرق آورده اند ولی معمولا در ذیل بحث مکان مصلی بحث احکام مسجد را هم کرده اند. دو تا از فروعی که مناسب اینجا است این است که:

فرع اول: آیا در جاهایی که چند طبقه است آیا می شود به لحاظ فضائی یک طبقه را ما قصد مسجدیت بکنیم و مسجد واقع بشود. و آیا می شود به لحاظ استفاده کننده ها هم اختصاص قائل باشیم، بگوئیم مسجد است فقط برای علماء، یا مسجد است فقط برای کسانی که در این مجموعه سکنی دارند. آیا این می شود یا نه؟

فرع دوم: در باب وقف مسجد یا مطلق مسجدیت نیت کافی است یا نه؟ یعنی کسی یک بنائی بکند به نیت مسجد ولی در کلامش ابراز نکند مسجدیت را، یقع مسجدا أم لا؟

این هم مسئله مبتلاهی است. کسی خودش یک زمینی دارد می آید در آن مسجد می سازد بدون اینکه ابراز کند که این مسجد است. آیا این مسجد می شود یا نه. مخصوصا اگر گفتیم وقف هم تمام نیست آنوقت آیا اگر مسجد هم نباشد می تواند آن را برگرداند یا نمی شود. ذیل همین مسئله دو می شود اینها را بحث کرد.

باسمه تعالی

- نیاز به قصد مسجدیت در وقف مسجد ۷۱
- عدم نیاز به دال بر وقفیت در وقف شدن مسجد ۷۲
- نیاز به قصد عنوان مسجد در مسجدیت ۷۲
- عناوین قصدیه و واقعیه ۷۳
- سرّ نیاز به قصد عنوان در مسجدیت ۷۳
- آیا وقف در مسجدیت لازم است ۷۵
- آیا نیت به تنهایی برای وقوع عنوان مسجدیت کافی است؟ ۷۶

نیاز به قصد مسجدیت در وقف مسجد

مسئله دوم تحریر الوسيله بحثی مهمی است که از جهات مختلف، مورد ابتلا است.

در آن مسأله آمده است:

«لابد فی وقف المسجد من قصد عنوان المسجدية، فلو وقف مكانا علی صلاة المصلين و عبادة المسلمين صحّ لكن لم یصر به مسجدا»

فرع اول در اینجا این است که: اگر کسی می خواهد مسجدی را وقف کند باید علاوه بر وقف، قصد مسجدیت را نیز بکند. یعنی مثلا بگوید: «وقف کردم این مکان را برای مسجد» به قصد تحقق مسجد. بنابراین اگر مکانی را وقف کند حتی برای نماز ولی قصد عنوان مسجدیت نکند مسجد واقع نمی شود. و اثر اینکه مسجد واقع بشود یا نشود، ترتب یا عدم ترتب احکام خاص مسجد بر این مکان است. مانند عدم جواز دخول حائض، عدم جواز مکث جنب و امثال آن که آثار مسجدیت است.

پس فرع اول این است که وقف برای نماز به تنهایی مسجدیت را درست نمی کند، بلکه باید علاوه بر وقف عنوان مسجد را نیز قصد کند تا يقع به مسجد.

عدم نیاز به دال بر وقفیت در وقف شدن مسجد

در ادامه مرحوم امام می فرماید: والظاهر كفاية قوله جعلته مسجدا وإن لم يذكر ما يدل على وقفه و حبسه. فرع دوم اجمالش این است که بنابر نظر ایشان و بسیاری از فقهاء وقتی بگوید: «من اینجا را مسجد جعل کردم» با همین وقف هم حاصل می شود ولو اینکه چیزی که دال بر وقفیت و حبس باشد نیاورد. نگوید: «وقفته مسجد» بلکه بگوید: «جعلته مسجد» با همین عبارت هم مسجد واقع می شود و هم وقف می شود. در ادامه ایشان می فرماید: احتیاط این است که در انشائش عنوان «وقف» را هم بیاورد، مثلا بگوید: «وقفته مسجد» یا «وقفته علی آن یکون مسجد».

اینجا چند بحث وجود دارد که هر کدام باید مستقلا بررسی شود. در ابتدا که انسان با این مسئله مواجه می شود شاید این فروع به ذهن نیاید. پس از جداسازی این مسائل از یکدیگر و تحلیل هر کدام باید دید مستند اینها چیست.

نیاز به قصد عنوان مسجد در مسجدیت

نکته اول: می گویند: لابد فی وقف المسجد من قصد عنوان المسجد. فعلا از بحث وقف بیرون بیائیم، می گویند برای مسجد شدن باید قصد عنوان هم بشود. خب دلیلش چیست؟

مرحوم آیه الله فاضل گفته اند: «لابد فی وقف السجد من قصد عنوان المسجدية فإنه عنوان خاص لا يتحقق الا بقصده» ما درست نمی دانیم ایشان چه می خواهند بگویند. این لا يتحقق الا بقصده قید عنوان خاص است، یعنی مسجدیت یک عنوان خاصی است که اینطوری است که لا يتحقق الا بقصده. آیا مقصود این است. یا اینکه لا يتحقق حکم آن است. یعنی مسجدیت یک عنوان خاص است، نتیجتا اینطور می شود که حالا که عنوان خاص شد لا يتحقق الا بقصده.

^۱ - که می گوئیم و آن را کنار می گذاریم.

اگر این دومی باشد که اشتباه است. ما خیلی از عناوین خاص داریم که قصد لازم ندارند. صرف اینکه یک چیزی عنوان خاص باشد قصد لازم ندارد. مثلاً فرض کنید سفر، مقصود از سفر یعنی اینکه من می خواهم صد کیلومتر حرکت بکنم و بروم جایی که صد کیلومتر است. سفر کردن یک عنوان خاص است اما قصد لازم ندارد. بلکه قصد سفر، بحث دیگری است زیرا نفس قصد آثاری دارد. ولی نفس سفر از عناوین قصدیه نیست و تحقق سفر که مثلاً رفت و آمد انسان چهار فرسخ باشد امری تکوینی است و نیاز به قصد خاص ندارد.

عناوین قصدیه و واقعیه

فقهاء عناوین را به دو قسم تقسیم می کنند: عناوین قصدیه و عناوین واقعیه. یک سری از عناوین واقعی هستند چه شما آنها را قصد کنید و چه نکنید. مثلاً «قتل» امری واقعی است. وقتی قاتل حرکتی مانند قطع رگ را که منجر به اذحاق روح می شود انجام می دهد قتل حقیقتاً محقق می شود چه قصد قتل کرده باشد و چه نکرده باشد البته ممکن است قصد قتل آثاری داشته باشد که محل بحث ما نیست اما قتل بما هو قتل امری تکوینی است و این عنوان، قصدی نیست.

اما هتک، احترام و نظائر اینها ظاهراً عناوین قصدیه هستند. یعنی اینطور نیست که اگر کسی دیگری را زد، نفس این زدن هتک باشد. چرا؟ چون ممکن است این زدن برای نجات خود او باشد. یا ضرب یتیم برای تأدیب باشد. این ضرب بما هو ضرب توهین و هتک نیست. بنابراین به نظر می رسد هتک از عناوین قصدیه است. خصوصیت عناوین قصدیه این است که در آنها فعل با قصد می شود مصداقی از آن عنوان. یعنی باید فعلی را به قصد این عنوان انجام داد تا يقع مصداق این عنوان. مثل هتک. اگر من عملی را انجام بدهم به قصد اینکه هتک باشد، می شود مصداق هتک. و اگر عملی را انجام بدهم به قصد انقیاد می شود مصداق انقیاد. و الا صرف عمل خارجی انقیاد نیست، تعبد للمولا محسوب نمی شود. چون ممکن است حرکتی انجام دهند و لُباً هم قصد ریاء داشته باشد. روشن است که این مصداق انقیاد واقع نمی شود.

سؤال وجواب: عرف اگر بداند که او متمحض در هزل بوده هزلاً این کار را کرده می گویند آدم شیرین عقلی است که چرا اینطوری شوخی و هزل کرده است.

سرّ نیاز به قصد عنوان در مسجدیت

در مورد مسجد مسئله در این جهت مشکل تر است. سرّ در مسجد چیست که قصد عنوان آن لازم است؟

مرحوم آقای فاضل فرموده: عنوان خاص لا يتحقق الا بقصده. خب چرا و سرش چیست؟

بعید نیست که مسجد مثل ملکیت و زوجیت باشد، یک اعتبار خاص باشد که با «هذا مسجد» فردی از مسجدیت واقع می شود که موضوع آثار است مثل ملکیت و زوجیت. البته ایشان اینجا نگفته اند و ظاهرشان نیست.

من خیلی فحص کردم یک مورد پیدا کردم که کسی نظیر این حرف را می زند، و آن آیه الله حلی ره است در بحوث فقهیه^۱. ایشان در آنجا ادعا کرده است که مسجدیت اینطوری است. مقرر می گوید: و اما شیخنا الاستاذ دام ظلّه فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع في هذا المورد، (الی أن قال): بتحقيق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية والتي اعتبرها العقلاء وامضاء الشارع المقدس، فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس.

من تنها عبارتی که بر این مطلب پیدا کردم این است. حالا گرچه اینکه حتما عقلاء بگویند و امضاء بشود بحث دیگری است، ولی به نظر من ریشه این حرف که در باب مسجد وقف می خواهیم همین است که مسجدیت یک اعتبار است (حالا اعتبار عقلائی یا اعتبار شرعی) که با جعل مسجدیت فردی از آن واقع می شود، مثل ملکیت و زوجیت. (البته فعلا به شرائطش کار نداریم. با هر شرطی که در قصد مسجدیت لازم است). وقتی قصد مسجدیت را کردیم با آن شرائط، يقع مصداقا من المسجد و آثار مسجد بر آن مترتب می شود.

به نظر من ریشه این حرف این است. و این حرف هم درست است. چون ما می دانیم مسجد در احکام شارع اثری دارد. و این اثر به صرف این نیست که من دو تا سنگ روی هم بگذارم. خب اگر دو تا سنگ روی هم بگذارم ولی قصد خاصی نکنم چیزی واقع نمی شود.

بنابر این به حسب ظاهر ادله ای که می گوید دخول حائض در مسجد کذا است، مکث او کذا است، تنجیس آن حرام است و امثال ذلک، ظاهرش این است که باید مسجد باشد. خب به صرف عمل خارجی هم که مسجد نمی شود. به نظر می آید ریشه اش این است که اصلا مسجدیت خودش یک اعتبار مستقل است. حتی اگر عقلائی هم نباشد شرعی است. شارع یک اعتبار مستقلى دارد به عنوان المسجدية که آثار دارد.

به نظر من بهترین توجیه برای این مطلب که تقریباً در کلمات همه فقهاء آمده است که برای مسجد شدن باید قصد مسجدیت بکند و به این قصد با شرائطش یقع مسجداً. ریشه اش این است. مرحوم آیت الله حلی این مطلب را دارد که حرف صحیحی هم هست.

آیا وقف در مسجدیت لازم است

نکته دوم: به نظر می آید در این مسئله یک بحث ثبوتی با یک بحث اثباتی خلط شده است.

یک وقت بحث در این است که بپذیریم در جعل مسجد لازم است قصد وقفیت هم بشود، منتهی در مقام اثبات ممکن است ادعا کنیم لازم نیست عنوان وقفیت را انشاء کرد. گوئی^۱ در بطن عنوان مسجد وقفیت هم نهفته است. و همینکه شما قصد وقفیت بکنید، با همین انشاء عنوان مسجد، وقف هم واقع می شود. همینکه می گوید جعلته مسجداً و طبیعتاً باید قصد وقف هم بکند، مسجد واقع می شود و وقف هم واقع می شود.

روی این حساب بحث، بحثی اثباتی است. یعنی قصد وقف هم کردیم قصد مسجدیت هم کردیم، عبارت هم اینجور باشد (گرچه بنابر کفایت معاطات گفتن عبارت هم شرط نیست) که بگوئیم جعلته مسجداً یا جعلته علی آن یکون مسجداً، این کفایت می کند از عنوان وقف، گرچه احتیاط این است که بگوید وقت.

این یک بحث است.

ولی اینجا یک بحث ثبوتی وجود دارد که اصلاً وقف در مسجد لازم است؟

عجیب است که این بزرگواران در اینجا این را باز نکرده اند. کسانی که در اینجا ناظر به فرمایش امام قده و مرحوم سید بوده اند و همینطور دیگران این بحث را باز نکرده اند که آیا اصلاً در وقوع عنوان مسجد وقف هم لازم است؟

بله آن طرفش را گفته اند. گفته اند اگر وقف بکند حتی برای صلاة، این کفایت از مسجدیت نمی کند، بلکه باید قصد عنوان مسجد هم بکند. والا اگر قصد عنوان نکند می شود یک خانه ای که وقف شده است برای نماز. باید هم این وقف را رعایت بکنیم منتهی برای نماز است و احکام مسجد بار نمی شود. این را ابتداء گفتند.

^۱ - نمی گویم قطعاً.

اما آن طرف چطور؟ اگر قصد مسجد کردیم و ثبوتاً اصلاً قصد وقف نکنیم می شود؟ بحث نکرده اند که هل يقع مسجداً أم لا که اصلاً مسجد واقع نمی شود. این عجیب است که این را بحث نکرده و باز نکرده اند.

مرحوم امام در انتهای مطلب که می فرمایند والظاهر كفاية قوله جعلته مسجداً و إن لم يذكر ما يدل على وقفه، بحث اثباتی کرده اند، یعنی اگر عنوان وقف را در جعلته مسجداً نیاورد کفایت می کند. می گویند ولو اینکه ما يدلّ نیاورده است ولی کفایت می کند در اینکه وقف واقع بشود. علی القاعده باید قصد وقف هم کرده باشد، والا بدون قصد وقف که نمی شود بگوئیم واقع می شود.

پس این فرع یک چیز دیگری است غیر از آن چیزی که ما می گوئیم. یعنی این فرع که اگر کسی قصد وقف می کند قصد مسجدیت هم می کند، منتهی در مقام انشاء دیگر عنوان وقف را نمی آورد می گوید جعلته مسجداً. اینجا ایشان و مرحوم سید می گویند کفایت می کند، کما اینکه عده زیادی از فقهاء هم می گویند کفایت می کند. ولی سؤال ما سؤال دیگری است که آیا بدون قصد وقف می شود ما قصد مسجدیت کنیم که فقط مسجد واقع بشود وقف واقع نشود؟ و اثر هم خیلی دارد در صورتی که ما در وقف خصوصياتی قائل باشیم که آثار خود وقف باشد، و بگوئیم در مسجد آثار خودش بار می شود آثار حیث وقفیت آن بار نمی شود.

عبارات فقهاء مختلف است. برخی تصریح می کنند که شرط مسجدیت این است که وقف باشد. یعنی مسجد بدون وقف واقع نمی شود. این یک بحث ثبوتی است. البته گاهی هم با بحث اثباتی خلط می کنند، منتهی بحث ثبوتی است. بعضی ها یک عبارتی از مرحوم شیخ در مبسوط می آورند برای این بحث، که به نظر من بر دلالت بر این بحث کفایت نمی کند.

آیا نیت به تنهایی برای وقوع عنوان مسجدیت کافی است؟

اما قبل از اینکه این عبارت را بخوانم یک فرع دیگر هم ما داریم چه در وقف مسجد و چه در عنوان مسجدیت آن، و آن این است که آیا به نیت تنها بدون اینکه مبرز بیاورد اعم از فعل یا قول يقع مسجداً؟ يقع وقفاً للمسجد؟ یعنی اگر کسی یک بنائی می سازد و نیت می کند که این مسجد باشد، آیا به همین کفایت می کند؟ حالا در جائی که بنائی بسازد و نوبت گونه مسجداً ممکن است یک بحث اثباتی باشد که همان بناء کردنش با این قصد دارد دلالت می کند بر مسجد.

یا فرض کنید یک ملکی دارد، چون در مسجد حتما لازم نیست بناء باشد، به نظر می رسد زمین هم می تواند مسجد باشد. اگر ملکی دارد بیرون منزلش (که بعد می گوئیم چرا گفتیم بیرون منزلش) ونوی آنه مسجد، هل يقع مسجدا بدون اینکه هیچ مبرز عملی داشته باشد؟ این یک فرع دیگر است که نباید با هم خلط بشود.

در آن بحث اولی بحثمان این است که آیا مسجد بدون وقف واقع می شود یا نه؟

در رابطه با این مطلب عبارتی را از مرحوم شیخ طوسی در مبسوط نقل می کنند که با نیت وقف، وقف مسجد واقع می شود^۱. می فرماید:

وإذا بنی مسجدا خارج داره فی ملکه.

قبلش یک فرعی داریم، چون مستحب است انسان در منزلش یک جایی را برای خودش مسجد انتخاب کند، می گویند اگر در دار خودش مسجدی قرار داد می تواند آن را تغییر بدهد، بزرگش کند کوچکش کند، و می تواند یحولوه الی غیره که آن را اصلا جای دیگر ببرد. این خودش بابی دارد که مضمون روایات صحاح است. این یک بحثی است. که حالا معنایش این است که آیا ادله حرمت تغییر مسجد آن ادله اینجا تخصیص خورده اند، که هذا مسجد حقیقتا ولكن يجوز تغییره. یا معنایش چیز دیگری است که اصلا معلوم می شود انسان وقتی در خانه خودش قصد مسجد می کند بالحمل الشایع قصد مسجد خاص که موضوع آثار است نکرده است، بلکه یک قصدی است که کأنه تجوز و مسامحة. باید روایات را بخوانم بفهمیم این چیست.

اینکه الان داریم عبارت شیخ را می خوانیم اشاره به این دارد:

وإذا بنی مسجدا خارج داره فی ملکه، فإن نوی به أن یكون مسجدا یصلی فیه کل من اراده (الصلاة) زال ملکه عنه، وإن لم ینو ذلك فملکه باق علیه سواء صلی فیه أم لم یصل.

عبارت اینجا این است که فإن نوی به أن یكون مسجدا. شخصی ملکی دارد بیرون خانه اش، نوی به أن یكون مسجدا، حتی نگفته است بنی فیه کذا. قبلش گفته بود بنی مسجدا، اما بعد می گوید فإن نوی به أن یكون مسجدا. در خارج دار می شود یک ملکی داشته باشد ونوی به. بعضی ها از این نوی به گفته اند که معلوم می شود شیخ به مطلق نیت مسجد اکتفاء می کند برای تحقق مسجدیت. همینکه نوی به أن یكون مسجدا می شود مسجد. منتهی به این شرط که قصد کند

^۱ - مبسوط ۲۳۰/۱

مسجدی باشد که یصلی فیه کل من اراده، هر کس بخواهد بتواند در آن نماز بخواند، اگر اینطور باشد زال عنه ملکه، دیگر ملک او نیست. ولی اگر لم ینو ذلک فملکه باق علیه.

حالا این عبارت در این جهت نص است که اگر قصد کرد مسجدیت را به این صورت خاص که صلی فیه کل من اراده، در این صورت یقع مسجد. (که بعدا بحث می کنیم که بعضی ها گفته اند در مسجد می تواند قصد کند که افراد خاصی مثل علماء نماز بخوانند. که مرحوم سید عروه در متن عروه می گوید. ولی این مورد اشکال واقع شده است، گفته اند همچنین چیزی نمی شود. می فرماید مسجدی که شارع اعتبار کرده و موضوع آثار قرار داده است چیزی است که یصلی فیه کل من اراده. شما نمی توانید آن را تخصیص بزنید. این بحث بعدی است. می خواهم بگویم این عبارت مهم است که یصلی فیه کل من اراده یقع مسجد). فرمایش شیخ ره در این جهت نص است.

اما اینکه آیا از این وقفیت هم فهمیده می شود ایشان چیزی ندارد. بله یخرج عن ملکه، اما مگر هر چیزی که یخرج عن ملکه وقف است؟! در عطایا و هبه هم خروج از ملک است، بعضی موارد مشابه همینطور است. در اعطائی که به دیگری می کند یخرج عن ملکه منتهی وقف نیست. اینجا شیخ ره فرموده اینطوری مسجد واقع می شود و خروج از ملک هم پیدا می کند، اما آیا این وقف است؟ عبارت مرحوم شیخ این نیست. باید روی آن تأمل کرد که از آن وقف بودن در می آید یا نه.

مرحوم قاضی ابن براج که شاگرد شیخ بوده است در مذهب چیزی در این جهت نداشت فقط راجع به توسعه داشت که^۱:

و إذا بنی الانسان مسجدا فی داره جاز له تغییره.

این راجع به قسمت اول است که ما بعد مفصل بحث می کنیم.

راجع به اینکه خود این مسجد چطور واقع می شود که ایشان چیزی ندارند.

اولین کسی که می شود گفت خیلی صریح این مسئله را بیان کرده که مسجد باید وقف هم باشد مرحوم شهید در دروس و ذکری است.

در درس^۱ می فرماید: ویسیر مسجدا بالوقف. جمله اول را می خوانم ولی ربطی به بحث ما ندارد، و مستحب الوقف علیها، مستحب است وقف بر مسجد، و روی ابن بابویه منعه. که می آید یک روایاتی هست که شاید صحاح هم باشد که ابن بابویه از آن منع فهمیده است کما اینکه بعضی ها گفته اند وقف برای مسجد نباید کرد چون در روایت به بیوت النیران تشبیه شده است ولی ممکن است معنای دیگری داشته باشد که بحث می کنیم.

بعد می فرماید: ویصیر مسجدا بالوقف.

الان این مهم است که مسجد بالوقف یصیر مسجدا.

آنوقت یک بحث اثباتی شبیه آنچه که در عبارت حضرت امام بود آمده است.

وبقوله جعلته مسجدا مع صلاة واحدة فيه. اگر بگویند جعلته مسجدا و یک نماز هم در آن خوانده بشود این هم کافی است. اما کافی است نه برای مسجدیت، بلکه مسجد می شود وقف هم می شود. اینجا نگفته است، ولی در ذکر تصریح می کند.

راجع به نیت هم می گوید:

و لو نوى المسجدية وإذن بالصلاة فيه فصلی فظاهر الشیخ صیورته مسجدا.

این هم درست است که الان خواندیم. اگر نیت مسجدیت بکند اذن در صلاة در آن هم بدهد. بعد می گوید فصلی. این «فصلی» را ایشان می گویند اما شیخ ره این را نداشت. این نکته مهمی است. ولذا از عبارت شیخ فقط می شود این را فهمید که اگر کسی ملکی در بیرون دارش باشد، نیت مسجد کند به این نحو که کل من اراد الصلاة فيه فصلی، نه فصلی. دقت کنید این فرق می کند. یک وقت ما می گوئیم قصد مسجدیت باید بکند (نوی المسجدية) واذن بدهد که یک کسی نماز هم بخواند و نماز هم بخواند که عملا نماز واقع بشود. شرط را وقوع الصلاة فيه می گیریم. بعد ایشان می فرماید فظاهر الشیخ صیورته مسجدا. این عبارت درست است الا یک قسمت آن، که شیخ فصلی ندارد، بلکه قصدش این باشد که کل من اراد الصلاة صلی فیها. هر کس قصد داشت نماز بخواند بتواند در آن نماز بخواند.

بعد می فرماید: ولو اتخذ فی داره مسجدا لنفسه ولم یقفه و لا اذن بالصلاة فيه جاز له تغییره. ایشان شرط می کند که اتخذ فی داره مسجدا ولكن وقف نکرده باشد. در روایت ندارد که لم یقفه، ایشان دارد اضافه می کند که محکم کاری بکند که چرا می شود مسجد در خانه را می شود تغییر بدهد، می گویند علتش این است که آن را وقف نکرده است.

^۱ جلد ۱ ص ۸۹ سه جلدی طبع آستان قدس که ظاهرا جامعه مدرسین دو جلدی هم چاپ کرده است

این فرمایش ایشان

خواستیم این فرع را استفاده کنیم که آیا برای تحقق مسجدیت لازم است وقف هم بشود؟ ایشان می فرماید بله باید وقف شود. و یسیر مسجدا بالوقف.

در ذکری که خیلی خوب بحث کرده است.^۱ (در ذکری بر خلاف بعضی از فقهاء که رد شده اند، مثلاً در شرایع بحث مسجد را کرده اند اما نه وقوع مسجد را، ولذا صاحب جواهر ره هم به تبع ایشان در این مسئله بحث مکان مصلی بحث نکرده اند. این بحث ها را معمولاً در مکان مصلی می آورند). ذیل بحث مکان مصلی بعضی ها مثل شهید اصلاً بابتی باز کرده است به نام مباحث المساجد. و موارد مختلفی دارد، مورد پانزدهم از این موارد که مربوط به مسجد است این است: الخامس عشر: إنما تصير البقعة مسجدا بالوقف إما بصيغة وقف وشبهها وإما بقوله جعلته مسجدا ويأذن في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد تم الوقف.

آنجا مسجدیت را می گفتند تمام است. شیخ هم در مبسوط عبارت وقف نداشت. اما ایشان چون می گوید در مسجد وقف لازم است، می فرماید یا باید به صیغه وقف بگوید که وقفته مسجد، یا باید بگوید جعلته مسجد و اجازه بدهد برای نماز در آن، فإذا صلى فيه واحد تم الوقف.

اینها در واقع مربوط به بحث آتی است که برای حصول وقف عملاً باید همچنین چیزی واقع بشود که یا باید عنوان وقف را انشاء بکنیم ایقاعاً یا عقداً، یا اگر معاطاتی است. انشاء نکردیم عنوان را، یک کاری باید واقع بشود که دلالت کند. آن کار این است که يأذن في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد تم الوقف.

این جهت دلالت عمل فعلاً بحث ما نیست. آنچه مربوط به بحث اینجا ما است این است که برای اینکه چیزی مسجد بشود باید وقف باشد. إنما تصير البقعة مسجدا بالوقف. حالا این بالوقف چطور حاصل می شود؟ یا با صیغه وقف، یا با جعل عنوان مسجدیت و اینکه اجازه بدهیم کسی در آن نماز بخواند.

ولو قبضه الحاكم أو اذن في قبضه فالأقرب أنه كذلك، لأن له الولاية العامة.

^۱ - ذکری جلد ۳ صفحه ۱۳۳

یعنی قبض حاکم هم مثل آن نماز در آن می ماند. یعنی بجای اینکه ما بگوئیم کسی در آن نماز بخواند شخص بگوید جعلت هذا مسجدا وبعد اذن فی الصلاة فيه آنوقت حاکم قبض کند به عنوان مسجدیت. می گوید این کافی است و وقف هم تمام می شود. چون ولایت عامه دارد. یکی از جاهایی که فقهاء ولایت عام را تصریح می کنند همینجا است. ولو صلی فيه الواقف فالاقرب الاکتفاء بعد العقد.

اگر خود واقف در این مسجد نماز بخواند، اگر بگوید و در آن هم به همین قصد نماز بخواند ظاهرا کافی است.

بعد می فرماید: ولو بناء بنية المسجد لم یصر مسجدا. یعنی به صرف نیت لم یقع مجسدا.

نعم لو أذن للناس بالصلاة فيه بنية المسجدية (شیخ تا همینجا فرموده بود کافی است، ولی ایشان ادامه می دهد که): ثم صلوا أمکن صیورونه مسجدا. این هم فرع بعدی است که این را به این شکل در تحریر و خود وسیله نیاورده اند. که اگر شخص نیت مسجدیت بکند و اذن در صلاة در آن هم بدهد و در آن نماز هم بخواند کافی است.

آنوقت استدلال مرحوم شهید که دیگران هم نقل کرده اند این است که: لأن معظم المساجد فی الاسلام علی هذه الصورة. دیگرانی هم همین را به این شکل نقل کرده اند.

البته ممکن است این را بحث کنیم که بناء به علاوه قصد ممکن است مثل عملی باشد که در جای دیگر لازم می دانید مثل معاطاة مثلا، اما همین را شیخ ره فرموده با آن قید که بنی و نیت مسجدیت کرد بطوری که کل من اراد الصلاة فيه صلی این کافی است. اما اینها این را هم اضافه کرده اند که «و صَلَّوْا فِيهِ». که ممکن است همه اینها برای این باشد که فعلش دال باشد و کسی صرف نیت را دال نداند.

سؤال وجواب: إنما که در عبارت شیخ آمده است این حصر روی مقطوع نیامده است. فرموده إنما تصیر البقعة مسجدا بالوقف. یعنی صیوروة البقعة مسجدا فقط در فرض وقف است. إنما را روی این آورده است نه روی قطع به این.

سؤال وجواب: ممکن است مثل مرحوم امام و سید ره ادعا کنند که همینکه ما می گوئیم جعلته مسجدا با نیت وقف یقع وقفا. آنها این را می گویند. چون عبارت ها را نگاه کنید می گویند این حاصل می شود ولو لم یکن فی العبارة ما يدل علی الوقف. البته عبارتشان کمی اجمال دارد. اگر این مقصودشان این نبود که وقف حاصل می شود چرا این تعبیر را بکنند که لم يدل ما يدل علی الوقف. خب وقتی نمی خواهید وقف واقع بشود دال هم نمی خواهد. پس معلوم می شود مرحوم امام قده و سید ره که ادعا فرموده اند که با جعلته مسجدا وقف هم واقع می شود وإن لم یکن فی العبارة ما يدل علی الوقف. و الا اگر نمی خواستند واقع بشود نیازی به دال نبود خب قصد مسجد کردند مسجد هم واقع می شود.

معلوم می شود اینها وقف را می خواستند و می گویند وقف واقع می شود. منتهی بحث ما این است که آیا اصلا وقف لازم است یا نه؟ الان مرحوم شهید دارد می گوید وقف لازم است.

سؤال وجواب: اینکه گفتم بحث ثبوتی واثباتی مقداری خلط شده و خیلی روشن نیست همین است. چرا می گویند و إن لم یکن فیه ما یدل علی الوقف. اگر ما وقف را نمی خواهیم مگر دال بر وقف می خواهیم. پس اینکه می گوید وإن لم یکن فی العبارة ما یدل علی الوقف، معلوم می شود با همین هم وقف می شود. کما اینکه عده دیگری از فقهاء تصریح کرده اند، شهید ره هم فرموده بود که لو قال جعلته مسجدا و نوى تم الوقف. اول ادعا می کند که: إنما تصیر البقعة مسجدا بالوقف، بعد می گوید همینکه بگوید جعلته مسجدا و نوى و صلی فیه تم الوقف. پس معلوم می شود یک عده ای می گویند همینکه ما بگوئیم جعلته مسجدا با یک شروطی وقف اصل می شود. عبارت امام قده در تحریر هم همین است. حالا سؤال این است که ما اصلا ثبوتا وقف می خواهیم یا نه. یعنی إنما تصیر البقعة وقفا لازم است که بالوقف تصیر البقعة مسجدا یا نه؟

عبارت اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان هم این است که^۱:

و اما تحقق المسجدية فقیل لابد له من صیغة مع نیته الوقفية والصلاة.

این قیل را برای این می گوید که گفته اند صیغه لازم است ولی ما می گوئیم لازم نیست.

بعد ایشان می گوید:

و اظنّ أنه یکفی مجرد قصد کونه وقفا و خارجا عن ملکه للمسجدية وإن اکثر المساجد كذلك وذلك يفهم من الذکری.

قصد کونه وقفا برای مسجد کافی است. ایشان این را از شهید ره گرفته است.

منتهی اگر دقت کردید من عبارت را چند بار تأکید کردم هم در ذکری و هم در دروس می گوید فصلی فیه یا و صلوا فیه. اما ایشان می گوید: و اظنّ أنه یکفی مجرد قصد کونه وقفا و خارجا عن ملکه للمسجدية و ذلك يفهم من الذکری. انصافا ذکری بیش از این گفته بود. گفته بود و صلوا فیه.

^۱ - مجمع الفائدة والبرهان جلد ۱ صفحه ۱۶۰

پس از این قسمت فرمایش محقق اردبیلی ره می خواهم استفاده کنم که برای مسجدیت قصد وقفیت لازم است. وبه یقع مسجدا. حالا عبارتش دلالت دیگری هم کرد که نه صیغه لازم است و نه عمل خارجی، بلکه به قصد وقفیت یقع وقفا و مسجدا.

این هم کلام ایشان.

بعد ایشان می فرماید: ممکن بعیدا أن يكون له التغيير والتبديل ما لم يقع الصيغة وال لزوم ولكن الظاهر عدم جواز التغيير و تحقق المسجدية بمجرد القصد المذكور.

این خیلی حرف است، بمجرد قصد کونه وقفا و مسجدا یقع مسجدا و آثار مسجدیت بر آن بار است. بعد قضیه منزل را ایشان بر معانی دیگری حمل می کند.

یک جمله ای از مرحوم کاشف الغطاء بخوانم: ایشان می فرماید^۱: منها: أن المسجدية تستدعي وقفاً عاماً بالصيغة الموظفة مع نية القربة و قصد الدوام لعوده إلى الصلاة لا إلى المصلّي على الأقوى.

ایشان یک پرانتزی هم باز کرده است که خیلی روشن نیست: می فرماید: أن المسجدية تستدعي وقف، بعد در پرانتز می گوید (حكماً جعلاً و قضاءً حتماً إن كانت من الله، كالمسجد الحرام و مسجد كوفان). اینکه در مسجد الحرام و مسجد کوفه به قضاء حتمی الهی باشد روشن است. اما حکمیا جعلاً این خیلی روشن نیست. الان هم به ما کاری ندارد.

پس ما حرفمان این است که کاشف الغطاء عبارتش خیلی روشن است که می فرماید: أن المسجدية تستدعي وقفاً عاماً. عبارتهای دیگری که می خواهیم بخوانیم مال مفتاح الكرامة است که خیلی بحث مهمی ندارد. اما بحث مهم فرمایش صاحب حدائق است. صاحب حدائق هم در بحث هایشان بین اثبات و ثبوت خلط کرده اند. ولی به نظر من می آید صاحب حدائق از کسانی است که می خواهد ثبوتاً اشتراط وقفیت را انکار کند. حالا عبارت های ایشان را می خوانیم شما هم ببینید دلالت می کند یا نه.

بعد از نقل عبارات و تحلیل و تبدیل فروع امام از دو فرع به چهار دلیل وارد دلیل این مسئله می شویم که می فرمایند برای مسجد وقف هم باید باشد.

^۱ کشف الغطاء جلد ۳ صفحه ۷۹

حرفها زیاد شد، هم خواستیم به عهده امام وسید بگذاریم که آنها وقف ثبوتی را پذیرفته اند که لازم است. بعد از نقل کلمات استدلال بکنیم که لازم است یا نه.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

ادامه مسئله دوم ۸۵

- ۸۵ آیا برای مسجد شدن نیاز به وقف هست؟
- ۸۶ عبارات دال بر نیاز به وقفیت در مسجد شدن
- ۸۷ فرق بین منقولات مسجد و غیر منقولات
- ۸۷ تعریف مسجد
- ۹۰ نظر صحیح این است که در مسجد وقفیت لازم نیست
- ۹۱ عبارات صاحب حدائق در عدم لزوم اثباتی و ثبوتی وقفیت برای مسجد شدن
- ۹۲ عبارات صاحب حدائق در عدم نیاز به وقفیت در مسجد شدن
- ۹۵ اکثر فقهاء قائل به وقفیت هستند
- ۹۵ رد نظر فقهاء در لزوم وقفیت برای مسجد شدن
- ۹۶ اثر نیاز به وقفیت
- ۹۶ بنابر قول مشهور اگر قصد وقفیت نکردند تکلیف مکان چیست؟

ادامه مسئله دوم**آیا برای مسجد شدن نیاز به وقف هست؟**

در مسئله دوم وسیله و تحریر گفته اند که برای مسجد شدن وقف هم باید بشود. البته این را ظاهراً باید بالالتزام از عبارات فهمید ولی طرف دیگر مسأله را تصریح کرده اند. نسبت فرض قصد وقف بدون قصد مسجد فرموده اند اگر قصد

وقفیت کردید ولی قصد مسجدیت نکردید لایقع مسجداً بلکه می شود وقف مصلی. اما این طرف را تصریح نکرده اند که آیا در مسجدیت به وقف هم نیاز است یا نه. منتهی گفتیم از عبارات استفاده می شود. چون گفته اند:

«والظاهر كفاية قوله جعلته مسجدا ولو لم يأت بما يدل على الوقف».

اینکه یکفیی یعنی یکفیی فی الوقف دیگر. و الا مسجدیتش که واضح است چون می گوید هذا مسجدا. وقتی می گویند یکفیی ولو لم يأت بما هو دال على الوقفية معلوم می شود مقصود این است که وقف هم واقع می شود ولو لم يأت بما هو دال على الوقفية. والا اگر مقصود تحقق وقف نباشد دیگر گفتن این جمله لغو است که ولو لم يأت بما هو دال على الوقف. چون معلوم است که اگر کسی قصد وقف نکرده و نمی خواهد هم که وقف واقع بشود و می شود وقف واقع نشود و فقط مسجد خالص باشد، اگر همچنین چیزی بشود دیگر لم يأت بما هو دال معنا ندارد.

عبارات دال بر نیاز به وقفیت در مسجد شدن

ما عبارات زیادی آوردیم، مثلاً مرحوم شهید تصریح می کند که لو نوی که بقعه ای مسجد بشود تلك البقعة لا يصير مسجداً الا بالوقف. یعنی باید وقف بشود تا مسجد بشود. عبارت مرحوم شیخ در مبسوط را هم بر همین حمل کرده اند. منتهی واقعا مرحوم شیخ این را ندارد. ایشان فقط راجع به اینکه نیت کرده است که ملکی مسجد بشود می فرماید با این نیت خالی نمی شود، بلکه باید قصد هم داشته باشد که کل من أراد استفاده از این زمین را به عنوان نماز بتواند در آن نماز بخواند. یا بعضی هم اضافه کرده اند و به شیخ نسبت داده اند که وصلی فیه، که البته مرحوم شیخ این را ندارد.

از جمله کسانی که این بحث را دارند مرحوم علامه در نهایة الاحکام است. آنجا بحثی است که اگر مسجدی خراب شد یا در شرف خرابی است آیا آلات این مسجد را می شود تملک کرد؟ می فرماید^۱:

«ويحرم اخذ آلاتها للتملك (نمی شود که آلات مسجد را به قصد تملک بگیرد). لأنه وقف على مصلحة فلا يجوز صرفه الى غيرها».

پس ایشان هم مسلم گرفته است که وقف است، والا باید می گفت اگر وقف باشد چطور می شود. ولی این را نگفته اند.

^۱ - نهایة الاحکام جلد ۱ صفحه ۳۵۸

فرق بین منقولات مسجد و غیر منقولات

بله مرحوم علامه در تذکره در مورد منقولاتی که در مسجد هست مثل بواری و حُصر^۱، در آنها ایشان احتمال می دهد که اینها وقف بر مسجد نباشد بلکه ملک مسجد باشد. بین اینها فرق گذاشته است. و درست هم می گوید. فرقی خیلی روشن است. چون ملک مسجد مشکلات وقف را ندارد، چون حاکم یا متولی وقف می تواند بفروشد یا بخرد و.... اما اگر وقف برای مسجد باشد او احکام دیگری دارد.

مرحوم علامه در تذکره این را می فرماید. که صاحب عروه در ملحقات عروه در بحث وقف این را طرح می کند که به عنوان فرع جدا باید مطرح شود چون در آنجا نکته ای وجود دارد. ولی اینجا ایشان می فرماید که آلات خود مسجد مثل لوازم ساختمانی مانند در، پنجره - نه منقولاتش که فعلاً خارج از بحث است - وقف است. پس معلوم می شود ایشان مسجد را وقف می داند.

تعریف مسجد

در کشف اللثام که شرح قواعد است هم عبارتی دارد که برای ورود در این بحث نقل می کنم. عده ای از فقهاء وقتی مسجد را تعریف می کنند تصریح می کنند که «المسجد حقيقة شرعية»، اما برخی دیگر مسجد را حقیقت شرعیه نمی دانند و تعریف دیگری دارند که در آن، موقوف بودن را اخذ کرده اند.

حالا چند عبارت را برای شما می خوانم: در کشف اللثام می فرماید:

«فی المساجد جمع مسجد بالكسر، الذی هو اسم للمكان الموقوف علی المسلمین للصلاة فیه».

یعنی در مفهوم مسجد وقف بودن را اشراب کرده اند.

سؤال وجواب: وقف تکوینی که نیست روشن است که وقف اصطلاحی است.

این یک حرف که در فقهاء دیگر هم ادامه می دهیم.

^۱ - جمع بوریا و حصیر

اما ایشان باز کلام دیگری دارد که از کلام ایشان کشف می شود که مسجدی که این آثار را دارد حتما باید وقف باشد. می فرماید^۱:

«من اتخذ في منزله مسجداً أي مصلی لنفسه أو لنفسه واهله من غير أن يوقفه ويجري عليه المسجدية العامة لم يكن بحكم المساجد اتفاقاً».

یعنی اگر یک اتاقی را در منزلش برای خودش مسجد قرار داد، اگر بر آن اجراء وقف نکرده باشد یا عنوان بما هو مسجد عام را اجراء نکرده باشد یعنی صیغه مسجدیت را اجراء نکرده باشد می گوید مسجد نمی شود. مورد استشهادش این است که من غیر آن یوقفه. معلوم می شود باید وقف کند تا مسجد بشود.

همینطور در جواهر^۲ فرموده است:

خاتمة تتعلق بالمساجد، والمراد بالمسجد شرعاً المكان الموقوف على كافة المسلمين للصلاة، فلو خص بعضاً منهم به لم يكن مسجداً اقتصاراً على المیتقن بل ظاهر الأدلة كذا.

این خودش یک فرعی است که اگر وقت شد طرح می کنیم. مرحوم سید همین را قبول دارد که لو خصه ببعضهم مسجد واقع می شود.

صاحب جواهر موارد دیگری هم دارد که بعداً عرض می کنم.

مرحوم سید علی قزوینی^۳ در ینابیع الاحکام^۴ دو جمله دارند که محل استشهاد است:

جمله اول: راجع به تعریف مسجد می فرماید:

«ينبغي التعرض أولاً لبيان ما يتعلق بموضوع المسجد، فنقول إنه شرعاً المكان الموقوف على كافة المسلمين للصلاة».

بعد وارد این بحث می شود که می فرماید این تعریف ما از تعریف مفتاح الکرامة بهتر است.

^۱ - کشف اللثام جلد ۳ صفحه ۳۳۹

^۲ - (که به تبع شرایع و همینطور مختصر و بعضی دیگر بحث احکام مسجد را در بحث نماز جماعت مطرح کرده اند، با اینکه اکثر فقهاء آن را در مکان مصلی بحث کرده اند).

^۳ - (ایشان آدم بسیار قوی ای است و حاشیه مفصل بر قوانین و بر معالم دارد. که بر معالم هفت جلد حاشیه دارد و در قوانین قبلی هم آن حاشیه سنگی که نوشته بود قزوینی یا نوشته بود سید علی مراد ایشان بود. ایشان یک فقهی هم دارد به نام ینابیع الاحکام که هفت جلد است).

^۴ - ینابیع الاحکام جلد ۱ صفحه ۷۰۸

جمله دوم: بعد خود ایشان چند تا امر را بحث می کند، از جمله همین مسئله ای که ما دنبال آن هستیم که آیا در مسجدیت وقف شرط است یا نه. می گوید:

«الامر الاول فی أنه هل يعتبر فی مسجدية المسجد كونه وقفا أم لا. بعد می فرماید:

والظاهر بل المقطوع به هو الاول (که باید وقف باشد) بل المستفاد من کلماتهم کونه وفاقیا».

در مصباح الفقیه^۱ مرحوم حاج آقا رضا همدانی در احکام مساجد می فرماید:

«و المراد بالمسجد علی ما ینسب الی الذهن فی اطلاقات الشارع و عرف المشرعة المكان الموقوف علی كافة المسلمين للصلاة فيه. فهو بهذا المعنی علی الظاهر موضوع للاحكام الشرعية الآتية دون ما لو وقفه علی أن یصلی فيه خصوص طائفة كأولاده نسلا بعد نسل أو الفقهاء مثلاً».

می گوید بحث ما این است و ظاهر ادله هم که گفته اند مسجد، اینجور مسجد را گفته اند، والا اصلا مسجدهای دیگر محل بحث نیست.

چون دیگران جور دیگری گفتند. آنها مثل شهید و دیگران گفتند اصلا مسجد دیگری نداریم. مگر اینکه مصلاهی خانه خودش را به عنوان مسجد وقف هم بکند تا مسجد بشود. آنوقت باید در آن را باز کند تا همه ببینند. نمی شود بگوید این مسجد است منتهی فقط برای خودم و اهل بیتم. اگر می خواهد باید وقف کند بما هو مسجد برای عموم و درب آن را هم باز کند. یعنی ما فرد دیگری برای مسجد نداریم.

ایشان ظاهرا می خواهد یک جوری مسأله را حل کند، می گوید ما اصلا کاری به بقیه نداریم. مسجدی که موضوع ادله است اینجور مسجدی است.

این هم یک ادعا.

ایشان در همین جلد در جائی که آثار مسجد زوال پیدا کند، خراب بشود می فرماید^۲:

و إذا زالت آثار المسجدية لا تزول بذلك مسجديته، لأن قوام المسجدية فی الحقيقة إنما هو بأرض المسجد لا بالآثار. (مسجد به زمينش مسجد می شود نه به در دیوارش).

^۱ - مجموعه آثار جلد ۱۶

^۲ مجموعه آثار جلد ۱۶ صفحه ۴۶۷

بعد می فرماید: هیچ کس نمی تواند تملک کند چون:

فإن هذا أيضا كزوال الآثار غير مقتض لزوال المسجدية فضلا عن بطلان وقفيته المانعة عن صحة تمسكه. (محل استشهاد این جمله است که): إذ لا معنى للمسجدية الا كون المكان موقوفا للصلاة بحيث لو اراد احد أن يصلى فيه ولو بأن يتكلف فى اصلاح الارض و ازالة الموانع أو بعد أن أزيلت الموانع بفعل أى شخص يكون لم يكن لأحد مزاحمته فى ذلك. اگر یک زمینی هست و حتی موانعی هم دارد و موانع را خودش یا دیگری برطرف کند اگر بخواهد در آن نماز بخواند هیچ کس مانع او نشود. اگر یک زمینی اینطور وقف بشود برای نماز اینطوری که هر وقت خواست در آن نماز بخواند بتواند ولو برفع الموانع، می گوید معنای مسجد این است. می گوید: إذ لا معنى للمسجدية الا كون المكان موقوفا. این هم ادعای ایشان.

در مفتاح الكرامة هم می فرماید:

«المطلب الثانى فى المساجد، المسجد حقيقة شرعية فى المكان الموقوف على المسلمين فى الصلاة من دون اختصاص ببعض دون بعض مع الصلاة فيه أو قبض الحاكم». ایشان این قیدها را اضافه کرده است. اینکه مرحوم قزوینی می فرمود تعریف ما بهتر است برای این بود که این قیدها مثل قبض الحاكم را نیاورده است. چون اینها مربوط به تمامیت وقف است والا مال عنوان مسجد نیست.

نظر صحیح این است که در مسجد وقفیت لازم نیست

حالا بحث ما این است که اینکه مسجدیت لایتم الا بالوقف دلیلش چیست؟

مقدمه ای عرض کنم: بنابر اینکه مسجد خودش یک عنوان مجعول باشد و وقف هم خودش یک عنوان مجعول اصالی باشد، لولا دلیل خارجی على القاعدة می شود تصویر کرد که دو چیز جدا باشند و لو در برخی از آثار و احکام با هم مشترک باشند. مثل اینکه وقتی انسان مسجد جعل می کند زوال ملک می شود. این مسلم است. چون در مسجدیت قصد قربت می خواهد می گوید برای خدا. پس مثل تحریر و عتق رقبه می ماند که ملک خودش را زائل کرد. ولی حرف ما این است که حقیقت وقف زوال ملک نیست تا بفهمائید که اینجا وقف محقق شده است.

وقف یک عنوان مجعول اصلی است مثل ملکیت و زوجیت. مسجد هم همینطور است. حالا ما یکی را جعل کردیم مسجد، و یکی را جعل کردیم وقف، کدام دلیل اقتضاء کرده است که باید در ماهیت مسجد وقفیت نهفته باشد؟ کدام دلیل این را اقتضاء کرده است؟

عبارات صاحب حدائق در عدم لزوم اثباتی و ثبوتی وقفیت برای مسجد شدن

تنها کسی که به نظر من فی الجمله به این مسئله توجه کرده است مرحوم صاحب حدائق است. ولی بحث است که ایشان چه می خواهد بگوید. عبارات ایشان را می خوانم، به نظر می آید که یک جاهایی بحث اثباتی کرده است. یعنی همان بحثی که برخی دیگر کرده اند که آیا در جعل مسجدیت لازم است که عنوان وقف هم انشاء کنیم یا نه؟ که این شبیه بحث برخی دیگر است مثل خود متن تحریر که فرمود: ما در حقیقت مسجد لزومی ندارد که عنوان وقف را جعل و انشاء کنیم، بلکه همینکه بگوید جعلته مسجدا کافی است ولو احوط این است که بگوید وقفته مسجدا که عنوان وقف هم انشاء بشود. به نظر می آید یک جایی صاحب حدائق دارد این را بحث می کند که آیا در جعل مسجدیت حتما باید یک صیغه وقف هم باشد؟ بعد می گوید لازم نیست. می گوید حق با شیخ در مبسوط است که گفته است لو نوی که ملکی مسجد باشد بطوری که کلاما اراد شخصی برای صلاة اذن در این کار بدهد می شود مسجد. می گوید حق با شیخ طوسی است.

پس به نظر می آید ایشان در اینجا و چند جای دیگر بحث اثباتی می کند.

اما در چند عبارت می گوید: «قومٌ اشترطوا فی المسجدیة الوقف» می گوید ولی این دلیل ندارد، واستدلّالشان هم این است که اخبار خالی از این است. می گوید حتی ظاهر اخبار همان حرف شیخ است که به نیت تمام می شود.

ایشان - به تعبیر من - می گوید مسجد یک عنوان اعتباری است که احکامش را باید از شارع بگیریم و روایات ما نسبت به اینکه برای مسجد شدن لازم است وقف هم بشود خالی است.

ایشان شاهد هم می آورد که در روایت ابو عبیده حذاء دارد که شخصی به امام علیه السلام عرض می کند که من در راه مکه و مدینه سنگها را روی هم گذاشتم که مسجد بشود هو ذلک؟ قال علیه السلام نعم. بعد هم امام علیه السلام می گویند چه کار خوبی کردی.

می گوید اصلا یک نفر چند تا سنگ را روی هم بگذارد او هم بیاید انشاء کند مسجدیت یا وقفیت را، می گوید اخبار خالی از این است. بلکه بیش از این نیست که می دانیم این ارضی که دارد تحجیر می کند نوی کونه مسجدا فوقع

مسجد. لذا امام علیه السلام می فرماید من بنی مسجدا کمفحص قطاة بنی الله له بیتا فی الجنة. می گوید این ثواب را که داده اند پس یعنی مسجد شده است دیگر.

پس یک حرفهایی ایشان دارد می زند که به نظر می رسد که با کسانی دعوا دارد که صیغه را لازم می دانند. ایشان می گوید صیغه نیاز نیست.

در یک جاهایی می گوید بنابر مبنای قوم که در مسجدیت شرط می کنند وقفیت را اینطوری است، ولی ما این را نمی گوئیم. می گوید گوئی اینها خیال می کنند که در مثل مسجد باید یک ناقلی مثل بیع و وقف هم باشد. بعد انکار می کند. یعنی وقف هم لازم نیست.

عبارات صاحب حدائق در عدم نیاز به وقفیت در مسجد شدن

عبارات ایشان را بخوانیم:

صاحب حدائق در ادامه احکام مسجد می گوید: مقام رابع در بقیه احکام مساجد. چند بحث کرده است. می گوید: «الاول المفهوم من کلام جملة من متأخری الاصحاب أنه لابد فی ثبوت المسجدية وترتب احکامها من صیغة الوقف الشرعية لیحصل بها الانتقال عن ملک المالك و نحوه ویختص بالجهة الموقوف علیها».

تا اینجا حرف ایشان مخالف دیگران نیست. چون می گوید لابد فی ثبوت المسجدية و ترتب احکامها من صیغة الوقف الشرعية. ممکن است بگوئیم الان بحثشان سر این است که آیا خود عنوان وقف هم باید انشاء بشود یا نیاز نیست.

بعد می فرماید ندیدم کسی به این مسئله تعرض کند مگر شهید در ذکری و بعد هم عبارت شیخ طوسی را نقل می کند. تا به اینجا می رسد که می گوید: ما در روایات هیچ دلیلی بر این حرف پیدا نکردیم که باید انشاء وقف بکند. بلکه ظاهر ادله بر خلاف آن است. و شاهد هم می آورد که امام علیه السلام او را بر کاری که کرد تقریر کردند. با اینکه او کاری نکرده بود بلکه سنگها را به قصد مسجدیت جمع کرده بود، همین شد مسجد. و همینطور روایات دیگر.

بعد می فرماید:^۲

۱ - حدائق جلد ۷ صفحه ۳۰۱

۲ - حدائق جلد ۷ صفحه ۳۰۲

«و تقييد اطلاق هذه الاخبار بصيغة الوقف بمعنى أنه لا يكون مسجدا الا بقول وقف و نحوه يحتاج الى دليل و ليس». ایشان بحث را روی این برده است که صیغه وقف می خواهد یا نمی خواهد. می گوید ما نمی توانیم این اخبار را تقييد بزنیم و بگوئیم صیغه وقف لازم است. خب ممکن است کسی بگوید صیغه وقف لازم نیست، بلکه همینکه می گوید هذا مسجد، هم مسجد می شود و هم وقف می شود. کما اینکه ظاهر از تحریر همین است.

بعد می فرماید:

ولی در برخی روایات اصلا طوری است که به نظر می رسد وقفیت را نفی می کند و می گوید لازم نیست. مثلا در یک روایتی از پیامبر صلی الله علیه و آله سؤال می کنند که آیا در مسجد می شود بعضی کارها مثل تراشیدن قلم و اصلاح سیف و کذا را انجام داد؟ پیامبر می فرماید نمی شود، فأنها لغير هذا بنيت. مسجد برای غیر اینها است.

صاحب حدائق می گوید گفته لغير هذا بنيت نه لغير هذا وقف. یعنی مسجدیت نمی سازد با این کارهایی که شما می گوئید، نگفته اند وقفیت نمی سازد. گوئی اگر وقف بود بهتر بود بگویند وقف با این نمی سازد. گرچه هر دو مثبتین هستند و مفهومی ندارند ولی در مقام استدلال اقرب است که بگویند چون وقف خاص است شما نمی توانید این کارها را در آن انجام بدهید.

بعد ایشان در یک جای دیگر مثلا در بحث کراهت نوم در مساجد می فرماید:

«ولو كان الوقف شرطا في ذلك لكان أولى بالتنبيه عليه والذكر لتوقف حصول المسجدية عليه و زوالها بدونه كما يدعونه».

می گوید آنطور که آنها ادعا می کنند مسجدیت متوقف بر وقف است. خب در اینجا موارد که مثلا تحجیر شده راهش این بود که بگویند وقف هم شده است و شما نمی توانید کاری که غیر از امور مربوط به وقف است در آن انجام بدهید. در حالی که اینطور استدلال نکرده اند. ولو كان الوقف شرطا في ذلك لكان أولى بالتنبيه عليه و الذكر لتوقف حصول المسجدية عليه و زوالها بدونه كما يدعونه.

اینجا به نظر می آید که می خواهد بگوید اصلا وقف شرط برای مسجدیت نیست.

بعد ایشان در ادامه بحث دوم که آیا اگر کسی در منزلش جائی را به عنوان مسجد اختیار کرد می تواند جای آن را تغییر بدهد، آن را توسعه بدهد، تضییق کند یا نمی تواند، که امام علیه السلام در روایت صحیح فرموده است بله می تواند. ایشان می گوید: کسی که داخل خانه مسجد قرار می دهد اصلاً قصد مسجدیت عام نمی کند، بلکه یک جائی برای نماز می خواهد. اصلاً این مسجد نیست. ولذا می گوید فقهاء نباید دنبال این می رفتند که این باید وقف باشد یا نباشد. اصلاً مسجد نیست که بخواهد وقف باشد. می فرماید:

«و لا وجه لذكر الوقف هنا بالكلية ولو سلمنا اشتراطه في المساجد العامة لما عرفت من الغرض والسبب فيه».

اینکه می گوید ولو سلمنا اشتراطه فی المساجد، معلوم می شود که ایشان اصل اشتراط در مساجد را هم قبول ندارد یا لا اقل تردید دارند.

همینطور ایشان فرعی را مطرح کرده اند^۱ که آیا می شود در مسجد برای وضوء و امثاله چاه بکنیم؟ می گویند اگر چاه قبلاً باشد اشکال ندارد. اما اگر جائی را برای مسجد جعل کردید دیگر بعد از آن نمی توانید چاه بکنید. چون مسجد برای نماز است، شما دارید بخشی از آن را اشغال می کنید. لذا نمی توانید. می فرماید علت اینکه نمی شود در جائی که مسجد است چاه بکنیم این است که:

«و وجه ما ذكرناه من الاشكال سيما على قاعدة الاصحاب من اشتراط الوقفية ظاهر. حيث أن ذلك مناف للوقف والوقوف على ما وقفت عليه. و مع قطع النظر عن ذلك فظواهر الاخبار الدالة على أن المساجد إنما بنيت للعبادة وتلاوة القرآن و نحو ذلك المنع».

باز می گوید اصحاب اشتراطی هستند. مانع از چاه کردن است. پس ایشان در اینجا هم یا اصلاً اشتراط وقفیت را قبول ندارد و یا تردید دارد.

^۱ - حدائق جلد ۷ صفحه ۳۱۲ و ۳۱۳

اکثر فقهاء قائل به وقفیت هستند

نتیجه این می شود که نظر اکثر فقهاء بلکه ما شد و ندر (که مراد صاحب حدائق هستند اگر فهم ما درست باشد و در عبارات ایشان معارضی نباشد) این است که می گویند مسجدیت متوقف بر وقفیت است. و دیدیم که مرحوم سید علی قزوینی ادعا کرد که نسبت به این مسئله نظر قطع داریم بلکه مورد اتفاق علماء است.

رد نظر فقهاء در لزوم وقفیت برای مسجد شدن

به نظر ما یکوقت می گوئید نسبت به این مسأله اجماعی وجود دارد که بحث دیگری است، والا اگر ما باشیم و حقیقت مسجدیت و حقیقت وقفیت به همین استدلالی که عرض کردم اینها با هم تلازم ندارد. یعنی دو تا مجعول اصالی است. ما باید از روایات اصطیاد کنیم که آیا اینها یکی هستند یا خیر، و آیا یکی در دیگر درج شده است یا نه؟ از اخبار همچنین چیزی در نمی آید.

بله یک سری احکام دارند که ممکن است مشابه هم باشند، مثل اینکه اگر مسجد شد دیگر حق ندارد آن را بفروشد. چون از اخبار و کلمات به نحو اجماع قطعی استفاده می شود که زوال ملک شده است. مخصوصا که برای خدا قرار می دهد و دیگر دوباره به ملکش بر نمی گردد.

و مرحوم آشیخ حسین حلی در آن مطلبی که نقل کردم یکی از حرفهایشان این بود که بعضی از اعتباریات ممکن است برگردند، مثل وقف در بعضی از صور. ولی برخی از اعتباریات قابل برگشت نیست، مثلا وقتی چیزی مسجد شد دیگر تا آخر مسجد است.

ما عرضمان این است که اگر ما باشیم و نفس تحلیل و تصویری که از مسجد و وقف داریم تلازمی با هم ندارند. در روایات هم چیزی استفاده نمی شود که بگوئیم یکی ملازم دیگری است. بله ما تقریبا اطباق علماء را داریم اما معلوم نیست این اجماع کاشف باشد. ممکن است وجه اجماع اینها همین مدارکی باشد که ذکر می کنند. و این اجماع همینکه محتمل المدرک بشود دیگر کاشف از رأی معصوم نمی شود.

اثر نیاز به وقفیت

این بحث که این مسجد وقف باشد یا نباشد اثر دارد. زیرا کثیری از بحث های آتی که در بحث احکام مساجد مطرح شده است مثل استفاده از آلات مسجد (که خیلی ها گفته اند حق ندارید آلات یک مسجد را برای مسجد دیگری ببرید اگر خودش نیاز دارد)، می گویند دلیلش وقف است. این آلات وقف این مسجد است، شما حق ندارید جای دیگری ببرید. پس اگر ما اصل مطلب را قبول نکنیم در کثیری از فروع تأثیر گذار می شود. این مسئله مهمی است که ما بتوانیم این را ثابت کنیم که مسجد وقف است یا نتوانیم ثابت کنیم.

من نظرم این است که از این کلماتی که ما خواندیم واقعا اجماع کاشف از رأی معصوم در نمی آید. از روایات هم ما همچنین چیزی نمی فهمیم که این وقف باشد. ولذا آن چیزی که ما داریم این است که به قصد مسجدیت باشد می شود مسجد، اگر قصد وقف هم شد اضافه می شود و می شود وقف و اگر قصد وقف نشد وقف نمی شود.

بنابر قول مشهور اگر قصد وقفیت نکردند تکلیف مکان چیست؟

این بحثی که الان مطرح کردیم حرف ما روشن است. اما آن بزرگوارانی که می گویند مسجد متوقف بر وقفیت است، اگر کسی قصد کرد مسجدیت را، بنیانا بقصد المسجدية وقصد نکرد وقفیت را یا قصد کرد خلاف وقفیت را یا قصد کرد چیزی را که نافی وقفیت باشد، اینها تکلیفش چه می شود؟ یقع مسجدا أم لا؟

مثلا اگر ما بگوئیم تخصیص مسجد به اهل و خانواده منافات دارد با مسجدیت یا با وقفیت خاص، می گویند این تخصیص باطل می شود ولی اصل وقفیت باقی هست. ولی بعضی می گویند اصلا مسجد واقع نمی شود.

این بحث مهمی است روی آن فکر کنید انشاءالله تا فردا.

باسمه تعالی

ادامه مسئله دوم ۹۸

مسجد اعتباری مستقل است که نیاز به وقف ندارد ۹۸

به نظر آیت الله حلی مسجد از اعتبار عقلائی غیر قابل تغییر است ۹۹

محقق عراقی نیز مسجد را مجعول اصلی می داند ۱۰۰

به نظر صاحب حدائق وقف در مسجدیت دخالتی ندارد ۱۰۱

اختلاف آثار شاهد بر عدم توقف مسجدیت بر وقف است ۱۰۱

شاهد دیگر بر عدم توقف مسجد بر وقف: به نظر صاحب عروه مسجد می تواند در بعض صور از مسجدیت خارج شود

..... ۱۰۲

خروج مسجد از ملک دلیل بر وقفیت آن نیست ۱۰۳

شاهد دیگر بر عدم توقف مسجد بر وقف: وقف نیاز به صیغه دارد به خلاف مسجد ۱۰۴

عدم کفایت ارتکاز علماء برای اثبات توقف مسجدیت بر وقف ۱۰۴

معاطات در وقف ۱۰۵

آیا نیاز به خواندن نماز برای مسجد شدن و اشباه ذلک برای احراز دال است یا برای احراز قبض؟ ۱۰۶

در وقف قبض لازم است ۱۰۶

چرا در وقف صیغه لازم است ولی در مسجدیت معاطات کافی است؟ ۱۰۷

تفکیک وقف عام و خاص در کفایت معاطات صحیح نیست ۱۰۸

مراد از معاطات در عقد ۱۰۸

عدم توقف معاطات بر عقد نبودن ۱۰۹

ادامه مسئله دوم

بحث در مسئله دوم تحریر بود که ظاهرش این است که برای مسجدیت نیاز به وقف است. و اگر فقط در انشاء مسجدیت عنوان وقف را نیاورد ظاهرشان این است که با جعلته مسجداً وقف هم محقق می شود. ما در این بحث داشتیم. کلمات فقهاء را خواندیم و حرفها مختلف بود.

مسجد اعتباری مستقل است که نیاز به وقف ندارد

حرفی به ذهن ما رسیده بود که عرض کردیم، گرچه تصریحی در کلمات نسبت به آن نبود، غیر از دو موردی که قبلاً اشاره کردم و الان عرض خواهیم کرد.

آن حرف این است که مسجدیت مثل وقفیت و مثل ملکیت و زوجیت، {اعتباری مستقل} باشد. یعنی همانطور که در وقف عرض کردیم که بعید نیست وقف مثل «ملکیت» خودش مجعولی اصالی باشد، مسجد هم همینطور است. یعنی ما برای یک مکان اعتباری خاصی می کنیم که این مکان مسجد باشد. البته در میان عقلاء این اعتبار باید برای ترتب آثار باید ابراز شود، مانند تمام اعتبارات عقلائی. یعنی هر چند اعتبار به ابراز متقوم نیست و انسان همینجا که نشسته در نزد خود چیزی را اعتبار می کند. اما برای اینکه بر این اعتبار، آثار عقلائی بار بشود، عقلاء اعتبارات در نفس آدمی را کافی نمی دانند بلکه باید مبرز داشته باشد. چه این مبرز، صیغه باشد و چه عمل معتبر که همان معاطات است.

بحث ما فعلاً در مبرز نیست گرچه در بحث فقهاء گاهی این دو بحث خلط شده است. یعنی گاهی بحث را روی این برده بودند که با چه چیزی می شود مسجد بشود، می گفتند باید صیغه مسجدیت یا صیغه وقفیت خوانده بشود.

حالا بحث ما یک بحث واقعی است که آیا در مسجدیت وقف هم لازم است یا نه؟ البته در اینکه می شود که کسی مسجد را که جعل می کند وقف هم بکند در این بحثی نیست، اما آیا لازم است یا نه؟

بحث های ما به اینجا منتهی شد که به نظر می رسد که مسجدیت هم خودش یک مجعول و اعتبار عقلائی است، وقف هم همینطور است، و لولا دلیل خارجی وجهی ندارد که ما تحقق عنوان مسجدیت را به وقف متوقف کنیم و دلیلی ندارد که اگر بخواهد چیزی مسجد باشد حتماً باید وقف هم باشد.

راجع به اصل اینکه مسجدیت خودش یک اعتبار اصالی است ما فقط دو مورد را یافتیم:

به نظر آیت الله حلی مسجد از اعتبار عقلائی غیر قابل تغییر است

مورد اول: عرض کردم مرحوم شیخ حسین حلی^۱ در بحوث فقهیه است.

ایشان ابتدا راجع به یک مشکل حادثی بحث می کنند، و آن اینکه که گاهی دولتها می آیند مساجد را تخریب می کنند و در شارع عمومی قرار می دهند تکلیف چیست؟ آیا اگر چنین چیزی شد مسجد به حال مسجدیت باقی می ماند، یا نه ممکن است بگوئیم با کاری که گاهی دولتها می کنند یا غاصب می کند که این مسجد را از بین می برد، بخاطر ارتفاع آن اثری که به قصد او مسجد بنا شده است ولو نماز خواندن، بگوئیم پس عنوان مسجد هم سلب می شود. کما اینکه در باب اوقاف این را می گوئید. لا اقل مبانی برخی این است که می گویند اگر غرضی که از وقف می خواستند حاصل نشد دیگر از وقفیت بیرون می آید. که حالا یا ملک بلامالک می شود یا برمی گردد به مالک اصلی، در صورتی که مالک اصلی وقفیت خود را مقید کرده باشد به زمانی که مثلاً این دار معمر باشد یا این سکنی قابل سکونت باشد. حالا اگر خودش تخریب شد یا کسی آن را تخریب کرد دیگر غایت آن وقف حاصل است، لذا از وقفیت بیرون می رود و بر می گردد به ملک مالکش یا بلا مالک می شود علی اختلاف سیأتی انشاء الله.

ایشان به تبع این مسئله بحث کرده است که ما هی المسجدیه؟ حرف ایشان این است که مسجد یک اعتبار عقلائی است که این اعتبار عقلائی از ناحیه شارع امضاء شده است. و حرف ایشان این است که این اعتبارات عقلائی گاهی طوری است که اگر در موضوعش تغییر و تبدیل پدید آید اعتبار عقلائی هم عوض می شود. مثلاً شخصی را رقب اعتبار می کنند، یا برای دو نفر که با هم ازدواج کرده اند اعتبار زوجیت یکی برای دیگری می کنند. ولی همین عقلاء که این اعتبارات را دارند در صورت تحقق ظروفی خاص قبول دارند که این اعتبار مرتفع می شود، مثل اینکه زوجین از یکدیگر طلاق گیرند یا مالک آن بنده را آزاد کند.

پس بعضی از اعتبارات عقلائی بخاطر تغییر بعضی از حالات موضوع آن، قابل ارتفاع است.

ولی برخی از اعتبارات عقلایی قابل ارتفاع نیست. مثلاً رقیّت قابل ارتفاع است به حریت، اما حریت بعد از رقیّت نه. یعنی وقتی عبدی از ناحیه عقلاء یا شارع حر اعتبار شد (علی بحث فیه که عقلاء اعتبار می کنند یا شارع اعتبار می کند، که این بحث اثری ندارد) دیگر نمی شود رق بشود. پس برخی از اعتبارات دیگر تحول پیدا نمی کند.

^۱ - که شاگرد مرحوم نائینی بود و اصول ایشان هم چند سالی است طبع شده است. کتاب بحوث فقهیه ایشان که مسائل مستحدثه را بحث کرده اند شاگرد ایشان مرحوم بحر العلوم تقریر کرده است.

حال مسجد از کدام سنخ است؟ ابتدا ایشان می گوید مسجد یک اعتبار عقلائی است. می فرماید:

بتحقیق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية و التي اعتبرها العقلاء وامضاها الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلائية الممضاة من قبل الشارع.

بعد ایشان آمده است اعتبارات را دو دسته می کند: یکی اعتباراتی که بعد از اینکه عقلاء اعتبار کردند خودشان یا شارع می توانند آنها را زائل کنند. دوم اعتباراتی که زائل نمی شوند. آنوقت ایشان می گوید مسجد از این قبیل است. اگر یک جائی مسجد شد، چون ارض مسجد هست ولو بناء هم مسجد نباشد، وقتی ارض مسجد شد، مسجد از آن اعتباراتی است که زوال پیدا نمی کند. البته من هر چه گشتم دلیلی برای این حرف در کلام ایشان پیدا نکردم، ولی اصرار دارند که مسجدیت اینطوری است که زوال پیدا نمی کند.

این بحث را ما قبلاً گفتیم و تکرارش برای این جهت است که استنباط ما همین است که مسجد یک مجعول اصالی است. اینکه حالا مرتفع می شود یا نمی شود یک حکمی است که می آید.

محقق عراقی نیز مسجد را مجعول اصلی می داند

مورد دوم: در بحث اصول مرحوم آقا ضیاء عراقی به تناسب در نقد مرحوم نائینی یک حاشیه زده اند و می گویند: مجعول های اصالی و اعتبارات عقلائی مثل ملکیت و زوجیت و مسجدیت. ایشان هم آنجا این را گفته است. در آنجا آقای نائینی ره می گوید احراز، مجعول بالاصالة است، ایشان اشکال می کند، در پاورقی می گوید مجعول اصالی مثل زوجیت و ملکیت و مسجد و وقفیت.

(یعنی همانجا با اینکه بحث اصولی است برای تأیید استنباط های قبلی که می کردیم مطالبی یافتیم، که به نظر ایشان هم وقف یک مجعول اصالی است و هم مسجدیت).

حالا بحث ما این است که چه چیزی از این استفاده می شود؟

^۱ - بحوث فقهیه صفحه ۲۴۷

^۲ - حواشی بر فوائد الاصول جلد ۳ ذیل بحث قیام امارات مقام قطع طریقی و موضوعی.

نتیجه عرض ما این است که اگر ما بپذیریم که مسجدیت و وقفیت مجعول های اصالی هستند، دلیلی ندارد که یکی را متوقف بر دیگری کنیم، مگر اینکه از بیرون ثابت بشود که در مقام تحلیل واقعیت این امر اعتباری که وقف است یا مسجد است چنین توقفی نهفته است. مثلاً در تحلیل مسجدیت ببینیم یکی از مقومات آن وقفیت است و چنین چیزی را واقعا عند التحلیل بیابیم یا از ادله شرعیه این توقف استفاده شود.

به نظر صاحب حدائق وقف در مسجدیت دخالتی ندارد

دیروز عرض کردم که گرچه عبارات صاحب حدائق ره اجمال دارد ولی می شود از آن این معنا را استفاده کرده که روایات ما از دخالت وقف در مسجدیت خالی است. (که می شد حرف ایشان هم حمل بشود بر اینکه انشاء دخالتی ندارد و هم حمل بشود بر اینکه واقع وقف دخالتی ندارد). چرا؟ مثلاً در آن روایت حذاء آمده بود که یکی از اصحاب به حضرت گفت در راه مکه مدینه من چند سنگ روی سنگ گذاشتم برای مسجد، آیا این همان است؟ حضرت فرمود بله این همان است یعنی همان مسجدیت واقع شده است. در این روایت این را ندارد که قصد وقفیت هم کرده بود یا صیغه وقفیت هم خوانده بود.

بنابر این ما دلیلی نداریم که اینها لزومی داشته باشد. حالا نمی خواهیم به اطلاق تمسک کنیم که خودش دلیل بر عدم است ولی لااقل در همین حد که دلیلی بر این نداریم که اینها لزوم داشته باشد.

اختلاف آثار شاهد بر عدم توقف مسجدیت بر وقف است

یکی از قرائن این است که مسجدیت و وقفیت هر کدام آثار خودش را دارد. در مسجد تنجیس آن حرام است و اگر نجس شد يجب ازالة النجاسة عنها. خب وقف که اینها را ندارد. وقف هم یک آثاری دارد، روی مبانی ممکن است اینها با هم فرق کنند. مثلاً ممکن است کسی بگوید وقف می شود محدد باشد به اینکه مادام کان مأمورا یا مادام کان مسکونا، می گوید این دار را مادامی که قابلیت سکنی دارد وقف قرار دادم، آنوقت اگر از قابلیت سکنی بیفتد برمی گردد یعنی از وقفیت خارج می شود، حالا یا ملک بلا مالک می شود یا به ملک مالک یا ورثه بر می گردد. اما در مسجد ممکن است بگوید نه، مسجد، مسجد است للتالی، هر چه می خواهد بشود.

آنوقت این آثار مهمی دارد. اگر غاصبی آمد مسجد را تخریب و آن را تبدیل به جاده کرد، هنوز هم تنجیش حرام و تطهیرش واجب است.

شاهد دیگر بر عدم توقف مسجد بر وقف: به نظر صاحب عروه مسجد می تواند در بعض صور از مسجدیت خارج شود

این فرع در عروه مطرح شده است. مرحوم امام قده هم در تحریرالوسیله این را بحث می کند که می رسیم، که اگر مسجد خراب شد تکلیف مسجدیت آن چیست؟ مسجدیت باقی است؟ آثار مسجدیت و احکام مسجدیت باقی است یا نه؟ مرحوم سید در جلد دوم عروه در ملحقات در صفحه ۲۴۶-۲۴۷ در مسئله ۲۶ بحث خراب وقف را مطرح کرده اند و در مسئله ۲۷ بحث خراب مسجد و قریه ای که در آن مسجد هست و مسجد از بین رفته است را مطرح می کند. ایشان می گوید: خیلی ها می گویند مسجد وقتی مسجد شد دیگر از مسجدیت خروج پیدا نمی کند. (همان حرفی که از مرحوم حلی نقل کردیم).

بعد ایشان اشکال می کند و می گوید ما هیچ دلیلی بر این حرف نداریم و مسجد می تواند در صورتی از مسجدیت بیرون برود.

از جمله شواهدی که ایشان می آورد این است که می گوید: آیا در ارض مستأجره می توانیم مسجد بنا کنیم؟ می گوید می شود. شخصی ارضی را اجاره صد ساله یا پنجاه ساله کرده می تواند در آن مسجد قرار بدهد. اما بعد که اجاره تمام شد و دیگر او مالک نیست تکلیف این مسجد چه می شود؟ ایشان می فرماید مسجدیت آن تمام میشود. می گوید این حرف هیچ اشکالی ندارد و هیچ دلیلی نداریم که مسئله مسجدیت قابل عود نیست.

فعلا بحث ما راجع به این نیست که تکلیف مسجد چه می شود، آن مساله را در فرع خودش بحث می کنیم. بحث ما این است که اینها شاهد بر این است که وقفیت و مسجدیت دو تا اعتبار است با خصوصیات خاص خودشان.

من نمی گویم ثبوتاً محال است کسی با همه این حرفها باز هم بگوید وقفیت در بطن مسجدیت نهفته است. اما دلیلی بر این حرف نداریم. اینها دو عنوان هستند که دو جور جعل می شوند یکی به عنوان وقف و یکی به عنوان مسجد و آثار خاصه خودشان را هم دارند. چه دلیلی داریم که مسجد باید وقف باشد؟

این منافات با این ندارد که برخی از خصوصیات وقف در مسجد هم باشد. مثلاً اگر ما در وقف قائل به خروج از ملک را گفتیم در مسجد هم خروج از ملک را بگوئیم. اما مگر اگر اثر که مشترک شد ماهیتها نیز یکی می شوند؟!

خروج مسجد از ملک دلیل بر وقفیت آن نیست

پس ما هیچ دلیلی بر این نداریم که مسجدیت مسجد متوقف بر این باشد که اعتبار وقفیت بشود.

بله در عین حال می پذیریم به حسب آنچه که مسلم است اگر چیزی مسجد شد خروج از ملک می شود. این مسجل و مسلم است هم به حسب سیره متشرعه و هم ظاهر بعضی از احکام که در روایات هست. ولی این دلیل بر وقفیت نیست. خروج از ملک در اسباب مختلفه هست، در صلح هست، در هبه هست، در جای دیگر هم هست، خب اینجا هم یک جای خاصی باشد. اینکه حتماً چون خروج از ملک شد باید وقف باشد اول کلام است.

سؤال وجواب: در عروه در ذیل مکان مصلی که بعضی از احکام مسجد را مطرح کرده است یکی از احکام همین است، آقای خوئی ره در آنجا ظاهراً می گوید مسجد از مسجدیت خارج نمی شود، برخلاف آنچه شما از فقه الشیعہ^۱ نقل فرمودید.

پس حضرت امام قده در تحریر الوسيله متعرض دو فرع شده بودند که چند فرع دیگر هم به آن ملحق شد، یکی از آنها همین فرع است که گفتیم ما دلیل نداریم. و اگر ذیل فرمایش ایشان این باشد که به نظر می آید همین است به نظر ما این حرف اشکال دارد که می گویند گفتن جعلته مسجداً کافی است وإن لم يذكر ما يدل على وقفه و حبسه، که ولو تصریح نکرده اند ولی ظاهرش این است که جعلته مسجداً برای وقفیت کفایت می کند.

سؤال وجواب: کلام شیخ در مبسوط واقعاً دلالت نداشت که وقف است. می گفت إذا نوى كونه مسجداً و اذن لاحد أن يصلى فيها إذا اراد این کافی است برای مسجدیت. برای مسجدیت فرمود کافی است. که ما هم همین را می گوئیم. می گوئیم مسجد یک اعتبار است، هر چه دال و مبرز بر این باشد عند العقلاء کفایت می کند، عمل یا قول باشد فرقی نمی کند. اما برای مسجدیت. من در عبارتهای شیخ ندیدم که بگوید حتماً باید وقف باشد. پس از کجا شما می گوئید ارتکاز فقهاء این است؟! اتفاقاً نهاییه را هم دیدم در آنجا هم پیدا نکردم.

^۱ - تقریرات آیه الله خلخالی

شاهد دیگر بر عدم توقف مسجد بر وقف: وقف نیاز به صیغه دارد به خلاف مسجد

نکته جالب این است که شیخ ره که در مبسوط به نیت اکتفا کرده و فرموده لو نوی، اما در مبسوط در بحث وقف می گوید نیت کفایت نمی کند و صیغه می خواهد. خب خود همین می تواند علامت این باشد که اینها را دو چیز می داند. آنهایی که مثل صاحب جواهر و عده ای در مسجِدیت وقف را لازم می دانند، می گویند درست است که مرحوم شیخ در کتاب وقف، نیت را کافی نمی داند و می گوید باید صیغه باشد تا وقف باشد، اما اینجا که این را می گوید چون وقف مسجد، وقف خاصی است. این بزرگواران نمی خواهند از حرف خودشان عدول کنند.

اما ما می گوئیم شاید این یک علامت و قرینه ای باشد بر اینکه اصلاً باب وقف غیر از باب مسجِدیت است. در باب مسجد در بحث مبسوط آن چیزی که گفته است این است که می گوید إذا نوی و اذن للصلاة كلما اراد المصلي (که گفتیم قید وصلی را شیخ نگفته است ولو برخی به ایشان نسبت داده اند) یعنی هر وقت مصلی اراده کند بتواند نماز بخواند این کافی است برای اینکه مسجد بشود.

عدم کفایت ارتکاز علماء برای اثبات توقف مسجِدیت بر وقف

این نهایت بحث ما است که بعد از اینکه پذیرفتیم هر کدام از اینها مجعول اصالی و ابتدائی هستند دلیلی وجود ندارد که یکی متوقف بر دیگری باشد. ارتکاز علماء هم برای این حرف کافی نیست. خصوصاً که صاحب حدائق هم که عالم بزرگی است به نظر می آید فرمایششان این است که دخالتی ندارد. و شاید بعضی از عبارات مبسوط هم که عرض کردیم همین را بفهماند.

البته یک فروعات مرتبط دیگر هم در این مسئله هست که متعرض نمی شویم. مثلاً اگر کسی مکانی را در دار خودش قصد مسجِدیت کند مسجد می شود یا نمی شود. که در جای خودش بحث می کنیم.

معاطات در وقف

مسئله ۳: الظاهر كفاية المعاطاة في مثل المساجد و المقابر و الطرق و الشوارع و القناطر و الرباطات المعدّة لنزول المسافرين و الأشجار المغروسة لانتفاع المارة بظلها أو ثمرها، بل و مثل البواري للمساجد و القناديل للمشاهد و أشباه ذلك.

مسئله سوم تحریر راجع به بحث معاطات در وقف است که آیا با معاطات هم وقف می شود یا نه؟

می فرماید: در منقولات مثل بواری و حُصْر و قنادیل مشاهد همینکه می رود می گذارند می فرمایند با همین وقف می شود. فرش را می آوردند در مسجد می گذارند که واضح است که برای مسجد است، می گویند برای حصول وقف شدن این فرش همین کافی است.

بعد می فرماید:

و بالجملة ما كان محبسا على مصلحة عامة، فلو بنى بناء بعنوان المسجدية و أذن في الصلاة فيه للعموم و صلى فيه بعض الناس كفى في وقفه و صيرورته مسجداً.

اگر در حبس بر امور عامه اگر کسی بنائی کند به عنوان مسجدیت و برای نماز خواندن در آن برای همه اجازه بدهد و برخی هم در آن نماز بخوانند، این کفایت می کند هم در وقف شدن و هم در مسجد شدن آن.

و كذا لو عيّن قطعة من الأرض لأن تكون مقبرة للمسلمين و خلّى بينها و بينهم و أذن إذنا عاما للدفن فيها فدفنوا فيها بعض الأموات، أو بنى قنطرة و خلّى بينها و بين العابرين فشرعوا في العبور عليها، و هكذا.

این راجع به کفایت معاطات است در بحث وقف.

آن چیزی که الان در صورت مسئله است کفایت معاطات است بر آن چیزهایی که محبّس بر مصلحت عام باشند. ایشان وقف خاص را ذکر نکرده اند. آیه الله سبحانی از این استظهار می کند که پس در وقف خاص صیغه لازم است و به معاطات اکتفاء نمی شود. ایشان یک تعلیلی هم می کنند که به نظر ما نادرست است.

یک نکته ای را هم آیه الله فاضل فرموده اند آن را عرض کنیم، با این ملاحظات وارد بحث می شویم.

آیا نیاز به خواندن نماز برای مسجد شدن و اشباه ذلک برای احراز دال است یا برای احراز قبض؟

آن ملاحظه این است که: هم در عبارت اینجا و هم در عبارات فقهاء که خواندیم خیلی ها اینطور می گویند: بنی بناء بقصد المسجدية و أذن فی الصلاة فیها عموما وصلوا فیها (یا صلی احد فیها) یا در مقبره دفن فیها، یا در قنطره خلّی بین اینها و عابرین و عده ای شرعوا فی العبور علیها.

آقای فاضل اشکال کرده است که به چه دلیل می گوئید در مسجد باید یک عده ای نماز هم بخوانند یا در مقبره دفن هم بکنند یا در قنطره عبور هم بکنند؟! اینها را به چه دلیل می گوئید؟!

آنچه در معاطات لازم است (که ما معاطات را در این موارد قبول داریم) این است که: بنائی بکند به عنوان وقفیت یا مسجدیت (بنابر بحث هایی که شد) و اذن هم بدهد در استفاده از این وقف، بیش از این دلیل ندارد. لذا ایشان اشکال می کند.

این فرمایش دائر مدار این است که این مطلبی که گفته اند که می گویند کسی در آن نماز بخواند یا در آن نماز بخوانند یا کسی را دفن بکنند یا از آن قنطره کسی عبور بکند، این را به عنوان بخشی از دال بر وقف می آورند یا برای صدق قبض می آورند؟

در وقف قبض لازم است

چون می دانید در وقف قبض لازم است حالا یا در اصل صحیتش که بدون قبض اصلا وقف صحیح نیست و یا در لزومش. بالاخره قبل از اینکه قبض بشود مالک می تواند برگردد، حالا یا از باب اینکه اصلا وقفی حاصل نشده و یا وقف حاصل شده است ولی جائز است و می تواند برگردد. آیا در کلمات فقهاء و در تحریر که این آمده است برای تتمیم دال بر اعتبار وقفیت است یا برای قبض است؟ این روشن نیست. بعید نیست از بعضی عبارات همین فهم آیه الله فاضل استفاده بشود، که اینها برای دلالت بر امر معاطات است. بعد می گویند چه کسی گفته این لازم است. ما در باب معاطات دال عملی می خواهیم، اینها که لازم نیست، بلکه به هر جوری که بتواند بر این مسئله دلالت کند کافی است. می فرماید مثلا همین اذنی که می دهد با اشاره یا همین وضع فرش در جائی، همین کفایت می کند.

اما اگر برای تتمیم امر قبض باشد که قبض حاصل بشود دیگر این اشکال وارد نیست.

آیه الله سبحانی اینها را دال بر قبض گرفته است چون می گوید قبض لازم است، ولی ایشان دال بر اعتبار وقفیت گرفته است.

انصافا عبارت هم روشن نیست. نه عبارت تحریر از این جهت روشن است و نه عبارت فقهاء که برایتان خواندیم روشن است، که اینکه صلوا فیه یا در قنطره عبور کنند یا در مقبره دفن کنند روشن نیست چرا گفته اند. این نکته ای است که باید در آن تأمل کرد.

سؤال وجواب: خیلی مهم نیست، یک بحث صغروی است که دال بر معاطات چه می تواند باشد. نه حرف امام قده در اینجا حجت است و نه حرف دیگران. این بحث صغروی است که دال عملی چیست.

چرا در وقف صیغه لازم است ولی در مسجدیت معاطات کافی است؟

سؤال وجواب: آقای سبحانی می گوید ما به احد الوجهین باید آن حرف را حل کنیم که چرا گفته اند در وقف صیغه لازم است ولی در مسجدیت معاطات کافی است؟ یا باید همان وجه آقای فاضل را بگوئیم که اگر خواستند لفظی باشد باید صیغه اش اینطور باشد با این خصوصیات مثل مصرح بودن یا الفاظ مجاز نباشد و امثال ذلک، ولی اگر خواست معاطات باشد مشکلی ندارد. این یک توجیه است که خود ایشان هم آورده است. توجیه دیگر همین است که چون آقای سبحانی از این مسئله سه فقط استظهار می کند معاطات را در وقف عام، می گوید در وقف خاص معاطات نمی آید و تعلیل هم می کند، آنجا می گوید لعل مراد اینکه می گویند صیغه لازم است وقف خاص را می گویند ولی اینجا بحث وقف عام است. در حالی که واقعا نه آنجا بحث خاص است و نه معلوم است که اینجا مقصور به وقف عام باشد. گرچه مثالهایی که زده شده وقف عام هستند، ولی باید فکر کرد که واقعا تفکیک اینها از همدیگر وجهی دارد یا نه. البته وجهی که ایشان می گوید حتما نادرست است.

پس ابتدا همین بحث را دنبال می کنیم:

تفکیک وقف عام و خاص در کفایت معاطات صحیح نیست

گفتیم آقای سبحانی از این مسئله استظهار می کند که معاطات فقط در وقف عام است نه در وقف خاص^۱. ایشان می فرماید: به دلیل اینکه در وقف عام عمل دلالت می کند بر اینکه قصد واقف این بوده است، اما در وقف خاص نه. چون باب اینکه مثلاً یک کسی بدون اینکه لفظ بکار ببرد ملکش را به اولادش بدهد، خب این می تواند وقف نباشد بلکه اباحه باشد. ولذا اگر بعد از مدتی برگشت اباحه تمام شود و اگر فوت کرد به ورثه برگردد. گویا ایشان می خواهد بگویند این افعال در وقف خاص زبان روشنی ندارند ولذا معاطات کفایت نمی کند. اما در باب وقف عام کفایت می کند.

مراد از معاطات در عقد

ولی به نظر ما هیچ فرقی نمی کنند. در بیع که امرش خیلی مشکلتز و سخت تر از وقف است شما معاطات را کافی می دانید و عمل را هم دال می دانید. و این نکته که شما می گوئید که خیلی وقتها عمل ابهام دارد و زبان ندارد این همه جائی و مسلم است. منتهی کسانی که می گویند به عمل وقف یا بیع واقع می شود، عمل باید طوری با قرائن همراه باشد که عمل به کمک قرائن دال باشد. و الا واضح است که عمل صرف کفایت نمی کند. مثلاً کسی فرشی روی دوش گرفته است و می آورد داخل مسجد پهن می کند و روی آن نماز می خواند. می فرمایید که این دال بر وقف است. چرا؟ خب شاید طرف فرش خودش را می برده منزل گفته بروم اول مسجد نماز بخوانم، بعد گفته این فرش را پهن کنیم نماز بخوانیم بعد هم جمع می کنیم و می بریم. به صرف اینکه اینجا گذاشته بگوئیم دال بر وقفیت است درست نیست. واضح است که این دلالت نمی کند.

کسانی که می گویند عمل دال است، آنجائی را می گویند که به نحوی به کمک قرائن حالیه و مقالیه (اگر گفتیم قرائن حالیه و مقالیه کافی است) بتوانیم این عمل را دال بر انشاء وقف بدانیم. و الا نمی شود. از این جهت فرقی در باب مسجد و غیر مسجد نمی کند. این روشن است. من نمی دانم چرا ایشان همچنین حرفی زده است. شما در بیع و صلح و ... قبول دارید یک دفعه در باب وقف می گوئید ما دال نداریم. این درست نیست.

۱ - کتاب الوقف صفحه ۲۰

عدم توقف معاطات بر عقد نبودن

نکته دیگر اینکه ایشان یک حرف عجیبی زده است^۱. ایشان وقتی می خواهند شروع کنند در اینکه معاطات در باب وقف جائز است یا نه، می گویند:

المسئلة الاولى: فهي أن ظاهر من عرف الوقف بأنه عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة هو عدم كفاية المعاطاة. بحث را اینطور شروع کرده است می فرماید: ظاهر همه کسانی که وقف را تعریف کرده اند به «عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة» (که اول بحث کلمات این بزرگواران را آوردیم، مثل شهید و مثل شرایع و دیگران)، ایشان می گوید ظاهر اینها عدم کفایت معاطات است.

این تعجب است. کسانی که معاطات می گویند نمی گویند که عقد نیست. گویا ایشان معاطات را عمل خارجی گرفته اند کما اینکه بعضی ها اینکار را می کنند. این خیلی اشتباه عجیبی است و از ایشان که اهل دقت هستند بعید است. عقد ایجاب و قبول دارد. دال بر ایجاب و قبول یا لفظ است یا عمل است. یعنی ما در بیع معاطاتی انشاء داریم. شیخ در اول بحث مکاسب اشاره به این می کند که بعضی از عامه گفته اند عمل خارجی کفایت می کند. که همانجا اشکال می کند. اصلاً بحث در معاطات در عمل خارجی صرف نیست. بلکه با این عمل باید انشاء بکند همین مضمونی را که با لفظ انشاء می کند. کسانی که می گویند معاطات کافی نیست می گویند این عمل برای عقلاء برای انشاء کافی نیست. یک بحث صغروی کرده اند. و آنهایی که می گویند کافی است، می گویند با عمل هم می شود انشاء کرد. ولذا با عمل دارد انشاء می کند. یعنی دارد این شیء را آنجا وضع می کند و با این کار خروج این را از ملکیت خودش و دخول ثمن را در ملک خودش انشاء می کند. همانطور که می گوید ملکتهک هذا بذاک، اینجا هم همین را دارد می گوید وقتی کتاب را آنجا می گذارد و پول را بر می دارد، در واقع این کار را کرده است که کتاب را فروخته یعنی انشاء کرده است تملیک کتاب را به ثمن، و با برداشتن این ثمن دلالت را تکمیل کرده است.

پس ما عرضمان این است که معاطات عقد است. پس اینکه فرمود ظاهر من عرف الوقف بأنه عقد ثمرته تحبیس الاصل و اطلاق المنفعة هو عدم كفاية المعاطاة، این حتما نادرست است. این یک استنباط ناصحیحی است. صرف اینکه عقد بدانیم کافی نیست برای اینکه نفی معاطات کرده باشیم.

والحمد لله رب العالمین.

۱ - کتاب الوقف صفحه ۱۹

باسمه تعالی

- ۱۱۱..... ادامه مسئله سوم وقف
- ۱۱۲ تمسک به سیره در مسئله معاطات در وقف و جواب از آن
- ۱۱۴ مظان مباحث معاطات در وقف
- ۱۱۷ نقل اقوال در معاطات در وقف
- ۱۱۸ قائلین به عدم صحت معاطات
- ۱۱۹..... قائلین به صحت معاطات در وقف
- ۱۱۹..... قائلین به تفصیل در معاطات در وقف

ادامه مسئله سوم وقف

بحث در مسئله سوم تحریر بود که راجع به این است که آیا در وقف هم معاطات می آید یا نه.

ملخص مسئله سه این است که معاطات در اموری که وقف عام است که محبس شده برای امور عمومی مثل مسجد، قناتیر، خانات، حتی مثل اشجاری که از ثمر یا سایه آنها می خواهند استفاده می کنند، و مثل حصر و بواری که به مساجد داده می شود یا قنادیل برای مشاهد و امثال ذلک، می گوید در اینها معاطات کفایت می کند.

می فرماید:

«و بالجمله ما کان محبسا علی مصلحة عامة، فلو بنی بناء بعنوان المسجدية و أذن فی الصلاة فيه للعموم و صلی فيه بعض الناس کفی فی وقفه و صیورته مسجدا. و کذا لو عین قطعة من الارض لأن تكون مقبرة للمسلمین ...».

قبل از تعطیلات ما این را طرح کردیم و این جمله را هم عرض کردیم که ظاهر این عبارت و سکوتی که نسبت به وقف خاص مثل وقف بر ذریه دارد این است که ظاهرا ایشان می خواهد تفصیل بدهد، که در امور عمومی یعنی آنهایی که

محبس است علی مصلحة عامة، در آنها معاطات کفایت می کند، و در امور خاص کفایت نمی کند. این ظاهر فرمایش ایشان است و برخی دیگر هم همین را گفته اند.

و ناظرین به این کلام مثل آیه الله سبحانی و مرحوم آیه الله فاضل اینها هم به سرعت از این مسئله گذشته اند، البته نحوه استدلالشان مختلف است که ما طرح می کنیم.

تمسک به سیره در مسئله معاطات در وقف و جواب از آن

عده زیادی در این مسئله به سیره تمسک کرده اند، فرموده اند سیره اینطوری است. خصوصا در مثل مسجد می گویند کسی به یاد نمی آورد که کسی که مسجد درست می کند نشسته باشد صیغه ای خوانده باشد بر اینکه این مسجد است. بعد می گویند علی الظاهر در جاهای دیگر هم اینطوری است.

این مسئله با اینکه سریع از آن عبور کردند به نظر ما خیلی بحث دارد. هم سیره ای که ادعا شده است و هم ادله دیگری که برای تصحیح معاطات آورده اند، و همینطور ادله نافین هم قابل توجه است. و من فکر می کنم وقتی ما وارد بحث می شویم ادعای سیره در این مسئله و مشابهاتش انسان را به فکر وادار می دارد که اصلا نسبت به بکار بردن سیره ها به عنوان یک دلیل واقعا باید تعمق بیشتری بکنیم.

حالا من به تفصیل اقوال را می آورم. اما اینکه به راحتی در قرن پانزدهم ما نشستیم ادعای سیره می کنیم که گاهی مقصود سیره عقلانیه است و گاهی مقصود سیره مسلمین و متشرعه است. ولی از قرن پنجم در ۴۴۰ بعد ۴۶۰ بعد ۴۸۰ بعد ۵۰۰ بعد ۶۰۰ بعد ۷۰۰ بعد ۸۰۰ علمای بزرگی صراحتا می گویند وقف با معاطات حاصل نمی شود، و اگر با صرف عمل باشد و لفظ نباشد لا یخرج عن ملکه.

من سؤالم این است که این چه جور سیره ای است که شما ادعا می کنید سیره هست، اما این علمایی که خودشان مرجع بوده اند برای رجوع عوام، اینها اینطور بالصرحة می گویند که لا يقع الوقف بالمعاطات.

مثل صاحب جواهر صراحتا می گوید ما همچنین سیره ای نداریم.

قبل از صاحب جواهر جامع المقاصد در جواب شهید اول در ذکری -که ایشان در باب مسجد کلام شیخ طوسی را نقل می کند که در مورد یک ملکی لو نوی کونه مسجدا و کلاما اراد شخص که در آن نماز بخواند بتواند بخواند این می شود مسجد- که شهید می فرماید: ظاهر همین است، چون ظاهرا در باب مسجد کسی نیامده صیغه جاری کند. (ایشان فقط در باب مسجد حرف زده است). بعد جامع المقاصد همانجا می فرماید: همچنین سیره ای برای ما ثابت نیست، و بعد ایشان

می گوید دلیل هم ندارد. وقتی یک چیزی بین مردم شیوع پیدا کرد که وقف است ما می پذیریم که وقف است و دیگر نمی رویم کنکاش کنیم که چه جوری وقف شده است. و الا این سیره ای که شما می گوئید لم یثبت.

من حرفم این است که: اینطور به راحتی سیره را مطرح کنیم که گویی در جیسمان هست که هر کجا صلاح می دانیم بکار می بریم و هر جا صلاح نمی دانیم نه، این درست نیست.

از آن جالب تر این است که این تفصیل هایی که در تحریر الوسيله می بینید که در خود وسیله هم همینطور است و فرقی نمی کند، برخی از علماء معاصر که ناظر بوده اند و شرح کرده اند، این تفصیل را هم با سیره درست می کنند. می گویند در امور عمومی سیره هست، در خصوصی سیره بر این است که معاطات درست نیست.

خب شما چه جور سیره را کشف کردید؟! اولاً سیره عقلاء می گوئید یا سیره مسلمین می گوئید؟ اگر مراد سیره عقلاء است، خب سیره عقلاء نباید ردع شده باشد. و اگر سیره مسلمین می گوئید، خب شما سیره مستمره تا زمان شارع را چه جوری کشف کردید؟! اینطور علماء در طول این زمانها منع کرده اند و گفته اند با معاطات نمی شود، یعنی سیره به این روشنی جلو چشمشان بوده، سیره مستمره هم بوده و به زمان شارع هم می رسیده و شارع هم ردع نکرده بعد این علماء می گویند لم یقع بالمعاطات؟! به نظر من خیلی عجیب است. البته وقتی ادله را می آوریم اینها را باید یکی یکی بحث کنیم. من می خواهم بگویم اصلاً در صورت مسئله نحوه استدلال جوری است که گویا در بعضی جاها علماء می خواهند چشمشان را ببندند و عبور کنند.

مرحوم آیه الله فاضل در تفصیل الشریعة^۱ می فرماید:

«والدلیل علی کفایة المعاطات فی مثل الامثلة المذكورة فی المتن مما کان محبساً علی مصلحة عامه أنه لا دلیل علی اعتبار الانشاء بالصیغة مثل الالفاظ المتقدمة، بل یکفی الانشاء الفعلی بأن بنی بناء بعنوان المسجدية و اذن فی الصلاة فیه».

نحوه استدلال را ببینید. نمی گوید دلیل بر کفایت سیره است، اما می گوید دلیل بر کفایت معاطات این است که دلیلی بر این نداریم که انشاء لفظی لازم است. خب مگر دلیل نداشتن در اینجاها کافی است؟ مگر اینجا اصاله الفساد محکم نیست؟ مگر اوقاف از قبیل اسباب و مسببات نیستند؟ مگر شما با انشاء - حالا چه عقد بدانید چه ایقاع بدانید - تسبیب نمی

^۱ - تفصیل الشریعة جلد ۲۰ موسوعه صفحه ۱۲

کنید برای وقوع وقف؟ اگر شما دلیلی بر خصوصیت نداشته باشید تمام می شود؟ یا بر عکس با وجود نداشتن دلیل اصالة الفاسد محکم است.

اینها که دارند تفصیل می دهند.

دوستان زحمت کشیده اند اقوال را در آورده اند من برایتان گزارشش را عرض می کنم. در این قرون متمادیه عمدتا می گویند لا يقع الوقف بالمعاطات. الا شد و ندر که عرض می کنم.

بعد می رسد به زمان ما، مرحوم آقای حکیم در منهاج الصالحین می گویند ظاهرا معاطات در وقف می آید مطلقا. بقیه نجفی ها هم که منهاج را تحریر کرده اند آنها هم همه همینطور، عین عبارات مرحوم حکیم را آورده اند و همه هم معاطات را تصحیح کرده اند بالاطلاق. نه فقط در مصالح عامه بلکه بالاطلاق. اینهم یک حرفی است.

مزان مباحث معاطات در وقف

مباحث معاطات را دو سه جا می شود پیدا کرد:

یکی در همین بحث معاطات وقف که عده ای متعرض شده اند، که می آوریم.

در خصوص بحث مسجدیت برخی استطرادا بحث معاطات را هم فی الجمله بحث کرده اند.

و مرحوم شیخ در بحث معاطات هم بحث را مطرح کرده اند. بحث معاطات بیع حدود ۹۰ صفحه مکاسب^۱ است. ما نمی خواهیم همه اینها را بحث کنیم، بلکه فقط یک گزارشی بدهیم یکی دو نکته اش به ما مربوط می شود. هم اینکه معاطات یعنی چه. و هم بعد از اینکه مرحوم شیخ اقوال را نقل می کند و موضوع معاطات و اقوال مختلف را در آن می آورد که محل بحث کجا است، اختلاف استنباط صاحب جواهر و جامع المقاصد را هم می آورد، بعد وارد ادله می شود، به سیره تمسک می کنند، بعد وارد اطلاقات در بیع می شوند، بعد مرحوم شیخ حدود نه تا تنبیه برای معاطات می آورد، یک تنبیهش این است که آیا معاطات در غیر بیع هم می آید یا نمی آید؟ صلح و اینها را می آورند که می گویند در اینجاها می آید، رهن و وقف را هم طرح می کنند و می گویند به نظر یک اشکالی در رهن هست و یک اشکالی هم در وقف هست، و خودش شیخ نمی پذیرد. لذا می گوید مگر کسی این حرفها را بزند، که خود شیخ قبول ندارد. یعنی شیخ در آنجا معاطات در وقف را قبول نمی کند. اما همانجا شده است یک بابی برای محشین مکاسب، که عمدتا متعرض شده اند و گفته اند

^۱ - مکاسب چاچ کنگره

معاطات اینجا هم جاری است. مثل مرحوم اصفهانی، آقای خوئی ره وعده دیگری می گویند معاطات اینجا هم جاری است. معمولا هم بالاطلاق گفته اند. مرحوم سید در حاشیه مکاسب ظاهرش اطلاق است، اما در بحث وقف شبیه همین حرف تحریر الوسیله است که در امور عامه پذیرفته اما در ماعدای آن چیزی نگفته است و ظاهر این است که نپذیرفته است.

ما اینجا خیلی بحث داریم. یک قدری می خواهیم کلمات علماء و فقهاء را نقل کنیم. برخی می گویند چرا شما اینجا را نقل می کنید؟ من می گویم فقه اصلا اینطوری است، کلمات فقهاء را باید فهمید. مخصوصا فقهای که در قرون اولیه بوده اند نمی شود بی اعتناء از حرف اینها گذشت. من نمی توانم باور کنم که همه را با اصل و یک سیره هایی که در جیب خودمان داشته باشیم مصرف کنیم حل کرد. نمی توانم باور کنم که شیخ طوسی که مردم در مرأی و مسمع ایشان هستند به ایشان مراجعه می کنند ولی ایشان آن سیره را اصلا نبیند و نفهمد. یا قاضی ابن براج در همان زمان نبیند یا ابن ادریس نبیند. اینجا آقای سبحانی حفظه الله به ابن ادریس در سرائر نسبت می دهد که فقد خالفهم ابن ادریس فی السرائر و الشہید فی الذکر. اتفاقا نباید اشتباهی بشود که شاید ایشان به این توجه داشته است، این ادریس جزء مخالفین است می گوید معاطات جاری نیست، فقط در خصوص مسجد یک حرفی دارد. اینها را اشتباه نکنید. یا شیخ طوسی در خصوص مسجد یک حرفی دارد، اما خود همین شیخ طوسی در وقف می گوید وقف به معاطات حاصل نمی شود. ممکن است مسجدیت یک خصوصیتی داشته باشد. حالا ما در آن تحلیل نهایی وجه این را هم بیان می کنیم که چرا اینطور است. اینکه مسجد یک خصوصیتی داشته باشد غیر از این است که قنطره و خانات و درخت هم که به مسجد ملحق شده اند همین خصوصیت را داشته باشند. ممکن است مسجد خصوصیتی داشته باشد. انشاءالله در تحلیل نهایی به یک جمع بندی که عرض می کنم به این می رسیم که اصلا لعل مسجد را طبق قاعده بشود درست کرد.

آنوقت به لحاظ سیره، در زمان ما واقعا عقلاء معاطات را قبول دارند؟! مثلا در بیع که در بیع همه گفته اند معاطات صحیح است، منتهی نه اینکه به معنای بیعی صحیح است، صحیح است به اینکه نتیجه دارد إما بالاباحه یا ملک متزلزل و کذا و کذا. من سؤالم این است که همین امروز - نمی گویم قرن چهارم و پنجم - همین امروز کسی می خواهد برود یک خانه پنج میلیاردی معامله کند آیا با معاطات می خرد؟ یعنی یک مساومه ای می کنند و بعد این پول می گذارد آنجا و خانه را می گیرد و می رود؟ آیا واقعا اینطوری است؟ یا اینکه چند جور محکم کاری می کند که فردا حرف و حدیثی از آن در نیاید. ما نمی گوئیم در معاطات مساومه نیست. نه در معاطات مساومه ممکن است باشد. اما نهایتا خرید و فروششان در یک ملک ده میلیاردی با معاطات است؟! یعنی پول می گذارند آنجا و خانه را می گیرند و می روند؟! مثلا یک کسی می خواهد وقف بکند، حالا آنهایی که مسجد را می گویند یک بحثی دارد، اما اینکه در منهاج الصالحین آقای حکیم فرموده و

بقیه هم فرموده اند، آیه الله سیستانی هم همین را فرموده، آیه الله وحید هم همین را فرموده، مرحوم آیه الله میرزا جواد آقای تبریزی هم در منهاج الصالحین همین را فرموده اند، همه شان عین آقای حکیم بالاطلاق گفته اند. من سؤالم از این بزرگواران این است که یک کسی می خواهد یک زمین صد میلیاردی را وقف ذریه کند آیا می آید بدون اینکه هیچ صیغه ای اجراء کند این ملک را یک جوری تحویل اینها می دهد؟! همینطور می شود وقف؟!!

البته این را هم دقت کنید آن کسانی که می گویند وقف بالمعاطات حاصل می شود، مانع از این نیستند که یک قرائنی هم بیاید که وقفیت را تعیین کند. مانع از این نمی شوند. این هم خودش یک بحثی است. در معاطات در بیع هم همینطور است، منتهی می گویند صیغه وقف خوانده نمی شود. آیا واقعا سیره بر این هست؟ و اتفاقا اوقافی که ما از علماء می بینیم اکثرا اینطور است که وقف که می کنند می نویسند، بعد هم می گویند صیغه شرعی جاری شد. اجداد ما در همان آمل و لاریجان مقدار زیادی وقف دارند آن هم وقف های عجیب و غریب. مثلا وقف کرده اند برای شب های قدر که افطار داده بشود یا برای قرآن در ماه مبارک رمضان و امثال آن. آنوقت همه اینها بالدقة نوشته شده است و چند نفر از علماء مهر کرده اند، و بعد در متن نه فقط به نوشتن اکتفاء می کنند بلکه می گویند صیغه شرعی جاری شد. من می گویم سیره ای که شما ادعا می کنید به معاطات اکتفاء می کنند پس اینها چیست؟

و اثرش هم خیلی است. الان بسیاری از اوقاف در شهرها و نواحی مختلف کشور هست که اینها اگر واقعا اینطوری بشود که ما در وقف معاطاتی بگوییم وقف حقیقتا واقع نمی شود کما اینکه عده ای از فقهاء بالصراحة گفته اند، خب این در ملک مالک باقی می ماند و تصرف دیگران اشکال دارد.

پس واقعا یک بحث دشواری است نمی شود با دو خط کلام عبور کرد و یک سیره اینطوری از جیب در بیاوریم و مصرف کنیم.

ما عبارت فقهاء و ادعاها را می آوریم.

یکی از مسائلی که برای مطرح است این است که چرا بسیاری از بزرگان که در باب بیع علاوه بر سیره به اطلاقات تمسک کرده اند اصلا صحبتی از اطلاق در بحث وقف نکرده اند؟ چرا؟ چرایش ممکن است ادله مختلفی داشته باشد. بله برخی در کتاب فقه الصادق که به نظرم از سر بی توجهی است گفته اند للاطلاقات. خب این اطلاقات کجا است؟

مرحوم آخوند ره (چه آدم بسیار دقیقی بوده است) ایشان یک پاراگراف در کتاب وقفش بیان کرده که همه این حرفها را دارد. سیره را، اطلاعات وقف را. می گوید لو کان، وبعد می گوید خب اطلاق باشد فرد موضوعش هم باید باشد. اینکه با معاطات عرفا هم واقع می شود اول کلام است.

اینها بحث های فوق العاده دقیقی است که انشاءالله به آن می رسیم. که نظیر این اشکال در بیع هم وجود دارد آنجا هم حرفهایی زده می شود. مرحوم بهبهانی صراحتا می گوید: بیع معاطاتی اصلا بیع نیست. عرفا هم بیع نیست. یک کاری است، حالا این کار چیست؟ شبیه اباحه است یا چیز خاص دیگری است، ولی بیع نیست. من نمی گویم حتما حرف ایشان درست است، اما باید اینها را اعتناء کرد، نه اینکه همه را بگذاریم کنار و همینطور بگوئیم سیره وجود دارد، این واقعا درست نیست.

نقل اقوال در معاطات در وقف

اما کلمات اصحاب:

اقوال در مسئله را اگر بخواهیم بسنجیم می توانیم بگوئیم سه قول هست:

قول اول: مطلقا معاطات را در وقف کافی نمی دانند ولو اینکه در بیع کافی بدانند. صاحب مقابس شیخ اسد الله تستری - که آدم خیلی دقیقی است و مرحوم شیخ هم به ایشان عنایت داشته است - ایشان در همین مقابس یک بحثی از وقف دارد و اتفاقا همین بحث معاطات را بالتفصیل بحث کرده است. و تقریبا همه حرف موافقین را هم آورده است که عمدتا صاحب حدائق و ادله دیگر است. آخرش می گوید واقعا این مسئله مشکل است و لا یخلو عن الاشکال که ما بتوانیم به معاطات عمل کنیم. ولذا به نظر می آید که آخرش هم ایشان می ماند و نمی تواند به معاطات در وقف عمل کند.

قول دوم: اینکه معاطات در کل اوقاف مؤثر است، چه مصالح عامه باشد و چه خاصه. که اگر اشتباه نکنم در میان قدیمی ترها فقط مرحوم مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان است، که البته او را هم می شود گفت نیست. به دلیل اینکه او معاطات نگفته، بلکه می گوید به نیت واقعا می شود. معاطات غیر از نیت است. این را بحث می کنیم. معاطات حتی غیر از عمل خارجی صرف است. معاطاتی که محل بحث است که ما یكون الانشاء بالعمل است. باید با عمل انشاء بشود، نه اینکه فقط یک حرکت خارجی باشد. مرحوم صاحب مجمع الفائدة والبرهان در آنجا می فرماید به نیت اکتفاء بشود، که عبارتش را می خوانیم.

سؤال وجواب: بحث اولویت چیز دیگر است. اما اینهایی که می گویند به معاطات واقع می شود نمی گویند به نیت واقع می شود کما اینکه بعضی ها تصریح کرده اند. می گویند به انشاء واقع می شود اعم از قولی و فعلی. ولذا اینکه عده ای صاحب مجمع الفائدة والبرهان را جزء موافقین معاطات می آورند قابل تأمل است که بحث می کنیم.

ولی عمدتاً علمای معاصر هست که به این حرف تصریح کرده اند.

قول سوم: تفصیل است بین امور عامه و غیر عامه. که ظاهر حضرت امام قده در تحریر الوسيلة و ظاهر سید در کتاب وقف هم همین است، وعده دیگری که از اینها این مطلب استفاده می شود.

قائلین به عدم صحت معاطات

اما قول اول را عده ای گفته اند: مثلاً در کافی ابوالصلاح حلبی، و در مبسوط و خلاف شیخ طوسی و قاضی ابن براج در قرن پنجم به این قول قائل شده اند. همینطور در سرائر گفته است، برخلاف نسبتی که به ایشان داده شده است. در بحث مسجد یک حرف دیگری است.

من حتی یک حرف دیگری باز می خواهم بزنم بر اساس آن مبنایی که ما اختیار کردیم که بین مسجدیت و وقف فرق است. و شیخ طوسی در وقف چیزی نگفت در بحث مسجد. در مسجد گفت. فرمود یک ملکی که خارج دارش هست لو نوی کونه مسجداً و اراد به اینکه هر کسی خواست نماز بخواند بخواند، این می شود مسجد، نگفت می شود وقف. اگر آن حرفی که ما زدیم که بین مسجدیت و وقف واقعا اثببت است، از این حرف مرحوم شیخ طوسی هم نمی شود فهمید که در وقف هم اینطوری با لو نوی حل می شود. خصوصاً که خودش شیخ طوسی در بحث وقف می گوید با معاطات حاصل نمی شود. که ایشان هم در خلاف و هم در مبسوط این را گفته است.

ابن زهره همین را گفته است. ابن ادریس در سرائر هم همین را گفته است. کیدری در إصباح الشیعه گفته است، یحیی بن سعید حلی در جامع الشرائع گفته، و علامه در چندین کتابش تصریح کرده است که لا یقع بالمعاطات. شهید اول در لمعه و فاضل مقداد در تنقیح و سیمری در تلخیص الخلاف گفته است. همینطور شهید ثانی در مسالک و به صاحب مفتاح الکرامه هم نسبت داده اند که لا یقع، و مقابس الانوار هم همین را می گوید.

البته برخی را من دیدم، برخی را اشتباهاً اینجا آورده اند، چون در بیع گفته در وقف چیزی نگفته است. شاید خواسته اند بگویند به طریق اولویت. چون آنهایی که در بیع معاطات را قبول دارند در وقف قبول ندارند. گفته اند اگر در بیع بگویند لا یقع بغير اللفظ در وقف هم همینطور است.

مرحوم آخوند هم در کتاب الوقف می گوید به معاطات واقع نمی شود. مرحوم آیه الله بهجت در جامع المسائل گفته اند واقع نمی شود. البته به نظر ایشان تفصیل داده اند فعلا شک دارم. پس عده زیادی از فقهاء در طول قرون ادعا کرده اند که لایقع بالمعاطات.

قائلین به صحت معاطات در وقف

اما آنهایی که قبول دارند، گفته شده شیخ مفید در مقنعه قبول دارد. که البته من شک دارم. به نظر من ایشان در بیع گفته است و ظاهرش هم لزوم است. سید مجاهد هم در مناهل دارد. ایشان هم بحث مفصلی دارد. اما در وقف شک دارم که عبارتش را می خوانیم. بعد مقدس اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان گفته است. دیگر منهاج الصالحین است و بعضی استفتائات جدید. در حدائق هم فرموده است که معاطات می شود، با یک اجمالی که در کلامش هست. گفته اند امام هم در کتاب البیع همین را فرموده است. که من باید نگاه کنم که آیا مطلق است یا مثل تحریر الوسيله مقید است.

قائلین به تفصیل در معاطات در وقف

اما مسئله تفصیل در مسئله بین عام و خاص که در تحریر الوسيله بود گفته اند که شیخ جعفر کاشف الغطاء هم در تحریر الوسيله تفصیل گفته، مرحوم سید هم در متن وسیله تفصیل گفته است، مرحوم آقای خوانساری در جامع المدارک تفصیل گفته است، مرحوم آقای گلپایگانی هم تفصیل گفته است، مرحوم آقای فاضل لنکرانی هم که فرمایش امام را تعلیل فرموده اند هم تفصیل گفته اند.

حالا ما برخی از عبارات فقهاء را اینجا خواهیم خواند. یک گزارشی هم از فرمایش شیخ در مکاسب شیخ عرض می کنم. نه اینکه بخواهم بحث کنم، فقط سیر بحث را عرض می کنم و آن دو تا نقطه ای که ما به آن کار داریم در بحث وقف را طرح می کنیم و بعد هم ادله نافین و مثبتین را می آوریم.

یک نکته هم هست که در مسئله سیره ای که ادعا کرده اند در چیزهایی که به مساجد می دهند مثل بواری و حصر و همینطور قنادیل برای مشاهد مشرفه، گفته اند اینجا هم سیره هست که معاطات درست است و صیغه نمی خواهد. آنجا یک بحث درست و حسابی وجود دارد که اصلا در آنها تملیک است یا وقف است. ممکن است کسی ادعا بکند که اینک مرحوم سید از علامه نقل می کند که ایشان اینها را تملیک به مسجد می داند نه وقف. که اصلا باب دیگری می شود، که هم خودش به عنوان یک احتمال جالب است، و هم از این جهت جالب است که مسجد را مالک می بیند، مشاهد شریفه را مالک می بیند. آنوقت بینیم اینها تا کجا می خواهند جلو بروند. مثلا مسجد می تواند دارای خانه باشد، خانه را اجاره بدهند،

و امثال ذلک. که بحث خیلی جالبی است. آن شخصیت حقوقی که ما برای اوقاف گفتیم اینجاها به درد می خورد. این را باید بحث کنیم که واقعا مصداقا چیزهایی که مردم به مساجد می دهند تملیک می کنند به مسجد بدون وقف، اثر هم دارد که می شود آن را فروخت. یا وقف است و فروشش تابع فروش وقف است. این هم بحث می خواهد. از این سنخ مباحث هم انشاءالله مطرح می شود.

مطلب مرحوم شیخ در مکاسب که ظاهرا تنبیه پنجم معاطات است و همینطور کلام محشین را مراجعه کنید، انشاءالله فردا این مسئله را دنبال می کنیم.

و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۱۲۱ ادامه مسئله سوم (معاطات در وقف)
- ۱۲۲ نقل عبارات قائلین به عدم اکتفاء به معاطات در وقف
- ۱۲۲ نظر شیخ طوسی قدس در مبسوط
- ۱۲۳ نظر مرحوم شیخ قدس در خلاف
- ۱۲۵ نظر ابن زهره ره
- ۱۲۵ نظر کیدری ره
- ۱۲۶ نظر یحیی بن سعید ره
- ۱۲۶ نظر علامه حلی قدس سره
- ۱۲۷ نظر شمس الدین حلی ره
- ۱۲۸ نظر محقق کرکی ره
- ۱۲۸ نظر صاحب مفتاح الکرامه ره
- ۱۲۹ رفع تهافت در کلام شیخ ره
- ۱۲۹ نظر ملا اسد الله تستری ره
- ۱۳۰ نظر محقق خراسانی قدس سره

ادامه مسئله سوم (معاطات در وقف)

بحث ما در این بود که آیا در وقف معاطات واقع می شود یا نه؟

عرض شد روش علماء فعلی در بحث علمی شان معمولاً این است که به سیره تمسک می کنند، و از لحاظ مفاد فتوایی هم به این سمت کشیده شده اند که معاطات را در کل اقسام وقف بپذیرند. البته متن تحریر الوسیله مثل خود وسیله

ظاهرش تفصیل است (تصریح نیست ولی ظاهرش تفصیل است). این بزرگواران در وقف در مصالح عامه به معاطات اکتفاء کرده اند، ولی در وقف بر اشخاص و عناوین خاصه علی الظاهر معاطات را کافی ندانسته اند.

اینکه می گوئیم علی الظاهر، چون نه در متن وسیله و نه در تحریرالوسیله تصریح نکرده اند که در اینها معاطات درست نیست. فقط در اوقاف عامه گفته اند می شود. چون در مقام بیان هستند و دارند مسئله طرح می کنند و آن قسم را نگفته اند ظاهر این است که تفصیل قائل شده اند. کما اینکه برخی بالصراحه می گویند در اوقاف عامه معاطات کفایت می کند ولی در وقف خاص کفایت نمی کند.

و عرض کردیم عده زیادی از بزرگان حاضر هم که در حیات هستند یا قریب به ما بودند اینها که اصلاً معاطات را در کل وقف پذیرفته اند. البته مرحوم آیه الله بهجت حتی در مسجد هم تأمل کرده است. با اینکه ممکن است در مسجد خصوصیتی باشد که معاطات را بپذیرند که برخی ادعا کرده اند، اما ایشان در اینجا هم تأمل کرده اند. در جامع المسائل فرموده اند: و در اکتفاء به معاطات در وقف مسجد به اذن در نماز در آن به عنوان مسجدیت بدون تلفظ به عقد وقف با تمکن از آن و اشاره مفهمه با عدم تمکن تأمل است.

عرض کردیم که در کلمات فقهاء عمدتاً تصریح شده است که وقف با معاطات نمی شود.

البته برخی در بیع گفته اند، و به نظر می آید که شبیه آن را در وقف هم می خواهند بگویند، ولی من فعلاً به آنها تمسک نمی کنم. آنهایی که صراحتاً می گویند در وقف بدون لفظ نمی شود را مطرح می کنیم:

نقل عبارات قائلین به عدم اکتفاء به معاطات در وقف

نظر شیخ طوسی قدس در مبسوط

مرحوم شیخ طوسی بعد از اینکه در بحث بیع فرموده است بیع با معاطات نمی شود، در وقف در کتاب مبسوط فرموده اند:

«هذا تفصل مذهب الفقهاء، والذي يقوى في نفسي أن صريح الوقف قول واحد و هو وقف لا غير، و به يحكم بالوقف، و اما غيره من الالفاظ فلا يحكم به الا بدليل»^۱.

^۱ - المبسوط جلد ۳ صفحه ۲۹۲

این عبارت آنجور صراحتی که ما می خواهیم ندارد که بگوید وقف به معاطات و عمل حاصل نمی شود. ممکن است کسی بگوید این عبارت در مقام همان نکته ای است که قبلا هم گذشته است که اگر الفاظ می خواهد بکار برود باید لفظ صریح باشد. و لفظ صریحش هم به ایشان فقط یک لفظ است و آن لفظ وقت است. و به یحکم بالوقف، اما غیره من الالفاظ فلا یحکم به الا بدلیل.

ممکن است کسی بگوید شیخ در اینجا در مقام بیان این است که صریح در لفظ وقف چیست، نه اینکه بنخواهد بیان کند که وقف به عمل نمی شود.

من اولاً نمی خواستم این عبارت را بخوانم. ولی بعداً که جلو رفتم دیدم مرحوم علامه هم (ظاهراً در تذکره) از این عبارت شیخ استظهار می کند که می خواهد بگوید وقف به عمل واقع نمی شود و به قول واحد که وقت است واقع می شود. شاید به این تعبیر که «وبه یحکم بالوقف» می خواهند تمسک کنند. بالاخره ایشان این استفاده را کرده است.

مرحوم شیخ در مبسوط ۳/۳۰۰ همین کتاب وقوف و صدقات می فرماید:

«إذا بنی مسجداً و أذن لقوم فصلوا فيه أو بنی مقبرة فأذن لقوم فدفنوا فيه لم یزل ملكه حتی یبینه لفظاً علی ما بیناه فیما مضی»^۱.

که گفته شده است که ما چیزی که فرمود قبلاً بیناه نداریم الا همین عبارتی که خواندم. لذا عده ای می گویند همان هم دال بر این است که مرحوم شیخ می خواهد بگوید بدون لفظ نمی شود. اینجا که تصریح می کند. حتی در آن مسجدی که یک جائی یک حرف دیگری داشت اینجا می گوید حتی اگر مسجدی بناء کند و اذن هم بدهد به قوم که در آن نماز بخوانند یا مقبره ای اذن هم بدهد که دفن بکنند، ملکش زائل نمی شود. لم یزل ملكه حتی یبینه لفظاً. این تصریح به این است که معاطات حتی در مسجد هم نمی شود.

نظر مرحوم شیخ قدس در خلاف

^۱ - المبسوط جلد ۳ صفحه ۳۰۰

در کتاب خلاف در بیع تصریح می کند که لفظ می خواهد که فعلا کاری به آن نداریم. ولی باز در کتاب خلاف ۵۵۹/۳ مسئله ۲۰ می فرماید:

«إذا بنى مسجداً و إذن للناس فصلوا فيه أو عمل مقبرة و أذن فى الدفن فيها ودفنوا فيه و لم يقل أنه وقف، لم يزل ملكه، و به قال الشافعى. بعد می گوید: وقال ابوحنيفة إذا صلوا فيه و دفنوا فيه زال ملكه».

بعد ایشان می گوید:

«دليلنا أن الاصل بقاء الملك و زواله يحتاج الى دليل»^۱.

این همان اصالة الفسادى است که دیروز هم عرض کردم.

پس مرحوم شیخ هم در مبسوط و هم در خلاف بالصرامة می گوید وقف بدون لفظ واقع نمی شود.

سؤال وجواب: بله حرف جاها یک جاهایی درست است اما نه اینجا. چرا؟ می گوید إذا بنى مسجداً. مسجد الله است. نمی تواند بگوید من مسجد درست کردم فقط اباحه تصرف دادم ملکش مال خودم هست. نمی تواند بگوید. ... با وقف تفاوت می گذاریم. مسجدیت خودش یک مجعول اصالی است آثار و احکام دارد. وقتی مسجد شد زوالش از ملک من قطعی است بالا جماع. احدی از فقهاء غیر از این نگفته است. اما وقف چیز دیگری است.

سؤال وجواب: این بزرگان که مسجد را با وقف یکی می دانند. تصریح کرده اند که لا يقع المسجد الا بالوقف. اینها که این را گفته اند. ولی ما عرض کردیم مسجدیت یک مقوله است وقف مقوله دیگری است. و چه ما مسجد را غیر از وقف بدانیم و چه با وقف یکی بدانیم چون قصد مسجدیت کرده است دیگر نمی توانید بگوئید فقط اباحه و اجازه تصرف است. در قصد مسجدیت این عنوان واقع می شود و اثر حکمی اش هم این است که زوال ملک او می شود قطعاً ولو وقف هم نباشد. ما هم همین را می گوئیم. و آنهایی که می گویند لا يقع المسجد الا بالوقف که اکثر فقهاء هستند، طبق نظر آنها که واضح است.

پس بحث در این است که همین مطلب را الان در تحریر آورده است که إذا بنى مسجداً و أذن للناس للصلاة فيه و صلوا فيه يكون مسجداً. همین حرفی را که در وسیله و در تحریرالوسیله آمده و دیگران هم وقف را در همین قسم پذیرفته اند مرحوم شیخ نفی می کند. می گوید إذا بنى مسجداً (بناء به عنوان مسجدیت است) و أذن للناس للصلاة فيه فصلوا فيه،

^۱ - خلاف جلد ۳ صفحه ۵۵۹

یا یک مقبره ای ساخته است و اذن فی الدفن فيه فدفنوا فيه منتهی لم يقل أنه وقف وقف نمی شود. همین را الان وسیله و تحریر الوسيله و عده دیگری می گویند می شود، ما می گوئیم شیخ در مبسوط و در خلاف بالصراحة می گوید بدون لفظ وقف واقع نمی شود.

نظر ابن زهره ره

ابن زهره در بحث بیع می گوید بیع با معاطات محقق نمی شود که ما فعلا به آن بحث کاری نداریم. اما در وقف بالصراحة می فرماید:

«فصل فی الوقف: تفتقر صحة الوقف الى شروط: منها أن يكون الواقف مختارا و... منها أن يكون متلفظا بصريحه قاصدا له و للتقرب به الى الله تعالى. (که بحث تقریش می آید).»

یعنی هم صراحت را اخذ کرده اند و هم متلفظ باشد. (چون این عبارت در فقهاء دیگر هم تکرار می شود). پس فرموده: منها أن يكون متلفظا بصريحه.

نظر ابن ادریس ره

اما سرائر که در خصوص مسجد یک کلمه ای داشت، ایشان هم در بیع معاطات را قبول ندارد و هم در وقف. به بیعش کاری نداریم. در وقف می فرماید:

«و جملة القول أنه يفتقر صحة الوقف الى شروط. در صفحه ۱۵۵ می گوید منها أن يكون الواقف مختارا و ... و منها أن يكون متلفظا بصريحه قاصدا له و للتقرب الى الله^۱. عین عبارت ابن زهره در غنية.

نظر کیدری ره

کیدری در إصباح الشريعة صفحه ۳۴۵ معاطات در بیع را قبول ندارد که ما کاری به آن نداریم. در کتاب الوقف شبیه همین عبارات را دارد که می گوید:

«الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة وشروط صحته أن يكون الواقف مختارا ... وأن يتلفظ بصريحه قاصدا له و للتقرب به الى الله تعالى.»

^۱ - سرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۴

سؤال وجواب: ولو فعل در دلالت هم اولی باشد اما می گویند کافی نیست، باید لفظ باشد. دیگر از این چه بالاتر که می گویند شرطش تلفظ است. لذا اولویت اینجا معنا ندارد. ثانیاً آن کبری را چه کسی گفته است که فعل در دلالت اولی از لفظ است؟

نظر یحیی بن سعید ره

مرحوم یحیی بن سعید در جامع للشرايع هم در بیع این را می گوید و هم در وقف می گوید. در وقف می فرماید: «باب الوقف: الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة و لا یصح الوقف الا من مالک مطلق التصرف و شرطه التلفظ بصریحه و هو وقف و أحبست و سبّلت و تسبّلت...».

در جامع الخلاف والوافق مرحوم سبزواری می فرماید:

«فصل فی الوقف، ...ومنها أن یکون متلفظا بصریحه».

نظر علامه حلی قدس سره

اما علامه در کتب مختلفش همین حرف را می زند که بدون قول و لفظ واقع نمی شود.

البته ظاهر ایشان این است که در بیع اثر را قبول دارد، همانطور که مرحوم شیخ انصاری هم تحقیق کرده، صاحب جامع المقاصد هم تحقیق کرده است. آنجا اینها قائل می شوند که عقد در بیع معاطاتی فاسد نیست اثر دارد ولو اثرش اباحه باشد. اما در وقف تصریح می کند که لا یقع بالمعاطاة.

مرحوم علامه در تحریر می فرماید:

«المقصد الثانی فی الوقف و فیه فصول. فصل اول در ماهیت وقف است، و فیه ثمانية مباحث، المبحث الاول أن الوقف عقد... ولا بد فیه من الصیغة الدالة علیه إما صریحا أو کنایة مقترنة بما يدل علیه»^۱.

البته یک احتمال ضعیف هست که برخی صیغه را که مشتمل بر ایجاب و قبول است حتی بر ایجاب و قبول فعلی هم حمل کنند. البته این به نظر من خیلی خلاف ظاهر است، ولی به ذهنم می آید (ولو قاطع نیستم) که آیه الله شبیری در یکجا یک همچنین تعبیری داشته اند. پس صیغه ظاهرش صیغه لفظی است.

^۱ - تحریر الاحکام الشرعیة جلد ۳ صفحه ۲۸۹

{تعبیر به لزوم} ایجاب و قبول در دلالت بر {لزوم} لفظ حتی از صیغه ضعیف تر است؛ چون آنهایی که قائل به معاطات هستند نمی گویند معاطات ایجاب و قبول ندارد، بلکه می گویند ایجاب و قبولش فعلی است. ایجاب و قبول تارة قولی است و اخری فعلی است. آن هم ایجاب و قبول است. با این حال ظهور ایجاب و قبول در لفظ است. ولذا خیلی ها در بیع و امثال آن تصریح کرده اند که قول که نباشد ایجاب و قبول نیست، وحتی صراحتاً گفته اند عقد نیست و آنوقت معاطات را به مثل اباحه و امثال این حمل کرده اند.

لذا حالا اگر در ایجاب و قبول هم ما احتمال را بیشتر بدانیم و خیلی ضعیف ندانیم در صیغه اینطور نیست. ظاهر صیغه این است که لفظ است. بنابر این وقتی مرحوم علامه در تحریر می فرماید لابد فيه من الصیغة الدالة عليه إما صریحا أو کنایة مقترنة بما يدل عليه این است، مخصوصا که بعد می گوید فالصریح الفایده ثلاثة وقفت و... پیدا است که مقصود ایشان الفاظ است.

در تذکره هم همینطور ایشان آورده است که ارکان وقف اربعه است یکی از آنها صیغه است. در به بعد می فرماید:

«مسئلة: لا یصح الوقف الا باللفظ»^۱.

نظر شمس الدین حلی ره

مرحوم شمس الدین حلی هم در معالم الدین فرموده است: ارکان وقف اربعه است. اول عقد است، بعد می گوید صریحش وقفت و... است. بعد می گوید:

«و لا یکفی الفعل کبناء المسجد وإن صلی فيه أو أذن فی الصلاة».

این هم تصریح دارد بر اینکه قول می خواهد.

بله ایشان در بحث قبض، صلاة در مسجد را از باب قبض کافی دانسته است.

اینکه محقق این بحث گمان کرده است که حرف دوم با این حرف منافات دارد لذا حاشیه زده است که: آن حرف بعدی با این منافات دارد. {صحیح نیست زیرا} آنجا می گوید اگر وقف از ناحیه عقدش صحیح شد برای قبضش کافی است که در آن نماز بخوانند. {پذیرش نماز در آن بحث} برای قبض است، نه برای اصل تحقق وقف. و الا اینجا تصریح کرده است و لا یکفی الفعل کبناء المسجد.

^۱ - تذکره (چاپ قدیم) صفحه ۴۲۷

در جامع المقاصد که قبلاً شبیه آن را آورده بودیم. در متن قواعد علامه ره فرموده:

«و لا يحصل الوقف بالفعل كبناء مسجد وإن أذن في الصلاة فيه أو صلى فيه ما لم يقل جعلته مسجداً».

پس هم در وقف ایشان تصریح کرده است که به فعل حاصل نمی شود. و هم در مسجد که او را وقف می دانند می گوید بناء صرف، کافی نیست.

نظر محقق کرکی ره

محقق ثانی ره در ذیلش در توضیح می فرماید:

«لا يحصل الوقف بالفعل عندنا (اینجا عندما دارد که علی الظاهر غلط است و باید عندنا باشد. لذا صاحب مفتاح الکرامه ره این عبارت را نقل می کند و می گوید این عندنا مشعر به اجماع است). پس محقق ثانی ره می فرماید: لا يحصل الوقف بالفعل عندنا وإن حفّ بالقرائن مثل أن يبنى مسجداً سواء أذن في الصلاة فيه أم لا».

نظر صاحب مفتاح الکرامه ره

اما در مفتاح الکرامه عبارت های مختلف را نقل می کند. متن علامه را که الان خواندیم نقل می کند که در قواعد ایشان می فرماید لا يحصل الوقف بالفعل. ایشان در شرحش می فرماید:

«أى ما لم يتلفظ بصيغة الوقف و يقفه لفظاً ما صرح بذلك كله فى الخلاف (که خواندیم) و المبسوط و الجامع (الجامع للشرائع ابن سعید) و الشرايع (که ما عبارتش را نخواندیم) و التذكرة و التحرير و الارشاد و جامع المقاصد و الروض و المسالك، للاصل بمعانيه. (که حالا اصل آيا اصاله الفساد است یا چیز دیگر بحث می کنیم). و فى جامع المقاصد و لا يحصل الوقف بالفعل عندنا، و هو يؤذن بالاجماع. و بذلك كله (که علی الظاهر همین اجماع هم منظورش باشد) صرح جماعة كثيرون فى باب مكان المصلى فى باب المسجد و حكينا هناك عن صلاة المبسوط (آنجا اگر یادتان باشد ما عبارتی را از مبسوط مفصل آوردیم و تکرار کردیم) أنه قال فيه إذا بنى مسجداً خارج داره فى ملكه فإن نوى به أن يكون مسجداً يصلى فيه كل من اراده زال ملكه و إن لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى فيه أو لم يصل»^۱.

^۱ - مفتاح الکرامه جلد ۲۱ صفحه ۴۴۴

رفع تهافت در کلام شیخ ره

آنوقت یک بحثی اینجا پیش آمده است که صاحب جواهر و دیگران گفته اند: مرحوم شیخ که خودش در کتاب وقف تصریح می کند که با فعل حاصل نمی شود، شیخی که در کتاب خلاف تصریح می کند که وقف بدون قول و با فعل به تنهایی حاصل نمی شود، چطور اینجا فرموده است که لو بنی مسجدا خارج داره فی ملکه فإن نوی به آن یکون مسجدا (فقط قصد بکند که این مسجد باشد که) یصلی فیه کل من اراده زال ملکه؟ این محل بحث شده است.

یا این است که در خصوص مسجد ایشان یک حرفی دارد، که بالصراحة همین هم در آنجا نقل شده است. که می شود تهافت در کلام.

یا یک توجیه دیگری می شود کرد، که اصلا شیخ در اینجا در مقام این نیست که متلفظ به لفظ نشود. اصلا در مقام آن نیست. عده ای شاهد هم آورده اند و گفته اند که خب مرحوم شیخ در اینجا قبض را هم ذکر نکرده است، در حالی که خیلی ها در وقوف عام گفته اند قبض شرط است. ایشان قبض را هم در اینجا نگفته است. پس ممکن است شیخ در اینجا اصلا در مقام بیان آن جهت نباشد. لذا مقصودش از جهت نحوه نیت این مسجد است. در قبال کسانی که می گویند لو اخذ فی داره مسجدا برای خودش و اهلس می تواند جای آن را عوض کند. اینجا می گوید خارج از دارش لو بنی مسجدا او نوی به مسجدا و اراد (تأکید روی این باشد) و اراد به که کل من اراده یصلی فیه، اگر این باشد زال ملکه.

گوئی اینجا مرحوم شیخ دارد در مقابله با کسانی حرف می زند که در داخل خانه شان مسجد قرار می دهند که بعد می توانند تغییرش بدهند. ولذا اصلا در مقام این نیست.

علی ای حال در کتاب وقف که جای این بحث بوده، در مبسوط صراحتا می گوید وقف بدون لفظ نمی شود. در کتاب خلاف هم همین را گفته است. حالا اینکه با عبارت اینجا چه کنیم بحث دیگری است.

این هم کلام مفتاح الکرامه.

نظر ملا اسد الله تستری ره

در مقابسه بحث بسیار مفصلی دارد راجع به همین وقف و ادله طرفین را هم ذکر می کند. ایشان پنج دلیل آورده است بر اینکه با معاطات وقف حاصل نمی شود. منتهی بعدا ایشان عبارت های مخالفین مثل صاحب حدائق و دیگران را که قائل هستند که وقف با معاطات حاصل می شود جمع کرده است. ایشان اول که به صراحت می گوید وقف با معاطات

حاصل نمی شود. اما در آخر می گوید بالاخره با همه این حرفها مسئله مشکل است و ما نمی توانیم بدون تأمل قضاوت کنیم که وقف با معاطات ممکن است. و ظاهرش این است که اشکال می کند.

نظر محقق خراسانی قدس سره

مرحوم آخوند هم در کتاب وقف تصریح می کند که {وقف با معاطات واقع} نمی شود. کلام ایشان عبارت مفیدی است. ایشان در یک پاراگراف تمام مطلب را اینجا جمع کرده است. می فرماید:

«و كيف كان فقد وقع الخلاف في اعتبار امور منها اللفظ، فالمشهور اعتباره و عدم كفاية المعاطات فيه، و قد استفاض نقل الإجماع عليه، و الأصل يقتضيه (ظاهرا مراد اصالة الفساد است که آن هم اقتضاء همین را می کند که قول دخیل باشد و به صرف عمل حاصل نشود). و لا ناقل عنه الا ما قيل من دعوى السيرة على اكتفاء الفعل المقارن لقصدته في تحقيقه في مثل بناء المساجد و فرشها و سرجها و كذا القناطر. (این یک دلیل است که دعوی سیره است). و من دعوى ظهور الأخبار الدالة على نفى الرجوع في الصدقة و فيما كان لله.

منتهی بعد ایشان اشکال می کند می فرماید همچنین سیره ای برای ما ثابت نیست:

«و السيرة على نحو كانت كاشفة عن رأى المعصوم ممنوعة، لإحتمال أنها من غير المباليين أو منهم و لكنها مقطوعة غير متصلة بزمان الامام عليه السلام أو غير ذلك.

دو تا اشکال به سیره کرده است.

تا اینجا ما اقوالی را خواندیم که اینها بالصراحة می گفتند وقف بدون لفظ ممکن نیست.

در قبالش دیگرانی هستند که می گویند معاطات کفایت می کند. که فردا می خوانیم.

مقصود از خواندن اقوال درست کردن اجماع نیست بلکه تشکیک در سیره بر صحت وقف به معاطات است

ما مقصودمان از خواندن این اقوال این نبود که اجماع درست کنیم. با اینکه مرحوم آخوند می فرماید استفاض نقل الاجماع علیه، یا جامع المقاصد می گوید عندنا... .

حرف ما این است که ادعای سیره را خیلی از بزرگان کرده اند، حتی گفته اند انکاره مکابره. در باب بیع که می گویند، در باب وقف هم گفته اند. در ذیل فرمایش شیخ در تنبیهات معاطات آنجا که بحث می کنند که آیا در عقود دیگر هم معاطات می آید یا نه، آنجا وقف و رهن را هم بحث کرده اند، آنجا برخی می گویند انکار سیره مکابره است.

حالا سؤال من این است که سیره عقلاء را که می خواهیم ادعا کنیم، این همه علماء از قرن پنجم تا حالا دارند انکار می کنند وقوع وقف بالمعاطاة را. این علماء مرجع مردم بوده اند و مردم به آنها مراجعه می کرده اند. آنوقت یعنی چه که بگوئیم سیره هست؟ آیا این علماء دارند بر خلاف سیره عمل می کنند با اینکه سیره در مرآی و مسعشان هست؟

برخی هم به صورت آگاهانه این سیره را منکر هستند. مثلاً صاحب جواهر می فرماید: سیره ممنوع است و همچنین سیره ای در کار نیست. قبل از ایشان جامع المقاصد می گوید ما همچنین سیره ای حتی در مسجد هم نداریم. لم یثبت عندنا که در مسجد هم بدون ذکر اینکه این را مسجد قرار دادم بشود. بعد می گوید جستجو هم لازم نیست.

عرض ما این است که ادعای سیره آن هم به اینجور عمومیت و به این راحتی خصوصاً کسانی که تفصیل می دهند بین وقف عمومی و خصوصی، اینها واقعا یک ادعاهای عجیب و غریبی است و عهدة اثباتها علی مدعیها.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

۱۳۳ ادامه مسئله سوم (بحث معاطات در وقف)

۱۳۳ بیان خلاصه اقوال

۱۳۳ بررسی ادله مثبتین و نافیین نفوذ معاطات

۱۳۴ مهمترین دلیل مثبتین تمسک به سیره است

۱۳۴ اشکالات تمسک به سیره

۱۳۴ اشکال اول: عدم وجود فعلی سیره

۱۳۴ فرق بین بناء عقلاء و سیره متشرعه

۱۳۶ معاطات انشاء عملی است نه عمل خارجی صرف

۱۳۶ تمسک به سیره در مساجد اخص از مدعا است و خودش هم درست نیست

۱۳۷ صیغه کار آسان و سهلی است

۱۳۷ بناء عقلاء بر احتیاط شاید داخل در خود نکته عقلایی باشد نه محکم کاری صرف

۱۳۸ اشکال دوم: عدم احراز اتصال این سیره تا زمان شارع

۱۳۸ در بعضی موارد که دواعی قوی بر تحقق سیره بوده قبول داریم

۱۴۰ نکته سوم: بحث ردع از این سیره

۱۴۰ صرف اجماع علماء رادع نیست

۱۴۰ اجماع علماء لو ثبت و لم یکن مدرکیا می تواند کاشف از رادع باشد

۱۴۰ احتمال مدرکی بودن اجماع هست و لذا رادع ثابت نیست

۱۴۱ انکار سیره متشرعه بر معاطات در وقف

۱۴۱ چون همه متشرعه بما هم متشرعه اینجور عمل نکرده اند احتمال عدم مبالغت را می دهیم

۱۴۱ عدم اثبات سیره کافی است

۱۴۲ اموالی که در مسجد می گذارند معلوم نیست وقف باشد یا اگر وقف باشد شاید صیغه داشته باشد

۱۴۲ نظر علامه حلی درباره اموالی که به مسجد داده می شود

۱۴۲ تشکیک مرحوم سید در صغرای کلام علامه حلی

۱۴۲ رد اشکال مرحوم سید

بیان سیره مفوضه در کلام آیه الله سبحانی ۱۴۳**ادامه مسئله سوم (بحث معاطات در وقف)****بیان خلاصه اقوال**

بحث در این بود که آیا در وقف معاطات نافذ است و با معاطات می شود وقف کرد یا نه؟

دیروز ما اقوال فقهای را از قرن پنجم به بعد نقل کردیم که اکثر اینها ادعاء کرده اند که لا یقع الوقف الا باللفظ. برخی از آنها ادعای اجماع کرده اند، مثل جامع المقاصد که فرموده عندنا کذا، که از این اجماع فهمیده اند. برخی مثل صاحب مقابس گفته اند که شهید و دیگران هم ادعای اجماع کرده اند بر اینکه لا یقع الوقف الا باللفظ.

در مقابل بعضی دیگر قائل شده اند که در وقف معاطات می آید. و اینها هم بر دو قسم هستند، برخی از آنها تفصیل داده اند، ولی برخی از آنها قائل به صحت هستند مطلقاً. که خیلی از فقهاء حاضر یا قریب به ما همین حرف را می زنند. در منهاج الصالحین مرحوم آقای حکیم بالاطلاق می گوید، نجفی ها که منهاج الصالحین را یا تحشیه کرده اند ویا تحریر کرده اند آنها همه همین را می گویند و ندیدیم در بین آنها کسی چیز دیگری بگوید. مرحوم اصفهانی هم در حاشیه مکاسب در ذیل فرمایش شیخ بالاطلاق می گوید. مرحوم سید یزدی با اینکه در کتاب الوقف ظاهرش تفصیل است، اما در بیان فرمایش مرحوم شیخ ظاهراً اطلاق را پذیرفته است که بالاطلاق معاطات درست است.

بررسی ادله مثبتین و نافیین نفوذ معاطات

حالا ما این اقوال را دیدیم. از قول فقهاء که نمی شود تقلید کرد، باید ببینیم ادله آنها چیست. ادله در اینجا خیلی متضارب است. هم برخی از ادله مثبتین نفوذ معاطات در وقف واقعاً مزیف است و به درد نمی خورد، هر چند برخی هم قابل توجه است، و هم برخی از ادله کسانی که وقوع و نفوذ معاطات در وقف را نفی کرده اند به درد نمی خورد.

ما ادله دو طرف را باید ببینیم.

مهمترین دلیل مثبتین تمسک به سیره است

مهمترین دلیل مثبتین که به معاطات عمل می کنند حالا إما بالاطلاق أو بالتفصیل، مهمترین دلیلشان سیره است. می گویند سیره عقلائی قائم است که وقف با معاطات هم حاصل می شود. برخی با تعبیر ظاهرا و امثال این می گویند و برخی هم با قطع می گویند. مرحوم اصفهانی که ظاهرا کلمات آخوند را دیده و ناظر به آنها هم هست می فرماید کسی که انکار سیره بکند مکابره است. شاید همین تعبیر را شیخ در مکاسب در بحث بیع داشته باشد. اما در وقف خود شیخ جزء نافین است، که حالا استدلال خاص ایشان را می آوریم.

پس مهمترین استدلالی که این بزرگان در بحث وقف دارند همین سیره است، که حتی ادعا کرده اند که انکارش مکابره است.

اشکالات تمسک به سیره

به نظر ما در بحث سیره چند اشکال به فرمایش این بزرگان وارد است:

اشکال اول: عدم وجود فعلی سیره

اشکال اول: این سیره ای که می گوئید سیره عقلائی را می گوئید یا سیره متشرعه (که گاهی از آن تعبیر به سیره مسلمین می کنند) را می گوئید؟

اینها هر دو را می گویند. مثلاً آیه الله سبحانی می فرماید دو تا بیان هست: یکی طریقه عقلاء و یکی هم روش مسلمین. که مسلمین که می گوید ظاهرا سیره متشرعه را می خواهند بگویند. (حالا طریق عقلاء را هم می گوئیم ایشان چه جور بیان می کنند).

فرق بین بناء عقلاء و سیره متشرعه

فرق بین بناء عقلاء و سیره متشرعه این است که: در سیره عقلائی نیاز به کشف امضاء شارع هست. ولذا حجیت سیره عقلاء اولاً منوط به احراز وکشف استمرار آن تا زمان شارع هست بطوری که در منظر و مرآی شارع باشد. علاوه باید عدم ردع شارع را هم احراز کنید، آنوقت کشف می کنید امضاء شارع را.

اما در سیره متشرعه این چیزها لازم نیست. کشف سیره متشرعه از قول معصوم کشف معلول از علت است. وقتی متشرعه بما هم متشرعه یک کاری انجام می دهند و یک بنائی دارند، ما یقین می کنیم یک ریشه ای در ناحیه شارع دارد. والا معنا نداشت متشرعه ای که بنائشان بر عمل به حرف شارع است یک بناء عملی خاص داشته باشند. اینجا نه استمرار سیره را الی زمان الشارع می خواهیم و نه علم و احراز به عدم ردع را می خواهیم. چون وجودش کشف از نظر شارع می کند.

اما نسبت به سیره عقلائی، آیا همین الان سیره عقلائی وجود دارد؟ و بعد آیا کشف کردیم که تا زمان شارع مستمر است؟ و بعد آیا هم ردعی نبوده است واقعا؟ اینها باید بحث بشود. که برخی مثل مرحوم اصفهانی و مرحوم آخوند اینها را بحث کرده اند.

اما اینکه سیره عقلائی بر این باشد، من واقعا تشکیک جدی دارم در اینکه کل اوقاف سیره عقلائی داشته باشیم که اینچنین انجام بشود. معمولا کتابها را ملاحظه کنید تا بحث سیره می شود می روند سراغ بناء مسجد و مثل خانات و امثاله و مثل اموالی که به مسجد می دهند. اکثر سیره هایی که ادعا شده اینطور است.

بعضی حرف دیگری هم زده اند که یک جوری یک قسمش در کلام مرحوم اصفهانی هم منعکس است. گفته اند مثلا در مثل کعبه واضح است که برای وقف کردن استار کعبه کسی صیغه نمی خوانده است. حتی راجع به خود کعبه و بیت الله هم این حرف را زده اند که مگر کسی آنجا صیغه خوانده است. یا حتی برای مشعر و عرفات هم گفته اند که مگر کسی آنجا صیغه خوانده است. یعنی می خواهند بگویند سیره مسلّمه ای بوده است.

جوابش این است که اولاً به چه دلیل می گوئید مشعر و عرفات وقف هستند؟ آیا کعبه وقف است؟! بلکه یک دستور الهی بوده برای بناء مکانی، بعد هم پیغمبر اولوالعزمی هم بناء را انجام داده است و بعد هم خواص و آثار و احکامی دارد. مگر وقف است؟ بله مسجد الحرام بما هو مسجد سر جای خودش، علاوه بر اینکه اصلاً اینکه مسجد نیاز به وقف بودن دارد یا نه را بحث می کنیم.

پس اولاً سیره باید محرز باشد، و من در وجود فعلی سیره هم تشکیک دارم. چرا؟

برای اینکه وقف منحصر به ما که نیست، در دنیا انجام می شود. کسانی در دنیا در کشورهای غربی و شرقی می آورند اموالشان را جائی می گذارند می گویند این بماند منافعش را بدهید به فقراء، که لبش شبیه همین وقف ما است. من سؤالم این است که آیا اینها با معاطات این کار را انجام می دهند؟ یعنی آیا مثلاً نسبت به یک ملک صد میلیاردی می آیند همینطوری می گذارند اینجا

و کلیدش را به یک کسی می دهند به عنوان متولی و می روند؟ آیا همینجور وقف می کنند؟ چون عمل یعنی این. نمی گویم قول های قبل از صیغه اشکال دارد. مساومه در بیع با معاطات منافات ندارد. بعضی صحبت ها قبل از انشاء وقف منافات ندارد. اما بعد از اینکه صحبت هایی شد ملک را اینجا می گذارند، البته گذاشتن به قصد انشاء وقف.

معاطات انشاء عملی است نه عمل خارجی صرف

چون این را دقت کنید که بحث معاطات بحث انشاء است، منتهی انشاء فعلی است نه انشاء قولی. اما عمل صرف خارجی را کسی نگفته و اگر هم بگویند خارج از بحث معاطات است، که با صرف عمل بدون هیچ قصد انشاء هم وقف واقع بشود. دیگر بعید است کسی همچنین چیزی را قائل باشد.

سؤال وجواب: در امور سیره هم در بیع و هم در اینجا می شود پذیرفت، البته در وقف یک اشکالی دارد عرض می کنم. ما می گوئیم اصلاً وجود همچنین سیره مطلقاً که فقهاء فعلی مثل آقای حکیم، آقای خوئی، آقای سیستانی، آقای وحید و آقای روحانی در کتاب منهاج می گویند درست نیست که همه می گویند بالاطلاق وقف با معاطات حاصل می شود. اگر مقصودشان سیره است آیا همین الان هست تا بعد ما استمرارش تا زمان شارع را احراز کنیم تا عدم ردع شارع را هم احراز کنیم؟ من که فکر می کنم حتماً این حرف درست نیست.

تمسک به سیره در مساجد اخص از مدعا است و خودش هم درست نیست

بعد مراجعه کنید که سیره ای که ادعا می کنند چیست. تا آنجایی که من دیدم عمدتاً به مساجد مثال می زنند که ببینید چه جوری مسجد بنا می کنند. کسی که مسجد بنا می کند صیغه نمی خواند. یا چه جوری یک پل وقف می کنند. یک پل آنجا می سازد بقصد الوقفیة و تمام می شود. و بعد می گویند چه جوری به اینها هدایا می دهند مثلاً فرش به مسجد می دهند. حالا بحث همه این را عرض می کنم.

ولی من می خواهم بگویم اولاً بحث معاطات در وقف به نحو اطلاق را ما ببریم حول مسجد و امثال مسجد این اول کلام است. بر فرض سیره در مسجد درست باشد اما به چه دلیل جاهای دیگر هم همینجور است؟ اتفاقاً بعضی از فقهاء که در مسجد بخصوصه گفته اند در جای دیگر رد کرده اند. ما دیدیم شیخ طوسی در مسجد حرفی داشت (که به نظر من با وقف فرق می کند ولی فرض کنیم یکی باشد) خود ایشان در همان مبسوط که در مسجد این حرف را دارد در همین مبسوط می گوید لا یقع الوقف الا باللفظ.

و در خلاف هم همین را می گوید. بله در بحث احکام مساجد می گوید لو بنی خارج داره بنائا بقصد المسجديه و أراد که هر کسی اراده صلاه کند این کافی است. که ما گفتیم شاید این توجیه دیگری داشته باشد. دیدم صاحب مقابس هم همین را فرموده که شاید این توجیه دیگری داشته باشد، نه معنایش این باشد که با عمل خارجی صرف و معاطات واقع می شود. و حتی اگر در مسجد و چیزهایی که به مسجد و مشاهد شریفه می دهند درست باشد، اما این ربطی به این ادعای کلی ندارد. حتی قول به تفصیل که در کل مصالح عامه می گویند وقف اینطور است آن هم قابل بحث است.

سؤال و جواب: اولویت نکته ای ندارد. اتفاقا در مسجد ممکن است نکته ای داشته باشد و آن نکته صراحت دلالت است. کسی که یک جایی را به شکل مسجد می سازد و قصد خودش هم مسجدیت است ممکن است این باشد. اما در جای دیگر چنین چیزی نباشد.

صیغه کار آسان و سهلی است

ثانیا: چه کسی می گوید در مسجد صیغه جاری نمی کنند؟ صیغه که چیز خاصی نیست. همینکه بگوید اینجا را دادیم برای مسجد می شود صیغه دیگر. اگر شما ایقاعی بدانید همین است و همین لفظ است. پس اینکه شما می گوئید اصلا در مساجد هم لم یعهد که صیغه جاری کنند، می گوئیم چه کسی این را گفته است؟ ولذا جامع المقاصد تشکیک می کند در حرف ذکری و شیخ طوسی (اگر این فهمیده بشود) که چه گفته است که در باب مساجد صیغه نمی خوانده اند. چون یک خطبه که لازم نیست بخوانند. بلکه می گوید این را دادم به مسجد یا می گوید این زمین من مسجد است. قصد انشاء است دیگر.

سؤال و جواب: عرف بیع و شراء که می کند، انشاء که می کند، إخبار که می کند، فقط نمی تواند تحلیل کند.

بناء عقلاء بر احتیاط شاید داخل در خود نکته عقلائی باشد نه محکم کاری صرف

سؤال و جواب: بله کار عقلاء در صیغه خواندن ممکن است از باب احتیاط و محکم کاری باشد. ممکن است ما قائل باشیم که بناء عقلاء بر عمل خارجی است به همین تلفظ به لفظ در اینها از باب احتیاط و محکم کاری. می شود همچنین چیزی باشد. ولذا اینکه به احتیاط است کافی نیست برای اینکه ثابت بکنیم که عقلاء عمل نمی کنند به لزوم تلفظ. بلکه آن چه که لازم است این است که باید ثابت کنیم که عقلاء عمل می کنند به معاطات و خارجا بعضی ها دارند احتیاط می کنند، نه اینکه داخل در خود نکته عقلائی باشد. و این دلیل ندارد. شاید احتیاط داخل در بناء عقلاء و نکته بنائشان باشد و آن اشکال ندارد. خیلی از امور از

این سنخ است. ممکن است عقلاء در بحث عمل به احتیاط در نفوس ممکن است واقعا نکته شان همین احتیاط باشد. در یک جاهایی که خطر جانی وجود دارد احتیاط می کنند. خب بله احتیاط می کنند. سیره هم دارند احتیاط هم می کنند نکته اش هم احتیاط است. احتیاط کردن رافع این نیست که یک چیزی داخل باشد در بناء عقلاء. باید اینها را حساب کرد.

پس عرض من در مقابل ادعای سیره این است که: اولاً سیره ای که شما ادعا می کنید عمدتاً در بحث مسجد و امثال اینها است. هر چند همانجا هم شما دلیل ندارید که صیغه وجود نداشته است. همینطور دارید یک ادعایی می کنید. و این حرف نه حرف بنده بلکه حرف بسیاری از بزرگان است که سیره را انکار کرده اند. مثلاً جامع المقاصد سیره را انکار کرده است، صاحب جواهر هم انکار کرده است. صاحب جواهر صراحتاً می گوید لم یثبت. می گوید با اینکه ما در بیع معاطات را قبول داریم و آنجا سیره قطعی وجود دارد، اما در وقف قول به وجود سیره ممنوع است. الان در روزگار ما هم برای خود ما محرز نیست. اینهایی که در عالم وقف می کنند آیا فقط با یک عمل خارجی وقف می کنند؟

این یک نکته ای است که باید به آن توجه کرد.

اشکال دوم: عدم احراز اتصال این سیره تا زمان شارع

اشکال دوم: چطور احراز کنیم استمرار این سیره را تا زمان شارع؟ بفرض الان در مساجد اینطور است، اما از کجا می گوئید ما یقین داریم که تا زمان شارع اینطور است و انکار این مسئله مکابره است؟ چه کسی این را گفته است. و چطور این را شما احراز کردید.

در بعضی موارد که دواعی قوی بر تحقق سیره بوده قبول داریم

من فکر می کنم این غیر از آن سیره هایی است که دواعی قوی بر تحقق سیره وجود دارد. مثلاً من حاز ملک، این مفادش مفاد سیره عقلائی است. یا احتطاب از زمان قدیم بوده، حصر زمین بوده، حیات که نیاز دائمی بشر است بوده که می دیدند می رفتند با حیات تملک می کردند. در اینها ادعا کنیم که تا زمان شارع بوده و در مرأی و مسمع شارع بوده است. اما اینکه در وقف بگوئیم وقف به نحو معاطات هم تا زمان شارع بوده است این را از کجا بگوئیم؟ بله وقف بوده اما اینکه محرز است که به نحو معاطاتی تا زمان شارع بوده اول الکلام است.

سؤال وجواب: لو كان لبان شمشير دو سر طلا است. اگر واقعا معاطات کفایت می کرد با اینکه مبتلا به بود باید در کلمات می آمد اقلا یک جا ظاهر می شد که امام می فرمود با معاطات هم می شود. ولی همچنین چیزی وجودی ندارد.

سؤال وجواب: ما دیروز بحث کردیم. بله مرحوم شیخ در خصوص مسجد یک حرفی دارد که قابل بحث است که مقصود ایشان از این عبارات چیست. حتی اگر مقصود جدی ایشان هم همان باشد، من یک توجیهی دارم که اصلا مسجد غیر از وقف است. دیگران مثل صاحب مقابس و اینها توجیه دیگری دارند که اصلا ناظر به این جهت نبوده، ولذا قبض را هم ذکر نکرده با اینکه همه قبول دارند که قبض دخیل است.

سؤال وجواب: نسبت به لو كان لبان می گوئیم از این طرف اگر مورد صحت معاطات هم امر مبتلا بهی بود باید ذکر می شد. ولی آنچه در روایات داریم خیلی از آنها اجراء صیغه است. مثلا امیرالمؤمنین علیه السلام وقتی می خواهد وقف کند اجراء صیغه می کند، از حضرت فاطمه زهرا سلام الله علیها هم یک همچنین چیزی نقل شده است. این بزرگواران اجراء صیغه کرده اند. یک جا در روایات پیدا کنید که ائمه علیهم السلام یک چیزی را اینجا گذاشتند و گفتند این وقف شد.

سؤال وجواب: اما آن روایتی که در مسیری که می آمد سنگی روی سنگ گذاشت به قصد مسجد و حضرت تأیید کردند، اتفاقا یکی از ادله ای که برای کفایت معاطات مطرح کرده اند (که صاحب مقابس و صاحب مناهل ذکر کرده اند) همین است. ولی اولاً ما فعلاً بحثمان راجع به سیره است، اما اینجا کار یک شخص بوده است. ثانیاً چه کسی می گوید او صیغه نخوانده است؟ شاید اینکه سؤال کرد این همان است یا نه، سؤال از جهت کوچکی ونحوه ساختش بوده است. لذا آنجا قبض را هم نگفته اند با اینکه قطعاً قبض لازم است و این را هم نگفته که من در آنجا نماز خواندم تا قبض محقق شود. پس این روایات از جهات مختلف اجمال دارد که مقصود چه بوده است. آن چیزی که معلوم است این است که آن شخص چند سنگ روی هم گذاشته و کوچک بوده، در یک روایتی می گوید آنقدر کوچک بوده که به اندازه قفس یک پرندۀ بوده است، امام علیه السلام می فرماید همین هم (اگر بشود در آن نماز خواند) درست است. من می خواهم بگویم مثل اینکه سؤالشان از این کوچک بودن و ساده بودن و بدون سقف بودن ها است که امام فرمود این هم مسجد می شود. بله یکی از تنبیهاتی که صاحب حدائق مطرح کرده همین است که گفته از این روایات می شود استفاده کرد که در بحث مسجد و اینها تلفظ به لفظ لازم نیست.

پس اینکه بگوئیم در زمان شارع هم صیغه نمی خوانده اند دلیلی بر آن نداریم.

نکته سوم: بحث ردع از این سیره**صرف اجماع علماء رادع نیست**

اما راجع به ردع؛ بعضی ها ظاهرا ادعا کرده اند (نمی دانم که فقط ادعا کرده اند یا شخص خاصی هم هست) که همین قول فقهاء که منع کرده اند این رادع باشد.

مرحوم اصفهانی می فرماید: اینکه لم یتفوه به فقیه که رادعیتی که از ناحیه شارع می خواهیم همین اجماعی باشد که از کلمات فقهاء ادعا شده است.

اجماع علماء لو ثبت و لم یکن مدرکیا می تواند کاشف از رادع باشد

این اشکال مرحوم اصفهانی درست است. منتهی خود ایشان یک احتمالی دیگری می دهد که از باب کاشفیت باشد. یعنی ما از این کلمات فقهاء بفهمیم که پس در زمان شارع یک رادعی وجود داشته است.

ایشان می گوید این هم بعید است و احتمال نادرستی است.

ولی ما نفهمیدیم چرا این نادرست باشد. مگر اینکه شما در صغری تشکیک کنید که با این حرفها اجماع حاصل نمی شود. و الا اگر اجماع حاصل بشود و مبنای صحیح در اجماع که ما هم قبول داریم این است که اجماع نسلا بعد نسل کاشف است از اینکه پس یک چیزی در زمان شارع بوده است که اینطور نسل به نسل تا فقهاء آمده است که همچنین حرفی می زنند. والا مگر می شود همچنین چیز بی سندی را بگویند! اگر شما این اجماع را مدرکی ندانید می تواند رادع باشد، به این معنا که کاشف می شود از یک چیزی در نزد شارع و او مضمونش این است که لم یقع الوقف بغیر التلفظ. این چه اشکالی دارد؟

احتمال مدرکی بودن اجماع هست و لذا رادع ثابت نیست

مگر شما در صغرای اجماع اشکال کنید که این جماع تحصیل نمی شود و یا در اینکه مدرکی است. ممکن است بگوئید این اجماعی که در میان فقهاء حاصل است از باب ادله مختلفه ای است مثل اصالة الفساد و امثال آن.

که این احتمال معقول و درستی است. بسیاری از اجماعات اینطور ساقط می شوند چون احتمال مدرکیت آن را می دهیم. اینجا هم ما همین احتمال را می دهیم.

پس واقعا دشوار است که ما ادعای وجود رادع بکنیم در بحث وقف، نه رادع لفظی داریم و نه رادع غیر لفظی.

اما اشکال سیره این نیست که رادع دارد. اشکالش این است که وقوع و تحقق آن نزد عقلاء محل اشکال است و همچنین چیزی وجود ندارد.

انکار سیره متشرعه بر معاطات در وقف

از همینجا ما در سیره متشرعه هم می خواهیم اشکال کنیم. اگر ما سیره عقلائی را قبول نداریم سیره متشرعه را هم قبول نداریم، در میان متشرعه همچنین چیزی نیست.

به علاوه شبهه ای که در کلام شیخ و برخی دیگر از فقهاء در بحث معاطات هست این است که برخی از متشرعه ممکن است این کار را بکنند منتهی از باب عدم المبالاة است. و این حرفی است که مرحوم آخوند در وقف دارد می گوید اگر سیره ای هم از متشرعه باشد این ممکن است از باب عدم المبالاة باشد.

مرحوم اصفهانی می گوید این حرف درست نیست.

چون همه متشرعه بما هم متشرعه اینجور عمل نکرده اند احتمال عدم مبالاة را می دهیم

ما نفهمیدیم چرا مرحوم اصفهانی می گوید این حرف درست نیست. اتفاقا برخی از متشرعه واقعا ممکن است اهل مبالاة نباشند. بله اگر همه متشرعه بما هم متشرعه اینطور عمل می کردند درست بود، اما می دانیم عمل متشرعه قطعا اینطور نیست. این همه وقف نامه هایی که نوشته اند این عمل متشرعه است. شما نمی توانید بگوئید عمل متشرعه بما هم متشرعه مستقر بوده است بر اوقاف بدون تلفظ به لفظ و فقط عمل خالی بوده پس ما کشف می کنیم که شارع هم نظرش این است. نه، همچنین چیزی ثابت نیست.

عدم اثبات سیره کافی است

پس نه سیره عقلائی و نه سیره متشرعه ثابت نیست. ما همینقدر می خواهیم بگوئیم. ما نباید برهان بیاوریم که قطعا نیست، می گوئیم ثابت نیست. این وجوهی که می گویند هم اخص است و هم در همان اخص هم که مسجد و امثاله هست این ادعا روشن نیست.

اموالی که در مسجد می گذارند معلوم نیست وقف باشد یا اگر وقف باشد صیغه داشته باشد

دو نکته اینجا عرض کنیم:

نکته اول: در مسئله اموالی که به مسجد می دهیم (که خیلی ها به این تمسک کرده اند) گفته شده است که مردم وقتی فرش می برند و در مسجد می گذارند صیغه وقفیت نمی خواهند.

اولا این حرف اصلا ثابت نیست، ما گفتیم صیغه وتلفظ یک چیز مهمی نیست که خطبه و امثال آن بخواهد. بلکه همینکه می برد مسجد و به نیت وقف می گوید من این را گذاشتم برای مسجد، همین می شود وقف.

ما در بحث تلفظ به لفظ بحث کردیم که عده ای می گویند الفاظ باید صریح باشد، وقف و حبست باشد، حتی برخی در حبست هم تشکیک کردند. ما به تبع برخی از محققین مثل شیخ انصاری و دیگران عرض کردیم که آنچه که لازم است دلالت صریح و روشن است. و این دلالت با مجاز هم می شود با کنایه هم می شود، منتهی باید با قرائن باشد. کسی توأم با قرائن فرش را داخل مسجد بگذارد وبگوید این فرش را ما دادیم به مسجد، همین وقف است.

ثانیا: اصلا چه کسی گفته اینها وقف است؟ این تملیک به مسجد است.

نظر علامه حلی درباره اموالی که به مسجد داده می شود

این یک نظری است که برخی از فقهاء قائل شده اند. مرحوم سید هم در کتاب الوقف این را از مرحوم علامه حلی نقل کرده است که: آنچه را مردم به مساجد و مشاهد می دهند وقف نیست. بلکه تملیک به مسجد است. مسجد می شود مالک. و مالکیت للاموال یک چیز پذیرفته شده است. مالکیت مشاهد شریفه نسبت به اموری یک چیز پذیرفته شده است.

تشکیک مرحوم سید در صغرای کلام علامه حلی

مرحوم سید در کبرای این تشکیک نمی کند و می گوید می شود مالک بشود، ولی خارجا اینطور نیست.

رد اشکال مرحوم سید

ما می گوئیم چرا اینطور نیست. اتفاقا مردم می گویند ما این را دادیم به امامزاده. یعنی ملک امامزاده کردیم. این چه اشکالی دارد؟ فائده اش هم این است که متولی می تواند بفروشد و خرج خود همانجا می کند. یا مثلا این نذوراتی که به مشاهد شریفه

می دهند اینها چیست؟ همانطور که می شود جهت و مصرف باشد می شود ملک خود مشهد شریف باشد. مگر اشکالی دارد؟
قالی ها که به مشهد امام رضا سلام الله علیه می دهند چه اشکالی دارد که ملک باشد.

سؤال وجواب: شخصیت حقوقی بحث است که در مسجد باید شخصیت حقوقی را بپذیریم. ما قبلا در سالیان گذشته شخصیت حقوقی را بحث کردیم، اما در خصوص مسجد که ما مجعول اصالی گرفتیم می شود شخصیت حقوقی. ما در آنجا شخصیت حقوقی را به همین درست کردیم که یک عنوانی است که مجعول می شود. آنوقت این عنوان مجعول می تواند به لحاظ عرفی یا شرعی کارهایی انجام بدهد. مثلا تمیک کند، قرض بگیرد، بدهکار بشود. امکان دارد، اما اینکه بالحمل الشایع هست یا نه، تابع ادله است.

پس اگر ما سیره داریم که مردم اموالی را به مسجد می دهند، این سیره لسان ندارد که بگویند این حتما وقف است. نه، شاید می شود ملک مسجد. پس شما دلیلی بر این نیاوردید که وقف باشد.

سؤال وجواب: اصل تملیک را قبول دارند، ولی مالکیت مثل یک ساختمان و امثال آن برای مسجد این یک مقدار مستبعد است که وجهش را نفهمیدیم و بعدا می رسیم. مثلا می گویند این مغازه برای وقف تا از این مغازه منافع بگیرند برای اینجا. این مغازه می شود ملک وقف. این چه اشکالی دارد.

بیان سیره مفوضه در کلام آیه الله سبحانی

نکته دوم: آیه الله سبحانی در بحث تقریر سیره عقلاء می گویند ما قبلا گفتیم که اینجور امور فوض الی العقلاء. روی این فکر بکنید که ظاهرش این است که ما اصلا امضاء هم نمی خواهیم. و بعد هم ادعا می کنند به لحاظ صغروی که بله در باب وقف اینطوری هست و در باب وقف عقلاء معاطات می کنند. روی این فکر کنید که فوض الی العقلاء یعنی چه؟ این یک جور امضاء خاص است یعنی از آن امضاءهای کلی که سیره های آینده را شامل بشود. ما همچنین چیزی داریم؟

تأمل بفرمائید تا فردا انشاء الله.

باسمه تعالی

- ۱۴۵..... ادامه مسئله سوم (بحث معاطات در وقف)
- ۱۴۵..... خلاصه اشکال به استدلال به سیره بر قبول معاطات در وقف
- ۱۴۵..... در مهام امور جزم به عدم معاطات داریم و در غیر مهام امور عدم ثبوت سیره است
- ۱۴۶..... انکار صریح سیره در کلام برخی بزرگان
- ۱۴۶..... تبیین و ردّ سیره مفوضه در کلام آیه الله سبحانی
- ۱۴۷..... احتمالات درباره جمله فوض امرها الى العقلاء
- ۱۴۷..... اثر وجود سیره مفوضه
- ۱۴۹..... بحث در حقوق معنوی صغروی است نه کبروی
- ۱۴۹..... ما حق تألیف را از باب حق سبق قبول داریم نه از راه سیره
- ۱۴۹..... اشتباه در تطبیق معاطات بر برخی از مصادیق ایجاب و قبول
- ۱۵۰..... خلط بین نیاز به لفظ و بین لزوم لفظ صریح
- ۱۵۰..... لزوم ظهور در باب دلالات
- ۱۵۱..... توسعه در الفاظ دال بر انشاء
- ۱۵۳..... دلیل دوم مثبتین: تمسک به اطلاقات عامه و اطلاقات مربوط به عنوان معامله
- ۱۵۴..... عدم وجود اطلاق مخصوص به باب وقف
- ۱۵۴..... توضیح الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها و عدم ارتباط آن به بحث
- ۱۵۵..... ذکر اطلاقات عامه نسبت به مقام
- ۱۵۶..... کار متبایعین تسبیب برای اعتبار عقلائی است
- ۱۵۶..... فرق است بین انشاء تملیک و اعتبار عقلائی تملیک
- ۱۵۷..... دعوای وحید بهبهانی در نبودن بناء عقلائی
- ۱۵۷..... تملیک تسبیب هم صحت و فساد دارد
- ۱۵۷..... موضوع اطلاقات و عمومات مثل احل الله البیع صحیح عرفی است

انشاء عملی وقف اول الکلام است که وقف عند العقلاء باشد ۱۵۸**ادامه مسئله سوم (بحث معاطات در وقف)**

بحث در این بود که آیا معاطات در وقف جاری و نافذ است یا نه. و ما برخلاف فرمایش خیلی از بزرگان فعلی عرض کردیم ظاهراً نتوانیم نفوذ معاطات در وقف را تمام کنیم. اما ببینیم دلیل طرفین چیست.

ادله طرفین متعدد است که برخی از آن ادله واقعا قابل اتکاء نیست، اما برخی از ادله مهم هستند.

خلاصه اشکال به استدلال به سیره بر قبول معاطات در وقف

مثبتین که نفوذ معاطات را قبول دارند، عمده ترین دلیشان سیره است که مفصل بحث کردیم. اشکال ما به تمسک به سیره این است که در مهام امور چه در اوقاف و چه در غیر اوقاف قطعاً سیره نیست. یعنی جزم داریم که در مهام امور حتی در بیع هم به معاطات عمل نمی کنند. و در غیر مهام امور علی الظاهر در بیع درست است، یعنی مردم در امور جزئی در کار روز مره شان در بیع یا آنچه شبیه بیع باشد معاطات می کنند. اما در وقف حتی در غیر مهام امور هم {وجود سیره بر تحقق با معاطات} ثابت نیست.

در مهام امور جزم به عدم معاطات داریم و در غیر مهام امور عدم ثبوت سیره است

فرق کلام ما در دو قسمت این شد که در مهام امور احراز داریم که {وجود سیره بر معاطات} درست نیست. عقلاء این کار را نمی کنند که وقتی بخواهند یک ملک یک میلیاردری را برای کار خاصی وقف کنند، بعد از یک سری صحبت های اولیه ملک را اینجا بگذارند و از آن وقف فهمیده شود. {همچنین ما تحقق وقف به معاطات را} در بناء خانات و مساجد و امثال آن قبول نداریم.

اما نسبت به غیر مهام امور در وقف احراز نکرده ایم که بدون لفظ این کار را انجام می دهند.

و مؤید این عرض ما فرمایش فقهاء در طول زمانهای مختلف بود که بالصراحه می گفتند بدون لفظ واقع نمی شود. خب این فقهاء هم جزء همین مردم و بلکه محل مراجعه مردم بودند، نمی شود یک سیره عملی مستمره ای را که مورد تأیید شارع است اینها بگویند چنین چیزی نیست.

پس اگر یک سیره مستمره تا زمان شارع وجود داشته که غیر مردوعه بوده، {نمی توان پذیرفت که} بزرگان قوم چنین سیره مستمره ای که احراز شده در مرآی و منظر شارع نیز بوده قبول نکنند و لفظ را لازم بدانند.

من نمی گویم این یک برهان قطعی است ولی واقعا مؤید این است که همچنین سیره ای احراز نشده است.

انکار صریح سیره در کلام برخی بزرگان

برخی بالصراحه این {عدم وجود سیره} را بیان کرده اند. صاحب جامع المقاصد ره می گوید سیره احراز نشده است، و این چیزی که شهید ره در ذکری فرموده حتی نسبت به مسجد هم محرز نیست که بدون صیغه بوده است. مرحوم صاحب جواهر بالصراحه در بحث وقف در همینجا می گوید هیچ همچنین احرازی نیست که سیره ای وجود داشته باشد و ادعای سیره ممنوع است. می گوید گرچه برخی از معاصرین همچنین توهمی کرده است. که ظاهرا ایشان سید مجاهد در مناهل را می گوید که همزمان بوده اند.

منتهی گفتیم سیره دو جور می شود ادعا بشود: یکی سیره عقلائییه است و دیگری سیره متشرعه، که هر کدام یک نحوه دلیل اعتبار و حجیت دارد، بحثش شد و تکرار نمی کنم.

تبیین و ردّ سیره مفوضه در کلام آیه الله سبحانی

منتهی در فرمایش آقای سبحانی در شرح تحریر یک عبارتی هست که روشن نیست ایشان چه می خواهد بگوید. ایشان فرموده اند: وجه این که ما در وقف به معاطات عمل کنیم دو تا است: دومی سیره مستمره بین مسلمین است، لأنّ معظم المساجد و غیرها مما ذکر فی المتن جعلت وقفا بالمعاطاة. این همان ادعایی است که در کلمات قوم بود و جوابش را هم دادیم دیگر تکرار نمی کنیم.

بحث ما در بیان اول ایشان است. دلیل اول ایشان این است که می فرماید: ما تقدم منا من أن الامور غير العبادية فوض امرها الى العقلاء وقد تدخل الشارع فيها باضافة جزء أو شرط أو الغاء شيء منهما. نعم ربما ألغى ما اعتبره العقلاء من رأس كبيع الخمر و الخنزير و الرائج بين العقلاء هو ذلك أى وقف المصالح العامة عملا من دون اجراء صيغه.

احتمالات درباره جمله فوض امرها الى العقلاء

عرض ما این است که معنای این جمله که «فوض امرها الى العقلاء» چیست؟ اینکه تفویض به عقلاء شده است این چه مبنایی است؟ این روشن نیست.

آیا همین حرفی است که معمول در بحث سیر است که وقتی سیره ها مستمر شد تا زمان شارع و شارع ردع نکرد یکشف عن الامضاء.

خب اگر مراد این باشد که معنایش تفویض به عقلاء نیست. یک راه کشف رضایت شارع و ارجاع به شارع است. خب کشف می کنیم که شارع اینطوری امضاء کرده یا اینطوری جعل کرده یا اینطوری انشاء کرده یا اینطوری قبول کرده است. در این تفویضی نیست.

یا ایشان حرف می خواهند حرف دیگری بزنند که اصلا شارع در بنائات عقلاء تفویض دارد. و ثمره اش هم این می شود که گویی شارع یک ضابطه و قاعده کلی دارد که طریقه عقلاء ممضاء است و ما این امور را احاله دادیم و ایکال کردیم به عقلاء. یک همچنین حرف کلی.

آنوقت می تواند معنایش چه بسا این باشد که کارها و بناء های جدیدی که عقلاء می گذارند اینها هم اعتبار داشته باشد.

اثر وجود سیره مفوضه

و اگر مراد این باشد ادعای مهمی است (نه اینک دلیل مهمی دارد). ما الان در زمان خودمان در میان عقلاء یک کارهایی داریم. مثلا ممکن است کسی ادعا کند که امروزه در میان عقلاء دنیا حق تألیف یک حق ثابتی است، حق اختراعات یک حق ثابتی است. از اینها به حقوق معنوی تعبیر می کنند. این حقوق معنوی ظاهرا در کل دنیا معمول است. گرچه یک کشور ممکن است با یک کشور دیگری قرارداد نبسته باشد، اما علی الظاهر خودشان در میان خودشان قبول دارند. مثلا ما در کشور خودمان

ظاهراً حق تألیف را قبول داریم (گرچه بعضی از فقهاء هم حق تألیف را قبول ندارند)، ولی نسبت به کشورهای دیگر بعضی وقتها قبول نکردیم.

اگر ما در باب سیر عقلائیة استمرار تا زمان شارع و عدم ردع را می خواهیم، خب در باب این حقوق همچنین چیزی را نداریم. و سرّ عدم پذیرفتن حق تألیف از ناحیه خیلی از فقهاء هم همین است. می گویند بله عقلاء همچنین بناء دارند، اما این بناءها جدید است و در مرآی و مسمع شارع که نبوده است لذا دلیلی بر امضاء نداریم. این دلیل نفی خیلی ها است.

اما اگر گفتیم بناءهای آتی هم حجت است ولو به این بیان که شارع ایکال کرده، خب اینها همه درست می شود.

منتهی دلیلش چیست؟ کجا ما همچنین مستندی داریم که شارع تفویض کرده است امور غیر عبادی را به عقلاء؟ خصوصاً که خود شما قبول دارید که می شود یک جزئی را الغاء کند یا شرطی را الغاء کند یا اصلاً من رأس الغاء کند این بناء را. خب این چه تفویضی است که من رأسه هم می تواند شارع الغاء کند.

پس یک جوری شما باید بفهمید که شارع الغاء نکرده و قبول کرده است. پس این همان حرف عمومی می شود. اینکه تفویض کرده از کجا است؟

مگر اینکه مراد همین باشد که ایشان حرف جدیدی نمی خواهد بزنند. مقصود از تفویض هم همین بناء و سیره عقلائی است، ولی ایشان عبارت را عوض کرده اند. منتهی اگر این باشد ایشان باید بگویند این سیره مستمر بوده تا زمان شارع و ردع نشده، اما ایشان این مقدمات را نیاورده است. پس اگر مقصود ایشان همین حرف عمومی باشد باید مقدمات دیگر را ضمیمه کنند بگویند این سیره مستمر است تا زمان شارع و شارع ردع نکرده است. که همه اینها مورد اشکال قرار گرفته است. از کجا بفهمیم تا زمان شارع بوده است؟ مرحوم آخوند هم اصل سیره را انکار می کند و می گوید لم یثبت، و هم می گوید استمرارش را تا زمان شارع احراز نکردیم.

لذا معلوم نیست ایشان دقیقاً چه می خواهند بگویند. آیا می خواهند با این تفویض نظریه دیگری را مطرح کنند که نیازی به بحث استمرار تا زمان شارع و عدم ندارد. یا نه، یک مسامحه ای در کلام است. حالا دوستان مراجعه کنند، به نظر من همچنین اشکالی وجود دارد. اگر مقصودشان این باشد که تفویض یک نظریه جدیدی است که دیگر ما در آن استمرار و عدم ردع نمی خواهیم ما همچنین چیزی نداریم. دلیلتان چیست که بطور کلی همچنین چیزی باشد؟

بحث در حقوق معنوی صغروی است نه کبروی

سؤال وجواب: کبرای کلی عدم تضییع حق مثل همان کبرای رعایت عدالت و عدم ظلم است. اینکه کبرایش درست است. بحث در حقوق معنوی صغروی است که چه کسی می گوید این حق هست. ...بله کسی که زحمت بکشد نسبت به کار خودش حق پیدا می کند. ایشان زحمت کشیده و کتاب نوشته، این کتاب در اختیار خودش هم مال خودش هست بله من نمی توانم از او بگیرم. اما یک کسی می تواند از این کپی بگیرد بدون تصرف در این، این اشکالی ندارد.

ما حق تألیف را از باب حق سبق قبول داریم نه از راه سیره

البته ما حق تألیف را قبول داریم منتهی با یک مقدمات عدیده دیگری نه با این کیفیت. ما در باب حق تألیف مثل حق سبق را قبول داریم. منتهی سبق خارجی جزئی و مادی است، سبق در امور معنوی به کلی است. و لذا دیگران اگر ورود پیدا کنند یک جوری تصرف در مال او محسوب می شود. در سبق خارجی من فقط می روم نسبت به یک ملک جزئی سبق پیدا می کنم و حیازت می کنم. اما در امور معنوی به کلی سبق پیدا می کنید. شما به یک فرمول شیمیایی که ممکن است میلیاردها قیمت داشته باشد به کلی آن سبق پیدا می کنید.

سؤال وجواب: پس بحث صغروی است که آیا همچنین حقی ثابت هست یا نه. فقهاء راجع به این صغری بحث کرده اند. راه های متعدد برای اثبات دارد، یکی از راه ها سیره است که ما می گوئیم با سیره نمی شود حق تألیف را درست کنند.

سؤال وجواب: چیزهای جدید دو جور است: گاهی مصداق یک کبرای کلی است که قبلا بوده است. {و گاهی بناء جدید} اگر بناء جدید است، وقتی این بناء {تا زمان معصوم} مستمر نیست چطور شما عدم ردع را احراز می کنید؟

نتیجه بحث این است که سیره در اینجا این مشکل {اثبات وجود آن در خارج} را دارد.

اشتباه در تطبیق معاطات بر برخی از مصادیق ایجاب و قبول

یک نکته جزئی دیگر عرض کنیم: کسانی که در بحث بیع سیره را ادعا می کنند و اینجا هم در معاطات سیره را ادعا می کنند، به نظر من گاهی بعضی از مصادیقی که تحلیل دیگری دارد را مصداق معاطات می دانند. مثلا در خرید و فروشها خیلی وقتها شخصی می رود در یک مغازه ای می گوید: «این کتاب چند است؟» صاحب مغازه می گوید: «هزار تومان» آن شخص می

گوید: «این کتاب را برای من داخل کارتن قرار بده» صاحب مغازه هم می گوید: «باشد به هزار تومان». به نظر ماهمین لفظ است و بیع و شراء {لفظی} است.

بله برخی در تقدیم قبول اشکال می کنند، ولی بعضی وقتها تقدیم قبول هم نیست. می رود یخچال بخرد، می پرسد: «یخچال چقدر؟» می گوید: «پنج میلیون» می پرسد: «کمتر نمی شود؟» می گوید: «دویست تومان به شما تخفیف می دهیم» می گوید: «خب پس این را برای ما فاکتور کن» او هم می گوید: «باشد به چهارمیلیون و هفتصد هزار تومان».

خب این لفظ است دیگر. بعضی وقتها آیا تحلیل کار عرف غیر از این است؟ اینها لفظ است. این معاطات نیست. این غیر از مساومه اولیه است.

می خواهم بگویم گاهی بین مساومه اولیه و بین نفس ایجاب و قبول خلط می شود. گاهی یک اجمال هایی هست لعل تحلیل ما را به این برساند که اصلاً خود همین ایجاب و قبول و شراء و اشتراء بوده است. چیز دیگری نیست. پس گاهی چون اینها را به عنوان لفظ نمی پذیرند می گویند معاطات است.

خلط بین نیاز به لفظ و بین لزوم لفظ صریح

بعضی از مدققین در بحث معاطات به این توجه کرده اند و درست هم هست. اینهایی که خیلی برای معاطات شاهد می آورند گاهی خلط می کنند بین اینکه ما در مقام انشاء لفظ لازم داریم یا نه و بین اینکه لفظ صریح لازم داریم یا نه. ما ممکن است بگوئیم لفظ لازم داریم اما یکتفی بکل لفظ دال. این خلط را عده ای کرده اند.

لزوم ظهور در باب دلالات

ما در آنجا در بحث اول که گفتند صیغه صریح می خواهیم و حتی بالاتر گفتند الفاظ باید حقیقت باشد مجاز کافی نیست. آنجا مرحوم شیخ فرمود و ما هم عرض کردیم این حرف درست نیست. چه کسی گفته دلالت مجاز با قرینه کمتر از دلالت حقیقت است؟ ما در باب دلالات ظهور می خواهیم. ایجاب و قبول توأم با ظهور باشد کفایت می کند. این یک بحث است که الفاظی که ما بکار می بریم که حتی با کنایه ای که دلالت بکند باشد هم کفایت می کند.

این یک حرف است.

حرف دیگر است که لفظ می خواهیم یا نمی خواهیم. {آیا} همینقدر که ما می گوئیم: «قیمت این ماشین چقدر است؟» و او می گوید: «صد میلیون تومان» ما صد میلیون اینجا می گذاریم و ماشین را بر می داریم و می بریم؟ آیا روش این است؟ یا اینکه وقتی پرسید: «قیمت ماشین چند است؟» و صاحب ماشین گفت: «صد میلیون» می گوید: «خیلی خب ما این ماشین را به صد میلیون از شما خریدیم، شما مدارک را به ما بده و ما هم پول را به شما می دهیم؟»

اینکه بگوید ما خریدیم به این قیمت و او هم بگوید باشد، همین ایجاب و قبول است.

من سؤالم این است که اگر مساومه کردند و یک قیمت گذاری قبلش انجام دادند در یک ماشین پانصد میلیونی مثلاً، آیا بعد بدون اینکه چیزی بگویند همینجوری پول را می گذارند روی میز و ماشین را سوار می شوند و می روند؟! یا نه، بعد از اینکه مساومه کردند، می گویند خیلی خب حالا که قیمت اینطور شد ما این ماشین را پانصد میلیون خریدیم، شما مدارک را بده و ما هم مبلغ را اینطوری به شما می دهیم. من می گویم همین چیزهایی که دارند می گویند خود همینها ایجاب و قبول است.

توسعه در الفاظ دال بر انشاء

اما بحث {لزوم} انشاء درست است، باید انشاء بشود و خبر نباشد. من می گویم با همین {الفاظ و عبارات} دارند انشاء می کنند. انشاء که چیز عجیبی نیست. انشاء با الفاظ متعدد می شود. حتی با جمله خبری ما انشاء می کنیم. مگر شما با جمله ماضی خبری انشاء نمی کنید؟ وقتی می گوئید: «بعتک کذا بکذا» با صیغه خبری انشاء می کنید. از امام می پرسد اگر اینطور بشود باید چکار کنیم؟ امام می فرماید: «یغتسل». خب یغتسل که صیغه مضارع است و خبری است. صیغه خبری است ولی با آن دارد انشاء می شود. صیغه خبری غیر از این است که إخبار باشد. إخبار نیست صیغه خبری است. یعنی این الفاظ مفادی که به ذهن دلالت می کنند مفاد نسبت حکمیه خبری است اما با آن انشاء می کنیم. این بحث دقیقی است. همه اینها ظهور حال است.

لذا این بیع و شراهایی که حتی با صیغه و با دقت انجام می شود که من می گویم: «فروختم این خانه را به شما به صد میلیون تومان: و شما می گوئید: «خریدم». چه کسی می گوید این به قصد انشا بوده و لغو و مزاح نبوده؟ چه کسی می گوید؟ اینها همه ظهور حال است. ظهور حال است که من جد دارم در الفاظ و مضمونی که بکار می برم. اینها ظهور حال متکلم است. این ظهور حال لفظی نیست. اینها است که موجب می شود که عقلاء حمل کنند بر جد. در بحث مساومه ها هم همینطور است.

من عرضم این بود که خیلی وقتها در استکشاف سیره تمسک می کنند به وضعی {و صورتها و مصادیقی} که ما اگر آنها را تحلیل کنیم لبا معاطات نیستند و در واقع همین انشاء و ایجاب و قبول به لفظ اند، منتهی {از جنس} لفظ های متعارفی که معمولا در صیغه های خیلی رسمی به کار می رود نیست و جور دیگری است.

بنابر این بحث مربوط می شود به یک کبرای دیگری، که آیا در الفاظ بیع و صیغه ای که بکار می بریم صیغه ماضی و لفظ خاص لازم است که عده ای می گویند، و همین الان هم عده ای می گویند، حتی مثل مرحوم نائینی با آن دقتش هم می گوید باید صیغه ماضی باشد. یا نه، صیغه هر چه می خواهد باشد، الفاظ عربی باشد، فارسی باشد، هر چه باشد. که ما به تبع خیلی از محققین این را می گوئیم که این کفایت می کند و عرف و عقلاء در این جهت تضییق نیاورده اند. این یک حرف دیگری است.

نتیجه عرض ما این شد که اینکه ما در بحث سیره وجود سیره بر معاطات در امور مهم را انکار می کنیم و در وقف می گوئیم لم یثبت، با توجه به همه این ریزه کاری ها داریم عرض می کنیم. پس بسیاری از مواردی که وقف انجام می شود نگوئید لفظ نیست. مثل اینکه عرض کردم می گوید: «ما این را دادیم به مسجد». خود همین «دادیم به مسجد» انشاء تملیک به مسجد است، چیز دیگری نمی خواهد. (البته نمی گویم وقف است. چون اول کلام است که در چیزهایی که به مسجد می دهیم وقف کرده باشیم). اینها معاطات نیست. اینها در واقع بکار بردن الفاظ است.

من می گویم واقعا الان سیره این است که بدون هیچ لفظی می آورند یک چیزی را در مسجد می گذارند و می روند؟! اگر کسی فرشی را آورد در مسجد پهن کرد، آیا معنایش این است که به مسجد داد؟! خب شاید خسته بوده آمده پهن کرده یکی دو ساعت استراحت کند بعد جمع کند ببرد. ما چه می دانیم چکار می کند. آن کسی که می خواهد فرش بدهد به مسجد، می آید جلو مردم در مسجد یا جلو متولی مسجد می گوید: «ما این فرش را دادیم به مسجد». {غالباً این جملات را} می گویند و معمولا این حرف را می زنند. چرا ما اینها را انکار کنیم. در مسجد هم همین است.

علی ای حال من نظرم این است که در امور غیر مهم لااقل وجود سیره ثابت نیست. البته در امور مهم محرز که همچنین چیزی نیست و عرف و عقلاء محکم کاری می کنند و بدون قول، {وقف را} واقع نمی کنند.

پس یکی از ادله مثبتین سیره بود که عرض شد.

دلیل دوم مثبتین: تمسک به اطلاقات عامه و اطلاقات مربوط به عنوان معامله

دلیل دوم مثبتین اطلاقات است.

دو جور اطلاق هست:

یک اطلاق یا عموم به نحو عام عام، مثل «أوفوا بالعقود». یکی هم اطلاقاتی که مربوط به عناوین خاصه است. در بیع مثل «أحل الله البيع»، در صلح مثل «الصلح بین المسلمین جائز» و ... یعنی در هر معامله ای اطلاقات وارد به عنوان خود معامله.

آنوقت بحث های مهمی اینجا وجود دارد. در بیع مثل مرحوم شیخ وعده ای از بزرگان یکی از ادله شان بر تصحیح معاطات همین تمسک به اطلاقات است به هر دو نحو آن. حتی بعضی ها به «الناس مسلطون» هم تمسک کرده اند.

البته خیلی در بحث دقت دارد آن هم از مثل شیخ ره، که اگر فرصت کردیم یک گزارش اجمالی هم از آن عرض خواهیم کرد و کراً و فرّ ایشان را در بحث معاطات بیع بیان می کنیم.

در حال حاضر مستند اکثر فقهاء معاصر همین اطلاقات است. ولو بعضی تصریح نکرده اند ولی ما از کلامشان استظهار می کنیم که به اطلاقات تمسک می کنند، و بعضی از آنها تصریح کرده اند.

مرحوم سید در حاشیه مکاسب و مرحوم سید مجاهد به اطلاقات تصریح می کند.

گفتم در مکاسب در تنبیه پنجم معاطات که بحث سرایت بحث معاطات به سائر معاملات مثل صلح و اجاره و رهن است که بعد ایشان وقف را هم مطرح می کند، در آنجا مرحوم سید در اصل بحث تنبیه پنجم که بحث تعمیم و تسریه بحث معاطات به غیر بیع است یک بحث مفصلی دارد. ایشان در آنجا می گوید مستند می تواند عمومات باشد. عبارت ایشان این است که می فرماید^۱:

«مَجْمَلُ الْكَلَامِ فِي ذَلِكَ أَنَّ مَقْتَضِي مَا هُوَ التَّحْقِيقُ مِنْ شُمُولِ الْعُمُومَاتِ الْعَامَةِ (که اوفوا بالعقود است) و الْخَاصَّةِ بِكُلِّ عِنْوَانٍ لِلْمَعَامَلَاتِ الْفَعْلِيَةِ (یعنی مثلاً عمومات محل الله البيع یا الصلح جائز و...)، اینها هم عموم یا اطلاق است)، به اینها تمسک می کنیم. در بیع این کار را انجام داده اند و به اطلاقات تمسک کرده اند، می گویند در وقف هم هست.

^۱ - موسوعه سید یزدی جلد ۱ صفحه ۳۹۱

سید مجاهد در کتاب مناهل چند دلیل اقامه کرده است، می فرماید:

«أحدها أنَّ الفعل بنية الوقف يصدق عليه الصدقة والوقف، كما يصدق عليه من البيع. فيندرج تحت العمومات الدالة على صحتها، منها عموم قوله أوفوا بالعقود، و منها عموم قوله في بعض الأخبار الذي أشار إليه في الكفاية (شاید کافی درست باشد و شاید کفایه سبزواری باشد) من أن الوقف على حسب ما يوقفها أهلها».

پس ما دو تا راه داریم برای اثبات اطلاقات. یکی اطلاقات و عمومات عام عام مثل اوفوا بالعقود، و دیگری عمومات خاص به کل باب.

دقت کنید اینجا بحث های مهمی است:

عدم وجود اطلاق مخصوص به باب وقف

اولا ما در باب وقف اطلاق خاص نداریم که مربوط به وقف باشد. الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها هیچ ربطی به تصحیح و تنفید وقف ندارد، كما صرح به بعض.

توضیح الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و عدم ارتباط آن به بحث

این الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها راجع به بیان حکم آخری است، یعنی در وقف و شرائطش ونحوه اعمالش باید نظر واقف را رعایت کنیم. یعنی الوقف إذا تمَّ يجب مراعاة خصوصياته التي اخذ فيه من ناحية الواقف. این چه ربطی به نفوذ وقف دارد؟ یعنی وقف مفروغ عنه گرفته شده است، در این وقف تام باید آنچه را که واقف در آن اخذ کرده است رعایت بشود. اما اینکه ما شک داریم که این وقف به لحاظ شرعی تمام است یا نه، بگوئیم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها دارد تنفیذ می کند و می گوید آن وقفی که شما شک داری که به لحاظ شرعی درست است یا نه آن وقف تمام است؟! این چه حرفی است؟! اصلا ربطی به او ندارد.

بنابر این ما اطلاقی در باب وقف بخصوصه نداریم.

ذکر اطلاعات عامه نسبت به مقام

اما اوفوا بالعقود، این هم بحثش را می کنیم که اولاً باید ببینیم وقف عقد است یا نه. و اگر ایقاع بود اوفوا بالعقود می گیرد یا نه، که بحث واقعا جالبی است. البته ایقاع عقد نیست ولی ممکن است به یک وجوهی آن را درست کرد. یا المؤمنون عند شروطهم بنابر اینکه شروط یعنی عقود باشد و عقود ایقاع را هم بگیرد او را شامل بشود. و یک ادله ای بیاوریم که مطلق ایقاعات را هم مثل عقود بگیرد. اگر همچنین چیزی درست کردیم، آنوقت بگوئیم اطلاعات اوفوا بالعقود علی فرض اینکه وقف عقد باشد شامل می شود، و یا اگر ایقاع باشد آنها شامل می شود.

خب این متوقف بر یک مقدمه دیگر است که اینها مصداق باشند. البته این فقهاء توجه داشته اند. دیدیم الان صاحب مناهل می گوید بر عملی که ما به قصد صدقه یا وقف می کنیم صدقه و وقف صدق می کند. مرحوم شیخ در بحث معاطات در بیع می فرماید در این شکی نیست که اگر شما انشاء عملی و فعلی بکنید و قصد تملیک داشته باشید هذا بیع وانکاره مکابره. و بسیاری از فقهاء مثل مرحوم آقای خوئی و دیگران هم گفته اند، و به قدری هم آن را زیبا درست می کنند که شما مجبور بشوید تسلیم بشوید. چطور؟

می گوید: انشاء قولی داریم و انشاء عملی. انشاء عملی جای قول است، انشاء به عمل هم واقع می شود. و راست هم می گویند. در اینکه شکی نیست. و گاهی تمثیل هم می کنند می گویند مثل اشاره مفهوم برای اخرس. چطور اخرس با اشاره دارد انشاء می کند و فقهاء هم سر جای خودش قبول دارند، پس با عمل هم می شود انشاء کرد. یک جوری جلو آمده اند که شما دیگر حق ندارید هیچ حرفی بزنید. یعنی می گویند ما با عمل انشاء می کنیم مصداق بیع را ایجاد می کنیم که هذا بیع.

به نظر من ولو ممکن است مثل شیخ ره و صاحب مناهل ره توجه داشته باشند، اما به نظر من بقیه دارند خلطی می کنند. یک حرف این است که با عمل می شود انشاء کرد. ما می گوئیم بلاشبهه و لاریب هیچ تردیدی در این وجود ندارد. با اشاره هم گاهی ممکن است انشاء کنیم مثل اشاره مفهوم اخرس. در این بحثی در این نیست که با اشاره، با عمل، با فعل مخصوصا اگر توأم با قرائنی حتی قرائن لفظی بشود می شود با آن انشاء کرد. حتی انشاء همین معاملات. انشاء بیع کرد، انشاء وقف کرد، انشاء صدقه کرد، ما در این هیچ بحثی نداریم. ولذا مثل آقای خوئی ره در مصباح الفقاهه و همینطور دیگران می گویند می شود با این انشاء کرد و مرحوم سید هم می گوید مقتضی التحقيق این است که عموماً هست و اینها مصداق هستند.

کار متبایعین تسبیب برای اعتبار عقلائی است

اما یک حرف مهم دیگری وجود دارد. در بحث خلطی دارد می شود و آن این است که: اطلاعات و عمومات درست است که موضوعش بیع عرفی، صلح عرفی، رهن عرفی و وقف عرفی است، و عرف هم انشاء با عمل هم می کند، و لکن یک دقتی اینجا لازم است:

آن مصداقی که می خواهد مورد احل الله البیع واقع یا اوفوا بالعقود واقع بشود، باید مورد اعتبار عقلائی هم باشد. بیع نه فقط پیش شارع، پیش خود عقلاء هم امرٌ تسبیبی. امرٌ تسبیبی من المتعاقدين. یعنی چه امرٌ تسبیبی؟

فرق است بین انشاء تملیک و اعتبار عقلائی تملیک

یعنی در باب عقود یک موجب داریم و یک قابل داریم، آن چیزی که مباحثی متبایعین است ایجاب و قبول آنها است. ایجاب و قبول بیع نیست. این ایجاب و قبول موضوع واقع می شود برای اعتبار عقلائی در تملیک و تملک. آنوقت کار متبایعین می شود تسبیب برای اعتبار عقلائی. آن تملیک و تملک اعتبار عقلائی وقتی واقع شد آنوقت می گوئیم بایع تملیک کرد عین را بعوض. اگر انشاء و قبول متبایعین موضوع اعتبار عقلائی واقع شد، آنوقت است که ما می گوئیم بایع تملیک کرد عین را به عوض و مشتری هم قبول کرد. و الا قبلش دو تا انشاء است. در خانه ممکن است من بایع و مشتری با هم بنشینیم و یک حرفهایی با هم بزنیم ولی عقلاء اصلاً به اینها هیچ اعتناء نکنند. این تملیک نیست.

سؤال وجواب: تملیک شخصی که فائده ندارد. آن تملیک شخصی مباحثی است و انشاء تملیک است. حالا بعضی می گویند اعتبار تکلیف، که ما بحث کردیم و محقق اصفهانی هم بحث کرده اند که کار متبایعین اعتبار تملیک است یا انشاء تملیک است. ما بین انشاء و اعتبار فرق می گذاریم. اما این اصلاً مهم نیست، برفرض اعتبار تملیک کنند، اما اعتبار شخصی تملیک در خانه ادله امضاء نیست. اوفوا بالعقود عقد میان عقلاء را می گوید نه عقد در خانه که دو نفر خودشان بگویند ولی عقلاء عقد ندانند. این را باید بحث کرد.

دعای وحید بهبهانی در نبودن بناء عقلائی

این بحث خیلی مهمی است. حتی یک علامه ای مثل وحید بهبهانی که حسابی در اینجا مخالف معاطات است و می گوید اصلاً صدق بیع و عقد نمی کند و صحت سلب دارد، ولی یک دعوایی می کند که این دعوا مشکل است. می گوید در باب الفاظی مثل بیع و... جای تبادر است نه جای بناءهای عقلائی.

ولی من می گویم درست است که وقتی ما می گوئیم اوفوا بالعقود یا احل الله البیع، ما با لفظ و مفهوم بیع کار داریم. بیع باید عرفی باشد. ولی این بیع عرفی باید پشت سرش یک اعتبار عقلائی باشد والا مصداق بیع عرفی نیست. بیع عرفی که عبارت باشد از تملیک عین بعوض، که بعضی در تعریف بیع می گویند، آنها تملیک تسبیبی را می گویند نه تملیک مباشری را.

تملیک تسبیب هم صحت و فساد دارد

مراد از تملیک تسبیبی تملیک صحیح نیست. چون تملیک تسبیبی هم صحت و فساد دارد. یعنی کار مباشری که متبایعین انجام می دهند که موضوع برای اعتبار عقلاء می شود، گاهی توأم می شود با قیودی که عقلاء می گویند، می شود تسبیب تملیکی که صحیح است، گاهی همراه نیست. مثلاً فرض کنید عقلاء در بحث ایجاب و قبول ماضویت را اخذ کرده اند. اینهایی که بدون صیغه ماضی ایجاب و قبول می کنند تسبیب کرده اند، منتهی تسبیبشان واقع نشده، ملک عقلائی واقع نشده می شود فاسد.

موضوع اطلاقات و عمومات مثل احل الله البیع صحیح عرفی است

عرض ما این است که بیع بالحمل الشایع واقع نشده است. ما نمی گوئیم بیع لفظش برای صحیح وضع شده است. اما بیع صحیح عرفی موضوع احل الله البیع است. این را دقت کنید در بحث صحیح و اعم اهل دقت اثر بار کرده اند. گفته اند فایده صحیح و اعم اینجا است، ولیکن در جائی که صحیح عرفی مفروض باشد. یعنی چه؟ یعنی واضح است که شارع نمی خواهد با احل الله البیع بیع فاسد عرفی را تصحیح کند. اینکه واضح است. بیع باید صحیح عرفی باشد، که ما شک کنیم که این بیع صحیح عرفی نزد شارع هم صحیح است یا نه، با عمومات و اطلاقات تصحیح می کنیم عند الشارع را. یعنی بحث صحیح و اعمی که ما در آنجا می

کنیم اینطوری باید در آن دقت کنیم که ما نمی خواهیم فاسد عرفی را هم با اطلاعات و عمومات تصحیح بکنیم. اینکه واضح است.

حالا در بحث ما عرض ما این است که آن چیزی که خیلی سهل می شود قبول کرد این است که همانطور که با قول انشاء می کنیم با فعل هم می توانیم انشاء کنیم بلا شبهه و لا ریب. انشاء عناوین هم می توانیم بکنیم، گرچه در برخی از عناوین دشواری هایی در فعل هست که بعدا عرض می کنیم که در کلمات برخی از فقهاء هم آمده است که در عمل دالش خیلی مشکل می شود. این را هم راحت می شود پذیرفت.

انشاء عملی وقف اول الکلام است که وقف عند العقلاء باشد

اما بحث مهم این است که آیا همین انشاءات {به وسیله فعلی} که دارد واقع می شود نزد خود عقلاء آن را اعتبار {آن سبب خاص عقلائی} کرده اند؟ من می گویم در وقف همچنین چیزی نیست. همانطوری که در سیره گفتیم در اینجا هم همین را عرض می کنیم. چه کسی گفته است که در باب وقف، عقلاء انشاء را به فعل هم که انجام بدهند اعتبار وقفیت می کنند؟ چه کسی این را گفته است؟ مخصوصا در مهم امور. در بیع هم همین را می گویم. می گویم واقعا از عجائب است که مثل شیخ ره با آن عظمت ودقت که واقعا انسان را متحیر می کند اما اینجا به راحتی می گوید انکار این مکابره است. واقعا انکار بیع، یعنی انکار بیع عرفی مکابره است؟ بله انکار بیع انشائی مکابره است، ما این را قبول داریم، بیع انشائی محقق می شود، اما بیع انشائی بیع عرفی نیست که موضوع احل الله البیع باشد.

ما یک انشائی بین متبایعین داریم، این انشاء موضوع یک اعتبار عقلائی واقع می شود تا بیع عند العقلاء یاوقف عند العقلاء و عند العرف {محقق} شود. ما می گوئیم همین اول کلام است. ما می گوئیم چه کسی گفته با عمل وقف که با آن ما انشاء هم کرده ایم وقف عند العقلاء واقع می شود؟ ما اصلا در بحث سیره همین را انکار کردیم. نخیر واقع نمی شود. آنوقت شما چطور احل الله البیع درست کردید.

روی این مطلب فکر کنید تا روز شنبه انشاءالله.

باسمه تعالی

- ۱۵۹..... خلاصه بحث تمسک به سیره در صحت وقف معاطاتی
- ۱۶۰..... دلیل دوم: تمسک به اطلاقات.....
- ۱۶۱..... خلط بین انشاء و بین تحقق بیع و تسبیب معاملی در کلمات برخی از فقهاء.....
- ۱۶۱..... تحقق دو امر در معاملات: انشاء و اعتبار عقلائی.....
- ۱۶۲..... موضوع عمومات بیع عرفی است نه صرف انشاء متبایعین.....
- ۱۶۳..... برای شمول اطلاقات احراز عنوان عقد لازم است.....
- ۱۶۴..... بین اعتبار مبرز و بین ملکیت و اعتبار عقلائی فاصله است.....
- ۱۶۵..... عبارات آقای خوئی در بیان کافی دانستن انشاء ولو بالفعل.....
- ۱۶۵..... اشکال به کلام آقای خوئی ره.....
- ۱۶۶..... بیع شخصی در نزد عرف بیع نیست.....
- ۱۶۷..... احل الله البیع در مقام تشریع امضائی است.....
- ۱۶۷..... موضوع باید عرفی باشد.....
- ۱۶۸..... مراجعه ما به عرف در مفهوم است نه مصداق.....
- ۱۶۸..... در اموری که خود عرف ایجاد می کند مثل بیع، ما در مصداق هم تابع عرف هستیم.....

خلاصه بحث تمسک به سیره در صحت وقف معاطاتی

بحث در صحت یا عدم صحت معاطات در وقف بود.

عرض کردیم ادله قائلین به صحت معاطات در وقف حسب آنچه که در مستنداتشان بیان کرده اند متعدد است. ولی

دو دلیل از همه مهمتر است که در السنه محققین دائر است:

یکی ادعای سیره است. می گویند ما سیره قطعیه داریم بر عمل به معاطات در وقف. کما اینکه در بیع و برخی معاملات دیگر هم {چنین ادعایی} داریم. البته {مدعیان این ادعا} مختلف اند، برخی تفصیل می دهند و می گویند این سیره قطعیه در اوقافی است که در آنها مصالح عامه هست، مثل مساجد و قنایر و امثال ذلک. ولی عده ای دیگری می گویند سیره مطلق است و در همه انحاء اوقاف اعم از آنهایی که برای مصالح عامه اند مانند مساجد و پل ها و مشاهد شریفه و امثال ذلک، و آنهایی که اوقاف خاصه اند مانند اوقاف بر ذریه و امثال آن، در همه اینها سیره در عمل به معاطات منعقد و جاری است.

این یک دلیل بود که به تفصیل بحث کردیم که به نظر ما این ادعا درست نیست.

البته در بیع در امور غیر خطیره مثل خرید سبزی و {یا امور غیر خطیره از عقود دیگری همچون اجاره مثل} پول تاکسی دادن و امثال آن بعید نیست سیره واقع باشد و معاطات درست باشد. اما در امور خطیره این وقوع سیره حتی در بیع هم قابل تأمل است. کما اینکه شیخ ره بعد از آن همه کر و فری که در بحث معاطات انجام داد، آخرین حرفش قبل از بیان نقلی که ایشان دارد که «إنما یحرم الکلام و یحلل الکلام» آخرین حرف این شد که یمكن أن یقال که در باب سیر عقلائی در امور خطیره سیره ای بر عمل به معاطات وجود ندارد، ولی در امور یسیره و غیر خطیره بعید نیست سیره باشد. ولی ما در وقف در امور غیر خطیره هم شبهه داریم که آیا همانند بیع {معاطاتی در امور غیر خطیره} درست است یا نه؟ قابل بحث است. حتی اگر شک کنیم اصالة الفساد محکم است. ولذا با سیره در باب وقف نمی شود معاطات را ثابت کرد.

دلیل دوم: تمسک به اطلاقات

عرض کردیم دلیل مهم دیگری که به صورت گسترده در فرمایش بزرگان وارد شده است تمسک به اطلاقات است. اطلاقات هم دو گونه اند: اطلاقات عمومی و اطلاقات خاص هر عنوانی. مثلاً در مثل بیع هم بحث «اوفوا بالعقود» را مطرح می کنند و هم «احل الله البیع» را. هم می گویند اطلاق «اوفوا بالعقود» در بیع محکم است و هم «احل الله البیع» که اطلاق خاص باب بیع است. همین حرف را در سائر معاملات مثل صلح و اجاره و وصیت و غیره هم ادعا کرده اند و از جمله وقف. می گویند در وقف هم اطلاقات عمومی و خصوصی هر دو هستند.

این دلیل دوم بود.

خلط بین انشاء و بین تحقق بیع و تسبیب معاملی در کلمات برخی از فقهاء

عرض ما این بود که ما وقتی به کلمات فقهاء در این بحث مراجعه می کنیم یک مشکلی در کلماتشان می بینیم. و آن مشکل این است که بعضی از فقهاء در مقام استدلال به اطلاقات سریع می گویند واضح است که با فعل نیز مانند قول انشاء محقق می شود. گویی اگر این حرف روشن شد که با فعل هم می شود مثل قول انشاء کرد، دیگر هم {تمسک به} «اوفوا بالعقود» تمام است و هم {تمسک به} «احل الله البيع».

البته برای اینکه انصاف داشته باشیم نباید بگوئیم همه فقهاء اینطور هستند. برخی از فقهاء واضح است که متفطن هستند که بین انشاء و بین تحقق بیع فاصله است که عبارتها را می خوانیم. در بعضی کلمات هم هر دو حرف هست، مثل مرحوم امام که در صدر بحثشان یک چیزی می فرمایند، ولی در ذیل می گویند آن چیزی که گفتیم مقصود این نیست که با هر انشائی می شود بگوئیم عنوان معامله صدق می کند. معلوم می شود ایشان متفطن به این نکته است.

ما با هر دو گروه حرف داریم ببینیم نتیجه فرمایش حرفشان چه می شود.

از جمله کسانی که به نظر می آید خیلی سریع می گویند چون با فعل هم مثل قول انشاء {محقق} می شود، پس مقتضای قاعده اولیه صحت معاطات است، مرحوم آقای خوئی است.

ایشان در مصباح الفقاهة هم در همین بحث {وقف} و هم قبل از این در بحث بیع می فرماید که مقتضای قاعده عبارت است از شمول اطلاقات و عمومات نسبت به این معاملاتی که با فعل انشاء می شوند.

این از آنجاهایی است که ما اشکال داریم به اینکه تفطن نکرده اند که بین انشاء با تسبیب معاملی فاصله است. ببینید حرفی که ما آخر جلسه گذشته گفتیم این است که در تمام {معاملاتی} که تسبیب معاملی وجود دارد مانند بیع، صلح، اجاره یا وقف دو کار {در خارج} واقع می شود:

تحقق دو امر در معاملات: انشاء و اعتبار عقلائی

یکی کار مُنشئ است که انشاء می کند، حالا اگر گفتیم {معامله} عقد است موجب و قابل هر دو باید انشاء کنند، و اگر گفتیم {معامله} ایقاع است فقط همان یک طرف انشاء می کند.

کار دوم کار عقلاء است، که عبارت از اعتباری است که در موضوع انشاء شده دارند. یعنی انشاء موضوع می شود برای اعتبار عقلائی. {پس هر وقت متبایعین انشاء تملیک و تملک کنند عقلاء نیز اعتبار می کنند که مشتری مالک مبیع باشد و فروشنده مالک ثمن}

لذا محققى مانند محقق اصفهانی که اهل دقت است می گوید بیع یا تملیک بیعی انشائش از ناحیه متبایعین مباحثی است اما تملکیش تسبیبی است.

مرادشان از تملیک تسبیبی ملکیتی است که به اعتبار عقلاء حاصل می شود و نمی شود از ناحیه متبایعین حاصل شود زیرا «اعتبار کل معتبر قائم بنفس المعتر» نه به کس دیگری. من که فروشنده هستم و طرف مقابل که خریدار است {وقتی} با هم می نشینیم و انشاء بیع می کنیم یعنی تملیک عین به عوض می کنیم و قابل هم می گوید قبول، دو تا انشاء است. البته انشاء مباحثی از منشی است، اما بیع به معنای تملیک عین به عوض صرف همین انشاء نیست.

موضوع عمومات بیع عرفی است نه صرف انشاء متبایعین

این را دقت کنید، چون با این مقدمه با حرف آقای خوئی کار داریم. بیع به معنای تملیک به عوض مباحثی متبایعین نیست. آن بیعی که ما بحث می کنیم و موضوع «احل الله البیع» و امثال آن است بیع عرفی است. بیع عرفی عبارت است از تملیک عقلائی. نه تملیکی که در خانه خصوصی انشاء می شود که من با بیع با مشتری می نشینم و می گویم من فروختم و او می گوید خریدم، من انشاء می کنم تملیک را (یا اعتبار می کنم، که مهم نیست) او هم می گوید قبول دارم. اینها نیست. چرا؟ چون بیع به معنای «تملیک بعوض» یعنی آن چیزی که نزد عرف بیع باشد. و وقتی نزد عرف بیع است که عقلاء خودشان اعتبار ملکیت داشته باشند.

اینجا از آنجاهایی است که تحقق یک امر واقعی که اعتبار عقلاء است دخیل در صدق معنا و در صدق این لفظ است. برای اینکه بیع عرفی صدق بکند باید اعتبارات عرفی وجود داشته باشد، یعنی عقلاء اعتبار ملکیت داشته باشند.

خب چه می خواهیم بگوئیم؟ می خواهیم بگوئیم بین انشاء متبایعین در بیع یا انشاء متصالحین در صلح و امثال آن و بین اعتبارات عقلائی فاصله است. تارة هر انشائی {به هر صورت که محقق شود} موضوع اعتبار عقلائی است. اخری این انشاءات با خصوصیات موضوع اعتبار عقلائی هستند.

این مقدمه اول

برای شمول اطلاقات احراز عنوان عقد لازم است

مقدمه دوم این است که در باب اطلاقات و عمومات مثل احل الله البیع، اوفوا بالعقود و امثال آن، ما باید احراز کنیم عنوان بیع را ولو بیع عرفی را. بدون احراز کافی نیست. و عنوان بیع به حسب مقدمه اول به صرف انشاء متبایعین حاصل نمی شود. بلکه این انشاء باید موضوع اعتبارات عقلائی بشود، عقلاء اعتبار ملکیت داشته باشند، صدق بکند هذا تملیک عرفی، تا بگوئیم که متبایعین تملیک تسبیبی کرده اند، یعنی موجب شده اند که عقلاء اعتبار ملکیت داشته باشند.

پس با مقدمه اول باید صدق را درست کنیم. بعد که صدق درست شد احل الله البیع و اوفوا بالعقود در بیع می آید. در وقف هم همین است.

سؤال وجواب: بیع فاسد عرفی هم داریم. واضح است که «احل الله البیع» بیع صحیح عرفی را می گیرد. اما انشاء تملیک به عوض از ناحیه متبایعین که به قصد تملیک باشد ولی عقلاء برای آن اعتبار ملکیت نکنند می گویند بیع فاسد. چرا؟ چون لم یترتب علیه اثر.

سؤال وجواب: آن صحیح و اعمی که در بحث صحیح و اعم بحث می کنند صحیح و اعم شرعی را می گویند یعنی عند الشارع صحیح و فاسد باشد. کسی در آن بحث تردید نکرده است که موضوع «اوفوا بالعقود» عقد صحیح عرفی است. کسی تردید نکرده است که موضوع «احل الله البیع» بیع صحیح عرفی است. چرا؟ چون اگر نباشد مصداق بیع نیست که احل الله البیع او را بگیرد. حالا اینکه نزد عرف، بیع فاسد صدق می کند یا نمی کند او در بحث ما مهم نیست و اثری ندارد.

سؤال وجواب: بیعی که از نظر عرف بیع هست ولی صحت ندارد مجرد انشائی است که لم یترتب علیه الاثر عرفا. ...تملیک بالحمل الشایع نیست بلکه انشاء تملیک عین بعوض است. انشاء تملیک عین بعوض غیر از تملیک تسبیبی است. تملیک تسبیبی یعنی من بایع و مشتری با انشائمان کاری کرده باشیم که اعتبار عقلائی را آورده باشیم و اعتبار عقلائی مترتب شده باشد. آنوقت می گویند ما مباشرة انشاء کردیم تملیک عین بعوض را و تملیک عقلائی را بالتسبیب آوردیم. چون آن تملیک {عقلائی}، مباشری ما نیست. آن ملکیت بالحمل الشایع عقلاء که کار من نیست کار آنها است. ولی من تسبیب می کنم برای آن به اینکه موضوعش را ایجاد می کنم. در بیع سارق او انشاء می کند تملیک عین بعوض را، ولی عند العرف این اعتبار نمی آید، پس تملیک تسبیبی حاصل نشده است. ما عرضمان این است که در بحث صحیح و اعم هم که بحث می کنند صحیح و اعم عند الشارع را بحث می کنند، والا واضح است که احل الله البیع بیع صحیح عرفی است. اینها خیلی بحث ندارد.

بین اعتبار مبرز و بین ملکیت و اعتبار عقلائی فاصله است

حرف ما (که در کلمات قوم که می گردیم به نظر من خیلی مهم است) این است که ما می بینیم بعضی ها خیلی سهل معاطات را در وقف مثل بیع درست می کند و می فرمایند مقتضی القاعدة صحة معاطات در همه عقود و ایقاعات است. چرا؟ می گویند چون آن عقود عنوانشان چیزی نیست الا یک اعتبار که امر نفسانی و یک مبرز. می گویند حقیقت این عقود و ایقاعات چیزی جز این نیست، عبارت است از یک اعتبار ابراز شده. اعتبارش که نفسانی است، ابرازش هم بکل مبرز {محقق} می شود. قائلند لاشبهة که با فعل نیز مانند قول می شود انشاء کرد. و بنابر این عناوین عقود و ایقاعات حاصل می شوند. {پس} اطلاقات اعم از اطلاقات عمومی مثل اوفوا بالعقود یا اطلاقات خصوصی مثل احل الله البيع یا الصلح جائز بین المسلمین و غیره شامل اینجا هم می شود.

حالا حرف ما این است که: بین اعتبار مبرز و ملکیت عقلائیه فاصله است. بین اعتبار مبرز و تملیک تسبیبی فاصله است. و همینطور بین انشاء صلح و صلح بالحمل الشایع فاصله است. بین انشاء وقف و وقف بالحمل الشایع فاصله است. و این فاصله را اینطوری شما نمی توانید پر کنید، باید از طریق خودش پر بشود. آن طریق این است که بتوانیم اثبات کنیم که عند العقلاء این انشاءات به همین صورت یعنی با فعل نیز موضوع اعتبار عقلائی است.

من نمی گویم قطعا نیست، ولی می گویم شما تلاشی برای این کار نکردید، بلکه فرمودید عناوین این معاملات عبارت است از اعتبار مبرز بکل مبرز. این حرفتان نادرست است.

سؤال وجواب: عرض کردم فقهاء مختلف هستند. بعضی ها واضح است که متوجه هستند. بعضی مثل مرحوم نائینی با تقسیماتی که کرده است واضح است که متوجه این فرق هست. امام ره اول بحث که می گوید مقتضی القاعدة اینطور است به نظر می آید دارند خلط می کنند، اما آخر بحث می گوید آن چیزی که ما گفتیم مقتضی القاعدة است، نه اینکه هر انشائی کردیم می شود. معلوم می شود که توجه دارد که بین انشاء تا حصول عناوین معاملات فاصله است. حالا چه تلاشی کرده اند که این فاصله را پر کنند که برای ما احراز بشود که انشاء الوقف واقعا موضوع اعتبارات عقلائی برای وقف هست تا صدق عنوان وقف عرفی کند، تا اوفوا بالعقود یا ایقاعات یا مثلا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها (اگر کسی بگوید همچنین اطلاق هست) آن را بگیرد، این را باید با ما بحث کنند.

عبارات آقای خوئی در بیان کافی دانستن انشاء ولو بالفعل

حالا عبارت آقای خوئی ره را بخوانم. ایشان هم شبیه شیخ ره در تنبیه پنجم از تنبیهات ذیل معاطات که آیا معاطات در غیر بیع از عقود و ایقاعات جاری می شود یا نه، این بحث را مطرح کرده اند، می فرمایند:

«و إذا قلنا بأن القاعدة تقتضي صحة انشاء العقود و الايقاعات بكل ما هو صالح لابرز الاعتبار النفساني جرت المعاطاة في جميعها الا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص مثل النكاح»^۱.

نحوه بیان را دقت کنید. می گوید چون ما گفتیم که قاعده اقتضاء می کند صحت انشاء عقود و ایقاعات را بكل ما هو صالح لابرز الاعتبار النفساني، می گوید و إذا قلنا بأن القاعدة كذا است، جرت المعاطات في جميعها.

اشکال به کلام آقای خوئی ره

اشکال ما با اینجور بیانات است. اشکالش این است که: ما قبول داریم که انشاء انحصاری به قول ندارد بلکه با فعل هم می شود. ولذا این که ایشان قبل از این عبارت می فرماید تحقیق المقام این است که هیچ دلیلی نیامده است من النقل و العقل که بگوید انشاء مقصور به قول است. بله این حرف درستی است. خدا رحمت کند مرحوم سید عبدالاعلی سبزواری ایشان هم شبیه به این بحث کرده می فرماید لم يدل دليل من العقل و النقل بر انحصار انشاء به قول. می گوئیم بله این درست است. شاید هیچ کس نباشد این را بگوید که ما با فعل نمی توانیم انشاء کنیم. این درست است.

اینکه ما با فعل می توانیم انشاء کنیم یک حرف است، اما اینکه وقتی انشاء حاصل شد عناوین معاملات صدق می کند حرف دیگری است. این فاصله را شما چطور پر کردید که شما می فرمایید و إذا قلنا بأن القاعدة تقتضي صحة انشاء العقود و الايقاعات بكل ما هو صالح لابرز الاعتبار النفساني.

بله! با قول ابراز می کنیم اعتبار نفسانی را، با فعل هم ابراز می کنیم اعتبار نفسانی را، اما اینها موضوع عناوین معاملات نیستند.

اینکه می گویند تقتضي صحة انشاء العقود، بله صحت انشاء عقود هست، یعنی انشاء عقود با اینها صحیح است، این را بحثی نداریم می شود. اما از کجا می گوئید که خود عناوین عقود صدق می کنند؟

^۱ - مصباح الفقاهة جلد ۲ صفحه ۱۹۱

چرا می گوئیم صدق نمی کند؟ چون انشاء تازه موضوع اعتبار عقلائی است. باید ببینیم عقلاء هر انشائی را موضوع اعتبار قرار داده اند یا انشاء را با یک اوصافی موضوع قرار داده اند.

بعد می فرماید:

«ولكن الظاهر أنه لم يرد في آية ولا رواية ولا معقد اجماع انحصار المبرز في جميع العقود والايقاعات بمبرز معين».

خب مگر ما در ابراز اشکالی داشتیم؟ مهم این است که حالا آن اعتبار نفسانی که به اینها مبرز شده است موضوع اعتبارات عقلائی هست یا نه؟

بعد ایشان در اشکال به کسانی که گفته اند زوجیت و نکاح با معاطات واقع نمی شود (که بحث مفصلی دارد که چرا واقع نمی شود که به انحاء مختلفی اشکال کرده اند)، یا در ضمان مرحوم نائینی می فرمایند ضمان نقل ذمه به ذمه است، و نقل ذمه به ذمه عمل خارجی ندارد. عالم ذمه عمل خارجی نیست، پس معاطات نمی شود. ایشان (در ضمان) در جواب می فرماید: ولكن يتوجه عليه أن النقل إنما هو في عالم الاعتبار كالتملك في البيع وغيره، والاعتبار امر قائم بالنفس، واللفظ أو الفعل مبرز له، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الإشارة ونحوها^۱.

اینکه می فرماید ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً، ما سؤالمان این است که مگر بحث و مشکل در مبرزیت فعل برای اعتبار نفسانی ولو بنحو الانشاء بود که شما می فرمائید مانعی نیست و این هم ابراز می کند اعتبار نفسانی را؟! ما در این اشکال نداشتیم. بحث این است که آیا چنین مبرزی موضوع اعتبارات عقلائی در صلح یا در بیع هست؟ که ما عرض کردیم اتفاقاً نیست. همین امروز کی عقلاء می آیند یک خانه میلیاردی را با معاطات معامله می کنند؟! ولو بعد المساومه و صحبت های اولیه کجا اینطور معامله می کنند که کلید را اینجا بگذارند و ده میلیارد بگیرند و بروند؟! وقتی اعتبار ملکیت نمی کنند یعنی پس ما سیره ای بر این حرف نداریم پس همچنین اعتباری نداریم.

بیع شخصی در نزد عرف بیع نیست

سؤال و جواب: تمام حرف ما این بود که معاملات شخصی نیست، و اصلاً معامله شخصی در عالم نداریم. اگر بیع در میان عرف صدق نکند مثل اینکه دو نفر در منزل بگویند بیع واقع شده این {برای تمسک به} «احل الله البيع» کافی است؟! اینکه می گویند آقای خوئی معاملات شخصیه را قبول دارد، خیلی خوب، من می گویم «احل الله البيع» بیعی را که

^۱ - مصباح الفقاهة جلد ۲ صفحه ۱۹۳

عرف می گوید بیع است می گیرد، بیعی را که خودش اعتبار ملکیت دارد می گیرد یا بیع شخصی را می گیرد؟ آیا «احل الله البیع» بیعی را که عرف نمی گوید بیع است می گیرد؟ این معنا ندارد. اینکه ما می گوئیم بیع شخصی را قبول نداریم بحث سر لفظ نیست. سر این است که آن چیزی که موضوع «احل الله البیع» و «اوفوا بالعقود» است عقد عرفی و بیع عرفی است. نه چیزی که عرف بیع نداند. دو نفر بیع بدانند، خب بدانند ولی وقتی عرف بیع نمی داند چه فایده دارد.

سؤال وجواب: چیزی که در نفس خودش اعتبار کرده و با یک لفظی هم گفته عرف به این عقد نمی گوید. اول باید بگوئید هست بعد بگوئید اطلاق دارد. اطلاق یعنی سریان طبیعت در کثراتی که مال همین طبیعت باشد. اول بگوئید عقد هست عرفا یا بیع هست عرفا. اگر بیع عرفی هست پس چرا می گوئید دو نفر؟ پس ملکیت اعتبار شده است دیگر.

سؤال وجواب: بله اگر شرع بخصوصه بگوید بیعی که دو نفر می کنند بدون اینکه صدق عرفی بکند همینکه انشاء کرده اند من قبول دارم، فرمایش شما صحیح است.

احل الله البیع در مقام تشریح امضائی است

سؤال وجواب: چه کسی می گوید احل الله البیع مشرّع نیست. در اینکه به احل الله البیع دارد جعل می شود که بحث نداریم. می خواهیم بگوئیم موضوعش چیست. پس مشرّع است اما مشرّع چیست. امضاء هم مشرّع است. اما اینکه تأسیسی یا امضائی بودن در این بحث ما فرقی نمی آورد، چون می خواهیم ببینیم موضوعش چیست. بحث سر موضوع «احل الله البیع» است چه تأسیس باشد و چه امضاء باشد.

موضوع باید عرفی باشد

سؤال وجواب: اگر گفتند إغتسل وجهک بالماء و ماء هم اطلاق دارد، آیا معنایش این است که ماء عرفی باشد یا نباشد؟! باید ماء عرفا صدق بکند والا او را نمی گیرد. بله یک بحث دیگر وجود دارد که ما مراجعه مان به عرف در مفهوم است یا در مصداق هم هست؟ ... ما نمی گوئیم ثبوتا محال است بگیرد. می گوئیم اطلاقاتی که به عرف القاء می شود موضوع باید عرفی باشد. اگر می گویند سبب برای مزاج خوب است میل بفرمائید مقصود سبب عرفی است. نه اینکه اگر کسی در خانه اش گلابی را هم سبب می داند او را هم شامل می داند.

بله شارع می تواند این کار را بکند، بگوید تمام آنچه که یطلق علیه عنوان سیب ولو از ناحیه یک نفر باشد و بقیه عرف سیب نداند، من شامل موضوع می دانم. خطاباتى که در کلمات شارع هست این خطابات القاء به عرف شده است و موضوع باید عرفی باشد. اینکه روشن است دیگر.

پس باید روی این مقدمه بحث کنید که احل الله البیع موضوعش بیع عرفی است.

اگر می گوئید نه، ببینید چرا این تکرار می شود که موضوع احل الله البیع مثلا بیع عرفی است؟ بخاطر این است که می گویند خطابات به عرف القاء شده است. نه فقط احل الله البیع، بلکه همه خطابات همینطور است.

مراجعه ما به عرف در مفهوم است نه مصداق

بله یک بحث دیگر وجود دارد که ما مراجعه مان به عرف آیا در مفهوم است یا در مصداق هم هست. البته ما به تبع اکثر محققین می گوئیم مراجعه ما به عرف در مفهوم است.

در اموری که خود عرف ایجاد می کند مثل بیع، ما در مصداق هم تابع عرف هستیم

اینکه من گفتم اگر بگوید إغسل وجهک بالماء مراد ماء عرفی است نه غیر عرفی، حال اگر یک چیزی بالحمل الشایع ماء باشد و عرف نگوید، ممکن است ما به تبع مرحوم آخوند و مرحوم آقا ضیاء و دیگران بگوئیم کفایت می کند. منتهی یک فرقی با اینجا دارد. فرقی این است که: در جاهای دیگر ما عرف را متبع در تشخیص مفهوم می دانیم نه در مصداق. گرچه برخی این را می گویند که در مصداق هم باید تابع عرف باشیم، ولی ما در مصداق تابع نمی دانیم. لذا نمی گوئیم اگر یک چیزی آب بالحمل الشایع بود ولی عرف در اثر اشتباه آب نمی داند نمی شود با آن غسل وجه کرد. این را نمی گوئیم. ولی در مثل بیع مجبوریم بگوئیم. چون در اینجا مصداق را عرف خودش ایجاد می کند. نه اینکه فهم لفظ و تبادر است بلکه اصلا ایجاد می کند تملیک را. یعنی بیع را او ایجاد می کند. بله انشائش را متبایعین ایجاد می کنند، اما ملکیت اعتباری را عرف می آورد. مصداق دیگری ندارد تا من بگویم عرف خطاء می کند. ما عرف را در اعتبارات خودش نمی توانیم تخطئه کنیم. چون اعتبار یک امری است که امرش دائر بین وجود و عدم است. عرف به هر دلیلی اگر اعتبار ملکیت داشت، بیع بالحمل الشایع حاصل می شود والا نه. نمی توانیم بگوئیم اینجا مفهوم را از عرف می گیریم و مصداقش را از جای دیگر می گیریم. جای دیگری ندارد.

بله اگر شارع خودش اعتبار ملکیت کند بحث دیگری است. اینجاها که ما داریم دنبال عرف می چرخیم مصداق دیگری نداریم. خود عقلاء (عرف در اینجا به معنای عقلاء است) باید اعتبار ملکیت داشته باشند روی انشاء متبایعین، تا مفهوم بیع عرفی صدق بکند.

در این عرضی که کردم دقتی هست که انشاء الله وقتی فردا می خواهیم فرمایش مرحوم بهبهانی را در رد مرحوم اردبیلی در مجمع الفائدة نقل کنیم، آنوقت این نکته روشن می شود که بحث مفهوم و مصداق در اینجا خصوصیتی دارد، مثل إغسل وجهک بالماء نیست.

الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۱۷۰ خلاصه بحث گذشته
- ۱۷۱ ادامه بررسی نظر محقق خوئی ره
- ۱۷۲ اشکال معاطات در تحقق مسبب عقلائی با انشاء فعلی متباین است
- ۱۷۳ تهافت صدر و ذیل کلام حضرت امام قده
- ۱۷۴ عدم صحت ادعای حضرت امام قده مبنی بر اینکه اصل، حصول مسبب با انشاء فعلی است
- ۱۷۴ نقض به کتابت برای اثبات اینکه لفظ برای احتیاط است وارد نیست
- ۱۷۶ آیا الفاظ وضع شده اند للمسبب أو المسبب
- ۱۷۶ کلام مقدس اردبیلی رحمه الله و اشکال مرحوم بهبهانی قدس سره به ایشان
- ۱۷۸ اختلاف در وضع الفاظ للمسبب أو المسبب دخیلی در بحث ما ندارد
- ۱۷۹ بررسی اطلاقات در باب وقف
- ۱۷۹ لزوم بررسی شمول اطلاقات عامه بر وقف در صورت ایقاع بودن آن
- ۱۸۰ بررسی اطلاق « الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها »
- ۱۸۱ عدم امکان تمسک به اطلاقات عامه برای تصحیح وقف معاطاتی

خلاصه بحث گذشته

بحث در این بود که آیا معاطات در وقف جاری است یا نه، و {در صورت جریان} بالاطلاق است یا نه؟

عرض کردیم قائلین به جریان، ادله ای آورده اند که عمده اش دو دلیل است. یکی سیره که مفصل بحث کردیم، که به نظر ما تمام نیست، نه سیره در زمان حال مسلم است، و نه اتصالش به زمان معصوم و عدم ردع آن مسلم است.

دلیل مهم دیگر اطلاقات است که خیلی از فقهاء به آن تمسک کرده اند، کما اینکه خیلی از فقهاء قائل به جریان معاطات در وقف به سیره تمسک کرده بودند.

منتهی عرض ما این بود که تمسک به اطلاقات عامه و خاصه اولاً منوط است به اینکه خود این اطلاقات ثابت باشد و ثانیاً به اینکه موضوعش محرز باشد.

اشکالی که در جلسه قبل مطرح کردیم این بود که اگر شما کلمات فقہائی را که قائل به نفوذ معاطات در وقف هستند ببینید عمدتاً از این طریق است که تحقق موضوع اطلاق را سهل گرفته اند و می گویند واضح است که {وقف محقق} است. چون واضح است که با فعل نیز مانند قول می توان انشاء کرد.

عرضی که ما دیروز داشتیم این بود که در این کلام یک سستی هست. فاصله است بین انشاء متبایعین در بیع معاطاتی یا انشاء وقف {در وقف معاطاتی} و بین حصول مسبب {بیع یا} وقف؛ و برای تمسک به اطلاق نیاز به مسبب است. {بنابراین} فاصله بین تحقق انشاء از متبایعین تا حصول مسبب و ملکیت، فاصله مهمی است.

بله ممکن است بگویند عند العقلاء انشاء فعلی و قولی یکی است، پس یحصل الملكية بكل انشاء. ولی عرض ما این است که شما باید به این فاصله توجه کنید. آنوقت در باب وقف ادعا کنید بین عقلاء دارج است که همانطور که با قول انشاء می کنند با فعل هم انشاء می کنند، و با این کار مسبب یعنی وقف بالحمل الشایع عند العرف و العقلاء حاصل می شود، آنوقت این {وقف} موضوع اطلاقات قرار می گیرد.

ادامه بررسی نظر محقق خوئی ره

عرض ما این بود که بعضی از عبارات فقهاء یک جوری است که گویی به این مسئله توجهی نداشته اند. از همه روشن تر فرمایش مرحوم آقای خوئی در مصباح الفقاهة است. دیروز بخشی از سخنان ایشان را خواندیم. ایشان می فرماید^۱:

«بل إنما التزمنا بمشروعية المعاملات المعاطاتية من ناحية قيام الفعل مقام القول في ابراز الامور النفسانية».

می گوید همینکه فعل مثل قول می تواند اعتبارات نفسانی را ابراز بکند، ما معاطات در معاملات را قبول کردیم.

عرض من این است که: یکوقت بحث این است که چه چیزی مبرز ما فی الضمیر است و اعتبارات نفسانی ما را چه چیزی ابراز می کند. خب این یک امر تکوینی است. مسلماً فعل مثل قول می تواند با یک قرائنی ابراز بکند. این بحثی ندارد.

^۱ - مصباح الفقاهة جلد ۲ صفحه ۱۹۳

اشکال معاطات در تحقق مسبب عقلائی با انشاء فعلی متبایعین است

اما اشکال در معاطات این نیست. این نیست که یک عده ای گفته باشند که فعل نمی تواند مبرز ما فی الضمیر باشد. بلکه بحث در این است که آیا انشاء فعلی عند العقلاء موضوع قرار گرفته است برای تحقق مسبب عقلائی أم لا. شما این را نمی گوئید. شما اگر می خواستید استدلال کنید باید اینجور استدلال می کردید که مبرز فعلی للاعتبار النفسانی موضوعٌ للمسبب العقلائی كما يكون المبرز اللفظی موضوعا، که مسبب عقلائی مترتب می شود بر اعتبار نفسانی مبرز به فعل كما اینکه این مسبب مترتب می شود بر اعتبار نفسانی مبرز به لفظ. این را باید می گفتید ولی نگفتید.

همچنین ایشان در جواب مرحوم نائینی در ضمان فرموده اند:

«وعلى هذا فلا يختص الانشاء الفعلى بالإعطاء والاخذ الخارجيين، بل يجرى ذلك فى جميع ما هو قابل لابرز الاعتبار النفسانى من الإشارة و غيرها».

همه اش بحث را روی این برده اند که آن اعتبار نفسانی اگر قابل ابراز با چیزی باشد، این تمام است و الا نه. یعنی اینطور تسهیل کرده اند قول به معاطات را در جميع معاملات.

بعد می فرماید:

«وعلى الجملة إن القاعدة الاولى تقتضى جريان المعاطات فى جميع العقود و الايقاعات، بداهة أنها ليست الا اعتبارات النفسانية المبززة بمبرز خارجى فعلى أو قولى، فإنه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الايقاع فيكون مشمولاً للعمومات».

می گوید این عقود و ايقاعات چیزی جز اعتبارات نفسانی مبرز به هر چیزی اعم از قول و فعل نیستند.

بعد گفته اند البته یک جاهایی شارع دخالت کرده است مثل باب نکاح که گفته به لفظ باشد یا باب طلاق باید اینجور باشد.

اشکال ما این است که شما در اینجا به فاصله بین انشاء و ترتب سبب یا توجه نکردید یا غفلت کردید.

دیگرانی هم مثل این صحبت کرده اند، ولی به نظر می آید آنها توجه دارند ولی به سهولت عبور می کنند. گویی عند العقلاء، مسلم است که انشاء فعلی هم موضوع مسبب و اعتبارشان هست.

تهافت صدر و ذیل کلام حضرت امام قده

مثلاً حضرت امام قده در اول کلام یک حرفی شبیه همین دارند، می فرمایند^۱:

« مقتضی القاعدة جريان المعاطاة في كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل، فإنّ الفعل كالقول آلة للإيجاد و الإيقاع الاعتباري، و مع الإيقاع كذلك يصير المنشأ مصداقاً للعناوين العامة و الخاصة، و دليل صحّتها و لزومها هو الأدلة الخاصة أو العامة».

عبارت اول ایشان که می گوید مقتضای قاعده این است که در هر عقدی یا ایقاعی معاطات می آید و استدلال می کنند به اینکه فعل مانند قول، آلت برای انشاء است. خب این شبیه فرمایش آقای خوئی است. ما می گوئیم این حرف درست نیست و سهل اندیشی است. چون بعد چه می شود؟ چون اصلاً بحث سر این نبود. بحث سر این است که بیع عرفی واقع می شود یا نه. بحث سر این است که وقف عرفی واقع می شود یا نه.

در نهایت حضرت امام قده به مسبب شرعی توجه دارند

منتهی حضرت امام قده در عبارت بعدی ادعا می کنند که وقتی این آلت ایجاد شد با ایجادش «يصير المنشأ مصداقاً للعناوين العامة». این منشأ مصداق عناوین عامه می شود. می شود وقف، می شود بیع، می شود صلح. به نظر می آید می خواهند ادعا کنند که مسبب حاصل می شود.

در صفحه بعد ایشان می فرماید:

« و ما قلنا: من أنّ القاعدة تقتضي أن تجري المعاطاة في مطلق المعاملات، ليس المراد منه أنّ كلّ فعل أو إشارة و نحوها يمكن أن يكون سبباً، بل لابدّ في الأسباب أن تكون عقلائية، ففي مثل الوصية للعتق بعد الموت أو التملك بعده و إن أمكن إفهامها بالإشارة و نحوها، لكن ليس مثل تلك الأفعال أسباباً عقلائية».

این حرف درستی است. پس حضرت امام قده برخلاف آقای خوئی ره با اینکه شروعش آنجور بود اما ختمش اینطوری است که توجه دارد که انشاء یک مقام است، حصول مسبب مقام دیگری است، و باید مسبب عقلائی مترتب بشود.

۱- کتاب البیع، جلد ۱ صفحه ۲۶۷ تنبیه خامس ذیل معاطات

عدم صحت ادعای حضرت امام قده مبنی بر اینکه اصل، حصول مسبب با انشاء فعلی است

منتهی با توجه به این چرا می گوئید اصل این است؟ باید شما تحقیق کرده باشید که در میان عقلاء هر کجا که انشاء کردند مسببش هم دنبالش هست. خب کجا همچنین تحقیقی شده است؟ من فکر می کنم فقه اینجاها که می رسد باید کارهای دیگری هم بکند. اینکه بگوئیم تمام عقلاء در عالم اینطور کار می کنند که به صرف انشاء متبایعین در خانه خودشان به هر کیفیتی که ما فی الضمیر را ابراز کنند مسبب هم عند العقلاء حاصل می شود، واقعا اینطوری است؟! البته حضرت امام قده که از سنخ ابرازی نفرموده بودند بلکه انشاء بالآلة گفته بودند.

پس ایشان ولو توجه کرده اند که مسبب باید باشد، اما اگر اینطور است چرا فرموده اند اصل این است؟ مگر ما تحقیق کرده ایم که عقلاء همه جا مسبب را مترتب می کنند؟ کجا همچنین تحقیقی شده است؟

و من می خواهم بگویم درست بر عکس است. در مثل بیع در امور هامة واقعا عقلاء همچنین کاری می کنند؟ همانطور که در سیره انکار کردیم اینجا هم عین همانجا است. آیا عقلاء واقعا به انشائی که طرفین به فعل می کنند ترتب مسبب می کنند؟ یک کارخانه پانصد میلیارد تومانی را با معاطات می فروشند؟ یعنی کلید کارخانه را آنجا می گذارند و یک چک پانصد میلیاردی می گیرند و می روند؟! ولو بعد المساومه باشد، مساومه کرده اند قبول، چون اینها در معاطات هم می آید، اما بعد که تمام شد در مقام معامله یک کلید آنجا می گذارند و یک چک پانصد میلیاردی می گیرند و می روند؟! این واقعا یک ادعایی است. من فکر می کنم در مراتب بسیار پائین تر هم اینطور معامله نمی کنند. خود شما هم که می روید در بنگاه یک خانه کوچک بخرید هیچوقت اینطور معامله نمی کنید. ولو مساومه هم کرده باشید و چک وچونه هم زده باشید اما اینطوری نمی روید چیزی را بخرید.

نقض به کتابت برای اثبات اینکه لفظ برای احتیاط است وارد نیست

حتی ممکن است کتابت را که عده ای به عنوان نقض می آورند و می گویند الفاظ هم مثل کتابت از باب احتیاط است. اتفاقا می گویم نه. ممکن است کسی بگوید اصلا در سیر عقلائیة جدید در یک مراتبی کتابت هم داخل معامله است. این تسجیل ها هم داخل در معامله است، چه می دانیم. اینها را باید دقت کرد. شاید قائل باشند که در ترتب مسبب باید تسجیل کنیم.

ما که در قوه قضائیه بودیم بعد از شورای نگهبان بود. در شورای نگهبان در حدود سال ۸۰ از قوه قضائیه یا کمیسیون حقوقی مجلس چیزی آورده بودند که بیايند کاری کنند مثل برخی کشورهای دنیا که اگر ملکی ثبت نباشد مالکیت آن را هم نپذیرند مگر اینکه در دادگاهی ثابت شود. یعنی اگر ثبت قانونی نباشد اصل بر عدم مالکیت باشد.

ما در شورای نگهبان گفتیم این خلاف شرع است و آن زمان جلو آن را گرفتیم.

وقتی رفتیم در قوه قضائیه، دیدیم سازمان ثبت و عده ای بسیار بر این حرف مصر هستند. ما هم مقاومت کردیم گفتیم این حرف درست نیست.

چون معنایش این است که اگر پدری خانه اش را به پسرش فروخت یا صلح کرد و دست نوشت هم نوشت و شاهدین هم امضاء کردند، بگویند این برای اثبات مالکیت آن طرف کفایت نمی کند و باید حتما سازمان ثبت یک برگه ای بدهد و پشتش را امضاء کرده باشد. ما گفتیم این انحصار خلاف شرع است.

عرض من این است که در دنیا الان ممکن است عده ای اینطور فکر کنند که حتی کتابت از متممات ملکیت باشد. ممکن است.

حالا ما این را نمی گوئیم که یک احتیاط دو آتشه است. اما اینکه لفظ لازم باشد و به فعل کافی نباشد ولو از باب اینکه معمولا فعل در افاده و دلالتش ضعیفتر از لفظ است یک حرف معقولی است. و واقعا هم سیره عقلاء این نیست که بیايند معاملات خطیره را بر اساس معاطات انجام بدهند.

پس اشکال من در اینجا دو تا {اشکال کبروی و صغروی} است: {اشکال کبروی} به شیوه بیان آنها است، که شما چرا بحث نمی کنید که آیا در اینجا مسبب هست یا نیست. {اشکال دوم} اینکه به لحاظ صغروی هم ادعایتان غلط است و مسیبی در کار نیست.

سؤال: ظاهرا بین مقام ثبوت و اثبات تفاوت می گذارند. در ماده ۲۲ قانون ثبت هم هیمنجور است که در غیر منقول کسی را صاحب ملک می دانند که ثبت کرده باشد. یعنی همانجا هم که حقوقدان ها بحث می کنند یک بحث در مقام ثبوت است که اصلا آیا {معامله} واقع شده است و نقل و انتقال صورت گرفته، آنجا می گویند نقل و انتقال صورت می گیرد.

جواب: من نگفتم در ثبت متمم سبب می دانند. ثبوت را قبول دارم، منتهی اثرش در دادگاه ها ظاهر می شود.

سؤال: آقای خوئی هم کأن می خواهد بگوید آنچه در نفس انسان هست و ابراز می کند {عقلاء} این را به رسمیت می شناسند.

جواب: آقای خوئی این حرف را نزده است. بلکه حضرت امام ره فرموده است. آقای خوئی فقط اصرار می کند عقد چیزی نیست الا اعتبار نفسانی و مبرزش. می گوید اصل شمول اطلاقات است. چرا؟ چون دو تا رکن تمام است، هم اعتبار هست و هم مبرز هست، چون فعل مثل قول مبرز است. ما می گوئیم یک فاصله دیگری دارد، اطلاقات زمانی شامل می شود که مسبب هم باشد. شما علاوه بر اینکه زحمت می کشید می گوئید فعل هم کالقول مبرز است، باید بگوئید عند العقلاء موضوع اعتبار و مسببشان هم هست. اما ایشان این را نگفته است. ولی حضرت امام قده گفته اند. ولو ایشان اول آنطور می فرمایند، ولی در پائین می فرماید باید مسبب باشد یعنی ما که در معاطات گفتیم اصل و قاعده اقتضاء می کند مقصود این است که عقلاء باید بگویند. حالا ما سؤالمان از حضرت امام قده این است که اگر عقلاء باید بگویند چطور اصل پیدا کردید؟ مگر ایشان ادعا کند برای همه واضح و بدیهی است که عند العقلاء هر انشاء فعلی ای موضوع مسببشان هست. اگر کسی ادعا کند مطلب دیگری است.

سؤال و جواب: من قبلا اشاره کردم گاهی واقعا احتیاط آن سبب غائی جعل عقلائی و شرعی است. اشکالی ندارد. آن احتیاط مانع از حرف ما نیست. یعنی عقلاء می بینند اگر این احتیاط را نکنند بسیاری از دعاوی پیش می آید، می آیند می گویند اصلا ما این را در سببمان دخیل می کنیم. اینجور احتیاط در بحث ما مشکل ندارد. این مضر به قیام سیره بر خصوص معاملات فعلی نیست. چون آن احتیاط موجب شده است که عقلاء در سببشان چیزی را اخذ کنند. ولی گاهی در سبب دخیل نیست، بلکه احتیاطی فراتر از اعتباراتشان است، آن بحث دیگری است و نمی تواند چیزی را ثابت کند.

پس فرمایش آقایان روشن شد.

آیا الفاظ وضع شده اند للسبب أو المسبب

یک نکته دیگری که لازم است در آن تأمل کنیم - که در بحث بعدی که می خواهیم عقد و ایقاع را بحث کنیم مهم است - این است که: ما در بیع و انواع معاملات دیگر در کلمات فقهاء یک بحثی داریم که این الفاظ موضوعة للسبب (که عبارت باشد از ایجاب و قبول و انشاءات) یا للمسبب (یعنی نقل و انتقال) یا برای سببی که یتتهی الی المسبب (یعنی ایجاب و قبولی که منتهی به مسبب می شود)؟

کلام مقدس اردبیلی رحمه الله و اشکال مرحوم بهبهانی قدس سره به ایشان

مرحوم اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان {که} شرح ارشاد {است} این بحث را مطرح کرده است که می گوید: خود عنوان عقد و همینطور عناوین خاصه مثل بیع و امثال ذلک اصطلاحات مختلفی دارد:

قد يطلق على نقل الملك و انتقاله، و قد يطلق على التلفظ بالعبرة الدالة على النقل و الانتقال و ايشان می گوید ممکن است ايجاب و قبول و صيغه هم همین لفظ باشد.

بعد ايشان می فرماید اولی یعنی ايجاب و قبول حقیقی است. و الثانی که هو الاثر و المسبب و الغاية الحاصلة بالبيع می گوید این هم به اولی برمی گردد. بعد اینجا بحث مفصلی کرده است.

مرحوم بهبهانی به ايشان اشکال کرده است که: این بحث هایی که شما می کنید بحث استدلالی است و در اینجا الفاظ ما باید به تبادر و امثال آن رجوع کنیم.

ما نفهمیدیم ریشه اشکال مرحوم بهبهانی به مرحوم اردبیلی چیست. چون مرحوم اردبیلی هم دارد بحث لغوی می کند. حرف صاحب مجمع الفائدة والبرهان این است که این الفاظ عرفاً بر ايجاب و قبول فعلی هم مترتب می شود. ايشان می فرماید^۱:

« فاعلم ان الذي يظهر، انه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع - المملك الناقل للملك من البائع إلى المشتري و بالعكس إلى الصيغة المعينة كما هو المشهور (مشهور می گویند صيغه معينه لازم است ايشان می گوید احتیاجی نیست) بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك مع الإقباض، و هو المذهب المنسوب الى الشيخ المفيد من القدماء و الى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمه الله (که اينها را شيخ هم در مکاسب نقل کرده است)».

بعد می فرماید:

« و هو المفهوم عرفاً من البيع، (ايشان ادعا می کند که همین ايجاب و قبولی که به فعل هم واقع می شود یعنی نیت آن معامله و إقباض عملی، مفهوم بيع است عرفاً) لانه كثيرا ما يقال في العرف و يراد ذلك، (می گویند بيع و این را اراده می کنند). بل انما يفهم عرفاً ذلك من لم يسمع من المتفقه شيئا، و لهذا تسمع يقولون بعنا (می گویند فروختیم و مقصودشان این است که به نیت تمليك إقباض کردند). و يريدون ذلك من غير صدور تلك الصيغة، بل بدون الشعر و بها، (می گوید بلکه بدون توجه به اینکه صيغه و لفظ لازم است هم می گویند) و لهذا يصح أنه أوقع البيع بدون الصيغة (این تعبير را ما بکار می بریم که أوقع البيع بدون الصيغة. اگر بيع باید با صيغه باشد این باید غلط باشد که أوقع البيع بدون الصيغة)».

البته همه اينها جواب دارد. چون در عالم باب مجازات واسع است قرينه همراهش هست، مثل کسانی که می گویند تقسيم کاشف از حقیقت است اينها درست نیست و جوابش روشن است.

^۱ -مجمع الفائدة والبرهان جلد ۸ صفحه ۱۳۹

منتهی مرحوم بهبهانی که بعداً در حاشیه بر مجمع الفائده می گوید شما با استدلال جلو می آیید در حالی که در باب مفاهیم ما باید به تبادر و امثال آن توجه کنیم.

می گوئیم خب محقق اردبیلی دارد می گوید بیع عرفی صدق می کند، چیز دیگری نگفته است. بعد هم اتفاقاً می گوید حالا که بیع عرفی شد احل الله البیع و اوفوا بالعقود آنها را می گیرد.

اختلاف در وضع الفاظ للسبب أو المسبب دخلی در بحث ما ندارد

حالا ما یک بحثی داریم چون می گوئیم فقهاء عقد و عناوین معاملات را گاهی بر سبب اطلاق می کنند گاهی بر مسبب. آیا این تأثیری بر بحثی که ما دیروز کردیم دارد یا ندارد. اگر بر سبب اطلاق می کنند مثلاً بر ایجاب و قبول اطلاق می کنند، اگر اطلاق می کنند آیا مثل مرحوم آقای خوئی باید تلاش بکنند که مسبب را هم درست کنند؟ یا ایجاب و قبول عبارت است از هر آنچه که مبرز اعتبار ما فی الضمیر هست. بیع هم همین است. اگر ما قبول کردیم الفاظ معاملات موضوعه للسبب، پس احل الله البیع یعنی همین ایجاب و قبولها. که ما هم مثل بقیه پذیرفتیم فعلش مثل قول کاشف از ما فی الضمیر است. و همینطور هم در وقف. بگوئیم بر انشاء فعلی وقف و حبس هم وقف اطلاق می شود، و اطلاقات وقف یا اوفوا بالعقود یا ادله ایقاعات اینها را می گیرد.

ما می خواهیم بگوئیم این بحث دخالتی در بحثی که ما کردیم ندارد. مفهوم لفظ بیع می خواهد بر سبب بار بشود یا بر مسبب، تأثیری در آن بحث ندارد. چرا؟ برای اینکه مسلم است که اگر بر سبب هم اطلاق بشود مقصود سببی است که مسبب دنبالش باشد. «احل الله البیع» نمی خواهد بیع های اعم از فاسد عرفی و صحیح عرفی را معتبر کند و نافذ بداند. اگر «احل الله البیع» دلیل نفوذ معاملات است، دلیل بر نفوذ معاملات صحیح عرفی است. یعنی اگر بیع بر ایجاب و قبول اطلاق می شود یعنی ایجاب و قبولی که مسبب دنبالش باشد، نه بدون ترتب مسبب.

بنابراین اینکه الفاظ معاملات هل یكون عنواناً للسبب أو المسبب دخلی در بحث ما ندارد. چرا؟ برای اینکه واضح است که اوفوا بالعقود یعنی باید مسبب باشد، چه عقد عنوان ایجاب و قبول باشد و چه عقد عنوان ایجاب و قبول مترتب علیها مسبب باشد و چه عنوان خود مسبب باشد. در هر حال واضح است که مسبب باید باشد. و بحث ما در این است که شماها که می گوئید انشاء فعلی مثل انشاء قولی است و فعلی با قولی یکی است باید این را اثبات کنید که مسبب هست. چه اهمیتی دارد که عنوان بیع عنوان باشد برای ایجاب و قبول عرفاً یا اعم از او یا عنوان باشد برای مسبب. علی ای حال

واضح است که مقصود در بیعی که موضوع احل الله البیع است بیع خاص است، یعنی آن چیزی که مسبب باشد. حالا یا بیع عنوان برای خود مسبب است، و یا عنوان برای ایجاب و قبولی است که ترتب علیها مسبب.

پس از لحاظ بحث ما هیچ فرقی نمی کند. بحث ما این بود که شما باید مسبب را احراز کنید. و در معاملات بیعی هم ثابت نیست که در مهام امورش مسبب مترتب بر انشاء فعلی می شود، در وقف هم همینطور است.

بنابر این واقعا برای ما محرز نیست که موضوع احل الله البیع و اوفوا بالعقود وجود دارد تا به اطلاقش تمسک کنیم.

بررسی اطلاقات در باب وقف

بحث دیگری که اینجا لازم است انجام دهیم این است که اصلا ما در باب وقف اطلاقاتی داریم یا نداریم؟

اگر وقف عقد باشد ما باید هم اطلاق عمومی را بررسی کنیم و هم اطلاق خصوصی را.

اگر می خواهیم به اوفوا بالعقود تمسک کنیم اگر وقف عقد باشد علی الظاهر اوفوا بالعقود شاملش می شود (مگر اشکالی که از ناحیه شیخ و دیگران می خواهیم طرح بکنیم).

لزوم بررسی شمول اطلاقات عامه بر وقف در صورت ایقاع بودن آن

اما اگر ایقاع باشد، اصلا باید ببینیم ما در باب ایقاعات ادله عامه داریم یا نه. برخی در ایقاعات هم به همین اوفوا بالعقود تمسک کرده اند، مثل مرحوم میرفتاح، مراغی در عناوین و عده دیگری. می گویند حقیقت عقد عهد است، و ایقاع هم یکجور عهد است.

البته این حرف اشکالاتی دارد و جوابهایی به آن داده شده است. بالاخره قابل بحث است که در ایقاعات ما دلیل عام داریم؟ و آیا آن دلیل عام همین اوفوا بالعقود است یا المؤمنون عند شروطهم است که بعضی ها به آن تمسک کرده اند از باب اینکه در روایت شرط را عهد معنا کرده است، الشروط ای العهود و ایقاع هم یک نوع عهد است.

پس گویی می خواهند بگویند ما در باب ایقاعات هم مثل عقود یک ادله عمومی داریم. همانطوری که در عقود اوفوا بالعقود داریم در ایقاعات هم عمومات داریم. آن عموم چیست؟ یا همین اوفوا بالعقود است بنابر اینکه عقد لبش عهد است و اطلاقش عهد یک طرفه را که ایقاع باشد می گیرد. یا المؤمنون عند شروطهم است.

اینها قابل بحث است که سر جای خودش بحث می کنیم. اگر کسی در باب وقف به اطلاقات می خواهد تمسک کند اینها است.

بررسی اطلاق «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»

اما اطلاق خصوصی که در باب وقف باشد، الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها (که روایات زیادی هست) را بکار برده اند و عده ای می گویند این اطلاق دارد.

در حالی که واضح است این روایات که متعدد هم هست ربطی به بحث امضاء وقف ندارد. الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها مربوط به این است که چطور باید وقف را اجراء کنیم؟ جوری باید اجراء کنیم که واقف وقف کرده است. اما اینکه کدام وقف نافذ است و بر کدام انشاء من الواقف مسبب بار می شود کار به آن ندارد. به خلاف احل الله البیع که در مقام تنفیذ بیع های عرفی است. می خواهد بگوید کدام بیع های عرفی را ما قبول داریم. می گوید مطلقش را ما قبول داریم الا ما خرج بالدلیل.

سؤال فقهاء به همین دلیل برای صحت تمسک کرده اند.

جواب: خب هیچ حرف نادرستی نیست. بله بعضی به آن تمسک کرده اند ولی این درست نیست، کما اینکه عده ای از فقهاء هم در مقابل آن عده می گویند درست نیست. عبارت آخوند و دیگران را آوردم که تصریح می کنند که هیچ ربطی ندارد. و درست هم می گویند.

سؤال وجواب: قبیح نیست، اتفاقا خیلی وقتها در روایات حضرت حرف را می پیچاند که حرف دیگری بزند. کما اینکه عده ای در باب "یسئلونک عن الروح قل الروح من امر ربی" همین را می گویند که خداوند پیچانده و جواب نداده است. از خداوند قبیح نبوده آنوقت می گوئید آنجا قبیح است. گرچه ما این را نمی گوئیم. مرحوم علامه طباطبائی از برخی از بزرگان نقل می کنند که "قل الروح من امر ربی" دارد بیان می کند، بیانش این است که روح از سنخ امر است یعنی مربوط به عالم امر است. چون در اصطلاح قرآنی امر در مقابل خلق است. و اگر به اصطلاح فلسفی منعکسش کنیم خلق مربوط به عالم ماده و تجدد و تدریج و این حرفها است، و امر مال عالمی است که در آن تجدد و تدریج نیست. "قل الروح من امر ربی" این را می خواهد بگوید. ولی خیلی ها می گویند دارد اسکات می کند یعنی بگو به شما ربطی ندارد.

سؤال وجواب: ما بحث نکردیم، اگر بحث می کردیم می گفتیم حق با شما است که اوفوا بالعقود الزام به وفاء است. الزام به وفاء که نفوذ نیست. ولكن جواب زیبای شیخ انصاری این است که الزام به وفا جز با صحت معامله جور نمی آید. بخاطر اینکه اوفوا بالعقود ایجاب به وفاء است. اشکال ایشان هم این است که ایجاب به وفاء بعد از وقوع عقد و صحت

عقد است. فرمایش متینی است، اما یک جواب امتنی دارد که ایجاب به وفاء ملازم با صحت است. نمی شود مولا عقد فاسد را الزام به وفاء کند.

این حرفی است که در آنجا دارد. البته حرف های دیگری هم هست، یعنی دلالت اوفوا بالعقود بر صحت معامله وجوهی دارد. یک بیانش این است که الزام را مولوی تکلیفی بگیریم به خصوص همین وفاء که دلالتش هست، بالالتزام صحت درست کنیم. اما بیانات دیگر هم هست که مستقیماً بالمطابقة نفوذ باشد، یعنی اصلاً خود این عبارت یک عبارت عرفی برای نفوذ باشد. این را هم گفته اند.

پس بحث در این شد که ما اوفوا بالعقود و احل الله البيع والمؤمنون عند شروطهم را هر جور که دلیل بگیریم بر عقد و بیع و وقف، موضوع باید عقد یا عنوان معامله ای باشد که مسبب بر آن مترتب باشد. و این برای ما ثابت نیست.

عدم امکان تمسک به اطلاقات عامه برای تصحیح وقف معاطاتی

علاوه بر اینکه کبریات در باب وقف هم ممکن است قابل خدشه باشد. حتماً در باب وقف کبرای خاص نداریم که نفوذ معامله وقفی داشته باشیم مثل احل الله البيع. اما کبرای عمومی مثل اوفوا بالعقود یا المؤمنون عند شروطهم قابل بحث است، که به نظر ما اطلاقات هم نمی تواند وقف را تصحیح کند.

حالا اگر شما به هر دلیلی اوفوا بالعقود و اطلاقات را برای شمول به وقف قابل دانستید، اینجا مرحوم شیخ یک بحثی دارد که آیا با جوازی که در باب عقود قولی عند الفقهاء مجمع علیه است جمع می شود یا نه، بحثش فردا می آید.

باسمه تعالی

- موضوع: عدم صحت تمسک به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» برای تصحیح وقف معاطاتی ۱۸۳
- خلاصه بحث گذشته ۱۸۳
- عدم امکان تمسک به کبرای اطلاقات لفظی بنابر ایقاع بودن وقف ۱۸۴
- عقد عبارت است از عهد مرتبطین به نحو اشتداد، لذا شامل ایقاع نمی شود ۱۸۴
- عدم صحت تمسک به «المؤمنون عند شروطهم» ۱۸۴
- عدم صحت تمسک به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» ۱۸۵
- فرق بین احل الله البیع با البیعان بالخیار ۱۸۵
- البیعان بالخیار در مقام ترتب اثر خیار برای بیع صحیح شرعی است ۱۸۵
- به نظر مرحوم سید، موضوع البیعان بالخیار هم بیع عرفی است ۱۸۶
- بررسی کشف التزامی صحت معامله از مثل البیعان بالخیار ۱۸۶
- بررسی صدر و ذیل روایت الوقوف ... در نقل از امام عسکری علیه السلام ۱۸۷
- همانندی مقام بیان «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» با «البیعان بالخیار» ۱۸۷
- روایت الوقوف در مقام بیان نفوذ نیست ۱۸۸
- مدلول التزامی در امور ارادی تابع اراده متکلم است ۱۸۹
- توجیه عبارت کیف یصح در نقل روایت الوقوف از امام عسکری علیه السلام ۱۸۹
- عبارت مرحوم آخوند در رد تصحیح وقف به الوقوف ۱۹۰
- عبارت صاحب مفتاح الکرامه در رد تصحیح وقف به الوقوف ۱۹۱
- عبارت مناهل در رد تصحیح وقف به الوقوف ۱۹۲
- عبارت مرحوم میرزای قمی در رد تصحیح وقف به الوقوف ۱۹۲
- نتیجه بحث در موضوع و کبرای اطلاقات ۱۹۳
- شبهه نقل اجماع بر نیاز به لفظ برای لزوم عقد ۱۹۴

موضوع: عدم صحت تمسک به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» برای تصحیح وقف معاطاتی

خلاصه بحث گذشته

بحث در این بود که ادله معاطات در وقف چیست.

گفتیم ادله متعددی ذکر کرده اند که عمده آنها سیره و تمسک به اطلاقات است. بحث سیره به تفصیل گذشت، و گفتیم به نظر ما در امور مهم قطعاً سیره ای {مبنی بر تحقق عقود به معاطات} نیست و در امور غیر مهمه هم سیره در خصوص وقف ثابت نیست ولو در بیع ممکن است {سیره وجود داشته باشد}.

در بحث اطلاقات، به موازات آنچه که در بیع گفته اند در وقف هم ادعا کرده اند. کما اینکه در بیع گفته اند اطلاقات «احل الله البیع» و «اوفوا بالعقود» هست، در وقف هم کثیراً ما ادعا کرده اند. بسیاری از فقهاء قبل از شیخ و بعد از شیخ مثل مرحوم سید و دیگران به اطلاقات تمسک کرده اند. گفتیم اطلاقات هم دو جور است، یکی اطلاقات عمومی مثل اوفوا بالعقود، و دیگری اطلاقات خاص بکل باب مثل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

منتهی در بحث اطلاق دو جور اشکال هست:

یک اشکال که به تفصیل بحث کردیم این است که برای اینکه اطلاقات بتواند شامل شود باید وقف محقق شود ولو وقف عرفی صحیح. بنابراین برای اینکه اطلاقات بتواند شامل شود باید وقف عرفی صدق کند. و البته آنهایی که به اطلاق تمسک می کنند بعضی ها تصریح کرده اند که وقف عرفی هست.

ما اینجا می گوئیم این حرف درست نیست. همانطور که در بحث سیره گفتیم که ما در باب امور هامه قطعاً بناء عقلاء نداریم، اینجا هم عرض می کنیم که در امور هامه حتماً عقلاء برای معاطات صرف، اعتبار وقفیت نمی کنند. و در موارد غیر هام هم واقعاً مشتبّه است که همچنین کاری می کنند یا نه. بنابر این تحقق وقف عرفی اول کلام است.

به نظر ما این اشکال مسجل است و لذا {تمسک به} اطلاق از ناحیه {تحقق} موضوع مشکل دارد.

عدم امکان تمسک به کبرای اطلاقات لفظی بنابر ایقاع بودن وقف

اشکال دیگر این است که: خود کبرای اطلاقات هم قابل بحث است. اگر ما وقف را عقد ندانیم که خیلی از محققین نمی دانند و بحثش مفصل می آید، تمسک به اوفوا بالعقود دشوار است. البته عده ای گفته اند حتی اگر ایقاع هم باشد می شود به اوفوا بالعقود تمسک کرد، به دلیل اینکه مقصود از عقد عهد است و ایقاع هم نحو عهد. پس اوفوا بالعقود به اطلاق یا عمومش (که ناشی از این است که الف و لام روی جمع آمده است) این شامل ایقاعات هم می شود.

عقد عبارت است از عهد مرتبطین به نحو اشتداد، لذا شامل ایقاع نمی شود

منتهی این یک ادعایی است. چه کسی گفته است عقد مطلق عهد است؟ عقد، عهدین مرتبطین آن هم به نحو شد است، یعنی اشتداد هم داشته باشد. یعنی به مطلق ارتباط هم نمی گویند عقد. هم باید ارتباط باشد و هم شد در ارتباط باشد تا بشود عقد. عقد مثل گره در فارسی می ماند یا اصلاً همین گره فارسی است. دو تا چیزی که به هم گره خورده باشد. والا به دو چیز کنار هم که نمی گویند عقد. حتی اگر پیوندی هم بین اینها باشد نمی گویند عقد و گره خوردن. گره خوردن یک ارتباط مشددی است.

پس اینکه ما عقد را مطلق عهد بگیریم و بعد بگوئیم عهد بر ایقاع هم صدق می کند این اول کلام است.

عدم صحت تمسک به «المؤمنون عند شروطهم»

بعضی به المؤمنون عند شروطهم تمسک کرده اند که این هم درست نیست. نظر مشهور فقهاء این است که شرط یک قرار فی ضمن قرار است. عهدی است فی ضمن العهد آن هم عهد مشدد. بنابراین باید در ضمن یک عقد باشد تا صدق کند این شرط است. البته برخی از فقهاء اطلاق را قبول دارند و می گویند شرط به مطلق عهد هم گفته می شود، ولذا شروط ابتدائی را هم معتبر می دانند. ولی این خلاف مشهور فقهاء است.

پس این هم اول کلام است که شرط، مطلق عهد باشد. البته در روایات آمده است که الشروط أى العهود، ولی اینکه مطلق عهد باشد ولو خارج از عقد باشد این اول کلام است.

پس این اطلاقات عمومی قابل بحث است.

اما عام دیگر اطلاقات در باب وقف است که «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» است.

عدم صحت تمسک به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»

به نظر ما «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» مثل «البیعان بالخیار» ظاهرش این است که در مقام نفوذ ایقاع یا عقد وقف نیست. بلکه مترتبا بر عقد نافذ می گوید چگونه این نفوذ اجراء می شود. یعنی کأنه وقتی می پرسد این وقفی که تام الوقیة است چه جوری است؟ پاسخ می دهد «حسب ما یوقفها اهلها» است، همان چیزی است که واقف گفته است.

فرق بین احل الله البیع با البیعان بالخیار

در بحث بیع در مثل البیعان بالخیار برخی مانند محقق اصفهانی این نظر را دارند که البیعان بالخیار غیر از احل الله البیع است. احل الله البیع در مقام نفوذ معامله است. و واضح است که در مقام تصحیح معاملی، موضوع تصحیح باید بیع عرفی باشد نه بیعی که شارع امضاء کرده است. چون دیگر تصحیح آن و تنفیذ آن لغو است. اگر احل الله البیع را دلیل نفوذ و صحت گرفتید باید موضوعش بیع عرفی باشد تا شما با احل الله البیع بگوئید این بیع عرفی عند الشارع با همین بیان دارد نافذ می شود.

اگر بگویند چرا شارع بیع عرفی را قبول کرده است؟

می گوئیم چون گفته است احل الله البیع. مثل اینکه بگوئید البیع العرفی نافذ یا صحیح. همانطور که اگر بگوئید البیع العرفی صحیح موضوعش بیع عرفی است احل الله البیع هم همین کار را کرده است. چون موضوع تصحیح دیگر نباید عقد صحیح باشد. چون ما عقد صحیح را که تصحیح نمی کنیم. بلکه عقدی را که عرف گفته است می گوئیم صحیح و محمول صحیح را برای آن می آوریم، و با همین کار عقود عرفی را تصحیح و تنفیذ می کنیم.

البیعان بالخیار در مقام ترتب اثر خیار برای بیع صحیح شرعی است

اما «البیعان بالخیار» به خلاف «احل الله البیع» است. البیعان بالخیار در مقام تنفیذ بیع نیست. بلکه در مقام این است که خیار را برای بیع صحیح بار کنید. اما صحیح نزد چه کسی؟ به تناسب حکم و الموضوع باید بگوئیم صحیح عند الشارع. بله ما اگر باشیم و در وهله اولی نگاه کنیم می گوئیم الفاظ موضوعة لمعانی العرفیة، بیعان باید به معنای عرفی بیع باشد. اما به تناسب حکم و موضوع وقتی شارع در مقام بار کردن حق خیار است تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که موضوع، بیع خودش باشد. بیعی که خودش درست می داند بیعانش بالخیار هستند.

این یک نظر است که دو عبارتی که در باب بیوع می آیند از این منظر دو جور هستند. آنهایی که در مقام تنفیذ هستند موضوعشان می شود بیع عرفی و آنهایی که در مقام ترتیب بعض آثار خاصه شرعیه هستند، موضوعشان می شود بیعی که شارع قبول دارد، یعنی بیع صحیح شرعی.

به نظر مرحوم سید، موضوع البیان بالخیار هم بیع عرفی است

البته همانجا کسانی چیزهای دیگری هم گفته اند، مثل مرحوم سید که می گوید «البیان بالخیار» هم یعنی بیعان عرفی نه شرعی. مطلق البیان بالخیار. متهمی در جایی که قطعا بیع به نظر شارع فاسد است باید تخصیص بزنیم. چون نمی شود بگوئیم مولا می خواهد برای بیع فاسد هم خیار ثابت کند. پس بیع های فاسد خارج می شوند. در غیر بیع فاسد مطلق البیان در بیع عرفی بالخیار است الا ما خرج بالدلیل که بیع فاسد باشد.

این دو جور استظهار از اینجور کلمات است.

این یک نکته.

بررسی کشف التزامی صحت معامله از مثل البیان بالخیار

نکته دیگر این است که: حتی اگر موضوع در مثل البیان بالخیار بیع عرفی باشد روایت در مقام بیان خیار برای بیعان است نه اینکه در مقام تصحیح معامله آن دو باشد. آنهایی که می خواهند استفاده صحت هم بکنند می خواهند اینطور بگویند (که در وقف هم علی القاعده می خواهند اینطور بگویند)، که «البیان بالخیار» دارد خیار را برای بیعان ثابت می کند. بیعان به بیع فاسد بیرون است. اما بیعان به بیعی که ما شک داریم صحیح است یا فاسد است، از باب اینکه مثلا شک داریم صیغه باید ماضوی باشد یا نه، از باب اینکه شک داریم که معاطات در بیع جاری است یا نه، در اینجا البیان بالخیار، بیعانش بیع عرفی که هست، بالخیار هم که دارد حکم را ثابت می کند. وقتی با اطلاق البیان بالخیار حکم ثابت شد، بالالتزام کشف می کنیم پس بیعش هم صحیح است. وقتی خیار تثبیت شد، خیار برای بیع فاسد که تثبیت نمی شود، پس می فهمیم که بیع صحیح است. یعنی بالالتزام می فهمیم. یک عده ای ممکن است اینطور استفاده کنند.

ولی این حرف صحیح نیست. حتی اگر ما در البیان بالخیار قائل باشیم که موضوع بیعان بیع عرفی است فقط بیع فاسد بالتخصیص خارج شده است، باز هم اطلاق البیان بالخیار فقط در مقام اثبات خیار است و در مقام بیان تصحیح معامله نیست. وقتی نبود شما نمی توانید اطلاق بگیرید ولو بالملازمة. چون در مقام بیان این جهت نیست.

پس امر شما دائر است بین اینکه بگوئید ما البیعان بالخیار را در بیعانش اطلاق گرفتیم که به معاطات باشد یا نباشد، یا مثلاً صیغه ماضوی باشد یا نباشد، یا مثلاً در جائی که شک داریم قبول لازم است یا نه، قبول باشد یا نباشد، بعد می گوئید روایت برای این موارد دارد خیار ثابت می کند، بعد می گوئید حالا که خیار بالاطلاق ثابت شد پس اینها صحیح هستند. یعنی بعد از ثبوت خیار می خواهید بگوئید صحیح است. ولی ما حرفمان این است که حتی اگر موضوع این بیع عرفی باشد، فقط در مقام بیان اثبات خیار است، نه چیز دیگری. لذا شما نمی توانید اطلاق بگیرید. بلکه کشف می کنیم علی الاجمال بیع صحیح باید داشته باشیم چون لغو می شود، والا نمی توانید اطلاق بگیرید، چون در مقام بیان نیست. یکی از شرائط اخذ اطلاق در مقام بیان بودن است. مولا در البیعان بالخیار اصلاً در مقام تنفیذ معامله نیست. پس شما نمی توانید اطلاق بگیرید. بلکه باید یک طوری باشد که لغو نباشد. پس فی الجمله بعضی از بیع ها صحیح هستند. ولی ربطی به اطلاق ندارد.

بررسی صدر و ذیل روایت الوقوف ... در نقل از امام عسکری علیه السلام

حالا در بحث ما، الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، که یکی از این روایات که از امام عسکری علیه السلام است که ناقل آن صفار است یک صدری دارد، در صدر می پرسد این وقف کیف یصح؟ بعد نقل می کند که بعضی ها در وقف می گویند موقت است و بعضی می گویند نه. و مقصود از موقت می گویند یعنی آنجایی که ذکر بشود که مال چه کسی هست و مال چه کسی نیست، و می گوید برای ما جور دیگری نقل کرده اند و اختلاف این روایت را ذکر می کند، بعد از امام علیه السلام می پرسد چه کنیم؟ امام علیه السلام می فرماید: الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

همانندی مقام بیان «الوقف علی حسب ما یوقفها اهلها» با «البیعان بالخیار»

عرض ما در اینجا این است که این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها عین البیعان بالخیار است. در مقام بیان اثبات حکمی است برای اوقافی که فُرغ عن صحتها و تماميتها. اوقافی که تمام هستند نحوه اجراء این وقف حسب ما یوقفها اهلها است. اگر شرطی در آن اخذ کردند یا بیانی کردند در متولی و ناظر، این علی حسب ما یوقفها اهلها است. نه اینکه در مقام اصل نفوذ خود وقف و اثبات خود وقف باشد. مثل اینکه البیعان بالخیار ناظر نیست. البیعان بالخیار می گوید کدام بیع در آن خیار است و چه جور خیاری در آن هست، اما اینکه بیع درست و صحیح است یا نه، کاری به او ندارد. در الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها هم همینطور است.

البته اشکال در این روایت از باب آن سؤالی است که در آنجا شده است.

منتهی ما واقعا ارتباط این جواب با آن سؤال را نمی دانیم. دیروز عرض کردم اصلا ممکن است امام علیه السلام جور دیگری جواب می دهند که جواب اسکاتی است. من تتبع کردم دیدم بعضی ها احتمال داده اند. مرحوم فیض در انوار اللوامع که شرح مفاتیح الشرایع است می گوید در این جواب اجمالی هست که لعل از باب تقیه باشد. یعنی امام نمی خواهد حرف را باز کند که ربطش چه چیزی است. سربسته یک چیزی می فرماید که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

عرض ما باز فراتر از این است. این برای حل تناسب ذیل با صدر در آنجایی است که صدر داشته باشد. چون این روایات چند جور است. بعضی از آنها همین است که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، بعضی ها این صدر را هم دارد. البته روایات مصدر به صدرهای دیگر هم داریم ولی از همه روشنتر که اگر کسی بخواهد استفاده کند این روایت است.

منتهی عرض ما این است که ما اول خودش را بفهمیم چیست، بعد در مقام ارتباط باید راه حلی برایش پیدا کنیم. ما می گوئیم ظهور این واقعا مثل البیعان بالخیار است. بلکه از او اقوی است در اینکه در مقام بیان یک حکم دیگری است نه اینکه تنفیذ وقف باشد. این خیلی روشن است.

پس در مقام اول ادعا می کنیم اصلا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها یعنی وقف هایی که قد یكون مفروغا عن صحتها الشرعية. یعنی وقفهای تام الوقفیه علی حسب ما یوقفها اهلها است از جهت شرائطی که در آن ذکر کرده یا متولی و ناظری که اخذ کرده است یا اگر برای خودش شرطی کرده باشد و امثال ذلک. آن هم علی اختلاف در نوع شرطها. مثلاً کسی بگوید به شرط اینکه بیست سال مال یک نفر باشد و سی سال مال شخص دیگری، این شرط درست است، اما شرط اینکه اگر محتاج شدم خودم بفروشم و پولش را بگیرم، این نه درست نیست. اینها را شیخ ره اشاره کرده و حضرت امام قده هم در کتاب البیع در بحث طلق بودن وقف مفصل بحث کرده اند.

پس اولاً موضوع عبارت است از وقف مفروغ عنه عن الوقفیه.

روایت الوقوف در مقام بیان نفوذ نیست

ثانیاً: حتی اگر موضوع وقف عرفی باشد، در مقام بیان نفوذ نیست. در مقام بیان یک امر دیگر است که باز علی حسب ما یوقفها اهلها. نه در مقام بیان اینکه بالاتزام نافذ هم هست. بنابر این ما از باب خروج از لغویت باید قبول کنیم که پس بعضی از بیع های عرفی باید صحیح باشد والا اینجور بیان لغو است، ولیکن نمی شود شما اطلاق بگیرید که اگر شک هم کردید که به معاطات هم می شود یا نمی شود اطلاق بگیریم.

مدلول التزامی در امور ارادی تابع اراده متکلم است

سؤال: مدلول التزامی در تحققش که تابع اراده متکلم نیست. اگر من بگویم آفتاب درآمد مدلول التزامی اش این است که ابرها کنار رفت چه من این را اراده کرده باشم و چه اراده نکرده باشم. اینجا هم همینطور.

جواب؟ فرمایش شما چند روز بحث می خواهد. اجمال عرض ما این است که در مثل تنفیذ و إخبار و تکلیف و ایجاب اینها امور ارادی هستند. اینها لابد منه نیست. اگر یادتان باشد بعضی ها در تفکیک بین امارات و اصل، اصل مثبت را اینطوری درست کرده اند که إخبار از شیء إخبار از لازمش هم هست؟ بعضی مثل مرحوم آخوند اینطور درست کرده است که می گوید اصلاً فرقی این است که خبر از شیء خبر از لازمش هم هست، ولذا مثبتات امارات حجت است چون خودش یک موضوع جدید برای ادله حجیت اماره می شود. آنجا آقای خوئی و دیگران به ایشان اشکال کرده اند که چه کسی گفته إخبار از شیء إخبار از لازم هست؟. اشکال درستی هم هست. (البته اینکه ما به یک وجهی جور دیگری این حرف را درست کردیم جای خودش. این خیلی بحث می خواهد).

اینکه شما می فرمائید لوازم، بله لوازم تکوینی همینطور است، یعنی لازمه طلوع الشمس البته اضائه اش هست. اما این تکوین است. ربطی به اموری که به اراده های شارع منوط است ندارد. آنجا مستقلاً شارع باید اراده بکند. شارع باید تصحیح و تنفیذ بکند. تنفیذ یک جعل حکم وضعی است نیاز به اراده مستقل دارد. شما نمی توانید بگوئید اگر کسی گفت البیعان بالخیار اگر تکویناً خیار آورد تکویناً دارد معامله را تصحیح می کند. نه اینطور نیست.

بله اگر شما اطلاق گرفتید تصحیح می شود، منتهی اول کلام است که همچنین اطلاقی وجود دارد، چون در مقام بیان این جهت نیست. لذا اگر مثلاً مولای عرفی اصلاً به این لازمه اش متوجه نباشد، آیا جعل کرده است؟ نه، ابداً جعل نکرده است. چرا همچنین جعلی لازم باشد.

ما عرضمان این است که البیعان بالخیار یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها حتی اگر موضوعش عرفی باشد، وقف عرفی باشد، بیع عرفی باشد، این اطلاق ندارد چون در مقام بیان تصحیحش نیست. یک حکم دیگری را دارد بیان می کند.

توجیه عبارت کیف یصح در نقل روایت الوقوف از امام عسکری علیه السلام

بله نکته ای که دیروز دوستان گفتند درست است که ارتباط صدر و ذیل روایت را باید یک جوری حل کرد. من دیروز چند بار روایت را نگاه کردم متوجه نشدم که کیف یصح به معنای صحت ما باشد. حضرت امام ره هم یک احتمال داده است ولی ظاهراً رد می کند، فرموده است ممکن است این در مقام حلّ جمع بین روایات مختلفه ای باشد که وارد

شده است. چون همانجا راوی می گوید از شما جورهای مختلفی نقل می کنند. ولذا کیف یصح یعنی از این جهت که چون روایات مختلف است چکار کنیم، نه اینکه یصح یعنی کدام وقف صحیح است.

البته ممکن است اگر ما باشیم یک جمله به ما بگویند کیف یصح الوقف، مفهومی که به ذهن می آید همین است که وقف صحیح است یا نیست. اما در این روایت که گفته کیف یصح الوقف، به قرینه اینکه می پرسد بعضی از شما اینطور روایت کرده اند بعضی ها از ائمه دیگری اینطور روایت کرده اند، حالا کیف یصح الوقف، یعنی به لحاظ جمع بین روایات کیف یصح الوقف. که اصلا چیز دیگری می شود، ربطی به این ندارد که وقف باطله در مقام سبب چه جوری تصحیح می شود. اصلا ربطی به این ندارد.

سؤال وجواب: وقتی ذیل ظهورش این است که در مقام بیان چیز دیگری است باید صدر را عوض کنیم و در معنای صدر تصرف کنیم. خصوصا خود صدر هم با سؤالی که شده ممکن است معنای دیگری داشته باشد.

من مطالب فقهاء را در این رابطه فحص کردم:

عبارت مرحوم آخوند در رد تصحیح وقف به الوقوف

مرحوم آخوند که عبارتش را قبلا خواندم ایشان بالصراحة می گوید که این روایت اصلا در مقام تصحیح وقف نیست. ولذا با عموم این نمی توانید چیزی را تصحیح کنید. مثلا برای نفی معاطات یا شرطیت قبول یا شرطیت قصد قربت نمی توانید به این تمسک کنید.

ایشان در کتاب می فرماید:

«واصعب من ذلك الاستدلال على عدم اعتبار القبول باطلاقات اخبار الوقف مثل الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها و بخلو الاخبار الواردة في بيان وقوفهم [الى أن قال]: ضرورة أن أخبار الوقف إنما هي في مقام بيان المسبب و كیفیته و هو ثبوت هذه الحقيقة في هذه الشريعة بالكيفية التي وقفها بتلك الكيفية من دون تعرض لبيان ما يتسبب به اليها».

اصلا شارع با این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها در مقام بیان آن ابزاری که با آن تسبیب برای وقف می شود نیست تا شما اطلاق بگیرید و بگوئید احتمال لفظ را دفع می کند و معاطات صحیح می شود، یا احتمال نیت قربت را دفع

می کند وبدون نیت قربت هم می شود، یا احتمال قبول را دفع می کند و بدون قبول هم می شود. در مقام بیان این نیست. بلکه در مقام این است که این حقیقتی که در شرع بشرائطها ثابت شد کیفیتش این است.

باز در جای دیگری می فرماید^۱:

«و ربما استدل علی عدم الاشتراط (اشتراط به قربت) بعموم اوفوا بالعقود واطلاق الناس مسلطون و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، و لایخفی ما فیه، لعدم احراز کون الوقف عقدا (که این یک بحثی است) و هکذا الحال فی اطلاق الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، ضرورة أنه فی مقام بیان نفوذها بخصوصیاتها التي اوقفها الواقف علیها من التأبی و التوفیف و غیرهما، لا فی مقام بیان ما یتوصل بها الیها من الاسباب».

یعنی در مقام تصحیح اسباب نیست تا شما از آن اطلاق بگیری که بدون لفظ و قربت هم می شود. نه. گویی روایت اینطور می گوید که وقفی که به اسبابها المذكورة فی الشرع حاصل شده آنوقت چگونه باید اجراء بشود؟ می گوید علی حسب ما یوقفها اهلها است.

سؤال وجواب: یکوقتی می گوید صحیح، نافذ و امثال آن، خب می گوئید موضوعش مطلق بیعهای عرفی است. اما یکوقتی می گوئید اصلا یک حکم دیگری بار می کند، خب این کاری به نفوذ سبب ندارد. مثلا البیعان بالخیار دارد برای بیعان خیار ثابت می کند، آنوقت این چه ربطی به نفوذ بیع دارد.

عبارت صاحب مفتاح الکرامه در رد تصحیح وقف به الوقوف

یا صاحب مفتاح الکرامه، بعد از اینکه می گوید الا أن تقول که این عمومات که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تكون علی حسب ما یوقفها اهلها در توقیع ابی محمد الحسن بن علی علیه السلام وجود دارد. بعد در مقام اشکال می فرماید:

«فلک أن تقول فیه اولاً أن المتبادر منه غیر ما تعلق بالصیغه من عموم و خصوص و ترتیب و تشریک و نحو ذلک^۲». می گوید اصلا متبادر این است که در مقام بیان این جهت نیست که بخواهد عموم و خصوص و ترتیب و تشریک را بحث کند که مربوط به صیغه است. بلکه در مقام ترتیب یک آثار دیگری است.

^۱ - الوقف صفحه ۱۳

^۲ - مفتاح الکرامه جلد ۲۱ صفحه ۴۴۰

یک جای دیگر هم باز همین حرف را تکرار کرده است.

عبارت مناهل در رد تصحیح وقف به الوقوف

صاحب مناهل که همین اطلاق را در یک موردی (یا نیت یا قبول) بکار برده است. می فرماید:

«و قد یمنع من نهوض الروایة (الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) لاثبات صحة الوقف المفروض اما اولاً فلأن حمل الروایة علی ظاهرها من العموم مخالف للاجماع لأن الاوقاف الفاسدة لا یجب امضاءها علی حسب ما یوقفها اهلها (همان چیزی که گفتیم برای بیع فاسد که نمی خواهند خیار جعل کنند، و وقف فاسد را هم که نمی خواهند امضاء کنند)، و ارتکاب التخصیص فیها یتلزم تخصیص العام الی الاقل من النصف، لأن الاوقاف الفاسدة اکثر من الصحیحة لما تقدم الیه الاشارة، و هی (تخصص اکثر) إما غیر جائزة کما ذهب الیه جماعة من محققى الاصولیین أو بعید فی الغایة، فلا یصار الیه بعد تعذر صاحب التأویلات و هو هنا ممنوع».

این مقدمه است برای این جمله ایشان که می فرماید:

«لامکان حمل الوقوف علی الوقوف التی ثبت شرعیتها من خارج فیکون المقصود فی الروایة بیان عدم جواز التغییر و التبدیل فیما ثبت صحته من الاوقاف، و هو معنی صحیح و غیر ما فهمه المستدل، بل قد یدعی أن المتبادر من الروایة هذا المعنی»^۱.

یعنی از اول این است نه اینکه بعد از تأمل در اینکه تخصیص اکثر لازم می آید. نخیر، از اول اصلاً همین به ذهن می آید که این روایت در مقام بیان یک حکم دیگر است و آن عبارت است از اینکه وقف هایی که تام هستند اینها علی حسب ما یوقفها اهلها است.

این عبارت ایشان را دقت کردید که فرمود: لامکان حمل الوقوف علی الوقوف التی ثبت شرعیتها من خارج فیکون المقصود اینکه روایت دارد می گوید بر این وقف های صحیح کذائی اثر بار کنید.

عبارت مرحوم میرزای قمی در رد تصحیح وقف به الوقوف

مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات در بحث وقف که یک رساله وقفیه هم ایشان دارد. در آنجا در بحث قبض یا قبول ادله را که ذکر کرده اند آورده است و از جمله همین الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها است. می فرماید:

^۱ - مناهل صفحه ۴۸۱

«و در این مقام استدلال کرده اند به قول عسکری علیه السلام نیز که فرموده است: الوقف علی حسب ما یوقفه اهلہ، واین بنابر سخن مسالک که نزاع بنابر قول به وقفیت است تمام نیست، به جهت آنکه وقف بودن این مسلم نیست تا این حدیث شامل آن باشد. (اول شما وقف را تمام بکنید، اگر مشکوک است که وقف تمام نیست). و مراد از این حدیث این نیست که جعل ماهیت وقف به دست واقف است. (یعنی نمی خواهد جعل سبب را به دست واقف بدهد که واقف سبب را تعیین می کند چه باشد) والا لازم می آید که واقف شارع باشد. بلکه مراد این است که وقفی که شارع بیان کرده است (یعنی شرائط آن را گفته است) و مصارف آن را بیان کرده است و اختیار انحاء مختلفه مصارف و کیفیات آن را رخصت داده است، واقف هر کدام را که اختیار کرد و بنابر آن گذاشت از آن نمی توان تجاوز کرد».

یعنی فراغ از مشروعیت پیدا کرده و وقف تمام شرعی هست، حالا این وقف تمام شرعی را ما چگونه عمل کنیم؟ می گوید در تمام صوری که شرعا مانع ندارد و آقای واقف یک طرفش را اختیار کرده است همان چیزی را که او اختیار کرده است شما باید همان را انجام بدهید. متولی را شخصی گذاشته، ناظر را کسی گذاشته، یا گفته بیست سال از منفعت را به این بده بعدش به دیگری بده، اینها را شارع منع نکرده است. بنابر این می شود عمل کرد. اما اینکه بیائیم بگوئیم اصلا خود این وقف بدون لفظ هم درست باشد اصلا ناظر به این حرفها نیست.

این هم فرمایش ایشان.

و موارد متعدد دیگری بود که نمی خوانم.

نتیجه بحث در موضوع و کبرای اطلاقات

نتیجه این می شود که ما در الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها دو تا نظر داریم: یک نظر که این اطلاق یا عموم دارد، که البته خیلی از فقهاء قدیم و جدید این را می گویند. وعده ای می گویند اصلا این روایات در مقام بیان این جهت نیست که بخواهد سبب را تصحیح کند ولو بالاطلاق. فقط در مقام ترتیب آثار بر مسببی است که فرغ الشخص از شرعیت سببش. و به نظر می آید که همین حرف دوم درست است.

بنابر این ما هم در موضوع اطلاق اشکال داریم، و هم در کبریائی که در مقام اطلاق داشته باشد اشکال دارد. همه اینها موجب می شود که ما بگوئیم در وقف معاطات نمی آید و نمی توانیم به اطلاق تمسک کنیم برای تصحیح معاطات.

شبهه نقل اجماع بر نیاز به لفظ برای لزوم عقد

یک بحث دیگری باقی مانده است و آن اینکه اگر همه اینها هم تمام بود، یعنی وقف عرفی بود و در معاطات تمام بود، و اطلاعات یا عمومی یا خصوص همین باب هم داشتیم، هنوز یک اشکال دیگری قابل طرح است. مرحوم شیخ این اشکال را در مکاسب مطرح کرده و شارحین هم نظر داده اند، که این با آن اجماعی که ما داریم بر اینکه اگر در یک عقدی لفظ نبود لزوم نیست، با آن مشکل پیدا می کند.

روی این فکر بکنید تا فردا انشاءالله. و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۱۹۵ خلاصه بحث گذشته
- ۱۹۶ بررسی کلام شیخ انصاری در تنبیه پنجم معاطات (وجود اجماع بر ضرورت لفظ برای لزوم عقد)
- ۱۹۶ اثبات کبری در کلمات فقهاء
- ۱۹۷ اشکال به تحقق رهن با معاطات به خاطر نیاز به لزوم در آن
- ۱۹۷ جواب از اشکال با تشکیک در کبری یا صغری
- ۱۹۸ راه حل مرحوم شیخ: عدم پذیرش کبری در موارد لزوم عقد از طرف واحد
- ۱۹۸ همانندی وقف با رهن
- ۲۰۰ بیان مرحوم سید در امکان جوازی بودن وقف
- ۲۰۰ جواب مرحوم اصفهانی از بیان مرحوم سید
- ۲۰۱ جواز حتی اگر با لوازم وقف هم تعارض داشت مشکل ساز است
- ۲۰۲ روشن شدن اشکال قول به تفصیل از بحث گذشته
- ۲۰۲ دفاع آیت الله فاضل از تفصیل و جواب آن
- ۲۰۲ دفاع آیت الله سبحانی از تفصیل و جواب آن
- ۲۰۴ فرق بیان آیه الله سبحانی با بیان محقق نائینی

خلاصه بحث گذشته

بحث ما در ادله معاطات در وقف تمام شد. به این نتیجه رسیدیم که خیلی از فقهاء در طول قرون مختلفه معاطات را در وقف جاری نمی دانند، برخی هم جاری می دانستند. فقهای اخیر اکثراً معاطات را یا بالاطلاق در وقف قبول دارند یا در خصوص اوقاف عامه می پذیرند. در متن تحریر الوسیله و خود وسیله قائل به تفصیل هستند و می گویند در مساجد و خانات و امثال ذلک که مصالح عامه است معاطات در وقف جاری است، و در بقیه تصریح نکرده اند که نیست ولی ظاهرش

این است که چون متعرض نشده اند مقصودشان این است که نیست. گرچه ظاهر {عبارات} حضرت امام قده در کتاب بیع، اطلاق است. ظاهراً نظر مرحوم سید نیز در کتاب الوقف همین تفصیل است، چون متعرض تفصیل شده است و ظاهرش همین تفصیل است. ولی در حاشیه مکاسب ظاهراً معاطات را بالاطلاق قبول دارد.

عرض کردیم که ما معاطات را در وقف مطلقاً قبول نداریم. و دلیلش هم عدم ثبوت دلیل است نه از سیره و نه از اطلاقات. و اصالة الفساد هم محکم است. یعنی اگر شما دلیلی نداشتید، سیره برای شما احراز نشد، و اطلاقات یا از باب عدم احراز موضوع یا عدم احراز کبری برای شما احراز نشد، اینکه با انشاء وقف به عمل و فعل می شود مسبب حاصل شود تابع اصالة الفساد است. یعنی وقف حاصل نمی شود.

بررسی کلام شیخ انصاری در تنبیه پنجم معاطات (وجود اجماع بر ضرورت لفظ برای لزوم عقد)

فقط یک بحث باقی مانده است و آن فرمایش شیخ ره است در تنبیه پنجم معاطات، که در رابطه با توسعه بحث معاطات به دیگر معاملات مثل اجاره و صلح و رهن و قرض و وقف است. در آنجا اکثر محققین معاطات را به معاملات دیگر هم توسعه می دهند، اما در وقف و در رهن با یک اشکالی مواجه می شوند، و لذا حتی مثل جامع المقاصد که اینهمه اصرار می کند که معاطات را در بیع و در تسریه آن به مثل اجاره و صلح درست کند، اما در رهن قائل نیست و ظاهراً در وقف هم قائل نیست.

این یک نکته خاصی دارد، که طرح بحث امروز برای آن نکته خاصی است که در مکاسب شیخ ره آمده است و علی الظاهر به درد جاهای دیگر هم می خورد.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما بنا گذاشتیم به شمول سیره و اطلاقات نسبت به معاطات در عقود که از جمله وقف معاطاتی است، منتهی باید یک چیزی را لحاظ کنیم، و آن این است که یک اجماعی داریم (که ظاهر شیخ قبول این اشکال است) که هر کجا لفظ در سبب نیامد و سبب لفظی نبود، ما حاصل معامله لزوم ندارد. یعنی لزوم در معاملات متوقف بر این است که سببش لفظی باشد.

اثبات کبری در کلمات فقهاء

مرحوم شیخ این جماع را قبول دارد، می گوید مشهور بلکه فقهاء اطبقوا بر این مطلب. و درست هم می گوید که ما وقتی در کلمات فقهاء تتبع می کنیم دو مطلب را می یابیم: هم خودمان می یابیم که فقها می گویند چون لفظ نیست لزوم

نیست. و هم این حرف را {از دیگر فقها} نقل می کنند، که این یک اصل ثابت است که لزوم در مسبب متوقف است بر اینکه سبب لفظی باشد.

مرحوم شیخ این را تصریح کرده اند که فقهاء می گویند. یعنی هم خودشان می گویند و هم نقل می کنند که فقهاء می گویند. یعنی این فقط حرف شیخ انصاری نیست، مثلاً وحید بهبهانی و دیگران این حرف را دارند.

حالا چه اثری برای بحث معاطات دارد؟

اشکال به تحقق رهن با معاطات به خاطر نیاز به لزوم در آن

در مثل رهن مرحوم شیخ می فرماید^۱: رهن از طرف راهن باید لازم باشد. یعنی رهن دهنده باید معامله رهن نسبت به او لزوم داشته باشد، نباید بتواند برگردد. چون خاصیت رهن وثیقه بودن است. مرتهن می خواهد رهن را بگیرد و این وثیقه را در دستش داشته باشد که اگر آقای راهن نتوانست دین خودش را بدهد از این رهن استفاده کند. اگر این رهن از طرف راهن لزوم نداشته باشد و راهن بتواند وثیقه خودش را برگرداند، خب اگر بتواند برگرداند رهن خاصیت خودش را ندارد که وثیقه باشد برای مرتهن.

پس اگر ما آن کبرایی را که مرحوم شیخ می فرماید که قد اطبقوا علیه که اگر لفظ در سبب نیامد مسبب لزوم ندارد، اگر آن کبری را بطور کلی در همه معاملات بپذیریم، نتیجه اش این می شود که اگر رهن معاطاتی را قبول کنیم در رهن معاطاتی باید قابل برگشت باشد و لزوم نداشته باشد. و این منافات با خود رهن دارد.

پس معاطات در رهن نباید بیاید. چون اگر بیاید آن کبری لازمه اش جواز است و جواز در رهن منافات با اصل ماهیت رهن دارد. پس در رهن نمی تواند معاطات بیاید.

جواب از اشکال با تشکیک در کبری یا صغری

مگر اینکه یکی از دو کار را انجام بدهیم:

یکی اینکه در اصل کبری تشکیک کنید، که بعضی از فقهاء معاصر همین کار را می کنند و در این کبری تشکیک می کنند که چه کسی گفته است این کبری درست است؟.

^۱ - مکاسب جلد ۳ صفحه ۹۳ و ۹۴

یا بفرمائید این کبرایی که گفته اند در عقود گفته اند آن هم عقدهای خاص مثل بیع و اجاره. یعنی قدر متیقن دارد. اینطور نیست که اطلاقی داشته باشد در همه معاملات. پس نه ایقاعات را شامل می شود، و نه همه عقود را شامل می شود. اگر اینجور باشد، بگوئیم در رهن {از طرفی} ما اطلاقات رهن را داریم، {از طرف دیگر در} شمول این اجماع که اگر در سبب لفظ نبود مسبب ما جوازی است {بر وقف} تشکیک کنیم، آنوقت نتیجه این می شود که در رهن لزوم می تواند بیاید حتی در معاطات آن. معاطات باشد و لزوم هم باشد. این {رهن} اشکالی ندارد.

مرحوم شیخ {در پاسخ} می فرماید: خیلی جرأت می خواهد، باید آدم از کسانی باشد که لا یبالی به مشهور فقهاء بل بما اطبقوا علیه.

راه حل مرحوم شیخ: عدم پذیرش کبری در موارد لزوم عقد از طرف واحد

ایشان می فرماید:

«و إن جعلناها (رهن معاطاتی را) مفیده للزوم كان مخالفا لما اطبقوا علیه من توقف العقود اللازمة علی اللفظ».

بعد می فرماید: نعم من لا یبالی مخالفة ما هو المشهور بل المتفق علیه بینهم من توقف العقود اللازمة علی اللفظ، أو حمل تلك العقود علی اللازمة من الطرفين، (یا حمل کند و بگوید عقودی باید لفظی باشد که بخواهد لازم من الطرفين باشد، والا عقد لازم من جهت واحد که در بحث ما رهن است این مانعی ندارد که لفظ نباشد عمل باشد)، اگر اینجور بود نتیجه این می شود که معاطات رهنی صحیح است و لزوم هم دارد و مشکلی هم پیش نمی آید.

بعد می فرماید:

همانندی وقف با رهن

«ولاجل ما ذكرنا فی الرهن يمنع من جریان المعاطات فی الوقف بأن یكتفی فیہ بالاقباض». می گوید همین بیانی که ما در رهن گفتیم در وقف هم می آید. چرا؟ چون وقف اگر معاطاتی شد و آن کبرای کلی را پذیرفتیم که اگر بخواهد لازم باشد باید لفظی باشد و حالا که معاطاتی است پس لازم نیست، معنایش این است که پس می توانید وقف را برگردانید و قائل به جواز شوید. در حالی که ما در شرع چنین چیزی نشنیدیم.

«والجواز غیر معروف فی الوقف من الشارع» که ما وقف جائز داشته باشیم. طرف وقف کند برای مدرسه علمیه، اقباض هم بکند (بنابر اینکه اقباض دخیل در صحت است یا دخیل در لزوم است)، بعد الاقباض ده سال هم طلبه ها در آن باشد بعد بگوید من برگردانم. می فرمایند اینکه ما بتوانیم وقف را برگردانیم معروف از شارع نیست، فتأمل.

مرحوم سید می فرماید: ظاهراً مراد مرحوم شیخ از این فتأمل این است که: صرف معروفیت که مانع نمی شود. اگر مجموع ادله دلالت داشته باشند ملتزم شدن به آن چه اشکال دارد. از یک طرف می بینیم معاطات به حسب اطلاقات و سیره درست است، در وقف هم درست است. از طرف دیگر دلیل داریم که طبق الفقهاء بر اینکه اگر عقد لفظی نبود لازم نیست، پس می گوئیم این وقف هم لازم نیست. وقف درست است و لازم نیست. چه اشکالی دارد؟

ولی واقعش این است که اشکال دارد. بخاطر اینکه ما در کلمات شارع همچنین وقفی را نمی یابیم، و اگر شک هم بکنیم اصالة الفساد محکم است. و سیره هم شما نمی توانید بگوئید بر همچنین چیزی واقع است. اینکه دیگر واضح است که سیره بر این واقع نیست که وقفها را برمی گردانند. چون موردش را شما نمی توانید نشان بدهید تا بگوئید بر آن سیره وجود داشته. و اول کلام است که اطلاقات بتواند وقف را بگیرد تا نتیجه اش برگشتن باشد.

ما سرجای خودش گفتیم که اصلاً اطلاقات را قبول نداریم اما بر فرض که کبرای اطلاقات را قبول کنیم، می گوئیم اینکه جواز غیر معروف است تضعیف می کند امکان اخذ به اطلاقات را از جهت اینکه آیا شما یک مورد دارید که روایت تجویز کرده باشد؟ و اگر جواز ممکن بود آیا امری است که پنهان بماند؟! نباید در روایات می آمد که وقف جائز است برگردد. البته برخی از اوقاف می شود که در روایات هم آمده است، اما نباید می گفتند که اصلاً وقف معاطاتی از اول تا به آخر جائز است و می شود برگشت؟ اینها چیزهایی نیست که مبتلا به نباشد. در اخبار هیچ عین و اثری نیست، چون اگر بود لبان.

ولذا به نظر می آید که اصل فرمایش شیخ درست است که جواز غیر معروف است، غیر معروفی است که اگر واقع بود و منظور نظر شارع بود باید بیان می شد. این چیزی نیست که فقط یک مورد در میان مسلمین اتفاق بیفتد. خب طرف فوت می کند بعد ورثه اش می آیند می گویند می خواهیم مدرسه موقوفه را بکویم پاساژ بسازیم، می توانند؟ یا خودش بعد از مدتی پشیمان بشود. وقف برای علماء کرده بعد بگوید ما پشیمان شدیم می خواهیم خودمان استفاده کنیم. می شود؟ می خواهیم بگوئیم می توانسته الی ما شاء الله مصداق پیدا کند، اینکه هیچ مصداقی پیدا نکرده و فقهاء اجازه نداده اند این همینطور گتره ای نمی شود. پس این جواز که غیر معروف است به ضمیمه اینکه اگر ممکن بود معروف می شد می شود فرمایش شیخ را درست کرد.

بیان مرحوم سید در امکان جوازی بودن وقف

مرحوم سید می فرماید: شاهد بر این مسئله این است که قبض را عده زیادی از فقهاء شرط صحت نمی دانند شرط لزوم می دانند. پس قبل از قبض وقف جائز بوده است. پس ما وقف جائز داریم.

جواب مرحوم اصفهانی از بیان مرحوم سید

مرحوم اصفهانی یک حرفی دارد که ظاهراً جواب از این است. می گوید آن جواز قبل القبضی که می گویند آن جوازی نیست که بدیل لزوم است. می گوید قبل القبض درست است تعبیر می کنند که وقف جائز است، ولی مقصود این است که واقف مختار است که سبب وقف را تمام بکند یا نکند. چون قبض از متممات سبب است. اینکه می گوئیم جائز است یعنی له آن يرجع در وقفش، از باب این است که سبب تمام نشده است. در حالی که جوازی که در معاملات می گویند بعد از تمامیت سبب است. معامله جائز است، مثلاً در هبه غیر ذی رحم گفتیم جائز است. آنجا هم بعضی ها قبض را دخیل در صحت می دانند. این هبه قبض هم شد، هبه صحیحه هم هست به غیر ذی رحم هم هست ولی جائز است، خب جائز است یعنی چه؟ یعنی له آن يرجع. یعنی بعد از اینکه سبب تمام شد له آن يرجع. جوازی که در معاملات می گوئیم که بدیل لزوم است جوازهای بعد از تمامیت سبب است. یعنی این سبب یک سببی است که بعد از تمامیتش، مانع از رجوع نیست. اینجا اگر می گوید که ما می گوئیم جائز است قبل القبض، نه به معنای این است که بعد از تمامیت سبب جائز است. بلکه می گوید سبب تمام نیست. جائز است یعنی «للووقف أن يتم السبب فيكون الوقف لازماً و أن لا يتم السبب فله أن يرجع» نه جوازی که بدیل لزوم است. بلکه معنای جواز این باشد که بگوئیم قبض شرط لزوم است به این معنا که قبل از قبض هنوز سبب تمام نیست و می شود کاری کرد که وقف لازم پدید بیاید.

سؤال: اگر جزء سبب شود شرط صحت است نه شرط لزوم.

پاسخ: تفصیل این مطلب در بحث قبض و اینکه شرط لزوم است یا شرط صحت می آید اما می توان شرط صحت را به این معنا دانست که وجود شرط، متمم اقتضا است به این معنا که اگر شرط نباشد ارکان معامله تمام نیست یعنی قبل از قبض، وقف سبب تام نیست و می توان آن را تمام کرد و وقف لازم را با قبض محقق کرد.

اشکال: این تفسیر خلاف ظاهر است وقتی می گویند شرط لزوم یعنی شرط صحت تمام شده و شرط لزوم {به معنی غیر قابل برگشت بودن معامله} است.

پاسخ: بررسی تفصیلی این مطلب خواهد آمد تأمل بفرمائید.

اشکال: اگر بگوئیم معاطات لزوم می آورد نه جواز اشکال مرحوم شیخ از اول وارد نیست

و جواب: آنهایی که به اطلاعات عمل می کنند علی القاعده قائل به لزومند الا ما خرج بالدلیل و در خصوص بیع به خاطر اجماع دست از اطلاعات بر می دارند و ظاهراً هیچ کس قائل نیست که معاطات لزوم بیاورد. خود علامه در یکی از کتابهایش معامله معاطاتی را فاسد می داند. البته مشهور معاطات را فاسد نمی دانند ولی اینکه معامله معاطاتی لازم باشد ظاهراً قائل ندارد. بله به شیخ مفید نسبت می دهند، ولی آن هم قابل اثبات نیست که ایشان مقصودش در عبارت لزوم باشد.

جواز حتی اگر با لوازم وقف هم تعارض داشت مشکل ساز است

یک نکته باقی ماند و آن اینکه: کسی بگوید بحث لزوم و جواز از یک منظر دیگر هم در وقف قابل بحث است. کسی ممکن است بگوید جواز با ماهیت وقف تعارضی ندارد، اما با لوازم وقف تعارض دارد. یعنی یکی از لوازم وقف عدم رجوع است، که این را مثلاً از روایات می فهمیم، حالا یا به این وجهی که مرحوم شیخ فرموده، یا به وجهی که بعضی ها می گویند که گویی در وقف قصد قربت لازم است و ما کان لله لا یرجع فیه. منتهی این منوط به این است که قصد قربت لازم باشد مثل صدقه.

اگر اینطور باشد بالاخره لزوم ولو جزء مقوم وقف نباشد اما از لوازم وقف هست. به تعبیر مرحوم اصفهانی این لازمه لازم مفارق و عرض مفارق نیست، بلکه لازمی است که همیشه همراهش هست و لازمه وقف است. و فرقی نمی کند که این اجماع وقتی که آمد که گفت اگر لفظ نبود جواز است، این جواز حاصل از اجماع و اطباق فقهاء با خود وقف منافات داشته باشد یا با لازمه وقف منافات داشته باشد. بالاخره نمی شود وقف را قبول کرد.

لذا به نظرم مرحوم اصفهانی هم نهایتاً با همین استدلال مرحوم شیخ پذیرفته است که نمی تواند در وقف معاطات جاری باشد. شما به کلمات ایشان مراجعه کنید، ایشان به همین وجه تمام می کند و دیگر ایشان در اینجا بحث جدیدی مطرح نکرده است.

ایشان می فرماید:

«ویمکن أن يستفاد من الاخبار الدالة على عدم جواز الرجوع في الوقف أن اللزوم كاللازم الغير المفارق، مثل قولهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه، فإن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي بأن ما كان لله لا يلائمه الرجوع و مثله يأبى عن

۱- حاشیه مکاسب اصفهانی جلد ۱ صفحه ۱۹۱

التخصّص». و ما نمی توانیم این کبری را تخصیص بزنیم بگوئیم که همه جا ما کان لله لا رجعة فيه الا وقف معاطاتی. چون لسان قابل تخصیص نیست.

پس بعد از قبول آن اجماع با توجه به اینکه قابلیت رجوع منافات با لازمه وقف دارد ما نمی توانیم در وقف معاطات را بپذیریم. البته ایشان هم آن اجماع را با اما و اگر می پذیرد که اگر ما آن اجماع را بپذیرفتیم و وقف را مشمول معقد اجماع دانستیم، آنوقت پذیرفتن جریان معاطات در وقف مشکل می شود.

ما که از این بحث ها راحت هستیم، نه سیره را قبول داریم و نه اطلاعات را، نیاز به این بحث نداریم. معاطات در وقف سبب شرعی ندارد، بنابر این وقف معاطاتی درست نیست.

روشن شدن اشکال قول به تفصیل از بحث گذشته

نکته دیگری که می گوئیم این است که: از آنچه ما گفتیم وجه عدم صحت تفصیل هم معلوم می شود.

ما تفصیل در وقف را که بگوئیم در اوقاف عامه وقف معاطاتی صحیح است ولی در اوقاف غیر عامه صحیح نیست، این را هم قبول نداریم. چرا؟ چون ما عرض کردیم ما مطلقاً در هیچکدام سیره نداریم و اطلاعات هم هیچ کجا جاری نیست. اصالة الفساد محکم است.

دفاع آیت الله فاضل از تفصیل و جواب آن

در عبارات مرحوم آیه الله فاضل آمده بود که دلیل جریان معاطات در مصالح عامه این است که دلیلی نداریم بر لفظ. ما آنجا جوابش را گفتیم که شما نباید دلیل بر لفظ داشته باشید، چون اصالة الفساد محکم است. باید دلیل داشته باشید که معاطات جاری است. اگر بر جریان معاطات دلیل نداشته باشید، لازم نیست که دلیل بر لزوم لفظ داشته باشید. اصالة الفساد معنایش همین است. در همه معاملات همین است، اگر شما دلیلی نداشته باشید که این سبب حاکم است، مسببش نمی آید.

دفاع آیت الله سبحانی از تفصیل و جواب آن

آیه الله سبحانی (حفظه الله) بیانی دارند برای اینکه چرا در اوقاف عامه قائل شویم به تحقق معاطات اما در اوقاف خاصه معاطات را نپذیریم. می فرماید شاید وجهش این باشد که ظهور فعل در اوقاف عامه اظهر من الفعل در وقف بر ذریه

است. بگوئیم در وقف بر ذریه که خاص است معاطات یا ظهور {در تحقق وقف} ندارد یا بگوئیم او {یعنی معاطات بر تحقق وقف در وقفهای عام} اظهر است.

اظهر بودن که هیچ، بخاطر اینکه ظهور کفایت می کند. پس بگوئیم ظهور هم ندارد.

ایشان می گوید مثل اینکه یک آقای باغش را در اختیار اولادش می گذارد، این می شود وقف باشد، می شود اباحه باشد که تا زمانی می توانند استفاده کنند بعد مالک می تواند بفروشد. از ملک خودش بیرون نکرده است. حرف آقای سبحانی اینجا این است که می فرماید: وجه تمایز بین اوقاف عامه و خاصه این است که گویی در اوقاف خاصه فعل دلالت و ظهور روشنی ندارد بر اینکه وقف باشد. چون دلالت روشنی ندارد بنابر این وقف نیست. بعد می گویند: ولذلک فالاقوی اعتبار اللفظ فی الوقف الخاص حتی یرتفع الابهام.

من فکر می کنم این استدلال خیلی عجیب است. ای کاش ایشان به سیره تمسک می کرد، می گفت آنجا سیره هست و در اینجا سیره نیست، همینکه سیره نیست اصالة الفساد محکم است. اگر این را می گفت خیلی تمیزتر بود.

اما این {بیانی} که ایشان می فرماید نتیجه اش این نیست که ایشان نتیجه می گیرد. برای اینکه اولاً به لحاظ صغروی حرف نادرستی است. اینکه ما بگوئیم که در مثل خانات فعل ظهور دارد در وقف اما در مثل وقف بر ذریه ظهور ندارد. یک آقای می رود مشهد یک ساختمان خیلی تمیزی درست می کند و ما می دانیم که این برای زوار امام رضا علیه السلام است. اما اینکه این وقف کرده یا اباحه کرده، هر دو می شود. حتی ممکن است بگوئید فعلش زبان که ندارد، ممکن است اصلاً می خواهد پول هم بگیرد ولی نصف قیمت یا ربع قیمت بگیرد. همه اینها می شود.

پس در مصالح عامه هم می شود اشکال شما را کرد که فعل ظهور ندارد. اتفاقاً این یکی از مسائل مهم در معاطات است که دلالت های فعل معمولاً مثل لفظ نیست. ولذا در معاطات حتی در بیع گفته اند گاهی لازم است یک ضمیمه و قرینه ای کنار این عمل باشد که دلالت کند که دارد با این عمل و فعل، انشاء بیع یا وقف می کند. آن قرینه گاهی لفظ هم می تواند باشد، اما نه لفظی که دال بر معامله باشد، بلکه لفظی که دال بر این باشد که مقصود او از این عمل چیست.

پس عرض ما این است که اولاً به لحاظ صغروی حرف شما نادرست است. اینکه بگوئید در وقف خاص فعل دلالت ندارد اما در وقف عام دلالت دارد، می گوئیم چه فرقی می کند. در هر دو می شود.

در یک جاهایی مثل بناء مسجد شاید فرمایش شما درست باشد. بناء مسجد بخاطر ظهور خودش ممکن است دلالت داشته باشد که این بنائی که من می کنم برای مسجد است. خب معمولاً آدم برای خانه خودش که گنبد و گلدسته درست

نمی کند. اگر یک جائی درست کرد که گنبد و گلدسته دارد این ظهور دارد که این مسجد است. اما اینکه شما تعمیم می دهید به کل آنچه که در مصالح عامه است این درست نیست. مثلاً یک بیمارستانی ساخته اند، چه کسی می گوید این بیمارستان وقف است؟ شاید اباحه باشد. شاید اصلاً می خواهند پول هم بگیرند منتهی پول کمی بگیرند که کمک به مردم باشد. همه اینها می شود. پس از کجا می فرمایید که این وقف معاطاتی است.

اینکه فعل دلالت ندارد درست است ولی مشترک بین هر دو قسم است و در همه جا می آید. در وقف خاص هم می آید. مثل اینکه از قبل صحبت‌هایی شبیه مساومات بیع بشود، پدر فرزندانش را جمع کند بگوید من می خواهم وقف کنم. مثل مساومه بیع که منافات با معاطات بیعی ندارد، اینجا هم گفتگوهای باشد، حالا در عمل می آید کلید را به اولادش می دهد، یعنی با همین وقف کرده است. این می شود. این بحث صغروی.

یک بحث کبروی اینجا هست که حرف شما درست که در خیلی جاها در اوقاف خاص خود فعل دلالت تام ندارد بر اینکه وقف باشد، اما چرا بگوئیم معاطات درست نیست. بلکه بگوئیم لازم است قرینه ای به آن ضمیمه بشود تا بتواند دلالت کند. که آن قرینه می تواند اعم از ظهور حالی یا مقالی باشد. و {وجود چنین قرینه ای} معامله را از معاطات بیرون نمی کند. کما اینکه مرحوم شیخ در معاطات آورده و دیگران هم دارند که اینکه حتی یک قرینه لفظی کنار عمل بیاید و قرینه شود که من مرادم با این عمل انشاء تملیک عین به عوض است، این معنایش خروج از معاطات نیست. معاطات این است که در بیع مثلاً من با عمل، تملیک عین به عوض را انشاء کنم. یا در وقف انشاء حبس کنم یا انشاء ایقاف و غیره کنم. مقصود این است که اگر قرینه بیاورد که من دارم همچنین انشائی می کنم، این خروج از معاطات نیست. پس شما بگوئید لازم است قرینه بیاورد، چرا کبرایتان این شد که معاطات در وقف درست نیست. انصافاً این استدلال درستی نیست.

شبیه فرمایش ایشان هم کلام ایه الله فاضل است که به نظر من آن هم صحیح نیست. چون استدلال کرده است به وجهی که لازمه اش عدم صحت معاطات نیست.

فرق بیان آیه الله سبحانی با بیان محقق نائینی

سؤال: آیت الله سبحانی نیز نظر محقق نائینی را به بیان دیگری آورده اند. مرحوم نائینی می فرمایند فعل گاهی مصداق حبس عین هست و برخی وقتها نیست اگر باشد مانند حبس خاص یا وقف بر مصرف خاص صحیح است و گر نه باطل. و جواب: فرق کلام مرحوم نائینی با آقای سبحانی این است که: به فرمایش آقای سبحانی می توانیم اشکال کنیم که ما می توانیم قرینه حالی یا مقالی بیاوریم که داریم با این فعل خودمان بر وقف انشاء می کنیم. دیگر از ابهام خارج می شود.

ولی مرحوم نائینی احتمال داده است که اصلاً بعضی از افعال مصداق نمی شود برای وقف، لذا اطلاعات هم {آنها را} نمی گیرد. نه اینکه در مقام کشف {مصداق عنوان}، نقصی وجود دارد که با {کمک} قرینه آن را مصداق می کنیم. نه اصلاً او مصداق نمی شود. مثال می زند می گوید طلاق را با اخراج مرأه از بیت نمی شود انجام داد. نه اینکه اخراج مرأه از بیت کاشف نیست یا کشف ناقص است، تا من به ضمیمه قرینه تمامش کنم. بلکه می گوید اصلاً نمی شود مصداق بشود. یا به قول تقریرات ایشان پریدن عند العقلاء مصداق بیع کردن نیست، نه از باب اینکه ممکن است کاشف نباشد، تا بگوئید قرینه ای ضمیمه آن می کنیم، بلکه می گوید اصلاً عند العقلاء مصداق نیست.

این حرف مرحوم نائینی حرف دقیقی است. شبیه حرفی است که ما می زدیم که انشاء به صرف انشاء ولو انشاء جدی فاصله دارد تا بشود مصداق یک معامله عند العرف. باید عقلاء و عرف این را موضوع اعتبار خودشان بدانند. آنها می گویند پریدن هیچ جوری عند العقلاء مصداق بیع کردن نیست. اخراج مرأه از بیت مصداق طلاق نیست. این حرف دقیقی است که با اینجا فرق می کند.

باسمه تعالی

- موضوع: مسأله چهارم تحریر: تفصیل بین احداث بنائی برای مثل مسجد و بین نیت مسجد بودن ساختمان موجود. ۲۰۷
- خلاصه بحث گذشته ۲۰۷
- تفصیل بین احداث بنائی برای مثل مسجد و بین نیت مسجد بودن ساختمان موجود ۲۰۷
- نکته فرق مسأله چهار با مسأله سه ۲۰۸
- اشکال آیه الله سبحانی: رکن وقف نیت و اقباض است که هر دو موجودند ۲۰۹
- اشکال به آیت الله سبحانی: به انشاء (ولو عملی) توجه نکرده اید. ۲۱۰
- نقض به آیه الله سبحانی به لزوم معاطات ۲۱۰
- اقباض غیر از معاطات است ۲۱۱
- حتی اگر اقباض شرط صحت باشد باز بعد از تمام شدن مقتضیات عقد است ۲۱۱
- اشکال آیه الله فاضل ره به متن ۲۱۲
- اشکال به آیه الله فاضل ره ۲۱۲
- توجیه متن بر اساس اشکال صغروی ۲۱۲
- ایراد به اشکال: با ضم قرینه مشکل دال بودن فعل بر طرف می شود ۲۱۳
- توجیه متن بر اساس اشکال کبروی ۲۱۳
- ایراد به اشکال ۲۱۴
- تبیین تفاوت بین دو مسأله بر اساس اختلاف در وجود سیره ۲۱۵
- عدم صحت تبیین به دلیل عدم تفاوت در سیره ۲۱۵
- تبیین تفاوت دو مسأله بر اساس تفاوت در وجود هیئت مسجدیت در احداث ۲۱۶
- جواز توکیل در وقف ۲۱۶
- دلیل صحت وکالت اطلاقات توکیل است ۲۱۷
- عدم امکان خدشه بر اساس فقدان قصد قربت ۲۱۷
- فرق بین مقام و بین سوگند ۲۱۷

موضوع: مسأله چهارم تحریر: تفصیل بین احداث بنائی برای مثل مسجد و بین نیت مسجد بودن ساختمان موجود

خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله سوم که جریان معاطات در وقف بود گذشت. و دیدیم که سه قول اساسی آنجا وجود داشت:

یک قول این بود که مطلقاً معاطات در وقف جاری است اعم از اینکه این وقف عام باشد یا وقف خاص.

قول دوم این بود که اصلاً {معاطات در وقف} هیچ جا جاری نیست، که ما همین را اختیار کردیم، از باب اینکه سیره تمام نیست، یک جاهایی قطعاً نیست و یک جاهایی ثبوتش مشکوک است، واطلاقات هم تمام نیست. بنابر این معاطات در وقف نمی آید.

قول سوم نیز قول تفصیل بود که مطابق متن وسیله و تحریر الوسيله بود که در وقف بر مصالح عامه، معاطات جاری است، ولی در وقف خاص معاطات جاری نیست. منتهی عدم جریان در وقف خاص را تصریح نکرده بودند. از اینکه متعرض نشده بودند گفتیم حتماً منظور آنها این است و اینطور استظهار می شود که در اینها جاری نیست.

تفصیل بین احداث بنائی برای مثل مسجد و بین نیت مسجد بودن ساختمان موجود

مسئله ۴: هم در وسیله و هم در تحریر می فرمایند: اینکه ما در مسئله قبل معاطات در مصالح عامه را قبول کردیم، مربوط به جایی است که از اول احداث یک بنا مثل مسجد به قصد مسجدیت باشد و بعد صرف الناس للصلاة فیها، مردم را هم به طرف نماز خواندن در او سوق می دهد، این می شود معاطات. اما اگر در جایی یک ساختمانی دارد، حالا این ساختمان موجود را نیت می کند که این مسجد باشد. یا خانی باشد برای مراجعه کردن دیگران یا قنطره ای باشد، این چنین

چیزی ابتداء با نیت درست نمی شود. ایشان می فرماید یشكل که معاطات در این صورت جاری باشد وبنابر این بدون صیغه مشکل است ما بپذیریم که وقف می شود.

در مسئله ۳ مسجد بود و قنطره بود و کل ما کان محبسا علی المصالح العامة. اینجا ابتدا مسجد را می گوید، بعد می گوید و کذا الحال فی مثل الرباط و القنطرة. بعید نیست (البته تصریح نیست) که مطلق چیزی را که آنجا در مصالح عامه گفتند اینجا هم بخواهند بگویند. حالا مهم نیست. مهم این است که در مثل مسجد و در مثل رباط و قنطره ایشان دارد حرف دیگری می زند، می گوید آن چیزی که آنجا گفتیم که معاطات در آن جاری است مقصود جریان معاطات در جائی است که احداث از اول به قصد مسجدیت باشد و مواردی که بعدا به او ملحق شده است. اما اگر بعد از ساخته شدن یک بنا ساخته را می خواهد نیت کند که این مسجد باشد و مردم را هم سوق بدهد که در آن نماز بخوانند این کافی نیست.

عبارت مسئله ۴: ما ذکرنا من کفاية المعاطاة فی المسجد إنما هو فیما إذا کان اصل البناء بقصد المسجدية بأن نوى بینائه و تعميره أن یكون مسجدا، خصوصا إذا حاز ارضا مباحة لأجل المسجد وبنى فیها بتلك النية، واما إذا کان له بناء مملوک کدار أو خان فنوی أن یكون مسجدا و صرف الناس بالصلاة فيه من دون اجراء الصیغة علیه یُشکَل الاكتفاء به، و کذا الحال فی مثل الرباط والقنطرة.

بحث در این است که ایشان چه می خواهد بگوید تا بعد به مستند تفصیلشان برسیم.

نکته فرق مساله چهار با مسئله سه

آنطوری که محشین فرمایش ایشان فهمیده اند همین چیزی است که ظاهر عبارت می گوید که بین احداث و بین قصد بعدی فرق است. علت فرق می تواند دو نکته باشد:

یکوقت نکته فرق را این می دانند که در بناء إحداثی فعل دلالت دارد، خصوصیت فعل کاشف هست از اینکه می خواهد مسجد کند یا وقف کند. اما وقتی ساختمان ساخته شده است، صرف اینکه نیت کند و مردم را سوق بدهد برای نماز در آنجا، فعل ظهوری ندارد.

^۱- ما معمولا یشكل می خواندیم ولی یکی از اهل فن گفتند یشكل درست است، چون اشکل الامر به معنای اعزل الامر خودش لازم است، باب افعالی است که لازم است. بعد ما هم که مراجعه کردیم دیدیم درست می گوید.

اما برخی دیگر عبارت را اینجوری معنا کرده اند که: عبارت مرحوم سید و حضرت امام قده بر این اساس است که مسجدیت به صرف نیت حاصل نمی شود. صرف اینکه من نیت بکنم متعین نمی کند برای مسجد. ولذا ممکن است ما معاطات را قبول کنیم، ولكن معاطات باید باشد تا جانشین لفظ بشود. اما صرف نیت بدون معاطات که کفایت نمی کند. ولذا با صرف اینکه به ساختمانی که قبلا ساخته شده بگوئیم من نیت می کنم که اینجا مسجد باشد و مردم را هم سوق بدهم در او نماز بخوانند، می فرمایند سوق مردم به نماز در اینجا هم کافی نیست. چون ممکن است سوق بدهم نه به عنوان مسجد، بلکه برای اینکه مردم در منزل من نماز بخوانند.

پس نه سوق الناس برای نماز در این خانه کاشف از این است که اینجا مسجد است و وقف است، و نه آن نیت متعین می کند وقفیت و مسجدیت را. می گوید این وجه اشکال است ولذا تفصیل داده اند.

بعد در این حرف اشکال می کنند، هم آیه الله سبحانی که تحشیه کرده اشکال می کند و هم مرحوم آیه الله فاضل اشکال کرده اند، و هر دو می گویند تفصیل وجهی ندارد و هر دو باب یکی است.

اشکال آیه الله سبحانی: رکن وقف نیت و إقباض است که هر دو موجودند

آیه الله سبحانی می فرماید: در جائی که شما ساختمانی دارید و نیت می کنید، چه چیزی کم دارد؟ می گوید ما در باب مسجدیت و در باب اوقاف دو تا رکن می خواهیم: یکی نیت است و یکی إقباض است. خب می گوید نیت که هست، چون فرض این است که این خانه ساخته شده را نیت می کند مسجد باشد. إقباض هم که هست، چون گفته مصلین بیایند نماز بخوانند. پس اجزائش تمام است. ایشان می فرماید:

«و يمكن أن يقال عدم الفرق بين الصورتين إذا نوى الوقف و حصل الإقباض باقامة الصلاة فيه ليلا أو نهارا، من فرق بين كون البناء من أول الأمر للمسجد أو طروء النية بعد ما تم البناء إذا كان العمل ظاهرا في الوقف عند الناس».

بعد می فرمایند:

«و إن شئت قلت: قوام كون الشيء وقفنا بأمرين النية والإقباض، والمفروض حصولهما، وكون خصوصية البناء دالة على كونه وقفا للمسجد لا مدخلية فيه. فقوام كون البناء وقفا له امران و المفروض وجودهما».

پس ایشان ادعا می کند فرمایش متن درست نیست، با نیت بعد {از ساختن} وعروض النية می شود وقف کرد. ساختمان ساخته شده را ما نیت می کنیم مسجد باشد. البته إقباض هم لازم است که بعد می گذاریم مردم نماز بخوانند می شود إقباض.

اشکال به آیت الله سبحانی: به انشاء (ولو عملی) توجه نکرده اید.

اما من خیلی از این بیان تعجب می کنم. برای اینکه این بیان مما اطبق الفقهاء علی بطلانه است. چون ما نداریم کسی را که بگوید وقف بدون انشاء و سبب حاصل می شود. ما داریم کسانی که معاطات را کافی بدانند، اما معاطات انشاء است منتهی انشاء بالفعل است. اما هیچ کسی نگفته است که وقف با صرف نیت حاصل می شود. بله در مسجد یک عبارتی از شیخ طوسی بود، که آن عبارت در مسجد بود که گفتیم ممکن است با وقف فرق بگذاریم. تازه آن عبارت خودش هم قابل بحث بود.

پس ما نداریم کسی را که بگوید وقف بدون انشاء حاصل می شود. به صرف اینکه من در ذهنم نیت کنم وقف است بشود وقف.

نقض به آیه الله سبحانی به لزوم معاطات

اینکه ایشان می فرماید که قوام کون الشیء وقفا بامرین النية والاقباض، این خیلی عجیب است. اگر اینطور است پس چرا شما اینقدر بحث کردید که معاطات لازم است؟ خب می فرمودید نیت کافی است. نیت که معاطات نیست. پس بنابر این، این بیان حتما نادرست است.

خصوصا که ما یک اصالة الفساد هم داریم، هر کجا شک کنیم یک چیزی می تواند سبب وقف باشد که دلیلی بر آن نداریم، اصل فساد محکم است یعنی نمی تواند باشد. شما در باب معاطات نتوانستید درست کنید که معاطات به نحو اطلاق بتواند وقف درست کند و در وقف جاری باشد، ما که می گوئیم هیچ جا نیست، شما هم که تفصیل مرحوم امام را پذیرفتید که در وقف خاص فعل دلالت نمی کند، پس چرا نگفتید که ما اصلا فعل نمی خواهیم با نیت درست می کنیم.

پس این تعلیل خیلی عجب است و نمی تواند مصحح اشکال به متن بشود که بگوئیم با نیت می شود.

اقباض غیر از معاطات است

سؤال وجواب: اقباض در مرحله بعد الفراغ از وقف است. باید وقف تمام باشد تا اقباض وقف بکنید. لذا اقباض وقف غیر از معاطات است. اقباض برای تسلیم آن چیزی است که وقف شده است. نه اینکه متمم خود وقف باشد و تازه بخواهید با اقباض وقف را ایجاد کنید.

سؤال وجواب: ابراز حتما مقوم انشاء است. در انشاء که چهار مسلک هست طبق همه مسالک ابراز می خواهد. حتی آقای خوئی ره هم که می گوید ابراز کردن اعتبار، انشاء است باز ابراز اعتبار را می گوید انشاء است. هیچ کس نگفته است این چیزی که در ذهن من هست انشاء است. حالا ما که مقوله اعتبار را غیر از انشاء می دانیم تبعا للمحقق الاصفهانی، ولی آنهایی که انشاء را با اعتبار پیوند می دهند اینجور پیوند می دهند که می گویند ابراز الاعتبار است. احدی نگفته من در ذهن خودم تصمیم که بگیرم می شود انشاء. واضح است که با این نه نکاح واقع می شود نه طلاق واقع می شود و نه عقد واقع می شود. والا اگر این بود چرا این همه زحمت در معاطات می کشند، خب می گفتند با نیت درست می شود و طرف هم بیع را مثلا نیت که کرده است.

حتی اگر اقباض شرط صحت باشد باز بعد از تمام شدن مقتضیات عقد است

سؤال وجواب: در وقف که همه قبول دارند که باید انشاء بشود. عمده دلیلش هم اصالة الفساد است که در غیر ما تمّ کونه سببا می آید. در الفاظ هم بحث بود که الفاظی که برای وقف بکار برده می شود بعضی می گفتند باید الفاظ خاص باشد که صریح باشد مثل وقف و حبس و امثال آن، پس در الفاظ هم الفاظ خاصی را گفته اند، در معاطات هم که قابل بحث است، اما نیت را هیچ کس نگفته است. و اگر اقباض همان معاطات باشد نیاز به مسئله جدیدی نبود در همان مسئله قبل می گفت. اینجا این را نمی گوید. اقباض حتما یک چیزی است فراتر از چیزی که لااقل اقتضاء وقف را تمام کرده باشد. این حتما غیر از او است. چرا این را می گوئیم؟ چون بعضی ها اقباض را دخیل در صحت می دانند، اما کسانی هم که دخیل در صحت می دانند اقتضاء را با انشاء تمام می کنند. نه اینکه با اقباض تازه بخواهند معاطات بکنند. خود ایشان در بحث قبلی که ظاهرا ناظر به فرمایش مرحوم آقای فاضل هستند می گویند اقباض برای تتمیم کار وقف نیست. می گوید نماز خواندن مردم قبض است نه اینکه متمم وقف باشد. که درست هم هست. پس حتی اگر ما اقباض را دخیل در صحت هم بدانیم بعد از تمامیت مقتضیات است. مقتضی که عبارت باشد از آن انشاء وقف بخصوصیتها باید تمام باشد، تا ما آنچه را که اُنشی صحیحا مع شرائطه را اقباض کنیم. آنوقت اینها می گویند متمم سبب باشد. والا با خود همین شما بخواهید انشاء کنید و با همین بخواهید وقف درست کنید و بعد بگوئید اقباض هم هست، این حرف معنا ندارد.

پس اشکال این فرمایش واضح است.

اشکال آیه الله فاضل ره به متن

مرحوم آقای فاضل هم به متن اشکال می کنند، می فرمایند: اینکه بعد باشد یا قبل باشد خصیصه ای ندارد. بعد استدلال ایشان این است که قوام مسجدیت فقط به نیت است، (شاید یک جوری با عبارت آقای سبحانی یکی باشد)، و شکل و ساخت مسجد دخلی در این مسئله ندارد. قوام مسجدیت به نیت است.

اشکال به آیه الله فاضل ره

اشکال به ایشان هم شبیه اشکال به آیه الله سبحانی است. الان بحث وقف بود. از کجا می فرمائید قوام وقف فقط به نیت بدون انشاء است؟ اینها یک حرفهایی است که مخالف است با ما اطبق علیه الفقهاء، نه اینکه صرفاً مخالف اجماع باشد. هیچ کس نگفته وقف بدون انشاء حاصل می شود. البته در مسجد ممکن است کسی بحث بکند، اما بحث ما در وقف است، اگر مسجد هم می گوئیم به لحاظ وقف آن است. چطور می گوئید وقف بدون انشاء حاصل می شود؟! پس این دو اشکال به متن (که شاید قریب به هم باشند) به نظر ما واضح است که درست نیست.

توجیه متن بر اساس اشکال صغروی

اما خود متن توجیه دارد یا نه؟

ممکن است عبارت متن، اشکال صغروی باشد

به نظر من به متن اشکال وارد است و تفصیل ناصحیح است. چرا؟

برای اینکه دارد خلط بحث می شود. ما بحث مان در معاطات بود. اینکه می فرمائید اگر کسی یک خانه ای دارد و مردم را صرف می کند برای نماز در او این کفایت نمی کند، اشکالتان صغروی است. یعنی می گوئید مجرد صرف الناس فیه کفایت نمی کند، چون این فعل از آن افعالی نیست که در باب معاطات دلالت کند. ما در باب معاطات فعلی می خواهیم که دال بر انشاء باشد. چون می خواهیم با آن فعل انشاء کنیم. باید دال باشد تا بتوانیم انشاء کنیم.

پس اگر اشکال صغروی است، در این صورت دو تا جواب دارد:

ایراد به اشکال: با ضم قرینه مشکل دال بودن فعل بر طرف می شود

جواب اول: اگر یک فعلی دال نیست، می توانیم به او ضم قرائن کنیم تا دال بشود. مرحوم شیخ در مکاسب در بحث معاطات مثل برخی از فقهاء دیگر خیلی دقیق حرف زده است. فرموده ما در بحث معاطات حتی می توانیم ضمیمه لفظی کنیم به فعل، و این موجب نمی شود که عقد لفظی بشود. اینکه قرینه ضمیمه شده به فعل موجب بشود تا ما بتوانیم با فعل انشاء کنیم بیع معاطاتی را یا وقف معاطاتی را، غیر از این است که ما با صیغه انشاء کنیم وقف یا بیع را. ما با فعل انشاء می کنیم، اما فعل گاهی در دلالت قاصر است و لذا ممکن است یک لفظ یا فعل دیگر یا ظهور حالی را قرینه قرار بدهیم و اینها که به فعل ضمیمه شدند بشوند دال.

می گویند: واما إذا كان له بناء مملوك كدار أو خان فنوی أن يكون مسجدا و صرف الناس بالصلاة فيه من دون اجراء الصیغة علیه يُشكل الاكتفاء به. چرا یشکل؟ چون دال نیست؟ چون نیت که فعل خارجی نیست که دال باشد. می گوئید نیت که لازم است چون نیت از شرائط انشاء کردن است، اما این نیت به اضافه صرف الناس کافی نیست. چون صرف الناس فعلی نیست که دال باشد. اگر حرفتان این است، می گوئیم خب یک چیزی ضمیمه آن بکنید. چرا می گوئید که من دون اجراء الصیغة یشکل الاكتفاء به؟! خب یشکل الاكتفاء در اینجا مثل یشکل الاكتفاء به خیلی از افعال در بحث معاطات است. اگر اینطور باشد پس شما یکی یکی در بحث معاطات بگوئید این فعل کافی نیست برای وقف، آن فعل کافی نیست برای صلح. ما که در بحث معاطات اینطور نباید حرف بزنیم. باید در بحث معاطات بگوئیم افعالی که عند العقلاء دال هستند و ممکن به الانشاء اینها جای لفظ را می گیرند. شما در اینجا هم این را بگوئید.

بنابر این اگر در واقع نیت به اضافه صرف الناس للصلاة فيه کافی نیست، خب صغرویا باید بگوئیم یک چیزی به آن ضمیمه کنند که کافی باشد. نه اینکه بگوئیم بدون صیغه نمی شود.

پس این مسئله ۴ یک وقتی در مقام اشکال صغروی است، یعنی این مثال برای عمل که ممکن است کسی ساختمان داشته باشد و بعد نیت بکند و مردم را صرف کند در اینکه نماز بخوانند، این کافی نیست. یعنی برای اینکه معاطات در اینجا بیاید باید یک چیز دیگری به آن ضمیمه بشود، خب اگر این باشد با فرد دیگری از عمل می توانید انجام بدهید.

توجیه متن بر اساس اشکال کبروی

اما یکوقت می گوئید نه، اصلا در اینجا معاطات جاری نیست. کسانی که تحشیه کرده اند ظاهرا فهمشان این است که در مسئله ۴ می خواهند بگویند اگر بعد الاحداث است دیگر معاطات نمی آید.

ما می گوئیم چرا نیاید. بحث معاطات بحث انشاء بالفعل است. شما می گوئید اگر کسی یک ساختمانی دارد و نیت می کند و بعد هم صرف الناس للصلاة فيه می کند این در دلالت کفایت نمی کند. می گوئیم خب یک چیزی به آن ضمیمه کنید تا در دلالت کفایت کند. کما اینکه مگر در معاطات این را نگفتند؟ حتی گفتند لفظ هم می توانید ضمیمه کنید و با ضمیمه کردن لفظ لا یصیر المعاملة معاملة لفظية، بلکه باز هم معاطات است، منتهی آن قرینه ای که دلالت فعل را برای انشاء تمام می کند، آن قرینه می شود قولی باشد یا عملی باشد یا ظهور حالی باشد.

پس ما الان در واقع یک سؤال داریم که اصلا متن چه می خواهد بگوید. آیا مقصود این است که بعد الاحداث دیگر معاطات جاری نیست. اگر مقصود این است یک جواب به آن داریم. و یکوقت مقصود این است که بعد الاحداث معاطات می شود اما این مثال برای فعل درست نیست. یعنی این مثال دلالت نمی کند. صرف نیت به اضافه صرف الناس فيه دلالت نمی کند. می گوئیم خب یک چیزی به آن ضمیمه بکنید.

پس اول باید بفهمیم متن چه می گوید.

ایراد به اشکال

اگر مقصودش این است که بعد الاحداث اصلا معاطات نمی شود. می گوئیم چرا نشود. معاطات که روی پیشانی اش نوشته اند با چه فعلی دلالت و انشاء بشود. مگر در بیع گفته اند معاطات چه جور باشد. چه بسا در بیع غیر از اینکه ما یک پولی در کاسه روزنامه فروش بگذاریم و بعد روزنامه بگیرم کار دیگری هم می شود کرد که فعل دال بر انشاء معاملی باشد. در معاطات بحث سر این نیست که کدام فعل دال است. بحث در این است که آیا به فعل می شود انشاء کرد یا نه. فعلی که در واقع مبرز باشد و بشود با آن انشاء کرد و عقلاء هم او را موضوع اعتبارشان قرار داده باشند. (به قول مرحوم نائینی مثل پریدن نباشد، ممکن است دو نفر بایع و مشتری بخواهند با پریدن انشاء کنند. بین خودشان ممکن است این کار را بکنند اما چیزی نیست که موضوع اعتبار عقلائی باشد).

پس ما می گوئیم اگر سؤال شما این است که بعد الاحداث نمی شود معاطات کرد، می گوئیم خب چرا نشود؟ مگر فعل دال منحصر به احداث بود؟ ده ها و صدها فعل باشد که انسان با آن انشاء فعلی کند به ضمیمه قرائن و غیره. اگر مرادتان این نیست، مقصودتان نفی وقوع معاطات بعد الوقوع نیست، بلکه می گوئید باز هم معاطات می آید، منتهی این مصداقش نیست. جوابش این است که کاری بکنید که مصداقش بشود. ضم قرائن کنید تا مصداق بشود.

اشکال حقیقی به متن این است که اولاً ما باید بدانیم مراد چیست بعد بر هر کدام اشکال کنیم. نه اینکه بگوئیم وقف دو رکن بیشتر ندارد که نیت و إقباض هستند و هر دو موجودند. این درست نیست. الان که ما می گوئیم انشاء به صیغه لفظی، مگر در آنجا إقباض لازم نیست؟ آنجا هم ممکن است إقباض شرط صحت نباشد و ممکن است شرط صحت باشد. کما اینکه خیلی از فقهاء گفته اند شرط صحت است. یعنی إقباض مربوط به مرحله بعد از تمامیت مقتضیات عقد است که شما ایجاب و قبول و شرائط را آورده باشید، بعد إقباض هم باید کرد چون ممکن است إقباض شرط صحت باشد، یعنی متمم سبب باشد.

پس نتیجه این شد که ما مستقر نیستیم که مسئله ۴ چه می خواهد بگوید. دو محتمل در آن می آید و هر دو محتمل مخدوش است.

ولذا هیچ فرقی بین موارد مسئله ۳ و ۴ نیست. اگر کسی آنجا معاطات را پذیرفت اینجا هم باید بپذیرد.

تبیین تفاوت بین دو مسئله بر اساس اختلاف در وجود سیره

بله در این بحث ما یک راه این است که بگوئیم سیره ای که مستند عمده معاطات است فقط در احداث ابتدائیه است. چون مرحوم شهید می فرمودند در سیره مسلمین در ساخت مسجد و امثال آن دیده نشده است که وقتی دارند مسجد می سازند صیغه جاری کنند. بلکه مسجد ساخته اند به نية المسجدية والوقف، و به همین هم تمام شد و صیغه هم اجراء نکردند. پس ما ادعا کنیم سیره قاصر است. یعنی برای فرق بین این مسئله و مسئله سابقه دلیلی نیابیم، فقط ادعا کنیم سیره عملی قاصر است.

عدم صحت تبیین به دلیل عدم تفاوت در سیره

منتهی اشکال این است که فرق چیست؟! چون در معاطات نکته اصلی عبارت است از انشاء فعلی به عملی تا موضوع آثار باشد. چه نکته ای دارد که تفصیل بدهیم بگوئیم اگر الان شروع به ساخت مسجد می کنیم بگوئیم عقلاء سیره دارند، اما بعد که ساختمان داریم سیره ندارند. در بیع شما همچنین حرفی را نمی زنید. بلکه ساختمان آماده را می توانید تملیکش را معاطات کنید. تملیک بیعی می شود اما تملیک منافع مثلاً نمی شود. خب این چه وجهی دارد؟ پس این یک ادعای صرف است ولی استدلال صورت پیدا کرد که جواب این بود که فرقی نیست.

تبیین تفاوت دو مسأله بر اساس تفاوت در وجود هیئت مسجدیت در احداث

اگر کسی بگوید فرقی این است که در احداث بخاطر اینکه آن چیزی که ساخته می شود به هیئت مسجد است پس ظهور دارد در وقف مسجد بودن.

ولی این درست نیست. چون ممکن است من چیزی کاملاً به هیئت خانه می سازم اما به نیت مسجد. باز هم مسجد می شود و وقف هم می شود. لذا اینجا نمی شود نقض کرد.

بله از آن طرف می توانید بگوئید که اگر یک ساختمانی به هیئت مسجد ساختیم این از افعال دال است. اما نمی توانید بگوئید اگر به این قیافه نبود حتی در احداث هم مسجد نمی شود. کسی این را نگفته است. و لذا بعد الوقوع را هم باید مثل همین را بگوئید. چه فرق می کند.

جواز توکیل در وقف

مسئله ۵: لا اشکال فی جواز التوکیل فی الوقف.

در مسئله ۵ بحث توکیل و بحث فضولی در وقف است.

در فقره اول می گویند هیچ اشکالی در این نیست که در وقف هم می شود توکیل کرد. منتهی در ادامه فرع دیگری است که و فی جریان الفضولیة فیه خلاف و اشکال لا یبعد جریانها فیه، که در وقف هم فضولی جاری است. یعنی هر آنچه که در عقد فضولی گفتیم که اقتضاء صحت دارد فقط رضای مالک ندارد، در وقف هم همین را بگوئیم. بگوئیم اگر کسی فضولتاً وقف کرد اقتضاء صحت دارد، اگر مالک راضی بود که وقف تمام می شود و اگر راضی نبود نمی شود. ایشان می فرماید این هم لا یبعد جریانها فیه لکن الاحوط خلافه. احتیاط این است که به این اکتفاء نکنیم.

پس دو تا فقره است: یکی اینکه وکالت در وقف جریان دارد؟ می فرماید هیچ شبهه ای نیست که جریان دارد. فقره دوم این است که: وقف فضولی هم داریم و با حقوق رضای مالک تصحیح می شود یا نه؟ ایشان می فرماید لا یبعد که اینطور باشد و لکن احتیاط خلاف این است.

دلیل صحت وکالت اطلاقات توکیل است

اما فقره اول که بحث توکیل در وقف می آید، دلیلش روشن است، دلیلش اطلاق توکیل است. هم می شود آن را در اجراء وقف تصویر کرد یعنی ساخت و ساز آن، و هم در اصل وقف کردن یعنی انشاء خاص به اجراء صیغه یا اجرای عملی وقف، در همه اینها وکالت می آید. و وجهی ندارد که ما در اطلاقات وکالت خدشه کنیم.

عدم امکان خدشه بر اساس فقدان قصد قربت

فقط یک نکته هست که این باعث شده است که بعضی در بحث وکالت در وقف خدشه کنند.

و آن نیت قربت است. بنابر اینکه نیت قربت در وقف شرط باشد، می گویند نیت قربت وکیل فائده ای دارد؟

ما می گوئیم بر فرض قربت در وقف شرط باشد اما اشکالی ندارد. چون ما می گوئیم خود موکل قصد قربت می کند. به هر حال موکل باید قصد قربت می کرد، تارة به فعل مباشری خودش، و اخری به وکیلی که فعل او فعل این آقا است. پس قصد قربت را موکل می کند و هیچ مشکلی هم ندارد. مثل خیلی از کارهای دیگر از جمله ذبح در منی. گرچه در ذبح در منی احتیاط است که کسی هم که ذبح می کند قصد بکند، ولی آنجا هم همینطور است. طبق اطلاقات ادله وکالت، فعل وکیل فعل مباشر است. پس فعل مباشر که حاصل است. می ماند نیت قربت. خب خود مکلف قصد قربت به این فعل هم بکند. چه مانعی دارد.

اگر کسی بگوید انسان فقط به فعل خودش می تواند قصد قربت کند.

می گوئیم این حرف باطلی است. چون طبق اطلاقات فعل وکیل فعل موکل است، و من موکل با کار خودم که انشاء وکالت است کاری کرده ام که فعل وکیل فعل من است. خب حالا که فعل او فعل من است به تسبیب خودم، من قصد قربت می کنم به فعلی که فعل من است و لو بالتنزیل، ولو با توسعه ای که شارع یا عقلاء داده اند که فعل او فعل مباشری من محسوب بشود.

پس به نظر نمی آید که در بحث وکالت هیچ اشکالی باشد.

فرق بین مقام و بین سوگند

سؤال وجواب: قسم و سوگند غیر از قصد قربت است. قصد قربت عبارت است از اتیان الفعل لامثال امر الله یا لله. اما قسم این نیست. قسم یک مجعولی است که له آثار فی الشرع، که مثلاً آن فعلی که ما قسم خورده ایم به عهده بیاید، یا

در بحث قضاء قسم خودش دلیلی باشد یا جای یکی از ادله را بگیرد. سوگند آثاری دارد. سوگند یک شکل و یک جعلی دارد. آن شکل عبارت از این است که با صیغه خاص مثل والله یا تالله یا بالله انشاء شود. این یک مجعولی است. اینکه ما نتوانیم این را توسعه بدهیم به وکیل و بگوئیم وکیل جای من نمی تواند قسم بخورد. اما این ربطی به قصد قربت ندارد. قصد قربت اتیان فعل است لله. حالا این اتیان فعل لله ممکن است فعل مباشری خودم باشد یا اتیان فعل باشد بالتسبیب. من یک فعلی را بالتسبیب می آورم لله. چرا نشود. سوگند یک مجعول خاصی است که اگر او را هم شارع توسعه می داد ما قبول می کردیم، ولی این توسعه را نداده اند، گفته اند کسی که قسم می خورد خودش موضوع آثار است. دیگری نمی تواند بجای من قسم بخورد. آنجا وجهش هم روشن است. چون قسم مثل یک ضمانتی می ماند. آن ضمانتی که من می خواهم انجام بدهم خودم باید در پیشگاه خداوند یک ضمانتی داشته باشم نه دیگری، که اگر قسم دروغ خورد او برود جهنم. خب او چه تضمینی است برای اینکه من دارم حرف درستی می زنم. پس نوع دو تا جعل و انشاء با هم فرق می کند و هر کدام موضوع آثار خودش هست.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف ۲۱۹
- اختلاف فقهاء در جریان فضولی در وقف..... ۲۲۰
- نظر صاحب عروه: تصحیح فضولی در وقف مبتنی بر قاعده در فضولی است ۲۲۰
- اشکال بر ابتناء صاحب عروه به ابتناء بحث بر امکان قصد قربت فضولی..... ۲۲۱
- بررسی صحت عقود فضولی علی القاعدة ۲۲۱
- حل مشکل انتساب به مالک در عقد فضولی با اجازه مالک..... ۲۲۲
- عدم وجود اطلاقات عامه در باب وقف برای تصحیح عقد فضولی ۲۲۲
- عدم امکان تمسک به اوفوا بالعقود در وقف..... ۲۲۳
- عدم وجود اطلاقات مختص به باب وقف ۲۲۴
- تفاسیر در جمله حسب ما یوقفها اهلها در کلام حضرت امام قده ۲۲۵
- عدم وجود اطلاق مقامی در باب وقف فضولی..... ۲۲۶
- بررسی قول به انحصار صحت عقد فضولی به موارد وجود نسبت بین فضولی و مالک..... ۲۲۷

مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف

بحث در مسئله پنجم بود که متضمن دو فرع بود، فرع اول در باب جواز توکیل در وقف بود، که فرمودند لا اشکال فی جواز التوکیل فی الوقف. که بحثش گذشت. البته یک بحث جزئی هم در آن باقی است که بعد عرض می کنیم.

فرع دوم در باب جریان فضولیت در وقف بود. فرمود: و فی جریان الفضولیة فیہ خلاف و اشکال لا یبعد جریانها فیہ لکن الاحوط خلافه.

اینکه آیا در وقف فضولی هم جاری است یا نه، فرموده اند در این خلاف و اشکال است و بعید هم نیست که فضولی در وقف جریان داشته باشد. ظاهر اینکه فرمود لا یبعد، این فتوی است. گرچه گفت لکن الاحوط خلافه یعنی احتیاط این است بعد از رضا دوباره عقد را تجدید کنند.

اختلاف فقهاء در جریان فضولی در وقف

در مسئله فضولی بزرگانی که متعرض شده اند دو جور صحبت کرده اند. از لحاظ فتوایی جمعی از فقهاء منکر جریان فضولی در وقف هستند. در میان آنها بزرگان زیادی هست که منکر جریان فضولی هستند.

مرحوم علامه در یک بخش از تحریر تصریح می کند که ولو به فضولی اجازه لحوق پیدا کند باز هم صحیح نیست. اما در یک جای دیگر از تحریر فرموده: اگر اجازه لاحق شود لازم می شود.

در تذکره مرحوم علامه تردید می کند. در دورس هم مرحوم شهید تردید می کند هیچ طرفی را اخذ نمی کند.

عده دیگری هم بالصراحة می گویند فضولی در وقف جاری نیست، که در مفتاح الکرامه مواردی را آورده است. مثلاً صاحب ریاض از کسانی است که بالصراحة می گوید اظهر عدم جریان فضولی در وقف است و با اجازه وقف صحیح نمی شود.

از آن طرف کسانی هم که تجویز می کنند متعدد هستند. مخصوصاً فقهاء قریب به ما عمدتاً جریان فضولی را در وقف تجویز می کنند.

بنابر این از لحاظ اقوال فقهاء یک اتفاق یا اجماعی در کار نیست که ما بخواهیم یک طرف را بگیریم. مسئله دشواری است باید ادله آن را نگاه کرد.

نظر صاحب عروه: تصحیح فضولی در وقف مبتنی بر قاعده در فضولی است

فقهاء در مسئله فضولی {در وقف} دو مسیر را طی کرده اند:

برخی مثل صاحب عروه می گویند مسئله مبنی بر قاعده ما در بحث فضولی است. اگر فضولی را علی القاعده بدانیم، در وقف هم جاری است چون مانعی از آن نیست. و اگر فضولی خلاف قاعده باشد، در وقف هم نمی تواند جاری باشد، چون دیگر دلیل خاصی نداریم که بخواهد بر خلاف قاعده این فضولیت در وقف را تصحیح کند. وایشان نظری هم نمی

دهد. گرچه در حاشیه مکاسب فضولی را علی القاعده می داند، اما در اینجا بیان مختار نمی کند، بلکه می فرماید مبنا این است و مبتنی بر مبنا است که آیا فضولی علی القاعده است یا نه.

اشکال بر ابتناء صاحب عروه به ابتناء بحث بر امکان قصد قربت فضولی

منتهی بحث به این شکل خیلی ناقص است. یعنی اگر بنا بود مختارتان را بیان نکنید و فقط دو تا مبنا را ذکر کنید، باید بحث مهم دیگری را که در کلمات فقهاء هست نیز مطرح می کردید، و آن بحث قصد قربت است. درست است که اصل لزوم قصد قربت در وقف محل کلام است، ولیکن بالاخره در وقف یک نظر قابل توجهی است. بعضی ها در صحت وقف فضولی بر اساس قصد تقرب اشکال می کنند. پس اگر شما می خواستید مختار خودتان را بیان کنید، می توانستید بحث نیت و تقرب را مطرح نکنید. اما چون می فرمائید که بحث در صحت فضولی در وقف، مبتنی بر قاعده در فضولی است - {به این بیان} که اگر فضولی مطابق قاعده است، در وقف هم همینطور است، و اگر فضولی خلاف قاعده است، در وقف هم همینطور است - باید در بحث نیت هم می گفتید که یک مبنای دیگر برای منع فضولی در وقف، بحث قصد قربت است مبنا بر اینکه ما در باب وقف نیت و قربت را شرط بدانیم و نتوانیم نیت را در فضولی تصحیح کنیم.

پس بطور کلی ما دو تا مجرا برای بحث داریم: یکی اینکه فضولی را تصحیح کنیم علی القاعده، آنوقت بگوئیم در وقف هم می آید. (که اینجا یک بحثی هست عرض می کنم). بحث دیگر قصد تقرب است. بنابر اینکه در وقف قصد تقرب شرط باشد باید بحث کنیم که آیا در فضولی این تقرب حاصل می شود یا نه.

بررسی صحت عقود فضولی علی القاعده

پس بحث اول این است که آیا فضولیت حسب قاعده هست یا نه؟

برخی گفته اند از زمان شیخ ره و شاگردانشان باب شده است که فضولیت علی القاعده است. ولیکن واقع تاریخی این است که این مسئله به خیلی قدیمتر بر می گردد. تا زمان علامه و بعد از علامه همین استدلال در فضولیت آمده است که فضولی علی القاعده است.

حالا سؤال این است که اینکه می گویند علی القاعده است یعنی چه؟

یعنی مثلاً بیع فضولی تمام ارکان عقد را دارد مگر رضای مالک را. ولذا اگر بعداً رضای مالک لحوق پیدا کند دیگر چیزی کم ندارد. چون انشاء تملیک به عوض را که دارد، قبول را که دارد. فقط رضای مالک را نداشت که وقتی رضای مالک ملحق شد مشکل حل می شود.

اینکه در بعضی از عبارات قدیم گفته شده و بعضی از بعدی ها هم تکرار کرده اند که عبارة الفضولی لا عبرة بها، می گوئیم این یک صرف ادعاء است. چرا لا عبرة بها؟! مگر در باب وکالات صیغه عقد را دیگری نمی خواند؟ مگر دیگری از طرف شما انشاء نمی کند؟ خب در بحث فضولی هم همینطور باشد.

حل مشکل انتساب به مالک در عقد فضولی با اجازه مالک

گرچه فضولی انحائی دارد، که شخص فضول از ناحیه خودش بفروشد یا از ناحیه مالک بفروشد، ولی هر دو قابل تصحیح هستند. چون اگر از ناحیه خودش نیز بفروشد، به تعبیر مرحوم شیخ در واقع گویا خودش را مالک تنزیل کرده است و فروخته است. چون می داند عند العقلاء کسی از غیر مالک بیع قبول نمی کند. حالا چه تنزیل را تصریح کرده باشد چه نکرده باشد لبا این است که گویا می گوید من مالکم دارم می فروشم. بنابر این عن المالک واقع می شود. آن قسمتی که خودش مالک است لغو است، اما گویی دارد انشاء می کند عن المالک بتملیک عین بعوض و طرف هم قبول کرده است. فقط اشکالش این است که این عقد مضاف به مالک نیست. با رضا اضافه به مالک هم درست می شود. لذا فضولی مشکلی ندارد.

مرحوم سید و بعد از ایشان و قبل از ایشان فرموده اند عقد فضولی در بیع علی القاعده است. پس در وقف هم هست. مرحوم آیه الله فاضل تقریباً دو طرف همین مطلب را گفته اند که: اگر فضولی در آنجا علی القاعده است در وقف هم هست والا نه.

عدم وجود اطلاقات عامه در باب وقف برای تصحیح عقد فضولی

ولکن حق این است که یک بحث خاصی در بحث وقف لازم است. که آنهایی که اهل دقت بوده اند این بحث را کرده اند. هم از قدیمی ترها برخی این را بحث کرده اند، که فکر می کنم مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء است و هم بعدی ها مثل آخوند بحث کرده اند.

آن بحث دقیق این است که ممکن است ما در بیع فضولی را بپذیریم، در صلح بپذیریم، در نکاح هم بخاطر روایات خاصه اش بپذیریم گرچه ممکن است بگوئیم علی القاعده هم هست. و بگوئیم اشکال این عقد فقط اضافه به مالک یا ذوالحق یا ولی است، و با اجازه ولی یا مالک یا ذوالحق عقد می شود عقد او؛ لذا می توانیم به اطلاقات اوفوا بالعقود تمسک کنیم. این دقتی است که برخی فقهاء می کنند و برخی نمی کنند. به صرف اینکه ما بگوئیم که رضایت لحوق پیدا کرد پس عقد اجزائش را دارد کافی نیست، باید آن را مشمول اطلاقات نیز بگردانیم و بگوئیم مثلاً اوفوا بالعقود این را می گیرد. چنین

عقدی که در واقع ارکانش تمام است و رضایتش هم تمام شده است ولو بعدا، با اطلاق اوفوا بالعقود این را درست کنیم، بگوئیم این هم یک نحوه عقد است، تمام ارکانش درست است، اوفوا بالعقود این را می گیرد.

لذا اگر اوفوا بالعقود نباشد نمی توانید وقف فضولی را تصحیح کنید. بله اگر گفتید اوفوا بالعقود داریم آنوقت می توانید وقف فضولی را تصحیح می کنید.

عدم امکان تمسک به اوفوا بالعقود در وقف

حالا سؤال این است که اگر در باب اوقاف وقف را عقد ندانید و اصلا در آن قبول را شرط ندانید، یا طبق آن دقتی که آخوند ره کرده است که قبول را از باب اصاله الفساد قبول کنید نه از باب اینکه دلیل بر لزومش دارید. یعنی یا بگوئیم در وقف قبول لازم نیست، یا بگوئیم دلیلی نداریم بر لزوم یا نفی قبول، فقط از باب اصاله الفساد می پذیریم که باید قبول ملحق باشد تا وقف تمام باشد. از هر یک از این دو راه رفته باشید اوفوا بالعقود اینجا نمی آید.

وقتی اوفوا بالعقود نیامد، چه دلیلی بر تصحیح وقف فضولی دارید؟.

این اشکال است به کسانی که گفته اند مسئله دائر مدار این است که فضولی علی القاعده است یا نه. خب فضولی در بیع علی القاعده است، یعنی با لحوق رضا اجزاء و ارکان عقد تمام است. اما آنجا شما یک اوفوا بالعقود دارید که با اطلاقش این عقد را تصحیح می کنید. اگر در وقف اوفوا بالعقود نباشد چه می کنید؟

مگر اینکه شما بخواهید در ایقاعات بالاولویه اوفوا بالعقود را جاری کنید.

ولی می گوئیم هیچ دلیلی نیست که ایقاعات اولی باشند. چه بسا شارع وقتی لزوم وفاء می آورد، عقد را که یک پیمانی است بین دو طرف که در آن عهدین مرتبطین هست که مشدد هستند و به هم گره خورده اند در آن لزوم وفاء قائل باشد، اما در یک عهد ابتدائی نگوید لزوم وفاء دارد. این به جایی بر نمی خورد.

قدم دوم این است که کسی بگوید نه از باب اولویت، بلکه از باب اینکه خود اطلاقات اوفوا بالعقود، چون عقد عهد است.

می گوئیم اولاً این حرف خلاف واقع است. عقد عهد مطلق نیست. ثانیا: اگر شما بخاطر مثل فرمایش مرحوم آخوند عقد را عهد بگیرید و بگوئید مطلق است تخصیص اکثر لازم می آید. کثیری از عهدهای ابتدائی لازم الوفاء نیست. پس خروج اکثر لازم می آید. پس ما نمی توانیم حمل کنیم اوفوا بالعقود را به اوفوا بالعهود بطوری که عهد ابتدائی و عقد یکطرفه را هم شامل بشود.

بنابر این ما دلیلی در عمومات یا اطلاقات عمومی نداریم مثل اوفوا بالعقود که وقف را بگیرد.

پس حتی اگر وقف فضولی با رضای متأخر ارکانش تمام بشود، اما دلیل اثباتی که بگوید این وقف هم امضاء شده است نداریم.

عدم وجود اطلاقات مختص به باب وقف

باقی می ماند عمومات و اطلاقات خصوصی مثل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها.

همانطور که گذشت به نظر ما این روایات کلا روایاتی است که اصلا در مقام امضاء نیست. بلکه وقف را بعد از حسب آنچه که واقف وقف کرده است بعد الفراغ عن الوقفیه می گوید برو اجراء کن. در واقع لسان آن لزوم اجراء منویات منشته واقف در وقف های صحیح است.

بعضی از دوستان بعد از درس اشکال می کردند می گفتند اگر الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها در مقام امضاء وقف نباشد، این گفتن ندارد.

می گوئیم چرا گفتن دارد. چون با این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها می خواهد شرائط و خصوصیات را که واقف در وقف اخذ می کند لازم الوفاء بکند. گاهی واقف در وقف اخذ می کند که منافع اینطوری بالترتب یا بالاشتراک مورد استفاده قرار بگیرد، یا مثلا ناظر را یا متولی را چه کسی قرار داده است. اینکه می گویند حسب ما یوقفها اهلها اخذ کنید، یعنی به این چیزها اخذ کنید. خب اخذ می کنیم.

منتهی آنجا اشکال شد به روایات الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها که در صدر آنها کیف یصح دارد. ولی ما در آنجا بحثی داریم، اولاً می گوئیم با ذیل صدر را تبیین کنیم. علاوه با کیف یصح علی أی حال دلالت بر امضاء درست نمی شود و نمی تواند ناظر باشد به اینکه این روایات الوقوف بخواهد اصل وقف را هم امضاء کند. این خیلی دشوار است حتی در همان روایت. این استظهاری است که ما داریم، ومن از کلمات فقهاء شاهد هم آوردیم و در این فهم متفرد هم نیستیم که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها اصلا در مقام بیان این جهت نیست که بخواهد اصل وقف را تصحیح کند. بلکه می خواهد بگوید بعد الفراغ از وقف های شرعی خصوصیات آن حسب ما یوقفها اهلها است. چون می توانست نباشد.

تفاسیر در جمله حسب ما یوقفها اهلها در کلام حضرت امام قده

این جمله حسب ما یوقفها اهلها، چند تفسیر دارد: مرحوم امام قده در کتاب البیع در ذیل بحث وقف که طلق بودن ملک است، سه محتمل برای همین روایت بیان کرده اند، که نشان می دهد که حسب ما یوقفها اهلها می تواند ذومراتب باشد. مثلاً حسب ما یوقفها اهلها به لحاظ اصل شرائط ایقاف وقف باشد. یعنی آنوقت این روایت ساکت می شود از شرائطی که خارج و فرای ایقاف وقف باشد. مثل شرائط کیفیت تقسیم منافع و امثال آن، این از اصل وقف خارج است. یا نه، نسبت به این شرائط هم ناظر باشد، اما نسبت به خروج این از ملک با بیع و غیره ساکت باشد. این هم می شود. می شود هم بگوئیم ساکت نیست. یعنی الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تفسیرش می تواند ذومراتب باشد به لحاظ آن چیزهایی که مد نظر شارع است در اینکه بخواهد تصحیح کند آنچه را که واقف گفته است. پس تازه این هم قابل بحث است که معلوم نیست کدام مرتبه را تصحیح می کند.

یعنی نه فقط اصل وقفیت باید مفروغ عنه باشد، حتی اینطور هم نیست که تمام شرائط و تمام آنچه را که واقف اخذ می کند همه را می خواهد تصحیح کند. این هم قابل بحث است. مرحوم امام سه مرتبه برای این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها بیان می کند. که انصافاً فرمایش ایشان قابل توجه است.

اثرش در اینجا ظاهر می شود که اگر واقف بگوید بعد از بیست سال برگردد به ملک خودم، ما بگوئیم الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، لذا می تواند برگردد. چون بعضی ها بخاطر همین دلیل می گویند که بر می گردد. آنهایی که می گویند یکی از مستنداتشان همین است که وقوف علی حسب ما یوقفها اهلها من جمله اینکه شرط کرده باشد که بیست سال بعد به ملک خودم برگردد. آنهایی که منکر هستند یکی از ادله شان این است که اصلاً ناظر به این جهت نیست و این جور چیزها خارج از این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها است.

این بحث فراتر از آن بحث است که اصل تصحیح و امضاء وقف را نمی کند. بلکه حتی در اینکه بگوید قصود و منویات واقف را تصحیح کند ذو مراتب است. اول کلام است که دارد تمام مراتب را تصحیح می کند.

پس ما نه اطلاق عمومی پیدا کردیم و نه اطلاق خصوصی که تمام وقف ها را شامل بشود.

حالا سؤال این است که در بحث بیع و صلح و نکاح که با حقوق اجازه عقد تمام می شود که ما هم قبول داریم، منتهی صحت چنین عقدی باید با امضاء باشد دیگر. خب در آنجا اوفوا بالعقود داریم، یا در خصوص بیع احل الله البیع داریم، اینجا چه چیزی داریم؟

عدم وجود اطلاق مقامی در باب وقف فضولی

اگر کسی بگوید اطلاق مقامی بگیرد.

می گوئیم اگر بخواهید اطلاق مقامی بگیرید باید بگوئید یک مسئله مبتلابهی است. آن هم نه یک مورد، بلکه باید آنقدر باشد که اگر شارع در آن نظر می داد لبان. اما اصلاً آیا وقف فضولی شایع بوده است؟ حتی بعید است که همین الان هم وقف فضولی شایع باشد، که یک آدمی با اینکه علم دارد که این منزل مال من است نه مال خودش، ولی در خانه اش نشسته بگوید من منزل فلانی را وقف کردم. الان این کارها را می کنند؟ وقف یک چیزی است که اگر هم تقرب را در آن شرط نکنیم ولی یک چیز مقدسی به نظر می آید. بله ممکن است فضولی برود بیع کند، مثل کلاهبردارها. ولی نمی آید شخصی فضولتاً وقف کند. چون اگر تقرب را شرط بدانیم که خودش داستان دیگری است. اگر شرط هم ندانیم به نظر می رسد که وقف را یک چیز مقدس و معنوی می دانند، آنوقت این امر معنوی اینطوری را بگوئیم در خانه اش می نشیند و خانه یا باغ همسایه را وقف می کند. یعنی یک چیز شایعی نیست تا بگوئید اگر شارع نظری داشت لبان. پس اطلاق مقامی اینطوری هم در اینجا مسائل ما نداریم.

سؤال وجواب: ما اطلاق می نداریم. یا سیره است که در اصل وقف است و اطلاق ندارد. یا روایات صدقه است، که اگر صدقه باشد باز قصد قربت لازم است. یا روایات بیانیه ای است که وقف های ائمه علیهم السلام را نقل کرده اند، که اینها هم اطلاق ندارد که ما اطلاق بگیریم. پس ما در باب وقف یک اطلاق نداریم. و این بحث خیلی مهمی است که ما اطلاقات عمومی یا خصوصی داشته باشیم که هر جا مشکل داشتیم به آن مراجعه کنیم. نه، ما اطلاق نداریم که بخواهیم به آن مراجعه کنیم.

بنابر این، این اشکالی است که به مرحوم سید و مرحوم آیه الله فاضل و دیگرانی است که این مسیر را طی کرده اند، که بیاوند بگویند اینجا هیچ حرف خاص دیگری نداریم، هر چه هست همان چیزی است که در باب فضولی در بیع و جاهای دیگر گفته اند. اگر فضولی علی القاعده است فهو و اگر نیست نه.

ما می گوئیم نه اینجا یک حرف خاصی وجود دارد. (که البته حرف ما تنها نیست) این حرف این است که ما ممکن است در آنجا علی القاعده بدانیم، و در اینجا هم با حقوق اجازه می گوئیم مشکل عقد تمام می شود. اما اشکالش این است که ما اطلاق نداریم که اینجا وقف را هم تصحیح کند. کما اینکه اگر در بیع هم اوفوا بالعقود نداشتید می ماندید. درست است که اضافه عقد به مالک درست شد، اما دلیل تصحیح آن چه می شود.

لذا کسانی که مثل صاحب مناهل و دیگران اهل دقت بوده اند تصریح کرده اند که بعد از حقوق اجازه، وقف فضولی {باید} مصداق اوفوا بالعقود شود. به این تصریح کرده اند و حق هم با آنها است.

پس نتیجه این شد: اینکه با حقوق اجازه أجزاء وقف تمام می شود را ما قبول داریم، ولی اطلاقی نداریم که آن را تصحیح کنیم.

بررسی قول به انحصار صحت عقد فضولی به موارد وجود نسبت بین فضولی و مالک

برخی از ناظرین به کلام حضرت امام قده در تحریر الوسيله فرموده اند: ما اصل اینکه فضولیت علی حسب القاعده باشد را قبول نداریم. چرا؟ می گویند این عقلائی نیست. می گوید: بیع الاجنبی لمال الاجنبی بشخص ثالث، این عند العقلاء کار لغوی است. یعنی چه که من بگیرم مال دیگری را به شخصی بفروشم، بعد بگوئیم با حقوق اجازه تمام می شود؟! این کار اصلش عقلائی نیست تا با حقوق اجازه درست بشود. وقتی عقلائی نبود اوفوا بالعقود هم آن را نمی گیرد.

می گویند بله! در یک جاهایی که یک نسبت هایی وجود دارد، ممکن است بگوئیم عقلائی است. مثلاً برادری می آید مال برادرش را می فروشد با قطع یا اطمینان به اینکه برادرش به این کار راضی می شود. یا برادری می آید فرزند برادر خودش را به عقد کسی در می آورد، مطمئن است که برادرش به این کار راضی می شود. می گویند اینجاها ممکن است کسی صحت فضولی را بگوید، چون وجه عقلائی دارد. اما غیر از این نه.

بعد هم مثال زده اند، گفته اند مثل اینکه الان بروند در دفترخانه ملک کسی را به نام کس دیگری بزنند. یک وقتی من بیایم هکتارها زمین را که مال مردم است به نام دیگری بزنم و ثبت کنم. می گویند این غیر عقلائی است.

من نفهمیدم وجه غیر عقلائی بودن چیست. چون بیع مراحل دارد. یک مرحله انشاء دارد البته عن جد، بعد می خواهد وفاء کند به این بیع. چه چیز از آن را ایشان می گوید غیر عقلائی است؟! کار این فضولی شبیه وکیل می شود، دارد انشاء می کند این بیع را. گرچه او حق تصرف خارجی ندارد، اما آیا این انشاء هم تصرفی است که حرام باشد؟ این خودش یک بحثی است، وعلی الظاهر این کار منعی ندارد. کاری کرده، فوقش آخرش مالک اجازه نمی دهد. مگر اینکه بر اساس این انشاء فضولی که کرده تصرفاتی بکند. مثل اینکه برود إقباض کند ملک را به خریدار یا پول را از خریدار بگیرد. همه اینها ممکن است حرام باشد. اینها تصرف در مال غیر است. اما صرف انشاء عین به عوض که او هم بگوید قبول دارم، این معامله فضولی تا اینجا آن را ما می گوئیم علی الظاهر اشکالی ندارد. مثل وکالت در انشاء چطور اشکال ندارد اینجا هم اشکال ندارد. ولو مأذون نیست، ولی مأذون نباشد اما بعد با اجازه لاحق اذن هم درست می شود.

سؤال وجواب: اینکه عکس ماشین دیگران را برای فروش بگذارد هیچ اشکالی ندارد. این را تصرف در مال دیگران هم نمی دانند. لذا اگر من در خانه ام نشسته ام می آیم خانه همسایه را می فروشم، نه تصرف در ملکش می کنم، نه قبض و تسلیم می کنم و نه پول آن را می گیرم، همسایه هم اگر قبول نداشت رد می کند. اینکه تصرف نیست.

سؤال وجواب: معرضیت قرار دادن چیزی برای فروش حق مالک نیست.

سؤال وجواب: این انشاء فضولی کار لغوی هم نیست، اثرش این است که اگر اجازه داد دیگر لازم نیست مالک تملیک عین به عوض کند، لازم نیست انشاء کند، بلکه همان را قبول می کند. گاهی خیلی به نفع مالک است، چون این آقا به قیمت خوبی فروخته است، حالا این امضاء می کند و چیزی هم نصیبش می شود. چه کسی گفته است لغو است. لغو این است که هیچ اثری بر آن مترتب نباشد. اما اگر گفتیم با اجازه تمام ارکان عقد تمام می شود. تملیک عین بعوض بود، قبول هم بود، نسبت عقد به مالک هم با این اجازه لاحق می شود، می شود عقد مالک و اوفوا بالعقود آن را می گیرد. و اگر نخواست اجازه نمی دهد. پس اینکه می گویند عقلاء این کار فضولی را لغو می دانند می گوئیم نه لغو نیست.

سؤال وجواب: اینکه شایع نشده است بخاطر این است که برای خود شخص فضول اثری مترتب نمی شود. برود زحمت بکشد یک ملکی را بفروشد که اگر رد بشود که هیچ، و اگر هم قبول بشود چیزی نصیب فضولی نمی شود. مردم در معاملات دنبال استفاده هستند، وقتی چیزی نصیبش نمی شود چرا این کار را بکند. اینکه شایع نیست بخاطر این است. هر چند بخاطر بعضی دواعی ممکن است فضولی بر بیع اقدام کند، یا اصلاً ممکن است روی هوای نفس این کار را کرده است. اینکه اشکال ندارد. آن چیزی که اشکال دارد این است که عقلاء این را غیر عقلانی بدانند و لذا ترتیب اثر عقلانی ندهند. همان چیزی که عرض می کردیم انشاء متبایعین تا به اعتبار عقلانی برسد فاصله دارد. اگر آن اعتبار عقلانی روی آن نباشد موضوع اوفوا بالعقود نمی شود. این مهم است.

ولذا تقریر مطلبشان {به لحاظ کبروی} درست است که می گویند {اگر} عقلاء {عقدی} را عقلانی ندانند مشمول اوفوا بالعقود نیست. اما صغرویا نادرست است که می گویند {عقد فضولی} غیر عقلانی است. چرا غیر عقلانی باشد؟ اثر دارد. حالا در موردی که نسبت باشد که ایشان پذیرفته است که واضح است (البته نفهمیدیم چرا می گویند برادر و برادر، خب ممکن است بگویند دو تا دوست هم همینطور است، ممکن است بگویند نسبت به یک بزرگی هم همینطور است. انحاء نسبت ها ممکن است. نفهمیدیم انحصارش چیست).

بعد ایشان ادعا می کند که روایات فضولی در باب بیع و نکاح هم در همین مقوله است. من نرسیدم تتبع کنم، ولی از سابق یادم هست که اینطور هم نیست که همه اش در این مواردی باشد که ایشان ذکر می کند. که نیاز به تأمل دارد.

سؤال وجواب: این شبیه جوابی است که در لحوق قبول گفته اند. مگر همیشه به ایجاب کردن قبول هم لاحق می شود. ممکن است از ایجابش یا مساومه اش بر گردد. در فضولی هم احتمالات متعدد هست. فضولی ممکن است ظن یا حتی اطمینان داشته باشد که این طرف امضاء می کند. ولی ایشان این حرف را نمی زند، فقط می گوید اگر نسبت باشد و می گوید روایات هم مخصوص همین ها است. منشی به عنوان آدم عاقل اقدامش یک امر تکوینی است. به انحاء علل می تواند اقدام کند. اصلاً ممکن است خوشش بیاید که این بیع را انجام بدهد. چرا می گوئید دلیل ندارد. بله خوش آمدن معیار عقلاء نیست. عقلاء باید این عقد را عقد بدانند و روی آن اعتبار ببرند ولو با لحوق اجازه. ما عرض می کنیم اثر دارد. انشاء است دیگر، مثل کار وکیل می ماند، وقتی اجازه به آن ملحق بشود یک عقد تامی می شود و اوفوا بالعقود شاملش می شود. بنابر این به نظر می آید در بحث فضولی از باب قواعد نه فرمایش سید و تابعینشان به آن شکل درست است، نه این بیان درست است. حق مطلب این است که اولاً فضولی کارش عقلائی هست، با لحوق اجازه هم عقد می شود. علی القاعده است. منتهی در باب وقف مشکل این است که اطلاقی نداریم.

این اشکال نسبت به این قسمت.

اما بحثی که فردا به آن می پردازیم این است که در باب فضولی یک بحث مهم دیگر وجود دارد مبنی بر لزوم قصد قربت در باب وقف. که ما هم باید صغرای آن را بحث کنیم که در مسئله ۸ می آید که آیا قربت در وقف لازم است یا نه. و هم اینکه مبنی بر او در وقف می شود تقرب را برای فضولی تصحیح کرد یا نه. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- موضوع: ادامه مسئله ۵ تحریر: بررسی صحت عقد وقف فضولی ۲۳۰
- خلاصه بحث گذشته ۲۳۰
- ثبوت سیره عقلاء بر عقد فضولی ۲۳۱
- اشکال دوم در باب وقف فضولی: عدم تحقق قصد قربت ۲۳۲
- اشکال اول به تحقق قصد قربت از فضول: موضوع قابل تقرب نیست ۲۳۳
- تفاوت بین فضولی با وکیل و امثال آن ۲۳۵
- بررسی توسعه صحت به فضولی غاصب بخاطر قیاس با صدقه مجهول المالک ۲۳۵
- عدم صحت قیاس به مجهول المالک به دلیل وجود مصحح در آن ۲۳۶
- قیاس تقرب به انشاء که با اجازه بعدی درست می شود مع الفارق است ۲۳۶
- اشکال دوم به تحقق قصد قربت از فضول: عدم وجود موجب برای اضافه عمل فضولی به مولا ۲۳۷
- صرف مصلحت فعل اضافه عمل به مولا را تصحیح نمی کند ۲۳۷
- عدم صحت نقض بر وقف فضولی به وقف ۲۳۸
- عدم امکان تصحیح اضافه به مولا با اجازه متأخر ۲۳۹
- صرف قصد نیابت عمل را نیابی نمی کند ۲۳۹
- تقرب مجیز کافی است یا نه؟ ۲۴۰
- فرضی که امکان دارد فضولی قصد تقرب کند ۲۴۰

موضوع: ادامه مسئله ۵ تحریر: بررسی صحت عقد وقف فضولی

خلاصه بحث گذشته

بحث ما در جریان فضولی در وقف بود. عرض کردیم مصنفین و فقهاء در این باب از دو طریق وارد شده اند در نفی و اثبات.

یکی از طرق نافین این بود که از طریق عدم صحت عقد یا ایقاع وقف پیش آمده اند از باب اینکه فضولی یا خلاف قاعده است پس در تصحیح آن باید به قدر متیقن تمسک کرد، مثل بیع و نکاح. و یا اگر موافق قاعده هم باشد جریانش در وقف مشکل است، چون اوفوا بالعقود و عموماً خاص وقف جاری نیست به بیانی که گذشت.

دیروز عرض کردم برخی یک اشکال دیگری کرده اند و گفته اند کلاً در همه جا حتی در بیع فضولی هم برخلاف آنچه که محققین می گویند که این ارکان عقدش تمام است و فقط اضافه اش به مالک تمام نیست که با رضا و اجازه مؤخر تصحیح می شود، این درست نیست. چون اصلاً عقد فضولی بر خلاف ممشای عقلاء است. بیع الاجنبی لمال اجنبی لشخص ثالث اصلاً نزد عقلاء معنا ندارد و لغو است.

دیروز عرض کردیم این حرف درست نیست. چون عقلاء دارند این کار را می کنند. مثلاً به وکیلی ما می گوئیم تو وکیلی در اینکه این سه تا ملک را بفروشی، او ملک کناری اش را هم می فروشد.

ثبوت سیره عقلاء بر عقد فضولی

حتی محقق رشتی در کتاب اجازه که بحث فضولی را به توسعه بحث کرده است، ایشان آنجا می گوید اصلاً بیع فضولی در میان عقلاء شایع است. بعد می گوید بلکه اصلاً سیره واقع شده است بر بیع فضولی.

من می خواهم بگویم حتی اگر کسی اینها را هم نپذیرد، اما در عقلانی بودن عقد فضولی نمی شود تشکیک کرد. چون {برای عقد فضولی} دواعی مختلفی متصور است. حتی گاهی دواعی شخصی وجود دارد، شخص خوشش می آید بفروشد فکر می کند دارد به برادر مؤمنش کمک می کند که برای او خوب می فروشد. می گوید یک مشتری خوبی آمد من ملک شما را می فروشم خواستی اجازه کن تمام می شود و نخواستی هم رد می کنی. یعنی ممکن است دواعی مختلف باشد. ولذا این حرف را نمی شود پذیرفت که عقلانی نیست.

منتهی صرف اینکه عقلانی باشد برای تصحیح کافی نیست. در مثل بیع و معاملات دیگر گاهی گفته می شود ارکان عقد تمام است و فقط مشککش رضایت و اضافه عقد به مالک است، که با رضایت تمام می شود. برخی همانجا ادعا کرده اند که اینطور هم نیست که تمام عقود تصحیح بشود. فقط آنهایی که {مشمول} تجارة عن تراض است درست می شود. ولذا تصحیح فضولیت مختص می شود به باب معاوضات یعنی عقود معاوضی که در آن تجارت باشد. اما اگر عقد باشد و معاوضی نباشد این فائده ندارد.

مثلاً نکاح اگر روایت نداشت، علی القاعده فضولیت در او درست نبود. چون مهر معاوضه نیست، عوض بضع نیست. اینکه می گویند عوض بضع است مسامحه است. معامله معاوضی نیست. فقط عقد است ولی تجارة عن تراض نیست. پس یک عده ای ببع فضولی را در تجارة عن تراض علی القاعده می دانند ولی در جاهای دیگر مشکل می دانند. خب ما که گفتیم در وقف ما هیچ دلیل مصححی نداریم. ولو عقد را ما با اضافه به مالک تمام می دانیم و عقلانی هم می دانیم، اما دلیل مصحح نداریم. باید اطلاقات شاملش بشود که اینجا شامل نمی شود. چون اوفوا بالعقود که اول کلام است چون ممکن است کسی بگوید اصلاً ایقاع است، ویا اگر هم نگوئیم ایقاع است و بگوئیم قبول لازم است، اما از باب اصالۃ الفساد بگوئیم قبول لازم است نه از باب جزم به عقد بودن. بگوئیم چون نمی دانیم واقعا قبول لازم است یا نه، از باب اصالۃ الفساد می گوئیم شما باید در وقف قبول هم داشته باشید. خب با اصالۃ الفساد که شما موضوع عقد را نمی توانید درست کنید.

بله اگر کسی جزم دارد که وقف عقد است، به اوفوا بالعقود می تواند تمسک کند. در غیر این صورت بحث مفصل کردیم که تسریه اوفوا بالعقود به ایقاعات محل اشکال است.

اما عمومات خصوصی هم نداریم و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها اشکال دارد. بنابر این دلیل مصحح نداریم.

اشکال دوم در باب وقف فضولی: عدم تحقق قصد قربت

ولی یک طریق دیگری هم برای اشکال بر وقف فضولی هست که بحث امروز ما است. وآن از باب قصد تقرب است.

اگر ما در باب وقف نیت قربت را شرط کنیم مشکلی پیش می آید که در کلمات خیلی از فقهاء مطرح شده است. یعنی بسیاری از فقهاء که فائلد فضولیت در وقف نمی آید، تصریحشان به این است که از باب همین جهت عدم امکان تقربی است که الان تقریب می کنیم. چون آن را لازم می دانند. [مسئله نیت را یک مسئله جلو می اندازیم تا به این مسئله متصل شود، وعلی الظاهر ولو از باب اصالۃ الفساد ما باید نیت در وقف را بپذیریم. مبنایی است، عده زیادی از فقهاء قبول دارند که نیت تقرب لازم است، و عده زیادی هم قبول دارند که نیست، و اکثر فقهاء فعلی هم می گویند قصد تقرب شرط برای وقف نیست. که بعداً بحث می کنیم].

بحث امروز ما روی این مبنا است که بپذیریم در باب وقف قصد قربت لازم است. آنوقت این بحث پیش می آید که ظاهراً ما در وقف فضولی دچار مشکل می شویم.

مشکلی که مطرح کرده اند این است که این آقای فضولی چه جور تقرب می کند؟ قصد قربتش چه جوری می شود. چه جور می شود که کسی با وقف کردن ملک دیگری قصد تقرب پیدا کند؟

در اینجا می شود گفت دو اشکال وجود دارد:

یک اشکال این است که این موضوع قابل تقرب نیست. یعنی وقف ملک دیگری قابل تقرب برای این شخص فضول نیست.

مشکل دیگر این است که ما مشابهاتی داریم که در آنها تقرب می شود، مثل تقرب وکیل یا تقرب نایب یا تقرب متبرع (که بحث می کنیم) اینجا از آن سنخ نیست که بشود تقرب را تصحیح کنیم.

اشکال اول به تحقق قصد قربت از فضول: موضوع قابل تقرب نیست

پس اشکال اول این است که خود ماده قابل تقرب نیست و شما به ملک دیگری نمی توانید تقرب کنید. مثل این که کسی بخواهد با عصیان مولا تقرب کند، که نمی شود. اشکال دوم این است که این آقای فضولی اجنبی است و با فعلی که مضاف به مولا نیست نمی تواند تقرب کند.

اگر کسی بگوید در واقع با وقف کردن ملک دیگری نمی شود تقرب کرد و این عمل برای شخص فضولی قابل تقرب نیست. این ملک ربطی به او ندارد خصوصا اگر غصبی باشد؛ چون در غصب عدوان هم هست. آدم برود عدوانا مال دیگری را بگیرد و وقف کند.

اینها ابتلاء هم دارد. وقف پاکدشت را حضرت آقا به من ارجاع دادند. مسئله ای بود که حدود چهل سال محل اختلاف بود. از زمان حضرت امام قده دعوایی در اوقاف پاکدشت شروع شد تا چند سال پیش. حضرت آقا این را به من ارجاع کردند و فرمودند خودتان بروید راجع به این تصمیم بگیرید. ما جلسات متعددی گرفتیم، معلوم شد چند نوبت آدم های گردن کلفتی که اصلا مالکیتی نداشته اند آمده اند ملک را گرفته اند و وقف کرده اند. از جمله رضا شاه این کار را کرده است، مال مردم را به زور گرفته وقف کرده است. آنوقت چه بلیه ای سر مردم آورده اند. املاک پاکدشت ده ها روستا است. عده زیادی از کشاورزان با دستهای پینه زده املاکی داشتند، یک دفعه اداره اوقاف آمد و گفت اینها مال ما است. یکی داشتند سند برای اداره اوقاف صادر می کردند، که بعد ما آن را حل و فصل کردیم البته علی خلاف میل اداره اوقاف.

بعد رفتند از فقهاء بزرگ استفتاء کردند که آیا سلاطین می توانند وقف کنند؟ تقریبا همه مراجع گفتند می توانند وقف کنند و اگر هم شک کردیم می گویند اصالة الصحة جاری است.

ما گفتیم این ربطی به بحث ما ندارد. دعوا در موضوع خارجی است. ما که شبهه حکمیه نداشتیم که رفتند استفتاء کردند. این زرنگی بعضی شکات است که می روند از بیوت مراجع استفتاء می کنند می گویند نظر آقا نیست. می گوئیم آقا دعوا را که نظر نداده اند. در دعوا باید طرفین دعوا حاضر باشند، ادله بیاید، یک طرف بینه دارد، یا اگر ندارد قسم بخورد و رد قسم کند، اینطوری که نمی شود حل دعوا کرد.

حالا مقصودم این است که آنجا یک سلطان غاصبی آمده بود املاک بسیار وسیعی را وقف کرده بود. ما حرفمان این است که مخصوصا در فضولی غاصب که عدوانا تصرف می کند، ماده و موضوعش قابل تقرب نیست. نمی شود انسان با چیزی که در آن عدوان کرده تقرب الی الله پیدا کند.

در غیر غصب ممکن است کسی بخواهد تصحیح کند که بگوید وقف علی ای حال امر حسنی است. و اگر این آقا فضولتا هم وقف کند امر حسنی انجام داده است. فقط اشکال عمل آن فضولی است که نباید این کار را می کرد، ولی وقفش که کار خوبی است. حالا اگر متوقف کنید بر اجازه مالک، آن جهت سوء عمل هم درست می شود، خواست قبول کند تمام می شود و اگر نخواست رد می کند.

جوابش همین است که در باب عبادات برای اینکه تقرب ممکن باشد به تعبیر برخی حسن فعلی کافی نیست باید حسن فاعلی هم داشته باشد، صدورش از من باید حسن باشد تا من با آن عمل تقرب الی الله پیدا کنم. والا حسن واقعی که به درد من نمی خورد. حالا من تعبیر فاعلی را نمی خواهم بکار ببرم، چون تفکیک بین حسن فاعلی و فعلی خودش داستانی است و گاهی هم قابل خدشه است. عرض می کنم فعل ممکن است فی حد ذاته حسن باشد، مثل وقف بر فقراء، اما من به عنوان فضولی وقتی این فعل را اصدار می کنم حسن است؟ چه کسی این را گفته است؟ این اول کلام است.

سؤال گاهی شخصی می داند که مالک می خواهد ملکش را وقف کند ولی هنوز فرصتش را پیدا نکرده، یا مساومات وقف انجام شده است ولی هنوز فرصتش نشده است، فضولی می بیند موقعیت خوبی است اقدام می کند.

جواب: ممکن است مساوماتی انجام بشود ولی من دوست ندارم برادر من وقف کند دوست دارم عالم بزرگ محل وقف کند. شما با این مقدمات می خواهید حسنش را درست کنید، اما من عرض می کنم که ولو من می خواهم وقف کنم، اما می خواهم عالم بلد یا مرجع تقلید وقف کند نه برادرم. می شود همچنین تصویری بکند. پس صرف اینکه من آماده وقف کردن هستم کفایت نمی کند که صدورش از برادر من هم حسن باشد. من می خواهم پیش کس دیگری ببرم.

سؤال حالا اگر همان عالم بلد آمد فضولی وقف کرد می شود؟

جواب: این هم نمی شود. چون من می خواهم عالم بلد وقف کند اما موقعی که من گفتم وقف کند نه از پیش خودش. اصلاً معنای اجازه {گرفتن} ها این است که شما تصرف در سلطان دیگری نکنید. اصلاً معنای ملکیت این است که من سلطان مال خودم باشم. وقتی گفتم تو انجام بده مانعی ندارد. من می توانم به برادرم اباحه کنم و یا اصلاً اجازه خروج از ملکیت هم بدهم، بگویم این ملک در اختیار خواستی استفاده کن یا حتی نخواستی بفروشی. اما با اجازه من این کار را انجام بده. این معنای تأکید بر سلطنت من بر مال خودم است، "الناس مسلطون علی اموالهم". در مورد حاکم و عالم هم همینطور است. ولو من می خواهم برادرم این کار را انجام بدهد ولی نمی خواهم از پیش خودش انجام بدهد که ملک مرا بفروشد. می توانم منعش کنم بگویم من می خواهم به تو اجازه بدهم ولی تا وقتی من نگفتم این کار را نکن. این خودش کاشف از این است که دو تا وادی است، که یک وقتی با اجازه مالک اضافه به مالک من تصرف کنم، یکوقت از پیش خودم بروم این کار را انجام بدهم. اصلاً بحث ملکیت و امثال آن برای همین خط کشی ها است که روشن باشد که بین سلطنت یکی و دیگری فرق است.

تفاوت بین فضولی با وکیل و امثال آن

بعضی گفته اند شما که از قصد قربت در تصرف فضولی ملک دیگری منع می کنید، در وکیل و نائب و متبرع چطور قصد قربت می آید. پس اینجا هم می شود.

جوابش این است که در وکیل اذن دارد، لذا قیاسش با اینجا مع الفارق است.

بررسی توسعه صحت به فضولی غاصب بخاطر قیاس با صدقه مجهول المالک

برخی از فقهاء بزرگ حتی در فضولی غاصب هم این را توسعه داده اند و گفته اند در غاصب هم {وقف فضولی صحیح} می شود. از باب اینکه گفته اند ما در شرع این مثال را داریم که نسبت به مال مجهول المالک شما می توانید صدقه بدهید، با اینکه در صدقه قصد قربت شرط است. چطور مال مجهول المالک را که نمی دانید مالکش راضی به صدقه دادن هست یا نه می توانید صدقه بدهید قصد قربت هم بکنید، آنوقت اینجا چرا نشود.

با همین قیاس خواسته اند در وقف هم {تقرب فضولی را} تصحیح کنند.

عدم صحت قیاس به مجهول المالك به دليل وجود مصحح در آن

من تا این {قیاس} را دیدم اشکالی به ذهنم آمد و تعجب کردم که چرا کسی همچین چیزی را می گوید. بعد دیدم محقق رشتی هم این اشکال ما را به آن مطرح کرده است و فرموده: در مورد صدقه دادن مال مجهول المالك دليل شرعی داریم والا آن را هم نمی توانستیم {تصحیح کنیم}. فرض این است که در صدقه دادن مجهول المالك از ناحیه شارع مصحح داریم. یعنی جهت تجویزی که مانع از صدق عدوان و امثال ذلک می شود را خود شارع درست کرده است. خودش اجازه داده یا امر کرده (هر جور از ادله اش استفاده شود) که ما این مجهول المالك یا لقطه ای که بعد از مدتی مالکش کشف نشود را صدقه عن المالك بدهیم. اما چه ربطی دارد به جائی که مصححی برای تصرف من نیست. این باب دیگری است. پس بر مبنای لزوم تقرب اگر مشکل قابلیت وقف برای تقرب باشد علی الظاهر جوابی ندارد، ولو اینکه حسن فعلی را ما در وقف قبول کنیم. حتی اگر غاصب وقف کند و بگوئیم لولا اضافه به غاصب وقف برای فقراء فی حد ذاته کار خوبی است، اما هیچ ربطی به صدورش از این غاصب ندارد. صدور این غصب از غاصب هیچ قابل تقرب نیست و هیچ حسنی هم ندارد. البته صدورش ممن له این امر (مثل مالک یا ولی یا وکیل) حسن است.

قیاس تقرب به انشاء که با اجازه بعدی درست می شود مع الفارق است

سؤال شما با انتساب بعدی انشاء را درست می کنید، خب تقرب را هم با همان بیان درست کنید.

جواب: {مشکل در اینجا این است که} الان {یعنی در زمان انشاء وقف} باید قصد قربت کند که اجازه ای نیامده است. پس نقض به انشاء نکنید. چون انشاء حقیقتش ایجاد المعنی باللفظ است. اینکه یک ماهیت واقعی است تغییر که نمی کند. فقط در اقتراش به رضا بحث است. اگر گفتیم این اقتران به رضا در حین الانشاء لازم است، با اجازه مؤخر هم درست نمی شود، کما اینکه عده ای می گویند. اما اگر گفتیم اقتران به رضاء مائی لازم است، یعنی هر زمانی که اقتران پیدا کرد همان زمان عقد تمام می شود. این حرف روشن است. یعنی انشاء می خواهیم و اقتران بالرضا. مثل تجارة عن تراض که می گوید باید تجارة عن تراض باشد، اما نه انکه حین الصدور عن تراض باشد. پس نقض نکنید. اما در باب تقرب، تقرب یک عملی است که شخصی که می خواهد عمل را انجام بدهد باید نیت تقرب کند. و چنین فردی قبل از اجازه که نمی تواند تقرب کند. لم یصدر تقریبا. و بعد هم که اجازه دارد که تقرب نمی شود. مثلا نمی شود آدم نماز را بی نیت بخواند بعد فردا نیت آن را بکند. تقرب یکی عملی است که حینی که شما دارید عمل قربی را انجام می دهید باید باشد. شما نمی توانید بگوئید من الان امر ندارم و عمل هیچ اضافه ای هم به مولا ندارد، من الان یک کاری انجام می دهم بدون تقرب،

فردا نیتش می کنم می شود متقربا. این نمی شود. چون عبادت عبارت است از صدور فعل عن داع قریبی. وقتی فعل از داعی قریبی صادر نشده است، نیت بعدی که او را قریبی نمی کند.

سؤال وجواب: گرچه بحث کشف و نقل در فضولی را آخوند ره و دیگران مطرح کرده اند ولی در متن تحریر نیامده است. ولی بحث خوبی است که اینجا بحث کشف و نقل هم می آید یا نمی آید. اگر کسی کشف هم بگوید کشف حکمی می گوید. نه اینکه می تواند کشف کند که فی الواقع اینطور واقع شده است. آخرین مرحله که کشف حکمی است این است. و الا ما وقع علیه عن عدم الرضا که رضامند واقع نمی شود. بلکه می گوئیم حالا که اجازه دارد یحکم به من الاول که بحثش می آید.

ما در تقرب می خواهیم امثال واقع بشود. امثال صدور فعل عن داعی القریبی است. اگر عن داعی قریبی صادر نشد، دیگر این فعلی که لم یصدر قریبا که عوض نمی شود بشود قریبی.

ممکن است کسی بگوید فضولی به داعی احتمال الواقع صادر کند، که به آن می رسمیم. این یک فرض دیگری است. و اگر این هم درست باشد غیر از بحث فضولی ابتدائی است.

تا اینجا اشکال بخاطر این بود که مورد و موضوع قابل نیست.

اشکال دوم به تحقق قصد قربت از فضول: عدم وجود موجب برای اضافه عمل فضولی به مولا

بحث دیگر این است که اشکال در تصحیح عبادت از این حیث نیست که مورد قابل نیست، بلکه از باب این است که چیزی برای امتثال کردن ندارد که این عمل را اضافه به مولا دهد. چون برای تقرب ما باید عمل را لله انجام دهیم. لله چه جور می شود؟ در بحث تعبدی و توصلی مفصل گفته اند و مرحوم سید هم در متن عروه آورده است، برای قریبی شدن راه هایی هست. راه معمول این است که چیزی مأمور به باشد، شما به داعی الامر بیاورید. اما تنها منحصر به این نیست. اگر امر نیست، ولی می دانید مورد شوق مولا است، به داعی کونه مورد لشوق المولا بیاورید. اگر می دانید این هم نیست، به داعی حسنه که مولا قبول دارد بیاورید.

صرف مصلحت فعل اضافه عمل به مولا را تصحیح نمی کند

اما اگر کسی بخواهد صرف مصلحت را بگوید، که دیدید مرحوم آخوند در کفایه خیلی وقتها که امر نیست می گوید به داعی المصلحة.

در همانجا محققین از جمله محقق اصفهانی اشکال می کنند که مصلحت صرف نمی تواند امتثال و عبادیت را تصحیح کند. چرا؟ چون باید فعل یک اضافه ای به مولا داشته باشد، من بگویم این فعل را لله بداعی کونه مأمورا به می آورم، بداعی کونه مشتاقا الیه می آورم، بداعی کونه مرادا می آورم، بداعی کونه حسنا عند المولی می آورم. اگر حسن فعل را بدانم که مولا قبول دارد باز هم مضاف به مولا می شود. خلاصه فعل باید مضاف به مولا باشد.

بله در یک جایی است که اصلا هیچکدام از اینها را نمی خواهد. کجا؟ و آن سجود للمولی است. چون خودش مضاف است. حرفی که آخوند در بحث اجتماع امر ونهی و جاهای دیگر آورده نکته اش این است که سجود للمولی خودش عبادت است. کما اینکه سجود للشیطان خودش عبادت شیطان است. سجود برای هر کس بکنید نفس این سجود بدون اضافه دیگر خودش یک تواضع ذاتی است. ولذا اگر سجود لله باشد خودش مضاف بالذات است. ما چیز دیگری مثل امر و شوق و اراده و حسن نمی خواهیم. همین سجود للمولی چون تواضع ذاتی و عبادت است قرب را تصحیح می کند.

حالا سؤال این است که فضولی با چه چیزی می خواهد تقرب کند؟

حتی نماز که یک چیز قابل تقربی است، اما باید من امر داشته باشم که با آن تقرب کنم، یا شوق مولا برای صدورش از من باشد تا تقرب کنم، یا مراد از من باشد تا تقرب کنم، یا حسن از من باشد تا تقرب کنم.

حالا بحث است که فضولی این وسط چکاره است؟ فضولی که امر به چیزی ندارد. وقف اگر هم مستحب و مأموریه است، اما مأموریه خود مالک است، فضولی که مالک نیست تا مأموریه او باشد. شوق هم همینطور است، اراده هم همینطور است، حسن هم همینطور است. اگر حسن هم کافی باشد اما اینجا برای فضولی اضافه به مولا درست نمی کند، چون صدورش برای او حسن نیست. پس چطور اضافه به مولا می شود؟ اشکال این است که فضولی نمی تواند تقرب کند.

سؤال وجواب: ما موارد معمول را درست کنیم تا برسیم به بعضی استثنائات.

عدم صحت نقض بر وقف فضولی به وقف

اینجا بعضی ها نقض کرده اند، می گویند ما نیابت در حج که قطعاً داریم، نیابت در قضاء صلوات که قطعاً داریم، اجاره بر قضاء صلوات که اکثر فقهاء پذیرفته اند داریم، زیارت نیابتی که داریم. خب آنجا را چکار می کنید؟ مثلاً در زیارت نیابتی آن چیزی که می خواهد واقع بشود و مستحب است زیارت منوب عنه است. چون زیارت من نائب اصالی است، برای او می خواهم زیارت کنم. زیارت منوب عنه مأموریه او است. این آقای نائب چطور تقرب می کند؟ یا در حج نیابتی، حج بر منوب عنه واجب است، این آقای نائب چه امری به حج دارد که امتثال می کند حج را بداعی امرها تا تقرب بشود؟

پس در مقابل کسانی که بر عدم وقوع تقرب من الفضولی اینجور استدلال می کنند نقض می کنند به این موارد.

جوابش این است که: ادله نیابت عمل نائب را عمل منوب عنه قرار داده است. با ادله نیابت فعل نائب، فعل منوب عنه محسوب می شود و با آن تقرب می کند. ولذا اگر ادله نیابت نبود نائب امکان تقرب نداشت و نمی توانست امتثال کند. بعد از اینکه ادله نیابت گفت تو می توانی نائب بشوی یعنی عمل تو را عمل منوب عنه احتساب می کنیم، پس امر متعلق به منوب عنه را من می توانم امتثال کنم. نمی گویم به داعی امر متعلق به من، بلکه می گویم به داعی امر متعلق به او که ادله نیابت فعل من را فعل او تنزیل کرده است، با این تقرب می کنم. و در امثال آن هم همینطور است.

اما در بحث فضولی چه کسی گفته این فضولی برود این کار را انجام بدهد؟ چه کسی گفته است که عمل فضولی عمل مالک است تا من فضولی بتوانم با تقربی که برای مالک ممکن است تقرب کنم؟! هیچ راهی ندارد.

عدم امکان تصحیح اضافه به مولا با اجازه متأخر

اما اجازه، خب اجازه مؤخر است. چه بدانم اجازه خواهد داد و چه ندانم، اما فرض این است که الان که می خواهد فعل از من صادر بشود چه جور اضافه به مولا دارد؟. دراین وقف برای مصالح عامه مثل وقف مسجد، من ملک دیگری را می آیم وقف می کنم برای مسجد قربه الی الله. قربتش کجا است؟ چه اضافه ای این عمل به مولا دارد؟

اگر بگوئید برای مالک اضافه به مولا دارد، چون محبوب است یا مأموریه است، می شود مثل بحث نیابت.

می گوئیم در نیابت دلیلی آمد فعل مرا فعل او قرار داد. در بحث فضولی کجا همچنین دلیلی دارید که فعل فضولی خصوصا اگر عدوانی و غصبی باشد فعل منوب عنه است؟ همچنین چیزی نیست.

صرف قصد نیابت عمل را نیابی نمی کند

سؤال و جواب: باید عمل نائب مشمول ادله نیابت باشد. والا قصد نیابت که برای نائب شدن کفایت نمی کند. من الان قصد می کنم به نیابت از شما پولهای شما را بدهم به فقراء، اینکه نمی شود. با قصد نیابت که نیابت درست نمی شود. باید من نائب باشم، یعنی شارع به من گفته باشد تو به جای او می توانی عمل را انجام بدهی. در حج گفته است که وقتی طرف نمی تواند نائب بگیرد. پس خود شارع می گوید که طواف نائب مثلا طواف شمای منوب عنه است. یا اگر کلا حج نمی توانی بروی می گوید حج نائب حج تو است. اما در بحث فضولی همچنین تنزیلی در کار نیست. پس تقرب ندارد.

اما اجازه، مؤخر است. الان که فعل از من صادر می شود چگونه او را اضافه به مولا کنم تا بتوانم نیابت درست کنم.

این اصل اشکال در عمل آقای فضولی است اگر بخواهد متقربا الی الله باشد بنابر اینکه در وقف تقرب لازم است.

تقرب مجیز کافی است یا نه؟

ما اینجا چند تا مسئله داریم که باید حل کنیم. یکی اینکه بگوئیم چرا این آقا تقرب کند؟ خود مجیز تقرب کند. یعنی مالک تقرب کند عند الاجازة. این یک بحث است.

فرضی که امکان دارد فضولی قصد تقرب کند

یک بحث دیگر این است که در بعضی از فروض آقا فضولی هم می تواند تقرب کند. حالا یا مورد جهل مرکب است یا اینکه به نحو احتمالی قصد تقرب کند به رجاء الواقع. آقای فضولی می گوید من وقف می کنم به رجاء اینکه مالک بپذیرد. خب اگر در این فرض که بپذیرد که مورد رجاء او است می گوید تقرب کنم. این می شود یا نمی شود؟

علی الظاهر این می شود. مگر در غاصب و عدوان که مشکل می شود. و الا در موارد معمولی علی الظاهر این مشکلی ندارد که بداعی رجاء الواقع این کار را بکند. بگوید من نمی دانم او اجازه می دهد یا نه، اما به رجاء اینکه او اجازه بدهد که آنوقت این عقد درستی است من الان تقرب بکنم. آیا این می شود یا نه؟ ظاهرا نباید اشکالی داشته باشد.

منتهی روی این فکر کنید که چون اجازه مؤخر است آیا اثر می کند یا نه.

باسمه تعالی

- ۲۴۱ ادامه مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف
- ۲۴۱ خلاصه بحث گذشته
- ۲۴۲ مرکز اشکال در تقرب فضولی است یا مجیز؟
- ۲۴۳ دو جهت اشکال در تقرب فضولی
- ۲۴۴ دو مورد که ممکن است فضولی بتواند قصد تقرب کند
- ۲۴۴ مورد اول: جهل مرکب فضولی به عدم امکان قصد تقرب
- ۲۴۴ معنای اشتراط نیت تقرب
- ۲۴۵ اگر اشتراط قصد قربت از باب اصاله الفساد باشد، باید عمل هم قربی باشد
- ۲۴۶ مورد دوم: قصد تقرب از باب رجاء
- ۲۴۶ عدم امکان تصحیح قصد قربت در صورتی که اجازه، استیناف در وقف باشد
- ۲۴۷ افزونی مشکل فضولی نسبت به وکیل در امکان تقرب به عمل
- ۲۴۸ عدم امکان تصحیح قصد قربت با اجازه حتی در صورتی که اجازه استیناف عقد نباشد
- ۲۴۸ بطلان تفسیر تقرب به تقرب نیابی فضولی
- ۲۴۹ کار فضولی ممکن است نه حسن باشد و نه قبیح
- ۲۵۰ تقرب مجیز
- ۲۵۰ شرط تقرب مقارن بودن با عقد است جزما یا احتمالا

ادامه مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف

خلاصه بحث گذشته

بحث در جریان فضولی در وقف بود.

عرض کردیم یک بحث در جریان فضولی در وقف مبتنی بر این است که آیا فضولیت علی القاعده است و فقط مشکلس لحقوق اجازه است. که این یک مبنا می شود. که ما در همین هم بحث کردیم و گفتیم حتی اگر در جاهایی علی القاعده باشد در وقف نمی تواند علی القاعده باشد، چون کبریاتی که بخواهد آن را تصحیح کند نداریم. این را بحث کردیم. ولو یک جای آن مبنایی بود که در بحث قبول اعاده می شود.

بعد گفتیم در کلمات فقهاء گرچه برخی به همین اکتفاء کرده اند و مسئله جریان فضولی را کلاً دایر مدار همین بحث مقتضای قاعده بودن و نبودن دانسته اند، ولی واقعه این است که تتبع در کلمات فقهاء نشان می دهد یک مسئله مهم دیگری {با عنوان حصول قصد تقرب توسط واقف فضولی} هم برای آنها مطرح بوده است، که برای خیلی ها فتوای به عدم جریان فضولی ناشی از آن نکته بوده است نه این علی القاعده بودن و نبودن فضولی. مثلاً صاحب ریاض بالصراحة تصریح می کند که فضولیت از حیث لحقوق اجازه مشکل ندارد، لحقوق اجازه آن را عقد می کند. منتهی می گوید والظاهر عدم صحت فضولی است از باب اینکه نمی تواند نیت تقرب را درست کند.

پس مشکل دوم در بحث جریان فضولی در باب وقف مشکل تصحیح قربت است.

این معنایش این است که یک بحث مبنایی است. اگر کسی معنای تقرب و قربت را در مسئله آتی پذیرفت، آنوقت برای او در اینجا یک مشکله ای مطرح می شود که ببینیم می تواند تصحیح کند یا نه.

پس اشکال بر جریان فضولی از جهت قصد تقرب مسلماً یک بحث مبنایی است و مبتنی است بر مبنایی که ما در قصد قربت اخذ می کنیم. (که ما آن مسئله را مقدم می کنیم).

دیروز عرض کردیم حالا روی مبنایی که قصد قربت لازم است آیا می شود عقد فضولی را تصحیح کرد؟

مرکز اشکال در تقرب فضولی است یا مجیز؟

برخی گفته اند {تقرب حاصل} می شود. منتهی ما باید ببینیم مشکل تقریبی که فقهاء گفته اند کجا است. مرکز اشکال آیا تقرب فضولی است، یا تقرب مجیز است. کدام مرکز اشکال است. اینکه می گویند در عقد فضولی نمی شود تقرب کرد یا می گویند چون تقریبش یک جوری است ادله تصحیح و امضاء شاملش نمی شود، مقصودشان تقرب فضولی است یا تقرب مجیز و مالک است.

اگر مقصودشان تقرب فضولی است، عده ای گفته اند تقرب فضولی چه اشکالی دارد. که دیروز بحث کردیم. آنها می گویند که تقرب فضولی مثل تقرب وکیل است. بلکه می گویند اصلاً مصداق داشته است. در باب صدقه مجهول المالك با اینکه ما نمی دانیم مالک راضی است یا نه، صدقه می دهیم. پس اصلاً واقع شده است. به علاوه که نظائر هم دارد. مثل تقرب وکیل و امثال آن.

دیروز اینها را جواب دادیم. و در خصوص صدقه مجهول المالك آنجا دستور خود شرع است و نباید به اینجا قیاس کرد. آنجا دلیل حاکم می گوید برو صدقه بده. و لذا ضمان محفوظ است. اگر مالک پیدا شد و قبول نکرد این طرف ضامن است. اما در اینجا مصححی نداریم و کسی نگفته است که شما می توانید مال دیگری را وقف کنی. پس با این تمثیل ها نمی توانیم قصد تقرب درست کنیم.

دو جهت اشکال در تقرب فضولی

علی الظاهر قصد تقرب در فضولی از دو جهت مشکل است:

هم فعلی که می خواهد با آن تقرب کند علی الظاهر فعل قابل تقریبی برای او نیست. نمی گوئیم وقف مثلاً بر مصالح یا بر اولاد جهت حسن یا قابلیت تقرب ندارد. بلکه برای این آقا ندارد، چون صدورش از شخص فضولی صدور حسنی نیست تا بگوئیم که این قصد تقرب کند.

به علاوه شخص فضولی خودش نمی تواند تقرب کند. چون در تقرب باید فعل یک جهت اضافه ای به مولا داشته باشد تا من به آن تقرب کنم و یک چیزی به من مرتبط باشد تا فعل من قابل تقرب باشد. مثلاً فرض کنید دوست من امر دارد به نماز، معنا ندارد که من با امر به او به نماز تقرب کنم. پس برای اینکه من به فعلی که از من صادر می شود تقرب کنم، باید خود من امر داشته باشم به یک فعل، تا به اصدار این فعل به داعی امر متعلق به من قربت بشود. یا اگر امر نیست مورد شوق مولا است، یا مورد اراده مولا است. یا حتی این هم می شود که یک حسن واقعی داشته باشد که مولا این حسن واقعی را پذیرفته باشد. چون مولا حسن واقعی این عمل را پذیرفته است لذا اضافه به مولا پیدا کرده است، آنوقت من می گویم این فعل را صادر می کنم به لحاظ اینکه حسن عند المولا.

پس باید این فعل یک جوری اضافه به مولا داشته باشد و یک جوری دامنگیر من باشد تا اصدار فعل از من معنا داشته باشد بداعیها، یعنی بداعی امرها یا بداعی ارادتها یا بداعی حسنها. این بحث دیروز بود. و می گفتیم در بحث فضولی

همچنین چیزی را نداریم. وقف اگر مستحب و معروف است و یک کار خوبی است و مورد امر است، این برای مالکش هست. چه کسی گفته غیر مالک هم امر دارد به وقف کردن یا مورد اراده یا شوق مولا است یا حسن است؟.

بنابر این آنچه که ما در باب فضول داریم چیزی نیست که بشود با آن تقرب کند. قصد قربت اگر به نحو شبهه حکمیه ثابت شد که لازم است در عالم کبروی، ولی در اینجا نمی توانیم مصداقش را ایجاد کنیم. پس این شرط در فضولی حاصل نیست و وقف فضولی صحیح نیست. این راجع به تقرب فضولی.

دو مورد که ممکن است فضولی بتواند قصد تقرب کند

قبل از اینکه وارد مجیز بشویم دوستان دیروز دو مورد مطرح کردند که به نظر من قابل توجه است و دقت در آنها ما را به تحلیل دقیقتر همین شرطها می کشاند:

مورد اول: جهل مرکب فضولی به عدم امکان قصد تقرب

یکی این بود که گفتند: شما گفتید آقای فضولی نمی تواند تقرب کند، چون انسان به وقف مال غیر که نمی تواند تقرب کند. ولی اگر فضولی جهل مرکب داشته باشد که می تواند قصد تقرب کند.

می گوئیم بله درست است. و نظائرش را هم در فقه و هم در اصول گفته اند، که در موارد جهل مرکب امکان حصول این قصد از او وجود دارد. این بحثی نیست.

معنای اشتراط نیت تقرب

اما یک بحث دقیقتری اینجا مطرح است. چون تعبیر فقهاء این است که می گویند بنية التقرب یا اشتراط القربة، آیا مقصود این است که فقط قصد تقرب متمشی باشد؟ اگر این باشد در شخصی که جهل مرکب دارد قصد قربت متمشی می شود. ولذا بعضی از فقهاء که می خواهند درست کنند می گویند قصد القربة کافی است و لذا از کافر هم ممکن است حاصل بشود. در وقف بر کافر هم می شود و در وقف من الکافر هم ممکن است بشود، مثلاً اهل کتاب و غیر مؤمن که خدا را هم قبول دارد وقف می کند.

اما اگر گفتیم قربتی که می گویند لازم است نه قصد التقرب است، بلکه قربت خارجی و بالحمل الشایع است یعنی تقرب حاصل بشود. لذا بعضی ها تصریح کرده اند به عبادت که عبادت بشود. من از بکار بردن این حرف اجتناب کردم، چون این بحث معامله است نگفتم تعبدی است. ولی بعضی تصریح کرده اند برای اینکه عبادت بشود فقط قصد قربت کافی

نیست. بلکه خود فعل هم باید قابلیت برای اقتراب داشته باشد. چرا؟ چون اگر این را نگوئیم ممکن است کسی به یک حرامی جهل مرکب داشته باشد. خب متمشی می شود که به حرام قصد تقرب کند، اما مسلماً با انجام کار حرام اقتراب به حق پیدا نمی کند. فعلش هم قربت نمی شود به معنای عبادت. قصد قربت کرده متتهی فعل، فعل عبادی نشده است. فعل قربت نیست.

حالا باید سؤال کنیم آنهایی که در بحث وقف می گویند قصد قربت لازم است، صرفاً قصد القربة را می گویند؟ اگر این باشد از جاهل مرکب هم متمشی می شود.

البته جهل مرکب یک مورد شاذ است در مقابل کل موارد. مثل اینکه آدم گمان کند ملک خودش است بیاید وقف مسجد کند، بعد معلوم شود ملک دیگری بوده اشتباه کرده و سندش را اشتباهی گرفته است. این یکوقتی می شود، ولی جهل مرکب خیلی اخص از مدعا است.

ولی در عین حال همین موارد شاذ اگر مقصود از قصد قربتی که بحث کرده اند فقط عبارت باشد از قصد صرف، البته در جهل مرکب این قصد متمشی می شود. اما اگر قربت بودن خود این عمل هست، این باید ماده اش هم قابل باشد. با حرام قربت حاصل نمی شود، یعنی عمل قربی نیست.

اگر اشتراط قصد قربت از باب اصاله الفساد باشد، باید عمل هم قربی باشد

آنوقت در بحث آتی بحث می کنیم که بعید نیست که اگر ما از باب اصاله الفساد قصد قربت را شرط کردیم همه اینها داخل باشد. یعنی بگوئیم به صرف قصد کافی نیست ماده هم باید قابل اقتراب باشد. فعلی که با آن اقتراب می کند باید قابل باشد. یعنی این وقفی که دارد انجام می دهد باید یک وقف قابل قربتی باشد. اگر این باشد این قصد قربت از جاهل مرکب فائده ندارد.

در بحث عبادت گفته اند ما در آنجا دو رکن داریم، یکی اینکه فعل قابل برای تقرب باشد تا بشود عبادت، و دوم اینکه قصد قربت متمشی بشود. این دو رکن باید باشد تا فعل عبادت بشود. در مانحن فیه مشکل در قصد قربت نیست، چون جاهل مرکب می تواند قصد قربت کند. ولی اشکالش این است که موردش قابل برای قربت و عبادت نیست.

پس باید ببینیم آن قربتی که ادعا شده است که از ادله استفاده می شود که شرط وقف است کدام قربت است.

سؤال وجواب: شما باید عملی که از من صادر می شود را مستحب و حسن کنید تا صدورش از من قابل اقتراب باشد. یک عملی کار خوبی است اما به من ربطی ندارد. اینکه نمی شود. مثلاً گفتند بر والدین کار خوبی است، آن همسایه

دارد به پدرش بَر می کند، من هم بگویم کار خوبی است بروم به پدر او بَر کنم. خب بَر من به آن آقا که بَر والدین نیست. اینجا هم همینطور است. وقف انسان با شرائطش که ملک خودش باشد و شرائط دیگر حسن است. اما یک آقایی فضولتا ملک من را وقف می کند، چه کسی می گوید فعل او حسن است؟

مورد دوم: قصد تقرب از باب رجاء

مورد دومی که دوستان می گفتند این بود که این فضولی این فعل را رجاء بیاورد. چون این فعل اگر اجازه به آن حقوق پیدا کند که حسن می شود. آنوقت این آقا اگر بداعی احتمال الواقع انجام بدهد، تقرب هم که با رجاء می شود مثل موارد احتیاط، این آقا این فعل را بیاورد به داعی و رجاء اینکه مالکش اجازه کند و کار حسنی واقع می شود. در واقع اینطور می شود که آن حصه از وقف که این آقا انجام می دهد آن حصه که توأم می شود با اجازه مالک، او حسن است چون وقفش هم تمام می شود. این چه اشکالی دارد که ما بگوئیم این فضولی به رجاء احتمال تحقق وقف با شرائطها وقف کند؟

سؤال وجواب: دلیلی نداریم که کار این شخص فضولی محرم باشد تا منافات با تمشی قصد قربت داشته باشد. چون فرض این نیست که در مال دیگری خارجا تصرف کرده است. فقط دارد ببع یا وقف می کند. مگر اینکه کسی همین فروختن یا وقف کردن مال دیگری را ولو تصرف خارجی نیست اما نوعی من التصرف بداند. یعنی در واقع تصرفات مملکه شرعیه و اعتباریه را هم بگویند تصرف است. ولی این حرف خیلی دشوار است. چون ممکن است کسی جواب بدهد که این چه تصرفی است. آخرش این است که فضولی است و رد می کنند تمام می شود. این اثری ندارد.

نتیجه این شد که اگر کسی اینطور بگوید که به رجاء باشد چه اشکالی دارد؟

عدم امکان تصحیح قصد قربت در صورتی که اجازه، استیناف در وقف باشد

به نظر من این نیاز به تأمل جدی دارد که شما با حقوق اجازه چه کاری انجام می دهید؟ وقف را انجام می دهید، یعنی گوئی یک وقف مستأنف است، کما اینکه بعضی ها گفته اند. گفته اند اجازه مالک و رضای لاحق او کالایجاب المستأنف است. یعنی آقای مالک الان دارد ایجاب می کند و قبول او مقدم است. اگر هم فک ملک است که ایقاعی است که الان دارد از مجیز واقع می شود.

اگر اینطور باشد، تمام وقف در واقع به دست همین مجیز است و وقف دارد الان واقع می شود. و به من فضولی انتسابی ندارد مگر از باب اعانه بر امر مصلحت دار. (کشف هم اگر باشد حکمی است). که اعانه هم چندان معنا ندارد. چون اگر گفتیم ایجاب مستأنف است، تمام کار را مجیز انجام می دهد، فقط قبول مقدم را پذیرفتیم. چون قبولی که بعد از

کار فضولی بود نسبت به مجیز می شد قبول مقدم، او را پذیرفتیم (اگر قبول بخواهد). آنجایی هم که ایقاع محض است تمام کار را مجیز دارد انجام می دهد. ربطش به من فضولی چیست؟ این مقدار انشاء کردنی که بعدا خود مجیز تماما واقع کند، چه کسی گفته این اعانه بر امر خیر است؟! تمام کار را خود مجیز دارد انجام می دهد. پس این امر حسن چه ربطی به من پیدا کرد تا من بگویم من دارم به رجاء آن امر حسن ایقاع می کنم؟! چون رجائی که ما می گوئیم باید اینطور باشد که لو صادف الواقع، عبادت و امر حسن باشد. احتیاط هم که ما می کنیم در موارد رجاء اینطوری است، که اگر صادف الواقع آن امر عبادت و حسن واقع بشود.

حالا صادف الواقع، واقعا مجیز اجازه کرد، اجازه که کرد چه می شود؟ گفتید اجازه مجیز ایجاب مستأنف است و تمام این وقف را او دارد ایقاع می کند. من فضولی فقط یک صوت زائدی اینجا داشته ام. تمام کار را او انجام داده است و به او مستند است، وجهی برای حسن برای من ندارد. کار حسن است، مثل اکرام پدر و مادر که از ناحیه فرزند اکرام می شود کار خوبی است، به من همسایه چه ربطی دارد؟

پس کسانی که می گویند اجازه لبا ایجاب مستأنف است، چون می گویند اصلا با اجازه گویی مالک، الان وقف کرده است. فقط در جاهایی که قبول لازم است و عقد است اگر ما قبول کردیم یعنی قبول مقدم بر این ایجاب را پذیرفته ایم.

افزونی مشکل فضولی نسبت به وکیل در امکان تقرب به عمل

حالا شبیه همین حرف را در وکالت بگوئیم، اگر کسی وکیل بشود فقط برای انشاء الفاظ. آیا استحباب وقف او را هم می گیرد؟ اگر ما بگوئیم وقف مستحب است، خب وقف برای مالکش مستحب است، کسی که انشاء وقف می کند و برای انشائش پول هم گرفته است (مثل این دفاتر اسناد) آیا انشاء این شخص مستحب است؟ چه کسی گفته مستحب است؟ فضولی بدتر از این است. چون وکیل در انشاء را خود مالک وکیل کرده است. اما در فضولی از پیش خودش ملک دیگری را وقف می کند.

عرض من این است که آنچه که مستحب و حسن و مرغوب الیه است وقف مالک است. اما اگر فضولی آمده انشاء کرده، خب کار بیخودی کرده است، چه کسی می گوید این حسن است و مضاف به مولا است؟ پس رجائی که در ذهن دوستان بود که اگر این وقف ملحق به رضای لاحقی بشود می شود آن را با رجاء درست کرد. می گوئیم نه با رجاء نمی شود درست کرد چون باز وقف من نمی شود.

عدم امکان تصحیح قصد قربت با اجازه حتی در صورتی که اجازه استیناف عقد نباشد

اما اگر ما اینطور بگوئیم که اجازه ایجاب مستأنف نیست. بلکه بخشی از کار را دارد این آقای فضولی انجام می دهد و اجازه هم یکی از ارکان است.

در این صورت اشکال دیگری وارد می شود. و آن اینکه: چه کسی گفته این کاری که فضولی انجام می دهد حسن است؟ یعنی بخشی از حقیقت وقف که به انشاء فضولی حاصل می شود و ما نمی گوئیم فضولی در ایجاد وقف کالعدم است، بلکه رکنتی دارد، اما این کار چه حسنی دارد؟

پس ولو اجازه تمام وقف نیست و ایجاب مستأنف نیست، بلکه اجازه یک خاصیتی دارد که اگر کنار آن انشاء فضولی که بداعی الجدد بوده قرار بگیرد می شود وقف تام. ما می گوئیم وقف تام از مالک واضح است که حسن است. اما ایجاد کردن آن بخش و رکنی از وقف که تمام هم نیست بلکه با لحوق تمام می شود چه کسی می گوید حسن است؟.

وقف بالحمل الشایع یعنی با تمام خصوصیات من المالك حسن است. اما بخشی از واقعیت وقف که قابلیت تکمیل به کمک دیگری دارد، چه کسی گفته است این حسن است تا من که انجام دادم بگویم حسن است؟

چون اجازه کارش چیست؟ کار اجازه این است که وقف را وقف من مجیز می کند، چه ربطی به فضولی دارد که شما می گوئید حسن فاعلی درست می کند. وقف با قطع نظر از فعل من خودش یک حسنی دارد از مالکش. تا زمانی که اجازه نبود به مالک مضاف نبود. حالا با اجازه مستند می شود به مالک. خب این فعل مستند به مالک برای مالک حسن است، اما برای من که رفته ام ملک دیگری را وقف کرده ام چه حسنی دارد؟

بطلان تفسیر تقرب به تقرب نیابی فضولی

پس یک حرف این است که فضولی تقرب کند، یک حرف این است که مجیز تقرب کند. یک حرف دیگری هست که باطل است این است که می گویند فضولی در تقرب نیابت کند. مثل نیابت در اکل و شرب که معنا ندارد. مرحوم آخوند می گوید تقرب فضولی نه از باب نیابت در تقرب مالک است، بلکه تقرب خود فضولی است. فرقی روشن است.

پس ما یک تقرب فضولی داریم، یک تقرب مجیز داریم، یک نیابت فضولی داریم از مجیز در قصد القربة. چون قصد القربة یکی از شرائط است، بگوئیم در قصد قربت یک آقایی آمده وکیل شده است که برای من قصد قربت کند. این نمی شود.

پس این نیابت در تقرب فضولی قطعاً باطل است. مثل اینکه نیابت در اکل و شرب به درد منوب عنه نمی خورد اینجا هم همینطور است.

مرحوم آخوند می فرماید: تقریبی که ما می خواهیم در اینجا قربت را از ناحیه فضولی تصحیح کنیم، نه نیابت فضولی است در قصد قربت، بلکه تقرب خود فضولی است. چون آخوند مثل بعضی دیگر در کتاب الوقف هم می خواهد تقرب فضولی را تصحیح کند و هم تقرب مجیز را. که حالا بحث می کنیم. اما گاهی ممکن است کسی یک شق سوم بگوید. بگوید در قربت که شرط برای وقف است گویی وکیل است. این نمی شود. چون قصد قربت نیابت بردار نیست و مثل اکل و شرب است. پس این قسم منتفی است.

پس بنا است تقرب خود فضولی باشد. حالا حرف این بود که طبق تفسیر دوم فضولی با انشائش بخشی از واقعیت وقف را ایجاد کرده است که اگر به بخش دیگر لاحق بشود می شود وقف که حسنٌ للمالک، اما حسنش چه ربطی به فضولی دارد؟.

کار فضولی ممکن است نه حسن باشد و نه قبیح

سؤال: کار فضولی یا حسن است یا قبیح، شق سومی ندارد.

جواب: می گوئیم حسن است اما با یک تفسیری. از شما می پرسیم با کدام لحاظ؟ خود عمل را فی حد ذاته می بینید، یک عمل خوبی است. اما صدورش از این آقا هم حسن است ولو حقوق اجازه هم بشود؟ ولو قبیح نباشد اما برای عبادت باید یک اضافه به مولا داشته باشد لااقل حسن داشته باشد. پس صدور عمل از این فضولی نه حسن است و نه قبیح، بلکه لا بشرط است مثل خیلی از افعال خیلی از حسن ها ممکن است بگوئیم اگر به داعی حسن آورده بشود حسن است، و الا اصلاً حسن نیست. خیلی ها این را می گویند. مثلاً تعظیم اگر به داعی تعظیم باشد تعظیم است. اما اگر شما کرنش بکنید ولی آن عالم را به قتل برسانید، این قبیح است، و یک وقت تعظیم می کنید که یک شکل فعلی است. این نه حسن است و نه قبیح.

پس فعل تارة حسن است ذاتاً، اما حسن است از مالک خودش، صدورش از من حسنی ندارد. یا مشکوک است چون ادله او را نگرفته اند. شما حسن وقف را از ادله رغبت می گیرید. انسان مال خودش را وقف کند حسن است. اما اگر کسی مال دیگری را وقف کند دلیلی بر حسن صدور فعل از او وجود ندارد. ولذا وقتی دلیل بر حسن نداریم حتی حقوق اجازه هم بشود و وقف هم تمام بشود آن وقف تمام فعل من نیست تا من بگویم که این را به رجاء می آورم. به رجاء مثل این

است که مثلاً ما دلیل نداریم که نماز جمعه واجب است، می‌گویید به رجاء کونه واقعا واجبا اتیان می‌کنم. یعنی در فرض اصابه این واجب است. اما اینجا در فرض اصابه که مالک اجازه کند، می‌شود وقف مجیز نه وقف فضولی. چون فضولی دخالت کرده اما یک بخش از وقف که حاصل نشده بود با اجازه محقق شد و وقف تمام شد. چه کسی گفته این کار حسن است؟!

سؤال وجواب: اولاً شما حسن وقیح ذاتی را از کجا درست کردید؟ آن چیزی که مولا بفرماید مأموریه است اما چه کسی می‌گوید حسن است؟

سؤال وجواب: این فضولی دال نبوده بلکه منشی بوده است که ممکن است خیر نباشد. این عمل خیر را که می‌دانسته، و آن وقف واقف است، این از روی فضولی رفته وقف کرده، چه کسی می‌گوید این دلالت بر خیر است؟

تقرب مجیز

بحث بعدی تقرب خود مجیز است.

می‌گویند اصلاً چرا ما دنبال تقرب فضولی هستیم؟ خود مجیز تقرب پیدا می‌کند. ما که بیشتر از این نمی‌خواهیم. وقف از ناحیه مجیز باید تمام باشد. حالا آقای فضولی یک کاری کرده و کارش هر چقدر اثر دارد دارد، ولی آقای مجیز اگر اجازه داد و خودش تقرب کرد که تمام اجزاء وقف تمام شد چه مشکلی دارد.

شرط تقرب مقارن بودن با عقد است جز ما یا احتمالا

آنهايي که قبول ندارند اشکالشان این است که: یا ما دلیل داریم که باید عقد مقارن با قربت باشد. و در مورد این شخص، عقد توأم با قربت نیست. چون قربت را شخص مجیز اجراء می‌کند نه شخص فضولی که دارد عقد می‌کند. یا شک داریم که باید قربت مقارن با عقد باشد. یعنی احتمال می‌دهیم قربت متأخر فائده نداشته باشد. نمی‌گوئیم برای ما محرز است که عقد باید توأم و مقارن با قربت باشد. ولی احتمال می‌دهیم که قربت متأخر فائده نداشته باشد. در هر دو صورت اینجا عقد صحیح نیست. در صورت اول که روشن است، چون قربت مقتدرن نیست. در صورت دوم هم اصالة الفساد محکم است. ما نمی‌دانیم آیا انشائی که قربتش بعداً می‌آید آیا این هم مؤثر در وقف است یا نه، اصالة الفساد محکم است. این حرف مانعین است.

البته مثل مرحوم آخوند از این اشکال جواب داده اند. ببینیم جوابشان درست است یا نه.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف ۲۵۳
- خلاصه گذشته ۲۵۳
- تلاش بعضی فقهاء برای حل مشکل قصد قربت در وقف فضولی ۲۵۳
- نظر محقق خراسانی در تحقق قصد قربت ۲۵۳
- محقق خراسانی: فضولی می تواند برای خودش قصد تقرب کند ۲۵۴
- اشکال به محقق خراسانی: ادله نیابت برای جانشینی نائب کافی است ولی جانشینی فضول دلیلی ندارد ۲۵۵
- دو اشکال قصد قربت در مجیز ۲۵۶
- جواب محقق خراسانی به دو اشکال در مجیز ۲۵۷
- اشکال به پاسخ: ممکن است از ابتدا قصد قربت نیاز باشد ۲۵۷
- نقض پاسخ محقق خراسانی به کفایت قصد قربت حین قبض ۲۵۸
- اجازه ایجاب نیست بلکه کالایجاب است ۲۵۸
- کلام صاحب جواهر در حل مشکل قصد قربت در وقف فضولی ۲۵۸
- قسمت اول کلام جواهر: وقف صدقه است ۲۵۹
- اشکال به کلام جواهر: مجهول المالک دلیل خاص دارد ۲۵۹
- قسمت دوم کلام جواهر: تقرب فضولی از طرف مالک درست است ۲۵۹
- اشکال به قسمت دوم کلام جواهر ۲۵۹
- مراد ایشان از نص، ادله خود فضولی نیست بلکه ادله نیابت است ۲۶۰
- علت تلاش علماء برای تصحیح تقرب شخص فضولی معلق نشدن آن بر اجازه است ۲۶۰
- نسبت محقق رشتی به صاحب جواهر: ایشان دو محتمل درست می کند ۲۶۱
- محتمل اول: نائب صورت عمل عبادی را ایجاد می کند ۲۶۱
- احتمال دوم: خود نائب یا وکیل امر دارند ۲۶۱
- در بعض صور فعل غیر می تواند مجزی از دیگری باشد ۲۶۲

هر دو محتمل کلام ایشان اشکال دارد ۲۶۳

هیچ دلیل صحیحی بر تصحیح وقف فضولی نداریم ۲۶۳

ادامه مسئله ۵ تحریر: فضولی در وقف

خلاصه گذشته

بحث در وقف فضولی بود. بحث ما به لحاظ ادله تمام شد. چون جریان فضولی در وقف و صحت آن به لحوق اجازه، دو تا مانع ممکن است داشته باشد: یکی عدم شمول اطلاقات، و دیگری مشکل قصد قربت بنائاً بر اینکه قصد قربت در وقف لازم است. که بحثش گذشت.

ما در عدم جریان فضولی از باب فقدان قصد قربت به تفصیل عرض کردیم که تارة مراد قصد قربت فضول است و اخرى مراد قصد قربت مجیز است. و بر هر تقدیری عرض کردیم نمی توانیم مشکل قصد قربت را حل کنیم.

تلاش بعضی فقهاء برای حل مشکل قصد قربت در وقف فضولی

حالا می خواهیم دو سه فقره از کلمات علماء را مطرح کنیم که آنها این اشکالات را دفع کرده اند. یکی مرحوم آخوند است و یکی صاحب جواهر. یک عبارت هم از محقق رشتی است که اگر فرصت شد مطرح می کنیم.

نظر محقق خراسانی در تحقق قصد قربت

اما عبارت مرحوم آخوند؛ وقتی انسان با دقت به عبارت نگاه می کند ایشان هیچ تصمیم روشنی در این مسئله نمی گیرد. اول می فرماید:

«و هل یصح (الوقف الفضولی) إذا لحقته الإجازة؟ فیه خلاف و القاعدة تقتضي صحته لولا دعوى الإجماع على اختصاص جريانه بالعقود». می فرماید لولا. تصمیم نمی گیرد که هست یا نیست. می گوید اگر نگوئیم اجماع داریم بر اینکه قاعده مختص به جریانش در عقود است.

بعد پائینتر می گوید:

«الا أن يمنع عن الاجتماع على الاختصاص (مگر اینکه این اجماع بر اختصاص به عقود را دفع کنیم) و قيل بجريانه في الايقاعات (بگوئیم در همه ایقاعات هم جاری است) الا في ما قام الاجتماع على عدم جريانه بالخصوص».

تا اینجا خود آخوند هیچ تصمیمی نگرفت. دو سه تا مطلب را که در کلمات قوم هست با الا و لولا گفت، اما اینکه خود ایشان چه می گوید، تقریباً هیچ جزمی ندارد.

یک اشکال این است که بگوئیم اجماع بر اینکه به لحوق اجازه عقد تمام می شود، این اختصاص دارد به عقود. اشکال دیگر دعوای این است که بنابر اشتراط قربت، غیر نمی تواند در نیت قربت جانشین اصیل بشود.

بعد ایشان می گوید همینطور است، چون نیت تقرب، قابلیت برای نیابت ندارد. (که ما هم بحث کردیم).

بعد می گوید الا أن يقال این الا أن يقال مربوط به بحث ما می شود. که در الا أن يقال هم باز نگفته است که ما قبول داریم یا نداریم. فرموده الا أن يقال که اشکالی که در باب نیت گفتید نه در شخص فضول تمام است و نه در باب مجیز تمام است.

ایشان می فرماید: ما هم قبول داریم تقرب به صورت نیابی به این معنا که شخص در قصد قربت مالک بتواند نیابت کند معنا ندارد. کما اینکه نیابت در اکل و شرب هم معنا ندارد. مالک باید اکل و شرب کند، نمی توانیم بگوئیم کس دیگری نائب او بشود در اکل و شرب. به همین طریق نمی شود نائب او در انجام قصد قربت بشود. این روشن است.

محقق خراسانی: فضولی می تواند برای خودش قصد تقرب کند

منتهی ایشان می گوید ولکن اینکه خود آقای فضول بتواند تقرب کند چه اشکالی دارد؟ عبارت ایشان این است (عبارتش مثل کفایه دشوار است):

«الا انه إذا كان الغير هو المتقرب و قد نوى بعمله تقربه منه تعالى (تقرب خودش را) لا ما إذا نوى تقرب غيره به (نه اینکه نیت کرده باشد تقرب مالک را) بامثال (متعلق به نوى بعمله تقربه منه است، یعنی کیفیت تقرب خودش را می گوید) ما توجه اليه (به آقای مالک) من امره به، (منتهی این آقا چکار می کند؟ می فرماید: تبرعا أو بالأجرة کما هو الحال في النيابة في العبادة الثابتة شرعا نصا و فتوى)». می گوید همانطور که در نیابت در عبادات امر متوجه اصیل است، این آقای نائب به داعی امر متعلق به اصیل امثال می کند. همانطور که آنجا این کار را می کند آقای فضولی هم مانند او عمل می کند.

اشکال به محقق خراسانی: ادله نیابت برای جانشینی نائب کافی است ولی جانشینی فضول دلیلی ندارد.

ما جواب این حرف را دادیم. جوابش این بود که آنجا با ادله نیابت جانشینی نائب للمنوب عنه تمام است. پس معنا دارد که آقای نائب بگوید بداعی الامتثال چون داعی امتثال گتره که نمی شود. دعوت همیشه جائی است که به من متعلق باشد. امری که به من متعلق نیست چطور مرا دعوت کند؟ با تنزیل نائب به منزله منوب عنه به وسیله ادله نیابت این کار صورت می گیرد. گوئی امر به منوب عنه امر به نائب است. پس داعی امتثال در نائب معنا دارد. اما در باب فضولی ما همچنین چیزی نداریم که آقای فضول بجای شخص مالک و اصیل نشسته باشد. نه تنزیلی داریم و نه دلیلی داریم. ولذا این قسمت استدلال حتما ناتمام است.

سؤال وجواب: اتیان به داعی امتثال تکوینی است. اینکه شارع یک غیر عبادت را از من عبادت حساب کند بحث دیگری است. (که در کلام صاحب جواهر می آید و بحث می کنیم). اما دلیل می خواهد. اتیان به داعی الامتثال یک امر تکوینی است، اتیان بداعی الامر را که مقوم به شخص مالک و اصیل است نمی تواند شخص فضول نیابة انجام بدهد. مگر اینکه شما غیر عبادت را تعبدا عبادت حساب کنید. که این باب دیگری است.

آیا قصد قربت بالحمل الشایعی را که مالک باید بیاورد، دیگری می تواند به نحو غیر مباشری بیاورد؟

در باب وکالت درست است غیر انجام می دهد، اما کاری را انجام می دهد که به حمل الشایع کار او است. یعنی چه؟ یعنی مولا در واقع به ادله وکالت، اعم از فعل مباشری و فعل وکیل را پذیرفته است. اگر ولو به کمک ادله وکالت تعمیم در آن حکم اولی شرعی واقع نشود، معنا ندارد عمل وکیل عمل موکل باشد.

پس حکم اولی مثلا رفته است روی اینکه در عقد باید انشاء و ایجاب و قبول باشد. ادله وکالت این را و هر امر مشابه این را توسعه می دهد به اعم از فعل خود او و فعل غیر مباشری توسط وکیل.

سؤال وجواب: دو حرف است. حرف اول این است که اصلا قصد قربت وکالت نمی پذیرد و مثل اکل و شرب می ماند. نمی تواند وکیل بجای موکل قصد قربت کند بطوری که فعل او بالحمل الشایع بشود عبادت. بلکه یک حرف دیگری می توانیم بزنیم، بگوئیم اگر دلیل خاصی داشتیم که عبادت او را توسعه داده بود، می گفتیم عبادت غیر را مولا بالتعبد عبادت حساب کرده است. ولی ما همچنین دلیلی نداریم.

پس این بحث ها برای اثبات این است که: اگر ما در ناحیه وقف عبادت بالحمل الشایع می خواهیم، با عمل فضول ما نمی توانیم عبادت بالحمل الشایع درست کنیم. چون قصد قربت آقای اصیل که لازم بود، با عمل فضول حاصل نمی شود. کما اینکه با وکیل هم حاصل نمی شود. چون قصد قربت قابل این کار نیست.

سؤال وجواب: نیابت دلیل دارد. شخص نائب را خود مالک نائب قرار می دهد. ما در وکیل هم این معنا را قبول نداریم که بتواند در قصد قربت وکالت کند، چون این مثل وکالت در اکل و شرب می شود. بله (کما اینکه خود مرحوم آخوند دقت کرده بود) ممکن است بگوئیم خود فضولی متقرب است. خب تقرب امر می خواهد. اگر شخص او را نائب مناب کرده بود وجه داشت، مثل وکیل کرده بود. خود وکیل به عمل خودش متقرب خودش هست نه اینکه قصد قربت مالک را نیابت می کند. خودش متقرب است. به وسیله چه چیزی خودش متقرب است؟ بخاطر توسعه در امری که مولا در مورد اصیل داشت. گویی مولا امر کرده است به اتیان وقف قربة إما بنفسه وإما بوكيله. این می شود، منتهی در فضولی نمی آید. چون ادله وکالت و نیابت این کار را انجام می دهد که عمل نائب و وکیل را عمل موکل و منوب عنه قراب می دهد. اما در باب فضولی ما همچنین چیزی نداریم.

سؤال وجواب: وکالت فضولی اول کلام است. اصلا فضولی در وکالت چطور هنوز که اجازه ندارد متقرب می شود؟! پس به نظرم اشکال حرف آخوند واضح است. مرحوم آخوند توجه داشته است که {فضول} نسبت به قصد قربت مالک نمی تواند وکالت کند، نمی تواند نیابت کند، در اینجا نمی شود فضولی قصد قربت کند، ولی می پیچاند به این بحث که می گوید اصلا خود این، مثل وکیل و نائب باشد و خودش متقرب بشود. نه اینکه قصد قربت او را درست کند، بلکه خودش متقرب بشود. که ما می گوئیم خب چطور متقرب بشود؟ می گوید به امثال امری که متوجه مالک است. ما در بحث نائب و وکیل درست است که همین امثال را درست می کنیم، منتهی با دلیل وکالت و نیابت درست می کنیم و توسعه می دهیم، بدون دلیل که نمی شود همچنین کاری کرد. پس این حرف نادرست است.

دو اشکال قصد قربت در مجیز

اما بیائیم سر مجیز.

در مجیز اشکال این بود که ما یا مستقر می شویم بر این نظر که قصد قربتی که شرط است باید مصادف و حین انشاء وقف باشد، و یا غایتش این است که این را هم نمی توانیم ثابت کنیم که هر وقت قصد قربت کند کافی است. لم یثبت ذلک. همینکه لم یثبت اصاله الفساد حاکم است.

پس اگر حرف اول را بنزیم، که اصلاً اماره دال بر فساد است. اگر حرف دوم را بنزیم که آیا آن قصد تقریبی که لازم است، این اگر بعداً لحوق پیدا کند هم اثر می‌کند یا نه، نمی‌دانیم، اصالة الفساد می‌گوید فایده ندارد.

جواب محقق خراسانی به دو اشکال در مجیز

مرحوم آخوند می‌فرماید هر دو شق اشکال را می‌شود جوری دفع کرد:

اینکه بگوئیم که نیت قربت حتماً باید مصادف با انشاء باشد، می‌گوید حرف نادرستی است. چرا مصادفت و همزمانی قصد قربت مجیز را می‌خواهید؟! در بحث فضولی بحث در این است که اگر گفتیم قربی است می‌خواهیم فعل واقف قربی باشد. از زمان اجازه تازه وقف تمام می‌شود. پس از زمان اجازه اگر قصد قربت باشد کافی است دیگر. چرا شما بیشتر از این می‌خواهید؟

و آن بیان که بگوئیم چون لم یثبت پس اصالة الفساد جاری می‌شود، می‌گوید این را هم عقلاء نمی‌پذیرند. چه دخلی دارد که ما بگوئیم لم یثبت؟ احتمالش را هم عقلاء نمی‌دهند. چون احتمال نمی‌دهیم در طریقه عقلانی، پس باید بگوئیم اگر در حین اجازه قصد قربت ملحق شد این کافی است.

اشکال به پاسخ: ممکن است از ابتدا قصد قربت نیاز باشد

منتهی این حرف هم به نظر من قابل جواب است. اینکه ایشان می‌گویند در باب وقف ما فقط می‌خواهیم این عمل واقف توأم با قصد قربت باشد، بحث سر همین است که چه جور قصد قربتی؟ اگر ما قصد قربت را در آنجا از باب اصالة الفساد درست کرده باشیم، (که عمده طریق هم قاعدتاً باید این باشد) آنوقت چطور می‌خواهیم اینجا این را بگوئیم؟ ما نمی‌دانیم برای سبب در باب وقف چه جور انضمام قصد قربت کافی است. چه بسا کسی واقعا احتمال بدهد که باید در حین وقف باشد. ایشان می‌گویند ما این احتمال را نمی‌دهیم. ما می‌گوئیم چرا این احتمال را نمی‌دهید؟ ممکن است شارع بگوید وقف یک خصوصیتی دارد که از اولین زمانی که شما انشاء می‌کنید باید قصد قربت داشته باشید. خب از زمان وقوع انشاء با قصد قربت واقع نشده است. ما این احتمال را می‌دهیم. چرا مرحوم آخوند می‌فرماید عقلاء همچنین احتمالی را نمی‌دهند؟! به نظر من این احتمال خلاف واقعی است. ما احتمال می‌دهیم که از زمانی که انشاء شده یعنی از ابتداء این امر باید یک امر عبادی باشد تا انتهاء. نه اینکه از وسط کار بعد از اینکه مدت‌ها این انشاء حاصل شده تازه اجازه آمده بگوئیم کافی است.

نقض پاسخ محقق خراسانی به کفایت قصد قربت حین قبض

مثل این است که اگر کسی بگوید قبض که دخیل در صحت است و صحت وقف را تمام می کند، در حین قبض قصد قربت کند کافی است. آیا شما قبول می کنید؟ اگر ما قصد قربت را {شرط دانستیم} ولو از باب اصالة الفساد، وقتی شما شک دارید باید بگوئید اصل فساد محکم است. چرا شما ادعا می کنید که عقلاء احتمال نمی دهند؟ پس در قبض هم همین حرف را بنید، که حتما نمی گوئید. نمی گوئید که از زمان انشاء تا زمان اجازه تا زمان قبض این فاصله هر چه بدون قصد قربت بوده اشکال ندارد و همینکه حین القبض قصد قربت بشود کافی است. شما این را نگفتید. به همین دلیل هم در بحث اجازه بگوئید. احتمال می دهیم نزد شارع این یک عمل مقدسی است که از اول باید به قصد قربت باشد. احتمال می دهیم. چرا می گوئید عقلاء احتمال نمی دهند؟

اجازه ایجاب نیست بلکه کالایجاب است

سؤال وجواب: آنهایی هم که می گویند اجازه ایجاب است، می گویند کالایجاب المستأنف. واضح است که ایجاب مستأنف نیست. چون انشاء قبلا شده است. اجازه، انشاء ایجاب نیست. لذا شما در اجازه تان بعثت نمی گوئید، بلکه می گوئید اجازه دادم آن انشائی را که {محقق} شده است. لذا آن انشاء لغو نیست. و الا اگر این ایجاب مستأنف بود بالحمل الشایع و انشاء فضولی لغو بود، پس بیع فضولی اصلا باطل بود. شما به آن انشاء اعتبار می دهید اما به اندازه خودش که انشاء است. اجازه که لاحق شد، گویا آن بدن رنجور توانا می شود. لذا می گویند کالایجاب المستأنف. گرچه قبول را ما باید بپذیریم، ولی بیع باطل بود. فقط یک قبولی است از قبل. در حالی که ما در عقد بیع هم انشاء ایجاب داریم و هم انشاء قبول داریم. شما در بحث فضولی انشاء او را به جای خودش باقی می گذارید، آنهایی که با اجازه قبول می کنند می گویند انشاء فضولی مشکلی ندارد. لحوق اجازه اضافه این عقد به مالک را درست می کند، که عقد فضولی بشود عقد مالک، تا اوفوا بالعقود و امثال آن عقد مالک را بگیرد. ولذا ایجاب او را معتبر می دانید. کالایجاب المستأنف که گفته اند معنایش این نیست که بالحمل الشایع ایجاب است.

کلام صاحب جواهر در حل مشکل قصد قربت در وقف فضولی

اما کلام صاحب جواهر:

یک کلامی در متن جواهر است که الان می خوانم، یک مطلبی را هم محقق رشتی از ایشان نقل کرده است (ولی من فحص نکردم).

قسمت اول کلام جواهر: وقف صدقه است

اما عبارت جواهر در بحث وقف که می خوانم این است که: در قسمت قبل گفته است که چرا نیت تقرب شرط باشد، که گفتیم دو تا شرط دارد. اما چرا با اجازه وقف درست بشود، که خود ایشان هم متمایل به همین حرف است. می فرماید^۱:

«لأنه قسم من الصدقة التي ثبت بالنص جوازها من الفضولی فی مثل مجهول المالک و نحوه». ایشان می گوید در مجهول المالک و نحو مجهول المالک ما نص داریم که از فضولی درست است، چون می تواند از طرف مالک صدقه بدهد هر چند مالک راضی نباشد، بعدا اگر مالک معلوم شد ضمان دارد.

اشکال به کلام جواهر: مجهول المالک دلیل خاص دارد

خب جواب این را ما قبلا دادیم. جوابش این بود که بحث مجهول المالک دلیل خاص دارد که شارع خودش می گوید صدقه بده. دیگر با وجود دلیل خاص نمی شود گفت فضولی است. علاوه بر اینکه بر فرض عنوان فضولی صادق باشد، اما مشکل ما قصد تقرب بود، وقتی شارع خودش گفته این کار را انجام بده، یعنی قصد تقرب هم میسر می شود.

قسمت دوم کلام جواهر: تقرب فضولی از طرف مالک درست است

اما قسمت دیگر حرف ایشان که می خواهد عکس تقریبی را که مرحوم آخوند بیان می کرد درست کند، می فرماید: «والتقرب بمال الغير عن الفاعل غیر مشروع». آقای فضولی به مال غیر برای خودش تقرب پیدا کند، می گوید این مشروع نیست.

«اما عن الغير نفسه ففی الادلة ما يدل علی مشروعیة کل ذلک». بگوئیم آقای فضول تقریبش از خود آقای مالک باشد. می گوید این می شود و در ادله دلیل بر آن هست. مقصود ایشان همان ادله نیابت و وکالت است.

اشکال به قسمت دوم کلام جواهر

این از عجائب است. ادله وکالت و نیابت نیامدند برای فضولی این را درست کنند که فضولی تقرب عن الغير پیدا کند، به دو جهت:

^۱ - جواهر الکلام جلد ۲۸ صفحه ۱۹

اولاً: تقرب عن الغير به معنای اینکه در قصد قربت او نیابت کند که معنا ندارد. در وکیل و نائب هم معنا نداشت. و ثانیاً: ما در باب وکیل و نائب می گوئیم خود وکیل و نائب متقرب بشود. منتهی عمل متقربانه خودش را شارع بجای عمل موکل و منوب عنه پذیرفته است. عمل متقربانه خود نائب را شارع پذیرفته بجای منوب عنه، نه اینکه نائب از قصد قربت منوب عنه نیابت می کند.

بنابر این، اینکه ایشان می گوید التقرب بمال الغير عن الفاعل غیر مشروع، یعنی آقای فضولی از قبل خودش بخواهد قصد تقرب کند می گوید غیر مشروع است. این هیچ. اما اینکه از خود آقای مالک بخواهد تقرب کند می گوید می شود. این درست نیست. این همان چیزی است که ما عرض کردیم مثل نیابت از اکل و شرب است. به اضافه اینکه ادله نیابت و وکالت این را درست نمی کند. ادله نیابت و وکالت فعل نائب را فعل منوب عنه قرار می دهد. اگر فعل غیر تقربی است روشن است. اگر تقربی است، خود نائب متقرب می شود و عمل متقربش جانشین او می شود، نه اینکه در نیابت تقرب می کند.

مراد ایشان از نص، ادله خود فضولی نیست بلکه ادله نیابت است

سؤال: ممکن است مراد ایشان ادله نیابت نباشد. بلکه همان ادله ای که اصل انشاء فضولی را درست می کند، تقریش را هم درست می کند.

جواب: آنچه اینجا هست این است که فضولی از مالک تقرب می کند. این یعنی چی؟ یعنی قصد قربتی که مالک باید بیاورد من فضولی بیاورم. نه اینکه من خودم تقرب کنم. من قصد قربت او را نیابة می آورم که او متقرب بشود. ایشان این احتمال دومی را می گوید. آنوقت ادله فضولی قبل از تحقق اجازه همچنین تقربی را درست می کند؟ نمی کند.

علت تلاش علماء برای تصحیح تقرب شخص فضولی معلق نشدن آن بر اجازه است

اینهایی که زحمت می کشند و می خواهند تقرب شخص فضول را درست کنند، برای این است که می خواهند معلق به اجازه نشود. می خواهند بگویند آن شبهه ای را که در مورد مجیز هست که قصد تقریش با فاصله از انشاء هست و ممکن است جزء سبب نباشد و نتواند تأثیر بگذارد، می خواهند این را کنار بگذارند. می خواهند بگویند آقای فضول از همان ابتداء که انشاء می کند می تواند قصد قربت کند. می خواهند این را درست کنند. پس می خواهند قبل از اجازه درست کنند.

نسبت محقق رشتی به صاحب جواهر: ایشان دو محتمل درست می کند

اما حرف دیگری که محقق رشتی به صاحب جواهر نسبت داده کمی با این فرق می کند. ایشان می فرماید:

«و قال بعض مشايخنا قده في جواهره في بعض ما هو مربوط^۱ بالمقام و يكفي في ايجادها يعني القرية مشروعية الفضولي مثل التوكيل و التبرع». تا اینجا تکرار است. حرف دقیقش این است که صاحب جواهر دو تا محتمل درست می کند، می گوید:

محتمل اول: نائب صورت عمل عبادی را ایجاد می کند

«و مرجع الجميع إما مشروعية ايجاد صورة العمل العبادي عن الغير على وجه يسقط التكليف عنه، لا أن المراد توجه الامر الى الفاعل النائب يقصد امثاله كما في الاصيل».

می گوید یک محتمل این است که بعد الفراغ از اینکه نائب خودش امر ندارد به امثال، چرا؟ چون امر متوجه اصیل است. نائب امر ندارد، پس چرا عمل او مسقط است؟ می گوید مرجعش به این است که نائب یک صورت عمل عبادی را ایجاد می کند. و شارع این صورت عمل عبادی را از او قبول کرده است. صورت بی روح است. چون روحش قصد قربت بود. در این تفسیر مرحوم صاحب جواهر می گوید مرجع قبول نیابت و وکالت و فضولی مرجعش یک احتمالش این است که بعد الفراغ از اینکه نائب و وکیل امر ندارند، این باشد که ما صورت عملی را که از وکیل و نائب و متبرع صادر می شود صورت عمل عبادی را بجای آن عبادی قبول می کند و مسقط است. این یک محتمل است.

احتمال دوم: خود نائب یا وکیل امر دارند

بعد می فرمایند:

«أو الى أن الغير مأمور بايقاع الصلاة عن الغير». یک توجیه دیگر این است که بگوئیم نائب و وکیل مأمور است. اما به چه چیزی امر دارد؟ می گوید مثلاً یک امر استحبابی دارد. مثلاً در باب زیارات ممکن است بگوئیم این آقای زائر عن الغير خودش یک امر استحبابی دارد که نیابت کند عن الغير. همین امر استحبابی را قصد می کند. یا اجیر در باب صلاة بگوئیم یک امری دارد برای اینکه اسقاط کند امر آن میت را.

^۱ - نمی دانم کدام قسمت جواهر است. و مربوط لفظ فارسی است، باید می گفت مرتبط بالمقام.

سؤال وجواب: چون ما به یک نحوی مسلم می دانیم، بعضی در ادله آمده، مثلاً در زائر آمده است که می شود تبرع کند، یا در حج و صلاة نیابی در ادله آمده است. این را می خواهند درست کنند که چیست. می گوید یک تفسیر این است که نائب امر ندارد، فقط صورت فعلی را که انجام می دهد بجای آن عبادت ما قبول می کنیم و مسقط است. یک کار دیگر این است که بگوئیم نائب امر دارد، اما امر خودش را دارد. یعنی نائب امثال نمی کند امر اصیل را. یک امر دیگری را که متوجه خودش هست امثال می کند. گویی در باب نیابت، حج نیابی، صلاة نیابی، زیارت نیابی، خود این زائر نیابی امر استحبابی دارد. یا در حج نیابی نائب امر دارد که نیابت کند از دیگری. این امر نیابی را تقرب می کند.

ایشان می فرماید: «و كان هذا اقوى من الاول سيما بعد معلومية كون صلاة النيابة و حج النيابة صنفان من العبادة بل هي نوع مقابل للعبادة الاصلية». می فرماید این تفسیر دوم بهتر است. اصلاً کلاً این عمل نیابی در قبال آن تکلیف واقعی اصیل و عبادت اصیل است. دو جور هستند. حالا که دو جور هستند، بگوئیم خود این مأمر به است. منتهی یک مأمر بهی است که وقتی من امثال می کنم از اصیل ساقط می شود.

در بعض صور فعل غیر می تواند مجزی از دیگری باشد

در بحث اجزاء دیدید که می شود فعل کسی مسقط فعل دیگری باشد. {بارها گفتیم که مسقطات حکم چهار چیز است، امثال، عصیان، استیفای ملاک و تفویت ملاک. بنابراین} فعل {مکلف بدون اینکه} امثال متعلق {تکلیف} باشد می تواند مسقط {تکلیف} باشد از باب اینکه ملاک آن را ایجاد می کند. {در جایی که این ملاک از} سنخ آن {ملاک متعلق باشد} و {چه این ملاک} از غیر سنخ آن {ملاک متعلق باشد به صورتی} که لا یجتمع با آن، و لذا او را اسقاط می کند {از باب اینکه دیگر جایی برای تحصیل ملاک متعلق باقی نمی ماند مانند اینکه به مولایی که تشنه است و آب می خواهد مایع دیگری بخورانی که تشنگیش را رفع نکرده ولی دیگر جایی برای نوشیدن آب هم نمانده در اینجا امر به نوشاندن آب از باب تفویت ملاک ساقط است. پس ممکن است} فعل غیر مثل متبرع {باشد} که وقتی متبرع فعل را آورد دیگر جایی برای استیفاء ملاک برای اصیل نگذارد. ثبوتاً می شود.

بنابر این بعد از ثبوت اینکه ما در باب حج و صلات و زیارت امر نیابی داریم دو تا راه داشتیم، یکی راه اول بود که اصلاً امر نداشته باشد فقط مسقط باشد. دوم اینکه امر داشته باشد تا تقرب و عبادت هم درست بشود. منتهی یک عبادتی است که نائب می کند ولی شارع در عالم وجود این را جای عبادت منوب عنه پذیرفته است. در تفسیر اول تعبیر ایشان این است که: و مرجع الجميع إما مشروعية ایجاد صورة العمل العبادی عن الغير علی وجه یسقط التکلیف عنه. پس تفسیر اول این است که صورت امر عبادی را می آوریم. تفسیر دوم این است که نخیر، با وجود امر به نائب خود امر عبادی را می

آوریم. منتهی امر عبادی من نائب که شارع اینجور تشخیص داده است که این یسقط تکلیف واقعی را. کما اینکه در بحث اجزاء گفته اند که صوری محتمل است که حتی تکلیف اجب واقعی را عمل دیگری ساقط کند از باب استیفاء ملاک یا از باب دفع و تضاد در ملاک، که در اجزاء مفصل بحث شده است.

این فرمایش ایشان است.

هر دو محتمل کلام ایشان اشکال دارد

منتهی این هم به نظر من اشکال دارد. اشکال شق اول واضح است. ایشان می فرماید تفسیر دوم اقوی است. ولی ما می گوئیم اصلاً تفسیر اول غلط است. آیا کسی می پذیرد که بگوئیم حج نیابی صورت حج نیابی باشد بدون قصد قربت؟ این واقعا معنا ندارد. چون عمل عبادی است. اینکه یک پیکره بی جان درست کنیم بگوئیم جای آن جاندار می نشیند این حرف نادرستی است.

اما تفسیر دوم ثبوتاً اشکالی ندارد، ولی در فضولی قطعاً نمی آید. چون ما در فضولی امری نداریم تا بخواهیم تصحیح کنیم.

شما در نائب با ادله حج نیابی درست می کردید، در نماز قضاء عن المیت (یا ولد اکبر یا متبرع یا اجیر) با امر شرعی که وجود دارد دارید تصحیح می کنید. ولی در فضولی همچنین امری وجود ندارد.

پس این حرف هم نادرست است.

هیچ دلیل صحیحی بر تصحیح وقف فضولی نداریم

به نظر من در مجموع ما هیچ دلیل صحیحی برای تصحیح وقف فضولی نداریم. هم اطلاقات شامل نیست و از این جهت اصالة الفساد محکم است. و هم از باب قصد قربت بنائاً بر اینکه قصد قربت شرط باشد. که انشاء الله فردا آن بحث قصد قربت را جلو می اندازیم برای اینکه به این بحث متصل بشود.

باسمه تعالی

موضوع: اشتراط قصد قربت در صحت وقف.....	۲۶۵
خلاصه گذشته.....	۲۶۵
بررسی جریان بحث کشف و نقل در فضولی در وقف.....	۲۶۵
نسبت قصد قربت با کشف حکمی.....	۲۶۵
مشکل وقف فضولی از ناحیه قبض.....	۲۶۶
رفع اشکال قبض با التزام به شرط متأخر.....	۲۶۶
رفع اشکال قبض با تصویر صحت تأهلیه.....	۲۶۷
اشترات قصد قربت در وقف.....	۲۶۸
اهمیت بحث.....	۲۶۸
اختلاف اقوال در اشتراط قصد قربت در وقف.....	۲۶۸
بررسی اقوال قداماء در شرطیت قصد قربت در وقف.....	۲۶۹
نظر شیخ مفید ره.....	۲۶۹
کلامی پیرامون روش نوین تتبع.....	۲۶۹
ادامه کلمات شیخ مفید ره.....	۲۷۱
نظر شیخ طوسی ره.....	۲۷۲
نظر ابن ادریس ره.....	۲۷۲
نظر برخی دیگر از متقدمین.....	۲۷۳
معانی قربت و توضیح آنها.....	۲۷۴
ادله قائلین به عدم اشتراط قصد قربت.....	۲۷۵
بررسی دلیل اول: تمسک به اوفوا بالعقود.....	۲۷۵
دو اشکال حمل عقد بر مطلق عهد.....	۲۷۶
اشکال اول: عقد به معنای گره خوردن مشدد است.....	۲۷۶

- اشکال دوم: لازمه حمل عقد بر عهد تخصیص اکثر است ۲۷۶
- فقهاء کار عرف را تحلیل می کنند نه اینکه از پیش خودشان نظر بدهند ۲۷۶
- توضیح لزوم تخصیص اکثر ۲۷۷

موضوع: اشتراط قصد قربت در صحت وقف

خلاصه گذشته

بحث ما در فضولی تمام شد و نظر ما هم روشن شد که دلیلی بر تمامیت وقف با لحوق اجازه در فضولی نداریم ولو از باب اصالة الفساد، بنابر این وقف واقع نمی شود.

مطلب کوتاهی از بحث فضولی و متفرع بر {صحت وقف فضولی} مانده است که {قبل از ورود به بحث قصد قربت} به آن می پردازیم و آن اینکه: اگر کسی فضولی را در باب وقف بپذیرد، آیا بحث کشف و نقل در وقف هم می آید یا نه؟

بررسی جریان بحث کشف و نقل در فضولی در وقف

ما نمی خواهیم وارد بحث کشف و نقل شویم، ولی در بحث وقف یک خصوصیتی وجود دارد، می خواهیم ببینیم آیا آن نزاع در بحث وقف هم مطرد است یا نه؟

بعضی گفته اند آن بحث در وقف هم مطرد است و می آید. به این معنا که اجازه ای که مالک بعد می دهد، اگر مبنای ما نقل باشد یعنی من حین الاجازه وقف تمام است. اما اگر مبنای ما کشف باشد، معنایش این است که ولو حکما من حین انشاء وقف، وقف تمام است. معنای کشف حکمی این است.

نسبت قصد قربت با کشف حکمی

اشکالی که موجب می شود در وقف این را طرح کنیم این است که: بنابر اینکه قصد قربت در وقف لازم باشد، می خواهند ببینند نسبتش با این اجازه و کشف از اول چه می شود.

می گوید ترکیب مسئله قصد قربت با اجازه مشکلی ایجاد نمی کند. چون از وقتی که مجیز اجازه می دهد او قصد قربت هم دارد. پس من حین الاجازه مجیز قصد قربت می کند، اجازه هم که می خورد به اصل وقف. بنابراین این آقای مجیز قصد قربت می کند آن وقفی را که با اجازه از اول واقع می شود حکما، این را قصد قربت می کند. یعنی ما اگر { قائل به } کشف حکمی باشیم قصد قربت مشکلی ایجاد نمی کند. اگر نقلی هم هستیم که راحتیم.

در واقع طرح این مسئله در باب وقف به خاطر همین معضل ترکیب قربت با اجازه است، می خواهند ببینند اشکالی ایجاد می کند یا نه. می گویند نه مشکلی ایجاد نمی کند. چون از حالا که مجیز اجازه می دهد، چون اجازه می خورد به آنچه که عقد بوده است، قربت هم به همان می خورد. قصد می کند قربت را نسبت به وقفی که بالاجازه یکون عقدا تاما ولو حکما من حین الوقوع. به همان قصد قربت می کند. چون متعلق قصد قربت با اجازه یکی می شود.

پس از این حیث اشکالی به هم می رساند.

مشکل وقف فضولی از ناحیه قبض

مرحوم آخوند می فرماید: بله ما اینجا مشکل دیگری داریم و آن مسئله قبض است. چون در باب وقف قبض شرط صحت است علی التحقيق. اگر شرط صحت شد، نتیجه اش این است که مادامی که قبض نشده است هنوز وقف درست نیست. وقتی وقف درست نیست چطور ما می توانیم بگوئیم با حقوق اجازه ولو توأم با قربت من حین وقوع عقد، عقد صحیح است؟ هنوز قبض نیامده است، و قبض هم از متممات و مصححات این عقد است.

رفع اشکال قبض با التزام به شرط متأخر

مرحوم آخوند می گوید مگر اینکه ما قبض را شرط متأخر بدانیم. بگوئیم عقدی که واقع می شود همینکه بعدا قبض بیاید از حالا صحیح است. امروز که انشاء وقف می شود، بعد که قبض به آن ملحق می شود از حالا این عقد، عقد صحیح است.

اگر این باشد این اشکال هم مرتفع است.

نتیجه این می شود که هر آنچه در بحث فضولی در باب اجازه گفتیم که اجازه کاشف است یا ناقل، در وقف هم می آید. و مسئله قبض و مسئله قصد قربت اشکالی در این جهت ایجاد نمی کند. یعنی بحثه مطرّد فی باب الوقف ایضا. یعنی نمی توانیم بگوئیم در باب وقف مسئله جدیدی وجود دارد.

اما اگر قبض را شرط متقدم دانستید دیگر این بیان نمی آید.

رفع اشکال قبض با تصویر صحت تأهل

البته به ذهن من می آید که ما یک صحت تأهل هم می توانیم درست کنیم. صحتی که اینجا گفته می شود یک صحت فعلیه است که بعد القبض است. اما قبل القبض این عقد یک صحت تأهل دارد یعنی قابلیت و استعداد برای صحت به وسیله حقوق اجازه یا حقوق انجام قبض دارد. اجازه و قصد قربت را با آن صحت تأهل درست می کنیم، وقتی قبض هم ملحق شد بقیه اش هم تمام می شود.

پس می شود بگوئیم که حتی اگر ما قبض را شرط متأخر ندانیم، در عین حال مسئله کشف و نقل در اینجا می آید، منتهی به لحاظ بحث قبض باید بگوئیم در صحت تأهل اش می آید نه در صحت مطلقه اش.

سؤال وجواب: شما می گوئید کشف و نقل فی الجملة می آید. ما می گوئیم مطرد است. البته شما اشکال دیگری می توانستید بکنید، بگوئید حتی در بیع هم نسبت به شرائط بعد، حقوق اجازه چطوری کار می کند. آنجا هم ظاهراً باید صحت تأهل بگوئیم. خب همان حرف را اینجا هم می زنیم.

این تمام کلام در بحث فضولی است.

البته برخی از فقهاء گاهی آمده اند بحث هایی از بحث فضولی را که در بیع است آورده اند اینجا هم تطبیق کرده اند. ولی ما این کار را انجام نمی دهیم. ما در وقف باید بحث های خاص خود وقف را انجام بدهیم. فضولی در وقف خصوصیت داشت که بحث کردیم. اما بقیه مطالبش مربوط به بحث فضولی است در باب بیع باید بحث بشود. خدا رحمت کند محقق رشتی را، وسط کتاب اجازه ایشان بحث فضولی و معاطات را مطرح کرده است. ایشان همه بحث فضولی را در حدود ۱۰۰ صفحه در کتاب اجازه آورده است. با اینکه خود ایشان هم تصریح می کند که و إن كان لا یناسب المقام. ما نمی خواهیم اینجور مباحث را اینجا طرح کنیم. شیخ حسن کاشف الغطاء صاحب کتاب انوار الفقاهة هم بعضی فروع فضولی را آورده است. ولی اینها ربطی به خصوص بحث وقف نداشت که اینجا بحث کنیم.

هذا تمام الکلام فی بحث الفضولی.

فرع بعدی در تحریر فرع قبول است، فرع بعد از آن فرع قصد قربت است.

اشترای قصد قربت در وقف

ما این بحث قصد قربت را جلو انداختیم برای اینکه با این بحثی که الان در قصد قربت در فضولی کردیم متصل بشود.

بحث است که آیا در وقف قصد قربت شرط است یا نه؟

اهمیت بحث

این بحث فوق العاده مهم و اثر گذاری است. بحثی عملی است و صرفاً نظری نیست. اگر ما بگوئیم قصد قربت شرط است خیلی از چیزهایی که خیال می شود اینها وقف است واقعا وقف نیست چون قصد قربت نکرده اند. و عکسش هم هست.

پس این بحث فوق العاده اثر گذاری است. هم خودش اثر دارد، و هم در بحث های دیگر اثرگذار است. مثل اینکه در بحث قبلی مؤثر بود در بحث های دیگر هم مؤثر است. و خصوصاً که ما وقتی این بحث را می کنیم ما را می کشاند به بحث های اولی که وقف چه نسبتی با صدقه دارد و تحت ادله او واقع می شود یا نه. اینها بحث های مهمی است. یعنی می خواهم بگویم این فرع از جهتی از بعض فروع دیگر مهمتر است.

اختلاف اقوال در اشترای قصد قربت در وقف

اما به جهت اقوال اختلاف شدیدی وجود دارد. گرچه گفته شده است که نظر مشهور فقهاء این است که قصد قربت در وقف دخیل است. فقهاء متقدم که حتماً همینطور بوده است، اگر نگوئیم کل آنها اینطور می گفته اند لااقل اکثر آنها اینطور می گفته اند. مرحوم شیخ انصاری به حسب نقل بعضی تقریرات فرموده اند: کل أو الجمل معتقد شده اند به اخذ قصد قربت در وقف، و این حق است.

پس این یک قول است.

یک قول هم این است که قصد قربت شرط نیست.

فقهاء نزدیک به عصر ما یا فقهاء معاصر اکثراً قائلند که قصد قربت شرط نیست.

بررسی اقوال قداماء در شرطیت قصد قربت در وقف

اما اقوال فقهاء متقدم که اکثرا قائل به اخذ قصد قربت بودند:

نظر شیخ مفید ره

مرحوم شیخ مفید در مقنعه می فرماید^۱:

«والوقوف فی الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من مؤونتهم و القرية الى الله تعالى بصلتهم».

از اینجا فهمیده می شود که قصد قربت لازم است. اگر قصد قربت لازم نبود ایشان {این استثناء از عدم جواز رجوع را} نمی آورد که مگر اینکه موقوف عليهم یک چیزی حادث کنند که مؤونه و کمک به آنها جائز نباشد و در کمک و صله به آنها قصد قربت نیاید. پس قربت شرط است.

باز جای دیگر می فرماید:

«وكذلك إن جعل له و لولده من بعده سكناها لم يكن له الرجوع في ذلك الا أن يكون اسكنهم فيها على غير وجه الصدقة و المبرة لوجه الله تعالى (که بشود سکنای محض)».

در وقف ایشان یک جوری عبارت را آورده است که به نظر می آید وقف را با صدقه یکی گرفته است، و صدقه هم لوجه الله است، و در وجه الله هم نمی شود رجوع کرد. که انشاء الله می خوانیم.

کلامی پیرامون روش نوین تتبع

[این بحث کامپیوترها سبک تتبع را عوض کرده است. برخی از بزرگان چهار تا کتاب داشتند تتبعشان در همانها بود، با وجود این کامپیوترها دیگر آن تتبع ها تمام نیست.

من یکوقتی برای بحث فلسفه علم اصول کار می کردم، چون پراکنده های علم اصول را در آنجا جمع کرده بودم، مثلا فرض کنید ماهیت حکم را، در هیچ جای اصول بابی برای آن باز نکرده اند. ده ها و صدها جا بحث می کنند و به آن

^۱ - مقنعه صفحه ۶۵۲

مراجعه می کنند ولی هیچ کجا بابی باز نکرده اند که ما هو الحكم. تا بعد بگویند ما هو الحكم التکلیفی و ما هو الحكم الوضعی، یا معنای متعلق چیست، معنای متعلق المتعلق چیست، معنای موضوع چیست، مبادی حکم چیست.

این کارها را یک جا طرح نکرده اند. ما در فلسفه علم اصول این کار را کرده ایم. منتهی این خیلی زحمت دارد و باید از همه جای اصول جمع کرد. من گاهی شبها تا نزدیک صبح بیدار بودم با همین کامپیوتر فحص می کردم، مثلاً پانصد مورد می آمد. فحص های غیر هوشمند اشکالشان این بود که بحث لفظی بود، لذا از این ۵۰۰ تا ۴۵۰ تا از آنها ربطی نداشت، اما ۵۰ تا از آنها راه باز می کرد.

در فقه هم همینطور است. یک وقتی محضر مقام معظم رهبری جلسه فقهی بود، بعضی از حاضرین ادعاهایی می کردند، ما می گفتیم نه، می گفتند مطلب همینطور است. من از تهران به قم که می آمدم تمام طول مسیر را تتبع می کردم، و اتفاقاً مطالب خیلی خوبی پیدا می کردیم و اتفاقاً جلسه بعد می بردیم و می گفتیم این هم ده تا مورد است که فقهاء برخلاف نظر شما گفته اند. یک وقتی فرصت باشد بعضی موارد را عرض می کنم.

پس این نرم افزارها شیوه تتبع را عوض کرده اند. و اثرگذار هم هست. چون اگر انسان یک مقدار تتبعش بیشتر بشود آنوقت بعضی از حرفها را نمی زند. والان هم من اصرار دارم کلمات فقهاء دیده بشود. نه از باب تعبد، بلکه بخاطر اینکه فقه را با چهار تا اصل عملی و الا أن يقال و یمكن أن يقال نمی شود درست کرد.

فقه یک جوری مثل تاریخ می ماند. نمی شود شما بی توجه به بستر حرفها همینطور چیزی بگوئید و راحت خلاف مشهور و اجماع عمل کنید و بگوئید اجماع و شهرت حجت نیست، این نمی شود. اینکه نمی شود را سر جای خودش باید بحث کنیم. چون فقه اینطور نیست. ولذا باید لا اقل بخشی از این بستر معلوم باشد که چه می گفتند.

البته این حرفها استطرادی است ولی لازم است برای اینکه در ذهن دوستان باشد که چگونه سراغ فقه بروند.

در بحث قبلی در باب معاطات ادعای سیره مستمره می کنید، اما در طول این تاریخ اکثر فقهاء خلاف این را می گفته اند. خب این فقهای که همه مرجع مردم بودند با علم به اینکه سیره عقلاء هست و سیره امضاء شده هست، این همه فقهاء به سیره مستمره قطعی امضاء شده اعتناء نمی کردند؟! این فرضش واقعاً مستبعد است. اینطور که نمی شود با فقه کار کرد. مثل اینکه انسان تاریخ را برای خودش بیافد. تاریخ را باید به بستر تاریخی مراجعه کرد. فقه هم یک مقدارش اینطور است. من فکر می کنم اینطور که ما اصلاً کاری به فتوای فقهاء نداشته باشیم و با کلیات و اصول و الا أن يقال مطلب را حل کنیم نمی شود.

یک قصه دیگر هم بگویم: (حالا نمی دانم یک بخشش غلو است یا نیست) می گویند در یک جلسه ای مرحوم سید یزدی و مرحوم آخوند حضور داشتند. یک کسی فرع فقهی طرح می کند و رو به آخوند می کند که نظر مبارکتان چیست. ایشان شروع می کند به همین تفریع های اصولی که علی القاعده اینطور است، اصل عملی اش اینطوری است، اگر دلیل خاصی نباشد اینطور می شود. مرحوم سید هم گوش می کرد، آخرش فرمود این چیزهایی که شما فرمودید صحیح است، الا اینکه یک روایت صحیح داریم که جلو همه حرفهای شما را می گیرد. مرحوم آخوند تأمل کرد و گفت حافظه قوی است. مرحوم سید یزدی فرمود بله حافظه قوی است ولی کار و احاطه هم می خواهد.

حالا در این قصه ممکن است غلو باشد، مرحوم آخوند خودش اهل کار بود به فقه مراجعه می کرد معلوم است که حرفهای صاحب جواهر و دیگران را دیده، ولی واقعه این است که تضلع پیدا کردن، تتبع و وقت و حوصله می خواهد. نه اینکه اینطور با عجله یک اصل جاری کنیم و دو خط بنویسیم و سیره عقلاء جاری کنیم. به نظر من اینطوری فقه درست نمی شود. این معنایش انزال از یک مسیر طبیعی است که فقهاء طی کرده اند تا به اینجا رسیده اند.

بله صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه هم ممکن است ادعاء سیره کنند، ولی آنها که ادعا می کند با متن فقه دائما در تماس هستند. اینطور که ما بخواهیم بگوئیم حالا آن فقهاء هر چه فرموده اند ما کار نداریم و ما فقط ادله آنها را می بینیم. بله این درست است، ولی فهمیدن بستری که فقهاء در طول این تاریخ کار کرده اند بسیار در استنباطات خود آدم اثرگذار است].

ادامه کلمات شیخ مفید ره

شیخ مفید باز می فرماید^۱:

«و لا بد فی ذکر الوقف من شرط الصدقة به والقربة الى الله تعالى بذلک».

حالا شیخ مفیدی که عمده عمرشان در قرن چهارم بوده است و کمی از آن در قرن پنجم، با جزم می گوید که لابد فی ذکر الوقف من شرط الصدقة.

^۱ - مقتعه صفحه ۶۵۵

نظر شیخ طوسی ره

شیخ طوسی ره هم عبارتی دارد که برای بحث های روائی بعد خیلی مهم است. ایشان در نهاییه می فرماید:^۱

«و کل ما یملکه الانسان جاز أن یقفه سواء کان مشاعاً أو مقسوماً و علی کل حاله و الوقف و الصدقة شیء واحد، ولا یصح شیء منهما الا ما یتقرب به الی الله تعالی، فإن لم یقصد بذلك وجه الله لم یصح الوقف».

ایشان هم بالصراحة می فرماید وقف بدون قصد قربت صحیح نیست.

نظر ابن ادریس ره

مرحوم ابن ادریس در سرائر می فرماید:^۲

«وجملة القول أنه یفتقر صحة الوقف الی شروط و منها أن یكون متلفظاً بصریحه (که بحث صراحت گذشت) قاصداً له (اینهم بحث نیت است که گذشت) و للتقرب به الی الله تعالی».

ایشان از جمله شروط تقرب را شمرده است.

باز مرحوم ابن ادریس در سرائر می فرماید:^۳

«و منها أن یكون معروفاً (یعنی امر خیر باشد) متمیزاً (دقیق نمی دانم مراد چیست شاید به معنای متعین باشد) یصح التقرب الی الله تعالی بالوقف علیه». باز پائینتر می فرماید: «لأننا قد بینا أن من شرط صحة الوقف التقرب به الی الله تعالی».

خب ابن ادریس هم در قرن ششم بوده است.

در وسیله ابن حمزه هم شبیه همین حرف ابن ادریس آمده است:

«فصل فی الوقف و احکامه (ذیلش می گوید): وإنما یصح بثمانیه اشياء ... و أن یفعل ذلك تقرباً الی الله تعالی».

^۱ - النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی صفحه ۵۹۶

^۲ - سرائر صفحه ۱۵۴-۱۵۵

^۳ - سرائر صفحه ۱۵۶

نظر برخی دیگر از متقدمین

کیدری هم عین عبارت ابن ادریس را آورده است، می فرماید:

«و أن يتلفظ بصريح قاصدا له وللتقرب به الى الله تعالى».

یحی بن سعید حلی هم در الجامع للشرایع (که مرحوم شیخ هم معمولا به این کتاب عنایت دارد) می فرماید^۱:

«و من شرط صحة الوقف النية والتقرب به الى الله و لا يصح الوقف على كتب التوراة والانجيل و كتب الزندقة...».

علامه حلی ره در تحریر می فرماید^۲:

«ولابد من قصد القرية، فلو وقف غير متقرب الى الله تعالى بطل الوقف».

محقق ثانی ره یک نکته ای دارد. شاید ایشان اصل قربت را قبول کرده است ولو به یک نحوی قربت مطلقه را زیر

سؤال برده است. در جامع المقاصد می فرماید^۳:

«لأن الوقف قرينة فيه حق لله تعالى و إن قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه فلا يملكان إبطال ذلك الحق بتراضيهما».

استدلال کرده است که وقف قربت است و در آن حق خداوند متعال هست.

در همین جامع المقاصد وقتی شرائط را می شمارد می فرماید^۴:

«يشترط في الوقف أيضا أمور أخرى: أحدها ... الخامس نية التقرب. وظاهر العبارة اشتراطها لصحة الوقف. و يشكل

بانتفاء دليل الاشتراط، ولعل الشرط هو كون الوقف قرينة في نفسه. قال في الدروس و في اشتراطها وجه فيترتب وقف الكافر

(بعضی گفته اند این عبارت درست نیست، بلکه یا یمتنع وقف الكافر بوده یا یترتب عدم صحة وقف الكافر بوده است، که

این را توضیح می دهیم) والاقرب صحته».

^۱ - الجامع للشرایع صفحه ۳۷۰

^۲ - تحریر جلد ۳ صفحه ۲۹۶

^۳ - جامع المقاصد جلد ۹ صفحه ۱۴

^۴ - همان

ایشان هم به عنوان شرط خامس نیت تقرب را از عبارت ماتن (قواعد) استفاده می کند و می گوید ظاهر عبارت اشتراط آن است. منتهی می گوید دلیل نداریم بر این نحوه اشتراط. می گوید مگر ولعل اینکه شرط قصد قربت فی نفسه باشد، یعنی خود امر حسن باشد، قربت بالحمل الشایع لازم نباشد.

معانی قربت و توضیح آنها

ما در بحث های آتی روشن می کنیم سه تا بحث اینجا ورود دارد که گاهی با هم خلط می شوند:

یکی اینکه خود شیء حسن باشد فی ذاته و قابل قربت باشد.

دوم: داعی و قصد القربة است، تمشی دعوت و قصد القربة است.

سوم: اقتراب و قربت بالحمل الشایع است.

اینها با همدیگر فرق دارند. مثلاً کافری که از نظر ما کافر است مثل بودائی، ولی خدا را قبول دارد، وقتی خدا را قبول دارد، تمشی قصد قربت از او می شود. می تواند شیئی را به داعی امتثال امر الله بیاورد یا اصلاً به داعی قربت الی الله بیاورد. اما از نظر ما قرب بالحمل الشایع حاصل نمی شود. چون شرط قرب این است که خود فعل یک امر عبادی باشد، به علاوه که ایمان هم در قرب بالحمل الشایع شرط است.

پس وقتی در کلمات فقهاء می بینید که به صورت اجمال گفته اند آنچه لازم است قصد القربة است نه خود قربت، مقصودشان این چیزی است که عرض کردم. قربت بالحمل الشایع یک امری است که حاصل می شود با شرائطها بعد قصد القربة. منتهی ممکن است قصد القربة تمشی بشود اما قربت بالحمل الشایع نشود، از باب اینکه اصلاً فعل قابل اقتراب نیست، یا این شخص، شخصی است که صدور فعل از او موجب قربت او نمی شود. مثلاً بنابر نظری که ایمان شرط عبادت باشد، عبادت از کافر اصلاً حاصل نشده به معنای خاص، ولیکن قصد قربت شده است و تمشی هم شده است.

پس ما یک فعل داریم که باید خودش ذاتاً قابل برای تقرب باشد. یک تمشی قصد قربت داریم که از حالات فاعل است. یکی هم قربت بالحمل الشایع فاعل است. اینها را باید در کلمات فقهاء از هم جدا کرد. که فی الجمله جدا شده اند و گاهی هم با هم خلط می شوند.

حالا ایشان می گوید ما نمی توانیم بگوئیم که قربت بالحمل الشایع شرط هست یعنی به صورت عبادت. گرچه ممکن است بگوئیم که کون الوقف قربة فی نفسه، یعنی وقتی می خواهید وقف بکنید چیز حرامی نباشد. قربت فی حد نفسه باشد اما قصد داعی و قصد قربت و حتی قربت بالحمل الشایع را ممکن است ایشان شرط نداند.

این هم فرمایش محقق ثانی ره.

ادله قائلین به عدم اشتراط قصد قربت

ببینیم ادله دو طرف چیست.

ادله مجوزین سه تا است:

دلیل اول: دلیل اول این است که به عمومات (عمومی یا خاص باب وقف) تمسک کرده اند، مثل اوفوا بالعقود، یا الناس مسلطون علی اموالهم، یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها و امثال آن.

دلیل دوم: از جمله می گویند: از فروعاتی که فقهاء طرح کرده اند صحت وقف بر کافر است. خب وقف بر کافر با اینکه او کافر است و جهت حسنی ندارد نمی تواند واقف در او تقرب کند، آنوقت چطور وقف او درست می شود؟ پس معلوم می شود نیت تقرب شرط نیست که می شود وقف بر کافر کرد.

دلیل سوم: باز یکی از ادله، وقف من الکافر یا من الذمی است. مثل وقف ذمی بر بیع و کنائس. (مخالفین را هم اینجا بعضی ها گفته اند). می گویند گفته اند وقف من الکافر هم صحیح است ولو در مورد کنیسه خودشان. یک اهل کتابی که یا یهودی است یا مسیحی است آمده برای کلیسای خودشان وقف کرده، می گویند وقف او صحیح است. سؤال این است که اگر قصد قربت شرط است و کافر نمی تواند عبادت داشته باشد چون ایمان شرط عبادت است، پس چطور این وقف صحیح است؟! پس از اینجا می فهمیم که اصلا قصد قربت شرط نیست که کافر هم می تواند وقف کند و وقفش صحیح است.

بررسی دلیل اول: تمسک به اوفوا بالعقود

این ادله را باید یکی یکی حساب کرد.

اما اوفوا بالعقود، قبلا عرض کردیم اینکه وقف عقد باشد اول کلام است. گرچه ما می گوئیم قبول لازم است، اما نه از باب دلیل بلکه از باب اصاله الفساد. ما شک داریم مسبب بدون قبول واقع می شود یا نه. این معنایش این نیست که حتما عقد است. همینکه ما نمی دانیم قبول لازم است یا نه، برای اصاله الفساد و عدم تحقق وقف کافی است، اما برای تمسک به

اوفوا بالعقود کافی نیست. برای تمسک به اوفوا بالعقود باید عقد را احراز کرده باشید. در حالی که احراز نکردید، نمی دانیم واقعا وقف عقد است یا نه.

اما اگر بخواهید توسعه بدهید، بگوئید اوفوا بالعقود اصلا انحصاری به عقد به معنای مرکب از ایجاب و قبول ندارد. عقد در اینجا اعم از عهد است. یعنی اوفوا بالعهود. و ایقاع هم که باشد و قبول شرط نباشد، می شود یک عهدی. و اطلاق اوفوا بالعقود این را هم تصحیح می کند. شک می کنیم آیا در ایقاع قصد قربت لازم است یا نه، اطلاق اوفوا بالعقود این را دفع می کند.

دو اشکال حمل عقد بر مطلق عهد

جوابش این است که: ما نمی توانیم عقد را به عهد حمل کنیم به دو جهت:

اشکال اول: عقد به معنای گره خوردن مشدد است

جهت اول: این است که: ما مکرر عرض کردیم معنای لغوی و ظاهر عقد یک عهد گره خورده است نه مطلق عهد. یعنی دو تا عهد یا عهدهای گره خورده به هم. تازه شاید صرف گره خوردن هم کافی نباشد بلکه یک شدی هم در آن لازم است. عقد مطلق گره هم شاید نباشد. بنابر این صرف یک عهد وحدانی عقد نیست. این استنباط شما که می فرمایید حمل می کنیم عقد را بر عهد این نادرست است.

اشکال دوم: لازمه حمل عقد بر عهد تخصیص اکثر است

جهت دوم: بیانی هم مرحوم آخوند در همینجا و موارد مشابه دارد، می گوید ما نمی توانیم عقد را حمل بر عهد کنیم، به دلیل اینکه اگر این کار را انجام بدهیم کثرت تخصیص از آن لازم می آید. بسیاری از عهدها لازم الوفاء نیست. مثل شرط های ابتدائی که لازم الوفاء نیست. بنابر این کثرت خروج لازم می آید و این مستهجن است. پس از این جهت هم نمی شود حمل کرد عقد را بر عهد.

فقهاء کار عرف را تحلیل می کنند نه اینکه از پیش خودشان نظر بدهند

سؤال وجواب: آن العقود ای العهود را هم که فقهاء می گویند باید حمل بر عهد مشدد کنیم. چون دارند عقد را معنا می کنند. فقهاء هم می خواهند همین چیزی را که عرف می فهمد تحلیل کنند نه اینکه از پیش خودشان چیزی درست کنند.

فقیهی که می گوید عقد عهد است نه اینکه از پیش خودم می گویم، بلکه یعنی حرف عرف را تحلیل می کنم که عقد عهد است.

توضیح لزوم تخصیص اکثر

سؤال: اشکال تخصیص اکثر لازم نمی آید. چون اوفوا بالعقود می گوید به همان نحوی که نزد شما هست عمل کنید. حالا یک وقت عقد لازم است اوفوا به همان لزوم، یکوقت عقد جائز است اوفوا به جوازش.

جواب: خب شرط هم عهد است. تخصیص اکثر می شود دیگر. تمام این وعده ها عهد ابتدائی است. عهد ولو مفادش لزومی هم باشد خارج است یعنی لزوم وفاء ندارد. این تقریبا متسالم علیه است. گرچه شنیده ام بعضی فقهاء حاضر گفته اند کما اینکه مرحوم سید هم در یک جائی گفته است که شرط ابتدائی هم لازم الوفاء است. ولی مرحوم شیخ در مکاسب می گوید متسالم علیه است که شرط باید در ضمن عقد باشد تا لزوم وفاء داشته باشد. وشرطی که در فقه متفاهم است این است و از روایات هم همین استفاده می شود. شرط ابتدائی کافی نیست.

اما اطلاق الناس مسلطون علی اموالهم، که انشاء الله فردا عرض می کنم.

باسمه تعالی

- ادامه مسأله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف ۲۷۹
- خلاصه گذشته ۲۷۹
- استدلال به الناس مسلطون علی اموالهم برای عدم لزوم قصد قربت در وقف ۲۷۹
- بررسی سندی: روایت ضعیف است ولی تلقی به قبول شده است ۲۸۰
- بررسی دلالی: به نظر شیخ ره مفاد قاعده سلطنت بر انحاء تصرفات است بعد الفراغ عن اسباب الشرعیة ۲۸۰
- محقق خراسانی ره: این قاعده از جهت انحاء تصرفات هم اطلاق ندارد ۲۸۰
- بررسی نظر محقق خراسانی ره ۲۸۱
- محقق اصفهانی ره: تشریع اسباب بالالتزام تصحیح می شود ۲۸۱
- بررسی نظر: محقق اصفهانی ره ۲۸۲
- جایگاه عمل و اعراض مشهور ۲۸۳
- تمسک مجوزین به الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها و جواب از آن ۲۸۴
- دلیل دیگر مجوزین تصحیح وقف بر کافر است ۲۸۵
- بررسی دلیل ۲۸۵
- استدلال به صحة الوقف من الکافر ۲۸۵
- دو جواب از این دلیل ۲۸۶
- جواب محقق خراسانی: شاید این وقف عبادتی باشد که ایمان در آن شرط نیست ۲۸۶
- جواب دوم: دلیل اخص از مدعا است ۲۸۶
- ایمان شرط خارجی است ۲۸۷
- اگر گفتیم وقف من الصدقات است باید تأمل شود ۲۸۷
- سیره ای بر عدم قربت نداریم ۲۸۸
- توضیح کلام آقای صدر درباره ارتکاز ۲۸۸
- تمسک به اصالة الفساد برای لزوم قصد قربت ۲۸۹

لزوم تأمل در دو عبارت از صاحب جواهر..... ۲۹۰

ادامه مسئله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف

خلاصه گذشته

بحث در لزوم قصد قربت در وقف بود که آیا برای تحقق وقف قصد قربت شرط است یا نه.

کلمات عده ای از قدماء را دیروز خواندیم. عرض کردیم دو نظر در اینجا هست: برخی {قصد قربت را} شرط می دانند، که عمده قدام نظرشان همین است، وعده زیادی هم {اشتراط قصد قربت را} ذکر نکرده اند. به تعبیر صاحب مفتاح الکرامه آنهايي را هم که گاهی {به عنوان} مخالف شمرده اند مخالف نیستند، کسی نیست که صریح المخالفة باشد الا چند نفری، والا بقیه ذکر نکرده اند. از عدم ذکر همیشه نمی شود استفاده کرد که اینها شرط نمی دانسته اند. در هر حال کسانی که صراحتاً گفته اند قصد قربت شرط است عده ای هستند که عباراتی را دیروز خواندیم.

بعد از اینکه این اقوال ذکر شد نوبت به استدلال رسید. ما اول ادله مجوزین را مطرح کردیم.

مرحوم آخوند در کتاب الوقف به صورت خیلی مختصری این ادله مجوزین را ذکر کرده است که می فرمایند وقف بدون نیت قربت هم حاصل می شود و نیت قربت شرط نیست. از جمله به اوفوا بالعقود تمسک کرده اند که جوابش دیروز داده شد.

استدلال به الناس مسلطون علی اموالهم برای عدم لزوم قصد قربت در وقف

از جمله به اطلاق «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک کرده اند.

بحث از الناس مسلطون بحث فوق العاده دشواری است. ما نمی خواهیم اینجا همه اطراف بحث را بیاوریم. در کتاب البیع در جائی که می خواهند با اطلاقات نفوذ برخی بیع ها مثل معاطات را تصحیح کنند، آنجا هم به الناس مسلطون تمسک کرده اند.

بحث بسیار دشواری هست که مفاد الناس مسلطون چیست.

بررسی سندی: روایت ضعیف است ولی تلقی به قبول شده است

گرچه این روایت شاید سند درستی نداشته باشد، ولی قاعده ای است که تقریباً متسالم علیه است که الناس مسلطون علی اموالهم، و تلقی به قبول شده است.

بررسی دلالی: به نظر شیخ ره مفاد قاعده سلطنت بر انحاء تصرفات است بعد الفراغ عن اسباب الشرعیة

منتهی در اینکه مفاد آن چیست اختلاف نظر اساسی وجود دارد.

مثل مرحوم شیخ انصاری می فرماید: مفاد الناس مسلطون سلطنت بر انحاء تصرفات است فارغاً از اسبابه الشرعیة. یعنی در مقام این نیست که بگوید کدام سبب ملک می آورد، کدام سبب وقف می آورد. اگر چیزی اموالهم شد باضافة الملكية مسلطون علیه هستند. (که حالا اضافه ملکی روشن است، ممکن است اضافه حق هم باشد). اما اینکه چه جوری این چیز مال آنها می شود، ناظر به این نیست.

پس الناس مسلطون نمی خواهد بگوید که شما مسلط هستید که اسبابی را در عالم خلق کنید برای اینکه ملک بیاورید برای خودتان یا خارج کنید از ملک. در مقام بیان اسباب مملکه یا مخرجه از ملک نیست. بلکه می گوید هر وقت اسباب شرعیه آمد و یک چیزی ملک شد آنوقت انت مسلط علیه بانحاء التصرفات.

این بیان مرحوم شیخ است، که الناس مسلطون اطلاقش در مقام تصحیح و تشریع اسباب نیست. بلکه در مقام بیان سلطان بر تصرفات بعد الفراغ عن حصول اسبابه الشرعیه است.

محقق خراسانی ره: این قاعده از جهت انحاء تصرفات هم اطلاق ندارد

مرحوم آخوند هم در اینجا همین را می گوید، و ظاهراً حق هم همین است. بلکه مرحوم آخوند یک شبهه دیگر هم دارد، می فرماید: حتی در مقام بیان انحاء تصرفات هم نیست. یعنی حتی ایشان می خواهد بگوید از این جهت هم اطلاق ندارد، یعنی علی الاجمال انسان مسلط بر اموالش هست، اما اینکه انحاء تسلط ها و سلطنت ها را دارد، در مقام بیان این هم نیست.

عبارت مرحوم آخوند این است که^۱:

« و عدم كون الناس مملطون على اموالهم الا لبيان تعيين السلطان على التصرف في الأموال بما يجوز من التصرفات فيها من غير نظر الى تشريع انحائها فضلا عن تشريع اسبابها».

یعنی در مقام هیچگونه تشریعی نیست نه تشریع اسباب و نه تشریع انحاء. با این الناس مملطون ما نمی خواهیم انحاء تصرفات را تشریع کنیم. بلکه می خواهیم بعد الفراغ عن حصول التشريع در اسباب و در انحاء بگوئیم الناس مملطون.

بررسی نظر محقق خراسانی ره

البته به نظرم این قابل بحث است که در مورد انحاء التصرف که از اطوار و اوصاف و عوارض سلطنت است، راجع به این هم نمی خواهد چیزی بگوید. خب چرا نخواهد بگوید؟ ممکن است کسی بگوید الناس مملطون لسانش تشریع است، دارد انشاء می کند. خبر که نمی خواهد بدهد. حالا دارد با همین الناس مملطون على اموالهم سلطنت در انحاء تصرفات را تشریع می کند. چه مانعی دارد؟ این علی الظاهر عیبی ندارد.

محقق اصفهانی ره: تشریع اسباب بالالتزام تصحیح می شود

و اگر توجه کنیم چه بسا کسی با همین بیانی که عرض کردیم یک جوری به اسباب هم توسعه بدهد. از سابق یادم هست که محقق اصفهانی اطلاق می گیرد و حتی اسباب را هم تصحیح می کند. می گوید در واقع درست است که الناس مملطون على اموالهم لسانش نظارت ابتدائی به اسباب ندارد، چون می گوید الناس مملطون على اموالهم یعنی علی انحاء التصرفات در مال بتصرف تکلیفی او تصرف وضعی، به اینکه بخورد، پیوشد، ثقلب خارجی در آن داشته باشد، که می شود سلطنت تکوینیه. و به اینکه از ملک خارج کند به بیع و غیره، که می شود سلطنت وضعیه. پس این انحاء سلطه ها را که دارد می گوید. اما نسبت به اسباب؛ ایشان می فرماید هر سببی در واقع حصه ای از مسبب را می آورد. هر سببی حصه ای از سلطنت می آورد در ناحیه مسببش. می گوید ما قبول داریم که اطلاق در ناحیه سلطنت و تسلط نمی تواند اسباب را ابتداء بگیرد. سلطه ها را می گیرد نه اسباب سلطه را. و لکن اگر شما نسبت به همه سلطه ها یک حکمی را ببرید، بالالتزام دارید اسباب را هم تصحیح می کنید. چون سبب ها حصص مختلف این سلطه ها را می آورند. سببها هستند که این کار را می کنند. یک سببی یک حصه از سلطه می آورد، یک سبب دیگر حصه دیگر می آورد. ما شک می کنیم مثلا معاطات می تواند

^۱ - کتاب الوقف صفحه ۵

این سلطنت را بیاورد. خب اطلاق می گوید الناس مسلطون علی اموالهم، من جمله سلطنتی که ناشی از معاطات می شود. می توانند بگویند.

این حرف ایشان است.

بررسی نظر: محقق اصفهانی ره

منتهی این حرف درست نیست. از اول که ما به این روایت الناس مسلطون علی اموالهم نگاه می کنیم اصلا در مقام این جهت نیست. پس وقتی می گوئیم: این روایت در مقام بیان تشریع اسباب نیست، یعنی {حتی} راجع به حصصی از سلطنت که از ناحیه سبب می آید نیز نمی خواهد حرف بزند، یعنی نمی خواهد راجع به سلطنتهایی که از ناحیه اسباب خاصه که مشکوک هستند راجع به آنها صحبت کند، تا با توسعه سلطنت به اینها بخواهیم اسبابش را هم امضاء کنیم. اصلا کاری به اینها ندارد. راجع به سلطنتها بعد الفراغ از اسباب دارد صحبت می کند. یعنی همین حرف عرفی که مرحوم شیخ انصاری هم فرمود. بعید نیست واقعا مفاد این باشد.

این مقدارش را مرحوم آخوند هم قبول دارد، و ما فعلا به همین مقدار کار داریم. بقیه حرف آخوند ربطی به اینجا ندارد.

پس بنابراین الناس مسلطون علی اموالهم راجع به اسباب نیست.

سؤال وجواب: اگر انحاء سلطه را تشریع می کند خودش موضوع حل و حرمت می شود دیگر. فرض کنید قبل از این سلطنت مجعوله، تصرف در این مال حرام بود. مثلا فرض کنید برای ماره جعل سلطنتی کرده اند که ماره حق دارد به اندازه کفایت دست دراز کند و از میوه باغ مردم که بیرون زده بخورد. خب قبل از این {جعل سلطنت برای ماره} که {تصرف او} حرام بود اما حالا {با جعل سلطنت} می گویند {تصرف او} جائز است. خب همین سلطنتی که برای شما آورده این تجویز را می کند. در الناس مسلطون علی اموالهم اگر گفتیم انحاء سلطنت را تجویز می کند و تشریع می کند یعنی با همین الناس مسلطون علی اموالهم دارد انحاء سلطنت را برای شما در اموالتان می آورد، خب با همین تشریع دارد تکلیف هم می آورد دیگر. وقتی سلطنت آورد جواز تصرف هم می آورد و چیزهای دیگری که موضوعش سلطنت است هم می آورد. مشکلی ندارد.

منتهی اشکال {و پرسش} الان این است که اصلا الناس مسلطون علی اموالهم، لسانش تشریع سلطنت است؟ ما این را قبول داریم کما قال الشیخ الانصاری، ولكن ناظر به امضاء اسباب نیست. پس ناظر به این است که بعد از فراغ از

اینکه در عالم تشریع یک اسبابی مسبباتی را می آورد و امضاء و معتبر شده است شرعا، بعد از او می گوید الناس مسلطون علی اموالهم که بعد الفراغ از آن که ملک تو شد حالا مسلط هستی که انحاء تقلیب و تقلبات وضعی و تکلیفی را در آن انجام بدهی.

این حرف شیخ است و حرف درستی هم هست.

حالا این یک بحث استظهاری است، که در الناس مسلطون بعد از استظهار اینکه مسئله مربوط است به سلطنت های بعد الفراغ از تشریع اسباب، آنوقت دیگر این ربطی به وقف پیدا نمی کند. اگر شما در وقف شک کنید که آیا قصد قربت در سبب شرط شده است یا نه، به الناس مسلطون نمی توانید سبب را تصحیح کنید. و این روشن است.

سؤال وجواب: الناس مسلطون علی اموالهم دارد تشریع می کند نه اینکه احراز کند. می گوید انت مسلط. خودش دارد جعل می کند برای شما. سلطنت موضوع نیست که ما احراز کنیم، بلکه متعلق جعل شما است. می گوید انت مسلط. اطلاق دارد، انت مسلط طبیعی سلطنت را برای من جعل می کند. یعنی من دارای سلطه هستم به همه انحاء سلطه. نگوئید من باید احراز کنم سلطنت را. چون {اگر نیاز به احراز سلطنت است} پس شارع دارد چه چیزی را جعل می کند؟ {پس باید بگوئیم} خودش دارد برای من جعل سلطنت می کند. حالا چه {سلطنتی} را جعل می کند، طبیعی سلطه را. همه انحاء سلطه را دارد برای من می آورد. {چه} سلطه تکوینی، {و چه سلطه} وضعی را، و در وضع {همه} انحاش را و در تکلیف هم {همه} انحاش را، به اخراج از ملک، به ادخال در ملک، به بیع، به شراء، به صلح، به هبه و غیره همه را دارد می آورد. چه اشکالی دارد؟ اشکالی که هست بحث اسباب است که این الناس مسلطون ناظر به سبب نیست. {یعنی فارغ از اینکه کدام بیع سبب انتقال است اگر بیعی شرعا سبب انتقال ملکیت بود تو مسلطی که با آن مالی را به ملکیت خود در آوری یا از ملکیت خارج سازی}

جایگاه عمل و اعراض مشهور

سؤال وجواب: ما اول عرض کردیم که لولا اینکه بگوئیم به عمل اصحاب این تصحیح می شود. ما فرمایش آقای خوئی را قبول نداریم که می گوید اعراض مشهور موجب قدح در سند نیست و عمل مشهور هم موجب تصحیح نیست. بلکه ما هم عمل مشهور را موجب تصحیح می دانیم و هم اعراض را موجب قدح در سند می دانیم. منتهی دیگر اینجا بحث سندی نکنیم.

سؤال وجواب: الناس مسلطون ولو در مجامع حدیثی ما نیست ولی در مجامع دیگر هست. کما اینکه در لاضرر هم بعضی ها همین را گفته اند. تصحیح یک سند اگر مورد عمل مشهور بشود چه می خواهد عامی باشد چه غیر عامی به نظر ما تصحیح می شود.

حالا بعضی ها تفصیلی هستند، می گویند عمل مشهور تصحیح نمی کند سند ضعیف را ولی اعراض مشهور قاذح است. بعضی می گویند سندی که به عمل مشهور تصحیح می شود، باید سند داشته باشد ولی ضعیف باشد، نه اینکه مرسل باشد. یعنی باید سلسله داشته باشد ولو ضعیف باشند، نه اینکه ارسال باشد. هر کدام بحثی دارد که سر جای خودش باید طرح شود. ما علی المبنای بحث کردیم.

تمسک مجوزین به الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها وجواب از آن

دلیل دیگر مجوزین عبارت است از اینکه گفته اند الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها علی حسب ما یقفها اهلها یا یوقفها اهلها یا یوقفه، که امثال اینها در روایات آمده است.

منتهی بحث این گذشت. مرحوم آخوند همینجا می فرماید و ما هم به تبع این بزرگان عرض می کردیم که این روایات در مقام تشریع و تصحیح اسباب وقف نیست. بلکه اوقافی که به اسباب خودش حاصل شده، انحاء شرائطی را که واقف اخذ می کند می گوید نافذ هستند. اما نه اینکه اصل سببیت را هم خود واقف بیاورد. واقف نمی تواند تعیین کند که چه چیزی در وقف سبب باشد. در باب اوقاف یک اسبابی هست، شارع آن اسباب را تشریع کرده حالا یا تأسیس یا امضاء، وبعد از تشریع آن، واقف می آید علی حسب آن اسباب، وقفی می کند در وقف خودش شروطی می آورد. این روایات دارد بیان می کند که شرائطی را که واقف در وقف خودش بعد الفراغ از تحقق اسباب به نحو شرعی می آورد آنها ممضاة است. نه اینکه واقف می تواند اسباب را تشریع کند و سبب بیاورد.

بنابر این مثل الناس مسلطون که گفتیم، این روایات هم در مقام تشریع نیستند. ولذا مرحوم آخوند هم بعد از الناس مسلطون می فرماید و هكذا الحال فی اطلاق الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها ضرورة أنه فی مقام بیان نفوذها بخصوصیاتها التي اوقفها الواقف علیها من التابید و التوقیت وغیرهما، لا فی مقام بیان ما یتوصل بها الیها من اسبابها». در مقام بیان اینکه با چه اسبابی می شود به وقف بالحمل الشایع رسید نیست. بلکه وقتی وقف به اسباب خودش حاصل شد آنوقت می گوید به شرائطی که واقف اخذ کرده است باید عمل کرد. این بحثش گذشت. البته برخی از دوستان قبول نداشتند. آن روایت هم که

در صدرش داشت کیف یصح، عرض کردیم دو سه جور می شود جواب داد به نحوی که در این مطلبی که ما عرض کردیم تأثیر گذار نباشد.

دلیل دیگر مجوزین تصحیح وقف بر کافر است

مجوزین استدلال های دیگری هم کرده اند:

از جمله صحت وقف بر کافر است. می گویند وقف می شود بر کافر کرد، در حالی که در وقف بر کافر با وجود اینکه کافر است این کار ما نمی شود عبادت باشد. باغی که منفعت دارد بگوئیم کفار استفاده کنند، خب در این نمی شود قصد قربت کرد.

پس بنابر این با توجه به اینکه وقف بر کافر را لااقل عده ای از فقهاء تصحیح کرده اند، معلوم می شود قصد قربت را در باب وقف لازم نمی دانسته اند. و الا وجهی نداشت.

بررسی دلیل

جوابش این است که: ما در وقف بر کافر هم در فروضی کاملاً می توانیم تصویر کنیم که داعی قربی داشته باشیم، مثل همان تألیف قلوب یا منصرف کردن کافر از اضرار به مؤمنین. پس می شود فروضی را تصویر کرد که قصد قربت در آنجا بیاید. حتی بعید نیست علاوه بر قصد قربت بشود تصحیح کرد که خود مورد هم قربی باشد. نه اینکه فقط داعی از ما متمشی می شود، بلکه مورد هم ملاک دار باشد به لحاظ شرعی. این را هم می شود تصویر کرد.

بنابر این در صحت وقف بر کافر هیچ تأییدی بر این نیست که قصد قربت در وقف لازم نیست.

استدلال به صحة الوقف من الکافر

باز مجوزین استدلال دیگری کرده اند فرموده اند: صحة الوقف من الکافر، که کفار مثل اهل کتاب اوقافی داشته اند در بیع و کنائس و امثال آن، خود اینها را وقف می کردند یا برای اینها وقف می کردند. و فقهاء فرموده اند اوقاف اینها صحیح است. خب چطور می شود صحیح باشد با اینکه ما می دانیم در عبادت ایمان شرط است. عبادت غیر مؤمن باطل است. چطور اگر وقف عبادی بود باید می گفتند باطل است با اینکه خود فقهاء گفته اند درست است.

دو جواب از این دلیل

جواب محقق خراسانی: شاید این وقف عبادتی باشد که ایمان در آن شرط نیست

از این دلیل دو جور جواب می شود داد. مرحوم آخوند یک جواب را ذکر کرده اند، گفته اند در این هم تأیید نیست. چرا؟ فرموده اند برای اینکه غایتش این است که {مفاد} ادله {صحت وقف را} این می دانیم که ایمان در وقف لازم نیست. نهایتش این است. عبادی بودن وقف طوری است که ایمان در آن دخیل است. ما ادله عامه ای داریم که ایمان در عبادت شرط است. غایتش این است که این چیزهایی که شما گفتید اگر درست باشد این را ثابت می کند که ایمان در عبادت وقف شرط نیست.

پس {این ادله صحت وقف کافر} تخصیص آن ادله {اشترای ایمان} است از این جهت، نه اینکه قصد قربت لازم نباشد. فرق اینها چیست؟ دیروز اشاره کردیم تمشی اتیان شیء به داعی امر المولا {محقق} می شود حتی در مورد حرام به شرطی که ما جهل مرکب داشته باشیم. فروضی می شود گفت، مثل همینجا که این کتابی چون اعتقاد دارد به کنیسه و کلیسا، برای کلیسای شان قربه الی الله وقف کند. می شود. ولو اینکه ما بگوئیم در عالم واقع برای تحقق عبادت ایمان شرط است. عبادت واقع نشده اما قصد تقرب حاصل شده است.

سؤال و جواب: شما دالی نیاورید. منتهی می گوئید چون دست شما از دلیل بر قصد قربت کوتاه است و فقط از باب اصالة الفساد و اصل عدم ترتیب اثر در سبب لازم دانستید، از این باب می گوئید، والا عمومی نداریم. اینها بعدا می آید. پس یک حرف این است.

جواب دوم: دلیل اخص از مدعا است

ما می گوئیم دلیل شما اخص از مدعا است. چون ما با این حرف نمی توانیم قصد قربت را منکر شویم. در مورد کافر حتی اگر ایمان شرط تحقق عبادت باشد، آخرش این است که این آقای کتابی کارش عبادت نیست، اما نه اینکه نمی تواند قصد قربت کند. پس اینکه فقهاء بپذیرند که کافر هم می تواند وقف داشته باشد، معنایش این نیست که قصد قربت لازم نیست. چون تنافی ای نیست بین اشتراط ایمان در عبادت و عدم تمشی قصد قربت. بله اگر گفتیم که ایمان شرط است، لازمه اش این است که بما هو عبادة حاصل نمی شود. خب نشود.

نتیجه این می شود که ما در باب وقف وقتی از قصد قربت بحث می کنیم سه جور ممکن است مقصود باشد: یکوقت می گوئیم وقف باید عبادت باشد. یکوقت می گوئیم در وقف تمشی قصد قربت بشود. یکوقت می گوئیم تمشی قصد قربت بشود و ماده اش هم فی حد نفسها مرجح باشد.

پس مسئله قبول وقف کافر منحصر نیست در صورتی که شما می گوئید. چون آنها می گویند تنافی دارد قبول وقف با اینکه ما بگوئیم قصد قربت تمشی بشود. ما می گوئیم این نیست. می شود ما وقف کافر را بپذیریم در عین حال بگوئیم قصد قربت لازم است به معنای تمشی قصد قربت. حتی می توانیم بگوئیم تمشی قصد قربت همراه با رجحان ماده اش شرط است، باز هم سازگار است. بله با عبادت بالحمل الشایع که تمام شرائط من جمله ایمان را داشته باشد با این سازگار نیست، که حرف آخوند این است که سازگار نباشد.

ایمان شرط خارجی است

سؤال وجواب: عبادت غیر از قربت است. چون در تحقق العبادة غیر از قصد قربت یعنی داعی چیزهای دیگری هم لازم است، من جمله اینکه خود ماده اش هم قابل تقرب باشد. من جمله اینکه شرائط شرعی هم مأخوذ باشد مثل ایمان. ... ایمان که شرط بیرونی است. اگر بخاطر بعضی روایات نمی فهمیدیم که ایمان شرط است که نمی گفتیم ایمان شرط عبادت است. می گفتیم شرط عبادت عبارت است از قصد تقرب به اضافه اینکه خود ماده قابل تقرب و مرجح باشد. بیش از این نمی گفتیم. منتهی از بیرون شرطی را اضافه کرده اند از جمله اینکه باید مؤمن هم باشد.

سؤال وجواب: ایمان را می گویند شرط صحت است بما هو عبادة، لا بما هو تحقق الداعی. برای اینکه عبادت صحیح باشد باید مؤمن باشد و الا باطل است من جهة کونه عبادة.

پس اینها دو سه تا حرف است. صرف اینکه فقهاء گفته اند این بما هو عبادة لازم است که مؤمن باشد، در عین حال هم گفته اند از کافر وقف حاصل می شود، جمعش به این نیست که پس در وقف قصد قربت لازم نیست. قصد قربت به معنای داعی و به معنای قابلیت مورد می شود.

اگر گفتیم وقف من الصدقات است باید تأمل شود

سؤال: اگر گفتیم وقف من الصدقات است یا سیره قائم شود که وقف از امور عبادی است دلیل مجوزین تمام می شود.

جواب: بحث خوبی است و ما بحث خواهیم کرد. ما خودمان هم شاید مایل به همین باشیم که وقف هم نوعی از صدقه است. این قابل توجه است. منتهی در خود صدقه هم باید دقت کنیم که بما هو عبادۀ است یا قربی است. چون عمده روایات صدقه دارد که چیزی که لله بود قابل برگشت نیست یا می گویند صدقه را باید لله انجام بدهید. این منافات با تحققش از کسی که مؤمن نیست ندارد. مثلاً مخالف هم می تواند صدقه بدهد، چون لله می تواند انجام بدهد. پس باید بحث کنیم در صدقه که مسلماً قصد قربت لازم است آیا عبادی هم هست، یا عبادیتش به این معنا است که قصد قربت در آن لازم است و اینکه خودش راجح باشد و بیش از این نیست. باید این را تأمل کرد.

سیره ای بر عدم قربت نداریم

اما سیره، اتفاقاً عده ای ادعا می کنند سیره بر عدم قربت است. غیر از آقای سیفی کسی نگفته است. کس دیگری ادعا نکرده است که در ارتکاز متشرعه سیره عملی شان این است که این عبادی است. من ندیدم کسی همچنین ادعایی کند.

توضیح کلام آقای صدر درباره ارتکاز

سؤال: اصطلاح ارتکاز فرق می کند. اگر طبق اصطلاح آقای صدر باشد در هر ارتکازی سیره خوابیده است، ولی اگر ارتکاز ضعیفتر از سیره باشد فقط در اذهان باشد به درد نمی خورد.

جواب: ارتکازی که می گویند یعنی عمل دارند. متشرعه دارد وقف می کنند و در ارتکازشان قصد قربت است ولی قصد قربت نمی کنند.

سؤال: مثلاً ارتکاز متشرعه این است که نساء مرجع تقلید نشود ولی سیره عملیه خارجیه ندارند.

جواب: نتیجه داشته است که نتیجه اش این بوده است که زنها مرجع نشده اند. اما آقای صدر حرف دیگری می زند، می گوید در سیره ها که معتبر و امضاء می شود ارتکازات و نکاتش امضاء می شود. بحث امضاء است ربطی به این ندارد که ارتکازمان چطور است. ایشان می گوید سیره هایی که امضاء می شود نه اینکه فقط عمل خارجی امضاء می شود، بلکه نکته های سیره ها و ارتکازهایی که پشت این سیره ها هم هست امضاء می شود. حرف آقای صدر در امضاء ارتکازات است.

سؤال: ایشان ارتکاز را اقوی از سیره می داند. جواب: نفرمائید اقوی می داند، اصلاً ربطی ندارند. ارتکاز نکته سیره است، و شارع وقتی سیره را امضاء می کند ارتکاز را هم امضاء می کند اما نه از باب اقوائتیش، بلکه نکته سیره را که یک امر کلی است و باعث این سیره شده او را امضاء می کند. یعنی به معنای اعمق امضاء تحقق پیدا می کند. بحث ایشان در

انحاء امضاء است نه در انحاء ارتکاز. می گوید تارة سیره به عنوان عمل خارجی امضاء می شود و اخیری نکته های سیره ها امضاء می شود که نکته فراتر از عمل خارجی است. آنوقت آن نکته اثرش این است که یک مصداق هایی که در زمان شارع نبوده ولی الان پیدا شده و در سیره عقلاء متجلی شده، آنها می تواند نکته اش با قبلی ها یکی باشد و امضاء شده باشد. اثرش اینجا ظاهر می شود. ربطی به انحاء ارتکازات ندارد که شما می فرمائید. البته در صدقه باید تأملی کرد، که اگر گفتیم مفاد صدقه با وقف یکی است و صدقه عبادی به معنای این است که اشتراط ایمان در آن شده است، آنوقت باید آنجا بحث کرد که درست است یا نه.

پس صحت وقف من الکافر هم دلالت نکرد بر اینکه در وقف قصد قربت لازم نیست.

تا اینجا اگر کسی قانع شده باشد که ادله مجوزین کافی نیست، ما دلیل بیشتر نمی خواهیم.

تمسک به اصالة الفساد برای لزوم قصد قربت

همینکه دلیلی بر عدم ثبوت ولزوم قصد قربت در وقف نیامد، اصالة الفساد یا اصل عدم اثر محکم است و نتیجه اش با اخذ قصد قربت یکی می شود.

ولذا استدلالی که جامع المقاصد کرده است که می گوید: ما دلیلی بر اشتراط نداریم در مقابل کسانی که قصد قربت را شرط کرده اند، این نادرست است. خب این چه فائده دارد. لذا صاحب الکرامة جواب ایشان را می دهد، می گوید ما در اینجا نیاز به اشتراط نداریم، بلکه همینکه دلیل بر عدم اشتراط نداشتید کافی است. مگر اینکه اطلاق و عمومی داشتید که تصحیح کند. و الا اگر اطلاق و عمومی مثل اوفوا بالعقود و امثالش نداشتید که این عقد را تصحیح کند، دیگر معنا ندارد شما همچنین ادعایی بکنید. چون همین نبودن دلیل بر عدم اشتراط برای بطلان وقف کافی است از باب اصالة الفساد.

مرحوم صاحب جواهر همین عبارات را در جواهر آورده است. فقط ایشان یک نکته اضافه کرده که می فرماید: بعضی از امور در صدقه شرط است که در وقف شرط نیست. فردا جوابش را عرض می کنیم.

صاحب جواهر چیز خاص دیگری نیاورده است. صاحب جواهر هم از کسانی است که قصد قربت را شرط نمی داند.

لزوم تأمل در دو عبارت از صاحب جواهر

حالا در فهم کلام صاحب جواهر دو تا مطلب می خواهیم. به صاحب جواهر نسبت داده اند که برای فقیه به ادنی تأمل روشن می شود عدم لزوم قصد قربت. یک عبارتی دارد در جواهر. من می خواهم شما دقت کنید که معنای عبارت همین چیزی است که نسبت داده اند یا چیز دیگری است.

عبارت اول این است که در جواهر طبع جدید (چاپ جامعه مدرسین) جلد ۲۹ صفحه ۱۷ می فرماید: واطلاق الصدقة علیه فی کثیر من النصوص

به نظر من در تصحیح یک اشتباه اساسی رخ داده است. صفحه ۱۷ و ۱۸ را نگاه کنید. من گمان می کنم عبارت صاحب جواهر یک پاراگراف ۸ خطی است که و اطلاق الصدقة در صفحه ۱۷ مبتدا است و خبر آن لایقتضی ذلک در صفحه ۱۸ است که بعد از ۸ خط آمده است. اما در چاپ های جدید اینها را هم از جدا کرده است و بعد از سه تا پاراگراف در ابتدای پاراگراف بعد گفته لایقتضی ذلک. ما هر چه گشتیم لایقتضی ذلک به کجا می خورد جور نمی شود. پس تصحیح غلط است. اگر هم عبارت را اینجور فهمیده باشند این نگارش خیلی غلط است، کسی بین مبتدا و خبر سه تا پاراگراف با سه تا نقطه نمی آورد. این را ببینید، شاید اصلاً لایقتضی ذلک چیز دیگری باشد. ولی من اینطور استنباط می کنم. این یک عبارت که دقت کنید.

دوم اینکه در ذیل صفحه ۱۸ می فرماید: نعم قد یقال باستفاده رجحانه (قصد قربت) فی نفسه عند الشارع علی نحو رجحان النکاح. (یعنی وقف با قصد قربت راجح است نه اینکه عبادت است. مثل نکاح. نکاح با قصد قربت راجح می شود. مثل همه توصیلات که شما قصد قربت که کنید راجح می شود) و هو غیر اعتبار النية فيه علی وجه يلحقه بالعبادات. اینجا نقطه گذاشته اند. بعد در صفحه ۱۹ می گوید: علی بحث یأتی فيه هل هو اسم للصحيح منه أو للاعم و أن القرية فی الصیغة أو فی الاقباض و غیر ذلک مما لا یخفی علی الفقیه بادی ملاحظه القطع بعدمه.

خب اینکه لایخفی علی الفقیه بادی ملاحظه القطع بعدمه ظاهرش این است که این بحث که قربت در صیغه باشد یا در اقباض باشد اینها نمی آید. ظاهرش این است. آیا این معنایش این است که ایشان در کل وقف دارد این حرف را می زند؟ الان عبارت صاحب جواهر مرتبط می شود به اصل وقف، یعنی فقیه که ادنی ملاحظه کند قطع پیدا می کند به عدم اخذ قصد قربت در وقف. آیا این است یا به جای دیگری می خورد.

این دو عبارت را تأمل کنید تا فردا انشاء الله. والحمد لله رب العالمین.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۷) قصد قربت در وقف

باسمه تعالی

- ۲۹۲ ادامه مسئله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف
- ۲۹۲ استدلال به صحت وقف کافر بر عدم اشتراط قصد قربت
- ۲۹۳ اشکال محقق خراسانی ره بر استدلال
- ۲۹۴ تمسک به سیره برای اثبات عدم اخذ قصد قربت و جواب از آن
- ۲۹۴ شاهد بر عدم وجود سیره
- ۲۹۵ سیره بر اصالة الفساد حاکم است
- ۲۹۵ اصالة الفساد در کتب قدماء نیز مطرح بوده است
- ۲۹۷ لزوم مراجعه به متون فقهاء
- ۲۹۸ جواب دوم از استدلال به وقف از کافر بر عدم اخذ قصد قربت با قاعده اقدام و الزام
- ۲۹۹ ادله کسانی که قصد قربت را لازم می دانند
- ۲۹۹ دلیل اول: تمسک به اصالة الفساد
- ۲۹۹ دلیل دوم: تمسک به روایاتی که وقف را صدقه حساب کرده اند
- ۳۰۰ شاهد بر اینکه وقف صدقه است
- ۳۰۰ اشتباه برخی در فهم از روایاتی که وقف را صدقه شمرده اند

ادامه مسئله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف

استدلال به صحت وقف کافر بر عدم اشتراط قصد قربت

بحث در ادله‌ای بود که قائلین به عدم اشتراط وقف به قربت مطرح کرده بودند. از جمله این ادله استناد به صحت وقف از کافراست. استدلال این است که با توجه به اینکه عبادات کافر صحیح نیست پس تقریش صحیح نیست از اینکه

فقها وقف کافر را صحیح می دانند معلوم می شود که در وقف، قصد قربت لازم نیست والا باید می گفتند اوقاف آنها صحیح نیست.

اشکال محقق خراسانی ره بر استدلال

مرحوم آخوند و عده ای از فقهاء بر این حرف اشکال کرده اند. فرموده اند این حرف شما در صورتی درست است که مطلق قصد تقرب از کافر قابل تمشی نباشد. و اینکه می گویند عبادات کافر صحیح نیست به معنای این باشد که قصد تقرب نمی تواند بکند. در حالی که مقصود این نیست. آن چیزی که می گویند صحیح نیست عبارت است از عبادتی که در آن ایمان شرط است و عبادتی که خود مورد قابل تقرب باشد و صدورش از فاعل هم حسن باشد، چنین عبادتی توسط کافر حاصل نمی شود. چون یکی از شرائط عبادات ایمان است، باید ایمان باشد تا عبادت حاصل شود. و برای حصول قربت به معنای بالحمل الشایعش یعنی به معنای اینکه امری باشد که با آن عبادت حاصل شده است، لازم است علاوه بر اینکه فعل به داعی حاصل شده باشد، باید خود ماده هم قابل اقتراب باشد، و علاوه بر این صدورش من الفاعل هم باید یک صدور خاص باشد. و لذا اگر ما از روایات فهمیدیم که برای حصول عبادت حقیقی ایمان شرط است، آنوقت واضح است که این امر از کافر حاصل نشده است. و لکن قصد تقرب که ممکن است.

مرحوم آخوند می گوید غایت مطلبی که اگر بتوانید از حرف فقهاء ثابت کنید، این است که عبادت حاصل نمی شود، نه اینکه قصد تقرب نمی شود. بسیاری از کسانی که ما آنها را کافر می دانیم آنها خدا را قبول دارند. مسیحیان یهودیان حتی زرتشتی ها خدا را قبول دارند، یا به نظر ما قسمی از بودائی ها هم خدا را قبول دارند. بنابر این امکان حصول قصد قربت برای کافر ممکن است. پس این را نمی توانید با این فقره حل کنید.

از مرحوم شیخ انصاری هم در تقریرات نقل شده است که می فرماید: بعد از اینکه کل الفقهاء أو جلّهم قائلند به اینکه قصد قربت لازم است، ولی همینها هم در بحث شرائط واقف قائلند به اینکه وقف کافر صحیح است، حتی برخی گفته اند وقف آنها در برخی اموری که برای ما صحیح نیست برای آنها صحیح است، مثل وقف برای کنائس و بیعیشان، مرحوم شیخ می فرماید لا یتیسر جمع بین این دو مطلب الا به اینکه آن قربتی که در باب وقف لازم دانسته اند داعی و قصد قربت است. و آن چیزی که در باب عبادات کفار گفته اند نمی شود مقصود آن عبادتی است که مشروط به ایمان است و اینکه خود ماده هم به آن تقرب حاصل شود.

بنابر این از صحت وقف من الکافر ما نمی توانیم استدلالی برای عدم اشتراط نیت قربت در وقف استفاده کنیم.

تمسک به سیره برای اثبات عدم اخذ قصد قربت و جواب از آن

استدلال آخری که می خواهیم عرض کنیم تمسک به سیره است. برخی از علماء معاصر تمسک کرده اند به سیره، فرموده اند وقف از مخترعات شرعی نیست. و یک امری بوده است که بین همه شرایع موجود بوده است و قبل از اسلام هم بوده است. و سیره هم اینطور است که آنها دو جور وقف داشتند. مثل مسیحیان برای کنائسشان وقف می کردند، خب اینها را به قصد و داعی حق تعالی انجام می دادند. اما اوقافی هم داشتند که کاری به خدا ندارد، بلکه برای تحبب و تودد بوده است. مثلاً وقف برای اولاد، این برای حصول محبت و تودد بین اولاد و ماندگار بودن یک قبیله و عشیره است. در این قسم، کاری به قصد تقرب نداشتند. پس سیره بر قصد قربت نیست. و قول به اشتراط مخالف این سیره است.

ما قبلاً عرض کردیم اینجور استدلال به سیره ها نادرست است. چون علی القاعده مقصودتان سیره ای است که در مرآی و مسمع شارع بوده است و شارع هم ردع ونفی نکرده، پس سیره را قبول دارد.

من عرضم این است که این ادعاهای سیره خلاف واقع است.

شاهد بر عدم وجود سیره

شاهد قوی آن هم این است که این همه از فقهاء می شود باور کنیم که سیره ای به این روشنی پیش چشمشان بوده و امضاء شارع هم پای آن بوده، هر دو را هم دیده اند ولی در عین حال فتوی داده اند که وقف بدون قصد قربت باطل است. شیخ مفید در قرن چهارم می فرماید: وقف بدون قصد قربت باطل است، شیخ طوسی در قرن پنجم همین را می گوید، ابن ادریس و دیگران هم همینطور. تمام این فقهاء این سیره در مرآی و مسمعشان بوده است و ردع هم نشده به طوری که این ردع نشدن امضاء محسوب می شده، به حدی که عوام الناس امضاء را فهمیده اند، ولی فقهاء برجسته ای که محل رجوع مردم بوده اند این سیره را نفهمیده اند! من واقعا نمی توانم باور کنم. اینها یک ادعایی است. یک چیزی باب شده به نام سیره، که ما هر چیزی را می خواهیم درست کنیم بگوئیم این طبق سیره است و سیره مستمره است. اما ادعای سیره همین الان که ما ادعا می کنیم اول کلام است. هم ادعای استمرارش تا زمان شارع اول کلام است. هم امضاء شدنش بطوری که از عدم الردع امضاء فهمیده بشود اول کلام است. چون عدم الردع یک نفر در خانه اش فائده ندارد. باید در مرآی و مسمع مستمر شارع باشد ردع نکند طوری که از این عدم الردع بفهمند که شارع امضاء کرده است و این سیره را قبول دارد. بله به طور طبیعی هم همین است که اگر در مرآی و مسمع، متکرر دارد انجام می شود، شارعی که در مقام بیان و شاریت است هیچی نگوید از عدم ردعش امضاء می فهمیم. اما باید اینطور باشد. آنوقت شما ادعا می کنید وقف های

بدون قربت در مرآی و مسمع شارع انجام می شده، برای ما هم الان مکشوف است یعنی به لحاظ تاریخی روشن است که این وقفها در زمان شارع بدون قصد قربت انجام می شده بطوری که از آن امضاء فهمیده شده است.

من عرضم این است که کلام اینها صرف ادعاء است. بلکه با توجه به عدم پذیرش فقهاء که تصریح می کنند وقف باطل است و بعد در غنیه و یک کتاب دیگری نقل اجماع بر قصد قربت کرده است، که مرحوم صاحب ریاض می گوید هذه حجة، یعنی قاعدتا اجماع منقول را حجت می دانسته است، بعید هم نیست که اینطور باشد اگر نقل صحیح باشد، آنوقت نتیجه این می شود که ما هیچ نمی توانیم این سیره را به این وضع بپذیریم.

سیره بر اصالة الفساد حاکم است

سؤال و جواب: سیره حاکم است بر اصالة الفساد. چون اصالة الفساد یعنی دلیلی نداریم بر عدم اشتراط، و چون شک در سبب می کنیم موجب شک در تحقق مسبب می شود. ولی اگر شما سیره مستمره ای دارید که ردع هم نشده و این ردع نشدن طوری است که مخاطبین امضاء شارع را فهمیدند، و فقهاء هم رضایت شارع را فهمیدند (اینکه ما می گوئیم از عدم ردع شارع امضاء فهمیدیم یعنی همه می فهمند نه اینکه یک فقیه در خانه اش می فهمد)، دیگر جای تمسک به اصالة الفساد نیست. ولی ما می گوئیم اصلا سیره ای در کار نبوده است.

ما در قرن پانزدهم نشستیم ادعای سیره می کنیم، ادعای استمرار سیره تا زمان شارع می کنیم، ادعا می کنیم شارع یک رفتاری نشان داد که از آن رضایت فهمیدیم، اما شیخ مفید در قرن چهارم این حرف را نمی فهمد؟! نه فقط یک نفر نفهمد بلکه ده ها فقیه نمی فهمند! نمی شود همچنین چیزی را باور کنیم. این همه در طول تاریخ نمی گویند اصلا سیره وجود دارد. حتی نمی گویند سیره وجود داشته ردع شده است، اصلا اسمی از سیره نمی آورند.

سؤال و جواب: حتی کسانی که صدقه و وقف را یکی دانسته اند فقهاء بعدی شان در این تشکیک کرده اند، آنهایی که در این تشکیک کرده اند به اصالة الفساد تمسک کرده اند، خب با وجود سیره که نمی شود به اصالة الفساد رجوع کرد.

اصالة الفساد در کتب قداماء نیز مطرح بوده است

و این اصالة الفساد را ما درست نکردیم. این اصالة الفساد در کلمات فقهاء الی ما شاء الله هست. حالا آنهایی که قاربوا عصرنا هیچ، مثل مرحوم آخوند هیچ، مثل صاحب ریاض و کاشف الغطاء که مربوط به قرن ۱۲ و ۱۳ هستند هیچ، اما فقهاء قرون پنجم و ششم تصریح می کنند می گویند اصل عدم ترتب اثر است، که این همان اصالة الفسادی است که ما می گوئیم. من می گویم اینهایی که این حرف را می زنند چطور سیره را دیده اند و این حرف را می زنند. با اینکه واضح است که در

مقابل سیره غیر مردوعه نمی توانند بگویند اصاله الفساد داریم. اصاله الفساد مال شک است. اگر سیره غیر مردوعه وجود دارد این بر اصاله الفساد حاکم می شود. اینکه روشن است.

پس من می خواهم بگویم اصلا شما همچنین سیره ای ندارید، این سر جای خودش، شاهد هم می آوریم که این همه فقهاء در طول تاریخ هیچ اشاره ای به این سیره نکرده اند، آنوقت ما در قرن پانزدهم بگوئیم همچنین سیره ای وجود داشته است. من در برخی موارد که می گویم قطع داریم به عدمش. در برخی وقفنامه ها که تصریح می کنند به تقرب. حالا ولو ممکن است بگوئید از باب احتیاط می آورده اند اما دیگر شما نمی توانید بگوئید سیره داریم. پس عمل خارجی به این واقع نشده است. عمل خارجی به حصول وقف من دون قید کجا هست تا آنوقت احرازش تا زمان شارع و عدم ردعش را بگوئیم. اصلا نه همچنین سیره ای هست، نه استمرارش محرز است و نه عدم ردعش محرز است. اقوی شاهدش هم همین حرف فقهاء است. اینها سه چهار تا ادعا است.

پس ما ادله قائلین به عدم لزوم قصد قربت در وقف را آوردیم. حالا جالب است که شیخ انصاری ره می گوید کل فقهاء او جلهم قائل به اخذ قصد قربت در وقف هستند. حالا شما این را ببینید با یک سیره غیر مردوعه در مرآی و منظرشان واقعا چیز عجیبی است. حالا یک عبارت دیگر هم بعد از صاحب ریاض و مفتاح الکرامه می خوانم. من اول عبارات مفتاح الکرامه را دیدم، ایشان از کسانی است که قصد قربت را شرط می داند، بعد که ادله را درست می کند و روایت صدقه را هم با سندش می گوید، می گوید دیگر حرف تمام است و دیگر کسی تشکیک نمی کند. می فرماید: و لعله لم یبق بعد الیوم فی المسئلة اشکال لما سمعت من عدم المخالف صریحا.^۱ می گوید آنهایی هم که ما جزء مخالفین شمردیم از باب این است که ذکر نکرده اند، والا مخالف صریح نداریم. مثلا جامع المقاصد هم گفته است قصد قربتی هم که گفته اند شاید مقصود این راجح بودن فی حد ذاتها است. پس نتوانسته اند بالمره بگویند قصد قربت نیست.

بعد صاحب مفتاح الکرامه استدلالها را هم آورده است. دیدم استدلال های ایشان خیلی شبیه ریاض است. ریاض را نگاه کردم دیدم تقریبا یکی هستند و ریاض تمیزتر هم بود. من تردید کردم کدام از دیگری گرفته اند، بعد دیدم صاحب ریاض چند سال متأخر فوت کرده است. صاحب مفتاح الکرامه ۱۲۲۶ فوت کرده است و صاحب ریاض ۱۲۳۱ فوت کرده است. بعد دیدم این کافی نیست باید تألیفها را نگاه کرد. وقتی تألیفها را نگاه کردم دیدم تألیف کتاب وقف مفتاح الکرامه طبق آنچه در آخر کتاب آمده است درست همان سال فوتش هست، یعنی سال ۱۲۲۶، اما کتاب ریاض را نگاه کردم بیشتر

^۱ مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۱۶.

ابوابش مربوط به قبل از ۱۲۰۰ است. بعد صاحب مفتاح الکرامه هم در مقدمه خیلی از صاحب ریاض تعریف کرده است، معلوم شد که مفتاح الکرامه از ریاض گرفته است. پیدا هم هست، چون یک جاهایی حرفهای ریاض را جویده جویده نقل کرده است. حرف صاحب ریاض خیلی تمیز است.

هر دو بزرگوار می گویند اشکالی در این مسئله نیست که قصد تقرب قطعاً شرط است.

لزوم مراجعه به متون فقهاء

من می گویم فقه را با مراجعه به متون هم باید بررسی کرد. نه اینکه {تنها} یک سیره و چند تا اصل عملی همراهان باشد. {با اینها} نمی شود فقه درست کرد. حالا این سبک نجفی است یا قمی است کار ندارم، که سبک نجفی ها اجراء اصل است و سبک قمی ها مراجعه به کتب فقهاء. ولی ما مقلد فقهاء نیستیم ادله آنها را باید ببینیم. اما در فهم همین ادله و در فهم متن کتاب و سنت خیلی اثر گذار است که ما نحوه تلقی فقها را هم ببینیم که آنها از روایات چه می فهمیدند. من نمی گویم فهم آنها برای ما حجت است اما دخیل در فهم ما می شود. اینکه ما در قرن ۱۵ یک روایت را یکجور بفهمیم ولی اکثر آنهايي که در قرن دوم و سوم و چهارم و پنجم بوده اند یک جور دیگر بفهمند، این هشدار باش است (نمی گویم برهان تام) که حواست را جمع کن، شاید اصلاً فهم این روایت جور دیگری باشد. اینکه برخی از بزرگان می گفتند خلاف مشهور درست نیست، که مرحوم والد ما نقل می کردند از آقا ضیاء عراقی که کسی که زیاد خلاف مشهور کند عقل درستی ندارد. ولی می شود دیگر. بعضی ها شذوذ دارند، بعضی ها حرفهای اینطوری می زنند. مرحوم صاحب مناہل از یک فقیهی نام می برد می گوید ایشان از این حرفها زیاد می زنند، در غناء اینجور گفته و در جاهای دیگر اینجور گفته، حرفهای او قابل اعتناء نیست و لا حظ له عن الفقه با اینکه کتابهای بسیار مهمی در فقه دارد. پس در برخورد با کلمات کتاب و سنت وحتى فهم کلمات خود فقهاء یک بستری لازم داریم. پس باید متون فقهاء را فی الجمله کار کنیم. اینها اثر گذار است در فهم ما. زود هم متجری نشویم که ما چکار داریم که آنها چه گفته اند ما اینطور می گوئیم. من نمی گویم مقلد باشیم، ولی متجری هم نباشیم و تسرع نکنیم در نظر دادن، بلکه حرف بزرگان را ببینیم.

سؤال وجواب: تتبع مفتاح الکرامه بی سابقه است، ایشان همان موارد مخالف را آورده است، مثل شهید و آنها است. منتهی شاید قابل تفسیر می داند، که وقتی اینها می گویند قربت شرط نیست یعنی مثلاً آن قربت عبادی شرط نیست. لذا می گوید مخالف صریح نیست. یعنی کسی صراحةً نگفته بقصدها مثلاً نیست.

اما دیروز وعده دادیم بحثی را تکمیل کنیم. و آن اینکه: بحث لا یصح الوقف من الکافر دو تا جواب دارد: یک جوابش همان چیزی بود که عرض کردیم که کافر قصد قربت و داعی می تواند داشته باشد.

جواب دوم از استدلال به وقف از کافر بر عدم اخذ قصد قربت با قاعده اقدام و الزام

یک جواب دیگر حرف صاحب عروه و برخی فقهاء دیگر است که در بحث شرائط واقف که می گویند وقف از کافر هم صحیح است بعضی آنجا تصحیح کرده اند که صحت در اینجا به معنای صحت واقعی نیست. اینکه می گوئیم یصح الوقف من الکافر صحت اقرار آنها علی دینهم هست. و اقرار آنها علی دینهم مثل ذمی و غیره نه از باب صحت واقعیه است. چرا؟ چون همینهایی که میگویند صحیح است خود اینها قبول دارند که کفار هم مثل ما مکلف به فروع هستند. اگر مکلف هستند و {برای صحت عقد} در ما شرائطی اخذ شده است، این شرائط برای آنها هم اخذ شده است. آنوقت نکته دیگری هم ضمیمه می کنیم که بسیاری از فقهاء (که در متن تحریر الوسيله هم هست) فرموده اند حتی اوقافی که از ما صحیح نیست از آنها صحیح است، مثل وقف بر بیع و کنائس، که برای ما صحیح نیست ولی برای آنها صحیح است. با اینکه کفار هم مکلف به فروع هستند، پس صحت ما باید برای آنها هم صحت باشد و بطلان ما باید برای آنها هم بطلان باشد، آنها مکلف به فروع هستند. پس چطور این فقهاء بین این مطالب جمع کرده اند؟. جمعی همانطور که شیخ ره در جای دیگری می فرماید شاید به این باشد که الان صاحب عروه می فرماید که صحتی که ما به کفار در وقف نسبت می دهیم، صحت واقعیه نیست، بلکه صحت از باب اقرارهم علی دینهم است. اقرارهم علی دینهم غیر از این است که بگوئیم کاری که می کنند صحیح فی الواقع است. گوئی یک بناء عملی است که شارع دستور داده این کار را انجام بدهید و اینطور با آنها معامله کنید. مثلاً اقرار کنید آنها را بر ازدواج های بین خودشان. با اینکه آنها هم مکلف به فروع هستند و آنها هم موظفند در عالم واقع شرائط ما را حفظ کنند. اما در عین حال گفته اند بر وضعی که دارند آنها را اقرار کنید.

پس صحت یک بار از این باب است که از باب اقرارهم علی دینهم است و یکوقت صحت واقعیه است. صاحب عروه ره فرموده: ما این امور را از کافر صحیح می دانیم منتهی نه صحت واقعیه.

البته خودم نگاه نکردم، آقای حلی در مسئله اولی از شرائط واقف نقل می کند که صاحب عروه اینجا فرموده است. آخرش می فرماید: الی أن قال لکن الصحة هنا لیست واقعیه بل من باب اقرارهم علی دینهم بخلاف الجامع للشرائط عندنا فإن الصحة فيه واقعیه بعد کونهم مکلفین بالفروع.

این هم استدارکی است که باید انجام می دادیم.

ادله کسانی که قصد قربت را لازم می دانند

دلیل اول: تمسک به اصالة الفساد

بعد از اینکه ما این ادله را قبول نکردیم، همانطور که قبول را نمی توانیم بگوئیم به نحو حکم واقعی در وقف لازم است بلکه از باب همان اصالة الفساد و عدم تأثیر می پذیریم، پس اوفوا بالعقود هم محکم نیست. اینجا هم ما هستیم و عدم دلیل بر اخذ قصد قربت و عدم اصلی که منقح باشد که قربت لازم نیست من عموم و اطلاق. اینجا اصل عدم تأثیر و عدم حصول مسبب حاصل است که اصالة الفساد است. یعنی از باب اینکه ما نمی دانیم بدون قصد قربت مسبب حاصل می شود یا نه، باید بگوئیم قصد قربت در اوقاف لازم است.

سؤال وجواب: اصالة الفساد یعنی استصحاب می کنیم عدم تحقق مسبب را. این حرف کلی است. هر جا بحث تأثیر و مسببی است، در کل معاملات و غیر معاملات این بحث می آید. و لذا در بحث برائت گفته اند که در جائی که سبب و مسببی باشد و شک در حصول مسبب باشد ما نمی توانیم با برائت حصول مسبب را درست کنیم.

غیر از این چه دلیلی داریم؟

دلیل دوم: تمسک به روایاتی که وقف را صدقه حساب کرده اند

یک بحث مهمی وجود دارد که ممکن است در بحث های قبلی ما هم شاید تغییر ایجاد کند. آن بحث که قبلاً مطرح بود ولی خیلی اعتنا نکردیم این است که اصلاً وقف یک قسم از صدقه است. روایات کتاب وقف را بررسی کردیم الا در برخی از روایات ما اصلاً لفظ وقف نداریم، همه اش صدقه است. شما کتاب وسائل را نگاه کنید تمام این عناوینی که ایشان استنباط کرده بابش را نگاه کنید جز چند تا روایت همه باب صدقه است. می گوید لو تصدق بكذا و إقباض کرده لیس له آن یرجع. همه اینها را صاحب وسائل عنوان وقف زده است. می گوید در وقف نمی شود رجوع کرد. یعنی فهم صاحب وسائل و غیر صاحب وسائل این است.

شاید باید اول بحث وقف این را بحث می کردیم و همه روایات را نگاه می کردیم و تصمیم می گرفتیم که وقف قسمی از صدقه است یا نه. شاید آنوقت نفی هم می کردیم که ضرورتی ندارد. بله صدقه خاص که در آخر کتاب وقف معمولاً بحث می کنند از او نیست. حتی کسانی که می گویند وقف قسمی از صدقه است این را قبول دارند که ما یک قسم صدقه خاص هم داریم که له آثار خاصة. اما حرفشان این است که ما دو نوع صدقه داریم. دلیلشان این است که مجموع این روایاتی که ما نگاه می کنیم اینها عمدتاً وقف را در غالب صدقه ارائه کرده اند. چون در همانجایی که بحث صدقه است

از امام یا پیامبر یا حضرت زهرا سلام الله علیها می آورند که لا تباع و لا توهب و لا تورث، (یا لا یباع و لا یوهب و لا یورث، بر اساس متعلقی که گفته اند). خب در صدقه خاص که این را به شخص تملیک می کنند ولو با قصد قربت، او مالک می شود و می تواند بخرد و بفروشد و هبه کند، پس این لا یباع و لایوهب یعنی چه؟ پس {چنین وقفی} قسمی از صدقه است که این آثار را دارد.

حرف کلی این است که: مجموع روایاتی که ما در کتاب وقف داریم نشان از این دارد که وقف واقعا بالحقیقه و نه بالمجاز، این فرد و قسمی از صدقه است. صدقه دو قسم دارد، یکی اوقاف است و یکی صدقه خاص است.

شاهد بر اینکه وقف صدقه است

حالا روایات را می خوانیم، ولی برخی روایات که شاهد اقوی است این است که در برخی روایات آمده از وقف سؤال می کند، امام علیه السلام جواب میدهد اگر تصدق کردی دیگر نباید برگردی. یعنی جواب وقف را با تصدق می دهد. اینها خودش کاشف از یک نوع اتحاد است.

آنوقت می آییم در فهم فقهاء (که من اصرار دارم متونشان را نگاه کنید). مثل شیخ مفید و امثال او که ماشاءالله این عبارت را دارند. شیخ طوسی در نهاییه تصریح کرده اند که وقف و صدقه امر واحد. برخی از فقهاء اصلا کتاب وقف باز نکرده اند، بلکه کتاب صدقه باز کرده اند و وقف را بحث کرده اند. این نشان از این دارد که فهم آنها هم از این روایات این است که وقف صدقه است. نمی گویند تمام صدقات وقف هستند، بلکه از آنها استفاده می شود که صدقه دوگونه است: صدقه ای که وقف است، و صدقه خاص که آثاری دارد.

اشتباه برخی در فهم از روایاتی که وقف را صدقه شمرده اند

برخلاف استفاده برخی دیگر مثل علماء معاصر و غیره که گفته اند ما از این روایات چیز دیگری می فهمیم. می فهمیم که وقف دو گونه است: یک قسمش که قصد قربت در آن آمده صدقه است، اما قسمی که قصد قربت در آن نیامده بلکه تودد و تحبب است این دیگر صدقه نیست. در حالی که ادعا نیست. آن چیزی که ادعا کرده اند و درست هم اتحاد کرده اند این است که مجموع این روایات یک نوع اتحادی دارد ثابت می کند، نه صرف اینکه اگر به قصد قربت بود کذا است. اصلا بحث قصد قربت در آن نیاورده اند. نگفته اند اگر وقف با قصد قربت بود صدقه است، می گویند وقف صدقه است، نه وقفی که به قصد قربت است صدقه است. پس ما می فهمیم که در خود وقف مثل صدقه اشراق قصد قربت شده است. نه اینکه صدقه یک امر اجنبی ای است، اگر قصد قربت به آن ضمیمه شد مثل نکاح تازه می شود یک عبادتی و می

شود صدقه مثلاً. این نیست. صدقه و وقف را گفته اند یکی است. نه اینکه وقفی که به قصد قربت هست با صدقه یکی است.

و این حرف مهمی است. هم از فقهاء سابق این را دارند. و بعد مثل صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامه این را به عنوان استدلالی مطرح کرده اند و بر اساس او می گویند ما قصد قربت را می توانیم از خود این ادله بفهمیم لازم است، نه از باب اصاله الفساد و عدم دلیل. این خودش دلیل است.

روی این فکر کنید، چون صاحب جواهر و دیگران به این حرف اشکال دارند.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف ۳۰۳
- خلاصه بحث قبل ۳۰۳
- روش شیخ انصاری ره برای اثبات لزوم قصد قربت ۳۰۳
- رد سیره متشرعه بر وجود وقف بدون قربت ۳۰۴
- ماهیت وقف و صدقه یکی است و وقف مصداق حقیقت مشترکی به نام صدقه است ۳۰۵
- تقارب لا صدقه الا اذا ارید به وجه الله ۳۰۶
- تقریب اول: ظهور «لا صدقه» در نفی جنس ۳۰۶
- اشکال به لای نفی جنس بودن: صدقه بدون قصد قربت تعقل می شود ۳۰۶
- جواب از اشکال: بین مفهوم وقف و ماهیت آن فرق است ۳۰۶
- مقصود اخذ قصد قربت در ماهیت است ۳۰۷
- تقریب دوم و سوم: ظهور «لا صدقه» در نفی کمال یا نفی صحت ۳۰۸
- دلالت لا صدقه بر نفی صحت است به قرینه سیاق و اقریب مجاز ۳۰۹
- نیاز به دو مقدمه برای اثبات لزوم قصد قربت در وقف به وسیله لا صدقه ۳۰۹
- قصد قربت وجه مشترک هر دو حصه از صدقه است ۳۰۹
- اشکال شیخ ره در مقدمه اول ۳۰۹
- بیان صاحب ریاض در جواب از اشکال شیخ ره ۳۱۰
- صدقه بودن وقف با مجعول اصالی بودن آن تنافی ندارد ۳۱۱
- با رفتن قربت بعید است جنسی که اصل تملیک است واقع شود ۳۱۱
- شاید بتوان گفت قصد قربت در خود مفهوم وقف نهفته است ۳۱۲
- نتیجه بررسی ادله شرطیت قصد قربت است ۳۱۳

ادامه مسئله ۷: شرطیت قصد قربت در وقف

بحث در نیت تقرب و قصد قربت در وقف بود.

خلاصه بحث قبل

تا اینجا قریب پنج دلیل بر نفی قصد قربت را بحث کردیم و عرض کردیم اینها برای نفی قصد قربت کفایت نمی کند.

بنابر این اگر این ادله منتفی شد، اولین بیان برای لزوم اخذ قصد قربت همین عدم وجود الدلیل واصل فساد و عدم ترتب اثر است. و اینکه در کلمات قوم بعد از عدم دلیل بر اشتراط گفته اند الاصل يقتضی القربة، مراد همین اصل عدم ترتب اثر و اصاله الفساد است.

پس اولین دلیل بر اینکه قصد قربت لازم است این است. یعنی دلیل ما وجود اماره بر اخذ قصد قربت نیست، بلکه از باب عدم دلیل بر نفی قصد قربت است و اینکه با عدم تحقق قربت شک داریم که مسبب حاصل است یا نه، بنابر این اصاله الفساد محکم است و از این باب باید ما قصد قربت کنیم تا مطمئن باشیم وقف به معنای مسببش از انشاء سبب با شرائطها حاصل است.

این فرمایشی است که بزرگان دارند و حرف درستی هم هست.

روش شیخ انصاری ره برای اثبات لزوم قصد قربت

من دیدم مرحوم شیخ انصاری هم بر حسب بعضی تقریراتشان همین نظر را دارد. ما تقریری از ایشان را پیدا کردیم که مال مرحوم شیخ حبیب الله رشتی است که شبیه کتاب القضاء ایشان است. [این کتاب القضاء محقق رشتی ظاهراً تقریرات شیخ انصاری است، چون هم با کتاب القضاء مرحوم آشتیانی مشابهت دارد، که معلوم می شود او هم تقریرات است، و هم با تقریرات مرحوم نجم آبادی که از شاگردان خوب شیخ انصاری ره بوده که این تقریر به صورت چهار مجلد تحت عنوان کتاب القضاء چاپ شده شباهت دارد. کتاب القضاء مرحوم میرزا حبیب الله رشتی تحت عنوان التقاط، التقاط است. اینجا هم به صورت التقاط است. دیدم ایشان آخر این کتاب هم فرموده است هذا آخر ما قرأنا و قررنا من کلام الاستاذ دام ظله. (این انصافاً کتاب خوبی است. من پیشنهاد کردم این کتاب را بین دوستان تقسیم کنند، تقریباً متنش صحیح هم هست الا

شد و ندر. متن بسیار سنگینی هم هست شبیه رسائل شیخ ره. و تا حدودی هم شبیه مکاسب است از حیث استحکام وقوت).]

ایشان همینجا ابتدا همین بحث ها را در قربت آورده، تقریباً در همه استدلالهایی که برای اخذ قربت شده ایشان اشکال می کند و همه را جواب می دهد. بعد می گوید والانصاف. (می گویند در نجف مرحوم شیخ مشهور بود به شیخ لکن، چون می گفت این و لکنه کذا و عدول می کرد). پس در اینجا ایشان همه ادله ای را که می شد به نفع اخذ قصد قربت بیاورد همه را آورده و همه را رد می کند. مثلاً در اوفوا بالعقود می گوید عقد اعم از عهد است ولذا ایقاعات را هم شامل می شود. المؤمنون عند شروطهم هم شامل می شود. الناس مسلطون هم در همه فروض شامل می شود الا یک فرض. ایشان یک به یک ادله را آورده و ادله مثبتین را هم رد می کند.

منتهی بعد ایشان برمی گردد و می گوید در جاهایی که اوفوا بالعقود می خواهد شامل بشود چون ما کبرای کلی گفتیم که اگر خروج بیش از شامل تحت عام باشد، آن عموم دیگر ابتداءً قابل اخذ نیست، مگر اینکه ما مطمئن بشویم اجماعی بر تخصیص در کار نیست. می گوید ما در عمومات دیگر فقط فحص از مخصص می کنیم، همینکه مخصص نیافتیم به عموم تمسک می کنیم. اما عموماتی که {مصادیق} خارج از آنها بیش از {مصادیق} داخل است، که حالا ما می گوئیم مستهجن است، اما ایشان می گوید اینطور نیست که عموم بالمره از کار بیفتد، ولی علاوه از فحص مخصص باید فحص هم بکنیم که اجماع بر تخصیص نباشد.

آنوقت می گوید اینجا اینطور است. چون ما شهرت قدمائی را داریم بر اخذ قصد قربت، و دو اجماع منقول بر قصد قربت هم داریم از غنیه و یک کتاب دیگری. ولذا ایشان آخرش می گوید جمع بین همه این حرف ها این است که اقوی این است که قصد قربت در اینجا لازم است.

رد سیره متشرعه بر وجود وقف بدون قربت

البته ایشان در اینجا سیره را هم رد می کند و می گوید اگر هم سیره ای باشد از باب عدم المبالات است. مثل سیره ای که زنها بر عدم پوشش دارند که نه تنها وجه را نمی پوشانند بلکه یک مقداری از موی آنها نیز بیرون است، یا اگر تا میج مجوز داشته باشند یک مقداری بیشتر از میج را هم نمی پوشانند. این بی مبالاتی است. نمی شود گفت این سیره ای است که مورد امضاء قرار گرفته است.

سؤال وجواب: ظاهراً مقصود سیره متشرعه باشد که می گوید همچنین سیره متشرعه ای نیست. چون راجع به سیره عقلانی بحث نکرده اند. چون اگر مراد سیره عقلانی باشد باید به زمان شارع برسانند و ردع هم نباشد ولی این کار را نکرده اند. ولذا ظاهرش این است که می خواهد سیره متشرعه را بگوید و می گوید کشف نکردیم این سیره از متشرعه بما هم متشرعه است.

پس درست است که ایشان اصلش را قبول کرده است که خیلی از مردم در هنگام وقف قصد قربت نمی کنند، منتهی ایشان می گوید این کشف از چیزی نمی کند، چون ممکن است از باب عدم مبالاتشان باشد. و این علی الظاهر می خورد به تقریب حجیت سیره از باب سیره متشرعه، می گوید سیره متشرعه بما هو متشرعه نیست چون احراز نمی کنیم از باب مبالات است.

ما تا اینجا آنچه داریم اصالة الفساد است.

ماهیت وقف و صدقه یکی است و وقف مصداق حقیقت مشترکی به نام صدقه است

منتهی از این فراتر بحث دیگری وجود دارد که بحث مهمی است، و آن اینکه آیا نمی توانیم بگوئیم ماهیت وقف با صدقه یکی است به بیانی که صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامه ره مطرح کرده اند. چون گفته اند از روایات استفاده می شود که صدقه یک حقیقت مشترکی دارد. در کل کتاب وقف تعداد روایاتی که در آنها عنوان وقف آمده خیلی قلیل است. حتی در اوقاف ائمه طاهرين عليهم السلام و حضرت فاطمه سلام الله عليها اگر نگاه کنید لفظ وقف را نمی بینید بلکه صدقه است. منتهی این را همراه با یک عباراتی مثل لا یوهب و لا یورث آورده اند که بفهمیم این وقف است نه صدقه ای است که قسیم وقف واقع شده است. ادعاء برخی از بزرگان مثل صاحب ریاض و دیگران این است که ما با تتبع در روایات مربوط به وقف می فهمیم که وقف حقیقتاً مصداق یک حقیقت مشترکی به نام صدقه است. صدقه یک حقیقت مشترک بین این قسم از صدقه که لایوهب و لایورث (یعنی وقف) و بین یک قسم دیگری از صدقه که صدقه خاصه است و در آن تملیک مع القرية است و طرف هم با این مال هر کار بخواهد می کند. آنوقت حرف این بزرگان این است که اگر این را ما قبول کردیم که با تتبع در روایات ما استظهار می کنیم که یک حقیقت مشترک هست و حقیقتاً وقف صدقه است، آنوقت ما روایات صحاحی داریم که مضمونش این است که لا عتق و لا صدقة الا إذا ارید به وجه الله. که عتق و صدقه نفی شده مگر اینکه ارید به وجه الله.

تقارب لا صدقه الا إذا ارید به وجه الله

در اینجا سه تقریب ممکن است:

تقریب اول: ظهور «لا صدقه» در نفی جنس

تقریب اول: که تقریبی است که مرحوم شیخ در همین تقریرات آورده است. فرموده ما به ظهور اولی همین تمسک کنیم. لا عتق و لا صدقه الا إذا ارید به وجه الله، که صدقه و عتق بدون قصد قربت اصلاً ماهیتش محقق نیست.

با این تقریب داریم {بطلان وقف بدون قربت را منتسب به ظهور می کنیم زیرا} عمل به ظهور روایت می کنیم. چون لای نافیہ للجنس حقیقت را نفی می کند، می گوید وقتی قصد قربت نباشد صدقه و عتق نیست. گویی در ماهیت اینها قصد قربت دخیل است.

اگر این تقریب را پذیرفتیم، آنوقت با توجه به اینکه وقف صدقه است، پس می توانیم بگوئیم که بدون قربت ماهیت وقف منتفی است.

این بالاتر از این است که قبلاً می خواستیم بگوئیم که بگوئیم قصد قربت شرط در صحت است. این تقریب اگر درست باشد می گوید قصد قربت دخیل در نفس ماهیت است.

اشکال به لای نفی جنس بودن: صدقه بدون قصد قربت تعقل می شود

منتهی برخی به این تقریب اشکال کرده اند. خود شیخ ره در مقام اشکال گفته است این حرف درست نیست. چرا؟ چون به تعبیر ایشان ما می توانیم تعقل کنیم وقف را بدون تعقل قصد قربت. پس قصد قربت در مفهوم وقف دخیل نیست.

جواب از اشکال: بین مفهوم وقف و ماهیت آن فرق است

منتهی ما نفهمیدیم این جواب به کجا می خورد. اینکه ما تعقل می کنیم یعنی تصور می توانیم بکنیم. تصور کنیم مفهوم وقف را بدون تصور قصد قربت. خب اینجا بین مفهوم و ماهیت دارد خلط می شود. ما در جایی این را مفصل بحث کرده ایم که بین مفهوم و ماهیت خیلی فرق است، کما اینکه در اول بحث وقف هم اشاره کردیم. ممکن است یک شیئی در مفهوم دخیل نباشد ولی در ماهیت دخیل باشد. یعنی ممکن است چیزی در مفهوم شیء یعنی موضوع له لفظ دخیل نیست، در آن چیزی که شما به ذهن می آورید دخیل نیست، اما در ماهیت تفصیلیه شیء مأخوذ است. مثلاً در باب لفظ آب در انواع طبیعی می توانیم بگوئیم اینکه آب هاچ دو H_2O هست در آن اخذ نشده است، ترکیب اکسیژن و هیدروژن

در مفهوم آب اخذ نشده است. فردا اگر معلوم بشود که آب هاچ دو اُ (H_2O) نیست هاچ سه اُ (H_3O) است، آب، آب است. یعنی مفهوم لفظ آب فرق نکرده است. بلکه کشف می شود آن چیزی که ما ماهیت آب می پنداشتیم چیز دیگری از کار در آمده است. چیز دیگری هم در بیاید، ولی مفهوم لفظ آب فرق نمی کند، با اینکه ممکن است اجزاء ماهوی آن نزد ما تغییر کند. این بحث خیلی دقیق و مهمی است. من در کتاب دلالت و ضرورت این را مفصل بحث کرده ام. و اثر گذار هم هست. در بحث اطلاعات و عمومات و خیلی جاهای علم اصول اثر گذار است.

مقصود اخذ قصد قربت در ماهیت است

حرف ما این است که کسی که می گوید لا عتق و لاصدقة الا إذا ارید به وجه الله و معنایش این است که اینها در ماهیت اخذ شده اند، مقصود اخذ در ماهیت عند الشارع است. شارع یک چیزی را به عنوان صلاة اخذ کرده است، که این ماهیت، ماهیت واقعی هم نیست که شما بگوئید ما تعقل نمی کنیم. بلکه یک ماهیت اعتباریه است، یعنی شارع یک وحدت اعتباری را برای این مجموعه اعتبار کرده است. ده تا جزء را گفته اینها یک ماهیت است به نام صلاة. اعتبار وحدت برای آن کرده است.

این یک راهی است که ما در بحث صحیح و اعم طی کردیم. اعتبار وحدانی برای مجموعه ای از امور به عنوان یک ماهیت است.

سؤال وجواب: نمی گوئیم حقیقت عرفی. می گوئیم ماهیتی که مولا جعل می کند. ... ما همین را می گوئیم که کسی که می گوید لا عتق و لاصدقة الا إذا ارید به وجه الله مقصودش این است که قصد قربت در ماهیت عتق و صدقه شرعا مأخوذ است. یعنی شارع یک مجموعه ای از امور را (اگر مسبب باشد که بسیط است و اگر سبب باشد مجموعه از امور است) اعتبار کرده وقف. من جمله یکی از آن امور عبارت است از همین قصد قربت. اینکه ما مجموعه ای از امور را واحد اعتبار کنیم به عنوان یک ماهیتی که شارع اعتبار کرده است این ربطی به تعقل و تصور ندارد که بگوئید ما تصور می کنیم وقف را ولی حتما لازم نیست تصور کنیم این جزء را.

پس این جواب درست نیست.

سؤال وجواب: عتق که حتما بدون قصد قربت محقق نمی شود چون در اینکه {قصد قربت در عتق} شرط صحت است اجماع وجود دارد و هیچ بحثی در آن نیست. ولی این غیر از بحث ما است. چون یک بحث این است که قربت در ماهیت دخیل باشد و یک بحث این است که قربت شرط صحت باشد، یک بحث هم این است که هیچ چیز نباشد. ما الان

می گوئیم قربت شرط صحت نیست بلکه اصلاً داخل ماهیت است یعنی اگر قربت نباشد وقف منتفی می شود. به این حرف جواب دادند که وقف منتفی نمی شود چون ما تعقل می کنیم تحقق وقف را بدون تحقق قصد قربت. اشکال ما این بود که از کجا می گوئید؟ تصور یک حرف است، ماهیت یک امر دیگری است.

سؤال وجواب: در صحیح و اعم ما بحث کردیم که حقیقت شرعی را در موضوع له لفظ می گوئید یا در ماهیت می گوئید؟ ظاهرش این است که در موضوع له لفظ می گویند حقیقت شرعی است. ما الان در ماهیت داریم می گوئیم، با هر لفظی ولو مجازاً به آن دلالت کنید. شارع یک مختصری دارد که ده جزء دارد، می خواهد لفظ مجاز باشد می خواهد نباشد. آنجا هم در صحیح و اعم و هم در مشتق مقداری حرفها خلط است. گاهی بین مدلول لفظ و ماهیت و مصداق خلط کرده اند. اگر در بحث حقیقت شرعی بحث در مدلول لفظ است (که ظاهرش این است)، ما الان کار به مدلول لفظ نداریم. می گوئیم یک ماهیت مخترع شرعی به نام وقف. این ماهیت ولو مجاز به آن دلالت کند، اصلاً شارع لفظ وقفش مدلول خاص شرعی نداشته باشد، بلکه اصلاً با مجاز به آن دلالت می کند، اما به ماهیت خودش دلالت می کند. مولا یک ماهیتی را جعل کرده و در این ماهیت چیزی اخذ شده است. شما نمی توانید با این بیانی که مرحوم شیخ فرمود این را رد کنید.

تقریب دوم و سوم: ظهور «لا صدقة» در نفی کمال یا نفی صحت

حالا اگر به هر دلیلی شما می گوئید ما اصلاً دال بر اینکه شارع همچنین ماهیتی اخذ کرده نداریم، لا عتق و لا صدقة إلا إذا ارید به وجه الله، اگر ما قصد قربت را دخیل در ماهیت ندانیم، لا اقل باید بگوئیم دخیل در صحت است. چون فرض کنید لا صدقة مجاز است، ما باید حمل کنیم آن را به اقرب مجازات به معنای اصلی. چون ما قرینه خاصی نداریم که به معنای دیگری رجوع کنیم. پس در این نفی بنابر اینکه نفی جنس نبود، بنابر اینکه قصد قربت داخل در ماهیت نباشد، دو راه بیشتر نداریم: یا باید مقصود نفی کمال باشد. یعنی لا عتق و لا صدقة یعنی صدقه کامله نداریم. کما اینکه می گویند لا صلاة الا بفاتحة الكتاب، با اینکه ما گاهی صلاة بدون فاتحة الكتاب داریم. یا می گویند لا صلاة لجار المسجد الا فی المسجد، که نمی خواهد نفی ماهیت کند که مطلق این طبیعت از جار مسجد واقع نمی شود الا فی المسجد. بلکه مقصود نفی کمال است. یعنی لا صلاة كاملة من جار المسجد الا فی المسجد. نفی کمال است. راه دوم این است که بگوئیم نفی صحت است.

دلالت لا صدقه بر نفی صحت است به قرینه سیاق و اقریت مجاز

در عتق بالاجماع نفی صحت است. چون در آنجا عتق باید به قصد قربت باشد والا واقع نمی شود. در اینجا هم، هم خود نفی صحت اقرب به نفی ماهیت است از نفی کمال، و هم از باب وحدت سیاق با عتق که در عتق نفی صحت است به نظر می آید اینجا هم نفی صحت است.

این همان چیزی است که ما می خواستیم ثابت کنیم که قصد قربت شرط است.

نیاز به دو مقدمه برای اثبات لزوم قصد قربت در وقف به وسیله لا صدقه

پس اگر ما دو تا مقدمه را بتوانیم درست کنیم البته این نتیجه درست می شود:

مقدمه اول اینکه بگوئیم لا عتق و لا صدقه نفی صحت است. به این بیانی که گفته شد.

مقدمه دوم اینکه بگوئیم کل وقف صدقه. نه اینکه وقف صدقه خاصی باشد. بلکه از این روایات فهمیده می شود که یک صدقه داریم که حقیقت مشترکه است بین وقف که نوع و حصه من الصدقة و یک حصه دیگری داریم که یوهب و یروث هم هست.

قصد قربت وجه مشترک هر دو حصه از صدقه است

پس صدقه یک حقیقت مشترکه دارد که آثاری دارد. حصصی هم دارد که آنها هم آثاری دارند. وقف یک حصه ای از حقیقت صدقه است که لا یوهب و لا یورث و آثار دیگر، یک حصه دیگر از آن صدقه مشترکه است که صدقه خاصه است که له آثار که یوهب و یورث و یباع و کذا. قصد قربت وجه مشترک این صدقه مشترکه است و هر دو قصد قربت دارند، چون فرموده لا صدقه و لا عتق الا إذا ارید به وجه الله.

پس اینجا با این روایات استدلال و مقدمه دوم بحث تتمیم می شود.

اشکال شیخ ره در مقدمه اول

اما نسبت به مقدمه اول، برخی مثل مرحوم شیخ و قبل از ایشان اشکال کرده اند. می گویند: آن چیزی که ما در روایات داریم غایتش این است که بعضی از اوقاف مصداق صدقه اند از باب اینکه قصد قربت شده است. نگفته اند که کل اوقاف صدقه هستند. می گویند آخرش این می شود که وقتی ما روایات را نگاه می کنیم معلوم می شود اوقافی داریم که ارید به وجه الله و صدقه هستند، و اوقافی هم می توانند باشند که صدقه نیستند. به تعبیر مرحوم شیخ عموم بین وقف و صدقه

عموم و خصوص من وجه است. ولذا کل عامین بر همدیگر نیز حمل می شوند، می شود کل وقف صدقة وکل صدقة وقف، منتهی به این شکل که در یک حصه ای اینطور هست و در یک حصه دیگری نیست.

این ادعای برخی از علماء است.

بیان صاحب ریاض در جواب از اشکال شیخ ره

منتهی ببینید دعوی که صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامة و دیگران دارند این است که مجموع رجوع ما به روایات چیزی بیش از این را می گوید. اینکه وقف با قصد قربت بشود صدقه، یعنی یک عبادتی که ثواب به آن می دهند، اینکه در همه افعال هست. روایتهای مختلف در باب وقف بیش از این را می گوید.

صاحب ریاض در جلد ۱۰ صفحه ۹۶ می فرماید:

«والمستفاد من تتبع الأخبار الكثيرة إطلاق الصدقة على الوقف كثيراً، حتى إنه في كثير من وقوف الأئمة و فاطمة عليهم السلام لم يذكر فيها لفظ الوقف بل اكتفى بلفظ الصدقة مقرونة بما يدل على إرادة الوقف منه. (تمام ادعاء این جمله است): فيظهر منها غاية الظهور أن إطلاق الصدقة عليه بعنوان الحقيقة المشتركة».

یعنی نه از باب اینکه بر یک فردی از افراد صدق کرده و بر افراد دیگر صدق نمی کند. این نیست. بلکه از مجموع روایات می فهمیم که یک حقیقت مشترکی هست که هم وقف و هم صدقه مصداق این حقیقت مشترکه هستند. و این حقیقت مشترکه آثار مشترکی دارد، مثل اینکه: لا عتق و لا صدقة الا إذا ارید به وجه الله.

بعد فرموده:

«و لا ينافيه احتياجه في الدلالة عليه إلى القرينة، لكونها معيّنة لا صارفة».

اگر قرینه صارفه لازم داشتیم می شود مجاز. اما این قرینه معینه است. یعنی یک حقیقت مشترک داریم که حصص دارد، ما برای تعیین آن حصه قرینه آوردیم نه برای اصل آن حقیقت مشترکه تا شما بگوئید این چه حقیقتی است که ما برای دلالت بر او نیاز به قرینه داریم پس مجاز است. نه، آن حقیقت مشترکه مجاز نیست. برای تعیین حصه اش که آثار خاصه دارد ما قرینه معینه آوردیم.

بعد می فرماید:

«و به يفرق بين لفظ الوقف و الصدقة، لاشتراكها بين الوقف و الصدقة الخاصة دون لفظ الوقف».

یعنی فرق لفظ وقف و صدقه این است که: لفظ صدقه مشترک است بین وقف و صدقه خاصه، اما لفظ وقف مختص است و دال بر آن حصه خاصه از صدقه است.

بعد می گوید حالا که از این روایات استفاده شد که کل وقف صدقه، دیگر می رود تحت آن کبری که لا عتق ولا صدقه الا إذا ارید به وجه الله.

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه هم که حرف های صاحب ریاض را تقریر کرده است همینطور گفته است.

صدقه بودن وقف با مجعول اصالی بودن آن تنافی ندارد

تنها مطلبی که باقی می ماند این است که: اگر ما بخواهیم این را بگوئیم با آن حرفی که اول زدیم که گفتیم وقف یک مجعول اصالی است منافات دارد یا نه؟

به نظر من هیچ منافات ندارد. چون این حقیقت مشترکه یک حصه اش وقف است و یک حصه اش صدقه خاصه است. آن حصه ای که وقف است یک مجعول اصالی هم باشد چه مانعی دارد. اینجوری می شود که ما یک مجعول اصالی داریم که باید در آن قصد قربت بشود که می شود وقف، یک مجعول دیگری داریم به نام صدقه که یوهب و یورث و غیره هست که در او هم قصد قربت لازم است.

با رفتن قربت بعید است جنس که اصل تملیک است واقع شود

سؤال وجواب: مثال زده اند که اگر کسی ریاء صدقه بدهد، صدقه بالحمل الشایع واقع نمی شود چون قصد قربت می خواهد. حالا کما اینکه مرحوم شیخ هم در این تقریرات دارند اگر ریاء در جهت این قید باشد، یعنی ریاء مضر به این جهت باشد، آیا جنس که عبارت باشد از تملیک مثل هبه، آیا هبه واقع می شود؟

مرحوم شیخ می گوید بنابر اینکه اگر فصل رفت جنس می تواند باشد هبه واقع می شود.

که این حرف از نظر فلسفی که نادرست است. چون جنس در طی فصول است.

حالا به لحاظ عرفی اگر در قصد قربت اخلاقی از باب ریاء به وجود آمد، تملکیش بدون این جهت واقع می شود یا نه؟ این اول کلام است. شبیه این حرف را در معاطات گفته اند.

سؤال وجواب: عتق اگر بدون قصد قربت باشد عبد آزاد نمی شود. عتق یک مسببی است ناشی از یک اسبابی. وقتی سببش نباشد چطور حاصل می شود؟ لذا اگر اینجا نذر کرده بودید صدقه بدهید بدون قصد قربت صدقه واقع نمی شود.

...الان بحث ثبوتی است که اگر واقعا رياء کرد و اخلال به قصد قربت کرد هبه واقع می شود یا نمی شود؟ این محل بحث است. ولو بیان فلسفی که مرحوم شیخ کرد که با رفتن فصل جنس باقی بماند یا نه، اینکه حرف نادرستی است، ولی می توانیم یک بحث عرفی فقهی کنیم که اگر صدقه را که عبارت است از تملیک مع قصد القربة، اگر به قربت اخلال کرد آیا قصد تملیک مطلق دارد یا ندارد؟ شبیه آنچه که در بحث معاطات و ما یضمن می گویند، که در آنجا اگر ما ضمان در ظرف عقد را قصد کرده بودیم و عقد فاسد در آمد، ولی یک ضمان دیگری هست، می شود این را درست کرد یا نه؟ یا در معاطات و امثال آن.

ما شاید در اینجا بگوئیم دلیلی نداریم. طرف می خواهد صدقه بدهد به قصد قربت و نداد. چه کسی می گوید هبه مطلق کرده است؟ آنوقت اینکه طرف می تواند بگیرد یا نگیرد مترتب بر این می شود. و اینکه جهل دارد چکار کند اصول ظاهری جاری می شود. ما فعلا بحث ثبوتی داریم. پس صدقه و عتق بدون قصد قربت واقع نمی شود.

شاید بتوان گفت قصد قربت در خود مفهوم وقف نهفته است

سؤال وجواب: بعضی از فقهاء مثل شهید در دروس و بعضی فقهاء دیگر وقف را به همین تسبیل و در سبیل الخیر تفسیر کرده اند. حتی عده ای می گویند در خود تسبیل سبیل خیر نهفته است. اگر این باشد اصلا در خود مفهوم وقف قصد قربت نهفته است. اگر حقیقت وقف تسبیل باشد یا بیان شارع که حبس الاصل و سبیل الثمرة، می گویند در لفظ سبیل نهفته است که سبیل خیر است یعنی باید قصد قربت داشته باشد. اگر کسی این را بگوید، این هم طریقی دیگری است برای شرطیت قصد قربت.

نتیجه این شد که: ما کلمات فقهاء را که می بینیم، مشهور فقهاء متقدم تا زمان شیخ طوسی و بعد از شیخ طوسی تقریبا همه اینها قائل بودند که قصد قربت در وقف شرط است. بله در کلمات برخی از متأخرین از اینها بود که قصد قربت شرط نیست مثل شهید در یک جای دروس. ولی مرحوم شیخ نقل می کند که مرحوم شهید در جای دیگری تصریح کرده اند قصد قربت لازم است. (که من الان نمی دانم). و برخی دیگر که زیاد هم نیستند اینها از متأخر از قدماء هستند گفته اند قصد قربت لازم نیست.

همینطور که به سمت زمان معاصر می آییم قائل به عدم اخذ قصد قربت در کلمات فقهاء بیشتر می شود.

منتهی ما مجموع ادله را بررسی کردیم. ریشه بحث هم در عدم اطلاقات و یا وجود اطلاقات مثل اوفوا بالعقود یا عمومات خصوصی مثل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها است، و فهم این روایات صدقه است که آیا وقف حقیقتاً مصداق صدقه است و کل وقف صدقه أم لا.

حسابش با خود دوستان.

نتیجه بررسی ادله شرطیت قصد قربت است

به نظر ما با این بحث ها لا شبهة در اینکه ما باید در وقف قصد قربت را شرط کنیم لا اقل من باب اصاله الفساد. مرحوم صاحب ریاض هم می فرماید بلا شبهة و لاریب. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه هم می گوید از این به بعد دیگر کسی در این شبهه نمی کند. (با اینکه می بینید شبهه کرده اند). والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- ۳۱۴ خلاصه بحث قصد قربت در وقف
- ۳۱۶ مسئله ۶ تحریر: اشتراط قبول در وقف
- ۳۱۷ اقوال در مسئله
- ۳۱۸ قائلین قول اول که قبول را مطلقا لازم می دانند
- ۳۱۸ نیاز به قبول از باب عقد بودن وقف
- ۳۱۸ تبیین قول دوم که می گوید قبول مطلقا لازم نیست
- ۳۱۹ ادعای اجماع بر قول دوم در کلمات فخرالمحققین
- ۳۲۰ تبیین قول سوم که قول به تفصیل است
- ۳۲۰ عدم خلط بین عدم ذکر در کلمات فقهاء با بحث اجماع بر عدم نیاز به قبول
- ۳۲۱ تنقیح موضوع بحث در کلام محقق تستری
- ۳۲۱ آیا نزاع در نیاز به قبول لفظی است یا در مطلق قبول و در قیام القبض مقام القبول الفعلی
- ۳۲۲ ظهور عقد در ایجاب و قبول لفظی است یا در اعم
- ۳۲۲ تحریر محل نزاع با برداشت از ادله مستدلین است
- ۳۲۳ فرق وقف با عتیق
- ۳۲۳ نقض به ارث و اتفلاف و جنابت درست نیست چون در آنها تملک قهری است

خلاصه بحث قصد قربت در وقف

بحث در نیت تقرب وقصد قربت در وقف بود.

بحث ما در قصد قربت تمام شد. نتیجه نهایی این شد که به نظر می آید قصد قربت در وقف لازم است. حالا یا از باب اینکه در روایات باب صدقه بر وقف تطبیق شده است، لذا قبول می کنیم که وقف قسمی از صدقه مشترکه است، که

به مقتضای لا عتق و لا صدقة الا إذا ارید به وجه الله باید در آن قربت باشد. یا اگر این را نپذیرفتیم، از باب اصل عدم ترتب اثر واصله الفساد می گوئیم بدون قصد قربت وقف حاصل نمی شود.

این نظر کلی در این باب.

من دو سه عبارت هم از فقهاء قبل، مثل مرحوم شیخ طوسی و دیگران پیدا کردم که تصریح می کنند که إنما الوقف من الصدقات یا هو الصدقات. مرحوم شیخ طوسی فرموده بود که وقف و صدقه یکسان هستند. از اینها معلوم می شود که تلقی فقهاء صده های اولیه هم همین بوده است که وقف و صدقه یکسان هستند.

پس حال یا از باب اینکه وقف و صدقه یکسان است اصلاً به صورت اجتهادی قبول می کنیم که چون وقف صدقه است و یک کبرای کلی داریم که لا صدقة الا إذا ارید به وجه الله، لذا قربت داخل است. یا از باب اصل و عدم ترتب اثر می گوئیم قربت لازم است.

سؤال: اشتراط قربت بخاطر اصاله الفساد که استصحاب است اصل مثبت می شود؟

جواب: ما نمی خواهیم بگوئیم که با استصحاب عدم تحقق اثر، لازمه اش را که قصد قربت است ثابت می کنیم. ما می گوئیم که اگر سبب فاقد قصد قربت بود اصل، عدم تحقق مسبب است. منتهی خود شما برای اینکه مسبب را واقع کنید بعد از اینکه می دانید مسبب واقع نمی شود بدون قصد قربت ولو بالاصل، از باب قدر متیقن می آورید. پس اتیان قصد قربت نه از باب لازمه استصحاب است، بلکه از باب قدر متیقن در سبب است. این ربطی به اصل مثبت در استصحاب ندارد. تازه شما می خواهید بگوئید استصحاب عدم ترتب اثر لازم آورده است جزئیت قصد قربت للسبب را. اگر کسی این را بگوئید این مثبت است، اگر لازمه اش باشد. این را نمی خواهیم بگوئیم. بلکه می گوئیم بدون قصد قربت ثابت نمی شود چون استصحاب عدم داریم. اما اینکه با قصد قربت واقع می شود از باب قدر متیقن است. این ربطی به استصحاب ندارد بلکه از باب قدر متیقن است.

سؤال: در روایت دارد که حضرت فرمودند: لا يرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عزوجل.

جواب: شما می خواهید بگوئید از این روایت فهمیده می شود که اگر ابتغاء وجه الله هم نباشد صدقه می شود. اما جواب این است که: شما می دانید که اطلاق اعم از مجاز و حقیقت است. بنابر این ممکن است اینجا با قرینه اینکه إذا تصدق کذا بفهمیم اینجا صدقه مجازاً اطلاق شده است.

سؤال: اصل بر حقیقت نیست.

جواب: اصالة الحقيقة معنایش این نیست. بلکه اصالة الحقيقة برای فهم مراد است إذا شک در اینکه مراد استعمالی چیست. نه اینکه اگر مراد استعمالی معلوم باشد شک کنیم که حقیقت است یا مجاز، بتوانیم اصالة الحقيقة جاری کنیم. لذا این چیزی که شما می گوئید عکس اصالة الحقيقة است که آخوند ره هم در کفایه می گوید این عکس اصالة الحقيقة است و جاری نیست. اصالة الحقيقة برای این است که اگر شما معنای مجازی و حقیقی را می دانید چیست، شک دارید در اینکه آیا حالا که این لفظ را متکلم گفته، اراد المجاز را یا اراد الحقيقة را، اصالة الحقيقة (یا اصالة الظهور که یکی از شعبش همین اصالة الحقيقة است) می گوید این معنای حقیقی را اراده کرده است. نه اینکه مراد را بدانید ولی ندانید این مراد مجاز است یا حقیقت بگوید حقیقت است. این عکس آن است.

مسئله ۶ تحریر: اشتراط قبول در وقف

البته ما مسئله ۷ را که بحث قصد قربت بود مقدم کردیم بخاطر اتصال پیدا کردن به بحث فضولی که آنجا قصد قربت بحث شده بود.

«مسئله ۶: الأقوی عدم اعتبار القبول في الوقف على الجهات العامة كالمساجد و المقابر و القناطر و نحوها، و كذا الوقف على العناوين الكلية كالوقف على الفقراء و الفقهاء و نحوهما».

در وقف بر جهات عامه قبول معتبر و لازم نیست، و همچنین در وقف بر عناوین کلی هم (که وقف بر جهت نشده بلکه بر خود عنوان وقف شده است ولی عنوان کلی است و حصر در معینین نیست) در اینجا هم فرموده اند قبول لازم نیست.

بعد فرموده اند:

«و أما الوقف الخاص كالوقف على الذرية فالأحوط اعتباره فيه، (در وقف خاص بنابر احتیاط فرموده اند قبول لازم است. البته بعد می گویند لازم نیست). فيقبله الموقوف عليهم، (حالا که بنابر احتیاط گفتیم قبول لازم است، چه کسی قبول کند؟ می فرماید موقوف عليهم قبول می کند). و يكفي قبول الموجودين و لا يحتاج إلى قبول من سيوجد منهم بعد وجوده. (وقتی گفتیم موقوف عليهم باید قبول کند، خب موقوف عليهم خیلی ها هستند، بعد هم طبقات مختلف هستند، اگر گفتیم بالاطلاق شامل ذریه و ذریه ذریه هم می شود خب بطون بعدی که الان موجود نیستند، بنابر این چه کسی قبول کند؟ می فرماید موجودین قبول کنند کافی است، قبول بعدی ها لازم نیست).

بعد می فرماید:

«و إن كان الموجودون صغارا أو فيهم صغار قام به وليهم».

(اگر موجودین صغیر بودن ولی آنها قبول می کند).

در آخر می فرماید:

« لكن الأقوى عدم اعتبار القبول في الوقف الخاص أيضا. كما أن الأحوط رعاية القبول في الوقف العام أيضا، و القائم به الحاكم أو المنصوب من قبله^۱».

(می گویند این احتیاطی که ما در وقف خاص کردیم احتیاط بود ولی نظر اجتهادی این است که قبول لازم نیست. کما اینکه در وقف عام گفتیم قبول لازم نیست ولی آنجا هم احتیاط این است که قبول باشد. و در وقف عام قبول کننده حاکم است چون او ولی عام است).

پس نتیجه این شد که چه وقف عام باشد و چه وقف خاص باشد اقوی یعنی نظر اجتهادی حضرت امام قده که در وسیله هم هست این است که قبول لازم نیست. ولی بخاطر خروج از مخالفت عده ای که قائل {به اشتراط قبول} هستند احتیاط اقتضاء می کند که در هر دو صورت (هم وقف عام و هم وقف خاص) قبول را بیاورند.

اقوال در مسئله

این مسئله واقعا مسئله دشواری است. در اینجا سه قول هست:

قول اول: این است که ما بگوئیم در تمام فروض (هر دو فرض اصلی و فروض دیگر) قبول لازم است مطلقا. یعنی هم در وقف عام و هم در وقف خاص قبول لازم است. (اینکه می گوئیم قول بنابر ظاهر است، والا مصرح به این قول جز یکی دو نفر شاید نباشند، ولی از لازمه حرفشان این حرف را می فهمیم)

قول دوم: این است که قبول مطلقا لازم نباشد نه در وقف عام و نه در وقف خاص. این هم عده ای قائل دارد. کما اینکه هم در وسیله و هم در تحریر همین را می گویند. مرحوم سید هم در ملحقات عروه همین را می فرماید. و در بعدی ها تقریبا همه کسانی که منهاج الصالحین آقای حکیم را تحشیه کرده اند قائل هستند که قبول معتبر نیست.

^۱ - تحریر الوسيلة، ج ۲، ص: ۶۴

قول سوم: تفصیل بین وقف عام و خاص است. در وقف عام می گویند قبول لازم نیست چون ممکن نیست ولی در وقف خاص قبول لازم است.

قائین قول اول که قبول را مطلقا لازم می دانند

اما قول اول که قبول لازم است مطلقا، علی الظاهر این قول مصرحی ندارد. فقط مرحوم علامه حلی در تذکره وقتی قول شافعی را در یک مسئله ای نقل می کند می فرماید در اوقاف عام، حاکم قبول می کند. از اینجا اینطور استظهار می کنند که پس ایشان قائل است در اوقاف عام قبول لازم است که می گوید حاکم قبول می کند. بعد صاحب جامع المقاصد هم گفته است هو اولی که قبول لازم باشد و حاکم قبول کند.

همین دو نفر را به عنوان مصرح خاص آورده اند.

نیاز به قبول از باب عقد بودن وقف

اما ممکن است بگوئیم قبول لازم است از باب اینکه کثیری از فقهاء فرموده اند وقف، عقد است. محقق صاحب شرایع ره شاید اولین کسی است که تصریح کرده به اینکه وقف عقد است. وعده ای ادعاء کرده اند اطباق الفقهاء است بر اینکه این عقد است. خب مقتضای عقد بودن این است که قبول مقوم وقف باشد. یعنی وقف حقیقت عقدی دارد مرکب از ایجاب و قبول نه اینکه صرفا قبول شرط باشد، به بیانی که بعدا می گوئیم. و نه اینکه نبودش مانع است، که توضیح می دهیم. نه، مقوم حقیقت وقف به لحاظ عقدی ایجاب و قبول است. پس همه کسانی که گفته اند وقف عقد است، لازمه اش این است که قبول را لازم و معتبر دانسته اند آن هم به نحوی که در کنار ایجاب عقد را تشکیل بدهد.

تبیین قول دوم که می گوید قبول مطلقا لازم نیست

از آن طرف عده ای گفته اند {که قبول} اصلا دخیل و لازم نیست. در این قول، مصرحی از قدماء و صدهای اولیه نداریم که تصریح کرده باشد قبول لازم نیست.

ادعای اجماع بر قول دوم در کلمات فخرالمحققین

منتهی از یک عبارت از مرحوم فخرالمحققین در ایضاح الفوائد نقل شده است که ایشان گفته است که الاصحاب لم یشرطوه، یعنی اصحاب شرط نکرده اند مسئله قبول را.

این کلام را عده ای حمل بر اجماع کرده اند.

یک عبارت دیگری هم وجود دارد که در او هم بحث واقع شده است. آن عبارت هم از فخرالمحققین است در شرح ارشاد است. (البته یکجا دارد فخر الاسلام، ولی ظاهرش که می گوید شرح الارشاد، خب فخرالمحققین شرح قواعد که دارد ظاهرا باید شرح ارشاد هم داشته باشد، ولی چون در مفتاح الکرامه گفته فخر الاسلام، محشی و معلق مفتاح الکرامه رفته از یک کتابی به نام نیلی شرح ارشاد آورده است. حالا نمی دانم حقیقت این قضیه چیست. ولی عده دیگری مراد از صاحب این شرح الارشاد را فخرالمحققین گرفته اند. چون آنجا فرموده شیخنا، و گفته اند مراد ایشان از شیخنا والدشان علامه ره هست. حالا این خیلی مهم نیست). ایشان در مسئله عقد بودن وقف گفته اند:

«یتم العقد بالایجاب اجماعا و بالقبول علی الاقوی عند شیخنا».

آنوقت یک عده ای از این جمله هم اجماع فهمیده اند. چون فرموده یتم العقد بالایجاب اجماعا.

ولی مرحوم شیخ انصاری در تقریرات منسوب به ایشان حرف دقیقی می زند. می گوید این عبارت معنایش اجماع نیست. این یتم العقد بالایجاب اجماعا از باب اکتفاء به ایجاب نیست بلکه از باب لزوم است. یعنی در اینکه باید ایجاب باشد اجماع است، نسبت به قبولش علی الاقوی است. پس یتم العقد بالایجاب اجماعا معنایش این نیست که به صرف ایجاب عقد تمام است. اینکه معنا ندارد. (استنباط شیخ هم در اینجا از فخر الاسلام همین فخرالمحققین است) می گوید مخصوصا که این حرف را فخرالمحققین می زند که والدش به خلاف این تصریح می کند. آنوقت چطور ممکن است ایشان ادعای اجماع کند.

پس مقصود از اینکه یتم العقد بالایجاب اجماعا، یعنی اینکه ایجاب در عقد لازم است، این اجماعی است، اما اینکه قبول هم لازم باشد علی الاقوی است. پس نمی شود از این حرف فهمید که اجماع واقع شده بر عدم لزوم قبول در وقف. پس نتیجه این شد که نسبت به اینکه قبول لازم نباشد قول مصرحی در میان فقهاء قبلی نداریم، مگر همین ادعایی که از فخرالمحققین در ایضاح الفوائد نقل شده است که فرموده است که والاصحاب لم یشرطوه.

تبیین قول سوم که قول به تفصیل است

ولی {نسبت به} قول سوم که قول به تفصیل بود در میان علماء تصریح داریم. مرحوم شهید ثانی در مسالک و روضه تصریح می کند به تفصیل که در وقف عام ما قبول لازم نداریم اما در وقف خاص قبول لازم است. در تذکره و تحریر و کتب دیگر علامه هم تصریح به تفصیل شده است.

پس فرق قول به تفصیل با دو قول دیگر این است که قول به تفصیل تصریح شده است اما در رابطه با دو قول دیگر تصریحی نداریم بلکه از لازمه حرفهای آنها استفاده می کنیم.

سؤال وجواب: در اینکه ماهیت عقد متقوم به قبول است که بحثی نیست. در مقابل ایقاع که قبول نمی خواهد.

عدم خلط بین عدم ذکر در کلمات فقهاء با بحث اجماع بر عدم نیاز به قبول

سؤال: مدرک برای عدم لزوم قبول عبارت فخرالمحققین نیست که لم یشرطوه. بلکه مدرک همین عبارات علماء است که فقهاء در مقام بیان شروط بوده اند و آن را ذکر نکرده اند.

جواب: همانطور که صاحب مفتاح الکرامه هم می فرماید دو جور بحث است: ایشان یک عده از کتب را ردیف کرده می گوید ظاهر کسانی که قبول را در زمره شروط نیاورده اند با اینکه در مقام بیان شروط بوده اند و با اینکه جمعی از آنها {شروطی} مثل قصد قربت یا ایجاب را آورده اند ولی قبول را نیاورده اند ظاهر تمام کسانی که لم یذکروا فی عداد الشرائط این مسئله را همین است که قبول ندارند وقف عقد باشد. این یک حرف است. حرف دیگر ادعای اجماع است از کلام فخرالمحققین. شیخ و دیگران می گویند از این کلام که فخرالمحققین فرموده است که و الاصحاب لم یشرطوه اجماع فهمیده می شود. این غیر از فرمایش شما است. ما کار به نقل فخرالمحققین داریم. یکوقت ما خودمان مواجهیم با کتب عده زیادی از فقهاء که اینها گفته اند و هو مشروط بشروط منها کذا، اما در بین آنها قبول را نیاورده اند. حتی تصریح به ایجاب را آورده اند که باید ایجاب باشد و تصریح بشود به ایجاب به مثل وقف و امثالش، اما قبول را نیاورده اند، یا گاهی قصد قربت را آورده اند ولی قبول را نیاورده اند. می گویند از این عدم ذکر در عداد شرائط می فهمیم پس اینها قبول ندارند. ولذا صاحب مفتاح الکرامه می فرماید و ظاهر کل من لم یذكر در عداد شرائط، ظاهرش این است که قبول ندارد که وقف عقد باشد. منتهی یک بحث دیگر خود نقل ایضاح است که می گوید الاصحاب لم یشرطوه. عده ای از این کلام نقل اجماع فهمیده اند. این بحث دیگری است.

قبل از اینکه ما ادله این اقوال را بررسی کنیم، یک نکته ای را اول بحث عرض کنیم:

تنقیح موضوع بحث در کلام محقق تستری

مرحوم تستری صاحب مقابس یک حرفی دارد که مرحوم شیخ در انتهای بحثشان نقل کرده است. کلام ایشان راجع به تنقیح موضوع بحث است.

آیا نزاع در نیاز به قبول لفظی است یا در مطلق قبول و در قیام القبض مقام القبول الفعلی

کلام ایشان این است که آیا موضوع بحث قبول لفظی است، یعنی نزاع سر قبول لفظی است؟ یعنی مثبتین و نافیین و مفصلین دعوایشان سر این است که هل يعتبر فی عقد الوقف القبول اللفظی بعد الفراغ از اینکه ما نیاز داریم به چیزی که کاشف از رضای موقوف علیهم باشد؟ یعنی لزوم رضای موقوف علیهم طبق ادله ای که بعد خواهیم گفت مفروغ عنه است، نزاع در این است که آیا ما قبول لفظی می خواهیم یا نمی خواهیم.

یا نه، نزاع در این است که ما قبول می خواهیم یا نه اعم از لفظی و فعلی. چون ما با فعل هم می توانیم انشاء کنیم، مثل معاطات. آیا نزاع در این است که یک طرف می گویند ما اصلاً قبول نمی خواهیم اعم از فعلی و قولی، چون وقف ایقاع است، مثل عتق تحریر و فک ملک است، کاری به کس دیگری ندارد. ملک خودم بود می خواهم آزادش کنم، به طرفی کاری ندارد که بخواهد رضای طرف شرط باشد با قبول و امثالش.

پس شاید نافیین در مقام نفی قبول بالمره هستند بطوری که وقف تبدیل به ایقاع بشود. مثبتین می گویند قبول لازم است اعم از قبول فعلی و قولی.

حالا به این اختلاف در صورت نزاع اضافه کنید اینکه قبض هم می تواند آن قبول باشد یا نه. قبولی که عملی و فعلی باشد و به نفس قبض هم حاصل بشود.

قبض را حالا در لزوم یا در صحت همه شرط می دانند. اگر شما قبول کنید که قبول را به قبض هم می شود انجام داد آنوقت مسئله خیلی پیچیده می شود، چون قبض را که همه شرط می دانند، پس دیگر نافی و مثبت چه می گویند.

این یک حرفی است که صاحب مقابس مطرح کرده است.

ظهور عقد در ایجاب و قبول لفظی است یا در اعم

البته عرض خواهیم کرد که یکی از قرائن بر اینکه نزاع در قبول لفظی باشد این است که گفته شده اصلاً عقد ظهور دارد در ایجاب و قبول لفظی. در سیر بحثی که تا اینجا رسیدیم چندین مورد مصنفین تصریح کرده بودند که مقصود از عقد ایجاب و قبول لفظی است. حالا این شاید حرف درستی نباشد، ولی هم خودشان ادعا کرده اند و هم گفته اند که در کلمات فقهاء مراد از عقد، مرکب از ایجاب و قبول لفظی است، و اگر ایجاب به لفظ باشد قبول به عمل باشد به این نمی گویند عقد.

پس مرحوم صاحب مقابس (طبق گزارش شیخ اعظم) می فرماید نزاع در موضعین است: یکی در اعتبار اصل قبول است مطلقاً، در قبال کسی که می گوید قبول لازم نیست و وقف ایقاع است. و نزاع دوم در اعتبار قبول لفظی است.

تحریر محل نزاع با برداشت از ادله مستدلین است

مرحوم شیخ می فرماید لعل این حرفی که صاحب مقابس در تحریر محل نزاع می گوید ناشی از نوع ادله ای که مستدلین اعم از نافین و مثبتین آورده است باشد. از برخی ادله به نظر می آید که بعد الفراغ از اصل این است که قبول لازم است. از برخی ادله استفاده می شود که نزاع سر یک مطلبی است که اعم است از قبول قولی و قبول عملی.

مثلاً مرحوم شیخ می فرماید: مقتضای دلیل اول برای لزوم اول (که ما فعلاً مطرح نکرده ایم) که اطباق الفقهاء علی أنه عقد است، می گوید این ظهور دارد در اینکه نزاع در این است که قبول لفظی می خواهیم. چون ظهور عقد در قبول لفظی است. اما دلیل دیگرشان که گفته اند مستبعد است که چیزی در ملک دیگری بدون رضا و اختیار او داخل بشود (که بعداً بحث می کنیم و نقض ها را می گوئیم)، می گوید از این فهمیده می شود که نزاع در اعم از قبول فعلی و قبول لفظی است. می خواهد بگوید که نمی شود ایقاع باشد. چون فعل هم کاشف از رضا است. می گوید بدون رضا نمی شود در ملک او واقع بشود، یعنی به صرف ایقاع نمی شود وقف باشد. پس نزاع در این است که وقف عقد است یا ایقاع، نه اینکه ما در وقف قبول لفظی بخصوصه می خواهیم یا نه.

می گوید بنابر این این دو نزاعی که مرحوم تستری گفته درست است، چون ظهور برخی از ادله این است که مصب نزاع لفظی بودن قبول است. ولی ظهور برخی ادله این است که محل نزاع این است که آیا کلاً قبول می خواهیم و این وقف عقد است یا نمی خواهیم و وقف ایقاع است.

به نظر مرحوم شیخ انصاری بالاجماع وقف ایقاع نیست

مرحوم شیخ خودش یک استظهاری می کند می فرماید:

«لكن التأمل الصادق بعد استعمال الحدث القطعي من ملاحظة مجموع كلماتهم الدائرة في باب الوقف و في فروعاته يقضى بعدم كونه من الايقاعات مجمعا عليه». اینکه وقف ایقاع نیست مجمع علیه است. ایشان از همین اطباق فقهاء علی القعد این را فهمیده است. می گوید معلوم است که فقهاء وقف را ایقاع صرف نمی دانند. وقف را مثل عتق نمی دانند که یک طرفه باشد.

فرق وقف با عتق

عتق اینطوری است که من با میل خود، عبد را عتق می کنم قربة الی الله (قصد قربت هم در آن شرط است) این عبد آزاد می شود. خود عبد بخواهد یا نخواهد آزاد می شود ولو عبد بگوید من می خواهم عبد بمانم.

مقصود از یک طرفه بودن عتق ابتداء است

البته برخی در بحث عتق هم تدقیق کرده اند گفته اند ما می گوئیم ما می گوئیم ابتداء نمی شود در ملک دیگری بلا اختیار واقع بشود. چون در خود عتق هم مواردی داریم که ورود در ملک غیر دارد. مثل اینکه شریک اگر حصه خودش را عتق کند آن عبد معتق می شود منتهی عتق کننده ضامن حصه شریک خودش می شود. پس یک عوضی در ملک شریک وارد می شود. پس در عتق هم ما یک جاهایی با طرف کار داریم، اینجور نیست که همه کارهایش با خود من معتق باشد. بنابر این مقصود اینها که می گویند در عتق فقط یک طرف است و ایقاع است، مقصود این است که علی الاصول وابتداء اینطور است، ولو یک جاهایی یک تأثیراتی در املاک دیگران داشته باشد مثل حصه شریک. اما علی الاصول اینطوری است که در عتق یک طرفه است.

شیخ می فرماید ملاحظه تام کلمات فقهاء نشان می دهد که ایقاع نبودن وقف مجمع علیه بین آنها است. واینکه وقف مثل عتق نیست. لاقلا در وقف خاص ما با وقف در ملک موقوف علیهم داخل می کنیم. ما در فقه همچنین چیزی سراغ نداریم که مملک چیزی را داخل در ملک دیگری کند بدون رضای او.

نقض به ارث و اتفلاف و جنابت درست نیست چون در آنها تملک قهری است

اما نقض به ارث و اتفلاف و جنابت درست نیست. چون در آنها تملک قهری است. این دقت جواب است از {اشکال کسانی که این نقض را مطرح کرده اند} مثل مرحوم سید و تابعین ایشان و محشین تحریر. در آنها تملک قهری است. اینطور نیست که یک کسی با یک اقدام مختارانه یک تملیکی کرده باشد که در ملک دیگری بدون اختیار او داخل شود. در

ارث موتی صورت می گیرد که سبب غیر اختیاری است، آنهم باز به دلیل شرعی تملک قهری واقع می شود. لذا شیخ می فرماید ما هیچ موردی در فقه نداریم که بدون اختیار و رضای طرف ما اختیارا و با یک سبب اختیاری چیزی را در ملک کسی داخل کنیم.

سؤال: نقض می شود کلام شیخ به وصیت تملیکی.

جواب: چه کسی گفته در تملیکی قبول نمی خواهد؟ بلکه همین اشکال در آنجا هم می آید.

نیاز به قبول بخاطر تصرف در حیطة طرف مقابل است

پس در واقع اینطور می شود که وارد کردن یک شیئی در ملک کسی گویی یک نحوه تصرف در حیطة سلطان او است. هر چه او می گوید من نمی خواهم مالک این باشم بگویند تو بخواهی یا نخواهی من این کار را انجام می دهم. این را عقلاء نمی پسندند و چیز مستبعدی است و مرحوم شیخ هم می گوید ما در فقه نمونه نداریم.

عبارت مرحوم شیخ این است:

«و أن الوقف ليس كالعق و النذر من الامور المتقومة بشخص واحد. بل نظير الهبة و الصدقة و سائر التمليكات الموقوفة على رضا الاثنين الموجب والقابل. فالنزاع المعروف ترجع الى القبول اللفظي خاصة». بعد ایشان یک احتمال دیگری ذکر می کند و رد می کند که ما کاری به او نداریم.

نتیجه اینکه که ما در تنقیح موضوع بحث باید یک دقتی کنیم. این بحثی که الان کردیم در فهم استدلال مستدلین اثر گذار است که چه چیزی را می خواهند ثابت کنند. انشاءالله فردا که بحث استدلال اطراف را می بینیم با توجه به این جهت هست.

باسمه تعالی

- ۳۲۵ ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف
- ۳۲۶ خلاصه بیان صاحب مقابس
- ۳۲۶ لفظ عقد ظهور در ایجاب و قبول لفظی ندارد
- ۳۲۷ اطلاق صیغه بر معاطات بعید است
- ۳۲۷ ادله کسانی که می گویند قبول مطلقا لازم است:
- ۳۲۷ دلیل اول: اجماع بر عقد بودن وقف
- ۳۲۷ دلیل دوم مثبتین: ادخال شیء بدون قبول در ملک دیگری از مذاق شرع بعید است ونوعی تصرف در حیطة سلطنت اوست
- ۳۲۹ نفس استبعاد شاهد بر وجود تحلیل دیگری است
- ۳۳۰ دلیل سوم مثبتین: تمسک به اصالة الفساد
- ۳۳۰ فرق دلیل سوم با دو دلیل اول
- ۳۳۰ دلیل چهارم مثبتین: امکان رد از طرف موقوف علیه دلیل بر نیاز به قبول است
- ۳۳۱ اشکال آخوند ره به دلیل چهارم: امکان رد مانع بودن رد را اثبات می کند نه شرطیت قبول را
- ۳۳۲ ادله نافی اشتراط
- ۳۳۲ دلیل اول: ادعای اجماع فخرالمحققین
- ۳۳۳ شاید لم یشرطوه خبر باشد از عدم ذکر اصحاب نه از شرط ندانستن اصحاب
- ۳۳۴ کلام محقق نمونه ای است برای اینکه قبول را شرط می دانند ولی ذکر نکرده اند

ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف

بحث در لزوم قبول در وقف بود.

خلاصه بیان صاحب مقابس

مرحوم شیخ از صاحب مقابس مطلب مهمی را نقل کرد که دیروز بیان کردیم. آن کلام این بود که در اینکه معتبر فی الوقف القبول دو جور نزاع می تواند باشد: یک نزاع این است که آیا اصل قبول لازم است یا نه. بطوری که در واقع نزاع این باشد که آیا وقف عقد است یا ایقاع است که قبول نمی خواهد و مثل عتق یکطرفه است. این یک نزاع است. نزاع دیگر این است که بعد الفراغ از اینکه قبول باید باشد، آیا قبول لفظی لازم است یا نه. که در این صورت بحث سر لفظی بودن قبول است نه اصل قبول که دال بر رضا است. اصل قبول بنابر بعضی استدلالها که هست لازم است. این نزاع دوم است.

که البته اگر این مسئله با یک نزاع سومی دمج شود دیگر تحریر خود مسئله مشکل تر می شود. نزاع سوم این است که نفس قبض که در وقف شرط است و همه هم قبول دارند إما للزوم و إما للصحة، می تواند نفس همین قبض قبول باشد که قبول عملی است؟ بعضی همین را کافی می دانند. وقتی این نزاع را جمع کنیم با بحث قبول، تحریر محل نزاع شکل دیگری پیدا می کند.

این نکته مهمی است در ذهن دوستان باشد که وقتی می رویم استدلالها را ببینیم، ببینیم این استدلالها کدام را ثابت می کند؟ آیا قبولی را اثبات می کند که لفظی است در قبال عدم لفظی بودن، یا قبولی را اثبات می کند که یدل علی الرضا، در مقابل اینکه اصلاً دال بر رضای موقوف علیهم به کار واقف لازم نداشته باشیم، یعنی یک امر ایقاعی محض باشد.

عرض کردیم می شود گفت اینجا سه تا نظر هست (گرچه دو نظر از اینها صریح نیستند ولی از مجموع حرفشان استنباط می شود): یکی اینکه بگوئیم کلاً قبول در وقف دخیل نیست. یک چیزی شبیه عتق بشود. قول دیگر اینکه قبول در وقف دخیل باشد مطلقاً اعم از اینکه وقف عام باشد یا خاص. قول سوم تفصیل بین وقف عام و وقف خاص است.

لفظ عقد ظهور در ایجاب و قبول لفظی ندارد

آنهايي که می گویند قبول شرط است، عمده کسانی هستند که گفته اند وقف عقد است. ظاهر عقد بودن این است که قبول جزء آن است. منتهی در این نهفته نیست که این قبول حتماً لفظی باشد. بلکه برخی ادعا کرده اند که لفظ عقد ظهور دارد در ایجاب و قبول لفظی. ولی این حرف ثابت نیست هرچند قائلین زیادی دارد که می گویند مستظهر از لفظ عقد در کلمات فقهاء عقد لفظی یعنی ایجاب و قبول لفظی است. اما واقعاً ثابت نیست که این باشد. یعنی معاطات عقد است، نه اینکه خارج از عقد باشد. گرچه عرض کردم برخی از فقهاء معاطات را مقابل عقد قرار داده اند، ولی حق مطلب این است

که معاطات عقد است. حقیقت عقد ترکب از انشاء ایجاب و قبول است. و در معاطات هم ما با فعل ایجاب و قبول را انشاء می کنیم. این هم عقد است.

اطلاق صیغه بر معاطات بعید است

بله اطلاق صیغه بر ایجاب و قبول عملی خیلی بعید است. گرچه یکجائی دیدم که آیه الله شبیری حفظه الله (ظاهرا در کتاب نکاح) آورده اند که در کلمات فقهاء بر معاطات هم صیغه اطلاق شده است. من خودم فحص نکرده ام. ولی به نظر وقتی می گویند صیغه عقد یا ایقاع، ظاهرش لفظ اینها است، نه اینکه به آنچه که به عمل هم انشاء بشود صیغه بگویند. اما در عقد گرچه برخی از فقهاء لفظ بودن را استظهار کرده اند، ولی معلوم نیست این تمام باشد.

سؤال: آقای شبیری در کتاب نکاح تصریح کرده اند که صیغه ظهور در لفظ دارد.

جواب: بله، ولی ممکن است استظهار خودشان باشد. آنجا گفته اند صیغه در کلمات فقهاء به غیر لفظ هم اطلاق شده است. که من از این کلام تعجب کردم.

ادله کسانی که می گویند قبول مطلقا لازم است:

کسانی که می گویند قبول مطلقا لازم است سه دلیل آورده اند:

دلیل اول: اجماع بر عقد بودن وقف

دلیل اول: همین ادعای اطباق اصحاب است بر اینکه وقف از جمله عقود است. مرحوم کرکی در جامع المقاصد و شهید ثانی در مسالک تصریح کرده اند بر اینکه اطباق اصحاب است بر اینکه وقف عقد است.

خب اگر از این ادعا، اجماع بر عقد بودن فهمیده شود، این استدلالی می شود بر اینکه معتبر فی الوقف الایجاب و القبول.

دلیل دوم مثبتین: ادخال شیء بدون قبول در ملک دیگری از مذاق شرع بعید است ونوعی

تصرف در حیطة سلطنت اوست

دلیل دوم: گفته اند ادخال شیئی در ملک کسی ابتداء بغیر رضاه این درست نیست و از مذاق شرع بسیار بعید است یعنی ما همچنین چیزی در شرع نداریم.

این کلمه ابتدائاً که اینجا هست دیروز عرض کردیم مقصود این است که گاهی مواردی داریم که چیزی را در ملک دیگری ادخال می کند، ولی اینها ابتدائاً نیست. مثل عتق شریک. درست است که عتق شریک موجب می شود که ما یک مالی را در ملک شریک دیگر وارد کنیم به عنوان عوض این عبد تالف، اما این ابتدائاً نیست، بلکه از باب اینکه موجب تلف شدم و تلف موجب ضمان است و ایفاء ضمان به این است که من جبران کنم از این باب است. نه اینکه ابتدائاً به نفس عتق من مالی را در ملک دیگری داخل کرده باشم.

آنوقت نتیجه اینکه کسی که اینجور تعلیل می کند می گوید ما در شرع نداریم مواردی که بدون اختیار طرف ما چیزی را در ملک او داخل کنیم.

روشن ترین نقضی که بر این حرف کرده اند در بحث ارث است. گفته اند مال میراث قهراً وارد ملک وارث می شود. پس اینکه شما گفتید اختیاراً نمی شود، خب در شرع همچنین چیزی هست.

منتهی عرض کردیم جواب روشنی دارد و آن اینکه تملک قهری در اسلام هست، مثل پول و دیه ای که از جنایات برای طرف حاصل می شود و امثال آن هست. اینها تملکات قهریه است. اما اینکه با تملیک اختیاری ما چیزی را در ملک دیگری وارد کنیم بدون رضای او، این را گفته اند نداریم.

پس حرف این است که در شرع همچنین چیزی وجود ندارد و مستبعد هم هست و به یک معنا یک نوع تصرف در سلطان شخص هم هست، که طرف می گوید من نمی خواهم مالک این اشیاء باشم، بگوئیم من اختیاراً می خواهم تو را مالک کنم بخواهی یا نخواهی. این مستبعد است.

سؤال: بالاخره آن روی سکه تملک تملیکی هست دیگر.

جواب: خیر، گاهی آن رویش تملیک نیست. مثلاً در باب میراث موت یک امر تکوینی قهری است که سبب شده است. اما اینکه شما به سبب اختیاری بتوانید چیزی را داخل ملک دیگری کنید بدون رضاه، این درست نیست.

مرحوم شیخ این را خوب باز کرده و می گوید این دو مسئله خیلی فرق می کند. فرموده در موت شما یک سبب قهری دارید که موجب یک ورود قهری در ملک می شود، در ضمان هم همینطور. اما اینکه شما بتوانید با تملیک اختیاری این کار را انجام بدهید این نمونه ندارد.

نفس استبعاد شاهد بر وجود تحلیل دیگری است

البته ممکن است کسی بگوید صرف استبعاد هم دلیل نیست. {چه اشکالی دارد در { اینجا {یعنی بحث وقف، تملیک اختیاری بدون رضایت موقوف علیهم { داشته باشیم. اما در جواب گفته می شود این نبودن شاهد می شود بر اینکه این موارد را جور دیگری معنا کنیم. چون الان در مقام تحلیل یک عملیه ای هستیم که در شرع ثابت شده و در میان عرف هم ثابت است، بحث در تحلیل این است. بحث این است که چرا ما بیائیم این پدیده را جوری تحلیل کنیم که هیچ مصداقی نداشته باشد و مستبعد باشد و اذهان این را نپذیرد که بگوییم تو بخواهی یا نخواهی من می خواهم این اموال را در ملک تو داخل کنم. یک جوری عرف حیطه ملک را حیطه سلطنت من می داند.

پس اینکه یک عده ای گفته اند استبعاد که دلیل نیست بر خلاف دلیلی که ما داریم. ما می خواهیم بگوئیم دلیلی که اینجا داریم این است که یک پدیده ای است به نام وقف که ثبوتش مسلم است هم شرعا و هم عرفا، ولی سؤال این است که چه تحلیلی برای این پدیده داریم. می توانیم این پدیده را جوری تحلیل کنیم که لازمه اش امور مستبعده باشد که طباع از آن فرار می کند، یا جوری تحلیل کنیم که معنای معقولی داشته باشد. اینکه وارد شدن امری در ملک موقوف علیهم دائر مدار رضای آنها باشد معقول تر است.

آنوقت نتیجه این می شود که با توجه به این مسئله آنوقت تلقی ما از خطابات وقف و از آنچه که سیره هست به این طرف می چرخد.

پس ما نمی خواهیم به صرف استبعاد اکتفاء کنیم. بلکه این استبعاد کمک می کند که ما روایات وقف و اجماعاتی که بر ثبوت این پدیده هست و مسئله عرفی که در اجتماع دارج است را چه طور تلقی کنیم.

بله اگر امام معصوم علیه السلام نص را در گوش ما می خواند می گفت علی رغم اینکه مستبعد است ولی هست، خب ما قبول می کردیم. اما اگر خطابات ظهوراتی دارد و تلقی مخاطبین تأثیر دارد در فهم این متن و این ظهور، خب واقعا این نکات کمک می کند که بگوئیم در شرع هیچ مثلی ندارد و طباع هم از این فرار می کند که بتوانیم اختیارا در ملک کسی قهرا علیه چیزی را داخل کنیم، اینها همه موجب می شود که ما تلقی دیگری از خطاب داشته باشیم یعنی تلقی عقدی از وقف داشته باشیم. این حرف به نظرم حرف معقولی است.

سؤال کسی که مالی را بر دیگری نذر می کند نیاز به قبول ناذر دارد.

جواب: این نیاز به تأمل دارد. البته همانجا هم باز بین ابتدائاً و غیر ابتدائاً هم باید فکر کرد که ایفاء نذر شاید بنفسه ادخال آن در ملک دیگری نباشد. حالا باید روی آن تأمل کرد.

دلیل سوم مثبتین: تمسک به اصالة الفساد

دلیل سوم این است که بعد از فراغ از اینکه ما هیچ عموم و اصل قاعده عامی نداریم چه عمومات اوفوا بالعقود و چه خصوص باب وقف، آنوقت می گوئیم اگر شک کنیم که آیا بدون قبول اثر وقف مرتب می شود یا نه، اصل عدم ترتب اثر است. ولذا اصل عدم ترتب اثر هم لازم می آورد که ما قبول را بیاوریم. نه از باب لازمة اصل، بلکه از باب قدر متیقن. اصل به ما می گوید بدون قبول لا یترب علیه الاثر. این را اصل می گوید. آنوقت اگر ما عقلاً توجه کنیم آنوقت ملزم می شویم که اگر بخواهیم یقین کنیم اثر حاصل است باید این جزء را بیاوریم.

فرق دلیل سوم با دو دلیل اول

فرق این استدلال با ادله قبلی این است که طبق این استدلال سوم دیگر شما نمی توانید بگوئید قبول جزء است و وقف عقد است. بلکه از باب یک احتیاط و قدر متیقن {قبول را} می آورید. آنوقت اثر مهمش این است که نمی توانید بگوئید اوفوا بالعقود اینجا را می گیرد. چون نمی دانید واقعا عقد است. قبول را از باب احتیاط و قدر متیقن می آورید، نه اینکه ثابت شده است که وقف مرکب است از ایجاب و قبول این اثر نوع استدلالها در مقام هست.

دلیل چهارم مثبتین: امکان رد از طرف موقوف علیه دلیل بر نیاز به قبول است

دلیل چهارم دلیلی است که مرحوم شیخ هم فرموده اند. البته صاحب الکرامۃ این دلیل را در ادله نافین آورده، ولی آن دلیل اینجا هم می آید. و آن دلیل این است که: در بحث آتی می آید که اگر موقوف علیهم وقف را رد کنند وقف ثابت نیست. و ظاهر کلمات بعضی از فقهاء این است که این اجماعی است. فخرالمحققین و دیگران می گویند خلافی در این نیست که با رد موقوف علیهم وقف مردود می شود و واقع نمی شود. می گوید الا من بعض الشافعية. یعنی بین ما حتی کسانی که ایفاء می دانند می گویند با رد مردود می شود.

اگر ما بگوئیم با رد مردود می شود، پس قبول یک تأثیری دارد و قبول باید شرط باشد.

اشکال آخوند ره به دلیل چهارم: امکان رد مانع بودن رد را اثبات می کند نه شرطیت قبول را

مرحوم آخوند و دیگران به این استدلال اشکال کرده اند. فرموده اند: شما با این استدلال چه چیزی را می خواهید ثابت کنید؟ اگر می خواهید قبولی را که جزء عقد است ثابت کنید، که با این ثابت نمی شود. آن چیزی که ثابت است این است که با ردّ مردود می شود، و این چیزی بیش از مانعیت را اثبات نمی کند. (حالا مانعیت و شرطیت خیلی اینجا مهم نیست که خودش مانع است یا عدمش شرط است، این خیلی در بحث ما اثر ندارد. مهم این است که اثبات نمی کند که جزء عقد است. اثبات نمی کند که اینجا ایجاب ما قبول می خواهد. این را ثابت نمی کند). ولذا با حرف آنهایی که می گویند وقف ایقاع باشد هم می سازد، که ایقاع باشد ولی یک شرطی داشته باشد یا یک مانعی داشته باشد. با او هم سازگار است. ایقاعش مثل عتق نیست که مطلق باشد. در عتق یک ایقاع مطلق است.

پس اینجا اگر گفتیم با رد مردود می شود عده ای استدلال کرده اند می گویند همین ثابت می کند که پس قبول جزء این عقد است. منتهی این استدلال درست نیست. اینکه با رد مردود می شود که ظاهراً متسالم علیه است ثابت نمی کند که این جزء عقد است. بله ثابت می کند که دخیل است. دخلش هم به این است که مانع باشد یا عدمش شرط باشد. معنایش این است که پس تأثیر دارد.

اینکه گفتم در نزاع هایی که هست باید دقیق شد که چی هست، مثل همینجا است، که ثابت نمی کند که وقف عقد است، ولی ثابت می کند که بدون قبول محقق نمی شود. اینکه بدون قبول محقق نمی شود یک بحث است، اینکه جزء عقد باشد بحث دیگری است.

ولذا در دلیل سوم عرض کردیم که اگر ما بالاحتیاط از باب قدر میتقن مجبور باشیم قبول را بیاوریم ثابت نمی کند که این عقد است تا موضوع اوفوا بالعقود را ثابت کند. بلکه احتیاطی است که ما داریم می کنیم امرش دائر است بین اینکه باشد یا نباشد. استدلال چهارم هم همینطور است، ثابت نمی کند که وقف عقد است ولی دخالت قبول را ثابت می کند. (البته به شرطی که اصل امکان رد ثابت باشد که علی الظاهر متسالم علیه است).

سؤال: قبول یک عملیات ایجابی است نه سکوتی، اینهایی که رد را معتبر می دانند حالا چه بگوئیم عدمش معتبر است یا بگوئیم خودش مانع است، عدم رد می شود سکوت. سکوت را کسانی که قبول را معتبر می دانند کافی نمی دانند. پس این قبول را ثابت نمی کند. چون رد اعم از این است که قبول کند یا سکوت کند. پس نیاز به قبول برای دخالت فی الجملة هم ثابت نیست.

جواب: اگر ما گفتیم صرفاً سکوت کافی است برای اینکه وقف ثابت نشود، هم سکوت ذو اثر است و هم رد ذو اثر است.

سؤال: این به حرف صاحب مقابس برمی گردد که ما بگوئیم نزاعی است که در قبول لفظ لازم داریم یا به فعل هم باشد کافی است. چون اگر سکوت باشد دیگر لفظی نیست.

جواب: بله لفظ نیست، ولذا گفتم بعضی از استدلالها فقط این مسئله را رد می کند که هیچ چیزی در کنار ایجاب نباشد. می گوید یک چیزی دال بر رضا باید باشد. نه اینکه حتماً باید لفظی باشد. ما اگر بگوئیم سکوت هم نتیجه اش عدم تمامیت وقف است، خب سکوت می شود یک سببی برای عدم تمامیت، رد هم می شود یک سبب. لذا مرحوم علامه در قواعد هم همینطور آورده، اول می گوید سکوت که لو سکت اینطور است، بعد می گوید لو ردّ حتماً مردود است. می گوید در لو سکت بحث است که آیا تمام هست یا نیست. ولی رد را قطعاً گفته اند با آن رد می شود. در سکوت بحث است. عده ای گفته اند با سکوت رد نمی شود چون به همان صورت ایقاعی کافی می دانند. البته ایقاعی که لم يحصل بعده رد را کافی دانسته اند، (نه هر ایقاعی را). برخلاف کسی که می گوید قبول هم باید باشد.

بنابر این منشأ نزاع در اینکه اگر رد کند مردود است، دلیل بر این نیست که قبول جزء عقد است. بلکه ممکن است خودش مانعی باشد. یعنی وقف ممکن است ایقاع باشد ولی گفته اند نباید این ایقاع مشفوع به چیز دیگری بشود و او مانع است.

پس چهار دلیل آورده شد که دو دلیل از آنها می شود دال بر لزوم قبول باشد و دیگری هم دال بر اصل لزوم است که لازم است یک چیزی ضمیمه بشود. دلیل چهارم که اصلاً کاشف نیست.

ادله نافی اشتراط

اما ادله کسانی که اشتراط را قبول ندارند:

دلیل اول: ادعای اجماع فخرالمحققین

دلیل اول ادعای اجماع فخر الاسلام است (که ظاهراً همان فخرالمحققین است). ایشان در ایضاح می گوید: إن الاصحاب لم یشرطوه.

بعضی از این عبارت اجماع فهمیده اند که فخرالمحققین دارد ادعا می کند اجماع اصحاب را بر عدم اشتراط قبول.

به نظرم در این دلیل دو نکته می شود گفت:

شاید لم یشرطوه خبر باشد از عدم ذکر اصحاب نه از شرط ندانستن اصحاب

نکته اول: اینکه اصلاً خود مفهوم إن الاصحاب لم یشرطوه می شود فقط خبر باشد از عدم ذکر اصحاب. چون لم یشرطوه شاید حکایت از این باشد که شرط نمی دانسته اند. این می شود اجماع بر عدم اشتراط. اما ممکن است لم یشرطوه به معنای این باشد که لم یذکروا الشرط. چون بسیاری از فقهاء در مقام این شرط را ذکر نکرده اند.

صاحب مفتاح الکرامه می فرماید ظاهر اینها این است که به عنوان شرط قبول ندارند چون لم یذکروه فی عداد الشرائط.

ولی معنای لم یشرطوه چیست؟ آیا یعنی لم یذکروا الشرط یا اینکه شرط را قبول ندارند؟ مقصود کدام است؟ یکوقت فقیهی صراحتاً به ما می گوید ما این شرط را قبول نداریم و شرط نیست. آنوقت اگر این یک نفر بشود صد نفر و آن صد نفر بگویند در وقف قبول شرط نیست، آنوقت ایضاً الفوائد می گوید فقهاء شرط نمی دانند. این می شود نقل اجماع بر عدم شرطیت قبول در وقف.

اما یکوقت ما به عنوان یک فقیه ذکر نکردیم شرط را در عداد شرائط. لم یشرطوه یعنی لم یذکروا الشرط را، نه اینکه این شرط را گفته اند شرط نیست. این هم یک احتمال است، ببینید منشأش چیست. چون بسیاری از فقهاء صراحتاً نگفته اند شرط نیست، بطوری که مرحوم شیخ انصاری و عده ای مثل صاحب مفتاح الکرامه می گویند هیچ کسی صراحتاً نگفته است که قبول مطلقاً شرط نیست. از عدم ذکر شرط عده ای دارند این را می فهمند. چه کسی ذکر نکرده؟ صاحب مفتاح الکرامه الی ماشاءالله می آورد، می گوید در مقنعه، کافی، مراسم، نهایه، خلاف، مبسوط، مهذب، فقه راوندی، وسیله، غنیه، سرائر، الجامع، شرایع، نافع، لمعه لم یذکر فیها. ذکر نکرده اند، نه اینکه ذکر آنها لیس بشرط. بخاطر اینکه لم یذکروا ممکن است توجیه دیگری داشته باشد.

پس اول باید بفهمیم محکی حرف صاحب ایضاً چیست، بعد بگوئیم با هم فرق می کند یا نمی کند. یکوقتی فخرالمحققین می گوید لم یشرطوه، یعنی شرط نکرده اند و قبول ندارند به عنوان شرط. یعنی می گوید اصحاب شرط نمی دانند در وقف قبول را. اما یکوقت می گوئیم لم یذکروه به عنوان شرط. اما با توجیهی که بعداً ما می گوئیم لعل شرط را قبول دارند ولی لم یذکروه.

کلام محقق نمونه‌ای است برای اینکه قبول را شرط می‌دانند ولی ذکر نکرده اند

یک نمونه بگوئیم، نمونه اش محقق صاحب شرایع است. اتفاقا صاحب شرایع اولین کسی است که می‌گوید الوقف عقدی. ولی وقتی شرائط را می‌شمارد ایجاب را می‌گوید، قبول را اسم نمی‌برد. بعد جلوتر که می‌رود در جای دیگری می‌گوید در وقف عام قبول لازم نیست. که به نظر برخی می‌گویند صریح است، حالا اگر صریح هم نباشد ظهور در این دارد که پس در وقف خاص قبول لازم است. این آقای محقق حلی که در اول کتاب می‌گوید عقد است که مسلما ظاهرش این است که قبول مقوم عقد است، و همین آقا که بعدا می‌گوید در وقف عام قبول شرط نیست که ظهورش این است که در خاص شرط است، (مفهوم است، منتهی چون در مقام بیان و تحدید است واضح است که مفهوم دارد) همین بزرگوار قبول را در عداد شرائط نمی‌شمارد.

خب در مورد محقق حلی می‌توانیم بگوئیم لم یشرط القبول به معنای اینکه لم یذكر القبول فی عداد الشرائط. اما نمی‌توانیم بگوئیم که لم یشرط به معنای این است که لم يأخذها فی عقد. چون تصریح کرده است که عقد است یعنی قبول لازم است.

من یک نمونه مثال زدم. حالا شما تسری بدهید این را به تمام کسانی که مفتاح الکرامه نقل می‌کند که اینها قبول را به عنوان شرط ذکر نکرده اند.

آنوقت شما به عرض ما اضافه کنید ادعای کسانی را که می‌گویند متسالم علیه است بین اصحاب که این عقد است. در مفتاح الکرامه فرموده است:

«وكيف كان فالوجه في اعتباره مطلقا اطباق الاصحاب على أنه من جملة العقود كما في جامع القاصد و المسالك».

بالاخره یک محقق بزرگی مثل صاحب جامع المقاصد یا صاحب مسالك تلقی شان این است که اصحاب وقف را عقد می‌دانستند.

حالا شما اینها را کنار هم بگذارید لم یذكروه می‌شود، نه لم یشرطوه به معنای اینکه لم یکن قائلًا بالشرط.

روی این حرف فکر کنید تا روز شنبه.

باسمه تعالی

- ۳۳۶ ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف
- ۳۳۶ خلاصه گذشته:
- ۳۳۷ معنای مصادره در کلام سید ره
- ۳۳۷ بیان آقای فاضل ره در معنای مصادره
- ۳۳۹ در وقف تملک نیست چون سبب اختیاری است
- ۳۴۰ توضیح دلیل سوم یعنی اصالة الفساد
- ۳۴۱ صرف عدم دلیل بر اشتراط کافی نیست
- ۳۴۱ امضائی بودن وقف مشکل را حل نمی کند
- ۳۴۲ ادله نافی اشتراط قبول
- ۳۴۲ دلیل اول نافی: اجماع فخرالمحققین
- ۳۴۲ احتمالات در جمله لم یشرطوه
- ۳۴۲ تشکیک در اجماع فخرالمحققین بر فرض ظهور کلامش در ادعای اجماع
- ۳۴۳ توجیهات عدم ذکر قبول در عداد شرائط
- ۳۴۳ شاهد بر اینکه لم یشرطوه به معنای لم یذکروه است کلام شرایع است
- ۳۴۵ دلیل دوم نافی: تمسک به عمومات است
- ۳۴۵ دو اشکال به تمسک به عمومات
- ۳۴۵ کشف اجماع منحصر به مراجعه کتب فقهاء نیست
- ۳۴۶ دلیل مفصلین
- ۳۴۶ در وقف عام قبول می خواهیم چون فک ملک بودن منافاتی با قبول ندارد
- ۳۴۶ توقف مفتاح الکرامه
- ۳۴۷ بررسی روایت عین ینبع

ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف

خلاصه گذشته:

بحث در این بود که آیا در وقف قبول لازم است یا نه؟

بحث دشواری است بخاطر اینکه اختلاف عظیمی در این مسئله واقع شده است. برخی قائل شده اند قبول لازم است مطلقاً. منتهی تصریح به این ندارند ولی ظاهر کلامشان این می شود. برخی قائلند که مطلقاً لازم نیست چه در وقف عام و چه در وقف خاص. آنها هم همه جا به این مطلب مصرح نیستند، و از ظاهر کلامشان که قبول را در عداد شرائط ذکر نکرده اند استفاده می شود. و برخی هم قائل به تفصیل شده اند بین وقف عام و وقف خاص، که در وقف عام قبول لازم نیست ولی در وقف خاص قبول لازم است.

ما اقوال را جلسه قبل گفتیم و به برخی از ادله آنها اشاره کردیم.

اجمال دلیلهای این است که: کسانی که قائل به اشتراط هستند، بطور کلی سه دلیل می شود از کلام آنها استفاده کرد:

دلیل اول: یکی ادعای اجماع علی الظاهر، از باب ادعای اطباق فقهاء بر اینکه وقف از عقود است منقول است. هم در جامع المقاصد این را گفته است و هم مسالک گفته است. خود اطباق بر اینکه این از عقد است این مثل اجماع بر عقد می ماند که عقد هم متشکل از ایجاب و قبول است. پس اینها قبول را مقوم می دانند.

دلیل دوم: این بود که ما در فقه چنین چیزی نداریم که بتوان ابتدائاً شیئی را بدون رضایت دیگری بسبب اختیاری ادخال در ملک او کرد و این خلاف قواعد است. مگر اینکه بخاطر دلیل خاص ملتزم بشویم، والا اگر یک دلیل قطعی بر این مطلب نباشد نمی شود ملتزم شد و ما در شرع چنین چیزی نداشتیم.

دقتی که باید اینجا کرد این است که مقصود با این دو قید است: گفته اند بسبب تملیک اختیاری این بدون قبول نمی شود. هم قیدش تملیک است و هم اختیاری است. بنابر این نقض به مثل ارث خارج از این دعوی است. آنجا تملک است نه تملیک، الارث تملک قهری. بله در تملک ها می شود، در ارث هست، در اتلاف هست، در موارد جنایت در ورود دیه به ملک انسان در اثر وقوع یک جنایتی که سببش را من ایجاد نکرده ام هست.

پس تملک قهری بدون قبول که بلاشبهه داریم. البته در بحث جنایت عمدی اصل قصاص است. اما در غیر عمد دیه است، مثل دینی است که ثابت است در ذمه کسی که این کار را انجام داده است یا در مواردی در ذمه عاقله است. پس نباید به مثل ارث و اسباب قهری دیگر نقض کرد. بحث در تملیک است آنهم تملیک اختیاری. آیا در شرع اسلام تملیک اختیاری داریم که با تملیک اختیاری شیئی را در ملک دیگری وارد کنیم بدون قبول او. بحث در این است.

معنای مصادره در کلام سید ره

اینکه برخی نقض کرده اند این مطلب را به موارد تلف و امثال ذلک درست نیست. مثلاً مرحوم سید به این نکته توجه دارد. اما برخی از بزرگواران که این را نقل کرده اند و تقریباً عبارت سید را بدون کم و کاست آورده اند به این جهت توجه نکرده اند. حتی مرحوم آخوند هم به این نکته توجه دارد. ولو مرحوم آخوند قبول را لازم می داند مرحوم سید لازم نمی داند، اما هر دو در این نکته متفق هستند که نمی شود استدلال کرد به این کبری که به سبب تملیک اختیاری نمی شود شیئی را بلا قبول در ملک کسی وارد کرد، هر دو می گویند هذا مصادره.

معنای مصادره یعنی چه؟

یعنی اینکه چه کسی گفته است که نمی شود بسبب اختیاری شیئی را در ملک کسی داخل کرد بلا قبول؟

بیان آقای فاضل ره در معنای مصادره

مرحوم آیه الله فاضل که تقریباً عبارات مرحوم سید را در اینجا آورده، (با یک تغییر جزئی، که بعضی از این تغییرات اثر گذار است که نباید انجام می شده است) ایشان وقتی می خواهد این مسئله مصادره را باز کند جوری دیگری معنا می کند. (این را دقت کنید چون ما نسبت به این کبری می خواهیم مقداری وقت بگذاریم، چون در جاهای دیگر نیز ذکر شده است).

ایشان می فرماید^۱:

«و دعوی أنه من المعلوم أنه لا تدخل العين أو المنفعة في ملك الغير بسبب اختیاری ابتداء من غير قبول، يدفعها أن كون السبب اختیاریاً محتاجاً الى القبول اول الكلام. فلم لا يكون غير اختیاری كالارث». به نظرم این اشتباه واضحی است.

^۱ - مجموعه آثار جلد ۲۰ صفحه ۱۵

البته عبارت ایشان عبارت سید است با یک اختلاف جزئی. مرحوم سید می گوید مصادره، دیگر باز نکرده یعنی چه. ولی معنای مصادره روشن است، یعنی چه کسی می گوید اینطور است که شما می گوئید؟ چه کسی می گوید که بسبب اختیاری نمی شود چیزی از ملک من وارد ملک دیگری بشود بلاقبول این کبری را از کجا می گوئید؟ این می شود مصادره. اما آیه الله فاضل اینطور معنا کرده است که: یدفعها أن کون السبب اختیاریا محتاجا الی القبول اول الکلام. فلم لا یکون غیر اختیاری کالارث.

ما می گوئیم اینجور بیان درست نیست. چرا؟ برای اینکه بحث سر وقف است که آیا مثلا در وقف خاص من می توانم با وقف، ملک را داخل کنم در ملک دیگری بدون قبول او. بحث در سبب اختیاری است. آن بندگان خدا هم نگفته اند کلام شما درست نیست چون اینجا سبب می تواند غیر اختیاری باشد. این را نگفته اند. بلکه گفته اند حرف شما مصادره است. مرحوم سید می گوید حرف شما مصادره است، مرحوم آخوند هم می گویند حرف شما مصادره است. مصادره است یعنی چه کسی می گوید نداریم همچنین چیزی که به سبب اختیاری وارد در ملک بشود؟ چه کسی این را گفته است؟ بله نقض کرده اند به ارث، که بعدا جواب داده می شود که شیخ اینها را با کمال دقت از هم جدا کرده که در ارث تملک قهری است نه تملیک.

پس عرض من این است که معنای اینکه مصادره است یعنی کبری را چه کسی می گوید هست، نه اینکه فلم لایکون غیر اختیاری کالارث.

البته ذهن شما نرود پیش اینکه شارع این را موضوع {امضاء} قرار داده است {پس غیر اختیاری است}. چون آن که در اوفوا بالعقود هم همینطور است. شما عقد را که متشکل از ایجاب و قبول هر دو هست باز با اوفوا بالعقود تصحیحش می کنید. مشمول شدن اینها لکبریات اوفوا بالعقود آن را غیر اختیاری نمی کند. چون شما موضوع اوفوا بالعقود را درست کردید. ما چه قائل باشیم وقف قبول می خواهد و عقد است و چه بگوئیم قبول نمی خواهد و ایقاع است، علی ای حال سبب اختیاری است. چون ما وقف را ایجاد می کنیم. این غیر از مثل ارث است که با موت حاصل می شود.

پس شما باید این {عدم امکان ادخال مال به سبب اختیاری در ملک غیر} را نقض کنید. نه اینکه بگوئید فلم لایکون غیر اختیاری کالارث. {چون} واضح است که {وقف، سبب} غیر اختیاری نیست. (منظور سبب است نه مسبب. بحث سر سبب است). یعنی آن تملیک وقفی که شما می کنید مثل تملیک بیعی می ماند. بحث سر این است که تملیک وقفی قبول می خواهد یا نمی خواهد. تملیک تسبیبش که اختیاری است. بله اینکه چطور داخل در ملک او می شود بحث آخری است.

در وقف تملک نیست چون سبب اختیاری است

سؤال: شاید مراد این باشد که همانطور که شما اول وقف ذکر کردید که ماهیت وقف را چه می داند. یک کلامی هم از برخی از این بزرگواران نقل کردید که تملیک دخیل در ماهیت وقف نیست بلکه لازمه تأیید در وقف ایقاف و تملیک است. من یک کاری در مال خودم می کنم این را وقف می کنم، شارع می گوید شما این کار را که کردید لازمه اش این است که من هم حکم به تملک کنم. این تملیک نیست تملک است.

جواب: بالاخره سبب که غیر اختیاری نیست.

سؤال: ضمان هم سبب تملیک نیست. من که دارم مال دیگری را تلف می کنم سبب اختیاری است، ولی این شارع است که حکم می کند که شما ضامن مال او هستید. این باعث نمی شود که من تملیک اختیاری کرده باشم. من تلف اختیاری کرده ام شارع حکم کرده به تملیک.

جواب: در جائی که اتلاف اختیاری باشد آنجا عین همین بحث است. مثل وصیت تملیکیه و مثل نذر که دوستان مثال زده اند. یکی از دوستان فحوص کرده اند مواردی را آورده اند که خیلی خوب است که روی آنها کار می کنیم و بحثش می آید. حالا عرض ما این است که اگر ایقاف هم بگیریم، ایقاف هم سبب اختیاری است نه غیر اختیاری. مثل عقد بیع. من همین دفع دخل مقدر کردم که در بیع هم شما بعد از اینکه عقد را واقع کردید مولا می گوید اوفوا بالعقود والا لازم نبود.

سؤال: در بیع ماهیتش یعنی فعل بایع تملیک است.

جواب: اصلاً چه اهمیتی دارد که عنوانش تملیک عین بعوض باشد؟ مثلاً در اجاره عده ای می گویند تملیک المنفعة است، ولی عده ای می گویند اجاره تملیک المنفعة نیست، بلکه یک عملی است که نتیجه اش تملیک المنفعة است. هر چه می خواهد باشد، بالاخره سبب اختیاری است. بله ممکن است شما بگوئید چه کسی گفته در اسباب اختیاری اینطور نیست. می گوئیم خیلی خوب، این همین بحث مصادره است.

پس این بحث مهمی است که اگر ما در شرع اسلام اصلاً مورد دیگری نداریم و فقط همین مورد اینطور باشد چه مانعی دارد؟ این بحثی که آقایان کرده اند که گفته اند ما در شریعت مثال دیگری برای این حرف نداریم این چه اثری دارد؟ به نظر ما در فهم کلمات فقهاء و در فهم روایات اثرگذار است. حالا می آید که تأثیر این کبری چیست. اینهایی که می گویند مصادره است می گویند هیچ تأثیری ندارد. بخاطر اینکه شما می گوئید بسبب اختیاری نمی شود مرحوم سید می گوید می شود و هذا مصادره، اما نه به این بیان آقای فاضل ره که فرمود فلم لا یکون کذا.

به نظر من ایشان فرمایش سید را بد تعبیر کرده اند. معنای مصادره این نیست که لم لا یكون غیر اختیاریا.

عبارت ایشان را بخوانیم، می فرماید: يدفعها أنّ کون السبب اختیاریا محتاجا الى القبول اول الکلام. فلم لا یكون غیر اختیاری کالارث. ایشان می گوید مصادره یعنی اینکه سبب اختیاری است اول کلام است. ایشان فلم لا یكون را متفرع بر او کرده است. می گوید فلم لا یكون غیر اختیاری، یعنی سبب دیگر. فاعل لا یكون چیست؟ سبب است دیگر. چون بالا گفته اند يدفعها أنّ کون السبب اختیاریا محتاجا الى القبول اول الکلام. بعد می گویند فلم لا یكون، این یعنی سبب دیگر، لم لا یكون السبب غیر اختیاری کالارث. اصلا مثال هم زده اند کالارث، که در ارث سبب غیر اختیاری است. ظاهر عبارت ایشان این است.

سؤال وجواب: اگر سبب ضمان، تلف نباشد غیر اختیاری است یا تلف در ید باشد مثل اینکه تلف سماوی در ید باشد. مثلا ضامن عدوان کرده ملک شما را تصرف کرد و بعد زلزله آمد، اینجا غاصب ضامن است، چون در ید او بوده است. می خواهم بگویم مطلق اینکه ضمان هست دال بر این نیست که پس سبب اختیاری است. بله اتلاف تعمدی اینطور است. طرف می رود عمدا شیشه ماشین را می شکند، این در واقع اتلاف اختیاری است. اینجا هم عین بحث ما است و آن را بحث می کنیم که نقض آشکاری هست یا نیست. چون بحث می کنیم بسبب اختیاری یعنی تملیک اختیاری باشد. نه اینکه ذات السبب امر اختیاری. شما در اتلاف می زنید شیشه ماشین کسی را می شکنید. این تملیک اختیاری نیست. چون این ایجاد ذات السبب است که شکاندن یک چیزی است. شکاندن تملیک نیست.

سؤال وجواب: معنای ایقاف همین است که وقف یعنی ایقاف الشیء و در المنفعة. اینکه در آنجا هست.

این دلیل دوم آنها است که انشاء الله مفصل تر بحث می کنیم.

توضیح دلیل سوم یعنی اصالة الفساد

دلیل سوم این است که: بعد از اینکه ما دلیلی بر لزوم قبول نیافتیم، اصل فساد و عدم ترتب اثر است.

این هم مطلب مهمی است که خیلی محققین روی آن تأکید کرده اند. صاحب جواهر، صاحب ریاض، صاحب مفتاح الکرامة و مرحوم آخوند روی این حرف تأکید می کنند و می گویند ما دلیلی بر اشتراط قبول نداریم، دلیلی هم بر عدم اشتراط نداریم، عمومی هم که اقتضاء عدم الاشتراط کند نداریم، پس اصالة عدم ترتب اثر یقتضی که بگوئیم قبول لازم است. پس دقت کرده اند که ما عمومی که یقتضی عدم الاشتراط مثل اوفوا بالعقود در باب وقف نداریم، یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تمام نیست. اما اگر ما گفتیم عموماتی عام مثل اوفوا بالعقود داریم یا عمومات خاص مثل الوقوف

علی حسب ما یوقفها اهلها داریم، اگر گفتیم داریم آنوقت دیگر عدم الدلیل علی الاشتراط کافی است برای نفی لزوم قبول. منتهی حرف این بزرگواران این است که ما همچنین اطلاق و عمومی نداریم.

صرف عدم دلیل بر اشتراط کافی نیست

این یک نکته مهمی است. باز این را اشاره کنم که مرحوم آقای فاضل در همین شرح تحریر فرموده اند: این اختلاف در اقوال هست والظاهر أنه لا دلیل علی اعتبار القبول فی الوقف و كونه من العقود المفتقرة الى الإيجاب و القبول. خب اینکه نمی شود. صرف اینکه ما دلیل بر اشتراط نداریم کافی نیست برای نفی. چون اصاله الفساد اینجا محکم است. و این نکته ای است که هم صاحب ریاض و هم صاحب مفتاح الكرامة و هم مرحوم آخوند تأکید می کنند که صرف عدم دلیل بر اشتراط کافی نیست. لذا مثل مرحوم سید که اهل دقت است می گوید عدم الدلیل علی الاشتراط مع وجود الاطلاقات. با وجود اطلاقات و عمومات آنوقت عدم الدلیل بر اشتراط خوب است، چون تمسک به اطلاقات می کنیم. منتهی کسانی که اطلاقات را قبول ندارند مثل صاحب ریاض، مفتاح الكرامة، مرحوم آخوند و ما که اطلاقات را قبول نداریم، آنوقت عدم الدلیل بر نفی یا اثبات کفایت می کند که بگوئیم در اینجا اصاله الفساد محکم است و اقتضاء می کند ما قبول را احتیاطاً بیاوریم از باب قدر متیقن در سبب، تا یقین کنیم که سبب حاصل شده است اگر بخواهیم وقف دارای مسبب متیقنی داشته باشیم.

امضائی بودن وقف مشکل را حل نمی کند

سؤال: اگر وقف را تأسیسی گرفتیم بله اصاله الفساد است. ولی اگر امضائی گرفتیم چطور؟
جواب: او هم همینطور است. ما آن اوائل بحث توضیح دادیم که اینکه امضائی باشد صغری را تنقیح نمی کند که اوفوا بالعقود محکم است و شامل می شود یا نه. بخاطر اینکه ممکن است عقد نباشد.

سؤال: پس برای اصاله الفساد باید به عرف رجوع کنیم که عرف بدون قبول هم کافی می داند یا نه.

جواب: می گویم اطلاق و عموم نداریم نمی گوئیم عرفی نیست. اصلاً فرض کنیم وقف عرفاً محقق شده است، ولی اوفوا بالعقود هم می خواهید تا شرعاً هم آن را درست کنید. دلیل امضاء می خواهد دیگر. اگر اوفوا بالعقود یا اطلاقات خاصه شامل بشود که امضاء می کند و عقد تصحیح می شود، دیگر اصاله الفساد در کار نیست. اصاله الفساد یعنی اصل عدم ترتب اثر. اگر دلیلی بیاید بگوید بیعت صحیح است، دیگر ما شکی نمی کنیم، رافع شک می شود. پس بنابر این علاوه بر

اینکه وقف عرفاً محقق است دلیل امضاء هم می خواهد. اوفوا بالعقود نمی آید چون شک داریم عقد است یا نه. بله اگر شما عقد را توسعه بدهید بکل عهد درست می شود، ولی مکرر عرض کردیم عقد شامل کل عهد نمی شود. این ادله کسانی بود که مطلقاً قائل به لزوم هستند.

ادله نافین اشتراط قبول

کسانی که می گویند قبول مطلقاً لازم نیست، در بین آنها مصرح نداریم.

دلیل اول نافین: اجماع فخرالمحققین

فقط یک اجماعی را از فخرالمحققین گفتند که اصحاب لم یشرطوه. دوستان رفتند عبارت فخرالمحققین را آوردند، در آن عبارت لم یشرطوه که مفتاح الکرامه می گوید نبود بلکه عدم الاشتراط بود. ایشان فرمود من عدم الاشتراط از ناحیه اصحاب.

احتمالات در جمله لم یشرطوه

ولی خیلی در بحث ما اثرگذار نیست. چه لم یشرطوه باشد و چه عدم الاشتراط باشد، فی الجمله ظهور دارد در اینکه اینها قائل به شرط نیستند. ظاهرش این است.

منتهی ما یک احتمال دیگر دادیم که ظاهر فخرالمحققین از لم یشرطوه (که عدم الاشتراط هم همین می شود) مقصود این باشد که لم یذكروا هذا الشرط را. چرا؟ برای اینکه عملاً اکثر فقهاء از قرون چهارم و پنجم به بعد اینها در عداد شرائط بحث قبول را ذکر نکرده اند نه اینکه تصریح کرده باشند که شرط نیست. آقایان می خواهند از عدم ذکر استفاده کنند عدم اشتراط را. خب عرض ما این است که لم یشرطوه یا بگویند عدم الاشتراط ممکن است مراد این باشد که اصحاب این را در عداد شرائط ذکر نکرده اند.

تشکیک در اجماع فخرالمحققین بر فرض ظهور کلامش در ادعای اجماع

حتی اگر کسی این را هم نگوید، بلکه بگویند فخرالمحققین که می گویند اصحاب لم یشرطوه یا عدم الاشتراط، مقصود این است که شرط نمی دانند تا بتوانیم اجماع درست کنیم. ولی ما تشکیک می کنیم در مفاد فرمایش ایشان. چرا؟ برای اینکه می گوئیم کلمات الفقهاء ببابکم، صاحب مفتاح الکرامه اسم آنها را که ذکر نکرده اند آورده است. ایشان می فرماید: در مقنعه، کافی، مراسم، نهایه، خلاف، مبسوط، مهذب، فقه راوندی، وسیله، غنیه، سرائر، الجامع، شرایع، نافع و لمعه

در اینجا ذکر نکرده است قبول را. و ایشان می گوید ظاهر عدم ذکر همین عدم الاشتراط است، خصوصا که اینها شرائط دیگر را ذکر کرده اند.

ببینید عرض من این است که در جایی که بیش از دوازده مورد کلمات فقهاء قدیم اصلا اشتراط قبول را در عداد شرائط ذکر نکرده اند، اگر فخرالمحققین بفرماید که ظاهر الاصحاب عدم الاشتراط، حتی اگر کلام ایشان ظاهر باشد در اینکه آنها شرط نمی دانند، ولی ما در حرف ایشان تشکیک می کنیم. چون آن فقهاء که نگفتند شرط نیست. فقط در عداد شرائط ذکر نکرده اند.

توجیهات عدم ذکر قبول در عداد شرائط

یمكن أن یقال: ذکر نکردن نتیجه اش همین عدم الاشتراط است.

جواب این است که نه، اتفاقا توجیه دیگری دارد، شبیه توجیهی که صاحب جواهر ره فرموده و حرف درستی هم هست. شاید عدم ذکر از باب مفروغیت قبول باشد به عنوان شرط. چرا؟ به دو تا نکته: یکی همین کلامی که ادعا شده است که اطبق الفقهاء علی أنه عقد. می گوید ممکن است. امکانش که معقول است. با توجه به نقلی که مسالک و جامع المقاصد می کند که اطلاق الفقهاء است علی أنه عقد، عدم ذکر قبول ممکن است از باب مفروغ عنه بودن نیاز به قول باشد.

این احتمال را صاحب جواهر ذکر کرده است. و این کلام لااقل به عنوان احتمال درست است.

پس فخرالمحققین که فرموده لم یشرطوه یا عدم الاشتراط، یا مقصود خود ایشان هم این است که یعنی لم یذكروا هذا الشرط. که البته این معنا خلاف ظاهر است. یا مقصود ایشان این است که آنها به عنوان شرط قبول ندارند، مقصودش این است، لکن مقصودش نادرست است. بخاطر اینکه با مراجعه به کلمات فقهاء ما می بینیم چیزی نگفته اند، شما چطور فهمیدید که اصحاب لم یشرطوه؟ چیزی نگفته اند.

سؤال: شاید بعضی ها که در ضمن شروط ذکر نکرده اند بخاطر این است که تفصیل می دهند بین عام و خاص.

جواب: این تمام الشاهد نیست.

شاهد بر اینکه لم یشرطوه به معنای لم یذكروه است کلام شرایع است

شاهدی که ما بر این حرف می آوریم کلام صاحب شرایع است. ایشان ظاهرا اولین کسی است که خودش می گوید الوقف عقد. بجای اینکه بگوید الوقف تحبیس الاصل واطلاق المنفعة (یا تسبیل المنفعة) می گوید الوقف عقد ثمرته کذا.

ولذا باب را باز کرده است که الوقف عقد. اما خود ایشان در عداد شرائط نیاورده است. آیا می شود عقد باشد ولی قبول نباشد؟

و خود ایشان می گوید: در وقف عام قبول لازم نیست، که ظاهرش این است که در وقف خاص لازم است. چون در مقام تحدید است، والا ذکر لازم نداشت.

پس بخاطر دو تا شاهد می گوئیم ایشان در وقف خاص قبول دارد لزوم قبول را، در عین حال که در عداد شرائط ذکر نکرده است.

سؤال وجواب: صاحب شرایعی که از کلمات فقهاء مطلع است و از عجائب فقه است، عبارت فقهاء را که گفته بودند تحبیس العین و تسبیل المنفعة یا اطلاق المنفعة أو الثمرة آمده تعریف را عوض کرده است و گفته الوقف عقد ثمرته کذا. مرحوم والد ما می گفت اگر کسی به ما اشکال کند که ما فقیه نیستیم قبول می کنیم. چون به علامه می گفتند فقیه. علامه هم خودش درس خوانده بود، هم استادهای خوب داشت و هم دائی اش محقق بود. ولی ما اینطور نیستیم. پس مرحوم محقق که در فقه آدم عجیبی است و همه هم به ایشان اعتماد دارند آنوقت ایشان بیاید تعریف وقف را اینجور تبدیل کند به عقد ثمرته کذا اصلا محتمل نیست از قلمش افتاده باشد.

سؤال: کلام مفتاح الکرامه را نمی شود رد کرد. ما باید از کسانی که ایشان ذکر کرده کسی را بیاوریم که با اینکه قبول را ذکر نکرده اند ولی عقد دانسته اند.

جواب: خب ایشان شرایع را هم آورده است دیگر.

پس به نظر من همینکه احتمال را منقذ کنیم کافی است. می گوئیم عدم ذکر معنایش عدم اشتراط نیست که صاحب مفتاح الکرامه اول استظهار کرده است. و این فقط اشکال تفسیری نبود، می خواهیم در آن اجماعی که به صورت اجماع منقول از فخرالمحققین نقل می کنند خدشه کنیم. پس این اجماع علی ای حال مخدوش است. چه از باب اینکه مراد فخرالمحققین از لم یشرطوه (یا عدم الاشتراط) عدم ذکر باشد. یا از باب اینکه ولو مراد ایشان از عدم الاشتراط همین باشد که واقعا شرط نکرده اند ولی این نسبت به اصحاب مخدوش است. این همه فقهاء اصلا ذکر نکرده اند، شما از کجا فهمیدید شرط نکرده اند؟! پس اجماعی در کار نیست.

تمام تلاش ما در این است که بگوئیم اجماع منقول درستی وجود ندارد و نمی تواند اجماعی باشد. می خواهیم در این خدشه کنیم.

دلیل دوم نافین: تمسک به عمومات است

وقتی در اجماع خدشه کردیم، کسانی که می گویند قبول شرط نیست چه دلیل دیگری دارند؟

دلیل دوم نافین این است که: اگر اطلاقات و عموماتی باشد، چون دلیل خاصی هم بر عدم اشتراط نداریم بنابر اینکه آن ادله قبلی اشتراط تمام نباشد، تمسک به عمومات می کنند.

آنوقت اگر مقصود این باشد دو اشکال به آن می شود:

دو اشکال به تمسک به عمومات

اشکال اول این است که ما اطلاق و عمومی نداریم که بخواهیم عند فقد الدلیل به آن تمسک کنیم.

اشکال دوم این است که ممکن است برخی از ادله اشتراط ثابت باشند. اولاً آن اجماعی که از مسالک و جامع المقاصد نقل شده که «اطباق الفقهاء علی أنه عقد» نمی شود به راحتی از آن عبور کرد. منتهی همین اجماع را عده ای می گویند موهون به اینکه ما از کثیری از فقهای که اینها می گوئیم ذکر عقد را در کلماتشان ندیدیم. پس اطلاق الفقهاء را از کجا آورده اند؟

منتهی می شود اجماعات را اینجور و هن کرد؟! اگر اجماع مسالک و جامع المقاصد فقط رجوع به کتب باشد، حق است و این اجماع موهون است. چون بساری از کتب فقهاء خالی از تصریح به این است که أنه عقد. بله اینها در زمره عقود وارد کرده اند. وقتی تقسیم می کنند در جاهایی این را بحث کرده اند که جای بحث عقود است. این یکی از شواهد است. ولی واقعا این کافی نیست.

کشف اجماع منحصر به مراجعه کتب فقهاء نیست

ما می خواهیم ببینیم «اطباق الفقهاء علی أنه عقد» شاید چیزی بیش از کتب آنها باشد. اجماعاتی که ما درست می کنیم و کاشف از رأی معصوم می گیریم نه از باب این است که در کتبشان مذکور است. اصلاً آنها گاهی قاذح می شود، چون استدلال هم دارد می شود محتمل المدرکیه. بلکه از باب این است که اینها یک علم های سینه به سینه است. وجه حجیت اجماع را اینطور درست می کنیم که علم های سینه به سینه است که فقهاء نسلاً بعد نسل از همدیگر می گیرند. من جمله اینکه از عقود باشد.

چرا ما بگوئیم هذا الاجماع موهون لأنهم لم يذكروه. مگر می خواستیم از داخل کتب آنها در بیاوریم که حالا می گوئید لم يذكروه. بقیه اجماعاتی که نقل می شود یا خودتان تحصیل می کنید آیا همه را از کتبشان در می آورید؟ اینکه اصلاً فائده ندارد. چون اکثراً آن اجماعاتی که در کتب هست مدرکش را ذکر می کنند و می شود اجماع مدرکی. پس نتیجه بحث این است که: ما در کنار کسانی که ادعا می کنند قبول شرط نیست بالاطلاق، دلیل درستی جز این دو دلیل نداریم و هر دو هم قابل خدشه است.

دلیل مفصلین

می ماند قول سوم، که نظر کسانی است که می گویند در وقف عام قبول نمی خواهیم در وقف خاص می خواهیم. دلیل اینکه در وقف خاص قبول می خواهیم همان سه دلیلی است که برای قول به اشتراط آوردیم.

در وقف عام قبول می خواهیم چون فک ملک بودن منافاتی با قبول ندارد

اما اینکه در وقف عام قبول نمی خواهیم، چون می گویند در وقف عام فک ملک است و ملک خداوند می شود و خداوند که قبول ندارد.

این را جواب می دهند که: اینکه خداوند قبول ندارد لازم نیست خودش قبول کند. بلکه مثل بقیه امور اگر قبول از ناحیه حاکم می شود او قبول کند، یا حتی ممکن است بعداً بگوئیم قبول ناظر هم کافی است. و همانطور هم که بعضی از قائلین به لزوم قبول در وقف عام گفته اند حاکم قبول می کند. پس مقصود این نیست که خود خداوند باید قبول کند تا بگوئیم خداوند قبول ندارد.

پس این دلیل قابل قبولی نیست.

توقف مفتاح الکرامه

لذا فقهاء اینجا مانده اند. بعضی مثل صاحب مفتاح الکرامه می گویند هر طرف این مسئله دشوار است و ما توقف می کنیم. البته نتیجه توقف اشتراط است. چون نتیجه توقف این است که عند الاحتیاط باید قدر متیقن را اخذ کنیم.

ایشان می فرماید: ظاهر اصحاب و ظاهر اخبار همین است که شرط نیست. ظاهر اصحاب همین عبارتی است که خواندیم که استظهار از عدم اشتراط کرده اند. اما ظاهر اخبار را می گویند از باب اینکه اصلاً اخبار آمده اند برای اینکه بگویند چه شرائطی هست. اخباری که برای بیان شرائط می آید در آنها شرطیت قبول را ذکر نکرده اند. اخباری که از ائمه اطهار علیهم السلام در اوقافشان آمده و اخبار دیگر ذکری از قبول نکرده اند. با اینکه این اخبار در مقام همین معنا هستند. می گوئیم هر دو دلیل ایشان علیل است. چه کسی می گوید اخبار در مقام بیان قبول بوده اند؟ اخبار در مقام بیان امور دیگر بوده اند. الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها چکار به این دارد که شرائطش چه بوده است. و همینطور اخبار بیانیه وقوف ائمه اطهار.

بررسی روایت عین ینبع

چه کسی می گوید خبری که می گوید عین ینبع وقف شد خبر را امام صادق سلام الله برای همین گفته است که شرائط وقف را بیان کند؟ کجا این است؟ اتفاقاً عین ینبع خصوصیتی دارد. آمدند به حضرت بشارت دادند از آن زمینی که فیء بوده و پیامبر صلی الله علیه و آله سهم زمین کرد تا آنجا را کنند آب بیرون زد مثل عنق شتر. خب امام این را نقل می کند تا بفرماید چه عنایتی به حضرت شده بود. وبعد وقتی آنجا به حضرت بشارت می دهند که بشر الوارث بشر الوارث، حضرت می گوید همه را صدقه دادم در راه خدا. کار حضرت را بیان می کند. اما در مقام بیان این نیست که شرائط صحت وقف حضرت چه بوده است. اهمیت اینکه همچنین ماجرائی پیش آمد و فیئ که پیغمبر نصیب ایشان کرد و حادثه ای که رخ داد و همچنین چشمه ای بیرون آمد، و حضرت یک همچنین نورچشمی را فوراً صدقه قرار داد در راه خداوند متعال این ارزش را دارد بیان می کند. چکار دارد که شرائط وقف دقیقاً چه بوده است و قبول در آن شرط و شرائط است یا نه. کاری به این جهت ندارد.

سؤال: از راه لو کان لبان نمی شود گفت در وقف عام قبول شرط نیست.

جواب: آن راه دیگری است. اینکه اخبار خالی از این هستند و اصلاً اخبار برای بیان شرائط بوده اند، می گوئیم این درست نیست. آن لو کان لبان بحث دیگری است که اگر چیزی بود باید در اخبار منشأی پیدا می کرد. او بحث آخری است. سؤال: حضرت امام ره در کتاب البیع می گوید بین مسلمین متعارف نبوده لزوم قبول در وقف عام.

جواب: این یعنی سیره. بعضی از ناظرین به تحریر الوسیله هم همین سیره را گفته اند که انشاءالله فردا ببینیم این سیره درست است یا نه.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۶) اشتراط قبول در وقف

باسمه تعالی

- ۳۴۹ ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف
- ۳۵۰ نکاتی در رابطه با لزوم قبول در وقف
- ۳۵۰ شیخ انصاری هم مراد ایضاح از لم یشرطوه را عدم ذکر دانسته است
- ۳۵۰ وهن شیخ انصاری نسبت به ادعای اجماع فخرالمحققین
- ۳۵۱ شیخ اعظم: عقد بودن با قبول فعلی بلکه با قبض هم می سازد
- ۳۵۲ بررسی نظر مرحوم شیخ ره
- ۳۵۳ رضا غیر از اعتبار است
- ۳۵۴ تعریف المیزان از عقد و رد آن
- ۳۵۴ کلامی حول معنای عقد
- ۳۵۵ نقض به کبرای شیخ به نذر نتیجه
- ۳۵۶ شرط نتیجه به نظر ما درست است
- ۳۵۷ نقض بودن شرط نتیجه توقف بر سه مقدمه دارد (درست بودن آن، عدم نیاز به قبول، تملیک اختیاری بودن) ولی در همه مقدمات مناقشه است.
- ۳۵۸ حل استبعاد صدق کبری با کفایت قبض از قبول
- ۳۵۸ صاحب جواهر: قول به تفصیل مستلزم تعدد در ماهیت وقف است که این خلاف ظاهر روایات است
- ۳۵۹ جواب آخوند ره از صاحب جواهر ره: وقف اسم مسبب است و مسبب واحد است
- ۳۵۹ تأیید فرمایش مرحوم آخوند

ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف

بحث ما در لزوم قبول در وقف بود که آیا بدون قبول وقف صادق است یا قبول در آن شرط یا مقوم است.

بحث ما تمام شد. ادله اطراف را دیدیم.

نکاتی در رابطه با لزوم قبول در وقف

اما قبل از اینکه از این بحث خارج شویم نکاتی را عرض کنیم:

شیخ انصاری هم مراد ایضاح از لم یشرطوه را عدم دانسته است

نکته اول: مرحوم شیخ بر حسب همین تقریراتی که از محقق رشتی است می فرماید: کلام ایضاح که ایشان فرموده اصحاب قائل به عدم اشتراط هستند، این می تواند دو تا بیان داشته باشد. ما این دو بیان را احتمال دادیم ولی مرحوم شیخ به صورت جازمانه می گوید. البته عبارت ایضاح را با یک تغییری نقل می کند می فرماید:

«وفی محکی الايضاح حیث قال إن ظاهر الاكثر عدم اشتراط القبول (عبارت ایضاح اکثر نیست بلکه اصحاب است) بعد می فرماید: یعنی إن عدم تعرضهم لذكر ظاهر فی سقوطه».

یعنی ایشان هم مراد ایضاح را این ندانسته که اصحاب می گویند عدم الاشتراط. می گوید ظاهر قولهم بعدم اشتراطه یعنی عدم تعرضهم لذكر الشرط ظاهر فی سقوطه. استظهار آنها را دارد می گوید.

چون فرق می کند که ما بگوئیم ما تحصیل کردیم که فقهاء شرط نمی دانند، یا بگوئیم عدم تعرضشان لذكر هذا الشرط ظاهر فی سقوطه. این دومی یک استظهاری است از کاری که آنها کرده اند.

وهن شیخ انصاری نسبت به ادعای اجماع فخرالمحققین

نکته دوم: یک جور تضعیف این اجماعی است که ادعا شده است از کلمات فخرالمحققین استفاده می شود. چون در کلمات قوم بود که این کلام فخرالمحققین یک اجماعی است. حالا چه اینکه بگوید اصحاب لم یشرطوه که صاحب مفتاح الکرامه ره گفته است، یا آن عبارتی که در متن ایضاح است که اصحاب قائل به عدم اشتراط شده اند، هر کدام را بگوئیم از این یک اجماع فهمیده اند.

ایشان دارد این فهم را تضعیف می کند و دو وهن می آورد:

اولا می گوید: کیف یدعی الفخر الاجماع فی مقابل والده العلامة. حرف های پدر ایشان که نزد ایشان بوده، خود علامه تصریح می کند در وقف خاص قبول لازم است. چطور می تواند فخر که شاگرد ایشان بوده و اصل درسش را هم نزد علامه خوانده ولذا قول علامه در مرآی ومنظر ایشان بوده با عین حال بگوید اجماع محقق است بر این معنا که قبول لازم نیست با اینکه علامه قائل است!

وهن دوم این است که فرموده مع عدم الجزم به فی الايضاح. خود فخرالمحققین هم در ایضاح جزم ندارد به اینکه قبول شرط نباشد. ایشان این را به فخرالمحققین نسبت داده است. که در ایضاح هم آمده است که فرموده و الاصح اینکه قبول شرط باشد. آنوقت چطور ممکن است فخرالمحققین ادعای اجماع کند؟

پس اقلا دو تا وهن در مورد ادعای اجماع هست: یکی اینکه با وجود اینکه نظر علامه در مرآی ومنظرشان بوده چطور ادعای اجماع می کنند؟ و ثانيا خودشان هم می گویند اصح اشتراط قبول است، پس چطور ادعای اجماع می کنند؟ مگر اینکه کلام ایشان را گفت اصحاب اینجور گفته اند حمل کنیم بر مثل سور جزئی که یعنی بعض اصحاب اینجور گفته اند یا اکثر اصحاب گفته اند، ولی اجماعی در کار نیست بلکه فوقش شهرتی است.

شیخ اعظم: عقد بودن با قبول فعلی بلکه با قبض هم می سازد

نکته سوم: ما در میانه راه مکرر گفتیم که صاحب مسالک و جامع المقاصد گفته اند اطلاق الفقهاء علی کونه عقدا است. که از این کلام اجماع بر اشتراط یا مقوم بودن قبول را فهمیدیم.

مرحوم شیخ بر حسب همین تقریرات ادعا می کند که کونه عقدا می سازد با اینکه قبول لفظی نباشد بلکه با قبول فعلی هم می سازد.

ایشان این حرف را در مقابل کسانی می زند که ادعا کرده اند عقد در کلمات فقهاء ظهور در لفظ دارد، یعنی لفظ ایجاب و قبول باید باشد. ایشان می گوید ایجابش یک بحثی است، اما قبول در عقد لازم نیست که لفظ باشد. حتی اگر قبول در عقد هم فعلی باشد باز هم به آن عقد گفته می شود. ایجاب لفظی با قبول فعلی عقد است. برخلاف عده ای از فقهاء که ادعا می کنند که لفظ عقد ظهور دارد در اینکه هم ایجاب و هم قبول لفظی باشد.

مرحوم شیخ این بحث را گره می زند به اینکه قبول فعلی هم کفایت می کند یا نه؟ بعد گره می زند به اینکه آیا قبض هم کفایت می کند یا نه؟ بعد چون در قبض انشاء لازم نیست، اگر ما گفتیم قبض می تواند قبول فعلی باشد که ایشان تصریح می کند که می تواند باشد، می گوید همینقدر که ما یدل علی الرضا در ناحیه قبول محقق بشود کافی است.

این غیر از حرفهای اولی است. ما اگر می گفتیم وقف عقد است، عقد مرکب از ایجاب و قبول است. ولو معاطات را بپذیریم، ولو فعل را بپذیریم، اما فعلی را که به آن انشاء بشود را می پذیریم. یعنی می شود عقد وقف، مرکب باشد از ایجاب و قبول (حالا ایجابش لفظی یا فعلی که معاطات باشد)، قبول اگر گفتیم فعلی است باید فعلی باشد که ینشأ به القبول. اما ایشان می گوید قبض می تواند کفایت کند، چون آن چیزی که ما در قبول لازم داریم ما یدل علی الرضا است. این ما یدل علی الرضا که انشاء لازم نیست باشد، ممکن است کسی خبر بدهد. ممکن است با این فعل دلالت می کنیم که ما راضی هستیم، اما این دلالت طبعی باشد نه اینکه من انشاء کردم.

آنوقت خود ایشان مثال می زند: می گوید مثل انجام دادن وکیل فعل موکل فیه را. خب معلوم است قبول دارد که انجام داده است. پس انجام وکیل نسبت به فعل موکل فیه دالّ علی رضائه و می گویند این کافی است. منتهی کفایت این انشاء نیست.

پس مرحوم شیخ ادعا می کند که در عقد، کافی است قبول ولو به همین نحو.

بررسی نظر مرحوم شیخ ره

ما مستند این حرف را نفهمیدیم چیست و می خواهند چه چیزی را ثابت کنند؟ آیا می خواهد بگوید عرفا در لفظ عقد همین معنا کفایت می کند؟ خب این یک حرف است. آیا می گوید واقع عقد که باید ایجاب و قبول باشد با این معنا کفایت می کند، یعنی ادله اوفوا بالعقود ایجاب توأم با یک قبول این چینی که فقط دال بر رضا باشد این را شامل می شود؟ این قابل بحث است واقعا.

ما در اوفوا بالعقود بنابر اینکه عهد مشدد بخواهیم که دو طرفش باید عهد باشد، آیا عبارت دال بر رضا یعنی فعل دال بر رضا ولو خبری باشد عهد است؟ ظاهرا نباید اینطور باشد. بله اگر با این فعل انشاء شود می توانیم بگوئیم عهد است. مثل اینکه ایجاب را به فعل انشاء کنید که معاطات است. این درست است. این یک نوع عهد است. اما اینکه صرف دال بر رضا بیاوریم این عهد باشد و نتیجتا گره خوردنش به ایجاب او را عقد کند و مصداق اوفوا بالعقود باشد این اول کلام است.

رضا غیر از اعتبار است

سؤال: شاید انشاء مراد همان اعتبار نفسانی است و رضا همان اعتبار است.

جواب: حتی آقای خوئی هم که می گوید الانشاء هو اعتبار الابرار، ولی اگر هم بگویند اما اعتبار مبرز را می گویند. ... رضا که اعتبار نیست.

سؤال: مقصود این است که این فعل دال بر رضا، ابراز همان اعتبار نفسانی است.

جواب: او اصلاً اعتبار ندارد. چون می گویند فعل دال بر رضا باشد. ... انشاء خودش ابراز است بعد شما می گویند مبرز آن انشاء است؟! ما در باب انشاء چهار تا مسلک داریم هیچکدام آن چیزی نیست که شما می گویند. حتی آقای خوئی ره نمی گویند انشاء آن اعتبار است که بعد ابراز می خواهد. بلکه می گویند اعتبار نفسانی ای هست که ابراز آن اعتبار انشاء است. یعنی انشاء هم به نظر ایشان متقوم به رکنین است، اعتبار نفسانی و مبرزش، منتهی می گویند این مبرز می تواند فعل باشد.

سؤال: فرق این تعبیر با تعبیر آقای خوئی ره این است که آقای خوئی می گویند حتماً باید قصد الابرار هم باشد ما می گوئیم لازم نیست.

جواب: نه این حرفها نیست. اینجا نگفته دال بر اعتبار، گفته دال بر رضا. رضا غیر از اعتبار است. رضایت یک امر تکوینی نفسانی است، غیر از اعتبار است. من راضی به یک فعلی هستم، خب این اعتبار است؟ این نیست. ابراز الاعتبار غیر از ابراز الرضا است. اگر کسی رضایت خودش را ابراز کرد یک جاهایی کفایت می کند. مثلاً شما ممکن است در بحث برگشتن زوج در طلاق همین را کافی بدانید. این یک حرفی است، چون ممکن است آنجا اصلاً اعتبار یا انشاء لازم ندانید. بگوئید آنچه ثبوتاً برای رجوع او لازم است رضایت او به این مسئله است. این یک حرف دیگری است. اگر ما انشاء لازم دانستیم در قبول، آیا فعل دال بر رضا کفایت می کند یا نمی کند؟ می گوئیم این آن نیست، چون رضایت اعتبار نیست. اینکه من به این مضمون راضی باشم غیر از اعتبار است. حتی ما که مبنای آقای خوئی را هم اصلاً قبول نداریم ولی می گوئیم حتی روی مبنای آقای خوئی ره هم این انشاء نیست.

من حرفم این است که اینکه ایشان می فرماید عقدی که در مقام هست این عقد سازگار است با اینکه قبولش فعلی باشد و فعلش هم به این شکل باشد که به مثل قبض که یدل علی الرضا است باشد. می گوئیم وجه این حرف چیست؟ با

اینکه به نظر می آید عقد باید دو طرفش عهد باشد. عهد امر انشائی است. و امر انشائی هم به صرف ابراز مثل رضا حاصل نمی شود. روی این باید دقت کرد.

تعریف المیزان از عقد ورد آن

سؤال: در تعریف عقد صاحب المیزان می گویند: و العقد هو كل فعل أو قول يمثل معنى العقد اللغوي، و هو نوع ربط شيء بشيء آخر بحيث يلزمه و لا ينفك عنه.

جواب: من باید ببینم چون مطلب جدیدی است. و اصلاً این حرفها لازم نیست. مثلاً در عقد يمثل معنی اللغوی عقد لازم نیست بلکه معنای مجازی هم می تواند باشد. اینکه در عقد صراحت و عدم المجاز و اینها را در لفظ گفته اند یک چیزهای مازادی به آن إشراب کرده اند، والا خود مرحوم شیخ در وقف تصریح کرد و در معاطات بیع هم تصریح می کند که مجاز و اینها فرقی نمی کند. این غیر از صراحت است، چون مجاز با قرینه هم می تواند صریح باشد ولو در معاطات. در معاطات قرینه لفظیه هم می تواند باشد. نمی دانم مقصود از این عبارت چیست.

کلامی حول معنای عقد

سؤال: اینکه حضرتعالی در عقد بودن وقف تشکیک کردید، بعضی علماء مایزی بین عقد و ایقاع مطرح کرده اند، حتی بعضی آمده اند مایز ماهوی بین عقد و ایقاع را متعرض شده اند. اگر اینها را مطرح می کردید تا ما خودمان یک معیاری داشته باشیم که این عقد مشدد و طرفینی است یا نه.

جواب: اینها را باید جای دیگر بحث کنیم، معمولاً در بیع بحث می کنند. محقق اصفهانی در بحث بیع مفصل بحث کرده است. چون اول باید ببینیم آیا شدّ در معنای عقد اخذ شده است یا نه. حالا شدّ هم اخذ بشود به چه چیزی شدّ می شود؟ آیا به همین گره خوردن عهدْ بعهد شدّ می شود، یا نه تشدید به توثیق دیگری است. مثلاً اگر ایقاعی شدّش از طریق دیگری باشد نه از گره خوردن، این هم شدّ است، مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات یک جائی ادعا کرده است که شدّ لازم نیست از باب گره خوردن عهد به عهد بلکه می تواند از باب دیگری هم باشد. اگر این باشد داستان خیلی فرق می کند. ولی همانطور که محقق اصفهانی می گوید ظاهراً شدّ به معنای شدت نیست بلکه به معنای گره خوردن است و گره خوردن غیر از شدت به معنای عرفی فارسی ما است. شدّ یعنی به هم گره خوردن. آنوقت اگر عهد یکی باشد به چه چیزی گره می خورد.

البته اینها معنای لغوی عقد است. اگر از بیرون قرائن دیگری داشته باشیم بحث دیگری است.

من روی این تأملی بکنم که این را بحث کنیم یا نه، چون همه جا هم تکرار می شود. همانطور که شما هم گفتید بحث در وقف یکی از ارکان تصمیم گیری اش همین است که اولاً ما عموماً داریم یا نه، ثانیاً این عقد باشد، یا اوفوا بالعقود را توسعه بدهیم بکل عهد ولو ایقاع باشد. چون اگر این دو تا درست بشود، ما دائماً به اطلاقات اوفوا بالعقود یا عموماً باب تمسک می کنیم برای رفع همه شرطها. اگر این دو درست نباشند دستمان بسته است و همیشه یک اصالة الفساد و اصل عدم ترتب اثر محکم است. اینکه فقهاء دو دسته شده اند عمدتاً ناشی از همین است. والا بقیه حرفها مؤیدات و قرائن است. لبس همین دو حرف است. اگر یک طرف را شخص اختیار کرد می تواند تصمیم گیری کند. آنهایی که به اطلاقات تمسک می کنند، دائماً شرط ها را دفع می کنند می گویند قبول لازم نیست، قربت لازم نیست، شاید مثلاً بگویند بحث معاطات هم مانعی ندارد، همه را با اطلاقات درست کنند. ولی ما که مثل عده ای از فقهاء نتوانستیم اطلاقات را درست کنیم، در همه اینها دائره احتیاط و قدر متیقن در سبب را می گیریم. و اکثر فقهاء هم تصریح می کنند که چون در صورت ناتمام ماندن آن ادله اصالة الفساد محکم است لذا باید این شروط را از باب قدر متیقن مراعات کرد. مثلاً صاحب جواهر، صاحب ریاض، صاحب مفتاح الکرامه، مرحوم آخوند همه همینطور استدلال می کنند و لذا قبول و قربت را شرط می کنند و معاطات را در یک جاهایی مشکل می دانند. اینها همه از این طریق است که چون قدر متیقن در سبب می گیرند. این بحث مهمی است.

(حالا ما فکر می کنیم که بحث مستقلاً روی آن بکنیم).

پس عرض کردیم مرحوم شیخ بحث اکتفاء به قبض را هم مطرح کرده است که ما در بحث آتی باید بحث کنیم که آیا قبض از قبول کفایت می کند یا نه. یک قدری هم مربوط به همین بحث الان شد که آیا در قبول صرف دال بر رضا را کافی می دانیم یا نه. چون ما قبول را انشائی می دانیم، اگر کسی انشاء بداند و انشاء را لازم بداند، با صرف قبض بدون انشاء قبول حاصل نمی شود. در حالی که در قبض انشاء لازم نیست. قبض یک امر تکوینی است که ما انجام می دهیم. اینکه ما بگوئیم قبض یکفی عن القبول با آن مقدمات درست می شود که همه اش قابل بحث است.

نقض به کبرای شیخ به نذر نتیجه

نکته چهارم: یک بحثی در میانه بحث ها پیش آمد که آیا ما تملیک اختیاری داریم بطوری که به نحو قهری موجب

تملک غیر بشود یا نه؟

این را بعضی نقض کردند به ارث و اتلاف و امثال ذلک.

که این نقض جواب داده شد که در اینها تملک قهری است.

بعد مرحوم شیخ می فرماید: اینکه در ادله اموری مثل جنایت و اتلاف و امثال آن موضوع قرار بگیرد برای ضمان و حصول ملک برای طرف که اینها واقع شده است و بحثی در آن نیست. اما اینکه تملیک اختیاری کنیم که با تملیک اختیاری ملک وارد ملک دیگری بشود بتملك قهری، این محل بحث است. و ایشان می گوید ما نظیرش را در فقه نداریم. اما کما اینکه دیروز هم اشاره کردیم امروز مجدد تأکید می کنم که ایشان می گوید تملیک اختیاری باشد. نمی گوید یک سبب اختیاری ایجاد کنیم مثل اتلاف. اتلاف ممکن است خودش اختیاری باشد اما تملیک اختیاری نیست. می گوید در لسان شرع اسبابی برای تملک قهری دیگران هست، من اضافه می کنم که سببش هم می تواند اختیاری باشد مثل اتلاف، اما تملیک اختیاری نیست. اتلاف تملیک اختیاری نیست. مثل بیع نیست.

ایشان می گوید اینکه ما جائی تملیک اختیاری داشته باشیم که موجب تملک قهری طرف بشود بالاستقراء ما نداریم. روی آن تأمل کنید.

برخی از دوستان زحمت کشیده اند و موارد متعددی را در فقه پیدا کرده اند که شبهه نقض دارد. مثل نذر در وقف به نحو نتیجه، یعنی نذر کند (چه با شرط چه غیر شرط) که مثلاً اگر فرزندش خوب شد این شیء وقف باشد، نه اینکه نذر فعل باشد.

شرط نتیجه به نظر ما درست است

اما در اینجا یک بحث مهمی وجود دارد که اصلاً آیا نذر نتیجه درست است یا نه؟

مثل شرط نتیجه که در آن اختلاف وجود دارد و بسیاری از فقهاء قبول ندارند. مرحوم آقای خوئی در شرط نتیجه اطلاقش را قبول ندارد. چون می گوید شرط از اسباب مملکه نیست. مرحوم شیخ انصاری هم در مکاسب همینطور است. مرحوم والد ما هم می گفت ما شرط نتیجه را در ملک قبول نداریم، بخاطر اینکه ملک عند العقلاء اسباب خاصه دارد، شرط از آن اسباب نیست، و شرط مشرع نیست که خودش یک طریق جدیدی جعل کند.

البته ما این حرف را قبول نداریم، به نظر ما اطلاق المؤمنون عند شروطهم می تواند درست کند. منتهی هر جا باید حساب خودش را کرد.

نقض بودن شرط نتیجه توقف بر سه مقدمه دارد (درست بودن آن، عدم نیاز به قبول، تملیک اختیاری بودن) ولی در همه مقدمات مناقشه است.

آیا نذر هم از این قسم است؟ یعنی ادله وفاء به نذر می تواند نذر نتیجه را ولو موجب تملیک بشود وجوب وفاء آن را هم بیاورد و نتیجه اش ثبوت الملكية باشد؟ این یک حرف است.

حالا اگر کسی این را هم درست کند آیا بدون قبول طرف می شود یا نه؟ کثیری از فقهاء گفته اند یحتاج الی القبول ولو رد سقط النذر.

اینکه در جلسه بعضی از دوستان نقض کردند که در نذر وقف چه می گوئید، همانجا به این نقض تصریح کرده اند. اگر لازم شد بعض عبارات را شاید فردا خواندیم. منتهی نذر نتیجه خودش داستانی است که آیا نذر نتیجه درست است یا نه. مرحوم امام قده و مرحوم آسید مصطفی بحث نذر نتیجه را بحث خوبی کرده اند، من یکوقتی اینها را در بحث دیگری جمع کرده بودم که این نذر نتیجه درست است یا نه. مخصوصا جائی که در آن تملیک باشد، که معنای وجوب وفاء به نذر و صحت نذر این است که بلااختیار وارد ملک او بشود. اگر نذر نتیجه در مثل این تملیکیات درست باشد و قبول را هم آنجا لازم نمی دانستیم، ممکن بود کسی بگوید این نقضی بر مرحوم شیخ ره است. منتهی همان نکته ای که عرض کردم باز باید تحقیق بشود که اگر ما این نذر را پذیرفتیم و گفتیم قبول او هم لازم است، آیا از مصادیق تملیک اختیاری است؟ مرحوم شیخ یک کبرایی گفت آیا آن کبری اینجا صدق می کند؟ مرحوم شیخ می گفت تملیک اختیاری بطوری که قهرا وارد ملک دیگری بشود ما نداریم، که تملیک از ناحیه من مملک اختیاری باشد واز ناحیه او تملک قهری باشد، این را می گفت نداریم. اما اگر گفتیم نذر نتیجه درست است و قبول او را هر چه گفتیم که لازم است یا لازم نیست، ولی آیا این مصداق تملیک اختیاری هست؟ درست است عمل نذر اختیاری است، اما عمل نذر که تملیک نیست.

ولو من بگویم لله علی کذا که ما خودمان در یک بحثی استظهار می کردیم که این لله بعید نیست لام ملک باشد نه لام نسبت و حق (که مرحوم آقای شاهرودی نمی پذیرفت)، لله علی کذا یعنی یک چیزی ملک خداوند بشود بر علیه من، خداوند هم می تواند ملک پیدا کند کما اینکه در روایات مختلف احکام مختلف هست. لله علی ظهورش همین است که یک چیزی برای خدا است علیه من و بر عهده من در امور حق. حتی در فعل هم یک جور فعل است بر عهده من، در ملک هم می شود ملک در عهده من. اگر ما این را بگوئیم نذر تملیک است یا نه؟

ولی اگر گفتیم اصلاً لله علیّ این نیست. خیلی ها می گویند لله علیّ معنایش ملک نیست، بلکه یک معنای دیگری دارد و انشاء خاصی است {دیگر از بحث خارج می شود}.

پس باید این سه مقدمه را صاف کنیم تا نذر نقض بشود بر کبرای شیخ انصاری. مقدمه اول اینکه آیا نذر نتیجه درست است یا نه. مقدمه دوم اینکه آیا در نذر نتیجه قبول لازم نیست. مقدمه سوم اینکه آیا نذر نتیجه تملیک است یا نه. روی اینها فکر کنید. اگر اینها صاف شد آنوقت نقض می شود به حرف شیخ انصاری. ولی واقعا هر کدام یک مرحله است که معلوم نیست جوابش مثبت باشد.

سؤال: برفرض همه را هم قبول کنیم، اما اگر به این شکل باشد شاید ایقاع باشد نه عقد.

جواب: آن کبری کاری به این ندارد. کبری اعم است. کبری این است که آیا تملیک اختیاری داریم که قهراً وارد ملک دیگری کنیم ولو ایقاع باشد. ادعا می کند همچنین چیزی در فقه نداریم.

حل استبعاد صدق کبری با کفایت قبض از قبول

مرحوم شیخ می گوید این استبعاد هست، ولكن ولو این مستبعد باشد منتهی با وجود قبول این معنا که قبض می تواند جای فعل بنشیند همه اینها حل می شود. چون قبض می شود قبول فعلی، اصلاً ما بدون قبول چیزی را وارد ملک موقوف علیه نکردیم تا بگوئیم اگر در وقف قبول شرط نباشد این موجب تملیک اختیاری امری می شود قهراً در ملک کسی. می گوید این اصلاً مصداق آن کبری نیست. چون قبض جای قبول نشسته است. قهری نیست، بلکه با اختیار طرف وارد ملکش شده است.

صاحب جواهر: قول به تفصیل مستلزم تعدد در ماهیت وقف است که این خلاف ظاهر روایات است

نکته پنجم: بحثی است که صاحب جواهر مطرح کرده که برخی قبول و برخی رد کرده اند. آن نکته این است که: اگر ما قول به تفصیل را گفتیم یعنی قبول کردیم که در وقف خاص قبول لازم است و در وقف عام قبول لازم نیست، چه مشکلی پدید می آید؟

دو حرف در اینجا مطرح شده است:

حرف اول اینکه: يلزم منها که وقف دو تا معنا داشته باشد، معنی ایقاعی و معنی عقدی. این را بعض علمای معاصر در شرح تحریر فرموده اند. نگفته اند اشکال دارد یا ندارد فقط گفته اند يلزم منها معین.

ظاهراً مرحوم صاحب جواهر بیش از این می خواهد بگوید. می گوید اصلاً دو تا واقعیت را به عنوان وقف بپذیریم. یعنی سر ماهیت وقف بحث داریم که ماهیتش دو جور می شود گاهی عقدی و گاهی ایقاعی. و می گوید این خلاف مستظهر از روایات است. ایشان حرف روشنی می زند و بحث را رها نکرده است. برخلاف بعض معاصرین که گفته اند يلزم منها معین ولی اینکه درست یا غلط است رها کرده اند. ولی مرحوم صاحب جواهر می گوید مستظهر من الروایات که وقف یک معنا و یک واقعیت دارد. در حالی که اگر ما تفصیل را قبول کنیم لازمه اش این است که ما دو تا واقعیت داشته باشیم، یک وقف ایقاعی و یک وقف عقدی. پس درست نیست.

یعنی در واقع فرمایش ایشان در جواهر یکی از ادله عدم تفصیل می شود.

جواب آخوند ره از صاحب جواهر ره: وقف اسم مسبب است و مسبب واحد است

مرحوم آخوند اینجا یک دقتی کرده است. فرموده: اگر ما اسامی معاملات را اسامی مسببات بدانیم، یعنی مسبب یک واقعیت باشد سبب دو تا باشد اشکال دارد؟ عقد و ایقاع اسباب هستند. وقف نامی است برای مسبب و آن پدیده بسیطی که از ایقاع و عقد حاصل می شود. مگر اشکالی دارد که گاهی عقد و گاهی ایقاع سبب بشوند برای حصول یک واقعیت؟ چه اشکالی دارد؟ مسبب واحد است. مرحوم آخوند در کتاب الوقف در همین بحث قبول می فرماید این دلیلی که بر نفی تفصیل آورده اند درست نیست. چون اختلاف اسباب مانع از این نمی شود که مسبب واحد باشد. اینجا هم همینطور است. سؤال وجواب: ما از اخبار می فهمیم که وقف واحد است. صاحب جواهر گفت حالا که واحد است نمی شود هم عقد باشد و هم ایقاع. مرحوم آخوند می گوید وحدت را فهمیدیم اما اینکه سبب این امر واحد متعدد باشد اشکال ندارد.

تأیید فرمایش مرحوم آخوند

این حرف مرحوم آخوند حرف دقیقی است و درست هم هست. چون بحث فقهی است که آیا اسامی معاملات اسامی برای اسباب هستند یا برای مسببات. ولی حق این است که اسامی برای مسببات هستند. بیع اسم برای عقد نیست، بیع تملیک عین بعوض است. ذات تملیک عین بعوض، نه انشاء تملیک عین بعوض که نحو وجود است. خود تملیک عین بعوض است. صلح عبارت است از همین ماهیتی که در آن مصالح دو طرف هست، نه عقدی که یتج این مصالح را و رفع

آن نزاع را. ظاهر معاملات همین است که اسامی برای آن مسبب و ماحصل هستند نه برای اسامی معاملات. می گوید بنابر این آن استظهار از اخبار منافاتی با این تعدد ندارد. و حرف درستی هم هست.

برای فردا فرمایش آیه الله سبحانی را مطالعه کنید می خواهیم بحث کنیم. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۳۶۱..... ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف
- ۳۶۱..... بررسی معنای عقد
- ۳۶۲..... عدم التزام محقق حلی به بیان افتقار به ایجاب و قبول در عقود
- ۳۶۳..... تهافت در عقد و ایقاع بودن جعاله در کلام شرایع
- ۳۶۴..... برداشت دو نکته از کلام شرایع
- ۳۶۴..... مایز بین عقد و ایقاع در کلام آیه الله شاهرودی ره
- ۳۶۵..... عدم حل مشکل صغروی در مقام با نظر آیت الله شاهرودی
- ۳۶۷..... طریقه استقراء برای حل این صغری
- ۳۶۷..... ارزش استقراء
- ۳۶۷..... استقراء برهان نیست تا بگوئید مصادره است بلکه کاشف از مقصود شارع است
- ۳۷۰..... استدلالی بر عدم نیاز قبول در وقف
- ۳۷۰..... جواب از سیره

ادامه مسئله ۶: نیاز به قبول در وقف

بحث در نکاتی بود که مربوط به توقف وقف بر قبول بود.

بررسی معنای عقد

از جمله نکات بحثی است که گفتند تعبیر عقد در کلمات فقهاء آیا به همین معنایی است که ما امروز داریم که می گوئیم عقد متوقف به ایجاب و قبول است، یا اینکه در یک برهه هایی اصلاً خیلی بین عقد و ایقاع فاصله روشنی نبوده است.

من استظهارم این است که بعید است که فقهاء بین عقد و ایقاع فرق روشنی نگذاشته باشند. ولی نکته ای که وجود دارد این است که اولاً به حسب فحصى که بعضی از دوستان کرده اند تا زمان ابی الصلاح در کلمات فقهاء ایقاع در مقابل عقد اصطلاحی بکار نرفته است. حتی در کلمات شیخ طوسی و دیگران این را نیافته اند که ایقاع در مقابل عقد باشد. این یک نکته است.

عدم التزام محقق حلی به بیان افتقار به ایجاب و قبول در عقود

آنوقت مطلب دیگری که در شرایع مرحوم محقق وجود دارد، عقدها را که بیان می کنند، خودشان را موظف نمی بینند که همیشه بگویند یفتقر الی الایجاب و القبول خیلی وقتها می گویند بعضی وقتها هم نمی گویند.

از اینجا می خواهیم نتیجه بگیریم اینکه در باب وقف مرحوم صاحب شرایع قبول را نیاورده نمی شود استفاده کرد که پس ایشان وقف را ایقاع می داند. چون در برخی عقود دیگر هم که مسلماً عقد هستند اینها قبولش را نیاورده اند. حالا چرا نیاورده اند؟ ممکن است بر اثر مسامحه باشد، گاهی هم آورده اند.

یکی از دوستان زحمت کشیده است در کتاب های مختلف شرایع از بیع گرفته تا رهن، فلس، حجر، ضمان، صلح، شرکت، مضاربه و مزارعه اینها را دیده اند، در برخی از اینها می گویند عقد یفتقر الی الایجاب و القبول اما در برخی هم نمی گویند. مثلاً در صلح گفته اند الصلح وهو عقد شرع لقطع التجاذب و لیس فرعاً علی غیره ولو افاد فائده. نگفته است که این عقدی است مرکب از ایجاب و قبول در حالی که یک جای دیگری تصریح می کند می گوید عقد یفتقر الی الایجاب و القبول مثلاً و دیعه را می گوید و هو استنابة فی الحفظ و یفتقر الی ایجاب و قبول در اجاره می فرماید عقدی است که ثمره اش تملیک منفعت به عوض معلوم است و یفتقر الی ایجاب و قبول در عاریه می گوید و هو عقد ثمرته التبرع بالمنفعة و یقع بکل لفظ کذا که یشتمل علی الاذن فی الانتفاع و لیس بلازم لاحد المتعاقدين. شرایع در عاریه شبیه وقف گفته است. در وقف هم می گوید عقد ثمرته تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة. اینجا هم می گوید عاریه هی عقد ثمرته التبرع بکذا.

از اینجا می خواهیم نتیجه بگیریم که اگر در یک عقدی ایجابش را ذکر کردند قبولش را ذکر نکردند، این دال بر این نیست که قائلند که قبول لازم ندارد تا بگوئیم ایقاع است. این نکته دیگری است که متعرض شدیم.

سؤال اصلاً صاحب سرائر کتاب را چهار قسم می کند.

جواب: این را که فقهاء گفته بودند، ولی گفتند از این نمی شود استفاده کرد که همیشه مقصودشان این است که بالدقة این عقد است. حتی مرحوم بحرالعلوم گفتند که اگر در قسم عبادات یا معاملات گفتند دقیقا این معنایش این نیست که معامله است که قصد قربت در آن لازم نیست مثلا. می گویند این تقسیمات خیلی دقیق نیست.

تفاوت در عقد و ایقاع بودن جعالة در کلام شرایع

ایشان یک چیزی عجیبی در باب جعالة می گویند. اول می گوید کتاب الجعالة والنظر فی الايجاب و الاحكام واللواحق. می گوید: اما الايجاب هو أن يقول من ردّ عبدی أو ضالتي أو فعل كذا فله كذا (این مفاد جعالة است)، ولا يفتقر الى قبول (یعنی ایقاع است و عقد نیست).

بعد می گوید:

ويصح على كل عمل مقصود محلل، ويجوز أن يكون العمل مجهولا لأنه عقد جائز كالمضاربة.

یک خط بالا می گوید جعالة لا يفتقر الى قبول. آنوقت اینجا می گوید و يجوز أن يكون العمل مجهولا لأنه عقد جائز كالمضاربة. اگر این تشبیه به مضاربة نبود شاید یک جوری درستش می کردیم و می گفتیم لیس بعقد جائز مثلا. ولی نمی شود. هم چون دارد تعلیل می کند و می گوید مجهول بودن عمل اشکال ندارد لأنه عقد جائز، بعد می گوید كالمضاربة. این را دوستان فکر کنند که چطور می شود آن را حل کرد. هم می گوید لا يفتقر الى قبول، هم می گوید عقد جائز. مگر کسی بگوید که اصلا فاصله عقد و ایقاع در نظر خصوصا قدماء از فقهاء اینطور نبوده که ما می گوئیم. مثلا به ایقاع ها هم عقد اطلاق می شده است.

البته من این را مستبعد می دانم، چون هر کجا رفته اند به این تصریح می کنند که عقد أو ایقاع، وبعد کتابهایش را هم گاهی از همدیگر جدا کرده اند.

یک همچنین تعبیری هست. اگر یکی دو مورد بود ممکن است بگوئیم مسامحه بوده است. ولی اگر بیشتر از این باشد باید یک فکری برای آن کرد که معنای این چیست.

سؤال: شاید معنای لا يفتقر الى قبول این باشد که یعنی قبول لفظی نمی خواهد.

جواب: این یک تقييد زائدي است، عبارت ندارد قبول لفظی بلکه می گوید قبول.

سؤال: شاید عقد جائز را عقد نمی دانسته اند.

جواب: پس چرا می گوید لأنه عقد جائز؟! می گوید عقد جائز است. مثلاً در عاریه که می گوید جائز من الطرفين آیا عقد نیست؟ روی این تأمل کنید.

برداشت دو نکته از کلام شرایع

این مطلبی که از شرایع نقل کردیم دو نکته برای ما دارد: یک نکته اینکه عدم ذکر قبول در عداد شرائط یا مقومات این دلالت قطعی بر این ندارد که یک مؤلف یا مصنفی قبول را لازم نمی داند. در این کتابهای مختلف یک جاهایی بالصرحة می گویند و یک جاهایی نمی گویند. مثلاً در کتاب سکنی و عمری و رقبی که بعد از وقف می آید آنجا تصریح می کنند که یفتقر الی الايجاب و القبول، اما در وقف نگفته اند قبول می خواهد. این نگفتن معلوم نیست از روی تعمد باشد برای اینکه بگویند این ایقاع است. نه، این نحوه استقرائی که در کتب مختلف و موارد مختلف کردند که بعضی تصریح می کنند و بعضی ها اصلاً نمی گویند نشان می دهد اینطور نیست.

منتهی نکته دومی که مسئله ساز است این است که بعضی جاها همچنین تعبیری کرده اند. این ظاهراً توجیه روشنی ندارد.

مایز بین عقد و ایقاع در کلام آیه الله شاهرودی ره

نکته: مطلبی را از مرحوم آیه الله شاهرودی در کتاب المضاربه آورده اند که بحث خیلی خوبی است، راجع به همین که مایز عقد از ایقاع چیست. ایشان یک مایزی معرفی می کند. می گوید اولاً عقد طرفینی است ولی ایقاع یک طرفه است. بعد ایشان می گوید این حرف دقیق نیست. (و حق هم می گویند که دقیق نیست)، چون گاهی ایقاعات له تعلق بطرف، مثل طلاق. طلاق ایقاع است ولی بالآخره تعلق به طرف زوجه هم دارد.

پس باید دقیقتر معنا کنیم. اینکه می گوئیم عقد دو طرف دارد ولی ایقاع یک طرفه است مقصود از این طرفها چیست و نحوه دخالتش چیست؟

ایشان می گوید ما موظفیم یک بیان دقیقتری برای این کنیم. در این بیان دقیق تر می گوید ما دنبال این هستیم که نکته این را که عقد دو طرف می خواهد ولی ایقاع نه، این را پیدا کنیم.

می گویند نکته این است که این معاملات مالیه و امثال آن گاهی ارتباطی پیدا می کند به حوزه حقوق و سلطنت دیگران. گاهی من یک کاری انجام می دهم در حوزه سلطنت خودم و به خودم مقصور است، اینجا می شود ایقاع. نمی

گوید به دیگری تعلق ندارد، ممکن است به دیگری هم تعلق داشته باشد، اما در حوزه سلطنت دیگری نیست، در حوزه حقوق دیگری نیست، تصرفی در سلطان او ندارد. بلکه له تعلق بالغیر، اما نه اینکه در حوزه سلطان او تصرف کند. مثل طلاق. ایشان مثال به طلاق می زند، بنابر اینکه زوجه هیچ حقی در این جهت ندارد و حق مال زوج است، پس او وقتی که طلاق می دهد دارد در حوزه سلطنت خودش اقدام حقوقی و فقهی می کند، و این هیچ ارتباطی به حوزه سلطنت دیگری ندارد. گرچه ارتباط به دیگری دارد چون طرفش زوجه است، اما به حوزه حقوق و سلطان او ارتباطی ندارد.

اما یکوقت اینطور است که عمل حقوقی من مرتبط می شود با حوزه سلطنت و حقوق او. مثل خود بیع. در بیع می گویم من تملیک می کنم این عین را بعوض، یعنی این عین برود در ملک تو و ثمن از ملک تو بیاید در ملک من. این تصرف در سلطان او است. می گویند اینجا بدون قبول نمی شود.

اما ابراء دین دیگری، به او ربطی ندارد. دین یک حقی است برای من و ملک من در ذمه او است، من ابراء می کنم. این تصرف در سلطنت ایشان نیست.

عدم حل مشکل صغروی در مقام با نظر آیت الله شاهرودی

این فرمایش ایشان حرف بدی نیست، منتهی آن نزاعی را که ما مطرح می کردیم حل نکرد. آن پرسشی که شیخ انصاری و دیگران طرح کردند که آیا ما می توانیم به یک تملیک اختیاری چیزی را قهرا در ملک دیگری داخل کنیم یا نه؟ را پاسخ نمی دهد. چون ریشه اش به این برمی گردد که آیا در ملک دیگری وارد کردن یک شیئی تصرف در حیطه اختیارات او است یا نه. من هم مثل مرحوم آقای شاهرودی قبول دارم که عرفا همینطور است، اما این عرف را شارع قبول کرده است؟ به نظر من هم این تصرف در سلطنت محسوب می شود، ولی آیا این نظر عرف را شارع قبول کرده است؟ ایشان تلاشی برای اثبات این نکرده است.

پس بیان ایشان بیان فنی است که هر کجا یک امر معاملی یا غیر معاملی (مثلا یک اقدام حقوقی مثل طلاق) اگر تصرفی در حوزه سلطنت دیگری باشد خب قبول او را می خواهد. این تقریبا دلیلش روشن است. اگر تصرف در سلطنت او است معلوم است که قبول او را می خواهد.

بله اگر در مواردی شارع خودش اجازه بدهد چنین تصرفی را بحث دیگری است و دیگر از قبیل معاملات عقلائیة ای که امضاء شده است نیست بلکه یک موضوع شرعی است. مثل جائی که مثلا در معاطات شما بگوئید موضوع اباحه

شرعیه قرار می گیرد نه اباحه مالکیه. شارع بیايد بگوید هر وقت معاطات کردید ملک واقع نمی شود ولی من او را مباح می دانم. این یک تصرفی است که مولا کرده است.

اما در تصرفات عقلائیه واضح است که اگر شما می خواهید در سلطنت کس دیگری دخالت کنید اذن و قبول او را می خواهید. این روشن است.

سؤال: مولا مفهوم عقد را به عرف واگذار کرده است.

جواب: بحث مفهوم نیست بحث حقیقت عقد است. مولا حقیقت عقد را به عرف واگذار نکرده ولی اگر عرف داشته باشد موضوع ادله واقع باشد.

سؤال: در اینکه تملیک ابتدائی قهری امکان دارد یا ندارد، برمی گردد به اینکه آیا این حقیقتاً تصرف در سلطنت دیگری هست یا نه.

جواب: ایشان می گوید هر کجا کار معاملی تصرف در سلطان دیگری شد، اینجا قبول او را می خواهد و می شود عقد. هر کجا تصرف در سلطان او نیست قبول او را نمی خواهد و ایقاع است. من عرضم این است که بحث ما صغروی است. این بحث صغروی را حل نمی کند که آیا تملیک کردن و چیزی را در ملک دیگری وارد کردن تصرف در سلطان او هست یا نه. این یک بحث عرفی و ارتکازی می طلبد که آیا واقعا ادخال امری در ملک او این تصرف در سلطان او هست یا نه. آنوقت مثلاً در ابراء شما چرا می گوئید تصرف در سلطان نیست؟

سؤال: اگر حقیقتش عقد بود شارع امضاء کرده است دیگر. فقط ما شک داریم این نحوه تملیک عقد است یا ایقاع، و مسلم گفتیم که عرفاً این عقد است.

جواب: بله این ممکن است. ممکن است بگوئیم در عرف این را عقد می دانند، ولی بحث در این است که هست یا نیست. اینکه این همه علماء تردید می کنند، نه فقط تردید به لحاظ امر شرعی است، تردید در این است که اصلاً عرف هم همین کار را می کند یا نمی کند. این اختلاف از آنجا است که ما تحلیلیمان از این مسئله در میان عرف چیست. آیا عرف واقعا داخل کردن یک امری را بتملیک اختیاری در ملک کسی قهراً تصرف در سلطان او می دانند یا نمی دانند. این روشن نیست. البته استنباط خود من این است که عرف همین را می گوید و می گویند این تصرف است. خیلی از فقهاء هم که می گویند به نظرم ریشه عرفی و ارتکازی دارد نه اینکه استنباط شرعی جدائی می کنند. بله مثل مرحوم شیخ انصاری می خواهد

استقرائی بگوئید، او یک وادی دیگری است. این یک بیان عرفی است. به نظر من عرف همین را می گوید و ریشه تشکیک فقهاء هم همین است.

نتیجه این می شود که اگر ما جزم پیدا کنیم که امثال این امور که یک بحث صغروی است که آیا ادخال یک مالی بتملیک اختیاری در ملک کسی بتملیک قهری تصرف در سلطان او است، این نتیجه اش این می شود که واضح است که عرفا رضای او را می خواهد و لذا عقد است. و اگر گفتیم اینچنین نیست، می شود ایقاع. و لذا بنابر عقد بودن ادله اوفوا بالعقود می تواند او را بگیرد.

منتهی این یک بحث عرفی است که ما اینچنین سلطنتی می فهمیم یا نه.

طریقه استقراء برای حل این صغری

بله ما یک راه جدائی هم ما برای این بحث داریم و آن استقراء است. استقراء کارهایی که شارع کرده و ما نگاه می کنیم یک مورد هم پیدا نمی کنیم که شارع تملیک اختیاری برای ادخال چیزی در ملک کسی غیر اختیارا داشته باشد.

ارزش استقراء

خب این استقراء به چه درد می خورد؟ ممکن است بگوئیم این استقراء به ما کمک می کند که بفهمیم یک چیزی در لسان شارع عقد است یا ایقاع. وقتی می بینیم در تمام این موارد شارع یک مورد اینچنینی ندارد، بعید نیست بفهمیم پس این مسئله عقد است عند الشارع.

استقراء برهان نیست تا بگوئید مصادره است بلکه کاشف از مقصود شارع است

یعنی نگوئیم این استقراء خودش یک دلیل برهانی است تا بعد بگویند این مصادره است و چه کسی گفته است این مورد این چنین نیست. بگوئیم نه، از این استقراء ما می فهمیم که شارع در جاهای دیگری که این حرف را زده مقصودش یک امر عقدی است. یعنی شارع از این کارها نکرده که بیاید یک عقدی را امضاء کند قهرا علی خلاف میل خود شخص و چیزی را در ملک او داخل کند بتملیک اختیاری من المالك أو الواقف. بگوئیم استظهار کنیم پس این مورد هم اینطور است. پس بحث این است که این استقراء کمک کند به استظهار از روایات. نمی گوئیم خود این استقراء دلیل مستقل باشد تا به ما نقض کنید که هذا مصادرة. این هم یک راه دیگر است.

سؤال: شما ابراء را عقد می دانید؟! جواب: این بنخاطر عرفیت این حرف ما است. این بزرگوارانی که می گویند در مثل ملک تصرف محسوب می شود آنها ابراء را چکار می کنند.

سؤال وجواب: شارع گفته ایقاع است یا عرف می گوید ایقاع است. اگر عرف بگوید ایقاع است ما باید فکر کنیم که چه فرقی می کند با تملیک اختیاری من و تملک قهری او که می گویند نمی شود چون می گویند تصرف در حوزه سلطنت او است، اما ابراء را می گوید می شود.

این هم یک راهی است. بیان ایشان به نظرم بیان خوبی است. این را ببریم جلوتر تا تشخیص بدهیم کجاها ما باید فکر کنیم که یک چیزی ایقاع می شود یا عقد می شود. به نظر من صغریا هم این موارد را می شود بگوئیم اینها با توجه به اینکه دخالت در حوزه سلطنت عرف هستند اینها عقد هستند ولذا اوفوا بالعقود هم می تواند اینها را شامل بشود.

سؤال: ممکن است بگوئیم بعضی از اوقات شارع تصرف در سلطه دیگری را جائز بداند.

جواب: بله اگر خود شارع بگوید بله مشکلی نیست. اما نمی شود عقد را عرفی بگیرید اما عدم قبولش را شرعی بگیرید. نه اینکه عقد هست ولی قبول نمی خواهد. آنوقت دلیل اثباتی اش چیست؟

سؤال: دلیلش اطلاقات هر بابی است که می گوید قبول شرط نیست. همین اطلاقات می گوید می توانی انتقال بدهی مالی را به سلطه دیگری بدون اذنش.

جواب: آنوقت چطور عقد بودنش را شارع قبول کرده است.

سؤال: عقد بودن که حقیقت عرفی بود که تسلط طرفینی است. این حقیقت عقد است.

جواب: عقد تسلط طرفینی است یا تملیک است و قبول طرف. اول این را درست کنید.

سؤال: تسلط است. جواب: یعنی تسلط دارد بر ملک خودش؟!

ایشان می گوید تصرف در سلطنت او که بشود قبول می خواهد. و درست هم می گوید. چرا؟ برای اینکه معنای سلطنت این است. ولی شما می خواهید بگوئید سلطنت هست ولی قبول نمی خواهد. قبول نخواستن منافات دارد با سلطنت. از این باب است که مرحوم آقای شاهرودی می گوید حالا که سلطنت داری باید قبولش هم بیاید. راست هم می گوید. سلطنت است که مجوز تملیک شما می شود.

سؤال: در اکل ماره چطور سلطنت هست ولی شارع می گوید جواز تصرف دیگران هم هست؟

جواب: نخیر، سلطنت آن آقا به اندازه اکل ماره تقیید می شود. پس سلطنت بالفعل ندارد. پس اگر گفتید که در عین حال سلطنت ندارد بر وقوعش در ملکش اختیارا بلکه قهرا هم می شود، پس عقد نیست. یعنی شارع تعریف شما را مصداقا نفی کرده است. می گوید سلطنت نداری به همین اندازه که نفی کرده است. پس عقد به معنای خودتان هم نیست که اوفوا بالعقود بگیرد.

سؤال وجواب: برخی ها در وقف که ما قبول را ولو از باب قدر متیقن قبول کردیم می گویند بطون لاحقه را چکار می کنید. این را باید مقداری بحث کنیم. چون تقریبا مسلم است که قبول بطون لاحقه لازم است، آنهایی که می گویند قبول لازم است فقط بطن اول قبول کند کافی است. حالا سؤال این است که اگر عقد است بطن لاحق بدون قبول وارد ملکش می شود. بنابر اینکه این بناء هم درست است که بطون بعدی از خود واقف تلقی ملک می کنند. یعنی واقف وقتی وقف می کند اینطور نیست که تملیک به بطن اول کند و بطن دوم از باب میراث از بطن اول بگیرد. بلکه واقف از ابتداء در طول عمود زمان دارد به بطون تملیک می کند. اینطور است. آنوقت بطن دوم بنابر این، تلقی از خود واقف می کند. حالا سؤال این است که شما گفتید استقراء یا به این بیان که نمی شود چیزی را اختیارا تملیک کنیم بطوری که ورود کند در ملک دیگری قهرا. با این استدلال می گوئید بطن اول باید قبول کند. خب بطن دوم مصداق تملیک اختیاری واقف است للملک القهري من البطن الثاني بدون القبول.

سؤال وجواب: چرا ابتدائی است. آن ابتدائی که در عتق گفتند نیست اینطوری بود که عتق کار خودش را انجام می دهد... فرض این است که واقف تملیک می کند به بطن دوم کما اینکه به بطن اول تملیک می کند. سؤال شارع از اول به عنوان تملیک کرد نه به خصوص این فرد. جواب: بله اما بدون قبول وارد ملکش شد. پس در انشاء نیست. بحث در این است که کبرایی که برای اثبات قبول می گفتند این بود که ما در فقه نداریم که تملیک اختیاری باشد ولی ورود در ملک دیگری قهرا بکند. اشکال این بود. طبق همین اشکال ما گفتیم بطن اول باید قبول کند. می گوئیم بطن دوم چکار می کند؟ چون قبول بطن دوم را مسلم گفته اند شرط نیست. پس در بطن دوم بدون قبول وارد ملکش شده است قهرا. روی این شبهه فکر کنید. باید آن را حل کرد.

سؤال وجواب: آن بحث دیگری است که اگر خودش مستحق باشد که مصداق است. مثل اینکه ما وقف می کنیم برای سکناى علماء، یک عالمی قبول می کند و آن را قبض می کند و در آن می نشیند. اینکه اشکال ندارد چون خودش مصداق شده است. سؤال خب طبقه اول هم مصداق اولاد هستند، همانطور که علماء قبلی قبول نکرده اند بطون بعدی هم كذلك. جواب: علماء بعدی اصلا مصداق استفاده و انتفاع نشده است. تطبیق شده است به این آقا. سؤال فقط این آقا می

تواند استفاده کند؟ جواب: وقتی شما تطبیق کنید و قبض کنید فقط همین آقا استفاده می کند دیگر بقیه نمی توانند با او مشاحه کنند، چون تملیک همه نیست. آنجا می گویند به قبض وقف تمام می شود به این معنا که الان تملیک این آقا می شود. لذا قبض به یک معنایی متمم می شود. لذا بقیه هم باید قبض کنند. البته یک بحثی است که قبض قبول هم باشد که مرحوم شیخ از این دفاع می کند. اما بحث دیگر این است که طبقه دوم که آنوقت موجود نبودند و قبول نکردند شما می گوئید من بعد هم قبول لازم ندارد، آنوقت چطور در ملک او داخل می شود. این شبهه هست که بحث می کنیم.

استدلالی بر عدم نیاز قبول در وقف

یک بحثی هم فرمایش برخی از علماء حاضر است در اثبات اینکه ما قبول نمی خواهیم. در وقف عام تمسک کرده اند به سیره، و گفته اند در اینجا سیره است که ما قبول لازم نداریم. و در وقف خاص عبارتشان مضطرب است، می گویند ریشه اش این است که حقیقت وقف ایقاف است برای انتفاع موقوف علیه. غایه الامر موقوف علیه می تواند انتفاع ببرد می تواند انتفاع نبرد. بعد می گویند فرقی هم نمی کند بین وقف عام مثل وقف بر فقراء و وقف خاص. اول می گویند در وقف عام اینطوری است اما وقف خاص از باب این است که ایقاف است. بعد می گویند وقف عام و خاص فرقی نمی کند. نفهمیدیم چرا این دو را از هم جدا کردند. بعد می گویند: نعم لو كان وقفا علی شخص و ردّ بطل.

جواب از سیره

سیره را که قبلا بحث کردیم که اگر اینها سیره متشرعه را می گویند برای ما ثابت نیست که بما هم متشرعه سیره داشته باشند. بلکه ممکن است از باب عدم مبالات و مسامحه باشد. مرحوم شیخ انصاری در این امثله در همه اینها احتمال عدم مبالات می دهند. مثلا می گویند ما می دانیم حجاب و پوشاندن لازم است اما همین زنهای مسلمان خیلی وقتها رعایت نمی کنند، بعد نمی توانیم بگوئیم سیره است بر اینکه زنهای مسلمان بعضی از مویشان را نمی پوشانند. این سیره متشرعه بما هم متشرعه نیست. اینجا هم ما کی کشف کردیم که متشرعه بما هم متشرعه در باب اوقاف قبول را لازم نمی دانند. حالا ممکن است از این کارها بکنند ولی این معنایش این نیست که بما هم متشرعه دارند این کارها را انجام می دهند.

اما اگر سیره عقلائی می گوئید، این له وجه. اما اول سیره محقق است یا نه؟ ثانيا سیره مستمره تا زمان شارع و عدم ردع هست یا نه؟ این را از کجا می گوئید و تحقیق کردید که این سیره مستمره است؟ حالا در باب مساجد ادعا کرده اند اینطور است، که همان را هم در بحث خودش تشکیک کردیم، که معلوم نیست تا زمان شارع مستمر بوده و شارع ردع نکرده و بعد به ما رسیده است. بله گفتند یک سنگهایی را بر سنگ بنا کردند و حضرت گفتند مسجد همین است. خب

همین است آیا در آن قبول و قصد قربت نبوده است؟ از کجا ما اینها را می گوئیم؟ کجا اینها را به دست آوردیم که می گوئیم سیره مستمره تا زمان شارع هست و ردع نشده است؟

بنابر این در اینجاها استدلال به سیره دشوار است.

اما از این مهمتر بحث استدلال در وقف خاص به این است که می گویند این ایقاف است. و اما الوقف الخاص فیمكن القول بعدم اعتباره فإن حقيقة الوقف فيه ایقاف الموقوف لانتفاع الموقوف علیهم.

نفهمیدیم که اگر حقیقتش ایقاف شد چرا نیاز به قبول نداشته باشد. کسی که می گوید ایقاف است لدر المنفعة معنایش این نیست که قبول نمی خواهد. این در قبال تملیک و اباحه و فک ملک این حرف را می زند می گوید این حقیقتش ایقاف است. اما این ایقاف به چه چیزی تمام می شود؟ به قبول یا به غیر قبول؟ اصلا این حرف در آن نیست. یعنی ما نفهمیدیم کسی که می گوید ایقاف است پس کافی است برای اینکه بگوئیم قبول نمی خواهد. اینکه حتما استدلال نادرستی است و مصادره بودشن واضح است. پس این استدلال هم ناتمام است.

سؤال وجواب: مثل اینکه در باب بیع می گویند تملیک است که کار بیع است، اما آیا قبول نمی خواهد؟ خب تملیک عین بعوض است. اینجا هم می گویند ایقاف است لدر المنفعة للغير. خب شما وقتی می خواهید منفعت را تملیک غیر کنید لازمه اش تملیک منفعت به غیر است دیگر. بنابر این بگوئیم قبول می خواهد. ایقاف که می گوئیم از باب نسبت دادن به واقف است، اما ماده اش را حل نمی کند که این وقف قبول می خواهد یا نمی خواهد، این کاری که واقف می کند با قبول تمام می شود یا بدون قبول هم می شود. اگر شما گفتید در ایقاف قبض شرط است، آیا منافات دارد که بگوئیم قبض آن طرف شرط است با اینکه ایقاف کار واقف است.

به نظر می آید اینها خلط بحث است. اینکه حقیقتش ایقاف است یعنی دارد ماده اشتقاق را به واقف نسبت می دهد که دارد کارهای وقف را انجام می دهد. همین قدر است. نه اینکه تمام الوقف فقط کاری است که واقف انجام می دهد. اینکه از آن در نمی آید.

الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- خلاصه نیاز به قبول در وقف ۳۷۲
- ماده ۵۶ قانون مدنی در رابطه با قبول در وقف..... ۳۷۳
- مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف..... ۳۷۴
- تعبیر به اینکه وقف مشروط است یا صحت وقف مشروط است یکی هستند ۳۷۶
- اقوال در مسئله:..... ۳۷۶
- کلام مفتاح الکرامه در نقل قول مثبتین..... ۳۷۶
- کلام مفتاح الکرامه در نقل قول نافیین..... ۳۷۷
- ثمره بحث در نمائات متخلله بین العقد والقبض ظاهر می شود..... ۳۷۸
- قبض علاوه بر شرط صحت بودن باید ناقل هم باشد تا با شرط لزوم فرق کند ۳۷۸
- تفاسیر جواز و لزوم ۳۷۹

خلاصه نیاز به قبول در وقف

بحث ما در اشتراط وقف به قبول تمام شد. و دیدیم که کسانی که می گویند قبول شرط نیست یا رکن نیست استدلال درستی ندارند، چون عمده استدلالشان اطلاقات یا عمومات است که ما قبول نداریم، و یا اجماعاتی است که بعد المراجعة معلوم می شود اقوال روشنی وجود ندارد تا اجماع تحصیل بشود. البته این طرف هم که ادعای اجماع کرده اند و گفته اند اطباق الفقهاء علی أنه عقد است، آن هم بعد الفحص روشن می شود که اقوال روشنی وجود ندارد، مخصوصا با تشکیکی که گاهی در لفظ عقد می شود که آیا بر ایقاع هم اطلاق می کردند یا نه.

منتهی آن چیزی که ما می توانیم به آن استدلال کنیم یکی همان اصالة عدم ترتب الاثر است بعد الفراغ از اینکه هیچ اصل یا عموم مصحح وقف نداریم. به اضافه برخی مؤیدات مثل همین کبرای کلی که بسیاری از فقهاء قبول دارند که تملیک اختیاری نمی تواند موجب تملک قهری دیگری بشود بدون قبول و رضایت او. این هم یک کبرایی است که بسیاری از فقهاء

قبول دارند، نظیری هم ما در فقه غیر از این نداریم. برخی بحث وصیت یا نذر را مطرح کرده اند، ولی آنها هر کدام مسئله های خاص خودشان را دارند. علاوه بر اینکه در آنها نیز بر اساس همین نکته عده ای از فقهاء قبول را شرط دانسته اند. بنابر این ما اصل استدلالمان به اصالة عدم ترتب اثر یعنی اصالة الفساد است به اضافه برخی مؤیدات و قرائن که در طی بحث گفته شد.

این تمام کلام است در بحث قبول در وقف.

ماده ۵۶ قانون مدنی در رابطه با قبول در وقف

در قانون مدنی ما هم همینطور آمده است، یعنی قبول را شرط دانسته است. این هم یک نکته قابل توجهی است. در ماده ۵۶ قانون مدنی می گوید:

«وقف واقع می شود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنای آن کند، و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند، مثل وقف بر اولاد. و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر جهات مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است».

و این بحث هایی که ما می کنیم انصافاً خیلی هم اثر دارد. یعنی اوقاف زیادی هست که در آنها قبول واقع نشده است. حالا جاهایی که شک داشته باشیم ممکن است کسی اصالة الصحة جاری کند. اما جاهایی که محرز باشد که قبول در آن واقع نشده، آنوقت بنابر بحثی که ما کردیم و بنابر این ماده قانون مدنی وقفیتش تمام نیست ولذا اثر می شود. مگر اینکه کسی در امثال اینها یک نوع حبس استفاده کند، که بحث دیگری است.

البته در حبس در رقبی و سکنی و عمری هم فقهاء تصریح کرده اند که ایجاب و قبول می خواهد. اگر کسی بگوید در آنها قبول لازم نیست، شاید در صورتی حبس بشوند و الا آنها هم همین مشکل را پیدا می کنند.

لذا بحث مهم و ذواتری است. دوستان در اطراف مسئله فکر کنند، اگر به مجموع استدلالهایی که ما کردیم قانع شدند، آنوقت قبول از باب قدر متیقن دخیل می شود. اگر قانع نشدند اگر استدلال طرف دیگر را پذیرفتند آنوقت به اطلاقات و عموماً طبیعتاً می توانند بگویند که بدون قبول هم حاصل می شود.

هذا تمام الکلام فی بحث القبول

مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف

مسئله هشتم تحریر الوسيله بحث قبض در وقف است. این هم بحث دشواری است، گرچه از روایات می شود استفاده خوبی در اصل مسئله کرد، ولی اطراف مسئله باز نیاز به تأمل خاصی دارد.

مسئله هشتم این است که:

« يشترط في صحة الوقف القبض و يعتبر فيه أن يكون بإذن الواقف. ففي الوقف الخاص يعتبر قبض الموقوف عليهم، و يكفي قبض الطبقة الأولى عن بقية الطبقات، بل يكفي قبض الموجودين من الطبقة الأولى عمن سيوجد. و لو كان فيهم قاصر قام وليه مقامه. و لو قبض بعض الموجودين دون بعض صح بالنسبة إلى من قبض دون غيره. و أما الوقف على الجهات العامة و المصالح كالمساجد و ما وقف عليها فان جعل الواقف له قيمًا و متوليا اعتبر قبضه أو قبض الحاكم، و الأحوط عدم الاكتفاء بالثاني مع وجود الأول، و مع عدم القيم تعين الحاكم. و كذا الحال في الوقف على العناوين الكلية كالفقراء و الطلبة، و هل يكفي قبض بعض أفراد ذلك العنوان بأن يقبض فقير في الوقف على الفقراء مثلا؟»

لعل الأقوى ذلك فيما إذا سلم الوقف إلى المستحق لاستيفاء ما يستحق، كما إذا سلم الدار الموقوفة على الفقراء للسكنى إلى فقير فسكنها، أو الدابة الموقوفة على الزوار و الحجاج للركوب إلى زائر و حاج فركبها. نعم لا يكفي مجرد استيفاء المنفعة و الثمرة من دون استيلاء على العين، فإذا وقف بستانا على الفقراء لا يكفي في القبض إعطاء شيء من ثمرته لبعض الفقراء مع كون البستان تحت يده، بل لا يكفي ذلك في الإعطاء لولي العام أو الخاص أيضا».

پس حضرت امام قده می فرماید: يشترط في صحة الوقف القبض و يعتبر فيه أن يكون بإذن الواقف (که این خودش یک فرعی است در ضمن فروع اصل مسئله می آید).

بعد فرموده: ففي القبض الخاص يعتبر قبض الموقوف عليهم و يكفي قبض الطبقة الاولى عن بقية الطبقات بل يكفي قبض الموجودين من الطبقة الاولى عمن سيوجد.

که این هم یک فرع دیگر است که حالا که قبض لازم شد در وقف خاص چه کسی قبض کند. فرع بعدی این است که: حالا در طبقه اولی برخی موجودند برخی بعد موجود می شوند، بگوئیم قبض همین موجودین کافی است.

بعد فرموده:

ولو كان فيهم قاصر قام وليه مقامه. ولو قبض بعض الموجودين دون بعض، صح بالنسبة الى من قبض دون غيره. بعد می فرماید: و اما الوقف على الجهات العامة والمصالح كالمساجد و ما وقف عليها فإن جعل الواقف له قیما و متولیا اعتبر قبضه أو قبض الحاكم.

در وقف عام اگر ناظر یا متولی دارد قبض او یا قبض حاکم لازم است. منتهی بعد احتیاط می کند که قبض حاکم بما هو هو کافی نیست بلکه قبض متولی هم انجام بشود، لذا می گوید: والاحوط عدم الاكتفاء بالثانی مع وجود الاول. ومع عدم القیم تعیین الحاكم.

بعد فرموده: و كذا الحال في الوقف على العناوين الكلية كالفقراء والطلبة. وهل يكفي قبض بعض افراد ذلك العنوان بأن يقبض فقير في الوقف على الفقراء مثلا؟

پس ما سه قسم داریم: وقف خاص، وقف بر جهات، وقف بر عناوین. در وقف بر عناوین بحث است که آیا قبض برخی از مصادیق این عنوان کافی است یا نه. اگر وقف بر فقراء کردند اگر یک فقیر یا دو فقیر قبض کردند، آیا قبض فقراء صدق می کند یا نه؟ می فرماید لعل الأقوی ذلك فيما إذا سلم الوقف إلى المستحق لاستيفاء ما يستحق. كما إذا سلم الدار الموقوفة على الفقراء للسكنى إلى فقير فسكنها، أو الدابة الموقوفة على الزوار والحجاج للركوب إلى زائر و حاج فركبها.

در یک قسمش قبول می کنند که قبض برخی از مصادیق این عنوان قبض این وقف باشد. و آن جائی است که ما به اقباض به این فقیر بدهیم و خودش مصداق باشد و استیفاء کند حق خودش را که به این کار قبض حاصل می شود. اینجا پذیرفته اند.

بعد می فرماید:

نعم لا يكفي مجرد استيفاء المنفعة و الثمرة من دون استيلاء على العين.

این هم یک فرع دیگری در قبض است که انشاء الله بحث می شود، که در قبض کافی نیست که فقط طوری باشد که او بتواند منفعت و ثمره را استیفاء کند. بلکه باید عین در استیلاء او باشد تا قبض صدق کند. لذا می فرماید: ، فإذا وقف بستانا على الفقراء لا يكفي في القبض إعطاء شيء من ثمرته لبعض الفقراء مع كون البستان تحت يده. بل لا يكفي ذلك في الإعطاء لولي العام أو الخاص أيضا. یعنی در همه فروض مسئله باید استیلاء على العين بشود تا مصداق قبض باشد تا وقف تمام بشود. والا به صرف استیفاء آن منفعت یا ثمره نمی توانیم بگوئیم اقباض و قبض حاصل شده است.

مطلب: قبل از اینکه ما یک سری اقوال را بگوئیم و بعد مستند روایی اش را تقدیم کنیم این مطلب را توجه کنید: برخی از فقهاء در جهات عامه قبض را اصلاً لازم ندانسته اند. مثلاً علی الظاهر مرحوم سید تشکیک می کند که در جهات عامه قبض لازم باشد. از فقهاء قبل فقط یک نفر (اسکافی یا کسی دیگر) دیده شده است که گفته است در جهات عامه قبض لازم نیست. و الا همه در همه فروض مسئله قبض را لازم دانسته اند إما للصحة و إما للزوم که بحثش خواهد آمد.

این صورت مسئله هشتم که در تحریر بود.

تعبیر به اینکه وقف مشروط است یا صحت وقف مشروط است یکی هستند

ما اول یک سری اقوال را نقل کنیم تا بعد به دلیل آن برسیم. اما قبل از آن یک توجهی بدهم و آن این است که تعبیر در این اشتراط خیلی فرق می کند. گاهی گفته می شود وقف مشروط است. گاهی گفته می شود صحت وقف مشروط است. گاهی گفته می شود لزوم وقف مشروط است. گاهی قبض را شرط کرده اند. گاهی إقباض را شرط کرده اند. اینها اختلاف تعبیری است در کلمات که ظاهر اولی آنها فرق دارد، ولی برخی از آنها با تأمل به برخی دیگر برمی گردد. مثلاً اگر بگویند در وقف يعتبر القبض، یعنی در صحة الوقف دیگر. مثل جاهای دیگر، مثلاً اگر بگویند فلان چیز در بیع شرط است یعنی در صحتش شرط است دیگر. یعنی شرط است در وقوع خودش، که معنای وقوع این است که اگر این نباشد بیع واقع نمی شود یعنی صحیح نیست. پس اشتراط الوقف بالقبض أو الاقباض لامحاله معنایش برمی گردد به شرط صحت. چون ظاهرش این است که بدون این قبض وقف واقع نمی شود. وقتی وقف واقع نمی شود پس یعنی صحیح نیست.

اقوال در مسئله:

کلام مفتاح الکرامه در نقل قول مثبتین

در مفتاح الکرامه می فرماید:

«ومما صرح فيه بأن قبضه مع الاذن أو إقباضه للموقوف عليه شرط في صحة الوقف و أنه لا يكون الا به: الكافي و النهاية و المذهب و فقه الراوندي والوسيلة و جامع الشرايع و التحرير و الارشاد و الدروس و التنقيح و ايضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية وكذا النافع و موضع من الشرايع»^۱.

ایشان نام شانزده کتاب را آورده است که اینها می فرمایند وقف مشروط است یا می گویند صحتش مشروط است. بعد می فرماید: در تنقیح و مسالك بر این مسئله که يعتبر في الوقف القبض یا يعتبر في صحة الوقف القبض ادعای اجماع کرده اند. لذا می فرماید:

و في التنقيح و المسالك الإجماع على ذلك^۲.

بعد فرموده: و في جامع المقاصد و المسالك أيضاً في موضعين منه و المفاتيح أنه لا خلاف فيه^۳.

اینها هم یک جور بیان اجماع است بر اینکه قبض در وقف شرط است.

سؤال و جواب: این نفی خلاف هم یک نوع ادعای اجماع است. چون اینها هم متعرض هستند. اگر متعرض نبودند، شاید وجهی داشت که بگوئیم لا خلاف فيه یعنی خلافی ظاهر نشده است. اما وقتی متعرض مسئله شده اند یعنی اجماع. می فرماید: و بعد فقهاء بر این مسئله که قبض شرط صحت باشد این فرع را تفریع کرده اند که اگر قبل از قبض وإقباض این واقف بمیرد عاد میراثا، میراث می شود. آنوقت در این عود این موقوف به میراث در این هم برخی ادعای اجماع کرده اند. لذا ایشان می فرماید: قد يظهر من موضع من المسالك الاجماع على ذلك.

کلام مفتاح الکرامه در نقل قول نافین

منتهی مشکلی که وجود دارد این است که بعضی از فقهاء بجای تعبیر يعتبر في الوقف کذا که از آن استظهار می شود دخالت در صحت، یا بجای اینکه بگویند صحة الوقف مشروط بکذا، گفته اند قبض یا إقباض دخیل در لزوم وقف است. آنوقت مسئله فرق می کند.

^۱ - مفتاح الکرامه جلد ۲۱ صفحه ۴۲۹

^۲ - همان

^۳ - همان

گفته اند:

«و قد يظهر ذلك (شرط لزوم بودن) من المبسوط و السرائر و هو ظاهرها. و قد يفهم من كلام المقنعة اشتراطه في اللزوم. و في الخلاف و الغنية و السرائر في آخر كلامها و التذكرة و ظاهر إيضاح النافع الإجماع على ذلك». گفته اند لزوم وقف است که مشروط به اقباض و قبض است.

ثمره بحث در نمائات متخلله بین العقد و القبض ظاهر می شود

خب یک بحث این است که این مسئله چه ثمره ای دارد که دخیل در لزوم باشد یا دخیل در صحت باشد؟

می گویند ثمره اش در نمائات متخلله بین عقد و القبض حاصل می شود. اگر قبض دخیل در صحت باشد، معنایش این است که تا زمان قبض نقل و انتقالی صورت نگرفته است. پس نمائات متخلله بین عقد تا قبض مال خود مالک است. و اگر شرط لزوم باشد، یعنی اینکه نقل و انتقال واقع شده، منتهی مثل عقد جائز است که می تواند برگردد. تا زمانی که فسخ نکرده و رجوع نکرده این ملک موقوف علیه است نه واقف. پس از زمان حصول عقد نمائات متخلله می شود مال موقوف علیهم.

این ثمره ای است که خیلی ها متعرض شده اند که این ثمره هست.

دو نکته اینجا هست:

قبض علاوه بر شرط صحت بودن باید ناقل هم باشد تا با شرط لزوم فرق کند

یک نکته ای صاحب جواهر دارد (که ایشان دأبشان این است که لابلای کلماتشان نکات را می آورند و این نکته را هم در لابلای کلماتشان آورده اند) که قابل توجه است. و برخی دیگر هم نادرا به این نکته توجه کرده اند: اگر ما قبض را شرط صحت بدانیم، گفتند ثمره اش این می شود که نمائات متخلله مال خود واقف می شود. چون تا زمان وقف نقل و انتقالی صورت نگرفته است. می فرماید این نکته بطور اطلاق درست نیست و نیاز به یک بحث مبنای دارد. اگر ما دخل قبض را به نحو ناقل بدانیم و قبض را ناقل بدانیم، بله این حرف درست است. در عین اینکه ما قبض را شرط صحت می دانیم باید ناقل من الحین هم بدانیم. یعنی ما بگوئیم از حین القبض نقل و انتقال حاصل می شود. این همان ثمره ای است که فرموده اند.

اما اگر کاشف گرفتیم، یعنی در واقع قبض از زمانی که واقع می شود کشف می کند که از اول عقد صحیح بوده نه اینکه حالا صحیح می شود.

حالا کشف چه جور تصویر دارد:

یک تصویرش به نحو شرط متأخر است. یعنی بگوئیم عقد از حالا صحیح است به شرط اینکه پنج روز آینده قبض حاصل بشود. یک راهش شرط متأخر است، ممکن است راه های دیگر هم داشته باشد. ممکن است یک چیزی شبیه واجب معلق هم بشود تصویر کرد که سر جای خودش تصویر شده است. کشف های حکمی اینطوری اند. ما لازم نیست ملتزم به کشف واقعی بشویم. اگر شرط متأخر بدانیم که اصلا واقعی می شود، یعنی از حالا عقد صحیح است اگر شرط آینده حاصل بشود. این صحت واقعی می آورد. یک راه هم کشف حکمی است که وقتی حاصل شد حکما می گوئیم صحت از اول هست نه اینکه واقعا از اول بوده و انقلب. نه، می گوئیم تمام آثار صحت من الاول را بار می کنیم که من جملتها النماء المتخلله. این شبیه این است که صحت واقعی از اول باشد.

خب اگر اینطور باشد دیگر آن ثمره مرتفع می شود.

پس آن ثمره ای که بین قول به اشتراط صحت و به قول به اشتراط لزوم گفتند، آن ثمره مطلقا بار نیست. در فرضی که صحت مشروط به قبض به نحو شرط متأخر باشد که مسلما نیست. اگر هم مشروط به شرط متأخر نباشد، بگوئیم قبض کشف حکمی می کند از صحت سابقه، باز هم این ثمره منتفی است. بخاطر اینکه الان حکما باید بگوئید تمام آثار صحت از زمان حصول عقد باید بار بشود که یکی از آنها مالکیت منافع می شود. این نکته اول بود.

سؤال شما فرمودید صاحب جواهر می گوید اگر کشف باشد دیگر این ثمره نیست. من می گویم حتی اگر قائل به کشف هم بشوید ثمره تولید می شود در جایی که دارد فسخ می کند و إقباض نمی کند. در این صورت آن نمائی را که مصرف کرده اگر گفتیم شرط صحت است باید برگرداند.

جواب: این ثمره دیگری است. اصلا اینطور بگوئیم (که البته نگفته اند) اصلا فرض کنیم طرف فوت کند، و قبضش محقق نشود، اگر ما قائل به شرط لزوم باشیم نقل و انتقال واقع شده ولو قبض نشده ولی فسخ نمی شود. چون ملک او هست ولو لازم نیست. این ثمره دیگری است که مترتب می شود.

تفاسیر جواز و لزوم

نکته دوم: این است که قبلا از محقق اصفهانی نقل کردیم که اصلا جواز و لزومی که اینجا می گوئیم به چه معنا است. ما یک جواز و لزومی داریم در عقود بعد تمامية السبب. یعنی سبب معاملی تمام است. عقد بارکانها و شرائطها تمام است، ماهیت این عقد واقعی جائز است. یعنی جواز من طرف او طرفین می شود باشد و می توانند معامله را فسخ کنند

بعد تمامیه سببها. این یک جوازی است در مقابل لزوم. اما جواز اینجا این نیست. چون آنهایی هم که می گویند شرط لزوم است، مقصودشان این است که بدون این معامله تمام نیست. ظاهرشان این است. (البته این را برخی تفسیر کرده اند من به این حرف یقین ندارم. پس اینطور تفسیر کرده اند، مرحوم اصفهانی که اینطور تفسیر کرده و عده دیگری هم غیر از ایشان همین تفسیر کرده اند) گفته اند: ما وقتی می گوئیم شرط لزوم است یعنی آقای واقف مختار است که إقباض کند و سبب را تمام کند، که آنوقت یترتب علیه آثار الوقف، یا إقباض نکند و سبب را تمام نکند. در جاهای دیگر که ما می گوئیم عقد جائز است و لازم نیست که عدیل لزوم است، آنجا بعد از فراغ از تمامیت اسباب است. یک معامله ای بعد از تمامیت اسبابش واقع می شود ماهیتش جوازی است. اما جواز در اینجا عدیل آن لزوم بعد از تمامیت سبب نیست. مثل جواز و خیار در معاملات خیاری نیست. معامله خیاری اسبابش تمام است و چیزی در ناحیه سبب کم ندارد که ما بعد بخواهیم به آن ملحق کنیم. منتهی خود این ماهیت معامله واقعه خیاری است می تواند اعمال خیار کند، یا جائزه است مثل معاملات جائز مختلف مثل ضمان و وکالت، که بعد از تمامیت اسبابش می تواند آن را بهم بزند. اما در مانحن فیه می گویند این نیست. در واقع قبض دخیل در تمامیت معامله است. جوازی که اینجا می گویند یعنی شخص می تواند قبض را بیاورد و وقف را تمام کند و می تواند بیاورد.

و فرق اینها خیلی است و باید روی این فکر کرد. بخاطر اینکه اگر لزوم این باشد معنایش این نیست که قبل القبض شما می توانید بهم بزنید. می توانید بهم بزنید به این معناست که چون سبب معاملی نیامده است. معنایش این نیست که یک معامله جائزه دارید. نه، اصلاً معامله را تمام نکرده اید. در حالی که یک سری عقود داریم که عقود جائزه اند، ماهیت تمام شده باز هم جائز هستند. نکته اش این است که اینجا وقتی إقباض تمام شد دیگر مسلم است که حق رجوع ندارید. آنهایی هم که می گویند شرط لزوم است نتیجه اش همین می شود که بعد از اقباض و قبض حق رجوع ندارد. منتهی اینکه می گوید قبلش لازم نیست بلکه جائز است یعنی چه؟ آیا مثل جواز عقود جائزه است؟ می گویند نه. درست است که ممکن للواقف الرجوع و اگر هم فوت کند به مالش بر می گردد، ولی معنایش چیست؟ معنایش این است که می توانسته عقد را تمام کند ولی تمام نکرده است. یعنی در حقیقت صحت تأهلیه دارد. این دو تفسیر است از جواز و لزوم.

اگر این معنای دوم را بگوئیم دیگر فرقی با اشتراط صحت ندارد.

آنوقت همینجا عده ای این را مطرح می کنند برای اینکه بگویند اصلاً در بحث خلافی نیست. می گویند آنهایی هم که گفته اند شرط لزوم است مقصودشان شرط صحت بوده است. چرا؟ چون می گویند در واقع معنایش این است که قبل از قبض سبب تمام نیست که می توانید برگردید. لذا می شود شرط صحت.

لذا مثل شهید در مسالک و جاهای دیگر مکرر این حرف را تکرار کرده است که آنهایی هم که اشتراط لزوم به قبض و إقباض کرده اند مقصودشان همین اشتراط الصحة است. ولذا ما مخالف در بحث نداریم. با اینکه ابی الصلاح یا دیگری تصریح کرده بود که شرط لزوم است. یا مرحوم شیخ در نهایی می گوید شرط لزوم است. ولی ایشان می گوید با اینکه می گویند شرط لزوم است ولی مرادشان شرط صحت است.

تأمل بفرمائید تا روز شنبه انشاءالله.

باسمه تعالی

- ۳۸۲ ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف
- ۳۸۳ عبارات فقهاء در اشتراط قبض و اقباض در وقف
- ۳۸۹ شکستن ظهور اشتراط لزوم در لزوم مقابل صحت بخاطر قرائن
- ۳۹۲ با وجود عدم برداشت شرطیت صحت یا لزوم قبض اجماعی در کار نیست
- ۳۹۲ بررسی روایات باب
- ۳۹۲ روایت اول فقط دال بر اصل نیاز به قبض است
- ۳۹۴ منظور از تعبیر به لم یخاصموا در روایت

ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف

بحث در قبض و اقباض در وقف بود که در تمامیت وقف چه نقشی دارد.

عرض کردیم کلمات فقهاء مشحون از این است که بدون قبض یا اقباض وقف تمام نیست. حالا تمام نیست آیا یعنی خود وقف تمام نیست یا لزومش تمام نیست؟ عباراتشان در این جهت فرق می کند. گرچه برخی از فقهاء مثل صاحب مسالک و برخی دیگر می خواهند تمام مواردی را که تعبیر فقهاء {دال بر} دخالت قبض و اقباض در لزوم است به {دخالت در} صحت تأویل ببرند.

بنابراین ما مقداری از عبارات را می خوانیم. عنایت کنید که در همین عباراتی که می خوانیم اختلاف است. برخی گفته اند قبض و اقباض در صحت دخیل است و برخی گفته اند قبض و اقباض در وقف دخیل است {و به صحت تصریح نکرده اند اما} ظهور دخالت یک شرط در خود این معامله عقدا و ایقاعا معنایش دخالت در صحت است. اگر بگوئیم وقف بدون قبض تمام نمی شود یعنی صحت ندارد و ترتیب اثر به آن داده نمی شود. عبارت ها فرق می کند. این عبارات را بخوانیم تا ببینید چه استدلال هایی وجود دارد:

عبارات فقهاء در اشتراط قبض و اقباض در وقف

فتاوی ابن جنید را که جمع کرده اند، ایشان در یکجا فرموده است:

«قد بینا أن الاقباض شرط فی الوقف، فإن لم یصادف قبضا بطل»^۱.

شرط فی الوقف ظهورش همین شرط در صحت است.

بعد پائینتر در مسئله دوازده دارد: «القبض شرط فی الوقف»^۲.

این هم باز ظهورش در همین است که شرط در صحت است.

در هدایه شیخ صدوق می فرماید:

«وللرجل أن یرجع فی الوقف ما لم یقبض منه»^۳.

مادام که از او قبض نکرده اند یا به قبض نداده، للرجل أن یرجع فی الوقف. اینکه للرجل أن یرجع فی الوقف که جواز رجوع است، از این اشتراط صحت فهمیده نمی شود. می شود صحیح باشد ولی لزوم نباشد. مثل عقد جائز.

در جلسه گذشته هم بیان شد که فرق بین اینکه شرط صحت باشد یا شرط لزوم، این است که تکلیف نمائات متخلل را روشن کنیم. بنابر اینکه قبض شرط صحت باشد، نمائات متخلل مال واقف است. یعنی مادامی که قبض حاصل نشده وقف تمام نشده و از ملک واقف خارج نشده است. پس نمائات هم مال خود واقف است. اما اگر شرط لزوم باشد، یعنی معامله مثل معامله جائزه می ماند، در معامله جائز نقل وانتقال حاصل می شود، ولکن برای من له الخيار یا کسی که جواز نسبت به او هست (طرفین یا طرف واحد) حق فسخ معامله را دارد. یعنی مثلاً در وقف خاص اگر گفتیم مال موقوفه به موقوف علیهم منتقل می شود، با وقف، مال منتقل شده و با قبض لزوم پیدا می کند. پس قبل القبض {وقف} جائز است و

^۱ - این در مجموعه فتاوی است که از لابلای کتب جمع شده است. این بیان در مجموعه فتاوی ابن جنید صفحه ۲۳۵ است.

^۲ - همان

^۳ - هدایه شیخ صدوق صفحه ۳۲۴

{واقف} می تواند برگردد. اینکه می شود برگردد ثابت نمی کند که دخالت در وقف هم دارد. پس تعبیر به اینکه و للرجل أن يرجع فی الوقف دلالتی بر دخالت در صحت و اصل وقف ندارد و ثمره اش هم آنجا ظاهر می شود. مگر آن فرمایشی که صاحب جواهر داشت و بعدا هم دوباره توضیح می دهیم که اگر بحث کاشفیت قبض را قبول کنیم آنوقت ثمره هم منتفی می شود. که بعدا آن را بحث می کنیم.

سؤال وجواب: للرجل أن يرجع فی الوقف یعنی قبل از قبض لازم نیست بنابر این دلالتی بر اشتراط قبض در صحت ندارد.

شیخ مفید در مقنعه فرموده است^۱:

«و إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجهه و سبله».

اگر واقف وقف را از دست خودش خارج کرد و به من وقف علیه داد، لم يجز له الرجوع. بعد القبض دیگر نمی تواند رجوع کند.

این {عبارت} اگر مفهوم داشته باشد مفهومی این است که قبل القبض می تواند رجوع کند. اما اینکه می تواند رجوع کند معنایش دخالت در اصل وقف و صحت وقف نیست. بلکه می سازد با اینکه عقد جائزی باشد اثر هم داشته باشد، فقط طرف می تواند اعمال رجوع کند و فسخ کند. با این هم سازگار است.

ابی الصلاح حلبی در کافی فرموده است^۲:

«و إذا تصدق^۳ علی أحد الوجوه المذكورة و اشهد علی نفسه بذلك و مات قبل التسليم فكان الصدقة علی مسجد أو مصلحة فهي ماضية».

ایشان در وقف بر مساجد و مصلحت عمومی گویی قبض را شرط نمی داند که می گوید فهي ماضية.

^۱ - المقنعه صفحه ۶۵۲

^۲ - الکافی فی الفقه صفحه ۳۲۵

^۳ - (ایشان گفته تصدق واسم صدقه را آورده است برای این است که ظاهرا ایشان اصلا کتاب الوقف جدا تدوین نکرده بلکه به عنوان صدقه تدوین کرده است).

بعد می گوید:

«وإن كانت على من يصح قبضه أو وليه فهي وصية يحكم فيها بأحكام الوصايا».

اما اگر این واقف قبل از اینکه مورد وقف را تسلیم کند از دنیا برود، منتهی موردش وقف عام نباشد وقف خاص باشد که باید به موقوف علیهم یا به ولی او بدهد، می گوید اینجا این وصیتی است که يحكم فيها بأحكام الوصايا. پس معلوم می شود به عنوان وقف تمام نشده است.

آنوقت فقهاء از این عبارت اشتراط اقباض را فهمیده اند. ولو صریح نیست در اشتراط اقباض ولی ظاهرش همین است، والا چرا وصیت بشود؟ اگر وقفی کرده است و فقط قبض حاصل نشده، می گوید حالا که قبض نیست این وصیت است که يحكم فيها بأحكام الوصايا، در حالی که اگر ما این را می گفتیم شرط هست چه در لزوم و چه در صحت، اینجا {ماهیتا} وقفی بود، حالا یا وقف {صحیح} نبود و باطل می شد بنابر دخالت در صحت، یا اینکه شرط در لزوم بود که وقف صحیح بود. اینکه می گوید وصیتی است یعنی وقف نیست. می شود شرط در صحت.

لذا بعضی فقهاء از این عبارت اشتراط را فهمیده اند. و این فهم فقهاء درست هم هست.

سؤال: اگر شرط لزوم باشد دیگر وصیت نمی شود و ورثه دیگر بعد از پدرشان حق ندارند برگردانند؟

جواب: بله دیگر ظاهرش این است. اما اینکه ارث برده می شود بحث دیگری است. فعلا فرق بین شرط لزوم و شرط صحت در همین مقدار است که اگر شرط صحت باشد باطل می شود، که ایشان می گوید این وصیت است ظاهرش این است که یعنی وقف واقع نشده است. پس یعنی شرط صحت است. اما اگر شرط لزوم بود خب قبض هم واقع نشود ولی وقف هست. چون قبض شرط لزوم است، معنایش این است که مادامی که قبض نیست می تواند رجوع کند، حالا از دنیا رفته رجوع نکرده است یعنی موضوع رجوع از بین می رود و لازم می شود. این خیار نیست که ارث برده شود.

سؤال: شاید جواز به معنای عدم تمامیت سبب باشد؟

جواب: حالا این را مجدد بحث می کنیم. برخی مثل صاحب مسالك می گوید قبض دخیل در سبب است. این قابل بحث است که حتی اگر ما شرط صحت هم بدانیم اما آیا لزوم دارد دخیل در سبب باشد. حتی اگر شرط صحت بدانیم معلوم نیست لزوم داشته باشد که دخیل در سبب باشد. شرط خارج از ماهیت است مقوم نیست. البته اگر بگویند باطل است با اینکه مقوم باشد هم می سازد. اما آنهایی که گفته اند شرط صحت است ظاهرش خروج از مقوم است.

سؤال: ممکن است ادعای اجماع بشود بر اینکه وقف جائز نداریم.

جواب: چه زمانی وقف جائز نداریم؟ مقصود این است که بعد از تمامیتش وقف جائز نداریم یعنی بعد از لزومش. وقتی قبض و اینها حاصل شد دیگر جائز نیست. اما قبل از آن چه کسی می گوید نداریم؟ همین محل بحث است. بله اگر اجماع گفته باشند مثل اجماع صاحب مسالک می شود مثلاً که می گوید اجماع هست بر اینکه این دخالت در صحت دارد. این لازمه اش این است که ما وقف جائز نداشته باشیم. چون بعد از قبض که لازم است، قبل القبض هم که دخیل در صحت است. ما وقف تمام به معنای یترتب علیه الاثری که جائز باشد نداریم.

سؤال: اینکه گفتند اگر قبل الاقباض واقف بمیرد وصیت باشد، آیا یعنی برسد به دست همان موقوف علیهم؟

جواب: بله همان است ولی دیگر وقف نیست.

سؤال: اینکه شبیه چیزهایی که مد نظر وصیت کننده است که نبوده.

جواب: حالا ایشان ادعا کرده است وصیت است و وقف نیست. حالا اینکه وصیت باشد درست است یا نیست بحث دیگری است. حالا که وقف نیست معنایش این است که قبض دخیل در صحت بوده است.

شیخ طوسی در خلاف می فرماید^۱:

«من شرط لزوم الوقف عندنا القبض».

اینکه ظاهرش اشتراط لزوم است. یعنی لزوم مشروط به قبض است نه صحت. گرچه اینهایی که این تعبیر را می کنند گاهی با صحت هم جمع کرده اند.

باز شیخ طوسی در نهاییه می فرماید^۲:

«شرائط الوقوف شیئان: احدهما أن یکون ما یقفه ملکا للواقف یجوز له التصرف فیه، و الثانی أن یقبض الوقف و ینخرجه من ید».

تعبیر شرائط الوقوف که شرط خود وقف گرفته اند ظاهرش شرط صحت است. یعنی وقف بدون این شرط تمام نیست و لا یترتب علیه الاثر است.

پس این هم از عباراتی است که دال بر اشتراط صحت است. ولی عبارت خلاف می گفت من شرط اللزوم.

^۱ - الخلاف جلد ۳ صفحه ۵۳۹

^۲ - النهاية صفحه ۵۹۵

ایشان به این دخالت قبض در صحت تصریح هم کرده است و می فرماید:

«فلو وقف ما لا يملكه كان الوقف باطلا، وإن وقف ما يملك ولا يخرج منه يده و لم يقبضه الموقوف عليه أو من يتولى عنه لم يصح أيضا الوقف و كان باقيا على ما كان عليه من الملك». تصریح می کند عدم صحت وقف را.

باز شیخ طوسی در مبسوط می فرماید:

«إذا وقف شيئا زال ملكه إذا قبض (يا قبض) الموقوف عليه أو من يتولى عنه. و إن لم يقبض لم يمتص الوقف و لا يلزم. و قال قوم يلزم بنفس الوقف و إن لم يقبض (که قول بعضی از اهل سنت است)، و الاول اصح».

اینجا باز تعبیر این است که إن لم يقبض لم يمتص الوقف. مضی وقف با لزوم هم می سازد با خود اشتراط صحت هم می سازد. ممکن است مراد از تعبیر لم يمتص الوقف این باشد که ماضی نیست یعنی لازم نیست، ممکن است مراد این باشد که خود وقف حاصل نیست. ولی ممکن است نسبت به این معنای دوم اظهر باشد، که لم يمتص الوقف یعنی لم يقع الوقف، یعنی لا يصح الوقف. اگر این را بگوئیم با تعبیر نهاییه جور می آید.

ابن حمزه در وسیله بعد از اینکه وقف را تعریف کرده بآنه تحیس الاصل و تسبیل المنفعة بعد فرموده^۱:

«و إنما يصح بثمانية اشياء: ... و تسلّم الوقف من الموقوف عليه أو من وليه، الا إذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدة حياته».

پس یکی از شرائط صحت وقف این است که تسلّم الوقف من الموقوف عليه. این هم یکی از شرائط صحت است. این هم ظهورش شرط صحت است چون خودش تصریح کرده است که إنما يصح بثمانية اشياء.

راوندی در فقه القرآن نظیر همین را دارد، می فرماید^۲:

«إذا وقف شيئا من املاكه زال ملكه عنه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه».

^۱ - المبسوط جلد ۳ صفحه ۲۸۶

^۲ - الوسيله صفحه ۳۶۹

^۳ - فقه القرآن جلد ۲ صفحه ۲۹۱

تعبیر اینکه زال ملکه عنه إذا قبض ظاهر مفهومی است که اگر تقبیض موقوف علیه نکرده باشد زوال ملک نیست. وقتی زوال ملک نیست یعنی شرط صحت وقف است، چون اگر شرط لزوم بود باید زوال ملک می شد و انتقال حاصل می شد فقط رجوعش جائز بود. اما حالا می گوید زوال ملک از او نمی شود مگر بعد از قبض.

بعد فرموده:

«و إن لم يقبض لم يخص الوقف و لم يلزم».

اینجا از آن تعبیری است که عرض کردم برخی از فقهاء دارند که جمع بین صحت و لزوم کرده اند، یعنی لم یصح و لم یلزم. چون لم یخص الوقف ظاهراً یعنی وقف حاصل نیست و اختصاص به موقوف علیهم پیدا نمی کند. با تعبیری که بالا داشت که زال عنه الملك إذا قبض الوقف، یعنی إذا لم يقبض لم يزل الملك با این تعبیر که جمع می کنیم یعنی شرط صحت است. منتهی و لم یلزم هم گفته است.

لذا اصلاً بعد تصریح کرده و فرموده:

«فهذان شرطان في صحة الوقف، فمتى لم يقبض الوقف ولم يخرج من يده أو وقف ما لا يملكه كان الوقف باطلاً». در اینجا در واقع دو عبارت دارد که هر دو دال بر دخالت در صحت است. هم آنجایی که می گوید فهذان شرطان في صحة الوقف. و هم اینکه پائین می گوید فمتى لم يقبض الوقف كان الوقف باطلاً.

این اختصاص به ایشان هم ندارد، برخی از فقهاء دیگر هم همین کار را کرده اند و قبض را شرط صحت و شرط لزوم هر دو کرده اند.

ابن زهره هم در غنیه فرموده است^۱:

«فأما قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه في ذلك فشرط في اللزوم».

این عبارت که ظاهرش دخالت در لزوم است. منتهی در سطر بعد فرموده است:

«ویدل علی صحة ما اعتبرنا من الشروط بعد اجماع الطائفة أنه لا خلاف في صحة الوقف و لزومه إذا تكاملت هذه الشروط وليس علی صحته و لزومه إذا لم تتكامل دلیل».

^۱ - غنية النزوع صفحه ۲۹۸

یعنی عطف کرده است صحت و لزوم را بر تکامل شروط و عدم لزوم و عدم صحت را بر عدم تکامل شروط.

پس هر دوی اینها را یک باب گرفته است. و مسلم است که پس شرط صحت هست، یعنی وقف واقع نمی شود. اگر هم در عبارات می گویند شرط لزوم به این معنا می گویند که یعنی قبل از این لزومی نیست، اعم از اینکه صحتی باشد و لزوم نباشد یا اینکه اصلاً صحت نباشد.

ولذا صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: اینکه دخیل در لزوم باشد که شکی در آن نیست. مقصود دخیل در لزوم به این معنا که اگر قبض نباشد لزوم مسلم نیست اما نه به این معنا که یعنی صحتش هست، بلکه به این معنا که قد یجمع با عدم صحت و قد یجمع با عدم تحقق لزوم صرفاً و با وجود صحت.

شکستن ظهور اشتراط لزوم در لزوم مقابل صحت بخاطر قرائن

پس عرض ما این است که این اشتراط لزوم ها که در عبارات فقهاء آمده است دیگر ظهورش در اینکه پس صحیح است و لازم نیست صولت این ظهور بخاطر این عبارات و قرائنی که خواندیم شکسته می شود. معلوم می شود وقتی اینها می گویند شرط لزوم است مقصودشان این طرف است که یعنی بدون قبض لزومی نیست. اما لزوم نیست چه جوری نیست؟ آیا صحت هست و لزوم نیست، که ظهور اولی است، یا نه اصلاً صحت هم نیست پس لزوم نیست. یعنی بیشتر می خواهند بگویند اگر لزوم می خواهید باید قبض باشد، اما اگر قبض نبود چی هست خیلی ظهور ندارد در اینکه صحت هست. گرچه عرض کردم ظهور اولی آن این است که صحت هست، یعنی انتقال حاصل شده است و لزوم نیست، ولی با وجود این عباراتی که ما می خوانیم کم کم آدم فکر می کند که این عباراتی که می گویند شرط لزوم است خیلی هم ظهور در این ندارد که صحیح هست ولی لزوم ندارد.

ابن ادریس هم در سرائر فرموده است^۱:

«إذا وقف شيئاً زال ملكه عنه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه، وإن لم يقبض لم يمتص الوقف و لم يلزم».

در شرطیه اولی که می گوید إذا وقف شيئاً زال ملكه عنه إذا قبض الموقوف عليه، این یعنی إذا لم يقبض لم يمتص الوقف و لم يلزم. پس این لم يمتص الملك، این یعنی شرط صحت است. بعد تعبیر می کند که و إن لم يقبض لم يمتص الوقف و لم يلزم. پس این لم يمتص

^۱ - السرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۲

الوقف بعید نیست معنایش این باشد که وقف خودش ماضی نیست. یعنی ماضی و تمامیت وقف مشروط است به قبض، می شود شرط صحت. اینکه گفته ولم یلزم، چون معلوم است که اگر صحیح نباشد لزوم هم نیست.

پس این لم یلزم هایی که فقهاء می گویند خیلی معلوم نیست دال بر این باشد که می خواهند صحت را قبول کنند.

سؤال وجواب: در اقباض چون فعل مستند به واقف است می گویند باید از ناحیه واقف صدق اقباض کند. از اینجا بعضی می گویند اذن واقف در قبض باید باشد تا صدق اقباض کند. چون اگر بدون اذن باشد قبض به معنای اخذ و استیلاء ممکن است حاصل بشود ولی اقباض نیست.

سؤال: آنجاهایی که هم شرط صحت است و هم شرط لزوم اقباض بود نه قبض.

جواب: نه قبض هم همینطور است کما ذکرنا موارد. من روی این فکر کردم که بجای قبض قبض از ناحیه موقوف علیهم بخوانیم، دیدم نمی شود. چون مثلاً در نهاییه شیخ طوسی می فرماید تقييضمهم. اما در عبارات شرط قبض هم داشتند. بحث اقباض نبود بلکه شرط قبض هم بود.

سؤال: اگر هم بحث قبض باشد باید ببینیم جهت فاعلی آنرا هم دیده اند یا نه. چون در مصدر جهت فاعلی هم لحاظ شده است. پس باید ببینیم معنای فاعلی را هم می گویند یا فقط اصل قبض را می گویند.

جواب: در قبض مهم نیست که جهت فاعلی دیده باشند. حتی اگر جنبه فاعلی را هم دیده باشند غیر از اقباض است. چون در اقباض برای اینکه به واقف اسناد داده بشود می گویند اذنه باشد. مثلاً شیخ مفید که دارد اخراج الواقف الوقف عن یده الی من وقف علیه لم یجز له الرجوع فی شیء منه، در اخراج دیگر این بحث نمی آید. با اینکه اخراج که باب افعال است مستند به واقف است. اما آن جهت اذن و آنها در قبض استفاده نمی شود.

سؤال: اول باید این را استظهار کنید که صحت و لزوم یکی است. باید عبارتی بیاورید که صحت و لزوم را کنار هم بیاورد و قبض را هم شرط بداند.

جواب: عبارت شیخ را بیاورم: ایشان در خلاف مسئله ۲ می فرماید: من شرط لزوم الوقف عندنا القبض. حالا عبارات را یک تأملی بکنیم ببینیم چطور است. در وسیله ابن حمزه تسلّم دارد، که این هم با اقباض شاید شبیه هم باشند. بله در سرائر صفحه ۱۵۶ دارد: و اما قبض الموقوف علیه أو من يقوم مقامه فی ذلک فشرط فی اللزوم و الصحة.

کیدری هم در إصباح الشیعه فرموده است^۱:

«الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة و شروط صحته ... فأما قبض الموقوف علیه أو من يقوم مقامه فی ذلك فشرط فی اللزوم». خب این ظهورش در لزوم است. بعد می گوید «و إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف ولم یجز له الرجوع فی الوقف و لا تغییره من وجوه». این باز می شود شرط صحت.

پس عبارت اصباح الشیعه هم، هم لزوم را دارد و هم صحت را.

محقق حلی ره در شرایع می فرماید^۲:

«ولا یلزم الا بالاقباض وإذا تمّ كان لازما لا یجوز الرجوع فیه».

از این عبارت بیش از شرط لزوم استفاده نمی شود. شرط صحت از آن فهمیده نمی شود.

ایشان در قسم رابع از شرائط وقف می فرماید^۳:

«وهی اربعة: الدوام و التنجیز و الاقباض و اخراجه عن نفسه».

در اینجا در قسم رابع در شرائط وقف گفته است که شرط وقف اقباض است، یعنی وقف بدون اقباض تمام نیست، که این ظهور در صحت دارد. این غیر از شرط لزوم است.

باز در جای دیگر می فرماید^۴:

«و القبض شرط فی صحته فلو وقف و لم یقبض ثم مات كان میراثا».

پس اینجا هم قبض را شرط صحت گرفته است.

مرحوم علامه حلی هم در کتب متعددش این مطلب را دارد، و همینطور علمای متأخر.

^۱ - إصباح الشیعه صفحه ۳۴۶

^۲ - شرایع الاسلام جلد ۲ صفحه ۱۶۶

^۳ - شرایع الاسلام جلد ۲ صفحه ۱۷۰

^۴ - شرایع الاسلام جلد ۴ صفحه ۱۳۷

پس علمای ما در تعبیرشان اصل قبض را شرط می دانند. این مسلم است. منتهی این شرط لزوم است یا شرط صحت؟ ولو برخی شرط لزوم گرفته اند، ولی با این بحثی که الان شد معلوم شد شرط لزوم در عبارات فقهاء ظهور آنچنانی در شرط لزوم مقابل صحت ندارد، چون بسیاری از فقهاء بین این دو جمع کرده اند.

بنابر این به نظر می رسد که ما از کلام فقهاء نمی توانیم اصطیادی کنیم راجع به اینکه قبض شرط است یا شرط لزوم به معنای مقابل صحت.

با وجود عدم برداشت شرطیت صحت یا لزوم قبض اجماعی در کار نیست

این را برای این بحث کردیم که در بین ادله ای که بحث می کنیم یک دلیل این است که یک عده ای مثل صاحب مسالک ادعای اجماع کرده اند بر اینکه قبض شرط صحت است.

منتهی به نظر می آید این اجماع ها موهون است. چون عبارات روشن نیست که اینها دقیقا شرط صحت گرفته اند یا شرط لزوم گرفته اند. به هر دو اشاره می کنند. برخی تصریح کرده اند و بعضی ظهور عبارتشان هست. بنابر این با وجود این کلمات قبول اجماع بر اینکه قبض شرط صحت است مشکل است و این ادعای اجماع موهون است.

بررسی روایات باب

مهم روایات باب است که در نکات آنها باید تأمل کرد:

در وسائل الشیعه جلد ۱۹ صفحه ۱۷۸ باب چهارم از ابواب وقف (باب أن شرط لزوم الوقف قبض الموقوف علیه أو ولیه، فإذا مات الواقف قبل القبض بطل الوقف و إذا وقف علی ولده الصغار كان قبضه كافیا) این روایات مطرح شده است.

روایتی که به عنوان وقف باشد دو روایت است: یکی روایت چهارم این باب، دیگری روایت هشتم این باب.

روایت اول فقط دال بر اصل نیاز به قبض است

اما روایت چهارم باب: روایتی است که از کافی نقل می کند و صدوق هم با اسنادش از صفوان همین روایت را دارد و کذلک مرحوم شیخ هم همین روایت را نقل کرده است. حتی خود کافی هم دو طریق به صفوان دارد، در واقع چهار طریق به صفوان می شود، و همه این طرق هم صحیح است.

روایت کافی دارد: و عنه (یعنی عن محمد بن یحیی العطار) عن احمد بن محمد و عن ابی علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار جمیعاً عن صفوان بن یحیی عن ابی الحسن علیه السلام (ابی الحسن علیه السلام در این روایات گاهی مشترک است بین امام کاظم و امام رضا علیهما السلام، و گاهی هم صراحتاً امام رضا علیه السلام مراد است)، قال:

سألته عن الرجل يقف الضیعة ثم یبدوا له أن یحدث فی ذلک شیئاً؟ فقال إن کان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قیماً لم یکن له أن یرجع فیها، و إن کانوا صغاراً و قد شرط ولایتها لهم حتی بلغوا فیحوزها لهم لم یکن له أن یرجع فیها. و إن کانوا کباراً و لم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها لأنهم لا یحوزونها عنه و قد بلغوا.

یک قسمتی از روایت که روشن است، در بعضی جاها نیاز به تأمل دارد. داستان این است که کسی مزرعه ای را وقف می کند، بعد این فکر برایش پیش می آید که یک تغییری در وقف بدهد. امام علیه السلام می فرماید: إن کان وقفها لولده و لغيرهم (در بعضی نسخ بدل او لغيرهم دارد) ثم جعل لها قیماً لم یکن له أن یرجع فیها، اگر وقف برای اولاد یا غیر اولادش کرده و برای آن قیم قرار داده است. البته نگفته که تسلیم و تقبیض به قیم کرده است، ولی ظاهرش این است که تقبیض به قیم کرده است، در این صورت لم یکن له أن یرجع فیه.

البته با این استظهار که وقتی می فرماید برای آن قیم کرده دیگر نمی تواند برگردد، یعنی تقبیض و تسلیم این قیم کرده باشد.

بعد فرموده: و إن کانوا صغاراً و قد شرط ولایتها لهم. این ضمیر هاء در ولایتها به ضیعه بر می گردد، یعنی شرط ولایة الضیعة لهم یعنی للصغار. این لهم نه به معنای اینکه الان می خواهد ولایت را به آنها بدهد. بلکه برخی از کسانی که کافی را شرح کرده اند فرموده اند لهم مقصود یعنی لأجلهم، نه اینکه ولایت را برای آنها قرار داد. چون ولایت را برای آنها قرار نمی دهد. یعنی ولایت ضیعه را لاجل الصغار قرار داده و این ضیعه را به دست قیم داده است و شرط کرده است ولایت ضیعه را لاجل صغار. بعضی ها از این تعبیر که ولایت ضیعه را جعل للصغار استفاده کرده اند که قیم باید به این نیت نگهداری کند، والا او وظیفه او خودش را انجام نداده است. حتی بلغوا فیحوزها لهم. اگر اینطور باشد که ضیعه را وقف کرده باشد برای اولادش و اولادش هم صغار باشند و شرط کرده باشد ولایت آنها را تا اینها بلوغ پیدا کنند، فیحوزها لهم یعنی این آقای قیم این را برای آنها تحصیل کند، لم یکن له أن یرجع فیها، باز هم نمی تواند برگردد. چرا؟ برای اینکه تقبیض کرده است به کسی که قیم وقف بوده است.

بعد فرموده: و إن كانوا كبارا و لم یسلمها الیهم، اگر این اولاد کبار باشند و تسلیم آنها نکرده باشد، و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه، یعنی و این اولاد هم با پدرشان مخاصمه نکنند برای به دست آورده وقف، فله أن یرجع فیها لأنهم لا یحوزونها عنه و قد بلغوا، پدر می تواند برگردد چون اولاد بعد از بلوغ تحصیل و قبض نکردند.

آن چیزی که محل استشهاد است همین ذیل است. چون در جایی که اولاد بالغ نشده باشند و قیم داشته باشند و تسلیم قیم شده باشد، او که از محل بحث خارج است. اما در اینجا که اینها کبار باشند و لم یسلمها الیهم، اینجا فرموده است که فله أن یرجع فیها.

منظور از تعبیر به لم یخاصموا در روایت

تعبیر به و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه برخی ممکن است اینطور تخیل کنند که شرط فقط تسلیم نیست، بلکه مخاصمه آنها حتی یحوزوها عنه هم هست. اگر این باشد گویی می خواهند بگویند اگر مخاصمه می کردند نمی توانست رجوع کند.

به نظر من این احتمال درست نیست. لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه مقدمه است برای تحصیل. یعنی نیامده اند با پدرشان مخاصمه کنند و از پدرشان بگیرند.

عده ای می گویند از این استفاده می شود که اذن واقف هم شرط نیست. و الا اگر اذن واقف شرط باشد مخاصمه اولاد با پدرشان در این مسئله معنا ندارد. خب واقف که پدرشان بوده وقف کرده، هنوز تقبیض اینها هم که نکرده است، اگر مخاصمه بکنند معنایش این است که او اذن نداده است. اگر اذن ندهد پس باید نزاع و مخاصمه آنها وجهی نداشته باشد. علی آئی حال این نکته دیگری است که بعضی ها ضمنی استفاده کرده اند. آن چیزی که محل بحث است این است که: و إن كانوا كبارا و لم یسلمها الیهم فله أن یرجع فیها. اصل اشتراط به اقباض یا قبض را مسلم می شود از این روایت استفاده کرد. روایت هم صحیح است به طرق مختلفش.

پس نسبت به اصل اشتراط اقباض بحثی نیست. منتهی تعبیر اینجا این است که فله أن یرجع فیها، آن نزاعی که بود که آیا قبض شرط صحت است یا شرط لزوم، نمی شود با این روایت حل کرد و نزاع همچنان باقی می ماند. فله أن یرجع فیها هم می سازد با اشتراط در صحت، که چون قبض در صحت دخیل است فله أن یرجع قبلها، یا نه، وقف صحیح بوده، زوال ملک هم شده، ولی له أن یرجع چون مثل عقد جائز می ماند.

سؤال: له أن یرجع فرع بر این است که تحقق پیدا کرده باشد.

جواب: صحت تأهلی که دارد. چون شما که قبول دارید که اگر قبض کند تمّ و زال عنه ملکه. برای صدق رجوع همینقدر کافی است که صحت تأهلیه داشته است. یعنی قابل برای این بوده است که ضمیمه بشود به قبض و تبدیل به لزوم بشود وزوال ملک بشود.

سه روایت دیگر هم هست که انشاءالله فردا مطرح می کنیم. و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۳۹۶ ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف
- ۳۹۷ توضیح روایت اول (روایت صفوان)
- ۳۹۸ مراد از تعبیر «ولم یسلمها»
- ۳۹۹ این روایت اخص از مدعا است چون مختص به وقف خاص است و شامل وقف عام و وقف بر جهت نمی شود.
- ۳۹۹ روایت دوم (مکتوبه اسدی)
- ۳۹۹ بحث رجالی
- ۴۰۱ تسلیم شامل قبض و اقباض هر دو می شود.
- ۴۰۲ روایت سوم (روایت محمد بن مسلم)
- ۴۰۲ مورد روایت صدقه است ولی بر وقف حمل می شود.
- ۴۰۲ از این روایت می فهمیم قبض و اقباض شرط صحت است
- ۴۰۳ مناقشه صاحب جواهر در اراده وقف از این روایت و جواب از ایشان
- ۴۰۴ امکان حمل روایت بر مطلق صدقه شامل وقف
- ۴۰۵ روایت چهارم (روایت عبید بن زراره)
- ۴۰۵ این روایت هم قبض را شرط صحت می داند
- ۴۰۶ از این روایت می شود اشتراط قصد قربت در وقف را هم استفاده کرد

ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف

بحث در دخالت قبض بود در وقف و بحث در این بود که مفاد روایات در این باب چیست.

توضیح روایت اول (روایت صفوان)

روایت اول که خواندیم از باب چهار وقف بود که صحیحه صفوان بود که با چهار طریق نقل شده است و مشایخ ثلاث آن را نقل کرده اند. روایت را دیروز خواندیم. روایت این بود که:

سئلته عن الرجل يقف الضیعة ثم یبدوا له أن یحدث فی ذلک شیئا؟

یکی از خصائص این روایت این است که در آن تعبیر به وقف آمده است، برخلاف اکثر روایات باب وقف که به عنوان صدقه است. سؤال می کنند از شخصی که یک مزرعه یا زمینی را وقف می کند بعد برای او این مسئله پیدا می شود که در آن زمین تغییری بدهد.

فقال إن کان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قیما لم یکن له أن یرجع فیها. می فرمایند اگر این زمین را وقف برای اولاد یا غیر اولادش کرده و برای این زمین و ضیعه قیمی قرار داده است، این نمی تواند برگردد.

آنوقت اینجا به حسب ظاهر باید مفروض بگیریم که جعل لها قیما وسلم الیه، یعنی و تسلیم هم کرده باشد. چون بدون تسلیم با خود ذیلش هم تهافت پیدا می کند. پس اگر تسلیم هم کرده باشد لم یکن له أن یرجع فیها.

بعد فرمود: و إن کانوا صغارا، اگر این اولاد (یا غیر اولاد) صغار باشند، و قد شرط ولایتها لهم یعنی شرط بر این قیّم ولایة الضیعة لهم یعنی لأجلهم، (که معنا کردن لهم به لاجلهم مطابق قول برخی محشین است) حتی بلغوا، آنوقت فیحوزها لهم، این شاید به معنای همین باشد که این آقای قیّم تسلّم و تحصیل می کند این ضیعه را برای صغار. یعنی در اینجا فرض تسلّم می شود. باز فرموده اند لم یکن له أن یرجع فیها.

بعد فرموده: و إن کانوا کبارا و لم یسلّمها الیه، اگر اولاد بزرگ باشند و ضیعه را به آنها تسلیم نکرده باشد، و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه، و این اولاد هم با پدرشان مخاصمه نمی کنند تا آن ضیعه را تحصیل کنند، فله أن یرجع فیها، این واقف می تواند برگردد چون ضیعه را تسلیم نکرده و آنها هم کبار نبودند. لأنهم لا یحوزونها عنه وقد بلغوا.

این را دیروز فی الجملة بحث کردیم. اما دو نکته در این روایت را باید توجه کنیم چون بعدا با آن کار داریم:

مراد از تعبیر «ولم یسلمها»

نکته اول اینکه: تعبیر اینجا «ولم یسلمها» است. ولم یسلم یعنی اقباض و تسلیم نکرده باشد. پس در آن نزاع که آیا قبض شرط است یا اقباض، فعلاً اینجا آن چیزی که از این روایت بر می آید این است که لم یسلمها یعنی اقباض نکرده باشد.

منتهی بعید نیست اگر معنای و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه همان چیزی باشد که دیروز عرض کردیم، یعنی با پدرشان مخاصمه نکرده باشند تا تحصیل کنند. این بیان مقدمه است برای اینکه تحصیل و قبض کنند. اگر این باشد پس تعبیر به اینکه و لم یخاصموا دارد شرط می کند قبض اولاد را. ولم یخاصموا حتی یحوزوها عنه مقدمه است برای اینکه یحوزونها عنه، یعنی برای اینکه از پدرشان به دست بیاورند. اگر این شرط دخیل نیست چرا آن را ذکر کرده اند؟! پس معلوم می شود اگر مخاصمه می کردند و به دست می آوردند، آنوقت بود که دیگر لیس له آن یرجع است. له آن یرجع قطع می شود، اما کی؟ زمانی که لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه تا اینجا حق رجوع هست. پس معنایش این است که اگر خاصموا و حازوها اینجا دیگر لم یرجع.

یعنی عرض من این است که: اگر ما باشیم و لم یسلم، ظاهرش این است که إقباض شرط است. ولی فرق این روایت با روایت بعدی که می خوانیم این است که اینجا یک عطفی دارد، فرموده: و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه، چون واضح است مخاصمه که بخصوصه هیچ دخلی ندارد، پس از باب مقدمه آن را بیان کرده اند، که این اولاد بعد از اینکه دیدند پدرشان برای آنها وقف کرده، با پدر مخاصمه می کنند می گویند آنچه را وقف کردی به ما بده. تعبیر این بود که و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه، یعنی اگر حازوها عنه این حق رجوع قطع می شود. تا این زمان فله آن یرجع، کی لیس له آن یرجع؟ زمانی که سلم الیهم و حازوها، چون عطف دارد.

لذا به نظر می رسد اینجا بین اقباض و قبض جمع کرده است. اینطور نیست که این روایت نسبت به قبض بی توجه باشد. البته این بنابر این است که لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه به این بیانی باشد که عرض کردیم، اگر چیز دیگری باشد بحث دیگری است.

سؤال: علاوه بر اینکه تعلیل هم می کند.

جواب: بله تعلیل هم می کند که لأنهم لا یحوزونها عنه و قد بلغوا، ولی این تأکید است، واقعش این است که این روایت هم خیلی واضح نیست، ولی به این بیان که گفتیم این تعلیل هم تأکید آن می شود.

این روایت اخص از مدعا است چون مختص به وقف خاص است و شامل وقف عام و وقف بر جهت نمی شود.

سؤال: این روایت فقط مربوط به وقف خاص است و شامل وقف عام و وقف بر جهات نمی شود.

جواب: درست است، مگر اینکه کسی با الغاء خصوصیت و امثال آن درست کند. والا اشکال شما درست است. البته اگر هم خیلی دقیق شویم اینجا وُلد است و ضیعه است، ولی در اینجا واضح است که از آنها الغاء خصوصیت می شود، ولی ممکن است در وقف عام و مسجد و امثال آن واقعا آنجا خصائص دیگری وجود داشته باشد.

روایت دوم (مکتوبه اسدی)

روایت دوم که آن هم روایت صحیح است، در اکمال الدین مرحوم صدوق است. این صحیح از چهار نفر نقل شده است که همه هم ثقات هستند، کلهم عن ابی الحسن محمد بن جعفر الاسدی فیما ورد علیه من جواب مسائله.

بحث رجالی

این را هم عرض کنم: اینکه ما اسناد این روایات را می خوانیم روی مسیر مشهور است، والا ما در روایات کافی و تهذیب و فقیه نیازی به این اسناد نداریم مگر موارد خاصی. ما اینها را معتبر می دانیم هر کدام را به وجهی. منتهی در عین حال اسناد یک جاهایی لازم می شود خصوصا در تعارضها و امثال آن. پس اینها معتبر هستند الا ما خرج بالدلیل که یک دلیل قاطعی باشد که روایتی اعتبار ندارد. آنجا خارج است، یا موارد تعارض. و الا ما بنائمان بر عمل به روایات کافی است تماما. اینکه حالا در سند روایات بعضی جاها افراد کذاب وضاع هستند، منافات ندارد با اطمینان به صدور روایت. از این جهت با شهادتی که کافی در اولش می کند قبول می کنیم. و در تهذیب چون می گوید من اینها را از اصول مشتهر بین اصحاب گرفته ام. یعنی آن صدوری که می گیرد اصل است. اصلی است که مورد اعتماد اصحاب بوده است. وجهش این است، که یک شهادتی است از مثل شیخ طوسی بر اینکه این کتابهایی را که گرفته است کتابهای متداول بین اصحاب بوده و مورد اعتماد اصحاب بوده است، می گوید من اینها را از اصول مشتهره گرفته ام. ولذا قسمتهای قبل را هم نقل نمی کند. یعنی ظاهرش این است که از آنجایی که نقل می کند از کتابها گرفته است.

سؤال: خب صاحب وسائل هم دارد که ما از کتب مشهوره گرفته ایم.

جواب: مرحوم صاحب وسائل با مرحوم شیخ خیلی فرق می کند. صاحب وسائل قرن ۱۱ بوده ولی شیخ طوسی قرن ۵ بوده و خیلی از اصول ممکن است در زمان صاحب وسائل از بین رفته باشد. در زمان شیخ طوسی اصول مشهوره بوده است نه کتب مشهوره. اصل ها امور متداول در دست اصحاب بوده اند. برخلاف قرن ۱۱ که یک کتابی بگیریم که این کتاب بین مردم مشهور است. مثلاً غوالی اللئالی مشهور است، این به درد نمی خورد. آنجا اصولی بوده است که خود راوی اصل داشته است و اصلهای آنها در دست روات می چرخیده است. و همین متن روایت را گاهی نزد اساتیدشان می خوانده اند. این خیلی فرق می کند تا زمان صاحب وسائل که کتب مشهوره باشد.

سؤال: محتمل الحس بودن هم دخیل است؟

جواب: نه، اینها بحث می خواهد. چون محتمل الحس که مقطوع العدم است. واضح است که شیخ طوسی نمی شود از اصولی که دو قرن با او فاصله داشته باشند محتمل الحس باشد. اینکه مسلم است که نیست. منتهی بحث دیگری وجود دارد که اصلاً مگر شهادت هایی که بر توثیقات شده و رجالیین به آن عمل می کنند مگر اینها محتمل الحس هستند؟! مثلاً نجاشی می فرماید زرارۀ ثقة ثقة عین، دو سه قرن با هم فاصله داشته اند، چطور محتمل الحس است؟! البته برای راه حل سه تا راه دارد: یکی اینکه سینه به سینه بوده است. خب ما در راه صدور روایت هم همین را می گوئیم. می گوئیم قرائن قریب به حس آن سینه به سینه بوده است، قرائن قریب به حس یعنی قرائنی که برای هر کسی که مواجه بشود با یک روایتی، اگر این قرائن جمع بشود، او هم همان ادراک را دارد که دیگری دارد از حیث اعتماد به روایت. اگر شهادت مثل نجاشی مبتنیا بر این باشد که سینه به سینه بوده، در نقل قرائن هم می تواند همینطور باشد چه اشکالی دارد. طرق دیگری هم دارد مثل خبرویت و راه های دیگر.

پس ما سند روایت را می خوانیم که می گوئیم صحیح و غیر صحیح، ولی ما نیازی به اینها نمی بینیم در مثل کافی و تهذیب و من لا یحضر. ولی هر جا لازم شد مثل اینکه تعارضی شد سند را بحث می کنیم.

ولی کمال الدین که از آن کتب نیست، ولی در عین حال این روایت کمال الدین صحیح است و همه افرادش هم ثقات هستند.

فیما علیه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمری (اینجا عمروی دارد) عن صاحب الزمان علیه السلام قال: و أما ما سألت عنه من الوقف علی ناحیتنا و ما یجعل لنا ثم یمتدح الیه صاحبہ فکل ما لم یسلم فصاحبہ فیه بالخیار، و کل ما سلم فلا خیار فیه لصاحبہ احتاج أو لم یحتج، افتقر الیه أو استغنی عنه.

(البته این روایت ذیلی هم دارد که ربطی به بحث ما ندارد. که ضیعه ای برای حضرت قرار بدهند که او از اموال حضرت است و از درآمد آن برای مؤونه اش خرج کنند، آنجا حضرت فرمایشی کرده اند که ربطی به بحث ما ندارد).

تسلیم شامل قبض و اقباض هر دو می شود

بحث ما در این صدر است که می فرماید: آنچه راجع به وقف از ما پرسید، هر وقفی که صاحب آن تا زمانی که تسلیم نکرده فیه بالخیار، و کل ما سلم فلا خیار فیه.

به نظر من گرچه اینجا عنوان تسلیم است و آنچه که جواز و عدم جواز رجوع به آن معلق شده عنوان تسلیم است. ولی به نظر من تسلیم غیر از اقباض و قبض است. ظاهر تسلیم این است که طرف هم اخذ کرده است. کل ما سلم فلا خیار فیه تسلیم کرده ظاهرش این است که مطاوعه آن که قبول طرف باشد هم هست. برخلاف اقباض و قبض که در آنجا می گویند بنابر اینکه در یک مواردی قبض سلطه بخواهد تصویر می شود که اقباض کرده باشد ولی قبض حاصل نشده باشد. چون اقباض با تخلیه بین او و طرف حاصل می شود، اما اگر سلطه بخواهیم قبض موقوف علیه حاصل نشده است. اما در اینجا تسلیم ظاهرش این است که تسلیم کرده یعنی موقوف علیه هم آن را گرفته است.

پس علی الظاهر نمی شود در اینجا بین اقباض و قبض فرق بگذاریم بلکه هر دوی آنها مسلم است. کل ما سلم فلا خیار فیه، یعنی تسلیم کرده و او هم تسلیم کرده فلا خیار فیه.

سؤال: این عبارت یُسَلِّم است یا یُسَلِّم است؟ سَلِّم است یا سَلِّم است؟

جواب: ظاهرش این است که سَلِّم باید باشد. اگر مجهول باشد یعنی اخذ نشده باشد، ولی ظاهرش معلوم است. و سَلِّم ظاهرش این است که او هم تسلیم کرده است والا اگر من همینطور اینجا بگذارم و بروم نمی گویند سَلِّم ... ما برای راحتی خودمان کاری نمی کنیم ما متن را می خواهیم بخوانیم که ظهور اولی اش معلوم است. دیگران هم در این کتب نگفته اند مجهول خوانده شود.

سؤال: اگر معلوم بود بهتر بود یسلمه می گفت تا مفعولش را ظاهر کند.

جواب: این حرف بی دلیل است. این همه تقدیر در عالم هست این هم یکی از آنها.

سؤال: به قرینه اینکه بعدش دارد فصاحبه فیه بالخیار، ظاهرش این است که تا اینجا دارد راجع به مال صحبت می کند از فاء به بعد می شود صاحب مال پس یسلم باید نسبت داده شود به مال و لذا مجهول باشد.

سؤال: خود فصاحبه یعنی مسلم و تسلیم کننده. و ظاهر هم با این حرفها نمی شود. والا می شود باینکه تجر و بانی لا تجر.

این روایت در احتجاج هم هست ولی سندش ضعیف است چون تقطیع دارد.

روایت سوم (روایت محمد بن مسلم)

روایت سوم: روایت اول باب چهار است. ما این را تأخیر انداختیم بخاطر اینکه عنوانش صدقه است، برخلاف دو روایت قبلی که عنوانش وقف بود.

روایت از کافی است: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن علی بن الحکم عن العلاء بن رزین عن محمد به مسلم عن ابی جعفر علیه السلام أنه قال: فی الرجل يتصدق علی ولده و قد ادرکوا، إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، فإن تصدق علی من لم یدرک من ولده فهو جائز، لأن والده هو الذی یلی امره.

مورد روایت صدقه است ولی بر وقف حمل می شود

روایت در مورد این است که شخصی که صدقه می دهد به ولدش. که این صدقه را حمل بر وقف کرده اند وفقهاء از آن وقف فهمیده اند. گرچه اینجا هیچ برهانی ندارد که باید حتما وقف مراد باشد. ممکن است کسی صدقه خاص هم قائل بشود، ولی استظهار کرده اند که این وقف است. که وقف می کند بر اولادش، و این اولاد بالغ هستند. اینجا حضرت می فرماید إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، اگر قبض نکرده باشند و این واقف بمیرد، برمی گردد و میراث می شود، یعنی وقف ناتمام می ماند و وقف واقع نشده است.

از این روایت می فهمیم قبض و اقباض شرط صحت است

از دو روایت قبلی نمی توانستیم بفهمیم که آیا قبض و اقباض یا تسلیم و تسلیم شرط لزوم است یا شرط صحت است، از آنها نمی شد فهمید. چون فقط فرموده بود قبل از این فله أن یرجع. اما فله أن یرجع از باب اینکه وقف اصلا واقع نشده پس له أن یرجع، یا از باب اینکه وقف واقع شده است ولی جائز است رجوعش، یعنی نقل و انتقال وقفی صورت گرفته، مال هم مال بچه ها شده است، ولی له أن یرجع، مثل بقیه معاملات جائزه. از آن جاها نمی شد فهمید.

اما این روایت می شود گفت کاملا ظاهر در این است که وقف واقع نشده است و اثر بر آن مرتب نیست، چرا؟ چون می گوید اگر قبل القبض بمیرد فهو میراث. فهو میراث یعنی وقف تام نیست و انتقالی صورت نگرفته است.

اما می فرماید اگر وقف کند بر اولادی که بالغ نیستند این جائز است یعنی ممضاة است. جائز در اینجا به معنای مضی است، فهو جائز ماض. چرا؟ چون در مورد اولاد غیر بالغ، خود والدشان ولی آنها محسوب می شود و قبض می کند. قبض او کافی از قبض اولاد هست، لأن والده هو الذی یلی امره.

مناقشه صاحب جواهر در اراده وقف از این روایت وجواب از ایشان

اولین مقدمه این است که این روایت مربوط به وقف است یا نه؟

صاحب جواهر ره یک لو می گوید که گویا می خواهد یک إن قلتی کند که چه کسی می گوید این وقف باشد.

ولی همه فقهاء از این وقف فهمیده اند. واصلًا شما باب وقف را نگاه کنید تعبیر وقف در آن خیلی نادر است. برخی فقهاء اصلاً در کتاب فقهشان هم کتاب الوقف باز نکرده اند نوشته اند کتاب صدقات. یعنی نزد آنها صدقات اینطوری وقف بوده است.

سؤال: صدقه بر ولد می شود صدقه به معنای خاص باشد؟

جواب: چه اشکال دارد؟ صدقه بر هر کسی می شود.

سؤال: شاید با قرینه است مثل مؤبد بودن و لایوہب و لایورث و امثال ذلک.

جواب: در اکثر روایات باب این قرینه نیست. بله در آن روایت امیرالمؤمنین سلام الله علیه دارد، ولی در اکثر روایات

باب قرینه هم ندارد. صدقه است.

پس اولین بحث این است که ما ولو به کمک فهم مشهور فقهاء این روایت {را حمل بر وقف می کنیم} که {همین را} صاحب مسالک ادعا می کنند و ریاض هم همین را می گوید، و می گوید ولذا قالوا بالبطلان إذا مات قبل القبض، چون ظاهراً دلیل دیگری بر بطلان ندارد الا همین روایت و روایت مشابه این که الان می آید.

بنابر این این را حمل کرده اند بر وقف.

پس اولین مسئله استظهار است. اگر کسی وقف را استظهار کرد، مقدمه اولش درست است.

سؤال: کلام فقهاء حجت است؟

جواب: نه، عرض کردم یکی از قرائن است. من نمی گویم فهم آنها بر ما حجت است ولی کمک می کند به استظهار

ما. اینکه عده ای از آدم هایی که کارشان استفاده از متون روایات بوده وقتی مواجه با این روایت می شوند این را می فهمند،

این تأییدی برای فهم خود ما هم هست. حجت نیست ولی می تواند مؤید باشد. یعنی می خواهم بگویم درست است که انسان نباید مقلد مشهور فقهاء باشد، ولی یک نکته هست که این همه فقیه در طول تاریخ فقه با این روایت که مواجه می شوند اینطور روایت را می فهمند، اما کسی بگوید من کار به اینها ندارم من یک جور دیگری می فهمم. این محال نیست و ثبوتاً اشکالی هم ندارد، ولی قدحی است در فهم انسان.

سؤال و جواب: قرینه ما این است که روایات باب وقف عمده اش {با لفظ} صدقه است. اگر یادتان باشد مرحوم شیخ طوسی در نهاییه می فرمود صدقه و وقف یکی است. شیخ می خواهد وقف را تعریف کند می گوید صدقه کذا. یعنی فهم فقهاء قریب به زمان غیبت هم همین بوده است. پس به نظر من این قرینه قابل توجه است.

امکان حمل روایت بر مطلق صدقه شامل وقف

سؤال: شاید مراد از صدقه مطلق صدقه باشد نه خصوص وقف.

جواب: بله حرف بدی نیست. ممکن است بگوئید هر دو به قبض مشروط هستند. البته در باب روایات صدقه که ما استظهار کردیم که یک صدقه جامع داریم که له آثار و یک وقف و صدقه خاصه داریم. به نظر می آید این حرف هم درست است که ممکن است کسی بگوید مطلق است، و آثار این صدقه مطلقه این است که مادامی که قبض نشده له آن یرجع. پس دو روایت اول ظهور نداشتند در خصوص صحت، ولی این روایت خصوص صحت را می گوید.

مرحوم صاحب جواهر فرمایش عجیبی دارند، ایشان می فرماید^۱: این روایت که می گوید فهو میراث که فقهاء از آن اشتراط قبض را در صحت فهمیده اند به دلیل اینکه گفته فهو میراث یعنی وقف باطل است و ترتب اثر ندارد، فرموده نه این معنایش بطلان و عدم صحت نیست. بلکه می توانیم بگوئیم مثل معاملات جائزه است الا اینکه معامله جائزه ای است که اگر واقف یا موقوف علیهم قبل القبض از دنیا رفت این معامله جائزه باطل می شود ولو بخاطر همین روایت. چرا؟ چون در جاهای دیگر که معامله جائزه به موت طرف باطل نمی شود. می گوید بخاطر همین روایت و روایت بعدی که می خوانیم ما استفاده کنیم که این وقف یک معامله جائزه ای است که نقل وانتقال صورت می گیرد منتهی این خصوصیت را دارد که اگر شخص قبل القبض مرد باطل می شود.

^۱ - جواهر جلد ۲۹ (طبع جامعه مدرسین) صفحه ۲۴ و ۲۵

من فکر می کنم این قطعا خلاف ظاهر است. چرا؟ چون بحث استظهار است نه بحث احتمالات ثبوتی. می خواهیم ببینیم آیا در معاملات دیگر وقتی هیچ معامله جازیه دیگر اینجور نبود آیا به صرف همین روایت می توانید ظهور درست کنید؟ یا ظهور اولی همین است که اگر گفتند إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، یعنی اینکه این باطل بوده نه اینکه حالا باطل می شود. فهو میراث یعنی از اول باطل بوده ولم یرتب علیه الاثر ولم یصح. البته صحت تأهلیه و قابلیت حقوق داشت برای قبض که تمام بشود، منتهی وقتی موت حاصل شد و او شد میراث یعنی اثر نداشت. ظهورش در این است.

بحث ما سر انقذاح احتمالات ثبوتی نیست تا شما بگوئید این هم یک احتمال است و این روایت می شود حمل بر آن بشود، ولو ما بگوئیم یک معامله جازیه در عالم هست که ما به همین دلیل بگوئیم این معامله جازیه قبل القبض باطل می شود. عرض ما این است که بحث احتمال ثبوتی نبود بحث استظهار است. و اگر این روایت را دست کسی بدهند، در ظرفی که تمام معاملات جازیه دیگر که صحیح است با موت طرف باطل نمی شود، وجهش چیست که ما در اینجا همچنین استظهاری کنیم؟ ما بحث مان در ظهور است و واقعا ظهور روایت در همین است و فرمایش صاحب جواهر صرف یک احتمال ثبوتی است که ظهور را به هم نمی زند.

روایت چهارم (روایت عبید بن زراره)

روایت چهارم: روایت پنجم در این باب است. باسناده (اسناد شیخ طوسی) عن الحسین بن سعید عن انصر بن سويد عن القاسم بن سلیمان (در قاسم بن سلیمان بحثی کرده اند منتهی هو ثقة علی التحقیق) عن عبید بن زرارة عن ابی عبدالله علیه السلام أنه قال: فی رجل تصدق علی ولد له قد ادركوا، قال إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، فإن تصدق علی من لم یدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذی یلی امره، و قال لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.

مضمون این روایت مثل روایت قبلی است، که اگر کسی وقف کرد بر اولادش که بالغ هستند (بنابر اینکه مراد از صدقه در اینجا وقف باشد)، می گوید اگر قبض نداده باشد حتی یموت فهو میراث، که ظاهرش همان بطلان وقف است. فإن تصدق علی من لم یدرك من ولده اگر بر اولاد غیر بالغش وقف کرده باشد ممضاه است لان الوالد هو الذی یلی امره.

این روایت هم قبض را شرط صحت می داند

این مثل روایت قبلی است. فرق این دو روایت با دو روایت قبلی این است که این دو روایت واضح در اشتراط صحت هستند، بر خلاف دو روایت قبلی. که باید بحث کنیم که جمع این روایات چه می شود.

از این روایت می شود اشراط قصد قربت در وقف را هم استفاده کرد

این روایت یک ذیلی هم دارد که: لا يرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، که مرحوم صاحب ریاض می فرماید: این ذیل یک مؤیدی است برای آن بحثی که قبلاً گفتیم که قصد قربت در وقف شرط است. بناً بر اینکه صدقه در این روایت مراد وقف باشد، این به آن بحث قبلی کمک می کند. ما قصد قربت را از باب قدر متیقن پذیرفتیم چون دلیل خاصی بر آن نداشتیم، مگر آن حرف ذیل که ما بگوئیم کل بحث صدقه در روایات صدقه مطلق است و در صدقه مطلق قصد قربت شرط است و هم وقف را می گیرد و هم صدقه خاصه را. اگر این را بگوئیم که اماره داریم بر قصد قربت، که البته ما گفتیم بعید نیست. اگر هم این را نگوئیم می شود اصل عملی و از باب احتیاط.

ایشان می گوید این روایت هم یک مؤید است که در وقف هم ابتغاء وجه الله و قصد قربت لازم است.

این تمام کلام در این چهار روایت.

روایات دیگری هم داریم که برخی از آنها ضعیف السند هستند و به برخی از آنها نیاز نیست.

نتیجه این شد که ما دو دسته روایت داریم، یکی معلوم نیست که قبض شرط چیست، در برخی معلوم است که شرط صحت است، باید ببینیم با این دو دسته چه کنیم. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

Contents

ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف	۴۰۸
روایت صفوان و کمال الدین نسبت به شرط صحت یا لزوم بودن دلالتی ندارند	۴۰۸
روایت محمد بن مسلم و عبید بن زراره قبض را شرط صحت می دانند.....	۴۰۸
نتیجه بحث: قبض در صحت وقف شرط است یا خاصه یا لانه فرد من الصدقه العامه.....	۴۰۹
فرض اجمال لفظ صدقه.....	۴۰۹
نتیجه استصحاب بقاء ملک نتیجه شرطیت قبض است	۴۰۹
جریان استصحاب بقاء ملک منوط به عدم اجراء عمومات است	۴۱۰
به نظر ما افوا بالعقود، عقود جائزه را هم می گیرد.....	۴۱۰
مبانی در دلالت افوا بالعقود نسبت بر لزوم.....	۴۱۰
شرطیت قبض یا اقباض یا هر دو	۴۱۲
ثمره شرطیت قبض یا اقباض	۴۱۲
جمع بین روایات این است که قبض همراه با اذن واقف لازم است.....	۴۱۳
شرطیت قبض برای صحت به نحو ناقل است نه کاشف	۴۱۴
شرط متأخر خلاف ظاهر است	۴۱۵
مآل شرط متأخر به تعقب است که شرط مقارن است.....	۴۱۵
تبیین شرط متأخر در کلام محقق عراقی و مرحوم آخوند	۴۱۶

ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف

بحث بود در اشتراط قبض در لزوم یا در صحت. ما دو روایت داشتیم: یکی روایت چهارم باب چهارم که روایت صفوان است و یکی روایت هشتم که روایت کمال الدین بود در جواب مسائلی که از عمری از صاحب الزمان عجل الله فرجه الشریف آمده است. در آن دو روایت تعبیر تسلیم و ما لم یسلم دارد، یا تعبیر و إن كانوا کبارا و لم یسلمها الیهم دارد. که می گوید مادامی که لم یسلم حق رجوع دارد فله أن یرجع، یا فهو بالخیار ما لم یسلم.

روایت صفوان و کمال الدین نسبت به شرط صحت یا لزوم بودن دلالتی ندارند

این دو روایت که صحیح هم هستند در اصل اشتراط قبض در آنها (در لزوم یا صحت) تردید نیست، و قطعی است که بعد از قبض، وقف لازم می شود و تمام می شود و ممضاة است و قابل رجوع هم نیست. این مقدار مسلم است. اما راجع به اینکه آیا شرط صحت است یا شرط لزوم، این دو روایت دلالت ندارد.

اما دیروز دو روایت دیگر خواندیم، یکی روایت کافی از محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام، که آنجا بالالتزام از مضمون روایت می شد فهمید که شرط صحت است. چون فرموده بودند که إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. در جائی که صدقه بدهد و تصدق کند بر ولدش إذا لم یقبضوا فهو میراث. در روایت عبید بن زراره هم همین مفاد است.

روایت محمد بن مسلم و عبید بن زراره قبض را شرط صحت می دانند

منتهی این دو روایت دائر مدار این بود که تصدق به معنای وقف باشد یا به آن معنایی که ما آخر بحث ها رسیدیم که ما صدقه را در روایات لولا قرینه خاصه حمل کنیم به یک جامعی بین صدقه خاصه و بین وقف و آثاری بر این جامع بار شود. بر هر کدام از این دو معنا که بار کنیم چه معنای جامعی و چه معنای وقف، می شود نتیجه گرفت که قبض در صحت وقف دخیل است نه در لزوم. چون می گوید با موت باطل می شود و میراث است. پس معلوم می شود که اصلا تحقیقی نداشته است این وقف که شده میراث.

مگر اینکه کسی مثل صاحب جواهر احتمال بدهد که در عین حال که وقف در همین مورد قبل القبض انتقال مال به آن صورت می گیرد یعنی صحت دارد، فقط لزوم ندارد، و برگشتش به میراث بالموت یک حکم خاص مقام است که از همین روایات استفاده می شود. بگوئیم این قبل القبض می شود عقد جائز. در بقیه عقود جائزه با موت میراث نمی شود. عقد ممضاة است و تمام می شود چون طرف رجوع هم نکرده است. اما در اینجا بالخصوص باطل می شود. من دیدم که بعدا مرحوم آخوند هم یک همچنین احتمالی داده است در عدم امکان تمسک به این روایات.

و این واقعا عجیب است، چون واقعا خلاف ظاهر است. اینکه ما بگوئیم عقد جائز است، انتقال هم حاصل شده است، با اینکه اگر عقد هست و انتقال حاصل شده، عقد جائز با رجوع، فسخ نمی شود، کسی به موت که عقد را فسخ نمی کند. حالا با موت بگویند فسخ شد و به همین روایات هم تمسک کنیم، درست نیست. ما بحث امکان ثبوتی یک مطلب را نداریم تا شما برای ما راه باز کنید. بحث استظهار از روایت است. به نظرم روشن است که حق با کسانی است که مستفاد از این روایت را این گرفته اند که قبض شرط صحت است.

نتیجه بحث: قبض در صحت وقف شرط است یا خاصه یا لانه فرد من الصدقة العامة

نتیجه این بحث چه می شود؟

نتیجه این می شود که اگر ما بنابر این گذاشتیم به نام صدقه بین الوقف و الصدقة الخاصة، که ما نهایتا همین را استظهار کردیم، معلوم می شود که صحت جامع صدقه مشروط به قبض است. آنوقت نتیجه این می شود که هم وقف اینطور است و هم صدقه خاصه. که اتفاقا در صدقه خاصه هم همین حکم را کرده اند.

و اگر این را نگفتیم و استظهار کردیم که صدقه در اینجا وقف است، باز نتیجه همین می شود.

فرض اجمال لفظ صدقه

اما اگر این را نگفتیم یعنی بگوئیم این روایات اجمال دارد و اثبات نمی کند نه صدقه جامع را و نه وقف را، هیچکدام را اثبات نمی کند، بلکه عنوان صدقه آمده، یک اجمالی دارد که از حیث صدقه خاصه باشد یا وقف، آنوقت ما می مانیم دو روایت صحیح و مشابهاشان که در آنها اصل جواز این معامله قبل القبض مسلم است که له الرجوع یا له الخيار. اما معلوم نیست که از باب این است که ملک باقی است، خب وقتی ملک باقی بود، فرقی نکرده. یا از باب این است که وقف تمام است فقط حق فسخ دارد. نمی دانیم چیست. آنوقت چه باید کرد؟

نتیجه استصحاب بقاء ملک نتیجه شرطیت قبض است

اینجا به نظر می آید استصحاب بقاء ملک گرچه نمی تواند ثابت کند که این شرط صحت است چون مثبتاتش حجت نیست، ولی نتیجه اش نتیجه {شرط} صحت است. ما می توانیم استصحاب کنیم بقاء ملکیت مالک وقف تا حین القبض را. اگر استصحاب بقاء ملکیت کردیم یعنی نقل و انتقالی صورت نگرفته و یعنی قبض شرط صحت است. منتهی این یعنی ها می شود اصل مثبت ولی کاری به آنها نداریم. نتیجه این استصحاب با نتیجه اشتراط صحت یکی است.

جریان استصحاب بقاء ملک منوط به عدم اجراء عمومات است

منتهی این باز مشروط به یک شرطی است که ما آن شرط را قبول داریم، آن شرط این است که اوفوا بالعقود و امثالش اینجا نیاید. چون واضح است که قبض در مفهوم عقد عرفی دخیل نیست. اگر کسی مسلم بداند که وقف عقد است (که ما قبول نداریم) اگر اوفوا بالعقود را جاری کند یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را مطلق بداند، در مورد وقف این شخص قبل القبض هم می تواند به اینها تمسک کند و بگوید اینها به حد خودش مضایع است.

به نظر ما اوفوا بالعقود، عقود جائزه را هم می گیرد

البته در تمسک به اوفوا بالعقود در مقام یک شبهه ای هست. چون ظاهر اوفوا بالعقود الزام به وفاء است. برخی اشکال کرده اند گفته اند حتی اگر اشکالات دیگر نباشد، یعنی شبهه در عقد بودن نباشد که ما می گوئیم شبهه دارد، اگر این شبهه هم نباشد باز اوفوا بالعقود نمی گیرد. چرا؟ بخاطر اینکه مسلماً قبل از قبض لزوم نیست و لزوم الوفاء قطعاً شکسته است، إنا از باب اینکه صحیح است و لزوم نیست و إنا از باب اینکه صحیح نیست.

حالا حرف این است که این حرف درست است یا نه؟

مرحوم آخوند این مطلب را نقل می کند. البته خود آخوند جریان اوفوا بالعقود را قبول ندارد از دو جهت، یکی اینکه عقد بودنش مسلم نیست. می گوید اگر ما گفتیم قبول لازم است از باب اصالة الفساد و احتیاط گفتیم، نه از باب اینکه احراز کردیم عقد است (و هو الصحیح). اما اگر این جهت مشکل نبود می شود تمسک کرد به اوفوا بالعقود؟ مستشکلی می گوید نه. چون اوفوا بالعقود حتماً تخصیص خورده است. چرا؟ چون مفادش لزوم الوفاء است، و لزوم الوفاء حتماً شکسته است، إنا از باب نفی اللزوم (قبل القبض) بعد الفراغ عن الصحة، یا از باب اینکه اصلاً (قبل القبض) صحت هم نیست. پس اوفوا بالعقود ساقط شده است.

مبانی در دلالت اوفوا بالعقود نسبت بر لزوم

ایشان می گوید این حرف درست نیست. یک بحث مبنایی است که مفاد اوفوا بالعقود چیست؟

یک بحث حسابی است. مرحوم شیخ و دیگران قبول دارند که اوفوا بالعقود هم دال بر صحت است و هم دال بر لزوم است، چون وجوب وفاء با عدم لزوم نمی سازد. ظاهرش این است. منتهی اینجا یک بحث دقیقی وجود دارد، مرحوم آخوند می گوید ما در تعلیقات گفتیم که اوفوا بالعقود دال بر صحت است نه بر لزوم.

شاید این باشد که اوفوا بالعقود دال بر لزوم وفاء به عقد است علی ما هی علیه. اگر عقد، عقد لازم بود، يجب الوفاء به علی لزومه. اگر عقد جائز بود، باز هم اوفوا بالعقود او را می گیرد، منتهی علی ما هی علیه می گوید به او وفاء کن. به عنوان یک عقدی که باید به آن وفاء کرد به همین خصیصه اش که لطرف المعاملة حق الفسخ.

خاطر من هست آن اوائلی که آیه الله وحید حفظه الله بحث بیع را شروع کرده بودند همین بحث را می کردیم. من به ایشان می گفتم همانطور که شهید هم در اول مکاسب گفته اوفوا بالعقود عقود جائزه را هم می گیرد. چرا؟ چون لزوم الوفاء بالعقد است. و عقد علی ما هی علیه است. ولذا این در آن نهفته نیست. لزوم وفاء است. نگفته است لازم تا ما بگوئیم یک حکم وضعی در آنجا آورده است. لزوم الوفاء که شد وفاء کل عقد بحسبه است. عقد جائز وفائش این است که مادام لم ینفسخ به آن عمل کنند خب عمل می کنند. پس لزوم وفاء اختصاصی به عقد لازم ندارد.

اگر کسی اینطور فهمید، صدق اوفوا بالعقود در اینجا مشکلی ندارد حتی اگر قبل القبض این وقف لازم نباشد. باز هم لزوم وفاء دارد. و بنابر این اشکالی از این جهت نیست.

اما اگر ما گفتیم اوفوا بالعقود دال بر لزوم است، پس تخصیص می خورد و عقود جائزه خارج می شوند. مثل معاطات قبل از تلف یک طرف و یا تغییر طرف که لزوم پیدا نکرده همه اینها باید از اوفوا بالعقود خارج بشوند. پس این بحث مبنایی است.

سؤال وجواب: بحث تخصیص اکثر بخاطر ایقاعات بود لذا ایقاعات را داخل کرده بود نه عقود جائزه را. کما اینکه صاحب مناهل هم می گوید اگر ما همه ایقاعات را بگوئیم شامل نمی شود تخصیص اکثر لازم می آید. مرحوم شیخ هم در تقریرات محقق رشتی همین را گفته است که این تخصیص اکثر لازم می آید. ولذا می گوید در اینجاها که اینچنین است که تخصیص اکثر است به صرف عموم تمسک کنیم مگر قرائنی باشد که کمک کند.

سؤال وجواب: دلالت اوفوا بالعقود بر لزوم چند تا راه دارد، یکی این است، یکی از راه ها خود لزوم الوفاء است. اگر لزوم الوفاء اطلاق دارد نسبت به بعد الفسخ، ولزوم الوفاء با فساد نمی سازد، (کما اینکه خود شیخ هم در مکاسب دارد. جای دور نرویم که صحت را درست کنیم بعد بگوئیم صحت اینطور است). خود اطلاق اوفوا بالعقود شامل می شود حتی بعد الفسخ را. آنوقت نمی شود که اگر معامله جائز باشد یا خیاری باشد و فسخ کرده اند اوفوا بیاید. پس حالا که اطلاق اوفوا آمده پس این وقف صحیح است و نتیجه اش این است که جائز نیست. اما اینها خیلی إن قت و قلت دارد.

پس یک بحث مبنایی در اینجا وجود دارد برای تمسک به اوفوا بالعقود. البته ما هیچ کدام از اینها را {درباره وقف} قبول نداریم، نه عقد بودنش را قبول داریم تا اوفوا بالعقود او را بگیرد، نه قبول داریم که عمومات الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها شامل امثال اینها بشود. آنوقت نتیجه این می شود که هستیم و این روایات.

شرطیت قبض یا اقباض یا هر دو

به نظر ما هم روایات إذا لم یقبضوا که در روایت اول و پنجم هست که روایت کافی است از محمد بن مسلم و عبید بن زراره، که از آنها شرط صحت استفاده می شود، و هم روایت چهارم و هشتم که در آنجا تسلیم هست، به نظر ما هر چهار روایت قابل استناد است. و ظهورش هم در صدقه جامع است. و صدقه جامع مشروط به قبض می شود. آنوقت نتیجه این می شود که در دو تا روایت قبض موضوع شده و در دو روایت اقباض. این را باید حل کنیم.

سؤال: قبلاً فرمودید فرق عقد با ایقاع این است که در عقد می خواهد تصرف در سلطه دیگران انجام بدهد لذا باید قبول باشد. طبق آن تعریف وقف عقد است چون قبول در آن لازم است. جواب: این مسلم نیست. عقد آن چیزی است که قبول مقومش باشد مثل ایجاب. ولی اینجا ممکن است قبول شرط باشد. آن کبرایی که در آنجا پذیرفتیم این بود که به تملیک اختیاری تملک قهری نمی شود. اما اگر گفتیم رضایت او شرط است، لازم نیست که قبول باشد و مقوم باشد. تلازمی ندارد. سؤال: عقود به چه معنا است با توجه به اینکه در صدر اسلام تفکیک بین عقد و ایقاع که نبوده است.

جواب: درست است دوستان هم مواردی پیدا کرده اند، اما ماهیت عقد و ایقاع که در صدر اسلام قاطی نشده بوده است. ثانیاً اصلاً مطمئن نیستیم که به همه عقود می گفته اند. نهایت فحوص این شد که در کلمات فقهاء تعبیر نشده است اما روشن نیست که در واقع نبوده است. و چون اول کلام است که مفهوم عقد سریان داشته نسبت به ایقاع، لذا به این مطلق نمی شود تمسک کرد. عدم تعبیر در کلمات فقهاء نتیجه اش اجمال است نه اطلاق.

حالا که ما این روایت را قبول کردیم، آنوقت یک بحثی پیش می آید که قبض شرط است یا اقباض شرط است یا قبض عن اقباض شرط است. مرحوم کاشف الغطاء می گوید قبض عن اقباض شرط است.

نمره شرطیت قبض یا اقباض

فرقش هم روشن است. اگر قبض موضوع باشد، نه استناد قبض به واقف لازم است، و از آن مهمتر آن فرعی است که مطرح می شود که اذن واقف لازم است یا نه. چون قبض هر جور که بشود حاصل است. اما اگر گفتیم اقباض و تسلیم لازم است، به نظر می آید واضح است که استناد به واقف لازم است. و فقهاء از این استناد اذن را فهمیده اند. یعنی اگر بدون

اذن قبض حاصل شود این اقباض و تسلیم نیست. او به دست آورده این را. به دست آوردن مطلق، موضوع برای لزوم نبود. بلکه در آن دو روایت بود یسلمها.

پس ما باید روشن کنیم آیا قبض موضوع است یا اقباض؟ یا اصلاً بگوئیم هر دو هست. یعنی بنابر اینکه قبض بشود از اقباض منفک بشود، مثلاً اقباض به تخلیه است بین طرف و ملکش، اما قبض این نیست. در فقه در بیع خیلی وقتها می گویند آن قبض که شرط است به همین حاصل می شود. اما اگر گفتیم یک جایی مثل بعضی موارد اینجا سلطان و سلطه لازم است بر عین، بنابر این تخلیه واقف بین موقوف علیهم و بین این عین، این برای اقباض کافی است اما برای قبض کافی نیست. اگر کسی این را گفت که باید به سلطه طرف هم برسد، آنوقت فرق بین اقباض و قبض و نتیجه اش ظاهر می شود. یک جاهایی اقباض حاصل است ولی قبض حاصل نیست.

نتیجه چه می شود؟

به نظر می رسد که ما دو قسم روایت داریم، در این روایات دو جور موضوع درست کرده است. اگر ما از همین روایات شرط صحت فهمیدیم، به نظر می آید هر دو مثبت هستند و نافی همدیگر نیستند، بنابر این ما باید هر دو را شرط کنیم، هم قبض را و هم اقباض را.

مگر اینکه شما بگوئید کسی که قبض را شرط صحت می داند، می گوید قبل القبض ملکیتی نیست. آن کسی که اقباض را شرط می کند می گوید قبل الاقباض ملکیتی نیست. آنوقت اینها در یک جایی با هم تعارض می کنند. اگر تصور بشود اقباض هست و قبض نیست، در فاصله بین اقباض و قبض با هم تعارض می کنند، یکی اثبات ملک می کند و یکی نفی ملک می کند. آنوقت قابل بحث است که در این تعارض چه باید کرد.

جمع بین روایات این است که قبض همراه با اذن واقف لازم است

اما اگر گفتیم قبض و اقباض با هم متلازم هستند. اگر ما گفتیم اقباض به تخلیه حاصل می شود قبض هم به همین حاصل می شود، ما بیش از این دلیلی نداریم. که ظاهراً حق هم همین است. در بیع و امثال آن همین را پذیرفته اند، مخصوصاً در غیر منقول. حالا در منقول ممکن است کسی سلطه بگوید، اما در منقول تخلیه در قبض هم کفایت می کند. اگر این را بگوئیم از این مشکل رها می شویم، اقباض و قبض فرقی ندارند الا در استناد به فاعل که با اذن حاصل می شود.

آخرش این می شود که ما در یک روایت داریم قبض مطلق، در یک روایت دیگر داریم اقباض که از آن استفاده لزوم اذن می شود. جمع اینها به این است که باید اذن هم حاصل بشود. یعنی قبض با اذن بشود.

سؤال وجواب: واضح است که اینها مثبتین هستند و نمی خواهند دو حکم در بحث قبض بیاورند.

پس یک روایت لزوم یا صحت را مشروط کرده به اقباض، که ظاهرش اسناد به فاعل است و اسناد به فاعل هم باید با اذن باشد والا اسناد داده نمی شود. یکی بی اسناد است. جمعش به این است که باید قید اسناد بیاید.

لذا می شود گفت که اگر ما در اینجا اذن را شرط کنیم چه قبض شرط باشد و چه اقباض، مسئله حل میشود.

هذا تمام الكلام في الجمع بين الروايات. ما حصل این جمع این شد که مسلم بعد القبض لزوم هست، و قبل از قبض ملک نیست. و معنایش این است که این شرط صحت است، إما از باب روایات که ما می گوئیم و إما از باب روایات استصحاب ملک که عده ای می گویند در فرضی که اطلاق و عمومی نباشد.

سؤال وجواب: مسلم است که اینجا برای لزوم یک چیز معتبر شده است. منتهی اگر ما بین قبض و اقباض فاصله می گذاشتیم، به دلالت التزامی یا حتی مطابقی اش (چون می گوید شرط صحت است) نفی می کرد ملکیت بین اقباض و قبض را و یکی دیگر اثبات می کرد، ولذا موجب تعارض می شد که بحث دیگری می طلبید.

سؤال وجواب: اگر شرط لزوم دانستیم سبب تمام است یعنی انتقال حاصل می شود و قابل است برای رجوع.

سؤال وجواب: صاحب جواهر اشکال می کند به مسالک و ریاض که اینها می گویند قبض جزء السبب است. می گوید شما از کجای روایت این را فهمیدید؟ روایت می گوید لزوم با قبض است، این حداکثر اشراط را می رساند نه اینکه جزء السبب است. این حرف درستی است، ما بیش از این نمی فهمیم که داخل در ماهیت عقد باشد.

شرطیت قبض برای صحت به نحو ناقل است نه کاشف

اما یک بحث مهمتر این است که هم مرحوم آخوند طرح کرده، و به یک شکل دیگر هم صاحب جواهر طرح کرده است، و آن این است که حالا که قبض شد شرط صحت، آیا کاشف از صحت از اول وقوع عقد است، یا اینکه ناقل است. یعنی از زمانی که قبض حاصل می شود حکم می شود به لزوم و صحت، یا اینکه حالا که قبض حاصل شد کشف می کنیم که از اول صحیح بوده است؟

ظهور اولی اش این است از حالا که قبض شد لزوم یا صحت می آید. و الا کشف حکمی اگر هم در بحث فضولی قبول کنیم اینجا نمی آید. قبض لسان ندارد. برخلاف بحث فضولی که عقد مالک فقط یک مشکلی داشته که اضافه به او بوده است، بعد می گوید من راضی ام. خب به چه چیزی راضی است؟ به عقد راضی است. یعنی رضایت می خورد به آن سبب اولی. آنجا وجهی دارد بگوئیم کشف حکمی از اول صحیح باشد. اوفوا بالعقود وقتی می آید و این عقد را می گیرد،

با تمام جزئیاتش می گیرد من جمله رضایی که به آن عقد اولی خورده است. جمعش با عدم تحقق اثر تا حالا به کشف حکمی است. جمع بین اوفوا بالعود حالا که رضایتش به اول خورده به اضافه عدم تحقق سبب تا حالا جمعش به کشف حکمی است در بحث فضولی. چرا؟ چون در بحث عقد فضولی تنها مشکل اضافه عقد به مالک یا ذوالحق است، و وقتی می گوید من راضی ام می گوید راضی به عقد هستم. آنوقت وقتی اوفوا بالعود یک همچنین عقدی را که توأم با رضایت متعلق به اصل عقد است می گیرد، جمعش با اینکه تا به حال صحیح نبوده به کشف حکمی است، که حالا که واقع شد می گوید تمام آثار صحت از اول را بار کن. اما در قبض ما همچنین چیزی نداریم. قبض یک فعل است، حالا حاصل شده است. روایت هم گفته وقتی قبض حاصل شد لزوم هست.

پس بنابر این ظهور اولی اش این است که از همین حالا است که مساوی می شود با نقل.

شرط متأخر خلاف ظاهر است

اما یک بحث دیگر وجود دارد، و آن شرط متأخر است. شرط متأخر غیر از کشف حکمی است. اگر کسی بگوید اصلاً مشروط است منتهی از اول اینطوری است که اگر بعداً آمد از اول صحیح باشد. شرط متأخر به حمل شایع تصحیح می کند معامله را از اول. برخلاف کشف حکمی که حکماً تصحیح می کند. یعنی از زمان حصول قبض می گوید حالا بگو تمام آثار عقد از اول بار بود. می گوید بگو بار بود والا بار نبود. اما شرط متأخر از اول تصحیح می کند. یعنی از زمانی که وقف حاصل شد ولو قبض نیست، می گوید همینکه پس فردا قبض حاصل بشود از حالا وقف صحیح است و لازم هم می شود (چون لزوم بعد از قبض می آمد). چون شرط متأخر گرفتیم می گوید از اول لزومش هست.

اینها همه خلاف ظاهر است. چه شرط متأخر و چه کشف حکمی. آنچیزی که هست این است که بگوئیم شرط مقارن است یعنی هر وقت قبض حاصل شد لزوم هست یا صحت هم هست.

مال شرط متأخر به تعقب است که شرط مقارن است

سؤال و جواب: ما شرط متأخر را قبول نداریم، البته نه اینکه نمی شود قبول کرد، می گوئیم خلاف است. اگر در جایی ضرورت پیدا کرد می شود آن را قبول کرد آنهم نه اینکه شرط متأخر باشد، بلکه لبا یعنی تعقب به آن شرط است. این ثبوتاً که محال نیست. خود آن، شرط نیست که تأخیر مؤثر بشود. تعقب آن شرط است و تعقب مقارن است.

تبیین شرط متأخر در کلام محقق عراقی و مرحوم آخوند

البته بعضی در باب تکالیف شرط متأخر را جور دیگری حل کرده اند. مثل مرحوم آقا ضیاء و دیگران می گویند اصلاً حکم به واقع این شرائط مشروط نیست، بلکه به وجود زعمی و فرضی اینها مشروط است. حرف آخوند هم در شرط متأخر همین است. مرحوم آقا ضیاء همه جا همین را آورده است که می گوید روی فرض فعلی می شود. آخوند هم در شرط متأخر همین را می گوید که روی فرض، از حالا فعلی می شود. این بحثی است که در جای خودش باید مطرح شود. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف ۴۱۷
- استدارک ۴۱۷
- بیان صاحب جواهر در میراث شدن وقف اگر واقف قبل از قبض موقوف علیهم بمیرد ۴۱۸
- میراث شدن منحصر به بطلان وقف قبل القبض نیست ۴۱۸
- عبارت صاحب جواهر ۴۱۹
- یا اصل در عقود جائزه انفساخ به موت است یا حداقل برخی موارد اینطور است ۴۲۰
- فرق بین عقود اذنیه و غیر اذنیه ۴۲۰
- اصلاح کلام بر اساس عبارت مرحوم آخوند ۴۲۲
- دو حرف از صاحب عروه ۴۲۳
- بحث ما ثوتی نیست بلکه استظهاری است ۴۲۴

ادامه مسئله ۸ تحریر: قبض در وقف

استدارک

از بحث دیروز یک استدراک مانده است، چون در تقریر یک مطلب با توجه به تذکری که دوستان دادند باید یک اصلاحی در تقریر کنیم. ریشه آن تقریر هم تسامحی بود که در کلام صاحب جواهر بود.

ما عرض کردیم که دو روایت داریم، روایت محمد بن مسلم و روایت عبید بن زراره که هر دو هم صحیح بودند، در این دو روایت فرموده بودند اگر کسی تصدق کند بر ولدش و اینها بالغ باشند (وقد ادرکوا)، ولی مات قبل أن یقبضوا، اینجا گفته اند که وقف باطل می شود. متن روایت این بود که: إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث، فرموده بود باطل می شود گفته بود فهو میراث.

فقهاء بزرگی مثل مرحوم صاحب ریاض، مثل شهید ثانی در مسالک و عده ای دیگر و به محقق سبزواری نیز نسبت داده شده است که از این حرف (که اگر قبل القبض واقف فوت کند فهو میراث) بطلان وقف را فهمیدند. ولی صاحب جواهر در این تردید و بلکه اشکال می کند، مرحوم آخوند هم در کتاب الوقف اشکال می کند. ما در تقریر اشکال یک تسامحی کردیم که دوستان تذکر دادند الان اصلاح می کنیم.

بیان صاحب جواهر در میراث شدن وقف اگر واقف قبل از قبض موقوف علیهم بمیرد

صاحب جواهر گفته اند: این روایت میراث، بر بطلان وقف قبل القبض دلالت نمی کند. بلکه می سازد با اینکه بیائیم و فرض کنیم که باطل نیست. یعنی قبض شرط صحت نباشد بلکه شرط لزوم باشد. یعنی با وقف واقف مال منتقل می شود ولی ما لم یقبض لازم نیست. فله آن يرجع به معنای این است که می تواند فسخ کند. حالا اگر آمدیم و واقف فوت کرد، نص روایت این است که این میراث می شود.

میراث شدن منحصر به بطلان وقف قبل القبض نیست

در اینکه میراث می شود بحثی نیست، نص روایت است. (و ما بعدا این را مستقل بحث می کنیم و مسئله را هم جلو می اندازیم تا خیلی از این بحث ها دور نشویم). می خواهیم ببینیم در اینکه میراث می شود آیا فقط یک محتمل ثبوتی دارد و آن محتمل این است که وقف قبل القبض صحیح نباشد؟ آیا فقط همین فرض را دارد؟ یعنی این مالی که مثلا بر موقوف علیهم خاص وقف کرده، آیا اصلا ملکیت منتقل نمی شود؟ از این باب است که میراث می شود؟ یا نه، می شود وقف صحیح باشد، مال هم منتقل بشود، منتهی یک تعبد خاصی در مقام هست که اگر قبل القبض واقف فوت کرد این عقد (یا اگر ایقاع است این ایقاع) منفسخ می شود. وقتی فسخ شد می شود میراث.

پس در میراث شدن بحثی نیست. کما اینکه در مسئله آتی می گوئیم که إذا مات الواقف قبل القبض فهو باطل. در این بحثی نیست. منتهی می خواهیم ببینیم آیا از باب این است که از اول قبل القبض نقل و انتقالی نشده است و به این دلیل میراث است، چون تحولی صورت نگرفته است. مال در ملک واقف هست تا قبل القبض، حالا که این وسط فوت کرد مال خودش است. آیا از این باب است؟ یا از باب این است که مال منتقل شده است، مثل عقود جائزه ای که با موت عاریه دهنده یا موکل باطل می شود یعنی فسخ می شود. اینطور نیست که منتقل نشده باشد، بلکه منتقل شده و صحتی واقع شده، که متزلزل و له الرجوع است، منتهی این وسط قبل القبض فوت می کند، که یک معامله واقع شده منفسخ می شود. کدامیک از این دو است؟

صاحب ریاض و مرحوم صاحب مسالك و مرحوم سبزواری فرموده اند: اینها از باب عدم صحت است. یعنی قبض دخیل در صحت است. از این جهت اصلا نقل و انتقالی صورت نگرفته است. فهو میراث از باب اینکه قبض و اقباض دخیل در صحت است. تحولی صورت نگرفته است. یعنی انفساخی لازم نیست. چون چیزی صورت نگرفته است که انفساخ بخواهد. آنها این را می فرمایند.

عبارت صاحب جواهر

حالا مرحوم صاحب جواهر می فرماید: حرف شما ضرورتی ندارد. عبارت ایشان در جواهر این است^۱:

«و اما النصوص المتضمنة لبطلان الصدقة بالموت قبل القبض فمع أن الاستدلال بها مبني على إرادة الوقف منها أو ما يشمله (که استدلال به روایت اول و پنجم چون به عنوان تصدق است مبتنی بر این است که ما از تصدق وقف را بفهمیم یا ما يشمل الوقف را بفهمیم). این بحثی ندارد. بعد می فرماید: فمع كذا (که همین شبهه است) لا تدل على اشتراطه في الصحة وإن ذكره غير واحد. گرچه کسی مثل صاحب مسالك و صاحب كفایه و صاحب ریاض فرموده اند، ولی لا تدل على اشتراطه في الصحة. چرا؟

«إذ من الممكن ما سمعت من كونه عقدا جائزا يفسخ بالموت و مثله ولو لهذه النصوص».

می گوید ولو ما بخاطر همین نصوص بگوئیم اینجا منفسخ می شود، یعنی نقل و انتقال صورت گرفته منفسخ می شود نه اینکه صحیح نیست. یعنی از دو تا فرضی که می شد کرد در باب مسئله، لزومی ندارد ما فرض صاحب ریاض و صاحب مسالك را مطرح کنیم که چون نقل و انتقالی صورت نگرفته میراث شده است. نه، نقل و انتقال شده است، ولكن به موت فسخ شده و به حال اول برگشته، پس فهو میراث.

بنابر این می گوید إذ من الممكن ما سمعت من كونه عقدا جائزا يفسخ بالموت و مثله ولو لهذه النصوص. این ولو لهذه النصوص ایها می کند که در مطلق عقد جائز انفساخ نیست، چون می گوید ولو لهذه النصوص. و الا اگر در مطلق عقد جائز انفساخ بود همانها کافی بود. چون ایها این معنا کرد، ما گفتیم اگر در عقود جائزه انفساخ نیست (شاید به نحو جزمی گفتیم که انفساخ نیست)، چرا ما به صرف این نص این مورد را بگوئیم؟ چون بحث امکان که مطرح نیست، بحث

^۱ - جواهر (طبع جامعه مدرسین) جلد ۲۹ صفحه ۲۴

استظهار از روایت است. یک روایت را جلو ما گذاشته اند، شما می گوئید همینکه ممکن است ولو لهذه النصوص بگوئیم فسخ رخ می دهد. این خلاف ظاهر است.

یا اصل در عقود جائزه انفساخ به موت است یا حداقل برخی موارد اینطور است

اصلاح من نسبت به بیان دیروز فقط برای این جمله است که ما دیروز گفتیم در عقود جائزه به موت منفسخ نمی شود مگر جایی که نص دلالت کرده باشد. ولی دوستان آوردند که عقود جائزه یا قاعده در آن انفساخ است یا مختلف هستند. وحق این است که مختلف است و مختص به بعضی جاها است. بعضی از عقود جائزه منفسخ می شود، مثل وکالت، عاریه، ودیعه اینها به موت منفسخ می شود. و برخی از عقود جائزه هم منفسخ نمی شود.

حالا بعضی دوستان برخی موارد دیگر از عقود جائزه را هم پیدا کرده اند که در آنها اختلافی است که برخی گفته اند در این عقود جائزه انفساخ رخ می دهد و برخی هم گفته اند نه، در برخی هست و در برخی نیست.

فرق بین عقود اذنیه و غیر اذنیه

برخی از علماء حاضر گفته اند: در عقود اذنیه مثل ودیعه، وکالت و کذا، اصلاً علی القاعدة است که به موت انفساخ بشود. چرا؟ چون می گویند اینها هر چند اسمشان عقد است ولی لبا فقط اذن هستند. اذن هم با موت طرف آن از بین می رود. از این باب در عقود اذنیه بطلان با موت علی القاعدة است.

ما خواستیم این را اصلاح کنیم، اینکه گفتیم من کونه عقدا جائزا ینفسخ بالموت ولو بهذه النصوص، ایفاء می کرد که بخاطر این نصوص ما می گوئیم فسخ می شود. گفتیم اگر همه جا فسخ نمی شود یک ظهوری درست می شود بر عدم فسخ. حالا معلوم شد که نه، در عقود جائزه فی الجملة فسخ می شود.

حالا اینکه ما مثل وکالت را کلاً اذنی بدانیم علی الظاهر درست نیست. یک بحث مهمی هست، مرحوم صاحب عروه در بحث وکالت این را بحث کرده است که ایشان می گوید اصلاً در وکالت قبول شرط نیست و ایقاع است، منتهی یک دقتی ایشان کرده و در کل عقود اذنیه این را گفته است، می گوید: عقود اذنی که تقوم به اذن دارند (که آثاری هم دارد من جمله همینکه فوت کرد دیگر اذن نیست) عقود اذنی منافات ندارد که در آنها ایجاب هم بیاید و قبول هم بیاید و عقدی بشوند. یعنی عقودی که معروف هستند به عقود اذنی، دو وجه دارند، می شود اذنی محض باشند، و می شود به صورت عقدی باشند. و ایشان در بحث وکالت تصریح می کند.

اینها را علی القاعده می گویم که در ذهنتان باشد، برخی از بزرگان که می گویند عقود اذنیه علی القاعده است که به موت فسخ می شود. این معلوم نیست. چون منحصر نیست در اذنیته به این بیان که الان عرض می کنم.

صاحب عروه در مسئله ۱ می فرماید^۱: مشهور این است که وکالت از عقود است فیه الایجاب والقبول. پائین تر می فرماید:

«والاقوی عدم کونها من العقود فلا یعتبر فیها القبول». بعد ادله می آورد که چرا قبول شرط نیست.

بعد پائین می گوید:

«هذا والمراد من عدم کونها من العقود أنه لا یشرط فی تحققها القبول والا فلو اوقعت بنحو الایجاب و القبول تكون عقدا». یعنی وکالت می شود بدون قبول بشود، و اگر با قبول باشد عقد می شود و آثار عقد بر آن بار می شود.

بعد می فرماید: «و یتحصل أنه تحقق بكل من الوجهین».

حالا اگر عقود اذنیه هم به نحو اذن محض می شود و هم به نحو عقد، حالا اگر به نحو عقدی واقع شد چرا ینفسخ بالموت آن علی القاعده باشد؟

بنابر این، این یک تأمل ثانوی می خواهد که آیا واقعا عقود جائزه مطلقا اذنی هستند به معنای اینکه عقد فقط اسمی است. کما اینکه آیه الله سبحانی در جای خودش فرموده اینها لبا عقد نیستند فقط اذن در تصرف خاص هستند. آیا واقعا اینطوری است؟ یا اینکه دو تا حصه دارند، یک حصه شان اذن است و یک حصه دیگر دارند که عقد است. آنوقت اگر عقد باشد چرا منفسخ شود؟ اگر دلیل خاص داریم بحث دیگری است، ولو مثل ایشان که می گوید لهذه النصوص. اما اگر دلیل خاص نداشته باشیم، ایشان می فرماید علی القاعده است. نه، علی القاعده ای در کار نیست.

حالا دوستان موارد دیگری را هم پیدا کرده اند:

مثلا علامه در تحریر در هبه گفته اند: قبض شرط است، فلا تصح الهبة ما لم ینضم القبض الی العقد، فلو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد قبل القبض بطلت الهبة.

بعد در تحریر می گوید: ولی شیخ طوسی این را قبول نکرده است. می فرمایند: و قال الشیخ لا تبطل بموت الواهب و یقوم الوارث مقامه فی الاقباض. بعد در تحریر می گوید و فیه بعد.

^۱ - کتاب الوكالة جلد ۲ ملحقات عروه صفحه ۱۱۹

متن شیخ این است که: إذا وهب له شيئاً و قبل الموهوب له الهبة ثم مات الواهب قبل القبض فهل تبطل الهبة أم لا؟ قيل فيه وجهان: أحدهما أنه لا يبطل العقد بموت الواهب مثل البيع في مدة الخيار، وقام الوارث مقامه (وقتی که قبول هم شده، چون قبول در آنجا لازم است، قبول که شد عقد تمام است و دلیلی بر انفساخش نیست)، وهو الصحيح.

در جای دیگری شیخ انصاری هم همین را می فرماید منتهی با استصحاب بقاء ملکیت برای واهب.

حالا در اصلاحی که ما می خواستیم بکنیم با یک کلمه باید آن را اصلاح کنیم بر اساس فرمایش مرحوم آخوند.

اصلاح کلام بر اساس عبارت مرحوم آخوند

مرحوم آخوند عبارت را دقیق تر نوشته است، طوری نگفته است که در او ایحاء این معنا باشد که در عقود جائزه دیگر منفسخ نمی شود. ایشان می گوید: ولو لهذه النصوص، منتهی اینطور می گوید (این را دقت کنید فرق ظریفی با فرمایش صاحب جواهر دارد، ایشان هم مثل جواهر می گوید دلالتی بر صحت ندارد، ما به چه بیانی؟ می فرماید):^۱

«وكذا لا دلالة لما دل على بطلان التصديق بما لم يقبضه حتى مات على أنه شرط الصحة و الا لما بطل بالموت قبله و لو قيل بشموله للوقف. (همان بیان را می گوید، می گوید این بیان کسانی است که می گویند شرط صحت است. چرا می گوئیم لا دلالة؟ می گوید:) لمكان احتمال أن يكون البطلان به من احكام التصديق تعبدا (یعنی ولو بهذه النصوص. این مقدارش هم با صاحب جواهر مشترک است) و خواصه (یعنی از خواص احکام وقف باشد) على خلاف سائر العقود المملكة الجائزة». دقت ایشان همین جمله اخیر است. یعنی ایشان قبول دارد که عقود جائزه مملک در قبال عقود اذنیه است. در عقود اذنیه غیر مملکه می گوید اصل همین است که منفسخ بشود به موت. اما در عقود جائزه مملکه می گوید اصل خلاف آن است. لذا می فرماید:

«على خلاف سائر العقود المملكة الجائزة (چون در آنها کبری این است که با موت باطل نمی شود). و كان حالها (حال این وقف) ولو بهذه النصوص حال العقود الجائزة الغير المملكة الاذنية كالوكالة والوديعة و نحوهما».

یعنی ایشان می گوید: در عقود جائزه اذنیه که ممحض در اذنیست هستند و غیر للمملكة هستند، قبول می کند که بطلانش به موت علی البطلان است. اما در سائر عقود مملکه جائزه ایشان می گوید به موت باطل نمی شود.

^۱ - کتاب الوقف صفحه ۶۶

حالا حرف این است که می گوید: در باب وقف چه اشکالی دارد که ولو عقد مملک است، علی خلاف قاعده اینکه در عقود جائزه مملکه اصل این است که با موت باطل نشود، علی خلاف القاعده بخاطر همین نصوص ما بگوئیم باطل می شود.

آنوقت بنابر این ما باید دیروز اینطور تقریر می کردیم که علی خلاف القاعده خودش خلاف ظاهر است. بحث امکان که نیست بحث استظهار از روایت است. خب مثل صاحب ریاض حرفشان این می شود که می گویند ما این وفق القاعده استظهار را می کنیم، چرا علی خلاف القاعده استظهار کنیم؟!

سؤال: در فرق بین عقود اذنیه و عقدیه گفته اند، عقودی که قوامش به اذن باشد می شود عقود اذنیه، والا می شود عقود عقدیه. یعنی عقود اذنیه هم عقد است و اذنی است، این هم مبرز می خواهد. پس عقود اذنیه یعنی عقدی که تمام ماهیت و قوامش به اذن است، (نه اینکه اگر اذن مجرد باشد به آن بگوئیم عقد اذنیه)، لذا اگر اذن مرتفع شد یا اذن دهنده از بین رفت باید علی القاعده برگردد.

جواب: اگر عقد باشد چرا برگردد؟ اوفوا بالعقود او را می گیرد.

سؤال: بعضی گفته اند اوفوا بالعقود شامل عقود اذنیه نمی شود، چون عقد هست ولی عهد نیست.

جواب: خب بگویند. مگر هر چه آنها بگویند درست است. چرا بگوئیم عقود اذنیه عهد نیست؟ وقتی در بحث وکالت می گوید من تو را نائب قرار دادم برای این کار، یعنی انشاء کرده، چرا عهد نباشد؟
بیان صاحب عروه این نیست. صاحب عروه می گوید می شود همین عقود اذنی علی وجه عقدی هم واقع بشوند.

دو حرف از صاحب عروه

پس دو تا حرف است. اینجا که می گوید اصلا ایقاع است و قبول نمی خواهد، ولی می شود همراه با قبول هم باشد که عقدی بشود. یعنی می شود دو وجه ایقاع و عقد هر دو باشد. حرف دوم این است که: در اذن هم همینطور است. می گوید بنابر این عقود اذنیه هم می توانند متمحض در اذنی نباشند، بلکه اگر ایجاب و قبول داشت می شود عقدی مثل سائر عقود و یترتب علیه ما یترتب علی العقد.

ایشان به این حرف تصریح می کند.

سؤال: مرحوم آقای شاهرودی در کتاب المضاربة گفته اند عقود اذنيه ای مثل وکالت می شود علی نحو العهديه هم محقق شود. ولی کلام سید یزدی این نبود.

جواب: من دارم از سید نقل می کنم که ایشان در جای دیگری می گوید می شود علی وجه العهديه هم باشد. پس حرف دیروز را اصلاح می کنیم به اینکه نه اینکه در مطلق عقود جائزه قاعده این باشد که به موت فسخ نشود. ما همچنین قاعده ای نداریم. به نظر ما قاعده هم نیست که بکل موت فسخ بشود، برخلاف بعضی عبارات شهید ثانی و دیگران که می گویند از احکام عقود جائزه این است که فسخ می شود. همچنین چیزی نیست. لذا در هبه دیگران قبول ندارند.

بحث ما توتی نیست بلکه استظهاری است

بلکه ما باید مثل مرحوم آخوند بگوئیم وقف از عقود مملکه است، و در عقود مملکه علی خلاف القاعده است که به موت منفسخ شود. آنوقت مرحوم آخوند می فرماید چه اشکالی دارد این خلاف القاعده را در مقام و لو لهذه النصوص بپذیریم.

در جواب می گوئیم: بحث امکان نیست بحث استظهار است. ما یک روایت در مقابلمان هست، اگر در عقود مملکه و لو جائزه در جاهای دیگر فسخ نمی شود. لذا در اینجا هم ظهور درست می شود. وقتی دو وجه می شود، و یک وجه در جاهای دیگر خلاف قاعده است، چرا ما به طرف آن وجهی برویم که خلاف قاعده است تخصیص بزنیم و لو بالتعبد. خب ما مثل بقیه موارد به نحو طبیعی می فهمیم که اینجا هم مملک است، آنوقت نتیجه اش این می شود که باید صحیح باشد. در حالی که ما می دانیم در وقف گفته فهو المیراث. پس اصل این مسئله یعنی صحت درست نیست.

پس تنها وجه این نیست که صحیح باشد و بالتعبد خارج بشود. نه ممکن است اصلاً صحیح نباشد و قبض و اقباض شرط صحت باشد. علاوه بر مؤیدات دیگر که قبض در بسیاری از موارد دیگر که از این سنخ است شرط صحت است (البته نه همه جا، در عقود اینچنینی مثل صدقه و جاهای دیگر) بنابر این با بیان ایشان نمی شود اصل استدلال مثل صاحب ریاض وامثال او را تخریب کرد.

سؤال و جواب: در هبه شیخ طوسی گفت وارث قائم مقام واهب می شود. شیخ انصاری هم گفت استصحاب می کنیم بقاء ملکیت را. و اصلاً این قاعده را از کجا می گوئید که اگر در عقود جائزه کسی انشاء کرد فقط خودش بشخصه حق فسخ دارد؟! لذا در باب فضولی و وکالت دیگری انشاء می کند و مالک فسخ می کند. در عقد جائز هم خودش و هم قائم

مقامش می تواند فسخ کند. چون اوفوا بالعقود که عقد را می گیرد، وارث بنخاطر ادله ارث می شود قائم مقام من له العقد. والا در بیع هم باید بگوئیم تا طرف مرد بیع بهم می خورد. اوفوا بالعقود بالاطلاق در تمام ظروف جاری است، وارث هم قائم مقام او می شود. چه اشکالی دارد؟

سؤال: شما اصل عدم تخصیص در دوران بین تخصیص و عدم تخصیص را مصداق اصالة الظهور دانستید. دوران امر بین کلام آخوند است که تخصیص باشد بالتبع یا کلام مرحوم سید باشد که علی القاعده است. دوران بین تخصیص و عدم تخصیص است. شما می گوئید هر کجا دوران بین تخصیص و عدم تخصیص باشد اصل عدم تخصیص است.

جواب: ما این را نگفتیم. ما می گوئیم در مرتبه قبل از تخصیص حرف شمای آخوند را استظهار نمی کنیم. می گوئیم این روایت را که نزد ما بگذارند با توجه به اینکه در عقود جائزه مملکه علی خلاف القاعده است، پس ظهوری در حرف شما ندارد بلکه حرف ما است. به صرف امکان اینکه بشود اینجا تخصیص زد ظهور از بین نمی رود. ظهور که تمام شد لازمه اش را اخذ می کنیم. نه اینکه حرف ما از باب دوران است که او سر جای خودش مشکلاتی دارد.

سؤال وجواب: قبل القبض له أن يرجع هست، ولی اینکه مصداق جائز است قابل بحث است. لذا با همان دقتی که مرحوم اصفهانی کرد باید روی آن فکر کنیم.

ما برای اینکه روایات این بحث را که خواندیم حل شود، مسئله ۱۴ تحریر را که می گوید لو مات الواقف قبل القبض تبطل این را تمام کنیم، و مرحوم سید اولین مسئله اش در ملحقات عروه همین است که: إذا مات الواقف قبل القبض تبطل. حالا این یک بحثی در اینجا دارد علاوه بر بحث هایی که کردیم. چون روایات را خواندیم، برای اینکه طول نکشد اولین مسئله ای که ما بحث می کنیم مسئله ۱۴ تحریر و مسئله اول ملحقات است که إذا مات الواقف قبل القبض تبطل. روایاتش همین است که خواندیم لذا متصلا بحث می کنیم.

مطالعه کنید تا شنبه انشاءالله و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض ۴۲۷
- کیفیت دلالت فهو میراث بر بطلان ۴۲۸
- دلالت فهو میراث بر بطلان کنائی است ۴۲۸
- لازمه عقلی فهو میراث بطلان نیست ۴۲۸
- معنای بطلان وقف اگر قبض شرط صحت باشد ۴۲۹
- معنای بطلان وقف اگر واقف قبل القبض بمیرد و قبض شرط لزوم باشد ۴۲۹
- تمسک به روایت محمد بن مسلم و عبید بن زراره در این باب ۴۳۰
- صاحب مسالك: ذیل روایت پنجم دال بر صدقه خاصه است نه وقف ۴۳۱
- اشکالات صاحب عروه بر کلام صاحب مسالك ۴۳۱
- اشکال اول: صرف احتمال صدقه خاصه بودن قاذح ظهور در وقفیت نیست ۴۳۱
- اشکال دوم: ذیل صدقه خاصه است ولی صدر وقف است ۴۳۱
- جواب از اشکال دوم ۴۳۱
- فرق بین احتمال وجود قرینه و بین احتمال قرینیت موجود ۴۳۲
- اشکال سوم: روایت می گوید از حیث وقف هم نمی شود برگردد و از حیث قصد هم نمی شود برگردد ۴۳۳
- ممکن است عدم جواز رجوع بعد از تمامیت وقف نباشد بلکه بعد از تمامیت وظیفه واقف باشد ۴۳۳
- اشکال چهارم: شاید ذیل روایت دیگری باشد لذا بحث از قرینیت موجود مخدوش می شود ۴۳۴
- جواب از اشکال چهارم: احتمال شما خلاف ظاهر است ۴۳۴
- صدقه در روایات ما می تواند معنای جامعی داشته باشد که شامل وقف هم بشود ۴۳۴
- در صدقه خاصه هم عده ای همین را گفته اند که قبض شرط صحت است و اگر مات قبل القبض فهو میراث ۴۳۵
- ملاک در متصله بودن قرینه فهم عرفی است ۴۳۵
- اشکال بعضی از معاصرین به کلام صاحب مسالك ره ۴۳۶
- جواب از این اشکال ۴۳۶

ایشان بطلان قبل القبض را موافق قاعده می داند ولی درست نیست. ۴۳۶

مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض

مسئله ۱۴ را جلو انداختیم بخاطر ارتباط آن با بحثی که از روایات در باب مطرح کرده بودیم. ما راجع به اینکه قبض چه نقشی در تحقق وقف دارد بحث کردیم. دو قول را نقل کردیم، یک قول این بود که قبض شرط لزوم است و قول دیگر این بود که شرط صحت است. چهار روایت را از باب چهارم وقف خواندیم. روایت چهارم و هشتم که صحیحه صفوان بود و روایت عمری دلالت داشتند بر اینکه واقف بعد از وقفش می تواند برگردد «له أن یرجع قبل القبض». خصوصیت این دو صحیحه هم این بود که لفظ وقف در آنها آمده بود. روایت اول و پنجم که روایت محمد بن مسلم و روایت عبید بن زراره بود این دو روایت هم صحیحه هستند، خصوصیت این دو روایت این است که عنوان تصدق دارد. اگر رجلی تصدق کند به اولادی که بالغ هستند و مات الواقف قبل القبض، فرمود فهو میراث. از این تعبیر، اشتراط قبض در صحت را فهمیده اند. که بحثش گذشت.

در مسئله ۱۴ تحریر مسئله این است که: لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف و کان میراثا. اگر واقف قبل از قبض از دنیا برود وقف باطل می شود و میراث می شود. مستند {این نظر} همان دو روایتی است که خواندیم، همانجا دارد فهو میراث.

دو جور بحث در اینجا وجود دارد که باید عرض کنیم، شاید برخی از آنها فی الجمله در مباحث قبلی اشاره شده باشد.

مرحوم سید در مسئله اول ملحقات عروه همین مسئله را طرح می کند. در صفحه ۱۸۷ از ملحقات عروه می فرماید: «إذا مات الواقف قبل القبض بطل بلا خلاف» ایشان ادعای عدم خلاف می کند.

کیفیت دلالت فهو میراث بر بطلان

بحث فعلی این است که دلالت «فهو میراث» که در دو روایت اول و پنجم باب چهارم آمده است، بر بطلان چگونه است؟

دلالت فهو میراث بر بطلان کنائی است

به نظر ما این دلالت کنائی است. فهو میراث کنایه از این است که هر آنچه از واقف صورت گرفت هر چه تأثیر داشت تمام شد و هیچ خبری نیست و مال برمی گردد به ورثه. فهو میراث.

پس فهو میراث عبارتی است کنائی برای رجوع مال به ورثه، منتهی به این نحو که تمام آنچه را که از واقف در این جهت حاصل شده بود از ایجابش و حتی اگر گفتیم قبول لازم است او هم حاصل شد اینها هیچ و کأن لم یکن شده است. پس فهو میراث عبارت کنائی است از اینکه آنچه که واقع شده کأن لم یکن است.

لازمه عقلی فهو میراث بطلان نیست

اگر این را بگوئیم که عبارت کنائی است، آیا لازمه منطقی میراث بودن بطلان است؟ ظاهراً اینطور نیست. یکجا شاید باشد و یکجا نه. اگر ما از روایات قبل، اشتراط صحت را فهمیده باشیم، معنایش این است که با انشاء وقف واقف، ملک از مال او منتقل نشده است به ملک موقوف علیهم، بلکه هنوز سر جای خودش هست. آنوقت اگر ما بگوئیم إذا مات الواقف قبل القبض فهو میراث، این یعنی میراث ورثه واقف است. خب این چرا دال بر بطلان باشد؟

اگر ما فهو میراث را کنائی گرفتیم که ما می گوئیم، مطلب تمام است. می گوئیم روایت است، بحث اثباتی است، لحن هم لحن کنائی است، فهو میراث یعنی هر آنچه که انجام دادم کأن لم یکن است.

اما اگر این را نگفتیم فهو میراث چرا دال بر بطلان باشد؟! بنابر مسلک اشتراط صحت، واقف انشاء کرده وقف را، (حالا قبول لازم دارد یا ندارد بحث آخری است، که اگر قبول هم لازم دارد قبول هم آمده است)، این وسط واقف فوت می کند. اثر انشاء واقف قبل از فوتش چه بود؟ صحت تأهلی بود. یعنی انشاء او قابلیت داشت که با لحوق قبض وقف تمام بشود. اصلاً بنابر مسلک اشتراط صحت به قبض، صحیح بودن وقف واقف چیزی جز صحت تأهلی نیست. یعنی قابلیت انشاء او برای تبدیل شدن به یک عقد لازم به لحوق القبض. این صحت تأهلی است. این صحت تأهلی می تواند بعد از موت هم باشد. ورثه قائم مقام مورثان بشوند، چه اشکالی دارد؟ ثبوتاً که محال نیست. اگر ورثه قائم مقام بشوند ملک به

آنها منتقل می شود چون اصلا به موقوف عليهم منتقل نشده بود، منتهی اثرش این است که: اگر ما صحت تأهلی را قبول کنیم حتی برای ورثه، اگر ورثه دلشان خواست همان وقف مورثشان را داشته باشند، دیگر انشاء وقف و قبول نمی خواهد. اما اگر گفتیم صحت تأهلی هم ندارد و باطل است، یعنی اگر بخواهند وقف کنند باید مجدد وقف را انشاء کنند.

معنای بطلان وقف اگر قبض شرط صحت باشد

پس باطل را باید معنا کنیم بفهمیم معنای آن چیست. اینکه صاحب عروه فرمود: إذا مات الواقف قبل القبض بطل بلاخلاف، یا در تحریر گفت باطل، این یعنی چه؟ اگر ما کسی باشیم که صحت را مشروط به قبض بدانیم، صحت قبل القبض اصلا تأهلی است. و این صحت تأهلی می تواند به ورثه برسد.

پس لازمه منطقی و عقلی فهو میراث بطلان نیست. می توانند ورثه جانشین بشوند. پس مراد چیست؟ ما می گوئیم این یک عبارت کنائی است. فهو میراث یعنی بگو اصلا کأن لم یکن است.

معنای بطلان وقف اگر واقف قبل القبض بمیرد و قبض شرط لزوم باشد

اما اگر مسلک ما اشتراط لزوم بالقبض باشد. یعنی منتقل شده باشد مال به موقوف عليهم، اینجا اگر بگویند فهو میراث، ظاهرا باید بگوئیم معنایش همین است که لازمه منطقی اش این است که باطل باشد، یعنی دیگر قابلیت لحوق هم نداشته باشد. چون فهو میراث فقط به فسخ و انفساخ ممکن است، یعنی ولو به حکم همین روایت باید بگوئیم به موت عقد منفسخ می شود، والا فهو میراث معنا ندارد. و اگر منفسخ بشود دیگر قابلیت لحوق قبض ندارد، و صحت تأهلی هم اینجا معنا ندارد.

پس اگر ما مسلکمان اشتراط صحت بالقبض باشد، فهو میراث تلازم عقلی و منطقی ندارد با بطلان. اما اگر قائل باشیم به اینکه لزوم مشروط است، ظاهرا قول به فهو میراث، یعنی میراث ورثه واقف، این علی الظاهر لازمه منطقی و عقلی اش این است که این وقف فسخ بشود، و نتیجتا باید بگوئیم از این جهت باطل است. دیگر اگر فسخ شد، معنا ندارد صحت تأهلی برای انشاءش هم باقی بماند. پس لازمه عقلی اش همان می شود.

منتهی ما که اختیار کردیم اشتراط صحت را و تقریبا عمده فقهاء هم بجز برخی همین را گفته اند و بلکه ادعای اجماع بر آن شده است، اینها علی القاعده برای اثبات اینکه بگویند إذا مات الواقف قبل القبض فهو باطل باید به کنائی بودن پناه ببرند و اشکالی هم ندارد.

سؤال: در صورتی که ما شرط صحت بدانیم اینجا صحت تأهلیه فقط در عالم ثبوت ممکن است. والا از نظر اثباتی چون روایت می گوید فهو میراث، دیگر این صحت تأهلی می رود کنار. چون میراث که باشد مطلق است و معنایش این است که دیگر وقف کنار می رود.

جواب: به نظر ما هم همین ظهوری که شما می گوئید درست است، ولی کنائی است نه اینکه لازمه عقلی باشد. برخلاف اینکه اگر مسلک اشتراط لزوم را بگوئیم ظاهراً فهو میراث لازمه دارد با اینکه انفساخ بشود. و انفساخ هم که بشود دیگر باطل است و دیگر قابل برای لحوق نیست.

سؤال: فرق است بین اینکه باطل باشد یا منفسخ باشد و اثر هم دارد. اگر باطل باشد یعنی از اول باطل است.

جواب: آن بحث آخری است. معلوم است که روی دو تا مسلک دو تا می شود. در جلسه قبل عرض کردیم فهو باطل که می گوید یعنی قبض دخیل است یا موت موجب بطلان می شود آیا کاشف است از اول بوده یا در ادامه بوده، اینها را بحث کردیم و گفتیم دلیلی نداریم کشف باشد. در قبض این را گفتیم، موت هم همینطور است. دلیل نداریم که معنایش این باشد که از اول اینها قابل نیست. ولذا بنابر اشتراط صحت، نمائات وسط مال واقف است و بنابر لزوم، مال موقوف علیهم است.

سؤال: صحتی که در اینجا داریم که صحت جوازی است این وضعیتش بدتر از صحت تأهلی است؟ او به ارث می رسد ولی این به ارث نمی رسد.

جواب: خب روایت گفته میراث، و این یک تعبد است. بنابر قول به اشتراط صحت به قبض، بطلان از باب کنایه و ظهور است، که ظهورش این است که هر چه بوده کأن لم یکن شده است. ظهورش این است، اما لازمه عقلی و منطقی اش نیست. به خلاف قول به اشتراط لزوم، آنجا لازمه عقلی اش این می شود، چون بدون این مال منتقل به موقوف علیهم شده است، باید کلاً باطل بشود تا برگردد و الا وجهی ندارد.

حالا برویم سر بحث دیگر:

تمسک به روایت محمد بن مسلم و عبید بن زراره در این باب

دو روایتی که به آنها تمسک کردیم روایت اول باب چهارم که صحیحه محمد بن مسلم بود، در این روایت عنوان این است که تصدق کند. بعد فرموده اند: إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. در روایت دومی هم که صحیحه عبید بن زراره است همین است، منتهی در ذیل روایت پنجم دارد وقال: لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.

صاحب مسالک: ذیل روایت پنجم دال بر صدقه خاصه است نه وقف

مرحوم صاحب مسالک ابتدا به عنوان احتمال مطلبی را می فرماید و بعد اشکال می کند. ایشان می فرماید: استفاده از این دو روایت نسبت به بطلان وقف بالموت دائر مدار این است که تصدق به معنای وقف باشد. در حالی که احتمال دیگری هم در اینجا می آید که تصدق به معنای صدقه بالمعنی الخاص باشد. همان صدقه تملیکیه که مثل هبه است و فقط در آن قصد قربت هست، نه وقف.

بعد می گوید: و این حرف تأیید می شود با آن تعبیر ذیل که لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله.

اشکالات صاحب عروه بر کلام صاحب مسالک

مرحوم سید صاحب عروه چند اشکال به ایشان کرده است:

اشکال اول: صرف احتمال صدقه خاصه بودن قاذح ظهور در وقفیت نیست

اشکال اول: فرموده شما گفتید احتمال دارد صدقه خاصه باشد ولذا دیگر نمی شود استدلال کرد. اما این چه حرفی است. صرف احتمال که قاذح در ظهور نیست. و ما می گوئیم این روایت تصدق ظهور در وقف دارد ظهوری که مؤید هست به فهم اصحاب که از آن وقف فهمیده اند. شما می گوئید یک احتمال در آن می رود که تصدق باشد. می گوئیم بله احتمال می رود، اما احتمال منافات با ظهور ندارد بنابر این ظهور حجت است.

اشکال دوم: ذیل صدقه خاصه است ولی صدر وقف است

اشکال دوم: صاحب عروه می فرماید شما گفتید در ذیل روایت دوم دارد که: لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله. خب فرض کنیم این ذیل اختصاص دارد به صدقه خاصه. اما مگر اشکالی دارد که ذیل روایت اختصاص داشته باشد به صدقه خاصه ولی صدرش وقف باشد؟

جواب از اشکال دوم

این اشکال دوم صاحب عروه به نظر خیلی قابل قبول نیست. برای اینکه یکوقت ما در صدر یک صراحتی داریم مثل وقف، آنجا حق با شماست. اما وقتی همچنین صراحتی نداریم و عنوان صدقه است، و در ذیل یک جمله ای آمده است که یحتمل قرینته، آنوقت احتمال قرینیت موجود علی الظاهر قاذح است. مگر جوابهای بعدی که بحث دیگری است.

فرق بین احتمال وجود قرینه و بین احتمال قرینیت موجود.

اگر ما بپذیریم که ذیل ظهور دارد در صدقه خاصه و احتمال بدهیم قرینیتش را برای صدر (نمی گوئیم ظهور دارد در قرینیت برای صدر، بلکه احتمال قرینیت برای صدر را بدهیم)، این ظاهراً قاذح برای ظهور است. چون احتمال قرینیت موجود غیر از احتمال وجود القرینه است. ما اگر یک کلامی داشتیم احتمال بدهیم یک قرینه ای آمده و به دست ما نرسیده، اینجا اصالة الظهور محکم است. اصالة الظهور را ما با احتمال وجود القرینه از بین نمی بریم. اما یک کلامی اگر منضم به همین کلام است و ما احتمال می دهیم که کسی که این نامه را برای ما نوشته این جمله ای که ذیلش نوشته ولو من درست نفهمیدم ولی تأثیر داشته باشد در فهم این جمله. مثلاً فرض کنید کسی که احکامی را در نامه اش می نویسد، آخرش یک جوری می نویسد که اینها شوخی بود، منتهی من نفهمیدم مقصود او چیست. اگر واقعاً مزاح باشد یک جور است نباشد یک جور دیگر است. پس آن جمله ذیل که موجود است احتمال قرینیتش قاذح است. ولذا در اصول برای شکستن اصالة الظهور شما بین احتمال قرینیت موجود و احتمال وجود القرینه فرق می گذارید. اولی که قرینیت موجود باشد اصالة الظهور را می شکند.

اینکه ایشان می فرماید که آخر روایت قرینه نیست برای صدر، این یک قدری عجیب است. اگر خود صدر یک ظهور قطعی منجزی داشت، خب بله فرمایش شما درست است. مثل اینکه یک لفظ صریحی بیاوریم، که دیگر برعکس می شود و دیگر آن صدر ذیل را معنا می کند. اما اگر عبارت صدر هم تصدق است و ذیل هم صدقه است یا مفاد صدقه است، خب احتمال اینکه مراد همان صدقه خاصه باشد که وجود دارد. چون احتمالش وجود دارد می شود احتمال قرینیت موجود و قاذح است.

پس این راه درست نیست که ایشان فرمود ذیل کاری به صدر ندارد.

سؤال: اینکه در ذیل می گوید نمی تواند رجوع کند این با وقف هم سازگار است.

جواب: در وقف که می تواند برگردد. ذیل می گوید نباید برگردد. کسانی مثل سید قصد قربت را در وقف شرط نمی دانند. وقتی شرط نمی دانند پس نمی شود این جمله به وقف بخورد. ولی ایشان می گوید چرا می شود به وقف بخورد.

اشکال سوم: روایت می گوید از حیث وقف هم نمی شود برگردد و از حیث قصد هم نمی شود برگردد.

واشکال سوم: می فرماید: چه کسی گفته است این حکم مختص صدقه است؟! این حکم وقف را هم می گیرد. البته نه به معنای اینکه شرط وقف باشد، بلکه به معنای اینکه اگر در وقف استثنائاً یا روالش این باشد که قصد قربت کند، باز هم لا یرجع است. یعنی وقف مشروط نیست به قصد قربت، وقف غیر قربی هم واقع می شود. اما اگر قربی شد نمی تواند برگردد. این چه اشکالی دارد؟

منتهی در وقف بخصوصه بعد القبض هم نمی تواند برگردد ولو قربی هم نباشد. می شود دو تا حرف. یک حرف این است که در باب وقف کلاً اینطور است که قصد قربت که شد دیگر نمی تواند برگردد. یک حرف این است که از حیث قبض هم نمی تواند برگردد.

ممکن است عدم رجوع بعد از تمامیت وقف نباشد بلکه بعد از تمامیت وظیفه واقف باشد.

حالا یک حرف دیگری هم اینجا مطرح است که من در پرانتز می گویم بعداً دوستان تأمل کنند:

برخی روی اساس همینکه لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، این را هم گفته اند که لازم نیست این عدم رجوع بعد از تمامیت وقف باشد، بلکه به محض اینکه انشاء وقف کرد دیگر حق رجوع ندارد. یعنی اگر تمام آنچه که از جانب واقف به عنوان مالک لازم بود به قصد قربت انجام داد، دیگر نمی تواند برگردد، ولو اینکه قبض دخیل در صحت باشد. یعنی در وقف یا صدقه مطلقه (که در هر دو قول مشهور این است که قبض دخیل در صحت است) یک خصوصیتی هست که اگر ما در صدقه قبض را دخیل در صحت هم بدانیم که معنایش عدم انتقال مال است قبل از قبض، با این حال آقای واقف یا متصدق حق ندارند بعد از اینکه قصد قربت کردند برگردند. یعنی در واقف یا متصدق إذا تمّ ما هو لازم من قبله من الانشاء و غیره دیگر حق بازگشت ندارد. این بحث تکلیفی که هست و حرام است برگردد. و ممکن است وضعاً هم باشد که یعنی اگر برگشت هم فائده ندارد.

منتهی این نکته خاصی است و معلوم نیست همه این حرف را بزنند. چون هنوز صدقه تمام نشده و به حمل شایع هنوز نیامده است.

پس از این جمله لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، یکوقت این فهمیده می شود که هرگاه صدقه بالحمل الشایع حاصل شد لا یرجع فیه. اگر این باشد وقبض شرط صحت باشد، باید قبض حاصل بشود. بعد القبض است که لا یرجع فیه. اما ممکن است کسی لا یرجع فی الصدقة را وسیعتر بفهمد یعنی اینطور بفهمد که حتی اگر صدقه بالحمل الشایع حاصل نشده، ولی تمام آنچه که از طرف واقف لازم بود مثل انشاء وغیره انجام شد، دیگر لا یرجع فی الصدقة. این یک اختلافی در بحث فهم لا یرجع هست که بعدا اگر لازم شد بحث می کنیم.

پس مرحوم سید می فرماید: لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، چه کسی گفته اختصاص به صدقه خاصه دارد؟ بلکه وقف را هم شامل می شود. بنابر این ذیل اصلا قرینه بر اختصاص نیست.

اشکال چهارم: شاید ذیل روایت دیگری باشد لذا بحث از قرینیت موجود مخدوش می شود

اشکال چهارم: می فرماید: اصلا ممکن است این ذیل، یک خبر دیگری باشد. مع أنه یحتمل کونه خبرا آخر نقله الراوی بعد نقل هذا الخبر لا أن یکون جزءا منه. که بحث را از حالت احتمال قرینیت موجود خارج کند. یعنی می فرماید ممکن است این ذیل که وقال لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، این روایت دیگری باشد.

جواب از اشکال چهارم: احتمال شما خلاف ظاهر است

منتهی این احتمالی که ایشان می فرماید خلاف ظاهر است. اینکه در روایت می گوید و قال، ظاهرش این است که در همین روایت فرمود نه روایت دیگری. والا اگر بنا باشد هر قطعه از روایت را ما احتمال بدهیم که روایت دیگری است اصلا فهم روایات مختلف می شود. بنابر این خلاف اصل است.

ولذا این جواب هم به نظر جواب درستی نیست. چون این فقط احتمالش را می دهد و در هر روایتی این احتمال را می دهید. و این احتمال به اصل دفع می شود. ظاهر و قال یعنی در همین روایت فرمود نه در جای دیگری. ظهور روایت که دارد نقل می کند همین است که اینها به هم پیوسته است.

صدقه در روایات ما می تواند معنای جامعی داشته باشد که شامل وقف هم بشود

نتیجه بحث این می شود که نظر نهائی ما این شد که اصلا آنچه که به عنوان صدقه و تصدق آمده می تواند یک معنای جامعی باشد هم برای صدقه و هم برای وقف. یعنی یک معنای جامعی صدقه داریم له آثار، یک وقف داریم له آثار

خاصه، یک صدقه خاصه داریم که له آثار خاصه. اینجا که تصدق گفته می شود معنای جامعی باشد که قبلا هم گفتیم. آن معنای جامعی این اثر را دارد که قبض شرط صحتش هست، و إذا مات المتصدق قبل القبض فهو میراث.

در صدقه خاصه هم عده ای همین را گفته اند که قبض شرط صحت است و اگر مات قبل القبض فهو میراث

من فقط یک شبهه ای داشتم که آیا فقهاء در باب صدقه خاصه قائل به این حکم شده اند؟ چون اگر ما در معنای جامعی این نکته را اخذ کنیم که إذا مات المتصدق قبل القبض فهو میراث هر دو را می گیرد، خب باید صدقه خاصه هم همینطور باشد دیگر. فحصى که شده ظاهرا در صدقه خاصه هم عده ای همین را گفته اند که قبض شرط صحت است و اگر مات قبل القبض فهو میراث.

پس ما روی مسلک خودمان هیچ مشکلی نداریم. صدقه معنای عام است. در این معنای عام اقلا در این روایت دو تا اثر مشترک وجود دارد، یکی اینکه قبض شرط صحت آن است، یکی هم اگر قبل القبض موت حاصل شد فهو میراث. و معنای این بطلان صدقه است به معنایی که عرض کردیم. یعنی به معنای کنائی و ظهور کنائی در اینکه آن صحت تأهلیه ای که برای عقد وقف هست آن صحت دیگر نیست، و ورثه نمی توانند جای مورث در إقباض بنشینند، بلکه اگر بخواهند همین وقف را هم انجام بدهند باید مجددا وقف را انجام بدهند و الا فایده ندارد.

ملاک در متصله بودن قرینه فهم عرفی است

سؤال وجواب: ملاک در اینکه یک قرینه متصله حساب بشود یا منفصله عرفی است، که بگویند در یک کلام واقع است. بله اگر ده تا مطلب منقطع از هم با فاصله گفت ممکن است عرف نگوید، ولی حتی بعضی عبارت ها که وسط آنها مکث هم واقع می شود، ممکن است کسی بگوید آنها هم یک کلام است. مثلا کسی در منبری دارد صحبت می کند وسطش یک جمله معترضه ای پیش بیاید، بعد از این دوباره حرفش را شروع کنید، خب این یک کلام است. حتی اگر اشاره کند و بگوید مطلبی که گفتیم اینطوری بود باز هم اشکالی ندارد. این مسئله عرفی است.

سؤال وجواب: استظهار که با وجود مخالف منافات ندارد. بله برای اجماع مخل است. ما استظهارمان از این روایات روشن است. ما تصدق و صدقه را امر جامعی می دانیم. احکامی که بر این امر جامع بار می شود اشکالی ندارد. اینجا هم همین است. دو تا حکم بار شده است که یکی این است که قبض شرط صحت است و دوم اینکه اگر قبض حاصل نشود و مات قبل القبض فهو میراث. این دو تا حکم برای آن معنای جامعی میراث بار بشود اشکالی ندارد.

سؤال وجواب: ما می گوئیم متصدق یا واقف اگر مات قبل القبض، وارث جای مورث بنشیند در اینکه آن انشاء برایش انشاء باشد. اینکه حق نیست. چه حقی است. خیلی هم اثری ندارد. فقط اثرش این است که اگر خواست وقف کند به همین انشاء اکتفاء کند یا باید انشاء جدید کند. صحت تأهلی اثرش فقط همین قدر است.

اشکال بعضی از معاصرین به کلام صاحب مسالک ره

این نکته را عرض کنم: برخی از علمای حاضر حفظه الله به این فرمایش صاحب مسالک اشکال کرده اند، گفته اند یلاحظ علیه که ذیل نمی تواند قرینه بر تخصیص صدر به صدقه باشد بالمعنی الاخص. چرا؟ می گویند چون تعبیر از وقف به صدقه در کلماتشان کثیر است. فلو كان الصدر ناظرا الى الاعم يكون التعليل ناظرا الى قسم واحد منهم أى الصدقة التملیکیة.

جواب از این اشکال

من نفهمیدم این به کجای حرف می خورد. چون اینکه در روایات کثیرا ما صدقه بر وقف اطلاق می شود که حرف صحیحی است. اما رد نمی کند این احتمال را که این جمله موجود در کلام از باب احتمال قرینیت موجود بتواند معنای آن را عوض کند. تغییر در معنای ذوالقرینه به کمک قرینه ذیل، این یک معنایی است که با کثرت تعبیر از وقف به صدقه هم سازگار است. کثرت تعبیر دارد، منتهی در یک روایت بخاطر ذیلش معنا را عوض کردیم بخاطر قرینیت موجود. من نفهمیدم این وجهش چیست.

ایشان بطلان قبل القبض را موافق قاعده می داند ولی درست نیست.

از آن مشکلتز مطلب بعدی ایشان است که فرموده: و علی کل تقدیر فالبطلان وراء النص موافق للقاعدة.

این یک راه دیگری است. ما بطلان را چطور درست کردیم؟ از باب تعبیر کنائی موجود در روایت که می گوید فهو میراث. این استظهار از روایت است. اما ایشان می فرماید موافق للقاعدة است، یعنی لولا النص هم باید ما قائل به بطلان می شدیم. چرا؟ می گوید علی آئی حال چه ما قبض را شرط صحت بدانیم و چه قبض را شرط لزوم بدانیم، اگر قبل القبض موتی حاصل بشود پس سبب تمام نشده لذا مسبب هم حاصل نشده است.

به نظرم اینجا یک اشتباه عجیبی شده است. اینکه سبب تمام نیست اگر یعنی سببی که لزوم بیاورد تمام نیست، این درست است. ولی ایشان از اینکه سبب تمام نیست می خواهد بگوید باطل. در حالی که بطلان در اینجا گاهی به معنای عدم تمامیت همان صحت تأهلیه است. چون قبل از موت اگر ما قبض را شرط صحت می دانستیم، ملک که نقل و انتقال

از واقف نشده بود، پس صحیح بودنش چه معنا داشت؟ جز صحت تأهلی چیز دیگری نبود. حالا که می گویند باطل است همان صحت تأهلی را می گویند باطل است. نه اینکه باطل است یعنی الان چون قبضی حاصل نشده پس باطل است. یک جواب روشن به شما این است که چه اشکالی دارد که آقای وارث جای مورثش بنشیند؟ چه اشکالی دارد. پس شما باید جور دیگری بطلان را حل کنید، نه از باب اینکه چون این آقا از دنیا رفت پس اقباض نداده پس سبب تمام نیست، سبب نباشد مسبب هم نیست. این روشن است که حرف نادرستی است.

عبارت ایشان این است که می گوید: و علی کل تقدیر فالبطلان وراء النص موافق للقاعدة، ولا فرق بين القول بأن القبض شرط للصحة أو شرط للزوم (فرقی هم نمی کند شرط صحت باشد یا شرط لزوم باشد). فالسبب التام لم يتحقق، فالمسبب مثله، إما لفقدان شرط الصحة أو لفقدان شرط الزوم بسبب موت الواقف. با اینکه موت واقف همچنین چیزی را نمی آورد. واقف مرد، این مال به ورثه اش می رسد، حالا ورثه اش جانشین وارث می شوند در ایجاب موجود، چه اشکال و مانعی دارد؟ مثل عقود لازمه. در عقود لازمه در بیعی که انجام گرفت مگر جانشین او نمی شوند؟ عقد باطل می شود با موت؟

تکلیف عقود جائزه یک بحث دیگری است که ما فردا بحث می کنیم. چون در عقود جائزه خود ایشان هم مطلقاً حسب قاعده دانسته اند. باید بحث کنیم ببینیم این هست یا نه.

اما یک نکته جالب این است که در کلمات قوم که فردا می خوانیم یک عده ای اصلاً فرق بین شرط صحت و شرط لزوم را این دانسته اند که اگر شما شرط صحت دانستید، اثرش همین است که با موت باطل می شود، و اگر شرط لزوم دانستید با موت باطل نمی شود. یک عده ای لولا النص این را می گویند.

حالا ما عرضمان این است که اصلاً هر دوی این حرفها چه در عقود جائزه و چه در مثل بحث ما که اگر شرط صحت گرفتیم اصلاً نقل و انتقالی حاصل نشده، صحت مورد بحث و بطلان مقابل آن به معنای تأهلی است. ما می خواهیم بگوئیم دیگر از آن صحت تأهلی هم خبری نیست. و این علی القاعدة درست نمی شود. مخصوصاً اگر ما قبض را شرط لزوم دانستیم، یعنی مال منتقل شده، خب چه چیزی علی القاعدة است؟ ایشان ظاهراً می خواهند از باب اینکه عقود جائز با موت یک طرف باطل می شود را مطرح کنند، که فردا بحث می کنیم که اینطور نیست. و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض ۴۳۸
- خلاصه بحث گذشته ۴۳۹
- آیه الله سبحانی: بطلان وقف در صورت موت واقف قبل الاقباض علی القاعدة است. ۴۳۹
- اشکال به آیه الله سبحانی ۴۴۰
- اگر قبض شرط لزوم باشد دیگر علی القاعدة بودن معنا ندارد..... ۴۴۱
- اگر قبض شرط صحت باشد علی القاعدة بودن درست نیست نه طبق صحت واقعیه و نه طبق صحت تأهلیه ۴۴۱
- ایشان در قواعد فقهیه فسخ عقد جائزه به موت را علی القاعدة می داند چون عقود جائزه را عقود اذنیه می داند.. ۴۴۲
- این کبری که عقود جائزه با موت منفسخ می شوند درست نیست..... ۴۴۲
- اول کلام است که عقود جائزه را به اذنیه برگردانیم..... ۴۴۳
- جریان اوفوا بالعقود در عقود جائزه ۴۴۳
- بعضی از عقود جائزه طبق نص خاص با موت باطل می شوند اما عمومیت ندارد..... ۴۴۴
- جواز و لزوم حکم عقد هستند نه خود عقد..... ۴۴۵
- عبارت آقای سبحانی در قواعد فقهیه ۴۴۶
- عبارت مرحوم نائینی که موافق با بیان آقای سبحانی است ۴۴۷
- تفصیل مرحوم آخوند بین عقود اذنیه مملکه و غیر مملکه ۴۴۸
- تناقض در کلام آقای سبحانی ۴۴۸

مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض

بحث در مسئله ۱۴ بود که ما آن را مقدم کرده در میانه مسئله ۸ مطرح کردیم. به این دلیل که مناسب است پس از طرح روایات خاصه، {حکم وقف در فرض} موت واقف را هم بیان کنیم.

مسئله ۱۴ این بود که: «لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف و كان میراثا».

خلاصه بحث گذشته

ملخص عرض ما این شد که شاید بهترین بیان این باشد که ما بگوئیم اینکه در روایت اول و پنجم باب چهار که دارد «لو مات الواقف قبل أن يقبضوه كان میراثا» این عبارت کنائی است از بطلان به معنای عدم تأثیر ما أنشأ الواقف، (به این تعبیر دقت کنید چون بعدا به این بحث ها نیاز داریم) یعنی آنچه واقف انجام داد کأن لم یکن شد. یعنی ورثه واقف نمی توانند جانشین واقف بشوند در اقباض. کسی نیاید بگوید بعد از موت وارث ورثه واقف می توانند اقباض کنند و وقف را تمام کنند. این نمی شود. اینکه نمی شود از باب این روایات است.

مرحوم سید هم تنها مستندشان همین روایات است.

آیه الله سبحانی: بطلان وقف در صورت موت واقف قبل الاقباض علی القاعدة است.

اما عرض کردیم برخی از علماء معاصر فرموده اند: فراتر از روایت و مع غمض النظر عن النص قاعدة اولی هم همین است.

این بحث قاعدة اولی مهم است. ما دو سه فرع دیگر ذیل این مسئله می خواهیم طرح کنیم در مورد موت موقوف علیهم و در مورد طبقاتشان و در مورد اغماء و جنون، چه در واقف و چه در موقوف له، این فروض نص ندارد، و لذا پناهگاه اولی هم همان قواعد کلیه است که باید ببینیم قاعدة در باب چیست. بنابر این تنقیح قاعدة در باب مهم است.

حالا ایشان فرموده است (و دیگران هم گفته اند): بحث بطلان وقف با موت واقف قبل القبض این مسئله مطابق با قاعدة است. چرا؟ ظاهر ایشان این است که ایشان صحت را که مقابل بطلان است به معنای ترتب اثر بالحمل الشایع و واقعی گرفته است. می گوید مگر شما نگفتید که قبض شرط است، حالا إما شرط للصحة وإما شرط للزوم. پس بدون قبض سبب تام نیامده است، پس مسبب تام هم نیامده و این بطلان است. می گویند خودتان با وجود آن روایات و غیره پذیرفتید که مسئله قبض إما للصحة وإما للزوم در وقف شرط است. می گویند با موت واقف قبض حاصل نمی شود، پس سبب تام حاصل نیست پس مسبب تام حاصل نیست، پس وقف باطل است.

اشکال به آیه الله سبحانی

عرض ما این بود که این بیان درست نیست (گرچه دیگران هم فی الجمله گفته اند که اشاره می کنیم). چرا درست نیست؟

چون صحت را در این بیان شما به معنای ترتب اثر بالحمل الشایع گرفتید که بر سبب تام مترتب هست. خب ما از شما سؤال می کنیم قبل از موت واقف هم این اثر نبود. قبل از موت واقف اثر برای انشاء واقف تام نبود. خب آنجا هم پس باید بگوئید باطل است، پس چرا می گوئید با موت واقف باطل می شود؟ پس {معلوم می شود قبل موت واقف} صحت را به معنای صحت تأهلی گرفتید. {اگر این طور است در اینجا هم به همان معنا بگیرید}.

چون از دو حال خارج نیست، یا صحت را به معنای ترتب اثر فعلی می گیرید، یا به معنای صحت تأهلی می گیرید یعنی قابلیه الانشاء للحقوق القبض و سائر الشرائط. اگر تمامیت اثر می گیرید که شما اینطور گرفتید و فرمودید: «ولافرق بین القول بأن القبض شرط للصحة أو شرط للزوم فالسبب التام لم يتحقق فالمسبب مثله إما لفقدان شرط الصحة وإما لفقدان شرط الزوم بسبب موت الواقف^۱». ما عرض می کنیم این تعبیر «بسبب موت الواقف» درست نیست. شما که آمدید صحت را به معنای ترتب اثر فعلی گرفتید که مترتب بر سبب تام است، این معنای از صحت قبل از موت هم نیست، نه اینکه این معنای از صحت قبل از موت باشد ولی به موت از بین می رود که بشود باطل. با موت این صحت از بین نمی رود چون قبلش اصلاً نیست. قبل از موت که هنوز قبض حاصل نشده، فقط یک انشائی از ناحیه واقف بوده حالا لحوق قبول شده یا نشده کاری نداریم، این وقف هنوز صحیح به معنای ترتب اثر نیست، خودتان هم قبول دارید، پس چه چیزی باطل می شود؟

بعد گویا خودشان متفطن شده اند، می فرماید: «نعم لو قلنا بأن القبض شرط الصحة فالمنشأ لم يتحقق حتی يبطل». آنوقت نتیجه چه می شود؟ پس غلط است بگوئیم لو مات الواقف قبل القبض بطل. شما نتوانستید این را درست کنید. چون به این معنا خودش باطل است.

پس ایشان می گوید اگر ما بگوئیم قبض شرط صحت است، با توجه به اینکه صحت را ترتب اثر تام گرفته اند، می گویند فالمنشأ لم يتحقق حتی يبطل. پس دارد اشکال می کند. پس عبارت باطل غلط است.

۱- کتاب الوقف صفحه ۴۷

اگر قبض شرط لزوم باشد دیگر علی القاعده بودن معنا ندارد

بعد در فقره دوم می گوید: «بخلاف ما لو قلنا بأنه شرط اللزوم، إذ عندئذ ينفسخ العقد بموت الواقف». خب اگر شرط لزوم گرفتیم که معنایش انتقال ملک و ترتب اثر است و فقط لزوم نیست، می گویند اینجا ينفسخ العقد بموت الواقف. خب ينفسخ العقد بموت الواقف، اما حسب قاعده است؟! شما می خواستید حسب قاعده را درست کنید یعنی لولا النصوص. چه کسی می گوید در باب وقف اگر قبل القبض لزوم نبود، به موت واقف علی القاعده است که منفسخ بشود؟! چه کسی این را گفته است.

اگر قبض شرط صحت باشد علی القاعده بودن درست نیست نه طبق صحت واقعه و نه طبق صحت تأهلیه

پس شما اصلا با این بیان خودتان نتوانستید مسئله را درست کنید که لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف علی القاعده. چرا؟ چون شق اولش که اصلا معنا ندارد که بطل، نتوانستید آن را درست کنید. بنابر اینکه شرط صحت باشد قبلش اصلا صحیح نیست بلکه باطل است. پس بطل را درست نکردید. بله اگر تأهلی بگوئیم، دیگر علی القاعده نیست، دیگر نباید سبب تام بگیریم. فقط باید قابلیت انشاء للحق بگیریم. حالا شما که می گوئید بطلانش به موت واقف علی القاعده است از کجا می گوئید؟ بلکه ورثه جایگزین واقف بشوند در اقباض، چه اشکالی دارد؟ یعنی هنوز هم آن صحت تأهلی باقی است. یعنی وقتی طرف می میرد ایجابش قابل است برای اینکه لحوق پیدا کند {به اجازة ورثه}. مگر اینکه به نص بگوئید نمی شود کما اینکه ما می گوئیم. اما علی القاعده چه مانعی دارد؟ شما در مانند بیع که لزوم دارد چکار می کنید؟ طرف عقدی کرده است، بایع و مشتری هم قبول کرده و نقل و انتقال حاصل شده طرف فوت کرد. خب فوت کرد که فوت کرد.

سؤال این وقف علی نفسه نمی شود؟ چون فرض وقف خاص است، بعد اگر شما فرمودید آن وقف منتقل بشود یعنی این بما هو خودشان وقف برای خودشان کنند.

جواب: آن اشکال اگر هم وارد باشد اشکال دیگری است، اصلا مگر وقف خاص باید برای خودشان باشد؟! گفتیم ورثه اقباض کنند، مگر بر خود ورثه وقف شده است؟! ممکن است وقف عام باشد یا در وقف خاص موقوف علیهم افراد دیگری باشند. می خواهیم بگوئیم ورثه جانشین می شوند حالا هر کجا مانع دارد بحث دیگری است.

پس عرض ما این است که شما با این بیان علی القاعده درست نکردید.

ایشان در قواعد فقهیه فسخ عقد جائز به موت را علی القاعده می داند چون عقود جائزه را عقود اذنیه می داند.

بله ایشان در یک بحث های دیگری که من یک فحصى کردم، دیدم در بحث قواعد فقهیه شان آمده اند این مسئله کلی را که عقود جائزه منفسخ می شوند به موت را که عده ای از فقهاء گفته اند، ایشان این را علی القاعده می داند. سؤال: مخصوصا اگر وقف از عقود مملکه نباشد.

جواب: تملیک هم باشد باز قابل بحث است. باید ببینیم اذنیه می شود یا نمی شود.

ایشان ادعا کرده اند که فسخ بالموت در عقود جائزه علی القاعده است. و استدلالشان هم این است که می گوید نکته اش این است که عقود جائزه اذنی هستند و در آنها عهد نیست. اوفوا بالعقود عهد را می گیرد. اگر کسی ایجاب و قبول داشت عهد {محقق شده است و لذا مشمول} اوفوا بالعقود می شود. اما عقود اذنی متقوم به اذن صرف هستند، و اذن هم با موت از بین می رود.

بنابر این عقود جائزه که عقود اذنی هستند با موت از بین می روند. ظاهرا می خواهند بگویند علی القاعده است. اگر آن را بگوئیم آنوقت این قسمت دوم حرف ایشان شاید درست بشود که می فرماید انفساخ در اینجا علی القاعده است.

منتهی آن حرف خودش درست نیست. یک جائی باید این را بحث کنیم که عقود جائزه آیا اصلا به موت احد الطرفین منفسخ می شود یا نه.

شهید ثانی عبارتی دارد که از آن همین استفاده می شود که اصلا قاعده در عقود جائزه همین انفساخ به موت است. منتهی تعلیل نکرده چرا. ایشان یعنی آیه الله سبحانی می فرماید نکته اش همان چیزی است که آقای نائینی و دیگران گفته اند، که عقود جائزه اذنی هستند و عقود اذنی اذنش با موت از بین می رود.

این کبری که عقود جائزه با موت منفسخ می شوند درست نیست

منتهی این حرف بحث دارد، به نظرم درست نیست. حتی تعبیر مرحوم نائینی هم در اینجا قابل بحث است که می فرماید در عقود اذنی انشاء ایجاب و قبول مقوم نیست و اذن مقوم است.

اولا به لحاظ اقوال اینطور نیست که همه عقود جائزه با موت منفسخ بشوند. در هبه که مثال معروفش است که قبل القبض یا صحیح نیست یا لزوم ندارد، مرحوم شیخ طوسی تصریح کرده است که لو مات الواهب قبل القبض، اقباض به ورثه می رسد، ورثه می توانند اقباض کنند و هبه را تمام کنند و می توانند نکنند. البته دیگران مثل مرحوم علامه در تحریر اشکال کرده اند، ولی این حرف قائل دارد. و به تبع مرحوم شیخ طوسی برخی از فقهاء دیگر هم همین حرف را زده اند. برخی هم در مسئله تردید می کنند و با استصحاب بقاء ملکیت همین نتیجه عدم فسخ و انفساخ را نتیجه می گیرند.

در مثل رهن که از ناحیه راهن لازم است ولی از ناحیه مرتهن که رهن گیرنده است جائز است، در اینجا هم با موت مرتهن از بین نمی رود. چرا؟ برای اینکه اگر فسخ بشود حق مرتهن و ورثه مرتهن ضایع می شود. مرتهن باید رهن را به وسیله عقد رهن در اختیار داشته باشد تا اگر راهن دینش را اداء نکرد مرتهن بتواند برود مالش را به وسیله مال الرهن استیفاء کند. پس اینجا هم فسخ نمی شود.

اول کلام است که عقود جائزه را به اذنیه برگردانیم

اما اینکه همه عقود جائزه را به اذنیه برگردانیم، به نظرم این اول کلام است. آقای سبحانی در آن بحث قواعد فقهیه شان فرموده اند عقود جائزه صورت عقد دارند، اینها همه اذنی هستند و در عقود اذنی اسمش عقد است ولی لبش اذن است.

ما می گوئیم اسمش عقد است یعنی چه؟ ایجاب بالحمل الشایع و قبول بالحمل الشایع عن جد دارند یا ندارند. عقود جائزه بنا نیست که ایجاب و قبول نداشته باشند و فقط اذن در تصرف باشد. همچنین چیزی نیست.

سؤال: عقد یعنی عهد موثق، و در عقود جائزه عهد موثق نیست چون جائز هستند.

جواب: چرا موثق نباشد؟ عقد عهد مشدود است، یعنی عهدی که شدّ به عهد دیگر داشته باشد. ایجاب و قبول دارد.

ایجاب یک عهد است، قبول یک عهد دیگری است مشدود به هم نیز می باشند.

جریان اوفوا بالعقود در عقود جائزه

سؤال: قابل انفکاک است؟

جواب: با فسخ است که قابل انفکاک است. ولذا اگر فسخ نکرد عقد محکم سر جای خودش هست. یعنی طرفین

(یا یک طرف در مثل هبه غیر معوضه) در همین عقد جائز باید به تمام تعهداتشان عمل کنند. پس خلط نشود. تکالیف

مترتبه بر عقد جائز غیر ملزمه نیست. چون موضوعش عقد است. بله خود عقد لازم نیست یعنی قابل فسخ است. اما اگر فسخ نکردیم الزامات خودش را دارد. الزام دارد به وفاء حتی از ناحیه کسی که حق فسخ دارد. (چون ممکن است از یک طرف حق فسخ باشد و یک طرف جائز باشد). پس اگر عقد فسخ نشد لزوم وفاء دارد. ولذا من خیلی قریب می دانم که اوفوا بالعقود عقود جائزه را هم بگیرد. یکوقت عرض کردم با آیه الله وحید حفظه الله در مسجد اعظم و بعدش خیلی بحث کردیم که این اوفوا بالعقود را که عده ای در عقود جائزه جاری نمی دانند بخاطر اینکه ظاهرش را لزوم می دانند، گفتیم این را از کجا آورده اید؟ عنوان وفاء است، هر عقدی را علی ما هی علیه باید به آن وفاء کرد. اگر عقد لازم است باید به همین نحوه وفاء کرد و اگر هم عقد جائز است کذلک. و اگر بگوئید لزوم و عدم لزوم را از همینجا می فهمیم. می گوئیم این درست نیست. اوفوا بالعقود مفادش لزوم وفاء به عقد است علی ما هی علیه. اگر عقد جائز است به تمام مقتضیاتش که عمل کنید وفاء کرده اید. مقتضیاتش چیست؟ مقتضیاتش این است که لولا الفسخ تمام الزامات روی آن هست، وقتی فسخ کردید موضوع منتفی می شود.

پس عرض ما این است که: اینطور که خلط می کنند بحث عقود جائزه را با عقود اذنیه به معنای اذن صرف، ما می گوئیم این خلط است. در اذن صرف حق با آقایان است که با موت کسی که اذن داده اذن مرتفع می شود. این روشن است. اما چه کسی گفته عقد جائز اینطوری است؟ عقد جائز هم ایجاب دارد، قبول دارد، جدی هم هست. یعنی ایجاب جدی با تمام شرائط است بطوری که لولا الفسخ تمام مقتضیات عقد باید انجام بگیرد. بنابر این چرا علی القاعده باشد که با موت احد الطرفین از بین برود؟!

بعضی از عقود جائزه طبق نص خاص با موت باطل می شوند اما عمومیت ندارد

بله ما در جای جای عقود جائزه روایت داریم. مثلاً در هبه مثل بحث وقف روایت داریم که لو مات قبل الاقباض فهو میراث. عین باب وقف. آن بحث دیگری است. ولی در باب نصوص هم ما یک نص نداریم مربوط به عقود جائزه. هر کدام را جداگانه باید حساب کرد. وکالت را یکجور، هبه را یکجور، رهن را یکجور، ودیعه و عاریه را یکجور. هر کدام را باید حساب کرد. هر کجا دلیل خاص داشتیم فیهما، و الا ما همچنین چیزی را قبول نداریم که قاعده در عقود جائزه انفساخ باشد از باب اینکه اذن محض است.

جواز و لزوم حکم عقد هستند نه خود عقد

سؤال و جواب: آیا عرف عقد هبه را که در آن ایجاب انشاء شده است و طرف هم گفته من قبول کردم عقد نمی داند؟ من نگفتم عقد ملزم، می گویم عقد هست یا نیست؟ عقد است. الزام حکم عقد است. جواز و لزوم از احکام عقد هستند نه خود عقد. من عرض می کنم سواى لزوم و جواز که از احکام عارضه عقد هستند عرفا با ایجاب و قبول عقد می شوند یا نه؟ عقد می شوند. فرقی نمی کند با ایجاب و قبول بیع. شد و استیثاق در خود عقد نهفته است. یعنی اگر نباشد عقد نیست. می گویند عقد گره خوردن دو تا عهد است به هم، حالا گفته اند شد هم به معنای استیثاق لازم است. بعضی می گویند استیثاق را از کجا آوردید؟ شق یعنی گره خوردن نه تشدید کردن. شد یعنی بسته شدن به همدیگر.

اگر معتقدید که وکالتی که در آن ایجاب هست و قبول هم هست، نه وکالتی که صرفا اذن باشد، (صاحب عروه می گوید وکالت به صرف ایقاع هم حاصل می شود اما منافات ندارد که عقدی هم داشته باشد، یعنی یک وکالتی داشته باشیم که هم ایجاب داشته باشد و هم قبول) من سؤال این است که یک وکالتی که در آن هم ایجاب است و هم قبول عقد أم لا؟ سؤال اگر اینجور باشد که اوفوا بالعقود می گیرد و دیگر ما عقد جائز نداریم.

جواب: ما می گوئیم اوفوا بالعقود عقود را علی ما هی علیه می گیرد. اما اینکه اوفوا بالعقود بالاطلاق دال بر لزوم باشد اول کلام است. من عبارت مرحوم آخوند را هم خواندم که ایشان در همین بحث وقف می گوید ما قبول نداریم که اوفوا بالعقود دال بر لزوم باشد، بلکه فقط دال بر صحت است.

حالا ما یک وجوه دیگری شاید بتوانیم درست کنیم که در یکجاهایی دال بر لزوم هم باشد. حالا یا می گوئیم دال بر لزوم نیست و فقط دال بر صحت است یعنی تصحیح می کند عقد را علی ما هی علیه. یا می گوئیم در یک حصصی شاید لزوم را هم بتواند بیاورد.

پس ما عرضمان این است که بعید نیست (البته عرض کردم شهید ثانی هم در مسالک همین را تصریح کرده است، اما شیخ انصاری و اتباعش این حرف را قبول ندارند و می گویند عقود جائزه بالتخصص خارج هستند، چون ظاهر اوفوا را الزام به وفاء گرفته اند، بطوری که معنایش این باشد که عقد لازم است. اگر این باشد درست است ولی ما این حرفها را قبول نداریم).

سؤال اینکه می فرمائید اوفوا بالعقود علی ما هی علیه امر به وفاء می کند، خب قوام عقود اذنیه به اذن است، و اذن هم قوامش به وجود آن شخصیت است و وقتی شخصیت از بین رفت اذن از بین می رود.

جواب: ما در جمله اولش با شما بحث داریم که چرا با وجود ایجاب و قبول قوامش به اذن است؟ عقد که شد دیگر کار به عقلاء نداریم، اوفوا بالعقود او را می گیرد. اطلاق که غیر از سریان در کثرات طبیعت نیست، می رود روی نفس الطبیعة که سریانش در افرادش قهری است چه شما بخواهید چه نخواهید.

سؤال: مشکل این است که در عقود جائزه عقد صرف نیست.

جواب: خب این یعنی عقد مطلق نیست بلکه عقد با یک قیدی است. ولی بالاخره عقد که هست.

سؤال: اوفوا بالعقود این را با آن قیدش می گیرد؟

جواب: خب با قیدش می گیرد، اوفوا بالعقود می گوید این عقد را با خصوصیتش وفاء کن. اما ولو خصوصیت نیست اما عقد که موجود است اوفوا بالعقود آن را می گیرد.

سؤال: بگوئیم در عقود جائزه یک حرکت نمادین ایجاد می هست اما در اذن محض او نیست.

جواب: من که گفتم ایجاب و قبول جدی برای حل همین مشکل بود. مگر در هبه نمادین است؟ مثلاً من به یک عالمی می گویم من این خانه ام را به شما می بخشم، آیا این نمادین است؟ سؤال: بلکه تملیک تبرعی است.

جواب: تملیک تبرعی که مفادش است اما انشاءش که نمادین نیست. بلکه انشاء کرده ام تملیک تبرعی را عن جد. طرف هم قبول کرده است. بله حق فسخ دارد. اما قبل از فسخ دو تا عهد گره خورده است، لذا این عقد است. اوفوا بالعقود او را می گیرد.

پس در بحث عقود اذنیه خلط شد، آقای سبحانی فرمایش عجیبی دارد که شاید دیگران هم داشته باشند، می فرماید: عقد در اینجا اسم عقد است. ایشان حرف شما را نمی زند که عقدی است با خصوصیتی. می گوید فقط اسم عقد است.

عبارت آقای سبحانی در قواعد فقهیه

عبارت ایشان را در بحث قواعد فقهیه بخوانم. می فرماید: اینکه گفته اند الاصل فی العقود الزوم درست است و مرادشان هم عقود عهدیه است که در آن یک نوع پیمان و شدی وجود دارد. اما در جائی که عقود ما عقد نیستند بلکه فقط اسمش را عقد گذاشته اند، و در واقع فقط اذن هستند نه عقد (همه اش عقد را نفی می کند)، مانند عقد وکالت، ودیعه و عاریه و امثالش، چنین عقدی با موت، جنون و اغماء از بین میرود و باطل می شود.

بعد در صفحه بعد که فرمایش شهید ثانی را نقل کرده اند که ظاهراً می خواهند بگویند بطلان عقود جائزه به موت احد الطرفين علی القاعدة است، می فرماید: قدماء ما نکته این مسئله را بیان نکرده اند، ولی متأخرین مانند آقای نائینی و دیگران نکته اش را بیان کرده اند و گفته اند آنجا عقد است و عهد ولی در عقود جائزه فقط اذن بر انتفاع است و لذا با مردن طرف اذنش هم از بین میرود.

عرض ما این است که شما کجا را دارید بحث می کنید؟ ممکن است بفرمائید در وکالت یا حتی هبه یک صورتش اذن محض است، فقط اسمش عقد هبه است. (که بعید نیست بعض صورتش همینطور باشد. مثلاً من یک جوری ابراز رضایت می کنم که این شیء مال شما باشد. اذن می دهم به شما در تصرف، و شما هم تصرف می کنید، فرض کنید که بعد اتلاف هم می شود ملک خودتان هم می شود و واضح ضمان ندارد اینجا. اسم این را می گذاریم هبه. اگر قبول کنیم این یک جور هبه ای است که اذنی محض است). اما بحث ما این نیست. عقود جائزه که فقط اینها نیستند. عقد جائز این است که انشاء قبول و انشاء ایجاب عن جد شده است، و هنوز هم طرف فسخ نکرده است. اگر می فرمائید این عقد نیست فقط اسمش عقد است. می گوئیم چرا؟ عقد بیع یا عقد رهن چگونه عقد بودند؟! عقد رهن عبارت از این بود که رهن استیثاقی می کند و مرتهن قبول می کند این می شود وثیقه. این استیثاق حاصل عقد است، از طرف مرتهن هم جائز است و می تواند آن را به هم بزند، اما اگر موت حاصل بشود به هم نمی خورد. در هبه هم همینطور است، هبه ای که عن عقد اشد و مشتمل بر ایجاب و قبول باشد.

لذا ما این حرف را بطور کلی قبول نداریم که قاعده در عقود جائزه به این بیان انفساخ به موت باشد.

بله در برخی از موارد مثل هبه روایت و نص همین را می گوید که به موت منفسخ می شود و بعضی جاهای دیگر هم همینطور است. پس باید هر کجا موردی به روایات مراجعه کرد و نتیجه گرفت. بطور کلی نمی شود.

عبارت مرحوم نائینی که موافق با بیان آقای سبحانی است

عبارت مرحوم نائینی را هم بخوانم، ایشان فرموده^۱:

«ثم إن العقود تنقسم إلى اذنية وعهدية، والمراد بالاذنية ما يتوقف على الاذن حدوثاً وبقاءً بحيث يرتفع بارتفاع الاذن ولو لم يعلم به المأذون (اینجا یکی از آثار عقد اذنی و عقد عهدی را هم می گوید) كالوكالة الاذنية والامانة ونحوهما. و في

^۱ - مکاسب خوانساری جلد ۱ صفحه ۸۱

ادراجها فی العقود مسامحة، لأن العقد عبارة عن العهد المؤكد ولا عهد فی العقود الاذنية (می گوید اصلا عهد نیست تا شد واستيثاق بخواهد)، لأن قوامها إنما بالاذن فقط و إنما ادرجوها فی العقود لمكان اشتمالها على الايجاب و القبول.

عرض کردیم این چیز عجیبی است که با اینکه فرض کرده ايجاب و قبول داریم ولی می گوید با این حال در آن عهد نیست و صرفا قوامش به اذن است.

خب این حرف معنا ندارد.

تفصیل مرحوم آخوند بین عقود اذنیه مملکه و غیر مملکه

پیدا است که فقهاء هم در این مسئله دغدغه داشته اند. مرحوم آخوند در کتاب الوقف در همینجا که بحث دخالت قبض در تحقق وقف و موت قبل القبض واقف است، می فرماید: در عقود اذنیه تملیکیه انفساخ حاصل نمی شود بالموت. در عقود اذنیه غیر مملکه است که بالموت انفساخ حاصل می شود. یک تفصیل اینطوری مطرح می کند.

حالا ما عرضمان کلی تر از این حرف آخوند است، می گوئیم وقتی شما فرض ايجاب و قبول کردید، مگر عهد چیست.

تناقض در کلام آقای سبحانی

جالب است که خود آقای سبحانی در بیان عهد بودن، می گوید در عقود عهدیه عهد به معنای پیمان است، یعنی طرفین پیمان می بندند که مثلا در بیع این مال مشتری و آن دیگری مال بایع باشد و هکذا در اجاره. خب یعنی ايجاب و قبول را ایشان پیمان دانسته است. و حق هم همین است. عهد همین چیزها است. خب این عهد در عقود اذنیه هم هست. مگر اینکه این ايجاب و قول نباشد و فقط اذن در تصرف باشد که حرف دیگری است.

بعد ایشان می فرماید: ادراج اینها در عقود مسامحه است، إنما ادرجوها فی العقود لمكان اشتمالها على الايجاب و القبول. سؤال می کنیم که خب دیگر چه چیزی می خواستید؟ ايجاب و قبول که دارد عقد است دیگر. حالا که عقد است اوفوا بالعقود می آید. حالا اگر یک جائی مخصوص آمد می پذیریم. ما که مشکلی نداریم. اما اینکه مرحوم نائینی می گوید این عقد نیست و ادراجش در عقود مسامحه است و لذا لا یشملها عموم اوفوا بالعقود و خروجش تخصصا است نه تخصیصا. می گوئیم ما اینها را نمی فهمیم.

سؤال وجواب: فقط نمی گوید شدش نیست بلکه می گوید اصلا عقد نیست. لذا می فرماید: و فی ادراجها فی العقود مسامحة لأن العقد عبارة عن العهد المؤكد و لا عهد فی العقود الازنیة.

سؤال وجواب: ایشان می گوید عهد نیست شما بگوئید عهد مؤکد نیست. اما مگر تؤكد در عقد چیست؟ تؤكد شد ایجاب به قبول است. چیز دیگری نیست. عهد مرتبط بعهد است، و این حاصل است.

ولذا اثرش هم این است که در عقود جائزه اگر فسخ نکند خودتان هم قبول دارید که آثار مترتب می شود. مثل عقد خیاری که حق فسخ هست ولی وجوب وفاء هم دارد.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض ۴۵۱
- خلاصه بحث قبل ۴۵۱
- بحث علی القاعده بودن ابطال وقف به موت قبل القبض و رد آن ۴۵۱
- اینکه عقود جائزه چون اذنی هستند با موت از بین می روند درست نیست ۴۵۲
- اگر عقود جائزه اذنی صرف هستند پس با ایجاب و قبول در برخی از آنها چه می کنید؟ ۴۵۳
- همه جا ایجاب و قبول در عقود جائزه صرفا برای ابراز نیست ۴۵۳
- عبارت مرحوم آقای گلپایگانی: وکالت هم عقد است ۴۵۴
- بیان آیه الله مکارم: وکالت دو قسم است عهدی و اذنی ۴۵۵
- مرحوم نائینی مبدع عقد عهدی و اذنی نیست ۴۵۶
- عبارت مرحوم خوانساری ۴۵۷
- بیان آیه الله فاضل بر بطلان وقف در صورت موت قبل القبض ۴۵۷
- اشکال به آقای فاضل ۴۵۸
- فرمایش آقای فاضل نسبت به کلام صاحب مسالک در بحث قربت و رد آن ۴۵۸
- فرق است بین فتوای مشهور با استظهار مشهور ۴۶۰
- تأسیس قاعده در مقام ۴۶۰
- در صورتی که قبض شرط صحت باشد قاعده بطلان وقف به موت قبل القبض است ۴۶۰
- در صورتی که قبض شرط لزوم باشد قاعده، صحت وقف است ۴۶۱
- فروع دیگری که در تحریر نیامده است: ۴۶۱
- موت موقوف علیهم قبل القبض ۴۶۱
- ما استصحاب در شبهات حکمیه را قبول داریم علاوه که اینجا هم استصحاب موضوعی است ۴۶۲
- عروض جنون یا اغماء بر واقف یا موقوف علیهم قبل القبض ۴۶۲

مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض

بحث در مسئله ۱۴ تحریر بود که إذا مات الواقف بطل الوقف.

خلاصه بحث قبل

ما عرض کردیم روشی که ما برای اثبات این مدعا و این مسئله می فهمیم، عبارت است از رجوع به روایاتی که در آنها همین مضمون آمده بود. یعنی روایت اول و پنجم باب چهارم وقوف. و در آنجا گفته بود اگر واقف قبل القبض بمیرد فهو میراث.

عرض کردیم فهو میراث ظاهرا یک تعبیر کنائی است برای اینکه بطل الوقف به تمام آثارش. آن انشائی که واقف کرده بود بلا اثر است.

بنابر این اگر ما قبض را هم شرط صحت بدانیم و معتقد باشیم که قبل القبض هنوز نقل و انتقالی صورت نگرفته است، ولی در عین حال قبول داریم که یک انشائی شده است و این صحت تأهلی برای لحوق قبض و تمام شدن وقف دارد. همین صحت تأهلی هم با موت واقف از بین می رود.

این نکته ای است که باید به آن دقت کرد و گفتیم این را از روایات استظهار می کنیم. لولا الروایة معلوم نبود ما این نتیجه را بتوانیم بگیریم، اما با وجود این روایات تمام است. ولذا از نظر ما استفاده از این روایات تمام است.

بحث علی القاعدة بودن ابطال وقف به موت قبل القبض و رد آن

منتهی عرض کردیم برخی از بزرگان فرموده اند این مطابق با قاعده هم هست. یعنی لولا النص نیز باید همین حکم را می کردیم.

البته این بحث اگر صرفا مربوط به همین جا بود خیلی ارزشی نداشت، برای اینکه اثری نداشت، چون ما روایت داریم و طبق روایت می گوئیم باطل است.

منتهی فروع دیگری داریم که آن فروع ظاهرا در تحریر طرح نشده است. در آنجاها ما نص هم نداریم، لذا باید به علی القاعده مراجعه کنیم. پس تنقیح این قاعده که لولا النص تکلیف در باب چه بود مهم است.

من از آیه الله سبحانی نقل کردم که در شرح تحریر فرموده اند که وراء النص هم مقتضای قاعده همین بود.

که ما عرض کردیم مقتضای قاعده نمی تواند این باشد. به دلیل اینکه اگر مقصود صحت تأهلی باشد که ایشان اینطور فرض نکرده، صحت تأهلی انشاء واقف ممکن است بگوئیم باقی است، و وارث {واقف} می تواند اقباض کند و با اقباض که به دنبال انشاء واقفی که از دنیا رفته {می آید} روی هم رفته در انتقال مال به موقوف علیهم تأثیر بگذارند.

و اگر قائل به جواز شدیم و اینکه قبض شرط لزوم است و گفتیم قبل القبض نقل و انتقال حاصل می شود منتهی لزوم ندارد. اگر این را گفتیم، بنابر این با انتقال به موقوف علیهم چرا با موت قضیه برگردد. خب مال از واقف منتقل شده است به موقوف علیهم. چرا با موت قضیه برگردد؟ خب مال از واقف منتقل شده است به موقوف علیهم. شما می گوئید با موت برگردد. می پرسیم چرا با موت برگردد؟ مگر موت مثل فسخ است؟ ظاهرا می خواهند بگویند این چنین است که موت مثل فسخ است. چرا؟ برای اینکه کبرایی مطرح می کنند که عقود جائزه فسخ می شوند بالموت و الاغماء و الجنون. که سه فرض مطرح کرده اند که در تعابیر فقهاء به ثلاثه تعبیر می کنند که يبطل العقد بالثلاثة، یعنی بالموت و الجنون و الاغماء.

منتهی ما عرض کردیم بر فرض اینجا قبل القبض عقد جائز باشد، اما به چه دلیل بطور کلی عقود جائزه تبطل بالموت؟

اینکه عقود جائزه چون اذنی هستند با موت از بین می روند درست نیست

ایشان از شهید ثانی هم عبارتی آورده اند که ایشان و عده دیگری هم قائلند که فرموده اند: عقود جائزه تنفسخ بالموت.

خب سرش چیست؟ در تعلیل (که ظاهرا در درس های پیاده شده ایشان است) فرمودند: عقود جائزه اذنی هستند، و عقد اذنی صرف اذن است، فقط اسم عقد را روی آن گذاشته اند. عقود اذنی اذن محض هستند، والا اینها حقیقتا عقد نیستند فقط اسم عقد روی آنها گذاشته اند. خب بر فرض حقیقتا عقد نیستند و اذن هستند، اما ایجاب و قبول دارند، آن را چه می کنید؟ آنجا دیگر ایشان بحثی نکرده است. فقط فرموده اسمش عقد است.

که اشکال ما این بود که شما ایجاب و قبول در مقام را چگونه نفی کردید.

ایشان در قواعد فقهیه همین را به عنوان یک قاعده بحث کرده اند.^۱ ایشان در آنجا که قاعده العقود الجائزة تبطل بالموت و الجنون و الاغماء است تقریباً همین چیزهایی را که عرض کردیم می فرماید. ایشان عقود جائزه را عقد اذنی گرفته اند، و فرموده اند عقود اذنیة تقومشان به اذن است. بنابر این واقف وقتی از دنیا رفت اذنش هم می رود. اذن که رفت عقد باطل می شود.

بعد در تبیین اینکه عقود اذنیة که ایجاب و قبول در آنها هست چطور اذن صرف هستند؟ فرقشان با بیع چیست؟ ایشان فرموده اند^۲:

«ثم إن العقود الإذنية هي التي قوامها بالاذن و كأن العقد بين الطرفين امانة الاذن الموجود في ذهن العاقد، و ليس للعقد دور سوى الكشف عن الاذن، بخلاف العقود العهدية، و مثلوا لها بالوديعة و الوكالة».

اگر عقود جائزه اذنی صرف هستند پس با ایجاب و قبول در برخی از آنها چه می کنید؟

حالا سؤال ما این است که: ایشان می فرماید گویی عقد در عقود اذنیة نقشش فقط ابراز آن اذنی است که در ذهن عاقد است. نقشش فقط این است.

خب سؤال این است که این عقد است، ایجاب دارد و قبول دارد. حالا اگر آمدم و ایجاب و قبول را جدی گفته بود، هم ایجابش و هم قبولش جدی بود، آیا می فرمائید این ایجاب و قبول جدی فقط مبرز اذن در ذهن عاقد است؟ خب مگر در بیع چیزی رخ می دهد؟ می گوید ملکتهک هذا بذاک و او هم می گوید قبلت. مگر آنجا چه چیزی رخ می دهد که اگر آنجا جدی بود می گوئید آن عقد است، اگر اینجا جدی باشد می گوئید عقد نیست؟!

همه جا ایجاب و قبول در عقود جائزه صرفاً برای ابراز نیست

بله! یک مطلبی را که ایشان هم شاید همین را می خواهد بگویند و برخی دیگر هم در ذهنشان هست این است که بگوئیم در عقود اذنیة یک جاهایی نه همه جا، یک جاهایی این انشاء ایجاب و قبول صرفاً برای ابراز باشد. اما شما نمی توانید مقصور کنید بگوئید همه انشاء های جدی در باب وکالت هم اینطوری است (که مثلوا بها بالوديعة والوكالة). نمی توانید بگوئید همه جا اینطور است که مبرز اذن است، اگر موکل بگوید من عن جدّ دارم ایجاد می کنم استنباه وکیل را در

^۱ - قواعد فقهیه جلد اول صفحه ۴۵۶ قاعده ۳۰.

^۲ - قواعد فقهیه جلد اول صفحه ۴۵۷.

انجام این عمل و طرف هم بگوید من عن جدّ دارم انشاء قبول می کنم، خب دو تا انشاء قطعی است دیگر. چرا ما این را انکار کنیم. مگر می شود بگوئیم همه جا اینطور است؟

بله یک جاهایی ممکن است صرفا اذن باشد.

پس اشکال ما این است که عقود جائزه که در آنها ایجاب و قبول هست، لااقل در آنجاهایی که ایجاب و قبول جدی است و یک عهد عقلانی است (نه اینکه صرفا ابزاری برای ابراز اذن باطنی باشد و هیچ انشاء جدی به لحاظ اینکه یک عهدی دارد انشاء می شود گره خورده به یک عهد دیگری که قبول باشد، این نباشد)، اگر در جایی انشاءها جدی بود وجهی ندارد که شما بگوئید عقد جائز صرفا عقد اذنی هست. و فقهاء هم با فحصى که شد همه این را نگفته اند، بلکه معلوم شد که عده ای از فقهاء چیز دیگری را می گویند، قبول دارند که همه عقود جائزه عقد اذنی نیستند.

سؤال: فرق است بین ماهیت تعهد و ماهیت اذن. چون بنابر عقد بودن ایجاب حقیقتش ایجاب تعهد است. اما اگر گفتیم اذن است باید ببینیم حقیقت اذن با ماهیت ایجاب که التزام است چه نسبتی دارند؟

جواب: اذن اصلا انشاء نمی خواهد. البته مبرز می خواهد برای عمل کردن. اذن اصلا عهد نیست.

سؤال و جواب: در وکالت هم چرا بگوئیم صرف اذن است. در وکالت هم می گوئیم دو تا عهد به هم گره خورده است، عهدی که با ایجاب حاصل می شود و عهدی که با قبول حاصل می شود. چرا بگوئیم صرف اذن است؟ بلکه می شود که اینک مرحوم سید هم می گوید دو جور وکالت داشته باشیم، یک وکالت عهدی و یک وکالت اذنی که با اذن هم وکالتی درست می کنیم. منتهی آثارشان با هم مختلف است. در وکالت اذنی به صرف رفتن اذن وکالت تمام می شود یا ابلاغ عزل وکیل لازم نیست و من تا اذنم را بردارم وکیل خودش معزول می شود. اما در عهدی باید خبر این عزل به وکیل برسد تا تصرفات او نادرست باشد، و الا مادامی که لم يبلغ خبر عزل به او، تصرفات او ممضاه است. پس اثر دارد. من می خواهم بگویم چرا ما اصلا زیر بار این حرف برویم که کلا مطلق وکالت عقد اذنی باشد به این معنایی که آقایان می گویند یعنی اذن صرف باشد. بلکه ایجاب و قبول دارد. دلیل نداریم که اینطور نباشد.

عبارت مرحوم آقای گلپایگانی: وکالت هم عقد است

مثلا از جمله کسانی که همین حرف را زده مرحوم آیه الله گلپایگانی در تعلیق بر عروه در بحوث حواله می فرماید:

«الاقوى أنّ الوكالة ايضا عقد وله آثار عند العرف، و المعتبر فيها اضافة مخصوصة بين الوكيل و الموكل، من آثارها سلطنة الوكيل على الموكل عليه سلطنة مخصوصة ليست هي في المأذون فيه». در اذن صرف این آثار نیست. بلکه وکالت

هم یک عقد است، مفاد این عقد هم یک اضافه مخصوصه بین وکیل و موکل است، آثارش هم این سلطنتی است که برای وکیل پدید می آید. چرا ما بگوئیم صرف اذن است؟

نتیجه این می شود که دلیل شما بر اینکه همه عقود جائزه اذنی هستند چیست؟

بیان آیه الله مکارم: وکالت دو قسم است عهدی و اذنی

آقای مکارم هم فرموده اند وکالت دو جور است. می فرماید^۱:

«الاقوى أن الوكالة على قسمين: عقدية و هي تحتاج الى ايجاب وقبول ولها آثار خاصة يمكن مطالبة الوكيل بها. و اما الاذنية فهي ليست بعقد و ليس لها تلك الآثار والفرق بينهما ظاهر».

که این حرف باز مال خود ایشان نیست، این حرف لبا فرمایش مرحوم سید است. فرق بین عقود عهدیه و اذنیه را می گوید و بعد هم انکار می کند که همه عقود جائزه اذنی باشند که الان می خوانم. ایشان آنجا می گوید اصلاً اشکالی ندارد که یک چیزی مثل وکالت دو جور باشد.

من یک عبارتی را خواندم که ایشان می گوید حق این است که وکالت ایقاع است و لا يحتاج الى القبول ولی ذیلش گفتند مقصود من از اینکه می گویم ایقاع است این نیست که اگر قبول به آن لاحق بشود بی فائده است. می فرماید نتیجه این می شود که وکالت دو جور است، وکالة عقدية و وکالة ایقاعية. (البته این غیر از عقد جائز است). که وکالت ایقاعیه یک آثاری دارد که صرفاً اذن است، شبیه همین مطلبی که ایشان گفت که مثلاً وکیل بدون خبر هم عزل می شود ولی در عقدی اینطور نیست.

مرحوم سید به مناسبت یکجائی بحث تدبیر عبد را مطرح کرده اند، فرموده اند تدبیر عبد که دبر وفات آزاد می شود، اگر معلق باشد بر موت غیر، إذا مات المالك قبل موت ذلک الغير چه می شود؟ می گوید یک عده ای گفته اند یبطل بالموت لأنه من الايقاعات الجائزة. بعد ایشان اشکال می کند می فرماید^۲:

^۱ - العروة الوثقى مع التعليقات جلد ۲ صفحه ۷۳۱

^۲ - رسالة فی منجزات المريض صفحه ۱۰

«و فيه أن مجرد الجواز لا يقتضى البطلان بالموت (که ما به این کار نداریم) و ما ذکروا من أن العقود الجائزة يبطل بالموت مع أنه لا يشمل الايقاعات لا دليل عليه كلية، بل هو مختص بالعقود الاذنية المنوطة برضا المالك، فإنه إذا مات لا يبقى الرضا فلا يبقى العقد».

پس عقود جائزه مطلقا اذنی نیستند، آنهایی که اذن صرف هستند لایبقی الرضا بعد العقد.

آنوقت در بحث وکالت هم ایشان این را تصریح کرده اند که ما دو جور وکالت داریم. و در جاهای دیگر غیر از بحث وکالت هم من دیده ام که ایشان این مسئله را طرح کرده اند.

بنابر این ما جوابمان به فرمایش آیه الله سبحانی این است که: می گوئیم شما فرمودید لولا النص در مقام مطابق با قاعده است به این بیانی که شما می گوئید که می فرمایید قبل از تحقق قبض علی أى حال سبب تمام نیست، با موت واقف دیگر سبب تمام نمی شود. اینطور استدلال کرده اند.

ما عرض کردیم این استدلال نادرست است. چون اینکه می گوئید سبب تام نیامده، خب قبل از موت واقف هم سبب تام نیامده بود. پس اینکه إذا مات الواقف فالوقف باطل یعنی چه؟ به این معنا قبل از موت آقای واقف هم فالوقف باطل به معنای عدم تحقق سبب تام. چون قبض هنوز نیامده است.

بنابر این بحث نباید اینطور باشد، بحث باید سر صحت تأهلی باشد که از ناحیه واقف حاصل شده است، چه ما قبض را شرط در صحت بدانیم و چه شرط در لزوم. در لزوم خیلی روشن تر است. چون نقل و انتقال هم حاصل شده است. فسخ شدن عقد بالموت هم اول کلام است.

این جواب ما به ایشان است.

مرحوم نائینی مبدع عقد عهدی و اذنی نیست

سؤال وجواب: مرحوم نائینی مبدع عقد عهدی و اذنی نیست. چون در کلمات قبل از نائینی مثل فرمایش مرحوم سید و قبل از ایشان هم این تعبیر هست. بخشی از فرمایش میرفتاح مراغی در عناوین را هم برای شما می خوانم که ایشان هم تعبیر قریب به اذن دارد. پس تفکیک عقود عهدی و اذنی که یک عده ای مبدعش را مرحوم نائینی می دانند این درست نیست. این قبلا هم بوده است.

منتهی اذنی چیست؟

به نظر می آید بهترین تعبیر شاید این باشد که اصلاً اینها عقد نیستند. در جائی که عقدی نباشد اذن طرف احراز بشود برای وکیل کردن کسی و رضایت وکیل هم احراز بشود، همین کافی است بدون انشاء. در ودیعه و عاریه و ... هم همینطور است که چند مورد عقد را مثال می زنند برای عقود جائزه ای که می گویند اذنی هستند.

سؤال: در معاطات نمی شود این را گفت؟

جواب: در معاطات که باید به فعل انشاء کند. ولی در عقود اذنیه اصلاً انشاء نمی خواهیم.

عبارت مرحوم خوانساری

مرحوم خوانساری که شارح مکاسب هم هست ایشان هم تصریح کرده که عقود اذنیه را جائی می گیرد که انشائی نباشد. می گوید در عقود اذنیه انشائی در کار نیست.

سؤال وجواب: بله قبول نمی خواهد دیگر. ولذا مرحوم سید که می گوید والاقوی عندی که وکالت ایقاعی است، آنجا می فرماید اگر وکیل قبول را انشاء هم نکند، همین که عمل را انجام بدهد کافی است. نه اینکه به عمل انشاء کند. چون اگر به عمل انشاء کند که خودش یک جور معاطات می شود. نفس آن چیزیکه در آن وکیل شده را انجام بدهد کافی است. نمی گویند تصرفش در آن چیز تصرف عدوانی است یا مثلاً ضمان دارد. نه، می گویند در واقع عمل وکیل بوده است. پس وکالت را پذیرفته اند.

این نقل ایشان است از فقهاء. ولذا خودش هم می گوید اقوی این است که ایقاع است. ولی می گوید منافات ندارد که اگر قبول به آن ملحق شد، ماهیتاً بشود عقد. عقد وکالت بشود.

بیان آیه الله فاضل بر بطلان وقف در صورت موت قبل القبض

در تفصیل الشریعة مرحوم آیه الله فاضل بیانی دارند که استدلال ایشان برای بطلان وقف شبیه آقای سبحانی است. می فرماید:

«لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف و كان میراثاً، لأن المفروض مدخلة القبض فی الصحة و عدم امکان تحققه بعد الموت (وقتی طرف مرد که نمی تواند اقباض کند) لاشتراط مقرونیتة باذن الواقف (چون این قبضی که ما می گوئیم باید با اذن واقف همراه باشد، و وقتی مرد دیگر اذنی ندارد تا اقباض صدق کند)».

اشکال به آقای فاضل

این بیان که اشکال دارد، شبیه اشکالی که بر آقای سبحانی کردیم. چون مدخلیه القبض فی الصحة برای سبب تام است. شما که سبب تام را نمی خواهید بگوئید. چون اگر بگوئید قبل القبض هم سبب تام نیست. لذا دیگر لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف معنا ندارد، چون آنوقت هم نبوده است. شما باید یک چیزی بگوئید که قبل القبض باشد بگوئید بطل الوقف. آن صحت تأهلی است. صحت تأهلی که به انشاء واقف قیام دارد بعد از واقف هم می تواند باشد. اگر ما بگوئیم به همین انشاء واقف ورثه واقف اقباض کنند کافی است. اگر این را بگوئیم معنایش اعتناء کردن به همین انشاء و پذیرفتن صحت تأهلی است.

پس بطل الوقف شما باید این را باطل کنید. و با این استدلال نمی توانید باطل کنید.

فرمایش آقای فاضل نسبت به کلام صاحب مسالک در بحث قربت ورد آن

این جمله را هم عرض کنیم: ایشان نسبت به فرمایش مسالک هم چیزی گفته اند که ما نفهمیدیم. صاحب مسالک ذیل روایت پنجم یعنی روایت عبید بن زراره ذیلش داشت که لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله، فرمود: احتمال می دهیم ذیل روایت کاشف از این باشد که این مخصوص صدقه خاصه است و ربطی به وقف ندارد. و لذا نمی شود استدلال کرد.

جواب سید را عرض کردیم. اما ایشان تفصیل الشریعة جلد ۲۰ صفحه ۲۵ می فرماید:

«و لا وجه لما عن المسالک من احتمال اختصاصه بالثانی (بالثانی یعنی صدقة خاصه) مع أن المشهور اشتراط القرية فی الوقف».

ما این جمله را نمی فهمیم یعنی چه. مشهور گفته اند در وقف اشتراط قربت است که ما خودمان هم همین را اختیار کردیم. خب مشهور فرموده اند، ولی فعلاً بحث فهم این روایت است. می خواهیم ببینیم این ذیل روایت که گفته لا یرجع إذا تصدق ابتغاء وجه الله، اگر ما احتمال دادیم که اختصاص داشته باشد به صدقه خاصه، این از باب احتمال قرینیت موجود نمی گذارد که ما تمسک کنیم به روایت. این مانع می شود. شما می فرمایید مشهور قائلند که قربت در وقف لازم است. خیلی خوب، اما این چه ربطی دارد به استفاده از این روایت. خود مرحوم آیه الله فاضل قائل نیست به قربت در وقف، حضرت امام قده در تحریر الوسيله که قبول ندارد، مرحوم سید که قبول ندارد، خب شما خودتان قبول ندارید که در وقف قصد قربت لازم است، پس لا اقل شما لا یرجع إذا تصدق ابتغاء وجه الله را قبول ندارید وقف است. چون شما که در وقف

قصد قربت لازم نمی دانید. (مگر به بیانی که مرحوم سید فرمود که قبلاً بحث آن را کردیم). پس بنابر این اینکه می فرمایید مع أن المشهور، خب مشهور گفته اند قصد قربت لازم است، مشهور می توانند بگویند ذیل روایت با وقف هم سازگار است، اما شما که قبول ندارید چه می کنید.

سؤال: مشهور این را فهمیده اند که الوقف هی الصدقة، همین را مشهور فهمیده اند، بعد که مشهور این را فهمیده باشند این دلیل می شود که ما این صدقه ای را که ذیل روایت آمده است به معنای همان الوقف هی الصدقات بگیریم. همان تقریبی که شما اول روایت إذا تصدق بیان فرمودید.

جواب: ایشان نگفته است که مشهور از روایت این را فهمیده اند.

سؤال: از عبارتشان این بر می آید.

جواب: نه بر نمی آید. مرحوم سید بله اینطور فرموده است که می گوید ما روایت را حمل کنیم به وقف یا به جامع. این می شود به کمک فهم مشهور، که مشهور هم همین را فهمیده اند.

سؤال: ایشان اصلاً عبارت سید ره را آورده است.

جواب: بله ایشان تقریباً خیلی ناظر به مرحوم سید است، ولی مطلب مرحوم سید را هم خیلی دقیق نقل نکرده است اگر مقصودشان نقل مطلب ایشان باشد. سید چیز دیگری می گوید. می گوید فهم مشهور از روایت همین است. این یک بحث دیگری است. این غیر از این است که فتوای مشهور این باشد. ما می گوئیم چون مشهور فتوی داده اند که قصد قربت در وقف لازم است پس بنابر این فرمایش مسالک درست نیست. این حرف صحیح نیست. اما یکوقت ما می گوئیم اصلاً ظهور روایت این است. به اتکاء فهم مشهور که ظهور روایت را این می دانند.

سؤال: مشهور که در وقف اشتراط قربت می کرده اند بخاطر چه بوده؟ یک وقت بخاطر این بوده الوقف صدقة و یک بار نه، عبارت آقای فاضل اعم از این است.

جواب: بله، اما ذیل همین را می گوید؟ اگر بگوید مشهور فهمش این است، یعنی دارد یک ظهور درست می کند. ولی ایشان این را نگفته است. می گوید مع أن المشهور اشتراط القربة فی الوقف، نه فهم وقف از صدقه.

سؤال: چرا اشتراط کرده اند؟ چون اینطور فهمیده اند.

جواب: نه، معلوم نیست بخاطر این باشد که از این عبارت اینطور فهمیده اند. بلکه ممکن است ادله دیگری داشته باشند. یک عده ای از باب اصاله الفساد جلو آمده اند، گفته اند من التردید فی ثبوت المسبب مع عدم اتیان القرینة. کثیرشان اینطور گفته اند.

بله برخی عبارات اینطور بود که مثل مرحوم شیخ و مرحوم مفید و عده ای می گویند در واقع وقف همان صدقه است، اما اینطور نیست که همه شان این را گفته باشند. بنابر این استناد مشهور به اینکه قربت لازم است مختلف است. برخی از باب اصل است و برخی از باب این استظهار است.

فرق است بین فتوای مشهور با استظهار مشهور

پس ما نباید به فتوای مشهور در باب قصد قربت پناه ببریم. ولو به استظهارشان می توانیم تمسک می کنیم که اگر این را می گفت مثل فرمایش مرحوم سید می شد و درست می شد.

تأسیسی قاعده در مقام

از اینها که بگذریم حالا خود ما در باب اصل و قاعده در مثل مقام لولا النص چه می گوئیم تا در فروع آتی بخواهیم از آن استفاده کنیم؟

در صورتی که قبض شرط صحت باشد قاعده بطلان وقف به موت قبل القبض است

عرض ما این است که تارة ما اطلاقات و عمومات در باب وقف را قبول نداریم، مثل ما که مرتب می گفتیم عموم و اطلاقی در باب وقف نداریم که بخواهیم موارد شک را با آن تصحیح کنیم.

در این صورت طبق احتمال اول که بگوئیم قبض شرط صحت است، معنایش این است که آقای واقف یک انشائی کرده، هنوز نقل و انتقالی حاصل نشده است قبل القبض، واین میانه از دنیا می رود. پس ما ماندیم و یک انشائی که به دنبالش نقل و انتقال نیست و حالا ورثه آمده اند. اینکه اقباض ورثه ملحق بشود به انشاء واقف شک داریم که مؤثر باشد در حصول وقف. اصاله عدم تحقق مسبب که همان اصاله الفساد است اینجا حاکم است.

بنابر این باید بگوئیم اصل بر این است که مسبب حاصل نمی شود. که نتیجه اش با بطلان یکی است. یعنی لبا اینطور می شود که إذا مات الواقف قبل القبض بطل الوقف علی القاعده. قاعده ما اصاله الفساد است.

در صورتی که قبض شرط لزوم باشد قاعده، صحت وقف است

اما اگر ما قبض را شرط لزوم بدانیم، معنایش این است که با انشاء واقف ملک نقل و انتقال شده است، ملک آمده به مال موقوف علیهم، ملک آنها شده است. حالا فسخ خلاف قاعده است. شک می کنیم این واقف که انشائی کرده، قبل القبض مال به موقوف علیهم منتقل شده فقط لازم نیست، می تواند اقباض نکند و برگردد، می تواند اقباض کند و باقی باشد. حالا اقباض نکرده از دنیا رفت. شک داریم که آیا فسخ می شود یا نه؟ استصحاب بقاء ملک داریم.

پس قاعده بنابر اینکه شرط لزوم باشد با قاعده بنابر اینکه شرط صحت باشد فرق می کند.

سؤال: اینجا اصل مثبت می شود. چون اگر استصحاب بقاء ملک بکنیم مجبوریم بگوئیم باطل نیست.

جواب: ما نمی خواهیم چیزی را اثبات کنیم. ما می گوئیم نتیجه اش با نتیجه عدم بطلان یکی است. این استصحاب بقاء ملک می شود، آقای وارث اقباض کند تمام می شود و اگر اقباض نکند سر جای خودش هست.

پس مختار ما در قاعده اولی این می شود که: قاعده بنابر دو مبنا در اشتراط قبض فرق می کند.

ما در بحث موت واقف که هیچ مشکلی نداریم و نیازی به این قاعده نداریم، بلکه روایت داریم و دلالت روایت هم تمام است و وقتی می گوید فهو میراث یعنی تمام آثار انشائی که واقف داشت باطل شد.

فروع دیگری که در تحریر نیامده است:

اما دو سه فرع دیگر هست که در متن تحریر و وسیله طرح نشده است، که می شود طرح کرد.

موت موقوف علیهم قبل القبض

یک فرع این است که: اگر موقوف علیهم قبل قبضهم فوت کنند چه می شود؟ واقف زنده است، انشاء هم کرده، ولی هنوز قبض و اقباض حاصل نشده، موقوف علیهم از بین رفتند یعنی اگر طبقات است طبقه اول از بین رفتند طبقه دوم آمدند و هنوز قبض نشده است، آیا این وقف باطل است یا نه؟

ما اینجا نص نداریم. احتمالا آن قاعده به کمکمان می آید که قاعده اولیه در باب این مسئله چه بود. ظاهرا ما باید پناه به همین قاعده ببریم که بخشش می کنیم.

ما استصحاب در شبهات حکمیه را قبول داریم علاوه که اینجا هم استصحاب موضوعی است

سؤال: {این مورد مصداق { استصحاب حجیت است که استصحاب حکمی است.

جواب: ما که استصحاب حکمی را قبول داریم ولو آقای خوئی ره اشکال می کند. تازه اینجا استصحاب غیر حکمی هم می شود جاری کرد چون تطبیق شده است بر آن. آقای خوئی استصحاب حکمی در قضیه حقیقه را می گوید، اما استصحاب جزئی را باید ببینیم اشکال دارد یا نه. که ما استصحاب قضیه حقیقه را هم قبول داریم.

البته در همین فرعی که گفتیم یعنی موت موقوف علیهم فروض مختلف هست که موقوف علیهم عنوان باشد مثل اولاد زید، یا اشخاص خاص باشد، این بحث دیگری است. این فروض تحت همین مسئله موت موقوف علیهم مورد بحث قرار می گیرد.

عروض جنون یا اغماء بر واقف یا موقوف علیهم قبل القبض

فرع دیگر این است که: اگر واقف یا موقوف علیهم عوارض غیر موت بر آنها حادث شد، مثل اغماء و جنون، آنجا تکلیف چیست. واقف انشاء کرد و به کما رفت، آیا وقفش باطل است یا نه؟

آنهايي که می گویند عقود جائزه بالثلاثة باطل می شود اینجا باید بگویند باطل است. در حالی که اینجا فروض دیگری مطرح می شود که ممکن است جنونش ادواری باشد برگردد، ممکن است از اغماء به هوش بیاید، آیا عقد باطل است و اگر بخواهد اقباض کند فائده ندارد و باید انشاء مجدد بخواند یا نه.

همین مسئله در موقوف علیهم هم فرض می شود که اگر موقوف علیهم جنون یا اغماء پیدا کردند چه می شود.

اینها را مطالعه کنید و مطالب مرحوم سید را تا شبهه انشاء الله.

باسمه تعالی

- ۴۶۳ ادامه مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض
- ۴۶۴ موت موقوف علیه قبل القبض
- ۴۶۴ بیان سید ره در عدم بطلان وقف به موت موقوف علیه قبل القبض
- ۴۶۵ ادله دلیل بطلان وقف در فرض موت موقوف علیه قبل القبض
- ۴۶۵ دلیل اول: طرف ایجاب خودش باید قبض کند
- ۴۶۵ دلیل دوم: از بین رفتن عقود جائزه با موت احد الطرفين
- ۴۶۵ رد هر دو دلیل
- ۴۶۶ تفصیل بین شرط لزوم و شرط صحت
- ۴۶۷ بیان وجه اشکال در صورتی که قبض شرط صحت باشد
- ۴۶۸ رد استدلال قائلین به بطلان
- ۴۶۸ رد بیان دوم مرحوم سید در جواب از قائلین به ابطال
- ۴۶۹ بنابر شرط صحت طبق اصالة الفساد حکم به بطلان می کنیم
- ۴۷۰ بحث ملکیت زمانی
- ۴۷۲ وقف بر عنوان طبق مبنای شرط صحت
- ۴۷۳ فرض مجنون یا مغمی علیه شدن واقف یا موقوف علیه

ادامه مسئله ۱۴ تحریر: موت واقف قبل از اقباض

عرض کردیم در ذیل مسئله هشتم که بحث قبض و دخالت وقف در قبض بود که آیا به نحو شرط صحت است یا شرط لزوم، و مختار ما این شد که شرط صحت است، فروعات مختلفی مطرح است.

مرحوم صاحب وسیله و مرحوم امام در تحریر الوسیله چند تا از این فروع را مطرح کرده اند ولی فروع آن بیش از اینهاست، و احتمالا برخی از این فرع های مازاد را هم طرح می کنیم. امروز یکی از آن فروع را مطرح می کنیم، که تا آنجا که من دیدم این فرع را در وسیله طرح نکرده بود. و آن فرع این است که: اگر موقوف علیهم فوت کند چه می شود.

ما در ذیل مسئله قبض یک فرعی را طرح کردیم و تمام شد، و آن این بود که اگر خود واقف قبل القبض فوت کند چه می شود. و نظر ما این بود که همانطور که ماتن هم فرموده بطل الوقف. منتهی گفتیم این بطل الوقف به معنای عدم ترتب اثر تام نیست، چون این عدم ترتب قبل از فوت هم بود، بلکه مقصود این است که آن انشائی واقف کرده بود او هم کأن لم یکن است. محل استدلال هم همان روایاتی است که می گوید لو مات الواقف قبل القبض فهو میراث. این دلالت کنائی بر این دارد که اصلا وقف از اصل باطل است. این در موت واقف بود.

تا اینجا فرع اول است که در خود متن هست، منتهی نه در مسئله ۸ بلکه در مسئله ۱۴ متن بود که ما بحث کردیم و تمام شد.

موت موقوف علیه قبل القبض

اما ذیل آن چند فرع مرتبط دیگر هست. یک فرع این است که اگر موقوف علیهم فوت کنند چه می شود؟ اینجا یک تصمیم اول باید گرفت که بر اساس کدام مبنا ما می خواهیم این فرع را تنقیح کنیم. اگر ما قبض را شرط صحت بدانیم، بحث یک جور است، اگر شرط لزوم بدانیم جور دیگری است.

بیان سید ره در عدم بطلان وقف به موت موقوف علیه قبل القبض

اگر شرط لزوم بدانیم، مرحوم سید می فرماید ظاهرا لا اشکال در اینکه به موت موقوف علیه وقف باطل نمی شود. تعبیر ایشان این است که:

«واما علی القول بکونه شرطا فی اللزوم فالظاهر عدم البطلان بموت الموقوف علیه».

چرا ظاهر این است که به موت موقوف علیه باطل نمی شود؟

فرض شرط لزوم این است که با انشاء واقف با شرائط خاصش ولو قبل القبض مال به موقوف علیه منتقل می شود. پس الان ما مواجه هستیم با یک انشائی از واقف، که با این انشاء جدی، مال از واقف به موقوف علیه منتقل شده است، فقط

واقف حق دارد قبل القبض برگردد ولی برنگشته است. و موت هم اینجا ما بین این انشاء و قبض حاصل شده است. پس ما یک مالی داریم که به موقوف علیه منتقل شده است، حالا موقوف علیه فوت کرده است، چرا باید این مال برگردد؟

ادله دلیل بطلان وقف در فرض موت موقوف علیه قبل القبض

ممکن است دلایلش دو نکته باشد:

دلیل اول: طرف ایجاب خودش باید قبض کند

نکته اول: کسانی گفته اند ظاهر در این وقف و امثال آن این است که همان کسی که ایجاب کرده، طرف همین ایجاب باید قبض کند نه کس دیگری. اگر موقوف علیه از دنیا برود چه کسی می خواهد قبض کند؟ اگر بگوئیم وقف صحیح است و باطل نمی شود یعنی بطن بعدی قبض کند. می گویند ولی این خلاف ظاهر است. کسی باید قبض کند که طرف ایجاب بوده است.

دلیل دوم: از بین رفتن عقود جائزه با موت احد الطرفین

استدلال دوم سخنی است که برخی مثل شهید و دیگران فرموده اند که عقود جائزه با موت احد الطرفین از بین می رود. به نظر می آید این حرف درست نیست. مرحوم شهید وقتی می خواهد این حرف را در شرط صحت تطبیق کند می گوید: هذا من لوازم عقود الجائزة خصوصا در جائی که لم تتم ملكه. این فرمایش بنابر این است که شرط صحت باشد. ولی بحث ما در جائی است که شرط لزوم باشد، یعنی مال منتقل شده است، چرا با موت موقوف علیه وقف باطل شود؟ علتش یکی از این دو وجهی است که ذکر شد: یکی اینکه ما کلا در عقود جائز قائل بشویم که در عقد جائز با موت احد الطرفین باطل می شود. یا کلا ادعا کنیم که کسی در بحث وقف باید قبض کند که خودش طرف ایجاب بوده است نه کس دیگر.

رد هر دو دلیل

ولی هیچکدام از این دو دلیل تمام نیست. اینکه گفتند کسی که طرف عقد بوده باید قبض کند، این حرف هیچ دلیلی ندارد. ثانیا: اینکه ادعا کردند در عقود جائزه مطلقا عقد باطل می شود این هم دلیلی ندارد. ما در جلسه قبل بحث کردیم که ما دلیل کلی ای به این نحو نداریم.

بله اگر عقد، عقد نباشد، و ایجاب و قبول ایجاب و قبول جدی نباشد، بلکه تنها عباراتی باشد که مشعر به اذن طرف است - که به اصطلاح بشود عقد اذنی - مقتضای این بطلان است. چون اذن هم از ناحیه اذن از بین می رود، و هم اگر

مأذون از دنیا رفت ظاهرش این است که اذن هم از بین می رود. چون اذن به این شخص داده است و اذن به شخصی دیگر، اذن به دیگری است. عقد الان با این طرف واقع شده است و اذن به این طرف داده است. اگر موقوف علیه از دنیا برود اذن از بین می رود.

منتهی چه کسی گفته است که همه عقود جائزه اذنی هستند؟ این اول کلام است. ما آوردیم کلماتی که منکر این حرف بودند و حق هم همین است.

دلیلش هم به نظر ما روشن است. عقد ایجاب و قبول جدی است. عقد عبارت است از پیوند دو تا عهد. اینکه ادعا کنند که در عقود جائزه عهد نداریم غلط است. در عقود جائزه هم عهد داریم. عهد که چیز عجیبی نیست. عهد همین ایجاب و قبول است. ایجاب عهد است، قبول هم عهد است، دو تا عهد به هم پیوند و گره خورده می شود عقد. عقد ماهیتش عبارت است از عهد گره خورده با عهد دیگری. و در وقف بنابر اینکه ما قبول بخواهیم که روشن است که عقد است، و اگر بگوئیم اصلاً ایقاع است آن هم که به طریق اولی دلیلی برای بطلانش نداریم.

تفصیل بین شرط لزوم و شرط صحت

پس بنابر اینکه ما قبض را شرط لزوم بدانیم که مال منتقل شده است و با موت موقوف علیهم نمی دانیم باطل می شود یا نه، عرض می کنیم وجهی برای بطلان نیست.

بله! چون ما اصالة الصحة را به معنای اوفوا بالعقود در اینجا جاری نمی دانیم ممکن است کسی فکر کند که مشکل پدید می آید، بگوید پس چرا این وقف صحیح باشد؟

حرف ما این است که استصحاب بقاء ملک داریم. فرض این است که شرط، شرط لزوم است. بنابر این می توانیم استصحاب کنیم بقاء ملک را حتی بعد از موت موقوف علیه. و لذا به ورثه {یعنی بطن ثانی} می رسد و علی القاعده باید آنها وقف {را قبول} کنند تا به حالت لزوم درآید.

بنابر این در صورتی که شرط لزوم باشد علی الظاهر دلیلی بر بطلان نداریم. آنهایی که به اوفوا بالعقود تمسک می کنند، در اینجا هم می توانند تمسک کنند. و ما که در امثال این مقام اوفوا بالعقود را قبول نداریم، به استصحاب بقاء ملک تمسک می کنیم و می گوئیم موت موقوف علیه موجب بطلان نیست.

اما اگر ما قبض را شرط صحت دانستیم، به این معنا که اگر قبض واقع نشد نقل و انتقالی نیست. انشاء هست ولی نقل و انتقالی هنوز صورت نگرفته است و در این بین موقوف علیه از دنیا برود.

صاحب عروه در تكملمه عروه فرموده است^۱: «عن المسالك انّ الظاهر بطلانه لأنّ ذلك هو شأن العقد الجائز فضلا عن الذي لم يتم ملكه». می فرماید: این از مقتضیات عقود جائزه است، خصوصا اینجا که لم تتم ملكه، اصلا ملك هم حاصل نشده است. در عقد جائز ممکن است ملك حاصل بشود، ولی همین تزلزل موجب شده است که با موت احد الطرفين عقد باطل بشود. اینجا که لم تتم ملكه است.

بعد فرموده:

«قال (أى صاحب المسالك): و يَحْتَمِلُ قيام البطن الثاني مقامه». احتمال هم داده صحیح باشد و بطن ثانی جانشین بطن اول بشود.

بعد می فرماید: «و نقل عن السرائر التوقف و المسألة محل اشكال».

بیان وجه اشکال در صورتی که قبض شرط صحت باشد

اشکال چیست؟ دو تا استدلال در دو طرف نهفته است: یک استدلال این است که بگوئیم قبض باید توسط همان کسی که طرف ایجاب است صورت بگیرد نه شخص دیگری. مرحوم حاج آقا رضا همدانی یک همچنین انصرافی را ادعا کرده است. با اینکه دو صفحه برای بیان اینکه وجهی برای بطلان عقد جائز به موت طرف نیست می آورد، بعد ایشان می گوید بعید نیست ظهور روایاتی که قبض را شرط دانسته اند این باشد که چنین قبضی را شرط دانسته است، یعنی قبضی که همان طرف ایجاب قبض کند نه اینکه کس دیگری قبض کند.

ایشان این را مثل این می داند که قبول را کس دیگری انجام دهد. یعنی مالک ایجاب کند نسبت به شخصی و بگوید ملکتمک هذا بذاک بعد یک آقای دیگری غیر از این طرفی که مخاطب است بگوید من قبول کردم. چطور شما می گوئید قبول آن اجنبی فائده ندارد. در وقف هم کسی که خواستیم مال موقوفه را به او منتقل کنیم از دنیا رفته است و حالا یک شخص دیگری می گوید من قبول کردم. در اینجا هم فایده ندارد. معنا ندارد شخص دیگر قبض کند. این یک ادعا است.

استدلال دیگری هم که برای بطلان کرده اند این است که می گویند میت مثل معدوم می ماند، بنابر این در جائی که احد الطرفين (که اینجا فرض موقوف علیه است) از دنیا می رود مثل این می شود که واقف اول وقف برای معدوم کرده بعد برای موجود. که در فروعات آتی می آید که از شرائط موقوف علیه این است که زنده باشد. عده ای گفته اند به معدوم

^۱ - تكملمه عروة الوثقى جلد ۱ صفحه ۱۸۸ - ۱۸۹

و حتی برای جنین نمی شود وقف کرد. حالا اینکه این حرف درست است یا نه سر جای خودش. روی فرض اینکه برای معدوم نمی شود وقف کرد، اینجا می گویند این مثل وقف برای معدوم است و ثم علی الموجودین. و این وقف باطل است. این هم استدلال دوم آنها است.

رد استدلال قائلین به بطلان

ولی این بیان به هر دو استدلالش نادرست است. اینکه در باب وقف کسی که قبض می کند باید خود او طرف ایجاب باشد این اول کلام است. ایجاب یک عهده است، یک آثاری دارد. بله اجنبی نمی تواند قبول کند، اجنبی قبض هم نمی تواند کند، چون عقد ربطی به او ندارد. عقد اگر هست پیوند ایجاب و قبول است. پس باید طرف قبول کند تا طرف باشد. و قبض هم همینطور است. این درست است. اما ورثه یا بطن دوم (که ممکن است ورثه نباشند) بیگانه نیست. بطن دوم همان کسی است که در عقد وقف او بعد از بطن اول موضوع وقف قرار گرفته است او بیگانه نیست.

پس اینکه ما ادعا کنیم که هر کس طرف ایجاب بود همان کس باید قبض کند این بلا دلیل است.

سؤال مگر قبض شرط شرعی نیست، خب باید بینیم مقتضای اطلاق و تقییدی که در دلیل شرعی اخذ شده چیست. قیام کسی مقام موقوف علیه خلاف اطلاق است.

جواب: اولاً اینها هم موقوف علیه هستند. علاوه بر اینکه روایات که همه اش قبض موقوف علیه نبود. از آن روایاتی که خواندیم دو روایت از آنها داشت که مات الواقف قبل القبض و موقوف علیهم قبض نکردند. اما در دو روایت فقط تسلیم واقف بود. حالا تسلیم واقف است به بطن دوم.

و اینکه در استدلال دوم ادعا کرده است که اول وقف بر معدوم و بعد بر موجودین هست. ممکن است در جواب اینطور گفته بشود که واقف همه بطون را با هم ملاحظه کرده است. این در واقع شبیه این است که یکی از حاضرین قبض کند و دیگری قبض نکند. این جواب را مرحوم سید می دهد و می گوید لذا اقوی این است که اینجا درست است.

رد بیان دوم مرحوم سید در جواب از قائلین به ابطال

منتهی ما استدلال دوم ایشان را متوجه نشدیم. اینکه واقف همه بطون را با هم ملاحظه می کند و اینها مثل موجودینی می مانند که یکی از آنها قبض می کند و یکی از آنها قبض نمی کند، این هم اول کلام است. چون بطون در عمود زمان در طول هم هستند. و اینطور نیست که در عرض هم باشند یکی قبض کرده و یکی قبض نکرده. اگر واقعا این درست باشد که

ما میت را در اینجا بتوانیم معدوم حساب کنیم بگوئیم مثل وقف علی المعدوم ثم علی الموجود است، با این بیان مرحوم سید در ملحقات عروه نمی توانیم مسئله را حل کنیم. چرا؟ برای اینکه اینها همه اش تشبیهات است. شما دارید تشبیه می کنید که مثل حضار هستند. چه کسی می گوید اینطور است؟ در طول عمود زمان یک بطن به دنبال بطن دیگر می آید.

و اصل استدلال مستدلین بر بطلان که گفته اند اینجا مثل وقف بر معدوم ثم علی الموجود است این هم نادرست است. چون فرض این است که این آقا موجود بوده و انشاء وقف بر او هم شده بعد فوت کرده است. کجا این مثل معدوم ابتدائی است؟ در {بحث وقف بر} معدوم می آید که یا باید بگویند اصلاً انشاء نسبت به او معنا ندارد و تصویر نمی شود (که واقعا دلیلی ندارد که انشاء معنا نداشته باشد) یا اگر بخواهند ادعای اجماع و امثال آن بکنند، هیچکدام در اینجا نمی آید. شخص، موجود بوده انشاء نسبت به او صورت گرفته، حالا فوت کرده است. این کجا وقف بر معدوم است؟ این حرف درست نیست.

بنابر این نه استدلال مستدلین بر بطلان درست است، و نه جواب مرحوم سید درست است. چون واقعا {فرض} هم عرض دیدن {واقف به این صورت} که واقعا واقف تمام موقوف علیهم را ملاحظه می کند، درست نیست. چون اینجا در عرض هم موجود نیستند تا بگوئیم این مثل این می ماند که دو تا موقوف علیه در کنار هم هستند و یکی قبض کرده و یکی نکرده است. بلکه فرض این است که اینها در عمود زمان مترتب هستند.

بنابر شرط صحت طبق اصالة الفساد حکم به بطلان می کنیم

منتهی یک مشکلی برای ما وجود دارد، چون ما الان در فرض شرطیت قبض برای صحت داریم بحث می کنیم. بحث لزوم گذشت. اگر مبنای ما شرطیت برای صحت باشد که مبنای ما همین است، درست است که این استدلالها تمام نیست، ولی چون ما اصالة الفساد و اصالة عدم ترتب اثری هستیم و اطلاق و عموم اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را قبول نداریم، در اینجا ما باید علی القاعدة بگوئیم اصل عدم ترتب اثر است. چون شک می کنیم این چیزها خصوصیت در عقد هست یا نیست. ممکن است واقعا فوت موقوف علیه مثل فوت واقف باشد. همانطور که شارع در موت واقف فرموده فهو میراث، شاید در موقوف علیه هم همینطور باشد. شاید همینطور باشد که برخی استدلال کرده اند که در عقود جائزه اینطور است. ثبوتاً که احتمال می دهیم. چون ما اصالة الفسادی هستیم و اصل را عدم ترتب اثر می دانیم، علی القاعدة باید بگوئیم اینجا نتیجه با کسانی است که قائل به بطلان هستند، نه از باب استدلالشان، بلکه از باب عدم ترتب اثر.

اینجا یکی از جاهایی است که عرض کردم تنقیح قاعده اثرگذار است. اینکه قاعده اولی در مقام فساد و بطلان باشد یا نباشد. که آیه الله سبحانی گفتند بطلان علی القاعده است. ما گفتیم این روشن نیست. ما الان بنابر لزوم گفتیم صحیح است، ولی بنابر شرطیت قبض در صحت ظاهرا باید بگوئیم اصل عدم ترتب اثر و بطلان است.

بحث ملکیت زمانی

سؤال و جواب: اگر بطن لاحق معدوم باشند آیا وقف بر آنها درست است؟ این را انشاءالله یک جایی بحث می کنیم. یک جایی با عجله داشتم فرمایش شیخ انصاری قده را می دیدم، دیدم ایشان بحث کرده است، شاید نکته ای که شما می خواهید بگوئید همین است، -شبيه شرط وجوب و شرط واجب - که ما نسبت به بطون لاحقه آیا از حالا وقف داریم و استیفاء این وقف و تلقی وقف و قابلیت انتفاعش در عمود زمان است، یا اینکه اصل وقف به حمل شایع حاصل نمی شود تا بطن ثانی بیایند.

آنوقت در واقع برمی گردد به اینکه آیا ما بخاطر بطون متعدد وقف های متعدد داریم یا یک وقف داریم؟ و عرض می کنم احتمالا این مسئله به یک مسئله دیگر پیوند می خورد که ما ملکیت زمانی داریم یا نه.

یکی از بحث های خیلی جالب امروزه بحث ملکیت زمانی است. برخی از غربی ها گفته اند و برخی در کشور ما هم عمل می کنند که مثلا شیئی را بفروشند برای یک هفته {در یک بازه زمانی برای همیشه}. مثل اینکه بگویند این شیء یک هفته در ماه ملک من باشد. مثل بیع. نه اجاره که ملک مالک باشد و فقط انتفاع مال من باشد. نه، بلکه می گوئیم آیا می شود ما ملک را متقید به زمان کنیم و ملک زمانی داشته باشیم آنوقت این ملک متقید به زمان را مثل ملک طلق بفروشیم. مثلا بگوئیم یک ویلایی در کنار دریا در سال یک ماهش مال من است. ملکیتش مال من است نه اینکه فقط نفعش مال من باشد. بعد بتونم همین ملک خودم را بفروشم. به این می گویند ملکیت زمانی.

آنوقتی که حدود ۱۵ سال پیش ما داشتیم اینها را بحث می کردیم، یکی از حرفهای خیلی جالب در اینجا حرف مرحوم شیخ بود در کتاب الوقف که مرحوم آخوند در کتاب الوقف نقل می کند. (البته این مصحح خیلی خوب ما که این کتاب را تصحیح کرده هرچه گشته بود حرف شیخ را پیدا نکرده بود. من دیشب که داشتم دوباره حرفهای شیخ را دوره می کردم حرف شیخ ره در همین تقریرات میرزا حبیب الله رشتی است). که ایشان می گوید توقیت ملکیت محال است. این خودش بحث فوق العاده جالبی است. در چند فرع در بحث وقف تصویر ملکیت موقت لازم است و بدون آن آنطوری که بعضی می خواهند تصویر نمی شود. یکی از آن فروع شاید همین باشد که آیا ما همین الان می توانیم ملک را در عمود

زمان به صورت قطعات دریاوریم و همین الان مستقیم تملیک موقوف علیهم کنیم. یا اینکه نه، ملک یک امر استمراری است تقطیع پذیر نیست. ولذا ما فقط یک تملیک داریم به بطن اول، و بطن دوم از بطن اول تلقی می کند. حتی اگر از واقف هم تلقی کند مطلق را تلقی می کند نه فقط آن برهه ای که خودش در آن هست. ممکن است نظر شما هم به همین نکته باشد که بگوئید که آیا ما یک وقف داریم در طول عمود زمان، یا ده ها وقف پیوسته داریم هرکدام در برهه زمانی خودش. بحث این انشاءالله می آید. البته صاحب عروه هم معلوم نیست تقطیع زمانی را قبول کند. مرحوم آخوند در کتاب الوقف (که در جای خودش در بحث تأیید و دوام می آید) استحاله را انکار می کند و می گوید ثبوتاً هیچ استحاله ای در این نیست. وقف یک امر اعتباری است و ملک هم یک امر اعتباری است. شما می توانید ملک را تقطیع کنید. ثبوتاً مشکلی ندارد.

سؤال: ما حتی بنابر اینکه قبض را شرط لزوم بدانیم، نسبت به ورثه موقوف علیه ملکیت حالت سابقه یقینی ندارد. و موقوف علیهم هم که مرده است و یقیناً ملکیتش از بین رفته است.

جواب: استصحاب بقاء ملکیت می کنیم تا دم موت برای این موقوف علیه، ولذا می شود میراث او. کما اینکه در بقیه اموال طرف که شک کنید ملک او هست یا نه نیز همین کار را می کنید. یا ادله ارث است و یا ادله وقف این را می گیرد. سؤال: ملکیت در موقوف علیهم بعدی مسبوق به عدم است.

جواب: چرا مسبوق به عدم است؟! مگر موقوف علیهم بعدی اگر چیزی در دست طبقه اول ملک باشد آیا ما نمی توانیم بگوئیم وقتی او از دنیا رفت مال طبقه دوم است؟! خب مال طبقه دوم است دیگر. شما در حالت عادی چه می کنید؟ وقتی ملکی به موقوف علیه منتقل می شود قبض هم می شود، ملکش می شود ولی از دنیا می رود. به چه دلیلی به طبقه دوم می رسد؟ خب روی همین ادله وقف است دیگر. ما در وقف که تشکیک نکردیم. وقف انشائش صورت گرفته است برای طبقه اول و دوم وسوم و الی آخر. حالا یا تلقی می کند از موقوف علیه بطن اول مثل میراث یا تلقی از واقف می کند، این علی الظاهر خیلی تأثیری در بحث ما ندارد. ما عرضمان این است که اگر اصلاً وقف به قبض لازم شده بود، چطوری به طبقه دوم می رسید؟ به ادله وقف بود دیگر. آن انشاء را شما باید مسلم بگیرید که اگر چیزی ملک طبقه اول شد بعد از موتش ملک طبقه دوم است. این را باید مفروض بگیریم. شک در این بود که اگر فوت کرد برگردد بشود میراث واقف. ما به استصحاب تمسک کردیم که بر نمی گردد وقف باطل بشود. خب با استصحاب بقاء می شود همین ملک موقوف علیهم تا دم موتش. خب با موت هم ادله وقف می گوید مال بطن دوم است. مثل موردی که قبض کرده بودند و بعد می مرد چه می شد. شما به چه دلیل می گفتید ملک طبقه بعد می شود؟ با ادله وقف می گفتید دیگر. حالا هم همینطور است.

یک بحث دیگری اینجا وجود دارد: ما عرض کردیم دو استدلالی که در طرفین هست تمام نیست. ولی اصالة الفساد محکم است.

وقف بر عنوان طبق مبنای شرط صحت

حالا اگر وقف، وقف اشخاص باشد که این بحث ها روشن است. ولی اگر وقف عنوان باشد چه می شود؟ یعنی واقف مثلا وقف کرده است روی اولاد زید نسلا بعد نسل، آیا این هم همینطور است؟ یعنی همین بحثی که در وقف بنابر اشتراط صحت شد و دو تا استدلال مقابل هم بود باز اینجا می آید یا جور دیگری است؟

مرحوم سید می فرماید: علی الظاهر شبهه ای نیست که اینجا وقف درست است و باطل نمی شود. چرا؟

گوئی می خواهد بگوید شبهه ای که آنها کرده اند که طرف وقف باید همان کسی باشد که ایجاب برای او شده است، می گوید خب عنوان اولاد طرف ایجاب بوده است. عنوان اولاد نسلا بعد نسل طرف ایجاب بوده است. خب این عنوان که محفوظ است. ولو یکی از اشخاصش از دنیا رفته باشد اما شخص دیگرش هست. عنوان اولاد محفوظ است. یا استدلال کرده اند که وقف بر کسی که از دنیا رفته مثل وقف بر معدوم است ثم علی الموجود. این را هم که ایشان قبول نداشت، ولی می گوید اگر هم آن حرف آنجا درست باشد در جایی که وقف بر عنوان اولاد باشد این حرف نمی آید. چون عنوان اولاد یک عنوان عامی است. این عنوان تا زمانی که طبقه اول هست به او قیام دارد، او که از دنیا رفت طبقه دوم می آید. پس وقف بر معدوم نشده است، بلکه وقف بر عنوانی شده است که تا یک زمان این عنوان منحلظ در این شخص است وقتی این از دنیا رفت منحلظ در شخص دیگری است. بنابر این وجهی برای بطلان نیست.

این حرف ظاهرا درست است. یعنی شبهه ای که از ناحیه این دو تا نکته ممکن است در وقف بر اشخاص و معینین وارد بشود، بر وقف بر عنوان اولاد دیگر وارد نیست. ولذا علی الظاهر باید وقف اینجا با موت موقوف علیهم صحیح باشد. آنوقت عرض کردیم بنابر اینکه قبض شرط صحت باشد صحتش هم به معنای صحت تأهلی است. یعنی آن انشاء از بین نرفته است. موقوف علیه که از دنیا رفت جانشینان او می آیند و قبض می کنند و این وقف هم لازم می شود. علی الظاهر اشکالی در این جهت نیست.

سؤال و جواب: شما احتمال ثبوتی که می دهید موت قبل القبض موجب بطلان بشود، لذا اصالة الفساد محکم می شود. یا باید اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها بیاید تصحیح کند، اگر آنها نیامدند اصالة الفساد و استصحاب

عدم ترتب اثر محکم است. یعنی شما نمی توانید از قبض اطلاق بگیرید. ما باید قبلش نسبت به موت و اصاله الفساد تصمیم بگیریم بعد نوبت به قبض برسد.

سؤال: همین احتمالی که در مورد اشخاص فرمودید در مورد عنوان هم هست. چون احتمال ثبوتی هست که شرط وقف قبض موجودین باشد.

جواب: ما گفتیم باید به اطلاق وقف نسبت به عناوین قائل بشویم، والا اگر کسی این اطلاق را قبول نکند علی الظاهر همان مشکل پیش می آید. یعنی ثبوتاً بگویند ولو وقف عنوان است، ولو ما شبهه نداریم از حیث وقف بر معدوم، ولو شبهه نداریم از جهت اینکه طرف ایجاب باید شخص باشد، اگر این را بگویند باز هم اصاله الفساد است. ولی ما عرض کردیم اگر منشأ شبهه ما همین چیزهایی باشد که عرض کردیم شبهه مندفع است. اگر همینطوری ثبوتاً احتمال می دهیم با وجود اینکه این مشکلات نیست ولی باز هم موت موقوف علیهم اثرگذار باشد باز هم اصاله الفساد است. این حرف درست است به شرط اینکه شرط صحت باشد که استصحاب جاری نباشد.

فرض مجنون یا مغمی علیه شدن واقف یا موقوف علیه

دو فرع دیگر هم اینجا هست عرض کنیم:

فرع اول: اگر واقف یا موقوف علیهم مجنون شوند یا به اغماء بروند، به این موت و جنون و اغماء می گویند فروض ثلاثه در عقود جائزه. در آنجا می گویند به این فروض ثلاثه عقد جائز باطل می شود یا نه. که همان بحث های گذشته است. حالا در باب وقف چطور؟ اگر واقف و کل طبقات موقوف علیهم مجنون بشوند (که فرض عجیبی است) یا موقوف علیه یک نفر است و واقف یا این موقوف علیه به حالت اغماء برود، مثلاً به پسر خودش وقف کرده بعد فرزند او و بعد فرزند او، یک یا دو نفر باشند، اگر واقف یا موقوف علیه به اغماء بروند، اینجا هم بحث است. اگر کسی در عقود جائزه بگوید اصل بطلان است و بگویند وقف هم قبل القبض عقد جائز است، خب اینجا هم قاعدتاً می گویند باطل است.

ولی ما دلیلی بر این حرف نداریم. نه دلیل داریم که وقف قبل القبض عقد جائز است. چون این اول کلام است. بله له أن یقبض و له أن لا یقبض، این درست است. اما اینکه عقد جائز باشد، مثلاً اگر در عقود جائزه بطلانش را به اجماع درست کنیم که یکی از وجوهی است که صاحب عناوین درست کرده، اما چه کسی می گوید آن اجماع که قدر متیقن دارد وقف قبل القبض را هم می گیرد که بگوئیم با موت یا اغماء یا جنون باطل می شود.

پس اگر کسی بطلان عقود جائزه بالفروض الثلاثة فی کل طرف را قبول کند، اینجا هم قاعدتا می گوید باطل می شود. اما به نظر ما هیچ وجهی ندارد کما ذکرنا سابقا.

ولذا در یک صوری با استصحاب بقاء مسلما تصحیح می شود. در یک صور دیگری مشکل می شود و اصل اصالة الفساد است.

مرحوم سید مطلقا می گوید صحیح است. دلیلش هم واضح است. چون ایشان هم به اوفوا بالعقود و هم به الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تمسک می کند، این عمومات را قبول می کند. لذا علی القاعده در اینجا هم می گوید اگر شک باشد مرجع عمومات است. ما که قبول نداریم بنابر اشتراط قبض در صحت مشکل می شود و اصالة الفساد و استصحاب عدم ترتب اثر محکم است. و اگر شرط لزوم باشد استصحاب بقاء ملکیت حاکم است. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- خلاصه بحث قبل ۴۷۶
- فرع پنجم: اعتبار اذن واقف در قبض ۴۷۶
- بیان لزوم اذن در کلمات فقهاء با تعبیر اقباض یا با تصریح به لزوم اذن ۴۷۷
- بیان اقوال علماء در لزوم اذن در قبض ۴۷۸
- نظر ابن جنید رحمه الله ۴۷۸
- نظر شیخ مفید رحمه الله ۴۷۸
- نظر ابن ادریس رحمه الله ۴۷۸
- عبارات محقق رحمه الله در شرایع و مختصر ۴۷۹
- نظر علامه حلی رحمه الله ۴۷۹
- عبارات شهید اول رحمه الله ۴۸۰
- نظر فاضل مقداد رحمه الله ۴۸۰
- نظر محقق ثانی رحمه الله ۴۸۰
- عبارات شهید ثانی رحمه الله ۴۸۱
- عبارات صاحب ریاض رحمه الله در شرح صغیر ۴۸۱
- نظر کاشف الغطاء رحمه الله ۴۸۲
- عبارات مرحوم شیخ انصاری قدس سره در کتاب صیغ عقود و ایقاعات ۴۸۲
- عبارات صاحب حدائق رحمه الله ۴۸۲
- نظر آقای حکیم رحمه الله ۴۸۳
- مخالفین لزوم اذن ۴۸۳
- کلمات آیه الله خوئی ره و تلامذه ایشان ۴۸۳
- اختلاف در نقل طبع های مختلف کفایه ۴۸۳
- ادله لزوم اذن در قبض ۴۸۴

دلیل اول: روایت چهارم و هشتم باب چهار تسلیم را شرط کرده اند که مساوق با اذن است ۴۸۴

اشکال آیت الله سبحانی حفظه الله و جواب از آن ۴۸۴

اشکال صاحب عروه به روایات: این دو روایت با روایت اول و پنجم که فقط قبض را مطرح کرده بودند معارض هستند

..... ۴۸۵

خلاصه بحث قبل

بحث ما در مسئله ۸ تحریر بود. اصل فرع این بود که قبض در صحت وقف دخیل است. آنوقت در متن تحریر دو سه تا فرع در همین مسئله ۸ نهفته است و دو سه فرع هم به صورت مسئله بعدش آمده است. اما قبض واقعا فروعات بسیار دیگری هم دارد که ما برخی را نقل می کنیم و برخی می ماند.

فرع دومی که طرح کردیم بحث فوت واقف بود قبل القبض، که حکمش این است که بطل الوقف. این مسئله ۱۴ تحریر بود.

فرع سوم موت موقوف علیه بود که این در تحریر ظاهرا طرح نشده است. به نظر ما بنابر اینکه قبض شرط صحت باشد نه شرط لزوم، و با توجه به اینکه ما عمومات اوفوا بالعقود و امثال آن را در بحث وقف قبول نداریم، لذا به نظر می آید نتیجه در اینجا هم بطلان وقف است. کما اینکه عده ای از فقهاء قبل هم همین را فرموده اند که موت موقوف علیه هم موجب بطلان وقف است.

فرع چهارم بحث اغماء و جنون واقف یا موقوف علیه بود. طرح بحثش هم بخاطر این است که اغماء و جنون و موت سه تا مورد هستند که در عقود جائزه مطرح می شوند. آنوقت از باب اینکه وقف قبل القبض یا عقد جائز است یا کالعقد الجائز است این را مطرح کرده اند. اینجا هم نظر ما این شد که مثل موت موقوف علیه اینجا هم نتیجه بطلان وقف شد.

فرع پنجم: اعتبار اذن واقف در قبض

فرع پنجم (که امروز می خواهیم بحث کنیم که قبلا هم بطور اجمال بحث شده): اعتبار اذن واقف است.

یعنی قبض باید با اذن واقف باشد و الا فائده ای ندارد.

قبلا اشاره کردیم، ولی الان بخاطر هم ذکر اقوال و هم استدلال هایی که آنجا ناقص بود می خواهیم اینجا تکمیل کنیم.

در متن تحریر این را قبول دارد، گرچه برخی قبول ندارند که عرض می کنیم. در متن تحریر فرموده: «و يعتبر فيه أن يكون باذن الواقف». قبض باید به اذن واقف باشد.

بیان لزوم اذن در کلمات فقهاء با تعبیر اقباض یا با تصریح به لزوم اذن

در کلمات قوم عمدتا همینطور آمده است که باید قبض به اذن واقف باشد. گاهی فقهاء تعبیر اقباض دارند. گرچه اقباض لغتا مساوی نیست با اذن در وقف، اقباض، اقباض است، یعنی کاری که انجام بدهد که قبض حاصل بشود تا مستند به او بشود. اما به توجه به بحث هایی که هست این اقباض در کلام فقهاء را هم به اذن واقف حمل کرده اند.

بنابر این هم تصریحاتشان هست که يجب القبض أن يكون باذن الواقف، هم تعبیر اقباض و تقييضشان هست که استناد به وقف بنحو ما است که در آن اختیار و عمد و یک جوری هم اذن استفاده می شود. ولذا این تعابیر را باید حمل کنیم بر اینکه آنها هم اذن را قبول داشته اند.

ولذا در کلمات کسانی که در کلمات فقهاء تتبع کرده اند این آمده است که مشهور فقهاء همین است که اذن در وقف لازم است.

اما مرحوم صاحب عروه و عده دیگری و عمدتا بعدی ها اشکال کرده اند. منتهی صاحب عروه می گوید فیه اشکال، که علی القاعدة باید اینجا احتیاطی بشوند، بعد خود ایشان احتیاط می کند می گوید علاوه بر اینکه مقتضای اصالت عدم ترتب اثر هم هست.

که این از صاحب عروه عجیب است. چون صاحب عروه از کسانی است که به عمومات تمسک می کند. چه جور شد اینجا یکدفعه اصالت عدم ترتب اثر شد. مرحوم صاحب عروه هم در کتاب بیعش و هم در کتاب الوقف اینجا تمسک می کند هم به اطلاقات عمومی مثل اوفوا بالعقود و هم اطلاقات خصوصی مثل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها. همه جا ایشان به اینها رجوع کرده است، نفهمیدیم چطور شد در اینجا آنها ساقط شدند.

بله ما که قائلیم که این اطلاقات و عمومات وجود ندارند آنوقت علی القاعدة باید همین عدم ترتب اثر را بگوئیم.

بیان اقوال علماء در لزوم اذن در قبض

اما الاقوال:

نظر ابن جنید رحمه الله

از ابن جنید نقل شده است که گفته: قد بینا أنَّ الاقباض شرط فی الوقف. تعبیر به اقباض کرده است.

نظر شیخ مفید رحمه الله

شیخ مفید هم در مقنعه صفحه ۶۵۲ فرموده: «و إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع فی شیء منه و لا تغییر شرائطه و لا نقله عن وجهه و سبله». اگر وقف را از دست خودش اخراج کرد و به موقوف علیه رساند، آنوقت است که دیگر لازم می شود.

پس آن چیزی که ایشان شرط دانسته اقباض است.

و این واضح است که اگر آن طرف می خواهد خودش بدون اذن واقف قبض کند این مصداق اخراج الواقف الوقف عن يده نیست. او عصیان کرده و غصب کرده، نه اینکه اخراج الواقف عن يده. ظاهر اخراج الواقف عن يده الى من وقفه علیه این است که با اختیار و اذن این مسأله را جلو ببرد نه اینکه همینطور عدوانا از دستش گرفته شود.

ایشان در نهایت فرموده: «من شرائط الوقوف... والثانی أن یقبض الوقف ویخرجه من يده». نگفته شرط قبض است، بلکه گفته است تقبیض است، مثل اقباض. و این در کلمات ایشان تکرار شده است.

نظر ابن ادریس رحمه الله

ابن ادریس هم در سرائر فرموده: «فإذا وقف شيئاً زال ملكه عنه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه. وإن لم یقبض لم یمض الوقف و لم یلزم». اینجا به قسمت نفی هم تصریح کرده است.

پس طبق بیان ایشان آن چیزی که شرط است تقبیض است.

۱- نهاییه صفحه ۵۹۵

۲- سرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۲

عبارات محقق رحمه الله در شرایع و مختصر

محقق ره در شرایع در قسم رابع که شرائط وقف است فرموده^۱: شرائط وقف چهار چیز است: دوام، تنجیز و الاقباض و اخراجہ عن نفسه. ایشان هم اقباض را گفته است.

باز در جای دیگر فرموده^۲: «و لا يلزم الا بالاقباض».

باز ایشان در مختصر فرموده اند: «و يشترط فيه التنجيز و الدوام و الاقباض و اخراجہ عن نفسه». که همین تعبیر شرایع است.

نظر علامه حلی رحمه الله

مرحوم علامه در ارشاد تعبیر می کند به اقباض، می گوید: «و يشترط فيه العقد و الاقباض و نية التقرب ...». باز ایشان اقباض را طرح کرده است.

در تبصره باز فرموده: «شروطه القبول و التقرب و الاقباض».

در تذکره هم شبیه به همین است، می گوید: در جاهایی که وقف عمومی باشد «ولو تلفظ بالوقف و لم يحصل الاقباض ولو بصلاة واحدة أو دفن واحد و قبض حاکم الشرع لم یصر وقفا عندنا». باز اینجا تعبیر اقباض کرده است.

باز در تذکره می فرماید: وقف در جائی است که عین مملوکه باشد یتنفع بها «و یصح اقباضها». نگفته فقط قبضها.

در تذکره جلد ۲ صفحه ۴۳۲ فرموده اند^۳: «مسئلة: لا یصح وقف ما لم یمكن اقباضه لأن الاقباض شرط فی صحة الوقف عندنا». اقباض شرط است.

باز علامه در قواعد فرموده: «و يشترط تنجیزه و دوامه و اقباضه».

در مختلف فرموده^۴: «قد بینا أن الاقباض شرط فی الوقف».

۱- شرایع جلد ۲ صفحه ۱۷۰

۲- شرایع جلد ۲ صفحه ۱۶۶

۳- شرایع جلد ۲ صفحه ۱۷۰ (طبع سنگی)

۴- مختلف جلد ۶ صفحه ۳۲۲

ایشان در تحریر نیز فرموده^۱: «الرابع من شرط الوقف الاقباض فلا يصح بدونه».

عبارات شهید اول رحمه الله

شهید اول در متن لمعه فرموده است: «ولا يلزم بدون القبض باذن الواقف». ایشان دیگر تعبیر به اقباض نمی کند، بلکه تصریح می کند که به اذن واقف باشد. البته پائینتر می فرماید: «و شرطه التنجيز و الدوام و القباض و اخراجه عن نفسه». اما آن چیزی که ما دنبالش بودیم که قبض به اذن الواقف باشد اینجا تصریح پیدا کرد.

باز شهید اول در دروس ابتدا می فرماید^۲: «و سابعا (از شرائط) الاقباض». بعد در صفحه بعد فرموده^۳: «ولا بد فيه من اذن الواقف». اینجا تصریح می کند به اذن واقف.

نظر فاضل مقداد رحمه الله

فاضل مقداد در تنقیح می فرماید^۴: «قوله و يعتبر فيه القبض ... (در ادامه فوائدی را ذکر می کند بعد می گوید): الثالثة: لا بد فيه من اذن الواقف، لايقع موقعه لو كان بغير اذنه». یعنی قبض اگر به غیر اذن باشد فائده ندارد.

نظر محقق ثانی رحمه الله

در جامع المقاصد (که شرح قواعد است) اینجور است که: در متن فرموده: الوقف إذا تم زال ملك الواقف عنه، محقق کرکی می فرماید: «المراد بتمامه استجماع ما يعتبر في صحته من الايجاب و القبول حيث يشترط (چون ایشان ظاهرا در وقف های عام قبول را لازم نمی دانند) والقبض بالاذن». پس جامع المقاصد هم می گوید باید قبض با اذن باشد.

باز در همین جامع المقاصد شرائطی را که ذکر می کند غیر از آنچه که در متن قواعد آمده است، فرموده^۵: «الثالث اقباض و هو غير القبض الذي تقدم اشتراطه، لأن القبض لا يعتد به من دون اقباض الواقف و تسليطه عليه». اگر بدون اقباض واقف و تسليط او باشد قبض از پیش خود به درد نمی خورد.

^۱ - تحریر (طبع جدید) جلد ۳ صفحه ۲۹۰

^۲ - جلد ۲ صفحه ۲۶۶

^۳ - جلد ۲ صفحه ۲۶۷

^۴ - تنقیح جلد ۲ صفحه ۳۰۲

^۵ - جامع المقاصد جلد ۹ صفحه ۱۵

که عرض می کنم اینجور اقباض را یا معنا کرده اند یا اذن در قبض یا گفته اند توأم با اذن در قبض است.

سؤال: شما می فرمائید عباراتی که دارد اقباض می خواهد ثابت کند که قبض مع الاذن است. در حالی که فقهاء ما هم قبض را شرط می کنند و هم اقباض را. عباراتی که شما خواندید که اقباض داشت آنها دال بر اذن در وقف نیست، بلکه آنها اقباض است.

جواب: صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: ما اصلا بخاطر قرائنی این اقباضها را حمل می کنیم به قبض مع الاذن.

سؤال: ولی شما این را قبول نکردید.

جواب: اقباض در کلمات فقهاء یک بحث است، در نص یک بحث دیگر است. ما اقباض در کلمات فقهاء را بعید نیست بر این قبض مع الاذن حمل کنیم، ولی در روایت نمی توانیم بر این حمل کنیم که عرض می کنم. ولی منافات ندارد که اینجور معنای اقباض که رساندن به قبض باشد، در آن هم عقد و هم اختیار و هم اذن نهفته باشد. منافات ندارد که اقباض مساوی نباشد با اذن در قبض. بلکه اقباض یک کاری باشد که توأم باشد با قبض. یعنی بگوئیم اقباض بلاقبض معنا ندارد. تسلیم بدون تسلیم معنا ندارد. و نتیجه اش این بشود که اقباض یک کار اختیاری است و ظهور این تسلیم و تسلیمی که در روایات آمده توأمیت با اذن باشد. حالا آن را سر جای خودش بحث می کنیم.

سؤال: معتبر هم می فرماید: الاقباض هو القبض باذن.

جواب: بله خیلی ها اینطور گفته اند.

عبارت شهید ثانی رحمه الله

شهید ثانی در شرح لمعه در آنجایی که شهید اول در لمعه فرمود باذن الواقف، ایشان استدلال می کند می فرماید: «کغیره لامتناع التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه و الحال أنه لم یتقل الی الموقوف علیه بدونه». و فرض این است که بدون قبض هنوز مال از واقف هم منتقل نشده به موقوف علیه، پس به چه حقی اصلا تصرف می کند و بدون اذن قبض می کند. این استدلال در ذهنتان باشد تا به بحث استدلالی برسیم.

عبارت صاحب ریاض رحمه الله در شرح صغیر

صاحب ریاض در شرح صغیر (چون ریاض شرح کبیر است بر مختصر النافع، ولی ایشان یک شرح صغیر هم دارد که خیلی کتاب خوبی است. تقریباً شبیه شرح لمعه است که برای کتاب دم دستی کتاب بسیار خوبی است) ایشان می

فرماید^۱: «ولو كان القبض واقعا بغير اذن الواقف كالمقبوض بالغصب و شراء الفاسد ففي الاكتفاء به نظر و لعل العدم هنا اظهر». پس ایشان هم قبول کرده است که باید قبض به اذن واقف باشد.

نظر کاشف الغطاء رحمه الله

کاشف الغطاء تعبیر جالبی دارد، می گوید^۲: «الشرط الثالث: القبض عن اقباض من له ذلك». یعنی قبض باید باشد ولی اقباض هم باید باشد. قبض ناشی از اقباض باشد که در آن اختیار هم هست، عمد هم هست، ظهور در اذن هم دارد دیگر. می گوید مطلق قبض فائده ندارد، قبض عن اقباض من له ذلك باید باشد که له الاقباض هست. این هم ظهور دارد که باید اذن باشد.

عبارت مرحوم شیخ انصاری قدس سره در کتاب صیغ عقود و ایقاعات

مرحوم شیخ یک کتاب صیغ عقود و ایقاعات دارد که چاپ کرده اند^۳، فرموده: «بدان که وقف لازم نمی شود مگر بعد از تحقق قبض هر کسی که قبول او در صحت وقف معتبر است. و باید که آن قبض به اذن واقف باشد». پس ایشان هم قبول کرده است که باید به اذن واقف باشد.

عبارت صاحب حدائق رحمه الله

صاحب حدائق هم بعد از اینکه ادله و روایات تسلیم را می آورد و می گوید اینها تقیید می زنند روایات قبض را (که قبلا اشاره کردیم و بعدا تفصیلش خواهد آمد) می گوید خصوصا که موافق احتیاط هم هست جمعش به این است که بگوئیم باید قبض با اذن باشد.

فرمایش مرحوم سید هم که خواهد آمد.

اما فقهاء جدیدتر:

^۱ - شرح الصغير جلد ۲ صفحه ۲۳۷

^۲ - كشف الغطاء جلد ۴ صفحه ۲۵۱

^۳ - کتاب صیغ عقود و ایقاعات صفحه ۱۲۸

نظر آقای حکیم رحمه الله

مرحوم آقای حکیم در متن منهاج الصالحین (که با حاشیه آقای صدر است) فرموده^۱: «مسأله ۵: يعتبر فی صحة الوقف القبض باذن الواقف». در متن آقای حکیم می گوید باید به اذن واقف باشد.

مخالفین لزوم اذن

اما بعدی ها مثل آقای خوئی و شاگردانشان تقریباً همه اشکال کرده اند. یا گفته اند مع اشکال یا فيه اشکال یا لا یخلوا عن اشکال.

کلمات آیه الله خوئی ره و تلامذه ایشان

مثلاً تعبیر آقای سیستانی حفظه الله این است که فرموده اند: «المشهور إنه یشرط أن یكون القبض بإذن الواقف، فلو قبض الموقوف علیه بدون الاذن لم یکف، ولكنه لا یخلوا عن اشکال».

حاج آقای وحید حفظه الله و مرحوم آقای تبریزی هم همینطور فرموده اند.

مرحوم آقای خوئی هم که استاد این بزرگواران هست فرموده: «و فی اعتبار اذن الواقف فی القبض اشکال».

حالا معنای «اشکال» این است که به نظری نرسیده اند، چون فتوای به عدم که نیست. ولذا علی القاعده این بزرگواران باید احتیاط واجب کنند چون فتوای روشنی نداده اند.

پس ما هستیم و عبارات عده ای از فقهاء که تصریح می کنند که باید به اذن واقف باشد. عده ای می گویند اقباض، که به نظر ما همانطور که عده ای از فقهاء فرموده اند بعید نیست ظهور در این داشته باشد که اذن واقف هم لازم است.

اختلاف در نقل طبع های مختلف کفایه

بله مرحوم سبزواری صاحب کفایه یک حرفی دارد که اصل حرف معلوم نیست چیست. ایشان ظاهراً تنها کسی است که در مقابل نقل مشهور سکوت کرده است. بعد کسانی که مفتاح الکرامه را تحقیق کرده اند یک تذکر جالبی داده اند، می گویند در چاپ های قدیمی کفایه (همان چاپ های سنگی یک جلدی که در اختیار ماها بود) آنجا تا همینجا است. یعنی چیزی نگفته است و سکوت است. و از سکوت ایشان تأمل در بحث فهمیده اند. ولی در طبع های جدید کفایه یک عبارت

^۱ - منهاج الصالحین (با حاشیه آقای صدر) جلد ۲ صفحه ۲۴۰

اضافه دارد، بعد از اینکه قول مشهور را گفته اند، گفته اند و لم یدلّ علیه دلیل. ایشان رد کرده است قول مشهور را. فرموده اصلاً دلیلی ندارد. ولذا دو طبع ها از این حیث مختلف است، یک جا رد کرده، و یک جا سکوت است که از سکوت می شود تأمل ایشان را فهمید.

هذا كله بلحاظ الاقوال.

ادله لزوم اذن در قبض

اما ادله این قول:

دلیل اول: روایت چهارم و هشتم باب چهار تسلیم را شرط کرده اند که مساوق با اذن است

دلیل اول: روایات باب است. روایات را خواندیم، در روایات چهارم و هشتم باب رابع از احکام فی الصدقات اینجور بود که: شخصی وقف می کند برای اولادش یا غیر اولادش، بعد بر آنها قیّم قرار می دهد، بعد دارد: «و إن كانوا کبارا و لم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها».

حالا فعلا عبارت «و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه» را کنار بگذارید، چون بعدا با این هم کار داریم. عبارت این می شود که «ولم یسلمها الیهم فله أن یرجع فیها». موضوع جواز رجوع و عدم لزوم یا عدم الصّحة را تسلیم به آن اولاد کبار قرار داده است. تسلیم کار واقف است، وظاهرا بدون تسلیم هم نمی شود. این هم ظاهرش اختیار و عمد است، و هم ظاهرش این است که با اذن و خواست خودش لم یسلمها الیهم. گرچه ممکن است آدم فروضی فرض کند که در آنجا تسلیم باشد ولی مثلا اذن نباشد. ممکن است بشود فروضی فرض کرد، ولی واضح است که ظاهر تعبیر امام علیه السلام این نیست. ولو یسلمها الیهم فله أن یرجع فیها مقصود این است که یک تسلیمی است که در آن قصد و اراده و اذن و خواست خودش هم هست. این ظاهر تعبیر است.

در روایت هشتم که روایت عمروی بود از حضرت صاحب الزمان علیه السلام هم همین بود که: «ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار». باز هم تعبیر تسلیم هست، که به همان استدلال ظهور در اذن یعنی خواست خود واقف دارد. بنابر این بدون خواستش لا اقل معلوم نیست نقل و انتقالی صورت بگیرد.

اشکال آیت الله سبحانی حفظه الله و جواب از آن

اینجا آیه الله سبحانی اشکال کرده اند و گفته اند این استدلال درست نیست، چون این از باب بیان غالب است.

ولی نفهمیدیم چرا. تعبیر یسلمها یا ما لم یسلم خب هر عنوانی که در روایت مأخوذ است ظهور اولی اش این است که خودش موضوعیت دارد مگر اینکه قرائنی بیاید. اینکه یک قیدی غالبی باشد و وارد مورد غلبه باشد این اول کلام است. تا یک قرینه روشنی دلالت نکند ما نمی توانیم قید را حمل کنیم. اگر از تسلیم، عمد و اراده و خواست و اذن فهمیده می شود، حمل اینکه این غالبی است را از کجا می گوئید؟ دلیلی واقعا ندارد.

اشکال صاحب عروه به روایات: این دو روایت با روایت اول و پنجم که فقط قبض را مطرح کرده بودند معارض هستند

بله یک اشکال دیگری وجود دارد، مرحوم سید در ملحقات عروه می فرماید این روایت معارض است با روایت اول و پنجم باب که قبلا خواندیم که در روایت اول که روایت محمد بن مسلم است می گوید إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. در روایت پنجم که روایت عبید بن زراره است می فرماید: إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. در این دو روایت عنوان را قبض قرار داده است نه تسلیم و اقباض.

(اینجا خوب دقت کنید ببینیم این تعارض درست است یا نه. چون ما ظاهرا قبلا تعارض را پذیرفته بودیم حالا می خواهیم اشکال کنیم).

آنوقت مرحوم سید می فرماید: تعارض است. چون دو روایت اول که خواندیم جعلوا المناط التسلیم و الاقباض. ولی روایت اول و پنجم ظاهرش این است که مناط را قبض قرار داده است. می گوید اینها تعارض دارند.

جواب از تعارض و حمل مطلق بر مقید

ولی به نظر ما تعارض درست نیست. برخی از فقهاء قدیم تر مثل صاحب حدائق حمل بر مطلق و مقید کرده اند. ببینیم این حمل درست می شود یا نه.

روایت چهارم و هشتم که در آن تسلیم مطرح است تحلیل ما اینطور می شود که تسلیم یک کاری است مضاف به واقف، و بدون تسلیم که نمی شود. لبّ این تسلیم عبارت است از کاری که واقف می کند که به قبض می رسد می شود قبض خاص. اقباض و قبض خاص فرقی نمی کند. گرچه به لحاظ لغوی فرق می کنند، قبض کار موقوف علیه است ولی اقباض کار واقف است، ولی به لحاظ معیاری فرق نمی کند. اقباض یعنی آقای واقف به اختیارش و عمدش و خواست و اذن خودش قبض را محقق کرده است آن قبضی که باید از ناحیه موقوف علیه محقق بشود. چون اقباض بدون قبض نمی شود. تسلیم بدون تسلیم نمی شود. حالا تسلیم هر چه باشد. ممکن است در غیر منقول تسلیم و اقباض غیر از تسلیم در

منقول باشد. ولی هر چه مصداقش باشد تسلیم بدون تسلیم نمی شود. نمی شود بگوئیم تسلیم کرد ولی تسلیم نشد. این معنا ندارد.

اگر این باشد پس تسلیمها توأم هستند با قبض خاص.

پس بین روایت اول و پنجم که معیار را قبض قرار داده است با روایت چهارم و هشتم که معیار را تسلیم که قبض خاص است قرار داده است، وجه جمع وجود دارد و حمل مطلق بر مقید می شود نه اینکه تعارض کنند. یک روایت می گوید قبض شرط است و اطلاق دارد چه به اذن باشد و چه نباشد. روایت دیگر می گوید این قبض با اذن باشد.

سؤال و جواب: مثبتین چرا حمل نشوند؟ یعنی دو تا شرط که نمی خواهد قرار دهد.

سؤال: پس در اکرم العالم و اکرم العالم الفقیه چه می گوئید؟

جواب: حمل می شوند دیگر.

سؤال: اگر اینطور باشد همیشه باید زیر مثبتین بزنیم.

جواب: اگر تعدد مطلوب باشد یک داستان است، ولی اگر وحدت مطلوب بود حمل می شود.

من چیز دیگری می خواهم عرض کنم، می گویم: اگر یک عنوان مستقل بود شاید همینطور بود. ما که می گفتیم اقباض یک چیز است و قبض چیز دیگر، در این صورت تعدد عنوان است و شاید حمل نشود. اما اگر اقباض را اینطور تحلیل کنیم که درست است که اقباض کار واقف است، اما لیس الاقباضی که با اختیار و اذن واقف واقع می شود. اقباض چیز دیگری نیست بلکه می شود قبض خاص.

سؤال: شاید قید اضافه می گوید اگر با اذن بود بهتر است.

جواب: چیز بهتر بگوید یعنی چه؟ می گوید ما لم یسلم بالخیار است یعنی واقع نشده یا لزوم ندارد. که ما گفتیم شرط صحت است و اصلاً واقع نشده است. اگر بگوئید اقباض شرط مازاد است معنایش این می شود که قبل از اینکه اقباض صورت بگیرد نقل و انتقال نشده است. و بعد الاقباض نقل و انتقال می شود آنوقت چطور با قبض جمع می شود. همان تعارضی است که سید ره می گفت.

سؤال و جواب: می گوئیم آن تعارضی را که سید مطرح می کرد و ما آنجا قبول کردیم که چون تعارض می کند اگر عام فوقانی داشتیم فهو و الا اصالة الفساد محکم است الان استدراک می کنیم.

اما اگر گفتیم اقباض چون باید با قبض مساوق باشد، و اصلاً تسلیم عبارت است از کاری است که تسلیم حاصل شود. خب تسلیم همان قبض است. پس فقط قصد و عمد و اذن و خواست واقف در تسلیم اشراب می شود، که همان قبض توأم با اینها است. خب می شود قید آن.

ولذا مرحوم صاحب حدائق می گوید به نظر می آید این روایت چهارم و هشتم آن دو روایت قبض را تخصیص می زند.

به نظر می آید این جمع عرفی تر است. تعارض در جایی است که دو ملاک تشخیص بدهیم، یک ملاک قبض باشد و یک ملاک اقباض. آنوقت بگوئیم چون گفته است ما لم یقبض، یا اصلاً نقل و انتقال نیست یا لزوم نیست. یکی می گوید ما لم یسلم نیست. خب تعارض می کنند. اما اگر بگوئیم این تسلیم چیزی جز قبض خاص نیست، خب بر همدیگر حمل می شوند.

سؤال: در بحث دین چه می گوئید. در بحث دین هم تسلیم هست که دائن تسلیم می کند و اگر طرف تسلیم نکند از گردن دائن ساقط می شود. اینجا فاصله افتاده بین تسلیم و تسلیم.

جواب: چه ربطی به بحث ما دارد؟ اینجا هم بعضی ها گفته اند اقباض نه آن چیزی است که مطاوعه اش قبض است. بلکه اقباض همان کاری است که واقف می تواند انجام بدهد که بدون قبض هم ممکن است حاصل شود. که بعضی گفته اند که در بحث قبل روی این اساس گفتیم تعارض می شود. اما عند التأمّل می گوئیم اقباض بدون قبض نمی شود، تسلیم بدون تسلیم نمی شود. حالا در باب دین ممکن است استظهار خاصی از قرائن باشد، والا تسلیم بدون تسلیم نمی شود. اگر آنجا هم تعبیر تسلیم باشد همین را باید قبول کنیم. تسلیم ظاهرش این است که توأم با تسلیم است. اقباض هم ظاهرش این است که توأم با قبض است. حمل آن در روایت بر اذن در قبض اول کلام است. چه کسی این را گفته است؟ اگر بگوئیم اذن، او قابل انفکاک از قبض هست. می شود طرف اذن در قبض بدهد ولی قبض حاصل نشده باشد. ما عبارت فقهاء را که کنار بگذاریم می گوئیم در روایت که تعبیر ما لم یسلم فهو بالخیار دارد، این یسلم تسلیمی است که با تسلیم مساوق است. یعنی تسلیم دارد والا تسلیم صدق نمی کند. اگر اقباض هم در روایت بود همین است.

ولذا از تسلیم چیزی بیش از حصول القبض مع قصد و اراده و خواست واقف نمی فهمیم. می شود قبض خاص. و چون مسلم است که اینجا دو تا شرط نمی خواهند بگویند، لذا حمل می شود مطلق بر مقید و مطلب حل می شود و تعارضی در اینجا نیست.

این یک بحث است. بنابر این فرمایش سید ره که می گوید تعارض می شود و دیگر هم نمی گوید چه می شود و می گوید ولذا فیه اشکال. می گوئیم آن اشکال مرتفع و قابل حل است به همین بیانی که فقهاء گفته اند.

بله یک بیان دیگری وجود دارد برای اثبات لزوم اذن. ببینیم این بیان درست می شود یا نه انشاءالله فردا.

باسمه تعالی

- ۴۸۹ خلاصه گذشته: اشتراط اذن واقف در قبض
- ۴۹۰ استناد به روایت صفوان بر صحت قبض بدون اذن واقف
- ۴۹۱ اشکال بر استناد به روایت
- ۴۹۱ معنای صحیح روایت صفوان
- ۴۹۲ استدلال دیگر بر اشتراط اذن واقف در قبض: حرمت تصرف در ملک غیر
- ۴۹۳ پاسخی از این استدلال
- ۴۹۳ خلط تصویر و تطبیق صحیح سبب و مسبب در پاسخ
- ۴۹۴ شقوق نهی از سبب و ملازمه آن با بطلان
- ۴۹۵ سه اشکال بر این استدلال
- ۴۹۵ اشکال اول: عدم تعلق نهی به سبب در بحث
- ۴۹۶ اشکال دوم: اخصیت دلیل از مدعا
- ۴۹۷ اشکال سوم: تحقق حق تصرف برای موقوف علیهم به صرف وقف
- ۴۹۷ عدم صحت اشکال سوم
- ۴۹۸ فرع ششم در مسئله ۸: تعیین قابض

خلاصه گذشته: اشتراط اذن واقف در قبض

بحث در این بود که آیا در قبض که در وقف شرط است آیا اذن واقف در قبض شرط است یا نه اگر قبض بلا اذن حاصل شد کافی است.

یکوقت ما می خواهیم این مسئله را از روایات استفاده کنیم به بیان دیروز. ولی فقهای مثل مرحوم سید و دیگران در آن اشکال کردند. می گویند گرچه ممکن است از روایات «ما لم یسلم فهو بالخیار» استفاده شود لزوم اذن، ولی معارض دارد. آن روایاتی که می گفت لو مات الواقف قبل القبض فهو میراث، آنها قبض را شرط کرده اند. و اینها تعارض می کنند. دیروز این تعارض را جواب دادیم.

استناد به روایت صفوان بر صحت قبض بدون اذن واقف

یک مطلبی باقی می ماند به نفع کسانی که قائلند بدون اذن هم قبض تمام است. و آن روایت چهارم همین باب یعنی روایت صفوان بود، که اگر شخص بر اولادش وقف کرد فروضی داشت، اگر صغار بودند قیم نصب کرده باشد، و اگر کبار باشند «و إن كانوا کبارا و لم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها». برخی می گویند معنای این جمله و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه این است که شخص بر اولاد کبارش وقف کرده است و هنوز وقف را تسلیم آنها نکرده است. و اگر اینها اولاد باشند (چون غیر هم دارد) نیامدند با پدرشان مخاصمه کنند تا از پدرشان تحصیل کنند این وقف را، فله أن یرجع فیها. مادامی که لم یسلم و آنها هم مخاصمه نکرده اند فله أن یرجع فیها.

کسانی که می گویند اذن لازم نیست، می گویند این فقره از روایت دلالت می کند که این اولاد کبار با اینکه هنوز به آنها تسلیم نشده بود و قبض نکرده اند می توانستند با پدرشان مخاصمه کنند برای حیازت این مال موقوفه. پس معلوم می شود که با طرح دعوا بدون میل واقف اگر اینها تحصیل کنند وقف تمام است. و الا وجهی نداشت که بگویند و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه. یعنی اگر یحوزوها عنه، اگر این اولاد کبار تحصیل و حیازات می کردند این وقف را از پدر با مخاصمه، این کافی بود. چون فله أن یرجع را مترتب کرده است به عدم تسلیم واقف و عدم مخاصمه کبار تا یحوزوها عنه، یعنی اگر مخاصمه می کردند و یحوزوها عنه می شد دیگر له أن یرجع نبود و وقف تمام بود.

پس از این فقره استفاده می شود که اذن لازم نیست، بلکه بالاتر می توانند دعوا کنند و با طرح دعوا حیازت کنند. معلوم است که پس اذن لازم نیست.

مرحوم سید به این استدلال کرده است و بعد می گوید و یشکل المسئلة، لذا احتیاط واجب می کند و بعد هم از باب عدم ترتب اثر می گوید. دیگران هم می گویند مشکل است ظاهرا از همین تعارضها می گویند.

اشکال بر استناد به روایت

ولی به نظرم این فقره به این بیان درست نیست. چون این فقره علی ای حال یک بیان و تبیین خاص خودش را می طلبد، ولو شما قائل باشید که این شرط لزوم است. ما در بحث قبض یا شرط صحت می دانیم یا شرط لزوم می دانیم. اینکه قائل باشیم قبل از قبض اینها می توانند طرح دعوا کنند و از او حیازت بکنند با «فله أن يرجع فیها» نمی سازد حتی بنابر اینکه قبض شرط لزوم باشد. اگر قبض شرط صحت باشد که واضح است. یعنی بدون قبض اصلاً این اولاد مالکیتی ندارند. اگر شرط لزوم باشد معنایش این است که مالکیت دارند ولی در عین حال واقف له الخيار در اینکه برگردد و اقباض نکند و لذا وقف را تمام نکند ولو به همین مقدار. خب با توجه به له أن يرجع اگر قبض را به عنوان شرط لزوم هم قبول کنیم، تعبیر و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه با این بیانی که آقایان می کنند درست نمی شود که می گویند این اولاد کبار حق دارند با پدر مخاصمه کنند و از او حیازت کنند. این چه جوز با خیار جور می آید؟ چه جور با اختیار واقف که قبل القبض له أن يرجع سازگار است که می گوید ولم یسلمها الیهم فله أن يرجع فیها؟ با این سازگار نیست.

سؤال: چه منافاتی دارد؟ جواب: چون اگر شرط لزوم است یعنی قبلش لازم نیست.

سؤال: مقید به چند قید است یک قیدش از بین رفت. جواب: پس نگوئیم قبض شرط لزوم است و با قبض تمام می شود. اینهایی که می گویند شرط لزوم است می گویند فإذا قبض ولو بدون اذن قبض که حاصل شد تمام است. کسی نگفته است که قبل القبض می توانند بروند طرح دعوا کنند. این حرف که قبل القبض طرح دعوا کنند تا حیازت کنند یک حرف سومی است. حرف قول عدم لزوم نمی شود که عده ای گفته اند.

معنای صحیح روایت صفوان

به نظر می رسد تبیین این جمله این است که به این به عنوان یک امر خارجی اشاره شده است. یعنی اگر پدری برای اولاد خودش وقف کرد و هنوز وقف را تحویل اینها نداده و آنها هم نرفته اند مخاصمه کنند که وقف را از او بگیرند. نه گرفتن زورکی است و نه دعوای در دادگاه است، بلکه پدر و فرزند بوده اند، فرزند نرفته پیش پدرش الحاح کند که این وقفی که برای ما کرده ای تحویل بده. اینکه و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه مثل جمله معترضه است به عنوان بیان یک واقعیت غالبی، که اگر اولاد شخص مورد وقف قرار گرفتند و پدر آمد مثلاً چند تا خانه را وقف اولادش کرد، فرزندان می گویند تحویل بده تا از این موقوفه استفاده کنیم و در آن بنشینیم. نه اینکه از باب استیفاء یک حقی باشد. هنوز حقی ثابت نیست.

پس این و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه انصافا اگر هم ظهور در عرض ما نداشته باشد لااقل یک احتمال معقولی است. پس ظهوری ندارد و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه به معنای این باشد که حق دارند طرح دعوا کنند و از او تحصیل کنند، تا بعد ما اشکال کنیم که با این وجود دیگر اذن واقف معنا ندارد، بلکه می شود با او طرح دعوا کرد و به رغم انفس ملک را از او گرفت. معنایش این نیست.

سؤال: روایت سوم مخاصمه را جور دیگری معنا می کند، در این روایت می گوید: تصدق اُبی علی بدار و قبضتها ثم وُلد له بعد ذلک اولاد فأراد أن يأخذها منی... .

جواب: آن مورد دیگری است. در آنجا اصلا ولد جدیدی برای او می آید می خواهد وقف را عوض کند.

سؤال: اینجا هم می گوید فخاصمه. جواب: بله داریم ولی موضوعش چیز دیگری است که می خواهد وقف را عوض کند. که اولاد قبول ندارند می گویند تو برای ما وقف کرده بودی. که بعضی ها به همین استشهاد می کنند که قبض هم صورت گرفته است. اصلا خودش قبضتها هم دارد. قبض کرده بوده وقف تمام بوده، طرف خواسته وقف را عوض کند و ولد جدیدی را در این وقف داخل کند. طرف می گوید وقف تمام است لذا رفته مخاصمه کرده است. اینکه روشن است. پس چون این احتمال در روایت می آید، پس دیگر جایی برای استدلال اینکه ما این را حمل کنیم بر مخاصمه دعوایی و طرح دعوایی که بدون اذن بخواند حیات کند این نیست.

بنابر این دلیل اول اگر دوستان بیان ما را پذیرفتند که روایت سَلَمَها به معنایی است که مطاوعه آن تسلیم است، و مصداق ندارد که ما بگوئیم اقباض کرده ولی قبض نیست یعنی تسلیم کرده بدون اینکه تسلیم باشد، نهایت می شود مساوق با تسلیم خاص. این تسلیم ظهور دارد که عن اختیار و عن ارادة است و اینکه اذن داده است به آن طرف برای تسلیمش. ظاهرش این است. پس می شود قبض خاص. جمعش با روایاتی که مطلق قبض است می شود اطلاق و تقیید. اگر این را بگوئیم می شود از باب تقیید آن روایات، نتیجه این می شود که ما نیاز به اذن را حسب فتوای مشهور می توانیم تصحیح کنیم. و الا مشکل می شود.

استدلال دیگر بر اشتراط اذن واقف در قبض: حرمت تصرف در ملک غیر

عده ای استدلال دیگری کرده اند. اگر در ذهنتان باشد دیروز در اقوال که می خواندیم فرمایش شهید ثانی را در روضه دیدیم که ایشان در شرح لمعه فرمود: وجه اینکه باید به اذن واقف باشد بخاطر این است که تصرف در مال غیر است. چون شهید ثانی از کسانی است که قبض را شرط صحت می داند. جاهای دیگر هم حتی لزومی که در کلام قوم است می گوید

باید حمل کنیم آن را بر همین که شرط صحت است. ایشان قرائن متعددی آورده است. حالا آن حرف درست باشد یا نباشد کاری به آن نداریم و فعلاً دخلی در بحث الان ندارد. چون ایشان شرط صحت می داند، می گوید بنابر این واقف وقتی مال را وقف می کند قبل القبض از ملکش بیرون نمی رود بلکه هنوز در ملک خودش هست. خب در ملک من است. این آقای موقوف علیه بدون اذن من چه حقی دارد که این مال را قبض کند؟ ملک هنوز ملک من است، به چه مناسبتی موقوف علیه تصرف می کند؟ این تصرف بدون اذن تصرف عدوانی است و محرم است. محرم که شد می خواهند بگویند عقد اثر ندارد و باطل است.

پاسخی از این استدلال

برخی در جواب این استدلال فرموده اند: شما قاعدتا از این محرم بودن نهی درست می کنید. می گوید نهی اگر به سبب بخورد ما نمی گوئیم این موجب بطلان است. نهی اگر به مسبب بخورد می گوئیم موجب بطلان است. بعد هم مثال هایی می زنند، می گویند: در اینجا ما یک سبب داریم که قبض است، یک مسبب داریم که استیلاء است. بعد می گویند قبض که سبب است محرم باشد، اما نهی از سبب موجب بطلان نیست. بلکه نهی از مسبب است که موجب بطلان است. کما حرر فی الاصول بعد مثال می زنند می گویند نهی از مسبب مثل نهی از اکل ثمن و مثنی. بعد برای نهی از سبب مثال می زنند، می گویند: فلو وزن المبیع بمیزان الغیر فالبیع صحیح و التسلیم مثله، هم بیع صحیح است و هم تسلیمش ولو کان السبب منهیا عنه.

خلط تصویر و تطبیق صحیح سبب و مسبب در پاسخ

فرمایش ایشان بطور کلی قابل بحث است که الان عرض می کنم. اما مثال ها به نظرم عجیب است. چون مثلاً وزن مبیع به میزان غیر این اصلاً ربطی به سبب ندارد. سبب و مسببی که در معاملات می گویند و در اصول هم بحث کرده اند و در فقه هم تطبیق می کنند (که نهی از سبب آیا موجب فساد است یا نه، نهی از مسبب موجب بطلان است یا نه)، این است که: سبب عقد است، ایجاب و قبول است با شرائطش، و مسبب هم آن تملیک و تملک و صلح و استنباه و غیره است که ما حاصل عقد است.

بعد بحث می کنند که اگر نهی به عقد بخورد، اگر مثلاً در غرر بیع غرری موضوع باشد، که «نهی النبی عن الغرر» اگر اینطور باشد، می گویند نهی خورده است به بیع غرری که ظاهرش سبب است. اگر نهی بخورد به تملیک و تملک، این یک بحث است. ولی اگر نهی بخورد به اکل الثمن و المثنی، این مسبب نیست، بلکه اکل ثمن و مثنی از آثار مسبب است.

یعنی ما یک عقدی داریم، انشاء، ایجاب و قبول و شرائطش، یک تملیکی داریم تسبیبی از ناحیه این مباشرها که تسبیب می کنند برای تملیک عقلائی که آن مسبب است موضوع قرار می گیرد برای تملیک عقلائی که اعتبار ملکیت کنند. پس تملیک می کنند بالتسبیب. یعنی ما کاری می کنیم که عقلاء ملکیت بیاورند. این می شود تملیک تسبیبی و مسبب. وقتی تملیک حاصل شد در ثمن و مثنی، از آثارش جواز اکل است. حالا اگر شارع برود سراغ آن حکم و بگوید اكله سحت، دارد حکم را می زند بالاتزام و می گوید مسبب نیست. چون نمی شود که ملک من باشد ولی بگوید نمی توانی در ثمن یا مثنی تصرف کنی. پس اینکه ثمن یا مثنی را نمی توانی تصرف کنی، این کشف می کند که آن مسبب و تملیک حاصل نشده است. خب این خودش واضح است که معنایش بطلان است. اگر شما عقدی بخوانی، ولی تملیکی که مسبب است حاصل نشود باطل است، اما نه از باب اینکه نهی از مسبب است. دقت کنید این خلط بحث شد. اکل ثمن و مثنی در مثل مبیع مسبب نیست بلکه حکم مسبب است. وقتی شارع حکم مسبب را بار نکرد بلکه برعکسش را بار کرد و گفت حرام است، می فهمم که مسبب نیامده است، نه اینکه نهی از مسبب شده است. این یک خلط بحثی شده است که این را مثال زده اند برای نهی از مسبب.

بعد هم گفته اند ولو وزن المبیع، خب وزن مبیع مگر سبب است؟ وزن مبیع با میزان غیر ممنوع است چون تصرف در ملک دیگری است، ولی اصلاً نهی از سبب است؟! مگر وزن کردن جزء سبب است. در معاملات به سبب تکوینی خارجی که سبب نمی گویند. عقد سبب است، ایقاع سبب است. ولی وزن از باب این است که چون تعیین مقدار ثمن و مثنی جزء شرائط عقد است، من خارجاً برای اینکه وزن کنم از میزان دیگری استفاده کرده ام. من در واقع برای حصول آن شرط این کار را خارجاً انجام داده ام. چه ربطی به سبب دارد؟ مگر توزین کردن یکی از اسباب است؟! معلوم بودن وزن جزء شرائط است یا شما بگوئید دخالت در صحت عقد است، (که همین هم معلوم نیست) ولی معلوم بودن شرط است، ولذا اگر خودتان یقین دارید نیاز به وزن کردن ندارد. پس وزن کردن مقدمه تعیین است. آنوقت اگر در مقدمه چیزی منهی بود نمی شود {مصدق} نهی از سبب. پس این مثال غلط است.

شقوق نهی از سبب و ملازمه آن با بطلان

علاوه بر اینکه تازه می رسد به یک نکته ای که مرحوم سید و دیگران در این بحث گفته اند و صحیح هم هست که اصلاً نهی در اینجا نهی از سبب است تا ما بحث کنیم؟ نهی از یک عنوان دیگری است. ما یک نهی از سبب داریم، مثل اینکه از بیع نهی کنند، مثل نهی از بیع وقت النداء یا بیع غرر. یک نهی داریم از مسبب که تملیک و تملک و غیره است. یک نهی داریم از یک عناوین دیگر خارج از معامله که قد جمع مع المعاملة. مثل چی؟ مثل همینجا که شما فرض کنید قبض

بخشی از معامله است. حالا یا جزء السبب است که تعبیر صاحب مسالک بود و مورد اشکال قرار گرفت، یا شرط است و شرط را ما خارج از ماهیت می دانیم، ولی بالاخره جزء سبب التام است. یعنی شرط و عدم المانع و خود مقتضی. بالاخره بخشی از سبب تام است. اگر نهی بخورد به قبض و قبض در جائی منهی باشد، می شود منهی بودن سبب ولو بخشی از آن. می رود داخل در آن کبری که نهی از سبب آیا موجب فساد هست یا نه. آنجا در اصول بحث کرده اند. بحث هم این نیست که فرموده باشند نهی از سبب مانع نیست. بلکه نهی از سبب اگر نهی مولوی تعبدی شد ممکن است ما بگوئیم ثبوتاً منافاتی ندارد با جواز وضعی یعنی ممضاة بودن وضعی. آیه الله خوانساری هم در جامع المدارک اینجا همین را می فرماید. می گوید ما قبلاً در بحث رهن گفتیم که عقد می شود منهی باشد ولی ثبوتاً ممضاة باشد. نهی مولوی تکلیفی از سبب می فرماید منافاتی با امضاء وقف ندارد. منتهی اینجا اگر بخواهیم حق مسئله را اداء کنیم باید چیز دیگری بگوئیم. چه بگوئیم؟ در اصول گفته شده است که نهی از معامله قد یكون ارشادا الى الفساد. این را هم باید بگوئیم، خیلی وقتها ممکن است اینطور باشد. اما اگر نهی ارشادی نبود بلکه مولوی محض بود و در آن ارشاد نبود، آنوقت این بحث پیش می آید که نهی مولوی از سبب آیا موجب فساد هست یا نه. برخی همین را هم گفته اند.

در ذهنم هست که مرحوم نائینی در بحث بیع یک حرفی دارد که گوئی نهی در وعاء تشریع ممنوع می کند حصول این عقد را. این نمی سازد با امضاء عقد. منتهی محققین از ایشان نپذیرفته اند.

عرض ما این است که بنابر این نهی از سبب دو شق دارد، یکی اینکه نهی ارشاد به فساد باشد. مرحوم والد ما می فرمود لسانش این است، یعنی نکن که نمی ماسد، یعنی این معامله محقق نمی شود. این ارشاد به فساد است. یا نه، مثل نهی از نماز وقت النداء بگوئیم ظاهرش نهی مولوی تکلیفی است. اگر این شد ثبوتاً می سازد با اینکه ممضاة باشد. یعنی عمل من در ایجاد حق حرام باشد اما اگر ایجاد کردم ممضاة باشد و محقق باشد. این درست است.

سه اشکال بر این استدلال

اشکال اول: عدم تعلق نهی به سبب در بحث

حالا در باب قبض اصلاً ببینیم این هست که این همه بحث کرده اند که نهی از سبب مفسد نیست نهی از مسبب باید باشد و بعد مثالهای نادرست هم زده اند. ولی اصلاً این نهی از سبب نیست. نهی از سببی که بحث می کنند نهی از سبب واجزاء سبب است که از آن چیزی که حقیقتاً سبب هست نهی شده باشد مثل نهی از بیع، یا نهی از قبض اگر گفتیم بخشی از سبب تام است. از قبول یا ایجاب نهی شده باشد، این می شود نهی از سبب. اما اگر نهی شده باشد از تصرف در

مال غیر، این اصلا امر اجنبی و خارج از سبب و مسبب هر دو است. نهی از تصرف مال غیر است، نه اینکه نهی از عنوان بیع یا نهی از عنوان قبض شده باشد تا بعد بحث کنیم که آیا موجب فساد هست یا نه. نهی از تصرف در مال غیر شده است. خب نهی از تصرف در مال غیر چه ربطی به سبب و مسبب دارد؟ یک امر جانبی و عنوان دیگری است، ولو خارجا منطبق بشود ولی آن عنوان منهی است نه سبب و مسبب. این اصلا وجهی برای بطلان ندارد.

پس در واقع اینجا به شهید ثانی و کسانی که این استدلال را پذیرفته اند چند اشکال وارد است:

اشکال اول این است که نهی در اینجا نه از سبب است و نه از مسبب. اگر نهی از مسبب هم بود باید می دیدیم که آیا به لحاظ ارشاد در فساد است یا نه. اینجا که اصلا نهی از عنوان سبب نیست تا بگوئیم ارشاد به فساد است. نهی از عنوان دیگری کرده اند. گفته اند تصرف در مال غیر نکنید و ممنوع است، خب این ربطی به سبب و مسبب ندارد تا ما فرض ارشاد به فساد کنیم یا بگوئیم حکم مولوی صرف است و فساد نمی آورد. پس ربطی به آن ندارد. این یک اشکال.

اشکال دوم: اخصیت دلیل از مدعا

اشکال دیگر به فرمایش این بزرگواران این است که: اصلا چه کسی گفته است این منهی است؟ به تعبیر مرحوم سید برهان شما اخص از مدعا است. مدعا این است که اذن واقف لازم است مطلقا و در همه فروض. این چیزی که شما می فرمائید اخص است. چرا؟ برای اینکه ممکن است که این عین در دست موقوف علیهم باشد بوجه مأذون، مثل اینکه عاریه یا ودیعه در دستش باشد یا طرف، وکیل واقف باشد و عین در دستش باشد. همه با اذن در دستش هست، چه کسی گفته است حرام است؟ بنابر این می گویند این اخص از مدعا است.

ممکن است شما بگوئید اگر مأذون است که شرطش حاصل است دیگر. پس نگوئید که اذن لازم است و اگر مأذون نبود بر او حرام است تا اخصیت دلیل از مدعا پیش آید. در اینجا اذن حاصل است.

{اما این پاسخ از اشکال صحیح نیست زیرا} اذنی که شخص در ودیعه یا عاریه ای که در دستش هست دارد یا وکیل {در مالی که نزدش به وکالت گذاشته شده است دارد} فقط اذن از همین جهات است نه {اینکه از حیث} وقف هم مأذون در قبض باشد. {و اذن در قبض} بحث دیگری است.

پس ما می توانیم فرض کنیم عین در دست فرد است، و تصرف او به این نحو که قبض کند فرض دارد، بدون اینکه به جهت قبض وقفی مأذون باشد، این {صورت} ممکن است و در عین حال {اید او امانی بودن} محرم نیست، چون مأذون بوده است در اینکه مال در دستش باشد.

پس استدلال شما که از طریق غیر حرام بودن تصرف در مال غیر جلو آمدید اخص از مدعا است.

اشکال سوم: تحقق حق تصرف برای موقوف علیهم به صرف وقف

یک اشکال سومی هم مرحوم سید دارد که ما نمی فهمیم. البته برخی شارحین تحریر تقریباً این اشکال را پذیرفته و بدون ارجاع به سندش این استدلالها را ذکر کرده اند. آن اشکال این است که بگوئیم: به صرف عقد وقف گوئی یک حقی برای موقوف علیهم ایجاد می شود که دیگر تصرف آنها تصرف عدوانی محسوب نمی شود. بیان سوم مرحوم سید این است که چه کسی گفته است که با وجود عقد اصلاً تصرف، تصرف عدوانی است و محرم است؟

عدم صحت اشکال سوم

ما حرف ایشان را نمی فهمیم. بخاطر اینکه اگر شرط صحت باشد که خیلی روشن است. مال اصلاً منتقل نشده است. وجه اینکه مالی که منتقل نشده و هنوز مال خودم هست آن آقا بتواند بدون اذن من قبضش کند چه وجهی دارد؟ به صرف عقد و انشائی که هنوز سببیتش در تملیک تمام نشده این حرف چه وجهی دارد؟

حتی اگر ما انتقال را بپذیریم باز هم ممکن است همین اشکال را نسبت به فرمایش مرحوم سید داشته باشیم. چون حسب نص روایت «له أن يرجع قبل القبض». «و اگر موقوف علیهم مال موقوفه را قبض کنند راه له آن يرجع را بر واقف می بندند. واقف قبل القبض آزاد است که برگردد یا برنگردد، چه کسی گفته است که موقوف علیهم حق دارند با وجود اینکه واقف خیار دارد که قبل القبض برگردد علی رغم انفس و با قهر و غلبه مال موقوفه را قبض کنند تا وقف را تمام کنند و واقف نتواند برگردد. چه کسی گفته چنین حقی دارند؟ این اول کلام است. یعنی سیاق اینکه ما لم یسلم فهو بالخیار واقعا سیاق آزادی واقف است در تسلیم. شما قهراً علیه می خواهید بروید از او بگیری و وقف را تمام کنید. این خلاف آن آزادی است که از ما لم یسلم فهو بالخیار استفاده می شود.

بنابر این استدلال سوم ایشان درست نیست.

نهایتاً این می شود که ما برای اشتراط اذن واقف که مشهور بین فقهاء است که دیروز هم اقوالش را خواندیم، بهترین دلیل همان تعبیر ما لم یسلم است که ظهور در اذن دارد. تعارض را هم حل کردیم و گفتیم تقیید است نه تعارض.

از باب استدلال دوم انصافاً ما راهی برای اثبات اذن واقف نداریم که بگوئیم این شیء ممنوع است چون تصرف در مال غیر است. حتی آن شقش هم که تصرف در مال غیر است این اثبات نمی کند که قبض کرده اند بی فائده است و اثر ندارد.

سؤال وجواب: شهید اول که در متن لمعه می فرماید اذن شرط است، نه تکلیف، بلکه یعنی اگر قبض بدون اذن بود قبض کلاقبض است و اثر وضعی دارد. ایشان دارد او را استدلال می کند.

فرع ششم در مسئله ۸: تعیین قابض

ما فهمیدیم وقف را با قبض تمام می کنند، روایت اینطور فرمود. اما چه کسی باید قبض کند؟ صوری از مسئله واقعا مشکل است.

ما در حل این فرع اولاً باید در مرحله اولی بین وقف عام و خاص فرق بگذاریم کما اینکه در متن فرق گذاشته اند. آیا وقف بر اولاد است نسلاً بعد نسل که وقف خاص است، یا وقف بر عموم است. وقف بر عموم هم دو جور است: یکوقت وقف بر جهات و مصالح عامه است مثل مسجد و خان و قنطره، یکوقتی وقف بر عنوان کلی است مثل فقراء، علماء، طلاب و امثال اینها. باید هر یک از اینها را حساب کنیم که متن را می خوانیم.

قبل از اینکه ما بخواهیم به این مسئله برسیم و برخی از اقوال را نقل کنیم، ابزاری که برای تصمیم گرفتن در اینجا داریم سه چیز است: یکی روایات خاصه است، دو روایت در عنوان قبض داشتیم، که آیا عنوان قبض که ما داریم و قرائنی که در این روایت داریم، که به نظر می آید از اینکه اولاد کبار گفته اند یک چیزی بشود از آن استفاده کرد، یا ممکن است از خود اولاد بودن بشود چیزی استفاده کرد. این را باید دقت کنیم. در روایت می گوید ما لم یقبضوا فله الخيار که مفهومی این است که اگر قبض کرد دیگر لیس له آن يرجع چه چیزی می شود استفاده کرد؟ چه کسانی باید قبض کنند.

این یک بحث است. یعنی یکی از ابزار ومؤلفه هایی که کمک می کند که ما بتوانیم مسئله را حل کنیم این چند روایت است.

یک مسئله هم تصمیم راجع به این است که اگر نتوانستیم از روایات یک بیان خاصی پیدا کنیم اصل چیست؟ ما می گوئیم اصل اصالة عدم ترتب الاثر است که نتیجه اش این است که اگر شک داریم که قبض طبقات بعد لازم است یا نه باید بگوئیم لازم است، یعنی باید احتیاط کنیم. برخلاف کسانی که اوفوا بالعقود را قبول دارند، یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را قبول دارند، آنها شاید لزوم نباشد اینجوری فکر کنند.

یک نکته مهم دیگر این است که: وقتی وقف بر عناوین می شود مثل علماء، فقراء و طلاب، این آیا وقف بر جنس است؟ واگر وقف بر جنس شد چه کسی قبض کند؟ آیا یک نفر کافی است قبض کند مثلاً یک فقیر قبض کند، یا نه؟ یا

اصلاً فرق می کند، وقف در همین عناوین عام هم دو جور می شود، یکوقت وقف بشود بر جنس به نحو اجمال، اگر گفتیم می شود. یکوقت وقف بر عموم بشود یعنی بر کثرات، که همه کثرتها ملحوظ باشند و وقف هم بر آنها بشود. این فرق می کند، که مرحوم سید بین اینها فرق می گذارد. البته اجمال را من عرض کردم، ایشان می گوید جنس. ولی جنس را فردا بحث می کنیم که جنس چه جور تصویرهایی دارد، که اگر وقف کنیم برای عالم یا فقیر یا الفقراء که الف و لام روی جمع بیاید که علی الظاهر این عموم می شود، اینها دو جور هستند.

حالا اولین بحث این است که در اینکه چه کسی باید قبض کند فرض کنیم وقف خاص باشد بر اولاد، سؤال در اینجا این است که فروضی دارد. یکوقت ما بحث می کنیم که در اولاد حاضرین آیا همه باید قبض کنند یا برخی هم قبض کنند کافی است. دوم اینکه در اولادی که حاضر نیستند یعنی همین طبقه اولی که وقف برای آنها صورت گرفته لازم است قبض کنند یا نه. فرض سوم این است که طبقات لاحقه چطور؟ اگر گفته نسلاً بعد نسل، یعنی وقف مرتب است اول بر طبقه اولی، بعد از انقراض طبقه اولی، وقف بر طبقه ثانیه است که می توانند استفاده کنند یا تملیک است، حالا آیا طبقه ثانیه هم باید قبض کنند؟

در متن می فرماید: قبض طبقه اولی از طبقه ثانیه کفایت می کند. و می فرماید قبض حاضرین از من سیولد در همان طبقه اولی کفایت می کند. اما در میان حاضرین قبض بعضی از بعضی کفایت نمی کند. این در وقف خاص. روی این فکر کنید تا فردا.

باسمه تعالی

- ۵۰۰ ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض
- ۵۰۱ وجود اجماع یا شهرت بر کفایت قبض طبقه اول از طبقات دیگر
- ۵۰۱ ادله کفایت قبض طبقه اول
- ۵۰۲ دلیل اول: عدم امکان قبض طبقات لاحق
- ۵۰۲ جواب از دلیل اول
- ۵۰۳ اشکال به وجه کفایتی که در دلیل اول بیان شد
- ۵۰۵ دلیل دوم کفایت قبض طبقه اول
- ۵۰۶ جواب از دلیل دوم
- ۵۰۶ دلیل سوم بر کفایت قبض طبقه اول
- ۵۰۷ جواب از دلیل سوم
- ۵۰۹ دلیل چهارم بر کفایت قبض طبقه اول
- ۵۰۹ جواب صاحب جواهر از دلیل چهارم

ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض

بحث در فرع ششم از مباحث قبض بود. فرع این بود که چه کسی قبض می کند. چون ما در وقف هم به لحاظ وقف چند نوع وقف داریم، و هم به لحاظ کسانی که تلقی می کنند این وقف را به لحاظ طبقاتشان و کسانی که نبوده اند و بعد پدید می آیند، فروض مختلف داریم. چه کسی قبض می کند؟

یک مسئله مهم این است که آیا قبض طبقه اول کفایت می کند از قبض طبقات دیگر یا نه؟ قبض طبقات دیگر هم لازم است.

یک مسئله دیگر این است که در خود طبقه اول که علی القاعده وقف به آنها تملیک می شود و مال موقوفه برای آنها است، کسانی که الان موجود نیستند و سیوجد هستند قبضشان لازم است؟

مثلا واقف وقف خاص کرده است (که بحث ما الان در وقف خاص است) گفته {است این زمین} وقف اولادم نسلا بعد نسل. پس نسل اول طبقه اولی، نسل بعدی طبقه ثانیه. اما نسل اول خودش در طول عمود زمان متفاوت هستند، بعضی هستند و بعضی نیستند. آنهایی که در طبقه اولی سیوجد هستند قبضشان لازم است؟

آنوقت در همین جا فرع دیگری مطرح است، و آن اینکه آنهایی که موجودند ولی حاضر نبودند که قبض کنند، یعنی موجودین از طبقه اول که قبض نکردند تکلیف اینها چیست. یک عده قبض کرده اند و یک عده قبض نکرده اند، آیا آنهایی که قبض کرده اند کفایت می کند از کسانی که قبض نکرده اند؟ یا نه، کسی که قبض کرده تمّ الوقف بالنسبة الیه، ولی کسی که قبض نکرده وقف نسبت به او باطل است.

این فرضی است که در وقف خاص نسبت به قبض طبقه اول مطرح است.

وجود اجماع یا شهرت بر کفایت قبض طبقه اول از طبقات دیگر

مشهور در بین فقهاء این است که قبض طبقه اول کافی {از قبض طبقات آتی} است. بلکه صاحب جواهر ره می فرماید «بل یمكن تحصيل الاجماع علیه». بعد می فرماید بل یشهد کلام بعضهم به اینکه اجماع هست. ظاهرا مشیر به مفتاح الکرامه و ریاض است که اینها عباراتی دارند که شاید از آن عبارات این استفاده می شود که اجماع است بر اینکه قبض طبقه اول کفایت می کند. تعبیر بلاخلاف که در عبارتشان هست، حالا اینکه این مشعر به اجماع هست یا نیست نمی دانیم.

ادله کفایت قبض طبقه اول

حالا چه استدلالی داریم؟ چون با این یمكن تحصيل الاجماع و لعل عبارتشان مفید اجماع باشد این چیزی را ثابت نمی کند، خصوصا که این اجماعات احتمالا محتمل المدرک هم باشند، پس باید ببینیم دلیل چیست؟

می توان پنج دلیل از کلمات فقهاء استفاده کرد برای استدلال بر اینکه در وقف خاص قبض طبقه اول از قبض طبقات آتی کفایت می کند. منتهی این استدلال ها به لحاظ قوت وضعف مختلف هستند. برخی از آنها واضح البطلان یا کالواضح البطلان است. و برخی از آنها هم دقت بیشتری می خواهد، برخی از این استدلال ها هم علی الظاهر صحیح است.

دلیل اول: عدم امکان قبض طبقات لاحق

برخی از علماء حاضر استدلال کرده اند برای کفایت قبض طبقه اول نسبت به طبقات لاحق و نسبت به من سیوجد در طبقه اول، گفته اند قبض موجودین از طبقه اول کفایت می کند. اینجور استدلال کرده اند که می گویند: در حین العقد لا یمكن قبض طبقه لاحق یا کسانی که نیستند و سیوجد می شوند. قبض اینها ممکن نیست. بعد گفته اند «و یترتب علی ذلک أنه لو قبض بعض الموجودین من الطبقة الاولى دون الآخرين، صحَّ بالنسبة الی من قبض و بطل بالنسبة الی غیره ممکن کان موجودا حال القبض، وذلك لتامة الشرط فی حق من قبض و عدمها فی حق من لم یقبض».

ما که نفهمیدیم چه می گوید. یک وجه کفایت بیان کرده اند، بعد گفته اند یترتب بر این وجه اینکه در همین طبقه اول از موجودین آن کسی که قبض کرد صحیح است چون شرط را تحصیل کرده است، و آن کسی که قبض نکرد بالنسبة به او باطل است چون فاقد شرط است.

جواب از دلیل اول

منتهی اصل مسئله روشن است که نسبت به کسانی که قبض کردند وقف درست باشد و نسبت به کسانی که قبض نکردند قبض درست نباشد، منتهی با حل کردن یک مشکلی که عرض می کنیم. اما وجه ترتبش علی ذلک را نفهمیدیم چیست. چون می گویند وجه کفایت قبض طبقه اول نسبت به طبقات لاحق و نسبت به من سیوجد این است که امکان ندارد قبض آنها نسبت به این وقفی که انجام داده اند. می گویند: «وجه الکفایة عدم امکان القبض عند العقد لا بالنسبة الی الطبقة اللاحقة ولا بالنسبة الی من سیوجد منهم فی المستقبل». چون من سیوجد فی المستقبل یا طبقه لاحق نمی تواند قبض کند عند العقد، پس معلوم می شود قبض طبقه اول کافی است. این وجه الکفایة است.

بعد می گویند یترتب علی ذلک که کسانی که در طبقه اول موجودند، کسانی که شرط را دارند درست است و کسانی که شرط را ندارند باطل است. نفهمیدیم ترتبش از کجا آمد و این چه ربطی به آن دارد.

سؤال: ملاک کفایت، امکان این است که بتوانم قبض کنم. اگر امکان بود و قبض نکردم باطل است. قبل از فترتب می گوید اگر امکان نباشد ما می توانیم قائل به صحت بشویم. پس چون ملاک امکان است، مترتب بر آن اگر کسانی بودند که برای آنها امکان قبض بود و قبض نکردند صحیح نیست. چون ملاک نیست.

جواب: طبق روایت ملاک قبض است. خود ایشان هم باید قبول کند. معیار و شرط از روایت استفاده می شود نه از ترتب بر این مطلب. لذا فرض کنید اگر اصلاً این مطلب یعنی وجه الکفایة نبود ولی روایت گفته بود من قبض اینطور است

ومن لم يقبض اينطور است. پس اصلا فرض كنيد اين وجه الكفاية كه ايشان گفته است ما قبول نكنيم كه قبول نمي كنيم، ولي اين مطلب صحيح است كه براي من قبض درست است و براي من لم يقبض درست نيست. اين ديگر چه ترتبي دارد؟ اگر ترتب داشته باشد بر آن مطلب، اگر ما ترتب عليه درست نباشد پس بايد بگوئيم مرتب عليه هم غلط است.

سؤال: ممكن است علت منحصره نباشد بلكه دو تا علت باشد.

جواب: ديگر به او ترتب نمي گویند.

سؤال: قبض را روايات شرط دانسته ايشان هم مي گوید شرط است، منتهی اين شرط بودن در صورتي است كه امكانش وجود داشته باشد.

جواب: آن وجه الكفاية است كه بحث مي كنيم.

سؤال: مي خواهم بگويم شرط، قبض است نه امكان قبض ولي قبض در جائي كه امكانش وجود داشته باشد.

جواب: اينكه روشن است. من مي خواهم بگويم اگر قبض معيار شد كه هر كس قبض كند وقفش درست است و الا فلا (البته مبني بر يك نکته اي كه بعدا عرض مي كنم)، اين نتيجه مستفاد از روايت است. ترتبي بر آن وجه الكفاية ندارد.

اشكال به وجه كفائتي كه در دليل اول بيان شد

اما بيائيم سر اصل مسئله كه وجه الكفاية است. اولاً: اينكه مي گویند عدم امكان قبض عند العقد نسبت به طبقات لاحقه، خب چه كسي گفته است؟ طبقه لاحقه يعني نسل بعد، خب نسل بعد ممكن است موجود باشد. اين آقا براي اولادش وقف کرده است، نوه هایش هم به دنيا آمده اند و همه عاقل و بالغ شده اند و هستند، اين نسل بعد هستند. تا زماني كه اولاد هستند به نوه نمي رسد، نوه هم موجود است چرا نمي شود قبض كند. پس عدم امكان را از كجا گفتيد؟. بله من سيوجد، عند العقد نيست.

ثانياً: چه كسي گفته بايد قبض عند العقد باشد؟ ما كه فوريت قبض را قائل نيستيم شما هم كه قائل نيستيد. علاوه بر اينكه ممكن است واقف تا نسل بعدي زنده باشد.

سؤال: آنها عند خطاب العقد نبوده اند؟

جواب: چه كسي مي گوید عند خطاب العقد نبوده اند؟ كسي كه وقف مي كند براي تمام طبقات على نحو الترتيب، همين الان دارد به همه خطاب مي كند.

سؤال: آن کسی که باید قبول کند {باید} قبض کند اینها که اصلا قبول نکرده اند.

جواب: ما که گفتیم قبول طبقات آتی هم لازم است ولو از باب شک در ترتب اثر. قبول هم لازم نباشد قبض مسئله دیگری است. اینکه مورد خطاب نیستند که حتما درست نیست. واقف برای همه طبقات تملیک می کند. و خیلی ها تازه یک حرف بالاتری می زنند، می گویند اصلا طبقات آتی از خود واقف تلقی می کنند. نه اینکه از بطن اول تلقی کنند. از بطن اول هم بگویند اشکال ندارد، چون انشاء الوقف خطاب به جمیع طبقات است نه طبقه اولی فقط. اینجور نیست که وقف فقط مال طبقه اولی باشد، طبقه ثانیه ارث ببرد از طبقه اولی. به نفس انشاء وقف، واقف وقف را می چیند در طبقات. طبقه اول، طبقه دوم. چون {همه فروض این گونه نیست که طبقه دوم از طبقه اول ارث ببرد و} همه ارثی که نیستند، چون ممکن است بگوئیم فعلا اولاد زید، بعد از اولاد زید مال اولاد عمرو. اصلا ارثی نیستند تا بگوئیم از طبقه اول می برند. بنابر این واقف با انشاء وقف موقوف علیهم را مرتب می کند و لذا همه تحت خطاب هستند. خب چرا قبض آنها در بعد از عقد اشکال داشته باشد؟ مخصوصا اگر کسی قائل باشد به اطلاقات و عمومات، یک وقفی یا انشائی صورت گرفته، حالا قبول {لازم} هست یا نیست که {نتیجه اش این شود که وقف} عقد است یا ایقاع، آن را کار نداریم، اینکه اطلاقاتی که آقایان ادعا می کنند شامل اینجا بشود چه مانعی دارد.

علی الظاهر این استدلال حتما ناتمام است که وجه الکفایة این است که چون بعدی ها الان نمی توانند قبض کنند. اولاً منتقض است به اینکه بعضی وقتها می توانند قبض کنند. ثانیاً چه کسی گفته قبض عند العقد لازم است؟ بلکه همان وقتی که طبقات لاحقه آمدند قبض کنند وبا قبض آنها وقف تمام شود.

سؤال: شک که از بین نمی رود.

جواب: ما که نظیرمان شک است و قبض لازم است و بعد نتیجه اش ممکن است بگوئیم انفساخ است و ممکن است بگوئیم منقطع الآخر می شود. ما اینها را می گوئیم.

سؤال: شاید اصالة الفساد باشد از باب اینکه قبض حین العقد لازم است.

جواب: معنای اصالة الفساد این است که قبض لازم است.

پس اگر این احتمال را بدهند که قبض بعدی به درد نمی خورد، اولاً خلاف اطلاق قبض است، اگر ما از آن قبضها اطلاق استفاده کردیم که قابل بحث است، اگر اطلاق استفاده کردیم که این احتمال دفع می شود. اگر هم کسی نگفت وقف باطل می شود نه اینکه صحیح است. می شود قبض لازم است به اصالة الفساد. قبض لازم هم به اصالة الفساد باید مقترن به

عقد باشد، آنوقت نتیجه اش این می شود که عقد منقطع الآخر می شود. نه اینکه بگوئیم چون نمی توانند قبض کنند پس صحیح است. ما می گوئیم اشتراط قبض سر جای خودش هست، قبض را اگر شما عند العقد هم لازم بدانید، آنوقت نتیجه اش می شود بطلان نسبت به آنها. من اول که فکر می کردم به همین نتیجه رسیدم که منقطع الآخر بشود، اما گفتم شاید کسی این را نگفته باشد. بعد دیدم اتفاقا صاحب جواهر و مرحوم آخوند احتمال می دهند که اگر این را قائل شدیم نتیجه اش این می شود که باید وقف منقطع الآخر بشود. یعنی وقف درست است تا این زمان بعد باطل می شود. غایتا منقطع الآخر که شد به حسب حکمی که معمول قائلند برمی گردد به خود واقف یا ورثه او اگر نباشد.

پس اولین استدلال که از باب عدم امکان قبض است عرض کردیم دو اشکال دارد، هم منتقض است به مواردی، و هم دلیلی ندارد که عند العقد بتواند قبض کند. بلکه همینکه سر جای خودش قبض کند کافی است.

سؤال: مراد از این امکان فعلیت نیست؟ چون طبقه دوم تا وقتی طبقه اول باشند وقف نسبت به آنها فعلیت ندارد از این جهت امکان نداشته باشد. نه امکان خارجی. پس نقض حل می شود.

جواب: چرا نشود؟ همانطور که افراد متدرج در یک طبقه با هم می توانند قبض کنند آنها هم شریک اینها بشوند در قبض. چه اشکالی دارد. بله انشاء تملیک طولی است اما قبض که طولی نیست. پس این که می گوئید نمی توانند قبض کنند، می توانند قبض کنند و قبض محقق می شود ولو مؤثر نیست. پس قبض محقق می شود اثرش بعدا ظاهر می شود. این اشکال ندارد. قبض حاصل شده، بعد از دو سال یا یک سال یا ده سال اثر خودش را می گذارد. پس نگوئید قبض ممکن نیست. قبض ممکن است ولو الان اثر ندارد ولی اثرش بعد ظاهر می شود.

این دلیل اول.

دلیل دوم کفایت قبض طبقه اول

دلیل دوم: بیان آقای فاضل است در تفصیل الشریعة. ایشان می فرماید: وجه الاكتفاء این است که: بقاء وقف نسبت به همه طبقات تلاثمی با اعتبار قبض جمیع ندارد، خصوصا مع أن الواقف لا یكون موجودا نوعا. (البته از لحاظ عربی باید بگوئیم عادتاً).

این لا تلاثمش ظاهرا درست است، به این معنا که می شود وقف نسبت به طبقات بقاء داشته باشد با فرض اینکه همه طبقات هم قبض کنند. این می شود. ولی می شود هم که قبض نکنند، طبقه آتی و طبقه بعدتر. یا اینکه بدون قبض

همه شان بمیرند، مثل موت موقوف علیهم که گفتیم. یا ممکن است اصلاً فقط یک فرزند باشد بعد از فرزند و این فرزند هم بمیرد قبض نکند. یا اینکه زنده باشد تعمداً قبض نکند.

جواب از دلیل دوم

پس می شود فرمایش ایشان را که می گوید بقاء الوقف لا یلائم مع اعتبار قبض الجميع را درست کنیم، چون اگر اعتبار قبض جميع طبقات کنیم به عللی ممکن است قبض آتی رخ ندهد یا تعمداً یا غیر تعمداً. پس باید بگوئیم وقف باطل است. بنابر این بقاء الوقف لا یلائم. به نظرم درست است که لا یلائم.

ولکن اصل این حرف را از کجا آوردید که وقف باید باقی باشد؟ مگر وحی منزل آمده که وقف باید باقی باشد؟ خود شما به حسب متن وسیله و تحریر وفاقاً لعدّه ای وقف منقطع الآخر را قبول دارید (ولو همه قبول ندارند) که بعد از یک مدتی به حسب دلائلی این وقف نسل های بعدی درست نباشد. مثلاً اگر کسی وقف کند بر کسی که قابل باشد و قابل نباشد برای وقف کردن. مثلاً اگر گفتیم وقف بر کافر حربی و اعانه بر اثم درست نیست. من وقف کنم بر این آقا و آن آقا در طول بعد نسل سوم کافر حربی باشد. یا من وقف کنم که سومی اش اعانه بر اثم باشد مثلاً به کنائس و بیع کمک می کند. که می شود وقف علی ما یصح و ما لا یصح. آن لا یصحش باطل می شود، می شود وقف منقطع الآخر. خب شما که اینها را قبول دارید. چه کسی گفته باید وقف باقی باشد، تا بگوئید بقاء الوقف لا یلائم مع اعتبار قبض الجميع؟

پس اینکه می گویند وجه اکتفاء به طبقه اول این است که چون اگر نگوئیم اکتفا کنیم به طبقه اول، دیگر ملائمتی با بقاء وقف ندارد چون لعل باطل می شود. خب باطل شود. این چه دلیلی است.

پس بیان ایشان که همین یک جمله بود درست نیست.

دلیل سوم بر کفایت قبض طبقه اول

صاحب حدائق بیان دیگری دارد. می گوید عقد نسبت به بطن اول که لازم شده است. مستفاد از روایات قبض هم بیش از قبض طبقه اول نیست. طبقه اول هم قبض کرده، نسبت به او لزوم پیدا می کند. نسبت به بقیه ما دلیل نداریم که قبض لازم است. والاصل العدم حتی یقوم دلیل علی خلافه.^۱

^۱ - حدائق جلد ۲۲ صفحه ۱۴۹ تحت عنوان السادس از مسائل قبض

البته این را هم می گوید بلا خلاف یعرف. که این همان عبارتهایی است که شاید صاحب جواهر به آن اشاره کرده که می فرماید از آن اشعار به اجماع فهمیده می شود، گفته بلا خلاف یعرف.

بعد می فرمایند: فیسقط اعتبار ذلك في بقية البطون، لأنهم يتلقون الملك عن البطن الأول. ملک را از بطن اول تلقی می کنند. در بطن اول وقف لازم می شود چون قبض کرده اند. و این قبض بطن اول را از روایات استفاده کردیم. اما قبض بطون آتی به اصلا روایات دلالت ندارد بر قبض بطون آتی. می گوئیم دلالت ندارد اما از کجا می گوئید لازم نیست؟ می گویند: و الاصل العدم حتی يقوم دلیل علی خلافه.

جواب از دلیل سوم

ما باید با ایشان بحث کنیم که یکوقتی شما احتمال می دهید که قبض طبقات بعدی هم لازم باشد کما اینکه محل بحث است. و عمومات و اطلاقاتی دارید و مثل اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را قبول دارید، در این صورت حرف شما درست است. و الاصل العدم اصل لفظی عدم است. حق با شما است.

اما اگر عمومات را قبول نکردیم، یا کما اینکه بحث می کنیم در خود دلیل قبض اطلاق یا عمومی دیدیم که قبض برای همه طبقات لازم است، که یک بیانی می آید که کسی ادعا کند که از خود مادام لم یسلمها اطلاق می فهمیم. البته دو جور بیان دارد: یکی از این اطلاق می فهمیم که قبض بعدی اصلا اثر ندارد، این را گفته اند که می آید. اما اگر نه، از اطلاق بفهمیم که قبض لازم است. که یعنی ما لم یسلمها یعنی مادام که لم یسلم، فإذا سلمها یعنی بکل احد که سلم لازم می شود. پس بنابر این اطلاق خود این اقتضاء را دارد که همیشه قبض لازم باشد.

اگر ما این را نگفتیم که می گوئیم از این روایت این استفاده نمی شود بلکه اطلاق و عمومات کلی را قبول کردیم، آنوقت فرمایششان درست است. ما بگوئیم نسبت به طبقات آتی دلیلی بر اشتراط صحت وقف بالقبض نداریم. خب دلیل نداریم اما چه چیزی عقد را تصحیح می کند؟ چون عقد باب تسبیب و مسبب است، چه چیزی تصحیح می کند؟ الاصل العدم. کدام اصل؟ اصل لفظی.

اما اگر ما آن اطلاق و عمومات را قبول نکردیم که ما هم قبول نداریم، اصل عکس نتیجه می دهد. اصاله الفساد، اصاله عدم ترتب الاثر، می گوید اگر شک کردی قبض طبقات آتی لازم است باید احتیاط کنی، باید قبض بیاید تا بگوئید این وقف اثر گذار است، تازه به شرط اینکه به هر دلیلی اقتران به عقد را لازم ندانید. بنابر این اگر طبقات آتی قبض کردند بر آنها لازم می شود، اگر قبض نکردند باطل می شود.

سؤال: عموماً قبل از قوام عقد است بعد از قوام عقد توسط قبض طبقه اول آن عقد استصحاب می شود.

جواب: چه کسی گفته قبض طبقه اول برای طبقه دوم کفایت می کند؟ اولاً اگر اوفوا بالعقود داشتید جای استصحاب است؟. در ذیل بحث مرحوم سید، استدلال مرحوم سید این است که می گوید قبض طبقه اول کافی است چون تمّ الوقف به قبض طبقه اول انشاءالله آنجا بحث می کنیم که آیا این درست است یا نه. کی می تواند درست باشد. حالا اینجا به اشکالش اشاره کنم: شما نسبت به موجودین صحت وقف را تبعیض می کنید. می گوئید آن کسی که قبض کرد وقف برای او صحیح است و آن کسی که قبض نکرد وقف برای او صحیح نیست. پس صحت قبض را قابل تبعیض می دانید. این خودش یک بحث مهمی است، چه بسا ممکن است بعد شما بگوئید اصلاً وقف اینطوری نیست. اگر بگوئیم اینطوری نیست به درد یک جاهای دیگر می خورد. اما اگر شما مثل خود سید و تحریر و وسیله اینطور شدید که قبول کردید تبعیض صحت وقف را، بگوئید نسبت به عده ای باطل می شود و نسبت به عده ای صحیح می شود. صحیح بالنسبة الی من قبض من الطبقة الاولى و فاسد بالنسبة الی من لم يقبض. اگر اینجور گفتید آنوقت نسبت به آتی چرا می گوئید تمّ الوقف. درست نمی شود.

پس اصل وقف نسبت به طبقات آتی مشکوک می شود بنابر اینکه تبعیض ممکن باشد. شما که تبعیض را جاهای دیگر پذیرفتید پس چرا نسبت به آینده تبعیض نمی کنید؟

سؤال: در جای دیگر که پذیرفتیم چون روایت اطلاق داشت و دلیل داریم.

جواب: روایت می شود حیث تعلیلی. پس ولو بخاطر روایت شما می گوئید می توانیم بپذیریم تبعیض در وقف را به لحاظ صحت. وقتی ثبوتاً مشکلی نباشد، ما می گوئیم طبقه آتی که هنوز قبض نکرده، پس ثبوتاً ممکن است اصلاً وقف برای او تمام نباشد. مثل همه موارد شک در صحت می شود. فقط باید با یک دلیل نفوذ درست کنید که اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها درست کنید که اگر اینها بود الاصل عدم که ایشان می گوید درست است. اما اگر عموم نداشتیم اصالة الفساد محکم است.

پس فرمایش صاحب حدائق که الاصل العدم فقط در یک فرض درست است.

سؤال و جواب: اگر قبض صرف الوجود را کافی بدانید باید ملتزم بشوید که در طبقه موجودین هم اگر یک نفر قبض کند کفایت کند. مع آنکه لم یقولوا به. نه صاحب حدائق می گوید و نه تحریر. یک وجه جدیدی می شود که باید ببینیم درست می شود یا نه. ولی تصحیح فرمایش این بزرگواران نیست. چون در ملحقات عروه و وسیله و تحریر معتقدند که در

طبقه اول در میان موجودین آنهایی که قبض کنند صحیح است و نسبت به کسانی که قبض نکنند باطل است. ما می گوئیم معنای این حرف این است که شما تبعیض را پذیرفتید. نسبت به اینکه از روایت ما شرطیت قبض طبقه اول را می فهمیم استبعادی ندارد، منتهی نسبت به طبقات آتی نفی نمی فهمیم (مگر به یک استدلالی که بعد عرض می کنم). نفی نمی فهمیم. صاحب حدائق هم نمی گوید نفی می فهمیم، بلکه می گوید نسبت به طبقات آتی دلیل نداریم. دلیل نداریم پس باید دلیل نفوذ پیدا کنیم، که این وقف بدون قبض چرا نافذ است. ایشان می گوید الاصل العدم. این الاصل العدم اگر لفظی باشد قبول است اگر ورودش را در مقام پذیرفته باشد که بگوید عمومات در مقام می آید، والا اگر لفظی نباشد اصل عملی اصالة الفساد است.

تا حالا سه تا بیان برای عدم لزوم قبض طبقات آتیه آوردیم و به نظر ناتمام هستند.

دلیل چهارم بر کفایت قبض طبقه اول

بیان چهارم این است که: صاحب ریاض می فرماید: خلافتی نیست در سقوط اعتبار در بقیه طبقات. این هم شاید همان نکته ای باشد که صاحب جواهر فرمود که عبارات بعضهم یشعر بالاجماع، شاید لا خلاف را اجماع گرفته باشند. چرا؟ ایشان شبیه همین استدلال صاحب حدائق را می کند منتهی جور دیگری نتیجه می گیرد، می گوید: لأنهم يتلقون الملك عن الاول وقد تحقق الوقف و لزوم قبضه. طبقات آتی از طبقه اول تلقی می کنند، طبقه اول هم وقفشان تمام شده و لازم هم شده است. منتهی اگر ما شرط قبض طبقات آتی را مطرح کنیم چه مشکلی پیش می آید؟ مرحوم صاحب حدائق می گفت مخالف اصل است. ولی ایشان این را نمی گوید. بلکه می گوید: ولو اشترط قبضهم لانقلب العقد اللازم اجماعا كما في المسالك و غيره جائزا. می گوید عقد لازم منقلب می شود به عقد جائز. چرا؟ چون طبقه اول که قبض کرده بودند عقد شد لازم. اگر بگوئیم قبض طبقه آتی لازم است، پس مادامی که قبض نکرده اند عقد جائز است. پس انقلب الوقف من اللزوم الى الجواز. می خواهند بگویند این معنا ندارد.

جواب صاحب جواهر از دلیل چهارم

مرحوم صاحب جواهر می گوید این چه اشکالی است؟ خب نسبت به طبقه اول شرط حاصل شد، شد لازم. طبقه بعدی نیامده شرطش حاصل نشده یعنی قبض نکرده اند شد جائز. چه اشکالی دارد.

ممکن است بگوئید وقتی جائز شد ممکن است بعدا منفسخ بشود بعدم القبض یا به اسباب انفساخ.

می گوید خب بشود.

می گوئید خب عقد به هم می خورد.

می گوید: خب بشود، می شود منقطع الآخر.

سؤال: یک ماهیت است.

جواب: اگر یک ماهیت است چطور نسبت به بعضی صحیح می شود و نسبت به بعضی فاسد. پس باید تبعیض را قائل بشوید. بگوئید گوئی این وقف منحل می شود. بعضی ها تشبیه کرده اند به مثل بیع بر مال خودش و مال دیگری که اجازه نمی دهد، می گویند نسبت به مال خودش تصحیح می شود و نسبت به دیگری نه. یعنی آنجا راه حل انحلال است. یا بیع ما یصح البیع نسبت به او و ما لایصح. می گویند منحل می شود. غایتش این است که بعد از انحلال مشتری خیار دارد بخاطر تبعض صفتی ای که می شود. اما اینجا باید بر اساس تبعیض تصویر کنیم. و الا اگر بگوئید ماهیت واحد است یک چیزهایی درست می شود ولی یک چیزهایی هم خراب می شود مثل اینکه شما دیگر نمی توانید تبعیض به لحاظ صحت و فساد کنید.

پس دو تا حرف است. اگر مجموعی شد یعنی یک صحت برای وقف دیدند، دیگر تبعیض غلط است.

پس راه چهارم حرف صاحب ریاض است که می گوید اشتراط قبض طبقات آتی یک لازمه ای دارد که عبارت است از انقلاب عقد لازم جائزا و این قابل التزام نیست.

ببینیم این حرف درست است یا نه. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۵۱۱ ادامه فرع ششم در قبض: قابض چه کسی است
- ۵۱۲ خلاصه استدلالهای سابق
- ۵۱۴ استدلال پنجم بر عدم لزوم قبض طبقات آتی: وجود سیره
- ۵۱۵ پاسخ استدلال پنجم
- ۵۱۵ لزوم تعیین عقلائی یا متشرعه بودن سیره:
- ۵۱۶ شبهه عدم مبالات در سیره متشرعه
- ۵۱۶ تشکیک در تحقق سیره
- ۵۱۸ استدلال ششم بر عدم لزوم قبض طبقات آتی: استدلال مرحوم سید رحمه الله و دیگران
- ۵۱۹ پاسخ استدلال ششم
- ۵۱۹ عدم صحت برداشت مدعا از روایات
- ۵۲۱ عدم امکان تحقق معیار صحت وقف در روایت (تسلیم) نسبت به طبقات آتی
- ۵۲۳ لزوم قبض طبقات آتی با توجه به معیار مذکور و با توجه به اصالة الفساد

ادامه فرع ششم در قبض: قابض چه کسی است

بحث در این بود که در وقف آیا قبض طبقه اول از قبض طبقات آتی کفایت می کند یا نه. و همینطور آیا در طبقه اول قبض موجودین از قبض کسانی که سیوجد در همان طبقه اول کفایت می کند یا نه. مثلاً وقف بر اولاد کرده است، سه تا اولادش در این طبقه هستند، بعداً یکی پدید می آید، آیا قبض آن سه نفر کفایت می کند یا نه؟

خلاصه استدلالهای سابق

عرض کردیم اینجا استدلال های متنوعی هست. و عجیب است که تقریباً همه این بزرگواران که استدلال کرده اند فقط حرف خودشان را می زنند، یعنی تعرض نسبت به حرف دیگران نمی کنند الا صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه که به وجهی به حرفهای دیگران پرداخته اند.

استدلال اول: فرمایش آیه الله سبحانی بود. (البته به نظرم در کلمات دیگران هم دیده باشم دیگر وقت نشد فحص کنم). اینطور استدلال کرده اند که: قبض طبقات آتی لازم نیست چون در حین العقد ممکن نیست. مثلاً قبض دو نسل بعد یا یک نسل بعد که الان نیستند، یا حتی من سیوجد هم همینطور است، او هم الان نیست که قبض کند.

جواب این مطلب روشن بود. اولاً این فرض همیشگی نیست. عده ای از نسل های بعد ممکن است الان باشند و قبض هم ممکن باشد. و بعلاوه چه کسی گفته قبض حین العقد لازم است؟ شما خودتان که فوریت قبض را لازم نمی دانید. چون بحث فوریت قبض خودش یک بحث دیگری است که انشاءالله طرح می کنیم. شما که فوریت قبض را خودتان هم لازم نمی دانید، بنابر این چرا می فرمائید ممکن نیست؟! خب یک واقفی الان وقف کرده است برای نسل های متوالی، الان یک عده قبض می کنند و وقف نسبت به آنها تمام می شود. فردا و پس فردا و ده سال بعد و پنجاه سال بعد هم نسل های بعدی هر کسی قبض کرد وقف نسبت به او تمام می شود.

بنابر این اینکه فرموده اند قض ممکن نیست درست نیست.

استدلال دوم: فرمایش مرحوم آیه الله فاضل بود. فرموده بودند: بقاء وقف نسبت به جمیع طبقات لا یلائم با اینکه بگوئیم هر کسی از طبقات که قبض کرد {وقف برای او صحیح است} و شرط کنیم {لزوم قبض را} برای همه طبقات، {و پس از قبض هر طبقه است که} این وقف تمامیتش نسبت به این نسل تمام می شود، نسل بعد ممکن است چون مختار هستند قبض نکنند بلکه فسخ کنند و هكذا. پس این با بقاء وقف سازگار نیست.

اما این استدلال هم اگر همین مقدار باشد اشکال دارد. بیشتر اشکال این وجه این است که یک وجوه اعتبار عقلی است و واقعاً اینها تمام نیست. برای اینکه چه کسی گفته است که باید وقف برای همه طبقات باقی باشد؟ این همه اوقاف شما دارید که می گوئید منقطع الآخر است. مثلاً شخص می آید بر همین اولاد حاضرینش وقف می کند و نسبت به بعدش چیزی نمی گوید. ممکن است در اینجا کسی بگوید يرجع میراثاً. البته ممکن است در اینجا چیز دیگری بگویند اما فروض آخری وجود دارد که منقطع الآخر است و بر می گردد و میراث می شود. مثل اینکه وقف کند بر این افراد، و بعد از این

افراد بر کافر حربی. بنابر اینکه بگوئیم بر کفار حربی اصلاً وقف نمی شود، یا بالاخره افرادی هستند که لا یصح الوقف علیهم. خب آنجا که حتماً منقطع الآخر است. ولذا چه کسی از اول التزام دارد که وقف نسبت به جمیع طبقات باید باشد؟ لذا این هم فرمایش صحیحی نیست.

البته ممکن است یک ریشه ای و ارتکازی در فرمایش هر دو بزرگوار باشد، که وقف را یکپارچه دیده اند، یک واقعیت دیده اند، یک حقیقت دیده اند. ممکن است این باشد. این خیلی حرف بیراهی نیست و ممکن است شواهدی برای آن پیدا کرد. منتهی اشکالش این است که اگر این حرف را زدیم که وقف یک حالت وحدانی دارد یک عقدی یا ایقاعی است که واقف انجام می دهد که یا تمام می شود یا نمی شود. اگر گفتیم که طبقه اول قبض کرد و تمام است برای همه تمام است. اگر این را بگوئیم این خیلی حرف بیراهی نیست. منتهی اشکالش این است که در بین موجودین شما باید بین کسانی که قبض کردند و قبض نکردند تبعیض قائل نباشید. بگوئید همینکه یک نفر از موجودین هم قبض کرد تمام می شود، در حالی که این حرف را نمی گوئید. صراحتاً متن تحریر و غیر تحریر این را می گوید و همه هم پذیرفتید که کسی که قبض کرد وقف نسبت به او تمام است، و کسی که از موجودین قبض نکرد وقف نسبت به او تمام نیست.

البته به نظر من شواهد روایی هم وجود دارد که همینطور باشد، یعنی تحلیل بشود به کثراتی از وقف، که برای هر کدام که شرط حاصل باشد تمام باشد و هر کدام نباشد نه. اگر این استظهار را بپذیریم و آن نکته را که لازمه حرف آقایان در میان موجودین هست بپذیریم، آنوقت دیگر پذیرش اینجور حرفها دشوار است که بگوئیم وقف بنائش بر بقاء است و اگر ما قبض طبقات آتی را لازم بدانیم وقف تمام نیست.

استدلال سوم: مربوط به صاحب حدائق بود. ایشان هم می گوید که ما از روایات همین را می فهمیم که قبض طبقه اول که لازم است و تم الوقف بها. بعد می گوید اگر شما احتمال می دهید که قبض طبقات آتی لازم است این یک احتمال است و الاصل عدمه.

که مفصل بحث کردیم، که اگر مراد از اصل عدم اصل لفظی باشد له وجه، منتهی ما قائل نیستیم که اصل لفظی داریم. اما اگر مقصودش اصل عملی باشد اصلاً درست نیست، اصل عملی عکس است و اصاله الفساد و عدم ترتب اثر است.

استدلال چهارم: مربوط به صاحب ریاض بود. ایشان هم این فقره را داشت که در وقف، طبقات آتی از طبقه اول تلقی می کنند. و تم الوقف بالنسبة الیهیم یعنی طبقه اول بخاطر قبضشان. فرض این است.

آنوقت استدلال ایشان از اینجا از صاحب حدائق جدا می شود. چون ایشان فرموده بود اگر نسبت به طبقات آتی ما بگوئیم قبض شرط است، عقد لازم ینقلب جائزا. چون تا قبض آتی نیاید، وقف جائز است، عقد طبقه اول چون قبض حاصل شده لازم شده است. پس وقفی که لازم بود حالا می شود جائز. حالا چه کسی گفته وقف لازم است؟ می گوید اجماع داریم بلکه از خود همین روایاتی که خواندیم که وقف با قبض لازم می شود این مطلب استفاده می شود. منتهی ایشان آن طرفش را می فرماید شما قبض را گفتید شرط است حتی در طبقات آتی، خب وقتی این فرد قبض نکرده {وقف نسبت به او لازم نیست} اینکه در نص روایت هم بود، پس لهم الخيار {و واقف می تواند عقد را فسخ کند} پس عقد یا ایقاع لازم یتبدل به یک امر جائزی.

اشکال صاحب جواهر: صاحب جواهر می فرماید (و درست هم می گوید) این حرف شما نادرست است. گر همان چیزی که لازم بود برای همانهایی که لازم بود بدون دلیل تبدیل به جائز شود صحیح نیست. اما عقد وقف که برای عده ای لازم بود لحصول شرطها، ولی برای عده دیگری جائز باشد لعدم حصول شرطها، این چه مانعی دارد؟ ولذا این استدلال که در کلمات عده ای آمده که صاحب ریاض و دیگران ذکر می کنند (ظاهرا در مسالک هم هست) این استدلال درست نیست که عقد لازم یصیر جائزا.

بله شاید همین نکته ارتکازی در ذهن آنها باشد که عرض کردم، در ذهنشان شاید این است که عقد یک حقیقت وحدانی دارد، یا لازم است یا جائز است. اگر این باشد فرمایش صاحب ریاض و دیگرانی که این را گفته اند وجه پیدا می کند. و لکن اشکالش این است که دیگر نمی توانند تبعض وقف را نسبت به موجودین درست کنند، که نسبت به من قبض منهم وقف لازم می شود و نسبت به من لم یقبض منهم لازم نیست. این را چکار می کنند.

پس معلوم می شود که ما باید قبول کنیم که عقد وقف قابل تبعض هست. و صاحب جواهر هم می گوید تبعض نادرستی نیست. که علی القاعده منظورشان این است که اینجا تبعض درستی است. و من هم مدعی هستم از برخی روایات هم می شود این تبعض را استفاده کرد.

استدلال پنجم بر عدم لزوم قبض طبقات آتی: وجود سیره

یک استدلال پنجمی هست که می شود از فرمایش مرحوم آخوند در کتاب الوقف استفاده کرد. ایشان می فرماید للسیره المستمرة.

عجیب است که این آقایانی که همه به سیره تمسک می کردند اینجا یادشان رفته بود. ظاهراً مرحوم آخوند می خواهد یاد آنها بیاورد که شما که خیلی جاها در وقف به سیره تمسک می کردید، اینجا هم سیره مستمره وجود دارد. فرموده اند: «الظاهر عدم اعتبار القبض الا في الطبقة الاولى للسيرة المستمرة في الاوقاف و قد ادعى عليه الاجماع». وبعد هم می پردازد به استدلال کسانی که می گویند عقد لازم جائز می شود. فرموده این اشکال ندارد، و این انقلابی است که طبق دلیل است آنهم از یک نفر به نفری دیگر. این اشکال ندارد.

حالا استدلال پنجم که استدلال خودشان هست این است که می فرماید: للسيرة المستمرة.

در باب سیره ما تا حالا اشکالاتی کردیم. اینجا می خواهیم ببینیم که آیا اصلاً سیره مستمره واقعا واقع شده است؟

پاسخ استدلال پنجم

لزوم تعیین عقلائی یا متشرعه بودن سیره:

باید بحث شود که این سیره، سیره عقلائی است یا سیره متشرعه، و در سیره متشرعه ما بحث داریم. چون سیره عقلائی که بعید است. یعنی بعید است که عقلاء بما هم عقلاء در دنیا یعنی مسلمین و غیر مسلمین سیره ای به این شکل داشته باشند، و این سیره ها تا زمان شارع وجود داشته و شارع هم هیچ مطلبی بیان نکرده است، و بعد نتیجه اش این شده است که ما می توانیم بگوئیم این سیره مستمره که می گوید فقط در طبقه اولی قبض لازم است ولی در طبقات دیگر لازم نیست، بگوئیم این سیره عقلائیه مقبول شارع است. اینها را از کجا آوردیم؟! ما اصلاً نمی دانیم وقف واقعا یک پدیده جدیدی است یا قبلاً هم بوده است. احتمال می دهیم که قبلاً هم بوده باشد. بعضی از بزرگان می گویند اصلاً وقف در اسلام چیز جدیدی است ولو قبلاً یک چیزهایی بوده است. حالا در چند روایت صحیحیه نسبت به صدقه گفته شده است که می گوید الصدقة محدثة. قبلاً فقط نحل و هبه بوده است. حالا این را باید فهم کنیم. آیا یعنی قبل از اسلام مثلاً مسیحیان برای خدا چیزی نمی دادند؟ این یک قدری مستبعد است. با این روایات که چند صحیحیه درست حسابی هم هست چه کنیم. شاید معنای محدث این چیزی نباشد که عرض کردیم که مثل صاحب مفتاح الکرامه و دیگران معنا کرده اند. خوب این را بعداً بحث می کنیم.

عرض من این است که اینکه می گوید سیره مستمره، آیا ما در اینجا بناء عقلاء داریم یا سیره متشرعه است؟

شبهه عدم مبالات در سیره متشرعه

در سیره متشرعه انصافا شبهه شیخ انصاری و اتباعش وارد است که احتمال می دهیم این سیره ها ناشی از عدم مبالات باشد. اگر احراز بشود که متشرعه بما هم متشرعه این کار را کرده اند، دیگر استمرار تا زمان شارع و عدم ردع شارع هم لازم نداریم. سیره متشرعه بما هم متشرعه یکشف کشف قطعیا از اینکه شارع هم همین را فرموده است.

اما اگر سیره، سیره متشرعه نباشد، بلکه سیره عقلائی باشد، این بحث دیگری است.

منتهی در سیره متشرعه ما باید احراز کنیم که بما هم متشرعه اینطور است. آیا واقعا یقین داریم که آنهایی که این چنین عمل می کنند یعنی در طبقه دوم بدون قبض اجراء حکم وقف می کنند، اینها از باب تشرعشان دارند این کار را انجام می دهند؟ نمی دانیم. مرحوم شیخ انصاری می گوید خیلی از احکام بوده است و از طرف همین افراد مؤمن هم مورد تسامح واقع می شود، چون اینها رعایت جدی نمی کنند. مثلا در باب نظر به اجنبیه و غیره می بینیم اصلا خیلی وقتها رعایت نمی کنند، حال ما چطور بگوئیم که از اینها سیره متشرعه در می آید؟

تشکیک در تحقق سیره

بحث دیگر من در این سیره این است که اصلا سیره هست؟ و سیره چه جوری هست؟ و ما چگونه باید سیره را کشف کنیم تا بگوئیم یکشف از اینکه قبض طبقه اول کفایت می کند یا قبض طبقات آتی لازم نیست.

پس ما باید سیره داشته باشیم بر اینکه وقف می دانند بدون قبض. چقدر اینطوری واقع شده است؟! اگر ما حساب کنیم که نسل های بعدی مثلا فرض کنید زمین یا ساختمانی است مگر آنها برای استفاده اش قبض نمی کنند؟ خب قبض می کنند و استفاده می کنند. پس اگر هم ما قبض را شرط بدانیم شرطش حاصل است. شما برای اینکه با سیره ثابت کنید قبض شرط نیست، باید بگوئید سیره عملی شان این بوده است که بدون قبض وقف را نسبت به اینها تمام می دانسته اند. ما عرض می کنیم مگر نمی خواستند از این منزل یا زمین استفاده کنند، خب می رفتند قبض می کردند و استفاده می کردند. علاوه بر اینکه معمولا وقفها متولی داشته است، و بحث آتی ما این است که اگر متولی قبض کند کفایت می کند. حتی قیمی که در برخی روایات هم اشاره شده است ممکن است غیر از این متولی باشد.

اصلا ممکن است ما بپذیریم قِیم خاص برای قبض کفایت کند، که مرحوم سید می گوید این درست نیست، ولی باید این را بحث کنیم.

سؤال: اگر قبض تابع اقباض باشد دیگر نمی شود گفت. بلکه باید خود واقف یا ورثه او مجدداً به اقباض بدهد تا اینها قبض کنند.

جواب: اقباضی که ما می گوئیم اذن است. خب اذن حاصل است دیگر. ممکن است بگوئیم همان اذن سابق کافی است. لذا در وقف لازم نیست که ورثه دوباره وقف را امضاء کنند. بگوئیم اذنی که در ظرف وقف ابراز می شود مثل بیع معاطاتی مثلاً که این در ظرف یک مبرزی ابراز می شود. این غیر از اذن محض در دلش هست که بگوئیم اگر خودش مرد اذنش هم رفت.

سؤال: چطور می توانیم بگوئیم امور اذنی بعد از مردن هم ادامه دارد؟

جواب: یعنی اذن مبرز باشد مثل ایجاب. چه اشکالی دارد. یعنی اذنی که در ظرف ایجاب ابراز شده باشد.

حالا این حرف را ممکن است خیلی از آقایان قبول نداشته باشند. و اصلاً اشکال در این جهت نیست. اصلاً ممکن است ورثه اذن دادند، قبض طبقه دوم لازم است یا لازم نیست؟

سؤال: مسئله این است که دیگر سیره شکل نمی گیرد. چون معمول این بود که ورثه واقف دیگر دخالتی نمی کردند.

جواب: از کجا می گوئید؟

سؤال: در نسله فقط همان برگه وقفنامه است. مثلاً یک نفر فوت کرده بچه اش هم تا می خواهد از این خانه استفاده کند فوت می کند. خب این چون طبق معیار است به بچه میت هم می رسد.

جواب: اصلاً لازم نیست فرض موت باشد. آن آقای واقف ممکن است زنده باشد. این بحث هایی که ما کردیم که دایره مدار موت واقف نیست. واقف زنده است می گوید وقف کردم بر این آقا و بعدش بر آقای دیگری. حالا این آقایی که بر او وقف کردم مرد، آیا آن آقای دیگری باید حتماً قبض کند؟! پس شما باید سیره را اثبات کنید بر اینکه بدون قبض وقف را تمام می دانند. سیره لسان که ندارد، باید در عمل با وقف هایی که قبض نشده معامله وقف کرده باشند. شما بفهمانید چقدر بوده که با آنها معامله وقف کرده اند. خب طبقات آتی قبض کردند، از آن مهمتر متولی داشته که همان زمان خود قبض کرده است و قبض متولی از همه طبقات کفایت می کند. قبض متولی از جهتی مثل قبض حاکم می ماند. قبض حاکم هم از همه طبقات کفایت می کند.

پس عرض من این است که می خواهم بگویم خود وقوع سیره قابل تشکیک است که بگوئیم ما یک سیره ای داریم در مورد اوقافی که قبض نشده اند و با آنها معامله وقف شده است. خب این سیره اول کلام است.

سؤال: منظورشان این است که سیره بر این است که از اولی که وقف نسبت به همه بطون محقق شد، می گویند نسبت به آنها هم وقف محقق شده است ولو هنوز طبقه لاحقه نیامده اند. یعنی قبل از اینکه آنها قبض کنند وقف را محقق می دانند.

جواب: لاحقین که موجود نیستند. وقتی موجود نیستند چطور تحقق پیدا کرده است. انشاءالله بحث بعدی درباره موقوف می آید که این چیزی که شما وقف می کنید باید موجود باشد. در شرائط موقوف علیهم هم می گویند که باید موجود باشند.

سؤال: وقف بر معدوم به تبع موجودین است.

جواب: وقتی طبقه اول فوت کرد، به چه دلیل وقف طبقه دوم از اول درست بوده است؟ این اول کلام است که نسبت به طبقه دوم از اول وقف تمام باشد. بله اگر ما بعدا گفتیم قبض نمی خواهد، آنوقت وقتی معدومین به وجود آمدند خودشان موضوع می شوند برای وقفی که شده است.

سؤال: عبارت مرحوم آخوند که فرمودند للسيرة المستمرة، برداشت شما فقط این بود که سیره مستمره یعنی سیره متشرعه؟

جواب: نه من هر دو را عرض کردم. سیره عقلاء بما هم عقلاء هم مطرح است. آیا عقلائی که مثلا کفار هستند هم همین وقف ما را داشته اند که به شارع رسیده و شارع ردع نکرده است و عدم ردعش کاشف است؟ اصلا همچنین چیزی بوده است؟ این اول کلام است.

این پنج استدلال که بر این حرف اقامه شد.

استدلال ششم بر عدم لزوم قبض طبقات آتی: استدلال مرحوم سید رحمه الله و دیگران

استدلال ششم: (که در کلمات چند نفر از فقهاء مثل سید و صاحب حدائق و صاحب ریاض هست که ما یک نفر را بیان می کنیم) مرحوم سید در مسئله ۴ می فرماید^۱:

^۱ - ملحقات العروة الوثقی صفحه ۱۸۹

«یکفٰی فی تمامية الوقف قبض الطبقة الاولى فلا يعتبر قبض اللاحقة. نعم إذا كانوا جماعة فقبض بعضهم دون بعض، صح بالنسبة الى من قبض و بطل بالنسبة الى غيره ممکن كان موجودا حال القبض». یعنی ایشان تبعیض را در موجودین پذیرفته است.

بعد می فرماید:

«واما إذا كان بعضهم يوجد بعد ذلك كما إذا وقف على اولاده و كان الموجود منهم ثلاثة فقبضوا ثم تولد آخر بعد ذلك فلا حاجة الى قبضه فيكون حكمه حكم البطن اللاحق». تا اینجا که صرفا ادعا بود و ایشان فتوایشان را بیان کردند. کل استدلال ایشان یک نصف جمله است. می فرماید: «لأن الوقف قد تم بقبض الموجودين».

پاسخ استدلال ششم

خب بعد از این بحث هایی که الان کردیم این چطور می شود؟ خود شما در دو سطر بالاتر حرفی را فرمودید که لازمه اش تبعیض وقف است. یعنی تبعیض را قبول کردید. آنوقت با قبض موجودین وقف برای غیر موجودین درست می شود؟ ایشان چیزی بیان نکرده اند. اینکه ما ذیل فرمایش ایشان چیزی به عنوان وجه فرمایش ایشان عرض می کنیم از خودمان عرض می کنیم نه اینکه عبارت ایشان مصرح باشد.

عدم صحت برداشت مدعا از روایات

من عرض می کنم شاید مقصود ایشان این است که ما وقتی روایات را نگاه می کنیم گویی از روایات می فهمیم که قبض یک عده ای کافی است. اگر مقصود این باشد باید ببینیم این درست است یا نه. و به نظرم راه هم همین است. ما برویم سراغ روایات. چیزهایی که این بزرگواران فرموده اند که همه اش یک اعتبارات حدسی عقلانی بود چیزی را درست نمی کرد. اما آیا از روایات استفاده می شود که واقعا با قبض طبقه اولی وقف نسبت به طبقات دیگر هم تمام می شود؟ در روایاتی که ما داشتیم به نظرم در هیچکدام تصریح به این معنا وجود ندارد. حتی ظهور هم نیست. دو روایت داشتیم که صحیحه بودند به عنوان تصدق، که روایات اول و پنجم باب چهار بود. دو روایت هم داشتیم به عنوان وقف که روایت چهارم و هشتم باب چهار بود. در روایت تصدق که روایت اول باب چهار است روایت محمد بن مسلم است که می گوید:

"عن ابی جعفر علیه السلام قال: فی الرجل يتصدق علی ولده و قد ادركوا. امام فرمود: إذا لم يقبضوا حتی يموت فهو میراث. بعد هم فرمودند: فإن تصدق علی من لم یدرك من ولده فهو جائز (یعنی ممضاة) لان والده هو الذی یلی امره".

این قسمت دوم که بحث آتی است و یکی از فروعات مسئله است. اما قسمت اول که می گوید در رجل يتصدق علی ولده و قد ادركوا. ظهور روایت این است که یک سری اولاد دارد که اینها همه بالغ هستند بر اینها تصدق کرده است. خب از کجای این روایت طبقات متأخر استفاده می شود؟ و بعد هم از آن استفاده بشود که همین قبض اینها کافی است؟. همچنین چیزی در آن نیست.

مگر کسی بخواهد بگوید این روایت و روایت آتی نسبت به همین ها می گوید اگر قبض کنند تمام است. ولی نسبت به بقیه بگوئیم الاصل عدم که صاحب حدائق می فرمود. و الا از خود این روایت ما نمی توانیم استفاده کنیم که نسبت به طبقه آتی هم که قبض نکرده اند لازم و تمام است. همچنین چیزی ندارد. این نسبت به ولدی بوده که موجود بوده اند. در روایت پنجم هم همین است: "إنه قال فی رجل تصدق علی ولد له قد ادركوا". یعنی فرض کرده که اینها موجود و بالغ هستند بر اینها وقف کرده است. امام می فرماید: "إذا لم يقبضوا حتی يموت فهو میراث". که معنایش این است که اگر قبض کنند وقف تمام است و الا میراث است.

این روایت هم اصلا ربطی به طبقات آتی ندارد.

در روایت چهارم که به عنوان وقف است، می فرماید: "سئلته عن الرجل یقف الضیعة ثم یبدوا له أن یحدث فی ذلک شیئا. فقال إن کان وقفها لولده و لغيرهم...". خب اینکه لولده و لغيرهم، می شود به اطلاق این تمسک کرد که بگوئیم این غیرهم می شود طبقات آتی باشد. اینجا فرض منحصر در این نیست که موجودین هستند. منتهی یک قیدی آورده است که آن قید راه را بر این بحث می بندد. چون می گوید: "ثم جعل لها قیما"، می گوید اگر برای او قیم قرار داده است دیگر "لم یکن له أن یرجع فیها" دیگر نمی تواند برگردد. ما انشاء الله در ادامه بحثمان که بحث قیم را می آوریم یکی از ادله ای که به آن تمسک می کنیم همینجا است که روایت، جعل قیم را پذیرفته است، و می گوید اگر برای ولدش و لغيرهم (که این لغيرهم لازم نیست کسانی باشند که الان موجودند. ممکن است بعدا موجود می شوند) می گوید اگر برای اینها وقف کند و جعل لها قیما لم یکن له أن یرجع فیها. ذیلش که در بحث قبض مورد تمسک بود که فرموده اند: "وإن کانوا کبارا و لم یسلمها الیهم و لم یخاصموا حتی یحوزوها عنه فله أن یرجع فیها". اینجا هم فرض موجودین هستند که می گوید کبار باشند. نمی آید نسبت به طبقات آتی که هنوز موجود نیستند امام بفرماید: "وإن کانوا کبارا و لم یسلمها الیهم". خب واضح

است که در ذیل فرض مسئله این نیست که نسبت به پنج نسل آتی تسلیم نکرده است. بلکه منظور همین موجودین هستند. روایت هشتم هم همینطور است.

پس بنابر این ما در روایات عبارتی نداریم که اطلاق مفروض مسئله طبقات آتی را بگیرد، بعد روایت بگوید به قبض همین طبقه تمام است. اگر نسل های آتی را می گرفت، بعید نبود که بگوئیم از ترک استفصال امام علیه السلام ما می فهمیم که قبض همینها کافی است. ولی اصلاً راجع به طبقات آتی چیزی نیست، الا آن یک قسمی که در آن قیّم آورده است که آن فرض اصلاً از محل بحث به یک معنا خارج می شود بخاطر بحث آتی که خواهیم کرد.

سؤال وجواب: قیّم مثل حاکم است وقتی قبض کرد تمام می شود.

پس از روایات چنین چیزی استفاده نمی شود.

عدم امکان تحقق معیار صحت وقف در روایت (تسلیم) نسبت به طبقات آتی

بلکه من از این روایات می خواهم استفاده عکس کنم، شما ببینید با این کلام ما همراه هستید: در همین روایتی که فرمود "وإن كانوا كبارا و لم یسلمها الیهم" ظاهرش این است که معیار تسلیم است. گرچه موضوعش همین موجودین هستند، ولیکن ظاهرش این است که معیار تسلیم است. پس یعنی اگر تسلیم نشد نیست، حالا هر کسی می خواهد باشد. حالا که شما طبقات آتی را می گوئید خب تسلیم محقق نشده است. می گوید لم یسلمها الیهم، خب لم یسلم به طبقات آتی، فرض این است که قبض نکرده است.

گرچه موضوع فرض طبقات آتی نیست، ما نمی توانیم با اطلاق از این دریاوریم. ولی به نظر می آید دارد یک معیاری را بیان می کند. یعنی علاوه بر اینکه در یک موضوع خاص است معیار را هم دارد بیان می کند که عدم تسلیم است.

از این روشنتر به نظر من روایت ناحیه مقدسه است که روایت هشتم است، که امام علیه السلام می فرماید: "و اما ما سئلت عنه من الوقف علی ناحیتنا وما یجعل لنا ثم یمحتاج الیه صاحبه، فکل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار و کل ما سلم فلا خیار فیه".

اینجا هم با اینکه موضوع خاص است. هم وقف برای ناحیه است، که یا شخصیت حقوقی است که ما می خواهیم از این روایت استفاده کنیم، یا شخصیت حقیقی است، ولی به هر حال موجود است. برای این موجود وقف کرده اند، بعد امام علیه السلام این فرمایش را کرده اند.

ولی به نظر من حق این است که این تعبیر " وکل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار و کل ما سلم فلا خیار فیه"، ظاهراً دارد معیار می دهد که معیار تسلیم است. اگر تسلیم کرده خیار ندارد، و اگر تسلیم نکرده له الخیار.

من قبول دارم موضوع اطلاقی ندارد. اگر می گفتند فرض مسئله برای همه بطون است و در آنجا می گفت کل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار، اصلاً می گفتیم اطلاق دارد. اما اطلاقی نیست چون موضوع خاص است. ولی به نظر می رسد که دارد معیار می دهد. ما اطلاق لفظی که خود لفظ قابل برای سریان باشد نداریم. اما اگر معیار استفاده کردیم آنوقت سریان هم می فهمیم. ظاهرش القاء یک معیار است. موضوع خاص است، مولا دارد القاء می کند یک معیاری را که کل ما سلم اختیار نداری، اما لم یسلم اختیار داری.

خب این معیار در نسل های آتی هم وجود دارد. بنابر این اگر قبض نکردند، پس له الخیار است، که حالا یا واقف است یا ورثه واقف. اما اگر سلم مصداق واقع شد برای قبض و تسلیم، در این صورت لیس له الخیار. بنابر این شما تبعیض را هم که پذیرفتید، نسل آتی هم یک نسلی است، بعضی از آنها قبض می کنند و بعضی قبض نمی کنند. آنهایی که قبض کرده اند وقف برای آنها تمام شده و آنهایی که قبض نکرده اند للواقف او ورثه الخیار. این حرف چه مانعی دارد؟

پس بر اساس این معیار این مطلب استفاده می شود.

حالا ما باید اینطور بحث کنیم که یکوقتی ما می گوئیم از روایات همچنین استفاده ای نمی شود. حالا یا موضوعش خاص است. باید برگردیم ببینیم آیا عمومات دیگری را قبول داریم که وقف را عند الشک تصحیح کند یا نه. اگر مثل صاحب حدائق و مثل صاحب عروه باشیم، (تعجب است که صاحب عروه اینجا تصریح نکرده است. صاحب عروه از کسانی است که به اوفوا بالعقود در ایقاعات هم عمل می کند و مثل صاحب حدائق و دیگران به عمومات کلی اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تمسک می کنند)، اگر این باشد، ما می توانیم شک هایی را که الان داریم که آیا قبض طبقات آتی لازم است یا نه را دفع کنیم. و راحت می شویم. یعنی می گوئیم قبض طبقات آتی لازم نیست. چرا؟ چون ولو این حرف اخیری ما را هم نپذیریم، اما می گوئیم دلیلی بر قبض نداریم. صاحب جواهر اینطور جلو آمده است. می گوید این استدلال هایی که شده که درست نیست، اینها یک اعتباراتی بود. ما باید روایات را نگاه کنیم. می گوید روایات اینطور است که یک عموماتی داریم که اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، خروج از این در مسئله قبض به اندازه ای است که روایات گفته اند. چقدر خارج شدیم؟ قبض طبقه اول ما بیش از این دلیل نداریم که بگوئیم قبض همه طبقات لازم است.

مسیرها را دقت کنید. تشکیک ایشان در دلالت ادله قبض است به اضافه تمسک به عمومات. می گوید بنابر این قبض طبقات آتی لازم نیست.

اما دو تا بحث باقی می ماند:

لزوم قبض طبقات آتی با توجه به معیار مذکور و با توجه به اصالة الفساد

اگر کسی مثل ما از این روایت اطلاق نفهمد ولی معیاری بفهمد که لازمه اش اطلاق است، باز فرمایش صاحب جواهر و صاحب حدائق و دیگران درست در نمی آید. ولو عمومات و اطلاقاتی وجود داشته باشید اما این معیار جلو آنها را می گیرد. یعنی دلیل قبض اطلاق دارد، می گوید هر کسی که تسلیم او شد و قبض شد وقف او تمام است. این بر آن عمومات حاکم می شود و این تقیید آن عمومات می شود. می گوید باید تسلیم و قبض ولو در مورد نسل های آتی صورت بگیرد. این در صورتی است که کسی با ما موافقت کرد که از این روایت اینطور فهمیده می شود.

اما اگر ادله قبض را تمام ندانستیم و در عین حال به عمومات و اطلاقات هم عمل نکردیم، می افتم در کبرای شک در ترتب اثر و اصالة الفساد، پس باز هم از باب احتیاط قبض را لازم می دانیم تا وقف نسبت به طبقه آتی درست شود. این مشکلی ندارد. به نظر من آخرش این است که بگوئیم نسل های آتی مثل همین موجود هستند، اگر نسل موجود بعضی ها وقف را می پذیرفتند و بعضی ها نمی پذیرفتند اینجور بود که نسبت به آنهایی که قبض کرده بودند وقف تمام می شد و نسبت به کسانی که قبض نکرده بودند وقف تمام نمی شد، نسبت به نسل آتی هم همینطور است، هر کسی قبض کند وقف نسبت به او تمام می شود و هر کسی قبض نکند وقف نسبت به او تمام نمی شود.

حالا بحث اقباض بحث دیگری است. آن را با همان شرائطی که قائل شدیم هر وقت حاصل شد فبها و الا نه. آخرش این می شود که يرجع میراثا. مشکلی پیدا نمی شود. یعنی عرض من این است که وجهش چیزی نیست که خلاف ضرورت باشد تا بگوئیم از باب آن لازم است ما کفایت قبض نسل اول را برای نسل های بعدی بپذیریم.

این عرض ما است.

پس نتیجه این شد که ما از دو راه مسئله لزوم قبض را حتی در نسل های آتی لازم می دانیم: یکی از معیاری که در روایت ناحیه آمده است. دوم از باب شک در تحقق مسبب و اصالة الفساد.

سؤال وجواب: از امام علیه السلام راجع به وقف خود ایشان سؤال کردند، امام علیه السلام یک معیار کلی می دهد که همه جا به درد می خورد. این اشکالی ندارد... امام بحث قبض را مطرح کرده، ما کار نداریم که واقف هست یا نیست

و تکلیفش چه می شود. آن بحث دیگری است. ... در بحث سابق اگر روایات موت واقف نبود، ما این را هم نمی گفتیم. ما گفتیم صحت تأهلیه اش برای ورثه باقی باشد مانعی ندارد. ادله موت واقف جلو ما را گرفت. یعنی من می خواهم بگویم شما از باب ضیقی در مضمون روایت نمی توانید درست کنید. بله روایت خاص به ما گفت که با موت واقف وقف باطل می شود. خب باطل بشود. ما می گوئیم مگر الان فرض ندارد که واقف زنده باشد و نسل بعدی بیاید؟ فرض ندارد. پس معیار امام درست می شود. یا فرض دیگر کنیم که واقف باشد قیّم قرار بدهند یا متولی قرار بدهند که فروض بعدی ما است. اتفاقاً اکثر وقفها اینطور است که برای آن متولی قرار می دهند، چون واقف می داند که خودش زنده نیست. پس می داند این وقف را باید کسی تولى کند، حالا یا باید بگوئیم آن شخص متولی خاص است و یا حاکم است. این فروض کاملاً فروض معقولى است. پس اینطور نیست که ما بگوئیم واقف منقطع می شود. بلکه واقف با جعل ولایت برای متولی، یا حاکم مسلمین قبض می کند و تمام می شود. امام علیه السلام دارد یک معیار می دهد که کَلِمَا سَلَمَ کَذَا و کَلِمَا لَمْ یَسَلَمَ کَذَا.

سؤال: ولی ظاهر این اشتراط قبض یا قیّم این است که تا قبل از او این واقف حق خیار دارد. یعنی ظاهر این قضیه را می گوید. برای همین وقتی قبض کرد این دیگر ناظر به این نیست که نسبت به بطون آینده اشتراط قبض هست یا نه.

جواب: پس چطور در نسل موجود بین من قبض و من لم یقبض شما تفکیک قائل می شوید؟ لذا ممکن است از این موجودین هزار نفر قبض کرده اند ولی پنج نفر قبض نکرده اند. می گویند وقف نسبت به آن پنج نفر باطل است. البته عنوان و جهت بحث دیگری است. الان وقف خاص است، ولو با عنوان اولاد بگوید ولی اشاره دارد به اولادش در طبقات. یعنی گویی اسم برده باشد، احمد، تقی، نقی تا بقیه اولاد. به عنوان الولد هم نباشد، چون او شبیه وقف بر عنوان است. اشاره کند با اینها به اشخاص خاص و متعین و مشخص تا بشود وقف خاص. الان بحث در اینها است. چطور در اینها می فرمائید تبعیض در نسل موجود ممکن است، خب تبعیض در موجود و معدوم هم همینطور است.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض	۵۲۵
خلاصه بحث قبل	۵۲۵
جواب از شبهه قبض طبقات آتی با وجود موت واقف و عدم اذن او.....	۵۲۶
قابض در اوقاف عام.....	۵۲۹
عناوین عامه جنس هستند لذا نیاز به قبض همه افراد آن جنس است.....	۵۲۹
تصویر قبض حاکم	۵۲۹
تفکیک در نحوه وقف بر عناوین عامه.....	۵۳۰
وقف وحدانی نیست و الا اشکالات دیگری دارد	۵۳۳
عنوان عالم شخصیت حقوقی نیست	۵۳۳
دلیل کفایت قبض قیّم	۵۳۵

ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض

خلاصه بحث قبل

بحث در مسئله ششم قبض بود که چه کسی قبض می کند.

عرض کردیم تارة بحث در اوقاف خاصه است مثل بحث بر اولاد و اشخاص معینین. این بحثش گذشت. و بحث تابع دو تا مطلب شد: ما که عمومات و اطلاعات را در باب اوقاف قبول نداریم تا تصحیح کنند عقد یا ایقاع را، اگر از باب روایات تسلیم یک استظهاری کنیم که تسلیم کل شخص نسبت به خودش موضوع اثر است، که مسئله از این جهت حل است. یعنی نتیجه این می شود که باید طبقات آتی هم قبض کنند و بدون قبض نمی شود.

و اگر این را هم از روایات استظهار نکنیم، کما اینکه عده ای نمی کنند، به جهت اینکه ولو ظاهر موضوع روایت، موجودین یا شخص موجود است و در موضوع بحث طبقات آتی مطرح نیست، اما ظهور کلام امام علیه السلام القاء یک معیار است. درست است که موضوع مطروحه خاص بوده است، ولی ظاهر این است که دارد القاء معیار می کند که کل ما لم یسَلِّم فهو بالخیار و کل ما سَلِّم فلا رجعة فیه و لا یرجع فیها.

اگر این باشد، پس ما در طبقات آتی هم تسلیم را لازم داریم، قبض لازم است، برخلاف فتوای مشهور.

و اگر این را هم نگوئیم، ولی از باب قدر متیقن باید همین نتیجه را قبول کنیم. چون ما به تبع خیلی از بزرگان عموماً را قبول نداریم، وقتی شک می کنیم که آیا وقف طبقه ثانیه بدون قبض می تواند تمام باشد یا نه، نتیجه این می شود که وقتی شک داریم باید احتیاط کنیم و قبض و هر آنچه را که احتمال دخالت آن در تمامیت وقف هست بیاورند تا وقفشان تمام باشد.

پس ما یا از باب استظهار از روایات تسلیم این را می گوئیم. و یا از باب احتیاط مجبوریم بگوئیم قبض لازم است. دیروز یکی از دوستان شبهه کرد، شبهه هم قابل توجه بود، منتهی جوابی که من دادم نیاز است توضیح بدهم که چرا ما آن جواب را می دهیم.

جواب از شبهه قبض طبقات آتی با وجود موت واقف و عدم اذن او

ایشان شبهه کردند که این وقف اگر در طبقات آتی هم قبض بخواهد گاهی خود واقف از دنیا رفته است، آنوقت اینها با وجود اینکه اذن واقف از بین می رود اینها چگونه قبض کنند؟

ما عرض کردیم این اذن از بین رفتن غیر از عقود اذنیه است. چون فرض این است که اذن متبلور شده است در یک انشائی و مبرز دارد. چه اشکالی دارد که بگوئیم ورثه او همین انشاء مبرز را می گیرند و ضمیمه می شود به قبض و امثال آن. این چه مانعی دارد؟

منتهی باید یک توجهی کرد (که من در لابلای بحث عرض کردم ولی در جواب ایشان نگفتم)، آن توجه این است که: در طبقه اول این جواب ما نمی آید. چون نص روایت است که واقف اگر قبل القبض فوت کرد اصلاً وقف باطل است. ما خودمان هم قبول داریم. منتهی بحث در طبقه اول نبود بلکه بحث در طبقه ثانیه است. ما در روایات قبض یعنی روایاتی که بحث موت واقف را مطرح کرده و فرموده ما لم یقبضوا اگر واقف بمیرد فهو میراث. ما از این استنباط کردیم که برمی

گردد و باطل می شود. اگر قبض شرط صحت باشد که آن صحت تأهلیه از بین می رود، و اگر قبض شرط لزوم باشد باطل می شود و برمی گردد. این در طبقه اولی است.

در طبقه دوم ما همچنین دلیلی نداریم. ما به تبع بزرگان از جمله صاحب جواهر و دیگران عرض کردیم که تعبیر «ما لم یقبضوا» و امثال این که در روایت آمده همه ظهور دارد که اینها موجود هستند. اصلاً نسبت به معدومین و طبقات آتی سؤال نیست. ولذا اینکه فرموده اند که لو مات الواقف قبل أن یقبضوا فهو میراث، این فقط راجع به طبقه اول است، نه طبقات ثانیه و ثالثه الی آخر. بنابر این در مورد طبقه ثانیه بحث موت واقف قبل القبض نمی آید. چون اصلاً روایت اینجا را نمی گیرد.

این هم که صاحب جواهر فرمود که ادله اشتراط قبض قدر متیقن دارد همین را می خواهد بگوید. می خواهد بگوید که در طبقات آتی اصلاً ما اطلاقی نداریم که قبض لازم است.

حالا آن حرف در تسلیم خیلی برای ما روشن نیست. اما در این روایات که قبض است و بحث موت واقف را طرح کرده، می گوئیم بحث بطلان الوقف بموت الواقف که از این روایات قبض استفاده می شود فقط در طبقه اولی است. در طبقات آتی این روایات نمی آید.

نتیجه این می شود که در طبقات آتی ما احتمال می دهیم یک قبضی لازم باشد. شبهه شد که واقف از دنیا رفته است. می گوئیم اگر می گوئید این عقد اذنی است و لذا دیگر انشاء او به درد نمی خورد. ما جواب این را در جای خودش دادیم. چه کسی گفته است که وقف به این معنا عقد اذنی است؟ به تعبیر دیگر صحت تأهلیه انشاء واقفی که ولو از دنیا رفته برای طبقات آتی چه کسی می گوید اشکال دارد؟ لذا بگوئیم قبض او کفایت می کند.

علاوه بر اینکه می شود فرض کرد خود واقف زنده باشد، علاوه بر اینکه می شود فرض کرد که قیّم قرار داده باشد، علاوه بر اینکه می شود فرض کرد که حاکم قبض کند. لذا به نظر ما این شبهه هم قابل دفع است.

سؤال وجواب: اگر اذن محض باشد اذن از بین می رود. اما اگر اذن مبرز باشد مثل ایجابات بیع و شراء و اینها چه کسی گفته از بین می رود؟ بلکه صحت تأهلّی اش باقی باشد چه اشکالی دارد؟

سؤال در سائر عقود که اذنی هستند ولی با ایجاب و قبول گفته شده است، مثل وکالت که شهید در لمعه گفته و حیث کانت جائزة تبطل بالموت و الجنون و الإغماء من کل واحد منهما، چه می گوئید. خب آنجا چون اذن با ایجاب ابراز شده پس باید ادامه داشته باشد.

جواب: مرحوم شهید فرموده ولی درست نیست. البته این را هم توجه کنید که کل عقود اذنی ظاهرا در هفت تا معامله هست، مثل عاریه، ودیعه، وکالت و هبه و امثال ذلک. در اینها یک عده ای همین کبرایی را که شهید ثانی و شاید عده ای دیگر فرموده اند این را به همین تعلیل کرده اند. اگر یادتان باشد آیه الله سبحانی به همین درست کرده بود که اینها عقود اذنی هستند و اذن هم با موت طرف از بین می رود. خب ما همین را اشکال کردیم. چه کسی گفته اینجا اذن صرف است؟ اینجا انشاء است. همانطور که شما در باب ایجاب و قبول در بیع این را نمی گوئید، مگر از باب دیگری که مثلاً بگوئید ملاصقت قبول با ایجاب لازم است و باید با هم باشند، فور می خواهد و نمی شود خیلی فاصله بیفتد. حالا آن بحث دیگری است. ولی می خواهیم بگوئیم که ایجاب به نحوی که انشاء کند و یک اذن منشأ باشد فرق می کند. لذا خود صاحب عروه هم با اینکه وکالت را در صورتی ایقاع می داند، می گوید جاهایی که انشاء کند و قبول هم بخواهد اصلاً عقد است، در حالی که اگر اذن محض باشد که عقد نیست.

پس اینکه ما در عقود اذنی با وجود انشاء بخواهیم فسخشان را بخاطر موت و اغماء و جنون تعلیل کنیم به اینکه اذن است و اذن با اینها منتفی می شود این درست نیست. باید جور دیگری حل کنیم. جور دیگرش این است که باید ادله خاصه را نگاه کرد. آنوقت مثلاً در وقف ما همین روایات ما لم یقبض را داشتیم. «إذا مات الواقف قبل أن یقبضوا فهو میراث» که دلالت بر بطلان حتی صحت تأهلیه عقد می کرد.

پس بنابر این باید در کل مورد ما دلیل بر بطلان پیدا کنیم. به صرف اینکه از باب اذن است و اذن منتفی می شود نمی توانیم این حرف را بزنیم. آنوقت در این بحث ما گفتیم چون اذن مبرز است مثل بقیه انشاءات است، چه کسی می گوید این انشاء از بین می رود؟ اگر دلیل خاص داشته باشیم مثل وقف می گوئیم والا نمی شود گفت. لذا در هبه هم دوگونه روایت معارض داریم که آیا با موت واهب از بین می رود یا نه. دو دسته روایت معارض است. وخیلی ها قبول نکرده اند. بعضی ها گفته اند حتی اگر روایت هم تعارض کند استصحاب بقاء ملکیت واهب داریم و از بین نمی رود.

سؤال: اگر یکی از طبقات قبض نکند صحت تأهلیه نسبت به طبقات دیگر چگونه می شود؟

جواب: بله علی القاعده باقی است. اگر طبقه دوم قبض نکند دیگر فهو میراث نیست. چون روایت ظاهراً مقصور به طبقه اول است و آخرش این است که قدر متیقن دارد. ما لم یقبضوا یعنی همین افراد. چون لسان همه روایات این است، مثلاً می گوید تصدق علی اولاده الکبار، یا تصدق علی ولده و غیره ثم جعل قیماً، می گوید این دیگر نمی تواند رجوع کند، چون ظاهرش این است که قیّم قبض کرده است.

سؤال: پس آنوقت نسبت به طبقه دوم چه می شود؟ نه میراث است (چون طبقه اول قبض کرده اند) و نه وقفش نسبت به اینها صحیح است (چون اینها قبض نکرده اند).

جواب: پس از باب این وقف نمی توانید بگوئید باطل است. ممکن است بگوئیم اگر افراد دیگری هنوز در وقف باقی مانده اند آنها قبض کنند قبضشان درست باشد، و اگر بگوئید بالمره درست نیست، می گوئیم آنوقت می شود منقطع الآخر و برمی گردد و میراث می شود.

تا اینجا راجع به اوقاف خاصه بحث کردیم و روشن شد که قبض لازم است و بدون آن وقف تمام نمی شود.

قابض در اوقاف عام

اما اوقاف عام، این دو جور است: یکی وقف بر مصالح عامه، مثل پل، خانات، مسجد و امثال اینها. یکی هم وقف بر عناوین عامه، مثل علماء، فقراء و امثال اینها.

در عناوین عامه در اینجا دو جور استدلال با دو جور نتیجه گفته اند:

عناوین عامه جنس هستند لذا نیاز به قبض همه افراد آن جنس است

برخی می گویند در عناوین عامه درست است که مثل جهات عمومی نیست، مثل وقف پل نیست، چون به عنوان است، به عالم، به فقیر. غیر از آنجا است که طرف وقف پل است. اینجا در واقع وقف کرده است برای عالم به عنوان العالم. منتهی می گویند جنس نمی تواند قبض کند مگر به قبض کل افرادش. چون اینجا جنس عالم و جنس فقیر موضوع است، و قبض او حاصل نمی شود مگر به قبض همه افراد. بنابر این به صرف قبض یک نفر و دو نفر نمی توانیم بگوئیم وقف قبض شده است.

تصویر قبض حاکم

بله حاکم می تواند قبض کند از باب ولایت عامه یا از باب امور حسبی و قدر متیقن. حالا مرحوم آخوند در وقف یک چیزی اضافه می کند می گوید یا اینکه اجمالا می دانیم قبول حاکم در اینجاها کافی است. یعنی یا می گوئیم حاکم ولایت عامه دارد، مثل ولایت فقیه، که بطور کلی بگوئیم، یا بگوئیم نه، ولایت در اینجاها ثابت نیست ولی از باب حسبه حتما ثابت است و قدر متیقنش هم حاکم است. مثل آقای خوئی که در باب ولایت فقیه ایشان ولایت فقیه را توسعه نمی دهد، اما از باب حسبه و قدر متیقن تقریباً در اکثر امور ایشان قبول دارد. لذا ما در جواب عده ای از روشنفکرها که به

فرمایش آقای خوئی استشهد می کردند گفتیم اینها دارند راه را اشتباه می روند. مرحوم آقای خوئی نفی مطلق نکرده است، بلکه این یک بحث فنی است که ولایت را از حیث ولایت نفی کرده، اما از باب امر حسبی گفته اذن فقیه لازم است، آن هم از باب قدر متیقن خود فقیه باید باشد نه دیگری. بنابر این اذن لازم است. این روشنفکرهایی که استشهد می کردند که پس در امور عمومی به مردم رجوع می کنیم این حرف مثل آیه الله خوئی ره نیست بلکه حرف خود آن روشنفکرها است.

پس ما یا قائلیم به ولایت مطلقه فقیه که در همه امور هست که یکی از امور هم این است. یا می گوئیم از باب امر حسبی. حالا مرحوم آخوند می گوید یا اجمالا بگوئیم قبول حاکم اینجا ثابت است.

سؤال: ریشه فرمایش مرحوم آخوند چیست و چه فرقی بین این فرمایش با ولایت در امور حسبیه است؟

جواب: یک ولایت است، که یا ولایت عمومی است یا ولایت در امور حسبیه که عمده فقهاء این را قبول دارند، قدر متیقن حسبیه هم خود حاکم است. چون امرش دائر می شود بین حاکم و عدول مؤمنین و کل مردم. اما حرف آخوند یعنی ما نمی دانیم از باب ولایت و حسبیه است، بلکه یعنی این اجمالا ثابت است یعنی مثلاً فرض کنید اجماع داریم که اگر حاکم قبول کرد کافی است.

یکی هم از باب قیّم است.

پس این یک بحث است که ما بگوئیم در امور عامه ای که روی عنوان رفته است مثل فقیر و عالم، یک راه قبض حاکم است، یک راه قیّم است (که اینجا که می گوئیم متولی همان قیّم را می گوئیم).

یک راه هم عبارت است از اینکه خود عالم و فقیر قبض کنند، منتهی بنابر اینکه این جنس است بگوئیم همه باید قبض کنند. از باب اینکه لا یتحقق قبض الجنس الا بقبض الجميع. این یک حرفی است.

در اینجا چند نکته است که فقهاء اختلاف کرده اند.

تفکیک در نحوه وقف بر عناوین عامه

یک نکته همین است که عده ای گفته اند: وقتی برای جنس وقف می شود، ما دلیل نداریم که باید همه قبض کنند تا صدق کند وقف جنس. مثل مرحوم صاحب عروه در ملحقات می فرماید ما اگر عنوان عالم یا فقیر را مصب وقف قرار دادیم، با قبض یک نفر صدق می کند قبض کرده است وقف را و این در وقف بر جنس کافی است. مگر از اول وقف بر عموم باشد. یعنی از اول نظر واقف این باشد که این وقف است برای همه عالمها، بطوری که همه باید استفاده کنند. می گوید بله اگر اینطور شد باید قبض همه باشد. و همینطور در مورد فقیر.

در واقع مرحوم سید می خواهد بگوید در بحث عموم مثل العالم و الفقیر دو تصویر داریم: تارة عنوان العالم است و قصد واقف این نیست که همه عالمها داخل باشند در وقف. نه، عنوان العالم است. به تعبیر ما مثل صرف الوجود است.

سؤال: عام بدلی است؟

جواب: جنس غیر از عام بدلی است. بلکه ممکن است بگوئیم نتیجه اش این می شود ولی جنس است.

مثل نفس الطبیعة که ما در باب اطلاق می گوئیم. جنس انسان است در آن اطلاقتها. جنس عالم است، جنس فقیر است. و ما قبض این جنس را می خواهیم. و قبض جنس يحصل بقبض احدهم.

بنابر این قبض یک نفر از آنها هم کافی است. مگر اینکه از اول منظور واقف وقف برای همه فقراء به نحو العموم باشد.

آنوقت این تفکیک را متأخرین از علمای معاصر هم پذیرفته اند و می گویند دو قسم است.

منتهی واقعا بحث می خواهد. ما باید ببینیم مقصود در جنس چیست؟ آیا در مقام ثبوت اهمال جنس معنا دارد؟ واقف وقتی برای جنس عالم وقف می کند در مقام اثبات اهمال ممکن است که بگوئیم مهمل گذاشته است که همه عالم ها یا برخی از عالم ها. اهمال اثباتی ممکن است. آنوقت بگوئیم مهمل در قوه جزئیة است یعنی بعض عالمها. اما به لحاظ عالم ثبوت و اراده های ثبوتی واقف که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها که اهمال معنا ندارد.

اینکه ما می گوئیم برای نفس جنس وقف شده است یعنی چه؟

وقتی می گوید مرادم نفس الطبیعة است، یا باید بگوئیم که طبیعت ساریه انسان، عالم و فقیر مراد است، یا باید بگوئیم صرف الوجود مراد است. یکی از این دو تا است. یا بگوید این طبیعت را هر کجا که رفت وقف برای او ثابت است. این می شود طبیعت ساریه. این در حکم عموم است. این مثل این است که به نحو عموم استغراقی بگوید کل فقیر. یا اینکه به نحو صرف الوجود است. وقتی می گوید وقف کردم برای عالم یعنی وقف کردم برای صرف الوجود عالم. یعنی عالم ما.

پس در عالم ثبوت یکی از این دو تا است.

اگر مقصود صرف الوجود عالم یا فقیر باشد، علی القاعدة معنایش این می شود که تمام این وقف را می تواند به یک

نفر بدهد. این می شود؟

حالا ایشان و دیگران که در تعبیر الف و لام را روی جمع آورده اند و العلماء والفقراء گفته اند. اینکه ادات عموم است و ظهور اولی اش عموم است یعنی همه علما، اینکه جنس نیست. اگر بخواهد جنس باشد باید بگوید العالم یا الفقیر. حالا اگر همینطور گفته باشد که من وقف کردم برای العالم، ما می گوئیم ثبوتاً تصویر دارد که هم صرف الوجود عالم باشد و هم طبیعت ساریه عالم. ولی باید بگوئیم آنوقت این لازمه را قبول دارید که اگر صرف الوجود عالم گفتیم همانطوری که قبضش به قبض یک نفر حاصل می شود آنوقت تمامش را هم می تواند به یک نفر بدهد.

سؤال: صرف الوجود لا بشرط است.

جواب: ولی می شود که به یک نفر هم بدهد.

سؤال و جواب: انصراف را ما هم قبول داریم. انصراف بحث اثباتی است. من عمداً این را گفتم بخاطر همین انصراف. می خواهیم بگوئیم وقتی وقف العالم می کند ظاهرش این است که دارد برای همه علماء وقف می کند که همه بتوانند متمتع بشوند. نه اینکه همه را بدهیم به یک نفر. اگر این را گفتیم دیگر صرف الوجود نیست، بلکه طبیعت ساریه عالم است پس قبض یک نفر هم کافی نیست.

مرحوم سید که می گوید قبضی که می گویند به قبض یک نفر هم صدق می کند. ما می گوئیم مگر این یک نفر وکیل یا نائب بقیه است؟ می گوئیم اول شما تعیین کنید وقف برای چه کسانی شده، بعد بگوئیم قبض چه کسانی لازم است. اگر به نحو استغراق وقف شده است، خب همه شان باید قبض کنند، یا وکیل باشد و یا حاکم و قیّم که داستان دیگری دارد.

سؤال: استغراق علی نحو الانحلال است یا نه؟

جواب: بله قاعدتاً باید انحلال باشد دیگر. اگر انحلال نشود که مشکل دیگری پیدا می شود.

سؤال: کلام صاحب عروه در همین طبیعت ساریه ای که علی نحو الانحلال هم هست جاری است که می گوید قبض احدی دون احد دیگر کفایت ممکن است بکند.

جواب: بله ولی مگر یک نفر وکیل بقیه است؟ قبض خودش را دارد انجام می دهد.

سؤال: پس قبض فی الجملة در مورد آن احد عالم صحیح می شود ولو اینکه افراد دیگر قبض نکرده باشند.

جواب: اینکه حرف خود ما است. صاحب عروه می گوید به يتم الوقف، لبش این می شود که با قبض یک نفر در اقع قبض همه می شود و وقف برای جنس تمام می شود. وقتی وقف تمام شد دیگر قبض بقیه لازم نیست. نه اینکه با قبضشان مصداق واقع می شوند. بلکه بقیه علماء مصداق این وقف قرار می گیرند به قبض همان یک نفر. ولی اگر شما ثبوتاً گفتید که وقف برای طبیعت ساریه است که در حکم استغراق است خب همه باید قبض کنند.

سؤال: اگر نفر اول پذیرفت که دیگر واقف حق رجوع ندارد.

جواب: به چه دلیل این را می گوئید؟ لذا اگر یک عالم پذیرفت و فوت کرد و بقیه هم هنوز قبض نکرده اند، واقف رجوع می کند.

سؤال: مگر وقف ابدی نشد؟ وقتی وقف واقع می شود دیگر منقطع الآخر نیست. وقف بر عناوین وقف ابدی است.

جواب: به چه دلیل؟ همین را باید درست کنیم. اگر شما می گوئید وقف بر جنس عالم است به نحو صرف الوجود است، بله این یک نفر قبض کرده و تمام شده، اما بقیه که قبض نکرده اند، وجه اینکه برای بقیه تمام شده است چیست. این را باید درست کنیم.

وقف وحدانی نیست و الاشکالات دیگری دارد

پس در واقع بحث کفایت قبض یک نفر برمی گردد به اینکه وقف برای چه کسی شده است. اگر ما وقف را وحدانی می دانستیم حساب دیگری پیدا می کرد و ممکن بود بگوئیم با قبض یک نفر قبض جنس هم حاصل می شود. منتهی وقف وحدانی نیست. چون وحدانی دانستن وقف اشکالات دیگری می آورد که دیروز هم عرض کردیم. لازمه اش این است که در موجودین اگر بعضی قبض کنند و بعضی قبض نکنند کافی باشد. در حالی که شما این را نمی گوئید. الان دو تا عالم آمده اند هر دو می توانند از این وقف استفاده کنند، آیا ما می توانیم به یکی منحصر کنیم؟ نمی توانیم.

سؤال: چرا بحث را بردید روی شخصیت حقیقی. اگر بحث را ببرید روی شخصی حقوقی علماء، دیگر بحث متفاوت می شود.

عنوان عالم شخصیت حقوقی نیست

جواب: اینکه عنوان، شخصیت حقوقی بشود قابل بحث است. البته می گویند، مثلاً آسید کاظم حائری در فقه العقود می فرماید عناوین اینطوری شخصیت حقوقی است. ولی ما قبول نداریم که عنوان العالم شخصیت حقوقی باشد. ما می

گوئیم شخصیت حقوقی باید ایجاد بشود. شخصیت حقوقی زائیده وخلق می شود با ایجادهای اعتباری. ما اینها را قبلا در فقه العقود بحث کردیم. مثلا ما امام را به عنوان شخصیت حقوقی قبول داریم چون امام جعل می شود. (نه امامت تکوینی بلکه امامتی که ولایت داشته باشد امامت و ولایت برای او جعل می شود). اما عنوان العالم جعلی نیست. چرا این شخصیت حقوقی باشد؟ این یک عنوان است. آنوقت آثارش آثار عناوین است. عناوین آثاری دارند که گاهی غیر از آثار فرد است. این بخاطر این آثار است. نه از باب اینکه شخصیت حقوقی است. این را مفصل در جای خودش باید بحث کرد.

سؤال: بعضی می گویند وقف وحدانی نسبت به موجودین که محقق نمی شود بخاطر اجماع است. یعنی اصل این است که وقف وحدانی محقق می شود ولی چون نسبت به موجودین که بعضی قبض کنند و بعضی قبض نکنند، اینکه نسبت به بعضی که قبض نکرده اند محقق می شود بخاطر اجماع است.

جواب: تناقض که نمی شود. پس اجماع کشف می کند که وقف قابل تبعیض است. اگر قابل تبعیض نباشد که معنا ندارد. پس امکان تبعض را که پذیرفتیم می آییم از ادله تصویر می کنیم که آیا وقف برای کثرات است یا برای صرف الوجود است و هر کدام یک حساب پیدا می کند.

نتیجه این بحث این می شود که ما وقف حاکم را قبول داریم به احد وجوهش. قبض قیّم را به بحثی که الان عرض می کنم قبول می کنیم. قبض خود افراد را اینکه قبض جنس به قبض یک نفر حاصل بشود تابع یک بحث دیگر است. اگر عموم باشد که هیچ، العلماء و الفقهاء که به نظر ما ظاهر است که عموم است وبا قبض یک نفر حاصل نمی شود. اما اگر جنس باشد یعنی العالم باشد، به تبع کشف اراده واقف است، و ظهور همانجا هم این است که کثرات عالم و فقیر مقصود او است نه یک فقیر. چون عرض کردم لازمه اش این می شود که اگر صرف الوجود باشد همه را بتوانیم به یک نفر بدهیم، ولی این واقعا خلاف استظهار خارجی است. چون اینطور است معلوم می شود که آنجا هم قصد عموم دارند. ولذا اکتفاء به قبض یک نفر اول کلام است.

وعده ای از فقهاء مثل علامه و دیگران در آنجا گفته اند قبض جمیع لازم است، و چون به نحو عادی نمی شود گفته اند باید قیّم نصب شود و قیّم منصوب قبض کند.

دلیل کفایت قبض قیّم

آنوقت یک بحثی واقع شده است که مراد مثل علامه و دیگران از قیّم منصوب، منصوب چه کسی است؟ آیا مراد منصوب واقف است یا منصوب حاکم است؟ عده ای استظهار کرده اند که مقصود از نصب قیّم یعنی قیّمی که حاکم نصب کند. این بحثی دارد که فردا عرض می کنم.

اما قبل از اینکه بخواهیم کلام علامه حلی را بفهمیم، کلام خود ما برای کفایت قبض قیّم روایت چهارم بود، که می گفت یقف علی ولده و غیرهم وجعل لها قیّما می گوید لا یرجع. از این استظهار می شود که یعنی قیّم قبض کرده لذا لا یرجع. از همین روایت می شود فهمید که قبض قیّم کفایت می کند. روایت هشتم هم که روایت عمری است او هم دارد که قیّم می تواند این کارها را انجام بدهد. آنجا هم می گوید که تصرف می کند در وقف و کارها را انجام می دهد. از امام می پرسند دیگری، می گوید دیگری نمی تواند لانه جعله قیّما. پس معلوم می شود که اگر واقف قیّم قرار بدهد می تواند قبض کند و تصرف کند در وقف به انحاء تصرفات، که در آنجا دارد که مؤونه و خراج و کذا را بر می دارد بقیه را برای امام می فرستد. می گوید بنابر این از این هم فهمیده می شود که واقف می تواند قیّم نصب کند و قیّم این کارها را انجام بدهد.

پس نسبت به کفایت قبض قیّم به استظهار از این دو روایت می توانیم بفهمیم. نسبت به حاکم به احد الوجوه قبضش کافی است، نسبت به خودشان این بحثی است که مطرح کردیم. این قسمت یک ذیلی دارد که فردا عرض می کنیم.

باسمه تعالی

- ۵۳۶ ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض
- ۵۳۶ خلاصه گذشته
- ۵۳۷ اشتراط قبض در وقف بر جهات و عناوین عامه
- ۵۳۷ عدم شمول روایات اشتراط قبض نسبت به وقف عام
- ۵۳۸ بررسی این ادعا
- ۵۳۹ نتیجه بحث نابار مبانی مختلف
- ۵۳۹ نظر صاحب جواهر رحمه الله
- ۵۴۰ بررسی وجود اجماع بر لزوم قبض
- ۵۴۲ بررسی جریان برائت در اقل و اکثر ارتباطی در وجوب و عدم جریان آن در شک در سبب
- ۵۴۵ بررسی نقض صاحب عروه به عدم کفایت قبض یک فرد برای تحقق قبض جنس

ادامه فرع ششم در قبض: تعیین قابض

خلاصه گذشته

در روز گذشته در رابطه با قبض نسبت به وقف بر عناوین مثل العلماء و الفقراء و امثال آن بحث کردیم. در ادامه گفته شد ظهور این جمع محلی به الف و لام عموم است. پس حالا اگر بخواهیم بحث کنیم بطوری که موضوع مباحث فقهاء هست باید جنس بگیریم، چون فقهاء در جنس بحث کرده اند. در عموم تقریباً روشن است که اگر وقف بر عموم شد باید همه قبض کنند تا نسبت به همه تمام باشد. هر کسی نسبت به خودش قبضی و وقفی و تمامیت وقفی دارد. قبض یکی از دیگری کفایت نمی کند. اما در جنس خیلی بحث واقع شده است که اگر وقف کرد بر العالم یا الفقیر، یعنی جنس عالم یا جنس فقیر، در این صورت چه کسی قبض می کند؟

در این تردیدی نیست که اگر حاکم قبض کند این قبض تمام است و این وقف تمام می شود برای همه، حالا یا از باب عموم ولایت یا از باب حسبه و قدر متیقن یا چیز دیگری.

اما بحث در این واقع شده است که آیا قبض متولی و ناظر و قیّم کفایت می کند یا نه؟ و از آن مهمتر بحث در این واقع شده است که آیا قبض احد العلماء یا احد الفقراء کفایت می کند یا اینکه باید قبض جمیع باشد. در اینجا بحث جدی وجود دارد که دیروز مقتضای برخی از ادله را عرض کردیم.

اشترای قبض در وقف بر جهات و عناوین عامه

منتهی قبل از اینکه ما بخواهیم نکات دیگر مرتبط با این بحث را که باید بررسی شود از کلمات فقهاء بیاوریم بحثی اساسی تری وجود دارد که به لحاظ منطقی اقدم است و ما باید آن را بحث می کردیم. و آن اینکه آیا اصلا در مثل جهات عمومی که حالا بحث مصالح عمومی است مانند وقف بر مسجد و مدارس یا وقف خود مسجد و مدارس و همینطور در وقف بر عناوین مثل العالم و الفقیر، آیا قبض لازم است و دلیلش چیست؟

عدم شمول روایات اشترای قبض نسبت به وقف عام

مرحوم سید در ابتدای بحث ظاهرا می خواهد اصل لزوم وقف در این موارد را انکار کند. می فرماید:

«ظاهر کلمات العلماء اشترای القبض فی الوقف حتی علی الجهات العامة كالوقف علی المساجد و القناطر و نحوهما من المصالح العامة، و کذا فی الوقف علی الفقراء أو العلماء أو الزوار أو نحوهم من الاصناف، ولكن یمکن منع اعتباره فیها (اصلا ممکن است ما اصل اعتبار قبض را تشکیک کنیم)، و کذا فی وقف المسجد و المدرسة و المقبرة (یعنی هم وقف خود مسجد و مدرسه و امثال آن و هم وقف بر آنها) لقصور الاخبار الدالة علی اعتباره عن شمول مثل المذكورات». ایشان ادعا می کند اصلا دلیل قبض در این موارد وجود ندارد، تا بعد بخواهیم ادعا کنیم که این قبض را چه کسی انجام بدهد و آیا قبض یک فرد کفایت می کند یا نه.

این بحث مقدم بود بر بحث دیروز، اول باید این را بحث می کردیم.

^۱ - ملحقات عروه صفحه ۱۹۰ در مسئله ۸ ذیل شرطیت قبض

بررسی این ادعا

این ادعای مرحوم سید که روایات فی حد نفسه شامل قبض در عناوین عامه و جهات عامه نیست {فی الجملة} صحیح است زیرا موضوع روایات ما شامل اینها نیست. چون آن روایات باب چهارم که عمده روایات قبض بود، روایت اول و پنجمش که با عنوان تصدق است ظاهرشان این است که افراد موجودین هستند. چون می گوید تصدق علی اولاده مثلا، بعد می گوید ما لم یقبضوا یا مات الواقف قبل أن یقبضوا فهو میراث. در روایت چهارم و هشتم که با عنوان وقف بود و عنوان تسلیم بود، آنجا هم موضوعات خاص بود. در روایت چهارم دارد که وقف کرد بر ولده و غیرهم، و ظاهرش این است که همین است، چون می گوید جعل لها قیما، بر این ضیعه یک قیمی قرار داده، بعد می گوید در اینجا دیگر لا یرجع، که ما استظهارمان این است که این قبض کرده است (که بحث می کنیم). ظاهرش این است که برای موجودین است. البته آن روز عرض کردیم که لعل کسی بگوید غیرهم اعم است حتی نسبت به طبقات دیگر. ولی بعید نیست که مقصود موجودین باشد و لا اقل احتمال آن هست.

در روایت هشتم که روایت ناحیه بود آنجا که اصلا وقف حضرت است که وقف خاص است. و واقف هم یک قیمی قرار داده است که در این ضیعه کار کند و خراج و مؤونه آن را بدهد و مازاد را برای حضرت بفرستد. اینکه مورد خاصی بوده است. یعنی عنوان العالم و الفقراء و اینها که نیست و همینطور مصالح عامه هم نیست.

با ملاحظه القاء معیار کلی نیاز به قبض در این موارد نیز اثبات می شود.

بنابر این به لحاظ موضوع واقعا فرمایش مرحوم سید بعید نیست. و لکن عرض ما این بود که لا یبعد که در این روایات مخصوصا روایت عمری ممکن است مقصود القاء یک ملاک باشد. چون در آنجا فرمود که ما لم یسلم فهو بالخیار، یا و إذا سلم دیگر خیار ندارد. این ولو موضوع مورد سؤال حضرت علیه السلام {خاص} بود و لکن ظاهرا دارد القاء یک معیار می کند. نه اینکه در خصوص شخص ایشان باشد یعنی ما احتمال بدهیم که فقط راجع به خود حضرت این خصوصیت هست. ظاهرش این است که دارد القاء یک معیار کلی می کند که واقف ما لم یسلم فهو بالخیار. والا اینطور و به این صورت تعبیر نمی کردند که هر کسی مواجه بشود می فهمد که دارد یک معیاری اعلام می شود.

اگر این استظهاری که ما عرض کردیم درست باشد، دیگر ایشان نمی تواند بگوید که الروایات خال عن المذکورات. چون این یک معیار کلی است. همه موارد وقف را می گیرد. این یک راه است که باید تکلیف این جهت را حل کنیم.

نتیجه بحث نابار مبانی مختلف

پس اگر کسی این استظهار را قبول کرد که مشکل حل است. اما اگر این استظهار قبول نشد، در این صورت روایات خالی است از ذکر اینها، حالا نتیجه چه می شود؟ مرحوم سید روی مبانی خودش درست می گوید. چون ایشان اطلاعات را قبول دارد. می شود کبرای مواردی که ما شک می کنیم برای وقف یک شرط مازادی لازم است یا نه. در وقف بر خاص آنها را می توانستیم درست کنیم، و با اینکه بر موجودین بود بگوئیم به تبع برای طبقات آتی هم هست. اما نسبت به علماء که به یک جوری به جهات بر می گردد یا جهات مثل مساجد و قناطر و امثال ذلک می توانیم بگوئیم عمومات مثل اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها دفع این شرطیت می کند. لذا حق با مرحوم سید می شود که فرمود اصل قبض در این موارد دلیل ندارد.

نظر صاحب جواهر رحمه الله

مرحوم صاحب جواهر هم ظاهراً آخر بحث همین را می خواهد بگوید. ایشان در ذیل بحث روایات می گوید: اگر ما ملتزم بشویم که اصلاً در باب وقف بر جهات، قبض لازم نیست این راحت تر از این است که ما بگوئیم قبض لازم است بعد ملتزم بشویم که حاکم قبض کند یا بگردیم دنبال اینکه واقف ناظر قرار داده باشد، بعد شبهه کنیم که اصلاً این ناظری که او قرار داده حق دارد اینجا قبض کند و قبض او معتبر است یا نه. می گوید این التزام که بهتر است که بگوئیم اصلاً قبض لازم نیست.

آخر بحث ایشان هم در مورد عناوین عامه و هم در مورد وقف بر جهات عمومی می فرماید^۱: «آن روایت (که بحثش را می کنیم) ظاهر فی الاكتفاء فی مثل هذا الوقف بذلک (یعنی فقط قیم بیاید، قبض نمی خواهد) و لایحتاج الی قبض. و لا دلالة فیہ علی ما ذکره من النصب المزبور (نصب ناظر و قیم قبل یا بعد از وقف) بل لعل التزام ذلک اولی منه (التزام به اینکه اصلاً قبض لازم نداریم بهتر از این است که ملتزم شویم قبض لازم داریم و باید ناظر قرار بدهد تا آن را قبض کند یا حاکم قبض کند)، بدعوی أنه لا دلیل علی اعتبار القبض فی مثل الفرض (اصلاً در عنوان عالم و فقیر و امثالهم قبض لازم نداریم) لاختصاص ادلته بما لایشمله (اختصاص این روایاتی که خواندیم مربوط می شود به قبض افراد خاص. پس ادله مختص می شود به چیزی که لایشمل این موارد ما را که عناوین باشد). فاطلاق الادلة و عمومها بحاله بالنسبة الی نفی

^۱ - جواهر الکلام (چاپ جامعه مدرسین) جلد ۲۹ صفحه ۱۸۶

شرطیته فیه. ما می گوئیم اطلاق مثل اوفوا بالعقود یا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها نسبت به نفی شرطیت قبض سر جای خودش محفوظ است».

مرحوم سید هم مطلب را از صاحب جواهر گرفته است. چون ایشان خیلی به جواهر عنایت دارد. بسیاری از فروعاتی که در عروه چه جلد اول و چه جلد دوم هست از همین لابلای حرفهای صاحب جواهر در آمده است. بسیاری از فروعاتش اینطوری است. خود سید هم این را قبول داشت. می گویند نقل می کرده که ایشان دو دوره یا بیشتر کل جواهر را کار کرده است. یکی هم معروف است که ایشان به مستند نراقی خیلی عنایت داشت.

پس این حرف قبل از سید حرف صاحب جواهر است که اصلاً دلیل قبض را قاصر می داند، بنابر این می گوید این التزامش راحت است از آن التزام به قبض حاکم و ناظر.

بررسی وجود اجماع بر لزوم قبض

منتهی دو مطلب در مقابل وجود دارد:

مطلب اول اینکه یک مطلبی شبه اجماع وجود دارد بلکه نقل اجماع شده است بر اینکه قبض لازم است. صاحب مسالک در جهات عامه گفته بلاریب وجود دارد. این بلاریب صرفاً یک بحث اساسی خودش نیست، بلکه ظاهرش این است که می خواهد بگوید در میان فقهاء بلاریب است که قبض لازم است. و عمل فقهاء هم همین را نشان می دهد. چون شما نگاه که می کنید فقهاء در مسئله حتی مسجد و غیره ظاهرش این است که قبض را مفروغ عنه گرفته اند، که می گویند در مسجد یک آقایی برود نماز بخواند حالا نماز صحیح تام با نیت قبض و امثالش، یک نماز بخواند تا قبض حاصل بشود. در مقابر می گویند این قبرستانی که وقف کرده وقتی یک نفر را به نیت القبض دفن کنند قبض حاصل می شود. اگر اصل اشتراط لازم نبود که دنبال این حرفها نمی رفتند.

پس شما کلمات قوم را ببینید در بحث مساجد و غیره و در عناوین عامه، علامه در قواعد که می فرماید به نصب قیّم قبض می شود، بحث کرده اند که نصب چه کسی باشد؟ عمدتاً می گویند نصب حاکم، بعد می گویند خود واقف هم می تواند نصب کند.

ظاهراً مفروغ عنه گرفته اند که باید قبض بشود.

پس به نظر می آید که یک اجماعی در میان فقهاء بر لزوم قبض وجود دارد. حتی در تعبیر برخی از بزرگان مثل صاحب مفتاح الکرامه هست که می فرماید: چون مثل صاحب مسالک مسلم گرفته اند که باید قبض بشود، آنوقت می روند دنبال اینکه در مثل العالم که نمی شود همه علماء قبض کنند چه کسی قبض کند؟ می گویند حاکم یا قیّم خاص و کذا. پس اینکه کلاً بگویند ما قبض را کنار بگذاریم با این مقدار از کلمات فقهاء چه می کنید.

جواب: این کلمات فقهاء مدرکی نیست؟

جواب: معلوم نیست. البته احتمالش هست. اگر ما مطلق احتمال مدرکیت را کافی بدانیم شاید برای بطلان تمسک و اعتبار اجماع همینطور باشد. ولی به این سهولتی نیست که صاحب جواهر بگوید ما احتمال می دهیم که این اولی باشد. ما باید در کار و کلمات فقهاء تحقیق کنیم.

سؤال: قبض شرط صحت است یا شرط لزوم؟

جواب: مبانی فرق می کرد.

سؤال: آن روایتی که سئلته عن صدقة ما لم تسلم و لم تقبض بعد حضرت می فرماید یجوز، یعنی قبض نشده جائز است، این چه می شود؟ که چند تا روایت هم هست.

جواب: باید نگاه کنیم.

سؤال: این اجماع که قبض را در عناوین وجهات مفروغ عنه گرفته اند این چه اجماعی است که ما روی آن صحه بگذاریم.

جواب: مفروغ عنه که گرفته اند اجماع می شود دیگر. یعنی کلمات فقهاء را نگاه می کنید قبض در مسجد را لازم دانسته اند گفته اند به خواندن یک نفر درست می شود. قبض در خانات و مدارس را لازم دانسته اند و می گویند به همین که یک کسی در این خانات نازل شود و استفاده کند وقف لازم می شود. پس معلوم می شود قبض را لازم دانسته اند.

حالا از عجائب ای است که مرحوم صاحب شرایع در مثل مسجد یا حتی خانات می گوید قبول لازم نیست، ولكن قبض لازم است و به این حاصل می شود. صاحب جواهر می گوید اگر شما می خواستید بگوئید لازم نیست اگر قبض را می گفتید لازم نیست بهتر از این بود که بگوئید قبول لازم نیست.

منتهی یک بحث دیگری دارد، حالا اگر کسی گفت اجماع محقق نیست یا محتمل المدرکیه است و در القاء معیار توسط روایات هم تشکیک کرد، آنوقت اگر کسی مثل صاحب جواهر و مرحوم سید به اطلاعات عمل می کنند، خب دفع شرطیت می کند و حرفشان حق است. منتهی اگر کسی مثل ما دستش از اطلاعات کوتاه بود، دوباره مسئله بر می گردد که معلوم می شود قبض لازم است ولو احتیاطا از باب اصاله عدم ترتب اثر و اصاله الفسادی که ما تا به حال مکرر عرض کردیم. و مرحوم آخوند هم همینطور است و می گوید هر کجا کار به شک کشید و نتوانستید از روایات استفاده کنید، جمیع ما یحتمل دخلش در ترتب اثر را باید بیاورید. من جمله این قبض است. ما در مسئله وقف بر عناوین عامه و جهات چون احتمال می دهیم قبض لازم باشد، کسانی که به اطلاعات عمل می کنند با این اطلاعات شرطیت قبض را دفع می کنند ولی ما که اطلاعات را قبول نداریم لامحاله باید بگوئیم اصاله الفساد محکم است و قبض لازم است.

پس نتیجه این می شود که در اصل اشتراط قبض از دو راه وارد می شویم در مثل جهات و عناوین عامه: یک راهش آن معیار ملقاء در روایت ناحیه است. راه دوم عبارت است از تمسک به اصاله الفساد.

بررسی جریان براءت در اقل و اکثر ارتباطی در وجوب و عدم جریان آن در شک در سبب

سؤال: در دوران بین اقل و اکثر براءت از اکثر جاری می کنیم.

جواب: این در جای خودش باید بحث بشود. ما در مثل وجوب حتی در اقل و اکثر ارتباطی براءت را قائل می شویم از باب اینکه در وجوب اقل در ضمن اکثر وجوب نفسی است نه مقدمی. بنابر این در اقل و اکثر ارتباطی وقتی یقین داریم یک وجوبی آمده اقل را پوشش داده، ولی نمی دانیم محدد به حدّ اقل است یا اکثر. مرحوم والد ما تعبیر می کرد که این وجوب مثل یک ریلی تا این نقطه که آمده، نمی دانم اینجا ایستاده یا جلوتر رفته است. {اما در شک در اقل و اکثر در سبب اینطور نیست}

سؤال: شما اصاله الفساد را از باب قدر متیقن قبول کردید.

جواب: ما قدر متیقن در سبب را عرض می کنیم. قدر متیقن در اینکه سببیت داشته باشد را عرض می کنیم. آقایان می گویند همانطور که در اقل و اکثر در وجوب نفسی می گوئید که اقلش متیقن است و اکثر مشکوک است، در باب سبب هم بگوئید وقتی شک داریم سببیت اینجا ایستاده یا جلوتر رفته، این مقدار سببیتش قطعی است بقیه را براءت جاری می کنیم.

سؤال: زمانی که شرطیت قبض را لازم بدانیم سببیتش قطعی است؟

جواب: تصویر بیان آقایان این است که ایجاب با قصد با ماضویت و همه را قبول داریم، اینها همه جزء سببیت هستند، یعنی سببیت تا اینجا آمده است، شک داریم آیا آن قبض سبب هست یا نه. حالا بگوئیم سببیت مثل وجوب نفسی است، تا اینجا آمده است یعنی ایجاب واراده و ماضویت و عدم تعلیق را پوشانده، اینها همه هست، شک داریم که آیا قبض هم داخل در این سببیت هست یا نه. آنهایی که می گویند اینجور تصویر می کنند. منتهی اشکالشان این است که در وجوب نفسی تمام حرف بزرگان این است که اقل در ضمن اکثر هم وجوب نفسی دارد. پس وجوب نفسی داشتن اقل مسلم است، فقط حدش معلوم نیست. تمام نکته این است که موضوع حکم عقل یعنی اثری که متوقع از حکم تکلیفی که عبارت است از اینکه موضوع حکم عقل به وجوب امثال قرار بگیرد حد شیء و وجوب نیست بلکه خود وجوب نفسی است. وجوب نفسی وقتی تا اینجا آمد، نفس این وجوب نفسی موضوع حکم عقل است نه حدش. لذا حدش تا اینجا باشد یا آن طرفتر باشد دخلی ندارد در اثر این وجوب نفسی که تا اینجا آمده است. اما در سببیت این نیست. در سببیت نکته این است که اگر قبض شرط باشد الباقی اصلاً سببیت ندارد. به خلاف اینکه اگر اکثر واجب باشد، اقل فی ضمن اکثر وجوب نفسی دارد. بله وجوب نفسی اش محدود به این حد اقل دیگر نیست. اگر اکثر واجب باشد، مثلاً ما شک داریم قنوت داخل در واجبات نماز هست یا نه. تمام اجزاء دیگر وجوب دارد وجوب نفسی هم دارد. اگر قنوت هم باشد تمام اجزاء دیگر هم وجوب نفسی دارد (البته روشن است که وجوب نفسی ضمنی). منتهی نمی دانیم حدش تا قبل از قنوت است یا با قنوت است. این حد هیچ دخلی در حکم عقل ندارد. چون عقل می گوید اگر یک چیزی واجب نفسی شد باید بیاوری، کار ندارد حدش چقدر است. اما در سببیت اینطور است که اگر مجموع سبب شد، بدون این جزء اخیر اصلاً سببیت ندارد. آنوقت لذا امر دائر است بین سبب و لاسبب، نه اینکه بگوئید این نه جزء سببیتش قطعی است شک در سببیت جزء دهم داریم. این را نمی توانیم بگوئیم.

سؤال وجواب: این هم ارتباطی است.

سؤال در نماز شما استقلالی تصور کردید.

جواب: نه وجوب نفسی ضمنی هستند. منتهی این وجوب نفسی ضمنی که در ضمن اکثر هست اقل در ضمن اکثر حدش اقل نیست اما وجوب نفسی دارد. بخلاف در باب سببیت که کل این سبب است و بدون یک جزء هیچ چیز حاصل نمی شود و الباقی هم اصلاً سببیت ندارد.

پس روی مبنای ما از دو جهت اصل قبض لازم است.

سؤال: صاحب عروه اول گفته ممکن منع بعد گفته احوط، این احوط چون بعد از ممکن آمده احتیاط مستحب نمی تواند باشد. اگر اول فتوی می داد بعد می گفت احوط، احتیاط مستحب می شد، اما اینطور نیست.

جواب: همین ممکن منع فتوی است و دلیلش را هم می گوید قصور اخبار است. چون وجهی ندارد که ایشان احتمال بدهد زیرا دلیل دیگری ندارد و اطلاعات وجود دارد. ایشان از اول تا آخر کتاب الوقف به اطلاعات تمسک می کند.

سؤال: اینجا تمسک به اجمال مخصص است یا به استصحاب. یعنی ما اطلاقاتی داشتیم، ادله خاصه قبض نمی دانیم اطلاقات ما را تقیید می زند یا نه یا تمسک کنیم به اصالة الفساد. تعارض بین اینها است.

جواب: ایشان اصالة الفساد را قبول ندارد. ایشان در تمام موارد شک در شرطیت، به اطلاقات تمسک می کند. شما می فرمائید در اینجا روایات ما قبض را در اشخاص خاص آورده حالا می گوئید در باقی تمسک به استصحاب کنیم.

سؤال: بله چون مشکوک است. در تنبیه ثالث مرحوم شیخ تعارض بین اجمال مخصص و استصحاب بود که ...

جواب: آن {فرمایش مرحوم شیخ} زمانی بود، یعنی بعد از زمان تخصیص استصحاب کنیم حکم مخصص را. ما اصلا اینجا استصحاب حکمی مخصص نمی کنیم. عبارت شیخ ازمانی است و مرحوم آخوند و اینها همه ازمانی فهمیده اند نه افرادی. که بعد از زمان مخصص آیا استصحاب حکم مخصص کنیم یا به عام تمسک کنیم؟ عبارت شیخ هم در اینجا یک مشکلی دارد که در یک نسخه ای روی آن خط کشیده است، مرحوم نائینی می گوید نسخه صحیح نسخه ای که عبارتی که من می گویم در آن هست. پس عبارت شیخ روشن است، منتهی حلی که شیخ می کند یا نه قابل بحث است. صاحب کفایه به مرحوم شیخ اشکال می کند که شما دو جور نگاه استمراری حکم را که حکم وحدانی مستمر باشد یا بر اساس ازمان تقطیع بشود را هم باید در عام ببینید و هم در آن حکم مخصص ببینید. همه اش ازمانی است.

سؤال: آقای خوئی در مورد خیار غبن می گوید نمی دانیم استصحاب جاری کنیم یا ادله اختصاصی خیار غبن را جاری کنیم. می گوید صاحب مسالک به این تعارض تمسک کرده ولی ما تمسک نمی کنیم.

جواب: من عبارت آقای خوئی یادم نیست. اما آنچه روشن است این است که عبارت شیخ همین است و آخوند و میرزا هم به شیخ اشکال می کنند که این ازمانی دیدن فقط در عموم نیست بلکه در خود حکم مستصحب هم باید این را ببینید. خب در اینجا در مورد افراد موجود خاص اوفوا بالعقود و امثالش تخصیص خورده اند، اما بقیه اصلا از اول حکمی نداشته اند که ما بخواهیم بقاء آن را استصحاب کنیم.

بررسی نقض صاحب عروه به عدم کفایت قبض یک فرد برای تحقق قبض جنس

مرحوم سید یک حرفی در فرمایششان دارند و آن نقض است. ایشان در باب تحقق قبض در عناوین می گوید قبض عنوان و جنس به یک فرد هم حاصل می شود.

مرحوم صاحب جواهر مخالف است و بیان کرده است. سید ره برای اینکه به صاحب جواهر جواب بدهد می گوید قبض صدق می کند. ما دیروز عرض کردیم این صدق اشکال دارد.

منتهی ایشان یک نقضی می کند می گوید شما که در اینجا اشکال می کنید چطور در باب مساجد و خانات می گوئید به قبض یک نفر حاصل می شود، خب اینجا هم بگوئید.

ولی به نظر می آید این نقض لااقل در وهله اولی که درست نیست. چون وقف در مسجد وقف بر جهات است. در عناوین افراد هستند منتهی عنوان فرد است. فرق می کند بین اینکه بگوئید وقف می کنم بر مسجد یا خود مسجد و بین عنوان. صاحب جواهر بالصراحة در ذیل همین بحث ما بالصراحة می فرماید: در مثل مسجد و اینها این وقف بر جهت است. و وقف بر جهت چون معقول نیست پس وقف علی المسلمین است.

ما عرضمان این است که وقف جهات یک بحث است، اما وقف بر عناوین مثل علماء و فقراء یک وادی دیگری است. یک جا یک عنوانی است که بر افراد منطبق می شود ولی یکجا یک عنوانی است که بر افراد منطبق نمی شود بلکه بر جهت مصلحتی است. مثل استفاده از مسجد. اگر ما در باب مساجد و خانات بگوئیم این هم وقف للمسلمین است و تملیک به مسلمین است، این هم شبیه وقف فقراء و علماء می شود. اما اگر این را نگفتیم، بلکه گفتیم وقف بر جهات ممکن است و معنا ندارد. لذا این غیر از وقف للمسلمین یا علی المسلمین است. بنابر این به نظر می آید فرمایش مرحوم شهید در نقض درست نیست. وقف در مصالح عامه وقف بر جهت است. و وقف بر جهت هم اشکالی ندارد. اینکه بگوئیم معقول نیست چرا معقول نیست؟ یک عناوین اعتباری است وقف می کند بر یک جهاتی و مصرفش می شوند مسلمین و هر جوری که در مصرف تعیین کرده که در مسجد یکجور است و در خانات یا مقابر یکجور است.

پس اصل نقض مرحوم سید که فرمود اگر شما در باب مساجد گفتید به یک نفر قبض می شود اینجا هم باید بگوئید. می گوئیم این نقض درست نیست. گرچه ما در خود مساجد و مقابر هم بعداً همین اشکال را می کنیم. ولی می خواهیم بگوئیم اینها دو باب هستند. در مساجد و امثال هم همین اشکال را می کنیم که به چه دلیل با یک نماز خواندن در مسجد قبض برای جمیع می شود؟ که بحثش می آید.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۸) قبض در وقف

چند نکته دیگر هست: مرحوم آخوند در اعتبار قبض ناظر تشکیک می کند. در مثل عناوین عالم و فقیر و امثال آن بحث می کنند که قبض یک نفر کافی است یا نه و یا قبض حاکم لازم است یا نه، اما قبض ناظر را که تقریباً بسیاری از فقهاء قبول کرده اند ایشان تشکیک می کند. ما انشاءالله بحث می کنیم و روایت را اعاده می کنیم تا ببینیم فرمایش ایشان درست است یا نه.

الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله هشتم عروه: بحث قبض ۵۴۷
- خلاصه مطالب گذشته ۵۴۷
- استشهاد صاحب جواهر به بحث قابض زکات و خمس ۵۴۹
- آیه الله شاهرودی رحمه الله: عناوین در خمس وزکات و وقف به نحو شخصیت حقوقی هستند ۵۵۲
- در شخص حقوقی فقط حاکم باید قبض کند ۵۵۲
- بحث اثباتی در وقف تابع نیت واقف و در مرحله بعد استظهار از کتب و سنت است ۵۵۴
- عدم پذیرش شخصیت حقوقی بودن این عناوین ۵۵۴
- گزینه های محتمل برای عناوین موقوف علیهم ۵۵۶
- فرمایش آقای شاهرودی خلاف ظاهر است ۵۵۷
- شخصیت حقوقی با جعل و اعتبار ما ساخته می شود ۵۵۸
- متولی و قیم مثل حاکم هستند در قبض بلکه مقدم بر او هستند ۵۵۹

مسئله هشتم عروه: بحث قبض

خلاصه مطالب گذشته

مسئله هشتم از تحریر الوسیله تا مسئله ۱۴ مسائل مربوط به قبض و چند فرع تبع آن بود. البته در وسیله و تحریر الوسیله برخی از فروع بحث قبض را مطرح نکرده اند.

ما برخی از این فروعان مطرح شده و مطرح نشده را می آوریم.

فعلا بحث در فرع ششم از فروعات مسئله هشت است.

فرع ششم تعیین این بود که چه کسی قبض می کند. این در متن مسئله هشتم آمده است که چه کسی قبض می کند. قبض بنا شد شرط باشد و شرط صحت هم باشد، اما چه کسی قبض می کند؟

در متن به تبع فقهاء در کتب متعدد سه قسم را جدا کردند: وقف خاص باشد، وقف عناوین عام باشد مثل وقف برای علماء یا فقرا و قسم سوم اینکه وقف جهات و مصالح عمومی باشد.

وقف خاص که گذشت. مسئله مهمی که در آن مطرح بود بحث طبقات بود، طبقه اول و دوم. و در آنجا تقریباً نظر مشهور فقهاء اگر نگوئیم اجماع آنان این بود که قبض طبقه اول کفایت می کند. ولی قبول دارند که از موجودین فقط کسانی که قبض می کنند وقف نسبت به آنها تمام است. و قبض این موجودین نسبت به معدومین طبقه اول و نسبت به طبقات آتی کفایت می کند.

که ما بحث کردیم گفتیم به نظر ما این تمام نیست.

بحث ما در وقف بر عناوین بود. ماتن فرمود در وقف بر عناوین اگر برخی از کسانی که مصداق عنوان هستند قبض کنند، این تمام است. مثلاً اگر وقف کرده است مرکبی را برای رکوب به حج و کسی این را قبض کند و استیفاء کند، این قبض تمام می شود و وقف تمام است. و اگر فقیری ساختمانی را که برای فقراء وقف کرده است اگر آن فقیر قبض کرد به یتیم القبض.

این فرمایش ایشان بود.

منتهی همین فرمایش بحث های متنوعی را طلب می کرد. یک بحث این بود که: وقف بر علماء و فقراء که با الف و لام روی جمع بیاید، ظاهرش این است که با وقف بر العالم والفقیر فرق دارد، همان فرقی که در جمع محلی به الف و لام و جنس گفته اند. فرق دارد هم از حیث تملیک وقفی و هم از حیث قبضش. چون ظهور عموم که محلی به الف و لام است این است که استغراق دارد. گوئی وقف کرده برای همه علماء و فقراء. آنوقت اینجا سؤال پیش می آید که چرا قبض یک عالم قبض همه باشد؟ مگر او وکیل از قبل بقیه است؟ چه سمتی دارد یک عالم نسبت به همه علماء که قبضش کفایت بکند برای همه علماء بنابر اشتراط قبض؟

عده ای که مثل مرحوم سید و اینها که اول اشکال می کنند که در باب وقف بر عناوین عامه و در باب وقف بر مصالح چه کسی گفته است اصلاً قبض لازم است. ادله لزوم قبض اطلاقی نسبت به این موارد ندارد.

البته ما عرض کردیم که ما در این دو جا هم قبض را لازم می دانیم از دو باب: یکی اصطیاد یک معیار از روایت چهارم و هشتم باب است که فرمودند: ما لم یسلم فهو بالخیار و إذا سلم دیگر خیاری در کار نیست فلا یرجع. از این یک معیاری اصطیاد می شود. گرچه قبول داریم که موضوع آن روایات خاص است، منتهی گفتیم ظاهرش اعطاء یک معیار است. اگر کسی این معیار را قبول کرد، آنوقت به حسب روایت و دلیل لفظی ما قبض را در این موارد لازم می دانیم. اما اگر کسی این را قبول نکرد و گفت ما همچنین معیار و اطلاقی را استظهار نمی کنیم، ما از باب قدر متیقن گفتیم. چون ما اطلاقی را در باب وقف قبول نداریم. برخلاف مرحوم سید که ایشان اطلاقات را قبول دارد. بنابر این در مورد مثل عالم و اینها مرحوم سید ممکن است تشکیک کند ولی ما نمی توانیم.

حالا اگر ما قبض را لازم دانستیم، در بحث های قبلی عرض کردیم که حتی اگر جنس مورد وقف باشد یعنی وقف کند بر العالم و الفقیر، باز هم دو محتمل هست: یکی اینکه این جنس به نحو صرف الوجود باشد، یعنی شخص که وقف می کند و مولا امضاء می کند اینطور باشد که وقف کرده است بر صرف الوجود عالم. پس تملیک به صرف الوجود است، حالا یک عالم یا ده تا عالم. ولی صرف الوجود عالم است. هم به لحاظ تملیک اینطور است، آنوقت قبضش هم همین هایی هستند که بر آنها تملیک شده است. اگر یک نفر بتواند مورد تملیک واقع بشود خودش هم قبض می کند.

یا نه، ممکن است مراد از وقف بر طبیعت یعنی طبیعت ساریه، یعنی مولا وقف کرده است برای الفقیر و العالم هر کجا که این عنوان رفت و این طبیعتی که سریان در کثرتش دارد. این شبیه عموم است. فرقی با عموم استغراقی یک فرق دقیقی است که در بحث اطلاق و تقیید مطرح کرده اند. والا از جهت بحث ما طبیعت ساریه با عموم استغراقی فرقی نمی کند. یعنی مولا و واقف همه علماء یا فقراء را مد نظر داشته اند، پس آنوقت دلیل نداریم که قبض یک نفر و دو نفر قبض همه این وقف باشد. و این روشن است.

استشهاد صاحب جواهر به بحث قابض زکات و خمس

مرحوم صاحب جواهر یک نقضی کرده بود. ایشان هم می گوید اگر شما قبض را لازم داشتید، (اینجا همه را با احتمال می گوید) می گوید لو بنی بر اینکه در مثل عالم و فقیر و مثل جهات قبض لازم است و اطلاق دارد ادله قبض برای این موارد، آنوقت فلا وجه در اینکه قبض یک نفر قبض همه باشد. این را اشکال می کند و استشهاد می کند می گوید ولذا در بحث زکات قبض یک نفر قبض همه فقراء نیست. شخص نمی تواند برود قبض کند زکات همه فقراء را. فقط می تواند زکات خودش را قبض کند. البته دقت کنید که ایشان دارد نقض می کند به زکات در قبض. در ملکیت زکات هم همین

طور است. در زکات بحث مفصلی هست که آیا این اقسام مختلف هفت گانه یا هشت گانه که شمرده شده آیا اینها مصرفند یا مورد ملک هستند؟ یک نزاع دیگر این است که آیا در هر عنوانی لازم است که بسط پیدا کند. در خمس هم می آید. بسط خمس و زکات بر همه عناوین لازم است یا نه؟ این هم یک بحث است.

یک بحث دیگر وجود دارد: و آن اینکه در کل عنوان لکل فرد فرد هم بسط لازم است. یعنی اگر ما زکات را گفتیم باید بسط پیدا کند بر اقسامش، که فقیر و مسکین (اگر گفتیم دو تا هستند) و ابن السبیل و غیره، اگر گفتیم در کل عنوان آیا بکل فرد فرد باید تقسیم بشود؟ یعنی "إنما الصدقات للفقراء والمساكين" لحاظ مالکیت یا مصرفیت (هر چه در آنجا نظر دادیم که این لام، لام چیست) و هم به لحاظ عناوین باید بسط پیدا کند، و هم در کل عنوان برای کل فرد فرد. آنوقت در زکات باید قبض هم بشود دیگر. قبض را چه کسی انجام بدهد.

صاحب جواهر می گوید ما در زکات به همین دلیل گفتیم که قبض یک نفر برای بقیه کافی نیست.

به نظر می آید ایشان درست می گوید و آنجا هم همین مسئله مطرح است.

مرحوم صاحب وسیله می گوید بحث ما ربطی به آنجا ندارد.

ما نفهمیدیم چرا ربطی ندارد. البته واضح است که آنجا بحث زکات است و اینجا بحث وقف است. ولی صحبت این است که آن بحث های مبنایی اش خیلی شبیه هم است. هم در قبضش و هم در ملکیتش که زکات ملک همه فقراء می شود، ملک عنوان می شود، به یک فرد هم ملکیت حاصل می شود، قبضش هم همینطور است؟ ولذا به نظر مسئله ها مشابه هم هستند. ولذا صاحب مرتقی در کتاب خمس کلام صاحب حدائق را نقل می کند که آیا لازم است در کل عنوان به کل فرد فرد خمس را دفع کنیم یا نه. بعد ایشان همین را بحث می کند که باید ببینیم آیا در باب خمس که فقراء و مساکین هست آیا استغراق است یا طبیعت است. اگر استغراقی باشد مال همه فقراء می شود، اگر طبیعت باشد نه. که ما همین را بحث کردیم که اگر طبیعت هم باشد دو تا لحاظ است، طبیعت ساریه باشد یا صرف الوجود باشد.

سؤال زکات خیلی فرق دارد با بحث وقف. زکات تا قبض نکند نمی تواند استفاده کند. ولی اینجا یک عالمی قبض کند بقیه می توانند استفاده کنند.

جواب: یعنی با قبض یک نفر دیگر قبض تمام می شود؟ و این نکات مهمش حل می شود با قبض یا نه؟ چون اگر مالک دفع کرده باشد زکات را و قبض تمام شده باشد، دیگر ضمانتی ندارد. اگر یک نفر زکات را قبض کرد و ما گفتیم باید بکل فرد فرد بدهد، آیا با قبض یک نفر قبض همه محسوب می شود یا نمی شود؟

سائل: نمی شود.

جواب: خب صاحب جواهر هم همین را می گوید. اصلا این بحث ما را رها کنید، در باب زکات اگر یک نفر زکات را قبض کند قبض برای بقیه هم محسوب می شود.

سائل: نه نمی شود.

جواب: پس بنابر این دافع زکات هنوز ضمان دارد. یعنی اگر از بین رفت باید دوباره جبران کند چون دفع زکات نشده است. پس یا باید به حاکم شرع بدهد که بگوئیم قبض او قبض همه است، یا باید کس دیگری قبض کند. پس حرف ایشان درست است. اگر وقف بر یک شخص است، که خودش قبض کرده و حرفی نداریم. اما اگر وقف همه علماء است، خب این آقای که یک نفر است چطور قبض او قبض همه حساب می شود. صاحب جواهر می گوید ما در زکات گفتیم قبض همه واقع نمی شود، می گوید به همین نکته اینجا هم می گوئیم.

سؤال: فرقی این است که در زکات تا فقیر دوم قبض نکند نمی تواند استفاده کند از آن مال.

جواب: آنکه تکوینی است، خب من قبض می کنم و سهم او را در اختیار او قرار می دهم. اما من چه کاره بودم که قبض کنم مال او را؟ حرف صاحب جواهر این است که اگر بنا شد وقف عنوان بشود وقف العالم بشود و معنایش این باشد که همه علماء طرف این وقف باشند، این یک عالم مگر وکیل بقیه علماء است که از قبل آنها قبض کند؟ پس قبض حاصل نشده است. اشکال این بود. عین این حرف در زکات هم هست. صاحب جواهر می گوید به همین نکته ما در زکات گفتیم قبض یک مستحق لایکفی از قبض سائر المستحقین.

این یک حرف بود. پس به نظر ما اینکه سید می فرماید حرف صاحب جواهر ربطی ندارد، به نظر ما ربطش روشن است. چون یک ملاک در هر دو هست.

بله یک حرف دیگری وجود دارد که سید می گوید به نظر ما عرفا قبض با قبض یک نفر حاصل می شود. که ما هم عرض کردیم قبلا که وجه این کلام معلوم نیست.

تا اینجا تقریبا بحث شده بود.

آیه الله شاهرودی رحمه الله: عناوین در خمس وزکات و وقف به نحو شخصیت حقوقی هستند

حرفی که الان می خواهم اضافه عرض کنم این است که: برخی از علمای معاصر مرحوم آیه الله شاهرودی هم در خمس و هم در زکات یک حرف دیگری می زنند که آنوقت یک لوازم دیگری دارد. می فرمایند این عناوینی که در خمس و زکات اخذ شده مثل فقراء و مساکین و بقیه، می گوید اینها به نحو شخص حقیقی نیستند، بلکه به نحو شخصیت حقوقی و جهت هستند. (جهت را با شخصیت حقوقی یکی گرفته اند). می گویند به نحو جهت و شخصیت حقوقی هستند. یعنی العالم و الفقیر یک شخصیت حقوقی است، مثل این شرکتها که حالا می گویند برایشان شخصیت حقوقی درست می شود. مثل الامام که در مکتب ما شخصیت حقوقی است. ولذا بحث شخصیت حقوقی بحث جدیدی نیست برای فقه اسلامی. این شخصیتها بوده است. بله شرکتها بحثشان جدید است از باب اینکه ما می توانیم خودمان یک شخصیت حقوقی جعل بکنیم یا نه. و الا سمت ولی یا الامام شخصیت حقوقی بودند و ما از اول هم در فقه داشتیم.

ایشان می فرماید این عناوین مأخوذ شخصیت حقوقی اند نه شخص حقیقی.

آنوقت لازمه اش این می شود که می گویند الفقیر و المسکین شخصیت حقوقی است، و زکات و خمس به اینها تملیک می شود. ما هم در وقف می گوئیم به اینها تملیک می شود. خب چه کسی باید قبض کند؟ در شخص حقوقی اصلا آحاد طرف نیستند و قبض آنها به درد نمی خورد.

این یک حرف جدید است غیر از حرفهای سابق. حرفهای قبلی دایر مدار این بود که طبیعت العالم طرف تملیک و در نهایت قبض است یا عموم استغراقی عالم و فقیر طرف تملیک وقفی است و در نهایت همه اینها باید قبض کنند. یا یکفای و یصدق به یک قبض که قبض عنوان شده است، که مرحوم سید وعده ای ادعا می کنند.

در شخص حقوقی فقط حاکم باید قبض کند

اما این بحث اخیر بحث خاصی است. می گوید وقتی شخصیت حقوقی شد شخص حقیقی کاره ای نیست. (ایشان در زکات و خمس می گوید، من بر وقف تطبیق می کنم) می گوید: زکات و خمس برای این شخص عالم و شخص فقیر نیست نه استغراقش و نه فردش و نه صرف الوجودش. هیچکدام. ولذا اصلا آنها حق ندارند قبض کنند. چون طرف نیستند. الان به لحاظ بحث شخصیت حقوقی حتما همینطور است. در شرکتها اگر گفتیم شخصیت حقوقی است شرکت مثل یک شخص می شود، آحاد سهامدارها حق ندارند این کار را کنند. بلکه یک رابطه خاصی دارند که بر حسب اساسنامه این رابطه خاص مبین می شود. مثلاً مجمع عمومی دارند در آنجا رأی می دهند و مدیر عامل انتخاب می کنند و مدیر عامل

یک اختیاراتی پیدا می کند. یعنی گویا بر اساس اساسنامه ما یک شخصیتی را خلق می کنیم با این خصوصیات و خصائصی که هست.

و خاصیت شرکتها اصلا همین است که شرکت می فروشد، شرکت می خرد. ممکن است شرکت محکوم بشود به ورشکستگی، در حالی که سهامدارهای آن پولدار حسابی هستند. ولی شرکت محکوم می شود به ورشکستگی. چرا؟ برای اینکه دیگر شرکت بما هو شرکت سرمایه اش به بدهی هایش وفاء نمی کند. اما آحاد آزاد هستند.

یک سری از محققین غربی می گوید این شرکتها به این نحو که دارند می آیند شبیه یک هیولایی می شوند که کم کم خود انسانها را هم می بلعند. راست هم می گویند. ما که وقتی در بحث شرکتها کار می کردیم می دیدیم خواص عجیبی پدید می آید. الان بسیاری از افراد خودشان را پشت شرکتها مخفی می کنند، چرا؟ چون اگر شرکت متضرر بشود می گوید به اندازه ای که من سهامدار شرکت متضررم. من ممکن است یک آدم میلیاردی باشم، بعد رفتم شرکت درست کردم، شرکت طرف معامله می شود با طرف، اموال طرف را هم می گیرد و خرج می کند و نمی تواند پول او را بدهد. می شود شرکت بدهکار. خب طرف می گوید شرکت بدهکار است من سهام دارم، من سی درصد سهامدارم، شرکت بدهکار شد، اما من مالکم ربطی به من ندارد، من هم میلیاردی درم. آن شخصی که طرف معامله با این شرکت شده همه اموالش را از دست داده، هر چه می گوید این سهام دارها پولدارند، به او می گویند ولو سهامدار پولدار باشد اما به اندازه سهام شرکت، او بدهکار است و محکوم می شود.

ولذا خیلی آثار مهمی بر اینکه ما یک چیزی را شخصیت حقوقی بدانیم مترتب می شود.

حالا در بحث خمس و زکات ایشان تصریح می کند که مالک شخصیت حقوقی الفقیر و العالم است. پس آحاد فقراء و علماء مالک نیستند تا قبض کنند. چه کسی باید قبض کند؟ حاکم. یعنی با این بیان مسجل می شود که حاکم باید قبض کند یا نائب مناب او. معلوم می شود که فقط خود حاکم می تواند.

این فرمایش را ایشان در خمس و زکات گفته، در بحث وقف نمی دانم گفته یا نه، چون بحث علمی شان موجود نبود نگاه کنم، در خمس و زکات که نگاه کردم دیدم می گوید و لازمه اش را هم قبول دارد که حاکم باید زکات و خمس را تسلیم کند و شخص نمی تواند.

اگر همان حرف را در وقف بگوئیم روشن است که هم تملیکش به شخصیت حقوقی می شود و هم قبضش باید از ناحیه حاکم باشد و نه خود آحاد. دیگر مسئله بالمرة فرق می کند.

منتهی دو تا بحث وجود دارد، یک بحث اثباتی و یک بحث ثبوتی.

بحث اثباتی در وقف تابع نیت واقف و در مرحله بعد استظهار از کتب و سنت است

در بحث خمس مرجع آیات و روایات است. آنجا ایشان یک ادعایی می کند که باید دید.

در بحث وقف ما باید ببینیم واقف چه جور نیت کرده است. وقتی می گوید من وقف می کنم برای علماء، چون ایشان که نمی تواند منع کند که لفظ العالم می تواند شخصیت حقیقی هم باشد، وبنابر این می شود دو جور هم ملحوظ باشد یکی عموم استغراقی و دیگری طبیعت، که به نظر ما طبیعت هم باز دو جور می شود، طبیعت ساریه باشد یا صرف الوجود باشد، اینکه می شود باشد. پس باید دید واقف چه چیزی را قصد کرده است. در آنجا {خمس و زکات} یک بحث استظهاری نسبت به متن شریعت یعنی کتاب و سنت است. اینجا {در وقف} باید نظر واقف را ببینیم چه بوده است. اگر نه می شود یک عبارتی شبیه متون شرعی دیگر که باید استظهار کنیم که این ظاهرش چیست. که آیا وقتی می گوید وقف کردم برای فقراء و علماء آیا وقف برای شخصیت حقوقی کرده، یا وقف برای عنوانی کرده است که فانی می شود در آحاد. پس این یک بحث صغروی است.

عدم پذیرش شخصیت حقوقی بودن این عناوین

یک بحث دیگر که با ایشان وجود دارد این است که اصلاً آیا العلماء یا العالم (فرق نمی کند) شخصیت حقوقی

هستند؟

به نظر من این استظهار نادرست است. اینکه ما می توانیم العالم را به نحو شخصیت حقوقی تصحیح کنیم {متمنرغ است بر} این بحث که آیا ثبوتاً می شود یا نه. که به نظر من نمی شود. العالم یک عنوان تکوینی و واقعی است، در آیات که حتماً همینطور است. اگر گفتند الفقراء یا العلماء مثل بقیه عناوینی است که در آیات و روایات آمده است. شخصیت حقوقی یعنی چه. مثل بقیه جمع ها و جنسها است که در آیات و روایات آمده، مگر آنجا می گوئیم شخصیت حقوقی هستند؟

پس اینجا دو تا حرف است. ما اولاً به نظرمان می آید که اینجا شخصیت حقوقی تصویر نمی شود که العالم را شخصیت حقوقی بگیریم. یعنی بگوئیم یک جعلی داریم خاص، یک هویتی درست کردیم به عنوان العالم. نه این علمائی که در بیرون هستند و ماهیت العالم دارند که یک مفهوم اشتقاقی است. نه، بگوئیم العالم والفقیر یک جعل ابتدائی است مثل شرکتهایی که ما درست می کنیم، و مثل الامام که یک عنوان مجعول است، مثل الولی که یک عنوان مجعول است که مثلاً

شخصیت حقوقی پیدا می کند، غیر از شخصیت حقیقی آنها است. در عالم هم این را بگوئیم. در حالی که برای من روشن است که العالم یک عنوان اشتقاقی و یک مفهوم انتزاعی است از همین کثراتی که در بیرون هست. وقتی می گوید ما به این تملیک می کنیم یعنی به این عنوان فانی در معنوناتش تملیک می کنیم. قبض هم قبض همین افراد است.

سؤال: الملاك في الشخصية الحقوقية إذا كان هو الوجود الاعتباري وحتى لو كان المشتق منتزعا، لأنه وجود اعتباری.

جواب: اگر مشتق باشد دیگر وجود اعتباری ندارد. ما در شخصیت حقوقی مفصل بحث کردیم که شما یک شخص را اعتبار می کنید یعنی می گوئید این یک شخص است. نمی گویم در عالم ثبوت این اعتبار را نمی شود کرد، منتهی حکمی که آمده این است، یک اعتبار کرده اند که العالم یک هویتی است که ما خلش می کنیم غیر از آن عنوان انتزاعی از من ثبت له العلم.

عالم یکوقت من ثبت له العلم است و عنوان اشتقاقی از این است، الفقير یعنی من له الفقر است، یعنی در واقع مشتق یعنی ذوالفقر. دیگر مشتق اینطور می شود. العالم یعنی ذوالعلم و کل من ثبت له العلم. از این انتزاع می شود. این یک عنوان انتزاعی است محکی تکوینی خودش را دارد. علماء، فقراء. یکوقت شما می گوئید ما از این دست برمی داریم یک عنوانی را جعل می کنیم العالم مثل یک صندوق می شود، کما اینکه من می توانم یک دفعه اعتبار کنم که ما در اینجا یک صندوق اعتباری داریم که پول می گیریم. یک صندوق اعتبار می کنیم. العالم هم مثل همان صندوق می شود. نه اینکه العالم عبارت باشد از آن مفهوم اشتقاقی که من ثبت له العلم است. آیا واقعا در العالم اینطوری است؟ اینکه ما می گوئیم نمی شود یعنی العالم یا الفقير یا المساكين و ابن السبيل و ذی القربى هست، اینها معنایش چه جور است؟ واضح است که هر کس می خواند می گوید همین معنای عرفی خودش را دارد. کسی از این نمی فهمد که ما یک جعل ابتدائی داشته باشد مثل یک صندوقی به نام العالم و الفقير، که ما تملیک این صندوق بکنیم، بعد آحاد علماء و فقراء مصرف این صندوق باشند.

پس من که می گویم نمی شود مقصودم این نیست که ثبوت نمی شود ما یک همچنین عنوانی را جعل کنیم. می گوئیم اینکه در آیه و روایت آمده به حسب ظهور اولی اش همین است، یعنی من ثبت له العلم که عنوان اشتقاقی انتزاعی است فانی می شود در کثرات خودش تکوینا. مثل بقیه مفاهیم. شما می گوئید این نه، من یک جعل ابتدائی دارم، مثل اینکه می گوئیم به این وسیله شرکت زراعی فلان تأسیس می شود. العالم هم مثل همین است. آیا واقعا این است؟

سؤال: آیا الامام هم مثل یک صندوق است؟

جواب: بله دیگه، الامام یک جعل ابتدائی است. ولایت و امامت را اگر مجعول ندانید مثل همین می شود.

سؤال: الامامة و الولاية ظهورش در اعتبار است. اما الامام والولی اینطور نیست.

جواب: فرقی نمی کند، این مشتق آن است. ولی مبدأ اشتقاقش جعل ابتدائی است. ما که الان در لفظ کار نداریم که اشتقاق و مبدأ اشتقاق چه فرقی دارند.

سؤال: استظهار است دیگر.

جواب: مگر ولی من ثبت له الولاية نیست. خب ولایت مجعول ابتدائی است. امامت مجعول ابتدائی است. فرض این است. اگر در باب علم هم شما همین را گفتید که مقصود از عالم که ذوالعلم است علم در اینجا یک مجعول ابتدائی است. نه این علم تکوینی که انسانها با داشتن او می شوند عالم. یعنی مولا مقصود از العالمش مثل یک صندوق می ماند، مثل الامام و الولی می ماند، که مولا جعل کرده است ابتداء که هو الولی هو الامام، یا الامامة را برای او جعل کرده است. فرق نمی کند که الامامة والولاية را برای او جعل کرده یا گفته انت ولی. این تغییر لسان است و هیچ اثری ندارد.

سؤال: قرینه اینکه ما بگوئیم اختصاص به یک شخص خاص ندارد به چند نفر می تواند تعلق بگیرد، می فهمیم اینجا به نحو عنوانی لحاظ شده است.

جواب: عیبی ندارد، عنوان هم عام باشد.

سؤال: العالم گفته، آنجور که شما می فرمایید باید العلماء می گفت؟

جواب: فرقی نمی کند، اگر طبیعت ساریه العالم بگوئیم همین می شود.

گزینه های محتمل برای عناوین موقوف علیهم

پس شد سه تا گزینه: یکی اینکه بشود یک هویت مجعول به نام شخصیت حقوقی، که اصلاً کاری به این آحاد خارجی ندارد. آحاد خارجی فقط می شوند مصرف آن. یعنی حتی در زکات و خمس و وقف تملیک می شود به عنوان یک شخصیت حقوقی، قبض دهنده هم دیگر اینطور نیست که چند جور بشود. فقط حاکم قبض می کند. چون دلیل نداریم که کس دیگری حق قبض داشته باشد. همینکه دلیل نداشتیم پس فقط حاکم است که یا حسباً یا ولایةً به نحو اطلاق می شود قابض.

پس این یک نظر می شود.

یک نظر این می شود که آحاد و کثرات باشند از طریق عنوان جمع محلی به الف و لام یا از طریق عنوان جنسی طبیعت ساریه.

یک نظر هم می شود کثرات خارجی.

تقریباً تمام کسانی که بحث قبض را در عناوین عام مطرح کرده اند معمولاً سه تا شق را گفته اند: یک: قبض یک نفر، که قبول دارند به درد خودش می خورد، ولی بعضی ها تشکیک می کنند که به درد بقیه می خورد یا نه. دوم: بحث قبض ولی یا قیم که بحث خواهیم کرد. سوم: بحث حاکم.

با این بیانی که ایشان می کند مقصور می شود به یک مورد که حاکم است، بقیه اصلاً حق قبض ندارند. نه تولیتی که جعل کرده حق قبض دارد، چون تولیت وقتی اثرگذار است که جعل شده باشد برای اینکه آن شخصیت حقوقی قبض از این عنوان خاص هم بکند. ولی ممکن است شما تشکیک کنید که اصلاً می شود همچنین کاری کرد؟ بله اگر ما گفتیم تمام آنچه که او اعتبار می کند اعتبار دارد، ممکن است بگوئیم با جعل قیم یا تولیت به این نحو که شخصیت حقوقی باشد بتواند. و می شود حاکم. دیگر آحادی که این همه بحث شد که قبض او قبض همه هست می رود کنار.

فرمایش آقای شاهرودی خلاف ظاهر است

منتهی به نظر ما این خلاف ظاهر است. چون مستلزم این است که ما عالم و فقیر و مساکین را نه به عنوان یک عنوان فانی در معنوناتش ببینیم، بلکه یک مجعول ابتدائی ببینیم که کاری به آحاد خودش هم نداریم. مثل اینکه بجای مساکین بگوئیم ما اعتبار شرکت الف را کردیم. فقط از لفظ مسکین استفاده می کنید والا در این جعلی که دارید انجام می دهید کاری به مسکین های بیرون ندارید. بعد البته مسکین خارجی و عالم خارجی می شود مصارف آن.

به نظر ما این خلاف ظاهر است. ظاهر آیه و روایت در بحث خمس و زکات این است.

در اینجا هم همین است. وقتی واقف می گوید من وقف کردم برای فقیر، یعنی برای عنوان فقری که فانی در کثرات خودش هست.

سؤال: آیا شخصیت حقوقی از آیات و روایات استفاده نمی شود.

جواب: در این مواردی که عرض کردم استفاده نمی شود. اما در مثل امام و ولی قبول داریم که جعل ابتدائی دارند.

شخصیت حقوقی با جعل و اعتبار ما ساخته می شود

این را در ذهن داشته باشید که شخصیت حقوقی با جعل و اعتبار ما ساخته می شود. هر جور که ما درستش کردیم با شرائطش. البته این را که می گویم به شرط این است که شخصیت حقوقی را قبول داشته باشیم. والا شخصیت حقوقی است که شارع فرموده است مثل الامام والولی.

سؤال وجواب: بهترین بیان را برای شخصیت حقوقی این یافتیم که با جعل و اعتبار ساخته می شود. می گوئید چه کسی این را گفته؟ می گوئیم اگر این را نگوئید هیچ فارق بین شخصیت حقیقی و حقوقی نمی توانید بگذارید آنوقت آثاری که می خواهید بر شخصیت حقوقی بار کنید نمی شود. مثلاً در فقه ما امام بما هو امام مالک خیلی از اموال است، ولذا به ارث برده نمی شود. اگر امام از دنیا برود آن اموالی که مال امامت است داده نمی شود به ورثه ایشان. چرا؟ اگر بنا بود که امام شخص باشد ادله میراث شامل او هم بود چرا به ارث نرسد؟ می گوئیم چون آن اموال مال الامامة والولاية و ولی بما هو ولی است نه برای آحاد و شخصیت خاص. عین همین بیان را در شرکتها هم می گوئیم که امروزه آنها را بر اساس اساسنامه هایشان ایجاد می کنند.

سؤال: عنوان امام هم بما هو فانی فی افراد خاص است.

جواب: هر عنوان مجعولی در محکیات خودش فانی می شود. اما بعد الجعل اینطوری است. ولایت و امامت باید جعل بشود، ولی و امام دارید آنوقت در کثرات خود امام فانی می شود مثل ادمه مختلف.

سؤال وجواب: مبدأ اشتقاق مسکن و فقر و علم است که جعلی در آن نیست. ولذا در کثرات خودش فانی می شود. ما آنجا دو تا چیز نداریم یک شخصیت حقوقی و یک کثرات. بلکه همه اش همین کثرات است و عنوان طبیعی که بر آنها صدق می کند. مثل ماهیت آب که بر کثرات آب صدق می کند. شما اینجا که شخصیت حقوقی نمی توانید درست کنید. البته من می توانم در همین آب یک شخصیت حقوقی درست کنم به نام آب، تملیکش کنم بخرد بفروشد، مثل اینکه الان می گویند شرکت آب معدنی و کذا، می شود ثبوتاً ولی ربطی به این آبی که ما می خوریم ندارد. وقتی می گویند توضاً بالماء نمی توانم بگویم با شخصیت حقوقی آب وضوء بگیر، بلکه می گویند با همین آب توضى بکن. فرقی این است. در آنجا بحث تملیک به فقراء هم مثل همین است. یعنی فقرائی که منشأ اشتقاق فقر را دارند. نه یک عنوان مجعولی مثل آب مجعول که عنوان آب را من جعل کنم و لفظ آب برای آن جعل کنم. بپرسند این عنوان چی هست؟ بگوئیم این خاصیتها را دارد می شود به او تملیک کرد و او می تواند بفروشد. این می شود شرکت.

پس این فرمایش هم درست نیست که اگر درست بود آثار خاصه خودش را داشت.

می آییم سر یک بحث دیگری که تتمه این بحث است که تکلیف قیم و متولی اینجا چه می شود؟

متولی و قیم مثل حاکم هستند در قبض بلکه مقدم بر او هستند

در این بحث خیلی ها گفته اند متولی و قیم می توانند قبض کنند مثل قبض حاکم است بلکه گفته اند مقدم بر حاکم است.

به نظر می آید روایتی که در باب قیم داشتیم که روایت هشتم بود این خودش کافی است، که می گوید اگر قیمی قرار داده باشد و خرج کند برای این وقف و مصالح او را و مخارج او را بدهد مازادش را هم برای امام بفرستد، امام می فرماید این درست است و اشکال ندارد. یعنی تصرفات متولی را در وقف امام علیه السلام پذیرفت. در روایت چهارم هم همین بود که موضوع این بود که شخصی وقف می کند بر اولادش و غیرهم، بعد می فرماید و جعل لها قیماً. آن را امام امضاء کرده که می توانسته برای آن اولاد قیم باشد. چون در بین آن اولاد ممکن است کبار هم باشد، عده ای استظهار کرده اند که این قیم، قیم برای امثال قبض و اینها است. چون گفته است وقف اولاد کرده و غیرهم، می تواند در بین آنها کبار هم باشد. پس فقط برای این نیست که آنها صغار هستند و برای آنها قیم قرار داده است. آن قیم وقف است. و این قیم وقف کارش همین است یکی هم قبض است.

به نظر می آید از این دو روایت می توانیم بفهمیم که اگر واقف قیم و متولی برای وقف قرار داد، با قبض آنها قبض تمام می شود. بلکه عده ای از فقهاء می گویند مقدم است چون خود واقف قرار داده و وقف امضاء شده است.

بله یک فرع جزئی در اینجا می ماند، و آن این است که آیا واقف می تواند متولی قرار بدهد برای صرف قبض فقط یا نه حتی بعد الوقف؟ عده ای اینطور گفته اند که واقف وقفش تمام، بعد الوقف (یا درون وقف) می آید یک شخصی را فقط برای قبض قرار می دهد که وقف را قبض کند. عده ای می گویند می شود.

مرحوم سید و عده ای دیگر مثل صاحب جواهر و دیگران گفته اند چه کسی گفته اصلاً همچنین چیزی برای واقف هست؟

این دو روایتی که ما قبلاً خواندیم، اینها متولی وقف بود. می توانست واقف متولی قرار بدهد برای امور وقف که من جمله بحث قبض است. اما اینکه وقف تمام بشود و یک آقایی فقط برای قبض نصب بشود، این اول کلام است. از این روایات ما نمی توانیم استفاده کنیم که چنین جعلی هم ممضاه است.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۸) قبض در وقف

بنابر این آن چیزی که مسجل به نظر می آید می شود استفاده کرد جعل متولی و قیم است که تولیت امر این وقف را به عهده دارد که من جملتها قبض است.

یک شبهه ای اینجا وجود دارد که انشاءالله فردا مطرح می کنیم. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله هشتم عروه: بحث قبض ۵۶۱
- روایت دال بر اختصاص وقف به کل حاضرین در بلد دون الغائبین ۵۶۲
- بحث سندی روایت ۵۶۲
- مفاد روایت ۵۶۳
- ظاهر روایت استیعاب نسبت به حاضرین است وفاقا للمجلسی الاول والثانی ۵۶۴
- فهم استیعاب از این روایت ادعای استظهار صرف الوجود یا انصراف به صرف الوجود را از باب مشقت رد میکند ... ۵۶۵
- وجه عدم شمول نسبت به خارج البلد انصراف است ۵۶۶
- قبض در وقف مسجد و مقبره ۵۶۹
- اشکالات به قبض بودن صرف صلاة و دفن ۵۷۰
- اشکال اول: نماز خواندن استیفاء المنفعة است نه استیلاء ۵۷۱
- اشکال دوم: ولایت نداشتن مصلی نسبت به باقی موقوف علیهم ۵۷۱
- اشکال سوم: نماز خصوصیتی ندارد ۵۷۱

مسئله هشتم عروه: بحث قبض

فرع هفتم در بحث قبض بحث قبض در مسجد وامثال مسجد مثل مقابر است که چگونه حاصل می شود. این را هم بخاطر خصوصیتی ذکر کرده اند که عرض می کنیم.

منتهی قبل از آن، راجع به بحث دیروز که وقف برای عناوین بود که بعد ما مسئله ای را نقل کردیم از برخی از علماء معاصر در کیفیت ملکیت فقراء و مساکین در زکات و خمس که خارج از بحث قبض بود ولی ربطش این بود که این فقراء و مساکینی که متعلق ملک هستند چطور تصویر می شوند.

روایت دال بر اختصاص وقف به کل حاضرین در بلد دون الغائبین

بحثی مرتبط را در روایتی یافتیم که باز عین بحث قبض نیست ولی به نظرم تأثیر گذار است من ندیدم معمولاً متعرض آن شوند. این روایت را می خوانم دوستان تأمل کنند که آیا از این روایت می شود چیزی استفاده کرد یا نه.

باب هشتم از ابواب وقف، (باب أن من وقف على قبيلة كثيرين متشرين في البلاد فهو لمن حضر بلد الوقف و لا يتبع من كان غائباً). بابش این است که اگر کسی وقف کند بر یک قبیله ای که عده زیادی هستند و در بلاد مختلف منتشر هستند، این وقف آیا مقصور می شود به من حضر بلد الوقف، یا اینکه لازم است تتبع کند و هر کسی که افراد قبیله است و در این شهر غائب است را پیدا کند و آنها هم جزء این وقف هستند.

اینجا بحث قبض نیست، ولی به نظر من نحوه اخذ عنوان را نشان می دهد که چه جوری است و چه اثری دارد.

بحث سندی روایت

روایت این است که: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن محمد بن احمد عن موسی بن جعفر عن علی بن محمد بن سلیمان النوفلی.

این روایت در سه کتاب آمده است. این نقل کافی بود. شیخ هم به اسناد خودش از محمد بن علی بن محبوب عن موسی بن جعفر بغدادی نقل می کند. البته این نقل یک اضافه ای دارد که مهم هم هست و ما می خوانیم. بعد دارد: و رواه الصدوق باسناده عن محمد بن علی بن محبوب (مثل روایت شیخ).

پس این روایت از سه طریق آمده است. هر سه کتاب را ما کلاً معتبر می دانیم. ما مثل آنهایی هستیم که فکر می کنند روایات کافی و تهذیب و فقیه علی الاصول درست هستند الا ما خرج بالدلیل.

منتهی لولا آن بحث اعتبار کلی، این روایت مجهول است. سه رجالی که اول هستند درست است: محمد بن یحیی، محمد بن احمد اشعری و موسی بن جعفر بغدادی ثقة هستند، ولی علی بن محمد بن سلیمان نوفلی مجهول است، در کتب رجال نه توثیقی شده و نه ذمی. الا یک مذمتی در قاموس الرجال نقل می کند از مقاتل الطالبین، که حالا معلوم نیست دقیقاً همین باشد یا نه.

علی ای حال مرحوم آقای خوئی سه جا این علی بن محمد بن سلیمان نوفلی را در رجالش آورده است به عنوان علی بن محمد بن سلیمان، به عنوان علی بن محمد النوفلی، به عنوان علی بن محمد بن سلیمان النوفلی، وبعد می فرماید علی الظاهر این سه یکی هستند و به هم ارجاع می دهد. و مجهول است.

مرحوم مجلسی هم در مرآة العقول می گوید این روایت مجهول است. ولی عجیب است که والد ایشان محمد تقی مجلسی در روضة المتقین می گوید قوی. ولی ما نفهمیدیم وجهش چیست با اینکه روی مبانی آقایان این شخص مجهول است. می گوید: و روی محمد بن علی بن محبوب فی القوی کالشیخین.

حالا ما که این روایت را معتبر می دانیم، آنهایی که مشکل دارند علی ای حال عمل نمی کنند.

مفاد روایت

مفاد روایت این است که: قال کتبت الی ابی جعفر الثانی علیه السلام (که امام جواد علیه السلام باشند) اسئله عن ارض وقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان بن فلان، (راوی می گوید من به امام جواد علیه السلام نوشتم و سؤال کردم از زمینی که جدم وقف کرده بر محتاجین من ولد فلان بن فلان. در روایت فقیه ظاهرا فقراء دارد، در ذیل هم امام می فرماید فقراء). (بعد سائل می گوید:) و هم کثیر متفرقون فی البلاد؟ (این محتاجین از ولد فلان بن فلان اینها زیاد هستند و متفرق در بلاد هستند). فأجاب: ذكرت الارض التي وقفها جدك علی فقراء ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك أن تتبع^۱ من كان غائبا.

امام در جواب فرمودند زمینی که تو ذکر کردی که وقف کرده است جدت بر فقراء از اولاد فلان. این مال آن اولادی است که در آن بلد حاضر هستند، اما لیس لك أن تتبع من كان غائبا.

اینجا حضرت فرموده اند لیس لك، نفرموده اند «لیس عليك». نفرموده اند واجب بر تو نیست که تتبع کنی من كان غائبا را، یا اتباع کنی من كان غائبا را. بلکه گفته اند «لیس لك»، یعنی تو نمی توانی و نباید این کار را بکنی. ظاهرش این می شود که نباید این کار را بکنی و دنبال غائبین از بلد بگردی.

حالا اگر این روایت نبود و من همین عبارت را گفته بودم که وقف کردم بر محتاجین از فرزندان این آقا. یک قبیله ای است که فرزندان این آقا در شهرهای مختلف پراکنده اند.

^۱ - یا تتبع است که مضارع است تاء آن افتاده است، یا تتبع است که باب افتعال است.

این بحث قبض نیست، ولی ربطش این است که اگر یک همچنین وقفی شد که متعلقش محتاجین من ولد فلان باشد، چطور این منصرف شده به فقط بلد؟

این یک بحث است.

ظاهر روایت استیعاب نسبت به حاضرین است وفاقا للمجلسی الاول والثانی

ممکن است شما بگوئید انصراف است. یعنی اگر کسی در یک شهری بود و همچنین عبارت عامی را آورد، مقصور می شود به کسانی که در شهر هستند. منتهی ارتباطش به بحث ما این می شود که ظاهر این روایت همانطور که هر دو مجلسی رحمهما الله فرموده اند {استیعاب نسبت به همه حاضرین است}.

در اینجا اختلاف است. بعد از اینکه از این روایت فهمیده شد که غائبین از بلد را نباید تتبع کرد (یا آنها را اتباع کرد)، فرموده اند آیا تمام ولد فلان از محتاجین از ولد فلان شخص که در شهر هستند مستوعبا باید باشند. یا سه نفر باشند که بعضی گفته اند، بعضی گفته اند دو نفر و بعضی گفته اند یک نفر هم کافی است.

مجلسی اول می فرماید: و ما يتضمنه الخبر هو المشهور بين الاصحاب في الوقف على غير المنحصر، (مثل وقف فقراء و علماء که ما بحث کردیم). لکن قالوا بجواز التتبع^۱ في غير البلد ايضا. ثم اختلفوا فيمن يوجد منهم في البلد، فقیل بوجوب الاستيعاب. (باید از این وقف به تمام اولاد محتاج آن شخص در بلد داد). وقیل یجزي الاقتصار على الثلاثة وقیل على اثنين وقیل على واحد، وظاهر الخبر هو الاول (که استیعاب باشد).

حالا عرض من این است که آنوقت ربط پیدا می کند به بحث ما. ما گفتیم اگر وقف بر فقراء گفتند، دیروز دو سه تا نظر آوردیم، آن کسانی که می گفتند شخصیت حقوقی، که بحث خاصی می شد. کسانی که می گفتند جمع محلی به الف ولام است و ظاهر در استیعاب و عموم است، مطابق با همین می شود (به غیر از جهتی که الان باید اضافه کنیم). چون اینجا المحتاجین دارد، می فرماید اسئله عن ارض اوقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان. گفته المحتاجین. امام علیه السلام هم در جواب فرموده اند: ارض التی اوقفها جدک علی فقراء ولد فلان. که باز فقراء هم جمع است. پس هم المحتاجین و هم فقراء ظهور دارد که عموم است و عموم هم استیعاب است.

سؤال فقراء جمع است ولی عموم نیست.

^۱ - اینجا تتبع دارد، لذا آنجا هم همان تتبع به صیغه مضارع ظاهرا صحیح است.

جواب: ظاهر جمع هم عموم است. غیر از جنس است که بگوید الفقیر. در جنس برخی ادعا کرده اند صرف الوجود کفایت می کند که آن را هم گفتیم بحث دارد.

عرض من این است که این روایت گرچه نسبت به خارج بلد یک تضییقی زده است، اما نسبت به داخل بلد به همین استظهاری که مرحوم مجلسی می فرماید و ظاهرش هم همین است، ظاهرش استیعاب است. خصوصاً که همانطور که صاحب وسائل آورده هم روایت شیخ در تهذیب و هم روایت فقیه یک اضافه هم می دارد، می گوید الا أن قال وقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان بن فلان الرجل یجمع القبيلة و هم كثیرون متفرقون فی البلاد و فی ولد الموقوف (یا واقف در بعضی نسخ). این اولادی که در شهر هستند حاجت شدیده دارند و می گویند به ما بدهید، نروید به غائبین بدهید. امام می فرماید لیس لك أن تتبع من كان غائباً، اصلاً غائبین جزء وقف نیستند. ظاهرش این است.

عرض می کنم بحث ما که در قبض بود این که راجع به قبض نیست. اما نسبت به اصل اینکه اگر وقف شد بر محتاجین ظاهرش این است که امام به استیعاب حکم کرده است.

فهم استیعاب از این روایت ادعای استظهار صرف الوجود یا انصراف به صرف الوجود را از باب مشقت رد میکند

آنهايي که گفتند صرف الوجود کافی است چه استظهار اولی کرده باشند و چه از باب اینکه برخی ادعا کرده اند که چون استیعاب ممکن نیست پس یک نفر دو نفر کافی است. خب الان استیعاب در محل هم ممکن است امکان نداشته باشد، یک شهر بزرگ استیعابش چطور ممکن است؟ حالا ممکن است شهر بزرگی مثل تهران سابقاً نبوده است اما شهرهای بزرگ موجود بوده است. نیشابور در زمان حمله هلاکو می گویند خیلی بزرگ بوده و چند میلیون ساکن داشته است. بنابر این شهرهای بزرگ هم بوده، استیعابش چطور می شود؟

پس اگر از این روایت استظهار کنیم استیعاب بلد را، یک بابی باز می کند برای این موارد.

اگر کسی بگوید این خلاف ظاهر است، آنوقت روایت می شود بر خلاف قاعده و یک حرفی است.

اما اگر بگوئیم نه، فرمایش امام دارد یک تعلیلی می کند، وقتی گفته می شود اوقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان بن فلان، ما چطور بفهمیم این عبارتها را؟

وجه عدم شمول نسبت به خارج البلد انصراف است

من فکر می کنم که خارج از بلد ممکن است وجهش انصراف باشد. یعنی وقتی یک کسی در یک شهری خصوصا شهر بزرگ می گوید من بر محتاجین این قبیله وقف کردم، شاید کسی ادعا کند این منصرف است به همین کسانی که در شهر هستند. این ممکن است وجه فرمایش امام باشد. والا از هر دو حیث می شود خلاف اصل و قاعده. آنوقت باید اقتصار کنیم بر همین مورد. بنابر این اگر در جائی وقف کردند بر فقراء و عالمین و کذا، ممکن است کسی بگوید دلیل نداریم بر همچنین چیزی و این مورد خاص می شود.

اما اگر گفتیم این دارد یک جور فهم را تعمیم می دهد که اگر یک جائی شخصی وقف بر فقراء کرد چطور بفهمیم، امام حکم به استیعاب کردند. مگر یک جائی که انصراف خاصی داشته باشد که آن انصراف را لحاظ کرد، و الا استیعاب فهمیده اند، نه صرف الوجود، و نه آن بیانی که بعضی می گویند چون استیعاب معمولا ممکن نیست و دشوار است که ما بخواهیم وقف را به همه اینها ایصال کنیم و آنها قبض کنند، پس به یکی دو نفر کافی است. این استدلال دیگر نباید درست باشد.

این یک روایت است که هم سندش یک بحثی دارد و هم فقه الحدیثش. روی آن توجه کنید. من ندیدم در بحث ما از این استفاده کنند ولی به نظرم ارتباط روشنی دارد.

سؤال وجواب: روی عنوان است و منحصر نیست.

سؤال امام فقط در خصوص من کان غائبا فرمود تتبع نکنید. اما من کان حاضرا ولو کان کثیرا باید تتبع کنید.

جواب: البته خصوص را که شما می فرمائید امام فرمودند. ولی ما هم همین را عرض کردیم که غائبها را فرمودند نه، اما تمام حاضرین در بلد داخل هستند.

سؤال وجواب: وقف خاص هست ولی عنوان المحتاجین است. ما می خواهیم بگوئیم با اینکه عنوان المحتاجین است شبیه العلماء و الفقراء می شود. در بحث وقف بر فقراء فرقی نمی کرد بگوئیم وقف علی الفقراء یا بر فقراء این بلد. فرقی نمی کرد در این بحث که آیا تمام فقراء مورد وقف هستند و فقط آنهایی که قبض کردند مالک می شوند، یا نه فقط یک نفر هم بگیرد کافی است. اگر من یک خانه ای را وقف فقراء کردم، عبارت متن وسیله و تحریر اکتفاء می کنند به یک نفر. می گویند اگر دابه ای را وقف کردند برای حجاج بیت الله الحرام، آنوقت اگر به یک نفر بدهند که خودش استفاده کند اشکالی ندارد. یعنی گویی وقف برای همین آقا شده است که قبض کرده و تمام. در حالی که اگر ما بگوئیم وقف کرده اند دابه را

برای حجاج بیت الله الحرام اگر برای همه باشد ما حق نداریم این دابه را همیشه در اختیار این آقا بگذاریم که برود حج، باید در اختیار همه بگذاریم. اگر ده نفر در این شهر هستند همه حق دارند از این دابه (البته بعد القبض و شرائط). ظاهر تحریر الوسیله این است که به همان اکتفاء می شود. ولذا برخی از محشین به این توجه کرده اند گفته اند این حرف ماتن بر اساس این است که با تسلیم به یکی ایفاء به وقف بشود. در حالی که اگر وقف علی العموم باشد با دادن به یک نفر ایفاء نمی شود بلکه باید به همه بدهند.

پس این تصور آنجا هست.

حالا می خواهیم ببینیم کدام {تصویر} با این روایت بیشتر می سازد. درست است که این روایت راجع به وقف خاص است، اما این وقف خاص روی عنوان رفته است، عنوان المحتاجین من ولد فلان که کثیرین هم هستند حسب این و حسب فهم مرآة العقول و روضة المتقین منحصر هم نیست بلکه استیعاب دارد. اینجا ظاهر فرمایش امام این است که استیعاب در بلد است. (البته امام تصریح نکرده اند ولی ظاهرش این است). می خواهم بگویم این کمک می کند به بحث قبلی ما که بحث فقراء بود. یعنی اگر شما این را یک فهم و تعلیم ببینید باید به آنجا هم سرایت بدهید. مگر اینکه بگوئید نه هوز هم پافشاری می کنیم که در فقراء ظاهرش صرف الوجود است ولو به مؤونه این قرینه که استیعابش مشکل است که بخواهیم به همه تملیک کنیم مخصوصا در مثل زکات و خمس که ممکن است یک مبلغ ناچیز باشد بگوئیم این تملیک همه مساکین و فقراء بشود شاید معنا نداشته باشد. آنوقت به این قرینه بگوئیم که صرف الوجود مسکین و فقیر مقصود است که یک نفر است.

پس نتیجه عرض من این است که باید به این روایت توجه کرد. حالا چه از باب اینکه مقصور به مورد خودش کنیم که یک بحث است، و چه به جاهای دیگر سرایت بدهیم. البته این در مورد خصوص بحث قبض که ما الان در آن هستیم نیست ولی کمک می کند به این بحث. این را دقت کنید.

سؤال و جواب: ما مقصودمان این بود که المحتاجین را چه جور معنا کنیم.

سؤال: من حضر البلد ابهام دارد معلوم نیست مرادش از «من» عموم باشد.

جواب: این ابهامش تا حدی با مفهومش دفع می شود که می گوید به غائبین از بلد نمی خواهد بدهی.

سؤال: نسبت به استیعاب ساکت است.

جواب: ساکت نیست، ظاهرش این است که به هر کس که در بلد هست باید بدهی. والا می گفت به بعضی از غائبین اینجا هم نده، یعنی می فرمود لیس علیک الاستیعاب. ولی امام علیه السلام جدا کردند، لیس لك أن تتبع من غاب عن بلدك، دیگر چرا من حضر البلد اطلاق نداشته باشد؟

سؤال: اطلاق ندارد چون در مقام بیان نیست.

جواب: چطور می گوئید در مقام بیان نیست با اینکه می گوید به غائب نده به من حضر فی البلد بده.

سؤال: ملاک این است که چون غائبین منتشر هستند نمی خواهد بدهی. آن مشکل در برخی از حاضرین هم هست.

جواب: بحث انتشار که فقط نیست. بلکه می پرسد من همه را جمع کنم؟ در عبارت فقیه و شیخ دارد که الرجل یجمع القبيلة وهم كثیرون متفرقون فی البلاد وفی ولد الموقف حاجة شديدة؟ می گوید همه را جمع کند. چطور در مقام بیان نیست؟ و اگر ملاک عسر و حرج بود خب نسبت به برخی افراد بلد هم تصریح می کرد. امام می توانست بفرماید به چند نفر بدهید کافی است.

این یک بحث است، این روایت را در بحث ما نیاورده اند از جهت تعلق وقف به این عنوان. روی آن تأمل کنید.

اشکال در متن روایت و جواب از آن

سؤال: بحث روی فلان بن فلان است، که فلان بن فلان الرجل الذی یجمع القبيلة.

جواب: این یعنی چه؟

سؤال: یعنی کسی که رئیس قبیله است و همه قبیله فرزندان او حساب می شوند به او بدهند.

جواب: اینکه نیاز به سه تا تکلف دارد.

سؤال: در روایت الذی دارد.

جواب: در وسائل که الذی ندارد. در وسائل که می گوید عبارت عین عبارت شیخ است و در عبارت شیخ الذی ندارد.

سؤال: دو سه خط پائینتر دارد.

جواب: شما رفتید جای دیگر را آوردید. فسلونی أن اخصهم بهذا دون سائر ولد الذی یجمع القبيلة.

سؤال: در فقیه هم خط بالا و هم خط پائین الذی دارد.

جواب: ولی وسائل این را نگفته. می گوید مثل روایت شیخ است. در روایت شیخ الذی ندارد. اینها که دو روایت نیستند.

قبض در وقف مسجد و مقبره

فرع بعدی در متن تحریر مسئله ۹ است که:

«لو وقف مسجداً أو مقبرة كفى في القبض صلاة واحدة فيه أو دفن ميت واحد فيها بإذن الواقف و بعنوان التسليم والوقف».

ظاهراً صلاة واحدة درست باشد نه صلاة واحدة، هر چند تلازم دارند

من عبارت را از روی کتاب آقای سبحانی می خوانم. شما اصل کتاب را ببینید. کتب فقهاء که تقریباً همه اینها که من نگاه کرده ام به صورت مکرر به صورت اضافه است که صلاة واحد فيه، یعنی صلاة یک شخص واحد، نه صلاة واحد فيه. ممکن است ملازم هم باشند اما بالاخره اضافه است. کما اینکه در میت هم می گوید دفن میت واحد فيها بإذن الواقف دارد. ایشان اینجا صلاة واحدة گفته است. بله در اصل تحریر هم صلاة واحدة است. ولی در کتب فقهی دارد صلاة واحد فيه، مکرر دارد. من ندیدم جایی که بگویم صلاة واحدة فيه. من ندیدم و یادم هم نیست. کما اینکه در میت دفن واحد فيه دارد. البته تلازم دارد. ما هم که می گوئیم صلاة واحد به یک صلاة صحیحه تامه بشرائطه اکتفا می شود.

سؤال: تحریر علامه صلاة واحدة دارد.

جواب: ولی در قواعد صلاة واحد دارد.

در مسجد گفته اند اگر یک نماز در مسجد خوانده شود یا در مقبره یک نفر دفن بشود به اذن الواقف و بعنوان التسليم و القبض کفایت می کند.

راجع به اذن واقف و به عنوان یعنی به قصد القبض بعدا بحث می کنیم. اما مستند این حکم چیست؟

در متن مسئله ۸ اکتفاء به قبض متولی و حاکم را فرموده بودند. فرموده بودند «واما الوقف على الجهات العامة والمصالح كالمساجد و ما وقف عليها، فإن جعل الواقف له قيمة و متوليا اعتبر قبضه أو قبض الحاكم، و الاحوط عدم الاكتفاء

بالتانی مع وجود الاول). احتیاط هم این است که به قبض حاکم به تنهایی اکتفاء نشود اگر متولی هست بلکه قبض متولی هم بشود.

پس در متن مسئله ۸ قبض را در مثل مسجد گفته اند متولی و حاکم باید قبض کنند.

اینجا در واقع در خصوص مسجد و مقبره می خواهند نکته دیگری بگویند که فقهاء از قبل هم می گفتند که در وقف مسجد یا مقبره در قبض کفایت می کند که یک نفر یک نمازی بخواند. حالا اینکه چه نمازی و به چه شرائطی و با چه قصدی بعدا می آید. یعنی یک عدل خاصی اینجا برای مساجد و مقابر پیدا شد. حالا وجهش چیست؟

ادعای اجماع یا سیره بر اینکه نماز خواندن در مسجد و دفن میت در مقبره قبض است درست نیست
عده ای می گویند کأن این علی القاعده است. چون می گویند ظاهر از اینکه می گویند یک نماز در آنجا خوانده بشود، این مصداق قبض است. بنابر این علی القاعده است.

صاحب مفتاح الکرامة ادعا کرده است که در ایضاح و جامع المقاصد نقل اجماع کرده اند بر این مسئله که با خواندن یک نماز در مسجد و دفن یک نفر در مقبره در قبض کفایت می کند.

منتهی آیا این اجماع قابل عمل است یا نه؟ این قابل تأمل است. چون ممکن است از همین باب باشد، یعنی محتمل المدرکی باشد و احتمالش هم کاملاً عقلائی است که این را قبض می دیده اند.

اشکالات به قبض بودن صرف صلاة و دفن

منتهی اینجا یک بحثی وجود دارد اگر بخواهند علی القاعده تمام کنند، و آن بحث این است که: اولاً در باب قبض انتفاع شخص که می خواهد به او مربوط بشود چون یکی از آحاد همین آقایی است که نماز می خواند، انتفاع شخص از این مال موقوف مگر شرط است؟ شما برای قبض نوعی استیلاء می خواهید یا تخلیه می خواهید. نماز خواندن در آنجا یعنی استیفاء منفعت کردن. مگر استیفاء منفعت کردن شرط است؟

یعنی لولا اجماعی که ادعا کرده اند و بشود یک اجماع تبعیدی و دال بر حکم شرعی، یا سیره ای که برخی ادعا می کنند و مرحوم آخوند هم در وقف می گوید که بعضی سیره را ادعا کرده اند که حصول قبض به همین کیفیت است، چون ایشان هم می گوید لو تم این دو نکته فبها و الا کذا می شود. معلوم می شود خود ایشان هم در این جهت شک دارد. دیگرانی که تشکیک می کنند در وجود این اجماع یا در اعتبار این اجماع.

بنابر این سؤال این است که لولا الاجماع و لولا السيرة آیا علی القاعدة این درست است یعنی با صرف نماز خواندن در مسجد قبض حاصل می شود؟

اشکال اول: نماز خواندن استیفاء المنفعة است نه استیلاء

از دو جهت اشکال است: یکی اینکه نماز خواندن استیفاء المنفعة است (نه استیلاء). بدون استیلاء قبض نیست. و اگر استیلاء یا تخلیه حاصل است نماز خواندن چه خصوصیتی دارد؟ همینکه رفت در مسجد ایستاد کافی است دیگر نماز خواندن برای چی؟ این اشکالی است که مرحوم آخوند مطرح کرده و به نظرم درست هم هست.

اشکال دوم: ولایت نداشتن مصلی نسبت به باقی موقوف علیهم

علاوه بر اینکه باید به این هم توجه کرد که همان اشکالی که در فروض مشابه قبلی می گفتیم، و آن اینکه یک آقایی آمده اینجا نماز خوانده، مگر او ولایت دارد که قبض می کند برای همه مسلمین؟!

این مسجد برای یک نفر که قطعاً نیست، برای هر کسی است که در او نماز می خواند. چه ولایتی دارد برای قبض برای بقیه؟

پس اگر اجماع و سیره باشد که تعبدی است و بحث نداریم. ولی اگر آنها تمام نباشد و بنخواهیم علی القاعدة تمام کنیم چند نکته وجود دارد که باید حل کرد:

اشکال سوم: نماز خصوصیتی ندارد

یکی اینکه صلاة چه خصوصیتی دارد؟ معیار استیلاء و تخلیه (اگر تخلیه را هم گفتیم) است، و نماز خواندن هیچ خصوصیتی ندارد. نفس نماز خواندن دال بر استیلاء نیست. ممکن است یک ظالمی ایستاده باشد و مسجد در اختیارش باشد، به من بگوید چون تو خیلی تمنا کردی اجازه می دهم یک نماز در آن بخوانی، این بدون استیلاء است، آیا این قبض می شود؟

پس نماز بما هو نماز بخصوصه هیچ فائده ای ندارد. ملاک استیلاء است. اگر استیلاء و مشابهش باشد درست است و قبض حاصل شده، ولی اگر استیلاء واقع نشود صلاة فائده ای ندارد.

اشکال دوم این است که: خب یک نفر نماز خوانده و او قبض کرده، اما قبض بقیه چی؟

مگر اینکه شما بگوئید کما اینکه ظاهر ماتن هست: به تسلیم الی احد لاستیفاء المنفعة قبض حاصل می شود و این قبض برای همه کفایت می کند. کما اینکه مرحوم سید هم در جاهای دیگر فرموده است.

منتهی اصل این حرف که قبض یک نفر کفایت کند جای بحث دارد و دلیل ندارد. اگر ادعا می کنید صدق می کند و قبض من قبض همه است، که درست نیست. اگر می گوئید قبض من قبض مسجد است، این هم درست نیست. قبض مسجد به لحاظ خود من هست فقط. اما قبض مسجد برای همه مصلین باشد را از کجا می گوئید؟ گرچه در مشابهنش مرحوم سید ادعا کرد که ظاهرا در مثل فقهاء به قبض یک نفر حاصل می شود ظاهرا لتحقق عنوان القبض. همانجا عرض کردیم این حرف درست نیست. قبض من قبض من است، چه کسی گفته قبض العالم است، با توجه به اینکه اگر سریان و کثرت فهمیدیم؟

در مسجد که مسلما همینطور است. وقف کرده است مسجد را، که لبا علی المسلمین است، همانطور که صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامة می فرماید که ظاهرش این است که علی المسلمین است. در این صورت یک مصلی نماز خوانده، چه کسی گفته قبض او قبض دیگران است؟

این هم نکته ای است که باید به آن عنایت کرد.

سؤال و جواب: قبض شرط صحت وقف است وبدون آن وقف محقق نمی شود. دو نظر بود که ما اختیار کردیم شرط صحت است. این می شود متمم وقف. اینجا بحث دیگری است که در خصوص مساجد به یک کار دیگری هم غیر از کارهای معمول قبض حاصل می شود.

انکار اصل اشتراط قبض در مسجد و مقبره درست نیست

بله یک حرف حاکمی وجود دارد که کسی اصل قبض را منکر بشود. بگوید من شرطیت قبض را در مساجد و مقابر قبول نداریم. کما اینکه ظاهر مرحوم سید همین است. و ظاهر صاحب جواهر هم بعید نیست همین باشد، که اصلا دلیل اشتراط قبض اطلاق ندارد.

این یک حرف مهم مبنایی است.

منتهی ما جواب دادیم، ما هم یک معیاری از روایت هشتم در باب یعنی روایت عمری فهمیدیم. علاوه که اگر این را هم قبول نکنیم چون ما سبب را مشکوک می دانیم اصالت عدم تحقق مسبب هست که اصالة الفساد است. باید همه

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۸) قبض در وقف

چیزهایی را که در سبب قطعی دخیل است بیاوریم که من جمله این قبض است. پس از این باب قدر می‌تقن هم باید قبض را بیاوریم.

پس برای ما لزوم قبض مفروغ است. پس این فرمایش به نظر من تمام نیست و مشکل است. تأمل بفرمائید تا فردا.

باسمه تعالی

- مسئله نهم عروه: بحث قبض در وقف مساجد و مقابر ۵۷۴
- علت جدا شدن بحث قبض در وقف مسجد و مقبره از بقیه جهات ۵۷۴
- تشکیک در وجود اجماع و حجیت آن ۵۷۵
- تبیین قبض در مسجد و مقبره بر اساس قاعده ۵۷۵
- در قبض استیلاء نیاز است و استیفاء منفعت استیلاء نیست ۵۷۵
- راه های قبض در وقف مسجد ۵۷۶
- عدم اثبات سیره بر قبض نکردن حاکم ۵۷۶
- قبض یک نفر از بقیه کفایت نمی کند ۵۷۷
- نیاز به قبض در مساجد و امثال آن از باب اصطیاد معیار یا از باب اصاله الفساد ۵۷۸
- بحث لزوم نیت در قبض ۵۷۹
- کلام جامع المقاصد ۵۷۹
- نقض به وقف خاص و جواب جامع المقاصد از آن ۵۸۰
- صاحب جواهر: اگر نیاز به نیت قبض باشد در معین هم نیاز است ۵۸۱
- عدم لزوم نیت در قبض از منظر صاحب جواهر ۵۸۱

مسئله نهم عروه: بحث قبض در وقف مساجد و مقابر

علت جدا شدن بحث قبض در وقف مسجد و مقبره از بقیه جهات

بحث در وقف مسجد و مقابر بود که یک مسئله جدایی را در تحریر و کتاب فقهی برای آن ذکر کرده اند و آن را از وقف بر جهات جدا کرده اند. شاید بخاطر همین نکته باشد که در وقف مسجد و مقبره فرموده اند اگر در مسجدی یک

شخص نماز بخواند و در مقابر یک شخص را دفن کنند وقف قبض می شود و تمام می شود، حالا با قید یا بی قید. این قیدها گاهی بحث این است که با اذن واقف باشد، کما اینکه در موارد مشابه هم ما این را گفتیم تا اقباض صدق کند. و قصد قبض وقف هم داشته باشد. این هم یک قصد خاص در مقام است که بحث می خواهد. جدا کردن این مسئله بخاطر این نکات است.

تشکیک در وجود اجماع و حجیت آن

دیروز بحث کردیم که اگر اجماع یا سیره ای بر این مسئله قائم بشود فبها. البته در ایضاح و جامع المقاصد هم که ادعا شده است که اینها ادعای اجماع کرده اند برخی دوستان نگاه کردند ظاهرا در عبارتشان نبود. فرصتی هم نشد که مواضع دیگر فرمایشات این بزرگواران را ببینیم که آیا همچنین دعوایی دارند یا نه. در این موضع که ایضاح و جامع المقاصد ادعای اجماع نکرده اند. اگر اجماع هم باشد ادعای اجماع مدرکی ممکن است باشد و این هم به درد نمی خورد. ولذا اجماع در مقام چندان اجماع محکمی نیست که ما احراز کنیم کاشفیتش را از نظر معصوم. لذا باید ببینیم بر حسب قواعد چه می شود کرد.

تبیین قبض در مسجد و مقبره بر اساس قاعده

بر حسب قاعده صرف اینکه یک نمازی در مسجد خوانده شود چرا قبض محسوب بشود؟ و قبض چه کسی محسوب شود؟

اگر ما مسجد را یک وقف عامی می دانیم خصوصا کسانی که وقف علی المسلمین می دانند، این آقایی که نماز می خواند فرض کنیم نماز خواندنش قبض خودش باشد، اما به چه دلیلی قبض دیگران باشد؟ این روشن نبود.

حالا اصلا نماز خواندن قبض محسوب می شود؟

در قبض استیلاء نیاز است و استیفاء منفعت استیلاء نیست

نماز خواندن یک جور استیفاء منفعت است. مگر استیفاء منفعت قبض است؟ استیفاء منفعت غیر از استیلاء است. لذا در غیر مسجد هم این فرع مطرح است که اگر کسی منزل یا مرکبی که وقف است برای استفاده در اختیارش گذاشته شد، این کفایت نمی کند در قبض مگر زمانی که استیلاء پیدا کند. در مسئله هشت تحریر که در ذیلش این مسئله را آورده اند که اگر در وقف بر عنوانین مثل وقف یک مرکب برای زوار بیت الله مثلا، می گویند یکفی که این مرکب را در اختیار

یک زائر قرار بدهیم. منتهی اضافه می کنند که این مرکب که در اختیار قرار گرفت که در واقع استیفاء منفعت کند از وقف، این کفایت نمی کند در صدق قبض، باید استیلاء هم باشد، یعنی در اختیار او هم قرار داده شود. چون می شود در اختیار قرار داده نشود، مثل اینکه یک کسی همراهش باشد بگوید مرکب در اختیار من است فقط شما سوار این مرکب باش. این استیلاء نیست. باید در استیلاء او هم قرار بگیرد.

همین سخن در بحث مسجد هم می آید، مگر نماز خواندن استیلاء است؟

پس به نظر می آید که این حکم که به صرف نماز خواندن یک نفر در مسجد قبض حاصل می شود از جهاتی دشوار است.

راه های قبض در وقف مسجد

ممکن است بگوئید پس چه می شود؟ مثلاً یک کسی نماز خواند وقف تمام است کس دیگری نماز نخواند وقف تمام نیست؟

می گوئیم راه های دیگری وجود دارد، قبض متولی (بنابر اینکه درست باشد که بحث می کنیم) و قبض حاکم.

عدم اثبات سیره بر قبض نکردن حاکم

ممکن است بگوئید این خلاف سیره است.

می گوئیم ما همچنین خلاقی را کشف نکردیم. اتفاقاً در اوقاف عام رسم بر این بود که علماء این کار را انجام می دادند، وقف می کردند و صیغه اش را آنها اجراء می کردند، و در هر محلی عالمی این وقف را قبض می کرد، در وقف خاص هم که متولی خاص دارد.

پس همچنین سیره قطعی هم ثابت نیست که بدون قبض حاکم و متولی وقفیت مسجد تمام می شد و بنابر این ما بگوئیم از باب سیره اینها درست است.

نتیجه این می شود که ما در باب وقف مسجد و مقابر بگوئیم که باید قبض بشود، و قبض هم باید قبضی باشد که از عموم بشود هر جور که ممکن است، از باب اینکه یک متولی داشته باشد و قبول کنیم که قبض او قبض مسجد است و تمام است، یا حاکم قبض کند.

سؤال: استیلاء کل شیء بحسبه است.

جواب: ولی می شود و صورتی دارد که در مسجد نماز بخواند و استیلاء هم نباشد. مثلاً یک جائری درب مسجد را بسته نمی گذارد کسی نماز بخواند، من می آیم التماس می کنم او در را باز می کنم در آن نماز می خوانم، آیا با این نماز من استیلاء کردم.

سؤال: در موارد عادی که استیلاء است.

جواب: برای نقض مثال من را نگاه کنید. من عرضم این است که صرف نماز خواندن استیلاء نیست. اگر دوست شما اجازه می دهد در خانه اش نماز بخوانید آیا استیلاء بر خانه پیدا می کنید؟! صرف نماز خواندن که استیلاء نیست. بله به نحو طبیعی الان مساجدی که درفش باز است و مسجد است و عرف است که این را وقف عموم و علی المسلمین می دانند، خب هر کسی مجاز است و در هم باز است، من این مقدار استیلاء پیدا می کنم بر نماز خواندن. ولی معنایش مطلقاً استیلاء نیست. فقط همینقدر خواستیم روشن شود که معنای نماز خواندن استیلاء نیست.

قبض یک نفر از بقیه کفایت نمی کند

بر فرض استیلاء شد خب می شود قبض خودش، ولی چه کسی به او ولایت داده است که از ناحیه دیگران قبض کند؟

این شبهه قوی است، هم صاحب جواهر و هم مرحوم آخوند و هم عده دیگری متعرض این شبهه شده اند که قبض یک نفر چه کسی گفته قبض همه است؟ چه کسی این ولایت را به او داده است که شما از طرف همه قبض کن؟

سؤال: وقف بر جهات با وقف بر اشخاص یا بر عناوینی که مصادیقش افراد خاصی هستند فرق می کند. در وقف خاص و عناوینی که مصادیقش افراد خاص هستند چون هم خودشان می توانستند قبض کنند و هم حاکم، می گفتیم استیفاء کافی نیست استیلاء لازم است. اما جائی که جهت است، من که موقوف علیهم نیستم تا شما بگوئید قبض من کفایت از قبض بقیه موقوف علیهم می کند. جهت ملاک در وقف است.

جواب: شما کار را بدتر کردید. وقف جهت که شد یعنی اصلاً این آقای مصلی هیچ کاره می شود. پس نتیجه این می شود که باید متولی یا حاکم باشد. که اتفاقاً همین را هم گفته اند.

سؤال: راه دیگری هم دارد در جهت که یا قبض متولی و حاکم باشد یا به مصرف آن جهت برسد.

جواب: این دیگر خیلی عجیب است. انسان با استیفاء قابض می شود؟! پس باید کسی باشد که آن جهت را قبض کند. این می شود دیگر.

همانطور که دیروز عرض کردم در این بحث چند نظر وجود دارد: یک عده ای می گویند اصلاً قبض نمی خواهد. چرا؟ می گویند از کجا بگوئیم ادله قبض اطلاق دارد که همچنین چیزهایی هم قبض بخواند. مثل صاحب جواهر و مرحوم سید می گویند مورد ادله قبض خاص بود. می فرمایند ما در این عمومیات اصلاً قبض نمی خواهیم. حتی در حتی در وقف بر عناوین مرحوم سید بالتصریح می گوید و مرحوم صاحب جواهر هم از کلماتش استفاده می شود که در آنجا دلیلی بر قبض نداریم. صاحب جواهر تصریح می کند که ادله قبض همچنین اطلاقی ندارد.

نیاز به قبض در مساجد و امثال آن از باب اصطیاد معیار یا از باب اصاله الفساد

ما در مقابل این حرف دو تا کلمه داشتیم:

یکی اینکه بله روایات ما موضوعش که حتماً خاص است و موضوعش حتماً شامل مسجد و اینها نمی شود، ولكن بعيد نبود که روایت عمری ارائه معیار کند، و میعارش همه را می گیرد و فرقی نمی کند.

و اگر هم کسی این را نپسندید ما چون اصاله الفساد هستیم می گوئیم تمام آنچه که محتمل است در وقف دخیل باشد باید بیاورد، من جمله قبض است. این را باید از باب قدر متیقن بیاورد.

پس ما اصل قبض را اینطور درست کردیم. و در جهت واضح است که جهت که خودش قابض نمی شود. جهت، جهت وقف است جهت مصلحت است یا عمومی. پس یک کسی باید قبض کننده باشد. واضح است که یک کسی که در مسجد نماز می خواند قبض کننده نیست. بلکه قبض کننده یا متولی یا حاکم است.

عرض ما این است که به ذهن نیاید که پس تکلیف مسجد چه می شود؟

می گوئیم تکلیفش این است که متولی یا حاکم و شخصی که از ناحیه حاکم متولی امور است قبض می کند. امروز در درون کشور حاکم مسلمین اداره اوقاف را با شرائطی قبول کرده، در واقع به نحوی نواب خودش قرار داده است در اینجور امور، که مرتب دارند در اوقاف کار می کنند. این اشکالی ندارد. اینها در واقع در این امور وکیل حاکم هستند. که قرارداد ببندند برای خانه هایی که ساخته می شود وجهش را اخذ کنند، و تصرفاتی که در وقف لازم است. در مسجد هم همینطور است. امروز در درون کشور مسجد متولی دارد، از ناحیه حاکم تولیتی هست برای مساجد کار می کنند. یعنی اینطور نیست که گتره باشد.

سؤال: در زمان پیامبر و امیرالمؤمنین علیهما السلام هم قابل تصویر است؟

جواب: چرا قابل تصویر نباشد. امیرالمؤمنین برای تمام نواحی حاکم داشت، و کار حاکم همین چیزها بوده است همانطور که در عهدنامه مالک اشتر است.

پس شما باید سیره را اثبات کنید، و من عرض می کنم همچنین سیره ای ثابت نیست که مساجد ما بدون تولیت و ورود حکومت همینطوری با یک نماز خواندن قبض می شود. چگونه این سیره را اثبات کنیم؟

بحث لزوم نیت در قبض

بحث مهمتر اینجا بحث قبض است به لحاظ نیت. اینجا عده زیادی از فقهاء تصریح کرده اند که قبض باید با نیت قبض مسجد باشد والا لا یکفی. بحث این است که چرا؟ آیا از باب یک کبرای کلی است که قبض مطلقا اینطوری است که قبض باید به نیت قبض باشد، یا اینجا در خصوص مسجد و مقبره اینطور می گوئید؟

کلام جامع المقاصد

مرحوم صاحب جامع المقاصد همینجا فقط می گوید. می گوید ما در کل اوقاف این را نمی گوئیم، فقط در اینجا این را می گوئیم. صاحب جواهر عبارت ایشان را نقل می کند که صاحب جامع المقاصد می گوید:

«و إنما اختص هذا الوقف بنية القبض ولم يشترط في مطلقه، (در مطلق قبض ما اشتراط نیت نکردیم، چرا؟) لأن المقصود هنا صرفه الى الجهة الموقوف عليها». می گوید برای اینکه اینجا ما می خواهیم نیت را صرف کنیم به جهت موقوف علیه. چون لب حرفش این می شود که ما عملمان در باب مسجد که می رویم در آن نماز می خوانم می تواند وجهی داشته باشد: ممکن است من بدون توجه به اینکه الان من دارم قبض می کنم یک نمازی دارم می خوانم. آنوقت چرا قبض محسوب بشود. به تعبیر دیگر عمل در اینجا ذو وجوه است. اینکه این عمل من مصداق قبض هم باشد، اقلش این است که شما باید نیت کنید تا صرف کند نیت شما را به طرف اینکه این قبض وقف مسجد باشد. یا اگر این نیت نباشد می شود صرف یک عمل خارجی. این دیگر ربطی به قبض پیدا می کند.

بعد می فرماید: «وقبض بعض المستحقين كقبض الاجنبي بالنسبة الى قبض الموقوف عليه». اگر ما بگوئیم این آقایی که آمد نماز خواند یکی از مستحق های نماز خواندن بود، صرف اینکه بعض المستحقین در اینجا نماز خوانده می گوئیم مثل قبض اجنبی است. شما که قبض اجنبی را کافی نمی دانستید.

می فرماید: «فلا بد من نية صارفة له الى الوقف». باید یک نیتی باشد که نیت و عمل او را صرف کند به اینکه این قبض وقف است.

نقض به وقف خاص و جواب جامع المقاصد از آن

یک نقضی وارد می شود: در وقف معین این را چرا نمی گوئید؟ وقف کرده برای اولادش، چرا در آنجا نمی گوئید که باید نیت کند که قبض این وقف واقف باشد؟

صاحب جامع المقاصد می فرماید: در معین آن چیزی که واقع می شود عبارت است از یک عمل خارجی، که این منتسب به من است. غیر از قبض وقف چیز دیگری نیست. چون چیز دیگری نیست نیاز به صرف ندارد و خودش هست. می فرماید:

«بخلاف الوقف علی معین، فإن قبضه متحقق بنفسه، (اضافه این عمل به قابض هم که روشن است) والمطلوب صرفه الیه و هو حاصل فلا حاجة الی قصد یعینه. (می گوید غرض نهائی این است که این عمل صرف بشود به این آقای قابض، می گوید این با کاری که انجام می دهد حاصل است، نیت خاص نمی خواهد. خودش متعین است که اضافه فعل به این آقای قابض است).

آنوقت جامع المقاصد می گوید از این فرقی که ما گفتیم نکته دیگری هم روشن شد، می گوید روشن شد که وکیل هم اگر از ناحیه موقوف علیه می رود باید به قصد قبض موقوف علیه قبض کند نه اینکه صرفا قبض کند، این فائده ای ندارد. به همین دلیلی که الان گفتیم، که یک عملی از وکیل سر زده است، این عمل ممکن است عمل خودش باشد، باید فعل آن آقای قابض باشد، باید به نیت قبض عن الموکل باشد تا صدق کند که قبضی که موکل مسئولش بود را انجام داده است. این هم باید بشود.

در ولی هم مثل آب و جد همینطور است، ممکن است وقف به دستشان باشد. می گوید این کافی نیست. با اینکه در قبض و استیلاء خودش هست می گوید کافی نیست. برای اینکه قبل از قضیه وقف، {این استیلاء} استیلاء خودش بود، اما وقتی وقف می کند برای مثلا فرزند خودش که نابالغ و صغیر است و باید به عنوان ولی، عن المولی علیه قبض کند نه اینکه به استیلائی {که از قبل داشته اکتفا} کند. به همان دلیل که می گوید ما قبض کسی را می خواهیم که وقف می خواهد برای او حاصل بشود. قبض او را می خواهیم. باید عمل و نیت صرف به او شود. یک جاهایی عمل اصلا خودش مضاف است. وقتی مضاف است دیگر دنبال چه می خواهید بگردید. اما یکوقت عمل مضاف به او نیست، مثل عمل آب وجد، پدر وجد کار خودشان را هم می توانند انجام بدهند. این پدر و جد که این ملک در اختیارش هست این در اختیار بودن یک عملی است، که این در اختیار بودن ممکن است مضاف به خودم باشد. چه جویری این استیلاء مولی علیه محسوب می شود؟ می

گوید به نیت این آقای ولی. او باید قصد کند که بقاء این در ید من نه برای خودم هست بلکه به عنوان قبض مولی علیه من است تا بشود قبض او، والا قبض او نمی شود.

پس نکته این است که عمل ما که استیلاء است و هر چه هست اگر بخواهد مصداق قبض باشد باید طوری باشد که قبض قبض کننده موقوف علیه باشد تا قبض او صدق کند. این در عمل هایی که ذو وجوه است {باید} با نیت حاصل شود والا بدون نیت حاصل نمی شود.

در قبض مسجد همینطور است. ممکن است برود در مسجد فقط نماز بخواند، نه توجهی دارد که این مسجد قبض لازم داشته و قبض حاصل شده و مسجدیتش تمام شده، اصلاً توجهی به این حرفها نداشته باشد. اما یکوقت نه، این نماز که می خواند می داند اولین شخصی است که دارد نماز می خواند که با این کار می خواهد مسجد را قبض کند، پس باید نیت قبض هم داشته باشد. این فرمایش ایشان است.

صاحب جواهر: اگر نیاز به نیت قبض باشد در معین هم نیاز است

صاحب جواهر می فرماید^۱: این حرف شما درست است، منتهی در معین هم اینطور می شود. چون عمل در معین هم ذو وجوه است.

راست هم می گوید. طرف وقف کرده است برای اولادش. اولاد هم کبار هستند. در اختیارشان هم قرار می گیرد، اما ممکن است او اباحه ای کرده برای مصرف. اصلاً قصد قبض خاص در اینجا ندارد. یا خیال کند عاریه و امانت است. یعنی صرف اینکه در استیلاء من واقع شد، قبض وقف صدق نمی کند.

عدم لزوم نیت در قبض از منظر صاحب جواهر

این نقض صاحب جواهر ره.

منتهی ایشان برمی گردد یک حرفی می زند، می گوید: ما از ادله قبض چه فهمیدیم؟ آیا از ادله قبض این را فهمیدیم که قبض الوقف است، یا مطلق است. اگر شرطی که در صحت وقف قرار داده اند این باشد که قبض اینها باشد نه قبض الوقف حق با شما است.

^۱ - جواهر جلد ۲۹ صفحه ۱۸۸

اینجا یک بحث پیچیده ای هست: اگر ما در آن روایات اطلاقی ندیدیم که قبض را در مساجد ثابت کند، بلکه لزوم قبض در مسجد را فقط از کلام اصحاب فهمیدیم. کلام اصحاب هم اطلاق داشته باشد، یعنی نگفته است که قبض الوقف باشد. می گوید اگر اینطور است کار این افرادی که ما این را در اختیار آنها گذاشتیم تکوینا که قبض هست. بله قبض الوقف می گوئید صدق نمی کند. اینجا نیت می خواهد تا بشود قبض الوقف. ولی می گوئیم اصلاً قبض الوقف شرط نیست بلکه مطلق قبض شرط است؛ که آن هم به مطلق استیلاء که یک امر تکوینی است حاصل است. مثلاً پدر این را وقف می کند برای اولادش و در اختیار آنان هم قرار می دهد. دیگر چه اهمیت دارد که وقتی که این شیء را گرفت استیلائش به عنوان قبض الوقف باشد یا هر چه می خواهد باشد. استیلاء هست و استیلاء هم قبض است. ولو قبض الوقف نباشد، اما شرط مگر قبض الوقف بوده است؟!

سؤال: قبض مگر قصدی نیست؟

جواب: نه، عناوین قصدی مثل توهین و احترام است که بدون قصد واقع نمی شود. اما قبض به معنای استیلاء که بدون قصد هم در استیلاء من واقع می شود.

بله برای اینکه این استیلاء، استیلاء نسبت به وقف باشد، این نیت می خواهد چون استیلاء زبان ندارد، بلکه یک عمل مجملی است که وجوهی دارد. اینکه استیلاء چه چیزی باشد نسبت به چه چیزی در آن نیست. این اگر باشد نیت می خواهد.

سؤال و جواب: قبض را نمی گوئیم قصدی است. قبض استیلاء است که امری تکوینی است. اینکه این قبض شیئی باشد این تکوینی نیست. اینکه این استیلاء من قبض وقف باشد یا نه قبض یک امانت و عاریه ای باشد این لسان ندارد. پس یک نیتی می خواهد این را تعیین کند که این قبض چیست.

مرحوم صاحب جواهر می گوید^۱ مگر شما در ادله قبض گفتید که باید قبض الوقف باشد؟ ایشان می گوید در بحث خصوص مسجد و مقابر شما اطلاقی که در روایات نداشتید، از باب کلام اصحاب که اجماعی است فرمودید قبض لازم است. این هم که لسان ندارد که چه قبضی، مطلق است. بنابر این ممکن است ما اکتفاء کنیم به همین استیلائی که حاصل شد.

سؤال: قدر متیقن جایی است که با قصد وقف باشد.

^۱ - نفس المصدر

جواب: صاحب جواهر قدر متیقنی نیست. ایشان هم در قبض می گوید ادله قبض اطلاق ندارد، و هم اطلاق اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را جاری می کند. ایشان اطلاقی و عمومی است.

سؤال: آیا موارد شک را می شود با اجماع ثابت کرد با اینکه دلیل لبی است؟

جواب: نه، بحث اطلاق نیست. بلکه می گوید قبض را بیش از این ثابت نکرده، یعنی قدر متیقن می گیرد. می گوید قبض را به کلام اصحاب و اجماع درست کردید، قدر متیقن قبض است. بیش از اینکه دلیل ندارید.

نسبت به روایات قبض هم ایشان می گوید اطلاق ندارند. بنابر این شما مواجهید در بحث وقف با اینکه یک قبضی شرط است. آن قبض چیست که شرط است؟ می گوید قدر متیقن همین است که قبض باشد. اما قبض وقف از کجا؟ مگر اینکه شما بگوئید منساق دلیل این است. یعنی یک ظهور ثانوی و انصرافی در دلیل وجود دارد هم در کلام اصحاب و هم در روایات.

آنوقت صاحب جواهر می گوید خبر در وقف بر معین هم همین را بگوئید که یک منساقی از کلام وجود دارد که قبض باید قبض وقف باشد. ولذا در معین هم شما باید نیت قبض وقف کنید. چرا؟ به دلیل اینکه برخلاف جامع المقاصد می گوید عمل خارجی همین وقف معین و خاص ذو وجوه است و می شود عناوین مختلف داشته باشد. می فرماید:

«ولا یخفی علیک بعد الاحاطة بما ذکرناه سابقا ما فی هذا الکلام بعد معلومیة کون القبض یقع علی وجوه متعددة، فلا بد من تشخیصه بالقصد وإن کان الوقف علی معین». می گوید برخلاف جامع المقاصد که می گفت عمل خارجی در وقف معین واقع شده است و آن چیزی که باید حاصل شود که استیلاء من بود حاصل شده است. ایشان می فرماید نه، استیلاء تو هم ذو وجوه است. اینکه این استیلاء خاص وقفی باشد این به قصد حاصل می شود، والا ممکن است استیلاء من به جهت دیگری باشد نه اینکه قبض الوقف باشد.

چون حتی در معین ذو وجوه است و اگر این انسباق و انصراف را شما پذیرفتید که لازم است که قبض الوقف باشد نه مطلق القبض، این در معین هم می آید.

نتیجه این می شود که: در بحث قبض از باب اینکه باید قبض الوقف باشد باید قبض المسجد باشد، باید نیت قبض کننده را هم داشته باشیم و الا کافی نیست.

این تمام الکلام در بحث وقف مسجد.

فرع بعدی فرع هشتم و مسئله ۱۰ تحریر است که قبض ولی است نسبت به مولی علیه.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۹) قبض در وقف مساجد و مقابر

مسئله دهم را مطالعه کنید تا شنبه انشاءالله. و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله دهم عروه: وقف ولی بر مولی علیه ۵۸۵
- اختلاف در شرطیت قبض به عنوان مولی علیه ۵۸۶
- استظهار از روایات: قبض به عنوان مولی علیه باشد ۵۸۷
- استظهار بعضی از فقهاء از این روایات استثناء لزوم قبض در این موارد است ۵۸۸
- این استظهار استثناء درست نیست ۵۸۹
- استدلال به روایت جمیل در مقام ۵۹۰
- اشکال در نیاز به حدوث قبض ۵۹۲
- قبض موقوف علیه لازم است لذا ولی باید به نیت مولی علیه قبض کند ۵۹۲
- استیلاء تکوینی والد کفایت نمی کند ۵۹۳

مسئله دهم عروه: وقف ولی بر مولی علیه

بحث در مسئله دهم تحریر بود که: «لو وقف الاب علی اولاد الصغار ما کان تحت ید و کذا کل ولی إذا وقف علی المولی علیه ما کان تحت ید» لم یحتج الی قبض حادث جدید. لکن الاحوط أن یقصد کون قبضه عنه بل لا یخلو من وجه». مسئله دهم این است که اگر پدری برای فرزندان صغار خودش آنچه که تحت ید خودش هست و بر آن استیلاء دارد وقف کند. و همینطور هر ولی نسبت به مولی علیه اگر وقف کند آنچه را که تحت ید و استیلاء خودش هست، اینجا گفته اند قبض جدید لازم نیست.

این یک بحث است، که اصلاً قبض جدید می خواهد، مثل اینکه ما این را رد کنیم به کسی و بعد دوباره بگیریم، آیا چنین چیزی لازم است. یا نه، این تحت استیلاء خود پدر هست و خودش هم وقف کرده است برای فرزندش، و چون ولی او است همین برای قبض کافی است.

بعد هم توسعه داده اند به کل ولی نسبت به مولی علیه.

در مسئله ۱۱ و ۱۲ دو فرع مشابه با این مسأله ولی در جای دیگر هست که می خوانیم.

منتهی یک بحث قبض است که ادله اش می آید که قبض جدید لازم نیست. یک بحث دیگر این است که قبض آیا باید به قصد مولی علیه باشد یا نه، یعنی قصد کند کونه قبضاً عن المولی علیه. این لازم است یا نه؟ نکته بعدی این است که به عنوان قبض الوقف لازم است یا نه. یعنی هم قصد کند که قبض و استیلاء که دارد من بعد باید قصد کند که این استیلاء عن مولی علیه است. و دوم قصد کند که این قبض، قبض {وقفی} از طرف مولی علیه باشد. اینها لازم است یا نه؟ پس دو تا قید است: یکی کونه عن المولی علیه. دوم کونه بعنوان الوقف. یعنی قبضش قبض الوقف باشد نه چیز دیگری. این بحثی است که هست.

اصل اینکه قبض کافی است علی الظاهر مورد اتفاق است. صاحب ریاض می گوید اینجا مورد اتفاق است و خلافی در آن نقل نشده که قبض او از قبض مولی علیه کافی است.

اختلاف در شرطیت قبض به عنوان مولی علیه

منتهی اینجا یک بحثی دارد که اشاره می کنیم، معلوم نیست همه نکته شان این باشد که قبض الولی قبض مولی علیه است. استثناء را عرض می کنیم. ولكن بعد از آن نکته که خواهیم گفت و اگر اتفاق را پذیرفتیم آنوقت فقهاء دو گروه شده اند:

از قدیمتر تا زمان ما برخی از فقهاء قائلند که نفس این قبض یعنی استیلاء الاب أو الولی علی الملک کافی است و هیچ قید دیگری ندارد.

مثلاً مرحوم علامه حلی در تذکره تقریباً همین فرمایش را دارد. شهید ثانی در مسالک همین فرمایش را دارد. گرچه ایشان احتمال دیگر را که قبض به عنوان مولی علیه باشد و به عنوان قبض الوقف هم نقل می کند و استدلالش را هم می گوید، منتهی می گوید اظهر همان اول است که نفس قبض کافی است.

منتهی مثل محقق کرکی، صاحب ریاض، صاحب جواهر ومفتاح الکرامۃ قائلند که قبض باید به عنوان باشد.

و در میان معاصرین هم این اختلاف وجود دارد. مثلاً مرحوم آقای خوئی ولو تصریح نمی کند اما ظاهرش این است که مطلق القبض کافی است. بعضی از شاگردان ایشان هم مثل آیه الله تبریزی ره می گویند مطلق القبض کافی است. ولی برخی دیگر از شاگردان ایشان مثل آیه الله وحید حفظه الله می گویند نه، ایشان در حاشیه احتیاط می کند که ظاهراً احتیاط وجوبی است، بعد می گوید لو لم یکن الاقوی. اگر اقوی نباشد. و مرحوم آسید محمد روحانی هم بالصراحة فتوی می دهد. شاگردان مرحوم آقای خوئی هم دو قسم شدند.

یک مسئله اختلافی عجیبی است. صاحب عروه ره می فرماید قبض باید به عنوان قبض عن المولی باشد و به عنوان وقفیت هم باشد. مرحوم آخوند و سید صاحب وسیله هم همین را می فرمایند. مرحوم امام هم همین را می فرمایند، چون اول احتیاط می کنند بعد می فرمایند لا یخلو عن وجه، این ظاهرش فتوی است که ایشان از احتیاط برمی گردد و می گوید اصلاً فتوی همین است که باید به قصد عن المولی علیه باشد.

استظهار از روایات: قبض به عنوان مولی علیه باشد

اصل دلیل بر مسئله روایات است. اینکه ما قبض می خواهیم و قبض ولی کفایت از قبض مولی علیه می کند {دلیلش} روایات است.

در همان باب چهار که ما روایات قبض را خواندیم، روایت محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام این بود که: أنه قال فی الرجل یتصدق علی ولده وقد ادركوا، إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. این در مورد وقف بر اولاد بالغ است و به این کار نداریم. بعد فرمود: فمن تصدق علی من لم یدرك من ولده فهو جائز. فرموده اند اگر این شخص وقف کند بر اولادی که بالغ نیستند فهو جائز به معنای ممضاة، یعنی این وقف تمام و ممضاة است. لأن، اینجا تعلیل هم می کند و از این تعلیل هم کل ولی و مولی علیه را فهمیده اند، هم برخی موارد مشابه را از حیث تعلیل فهمیده اند، لأن والده هو الذی یلی امره، چون پدر این شخص آن کسی است که تولیت امور او را دارد. یعنی گویی فرموده اند چون این والد امور این ولد را بر عهده دارد قبض او قبض مولی علیه است. همه کارهای مولی علیه به عهده او است. کارهایی که مولی علیه باید انجام بدهد این ولی انجام می دهد، یکی از کارهایش قبض بود، مولی علیه باید قبض می کرد وقف را، خب این قبض را ولی انجام می دهد و قبض این قبض او است.

روایت پنجم که روایت عبید بن زراره است آن هم همینطور است: عن ابی عبدالله علیه السلام أنه قال فی رجل تصدق علی ولد له قد ادرکوا، قال إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. که فعلا به این کاری نداریم.

بعد در ذیل فرموده اند: «فإن تصدق علی من لم یدرک من ولده فهو جائز أن الوالد هو الذی یلی امره». عین عبارت آنجاست. منتهی اینجا یک ذیلی دارد که قبلا به تفصیل بحث کردیم، می فرماید: «و قال لا یرجع فی الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله»، که در صدقه که اینجا یا وقف است یا مطلق صدقه است، اگر کسی چیزی را صدقه داد نباید برگردد وقتی که این ابتغاء لوجه الله بود.

پس اینجا دو روایت هست که ظاهرش این است که قبض والد قبض مولی علیه و ولد است و از این جهت کفایت می کند.

استظهار بعضی از فقهاء از این روایات استثناء لزوم قبض در این موارد است

برخی در اینجا احتمال دیگری داده اند که به نظر خلاف ظاهر هم هست. این احتمال را صاحب جواهر فقط به عنوان احتمال در بحث خودش نقل کرد و لکن نپذیرفت، و لکن برخی پذیرفته اند. در میان معاصرین آیه الله فاضل صریحا این را پذیرفته اند و برخی از علمای دیگر هم ظاهرا پذیرفته اند و بر اساس این برخی فتاوی را توجیه می کنند که اشاره می کنیم. آن احتمال این است که ما بگوئیم: اصلا در مورد والد نسبت به ولد یا کل ولی عن المولی علیه اصلا این روایت دارد استثناء می زند لزوم قبض را و می خواهد بگوید اصلا قبض لازم نیست. چرا لازم نیست؟ به این بیان که این تعبیر «لأن والده هو الذی یلی امره» را جور دیگری معنا کنیم، گویی دارد یک جور استغراب می کند می گوید چون والد امور فرزند را به عهده دارد دیگر قبض می خواهد چکار کند، در اختیار خودش هست دیگر. گویی این تعلیل مقدمه یک استغراب است که قبض برای چه. همه امور ولد که در دست این مولی علیه است و فرض هم هست که این مال در استیلاء خودش هست، قبض می خواهد چکار کند. یعنی اصلا لزوم قبض نخوانیم.

این استثناء می شود.

آنوقت با این استثناء وقتی می گوئیم قبض نمی خواهیم، هم باید تحلیل این روایت را عوض کنیم، دیگر نگوئیم چون قبض ولی قبض مولی علیه است. و هم نسبت به دو تا فرع آتی که بحث مهمی هست و اینجور مورد اختلاف بود آنوقت ثمره بسیار روشنی دارد. اینکه قبض باید عن المولی علیه باشد، قبض به عنوان قبض عنه باشد، یا این توجیه این

فتوی از کاشف الغطاء که گفته است حتی اگر نیت کند که این قبض، قبض عن المولی علیه نباشد، اینجا کاشف الغطاء گفته اشکال ندارد.

همه به ایشان اشکال کرده اند که چطور ممکن است وقتی نیت می کند که قبض، قبض عن المولی علیه نیست {بگوئیم قبض محقق است} اینجا باید باطل باشد.

در صورتی که با این بیان کلام ایشان نیز توجیه می شود. زیرا اگر کسی بگوید اصلا ما قبض مولی علیه را در این فرض نمی خواهیم، خب نیت کند این استیلائی که دارد عن الغیر باشد، خب باشد. وقتی ما قبض نمی خواهیم فرقی نمی کند {به چه قصدی باشد و یا حتی بدون قصد باشد} گویی روایت اینجا این را گفته است که ما در باب وقف پدر برای فرزند {فقط} ایجاب و قبول را با این شرائط تامه اش می خواهیم و به چیز دیگری نیاز نداریم.

تا ایجاب و قبول (یا حتی ایجاب بنابر اینکه یک طرفه باشد) تمام شد وقف تمام است و هیچ چیز دیگری نمی خواهد. حالا کنار این وقف تمام، آقای والد قصد کرده است این قبض از طر، دیگری باشد. {چه مشکلی به وجود می آورد} و چه اثری دارد؟

روی فرض اینکه ما از روایت استثناء در لزوم قبض را بفهمیم خیلی آثار مهمه بر آن مترتب است.

این استظهار استثناء درست نیست

منتهی اصل استظهار غلط است. در بالا آنجا هم فرزندانش بودند، درست است که آنها بالغ بودند و قبض می کردند، اما لسان این است که قبض لازم است. در پائین که می گوید فإن تصدق علی من لم یدرک من ولده فهو جائز لأن والده هو الذی یلی امره، ظاهرش این است که چون والد امور فرزند را می گذارند و کارهای فرزند را او انجام می دهد، پس قبض فرزند را هم او انجام می دهد. ظاهرش این است. نه اینکه این را برگردانیم و بگوئیم حالا که والد امور در اختیارش هست اصلا قبض نمی خواهد. این واقعا خلاف ظاهر است.

سؤال وجواب: تحصیل حاصل حرف دیگری است. قبض فرزند تحصیل حاصل نیست. آن چیزی که حاصل است استیلاء خودش هست و مضاف به خود واقف است، چه ربطی به فرزند دارد؟ کجا تحصیل حاصل است؟

به همین دلیل هم در ادامه عرض می کنیم که شما باید با تغییر قصد این را درست کنید، والا اینکه بعضی از معاصرین می فرمایند و بیان خواهیم کرد که استیلاء و سیطره که ثبوتا هست و با علم به اینکه وقف برای فرزندانش است قبض برای این جهت خاص یعنی فرزند نیز ثابت می شود؛ نادرست است. استیلاء یک امر تکوینی است و مضاف به واقف است، چه

ربطی به موقوف علیهم دارد؟ موقوف علیه یا علیهم فرزندان او بودند، مگر فرزند استیلاء دارد که بگوئیم حاصل است؟ این حرف درست نیست.

ما در جواب کسی که می گوید اصلاً این روایات استثناء است در اشتراط قبض، می خواهد بگوید اصلاً قبض برای اینها شرط نیست، می گوئیم به نظر این خلاف واقع است. تعلیل اینکه والده هو الذی یلی امره، تعلیل این است که کارهای فرزند را پدر انجام می دهد قبض او را هم پدر انجام می دهد. و چون در اختیارش هست حاصل است.

ظاهرش این است. البته ما برهان نداریم، ولی استظهاری است که تقریباً اکثر فقهاء پشت آن هستند. اصل قبض را انکار نمی کنند. حالا برخی مطالب بعدی را انکار کرده اند بحث دیگری است، اما اصل اینکه این قبض است را انکار نمی کنند. ولذا صاحب ریاض می گوید این مطلب که قبضه قبض المولی علیه این مورد اتفاق است لم یقل فی خلاف. شاید تا آن زمان خلافتی نقل نشده بود. گرچه محقق سبزواری هم نیت قبض را لازم نمی داند ولی ظاهرش این است که قبض او را قبض ولیش می داند، نه اینکه قبض را لازم نداند. بالاخره صاحب ریاض که این ادعا را می کند و می گوید اتفاق است و نقل خلافتی در مسئله نشده است.

پس یک بحث این بحث استظهاری است که این جمله «لأن والده هو الذی یلی امره» که هم در این روایت است و هم در روایت پنجم. در روایت حمیری هم هست که صاحب وسائل اینجا نیاورده، در بحث هبه آورده است، او هم شبیه همین است، منتهی آنجا به نحو مفرد دارد که یک ابی تصدق می کند بر ولد صغیرش، آنجا می فرمایند این کافی است و می فرماید لانه یلی امره. این مفاد تکرار شده است. منتهی روایت حمیری را به خبر تعبیر کرده اند. اگر ما طریق صاحب وسائل را به کتاب علی بن جعفر درست کنیم فبها و الا سندش درست نیست.

حالا ما دو روایت صحیح در اینجا داریم.

استدلال به روایت جمیل در مقام

اما روایت هفتم همین باب چهار که صحیح جمیل است، او هم به نظر خالی از دلالت نیست. که صدوق نقل می کند به اسنادش از ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق علی ابنه بالمال أو الدار أله أن یرجع فیه؟ از امام صادق علیه السلام سؤال می کند از شخصی که تصدق کرده است بر فرزندش مال یا داری را، آیا می تواند برگردد؟ فقال نعم الا أن یکون صغیراً.

نعم یعنی می تواند برگردد. علی الظاهر ما باید این را حمل کنیم بر قبل القبض. والا بعد القبض که وقف تمام است و وجهی برای برگشتن نیست.

منتهی بحث ما الان سر آن نعم نیست که در قسمت ابتدائی است و باید قید بزیم به بعد القبض. بحث در الا است که الا آن یکون صغیرا، که می گوید اگر صغیر بود دیگر لیس له آن يرجع. خب وجهش هم همین است که پدر مال در اختیارش بوده است علی القاعدة، گرچه فروض بعیده ای هم داریم که مال در اختیار نباشد، مال در اختیارش بوده و تصدق کرده بالمال أو الدار، و فرموده اند اگر صغیر بود دیگر نمی تواند برگردد، یعنی قبض أب قبض فرزند است ولذا وقف تمام است و دیگر نمی تواند برگردد. ظاهرش این است.

سؤال: اگر مستثنی منه یعنی نعم را معنا کنیم دخالت دارد در ظهور آن روایتی که یلی امره. اگر نعم را قبل القبض بگیریم الا آن یکون صغیرا ظهورش در این است که استثناء در قبض است. می گوید اگر صغیر نبود قبل القبض می تواند برگردد، الا آن یکون صغیرا که اصلا قبضی ندارد. ظهورش در این می شود. والا باید الا را منقطع بگیریم چون شما قبل الا را حمل بر قبل القبض می کنید.

جواب: الا به خود اصل آنجا می خورد. اگر نعم بود بلکه بود الا آن یکون صغیرا معنایش چه می شد. استثناء در صغیر و کبیر بودنش هست.

سؤال: اگر استثناء متصل باشد باید قبل از الا اعم باشد که این بتواند استثناء باشد، قبل القبض باشد یعنی قبضی نمی خواهد.

جواب: الا در صغیر بودنش هست، چرا قبض نمی خواهد؟ الا آن یکون صغیرا استثناء در صغیر و کبیر بودن است و نسبت به شخص است نه در قبض و عدم قبض. در واقع اینطور می شود که کل احد قبل القبض له آن يرجع الا آن یکون صغیرا. از آن کل احد استثناء می کند نه از قبض. پس ما قبض را در مراد جدی دخیل می کنیم منتهی استثناء که از قبض نیست. استثناء از این است که آن شخص چه کسی است. محمولش قبض است. از باب اینکه حاصل شده الا آن یکون صغیرا است. یعنی الا آن یکون صغیرا که حصل القبض. معنایش این می شود.

سؤال و جواب: در ذیل فرمایش برخی بزرگان عرض خواهیم کرد که القبض لیس الا الاستیلاء. یک معنای حدی از قبض در ذهن آنها است لذا می گویند قبض نمی خواهد. و حال آنکه قبض همان استیلاء است و قبض شرط است و حاصل است. فرق است بین اینکه بگوئید قبض شرط نیست و بین اینکه بگوئید قبض شرط است و حاصل است. مثل این می ماند

که شما در جمله شرطیه که شرطش حاصل است بگوئید اصلا شرط نیست که بعضی ها گفته اند. ولی این اشتباه است، این قضیه شرطیه ای است که شرطش هست. مثل واجب مشروط که شرطش هست بالفعل می شود نه اینکه مطلق می شود. برخی گمان کرده اند که جمله شرطیه اگر شرطش بود می شود مطلق. مطلق نمی شود. همیشه شرطیه، شرطیه است. اینجا هم می گوئیم قبض شرط است ولی حاصل است.

اشکال در نیاز به حدوث قبض

ما در قبض فقط استیلاء لازم داریم، مگر اینکه شما ادعا کنید می گوید باید قبض عن حدوث باشد که این دلیل ندارد. گفته اند ما لم یقبضوا، اما چه کسی گفته باید حدوث قبض باشد؟ باید قبض باشد. بله مرحوم آقای خوئی در امثال مقام یک ادعایی دارد و بر آن آثاری هم بار می کند. مثل در غسل ها مثل غسل وجه در وضوء یا در غسل، که باید اینها حدوثی باشد. لذا اگر صورت خیس باشد ما آب بریزیم آن قسمت خیزی اش چون حدوث پیدا نمی کند اشکال دارد. به دید دقی هم همه اش حدوث است، منتهی این دقتها در بحث عرفی دخیل نیست. حدوث را از کجا آوردیم که باید احداث بکنیم؟ به ما گفته اند غسل که این غسل باید حاصل باشد. غسل چیست؟ غسل امرار الماء علی الشیء است، خب این امرار حاصل است، اما به چه دلیل در امرار حدوث هم شرط است؟ اگر دائما در حال امرار است دائما دارد می شوید. لذا اگر مستمرا دارد می شوید همیشه صدق می کند که دائما دارد غسل می کند نه اینکه غسل نیست. اینجا هم همینطور است. ما هیچ دلیلی نداریم که در این عناوین حدوث دخیل است.

سؤال: اگر اینطور است قصد عنوان هم نباید دخیل باشد چون حاصل است

جواب: جوابش این است که حاصل است ولی برای خودش. اضافه به واقفش ثابت است چون استیلاء واقف است، ما استیلاء مولی علیه را می خواهیم چون قبض او را می خواهیم.

پس یک بحث قبض است. اصل قبض با این روایات ثابت می شود. مگر اینکه عرض کردیم کسی قائل بشود که این روایات دارد در شرطیت قبض استثناء می زند، آنوقت این مشکل ایجاد می کند.

سؤال وجواب: معمولا همان دو روایتی که لأن والده هو الذی یلی امره را آورده اند و کمتر کسی صحیحه جمیل را بحث کرده است.

قبض موقوف علیه لازم است لذا ولی باید به نیت مولی علیه قبض کند

می آییم سر بحث بعدی: حالا که قبض لازم است آیا باید قبض عن المولی علیه باشد یا نه؟

روایتی که ما خواندیم قبض موقوف علیه را شرط کرده است. در صدرش که بالغین هستند قبض موقوف علیه است که ما لم یقبضوا گفته است. در دو روایت دیگر یعنی روایت چهارم و هشتم همین باب که به عنوان وقف هم هست، در آنجا بحث تسلیم و تسلیم است. بحث این نیست که دیگری فقط قبض کرده باشد. قبض موقوف علیه است. قبض کسی است که وقف بر او شده است. قبض او لازم است. آنوقت در اینجا استیلاء برای واقف یعنی والد ثابت است. این ربطش به مولی علیه چیست؟ تا قصد نکند که این استیلاء، استیلاء المولی علیه است و کار من به نیابت از او است، این صدق نمی کند که قبض مولی علیه حاصل شده است. چرا؟ برای اینکه عمل خارجی ذو وجوه است. یک استیلائی من واقف و والد دارم. من استیلاء دارم تکویناً. این درست است. استیلاء تکوینی من قبض من است. اما مگر قبض من شرط بود؟ قبض مولی علیه شرط بود. باید این قبض او باشد، چطور قبض او می شود؟ بدون این نیت نمی توانید بگوئید این قبض، قبض او است. روایت نگفت قبض لازم نیست، بلکه گفت قبض والد قبض مولی علیه است. خب شما اول قبض مولی علیه درست کنید، چطور قبض مولی علیه می شود؟ زمانی که با نیت این کار را انجام بدهید و استمرارا قصد کند که این سلطه من سلطه او است، والا اگر نیت را نکند استمرار قبض خود من است.

سؤال وجواب: استیلاء من ذو وجوه است چطور استیلاء او محسوب شده است؟

استیلاء تکوینی والد کفایت نمی کند

برخی اینطور ادعا کرده اند که می گویند: همینکه والد استیلاء تکوینی دارد وقف هم که کرده است، پس در عالم ثبوت می شود وقف بر مولی علیهی که والدش استیلاء تکوینی دارد. اینکه هست. در عالم ادراک فرض این است که این آقای ولی می داند که وقف کرده و وقف فرزند هم کرده و می داند هم که قبض ولی قبض مولی علیه است. پس در عالم ادراکی هم او می داند که این قبض مولی علیه است. می گوید پس شما چه می خواهید. این فرمایش برخی از علماء معاصر است. به متن اشکال کرده اند که اینکه شما فرمودید لا یخلو عن وجه این درست نیست. یلاحظ علیه أنه إذا علم بأن العین التي فی یده قد وقفها الواقف علیه یلازم کون استیلائه علیها بعنوان الوقف ثبوتاً. همینکه من می دانم که این وقف آن اولاد شده است، در عالم ثبوت که این استیلاء من بر {این مال موقوفه} به عنوان وقفیت است. و اثباتاً ای فی ذهنه و فکره همینطور است و لا یمکن له غیر ذلک. مگر این آقای والد می تواند غیر از این فکر کند که قبض او قبض مولی علیه است و وقف هم به عنوان وقفیت است.

البته این قسمت وقف را درست می کند که استیلاء باشد بر موقوف لموقوف علیه به عنوان وقف. این را می خواهد

درست کند.

اشکال حرف ایشان این است که ما در اینجا اول باید معنا کنیم این عمل خارجی را. استیلاء یک عمل خارجی است. ما می دانیم استیلاء ممکن است از خودش واقع شود. می تواند واقع بشود عن الموقوف علیه. کدامش واقع شده است؟ تا شما قصد نکنید که این عمل عن الموقوف علیه باشد از او واقع نمی شود. آقای واقف اصلاً ممکن است خلافاً لامر المولی قصد کند مال خودم هست. مثل اینکه کاشف الغطاء فرمود اگر قصد عدم هم کند درست است. که حالا باید ببینیم درست است یا نه. پس ممکن است واقف ولو وقف کرده برای فرزندش ولی ممکن است عدول کند. اگر قصد خلاف کند چرا اشکال داشته باشد؟ آنهایی که می گویند استیلاء تکوینی حاصل است مگر با قصد من استیلاء از بین می رود. استیلاء واقف که هست.

سؤال وجواب: شرط مگر چی بود که حاصل نیست. استیلاء از جانب موقوف علیهم بود که نیست. پس اگر شما قصد نکنید از موقوف علیه، استیلاء موقوف علیه حاصل نیست. چون استیلاء یک حالت یا عملی است که واقف نسبت به این ملک دارد. این تکوینی است. می خواهیم ببینیم کی این قبض المولی علیه محسوب می شود؟ زمانی است که شما نیت را عوض کنید و من بعد به عنوان قبض او باشد. باز هم آن تنزیل را می خواهیم که والد یلی امور ولد را، او باید باشد و الا معنا ندارد، منتهی همین هم که هست باید توأم با این باشد که این قبض را قبض آنها بدانند. و الا یک عمل یا حالت برای واقف هست چه ربطی به موقوف علیه دارد.

سؤال: اگر عمل ولی ذو وجهین است چطور با روایت جمیل جمع می شود؟ آنجا که استثناء را زده بود که ذو وجهین را نیآورده بود.

جواب: بله همین حرف را در روایات دیگر هم ممکن است بگوئید. برخی روایات خصوصیت دارد. روایت جمیل همینطوری که می فرماید لسان نداشت ظاهرش هم اطلاق بود، نعم الا أن یكون صغيراً بالاطلاق، صغیر که بود کافی است. در روایت جمیل که اصلاً قبض نیست. اما روایات دیگر می گوید قبض لازم است. این قبض که می فهمیم قبض موقوف علیه است، به واقف چه ربطی دارد. پس ما باید کاری کنیم که قبض ولی و آب قبض ولد و مولی علیه شود. ظاهرش این است که این عملی که چند وجه دارد تا نیت نکند مصداق قبض او واقع نمی شود. این نکته ای است که گفته اند.

پس این حرف که ما بگوئیم استیلاء او در خارج واقعا واقع است این کافی نیست.

سؤال وجواب: روایت جمیل نه، روایات دیگر که می گوید والد یلی امره، و صدرش می گوید در بالغین ما لم یقبضوا فهو میراث، در روایت عمری تصریح می کند که ما لم یسلم فله أن یرجع، پس باید تسلیم به موقوف علیه واقع شود. این روایات را می گوئیم. والا روایت جمیل که لفظ قبض ندارد که ما بخواهیم بر اساس آن بحث کنیم.

پس در استدلال بر اینکه چرا ما باید نیت کنیم از باب استظهار این معنا است که قبض موقوف علیه لازم است و بدون نیت قبض از موقوف علیه کار ولی و حالت او مجمل است. استیلاء بر عین است ولی ممکن است بگوید اصلاً من کار به او ندارم، بلکه ولو تشریعا و تخلفاً از امر مولا من قصد کنم که مال خودم باشد و استیلاء خودم باشد. مثل کسی که بگوئیم برگشته است. اگر ما بگوئیم نیت کرده قبض عن المولی علیه را، خب نمی تواند برگردد. اما اگر گفتیم نیت لازم نیست، شخص ولو بعد هم برگردد فائده ندارد چون به نفس این قبض حاصل است.

اینجا ثمرات زیادی حاصل می شود که ما نیت قبض عن المولی علیه را لازم بدانیم یا ندانیم. و ما استظهارمان از روایت این است که باید قبض از طرف مولی علیه باشد و تا شما نیت قبض نکنید قبض او صدق نمی کند.

سؤال: اگر کسی وقف کند بر موکل یک وکیلی، وکیل نیت نمی کند که من قبض می کنم از ناحیه موکلم، بلکه می گوید صرفاً میروم قبضی می کنم که این وقف را تمام کنم، یعنی به صورت ارتکازی و ضمنی قصد عن الغیر می کند. در اینجا هم می توانیم شبیهش را بگوئیم که واقف وقتی دارد وقف می کند قصد می کند فعلی را که آثار مترتب بشود. پس این استیلائی هم که دارد به نحو ارتکازی می تواند استیلاء عن الموقوف علیه حساب بشود.

جواب: در کلمات فقهاء اولاً بین ولی و وکیل فرق گذاشته اند. آنها شاید می خواهند بگویند که کار وکیل ذو وجه نیست. کار وکیل بعد عقد الوکالة این است که از ناحیه موکل باشد. ولی به نظر من این درست نیست. در وکیل هم همینطور است. وکیل هم ممکن است آدم نادرستی باشد بگوید اصلاً برای خودم قبض می کنم. ولو واقع نشود اما بگوید استیلاء او را چکار دارم استیلاء خودم باشد، بخواهد غصب کند و عدواناً استیلاء داشته باشد. همه اینها متصور است. پس در عمل وکیل هم وجوه می آید. حالا که وجوه می آید برای اینکه بگوئیم صدق قبض عن الموکل می کند باید قصد کند این استیلائی که پیدا می کنم عن الموکل است. پس او هم مثل ولی است. اگر از وکیل بپرسد تو چکار می کنی؟ بگوید من کاری به موکل ندارم، من رفتم این زمین وقفی را برای خودم گرفتم بکارم. خب این چطور صدق قبض عن الموکل می کند؟! یک استیلاء بیخود است. اما اگر این وکیل بگوید من وکیل آن آقا هستم رفتم از طرف او قبض کنم، خب این صدق قبض عن الموکل می کند. در ولی هم همینطور است.

سؤال: در خود مولی علیه هم باید نیت کند و همیشه باید قبض همراه با نیت باشد.

جواب: این حرف را اتفاقاً صاحب جامع المدارک آورده بود که در بحث مسجد خواندم، ایشان آنجا می گوید کسی به ما نگوید که پس در مطلق قبض نیت لازم است. بخاطر اینکه در جاهای دیگر ظهور این استیلاء مالک نسبت به خودش این است که این قبض او است. درست است در مالک هم ممکن است کسی احتمال بدهد که ولو الان تحت ید او است

ولی به جهت دیگری است. ولی این خلاف ظهور است. من الان می روم در خانه خودم می نشینم این ظهورش این است که استیلاء و قبض ملک خودم هست. اینکه روشن است. ظهورش که در این هست بالاتردید. ولو کسی احتمال بدهد که اصلا این آقا غافل از این ادراک است.

سؤال وجواب: اینکه نیت دیگری کند در آن باید تأمل کرد. ولی ظهور حال مالک این است که مال خودش هست نه مال کس دیگری. و همین را هم محقق ثانی در اینجا آورد که ما به این جهت نمی گوئیم که فی کل قبض نیت لازم است. چون اضافه اش به مالک واضح است و ظهور دارد. به خلاف ولی نسبت به مولی علیه. ولی ظهورش این است که مضاف به خودش هست و استیلاء خودش هست، اینکه این استیلاء، استیلاء مولی علیه است یک چیزی می خواهد که اقلش این است که با نیت بتوانیم درستش کنیم. مثلاً در امثال اوامر، اگر شما فقط یک امر دارید قصد امثال کنید کافی است. اما اگر سه تا امر دارید، شما به نماز صبح هم امر دارید، به نماز مستحبی هم دارید، اگر قصد امثال امر خاص نکنید لم يقع امثالاً لذلك. ما نمی گوئیم در امثال قصد خاص لازم است تا بگوئید همه جا لازم است. اگر مثلاً در روزه ماه رمضان با اینکه می دانیم تنها امر موجود برای شخص حاضر همین روزه است، قصد خاص هم لازم نیست. ولی این معنایش این نیست که در جائی که دو تا امر هم عرض باشند قصد خاص لازم نیست. نه به عنوان اینکه این امر قصدی است بلکه برای تعیین است. اگر تعیین نکنید امثال واقع نمی شود. صدق اینکه هذا امثال ذلک الامر در جائی که چند امر هم عرض باشند با قصد است. در اول بحث صوم شبیه این بحث را کرده اند و حرف حقی هم هست. آقای خوئی و دیگران. البته محل اختلاف است. آقای خوئی و دیگران به این تمسک کرده اند و حرف درستی هم هست. برای صدق امثال هذا الامر است. ما می خواهیم یک امری را امثال کنیم برای صدق امثال مجبوریم تعیین کنیم امر را. اینجا هم همینطور است. برای اینکه صدق کند قبض المولی علیه مجبورید این نیت را بیاورید، ولی استیلاء من واقف و والد چه ربطی به مولی علیه دارد.

حالا این بحث تتمه ای دارد انشاء الله فردا.

باسمه تعالی

- مسئله دهم تحریر: وقف ولی بر مولی علیه ۵۹۷
- قبض ولی از مولی علیه نیاز به نیت قبض عنهم دارد ۵۹۸
- در عبارت لأن والده هو الذی یلی امره تنزیل نداریم ۵۹۹
- کفایت ید موقوف علیهم بر مال موقوفه قبل الوقف برای تحقق قبض به شرط اذن واقف و اینکه قبض به عنوان وقفیت باشد ۶۰۳
- اصل اینکه قبض جدید نمی خواهد و اذن قبلی واقف کفایت می کند درست است ۶۰۳
- اشکال در شرطیت اذن واقف ۶۰۳
- جواب از اشکال ۶۰۴
- نیاز به عنوان وقفیت در قبض ۶۰۴
- اشکال برخی بزرگان به اجتماع قبض و قباض در مسئله ۱۰ ۶۰۷

مسئله دهم تحریر: وقف ولی بر مولی علیه

بحث در مسئله دهم تحریر بود که اگر پدری بر اولاد صغارش چیزی را وقف کند که تحت ید خودش هست، اینجا گفتند که به قبض حادث جدید احتیاجی نیست. نگفتند به قبض احتیاج نیست بلکه گفتند به قبض حادث جدید احتیاجی نیست. بعد احتیاط کردند به اینکه احوط آن یقصد کون قبضه عنه، که این قبض که حاصل هست تغییر بدهد نیتش را به اینکه نیت کند که قبض از مولی علیه دارد می کند. بعد هم ظاهر را فتوی داده اند که بل لا یخلو من وجه.

دیروز عرض کردیم اصل مسئله قبض ظاهرا روشن است، استظهار ما از ادله که قبلا بحث شد این بود که قبض در وقف شرط است و این قبض شرط صحت هم هست.

منتهی دیروز در بحث ما این احتمال را که بعضی از قدیمترها دادند مثل صاحب جواهر به نحو احتمال صرف، و برخی از علماء معاصر تقریباً جازم شدند این را هم طرح کردیم که بگوئیم در این مورد و موارد مشابه اصلاً قبض شرط نیست. یعنی این روایات که فرمودند لأن الوالد یلی امره و ولدش را، می خواهد بگوید اصلاً قبض لازم نیست. برخی اینطور گفته اند.

منتهی گفتیم این استظهار درست نیست.

و عجیب است از مرحوم آیه الله فاضل که ایشان می فرماید اصلاً امام و مرحوم سید که فرمودند بل لا یخلو من وجه، ایشان می گوید هیچ وجهی ندارد. برای اینکه آن استثناء را استظهار کرده اند که اصلاً در این موارد قبض شرط نیست. وقتی قبض شرط نیست، دیگر تغییر نیت و اینکه به نیت اینکه از مولی علیه باشد هیچ نیازی نیست. بنابر این لا یخلو من وجه ایشان می فرماید هیچ وجهی ندارد.

منتهی اینکه می فرمایند هیچ وجهی ندارد، این عجیب است، از باب اینکه بالاخره آن چیزی که شما فرمودید یک استظهار است. استظهار طرف دیگر احتمال که دارد. پس له وجه، آخرش بگوئید این وجهش ضعیف است نسبت به وجهی که خودشان استظهار کرده اند، نه اینکه بگوئیم هیچ وجهی ندارد.

قبض ولی از مولی علیه نیاز به نیت قبض عنهم دارد

حالا ما که از ادله استظهار می کنیم عمومیت قبض را، همانطور که بسیاری از فقهاء این عمومیت را استظهار کرده اند. یعنی اصل قبض مسلم است. حالا که قبض مسلم است، باقی می ماند که آیا قبض ولی کفایت از قبض مولی علیه می کند یا نه؟

برخی دیروز می گفتند که ما چه نیازی داریم که نیت کنیم قبض مولی علیه را، تا از این به بعد استیلاء من ولی به عنوان استیلاء مولی علیه باشد؟ اینطور فکر می کردند که چون لأن والده هو الذی یلی امره دارد تنزیل می کند قبض ولی را به منزله قبض مولی علیه، و این قبض هم که حاصل است. پس چرا نیت کند که قبضش به نیت این باشد که استیلاء مولی علیه است؟ چه نیازی هست؟ الان که تحت استیلاء من والد هست، شارع هم که گویی تنزیلی کرده است که استیلاء من استیلاء او است و قبض من قبض او است، دیگر تمام است.

در عبارت لأن والده هو الذی یلی امره تنزیل نداریم

به نظر من گرچه این مطلب در کلمات برخی هم آمده ولی نادرست است. ما در روایت تنزیل نداریم. اگر یک همچنین تنزیل لفظی داشتیم و این تنزیل اطلاق داشت، این حرف حق بود. اگر گفته بود قبض الولی قبض المولی علیه، ما حداکثر از ادله قبض مولی علیه را فهمیدیم که لازم است و شرط وقف است، این تنزیل هم که قبض ولی را به منزله قبض مولی علیه کرده، دیگر تمام بود. اما ما این را نداریم. (این را عنایت کنید در نقل فرمایش برخی به درد می خورد). آنچه که در ذیل دو تا روایت آمده است این است که لأن والده هو الذی یلی امره، گفته اند اگر وقف کرد والد بر ولد صغیر فهو جائز یعنی ممضاة است لأن والده هو الذی یلی امره، تعلیل می کند که چون پدر متولی امر فرزند است. می گوید همانطور که کارهای دیگر او را انجام می دهد قبض او را هم انجام می دهد. معنای ذیل روایت این است. نه اینکه قبض او قبض مولی علیه است. نه، می گوید چون والد متولی امور فرزند صغیرش هست، همانطور که کارهای دیگر او را انجام می دهد قبض او را انجام می دهد. قبض او را انجام می دهد یعنی چه؟ یعنی بجای او قبض می کند. نه اینکه قبض خودش قبض او است. اگر قبض خودش قبض او بود بالاطلاق با این تنزیل، حق با کسانی بود که اصلاً معلوم می شد که قبض مولی علیه اینجا لازم نیست، بلکه قبض خود این ولی کافی است بعد التنزیل. منتهی همچنین تنزیلی در کار نیست. هیچ جا نگفته اند که قبض والد قبض مولی علیه است. بلکه گفته اند ولی امور مولی علیه را انجام می دهد از جمله قبضی است که در وقف باید انجام بدهد. مثلاً فرض کنید زمینی به ولد صغیر رسیده است، ولی او باید این زمین را اداره کند، اجاره می دهد زمین را و مؤونه اش را خرجش می کند و سودش را می گیرد و برای او نگه می دارد. کارهای مولی علیه را انجام می دهد. نه اینکه کار خود ولی کار مولی علیه است. ما همچنین تنزیلی نداریم.

آنوقت نتیجه این می شود که در واقع روایت به ما می گوید قبض مولی علیه را ولی انجام می دهد. اما کی قبض ولی قبض مولی علیه حساب می شود؟ به شرطی که بگوید قبض مولی علیه است. چون کارهای ولی دارای وجوهی است. این آقای ولی که استیلاء بر این شیء دارد، می شود استیلاء خودش باشد بما هو هو، مثل اینکه قبلاً خودش مستولی بود برای خودش بود و ملک خودش بود الان هم استدامه پیدا کند. می شود ثبوتاً این باشد. اما فرض این است که ولی می خواهد کارهای مولی علیه را انجام بدهد، که از جمله قبض وقف است که اگر وقف را قبض نکند وقف تمام و صحیح نیست. باید قبض مولی علیه حاصل بشود. چه جور؟ به این نحو که استیلاءش را از طرف او انجام بدهد تا بشود استیلاء مولی علیه.

علت نیاز به نیت ذو وجوه بودن فعل ولی است

بنابر این ریشه این احتیاطی که مرحوم سید و امام ره در اینجا فرموده اند که می گویند لا یخلو من وجه، حرف کاملاً درستی است. همانطور که عده ای از فقهاء مثل سید صاحب عروه فرموده است و صاحب جواهر هم روی فرض اینکه ادله قبض اطلاق داشته باشد همین را می پذیرد، کذلک صاحب ریاض و دیگران هم همین حرف را پذیرفته اند. و این حرف حقی است. چون فعل ولی ذو وجوه است، از طرف دیگر هم ما قبض مولی علیه را می خواهیم. هیچ کجا نگفته اند که قبض ولی قبض مولی علیه است. گفته اند ولی متولی امور مولی علیه است یعنی باید این کار او را ولی انجام بدهد. کی کار او کار مولی علیه می شود؟ زمانی که قصد کند که این استیلاء من استیلاء او است و به نیابت او انجام می دهم. اینجاست که صدق می کند قبض مولی علیه است. والا اگر فقط قبض خودم هست، خب ممکن است اصلاً من نخواهم وقف حاصل بشود. من می دانم شرط صحت وقف این است که قبض بشود و من قبض را برای خودم انجام می دهم و این استیلاء را برای خودم نگه میدارم مثل آن که قبلاً بود، که با این کار اصلاً قبض حاصل نیست وقف هم تمام نیست. پس اینکه نیت باشد یا نه اثر دارد.

به نظر من هم لا یخلو من وجه درست است و وجهش هم کاملاً وجیه است و فرمایش مرحوم امام درست است.

سؤال وجواب: فرمایش شما در جای دیگری به درد می خورد که بعداً بحث می کنیم و آن اینکه آیا نیت کونه قبضاً للوقف هم لازم است یا نه؟ آن بحث دیگری است. آنجا این بحث می آید که شرط قبض که در روایات آمده مطلق القبض موقوف علیه است یا قبضه للوقف است. قبض الوقف موقوف علیه شرط صحت است یا مطلق القبض است. آنجا این حرف به درد می خورد. اما نسبت به اینکه قبض چه کسی لازم است واضح است که قبض موقوف علیه لازم است. نمی گویند قبض کسی که در کوچه هست از قبض موقوف علیه کفایت می کند.

سؤال کسی که در کوچه است که سلطه ندارد.

جواب غاصب سلطه تکوینی دارد دیگر. قبض که سلطه شرعیه نیست. قبض سلطنت و استیلاء است، سلطه شرعیه نیست. بله اینکه اگر شارع نهی کرد چه می شود او بحث دیگری است، که در غاصب این را بحث می کنیم.

پس ما عرضمان این است که اینکه در روایات قبض موقوف علیه بحث است، در این هیچ تردیدی نیست. حالا بحث سر این است که اگر ما تنزیلی داشتیم که می گفت قبض ولی قبض موقوف علیه است، باز هم حرف شما تمام می شد، ولی ما همچنین تنزیلی نداریم.

بعضی از علمای حاضر فرموده اند:

این تعلیل که «لأن والده هو الذي يلي امره» فی ذیل الروایة دلیل علی عدم الحاجة الى القبض لأن قبض الولی قبض المولی علیه. می گوید اصلاً قبض نمی خواهد. (ظاهر این عبارت این است گرچه توجیهی دارد که بعداً عرض می کنم). بعد فرموده اند اصلاً این احتیاط هایی که فرموده اند وجهی ندارد (که توضیح آن هم خواهد آمد).

ما عرضمان این است که این تعلیل اصلاً نمی گوید قبض نمی خواهد. چون بالا در باب اولاد کبار که گفته قبض می خواهد، در روایات دیگر که بالاطلاق ما قبض را ثابت کردیم. اینجا نمی گوید قبض نمی خواهد، بلکه می گوید والد متولی امور مولی علیه خود است. متولی امور است اما نمی گوید قبض نمی خواهد. بلکه تأکید بر این است که قبض می خواهد. می گوید قبض می خواهد آقای والد هم متولی امور مولی علیه است قبض او را انجام بدهد. ولو در اختیارش هست پس همین کار را انجام بدهد. معنایش این است که قبض حادث جدید نمی خواهد، همین چیزی که در متن آمده است. قبض جدید نمیخواهد نه اینکه اصلاً قبض نمی خواهد. چون این حرف را تکرار کرده اند، گاهی عباراتشان به قبض حادث جدید می خورد و گاهی به اینکه اصلاً قبض نمی خواهد، که در واقع یرتعی بین کلام کسانی که می گویند این موارد از شرطیت قبض استثناء است، و بین کلام کسانی که می گویند قبض هست و قبض حادث جدید نمی خواهد. عبارتها مقداری از این جهت مشوش است.

سؤال: در روایت علی بن جعفر اگر ما کتاب علی بن جعفر را تصحیح کنیم از طریق وسائل، مرحوم آقای تبریزی هم از این روایت تعبیر به صحیح کرده است، در این روایت می گوید یقبض لولده إذا کان صغیراً. اگر اسنادش را نپذیریم مؤید که می تواند باشد.

جواب: اینکه دیگر خیلی خوب است. در روایتی که دیروز خواندیم که روایت هفتم بود این نبود. اما یک روایت دیگری علی بن جعفر دارد که ظاهراً روایت دوم باشد آن روایت همین یقبض لولده دارد، و این مؤید همین فرمایش امام و سید می شود.

سؤال ولایت را می فرمایید اثباتاً دلیل تنزیل ندارد آنقدر پائین می آورید که از وکالت هم پائینتر است. در حالی که ولایت مشکک است، گاهی مرتبه اش ولایت نبی و وصی می شود و گاهی می شود ولایت جد و پدر. این چیزی که شما می فرمایید دلیلی برای تنزیل نداریم که قبض الولی قبض المولی علیه این به اطلاقه صحیح نیست.

جواب: من که گفتم این تنزیل درست نیست. قبض ولی، قبض مولی علیه نیست. بلکه ولی یلی امره یعنی متولی امور او است. حالا فرض کنید زمین او را اجاره می دهد، آیا می گوئید اجارة الولی اجارة المولی علیه؟ نه، از طرف مولی علیه اجاره می دهد.

سؤال: اگر اطلاقات وکالت را قبول کنیم قیاس مساوات همین است دیگر.

جواب: در وکیل هم عن الموکل انجام می دهد نه خودش.

سؤال: در بحث قصد قربت گفتید ما در تنزیلات وکالت و نیابت ما این اطلاق تنزیل را قبول می کنیم که بگوئیم قصد قربت وکیل قصد قربت موکل قرار می گیرد. اگر آن اطلاقات را به هر بیانی ما قبول کنیم به قیاس اولویت یا حداقل مساوات اینجا هم باید قبول کنیم.

جواب: در وکیل هم آنجا عده ای همین اشکال را کرده بودند، که وکیل باید عن الموکل انجام بدهد. ما در قصد قربت گفتیم وقتی عمل قربی باشد اگر بخواهد قرب عن الموکل باشد که اصلاً معنا ندارد که بگوید در تقرب من عن الموکل تقرب کنم. این معنا ندارد. اما عمل مقرب را عن الموکل انجام بدهد باید انجام بدهد جز این نمی شود. در تقرب، تنزیل وکالی معنا ندارد. پس عمل را باید خودش تقرب کند، آنوقت عمل را باید عن الموکل انجام بدهد. اتفاقاً مؤید حرف اینجاست. نائب باید عن المنوب عنه انجام بدهد تا عن المنوب عنه واقع بشود. تا قصد نکند عن المنوب عنه که از او واقع نمی شود. اینجا هم همینطور است، می گوئیم والد یلی امر ولد صغیرش را، یعنی متولی امورش می شود، نه اینکه از خودش انجام بدهد. پس باید از مولی علیه انجام بدهد. حرف سید هم همین است. چون آن روایات قبض موقوف علیه را شرط کرده بودند، ما باید یک جوری این قبض را تحویل مولا بدهیم. یک جورش این است که یک آقای به ادله ولایت کارهای من فرزند را انجام بدهد، من جمله قبض من را انجام بدهد. اما قبض او چطور قبض من فرزند می شود؟ به اینکه ولی بگوید این قبض را از طرف او انجام دادم. کما اینکه وکیل باید بگوید از طرف موکل انجام دادم والا واقع نمی شود.

سؤال: گفتیم در نیت عن الغیر بودن، نیت صریح لازم نیست. همینکه نیت کند که قبضی که من انجام می دهم همان قبضی باشد که در شریعت برای تتمیم وقف لازم است این کافی است دیگر.

جواب: درست است. مثل نماز قضا که بعضی می گویند {نیت} ما فی الذمة {کافی است}. اینکه عناوین مشیر کفایت می کند یا نه بحث آخری است.

سؤال: ولی هم که دارد وقف می کند ظاهر رفتارش این است که من می خواهم وقفی انجام بدهم که ثمرات شرعیه بر آن بار می شود.

جواب: ما الان بحث اثباتی نداریم. در ثبوت آیا لازم است بنحو ما قصد کند عن المولی علیه. امام نفرمودند چطور قصد کند، فرمود یقصد، حالا یکوقتی تفصیلاً است و یکوقتی به عنوان مشیر است.

کفایت ید موقوف علیهم بر مال موقوفه قبل الوقف برای تحقق قبض به شرط اذن واقف و اینکه قبض به عنوان وقفیت باشد

مسئله ۱۱: لو كانت العين الموقوف بيد الموقوف عليه قبل الوقف لم يحتج الى قبض جديد بأن يستردها ثم يقبضها، نعم لا بد أن يكون بقائها في يده باذن الواقف والاحوط بل الاوجه أن يكون بعنوان الوقفية.

می گوید: لو كانت العين الموقوف بيد الموقوف عليه قبل الوقف، اگر مال موقوفه قبل الوقف در ید موقوف علیهم باشد مثل اینکه ودیعه یا عاریه باشد، لم يحتج الى قبض جديد. چون در دست خود این موقوف علیه است می گویند قبض جدید نمی خواهد. بأن يستردها ثم يقبضها، لازم نیست از او بگیرد و بعد به قبض او بدهد. نعم لا بد أن يكون بقائها في يده باذن الواقف والاحوط بل الاوجه أن يكون بعنوان الوقفية.

پس گفته اند اگر مال دست شخصی هست که وقف بر او شده است قبض جدید نمی خواهد. منتهی دو نکته گفته اند: یکی اینکه گفته اند باید بقائش در دست او به اذن واقف باشد. ثانیا گفته اند اوجه این است که بعنوان الوقفية باشد، یعنی قبض موقوف علیه به عنوان وقفیت باشد.

اصل اینکه قبض جدید نمی خواهد و اذن قبلی واقف کفایت می کند درست است

اصل اینکه قبض جدید نمی خواهد روشن است. ما از ادله قبض موقوف علیه را استفاده کردیم. قبض موقوف علیه به استیلاء او حاصل می شود. ولو این شیء به عنوان عاریه یا ودیعه در اختیارش هست ولی استیلائش محقق است. پس در اختیار او هست. پس اصل قبض ثابت است.

منتهی گفته اند لا بد أن يكون بقائها في يده باذن الواقف. ما قبلا گفتیم که اذن واقف در قبض شرط است، اینجا هم باید به اذن واقف باشد.

اشکال در شرطیت اذن واقف

برخی اینجا اشکال کرده اند که این قید شما مستدرک است، چون بحث ودیعه و عاریه بوده که به اذن واقف است.

جواب از اشکال

ولی این جواب دارد. اولاً عبارت متن مثلاً است، مثال زده است، ولذا ممکن است غاصب باشد. گفته اند وقف اگر بید الموقوف علیه بود، حالا اگر کسی غصب کرده بود و بعد واقف وقف کرد بر خود همین غاصب. اینجا که دیگر نمی توانید بگوئید اذن هست چون در ودیعه و عاریه اذن هست.

ثانیاً: در خود ودیعه و عاریه هم تا به حال اذن بوده، من بعد چی؟ شاید از لحظه ای که می خواهد وقف کند نخواهد در دست او باشد. درست همزمان با وقفش دیگر ودیعه و عاریه که نیست و نخواهد هم که در دست او باشد. اینکه می شود. پس باید اذن داده باشد در بقاء در ید ودیعی و عاریه گیرنده.

پس فرض اینکه به عنوان ودیعه و عاریه است اولاً به عنوان مثال بوده، لذا غصب هم یکی از موارد است.

سؤال: نخواهد در دست او باشد یعنی از وقفش برگردد.

جواب: وقف می کند ولو برنگشته اما فعلاً نمی خواهد او قبض کند. اینکه می شود. مثلاً می خواهم تأمل کنم که از وقفم برگردم یا نه. پس می شود فرض کرد. اذن هم که در دست او است و آنی است. همانطور که می توانست بگوید دیگر نمی خواهم در دست تو عاریه باشد، اینجا هم همین است.

پس اینکه ایشان حاشیه زده اند که این فرمایش ماتن مستدرک است لافتراض أن العین بید الموقوف علیه بعنوان الودیعة أو العاریة، از دو جهت نادرست است. اولاً افتراضی نیست مثال است. غاصب هم داخل است. ایشان در متن نیاورده، ولذا بقیه فقهاء غاصب را هم عطف کرده اند. ثانیاً: در ودیعه و عاریه هم می شود فرض کرد که درست همزمان با وقف دیگر من به او اذن نمی دهم.

سؤال: ممکن است بگوئیم آنها اذن واقف باید للوقف باشد و من جهة خاص باشد.

جواب: عرض ما هم شبیه همین بود که اذن ودیعه و عاریه اش دیگر نیست، یا مطلقاً نیست یا بگوئیم اذن للوقف می خواهد. این جهتش فرق نمی کند.

نیاز به عنوان وقفیت در قبض

اما یک بحث مهمتر این است که گفته اند بل الاوجه أن یکون بعنوان الوقفیه.

حالا یک بحث دیگر اضافه شد. این آقایی که تا به حال این ملک یا خانه را به عنوان ودیعه و عاریه گرفته بود ولو هنوز اذن واقف هم هست، منتهی می گوید این عاریه یا ودیعه که حال وقف او شده است باید به عنوان الوقفیه قبض کند. آیا این لازم است یا نه.

یک عده ای منکر هستند و می گویند همچنین عنوانی لازم نیست. می گویند ما در وقف قبض می خواستیم قبض هم حاصل است چون در اختیارش هست، اذن واقف هم که هست. شرط بیشتر برای چه می خواهیم.

اینجا بحث، یک بحث دقیقی می شود برمی گردد به اینکه ما در روایاتی که ما لم یقبضوا داشتیم یا ما لم یسلم فهو بالخیار، چه می فهمیم؟ آیا مطلق قبض را می فهمیم. شرط عبارت است از قبض. ما لم یقبضوا می تواند برگردد، ولی وقتی قبض کردند یا تسلیم حاصل شد نمی توانند برگردند. یعنی مطلق القبض از ناحیه موقوف علیه کافی است یا باید قبض الوقف باشد. گرچه در ظاهر و کلام مقید نیست به قبض الوقف، ولی واضح است که مقصود قبض الوقف است. ما لم یقبضوا یعنی ما لم یقبضوا وقف و تصدق را. ما لم یسلمها فهو بالخیار یعنی ما لم یسلم این وقف را. ظاهرش این است. ظاهر اولی که انسان می کند اگر این بحث ها نباشد این است که وقف را قبض کند. نه قبض الشیء و قبض الملك باطلاقه. نه قبض الوقف است. تناسب حکم و موضوع هم همین است. کسی وقف می کند ملکی را، شرطش قبض این وقف است. اگر ما قبض را مطلق قبض معنا کردیم که شرط است، دیگر ظاهرا وجهی ندارد که بگوئیم بعنوان الوقفیه باید قبض کند. در واقع وقف یک شرطی دارد که استیلاء موقوف علیه است. خب استیلاء موقوف علیه حاصل است. اذن واقف هم که لازم است هست. دیگر به عنوان الوقف اینها را قبض کند معنا ندارد.

اما اگر از روایات استظهار کردیم که آنچه که شرط است قبض الوقف و تسلیم الوقف است، آنوقت مادامی که این قبض را به عنوان الوقفیه قبض نکند قبض الملك و قبض الشیء است نه قبض الوقف. باید قصد کند به عنوان الوقف تا مصداق قبضی باشد که شرط صحت وقف است. بنابر این قیدی که در متن آورده اند قید درستی است.

یک عده ای از علماء مخصوصا برخی از علماء معاصر فرموده اند ما در این مسئله که به عنوان الوقفیه باشد دلیلی نداریم. در روایات وقف قبض آمده که هست.

بعد اضافه می کنند که می گویند لعل بگوئیم اصلا حاصل است. بگوئیم واقف وقتی وقف می کند و موقوف علیه هم می داند که این ملک وقف است، خب قبضش می شود قبض الوقف دیگر. نیت نمی خواهد. علم او به اینکه این وقف است خودش شرط را حاصل می کند. قبض این شیء می شود قبض الوقف.

پس شرط حاصل است.

یکوقت اشکال می کنند که اصلا این شرط لازم نیست، بعد هم اشکال می کنند که اگر هم گفتید لازم است حاصل است. خصوصا اگر طرف متشرع باشد، که وقفی را مالک وقف کرده در اختیار من موقوف علیه قرار گرفته از قبل به عنوان ودیعه یا عاریه، حالا به عنوان وقف است. من هم عالمم که حالا وقف است. وقتی علم دارم که این وقف است، قبض من این شیء را قبض الوقف است دیگر.

این اشکال به این آقایان وارد است که وقتی فعل ذو وجوه شد من می توانم نیت دیگری بکنم. مگر موقوف علیه نمی تواند وقف را رد کند؟ می تواند رد کند.

سؤال: فرض این است که وقف را قبول کرده اند.

جواب: چه کسی می گوید قبول کرده اند. اصلا ممکن است شما در وقف بگوئید قبول لازم نیست کما اینکه خود این آقایان گفته اند. متن هم همین را گفته اند. در متن گفتند در وقف عام وجهات قبول لازم نیست بل الاقوی در وقف خاص هم قبول لازم نیست. در متن این بود و آقایان هم پذیرفتند که لازم نیست.

حالا واقف وقف کرد و اذن هم داده است که در اختیار موقوف علیه باشد، موقوف علیه می خواهد آن را رد کند. وقتی رد می کند به چه دلیل دیگر در نگه داشتن این شیء مأذون بوده است؟!

پس اینکه می گویند حالا که در استیلاء من است و واقف هم وقف کرده پس این قبض الوقف است این اول الکلام است. تا این آقا به عنوان قبض الوقف قبض نکند که این قبض الوقف نیست.

سؤال وجواب: خود این قبض وقف را تمام می کند چطور می فرمایید مفروض این است که وقف است. او فقط انشاء واقف را می داند با شرائطه، و الا وقف که تمام نشده، با قبض من تمام می شود. اتفاقا یکی از وجوه اشکال به اینها است، می گویند علم داریم که وقف است. اما ما سؤال می کنیم به چه چیزی علم داریم؟ به انشاء واقف علم داریم، نه به تحقق حقیقه الوقف. چون حقیقه الوقف با قبض من تمام می شود. اگر بخواهیم دقت کنیم حتی نمی توانیم بگوئیم قبض کند این را به عنوان قبضی که تمام شده است. این را هم نمی تواند. باید بگوئیم به عنوان همین امری که از ناحیه واقف واقع است. یعنی من قبض می کنم کاری را که واقف در مورد این ملک کرده است. بله اگر رد کند که وقف تمام می شود.

حالا عرض من این است که علم صرف در جایی که عمل من ذو وجوه است نمی تواند کافی باشد. شما باید علمت را با قصدت منحصر کنی تا بشود قبض الوقف. می شود چیز دیگر باشد رد باشد استیلاء غصبی باشد که وقف را نپذیرفته

باشم. یا اینکه نه من قبض وقف نمی کنم، این را به همان عنوان عاریه من قبول دارم. همه این وجوه در عمل من ممکن است. هر جا که عمل من ثبوتاً ذو وجوه است، من باید با نیت خودم این را منحصرش کنم. راهش هم نیت انحصار است. انحصار با نیت ساخته می شود. فرمایش متن هم همین است که فرمایش صحیحی است.

سؤال وجواب: ایقاع هم باشد صحتش مشروط به قبض است.

اشکال برخی بزرگان به اجتماع قبض و اقباض در مسئله ۱۰

برخی از بزرگان در مسئله قبل اشکالی دیگری کرده اند (که فراموش کردم مطرح کنم). گفته اند اصل قبض و اقباض در اینجا معقول نیست. چون قبض خودش شخص واحد است. پس قبض و اقباض اصلاً حقیقتش محال است. تعبیر به محالیت کرده اند. پس یک قبض و اقباض شرعی مطرح است.

ولی این حرف هم درست نیست که فردا توضیح می دهیم. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- مسئله دوازدهم تحریر: قبض متولی ۶۰۸
- علت نیاز به قصد ذو وجوه بودن است ۶۰۹
- اشکال برخی معاصرین در نیاز به قبض ۶۰۹
- جواب از اشکال بعض المعاصرین ۶۱۰
- مسئله سیزدهم: عدم لزوم فوریت در قبض ۶۱۰
- استفاده عدم لزوم فوریت از روایات ۶۱۱
- عدم جواز رجوع وعدم جواز تغییر در وقف بعد تمامیت ۶۱۲
- عبارت شیخ مفید ره ۶۱۳
- استدلال به روایات بر عدم جواز رجوع در وقف ۶۱۴

مسئله دوازدهم تحریر: قبض متولی

مسئله ۱۲: فیما يعتبر أو يكفي قبض المتولی كالوقف على الجهات العامة لو جعل الواقف التولية لنفسه لا يحتاج الى قبض آخر و يكفي ما هو حاصل، و الاحوط بل الاوجه أن يقصد قبضه بما أنه متولی الوقف.

در اینجا دو نکته وجود دارد: در جائی که متولی باید قبض کند یعنی قبض کس دیگری فائده ندارد یا نیست، یا در جائی که قبض متولی کفایت می کند، چون در عدلش قبض خود فقراء را مثلاً پذیرفتیم یا قبض حاکم را مثلاً پذیرفتیم، قبض متولی هم یکی از عدلها است که یکفای قبض المتولی. پس در جائی که يعتبر یا يكفي قبض المتولی مثل وقف بر جهات عامه، می گویند

اگر واقف تولیت را برای خودش قرار بدهد، و البته مفروض هم این است که این ملک هم در اختیارش هست، در اینجا دیگر قبض جدید لازم نیست بلکه سلطه و استیلائی که بر این مال موقوف دارد کافی است یکفای ما هو حاصل، آن چیزی که موجود است کفایت می کند.

بعد احتیاط کرده اند بلکه فتوی داده اند به اینکه یقصد قبضه بما أنه متولی الوقف. تا حالا قبل از وقف استیلائش استیلاء مالکانه بود، ملک خودش بود، آقای واقف بر ملک خودش استیلاء داشت. اما از زمانی که وقف می کند و تولیتش را هم برای خودش قرار می دهد دیگر استیلاء، استیلاء مالکانه نیست و باید استیلاء بما هو متولی الوقف باشد.

علت نیاز به قصد ذو وجوه بودن است

دلیل این نوع قصد را دیروز عرض کردیم، چون عمل این مالک ذو وجوه است. آن چیزی را که ما در وقف شرط می دانیم قبض الوقف است. این آقای واقف باید قبض الوقف کند. خب قبض وقف هم باید از ناحیه موقوف علیه باشد یا متولی یا حاکم. پس استیلاء مالک اگر همینطور ادامه پیدا کند با اینکه ذو وجوه است، اگر قصد نکند که بما هو متولی الوقف استیلاء دارد، دلیل ی ندارد که این استیلاء او منصرف شود ثبوتاً و مصداق قبض الوقف باشد. چون دیروز عرض کردیم عمل ذی وجوه است. این عمل می شود استیلاء مالک باشد بر ملک خودش، می شود استیلاء متولی باشد بر آنچه که وقف است. هر دو می شود. خب چه جوری این را تعیین کنیم؟ چاره ای جز نیت و قصد نیست که این فعل را یا این حالت استیلاء را داشته باشد منتهی بما هو متولی الوقف تا صدق کند قبض المتولی.

آن چیزی که ما داریم این است که قبض صدق کند از ناحیه کسی که له حق القبض، که موقوف علیه، متولی و حاکم است. اینجا با این نیت قبض می کند.

اشکال برخی معاصرین در نیاز به قبض

البته اینجا همان شبهاتی که دیروز مطرح بود هست، از جمله اینکه ممکن است مثل بعضی از علماء معاصر که اینجا را تحشیه کرده اند بگویند همینکه متولی عالم است که اینجا را وقف کرده است، یعنی دیگر مالک نیست و ملک را از خودش قطع کرد و الان خودش متولی است، وقتی علم به این دارد، پس قبض او قبض المتولی است و دیگر بیش از این نمی خواهد. می فرمایند: أو قصد متولی الوقف إذا جعل التولية لنفسه أ ل ن قبضه بما هم متولی الوقف، می گوید اینها لازم نیست، لحصول هذه القصود عند التوجه الى الموضوع. می گوید همینکه متولی متوجه موضوع بشود قصد حاصل است. و لایمکن مع

العلم به أن يقصد خلافه. با اینکه این آقا می داند متولی وقف است مگر می شود قصد دیگری داشته باشد. خب معلوم است این بما هو متولی وقف را قبض کرده است.

خصوصا إذا كان متشرعا. می گوید اصلا غیر از این نمی شود. پس شما دارید قیدی می آورید برای امری که خودبخود حاصل است.

جواب از اشکال بعض المعاصرین

منتهی علی الظاهر این حرف درست نیست. چون مالکی که متولی می شود این فعل خارجی یا آن حالت خارجی او واقعا ذو وجوه است. می تواند هنوز بما هو متولی الوقف قبض نکند ولو عالم است که دیگر مالک نیست. و این اثر هم دارد، اثرش این است که وقف تمام نمی شود. اگر قصد نکند که بما هو متولی الوقف قبض می کند، پس قبض محقق نشده است از ناحیه کسی که له القبض. بنابراین وقف تمام نیست. می گوئید چرا؟ می گوئیم شاید می خواهد فکر کند راجع به مطالبی. چه بسا بعد تولیت را رد کند اگر هنوز قبول نکرده است، یا وقف را نگذارد تمام بشود و رد بشود. علی ای حال وجوهی فرض می شود برای اینکه داعی پیدا کند که این را قصد نکند.

پس اینکه می گوئید قهرا حاصل است، می گوئیم فعلی که ذو وجوه است چرا می گوئید قهرا حاصل است؟ من که می توانم به این عمل قصد دیگری بکنم پس چرا می گوئید قهرا حاصل است. صرف علم به متولی بودن کفایت نمی کند. برای اینکه ولو متولی هستم ولی می دانم عمل من قابل است برای اینکه چند تا وجه داشته باشد، چرا می گوئید قهرا حاصل است؟ پس این اشکال که دیروز در مشابهاتش آمد اینجا هم به فرمایش این آقایان وارد است. به نظر ما متن درست است اوجه هم همین است که يقصد قبضه بما أنه متولی الوقف تا قبض از ناحیه من له القبض حاصل بشود و قبض با قید شرعی اش حاصل شده باشد و وقف تمام بشود. به نظر می آید متن، متن درستی است و هیچ مشکلی ندارد.

مسئله سیزدهم: عدم لزوم فوریت در قبض

مسئله ۱۳: لا يشترط في القبض الفورية، فلو وقف عينا في زمان ثم اقبضها في زمان متأخر كفي، و تم الوقف من حين القبض.

مسئله این است که در قبض فوریت لازم نیست. انشاء وقف کرده دو روز بعد یا یکماه بعد وقف را قبض می کند، این اشکالی ندارد. قبضی که متمم وقف است حاصل می شود. منتهی نکته این است که از زمانی که قبض حاصل می شود وقف

تمام می شود. این هم قبلا اشاره کردیم که قبض شرط صحت است. بله اگر این شرط به نحو شرط متأخر باشد، ممکن است کسی بگوید که قبض در آینده آمده اما از قبل وقف تمام می شود. منتهی اینکه قبض شرط متأخر باشد خلاف ظاهر است. ظاهر روایات این است که اگر قبل القبض برای واقف موت پیدا شود فهو میراث. آنوقت ما از این فهمیدیم اشتراط صحت وقف را به قبض.

پس بنابر این در قبض اصل قبض لزوم ندارد که بگوئیم فوریت دارد. این یک نکته است.

استفاده عدم لزوم فوریت از روایات

نکته ای که می شود از آن عدم فوریت را فهمید از خود روایات است. همین ما لم یقبضوا این روایت از باب اینکه می گوید ما لم یقبضوا و برای واقف موت حاصل بشود فهو میراث، پس معلوم می شود مادام حیات مالک می توانست قبول کند. و این نشان می دهد که فوریت لازم نیست.

در همان روایت محمد بن مسلم که روایت اول بود دارد که: إنه قال فی الرجل یتصدق علی ولده و قد ادرکوا، فرمودند: إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث. که از مفهومش فهمیده شد که اگر تا زمان موت، قبض کنند وقف تمام است و میراث نیست. تا زمان موت حتما فوریت نیست. واقف انشاء کرده سه ماه بعد فوت می کند، می گوید حتی یموت می شود قبض کند. إذا لم یقبضوا حتی یموت فهو میراث مفهومش این است که اگر قبل از موت و مماتش باشد این میراث نیست و وقف تمام است. در حالی که ما می دانیم این معنایش فوریت قبض نیست. قبض می تواند تا زمان ممات حاصل بشود. به تعبیر برخی فهمیده می شود که در طول حیات اگر قبض بشود قبض صحیح است و از زمان قبض هم وقف می شود.

باز در روایت عمری فرموده اند: فکل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار، و کل ما سلم فلا خیار فیه لصاحبه. و این اطلاق دارد، کی سلم؟ فوراً باید باشد؟ لزومی ندارد. چون اطلاق دارد که فوراً تسلیم کرده باشد یا به غیر فور تسلیم کرده باشد. بنابر این اصل این فرمایش که قبض فوریت ندارد حرف روشنی است و دلیلش هم همین روایات است، و به نظر می آید که در این مسئله مشکلی وجود ندارد.

مسئله چهاردهم هم که لو مات الواقف قبل القبض بطل الوقف و کان میراثا این را قبلا خوانده ایم و تمام شده است. پس ما مبحث قبض را که تا ابتدای مسئله ۱۵ که بحث شرطیت دوام است را خواندیم.

سؤال: اگر فوریت را برای قبض قبول نکنیم فوریت برای قصد را هم قبول نمی کنیم، این لازمه اش این است که ظهور فعل را که نمی شود منکر شد، چون درست است ثبوتاً شما فرمودید وجوهی دارد، اما کسی که خودش را متولی قرار می دهد

و ابراز هم نکرده که قصد کرده یا نه، حالا اگر این قصد عدم قبضش را اعلام نکند بلکه بعد از گذشت مدتی بیاید اعلام کند، عرفا در اینجا این فرد مکلف بود که ابراز کند.

جواب: دیروز هم عرض کردیم ما الان بحث ثبوتی داریم در اینکه تعیین واقعا مصداق قبض را درست کند ثبوتا. اما به لحاظ اثباتی بحث دیگری است. حتی ما در خود مالک هم ممکن است بگوئیم که مثلاً بیعی می کنند می رود قبض می کند، ممکن است شما بگوئید در فعل مالک هنوز می شود تعدد عنوان را فرض کرد ولی ظهورش این است که قبض مالک است. یعنی در مقام اثبات بعضی جاها واقعا شاید تعیین داشته باشد. آن مثال شما هم شاید تعیین از آن طرف داشته باشد که این آقا بیخود دارد می گوید. لذا در مقام اثبات بحث های مهمی وجود دارد که آیا شخص می تواند دعوا کند یا نه. مثلاً در بیع ما می دانیم قصد خاص لازم است قصد تملیک لازم است، اگر طرف بعد از مدتی بگوید من قصد تملیک نداشتم، آیا از او می پذیرند؟ نمی پذیرند. مرحوم صاحب مسالک می گوید جز در طلاق در بقیه عقود اگر بعد از عقد بگوید من قصد نداشتم پذیرفته نیست. یعنی یک ظهور حالی در مقام اثبات برای بعضی از قصود هست. مثال شما هم شاید همینطور است.

عدم جواز رجوع وعدم وجواز تغییر در وقف بعد تمامیت

قبل از اینکه از بحث قبض خارج شویم یک سری فروع دیگر هست که همه را طرح نمی کنیم ولی دو فرع قابل توجه است:

فرع اول: این فرع در مسئله نهم ملحقات عروه است. در کتب فقهی این مطرح است ولی من که با عجله گشتم در تحریر نبود. فرع این است که:

"إذا تم الوقف فليس للواقف الرجوع فيه سواء قصد القرية به أو لا فليس للواقف الرجوع ولا تغييره بوجه من الوجوه و ليس أن يجعل عليه متولياً إذا لم يذكره في ضمن الصيغة."

این مضمون در کتب فقهی مکرر آمده است که اگر وقف با تمام شرائطش تمام شد دیگر واقف نمی تواند رجوع کند. و همینطور می گوید در وقف نمی تواند به وجه من الوجوه تغییر بدهد. بعد هم اگر متولی را در عقد ذکر نکرده بعدش نمی تواند متولی تعیین کند. او لم يشترط أمر التولية بيده اگر این هم نباشد نمی تواند این را اضافه کند. بل يرجع الامر الى الحاكم الشرعي. باید بروند نزد حاکم شرعی برای تعیین تولیت یا نیابت یا تصدی خود حاکم برای امر وقف. نعم لو اعتبر قيداً في الموقوف عليه و تخلف ذلك القيد جاز الرجوع.

بعد از اینکه گفتند در وقف نمی شود هیچ تغییری دارد، می گویند اگر وقف روی عنوانی رفت و عنوان تخلف پیدا کرد، اینجا عقد منفسخ می شود و از بین می رود یعنی آنها از مورد خارج می شوند، ولی نه از باب این است که در وقف تغییر دادیم. برعکس، آنها تغییر کرده اند خروج پیدا می کنند. مثلاً صاحب عروه مثال می زند که اگر ما وقف کردیم برای اولاد به قید عدول یا عالم بودن. بعد از برهه ای اینها فاسق می شوند. خب وقتی که فاسق شدند از تحت این وقف خارج می شوند. این تغییر وقف نیست. تغییر آن موقوف علیه خارجا است که از تحت وقف بیرون می روند. ایشان می فرماید و لکن هذا ليس تغييراً في الوقف.

یک مثال دیگر دارد که اثرش با اینجا فرق می کند، می گوید در همینجا اگر وقف کند برای اولاد و داعی اش عدالت آنها باشد. این اولاد را عادل می داند داعی اش برای وقف بر اولاد این است که عادل هستند نه اینکه به قید عدول بر آنها وقف کند. نمیگوید وقف کردم مالم را برای اولاد عادل. بلکه می گوید وقف کردم ملکم را برای این اولاد نسلاً بعد نسل منتهی علم دارد که این نسلی که موجودند عادل هستند. عدالت آنها داعی می شود که بر آنها وقف کنند. در جائی که عدالت داعی است خروجشان از عدالت مضر نیست به اینکه موقوف علیهم باشند. آنجا باقی است. فرق است بین تقیید و بین داعی.

واین فرق در جاهای مختلف اثر گذار است. در مثل نماز جماعت و جاهای دیگر بسیار اثر گذار است که یک امری مثل خصوصیات این امام جماعت دخیل در عنوانی باشد که او مورد اقتداء قرار می گیرد یا داعی باشد. امثال این آثار هست. اینجا هم همینطور است.

عبارت شیخ مفید ره

بعد ایشان یک عبارتی را از شیخ مفید نقل کرده اند که در یک جائی جواز رجوع هست، شیخ مفید فرموده: الوقوف فی الاصل صدقات لا يجوز الرجوع الا أن يحدث الموقوف علیهم ما يمنع الشرع من معونتهم و القرب الی اهل ل بصلتهم. ایشان عبارت شیخ مفید را که می گوید نمی شود صدقات را تغییر داد مگر اینکه موقوف علیهم کاری بکنند که يمنع الشرع من معونتهم، که مانع بشود که از لحاظ شرعی بشود کمکی به اینها کرد یا قرب الی اهل ل به بصلتهم انجام بدهیم. می گوید فرمایش ایشان هم که يمنع الشرع من معونتهم همین چیزی است که ما گفتیم. یعنی وقف برود روی عنوان، و اینها کاری بکنند که از عنوان خارج بشوند.

مرحوم سید در اینجا نمی گوید به چه چیزی استدلال کرده است که إذا تم الوقف فليس للواقف الرجوع نكفته چرا. اما مستند می تواند روایات متعددی باشد.

سؤال: در تحریر بحث عدم تغییر را در مسئله ۵۹ و ۶۸ مطرح می کند. در مسئله ۶۸ می فرماید: لا يجوز تغییر الوقف وابطال رسمه و ازالة عنوانه ولو الى عنوان آخر...

جواب: بخشی از همین است که رجوع را نگفته اند ولی تغییر را گفته اند. لکن صاحب عروه هم رجوع را فرموده و هم تغییر را.

استدلال به روایات بر عدم جواز رجوع در وقف

روایاتی که ما داریم مختلف است، برخی در همین روایات قبض است: باب یازده از همین ابواب عنوانش همین است: باب عدم جواز الرجوع فی الوقف بعد القبض ولا فی الصدقة بعده.

باب دوم از همین ابواب هم عنوانش این است که: باب وجوب العمل بشرط الواقف و عدم جواز تغییره و حکم الوقف علی المسجد. همین روایات وقف علی حسب ما یوقفها اهلها است. این روایت هست. در قسمت خودش که دلالتش تام است، یعنی شرط واقف را نمی شود تغییر داد و باید علی حسب شرطه باشد.

پس این مسئله که إذا تم الوقف لا يجوز الرجوع و به تمام شرائط باید عمل کرد در واقع چند تا بخش دارد. لایجوز الرجوع را از همان روایات باب چهار می توانیم بفهمیم خصوصاً مثل روایت عمری که تصریح کرده بود که فإذا سلم دیگر خیار در کار نیست. فرمودند: و کل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار. چون قبلاً هم سؤال از این است که اگر وقف کرد و خودش احتیاج پیدا کرد. و اما ما سئلت من الوقف علی ناحیتنا و ما یجعل لنا ثم یحتاج الیه صاحبه، فکل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار و کل ما سلم فلا خیار فیه لصاحبه احتیاج او لم یحتاج.

پس خود اینکه می گوید تسلیم که کرد یعنی قبض حاصل شد یعنی تم الوقف دیگر بالخیار نیست یعنی لا یصح الرجوع بلکه یجب که به وقف عمل می کند.

سؤال و جواب: وقتی بالخیار نیست یعنی لا یرجع دیگر.

سؤال: می شود گفت این روایت عدم جواز تغییر را هم شامل می شود، چون می گوید باید در همان جهت موقوفه ادامه پیدا کند.

جواب: این اطلاق دارد شاید هم شامل تغییر شود، فکل ما سلم فلاخیار فیه. قبلاً سؤال سائل این است که ثم یحتاج الیه صاحبه، می خواهد صاحبش استفاده کند، امام می فرماید ما لم یسلم فهو بالخیار می تواند استفاده کند، اما اینکه شرطش را

نمی تواند تغییر بدهد، بحث است که آیا لیس له الخيار و فلاحیار فیه لصاحبه مقصود همین جهت احتیاج بود یا مطلق است که هیچ خیاری نسبت به هیچ عملی ندارد. ولی اعمال دیگر مذکور نیست. از کج ا بفهمیم که سلطته بای نحو منقطع؟ چون سؤال سائل از احتیاجش بود یعنی رجوع کند در این ملک و استفاده کند، اما اینکه بدون رجوع شرائط وقفش را تغییر دهد، مثلاً یک فرزند به او رزق شده بگوید می خواهم این را در میان فرزندانم اضافه کنم، که چیز طبیعی ای هم هست، آنجا اجازه نمی دهند چون تغییر در وقف است، آیا این عدم جواز تغییر هم از این روایت استفاده می شود؟ روایت که می گوید فلاحیار فیه لصاحبه، لا خيار در چه چیزی؟ در همان چیزی که سؤال کرده بود که احتیاج پیدا کرده بود، می گوید ما لم یسلم می تواند استفاده کند، یا مطلق است. باید تأمل کرد معلوم نیست از این جهت اطلاق داشته باشد.

سؤال: قدماء که در معرض توقیعات بودند اصلاً این فهم را نداشتند پس دلالتش مشکوک است.

جواب: فحصى کنم ببینم که قدماء تا قرن دهم تمسک کرده اند یا نه.

سؤال و جواب: شیخ طوسی کتاب خیلی مفصلش مبسوط یا خلاف است ولی همه مسائل را نمی آورده اند، ولی مثل جامع المقاصد و مسالک معمولاً می آورند. بالاخره روایت صحیحه را که نمی توانید با عدم استدلال تا قرن دهم رد کنید.

اما باب یازدهم که عنوانش همین بود روایت اول دارد که: محمد بن علی بن الحسین باسناده عن موسی بن بکر عن الحكم قال: قلت لابی عبد الله عليه السلام إن والدي تصدق على لي بدار ثم بدا له أن يرجع فيها، وإن قضاتنا يقضون لي بها. می گوید پدرم یک خانه ای را به من تصدق کرد بعد برایش این مسئله پیدا شد که تصدق را برگرداند. بعد می گوید قضات ما به نفع من حکم می کنند.

امام علیه السلام فرمود: فقال نعم ما قضت به قضاتكم وبئس ما صنع والدك. خوب قضاوتی کردند قضات شما و پدرت کار اشتباهی کرده است که می خواهد چیزی را که تصدق بوده برگرداند. إنما الصدقة هل ل عزوجل فما جعل هل ل عزوجل فلا رجعة له فيه. صدقه برای خدا است و چیزی هم که برای خدا بود قابل برگشت نیست. فإن انت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك. ای نکته اخلاقی عجیبی است که با اینکه حق با تو است و پدرت هم اشتباه کرده و بدکاری هم کرده، با عین حال می گوید فإن انت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك. این است که امام علیه السلام هر کجا برسند نصیحت خودشان را دارند. و إن رفع صوته فاحفض انت صوتك، اگر او صدایش را بر تو بلند کرد تو صدایت را بلند نکن. قال قلت فإن توفي قال فأطب بها. گفتم از دنیا رفته، امام علیه السلام فرمود استفاده کن.

در اصل مسئله باید به یک نکته ای توجه کنیم، در اینجا تعبیر تصدق آمده است. قبلاً بحث کردیم که بعید نیست تصدق در روایات اعم باشد از صدقه و از وقف. اما اینجا وقف است، عنوان را صاحب وسائل وقف فهمیده است. عنوان باب را اینجور آورده اند که: باب عدم جواز الرجوع فی الوقف بعد القبض. اما تعبیر اینکه والدی تصدق علی بدار یعنی یک وقفی برای من کرده است. می افتد روی وقفهای منقطع الآخر، چون این یک عمر محدودی دارد از دنیا می رود. بعد چه می شود؟ می شود وقف منقطع الآخر. اشکالی علی الظاهر ندارد کما اینکه بحثش خواهد آمد ولی بعضی اشکال می کنند. اما اصلاً این وقف است یا صدقه است؟ پدر یک چیزی را می بخشد به نحو صدقه نه هبه به فرزندش قربة الی اهل ل. این می شود. یا این بوده یعنی صدقه خاصه باشد. روی این باید فکر کرد. اگر بشود اطلاق گرفت که برای هر دو نوع است فبها، و الا علی الظاهر بعید نیست که صدقه خاصه باشد نه وقف.

تأملی کنید تا جلسه بعد.

باسمه تعالی

- ماهیت قبض ۶۱۷
- طرح بحث ماهیت قبض در مکاسب ۶۱۸
- قبض در لغت از نگاه شیخ ره ۶۱۸
- قبض به معنای لغوی مقصود نیست ۶۱۹
- اقوال مختلف در ماهیت قبض ۶۱۹
- مقصود از قبض، طبق فعل مشتری یا بایع ۶۲۱
- قبض در ناحیه بایع تخلیه است ۶۲۲
- مقصود از قبض اگر مربوط به مشتری باشد ۶۲۲
- کلام محقق اصفهانی و مرحوم نائینی در ایجاد و وجود ۶۲۳
- معنای اصطلاحی قبض با توجه به احکام مترتب بر آن دائر مدار روایات است ۶۲۳
- بررسی روایت عقبه بن خالد ۶۲۴

ماهیت قبض

فروع بحث قبض عمدتا گذشت.

ولی یک بحثی در خود ماهیت قبض لازم است و لو اجمالا. در بیع بحث قبض به تفصیل مطرح می شود. البته در بیع خصوصیات خاص خود بیع هم وجود دارد، ولی بسیاری از بحث هایی که در آنجا انجام می دهند در بحث وقف هم می آید. بحث این است که اصلا خود قبض چیست؟

در طی بحث ما عمدتا به معنای تخلیه و استیلاء گرفتیم، نهایتش هم همین است. منتهی اقوال در مسئله خیلی متعدد است و سند بحث هم فرق می کند. و از همه مهتر این است که چه بسا در احکام مختلفی که در یک بابی مطرح است، قبضی که موضوع یک حکم است با قبضی که موضوع حکم دیگر است فرق می کند، که توضیحش داده می شود.

لذا وقوف اجمالی به مباحث قبض شاید در بحث وقف هم لازم باشد. خصوصا اینکه در برخی روایات ما لم یقبضوا داشتیم که عنوان قبض در خود روایت وارد شده است، یا عنوان تسلیم که آن هم شبیه قبض است در خود روایت وارد شده است.

لذا عمده مباحث ماهیت قبض که در بیع گفتند اینجا هم می آید، که شبیهش در هبه و رهن و غیره هم می آید.

طرح بحث ماهیت قبض در مکاسب

مرحوم شیخ در مکاسب بعد از احکام خیار و تقریبا به عنوان آخرین بحث مکاسب بحث قبض را مطرح کرده است. بعد از اینکه معنای لغوی قبض را ذکر می کند ایشان وارد چند مسئله می شود: یک مسئله در ماهیه القبض است و دیگری در وجوب القبض، یک مسئله نیز در احکام القبض است. ما بحث وجوب القبض یا احکام القبض را بحث نمی کنیم. چون ما در باب وقف وجوب القبض نداریم. برخلاف باب بیع که آنجا تسلیم و تسلیم واجب است، بر بایع و مشتری هر دو واجب است تکلیفا که تسلیم و تسلیم کنند. مگر در باب صرف و سلم که بحث خاصی دارد ولی در جاهای دیگر بر بایع و مشتری تسلیم و تسلیم واجب است. اما در بحث وقف، ما وجوب تسلیم نداریم، واقف می تواند تسلیم نکند، بلکه عبارت روایت این بود که ما لم یسلم فهو بالخیار، می تواند تسلیم نکند و از وقفش عود کند.

بنابر این بحث وجوب القبض و بعد احکام القبض مخصوص باب بیع است و به آنها کاری نداریم. آنچه ما با آن کار داریم مسئله اول است که بحث ماهیه القبض است. که عمده بحثهایش (اگر نگوئیم همه اش) در بحث وقف هم می آید.

قبض در لغت از نگاه شیخ ره

مرحوم شیخ در مکاسب^۱ این بحث را مطرح کرده است و می فرماید: در لغت قبض را سه جور معنا کرده اند:

برخی گفته اند: الاخذ مطلقا. قبض به معنای اخذ است بالاطلاق.

بعضی ها گفته اند: بالید است. بعضی هم گفته اند بجمع الکف.

این در معنای لغوی قبض به معنای حقیقی اش هست. مطلق الاخذ، اخذ بالید، اخذ بجمع الکف.

^۱ - مکاسب چاپ کنگره جلد ۶ صفحه ۲۴۱.

این معانی مختلفی است که از اهل لغت نقل شده است. در صحاح گفته اند اخذ مطلق است. در قاموس گفته اند اخذ بالید است. در مجمع البحرین گفته اند اخذ بجمیع الکف است.

قبض به معنای لغوی مقصود نیست

اما واضح است که این معنای لغوی در بحث قبض در بیع مقصود نیست. بخاطر اینکه در غیر منقول اخذ به ید به این معنا به معنای حقیقی کلمه که {محقق} نمی شود. کجای خانه را بگیرند که اخذ بالید بشود؟ در حالی که احکام قبض در حیث قبض مبیع کردن برای همه اینها {منقول و غیر منقول} یکی است. ولذا مقصود از قبض باید چیز دیگری باشد.

اقوال مختلف در ماهیت قبض

در ماهیت قبض به حسب گزارش مرحوم شیخ انصاری فقهاء بعد از اتفاق بر اینکه در غیر منقول به معنای تخلیه است (که بعدا بحث می شود)، در منقول اقوال متعددی دارند که مرحوم شیخ هشت قول را می آورد، و ظاهرا نظر خود ایشان که مطلق استیلاء است یک معنای نهمی می شود گرچه مشابه برخی از اقوال منقول در اینجا است:

نظر اول: مقصود از قبض تخلیه است. همانطور که قبض در غیر منقول تخلیه است در منقول هم تخلیه است. این نظر را از شرایع نقل کرده اند، و از کاشف الرموز که شاگرد محقق بوده همین نظر نقل شده است، و گفته اند ایضاح هم این معنا را به برخی از متقدمین از اصحاب نسبت داده است، و عن التنقیح نسبت به الی المبسوط.

نظر دوم: {تحقق قبض} در منقول {غیر مکیل و موزون به} نقل است، و در اموری که در آنها کیل و وزن معتبر است قبض {به} کیل و وزن است. یعنی قبض با کیل و وزن حاصل می شود. که اطلاقش مقداری عجیب است، چون ممکن است کسی این را قبض کند ولی تسلیم نکند، که بعضی این را اصلاح کرده اند.

پس این هم نظر دوم است که تفصیل بدهیم، قبض در منقول غیر مکیل و موزون به نقل و جابجا کردن است. و قبض در مکیل و موزون این است که کیل و وزن بشود.

نظر سوم: در دروس تحلیلی کرده، فرموده: قبض در حیوان نقل است. در معتبر گفته است: کیله او وزنه او عده او نقله. یعنی کیل و وزن و عد را کنار نقل آورده است. در حالی که در دروس تنها اکتفاء کرده است که {قبض} در حیوان به نقل حیوان است. افسار این حیوان را بگیرد قدری جابجا کند این می شود قبض حیوان.

نظر چهارم: در غنیه، خلاف، سرائر و لمعه گفته اند: أنه التحويل و النقل. تحويل هم به معنای جابجا کردن است. جابجا کردن و نقل کردن؛ از یک مکانی به مکان دیگر بردن و از حالی به حال دیگر بردن شاید تحويل باشد.

نظر پنجم: ما فی المبسوط است که: در جواهر و دراهم و دنانیر که در مشتم می آید این است که باید اخذ به کف کند. قبض درهم و دنانیر و جواهرات این است که در دست بگیرد. در مثل حیوان و عبد و امثال آن جابجا کردن و نقل است. در مکیل و موزون قبضش به کیل و وزن است. یعنی هر کجا به تناسب یک چیزی را فرموده اند.

نظر ششم: حکمی عن المحقق الاردبیلی و صاحب الکفایة، گفته اند: {قبض} استقلال و استیلاء بر شیء بالید است. این بالیدش ظاهرا می خواهد بگوید حقیقی باشد. چون بعدا قول شیخ می آید که استیلاء را قبول کرده و مقصود از ید را همین استیلاء دانسته است.

پس ظاهر قول ششم این است که استقلال بر استیلاء بر شیء به ید. در مسالک هم همین را پذیرفته است، الا اینکه در مکیل و موزون استثناء کرده اند می گویند به جهت تعبد در مکیل و موزون قبضش به کیل و وزن است. که به مستند آن اشاره خواهد شد.

نظر هفتم: در مختلف است که گفته است: در منقول قبضش به نقل است و یا به اخذ بالید است. فرقی با برخی اقوال قبل همین عطف اخذ بالید است.

بعد هم اضافه کرده اند که اگر مکیل و موزون بود قبضش بک کیل و وزن است. که از باب استثنائی است که ادعا می کنند از روایات فهمیده می شود.

نظر هشتم: قبض در منقول تخلیه است مطلقا نسبت به ضمان بایع به مشتری، دون النهی عن بیع ما لم یقبض. مقصود در این قول ثامن این است که احکام در باب قبض مختلف است. یکوقت در روایت فرموده اند که: در مکیل و موزون قبل از اینکه قبض کنی حق فروش نداری مگر بیع تولیه باشد.

و این بحث مبتلا به مهمی است. در میدان های تره بار و میوه زنگ می زنند می گویند یک کامیون از اهواز مثلا راه افتاده، از همانجا زنگ می زند و آن را می فروشد. اینها بعضی صورش به حسب فتوای این بزرگوارانی است که در مکیل و موزون حرام و فاسد می دانند. یا برخی مکروه می دانند که بحث آخری است.

پس یا به آن روایات لا تبعه حتی تکیله (نفروش تا اینکه کیلش کنی) این قائلین قول هشتم می گویند ما احکامان فرق می کند. یکوقت بحث عدم جواز البیع قبل القبض است در مکیل و موزون. اینجا باید قبض کنیم به استیلاء و امثال اینها و اخذ بالید و غیره. یک بحث رفع ضمان است، چون بایع ضامن مبیع است تا اینکه مشتری قبض کند. برای حکم رفع ضمان کافی است بایع تخلیه کند بین مشتری و این مال. همینکه بایع کتاب را به مشتری فروخت و در اختیار او گذاشت یعنی بین او و مشتری تخلیه کرد، لازم نیست ایصال به مشتری بکند، همینکه تخلیه کرد این برای رفع حکم ضمان از بایع کافی است.

اما نسبت به لا تبعه حتی تکیله در مکیل و موزون تخلیه کافی نیست. آنجا ظاهرش این است که باید قبض کند. و قبض القبض حق ندارد که شیء را بفروشد.

پس این قول ثامن تفصیل در احکام است نسبت به بحث قبض که چه چیزی کافی است. گاهی تخلیه است، گاهی قبض است. و آن قبض هم حالا به ید است یا به استیلاء است و یا در مکیل و موزون به وزن و کیل است.

مقصود از قبض، طبق فعل مشتری یا بایع

نکته ای که شاید مرحوم شیخ می خواهد بفرماید که به آن عنایت نکرده اند (که در بحث وقف هم تقریباً به آن توجه شد ولی باید دقت بیشتری شود)، آن نکته این است که:

تارة مقصود از قبض در بحث بیع و شراء فعل مشتری است، و اخرى فعل بایع است. گرچه مرحوم شیخ ادعا می فرمایند و شاید عده ای از فقهاء هم فرموده اند که قبض اصلاً ظهور در فعل مشتری دارد. ولی این بحثش می آید به لحاظ لغوی که چگونه می شود به بایع اسناد داد.

یک عبارتی را خود مرحوم شیخ^۱ از کاشف الرموز در شرح مختصر نقل می کند که می فرماید:

«القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبیض و هو التخلیه و یكون من طرف البایع و الواهب بمعنى التمكن من التصرف». مقصودم این است که برخی از فقهاء اصلاً قبض را به معنای تقبیض گرفته اند.

۱- مکاسب چاپ کنگره جلد ۶ صفحه ۲۴۶

البته در کلمات قوم نیامده که قبض به معنای تقبیض باشد. اما اینکه مراد از قبض فعل بایع باشد یا مشتری، این فراوان است، و خود مرحوم شیخ هم می فرماید قبضی که در روایات وارد شده باید ببینیم آیا فعل مشتری است یا فعل بایع است.

قبض در ناحیه بایع تخلیه است

در ناحیه بایع آنچه که متصور است همین تخلیه است. گرفتن مشتری و قبض مشتری مثل اخذ بالید و اینها در اختیار بایع نیست تا ما آن را هم در ما وجب علی البایع داخل کنیم. قبض مشتری در اختیار بایع نیست.

پس اگر مقصود از بحث از احکام قبض و اینکه قبض چه چیزی است، امری باشد که به بایع مربوط است (در باب بیع)، آن چیزی که به بایع مربوط است و در اختیار او است تخلیه است. مبیع را فروخته باید بین مشتری و مبیع تخلیه کند. بیش از این نمی شود به عهده بایع بگذارید. قبض مشتری را که نمی شود به عهده بایع گذاشت.

پس اگر مقصود از قبض بیان حکم موضوع ما یجب علی البایع است، چون در آنجا می گوئید یجب علی البایع التسلیم، چون در باب بیع می گوئید تسلیم المبیع، اگر این است خب واضح است که آنچه که به عهده بایع می تواند بیاید و مقدور او است، عبارت است از تخلیه بین مبیع و بین مشتری.

مقصود از قبض اگر مربوط به مشتری باشد

و اگر مقصود آن چیزی است که مربوط به مشتری است، آنوقت قابل بحث است که آن چیزی که به مشتری مربوط است چه چیز است؟ آیا تخلیه است فقط یا قبض به معنای استیلاء؟ مرحوم شیخ استظهار می کند که قبض در همه جا به معنای استیلاء است. مفهوم عرفی قبض استیلاء است. و اینکه در کلمات قوم و در لغت آمده است اخذ یا اخذ بالید، به این معنای حقیقی که در روایات قابل بحث نیست. {چون} در غیر منقول که نمی توانیم اخذ بالید کنیم. پس مقصود استیلاء است، و مقصود از ید هم همین استیلاء است.

من عرض می کنم (حالا در عبارت شیخ در اینجا نیست): علی الید ما اخذت حتی تؤدی که در روایت نبوی آمده است و مستند برخی است در ضمان ید در مثل غصب و غیره، آنجا هم مقصود از ید، استیلاء است، نه اینکه حتما باید به دست بگیرد. ولذا اگر کسی خانه ای را غصب کرد و مستولی و مسیطر بر این منزل شد و صاحبخانه را هم از خانه بیرون کرد، اینجا قبض به معنای در دست بودن لازم نیست. بلکه استیلاء بر این خانه است. پس معنای ید در اینجا موارد استیلاء

تام واستقلال است. و ید هم اگر ذکر بشود به معنای همین استیلاء است نه بیشتر. و دلیلی بر اینکه خصوص قبض به معنای به دست گرفتن شرط باشد چه در منقول و چه در غیر منقول، این علی الظاهر وجهی ندارد.

کلام محقق اصفهانی و مرحوم نائینی در ایجاد و وجود

سؤال و جواب: مرحوم نائینی و عده ای می گویند اگر ما گفتیم استیلاء، در استیلاء می توانیم بین فعل بایع و مشتری فرق بگذاریم. این می آید که درست است یا نه. محقق اصفهانی اشکال دارد، می گوید ما قبض را چه به معنای استیلاء بگیریم و چه به معنای اخذ بالید بدانیم و چه به معنای تصرف در عالم خارج بگیریم هر چه بگوئیم بین کار بایع و مشتری تلازم است. بلکه بیش از تلازم است. ایشان قبض و اقباض را مثل ایجاد و وجود می داند. البته مرحوم نائینی هم می گوید ایجاد و وجود، ولی ایجاد و وجودی که آقای نائینی می گوید خیلی با ایجاد و وجودی که محقق اصفهانی می گوید فرق می کند. مرحوم نائینی می گوید قبض و اقباض مثل کسر و انکسار نیست که در خارج با هم متلازم و غیر قابل انفکاک باشند، بلکه مثل ایجاد و وجود است. در حالی که محقق اصفهانی این استدلال را درست بر عکس بکار می برد. می گوید ایجاد و وجود متحدان بالذات متغایران بالاعتبار است. که راست هم می گوید. منتهی مقصود مرحوم نائینی از ایجاد و وجود چیز دیگری است که عرض می کنیم. ایشان ایجاد و وجود را مثل جعل و مجعول می گیرد که می گوید می شود از هم جدا بشوند. که توضیح می دهیم. اینجا مقداری اصطلاحات خلط می شود. باز که بشود معلوم می شود چیز غیر عادی نیست.

سؤال: وقتی قبض تحت ید بایع نیست اقباض هم تحت ید او نیست.

جواب: آن را می رسیم که اگر ما اقباض را به معنای تخلیه بگیریم چرا تحت قدرتش نباشد. اقباض به معنای حقیقی که لا ینفک عن القبض که مرحوم شیخ می فرماید بله این درست است که اقباض هم تحت ید او نیست. ولی این معنا درست نیست. در ناحیه بایع تخلیه مقصود است. که شبیه این در واقف هم می آید که عبارات فقهاء را در واقف می خوانم که آنها هم الفاظی دارند که علی الظاهر مقصود همان تخلیه است نه بیشتر.

معنای اصطلاحی قبض با توجه به احکام مترتب بر آن دائر مدار روایات است

{اینکه قبض} در بحث، استیلاء و یا چیزی بیش از استیلاء {است} دائر مدار روایات است که ما باید ببینیم احکامی که در باب قبض مطرح می شود، موضوعی که برای این احکام در روایات آمده چیست. مثلاً مرحوم شیخ در بحث رفع ضمان که چه زمانی از بایع رفع ضمان می شود، می گوید: اگر ما به نبوی معروف تمسک کنیم که «کل مبیع تلف قبل قبضه

فهو من مال بائعه» می گوید اگر به این تمسک کنیم، اینجا ظاهر قبض، فعل مشتری است. یعنی آن عمل مشتری اگر حاصل نشد که قبض او است، مادام که حاصل نشد تلف مبیع من مال بائعه هست. حالا چطور می شود که تلف مبیع من مال بائعه باشد همانطور که مرحوم شیخ فرموده ظاهرش این است که باید بگوئیم قبل التلف آنا ما مال به ملک خود بایع برمی گردد و عقد منفسخ می شود، و لذا تلف در مال خود بایع رخ می دهد. البته در عالم شرع ایرادی ندارد که بگوئیم در بیع، مال از ملک بایع بیرون رفته و در ملک مشتری رفته، ولی در عین حال تعبدی است که قبل القبض تلف از مال بایع است. ادعای این مسئله ثبوتاً که محال نیست. منتهی شیخ در جای خودش فرموده: ارتکاب این خلاف تا ارتکاب اینکه بگوئیم آنا ما قبل التلف به ملک بایع برمی گردد و لو به تعبد شرعی، به نظر می رسد این دومی آسانتر باشد که دیگر مطابق قاعده بشود، گرچه اصل برگشتنش خلاف قاعده است.

حالا این حرفی است سر جای خودش که در بحث ما مهم نیست.

حرف مرحوم شیخ این است که اگر مستند رفع ضمان از بایع این روایت باشد که قبل القبض من ماله بائعه که معنایش این است که بعد القبض از مال مشتری است، این قبض، قبض مشتری است نه تخلیه مالک. ظهور روایت این است.

بررسی روایت عقبه بن خالد

اما اگر مناط روایت عقبه بن خالد باشد که «حتى يُقبض المتاع و يخرج من بيته»، اینجا احتمال می رود اناطه حکم به تخلیه باشد و احتمال هم می رود به خود قبض مشتری باشد.

مرحوم شیخ کل روایت را در اینجا نقل نکرده و لذا شاید فهم این مشکل باشد، خصوصاً که به نظر می آید این تعبیر «حتى يُقبض المتاع و يخرج من بيته» را بشود به نحو ثلاثی مجرد هم خواند، لازم نباشد به باب افعال بخوانیم. یعنی «حتى يُقبض المتاع و يخرج من بيته» باشد. این را مرحوم اصفهانی احتمال میدهد. منتهی بعدش دارد «فإذا اخرج»، باید ببینیم که این میسازد با این حرف یا نه؟ به نظر من که می شود، یعنی حتى يُقبض المشتري المتاع و يخرج من بيته فإذا اخرج المشتري المتاع، می سازد و مشکلی ندارد.

سؤال: خرج لازم است نه متعدی.

جواب: شاید هم ایشان يُخرج گرفته باشد من اشتباه کردم. الان متن را نگاه می کنیم، ولی به مشتری اضافه کنیم نه به بایع.

سؤال: ممکن است يُقبض المتاع باشد.

جواب: این هم به مشتری برمی گردد، که حتی یقبض مشتری المتاع تا اینکه مشتری متاع را از بیت خارج کند.

حالا تمام روایت را بخوانیم:

روایت در باب ۱۰ از ابواب خیار است^۱، باب أن المبيع إذا تلف قبل القبض تلف من مال البایع. این روایت از کافی است: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن عبدالله بن هلال عن عقبه بن خالد عن ابی عبدالله علیه السلام. روایت موثق است، ظاهراً محمد بن عبدالله بن هلال غیر امامی است. منتهی ما که روایت کافی را معتبر می دانیم به معنای قدمائی اش. و همین روایت با اسناد شیخ در تهذیب آمده است، او هم همینطور است. در ذیل دارد و رواه الشیخ باسناده عن محمد بن یعقوب که همین است، و باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن الحسین. ما که روایات تهذیب را هم معتبر می دانیم، از دید دیگران هم این روایت موثق است. لذا سند روایت مشکلی ندارد.

مضمون روایت این است که «عن ابی عبدالله علیه السلام: فی رجل اشتری متاعاً من رجل و اوجبه غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غدا انشاء الله...». شخصی متاعی را از کسی می خرد و بیع را هم تمام می کند، غیر از اینکه متاع را نزد خود بایع می گذارد و لم یقبضه قبض نمی کند، می گوید من فردا می آیم مالم را می برم. «فسرق المتاع»، متاع دزدیده می شود «من مال من یکون»، این متاع از مال چه کسی می رود؟ «قال من مال صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه».

فهم خیلی از فقهای که این روایت را آورده اند و فهم مرحوم شیخ ظاهر در این است که می گویند امام فرموده از مال صاحب متاع یعنی از مال بایع می رود که متاع در خانه اش هست، تا اینکه متاع را اقباض کند و یخرجه من بینه از خانه اش خارج کند. فإذا اخرج من بینه فالمتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله الیه، وقتی از خانه خارج کرد خریدار ضامن است حق بایع را تا اینکه مالش را به او برگرداند.

اولاً این روشن باشد که حتی «و یخرجه من بینه» صاحب مفتاح الکرامه می گوید این قید را هیچ کس نگفته است که برای رفع ضمان باید مال را از خانه اش هم بیرون کند. گویی این معنای اخراج من البیت را به معنای ظاهرش خودش گرفته است که اخراج من البیت است، یعنی به معنای مدلول منطوقی اش گرفته است، آنوقت می فرماید کسی قائل نشده است که برای رفع ضمان باید مال از خانه بایع بیرون برود. بلکه همینکه مشتری از من گرفت و انتقال داد و نقل کرد می شود رفع ضمان، حالا از خانه من بیرون برود یا بیرون نرود. حرف صاحب مفتاح الکرامه این است.

^۱ وسائل جلد ۱۸ صفحه ۲۳

منتهی مرحوم شیخ می گوید لا ینبغی این معنا، برای اینکه معنای یُخرجه من بیته کنائی است نه اینکه معنای ظاهر خودش باشد. کنایه است از اینکه رفع استیلاء خودش را بکند. یُخرجه عن بیته یعنی تخلیه کند بین او و مشتری، رفع استیلاء خودش کند. من استقلال و استیلاءم بر این شیء را وقتی رفع کنم این اخراج از بیت شده است کنایه. آن اخراج از بیت کنایه از این معنا است. بنابر این مرحوم شیخ عبارت را کنائی می گیرد.

این روایت آمده مسئله را یعنی حکم ضمان را و رفعش را مبتنی کرده بر اینکه حتی یُقْبَضُ المتاع و یُخرجه من بیته. این قبض یعنی چه؟ این ظاهراً فعل بایع است. اناطه کرده است به فعل بایع. یخرجه من بیته را هم که مرحوم شیخ کنایه گرفت از تخلیه. پس حتی یقبض المتاع مقصودش این است که رفع استیلاء کند. اما اینکه تعبیر حتی یقبض المتاع آورده است، این از باب غلبه است. غالب موارد وقتی که بایع رفع استیلاء می کند ملازم می شود با قبض مشتری. نه اینکه معنایش این است که حتماً باید ایصال به مشتری هم بشود.

شاهدش این است که اولاً به نظر می آید موضوع را فعل بایع گرفته است. و معنا ندارد که ما قبض مشتری را که در اختیار بایع نیست در موضوع حکم بیاوریم، و بعد هم تعبیر یخرجه من بیته را کنایه گرفتیم از تخلیه بایع. و تخلیه بایع وقتی قبض بر او عطف می شود حمل می شود بر همین معنا که تخلیه است نه بیشتر.

پس این یک ادعا که ما بگوئیم در موضوع این روایت حکمش بحث رفع ضمان است، نه احکام دیگر مثل عدم جواز بیع در مکیل و موزون قبل القبض. آن یک حکم دیگر است. راجع به حکم رفع ضمان موضوع را فعل بایع قرار داده است به این قرائن.

ممکن هم هست که کسی جور دیگری بگوید، بگوید نه، موضوع فعل مشتری است. حالا چه به اینکه ما فاعل حتی یقبض را مشتری بگیریم، یعنی حتی یقبض مشتری المتاع و یخرجه من بیت البایع، مشتری قبض کند و بیرون ببرد که فإذا اخرج من بیته فالمتاع ضامن. یا اینکه نه، همان بایع بگیریم، حتی یقبض المتاع یعنی ایصال کند به مشتری. و یخرجه من بیته هم کنایه از همین معنا باشد. یعنی نه صرف تخلیه بین مشتری و المبیع، بلکه تخلیه ای که در آن ایصال به مشتری و وصول به مشتری هم باشد.

و بعد هم می شود معنایی گرفت که در اختیار بایع باشد. بگوئیم حصه من التخلیه که توأم با وصول خارجی بشود. مثل اینکه در باب مقدمه واجب و امثال این می توانیم به نحو قضیه حینیه درست کنیم. بگوئیم موضوع عبارت است از اقباض المتاع به این معنا که تخلیه کند بین مشتری و متاع منتهی تخلیه خاصه، تخلیه ای که ثبوتاً توأم باشد به وصول به مشتری تا صدق کند حتی یقبض المتاع.

سؤال: حتی یقبض المتاع نمی توانیم بخوانیم که یعنی خود مشتری قبض کند؟

جواب: بله این هم می شود.

سؤال: نمی شود گفت که قبض قهرا رخ داده است. یعنی بایع که تقبض کرد قبض قهرا داد حالا چرا او بخواد قبض کند یا نه.

جواب: تقبض و دادن یعنی چه؟ بعد مرحوم شیخ می گوید اگر ما بخواهیم بر لفظ دقیق بشویم، اقباض بدون قبض که نمی شود.

سؤال و جواب: این معنا که حتما مراد نیست که ما زورکی شیء را در جیب مشتری بگذاریم.

اصلا این بحث ها برای همین است که این دادن در احکام مختلف فرق می کند. در مقام رفع ضمان، دادن این یعنی تخلیه کرده است. در مسئله عدم جواز مکیل و موزون قبل القبض این نیست که من تخلیه کنم، باید واقعا قبض مشتری صورت بگیرد تا جائز باشد یا از کراهت بیرون برود. این مسئله در اینجا برای همین است که اصلا قبض در اینجا به چه معنا است. ... اصلا من با اینکه بحث مال بیع است حرف را برای این آوردم که ما با توجه به این می فهمیم در احکام مختلف عنوان قبض که در آن اخذ شده معانی مختلفی دارد با قرینه. در مثل رفع ضمان، با قرینه به معنای تخلیه است. در مثل بحث جواز مکیل و موزون بعد القبض، این قبضش قبض مشتری است نه تخلیه بایع بین مشتری و میبیش. ولذا این مسئله مهمی است که ما این را می توانیم در بحث وقف ترجمه کنیم، که نگاه کنیم احکامی که در وقف مطرح است روی چه چیزی رفته است. آیا روی قبض الموقوف علیهم رفته است یا روی اقباض و تقبض واقف رفته است و یا هر دو. وجالب است که در بحث فقهاء گاهی گفته اند هر دو. عمدتا مقصودشان از تقبض همین قبض است ولی گاهی اوقات هم گفته اند هر دو. به نظرم جامع المقاصد در جائی می گوید: اینکه ما می گوئیم یشرط الاقباض، این علاوه بر قبضی است که در وقف شرط است. که عبارت را بعد می خوانیم.

پس نکته ای که ما می خواستیم از بحث بیع استفاده کنیم این است که قبض در تحلیل فقهاء تحلیل های مختلفی یافته است. تحلیلی که مرحوم شیخ بر آن مستقر می شود استیلاء و استقلال ید است. و نکته مهمش این است که در هر کجا ما باید احکام خودش را نگاه کنیم. چه بسا در مثل بیع یک حکمش موضوعش قبض به معنای تخلیه باشد یک بحث دیگرش قبضش به معنای دیگری باشد.

روی این تأمل کنید تا فردا انشاء الله. والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ۶۳۰ ادامه ماهیت قبض
- ۶۳۰ معانی قبض در قبض مربوط به مشتری یا بایع
- ۶۳۱ کلام مرحوم آخوند و نائینی ره: قبض همه جا به معنای استیلاء است فقط محققاتش فرق می کند
- ۶۳۱ بررسی کلام مرحوم نائینی که می گوید رابطه قبض و قباض مثل رابطه ایجاب و وجوب است
- ۶۳۲ منشأ رفع ضمان
- ۶۳۳ بررسی روایت نبوی برای منشأ رفع ضمان
- ۶۳۳ بررسی روایت عقبه بن خالد برای منشأ رفع ضمان
- ۶۳۳ علاوه بر قبض اخراج از بیت لازم نیست
- ۶۳۴ مرحوم اصفهانی: طبق صدر این روایت صرف استیلاء هم قبض نیست
- ۶۳۴ اختلاف یا اتحاد صدر و ذیل در روایت در نظر محقق اصفهانی طبق قرائات مختلف
- ۶۳۵ معانی ترک المتاع عنده
- ۶۳۶ الغاء خصوصیت از بیع به وقف درست نیست
- ۶۳۷ از روایت بیش از تخلیه بایع استفاده نمی شود
- ۶۳۸ بررسی معنای لغوی قبض وحیثیات فاعلی و مفعولی در آن
- ۶۳۹ محقق اصفهانی: در قبض چیزی فراتر از استیلاء لازم است
- ۶۴۰ رد کلام محقق اصفهانی توسط حضرت امام قده

بسم الله الرحمن الرحيم و صلى الله على محمد وآله الطاهرين

ادامه ماهیت قبض

انتهای بحث ما از فروعات مربوط به قبض به اینجا رسید که حقیقت قبض چیست.

در بحث بیع مرحوم شیخ رحمه الله و علمای قبل از ایشان قدس الله انفسهم الزکیه به بحث قبض پرداخته اند یا تحت عنوان قبض یا تحت عنوان تسلیم. منتهی در بیع خصائصی وجود دارد که عینا در وقف همه اش نمی آید، منتهی برخی از آن بحث ها در اینجا هم هست. خصوصا که ما در وقف تعبیر ما لم یقبضوا هم داریم، تعبیر تسلیم و سلم هم داریم. (که در مقام تطبیق دوباره روایات را می خوانیم). بنابر این ما هم باید اجمالا بحث قبض را مطرح کنیم.

معانی قبض در قبض مربوط به مشتری یا بایع

دیروز فرمایش مرحوم شیخ را عرض کردیم که فرمودند قبض یک معنایی دارد که مربوط به مشتری است و ظاهرش هم همین است که قبض فعل مشتری است. منتهی یک معنایی از قبض هم در بایع است که حتی عبارت کاشف الرموز را ایشان آورده بود که گفته بود قبض مصدرٌ بمعنی التقبیض که فعل بایع است. آنوقت اینطور گفته اند که اگر فعل بایع باشد ظاهرا به معنای تخلیه است بین مشتری و المبیع. همینکه بین مشتری و مبیع تخلیه کند کفایت می کند. اما اگر عمل مشتری باشد اینجا قابل بحث است. در برخی از احکام مترتب ممکن است آنجا هم تخلیه باشد. هر حکمی را جداگانه و موردی باید حساب کرد. مثلا اگر در مبیع و موزون گفتند بیع نکنید قبل از کیل و وزن یا قبل القبض، آنجا ممکن است بگوئیم قبض یعنی اینکه بالحمل الشایع در ید مشتری واقع بشود، تحت ید او باشد یعنی تحت استیلاء او در بیاید. در آنجا تخلیه کافی نیست. اما در مثل قبض مثلا دار ممکن است بگوئیم این با تخلیه هم حاصل می شود حتی قبض مشتری.

بنابر این احکام فرق می کند، باید هر حکمی را جداگانه حساب کنیم و بگوئیم قبضی که موضوع آن واقع شده است چیست. مثلا در هبه ممکن است کسی بگوید در هبه اگر گفتند قبض لازم است یک نوعی حیازت متهب لازم است. متهب یک جوری هبه را حیازت کند. پس به نظر می آید که قبض در آنجا یک چیزی فراتر از تخلیه بین متهب و عین موهوب است.

پس هر کجا باید حکم را جدا ملاحظه کرد.

کلام مرحوم آخوند و نائینی ره: قبض همه جا به معنای استیلاء است فقط محققاتش فرق می کند

در اینجا عده ای از فقهاء این راه را طی کرده اند که اصلاً قبض همه جا یک معنا دارد، معنایش هم تقریباً همین استیلاء و امثال این است. چه در مشتری، چه در بایع، چه در واهب، همه جا استیلاء است. منتهی محققات این استیلاء فرق می کند. این یک حرفی است که عده از ای فقهاء دنبال کرده اند.

مثلاً مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب احتمالاتی را مطرح می کند که یک احتمالش همین است. مرحوم نائینی همین احتمال را می دهد. عده ای دیگر هم همین را فرموده اند که ما بگوئیم قبض همه جا یک معنا دارد. اینطور نیست که در مشتری مثلاً استیلاء باشد، در بایع به معنای تخلیه باشد. این نیست. قبض یعنی استیلاء. محققات این استیلاء است که فرق می کند. گاهی تخلیه محقق این استیلاء است، گاهی باید فراتر از تخلیه باشد تا محقق استیلاء باشد. بنابر این فرق محققات موجب فرق معنای قبض نمی شود.

مرحوم نائینی هم همین را فرموده است^۱. می فرماید: قبض همه جا به معنای استیلاء است و بقیه محققات هستند. ولذا تحت ید در آمدن، یا در کف قرار گرفتن، یا در مکیل و موزون کیل و وزن شدن اینها هیچ دخلی در معنای قبض ندارد. البته در کیل و وزن که کلاً ایشان می گوید از باب تعبد است و ربطی به عنوان قبض ندارد، هر کجا گفته اند طبق دلیل خاص گفته اند نه اینکه از باب قبض آن باشد (که این هم خودش بحثی است).

بررسی کلام مرحوم نائینی که می گوید رابطه قبض و اقباض مثل رابطه ایجاب و وجوب است

بعد ایشان می فرماید: رابطه قبض و اقباض، مثل رابطه کسر و انکسار نیست. کسر و انکسار دو تا امر واقعی هستند. و ایشان می خواهد بگوید کسر و انکسار از هم جدا نمی شوند و دو امر تکوینی هستند. اما ایجاب و وجوب دو امر انشائی هستند و از هم جدا می شوند.

منتهی اگر دقت کنیم به ذهن می آید که ایجاب و وجوب هم از هم جدا نمی شوند.

ایشان می خواهد بگوید بحث قبض و اقباض مثل ایجاب و وجوب است نه مثل کسر و انکسار.

^۱ - منیة الطالب جلد ۳ صفحه ۳۵۲

حالا مثال ایشان چیست تا بعد ببینیم این ممثل را بر چه جهتی تمثیل کرده اند. می گوید در ایجاب و قبول، قبول داریم که انشاء ایجاب از منشأش که وجوب است جدا نمی شود. ولکن وجوب انشائی یعنی انشاء وجوب از وجوب بالحمل الشایع جدا می شود.

که این حرف حقی است. چرا؟ خود ایشان مثال می زند برای اینکه خیلی جاها انشاء تبدیل به وجوب بالحمل الشایع نمی شود. مثل اینکه آقای که سافل است نسبت به عالی انشاء وجوب می کند جدّ هم دارد، ولی این تبدیل به وجوب نمی شود. چون زمانی از انشاء وجوب ولو به داعی جدی انتزاع وجوب می شود که از من له حق اصدار وجوب صادر شود نه از سافل. امری که عالی است وقتی انشاء می کند به داعی بعث، از این انتزاع وجوب می شود. اما اگر کسی به یک بزرگی بگوید: «باید این کار را انجام دهی» جدی هم می گوید، ولو انشاء هم کرده و داعی جدی هم داشته است ولی منشأ انتزاع وجوب نمی شود.

پس وقتی می گوئیم ایجاب از وجوب جدا می شود یک مسامحه ای هست. مقصود این است که انشاء الوجوب از وجوب بالحمل الشایع جدا می شود.

مرحوم نائینی می فرماید قبض و اقباض هم همینطور است، که اقباض به معنای تخلیه نه آن چیزی که مبدأ قبض را دارد، اقباض به معنای تخلیه می تواند از قبض بمعنی الاستیلاء جدا بشود.

هیچ نیازی نبود که ایشان به ایجاب و وجوب مثال بزنند. تخلیه بین مشتری و مبیع می تواند از استیلاء مشتری جدا بشود. یعنی می شود بایع تخلیه بکند مشتری استیلاء پیدا نکند. عکسش هم درست است. می شود مشتری استیلاء پیدا کند ولی بایع تخلیه نکرده باشد. مشتری زور داشته خودش استیلاء پیدا کرده است. از هر دو طرف می شود.

بنابر این ادعای ایشان این است که قبض و اقباض به معنای تخلیه و استیلاء مثل رابطه کسر و انکسار نیست که از هم جدا نشوند. جدا می شوند. ولی غالباً اینطوری است که وقتی بایع تخلیه می کند بین مشتری و مبیع، استیلاء مشتری حاصل است. مقصود از استیلاء یعنی اینکه بتواند در آن تصرف خارجی کند.

سؤال وجواب: یعنی غالب این است که علت اعدادی می شود برای او. یعنی حاصل می شود و محقق این امر است که متمکن می شود مشتری از تصرف در این عین یا این شیء که مبیع است.

منشأ رفع ضمان

حالا یک بحثی وجود دارد که ما از روایات در بحث ضمان چه می فهمیم؟

چون گفتیم احکامی که بر قبض بار شده متعدد است. یک حکم بحث رفع ضمان است. به چه چیزی ضمان بایع رفع می شود. چه موقع ضمان بایع نسبت به مبیع رفع می شود؟ آیا به صرف تخلیه رفع می شود یا با قبض یعنی استیلاء مشتری رفع می شود؟

بررسی روایت نبوی برای منشأ رفع ضمان

اینجا برخی به روایت نبوی تمسک کرده اند، می گویند اگر منشأ رفع ضمان این روایت نبوی باشد که کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، ظاهرش این است که باید قبض مشتری که همان استیلاء است حاصل باشد.

بررسی روایت عقبه بن خالد برای منشأ رفع ضمان

اما اگر منشأ این رفع ضمان روایت عقبه بن خالد باشد که دیروز خواندیم که از امام علیه السلام سؤال می کند شخصی چیزی از کسی خریده و اوجب البیع یعنی بیع را تمام کرده و خیار و این مسائل نیست. منتهی به بایع می گوید این متاع نزد تو باشد ولم یقبضه، قبض نکرده این را، و به بایع می گوید من می آیم فردا این را می برم. اتفاقاً این مبیع را سارق می برد. از امام علیه السلام سؤال می کنند که از مال کیست؟ امام علیه السلام می فرماید از مال بایع است. «من مال صاحب المتاع الذی هو فی بینه، حتی یقبض المتاع (به باب افعال می خوانیم) و یخرجه من بینه»، تا اینکه این متاع را بایع قبض کند و اخراج از بیت کند.

علاوه بر قبض اخراج از بیت لازم نیست

با عنایت به اینکه اخراج از بیت نمی شود یک قید مازاد بر قبض باشد، اگر بخواهیم حرفیاً اخذ کنیم یخرجه من بینه را، معنایش این است که علاوه بر قبض حتی قبض بالید بگویند اخراج از بیت هم لازم است. مثلاً من رفته ام کتابی را از آقای در خانه اش خریده ام، کتاب را به دست من هم داده و من مشتری هم قبض کرده ام. بگوییم هنوز رفع ضمان نشده باید یخرجه من بینه.

واضح است که این مراد نیست و صاحب الکرامه هم گفته است که این شرط را کسی نگفته است. لذا آمده اند یخرجه من بینه را کنایه گرفته اند از تخلیه بایع و استیلاء مشتری. یعنی بایع کاری کند که استیلاء خودش از بین برود. وجود در بیت کنایه از استیلاء بایع است. یخرجه من البیت یعنی کاری کند که استیلاء خودش از بین برود و تخلیه بشود بین بایع و مشتری.

ولذا عده ای می گویند اگر ما این را به باب افعال خواندیم که حتی یُقْبَضُ المتاع یعنی بایع اقباض کند متاع را و یُخْرِجُهُ من بینه ظاهرش این می شود که تخلیه بین مشتری و مبیع کافی باشد برای قبض.

اما اگر اینطور خواندیم که حتی یُقْبَضُ المتاع یعنی یقبض مشتری المتاع، و یُخْرِجُهُ من بینه هم یعنی مشتری خارج کند از بیت یعنی بگیرد و ببرد، اگر این باشد آنوقت تأکید می کند بر معنایی که قائم به مشتری هست. یعنی استیلاء مشتری و در ید مشتری واقع شدن، صرف تخلیه کافی نیست.

مرحوم اصفهانی: طبق صدر این روایت صرف استیلاء هم قبض نیست

مرحوم اصفهانی (حالا یک بحث هایی دارد که عرض می کنیم) در استفاده از این روایت می فرماید: صدر روایت تأکید به این معنا است که صرف استیلاء هم قبض نیست. (چون ایشان یک ادعایی دارد که بعدا بحث می کنیم). چرا؟ ایشان می خواهد اینطور بگوید که وقتی از امام سؤال می کنند فی رجل اشتری متاعا من رجل و اوجبه غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، می گویند که با اینکه متاع در اختیار مشتری بوده است، چون از عبارت پیدا است که بایع فروخته، شخص هم خریده، بیع هم تمام بود، این شیء نزد مشتری هم بوده، و لکن می گوید و لم یقبضه و ترک المتاع عنده، یعنی مشتری ترک المتاع عند البایع. پس متاع در اختیار مشتری بوده است که ترک کرده آن متاع را عند البایع. پس در صدر روایت در عین حال که فرض شده استیلاء مشتری علی المتاع، و لکن فرموده و لم یقبضه. معلوم می شود قبض یک چیزی فراتر از استیلاء است.

اختلاف یا اتحاد صدر و ذیل در روایت در نظر محقق اصفهانی طبق قرائات مختلف

لذا می خواهند بگویند اگر ذیل را ما یُقْبَضُ بخوانیم که نسبت داده می شود به بایع، صدر و ذیل اختلاف پیدا می کنند. ذیل با آن معنای کنائی یُخْرِجُهُ من بینه که کنایه از تخلیه است، تخلیه را معیار قرار داده است. صدر با این بیانی که ایشان کرد معنایش این است که یک چیزی حتی فراتر از استیلاء مشتری لازم است که قبض باشد.

اما اگر پائین را هم یُقْبَضُ بخوانیم، صدر و ذیل با هم یکی می شود. هر دو معنایش این است که باید قبض مشتری حاصل بشود. و ایشان می گویند با توجه به اینکه در صدر صرف استیلاء نبوده یک چیزی فراتر از استیلاء باید حاصل بشود. (که بعد توضیح می دهیم که مقصود ایشان از فراتر از استیلاء چیست).

ما این را در بیع داریم. قبل از اینکه وارد بحث دیگران بشویم ما می خواهیم از این روایت یک استفاده ای کنیم. عده ای می گویند اصلا این روایت تفسیر قبض است. ما بحثمان در وقف است. در وقف هم عنوان قبض و تسلیم را داریم. می

خواهیم ببینیم از این روایت چه چیز مازادی نسبت به مفهوم عرفی قبض ما می توانیم استفاده کنیم. اگر ما از مفهوم قبض استیلاء فهمیدیم و اگر از این روایت چیزی فراتر از استیلاء بفهمیم، آیا این روایت حجت می شود بر ما یا نه؟ پس فرض ما این است که اگر ما از معنای عرفی لفظ قبض استیلاء را بفهمیم یا تخلیه بفهمیم، از این روایت فراتر از استیلاء بفهمیم، آیا این روایت برای ما حجت مازاد از استیلاء و تخلیه می آورد یا نه.

سؤال: صاحب جواهر در اینجا می گوید: تحویل سلطه عرفی از منتقل منه به منتقل الیه. یعنی این سلطه باید تحویل هم بشود.

جواب: بله این را دیگران هم دارند که درست است و بحث دیگری است. علاوه که تحویل هم شده است. طبق فرضی که آقایان در صدر کرده اند (که البته من قبول ندارم) می گویند تحویل شد. چرا؟ برای اینکه می گوید ترک المتاع عنده. پس در سلطه اش بوده که این متاع را بگیرد یا نگیرد، ولی ترک المتاع عنده. پس سلطه از بایع به مشتری تحویل شده، استیلاء تحویل شده، حالا بحث این است که با اینکه تحویل شده فرموده لم یقبضه.

سؤال: به صرف ترک آیا سلطه می گویند؟

جواب: حالا بحث می کنیم اینطور هست یا نه.

معانی ترک المتاع عنده

خود این روایت که ترک المتاع عنده آیا واقعا فرضش این است که در حضور بایع بوده، متاع پیش هر دو بوده، استیلاء مشتری هم حاصل شده است، منتهی ترک المتاع عنده؟ اینطور است؟ یا فرض دیگر می شود کرد که اصلا بیرون خانه من قبلا مبیع را دیدم، به بایع می گویم آن کتاب یا فرشی که من دیدم، آن را من خریدم اسقاط کافه خیارات هم کردم که اوجب البیع، باقی ماند قبض. بگویم این متاعی که من خریدم نزد شما باشد من فردا می گیرم، بدون اینکه متاع در مرأی و مسمعشان باشد.

چرا این فرض را مرحوم اصفهانی و عده دیگری کرده اند که از عبارت «ترک المتاع عنده» حضور را فهمیده اند؟! بله این هست که می توانست تحت استیلاء بیاورد. قدرت بر آوردن تحت استیلاء غیر از استیلاء بالحمل الشایع است. ترک المتاع عنده، معنایش این است که متاع را از بایع بگیرد و وقتی می گرفت تحت استیلاءش می آمد. اما کجا فرض شده است که تحت استیلائش بوده است؟ کاملاً می شود فرض کرد ویک فرض معقولی است که دوستش را در بیرون منزل دیده است، می گوید آن کتابی که قبلاً دیدم و تو می خواهی بفروشی من خریدارم پولش را هم بگیر، بیع را هم تمام می

کنند. منتهی می گوید کتاب پیش تو باشد من فردا می برم. تصویر می شود. در اینجا هم صدق می کند که ترک المتاع عنده. این معنایش این نیست که تحت استیلاش بوده است. چون او در خانه اش است و نمی توانسته تصرف خارجی کند (تصرف تملیکی بحث دیگری است). وقتی نمی توانسته تصرف خارجی کند پس تحت استیلاش نبوده است. معنای اینکه ترک المتاع عنده واقعا این نیست که الان مشتری استیلاء داشته است تا نتیجه بگیریم که با وجود استیلاء لم یقبضه، پس قبض یک چیز فراتری است. این نیست.

الغاء خصوصیت از بیع به وقف درست نیست

بحث مهمترش این است که ما بحثمان در وقف است، اگر ما از لفظ قبض همین را فهمیدیم که جمعی از محققین می فرمایند که مفهوم قبض چیزی حدود استیلاء است، آیا اگر این روایت چیزی بیش از این ثابت کند بر ما حجت می شود یا نه؟

سؤال: اگر حقیقت شرعی بشود بله و الا نه.

جواب: حقیقت شرعی نباشد ولی مولا چیزی اضافه کرده است. حقیقت شرعی مال لفظ قبض است اما در تبیین قبض یک قید مازاد بیاورند چه اشکالی دارد، که تضییق کنند قبض را. اینکه شارع بگوید قبضی در نظر من موضوع است که این قید را داشته باشد این معنایش حقیقت شرعیه نیست. حقیقت شرعیه این است که لفظ قبض اصلاح شده باشد عند الشارع برای این. ولی اینجا اینطور نیست، بلکه همان معنای شما را جور دیگری هم می تواند برساند که قیدی به آن اضافه کند.

سؤال: یعنی مجاز است؟

جواب: مجاز نیست بلکه تعدد دال و مدلول است. یعنی می گوید آن چیزی که من به عنوان قبض موضوع احکامم قرار داده ام عبارت است از این قبض عرفی به اضافه قیدی. تعدد جعل و مجعول است نه مجاز. این حجت است یا نه؟

حالا سؤال این است که ولو این در بیع است آیا اشکال دارد که در بیع القاء و ضرب قاعده کنند؟

آنهايي که گفته اند در عباراتشان می گویند گویی روایت عقبه بن خالد معیاری برای قبض می دهد و تبیین می کند قبض را.

ولکن به نظر من اگر ما حتی این را هم بپذیریم نمی توانیم از آن اطلاق بگیریم با وجود اینکه مصدر است به بحث بیع، که فی رجل اشتری من رجل و اوجبه. ممکن است در قبض بیع یک خصوصیتی باشد. کما اینکه شما در هبه خصوصیتی

دارید که هبه بدون قبض اصلاً منعقد نمی شود، همینطور در باب بیع هم ممکن است یک خصوصیتی باشد در حکم وجوب تسلیم مبیع یا رفع ضمان. این احکامی که مترتب می شود ممکن است خصائصی داشته باشند. ما در وقف هستیم. در وقف می گوید شخصی تصدق علی ولده بدار مثلاً، امام می فرماید إذا لم یقبضوا حتی مات فهی میراث، ما از اینجا فهمیدیم اشتراط الوقف بالقبض را. یا در روایت عمری فرمودند که ما لم یسلم فهو بالخیار فإذا سلّم دیگر حق رجوع ندارد.

ما هستیم و تعبیر تسلیم و تعبیر قبض. اگر عرف در معنای قبض استیلاء را کافی می داند، إذا لم یقبضوا حتی مات یعنی تحت استیلاشان در نیامده باشد.

اگر شما از روایت عقبه بن خالد چیزی فراتر فهمیدید، (این را برای جواب مرحوم اصفهانی عرض می کنم، چون مرحوم اصفهانی می گوید قبض فراتر از استیلاء است) حتی اگر استظهارتان از روایت درست باشد، اما این روایت مربوط به باب بیع است، دلیلی ندارد که این را توسعه بدهیم و بیاوریم به باب وقف.

حتی اگر شما بگوئید ذیل این روایت دارد تفسیر می کند، ولی تفسیری که فراتر از مفهوم عرفی باشد می شود تعبد. ولو لسان تفسیر باشد می شود تعبد. و این تعبد وقتی در باب بیع آمده دلیلی بر توسعه نداریم.

اگر بفرمائید القاء معیار است. می گوئیم آنوقت اطلاقی ندارد، با توجه به اینکه مصدر است به بحث بیع و شراء و ممکن است بیع خصوصیتی داشته باشد اطلاقی ندارد حتی اگر ضرب قاعده باشد. حتی ضرب قاعده هم ادعا است. اینها همه مربوط به این بیعی بوده که این شخص انجام داده است. از امام سؤال می کند که شخصی متاعی را نزد شخصی گذاشته تکلیفش چه می شود؟ امام می فرماید از مال بایع. چه کسی گفته ضرب قاعده در مفهوم القبض است تا بگوئیم تفسیر قبض است؟

نتیجه ای که از این بحث روایی می خواهیم بگیریم این است که این بحث روائی در بیع است. ظاهرش هم فراتر از تخلیه ای که در ذیل است نیست. چون فرض اینکه ترک المتاع عنده به معنای اینکه استیلاء حاصل است و قبض نیست نمی باشد، می شود فروض دیگری کرد که در آن این معنا نباشد.

از روایت بیش از تخلیه بایع استفاده نمی شود

بنابر این ما از این روایت صدرا و ذیلا در مجموع بیشتر از این نمی فهمیم که تخلیه بایع لازم است. همین است که مرحوم شیخ هم آخر بحث به نظرم همین را فهمیده است که آخرش این یخرجه من بیه از کنایه از تخلیه بایع نیست.

اگر این را گفتیم فبها. و اگر این را نگفتیم و گفتیم از این روایت بیشتر از این می شود فهمید، باز هم ربطی به بحث ما در وقف ندارد. چون این تضییق تعبدی است. و این تعبد یا قطعاً بخاطر وجود ما یحتمل قرینته ظهورش سقوط پیدا می کند، یا اینکه اطلاقی ندارد تا ابواب دیگر را بگیرد اگر تازه ما استفاده ضرب یک قاعده تفسیریه در مفهوم ضرب کنیم. سؤال: احتمال خصوصیت را از کجا می گوئید.

جواب: ممکن است بیع خصوصیتی داشته باشد چه می دانیم. مثل اینکه در باب کیل و وزن همین را تصریح کرده اند مرحوم علامه و دیگران، که کیل و وزن را لازم دانسته اند در جهت قبض. چون ممکن است کسی مثل مرحوم نائینی بگوید کیل و وزن ربطی به قبض ندارد.

سؤال: کیل و وزن مفاد روایات است.

جواب: بله مفاد روایات است اما من حیث القبض است یا تعبد است. مرحوم نائینی می گوید از باب قبض نیست. مخالفین هم بیانی دارند که چرا از باب قبض است. چون می گویند جهت دیگری در مسئله اشتراط کیل و وزن وجود ندارد الا من حیث وجود القبض. این ادعای آن آقایان است. حالا جهتش این باشد یا نباشد، ما می خواهیم بگوئیم مرحوم علامه ادعا کرده است در بحث مکیل و موزون قبضش به کیل و وزن است. این چه ربطی به بحث وقف دارد؟ ما در باب بیع ممکن است خصائصی داشته باشیم. دلیلی بر این نداریم که فراتر از معنای عرفی قبض و تسلیم که عنوانش در روایات وقف آمده اگر یک قید مازاد در روایات بیع آمده این حتماً باید در قبض هم بیاید. این دلیلی ندارد. این نکته از روایت تمام.

بررسی معنای لغوی قبض و حیثیات فاعلی و مفعولی در آن

دو نکته از کلام مرحوم اصفهانی را هم عرض کنیم. ایشان بحث زیاد کرده است در این مسئله ماهیت قبض، تحت عنوان منها، منها مسائل و اموری را توضیح داده است.

یک نکته ای که به لحاظ لغوی شاید مؤثر باشد این است که در بعضی متون قبض را به دو معنا گرفته اند، حتی مرحوم شیخ ره هم شاید همینطور باشد. می گوید قبضی که فعل بایع است تخلیه است، قبضی که کار مشتری است که ظهور قبض را هم در این گرفته می گوید عبارت است از استیلاء. عده ای هم گفته اند قبض یک معنا دارد اینها محققات آن هستند.

مرحوم اصفهانی می فرماید: قبض چه استیلاء باشد و چه تخلیه دو تا حیثیت دارد: یکی قائم به فاعل است و معنای فاعلی است و یکی قائم به شخصی است که طرف و مشتری است که معنای مفعولی اش است. می گوید اصلاً اینها متحد بالذات و متغایر بالاعتبار هستند. می گوید یک مبدأ (چه استیلاء باشد و چه تخلیه) ینسب الی البایع به معنای فاعلی اش و ینسب به مشتری به معنای مفعولی اش. اصلاً یک ماده است. ولذا قبض دو معنا و دو مصداق هم ندارد. حقیقتش یک چیز است. منتهی ینسب الی البایع به معنای فاعلی و ینسب الی مشتری به معنای مفعولی. حالا اینکه چه چیزی محقق آن می شود بحث دیگری است.

پس معنای قبض چه استیلاء باشد و چه تخلیه فرقی از این جهت نمی کند.

محقق اصفهانی: در قبض چیزی فراتر از استیلاء لازم است

آنوقت در باب محققات، می گوید تخلیه محقق استیلاء علی الظاهر هست. منتهی ایشان یک حرفی دارد (که با حرف دیگران فرق دارد و به درد می خورد این است که) می گوید: استیلاء که در کلمات قوم آمده است به معنای حقیقة القبض، به نظر ما یک چیزی فراتر از استیلاء لازم است. چون استیلاء در جهت تملیک اعتباری که مسلماً قبض نیست. این استیلاء حاصل است به مالک شدن انسان. من مالک که بشوم استیلاء بر تملیک دارم. پس استیلائی که اینجا لازم است استیلائی است که له مساس بالعين الخارجی، مساس بالمبیع. یک استیلائی است که یک جوری ربطی به تصرفات خارجی داشته باشد نه مطلق الاستیلاء. می گوید ظهورش هم این است که یک اتصالی به این امر خارجی پیدا کند. ادعای ایشان این است. دلیل ایشان چیست؟ می گوید قبض در مقابل بسط است به معنای امساک است. و امساک گرچه مصادیقش فرق می کند، امساک البیع یک جور است، امساک یک جواهر یک جور است، امساک اسکناس یک جور است. می خواهد بگوید امساک استیلاء مطلق نیست. معنای قبض مقابل بسط است به معنای امساک. محققات امساک مختلف هستند. حالا سؤال این است که امساک عبارت است از استیلائی که یک جوری در تصرف ظهور پیدا کرده باشد. به این می گویند امساک. مثلاً در دار چه جور می گویند من دار را گرفتم. غیر از استیلاء بر دار است. گرفتن دار به این است که شما استیلاء پیدا کنی یک تصرفاً مائی هم بکنی مثل اینکه بروی داخل خانه مثلاً، یا کلید خانه را بگیری و پا داخل خانه بگذاری. یک جور تصرف بکنی. ادعای ایشان این است. این استیلاء خاص است.

پس حرفی که ایشان در بحثشان دارند و مقداری با دیگران متفاوت است این است که استیلاء خاص حقیقت قبض است نه مطلق استیلاء.

ولی آیا این حرف درست است؟

رد کلام محقق اصفهانی توسط حضرت امام قده

ظاهراً کلام حضرت امام قده به ایشان ناظر است، می گوید در قبض، قبض حقیقی که بیاید داخل دست، اینکه حتماً لازم نیست. پس می رویم سراغ معنای مجازی قبض. و در معنای مجازی به نظر می آید استیلاء است. اما استیلاء توأم با تصرف خارجی دلیل ندارد و نمی خواهیم. یعنی در واقع حرف مرحوم آخوند، مرحوم نائینی، محقق عراقی و دیگران که از قدماء و متأخرین علماء خیلی ها همین است که حقیقت قبض استیلاء است. اما اینکه در این استیلاء باید یک جور تصرف هم باشد، یک ادعایی است از محقق اصفهانی و ثابت هم نیست.

من می خواهم نتیجه بگیرم که علی الظاهر در قبض بیش از همان معنای عرفی استیلاء در آن نیست. تخلیه و امثال آن محققات هستند. آنوقت احکام را باید نگاه کنیم. هر کجا ممکن است حکم به لحاظ خصوصیات دلیلش چیزی مازاد یا کمتر از استیلاء داشته باشد. تخلیه چیزی کمتر از استیلاء است محقق استیلاء است، یکی نیست، و ممکن است گاهی از استیلاء جدا هم بشود.

در بحث وقف همانطور که عرض کردم برخی روایات عنوان قبض موقوف علیهم دارد و بعضی ها تسلیم را دارد. و ظاهرش این است که آنجا بحث تخلیه نیست، قبض موقوف علیهم است، و ظاهراً آنجا استیلاء است.

یک بحث کوچکی باقی می ماند که انشاء الله فردا عرض می کنیم. و آن این است که بعضی از فقهاء فراتر از این قبض، اقباض واقف را هم شرط کرده اند. که اگر این اقباض شرط باشد به چه معنا است، تخلیه است یا بیشتر است؟ که فردا عرض می کنیم. و الحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ماهیت اقباض ۶۴۱
- مراد از اقباض مجرد تخلیه است یا تخلیه منجر به تسلّم به موقوف علیه ۶۴۳
- عدم تسلّم اختیاری توسط موقوف علیهم از بحث خارج است ۶۴۴
- در جائی که بین تسلیم و تسلّم غیر عامدانه انفکاک شود در صدق تسلیم تشکیک داریم ۶۴۵
- بحث اشتقاقات لغت ۶۴۶
- مسئله ۱۵ تحریر: شرطیت دوام ۶۴۷
- فروع متفرع بر مسئله شرطیت دوام ۶۴۸
- بررسی عبارت و فی صحتّه حبساً أو بطلانه کذلک ۶۴۹
- وقف علی من ینقرض ۶۵۰

قبل از اینکه وارد بحث بعدی شویم، نکته ای از بحث قبض باقی مانده است که مناسب است تذکر داده شود.

ماهیت اقباض

ما بحث قبض را تمام کردیم و ذیل بحث قبض هم ماهیت قبض را در حدی که اجمالش میسور بود تبیین کردیم. نکته ای که باید اضافه کنیم بحث اقباض است. ما در بحث قبض دیدیم که این پرسش مطرح است که آیا قبض، فعل بایع است یا فعل مشتری؟

ظهور اولی اش بر حسب بعضی تعابیر فعل مشتری است، بعضی ها هم مثل صاحب کاشف الرموز گفته بودند که قبض به معنای تقبیض است که فعل بایع است.

منتهی نکته ای که باید اضافه کرد این است که در کلمات فقهاء گاهی اقباض یا تقبیض را شرط کرده اند. یادتان هست که در نهاییه شیخ طوسی شرط را تقبیض آورده بود. بعضی گفته اند در وقف چهار چیز شرط است، بحث تنجیز، خلو از نفس، اقباض (که بعضی تقبیض آورده اند) و دوام. این تعبیر را خیلی ها دارند.

آیا اقباض غیر از قبض است؟ و سندش چیست؟

اگر یادتان باشد در لابلائی بحث برخی از فقهاء مثل صاحب مفتاح الکرامه به تبع برخی دیگر اقباض را به معنای اذن فی القبض گرفته اند، گفته اند مقصود از اقباض اذن فی القبض است، به صورتی که قبض به نحوی مستند شود به واقف.

اذن فی القبض دلیل خودش را دارد. آیا فراتر از اذن فی القبض اقباض هم شرط است؟

برخی عبارات (نه زیاد) تصریح می کنند که ما دو تا شرط داریم. محقق کرکی (اگر اشتباه نکنم) ایشان هر دو را آورده است می گوید هم اقباض و هم قبض. می گوید اقباض شرط است و این غیر از شرطیت قبض است که قبلاً گفتیم. مرحوم کاشف الغطاء (هر چند مجدد مراجعه نکردم) می گوید قبض عن اقباض شرط است. خب در این یک دقتی هست، و الا چه ضرورتی داشت این را بگوید. حداکثر می گفت قبض عن اذن شرط است اما چرا گفت قبض عن اقباض شرط است؟

حالا ما اصلاً کار نداریم که چرا این را گفته اند. اگر دلیل صرف اذن باشد که این شرط مازادی نیست. اذن البته لازم است دلیلش را هم گفتیم که چرا لازم است.

اما اگر رجوع به روایات باشد، دو روایت که در باب چهارم خواندیم «ذا لم یقبضوا» بود. که این مربوط به موقوف علیهم است و بحثی در آن نیست، ربطی به اقباض ندارد. اما روایت عمری تعبیر این بود که «کل ما لم یسلم فصاحبه فیه بالخیار و کل ما سلم فلیس له الخیار». اینجا ممکن است کسی بگوید معیار تسلیم است و تسلیم اقباض است نه قبض. اینها را قبلاً بحث کردیم که آیا از این روایت چیزی فراتر فهمیده می شود، ما استظهارمان این بود که اقباض به معنای تسلیم هم شرط است و قبض هم شرط است. بنابر این قبض عن اقباض که مرحوم کاشف الغطاء می گوید درست است. منتهی آن بحث ها گذشت. آنچه به بحث فعلی مربوط است این است که اگر گفتیم اقباض شرط مستقل است و مثل مرحوم صاحب مفتاح الکرامه و صاحب مسالک نباشیم که مقصود از اقباض و تسلیم را اذن فی القبض دانستند، بلکه اقباض و تسلیم خودش را شرط بدانیم، اگر این باشد چه چیزی لازم است؟ همین بحثهایی که در قبض گفتیم ظاهراً آنجا هم می آید که آیا این تسلیم صرف تخلیه است، یا تخلیه منجر به استیلاء موقوف علیهم هست. اگر همیشه با هم توأم باشند، که نزاعی وجود

ندارد. تسلیم همیشه منجر به تسلّم موقوف علیهم می شود. اما اگر گفتیم قابل انفکاک است صوری را می توانیم تصویر کنیم که تخلیه باشد بین موقوف و موقوف علیهم، ولی در عین حال استیلاء موقوف علیهم که قبض او است حاصل نشود. اگر گفتیم چنین چیزی تصویر می شود، آنوقت قابل بحث است که آن چیزی که از روایات فهم می کنیم کدام یک از اینها است، صرف تخلیه است یا تخلیه منجر به استیلاء موقوف علیهم است. یعنی همان نزاع در قبض اینجا هم می آید.

مراد از اقباض مجرد تخلیه است یا تخلیه منجر به تسلّم به موقوف علیه

در قبض ما گفتیم ظهورش در استیلاء است. اما اینجا فعل بایع است، اینکه مسلم است، منتهی می خواهیم ببینیم که اقباض یا تسلیم (چون سلّم دارد) که کار واقف است، آیا مطلق تخلیه است یا تخلیه منجر به تسلّم موقوف علیهم هست؟ در امر تکلیفی معنا ندارد ما تکلیف کنیم به مثل بایع در بحث بیع که شما تسلیم مشتری هم باید داشته باشی. اینکه معنا ندارد. چون تسلّم مشتری در اختیار بایع نیست. به همین دلیل هم عده ای گفته اند در تکلیف و در وجوب تسلیم در بیع، معنا ندارد بگوئیم که تسلیم منتهی به تسلّم مشتری است. تسلیم منتهی به استیلاء مشتری است. این در اختیار بایع نیست که همچنین کاری انجام بدهد. منتهی این بحث اصلاً در وقف نمی آید. چون در وقف ما ایجاب تسلیم وقف به موقوف علیهم نداریم. این را که نداریم مگر در فروضی که غیر از بحث ما است. مثل اینکه وقف تمام بشود قبض و اقباض حاصل بشود دوباره به یک دلیلی در اختیار واقف قرار بگیرد بگوئیم نه باید برگرداند به موقوف علیهم، که ربطی به بحث وقف از حیث وقف ندارد. چون می دانیم که در وقف اقباض واجب نیست. چون به قبض تازه وقف تمام می شود، قبلش فهو بالخیار است، که نص روایت بود. آنچه که در وقف مورد بحث است معنای وضعی است نه تکلیفی. آیا آنچه وقف به آن تمام می شود بنابر اینکه اقباض هم دخیل باشد، صرف تخلیه است یا تخلیه منتهی به تسلّم مشتری و استیلاء مشتری است. در معنای وضعی، قدرت شرط نیست. اشکالی ندارد که ثبوتاً بگوئیم تخلیه شرط است یا تخلیه منتهی به استیلاء موقوف علیهم شرط است. این ثبوتاً هیچ مانعی ندارد. جائی که ما می گوئیم قدرت شرط است مال تکلیف است. در وضع که اشکال ندارد بگوئیم صحت وقف مشروط است به تخلیه خاص، یعنی تخلیه ای که ثبوتاً منتهی شود به تسلّم مشتری و استیلائش.

پس ثبوتاً می شود به نحو وضعی ما اقباض را اخذ کنیم، که وقتی می گویند اشتراط، در معنای وضعی است. بنابر این در این معنای وضعی می شود فرض کرد که ما منتهی به تسلّم و استیلاء مشتری را داشته باشیم.

سؤال وجواب: شرط وجوب که می شود غیر مقدور باشد ولی واقع شود، مثل زمان. شرط واجب هم همینطور، مثل اینکه از حالا واجب می کنند حج در موسم راه، با اینکه موسم در اختیار من نیست. زمان در اختیار من نیست ولی خودش می آید، وقتی آمد هم وجوب می آید و اگر هم شرط واجب باشد واجب می آید. اصلاً دلیل اینکه معلقش می کنند بخاطر این است که موسم در اختیار ما نیست اگر در اختیار ما بود که معلقش نمی کردند. گرچه در بحث واجب معلق عده ای توسعه می دهند و می گویند معلق بودن ربطی به خصوص غیر مقدور ندارد.

پس برای اشتراط منافات ندارد. مثل بحث قبض می شود، منتهی چون این فعل واقف است باید ببینیم ظهور روایت چیست. در آن بحث هم گفتیم قبضی که موضوع احکام است در هر حکمی باید جداگانه لحاظ کنیم که چه قبضی شرط است. مثلاً همانطور که از برخی از بزرگان آوردیم در مثل هبه وقتی می گویند قبض شرط است ظاهرش حیات است بطوری که در دست متهب قرار بگیرد، نه اینکه صرفاً تخلیه بین موهوب له و شیء موهوب باشد. اینطور نیست. باید در دست و استیلاء او قرار بگیرد.

حالا در باب تسلیم چه ظهوری هست؟

عدم تسلیم اختیاری توسط موقوف علیهم از بحث خارج است

ممکن است بگوئیم اگر ما باشیم و صرف تسلیم، بعید نیست بگوئیم اینجا تخلیه است. آن چیزی که واقعا واقف باید انجام بدهد که می گوید کل ما سلم به همین صدق می کند که تخلیه کند بین موقوف علیهم و وقف. بلکه در شرائط معمول اصلاً از هم جدائی ندارند، این تخلیه ملازم می شود با استیلاء موقوف علیه. بله یک جاهایی ممکن است که موقوف علیه به اختیار خودش از استیلاء برود بیرون. واقف در اختیار او قرار میدهد، ولی خود او کاری می کند که در استیلائش واقع نشود. مثل اینکه طرف کلید را به او می دهد ولی می گذارد می رود که استیلاء پیدا نکند بر این شیء.

اینجا به نظر نمی آید که روایت می خواهد بگوید تسلیم حاصل نشده است. «کلماً سلم» مسلماً در اینجا صدق می کند. واقف دارش را بر اولاد وقف کرده، دار را هم می آید تقدیم اولاد می کند و کلید را هم به آنها می دهد، اولاد تسلیم نمی کنند اختیاراً. خب چه ربطی به این آقا دارد.

درست است که ما الان به بحث قدرت کار نداریم که مقدور است یا نه، بحث شرط وضعی است، ولی واقعا آیا از «کلماً سلم» ما بیشتر از این می فهمیم که واقف تسلیم کرده و انجام داده و موقوف علیهم هم بالاخر تسلیم نکرده است.

در جائی که بین تسلیم و تسلیم غیر عامدانه انفکاک شود در صدق تسلیم تشکیک داریم

اگر یک جایی فرض داشته باشد که واقف تسلیم کرده و تکویناً انفکاک پیدا بشود با استیلاء موقوف علیه، شاید اینجا قابل بحث باشد. یعنی نه از باب تعمد موقوف علیه تسلیم نکند، بلکه به هر دلیلی تسلیم نشود ولو بخاطر مشکل سماوی، آیا اینجا صدق می کند که سلم الدار؟ نمی دانم در این تردید دارم. آنجایی که تعمد باشد به نظرم روشن است، حالا چه از باب انصراف روایت بگوئید یا چه بگوئید مسلماً مصداق تسلیم حاصل است. اما آنجایی که واقعا من تخلیه کردم بین موقوف علیه و این دار، ولکن یک مشکل سماوی پدید آمد که نشد تسلیم کند، اینکه اینجا نگویند من تسلیم کردم مقداری محل تأمل است.

سؤال: بنا شد اگر قبض و اقباض هر دو را شرط بدانیم، دیگر نباید در اقباض منتهی شدن به تصرف مشتری را شرط بدانیم. چون منتهی شدن به تصرف مشتری می شود قبض که شرط دوم بود. چون خود اقباض یعنی شما او را از انحاء تصرفات متمکن کنید.

جواب: این را از کجا می فهمید؟ لفظ اقباض که نداشتیم. ما لم یقبضوا که کار موقوف علیهم بود. لفظ سلم داریم، ببینیم سلم کی صدق می کند.

سؤال: تسلیم هم یعنی طرف را متمکن کند از انحاء تصرفات.

جواب: یعنی اگر به من بگویند ما لم یسلم فهو بالخیار، من آوردم به این آقا بدهم که در حضور من هست، ولی در آن سکنه کرد و مرد، آیا صدق می کند که من تسلیمش کردم؟ این را شک دارم و واقعا تردید جدی دارم که اینجا مصداق تسلیم باشد. بله اگر من تخلیه کردم او تعمداً زیر بار نرود، اینجا به من نسبت نمی دهند که من تسلیم نکردم. اما اگر یک چیزی پدید بیاید که مال به او نرسد، در این تردید است که مصداق تسلیم باشد.

سؤال: در موارد جهل، تسلیم هست ولی نمی داند لذا تسالم نیست.

جواب: ایصال به او می شود یا نه. او سیطره پیدا می کند یا نه. به فرزندش می گوید کلید خانه را بگیر، او هم می گیرد. می گوید برو داخل خانه، او هم می رود. استیلاء حاصل است. بله ما یک بحثی داشتیم که قبض باید به عنوان وقف باشد، آن بحث دیگری است، چون فعل ذو وجوه است، اگر {قصداً} نکند قبض صدق نمی کند.

عمده بحث ما در اینجا انهاء عمل واقف است به موقوف علیهم. این انهاء لازم است یا نه. اگر بگوئیم صرف تخلیه است، انهاء لازم نیست. به نظر من یک یک جاهایی که مسلماً صرف تخلیه کافی است، اکثر موارد اینطوری است. آقای

موقوف علیهم در خانه نشسته و من هم کلید خانه را می دهم، خب اقباض حاصل است. تخلیه من ملازم با استیلاء او است.

اما یک جاهایی می شود ملازم نباشد. دو جور است، یکوقت ملازم نبودن از باب عمل اختیاری خود موقوف علیه است، من به نظرم مسلم است که بیش از این لازم نیست. حالا یا از باب اینکه سلّم در روایت منصرف است از اینکه همچنین چیزی شرط باشد، یعنی شرط باشد انهاء تسلیم در همچنین جائی که عمدا موقوف علیهم نمی گیرد. یا از باب اینکه تسلیم صدق می کند. تخلیه به طرف که مانعی از اخذ ندارد این تمام تسلیم است. اگر این باشد که اینجا حل است. فقط می ماند موردی که به اختیار خودش را از محیط استیلاء بیرون نبرد، بلکه یک امر سماوی و مانع خارجی پدید آید، اینجا شک و تردید داریم که تسلیم صدق می کند یا نه.

سؤال: نظر نهایی شما چی شد؟ بالاخره آیا غیر از قبض اقباض هم شرط است؟

جواب: بله ظهورش این است. اقباض به تخلیه و قبض به استیلاء است.

سؤال و جواب: نمی خواهیم بحث را اعاده کنیم. ما ماهیت اقباض را می خواستیم بحث کنیم. والا بحث اینکه اقباض شرط مازاد است قبلا بحث کردیم، آنجا آوردیم که یک عده ای گفتند اینجا دو تا مطلوب نیست. یک عده ای مثل مرحوم سید گفتند نه دو تا مطلوب است و تعارض می کنند. ما گفتیم تعارض هم وجهی ندارد.

سؤال: ماده ۵۹ قانون مدنی ظهورش این است که اقباض را شرط می داند. می گوید: «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی شود، و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند».

جواب: به قبض دادن یعنی شرط است که قبض حاصل بشود.

بحث اشتقاقات لغت

نکته ای دوستان در بحث اقباض متذکر شدند که می گویند اقباض در لغت نیامده است. قبض هست و تقبیض هم هست. ادعا کردند که فقط صحاح گفته تقبیض را.

منتهی مراجعه کردم دیدم اینطور نیست، در تاج العروس هم تقبیض را آورده اند به همین معنای اخذ. البته خیلی نیست. لسان العرب هم آورده است که قبضه المال یعنی اعطاء اياه. در کلمات فقهاء که تقبیض الی ما شاء الله است. اقباض هم هست. اقباض را فقهای عرب گفته اند. دیدم ابن فهد حلی اقباض دارد. محقق کرکی که عرب است اقباض دارد. در

مفتاح الکرامه عاملی هم اقباض دارد. اقباض را همه فقهاء دارند. هر چند نمی دانم از کجا آورده اند. ولی یک بحث مهمی است که آیا در اشتقاقات ما حق داریم اشتقاقی را که در لغت نیست بیاوریم؟ بعضی ها می گفتند نخیر، این لغت چون سماعی است ما به هر بابی ببریم و اشتقاق درست کنیم. اما یک صاحب اقرب الموارد در مقدمه کتاب یک بحث خیلی خوب لغوی دارد که چند فائده دارد، یکی اش همین است که به نظرم می آید که لازم نیست همه اینها در لغت بیاید، بلکه می شود این اشتقاقات را آورد. آنوقتی که ما راجع به منبطل بحث کردیم، گفتیم انبطل در لغت عرب نیست. اتفاقا انبطل را هم عرب ها داشتند. مرحوم آقای حکیم در مستمسک انبطل را آورده است، در برخی کتب فقهی دیگر انبطل هست. به همان مناسبت به اقرب مراجعه کردم دیدم ایشان گفته است که بابهای مختلف آوردن مانعی ندارد.

این هم یک بحثی است که لغویین واقعا چه می گویند؟ دوستان که اهل کار ادبی هستند این را تحقیق کنند که آیا ما حق داریم باب اشتقاقاتی که در لغت نیامده بیاوریم یا نه؟ البته فقهاء الی ما شاء الله این کار را می کنند. در همین بحث دیروز ما مرحوم آقای خوانساری که تقریرات آقای نائینی را نوشته در مقابل قبض انقباض را آورده است. در حالی که آن طرف قبض انقباض نیست. البته در لغت هم انقباض را شاید به معنای مطاوعه قبض آورده باشند. انقباض آورده اند، با اینکه هیچ معهود نیست که کار مشتری را انقباض بگوییم. کار مشتری چیز دیگری است. بحث قبض و اقباض یکی از شرائط چهارگانه ای بود که معمولا فقهاء می گویند.

مسئله ۱۵ تحریر: شرطیت دوام

شرط دوم: شرط دوام است. و این هم بحثهای مشکلی دارد گرچه برخی راحت حل می کنند.

مسئله ۱۵ تحریر: «یشترط فی الوقف الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة، فلو قال وقف هذا البستان علی الفقراء الی سنة بطل وقفا، و فی صحته حبسا أو بطلانه کذلک ایضا وجهان». که در متن اختیار نمی کند کدام است. بعد می فرماید: «نعم لو قصد به الحبس صحّ».

در این مسئله چند دقت مهم لازم است که باید فروعات این مسئله تفکیک بشود که گاهی آدم می بیند اینها خلط می شوند:

اولین مسئله این است که: در وقف دوام به معنای عدم توقیت به مدت شرط است. چون یک معنای تأیید داریم که ذکر کنند ابدًا. فعلا مقصود از دوام این است که آن را موقت نکنید. انسان اگر بخواهد خانه خودش را وقف کند، نمی تواند

بگویند من این خانه را وقف فقراء کردم ده ساله. حالا برای بعد از ده سال می تواند بگوید برگردد، یا هیچ چیز نگوید. آیا این وقف درست است؟

می گویند نه. شرط وقف این است که دوام به عدم توقیت داشته باشد.

فروع متفرع بر مسئله شرطیت دوام

بعد متفرع می کند بر این مسئله مسائل و فروعی را که از اینجا زائیده می شود:

فرع اول این است که: وقتی شما دوام را شرط می کنید، لازمه اش این است که اگر توقیت کردید دیگر وقف حاصل نشود. شرط صحت بودن معنایش این است دیگر. وقتی می گوید یشرط فی الوقف یعنی در صحت وقف. لازمه اشتراط صحت وقف به دوام این است که فلو قید بوقت این لازمه اش این است که وقف باطل باشد. این یک فرع است که لازمه اشتراط است. حالا سندش چیست می خوانیم.

فرع دوم: اینجور انشاء وقف که بگویند من وقف کردم منزلم را برای ده سال بنا شد که بطل وقف. اما می شود همین چیزی که قصد به الوقف، وقع حبسا باشد؟ انشاء کرده است وقف را، قصدش هم وقوع الوقف است. ولی وقف واقع نمی شود. این مقتضای اشتراط به دوام است. که سندش را می خوانیم. اما آیا همین فرض که یعنی انشاء کند وقف را، و ذکر کند مدت را، قصد حصول وقف هم بکند، آیا یقع حبسا أم لا؟

فرع سوم: لو انشاء الوقف و ذکر المدة و قصد الحبس، یعنی انشاء وقف می کند توأم با وقت، ولكن قصد الحبس، آیا یقع حبسا؟ یعنی گیرش این است که انشاء وقف کرده ولی قصد حبس کرده است. آیا چون ذکر مدت کرده حبس واقع می شود.

فرع چهارم: لو انشاء الوقف و ذکر المدة ولم يعلم ما قصد. حال دیگری لم یعلم ما قصد، از باب اینکه نمی دانیم وقف واقع شده یا حبس واقع شده از باب اینکه احکام خودمان را نسبت به این آقا بدانیم که مثلاً موقوف علیهم چه حکمی دارند. یا نه خودش فراموش کرده، خودش یک انشاء وقفی کرده مکتوب هم کرده است که من وقف کردم خانه ام را برای فرزندم برای ده سال مدتی می گذرد بعد شک می کند که وقتی که وقف کرد قصد حبس کرد یا قصد وقف کرد. برای خودش هم پیش می آید.

یک بحثی است راجع به اینکه ما لم یعلم قصده تکلیف چیست؟

اینجا جای جریان اصول عدمی یا ظواهر یا اصالة الصحة در فروضی است که بعضی گفته اند.

سؤال وجواب: فرع سوم این بود که لو انشاء الوقف و ذکر المدة وقصد الحبس، سؤال این است که حبس واقع می شود یا نه. اما فرع رابع این است که لم يعلم که لو انشاء الوقف و ذکر المدة ولكن لا يعلم که قصد وقف کرده یا قصد حبس کرده است.

پس یک فرع داریم که انشاء وقف کند با مدت و قصد وقف کند. این بطل وقف. فرع دوم این است که انشاء وقف کند و ذکر مدت کند و قصد وقف کند آیا صحح حبسا أم لا. فرع سوم اینکه که انشاء وقف کند و ذکر مدت کند و قصد حبس کند، آیا حبس واقع می شود یا نه. فرع چهارم اینکه انشاء وقف کند و ذکر مدت کند و لم يعلم ما قصد، حالا خودش لم يعلم ما قصده یا دیگران لم يعلموا ما قصده از باب اینکه می خواهند آثار مترتب کنند اگر وقف باشد موقوف علیهم تکلیفی دارند وقف نباشد بحث دیگری است.

این چهار فرع است. در عبارت مقداری اینها با هم خلط شده است. در عبارت می فرماید: يشترط فی الوقف الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة، که بحثش می آید، آنوقت نتیجتاً فلو قال وقفت هذا البستان على الفقراء الى سنة بطل وقف، این فرع اوله و فی صحته حبسا أو بطلانه كذلك ایضا وجهان، در اینکه آیا همین حبس می شود یا باطل می شود مثل وقف، وجهان است، که نگفته اند کدام را قبول دارند. آیا اینجا دارد همان فرعی را می گوید که انشاء کرده، ذکر مدت کرده، قصد وقف هم کرده، آیا یصح حبسا؟ یا جائی را می گوید که معلوم نیست کدام را قصد کرده است. بعد می گوید نعم لو قصد به الحبس صح. این را هم ذکر کرده است. اگر انشاء وقف کند، ذکر مدت کند، قصد حبس کند (که فرع سوم ما بود) گفته این هم تکلیفش روشن است که صح. اما این را نگفته است که اگر انشاء وقف کرد و ذکر مدت کرد و لم يعلم ما قصده، این فرع را ذکر نکرده است. و ما نمی دانیم این عبارت و فی صحته حبسا أو بطلانه كذلك کدام را دارد می گوید. آیا فرع دوم را می گوید که انشاء وقف کند، ذکر مدت کند، و قصد تحقق الوقف کند که گفتیم بطل وقف، همین را می گوید صح حبسا؟ یا فرع ما لم يعلم قصده را دارد می گوید؟ این روشن نیست.

بررسی عبارت و فی صحته حبسا أو بطلانه كذلك

حالا به نظر شما کدام را می گوید. عبارت این است که فلو قال وقفت هذا البستان على الفقراء الى سنة بطل وقف، اینکه روشن است. و فی صحته حبسا أو بطلانه كذلك ایضا وجهان، مراد کدام است. به نظر فرع دوم را می گوید. یعنی همان فرعی که بطل وقف همان فرع صح حبسا آن محل بحث است. به نظرم این اظهر است یا ظهور دارد در این معنا. آنوقت معنایش این می شود که آن فرع را بحث نکرده، در حالی که خیلی از فقهاء بحث صح حبسا أو وقف را برده اند روی آن که لم يعلم ما یراد. آنوقت آنجا چون لم يعلم اصالة الصحة را جاری می کنیم می گوئیم یقع وقفا.

وقف علی من ینقرض

نکته ای که باید به آن توجه کنید بعد وارد استدلال ها بشویم این است که:

یک فرع دیگری داریم غیر از فروع ناشی از این مسئله، که این فرع در مسئله ۱۶ است که وقف علی من ینقرض است. وقف علی من ینقرض با این مسئله که ما الان در آن هستیم در جهتی مشترک است بلکه عین او است. اگر انسان می داند این کسی که دارد برای او وقف می کند ینقرض بعد اربعین سنة یا ثلاثین سنة، با علم به این می گوید من وقف کردم بر این اولاد یا این آقا که می دانیم دیگر بعد از سی سال هیچکس نیست، راجع به بعدش هم هیچ چیز نمی گوید.

از یک حیث این فرع با یکی است. چون لبا بعد از علم به اینکه موقوف علیه آمد دارد می داند که این وقفش مدت دار می شود ثبوتا. منتهی فقهاء فرق گذاشته اند بین مسئله ما و آنجا. در مسئله ما بجز دو سه مورد که عرض می کنیم اجماع تام است، هم اجماع محکی و هم اجماعی که می شود تحصیل کرد، تقریباً کمتر مسئله ای است که در آن نقل قول بشود بر یک نظر واحد که آن اشتراط دوام است. پس در این مسئله اجماع است. اما در مسئله دوم کثیری قائل به صحت شده اند. یعنی بین دو مسئله فرق گذاشته اند.

البته روشن است که دو مسئله فرق هایی دارند، آنجا وقف می کند ذکر مدت نمی کند. وقف می کند بر این افراد اما ثبوتا مدت دار می شود. ممکن است علم هم داشته باشم، و می دانم اگر وقف کنم بر یک آقای که نود ساله است چیزی باقی نمی ماند.

(دیشب داشتم نکته ای راجع به صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامه نگاه می کردم. اگر یادتان باشد وسط های بحث گفتم حرف صاحب ریاض و مفتاح الکرامه یکی است، نمی دانم کدام از دیگری گرفته است. بعد گفتم رفتم تاریخش را نگاه کردم دیدم صاحب مفتاح الکرامه زودتر فوت کرده، ولی بعد گشتم دیدم کتابش از ریاض جدیدتر است و ریاض اقدم بود. دیروز داشتم بحث آتی را مطالعه می کردم دیدم تصریح می کند که قال شیخنا فی الریاض دام ظله. صاحب ریاض استاد صاحب مفتاح الکرامه است ولی تاریخ فوت صاحب مفتاح الکرامه زودتر است. پس حواستان باشد که گاهی ممکن است شاگرد از استاد زودتر فوت کند).

پس این مسئله ۱۶ هم مد نظر باشد که انشاء الله در بحث خودش مفصل می آید. بحث ما در عین حالی که با آن مسئله مشترک است در اینکه مدت دار می شود ولی دو تا مسئله است با دو جور اقوال و دو جور تحصیل اجماع و مشهور، که مستندش به تفصیل خواهد آمد.

یکی از بحث های مهمش یکی بحثی است که شیخ انصاری در ملکیت زمانی مطرح کرده است. ایشان محال دانسته است و آخوند ممکن دانسته است. ندیده ام این آقایان که بر تحریر حاشیه زده اند کسی این را مطرح کند. بحث فوق العاده جالبی است. امروزه بحث ملکیت زمانی در دنیا خیلی مطرح است که می شود ملکیت موقت داشته باشیم مثل منفعت موقت یا نه. مثلاً خانه ای را یک هفته ای بفروشیم. تملیک کنیم یک هفته ای. مثلاً یک ویلایی در شمال یک هفته مال من، یک هفته مال شما و یک هفته مال دیگری باشد. مالک باشیم نه اینکه مستأجر باشیم. این را در دنیا دارند.

حالا مرحوم شیخ در همین بحث اینجا فرموده: ملکیت زمانی محال است و آخوند می گوید محال نیست. بحث دقیقی است. مطالعه کنید تا بحثش برسد.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: لزوم تأیید در وقف ۶۵۲
- تبریک مناسبات و بیاناتی پیرامون مشکل کرونا ۶۵۲
- لزوم تأیید در وقف ۶۵۳
- مقایسه وقف غیر مابد با وقف علی من ینقرض غالباً ۶۵۴
- بیان چهار فرع مربوط به شرط تأیید در مسأله ۱۵ ۶۵۵
- فرع اول: بطلان وقف مؤبد ۶۵۵
- فرع دوم: حبس واقع شدن انشاء وقف موقت به قصد وقف ۶۵۵
- فرع سوم: حبس واقع شدن انشاء وقف مؤبد به قصد حبس ۶۵۶
- فرع چهارم: اصل در فرض شک در نیت واقف ۶۵۶
- ادله اشتراط تأیید در وقف ۶۵۷
- دلیل اول بر لزوم تأیید: اجماع محصل و منقول ۶۵۸
- بررسی اصل تحقق اجماع ۶۵۸
- نقل اجماع توسط صاحب ریاض ۶۵۸
- نقل اجماع توسط صاحب مفتاح الکرامه ۶۵۹
- نقل اجماع منقول و محصل توسط صاحب جواهر ۶۶۰
- تأیید وجود اجماع محصل و منقول ۶۶۱

مسئله ۱۵: لزوم تأیید در وقف

تبریک مناسبات و بیاناتی پیرامون مشکل کرونا

امروز اولین جلسه بحث در سال جدید شمسی است که به {دلیل عدم امکان تشکیل کلاس حضوری} به صورت غیر حضوری بر گزار می گردد.

به همین مناسبت تبریک و تهنیت عرض می کنم حلول سال جدید را، و از خداوند متعال می خواهیم امسال را سالی پر از برکت و توفیق و توأم با سلامتی و صحت برای همه مردم عزیز ما قرار دهد.

همچنین تبریک و تهنیت هم عرض می کنم ماه شعبان و اعیاد پر برکت این ماه عزیز را، مخصوصا که این ماه، ماه رحمت، عبادت، و استغفار است. از خداوند متعال می خواهیم به همه ما توفیق عنایت فرماید برای تقرب به درگاه حضرتش و استغفار در این ماه که معدّ برای این جهت هست.

و همینطور تبریک عرض می کنم میلاد مسعود منجی عالم بشریت حضرت بقیة الاعظم امام عصر حجة ابن الحسن العسکری عجل الله تعالی فرجه الشریف را که نور السموات و الارض است و یملاً الارض عدلا و قسطا بعد ما ملئت ظلما و جورا. از خداوند می خواهیم قلوب همه ما را به انوار معرفت و محبت خویش و معرفت و محبت اهل بیت هر روز بیش از پیش منور بفرماید.

متأسفانه از قبل از حلول سال جدید تا امروز کشور ما و تقریبا همه جهان به یک بلیه بسیار خطرناک مبتلا شده است که بلیه کرونا است. عده ای جان باخته اند و عده بسیاری هم ابتلاء پیدا کرده اند. از خداوند متعال برای جان باختگان رحمت و علو درجات و برای بازماندگان صبر و اجر جزیل طلب می کنیم. در این ماه رحمت از خداوند متعال می خواهیم این بلیه را از مردم عزیز ما و از همه جهان رفع بفرماید، و انشاءالله به زودی وضعیت بهداشت و درمان کشور و وضعیت اقتصادی و معیشت مردم به وضع طبیعی برگردد.

در اینجا باید از همه کسانی که در این مدت برای رسیدگی به وضع بیماران و وضعیت درمان و بهداشت کشور تلاش و مجاهدت کرده اند تشکر کنیم، خصوصا پزشکان و پرستاران و همه کادر درمانی کشور که در خط مقدم این جهاد بودند و هستند. خداوند متعال به همه این عزیزان توفیق و سلامت و اجر بی پایان الهی عنایت فرماید.

لزوم تأیید در وقف

بحث ما قبل از تعطیلات به مسئله ۱۵ تحریر الوسیله رسیده بود که مربوط است به بطلان وقف در صورت تقیید به مدت و أجل. یعنی شرط وقف تأیید است و اگر در وقف زمان و مدت اخذ شود وقف باطل می شود.

متن مسئله این است: «یشترط فی الوقف الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة، فلو قال وقف هذا البستان علی الفقراء الی سنة بطل وقفا، وفی صحته حبسا أو بطلانه کذلک ایضا وجهان. نعم لو قصد به الحبس صحّ».

پس مدعا این است که در وقف، دوام به معنای عدم توقیت به مدت خاص مثل یک سال، پنج سال یا ده سال شرط است. وقف نباید محدود به زمان باشد و اگر بگوئیم: وقف کردم این خانه را برای یکسال یا ده سال، این چنین وقفی درست نیست.

البته به دنبال عدم صحت وقف بحث شده است که آیا {همین مفاد} به عنوان حبس صحیح است یا به عنوان حبس هم صحیح نیست. که در متن فرموده اند و جهان، و هیچ طرف را اختیار نیز فرموده اند.

در ادامه می فرمایند: «نعم لو قصد به الحبس صحیح». یعنی اگر همینجا به انشاء وقف قصد حبس کند به لحاظ عنوان حبس صحیح است.

در واقع این مسئله ۱۵ هم یک مسئله اساسی را متکفل شده است که آیا تأیید به معنای عدم توقیت به مدت، لازم است یا نه. و هم چند فرع در ذیلش مطرح شده است که برخی از آنها در متن اشاره شده و برخی هم به نحو اجمال آمده است که نیاز به بحث دارد.

مقایسه وقف غیر مآبد با وقف علی من ینقرض غالباً

این مسئله که دوام و تأیید در وقف لازم است گاهی برای اشاره به یک فرع دیگر هم هست که در مسئله ۱۶ تحریر مطرح می شود، و آن این است که آیا در وقف لازم است که بر کسانی وقف شود که به نحو طبیعی انقراض پیدا نمی کنند، یا اگر بر «من ینقرض» وقف شود یعنی بر کسی که انقراضش محتمل یا مظنون است و یا حتی مقطوع است وقف اشکال ندارد؟

مثلاً خانه ای را وقف کند بر ولد خاصش یا اولادش و در ادامه نگوید بعد از انقراض اینها، مال موقوفه برای فقراء و مساکین یا برای مسجد یا برای خیرات عمومی باشد. در این صورت علی القاعده این اولاد در طول زمان منقرض می شوند لذا وقف علی من ینقرض شده است.

اینکه وقف علی من ینقرض درست است یا نه، فرع دیگری است غیر فرع کنونی که در مسأله ۱۵ آمده است. وقف علی من ینقرض مورد مناقشه و نزاع قوم قرار گرفته است و عده قابل توجهی از فقهاء قائل به صحت آنند و عده ای نیز آن را باطل می دانند. آنهایی که قائل به بطلان چنین وقفی هستند گاهی آن را حبس می دانند و صور و اقوال دیگری اختیار کرده اند که بحثش خواهد آمد.

آنچه در اینجا مهم است این است که ما بدانیم در ذیل مسئله دوام و تأیید دو جور مسئله طرح می شود:

یکی اینکه ما تأیید به معنای عدم ذکر مدت را در وقف شرط بدانیم. به این صورت که واقف نگوید این خانه را وقف کردم برای ده سال.

بحث دیگر این است که کسانی که بر آنها وقف می شود دوام داشته باشند به طوری که وقف به دوام آنها باقی باشد. گرچه این دو مسئله مشابهاتی دارند و برخی از ادله آنها ممکن است مشترک باشد، بطوری که برخی از بزرگان فقهاء مانند صاحب ریاض، برخی از استدلالهای مسئله شانزدهم را در این مسئله پانزدهم نیز جاری می دانند. ولی ما باید توجه داشته باشیم که اینها دو فرع اند و اختلاط اینها موجب اشکال در طرح بحث نشود.

مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات وقتی می خواهد این مسئله را تحقیق کند، در ابتدا به تفصیل مقدمه‌ای در مورد فرق این دو مسئله ذکر می کند. ایشان هم تفاوت بین دو صورت مسئله را بیان می کند به فرقه‌های بین ادله این دو می پردازد. از همه مهمتر نیز اجماعی است که در مسئله ۱۵ وجود دارد در حالی که در مسئله آتی چنین اجماعی وجود ندارد و مساله اختلافی است و قائل به صحت هم در میان قدماء وجود داشته است. لذا نباید این دو مسئله را با هم خلط کنیم.

بیان چهار فرع مربوط به شرط تأیید در مساله ۱۵

بعد از روشن شدن تفاوت‌های دو مسئله به چهار فرعی می پردازیم که در مساله ۱۵ مطرح شده است.

فرع اول: بطلان وقف مؤبد

یک از بحث های اساسی و اصلی در این مساله ادله اشتراط دوام و تأیید به معنای عدم توقیت است که باید بحث شود.

از لوازم روشن مبتنی بر این اشتراط تابید، بطلان وقف به ما هو وقف است. پس بنا بر این شرط اگر کسی بگوید وقف کردم خانه ام را یا باغم را برای یک سال، بطل وقف. پس بطلان این وقف به عنوان وقفیت یکی از آثار اشتراط وقف به تأیید و دوام به معنای عدم توقیت است.

فرع دوم: حبس واقع شدن انشاء وقف موقت به قصد وقف

فرع دیگری که اینجا ذیل بحث بطلان وقف مطرح می شود این است که این وقفی که انشاء شده است به عنوان وقفیت و واقف هم قصد وقفیت کرده است، منتهی آن را مقرون به زمان و مدت خاص مثل پنج سال کرده است اگر بعنوان وقف باطل باشد که متن فقهاء نیز هست، سؤال این است که آیا به عنوان حبس صحیح است یا نه؟

این فرع دوم در جائی است که واقف انشاء وقف کند به قصد وقفیت. می خواهیم ببینیم که آیا بعد از بطلان گونه وقفا می شود همین وقفی که انشاء شده به عنوان وقفیت و قصد وقفیت هم شده می شود حبس باشد یا نه؟

فرع سوم: حبس واقع شدن انشاء وقف مؤبد به قصد حبس

فرع سوم این است که اگر وقف مؤبد را به قصد حبس انشاء کند. مثلاً انشاء کند وقف مقرون به زمان یک ساله را متتهی قصدش حبس باشد. این هم یک فرعی است که هل يقع حبسا و یصح این وقف به عنوان حبس؟ یعنی ما حصل این انشاء وقف به قصد حبس، مصداق حقیقت حبس واقع بشود، این درست است یا نه؟ این هم یک فرع است.

فرع چهارم: اصل در فرض شک در نیت واقف

در فرع دوم که وقف مقرون به زمان را به قصد وقفیت انشاء می کند اگر قائل شدیم این وقف باطل است و همچنین در فرع سوم که انشاء می کند وقف را به قصد حبس اگر گفتیم صحیح است حبسا، آنوقت مسئله دیگری پدید می آید: که اگر کسی انشاء کند وقف را توأم با مدت و ما ندانیم که متکلم چه قصدی کرده است - آیا قصد وقفیت کرده، که حسب فرع دوم باطل باشد، یا قصد حبس کرده که حسب فرع سوم صحیح باشد (بنابراین که بگوئیم صحیح است) - آیا عقد صحیح است؟

پس فرع چهارم این است که اگر شک کردیم متکلم چه قصدی کرده است؛ آیا اصل بر این است که قصد وقف کرده پس وقفش باطل است، یا اصل ولو به ضمیمه اصالة الصحة این است که بگوئیم قصد حبس کرده بنابر این به عنوان حبس صحیح است، یا هیچکدام درست نیست؟

نتیجه: اینکه مسئله ۱۵ که امروز می خواهیم شروع کنیم و ادله اش را بحث کنیم مسئله بسیار مهم و دشواری است، خصوصاً با این فروعاتی که به دنبال اصل مسئله طرح می شود. و همه این فروعات شاید به یکجا در همه کتب فقهی بحث نشده باشد. برخی بعضی از فروعات را ذکر کرده اند و برخی بعضی دیگر را، ولی وقتی استیفاء می کنیم این چهار فرع مطرح شده است، ادله اش را هم باید ببینیم. و مسائل دشواری در مسیر راه پیدا می شود. مخصوصاً در این فرع چهارم که اصالة الحقیقة و کیفیت اجراء آن مطرح می شود. همچنین بحث اصالة الصحة و کیفیت اجراء آن مطرح می شود. ارتباط اصالة الصحة با اصالة الحقیقة و اصالة الظهور مطرح می شود. اینها مسائل دشواری است که متأسفانه برخی میان آنها خلط کرده اند. انشاء الله یک به یک این فروعات را طرح و بحث می کنیم.

قبل از همه این فروعیات باید اصل مسئله را تنقیح کنیم که اشتراط وقف به تأیید به معنای عدم توقیت چه دلیلی دارد؟

ادله اشتراط تأیید در وقف

سیر بحث: مجموع ادله ای که در کتب قوم با استقراء و استیفاء می شود پیدا کرد چهار دلیل است:

دلیل اول: اجماع است. که انشاءالله به تفصیل بحث می کنیم.

دلیل دوم: دخالت تأیید در مفهوم وقف است به معنای تقوم مفهوم وقف به عدم توقیت. که خود این هم بحث های دقیقی دارد و متأسفانه در کلمات در اینجا خیلی خلط شده است.

دلیل سوم: روایات خاصه است که ادعا شده است که دلالت بر تأیید می کند. که باید بحث کنیم.

دلیل چهارم: یک برهان اختصاصی از مرحوم شیخ انصاری قدس الله نفسه الزکیة است دال بر عدم معقولیت توقیت در اصل ملکیت. و بحث ایشان بحث فوق العاده دقیقی است و ایشان ادعا می کند که اصلاً ملکیت توقیت بردار نیست. وبنابر این در وقف که شخص دارد انشاء می کند تملیک به غیر را مثلاً تملیک به فقراء را یا به اولاد را یا مسجد را و غیره، این تملیک اصلاً زمان بردار نیست تا ما بگوئیم شرط وقف این است که موقت به زمان نباشد. اگر هم موقت کند لغو است چون توقیت بردار نیست. بحث ایشان بحث فوق العاده مهمی است، نه تنها در اینجا، بلکه باب یک بحث مهمی را باز می کند که در بیع و امثال اینها آیا می توانیم بیع را توقیت بکنیم به صورتی که ملکیت متبادله بین مشتری و بایع موقت باشد؟ بیع موقت می توانیم داشته باشیم یا نه؟

ما چنین استدلالی را در کلمات قوم نیافتیم الا در یکی دو عبارت از قدمات که صرفاً ادعا شده است عدم معقولیة تقیید الملكية. هیچ استدلالی هم ندارد. برخلاف شیخ انصاری ره که این عدم معقولیت را استدلالی کرده است که انشاءالله بحث خواهیم کرد.

پس ما علی القاعده بر حسب این برنامه چهار دلیل را باید بحث کنیم.

از آن طرف هم برای صحت برخی روایاتی را مورد استناد قرار داده اند.

پس ما هم باید روایات خاصه دال بر تأیید را که عده ای مثل شیخ طوسی قده و مثل صاحب حدائق ره تمسک کرده اند باید بیاوریم. و هم از آن طرف روایاتی برای صحت وقف مقرون به زمان را که توسط برخی تمسک شده است باید بحث کنیم.

دلیل اول بر لزوم تأیید: اجماع محصل و منقول

بر حسب این فهرستی که تا اینجا عرض کردیم اولین دلیل را باید مورد بحث قرار بدهیم و آن اجماع است. و این مسئله اجماع تحققش و دلالت و حجیت خیلی نیاز به تدقیق و استدلالهای دقیق دارد. متأسفانه در هر دو مرحله سخنانی گفته شده و نقل هایی شده است که صحیح نیست و ما اینها را انشاءالله یک به یک باید بحث کنیم.

بررسی اصل تحقق اجماع

نسبت به اصل تحقق اجماع، واقعیت این است که اجماع بر اشتراط وقف به تأیید و عدم توقیت، را با یک تدقیق هم می توان از کلمات فقهاء از زمان شیخ صدوق تا زمان حاضر تحصیل کرد. و هم می شود اجماع منقول را در عبارات برخی فقهاء بر وجود اجماع در میان قدا یافت.

نقل اجماع توسط صاحب ریاض

مرحوم صاحب ریاض ادعا فرموده اند که در مسئله اجماع وجود دارد. فرموده اند:

«فلو كان وقفه إلى أمد معین كـشهر أو سنة بطل عند الأكثر، لاشتراطهم التأيید المشترط في صحته عندهم، بل و غیرهم، حتی إن ابن زهرة ادعى في الغنية عليه إجماع الإمامية و هو الحجة المخصصة لعموم الآية الأمرة بالوفاء بالعقود...».

ایشان فرموده اند بطل عند الاكثر، در اینکه بطل وقفا که شکی نیست، این عند الاكثر بخاطر این است که چون برخی از همان کسانی که می گویند بطل الوقف گفته اند و لكن حبسا صحیح است، از این جهت بطل به نحو الاطلاق عند الاكثر است، اما بطل وقفا تقریباً ما کسی نداریم که در میان قدماء مخالف با این جهت باشد. لاشتراطهم التأيید المشترط في صحته عندهم، بل و غیرهم، یعنی حتی آنهایی هم که این تأیید را شرط صحت وقف ندانسته اند آنها هم گفته اند بطل.

بنابر این اصل این مسئله در میان قدماء اختلافی نیست.

حالا این را می خواستیم عرض کنیم که ایشان هم از ابن زهره در غنیه اجماع امامیه را نقل می کند و می گوید هذا هو الحجة.

نقل اجماع توسط صاحب مفتاح الکرامة

صاحب مفتاح الکرامة هم که اهل فحص و تدقیق است و اجماعاتی که نقل می کند دقیقتر و بیشتر است. ایشان در ذیل کلام علامه در قواعد که فرموده است دوام شرط است، می فرماید:

«باجماع الفرقة و اخبارهم كما في الخلاف (ایشان دارد از خلاف شیخ طوسی نقل می کند که ایشان فرموده است اجماع الفرقة و اخبارهم)، و اجماعا كما في الغنية و السرائر في آخر كلامهما عند انتهاء ذكر الشروط».

این عبارت اخیر عبارت دقیقی است. چون در غنیه و سرائر ابتدائاً فقط ذکر کرده اند که دوام و تأیید شرط است و اگر بگویند وقف کردم الی سنة و امثال این باطل است. اما در پائین تر هر دو بزرگوار یکی با فاصله کمتر و دیگری بیشتر در انتهاء ذکر شروط مختلف فرموده اند این شرطهایی که ما آوردیم که از جمله همین دوام است، وقتی خواسته اند دلیل بر آن بیاورند گفته اند بعد الاجماع و بعد دلیل بر آن را آورده اند. یعنی اجماع را نقل کرده اند و مسلم گرفته اند، گفته اند بعد الاجماع این دلیل است.

البته صاحب مفتاح الکرامة در این مسئله دقت دیگری کرده اند، می فرمایند: «وقد يظهر ذلك (همین اجماع) من المذهب البارع و ايضاح النافع حيث اخذه مسلماً في اثناء كلام لهما». عبارتهای مذهب البارع و ايضاح النافع طوری است که می شود از آنها فهمید که اینها مسئله را مسلم گرفته اند، یعنی در واقع یک چیزی شبیه اجماع و تسالم نقل کرده اند ولو ضمناً.

اما اصل فتوی را مرحوم صاحب مفتاح الکرامة از کتب متعدده ای که قریب ۲۲ کتاب است نقل کرده است. فرموده آ: «و به صرح فی الکافی للتحقی و النهاية و المبسوط و التهذیب و الاستبصار و الوسيلة و جامع الشرائع و الشرائع و النافع و التذکرة و التحرير و الارشاد و التبصرة و المختلف و الدروس و اللمعة و المذهب البارع فی موضعین و جامع المقاصد و ايضاح النافع فی اثناء كلام له و الروض و الروضة و الرياض، و هو المستفاد من كلامهم جميعاً عند ذكر الصيغ و غيرها».

۱- مفتاح الکرامة جلد ۲۱ صفحه ۴۵۱

۲- مفتاح الکرامة جلد ۲۱ صفحه ۴۵۲

که انشاء الله بعضی از عبارات را خواهیم خواند. حدود ۲۲ کتاب مختارشان همین بطلان وقف است إذا اقترن الوقف بالمدة، و اینکه دوام و تأیید شرط در وقف است، به همین کیفیت که گفته شد.

نقل اجماع منقول و محصل توسط صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر هم تقریباً همین مطلب را فرموده است که هر دو جور اجماع بر مسئله واقع شده است. در شرایع فرموده اند:^۱ «القسم الرابع فی شرائط الوقف: و هی اربعة: الدوام و التنجيز و الاقباض و اخراجه عن نفسه». مرحوم صاحب جواهر فرموده اند:^۲ بلا خلاف اجده فی الاول (یعنی دوام) بمعنی عدم توقیته بمدة کسنة و نحوها. این بمعنی عدم توقیته در مقابل این است که دوام به معنای وقف علی من لم ینقرض باشد، و وقف علی من ینقرض اشکال داشته باشد. چون دوام دو جور تفسیر دارد، یکی از آنها عدم توقیت است که الان بحث امروز ما است.

فرموده اند: «بلا خلاف اجده فی الاول بمعنی عدم توقیته بمدة کسنة و نحوها، بل الاجماع محصله و محکیه فی الغنية و عن الخلاف و السرائر علیه».

محصل را که خود ایشان تحصیل کرده است. محکی آن هم در غنیه و خلاف و سرائر است که الان خواندیم. بعد فرموده اند «وبذلک یخصص عموم "أوفوا بالعقود" بناءً علی أنه منها (بنابر اینکه ما وقف را عقد بدانیم) بل و عمومات الوقف ایضاً، إن لم نقل باعتبار ذلک فی مفهومه كما هو ظاهر التعبير عنه بالشرطية».

همانطور که ظاهر تعبیر به شرطیت این است که این داخل مفهوم وقف نیست. اما اگر کسی بگوید تأیید داخل در مفهوم وقف است، دیگر عمومات وقف عمومی نخواهد داشت در موارد شک تا بخواهیم تخصیص بزنیم.

در واقع همانطور که صاحب ریاض هم فرموده که بعداً مفصل بحث خواهیم کرد اگر کسی بگوید تأیید و دوام داخل در مفهوم وقف است، دیگر این عمومات نمی تواند شامل این وقف شود. عموم در جائی است که مفهوم شامل باشد و شک در ورود تخصیص و قید زائد و مخصص کنیم آنوقت ما به عموم تمسک می کنیم. اما در جائی که شک کنیم در یک جزء مقوم مفهوم، می شود شبهه مفهومی و قابل برای اخذ به اطلاق یا عموم در جائی نیست.

۱- شرایع الاسلام جلد ۲ صفحه ۱۷۰

۲- جواهر الکلام جلد ۲۸ صفحه ۵۳

تأیید وجود اجماع محصل و منقول

پس اجماع محصلش قابل تحصیل است از باب اینکه کلمات فقهاء را می شود فحص کرد. از زمان شیخ صدوق وطوسی تا به امروز کلمات قابل تحصیل است و مسلماً ما هم که نگاه کردیم این کلمات همینطور است، همانطور که صاحب مفتاح الکرامه هم فرموده اند مسلماً در بیش از ۲۲ کتاب در طول زمان تصریح شده است بر اینکه وقف مقید است به دوام و در آن دوام و تأیید شرط است، ولو وقف الی مدة بطل.

اجماع محکی هم که از سه نفر به صراحت نقل شده است: از شیخ طوسی در خلاف، از ابن زهره در غنیه و از ابن ادریس در سرائر. و از دو نفر هم ظاهراً ضمناً نقل شده است در دو کتاب مهذب البارع و ایضاح النافع.

حالا در بحث اجماع قبل از اینکه ما وارد اشکالاتی شویم که به بحث اجماع شده است، باید کلمات قوم را مقداری بررسی کنیم و نحوه گفتن فتاوی توسط آنان دقت کنیم، و با این دقت در عبارات ببینیم آیا اشکالی که به تحقق اجماع یا حجیت اجماع وارد کرده اند صحیح است یا نه. که انشاءالله جلسه بعد این مسئله را پی می گیریم. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- ۶۶۲ ادامه مسئله ۱۵: اشتراط تأیید و دوام در وقف
- ۶۶۳ ادامه بررسی استدلال به اجماع بر شرطیت تأیید
- ۶۶۳ تردید برخی فقها در تحقق اجماع یا حجیت آن
- ۶۶۳ تردید صاحب عروه در تحقق اجماع
- ۶۶۴ کلام مرحوم آخوند در استدلال به اجماع و بررسی آن
- ۶۶۵ روش صحیح در برخورد با اجماعات
- ۶۶۷ شواهدی بر تحصیل اجماع
- ۶۶۷ کلام شیخ صدوق ره در استدلال به اجماع
- ۶۶۸ کلام شیخ طوسی در استدلال به اجماع
- ۶۷۰ کلام ابن حمزه در استدلال به اجماع
- ۶۷۰ کلام ابن زهره در استدلال به اجماع
- ۶۷۱ کلام ابن ادریس در استدلال به اجماع
- ۶۷۲ کلام کیدری در استدلال به اجماع
- ۶۷۲ کلام محقق حلی در شرایع استدلال به اجماع
- ۶۷۳ کلام صاحب شرایع در مختصر النافع در استدلال به اجماع
- ۶۷۳ کلام یحیی بن سعید حلی در استدلال به اجماع
- ۶۷۴ کلام مرحوم سبزواری در استدلال به اجماع
- ۶۷۴ کلمات علامه ره در کتب مختلف برای استدلال به اجماع

ادامه مسئله ۱۵: اشتراط تأیید و دوام در وقف

بحث ما در فرع ۱۵ تحریر الوسيله بود که از شرائط وقف دوام و تأیید است به معنای عدم توقیت بملء خاصه.

ادامه بررسی استدلال به اجماع بر شرطیت تأیید

گفته شد که چهار دلیل بر این مسئله اقامه شده است: اجماع، دخالت تأیید در مفهوم وقف به معنای تقوم مفهوم وقف به عدم توقیت، روایات خاصه ای که ادعا شده است بر تأیید دلالت دارد و چهارمین دلیل برهان اختصاصی مرحوم شیخ انصاری رحمه الله علیه است مبنی بر عدم معقولیت توقیت در اصل ملکیت.

بحث فعلا در دلیل اول یعنی اجماع است. در جلسه قبل عرض شد که این اجماع، هم از کلمات فقهاء قابل تحصیل است، و هم در کلمات بزرگان حکایت شده است. که کلمات فقهاء را انشاءالله در این جلسه خواهیم خواند.

تردید برخی فقها در تحقق اجماع یا حجت آن

دلیل تأکید بر رؤیت نظر فقهاء این است که برخی با تعبیرشان در اجماع تشکیک کرده اند. ظاهر کلمات برخی این است که در اصل تحقق اجماع شک دارند و عده ای هم در حجت این اجماع تشکیک کرده اند. و این بحث بسیار مهمی است. چون به غیر از دلیل مرحوم شیخ انصاری که باید در جای خود شکالات مطرح شده نسبت به آن را بررسی کنیم، مستند فتوا در کلمات قوم عمدتا اجماع است.

پس اگر در این اجماع تشکیک شود علی القاعده باید سراغ بحث های دیگری در تصحیح وقف برویم که آن هم با نتایجش خواهد آمد.

بنابر این مهم است که ما ببینیم که آیا واقعا اجماعی قابل تحصیل است یا نه، و آیا اجماع در اینجا حجت هست یا نه.

تردید صاحب عروه در تحقق اجماع

مرحوم سید یزدی در تکمله عروه می فرماید: ^۱ «الشرط الثانی: الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة کعشر سنین مثلاً علی المشهور المدعی علیه الاجماع فی کلام جماعة».

ظاهر عبارت ایشان که می فرماید علی المشهور المدعی علیه الاجماع فی کلام جماعة، این است که علی الظاهر خود ایشان اجماع را قبول ندارد یا تشکیک دارد.

^۱ - تکملة العروة الوثقی جلد اول صفحه ۱۹۲

چند سطر پائین تر، بعد از اینکه ایشان در ادله و مستندات این شرط در وقف اشکال می کند، می فرمایند: «فالعمدۃ الاجماع إن تم»، عمدۃ اجماع است اگر تمام باشد. ذکر این شرط که «إن تم» اشاره دارد که ظاهراً اجماع برای ایشان ثابت نیست. گرچه ایشان دیگر وارد این بحث نمی شود که اگر اجماع ثابت نیست پس چه می شود؛ و ظاهراً بناء را بر همین می گذارند که اجماع باشد، «وعليه فلو قرنه بمدة لا يكون وقفا».

ما بعداً انشاءالله خواهیم گفت که این عبارات مرحوم سید عده ای را به اشتباه انداخته است. گمان کرده اند که مرحوم سید در اینجا متمایل به صحت شده است. که به نظر بنده اینطور نیست و بیان آن خواهید آمد.

حالا فعلاً محل بحث ما این است که ظاهراً ایشان در اصل اجماع به قناعتی نرسیده است، و ظاهراً خلجان شکی در ایشان وجود دارد که می گوید فالعمدۃ الاجماع إن تم.

کلام مرحوم آخوند در استدلال به اجماع و بررسی آن

مرحوم آخون در رساله وقف^۱ بعد از بیان اشکال به مطلب مرحوم شیخ و اینکه هیچ مانع عقلی و شرعی یا عرفی برای ملک موقت وجود ندارد می فرمایند: پس با وجود عموم الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها یا حتی در جائی دیگر گفته اند عموم اوفوا بالعقود (بنابر اینکه وقف عقد باشد)، باید دلیل دیگری غیر از این بیان مرحوم شیخ انصاری پیدا کنیم تا بتواند این عمومات را تخصیص بزند، «و لیس الا لاجماع إن تم».

پس ایشان نیز دلیل منحصص را جز اجماع نیست. همانطور که صاحب جواهر ره هم فرمود ما با اجماع تخصیص می زنیم. و این تعبیر «و لیس الا لاجماع إن تم» که شبیه تعبیر مرحوم صاحب عروه است به نحوی اشاره به عدم تمامیت یا تشکیک در تمامیت اجماع دارد.

بعد ایشان در صفة ۵۶ بعد از اینکه مطالب صاحب حدائق را در استفاده تأیید از روایات نقل می کند به آن اشکال می کند، می فرماید: «ولایخفی أنه لا یکاد یوثق بتحقیق الاجماع علی الاعتبار مع المناقشة المزبورة». یعنی مناقشه صاحب حدائق که اشکال کردند در کیفیت استفاده از اوفوا بالعقود و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها می فرمایند با وجود این مناقشه ما یقین به اجماعی پیدا نمی کنیم که معتبر باشد. «واحتمال کون سند الجل لولا الكل هو الاخبار الحاکیة لکیفیة

۱- رساله وقف صفحه ۵۵

اوقافهم كما عرفت عن الحدائق». احتمال دارد مستند اکثر اگر نکوئیم همه اخباری باشد که حاکی از اوقاف ائمه اطهار علیهم السلام است که وقف مؤبد کرده اند تا قیامت.

ظاهراً ایشان هم در اصل اجماع اشکال می کند و هم در اعتبار و حجیت اجماعی که مدرکش این اخبار حاکیه است. ولذا علی الظاهر دارد از دو جهت اشکال می کند.

برخی از شاگردان مرحوم آیه الله خوئی در مبانی منهاج الصالحین نیز به سرعت از اجماع عبور می کنند زیرا قائلند اگر اجماعی هم واقع شده باشد، محتمل المدرک است و حجت نیست.

روش صحیح در برخورد با اجماعات

واقعیت این است که ما باید هم در کلمات فقهاء فحصى کنیم تا ببینیم اصلاً اجماعی محقق است یا نه؟ و چگونه این بزرگواران در تحقق اجماع تشکیک می کنند. وثانیاً آیا شبهه احتمال مدرکیت در اینجا شبهه درستی است بطوری که حجیت اجماع را ساقط می کند یا نه.

به نظر می رسد تصحیح این گونه رفتار که به سرعت از کنار اجماعات عبور کنیم و با گفتن یک کلمه «إن تم» تحقق اجماع را در حالت ابهام و تشکیک قرار دهیم و بعد هم بگوییم اگر هم اجماع باشد محتمل المدرک است و صحیح نیست و بعد هم گاهی بر اساس این مبانی به یک فتوی برسیم، خیلی دشوار است، و من فکر نمی کنم اصلاً این شیوه درست باشد. در فقه ما فروع فقہی زیادی وجود دارد که مستندشان اجماعات است. این گونه رفتارها که گاهی انسان در کتب فقہی متاخرین و قریب به زمان حاضر می بیند که به صرف اینکه اجماعی را محتمل المدرک می خوانند ار اعتبار ساقط می کنند و گاهی با یک تعبیر «إن تم» تشکیک در تحقق آن می کنند صحیح نیست و باید فحص نمود تا دید فقهاء اینطور گفته اند یا نه.

و جالب این است که به دنبال چنین روشی برخی حتی بعد از نفی یک به یک ادله و تشکیک در اجماع گفته اند بنابراین، قول به صحت وقف که اختاره جماعة و مال الیه صاحب مسالک و صاحب مفاتیح و دیگران، این اولی و اوجه است.

یعنی در واقع ادعا کرده اند صحت وقف مختار جماعتی است. در حالی که باید ببینیم آیا واقعا اینطور است. اگر اینطور است پس این دعوای اجماع ها چیست.

و بحث دیگری که باید دنبال کنیم این است که اگر اجماع محقق است آیا محتمل المدرکی است که آن را از حجیت ساقط کند.

همچنین این بحث باید پی گیری شود که احتمال مدرکیت به چه معنا موجب سقوط اجماع می شود. گرچه این بحث اختصاص به اینجا ندارد ولی این را هم انشاءالله فی الجمله بحث خواهیم کرد.

و ما معتقدیم که با تأمل در کلمات اجماع محقق است. و بنده قاطعانه عرض می کنم که در کلمات قوم تا این اواخر جز برخی ایمانات که در کلام صاحب مفاتیح و سبزواری است (که ما در آن هم بحث داریم)، بقیه همه قائل به بطلان اند. و صحت وقف توأم با مدت قائل ندارد.

ظاهراً برخی بین مساله ۱۵ تحریر که الان در آن هستیم و بین مساله ۱۶ که بحث وقف علی من ینقرض است خلط کرده اند. در آن فرع واقعا بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد و نمی توان گفت که در یک طرف اجماع واقع شده است. و گر نه این ادعا که این قول یعنی صحت وقف غیر مؤید را قد اختاره جماعة و مال الیه بعض کصاحب المسالك و دیگران، درست نیست. انشاءالله هم فرمایش صاحب مسالك را خواهیم آورد و هم کلمات قوم را تا ثابت کنیم این نسبت درست نیست.

نتیجه اینکه در بحث اجماعات باید با استحکام و قوت بیشتری پیش برویم.

از مرحوم آیه الله خوئی حکایت شده است که ایشان فرموده اند فروعی که در آن اجماع محض داشته باشیم و محتمل المدرکی هم نباشد دو تا فرع بیشتر نیست.

در عین حال که ما فقها می دانیم مرحوم آقای خوئی به این اجماعات خیلی کم توجه بوده و معمولاً اینها را محتمل المدرکی می داند و محتمل المدرکی را هم ساقط از حجیت می داند، اما همین بزرگوار و شاگردان ایشان در زمان ما، همه فتوی داده اند به بطلان وقف الی سنة مثلاً و به اشتراط دوام و تأیید به معنای عدم توقیت. خب باید دید که چطور شده که این نظر را داده اند. این هم بحث مهمی است که باید دوستان مراجعه کنند ببینند که آیا این بزرگواران مستندی دارند یا نه. اولین کاری که ما باید انجام بدهیم این است که کلمات قوم را تا حدی بررسی کنیم تا بینیم آیا این تشکیک در اجماع درست است یا نه.

شواهدی بر تحصیل اجماع

صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه و تا حدی کمتری صاحب ریاض هم اجماع بر مسئله را تحصیل کرده اند و هم آن را حکایت کرده اند.

ما خودمان هم عبارات را ببینیم، چون عبارتها به نظر من بسیار مهم است.

قبلا هم عرض کردم و باز هم تکرار می کنم که فقه را بدون مراجعه با متن کلمات فقهاء نمی شود پیش برد، مخصوصا در این مسائلی که ادعای اجماع یا شهرت می شود و در بحث اجماع برایمان مهم است که احتمال مدرکیت اجماع را بدست آوریم.

در خصوص همین مسئله دقت در کلمات فقهاء مطلب را بسیار برای ما روشن خواهد کرد.

کلام شیخ صدوق ره در استدلال به اجماع

اولین عبارتی که می خوانیم از شیخ صدوق در کتاب هدایه است. ایشان می فرماید^۱:

«الوقف علی ثلاثة وجوه: احدها أن يذكر فيه الحج، والثاني ما يذكر فيه للامام، والثالث ما يذكر فيه إلى أن يرث الله الارض و من عليها. فهذه الوقوف مؤبدة جائزة، و كل وقف إلى غير وقت معلوم فهو غير جائز مردود علی الورثة».

مرحوم شیخ صدوق در اینجا بر خلاف فقهای بعد از خود نه تصریح کرده به اشتراط وقف به دوام و نه تصریح کرده است که اگر وقف یکساله نمود بطل وقف. ولی فرموده است که وقف سه وجه دارد که ظاهرش انحصار وقف در همین وجوه است. که وقف باشد برای حج یا برای امام یا وجوه خیری است که الی أن يرث الله الارض و من عليها. ایشان در عین حال که شرط دوام و تأیید را مستقیما ذکر نکرده است و بطلان وقف مقترن به مدت را هم نفرموده است، ولی فرموده: فهذه الوقوف مؤبدة جائزة (یعنی ماضیه). این سه گونه وقف مؤبد است و جائز است به معنای اینکه ماضی است.

این اوصاف را که ایشان بی دلیل اخذ نکرده، پس معلوم می شود که در وقف ایشان تأیید را شرط می داند. تأیید شرط است که ایشان می گوید این وقوف مؤبد و ماضی است. بعد عبارت کل وقف الی غیر وقت معلوم فهو غیر جائز این اشاره به مفاد روایت دارد که انشاءالله بحثش خواهد آمد.

^۱ - الهدایة فی الاصول صفحه ۳۲۳

پس عبارت شیخ صدوق ولو صریح نیست، ولی به نظر می آید که دلالت دارد و نحوه ظهوری دارد بر اینکه تأیید شرط در وقوف ماضیه است.

کلام شیخ طوسی در استدلال به اجماع

عبارت دیگر از شیخ طوسی است در نهاییه فرموده اند: «والوقف لابد أن يكون مؤبداً ولا يجوز أن يكون موقتاً، فإن جعله موقتاً لم يصح إلا أن يجعله سكنى على ما نبينه فيما بعد انشاء الله».

ایشان در اینجا تصریح کرده است که وقف باید مؤبد باشد و جائز نیست موقت باشد. منتهی بین وقت و تأیید و دوام به معنای عدم توقیت و بین وقف علی من ینقرض ایشان دیگر تفکیک نکرده است. بعید هم نیست که عبارت اطلاق داشته باشد، و مقصود از اینکه لابد آن یکون مؤبداً و لایجوز آن یکون موقتاً هر دو جور باشد. چون به هر دو اطلاق توقیت و عدم تأیید شده است، کما اینکه در برخی عبارات بعدی ایشان خواهیم داد.

در هر حال در صورتی که این عبارت اطلاق داشته باشد خصوصاً که تعبیر این است که و لایجوز آن یکون موقتاً، بعید نیست که واقعا ظهور پیدا کند که تأیید به معنای عدم توقیت لازم است و اگر موقت باشد جائز نیست، که علی القاعده جواز هم اینجا وضعی است یعنی باطل می شود.

مرحوم شیخ طوسی در خلاف صریحتر فرموده است. در مسئله ۱۶ می فرماید: «إذا قال وقف هذا علی فلان سنة بطل الوقف».

این دیگر خیلی صریح است در بطلان وقف محدود و مقترن به زمان خاص.

بعد فرموده اند: «وللشافعی فيه قولان أحدهما مثل ما قلناه (یعنی بطل الوقف) والثانی یصح، فإذا مضت سنة صرف إلى الفقراء والمساكين و يبدأ بقرباته لأنهم أولى بصدقته». در این قول دوم از شافعی نقل می کند صحت را. و چون صحت مال یک سال است، می گوید بعد از یک سال صرف کنند برای فقراء و مساکین، و بدء به قربات کند چون آنها اولی به صدقه او هستند.

^۱ - النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی صفحه ۵۹۶

^۲ - الخلاف جلد ۳ صفحه ۵۴۸

بعد مرحوم شیخ طوسی می فرماید: «دلیلنا أن من شرط صحة الوقف التأیید، فإذا وقف سنة لم يجعله مؤبدا فوجب أن يبطل، لأنه لم يعلقه بما لا ينقرض، و على المسئلة اجماع الفرقة وأخبارهم». این را باید دوستان دقت کنند که ایشان شرطیت تأیید برای صحت وقف را مفروغ عنه گرفته است. می گوید چون شرط صحت وقف تأیید است پس فإذا وقف سنة لم يجعله مؤبدا فوجب أن يبطل لأنه لم يعلقه بما لا ينقرض.

عبارت ایشان که خیلی صریح است. هم ابتدای مسئله فرمودند که اگر وقف یکساله کند بر کسی وقف باطل است. این را هم جوری می فرماید که گویا بین فقهاء مسلم و مفروغ عنه بوده است که شرط صحت وقف تأیید است؛ و در سطر بعد هم می فرماید و على المسئلة اجماع الفرقة و أخبارهم.

و اخبار هم ظاهرا همان است که صاحب حدائق می گوید، و خود شیخ طوسی در تهذیب روایات اخبار وقف را دلیل گرفته است، که خود بحثی است که در محلش به تفصیل خواهد آمد.

در مبسوط ایشان یک بحثی دارد در من ينقرض، که انشاء الله در جای خودش خواهد آمد. فرموده اند: «إذا وقف شيئاً على قوم لم يخل ذلك من احد امرين، إما إن يعلقه بما لا ينقرض» که می گوید این وقف صحیح است. اما جائی که ينقرض باشد فرموده: «فهل يصح ذلك أم لا؟ من اصحابنا من قال يصح و منهم من قال لا يصح، و بهذا القولين قال المخالفون». این مال مسئله بعد است که ما هم در آنجا نمی خواهیم ادعای اجماع کنیم و بحثش خواهد آمد.

در جای دیگری فرموده اند: «إذا قال هذا وقف على فلان سنة لا يصح الوقف و قال قوم يصح لأن القصد به الصدقة و انصرف الى وجه البر، فإذا مضت السنة صرف الى الفقراء والمساكين و يبدأ بقرباته لأنهم أولى الناس بصدقته».

هر چند مرحوم شیخ در اینجا تعبیر اجماع را نیاورده است. اما روشن است تعبیر «قال قوم يصح» اشاره به قول اهل سنت و شافعیه دارد. عین عبارات خلاف را ایشان اینجا آورده است که قال قوم يصح، چون قصدش در واقع صدقه است و منصرف به وجوه بر می شود، و بعد از یکسال صرف فقراء و مساکین می شود و يبدأ بقرباته. که این عین عبارت خلاف است که از شافعی نقل کرد. آنجا فرمود للشافعی فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه و الثاني يصح. این يصح را به شافعی نسبت داده است. اینجا که می فرماید و قال قوم، نه اینکه قوم از ما باشد، بلکه اشاره به آنجا دارد.

۱- المبسوط جلد ۳ صفحه ۲۹۲

۲- مبسوط جلد ۳ صفحه ۲۹۹

من یک قرینه دیگری هم بر این دارم که مراد از این قوم که گفته اند این وقف صحیح است برخی از عامه است نه گروهی از امامیه.

قرینه این است که: در فرع دیگر که در صفحه ۲۹۲ قبل از این طرح کرد (که وقف علی من ینقرض بود)، آنجا چون در میان اصحاب امامیه اختلاف بود تصریح می کند: «من اصحابنا من قال یصح و منهم من قال لا یصح و بهذا القولین قال المخالفون». پس در علی من ینقرض تصریح می کند که من اصحابنا من قال یصح و من قال لا یصح و مخالفون هم در آنجا به هر دو قول قائل شده اند. اما در همین مبسوط در چند صفحه بعد که وقف علی فلان سنة را می گوید، می گوید لا یصح الوقف، و نمی گوید از اصحاب ما کسی قائل به بطلان شده است. می گوید و قال قوم یصح لأن القصد به الصدقة. پس این قال قوم باز اشاره به اهل سنت دارد، والا اگر از ما بودند می گفت من اصحابنا من قال یصح.

ولذا ظاهر عبارت مبسوط هم این است که در میان ما بطلان در این فرع (تصریح به مدت) مفروغ عنه است.

پس این سه کلام از مرحوم شیخ ره در نهاییه و خلاف و مبسوط بود.

کلام ابن حمزه در استدلال به اجماع

مرحوم ابن حمزه طوسی در وسیله می فرماید: «فصل فی بیان الوقف و احکامه: الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة علی وجه من سبل البر و إنما یصح بثمانية اشياء». پس از سطور می فرماید: «ولا يجوز الوقف علی اربعة عشر، علی العبد و المعدوم و الحمل و لا علی المجہول و لا وقف مدة معينة».

بنابر این ایشان هم تصریح می کند که لا يجوز الوقف به صورت وقف مدت معین.

کلام ابن زهره در استدلال به اجماع

ابن زهره در غنیه می فرماید: «ومنها (از شرائط) أن يكون الوقف مؤبدا غیر منقطع، فلو قال وقفت کذا سنة لم یصح». اینکه تصریح است به همین فرعی که ما الان به دنبالش هستیم. بلافاصله بعد از اینکه نظر خودشان را راجع به عدم صحت فرمودند، می فرمایند: «و يدل علی صحة ما اعتبرنا من الشروط بعد إجماع الطائفة أنه لا خلاف فی صحة الوقف و لزومه إذا تکاملت [هذه الشروط] و لیس علی صحته و لزومه إذا لم تتکامل دلیل».

۱- الوسيلة صفحة ۳۶۹

۲- غنية النزوع صفحة ۲۹۸

بعد از اجماع اصحاب یک دلیل دیگری نقل می کنند. این در واقع دلیل دیگری است شبیه اخذ به اصول عدمیه و اصول ظاهریه برای اثبات عدم صحت، یعنی شبیه همان اصاله الفساد یا اصاله عدم اثر و تحقق مسبب که تا به حال مکرر عرض کردیم، شبیه همان است.

منتهی نکته ای که ما می خواهیم به آن تمسک کنیم این است که: اولاً: در این فرع صراحتاً فتوی می دهند که فلو قال وقفت کذا سنة لم یصح. ثانیاً: در مقام دلیل هم می فرماید: یدل علی صحة ما اعتبرناه من الشروط بعد اجماع الطائفة أنه لا خلاف... یعنی یک اجماع برای آنها مسلم بوده، و دلالت این اجماع بر این شرط هم مسلم بوده، در کنار این اجماع که دلیل مسلم هست فرموده اند لا خلاف کذا و یک استدلال دیگری هم کرده اند. این یک نکته بسیار مهمی است. ما انشاءالله در ادامه بحث که می خواهیم مسئله اضرار احتمال مدرکیت اجماع را بحث کنیم، تدقیق در این عبارتها به نظر ما خیلی مهم است که فرموده اند: بعد اجماع اصحابنا در مقام دلالت بر اشتراط آنوقت دلیل آورده اند. یعنی آن دلیلی که می آورند بعد الفراغ از دلالت اجماع و تمسک به اجماع است.

کلام ابن ادریس در استدلال به اجماع

جالب این است که ابن ادریس در سرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۶ هم همین را دارد. ابن زهره و ابن ادریس تقریباً همزمان بوده اند حالا ابن زهره مقداری اقدم بوده است. در سرائر هم فرموده^۱: «و منها أن یكون الوقف مؤبداً غیر منقطع، فلو قال وقفت هذا سنة لم یصح».

اگر نبود این فلو قال، چه بسا برخی تعابیر غنیه و سرائر را که فرمودند «منها أن یكون الوقف مؤبداً غیر منقطع» می بردند در آن فرع بعدی که وقف باید علی من ینقرض نباشد. ولی اینکه تصریح فرموده اند که «فلو قال وقفت هذا سنة لم یصح» روشن می کند که منظور فرع ما است.

ایشان در مقام بیان دلیل با فاصله ای می فرمایند^۲: «و یدل علی صحة ما اعتبرناه من الشروط - بعد إجماع أصحابنا - أنه لا خلاف فی صحة الوقف و لزومه إذا تکاملت، و لیس علی صحته و لزومه إذا لم تتکامل دلیل».

عبارت ایشان و غنیه خیلی به هم نزدیک است بلکه عین همدیگر است الا این تعبیر که در غنیه فرموده بعد اجماع الطائفة، در سرائر فرموده بعد اجماع اصحابنا.

^۱ - السرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۶

^۲ - السرائر جلد ۳ صفحه ۱۵۷

ایشان هم بعد اجماع اصحابنا می فرماید دلیل بعدی کذا است. یعنی اجماع را محقق می دانند از اصحاب بر اشتراط وقف به دوام و تأیید بطوری که اگر قال وقف هذا سنة لم یصح، بعد در کنارش یک دلیل دیگری هم بر این شرط ذکر می کنند. ولی در هر حال روشن است که صاحب سرائر هم خودش این فتوی را دارد و هم نقل اجماع می کند.

کلام کیدری در استدلال به اجماع

کیدری^۱ هم در إصباح الشیعة فرموده است: «الوقف تحبیس الاصل و تسبیل المنفعة و شروط صحته ... وأن یکون الوقف مؤبدا غیر منقطع، فلو قال وقفت کذا سنة لم یصح».

کلام محقق حلی در شرایع استدلال به اجماع

مرحوم محقق حلی صاحب شرایع هم در قسم رابع از شرائط وقف فرموده اند^۲: «وهی اربعة (این قسم رابع از شرائط وقف چهار تا است): الدوام و التنجیز و الاقباض و اخراجه عن نفسه».

باز اگر اینجا تصریح نکرده بودند ممکن بود کسی بگوید این دوام خصوص آن علی من لم ینقرض است. ولی این نیست. لذا ایشان فرموده: «فلو قرنه بمدة بطل».

این دوام دو معنا دارد، چون بعدا ایشان مثال دیگری را نیز می فرماید. پس در فرعی هم که ما هستیم صاحب شرایع هم صراحتا فتوی به بطلان می دهد اگر مقرون به مدت باشد.

بعد می فرماید: «وکذا لو جعله لمن ینقرض غالبا». این را هم ایشان می فرماید درست نیست.

بعد پائین تر می فرماید: «ولو فعل ذلک (که علی من ینقرض باشد) قیل یبطل الوقف و قیل یجب اجرائه حتی ینقرض المسمون، و هو الاشبه، فإذا انقرضوا رجع الی ورثة الواقف و قیل الی ورثة الموقوف علیهم والاول اظهر». نکته مهم این است که در مقابل اینکه یبطل الوقف فرموده اند: اشبه این است که اجراء کنیم این را تا مسمون منقرض بشوند، بعد برگردد به ورثه واقف. یعنی ایشان حبس را تصحیح می کند. وقیل یجب اجرائه معنایش این نیست که وقف باطل نیست. وقف بما هو وقف باطل است، ولی حبس واقع می شود. ولذا اشبه این است که اولاً باید نسبت به مسمون اجراء بشود و بعد از اینکه

^۱ - از جهت تلفظ کیدری درست است، چون ایشان سبزواری بوده اند و اهل روستایی به نام کیدور بوده اند. رضوان الله علیه

^۲ - شرایع جلد ۲ صفحه ۱۷۰

کسانی که در وقف تمسیه شده اند منقرض شدند اظهر این است که به ورثه واقف بر می گردد. خب این معنایش این است که بما هو وقف واقع نمی شود. ولی این فرع بعدی ما است.

عرض من این است که نسبت به فرع ۱۵ که ما الان در آن هستیم، که بحث اقتران وقف به مدت است، جزما می فرماید بطل و هیچ خلافی هم در این مسئله ایشان نقل نکرده است. در مسئله بعد است که هم خلاف را نقل می کند و خود ایشان هم می فرماید اشبه این است. ولی این اشبه هم که ایشان می گوید معنایش این نیست که وقف بما هو وقف صحیح است، بلکه از باب حبس است، که انشاء الله بحثش می آید.

کلام صاحب شرایع در مختصر النافع در استدلال به اجماع

مرحوم صاحب شرایع در مختصر فرموده^۱: «والشروط اربعة، يشترط فيه التنجيز و الدوام والاقباض واخراجة عن نفسه، فلو كان الى أمد كان حبسا».

می فرماید: اگر وقف الى امد شد می شود حبس. این باز یک بحث دیگری است. معنایش این است که وقف بما هو وقف صحیح نیست که بحث ما است. بله فرع های بعدی که می خواهیم بحث کنیم در آن خواهد آمد که اگر وقف بما هو وقف درست نبود آیا حبس می شود یا نه. ایشان اینجا به نحو اطلاق فرموده است که فلو كان الى أمد كان حبسا. فرموده که آیا در جائی که ما احراز کنیم الى امد را به قصد الوقفية هم گفته حبس محقق می شود یا نه؟ یا در جائی که شک داریم چه قصدی کرده است ظهورش این است که قصد حبس کرده است و حبس است. که انشاء الله بحثش خواهد آمد.

آنچه که الان مرتبط به بحث ما هست این است که می خواهیم تحصیل کنیم فتوای محقق حلی ره را در مختصر النافع. ایشان دوام را شرط کرده، ولذا می فرماید فلو كان الى أمد كان حبسا، یعنی بما هو وقف درست نیست.

کلام یحیی بن سعید حلی در استدلال به اجماع

یحیی بن سعید حلی در الجامع للشرایع هم نظرش همین است. می فرماید^۲: «إن وقف الوقف الى سنة مثلا لم یصح و كان اعمارا (عمری است) یرجع الیه أو الى ورثته، و من شرطه أن یقفه علی من لا ینقرض لیتأبد أو علی معین و یشرط عند انقراضه جهة لا تنقرض».

^۱ - المختصر النافع جلد ۱ صفحه ۱۵۶

^۲ - الجامع للشرایع صفحه ۳۷۰

آن چیزی که الان محل بحث ما است این است که اگر وقف کند الی سنة مثلا لم یصح. بعدش می گوید اگر بر معینی وقف می کند باید شرط کند که بعد از انقراضش یک جهتی را ذکر کند که آن جهت منقرض نشود. مثل اینکه بگوید علی الفقراء و المساکین، یا بگوید بر وجوه بر و امثال این. این بحث بعدی است. بحثی الان در آن هستیم همین است که إن وقف الوقف الی سنة مثلا لم یصح. ایشان هم نظرش این است.

کلام مرحوم سبزواری در استدلال به اجماع

مرحوم سبزواری در جامع الخلاف والوفاق می فرماید:^۱ «تفتقر صحة الوقف الی شروط ... و منها أن يكون الوقف مؤبدا غیر منقطع، فلو قال وقفت كذا سنة لم یصح، وللشافعی فیہ قولان» که ایشان عبارات خلاف را ذکر کرده است.

کلمات علامه ره در کتب مختلف برای استدلال به اجماع

علامه حلی ره در دو سه کتاب مطالب متعددی دارد.

در تلخیص المرام صفحه ۱۵۱ می فرماید: «و یفتقر الوقف الی الايجاب والقبول والقبض و الدوام و التنجیز و عدم المشاركة و جواز تصرف الواقف»، بعد فرموده اند «و أن يكون ممن لا ینقرض غالبا، و معه يكون حبسا».

ما از این عبارت می خواهیم استفاده کنیم که چون این شرط را ذکر فرموده است که و أن يكون ممن لا ینقرض غالبا، و اگر ممن ینقرض باشد يكون حبسا، پس آن دوامی که اول ایشان ذکر کرد مقصود همان عدم توقیت است. البته ایشان بعد هم فرع بعدی را که أن يكون ممن لا ینقرض غالبا آورده است. پس این دوام به معنای عدم توقیت است. پس نظر علامه در تلخیص المرام هم همین است که دوام شرط است.

ایشان در تحریر در شرائط وقف هم همین را گفته است:^۲ «وهی اربعة التنجز (شاید هم التنجیز باشد) و الدوام و الاقباض و عدم الشراكة». بعد فرموده اند:^۳ «الثالثة إذا علقه بمدة كأن یقفه سنة أو اکثر ففی البطلان نظر، اقریه أنه یصح ویكون حبسا یرجع الیه بعد المدة».

^۱ - جامع الخلاف والوفاق صفحه ۳۶۵

^۲ - تحریر الاحکام صفحه ۲۹۱

^۳ - تحریر الاحکام صفحه ۲۹۲

این را هم باید دوستان عنایت کنند که گرچه ایشان می فرمایند ففی البطلان نظر، ولی از عبارت بعد روشن می شود که مقصود این است که بطلان بالمرة ندارد، حبسا واقع می شود. لذا فرمود: اقر به أنه یصح و یكون حبسا. پس وقفا باطل است و بما هو وقف صحیح نیست، حبسا واقع می شود ویرجع الیه بعد المدة، بعد المدة هم برمی گردد به خود واقف. یعنی وقفش صحیح نیست حبس واقع می شود. لذا از این عبارت ففی البطلان نظر نباید خیال کنیم که در بطلان وقفا تشکیک می کنند. نخیر، ایشان در بطلان بما هو وقف تشکیک نکرده اند، بلکه در اینکه بالمرة این انشاء وقفی که کرده ناتمام باشد تشکیک کرده اند. و می گویند اقرب این است که یصح ولی حبسا یصح. که این فرع بعدی ما است که انشاءالله بحث می کنیم که در همینجایی که انشاء وقف کرده و قصد وقفیت هم کرده، آیا یصح حبسا أم لا، که بحث بعدی است.

پس نسبت به اینکه إذا قصد به الوقف لا یقع وقفا ایشان تشکیکی ندارد و ظاهر عبارت این است که لایقع وقفا.

در ارشاد الاذهان هم ایشان می فرماید^۱: «المقصد الثانی فی الوقف، وفیه مطلبان: الاول فی الشرائط، یشرط فیه امور... الدوام و التنجیز و الاقباض و اخراجه عن نفسه» بعد فرموده اند «فلو وقف ... أو قرنه بمدة أو علقه بشرط أو لم یقبض بطل». ایشان تصریح کرده است که لو قرنه بمدة بطل.

این هم فرمایش مرحوم علامه در ارشاد است.

در تبصره فرموده اند^۲: در وقف «و صریح الفاظه وقفت و الباقی یكون بقرینة... و شروطه القبول و التقرب و الاقباض و التنجیز و الدوام و اخراجه عن نفسه». بعد فرموده اند: «ولو شرط عوده کان حبسا، ولو جلعه الی أمد أو لمن ینقرض غالبا رجع الی ورثة الواقف». پس لو جعله الی أمد چون برمی گردد به ورثه واقف معلوم می شود این حبس است. چون یکی از علامات حبس همین است که به ورثه واقف بر می گردد. ظاهرش این است که وقف اینجا باطل است. گرچه عده ای گفته اند این نیست، می شود وقف الی مدة باشد و چون وقف تمام می شود بنابر این يرجع الی ورثة الواقف.

منتهی نکته ای که اینجا هست این است که: مرحوم علامه در تبصره می فرماید شرط وقف قبول است و تقرب و اقباض و تنجیز و دوام. فرموده والدوام. پس بنابر این دوام را ایشان شرط کرده است. معنایش این است که اگر دوام نشد بلکه الی سنة واقع شد باطل می شود.

این هم فرمایشات مرحوم علامه در تلخیص، تحریر، ارشاد و تبصره.

^۱ - ارشاد الاذهان جلد ۱ صفحه ۴۵۱

^۲ - تبصرة المتعلمین صفحه ۱۲۶

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۵) لزوم تأیید در وقف

باقی ماند برخی فرمایشات دیگر مرحوم علامه و دیگران که انشاء الله جلسه بعد مطرح می شود.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید در وقف به معنای عدم توقیت به مدت ۶۷۷
- عبارت مرحوم علامه در تذکره در شرطیت تأیید و بررسی آن ۶۷۸
- شباهت عبارت علامه با عبارت شهید ثانی رحمه الله ۶۷۹
- عبارت مرحوم علامه در قواعد الاحکام ۶۸۱
- عبارت مرحوم علامه در مختلف ۶۸۱
- عبارات مرحوم شهید اول در دروسی و لمعه ۶۸۲
- عبارت مرحوم فاضل مقداد در تنقیح الرائع ۶۸۲
- عبارت مرحوم ابن فهد حلی در مذهب البارع ۶۸۳
- عبارت مرحوم صیمری در غایة المرام ۶۸۴
- عبارت مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد ۶۸۴
- عبارت مرحوم شهید ثانی در مسالک ۶۸۵
- عبارت مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه ۶۸۷
- عبارات متأخرین و معاصرین راجع به شرطیت دوام و عدم توقیت به مدت ۶۸۷
- عبارات دال بر عدم شرطیت دوام ۶۸۸

ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید در وقف به معنای عدم توقیت به مدت

خلاصه گذشته: بحث در اشتراط وقف به تأیید به معنای عدم توقیت به یکسال و مانند آن است. به این صورت که اگر در وقف شرط کنند که برای یکسال باشد این وقف باطل است.

بیان شد که به نظر می رسد می توان اجماع فقهاء را از کلماتشان تحصیل نمود علاوه بر اینکه این اجماع در کلمات برخی از فقهاء نقل نیز شده است.

همچنین گذشت که برخی از فقهاء ظاهرا در اصل تحقق اجماع تشکیک کرده اند که عباراتشان بیان شد و برخی نیز در حجیت این اجماع به لحاظ احتمال مدرکیت، خدشه کرده اند.

برای احراز تحقق اصل اجماع باید کلمات فقهاء نظر می شد آن هم با دقت کافی چون گاهی ممکن است در وهله اولی ظاهر کلماتشان انسان را به خطا بیندازد.

تا اینجا ما عباراتی از مرحوم شیخ صدوق، شیخ طوسی، ابن براج، ابن زهره، ابن ادریس، صاحب شرایع در شرایع و مختصر وعده ای دیگر را تا علامه حلی مطرح کردیم. از ایشان نیز برخی از عبارات کتب مختلفشان مثل تلخیص المرام، تحریر، ارشاد و تبصره دیدیم.

ایشان در همه این کتب دوام را شرط دانسته است بطوری که تقریبا یا به بطلان تصریح کرده و یا لازمه کلام ایشان این است. زیرا گفته بودند وقف بما هو وقف حاصل نمی شود و حبس حاصل می شود.

عبارت مرحوم علامه در تذکره در شرطیت تأیید و بررسی آن

در تذکره ایشان می فرمایند از شرائط وقف تأیید است. منتهی اولین بحثی که در تأیید می کنند راجع به این است که آیا وقف بر من ینقرض درست است یا تأیید لازم است به طوری که مصرف نیز باید دائمی باشد. ایشان اقوال فقهاء را نقل کرده در مسأله ای با عنوان لو كان الوقف علی من ینقرض غالبا ادله طرفین را آورده اند.

در میانه این بحث در جواب قول کسانی که این وقف را باطل می دانند ایشان فرموده است: «و لا نسلم أنَّ شرط الوقف التَّأیید فإِنَّه المتنازع».

عده ای شاید همین عبارت را دیده اند و بر اساس آن گمان کرده اند که مرحوم علامه در اصل اینکه شرط وقف تأیید به معنای عدم توقیت است اشکال می کنند.

منتهی حق مطلب این است که مرحوم علامه در مسأله بعد تقریبا پذیرفته اند که اگر وقف را به یکسال توقیت کند این وقف باطل می شود. بله در آنجا هم بحث کرده اند که آیا حبس واقع می شود یا نه.

پس معلوم می شود که اینجا که فرموده اند «و لا نسلم أنَّ شرط الوقف التَّأیید فإِنَّه المتنازع»، مقصود در این فرع است که وقف علی من ینقرض غالبا باشد نه در توقیت وقف به مدت. گرچه در استدلال مستدل در همین جا هم آمده است که

شرط وقف تأیید است، «فإذا لم يرد إلى ما يدوم لم يؤبد فکان كما لو قال وقفته سنة». در جواب این استدلال مرحوم علامه فرموده «و لا نسلم أن شرط الوقف التأیید فإنه المتنازع».

پس عرض ما این است که با توجه به اینکه در مسئله بعد ظاهر کلام ایشان این است که پذیرفته اند که وقف محدود به مدت باطل است، پس این عبارت ایشان که می گوید نمی پذیریم که شرط وقف تأیید باشد به معنایی است که در همین فرض مطرح است، یعنی نمی پذیریم که حتما باید بر من لم ینقرض باشد. و وقف بر من ینقرض غالبا نیز اشکال ندارد.

هر چند در کلام مستدل که ایشان در مقام جواب از آن است تعبیر «لو قال وقفته سنة» آمده است، لکن مرحوم علامه در تقریر آن از عبارت «کما لو قال وقفته سنة» استفاده کرده اند. گویا با این تعبیر می خواهند بفرمایند ما به این حیث تشبیه مستدل کاری نداریم و اصل تأیید به معنای اینکه علی من لم ینقرض باشد، اول کلام است و بحث متنازع فیه است.

این مطلب صحیح نیز هست. چون بحث درباره وقف بر من ینقرض غالبا بود. مستدل می گوید تأیید شرط است، علامه هم می فرمایند اشتراط تأیید به این معنا روشن نیست و مورد منازعه است.

بنابراین مطلبی که علامه می فرمایند غیر این است که برداشت کنیم ایشان تأیید به معنای توقیت را هم نمی پذیرند و مورد تنازع می دانند.

شبهات عبارت علامه با عبارت شهید ثانی رحمه الله

جالب این است مرحوم شهید ثانی نیز شبیه همین تعبیر علامه را به کار برده می فرمایند: «فاشترط التأیید متنازع مشکوک» و بر اساس همین عبارت عده ای برداشت کرده اند که ایشان نیز اشتراط تأیید را قبول ندارد. در حالی که انشاءالله با تدقیق در عبارت مسالک نیز روشن می شود که این عبارت نیز مربوط به فرع دوم است. یعنی درباره وقف علی من ینقرض غالبا است، نه در خصوص وقف الی سنة.

ایشان - که انشاءالله عبارتشان را مفصل بررسی می کنیم - درباره فرع وقف موقت به یک سال می فرماید^۱: «لو قصد الوقف حقيقة وجبت القول بالبطالان». پس تصریح کرده اند که باید قائل به بطلان شویم. لذا چگونه می توانیم به مرحوم شهید نسبت بدهیم که اشتراط التأیید را متنازع فیه و مشکوک می دانند. اگر این گونه بود که دیگر وجب القول بالبطالان معنا نداشت.

^۱ - مسالک الافهام جلد ۵ صفحه ۳۵۳

نتیجه اینکه: این عبارت مرحوم علامه در اینجا - که عین عبارت شهید ثانی است - مربوط به مسئله وقف علی من ینقرض است. و ایشان تأیید به این معنا را محل کلام می داند. اما نسبت به فرع دوم که بعد از این فرع در تذکره آمده است ایشان می فرماید^۱:

«مسئله: لو قال وقفت هذا سنة احتمل البطلان، لأن شرط الوقف التأیید وهل يبطل اصلا فلا يعتد به أو يكون حبسا؟ اشكال».

پس فرموده اند احتمال البطلان، و یحتمل الصحة و یكون حبسا. پس اینجا هم که می گوید یحتمل الصحة، معلوم می شود که مقصود صحتی است که حبس واقع شود نه اینکه یحتمل الصحة وقفا باشد.

بنابر این در مسئله لو قال وقفت هذا سنة، ظاهر عبارات علامه این است که شرطیت تأیید برای وقف به این معنا را ظاهرا ارسال مسلم کرده است و بر اساس آن وقف را باطل دانسته اند. و اینکه بطلان را محتمل دانسته اند در مقابل این احتمال است که به صورت حبس صحیح باشد.

در ادامه مرحوم علامه وارد بحث از نظر شافعیه بحث می شوند: ^۲«المشهور عند الشافعية البطلان فی الشرط و الوقف، وفی وجه ضعیف لهم أنه یصح و ینتهی الوقف بانتهاء المدة، و من الشافعية من قال أن الوقف الذی لا یشرط فیہ القبول لا یفسد بالتوقیت کالتعق...».

علی ای حال مرحوم علامه در اینجا این فرع را از فرع قبل جدا کرده است. در اینجا فرموده اند که اشتراط وقف به تأیید متنازع فیہ است. بلکه تصریح کرده است که «لأن شرط الوقف التأیید». و آنچه را در ادامه متنازع فیہ می دانند این است که «و هل يبطل اصلا فلا يعتد به» یعنی این انشاء وقفش اصلا بلا اثر است، یا یكون حبسا. این فرع است که ایشان محل اشکال می داند و یحتمل الصحة را در مقابل بطلان وقفی و به معنای صحت حبس مطرح کرده اند.

پس بنابراین، ظاهر عبارت مرحوم علامه در تذکره این است که ایشان در بطلان وقف الی سنة به صورت وقف تشکیکی ندارد، و اشکالی که ایشان ذکر کرده اند این است که آیا کلا باطل است یا احتمال صحت می رود و یكون حبسا.

^۱ - تذکره طبع قدیم صفحه ۴۳۳

^۲ - همان

از نظر ایشان در اصل بطلان وقفیت شکی نیست. هم تعبیر «لأن شرط الوقف التأیید» این را می گوید، و هم این مقابله ای که با احتمال صحت به صورت حبس برقرار کرده اند. در نتیجه مرحوم علامه در تذکره نیز مطلب دیگری غیر از آنچه در کتب دیگرشان در مورد بطلان فرموده اند ندارند.

عبارت مرحوم علامه در قواعد الاحکام

ایشان در قواعد فرموده اند^۱: «و یشرط تنجیزه و دوامه و اقباضه و اخراجه عن نفسه و نية التقرب، فلو علقه بصفة أو بشرط أو قرنه بمدة لم يقع». دیگر از این صریحتر چطور بگویند.

برخی فکر کرده اند کلام علامه در قواعد و تذکره با نظرشان در کتب دیگرشان تفاوت دارد. در صورتی که با تأملی که در عبارت ایشان انجام شد و روشن شد ایشان دو مسئله را جدای از یکدیگر ذکر کرده اند معلوم شد که حرف ایشان در تذکره مخالفتی با همین حرف قواعد ندارد. و در قواعد تصریح وجود دارد که شرط دوام است و متفرع بر آن می فرمایند «فلو علقه بصفة أو شرط أو قرنه بمدة لم يقع».

عبارت مرحوم علامه در مختلف

مرحوم علامه در مختلف فرع وقف علی من ینقرض غالباً را بحث کرده اند، ولی ما با تتبع اجمالی آن مسئله دوم را پیدا نکردیم که ببینیم ایشان در آنجا هم همین مطلب را دارد یا نه. خود دوستان تأمل ثانوی بکنند ببینند آیا می شود این استفاده را کرد یا نه.

ایشان در فرع دیگری از وقف - یعنی در بحث بیع وقف در مواردی که مال موقوفه خراب شده است یا موقوف علیهم حاجت شدید به آن پیدا کرده اند - مطالبی دارند که شاید بتوان از آن دوام را استفاده کرد، منتهی دیگر ظهور روشنی در این بحث ندارد.

این فرمایشات مرحوم علامه در چند کتاب.

^۱ - قواعد الاحکام جلد ۲ صفحه ۳۸۸

عبارت مرحوم شهید اول در دروس و لمعه

اما مرحوم شهید اول رحمه الله علیه در دروس فرموده اند^۱: «وسادسها الدوام، (بعد تفریع کرده اند بر این مسئله: فلو قرن بمدة كان حبسا فيبطل بانقضائها، و لو وقفه على من ينقرض غالبا جرى عليه، فلو لم ينقرض استمر».

در اینجا هم مرحوم شهید اولاً دوام را شرط کرده اند، که ظهور دوام این است که اگر وقف الی سنة کند باطل است. و ثانیاً خودشان نیز تفریع فرموده اند که «فلو قرن بمدة كان حبسا». یعنی تقریباً روشن است که ایشان می خواهد وقف را بما هو وقف باطل بداند، فقط می فرماید که این انشاء از اصل باطل نمی شود، و این انشاء وقف توأم با مدت، مصداق حبس واقع می شود. و بعد از مزی زمان و انقضاء و قش این حبس تمام می شود و باطل می شود.

علی ای حال مقصود این است که این عبارت دروس هم دال بر این است که لم يقع وقفا. والا وجهی نداشت بگوید در صورتی انشاء وقف کرده، قصد وقف هم کرده، مقرون به مدت هم کرده ولی حبس واقع می شود؛ اگر وقف در این صورت صحیح بود می فرمودند: «كان وقفا».

پس هم از تعبیر اینکه شرط سادس دوام است و هم از این تفریعی که برای صحت این انشاء به عنوان حبس کردند می توان فهمید که این انشاء به عنوان وقف صحیح نیست و لو وقف الی مدة لم يقع.

در متن لمعه فرموده اند^۲: «و شرطه التنجيز والدوام و الاقباض واخراجة عن نفسه».

اینجا فقط لفظ دوام را آورده اند که شبیه آن چیزی است که در دروس هم آورده اند.

عبارت مرحوم فاضل مقداد در تنقیح الرائع

مرحوم فاضل مقداد در التنقیح الرائع که شرح مختصر شرایع است در شرح این عبارت مختصر: «یشترط فی الوقف التنجيز والدوام و الاقباض واخراجة عن نفسه» فرموده اند^۳: «اما الدوام فهو شرط فی الوقف الحقیقی، و هو ما حکم فیہ بتأیید مصرفه بحيث يعلم عادة الاستمرار فیہ، اما لو لم يعلم ذلك بل وقف على من ينقرض غالبا ففي صحته قولان، نقل فی المبسوط عن قوم من اصحابنا بطلانه، و قال قوم يصح حبسا و علیه الفتوی».

^۱ - دروس جلد ۲ صفحه ۲۶۴

^۲ - لمعه صفحه ۹۹

^۳ - التنقیح الرائع جلد ۲ صفحه ۳۰۳

در مورد عبارت مرحوم محقق حلی در متن مختصر که دوام را معنا کرده فرموده اند: «فلو كان الى أمد كان حبسا» یا باید بگوئیم دوام را به معنای عدم توقیت دانسته اند. یا بگوئیم دوام در عبارت ایشان اطلاق دارد و شامل هر دو فرد است؛ هم دوام در اصل وقت به معنای مؤبد بودن و عدم توقیت، و هم دوام به معنای اینکه مصرفش دائم باشد. پس فلو كان الى أمد كان حبسا که در متن مختصر است یکی از مصادیق را ذکر کرده است. پس در هر صورت شامل دوام به معنای عدم توقیت می شود.

مرحوم فاضل مقداد در تنقیح که می فرمایند دوام شرط در وقف حقیقی است، عبارت ابتدائاً به اطلاقی می تواند شامل هر دو فرع شود. لکن ظاهر عبارات بعدی ایشان این است که می خواهند مقصود صاحب شرایع در مختصر را به بحث وقف علی من ینقرض برگردانند.

اگر واقعا مقصود صاحب شرایع در متن مختصر منحصر در وقف علی من ینقرض باشد، خلاف متن است زیرا در خود متن مختصر تصریح شده که فلو كان الى أمد كان حبسا.

بنابراین مقصود ایشان از دوام اگر منحصر در عدم تأیید نباشد باید لااقل معنای مطلقى باشد که شامل نفی وقف الى أمد نیز بشود.

پس عبارت متن مختصر حتما دوامش به معنای عدم توقیت نیز است و شارح نیز که در ذیل می فرماید: «اما الدوام فهو شرط فى الوقف الحقیقی» بعید نیست که مرادشان هر دو فرع باشد. منتهی عبارت بعد که به مسأله من ینقرض بر می گردد در واقع به یکی از دو فرع دوام پرداخته است.

عبارت مرحوم ابن فهد حلی در مذهب البارع

مرحوم ابن فهد حلی در مذهب البارع که شرح مختصر است، در ذیل فرمایش محقق در مختصر گفته است: الفاظ وقف مانند وقف و تصدقت باید عباراتی باشند که دال بر اراده تأیید باشند. و این همان مطلبی است که فقهاء دیگری مانند صاحب مفتاح الکرامه نیز در بحث الفاظ وقف آورده اند. بعد ایشان در شرح متن فرموده اند: «ولو جعله لمن ینقرض غالبا صحّ و يرجع بعد موت الموقوف علیه الى ورثة الواقف». که فرع بعدی است. اما در فرعی که مربوط به بحث ما هست

خیلی تصریح ندارند، منتهی می فرمایند^۱: «اقول هنا مسئلتان: الاولى هل يصح هذا الوقف أم لا؟ فنقول شرط الوقف التأیید». خب ظاهر این عبارت این است که به اطلاقش می تواند هم معنای عدم توقیت را شامل شود و هم عدم انقراض را. ایشان بر این مطلب مترتب کرده است که «فلو جعله على من ينقرض غالبا و لم يسقه بعد ذلك الى من لا ينقرض كالفقراء و المساجد و المشاهد هل يصح وقفا، قال الشيخان نعم». که این مربوط به بحث بعدی است. و نسبت به فرعی که در آن هستیم یعنی صحت یا عدم صحت وقف الی سنة شاید بتوان به اطلاق تعبیر اول ایشان که می فرمایند «فنقول شرط الوقف التأیید» تمسک نمود. و الا عبارت دیگری در اینجا ندارند که در این مسئله ظهور داشته باشد.

عبارت مرحوم صیمری در غایة المرام

مرحوم صیمری در غایة المرام در شرح شرایع اولین فرعی که مطرح می کنند وقف لمن ينقرض غالبا است. در ذیل این فرع می فرمایند^۲: «هنا مسئلتان: الاولى من شرط الوقف التأیید، فإذا جعله لمن ينقرض غالبا...». که شبیه آن بحثی است که بالا عرض کردیم.

ایشان دیگر شرط الی سنة را نیاورده اند. لذا تنها از اطلاق همین شرط می توان فهمید که وقف نمی تواند الی سنة باشد.

عبارت مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد

مرحوم علامه در متن قواعد فرموده اند^۳: «الثانی دوامه، فلو علقه بصفة أو بشرط أو قرنه بمدة لم يقع» که قبلا خواندیم. محقق کرکی در جامع المقاصد در شرح این دوام فرموده اند: «لأن الوقف لابد من تأییده على ما سیأتی تحقیقه انشاءالله». و در ذیل می فرمایند: «أنه لو وقف ملكه مدة كسنة فهل يبطل اصلا أم يبطل كونه وقفا و يصح حبسا. قولان: احدهما البطلان، و هو ظاهر عبارة الكتاب حيث حکم فی هذه المسئلة بعدم الوقوع و فی التي بعدها بصحة حبسا. والثانی صحته حبسا. و اختاره المصنف فی التحرير و شيخنا الشهيد فی الدروس، لوجود المقتضى...».

^۱ - المذهب البارع جلد ۳ صفحه ۵۰

^۲ - غایة المرام جلد ۲ صفحه ۳۷۴

^۳ - جامع المقاصد جلد ۹ صفحه ۱۵

پس مرحوم محقق کرکی در اینکه چنین انشائی، وقف واقع نمی شود تردید نکرده است و استدلالی نیز برای آن نیاورده است. منتهی در اینکه آیا حبس واقع می شود یا نه بحث کرده است. و گفته اند برخی از فقهاء در فرع بعدی قائل به صحته حبسا شده اند، آنوقت آن بحث را به اینجا سرایت داده اند که آیا اینجا هم به صوت حبس واقع می شود یا نه؟ و از قول برخی آورده اند که در اینجا نیز می شود حبس باشد. اما در ذیل مسئله تقریباً بحث را روشن کرده اند و فرموده اند: «وینبغی الجزم بالبطلان لو قصد بالوقف هنا معناه الحقيقي لامتناعه». یعنی در این فرع که وقف الی سنة است نمی شود واقف قصد وقف به معنای حقیقی آن کند. و اگر چنین قصدی داشته باشد بلا شبهه وقفش باطل است، چون امکان وقوع ندارد.

پس معلوم می شود که ایشان نیز در وقف، تأیید را شرط می داند. و ما به ایشان نیز نمی توانیم نسبت دهیم که این وقف را تصحیح می کنند یا در بطلانش تشکیک می کنند. بلکه ایشان جازمانه می گوید: اگر انشاء کند وقف را الی سنة و قصد کند وقف را بمعنای حقیقی آن، این وقف باطل است.

عبارت مرحوم شهید ثانی در مسالک

مرحوم شهید ثانی نیز شبیه همین حرف را در مسالک آورده اند. وقتی مرحوم محقق در شرایع گفتند: «القسم الرابع فی شرائط الوقف و هی اربعة الدوام و التنجيز و الاقباض و اخراجه عن نفسه، فلو قرنه بمدة بطل». مرحوم شهید ثانی در مسالک می فرماید: 'در اینجا دو مسئله وجود دارد: «احدهما أن یقرن الوقف بمدة کسنة مثلاً و قد قطع المصنف ببطلانه، لأن الوقف شرطه التأیید، فإذا لم یحصل الشرط یبطل. وقيل إنما یبطل الوقف ولكن یصیر حبسا کالثانية (یعنی مثل همان فرع ثانی که مسئله ۱۶ ما باشد که وقف علی من ینقرض است همانطور که در آنجا عده ای گفته اند که وقفش باطل است ولی حبسا صحیح است، اینجا هم یک عده ای این را گفته اند) و هذا هو الاقوی (که به صورت حبس صحیح باشد) لکن هذا إنما یتّم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط».

دیگر {عبارت} از این روشن تر نمی توان آورد. پس مرحوم شهید ثانی نیز در مسالک همین نظر را دارد که در مسئله فعلی ما که اقتران به وقت است، اگر قصد وقف کند به معنای حقیقی آن، وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط. چون ایشان اشتراط تأیید به معنای عدم توقیت را مسلم گرفته است. عبارت خیلی عبارت مهمی است. لفقد الشرط یعنی مفروغ

عنه گرفته اند که وقف مشروط به تأیید است به معنای عدم توقیت، و اگر قصد کند وقف حقیقی را در همین جایی که مقرون به زمان کرده، وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط.

پس اگر می گویند اقوی این است که لم یبطل و یصیر حبسا، یعنی حبس واقع می شود و باید بگوئیم قصد حبس کرده است. ولی اگر قصد وقف حقیقی کرده باشد، وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط.

پس اگر در فرع اصلی ما از شهید ثانی سؤال کنیم که «لو أنشأ الوقف الی سنة بقصد الوقف حقیقة» چه حکمی دارد؟ ایشان می گویند: «وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط».

حال ببینید صحت این انتساب را که از ایشان نقل کرده اند که ایشان نیز اشتراط تأیید را متنازع و مشکوک دانسته است.

ایشان در فرع بعدی گفته اند مشکوک است که ربطی به اینجا ندارد. و در اینجا تصریح می کند به بطلان وقف. و طوری هم تصریح می کند که معلوم می شود اشتراط به تأیید و عدم توقیت را ارسال مسلم گرفته زیرا گفته اند: وجب القطع بالبطلان.

ایشان در فرع بعدی در صفحه بعد می فرماید:^۱ «الثانية (یعنی فرع دوم) أن يجعله لمن ينقرض غالبا و لم يذكر المصرف بعده». در اینجا ایشان بحث کرده و به ادله ای که برای بطلان آورده اند پاسخ داده و فرموده «و اصاله الصحة متوقفة على اجتماع شرائطها و هو عين المتنازع لأن الخصم يجعل منها التأیید».

پس ایشان در اینجا بحث کرده اند و گفته اند بحث اصاله الصحة اول تنازع است.

پس هم این عبارت ایشان و هم عبارت دیگری که در اینجا آوردیم همه مؤید این است که در فرع ما به صراحت قائل به بطلان هستند گرچه فروع بعدی صحت را قابل بحث دانسته اند.

^۱ - مسالك الافهام جلد ۵ صفحه ۳۵۴

عبارت مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه

عبارت مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه نیز به همین صورت است. وقتی مرحوم شهید اول در لمعه می فرمایند: «وشرطه التنجیز والدوام والاقباض و اخراجه عن نفسه» ایشان در شرح عبارت می آورند: «و الدوام فلو قرنه بمدة أو جعله علی من ینقرض غالباً لم یکن وقفاً والاقوی صحته حبساً». دیگر از این صریحتر چه بگویند.

ما در عبارات مسالک دیدیم که شهید ثانی هم در فرع اول و هم در فرع دوم حبس را تصحیح می کند البته در هر دو فرع به شرط اینکه قصد حبس کرده باشد. و در فرع اول تصریح می کند که اگر قصد وقف حقیقی کرده باشد، وقف باطل است. اینجا نیز می فرمایند فلو قرنه بمدة أو جعله علی من ینقرض غالباً لم یکن وقفاً.

پس در بحث حاضر یعنی فرع اول از مسئله پانزدهم که بحث تأیید به معنای عدم توقیت است ایشان مسلم گرفته است که دوام شرط است، بعد هم متفرع کرده است که «فلو قرنه بمدة أو جعله علی من ینقرض غالباً لم یکن وقفاً».

عبارات متأخرین و معاصرین راجع به شرطیت دوام و عدم توقیت به مدت

شیخ بهائی که مربوط به قرن ۱۱ است نیز در جامع عباسی ۱۶ شرط برای وقف برشمرده اند که که شرط هفتم آن را دوان دانسته اند و گفته اند: «هفتم دوام وقف است، پس اگر وقف را مقارن مدتی سازد آن وقف نخواهد بود بلکه آن را حبس گویند و به انقضاء مدت باطل می شود».

ایشان هم تصریح می کند که اگر انشاء وقف کند مقارن به مدت، وقف نیست.

مرجوم مجلسی اول هم در فقه فارسی شان فرموده اند: «چهارم از شروط وقف آنکه دائمی باشد، پس اگر مقید به مدتی سازد آن حبس باشد و باطل شود به گذشتن آن مدت». پس ایشان هم وقف مقترن به وقت را صحیح نمی داند به معنای اینکه وقف واقع نمی شود و حبس واقع می شود.

تا قرون بعدتر که تقریباً عمده فقهاء قائل شده اند که در وقف اشتراط دوام به معنای عدم توقیت، شرط است.

۱- الروضة البهیة جلد ۳ صفحه ۱۶۹

۲- جامع عباسی طبع محشی جدید صفحه ۳۶۲

در فقههای زمان ما مرحوم آقای حکیم در منهاج الصالحین، مرحوم آقای خوئی در منهاج الصالحین و شاگردان ایشان چه مراجعی که در قید حیات اند حفظهم الله تعالی جمیعا و چه آنها که از دنیا رفته اند رحمهم الله جمیعا اکثرا قائلند در وقف باید تأیید و دوام باشد و اگر مقرون به وقت گردد باطل است.

مرحوم آقای حکیم هم در منهاج الصالحین جلد ۲ صفحه ۲۴۳ مسئله ۱۵ فرموده اند: «لا يجوز فی الوقف توقیته بمدة، فإذا قال داری وقف علی اولادی سنة أو عشرین سنین بطل، والظاهر عدم صحته حبسا». که عبارت آقای خوئی ره هم از همینجا گرفته شده بود.

مرحوم آقای خوئی نیز در منهاج الصالحین آقای خوئی جلد ۲ صفحه ۲۳۴ مسئله ۱۱۱۷ همین عبارت را دارند. فرموده اند: «لا يجوز فی الوقف توقیته بمدة، فإذا قال داری وقف علی اولادی سنة أو عشرین سنین بطل، والظاهر عدم صحته حبسا». ایشان حبسش را هم قبول ندارد. هر چند برخی از شاگردان ایشان حبس را قبول کرده اند.

در کتب منهاج الصالحینی که شاگردان مرحوم آقای خوئی ره دارند در آنها هم شبیه همین عبارات آمده است. آیه الله سیستانی، آیه الله وحید حفظهم الله، مرحوم آقای تبریزی در منهاج الصالحین شان آورده اند که دوام به این معنا شرط است. بنابر این تا به اینجا در کلماتی که از فقها آوردیم عبارتی که دال بر تصحیح وقف مقرون به مدت باشد به عنوان وقفیت یعنی وقف را تصحیح کرده باشند پیدا نکردیم.

عبارات دال بر عدم شرطیت دوام

بله دو تا عبارت وجود دارد: یکی از مرحوم سبزواری صاحب کفایة الاحکام، و دیگری از مرحوم فیض کاشانی. ما باید اولاً عبارتهای این دو بزرگوار را بررسی کنیم تا ببینیم مضمون آن چیست و بعد هم باید روشن کنیم که آیا اصلاً مخالفت این دو بزرگوار اثری دارد یا خیر؟ اجماعی که ادعا می شود و اثر گذار است عمدتاً اجماع قداماء است. حالا اگر بیائیم متأخرین مثل محقق حلی و علامه حلی را اضافه کنیم و متأخری المتأخرین را هم اضافه کنیم، اما مثل مرحوم محقق سبزواری و مرحوم فیض کاشانی که در قرن ۱۱ بوده اند، واضح است که اگر نظر مخالفی داشته باشند اثری در بحث اجماع ندارد. اجماع اصلش که اثر گذار است اجماع قداماء است. اگر ما اجماع متأخرین مثل علامه و محقق را هم ضمیمه می کنیم به شرط وجود اجماع قداماء است. والا اگر قداماء یک اجماع یا نظر مخالفی داشته باشند ولی بعدی ها مخالفت کنند یا اجماع کنند این اجماع اثری ندارد، که حالا در بحث بعدی تا حدی این را روشن می کنیم.

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۵) لزوم تأیید در وقف

بنابر این در جلسه بعد ما باید هم عبارت این دو بزرگوار را ببینیم، و هم ببینیم این چه اثری دارد، و آیا چیزی که نسبت داده اند درست هست یا نه.

و السلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدۀ در وقف ۶۹۰
- خلاصه گذشته: ۶۹۰
- بررسی عبارت مرحوم سبزواری در تشکیک در اجماع ۶۹۱
- تفکیک بین تشکیک مرحوم سبزواری در اجماع و بین نظر خود ایشان ۶۹۲
- بررسی عبارت مرحوم فیض کاشانی در تشکیک در اجماع ۶۹۳
- برداشت صاحب مفتاح الکرامۀ از کلام محقق سبزواری و مرحوم فیض ۶۹۴
- بررسی عبارت صاحب حدائق ره ۶۹۵
- بررسی عبارت صاحب ریاض ره ۶۹۵
- سرایت اشتباه به کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام مرحوم مغنیه ۶۹۶
- بررسی عبارات صاحب کتاب فقه الصادق علیه السلام ۶۹۷
- بررسی عبارات کتاب « احکام الوقف فی الشریعۀ الاسلامیۀ الغراء » ۶۹۸
- دقت صاحب جواهر ره در اثبات اجماع و رد تشکیکها ۷۰۰
- نتیجه بحث در تحقق اجماع ۷۰۲
- موضوع جلسه بعد: بررسی حجیت اجماع محتمل المدرک ۷۰۲

ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدۀ در وقف

خلاصه گذشته:

بحث در تحقق اجماع در مسئله اول در باب توقیت در وقف بود که مسئله ۱۵ تحریر است.

سوال این بود که آیا انشاء وقف الی مدة منتهی بقصد الوقفیه، به صورت وقف صحیح است و وقف واقع می شود یا

نه؟

البته بعد الفراغ از این جهت در مورد صحت آن به صورت حبس نیز بحث می شود.

همانطور که قبلاً عرض کردیم پاسخ به این پرسش که آیا این وقف به عنوان وقفیت صحیح است یا نه، مبتنی است

بر پاسخ به این پرسش که آیا اشتراط وقف به تأیید به معنای عدم توقیت مستندی دارد یا خیر؟

عرض شد که از کلمات فقهاء می توان چهار مستند برای این مسئله اصطیاد کرد. مستند اول دلیل اجماع بود.

کلمات فقهاء را در حد میسور بررسی کردیم، ادعای اجماع در کلمات برخی فقهاء را هم دیدیم. برخی نیز در تحقق

این اجماع تشکیک کرده اند.

مرحوم سید و مرحوم آخوند با تعبیر «الاجماع إن تمّ» در تحقق اجماع نوعی تشکیک کرده بودند. از برخی فقهاء

دیگر هم این تشکیک نقل شده است.

از صاحب مسالک و علامه این تشکیک در اصل اشتراط وقف به عدم توقیت و تأیید نقل شده است. در جلسه قبل

مفصل در این باره بحث کردیم و روشن شد که نه صاحب مسالک و نه علامه در مسئله حاضر یعنی انشاء الوقف الی سنة

مثلاً بقصد الوقفیه اشکالی نداشتند و وقف را صحیح نمی دانستند.

از محقق سبزواری و فیض کاشانی تشکیک در تحقق اجماع نقل شده است علاوه بر اینکه این دو بزرگوار خودشان

نیز قائل به بطلان وقف نیستند. لذا برخی از همین باب در اصل تحقق اجماع تشکیک کرده اند.

این مسئله نیاز به بررسی دارد که بنا بود در این جلسه به آن بپردازیم.

بررسی عبارت مرحوم سبزواری در تشکیک در اجماع

عبارت مرحوم محقق سبزواری در کفایه الاحکام این است که^۱: «السابع (از شروط وقف) الدوام عند جماعة من

الاصحاب، فلو قرن الوقف بمدة كسنة مثلاً فقیل إنه یبطل، و قیل إنه یصح و یصیر حبساً، وهو الاقوی (یعنی همین صحت

و كونه حبساً) لصحیحة علی بن مهزیار و صحیحة محمد بن الحسن الصفار، و هذا یسمى منقطع الآخر. ولو انقطع أوله أو

وسطه أو طرفاه فیه قولان و لا یبعد القول بالصحة».

^۱ - کفایة الاحکام جلد ۲ صفحه ۱۰.

تفکیک بین تشکیک مرحوم سبزواری در اجماع و بین نظر خود ایشان

شاید از این عبارت برداشت شود ایشان در تحقق اجماع تشکیک کرده اند زیرا فرموده اند «الدوام عند جماعة من الاصحاب». که گویی عده دیگری از اصحاب قائل به اشتراط دوام نیستند.

اما در خصوص اینکه مختار خود ایشان چیست، به نظر می آید که ایشان هم مخالف عدم صحت وقف نیست. زیرا ایشان فرض صحت حبس را بر می گزینند و تصریح کرده است که این نظر اقوی است. «قیل إنه یبطل و قیل إنه یصح ویصیر حبسا و هو الاقوی» یصحی که ایشان می فرمایند یعنی حبسا یصح، و تصریح می کند که و هو الاقوی.

البته صحت استناد ایشان به صحیحہ علی بن مهزیار و صحیحہ محمد بن حسن صفار در خصوص اینکه این مورد حبس باشد مطلبی است که در موقع بحث از روایت به تفصیل خواهد آمد. اما نسبت به اصطیاد نظر خود محقق سبزواری، می توان گفت که عبارتشان اشعار دارد به عدم قبول وقوع وقف. زیرا اگر وقفا واقع می شد چرا ایشان فرض «إنه یصح و یصیر حبسا» را اقوی می داند. خب می فرمودند: «یصح وقفا». پس معلوم می شود صحت این انشاء وقفا را قبول ندارد لذا می گوید یصح و یصیر حبسا.

بنابر این خود محقق سبزواری هم علی القاعدة باید قائل به همین باشد که در جائی که انشاء وقف کند بمدة مثل سنة، وقف واقع نمی شود. بله از تعبیری که ایشان فرموده که الدوام عند جماعة من الاصحاب، شاید بخواهند استفاده کنند که پس در نزد عده دیگری شرط نیست. منتهی همانطور که قبلا فی الجملة اشاره شد و بعد هم شاید در فرصتی با تفصیل بحث کنیم، این تعبیر فقها و تشکیکی که از آن استفاده می شود ظاهرا راجع به این فرض است که دوام شرط باشد به طوری که در صورت عدم رعایت آن هیچ چیزی واقع نشود نه وقف و نه حبس. یعنی اگر وقف کرد به الی سنة دیگر اصلا هیچ چیز واقع نشود. که این قائل هم دارد. که یبطل مطلقا، حتی حبسا هم باطل است و حبس واقع نمی شود.

پس اینکه یشرط الدوام عند جماعة من الاصحاب، شاید مقصود این باشد که عند جماعة شرط است بنحو الاطلاق به طوری که اگر انشاء وقف کند الی سنة مطلقا باطل شود چه به عنوان الوقفیه و چه به عنوان الحبسیه. چنین بطلانی مختص به جماعتی است، چون همه این را نمی گویند و این انشاء را حبسا صحیح می دانند.

اما اینکه آیا اگر انشاء وقف کند الی سنة و این وقف هم بقصد الوقفیه باشد وقف واقع می شود و دوام شرط نیست، این را ایشان خودش هم قائل نیست.

بنابر این ما با دو مسئله مواجهیم: یکی نظر شخص محقق سبزواری، که از آن مخالفت با اجماع شیخ و دیگران استفاده نمی شود. یکی این تعبیری که فرمودند، که همانطوری که عرض کردیم شاید این تعبیر تفسیر دیگری داشته باشد و معنایش این نباشد که دوام حتی در بحث وقف هم بما هو وقفیت شرط نیست و بشود وقف الی مدة داشته باشیم.

بررسی عبارت مرحوم فیض کاشانی در تشکیک در اجماع

اما راجع به فیض کاشانی، ایشان در مفاتیح الشرایع فرموده است^۱: «والمشهور اشتراط التأیید ایضاً، فلو قرنه بمدة بطل، الا إذا اراد التحییس».

ایشان نظر مشهور را در فرع اول یعنی وقف غیر مؤبد نقل کرده است. چون تصریح می کنند فلو قرنه بمدة بطل. برخی از استناد حکم به مشهور و این تعبیر ایشان که فرمود و المشهور اشتراط التأیید، گویا اشاره و تعریضی به این فهمیده اند که ایشان اجماع را قبول ندارد، والا می فرمودند اجماع است.

در ادامه ایشان وارد فرع دوم یعنی وقف علی من ینقرض می شوند و می فرمایند: «و قیل لو جعله لمن ینقرض غالباً و اقتصر صحّ و مع الانقراض یرجع الی ورثته».

توجه به این تغییر فرع خیلی مهم است. چون این تعبیری که در ادامه دارند در خصوص همین فرع دوم است. می فرمایند: «و قیل لو جعله لمن ینقرض غالباً و اقتصر صحّ و مع الانقراض یرجع الی ورثته و قیل الی ورثة الموقوف علیه، و ذلک لأن اشتراط التأیید لا دلیل علیه، بل الاصل و العمومات ینفیه. و إن قیل إنه یرجع حینئذ الی التحییس زال الاشکال (که همینجا هم ما بگوئیم برمی گردد به تحییس) إذ هو بمعناه و لا مشاحة فی الالفاظ».

در این فرع دوم ایشان تعلیل می کنند برای این قیل که وقف برای من ینقرض غالباً، صحیح است. در مواردی که واقف اقتصار کرده به همین من ینقرض و ضمیمه هم نکرده است کسانی را که لم ینقرض باشند این وقف را صحیح می دانند. و فرمایند این صحت از باب این است که اشتراط به تأیید دلیلی ندارد و اصل و عمومات هم نفی می کند این اشتراط را.

^۱ - مفاتیح الشرایع جلد ۳ صفحه ۲۰۷

در ادامه هم قائل شده اند اگر گفته شود که حقیقت این صورت به تحبیس بر می گردد اشکال از اساس منتفی می شود، چون کسی نمی تواند در حبس واقع شدن این جهت اشکال کند. پس زال الاشکال چون حبس در اینجا به همان معنای وقف است و در الفاظ هم مشاحه ای نیست.

نکته ای که می خواهیم عرض کنیم این است که: اگر بخواهید از تعبیر «المشهور اشتراط التأیید» استفاده کنید اشکال در اجماع را، این یک نکته ای است که همانطور که گفتیم ممکن است تفسیر دیگری هم داشته باشد. اما راجع به نظر خود مرحوم فیض در قسمت اول یعنی در فرع ۱۵ تحریر که بحث فعلی ما است یعنی اقتران وقف بمدة، ایشان نظر مشهور را نقل کرده است و تعلیقی هم به آن نزده است. و تعبیر «و ذلک لأن اشتراط التأیید لا دلیل علیه» این مربوط به قیل است، یعنی مربوط به فرع دوم است که لو جعله لمن ینقرض غالباً و اقتصر صحّ. ایشان دارند این صحت را تعلیل می کنند و می فرمایند این مطلبی که گفته شده درست است، لأن اشتراط التأیید لا دلیل علیه و ینفیه الاصل و العمومات. و لذا اینجا گفته است که و إن قیل یرجع حیثئذ الی التحبیس زال الاشکال. در حالی که در بالا خود ایشان گفته بود که الا إذا اراد التحبیس. پس برگشت این به تحبیس مربوط به این شق دوم است نه شق اولی که ایشان تکلیفش را حل کرده به معنای اینکه مشهور را نقل کرده و فرض تحبیس را در آن صحیح دانسته است. در قیل دوم که مربوط به وقف علی من ینقرض است اینجا ایشان فرموده است که و ذلک لأن اشتراط التأیید لا دلیل علیه.

ما تعمدنا این عبارات را خواندیم چون بعدی ها در مقام خدشه در اجماع و یا حتی نقل اقوال گاهی درست نقل نکرده اند. و مرحوم فیض و مرحوم سبزواری را مخالف دانسته اند، در حالی مطلب واقعیت ندارد.

برداشت صاحب مفتاح الکرامه از کلام محقق سبزواری و مرحوم فیض

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه آنچه که از مرحوم فیض کاشانی و سبزواری نقل می کند راجع به نحوه گفتنشان نسبت به اصل اشتراط است نه نظر خودشان در مسأله. می گوید ایشان که گفته است «عند جماعة من الاصحاب»، می خواهد به نحوی اصل اجماع را و هن کند. یا این عبارت «و المشهور اشتراط التأیید» گویی تعریضی است به اینکه اجماع محقق نیست. ایشان به این نکته نظر کرده است. و نفرموده که این دو بزرگوار نظر خودشان هم این است که وقف در اینجا صحیح است به عنوان الوقفیه. این نکته نیز با اهمیت است چون برخی جور دیگری نقل کرده اند که به آن خواهیم رسید.

نتیجه: تا اینجا دیدیم که در مجموع کلمات قوم به نظر می آید که تقریباً بطلان وقف قطعی است، یعنی فتوایی داده اند حال یا در کنار این فتوی، نقل اجماع هم کرده اند و یا فتوای خالی است که علی الظاهر فتوایشان مسلم است.

بررسی عبارت صاحب حدائق ره

مرحوم صاحب حدائق قائل اند اقتران به مدت اشکال دارد. و دلیلشان روایات ائمه اطهار علیهم السلام است، که هر چه از وقفهای آنها نقل شده است وقفهای مؤید بوده است. که این بحث جدائی است که به آن خواهیم رسید. اما در مقام نقل می فرمایند: «الظاهر من کلام الاكثر هو اشتراط الدوام فی الوقف، و قد تقدم فی أخبار وقوف الائمة علیهم السلام ما يدل علیه، وظاهره فی المسالك المناقشة فی ذلک (یعنی در اشتراط دوام در وقف) حیث ذکر أنه متنازع مشکوک فیه».

این اولین اشتباه صاحب حدائق است، چون ما قبلاً دیدیم که صاحب مسالک تعبیر أنه متنازع مشکوک فیه را برای فرع بعدی که وقف علی من ینقرض است بکار برده است. و عبارت ایشان را در فرع اول خواندیم که صریحاً فرمودند: ولو قرنه بمدة و قصد کند وقف حقیقی را، وجب القطع بالبطلان.

ببینید با وجود تعبیر به این صراحت که وجب القطع بالبطلان چون لا يقع وقفاً حقیقاً، چطور می شود که ایشان بگویند اشتراط متنازع و مشکوک است؟ خب اگر اشتراط لازم نبود چرا وجب القطع بالبطلان؟ پس ایشان عبارت صاحب مسالک را بد فهمیده است.

بررسی عبارت صاحب ریاض ره

صاحب ریاض هم دچار همین اشکال شده است. ایشان هم گمان کرده است که صاحب مسالک اصل اشتراط را متنازع و مشکوک فیه می داند، بعد که می رسد به این عبارت صاحب مسالک که «لو قصد الوقف الحقیقی وجب القطع بالبطلان» می گویند چرا وجب القطع بالبطلان؟

به ایشان اشکال می کند: ماها که اشتراط به دوام را قبول داریم، البته قطع به بطلان پیدا می کنیم. اما شما که تردید داشتید چرا قطع به بطلان پیدا میکنید؟

به نظر می رسد ظاهراً صاحب ریاض هم اشتباه کرده است. ولذا صاحب جواهر به ایشان ایراد گرفته، گفته شما کلام صاحب مسالک را اشتباه فهمیدید. صاحب مسالک در این مسئله نگفته است متنازع مشکوک، بلکه آن در مسئله بعد است. وانصافاً صاحب جواهر اینجا غوغا کرده است در فهم کلام صاحب مسالک و بیان اشتباه ریاض و در برخی کلمات دیگر که انشاء الله کلام ایشان را نقل می کنیم. انصافاً صاحب جواهر اینجا دقیق صحبت کرده است. پس نتیجه این شد که این نقل صاحب حدائق هم نادرست است.

بعد صاحب حدائق فرموده: «واقفاه (یعنی اقفی شهید ثانی در مسالک را) صاحب المفاتیح فی ذلک فقال إن اشتراط التأیید لا دلیل علیه، بل الاصل و العمومات تنفیه».

این نقل هم علی الظاهر درست نیست. همانطور که الان عرض کردیم عبارت صاحب مفاتیح در دو قسمت است، آنجا که می گوید والمشهور التأیید، آنجا چیزی نگفته است. در پائین که می گوید قیل، راجع به وقف علی من ینقرض است که بحث بعدی است آنجا ایشان فرموده است که «اشتراط التأیید لا دلیل علیه». یعنی اشتراط تأیید به آن معنا که علی من لم ینقرض باشد، این دلیلی ندارد و اصل و عمومات تنفیه. پس این نقل صاحب حدائق هم درست نیست.

سرایت اشتباه به کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام مرحوم مغنیه

برخی بر اساس همین نقل صاحب حدائق این مطالب را به صاحب مسالک و دیگران نسبت داده اند، که ما دیگر نمی خواهیم تکرار کنیم. مثلاً در کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام مرحوم مغنیه این مطلب آمده است. که البته این کتاب برای اهل فن نوشته نشده است، ولیکن بالاخره در آنجا این نسبت از صاحب حدائق گرفته شده است. این طور مطالب را از یکدیگر می گیرند و در کتب تکرار می کنند بدون اینکه خودشان به اصل مراجعه کنند.

بررسی عبارات صاحب کتاب فقه الصادق علیه السلام

برخی از علمای معاصر در کتاب فقه الصادق اشتباه دیگری کرده اند. بعد از اینکه ایشان ادله اشتراط تأیید به معنای عدم توقیت را بر می شمارد و در همه اشکال می کند، در آخر می فرماید: «فما اختاره جماعة و مال الیه آخرون کالشهید الثانی ره و صاحب المفاتیح و سید العروة و غیرهم من عدم اشتراط التأیید هو الاصح».

اولاً: این «فما اختاره جماعة» چه کسانی هستند؟ ما که در تمام این کلماتی که تا به حال خواندیم پیدا نکردیم افرادی را که اختیار کرده باشند که اقتران وقف به مدت بقصد الوقفیه یقع وقفاً. یعنی صحت وقف موقت بما هو وقف را پذیرفته باشند. این فما اختاره جماعة چه کسانی هستند؟ آیا شیخ طوسی ره است؟ شیخ صدوق ره است؟ آیا ابن براج ره است؟ ابن ادریس ره است؟ علامه ره است؟ ما همه عبارات را خواندیم، حتی یک مورد در اینها نیامده بود که وقف موقت بما هو وقف صحیح است.

ثانیاً: این هم که بعد فرمودند و مال الیه آخرون کالشهید الثانی، این مال الیه آخرون را هم به ما بفرمائید چه کسانی هستند؟ اما شهید ثانی که عبارتش را خواندیم. ایشان فرمود: اگر انشاء وقف کند مقرون به سنة مثلاً و قصد وقف حقیقی کند وجب القطع بالبطلان. آنوقت چه جور ایشان می فرماید مال الیه آخرون؟

ظاهراً همان خلط بحثی که بین فرع بعدی یعنی وقف علی من ینقرض است و بین این فرع فعلی ما که وقف مقرون به زمان و سنه است، واقع شده است. ما ندیدیم عبارتی از شهید ثانی را که در این فرع مال الی الصحة باشد. بله در فرع بعدی مال الی الصحة هست آن هم حبساً نه وقفاً.

ثالثاً: این هم که به مرحوم فیض نسبت میل دادند، ما عبارت مفاتیح را خواندیم، در عبارت ایشان در این فرع هم میل به این مسئله نبود. و در فرع بعدی است که فرموده اند دلیلی بر این نداریم و عمومات و اصل تنفی هذا الاشتراط.

رابعاً: در رابطه با صاحب عروه هم همچنین چیزی نیافتیم. صاحب عروه هم که بعداً ادله اش را می آوریم، ایشان چند دلیل را به اجمال بیان می کند و خیلی هم در ردّ آنها استدلال نمی کند بلکه می گوید کما تری. مثلاً بحث دخل تأیید در مفهوم وقف را می گوید کما تراه. و روایاتی را که دال بر وقف مؤبد ائمه اطهار علیهم السلام است آن ها را هم می

فرمایند كما تراه. که البته نسبت به روایات فرمایش ایشان درست هم هست که بحثش خواهد آمد. اما راجع به اجماع، ایشان آخرش می گوید «والعمدة هو الاجماع إن تم». بعد می فرماید «و علیه فلو قرنه بمدة بطل».

شما دقت بفرمائید. درست است که از عبارت ایشان در ابتدا تشکیکی در اجماع فهمیده می شود، اما بعد می گوید «و علیه فلو قرنه بمدة بطل». یعنی ایشان هیچ عبارتی که از آن میلی به صحت وقف فهمیده شود ندارد. بلکه گویا از ایشان یک تشکیک مائی در اجماع فهمیده می شود، ولی خیلی کسانی که یکوقتی ممکن است در اجماع تشکیک کنند نظر نمی دهند، مخالفت با اجماع را درست نمی دانند.

علی آئی حال صاحب عروه چنین تعبیر ندارد که «و فی القول بالصحة وجه». یا این تعبیر را ندارند که «و الاوجه کذا» یا «والاظهر کذا» یا بفرماید «لا یخلو عن وجه» یا «لا یخلو عن قوة»، هیچ همچنین چیزی ندارد. بلکه فرموده «و علیه فلو قرنه بمدة بطل». یعنی گویی درست است که ایشان در تحقق اجماع جزمی ندارد، ولی بنا را بر اجماع می گذارد و می گوید و علیه فلو قرنه بمدة بطل.

پس ایشان هم میلی به این مسئله ندارد.

پس اینکه فرمود: «فما اختاره جماعة و مال الیه آخرون کالشهد الثانی ره و صاحب المفاتیح و سید العروة و غیرهم من عدم اشتراط التأیید هو الاصح»، حق این است که ما یک مورد هم پیدا نکردیم از میان قدماء و متأخرین و متأخری المتأخرین و تا این قرون اخیر که کسی وقف را بما هو الوقف تصحیح کرده باشد. ما این را پیدا نکردیم. اینکه نظر خود ایشان صحت باشد یک بحث است، اما اینکه برای خودشان همراهانی جور کرده اند، این درست نیست.

بررسی عبارات کتاب «احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة الغراء»

اما برخی علماء دیگر از معاصرین در کتاب احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة الغراء یک همچنین مسئله ای را در باب اجماع فرموده اند، منتهی بی دقتی های بیشتری در آن صورت گرفته است. مثلاً بعد از اینکه کلام شیخ طوسی را در خلاف و کلام سرائر و اصباح الشیعة و شرایع... آوردند که تأیید باید باشد، اما در صفحه ۴۹ عنوان زده اند که «تصحیح الوقف الموقت». بعد فرموده اند: «هذا أی بطلان الوقف المحدد بمدة إن تم اجماعاً فهو و الا فیمكن القول بالصحة، وذلك

۱- احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیة الغراء صفحه ۴۹

لأن حقيقة الوقف هو إيقاف الموقوف للموقوف عليه». این استدلال ایشان است. ما فعلا نمی خواهیم وارد این استدلال بشویم چون این استدلال بعدا مورد بحث قرار می گیرد.

پائین تر فرموده اند: «وعلى هذا فلا مانع من الوقف المحدد بمدة إن لم يتم الاجتماع». می گویند اگر اجماع تمام نباشد مانعی از وقف نیست.

تا اینجا تشکیک بود در اینکه اجماع واقع است یا نه. چون فرمود إن تم اجماع، یا فرمودند اگر اجماع تمام نشد مانعی از وقف محدد نیست.

بعد فرموده اند^۱: «و بما ذكرنا ظهر أنه لو تم الاجتماع فهو، و الا فالوقف الموقت لا دليل على بطلانه». که این هم یک نوع تشکیک است.

بعد در سطر بعد فرموده اند: «لو قال وقفت هذا البستان على الفقراء الى سنة فعلى ما قويناه صحّ. و اما لو قلنا بمقالة المشهور من بطلان الوقف الموقت فللمسئلة صور ثلاث (که بحث کرده اند)».

بعد دوباره پائین تر فرموده اند: «اما الصورة الاولى (که وقف تا یک مدت معین مثل ۲۰ سال و ۱۰ سال باشد) فیحکم بالبطلان على القول المشهور والصحة عندنا».

ما دو جور اشکال به این فقیه معاصر حفظه الله داریم:

اولا: می گوئیم این تشکیک هایی که در اجماع فرمودید که لو تم الاجتماع، إن تم الاجتماع، این را باید مراجعه کرد و دید اجماع هست یا نیست. این اشکال بر فرمایش مرحوم سید صاحب عروه و مرحوم آخوند رحمه الله علیه که «إن تمّ» آورده اند وارد است. خب این تمّ ها را باید فحص کنیم ببینیم هست یا نیست. البته گاهی ممکن است کسی بعد الفحص هم شک کند، ولی باید این فحص را انجام دهیم و عبارتها را ببینیم بعد بگوئیم تمّ أو لم يتمّ.

ثانیا: شما که تشکیک دارید و می فرمایید إن تمّ الاجتماع، آنوقت چطور یک دفعه فرمودید فعلى ما قويناه صحّ؟

شما این تصحیح را معلق کردید به اینکه لم يتمّ الاجتماع. خب اول بفرمائید اجماع تمام است یا ناتمام، بعد بفرمائید على ما قويناه صحّ. یا اینکه در پائین تر یک دفعه فرمودید على قول مشهور که قائل هستند به اشتراط، فیحکم بالبطلان و طبق نظر ما صحیح است والصحة عندنا.

^۱ - احکام الوقف فی الشريعة الاسلامیة الغراء صفحه ۵۱

چگونه اینطور شد که والصحة عندنا؟ شما علی القاعده باید این تردید و تعلیقان بر تمامیت و عدم تمامیت اجماع را حل کنید، بعد بفرمائید که علی ما قویناه صح. تا شما آن تعلیق و تردید را حل نکردید که حکم کردن درست نیست. پس ما در واقع دو اشکال داریم: اولاً این جزم بعد از آن تعلیق درست نیست. شما باید آن تعلیق را حل کنیم که تم الاجماع أم لا. ثانياً باید به کلمات قوم مراجعه کنید ببینید چه بوده است. چرا همچنین تشکیکی می کنید. ما در فقه حق داریم اینطوری تشکیک کنیم؟ یعنی فحص نکنیم عبارتها را نبینیم. البته اینجا چند عبارت نقل شده است، از سرائر، از خلاف، از اصباح الشیعه، از محقق، از صاحب جواهر، که اینها اجماع هم محصل و هم محکی را فرموده اند. خب در مقابل نقل اجماع محصل و محکی از صاحب جواهر و در مقابل نقل اجماع خلاف وقتی شما تشکیک می کنید باید وجهی داشته باشد، اینطور که نمی شود. این اشکال به فرمایش ایشان هست.

دقت صاحب جواهر ره در اثبات اجماع و رد تشکیکها

به نظر من از همه دقیقتر در این مسئله مرحوم صاحب جواهر است که انصافاً دقت کرده است در اینکه ببیند دقیقاً مصب کلمات قوم کجا است و آن تشکیکاتی که کرده اند اجماع را در کجا به هم می زند.

ایشان وقتی کلام صاحب مسالک و جامع المقاصد را نقل می کند که^۱ «فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطالان» بعد مناقشه ریاض را بر اینها نقل می کند که «بأنه كذلك (یعنی باید قطع به بطلان پیدا کرد) بناء على المختار من اشتراط الدوام». صاحب ریاض می گوید اگر کسی مثل ما اشتراط دوام را قائل باشد باید بگوید اگر انشاء وقف شود الی سنة و قصد وقف حقیقی شود وجب القطع بالبطالان. این درست است. اما صاحب ریاض به این بزرگواران اشکال می کند می فرماید: «و اما علی مختاره (یعنی فی المسالک) من التردد فی اشتراطه فلا وجه للقطع به. (بعد فرموده) و لعل مراده علی تقدیر اشتراطه». یعنی وجب القطع علی تقدیر اشتراطه.

این حرف واقعا عجیب است. عبارت صاحب مسالک که جزم کامل بود. صاحب ریاض این را برمی گرداند به یک اشتراطی تا بتواند اشکالش بر صاحب مسالک را یک جوری توجیه کند.

۱- جواهر الکلام جلد ۲۸ صفحه ۵۳

مرحوم صاحب جواهر می فرماید: «ولكن يدفعها (يدفع این فرمایش صاحب ریاض را) أن تردده (تردد صاحب مسالك) فيه بالنسبة الى المسئلة الآتية لا بالنسبة الى التوقيت الذي لم نعرف قولاً بصحته بل و لا احتمالاً».

این خیلی نکته مهمی است. صاحب جواهر فقیه متضلع که معمولاً با عبارات فقهاء انس دارد و نقل می کند و آنهایی را هم که نقل نکرده تتبع کرده است، می فرماید: لا بالنسبة الى التوقيت الذي لم نعرف قولاً بصحته بل و لا احتمالاً، نه به قول به صحت در وقف موقت دیدیم و نه احتمالش را در کلمات دیدیم. این خیلی شهادت عجیبی است.

بعد پائین تر می فرماید: «و كأن الذي أوقعه (يعني أوقع صاحب ریاض را) في ذلك ما في الكفاية من نسبة القول باعتبار الدوام الى جماعة (همین عبارتی که از مرحوم سبزواری خواندیم، می گوید شاید اشتباهی که صاحب ریاض کرده است ناشی از این عبارت صاحب کفایه است که ایشان گفته جماعتی قائل به دوام شده اند) و فرّع علیه الاقتران بمدة. الا أنه لم يذكر فيه ايضاً قولاً بالصحة وقفاً. بخلاف المسئلة الآتية فإنه هو قد اختار الصحة وقفاً».

این دقت بسیار خوبی است از صاحب جواهر. همانطور که ما عرض کردیم عبارت مرحوم سبزواری این نیست که قول به صحت وقفاً را نقل کرده باشد. در این فرع می گوید یصح و یصیر حبساً. در فرع بعدی است که اختیار می کند صحت را وقفاً.

پس معلوم می شود خود سبزواری هم قائل به این بوده است. این دقت صاحب جواهر است.

ایشان در ادامه باز می فرماید^۱: «(آن بحثهایی که دیگران تصریح کرده اند در جای دیگر است) لا المقرون بمدة الذي لم يعرف قديماً و حديثاً قول بصحته وقفاً».

این هم انصافاً دقت خوبی کرده است.

بعد پائین تر ایشان سرّ این حرفها را باز کرده است. فرموده: «وبذلك كله ظهر لك الخلط في كثير من الكلمات المتأخرين في تحرير موضوع المسئلة الذي قد عرفت أنه لا كلام في بطلانه وقفاً في الاقتران بمدة وإنما الكلام في صحته حبساً بمعنى أن ذلك قرينة على قصده الحبس أو لا، وقد سمعت الحال فيه (که ما انشاء الله بحش را خواهیم کرد)».

^۱ - جواهر الكلام جلد ۲۸ صفحه ۵۵

پس ببینید ایشان می گوید منشأ این حرفها که تشکیک در اجماع در مسئله کرده اند و برخی حرفها را نسبت داده اند، ناشی از خلطی است که در کثیری از کلمات متأخرین در تحریر موضوع مسئله رخ داده است. و ایشان می فرماید: لا کلام فی بطلانه وقفا فی الاقتران بمدة.

نتیجه بحث در تحقق اجماع

ما هم عرضمان همین است. ولو صاحب جواهر همه عبارات را نیاورده است، ولی ما اکثر عبارات را که مهم بود آوردیم و بحث کردیم. انصاف این است که حق با صاحب جواهر است. تا اینجا ما هر چه عبارات را جستجو کردیم تعبیری که دال بر صحت بما هو وقف باشد در جایی که قصد کند وقف را با انشاء وقف الی مدة بقصد الوقف الحقیقی لیقع وقفا باشد ما پیدا نکردیم.

ولذا اصلاً آسان نیست که کسی بخواهد از این اجماعات عبور کند و بعد هم تشکیک کند که إن تم، یکدفعه هم بفرماید که علی ما قویناه صحّ.

حالا یک چیز جالب این است که همین بزرگواری که فرموده صحّ علی ما قویناه در رساله فارسی شان تصریح کرده اند که اگر به مدت باشد اشکال دارد. البته ممکن است بین بحث علمی در کتاب و رساله تفاوتی باشد ولی نه به این صورت که در رساله بگوید این وقف صحیح نیست و ولی در بحث علمی خلاف آن را تقویت کند.

بنابر این تا به اینجا بحث ما در اصل تحقق اجماع بود. ما خواستیم هم عباراتی را که کاشف از عدم اجماع گرفته اند بررسی کنیم و بگوئیم این برداشت درست نیست، و هم عبارتهای فقها را بررسی کنیم تا تحقق اجماع را ببینیم که دیدیم اجماع، اجماع محکمی است و مخالف ندارد. همانطور که صاحب جواهر ره هم فرموده لم یعرف قدیما و حدیثاً قول بصحته وقفا. حق با ایشان است.

این راجع به اصل تحقق اجماع.

موضوع جلسه بعد: بررسی حجیت اجماع محتمل المدرک

مرحله بعد بررسی اشکالی است که به حجیت این اجماع گرفته شده است. چون برخی این اجماع را محتمل المدرک دانسته اند و لذا از حجیت ساقط می دانند.

ما جلسه بعد راجع به این می خواهیم بحث کنیم که سقوط اجماع از حجیت در موارد احتمال مدرکیت چه زمانی است؟ آیا مطلقاً همیشه هست، یا نه اگر یک خصائصی به این احتمال ضمیمه شود اینطور نیست که موجب سقوط بشود. و بعد هم بعضی شرائط دیگر سقوط اجماع از حجیت را بررسی می کنیم تا ببینیم شاید در بحث ما آن شرائط صدق نکند برای اسقاط اجماع از حجیت، ولذا بتوانیم اجماع را تصحیح کنیم. که آنوقت بحث خیلی مهمی می شود.

والحمد لله رب العالمین.

باسمه تعالی

- ادامه مسأله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدّه در وقف ۷۰۵
- خلاصه گذشته: ۷۰۵
- تشکیک در حجیت اجماع بر اشتراط تأیید در وقف ۷۰۵
- کلام مرحوم آخوند در تشکیک در حجیت اجماع بخاطر مدرکی بودن آن ۷۰۵
- تشکیک صاحب مبانی منهاج در حجیت اجماع بخاطر مدرکی بودن آن ۷۰۶
- اثبات حجیت اجماع مدرکی در مسائل مبتلا به ۷۰۶
- بررسی مدارک حجیت اجماع ۷۰۷
- اضرار احتمال مدرکیت به حجیت اجماع حدسی ۷۰۸
- بررسی نقش مبتلا به بودن مسأله در عدم اضرار ۷۰۹
- اثبات حجیت اجماع محتمل المدرک در احتمالات ضعیف غیر عقلائی ۷۱۱
- غیر عقلائی بودن احتمال مدرکیت در اجماع محل بحث با توجه به کلمات فقها ۷۱۱
- خلاصه عدم اضرار بحث احتمال مدرکیت در مقام ۷۱۳
- مخالفت فقیه با اجماعات قدمائی مشکل و خلاف احتیاط است ۷۱۳
- بررسی مسأله در صورت نبود یا عدم حجیت اجماع و ادله دیگر ۷۱۴
- وظیفه کسانی که به عمومات تمسک می کنند ۷۱۴
- وظیفه کسانی که به عمومات تمسک نمی کنند ۷۱۵
- وجه تمسک مرحوم آخوند به عمومات در مقام بر خلاف داب کلی ۷۱۵

ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدء در وقف

خلاصه گذشته:

عرض کردیم در خصوص اجماعی که به عنوان مستند اشتراط تأیید در وقف ذکر می شود، گاهی در اصل تحقق اجماع تشکیک می شود. که بحث آن گذشت و روشن شد که این تشکیک درست نیست. و ظاهراً قول به خلاف نه در میان قداماء و نه متأخرین و نه متأخری المتأخرین نداریم. همانطور که کلام صاحب جواهر را در انتهای جلسه گذشته خواندیم و دیدیم که به صورت قاطع می فرماید ما قول خلافی نه قدیم و نه حدیثاً بر این مسئله نداریم.

تشکیک در حجیت اجماع بر اشتراط تأیید در وقف

و گاهی تشکیک می شود در حجیت این اجماع. به این بیان که این اجماع محتمل المدرک است لذا کشف از نظر معصوم نمی کند.

پس محل ایشکال این نیست که اتفاق محقق نیست یا خلافی نقل شده است. اتفاق وجود دارد اما یا مقطوعاً دارای مدرک است یا لا اقل محتمل المدرکیه هست و لذا کشف از رأی معصوم نمی تواند بکند.

کلام مرحوم آخوند در تشکیک در حجیت اجماع بخاطر مدرکی بودن آن

مرحوم آخوند در رساله وقف فرموده اند: «و لا یخفی انه لا یکاد یوثق بتحقیق الإجماع علی الاعتبار مع المناقشة المزبورة و احتمال کون سند الجل لو لا الكل هو الاخبار الحاکية لکیفیه أوقافهم علیهم السلام كما عرفت عن الحدائق و قد عرفت عدم دلالتها أصلاً»

با توجه به مناقشه ای که صاحب حدائق در اجماع کرده و احتمال داده سند اکثر یا همه اخبار حاکی از کیفیت اوقاف ائمه علیهم السلام باشد، ما دیگر وثوقی به تحقق اجماع نداریم. مقصود ایشان این است که وثوق به اجماعی که کاشف از رأی معصوم باشد نداریم. بعد هم می فرمایند: «و قد عرفت عدم دلالتها أصلاً». آقای صاحب حدائق به اخبار حاکیه از کیفیت اوقاف ائمه علیهم السلام اتکاء کردند، اما ما بررسی کردیم روشن شد این اخبار هیچ دلالتی ندارند. پس

چون ما احتمال می دهیم سند اکثر اگر نگوییم سند همه همین اخبار حاکی هست، چون احتمالش را می دهیم و ما دلالت این اخبار حاکیه را قبول نداریم، بنابر این وثوقی به تحقق اجماع کاشف از رأی معصوم پیدا نمی کنیم.

البته تعبیر ایشان در ابتدا که می فرمایند: «لا یخفی أنه لا یکاد یوثق بتحقیق الاجماع علی الاعتبار مع المناقشة المزبورة». ظاهرش اشکال در تحقق اجماع کرده است، اما بعد که می گوید احتمال اینکه سند جل لولا الكل کذا باشد از این معلوم می شود ایشان در اجماع اشکال می کند چون احتمال مدرکی بودن این اجماع را می دهد. پس مقصود ایشان اشکال در تحقق اصل اجماع نیست بلکه مقصود تحقق اجماعی است که کاشف از رأی معصوم باشد.

تشکیک صاحب مبانی منهاج در حجیت اجماع بخاطر مدرکی بودن آن

برخی از فقهاء معاصر ر در مبانی منهاج الصالحین بالصرache می فرماید اجماع مدرکی است. بعد از اینکه از جواهر نقل اجماع از غنیه می کند، می فرمایند: «و نقل فی الجواهر الاجماع بقسمیه علیه عن الغنیة. وما یمکن أن یستدل به علیه (بطلان التوقیت) وجوه: الوجه الاول الاجماع. و فیه أن الاجماع المدعی فی المقام یحتمل کونه مدرکیا فلا یترب علیه اثر». بعد وجوه دیگر را ذکر کرده اند.

بنابر این اشکال مهم در مسئله مدرکی بودن این اجماع ست. که اگر نتوانیم آن را دفع کنیم، تمام زحماتی که برای تحقق اجماع کشیدیم بی اثر می شود. چون نهایت این است که مخالفی نبوده در مساله نیست، اما اگر ما نتوانیم این شبهه را دفع کنیم عدم وجود مخالف کفایت نمی کند بر حجیت این اجماع.

اثبات حجیت اجماع مدرکی در مسائل مبتلا به

اصل بحث اجماعات محتمل المدرک باید در علم اصول مطرح شود ولی ما برای تمام کردن بحثمان در این مسئله فقهی ناچاریم که به آن مباحث اشاره کنیم. که در کنار آن به نکات جزئی تری نیز می پردازیم.

پرسش مهمی که در ابتدا می خواهیم به آن پردازیم این است که آیا مضر بودن احتمال مدرکیت به اجماع بالاطلاق است، یا اینکه در فروعی و با تحقق شرائطی ولو ما احتمال مدرکی بودن هم بدهیم اجماع از حجیت ساقط نمی شود. به نظر ما این فرض دوم درست است.

۱- مبانی منهاج الصالحین جلد ۹ صفحه ۴۵۱

بررسی مدارک حجیت اجماع

برای پاسخ به سوال باید اشاره کنیم به مدارک حجیت اجماع:

یکوقت ما مدرک حجیت اجماع را دخول امام معصوم علیه السلام در میان مجمعین می دانیم، یا از باب اینکه امت اجتماع بر خطا پیدا نمی کردند که مضمون برخی روایات است. که از این به اجماع دخولی تعبیر می شود.

مرحوم شیخ طوسی در عده مدرک را همین اجماع دخولی را ذکر کرده است.

یا مدرک، لطف است. به این تقریر که اقتضاء لطف از ناحیه حق تعالی این است که اگر امت بر نظری اجماع کنند که خلاف واقع است، خداوند متعال لااقل اختلافی در میان آنها می اندازد و یک کشفی از قول خلاف می کند تا مردم متفق نشوند بر خلاف واقع. چون لطف آن است که تقریب کند عباد را به طاعت. بنابر این اگر اجماع بر حکم خلاف واقع باشد مردم را از طاعت دور می کند، طبیعی است که حقتعالی از طریق اولیاء خودش راهی باز می کند بر اینکه این مردم گمراه نشوند و در ضلالت نیفتند و همه بر خلاف نروند و از واقعیت و طاعت دور نیفتند.

خب اینها مبانی ای است که امروزه خیلی مورد اختیار محققین نیست. چه مبناى اجماع دخولی و چه مبناى اجماع لطفی هر دو اشکالات قابل توجهی دارد. اگر کسی این مبانی را اختیار کرد احتمال مدرکیت اصلا منافاتی ندارد، حتی مقطوع المدرکیه هم اشکالی در حجیت اجماع ایجاد نمی کند.

اگر اجماعی وجود دارد و ما یقین هم داریم که مستند فقہائی که این نظر را دارند با هم متفقند تنها یک روایت است. حال اگر مقتضای لطف الهی این است نگذارد امت بر یک نظر خلاف واقع اتفاق کنند و باید راهی برای آنها به سوی طاعت باز کند دیگر فرقی نمی کند که از این اتفاق بر خلاف به خاطر سندی مقطوعه روایتی باشد که همه به آن عمل می کنند و به خلاف می افتند یا به سببی غیر از آن باشد. و همینطور در اجماع دخولی.

بنابراین بر مبناى اجماع دخولی یا اجماع لطفی احتمال مدرکیت اصلا مضر نیست. منتهی امروزه چون کسی این مبانی را قبول ندارد نباید بر اساس آن بحث کنیم.

راهی که تقریباً محققینی که اجماع را قبول دارند توانسته اند اجماع را بر اساس آن تصحیح بکنند اجماع حدسی است. اینکه ما از اتفاق فقهاء در برهه ای بتوانیم کشف کنیم نظر معصوم را از طریق حدس. به این بیان که ملازمه عقلی قطعی یا لااقل اطمینانی وجود دارد بین اینکه فقهاء در زمان ما بر یک نظری متفق باشند، و بین اینکه آن نظر در میان اصحاب ائمه تلقی شده باشد از امام معصوم علیه السلام. ما می توانیم به ملازمه قطعیه یا ملازمه ای که مورد اطمینان باشد برسیم.

یعنی یا یقین می کنیم که در میان اصحاب ائمه اطهار علیهم السلام چنین نظری وجود داشته که متلقا از خود امام علیه السلام بوده، یا لااقل یک اطمینان بالائی پیدا می کنیم که چنین چیزی هست.

حالا خود این اکتشاف البته قیودی دارد که دقتهایی در آن می خواهد. وجای تنقیحش هم اینجا نیست بلکه علم اصول است که در بحث حجج باید بحث کرد. منتهی آن نکته ای که مجبوریم اینجا بر آن تمرکز کنیم این است که اگر مبنای ما اجماع حدسی شد، آیا احتمال مدرکیت اجماع مضر هست یا نه؟

اضرار احتمال مدرکیت به حجیت اجماع حدسی

در وهله اولی به نظر می آید احتمال مدرکیت مضر است. به دلیل اینکه برای اینکه بتوان از اتفاق فقهای زمان شیخ طوسی مثلا یا زمان ابن ادریس وابن زهره، کشف نمود که اصحاب ائمه علیهم السلام هم این نظر را داشته اند و نظر آنها هم متلقا از امام معصوم علیه السلام بوده، باید بگوئید که برای اتفاق این فقهاء هیچ دلیلی نیافتیم. پس حتما این حکم به صورت یک حکم متسالم علیه و مفروغ عنهی بین فقهاء قبل از این بزرگواران موجود بوده و اینها هم از آنها تلقی کرده اند. و لذا گویی در میان فقهاء به صورت یک حکم ارتکازی درآمده بطوری که کسی تشکیک نمی کند. ولذا به لحاظ فقهی نظر می دهند بدون اینکه مستند دیگری ذکر کنند.

پس به یک معنا این اجماع مستند داشته است و آن مستند همین ارتکاز قطعی و وجود یک امر متسالم علیه بین فقهاء {عصر قبل} بوده است. گویی {این ارتکاز} نسلا بعد نسل از زمان اصحاب ائمه به این فقهاء بزرگوار رسیده است. و الا چطور می شود فکر کرد و فرض کرد افراد دقیقی مثل شیخ مفید سید مرتضی، شیخ طوسی و دیگرانی که در فقهشان، در اصولشان، در تفسیرشان، در کلامشان مخصوصا در کلام بحث های دقیقی دارند چطور می شود اینها بیایند در فقه در یک مسئله مهم بدون هیچ سند و دلیلی اعم از روایت یا دلیل دگر نظر بدهند. دیگری.

چون این امر خیلی مستبعد است و نمی توان آن را فرض کرد. پس از اتفاق فقهاء در زمان شیخ طوسی مثلا می توانیم کشف کرد که در میان فقهاء قبل تر یک اتفاق نظر و تسالمی بر این حکم بود که گوئی به صورت یک امر مرتکزی درآمده که سند دیگری نمی خواسته است. همین متسالم علیه بودن در واقع مستند حکم اینها است. و علی القاعده از اتفاق همان فقهاء هم به وجود ارتکاز نسبت به فقهاء نسل قبل تر می بریم تا برسد به اصحاب ائمه علیهم السلام.

اگر مبنای کشف حدسی چنین باشد، علی القاعده وجود مدرک به کشف نظر معصوم علیه السلام ضرر می رساند. چون زمانی اتفاق نظر فقهاء در زمان شیخ طوسی کشف می کند از اتخاذ این نظر از آراء فقهاء نسل قبل تر به صورت یک

امر مسلم و متسالم علیه، که خود این فقهاء به ادله دیگری اتکاء نکرده باشند. اما اگر در زمان شیخ طوسی اتفاقی هست، اما وقتی نگاه می کنیم هر کدام از این فقهاء یا تعدادی از آنها به روایت تمسک کرده اند و با اتکاء بر آن فتوی داده اند دیگر نمی توان کشف نمود که پس در میان فقهاء نسل قبل تر هم این حکم (نه روایت) وجود داشته بطوری که مورد تسالم بوده و از آنها به این نسل متاخر رسیده است. چون این احتمال می رود که در میان نسل قبل هیچ حکم متسالمی نبوده است و این آقایان خودشان با مراجعه به روایات چنین نظری را استنباط کرده اند.

پس وجود مدرک و احتمال وجود مدرک، امکان استکشاف اجماع از یک رأی متسالم علیه در فقهاء طبقه قبل تر و آنها از قبل تر تا زمان اصحاب ائمه علیهم السلام را تضعیف می کند
این ظهور اضرار احتمال مدرکیت است.

بررسی نقش مبتلا به بودن مساله در عدم اضرار

این حرف درست است. اما نکته مهمی که نباید غفلت کنیم این است که گاهی نکاتی ضمیمه می شود که مانع از این اضرار می شود. مثلاً اگر یک مسئله از مسائلی باشد که به شدت مورد ابتلاء است به طوری که نتوان احتمال داد در زمان خود ائمه معصومین علیهم السلام مساله ای جزئی و شخصی بوده است مورد سوال تنها یک شخصی واقع شده باشد و یا اصلاً سؤالی در مورد آن نکرده باشند.

مثلاً ممکن است در گوشه ای از مملکت اسلامی یک همچنین مسئله جزئی ای باشد که اصلاً از امام هم سؤال نکرده باشند و در میان اصحاب ائمه هم اصلاً مطرح نبوده باشد، آنوقت یک دفعه در قرن پنجم برای شیخ طوسی نامه می نویسند که یک همچنین مسئله ای در گوشه مملکت اسلامی یا آن زمان حکومت اسلامی رخ داده شما نظرتان چیست، آنوقت ایشان نظر داده است.

پس ما در مسائل جزئی البته راهی نداریم، همین است که گفته شده است که اگر احتمال مدرکیت بود مضر است.
اما اگر مسئله مبتلا به باشد و مخصوص یک مورد هم نباشد - مثل همین مسئله وقف که ما در آن هستیم، تا جایی که در برخی روایات وقف این مضمون آمده که پیامبر اکرم صلی الله علیه و اله اصحابشان را خیلی تحریض به وقف می کردند به صورتی که اصحاب فکر می کردند باید هر چه دارند را وقف کنند. یا اگر وقف به عنوان صدقه نیز مطرح بوده به صورتی نبوده که یک مسئله موردی جزئی در یک جا باشد، بلکه یک مسئله مورد ابتلاء بوده است - ما نسبت به این مسئله مبتلا به،

یقین داریم که پرسشهایی از امام علیه السلام شده است و پاسخ امام به خاطر کثرت ابتلا در میان اصحاب شیوع پیدا کرده است.

پس در هر صورت، نظر و حکمی در میان اصحاب ائمه شایع می شود حال یا از باب اینکه سوال و جوابی بوده است یا از باب تقریر. یعنی کشف می گردد اند نظر امام علیه السلام را تقریر یا مستقیماً.

حال {در رابطه با نسبت این نظر با نظر فقهاء متاخر و تاثیر این نظر بر نظر آنها} اگر فرض کنیم که این نظر بعدها متجلی شده است در همین اجماع فقهاء متاخر و هم عصر شیخ طوسی که در این صورت بحثی نداریم. یعنی اجماعی که در زمان شیخ طوسی هست، اگر موافق باشد با همین نظر شایع در اصحاب ائمه که بحثی نیست، اما اگر بخواهیم فرض کنیم اجماع فقهاء با نظر اصحاب موافق نباشد آیا می توان آن را مطابق واقع دانست. یعنی می شود که چنین مسئله مبتلا بهی در زمان امام معصوم مطرح بوده، سؤال شده، حکم مسأله در میان اصحاب حضرت این شیوع را نیز پیدا کرده، ولی وقتی به زمان شیخ طوسی می رسد درست یک اتفاقی بر خلاف آن شکل بگیرد.

اصلاً نمی شود چنین چیزی را تصور کرد. یعنی ولو که برخی از مجمعیان به یک مدارکی تمسک کرده باشند، عدم تجلی نظر اصحاب ائمه که متلقا از امام معصوم هست در نظر فقهاء متاخر و اتفاق آنان بر نظر مخالف، هیچ توجیهی ندارد. اینکه نظر اصحاب ائمه وقتی به فقهاء نسل بعد و بعدتر می رسد اصلاً گم شود و یک نظر کاملاً مخالف آن به صورت اجماعی مطرح شود، نمی شود چنین چیزی را فرض کرد، ولو با مراجعه به روایات باشد.

مثلاً در همین بحث وقف، الان اینطور می بینیم که در زمان شیخ طوسی یا بعدتر یا کمی قبل تر یک اتفاقی بر این هست که وقف الی مدة باطل است. این مسئله مبتلا به بوده است، مسلماً در زمان ائمه هم بوده است، و یقین داریم که حتماً در طول زمان ائمه علیهم السلام از آنها سؤال شده است و در میان اصحاب ائمه باید مطرح می بوده است. اگر آن نظر غیر از این بوده، مثل اینکه وقف الی سنة یا ده سال اشکال ندارد، اگر چنین نظری داشتند، آنوقت وقتی به نسلهای بعدی می رسیم علی القاعده فقهاء همه از همدیگر می گیرند. آیا می شود فرض کنیم یک دفعه در زمان شیخ طوسی کلاً نظر عوض شود و هیچ اثری از آن فتوای مخالف نباشد. ما به صورت طبیعی چنین چیزی را ممکن نمی دانیم.

از اینجا می خواهیم این را نتیجه بگیریم که در این صورت اینکه یک یا چند فقیه در زمان شیخ طوسی به یک مدرکی هم تمسک کرده باشند، اصلاً {با حجیت اجماع} منافاتی ندارد. {زیرا اگر حکم اصحاب ائمه مخالف این بود باید به صورتی بازتاب می یافت}.

{به این بیان که} مسئله اوقاف در زمان ائمه علیهم السلام بسیار مهم بوده است و درباره آن سوال می شده است و وقف مدت دار نیز مورد ابتلاء بوده است. حال اگر این مسئله مطرح می شده که قطعاً می دانیم مطرح نیز شده است، اگر حکمش چیزی غیر از همین حکمی باشد که در میان فقهاء زمان شیخ طوسی مورد اجماع است حتماً باید یک جائی به عنوان یک نظر مخالفی آمده باشد ولو این فقهاء به روایتی هم تمسک کرده باشند. در حالی که شیخ طوسی، ابن ادریس، بن زهره و امثال اینها همه اجماع فرقه را نقل می کنند و از احدی از آنان حرف دیگری نقل نشده است. پس بنابر این به نظر می آید که احتمال مدرکیت در این فرض مانع نیست.

این یک بحث کلی است. نظر ما این است که احتمال مدرکیت علی الاصول ولو لولای خصائصی در مقام مضر به اجماع حدسی و حجیت اجماع حدسی است، ولی اگر یک شرائط خاصی پدید آید که نکاتی را در بحث مطرح کنیم مثل همین بحثی که امروز مطرح کردیم، به نظر می آید که اجماع مدرکی حتی مدرک قطعی مضر نباشد تا چه برسد به احتمال مدرکیت. به دلیل همین نکته ای که عرض کردیم و اینکه احتمال مدرکیت اضرائی به کشف از وجود رأی در میان اصحاب ائمه متعلقاً عن المعصوم نمی بینیم.

اثبات حجیت اجماع محتمل المدرک در احتمالات ضعیف غیر عقلائی

نکته دیگری که به این اهمیت نیست این است که: در بحث احتمال مدرکیت احتمال باید عقلائی باشد. این را فقهاء در بحث اصولشان مطرح کرده اند. احتمال آنجایی مضر است عقلائی باشد و عقلائی بودن تارة به میزان احتمال است. پس احتمال باید ضئیل و ضعیف نباشد تا مانع حجیت اجماع شود.

یک نکته دیگری که در عقلائی بودن به ذهن می رسد این است که منشأ و قرینه واقعی هم داشته باشد. انسان گوشه ای بنشیند و همین طور احتمال بدهد این می شود احتمال ذهنی مجرد {که اثری ندارد} و باید قرائن بیرونی هم به آن ضمیمه شود {تا احتمال عقلائی شود}.

غیر عقلائی بودن احتمال مدرکیت در اجماع محل بحث با توجه به کلمات فقها

ما در بحث احتمال مدرکیت در بحث خودمان باید ببینیم که آیا احتمال مدرکیت این اجماع وجود دارد. برای این منظور مراجعه به کلمات علماء کمک می کند که عقلائی بودن احتمال مدرکیت را تشخیص دهیم.

مرحوم ابن ادریس در سرائر در مسأله وقف الی سنة وقتی می گوید از شروط وقف دوام است فرماید: فلو وقف الی سنة بطل، بعد می فرماید: و الدلیل علی صحة ما اعتبرناه من الشروط بعد اجماع الطائفة (یا بعد اجماع الاصحاب) و یک دلیلی آورده اند. که اگر شروط تمام و متکامل باشد مسلم وقف است، و اگر نباشد لم یثبت صحت چنین وقفی. که شبیه یک اصل عملی می ماند.

خب ببینید تعبیر ایشان را که بعد از اجماع الطائفة این دلیل را آورده اند. یعنی اگر ما باشیم و تجرید کنیم این اجماع طائفة را از این دلیل مذکور، یقین داریم که اگر این دلیل مذکور هم نبود ایشان به همین اجماع طائفة حکم می کردند. چون می گویند بعد اجماع الطائفة این را داریم.

عین همین حرف را ابن زهره در غنیة النزوع فرموده است، که گفته دلیل بر صحت این شرائط بعد اجماع الاصحاب (یا بعد اجماع الطائفة) همین مسئله است که اگر شروط متکامل باشد مسلم وقف درست است و اگر نباشد دلیلی بر صحتش نیست.

می بینید که می گوید بعد اجماع الطائفة. ما از این نحوه بیان مطمئنیم که اگر آن دلیل هم نبود همین اجماع طائفة برای حکم اینها کافی بود و فتوی می دادند.

پس در این اجماعی {که مستند فتوایشان است} نمی توانیم بگوئیم احتمال مدرکیت می دهیم. این دلیلی که ذکر کرده اند یک دلیل مازاد است. و الا آنها به همان اجماع اکتفاء می کردند. یعنی همان تسالمی که در بین فقهاء مستقر بوده، سند فتوایشان است، البته دلیل دیگری هم به آن ضمیمه شده است ولی به صورتی که ما یقین داریم اگر آن دلیل نبود باز به همین حکم، فتوی می داده اند و این مسلم است.

عبارت شیخ طوسی هم نظیر این است که می فرماید دلیل ما اجماع الطائفة و اخبارهم است. خب این عطف کردن یعنی اگر اخبارشان هم نبود اجماع طائفة {کافی} بود. پس معلوم می شود که در مقام فتوی اینطور نیست که صرفاً به یک دلیل اکتفاء کرده باشند. ما می دانیم آن تسالمی که بین فقهاء بوده حتماً بوده، و اینها به آن تکیه کرده اند، البته دلیل دیگر هم در مقام وجود دارد که اخبار است. ولی به همان اجماع تکیه کرده اند. و مهم همین است که فتوایی بدهند و تکیه کنند بر آن تسالمی که در میان فقهاء مستقر شده است.

این هم یک نکته ای است که می خواهیم بگوئیم باید توجه کنیم در مقام اینکه می خواهیم اجماعی را که محتمل المدرک است از حجیت اسقاط کنیم، باید ملاحظه کنیم {که نقش آن مدرک به چه میزان است}. در بحث ما به نظر می

آید فتوای برخی از فقهاء که حتما اینطور است. برخی دیگر هم که هیچ ذکری از اجماع نکرده اند، ما مطمئنیم که به همین تسالم فی المقام تمسک کرده اند. و الا خیلی بعید است که در مثل فقهای عهد ابن ادریس و ابن زهره و بعدتر محقق صاحب شرایع خبری داشته باشند یا به اصلی استناد کنند صرفا بدون اینکه بخواهند به تسالم تکیه کنند ولی در کتب فقهی شان هیچ نامی از آن نبرند، این واقعا خیلی مستبعد است.

خلاصه عدم اضرار بحث احتمال مدرکیت در مقام

بنابر این به نظر می رسد که اولاً بطور کلی نباید اینطور باشد که هر کجا یک اجماعی دیدیم بگوئیم این احتمال مدرکیتش وجود دارد لذا ساقط است. این شیوه واقعا نادرست است. بلکه باید بینیم این مسئله، مورد ابتلاء بوده یا نبوده. و اینکه نحوه بیان فقهاء چطور بوده است. آیا آنجا که فتوی داده اند اشاراتی کرده اند به مستند بدون اینکه به اجماع تکیه کرده باشند، یا اینکه به اخبار تمسک کرده اند در کنار استناد به اجماع که در این صورت ضرری نمی رساند. اینها همه مهم است مخصوصا آن بحث ابتلاء.

بحث ما نیز از این قسمی است که احتمال مدرکیت ضرر نمی رساند. ما مطمئنیم که اولاً بخاطر اینکه این مسئله، مسئله مورد ابتلائی بوده است، اینکه یکی دو سه تا از کلمات فقهاء حتی محتمل المدرکی محض هم باشد، یعنی به اجماع تکیه نکرده باشند، اصلاً اضراری نمی رساند.

علاوه بر اینکه عبارتهای فقهاء در این بحث طوری است که به نظر می آید که اینها یا صراحتاً به اجماع تکیه کرده اند یا اگر اجماع را هم نیاورده اند به نظر می آید که بسیار مستبعد است که چیزی غیر از اجماع مستندشان باشد و ذکر نکرده باشند.

بنابر این به نظر بنده احتمال مدرکیت در اینجا در بحث ما هیچ اضراری نمی رساند، و اجماع صغویا و به لحاظ حجیت هر دو تمام است.

مخالفت فقیه با اجماعات قدمائی مشکل و خلاف احتیاط است

یک نکته روشی هم می خواهم عرض کنم که غمض نظر از بحث صغوی که در تحقق اجماع کردیم و بحث کبروی که در حجیت اجماع کردیم در اینجا، می خواهم عرض کنم که اصلاً مخالفت فقیه با اجماعات قدمائی واقعا مشکل است. اینکه فقیه جرأت کند چنین اجماع مستقری را که اینطور شیخ طوسی، ابن ادریس، ابن زهره نقل می کنند و برای خود وی

نیز با کلمات فقهاء قابل تحصیل است، با احتمال مدرکیت ساقط کند و چون دلیل دیگری نیز در مقام نیست حکم به صت وقف الی مدة کند؛ به نظر ما این روش، روش درستی نیست. اقلش این است که در این موارد باید احتیاط کرد.

من شنیده ام (خودم در تقریرات مرحوم آقای خوئی ندیده ام) که ایشان هم خیلی معتنی به اجماعات نبوده است. شنیده شده است که ایشان فرموده فقط دو فرع در فقه داریم که محضا به اجماع متکی باشد و محتمل المدرکی نباشد و مستندش اجماع باشد. در حالی که از مرحوم آقای بروجردی نقل شده که ایشان فرموده بیش از هفتاد فرع است.

حالا کار به این نقلها نداریم. مهم این است که مرحوم آقای خوئی که آنطور فرموده باز از ایشان نقل شده است که ایشان فرموده اند در عین حال من بر خلاف اجماعات قدماء لا اُفتی. حالا نمی دانم در تقریرات ایشان این عبارت هست یا نیست باید دید، ولیکن این نقل شده است.

خیلی مسئله مهمی است. عرض من این است که به لحاظ عملی فقیه نباید اینطور باشد که حتی اگر این اجماعات هم برایش تمام نیست اینطور بی اعتناء باشد و بر خلاف اجماعات، فتوای صریح بدهد. این دشوار است و خلاف احتیاط است.

علی ای حال نتیجه این شد که مسئله ما صاف است، اجماع محقق است، تاما هم محقق است محکما و محصلا، و به لحاظ صغروی هم احتمال مدرکیتش مضر نیست. بنابر این، این تعبیر تم الاجماع و اینکه اجماع مدرکی است و امثال ذلک اینها همه به نظر ما نادرست است و می شود در این مسئله برای اشتراط دوام به معنای عدم توقیت بزمان خاص به اجماع تکیه کرد. این غیر از فرع بعد است که انشاءالله بعدا خواهد آمد.

تا اینجا راجع به بحث اجماع بود.

بررسی مسئله در صورت نبود یا عدم حجیت اجماع و ادله دیگر

یک مسئله دیگری هم باقی می ماند که باید در آن هم دقت کنیم. اگر ما نتوانستیم به ادله دیگری که هست استناد پیدا کنیم و اجماع هم بر ما تمام نشد، تکلیف چیست؟ اینجا فرق می کند.

وظیفه کسانی که به عموماً تمسک می کنند

فقهای که مثل صاحب عروه به عموماً اوفوا بالعقود یا به عموماً مثل الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها تمسک می کنند، اینها راحت هستند. اگر آنطور که ایشان فرموده که العمدۃ الاجماع إن تم، اگر واقعا هم تشکیک کند در اجماع و

جرات مخالفت با اجماعات هم داشته باشد، می تواند تمسک کند به عمومات و تصحیح کند وقف الی مدة را. منتهی عملا ایشان این کار را نکرده است. با اینکه خود ایشان از فقهاء بسیار شجاع است که در کنار تضلعش و دقت و احاطه فوق العاده اش در فقه یک فقیه شجاعی است، با این حال در اینجا بر خلاف بعضی کسانی که نقل کرده اند صاحب عروه صراحتا نظری بر خلاف نداده است. و فرموده است: «العمدة الاجماع إن تمّ، و علیه فلو قرنه بمدة بطل». یعنی آمده آن طرف را بیان کرده است که علی فرض تحقق الاجماع است. یعنی بر خلاف اجماع نظر نداده است. ولی علی القاعده (لولا الاحتیاط) باید یک فقیهی مثل صاحب عروه باید بر خلاف اجماع نظر می داد چون ایشان به عمومات تمسک می کند.

وظیفه کسانی که به عمومات تمسک نمی کنند

اما کسانی که به عمومات تمسک نمی کنند مثل برخی از فقهاء معاصر که در جای جای موارد تمسک به عموم فرموده اند که ما عمومی نداریم و وقوف علی حسب ما یقفها اهلها در مقام بیان تصحیح اسباب نیست، کما اینکه مرحوم آخوند در موارد متعددی فرموده اند، دیگر اینها نمی توانند اینجا به عموم تمسک کنند، و بعد از تشکیک در اجماع باید قائل به عدم تمامیت وقف الی مدة باشند و وقف الی سنة را باطل بدانند از باب عدم علم به تحقق اثر یا اصاله الفساد. و عجیب است که برخی از این بزرگان در اجماع تشکیک کرده اند و بعد هم فرموده اند اقوی عندنا الصحة.

وجه تمسک مرحوم آخوند به عمومات در مقام بر خلاف داب کلی

نکته ای که باقی ماند که انشاء الله در جلسه بعد بیان می کنیم و آن فرمایش مرحوم آخوند است در مقام است. ایشان در جاهای دیگر به عموم "اوفوا بالعقود" و به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» تمسک نمی کند، می گوید اینها در مقام بیان تصحیح اسباب نیستند، اما اینجا تمسک کرده است. می خواهیم ببینیم چطور این مطلب رخ داده است که انشاء الله در جلسه بعد بررسی می کنیم.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدّه در وقف ۷۱۷
- خلاصه گذشته: ۷۱۷
- اختلاف مسالک در صورت عدم تمامیت اجماع ۷۱۷
- نتیجه بر اساس تمامیت عمومات در باب وقف ۷۱۷
- نتیجه بر اساس عدم تمامیت عمومات در باب وقف ۷۱۸
- اشکال: وجود تهافت در کلام محقق خراسانی ۷۱۸
- پاسخ اشکال و توضیح عدم تهافت در کلام محقق خراسانی ۷۱۹
- تسجیل اشکال با تبیین تهافتی دیگر در کلام ایشان ۷۲۰
- نتیجه بحث در دلیل اجماع ۷۲۱
- دلیل دوم بر اشتراط تأیید: دخالت تأیید در مفهوم وقف ۷۲۱
- بررسی دلیل دوم در ضمن تبیین چند نکته ۷۲۲
- نکته اول: تفاوت مفهوم با ماهیت ۷۲۲
- نکته دوم: اشتراک الفاظ عقود بین معانی عرفی با اسباب عقلانی ۷۲۲
- {نکته سوم: تبیین مفهوم انشاء شده در عقد وقف ۷۲۳
- نکته {چهارم: عدم تأثیر خصوصیات مفهوم انشاء شده در تعیین خصوصیات سبب عقلانی ۷۲۴
- {نکته پنجم: امکان کشف تأثیر قید در صورت کشف دخالت آن در مفهوم منتزع از سبب عقلانی ۷۲۵
- نکته {ششم: توقف این کشف بنابر پذیرش عمومات امضاء ۷۲۵
- نیجه: عدم امکان استناد به دلیل دوم بنابر مبنای مختار ۷۲۵

ادامه مسئله ۱۵: شرطیت تأیید به معنای عدم توقیت بمدء در وقف

خلاصه گذشته:

بحث در مسئله ۱۵ تحریر در مورد یکی از شرائط وقف یعنی تأیید به معنای عدم توقیت بود. البته در مسئله ۱۶ نیز معنای دیگر تأیید یعنی عدم وقف علی من لم ینقرض بحث می شود.

در استدلال بر این شرط، چند دلیل مختلف ارائه شده است. اولین دلیلی که طرح کردیم اجماع بود که به تفصیل بحث شد.

در ذیل بحث عرض کردیم این نکته باید روشن بشود که اگر ادله دیگر را صحیح ندانستیم - کما اینکه فرض خیلی از بزرگان این است که دلیل عمده در باب اجماع است - و این اجماع را مخدوش دانستیم چه صغریا که محقق ندانستیم و چه کبریا که چون اجماع محقق محتمل المدرک است نمی تواند کاشف تعبدی از نظر معصوم باشد، می خواستیم ببینیم نتیجه چه می شود.

اختلاف مسالک در صورت عدم تمامیت اجماع

عرض کردیم نتیجه برای فقهاء بر اساس مسالکی که در عمومات اتخاذ کرده اند مختلف است.

نتیجه بر اساس تمامیت عمومات در باب وقف

کسانی که عمومات در کتاب وقف را قبول دارند، چه عمومات عام را مثل «اوفوا بالعقود» و چه عمومات مختص به کتاب وقف را مثل «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» اگر این عمومات را قبول داشته باشند و اجماع بر تأیید تمام نباشد، مرجع را همین عمومات می دانند و بر اساس عمومات، تأیید را نفی می کنند. و لذا علی القاعده باید نظر بدهند که توقیت وقف بسنة و نحوها مانعی ندارد حتی بعنوان الوقفیه.

مثلا مرحوم صاحب عروه که در ادله خدشه می کند و اجماع را هم می فرماید إن تم، (گرچه قبلا هم عرض کردیم که ایشان ظاهرا بنا را بر این می گذارد که به همین اجماع عمل کند حالا یا از باب احتیاط و یا از جهت دیگری، در هر صورت نمی رود سراغ اینکه به عمومات نافی قید تأیید تمسک کند)، خب مرحوم صاحب عروه کسی است که به عمومات تمسک می کند و قائل است که هم عمومات عام داریم مثل «اوفوا بالعقود» و هم عام مخصوص به کتاب الوقف داریم مثل همین «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها». ایشان اگر در اجماع خدشه کند علی القاعده باید رجوع کند به این عمومات

و تأیید را نفی کند و در نتیجه باید وقف الی سنة را بما هو وقف صحیح بدانند. ولی ایشان در متن این کار را نکرده است و احتمالاً احتیاط کرده، و یا در اجماع فقط تشکیک کلی کرده اند که إن تمّ، نه اینکه فی الواقع می خواستند تشکیک کنند، این دیگر روشن نیست.

نتیجه بر اساس عدم تمامیت عمومات در باب وقف

اما بنابر مبنای برخی از علماء معاصر که قبلاً به کلامشان اشاره کردیم که مانند ما در عمومات عمومی و عمومات مخصوص باب وقف تشکیک می کنند اگر در اجماع خدشه شود کما اینکه خدشه شده است و دلیل دیگری هم قائل نباشیم، نمی توانیم بگوئیم «فلاقوی صحة الوقف ولو بمدة خاص» چون مرجعی برای تصحیح نداریم، و علی القاعده باید قائل به بطلان وقف باشیم از جهت عدم احراز صحت که همان اصاله الفساد بود که ما عرض می کردیم یا عدم ثبوت مسبب بدون این قید.

این هم وضع کسانی است که مثل ما قائل به عدم ثبوت عمومات اند. پس اگر ادله دیگر را که بحث خواهیم کرد تمام ندانستیم علی القاعده از باب همین اصل عدم تحقق مسبب باید قائل بشویم به اشتراط وقف به تأیید و لزوم این شرط.

اشکال: وجود تهافت در کلام محقق خراسانی

آنچه در این جلسه می خواهیم به آن پردازیم نظر مرحوم آخوند رحمه الله است که وضع خاصی دارند. ایشان در بحث های قبلی که ما مکرر کلامشان را نقل کردیم، فرموده بودند در شک در شرائط نمی توانیم به عمومات عام تمسک کنیم، چون اساساً معلوم نیست که وقف عقد باشد و شمول «افوا بالعقود» بر ایقاعات هم اول کلام است. در «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» نیز قائل بودند که در مقام امضاء اسباب نیست. بلکه بعد از امضاء اسباب می خواهد بگوید اگر واقف شرائطی از قبیل تعیین ناظر و مانند آن آورد متبع است.

در بحث اینجا ایشان بعد از اینکه کلام مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه را نقل می کنند که ملکیت و تملیک وقفی قابل برای تقیید نیست (که انشاء الله به تفصیل عرض می کنیم) در آن خدشه می کنند و می فرمایند هیچ مانعی برای توقیت ملک نه عقلاً و نه عرفاً و نه شرعاً وجود ندارد. و در ادامه می فرمایند: ^۱ «بل قوله علیه السلام الوقوف بحسب ما یقفها اهلها دال علی وقوعه فی الوقف». یعنی برای اثبات صحت وقف موقوف به عموم تمسک کرده اند. بعد می فرمایند:

۱- کتاب الوقف صفحه ۵۴

«فلا بد فی اعتبار الدوام فيه من التماس دلیل خاص کی یخصص به عموم الوقوف أو ینزل علی الوقف بالمعنی الاعم، لا الوقف بالمعنی الخاص المقابل للحبس، و ليس الا اجماع إن تم».

ایشان در اینجا دارند به این عموم تمسک می کنند و می فرمایند اگر بخواهیم از این عموم رفع ید کنیم باید دلیلی خاص داشته باشیم، که آن دلیل خاص چیزی جز اجماع نیست إن تم.

پس نتیجه این می شود که ایشان در این بحث توقیت و تأیید پس از اینکه در ادله از جمله دلیل شیخ انصاری تشکیک می کنند، مدعی می شوند که اگر در اجماع تشکیک کردیم و اجماع ثابت نشد، همین عموم «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» محکم است و تصحیح می کند وقف مؤبد را.

در وهله اولی به نظر می رسد تهاوت وجود دارد بین تمسک به عموم در اینجا و بین آنچه ایشان قبلاً مکرر فرموده بود که عموم الوقوف به درد نمی خورد، کما اینکه مثل "اوفوا بالعقود" به درد بحث ما نمی خورد. عموم مثل "اوفوا بالعقود" از باب اینکه عقد بودن وقف روشن نیست به درد بحث ما نمی خورد، که اینجا هم به آن تمسک نکرده اند. ولی الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را که در آنجا فرمودند ناظر به مقام امضاء سبب نیست، بنابر این الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها نمی تواند شک در اسباب که شرط و جزء سبب است را حل کند در اینجا معتبر می دانند. و چطور می شود ایشان در اینجا به آن تمسک کنند؟

پاسخ اشکال و توضیح عدم تهاوت در کلام محقق خراسانی

بحث نیاز به دقت دارد. ایشان در این صفحه ۵۴ این وقف غیر مؤبد را تصحیح کرده اند. اما در صفحه ۱۳ (و موارد دیگر که بحث قصد تقرب وامثال آن بود) فرموده اند که: به مثل "اوفوا بالعقود" نمی توانیم تمسک کنیم به همین دلیلی که عرض کردیم، و گفته اند به «الناس مسلطون...» هم نمی توانیم تمسک کنیم، چون الناس مسلطون در مقام تشریع انحاء اسباب نیست. «وهكذا الحال فی اطلاق الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، ضرورة أنه فی مقام بیان نفوذها بخصوصیاتها التي اوقفها الواقف علیها من التأیید و التوقیت و غیرهما، لا فی مقام بیان ما یتوصل بها الیها من الاسباب کما لا یخفی».

خب لاقول در وهله اول تهاوت قابل حل است به این صورت که عبارت آنجا در مقام بیان نفوذ اسباب به «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» نیست. پس الوقوف عمومی نیست که در مقام بیان امضاء اسباب باشد. بلکه خصوصیتی را که واقف اخذ کرده تصحیح می کند، آنوقت از جمله این خصوصیات تأیید و توقیتی است که واقف می آورد. یعنی تأیید و توقیت را خصوصیتی می دانند که واقف می آورد، و می گویند الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها این خصوصیات را

تصحیح می کند و امضاء می کند. آن چیزی که ایشان در آنجا اشکال کرده و اینجا هم می توانیم بگوئیم منکر نیست این است که بخواهد شرائط اسباب را بطور کلی تصحیح کند و امضاء اسباب کند، می گوید در این مقام نیست.

در واقع ایشان تأیید و توقیت را از بحث اسباب جدا کرده و گفته جزء خصوصیات است که واقف در انشاء خودش می آورد و یا ضمیمه به انشاء می کند و مقترن می کند وقفش را به این توقیت و تأیید، و اینها با الوقوف تصحیح می شود. پس بنابر این تهافت مرتفع می شود.

تسجيل اشكال با تبیین تهافتی دیگر در کلام ایشان

منتهی به نظرم یک اشکالی بر مرحوم آخوند وارد است، و آن این است که تأیید و توقیت درست است که ممکن است از ناحیه واقف مقرون به انشائش اخذ شود و از خصوصیات است که انشاء وقفش بیاورد، ولی به عنوان شرط نفوذ سبب هم قابل طرح است. یعنی ما نمی دانیم که فقط سببی که مقرون به تأیید باشد درست است، یا مطلق سبب اعم از اینکه با تأیید یا بی تأیید باشد صحیح است. و به این جهت می شود شرط سبب.

لذا کافی نیست بگوئید ما تأیید و توقیت را از ناحیه واقف تصحیح می کنیم. بلکه باید سبب را نیز تصحیح کنید. وقفی که درست است شرائط مأخوذه از ناحیه واقف نیز در آن تصحیح می شود، اما وقفی که شما شک دارید درست است یا نه، اگر دلیل نفوذ شاملش نشود به درد نمی خورد تا شما بخواهید شرائط مأخوذه توسط واقف را در آن تصحیح کنید.

پس به نظر می آید مرحوم آخوند اینجا دارند خلطی می فرمایند. تأیید و توقیت درست است که از ناحیه آقای واقف ممکن است در کنار انشائش بیاید بنابر این از خصوصیات است که او اخذ کرده، ولی ثبوتاً هم قابل تصویر است که اگر شک کنیم آیا سببی که مقرون به تأیید است نافذ است، یا مطلق وقف اعم از اینکه موقت باشد یا مؤبد باشد نافذ است. بنابر این ما این شک را باید اول حل کنیم با رجوع به یک قاعده ای یا عمومی، بعد برویم سراغ خصوصیات که واقف اخذ کرده و با الوقوف آن را تصحیح کنیم. خب شما با چه چیزی این شک را تصحیح کردید؟ با هیچ چیز. و قبول هم که ندارید که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها می تواند شامل تصحیح اسباب بشود.

بنابر این به نظر می رسد اشکال بر مرحوم آخوند مسجل است، گرچه ایشان قبلاً معنای خاصی اخذ کرده بودند که تهافت بین عباراتشان با اینجا حل می شود، ولی مشکل این است که اصل مطلب ایشان صحیح نیست.

نتیجه بحث در دلیل اجماع

این تمام الکلام در بحث اجماع. ملخص بحث این شد که به نظر ما هم اجماع صغریا محقق است و تشکیکات درست نیست، چون مفصل عبائر فقهاء را در اینجا خواندیم، و هم به لحاظ حجیت اشکال محتمل المدرکیت قابل دفع است به این معنا که در این اجماعاتی که در مسائل مبتلابه است و حتما این مسائل از ائمه سؤال شده چون محل ابتلاء بوده و در میان اصحاب رائج بوده، اگر نظر اصحاب خلاف آن چیزی باشد که میان فقهاء دارج است باید در نظر ایشان منعکس می شد. پس با عدم ظهور خلاف در کلمات، خصوصا در کلمات قدماء از فقهاء روشن می شود که این احتمال مدرکیت در اینجا قابل اخذ نیست و قادح در حجیت اجماع در مقام نیست.

دلیل دوم بر اشتراط تأیید: دخالت تأیید در مفهوم وقف

دلیل دومی که از کلمات فقهاء استفاده می شود، دخالت تأیید در مفهوم وقف است.

این دلیل را مرحوم سید در تکلمه عروه آورده است. ولی قبل از ایشان هم فقهای دیگری به آن تمسک کرده اند. مرحوم صاحب عروه فرموده است: ^۱ «الشرط الثانی الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة کعشر سنین مثلا المشهور المدعی علیه الاجماع فی کلمات جماعة». بعد پائین تر فرموده اند: «و قد یقال إن التأیید معتبر فی مفهوم ولذا یجعل لفظ وقف صریحا فی ارادة الوقف بخلاف سائر الالفاظ فإنها بضمیمة القرائن و هو ایضا کما تری». کما اینکه در تمسک به روایات اوقاف ائمه ایشان فرموده اند کما تری است، اینجا هم ایشان فرموده اند کما تری ولی نمی گویند اشکال چیست. ولی احتمالا می خواهند اشکال صغروی بکنند که این دخیل در مفهوم وقف نیست. مرحوم میرزای قمی هم در جامع الشتات در توجیه برای فرق بین مسئله ۱۵ و مسئله ۱۶ که ما داریم البته به لسان خودشان، در آنجا تقریبا ارسال مسلم گرفته اند که تأیید در مفهوم وقف دخیل است. می گویند: ^۲ فرق این مسئله که در وقف ذکر مدت بشود با مسئله آتی که وقف علی من ینقرض است شاید این باشد که تأیید در مفهوم وقف داخل است. بنابر این اگر تصریح کند که وقف کردم این خانه را بر فقراء تا یک سال مثلا، مناقض با قصد وقف حقیقی است هم در نفس الامر و هم در نظر واقف. (که انشاء الله ما این را بعدا تبیین می کنیم).

^۱ - تکلمه عروه طبع جدید صفحه ۲۴۲

^۲ - جامع الشتات طبع جدید جلد ۴ صفحه ۷۲ (جامع الشتات سنگی دو جلد بود، اما این طبع جدید ۴ جلد است).

می خواهیم بگوئیم ایشان تقریباً این را قبول کرده است که تأیید در مفهوم وقف دخیل است.

ایشان دو صفحه بعد وقتی می خواهد استدلال کند به روایات (که تبیینش خواهد آمد)، می فرماید: از تتبع این روایات ظاهر می شود که در مفهوم وقف تأیید معتبر است.

البته اینکه در مفهوم وقف، تأیید معتبر است آیا ما باید به روایت تمسک کنیم یا به لغت و عرف؟ کلام ایشان ممکن است وجهی داشته باشد که بعداً خواهد آمد. ما فقط خواستیم استشهاد کنیم که ایشان هم معتقد است که تأیید در مفهوم وقف دخیل است.

بررسی دلیل دوم در ضمن تبیین چند نکته

قبل از اینکه ما وارد این بحث بشویم، نسبت به این استدلال چند نکته هست که باید اینها را برای حل این بحث عرض کنیم. چون در این بحث خلط های زیادی در این بحث شده است:

نکته اول: تفاوت مفهوم با ماهیت

نکته اول این است که بین مفهوم و ماهیت فرق است. در خیلی از کلمات بین این دو خلط شده است و حتی مرحوم میرزای قمی هم در اینجا می گوید تأیید در مفهوم دخیل است و پائین تر می گوید در ماهیت دخیل است، و در خیلی از متن های دیگر من دیدم که این دو را با هم آورده اند، می گویند در مفهوم دخیل است و بعد می گویند در ماهیت.

ما در بحث های گذشته مفصل بحث کردیم که مفهوم غیر از ماهیت است. محل کشف مفهوم یک جا است، محل کشف ماهیت جایی دیگر. این در ماهیات حقیقی. در ماهیت های جعلی نیز همینطور است. یعنی در جاهایی که ما یک ماهیتی را می سازیم و جزء مخترعات شرعی است، نیز همینطور است، که در سر جای خودش بحث کردیم.

این نکته ای است که در ذهن باشد تا بحث های مهمتر را ببینیم.

نکته دوم: اشتراک الفاظ عقود بین معانی عرفی با اسباب عقلائی

نکته دوم: در برخی از معاملات یک سابقه مفهومی عرفی هم وجود دارد. مثلاً در صلح، لفظ صلح در میان عرف قبل از اینکه یک معامله ای باشد خودش یک مفهوم عرفی دارد که الان هم دارد، که به معنای آشتی کردن است. اما یک مفهوم

اصطلاحی معاملی هم دارد. البته اصطلاحی نه اصطلاح فقط فقهاء. بلکه در میان خود عقلاء یک تأسیس یا به اصطلاح برخی یک نهاد به نام نهاد صلح شکل گرفته است، که از قبیل اسباب و مسببات اند، مثل بیع، اجاره و وقف، که از قبیل اسباب و مسببات اند. صلح بر سبب یا مسبب (علی اختلاف که سر جای خودش هست مثل بقیه معاملات) اطلاق می شود. مثلاً صلح بر این سبب اطلاق می شود.

لفظ صلحی که اشاره می کنیم به آن به سبب عند العقلاء برای حصول یک مسبب اعتباری، خیلی فرق می کند با لفظی که دلالت می کند بر مفهوم آشتی کردن. و متأسفانه خیلی وقتها عده ای می خواهند از درون انشاء مفهوم عرفی خصائصی را در بیاورند برای اثبات وجود آن در همین معنای سببی.

ما عرضمان در این نکته این است که: فرق است بین آن مفهوم عرفی اولی که برای صلح هست، و یک مفهوم دیگر که آن هم عرفی است منتهی دلالت بر سببی می کند که تأسیس عقلانی است. این دو تفاوت بسیار دارند. و لذا به نظر می آید مشترک لفظی اند. صلح مشترک لفظی است بین مفهوم کلی آشتی کردن و بین اشاره به سببی در میان عقلاء که مانند دیگر اسبابی چون بیع، اجاره، وقف و بقیه معاملات است. این نکته واجبی است که باید به آن توجه کنیم.

{نکته سوم: تبیین مفهوم انشاء شده در عقد وقف}

{با استفاده از مطلب نکته قبل می خواهیم بررسی کنیم در موارد انشاء عقود چه مفهومی را انشاء یا اعتبار می کنیم}. وقتی ما انشاء می کنیم صلح را، یا انشاء می کنیم وقف را، بنابر اینکه وقف هم مثل صلح باشد. وقف یک مفهوم عرفی دارد، وَقَفَ یعنی او را ایستاند. وَقَفَ به معنای لازمش یعنی ایستاد، و وقفه یا أوقفه به معنای متعدی اش یعنی او را ایستاند و از حرکت باز داشت. از آن طرف هم این را می دانیم که وقف هم مثل صلح اشاره هم دارد، یعنی لفظی شده است برای مفهومی که منتزع از مقام سبب معاملی یا مسبب است (که این جهتش فعلاً مهم نیست). مربوط به یک معامله است. و از این جهت باید بگوئیم مشترک لفظی است بین آن معنای عرفی که خلو از تأسیس و اعتبارات عرفی است، و آن معنایی که دلالت می کند بر یک سببی در نهادهای عقلانی که نتیجه اش یک مسبب است.

سؤال این است که: وقتی که ما وقف را انشاء می کنیم، چه چیزی را انشاء می کنیم؟ آیا انشاء می کنیم این معنای عرفی اولی را که کاری به اسباب و مسببات و نهادهای عقلانی ندارد. یک مفهوم آشتی کردن، مثل آشتی کردن دو برادر، و آشتی کردن زن و شوهر و امثال آن را، یا اینکه انشاء می کنیم مفهوم وقف را، منتهی آن مفهوم دوم را که دلالت بر نوعی

سبب می کند و مصداقش از اسباب است و آن چیزی است که در نهادهای عقلائی و اعتبارات عقلائی موضوع آثار قرار می گیرد.

به نظر می آید آنچه که ما انشاء می کنیم این دومی است. وقتی طرف می گوید وقفت هذا، یعنی می خواهد انشاء کند مفهوم وقف حاکی از آن سبب را. البته ثبوتاً محال نیست که عقلاء موضوع آثار و مسبباتشان انشاء مفهوم عرفی اولی وقف باشد کما اینکه در صالحتک ممکن است کسی این را بگوید. ولی تناسب حکم و موضوع واقعا اقتضاء این را ندارد. اقتضاء این را دارد که همان سببی را که می خواهیم با شرائطش ایجاد کنیم انشاء کنیم، یعنی مفهوم حاکی از آن را انشاء کنیم، تا با اقتران به یک شرائط دیگری که منضم به آن می شود مسبب از آن زائیده و خلق شود عند العقلاء بالاعتبار. مانند آنکه در بیع ایجاب و قبول وجود دارد و از ایجاب و قبول با شرائطی نقل و انتقال و تملیک حاصل می شود. در بیع هم وقتی ما می گوئیم بعثک هذا بذاک، ما در واقع با مفهوم بیع داریم حکایت می کنیم از چنین نقل و انتقالی. یعنی انشاء می کنیم مفهوم بیعی را که منتزع از آن عالم سبب است. و اگر بیع یک مفهوم لغوی نیز داشته باشد ما آن را انشاء نمی کنیم.

نتیجه: از اینجا می خواهم نتیجه بگیرم که اینکه یک عده ای در بحث دخالت تأیید رفته اند سراغ مفهوم لغوی، و اینکه این در مفهوم لغوی دخیل است یا دخیل نیست، این کلاً از بحث ما اجنبی است. چون مفهوم لغوی انشاء نمی شود تا ما بتوانیم چنین برداشتی داشته باشیم. آن چیزی که انشاء می شود مفهوم حاکی از سبب است. این یک نکته است.

نکته {چهارم}: عدم تأثیر خصوصیات مفهوم انشاء شده در تعیین خصوصیات سبب عقلائی

نکته دیگر این است که حتی نسبت به همین مفهوم دوم که حاکی از مقام سبب است، مفهوم منشأ از آن حیث که مفهوم منشأ است تأثیری در خصوصیات سبب ندارد. خصوصیات سبب یعنی اینکه چه چیزی عند العقلاء سبب است را عقلاء تعیین می کنند. شما از بطن مفهوم نمی شود خصائص و شرائطی در بیاورید.

این را دوستان دقت کنند، ما هم در بحث اعتباریات گفتیم و هم در بحث انشاءیات گفتیم اینکه عقلاء چه مفهومی را انشاء می کنند واقعا تأثیر مهمی ندارد. در اعتبار هم همین است. اینکه مثلاً اعتبار ملک موضوع آثار بیع باشد بوجه خاصی که می گوئیم یعنی اعتبار خاص ملکیت، این هیچ خصوصیتی ندارد مگر از یک خصوصیات ذوقی که عقلاء از باب آن این را اخذ کرده اند. و الا عقلاء می توانستند مفهوم دیگری را اعتبار کنند و موضوع همین آثار قرار بدهند. اینکه ما مفهوم ملک را اعتبار کنیم یا انشاء کنیم ملکیت را بوجه خاص در بیع یا بوجه خاص در بحث وقف، این هیچ خصوصیت خاص ندارد مگر یک تناسب ذوقی که عرف مفاهیمی را یا انشاء می کند یا اعتبار می کند. مثلاً در باب نکاح زوجتک را انشاء می

کنند، در حالی که می توانستند مفهوم دیگری را انشاء کنند و موضوع آثار ازدواج قرار بدهند. اینکه مفهوم زوجیت را انشاء می کنند واقعا خصوصیتی ندارد الا یک جهت ذوقی مثل اینکه زن و شوهر با هم هستند از این جهت این با هم بودن را انشاء کنیم. در بقیه موارد هم همینطور است.

بنابراین از صرف اینکه تأیید در مفهوم منشأ دخیل است شما نمی توان استفاده خاصی کرد.

{نکته پنجم} امکان کشف تاثیر قید در صورت کشف دخالت آن در مفهوم منتزع از سبب عقلائی

بله با توجه به نکته ای که تذکر دادیم که این مفهوم دوم منتزع از مقام سبب است بنابر این کشف می کند که تأیید در سبب دخیل است، اگر ما تأیید را در این مفهوم دومی داخل بدانیم کشف می کند که تأیید در واقع سبب عند العقلاء دخیل است (چون در بحث امضاء ما بحثمان در وقف عقلائی است که می خواهد موضوع امضاء شرعی قرار بگیرد). آنوقت از این جهت است که در بحث مؤثر می شود. نه از باب اینکه داخل در منشأ است و در منشأ ما مثلاً تأیید نهفته است. نه، این اثر خاصی ندارد.

نکته {ششم}: توقف این کشف بنابر پذیرش عمومات امضاء

نکته مهم دیگر این است که دخالت تأیید در این مفهوم دوم که گفتیم می تواند ذو اثر باشد، برای چه کسی ذو اثر است؟ برای کسانی که ادله امضاء قائلند. یعنی ادله امضاء لفظی دارند مثل احل الله البیع در بحث بیع، و مثل اینکه الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها را کسی بگوید عموم دارد و دلیل امضاء است، خب این وارد می شود بر وقف وامضاء می کند وقف عقلائی را. اگر کسی قائل باشد که تأیید در مفهوم وقف که همین مفهوم دومی وقف که حاکی از سبب است که امضاء می شود دخیل است، آنوقت این ذو اثر می شود.

اما اگر مثل ما قائل باشیم هیچ دلیل امضاء لفظی نداریم، و امضاء وقف به نحو اجمال از روایات استفاده می شود که وقف کلاً نهادش را ما داریم، بقیه اش هم به سیره متشرعه یا به سیره عقلائیه (اگر گفتیم همچنین وقفی در میان عقلاء بود) تصحیح می شود، که اینها هم لسان ندارد تا بتوانند عمومیت داشته باشند.

نیجه: عدم امکان استناد به دلیل دوم بنابر مبنای مختار

بنابر این ما که دلیل لفظی قائل نیستیم، این دلیل کلاً ساقط می شود. با ادعای اینکه تأیید در مفهوم وقف دخیل است حتی اگر ما صغرای آن را بپذیریم به درد اثبات اینکه در شرع هم در وقف و سبب دخیل است نمی خورد.

به این دلیل که ما دلیل امضاء لفظی قائل نیستیم تا با کشف دخالت قید تأیید در مفهوم موضوع این دلیل که عبارت است از وقف عرفی بگوئیم وقتی شارع وقف را امضاء می کند به همراه همین قید امضاء می کند. لذا این دلیل به درد ما نمی خورد.

علاوه بر اینکه اصل اخذ تأیید در مفهوم وقف هم به نظر می آید که تمام نیست. ولی در عین حال شک هم که بکنیم در دخالت تأیید در مفهوم وقف، اگر کسی بخواهد به عمومات تمسک کند برای او دشوار می شود. که این را انشاءالله در جلسه بعد توضیح بیشتری می دهیم.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۲۸
- خلاصه گذشته ۷۲۸
- اشکال اول بر دلیل دوم: توقف دلیل بر وجود عمومات دلیل امضاء ۷۲۸
- اشکال دوم بر دلیل دوم: توقف دلیل بر نداشتن دلیل بر عدم تأیید ۷۲۹
- تهافت ثبوتی قصد توقیت با قصد سبب عرفی که تأیید در مفهوم آن دخیل است ۷۳۰
- نیاز به قصد وقوع معامله علاوه بر قصد انشاء در معاملات ۷۳۰
- بیانی برای دفع تهافت ۷۳۱
- حکم شک در دخالت تأیید در مفهوم وقف ۷۳۱
- خلاصه مختار در دلیل دوم و رد آن ۷۳۲
- دلیل سوم برای اعتبار تأیید در وقف: تمسک به روایات ۷۳۲
- دو نحوه استدلال به روایات ۷۳۲
- بیان مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و بررسی آن ۷۳۳
- عبارت مرحوم شیخ طوسی در ذیل صحیحہ علی بن مهزیار در توجیه کلمه وقت ۷۳۳
- نسبت تمسک شیخ ره در تهذیب به این روایات برای تأیید و جواب از آن ۷۳۳
- عبارت مرحوم شیخ در استبصار مبنی بر تمسک به روایات ۷۳۴
- بیان روایات باب ۷۳۵
- روایت اول: روایت یعقوب بن عطیه ۷۳۵
- روایت دوم: روایت عجلان بی ابی صالح ۷۳۶
- روایت سوم: روایت ربیع بن عبد الله ۷۳۷
- شبهه اتحاد روایت دوم با سوم و جواب از آن ۷۳۷

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه گذشته

بحث در ادله ای بود که برای اثبات تأیید در وقف مطرح شده است.

دلیل دومی که برخی مطرح کرده اند دخالت تأیید در مفهوم وقف است. اینکه این دخالت چه اثری دارد و چرا موجب بطلان وقف الی سنة و الی مدة می شود این را توضیح می دهیم.

در جلسه گذشته بحث شد که در ابتدا لازم است فرمایش این بزرگواران اصلاح شود به این صورت که باید مراد از دخالت تأیید در مفهوم را دخالت تأیید در مفهوم حاکی از سبب بدانیم نه مفهوم عرفی اولیه که کاری به باب اسباب و مسببات ندارد.

اشکال اول بر دلیل دوم: توقف دلیل بر وجود عمومات دلیل امضاء

در ادامه بیان شد دخالت تأیید در همین مفهوم دوم وقف - یعنی مفهومی که اشاره به مقام سبب دارد - نیز تنها برای کسانی مفید است که قائل به وجود ادله لفظیه امضاء باشند تا بگویند: ادله لفظیه بر مفهوم عرفی وقف وارد شده است؛ و در مفهوم عرفی وقف که موضوع امضاء است تأیید دخیل است.

اما اگر کسی مثل ما قائل به دلیل لفظی نباشد و اصل نهاد وقف را از کلیات روایات یا از سیره متشرعه یا از سیره عقلانیة تصحیح کند، چون عمومی ندارد که بخواهد به آن مراجعه کند یا ادله لفظیه ای ندارد که بخواهد با آن وقف را امضاء کند، دیگر نمی تواند این بحث را مطرح کند و به دلیل دوم استناد نماید. چه فائده دارد که در مدلول لفظ وقف و مفهومش تأیید دخیل باشد! چه باشد و چه نباشد اثری ندارد.

البته ما نمی خواهیم {اشکال صغروی کنیم و} بگوئیم که اصلاً عنوان وقف و لفظ وقف در روایات نیامده و همه اش لفظ صدقه است و بنابر این دخالت تأیید اثر ندارد. چون مسلماً لفظ وقف در روایات متعدد آمده و موضوع آثار هم قرار گرفته است. وجه عدم فائده برای امثال ما است که قائلیم دلیل لفظی امضاء نداریم و لذا این زحمتی که این بزرگواران کشیده اند لغو است. این یک اشکال به این استدلال است.

اشکال دوم بر دلیل دوم: توقف دلیل بر نداشتن دلیل بر عدم تأیید

اشکال دیگر بر استدلال دوم هم این است که: این استدلال متوقف است بر اینکه در روایات یا ادله دیگر دلیلی بر عدم تأیید نیابیم. مثلاً مرحوم سید ره در همین تکلمه عروه بعد از اینکه در اکثر ادله برای تأیید تشکیک می کند (گرچه اجماع را به صورت تردید می آورد) می گوید: و یمكن استدلال بر صحت توقیت و لو كان فی الواقع حبسا بخاطر روایاتی. (که همان روایت تهذیب و امثال آن است که بعداً بحث می کنیم).

می خواهیم بگوئیم کسی که قائل است در مفهوم وقف، تأیید نهفته است، و فرض کنیم که دلیل امضاء هم داشته باشد، اگر در طرف مقابل روایتی صحیح السند وجود داشت باشد که دلالت کند بر جواز توقیت در وقفی که سبب واقع می شود تمسک به این روایت اشکال ندارد و دیگر نمی تواند به ادله امضاء برای اثبات قید تأیید در نظر شارع تمسک کند.

به تعبیر آخر، آنچه که دخالت تأیید در مفهوم وقف عرفی کشف می کند این است که در سبب عقلانی برای وقف تأیید نهفته است. خب شارع می تواند الغاء می کند این تأیید را.

پس ما باید ببینیم که آیا در روایات و در ادله شرعی، دلیلی وجود دارد که رافع این تأییدی است که عقلاء اخذ کرده اند یا وجود ندارد. اگر عده ای مانند مرحوم سید پیدا شوند که به روایتی تمسک می کنند که وقف موقوف را تصحیح می کند دیگر استدلال به این دلیل تمام نیست.

البته مرحوم سید گفته است «و لو كان فی الواقع حبسا» که ما حالا به آن کار نداریم. چون حبس دانستن از جای دیگر یعنی روایت ناشی می شود که می خوانیم.

نتیجه اینکه صحت استدلال به دخالت تأیید در مفهوم وقف، متوقف است بر اینکه اولاً ما دلیل امضاء لفظی داشته باشیم، که نداریم. و ثانیاً دلیل شرعی برای الغاء این دخالت نداشته باشیم که این هم بحثی است که باید ثبوتاً و اثباتاً مطرح کرد.

پس به نظر ما دلیل دوم ناتمام است هم به لحاظ اینکه صغرایش مسجل نیست، و هم به لحاظ کبروی که دلیل امضاء لفظی قائل نیستیم.

تهافت ثبوتی قصد توقیت با قصد سبب عرفی که تأیید در مفهوم آن دخیل است

بحث مهم دیگری که باقی می ماند این است که: حتی بنابر قول به وجود دلیل لفظی، دخالت تأیید در مفهوم وقف در اشتراط شرعی چه اثری دارد؟

چون بحث ما در مسئله ۱۵ تحریر بر سر این است که {آیا} شرعا این قید مأخوذ است. ما وقتی که می گوئیم تأیید در مفهوم عرفی دخیل است و بنابر این اگر وقف کند الی سنة باطل است می خواهیم ببینیم وجهش چیست.

تارة شخص ادعا می کند که تأیید در مفهوم عرفی وقف (همان مفهوم دومش) دخیل است، در این صورت اشکال این است که: اصلا ثبوتا تصویر نمی شود که قصد وقف کند بحقیقتها توأم با قصد مدت. اصلا ثبوتا همچنین چیزی تصویر نمی شود. چون اگر بخواهد قصد کند وقف را حقیقتا، یعنی باید قصد کند تأیید را. در کنار این اصلا نمی تواند قصد کند مدت را. یعنی اشکال در یک جور تهافت در قصد است که امکان ندارد. امکان ندارد که انسان هم قصد کند تأیید را و هم لا تأیید را. مگر غفلتا باشد که بحث دیگری است.

نیاز به قصد وقوع معامله علاوه بر قصد انشاء در معاملات

ما می دانیم در معاملات علاوه بر انشاء یک مضمون باید حقیقتا قصد کند وقوع آن سبب را. در بیع علاوه بر قصدهایی که ما در انشاء لازم داریم (چون انشاء هم نیازمند به قصد است)، علاوه بر این باید قصد وقوع آن معامله را هم بکند.

این آن قصدی است که مرحوم شیخ و دیگران در باب معاملات اخذ کرده اند. این غیر از قصدی است که در انشاء لازم است و مفروغ عنه است. انشاء بدون قصد نمی شود. اما این قصدی که در معامله لازم می دانند قصد وقوع مسبب به این سبب است. در باب وقف برای اینکه وقف سببش تمام بشود باید قصد کند این سبب را. قصد این سبب با فرض اینکه در سبب دخیل باشد معنایش این است که تأیید را قصد کرده است. در کنارش قصد کند مدت را که این معنا ندارد.

پس اشکالی که به هم می رسد از ناحیه دخالت تأیید در مفهوم منتزع از سبب، این است که اصلا در این صورت جمع نمی شود قصد این سبب با قصد مدت.

این نکته غیر از بحث امضاء به اسباب است. در مورد آن گفتیم با توجه به اینکه ما ادله لفظی امضاء نداریم دیگر این لغو می شود. اما ما یک بحث دیگر داریم، علی ای حال ما باید سبب را قصد کنیم. اگر [تأیید] در سبب دخیل باشد، با قصد توقیت جمع نمی شود. پس اصلا سبب، واقع نمی شود.

بیانی برای دفع تهافت

مگر اینکه کسی بگوید در باب اسباب آن چیزی که لازم است این است که ما قصد اجمالی کنیم سبب شرعی را، نه سبب عرفی را. آن چیزی که لازم است برای تحصیل سبب شرعی عبارت است از اینکه ما انشاء کنیم مفهومی را و بعد اجمالا قصد کنیم تحقق مسبب را به این سبب، آنوقت می توانیم بگوئیم به لحاظ شرعی شک داریم که آیا تأیید در این سبب، اخذ شده است یا نه (چون الان بحث ما این است، شک داریم)، بنابر این منافاتی ندارد و تهافت در قصد واقف پیش نمی آید.

اگر کسی این توجیه را بکند استدلال صحیح است و الا اگر بگوئیم در باب معاملات همانطور که ما انشاء می کنیم مثلاً بیع را، قصد تحقق مسبب به سبب داریم به کدام سبب؟ به سبب عند العقلاء؟ که آنوقت مشکلی این می شود که عند العقلاء سبب مقوم به تأیید است، این با قصد توقیت نمی سازد. اما اگر کسی بگوید در باب معاملات وقتی یک کسی در عالم شرع می خواهد یک معامله ای را تسبیب کند لازم است که انشاء کند مفهوم را، و قصد کند حصول مسبب معاملی را عند الشارع به این. یعنی آن مسیبی که از سبب شرعی حاصل می شود را قصد حقیقی کند. خب ما نمی دانیم الان تأیید در آن شرط است یا نه، و این با توقیت جمع می شود و مشکلی ندارد.

پس این هم یک نکته ای است که باید به آن توجه کرد.

حکم شک در دخالت تأیید در مفهوم وقف

اگر کسی شک کند در دخالت تأیید در مفهوم نه اینکه جازم باشد، اگر شک کند باز برای ما که اصل لفظی قائل نیستیم برای تصحیح و امضاء، این مشکلی ایجاد نمی کند. اما برای کسانی که می خواهند به اصول لفظی تمسک کنند، اگر شک کنند که تأیید در مفهوم عرفی وقف دخیل است، موجب اجمال در مفهوم می شود و نمی توان به عموم و اطلاق اخذ نمود. کما اینکه مرحوم صاحب جواهر هم به این نکته اشاره کرده است، که مثل "اوفوا بالعقود" و «الوقوف حسب ما یقفها اهلها» زمانی درست می شود که ما شک نکنیم که اصلاً تأیید در خود عقد وقف و یا در مفهوم وقف دخیل است.

پس بنابر این نحوه تأثیر این بحث (یعنی اخذ مفهومی) هم روشن شد.

خلاصه مختار در دلیل دوم ورد آن

ما کلاً از این بحث فارغ هستیم، بخاطر اینکه ادله لفظی را دخیل نمی دانیم. در باب قصد هم بیش از این لازم نیست که اجمالاً قصد کنیم وقوع مسبب را و در این مقام تهافتی با قصد توقیت پیدا نمی شود.

بنابر این از ناحیه اخذ تأیید در مفهوم به نظر می رسد که ما نمی توانیم استدلالی برای دخالت تأیید در وقف فراهم آوریم.

البته بعداً خواهیم گفت که از باب شک در تحقق مسبب و به دلیل عدم وجود عمومی یا اطلاقی که بتواند سبب را امضاء کند ما نیز قائل می شویم که تأیید در وقف دخیل است، کما اینکه اجماع را نیز پذیرفتیم. اما این غیر از این بحث است که دخالت تأیید در مفهوم وقف دلیل شود بر اخذ قید تأیید در وقف. این هم راجع به دلالت مفهومی.

دلیل سوم برای اعتبار تأیید در وقف: تمسک به روایات

دلیل سوم برای اعتبار تأیید در وقف تمسک به روایات است. عده زیادی به این دلیل تمسک کرده اند، مثل مرحوم شیخ طوسی ره که عباراتش را می خوانیم، مرحوم صاحب مفتاح الکرامه، مرحوم میرزای قمی، مرحوم صاحب حدائق و دیگران.

دو نحوه استدلال به روایات

تمسک به روایات دو گونه است:

۱- یکوقت ادعا می کنیم از این روایات تقیید سبب به تأیید استظهار می شود. یعنی مدعی می شویم وقفی که از این روایات استفاده می شود به عنوان سبب، مشروط به تأیید است یا در ماهیتش تأیید اخذ شده است.

اگر اینجور استدلال شود، در واقع تماماً به روایت تمسک می شود. و روایت دلیلی مستقل برای اثبات تأیید در وقف می گردد.

۲- اما گاهی می خواهیم رجوع به این روایات را به ضمیمه اصل تمام کنیم. می گوئیم روایات عمدتاً تأیید را بالتبادر یا بالتصریح اخذ کرده اند، حال اگر کسی بخواهد قید دیگری بیاورد و به صورت دیگری وقف را محقق کند، صحت آن نیاز به دلیل دارد. و چون دلیل نداریم، اصل عدم تحقق مسبب است به غیر انضمام به تأیید و یا عدم تحقق مسبب است به

مثل وقف الی سنة و با توقیت. یعنی گویا روایات را به ضمیمه اصل می خواهیم درست کنیم. ما هر دو صورت استدلال به روایات را در کلمات فقهاء می بینیم.

بیان مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و بررسی آن

عبارت مرحوم شیخ طوسی اعلی الله مقامه الشریف در تهذیب که دیگران هم به ایشان ارجاع داده اند خیلی تصریح ندارد. {به صورت کلی} در ذیل روایت اول تا هشتم باب وقوف و صدقات گفته اند اینها روایاتی است که تأیید از آنها استفاده می شود.

ولی حق مطلب این است که در این روایات (که بعضی از آنها صحاح هم هست که بعداً می خوانیم) ذکر شده است که وقف امام علیه السلام به صورت مؤبد بوده است. حال یا با این عنوان که «لا یباع و لا یوهب و لا یورث»، یا اصلاً تصریح شده که الی أن یرث وارث السموات و الارض. یعنی تأیید را به این صورت آورده اند.

{می خواهیم بگوئیم از این روایات نمی توان استفاده نمود}. مرحوم شیخ طوسی در منع از جواز بیع {وقف} همین روایات را آورده اند و بیش از این نگفته اند. در بحث بیع فرموده اند: بیع صحیح نیست مگر در جائی که هرج و مرج یا خراب و مانند آن پیش آید.

بنابراین از این عبارات ما حتی نمی فهمیم که شیخ طوسی بخواهد این را بفرماید.

عبارت مرحوم شیخ طوسی در ذیل صحیحہ علی بن مهزیار در توجیه کلمه وقت

ولی در ذیل روایت علی بن مهزیار ایشان فرموده است: «الوقف متی لم یکن مؤبداً لم یکن صحیحاً، ومتی قید بوقت و الی اجل بطل الوقف. و معنی هذا الذی رواه علی بن مهزیار من قوله کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب معناه أنه إذا کان الموقوف علیه مذكوراً. لأنه إن لم یذكر فی الوقف موقوف علیه بطل الوقف». بعد ایشان می گوید اینجور معنا کردن وقت آن زمان متعارف بوده است، بعد ایشان به روایت صفار تمسک می کنند که ما مفصل اینها را می خوانیم.

نسبت تمسک شیخ ره در تهذیب به این روایات برای تأیید و جواب از آن

نکته ای که در اینجا عرض می کنیم این است که: در کلمات فقهاء متأخر مثل مفتاح الکرامه و دیگران گفته اند شیخ طوسی ره تمسک کرده اند به این اخبار بر تأیید و در واقع حتی اگر بگوئیم عموماتی مانند "اوفوا بالعقود" و «الوقوف

حسب ما یقفها اهلها» شامل وقف غیر مؤبد می شود با تأییدی که از این روایات استفاده می شود آن عمومات و اطلاقات را تخصیص و تقیید می زنیم.

واقع این است که این معنا از عبارات مرحوم شیخ طوسی در تهذیب استفاده نمی شود. ایشان می گوید الوقف متی لم یکن مؤبداً لم یکن صحیحاً و متی قید بوقت و الی أجل بطل الوقف. ایشان نگفته است این را ما از این روایات فهمیدیم. بلکه تصریح می کند که «وقت» که در روایت صفار و روایات دیگر و همین روایت علی بن مهزیار آمده است، به معنای ذکر موقوف علیهم است {نه به معنای مدت}.

پس راجع به وقت ایشان نمی خواهد بگوید از این روایات استفاده می کنیم. پس از کجا به مرحوم شیخ طوسی نسبت داده اند که ایشان در تهذیب این را می فرماید؟ بله! در استبصار هست. اما عرض من دقیقاً این بود که در تهذیب ایشان ذکر می کند که وقف اگر مؤبد نباشد صحیح نیست، و متی قید بوقت و الی أجل بطل الوقف، ولی نفرموده که این را ما از این روایات استفاده کردیم. خب ممکن است از اجماع ایشان استفاده کرده است، که در کتاب خلاف تصریح کرده است که اجماع الاصحاب و اخبارهم - که اخبار داستان دیگری دارد و ممکن است مفادش چیز دیگری باشد - یا به صورت کلی ایشان بخواهد استفاده کند که برخی گفته اند. بالاخره این روایاتی که ایشان در ذیلش این را آورده، در اینجا تصریح نکرده که از این روایت ما استفاده می کنیم.

عبارت مرحوم شیخ در استبصار مبنی بر تمسک به روایات

بله! {استفاده تأیید در وقف از روایات} در استبصار هست. ایشان در استبصار^۱ در باب اول از کتاب الوقوف والصدقات، پنج روایت ذکر می کند که برخی را از روی وسائل خواهیم خواند که به همینجا ارجاع داده است، بعد در باب دوم ذیل روایت اول ایشان فرموده است^۲: «قال محمد بن الحسن الوقف متی لم یکن مؤبداً لم یکن صحیحاً علی ما تضمنته الاخبار الاوّل (یا أوّل) فی الباب الاول المتضمنة لشرط کتاب الوقف. (همین باب اولی که بالای این باب دوم هست و پنج تا روایت دارد، ایشان می گوید: علی ما تضمنته الاخبار الاوّل (یا أوّل) فی الباب الاول المتضمنة لشرط کتاب الوقف) و متی لم یکن مؤبداً لا یصح علی کل حال».

^۱- استبصار (طبع جدیدتر که آقای غفاری چاپ کرده) جلد ۴ صفحه ۱۱۹ باب اول از کتاب الوقوف والصدقات

^۲- استبصار (طبع جدیدتر که آقای غفاری چاپ کرده) جلد ۴ صفحه ۱۲۲ باب دوم از کتاب الوقوف والصدقات

خب اینجا ایشان تصریح کرده است که از این روایات اول باب اول (احتمالا دو سه روایت اول را ایشان می گوید که در واقع همان روایاتی است که متضمن وقف ائمه اطهار علیه السلام است که تفصیلش را خواهیم خواند) می فهمیم که تأیید در وقف دخیل است.

پس این نسبتی که به ایشان داده اند در تهذیب روشن نیست. اما در استبصار روشن است که مرحوم شیخ طوسی ادعا می کنند از همین روایاتی که متضمن وقف ائمه اطهار است، تأیید در وقف استفاده می شود.

دیگرانی هم این مسئله را گفته اند. مرحوم میرزای قمی و صاحب حدائق هم فرموده اند که از این روایات همین استفاده می شود.

بیان روایات باب

اما روایات، سه تا از این روایات در باب ششم از کتاب وقوف و صدقات مرحوم صاحب وسائل هست^۱، باب «عدم جواز بیع الوقف و حکم ما لو وقع بین الموقوف علیهم اختلاف شدید یؤدی الی ضرر عظیم». عنوان باب که مربوط به اختلاف و بیع و اینهاست منتهی در متن چیز دیگری است.

روایت اول: روایت یعقوب بن عطیه

در روایت دوم باب که روایت شیخ است آمده: «بإسناد عن الحسين بن سعيد عن النضر عن يحيى بن حلی عن یعقوب بن عطیه قال...».

روایت به حسب مبنای قوم صحیح است، هرچند ما روایات مرحوم شیخ در تهذیب را علی الاصول معتبر می دانیم مگر اینکه دلیل خلافی بیاید. پس روایت صحیح است.

این روایت به سند دیگر هم در ذیل آمده است: «و رواه الكلینی عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن النضر بن سويد مثله». روایت با این سند هم صحیح است.

متن روایت این است که: «عن ایوب بن عطیه قال سمعت ابا عبد الله علیه السلام یقول قسم (یا قسم) رسول الله صلی الله علیه وآله الفیء فاصاب علیا علیه السلام ارض فاحترف فیها عینا فخرج منها ماء ینبع فی السماء کهیئة عنق البعیر، فسمها

^۱ - وسائل (طبع جدید سی جلدی) جلد ۱۹ صفحه ۱۸۵ باب ششم

عین ینبع. فجاء البشير يبشره، فقال بَشِّر الوارث بَشِّر الوارث هي صدقة بتاً بتلا في حجيج بيت الله و عابر سبيله لا تباع و لا توهب و لا تورث، فمن باعها أو وهبها فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفا و لا عدلا».

مضمون روایت مانند برخی از روایات بعد که می خوانیم تصریح به تأیید ندارد. این روایت که قبلا هم خواندیم، روایت معروفی است که در تقسیم فیء زمینی سهم حضرت امیر سلام الله علیه شد و ایشان یک چاهی را در این زمین حفر کردند، و به مبارکی دست ایشان آبی از این چاه به سماء جهید مثل گردن شتر. از این جهت آن را چاه یا چشمه ینبع نامیدند. آنوقت بشیر آمد به حضرت بشارت داد، و حضرت هم فرمود بَشِّر الوارث، این را من صدقه قرار دادم یعنی وقف کردم بتاً بتلا، صدقه ای که دائم است. حالا «بتل» به معنای قطع است. گویی قطع کرده اند از خودشان و این در راه خدا رفته است. مهمش عبارت لا تباع و لا توهب و لا تورث است که این کنایه از دوام است. و الا اگر موقت باشد که این اشکال ندارد و تباع و توهب و تورث هم می شود. پس معلوم می شود که دائم بوده است.

روایت دوم: روایت عجلان بی ابی صالح

روایت سوم همین باب: «و عنه (یعنی از همین حسین بن سعید از طریق شیخ) عن فضالة عن أبان عن عجلان ابی صالح (این روایت هم صحیح است و همه روایات ثقة امامی هستند) قال: أَمَلَى ابو عبد الله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان و هو حیّ سوى بداره التي فی بنی فلان بحدودها تصدق صدقة لا تباع و لا توهب حتی یرثها وارث السموات والارض وأنه قد اسكن صدقته هذه فلانا و عقبه فإذا انقرضوا فهي علی ذی الحاجة من المسلمين».

در این روایت هم «لا تباع و لا توهب» آمده، هم تعبیر «حتی یرثها وارث السموات والارض». در این روایت تأیید روشن است که حضرت این را به صورت مؤبد آورده اند.

مشابه این روایت را مرحوم صدوق ره نقل کرده است. کلینی ره هم این حدیث را روایت کرده است، که البته طریق کلینی بر حسب مبنای قوم ضعیف بالارسال است، در سند آمده: «رواه الكلینی عن الحسن بن محمد عن محمد بن معلى بن محمد عن بعض اصحابنا (در معلى بن محمد هم بحث است، ولی خیلی ها توثیق می کنند ایشان را، گرچه نجاشی تضعیف کرده است). بعد فرموده: «و عن حميد بن زياد (که واقفی ثقة است) عن الحسن بن محمد بن سماعه (که ایشان هم واقفی ثقة است) عن احمد بن عديس (که ظاهرا مجهول است و توثیق نشده است) عن أبان». خب این روایت با این سند هم به حسب مبنای قوم از باب جهل برخی رواتش می شود ضعیف.

سند دیگر این است که: «و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب مثله». این روایت ظاهراً به این سندش مشکلی نداشته باشد.

حالا بالاخره سند اصلی که درست است. ما هم که روایات کافی را عمل می کنیم مگر خلافتش ظاهر بشود، که نیازی هم [به این مبنای ما] نیست، چون علی آئی حال به طریق صحیح آمده است.

مضمون این روایت هم مضمون خیلی صریح و واضحی است در اینکه امام وقف مؤبد فرموده اند.

روایت سوم: روایت ربیع بن عبد الله

روایت چهارم باب هم این است که: «و عنه عن محمد بن عاصم عن اسود بن ابی الاسود الدثلی عن ربیع بن عبد الله عن ابی عبد الله علیه السلام قال...».

این عنه یعنی عن الحسین بن سعید که از همان طریق شیخ ره است. این روایت به این شکلش بنابر مبنای قوم ضعیف است، زیرا محمد بن عاصم و همینطور راوی بعدی یعنی اسود بن ابی الاسود ظاهراً توثیق نشده اند. ولی همین روایت را صدوق به اسنادش عن ربیع بن عبد الله روایت کرده که در ذیل آمده، و این طریق صحیح است. بنابر این، این روایت از جهت سندی مشکلی ندارد.

متن روایت هم این است که: «عن ابی عبد الله علیه السلام قال تصدق امیرالمؤمنین علیه السلام بدار له فی المدینة فی بنی زریق فکتب: بسم الله الرحمن الرحیم هذا ما تصدق به علی بن ابیطالب و هو حیّ سوّ تصدق بداره التی فی بنی زریق صدقة لا تباع و لا توهب حتی یرثها الله الذی یرث السموات و الارض، و اسکن هذه الصدقة خالته ما عشن و عاش عقبهنّ فإذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين».

این روایت خیلی شبیه روایت قبلی است. چون این روایت هم از امام صادق علیه السلام است راجع به تصدق امیرالمؤمنین علیه السلام.

شبهه اتحاد روایت دوم با سوم و جواب از آن

ممکن است کسی بگوید اصلاً گویی امام صادق علیه السلام در روایت قبلی برخی از نکاتی که در این روایت نقل شده است را حذف کرده اند و برخی از اسامی را به صورت غیر معلوم آورده اند.

البته ممکن هم هست که دو روایت باشند. آن روایت دال بر وقف است با مضمونی که از امیرالمؤمنین علیه السلام گرفته شده است. امام صادق علیه السلام در جای دیگری خودشان وقفی فرموده اند در همین قالب. یعنی این قالب را از امیرالمؤمنین علیه السلام اخذ کرده اند و خودشان یک وقفی {با همان عبارات} کرده اند، نه اینکه می خواسته اند همان وقف حضرت امیر علیه السلام را نقل کنند.

بنابر این، شاید این حرف که این دو روایت یکی هستند و فقط از طرق مختلف نقل شده اند درست نباشد.

اینکه مرحوم صاحب وسائل ذیل روایت سوم فرموده « و رواه الصدوق كما يأتي ». كما يأتي همین روایت چهارم است. خب آن روایت با این مضموناً فرق دارد. مگر کسی بگوید در آن روایت سوم امام صادق علیه السلام همه این اختلافات را یک جوری به صورت مجهول آورده اند که تبدیل شده به آن روایت. ما واقعا دلیلی بر این حرف نداریم. کاملاً ثبوتاً معقول است که روایت چهارم یک روایت مستقل باشد، و روایت سوم یک وقف دیگری باشد که خود حضرت کرده اند. چون آنجا نقل نمی کنند که امیرالمؤمنین سلام الله علیه اینطور عمل کرده اند. دارد که «أملی ابو عبدالله علیه السلام بسم الله الرحمن الرحیم...»، چه اشکالی دارد که حضرت صادق سلام الله علیه وقفی کرده باشند که قالبش را شبیه وقفی که امیرالمؤمنین علیه السلام کرده است قرار داده باشند.

البته روایات دیگری هست که انشاء الله جلسه بعد می خوانیم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۴۰
- خلاصه گذشته: ۷۴۰
- ادامه روایات باب ۷۴۰
- روایت چهارم: صحیحۀ صفوان ۷۴۰
- وجه اول استدلال به روایات: وجود تأیید در وقفهای ائمه ۷۴۱
- اشکال: اینکه مورد روایات تأیید است اثبات اشتراط نمی کند ۷۴۱
- ادعای القاء قاعده در روایات وقف ائمه توسط صاحب حدائق ۷۴۲
- تفاوت استدلال صاحب حدائق در شرطیت تأیید با استدلال ایشان در شرطیت قبول ۷۴۳
- رد بیان صاحب حدائق مبنی بر القاء قاعده توسط روایات وقف ائمه ۷۴۴
- وجه دوم استدلال به روایات: انضمام اصل عدم صحت وقف غیر مقرون به تأیید به روایات ۷۴۴
- بیان صاحب مفتاح الکرامۀ بر ضمیمه اصل عدم صحت ۷۴۴
- اشترراط صحت استدلال به نبود روایت معارض و عمومات ۷۴۶
- نتیجه نهائی: صحت وجه دوم استدلال به روایات ۷۴۶
- دلیل چهارم بر اشتراط تأیید: دلیل شیخ انصاری بر عدم امکان ملکیت موقوف ۷۴۷
- اهمیت مسأله به دلیل کاربرد در مباحث فقهی ۷۴۷
- بیان مرحوم شیخ انصاری بر عدم توقیت ملک ۷۴۸
- توقف استدلال مرحوم شیخ بر ملک دانستن وقف ۷۴۸

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه گذشته:

بحث در تمسک به روایات برای اثبات تأیید در وقف بود. عرض شد برخی از فقها از زمان شیخ طوسی ره تا زمان حاضر برای اثبات اشتراط تأیید در وقف به این روایات تمسک کرده اند.

قبل از بیان اشکالات در تمسک به این روایات، متن روایات را بخوانیم.

سه روایت را جلسه قبل خواندیم.

ادامه روایات باب

روایت چهارم: صحیحه صفوان

روایت چهارم، روایت دیگری است از امام کاظم علیه السلام در باب دهم از ابواب الوقوف والصدقات که عنوان باب این است: «باب کیفیة الوقوف والصدقات و ما یستحب فیها و جملة من احکامها». در روایت چهارم این باب روایتی است مفصل از امام کاظم علیه السلام که مضمونش وقفهای متعددی است که ایشان انجام می دهند، مکانش را معلوم می کنند و کسانی که باید از این وقفها انتفاع برند را تعیین می کنند.

اسناد روایت متعدد است که شاید با آنچه در ذیل روایت از کافی و صدوق نقل شده مجموعاً هفت سند شود، و تقریباً همه این اسناد بنابر مبنای قوم صحیح اند.

سند اول: «و عنه (یعنی از حسین بن سعید) عن صفوان بن یحیی».

سند دوم: «و یاسناده (یعنی اسناد شیخ) عن محمد بن علی بن محبوب عن علی بن سندی عن صفوان عن عبدالرحمن بن الحجاج».

سند سوم: «و رواه الصدوق یاسناده عن محمد بن علی بن محبوب».

سند چهارم: «و رواه فی عیون الاخبار عن ابیه عن احمد بن ادریس عن محمد بن ابی صهبان عن صفوان نحوه».

سند پنجم: «و رواه الكلینی عن ابی علی الاشعری عن محمد بن جبار».

سند ششم: «و رواه الكلینی عن محمد بن اسماعیل عن فضل بن شاذان عن صفوان».

سند هفتم: «و عن محمد بن یعقوب الكلینی عن محمد بن یحیی عن محمد بن الحسن بن صفوان بن یحیی نحوه».

متن روایت: مضمون روایت این است که: «قال أوصی ابوالحسن علیه السلام بهذه الصدقة، هذا ما تصدق به موسى بن جعفر، تصدق بأرضه فی مکان کذا و کذا کلّها، و حدّ الارض کذا و کذا، تصدق بها کلّها و نخلها و ارضها و قناتها و مائها و ارحابها و حقوقها و شربها من الماء و کلّ حق هو لها فی مرفع أو مظهر أو عرض أو طول أو مرفق أو ساحة...» و بعد هم کسانی که انتفاع فرموده اند ذکر فرموده اند، تا اینجا که فرموده اند:

«تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحیح صدقةً حبساً بتلاً مبتوتة لا رجعة فیها و لا ردّ ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة لا یحلّ لمؤمن یؤمن بالله و الیوم الآخر أن یبعتها و لا یتاعها و لا یهبها و لا ینحلها و لا یغیر شیئاً مما وصفته علیها حتی یرث الله الارض و من علیها و ...»^۱.

وجه اول استدلال به روایات: وجود تأیید در وقفهای ائمه

در این روایت امام علیه السلام تصریح فرموده اند که صدقه شان، صدقه ای است که بتلاً مبتوتة لا رجعة فیها و لا ردّ. و هم فرموده اند: لا یحلّ لمؤمن یؤمن بالله و الیوم الآخر أن یبعتها و لا یتاعها و لا یهبها و لا ینحلها و لا یغیر شیئاً مما وصفته علیها. و هم فرموده اند: حتی یرث الله الارض و من علیها. لذا در اینکه روایت وقف مؤبد است هیچ تردیدی نیست.

شاید علاوه بر این چهار روایت، روایات دیگری هم باشد. صاحب حدائق، میرزای قمی و دیگران همین روایات را ذکر کرده اند.

بحث عمده این است که از این روایات چه چیزی می خواهیم استفاده کنیم؟

عرض کردیم که هم مفاد عبارت شیخ ره در استبصار و هم فرمایش این بزرگواران این است که این روایات دلالت می کند بر اینکه تأیید قید سبب است و شرط در وقف است یا در ماهیت وقف شرعی مأخوذ است.

اشکال: اینکه مورد روایات تأیید است اثبات اشراط نمی کند

همانطور که دیدیم مرحوم سید فرموده بود که این دلیل نیز کما تری است. ایشان توضیح و تبیینی از اشکال ارائه ندادند.

^۱ - وسائل الشیعة جلد ۱۹ صفحه ۲۰۲

اشکال این دلیل این است که امام علیه السلام چنین وقف مؤبدی را انجام داده اند، اما آیا عمل امام دلیل بر انحصار وقف در وقف مؤبد است. چه اشکالی دارد که وقف هم مؤبدش درست باشد و هم موقتش درست باشد، ولی امام وقف مؤبد را چون حصه بهتر بوده است انتخاب کرده باشند. زیرا وقتی مال موقوفه کلاً از ملک من بیرون برود و تا ابد به ورثه باز نگردد، و این مال حتی یرث الله الارض و من علیها در اختیار منتفعین باشد و انتفاع ببرند، ثواب بیشتری به من می رسد. پس شاید چون وقف بهتری است ائمه علیهم السلام این وقف را انجام داده اند. از کجای این می شود چنین انحصاری فهمید که وقف حتماً باید مؤبد باشد؟

پس اشکال اساسی این است که ولو این روایات صحاح هستند و مضامین آنها انصافاً مضامین روشنی است، ولی بر چه چیزی دلالت می کنند؟ دلالت می کنند که امام علیه السلام وقف مؤبد انجام داده است. خب از کجای آن استفاده می شود که شرط وقف این است؟! شاید امام علیه السلام نوع بهتر وقف را که مؤبد باشد اختیار کرده اند، این هیچ دلیل بر این نمی شود که در اصل وقف تأیید باشد بطوری که اگر توقیت شد باطل بشود.

ادعای القاء قاعده در روایات وقف ائمه توسط صاحب حدائق

مرحوم صاحب حدائق در شرائط وقف فرموده: «قالوا و هی اربعة الدوام و التنجیز و الاقباض و اخراجه عن نفسه». بعد فرموده اند: «الظاهر من كلام الاكثر هو اشتراط الدوام فی الوقف، و قد تقدم فی أخبار وقوف الائمة علیهم السلام ما يدل علیه». بعد فرموده: «ظاهره فی المسالك المناقشة فی ذلك حیث ذکر أنه متنازع مشکوک فیهِ، و اقتفاء صاحب المفاتیح فی ذلك فقال: ان اشتراط التأیید لا دلیل علیه، بل الأصل و العمومات تنفیهِ». این ذیل را از مرحوم فیض صاحب مفاتیح نقل می کند.

بعد فرموده: «أقول: لا یخفی ان العقود الشرعیة الموجبة لنقل الأملاك یجب الوقوف فیها علی ما رسمه صاحب الشریعة من کیفیة و الشروط فعلاً أو أمراً بذلك، و الأوقاف التي صدرت منهم علیهم السلام كما قدمنا لك جملة منها قد اشتملت علی التأیید (همین روایاتی که خواندیم)، لقولهم حتی یرثها الله الذي یرث السموات و الأرض، و هو كناية عن دوامها الی یوم القيامة، و الخروج عنها بغير معارض سفیطة. و به یظهر ما فی تمسكه بالأصل و العموم (دارد ایشان به صاحب مفاتیح اشکال می کند که تمسک ایشان به اصل و عموم اشکال دارد)، فإنه ناش عن الغفلة عن ملاحظة الأخبار المذكورة كما لا یخفی، و حیث فلو قرنه بمدة معينة كسنة مثلاً أو وقف علی من ینقرض غالباً فإنه یبطل الوقف بغير خلاف».

عجیب است که ایشان به مثل صاحب مفاتیح نسبت می دهد که ایشان غفلت کرده است از ملاحظه اخبار مذکوره. صاحب مفاتیح که خودش با اخبار عجین است و کتاب وافی اش آنطور است و این همه توغل در اخبار دارد ایشان می گوید صاحب مفاتیح غفلت کرده است. نه، وجه دیگری دارد، و آن این است که خب در این روایات فقط تأیید ذکر شده است، بیش از این که نیست.

در بحث قبلی که ایشان ارجاع داده، ایشان یک نکته ای ذکر می کند، من این بحث را برای آن آورده ام و الا اشکال فرمایش ایشان روشن است. ایشان ادعا می کند این وقف هایی که در این روایات از ائمه علیهم السلام نقل شده، مثلاً امام صادق علیه السلام در برخی روایات وقفهای امیر المؤمنین علیه السلام را نقل می فرمایند یا خودشان به این صورت وقف می کنند. وجه حکایت اینها در روایات برای القاء قاعده بوده است. برای اینکه بگویند شما باید مثل همین عمل کنید. نه اینکه صرفاً نقل {یک واقعه} باشد.

البته این ادعای جدیدی است، و اگر این حرف درست باشد آن شبهه ای که به تمسک به این روایت کردند مندرج می شود. ایشان فرمودند این روایات صرفاً یک قسم از وقف را که لعل قسم بهترش باشد از ائمه نقل می کند، ما دلیلی نداریم که کل اوقاف منحصر باشد در این قسم. که اگر استدلالش درست باشد ایشان آن را رد می کرد. منتهی حالا استدلال ایشان درست است که ایشان ادعا می کند که این اوقافی که در این روایات نقل شده بر چیز بیشتری دلالت می کند؟

تفاوت استدلال صاحب حدائق در شرطیت تأیید با استدلال ایشان در شرطیت قبول

ایشان راجع به نفی قبول مطلبی دارد، چون ایشان از کسانی است که قبول را در وقف نفی می کند و می گوید لازم نیست. و می گوید این را از روایات فهمیدیم. چون در این روایات ائمه هیچ جا نیامده است که ائمه اطهار علیهم السلام در وقف هایشان ایجاب در وقف را انشاء کردند و فلانی هم قبول کرد. فرموده اند: «والتقريب فيه أنه لو كان القبول شرطاً لنقله عليه السلام في حكاية الصدقة المذكورة، لأنه ليس الغرض من حكاية ذلك الا بيان الاحكام في المقام (می گوید یعنی نمی خواهند یک حادثه ای را نقل کنند، بلکه می خواهند حکم وقف را بیان کنند) وظاهره لزوم الوقف و صحته بهذا اللفظ الذي كتبه عليه السلام في ذلك، و اثبات شيء يزيل على ذلك يتوقف على الدليل و اصالة العدم اقوى مستمسك في المقام».

در اینجا ایشان در مقابل کسانی که می خواهند قبول را در وقف شرط کنند به این روایات به اضافه اصل عدم تمسک می کنند. اما در بحث ما ایشان اصل عدم ضمیمه نکردند و گفتند ظاهر روایات، اشتراط تأیید است. و حق هم همین است.

اگر ما از روایات ائمه علیهم السلام در اینجا بفهمیم که در مقام القاء قالبی انحصاری اند - که ایشان در صدر ادعا کردند که «لیس الغرض من حکایة ذلک الا بیان الاحکام فی المقام». بیان احکام، یعنی می خواهند بگویند وقف اینطوری واقع می شود - در این صورت دیگر نیازی به اصل نداریم. و ظهور روایات این می شود که وقفها باید به این گونه، یعنی به صورت مؤید باشد.

رد بیان صاحب حدائق مبنی بر القاء قاعده توسط روایات وقف ائمه

همانطور که دیگران هم به ایشان اشکال کرده اند ادعای مرحوم صاحب حدائق خلاف واقع است. هیچ ظهوری در روایات وجود ندارد که امام علیه السلام غیر از نقل واقعه - که البته از خود آن احکامی استفاده می شود - بخواهند بفرماید قالب وقف همین است که ما می گوئیم و لیس الا.

بنابر این مجموع این روایاتی که خواندیم که روایات صحاح هم بود و دلالتش بر مضمونش نیز کاملاً روشن بود هیچ ربطی به بحث ما نداشت و از این روایات استفاده نمی شود که می خواهند وقف را در وقف مؤید منحصر کنند.

وجه دوم استدلال به روایات: انضمام اصل عدم صحت وقف غیر مقرون به تأیید به روایات

شکل دیگر بحث در روایات این است که بگوئیم این روایات تنها این صورت مقترن به تأیید را تصحیح کرده است و نسبت به صحت غیر از این صورت دلیل نداریم. اصل جاری در مقام هم اصل عدمی است و نافی اعتبار وقف غیر مقترن به تأیید.

استدلال کنیم به ضم روایات به اصل به این صورت که ادعا کنیم روایات ما یا متبادر از آنها تأیید است و یا مصرح در آن تأیید است، و بعد ادعا کنیم اصل در غیر این صورت، عدم صحت است. وقف مؤید اعتبارش ثابت است به این روایات، ولی بر غیر مؤید دلیل نداریم. نمی گوئیم این روایات نفیش می کند، بلکه دلیل نداریم و اصل هم عدم آن است.

بیان صاحب مفتاح الکرامه بر ضمیمه اصل عدم صحت

اینجور استدلال را برخی از جمله مرحوم صاحب مفتاح الکرامه^۱ مطرح کرده اند. ایشان فرموده اند: «و الحجة علی ذلک بعد الاجماعات المعتمدة بالفتاوی (پس ایشان دلیل اجماع را بر اخذ تأیید قبول دارد) الاصل السالم عما یصلح

۱- مفتاح الکرامه (طبع جدید) جلد ۲۱ صفحه ۴۵۳

للمعارضة). مراد اصل نافی صحت وقف است که اصل عدم تحقق مسبب در صورت عدم اقتران به تأیید است. اینجور بیان اصل را ایشان سابقاً مکرر آورده بود.

حالا چه جور استدلال می کنند؟ می فرمایند: «إذ الاخبار بين متبادر منها الوقوف المؤبدة و بين صريحة في ذلك كالأخبار الواردة في وقوف الائمه عليهم السلام. بل الشيخ في كتابي الاخبار جعل هذه الاخبار من ادلة اشتراط الدوام مخصصة لعموم الآية إن قلنا إنه عقد أو بشمول العقود للايقاعات و إن كان لنا في كلام الشيخ تأمل».

اگر آدم خودش به کتاب تهذیب و استبصار مراجعه نکند، خیال می کند که مرحوم شیخ در هر دو کتابش جعل هذه الاخبار من ادلة اشتراط الدوام مخصصة لعموم الآية. یعنی خود مرحوم شیخ عموم آیه را با همانها تخصیص زده است إن قلنا أنه عقد أو بشمول العقود للايقاعات. منتهی اینها در عبارات مرحوم شیخ نیست. مرحوم صاحب مفتاح الكرامة خودش دارد استنباط می کند می گوید مرحوم شیخ که آمده این اخبار را دلیل بر اشتراط دوام گرفته، پس حتما در جمعی با "أوفوا بالعقود" آمده آن را تخصیص زده است. در حالی که ممکن است شیخ اصلاً بگوید "أوفوا بالعقود" اینجا نمی آید. چون این عبارت در کتاب شیخ که نیست. آن چیزی که هست این است که ایشان این روایات مذکور را متضمن دلالت بر تأیید دانسته است. این هست. که البته در کتاب تهذیب نبود ولی در کتاب استبصار بود. اینکه ایشان فرموده در کتابی الاخبار که زیاد هم گفته شده و ایشان هم فرموده است، ولی عبارت را ما خواندیم از تهذیب این استفاده نمی شود.

حالا بحث اصلی چیز دیگری بود. اینجور استفاده را شما ببینید، می گویند اخبار وارده بین متبادر منها الوقوف المؤبدة است و بین صريحة في ذلك، بعد فرموده اند اصل سالم عما يصلح للمعارضة داریم. اصل نافی می گوید مسبب حاصل نمی شود مگر اینکه در سبب تأیید باشد. اگر ما روایتی داشتیم که می گفت مطلقاً وقف چه تأیید باشد و چه نباشد درست است، آنوقت می شد معارض. اما روایات ما به قول ایشان ما بین اخباری است که متبادر از آنها مؤید است یا صریح در تأیید است. اینکه کمک کار آن اصل می شود نه معارض آن.

پس استدلال ایشان عبارت است از اصلی که سالم از معارض است، و روایات باب هم که در آنها تأیید آمده است در واقع کمک کار این اصلی است که نافی تحقق مسبب بدون تأیید است. یعنی اگر ما وقف را موقت انشاء کنیم شک می کنیم که آیا مسبب حاصل است یا نه، اصل عدم آن است، پس نتیجه این اصل عبارت است از لزوم اخذ تأیید، که مکرر مرحوم صاحب مفتاح الكرامة قبلاً توضیح داده اند.

پس در واقع استدلال مرکب می شود از اصل و اینکه ما دلیل معارض نداریم. چطور دلیل معارض نداریم؟ می گوید چون ما روایات را می خوانیم، روایات ما بین این است که در آنها تصریح شده به تأیید یا متبادر از آنها تأیید است، که کمک کار این اصل می شود نه معارض.

پس این هم یک جور استدلال است.

اشترای صحت استدلال به نبود روایت معارض و عمومات

همانطور که ما مکرر عرض کردیم این استدلال درست است. منتهی همانطور که ایشان هم فرموده اند صحت آن مشروط به این است که معارضی در کار نباشد. یعنی ما روایاتمان همین باشد، و "أوفوا بالعقود" و «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» را قبول نداشته باشیم، که ایشان هم قبول ندارد همانطور که در چند جا تصریح کرده است، و ما هم مانند ایشان قبول نداریم. بنابر این، این صورت استدلال به روایات، به این شکل که مؤید اصل شوند و ما آن را ضمیمه کنیم به اینکه دلیل خاص معارضی از عمومات عام و عمومات باب نداریم، صحیح است. زیرا در مقام عمومی نداریم، و این روایات هم مفادشان در مورد خودشان درست است، و هم نوا با اصل نیز هستند چون در آنها تأیید اخذ شده است.

نتیجه نهائی: صحت وجه دوم استدلال به روایات

بنابر این استدلال دوم که عبارت باشد از اصل سالم از معارض، با این شروط که عرض کردیم استدلال درستی است و روایت هم اینجوری به کمک می آید. در اینجا نمی توانیم بگوئیم استدلال تماماً به روایت است. چون استدلال به اصل است، منتهی اصلی که به کمک روایاتی است که اینجا ذکر شده است و عدم تمامیت روایات دیگر و عدم تمامیت عمومات در باب.

این هم کیفیت استدلال به این روایات هست.

البته این نکته را هم عرض کنیم که در بحث استدلال به روایات، برخی برای تصحیح وقف موقت به روایات قبلی که اشاره کردیم (نه این روایات، بلکه روایاتی که از مرحوم صاحب عروه خواندیم) تمسک کرده اند، که سر جای خودش خواهد آمد. فعلاً بحث ما در روایاتی است که می خواهد مستند اشترای تأیید واقع شود.

این تمام الکلام در روایات است. پس به طریقه ای که صاحب حدائق گفت نمی شود تمسک به روایات را تصحیح کرد، ولی به کمک اصل یک جوری می شود از این روایات استفاده کرد.

دلیل چهارم بر اشتراط تأیید: دلیل شیخ انصاری بر عدم امکان ملکیت موقف

دلیل چهارم بر اشتراط تأیید دلیلی است که در تقریرات مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف آمده است، و کسی این را بحث نکرده، الا مرحوم آخوند که با شدت با این دلیل مخالف است و آن را رد می کند. ایشان با تکرار مکرر قریب دو صفحه در ردّ کلام ایشان عبارت آورده است.

محقق خراسانی این دلیل را یعنی خود بیان مرحوم شیخ را نیز آورده است، و فرموده است از کجا نقل می کند، و مصحح کتاب نیز چون در زمان تصحیح، فرمایش مرحوم شیخ را پیدا نکرده بود نوشته است: لم اظفر علی هذا التقرير. مرحوم آخوند در این کتاب الوقف صفحه ۵۲ فرموده است: «قال بعض الاعاظم فی تقریره لبحث شیخنا العلامة اعلی الله مقامه فی المقام...» که همان استدلال است که به تفصیل عرض خواهیم کرد است، و بعد ایشان رد کرده است.

ما هم تا مقداری که ممکن بود فحص کردیم دو سه عبارت از فقهاء وجود دارد که آنها هم فرموده اند که ملک قابل توقیت نیست. و در وقف چون می خواهد ملک را منتقل کند می گویند ملک اعیان را نمی شود موقتا منتقل کرد. فقط همین یک عبارت را دارند. اما مرحوم شیخ انصاری به تفصیل این را بحث کرده است، و مرحوم آخوند هم تقریباً تفصیل ایشان را در همین صفحه ۵۲ نقل کرده است و دو صفحه هم به مرحوم شیخ اشکال کرده است.

این فرمایش مرحوم شیخ در تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی آمده است، (که ما از خود آن کتاب هم خواهیم خواند). فرمایش مرحوم شیخ این است که ملکیت قابل توقیت نیست.

اهمیت مسأله به دلیل کاربرد در مباحث فقهی

بحث ملکیت موقت بحث فوق العاده مهمی است، نه فقط برای این بحث ما در اینجا که شیخ از آن استفاده کرده اند؛ بلکه برای مسائل دیگری در فقه از جمله در بیع ازمانی و زمانی که جدیداً مطرح است به این صورت که مثلاً عینی را برای یک هفته {در ماه} بیع کنند، که یک هفته مال من باشد، یک هفته مال دیگری باشد، هفته سوم {ماه} نیز مال سومی باشد، من مالک یک هفته {در ماه} این ملک باشم (این را بیع ازمانی می خوانند). خوب در آنجا هم ما نیاز به این بحث داریم که آیا ملک توقیت می شود یا نه. علاوه بر اینکه ممکن است اگر توقیت {در ملک هم تصویر} بشود در بیع کسی قبول نکند. آن بحث دیگری است. ولی یک رکنش این است که اصلاً ملک قابل توقیت هست یا نه.

بیان مرحوم شیخ انصاری بر عدم توقیت ملک

مرحوم شیخ انصاری فرموده: ملک قابل توقیت نیست. و توقیت ملکیت به تبع محل آن است. مثل سائر اعراضی که قائم به محالشان هستند. خود عرض فی حد ذاتها توقیت و زمان نمی پذیرد، به تبع محلی که به او قائم است زمان می پذیرد. مثل سیاهی و سفیدی. ما نمی توانیم خود سیاهی و سفیدی را توقیت کنیم مگر به تبع آن محلی که به آن عارض می شوند. مثلاً می توانیم بگوئیم این شیء تا زمان فلان سفید یا تا زمان فلان سیاه است، اما نمی توانیم سیاهی و سفیدی را فی حد ذاتها دارای زمان کنیم. می فرماید: «فإن الدوام و الانقطاع يتصوران بتبعية الموضوعات، و التملیک الوقفی ایضا من الامور التي لا تقبل التوقیت، و إنما الغرض الداعی الى تعرض ذکر الدوام فيه هو أن الوقف لما كان وضعه علی الجریان ...».

این و إنما الغرض در واقع دفع دخل مقدری است. برای مرحوم شیخ. در اینجا مسئله ای پیش می آید، اگر واقعا نکته تأیید و عدم صحت وقف موقت این باشد که شیخ فرموده اند، اصلاً چرا چنین قیدی را ذکر کرده اند؟ خب ذاتی ملکیت است دیگر، نمی شود ملک را توقیت کرد.

می گویند اینکه اینجا آورده اند برای این است که چون در وقف معمولاً جریان هست از یک نسل به نسل بعد و از شخصی به شخص دیگر، برای این خواسته اند بگویند که وقف اصل ملکیت و انتقالش مؤبد است، و الا لزومی برای گفتن هم نداشتند، چون معلوم است که ملکیت قابل توقیت نیست. این دنباله اش برای این است. لذا فرموده:

«و إنما الغرض الداعی الى تعرض ذکر الدوام فيه هو أنَّ الوقف لما كان وضعه علی الجریان و السریان الى الاعقاب فی الملكية و كان مما ينقل من شخص الى شخص آخر حتی لو وقف علی شخص فی مدة معينة ثم علی الفقراء كان صحيحاً، فصار مظنة لقبوله التوقیت بحيث يعود الى ملک الواقف بعد الوقت المضروب. ولأجل دفع هذا التوهم ذكروا أن التوقیت علی هذا الوجه العائد الى الواقف بعد انقضاء الأمد مبطل للوقف، و الا فمنافة التملیک للتوقیت واضح کوضوح کون الوقف أيضاً تمليکاً لا حبساً مستلزماً له».

توقف استدلال مرحوم شیخ بر ملک دانستن وقف

مرحوم شیخ در استدلالشان به این رکن هم نیاز دارند که وقف تملیک است نه اینکه حبسی است که مستلزم تملیک باشد. لذا ادعا کرده اند که وقف تملیک است، بعد تملیک هم توقیت نمی پذیرد، بنابر این لامحالة تأیید شرط در وقف است.

این فرمایش مرحوم شیخ است در تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی. البته فرمایش شیخ خیلی مفصل است و تکرار هم در آن هست. مرحوم آخوند آن بخش لازم آن را آورده است و بعد به ایشان اشکال می کند. بقية الكلام انشاءالله جلسه بعد. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۵۰
- خلاصه مباحث گذشته ۷۵۰
- ادامه بررسی دلیل چهارم ۷۵۱
- موارد تأثیر فرمایش شیخ ره ۷۵۲
- عبارت مرحوم شیخ در تقریرات محقق رشتی ۷۵۲
- علت ذکر دوام به عنوان شرط با وجود اینکه مقتضای خود ملکیت دوام است ۷۵۳
- تفاوت تعابیر مرحوم شیخ در عدم مقبولیت یا عدم معقولیت توقیت ۷۵۴
- تشبیه مقام به ملک منافع ۷۵۵
- علت عدم معقولیت از نگاه شیخ ره ۷۵۵
- تفکیک بین اوصاف قاره و غیر قاره ۷۵۵
- وحدت ملکیت در عمود زمان ۷۵۶
- تصویر صحیح بازگشت مال موقوفه به واقف ۷۵۶
- اشکال محقق خراسانی به مرحوم شیخ ۷۵۷
- اشکال در تملیک بودن وقف ۷۵۸
- اشکال محقق خراسانی به توقیت ناپذیر ملکیت ۷۵۹

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث در اشتراط وقف به دوام بود که در کتب فقهاء یکی از شرائط وقف شمرده شده است. همانطور که قبلاً عرض شد در بحث دوام یک معنایش در مسئله ۱۵ مطرح شده که عبارت است از عدم توقیت در وقف، به این صورت که نمی

شود وقف محدود مثلاً به یک سال انشاء کرد. و معنای دیگرش وقف علی من لم ینقرض است. یعنی وقف باید بر کسانی باشد که منقرض نشوند. که البته این محل اختلاف است و در فرع ۱۶ تحریر انشاء الله به تفصیل خواهد آمد.

مسئله دوام به معنای عدم توقیت که مسئله فعلی ما است به حسب فحصى که انجام دادیم چهار دلیل عمده دارد. دلیل اول اجماع بود که به تفصیل بحث شد. گرچه عده ای در تحقق یا حجیت آن خدشه کرده بودند. ولی ما صغری و کبرای این اجماع به معنای دلیل اعتبارش را تمام دانستیم، ولذا از این جهت به نظر ما هیچ شبهه ای نیست در اینکه وقف باید دوام داشته باشد به معنای عدم توقیت.

دلیل دیگر استدلال به دخالت تأیید در مفهوم وقف بود. که بحث کردیم، مفهوم لغوی را از اصطلاحی جدا کردیم. و به نظر می رسید که اگر قاطع هم نباشیم به عدم دخالت تأیید در مفهوم وقف، لااقل مورد تردید در وقف اصطلاحی ماهوی است. ولذا ما که اصالة الفسادیه هستیم و می گوئیم عند الشک در اجزاء و شرائط در سبب، اصل، عدم ترتب اثر است، اینجا علی القاعده باید قائل شویم که باید قدر متیقن در سبب را اخذ کرد که عبارت از قبول اشتراط دوام است. دلیل دیگر روایات خاصه بود، که آن را هم بحث کردیم و دیدیم دلالتی ندارد. این هم تمام شد.

ادامه بررسی دلیل چهارم

رسیدیم به دلیل بعد که فرمایش دقیقی است از مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه حسب آنچه که در تقریرات مرحوم محقق رشتی آمده است. این استدلال یک نحوه استدلال بدیعی است.

فرمایش مرحوم شیخ که آخر جلسه قبل به آن اشاره کردیم این است که ملکیت اصلاً توقیت نمی پذیرد. و لذا در تمام عقود مملکه، دوام شرط است، به این معنا که دوام، مقتضای خود تملیک است نه اینکه شرطی جدای از نفس عقد باشد.

مقدمه دیگری که ایشان برای استدلالشان اضافه می کند این است که حقیقت وقف تملیک است نه اینکه حبسی است ملازم با تملیک.

مرحم شیخ علیه الرحمه از ابتدای کتاب وقف تا بحث حاضر دائماً همین دو نظر را تقویت کرده و واضح دانسته که هم ملکیت لا یقبل التملیک، و هم وقف تملیک است.

موارد تأثیر فرمایش شیخ ره

فرمایش مرحوم شیخ هم در این فرع ۱۵ اثرگذار است، و هم در فرع ۱۶ که خواهد آمد. ایشان توقیت ناپذیری ملکیت را در مسأله بعد بیشتر باز کرده است که هر دو عبارت را خواهیم آورد. تأثیر این بحث فراتر از این دو مسأله است. در همین فرع بعدی نیز بر اینکه در اصل فرع مؤثر است، در تعیین اینکه وقف بعد از انقراض من ینقرض به ملک چه کسی برگردد نیز مؤثر است. آیا به ملک ورثه واقف بر می گردد یا به ملک ورثه موقوف علیهم؟

یک رکن بحث همین است که آیا ملک موقت تملیک شده است یا ملک مستمر مدام تملیک شده است. یعنی ملک که حاصل از تملیک وقفی هست، یک ملک مستمر است یا یک ملک مقطوع محدود مضیق است.

در بحث های جدیدی هم در فقه همین مسئله هست. در مغرب زمین بحث بیع ازمانی را مطرح کرده اند، که بشود یک شیء را بفروشیم برای یک هفته. یعنی یک هفته این ملک مال کسی باشد. حالا یک هفته در دوره متناوب یا کلاً یک هفته باشد. حالا اینکه این چه جور بیعی است و چه آثاری دارد، قاعدتاً باید آثارش خاص باشد. این مطرح شده است. ریشه این بیع ازمانی همین است که بشود تملیک موقت کرد.

بنابر این بحث فوق العاده مهمی است.

مرحوم محقق رشتی تحت عنوان یک التقاط در این تقریراتشان این مطلب را آورده اند و مرحوم آخوند هم عین عبارت ایشان را نقل کرده است. تعبیر مرحوم آخوند هم این است که: «قال بعض الاعاظم فی تقریره لبحت شیخنا العلامة اعلی الله مقامه فی المقام...» و عین عبارتهای تقریرات را می آورده اند. محقق رشتی {مقاطع} کتابهایش را عمدتاً تحت عنوان التقاط آورده است، کتاب قضاء هم عنوانش التقاط التقاط است، اینجا هم همینطور است.

عبارت مرحوم شیخ در تقریرات محقق رشتی

عبارت مرحوم شیخ این است که: «و اعلم أن الدوام معتبر فی جميع العقود المملکة لأن المملکة لا یقبل التوقیت الا بتبعیة محلها، کسائر الاعراض القائمة بمحالتها مثل السواد و البیاض، فإن الدوام و الانقطاع فیهما إنما یتصوران بتبعیة الموضوعات، و التملیک الوقفی ایضاً من الامور التي لا یقبل التوقیت بمدة معينة».

فرمایش شیخ ره این است که: در همه عقود مملکه دوام معتبر است، چون ملکیت توقیت نمی پذیرد مگر به تبعیت محلش. حالا تبعیت در اینجا تبعیت واسطه در ثبوت است، یعنی محل توقیت می پذیرد و واسطه در ثبوت می شود برای

این عارض، که عارض هم حقیقتاً موقت بشود. یا واسطه در عروض است. یعنی ملکیت ولو متعلقش و محلش شیئی باشد که توقیت می پذیرد مثل منافع (که اگر گفتیم و مرحوم شیخ بعداً می گوید) بالعرض و المجاز می گوئیم ملکیتش موقت است. یا نه حقیقتاً ملکیتش موقت است. می شود گفت عبارات مرحوم شیخ در اینجا ابهامی دارد و شاید بیشتر هم ظهور در این داشته باشد که حقیقتاً به تبع می پذیرد، که البته فعلاً تردید داریم که می شود این را به مرحوم شیخ نسبت داد یا نه. در هر حال این مسلم است و مرحوم شیخ بیشتر می خواهد این طرف را تصحیح کند، در جایی که معروض ملکیت توقیت نمی پذیرد و زمان مکسر و مقسم و مقید او نیست بلکه ظرف محض است، و شیئی مانند جسم مثلاً دارای استقرار است و به اصطلاح قار است و حرکت ندارد که بگوئیم دارد با زمان جلو می رود، ملکیت چنین شیئی توقیت پذیر نیست.

بعد ایشان می فرماید این مانند بقیه اعراضی است که به محلّهایشان قائم هستند. مثلاً سواد و بیاض، که این دو نیز قائم به محلّند و توقیت نمی پذیرند مگر به تبع محلّهایشان. لذا اگر یک جسمی سفید است، و فرض کنیم که اینطوری است که استقرار دارد و قارّ است و زمان ظرف محض برای آن است، در این صورت سواد و بیاض هم همینطور اند، و اینها توقیت نمی پذیرند.

علت ذکر دوام به عنوان شرط با وجود اینکه مقتضای خود ملکیت دوام است

آنوقت اینجا یک سؤالی مطرح می شود، اگر دوام اقتضاء خود ملکیت است چرا اینقدر بحث می کنند راجع به اینکه از شرائط وقف دوام است و تنجیز و کذا، خب دوام که اقتضاء خود ملکیت است، اصلاً نمی شود آن را توقیت کرد، پس چرا می گویند شرط است؟

مرحوم شیخ برای طرح اصل این بحث توجیهی دارند و می گویند با اینکه واضح است که ملک قابل توقیت نیست، در عین حال این شرط را بیان کرده اند چون در وقف ملکیتها جابجا می شود، زمانی ملک یک بطن است، بعد از آن بطن بعد می آید و همینطور بطنهای بعدی، به این خاطر گوئی به ذهن می آید که پس اگر بطن بعدی نباشد برمی گردد به خود واقف. یعنی اگر بگوید وقت علی زید بعد برمی گردد به خود واقف. در مقام دفع توهم بازگشت مال موقوفه به واقف می گویند دوام در وقف شرط است. وگرنه روشن است که دوام معتبر است. و مقصود از اعتبار این است که اقتضاء خود ملکیت دوام است. لذا اگر کسی بخواهد آن را توقیت کند معنا ندارد.

تفاوت تعابیر مرحوم شیخ در عدم مقبولیت یا عدم معقولیت توقیت

در عبارات مرحوم شیخ باید دقت کرد که توقیت چه اشکالی دارد؟ اکثر جاها ایشان می فرمایند: لا یقبل، که لا یقبل الملكية التوقیت. یک جاهایی ایشان می فرمایند لا یتعقل. که مرحوم آخوند بیشتر روی همین تکیه کرده است که می گوید هیچ مشکل عقلی وجود ندارد. (که حالا بحث می کنیم).

در اول بحث شرائط که فرموده است شرائط الوقف علی ما فی الشرایع و غیرها اربعة منها الدوام که دنبالش این را فرموده اند.^۱

در ادامه که وارد فرع بعدی یعنی وقف علی من ینقرض می شوند دوباره به وجهی به این بحث برمی گردند. به دلیل اینکه ایشان در آنجا دوباره وارد بحثی می شود و مقدماتی را برای حل مسئله و تبیین مستند صحت وقف یا حبس در مسئله وقف علی من ینقرض ذکر می کنند. ایشان در آنجا^۲ دو مقدمه ذکر می کند. در مقدمه اول می فرمایند: بحث راجع به اینکه وقف علی من ینقرض حبس حکمی باشد (که به تفصیل معنایش می آید) یا وقفی باشد که بعد از انقراض موقوف علیهم به ورثه واقف برگردد، مرجعش یک چیز است (که ما حالا کار به این نداریم). ولی می فرمایند ریشه این حرف این است که «العین الموقوفه تدخل فی ملک الموقوف علیه مادام حیاته لا أزید، فهی باقیة فی ملک الواقف بالنسبة الی ما بعد الانقراض». می گویند در آن مسئله آتی ریشه آنکه حبس حکمی باشد و یا آنکه وقفی باشد که بعد از انقراض بازگردد به ملک ورثه واقف، برمی گردد به اینکه در وقف وقتی که واقف عین موقوفه را تملیک می کند نمی آید ملکیت عین موقوفه را للتالی الی الابد منتقل کند. چون ما می دانیم که ملک واقف نسبت به عین مستمر است، گوئی عین را به حسب زمانهای مختلف ایشان تقطیع کرده است. مثلاً عین در روز شنبه، عین در روز یکشنبه، عین در روز دوشنبه، یا عین در پنج سال اول یا عین در پنج سال دوم. در پنج سال اول یا مادام انقراض بطن مثلاً (اینش مهم نیست) ملکیت این قطعه از عین را منتقل کرده است به موقوف علیه، بقیه این عین در طول عمود زمان را اصلاً واقف از ملک خودش خارج نکرده است. بنابر این بعد از انقراض وجهی ندارد که بخواهد مثلاً به ورثه موقوف علیهم برسد. چون از اول ملک بعد از انقراض در ملک خود واقف باقی است.

^۱ - تقریرات مخطوط که توسط ما صفحه گذاری شده صفحه ۶۵ است.

^۲ - همان صفحه ۷۴

تشبیه مقام به ملک منافع

این یک تصویر است. بعد هم مثال زده اند به ملک منافع. همانطور که در باب اجاره موجر منفعت ماه آینده این ملک را به مستأجر تملیک می کند و در این صورت منافع بعد از این ماه اصلاً از اول تملیک مستأجر نشده است و در ملک مالک باقی است، می خواهند بگویند در عین هم همینطور است {و تملیک موقت است}. مرحوم شیخ می فرماید و هذا مشکل بل غیر معقول پس تعبیر اینجای ایشان این است که بل غیر معقول و مرحوم آخوند هم همین را چسبیده که شما که می گوئید معقول نیست چرا می گوئید؟

علت عدم معقولیت از نگاه شیخ ره

مرحوم شیخ می فرماید: «لأن الملكية لا تقبل التوقيت كالسود و البياض وسائر الاعراض القائمة بالاعیان الخارجية، إذ الزمان ظرف لما فيه من الموجودات، فلا يتعقل كونها قيداً مقسماً لها، إلا ما كان منها من سنخه من الأمور التدريجية كالحركة، و منها المنافع لأنها باعتبار كونها عبارة عن الحركة أو عما يشتمل عليها ينقسم بحسب الزمان، فيقال منفعة هذا الشهر و منفعة الشهر الآخر. و من ذلك ظهر الفرق بين تملیک المنفعة و تملیک العین».

خلاصه حرف ایشان که مکرر تکرار می شود این است که ملکیت مثل سواد و بیاض که قائم به اعیان خارجی است، ملکیت هم اینچنین است، و چون آن اعیان قار هستند همانطور که سواد و بیاض متکثر نمی شوند به زمان بلکه زمان ظرف محض برای آنها است به تبع محلشان، در ملکیت هم همینطور است.

تفکیک بین اوصاف قاره و غیر قاره

بله! ایشان می گوید در غیر از اوصاف قاره، مانند حرکت یا منافع که یک جور حرکت است یا مشتمل بر حرکت است، می شود به زمان متکثر شوند. مثلاً می توانیم بگوئیم منفعت این ماه، منفعت ماه بعد و منفعت ماه بعدش؛ اما نمی توان این را در مورد عین گفت.

پس منفعت را می شود متکثر کرد و منفعت کل یوم مثلاً یا کل شهر مملوک بملکیه غیر ملکیه الاخری. یعنی ملکیت منفعت امروز یک ملکیت است، ملکیت منفعت فردا و پس فردا یک ملکیت دیگر است. شبیه ملکیت در اعیان مختلف. همانطور که من مالکیت من نسبت به کتاب و قلم و دفتر سه {فرد از} ملکیت است، ملکیت نسبت به منافع در عمود زمان هم به تبع تکرر منافع، متکثر است.

آنوقت ایشان دوباره تکرار می کند که زمان برای اعیان خارجی ظرف محض است و باعث تکثر آن نمی شود. سواد و بیاض هم که عارض بر اعیان خارجی هستند همینطور اند. پس ملکیشان نیز همینطور است.

وحدت ملکیت در عمود زمان

مرحوم شیخ در اینجا نکته ای را اضافه می کنند که نیاز به عنایت ویژه دارد. چون در مقام طرح اشکال مرحوم آخوند به حل آن نیاز داریم.

نکته این است که مرحوم شیخ قائل است ملکیت در طول عمود زمان یک ملکیت است، یعنی مجموع این ملکیتها یک ملکیت وحدانی است و متکثر نیست.

این نکته در فهم فرمایش مرحوم شیخ خیلی مهم است. من فکر می کنم مرحوم آخوند تقریرات این بحث را تا آخر نخوانده است یا از ذهن مبارکشان رفته است. چون بعدا ایشان همین نکته را در وقف تطبیق می کند و نکات خیلی مهمی از آن به دست می آید.

اموری که خودشان کمیّت دارند مثل کمّ متصل، کمّ منفصل، زمان، حرکت، عدد، مساحت، که امور غیر قاره هستند می توان آنها را با زمان تکثیر کرد. برخلاف اعیان که معنا ندارد به لحاظ زمان تکثیر شوند، چون زمان در مورد آنها ظرف محض است.

آن چیزی که در اینجا به بحث ما مربوط است این است که می گویند: «والمملکة لیست من هذا القبیل (یعنی از امور غیر قاره و کم) بل من قبیل السواد و البیاض من الامور القارة التي لا تتعدد و لا تتقدر بملاحظة الزمان، فإذا انتقلت من صاحبها فقد انتقلت بکلهما و تمامها فی مجموع الازمنة».

اگر آقای واقف مال موقوفه را از ملک خودش اخراج می کند، باید ملک مطلق مستمر را اخراج کند، و وارد ملک موقوف علیهم کند. و اینطور نیست که بتواند تنها یک قطعه از ملکیت را اخراج کند. (که حالا این بحث انشاءالله بعد بیشتر باز می شود). پس به نظر مرحوم شیخ این ملک بتمامها در مجموع ازمنه منتقل می شود.

تصویر صحیح بازگشت مال موقوفه به واقف

حال اگر بخواهد این مال به واقف برگردد، باید آن سببی که مانع تأثیر سبب قبلی بوده مانعیتش برداشته بشود. مثلاً یک مالی به من ارث می رسد. سبب ملکیت من ارث است. بعد من این را وقف می کنم، یعنی با وقف از ملکیت خودم

خارج می کنم. آنچه بقائاً مانع از تأثیر ارث در ملکیت من است عبارت است از همین وقف. اگر این مال بخواهد دوباره به ملک من بازگردد، باید این وقفی که سبب ناقل بوده و مانع از تأثیر ارث در بقاء ملکیت بوده، از مانعیتش بیفتد. مثل اقاله. حالا در وقف قابلیت رجوع نیست ولی در جاهای دیگر می شود.

پس باید این سبب ناقل که به صورت مانع از تأثیر سبب مملک قبلی عمل می کند مانعیتش از کار بیفتد. مثلاً در بیع، انسان با ارث مالک می شود، بعد این ارث را می فروشد، این بیع موجب خروج از ملک می شود. اگر می خواهیم دوباره برگردد، باید این بیعی که مانع از تأثیر ارث در ملکیت مستمر من بود از بین برود به مثل فسخ یا اقاله.

در این صورت آن سبب قبلی که مثلاً ارث است بتأثیر جدید اثر می کند و دوباره می شود ملک من. به نظر مرحوم شیخ تصویر صحیح برای بازگشت مال به ملک واقف این است نه بیانی که برخی گفته اند که سبب جدید مانند وقف در واقع یک قطعه از عین را از ملکیت واقف خارج کرده و بقیه اش از اول در ملک واقف بوده است. مرحوم شیخ این بیان را صحیح نمی داند.

نتیجه اینکه وقتی وقف می آید این مال را از ملک واقف مستمراً خارج می کند. یعنی همه این مال را در طول عمود زمان به صورت وحدانی از ملک مالک بیرون می برد. زیرا که زمان در اینجا مکتور نیست، و همانطور که عین را تکثیر نمی کند ملکیت قائم به عین را هم تکثیر نمی کند. و اگر ما بخواهیم مال را به ملک واقف برگردانیم، باید بلائی بر سر این سبب ناقل مانند وقف در بیاوریم و گرنه با آن بیان که بگوئیم الباقی قطعات عین بعد از مدت وقف در ملک واقف باقی است نمی توانیم رجوع مال به واقف را تصحیح کنیم.

البته ایشان بجای فسخ و اینها یک توجیهات دیگری هم دارد که ما فعلاً نمی خواهیم وارد آن بحث بشویم.

بعد مرحوم شیخ یک إن قلت دارد که در واقع یک بیان دیگری است در دفاع از توقیت در ملک، بعد جواب می دهد. ما فعلاً وارد آن نمی شویم و بعداً عرض می کنیم.

اشکال محقق خراسانی به مرحوم شیخ

الان می خواهیم ببینیم مرحوم آخوند با این بیان مرحوم شیخ چه کرده است. همانطور که عرض کردم ایشان عین عبارتهای محقق رشتی را می آورد به عنوان قال بعض الاعاظم فی تقریر لبحث شیخنا العلامة، آخرش هم می فرماید انتهی

موضع الحاجة، که تقریباً یک صفحه از فرمایش ایشان را نقل کرده است^۱. ایشان بر این مطالب دو اشکال دارد و می گوید هر دو مقدمه حرف مرحوم شیخ نادرست است.

مرحوم شیخ دو مقدمه بیان فرمود: یکی اینکه واضح است که ملکیت توقیت نمی پذیرد. دوم اینکه واضح است که وقف تملیک است. چون اگر وقف تملیک نباشد کل این بحثها بی ربط می شود. بخاطر اینکه بحث در ملکیت و تملیک نبوده، بحث در وقف بود، گفته اند دوام و تأیید شرط وقف است. یعنی این وقف هر چه که هست باید مؤبد باشد، اگر حبس است باید مؤبد باشد، اگر تملیک و تحریر و تفکیک و فک ملک است این هم باید مؤبد باشد.

بنابر این مرحوم شیخ که بحث ملکیت و توقیت ناپذیری آن را مطرح می کند باید در نظر شریفش این باشد که وقف تملیک است.

و البته همینطور هم هست. ایشان از اول بحث وقف تا اینجا تکرار می فرمایند که وقف تملیک است، ولکن از عجائب این است که مثل اینکه این مسئله ای که ما در آن هستیم در واقع نقطه عطف است. دوباره اینجا در فرع بعدی که وقف علی من ینقرض هست مثل اینکه یک چرخشی دارد، در آنجا سه مسلک را نقل می کند و می گوید گرچه به نظر می آید که وقف تملیک باشد و لکن انصاف این است که با کلمات فقهاء سازگار نیست. (دیگر بحث آنجا خیلی دشوار می شود که انشاءالله مفصل بحث می کنیم).

پس در اینجا استدلال شیخ بر دوام مرکب از دو مقدمه است.

مرحوم آخوند در صفحه ۵۳ می فرمایند: هر دو مقدمه حرف شما نادرست است.

اشکال در تملیک بودن وقف

نسبت به مقدمه اول که تملیک بودن وقف است محقق خراسانی می فرماید ما قبلاً گفتیم که: «التحقیق أن حقيقة الوقف شرعاً كما هو قضية لفظه لغة حبس خاص ربما يختلف تمليكا وتفكيكا حسب اختلاف الاوقاف في كونها على خصوص الاشخاص أو على جهات عامه و ربما يأتي لذلك مزيد بيان انشاءالله تعالى».

ما انشاءالله در همان فرع بعدی که این بحث دقیقتر مطرح می شود یا شاید هم در همینجا هم در ادامه مجبور بشویم در فروع دیگر مربوط به همین بحث خودمان این را طرح کنیم و باید به حقیقت وقف برگردیم که ببینیم چیست. ما در

^۱ - کتاب الوقف (طبع جدید که مدرسه ولی عصر عجل چاپ کرده است) صفحه ۵۲ - ۵۴

آنجا بحث می کنیم اینکه بگوئیم حقیقت وقف شرعا حبس خاص است که یختملف تملیکا و تفکیکا این در واقع چیزی را حل نمی کند. بالاخره در این حصه از وقف که یا خودش تملیک است و یا توأم با تملیک است بالاخره ما مجبوریم تصمیم بگیریم که این تملیک چه جور تملیکی است موقت است یا نیست. این را باید حل کنیم.

بنابر این، ما این ادعای مرحوم آخوند را قبول نداریم. می گوئیم حتی اگر حقیقت وقف حبس باشد اما حبس خاص است، یعنی حصه من الحبس است که ملازم با تملیک است لااقل در وقف بر اشخاص. این مسلم است. خب شما همینجا حل کنید بفرمائید که آیا کلام شیخ در اینجا نادرست است یا نه.

اشکال محقق خراسانی به توقیت ناپذیر ملکیت

نسبت به اصل بحث که آیا ملکیت توقیت می پذیرد یا نه. مرحوم آخوند می فرماید: ملکیت از اعتبارات و اضافات است، بنابر این ملکیت قابل برای توقیت است. و ملکیت تابع منشأ انتزاعش هست. و تابع علت اختراعش هست. (ظاهرا مقصودشان علت اعتبار هست). بعد منشأ انتزاع و علت اختراع را این می دانند که آن عقدی که سبب ملکیت می شود اگر مطلق باشد خب ملکیت مطلق است. اگر عقدی که بر این ملکیت می بندند موقت باشد این نیز وقعت کذلک. می فرمایند: «و أن الملكية قابلة للتوقیت ضرورة أنها من الاعتبارات و الاضافات و هی تتقدر بقدر ما یقتضیها منشأ انتزاعها و علة اختراعها، فإذا عقد علیها مطلقة كانت مطلقة وإذا عقد علیها موقته وقعت کذلک».

بعد هم ایشان مثال می زنند به بحث زوجیت دائمیه و زوجیت انقطاعیه. می گویند همانطور که ما زوجیت موقت داریم زوجیت دائم هم داریم، خب ملکیت و زوجیت بابش با هم فرق نمی کند.

و می گویند داستان در اینجا اعتبارات و اضافات فرق می کند با اعراضی که عارضند بر موضوعاتی که در خارج موجود است مثل سفیدی و سیاهی (گرچه در آنجا هم ظاهر فرمایش مرحوم آخوند یک اشکالی به شیخ است، گرچه کلا این اشکال و مطلب ربطی به بحث ما ندارد). در آنجا هم ایشان می فرماید که در اعراض خارجی هم سبب بقاء و عدم بقاء علت عروض عرض بر محل است. می گویند درست است که موضوع باید باشد، یعنی با عدم موضوع عرض دیگر نیست، اما اینطور نیست که اگر موضوع بود عرضش هم باشد. بلکه علت عروض عرض هم باید ببینیم چکاره است. حیث تعلیلی عروض این عرض به این محل اگر مستدام باشد این هم مستدام است و الا نه. ظاهرا تعریض به عبارت شیخ است که فرموده اند دوام و انقطاع عرض، تابع محل آن است. این را ایشان می خواهد بشکافد و بگوید اینطور نیست. در امور

موضوع عام: کتاب الوقف

موضوع خاص: مسأله (۱۵) لزوم تأیید در وقف

خارجی اگر محل نباشد عرض نیست. اما جایی که محل هست کافی نیست که عرض باشد، بلکه باید علت عروض عرض هم باشد.

حالا انشاء الله جلسه بعد آن مطلبی را که اصل مطلب مربوطه است دنبال خواهیم کرد.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۶۱
- خلاصه گذشته ۷۶۱
- بیان استداراکی از فرمایش مرحوم شیخ..... ۷۶۲
- موضوعات ملکیت موضوع برای ملک های متعدد در عمود زمان واقع نمی شوند ۷۶۳
- بیان مرحوم آخوند در قبول توقیت در ملکیت و تشبیه آن به زوجیت ۷۶۴
- نقض آخوند ره به مرحوم شیخ ۷۶۵
- اشکالات کلام مرحوم آخوند ۷۶۶
- اشکال اول: مهم اعتبار عقلاء است نه مقام ثبوت ۷۶۶
- اشکال دوم: ملکیت از این عقد و کیفیت عقد انتزاع نمی شود ۷۶۸
- اشکال سوم: امکان تفاوت بین ملکیت و زوجیت ۷۶۹
- اشکال چهارم: امکان ارائه تحلیلی متفاوت از مثال زوجیت دائم و موقت ۷۶۹

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه گذشته

بحث در اشتراط وقف به دوام بود.

رسیدیم به فرمایش مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه، که یک استدلال تقریباً بدیعی است، گرچه در کلام فقهاء سابقه دارد، در کلام جامع المقاصد و شهید ثانی به آن تعرض شده است، منتهی به صورت خیلی کوتاه. برخی عبارتهای دیگر هم در کلمات فقهاء یافت شده است که آنها را انشاء الله متعرض می شویم. اما تا جایی که مطلع هستیم کسی که به

تفصیل این مسئله را بحث کرده است مرحوم شیخ انصاری است و به تبع ایشان مرحوم آخوند نیز هم کلام مرحوم شیخ را نقل می کنند و هم پاسخ می دهند.

در جلسه گذشته وارد پاسخ مرحوم آخوند شدیم.

بیان استداراکی از فرمایش مرحوم شیخ

فرمایش مرحوم شیخ انصاری ره نیاز به یک استداراکی دارد، چون ایشان عبارتی دارد که لازم است آن را نیز مطرح کنیم و پس از آن به ادامه فرمایش مرحوم آخوند پردازیم.

ملخص فرمایش مرحوم شیخ انصاری این شد که: ملکیت اصلاً خودش اقتضاء دوام دارد، چون مثل اعراض قار است، مثل سواد و بیاض است. و بعد فرمودند اعراضی که قار هستند تابع محلشان هستند. و چون زمان برای اعیان ظرف است و مکث و مقسم آنها نیست، بنابر این مکث و مقسم اعراض قار قائم به آنها مثل سواد و بیاض نیز نیست. ملکیت نیز از همین اعراض قار است لذا قابل انقسام به لحاظ زمان نیست.

بله اگر اعراضی قار نباشند، که ایشان به حرکت مثال زده اند (که بحث فلسفی دارد)، یا کم که کم متصل و منفصل است، یا سطوح، که اینها به نحوی می توانند تقسیم شوند، زمان می تواند قید باشد. اما ملکیت اینطور نیست، مثل سیاهی و سفیدی است که عارض بر اعیان است و در اعیان هم زمان مکثشان نیست.

این مطلب را مرحوم شیخ به بیانات مختلف بیان کرده اند. در آخر بحث آتی (چون عمده این بحث را ذیل مسئله آتی که وقف علی من ینقرض هست مطرح کرده اند) دوباره این نکته را تکرار فرموده اند که توقیت در ملک به معنایی که توضیح دادیم یعنی به صورتی باشد که ملک عین به ملاحظه از زمان قطعات مختلف شود و هر یک اختصاصی مختلف از دیگری باشد را نمی توانیم بپذیریم و صحیح نیست. تعبیر ایشان این است که «و من الواضح أن الملكية من الاعراض القارة و کیفیات المستمرة باستمرار العین، فلا يتعقل اعتبارها متعددة بتعدد الزمان».

یک نکته را در پراکنش عرض کنم: دوستان عنایت کنند اینکه ایشان ملکیت را از اعراض قاره می داند این اصلاً یک رکن استدلال مرحوم شیخ است. چون زمان مکث اعراض قاره مثل سیاهی و سفیدی نیست. آنهایی که استدلال را مانند مرحوم شیخ طرح کرده اند که می خواهند ملکیت موقت را نفی کنند، می گویند ملکیت یک امر قار است، یک عرض است مثل سیاهی و سفیدی که به تبع عین هست. بنابر این، این یکی از ارکان استدلال مرحوم شیخ است برای نفی ملکیت موقت، که به این هم باید عنایت کرد.

بعد فرموده اند: «و لاجل ما ذکرنا کله استحال الحکم علی عین واحدة و أنها ملک لزید و أنها ملک لعمر و».

ایشان یک استشهادی می کنند می گویند ما می دانیم که نمی شود یک چیزی ملک دو نفر باشد تاما. اگر بنا بود که می شد اختصاص ملکی تقطیع بشود به لحاظ زمان، خب چه مانعی داشت، می شد یک شیئی هم ملک زید باشد و هم ملک عمرو باشد. بیائیم تقطیع کنیم ملکیت آن عین را به لحاظ زمان، بگوئیم ملکیت در یوم الخمیس مال زید باشد و ملکیت در یوم الجمعة مال عمرو. اینکه اشکال ندارد. در حالی که روشن است که چنین چیزی نمی شود.

بعد ایشان می فرماید: «فظهر أن القول بالتوقيت في الملك مبنی علی مقدمة يكذبها العقل و الوجدان، أعني كون الزمان قيذا للعین القائم بها الملكية. هذا مع الأغضاء عن صناعة اعمال القواعد اللفظية».

پس ایشان می فرماید بنابر این اصل این فرمایش که ملک موقت باشد تابع این است که عین قابل توقیت باشد، و این هم یک مقدمه ای است که عقل و وجدان آن را نفی می کند، می گوید زمان ظرف برای امور قاره است نه قید و مکثر. حالا این یک دعوایی است که باید بحث کنیم. ما همینجا به فرمایش شیخ عرائضی داریم منتهی اول فرمایش مرحوم آخوند را بحث کنیم.

این جمله اخیر هم بحث خیلی مهمی بود که مرحوم شیخ مطرح می کنند که تمام این بحثها با چشم پوشی از قواعد لفظی است که در مورد ادله داریم. و الا اگر ما بخواهیم ادله لفظی را ملاحظه کنیم، آنها هم علیه همین ادعای امکان توقیت در ملک است. چون اسباب ملکیت مثل بیع و شراء و حيازت و ارث و امثال اینها، این اسباب فقط ملک را ثابت می کنند، و اینطور نیست که زمان را مکثر قرار بدهند و یک عموم ازماني به معنای کثرت درست کنند برای ملک در قطعات مختلفه.

موضوعات ملکیت موضوع برای ملک های متعدد در عمود زمان واقع نمی شوند

این مسئله خیلی مهم است. چون ما در تحلیل مان برای ردّ فرمایش مرحوم آخوند همین را اساس قرار می دهیم که انشاءالله خواهد آمد و آن نکته این است که وقتی مثلا من حاز ملک گفته می شود اینطور نیست که حيازت موضوع قرار بگیرد برای ملک های متعدد در عموم زمان، کما اینکه موضوع قرار می گیرد برای ملک های متعدد در اشیاء مختلف. نسبت به اشیاء مختلف خب ملک ها مختلف می شود، امروز کسی این را حيازت می کند مالک این می شود، فردا چیز دیگری را حيازت می کند مالک آن می شود. اما وقتی یک چیزی را مالک می شویم نسبت به عمود زمان اینطور نیست که عین، قطعه قطعه شود و ملکیتش هم به تبع قطعه قطعه شود و اختصاصات مختلفی شود و عمومی ازماني پیدا شود. مرحوم شیخ این را خیلی روشن می داند لذا می فرماید «واما مع ملاحظة هذه القواعد اللفظية بطلان التوقيت بالمعنى المذكور واضح لأن

ادلة الارث و ادلة الحیازة و هكذا الى سائر ادلة اسباب الملك لا عموم لها بحسب الازمان، فإنها تدل على حصول صفة الملك (مطلق ملك را اثبات می کند) و اما أنَّ الملك مستدام بدوام الزمان أو غير مستدام فلا بد فيه من ملاحظة حقيقة الملكية و ملاحظة أنها من الامور المستمرة أو الغير المستمرة، الا ترى أن تشريع الاسباب الناقلة و جعل الموانع و المزیلات لآثار الاسباب الشرعية كالبيع بالنسبة الى الملك الحاصل بالارث أو الحیازة و الطلاق بالقياس الى اثر النكاح و نحو ذلك لا يعدّ تخصيصاً لعموم تلك الاسباب على التحقيق. فلا يقال أن قوله تعالى "احل الله البيع" مخصص لآية الارث كما يظهر بعد التأمل». که این نکته بسیار مهمی است که اگر بنا بود که ملکیتی که از ناحیه حیازت یا ارث می آید عموم ازمانی داشته باشد در صورت فروش آن مال توسط کسی که حیازت کرده یا مال به او ارث رسیده قاعدتاً باید این فرد قطعات مختلف را به مشتری تملیک کند که هر کدامش مخصص ادله ارث می شد و همینطور ادله طلاق نسبت به نکاح. در حالی که احل الله البيع مخصص آیه ارث نیست، بلکه یک سبب مزیل یا مانع از تأثیر آیه ارث است در مسببش که ملکیت مستمره هست. و لذا اگر معامله فسخ شود دوباره ایه اثر خودش را باقی می گذارد. که حالا این بحث جدائی می طلبد.

این استدراک برای این بود که فرمایش مرحوم شیخ همه اش دیده شود.

بیان مرحوم آخوند در قبول توقیت در ملکیت و تشبیه آن به زوجیت

اما مرحوم آخوند در کتاب الوقف در صفحه ۵۳ بر خلاف فرمایش مرحوم شیخ می فرماید ملکیت قابل توقیت است. و ملکیت مثل زوجیت می ماند، همانطور که زوجیت می تواند دائم و منقطع باشد، ملکیت هم می شود موقت و غیر موقت باشد. (که البته بعد عرض کردیم در لابلای کلام مرحوم شیخ یک تعریضی در باب اعراض خارجی دارد که ما الان کاری به آن نداریم و بحث ما الان در ملکیت است).

بعد ایشان می فرماید: در زوجیت و ملکیت اگر علت انتزاع این عناوین یا موضوع اعتبار این عناوین مستمر و مطلق بود، ملکیت مطلقه و زوجیت مطلقه پدید می آید. مثلاً اگر در زوجیت عقدی که طرفین انشاء می کنند و منشأ انتزاع این زوجیت است عقد موقت بود یا در ملکیت عقد موجد آن موقت بود مثل وقف (بنابر اینکه بشود وقف الی سنة را انشاء کند)، در این صورت زوجیت و ملکیت موقت می شود.

ایشان این را شبیه بدل حیلوله می داند که تا زمانی که سبب ملکیت در این بدل حیلوله هست ملکیت هست و موقت است، وقتی سببش زائل شد مثل اینکه آن سبب ضمان از بین برود، برمی گردد به ملک خود ضامن. بنابر این ما در بحث ملک مثل زوجیت تابع آن سببی هستیم که موجب این ملکیت می شود.

نقض آخوند ره به مرحوم شیخ

بعد ایشان نقض می کند به شیخ ره، می گوید خود شما پذیرفتید که می شود وقف کنیم بر زید در مدت معین مثلاً سنة ثم علی الفقراء. ایشان می فرماید همین مگر غیر از این است که معنایش این است که تملیک موقت را در زید پذیرفتید که تملیک موقت در زید رخ داده و بعد هم ملک فقراء می شود. هر چند به خاطر این ذیل عقد وقف که ثم علی الفقراء دیگر به ملک واقف بر نمی گردد. ولی این در اصل مسئله که عبارت است از امکان تملیک موقت تفاوتی ایجاد نمی کند چون نسبت به زید تملیک موقت محقق شده است. منتهی چون شما در عبارتتان گفتید این مال وقف بر زید ثم علی الفقراء، دیگر این مال به واقف بر نمی گردد ولی اگر این قسمت ثم علی الفقراء نبود برمی گشت به ملک واقف.

بنابراین مرحوم آخوند نقض می کنند بر مرحوم شیخ که خود شما مثال را پذیرفتید. مثال معنایش همین است.

فرموده اند: «کیف و قد اعتبر طاب ثراه بصحة الوقف إذا وقف علی زید فی مدة معينة ثم علی الفقراء و هل هو الا تملیک العین بزید فی مدة معينة بناء علی دعوی من کون الوقف تملیکا فتکون الملكية قابلة للتوقیت، بل هو واقع فی الوقف فی المثال المذكور.

نه فقط ملکیت قابل برای توقیت است بلکه اصلاً واقع شده موقتا، مثل همین مثالی که هست، که این اصلاً در خارج هم واقع می شود.

دوباره ایشان برمی گردد و مسئله زوجیت را مطرح می کنند و می گویند در آنجا هم همینطور است «و لا تفاوت عقلاً و لا شرعاً بین الملكية و الزوجية، فلا وجه لتوهم کون الملكية غير قابلة للتوقیت عقلاً وإنما القابل له هو الامور التدريجية لا الامور القارة، لما عرفت من أن غير القابل إنما هو الامور القارة الموجودة فی الخارج لا الامور الاعتبارية المنوطة اطلاقاً و توقیتاً بالعقد علیها مطلقة أو موقته كما هو الحال فی الزوجية فی عقد الدوام و عقد الانقطاع، و لاشبهة فی أن الزوجية مع كونها من الامور القارة كالملكية كانت قابلة للتوقیت، فكيف يتوهم عدم قابلية الملكية له عقلاً لأجل كونها منها كما لا يخفى. ولو كان ذلك مانعاً عن التوقیت فيها (یعنی در ملکیت) فلیکن مانعاً عنه فيها (مانع از توقیت است در زوجیت) فافهم».

این فرمایش مرحوم آخوند. عرض کردم با اینکه کتاب وقف مرحوم آخوند ملخص است اما اینجا سه صفحه به این بحث اختصاص داده اند که تا حدی که می توانستند خواستند بحث را روشن بفرمایند.

اشکالات کلام مرحوم آخوند

چند ملاحظه در فرمایش ایشان هست (گرچه قبول داریم که فرمایش مرحوم شیخ واقعا بعضی جاها همین مطالب را القاء می کرد که موجب این اشکالات شده، ولی ما الان چند تا ملاحظه به فرمایش مرحوم آخوند داریم، بعضی از این ملاحظات در واقع شاید نوعی اصلاح فرمایش مرحوم شیخ هم باشد بطوری که دیگر اشکالات مرحوم آخوند بر ایشان وارد نباشد):

اشکال اول: مهم اعتبار عقلاء است نه مقام ثبوت

ملاحظه اول: این است که در ابتدا باید فرمایش مرحوم شیخ را بفهمیم. ایشان می گوید الملك لا يقبل التوقیت. که بیشتر عبارات که در تقریرات مرحوم رشتی تکرار شده همین تعبیر لا يقبل التوقیت است، بله یکی دو جا ایشان تعبیر لا يتعقل هم آورده است که لا يتعقل التوقیت در ملک، ما می خواهیم بگوئیم حتی تعبیر عدم تعقل هم شاید در اینجا توجیه دارد. آن نکته ای که مرحوم آخوند می فرماید که ملکیت اصلش اعتبار و اضافات است (حالا یک جا هم انتزاع فرموده اند که ما اینها را بحث می کنیم) ما قبول داریم که اگر یک چیزی اعتباری شد، خب این تابع اعتبار است می شود استمراری اعتبار کنند یا موقت. ولی نکته مهم این است که ما با اینکه در عالم ثبوت می شود که نمی توانیم بحث کنیم. باید ببینیم عقلاء چه کردند. این را دوستان عنایت کنند، این بحث دقیقی است. من احساس می کنم مرحوم شیخ می تواند بگوید (اگر هم دقیقا نگفته است) که این قابل بحث است که چه چیزی را عقلاء اعتبار کرده اند؟ به تعبیر فیلسوفان غربی ملکیت یک نهاد است که ما می گوئیم اعتبار عقلائی. خب این اعتبار عقلائی به دنبال موضوعاتی می آید. این اعتبار عقلائی می شود ده ها صورت پیدا کند. در عالم ثبوت می شد عقلاء ملک را بر حسب ثانیه یا دقیقه یا ساعت یا روز یا هفته یا ماه تکثیر کنند، می شد، اما مهم این است که ببینیم چه اعتباری کرده اند. من از برخی عبارات مرحوم شیخ استفاده می کنم که ایشان شاید نخواهد بگوید که در عالم ثبوت نمی شد موقت باشد. اینکه می گویند لا يعقل التوقیت، یعنی لا يعقل التوقیت بعد از بناء بر اعتباری که عقلاء در بیرون کرده اند. یعنی ما می دانیم یک نهادی یا اعتبار عقلائی به نام ملکیت داریم که در مورد حیات یا ارث و اسباب دیگر عقلاء اعتباری دارند که موضوعش اینها است. اگر کسی بگوید ما مراجعه کردیم دیدیم عقلاء اعتبار ملکیتشان مستمر است، عقلاء نمی آیند در مورد اعیان، اختصاصات مختلف اعتبار کنند؛ بعد از احراز اینکه این اعتبار مستمر است، سؤال این است که چون می توان ملکیت را تنها در بحث وقف موقت نمود.

ملکیت که انحصار به بحث وقف ندارد. ملکیت یک نهاد یا به قول ما اعتبار است. و این اعتبار عقلائی که اختصاص به وقف ندارد. در حیازت هم هست در ارث هم هست در جاهای دیگر نیز هست، اینها اسباب مملکه هستند. اگر ما بعد از فحص ببینیم که عقلاء اعتبار ملکشان مستمر است، به هر دلیلی اعتبار ملکشان را مستمر کرده اند، یعنی در مورد اعیان وقتی یک عینی را با حیازت ملک کسی می کنند، آن را به حسب قطعات زمان ملک های مختلف برایش در نظر نمی گیرند. بلکه یک ملک مستمر برای این عین اعتبار می کنند.

حال اگر همیشه چنین است سؤال این است که آیا واقف می تواند عند الوقف ملک موقت را انشاء کند. یعنی چیزی را که عقلاء اصلاً اعتبار نکرده اند.

حتی پرسش این است که عقلاء بعد از اینکه در باب ملکیت اعتبار ملکیشان مستمر است می توانند امضاء کنند چنین ملکیت موقتی را؟ اشکال این است.

پس اینکه می گوئیم ملکیت لا یقبل التوقیت، یعنی لا یقبل التوقیت به لحاظ اعتباری که عقلاء کرده اند. ماهیتی که این معتبر یعنی ملک دارد عقلاء اعتبار کرده اند و اعتبارشان نیز مستمر است، یعنی معتبر آنها طوری است که قطعه قطعه نیست. با توجه به این آیا معقول است که واقف بیايد تملیک موقت را انشاء کند؟ خب این لا یعقل، یا به تعبیر مرحوم شیخ الملكية لا یقبل التوقیت. چرا؟ از باب اینکه عقلاء اعتباری که دارند اینجوری است.

البته من نمی خواهم این حرف را جازمانه به مرحوم شیخ نسبت بدهم. شیخ اعلی الله مقامه در عباراتی به صورتی صحبت کرده ملک را با اعراض واقعیه یکی کرده، و جوری صحبت می کند که گوئی می خواهد بدون بحث از اعتبارات عقلائی وقف موقت را غیر ممکن بداند. ولی در مواردی هم شاید عبارتشان در همین معنا که ما عرض کردیم ظاهر است. ایشان می فرماید «من الواضح أن الملكية من الاعراض القارة و کیفیات المستمرة باستمرار العین فلا یتعقل اعتبارها متعددة بتعدد الزمان». اینجا می گوید اینکه ملکیت از اعراض قاره است یعنی قاعدتاً می خواهند بگویند که واضح است که اگر ملکیت را اعتباری گرفتیم خب اعتبار عقلاء است، ولی عقلاء چه جور اعتبار کرده اند؟ آن را به صورت عرض قار اعتبار کرده اند. یعنی آن را به عنوان یک امر مستمر و صاحب قرار اعتبار کرده اند. بعد از این اعتبار دیگر توقیت کردن آن معنا ندارد.

عرض ما این است که شاید مرحوم شیخ نخواهد بفرماید که در عالم واقع عقلاء نمی توانستند جور دیگر اعتبار کنند، نمی توانستند ملکیت را ثبوتاً موقت اعتبار کنند. می گویند که بعد از اینکه ملکیت به این صورت اعتبار شده دیگر انشاء تملیک به این صورت معنا ندارد.

این یک ملاحظه است که عرض کردم. البته همه جا عبارتهای مرحوم شیخ با این شاید سازگار نباشد. این می شود یک توجیه و بیانی برای مرحوم شیخ باشد.

اشکال دوم: ملکیت از این عقد و کیفیت عقد انتزاع نمی شود

ملاحظه دوم: مرحوم آخوند در همان ابتدای بحث فرموده اند: ملکیت قابل برای توقیت است، «ضرورة أنها من الاعتبار و الاضافات و هی تتقدر بقدر ما يقتضيها منشأ انتزاعها و علة اختراعها، فإذا عقد عليها مطلقه كانت مطلقه و إذا عقد عليها موقته فكذلك».

سؤال این است که اولاً اعتبار و انتزاع را ایشان یکی کرده است، که ما در بحثهای مختلف عرض کردیم که اعتبار به معنای دقیق فنی اش چیزی غیر از انتزاع است. ما حالا وارد این بحث نمی شویم.

ثانیاً اگر بخواهیم منشأ انتزاع و موضوع اعتبار پیدا کنیم. آیا این منشأ و موضوع عقد است؟ آیا منشأ اعتبار ملکیت مستمره و غیر مستمره عقد مطلق و عقد موقت است؟ یعنی عقدی است که در آن ملکیت مطلقه و ملکیت موقته انشاء شده است؟

به نظر می رسد در اینجا خلطی واقع شده است. ما دو مقام مختلف داریم، یکی مقام اعتبار ملکیت است روی موضوعات خودش و اسباب مملکه مثل حیازت و ارث و امثال ذلک. اینها موضوع اعتبارات عقلائی است. و دیگری مقام این اسباب که ممکن است از امور انشائی باشند مانند عقد بیع یا عقد وقف {

برای روشن شدن مطلب به صورت دیگری بیان می کنیم: ما یک اعتبار عقلائی داریم، که عبارت است از اعتبار عقلائی ملکیت عند تحقق موضوعها، که موضوعش حیازت، ارث و امثال آن است. که عقد هم در یک جاهایی ممکن است اینطور باشد. یک بحث دیگر این است که آقای بایع یا مشتری یا ماجر یا واقف یا زوجین اینها انشاء می کنند زوجیت را یا ملکیت را موقتاً. ملکیت از اینها انتزاع می شود؟ این درست نیست. ملکیت یک اعتباری است روی موضوع خودش. اگر ملکیتی که عقلاء اعتبار می کنند مطلق باشد و ملکیت موقت را اصلاً اعتبار نکرده باشند، عقد موقت لغو است، انشاء موقت لغو است. و من بعید نمی دانم که فرمایش مرحوم شیخ هم همین باشد که وضوح اینکه لا يقبل الملكية للتوقیت، بعد الفراغ از این است که می گوید ما ملاحظه کردیم نحوه اعتبار ملکیت را عند العقلاء، بعد از ملاحظه این ایشان این حرف را می زند و حرف درستی نیز هست.

منشأ انتزاع ملکیت این نیست که عقد اگر مطلق انشاء شود ملکیت مطلقه است. در آن چیزی که اعتبارات عقلائی روی اسباب خودش است اگر واقعا عقلاء ملکیت موقت نداشته باشند، انشاء ملکیت موقته توسط واقف یا متبایعین لغو و باطل است، و همینطور انشاء زوجیت موقت. بنابر این به نظر نمی آید این حرف درست باشد که ملکیت و زوجیت را ما از این عقد و کیفیت عقد انتزاع می کنیم. آن یک اعتبار کلی است من ناحیه العقلاء روی موضوعاتی. آنوقت اینکه ما با عقد بتوانیم یک فردی از ملکیت را بالتسبیب ایجاد کنیم یا فردی از زوجیت را بالتسبیب ایجاد کنیم تابع این است که اولاً ملکیت و زوجیت چگونه اعتباراتی باشند، و ثانیاً تابع این است که این عقد سبب باشد که ما با ایجادش موضوع را ایجاد کرده باشیم. خب اگر در ناحیه خود ملکیت (و یا در ناحیه خود زوجیت) اصلاً عقلاء دو نوع اعتبار نکرده باشند، (در باب اعیان که مسلم است بحث مرحوم شیخ است) دیگر این فرمایش مرحوم آخوند وجهی ندارد.

اشکال سوم: امکان تفاوت بین ملکیت و زوجیت

ملاحظه سوم: راجع به زوجیت است، که مرحوم آخوند می فرماید زوجیت دائم و منقطع که قطعاً داریم، ملک هم مثل زوجیت است و هیچ فرقی نمی کند عقلاً و شرعاً. این را مرحوم آخوند از کجا می فرمایند؟ خب چه اشکالی دارد که عقلاء و شرع بیایند در باب ملکیت یک ملاکهایی داشته باشند و در اعیان ملکیت مستمر اعتبار کنند، اما در زوجیت نه، یک ملاکات دیگری ملحوظ کنند و زوجیت را دو جور اعتبار کنند؟ چه برهانی دارد که اینها باید یکی باشند که دو سه جا ایشان مرحوم شیخ را مؤاخذه می کند، یکجا می فرماید اینها با هم یکی هستند، یکجای دیگر می فرمایند اگر بنا باشد در ملکیت اینطور باشد در زوجیت هم باید همینطور باشد. به نظر می آید هیچ برهانی بر اینکه هر دو یکی هستند ما نداریم. اعتبارات عقلائی تابع مصالح و مفاسدی است که می بینند، کما اینکه اعتبارات شرعی اینطور است. چه مانعی دارد در باب ملکیت اعیان عقلاء تشخیص داده باشند که ملکیتش باید للتالی در عمود زمان مستمر باشد، و در باب زوجیت نه، گفته اند دو قسم باشد یک قسمش مستمر باشد و یک قسمش مستمر نباشد. این حرف چه مانعی دارد؟

اشکال چهارم: امکان ارائه تحلیلی متفاوت از مثال زوجیت دائم و موقت

ملاحظه چهارم: در مورد این تمثیل که مرحوم آخوند مکرر این را بر علیه شیخ به کار می برند این است که ما در زوجیت دائم و منقطع هم ممکن است جور دیگری تحلیل کنیم. من این بحث را اول در باب منافع عرض کنم: در باب

منافع چون یکجاهایی مرحوم شیخ ظاهرا پذیرفته است که در باب منفعت قطعات مختلف ملکیت در اختصاصات داریم، ولی آنجا هم نیاز به دقت دارد. حتی در کلام مرحوم شیخ مباحث خلط شده است.

تارة بحث در خود منفعت است در مقابل عین. می گوئیم منفعت تدریجی است چون یا خود حرکت است یا مشتمل بر حرکت است و تدریجی است. پس به لحاظ زمان می تواند قطعه قطعه شود. به خلاف عین که عین مستقر است و مستمر است و زمان ظرف محض برای آن است. اما گاهی بحث راجع به منفعت و عین نیست بلکه راجع به ملکیتی که در واقع عارض این منفعت و عارض این عین است.

مرحوم شیخ در یکجا خیلی روشن صحبت کرده فرموده: چون منفعت اینطوری است و می شود به لحاظ زمان متکثرش کرد، بنابر این می شود ملکهای مختلف دید. ملک این قطعه از منفعت مثلاً منفعت این هفته و ملک منفعت هفته آینده. من عرضم این است که حتی در باب منافع اگر ما دقت کنیم آیا ملک تقیید خورده یا متعلق و معروض ملک که منفعت است تقیید خورده و تکثیر شده است. به نظر می آید ما در باب منفعت هم نباید بپذیریم که ملکش تقیید شده و تکثیر شده است. در واقع یک ملک مطلق است روی یک متعلق مضیق. ملکش متکثر نشده به زمان. اینطور نیست که مثلاً منفعت روز پنجشنبه مملوک باشد به ملک که این ملک هم مقید به زمان است. ملکش مقید به زمان نیست. ملک است که متعلقش مضیق است. عرض من این است که شبیه به فرمایشی که مرحوم شیخ در بحث واجب مشروط دارند و ایشان در واجب مشروط هم قید را به وجوب نمی زند (به برهانی که خودشان دارند هم به لحاظ اثباتی و معنای حرفی و هم به لحاظ مرادات) می فرمایند که در واقع قید برمی گردد به متعلق وجوب یعنی به واجب، حتی در واجب مشروط.

ما می خواهیم بگوئیم عین آن حرف در اینجا هم می آید. بلکه اصلاً مجبوریم برگردانیم.

البته این بحث مربوط به بحث بعدی ما است که وقتی می خواهیم مرحوم آخوند را مؤاخذه کنیم آنجا این نکته را بحث می کنیم. اینجا فقط به این مقدار می خواهیم اکتفاء کنیم که تحلیل و تصویر ما حتی در منافع ممکن است این باشد که ملکیتش مضیق نیست و مقید به زمان نیست. ملکیت عارض بر متعلق است که آن متعلق زمان دار است. و این عیبی ندارد.

انشاء الله الباقي بحث جلسه بعد. والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۷۱
- خلاصه مباحث گذشته ۷۷۱
- ملکیت تابع عقد نیست بلکه عقد تابع اعتبارات عقلائی است ۷۷۲
- اشکال به قیاس ملکیت به زوجیت ۷۷۳
- عدم لزوم یکسانی اعتبارات عقلائی ۷۷۳
- تحلیل جدید از ازدواج موقت بر اساس ادخال زمان در معروض زوجیت ۷۷۳
- وجود این تحلیل در تقریرات قضاء مرحوم شیخ انصاری ۷۷۴
- عبارت مرحوم نجم آبادی در کتاب القضاء ۷۷۵
- عبارت محقق رشتی در کتاب القضاء ۷۷۶
- لزوم دقت به انتزاعی بودن احکام وضعی و برگشت قیود به متعلق در نظر شیخ ۷۷۷
- لزوم بررسی کفایت رجوع تقیید زمان به متعلق در اشتراط تأیید ۷۷۸
- عدم ورود نقض به مرحوم شیخ با پذیرش وقف بر زید سنه ثم علی الفقراء ۷۷۸

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در اشتراط وقف به دوام بود. رسیدیم به استدلال مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف مبنی بر اینکه الملك لا يقبل التوقیت. و لذا بر این اساس بعد از فراغ از اینکه وقف تابید است فرمودند واضح است که دوام شرط در وقف است. البته تملیک بودن وقف خود بحث مهمی است. اما بر فرض اینکه وقف تملیک باشد - لا اقل در وقف خاص - این استدلال مرحوم شیخ مطرح می شود.

بحث ما منتهی شد به اشکالاتی که مرحوم آخوند در کتاب الوقف نسبت به فرمایش استادشان شیخ انصاری داشتند. یکی از جواب هایی که به مرحوم آخوند دادیم و عرض کردم نمی توان گفت دقیقاً منطبق بر فرمایش شیخ انصاری است، ولی می شود فرمایش ایشان را بر این اساس اصلاح کرد، این بود که فرمایش مرحوم شیخ که می فرمایند: الملك لا يقبل التوقیت یا حتی فرموده اند: لا يتعقل توقیت الملكية، بعد از فراغ از احراز نحوه اعتبارات عقلائی است.

یعنی می فرمایند ما ملاحظه کردیم عمل عقلاء را و دیدیم در باب حیازت، میراث و امثال آن وقتی اعتبار ملک می کنند یک اعتبار مستمر دارند و اینطور نیست که به حسب قطعات زمان هزاران اعتبار داشته باشند.

حال که اعتبارات عقلائی به صورت دائم است پس وقتی واقف {در مقام تحقق موضوع آن اعتبار عقلائی} انشاء می کند ملک موقت را، لغو و باطل است، چون عقلاء چنین اعتباری ندارند و از سنخ ملک موقت چیزی را اعتبار نکرده اند. لذا این انشاء لغو است.

ملکیت تابع عقد نیست بلکه عقد تابع اعتبارات عقلائی است

اینکه مرحوم آخوند فرمودند: ما در موقت و غیر موقت بودن ملکیت، تابع آن عقد هستیم، عجیب است. این عقد است که تابع اعتبارات عقلائی است.

به صورت کلی در هر عقدی از عاقد که نوعی انشاء خاص با قصد خاص است مانند عقد بیع، زوجیت، صلح و مانند آن، ممضاه بودن عقد تابع دو چیز است: اولاً عقلاء {مفاد آن انشاء یعنی} ملکیت، زوجیت، صلح و مانند آن را به همین نحوی که عاقد انشاء کرده است داشته باشند. ثانیاً سبب {یعنی انشاء متعاقدين} را هم سبب قرار داده باشند. چون ممکن است عقلاء ملکیت را اعتبار کرده باشند ولی این سبب را سبب ندانند. که این از بحث ما خارج است. الان بحث ما این است که اگر عقد مطلق یا مقید بخواهد موضوع {اعتبار عقلائی} قرار بگیرد بعد از فراغ از این است که عقلاء ملکیت مطلقه و موقته {دارند و هر دو قسم را اعتبار کرده اند} در این صورت است که انشاء موقت {متعاقدين} می تواند سبب واقع شود و الا لغو است.

ما می توانیم فرمایش شیخ ره را اینطور توجیه کنیم و دیگر هیچکدام از این اشکالاتی که مرحوم آخوند فرموده اند به ایشان وارد نیست.

اشکال به قیاس ملکیت به زوجیت

اما قیاس ملکیت با زوجیت و یک کاسه کردن ملکیت و زوجیت و اینکه اگر در زوجیت، قائل به زوجیت موقت هستیم باید در ملکیت نیز قائل باشیم، درست نیست.

عدم لزوم یکسانی اعتبارات عقلائی

اولاً: عرض شد که هیچ دلیلی وجود ندارد که این اعتبارات یکسان باشند. چه بسا در جایی عقلاء اعتباری خاص داشته باشند. در باب ملکیت عقلاء بر اساس ملاکاتی که دیده اند اصلاً ملکیت موقته را اعتبار نکرده باشند لا اقل در مورد اعیان اعتبار نکرده باشند؛ ولی در باب زوجیت، زوجیت موقته را اعتبار کرده باشند. این هیچ دلیلی ندارد که اینها باید یکجور و یک کاسه باشند.

تحلیل جدید از ازدواج موقت بر اساس ادخال زمان در معروض زوجیت

ثانیاً: چه بسا بتوان تحلیل دیگری از زوجیت موقت و زوجیت دائم ارائه داد به مانند تفسیر ملکیت منافع. در باب ملکیت منافع {برای محدث محدود مانند اجاره مدت دار} می توانیم تفسیر دیگری {غیر از ملکیت موقوف منفعت} ارائه دهیم و بگوئیم ملکیت مقید نیست، بلکه متعلق ملکیت و معروض ملکیت که منفعت است زمان دار است.

لزومی ندارد که اگر معروض زمان داشت عارض هم به تبع زمان داشته باشد. ما در اول بحث هم عرض کردیم که به تبع به معنای حیث تعلیلی دلیلی ندارد. بله! بالعرض و المجاز اشکالی ندارد. ولی ما دلیلی نداریم که اگر معروض ملکیت که منفعت است قابلیت تکرر زمانی داشته باشد حتماً ملکیتی که بر روی آن اعتبار می شود نیز باید متکرر زمانی باشد.

چه اشکالی دارد که ملک مطلق روی متعلق مضیق برود؟ درست مثل واجب مشروط. درست است که وقتی متعلق مضیق شد دیگر وجوب اطلاق هم ندارد (که بحثش سر جای خودش مفصل مطرح شده است)، اما مشروط هم نیست. ما می خواهیم بگوئیم ممکن است شما بگوئید که وقتی منفعت مقصور و مقید شد به زمان پنجشنبه، ملکیت معتبره بر آن نمی شود فراتر از این باشد. نمی شود ملکیت منفعت روز دوشنبه همین باشد. دیگر بی معنا است. ولی تقیید هم نیست. نکته مهم این است. تقیید هم نیست، تکرر هم نیست. تقیید زمانی نیست.

در پرائنتز عرض کنم که ما ممکن است بعداً بررسی کنیم و با بیانی که عرض خواهد شد به این نتیجه برسیم که این اصلاحی که با دقت و تعمیق در بحث انجام می دهیم به درد بحث دوام نمی خورد. ولی فعلاً قصد ما پاسخ به اشکال مرحوم آخوند است.

پاسخ این است که هیچ دلیلی نداریم که ملکیت حتی در منافع نیز باید به زمان تقیید شود. حالا می خواهیم بگوئیم در باب زوجیت هم شاید بتوان چنین تحلیل و تفسیری ارائه کرد.

در باب زوجیت یکوقت می گوئیم زوجیتی که معروضش مثلاً آن زن و مرد خاص است زوجیت موقت است. یکوقت می توانیم جور دیگری تحلیل کنیم و بگوئیم این زن و مرد خاص در زمان خاص معروض زوجیت مطلق واقع شدند. این چه مانعی دارد؟

البته این با مبنای مرحوم شیخ سازگار نیست که زن و مرد را ایشان قاعدتاً قارّ می گیرد و می گوید این قابل برای تکثیر زمانی نیست. ما الان این فرمایش مرحوم شیخ را کاری نداریم، ما می خواهیم خودمان اصلاح کنیم. چه بسا در بحث زوجیت هم بتوانیم بگوئیم که در واقع زن و مرد در یک برهه زمانی علقه زوجیت برای آنها اعتبار می شود. اعتبار زوجیت می شود بدون تکرر و تقیید زمانی، برای چه کسی؟ برای زن و مرد از روز پنج شنبه تا جمعه. یعنی زمان را در متعلق و معروض زوجیت می بینیم، همانطور که می شود زمان را در معروض ملکیت دید.

وجود این تحلیل در تقریرات قضاء مرحوم شیخ انصاری

من آنوقتی که فرمایش مرحوم شیخ را دیدم چنین چیزی به ذهنم آمد گفتم شاید بشود این طوری هم تحلیل کرد. بعد دیدم در بحث قضاء هم این مطلب وجود دارد. از سابق یادم بود که یک بحثی را در باب یمین و شاهد مطرح کرده اند، بالمناسبه بحث کشیده بود به اینکه آیا در وقف، بطون لاحق و وقف را از بطن اول تلقی می کنند یا از خود واقف. که یک بحث مهمی است و بحث پیچیده ای هم هست. ما که کتاب القضاء کار می کردیم این مطلب را مرحوم آشتیانی فرموده بود. بعد دیدم در تقریرات محقق رشتی در کتاب القضاء هم هست. اخیراً هم دیدم در تقریرات جدیدتری که از مرحوم شیخ چاپ شده که قضاء مرحوم آقا محمد نجم آبادی است هم آمده است.

البته روی این کتابها هیچکدام ننوشته اند که تقریرات شیخ انصاری است، ولی برای من مسلم است که همه تقریرات شیخ انصاری است. شاهدش این است که آنوقتی که ما کتاب القضاء کار می کردیم در آنجا به نظر می آید آنقدر مرحوم

آشتیانی از شیخ نقل می کند که صفحه صفحه نقل می کند که هکذا قال الاستاذ، جز مواردی که بعد ایشان خودش یک اشکالی به استادش می کند، به نظر می آمد بیشترش اینطور است. بعد که ما کتاب القضاء محقق رشتی ره را ملاحظه کردیم، دیدیم که این هم تقریباً تمام مطالبش با آن یکی است، فقط در نحوه تقریر و گاهی عبارات فرق دارد. و این کتاب القضاء مرحوم نجم آبادی هم تقریباً همینطور است. یعنی معلوم می شود که اینها همه قضاء مرحوم شیخ انصاری را تقریر کرده اند به بیانات مختلفشان.

و اتفاقاً در اینجا هم وقتی من مسئله را مطالعه می کردم دیدم مرحوم نجم آبادی بهتر از همه این بزرگواران عبارات شیخ را در کتاب القضاء آورده است. و چون در همه این تقریرات آمده که مرحوم شیخ ملکیت را قابل توقیت نمی داند، در کیفیت بیان اینکه چرا اینطور است، اول بیان نجم آبادی ظهور و وضوح و تحلیل روشن دارد، بعد بیان مرحوم میرزا حبیب الله رشتی، و بعد بیان مرحوم آشتیانی که فرمایشات ایشان در اینجا مقداری خلاف توقع بود، چون معمولاً ایشان بسیار عالمانه می نویسد و تقریر می کند و با وضوح می نویسد و یک قلم سیال و عالی دارد، اینجا یک مقداری عباراتشان روشن و دقیق نیست.

عبارت مرحوم نجم آبادی در کتاب القضاء

مرحوم نجم آبادی در این کتاب القضاء بحث خیلی جالبی دارد. ایشان در جواب کسانی که فکر کرده اند می توانند ملکیت را موقت کنند، می گوید:^۱ «اولاً فلاستلزامه التقطیع فی الملكية التي هي صفة ربطية نسبية معتبرة عند اهل العرف و من له ادنی ملاحظة بطريقة العرف یری أنهم لم يعتبروها قابلة للتقطیع».

عبارت ایشان این است که کسی که ادنی ملاحظه به طریقه عرف داشته باشد می داند که آنها لم يعتبروها قابلة للتقطیع. بحث سر این نیست که در عالم ثبوت عقلاء و عرف می توانستند جور دیگری ملکیت را اعتبار کنند. بحث سر این نیست. بحث سر این است که عملاً و خارجاً اعتبار ملکیتشان تقطیعی نبوده است.

بعد فرموده: «و ما یترائی من تقطیعهم المنافع بالزمان و غیره فإنما هو تقطیع للملوک لا للملک كما لا یخفی». (چقدر عبارت زیبا است، می گوید تقطیعاتی هم گاهی به ذهن می آید و دیده می شود، این تقطیع به لحاظ مملوک یعنی منفعت است نه تقطیع کردن ملکیت)، و نظیره آت فی الاعیان (در اعیان هم می شود این را گفت) لکن باعتبار الزمان، بل یؤخذ

^۱ - کتاب القضاء (مرحوم نجم آبادی) جلد ۳ صفحه ۳۱۰

قطع الزمان المفروضة قيوداً مخصصة للملكية في الاعيان و اعتبارات مشخصة لها. (پس این را نفی می کند که بخواهد زمان قید باشد). بل لیست نسبة الزمان اليها (یعنی نسبت به اعیان) عندهم الا بالظرفية و لا القيدية كما حققناه في الاستصحاب، بل التحقيق أنَّ الزمان ليس من المشخصات المقيدات في شيء من المنافع و الاعيان لا انفسهما و لا ملكيتهما (که این حرف بالاتری است) و إنما المشخص لها نحو وجودها الحقيقية أو الاعتبارية كما حقق في محله (که می خواهد بگوید اینجا زمان حتی نسبت به منافع و اعیان مشخص نیست، بلکه به وجود حقیقی یا اعتباری اشیاء و اعیان بر می گردد)، وبالجمله الملكية التي اعتبرها اهل العرف في الاعيان ليست ما تقبل التوقيت و التقطيع حسب ما اعتبروها و امضاها الشارع». دیگر از این روشتر نمی شود گفت. البته این مطلب مستقلاً به ذهن من آمده بود، بعد همین را چند ساعت پیش که در کتاب القضاء مطالعه کردم به روشنی از فرمایش ایشان پیدا شد، که اصلاً بحث سر این نیست که در عالم ثبوت یک برهان فلسفی اقتضاء کند. البته من قبول دارم برخی از عبارات مرحوم شیخ به حسب نقل محقق رشتی به نحوی القاء می کند که گوئی ملکیت موقت در عالم ثبوت بدون بحث اعتبارات عرف، معقول نبوده است. ولی با توجه به مجموع کلمات و این فرمایش مرحوم نجم آبادی خیلی بهتر است که ما فرمایش شیخ را همانطور معنا کنیم.

عبارت محقق رشتی در کتاب القضاء

خود مرحوم محقق رشتی در کتاب القضاء (که عرض کردم اینها همه متطابق با هم است چون همه تقریرات شیخ انصاری ره است) می فرماید:^۱ «و بعبارة اخرى التلقى من الواقع مرجعه الى أنَّ الواقع ملك العين برهة من الزمان البطن الاول و برهة البطن الثاني (این بنابر این است که زمان تقطیع بشود) لا بمعنى تحديد (که اینجا نوشته اند تجدید که غلط است) اصل الملك، فإنَّ الملك لا يعقل تحديده، بل بمعنى جعل الزمان قيوداً للمملوك، فالعين المقيدة بكونها خمسين سنة مملوكة للبطن الاول و المقيدة بخمسين بعده مملوكة للثاني و هكذا. نظير تملك المنفعة، فإنَّ من يملك منفعة سنة من الدار جعل الملك المؤبد و إن كان المملوك و هي المنفعة محدودة».

اینجا فرمایش محقق رشتی تقریباً با فرمایش مرحوم نجم آبادی یکی است در اینکه زمان به ملک بر نمی گردد حتی در منافع، و زمان مکتّر برای متعلق است نه برای خود ملکیت.

^۱ - کتاب القضاء (محقق رشتی) جلد ۲ صفحه ۱۸

این یک تفسیری از کلام مرحوم شیخ می تواند باشد بنابر اینکه اینها تقریرات شیخ هم هست و می شود فرمایش ایشان را اینطور فهمید، و اگر در کتاب الوقفی که الان محل بحث ما است و عبارت را شیخ مرحوم آخوند مورد مؤاخذه قرار داده، می توانیم بگوئیم اینطوری قابل تفسیر بود و تمام اشکالات مرتفع می شد.

لزوم دقت به انتزاعی بودن احکام وضعی و برگشت قیود به متعلق در نظر شیخ

نکته دیگری که در فرمایش مرحوم شیخ می خواهیم عرض کنیم، نکته ای است که دقت مضاعفی می طلبد و مرحوم آخوند هم به آن عنایت نکرده است. و آن اینکه: در واقع احکام وضعی پیش مرحوم شیخ انتزاعی هستند و اعتبار مستقل ندارند، انتزاع می شوند از تکالیفی که در مقام هست. مثلاً در باب ملک انتزاع می شود از حرمت تصرف دیگران و جواز تصرف انسان در ملک خودش و از اینجور احکام تکلیفی.

پس اصلاً اعتباری به این معنا که یک اعتباری باشد که آن هم سهل المؤمنه باشد به صورتی که ما گاهی موقت اعتبار کنیم و گاهی مستمر چنین چیزی نیست. یعنی اینکه مرحوم آخوند فرموده است که ملکیت قابل توقیت است چون از اعتبارات است و کذا، این البته روی مبنای اعتبار درست است، اما مرحوم شیخ که در باب ملکیت و زوجیت و مطلق احکال وضعی اعتبار ابتدائی قائل نیست و کل احکام وضعی را تابع احکام تکلیفی می داند.

حال در باب احکام تکلیفی اگر مرحوم شیخ قیود را به متعلق برگرداند - خواه از باب بحث لفظی، آن جاهایی که مثلاً وجوب و حرمت به هیئت انشاء شده باشد، و خواه از باب مرادات که بگوید علی ای حال قیود به مراد برمی گردد از باب اینکه ملاکات و مرادات که بر حسب آن وجوب و نواهی و امثال آن انشاء می شود به متعلق بر می گردد - باز نتیجه این می شود که ملکیتی که از احکام تکلیفی منتزع است چون خود این حکمها در واقع تقییدی ندارند، ملکیت نیز قابل تقیید نیست.

ببینید ما خودمان این مبانی را قبول نداریم، نه ارجاع همه قیود و شرائط را به متعلق قبول داریم، کما اینکه در بحث واجب مشروط به تفصیل دلیل آن بیان شد، و نه انتزاعی بودن احکام وضعی از احکام تکلیف را، این را هم به نحو اطلاق قبول نداریم مثل خود مرحوم آخوند. ولی در اینجا حالا که مرحوم آخوند می خواهد مرحوم شیخ را مؤاخذه می کند می خواهیم بگوئیم این مؤاخذه ظاهراً درست نیست. بحث های قبلی به کنار، می خواهیم عرض کنیم که با وجود اینکه احکام وضعی منتزع از احکام تکلیفی هستند و با وجود اینکه در تکلیفات مرحوم شیخ قیود را به متعلق برمی گرداند، پس بنابر این ملکیتی که منتزع از تکلیف است علی الظاهر باید بپذیریم که قابل تقیید نیست، کما اینکه زوجیت هم همینطور است،

کما اینکه بقیه احکام وضعی اینچنینی که ما برای آنها استقلال قائل هستیم، علی القاعده در آنها نیز اگر زمان اخذ بشود باید در متعلقشان اخذ بشود نه در خودشان.

این هم یک نکته دیگری است که به نظر من لازم بود مورد عنایت قرار بگیرد.

تا به اینجا پاسخ مرحوم آخوند داده شد.

لزوم بررسی کفایت رجوع تقیید زمان به متعلق در اشتراط تأیید

اما یک نکته وجود دارد، اگر ما بر حسب آن جواب دومی که به مرحوم آخوند دادیم بخواهیم مشی کنیم که زمان نسبت به متعلق ملکیت مکتّر است حتی در باب منافع، اگر زمان مکتّر متعلق شد و خود ملکیت را توقیت نکرد، آیا کافی است برای اشتراط دوامی که در باب وقف لازم است یا نه؟ آنهایی که می گفتند در وقف دوام شرط است، باید این را تأمل کنیم که اگر ما آمدیم به این صورت تحلیل کردیم که زمان را برگردانیم به متعلق و نفس ملکیت را دارای زمان ندانستیم، آیا این کافی است برای اشتراط تأییدی که آنها قائلند یا نه؟

این نکته ای است که باید روی آن تأمل کرد.

عدم ورود نقض به مرحوم شیخ با پذیرش وقف بر زید سنه ثم علی الفقراء

نکته دیگری که در کلام مرحوم آخوند آمده بود و من دیدم برخی دیگر هم به همین نکته علیه مرحوم شیخ تمسک کرده اند این است که می گویند: خود مرحوم شیخ اعتراف کرده است که اگر وقف کند مالی را برای زید مدت معینی مانند یک سال و پس از آن برای فقراء، این وقف صحیح است. اینها می گویند شما چطور چنین وقفی را قبول کردید که در اینجا تملیک موقت به زید است و بعد علی الفقراء؟ درست است که بعد از تملیک یک سال بر زید، تملیک بر فقراء هم هست، منتهی تأثیری در این بحث نمی گذارد که پس شما تملیک زید برای یکسال را پذیرفتید. ولذا مرحوم آخوند اینطور مؤاخذه کرد که: «کیف و قد اعترف طاب ثراه بصحة الوقف إذا وقف علی زید فی مدة معینة ثم علی الفقراء، و هل هو الا تملیک العین لزید فی مدة معینة بناء علی دعواه من کون الوقف تملیکا، فتکون الملكية قابلة للتوقیت، بل هو واقع فی الوقف فی المثال المزبور». برخی دیگر هم دیدم همین مؤاخذه را نسبت به شیخ انجام داده اند.

به نظر من اینها فرمایش شیخ ره را تا به آخر ملاحظه نفرموده اند. انشاءالله می آید که مرحوم شیخ در یک بیان مفصلی برای خودش به عنوان إن قلت اشکالی مطرح کرده در دفاع از توقیت در ملکیت، و در آنجا که بحث کیفیت بطن

دوم را نسبت به بطن اول در باب وقف مطرح می کند همین را مطرح کرده است. آنجا مرحوم شیخ می فرماید: در اینجور موارد که ما بطون مختلف داریم، اینجا هم یک ملکیت وحدانی مجتمع را برای تمام این بطون مختلف تملیک می کند. در واقع این وقف ترتیبی اینجا شبیه تشریک است. منتهی یک تشریک عرضی داریم که موقوف علیهم همان وقت بالفعل ذی حق می شوند و یک تشریک در طول زمان داریم. ایشان می خواهند بفرمایند ملک وحدانی است برای همه بطون مترتبه، منتهی این ملک وحدانی یک خصیصه ای دارد که نسبت به بطن اول مقید نیست، اما نسبت به بطن دوم شرط دارد که باید اولاً موجود شوند و ثانیاً باید بطن اول زائل شود تا ملک آنها بالفعل شود. چنین شرطی دارد. و الا در واقع یک ملک مستمر است برای همه بطون به نحو الاشتراک. این حرف را ایشان بعد زده است. یعنی ایشان نگفته است که تملیک کرده لزید مستقلاً، و تملیک کرده للفقراء مستقلاً. اصلاً تمام انتهای بحث ایشان بالتفصیل نفی همچنین حرف و فکری است. انشاءالله در آن إن قلت که ایشان به تفصیل مطرح کرده برای دفاع از ملکیت موقته شبیه همین دفاعی که مرحوم آخوند دارد می کند ولی روشتر و بهتر. همان دفاع را ایشان می آورند و بعد مفصل جواب می دهند.

پس جواب این حرف هم انشاءالله آنجا به تفصیل داده می شود. دوستان فعلاً همینقدر اشاره را عنایت داشته باشند، که ایشان اصلاً ملک مستقل موقت برای زید و بعد ملک موقت برای بقیه قائل نیست. بلکه قائل است یک ملک مستمر وحدانی برای همه بطون وجود دارد. این فرمایش مرحوم شیخ است. اگر این تصویر اشکال دارد باید اشکال دیگری داشته باشد نه این نقضی که شما فرمودید.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۸۱
- خلاصه گذشته ۷۸۱
- بازسازی اشکال با جایگزینی توقیت ملکیت با توقیت متعلق ۷۸۲
- پاسخ مرحوم شیخ: متعلق قابل تقیید به زمان نیست..... ۷۸۲
- اشکال های پاسخ مرحوم شیخ ۷۸۳
- اشکال اول: بحث عرفی است نه عقلی ۷۸۳
- اشکال دوم: بنابر مبنای حرکت جوهری متعلق قابل تقیید است..... ۷۸۳
- نتیجه اشکال: امکان تسلیط عین موقت ۷۸۳
- شبهه به تسلیط عین موقت و جواب از آن ۷۸۴
- دفاع مجدد از مرحوم شیخ در عدم امکان توقیت ملکیت و متعلق آن ۷۸۴
- نتیجه بحث در استدلال مرحوم شیخ ۷۸۶
- ثابت شدن ادعای کلی مرحوم شیخ در اشتراط تمام معاملات مملکه به دوام..... ۷۸۶
- صحت استدلال چهارم حتی اگر منظور مرحوم شیخ نباشد..... ۷۸۷
- بررسی دو بحث فرعی در کلام مرحوم شیخ ۷۸۷
- بحث اول: نقض به مرحوم شیخ با صحت وقف بر بطون..... ۷۸۸
- نقضی دیگر بر اساس وقف علی سنه ثم علی الفقراء ۷۸۹
- پاسخ مرحوم شیخ از نقض: اشتراک طولی بطون ۷۸۹

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف**خلاصه گذشته**

بحث ما در فرمایش مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف در کیفیت تأیید و دوام در وقف بود. استدلالهای مختلف را برای اشتراط دوام دیدیم، آخرین استدلال فرمایش مرحوم شیخ انصاری بود که ملخصش این بود که ملکیت قابل توقیت نیست.

فرمایش ایشان را به تفصیل در تقریرات مرحوم محقق رشتی دیدیم. مرحوم آخوند در رساله وقفشان اشکالات متعددی را به ایشان وارد کرده بود که آنها را هم در جلسه گذشته بررسی کردیم و به نظر ما در دفاع از شیخ انصاری چهار جواب به مرحوم آخوند می شود داد که به تفصیل گذشت. البته برخی از این جواب ها خصوصا جواب اخیر به نحو جدلی بود، یعنی بر اساس مبنای مرحوم شیخ که احکام وضعی را انتزاع از تکلیف می دانستند به مرحوم آخوند جواب دادیم. این مطلبی نیست که خود ما هم پذیرفته باشیم. اما پاسخ های دیگر را ما قبول داریم خصوصا پاسخ اول که عرض کردیم علی الظاهر مقصود شیخ انصاری ره این باشد که ملکیت به عنوان یک واقعیت اعتبارش از ناحیه عقلاء اعتباری غیر قابل تغییر است. یعنی عقلاء ملکیت را در اعیان به نحو دوام اعتبار می کنند. و مقصود شیخ انصاری این نیست که ثبوت عقلاء نمی توانند ملکیت را جور دیگری اعتبار کنند.

البته حق این است که برخی عبارات مذکور در تقریرات محقق رشتی شاید بر همین تفسیر دوم دلالت می کند، اما در مجموع وقتی که تمام کلمات مرحوم شیخ را با هم ببینیم - خصوصا آنچه را که از تقریرات کتاب القضاء ایشان در دو سه تقریرات از مرحوم آشتیانی و مرحوم میرزا حبیب الله رشتی و مرحوم نجم آبادی خصوصا این اخیری - دلالت های روشنی دارند بر اینکه مقصود همان تفسیری است که ما عرض کردیم، یعنی عقلاء به هر دلیلی و هر مصلحتی که دیدند، اعتبار ملکیتشان در اعیان مقید به زمان نیست و قابل تقیید به زمان نیست. نحوه اعتبارشان اینطور است.

ما از مرحوم شیخ دفاع کردیم و این دفاع ها را قبول کردیم، ولذا هم تمام اشکالات مرحوم آخوند قابل دفع است و هم اشکالات برخی از محققین بعدی که انشاء الله بعد از تعطیلات می خواهیم باز به تفصیل اینها را بحث کنیم، تا تکلیف بحث توقیت در ملکیت به صورت یک بحث فراتر از بحث وقف هم روشن بشود.

بازسازی اشکال با جایگزینی توقیت ملکیت با توقیت متعلق

منتهی اینجا جای یک اشکال هست، چون بحث در وقف موقت بود و اینکه آیا وقف موقت درست است یا نه، آیا دوام شرط در وقف هست یا نه. اینکه به فرمایش شیخ انصاری، خصوص ملکیت توقیت نمی پذیرد و فرض کنیم از فرمایش ایشان دفاع کردیم و دفاع هم پذیرفته شد، این منافاتی ندارد با امکان توقیت معروض ملکیت و آن چیزی که به ملک در می آید. کما اینکه در منافع هم همینطور است. در منافع هم ظاهراً اینطور است که منفعت بخاطر تصرمی که دارد قابل تقیید به زمان است. در آنجا هم ملکیت تقیید نمی شود.

گرچه برخی از عبارات مرحوم شیخ در همین تقریراتی که دیدیم دائر بر همین بود که در بحث منافع، ملکیت نیز به تبع منافع قابل تقیید زمانی است؛ منتهی واقعش این است که همچنین لزومی وجود ندارد و می شود فقط منافع که متعلق ملکیت است تقیید شود. بلکه لازم است اینطور باشد بنابر اینکه ما ملکیت را منتزع از احکام تکلیفی بدانیم.

حالا اشکال این است که برای اشتراط دوام در وقف کافی نیست که شما بگوئید حیث ملکیت قابل برای تقیید زمانی نیست، باید بگوئید متعلقش هم قابل تقیید نیست، والا ما متعلق را تقیید می کنیم. بگوئیم این کتاب از صبح تا ظهر تحت ملکیت مطلقه و غیر مشروطه است، اما کتاب از صبح تا ظهر. یعنی زمان را ببریم در متعلق که عین است.

پس بنابر این صرف اینکه ملکیت تقیید بر نمی دارد، ثابت نمی کند که وقف موقت نداریم. باید این را نیز اثبات کنیم.

پاسخ مرحوم شیخ: متعلق قابل تقیید به زمان نیست

واقعیت این است مرحوم شیخ خود این کار را انجام داده است. ایشان در طی بحث هایشان مکرر این مطلب را آورده بودند که متعلق ملکیت در اعیان امور قارّه و اجسام قارّه هستند، و زمان برای امر قارّ ظرف است نه اینکه آن را تکثیر کند یا به صورت قید آن آید. ظرف محض است. در واقع مرحوم شیخ به مجموع اینها برای عدم توقیت در وقف استدلال کرده بود، هم ملکیت و هم معروض ملکیت یعنی آن عینی که ملک بر آن عارض می شود.

منتهی اینجا باز همان مطلبی که در ملک گفتیم در متعلق ملک و اعیان هم می آید. شاید از استدلالهای مرحوم شیخ گاهی این استنباط می شود که آن عین قابل تقیید زمانی نیست، پس زمان نمی تواند مکتّر آن باشد، نمی تواند عین را به قطعات تقسیم کند. بلکه امور قارّ اصلاً غیر قابل تکثیر به زمان هستند غیر قابل تقیید به زمان هستند، زمان فقط ظرف است.

اشکال های پاسخ مرحوم شیخ

اشکال اول: بحث عرفی است نه عقلی

خب این فرمایش ایشان یک حرف فلسفی و یک استدلال واقعی است. و این قابل بحث است که آیا واقعا نمی شود زمان را مکرر اعیان قرار دهیم؟

به نظرم این حرف درست نیست. به دلیل اینکه بسته به اینکه ما چه عرضی و چه امری را می خواهیم به این عین اضافه کنیم، ممکن است عند العقلاء قابل برای تکثیر باشد.

بحث های فلسفی محض اینجا به درد نمی خورد، چون بحث ملکیت است و اینکه چه چیزی قابل ملک است و چه چیزی به لحاظ عروض ملکیت یا عوارض اینچنینی تکثیر می شود و به لحاظ زمان، قطعات پیدا می کند، و چه چیزی نمی کند؛ مباحثی عرفی و عقلانی است که بحثهای فلسفی در آن راه ندارد.

اشکال دوم: بنابر مبنای حرکت جوهری متعلق قابل تقیید است

تازه اگر بنا بود به دید دقّی فلسفی هم نگاه کنیم این فرمایش مرحوم شیخ که اجسام قارّ هستند درست نیست. روی مبنای مثل صدرالمتألهین تمام آنچه که در عالم ماده است از جواهر و اعراض همه اش در حرکت هستند و سیلان دارند. پس این به لحاظ فلسفی محض هم درست نیست منتهی این حرفها ربطی به بحث های فقهی ندارد. در فقه ما باید نگاه کنیم عرف و عقلاء در مورد عارضی مثل ملکیت یا امثال ملکیت اعیان را چگونه می بینند، آیا متکثر به زمان می بینند یا نمی بینند.

نتیجه اشکال: امکان تسلیط عین موقت

حالا که اینطور است ادعای ما این است که بعضی از اعراض مسلماً به صورتی هستند که ممکن است عین را نسبت به آنها به لحاظ زمانی تکثیر کنیم. مثلاً من کتابم را یا ماشینم را در اختیار دوستم قرار می دهم یک روز. وقتی این کتاب را در کل روز شنبه در اختیار او قرار می دهم تسلیط این عین در زمان واقع می شود، حال تسلیط این عین ممکن است مطلق باشد اما متعلقش که عین است مقید باشد. می گویم {این کتاب از صبح تا شب را} در اختیار شما قرار دادم. چرا ما بگوئیم اعیان قابل تقیید به زمان نیستند؟ اعیان به لحاظ آن اعراضی که می خواهند عارض بشوند و امر مورد نیاز و حاجت ما هستند، مثل تسلیط عین ممکن است تقطیع بشوند.

بنابر این ، این یک بحث عقلائی و عرفی است.

شبهه به تسلیط عین موقت و جواب از آن

ممکن است برخی از دوستان به ذهنشان خطور کند که در باب تسلیط عین هم برگشتش به استفاده از منفعت آن عین است، و مرحوم شیخ این را انکار ندارد، بحث در خود اعیان بود.

جواب این شبهه این است که تسلیط عین غیر از استیفاء منفعت است. گرچه گاهی تسلیط عین مقدمه استیفاء منفعت است. در باب منافع متعلق استیفاء، منفعت است و منفعت قابل تملیک است، اما ما عین را تملیک نمی کنیم ولی تسلیط می کنیم. مثلاً در اجاره ما تملیک می کنیم منفعت را ولی در عین حال باید تسلیط عین هم بکنیم للمستأجر تا بتواند استیفاء کند منفعتش را.

پس ما کارهای مختلفی انجام می دهیم، یکی تملیک است که متعلقش منفعت است و زمانش؛ در آنجا مورد قبول همه است که تضییق و تقييد و تکثیر زمانی پیدا می کند، من می توانم قطعه ای از منفعت کتاب یا خانه را که مثلاً در روز شنبه است تملیک کنم.

بک بحث دیگر تسلیط عین است. بحث ما الان در تسلیط عین است. ما وقتی عین را تسلیط می کنیم برای استیفاء منفعت، خب تسلیط می کنیم عین را مطلقاً. ممکن است که تسلیطش قید نداشته باشد اما متعلق تسلیط که عین است حتماً باید قید داشته باشد. ما می خواهیم فقط در روز شنبه در اختیار طرف باشد و ید او فقط در روز شنبه ید امانی است، بعد اگر رد نکند می شود ید ضمان، ید امانی نیست بلکه اگر به غصب و اینها باشد ید عدوان است.

بنابر این بحث ما الان این است که ثبوتاً تکثیر اعیان به لحاظ زمان ممکن است. یعنی به صورت قطعه قطعه ما بگوئیم که کتاب را یا این وسیله نقلیه را از صبح تا ظهر در اختیار شما قرار دادم. این صبح تا ظهر هم قید همین وسیله نقلیه است، به نظر نمی آید این مانعی داشته باشد بلکه اینطوری هست.

دفاع مجدد از مرحوم شیخ در عدم امکان توقیت ملکیت و متعلق آن

منتهی در عین حال که این اشکال به فرمایش مرحوم شیخ هست، می خواهیم از مرحوم شیخ در این بحث دفاع کنیم مانند دفاعی که در باب ملکیت کردیم.

اینطور عرض کنیم که شاید نظر مرحوم شیخ این باشد که در اعتبار عقلائی ملکیت در باب اعیان، نه خود ملکیت توقیت می شود و نه متعلقش توقیت می شود. نه اینکه ثبوتا امکان ندارد. ثبوتا اعتبار ملکیت می توانست باشد، منتهی بحث این است که عقلاء ملکیت را به عنوان یک واقعیت اینطوری اعتبار نکرده اند. در موارد اعتبار ملکیت در اعیان نه خود ملکیت قابل تکثیر زمانی است به قطعات مختلف، و نه متعلقش که اعیان باشند قابل تکثیر اند. این به لحاظ اعتبار عقلائی است. یعنی عقلاء وقتی ملک را برای عینی اعتبار می کنند نمی آیند عین را به قطعات مختلف تقسیم کنند و در اینجا تملیکات متعدد ببینند. واقعا این نیست.

مثلا اگر کسی حطب را حیات کرد، اینطور نیست که ملکیت متعدد یا حطب و هیزمها را در زمانهای متعدد، متعدد ببینند، مثلا حطب امروز و فردا و پس فردا را، و دهها و صدها و هزاران تملیک کنند برای کسی که احتطاب کرده است، بگویند تمام این قطعات حطب در عمود زمان را مالک هستی. این نیست. بلکه یک اعتبار ملکیت می کنند برای این حطبی که مقید به زمان نیست. نتیجه اش این است که یک ملکیت مستمره ای وجود دارد در عمود زمان برای این شیء در عمود زمان.

پس گرچه برداشت می شود به حسب این تقریرات موجود که نظر مرحوم شیخ این است که گویی می خواهند بگویند اصلا ثبوتا معنا ندارد تکثیر زمانی اعیان بلکه زمان ظرف محض است، ولیکن این حرف علی الظاهر درست نیست. همانطور که نقض کردیم به مثل تسلیط، در مثل تسلیط کاملا معقول است که به لحاظ تسلیط ما عین را قطعات زمانی کنیم و مسلط علیه ما عین در زمان خاص باشد.

آن شواهدی که ما از تقریرات قضاء ایشان نقل کردیم خصوصا مرحوم نجم آبادی که انصافا اینجا را خیلی خوب تقریر نوشته بود، مطلبش روشن و دقیق بود، در آنجا ایشان فرموده بود که این تقییدات به ملک بر نمی گردد به متعلق بر می گردد. (گرچه یک بحث دیگری هم ایشان داشت فراتر از این بحث، که جنبه فلسفی داشت که فعلا به آن کاری نداریم). عرض من این است و همانجا هم ایشان فرموده بود که ملکیت به عنوان یک اعتبار عقلائی که یک رابطه و اضافه ای است بین مالک و مملوک، این در میان عرف و عقلاء جز این نیست که یک اعتبار وحدانی است برای این عین به استمرار. یعنی آنجا تقریبا روشن کرده بودند که بحث در واقع اعتبار ملکیت در نزد عقلا در خارج است، نه اینکه آیا ثبوتا عقلاء می توانستند جور دیگری اعتبار کنند یا نه.

نتیجه بحث در استدلال مرحوم شیخ

بنابر این دفاع ما از مرحوم شیخ این است که ایشان نه فقط ملکیت را قابل برای تقیید نمی داند، بلکه معروض ملکیت را در جایی که از اعیان باشد قابل تقیید به حسب زمان نمی داند و این عدم قابلیت به تفسیر ما از ناحیه نحوه اعتبار ملکیت اعیان در نزد عقلاء بر می خیزد. در واقع لب حرف مرحوم شیخ به نظر ما این است که می گوید عقلاء اعتبار ملکیتشان در باب اعیان اینطور است که زمان نه در خود ملکیت و نه در متعلق آن که عین باشد به نحو تقیید یا تکثیر اخذ نشده بلکه زمان ظرف محض است.

آنوقت اگر تصویر نظر مرحوم شیخ به این شکل باشد دیگر اشکالی به فرمایش ایشان وارد نیست. بنابر اینکه وقف تملیک باشد توقیت این تملیک بی معنا است. کجا بی معنا است؟ اینکه در بستری که عقلاء اعتبار ملکیتشان مطلق است آقای واقف بخواهد انشاء کند تملیک موقت را. این نمی شود. نه موقت در ناحیه خود ملکیت، نه توقیت در ناحیه معروضش که عین باشد. هیچکدام نمی شود. حالا که نشد، بنابر این وقف موقت نداریم.

بنابر این استدلال شیخ فقط بحث عدم توقیت ملکیت نیست، بلکه مجموع عدم توقیت ملکیت و معروض آن است. این مطلب مسجل است که مرحوم شیخ هر دو را می گوید و در این تقریرات مکرر اینها آمده است. منتهی استدلال بر اینکه معروض ملکیت که اعیان است چرا تکثیر نمی شود، چرا تقیید به وقت نمی شود، این در عبارت ایشان گاهی ظاهراً اینطوری است که گویی یک امر فلسفی مربوط به عالم واقع است که می خواهد بگوید اصلاً قابل نیست، و ما فکر می کنیم باید این را از این ظهور بچرخانیم بخاطر قرائنی که قبلاً عرض کردیم، به اینکه اصلاً چنین چیزی تحت اعتبار عقلانی نیست. ملکیت به عنوان یک اعتبار عقلانی و به قول امروزی ها یک نهاد در نزد عقلاء به این صورت است، وقتی که ملکیت اینطور است در وقف ما نمی توانیم چنین تقییدی بکنیم.

ثابت شدن ادعای کلی مرحوم شیخ در اشتراط تمام معاملات مملکه به دوام

نتیجه مهم بحث این است که {ادعای کلی} مرحوم شیخ در اول این بحث مبنی بر اینکه دوام شرط همه معاملات مملکه است؛ تصحیح می شود. مگر در جائی که ملکیت عارض شود بر امری که عقلاً آن را به لحاظ زمان تقیید می زنند مانند منافع، که در آنجا دیگر اشکال ندارد. و الا علی الاصول تملیک توقیت بردار نیست.

می گوئیم علی الاصول یعنی در اعیان و امثال این لا یقبل التملیک، که این لایقبل را هم مکرر تفسیر کردیم.

صحت استدلال چهارم حتی اگر منظور مرحوم شیخ نباشد

حالا اگر کسی در عالم برگردد بگوید تمام این توجیهاتی که برای فرمایش مرحوم شیخ کردید و تفسیری که ارائه کردید مثلاً با فلان عبارت ایشان جور در نمی آید، ما می گوئیم دیگر این یک بحث تفسیری و هرمنوتیکی است از این عبور کنیم. آخرش این است که شما می فرمایید عبارتهای ایشان اینطور نیست. ما منظور ایشان را بازسازی می کنیم، ما در این بحث دنبال یک استدلال هستیم، می گوئیم می توان یک استدلال به این صورت ارائه داد. که به نظر ما منظور مرحوم شیخ نیز همین است. حالا ممکن است کسی هم بگوید که مثلاً با آن قرینه اینطور نیست. ولی ادعای این که عقلاء اعتبار ملکیشان در باب اعیان هم در ناحیه ملکیت و هم در ناحیه متعلق ملکیت تقیید بر نمی دارد استدلال متینی است.

بنابر این به نظر ما چهار جوابی که از مرحوم آخوند دادیم که در واقع خیلی از دیگران هم هست که بعداً عرض می کنیم این جوابها درست است و در باب وقف نسبت به توقیت نسبت به متعلقش هم ما آن تفسیر مرحوم شیخ را توسعه می دهیم تا در مجموع، توقیت در وقف را منع کند.

این تمام کلام نسبت به استدلال شیخ در این قسمت.

بررسی دو بحث فرعی در کلام مرحوم شیخ

ما دو بحث دیگر در اینجا داریم که همه مربوط به شیخ انصاری ره است:

یک بحث فوق العاده مهمی در تقریرات محقق رشتی در ذیل فرعی بحث کرده اند منتهی بحثش عام است که ما اینجا می خواهیم طرح کنیم. ایشان یک ان قلتی را طرح می کند که متضمن نقض به مرحوم شیخ است و اینکه ما در شرع ملک موقت داریم. در همین بحث وقف داریم. و آن عبارت است از نحوه ملکیت بطون. بطن اول که مالک می شود موقت است، بطن دوم هم موقت است، بطن سوم موقت است. پس ما نه فقط ثبوتاً ممکن است ملک موقت داشته باشیم، بلکه اثباتاً هم در باب مالکیت بطون وقف موقت داریم.

این بحثی است مهم که باید آن را طرح کنیم، هم به لحاظ نقضی که به مرحوم شیخ می شود و باید آن را حل کرد و اگر حل نشود کل بناء مرحوم شیخ فرو می ریزد، زیرا چه بنابر تفسیر ما و چه به بنابر تفسیر دیگران از کلام مرحوم شیخ معلوم می شود که ما ملک موقت داریم.

بنابر تفسیر ما معلوم می شود که عقلاء اعتبار ملک موقت دارند. و مطابق تفسیر دیگر که بگوئیم مرحوم شیخ می خواست ثبوتاً امکان ملک موقت را نفی کند حالا معلوم می شود امکان دارد.

بحث دومی هست در رابطه با مجموعه ای از کلمات فقهاء پیش از مرحوم شیخ و پس از مرحوم شیخ که با توجه به فرمایش مرحوم شیخ باید ببینیم چه فرموده اند.

عده ای فرموده اند که توقیت در ملک اشکالی ندارد. لذا باید به لحاظ تکمیل بحث آن نظرات را نیز دید. مخصوصاً فقهاء بعد از ایشان که یا بالاشاره یا بالتصریح نسبت به فرمایش مرحوم شیخ متعرض بودند، که اینها هم جمع آوری شده که آنها را هم متعرض می شویم (که احتمالاً به بعد از تعطیلات می افتد).

بحث اول: نقض به مرحوم شیخ با صحت وقف بر بطون

اما آن بحثی که الان مهم است و باید عرض کنیم این است که در این إن قلت گفته می شود که بطون ملکشان از ناحیه خود واقف، موقت است. یعنی واقف ملک را در عمود زمان دیده و نسبت به بطن اول یک برهه است، بطن دوم یک برهه است، بطن سوم یک برهه است الی آخر. بنابر این آمده هر قطعه ای از ملکیت را تملیک کرده به یک بطن. بنابراین قطعاتی از ملکیت در عمود زمان در باب وقف ترتیبی (نه تشریکی) تصویر شد.

در وقفهای ترتیبی که بطون هر کدام بعد از انقراض بطن قبلی مالک می شود در اینجا از ابتداء واقف آمده قطعاتی از ملک را تصویر کرده و این عین را در قطعات مختلف به بطون مختلف تملیک کرده که هر کدام بعد از دیگری می آید. پس بنابر این ما وقف موقت داریم.

آوقت این إن قلت که صفحه ۷۶ است (به حسب صفحه گذاری که ما کردیم) می فرماید: شاهدی هم بر این معنا هست، اگر ما نیائیم ملکیت را در ناحیه بطون توقیت کنیم و تحدید زمانی کنیم، در این صورت اگر بطن اول از دنیا رفت باید به ورثه بطن اول برسد چرا به بطن دوم می رسد؟ اگر بطن اول به ملک مطلق، مالک بوده، حالا که از دنیا رفته اند، باید مثل ارث عمل شود. چون این ملک گویی مستمراً للبطن الاول بوده است. آن کسی که می گوید ملک توقیت نیست می گوید این ملک، ملک بطن اول بوده است بنابر این باید به ورثه اش برسد، مثل بقیه ملکها که مستمرند و به ورثه می رسد، چرا به بطن دوم می رسد؟ این خودش بهترین شاهد است که مالک از اول ملک این بطن اول را محدود کرده است. برای بعد از زمان بطن اول این بطن اصلاً مالک نیست که به ورثه برسد. اصلاً ملک آنها از اول به اندازه عمر خودشان بوده و نسبت به زمان آینده ملکی ندارند که بخواهد ورثه مالک شود، لذا می رسد به بطن دوم و بطن سوم و الی آخر. یعنی خود همین وقف ترتیبی علاوه بر اینکه صورت ظاهرش نوعی تقطیع در زمان است بطوری کل بطن مالک بشود در برهه و زمان خودش، علاوه بر این یک نکته ای وجود دارد که مسلم بودن اینکه وقف بعد از انقراض بطن اول به ارث موقوف علیه اول

یعنی همین بطن اول نمی رسد و میراث بطن اول نمی شود، بلکه به بطن دوم می رسد. می شود ملک بطن دوم. خود همین شاهد بر این است که ملک موقت است و لذا به ارث نمی رسد، و اگر مستمر بود میراث برای ورثه بطن اول می شد. این یک ان قلت و اشکالی است در واقع یک بیان دقیق و جذابی است برای اینکه ما ملک موقت داریم، در بحث وقف هم داریم.

نقضی دیگر بر اساس وقف علی سنه ثم علی الفقراء

البته یک نقض دیگری هم در کلام مرحوم آخوند بود، و من همانجا هم اشاره کردم و گفتم بعدا جوابش می آید، و آن این است که: خود اینکه این موردی که مجمع علیه است صحتش که وقف کند علی زید الی سنه ثم علی الفقراء، آن هم یک نقض دیگری است. و مرحوم شیخ این نقض را هم جواب می دهد. و تعجب است از مرحوم آخوند با آن عظمت علمی و دقتش و رجوعش به نحو قطعی به این تقریرات که خود ایشان تصریح کرده، تعجب است که چطور این جواب شیخ را ندیده اند. لااقل متعرضش می شدند. فقط به عنوان نقض قطعی و بتی بر شیخ گرفته اند، در حالی که مرحوم شیخ با اقتدار بر اساس جوابی که می دهند در بحث تلقی بطون، آن را هم جواب می دهند. ای کاش مرحوم آخوند آن را هم اقلا نقل می کرد و نقد می کرد، ولی هیچ تعرض نکرده است. که انشاءالله این را می آوریم.

پاسخ مرحوم شیخ از نقض: اشتراک طولی بطون

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: ما باید ببینیم که نحوه مالکیت بطون نسبت به برهه های مختلف چطوری است و تلقی وقف به چه صورت است.

حرف مرحوم شیخ این است که تصویر صحیح از تملیک نسبت به بطون این نیست که شما گفتید که واقف در برهه های مختلف تملیک می کند به بطون و گویی در عمود زمان عین را تقطیع کرده به قطعات مختلف، قطعه اول را به بطن اول تملیک می کند، قطعه دوم را به بطن دوم تملیک می کند و قطعه سوم را هم تملیک به بطن سوم تا آخر. ایشان می گوید این درست نیست. بلکه گویی واقف تمام بطون را یکی دیده، و عین مستمر در عمود زمان را هم یکی دیده است، و کل این عین را بتمامه تملیک کل این مالکین بتمامه می کند. یعنی این مالکین گویی مستجمعا یک مالک هستند، مالک می شوند کل این عین را در طول زمان. یعنی در واقع اینجا هم شرکت است. مرحوم شیخ دقت فوق العاده ای در این جواب می کند و خیلی بحث مهم و دقیقی است و من تعجب می کنم چطور متعرضین این فرع در اینجا فرمایشات مرحوم شیخ را نیاورده اند. حتی اگر قبول هم نداشته باشند کاملاً قابل اعتناء و توجه بود. تصویر مرحوم شیخ این است که خیلی سعی

می کند در ظرف دو سه صفحه این را به کرسی بنشانند که آقا ملکیت بطون همه به نحو وحدانی است، یعنی بطن اول و دوم و سوم الی آخر گویی یک مالک هستند، مالک می شوند بالشراکه یک عین را که ملکیتش مستمر است و خود عین هم مستمر است.

بنابر این در شرکت هیچ فرقی بین وقف ترتیبی یا ترتبی و بین وقفی که اطرافش بالفعل شریکند یعنی بالتشریک است هیچ فرقی نمی کند، هر دو شرکت هستند. منتهی فرقی در این است که در جائی که تشریک هست یعنی شرکت هست و تشریک در عرض هم هست و در عرض هم مالک می شوند نسبت به عین و نتیجه اش تقسیم منفعت هست بین اینها در زمان واحد، ولی در ترتبی در واقع تابع نحوه وقف واقف و انشاء وقف است، در واقع شرط ملکیت طبقه ثانی دو چیز است: یکی اینکه طبقه ثانی موجود باشد. دوم اینکه طبقه اول زائل شده باشند. زوال طبقه اول و وجود طبقه دوم شرط برای تحقق ملکیت بطن ثانی است. آنوقت این نحوه اشتراط واقف موجب می شود که گویی هر بطنی بالاستقلال مالک می شود. چون دیگر نیست. بطن اول نیست که بطن دوم بالفعل می شود و مالک می شود. و همینطور بطن سوم نسبت به بطن دوم. گویی تمام این عین را تماماً بطن دوم مالک است. در حالی که ثبوتاً اینطور بود که تمام بطون در طول زمان به این کیفیت اشتراط ترتبی مالکند نسبت به عین در عمود زمان. و این یک نحوه تصویری است که انشاءالله جلسه بعد به تفصیل بیشتری این را باز می کنیم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۷۹۲
- خلاصه مباحث گذشته ۷۹۲
- پاسخ مرحوم شیخ از نقض به ملکیت بطون ۷۹۲
- اشتراک عینی غیر از توقیت در ملکیت است ۷۹۲
- توضیح تلقی بطون و عدم منافات آن با اشتراک طولی ۷۹۳
- تحلیل عدم صحت اجاره هر بطن به بیش از مدت عمر خویش ۷۹۴
- جواب شیخ از نقض مرحوم آخوند و دیگران به وقف علی زید سنه ثم علی الفقراء ۷۹۶
- خروج بطن اول از ملکیت خروج موضوعی است نه توقیت در ملکیت ۷۹۶
- تصویر جدید برای پاسخ به نقض: تسلط مالک بر اخراج ملک از بطن اول و ادخال آن در ملک بطن دوم ۷۹۷
- فرق تصویر اشتراک طولی با این تصویر ۷۹۷
- بررسی تصویر جدید ۷۹۷
- بررسی عدم صحت ملکیت موقت در مقام اثبات ۷۹۸
- شاهد اول بر عدم صحت ملکیت موقت ۷۹۸
- شاهد دوم بر عدم صحت توقیت در ملکیت ۷۹۹
- نتیجه استدلال مرحوم شیخ ۸۰۰
- نتیجه کلی بحث: اثبات اشتراط دوام در وقف ۸۰۱
- سابقه بحث توقیت در ملکیت ۸۰۱

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث در بیان مرحوم شیخ انصاری نسبت به نحوه مالکیت بطون در وقف ترتیبی یا ترتبی بود. ورود در این بحث به خاطر نقضی بود که بر ادعای مرحوم شیخ مبنی بر عدم قابلیت ملکیت برای تقیید وارد کردند. ناقض ادعا کرد مدعای مرحوم شیخ هم ثبوتاً نادرست است، و هم اثباتاً تقیید ملکیت در باب وقف واقع شده است. زیرا در وقفهایی که بطون متوالی دارد هر بطن به حسب وقف واقف مالک می شوند. و ملکیت این بطون محدود است به زمان حیاتشان و لذا به ورثه آنها ارث نمی رسد، چون مالکیتی نسبت به بعد ندارند. بنابر این هر بطن قطعات مختلف در طول زمان را مالک می شوند.

پاسخ مرحوم شیخ از نقض به ملکیت بطون

مرحوم شیخ در جواب این مطلب فرمودند که تصویر ناقض از نحوه ملکیت در بطون درست نیست. همه بطون با هم مانند یک مالک واحد عمل می کنند، که به نحو استمرار، مالک تمام عین می شوند غایه الامر به نحو ملکیت شراکتی. شراکت نیز به دو صورت است: شراکت عرضی و شراکت طولی. در شراکت عرضی اسباب ملکیت همه شرکاء با هم بالفعل می شود و مالک عین می شوند، لذا باید منفعتشان را بالفعل بین خودشان تقسیم کنند. اما در شراکت های طولی کسی همراه بطن اول نیست، و لذا مالک این عین اند بتمامه و از منفعتش استفاده می کند. اگر این بطن زوال پیدا کرد و بطن دوم محقق شد، شرط و سبب ملکیت این بطن بالفعل می شود و آنها مالک می شوند. بنابر این لبا اینطور است که همه مالک هستند.

مرحوم شیخ می فرمایند: «قلت: المالك في الوقف الترتبي هو مجموع الطبقات، فالواقف إنما ملك العين الموقوفة كلهم فهو شركاء في العين كما في صورة التشريك، و إنما الفرق بينهما هو أن الملك قد ثبت لهم في التشريك في زمان و لازمه تقسيم المنفعة و في الترتبي في الازمنة المترتبة و لازمه استقلال كل طبقة في المالكية، فالتقسيم بحسب الازمان في الوقف الترتبي يجري مجرى تقسيم المنفعة بحسب الرؤوس في التشريك».

اشتراک عینی غیر از توقیت در ملکیت است

بعد ایشان می فرماید: روشن است که این اشتراک عینی که بین طبقات در ازمان مترتبه وجود دارد، غیر از توقیت در ملکیتی است که ما آن را منع کردیم. یعنی اینکه ملکیت و یا این عین در طول عمود زمان به قطعات مختلف تقسیم شوند،

و آقای مالک در اینجا یک قطعه را تملیک کند و نسبت به قطعات دیگر در ملکش باقی باشد و اختیارش دست خودش باشد. مثل باب اجاره که منفعت یک ماه را تملیک می کند، بقیه منافع در ملکیت خودش هست، که می تواند بقیه را هم به دیگری تملیک کند یا نه به ملکیت خودش باقی بگذارد.

می فرماید در بطون متأخره شما اینطور تخیل کردید که در قطعات دیگر تملیک به بطون دیگر کرده است و می توانست نکند.

مرحوم شیخ می فرماید این خیلی فرق می کند با تصویری که ما داریم. درست است که ملکیت را ترتیبی و ترتبی لحاظ می کنیم چون شرط فعلیت ملکیت بطون آتی، زوال بطن سابق است که با زوال آن بطن ملکیتش هم می رود. پس درست است که ملکیت ها مرتب هستند اما نه اینکه معنایش توقیت در ملکیتی باشد که قبلاً منع کردیم بطوری که قطعات بعد در ملکیت واقف باقی بماند. نخیر. واقف در تملیک بطن اول، تمام این عین را در عمود زمان تملیک می کند به بطن اول. منتهی به بطن دوم و سوم هم تملیک کرده است به عین همین تملیک. یعنی گویی یک عین را مستمراً به یک موقوف علیه در طول عمود زمان تملیک کرده است منتهی با این شرط خاص.

پس مقصود ایشان از شرکت بطون همین است، یعنی به نحو ترتبی است، هر یک بعد از زوال دیگری بالفعل می شود. ایشان می فرماید: و لذا اینکه ما می گوئیم دو نفر و سه نفر می توانند مالک بشوند، اینها به این نحو مالک می شوند. یعنی هر کدام مالک می شوند در طول عمود زمان بملکیه ناقصه. منتهی چون ترتبی است شرط فعلیت هر کدام زوال قبلی است با وجود خودش.

عبارت ایشان چنین است: «فكون الاثنين أو الثلاث بمنزلة مالك واحد لمال واحد يتصور على قسمين، في أحدهما لابد من التقسيم (وقتی که در عرض هم باشند) و في الآخر لابد من الترتيب (که ترتیبی باشد). فصورة الترتيب كصورة التشريك من حيث ثبوت النقصان في ملكية كل لأجل الشركة، إلا أن اثر الشركة في صورة التشريك التقسيم، و اثر الشركة في صورة الترتيب التناوب في الانتفاع بالعین الناشئ من الاختصاص المملکی».

توضیح تلقی بطون و عدم منافات آن با اشتراک طولی

نکته دوم این است که: نحوه تلقی بطون چه جور است؟ چرا ما در مورد بطن دوم می گوئیم تلقی ملک از بطن اول می کند؟ اگر بنا بود واقف گویی در عمود زمان یک مالک را ببیند و یک ملک، پس چرا می گویند بطن دوم از بطن اول تلقی می کند؟

مرحوم شیخ می فرماید: معنای تلقی بطن دوم از بطن اول همین است که توضیح دادیم، که شرط ملکیت آن عبارت است از زوال بطن اول و وجود این بطن ثانی. پس عین موقوفه بعد از زوال بطن اول به ملک واقف بر نمی گردد تا پس از آن از ملک واقف به بطن ثانی منتقل شود. بلکه بطن اول که منقرض شد می رسد به بطن دوم چون شرط ملکیتش حاصل می شود. مقصود از تلقی بطن دوم از بطن اول همین است نه چیز بیشتری. یعنی زوال او شرط تملک بطن دوم شده است. گویی ملک اولی تحویل ملک دوم شده است. این معنای تلقی است.

تحلیل عدم صحت اجاره هر بطن به بیش از مدت عمر خویش

و لذا در باب اجاره از یک منظر دیگری همین بحث را بررسی کرده اند راجع به اینکه آیا بطن اول می تواند اجاره بدهد به بیش از مدت عمرش؟ در آنجا صحیح ندانسته اند، چون گفته اند که بطون همه تلقی می کنند ملک را از واقف. این یک منظر دیگر است. این هم درست است. یعنی از باب اینکه واقف به یک انشاء وحدانی عین موقوفه را به بطون در عمود زمان تملیک می کند. گویی واقف با انشائش سبب ملکیت را برای تمام بطون به نحو مساوی ایجاد کرده است. واقف موقع انشاء وقف گویی سبب ملکیت بطن اول و سبب ملکیت بطن دوم و سبب ملکیت بطن سوم الی آخر را درست کرده است که این حرف حقی است.

پس بنابر این در واقع کاری که آقای واقف با انشائش انجام می دهد این است که یک نحوه تسبیبی برای ملکیت در عمود زمان انجام می دهد، و یک شرائطی هم برای تحقق ملکیت بطون متأخره وجود دارد. از هر منظری می شود چیزی گفت.

از این منظر که واقف انشاء کرده وقف را برای همه بطون، گویی سبب تملیک را او آورده، طبق این می شود بگوئیم همه بطن ها تلقی ملک از واقف می کنند. و از این جهت که تا بطن اول موجود باشد شرط ملکیت بطن دوم وجود ندارد، می توانیم بگوئیم که بطن ثانی با زوال بطن اول و تحقق خود این بطن دوم تلقی ملک از بطن اول می کند.

بنابر این، این مسأله که بطن دوم تلقی از بطن اول می کند یا تلقی از مالک می کند، برمی گردد به نوع نگاه ما به این جهاتی که وجود دارد. ولذا چیزی نیست که مثلاً در شرع لفظش آمده باشد تا ما بحث کنیم که تلقی بطن دوم از بطن اول چگونه است. بلکه این واقعتهایی است که در وقف ترتیبی وجود دارد. آن هم یک واقعیتهایی است که یک انشاء وحدانی از ناحیه واقف شده است. این مسأله خیلی مهمی نیست که بخواهیم مشکلی در اینجا ببینیم.

مسأله بعدی که مرحوم شیخ بر تصویر خود مترتب می کنند این است که جائز نیست که بطن اول در عین تصرفی کند که مصادف شود با زمان مالکیت بطن دوم. مثلاً بطن اول بیاید ملک را برای ۱۵۰ سال اجاره بدهد و اجاره اش را هم بگیرد، در حالی که می داند عمر خودش اینقدر کفاف نمی دهد. پس می داند دارد تصرفی می کند در این عین که لااقل بخشی از آن مصادف با زمان حصول سبب ملک بطن ثانی است. و این درست نیست. چرا؟ چون به وسیله وقف، همه بطون مالک می شوند بالشركة، ولكن شرکت ترتبی. و این شرکت ترتبی موجب یک حقی می شود. درست است که در زمان بطن اول، بطن دوم نیست و مالکیتش هم بالفعل نیست، پس گوئی بطن اول مستقل در مالکیت شده است. ولكن با توجه به نحوه وقف، ملک بطن اول متعلق حق بطن ثانی است به این کیفیت که تنها تا زمان زوالش می تواند تصرف کند، چون بقیه اش حق شریکش است. از این جهت است که نمی تواند تصرف کند. اینکه در اینجا مرحوم شیخ فرمود «ولذا لا يجوز للبطن الاول التصرف في العين تصرف المالك الواحد فلا يجوز له اجارة العين في مدة تصادف علة حصول الملك للبطن الثاني الذي هو شريكه في العين الموقوفة بجعل الواقف»، این لذا لا يجوز شبیه یک دفع دخل مقدر است. چون دیگران که ملک را قطعه قطعه می بینند، عدم اجاره بطن اول بطوری که بخشی از زمان بطن دوم را شامل بشود روشن است. روی اساس اینکه ملک بطون قطعه قطعه شده است، اصلاً آن قطعه همزمان با بطن ثانی، ملک بطن اول نیست تا بخواهد اجاره بدهد. انسان در اجاره باید تملیک کند منافع مستمره ای را که مالک است، نه منفعی را که مالک نیست. اگر ملک قطعه قطعه شود روشن است که بطن اول نمی تواند اجاره دهد به اجاره ای که بخشی از آن مصادف می شود با تحقق سبب ملکیت بطن دوم و مالکیت بالفعل آنها.

پس در واقع وقتی مرحوم شیخ بعد از اینکه این تصویر تقطیع ملکیت را پذیرفت و گفت یک ملک مستمر است، گوئی دارد به خودش اشکال می شود که خب اگر بطن اول به نحو استمرار تمام العین را مالک است، ولو شریکی ولی تمام العین را مالک است، خب چرا نمی تواند اجاره بدهد؟ می گوید چون شریک هست. مستشکل می گوید خب شریکاتش که الان بالفعل نیست. ایشان پاسخ می دهد هر چند الان شریک نیست ولی متعلق حقش هست. حقی که زائیده شده است از ناحیه وقف واقف؛ واقف این ملک را تملیک کرد برای همه بطون در عمود زمان.

پس درست است که الان در بطن اول هیچ کس دیگری وجود ندارد و شراکتی نیز در این زمان نیست به نحوی که بالفعل مالک باشد، ولكن متعلق حق کس دیگری هست؛ و حق ندارد این مالک بطن اول تملیک کند منفعی را که مصادف می شود با ملکیت بطن ثانی.

جواب شیخ از نقض مرحوم آخوند و دیگران به وقف علی زید سنه ثم علی الفقراء

بعد مرحوم شیخ در اینجا جواب می دهد آن فرعی را که مرحوم آخوند به عنوان نقض ذکر کرده بود و بعد مرحوم سید و برخی دیگر نیز ایند اشکال و نقض را به شیخ ره وارد دانسته اند و گفته اند مرحوم شیخ که منکر توقیت در ملکیت است و آن را معقول نمی داند خودش این کار را انجام می دهد. چون صحت وقف علی زید سنه ثم علی الفقراء را خود شیخ هم قبول داشت، و به فرمایش ایشان در اینجا گویی مجمع علی صحته است. مرحوم آخوند و سید نقض کردند به شیخ که شما وقتی وقف می کنید علی زید سنه ثم علی الفقراء، خب شما در مورد زید وقف موقت را پذیرفتید.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: و من التأمل فی جمیع ما ذکرناه روشن شد جواب این فرعی که مجمع الصحة است. ما در اینجا می گوئیم آقای زید اینطور نیست که مالکیتش نسبت به این عین فقط در یک قطعه باشد، یعنی یک قطعه از این عین را در زمان جدا کرده باشند بگویند تو مالکی. نخیر، زید و فقراء به نحو الاشتراک مالک این هستند منتهی به این نحو خاص از شرکت که ترتبی است. در برهه اول که زید است خودش تنها است، بخاطر اینکه شریکش شرط را ندارد برای مالکیت. نه وجود دارد و نه شرطش را دارد. و در برهه دوم که زید نیست، فقهاء مالک هستند و گوئی بالاستقلال مالکند، چون دیگر آقای زید نیست که مالک بشود.

خروج بطن اول از ملکیت خروج موضوعی است نه توقیت در ملکیت

و این را هم توجه کنیم که خروج زید یا بطن اول از ملکیت غیر از توقیت ملکیت است. خروجش بالموت خروج موضوعی است. موضوع مالکیتش از بین می رود نه اینکه از اول ملکش موقت بوده است. این درست نیست که ملک را توقیت کنیم بگوئیم زید مالک موقت این عین است. نه، انسان مالک بالاستمرار اعیان است، وقتی از دنیا رفت مالکیتش به هم می خورد، چون ملکیت یک ربطش به عین است و یک ربطش به مالک است، مالک که نباشد موضوع منتفی است.

لذا می فرماید: «و من التأمل فی جمیع ما ذکرناه ظهر عدم ورود النقض بفرع آخر مجمع علی صحته و هو ما لو قال الواقف وقفها علی زید سنه ثم علی الفقراء، فإن هذا أيضا لا يرجع الی التوقیت الممنوع».

خب مرحوم شیخ با این همه دقت و توجه در این مثال این را حل کرده است، آنوقت چطور مرحوم آخوند فرموده است که این نقض بر شما است.

تصویر جدید برای پاسخ به نقض: تسلط مالک بر اخراج ملک از بطن اول و ادخال آن در ملک

بطن دوم

بحث که به اینجا می رسد می فرماید: ما یک جواب دیگری هم نسبت به خروج ملک از ملکیت بطون داریم که مقداری با تصویر قبلی که شرکت در طول عمود زمان بود فرق می کند. و آن این است که بگوئیم عقلا و شرعا آقای واقف مسلط است که عینی را که تملیک بطن اول کرده از ملک او خارج کند و به ملک دیگری در بیاورد. می گوید ما می توانیم این تصویر را هم ارائه دهیم.

فرق تصویر اشتراک طولی با این تصویر

فرق این تصویر با تصویر قبلی این است که: در اشتراک همه شریک هستند، درست است که تمام عین مملوک بطون می شود ولی مملوک همه بطون می شود. همانند شرکاء عرضی می شوند با این تفاوت که اینها در طول هستند، با نحوه ترتبی که ایشان ذکر کرد. در این تصویر اخیر که الان مرحوم شیخ می فرماید یک جور دیگر هم می شود تصویر کرد، ما بگوئیم واقف به لحاظ عقلی و شرعی می تواند این شرط را برای خودش قرار داده باشد که به این صورت تملیک بطن اول کرده باشد، تمام عین را تملیک او کرده باشد و شریک هم برای او قرار نداده باشد، منتهی برای خودش این اختیار را قرار داده است که بعد از یکسال این را از ملک او در بیاورد و به ملک بطن دوم برساند. گوئی خود واقف این کار را انجام می دهد، شریک هم قرار نداده است. یعنی برای خودش این حق را قرار داده است.

بررسی تصویر جدید

این تصویر، تصویری با تأمل و دقت است. علاوه بر اینکه باید ببینیم اگر مالک واقف زنده نباشد آنوقت این حرفها درست است؟ مگر اینکه بگوئیم از همین الان این کار را به نحو انشاء انجام داده و در هر زمانی بالفعل می شود. نمی دانیم این ظاهرا قابل تأمل است و خود ایشان اتفاقا وقتی که این مطلب را دنبال می کند آخر بحث فرموده اند: «وبقیة الکلام تحتاج الی التدبر». ظاهرا نیازی به تدبر هست. اینکه ما بگوئیم واقف خودش اخراج می کند از ملک زید و تملیک می کند به بطن، بدون اینکه از اول شراکتی تصویر شود، گرچه تصویر مالکیت استقلالی را تا حدودی راحت تر می کند، اما اینکه مالک از اول امکان تحقق این نحوه ملکیت را با انشاءش دارد که قائل شویم حتی در زمانی که خودش نیست بطون به این صورت مالک می شوند، این نیاز به تأمل و تدبر بیشتر دارد.

بررسی عدم صحت ملکیت موقته در مقام اثبات

تا به اینجا بحث راجع به یک تصویر دیگری بود راجع به مالکیت بطون، که هم جواب شبهه ای که بر علیه شیخ بود داده شد، و هم واقعا بحث مهمی بود از حیث اینکه ما تصویر کنیم که بطون چطور مالک می شوند، و این تصویر مرحوم شیخ واقعا فوق العاده دقیق بود و می توان آن را از مرحوم شیخ پذیرفت.

بعد مرحوم شیخ نکته دیگری هم می فرمایند، (گرچه ایشان اینجا بحث های تکراری زیاد دارد که کاری به آنها نداریم، اما در نهایت بحث می گوید:) همه این بحث ها بر اساس تحلیل و تصویری است که ما بدون مراجعه به ادله اثباتی و لفظی در باب ملکیت گفتیم. یعنی فقط ما آمدیم راجع به ملکیت و نحوه مملوکیات اعیان و منافع و مالکیت ملاک بحث کردیم، و بعد هم قاعدتا رجوع می کنیم به ادله وقف و امثال این عمومات.

اما یک بحث دیگر این است که ما همین مسأله ای را که در عالم ثبوت ادعا کردیم که ملک یک امر استمراری است، بگوئیم به لحاظ ادله اثباتی ملک برای ملاک عند حصول الاسباب، آن نیز همینطور است.

مثلا انسان ها با حیازت مالک می شوند، وقتی مراجعه می کنیم به دلیل حیازت و احتطاب و غیره در روایات (مثل من حاز ملک) می بینیم اصلا آنجا تصویر تقطیع در باب ملک یا متعلق و معروض ملک نیست. آنجا حکم شده است که مالک می شود. اما اینکه این ملکیت قابل تقطیع هست یا نه، هیچ در آنجا اشاره ای ندارد، بر می گردد به اینکه ماهیت ملکیت چه جور مالکیتی است. اگر قابل استمرار است و زمان برای آن ظرف محض است، این همان چیزی است که ما گفتیم، و اگر قابل تکثیر است تکثیر. منتهی ایشان می گوید ما بحث کردیم و نشان دادیم که برای ملکیت ظرف محض است.

شاهد اول بر عدم صحت ملکیت موقته

یک نکته ای هم عرض کنم: قبل از بحث لفظی، مرحوم شیخ برای اینکه ملکیت تقطیع نیست شاهی آورده می فرماید: اگر تقطیع ممکن بود، ملکیت زید و عمرو بالاستقلال بر یک عین واحد در زمان واحد ممکن می شد. بخاطر اینکه می توانستید بگوئید که ما ملکیت این عین را در زمان تقطیع می کنیم و همین حالا هر کدام مالک یک قطعه ای هستند. با اینکه این واقعا درست نیست. لذا علی الظاهر ایشان می خواهد به همان ارتکازات عقلائی در باب ملکیت مراجعه کند.

ایشان می فرماید: « و لأجل ما ذكرنا كله استحالة الحكم على عين واحدة بأنها ملك لزيد وأنها ملك لعمر و (بر اساس اینکه گفتیم همه ملکها مستمر است، دو تا ملک مستمر تام از ناحیه دو نفر بر یک شیء نمی شود)، فلو كان الملكية القائمة بالعين اضافات متعددة بتعدد الزمان صحَّ الحكم المذكور (که بگوئیم هم ملک زید است و هم ملک عمرو است) بملاحظة الزمانين، إذ المفروض أن اختصاص الملكية امر يتعدد بتعدد الزمان، فجاز الحكم به لإثنين بملاحظة الوقتين».

منتهی بعد ایشان می گوید که این حرف درست نیست، می فرماید: «فظهر أن القول بالتوقيت في الملك مبنی على مقدمة يكذبها العقل و الوجدان أعني كون الزمان قيدا للعين القائم بها الملكية». که ایشان می گوید وجدان این را منع می کند.

البته این از همانجایی است که گفتیم ممکن است کسی بگوید مثل اینکه شیخ می خواهد یک بحث ثبوتی مطرح کند غیر از نحوه اعتبارات ملکیت. ولی در کل به نظر ما مجموع فرمایش مرحوم شیخ این است که هم در ملک و هم در متعلقش از باب نحوه اعتبارات عقلانی می گوید نمی شود.

حالا فرموده اند که: «هذا (یعنی تمام این چیزهایی که ما گفتیم) مع الاغضاء عن صناعة اعمال القواعد اللفظية، و اما مع ملاحظتها فبطالان التوقيت بالمعنى المذكور واضح». چرا؟ چون می گویند ادله ای مثل حیازت و ارث نحوه مالکیتی که ثابت می کنند یک نحوه مالکیت بدون تقیید به زمان و غیره است، و اینکه آیا ملکیتی زمان می پذیرد برگشت به ماهیت ملکیت می کند که آن هم گفتیم که استمراری است.

می فرمایند: «لأن أدلة الارث و أدلة الحيازة و هكذا الى سائر أدلة اسباب الملك لا عموم لها بحسب الازمان، فإنها تدل على حصول صفة الملك، و اما أن الملك مستدام بدوام الزمان أو غير مستدام فلا بد فيه من ملاحظة حقيقة الملكية و ملاحظة أنها من الامور المستمرة أو غير المستمرة. ألا ترى أن تشريع الاسباب الناقلة و جعل الموانع و المزیلات لآثار الاسباب الشرعية كالبيع بالنسبة الى الملك الحاصل بالارث أو الحيازة، و الطلاق بالقياس الى اثر النكاح و نحو ذلك لا يعدّ تخصيصا لعموم تلك الاسباب على التحقيق».

شاهد دوم بر عدم صحت توقیت در ملکیت

این باز یک شاهد دیگری است که مرحوم شیخ فرموده است برای اینکه اسباب حصول ملکیت مثل حیازت و ارث اصل ملک را ثابت می کند، استمرار یا عدم استمرارش برگشت به حقیقت خود ملکیت می کند، اگر ملک مستمر باشد آنچه

که ثابت کرده اند مستمر است، و اگر ملک غیر مستمر باشد پس آنچه که ثابت کرده اند قابل تقطیع است. آنوقت ایشان می خواهند شاهد بیاورد که ملکیت مستمر است، ولذا چیزی که ارث و حیازت ثابت می کند ملکیت مستمره است. می گوید: بیع که می آید یک چیزی را از ملک مالک خارج می کند، نمی آید تخصیص ادله ارث یا ادله حیازت بگیری. فرض کنید آقای رفته حیازت کرده، با احتطاب مالک این حطب می شود. یک وقتی شما می گوئید مالک که می شود مالک قطعات مختلف می شود. آنوقت اگر آمد در یک زمانی بخشی از این ملک را مثلاً فروخت، در یک زمانی مثلاً تا دو هفته ملک خودم هست، از دو هفته بعد بیع می آید سبب می شود برای تخصیص، چون قطعات مختلف است، چند تا فرد از این ملکیت را بیرون کرده است. احتطاب یک سبب است که دلیل احتطاب می آید احتطاب را سبب قرار می دهد، برای چی؟ اگر بگوئیم سبب برای ملکیت های متعدد در عمود زمان است. پس اگر یک ماه بعد من این حطب را فروختم، تا یک ماه ملک من است، چون قطعات است دیگر، یک فردش مال من است که تا یک ماه بعد است، فرد بعدی که مثلاً بیع روی آن آمده است، آن فرد را بیع خارج می کند. دلیل بیع می شود مخصص دلیل احتطاب، دلیل اینکه انسان با حیازت مالک می شود، می شود مخصص آن به حسب آن قطعاتی که در طول عمود زمان بیع روی آنها آمده است.

اما اگر تصویر چیز دیگری باشد، مرحوم شیخ می گوید واضح است که ما بیع را مخصص ادله حیازت نمی دانیم، بلکه بیع آنچه را که حیازت تملیک کرده بود بتمامه بیرون می برد. بیرون می برد نه اینکه تخصیص می زند. آنوقت تصویر این می شود که حیازت در واقع سبب می شود برای مالکیت وحدانی، بیع همین مالکیت وحدانی را از ملک مالک بیرون می برد، نه اینکه تخصیص بزند.

ایشان می فرماید: «ألا ترى أنَّ تشريع الأسباب الناقلة و جعل الموانع و المزیلات لآثار الأسباب الشرعية كالبيع بالنسبة إلى الملك الحاصل بالارث أو الحیازة والطلاق بالقیاس إلى اثر النکاح و نحو ذلك لا یعدّ تخصیصاً لعموم تلك الأسباب علی التحقیق. فلا یقال أن قوله تعالى "احل الله البیع" مخصص لآية الارث كما یظهر بعد التأمل».

بعد ایشان وارد می شود در یک جواب دیگری برای توقیت، که تصویر می کند چگونگی مالکیت ورثه واقف را در بحث ما که دیگر انشاءالله در آنجا ما بحث می کنیم.

نتیجه استدلال مرحوم شیخ

نتیجه بحث تا اینجا این شد که مرحوم شیخ با تصویری که در باب ملکیت کرد و با تفسیری که ما از فرمایش ایشان کردیم یک استدلال متینی برای شرط دوام در وقف ارائه فرمودند، منتهی در ضمن، یک بحث مهم دیگر هم حل شد که

ملکیت چون مستمر است، عقود مملکه کلاً در آنها دوام شرط است، مگر اینکه متعلق و معروض ملکیت از سنخ حرکت و اینجور چیزها باشد، که در آنجا ملکیت معنا دارد تقطیع شود. و ما البته تصویرمان و تصحیحمان به معنای این است که آنجا از باب اینکه عقلاء در ملکیت خودشان و متعلق ملکیت چنین چیزی را پذیرفته اند بنابر این در آنجا توقیت می شود، اما در اعیان و اینها نمی شود. در عقود مملکه دیگر هم همینطور است. حتی در هبه همینطور است. ولذا در کلمات فقهاء دیگر هم این را خواهیم دید.

نتیجه کلی بحث: اثبات اشتراط دوام در وقف

تا اینجا نتیجه این شد که ما چند استدلال بر لزوم دوام در وقف را ثابت کردیم، مثل اجماع، یک بیانی در باب دخالت مفهوم در وقف، که عرض کردیم فقط بر یک صوری ممکن است درست باشد، و استدلال به فرمایش مرحوم شیخ، که به نظر ما روی هم رفته این مسأله تمام است.

سابقه بحث توقیت در ملکیت

منتهی نسبت به کلام شیخ و سابقه این بحث به نظرم باید این تکلمه را حتماً بحث کنیم که سابقه این بحث ملکیت زمانی یا توقیت در ملکیت در کلمات فقهاء چه بوده، که یک سوابقی وجود دارد نه خیلی مفصل، دقت همین است که مرحوم شیخ فرموده است. بعدی ها هم مثل آخوند که بحثش تمام شد اما سید و مرحوم اصفهانی و دیگران به مناسبت در کتاب الاجاره، در مکاسب، بحثهایی مطرح کرده اند که قابل توجه است. مرحوم سید در وقف، مرحوم صاحب جواهر در جواهر، مرحوم کاشف الغطاء در انوار الفقاهة بحث کرده اند، این هم خوب است ما برای تکمیل بحث بیاوریم، گرچه بحث ما از جهت توقیت در وقف تمام است، آن را هم انشاءالله بعد از تعطیلات می آوریم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۰۳
- خلاصه مباحث گذشته ۸۰۳
- تتمیم استدلال مرحوم شیخ انصاری ۸۰۳
- سابقه مسئله در کلمات فقهاء ۸۰۴
- عبارت محقق کرکی در جامع المقاصد ۸۰۴
- عبارت شهید ثانی در پاسخ محقق کرکی ۸۰۵
- مناقشه در پاسخ شهید ثانی ۸۰۵
- عبارات صاحب حدائق ۸۰۵
- عبارت شیخ حسن کاشف الغطاء ۸۰۶
- عبارت صاحب جواهر ۸۰۶
- عبارت تذکره ۸۰۶
- نقض صاحب عروه بر مرحوم شیخ و پاسخ آن ۸۰۷
- استدلال عقلی در کلام مرحوم شیخ ۸۰۷
- اشکال محقق اصفهانی از استدلال عقلی مرحوم شیخ ۸۰۸
- پاسخ اشکال محقق اصفهانی ۸۰۸
- توقف اشکال شیخ انصاری بر تملیک بودن وقف ۸۰۹
- تشکیک برخی در تملیک بودن وقف و پاسخ آن ۸۱۰
- فروع متولد از مسئله ۱۵ ۸۱۱
- امکان انشاء وقف موقت و عدم آن ۸۱۱
- بحث حبس واقع شدن در صورت تمشی قصد ۸۱۲
- تلازم مسئله با حقیقت وقف و حبس ۸۱۲

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث در فرع ۱۵ تحریر الوسیله در مورد وقف موقت بود. در متن تحریر آمده بود که اگر وقف موقت باشد یعنی غایتی مانند یک سال یا ده سال داشته باشد باطل است.

در طی بحث گفتیم اولاً باید بحثی راجع به اشتراط وقف به تأیید صورت گیرد و بعد از اینکه این اشتراط ثابت شد، باید بحث کنیم که آیا می شود وقف را به نحو موقت انشاء کنیم به قصد وقفیت؟ و اگر ممکن است آیا وقف واقع می شود؟ که واضح است که نمی شود. خب اگر وقف واقع نمی شد، آیا حبس است یا نه؟

بعد گفتیم فرع دیگری مطرح است و آن اینکه: اگر انشاء کردیم الی مدة بقصد الحبس، یعنی انشاء وقف کنیم بقصد الحبس، این واقع می شود یا نه؟

و فروع دیگری بود که باید انشاء الله به ترتیب محل بحث قرار بگیرد.

بحث ما فعلاً در اصل مسئله یعنی در اشتراط تأیید بود. ما در اشتراط تأیید ادله مختلف را بررسی کردیم که مهمترین آنها اجماع بود، دلیل بعدی دخالت تأیید در مفهوم وقف بود، و پس از آن ادعای استفاده تأیید از روایات خاصه بود، بعد بحث اصل سالم عن المعارض بود (که معمولاً ما به آن تمسک می کردیم و می گفتیم اگر امکان توقیت ثابت نشد اصل برای ما عدم حصول وقفیت است)، و نهایتاً یک برهان اختصاصی که در کلام شیخ انصاری ره بود که به تفصیل بحث کردیم.

تتمیم استدلال مرحوم شیخ انصاری

ما الان می خواهیم فرمایش شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف را تتمیم کنیم. ایشان فرموده بودند توقیت در باب ملکیت اصلاً معقول نیست. این فرمایش ایشان بحثی بسیار مهمی بود که انحصاری به وقف نداشت. ایشان فرموده بود چون ملکیت معقول نیست که تقیید بشود، در همه عقود مملکه للعین (حالا در منفعت و انتفاع بحث دیگری است) مثل بیع، صدقه، هبه و امثال آن که عین، تملیک می شود تقیید به زمان معقول نیست و صحیح نیست.

ما به تفصیل کلمات ایشان را نقل و بررسی کردیم و بیان شد که دو تفسیر از کلام ایشان وجود دارد. همچنین نقد مرحوم آخوند بر نظر ایشان را نیز به تفصیل بیان کردیم. عرض ما در جواب از نقد ایشان و در دفاع از مرحوم شیخ این بود که عدم معقولیت مورد نظر مرحوم شیخ بعد از فراغ از این است که اعتبار ملکیت در نزد عقلاء خارجا مقید به زمان نیست و مطلق است. لذا بعد از اطلاق ملکیت دیگر در مقام انشاء وقف، معقول نیست که شما تملیک موقت را انشاء کنید. نه اینکه ایشان می خواهد بگوید اصلا اعتبار ملکیت ثبوتا معقول نیست.

این یک تفسیر بود از کلام مرحوم شیخ انصاری. البته قبول داریم که برخی از عبارات مرحوم شیخ شاید ظهور داشته باشد در اینکه اصل ملکیت ثبوتا معقول نیست تقیید شود. ولکن شواهد متعددی از عبارات مرحوم شیخ مخصوصا از تقریرات ایشان در بحث القضاء آوردیم که به نظر ما روشن می کند مقصود ایشان همین است.

سابقه مسئله در کلمات فقهاء

حالا یک سؤال این است که آیا در کلمات قوم هم این مسئله سابقه دارد که بگویند توقیت ملکیت و تقیید ملکیت در مثل اعیان معقول نیست؟

پاسخ این است که بله فرمایش مرحوم شیخ در کلمات قوم سابقه دارد، منتهی هیچ کس به مانند ایشان با چنین تفصیلی مسئله را بحث نکرده است بعد از مرحوم شیخ نیز در واقع هر کس اشاره کرده به فرمایشات ایشان اشاره دارد، گاهی بالصراحة و گاهی بدون نقل مبدأ. بله قدیمی ها فقط به این بسنده کرده اند که برخی ادعا کرده اند که تملیک موقوف معقول نیست. همین مقدار گفته اند و برخی هم به آنها جواب داده اند. که حالا اینها را عرض می کنیم.

عبارت محقق کرکی در جامع المقاصد

تنها کلامی که در واقع از قدیمترها آورده اند بر اینکه تملیک موقت معقول نیست از جامع المقاصد است. ایشان در ضمن همین بحث وقف می فرماید^۱: «إن التملیک لا یعقل موقتا و کذا الصدقة و لا اصل یرجع الیه فی المدعی، لأن کون الوقف مؤبدا أو موقتا إنما یرتفع من الشرع».

^۱ - جامع المقاصد جلد ۹ صفحه ۱۷

عبارت شهید ثانی در پاسخ محقق کرکی

مرحوم شهید ثانی در مسالک همین مطلب جامع المقاصد را نقل می کند و همین عبارت را که «و اجیب عن الاول (از این بحث هایی که خودشان دارند) بأن التملیک لم یعقل موقتا و کذا الصدقة»^۱.

منتهی خود شهید ثانی ره این را قبول ندارد که تملیک موقت معقول نیست. ایشان در صفحه بعد به استدلال جامع المقاصد اشکال می کند، می فرماید^۲: «و فیه نظر، لأن التملیک الموقت متحقق فی الحبس و اخویه و هذا منه».

در جواب فرموده اند تملیک موقت می شود مثل حبس و همینطور سکنی و عمری که اخوین حبس هستند، و هذا منه که وقف هم از این قسم است.

مناقشه در پاسخ شهید ثانی

روشن است که این جواب صاحب مسالک صحیح نیست. در حبس، تملیک عین نمی شود، در عمری و سکنی هم همینطور است تملیک عین نمی شود. آن چیزی که محقق کرکی فرموده در تملیک اعیان است، گرچه عبارتشان ظاهرا تصریح نکرده ولی با مثالی که به وقف خاص و صدقه زده است مرادشان واضح است. وگرنه ایشان می توانست به حبس مثال بزنند. پس بحث جامع المقاصد در تملیک اعیان است، اما نقض شهید ثانی در مسالک به منافع است لذا واضح است که درست نیست زیرا در حبس و اخویه ما تملیک عین نداریم.

عبارات صاحب حدائق

در موارد دیگری نیز همین مطالب تکرار شده است. صاحب حدائق در ضمن بحثی می فرمایند^۳: «لم یعقل فی التملیک کونه موقتا بمدة و کذا الصدقة». که تکرار همین فرمایش جامع المقاصد است.

^۱ - مسالک جلد ۵ صفحه ۳۵۴

^۲ - همان صفحه ۳۵۵

^۳ - حدائق جلد ۲۲ صفحه ۱۳۸

عبارت شیخ حسن کاشف الغطاء

مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء در انوارالفقاهة بعد از اینکه همین مطالب قائلین به امکان وقف موقت را آورده اند، در ذیل می فرمایند:^۱ «و فی الجميع نظر، لمنع جواز التوقیت فی التملیک و الصدقة لأنّ المعهود من مشروعیتها بنائهما علی الدوام فلا یتبع فیهما اختیار المالك، و الحبس إنما جاء الدلیل بجواز التوقیت فی التملیک به».

در اینجا فرمایش مرحوم کاشف الغطاء نزدیکتر شده است به آن تفسیری که ما از کلام مرحوم شیخ کردیم. اینکه ایشان می فرماید: معهود از مشروعیت تملیک در اینجا و در صدقه بنائشان بر دوام است، فلا یتبع فیهما اختیار المالك، {ناظر به تحقق اعتبار عقلاء در خارج است}.

عبارت صاحب جواهر

در جواهر هم در همین بحث توقیت گرچه ایشان بحث توقیت را از باب آن ادعاهایی که شده است مردود نمی دانند، منتهی می گویند:^۲ «لیس هذا من التوقیت فی الملك أو فی الوقت الذی قد حکینا الاجماع علی عدم جوازه».

از اینجا روشن می شود که ایشان اصل عدم امکان توقیت در ملک و در وقف را قبول دارد و فرماید اجماع بر عدم جوازش هست. منتهی تصحیحی که ایشان می کند از جهت دیگری است، ایشان می گویند ممکن است که سبب نقل، الی غایه باشد، نه ملکیتش که توقیت در ملکیت باشد. شبیه این کلام را از شیخ انصاری در بحث خودش آوردیم.

به هر حال از این عبارت صاحب جواهر هم پیدا می شود که ایشان هم قبول دارد که توقیت در ملک و در وقف به این معنا، درست نیست.

عبارت تذکره

عبارت دیگری هم از تذکره هست. که در آنجا در بحث هبه طبع قدیم تذکره می فرماید:^۳ « لو وقف الهبة فی غیر العمری و الرقبی فقال وهبتك هذا سنة او الی ان يقدم الحاج او الی ان يبلغ ولدی او مدة حیاتی او مدة حیاتك او نحو ذلك

^۱ - انوار الفقاهة کتاب الوقف صفحه ۱۲

^۲ - جواهر الکلام جلد ۲۸ صفحه ۵۸-۵۹

^۳ - تذکره الفقهاء (طبع قدیم) جلد ۱ صفحه ۴۴۹.

لم یصح لأنها تمليك للرقبة فلم تصح موقته كالبيع بخلاف العمرى والرقبى». پس ایشان هم تمليك للرقبة را به نحو موقت درست نمی دانند.

بنابر این در مجموع، کلماتی که داریم از این قسم است، یعنی هیچ کسی مانند شیخ انصاری اعلی الله مقامه این مسئله را به آن وجه دنبال نفرموده و تحلیل نفرموده اند الا همین چند کلمه ای که در کلمات قوم هست.

نقض صاحب عروه بر مرحوم شیخ و پاسخ آن

همین فرمایش شیخ از ناحیه عده ای مورد اشکال قرار گرفته است. من جمله مرحوم سید صاحب عروه در همین بحث وقف این مسئله که توقیت در ملکیت معنا ندارد را نفی کرده است و می گوید ما می توانیم وقف کنیم چیزی را لزید الی سنة ثم علی الفقراء.

اگر دوستان توجه کنند، این نقض مرحوم صاحب عروه هم در واقع عین همان نقض مرحوم آخوند به شیخ انصاری است که پاسخ آن به تفصیل بیان شد که اصلاً مرحوم شیخ در این مثال قبول ندارد که ملکیت توقیت شده است. فرمایش شیخ ره خیلی فرمایش دقیقی است. کما اینکه در بطون در باب وقف هم قبول ندارد که ملکیت توقیت شده است. بلکه ایشان معتقد است که یک ملکیت مطلقه و مرسله برای همه بطون هست منتهی به این نحوه خاص که در کل زمان یک مصداق پیدا می کند. نه اینکه ملکیتشان موقت است. گوئی بطون همه شریک هستند منتهی شرکائی هستند که برخلاف شرکائی که در زمان جمع می شوند در عمود زمان جمع شده اند، لذا در کل زمان یک شریک بیشتر وجود ندارد. و الا کل شریک ملکش مطلق و مرسل است اینطور نیست که ملکش موقت باشد، منتهی شریکی است که شریک دیگرش در این زمان موجود نیست و شرطش این است که بعد از موت او باشد. یک همچنین شراکت عجیب و غریبی در طول عمود زمان را مرحوم شیخ تصویر کرده، لذا این فروض را جواب داده است. پس این هم درست نیست.

استدلال عقلی در کلام مرحوم شیخ

بله در ضمن فرمایش مرحوم شیخ انصاری یک مطلبی بود که ایشان در لابلاي بحث گوئی به بعض وجوه عقلانی هم تمسک می کند. گوئی مرحوم شیخ انصاری برای استدلال بر عدم توقیت به یک بحث فلسفی رجوع کرده که اعراض قارّ مثل سیاهی و سفیدی و مثل ملکیت در بحث ما اینها شبیه اعیان هستند، و اعراض قارّ که متدرج در زمان نیستند مثل خود اعیان که متدرج در زمان نیستند اینها قابل توقیت نیستند، بنابر این ملکیت هم قابل توقیت نیست. توقیت در امور متدرجه است. این هم در لابلاي فرمایش ایشان بود.

که همانجا هم ما عرض کردیم که این بحث به لحاظ فلسفی قابل تأمل است از جهات مختلفی، که دیگر چون نیازی به آن نبود خیلی وارد بحث نشدیم.

اشکال محقق اصفهانی از استدلال عقلی مرحوم شیخ

مرحوم اصفهانی در بحث اجاره به این مطلب پرداخته و نظر مرحوم شیخ در این بحث فلسفی را درست نمی داند. می فرمایند: درست است که در امور قارّ (حالا اعراض هستند یا امثال آن) تدرج نیست و در واقع این امر قارّ بالذات زمانی نیست و دارای زمان نیست، اما ما می توانیم بگوئیم که به لحاظ زمانی که همراه این شیء واقع می شود و به تعبیری مرور بر این شیء می کند می توانیم قطعاتی از زمان را ما تشخیص بدهیم و به لحاظ این قطعات این شیء را هم توأم با او ملحوظ کنیم. یک چنین چیزی ممکن است. می فرمایند: «إن ملكية الواقف المجعولة لجميع البطون ملكية واحدة مرسله و الواحد لا يتكثر و لا يتبعض، و حیث إنها عرض غیر قارّ (ظاهرا عبارت غلط است و درستش عرض قار است) فلا تتجدد و لا تنقید بالزمان فلا معنی لتقطيعها و تحدیدها بالازمنة لیكون تملیکا لجميع البطون لثلا تكون لكل منهم ملكية مرسله».

این عبارت بیان مرحوم شیخ را تقریر می کند. منتهی بعد ایشان جواب می دهد که: درست است که اینها عرض قار هستند و تدریجی نیستند، و لکن می شود ما بگوئیم بالاخره اینها توأم با زمان هستند و زمان بر اینها مرور می کند، حتی در اعیان هم به معنایی اینطوری است که بالاخره می توانیم اینها را توأم با زمان بگیریم. بالاخره کتاب هم در بستر زمان قابل تصویر است. آنوقت ما تقطیع کنیم کتاب امروز، کتاب فردا. درست است که کتاب بما هو هو امروز و فردا ندارد، اما می توانیم با زمان لحاظش کنیم کما اینکه با اوصاف خارج از ذات هم ما می توانیم لحاظشان کنیم.

بنابر این اشکالی که مرحوم اصفهانی بر فرمایش شیخ ره گرفته اند این است.

پاسخ اشکال محقق اصفهانی

ما در جای خودش جواب دادیم که درست است که این اشکالات بر این بحث فلسفی وارد است. حتی ما عرض کردیم که بنابر مسلک حرکت جوهری حتی جواهر هم در ماهیت خودشان قارّ نیستند. منتهی به نظر می آید اصلا ورود

این بحث های فلسفی در اینجا بی معنا باشد، چون ملکیت یک اعتبار است و یا یک امر منتزع از اموری است که مجعول اند. و معنا ندارد انسان اینها را در یک بعد فلسفی ببرد، بلکه باید ببیند این قابل تقیید هست یا نه.

منتهی اگر دوستان یادشان باشد ما کلام مرحوم شیخ انصاری را جوری تفسیر کردیم که این اشکالات به آن وارد نیست. می گوئیم اصلاً فرمایش ایشان از باب این است که خارجاً اعتبارات عقلائی در اعیان موقت نیستند. دیگر این استدلالهای فلسفی پیاز داغ های بحث بود، و الا اصل مسئله اینها نبود.

و لذا ما فرمایش محقق اصفهانی را صحیح می دانیم که اگر کسی بخواهد روی این استدلال فلسفی پافشاری کند جوابش این است که همانطور که ایشان فرموده در مقام تقیید و تضییق لازم نیست ما به اموری تقیید کنیم که داخل در ذات شیء باشد، بلکه به امور خارج از ذات هم می شود تقیید کرد. زمان، خارج از ذات این امر قارّ است، خب باشد. مثل امور خارجیه دیگر که توأمیت آنها را می توانیم لحاظ کنیم و شیء را تقیید کنیم. طبیعتی توأم با سیاهی، توأم با سفیدی، توأم با زمان خاص. اینها را می شود تصور کرد. منتهی عرض ما این است که اصلاً ماهیت و نکته اصلی بحث شیخ اینها نیست تا بخواهیم بر اساس اینها ما فرمایش مرحوم شیخ را رد کنیم.

تا به اینجا به نظر من استدلال مرحوم شیخ استدلال صحیحی است، و این اشکالات هم به آن وارد نیست. شبهه و نقضی را که هم مرحوم آخوند و هم مرحوم سید و شاید عده دیگری به مرحوم شیخ وارد کرده اند در وقف علی زید ثم علی الفقراء جوابش داده شده است، که مرحوم شیخ اصلاً به آن صورتی که شما می گوئید قبول ندارد و ملکیت را در اینها مضیق و موقت نمی داند.

توقف اشکال شیخ انصاری بر تملیک بودن وقف

یک بحث در کلمات مرحوم باقی می ماند و آن اینکه آیا اصلاً وقف تملیک است تا این بحث ها پیش بیاید؟ مرحوم شیخ فرموده بود که واضح است که تملیک است. خصوصاً در وقف خاص، وقف تملیک است به اشخاص.

تشکیک برخی در تملیک بودن وقف و پاسخ آن

و لکن می دانیم عده ای این را قبول ندارند، مثل مرحوم سید و شاید قبل از ایشان و بعد از ایشان ممکن است کسانی این را قبول نداشته باشند. اینکه ما بگوئیم وقف ایقاف که مرحوم سید فرموده، این از جمله موارد عدم پذیرش ملکیت است.

منتهی به نظر می رسد (که در بحث های آتی خواهد آمد) که در وقف خاص علی الظاهر ما به لحاظ ادله اثباتی راهی جز بحث تملیک نداریم، و کلمات فقهاء هم مشحون از این است که در اوقاف خاص تملیک است. بله در وقف عام یا در مساجد ممکن است کسانی اینطور بگویند که در آنجا فقط تحریر یا ایقاف است و تملیک به کسی نیست. اما در وقف خاص به نظر می آید تملیک است، که البته بحث مستوفایی را می طلبد که انشاء الله در فروع آتی این را به تفصیل بحث خواهیم کرد. فعلا اینجا نقدا عرض می کنیم که فرمایش شیخ همانطور که خودشان هم عنایت داشته اند متوقف است بر اینکه اینجا ما قائل باشیم که وقف تملیک است و ایشان هم می گوید که واضح است که تملیک است. لذا بر اساس این، این بحث ها را کرده اند.

تا به اینجا نتیجه این شد که اشتراط وقف به تأیید با چند دلیل اثبات می شود، یکی اجماع بود که ما قبول داریم، و فرمایش مرحوم شیخ هم به نظر ما تمام است.

اگر کسی ادعا کند که اعتبارات عقلائی در باب ملکیت اینطور نیست. ما جوابمان یک بحث اثباتی است، می گوئیم مراجعه به عقلاء در باب ملکیت اعیان واقعا فرمایش شیخ را تأیید می کند، و ما در وقف، در صدقه، در باب هبه، در بیع ما در اینها ملکیت های مقیده نداریم. البته در بیع و جاهای دیگر کسانی به وجوه دیگری هم جواب گفته اند عدم توقیت را، مثل مرحوم سید که برای توقیت در ملکیت مانع ثبوتی قائل نیست، اما می گوید در بیع دلیل داریم.

عرض ما این است که در همه اینها فرمایش مرحوم شیخ درست است، اعتبارات عقلائی در باب ملکیت مانع این حرفها است.

این تمام الکلام در فرمایش مرحوم شیخ انصاری و در اشتراط وقف به تأیید.

فروع متولد از مسئله ۱۵

حالا می آییم سراغ فروعی که از این مسئله زائیده می شود:

امکان انشاء وقف موقت و عدم آن

فرع اول این است که وقتی وقف اشتراط به تأیید دارد در بحث ملکیت. ما نمی توانیم وقف را موقتا ایجاد کنیم. حالا سؤال این است که اگر کسی وقف را موقتا انشاء کند به قصد الوقفیه چه می شود؟

یک بحث اینجا هست که آیا اصلا همچنین انشائی ممکن است؟ ما در بحث های سابق از شهید ثانی و برخی دیگر آوردیم که اصلا انشاء الوقف موقتا بقصد الوقفیه یعنی انشاء وقف موقت غیر معقول است. بخاطر اینکه چون وقف مشروط است به تأیید، خب اگر طرف بخواهد قاصد حقیقی باشد اصلا قصدش متمشی نمی شود. وقفی که مشروط به تأیید است شما چطور می خواهید در این موقتا قصد وقفیت هم بکنید؟! معنا ندارد. در کلام شهید و دیگران آمد و ما هم بحث کردیم و عبارتشان را هم آوردیم

پس ما در فرع اول متفرع بر اشتراط تأیید، می گوئیم وقف موقت به قصد الوقفیه اصلا از واقف متمشی نمی شود. بنابر این دیگر جای این بحث وجود ندارد که بگوئیم آیا حبسا واقع می شود یا نه. وقتی که قصد متمشی نشد، انشاء وقف موقت بقصد الوقفیه متمشی نشد، معنا ندارد موضوع حبس قرار بگیرد. اینکه وجهی ندارد.

برفرض متمشی قصد وقفیت در برخی موارد، ولی بخاطر فقد شرط تأیید، وقف باطل است

منتهی این مطلب که چنین قصدی از واقف متمشی نمی شود مطلق نیست. مثلا فرض کنید که واقف جاهل باشد به این حکم، نداند که آیا تأیید شرط است در وقف یا نه، جاهل باشد یا ناسی باشد، خب اینجا از او متمشی می شود. وقف می کند موقتا و بقصد الوقفیه. حالا اینجا سؤال مطرح می شود که آیا وقف صحیح است؟ اینکه واضح است که صحیح نیست. لازمه اشتراط وقف به تأیید این است که چنین وقفی باطل باشد.

پس ما یک جاهایی را می گوئیم اصلا قصد از واقف متمشی نمی شود و از باب بلا قصد بودن باطل است، یک جاهایی را هم می گوئیم نه، ممکن است تصور بشود که قصد هم از واقف متمشی شود، واقف وقف کند موقتا بقصد الوقفیه، منتهی می گوئیم بر اساس آنچه که در مرحله قبل ثابت کردیم که وقف مشروط است به تأیید، این وقف باطل است.

بحث حبس شدن در صورت تمشی قصد

حالا سؤال دیگر این است که در جاهایی که قصد تمشی نمی شود که واضح است، اما در جاهایی که قصد تمشی می شود این انشاء وقف بقصد الوقفیه وقف را محقق نمی کند، این روشن است، اما می شود حبس باشد یا نه؟ این بحث است. این فرع دیگری است که ما باید این را بحث کنیم.

تلازم مسئله با حقیقت وقف و حبس

این مسئله به بحث های دیگری گره می خورد. از جمله اینکه حقیقت حبس و وقف با هم فرق می کند یا نه؟ اگر دو تا حقیقت جدا از همدیگر باشند، دو تا حقیقت مجزا و مختلف باشند، خب اگر ما وقف موقت کردیم و قصد کردیم عنوان وقفیت را (آنجایی که قصد تمشی می شود) و وقف هم واقع نشد، چرا حبس واقع شود. عناوینی که در معاملات آمده اند اگر مختلف هستند ما باید قصد خود آن عنوان را بکنیم تا واقع شود. شما که قصد حبسیت نکردید. انشاء حبسیت هم که نکردید. بلکه انشاء کردید عنوان وقف را، قصد هم کردید وقفیت را، وجهش چیست که حبس واقع بشود. بنابر اینکه حبس و وقف دو تا ماهیت مختلف باشد، به نظر می آید که وجهی برای تصحیح حبس در این فرض (انشاء وقف موقت بقصد الوقفیه در آنجایی که قصد تمشی هست) این وجهی ندارد که حبس باشد.

تا ببینیم بزرگانی که برخی ادعا کرده اند این را چطور می خواهند تصحیح کنند.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۱۳
- خلاصه مباحث گذشته ۸۱۳
- بررسی دو روایتی که ادعا شده است بر صحت وقف موقت دلالت دارند. ۸۱۴
- روایت علی بن مهزیار ۸۱۴
- بررسی متن روایت و جواب امام علیه السلام ۸۱۵
- بررسی مفاد خبر منقول در روایت با قطع نظر از ذیل ۸۱۶
- عدم دخول وقف مؤبد در وقف الی وقت معلوم ۸۱۶
- جواب شیخ طوسی از اجمال روایت (وقت معلوم به معنای اجل نیست بلکه به معنای موقوف علیهم است) ۸۱۷
- ظاهر فرمایش شیخ ره عدم پذیرش وقف موقت با عنوان حبس است ۸۱۷
- بررسی عبارت و کان هذا تعارفا بینهم در کلام شیخ طوسی ۸۱۸
- روایت محمد بن حسن صفار ۸۱۸
- بررسی روایت و ادعای تحریف در روایت ۸۱۹
- توجیه روایت توسط عده ای از فقهاء ۸۱۹
- بررسی نسبت بین دو روایت از منظر شیخ و سید یزدی رحمهما ۸۲۰
- اشکالات مرحوم سید یزدی به شیخ ره ۸۲۰
- دو اشکال به تفسیر صاحب عروه ۸۲۱

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در اشتراط وقف به تأیید بود و فروعاتی که بر این بحث مترتب می شد.

در پایان جلسه گذشته عرض شد یکی از این فروعات این است که اگر وقف {موقت} را انشاء کند و قصد وقفیت نیز داشته باشد، بنابر اشتراط وقف به تأیید این {عقد} باطل است وقفا، اما آیا حبسا درست است یا نه. بنا بود این فرع را دنبال کنیم و ببینیم به چه نتیجه ای می رسیدیم.

بررسی دو روایتی که ادعا شده است بر صحت وقف موقت دلالت دارند.

منتهی بعد این نکته به ذهن آمد که ما در بحث قبل همانجایی که در باره اشتراط به تأیید بحث کردیم باید روایت را بحث می کردیم که قبلا هم قول دادیم بحث کنیم ولی جا ماند. و آن دو روایتی است که هم مرحوم شیخ طوسی ره نقل کرده و هم در کافی و فقیه به شکل دیگری آمده است. فعلا این را باید بحث کنیم، چون عده ای از فقهاء اجلاء ادعا فرموده اند که این دو روایت حالا وقفا یا حبسا ثابت می کنند صحت وقف غیر مؤید را. ما این دو روایت را باید بحث کنیم ببینیم مدلول این دو روایت چیست و آیا فرمایش این بزرگان استفاده می شود یا نه.

این دو روایت در باب هفتم از ابواب وقوف و صدقات در وسائل جلد ۱۹ صفحه ۱۹۲ باب اشتراط تعیین الموقوف علیه و الدوام فی الوقف، نقل شده اند. که در استبصار جلد ۴ صفحه ۱۲۲ باب دوم باب من وقف وقفا و لم يذكر الموقوف علیه است. عین روایت را مرحوم صاحب وسائل آورده اند، منتهی مرحوم شیخ طوسی یک بیانی دارند در ذیل روایت اول که بعضی از آن را صاحب وسائل نقل فرموده ولی یکی دو سطر را که آن هم اثر گذار است نیاورده است. لذا من از استبصار می خوانم. هر دو روایت از طریق شیخ طوسی صحیح است.

روایت علی بن مهزیار

روایت اول: «علي بن مهزيار قال قلت روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة و أنت أعلم بقول آبائك فكتب عليه السلام هو عندي كذا».

خب این روایت علی بن مهزیار است از امام هادی سلام الله علیه. مضمون این روایت لااقل در ظاهر اولی اش این است که هر وقفی اگر تا یک وقت معلوم باشد فهو واجب علی الورثة. واجب علی الورثة یعنی ورثه باید انفاذش کنند، یعنی بالالتزام معنایش این است که وقف درست اسیت و فرض است بر ورثه که این را انجام بدهند یعنی به وقف عمل کنند.

بعد در سؤال سائل است که: و کل وقف الی غیر وقت جهل مجهول. ظاهراً جهل اینجا صفت بعد از صفت است، مجهول هم می تواند همین باشد که صفت بعد از صفت باشد، یا خبر باشد که فهو باطل خبر دوم باشد، ولی صفت باشد بهتر است که صفت تأکید جهل باشد. و هر وقفی که تا زمان غیر معلوم باشد که آن زمان جهل باشد یعنی مجهول باشد، که مجهول مؤکد آن جهل قبلی است، فرموده اند وقفی که تا زمان غیر معلوم باشد فهو باطل مردود علی الورثة. وقف الی غیر وقت یعنی ظاهراً اگر اینطور باشد که بگویند وقف کردند تا زمانی، یعنی زمانش مجهول باشد. آنوقت اینجا راوی خدمت امام هادی علیه السلام عرض می کند که انت اعلم بقول آبائک، شما بهتر می دانید که آبائتان چه فرمودند. در این مکاتبه امام علیه السلام نوشتند هو عندی کذا، یعنی مطلب نزد من همین است.

یک مطلب راجع به جواب امام داریم، و یک مطلب هم راجع به متن باید عرض کنیم.

بررسی متن روایت و جواب امام علیه السلام

ظهور اولی متن این است که اگر وقف تا یک وقت معلوم باشد این وقف نافذ است و بر ورثه واجب است که به این وقف عمل کنند. که ظاهرش این است که اگر وقف کند الی سنة یا الی عشر سنوات پس وقفش درست است. یعنی ظاهر اولی این است که همان چیزی که محل بحث ما بود در اینکه توقیت در وقف آیا درست است یا نه، آیا موجب بطلان می شود یا نه، آیا شرط است تأیید یا نه، نسبت به این فرض ظاهراً در همین فقره می فرماید که اشکالی ندارد و درست است. آن کل وقف الی وقت معلوم ظاهرش این است که تا یک زمان معینی مثل یک سال، پنج سال، ده سال.

بعد در سؤال این است که «و کل وقف الی غیر وقت». الی غیر وقت به قرینه بالا یعنی الی غیر وقف معلوم، چون صفت جهل دارد، الی غیر وقت یعنی الی غیر وقت معلوم یعنی جهل مجهول باشد، وقتی که مجهول است، گفته اند این باطل است. بعد امام علیه السلام نوشتند که هو عندی کذا، مطلب نزد من همینطور است.

خب اگر سؤال سائل از اصل نقل باشد که یعنی می خواهد پرسد آیا این خبری که بعض موالی شما از آبائتان نقل کرده اند آیا این خبر درست است یا نه، و امام بفرمایند هو عندی کذا، خب جواب متناسب با سؤال است یعنی گویا امام فرموده اند مطلب پیش ما از همین قرار است یعنی روایت درست است.

اما اگر سؤال سائل از تفسیر باشد، سؤال سائل این است که یعنی چه اینکه کل وقف الی وقت معلوم، یا کل وقف الی غیر وقت جهل مجهول اولی صحیح دومی باطل یعنی چه؟ سؤال از تفسیر صحیح و سقیم این دو قسم باشد. اگر این باشد آنوقت جواب امام ظاهراً دیگر متناسب نیست با این سؤال. سؤال اصلاً از این است که اصلاً معنای این چیست که

وقف الی وقت معلوم، یکی دیگر این است که وقف الی غیر وقت جهل مجهول معنای این چیست. آنوقت امام بفرماید هو عندی کذا، این جواب با این سؤال تناسب ندارد.

آنوقت ممکن است توجیه این باشد که چون مکاتبه است و امام خوف این را داشته اند که به دست اجانب بیفتد لذا اینطور سربسته فرموده اند هو عندی کذا، با اینکه متناسب نیست.

لذا باید این مطلب را حل کنیم که سؤال از تفسیر است یا سؤال از خبر است.

بررسی مفاد خبر منقول در روایت با قطع نظر از ذیل

این راجع به توجیه وفهم آن ذیل است و منافاتی ندارد که علی بن مهزیار روایت بعض موالی از آباء را نقل کرده است ببینیم مفاد این نقل لولا آن ذیل چیست.

در وهله اولی ظاهرش شمول روایت نسبت به مورد بحث ما است که وقف الی سنة است. اگر این را بگوئیم وقف مؤبد چه می شود؟ آیا وقف مؤبد داخل دروقف الی غیر وقت جهل مجهول است؟ اینکه درست نیست. وقف مؤبد که قدرمتیقن از صحت است، نمی شود داخل باشد در وقف الی غیر وقت جهل مجهول که باطل است. پس علی القاده باید داخل باشد درکل وقف الی وقت معلوم.

عدم دخول وقف مؤبد در وقف الی وقت معلوم

منتهی یک تأملی لازم است و یک تردیدی برای انسان هست که آیا وقف های دائم که در کلمات ائمه اطهار سلام الله علیهم هم آمده است که مثلاً این وقف بر فقراء و مساکین است حتی یرث الله السموات و الارض، آیا واقعا این تعبیر هم داخل در وقف الی وقت معلوم می شود. درست است که تعبیر حتی یرث الله دارد، ولی واقعش این است که تعبیر الی وقت معلوم بعید است که تطبیق بشود بر مثل حتی یرث الله. حتی یرث الله السموات و الارض ظاهراً مصداق وقت معلوم نیست.

اگر اینطور باشد آنوقت اجمالی در روایت پیش می آید که چطور روایت که دارد معیار برای وقف صحیح و غیر صحیح می دهد و می گوید وقف صحیح وقفی است که الی وقت معلوم است، و وقف غیر صحیح وقفی است که الی غیر وقت جهل مجهول است، سؤال این است که وقف مؤبد در دومی که قطعاً داخل نیست، چون وقف مؤبد صحیح است، پس باید داخل در اولی باشد، ولی علی الظاهر عنوان اولی الی وقت معلوم تطبیق نمی شود بر وقف مؤبد که قدر متیقن از اوقاف است.

این سؤالی است که در ذهن می آید و یک قدری مضمون روایت را مجمل می کند. مگر کسی تمهل کند بگوید وقف دائم هم وقف الی وقت معلوم است. که پذیرفتن این دشوار است.

جواب شیخ طوسی از اجمال روایت (وقت معلوم به معنای اجل نیست بلکه به معنای موقوف علیهم است)

مرحوم شیخ طوسی چون تأیید را در وقف شرط می کند که اینجا هم تصریح می کند، می فرماید این روایت با توجه به اخباری که در باب اول خواندیم که متضمن شرط تأیید است، (که فرمود: الباب الاول المتضمنة لشرط کتاب الوقف ومتی لم یکن مؤبدا لا یصح علی کل حال)، لذا می گوید باید برای این روایت معنای دیگری کنیم، و مقصود از الی وقت معلوم وقت به معنای اجل نیست. کل وقف الی وقت معلوم نه این است که یعنی الی اجل معلوم. نه این نیست. مقصود از وقت یعنی موقوف علیهم، مقصود از این است که کل وقف الی وقت معلوم یعنی بر موقوف علیهم معلوم باشد، در مقابل موقوف علیهم مجهول، که بگوید من وقف کردم ولی موقوف علیهم را ذکر نکند. در مقابل او است.

خب چه شاهی دارد؟ می فرماید به شهادت روایت بعدی که آن هم صیحه صفار است از امام عسکری سلام علیه که در آنجا تقریبا تصریح شده که مقصود از موقت یعنی وجود موقوف علیهم است یعنی موقوف علیهم داشته باشد.

قبل از اینکه آن روایت را بخوانیم متن فرمایش شیخ طوسی اعلی الله مقامه این است که می فرماید: «قال محمد بن الحسن الوقف ومتی لم یکن مؤبدا لا یصح صحیحا علی ما تضمنته الاخبار الاولیة فی الباب الاول المتضمنة لشرط کتاب الوقف ومتی لم یکن مؤبدا لا یصح علی کل حال و المعنی فی هذا الخبر أن یكون قوله "کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب" معناه أنه إذا کان الموقوف علیه مذكورا، لأنه إذا لم یذكر فی الوقف موقوف علیه بطل الوقف. و لم یرد بالوقت الاجل. و کان هذا تعارفا بینهم و الذی یدل علی ذلک ما رواه محمد بن الحسن الصفار»، که می رسیم.

ظاهر فرمایش شیخ ره عدم پذیرش وقف موقت با عنوان حبس است

این فرمایش شیخ طوسی ره ظاهرش این است که می خواهد بگوید هر کجا مؤبد نباشد باطل است، که تقریبا به این تصریح دارد. آنوقت نسبت به فرع آتی یعنی حبس بودن این عقد همانطور که فقهاء تذکر داده اند ظاهرا شیخ طوسی این است که صحت این انشاء را حتی به عنوان حبس هم قبول ندارد. پس وقف نمی داند چون اشتراط به تأیید را قبول دارد و

۱- استبصار جلد ۴ صفحه ۱۲۴ (تصحیح آقای غفاری)

ظاهر این است که حتی به عنوان حبس هم قبول ندارد و می گوید اگر مؤید نبود باطل است، و متی لم یکن مؤیداً لا یصح علی کل حال. این یک نکته ای است که نسبت به استنباط بعدی فقهاء از این روایات باید در ذهن داشت.

بررسی عبارت و کان هذا تعارفاً بینهم در کلام شیخ طوسی

نکته دیگر در مورد فرمایش ایشان در استفاده از کلمات امام عسکری سلام الله علیه، این است که ایشان فرموده و کان هذا تعارفاً بینهم. این فرمایش شیخ طوسی مسلماً در نظر ما در این زمان خلاف ظاهر است. خب عبارت این است که ان کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة، ایشان می فرماید این «الی وقت معلوم» که ظاهر اولی وقت، اجل است؛ اجل مراد نیست و موقوف علیهم مراد است و بعد هم فرموده اند و کان هذا تعارفاً بینهم که وقتی می گویند «وقت» مقصودشان موقوف علیهم باشد. خب این یک مقداری قابل توجه است.

ما الان فرمایش شیخ طوسی را خلاف ظاهر می دانیم، منتهی ما در قرن ۱۵ هستیم، اینکه بگوئیم شیخ طوسی در قرن ۵ عبارتی که فرموده اند هذا تعارفاً بینهم درست نیست و خلاف ظاهر است یک قدری دشوار است. مقصودم این است که ما برای فرمایش شیخ طوسی به عنوان یک شخصی که هم با روایات کار کرده و هم با کتب فقهاء و هم اصول و کلام و هم لغت چون ایشان تفسیر دارد و در تفسیرش خیلی به معنای لغوی مراجعه کرده، ایشان وقتی می گوید این معنا کان تعارفاً بینهم به نظرم یک گزارش و خبری است از یک کارشناس برجسته که کلاً هم نمی شود به آن بی اعتناء بود. بنابر این در بحث بعدی ما باید برای فرمایش ایشان هم یک حسابی باز کنیم، به راحتی نمی شود این حرف را کنار گذاشت.

روایت محمد بن حسن صفار

مرحوم شیخ طوسی علاوه بر اینکه می گوید این تعارف بوده، می فرماید والذی یدل علی ذلک ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال:

کتبت الی ابی محمد علیه السلام: أسأله عن الوقف الذي یصح کیف هو؟ فقد روی أن الوقف إذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة، و إذا کان موقتاً فهو صحیح ممضی، قال قوم: إن الموقت هو الذي یذكر فيه أنه وقف علی فلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساکین إلی أن یرث الله الأرض و من علیها، قال و قال آخرون: هذا موقت إذا ذکر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم یذكر فی آخره للفقراء و المساکین إلی أن یرث الله الأرض و من علیها، و الذي هو غیر موقت أن یقول: هذا وقف و لم یذكر أحداً. فما الذي یصح من ذلك و ما الذي یبطل؟ فوقع علیه السلام: الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله.

بررسی روایت و ادعای تحریف در روایت

این روایت هم از جهاتی نیاز به تأمل دارد:

اولاً: محمد بن حسن صفار نقل می کند که روایت شده است از ائمه اطهار علیهم السلام که وقف اگر غیر موقت باشد باطل است، و اگر موقت باشد صحیح و ممضه است. این دو تا کبری ذکر شده است. بعد دو تا تفسیر از قوم در مورد این موقت و غیر موقت نقل کرده اند: یک تفسیر این است که موقت آن چیزی است که در آن ذکر می شود که وقف بر فلان شخص و اولادش و وقتی اینها منقرض شدند بر فقراء و مساکین الی آن یرث الله. یعنی مؤبد است. پس موقت را اینطور معنا کرده است که وقف است بر اشخاص و اولاد و بعد هم للمساکین الی آن یرث الله، یعنی تصریح شده است که ادامه باشد، و کسانی را ذکر کرده که به لحاظ شخصیتی دوام دارند مثل فقراء و مساکین.

قال و قال آخرون، عده دیگری جور دیگری تفسیر کرده اند گفته اند: موقت آن چیزی است که در آن ذکر بشود که این وقف برای این شخص و اولادش است و دیگر آخرش نیاورند که للفقراء و المساکین، یعنی شبیه وقف غیر مؤبد است. اینها موقت شدند. آنوقت غیر موقت چیست؟ گفته اند غیر موقت آن است که فقط بگویند وقف و نگویید برای چه کسی و بر چه کسانی وقف است و موقوف علیهم کیست. این غیر موقت است. حالا سؤال از این است که کدام تفسیر صحیح است و کدام باطل است.

ظاهرش این است که دو تفسیر {از موقت} نقل کرده و در مقابل دو این تفسیر، غیر موقت را گفته هذا وقف بدون ذکر موقوف علیهم. دارد می پرسد کدام وقف درست و کدام باطل است. آنوقت توقیع مبارک صادر شده است که الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله.

خب اگر دقت کنیم ظاهراً این جواب به سؤال در یک فروض نمی خورد. سؤال از این بود که کدام درست است و کدام درست نیست، فرموده اند الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله.

لذا بعضی ها گفته اند گویا در این روایت تحریفی رخ داده باشد که جواب به سؤال نمی خورد.

توجیه روایت توسط عده ای از فقهاء

منتهی عده ای از بزرگان فقهاء مثل صاحب جواهر، صاحب ریاض و مرحوم سید می فرمایند نه، (هر چند این بزرگان در نحوه تصحیح روایت با هم مختلفند). مثلاً مرحوم سید می گوید هر دو روایت صحیح است و دومی هم لبش این است دو تا کبری کلی ذکر شده است که وقف غیر موقت باطل و وقف موقت صحیح است. دو تا تفسیر هم برایش آمده، یکی

اینکه تفسیر کرده وقف موقت را به وقف مؤبد و دیگری تفسیر کرده به وقف غیر مؤبد. گوئی سؤال سائل این است که وقف صحیح که عبارت باشد از وقف مؤبد دو تا تفسیر برای آن نقل شده یکی وقف مؤبد و دیگری غیر مؤبد، کدام صحیح است؟ گوئی امام علیه السلام فرموده اند هر جور که وقف کردند همان صحیح است، اگر وقف را مؤبدا وقف کردند وقف صحیح است مؤبدا، اگر وقف را غیر مؤبد وقف کردند وقف غیر مؤبد صحیح است یعنی وقف موقت. یعنی امام علیه السلام در مقابل این سؤال که کدامیک از این دو تفسیر درست است گویا با اطلاق یا عموم کلامشان که الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله دارند تصریح می کنند که هر دو تفسیر درست است و واقف هر کدام را که انجام داد همان صحیح است. این تفسیر مرحوم سید است. و لذا می فرماید اصلاً این روایت دال بر این است که وقف موقت هم صحیح است، و قفا هم صحیح است.

بررسی نسبت بین دو روایت از منظر شیخ و سید یزدی رحمهما

با اینجور استدلال ما چندین بحث داریم: یکی اینکه بین این دو روایت چه نسبتی است؟ مرحوم شیخ فرموده بود که روایت اول را باید بر اساس روایت دوم معنا کنیم. یعنی روایت اول را برگردانیم به روایت دوم.

اشکالات مرحوم سید یزدی به شیخ ره

مرحوم سید در تکلمه عروه می فرماید این حرف درست نیست. اولاً: ما دو تا روایت داریم هر کدام از این دو روایت خاص و مستقل از هم هستند، وجهی ندارد که ما روایت اول را به روایت دوم برگردانیم.

این اولین اشکال مرحوم سید است به شیخ طوسی، که حق ارجاع دو روایت به هم نداریم.

اشکال دوم سید به مرحوم شیخ این است که اگر بناست ارجاع بشود دومی را به اولی برمی گردانیم. در دومی ظاهر روایت طوری است که در واقع مربوط است به موقوف علیهم که بحث بعدی ما است که مسئله ۱۶ است، نه بحث فعلی ما که تأیید درخود وقف است که وقف الی سنة باشد. این نیست. تصریح می کند که در هر دو تفسیر موقت را معنا کرده است به موقوف علیهم، منتهی در یکی موقوف طوری تصریح شده است که استمرار دارد، مثل تأیید می ماند، در یکی دیگر نه. مرحوم سید می گوید ما همین را برگردانیم به اول بگوئیم ذکر موقوف علیهم اینجا اصل نیست، این موقوف علیهم برای عنایت به این است که آیا وقتش محدود و معین است یا تا ابد است. آنجائی که می گوید لفلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء اینجا تکیه گاه بحث روی موقوف علیهم اش نیست، بلکه روی این است که وقتی اینطور باشد یعنی

وقف مؤبد است و الی آن یرث الله است. آنوقت تفسیر دوم موقت درست است که روی موقوف علیهم برده ولی مقصود وقت است، یعنی وقت معلوم. چون بالاخره این شخص و عقبش ما بقوا تا یک زمانی هستند، تا وقتی است که اینها از بین بروند. تا آن وقت است و الی وقت است.

پس لب مسئله به حسب فرمایش سید این می شود که ما روایت دوم را به اول برگردانیم و ذکر موقوف علیهم اصالتی ندارد بلکه اشاره است به آن زمانش که در یکی مشیر می شود و دال می شود بر تأیید، یک قسم دیگرش این است. گوئی سؤال سائل این بود که موقت دو نوع تفسیر دارد یکی وقف مؤبد و دیگری الی وقت معلوم که وقف موقت باشد، کدام صحیح است؟ امام فرمود هر دو صحیح است بسته به این است که واقف چه کرده باشد، هر طور وقف کرده باشد همانجور درست است. و این یعنی واقف اگر وقف محدود و معین کند درست است.

دو اشکال به تفسیر صاحب عروه

اینجا به نظر ما دو تا اشکال پدید می آید:

اشکال اول: حل این عباراتی که موقت را صراحتاً معنا کرده که موقت یعنی إذا ذکر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و بعد گفته للفقراء و المساکین این را حمل کنیم بر اینکه مقصود این است که تأیید است این خیلی خلاف ظاهر است. حتی اگر بخواهیم با روایت اول هم جمع کنیم واقعا این یک جور جمع خلاف ظاهری است.

اشکال دوم: این است که غیر موقت را هم اینجا ذکر کرده است. گفته والذی هو غیر موقت أن یقول هذا وقف و لم یذكر احدا، و هیچ کس را ذکر نکند، فما الذی یصح من ذلک و ما الذی یبطل، امام فرموده اند که الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله. خب همین قسم موقت چرا در اطلاق یا عموم عبارت امام نباشد؟ یعنی امام فرموده اند همه این اقسام درست است یعنی حتی هذا وقف هم بگوئیم درست است. یعنی عموم فرمایش امام علیه السلام اینجا را هم می گیرد. درست است که در کلام راوی یعنی محمد بن حسن صفار ادعا شده است که روی أن الوقف إذا کان غیر موقت فهو باطل، بعد غیر موقت را گفته هذا وقف. خب این در فرمایش راوی است که ادعا کرده فقد روی. اگر ما فقد روی را اینجا روایتی بگیریم صحیح از محمد بن حسن صفار در این مضمون، دیگر بعید است فرمایش امام علیه السلام عمومی داشته باشد. چون اگر ائمه اطهار همچنین مطلبی فرموده بودند و نزد امام صحیح بوده است، دیگر بعید است که عموم الوقوف حتی این قسم هذا وقف که وقف غیر موقت است را هم شامل بشود. اما اگر بگوئیم امام کاری به نقل محمد بن حسن صفار ندارد، امام نظر خودش را فرموده که الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله، اگر اینطور باشد شامل هذا وقف هم می شود.

پس کسانی که می خواهند به اینجور روایت تمسک کنند با دو تا مشکل مواجهند. یک مشکل که خیلی ظاهر است این است که وجهی ندارد که ما موقوف علیهم که مذکور است را پرانتز بگیریم بگوئیم مقصود دلالت بر ابدیت وقف یا موقت بودن وقف است. این خیلی بعید است. اشکال دوم اینکه هذا وقف و لم يذكر احدا را که امام نگفته باطل است. گرچه راوی در صدر روایت گفته روی که أنه باطل مردود، ولی معلوم نیست که امام این را تأیید کرده باشد. ممکن است کسی بگوید الوقف بحسب ما یوقفها أهلها همه اینها را شامل می شود. هم آن جایی که موقوف علیهم به نحو دوام ذکر شده است. و هم آنجایی که موقوف علیهم فقط شخص است وما بقوا من عقبه، و هم آنجایی که بطور کلی گفته هذا وقف و موقوف علیهم را ذکر نکرده است. کجا امام علیه السلام گفته این باطل است؟ بله در کلام راوی آمده روی، ولی شاید امام علیه السلام اصلا این روایت را قبول نداشته باشد، شاید اصلا خبری که در کلام صفار است قبول نداشته باشد، کلا فرموده اند الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله. باید این را دقت کرد که اگر عمومی داشته باشد آنوقت همه اینها را شامل می شود.

منتهی ما در بحث های قبل هم عرض کردیم که این روایت از جهات مختلفی دارای اجمال است، و خود اینکه الوقف بحسب ما یوقفها أهلها إن شاء الله بعید است عموم یا اطلاقی از آن دریاید که صور مختلف را بگیرد. باید روی آن تأمل کرد. تا جلسه بعد. و الحمد لله رب العالمین

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۲۴
- خلاصه بحث گذشته ۸۲۴
- نحوه استدلال به صحیحه علی بن مهزیار و صحیحه صفار ۸۲۴
- اختلاف در وحدت یا تعدد مضمون این دو روایت ۸۲۴
- اختلاف در فقه الحدیث این روایات ۸۲۵
- نظر صاحب ریاض و مفتاح الکرامه بنابر تعدد روایات ۸۲۵
- نظر صاحب عروه ۸۲۵
- عدم صحت اجماع بر بطلان عقد موقت به نظر صاحب عروه ۸۲۶
- استدارک از نسبتی که سابقاً به صاحب عروه داده شد ۸۲۶
- اشکالی بر کلام صاحب عروه ۸۲۷
- تبعیت صاحب جواهر از مرحوم شیخ در حمل صحیحه علی بن مهزیار بر صحیحه صفار ۸۲۸
- وجوه عدم صحت تمسک به روایت اول برای تصحیح وقف موقت ۸۲۸
- وجه اول: لزوم حمل روایت اول بر روایت دوم ۸۲۸
- وجه دوم: عدم صحت تفسیر وقت به اجل ۸۲۹
- وجه سوم: اجمال صحیحه علی بن مهزیار فی حد نفسها ۸۳۰
- وجه چهارم: عدم ذکر وقف مؤبد در این روایت ۸۳۱
- وجوه عدم صحت تمسک به روایت دوم بر صحت عقد موقت ۸۳۱
- وجه اول: عدم ارتباط صحیحه صفار به مسأله ۱۵ ۸۳۱
- وجه دوم: خلاف ظاهر بودن حمل این روایت بر روایت اول ۸۳۱
- وجه سوم: اجمال در روایت از حیث وقف مؤبد ۸۳۲
- وجه چهارم: اجمال روایت از این حیث که لو قال هذا وقف و لم يذكر احدا را هم تصحیح می کند ۸۳۲
- بررسی ادعای وجود تحریف در صحیحه صفار ۸۳۳

نتیجه: عدم امکان تمسک به دو روایت بر تصحیح وقف موقت ۸۳۴

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه بحث گذشته

بحث در روایاتی بود که به آنها برای تصحیح وقف الی مدة و عدم تأیید در وقف تمسک شده است. البته نحوه استدلال به این روایات و مضمون مستفاد از آنها و جمع بین روایات در کلمات فقهاء خیلی مختلف است، و اینکه آیا روایات بر هم حمل می شود یا روایات مستقلی هستند. دو روایت در باب هفتم از ابواب وقف وجود دارد، که یکی روایت علی بن مهزیار است و دیگری روایت صفار که هر دو در تهذیب و استبصار نقل شده است. و روایت اول در کافی و فقیه هم نقل شده است. قبلا این روایات را خواندیم.

نحوه استدلال به صحیح علی بن مهزیار و صحیح صفار

همانطور که اشاره شد به دو صورت به این روایات استدلال شده است:

اختلاف در وحدت یا تعدد مضمون این دو روایت

برخی معتقدند روایت اول که روایت علی بن مهزیار است و مضمونش وقف الی وقت معلوم و وقف الی غیر وقت هست که یعنی غیر وقت معلوم یا به تعبیر روایت جهل مجهول، این روایتی که مضمونش تقسیم وقف به دو قسم است و آن وقف الی مدة و وقت معلوم و الی غیر وقت معلوم است، این را حمل می کنند بر روایت دوم یعنی روایت صفار، که در آنجا وقف موقت و غیر موقت را جور دیگری تفسیر کرده است. در آنجا تصریح دارد که وقف موقت حمل می شود به وقف بر کسانی که معلوم هستند و بعد هم به فقراء و مساکین و یا غیر این، و غیر موقت را حمل می کند بر اینکه بگویند هذا وقف و لم يذكر احدا.

پس برخی روایات قسم اول را حمل می کنند بر روایات قسم دوم. که مقصود از وقت در روایت اول که روایت علی بن مهزیار است مقصود أجل نیست، بلکه همان وقف بر کسانی است که معلوم هستند، حالا یا معلومند للتالی و للنهاية و

یا معلومند به اینکه وقف است مثلاً بر زید و عقب زید تا زمانی که باقی هستند. به این حمل می کنند. و آن قسم غیر موقت را حمل کنند بر اینکه بگویند هذا وقف و ذکر نکنند چه کسانی.

اما گروه دیگری از فقهاء می گویند نه، می گویند ما دو تا روایت داریم، که البته هر دو روایت هم صحیحه اند، یکی روایت علی بن مهزیار و دیگری روایت صفار، هر کدام یک مضمونی دارد، وجهی ندارد که ما وقف الی وقت معلوم را که ظاهر وقت أجل است حمل کنیم بر چیز دیگری.

آنوقت این یک بحث است که آیا روایات بر هم حمل می شوند یا نه این روایات مستقل هستند.

اختلاف در فقه الحدیث این روایات

بحث دیگر راجع به فقه خود حدیث است، که در این احادیث اجمال هایی وجود دارد، که در جلسه قبل به برخی از آن اجمالها اشاره کردیم که حالا انشاءالله این جلسه هم تفصیل بیشتری می دهیم.

ولی حالا فرض کنیم این روایات بر هم حمل نمی شوند و مستقل باشند نتیجه اش چه می شود؟

در اینجا هم باز مختلف هستند:

نظر صاحب ریاض و مفتاح الکرامه بنابر تعدد روایات

مثلاً مرحوم صاحب ریاض و شاگرد ایشان صاحب مفتاح الکرامه معتقدند ما روایت اول را باید حمل کنیم بر حبس. دلیلش این است که روایت اول که وقف الی وقت معلوم را تصحیح می کند، ایشان می گویند ما اجماع داریم که این وقف باطل است و صحیح نیست. پس تصحیحش علی وجه الحبس است.

و این قابل بحث است که واقعا نتیجه این می شود یا نه.

نظر صاحب عروه

مرحوم صاحب عروه در تکمله عروه در بحث وقف بعد از اینکه این دو روایت را بحث می کنند، اولاً ادعا می کنند که هر دو روایت مستقل هستند و وجهی برای حمل روایت اول که روایت علی بن مهزیار باشد بر روایت دوم که روایت صفار باشد نیست، تعبیر ایشان این است که می فرمایند^۱:

^۱ - تکمله عروه کتاب الوقف صفحه ۱۹۳

«اولا إن كلا منهما خبر مستقل و لا وجه لجعل احدهما قرينة على الآخر بل اللازم الاخذ بمفاد كل منهما».

ثانیا می فرمایند اگر بخواهیم حمل کنیم می شود روایت دوم را حمل کنیم بر روایت اول و بگوئیم که این وقفی که در روایت دوم فرموده اند مقصود از وقف بر کسانی، جهت مدتش مدّ نظر بوده، نه اینکه وقف بر اشخاص واقعا مقصود اصلی باشد. یعنی به فرمایش ایشان مقصود این است که وقف {موقت} دو جور است، یکی وقف مؤبد و یکی بدون تأیید، کدام صحیح است. گویی امام فرموده اند که هر دو صحیح است. بیان ایشان است که:

«ثانیا إنه يمكن حمل الثاني أيضا على ارادة المدة من التوقيت فيه و يكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدة، و حاصل السؤال أن الموقت فسر بوجهين: احدهما مع التأیید و الآخر بدونہ، فأیہما الصحیح، و مقتضى قوله عليه السلام الوقوف ... صحة كل منهما».

این هم یک حمل دیگری است.

عدم صحت اجماع بر بطلان عقد موقت به نظر صاحب عروه

آنوقت مرحوم سید در فرع بعد که راجع به وقف علی من ینقرض غالبا است، ایشان در ذیلش می فرماید که ما اصلا اجماع را قبول نداریم حتی در مورد توقیت به وقت در خود وقف. یعنی اصل اجماع محقق نیست. و اجماع محقق هم باشد کشف از قول معصوم نمی کند. ولذا می فرماید:

«و إن شئت الحق الصریح نقول لا دلیل على اعتبار التأیید اصلا و أنه یصح حتى الموقت الى مدة، و الاجماع المدعى ممنوع».

این را ذیل بحث آتی می فرمایند، ولی راجع به تأیید در خود وقف در اینجا نظر می دهد.

استدراک از نسبتی که سابقا به صاحب عروه داده شد

من باید اینجا یک مطلبی را استدراک کنم، قبلا که راجع به تحقق اجماع صحبت می کردیم می گفتیم فرمایش سید با اینکه نوعی تشکیک در تحقق اجماع است، ولی گوئی بی میل نیست که بر اساس همان اجماع نظر بدهند. و لذا در بحث فرموده بودند که و علیه یعنی بنابر اینکه اجماع باشد اینطوری است. گوئی نخواسته اند اجماع را رد کنند. ولی اینجا دارد تصریح می کند که اصلا اجماع اصلش تحقق ندارد و اگر هم باشد کاشف نیست. البته ما قبلا هر دو مطلب را جواب دادیم،

ولی در اصطیاد فرمایش ایشان این استدراک را باید اضافه کنیم که اینجا یعنی ذیل مسأله آتی ایشان دوباره برگشته به مسأله قبل و تصریح می کند که حق صریح همین است که اصلاً وقف الی مدة اشکالی ندارد و این هم صحیح است. و اجماع مدعی ممنوع است و اگر هم باشد کاشف از قول معصوم علیه السلام نیست. ما البته فرمایش ایشان را هم که مشابه دیگران است سر جای خودش جواب گفتیم.

اشکالی بر کلام صاحب عروه

ما می خواستیم این را نتیجه بگیریم که اگر دو روایت را مستقل دانستیم و روایت اول که روایت علی بن مهزیار است که نسبت به وقف الی وقت معلوم می فرماید «واجبٌ علی الورثة» و نسبت به وقف الی غیر وقت جهل مجهول می فرماید مردود و باطل است، اگر مرحوم صاحب عروه هر دو روایت را مستقل و صحیح می دانند و اجماع را هم قبول ندارند، علی القاعده باید به این روایت بر صحت وقف الی مدة استناد کند همانطور که فتوایشان هم بر صحت این وقف است. باز با اینکه علی القاعده باید این را بفرمایند، می فرمایند این روایت اول دال بر صحت است ولو اینکه ما آن را حبسا قبول کنیم. این «ولو...» روشن نیست برای چیست. شما که فرمودید و إن شئت الحق الصریح نقول لا دلیل علی اعتبار التأیید اصلاً یعنی اجماعی در کار نیست و دو تا روایت را هم مستقل می دانید، علی القاعده روایت اول باید همین باشد که وقف به مدت اشکال ندارد.

پس روایتهای ما دو روایت است. فقهاء هم دو جور به این روایات تمسک کرده اند از حیث حمل بر یکدیگر، و استفاده های آنها هم مختلف است. مثل صاحب ریاض و مفتاح الکرامة روایت اول را حمل بر حبس می کنند، و علی الظاهر مثل مرحوم سید می فرماید و إن کان حبساً فی الواقع ولی به نظر می آید که با وجود آن مبنا علی الظاهر باید این را حمل بکنند بر همین وقف به مدت و بگویند اشکال ندارد، چون فتوایشان که این است و اجماعات بر خلاف را هم که درست نمی دانند.

مرحوم صاحب ریاض و مرحوم صاحب مفتاح الکرامة (که شاگرد ایشان بوده) حمل روایت علی بن مهزیار را بر حبس از جهت این می دانند که اجماع بر خلاف مضمون روایت است و وقف الی وقت معلوم صحیح نیست. و لذا گرچه می گویند این روایت یک روایت مستقل است ولی چون اجماع بر خلاف هست این را حمل می کنند بر حبس. اما جناب سید که اجماع را قبول ندارد هم به لحاظ تحقق و هم به لحاظ حجیت و می فرماید روایت علی بن مهزیار مستقل است، علی القاعده باید بفرماید که همین روایت دال بر وقف است، پس چرا می فرماید و إن کان حبساً فی الواقع؟ این یک مقداری مشکل است.

تبعیت صاحب جواهر از مرحوم شیخ در حمل صحیحه علی بن مهزیار بر صحیحه صفار

مرحوم صاحب جواهر هم از کسانی است که مثل شیخ طوسی که قبلاً اشاره کردیم روایت اول را حمل بر روایت دوم می کند و مقصود از وقف الی وقت معلوم را همان مسأله بعدی می داند که وقف بر کسانی است که یا معلومند و بعد بر فقراء و مساکین، یا معلومند و بعد الی ما بقوا که دیگر بعدش بر فقراء و مساکین ندارد. دلیلشان بر این حمل همین است که ایشان نیز مانند صاحب ریاض و دیگران اجماع را تام می داند و با تعبیر خیلی محکم می فرماید واضح است که این در جائی که تأیید نباشد باطل است.

مثلاً ایشان در جواهر در ذیل فرمایش صاحب شرایع که فلو قرنه بمدة بطل فرموده اند^۱: «بطل قطعاً مع فرض ارادته وقفا». و بعد هم در مسیر بحث مکرر ایشان فرموده است که روشن است که بنابر فرمایش فقهاء در جائی که مقرون به مدت بشود باطل است. مثلاً باز در ذیل همین تفسیر صحیحه می فرماید^۲: «لا المقرون بمدة الذی لم یعرف قدیماً و حدیثاً قول بصحته وقفا، و لا اقل من احتمال ذلک فیها علی وجه یرتفع ظهورها (که دیگر ظهور در وقف الی وقت معلوم ندارد به معنای اینکه الی مدة باشد)».

خلاصه پس فقهاء اینطور دو جور هستند.

حالا ما در مجموع باید جمع بندی کنیم که مجموعاً چه باید کرد.

وجه عدم صحت تمسک به روایت اول برای تصحیح وقف موقت

وجه اول: لزوم حمل روایت اول بر روایت دوم

به نظر ما اولاً به نظر می رسد ما روایت اول را باید حمل کنیم بر روایت دوم. ادعای استقلال روایت اول از روایت دوم به نظر صحیح نمی آید. اینکه هم مرحوم صاحب عروه و هم صاحب مفتاح الکرامة فرموده اند اینها دو روایت مستقل هستند پس وجهی برای حمل روایت اول بر دوم و قرینه بودن روایت دوم برای روایت اول نیست، تا حدودی حرف عجیبی است. زیرا روایت دوم کالصریح است در اینکه دارد موقت و غیر موقت را تفسیر می کند، که ظاهرش بیان همان وقف الی وقت معلوم و الی وقت غیر معلوم است. پس در مقام تفسیر وقف الی وقت معلوم است. آنوقت چطور بگوئیم که دو تا

^۱ - جواهر الکلام جلد ۲۹ (طبع جامعه مدرسین) صفحه ۱۱۷

^۲ - همان صفحه ۱۲۰

روایت مستقل هستند و به هم کاری ندارند و نباید یکی را قرینه بر دیگری گرفت؟ این مثل این می ماند که یک روایتی بگوید اکرم کل عالم، روایت دیگر بگوید زید عالم است، بگوئیم اینها دو روایت هستند به هم کاری ندارند. خب چطور کاری ندارند؟ روایتی که می گوید زید عالم است، بالاطلاق دارد می گوید عالم است ولو که جاهل باشد. یعنی اگر زید جاهل باشد دارد توسعه می دهد عالم را در روایت دوم به زید. یعنی مضمونش یک جور نظارت دارد. اینجا در روایت صفار وقتی می فرماید کتب الی ابی محمد علیه السلام اسئله عن الوقف الذی یصح کیف هو، فقد روی أن الوقف إذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة و إذا کان موقتا فهو صحیح ممضی، این دارد وقف را دو قسم می کند که کاملاً مشابه دو قسمی است که در بالا است. البته بالا تعبیر این را دارد که وقف الی وقت معلوم، پائین می گوید موقت. بالا می فرماید وقف الی غیر وقت، پائین می فرماید غیر موقت. آنوقت چطور بگوئیم اینها به هم ربطی ندارند و یکی قرینه بر دیگری نیست؟ اصلاً تفسیر او است.

استقلال در مضمون منافات با حمل یکی بر دیگری ندارد

بنابر این اولین نکته ای که می خواهیم عرض کنیم این است که ما باید روایت اول را حمل بر روایت دوم کنیم، چون روایت دوم تفسیر روایت اول است. به روشنی تفسیر است. هر دو هم صحیح اند. استقلال دو روایت یک مسأله است، استقلال در مضمون حرفی دیگر. مثل دو تا روایت که یکی تفسیر دیگری است، هر دو مستقلند یعنی دو تا روایتند صحیح هم هستند، از روات مختلف هم هستند، ولیکن یکی دارد دیگری را تفسیر می کند. ولو حتی از امامین مختلفین هم باشد باز هم همینطور است، بخاطر اینکه ما ائمه علیهم السلام را گوئی یک امام می بینیم. ولذا عامی را که یک امام فرموده با خاصی که امام دیگر فرموده تخصیص می زنیم. اینجا هم همینطور است. روایت دوم مفسر است. وجهی ندارد که ما بگوئیم این دو روایت مستقل هستند بنابر این کاری به همدیگر ندارند. این روشن است.

وجه دوم: عدم صحت تفسیر وقت به اجل

نکته دوم توجه به فرمایش شیخ طوسی است. ما قبلاً اشاره کردیم که مرحوم شیخ در ذیل این روایت در استبصار می فرماید: مقصود از این وقت أجل نیست و کان هذا تعارفاً بینهم.

مرحوم شیخ در استبصار در ذیل روایت فرموده: «و لم یرد بالوقت الاجل و کان هذا تعارفاً بینهم».

خب این فرمایش مرحوم شیخ که دارد گزارش می کند از تعارف این مطلب که مقصود از وقت در اینجا أجل نیست یک شهادت بسیار مهم و قابل توجهی است، ما نمی توانیم از کنار شهادت ایشان به سهولت عبور کنیم. کسی که هم واقف

بوده به روایات اهل بیت و هم به لغت و هم زمانش قریب به زمان ائمه علیهم السلام بوده است و ایشان در میانه کلمات فقهاء زندگی می کرده، ما این را در هزار سال پیش رها کنیم و حالا بگوئیم دو تا روایت مستقل هستند، این به سهولت قابل عبور نیست و مسأله قابل توجهی است.

وجه سوم: اجمال صحیحہ علی بن مهزیار فی حد نفسها

علاوه بر این ما در جلسه گذشته مطلبی عرض کردیم حالا می خواهیم با تفصیل بیشتری عرض کنیم که ثالثا اجمال روایت اول یک مسأله ای است فی حد ذاتها، سوای نکاتی که عرض کردیم. در روایت اول که روایت علی بن مهزیار است راوی می فرماید:

«قلت له روی بعض موالیک عن آبائک علیهم السلام أن کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة و کل وقف الی غیر وقت جهل مجهول فهو باطل مردود علی الورثة و أنت اعلم بقول آبائک علیهم السلام، فکتب علیه السلام هکذا هو عندی.»

خب این عبارت امام علیه السلام به کجا رجوع می کند؟ هکذا هو عندی یعنی چه؟ سؤال علی بن مهزیار از چه بوده؟. یکوقت سؤال علی بن مهزیار که می گوید و انت اعلم بقول آبائک سؤال از این روایت است، یعنی این روایتی که بعض موالیک عن آبائک کرده اند آیا این روایت درست است یا نه، امام می فرماید هکذا هو عندی. آنوقت این جواب می خورد به این سؤال اما اگر سؤال از مضمون و مروی باشد، یعنی این کلیتی که در اینجا ذکر شده که هر وقفی الی وقت معلوم واجب بر ورثه است و وقف اگر غیر وقت جهل مجهول باشد باطل است، می خواهد بپرسد تفسیر این چیست و مقصود از این چیست. اگر این باشد که امام فرموده باشد هکذا هو عندی خب این چه می شود؟ این اجمال است، چه ربطی دارد.

ما در جلسه گذشته نقل کردیم مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید اگر اینطور باشد معلوم می شود امام نمی خواسته جواب بدهد، و گوئی بخاطر رعایت بعض مصالح فرموده اند هکذا هو عندی. حالا سؤال این است که با وجود این اجمال آنوقت می شود تمسک کرد به این روایت؟!

باز این را اینجا تذکر بدهیم که این دو روایت، روایت دوم لولا آن تفسیری که صاحب عروه می فرماید مربوط به بحث ما نیست. مربوط به فرع آتی است که وقف علی من ینقرض باشد. روایتی که مربوط به بحث ما است که فرع ۱۵ تحریر است که راجع به عدم تأیید و تأیید در وقف است فقط روایت اول است. خب این روایت اول علاوه بر اینکه عرض

کردیم باید آن را حمل کنیم بر روایت دوم چون روایت دوم مفسر آن است، علاوه بر اینکه گفتیم شیخ طوسی می فرماید که مقصود از وقت در اینجا اجل نیست، خب در خود این روایت هم فی حد ذاته اجمال هست، خب این را چکار کنیم.

وجه چهارم: عدم ذکر وقف مؤبد در این روایت

علاوه بر این نکته دیگری وجود دارد که ما در این روایت از جهت دیگر هم اجمال داریم که باز در جلسه گذشته فی الجمله به آن اشاره کردیم، خب وقف مؤبد کجا واقع می شود؟! وقف مؤبد را که همه قبول دارند و محل خلاف نیست، وقف مؤبد در قسم دوم که نباید داخل باشد، چون جهل مجهول که باطل می شود. پس باید در قسم اول باشد یعنی در کل وقف الی وقف معلوم باید واقع بشود، اما می شود وقف مؤبد را مصداق وقف الی وقت معلوم بگیریم؟ خب ظاهراً نمی شود. این هم یک اجمال دیگر است.

بنابر این به نظر ما می رسد که روایت اول در کل به لحاظ همین اجمالهایی که عرض کردیم و به لحاظ لزوم حملش بر روایت دوم، کلاً از دلالت بر آن چیزی که ما می خواهیم یعنی تصحیح وقف موقت دور می شود، و به نظر ما، ما نمی توانیم به این تمسک کنیم برای وقف موقت به جهاتی که عرض کردیم.

وجه عدم صحت تمسک به روایت دوم بر صحت عقد موقت

وجه اول: عدم ارتباط صحیح صفاً به مسأله ۱۵.

صحیح صفاً حسب ظاهر اولی اش ربطی به بحث ما ندارد. برای اینکه وقف موقت و غیر موقت را بالصراحة در دو تا تفسیری که نقل می کند در هر دو حمل می کند بر وقف علی فلان و عقبه، چه بعد از آن بگوئیم للفقراء والمساکین و چه نگوئیم، که علی أی حال مربوط است به فرع آتی و به فرع ما ربطی ندارد.

وجه دوم: خلاف ظاهر بودن حمل این روایت بر روایت اول

مگر کسی تفسیر صاحب عروه را بپذیرد که به نظر ما کلاً خلاف ظاهر است. اینکه ایشان می فرماید ما این روایت را حمل کنیم بر روایت اول و بگوئیم ما حصل این است که ما دو جور وقف داریم وقف مؤبد و غیر مؤبد و امام فرموده اند هر دو درست است، خب ما چطور این روایتی که موقت و غیر موقت را تصریح کرده است که قال قوم إن الموقت هو الذی یذكر فيه أنه وقف علی فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء والمساکین، دومی دارد که و قال آخرون هذا موقت إذا ذکر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم یذكر فی آخره للفقراء والمساکین الی أن یرث الله الارض و من علیها. خب امام در جواب

این فرموده اند که الوقوف بحسب ما یوقفها إن شاء الله. خب اینجا بالصراحة موقت را ذکر کرده یعنی چه. آنوقت ما نمی توانیم این را حمل کنیم به اینکه بگوئیم مقصود از موقت همان الی وقت است، یعنی مؤبد باشد یا نباشد. اصلا این وجهی ندارد و این خلاف ظاهر است که ایشان فرموده است.

بنابر این اصلا روایت دوم نمی تواند محل استشهاد باشد برای بحث فعلی ما.

وجه سوم: اجمال در روایت از حیث وقف مؤبد

علاوه بر اینکه روایت از جهات مختلفی اجمال دارد. اولاً اگر ما تفسیری که قال آخرون برای موقت گفته اند بپذیریم، که یعنی موقت آنی است که ذکر آن لفلان و عقبه ما بقوا و لم یذكر فی آخره للفقراء و المساکین. اگر ما این تفسیر را بپذیریم، حالا سؤال این می شود که مفاد آن قال قوم که اول گفت چه می شود. اگر کسی آمد اینطور گفت که وقف کرده بر فلان و عقبه فإذا انقرضوا للفقراء و المساکین یعنی به نحو تأییدی، خب این الان داخل در موقت است؟ که شما گفتید نیست، داخل در چیست؟ داخل در غیر موقت است. غیر موقت که بگوئید هذا وقف و لم یذكر احدا. یعنی یک اجمال عجیبی پدید می آید که با این حساب یک قسم خیلی روشنی از وقف که قسم دارج آن هست کلاً از موقت و غیر موقت بیرون می رود. خب این چه می شود؟ مضمون روایت چه می شود؟! ظاهر روایت این است که دارد دو تا کبری بیان می کند، وقف موقت که صحیح است، وقف غیر موقت که صحیح نیست. اگر ما این تفسیر دوم را بگیریم که و قال آخرون که هذا موقت، اگر ذکر برای فلان و عقبه و بعد دیگر نگوئیم که للفقراء و المساکین، این موقت است، آنوقت غیر موقت این است که بگوئیم هذا وقف، و لم یذكر احدا. حال سؤال این است که موقت آن است و غیر موقت هم این است، پس اگر بگویند که این وقف برای زید و عقبش هست و بعد برای مساکین، این قسم سوم کجا واقع می شود؟ هیچی. خب این یک استبعاد عجیبی است. چون ظاهرش این است که دارد دو تا کبری بیان می کند که یک وقف صحیح است و یک وقف غیر صحیح، خب این کجا واقع می شود. این هم یک اجمال.

وجه چهارم: اجمال روایت از این حیث که لو قال هذا وقف و لم یذكر احدا را هم تصحیح می کند

یک اجمال دیگر هم این است که: من ندیدم کسی متعرض این شده باشد که این روایت دارد وقف را به موقت و غیر موقت تقسیم می کند، دو تا تفسیر برای موقت کرده است، بعد می گوید غیر موقت هم این است که بگوئید وقف و لم یذكر احدا، فما الذی یصح من ذلک و ما الذی یبطل؟ فوق علیه السلام الوقوف بحسب ما یوقفها إن شاء الله. پس امام علیه

السلام همه را دارد تصحیح می فرماید. دوستان دقت کنند، پس این روایت کجا گفته است که غیر موقت باطل است؟! باطل بودن در کلام سائل آمده است که وقف غیر موقت باطل است وقف موقت صحیح است. دو تا تفسیر برای موقت کرده اند، بعد در این تفسیر دوم گفته اند و الذی هو غیر موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا، فما الذی یصح من ذلک. امام نفرمود این که شما می گوئید این تقسیمتان درست است، و امام نفرمود وقف غیر موقت به این تفسیری که شما گفتید باطل است. کجا گفته اند باطل است؟ بلکه اگر ما قائل باشیم که توقیع در این ناحیه اخیر که الوقوف بحسب ما یوقفها إنشاءالله اطلاق دارد، معنایش این است که این غیر موقت هم صحیح است. امام فرموده الوقوف بحسب ما یوقفها إنشاءالله، خب صاحب ملک آمد وقف کرد ولم يذكر احدا، خب چرا این باطل باشد؟ بطلانش در کلام سائل است، خب بیخود فرض کرده است. سائل گفته است که فما الذی یصح من ذلک؟ کدامش درست است؟ امام اصلا به او نگاه نکرده فرموده الوقوف بحسب ما یوقفها إنشاءالله، هر چه که واقف وقف کند. خب من جمله گفته هذا وقف، و لم يذكر احدا، چرا باطل باشد؟! اطلاق فرمایش امام علیه السلام که این را هم تصحیح می کند. خب آنوقت این درست می شود؟

به نظر می رسد که این روایت از این حیث هم اجمال دارد.

بررسی ادعای وجود تحریف در صحیح صفار

آنوقت برخی از کسانی که با روایات کار می کنند مثل صاحب کتاب اخبار دخیله، آنها اصلا این را یک قرینه ای می گیرند می گویند که ظاهرا این جواب به سؤالها نمی خورد و گمان می کنند که در آن تحریفی هست.

و ظاهرا می خواهند تأیید هم بکنند این نکته را که در روایت صدوق و در روایت کلینی در اینجا فقط این ذیل آمده است. این هم یک نکته ای است، البته واقعا ما نمی توانیم جازم بشویم که بخاطر این بگوئیم این روایت دخیله هست.

مرحوم صدوق در باب وقف و صدقه و نُحل آورده است که: کتب محمد بن الحسن الصفار رضی الله عنه الی أبی محمد الحسن بن علی علیه السلام فی الوقوف و ما روی فیها عن آبائه علیهم السلام، فوقع علیه السلام الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها اهلها إنشاءالله تعالی (که اینجا روایت اهلها هم دارد).^۱

در کافی فرموده اند^۲: «محمد بن یحیی قال کتب بعض اصحابنا الی ابی محمد علیه السلام فی الوقف و ما روی فیها، فوقع علیه السلام الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها انشاءالله».

^۱ - فقیه جلد ۴ صفحه ۲۳۷

^۲ - کافی جلد ۷ صفحه ۳۷

گوئی صاحب کتاب اخبار دخیله می خواهد بگوید در این دو روایت که هر دو هم باز از امام عسکری علیه السلام است در این دو کتاب روائی بدون آن صدر است، گوئی ایشان می خواهد بفرماید که یک تحریفی در روایت واقع شده است.

منتهی روایت در تهذیب و استبصار صحیحه است، در هر دو هم آمده است، تقریباً به صورت روشنی هم آمده است که محمد بن حسن صفار می گوید کتب الی ابی محمد علیه السلام آن مسأله را. دشوار است که بخواهیم ادعا کنیم که در این روایت تحریف رخ داده و ذیلش به صدرش نمی خورد.

ولی به هر حال نه از باب تحریف، بلکه از باب اینکه بر ما روشن نیست که الوقوف بحسب ما یوقفها إنشاءالله نسبت به سؤالی که در کلام سائل شده است که فما الذی یصح من ذلک و ما الذی یبطل، امام نفرموده اند که غیر موقت باطل است. گوئی همه را تصحیح کرده اند ولو بگوید هذا وقف و لم یذکر احدا.

بنابر این به نظر می رسد که این روایت از این حیثها اجمال دارد، علاوه بر این فعلاً این را باید بگوئیم که این روایت اصلاً ربطی به بحث ما ندارد. و حمل مرحوم سید این روایت را بر روایت اول، به نظر ما خلاف ظاهر و بلاوجه است.

نتیجه: عدم امکان تمسک به دو روایت بر تصحیح وقف موقت

بنابر این مجموعاً دو روایتی که محل استشهاد خیلی از فقهاء شده است نه برای اینکه وقف به مدت را تصحیح کنند، مثل صاحب ریاض و مثل صاحب مفتاح الکرامه با اینکه تمسک می کنند حبس را درست می کنند.

بنابر این اگر کسی بخواهد در مسأله ما به روایت اول تمسک کند برای تصحیح توقیت در وقف، به نظر ما وجهی ندارد به وجوه اربعه ای که عرض کردیم. روایت دوم هم که اصلاً ظهورش چیز دیگری است، مگر بخواهد بر اساس تفسیر صاحب عروه باشد، که آن هم به نظر ما وجهی ندارد. ولذا مجموعاً به نظر می رسد این روایات قابل تمسک برای تصحیح وقف الی مدة در بحث ما نیست.

والسلام علیکم و رحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۳۵
- خلاصه بحث قبل ۸۳۵
- حبس واقع شدن وقف مقترن به مدت در صورتی که قصد و انشاء وقف شود ۸۳۶
- دشواری مسأله و عدم اختیار نظر در آن توسط حضرت امام ۸۳۶
- قائلین به صحت حبسی و عدم آن ۸۳۷
- بیان نظر قائلین وحدت ماهیت وقف و حبس ۸۳۷
- نظر صاحب مسالک رحمه الله ۸۳۸
- تفاوت نظر صاحب مسالک با صاحب عروه ۸۳۸
- نظر صاحب مفتاح الکرامه رحمه الله ۸۳۹
- نظر صاحب عروه رحمه الله ۸۴۱
- نظر محقق خراسانی رحمه الله ۸۴۲

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه بحث قبل

بحث ما در مسئله پانزدهم تحریر است که راجع به اشتراط دوام و تأیید و عدم توقیت در وقف است. مطالب نسبت به اصل اشتراط تمام شد، و دیدیم که هم به لحاظ روایات و هم به لحاظ ادله دیگر علی الظاهر دلیلی بر صحت توقیت در وقف نداریم بلکه ادله بر خلاف آن است. که به تفصیل گذشت. بنابراین برای ما اصل اشتراط وقف به دوام و لزوم عدم

توقیت وقف مسلم است، همانطور که حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه در متن در مسئله ۱۵ فرموده اند که: «و یشرط فی الوقف الدوام بمعنی عدم توقیته بمدة، فلو قال وقفت هذا البستان علی الفقراء الی سنة بطل وقفا». تا اینجای بحث تمام شد.

حبس واقع شدن وقف مقترن به مدت در صورتی که قصد و انشاء وقف شود

اما حالا بحث سر این است که اگر قصد کرد این وقف را به عنوان الوقفیه و انشاء کرد وقف را بقصد الوقفیه و مقترن با مدت هم کرد و گفت وقفت الی سنة، خب این وقفا که صحیح نیست، چون مقتضای اشتراط همین است که صحیح نیست. اما حبسا صحیح است یا نه، وقفش صحیح نیست اما آیا مصداق حبس هم نمی تواند باشد تا آثار حبس بار باشد، یا اینکه حبس هم باطل است؟

دشواری مساله و عدم اختیار نظر در آن توسط حضرت امام

در این بحث اختلاف نظری جدی وجود دارد، برخی وقفا باطل می دانند اما حبسا صحیح. برخی وقفا و حبسا هر دو باطل می دانند.

در متن تحریر هر دو احتمال را مطرح کرده اند و تصمیمی نگرفته اند: «و فی صحته حبسا أو بطلانه كذلك أيضا وجهان»، هیچ وجهی را هم تقویت نفرموده اند. بله! بعد فرموده اند: «نعم لو قصد به الحبس صح» اگر قصد حبس کند صحیح است. این فرع بعدی ما است که اگر انشاء کند وقف را و قصد حبس کند آیا صحیح است؟ اما فرع حاضر این بود است که انشاء وقف کند الی سنة و قصد وقف هم داشته باشد، بما هو وقف باطل است از باب اشتراط دوام در وقف، اما آیا حبسا هم باطل است یا نه؟ فرع دشواری است، ولذا در متن هیچ تصمیمی نگرفته اند که این فرع چه می شود و حبس درست است یا نه، فقط فرموده اند وجهان.

در کلمات فقهاء هم عرض کردیم یک اختلاف اساسی هست، بعضی ها حبسا صحیح می دانند، بعضی ها حبسا هم باطل می دانند.

قائلین به صحت حبسی و عدم آن

مرحوم صاحب مسالک این عقد را حبسا صحیح می داند، منتهی به نظر می آید که قدری فهم عبارت ایشان دشوار است از جهت اینکه بعید نیست تصحیح ایشان جهت اثباتی داشته باشد.

مرحوم صاحب ریاض و صاحب مفتاح الکرامه نیز حبسا صحیح می دانند و ظاهرشان این است که حبس را ثبوتا صحیح می دانند. یعنی ولو ما فرض کنیم که قصد وقف کرده اند و همینکه ضمیمه شد به عدم تأیید این می شود مصداق حبس.

مرحوم سید هم تصریح می کند که این حبسا صحیح است. می فرماید ولو مُنشئ تخیل کند که این وقف است، ولی چون این چیزی که او انشاء کرده یعنی وقف الی سنة در حقیقت حبس است، قهرا یقع حبسا. این تعبیر را ایشان دارد که قهرا یقع حبسا. که حالا بیان ایشان خواهد آمد.

مرحوم آخوند با اینکه این وقف را هم نوعی حبس می داند و حبس را بر دو قسم می داند، اما در عین حال اینجا حبسا هم باطل می داند و استدلال مدعیان صحت را رد می کند.

بنابر این یک بحث فوق العاده دشواری است.

خود ما هم یک حرفی داریم که به نظر ما حاکم بر این حرفهاست که بعد عرض می کنم، که ما باید برگردیم به یک بحث اصلی و مبنائی تر راجع به اینکه اصلا وقف و حبس آیا مجعولات اصلی هستند یا نیستند، و چه چیزی در وقف وجود دارد که انشاء می شود و در نزد عقلا موضوع آثار است. اینها را باید بعدا عرض کنیم. اما فعلا آنچه را که در کتب قوم آمده است بیان می کنیم.

مرحوم صاحب جواهر از قائلین پر و پا قرص این است که حبس و وقف دو ماهیت هستند، ولو اینکه می گوید اگر یک ماهیت هم باشند باز هم باید با قصد، تمییز پیدا کنند، بنابر این وقف الی سنة باطل می شود ولو حبسا، چون قصد نکرده اند.

بیان نظر قائلین وحدت ماهیت وقف و حبس

ما فعلا فرمایش کسانی را مطرح می کنیم که ظاهرشان این است که وقف و حبس معنایشان و حقیقتشان یکی است. ولذا در بحث ما همینکه بگویید وقفت الی سنة، این خودش دلیل می شود بر وقوع حبس.

منتهی خود اینها عرض کردم دو گونه هستند، برخی ظاهرشان این است که این یک دلیل اثباتی است. یعنی چی؟ یعنی از اینکه می گوید وقفت الی سنة کشف می کنیم که مرادشان حبس است. گوئی از اول با وقفت الی سنة قصد حبس کرده اند. اما برخی دیگر مثل صاحب عروه می گوید یصیر حبسا قهرا. حالا ببینیم اینها یکی هستند یا دو تا هستند.

نظر صاحب مسالک رحمه الله

یکی از کسانی که وقف و حبس را به یک معنا گرفته اند و همین را هم مقتضی تصحیح مقام حبسا می گیرند مرحوم صاحب مسالک است. ایشان در ذیل فرمایش شرایع که می گوید «فلو قرنه بمدة بطل» می فرماید: دو تا مسئله داریم، یکی اینکه یقرن الوقف بمدة کسنة مثلا، بعد ایشان می فرماید: «وقد قطع المصنف بطلانه، لأن الوقف شرطه التأیید، فإذا لم يحصل الشرط يبطل. و قيل إنما يبطل الوقف ولكن يصير حبسا كالثانية لوجود المقتضى و هو الصيغة الصالحة للحبس، لا شتراک الوقف و الحبس فی المعنی فیمكن اقامة كل واحد مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأیید كان قرينة ارادة الحبس، كما لو اقترن الحبس بالتأیید فإنه يكون وقف كما مر، و هذا هو الاقوى».

ایشان خودش تقویت می کند که در همین فرع حبس واقع بشود. منتهی ما باید ببینیم بحث ثبوتی و اثباتی خلط نشود. در جائی که با همین وقفت الی سنة قصد حبس کند، این فرع آتی است. آنجا ما در قصد مشکل نداریم، فقط مشکل در این است که آیا صیغه وقف برای انشاء حبس درست است یا نه، که یک بحث اثباتی است انشاء الله خواهد آمد. اما الان بحث ما این است که ما می دانیم واقف قصد وقف کرده است به همین صورت که الی سنة، این تکلیفش چه می شود؟ اینجا ایشان تقویت می کند تصحیح حبس را، گرچه وقف را بما هو وقف باطل می داند. چرا؟ برای اینکه وقف و حبس در معنا مشترک هستند پس می شود هر کدام جانشین دیگری بشوند. فإذا قرن الوقف بعدم التأیید كان قرينة ارادة الحبس. خب ببینید این اصلا بحث عوض شد. می گوید خود این قرینه است بر اراده حبس.

تفاوت نظر صاحب مسالک با صاحب عروه

مگر یک حرفی که بعداً از صاحب عروه نقل می کنیم که می گوید اصلاً ثبوتاً همینکه اقتران به عدم التأیید پیدا کند، خود این اصلاً حبس است ثبوتاً. نه اینکه قرینه بر اراده حبس است. اصلاً حبس است این. و مهم نیست که خود واقف چه قصدی کرده باشد.

فرق این دو بزرگوار این است که: صاحب مسالک تصریح می کند که لکن هذا، یعنی اینکه ما گفتیم وقف و حبس معنایشان یکی است و جای همدیگر می توانند بنشینند، و اگر اقتران به عدم التأیید پیدا کرد این قرینه اراده حبس است و اگر اقتران به تأیید پیدا کرد قرینه وقف است، می گوید: این إنما یتّم مع قصد الحبس، فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان لفقد الشرط.

پس دقت کنید، فرق این دو بزرگوار با اینکه هر دو به یک مبنا استناد می کنند که وقف و حبس یک معنا دارند و یک حقیقت هستند، اینجا نتیجه اش فرق کرده است. مرحوم صاحب مسالک می فرماید اگر قصد حبس کند این عقد صحیح می شود. می فرماید: لکن هذا إنما یتّم مع قصد الحبس، اینکه ما می گوئیم حبس واقع می شود چون هر کدام می توانند جانشین هم بشوند و مقتضی برای صحت حبس وجود دارد، این به شرط این است که قصد حبس کند، اما اگر قصد وقف حقیقی کرد این باطل است لفقد الشرط. در صورتی که در همین فرض مرحوم سید می فرماید حبس صحیح است و یقع قهراً و تخیل خود او مهم نیست، که الان عبارت را می خوانیم.

پس باید دوستان به این عنایت کنند، عبارت صاحب مسالک با اینکه اشاره به مبنای مشترکی دارد، ولی گوئی بحث را اثباتی کرده و بعد هم تصریح می کند که اگر ثبوتاً قصد حبس نکرده باشد باطل است.

نظر صاحب مفتاح الکرامه رحمه الله

اما مرحوم صاحب مفتاح الکرامه ایشان فقط حبساً تصحیح می کند، و بعد آن ذیل را هم موجب یک اشکالی بر صاحب مسالک می داند.

در متن قواعد این است که: لو قرنه بمدة لم يقع، اگر وقف را مقرون به مدت کند لم يقع. بعد ایشان می فرماید: «وتعلیلهم له بأن شرط الوقف الدوام فیبطل لعدم حصول الشرط».

بعد می فرمایند: این مطلب در حبس جاری نیست، چون نگفته اند اشتراط حبس به دوام. بعد گفته اند: «و اما الصحة حبسا فلو جود المقتضى و هو الصیغة الصالحة للحبس لاشتراك الوقف و الحبس فی المعنى، فیمكن اقامة كل واحد مقام الآخر، فإذا قرن الوقف بعدم التأیید كان قرينة على الحبس، و هذا المجاز شایع كما ستسمع فی المسائل الآتية، كما لو اقترن الحبس بالتأیید كان قرينة على الوقف». ایشان تقریبا اشاره دارد به فرمایش صاحب مسالك، بلکه برخی عبارتهای ایشان را عینا نقل کرده است، منتهی به همین مقدار اکتفاء می کند که اگر قرن الوقف بعدم التأیید كان قرينة على الحبس.

اینجور عبارتها یک نوع کاشفیت از اثبیت هم دارد، که قرينة على الحبس. اگر حبس و وقف دو تا نیستند اینکه قرينة على الحبس یعنی چه؟ خب حبس است دیگر. وقف و حبس که یکی هستند دیگر قرينة على الحبس یعنی چه؟.

بعد هم گفته اند این مجاز هم شایع است که ما بگوئیم وقفت الى سنة و قصد حبس کنیم، می شود مجاز و شایع.

ببینید بحث های معنایی را اولاً خلط کرده اند با بحث ماهوی در وقوع یک اعتبار عقلانی در خارج، با اینکه این صرف بحث معنایی نیست. این یک نکته است که انشاء الله بعدا توضیح بیشتری می دهیم. منتهی نکته ای که وجود دارد این است که هم مرحوم صاحب مسالك و هم ایشان در مفتاح الكرامة ظاهر عبارتهایشان این است که بحث را یک جوری دارند اثباتی می کنند. یعنی گوئی مشکل سر این است که با چه الفاظی ما دلالت کردیم بر حبس. آیا مُجاز بودیم در اینگونه دلالت. حالا می گویند بله، چون معنای اینها یکی است و می توانند جانشین هم بشوند، پس می شود که با یکی بر دیگری دلالت کرد ولو مجازا.

اولاً یک قدری کلامشان اجمال دارد که اگر معنای حبس و وقف یکی است و می شود هر کدام مقام آخر واقع بشوند مجاز بودنش یعنی چه؟ قرینه بودنش بر اینکه یکی اراده شده یعنی چه؟ اینها واقعا دشوار است. گرچه تمحلاتی {مقرر: به معنی حیلہ کردن و چاره اندیشی نه تمهل به معنی درنگ کردن و انجام کار به آرامی} برای حل این وجود دارد، مثلا بگوئیم بخشی از معنا در هر دو مشترک است، بعد نیاز به یک فصلی دارند که آن فصل موجب اختلاف و موجب آثار است. مثلا اینطور بگوئیم که وقف و حبس در یک معنا که اصل حبس است مشترکند، اما اگر متفصل شد به فصل تأیید احکامی دارد،

اگر متفصل شد به فصل عدم التأیید احکام دیگری دارد. این تمحلات می شود ولكن عبارتهای آقایان خالی از این جهت است.

در هر حال این یک بحث است.

نظر صاحب عروه رحمه الله

مرحوم صاحب عروه در تکمله می فرماید: «(بعد از اینکه اشترط دوام ثابت شد) وعلیه فلو قرنه بمدة لا يكون وقفا، (این تمام). وهل يصح حبسا أو يكون باطلا؟ قولان، و الاقوى الاول (که حبس باشد) لأن قصد هذا المعنى قصد لحقيقة الحبس و لا يضر اعتقاد كونه وقفا بعد انشاء ما هو حبس حقيقة». ایشان بر خلاف صاحب مسالك می خواهد ادعا کند که این آقا حتی اگر انشاء کند این وقف را بقصد الوقفية این مضر نیست. صاحب مسالك فرموده بود که این یصیر باطلا لفقد الشرط مگر اینکه قصد حبس کند. اما ایشان می گوید نه، قصد وقف هم بکند اشکال ندارد. چرا؟ چون این چیزی که این قصد می کند حقيقة حبس است. یعنی وقف الى سنة لبش حبس است. حالا این خیال می کند اعتقاد باطلی دارد خیال می کند که این وقف است، خب وقف نیست. اعتقادش باطل است. لا يضر اعتقاد كونه وقفا بعد از اینکه انشاء کرده ما هو حبس حقيقة.

بعد ایشان می فرماید: و دعوى تباین الوقف و الحبس فإن المقتضى الاول الخروج عن ملكه الى ملك الموقوف عليه (این دعوی در واقع نقل استدلال کسانی است که اینجا حبس را هم باطل می دانند روی مبنای تباین وقف و حبس، مثل صاحب جواهر. عبارتی هم که ایشان نقل می کند تقریبا عبارت صاحب جواهر است که می خوانیم. ایشان این استدلال را رد کرده است.

آخرش بعد از اینکه می گوید آن استدلال ناتمام است می فرماید^۱: «و الحاصل أن الايقاف قدر مشترك بين الوقف والحبس و لا فرق بينهما الا بقصد التأیید و عدمه، فمع عدم قصده یصیر حبسا قهرا». ادعا این است که ایقاف قدر مشترك بین الوقف و الحبس است. که همین ایقاف را هم ایشان با حبس یکی می داند و بین ایقاف و حبس هم فرق نمی گذارد. و فرقیان به همین است که به قصد تأیید باشد یا نه. گوئی ما دو جور ایقاف داریم که همان دو جور حبس است، اگر این ایقاف یا حبس متفصل شد به فصل تأیید، می شود وقف، متفصل شد به فصل عدم تأیید، می شود حبس قهرا.

^۱ - عروة الوثقی جلد ۲ صفحه ۱۹۲

این ادعای ایشان، که البته حالا این قابل بحث است.

نظر محقق خراسانی رحمه الله

مرحوم آخوند با اینکه خود ایشان حقیقت وقف را حبس می داند، در همین رساله وقف می فرماید: «إن الوقف علی ما مرت الیه الاشارة و إن کان بحسب الحقیقة لغتا و شرعا حبسا لا تملیکا متفصلا بالحبس، (این اشاره دارد به فرمایش شیخ در تقریراتشان که بعد بحث خواهیم کرد) و لا مساوقا له خارجا».

می فرماید وقف به لحاظ لغت و شرع حبس است، نه تملیکی که متفصل به حبس باشد. یعنی تملیک باشد منتهی تملیک دو جور است: تملیک حبسی و غیر حبسی، این تملیک حبسی بشود وقف. این نیست. خارجا هم مساوق نیست با تملیک. لاحتمال آن لا یكون معه تملیک اصلا، ممکن است در واقع اصلا تملیک نباشد مثل اینکه در اوقاف عامه گاهی اینطور می گویند، أو کان مختلفا تملیکا و تفکیکا حسب اختلاف الاوقاف خاصا و عاما علی اختلاف الاقوال، فکیف یكون تملیکا بحسب الحقیقة أو مساوقا له خارجا مع اختلافهما مفهوما». ایشان می خواهد بگوید با اینکه می دانیم که اوقاف عامه هم داریم و اقوال در آن مختلف است و برخی اصلا آن را تملیک نمی دانند بلکه صرف تفکیک می دانند، پس حتی در اوقاف خاصه هم اگر ما تملیک قائل باشیم حقیقت وقف می شود مختلف. دیگر نمی توانیم بگوئیم در حقیقت وقف تملیک است بحسب الحقیقة یا مساوق با تملیک است خارجا. هیچکدام را نمی شود گفت.

می فرماید: «كما فی الصلح». که ایشان تشبیه می کند به صلح، که در آنجا مفهوما یکی نیست اما خارجا تملیک واقع می شود. تشبیهشان البته در جهت این است که تملیک خارجی هم نیست.

بعد ایشان می فرماید: «الا أنه (این وقف) عبارة عن المرتبة العليا التي هی الحبس المستتبع لمنع الواقف من التصرفات و التقلبات فی العین، بل منع الموقوف علیه منها». ایشان حرفشان این است که گرچه ما می گوئیم وقف حبس است، منتهی نه اینکه مطلق الحبس است، بلکه حبس مطلق است، یعنی مرتبه علیای حبس است، که لازمه اش هم عدم تصرف واقف در مال محبس علیه است و هم حتی می توانیم بگوئیم مستلزم عدم جواز تصرفات خاص موقوف علیه در مال موقوفه است مانند تصرفات ناقله. بله موقوف علیه می تواند انتفاع ببرد، ولی خود واقف خارج است و حتی هیچ گونه انتفاعی نیز نمی تواند ببرد.

بعد می فرماید: «بخلاف الحبس بالمعنی الاخص، فإنه لا يكون الا مرتبة كانت دونها و هي لا تستتبع الا المنع من التصرف فی المنفعة دون العین. فالوقف و الحبس و إن كانا مشترکین فی کونهما حبسا الا أنهما متفاوتان مرتبة، ولأجل ذا مختلفان حکما كما هو الحال فی الايجاب و الاستحباب».

پس نهایت این می شود که در عین حال که ایشان وقف را حبس می داند، می گوید منتهی حبس دو مرتبه دارد، یک مرتبه علیا که دارای یک سری احکام، و یک مرتبه دنیا با یک سری احکام. مثل ایجاب و استحباب. خب ایجاب و استحباب مثلا هر دو مشترکند در اصل حقیقت طلب، اتحاد دارند، منتهی ذومراتب هستند، منتهی این اختلاف مرتبه آثار بالمره مختلفی می آورد. شما در استحباب می توانید ترک کنید فعل را ولی در ایجاب نمی توانید.

آنوقت می فرماید: «لیس التفاوت بینهما باعتبار التأیید فی احدهما و عدم اعتباره فی الآخر مع اتحادهما فی مرتبة الحبس ایضا لعدم دلیل على اعتباره لو لم یکن على عدم اعتباره كما یأتی».

یک حرف دقیقی می زند و در واقع دارد جواب به مرحوم سید را می دهد که می گوید ما که حبس را قدر جامع در وقف می دانیم، معنایش این نیست که وقف و حبس در یک مرتبه باشند یعنی حبس دو مرتبه نباشد یک مرتبه باشد که وقف و حبس همین است، و فرقیشان به اقتران به تأیید و عدم تأیید باشد. می گوید این درست نیست. بخاطر اینکه ما ممکن است اصلا بعدا بگوئیم تأیید شرط نیست. البته چون این را ذیل مسئله دوم که مسئله ۱۶ است بحث کرده است، یعنی راجع به وقف علی من ینقرض است یا علی موقوف علیه که غالبا لا ینقرض است، هر دو فرض هست. منتهی بحث ما الان به اصل مبنا است.

بعد ایشان می فرماید: «إذا تمهد هذا ظهرت صحة القول الاول و هو صحة الوقف على من ینقرض وقفا (که الان بحث ما این نیست، ولی استدلال مهم است)». بعد می فرماید عده ای در همان مسئله آتی گفته اند این حبس است «بتوهم أنه لا تفاوت بین الوقف و الحبس الا التقييد بالتأیید و عدمه، والغفلة عن التفاوت بینهما بالمرتبة و أن الوقف هو الحبس المطلق، و لذا صار مما لا یجوز للواقف شرعا التصرف فيه بنحو و لا یورث، بخلاف الحبس، فإن له التصرفات الغير المنافية لاستیفاء المحبوس علیه المنفعة و یورث».

پس ما حصل حرف ایشان این است که ما از اختلاف آثار می فهمیم که حبس دو گونه است، و بنابر این اختلاف در صرف تأیید و عدم تأیید نیست، بلکه یک مرتبه از حبس یک آثاری دارد و یک مرتبه دیگر یک آثار دیگری دارد. بنابر این به صرف اینکه ما مقید کنیم به تأیید و یا عدم تأیید نمی توانیم فرق بین وقف و حبس را تحلیل کنیم.

با این بیان در واقع جواب داده می شود فرمایش مرحوم سید، که فرموده بود والحاصل أن الايقاف قدر مشترك بين الوقف و الحبس و لا فرق بينهما الا بقصد التأیید و عدمه، فمع عدم قصده يصير حبسا قهرا.

ما در کلمات این بزرگواران باز مرحوم آخوند یک قدری راحت است، چون گرچه وقف را حبس می گیرد اما می گوید دو مرتبه از حبس است. اما مثل مرحوم سید و مثل مرحوم صاحب مسالک که گفته اند معنای اینها یکی است و ايقاف قدر مشترك است، می گوئیم پس فرق اینها چیست.

عرض کردم مگر با یک تمحلی بگوئیم ما یک ايقافی داریم که قدر مشترك است که اگر متفصل بشود به فصل تأیید یک آثاری دارد و اگر متفصل بشود به فصل عدم تأیید آثار دیگری دارد، منتهی آیا واقعا این درست است؟ یعنی از این جهت که آیا به لحاظ اثباتی ما می توانیم این را بپذیریم که وقف و حبس یکی باشد؟ (که حالا بعدا ما یک بحث اساسی داریم با اینها). و همینطور به لحاظ ثبوتی آیا تصویر می شود که یک قدر مشتركی داشته باشد با دو تا فصل؟ این قدر مشتركی که می گویند معنای مشترك است یا چیز دیگری است؟ اینها یک اجمالی است که انشاءالله تبیین بیشترش را بعدا باید انجام بدهیم.

والسلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۴۵
- خلاصه بحث گذشته ۸۴۵
- ضرورت بررسی دو مطلب در کلام مرحوم صاحب عروه ۸۴۶
- نظر مرحوم صاحب جواهر در تغایر ماهوی حبس و وقف و اشکال بر صاحب عروه ۸۴۶
- دفع اشکال صاحب جواهر بر صاحب عروه ۸۴۷
- بررسی اتحاد حبس و وقف ۸۴۸
- تفاوت مفهوم با اعتبار عقلایی (ماهیت) ۸۴۸
- تحلیل واقع ببع به عنوان مثال ۸۴۹
- حبسی که در تعریف وقف آمده در مقام تحلیل است نه واقع ۸۵۰
- اثرات مجعول اصالی دانستن عقود ۸۵۱
- اثبات تغایر وقف و حبس در خارج ۸۵۲
- نظر صحیح بطلان این عقد است وقفا و حبسا ۸۵۲

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف

خلاصه بحث گذشته

بحث در این بود که در فرع ۱۵ تحریر بعد از اینکه روشن شد که دوام در وقف شرط است و اقتضای این شرط بطلان وقف الی مدة یا الی سنة بقصد الوقفیه است این پرسش مطرح می شود که آیا این عقد بما هو حبس صحیح است یا نه.

بیان شد که حتی برخی از کسانی که حبس و وقف را هم معنا می دانند نظرشان نسبت به صحت این عقد مختلف است.

برخی از این بزرگواران مثل صاحب مسالک تصریح کرده اند که حبس و وقف می توانند جانشین هم شوند، و لذا اقتران

وقف به عدم تأیید قرینه ای است بر اراده حبس، پس ایشان چنین وقفی را حبسا تصحیح کرده، فرموده اند «و الاقوی هو ذلک». منتهی ایشان در ذیل کلام تصریح می کنند که این صحت به شرط این است که قصد حبس کرده باشد، اما اگر قصد وقف کرده باشد عقد باطل است.

این مطلب بسیار مهم است. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه اصل بحث را از ایشان نقل می کند ولی دیگر این ذیل را نمی آورد که اگر قصد حبس کرده باشد درست است اما اگر قصد وقف کند باطل است. بلکه به صورت دیگر به عنوان اشکال بر صاحب مسالک ذکر می کند.

ضرورت بررسی دو مطلب در کلام مرحوم صاحب عروه

مرحوم صاحب عروه می خواهند از این مطلب که حقیقت وقف و حبس یکی است استفاده کنند که گوئی قدر جامعی بین این دو وجود دارد که عبارت است از اصل حبس و ایقاف، حال اگر مقترن به تأیید شود وقف می شود و اگر مقترن به عدم تأیید شود حبس می شود.

البته ظاهر حرف مرحوم صاحب عروه این است که بحثشان اثباتی نیست، گوئی می خواهند بگویند در عالم ثبوت ما دو جور حبس داریم، حبس متفصل به فصل تأییدی، و حبس متفصل به فصل عدم تأیید که هر کدام آثاری دارد.

در اینجا باید دقت کرد که اولاً آیا اصل این حرف که این دو یک حقیقت اند با دو فصل ثبوتاً درست است؟

ثانیاً حتی اگر این حرف را بپذیریم که حبس و وقف دو فرد یک ماهیت هستند، آیا برای تمییزشان نیازی به قصد نیست؟ چطور ایشان می فرماید که حتی اگر قصد وقف کند یعنی قصد کند حصه توأم با تأیید را اعتقاد باطلی داشته و ضرری نمی زند به اینکه حقیقتاً قصد حبس کرده و حبس واقع بشود؟

این دو مطلب نیز نیاز به بررسی دارد

نظر مرحوم صاحب جواهر در تغایر ماهوی حبس و وقف و اشکال بر صاحب عروه

مرحوم صاحب جواهر از کسانی است که می گوید اصلاً این حرف درست نیست و حبس و وقف دو ماهیت مختلف اند.

ایشان بعد می فرماید^۱: «نعم لو قيل بصيرورته حبسا وإن قصد معنى الوقف بمعنى أنه قدر مشترك بينهما كما عساه يظهر من بعضهم (که این بعضهم را گفته اند شهید ثانی یا محقق کرکی، که ما در مورد آن بحثی داریم اشاره می کنیم)، و أن تشخیص کل منهما يحصل بذلك و نحوه (به همین تأیید و عدم تأیید) کان متجهاً».

می گوید اگر کسی این را بگوید که حبس و وقف یکی هستند و قدر مشترک دارند و تشخیص شان با این فصل است، آنوقت اینکه وقف الی سنة را بر حبس حمل کنیم کان متجهاً. منتهی ایشان هم این مسئله را به این بحث اثباتی گره زده است که وقف الی سنة را حمل کنیم به قصد حبس.

ایشان در ادامه این نظر را رد می کند می فرماید: «إلا أنه كما ترى، ضرورة تباينهما مفهوما حتى بالنسبة إلى تملك العين و إن اشتركا في شيء في الجملة نحو اشتراك البيع و الصلح مثلا في نقل العين».

این یک جواب است، که اولاً می خواهند بگویند اینجا تباین مفهومی هست. گرچه ممکن است در برخی از معنا مشترک باشند، مثل صلح و بیع که در نقل عین مشترک هستند، ولی یکی تملیک بعوض هست ولی در صلح ممکن است به غیر عوض باشد و یا خصوصیات دیگری داشته باشد.

اشکال دیگر ایشان این است که حتی اگر ما فرض کنیم که اینها به یک معنا هستند و با خصوصیات از هم جدا می شوند، ایشان می فرماید پس ما باید قصد کنیم آن خصوصیات را و با همین قصد از یکدیگر تمیز پیدا می کنند. پس اگر قصد نباشد باید وقف و حبس باطل شوند: «على أنك قد عرفت فيما مضى أن التمييز على هذا الفرض (که حقیقتشان یکی باشد) منحصر في القصد حينئذ فمع فرض عدمه يبطلان معا كما هو واضح».

دفع اشکال صاحب جواهر بر صاحب عروه

این بیان در واقع جواب مرحوم سید هم هست. ولی مرحوم سید در مقابل چه فرموده است؟ گوئی ایشان می گوید با صرف قصد اشتباه، واقع عوض نمی شود و همچنان علی ما هی علیه است.

پس اینکه مرحوم صاحب جواهر می فرماید که و حينئذ منحصر با قصد، تمیز داده می شوند، مرحوم سید شاید بگوید ما می توانیم با این موافقت کنیم منتهی به این نحو که اگر کسی گفت وقف الی سنة، این در عالم واقع دارد قصد می کند ما هو الحبس حقیقتاً را، ولو خودش تخیل می کند این وقف است. یعنی بیان مرحوم سید شاید این باشد که ما نمی گوئیم

^۱ - جواهر الکلام جلد ۲۹ صفحه ۱۱۷ (جواهر نرم افزار جلد ۲۸ صفحه ۵۳)

قصد حبس نیاز نیست و بدون آن هم حبس واقع می شود. بلکه می گوید کاری که این فرد انجام می هد لباً حبس است. بنابراین قصد این عمل یعنی وقف الی سنة، قصد حقیقت حبس است ولو که تخیل کند که این وقف است.

بررسی اتحاد حبس و وقف

اصل این حرف که وقف و حبس یک معنا هستند اول کلام است چه به تعبیر برخی که حبس می دانند و چه به تعبیر صاحب عروه که هر دو را ایقاف می داند.

ما اینجا دو بحث عمده داریم:

تفاوت مفهوم با اعتبار عقلائی (ماهیت)

بحث اول این است که ما علاوه بر بحث معنایی باید بحثی راجع به ماهیت وقف و حبس داشته باشیم. البته این بحث در لایه فرمایشات مرحوم سید و دیگران آمده است منتهی تفکیک نمی شود. ما در جلسات گذشته به تفصیل بحث کردیم که معنا یک وادی است و وقوع یک اعتبار عقلائی وادی ای دیگری است. اینکه معنای ملک چیست یک بحث است و اینکه ما به یک اعتبار عقلائی که با ملک به آن اشاره می کنیم با شرائطی تسبیب کنیم تا واقع شود حرف دیگری است. پس وقوع اعتبارات عقلائی بشرائطها من ناحیه اسبابها یک وادی است و مفهوم ملک یک وادی دیگر. اینها دو بحث هستند، نمی گوئیم به یکدیگر نامربوط اند بلکه به هم ربط دارند.

این حرف در همه جا می آید، و متأسفانه در همه جا این خلطها واقع شده است. مثلاً در بحث و زجر، در وجوب و حرمت، گاهی بحث های معنایی و وجوب با بحث های مصداق بالحمل الشایع وجوب که عبارت است مثلاً از انشاء به داعی جعل الداعی امکانی، یا اعتبار ثبوت بر ذمه بنابر نظر برخی یا اراده مبرزه و امثال این، با اینها خلط می شود. الان در بحث ما، اینکه معنای وقف و حبس یکی باشد یک بحث است، اما وقوع یک اعتبار عقلائی یا یک اعتبار شرعی به معنای وقف و حبس بحث دیگری است. اینکه یکی جای دیگری بنشیند به لحاظ معنا یک بحث است و به لحاظ اعتبارات عقلائی بحثی دیگر. این اثبات دیگری می خواهد.

مرحوم سید که ادعا می کند ایقاف قدر مشترک بین حبس و وقف است و فقط به قصد تأیید و عدمش حاصل می شود این را از کجا آورده است؟ مجموع روایاتی که ما داریم به عنوان وقف و به عنوان حبس که این چیزهایی که ایشان می گوید در آنها نیست. مراجعه به شیوه عقلاء در وقف هم لااقل با آن احراز نمی شود که اینها یکی هستند. مرحوم سید این را از کجا آورده است؟

حالا من می خواهم یک بحثی را اینجا مطرح کنم که قبلا هم ما بحث کرده ایم و به همین عرضی هم که الان کردیم مربوط می شود، و آن بحث مهمی است، همه جا هم کاربرد دارد. و آن این است که:

در عناوین معاملات مثل بیع، مثل صلح، مثل هبه، مثل وقف، یک وقتی ما قائل می شویم که عناوین خود همینها مجعول اصلی اند. که ما در اوائل بحث وقف این را مطرح کردیم. وقف یک مجعول اصلی باشد مثل ملکیت و زوجیت. با انشاء وقف بقصد الوقف با خصوصیات و شرائطی که از روایات یا سیره عقلائی مستمره استفاده می شود یک پدیده ای به نام وقف حاصل می شود که حالا ما می توانیم اسمش را بگذاریم اعتبار عقلائی، یا برخی جدیدی ها می گویند نهاد حقوقی. و این اعتبار عقلائی که فرض می کنیم شارع قبول کرده، این اعتبار واقع می شود و آثاری هم دارد.

بعد این را می خواهم عرض کنم که: تحلیل این اعتبار و کشف مؤلفه ها و مقومات این اعتبار این موجب نمی شود که ما رفع ید کنیم که خود بیع یا صلح یا وقف یک مجعول اصلی است. خودش انشاء می شود بقصدها و از آن حاصل می شود یک مصداق از بیع. کما اینکه شما در ملک هم همین کار را می کنید، با یک اسبابی فردی از ملک را اعتبار می کنید. می خواهیم عرض کنیم که بیع، صلح، وقف و هبه شبیه ملک باشد که با سببها یقع مصداقا خاصا لها. از من اگر بپرسید که بیع چیست، می گویم بیع یک مجعول اصلی است عند العقلاء مثل ملک، مثل زوجیت، این مجعول اصلی را بپرسید چه چیزی هست؟ می گوئیم با آثارش شناخته می شود. آثارش کجا هست؟ در میان عقلاء و عرف مستمر تا زمان شارع و امضاء شده و یا روایات خاصه که کشف از ارادات شارع می کند در باب احکامش. در وقف هم همینطور است.

تحلیل واقع بیع به عنوان مثال

این یک بحث فوق العاده دقیقی است، یعنی ببینید شما در بیع می گوئید انشاء تملیک عین بعوض یا تملیک عین بعوض، علی اختلاف بعض المبانی. اصلا سؤال ما این است که آیا در مثل بحث بیع، مثل بحث صلح، مثل بحث هبه، آیا مجعول اصلی ما فقط ملکیت است، و بعد عقدی است که با آن انشاء می شود تملیک عین بعوض، تمام. دیگر ما مجعول اصلی دیگری به نام البیع نداریم. یک مجعول داریم به نام ملک که له آثار، و یک پدیده ای به نام عقد داریم که با انشاء یک مضمونی مرتبط با انشاء دیگری که قبول قابل باشد این پدید می آید و عقد آثاری دارد. پس عقد بیع در واقع عبارت است از عقدی که در آن انشاء می شود تملیک عین بعوض. این یک نظر است.

ولی به نظر من اگر ما بگوئیم بیع یک مجعول اصلی است، دیگر نباید برویم سراغ انشاء تملیک عین بعوض، ولو تحلیلش همین باشد. می گوئیم بیع با بعث به قصد خاص، انشاء می شود که وقوع این اعتبار عقلائی باشد و با شرائطها هر چه که

هست. با انشاء من بقصود خاصه که قصد وقوع منشأ و قصد وقوع واقع آن اعتبار است با تحقق شرائط بیع و قبول قابل، یک مصداقی از اعتبار بیع واقع می شود. خب چه آثاری دارد؟ مجموعه آثاری که عند العقلاء هست و مستمرا با سیره شان امضاء شده است، یا شارع ابتداء خودش فرموده است، مثلا با البیان بالخیار ما لم یفترقا یک جعل خیار شده است برای بیعان. بیع موضوع ده ها حکم و اثر است بنابر این به عنوان یک مجعول اصالی به آن نگاه می کنیم. این فرق می کند با اینکه ما بگوئیم بیع خودش یک اعتبار مستقلى نیست. ما یک ملکیتی داریم که اعتبار مستقل و اصالی است و بعد هم بیع عبارت است از انشاء تملیک عین بعوض. بیع همین است و یک مفهوم انتزاعی از این است. دیگر این را نیامده اند خودش را مجعول اصالی قرار بدهند.

خب این یک مؤلفه است در بحث ما، که بحث اختلاف مفهومی یا تساوی مفهومی این مساوق با بحث فعلی ما نیست. چرا؟ اصلا ممکن است مفهوم بیع و مفهوم صلح واقعا در خارج یکی باشد، اما دو تا حقیقت اعتباری و یا نهاد حقوقی بر روی همین مفهوم مشترک ساخته شده باشد، این شدنی است. البته فرض طبیعی تر آن همین است که اینها دو مفهوم متباین هستند، از این دو مفهوم متباین دو اعتبار عقلائی خلق شده است. یکی اعتباری که آثار بیعی دارد، یکی اعتباری که آثار صلحی دارد، یا یکی وقف است و یکی حبس است.

اگر ثبوتاً دوستان این عرضی را که ما کردیم بپذیرند و من ادعایم این است که ظهور اولی در روایات و شیوه عقلائی در برخورد با وقف همین است که این اصالی است. ولذا خیلی وقتها همین عنوان را انشاء می کنیم. من نمی خواهم بگویم این دلیل قاطع است، چون همین الان عرض کردم که با مفهوم واحد می شود دو تا حقیقت را خلق کرد، دو تا حقیقت اعتباری را و دو تا مجعول اصالی را می شود خلق کرد. ولی به نحو طبیعی در اختلاف معنا این رخ می دهد. یعنی دو تا معنای مختلف داریم، روی این دو تا معنای مختلف دو تا نهاد را می سازیم به اصطلاح امروزی ها، دو تا اعتبار عقلائی را بار می کنیم، اعتبار وقف و اعتبار حبس. منتهی این حرفی که ما می زنیم یک بحث ثبوتی است راجع به اصل اینکه وقفیت خودش مجعول اصالی باشد.

حبسی که در تعریف وقف آمده در مقام تحلیل است نه واقع

گام دوم این است که خب حالا وقف و حبس دو تا هستند، من عرضم این است که هم ظهور روایات و هم شیوه عقلاء ظاهرش این است که اینها دو تا اعتبار مختلف هستند و دو تا مجعول اصالی هستند. اینکه ولو در روایت نبوی آمده باشد که حبس الاصل و سبیل الثمرة یا در تعریف فقهاء آمده باشد تحبیس الاصل و تسبیل الثمرة یا اطلاق المنفعة،

ولو آمده باشد، اما این دلیل بر این نمی شود که آن مجعول ما مجعول اصالی نباشد. این تحلیل آن است. لذا ما این را انشاء نمی کنیم. در وقف خود وقف را انشاء می کنیم و قصد وقوعش را هم می کنیم.

گرچه من مکرر عرض کرده ام که مقام معنا و انشاء معنا از مقام وقوع یک اعتبار عقلائی جدا است و فرق می کند، مراتبش فرق می کند. منتهی عرض ما الان این است که اولاً وقف یک مجعول اصالی است، در بیع هم ما همین را ادعا می کنیم. اینکه در بیع ما بگوئیم بیع انشاء تملیک عین بعوض است و این تعریف او است و لا حقیقه وراء این جهت، ما در این یک تردیدی داریم، می گوئیم حتی اگر این تعریف او باشد تعریف تحلیلی او است. مجعول این نیست.

اثرات مجعول اصالی دانستن عقود

آنوقت عرض ما شاید یک اثر عجیب و غریبی هم داشته باشد. مثلاً در بیع اگر ما بگوئیم بیع مجعول اصالی است و خودش این اعتبار واقع می شود، ممکن است کسی بگوید با انشاء تملیک عین بعوض بیع واقع نشود. چرا؟ برای اینکه ممکن است بیع به عنوان مجعول اصالی علاوه بر تملیک عین بعوض چیزهای دیگری هم داشته باشد. تملیک عین بعوض ممکن است در صلح هم باشد. مثلاً عرض می کنم.

و یک نکته جالب این است که در مجعول های اصالی عقلاء خودشان را محدود نمی کنند که همه آثار را یکباره بگویند. ممکن است در طول عمود زمان این کار را انجام دهند. مثلاً یک مجلس قانونگذاری می آید یک پدیده حقوقی به نام بیع را مطرح می کند، بعد می گوید این بیع با این اسباب واقع می شود، مردم می گویند بعثتک هذا بذاک، بعد در طول زمان آثار متعددی بر آن مترتب می کنند. این معلوم نیست اشکال داشته باشد. مثلاً مجلس قانونگذاری امروز که این پدیده حقوقی را مطرح کرد ممکن است سه تا اثرش را بار کند، بگوید وقتی بیع شد با شرائطش، دیگر مبیع می رود به ملک مشتری و ثمن می رود به ملک بایع، و بعد لزوم دارد این عمل حقوقی الا این چند تا اختیار. بعد ممکن است پنج سال بعد بگویند هر وقتی که بیع کردند اختیار مجلس هم هست. اشکالی ندارد. اصلاً ممکن است مجعولات اصالی برای همین باشد که یک موضوع وحدانی را می اندازد وسط، ده ها آثار را حالا یا یکباره یا در عمود زمان بار کند. اصلاً روش عقلائی در احکام وضعی همین است. احکام وضعی برای همین است که هر بار مجبور نشوند مجموعه ای از احکام تکلیفی با استثناء ها و شرائط را بگویند. یک موضوع به نام ملک را درست می کنند، بعد ده ها و صدها اثر می توانند بر آن بار کنند. در باب بیع هم همینطور است.

این یک مؤلفه است برای تصمیم گرفتن راجع به اینکه وقف و حبس یکی هستند یا نه.

اثبات تغایر وقف و حبس در خارج

مؤلفه دوم و گام دوم این است که خارجا چه چیزی هست؟

به نظر ما هم عرفا و هم به لحاظ اصطیاد از روایات ما هیچ دلیلی بر اینکه حبس و وقف یکی باشد نداریم. هر دوی آنها مجعول اصالی است هم حبس و هم وقف. وقتی می گوید حبست و تحبیس یک آثاری دارد، وقتی می گوید وقفت یک آثاری دارد، ولو در برخی از معنا یا برخی از آثار مشترک هم باشند. ما بیع و صلح هم داریم که همینطور است.

بنابر این اگر این عرائض ما روشن شود، اولاً روشن می شود که بسیاری از فرمایشهایی که بزرگان و فقهاء فرموده اند تا این عرض ما حل نشود آن فرمایشات حل نمی شود، و اختلاط در کلامشان هم روشن می شود. گوئی فقط رفته اند سراغ مفهوم وقف و حبس، در حالی که ما اول باید مجعول اصالی بودنش را بحث کنیم که هست یا نه. و اگر این را ما قبول کنیم این بحث آثاری دارد، از جمله در بحث ما که دو تا مجعول اصالی اگر باشند آنوقت دلیلی نداریم که ما احکامشان را یکباره کنیم و به صرف تأیید و عدم تأیید دو تا مجعول اصالی عوض بشوند این نیست. اصلاً عنوان وقف خودش یک اعتباری دارد و عنوان حبس هم یک اعتباری دارد.

اینکه ما بفهمیم اینها دو عنوان هستند، هم از رفتار عقلاء کشف می کنیم و هم از آثار و احکامی که شارع بار کرده است. مقصود از رفتار یعنی آثاری که عقلاء بار می کنند بر اینها. و علی الظاهر اینها دو مقوله و دو اعتبار هستند با دو اثر.

نظر صحیح بطلان این عقد است وقفا و حبسا

ولذا به نظر ما اگر ما وقف را مشروط به دوام بدانیم و قصد وقف متمشی بشود، (در جائی که قصد از آنها متمشی بشود، چون در یک فروضی هست که اصلاً قصد متمشی نمی شود، که قصد کنند وقف الی سنة را، مثلاً اگر عالم باشد که وقف باید توأم با تأیید باشد، معنا ندارد که بگوئیم قصد کرده اند وقف الی سنة را بحقیقة معنی الوقف. این معنا ندارد. حالا در جائی که ناشی از جهل و غفلت یا اختلاف اجتهاد و تقلید و امثال آن، طرف قصد می کند وقف را حقیقة به صورت وقف الی سنة)، به نظر ما این عقد باطل است، همانطور که مرحوم صاحب جواهر فرموده است، همانطور که مرحوم صاحب مسالک به یک نحو ما فرموده است، و فرمایش مرحوم سید و بزرگان دیگر در اینجا درست نیست. و حبس هم درست نیست. بما هو وقف که باطل است، حبس هم صحیح نیست. چرا؟ به خاطر اینکه حبس و وقف دو تا مجعول اصالی هستند باید خودشان انشاء بشوند به قصد خاصشان و آثار خاص بر آنها بار بشود، و این کار اینجا واقع نشده است. و نگوئیم که حقیقت حبس همین وقف است مع عدم التأیید. نخیر، هر کدام مجعول اصالی خاص هستند مثل ملکیت و زوجیت، شما

نمی توانید بگوئید ملکیت زوجیت است با قید تأیید یا غیر تأیید. این حرف معنا ندارد. مثل سیب و گلابی هستند. دو تا مجعول اصالی هستند آثار خاص خودشان را دارند.

ولذا به نظر ما در این فرع که یعنی لو وقف الی سنة بانیا بر اینکه اشترط تأیید در وقف لازم است، اینچنین وقف الی سنة تبطل وقفا و حبسا. وقفا که روشن است لمکان اشترط التأیید. حبسا هم از باب اینکه آن مجعول اصالی با این حاصل نمی شود. قصد خود عنوان همان مجعول لازم است و اختلافش هم با وقف صرف تأیید و عدم تأیید نیست.

تممه ای در بحث هست که انشاءالله بعدا عرض می کنیم.

و السلام علیکم ورحمة الله.

باسمه تعالی

- مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف ۸۵۵
- خلاصه بحث گذشته ۸۵۵
- فرع دوم مسأله ۱۵: انشاء حبس با لفظ وقف ۸۵۵
- فرع سوم مسأله ۱۵: حکم شک در قصد وقف یا قصد حبس ۸۵۶
- انتخاب روش حل مسأله ۸۵۶
- نکات مقدماتی حل بحث ۸۵۷
- نکته اول: تفکیک بین معنا و مراد جدی ۸۵۷
- نکته دوم: اصالة الصحة در فعل مسلم و مبانی آن ۸۵۸
- عبارت صاحب جواهر در عدم استدلال به اصالة الصحة ۸۵۹
- عبارت مرحوم شیخ انصاری در عدم استدلال به اصالة الصحة ۸۶۰
- نکته سوم: طرح مسئله بنابر اینکه وقف و حبس یک معنا داشته باشند یا دو معنا ۸۶۰
- طرح مسئله شک در قصد بنابر تعدد معنای وقف و حبس ۸۶۱
- اشکال بر تطبیق اصالة الصحة در مقام به عدم احراز عنوان عمل ۸۶۲
- اختلاف نتیجه بحث طبق مبانی مختلف در اصالة الصحة ۸۶۴
- جریان اصالة الصحة در فرض عدم احراز عنوان و انحصار عنوان به دو مورد ۸۶۴
- تکافؤ اصالة الصحة با اصالة التطابق ۸۶۵
- تقدم اصالة الصحة بر اصالة التطابق ۸۶۶
- خلاصه تصحیح فرع سوم ۸۶۶

مسئله ۱۵: اشتراط تأیید در وقف**خلاصه بحث گذشته**

بحث در فروعات مسئله ۱۵ تحریر یعنی وقف مؤبد و غیر مؤبد بود.

در فرع اول یعنی وقف الی سنة با قصد جدی وقفیت بعد از بناء بر اشتراط تأیید، این عقد، وقفا باطل است، یعنی نمی شود وقف باشد، چون مقتضای اشتراط این است. اما در صحت حبسا اختلاف نظر بود. برخی مانند صاحب مسالک می گفتند اگر قصد وقفیت داشته باشد، بطلانش واضح است. گرچه اگر قصد وقفیت معلوم نباشد عقد را تصحیح می کردند و قائل بودند حبس ثابت می شود.

ما این بحث را به صورت مفصل بحث کردیم. نتیجه این شد به نظر ما در جائی که قصد کند وقف را در وقف الی سنة مثلاً حبسا هم واقع نمی شود.

فرع دوم مسأله ۱۵: انشاء حبس با لفظ وقف

اما فرع دوم در وقف الی سنة این است که: با همین «وقف الی سنة» قصد حبس کند.

علی الظاهر در اینجا اشکالی نیست که این حبس واقع می شود. با توجه به اینکه حتی اگر وقف مجازاً هم بکار رفته باشد تحدیدش به «الی سنة» نوعی قرینه است که همراه با قصد خاص، حبس کرده، پس به نظر می آید حتی اگر وقف را غیر حبس بدانیم، لفظ وقف وقتی مقترن می شود به مدت و قصد {حبس} هم از ناحیه متکلم صورت می گیرد، این قابلیت را دارد که بتوان با آن حبس را ایجاد کرد. در اوائل بحث وقف عرض کردیم اینکه باید الفاظ به کار رفته برای انشاء وقف، حقیقت باشند حتی اگر در برخی از کلمات آمده باشد دلیلی بر آن نیست. آن چیزی که شرط است این است که الفاظ، صراحت داشته باشند و مقصود از این نیز علی الظاهر باید این باشد که ظهور تام در معنا داشته باشد. و مجاز هم می تواند ظهور تام در معنا داشته باشد.

ولذا اگر کسی مقصود واقعی اش حبس باشد، {ولی در مقام انشاء از لفظ وقف استفاده کند و} بگوید «وقف الی سنة» ظاهراً کسی نباید در این اشکال کند. برخی مانند مرحوم شیخ نیز همین را فرموده اند که ظاهراً خلافتی در صحت این حبس نیست.

پس این فرع هم مشکلی ندارد.

فرع سوم مسئله ۱۵: حکم شک در قصد وقف یا قصد حبس

اما فرع سوم که فرع مشکلی است، این است که: اگر کسی بگوید «وقف الی سنة» و ما ندانیم که قصد وقف کرده تا این عقد باطل باشد وقفا و حتی حبسا (بنابر مسلک ما به تبع برخی از بزرگان) یا قصد حبس کرده است که صحیح باشد. می خواهیم ببینیم آیا در اینجا حکم می شود که این حبس است تا صحیح باشد، یا حکم می شود وقف است تا باطل باشد و یا توقف است و می گوئیم نمی دانیم چیست؟ اقوال مختلفی وجود دارد.

انتخاب روش حل مساله

بحث دشواری است. مرحوم صاحب مسالک با چند عبارت فرموده است اشکالی ندارد، چون وقف و حبس به یک معنا هستند و هر کدام جای دیگری می تواند باشد، اگر مطلق باشد و خالی از وقت باشد می شود وقف، و اگر همراه با وقت باشد می شود حبس، بنابر این اصلا اشکالی ندارد. همینکه ما ندانیم آن را حمل می کنیم بر حبس.

مرحوم سید هم تقریبا با اختلافی نظیر همین حرف را دارند. ایشان می گوید جامع ایقاف است. (که حالا اگر رسیدیم می خوانیم).

منتهی افرادی مانند صاحب جواهر و مرحوم شیخ در این مسئله اشکال می کنند.

از همه مبسوط تر و دقیق تر فرمایش شیخ انصاری اعلی الله مقامه الشریف است حسب تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی. و بسیار بحث دقیق و دشواری است و مبتنی است بر مبانی مختلف در باب الفاظ و در باب قاعده الصلح. که حالا می گوئیم وجهش چیست.

ما اگر بخواهیم تمام آنچه را که مرحوم شیخ در اینجا آورده بحث کنیم و مبانی اش را هم مورد بحث قرار بدهیم کار طویل المدت را می طلبد، و نیازی هم نیست، چون یک اختلافات مبانی در اصول و مباحث الفاظ است که از اصول به اینجا راه پیدا کرده و جای آن اینجا نیست.

بنابراین ما راه میانبری پیدا کرده ایم که از تدقیقات مرحوم شیخ آن مقداری را که لازم است و بر مبانی ای که ما پذیرفتیم قابل تحمیل است می آوریم و بر اساس آن مسئله را همینجا تمام می کنیم بدون اینکه خیلی تفصیل پیدا کند.

البته این تذکر لازم است که در کلام بسیاری از کسانی که بر تحریر، تعلیقه زده یا شرح کرده اند، توجهی به این دقت‌های مرحوم شیخ نشده در حالی که باید این دقت‌ها فی الجمله مطرح شود. تقاضای من از دوستان این است که لااقل به قدر متیقنی از این بحث‌ها که من اینجا عرض می‌کنم عنایت کنند زیرا علی الظاهر بدون این مطالب نمی‌توان مسئله را حل کرد.

پس صورت مسئله این است که: شخصی گفته است وقت الی سنة، ما نمی‌دانیم این شخص با این عبارت قصد کرده وقف را، تا باطل باشد، یا قصد کرده حبس را، تا صحیح باشد. می‌خواهیم ببینیم آیا راهی برای این داریم که بگوئیم وقف است و باطل است یا حبس است و صحیح است و یا باید توقف کنیم؟

نکات مقدماتی حل بحث

ما ابتدا چند نکته عرض می‌کنیم بعد وارد بحث می‌شویم:

نکته اول: تفکیک بین معنا و مراد جدی

ما مکرر در این بحث‌ها گفته ایم که باید بین معنا و مراد جدی تفکیک قائل شویم. ما یک مرحله معنا داریم که موضوع له لفظ است. یک مرحله مراد جدی داریم که از تطابق با مراد استعمالی حاصل می‌شود و از این معنا مراد جدی آن عملی که ما انجام می‌دهیم تحصیل می‌شود. مثلاً ما انشاء می‌کنیم بیع را، می‌شود در مرحله مراد استعمالی بمانیم، و می‌شود قصد جدی وقوع یک عملی داشته باشیم به نام بیع در خارج که با شرائطش عمل بیع واقع شود. یا ما یک خبری می‌دهیم که زید قائم، می‌توانیم در مرحله مراد استعمالی باقی بمانیم، و می‌توانیم نه، به آنچه که محکی این مراد استعمالی هست هم جد داشته باشیم که یعنی می‌خواهیم اثبات کنیم یک واقعه‌ای را در خارج. و همینطور، که دیگر واضح است و شأن دوستان اجل از این است که بخواهیم بیش از این تفکیک بین معنا و مراد جدی را توضیح بدهیم.

این نکته را اینجا برای این عرض کردیم که حقیقت و مجاز بنابر مسلک مشهور در مجاز برمی‌گردد به کیفیت استعمال لفظ در معنا. اگر لفظ استعمال شود در معنای حقیقی، این حقیقت است، اگر استعمال بشود در غیر معنا می‌شود مجاز. بنابر مسلک مشهور در باب مجاز، پس بحث حقیقت و مجاز مال مرحله اول دلالت است، یعنی دلالت لفظ بر معنا و استعمال لفظ در معنا، که این استعمال مجازی باشد یا حقیقی.

حال لفظ چه مجاز باشد و چه حقیقت، یک ظهوری داریم ظهور لفظ در معنا اعم از معنای حقیقی یا مجازی، و یک ظهوری داریم از معنا به مطابق معنا، که البته این ظهور دوم علی الظاهر برمی‌گردد به ظاهر حال متکلم. ظاهر حال متکلم

این است که از مراد استعمالی مراد جدی را قصد کرده است. که این می شود ظهور دوم. ما یک ظهور اول داریم که ظهور لفظ در معنا است، و یک ظهور دوم داریم که ظهور معنا در مطابق معنا است، یعنی مراد استعمالی در مراد جدی. که گاهی از این به اصالة التطابق هم تعبیر می شود، که ظهور حال متکلم این است که چیزی را اراده کرده است که متطابق هست با مراد استعمالی اش، مگر قرینه بر خلاف بیاید. اینها را خوب دوستان دقت کنند برای بحث های دقیق بعدی ما لازم داریم.

نکته دوم: اصالة الصحة در فعل مسلم و مبانی آن

نکته دوم: بحث اصالة الصحة در فعل مسلم است. حال جای بحث این مطلب اینجا نیست، ولی یک قاعده ای است در فعل مسلم، بعید نیست این قاعده در میان عقلاء و در محیط های عقلانی در فعل غیر جاری باشد. که الان به این توسعه کاری نداریم. مفاد این قاعده نیز ای است که اگر مسلمی عملی را انجام داد که این عمل دو وجه دارد، فرد صحیح و فرد غیر صحیح، بنا بر این گذاشته می شود که فرد صحیح را انجام داده است. یعنی انجام بیع به نحو صحیح بوده است. اگر این آقای مسلم یک بیعی را واقع کرده با برادر ایمانی اش، ما احتمال می دهیم که قاصد عمل نباشد و به تبع، بیعش باطل باشد، اما احتمال هم می دهیم که قاصد عمل بوده لذا بیعش تمام است. اینجا قاعده اصالة الصحة در فعل مسلم می گوید او قاصد عمل بوده و بیعش صحیح است.

مبانی اصالة الصحة مختلف است. گاهی مرجع ما روایات و تعبد است. حتی در محیط عقلاء هم گاهی ممکن است کسی بگوید تعبد است، که بحث دیگری است و ما فعلاً به آن کاری نداریم.

ممکن است مبنای آن ظهور حال باشد. ظهور حال مسلم این است که وقتی شروع به انجام کاری می کند که اثیننی است یا در محیط آثاری بر آن مترتب می شود، فعل صحیح را انجام می دهد. حال یا خروجاً عن اللغوية یا بالآخره ظاهر حالش این است که نمی آید در محیط عقلانی عمل باطلی انجام دهد.

مثلاً فرض کنید که شخصی برود در بنگاه یا محضر رسمی معامله بیعی انجام دهد، بعد بگوید من قاصد نبودم. کسی این را نمی پذیرد. چرا؟ برای اینکه ظهور حالی او در جد است و با انتفاء قرائن بر جد حمل می شود. و این ظهور حال در نزد عقلاء، حجیت است، مانند ظهورات لفظیه.

این هم یک مبنا در اصالة الصحة است که در بحث آتی ما ذو اثر است.

در اینجا باید دقت کنید: اصالة الصحة چه مبنای آن تعبد باشد و چه مبنای آن ظهور حال مسلم باشد، ظاهرش این است که لااقل در وهله اولی با مراد جدی کار دارد. یعنی اگر ما شک کنیم که این آقای مسلمان بیعی را که واقع کرده بیع

فاسد است یا بیع صحیح است، ظهور حالش این است که بیع صحیح واقع کرده است. بیع صحیح مربوط به مرحله مراد جدی است. لااقل در وهله اولی این است که کاری به مراد استعمالی ندارد.

عبارت صاحب جواهر در عدم استدلال به اصالة الصحة

من این را برای این عرض کردم که مرحوم صاحب جواهر یک عبارتی دارد که در مثل وقفت الی سنة می فرماید^۱: «لکن قد یناقش بعدم صلاحیة ذلک (یعنی الی سنة) صارفا عن المعنی الحقیقی (که وقفت ظهور در وقفیت دارد، الی سنة نمی تواند صارف باشد) ولو بملاحظة اصالة الصحة (یعنی اصالة الصحة نمی تواند قرینه باشد که وقف معنای حقیقی اش اراده نشده بلکه معنای حبس اراده شده است) التي لا مدخلية لها في الدلالة على المقصود الشامل للصحيح و الفاسد بعد ظهور اللفظ في الحقيقة المقتضية للفساد».

البته این عبارت ایشان تفسیر دیگری هم دارد، ولی ممکن است مراد ایشان همین باشد که اصالة الصحة مدخلیتی ندارد در دلالت بر مقصود در مرحله مراد استعمالی، که در مراد استعمالی می تواند هم بعدا صحیح واقع بشود و هم فاسد باشد. یعنی ما مراد استعمالی داریم که هیچ تعینی در صحیح ندارد. مراد استعمالی اگر توأم بشود با شرائط و قصودش و تبدیل به مراد جدی بشود و شرائط را واجد باشد می شود صحیح. ولی اگر یک مراد استعمالی توأم با آنها نشود می شود فاسد.

خب اصالة الصحة کاری به مرحله دلالت بر مقصود ندارد. مقصود کدام دلالت است؟ یعنی دلالت مرحله اول. ممکن است مراد ایشان این باشد که بخواهد بگوید اصالة الصحة کاری به دلالت مرحله اول که دلالت بر مراد استعمالی است ندارد.

و این حرف درستی است. چون اصالة الصحة مربوط به این است که بگوید فعل صحیح واقع می شود. فعل فاسد هم دارد و صحیح هم دارد، ظهور حال مسلم یا تعبد به ما می گوید که حمل کن فعل مسلم را بر فرد صحیحش. این حمل مربوط به مرحله مراد جدی است، کاری به مرحله مراد استعمالی ندارد.

^۱ - جواهر الکلام جلد ۲۹ صفحه ۱۱۷

عبارت مرحوم شیخ انصاری در عدم استدلال به اصالة الصحة

مرحوم شیخ هم در یک عبارتی این را فرموده است که: ما اگر قائل بشویم به اینکه وقف و حبس دو تا هستند و وقف معنای حقیقی اش غیر از حبس است، و مقصود همین وقفی است که در اصطلاح فقهاء است و مؤید است، اگر لفظ وقف در این ظهور داشته باشد می گوید ما صارفی از این نداریم، و اصالة الصحة نمی شود صارف باشد و موجب حمل بشود. چرا؟ می گوید بخاطر اینکه «لأن القرينة في المقام ليست الا اصالة الصحة، و هي غير صالحة لصرف اللفظ هنا عن الحقيقة، لكونه حكما تعبديا غير ناظر الى مراد الواقف، والقرينة ما تكشف عن المراد».

ایشان در اینجا بر مبنای تعبدی بودن اصالة الصحة دارد این حرف را می زند، و می گوید این حکم تعبدی است و نمی تواند کاشف از مراد باشد.

منتهی ما حرفمان این است که حتی اگر مبنا ظهور حال مسلم باشد و حکم تعبدی هم نباشد، این مربوط است به مرحله مراد جدی و ربطی به کشف معنای مستعمل فیه ندارد که ما بتوانیم بگوئیم لفظ وقف در اینجا در چه چیزی استعمال شده است. به این مرحله کاری ندارد.

این یک نکته مهمی بود که باید در آن تأمل کنیم.

نکته سوم: طرح مسئله بنابر اینکه وقف و حبس یک معنا داشته باشند یا دو معنا

نکته سوم: (که باز در بحث ما دخالت دارد این است که:) اگر ما لفظ وقف و حبس را یک معنا بدانیم، که قبلا هم بحث کردیم که برخی مثل شهید ثانی در مسالک به این مطلب تصریح می کند و مرحوم سید نیز تصریح می کند که وقف و حبس یک معنا دارند. یعنی حبس یک معنای جنسی دارد، که اگر توأم بشود با محدودیت، می شود حبس اصطلاحی، اگر توأم نشود با محدودیت یعنی حبس مطلق باشد زمان نداشته باشد، این لازمه اش تملیک است و می شود وقف.

این تصویری است که مثل مرحوم شیخ و دیگران دارند.

اگر ما مبنایمان این شد که ما یک معنای حبس داریم که وقف و حبس در آن مشترک اند، فقط اگر زمان با آن توأم شود، می شود حبس اصطلاحی، و اگر زمان با آن توأم نشود، لازمه اش تملیک است و می شود وقف؛ در جایی که طرف می گوید وقفت الی سنة و ما نمی دانیم که قصد کرده وقف را یا حبس را، خب چون وقف و حبس مشترک در معنای جنس حبسی هستند و الی سنة هم که اینجا گفته است پس معلوم می شود که حبس واقع می شود.

بنابر این مسلک ما مشکلی نداریم، در همچنین مواردی که شک می کنیم می گوئیم مرجع عبارت است از ظهور خود لفظ به اضافه آن قیدی که آمده است. اگر مطلق بود حمل می شد بر وقف، اگر مقید باشد حمل می شود بر حبس. مشکلی ندارد.

طرح مسئله شک در قصد بنابر تعدد معنای وقف و حبس

اما اگر وقف و حبس دو معنا شدند، یعنی دو واقعیت دارند و دو معنا شدند به تفصیلی که در بحث های سابق گفتیم، اینجا مسئله فرق می کند.

حالا ما پیچیدگی های فرمایش مرحوم شیخ را نمی خواهیم بیاوریم، خودمان شروع می کنیم در تحقیق ببینیم کجا نیاز به آن بحث ها پیدا می کنیم:

کسی گفته وقت الی سنة، و مفهوم وقف و حبس دو تا است. تارة ما می گوئیم این قید الی سنة اصلاً خودش قرینه است بر مراد، که اگر اینجور بگوئیم تکلیف روشن است و این حبس است. یعنی ما می گوئیم بخاطر قرینه ای که اینجا وجود دارد حمل می شود بر حبس.

تارة می گوئیم نه، این قید الی سنة هیچ قرینه نیست و وقف معنای حقیقی خودش را دارد و این هم صارف نیست، که این ظاهر فرمایش مرحوم صاحب جواهر و عده ای است، آنوقت نتیجه این می شود که کسی گفته وقت الی سنة، لفظ وقفش که ظهور در وقف دارد، «الی سنة» چون خلاف اشتراط تأیید است می شود وقف باطل. این هم تکلیفش روشن است. یعنی اگر ما گفتیم الی سنة نمی تواند قرینه صارفه باشد، بنابر این لفظ در معنای حقیقی خودش بکار رفته، ظهورش این است، و وقف غیر مؤبد هم باطل است.

اگر معلوم نشد کدامیک از اینها است، یعنی ما شک داریم، نه قرینه را صارف می دانیم یعنی نمی دانیم که صرف می کند عند العلاء و عند العرف یا نه، ولذا متحیر می مانیم که مقصود متکلم چیست. هم این فرع، و هم فرع قبلی که ما عرض کردیم الی سنة قرینه صارفه نیست، خب الی سنة قرینه صارف نیست، ولی زود رفتیم سراغ اینکه پس لفظ وقت حقیقت باشد و معنای حقیقی اش مراد استعمالی باشد، خب این را از کجا آوردیم؟ آیا قرینه دیگری در کار نیست؟ مثلاً آیا اصالة الصحة در فعل مسلم نمی تواند کمک کند در اینکه تعیین کند که این آقای متکلم که گفته وقت الی سنة حمل کنیم بر فرد صحیحش که حبس باشد نه وقف که باطل باشد؟

پس ما هم در این شق که الی سنة خودش نتواند صارف باشد و بگوئیم وقف ظهور در وقفیت دارد، و هم در این شق که نه وقف ظهور در وقفیت ندارد، الی سنة هم صارف نیست و ما نمی دانیم که متکلم چه چیزی را قصد کرده است و ظهوری هم در حبس نداشته باشد، یعنی یک چیز مجملی بشود. ما در هر دو شق باید بحث اصالة الصحة را مطرح کنیم. اصالة الصحة فعل مسلم اگر معنایش این باشد که وقتی شما شک دارید که مسلم فعلش را بر منوال صحیح القاء کرده تا بشود صحیح یا فاسد، می گوئیم حمل می کنیم بر صحیح. خب اینجا چرا نگوئیم که ما اگر حمل کنیم بر وقف که می شود باطل، پس وقف را حمل کنیم بر حبس که صحیح باشد. ممکن است کسی این را بگوید.

اینطوری پای اصالة الصحة باز می شود به بحث ما و به نوعی دخالت می کند که ما مراد جدی را اینجا چه بدانیم.

اشکال بر تطبیق اصالة الصحة در مقام به عدم احراز عنوان عمل

یک اشکالی در تطبیق اصالة الصحة در اینجا هست. اشکال این است که اصلا اصالة الصحة جایش اینجا نیست. که مرحوم آخوند در عبارت موجز این را آورده همینجایی که می خواهد این را بحث کند، که ما عبارت را می خوانیم. (خوب دقت کنید بحث فوق العاده دقیقی است) اصالة الصحة در فعل مسلم مال جائی است که عنوان عمل محرز باشد و تردد بین فرد فاسد و صحیح همین عنوان باشد. یعنی طرف می گوید بعثت هذا بذاک، مثلاً جدّ هم دارد و ما احراز می کنیم که بیع واقع شده، منتهی چه بیعی واقع شده است؟ شک داریم که شرط را واجد است یا نه. اگر شرط را واجد باشد صحیح است و شرط را واجد نباشد باطل است. پس شبهه حکمی نیست، بلکه در خارج نمی دانیم فرد فاسد را آورده یا نه، یعنی فاقد شرط را آورده یا نه. اینجا که عنوان عمل محرز است و امر فعل خارجی دائر است که فرد صحیح باشد یا فرد فاسد، از باب عمل مسلم نه از باب شبهه حکمی، که نمی دانیم آیا در مقام ایجاد این فعل مثل بیع یا صلح یا هبه یا وقف آیا شرائط را هم آورده یا نیاورده، ما حمل می کنیم بر اینکه آورده است. پس جای اصالة الصحة جایی است که عنوان عمل محرز باشد، امر دائر باشد بین فعل صحیح و فاسد ما حمل می کنیم بر صحیح.

اما اگر عنوان فعل محرز نیست، امر دائر است بین اینکه این عنوان باشد تا صحیح باشد، یا عنوان دیگری باشد تا فاسد باشد، ما نمی توانیم بگوئیم اصالة الصحة می گوید آن عنوانی است که صحیح است. این را ما نمی توانیم بگوئیم.

مرحوم آخوند در همین بحث می فرماید^۱:

^۱ - کتاب فی الوقف صفحه ۳۲

«اما لو لم يعلم (که قصدش چه بوده) ففي صحته حبسا لاصالة حمل فعله على الصحة أو لكون الوقف بمعنى الحبس فيكون ذكر الوقت قرينة معينة له (این دو تا وجهی است برای تصحیح، که ما هم الان گفتیم) أو بطلانه كذلك (حبسا) كبطلانه وقفا لظهور لفظ وقفت فيه (در وقف) و عدم صلاحية ذكر الوقت للقرينة كعدم صلاحية أصالة الحمل على الصحة لإحراز العنوان الذي كان صحيحا».

می گوید: ما نمی توانیم با اصالت حمل فعل مسلم بر صحت بگوئیم پس عنوانی که مقصود بوده عنوان حبس بوده نه عنوان وقف.

بعد می فرماید: «و انما هي (اصالة الصحة) لإحراز الفرد الصحيح من العنوان فيما تردد أمر الواقع بينه و بين الفاسد منه».

یعنی بعد از احراز عنوان اگر تردد داشته باشیم بین فرد صحیح و بین فرد فاسد، اینجا جای اصالة الصحة است که بگوئیم فرد صحیح را ایجاد کرده است. نه اینکه اگر عنوان محرز نیست بگوئیم پس آن عنوانی که او گفته و ایجاد کرده حبس است نه وقف. این را نمی توانیم بگوئیم.

بعد می فرماید: «أو عدم الحكم عليه بواحد منهما لعدم ظهوره في واحد منهما وجوه».

بعد خود ایشان اینطور اختیار می کند که:

«و التحقيق انه يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الأحوال و العبرة انما هي بأن يكون اللفظ بملاحظة ما اكتنف به من الحال و المقال ظاهرا في الوقف أو الحبس فيحكم به (اگر با قرائنی که موجود است ظهور وقفت الی سنة در حبس باشد حمل می کنیم بر حبس، اگر ظهورش در وقف باشد حمل می کنیم بر وقف) أو لم يكن بظاهر في أحدهما فيعامل حينئذ معه معاملة بطلانه حبسا كبطلانه وقفا حقيقة».

مرحوم شیخ هم روی مبانی دیگری همین را فرموده که هم حبسا و هم وقفا باطل است.

منتهی مرحوم آخوند اینجا فرموده است که قضیه اصالة الصحة چیست. ظاهرا از آن عبارت بالا پیدا می شود که می خواهند بگویند که اصلا جای اصالة الصحة اینجا نیست، چون عنوان را شما احراز نکردید که وقف است یا حبس است. اگر عنوان را احراز کنید که مثلا وقف است، بعد شک کنید که وقف فاسد را ایجاد کرد یا وقف صحیح را، می گوئیم وقف صحیح را. اما اگر شک کنید که وقف را ایجاد کرده یا حبس را، که اگر وقف باشد باطل است و اگر حبس باشد صحیح است، این را نمی توانیم با اصالة الصحة درست کنیم.

آنوقت نتیجه این شده است که اصالة الصحة که نمی تواند کاری انجام بدهد، ما هستیم و ظهورات کلام. اگر گفتیم وقفت الی سنة ظهور در حبس دارد، که می شود حبس، اگر گفتیم ظهور در وقف دارد، که می شود وقف و وقف هم که الی سنة باشد باطل است. منتهی اگر ظهور در هیچکدام نداشته باشد می گوید باطل است وقفا و حبسا.

اینجا ما بحثی داریم و آن راجع به همان اصالة الصحة است:

اختلاف نتیجه بحث طبق مبانی مختلف در اصالة الصحة

ما در باب اصالة الصحة اگر از باب تعبد بیائیم ظاهرا همین می شود.

اما اگر از باب ظهور حال مسلم بیائیم، اینکه آیا ظهورات حال مسلم بالاطلاق حجت است یا نه، این یک بحث است. که اتفاقا مرحوم شیخ همینجا بحث کرده، و ایشان این را قبول ندارد و نقض هایی آورده، که ما الان وارد آن بحث نمی شویم. به نظر ما نقض های ایشان وارد نیست در مثل ادرار و اینها. منتهی ما را از بحث دور می کند. ما الان بحثمان در مطلق حجت ظهور حال مسلم نیست. ظهور حال مسلم در اینکه فعلی که ایجاد می کند فرد صحیح است نه فرد فاسد، این دیگر مثل ظهورات الفاظ می ماند. بنابر اینکه مبانی اصالة الصحة این باشد، این یک ظهور حجتی است.

جریان اصالة الصحة در فرض عدم احراز عنوان و انحصار عنوان به دو مورد

حالا ما عرضمان این است که ظهور حال مسلم در اینکه فرد صحیح را ایجاد می کند و این می شود اصالة الصحة فعل مسلم، درست است که مصب اصلی اش در جایی است که ما عنوان را احراز کرده ایم، ما می دانیم این آقا بیع کرده ولی نمی دانیم شرائطش را هم آورده تا صحیح باشد یا نه، حملش می کنیم می گوئیم با شرطش انجام داده و صحیح است.

و اگر ما عنوان را احراز نکنیم نمی توانیم اصالة صحت در فعل مسلم. چون بر کدام صحیح می خواهید حمل کنید؟ اگر شما عنوان بیع را احراز نکرده باشید، می خواهید حمل کنید فعل مسلم را بر کدام صحیح. خب اگر بیع را احراز نکرده باشید ممکن است هبه باشد ممکن است صلح باشد ممکن است وقف باشد یا چیز دیگر. یعنی بر کدام صحیح می خواهید حملش کنید؟ در جایی که عنوان محرز است خب فرد صحیح دارد فرد فاسد دارد، می گوئیم بر فرد صحیحش حمل می کنیم، اما اگر عنوان محرز نیست بر چه چیزی می خواهید آن را حمل کنید؟

عنوان بیع محرز نیست، که اگر بیع باشد مثلا باطل است، مثلا فرض کنید غرری است، اما غرر در صلح نمی آید، و اگر صلح باشد صحیح است. اینکه نمی شود ما بیائیم حملش کنیم بر صلح. و الا بر ده ها چیز دیگر هم ممکن است حملش کنیم. نمی توانیم حمل کنیم فعل او را بر این.

خوب دقت کنید! اینی که ما می گوئیم در اصاله الصحة باید عنوان محرز باشد و امر و تردد بین فرد صحیح و فرد فاسد این عنوان محرز باشد تا با اصاله الصحة فرد صحیح را ما احراز کنیم از باب ظهور فعل مسلم در اینکه کار لغو انجام نمی دهد، من عرضم این است که این نکته که مسلم کار لغو انجام نمی دهد، منحصر نیست در اینکه حتما یک عنوانی محرز بشود و تردد باشد، بلکه گاهی ممکن است در فراتر از این هم بیاید. مثلاً اگر عنوان دائر بین دو تا عنوان باشد، مثل بحث ما که یا وقف است و یا حبس، کسی که احتمال نمی دهد که اینجا بیع باشد یا صلح باشد، اگر می گوید وقف الی سنة مسلماً امرش دائر است بین اینکه وقف باشد یا باطل باشد یا حبس باشد تا صحیح باشد، امرش دائر بین صحت این و اعمال دیگر نیست. ظهور حال مسلم نکته اش در باب اصاله الصحة در جائی که عنوان محرز است ظاهراً این است که مسلم کار لغو انجام نمی دهد، و ظهورش در اینکه وقتی بیع را ایجاد می کند و می داند در تعامل با دیگران هست و ظهور حالش این است که جدّ هم دارد و بنابراین با شرائط انجام می دهد تا فعل صحیح باشد، ظهور اینطوری دارد. خب این ظهور در دو تا عنوان هم می آید. ما شک داریم که این آقا وقف کرده الی سنة تا باطل باشد یا وقف الی سنة، حبس است تا صحیح باشد. خب آدم مسلم عاقل وقتی می گوید وقف الی سنة و ظهور حالش هم جد است، خب همان نکته ای که در تردد بین دو فرد از یک عنوان می گوید فرد صحیح است، همان نکته هم در تردد دو تا عنوان می گوید این عنوان صحیح است نه عنوان فاسد.

به نظر من اینجا هم اصاله الصحة اگر مبنایش ظهور حال مسلم باشد می تواند دخالت کند و بیاید بگوید مقصود حبس است تا صحیح باشد نه اینکه مقصود وقف الی سنة است تا باطل باشد. این برخلاف فرمایش مرحوم شیخ و مرحوم آخوند است. (دوستان باید اینجا را دقیق مطالعه کنند).

تکافؤ اصاله الصحة با اصاله التطابق

در اینجا می تواند شبهه دیگری نیز در تطبیق اصاله الصحة مطرح شود از باب اینکه بگوئیم خیلی خوب، اصاله الصحة مبنایش ظهور است، اصاله الصحة در دو عنوان اینطوری که منحصر هم باشد مثلاً می آید. خیلی خوب. حالا کسی بگوید ما یک اصاله الصحة داریم که ظهور است. یک اصاله الظهور دوم هم داریم که معنای آن تطابق مراد استعمالی با مراد جدی است. خب من گفته ام وقف الی سنة، و وقف الی سنة بنابر اینکه لفظ وقف، حقیقت باشد در معنای وقف نه در حبس و فرض ما هم الان این است که این ظهور را لولای اصاله الصحة باید اخذ کنیم. این ظهور مراد جدی اش می شود وقف و می شود باطل. چرا ما این ظهور را حاکم نکنیم بر اصاله الصحة و بگوئیم اصلاً ما شک نداریم با تحکیم اصاله الظهور در ناحیه وقف الی سنة دیگر اصلاً شک نداریم تا اصاله الصحة بکار ببریم، معامله می شود باطل، می شود حاکم. در واقع

اصالة التطابق یا اصالة الظهور دوم که کشف از مراد جدی می کند، به ما می گوید که مراد جدی متکلم همان چیزی است که معنای حقیقی لفظش هست یا ظهور لفظش هست لولا اصالة الصحة، این را می گوید. بنابر این ما بیائیم این را تحکیم کنیم بر اصالة الصحة.

تقدم اصالة الصحة بر اصالة التطابق

به نظر من واقعش این است که اصالة الصحة در فعل مسلم ظهورش می تواند قرینه باشد بر اینکه آن اصالة الظهور دوم در تطابق را از بین ببرد. چون ما الفاظ را در معانی استعمال می کنیم می شود مراد استعمالی. تطابق مراد استعمالی با مراد جدی خودش یک ظهور می خواهد. یعنی ظهور حال متکلم است. متکلمی که ظهور حالش این است که دارد فعل صحیحی را القاء می کند مانع از این می شود که شما این اصالة التطابق بین مراد استعمالی و مراد جدی را اینجا بکار ببرید. چرا؟ چون اگر این اصالة التطابق بیاید یعنی شما کار فاسد و لغو انجام دادید. وقف کردید الی سنة که شرط تأیید ندارد و باطل است. خب ظهور حال مسلم این را نفی می کند، یعنی مانع می شود از اصالة التطابق بین مراد استعمالی و مراد جدی یعنی اصالة الظهور دوم. بنابر این اینطوری بعید نیست که اصالة الصحة بیاید مانع شود از این و این مقدم بشود.

به نظر بنده با توجه به نکاتی که عرض شد بعید نیست ما بگوئیم که با تحکیم اصالة الصحة در مقام می توانیم بگوئیم که اینجا مراد متکلم حبس بوده و حبس صحیح است.

خلاصه تصحیح فرع سوم

پس برای تصحیح دو راه داریم: یا از اول ادعا کنیم در همان مرحله مراد استعمالی، ظهور لفظ در حبس است. چرا؟ به قرینه الی سنة. یک ادعای سر راست است که یک عده ای این را گفته اند و من هم مستبعد نمی دانم این را که واقعا همچنین چیزی درست باشد. و اگر ما نتوانستیم زیر بار این ادعا برویم، این راه دوم درست است که اصالة الصحة فعل مسلم حمل فعل مسلم بر صحت است که مربوط به مراد جدی است، ولی نتیجه اش این می شود که حمل کنیم بر حبس تا صحیح باشد. و ظاهرا با توضیحی که دادیم اصالة الصحة در اینجا عنوان هم می آید و نمی توانیم مثل مرحوم آخوند بگوئیم منحصر است در جایی که احراز عنوان کرده باشیم.

این تمام الکلام در سه فرع مربوط به مسئله ۱۵ تحریر. با این بحث دیگر بحث ما از فرع ۱۵ تمام می شود.

بحث فقه امسال را همینجا پایان می دهیم، انشاء الله اگر عمری باقی بود و توفیق بود در سال جدید بحث را از فرع ۱۶ شروع می کنیم. و السلام علیکم و رحمة الله وبرکاته.