

## فهرست

- مسئله ۴۷: وقف بر ذریه ..... ۱
- احکام مورد بحث در مسأله ..... ۱
- نقص در عبارت تحریر به خاطر عدم ذکر بحث اولاد ..... ۲
- دو شاهد بر سقط عبارت اولاد در متن تحریر ..... ۴
- دلیل بر تعمیم دادن ذریه ..... ۶
- معنای ذریه و اشتقاق آن ..... ۶
- بررسی کلمات لغویین در معنای ذریه ..... ۷
- بررسی کلمات برخی فقهاء در معنای ذریه ..... ۹
- نتیجه بحث: تأیید نظریه حضرت امام در تعمیم ذریه ..... ۱۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۷: وقف بر ذریه

در ادامه مباحث وقف در سال گذشته به مسأله ۴۷ کتاب تحریر الوسیلة رسیدیم.

حضرت امام می فرماید: «لو قال: وقفت علی ذریتی عمّ البنین و البنات و اولادهم، بلا واسطة و معها ذکورا و اناثا، و تشارك الطبقات اللاحقة مع السابقة، و يكون علی الرؤس بالسوية...».

## احکام مورد بحث در مسأله

حکم اولی که بیان می فرمایند این است که اگر واقف بگوید: «من وقف کردم بر ذریه خودم» هم شامل بنین و بنات از اولادش می شود و هم شامل اولاد بلا واسطه و با واسطه اینها. پس ذریه هم اولادی که بلاواسطه هستند را شامل می شود و هم اولادی را که یک واسطه یا دو واسطه دارند و هم ذکور را شامل می شود و هم اناث را و همه داخل در موقوف علیهم هستند. حکم دومی که بیان می فرمایند این است که طبقات لاحقه با طبقات سابقه در وقف، مشارک هستند، یعنی بینشان ترتیب نیست بلکه تشریک است. اثر آن هم این است که هر فردی از طبقات لاحقه که موجود شد، چون وجود شرط ورود در موقوف علیهم است با طبقه قبلی مشارک می شود و همه در عرض هم قرار می گیرند. حکم سوم نیز مرتبط

با کیفیت تقسیم منافع وقف نسبت به موقوف علیهم است که می فرمایند بین همه به سویه تقسیم می شود. «یکون علی الرؤوس بالسوية». این احکام عمدتاً از اطلاق استفاده می شود که توضیح آن خواهد آمد.

در ادامه می فرمایند: «و کذا لو قال وقفت على اولادى و اولاد اولادى فإن الظاهر منهما التعميم لجميع الطبقات ايضا».

اگر واقف بگوید من وقف کردم بر اولادم و اولاد اولادم، ظاهر این دو عبارت، تعمیم برای جمیع طبقات است، یعنی همه این نسل در عین موقوفه شریک هستند. اینکه می فرمایند «و کذا» یعنی در بقیه احکام نیز همسانند لذا هم وقف ترتیبی نیست بلکه تشریکی است، و هم در مقام تقسیم به سویه بین همه تقسیم می شود.

سپس می فرماید: «نعم، لو قال وقفت على اولادى ثم على الفقراء، أو قال وقفت على اولادى و اولاد اولادى ثم على الفقراء، فلا يبعد أن يختص بالبطن الاول فى الاول و بالبطين فى الثانى خصوصا فى الصورة الاولى».<sup>۱</sup> (که وقفت على اولادى است).

اگر بگوید: «من وقف کردم بر اولادم سپس بر فقراء» یا بگوید: «وقف کردم بر اولادم و اولاد اولادم سپس بر فقراء» دیگر نمی‌توانیم بگوئیم که همه نسلها را شامل می‌شود و بالتشریک است، بلکه در صورت اول که وقف بر اولاد ثم علی الفقراء است، فقط شامل اولاد صلبی یعنی بطن اول است. و در دومی که بر اولاد و اولاد اولاد ثم علی الفقراء است، ظاهر این است که وقف بر دو بطن است یعنی اولاد نسل اول و نسل دوم و بعد هم برای فقراء است و نسبت به اولاد این وقف ادامه ندارد و شامل طبقات دیگر نمی‌شود.

این فرمایش متن تحریر که ان شاء الله یک به یک بررسی می کنیم.

### نقص در عبارت تحریر الوسيله به خاطر عدم ذکر بحث اولاد

قبل از بیان ادله، مناسب است نقضی که در عبارت به نظر می رسد تذکر داده شود. حال چه این نقض تعمدی باشد و چه به قرائنی که بیان خواهد شد سقطی در عبارت باشد و تعمدی نباشد. نقض عبارت این است که مرحوم امام قدس سره الشریف حکم وقف بر اولاد صرف را بیان نکرده اند.

<sup>١</sup> تحرير الوسيلة؛ ج ٢، ص: ٧٣/٧٢

ایشان حکم فرض وقف بر «ذریه» را بیان کرده اند، حکم صورتی که بگوید «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» را نیز بیان کرده اند، و فرمودند همانند وقف بر ذریه، شامل همه نسلها و جمیع طبقات می شود ولی حکم صورتی که بگوید «وقف علی اولادی» را نگفته اند. در حالی که این بحث محل معرکه آراء است. در آخرین جلسه سال قبل مقداری به این اختلاف پرداختیم که اگر واقف بگوید «وقف علی اولادی» تکلیف چیست؟ آیا منحصر به ولد صلب است؟ عده ای از فقهاء بزرگ مانند صاحب شرایع<sup>۱</sup> و صاحب جواهر<sup>۲</sup> و بسیاری از فقهاء قبل از ایشان و حتی مرحوم شیخ طوسی در بعضی از کتبش<sup>۳</sup> همین را قائلند اما در مقابل عده دیگری می گویند اگر گفت وقف علی اولادی، انحصاری به ولد صلب ندارد، و شامل ولد و ولد هم می شود چون «ولد الولد ولدٌ حقیقتاً». مرحوم شیخ ره در بعضی از کتبش<sup>۴</sup> این نظر را اختیار کرده و مرحوم ابن ادریس در سرائر و یحیی بن سعید در الجامع للشرایع و عده ای دیگر تصریح می کنند که اگر وقف بر اولاد کرد اولاد اولاد را هم شامل می شود.

البته آنهایی نیز که این نظر را قبول ندارند مانند صاحب شرایع و صاحب جواهر لازم نیست از کسانی باشند که ولد الولد را ولد نمی دانند. چون راه دیگری نیز برای نفی این شمول وجود دارد و آن ادعای انسیاق است به این معنا که اطلاق یک مفهوم بر افراد خودش حتی در صورتی که علی نحو التواطی باشد ممکن است بالانصراف، ظهور پیدا کند در برخی از افراد. خواهد آمد که مرحوم صاحب جواهر تصریح می کند که ما ولد و ولد را ولد می دانیم و لکن ولد در اینجا انسیاق به خصوص ولد صلب دارد، که سبقی است در ظهور و گرنه ایشان شمول را نفی نمی کند.

پس عرض ما این است که مرحوم امام ره در این مساله جایی را که محل بحث عظیم است رها کرده اند و حکم صورت «وقف علی اولادی» را نیاورده اند. هر چند «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» را آورده اند. ولی از آن نمی توان حکم وقف بر اولاد را استفاده کرد چون شاید عبارت «اولاد اولادی» قرینه بر شمول نسبت به همه طبقات باشد همانطور که «ثم علی الفقراء» می تواند قرینه به خلاف و عدم سرایت به همه طبقات باشد. مرحوم امام در «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» تصریح می کند که این سرایت دارد به همه نسلها، اما اگر بگوید «وقف علی اولادی و اولاد اولادی ثم علی

<sup>۱</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص: ۱۷۳

<sup>۲</sup> جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۱۰۷

<sup>۳</sup> المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص: ۲۹۶

<sup>۴</sup> النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص: ۵۹۷

الفقراء» مختص به بطنین است. پس معلوم می شود که «علی الفقراء» قرینه ای می شود برای اینکه ما قبلش مقصور بماند. لذا ما نمی دانیم چرا مرحوم امام این صورت را بیان نفرموده اند.

## دو شاهد بر سقط عبارت اولاد در متن تحریر

من یک احتمال عجیب هم می دهم که اصلا عبارت «وقف علی اولادی» از متن تحریر سقط شده است. چون کتاب تحریر، تحریر کتاب وسیلة النجاة مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی است. و این صورت در متن وسیله مرحوم سید هست. سید این صورت را مطرح می کند و بیان می کند که بعضی ها منحصر به ولد صلب می دانند ولی می گوید این خلاف ظاهر است، چه بگوید وقف علی اولادی و چه بگوید وقف علی اولاد و اولاد اولادی هر دوی اینها سریان در همه نسلها دارد، که عبارتش خواهد آمد.

پس ما دو قرینه داریم بر اینکه اصلا عبارت سقط شده است:

یک قرینه اش وجود این فرض در عبارت وسیله است، در وسیله یک فقره «وقف علی اولادی» است، فقره دوم مربوط به «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» و سید می گوید هر کدام از این دو فقره دلالت می کند بر استمرار در نسلها. مشارالیه ضمیر «منهما» در عبارت ایشان دو صورت «وقف علی اولادی» و «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» است؛ نه دو بخش جمله ناقصه «وقف علی اولادی و اولاد اولادی». دو بخش این نیست. دو عبارت است: یکی «وقف علی اولادی» و دیگری «وقف علی اولادی و اولاد اولادی». اینها دو تا عبارت است.

عبارت تحریر حضرت امام ره این ضمیر «منهما» را دارد اما این دو عبارت در آن نیست. ایشان می فرماید: و کذا لو قال وقف علی اولادی و اولاد اولادی (اتفاقا کل این را داخل گیومه گذاشته اند) فإن الظاهر منهما. خب منهایی در کار نیست، مگر شما بگوئید در همین عبارت، وقف علی اولادی یک مشارالیه است، و اولادی اولادی مشارالیه دوم. منهما یعنی این دو تا. در حالی که این نیست. چون اولادی و اولاد اولادی یک عبارت است. می گوید فإن الظاهر منهما التعمیم لجميع الطبقات. لذا به نظر می رسد عبارت «وقف علی اولادی» افتاده است.

عبارت مرحوم سید در وسیله مسأله ۴۷ این است: «إذا قال وقف علی ذریة عمّ الاولاد بنین و بنات و اولادهم بلا واسطة و معها ذکورا و اناثا و یكون الوقف تشریکیا یشارک الطبقات اللاحقة مع السابقة و یكون علی الرؤوس بالسویة». تا اینجا عبارت امام ره و ایشان همانند است. بعد می فرماید: «و اما إذا قال وقف علی اولادی أو قال علی اولادی و اولاد اولادی ...» اینجا مرحوم سید هر دو عبارت را دارد ولی عبارت اولش در تحریر نیست. بعد سید می



فرماید: «فالمشهور أن الأول (که وقفت علی اولادی) ينصرف الى الصلبي فلا يشمل اولاد الاولاد». این عبارت را در تحریر نیاورده است. «والثانی (یعنی وقفت علی اولادی و اولاد اولادی) يختص بالبطنين فلا يشمل سائر البطون». اینجا علی الفقراء و اینها ندارد. سید ره متنش این است: وقفت علی اولادی، این یک فقره، وقفت علی اولادی و اولاد اولادی فقره دوم، ایشان می گوید مشهور اولاد را مختص به بطن اول و صلبی می دانند و دومی که دو تا فقره هست بطن اول و دوم. اصلاً بحث فقراء را نیاورده است. خوب دوستان دقت کنند چون می خواهم نتیجه ای بگیرم. می فرماید: فلا يشمل سائر البطون» بنابر قول مشهور «لكن الظاهر خلافه و أن الظاهر منهما» یعنی دو تا فقره. آنجا که امام گفت منهما دو تا فقره نبوده که به آن اشاره کند، اما اینجا دو تا فقره است «عرفا التعميم» برای همه بطون «خصوصا في الثاني»<sup>۱</sup> که واقف بگوید وقفت علی اولادی و اولاد اولادی.

اما قرینه دوم: می دانید که امام ره قبل از تحریر الوسیله خود کتاب وسیله را حاشیه زده بودند، و در کتاب تحریر الوسیله همان حاشیه را آورده اند در متن و یک تغییراتی هم دادند، الان تغییرات این متن با متن تحریر هم واضح شد. ولی مهم این است که گاهی من اینها را تطبیق کرده ام ندیده ام در جایی نظرشان در تعلیقات وسیلة النجاة با تحریر الوسیله فرق کند، البته ممکن است مواردی باشد ولی من ندیده باشم. مرحوم امام در اینجا پاورقی زده اند، بعد از اینکه مرحوم سید فرمودند چه بگوید «وقفت علی اولادی» و چه بگوید «وقفت علی اولادی و اولاد اولادی» در هر دو نسبت به همه بطون فرزندان تعمیم دارد، امام می فرماید: «نعم لا یبعد أن یفصل بین ما ذکر» یعنی حرف شما را در ما ذکر قبول داریم «و بین ما إذا قال وقف علی اولادی ثم علی الفقراء أو قال وقف علی اولادی و اولاد اولادی ثم علی الفقراء» که این موارد در ذیل تحریر آمده است «فیختص بالطن الاول فی الاول و بالبطنين فی الثانی خصوصاً فی الصورة الاولى» که بگوید وقفت علی اولادی ثم علی الفقراء.

باید دقت کرد که مرحوم امام این تفصیل را فقط در فرضی که فقراء ضمیمه شود بیان کرده اند و در قسمت اول، حکم را از مرحوم سید پذیرفتند و فرمودند نعم ما تعمیمی که شما بیان کردید قبول داریم. تعمیم سید کجا بود؟ در هر دو فقره بود، هم در «وقف علی الاولاد» و هم در «وقف علی الاولاد و اولاد الاولاد». پس این خودش قرینه است که امام ره در تعلیقات وسیلة النجاة تعمیم در «وقف علی الاولاد» را قبول دارد. با توجه به این ذیل یعنی این تعلیقه ای که ایشان اینجا دارند، به

<sup>۱</sup> وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص: ۵۳۸

نظرم آنجا که می فرمایند که و کذا لو قال ... فإنهما در واقع به همین دو فقره اشاره دارد متتهی یک فقره اش حذف شده است.

حدس من بر این است حال دوستان نیز تامل کنند. پس یا این است که مرحوم امام ره قبول دارند که در «وقف علی الاولاد» همه اولاد را شامل می شود، یا اینکه واقعا بخاطر آن نزاع مهمی که آنجا بوده تشکیک دارند. آنوقت در «وقف علی الاولاد» و اولاد الاولاد» از باب دیگری تعمیم را می پذیرند. لذا کسی نگوید که اگر امام در تعمیم در صورت «وقف علی الاولاد» اشکال داشت چرا در «وقف علی الاولاد ثم علی اولاد الاولاد» تعمیم را قبول کرده است. ممکن است خود این تعبیر را بگونه ای قرینه بر تسریه بدانند نه از باب اینکه «ولّد الولد ولّد».

## دلیل بر تعمیم دادن ذریه

حال برگردیم به عبارت متن تحریر. عبارت اول این بود که: «لو قال وقف علی ذریتی» مرحوم امام در اینجا در تعمیم اشکال نکرده است، با واسطه و بی واسطه اولاد همه را شامل می شود. نسبت به دلیل این مطلب محشین توضیحی بیان نکرده اند. بعضی ها عین عبارت امام ره را تکرار کرده اند، برخی همه که خیلی زحمت کشیده اند گفته اند لظهوره فی العموم، یعنی ذریه ظهور در عموم دارد. اما هیچ مراجعه ای به لغت نکرده اند و صرفا ادعای عموم کرده اند. البته در این بحثها مراجعه به لغت هم کافی نیست. چون ممکن است لغت یک چیزی بگوید، اما ظهور عرف واقف چیزی دیگری باشد اما در هر صورت مراجعه به لغت کمک می کند.

## معنای ذریه و اشتقاق آن

نسبت به اینکه ذریه از چه چیزی گرفته شده است و اصل آن چیست بین لغویین اختلاف است. بعضی گفته اند متخذ از «ذرّ» به معنی «نثر» یعنی پخش کردن و پراکندن است، گوئی نسل آدم پراکنده شده است لذا به آنها «ذریه» اطلاق شده است. برخی نیز اصل آن را «ذراً» به معنای «خلق» دانسته اند. خداوند متعال در آیه ۱۱ سوره شوری می فرماید «جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً وَ مِنَ الْأَنْعَامِ أَزْوَاجاً يَذُرُّوكُمْ فِيهِ» یعنی یخلقکم. خلیل در کتاب العین که یافتن لغت در آن یکی از مشکلات است و باید به آن انتهای هم مراجعه کرد می فرماید از ذرّ گرفته شده است به معنای همان پراکندن.

ما به دنبال ظهور ذریه می گردیم. آن چیزی که از کلمات لغویین استفاده می شود و برخی از مفسرین هم ذیل لفظ «ذریه» که در آیات متعدد قرآن آمده فرموده اند این لفظ به معنای نسل است. بسیاری از فقهاء نیز وقتی بحث وقف اولاد و

اولاد اولاد را بحث می کنند قائل به تعمیم می شوند می فرمایند: «و کذا لو قال وقفت علی عقبی أو نسلی أو ذریتی». یعنی ذریه و نسل و عقب را به هم عطف می کنند. می گویند «کذا» یعنی اگر بگویند وقفت علی ذریتی شامل همه می شود.

## بررسی کلمات لغویین در معنای ذریه

برای نمونه برخی کلمات لغویین را بیان میکنیم:

در کتاب الصحاح در فصل ذال در ماده «ذراً» بعد از بیان اشتقاق این ماده که «ذراً الله الخلق یذراًهم ذرء خلقهم» می فرماید: و منه الذریة، و هی نسل الثقلین». ذریه به معنای نسل است لذا طبق این معنا دیگر بحث اینکه آیا ولد بر ولد الولد صدق می کند یا نه در اینجا نمی آید چون عنوان نسل واضح است که بر همه ای این عناوین «ولد» و «ولد ولد» و «ولد ولد ولد» صدق می کند. در عرف عرب اطلاق نسل بر طبق اول فقط نیست. بعد می گوید: «الا أن العرب ترکت همزها (که همزه ذراً را ترک کرده و علی الظاهر تبدیل به «ی» کرده است) و الجمع الذراری». <sup>۱</sup> با تشدید، بعضی هم بدون تشدید گفته اند.

در کتاب مصباح المنیر می گوید: «الذرُّ النسل، و الذریة فُعْلیة من الذرّ و هم الصغار و تكون الذریة واحدا و جمعا و فیها ثلاث لغات (ذُریة، ذَریة و ذَریة هر سه می آید و مثلثه است) افصحها ضم الذال و بها قرأ السبعة، و الثانية کسرهما و یروی عن زید ابن ثابت و الثالثة فتح الذال مع تخفیف الرء و زان کریمه، و بها قرأ ابان بن عثمان، و تجمع علی ذَریات یا ذُریات، و قد تجمع علی الذراری».

عده ای از مفسرین بحث قرآنی در اینجا مطرح کردند که الان مرتبط به بحث ما نیست و آن اینکه از بعضی از آیات اطلاق ذریه بر آباء هم استفاده می شود «و قد اطلقت الذریة علی الآباء ایضا مجازا». در مقام آنچه اهمیت دارد استفاده معنای نسل از لفظ ذریه است که به صراحت فرمود الذرّ (که ایشان از ماده ذَر گرفته است) النسل.

در کتاب قاموس المحيط آمده: «ذراً کجعل خلق، تا اینجا که منه الذریة مثلثة لنسل الثقلین».<sup>۲</sup>

در کتاب تاج العروس که شرح کتاب قاموس است مفصل پیرامون این ماده بحث کردند. ایشان از ماده ذراً با همزه گرفته است. می گوید: «ذراً الله الخلق کجعل، یذراًهم ذرء (یعنی) خلق. والشیء کثره، قال الله تعالی: "یذراًکم فیہ" ای

<sup>۱</sup> الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة؛ ج ۱، ص: ۵۱

<sup>۲</sup> القاموس المحيط ج ۱ ص ۱۷

یکشرک بالتزویج، کأنه قال یذراًکم به (یعنی بالتزویج) و منه اشتقاق لفظ الذریة مثلثة ولم تسمع فی کلامهم الا غیر مهموز.<sup>۱</sup> و در ادامه روایاتی را هم که بعضی اهل سنت از عمر و دیگران نقل کرده اند راجع به تطبیق ذریه بر نساء آورده، که این موارد ربطی الان به بحث ما ندارد. پس ایشان هم ذریه را به معنای نسل گرفته است.

در تهذیب اللغة ازهری متوفی ۳۷۰ قمری که از اقدم لغویین می باشد می فرماید: «والذریة تقع علی الآباء والابناء و الاولاد و النساء». ایشان پس از طرح مباحث دیگر می فرماید: «و ذهب جماعة من اهل العربية الى أنَّ الذریة اصلها الهمز، روى ذلك ابو عبيد عن اصحابه منهم ابو عبيدة و یونس و غیرهما من البصریین، و ذهب غیرهم الى أنَّ اصل الذریة فُعْلَیَّة من الذَّرِّ، و قد مرَّ تفسیرها فی اول کتاب الذال». <sup>۲</sup> بعد در ادامه آیه شریفه را بعنوان تطبیق می آورند اما ما نیافتیم که ایشان تصریح کرده باشد که ذریه به معنای نسل است.

در کتاب العین جناب خلیل که از ماده ذَر گرفته است می فرماید: «والذریة فُعْلَیَّة من ذررت لأن الله ذَرَّهم فی الارض فثرهم فیها کما أنَّ السریة من تسررت و الجمع الذراری». <sup>۳</sup> ایشان هم نگفته به معنای نسل است، فقط گفته از ذَر است. مگر اینکه این را ضمیمه کنید به قول کسانی که می گویند ذَر به معنای نسل است.

مرحوم طریحی در کتاب مجمع البحرین در ذیل آیه <sup>۳</sup> سوره نساء می فرماید: «قوله تعالى "ذریة من حملنا مع نوح" عزیز و عیسی و الذریة مثلثة اسم یجمع نسل الانسان من ذکر و انثی کالاولاد و اولاد الاولاد و هلم جرا». این معنا از ذریه خیلی بحث را روشن می کند و آن مشکل و اختلاف نظری که در اولاد داشتیم را دیگر در لفظ ذریه نداریم چون نسل شامل اولاد و اولاد اولاد و هلم جرا است. و در ادامه هم همان بحث اختلافی که درمبادا اشتقاق که از ذراً و یا ذَر می باشد را ایشان هم ذکر می کند «قيل و اصلها الهمز...». <sup>۴</sup>

آخرین نمونه از کتب لغت، کتاب لسان العرب است. ایشان می گوید: «و قال ثعلب فی قوله تعالى: و یذراًکم فیہ معناه یکشرکم فیہ أى فی الخلق، قال و الذریة و الذریة منه و هی نسل الثقلین». در اینجا نقل می کند از ثعلب که گفته

<sup>۱</sup> تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۱، ص: ۱۵۶

<sup>۲</sup> تهذیب اللغة ج ۱۵ ص ۶

<sup>۳</sup> کتاب العین؛ ج ۸، ص: ۱۷۵

<sup>۴</sup> مجمع البحرین؛ ج ۱، ص: ۱۵۵

ذریه به معنای نسل می باشد بعد می فرماید: «قال: و كان ينبغي أن تكون مهموزة فكثرت و اسقط الهمز و تركت العرب همزها و جمعها ذراری».<sup>۱</sup> که ظاهراً این کلام ادامه همان نقل از ثعلب است.

بعد ایشان کلماتی از جوهری و دیگران هم آورده است. آن چیزی که الان به بحث ما مرتبط است نقل کلام ثعلب است که می گوید قال والذریة و الذریة منه وهی نسل الثقلین.

لذا اینکه در تعبیر مرحوم امام ره و دیگرانی آمده است «لو قال وقفت علی ذریتی» تعمیم دارد به همه اولاد و اولاد اولاد و جمیع الطبقات استدلالشان این است که ذریه در کلام عرب به معنای نسل است و نسل شامل اولاد و اولاد اولاد است و هلم جرا. علی الظاهر در کلمات فقهاء کسی مخالفت نکرده است.

### بررسی کلمات برخی فقهاء در معنای ذریه

مرحوم صاحب مفتاح الکرامة می فرماید اگر بگویند «وقفت علی ذریتی» معنای آن این است که بر اولاد و اولاد اولاد صدق می کند و مخالفی در این مسأله وجود ندارد مگر دو نفر از میان اهل سنت.

عبارت متن قواعد این است: «ولو قال علی ذریتی أو عقبی أو نسلی دخل الاحفاد من اولاد البنین و البنات». اگر بگویند وقف بر ذریه کردم یا عقب یا نسل، احفاد هم داخل است.

ایشان در شرحش می فرماید: «كما فی الغنیة و السرائر و التذکرة و التحریر و جامع المقاصد و کذا الجامع و الدروس، و المخالف فی ذلک احمد و مالک (از اهل سنت)».<sup>۲</sup> در ادامه این بحث را مطرح می کند که اگر بگویند وقف کردم بر عترت «فهم ذریته»، که بحث دیگری است.

نکته قابل تأمل در اینجا کلام صاحب غنیه است: چون صاحب غنیه در صدر بحث فرموده اگر وقف بر اولاد و اولاد اولاد کند شامل همه می شود. بعد فرموده: «و إذا وقف علی نسله أو عقبه أو ذریته فهذا حکمه».<sup>۳</sup>، یعنی هم ذکور و اناث را می گیرد که حکم دیگری است و بقیه را می گیرد یعنی طبقات را شامل می شود.

<sup>۱</sup> لسان العرب؛ ج ۱، ص: ۸۰

<sup>۲</sup> مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۷۶۴

<sup>۳</sup> غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۸/۲۹۹

البته شمولش للطبقات خیلی روشن نیست. قبل از این ایشان می گوید اگر وقف بر ولد و ولد کند شامل هم ذکور و هم اناث می شود، اما در اشتغال بر همه طبقات خیلی روشن نیست البته احتمال دارد مقصودشان تعمیم از این جهت هم باشد به قرینه جمله «فهذا حکمه». و ممکن هم است اصلاً فهذا حکمه راجع به بحث دیگری باشد. صاحب مفتاح الکرامة همان فهم اول را دارد که ایشان می خواهد تعمیم دهد، لذا به کتاب غنیه هم نسبت می دهد چون در کتاب غنیه غیر از اینجا جای دیگری نفرموده است، پس فهذا حکمه مقصود سریان در نسل است، نه اینکه مقصود این باشد که شامل ذکر و انثی و خنثی می شود که بحث آخری است.

در کتاب سرائر به روشنی این مسأله را تصریح می کند. صاحب سرائر می فرماید: «و إذا وقف علی اولاده و اولاد اولاده أو علی اولاده فحسب (این همان دو فقره ای است که معروف است) و لم یقل لصلبه، تصریح نکرد که ولد صلب. دخل فیهم اولاد اولاده ولد البنات و البنین بدلیل اجماع اصحابنا». پس اگر بگوید وقت علی الاولاد شامل همه اولاد می شود، اگر بگوید وقت علی الاولاد و اولاد الاولاد هم همینطور است.

بعد که این تصریح را فرمود می فرماید: «و إذا وقف علی نسله أو عقبه أو ذریته فهذا حکمه». اگر اینها را هم بگوید حکمش همین است یعنی سریان در اولاد و نسل دارد. «بدلیل قوله تعالی "و من ذریته داود و سلیمان" الی قوله "وعیسی و الیاس" فجعل عیسی من ذریته و هو یتنسب الیه من الأم»<sup>۱</sup> ایشان این استشهاد را برای این کرده که فرق نمی کند انتساب از ناحیه ام باشد یا آب باشد، همه اینها مصداق ذریه است. منتهی ایشان در عبارت بالا دو حکم را بیان کردند: هم اینکه «عمّ الاولاد و اولاد الاولاد» و هم اینکه شامل همه می شود چه منتسب به ام باشند و چه منتسب به آب باشند و چه منتسب از هر دو جهت باشند. الان استشهاد به آیه برای اثبات این حکم دوم است. ولی تصریح می کند و إذا وقف علی نسله أو عقبه أو ذریته فهذا حکمه، یعنی همان اولاد اولاد هم اینجا می آید.

کیدری هم در إصباح الشیعة همینطور گفته است. می فرماید: «و إذا وقف علی اولاده و اولاد اولاده دخل فیهم ولد البنات لوقوع اسم الولد علیهن لغة و شرعاً و کذا إذا وقف علی نسله أو عقبه أو ذریته»<sup>۲</sup>.

عرض کردم اینها گاهی رفته اند سراغ اینکه ولد، منتسب به ام را هم می گیرد، اما ولد الولد را هم می گیرد. دخل فیهم ولد البنات لوقوع اسم الولد علیهن، اصلاً اینها ولد هستند به معنای حقیقی.

<sup>۱</sup> السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۳، ص: ۱۵۷/۱۵۸

<sup>۲</sup> إصباح الشیعة بمصباح الشریعة؛ ص: ۳۴۷

دیگر تا به آخر از این قسم فقهای زیادی هستند که به این اینطور استدلال فرموده اند.

### نتیجه بحث: تأیید نظریه حضرت امام در تعمیم ذریه

آنچه به نظر می آید کلام حضرت امام قدس الله روحه که فرموده اند لو قال وقفت علی ذریتی شامل می شود اولاد را چه بنات باشند یا بنین، و اولادهم چه اینها اولاد بنات باشند یا اولاد بنین، اولاد اینها را شامل می شود، بلا واسطه أو مع الواسطه، ذکورا و اناثا، این برخواسته از اطلاق و شمول لفظ نسل است که بر همه اینها قابلیت صدق دارد. ما هم دیدیم که ماده ذریه چه ذراً باشد و چه ذرّ باشد علمای لغت تصریح کرده اند که به معنای نسل است. هم ذرّ را گفته اند نسل است، و هم ذراً را، وقتی به معنای نسل شد همه را شامل می شود.

در ادامه بحث بررسی خواهیم کرد دو حکم دیگری که مرحوم حضرت امام در این مسئله مطرح کردند یعنی «تشارک الطبقات اللاحقة طبقات السابقة» و تقسیم بر رؤس بالسوية وجهش چیست.

«والحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۷: وقف بر ذریه	۱۲
خلاصه بحث گذشته	۱۲
حکم صورت وقف بر اولاد	۱۳
اختلاف فقهاء در تعمیم و اختصاص	۱۳
قائلین به اختصاص	۱۳
ادله قول به اختصاص	۱۵
دلیل اول: صحت سلب	۱۵
دلیل دوم: ظهور انصرافی	۱۶
ادله قول به تعمیم	۱۷
دلیل اول: صحت حمل و عدم صحت سلب	۱۷
دلیل دوم: استعمالات اثباتی	۱۷
جواب از دلیل دوم و رد آن	۱۸
تتمیم استدلال دوم	۱۹
نکات تعمیم	۲۰
قول صحیح قول دوم است	۲۲
اقامه دلیلی دیگر بر تعمیم	۲۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

### مسئله ۴۷: وقف بر ذریه

### خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۴۷ کتاب تحریر بود. نسبت به وقف بر ذریه مرحوم امام قدس سره الشریف ادعا فرمودند چنین وقفی نسبت به همه نسلها تعمیم دارد. گرچه محشین این حکم را تعلیل نکرده اند، ولی بیان شد علتش این است که



«ذریه» به معنای نسل است، و نسل در عربی شامل ولد و ولد ولد و نسلهای بعد از آن می شود. بعد از این جا داشت که حضرت امام ره کما اینکه در متن کتاب وسیله مرحوم سید هست، حکم صورتی که واقف بگوید «وقف علی اولادی» را نیز مطرح می کردند لکن در تحریر به آن نپرداخته اند. در جلسه گذشته قرائنی بیان کردیم در تقویت این احتمال که این فقره از تحریر سقط شده باشد. البته مرحوم امام حکم صورتی که وقف کند بر اولاد و اولاد اولاد را بیان کرده اند؛ ولی جا داشت حکم وقف بر اولاد را نیز بیان می کردند حتی اگر آن را قبول نداشتند و تعمیم را نمی پذیرفتند زیرا باعث می شد این مساله از این فرع مهم خالی نماند. این فرع از زمان قبل از مرحوم شیخ مفید تا به حال در میان فقهاء مطرح بوده است و لذا مسکوت گذاشتن آن در اینجا صحیح نیست. ولذا به قرائنی که دیروز عرض کردیم احتمال می دهیم این فرع از عبارت سقط شده باشد.

## حکم صورت وقف بر اولاد

در هر صورت بحث ما فعلا در فقره ای است که اگر واقف گفت: «وقف علی اولادی» آیا فقط شامل ولد صلب است یا حفده یعنی ولد الولد و طبقات بعد را نیز شامل می شود که این فرع در اینجا ذکر نشد.

## اختلاف فقهاء در تعمیم و اختصاص

دیروز عرض کردیم که فقهاء اختلاف عجیبی دارند. عده ای ادعا فرموده اند که مشهور این است که فقط شامل ولد صلب می شود. و البته واضح است منظورشان در فرضی است که قرینه خاصه بر اختصاص یا تعمیم نباشد. لذا اگر قرینه خاصی بر دلالت بر تعمیم وجود نداشت، مفاد «وقف علی اولادی» فقط اولاد صلب است و ولد الولد را شامل نمی شود. برخی این نظر را به اکثر و برخی به مشهور نسبت داده اند.

در مقابل عده دیگری از بزرگان می گویند این وقف هم شامل اولاد صلب می شود و هم اولاد اولاد. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه از کسانی است که از تعمیم دفاع می کند ولی مرحوم صاحب جواهر از کسانی است که دفاع می کند از تخصیص به ولد صلب. و کثیری از فقهاء مدافع همین نظر اختصاص به ولد صلب هستند.

## قائلین به اختصاص

صاحب مفتاح الکرامه قائلین به اختصاص را آورده است و ما به عبارت ایشان اکتفا کرده دیگر عین عبارت این بزرگان را نمی خوانیم. در متن قواعد آمده است: «و إذا وقف علی اولاده اشترک البنون و البنات و الخنثی» این یک

بحث است که اگر وقف بر اولاد کرد همه انحاء اولاد داخل در موقوف علیهم می شوند، بنون، بنات و خنثائی همه داخل هستند. بعد در قواعد می فرماید: «و لا تدخل الحفدة علی رأی»، اما بنابر نظر دیگر ولد الولد داخل نمی شود.

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «هو خیرة ابی علی فیما حکى و المبسوط و الجامع و الشرایع و التذکرة و الارشاد و شرحه لولده» (من یک بار دیگر هم سال قبل عرض کردم که ارشاد نوشته علامه حلی است و شرح ارشاد نوشته ولد علامه. پاورقی محقق این کتاب می گوید شرح الارشاد للنیلی. محقق این کتاب هر جا شرح ارشاد ذکر شده می گوید للنیلی، نیلی البته یکی از علماء بوده و شرحی هم بر ارشاد دارد ولی اگر صاحب مفتاح می گوید «لولده»، نمی توان گفت للنیلی.<sup>۱</sup>

در ادامه می فرمایند «و الايضاح و غایة المراد و التنقیح و ايضاح النافع و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الروضة» روض و مسالك و روضه مال شهید ثانی است، اما شهید اول که لمعه دارد نظر شریفش بر خلاف است «و الیه يرجع کلام المختلف، و هو الظاهر من الوسيلة».

تعدادی از این کتابها از علامه است، صاحب شرایع هم از آنها می گوید فقط ولد صلب داخل در موقوف علیهم است که در جای خود به دلیل ایشان می پردازیم. بعد می فرمایند: «و فی المسالك و الکفاية أنه مذهب الاكثر، و فی الرياض أنه المشهور» که خیلی از فقهاء داخل در این قول شدند که ادعای شهرت هم شد. «و اختیار فی المقنعة (شیخ مفید) و الکافی (ابی الصلاح) و النهایة (شیخ طوسی. شیخ طوسی در مبسوط قائل به اختصاص می شود، اما ایشان از نهاییه نقل می کنند که ایشان قائل به تعمیم است) و المذهب (که دیروز خواندیم) و السرائر (که دیروز هم خواندیم که ما به جهت ذریه خواندیم اما وقف بر اولاد هم در آن بود) و النافع فی بعض نسخه (این قدری عجیب است. چون نافع یعنی مختصر النافع مال صاحب شرایع است و مرحوم محقق حلی در شرایع قائل به این است که اختصاص به ولد صلب دارد. اما در اینجا قول به دخول حفده را به نافع البته به بعض نسخ آن نسبت می دهند که ممکن است بحث دیگری باشد) و اللعة و کذا التحریر أنها تدخل (مرحوم علامه در اکثر کتابهایشان اکتفا کردند به ولد صلب، ولی در

<sup>۱</sup> ظهیر الدین نیلی شاگرد فخر المحققین است و ظاهراً صاحب مفتاح الکرامه مطلب را به فرزندش یعنی فخر المحققین نسبت می دهد ولیکن صاحب کتاب الذریعه

با ذکر قرائنی اینگونه استنتاج می کند که مطالب حاشیه نیلی املاء فخر المحققین و تقریر تلمیذش ظهیر الدین نیلی است. (الذریعه إلى تصانیف الشریعه، ج ۶ ص ۱۶ و ۱۷)

تحریر گفته اند تعمیم دارد)، وفي الكفاية (سبزواری) الاولى الرجوع الى عرف القائل و القرائن و فصل في المختلف بوجود القرائن و عدمها و هو يرجع الى الاول<sup>۱</sup>.

اینکه اگر قرینه باشد به مقتضای قرینه عمل می شود را همه قبول دارند لذا اینکه بدون قرینه حمل می شود به ولد صلب همان حرف اول است. این اقوال بود و مهم این است که چه استدلالی وجود دارد.

## ادله قول به اختصاص

عمده استدلال گروه اول این است که می گویند ولد از نسل دوم صحت سلب دارد. دوستان دقت کنند چون حرف در حرف زیاد می آید، شما باید لب استدلال را ببینید چیست و روی آن فکر کنید که درست است یا نه.

## دلیل اول: صحت سلب

ادله گروه اول که بیشترین بودند و ادعا شده که مشهور و اکثر اند این است که می گویند: ولد از ولد الولد صحت سلب دارد، یعنی ما می توانیم بگوئیم ولد الولد لیس بولد. و بیانی دارند که می گویند: «انه يلزم الاشتراك و المجاز خیر منه». این اشتراک اینجا ظاهراً باید اشتراک معنوی باشد. چون آن چیزی که از صدق ولد بر ولد صلب و حفده یعنی ولد الولد پیش می آید اشتراک معنوی است. لذا اینکه گفته اند «و المجاز خیر منه» احتمالاً یعنی اگر ما شک کنیم که اطلاق ولد بر ولد الولد به نحو اشتراک معنوی است یا مجاز است یا کذا و کذا، می گویند والمجاز خیر منه.

نمی دانیم همچنین کبرای کلی واقعاً وجود دارد یا نه. خدا رحمت کند علمای سابقین را مثل مرحوم میرزا حبیب الله رشتی و دیگران، در اول علم اصول در موارد شک در این حالات الفاظ از اشتراک و مجاز و امثال این، صفحه های زیادی را پر کرده اند که این دوران چه می شود. و علی الظاهر ما هیچ دلیل عامی در اینها نداریم، باید موردی هر موردی را نگاه کرد که چگونه است. حالا این الان بحث ما نیست. ولی این عبارت يلزم الاشتراك من خودم قاطع نیستم که حتماً مقصود اشتراک معنوی است، ولی آن چیزی که لازم می آید اشتراک معنوی است از قول قائلینی که می گویند ولد بر ولد الولد هم صدق می کند، آنوقت فرموده اند والمجاز خیر منه.

این قول اول است پس دلیلشان صحت سلب است. می گویند کسی می تواند ادعا کند که ولد الولد لیس ولدی.

<sup>۱</sup> مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج ۲۱، ص: ۷۵۲-۷۵۵

## دلیل دوم: ظهور انصرافی

ایشان دلیلی دیگر را نیاورده، گرچه در لابلاهای فرع آتی بحثهای آمده است، اما مرحوم صاحب جواهر دلیلی را برجسته کرده است. و آن اینکه مسیر دیگر برای قائلین به قول اول این است که نفی نمی کنند ولد الولد ولد، بلکه می گویند انسیاق عبارت این است و این ظهور و انصرافی درست می کنند، می گویند ما قبول داریم که «ولد» به اشتراک معنوی تطبیق می شود هم بر ولد و هم بر ولد الولد، اما انصرافی هست عند الاطلاق، یعنی ما می گوئیم منافات ندارد که مفهومی بالتواطی یا بالتشکیک صدق کند بر کثرت افرادی، اما لفظ در مقام اطلاق انصراف به برخی افراد و ظهور در آنها پیدا کند. لذا اختصاص، از باب عدم صدق واقعی نیست بلکه از باب ظهور و انصراف است.

مرحوم صاحب جواهر از این نظر دفاع می کند. ایشان بالصراحة می گوید ما ولد الولد را ولد می دانیم، ولی نکته ما بر اختصاص، انسیاق الاطلاق است به ولد صلبی، یعنی از باب انصراف است. بعد با این نگاه شما متن شرایع را هم که نگاه کنید می بینید قابل بر این حرف هست. چون عبارت شرایع این نیست که لا یصدق الولد بر ولد الولد. بلکه می گوید ظاهر از اطلاق این است. و ممکن است ظاهر از اطلاق به خاطر انصراف باشد نه از باب اینکه صدق عنوان حقیقتاً نمی کند.

**سؤال:** مجاز چطور بهتر از اشتراک معنوی می شود؟

**جواب:** به نظرم این ترجیح سند ندارد.

**سؤال:** شاید مراد استعمال لفظ در اکثر از معنا می شود؟

**جواب:** اگر مشترک معنوی باشد این حصص تطبیقات آن می شوند. من آن جامع را اراده می کنم و به موارد تطبیق می کنم.

می خواهم بگویم لازمه حرف دیگران که می گویند ولد هم بر ولد صلب صدق می کند و هم بر ولد الولد، دیگر استعمال در اکثر از معنا پیش نمی آید، علاوه بر اینکه معمولاً لفظ اشتراک را برای استعمال در اکثر از معنا بکار نمی برند، حالا اشتراک یا اشتراک معنوی است یا اشتراک لفظی. یکی از این دو است دیگر. آن چیزی که یلزم که لفظ ولد اعم باشد از ولد صلب و غیر صلب، اشتراک معنوی است. حالا چرا مجاز خیر منه بحث دیگری است.

این قول اول پس قول اول دو تا مسیر دارد: اول اینکه ولد اصلاً خود مفهومش مقصور است به ولد صلب. دوم اینکه بگوئیم نه مقصور نیست ولی عرفاً انصراف دارد به ولد صلب گرچه به لحاظ معنایی اعم است.

## ادله قول به تعمیم

اما حجت قول دوم چیست؟

## دلیل اول: صحت حمل و عدم صحت سلب

قول دوم که می گوید ولد شامل حفید هم می شود، می گوید اولاً ما آن صحت سلب را نمی پذیریم و به نحو اطلاق قبول نداریم. بلکه در مواردی ممکن است قرینه ای وجود داشته باشد اما به نحو اطلاق درست نیست. یعنی مطلقاً و بدون هیچ اضافه ای نمی توانیم این حرف را بپذیریم که شخصی بگوید این نوه من ولد من نیست.

## دلیل دوم: استعمالات اثباتی

بعد می آییم سر استعمالات که بحث اثباتی است. بحث اثباتی این است که در آیات قرآنی و روایات کثیراً ما ولد در اعم از ولد صلب استعمال می شود که ایشان برخی از این استعمالات را بیان کرده است. مثل "یا بنی آدم"، البته ما بحث در لفظ ولد داشتیم ولی بنی هم مثل همان است. اطلاق شده است ابن به همه این اولاد. بنی آدم فقط اولاد صلب حضرت آدم نیست. نسبت به "بنی اسرائیل" هم همینطور است. در آیه شریفه "یوصیکم الله فی اولادکم"،<sup>۲</sup> که در بحث ارث مطرح می شود واضح است که این اولاد فقط اولاد صلب نیست، ولد الولد هم داخل در این بحث ارث است و او هم ارث می برد.

بعد ایشان می گوید اجماع وجود دارد بر تحریم حلیله ولد الولد ذکراً کان أو انثی من قوله تعالی "و حلائل ابنائکم".<sup>۳</sup> خب حلائل ابناء هر شخصی بر او حرام است. می خواهند استدلال کنند که اگر این «ابنائکم» فقط ولد صلب باشد پس انسان می شود زن نوه خودش را بگیرد و فقط عروس صلبی خودش را نمی تواند بگیرد. و حال آنکه نسبت به همسر نوه نیز این جائز نیست. پس اجماع بر این است که تحریم شده حلیله ولد الولد. ممکن است بگوئید از بیرون فهمیدیم. می گوید نه از همین حلائل ابنائکم فهمیدیم.

<sup>۱</sup> الأعراف: ۲۶

<sup>۲</sup> النساء: ۱۱

<sup>۳</sup> النساء: ۲۳

ممکن است شخصی بگوید اجماع از بیرون است و از دلیل دیگر است، ولی نکته ای که هست این است که در استدلالات ائمه علیهم السلام به همین نحو به آیه استدلال شده است امام علیه اسلام همین "حلائل ابنائکم" را به طرف نقض می کنند که به خاطر حلائل ابنائکم جائز نیست با حلیله ولد الولد ازدواج کند.

وقوله صلی الله علیه وآله: لا تزرموا ابنی یعنی الحسن، آن داستانی که امام حسن علیه السلام بچه بود در دامن پیامبر صلی الله علیه وآله داشت بول می کرد دویند که مثلاً مانع شوند، پیغمبر فرمود نه بگذارید کارش را کند و فرمود لا تزرموا ابنی، پیغمبر بر ایشان اطلاق ابن کرد.<sup>۱</sup>

الی غیر ذلک.

## جواب از دلیل دوم ورد آن

بعد خود ایشان می گوید: از اینها جواب داده شده است که «بأنه مجاز لدلیل من خارج». این جواب روشن است. البته گاهی ممکن است استعمال نیز مجازی هم نباشد، توسعه به دلیل آخر باشد نه مجاز. مثلاً در همان «حلائل ابنائکم» کسی بگوید این عبارت نص در حلیله ابن صلبی است و در بقیه مانند حلیله ابن ابن به اجماع ملحق می شود و مجاز هم نیست. پس توسعه به دلیل آخر است، نه اینکه می خواهیم در همین لفظ وارد کنیم.

ایشان می خواهد برگردد و از این قول دوم که تعمیم است دفاع کند لذا می گوید اولاً ما صحت سلب را قبول نداریم. بعد هم نکته دیگری اضافه می کند و می فرماید در این مواردی که ما گفتیم و موارد زیاد دیگری هم هست که از جمله در روایتی «قد قال مولانا الصادق علیه السلام فی خبر عابد الاحمسی لما قال له السلام علیک یا بن رسول الله، امام صادق علیه السلام فرمود: ای والله إنا ولده ما نحن بذوی قرابته»، یعنی ما فقط ذوی قرابت نیستیم، ما ابن رسول الله هستیم. شما که به ما گفتی یا بن رسول الله واقعا درست گفتی، نحن ولده نه فقط ذی قرابت. پس دارد استدلال می شود که ولد و ابن بر ابن الابن و ولد الولد هم صدق می کند. در جای دیگر دارد که «وقال مولانا الباقر فی خبر ابی الجاورد لاعطینکها من کتاب الله عزوجل أنهما یعنی الحسن و الحسين من صلب رسول الله لا یردها الا کافر، من حیث قال الله عزوجل "حرمت علیکم امهاتکم" تا اینجا که می فرماید: "و حلائل ابنائکم الذین من اصلا بکم" امام می فرماید، فسلهم

<sup>۱</sup> أَخْبَرَنِي مُحَمَّدُ بْنُ هَارُونَ الرَّنْجَانِيُّ فِيمَا كَتَبَ إِلَيَّ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ الْقَاسِمِ بْنِ سَلَامٍ قَالَ حَدَّثَنَا هَيْثَمُ قَالَ أَخْبَرَنَا يُونُسُ عَنْ الْحَسَنِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا تُزْرِمُوا ابْنِي ثُمَّ دَعَا بِمَاءٍ فَصَبَّهُ عَلَيْهِ. معاني الأخبار؛ ص: ۲۱۱

یا ابا الجارود هل كان يحل لرسول الله نكاح حلیتهما؟! چون جائز نیست پس این دو بزرگوار یعنی حسن و حسین علیهما السلام اینها ابناء از اصلاّب هستند.

یا در روایت دیگری دارد که «قال هارون الرشید فی الخبر للذی تضمن مجیئهم الی قبر النبی (ص) و قول مولانا کاظم (ع) السلام علیک یا ابا» امام کاظم علیه السلام در کنار قبر رسول الله صلی الله علیه وآله حاضر شدند و خطاب فرمودند به رسول الله صلی الله علیه وآله که «السلام علیک یا ابا». بعد هارون الرشید آنجا حاضر بود گفت «أشهد أنه ابوه حقا»<sup>۱</sup> البته هارون کسی نیست که به لحاظ حجت کسی بخواهد به قول او استناد کند، بحث عرفی است، یعنی آنقدر روشن بوده که او هم فهمیده و گفته أشهد أنه ابوه حقا. اگر نبود این فهم و پسند عرفی که نمی توانست در مقابل همه این را بگوید. و همینطور موارد دیگر.

## تتمیم استدلال دوم

منتهی جواب کلی که می شود به همه اینها داد این است که در همه این موارد ممکن است قرائنی باشد بر تعمیم. ممکن است ولد به ولد صلب اختصاص دارد ولی به دلیل دیگری در اینجا حکم به ولد ولد نیز تعمیم پیدا کرده است. جواب غالبی به این نحوه استدلالها همین است. خدا رحمت کند مرحوم شیخ انصاری ره را که در همین تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی چند صفحه از این بحثها را آورده و همه را به همین بیان رد می کند.

ولکن مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: این حرف درست نیست که شما بگوئید استعمال ابن در نسلهای بعدی مجاز است. برای اینکه اگر مجاز بود چه فخری بود که امام علیه السلام خودش را ابن رسول الله بداند مجازا. آخر این چه فخری است؟ چرا محل اشکال و ایراد و تخاصم بین خاصه و عامه شده است که گروهی بگویند اینها حقیقتا ولد بوده اند و افرادی بگویند نبوده است. اگر بحث مجاز است مگر مجاز دعوا دارد؟! بنده عالم نیستم مجازا به من بگویند عالمی، مگر دعوا دارد؟! از باب ولد العالم نصف العالم به آقایی هم بگویند عالم است.

به نظر می رسد این تتمیم مرحوم صاحب مفتاح الکرامه تتمیم دقیقی است. در آن روایتی که امام صادق علیه السلام می فرماید «أی والله إنا ولده» اگر صدق ولد بر امام علیه السلام مجاز است مگر اطلاق مجازی افتخاری دارد؟ ممکن

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثه)، ج ۲۱، ص: ۷۵۶

است ما هم نوع دیگری بگوئیم ما هم ولد پیامبر هستیم، مگر پیامبر (ص) نفرمودند «انا و علی ابوا هذه الامة».<sup>۱</sup> بر این اساس ما هم بگوئیم ولد آنها هستیم. اینی که اصرار کرده اند که آی و الله انا ولده نه اینکه فقط ذی قرابه هستیم، به نظر در آن نکته مهمی هست، لذا ایشان دارد استدلال را تتمیم می کند.

ایشان می فرماید: «ولو كان مجازا لما كان في ذلك فخرٌ ولم يكن لانكار العامة صلوات الله عليهم وجه و ما كان محلا للمخاصمة و التشديد والاستدلال على ذلك».<sup>۲</sup> که به نظر نکته قابل تأمل و دقیقی است.

حالا جالب این است که در تقریرات مرحوم شیخ انصاری بعد از اینکه شیخ چند صفحه جواب می دهد به این استدلالات که برای تعمیم آمده و خود قائل می شود به ولد صلب، در آخر بعد از چند صفحه مرحوم مقرر که احتمالا کلام خود شیخ باشد می گوید اینهایی که ما گفتیم این ربطی به عرف ندارد.<sup>۳</sup> انصاف این است که اگر واقعی وقف کند بگوید وقف علی اولادی این تعمیم دارد در روزگار ما. در روزگار ما اگر کسی بگوید وقف علی اولادی، عرف از این تعمیم می فهمد.

## نکات تعمیم

نسبت به تعمیم چند نکته متصور است:

یک طریق برای قول به تعمیم این است که بگوئیم ولد الولد ولد.

طریق دیگرش عبارت است از انصراف درست مقابل انصرافی که قائلین به تخصیص ادعا می کنند. گروه اول می گفت ما می گوئیم مختص به ولد صلب است یا از باب اینکه ولد الولد ولد نیست یا از باب انصراف. گروه دوم هم

أَخَذْنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ الطَّالْقَانِيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ سَعِيدٍ الْكُوفِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ فَصَّالٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ فَقُلْتُ لَهُ لِمَ كُنِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِأَبِي الْقَاسِمِ فَقَالَ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ ابْنٌ يُقَالُ لَهُ قَاسِمٌ فَكُنِيَ بِهِ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ يَا ابْنَ رَسُولِ اللَّهِ فَهَلْ تَرَانِي أَهْلًا لِلزِّيَادَةِ فَقَالَ نَعَمْ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ أَنَا وَ عَلِيُّ ابْنَا هَذِهِ الْأُمَّةِ قُلْتُ بَلَى قَالَ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ أَنَا وَ عَلِيُّ ابْنَا هَذِهِ الْأُمَّةِ قُلْتُ بَلَى قَالَ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ عَلِيًّا قَاسِمُ الْجَنَّةِ وَ النَّارِ قُلْتُ بَلَى قَالَ فَقِيلَ لَهُ أَبُو الْقَاسِمِ لِأَنَّهُ أَبُو قَاسِمِ الْجَنَّةِ وَ النَّارِ قُلْتُ لَهُ وَ مَا مَعْنَى ذَلِكَ فَقَالَ إِنَّ شَفَقَةَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ شَفَقَةُ الْأَبَاءِ عَلَى الْأَوْلَادِ وَ أَفْضَلُ أَهْلِهِ عَلِيٌّ ع وَ مِنْ بَعْدِهِ شَفَقَةُ عَلِيٍّ عَلَيْهِمْ كَشَفَقَتِهِ عَلَيْهِمْ وَ خَلِيفَتُهُ وَ الْإِمَامُ بَعْدَهُ فَلِذَلِكَ قَالَ ص أَنَا وَ عَلِيُّ ابْنَا هَذِهِ الْأُمَّةِ وَ صَعِدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنَ الْمِنْبَرِ فَقَالَ مَنْ تَرَكَ دِينًا أَوْ ضَيَاعًا فَعَلِيٌّ وَ إِلَيَّ وَ مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ فَضَارَ بِذَلِكَ أَوْلَى بِهِمْ مِنْ آبَائِهِمْ وَ أُمَّهَاتِهِمْ وَ ضَارَ أَوْلَى بِهِمْ مِنْهُمْ بِأَنْفُسِهِمْ وَ كَذَلِكَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع بَعْدَهُ جَرَى ذَلِكَ لَهُ مِثْلُ مَا جَرَى لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

علل الشرائع، ج ۱، ص: ۱۲۷

<sup>۲</sup> مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج ۲۱، ص: ۷۵۷

<sup>۳</sup> كتاب الالتقاطات ص ۱۵۵/۱۵۶



استدلال می کنند که تعمیم یا از باب این است که ولد الولد ولد حقیقتاً، یا از باب انصراف و ظهور در عموم است. این راه را بعضی پسندیده اند. مرحوم سید صاحب عروه بعد از اینکه در ابتدا قول مشهور را که ولد الولد ولد نیست می آورد و ظاهراً قبول می کند، می گوید والانصاف اینکه ما دلیل نداریم بر این حرف، لذا به نحو تردید می گوید ولو ما بپذیریم که ولد الولد ولد نیست، اما حق این است که وقتی می گوید وقف علی اولادی، ظهور دارد در عموم که هم ولد را می گیرد و هم ولد الولد را. ظهور است، و این ظهور تعمیمی است. بعد نکته ای هم اضافه می کند می گوید خصوصاً با توجه به این نکته که وقتی کسی می خواهد برای ولدش وقف کند واضح است که قصدش برای خصوص ولد بلا واسطه نیست بلکه می خواهد این وقف در اولادش جاری باشد و استمرار داشته باشد، ظهور حال این است.<sup>۱</sup> در واقع ظهوری است در مقابل ظهوری که گروه اول ادعا می کردند. آنها می گفتند اگر هم بگوئیم ولد الولد ولد است انصراف به خاص دارد، اینجا برعکس، اگر هم بگوئیم ولد الولد ولد نیست ظهور عمومی دارد.

لذا پس ما دو طریق داریم برای تعمیم، علاوه بر استدلالهایی که از آیات شریفه و روایات شده با ضمیمه کردن آن نکته ای که ایشان فرمود دو طریق داریم تا بگوئیم ولد الولد ولد، و مسیر دیگر هم اینکه از باب ظهور بگوئیم وقتی این نکات را به هم ضمیمه می کنیم اگر واقعی بگوئیم این را وقف کردم بر اولادم، همه از آن می فهمند که مرادش فقط اولاد صلب نیست بلکه تمام اولاد بالاستمرار است مگر اینکه قرینه بر خلاف بیاورد.

سؤال: چرا قائلین به تعمیم به صحت حمل تمسک نکرده اند؟

جواب: صحت حمل هم دارد، درست است. در مقابل اینکه سلب را انکار می کنند حمل را باید قبول کنند دیگر.

سؤال: در ادامه همان داستان هارون و امام کاظم علیه السلام حضرت دلیل ابناء بودن را هم بیان می کند که چون پیامبر می تواند از دختر تو خواستگاری کند اما از دختر من نمی تواند، پس من ولد پیغمبر هستم. خب این می تواند وجه بر مجازیت باشد، یعنی از این جهت خودم را ولد می دانم.

جواب: اگر مجاز باشد که معنایش این است که جائز است ولی مجازاً می گوئید نه.

سؤال: ولی دارد قرینه بر مجاز را می گوید.

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۱۹/۲۲۰

جواب: استدلالی که ایشان آورده قسمت دیگر روایت است، می خواهند بگویند به خود حلائل ابنائکم نمی شود بگوئیم. آن چیزی که شما می گوئید توسعه به مجاز است، می گویند به خود مضمون حلائل ابنائکم نمی توانیم. اگر این باشد یعنی با اطلاق خود ابن نمی توانیم نه اینکه با دلیل دیگری ما داریم توسعه می دهیم مجازا. و خود امام علیه السلام می گوید که از همین حلائل ابنائکم می فهمیم، ولذا اگر کسی قبول نکند کافر است یعنی قرآن را قبول ندارد.

این مجموع استدلالهاست که دوستان روی آن فکر کنند.

## قول صحیح قول دوم است

به نظر ما هم همین حرف دوم درست است اولاً انصافاً بر ولد الولد صدق می کند ولد باشد عرفاً، مگر اینکه قرینه خاص بر ولد صلب باشد. و هم این استدلالهایی که به آیات و روایات شده ولو که فی حد ذاتها قابل برای اینکه مجاز باشد یا توسعه به دلیل است، با این نکته ای که گفتند اقلاً مؤید این معنا می شود، و ثالثاً ظهور عمومی دیگری ممکن است ادعا کنیم که حتی اگر ولد الولد ولد هم نباشد وقتی وقف می کند بخاطر این قرائن تعمیم دارد.

## اقامه دلیلی دیگر بر تعمیم

حالا نکته دیگری هم اینجا هست حاکم بر همه این حرفها. که ما شبیه اش را اول بحثها عرض کردیم، حالا فرض کنید این بحثهای صحت سلب یا صحت حمل و امثال اینها درست باشد، چه ربطی به واقف دارد. مگر واقف از این استدلالها مطلع بوده است؟ این استدلالها برای استنباط حکم از قرآن و روایات به درد می خورد که بگوئیم مثلاً صحت سلب دارد یا ندارد، و ظهورات قرآنی القاء می شود به ظهور عمومی و ظهور عمومی یک مؤلفه اش لغت است که از لغت کشف کنیم و یکی دیگر هم مراجعه به تبادر و امثال این حرفهاست.

ولی وقتی بحث واقف پیش می آید این حرفها نیست. وقتی واقف می گوید من وقف کردم بر مدلول لفظ ولد ما کان. در این صورت مناسب است شما بروید بحث کنید که مدلول لفظ ولد چیست، خصوص ولد صلبی است یا ولد الولد هم هست. اما اگر واقف کسی است که کاری به این حرفها ندارد و می گوید «وقف علی اولادی» مقصود آن چیزی است که خودش از این اولاد می فهمد. ظهور حال هر کسی این است. یعنی مرادش مفادی است که ظاهر می بیند و آن ظهوری که او می بیند با استدلالاتی مانند صحت سلب بدست نمی آید. این یک استدلال است برای شمول آیه قرآن. من در اول بحثها هم عرض کردم که درست است که ما به ظهورات الفاظ در تخاطب عمل می کنیم، اما به شرط اینکه این دقتهایی که آقایان دارند ظهورساز باشد. اینها که ظهورساز نیست. برای فقیه هست که کلام خداوند را بر آن حمل کند، اما کلام

واقف که متوجه این نکات نیست، شما باید ظهور صرفش را نگاه کنید، که اگر واقفی گفت وقف علی اولادی، واقعا چه چیزی می تواند اراده کرده باشد از این اولاد؟ نه از باب این صحت سلب و این حرفها. واقعا این نمی شود.

و به نظر می آید با توجه به این قرینه که معمولاً واقف می خواهد وقفش مستمر باشد وقتی می گوید وقف علی اولادی نمی خواهد فقط ولد صلب باشد، ظاهر حالش این است، به نظر می آید این قرینه کافی است برای اینکه وقتی می گوید وقف علی اولادی، اولاد اولاد و تا به آخر همه را شامل می شود.

این تمام الکلام در این بحث.

**سؤال:** یکی از مناشء ظهور لغت است.

**جواب:** بله ما هم قبول داریم این را که از مناشیء کاشف از ظهور لغت است، ولی لغتی که با چینی استدلالاتی درست می کنید ممکن است برای استکشاف مراد مولا درست باشد، اما برای استکشاف مراد واقفی که اصلاً مطلع به این ظرائف نیست فقط باید ببینیم ظهوری که او می تواند به آن اتکاء کرده باشد چیست. ما عرضمان این است که با این قرائن حالیه ظهوری که او به آن اتکاء می کند تعمیم است.

**سؤال:** ظاهر حال هر متکلمی این است که بالاخره طبق عرف دارد سخن می گوید.

**جواب:** بله باید دید ظهوری که او به آن اتکاء کرده چیست. ما عرضمان این است که با این قرائن حالیه ظهوری که او به آن اتکاء می کند عموم است. یا قبول می کنیم که ولد الولد عموم دارد که فبها، و یا می گوئیم از باب این است که این ظهوری که به آن اتکاء کرده همین که می خواهد وقفش در اولادش استمرار پیدا کند و لذا به اولاد اکتفاء کرده است. اگر می خواست غیر از این باشد باید می گفت لولد صلبی نه لا اولادی. این راجع به این حرف.

اما وقف علی اولادی و اولاد اولادی بحث دیگری دارد. این بحثهایی که کردیم فی الجمله آنجا دخیل است، اما نکات دیگر هم بخصوص این نحوه عبارت بر آن دلالت می کند که باید به آنها هم جدا برسیم.

«والسلام علیکم ورحمت الله».

### فهرست

مسئله ۴۷: وقف بر ذریه .....	۲۵
خلاصه بحث گذشته .....	۲۵
دو قول در مقابل هم در وقت علی اولادی .....	۲۵
دو بیان بر اقتصار بر صلب در وقت علی اولادی .....	۲۵
اشکال دو بیان قائلین به اقتصار بر صلب .....	۲۶
ظهور وقف بر اولاد و اولاد اولاد .....	۲۶
امکان نتیجه گیری خلاف تعمیم از عطف اولاد اولادی و جواب از آن .....	۲۶
بررسی دو فقره دیگر مسئله ۴۷ .....	۲۸
تأیید استنباط حضرت امام ره در این دو فقره .....	۲۸
بحث عام وجود قرینه .....	۲۸
مسئله ۴۸: ترتیب یا تشریکی بودن وقف بر اولاد نسلا بعد نسل .....	۲۹
نظر حضرت امام ترتیب بودن است .....	۲۹
تأیید نظر حضرت امام ره .....	۳۰
مسئله ۴۹: وظیفه هنگام شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف .....	۳۰
نظر حضرت امام ره .....	۳۱
کلام بعضی محشین و رد آن .....	۳۱
مراد از عبارت «لو علم من الخارج» .....	۳۲
منشأ شک در ترتیب و تشریک و صور آن .....	۳۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

**مسئله ۴۷: وقف بر ذریه****خلاصه بحث گذشته**

بحث در مسأله ۴۷ تحریر در این فرع بود که اگر واقف مالی را بر ذریه اش وقف کند نسبت به همه اولادش نسلی بعد از نسل دیگر تعمیم دارد دلیل آن هم این بود که ذریه در لغت به معنای نسل است، لذا شامل همه نسلها می شود.

**دو قول در مقابل هم در وقت علی اولادی**

فرع دیگری که در متن این مسأله نبود و ما قرائنی در تقویت احتمال حذف این فرع آوردیم این بود که واقف، وقف بر اولادش کند. همانطور که بیان شد فقها در این فرع دو دسته مقابل هم قرار گرفته اند. عده ای می گویند: «وقف علی اولادی» شامل همه اولاد در طول زمان می شود نسلا بعد نسل، و دلیلشان هم این است که «ولد» عرفا بر ولد نیز صدق می کند. ما هم همین نظر را که شواهد متعددی بر آن وجود دارد قبول داریم. در مقابل عده ای از فقها این وقف را منحصر به ولد صلب می دانند.

**دو بیان بر اقتصار بر صلب در وقت علی اولادی**

برای نظریه انحصار در ولد صلب دو بیان اقامه شده است که در جلسه گذشته بیان کردیم یکی این ادعا که مفهوم لغوی ولد یا ظهور عرفی آن عبارت است از ولد صلب. بیان دیگر نیز که در صدد ایجاد نحوی از ظهور بود این است که بگوئیم درست است که ولد به لحاظ لغوی و عرفی ممکن است نسبت به ولد و ولد توسعه داشته باشد، اما در وقف بر اولاد به خصوص ولد صلب انصراف پیدا می کند.

مرحوم صاحب جواهر می فرمایند ما در جاهای دیگر گفتیم که ولد الولد را ولد می دانیم، اما در وقف بر اولاد از باب انسیاق اطلاق و انصراف، مختص به ولد صلب می دانیم نه از باب معنای لغوی ولد. ایشان می خواهند نظر مرحوم صاحب شرایع را نیز بر همین وجه حمل کنند.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۱۰۷

## اشکال دو بیان قائلین به اقتصار بر صلب

ما به تبع برخی از بزرگان دو مطلب را بیان کردیم: اول اینکه «ولد» بر ولد الولد هم صدق می کند. ثانياً حتی اگر «ولد» شامل ولد الولد نیز نشود بعید نیست در وقف بر اولاد به قرینه اینکه معمولاً واقفین در وقف بر اولاد می خواهند وقفشان نسبت به همه اولاد سریان داشته باشد قائل به سریان شویم لذا قصد عمومی واقفین اماره ای عمومی است که موجب حمل بر مطلق ولد به نحو اطلاق و عموم می شود مگر اینکه قرینه ای بر خلاف باشد. این مطلب را مرحوم سید در تعلیقات در ملحقات عروه بیان کردند که به نظر بیان معقول و خوبی است.<sup>۱</sup>

بنابر این ما از اساس ولد را شامل اولاد در نسلهای بعد هم می دانیم و آنهایی نیز که می فرمایند ولد شامل نیست و آن را عرفاً یا لغتاً بر ولد غیر صلب تطبیق نمی کند بعید نیست از باب این قرینه، ولد را مطلق و شامل ولد غیر صلب نیز بدانند.

## ظهور وقف بر اولاد و اولاد اولاد

فرع دیگر این است که اگر واقف گفت: «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» شامل چه کسانی می شود. مرحوم امام قدس سره الشریف می فرمایند ظهور این وقف در تعمیم است. این مطلب نیز صحیح است. بر اساس نظر ما که اولاد شامل اولاد غیر صلب نیز می شود که دلیلش واضح است اما اگر ولد را شامل ولد و ولد ندانیم ظاهراً نفس تعبیر «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» قرینه بر تعمیم است. وگرنه چرا اولاد اولاد را اضافه کرد.

## امکان نتیجه گیری خلاف تعمیم از عطف اولاد اولادی و جواب از آن

البته ممکن است کسی در طرف مقابل بخواهد حتی بر اساس اینکه «ولد» شامل ولد و ولد نیز باشد، قرینه عکس استنباط کند و بگوید واقف از اینکه گفته «وقف علی اولادی و اولاد اولادی» می خواسته

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۲۰

است وقفش را به دو نسل مقصور کند. زیرا اگر مرادش همه نسلها بود همان عبارت «وقف علی اولادی» کافی بود چون «ولد» بر ولد الولد هم صدق می کند و بر ولد الولد الولد نیز صدق می کند، لذا دیگر نیازی به اضافه کردن «اولاد اولادی» نبود.

پس واقف با این قرینه که «اولاد اولادی» را عطف بر «اولاد» کرده، می خواسته دلالت کند بر اینکه مرادش از «اولاد» اولاد صلب است و «اولاد اولاد» هم که منحصر در فرزندان اولاد صلبی است و تنها شامل دو نسل می شود.

منتهی این جواب دارد. کسانی که می گویند ولد بر ولد الولد صدق می کند للتالی، می توانند تعلیل کنند که بیان «اولاد اولاد» برای تاکید بر این بوده که این وقف برای همه نسلها ادامه پیدا کند. یعنی این طرف نیز محتمل است و معقول است که «اولاد اولاد» را بیاورد تأکیداً و عنایتاً به بیان استمرار. بنابراین دلیلی ندارد که اگر ما ولد را شامل «ولد» و «ولد الولد» و «ولد الولد الولد» تا آخر می دانیم، به این قرینه بخواهیم جلوی عموم ولد را بگیریم. اتفاقاً بیان «ولد الولد» می تواند قرینه مؤید باشد برای سریان در میان اولاد.

ولذا به نظر ما همانطور که مرحوم امام ره در متن تحریر فرموده اند و مرحوم سید نیز در متن وسیلة النجاة بیان کرده اند وقف بر «اولاد و اولاد اولاد» انصافاً ظهور در تعمیم دارد، در این جهت اشکالی نیست.

**سؤال:** اصل بر تأسیسی بودن قیود است.

**جواب:** «اولاد اولاد» قید نیست، عطف است.

**سؤال:** قید هم نگیریم می خواهد حرف جدیدی بزند.

**جواب:** در کجا داریم که در عطفها ما همیشه می خواهیم حرف جدید بزنیم؟ مخصوصاً وقتی که اصلاً

ولد الولد لغتا و ظهورش فی حد ذاتها در تعمیم باشد بعد بگوئیم اگر گفت اولاد اولاد می خواهد جلو این را بگیرد؟! این واقعا هیچ وجهی ندارد.

## بررسی دو فقره دیگر مسأله ۴۷

در این مسأله دو فقره دیگر نیز وجود دارد که قابل بحث است. یکی اینکه بگوید «وقف علی اولادی ثم علی الفقراء»، یا بگوید «وقف علی اولادی و اولاد اولادی ثم علی الفقراء»، اینجا امام ره فرموده اند که لایبعد که بگوئیم در اولی اولاد فقط اولاد صلب است، در دومی هم فقط دو بطن را شامل می شود و بعد بر فقراء.

## تأیید استنباط حضرت امام ره در این دو فقره

این کلام نیز کلام حقی است. البته این صورت نیز متصور است که مراد واقف، اولاد و اولاد اولاد مستمرا باشد و در صورتی که این اولاد منقرض شدند برای اینکه وقفش منقطع الآخر نشود برای فقراء قرار داده باشد؛ ولی انصافاً وقتی می گوید «وقف علی اولادی ثم علی الفقراء» ظاهرش این است که می خواهد وقف اول بر همین اولاد صلبش باشد و بعد هم بر فقراء باشد. گرچه ثبوتاً احتمال دیگر نیز ممکن بود.

## بحث عام وجود قرینه

ما قبلاً گفتیم یک بحث عامی در تمام این بحثها وجود دارد که گاهی ممکن است قرائن خصوصی هم باشد. ممکن است آقای واقفی نظرش این باشد که می خواهد وقف در نسلش باقی بماند. چنین کسی اگر بگوید «وقف علی اولادی ثم علی الفقراء» شامل همه ولد و ولد تا به آخر می شود نه تنها ولد صلب. ولی اگر چنین قرینه ای در واقف نباشد که واقعا بخواهد برای همه نسلها باشد، و تنها این عبارت باشد بعید نیست ظهورش همین باشد که امام ره فرموده است. ایشان می فرماید: «فلا یبعد أن یختص بالبطن الأول فی الأول و بالبطنین فی الثانی خصوصاً فی الصورة الأولى».<sup>۱</sup>

این بحث استظهاری که ظاهراً حق با ایشان است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۲/۷۳



**مسئله ۴۸: ترتیب یا تشریکی بودن وقف بر اولاد نسلا بعد نسل**

مسئله ۴۸: «لو قال وقفت علی اولادی نسلا بعد نسل و بطنا بعد بطن فالظاهر المتبادر منه عرفا أنه وقف ترتیب فلا یشارك الولد اباه و لا ابن الاخ عمه»<sup>۱</sup>.

مسئله ۴۸ این است که: اگر کسی بگوید من وقف کردم بر اولادم نسلی بعد از نسلی و بطنی بعد از بطنی، این ظهورش چیست؟ آیا وقف ترتیب است، یعنی اول نسل اول از عین موقوفه منتفع می شود - حال چه ملکیت منتقل شود و چه نشود - و وقتی این نسل همه شان از بین رفتند به نسل بعد می رسد؟ یا این که وقف تشریک است و شامل هر اولادی از هر نسلی می شود به شرط اینکه موجود باشد. پس هر فردی که اولاد بر او صدق کرد الان منتفع می شود. بنابراین اگر پدر هست و فرزندش هم هست هر دو در کنار هم منتفع می شوند. اگر برادرزاده و عمو هستند هر دو کنار هم منتفع می شوند، در حالی که اگر وقف ترتیبی بود برادرزاده با وجود عمو نمی توانست سهم ببرد. اول باید نسل قبل که عمو هست و پدر همین برادرزاده (که علی القاعده فوت کرده که این می خواهد سهم ببرد) از وقف منتفع شوند، بعد از تمام شدن این نسل که هیچ فردی باقی نماند نوبت می رسد به طبقه بعدی. این می شود وقف ترتیب.

بنابراین اگر واقف چنین عبارتی داشته باشد باید معلوم کنیم مقصود چیست.

**نظر حضرت امام ترتیب بودن است**

ایشان می فرماید بعید نیست عرفا متبادر این باشد که این وقف ترتیب است، یعنی اول نسل و بطن اول منتفع می شود و بعد به نسل و بطن بعدی می رسد. بنابراین ولد با پدرش مشارک نمی شود، ابن اخ هم با عمش مشارک نمی شود.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

## تأیید نظر حضرت امام ره

واین هم ظاهرا حرف درستی است. یعنی در وقف علی الاولاد نسلا بعد نسل به تعبیر مرحوم صاحب عروه «نسلا بعد نسل» قید وقف است؛<sup>۱</sup> نه اینکه وقفش مطلق است و «نسلا بعد نسل» بیان متعلق وقف است و تنها می خواهد بیان کند که وقف بر نسلهای متمادی است. این نیست. ظاهرش این است که وقف طوری شده است که برای یک نسل است ثم علی نسل و بطن آخر. ظاهرا هم این حرف حق است و استظهارش تمام است.

حال دیگر بحثهای قبلی را تکرار نمی کنیم که اساسا این نحوه بحث فقیهانه و تشخیص ظهور عبارات مربوط به عبارات شارع است و کار فقیه این نیست که برود و بگوید اگر کسی آمد در محضر گفت «من خانه ام را به این صورت فروختم» ظهورش چیست. اینکه کار فقیه نیست. و تشخیص عبارات واقف نیز از همین قسم است.

## مسئله ۴۹: وظیفه هنگام شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

مسئله ۴۹: «لو علم من الخارج وقفیه شیء علی الذریة و لم یعلم (یا لم یعلم همین آقایی که وقف مبتلا به او است) أنه وقف تشریک أو ترتیب، فالظاهر فیما عدا قسمة الطبقة الاولى الرجوع الی القرعة».<sup>۲</sup>

این مساله متضمن بحث دشواری است. بحث این است که اگر ما از بیرون بدانیم چیزی وقف ذریه است فرض کنید وقف ذریه است این را قطع داریم، اما نمی دانیم در میان ذریه وقف تشریک است یا وقف ترتیب، تکلیف چیست؟

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۲۶

<sup>۲</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

## نظر حضرت امام ره

ایشان می فرمایند فالظاهر فیما عدا قسمة الطبقة الاولى، طبقه اول علی ای حال باید منتفع شوند، چه تشریک باشد و چه ترتیب. عبارت «فیما عدا قسمة الطبقة الاولى» ابتدائاً قدری ابهام دارد، مراد ما عداى قسمت طبقه اولی علی التشریک است یعنی ما باید موجودین در تمام طبقات را حساب کنیم سهم طبقه اول را به آنها بدهیم ما بقی را قرعه بیاندازیم چون علی الترتیب که تماماً به طبقه اولی می رسد، و در این صورت مشکلی وجود ندارد که نیاز به قرعه باشد اما علی التشریک تقسیم می شود بین همه آنهايي که بالفعل همراه این طبقه اولی موجود هستند. در این صورت طبقه اولی آن مقداری که علی فرض التشریک مالک می شوند که قطعاً مالک می شود، چون ترتیب هم باشد مالک می شوند و تشریک هم باشد مالک می شوند. در فراتر از آن حدی که علی التشریک می برند یعنی در سهمی که بنابر تشریک، سهم افراد موجود از طبقات دیگر است باید رجوع به قرعه کنیم. اما اینکه به چه صورت رجوع به قرعه کنیم؟ مسأله شقوقی دارد که باید آنها را بحث کنیم.

## کلام بعض محشین و رد آن

برخی از محشین نوشته اند که نصف منافع وقف مال طبقه اولی است و نصف دیگر را باید قرعه بزنیم.<sup>۱</sup> می گوئیم نصف را از کجا آوردید؟! تشریک مگر نصف درست می کند؟! ظاهراً خلط مبحث شده است. اگر دو طبقه بود و اینطور بود که سهم طبقات علی التشریک بود نصف بردن طبقه اولی معنا داشت؛ در حالی که علی التشریک نسبت به کسانی است که بالفعل موجودند و ولد هستند یا ذریه هستند که همه آنها در کنار هم شریک هستند. ممکن است از طبقه اولی ده نفر باشند و از طبقه دوم پانزده نفر باشد یا از طبقه بیست نفر باشد و طبقه دوم پنج نفر باشد، این بیست نفر با پنج نفر شریک می شوند، لذا سهمشان نصف و نصف نمی شود.

<sup>۱</sup> أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحه: ۱۴۴

ایشان گفته اند نصف غلة مال طبقه اول است و نسبت به نصف دیگر قرعه می اندازیم. می گوئیم یعنی چی؟! مگر بین طبقات قرعه می اندازیم؟! ما وقتی که می گوئیم طبقه اول با طبقه دوم تشریک می شود نه با کل طبقه به نحو نصف به نصف. تشریک یعنی همه آنهایی که ولد هستند در کنار هم شریک هستند، به همه علی السویه تقسیم می شود. همه آنهایی که هستند می شوند شریک.

بله! قبلا نسبت به سهم کسانی که الان نیستند ولی متوقع الحصول هستند بحث کردیم. چون ممکن برخی از اولاد الان موجود نباشند آیا این منفعت فعلی بین همینهایی که الان هستند تقسیم می شود که خیلی از فقهاء نیز به همین قائلند و می گویند آن کسی که الان موجود نیست منتفع نمی شود، یا اینکه باید برای آنهایی که متوقع الوجود هستند نیز سهمی کنار گذاشت که شاید برخی قائل به این باشند؟ در صورت ما فعلا به این بحث کاری نداریم.

پس ما می گوئیم معنای تشریک این نیست که نصف فائده وقف مال طبقه اول است نصف دیگر را قرعه می اندازیم. این تصویر عجیب و غریبی برای قرعه انداختن است. نصف و نصفی در کار نیست. تشریک برای همه علی السویه است. در مسائل قبل بیان شد که اگر قرار بر تقسیم علی نحو التشریک شد اگر از ناحیه واقف تصریحی بر کیفیت تقسیم نباشد مقتضای اطلاق این است که سهم همه علی السویه باشد.

### مراد از عبارت «لو علم من الخارج»

بحث این است که «لو علم من الخارج» یعنی چی؟

شاید مقصودشان این باشد که گاهی ممکن است عبارتی و انشائی از واقف باشد که از ناحیه این انشاء یک شکی می کنیم. یک وقت دیگر اصلا انشائی هم وجود ندارد، مانند اینکه در بین مردم شیاع دارد که اینجا وقف بر اولاد است؛ یا شیاع است که اینجا وقف بر ذریه است. علم من الخارج نه از عبارت واقف، خارج من عبارة الواقف. شاید این باشد و من یقین ندارم.

حال پرسش این است که چه اثری دارد که عبارت واقف باشد یا نباشد؟

پاسخ این است که اثر دارد. مرحوم سید در مسأله ۳۸ در همین بحث قبل از ورود به بحث ناظر، فروعی را بیان می کند و می فرماید اگر شک ما بازگردد به تقیید یک اطلاق یعنی شک داشته باشیم در تقیید به اطلاق رجوع می کنیم. در اینجا که شک داریم علی نحو التشریک است یا علی نحو الترتیب اگر برگردد به شک در یک قید، ما اخذ به اطلاق می کنیم که حالا توضیح می دهیم یعنی چه. واگر نه، ما در اصل صیغه ای که واقف خوانده شک داریم که به نحو ترتیب است یا به نحو تشریک است، ایشان می گوید مشکل است، گرچه بعضی ها همینجا هم گفته اند به اطلاق عمل کنیم. ایشان می گوید مشکل است و اینجا باید صلح قهری شود.<sup>۱</sup>

مرحوم امام در اینجا فرموده اند: «لو علم من الخارج وقفية الشيء» اگر لفظ خارج نبود بلکه می فرمودند: «لو علم وقفية الشيء على الذرية» می پرسیم به چه صورت «علم»؟ آقای واقفی می گوید من وقف کردم بر ذریه ام، ما شک داریم که آیا عبارت «بطنا بعد بطن» یا «نسلا بعد نسل» را به آن ملحق کرده است یا نگفته است؟ مثلاً فرض کنید که اصلاً ما عبارت کتبی نداریم، دو تا شاهد عادل آمدند به ما گفتند که این آقا در حضور ما منزلش را بر ذریه اش وقف کرد. یکی از آنها می گوید بعدش هم گفت بطنا بعد بطن، یکی شان می گوید من همچنین حرفی را نشنیدم. و فرض کنید مبنایمان این باشد که که خبر واحد در موضوعات حجت نیست و باید بینة باشد. در اینجا بینة نسبت به اصل وقف بر ذریه هست نه بر شمولش نسبت به همه نسله‌ها.

پس می خواهیم عبارت سید را درست کنیم، که یک اطلاقی مسلم است، وقف علی ذریتی، نمی دانیم قیدی برای آن آورده یا نه. یعنی منشأ شک ما در اینکه وقف ترتیب است یا وقف تشریک است صوری دارد. یک صورتش این است که منشأ شک این باشد که اطلاقی وجود دارد، نمی دانم قیدی برای آن آورده

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۲۶/۲۲۷

که آن را وقف ترتیب کند، یا قید نیاورده لذا مقتضای وقف علی ذریتی وقف تشریک است، منشأ این است. اگر این باشد اخذ به اطلاق می کنیم، می گوئیم وقف علی ذریتی مطلق است قید ثابت نیست اخذ به اطلاق می کنیم. جایی برای قرعه نیست.

### منشأ شک در ترتیب و تشریک و صور آن

اینکه اینجا فرموده اند که اگر ما علم داشته باشیم بر وقفیه شیء علی الذریة و لم یعلم انه وقف تشریک أو ترتیب، فالظاهر فیما عدا قسمة الاولی الرجوع الی القرعة سؤال این است که چطوری ما شک کردیم در وقف ترتیب یا تشریک؟! بعضی صورش مرجعش اطلاق است نه قرعه.

لو علم من الخارج، شاید می خواهد اینها را کنار بگذارد، یعنی بگوید منشأ شک ما ناشی از اطلاق و تقیید در خطاب خود واقف نبوده در انشاء واقف نبوده، از بیرون فهمیدیم. و اگر از بیرون بفهمیم ظاهرا جا برای جریان اطلاق نیست، مگر بینه بر لفظ واقع شود. بینه بیاید بگوید شنیدیم که واقف گفت وقف علی ذریتی. یکی از آنها بگوید سمعت که وقف به نحو نسل بعد از نسل بوده دیگری بگوید شنیدیم. و الا اگر اینطوری نباشد از شیاع فهمیده باشیم که اجمالا می دانیم این وقف بر ذریه هست ولی کیفیتش را نمی دانیم. شاید این «لو علم من الخارج» باشد.

حالا دوستان هم فکر کنند ببینند بیان بهتری برای لو علم من الخارج می شود پیدا کرد یا نه.

حالا اگر این لفظ نباشد یا اینکه مقصود این نباشد، پس صورتی وجود دارد که به قرعه نمی رسد که مرجعش اطلاق است.

اما اگر این هم نباشد، یعنی ما می دانیم واقف صیغه ای اجراء کرده نمی دانیم صیغه اش را چطور اجراء کرده است، به اطلاق و تقیید هم بر نمیگردد، نمی دانیم خود واقف چطور گفته است. آیا جوری گفته است که در آن اطلاق و تقیید هست یا نه، فقط می دانیم که بر ذریه وقف کرده است، نمی دانیم وقف

تشریک است یا ترتیب. اینجا مرجع چیست؟ می فرماید اینجا رجوع به قرعه است. مرحوم سید می فرماید صلح قهری. این هم خودش نیاز به بحث دارد، مرجع قرعه است یا صلح قهری.

بحث قرعه خودش بحث مهمی است، در قواعد فقهیه بحث می کنند، هم مرحوم میرفتاح مراغی در عناوین تقریباً به تفصیل بحث کرده، هم مرحوم نراقی در عوائد الایام بحث کرده که آدرسش را عرض می کنم، مرحوم آقای بجنوردی در قواعد فقهیه اش آورده وبقیه نیز به آن پرداخته اند. ما نمی خواهیم همه بحث قرعه را اینجا بیاوریم اما اجمالاً مستندش را خواهیم گفت.

قبل از اینکه به آنجا برسیم، غیر از موردی که مرحوم سید فرموده که اگر منشأ این شک، اطلاق و تقیید باشد مرجع اطلاق است، به نظرم شقوق دیگر هم وجود دارد که بازگشتش به قرعه نیست. مثلاً فرض کنید جاهایی که می شود استصحاب کرد عدم مالکیت موقوف علیه را نسبت به عین - در صورتی که قائل باشیم عین موقوفه از ملک واقف خارجی می شود و داخل در ملک موقوف علیهم می شود - یا عدم ذی حق بودن موقوف علیه را - اگر گفتیم اصلاً مال موقوفه وارد ملک موقوف علیهم نمی شود اما ذی حق می شوند بطوری که مالک منافع می شوند - در این صورت استصحاب کنیم عدم مالکیت نسبت به منافع را. اگر به این صورت باشد دیگر نوبت به قرعه نمی رسد.

البته باید دقت نمود زیرا در مواردی این استصحاب مثل استصحاب عدم ازلی می شود، یعنی اصلاً برای موضوع به نحو نعت ثابت نبوده است. مانند اینکه از اولاد واقف پدری و پسری موجودند و در حال وجود اینها واقف وقف می کند بر ذریه. در اینجا موضوع که این اشخاص هستند که حاصل است و به نحو نعت هم می شود. اینها قبل از وقف مالک عین و منفعت نبودند. بعد الوقف آقای والد که بطن اول است مالک می شود، قطعاً از باب علمی که داریم. اما نسبت به ملکیت ولد در عرض والد شک داریم. می گوئیم قبلاً که مالک نبوده، بعد الوقف آیا مالک می شود؟ می گوئیم استصحاب عدم مالکیت می کنیم. اگر نگوئید این اختلاف موضوع است. اختلاف موضوع هم ممکن است نباشد عرفاً. شخص قبلاً مالک نبوده استصحاب عدم مالکیتش می کنیم، بعد الوقف شک داریم آیا نسبت به این منافع مالک هست یا نه، چون شک داریم

آیا وقف او را شامل می شود یا نه، استصحاب عدم مالکیتش می کنیم. به نظرم این حرف اشکالی ندارد. اما خیلی جاها نمی شود. مثل اینکه ولد موجود نبوده بعد موجود شده. نسبت به این ولدی که بعد موجود شده است به نحو نعت نمی توانیم بگوئیم قبلا مالک نبوده و حالا بعد الوقف شک داریم مالک است یا نه تا استصحاب کنیم. عدم مالکیت قبلی او از باب انتفاء موضوع بوده. اگر آقای واقفی الان می گوید وقف علی ذریتی، آن افرادی از ذریه او که موجود هستند، همین الان مالک منافع می شوند؛ فرض کنیم که این آقای ذریه جدید اصلا نبوده است، حالا که پدید می آید اگر استصحاب عدم مالکیت نسبت به موقوف علیهم کنیم این استصحاب نعتی نیست. چون این آقازاده از زمانی که پدید آمد یا مالک بود یا نبود. شما نمی توانید استصحاب نعتی کنید. نمی توانید بگوئید این آقا وقتی بوده و مالک نبوده، چون فرض ما این است که بعد الوقف است. این وقف کار خودش را کرده است، به همه ذریه تملیک کرده است، منتهی اگر تشریک باشد بالفعل است، اگر ترتیب باشد نسلا بعد نسل است. ما نمی توانیم استصحاب عدم مالکیت کنیم برای ذریه ای که نبوده است. بله می شود استصحاب کرد به نحو عدم ازلی، یعنی به صورت عدم مطلق. یعنی ملکیت او ثابت نیست، اما نه اینکه این آقا مالک نبوده است. این آقا از زمانی که به دنیا آمده یا مالک بوده یا نبوده. زمانی نگذشته است که مالک نباشد تا حالا استصحاب کنیم. ولکن برای آن ذریه هایی که زمان وقف موجود بوده اند، یعنی هم پدر هست و هم پسر هست، و حالا واقف وقف می کند، برای اینها به نحو نعتی می توانیم استصحاب عدم کنیم.

گفتم مگر کسی بگوید که اصلا وجود وقف و عدمش اختلاف موضوع درست می کند، که خیلی بعید است، عرفا اختلاف موضوعی درست نمی کند.

پس عرض ما این است که: همانطور که انشاءالله به تفصیل در بحث آتی می بینیم موضوع قرعه جهل است - مجهول بودن واقع یا واقع غیر متعین که به تفصیل بحث خواهد شده - ولی مجرای آن در جائی است که تکلیف این موضوع حکما یا موضوعا توسط اصل یا اماره ای منقح نشده باشد. و الا اگر یک اماره ای بیاید یا استصحاب بیاید، یا حتی برائت بیاید تکلیف را حل کند دیگر جای قرعه نیست. لذا قرعه در



احکام جاری نیست. اگر شما شک داشته باشید که تکلیف من چیست با قرعه نمی توانید تکلیفتان را حل کنید. قرعه در موضوع است. منتهی در موضوعی که حکمش مشتبّه است، ممکن است برائت از حکم وضعی، تکلیف را حل کند، ممکن است برائت از تکلیف، تکلیف را حل کند، ممکن است استصحاب موضوعی یا حکمی تکلیف را حل کند، جای قرعه نیست.

حالا که اینطور است، پس در بحث ما باید ببینیم آیا فروضی پیدا می شود استصحاب در آن جاری باشد و تعیین کند. به نظرم بعضی فروض می شود با بیانی که عرض کردیم. حالا همانطور که مرحوم سید فرمود یک جاهایی اطلاق ممکن است تکلیف را حل کند، یک جاهایی ممکن است آنطور که ما عرض کردیم استصحاب تکلیف را حل کند.

حالا اگر به هر دلیلی برای فقیه متبحر که همه تلاشش را کرده و اصول موضوعی و حکمی و امارات همه را فحص کرده دیده چیزی جاری نیست، اگر ما شک کردیم در وقف ترتیب یا تشریک تکلیف چیست؟ در این موارد باید بحث کنیم که آیا مرجع قرعه است یا صلح قهری یا چیز دیگر، که انشاء الله فردا. «الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف	۳۸
خلاصه بحث گذشته	۳۸
بیان مرحوم سید در منشأ شک	۳۹
بررسی جهات مختلف بحث	۳۹
تنقیح موضوع توسط استصحاب	۳۹
اشکال مرحوم سید به استصحاب	۴۰
از منظر مرحوم سید مقام مجرای صلح قهری است	۴۰
بیانات مرحوم صاحب عروه در مسئله ۳۸	۴۰
نتیجه فرق بین صلح قهری و قرعه	۴۱
مراد از صلح قهری	۴۲
بیان مرحوم صاحب عروه در مسئله ۶۵ لواحق	۴۳
شک در مصرف وقف نه خود وقف	۴۵
اشکال به روش مرحوم سید و تأیید نتیجه کلام ایشان	۴۶
ادامه کلام صاحب عروه ره	۴۸
اشکال صاحب عروه به کلام محقق قمی	۴۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

## خلاصه بحث گذشته

بحث در یکی از مسائل دشوار کتاب وقف بود. اگر کسی وقف کند بر اولاد و اولاد اولاد یا وقف کند بر ذریه، و ما شک کنیم که مقصودش وقف به نحو ترتیب است بطوری که باید مال موقوفه در اختیار بطن اول قرار گیرد و تا زمانی که

این بطن هستند به بطن دوم یعنی اولاد اولاد نمی رسد، یا اینکه مقصودش وقف به نحو تشریک است یعنی تمام افراد موجود از تمام بطون در عرض هم از عین موقوفه منتفع می شوند؟ حکم مساله چیست؟

مرحوم امام قدس سره الشریف در متن تحریر فرموده اند: لو علم من الخارج که اصل وقف ثابت است اما روشن نباشد که وقف تشریک است یا ترتیب، در ما عداى سهم طبقه اول مرجع قرعه است.<sup>۱</sup>

## بیان مرحوم سید در منشأ شک

در جلسه گذشته بیان شد که مرحوم سید صاحب عروه می فرمایند اول ما باید بررسی کنیم که آیا در مقام، اطلاقی وجود دارد یا خیر. اگر شک ما ناشی از شک در تقیید یک اطلاق است مانند اینکه بگوید «وقف لأولادی» که عبارت مطلق است، اما شک داریم که آیا به آن قید «علی نحو الترتیب» را اضافه کرده است یا خیر؟ در این صورت به اطلاق اخذ می کنیم که نتیجه اش تشریک است و همه اولاد موجود از تمام طبقات تحت این وقف قرار می گیرند و از عین موقوفه منتفع می شوند.

ولی اگر اطلاق هم نداشته باشیم، مثل اینکه می دانیم واقف صیغه ای جاری کرده اما نمی دانیم به چه صورت جاری کرده، فقط علم داریم وقف اولاد کرده است اما نحوه آن را نمی دانیم در اینجا در متن فرموده اند باید به قرعه رجوع کرد و برخی از محشین هم همین را فرموده اند و بعد هم به روایات قرعه مراجعه کرده اند.

## بررسی جهات مختلف بحث

این بحث از جهات متعددی بحث دشواری است:

## تنقیح موضوع توسط استصحاب

یکی اینکه در جلسه گذشته عرض کردیم ممکن است در مواردی، استصحاب نعتی موضوع را تنقیح کند و نوبت به قرعه نرسد. مانند اینکه فرزند و نوه هر دو موجود باشند و با این فرض واقف بگوید «وقف لأولادی و اولاد اولادی». در اینجا یکوقتی بوده که نوه مالک نبوده، ما شک می کنیم که با تحقق وقف مالک شده است یا نه، استصحاب می کنیم عدم مالکیتش را که این استصحاب، استصحاب نعتی نیز هست. در جلسه گذشته گفتیم که ممکن است این استصحاب منقح باشد و نوبت به قرعه نرسد.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة: ج ۲، ص: ۷۳

## اشکال مرحوم سید به استصحاب

مرحوم سید اشکال می فرماید: که اینجور استصحابها معارض دارد، چون طبقه اول نسبت به سهمی که علی التشریک مالک است قطعا مالک است و نسبت به زیاده از آن نیز استصحاب عدم جاری است. زیرا اگر وقف علی نحو التشریک باشد پدر و فرزند در عرض هم قرار می گیرند، پس سهم پدر کمتر می شود لذا سهم پدر که علی نحو التشریک مالک می شود متیقن است. اما سهم مازاد بر این نیز استصحاب عدم دارد، چون یک زمانی این پدر نسبت به این مازاد مالک نبوده است، بعد از وقف شک می کنیم نسبت به آن مازاد مالک است استصحاب عدم می کنیم. لذا استصحاب عدم ملکیت پدر نسبت به مازاد از سهم تشریک معارض است با استصحاب عدم ملکیت فرزند نسبت به سهم تشریک.

## از منظر مرحوم سید مقام مجرای صلح قهری است

مرحوم سید اینجا را از قبیل صلح قهری می داند. البته در مواردی می فرماید مرجع قرعه است أو الصلح القهری اما اینجا تصریح می کند صلح قهری.

## بیانات مرحوم صاحب عروه در مسئله ۳۸

در ملحقات عروه در مسأله ۳۸ از کتاب وقف قبل از فصل سادس که راجع به ناظر است می فرماید: «إذا اشتبه الموقوف عليه بين شخصين أو عنوانين فالمرجع القرعه أو الصلح القهری». که خود این مطلب نیاز به قدری بحث دارد حتی اگر تمام موارد قرعه را هم استیفاء نکنیم باید تا قدری بفهمیم که جای قرعه کجاست؟ صلح قهری یعنی چه؟ فرقی با قرعه چیست؟ و اثرش در بحث ما چیست؟ خیلی فرق می کند که ما قائل به قرعه باشیم یا صلح قهری.

بعد می فرمایند: «و إذا شُكَّ في وقف أنه ترتيب أو تشریک فإن كان هناك اطلاق و شك في تقييده و عدمه حکم بالتشریک (که بیان کردیم) لاصالة عدم التقييد، و إن لم يعلم كيفية اجراء الصيغة فقد يقال بالتشریک أيضا لكنه مشکل».

جائی که ما ندانیم واقف صیغه را به چه صورتی اجراء کرده است و شک داریم مفاد به صورت ترتیب است یا تشریک «فقد يقال بالتشریک» که باید بررسی کنیم بر چه اساسی گفته اند تشریک، از باب وقف می گویند یا دلیل دیگری دارد که خواهد آمد. اما مرحوم صاحب عروه می فرماید مشکل است که بخواهیم اینجا تشریک قائل شویم.

در کیفیت سهم بردن همه، نیز باید دقت نمود. مرحوم میرزای قمی که عباراتشان را خواهیم خواند در جامع الشتات می فرماید همه بالسویه سهم می برند اما تشریکی که مرحوم امام قدس سره تصویر می فرمایند و مورد پذیرش ما نیز هست و مرحوم سید نیز به نحوی از آن دفاع می کند این نیست که همه سهام به یک اندازه باشد بلکه مقداری از سهم بطن اول متیقن است. به همان میزانی که اگر تشریک بود سهم آنها می شد را یقیناً مالک می شوند چون اگر ترتیب هم باشد این مقدار را مالک می شوند و اگر تشریک هم باشد مالک می شوند لذا اشکال در مازاد بر این مقدار است که تکلیف آن چیست؟ محل اختلاف است که به بطن اول می رسد یا به بطون دیگر. در اینجا باید بحث کنیم که آیا قرعه تکلیف ملکیت این سهام را مشخص می کند یا صلح قهری و یا اینکه حکم دیگری دارد؟

بنابراین اینکه تشریک مطلق را به برخی نسبت داده اند شاید اشاره به مرحوم میرزا باشد چون مرحوم سید عبارت مرحوم میرزا را تقریر می کند و می فرماید: «لکنه مشکل» یعنی ما نمی توانیم بگوئیم تشریک بین همه است.

می فرماید: «بل مقتضی القاعده أن يدفع الی اهل المرتبة المتقدمة المقدار الذی یكون لهم علی فرض التشریک» این عبارت در متن تحریر نیامده ولی باید می آمد. آن قدری که اگر تشریک بود بطن اول مالک می شد را باید جدا کنیم و این مقدار را به آنها بدهیم، چون این مقدار قطعی است، چه وقف علی نحو ترتیب باشد و چه علی نحو تشریک بین بطون، این مقدار به ملک بطن اول در می آید و تنها مقدار مازاد بر مقدار سهم اول بنابر تشریک باقی می ماند که محل اختلاف است. ایشان می گوید آن مقداری که یكون لهم علی فرض التشریک که به خودشان می دهیم. «لأنه المتیقن علی التقدیرین» چه ترتیب باشد و چه تشریک این مقدار مسلم است «و البقیة» یعنی ما به تفاوت بین تشریک و ترتیب، اگر ترتیب بود به بطن اول چقدر می رسید و تشریک که هست چقدر می رسد «المرددة بین أن یكون لهم أيضا أو للمرتبة المتأخرة» که فرزندان بطن اول باشد «تقسم بین الجميع بمقتضی الصلح القهری». <sup>۱</sup> ایشان اینجا قائل به صلح قهری می شود که غیر قرعه است.

## نتیجه فرق بین صلح قهری و قرعه

اولا باید بحث شود که آیا اینجا موضوع قرعه هست؟ و ثانیاً باید روشن شود که بین قرعه و صلح قهری کدام یک در اینجا صحیح است؟ و ثالثاً تفاوت بین این دو چیست؟ مرحوم امام ره در متن تحریر می فرماید قرعه، اما مرحوم سید قائل به صلح قهری می شود. فرق بین این دو چیست؟

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی: ج ۱، ص: ۲۲۷/۲۲۶

تفاوت اساسی بین این دو وجود دارد در فرض جریان قرعه تمام سهم مشتبه را به یک گروه می دهند که با قرعه مشخص می شود. لذا کل آن سهم یا به بطن اول می رسد یا بقیه بطون. اما در صلح قهری این سهم را بین طرفین بالنسبه تقسیم می کنند اگر تعداد هر دسته مساوی بودند به صورت مساوی بینشان تقسیم می شود و اگر تعداد بطن اول نصف افراد بقیه بطون بود به بطن اول یک سهم و به بقیه دو سهم می رسد.

مرحوم شیخ در کتاب رسائل در اول بحث قطع آنجایی که به حسب حکم شارع منجر به مخالفت قطعی می شود می فرمایند این امر اشکالی ندارد. مثلاً شخصی دو درهم را پیش کسی ودیعه می گذارد، شخص دیگری یک درهم پیش او ودیعه می گذارد، اتفاقاً یکی از این درهما تلف می شود. این درهمی که تلف می شود از چه کسی تلف شده؟ معلوم نیست. پس نتیجه این می شود که یک درهم قطعاً مال فرد اول است. یک درهم دیگر یا مال شخص این فرد است یا فرد دوم. در اینجا فرموده اند یک درهم را که قطعاً مال فرد اول است به او می دهیم و درهم دیگر را بین این دو نصف می کنیم. این حکم ظاهراً مضمون روایات است و به این می گویند صلح قهری.

### مراد از صلح قهری

ما در معنای صلح قهری احتمال دیگری می دادیم لذا فحوص مفصلی در کلمات فقهاء انجام دادیم که احتمال دیگری هم برای آن پیدا شد لکن عمدۀ مقصود از صلح قهری این نیست که ما اجبارشان کنیم به یک صلح انشائی. بلکه مراد حکمی است که شارع می کند مثل حکم به تنصیفی که در این مثال می کند و می گوید یک درهم را به فرد اول بدهید و درهم دیگر را بینشان نصف کنید. این حکم بالتنصیف را می گویند صلح قهری. گوئی این حکم شرعی یک مصالحه ای است که قهراً بین آنها واقع می شود. شارع می گوید نصف به نصف بگیرید مثل دعوایی که بین دو نفر هست و مصالحه می کنند که به نصف به نصف بگیریم. با اینکه مورد دعوا در عالم واقع مال یکی از آنهاست. ولی می گویند حالا صلح کنیم نصفش را تو بردار و از دعوا رفع ید کن. این هم شبیه همان است. نتیجه صلح قهری این است که آن مشتبه مثل مازاد در اینجا، بین طرفین تقسیم می شود. اما قرعه نتیجه اش این است که همه مال مورد اختلاف به یک طرف داده می شود. قرعه می اندازیم که مال چه کسی است، نتیجه آن به هر طرف افتاد مال همان فرد می شود. لذا تفاوت بین این دو قول فراوان است. اگر در اوقاف بزرگ که منافع فراوانی دارد اگر چنین اختلافی بشود ثمره فراوانی دارد، چون ممکن است از بطن اول افراد معدودی مانده باشد ولی افراد بطون بعدی فراوان باشند. اگر وقف علی نحو الترتیب باشد آن عده زیاد باید صبر کنند که این پنج نفر هم از دنیا بروند تا به آنها برسد. اما اگر علی نحو التشریک باشد همه با هم شریک می شوند. منتهی آن بطن اول آن قدری که علی التشریک می گرفت را در هر صورت می گیرد چون متیقن است،

مازاد از این مقدار را همه افراد موجود بین خودشان تقسیم می کنند به صلح قهری، یا با قرعه تعیین می کنند مال یک طرف می شود. فرقی خیلی زیاد می شود.

پس این را هم باید حل کنیم که چه جوری شده یکی می گوید قرعه و یکی می گوید صلح، و محشین هم اصلا هیچ اشاره ای نکرده اند که اینجا ممکن است صلح قهری بگوئیم. و در صلح قهری نتیجه فرق می کند. این فرمایش مرحوم سید در اینجا.

**سؤال:** قرعه بین افراد است یا بین تشریک و ترتیب.

**جواب:** برای تعیین تکلیف آن مقدار اختلافی قرعه می اندازیم که مال چه کسی باشد.

**سؤال:** یعنی برای ترتیب و تشریک قرعه نیندازیم؟

**جواب:** معنا ندارد که بین ترتیب و تشریک قرعه بیندازیم، مگر احکام الله را ما می توانیم با قرعه تعیین کنیم.

**سؤال:** این تعیین موضوع احکام است نه تعیین نفس حکم.

**جواب:** می دانم موضوع حکم است. ما با قرعه که تعیین نمی کنیم که این تشریک است یا تعیین. حالا روایات قرعه را می خوانیم آن مالی که مردد است مملوکی که مردد است را با قرعه تعیین می کنیم نه اینکه عناوین کلی موضوعات را تعیین کنیم که چگونه است و مثلا نجس است یا پاک است، این را نمی توانیم با قرعه تعیین کنیم.

## بیان مرحوم صاحب عروه در مسئله ۶۵ لواحق

در کتب فقهی مانند شرایع و دیگر کتب مرسوم است که بعد از اینکه صیغه وقف و ماهیت و شرائط وقف و واقف و موقوف علیه را بیان کردند بحث از ناظر و مانند آن را نیز به استدارک بحث می کنند و پس از آن به لواحق می پردازند که در آن یک سری از مسائل را مطرح می کند. مرحوم سید هم به همین ترتیب در لواحق بحثی را مطرح می کند که بسیار مفصل است. مسأله ۶۵ در لواحق این است:

«إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ وَقَفَ دَارَهُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَى الْمَذْكُورِ فَقَطْ أَوْ عَلَى الْأَعْمِ مِنْهُمْ وَ مِنْ الْأُنْثَى» این هم یک فرع دیگری است که شبیه فرع ما است. «أَوْ عُلِمَ أَنَّهُ أَعْمَ وَلَكِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ تَشْرِيكَ أَوْ تَرْتِيبَ» می دانیم برای اعم از ذکور و اناث است ولی نمی دانیم آیا وقف کرده اولاد برای ذکور و اگر ذکور نبودند اناث ببرند، که می شود ترتیب، یا به نحو تشریک وقف کرده تا ذکور و اناث در عرض هم ارث ببرند. همان بحثی که در وقف در بطن های متعدد بود را اینجا

مطرح می کند. «فإن كان هناك إطلاقاً كأن علم أنه قال على اولادی ولم يعلم أنه قیدهم بالذکور أو لا أو لم يعلم أنه قید الاناث بصورة عدم الذکور أو لا، فمقتضى الاصل و الاطلاق عدم التخصیص بالذکور أو عدم التقييد بالترتيب، فيحكم بالتسوية بينهما» که همان تشریک می شود «و کذا الحال إن شک فی تفضیل الذکور علی الاناث و عدمه فیقال الاصل عدم التفضیل» همچنین اگر ندانیم مرادش سهم مساوی ذکور و اناث است یا اینکه مانند سهم ارث پسران دو برابر دختران سهم ببرند. وقتی شک داریم به اطلاق تمسک می کنیم که این در جائی است که ما صیغه ای داشته باشیم، مثل اینکه واقف بگوید «وقفت على اولادی» و شک کنیم در قیودش. «و اما إن لم يعلم كيفية الوقف و لم یکن الاطلاق معلوما حتی یقال الاصل عدم التقييد فيرجع الامر الى أن وقفه على للذکور معلوم و على الاناث غیر معلوم». می فرمایند نتیجه این فرض اخیر این است که می دانیم وقفی هست وقف بر ذکور هم معلوم است اما نه از صیغه ای که اطلاق داشته باشد. اما وقف بر اناث غیر معلوم است. «لكن القدر المتیقن للذکور هو النصف مثلاً» {در این صورت چه دختران در کنار پسران مقصود باشند و چه نباشند در هر صورت قدر متیقن این است که پسران مراد واقف هستند و بخشی از وقف یا منافع آن به آنها می رسد. لذا اگر مثلاً تعداد پسران با دختران مساوی باشد قدر متیقن این است که نصف سهام ملک پسران است لذا اختلاف در نصف دیگر است که آیا برای پسران است در صورتی که دختران در وقف داخل نباشند و یا اینکه برای دختران است اگر داخل در وقف باشند} «فیبقی النصف الآخر مرددا بین کونه لهم ایضاً» برای ذکور باشد «أو هو للاناث، فيحتمل أن یكون المرجع القرعة» ممکن است بگوئیم اینجا مصب قرعه است «لكن الاولى الصلح القهری».

ایشان در آن مسأله ۳۸ بحث قبلی در فرع ما تصریح کردند که مرجع صلح قهری است. اول مسئله ۳۸ در فرع اینکه اگر اختلاف در موقوف علیه شود، فرمودند مرجع القرعة أو الصلح القهری می باشد، اما در فرع شک در ترتیب و تشکیک فرمود فالمرجع الصلح القهری. در مسئله ۶۵ می فرماید فیحتمل أن یكون المرجع القرعة لكن الاولى الصلح القهری. «فيكون للاناث من منافع الوقف الربع و للذکور ثلاثة ارباع» روشن است، چون بر حسب مثال فرض کردیم نصفش علی التشریک به ذکور می رسد لذا این نصف که متیقن است را کنار می گذاریم و نصف باقیمانده را نصف می کنیم بین هر دو طرف، البته همه اش با مثلاً درست شد چون در واقع باید بر رؤوس تقسیم شود «نظیر ما إذا تردد الوقف بین کونه علی زید فقط أو علیه و علی عمرو». ما می دانیم یک وقفی هست، نمی دانیم فقط برای زید است یا برای زید و عمرو با هم است، اگر تشریک باشد نصفش به زید می رسد و اگر اختصاص باشد همه اش به زید می رسد، پس متیقن است که نصفش برای زید است لذا این نصف را به زید می دهیم، نصف الباقی بین عمرو و زید می ماند، یا می گوئیم قرعه، که



تمام نصف به یک طرف می رسد و یا می گوئیم صلح قهری، که این نصف را باید تنصیف کنیم، بنابراین سه ربع به یکی می رسد و یک ربع به یکی. «حيث يقال إن كون النصف لزيد متيقن والنصف الآخر مردد بينه وبين عمرو فيحكم بالقرعة أو الصلح القهری» در برخی موارد با تردید صلح قهری را بیان می کنند و در برخی موارد به تعیین.

نسبت به آن استصحابی که مطرح کردیم ایشان آن را در اینجا با اختلافی در خود وقف جاری می کند. می فرماید: «و دعوی أن كونه وقفا على الذکور معلوم و على الاناث مشکوک مدفوع بالأصل» کسی بگوید وقف بر ذکور که قطعی است، وقف بر اناث مشکوک است استصحاب عدم كونه وقفا على الاناث کنیم. ایشان می گوید این معارض است با استصحاب عدم كونه وقفا بر مازاد از نصف برای ذکور. «مدفوعة بأنه لا يثبت بذلك كون تمامه لزید». استصحاب عدم وقف بر عمرو ثابت نمی کند که همه اش مال زید است، چون «إذ الاصل عدم الوقف على زيد أيضا بالنسبة الى الزائد على النصف»، نه در اصلش، چون متیقن است، در مازادش، می توانیم بگوئیم زید قبلا نسبت به زائد وقفی نداشت، با صیغه وقفی که اجراء شده شک می کنیم نسبت به مازاد از نصف زید وقفی تحویل می گیرد یا نه، استصحاب عدم ثبوت الوقف بالنسبة الى زيد نسبت به مازاد بر نصف وجود دارد و این دو با هم تعارض می کنند. پس عدم ثبوت وقف برای عمرو، و عدم ثبوت وقف برای زید نسبت به مازاد، با یکدیگر معارضند.

می فرماید: حالا در اناث و ذکور اینطور می شود که: «و بعبارة اخرى اصالة عدم شركة الاناث معارضة باصالة عدم الاختصاص بالذکور» که تماما مال ذکور باشد «إذ الشك يرجع الى كيفية صدور العقد».

این تمام و خیلی بحث ندارد.

## شک در مصرف وقف نه خود وقف

بحث مهمی که باقی می ماند این است که مطالب بیان شده در تعارض استصحابها و عدم تعیین وظیفه با اصل و مرجع بودن قرعه یا صلح قهری در خود وقف بود و صاحب عروه می فرماید ما می توانیم این دورانها را در مصرف وقف تصویر کنیم. توضیح اینکه تارة ما علم داریم وقفی ثابت است ولی شک داریم وقف بین زید و عمرو است یا مختص به زید است اما گاهی این طور نیست و می دانیم وقفی صورت گرفته و ممکن است وقف روی عنوانی باشد که زید و عمرو مصرفش باشند. اینجا ایشان می گوید بعید نیست ما بتوانیم نسبت به آن قسم مردد اصل جاری کنیم و تماما مصرف بشود برای قسم دیگر.

مثال: اگر ما می دانیم وقفی پیدا شده نسبت به عنوانی که مصرفش مردد است بین دسته ای خاص یا تشریک بین دو دسته که تنها مصرف هستند مانند اینکه وقفی ثابت است و مصرفش دائر است بین فقراء و علماء به این نحو که یا تماماً فقراء مصرفش هستند و یا دائر است بین فقراء و علماء. یعنی نمی دانیم مصرفش اعم است از فقراء و علماء یا فقط فقراء مصرفش هستند. اما وقف روی اینها نرفته ها روی چیز دیگری رفته و اینها مصرف هستند. اینجا ایشان می فرماید: استصحاب عدم ثبوت الوقف ولو بنحو المصرف برای علماء کفایت می کند که مصرف این وقف، تاماً منحصر شود برای فقراء.

می فرمایند: «نعم! لو كان الموقوف عليه من المصرف للوقف لا أن يكون المراد منهم العموم ولو لم يعلم أن المصرف هو الفقراء فقط أو الأعم منهم و من الفقهاء بحيث لو علم كونه اعم جاز الاقتصار على أحدهما» و اگر انحصار باشد فقط فقراء مصرف هستند. ایشان می گوید اینجا هم «يمكن أن يقال مقتضى اصالة عدم الوقف على الفقهاء كونه بتمامه للفقراء، و هكذا الكلام في الشك بين الترتيب و التشریک إذا لم يكن اطلاق...».

### اشکال به روش مرحوم سید و تأیید نتیجه کلام ایشان

همینجا به نظرم این فرمایش مرحوم سید درست نیست. همانطور که در بالا تعارض را پذیرفتند در اینجا نیز تعارض می شود. شما استصحاب می کنید عدم وقف علی الفقهاء را ولو بحث به نحو مصرف باشد، این با استصحاب عدم ثبوت الوقف بنحو الانحصار للفقراء معارض می شود، قبلاً که برای شما وقفی بنحو الانحصار برای این فقراء ثابت نبود، مشکوک است که به نحو الانحصار برای فقراء باشد، مصرف می تواند باشد، اما وقف بنحو الانحصار باشد مشکوک است. استصحاب عدم کون الوقف للفقهاء معارض می شود با استصحاب عدم کونه للفقراء بنحو الخاص یعنی بنحو الاختصاص که فقط مال آنها باشد. این هم می شود تعارض.

خوب دقت کنید! چرا ایشان اینطوری گفت. ظاهراً اصل مسئله روشن است، می خواست تخریج کند که ایشان اینطوری تخریج کرد، که غلط است.

به نظرم نتیجه حرف ایشان حق است. یعنی چه؟ ما می دانیم اگر بین فقراء و علماء مصرف باشد و ما شک کنیم که علماء مصرف هستند یا نه، ما می آییم همه را به فقراء می دهیم. این نه از باب استصحاب است، بلکه از باب این است که اشتغال یقینی فراغ یقینی می خواهد. وقفی صورت گرفته، اگر شما همه را به فقراء بدهید قطعاً ذمه تان بریء است، چون

مصرف هستند. در مصرف لازم نیست که بالسویة تقسیم شود. اصلاً فرض کنیم که علماء مصرف باشند، چون فقراء مصرف هستند شما اگر همه را به فقراء بدهید شما ذمه تان از وقف بریء است.

ولکن اگر شما بیائید به علماء حصه ای را بدهید احراز نمی کنید که به وقف عمل کرده اید.

نکته اینکه ما در مقام عمل در این شق باید فقط برای فقراء مصرف کنیم نه برای علماء و این از باب این است که اشتغال یقینی به وقف مائی که مردد بین این دو تا است فراغ یقینی می خواهد. فراغ یقینی اش با مصرف للفقراء تمام می شود اما اگر بخشی از آن را بدهید به علماء مشکوک است که فراغ یقینی حاصل شود.

**سؤال:** اشتغال ما به اکثر نیست به اقل است فقط. نسبت به اکثر من علم اجمالی ندارم.

**جواب:** وقف ما دائر بین این دو تا است که به نحو الاختصاص باشد یا عموم باشد، کجایش اقل و اکثر است؟ مگر ما داریم عدد خارجی می گیریم؟! به نحو اختصاص باشد یا به نحو عموم باشد، کجایش اقل و اکثر است؟!

**سؤال:** آن چیزی که سهم اولش هست که یا بالمشارکة یا بالترتیب گیرش می آید، این اقل را ما علم داریم، حالا نسبت به اکثر ما شک داریم نه اینکه علم اجمالی داشته باشیم.

**جواب:** دو تا بحث است. اینها مصرف هستند. ما علم اجمالی داریم که یا وقف است به نحوی که فقراء به خصوص مصرف باشند یا اینکه دائر باشد بین این دو تا، کجا این قدر متیقنش فقط فقراء است که به خصوص طرف علم اجمالی باشد؟! ولذا استصحابهایش هم تعارض می کند و الا اگر نبود تعارض نمی کرد.

**سؤال:** یعنی امر بین تعیین و تخییر می شود؟

**جواب:** شبیه این می شود. حالا در تعیین و تخییرش یک وجوهش هم ممکن است کسی براثت جاری کند. گرچه عمده اصولیین براثت را جاری نمی کنند.

این فرمایش ایشان. به نظر من تخریج معقولش آن است که ما قطعاً می دانیم وقفی صورت گرفت اگر به این نحو عمل کنیم که مصرف فقط فقراء باشند ذمه بریء می شود اما اگر شما بخشی از آن را به علماء بدهید محرز نیست که ذمه شما بریء است.

## ادامه کلام صاحب عروه ره

ایشان در ادامه حکم را به بحث شک بین ترتیب و تشریک توسعه می دهد، می گوید إذا لم یکن اطلاق اینطوری است، «مثلاً إذا علم أنه وقف على اولاده الذکور و الاناث ولكن لم یعلم أن الاناث فی عرض الذکور أو بعد فقدهم (که ترتیب باشد) فإنه مع عدم تحقق الاطلاق یقال کون نصفه مثلاً للذکور معلوم و إنما الشک فی النصف الآخر فیحکم بالشركة فيه من باب الصلح القهری». که بیان شد

## اشکال صاحب عروه به کلام محقق قمی

ایشان عبارتی را از محقق قمی نقل می کند، البته عبارت محقق قمی فارسی است ایشان عربی آن را آورده است می گوید مضمونش این است و می خواهد اشکال کند. می فرماید: «و مما ذکرنا ظهر أنه لا وجه لاطلاق ما ذکره المحقق القمی فی اجوبة مسائل من التشریک مطلقاً، حیث إنه فی جواب سؤال حاصله أنه إذا وقف على اولاده ولم یعلم أنه على للذکور أو على الاناث لا بعنوان الاطلاق و لا بعنوان التقييد و لم تکن کیفیة معلومة کیف تقسم؟ (در جواب چنین سؤالی اینجور گفته: ) قال إنه یقسم على الجميع بالتسوية (بین همه به مساوات تقسیم می شود) ثم قال و هذا من مهمات المسائل و اضطرب فيه العلماء (فکر کنم مرحوم سید برای نقل این عبارت تعمد داشته است) و أنا عثرت على حکمه (حکمش را من پیدا کردم) و کلهم رجعوا الى قولی (علماء هم برگشته اند به قول من. حالا ایشان خدشه می کند) فاحفظ ذلك (اینی که ما گفتیم که بین همه بالتسوية است را حفظ کنید) فإنه الحكم فی کل مورد کان الموقوف علیه مشتبها بین جماعة انتهى».

ایشان می فرماید «والتحقیق ما ذکرنا...».

ما در جلسه آینده اولاً بیان می کنیم اشکال سید به ایشان چیست. مطالعه کنید که مرحوم سید به کجا کلام محقق قمی اشکال می کند. ایشان هم که می گوید بین همه تقسیم می شود، سید هم که گفت صلح قهری، فرقی نیست که ایشان دارد اشکال می کند بالا می گوید اطلاق حرف ایشان درست نیست. بعد پائین می گوید و التحقیق ما ذکرنا. پس اطلاق حرفش درست نیست. خب چرا اطلاق حرفش درست نیست؟

بعد می فرماید: «نعم لو تردد بین کونه وقفا علی الذکور فقط أو علی الاناث فقط کان الحکم ما ذکره إن لم نقل بالقرعة»<sup>۱</sup>. اینجاها حرف دقیق است و باید فکر کنید،

فحصی کردم در کلام مرحوم قمی، این کلامی که سید نقل می کند از میرزای قمی آدرس این عبارت کتاب جامع الشتات ج ۴ صفحه ۲ است، کتاب جامع الشتات که چاپ جدید شد نه فهرستی دارد و نه کلمات کلیدی را درآوردند، آدم باید همینطور چند ساعتی بگردد تا چیزی پیدا کند. اما مرحوم قمی در جلد ۴ کتاب جامع الشتات طبع جدید (قبلی ها دو جلد سنگی بود) در صفحه ۵۲ فرعی دیگر طرح می کند که کلامش در آنجا روشنتر است تا اینجا. چون بعدا یک بحثی می خواهیم مطرح کنیم که اصلا مرحوم میرزای قمی که اینجا گفته بالتسوية اصلا دلیلش چیست؟ صلح قهری است یا چیز دیگر است؟ از آن عبارت دومی که من پیدا کردم صفحه ۵۲ یک فرعی لابلائی آن فرع همین ترتیب و تشریک را می گوید و از آنجا ظاهرا می خواهد ایشان یک حکم عقلی در بیاورد، از باب یک حکم عقلی به تسویه قائل می شود. هیچ اسمی از صلح قهری نبرده، روایات را هم بحث نکرده، قرعه را هم نگفته، حالا مراجعه کنید تا فردا انشاء الله بحث کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۷۱/۲۷۲

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۵۱
خلاصه بحث گذشته .....	۵۱
تشریک و ترتیب در وقف مصرفی .....	۵۱
بیان محقق قمی در جامع الشتات .....	۵۲
اشکالات صاحب عروه به اطلاق کلام میرزای قمی .....	۵۲
بررسی وجود اطلاق در کلام محقق قمی .....	۵۳
عبارت کتاب جامع الشتات .....	۵۴
وجه حکم محقق قمی به تسویه .....	۵۵
دلیل محقق قمی دلیل عقلی مستقلى است .....	۵۵
اشکال اول: به اطلاق کلام محقق قمی نسبت به شک در ترتیب و تشریک .....	۵۶
اشکال دوم: به اطلاق کلام مرحوم میرزا نسبت به شک در مصرف بودن .....	۵۷
بررسی استدلال محقق قمی ره .....	۵۷
بررسی لزوم ترجیح بلامرجح در کلام محقق قمی .....	۵۸
عبارت مرحوم سید در عروه .....	۶۰
بررسی قرعه و مستندات آن .....	۶۱
آیات دال بر قرعه .....	۶۲
روایات دال بر قرعه .....	۶۲
سند روایات قرعه .....	۶۳
حکم ثابت شده توسط قرعه .....	۶۵
در بحث قرعه گاهی واقع معین مشتبّه بر ما است و گاهی معین نیست .....	۶۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

**مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف****خلاصه بحث گذشته**

بحث در مسأله ۴۹ کتاب تحریر بود. حضرت امام قدس سره الشریف فرمودند: «لو علم من الخارج وقفیه شیء علی الذریة و لم یعلم أنه وقف تشریک أو ترتیب، فالظاهر فیما عدا قسمة الطبقة الاولى الرجوع الى القرعة»<sup>۱</sup>.

بیان شد که در این مسأله به صراحت حکم به قرعه کرده اند ولی این مسأله از جهات مختلفی نیاز به بحث دارد. فرمایش مرحوم سید را دیروز خواندیم که هم قرعه را مطرح فرمودند و هم صلح قهری را.

**تشریک و ترتیب در وقف مصرفی**

مسأله دیگری که در جلسه گذشته بیان شد این بود که اگر واقف وقف کند بر عنوانی که تردید در جهت تشریک و ترتیبش در مصرف باشد در این صورت دیگر معلوم نیست قرعه لازم باشد. چون اعطاء وقف به افرادی که قدر متیقن در مصرف هستند فراغ ذمه می آورد اما در آن دسته ای که شمول عنوان وقف بر آنها مشکوک است اعطاء به آنها موجب فراغ ذمه نیست، و خود این، مبین محل مصرف است و جایی برای قرعه باقی نمی ماند. چون قرعه در جایی است که مجهول باشد و یک دلیل دیگری تکلیف را حل نکند. چه اشتغال چه برائت چه استصحاب و چه امارات اگر جاری شوند موضوع قرعه را از مجهول بودن خارج می کنند، کما اینکه در روایات نیز وارد شده و خواهد آمد. البته بحثی نیز در نسبت سنجی بین قرعه و بین ادله ای مثل برائت و اشتغال که موضوعشان شک است وجود دارد که اگر فرصت شود باید آن را نیز بحث کنیم.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

## بیان محقق قمی در جامع الشتات

بحث منتهی شد به فرمایشی از مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات که ظاهراً برای خود ایشان نیز اعجاب آور بوده است زیرا فرموده اند این مطلبی است که ما در این عصر در مسأله تشریک و ترتیب به آن رسیدیم این مسأله بسیار مهم و دشوار است و قول علماء در این مسأله بسیار مضطرب است اما بعد از اینکه ما این مسأله ای را طرح کردیم همه به قول ما رجوع کردند. و حکمی که ایشان می کند این است که باید بین همه بالسویه تقسیم شود.

عبارت سوال این است: «هر گاه کسی ملکی را وقف اولاد کرده و معلوم نیست که وقف اولاد ذکور است یا اناث نه به عنوان اطلاق و نه به عنوان تقيید، و نه کیفیت آن معلوم است. چگونه قسمت می شود؟» ایشان در جواب می فرمایند: «علی السویه در میان همه قسمت می شود. و این از جمله مهمات مسائل است که این حقیر در این عصر به حکم آن برخوردیم. و در میان علما اضطراب بسیار بود و همگی به این رجوع کرده اند، این را ضبط کن. و چنین است حکم در هر جا که موقوف علیهم مشتبّه باشد در میان جمعی. و الله العالم»<sup>۱</sup>.

## اشکالات صاحب عروه به اطلاق کلام میرزای قمی

مرحوم سید فرمایش ایشان را به عربی می آورند سپس اشکال می کنند که «فلا وجه لاطلاق ما ذکره» بعد هم می فرمایند بله اگر امر دائر باشد بین اینکه فقط وقف بر اناث باشد یا فقط وقف بر ذکور باشد حرف ایشان درست است و بین همه، بالسویه تقسیم می شود لو لم نقل بالقرعة.<sup>۲</sup> که دیروز عرض کردیم نتیجه قرعه با نتیجه صلح قهری که تسویه است فرق می کند.

<sup>۱</sup> جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (للمیرزا القمی): ج ۴، ص: ۲

<sup>۲</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۲



## بررسی وجود اطلاق در کلام محقق قمی

عبارات مرحوم میرزای قمی را خوانیدم پرسش این است که مراد مرحوم سید از اطلاق کلام میرزای قمی چیست؟ چون سؤال این بود که نمی دانیم واقف، وقف اولاد ذکور کرده است یا وقف اولاد اناث. این عبارت که اطلاق ندارد. اما عبارت بعدی در سوال که می گوید «نه کیفیت آن معلوم است». ظاهراً می خواهد بگوید بقیه خصوصیات وقف به هیچ صورت معلوم نیست. و مهمترین عبارتی که می تواند مفید اطلاق باشد این است که در پائین فرموده اند «و چنین است حکم در هر جا که موقوف علیهم مشتبّه باشد در میان جمعی». و این عبارت انصافاً اطلاق دارد و صور مختلفی تصویر می شود.

لذا در وقف تشریک و ترتیب صورت شک فقط این نیست که شک داریم بین ذکور تشریک است یا ترتیب است یا همچنین بین اناث تشریک است یا ترتیب بلکه شک در این است که نمی دانیم آیا وقف اینطور است که ذکور و اناث همه با هم شریک هستند در عرض هم، یا مقصود واقف اول ذکور بود بعد از اینکه ذکور تمام شدند به اناث می رسد. این هم یک صورت است.

عبارت ابتدای سوال که گفت «و معلوم نیست که وقف اولاد ذکور است یا اناث نه به عنوان اطلاق و نه به عنوان تقیید» انصافاً ظهوری در این ندارد که وقف تشریک است یا تردید بین تشریک و ترتیب باشد. تردید در این است که وقف بر اناث است یا ذکور. منتهی عبارتهای بعدی که تصریح کرده اند چنین است حکم در هر جا که موقوف علیهم مشتبّه باشد در میان جمعی، این به نظر من همان اطلاق است که مرحوم سید می گوید و شامل شک در تشریک و ترتیب نیز می شود.

**سؤال:** به قرینه سؤال می گوئیم ذکور و اناث در عرض هم تشریک دارند یا نه.

**جواب:** تردیدش را باید بینید چیست، یک طرفش تشریک است، طرف دیگرش چیست؟

**سؤال:** یا تشریک است یا مثلاً خصوصیت دارد به ذکور

جواب: این همان ترتیب است. حالا هر کجا مشتبه باشد که یک موردش این است. اطلاقی که سید می گوید لا وجه لاطلاق کلام محقق قمی علی الظاهر این ذیل را مطلق گرفته که یکی از آنها شک در تشریک و ترتیب است.

حالا چرا اطلاق محقق قمی اشکال دارد؟ دیروز گفتند الان هم عرض کنیم.

### عبارت کتاب جامع الشتات

قبل از اینکه به این اشکال پردازیم در طبع جدید کتاب جامع الشتات جلد ۴ صفحه ۵۲ مرحوم میرزای قمی در ضمن مقدماتی که برای پاسخ به مساله ای در وقف مطرح می کنند در مقدمه پنجم می فرمایند: «الخامسة: إعلم أنه إذا اندرس الوقف و لا يتعين الموقوف عليه في نظرنا و تردد في جملة امور معينة لا نعرف ايها هو» در میان چند امر معینی محدود است ولی نمی دانیم کدامیک است مانند همینکه نمی دانیم وقف ذکور است یا اناث. یا می دانیم وقف بین ذکور و اناث است ولی نمی دانیم ترتیب است یا تشریک، و مانند آن. فرموده اند: «فالظاهر التسوية في الكل» در تمام این فروض تسویه در کل می شود. در ادامه خود ایشان تصریح می کند: «و من فروع ذلك الاشتباه الحاصل في وقف الاولاد من جهة الجهل بأن الواقف هل وقفه على الترتيب بأن لا يكون احد من اولاد الاولاد مستحقا لشيء ما بقي من الاولاد واحدا» مادام که یکی از اولاد صلب موجود است به اولاد اولاد نرسد. این ترتیب است «أو أنه وقفه على أن يكون ولد الولد شريكا لأعمامه» یا لأبه، چون ولد الولد در عرض پدر خودش هم می تواند باشد. پس اگر جهل داشته باشیم ترتیب است یا تشریک است فرموده اند: «فيحكم بتسويتهم» به نحو مساوی بین همه تقسیم می شود که در اینجا یعنی اولاد و اولاد اولاد با یکدیگر شریکند. «و لا يجعل من باب الميراث حتى يمنع الاقرب الابدع، و صرح بذلك العلامة في التذكرة و القواعد». اینجا دیگر تصریح می کند و تأیید می شود آن اطلاقی که مرحوم سید می گفت.

این بحث را برای این مطرح می کنیم که کسی اشکال نکند که کلام مرحوم میرزا در مساله ۳ در صفحه ۲ جلد چهارم از جامع الشتات اصلاً اطلاق ندارد تا مرحوم سید بتواند اشکال کند که «لا وجه لاطلاق کلامه». زیرا ذیل کلام میرزا در همان مساله اطلاق دارد و این عبارت نیز مؤید آن اطلاق است پس به نظر ایشان در جایی که شک در ترتیب و تشریک هم داریم حکم به تسویه می شود.

### وجه حکم محقق قمی به تسویه

حالا برای اینکه دوباره نخواهیم به این عبارت برگردیم وجهی را که مرحوم میرزا برای حکم به تسویه بیان می کند بیان می کنیم. ایشان می فرمایند: «و وجه ذلک انحصار الامر فیهم و لزوم الترجیح بلا مرجح لو فرّق بینهم» ما فرضمان این است که یقین داریم وقف از این مثلاً ذکور و اناث یا از ولد و ولد الولد خارج نیست، و اگر وقف را به یک گروه بدهیم و گروه دیگر را منع کنیم ترجیح بلا مرجح می شود از طرفی نمی توانیم به حکم میراث که الاقرب یمنع الابعاد است عمل کنیم «لعدم جواز القیاس بالمیراث»<sup>۱</sup>. چون وجهی ندارد به میراث قیاس کنیم لذا چاره ای نمی ماند جز اینکه بین همه به سویه تقسیم کنیم.

### دلیل محقق قمی دلیل عقلی مستقلی است

استدلال ایشان به صلح قهری نیست، واضح است که استدلال به قرعه نیز نیست، پس ایشان دارد یک استدلال عقلی می چینند. تصریح می کند که «وجه ذلک انحصار الامر فیهم»، امر منحصر در این چند تا است، و لزوم الترجیح بلا مرجح لو فرّق بینهم، چون ترجیح بلا مرجح هم مثلاً قبیح است، البته ما به تبع فیلسوفان می گوئیم محال است، ولی ایشان علی القاعده می گوید ترجیح بلا مرجح قبیح است، از طرفی نمی توانیم راهی برای فرار از ترجیح بلا مرجح پیدا کنیم لعدم جواز القیاس بالمیراث، پی قیاس نیز وجهی ندارد. پس ایشان استدلالی دارد مبتنی بر چند مقدمه که صحت آن باید بررسی شود. ممکن است ما نیز قائل به تسویه باشیم اما از باب صلح قهری نه این حرفهایی که ایشان می زند.

<sup>۱</sup> جامع الشتات فی أجوبة السؤالات (للمیرزا القمی): ج ۴، ص: ۵۲

## اشکال اول: به اطلاق کلام محقق قمی نسبت به شک در ترتیب و تشریک

اما اینکه مرحوم سید می فرماید: «لا وجه لاطلاق ما ذکره» از بحث دیروز روشن شد که حداقل دو جا هست که منافات با اطلاق کلام ایشان دارد، یکی همین وقف ترتیب و تشریک است. در وقف ترتیب و تشریک تسویه بین همه نیست. چون آن کسی که طرف تردید است برای ترتیب و تشریک، متیقن است که حتما به میزان تشریک را مالک است، حالا از عین یا از منافع، به این میزان را حتما مالک است و تردید در مازاد بر مقدار علی التشریک است. فرض کنید علی التشریک به این آقا از منافع صد هزار تومان می رسد، این صد هزار تومان را که علی ای حال مالک است، چه وقف تشریک باشد و چه وقف ترتیب باشد. اگر وقف ترتیب باشد تمام وقف، مال نسل اول است و به این آقا مثلا ۲۰۰ هزار تومان می رسد، اگر وقف تشریک باشد ۱۰۰ هزار تومان می رسد. این ۱۰۰ هزار تومان را که مقطوع و مسلم است می گذاریم کنار، ما بقی آن را یا باید قرعه بیندازیم یا صلح قهری است یا این استدلال فلسفی که ایشان کرده است. پس این الان تسویه نیست. یک قسمتش متیقن است نسبت به مازادش حکم به تسویه می شود لذا بین افراد بالسویه تقسیم نمی شود.

پس یک اشکال به اطلاق کلام مرحوم میرزای قمی این است که به نحو اطلاق فرموده بالتسویه بین همه تقسیم می شود در حالی که بالسویه نیست. باید یک قسمتش را که مسلم است مال طبقه اول است جدا کنیم و مازاد از آن را علی السویه تقسیم کنیم. که مرحوم امام ره هم فرمودند مازاد بر سهم طبقه اول علی فرض التشریک را قرعه می اندازیم نه تمام آنچه را که علی وجه التشریک است. مرحوم سید نیز همین مازاد را به تردید فرمودند مورد قرعه است یا صلح قهری.

پس اولین اشکال به کلام مرحوم میرزا این است که ایشان مطلقا گفته مساوات، و این درست نیست، در بعضی فروض اینطور نیست.

## اشکال دوم: به اطلاق کلام مرحوم میرزا نسبت به شک در مصرف بودن

جهت دیگر اشکال به اطلاق بیان مرحوم میرزا این است که لعل این وقف علی نحو مصرف بین طبقات باشد نه علی نحو وقف تملیکی به خود اشخاص و یا این عناوین. برای یک عنوان کلی وقف شده است و این آحاد مصرف هستند. در اینجا مرحوم سید می فرماید اصل این است که به افرادی که مصرف بودنشان مشکوک است چیزی داده نمی شود و تمام وقف را افراد دیگر می دهیم. چون اگر ما شک داریم که آیا وقف بر خصوص فقراء شده، یا فقراء و فقهاء، اگر ما همه مصرف را تخصیص بدهیم به فقراء، قطعاً ذمه مان بری می شود چون در باب مصرف می شود به یکی بیشتر از دیگری تخصیص داد، یا اصلاً به یک نفر تخصیص داد، اما اگر به فقهاء بدهیم ممکن است اصلاً سهمی در مصرف نداشته باشند.

بنابراین اطلاق کلام مرحوم میرزا که در اینجا قائل تقسیم علی السویه است وجهی ندارد. و عبارت ایشان نیز به صورتی نیست که بگوید در جائی که وقف علی نحو مصرف است بیرون است زیرا در انتهای عبارت فرمودند: «و چنین است حکم در هر جا که موقوف علیهم مشتبّه باشد در میان جمعی» یک قسم از این شکها وقفهایی است که علی نحو مصرف در مورد جمعی هست.

پس این هم یک جهت دیگری است که اطلاق ایشان باید تقیید بخورد و نخورده است.

## بررسی استدلال محقق قمی ره

باقی می ماند بحث استدلال مرحوم میرزا. مرحوم سید نه تنها به استدلال ایشان اشکال نکرده اند بلکه آن را پذیرفته است. چون ذیل فرمایششان این است که «نعم لو تردد بین کونه وقفاً علی الذکور فقط أو علی الإناث فقط» اینجا علی السویه تقسیم می شود. این را سید پذیرفته است. ولی چرا؟ شما که خودتان نوع مصرفش را بیان کردید. خودتان گفتید اگر علی نحو مصرف باشد بالسویه نیست و معلوم نیست اینطور باشد. لذا نیاز به بحث دارد.

اینکه می گویم معلوم نیست چون ممکن است بگوئید دوران اگر به خصوص ذکور و به خصوص اناث باشد ولو علی وجه المصرف باشد نمی شود به هر دو بدهیم، و به یکی هم ذمه را فارغ نمی کند، برخلاف بحث ترتیب و تشریک. حالا این آیا می افتد در کبرایی که خود ایشان استدلال کرده یا نه بحث دیگری است.

مقصودم این است که سید در آنجا می گوید بالتسویه لو لم نقل بالقرعة. تسویه ای که سید می گوید صلح قهری است. چون مکرر گفته صلح قهری. اما مرحوم میرزا صلح قهری نگفته است بلکه این استدلال فلسفی را کرده است.

**سؤال:** مدرک صلح قهری چیست؟

**جواب:** مدرکش روایات است که خواهد آمد و ظاهرا مدرک دیگری ندارد. خود سید در جایی تعبیر «لأن اخبار صلح قهری» دارد که ظاهرا منظور روایات بحث تقسیم درهم مرده و امثال آن است، اینها اخبار صلح قهری است. ولی ربطی به این استدلال مرحوم میرزا ندارد. حالا ببینیم این استدلال درست است یا نه؟ نسبت به انحصار امر فیهم که درست است، فرض مسأله ما است.

### بررسی لزوم ترجیح بلامرجح در کلام محقق قمی

اما نسبت به اینکه «لزم الترجیح بلامرجح لو فُزق بینهما» اولاً چه کسی گفته است نفس تقسیم به سویه، عقلانی است. ما می دانیم این تقسیم قطعاً خلاف واقع است و اگر تعبد شرعی نباشد چرا عقلاء به آن حکم کنند؟! مرحوم شیخ نیز در اول بحث قطع این را مثال می زند برای اینکه ما در مواردی مخالفت قطعی می کنیم به تعبد شرعی. چون ما می دانیم این درهم در عالم واقع یا مال این آقا است و یا مال آن آقا، وقتی شما نصفش می کنید و نصف به این می دهید و نصف به آن می دهید، قطع دارید با این تنصیف خلاف واقع عمل کردید. چون یا در مورد این آقا که نصف را به او دادید خلاف واقع است یا در مورد آن آقا که نصف را به او دادید خلاف واقع است. درهم مشتبه قطعاً مال یکی از اینهاست، وقتی شما نصفش کنید قطعاً در

یک جائی خلاف واقع کردید. حالا سؤال این است که چه کسی گفته است این کار در مقابل ترجیح بلا مرجح است خوب است؟ آیا قباحت کمتر از ترجیح بلا مرجح است؟!

اصلاً چرا ترجیح بلا مرجح است؟ ما که می گوئیم اصلاً ترجیح بلا مرجح محال است، مثل دو نانی که در مقابل جائع قرار دارد یا دو راهی در پیش روی هارب است. ما می گوئیم اگر اینطور باشد که هیچ فرقی بین دو راه نباشد انسان همانجا می ایستد. اینکه یک طرف می رود حتماً یک راجحی پیدا می کند. حالا این بحث مهم نیست که محال باشد یا قبیح باشد عقلاً. سؤال این است که چه کسی گفته در مقام مرجحی نیست؟ مثلاً قرعه، این قرعه که گفته اند لکل امر مشتبّه که اکثر فقهاء هم اینجا قرعه را گفته اند یا صلح قهری را گفته اند اینها مرجح است، چرا مرجح نیست؟ یعنی شارع اگر حکم کند مرجح نیست. علاوه بر اینکه در روایات قرعه می آید که بعضی به امام عرض می کنند که اگر ما قرعه بیندازیم و نتیجه خلاف واقع باشد چه می شود؟ امام می فرماید حکم الله لا یخطی. <sup>۱</sup> بحث بسیار زیبایی است. یعنی لا اقل ظاهر این روایات این است که در قرعه به خود آن واقع کار نداریم، همین حکمی که می خواهد مشکل را حل کند این لا یخطی. والا نسبت به واقع که قد اخطأ. اما حالا در بستر اشکال و جهلی که مسأله ساز است، چون در روایات به آن اشاره شده که می گوید اگر اینطور باشد مشکل ایجاد می شود و به هم می ریزد، فقهاء هم همینطور استدلال می کنند، می گویند این قرعه با اینکه قرعه قد یخطی نسبت به واقع، اما می گویند در بستری که موجب اختلال نظام می شود و نزاع باقی می ماند اگر این کار را نکنیم، خب این قرعه خودش راه را دارد باز می کند، خودش حقیقتی است که لا یخطی.

حالا بحث این است که اگر اینها را توجه کنیم چرا ترجیح بلا مرجح است؟! ما قرعه بیندازیم یک طرف بدهیم، کجایش ترجیح بلا مرجح است؟! یا اخذ کنیم به صلح قهری در مثل ترتیب و تشریک و یک

<sup>۱</sup> ۵۹۳- ۲۴- مُحَمَّدٌ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ یَحْیَى عَنْ مُوسَى بْنِ عُمَرَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَكِيمٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ ع عَنْ شَيْءٍ فَقَالَ لِي كُلُّ مُجْهُولٍ فَبِهِ الْقُرْعَةُ قُلْتُ لَهُ إِنَّ الْقُرْعَةَ تُخْطِئُ وَ تُصِيبُ فَقَالَ كُلُّ مَا حَكَمَ اللَّهُ بِهِ فَلَيْسَ بِمُخْطِئٍ. تهذيب الأحكام، ج ۶، ص: ۲۴۰

قسمتش ثابت است. یعنی مثلاً ما سه چهارم را می دهیم به کسی که طبقه اول است و یک چهارم را می دهیم به بقیه که محل خلاف بوده است. نه به نحو المساوات. کجای این کار ترجیح بلا مرجح است؟! پس اصل این استدلال ایشان مرکب از چند مقدمه است و ظاهراً یک استدلال فلسفی و عقلی است و هیچ مقدمه شرعی در آن نیست الا این قسمت که لعدم جواز القیاس بالمیراث، که همین هم می شود عقلی باشد، که بدون دلیل ما حق نداریم برویم سراغ قضیه میراث. یعنی استدلال مرکب از این مقدمات ظاهراً ربطی به استدلالی که فقهاء در تسویه گفته اند ندارد.

من این را برای این عرض کردم تا هم حرف میرزا روشن شود و هم حرف مرحوم سید که در ذیل فرمود نعم اگر دوران بین خصوص ذکور و اناث باشد ما این تصویری که ایشان گفته را می پذیریم.

**سؤال:** اینکه عده ای می گویند ترجیح بلا مرجح قبیح نیست بلکه ترجیح قبیح است صحیح است؟

**جواب:** ترجیح کار فاعل مختار است، ترجیح که کار فاعل مختار نیست. مگر اینطور بگویند که ترجیح محال است ترجیح قبیح است. ترجیح یک امر تکوینی واقعی است.

### عبارت مرحوم سید در عروه

مرحوم سید در عبارت بالا فرمودند: «و مما ذكرنا ظهر أنه لا وجه لاطلاق ما ذكره المحقق القمي في اجوبة مسائله من التثريك مطلقاً... والتحقيق ما ذكرنا. نعم لو تردد بين كونه وقفاً على الذكور فقط أو على الاناث فقط كان الحكم ما ذكره إن لم نقل بالقرعة»<sup>۱</sup>.

كان الحكم ما ذكره به لحاظ تسویه در بعضی از فروض که همان فرض ذکور و اناث است درست است، اما مستندش آن نیست که مرحوم میرزا می گوید. مرحوم سید مکرر بیان کردند که مستند صلح قهری است البته بعضی جاها هم می گوید قرعه أو الصلح القهری. نسبت به قرعه که واضح است که تسویه از آن

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۷۲



در نمی آید. صلح قهری هم که نتیجه اش تسویه است ایشان مبنایش را اخبار است می داند نفرمودند این ترجیح بلامرجح است. پس این هم نیاز به تحریر و تدقیقی دارد.

این تمام الکلام در بیان صورت مسأله واقوالی که در مسأله هست.

**سؤال:** گفته ما ذکره، خب ما ذکره که صلح قهری نبود بلکه تسویه بود.

**جواب:** مرحوم سید غیر از صلح قهری نمی گویند، می گوید قرعه یا صلح قهری. همینجا دو سه جا گفته اند صلح قهری.

**سؤال:** اینجا گفته اند ما ذکره، و مرحوم میرزا در اینجا قائل به تسویه است.

جواب: گفته باشند، می خواهیم حرف ایشان را بفهمیم یعنی چی. ایشان تصریح به صلح قهری کرده است. همین مسأله ۶۵ گفته، آن مسأله ۳۸ هم گفته. اینجا می گوید ارجح صلح قهری است نه قرعه. اگر استدلال تسویه فرمایش مرحوم میرزا باشد نباید بگوئیم ارجح صلح قهری یا قرعه.

این تمام الکلام در این مسأله.

اما هنوز ما بحث داریم. تا اینجا فقط اقوال را گفتیم و اشکالات بعضی بیانات را. حال می خواهیم مستقر شویم در اینکه در اینجا باید چکار کنیم؟ باید قرعه و صلح قهری بررسی شوند.

## بررسی قرعه و مستندات آن

نتیجه قرعه در بسیاری از موارد خلاف واقع است. لذا باید مستند آن را بررسی کنیم روایات باب قرعه فراوان است. همانطور که فقهاء فرموده اند ظاهراً اصل جریان قرعه مورد اتفاق است که حالا بالاطلاق در همه امور مشتبّه و مجهوله، یا نه با تدقیقی که می شود در یک مواردی قرعه تشریع شده است. این هیچ تردیدی ندارد، هم از کتاب آیاتی دال بر آن است و هم در روایات و هم اجماع بر آن وجود دارد لذا در اصل آن تردیدی نیست.

## آیات دال بر قرعه

آیه شریفه "فساهم فکان من المدحضین"<sup>۱</sup> در مورد حضرت یونس دارد که ساهم که همان بحث قرعه انداختن است، و مدحض در اینجا یعنی مغلوب است، یعنی قرعه علیه او درآمده است. قرعه انداختند که چه کسی را بیندازند جلوی حوت، به نام ایشان افتاد، ظاهراً تکرار هم کردند و در نتیجه ایشان افتاد به دهان حوت. روایات ذیل آیه هم همین را تأیید می کند.<sup>۲</sup> در قضیه تکفل حضرت مریم نیز حضرت زکریا قرعه انداختند "إِذْ يُثْقَوْنَ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ..."<sup>۳</sup>

## روایات دال بر قرعه

روایات قرعه فراوان است:

هم در باب ۱۳ از ابواب کیفیة الحکم و احکام الدعوی در کتاب القضاء، وسائل الشیعة جلد ۲۷، اینجا ۲۲ تا روایت آورده است. مرحوم نراقی در عوائد چهل و شش روایت آورده است. چون این روایاتی که اینجا هست واقعا استیعاب ندارد، بعضی از روایات در بحث شهادت است، ذیل برخی روایات مربوط به شهادت هم بحث قرعه مطرح شده است، لذا ایشان آنها را هم آورده و شاید بعضی جاهای دیگر هم پراکنده باشد، و در پایان بحث هم باز گفته و روایات مشابهی که لعل هنوز هم احتمال می دهد روایت دیگری در باب قرعه باشد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> الصافات ، الآية: ۱۴۱

<sup>۲</sup> المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۷، ص: ۱۶۳

<sup>۳</sup> آل عمران ، الآية: ۴۴

<sup>۴</sup> عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام؛ ص: ۶۴۰

## سند روایات قرعه

این روایات خیلی از آنها به اصطلاح قوم صحاح هستند. ما که تقریباً همه اش را معتبر می دانیم الا برخی از آنها که از کتاب کافی یا تهذیب یا فقیه نیست، والا عمده این روایات از تهذیب است، برخی از کافی است و برخی از فقیه، و برخی را هر سه نقل فرموده اند. علاوه بر اینکه ما همه اینها را صحیح می دانیم و هر سه کتاب را معتبر علی الاصول می دانیم لولا یک مانعی، به حسب اصطلاح قوم هم بسیاری از آنها صحاح یا موثقات است. لذا دیگر در سندش خیلی لزومی ندارد کسی خدشه و بحثی کند. اگر دوستان هم خواستند مراجعه کنند بسیاری از اینها قابل تصحیح است حتی روی اصطلاح قوم.

حالا همه را هم نخوانیم بعضی از آنها را می خوانیم که خصوصیت هم دارد:

روایت اول از این باب: «محمد بن الحسن یاسناده عن احمد بن محمد عن ابن ابی نجران عن أبی المغراء عن الحلبي (که این روایت صحیح است) عن ابی عبدالله علیه السلام قال: إذا وقع الحر و العبد والمشرک علی امرأة فی طهر واحد و ادعوا الولد اقرع بینهم و کان الولد للذی یقرع».

خب این سه نفر که حر و عبد و مشرک هستند مواجهه کرده اند با مرأه ای در طهر واحد، بعد همه هم ادعا کرده اند که آن ولد مال اینهاست (حالا اگر بود دی ان ای را می گرفتند و درست می کردند) امام فرمود: اقرع بینهم و کان الولد للذی یقرع.

خب اینجا با اینکه در عالم ثبوت ممکن است قرعه خلاف در بیاید ولی گفتند با قرعه مشکل را حل می کنیم.

در روایت دیگر: «یاسناده عن الحسن بن سعید عن حماد بن عیسی عن سیابه و ابراهیم بن عمر جمیعاً. این روایت هم ظاهراً صحیح می باشد چون دو تا سند در آن ذکر شده است سیابه ظاهراً مجهول است ولی ابراهیم بن عمر مشکلی ندارد، جمیعاً که می گویند یعنی از هر دو طریق آمده است. پس روایت

روی اصطلاح قوم صحیحہ است. این روایات که همه اش در کتاب تہذیب است و ما طبق مبنای خود می گوئیم درست است.

عن ابی عبد الله علیہ السلام فی رجل قال: أول مملوک املکہ فهو حر.

یک آقای آمدہ اینطوری گفته است کہ اول مملوکی کہ من مالک می شوم حرّ. حالا این صیغہ بر حسب این روایت صحیحہ، درست ہم هست. صیغہ اینچنینی برای تحریر اشکالی ندارد. فورث ثلاثہ. این اینطوری تحریر کردہ است کہ قاعدتا لوجہ اللہ ہم باید باشد، کہ اول مملوکی کہ مالک شوم آزاد است، اتفاقا سہ تا را با ہم مالک می شود، مثل اینکه سہ تا را با ہم ارث ببرد. خب حالا کدام آزاد بشود؟ معلوم نیست. یکی از این سہ تا باید آزاد شود. فرمودند:

قال: یقرع بینہم فمن اصابہ القرعۃ اعتق، قال والقرعۃ سنۃ.

خب این ہم کہ صریح است.

البتہ اینہا ہر کدام مورد خاص است، ولی از تکررش بہ اضافہ دو سہ روایتی کہ بہ عنوان مجهول آمدہ مسألہ را تعمیم می دہد. حالا در مقدار تعمیمش باید بحث کنیم.

سؤال: قرعہ واقع جدید احداث نمی کند؟ اینکه تصویب می شود.

جواب: نہ، چرا واقع جدید؟ حکم جدید نہ واقع جدید، حکم جدید دارد درست می کند.

سؤال: این لازمہ اش تصویب نیست چون بہ یک حکم دیگری تبدیل می کند.

جواب: چرا تصویب باشد؟ تصویب در جائی است کہ بہ علم و جہل مجتہد باشد نہ اینجاہا. تصویب

انجایی است کہ بگویند تابع علم شماست، والا اگر حکم را مغیی کنند بہ یک وصف کہ اشکال ندارد.

## حکم ثابت شده توسط قرعه

البته این بحث قابل طرح است که آیا ما با قرعه حکم ظاهری درست می کنیم یا حکم واقعی. این را بعضی اشاره کرده اند. ولی این ربطی به این ندارد که تابع علم و جهل ما است. نگفته اند که شما هر چه علم پیدا کردید. تازه ما علم هم پیدا نمی کنیم، گفته اند با قرعه این کار را کنید، بلکه قابل بحث است که حکم آن موضوع واقعی نیز با این باقی است، پس این می شود حکم ظاهری. یا نه اصلاً بگوییم حکم واقعی مغیی است به اینها و برداشته می شود. ممکن است کسی این را بگوید.

## در بحث قرعه گاهی واقع معین مشتبه بر ما است و گاهی معین نیست

نکته دیگری که در قرعه باید به آن دقت نمود تا ببینیم از روایات چه چیزی استفاده می شود این است که در بحث قرعه ممکن است به ذهن دوستان بیاید که اینک در کلمات قوم هم هست که قرعه مال جائی است که یک واقع معینی وجود دارد و اشتبه علینا، و می خواهیم با قرعه آن واقع معین را تعیین کنیم، حالا چه ظاهراً و چه واقعاً. اما ممکن است بگوئیم حتی در جاهایی که خود واقع متعین نیست با قرعه متعینش می کنیم. آنجاهایی که واقع متعین است مثل آن مضمون روایت اول، سه نفر موافقه کرده اند با مرأه ای در طهر واحد، خب این فرزند مال یکی از اینهاست دیگر، در عالم واقع متعین است، ولی چون در مقام اثبات متعین نیست با قرعه معلوم می کنیم تا نزاع برداشته شود.

اما در یک جای دیگری اصلاً خود واقع تعین ندارد، مثل همین مثال دومی که خواندیم، طرف گفته اول مملوک املکه فهو حرّ لوجه الله مثلاً، خب اتفاقاً سه تا را مالک شد در عرض همدیگر در یک زمان. اصلاً در عالم واقع اول مملوک ندارد. با قرعه در واقع داریم اول مملوک را درست می کنیم. داریم یک تعینی به واقع می دهیم ولو حکماً. چون واقع تکویناً که واقع شده، حکمش را معین می کنیم. در حالی که در عالم واقع به لحاظ خود واقع اصلاً حکم معینی ندارد. این روایت دوم دارد توسعه می دهد بحث قرعه را به جایی که واقع معین هم ندارد. حالا چند تا روایت دیگر هم داریم که از این قسم است.

پس بنابراین روایات قرعه نه فقط مجهول عندنا و متعین فی الواقع را می گیرد، بلکه گاهی در موارد عدم تعین واقع به واقع تعین می بخشد ولو حکما. تعین می بخشد تا ماده نزاع را حصم کند و مشکل و نزاع بین اینها برداشته شود. و روایت دوم از این قسم است.

روایت سوم: عنه (یعنی از همین حسین بن سعید) عن حماد عن حریز عن محمد عن ابی عبدالله علیه السلام: فی الرجل یكون له المملوکون فیوصی بعق ثلثهم، قال: کان علی علیه السلام یسهم بینهم. این هم از آن قسمی است که واقع متعین ندارد و با قرعه داریم متعین می کنیم. صورتش چیست؟ می گوید یک کسی مملوکهای متعدد دارد، وصیت می کند به عتق ثلث اینها. ممکن بود کسی بگوید از باب عدم تعین وصیتش باطل است. اما بخاطر همین روایات در بحث وصیت هم بحث کرده اند که اگر وصیت کند به اینچنین ابهامی، وصیتش نافذ است، چون روایت صحیحه دارد. وصیت نافذ است و در مقام تعین هم قرعه می اندازیم. باید قرعه بیندازیم. چون گفته ثلث مملوکهای من عتق شود، خب کدامشان؟ فرض کنید ۱۲ تا مملوک دارد ثلثشان می شود ۴ تا، کدام ۴ تا؟ معلوم نیست. با قرعه آن ابهام واقعی را که وصیت او داشت معلوم می کنیم. تعینی نداشت که ما جهل داشته باشیم و بخواهیم آن تعین واقعی را معلوم کنیم. این هم باز از آن روایاتی است که به درد تعمیم قرعه می خورد لمورد که تعین واقعی هم ندارد و ما تعین می بخشیم.

روایت چهارم، خیلی روایت جالبی است. وعنه (حسین بن سعید) عن ابن ابی عمیر عن جمیل قال، قال الطیار لزاره. صدرش روایت از امام نیست. یک گفتگویی است بین طیار و زراره. گفتگوی جالبی است می خوانیم. اما ذیلش زراره می گوید: إنما جاء الحدیث بأنه لیس من قوم فوضوا امرهم الی الله...<sup>۱</sup>. اینجا روایت زراره است از حدیث. طریق هم که به زراره درست است می شود روایت زراره. این نسبت به ذیل. اما صدرش گفتگوی زراره و طیار است، هر چه آنجا زراره گفته باشد فرمایش خود او است، ربطی به امام

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص: ۲۵۷

ندارد. اما ذیلش که می گوید إنما جاء الحديث بأنه ليس من قوم... این ذیل می شود روایت صحیح به حسب روایات صدرش.

انشاء الله فردا این بحث را دنبال می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف	۶۸
خلاصه بحث گذشته	۶۸
بررسی روایات باب قرعه	۶۹
روایت چهارم: روایت طیار	۷۰
اجمال در مراد از «سهم المبیح»	۷۲
تشکیک در اصابه قرعه به واقع	۷۳
بررسی اتصال روایت به امام علیه السلام و صدور از ایشان	۷۴
روایت پنجم: مرسله ابن حمید	۷۵
بررسی معنای «ضمنته نصیبهم»	۷۵
روایت یازدهم: روایت محمد بن حکیم	۷۶
دلالت روایت بر عمومیت جریان قرعه	۷۷
بررسی معنای «کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ»	۷۷
نیاز به بررسی اختصاص قرعه به باب تنازع	۸۱
لزوم بررسی اماره یا اصل بودن قرعه	۸۲

### مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

#### خلاصه بحث گذشته

در ادامه بحث مسأله ۴۹ به بحث قرعه رسیدیم. البته بیان شد که در حکم جاری در مقام اختلاف نظر جدی وجود دارد. مرحوم میرزای قمی رحمه الله علیه به اطلاق حکم به تسویه فرمودند و این غیر از بحث صلح قهری و قرعه است. مرحوم امام قدس سره الشریف در جایی که ندانیم وقف تشریک است یا ترتیب است فرمودند مرجع این است که اول سهم قطعی طبقه اول را علی فرض تشریک به آنها بدهیم و در مابقی



قرعه اعمال کنیم. لذا بحث می شود که آیا در اینجا جای قرعه است یا جای صلح قهری است به بیانی که مرحوم سید در ملحقات فرمودند یا حکم دیگری دارد؟

هر چند می توان بحث قرعه را به جای خودش احاله داد ولی انصاف این است که اگر بخواهیم حداقل تا حدی روشن شود که چرا اینجا جای قرعه است باید ادله قرعه را بررسی کنیم. و علاوه بر آن موارد صلح قهری را نیز روشن کنیم. اینکه برخی مانند حضرت امام تصریح به جریان قرعه در مقام می کنند به این معنا است که هیچ اعتنایی به صلح قهری نکرده اند. در حالی که برخی دیگر مانند مرحوم صاحب عروه با تردید می گویند مرجع قرعه یا صلح قهری است که وجه این نیز باید روشن شود.

**سؤال:** بعضی ها هم قاعده عدل و انصاف را گفته اند آیا همین صلح قهری است؟

**جواب:** نه این نیست.

ما اول باید روشن کنیم که آیا محل بحث موضوع قرعه هست یا نه، و بعد باید ببینیم موضوع صلح قهری هست یا نه، و در مرحله سوم روشن کنیم کدام ارجح است. مرحوم سید می گوید ارجح صلح قهری است. و نتیجه آن با قرعه نیز بسیار متفاوت است.

## بررسی روایات باب قرعه

در جلسه قبل مقداری از روایات باب ۱۳ از ابواب کیفیة الحکم را در کتاب القضاء که مربوط به قرعه است خواندیم. عرض هم کردیم که مرحوم حر عاملی ۲۲ روایت را در این باب گردآوری کرده است ولی مرحوم نراقی در عوائد الایام بیش از چهل روایت را آورده است و دیگران هم همین حدود روایت آورده اند زیرا روایات باب شهادت و دیگر مواردی را که در کتب فقهی به قرعه ارجاع داده شده است را آورده اند و با این همه استیفاء کامل نیست و روایات بیش از این تعداد است.

ما نمی خواهیم همه روایات را بخوانیم چون خیلی از آنها مضمونش مشترک است، آنهایی که خصوصیتی دارد می خوانیم. سه روایت اول را خواندیم رسیدیم به روایت چهارم.

## روایت چهارم: روایت طیار

روایت چهارم: «و عنه (یعنی حسین بن سعید) عن ابن ابی عمیر عن جمیل قال قال الطیار لزرارة» این روایت از این حیث جالب است که طیار در مباحثه اش با زراره اشکالات روشنی که در قرعه به ذهنش رسیده و امروز نیز این اشکالات وجود دارد را مطرح کرده است. به زراره می گوید: «ما تقول فی المساهمة» در قرعه چه می گوئی؟ «ألیس حقا؟ فقال زرارة بلی هی حق، فقال الطیار ألیس قد ورد أنه یخرج سهم المحق؟» می گوید مگر وارد نشده است که مثلا اگر با شرائطش قرعه ببندازند که فوضوا امرهم الی الله، سهم محق از قرعه خارج می شود. می پرسد مگر این را نگفته اند؟ زراره پاسخ می دهد چرا طیار می گوید بیا من و شما در حادثه ای قرعه ببندازیم ببینیم آیا واقعا سهم محق در می آید یا نه. در یک مطلبی مثلا حق با من است و شما ادعای دیگری می کنی بیا قرعه ببندازیم وسط ببینیم آیا واقعا حق من در می آید. «قال فتعال حتی ادعی انا و انت شیئا ثم نساهم علیه» این مثل حرف غربی ها می ماند که می گویند برویم تجربه کنیم ببینیم اصلا می شود یا نمی شود «و ننظر هکذا هو» قرعه ببندازیم ببینیم چگونه است آیا واقعا سهم محق در می آید، «فقال له زرارة إنما جاء الحدیث بأنه لیس من قوم فوضوا امرهم الی الله ثم اقترعوا الا خرج سهم المحق. فأما علی التجارب فلم یوضع علی التجارب».

خوب این را دقت کنید که یعنی چه. زراره دارد او را نفی می کند که این کار را نمی کنیم، می گوید حدیث این است که لیس من قوم فوضوا امرهم الی الله ثم اقترعوا الا اینکه سهم المحق خارج می شود، اما تجارب فلم یوضع علی التجارب. خب یعنی چه؟

من یقین ندارم احتمال می دهم که تجارب اینجا امتحان باشد. می گوید شما داری امتحان می کنی، می گویی بیا من و شما یک چیزی را انتخاب کنیم و امتحان کنیم در حالی که آنجا یک امر واقعی واقع شده است امتحانی نیست. فوضوا امرهم یعنی التجاء به محضر حق تعالی کرده اند، تفویض امر الی الله کرده اند در آن صورت اگر قرعه انداخته شود واقع می شود. نگفته اند که اگر برای امتحان هم قرعه ببندازید لم یخرج

الا سهم المحق. بیان قشنگی است. یعنی آن چیزی که در حدیث آمده که لم یخرج الا سهم المحق در مورد چیز واقعی است یعنی یک گرفتاری واقعی پدید بیاید یک مشکل واقعی پدید بیاید مردم تفویض امرشان الی الله کنند بعد قرعه بیندازند لم یخرج الا سهم المحق. ولی من و شما که یک مشکل واقعی نداریم می دانیم این مال من است و شما هم می دانی مال من است، بحثی نداریم، می گوید امتحاناً بیا قرعه بیندازیم ببینیم همان چیزی که مال من است در می آید. می گوید لم یوضع علی التجارب. شاید معنای روایت این باشد.

**سؤال:** قرعه برای هر امر مشکلی است، در امتحان که مشکلی وجود ندارد.

**جواب:** بله منظور همین است، تجارب معنایش همین می شود که یعنی مشکل واقعی نیست ما داریم امتحانی این کار را می کنیم.

«فقال الطیار» حالا طیار برمی گردد و حرف دیگری می زند. می گوید اصلاً بیاییم سر مشکل واقعی، در همین نزاعهای واقعی که بین مردم هست و عده ای امری را ادعا می کنند که هیچکدام نسبت به آن حقی ندارند. آنوقت یخرج سهم المحق یعنی چه؟ این صورت که دیگر امتحانی نیست. چند نفر با هم دعوا کرده اند و فرض کنید که واقعه مال هیچکدامشان نیست. اینجا که شما می گوئید قرعه بیندازند سهم المحق خارج می شود، وقتی مال هیچکس نیست چطور سهم المحق خارج می شود؟!

«فقال الطیار: أ رأیت إن کانا جمیعاً مدعین ادعیا ما لیس لهما من أین یخرج سهم احدهما فقال زرارۃ إذا کان کذلک جعل معه سهم مبیح فإن کانا ادعیا ما لیس لهما خرج سهم المبیح».<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۷/۲۵۸

## اجمال در مراد از «سهم المبیح»

زراره در جواب میفرماید سهم مبیح قرار می‌دهیم مراد از «سهم مبیح» در اینجا روشن نیست. در پاورقی کتاب فرموده اند: «سهم المبیح» صحیح است نه سهم المبیح. و گفته اند در لغت آمده: «و المبیح من سهام المیسر لا نصیب له» به سهامی را که در قمار هست و نصیب ندارد مبیح می گویند.

**سؤال:** شاید همین مبیح درست باشد و مراد از آن سهمی باشد که اگر به قرعه به آن افتاد هیچکدام حق تصرف ندارد لذا به این صورت اباحه تصرف اطراف قرعه را بعد از قرعه مشخص می کند.

**جواب:** این مطلب را برخی نه در توضیح این روایت بلکه در اصل کیفیت اجرای قرعه بیان کرده اند مثلاً ابن فتح در کتاب عناوین این را فرموده است؛ منتهی اشکالش این است که در مواردی که هیچکدام محق نیستند این مطلب برای ما روشن نیست تا به این صورت قرعه بیاندازیم. و اگر صرف احتمال عدم استحقاق جمیع اطراف قرعه کافی باشد در هر قرعه ای این احتمال وجود دارد لذا باید در همه موارد قرعه این سهم را قرار دهیم در حالی که روایات نه تنها این کیفیت را بیان نکرده اند بلکه به صورت مکرر در بیان کیفیت قرعه، سهام را به تعداد اطراف قرار داده اند. تنها در روایتی از امیرالمؤمنین علیه السلام ظاهراً گفته اند یک سهم بیگانه هم قرار دهید، که می آید. اما بقیه تطبیقات قرعه در روایات اینطور نیست، در برخی روایات گفته اند دو سهم قرار می دهند و قاطی می کنند.

**سؤال:** اگر لفظ مبیح باشد به چه صورت معنا می شود؟

**جواب:** مبیح یعنی یک سهم بیگانه ای که مال هیچکس نباشد. و زراره بر اساس آن نقض را جواب می دهد و می گوید در این جور موارد، قرعه به همان مبیحه اصابت می کند که مال هیچکدام نیست.

اما این پاسخ برای ما روشن نیست، در قرعه ها که این کار را انجام نمی دهند. در قرعه دو سهم برای دو طرف می نویسند. اگر بگوئید در خصوص اینجا چون هیچکدام مطابق واقع نیست به این کیفیت قرعه می

اندازیم جواب می دهیم ما که نمی دانیم هیچکدام محق نیستند، اگر بدانیم که مال هیچکس نیست، از اساس چرا قرعه می اندازیم. اینکه نمی شود. پس باید بگوئیم که صورتش مثل قرعه های دیگر است.

**سؤال:** چرا این روایت را در کیفیت قرعه معارض با ادله دیگر ندانیم و این را یک کیفیت در قرعه بدانیم.

**جواب:** یعنی کلا در قرعه ها یک دانه بی نام هم بیندازیم؟ اینکه مشکل می شود. در خیلی از موارد ممکن است قرعه به همان سهم مبیح اصابت کند در این صورت چه کنیم و مورد نزاع را به چه کسی بدهیم؟ مثلاً اگر دو نفر در ماشینی با یکدیگر دعوا داشتند و علم اجمالی هم هست که این ماشین مال یکی از این دو نفر است. یا مثلاً در مورد آن درهم مشته یا مال این فرد است یا مال آن فرد، ما بیائیم در قرعه یک سفید هم بگذاریم که مال هیچکس نباشد، حال اگر به این سهم سفید درآید آن افراد چکار کنند؟! یعنی دست هر دو خالی بماند؟!

### تشکیک در اصابه قرعه به واقع

تصور اینکه قرعه حق را جدا می کند لذا دست محق خالی نمی ماند این کلام نیاز به بررسی دارد این تصویر خیلی خوشبینی می خواهد. یک احتمال در روایت این معنا است ولی راه دیگر برای معنای آن نیز وجود دارد. باید روایت را حل کنیم که به چه صورت «لم یخرج الا سهم المحق». البته ثبوتاً محال نیست ولی خیلی مستبعد است که در طول تاریخ در تمام قرعه ها مطابق سهم محق در بیاید. لذا من می گویم شاید این عبارت تفسیر دیگری داشته باشد، کما اینکه امام علیه السلام در آنجا می فرمایند این در صورتی است که فوضوا امرهم الی الله. یا می فرمایند «کلّ ما حکم الله به فلیس بمخطئ»<sup>۱</sup>. نمی فرمایند که قرعه نسبت به واقع مخطئ نیست بلکه می گوید حکم خدا خطا در نمی آید. حالا این را می خوانیم و بحث می کنیم چون خودش بحث مستقلى است. خدا رحمت کند آقای بجنوردی را با اینکه بحث قرعه را مطرح کرده اند به جمیع

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص: ۲۶۰

حیثیات بحث نپرداخته اند. یعنی با اینکه بحث معد برای قواعد فقهی بوده جوانب این بحث را رها کرده، به مباحثی عنایت فرموده و بقیه را رها کرده اند. از جمله ایشان دفاع می کند که قرعه اماره است و می گوید به تجربه هم ثابت شده کما اینکه در استخاره هم به تجربه ثابت شده است. می پرسیم چطور به تجربه ثابت شده است؟ مخصوصاً در باب استخارات. بعضی ها مزاح می کنند می گویند در باب استخارات از آن قسم یراک شهیدا نباشد. فردی از من خواست استخاره کنم و گفت به خداوند عرض کنید من همین دنیایی اش را می خواهم همه را برای آخرت واگذار نکنید. از کجا شما فهمیدید استخاره ای که می کنند ولو تفویض امر الی الله هم کنند عین واقع است؟! ما یک کاری می کنیم که از شبهه بیائیم بیرون. در موارد استخاره به سبب در تفسیر اینکه بین زوج و فرد و واقع بیرونی چه ارتباطی هست، ایشان می فرماید قانونی وجود دارد که وقتی چنین اتکائی به خداوند شود این ارتباط پدید می آید و لذا کشف می کند از واقع. می گوئیم اینها ادعا است و از کجا این چیزها را می گوئید، بلکه ادعاهای مستبعد است. به نظر من این لم یخرج الا سهم المحق یک تفسیر دیگری دارد که معقول تر است و شدنی است و شاید از عبارت هم بتوانیم استظهار کنیم.

### بررسی اتصال روایت به امام علیه السلام و صدور از ایشان

**سؤال:** در این روایت زراره اصلاً از اهل بیت هیچ اسمی نبرده است؟

**جواب:** دیروز عرض کردیم که زراره می فرماید «إنما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم اقترحوا الا خرج سهم المحق» این مطلب حرف خود زراره نیست بلکه می گوید جاء الحديث. این مثل این می ماند که خودش روایتی نقل کند و بگوید قال ابو عبدالله علیه السلام یا بگوید جاء الحديث به این مطلب، در حالی که زراره نیز ثقه بوده است.

**سؤال:** واسطه خود تا امام علیه السلام را که نیآورده است. چه بسا از سید الشهداء علیه السلام نقل می کند نه امام صادق علیه السلام و ما از کجا می دانیم واسطه او تا امام ثقه بوده است.

**جواب:** اگر نقل زراره با واسطه باشد و او در وسائط شک داشته باشد نمی آید حدیث را نقل کند. وقتی به نحو قطعی می گوید جاء الحديث یعنی برای او قطعی بوده است که حدیث است. این واضح است. تایید

این وضوحش این است که او از اصحاب متصل به حضرت بوده است و از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام نقل می کند.

### روایت پنجم: مرسله ابن حمید

روایت پنجم: این روایت هم یک خصوصیتی دارد بخوانیم: «و عنه عن عبدالرحمن بن ابی نجران عن عاصم بن حمید عن بعض اصحابنا عن ابی جعفر علیه السلام» بعض اصحابنا روایت را مرسل می کند ولی ما روایات تهذیب را قبول داریم و این امور اشکال ندارد «قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم حدثني بأعجب ما ورد عليك، فقال يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئها جميعهم في طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه كلهم يدعيه، فاسهمت بينهم» همه ادعای ولد کردند امیرالمؤمنین صلوات الله علیهم قرعه انداختند «فجعلته للذي خرج سهمه» این ولد را قرار دادم برای کسی که قرعه به نام او افتاد

### بررسی معنای «ضمنته نصيبهم»

این تعبیر امام علیه السلام «و ضمنته نصيبهم» حرف مهمی است. تا به حال که می گفتیم با قرعه سهم محق خارج می شود اما حضرت در این روایت نسبت به سهام دیگران تضمین فرمودند. امیرالمؤمنین علیه السلام که باب مدينة العلم بودند می فرمایند و ضمنته نصيبهم. این ولد را با قرعه دادم به این آقا ولی نصیب دیگران را از او گرفتم. گوئی حضرت صلح قهری درست کردند، و تثلیث کرده اند بین همه، منتهی ولد را به یکی دادند ولی فرمودند دو نصیب را که ظاهرا یعنی دو ثلث را بدهید به آن دو نفر دیگر. پس مانند قرعه های معمولی عمل فرمودند که وقتی قرعه به نام یکی می افتند می گویند محل نزاع مال همین فرد است.

شبهه این مضمون در روایات دیگر نیز وارد شده است. مثلا آمده است که چند نفر در طهر واحد با زنی مواجهه می کنند بر سر فرزند این زن دعوایشان می شود حضرت می گویند با قرعه تعیین می کنیم که

ولد ملک چه کسی است. نگفتند کسی که ولد را به او می دهیم نسبت به سهام بقیه تضمین می کنیم. پس وجه تضمین در این روایت را بررسی کنیم.

در ادامه روایت پیامبر صلی الله علیه وآله می فرمایند: «فقال رسول الله صلی الله علیه وآله لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا امرهم الى الله الا خرج سهم المحق»<sup>۱</sup>.

**سؤال:** در اینجا این کنیز را هر سه نفر با هم خریده اند و با هم قیمت آن را پرداخت اند لذا این بچه منفعت کنیز است پس مال همه است، ولی چون بچه را نمی شود قسمت کرد باید به بقیه قیمت بدهند.

**جواب:** بله این نیز احتمال معقولی در معنای روایت است. یعنی همینکه این کنیز این طفل را به دنیا آورده است این ولد منفعت او بشمار می آید. لذا ملک هر سه می شود

اما چون پدرش حر بوده نمی شود او را بنده حساب کرد و فروخت لذا کسی که بچه را برده است باید خسارتی منفعتی که از این کنیز تفویت کرده است را بپردازد

پس معنای ضُمَّنْتَهُ نصیبهم یعنی برای کسی که فرزند را به او دادم ضمان آوردن نسبت به نصیب افراد دیگر تا نصیب آنها را به خودشان بدهد. از این حیث معنای روایت روشن است،

بقیه روایات را نمی خوانیم تا روایت یازدهم باب.

### روایت یازدهم: روایت محمد بن حکیم

روایت یازدهم این است که: «و بأسناده عن محمد بن احمد بن یحیی عن موسی بن عمر عن علی بن عثمان عن محمد بن حکیم» ظاهراً علی بن عثمان مجهول است «قال: سألت ابا الحسن علیه السلام عن شیء فقال لی کل مجهول ففیه القرعة، قلت له إن القرعة تخطئ و تصیب، قال کل ما حکم الله به فلیس

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۸



بمخطئ». بعد می گوید: محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن محمد بن حکیم مثله<sup>۱</sup>. که این سند فقیه به همان اصطلاح قوم هم صحیح است.

### دلالت روایت بر عمومیت جریان قرعه

مضمون روایت این است که محمد بن حکیم می گوید از ابی الحسن (ظاهر موسی بن جعفر) سوال کردم عن شیئی، فقال لی کل مجهول ففیه القرعة. این روایت خصوصیت مهمی دارد. چون در روایات بالا نداشتیم که کل مجهول فیه القرعة. بلکه در موارد خاصی نزاع بود و در آن قرعه جاری شد. اگر ما باشیم و آن روایات اصلاً دلیلی بر توسعه به موارد دیگر نداریم. مگر کسی بتواند از حکم جاری در چند مورد خاص توسعه ای پیدا کند. اما باز اینکه به تمام مجهولها سرایت دهیم دلیلی ندارد اما این روایت واقعاً روایت مهمی است، چون از شیئی سؤال کرد امام فرمود کل مجهول ففیه القرعة.

### بررسی معنای «کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ»

سائل می پرسد که قرعه گاهی اصابت می کند و گاهی نمی کند اصابت این چه می شود؟ امام علیه السلام فرمود «کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ». ممکن است این عبارت کلید حل مشکل لم یخرج الا سهم المحق باشد. این روایت که کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ، ظاهرش همین حکم قرعه است نه آن حکم واقعی. حکم واقعی که مخطئ و مصیب ندارد. پس بحث سر حکم قرعه است. امام علیه السلام می فرماید این قرعه ای که به حکم الله است مخطئ و مصیب ندارد چون به حکم الله است.

این مثل ترخیصی است که ما در باب جهل می دهیم، نفس این ترخیص که اصابه و عدم اصابه ندارد. تا با واقع بسنجیم که آیا با ترخیص واقعی مطابق است یا نه خب نباشد، حتی اگر در واقع فرض کنید وجوب باشد. ترخیص ظاهری ترخیص بالحمل الشایع است. و لذا مرحوم آخوند در اینجا به مشکل می خورد،

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۹/۲۶۰

چطور ترخیص بالحمل الشایع با فعلیت وجوب و حرمت در واقع می سازد که البته باید آن را در بحث جمع بین حکم ظاهری و واقعی حل کنیم، ولی بالاخره ترخیص بالحمل الشایع است.

اینجا از آنجا بهتر است. قرعه یک حکمی است. اینکه تکلیف حکم واقعی چه می شود باید بحث کنیم. اما این روایت به نظر می آید به روشنی دارد می گوید چون قرعه به حکم الله است مخطی و مصیب ندارد، لم یخطی و همیشه اصابه است، چون خودش حکم الله است، نه به لحاظ اینکه آن حکم واقعی را همیشه بیرون می کشد. تا به حال بر اساس روایات بالا و شبهاتی که در خود کلام سائل بود لم یخرج الا سهم المحق را به معنای محق واقعی دانستیم، اما اگر بگوئیم الا سهم المحق یعنی در همین مقام اشتباه و تنازع خرج سهم المحق، یعنی خداوند متعال به این ترتیب دارد حقی را جعل می کند برای آن کسی که قرعه به نفع او در آمده است. اصلاً دارد در ظرف اشتباه حقی را برای او جعل می کند. اینکه تکلیف واقع چه می شود بحث دیگری است و باید به حساب آن برسیم. اما ما فعلاً این روایت را حل کنیم که این ذیل که کل ما حکم الله به فلیس بمخطی یعنی چه؟ به نظرم خیلی ظهور دارد که همین حکم است. زیرا در اینجا تعبیر لم یخرج الا سهم المحق نیامده است تعبیر این است که مخطی نیست خطاء ندارد حکم الله است. از اینجا شاید ما بتوانیم بفهمیم که آنجا هم که می گوید لم یخرج الا سهم المحق، یعنی در ظرف تنازع و در ظرف این اشکال وقتی تفویض امر الی الله کنید برای جعل حق برای کسی که قرعه به نامش افتاده است موضوع پیدا می شود. و این مانند حکم حاکم می شود. حالا این جعل حق می تواند ظاهری باشد و می تواند واقعی باشد بنابراینکه ما بتوانیم واقع را تحدید و مغیی کنیم. مانند حکم حاکم. در حکم حاکم در بحث قضاء وقتی حاکم حکم می کند باید تمام آثار واقع را بر این حکم بار کنیم. البته عمده فقہائی که ما دیدیم و از حرفشان می شود دفاع کرد قبول دارند که حکم حاکم موضوعیت دارد برای ترتب تمام آثار، ولی نسبت به عالم واقع، ظاهری است. به چه معنا ظاهری است؟ یعنی وقتی حکم می کند ولی من خودم می دانم خلاف واقع است نمی توانم پیش خودم ترتیب اثر بدهم، گرچه عند القاضی و عند الاجتماع باید بر آن ترتیب اثر بدهم و مطابق آن رفتار کنم. اگر رفتیم دادگاه حکم کرد که این منزل مال شما نیست مال آقا زید

است باید ترتیب آثار بدهم ولو که می دانم مال خودم هست. ولی زیدی که می داند این منزل مال او نیست باید به علم خودش ترتیب اثر بدهد. اما به لحاظ عالم ظاهر تمام آثار بر این حکم حاکم مترتب می شود لذا دیگران می توانند این منزل را از کسی که حکم حاکم به نفع او شده است بخرند هر چند در واقع مال او نیست. تمام آثار بر او بار می شود. هر چند ممکن است بگوئیم ظاهری است، و ما از این دفاع می کنیم که ظاهری است. ولی از عبارات برخی استفاده می شود که ظاهرا می خواهند بگویند این واقعی است. عبارتی از مرحوم آقای خوئی در همین بحث قضائشان در تکملة المنهاج هست که می فرماید: حکم حاکم نسبت به این آثار موضوعیت دارد. خب ظاهرش موضوعیت واقعی است. اگر موضوعیت واقعی باشد معنایش این است که نهایتا باید احکام واقعی را مغیی کنیم. بعید می دانم ایشان به این ملتزم شود. هر چند چنین عبارتی را بیان کرده اند.

**سؤال:** خلاف ظاهر «فوضوا» نیست که حکم ظاهری باشد؟

**جواب:** نه موضوع برای همین حکم است. یعنی مثل آن امتحانی که زراعه می گفت نباشد. در مشکلات واقعی و وقتی تفویض امر الی الله کنند خداوند راه را برای آنها باز می کند با قرعه مشکیشان را حل می کند.

**سؤال:** ظاهر «فوضوا» این است که جهلش را برطرف می کند.

**جواب:** نه، راه برای او نشان می دهد.

**سؤال:** ظاهر فوضوا اگر راه نشان دادن باشد که حل نکرده که این محق است. ظاهر فوضوا یعنی محق را مشخص می کنیم.

**جواب:** ما هم قبول داریم، لولا این شبهات ظاهرش این بود. منتهی این ظهور اشکالاتی دارد. یک اشکالش این است که خیلی مستبعد است که در طول تاریخ در همه قرعه ها سهم محق واقعی خارج شود. دومین اشکال این است که ظهور این روایت را چه می کنید که حکم الله لم یکن مخطئ. واقع مگر مخطئ و مصیب دارد؟ حکم واقعی حکم واقعی است. چرا می گوئیم حکم الله لم یخطئ. همین حکم قرعه را حکم

الله گرفته اند لذا مراد روایت این است که یعنی همین حکم لم یخطئ. نه به لحاظ سنجش با واقع لم یخطئ، خودش لم یخطئ.

البته این یک راهی است نمی گوئیم حتما همین است، به نظر می آید یک توجیهی می شود برای اینکه آن روایات را نیز بر این اساس معنا کنیم. لذا تصویر نهایی این می شود که اگر در مقام تنازع یا در مقام اشکال و جهلی که اختلال نظام ایجاد می کند و مشکل برای زندگی انسان ایجاد می کند، اگر در این وضع تفویض امر الی الله کنند خداوند حکمی برایشان می آورد که راه را با همین حکم برایشان روشن می کند. و در غیر این موارد چنین چیزی نیست و خداوند چنین حکمی ندارد. حکم قرعه اش خاص است. مقصود این است.

**سؤال:** آنوقت چرا در اماره و اصول قائل باشیم امکان اشتباه هست ولی در قرعه بگوئیم نیست؟

**جواب:** ما که نمی گوئیم امکان اشتباه نیست به حسب عرفی و عقل عادی در طول تاریخ در قرعه ها حتما خلاف واقع رخ می دهد. البته محال نیست منتهی مثل امارات است، همانطور که آنها خطاء دارند قرعه هم دارند. چطور بینه خطاء دارد، اگر ده تا بینه با هم جمع شوند نه دو تا، ده تا عدل هم باشند می گوئیم ممکن است اشتباه باشد، آنوقت چطور ما بگوئیم با قرعه هیچوقت اشتباه نمی شود حق واقعی پدید می آید. ما می گوئیم اشتباه نمی شود و سهم واقعی خارج می شود یعنی در این ظرف خداوند اصلا سهم را همین قرار داده است. حالا سهم را همین قرار داده ظاهری باشد، مثل امارات که ظاهری هستند، یا می شود واقعی باشد یعنی اصلا واقع را مغیی کرده باشد، این هم حرفی است. باید دید می توان برای تقویت و تایید این احتمال از روایات دیگر کمک گرفت.

این روایت یازدهم مهمش این است که موضوعش جهل است و شامل تمام مجهولها می شود. اینکه می توان به عموم کل مجهول عمل کرد یا نه بحث دیگری است. ما انشاءالله در آینده دو سه تا نکته راجع به این خواهیم گفت که کل مجهول حتما تقیید می خورد. مثلا در شبهات حکمیه جریان قرعه معنا ندارد. اگر فقیه نمی داند آیا عنب وقتی اشتداد پیدا کرد نجس می شود یا نه، نمی تواند قرعه بیندازد ببیند نجس می

شود یا نه. باید فحص کند از روایات و اصول محکمه در مقام که باید به آنها رجوع کند. اینکه چرا در کل مجهول ما رجوع نمی کنیم به قرعه، می توانیم بگوئیم سیره قطعی وجود دارد و می توانیم بگوئیم بعضی روایات اخص است. منتهی اخصیتش بعضی جاها قابل خدشه است، مرحوم صاحب عوائد می فرماید اخص است، حالا ببینیم درست است یا نه.

الان فعلا آنچه که می خواهیم ثابت کنیم این است که برخی روایات با عنوان کل مجهول موضوع قرعه را برای ما درست می کنند.

روایت دیگری هم بخوانیم و اینها را تمام کنیم: روایت هجدهم در اینجا که مرسله ای است. مرحوم شیخ طوسی ره در نهاییه می فرماید: روی عن ابی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام و عن غیره من آبائه و ابنائه علیهم السلام من قولهم کل مجهول ففیه القرعة. فقلت له إن القرعة تخطئ وتصیب، فقال کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ<sup>۱</sup>.

همان مضمون روایت قبل را مرحوم شیخ در کتاب نهاییه به صورت مرسل آورده که روی عن موسی بن جعفر...

در این مجموعه ۲۲ روایاتی که در کتاب وسائل الشیعه هست دیگر ما روایت عامی نداریم، اما در کتب دیگر مانند مستدرک آمده که سندهای درستی ندارند. برخی روایات در همین عنوان یا مجهولند یا معضلند یا مشکل نیز آمده است. منتهی آن روایتی که سند دارد و قابل اعتماد است همین روایاتی است که عرض کردیم و برخی روایات باب شهادت است.

### نیاز به بررسی اختصاص قرعه به باب تنازع

الان بحث آتی ما این است که ما با توجه به این دو روایت و روایات دیگر آیا باید تخصیص بزنیم قرعه را به خصوص باب تنازع یا اینکه اطلاق دارد؟

<sup>۱</sup> وسائل الشیعه؛ ج ۲۷، ص: ۲۶۲

برخی از محشین تحریر فرموده اند قدر متیقن مورد تنازع است.

می گوئیم این چه قدر متیقنی است؟ قدر متیقن خارجی که مضیق نمی شود. روایات ما که قدر متیقن ندارد می گوید کل مجهول چه قدر متیقنی دارد؟! قدر متیقن خارجی که تقیید نمی زند. چرا فرموده اند قدر متیقنش در مورد تنازع است؟! این اول کلام است که قرعه در مورد تنازع باشد.

اگر یاد دوستان باشد روایاتی خواندیم که فردی گفت اول مملوک املکه فهو حر، این مورد که اصلاً تنازعی نیست اینجا هم فرموده اند قرعه بیندازید.

یعنی ادعای اینکه کل موارد قرعه مختص به تنازع است که حتماً دلیلی ندارد. ولو بعضی محشین بیان کرده اند. علی ای حال مسأله ای که ما الان با آن مواجهیم بررسی مقید کردن قرعه به تنازع است ببینیم تکلیفش چیست.

### لزوم بررسی اماره یا اصل بودن قرعه

اصل ماهیت قرعه نیز برای ما مهم است. به دلیل اینکه در کتاب تحریر می فرماید که بعد از کنار گذاشتن سهم بطن اول به لحاظ بقیه قرعه می اندازیم باید روشن شود که این قرعه اماره است یا اصل است. چون اگر اماره باشد مقدم می شود بر اصول دیگری که ممکن است در مقام وجود داشته باشد مانند استصحاب و براءت و اشتغال و غیره. لذا باید این نیز حل شود.

چیز عجیبی که اینجا هست این است که مرحوم آقای بجنوردی می گوید این اماره است و از آن طرف می گوید استصحاب حاکم بر اوست. و می گوید تعجب نکنید که یک جایی استصحاب حاکم شده است چون موضوع این جهل و اعضاء و اشکال است. و این حرف از عجائب است، زیرا موضوع استصحاب نیز اشتباه است. فرقی نمی کند. موضوع لاتنقض الیقین بالشک هم شک است و آن نیز هم اشتباه است. که به آن خواهیم رسید. ولی بحث مهم این است که آیا این اماره است یا اصل است، و از این مهمتر باید ببینیم آیا مقدم هست بر اصول موضوعی دیگر، آیا در احکام هم جاری می شود یا نه که بحث آتی است انشاء الله.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۸۴
خلاصه جلسه گذشته .....	۸۴
ادامه بررسی بحث قرعه .....	۸۴
تقویت ظهور روایات قرعه با عمل متقدمین و نسبت قرعه با سائر ادله .....	۸۴
بیان انوارالفقاهه و اشکال به آن .....	۸۶
نسبت قرعه با سائر اصول و قواعد .....	۸۷
فرمایش مرحوم شیخ در بحث استصحاب.....	۸۷
فرمایش مرحوم شیخ در نسبت بین قرعه با تخیر و برائت و احتیاط.....	۸۷
نیاز به عمل اصحاب برای جبر عموم قرعه از منظر شیخ ره.....	۸۸
تقدیم استصحاب بر قرعه از باب لغویت ادله استصحاب.....	۸۹
بررسی اخصیت موضوعی استصحاب .....	۹۰
بیان مرحوم آخوند در اخصیت دلیل قرعه .....	۹۰
بررسی بیان مرحوم آخوند ره .....	۹۱
امام موضوع قرعه را هم از جهاتی اخص می داند .....	۹۱
بررسی فرمایش حضرت امام ره.....	۹۲
استثناء بحث قطیعه غنم توسط امام ره .....	۹۲
اشکال به بیان مرحوم شیخ در نسبت بین قرعه با برائت و احتیاط و تخیر.....	۹۳
بررسی کلام شیخ در جواز عمل به قرعه بعد جبر عمومش با عمل اصحاب .....	۹۴
کلامی از مرحوم شیخ در تخصیص اکثر .....	۹۴
توجه به عمل اصحاب موجب لغویت عموم نمی شود.....	۹۵
بررسی صغروی تخصیص اکثر در قرعه و صغروی عمل اصحاب .....	۹۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

### خلاصه جلسه گذشته

در ادامه بحث مسأله ۴۹ بودیم که اگر ما شک کردیم وقف علی نحو التشریک است یا علی نحو الترتیب، چه کنیم؟ حضرت امام ره می فرمایند: در این صورت برای طبقه اول قسمتی از سهام که قدر متیقن است کنار گذاشته می شود چون در هر صورت چه وقف علی نحو تشریک باشد و چه علی نحو ترتیب نسبت به آن مقدار سهم دارند. حال در صورت ترتیب که سهمشان بیش از این مقدار است و در صورت تشریک سهمشان به همین اندازه است. پس این مقدار یقینی را کنار می گذاریم. و نسبت به الباقی چون حق دائر است که مال بطن اول باشد یا مال بطن دوم باشد، برای تعیین تکلیف رجوع به قرعه می شود.<sup>۱</sup>

ما روایات قرعه را خواندیم و دیدیم که در قرعه مضامین روایات مختلف است برخی روایات صحاح، موضوع قرعه را مطلق جهل گرفته اند، فرمودند: «کل مجهول ففیه القرعة». و این تعبیر «کل مجهول» عمومیت دارد و همه جهلها را شامل می شود.

### ادامه بررسی بحث قرعه

ما می توانیم بحث قرعه را به محل خودش موکول کنیم لکن بحث بسیار مجهول خواهد شد. اگر چارچوب بحث قرعه مشخص نشود تکلیف فروع ارجاعی به قاعده قرعه حل نمی شود، خصوصا در فرع ما که از جهات متعددی در جریان قاعده قرعه اختلافات اساسی وجود دارد.

### تقویت ظهور روایات قرعه با عمل متقدمین و نسبت قرعه با سائر ادله

مرحوم شیخ انصاری از کسانی است که مدعیند اطلاقات و عمومات قرعه قابل اخذ نیست، مگر در مواردی که معظم فقهاء یا عدة من الفقهاء به آن عمل کرده باشند. طبق این ادعا باید دید آیا در باب تشریک و ترتیب معظم فقهاء به قاعده

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص: ۲۶۰



قرعه رجوع کرده اند یا نه؟ البته باید منظور از فقهاء، فقهاء متقدم باشند والا عمل فقهاء متأخر تأثیری ندارد، عمدتاً آنچه برای جبر ظهور کارائی دارد، عمل فقهاء متقدم است. اینکه عده ای می گویند ظهور «کل مجهول» تضعیف شده و برای اینکه این ظهور تقویت شود باید به عمل فقهاء رجوع شود پرسش این است که عمل فقهای متأخر چه ظهوری را تقویت می کنند؟ قاعدتاً مراد فقهاء اولیه و متقدم است، لذا باید کشف کنیم آیا این فرع ما یعنی شک بین تشریک و ترتیب در میان فقهاء متقدم مطرح بوده است تا بتوان بر اساس آن با عمل فقهاء این ظهور را تقویت کرد.

عده ای در این فرع معتقدند اجرای قرعه بر جریان اصول دیگر تقدم دارد، اما عده ای دیگر می گویند در این فرع باید قواعد اصولی مانند استصحاب را مقدم نمود و دسته سوم قائلند مقام، صغرای بحث تعارض است، عده ای نیز مانند مرحوم سید حکم به صلح قهری کرده اند و این پاسخ ها بسیار متفاوت از یکدیگرند.

قاعده قرعه در فقه مصادیق فراوانی دارد لذا لازم است برای یک بار هم شده کارشناسی شود لذا گرچه همه جوانب بحث قرعه را مطرح نخواهیم کرد اما مقدار مربوط به این مقام را بیان می کنیم.

بسیاری از بزرگان در این فرع تشریک و ترتیب بحث را به صورت احاله ای مطرح می کنند. مثلاً مرحوم محقق خراسانی می فرماید: در کلی به نحو کلی، تعیین مراد واقف اصول و قواعدی دارد، که ایشان بیان فرموده اما در ادامه می فرماید اگر به هر دلیلی کشف مراد واقف نکردیم، مرجع احتیاط است «والاقتصار علی المعلوم لو کان فی البین. والا کما إذا دار الامر بین المتباینین» (که فرع الان ما در همین شق قرار می گیرد که نسبت به حصه غیر متیقن، امر دائر بین متباینین است) فهو قاعدة القرعة لو كانت معمولة (همه این حکم ها را به نحو «إذا» یا «لو» بیان می کنند) أو الصلح فإنه خير.<sup>۱</sup> همه این شقوق نیاز به بحث دارد. نمی توان بدون تنقیح و تحلیل موضوع قرعه گفت مرجع، قرعه یا صلح است. اول باید موضوع قرعه تنقیح شود تا بتوان در مورد تطبیق آن بر موارد اظهار نظر کرد.

تعبیر «لو كانت معمولة» اشاره است به اینکه ایشان کبری قرعه را پذیرفته اند. ایشان در کفایه به نحو جمله شرطیه می گوید، اما اینجا ظاهراً قبول کرده است که باید معموله باشد یعنی به قرعه عمل کرده باشند والا نه. حال همین مطلب چه دلیلی دارد؟! آیا ما چنین کبرایی به این کلی ای داریم؟ شبهه این بزرگان نیز تخصیص اکثر است که ایشان جواب می دهند.

<sup>۱</sup> کتاب فی الوقف (للاخوانه)، ص: ۶۱

بعد گفته اند: «أو الصلح فإنه خير»، آن صلحی که فانه خیر مال اینجاست؟ حالا اگر آمدیم و راضی نشدند باید چکار کنیم؟ آن صلحی که عده ای در اینجا می گویند صلح قهری است نه الصلح فانه خیر. چون مثل مرحوم سید و برخی دیگر تصریح می کنند به صلح قهری. و صلح قهری از باب الصلح خیر نیست بلکه حکم شرعی در تقسیم است. البته در یک جا دیدیم و نیاز به فحوص بیشتری نیز دارد که صلح قهری بمعنی ایقاف امر است حتی تراضیا، یعنی ما در یک تنازع به نفع هیچکدام حکم نکنیم و امر را نگه داریم تا مجبور شوند و به صلح راضی شوند. اما غالبا وقتی می فرمایند صلح قهری جاری است یعنی صلح به حسب حکم شارع. مانند تقسیم همان درهم پیش ودعی که تردد پیدا کرده بود که آیا مال این شخص است یا مال آن شخص؟ و امام علیه السلام فرمودند: نصف را به این بدهید و نصف را به دیگری. لذا صلح را از باب امر شارع درست کرده اند.

## بیان انوار الفقاهة و اشکال به آن

در بحث ما باید نسبت قرعه با سایر اصول نیز روشن شود. در بحثهای آتی خواهد آمد که برخی ادعا کرده اند که قرعه در بحث ما جاری نیست زیرا نسبت به استحقاق طبقه اول قدر متیقنی وجود دارد و از استحقاق طبقه ثانیه برائت جاری می شود. در انوار الفقاهة مرحوم حسن کاشف الغطاء اشاره ای به این مطلب شده است.<sup>۱</sup> برخی نیز دنبال این را گرفته اند و ادعا کرده اند که در مقام اشکال اساسی فی تطبیق قرعة وجود دارد. لکن به نظر ما این حرفشان اشتباه محض است. تخیل کرده اند که این بحث شبیه بحث وجوب و ایجاب در اقل و اکثر است. ولی بررسی خواهیم کرد که اصلا اینطور نیست و در اینجا برائت از مازاد با برائت در ناحیه مشکوک در ناحیه خود متیقنی که اینها که می گویند هم هست. متیقن استحقاق مطلق نیست بلکه استحقاق به اندازه تشریک متیقن است. استحقاق بیشتر مشکوک است لذا از آن نیز باید برائت جاری کنید. برائت از آن مشکوک و برائت از آن مشکوک، علم اجمالی است تعارض می کنند. کجا علم اجمالی منحل می شود؟! حالا انشاء الله تفصیل بیشترش می آید.

لذا عرض ما این است که این بحث مهم است که آیا اگر برائت جاری شد موضوع قرعه را برمی دارد؟ یا اینکه قرعه حاکم بر برائت است؟ مرحوم شیخ در رسائل می فرماید قرعه موضوع آنها را برمی دارد. اگر برائت عقلی باشد وارد است و اگر نباشد حاکم است. پس ما باید نسبت بین این اصول مثل استصحاب با قرعه را نیز روشن کنیم. اصولیان متاخر در آخر بحث استصحاب، نسبت استصحاب را با قواعد دیگر مثل ید و قرعه بحث می کنند. برخی در آنجا به صورت مختصر به

<sup>۱</sup> أنوار الفقاهة - کتاب الوقف (لکاشف الغطاء، حسن)، ص: ۴۲

قرعه پرداخته اند و برخی به تفصیل. خدا رحمت کند مرحوم امام را، ایشان خیلی خوب و مفصل بحث کرده، روایات را آورده، متعرض بحث اجماع نیز شده است. البته یک بیان خیلی خاصی دارد که آقا سبحانی حفظه الله هم از ایشان گرفته است، که گفته قدر متیقن جائی است که تشاح باشد و تنازع باشد و تزامم حقوق باشد.

بنابراین عرض من این است که در مسأله قرعه انحاء سؤالهای جدی وجود دارد، با اینجور حرفهای تقدیری حل نمی شود.

## نسبت قرعه با سائر اصول و قواعد

مسأله حاضر این است که نسبت عمومات قرعه با اصول و قواعد دیگر چیست؟ با این بحث روشن می شود که موضوع خود قرعه چگونه است و نسبت آن با اصول دیگر چیست.

## فرمایش مرحوم شیخ در بحث استصحاب

اولین بیانی که مطرح خواهیم کرد نظر مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه در آخر بحث استصحاب است. ایشان می فرماید: «و تفصیل القول فیها یحتاج إلى بسط لا یسعه الوقت». لذا خیلی مختصر در چند سطر ایشان حرفش را فرموده است.

اولا ایشان می گوید ظاهر اخبار قرعه اعم است از جمیع ادله استصحاب. ایشان برخلاف امام ره که ادعا کرده اند اخص است می فرمایند موضوع قرعه مجهول است. که موضوع برخی روایات صحیحیه همین بود «کل مجهول». و این مجهول اوسع است از دائره موضوع استصحاب که جهل خاص است، جهلی است که یقین سابق باشد و شک لاحق. پس موضوع قرعه اعم است. حالا که اعم شد می گوید «فلا بد من تخصیصها بها»، باید ادله قرعه را به استصحاب تخصیص بزنیم. «فیختص القرعة بموارد لا یجری فیها الاستصحاب».

## فرمایش مرحوم شیخ در نسبت بین قرعه با تخییر و برأت و احتیاط

بعد می گوید: «نعم القرعة واردة على أصالة التخییر و أصالتي الإباحة و الاحتیاط إذا كان مدرکهما العقل».<sup>۱</sup> می فرماید قرعه وارد است چون اگر مدرکش عقل باشد موضوعش لا بیان و عدم الحجة است، وقرعه حجت است. تکوینیا

<sup>۱</sup> فرائد الاصول ج ۲، ص: ۷۳۳

حجت را ایجاد می کند. فرق ورود و حکومت این است. اگر اینها مدرکش عقل باشد موضوعش عدم الحجة است یا عدم بیان است یا در تعارض بیانین و تردید بین بیانین است. اگر شما قرعه را بیاورید حقیقتا حجت بالحمل الشایع را آوردید لذا موضوع دلیل دیگر را حقیقتا نفی می کند و وارد بر آن می شود. ولی اگر مدرک اباحه و تخیر و احتیاط تعبد شارع باشد، می گوید حاکم می شود. چرا؟ چون موضوع آن را که مثلا جهل است با قرعه برمی داریم.

### نیاز به عمل اصحاب برای جبر عموم قرعه از منظر شیخ ره

در پایان می فرمایند: «لكن ذكر في محله أن أدلة القرعة لا يعمل بها بدون جبر عمومها بعمل الاصحاب أو جماعة منهم والله العالم»<sup>۱</sup>.

مرحوم شیخ در نجف معروف بود به «شیخ لکن». چون هر چه می گفت می فرمود و لکن، دوباره و لکن را هم می فرمود و لکن. در اینجا نیز به همین صورت شد. اول ایشان فرمود نعم قرعه به استصحاب تخصیص می خورد. سه تا اصل دیگر مورود یا محکوم دلیل قرعه است. بعد می آید پایین می گوید لکن در آنجا گفتیم که اصلا اگر عمل به این قرعه نکرده باشند اعتبار ندارد پس بنابراین نه می تواند وارد باشد و نه حاکم، فقط در جائی که عمل کرده اند اینچنین است.

خب دو سه تا بحث در همین کلام هست که مرحوم آخوند در کفایه به این اشاره می کند:

اولا: اینجا فرموده اند که ادله استصحاب اخص است. چرا؟ چون موضوع قرعه کل مجهول است، موضوع استصحاب جهل خاص است، جهلی است که یقین سابق و شک لاحق داشته باشد.

**سؤال:** مگر قرعه و استصحاب در عرض هم هستند که اینجا بخواهیم اخراج حکمی کنیم؟ قرعه اماره است و استصحاب اصل عملی است.

**جواب:** اصل اماره بودن قرعه ثابت نیست؟ اتفاقا دیروز داشتم اقوال را نگاه می کرد هم مرحوم امام ره ظاهرا اشکال دارد، و هم مرحوم والد ما، دیدم ایشان نیز اشکال کرده، ایشان می گوید چه کسی می گوید که تعبیر لا یخطئ مقصود این باشد که نسبت به واقع لا یخطئ، همان حرفی که ما عرض کردیم. گفته اند الولد سر ابیه، من مطلب والد را قبلا ننخوانده بودم ولی همان حرف به ذهن ما هم آمد، که بگوییم سهم الله لا یخطئ. یعنی این جعلی که الان می کند خودش حکم الله

<sup>۱</sup> قاعدة لا ضرر و الید و الصحة و القرعة (فرائد الأصول)، ج ۲، ص: ۷۳۲

است، نه آن حکم الله واقعی که به بخواهیم به لحاظ آن عدم خطای قرعه را معنا کنیم. این خودش حکم قطعی است. والا ما نمی توانیم بپذیریم که قرعه هیچوقت لا یخطئ است.

**سؤال:** سائر امارات هم لا یخطئ به حسب واقع هستند.

**جواب:** کسی نگفته در امارات که لا یخطئ. همچنین تعبیری آنجا نداریم.

**سؤال:** نمی شود تعبیر شود که قرعه اصل عملی است بعد خطاء در قرعه راه دارد.

**جواب:** نه از باب اینکه خطاء راه دارد بلکه لسانش این باشد که اماره باشد. لسان اماره باید تتمیم کشف باشد. کجا

تتمیم کشف است؟!

**سؤال:** ایشان در انتهاء استصحاب که نسبت بین استصحاب و سائر قواعد فقهیه را بررسی می کند اکثر قواعد فقهیه

را اماره می داند.

**جواب:** در اینجا کلامی که اشاره به اماره بودن قرعه باشد ندارد در این بحث از باب تخصیص استصحاب را مقدم

کرده است چیز دیگری ندارد .

**سؤال:** وقتی می گوید تعارض با استصحاب می کند یعنی اماره نیست دیگر، چون اماره و اصل عملی که با هم

تعارض ندارند.

**جواب:** اگر اینجور باشد پس چرا می گوید استصحاب مقدم است.

**سؤال:** شاید استصحاب را اماره می دانند.

**جواب:** نه، استصحاب را اصل محرز می دانند.

## تقدیم استصحاب بر قرعه از باب لغویت ادله استصحاب

ایشان وجه تقدم را از باب تخصیص می گوید. ولی ممکن است ما قرعه را اماره هم بدانیم ولی در عین حال

استصحاب را مقدم کنیم از باب لغویت مانند قاعده ید. از باب اینکه اگر ما اخذ به قرعه کنیم دیگر موردی برای این اصول

باقی نمی ماند. ولكن اینجا ایشان هیچ حرفی ندارد که قرعه اماره است یا نه.

مرحوم شیخ در این بحث هیچ حرفی که قرعه اماره است یا نه ندارد. فقط همین را گفته است که تخصیص است.

## بررسی اخصیت موضوعی استصحاب

پس تا حال چند مطلب بیان شد:

یکی اینکه استصحاب را شما از باب اخصیت موضوع مقدم کردید. خب مگر استصحاب احکام را شامل نمی شود؟ قرعه که حکم را شامل نمی شود. ما در باب احکام مشکوک و مشتبه که نمی آییم قرعه بیندازیم و بگوئیم که آیا حکم این است یا آن است؟ لذا استصحاب از جهت دیگری اعم است، چرا شما می گوئید اخص است؟ این واقعا یک شبهه است.

**سؤال:** جائی که اطلاقیها با هم تعارض دارند معمولا من وجهش می کنند، اما اینجا من وجهش از چند جهت متفاوت است.

**جواب:** خب اینجا هم متفاوت است دیگر.

**سؤال:** یکبار دو تا اطلاق با هم تعارض دارد اینجا من وجهش موجب تعارض می شود. ولی اگر دو جهت متفاوت باشد...

**جواب:** چرا دو جهت؟

**سؤال:** یکی از جهت حکمیت است و یکی از جهت موضوع...

**جواب:** نخیر، دو دلیل داریم، شما آمدید استصحاب را اخص کردید می گوئیم اخص نیست.

## بیان مرحوم آخوند در اخصیت دلیل قرعه

مرحوم آخوند در کفایه هم این شبهه را طرح می کند، ببینید حرف ایشان را می توانید بپذیرید یا نه؟ هر چند به نظر ما حرف ایشان درست نیست. ایشان در آخر بحث می فرماید: «و اما القرعة فالاستصحاب فی موردها یقدم علیها لاختصاصه دلیل من دلیله (این حرف مرحوم شیخ بود) لا اعتبار سبق الحالة السابقة فیہ دونها» (در قرعه حالت سابقه نمی خواهیم). بعد ایشان دفع دخل می کند می فرماید: «واختصاصها بغیر الاحکام اجماعا، (یعنی اختصاص دلیل قرعه به غیر احکام اجماعا) لا یوجب الخصوصية فی دلیله بعد عموم لفظها لها»<sup>۱</sup>. حرف ایشان این است که قرعه به لحاظ لفظ عمومیت دارد و انحصار به غیر احکام را از بیرون به اجماع فهمیدید.

<sup>۱</sup> کفایة الأصول (طبع آل البیت)؛ ص ۴۳۳

پس حرف ایشان می تواند این باشد که دلیل قرعه نیز نسبت به احکام اطلاق دارد و دلیل استصحاب هم اطلاق دارد. منتهی دلیل استصحاب اخص است به لحاظ انحصار موضوعش در جائی که یقین سابق و شک لاحق باشد. و به این صورت اعمیت را درست می کند. گوئی می خواهد بگوید درست است که ما با اجماع می فهمیم، ولی ظاهر دلیل عمومیت دارد.

## بررسی بیان مرحوم آخوند ره

منتهی این حرف علی الظاهر درست نیست.

انحصار در شبهات موضوعیه اگر فقط از اجماع فهمیده شود ممکن است حرف ایشان درست باشد. یعنی در مقام سنجش اخصیت و اعمیت ما باید ظهور لفظ را نگاه کنیم در حالی که اجماع یک دلیل لبی بیرونی است که کاشف از مراد جدی است. لذا اگر دلیلی که می خواهد برای ما ثابت کند که قرعه به غیر احکام اختصاص دارد اجماع باشد که یک دلیل لبی است، اجماع مراد جدی را تعیین می کند، تخصیص هم مراد جدی را تعیین می کند. بنابراین اینکه اول ما بیائیم با اجماع مراد جدی از قرعه را تشخیص بدهیم بعد بگوئیم که با دلیل استصحاب عموم و خصوص من وجه می شود این وجهی ندارد. ما باید ظهور این را با ظهور دیگری بسنجیم، در باب تخصیص ما به ظهورات کار داریم. اجماع ظهور لفظ را از بین نمی برد، بلکه دائره مراد جدی مکشوفه را ضیق می کند. تخصیص هم یکی از آنهاست و در کنار هم هستند.

بنابراین کلام آخوند ره که می فرماید ما قبل از اجماع باید نسبت سنجی کنیم وجه پیدا می کند.

اما مطلب مهمی که در اینجا وجود دارد این است که: انحصار موضوع قرعه به غیر احکام را عده ای از خود الفاظش می فهمند، می گویند از خود این روایات فهمیده می شود نه اینکه یک دلیل بیرونی دائره مراد جدی را ضیق کند. خود مجموع الفاظی که در این روایات هست دائره قرعه را مختص شبهات موضوعیه می کند لذا دیگر اینجا نسبت سنجی بیرونی نیست و با خود همین موضوع باید بسنجیم.

## امام موضوع قرعه را هم از جهاتی اخص می داند

مثلاً مرحوم امام قدس سره الشریف ادعا می کنند که با تأمل در روایات می فهمیم که موضوع در مثل قرعه خصوص موارد تشاح و تنازع و تراحم در حقوق است و مختص به موضوعات هست و ما این را از خود روایت می فهمیم.

## بررسی فرمایش حضرت امام ره

انصافاً این فرمایش ایشان از روایات بدست نمی آید. حضرت امام ره در باره روایت کل مجهول ففیه القرعة می فرماید صدر این روایت ذکر نشده و سوال معلوم نیست و بقیه روایات نیز عمومیتی ندارد و مختص به موارد خاص است لذا ادعا می کنند که روایاتی که ما داریم مختص به باب حقوق و تراحم و تشاح است.

**سؤال:** مورد که نمی تواند مخصص باشد.

**جواب:** ظهور را تغییر می دهد نه اینکه بگوید مخصص است. خود ایشان هم می گوید که ما نمی خواهیم بگوئیم مورد مخصص است ولی ظهور آن عام را به هم می زند. دیگر ظهور کل مجهول در عالم نیست بلکه کل مجهول در عالم تشاح است. با وجود این نکته دیگر ظهوری در عموم و اطلاق شکل نمی گیرد. کبرای فرمایش حضرت امام ره درست است منتهی کل مجهول مقرون به اینها نیست. بقیه روایات هم بعضی شان قابل بحث است عرض می کنم.

## استثناء بحث قطیعه غنم توسط امام ره

ایشان یک مورد را استثناء می فرمایند که بحث قطیعه غنم است. در قطیعه غنم تمام گله مال یک شخص واحد است و نزاعی نیست لکن یک غنم موطوئه در میان اغنام قاطی شده است. می فرمایند براساس روایت خاص با قرعه یکی را بیرون می اندازد و بقیه حلال است. ایشان می فرماید این دیگر تشاح حقوق نیست لکن باز با آن جولان فکری می فرمایند مگر اینجا هم یک حقوقی درست کنیم که حقوق خود اغنام است با یکدیگر به این تقریب که آنکه قرعه به او اصابت کند را باید بعد از ذبح بسوزانند و بقیه را رها کنند. گوئی در حقوق اینها تراحمی پیدا می شود. بعد هم به ظاهر چند روایت استشهاد می کنند که از تعبیر «و نجت سائرهما» استفاده کرده اند و می فرمایند اینکه بقیه نجات پیدا می کنند یک اشاره ای است به اینکه گوئی یک حقوقی اینجا دارند.<sup>۱</sup>

البته این شاید نوعی توجیه باشد والا تصویر سازی تراحم حقوق به این صورت ممکن است ما برای خیلی از امور هم نوعی تراحم حقوق درست کنیم. انشاء الله فرمایش ایشان را بصورت مفصل بررسی خواهیم کرد.

مقصودم این است که فرمایش مرحوم آخوند که فرموده: «واختصاصها بغیر الاحکام اجماعاً لا یوجب الخصوصية...» علی الظاهر درست نیست، لا اقل روی مبانی مختلف، مختلف است. شما اول باید بفرمایید این اختصاص را از خود روایت

<sup>۱</sup> الرسائل، ج ۱، ص: ۳۴۷/۳۴۸



فهمیدید یا فقط به اجماع فهمیدید. محقق عراقی و آقای بجنوردی هم این مطلب را عیناً از مرحوم آخوند گرفته و عبارتهای ایشان را تقریباً بعینه نقل می کنند. البته این دو بزرگوار نمی گویند قرعه به اجماع مختص به موضوعات شده است بلکه می گویند موضوع مستفاد از قرعه در جایی است که شبهه در موضوع باشد و طرف علم اجمالی باشد. البته در مواردی هم اجماع را طرح می کند اما نه نسبت به این. می خواهیم بگوئیم این ادعا ربطی به تعیین مراد جدی در بیرون ندارد. خود دائره مستفاد از لفظ را دارد ضیق می کند.

اینجا انصافاً جای این شبهه قوی می شود که موضوع استصحاب اعم از حکم است و موضوع قرعه اعم نیست. پس اینها اعم و اخص نیستند که شما استصحاب را مخصص قرار دهید. لذا باید این مطلب را حل کنیم، و علی الظاهر این بیان مرحوم شیخ درست نمی شود.

### اشکال به بیان مرحوم شیخ در نسبت بین قرعه با برائت و احتیاط و تخییر

در مورد برائت و تخییر و احتیاط، مرحوم شیخ می فرماید قرعه نسبت به آنه یا وارد است یا حاکم.

می گوئیم چرا از آن طرف نمی گوئید؟ مگر موضوع قرعه مجهول، مشکل، مشتبّه یا ملتبس نیست. البته ملتبس و مشکل اگر اشتباه نکنم در روایات معتبره نیامده است، ملتبس و مشکل در روایت عوالی اللثالی و مانند آن است، آن چیزی که الان هست کلمه مجهول هست که در روایت صحیحہ نیز آمده است. علی ای حال چه مشتبّه باشد و چه مجهول، موضوع اینها با برائت رفع می شود. شما اگر برائت آوردید روشن می شود که تکلیف در اینجا چیست. اگر احتیاط گفتید نیز به همین صورت.

مگر اینکه مثل بحثی که در حکومت برائت یا حکومت استصحاب می کنیم، بگوئیم برائت عنوان اشتباه را بر نمی دارد، تعیین تکلیف می کند ولی عنوان اشتباه را بر نمی دارد. که این مطلب مهمی است. اگر ما در بحث قرعه همانطور که مرحوم آخوند و دیگران فرموده اند اشتباه و جهل را من جمیع الجهات بگوئیم ولو من جهة الحكم الظاهری، وقتی مولا می فرماید اگر موضوعی مشتبّه و مجهول بود مجرای قرعه است، یعنی مجهول بود هم به لحاظ حکم واقعی و هم به لحاظ حکم ظاهری، یعنی هیچ چیزی در آنجا معلوم نبود، بنابراین اگر شما حکم ظاهری را بیاورید وارد می شود بر این جهل، یا اگر تعبدی بشود حاکم می شود بر این. چرا مرحوم شیخ می فرماید که قرعه حاکم بر آن اصول است ولی عکس نیست؟

بله اگر جهل و اشتباه در موضوع قرعه را فقط نسبت به واقع بسنجید، فرمایش مرحوم شیخ درست می شود. همانطور که ما نیز قائلیم، برائت جهل به واقع را بر نمی دارد. رفع ما لایعلمون نمی گوید تو عالمی و نمی گوید جهل تو را برداشتم،

مگر بالالتزام و مثبتات. اما اگر موضوع قرعه اشتباه به معنای تمام الاشتباه باشد بالنسبة الى الواقع و بالنسبة الى الحكم الظاهری، یعنی به هیچ صورت تکلیف روشن نباشد دیگر نمی توان فرمایش شیخ را تصحیح نمود و بعید نیست که موضوع قرعه همین باشد که اگر وضع تو به هیچ وجه روشن نباشد قرعه بینداز. اما اگر شما با اصولی مثل استصحاب که محرز است یا برائت یا احتیاط می توانی تکلیف را روشن کنی دیگر جای قرعه نیست. این صورت مانند بحث در اطراف علم اجمالی می شود که مکلف می داند تکلیفش چیست لذا دیگر جای قرعه نیست. البته باید بحث غنم موطوءه را مستقلاً بحث کنیم چون در این صورت برخلاف موازین می شود.

ما در اینجا می توانیم بگوئیم که در اینجا اگر اصول جاری شود موضوع قرعه یا حقیقتاً نیست یا حکماً نیست.

می خواهیم بگوئیم ظاهراً مرحوم شیخ به یک وجه وجهی نفرموده است که نعم القرعة وارء. بلکه عکسش هم هست.

### بررسی کلام شیخ در جواز عمل به قرعه بعد جبر عمومش با عمل اصحاب

اما نکته سوم فرمایش ایشان که فرمودند: لكن ذکر فی محله ان ادلة القرعة لا يعمل بها بدون جبر عمومها بعمل الاصحاب<sup>۱</sup>.

من که نتوانستم فحص کنم، پاورقی نوشته اند صفحه ۳۶۲ فصول را نگاه کنید. در حالی که ظاهر ذکر فی محله این است که خود ایشان بحث کرده نه اینکه دیگران گفته اند.

ممکن است نکته فرمایش مرحوم شیخ این باشد که برخی در قرعه می گویند جریان قرعه در کل مجهول موجب تخصیص اکثر است زیرا در کثیری از مجهولها نمی توانیم قرعه بیندازیم. در احکام که نمی توانیم قرعه بیندازیم، در موضوعاتی که طرف علم اجمالی هست نیز نمی توانیم قرعه بیندازیم، همچنین در موضوعاتی که استصحاب در آنها جاری است قرعه نمی اندازیم. همه اینها از این عموم خارج می شود لذا تخصیص اکثر مستهجن پیش می آید.

### کلامی از مرحوم شیخ در تخصیص اکثر

مبنای مرحوم شیخ در تخصیص اکثر این است که وقتی تخصیص اکثر شد عموم بالمره از کار نمی افتد، ولی دیگر ظهورش در کشف از مراد جدی ضعیف می شود و بدون پشتوانه نمی توانیم به آن عمل کنیم. از طرفی روشن است که

<sup>۱</sup> فرائد الأصول؛ ج ۲، ص: ۷۳۳

عمل اصحاب فی حد ذاتها حجت نیست مگر از باب فتوی در شهرات بگیریم، صرف عمل اصحاب به یک چیزی که حجت نیست. ولی در باب عموم ایشان ادعا می کند که اگر اصحاب به یک عمومی که ضعیف شده عمل کنند این عموم تقویت می شود و می شود به آن عمل کرد. که این حرف قشنگی است و ایشان مکرر این حرف را گفته است که اگر عمومی تخصیص زیاد داشته باشد ولو اکثر هم نباشد دیگر به تنهایی حجت نیست، و لبش هم این است که کشف این عموم از مراد جدی ضعیف می شود و عقلاء دیگر به چنین عمومی که دائما به آن تخصیص خورده است عمل نمی کنند. لکن اگر عمل اصحاب جبرش کند به آن عمل می کنند.

### توجه به عمل اصحاب موجب لغویت عموم نمی شود

نگوئید که اگر عمل اصحاب باشد که دیگر عموم لغو است چون خود عمل اصحاب هست. زیرا عمل اصحاب فی حد ذاتها حجت نیست. عمل اصحاب به این عموم، عموم را در کاشفیتش از مراد جدی تقویت می کند. و این انصافا حرف دقیق و روشنی است حتی اگر کسی آن را قبول نداشته باشد.

پس ظاهرا اینکه ایشان می فرماید ذکر فی محله أن ادلة القرعة، ظاهرا از همین باب است. چون ادله قرعه تخصیص های متعدد خورده، می گوید تضعیف شده و باید با عمل اصحاب جبر شود. لذا اینکه ما بگوئیم قرعه به لحاظ اینکه حکم را تعیین می کند مطلقا وارد بر برائت و احتیاط است درست نیست، و باید ببینیم به قرعه عمل شده است یا نه.

### بررسی صفروی تخصیص اکثر در قرعه و صفروی عمل اصحاب

دو حرف تا اینجا تکلیفشان روشن نشده است. یکی اینکه: آیا اصلا در قرعه تخصیص اکثر هست؟! مرحوم امام روی مبنای خودشان بحث جالبی را طرح می فرمایند و مرحوم میرفتاح نیز آن را به تفصیل مطرح می کند و می گوید اینهایی که خیال می کنند تخصیص اکثر است خیلی اشتباه کرده اند. مواردی را که می گویند تخصیص اکثر نیست بلکه بالتخصص بیرون است. ما باید ملاحظه این را کنیم که آیا تخصص است یا تخصیص است. اگر تخصص بود که اصلا مشکلی پیدا نمی شود تا شما بگوئید جبر عموم باید به عمل اصحاب باشد.

نکته دوم نیز است که آیا این عموم به عمل اصحاب جبر شده است؟ عمل اصحاب هست یا نیست؟ نباید تعیین تکلیف کنیم؟ الان در بحث ما می خواهیم قرعه بیندازیم، آیا در ترتیب و تشریک به قرعه عمل کرده اند یا نکرده اند؟ به عمومش در اینجا عمل کرده اند یا نکرده اند؟ ظاهرا قدماء بحث شک در ترتیب و تشریک را مطرح نکرده اند. من این مقداری که فحص کردم ندیدم. بله متأخرین بعضی شان دارند، ولی مگر عمل متأخرین اثر دارد؟! یعنی اگر مثلا مرحوم

شیخ انصاری یا مرحوم آخوند به عمومی عمل کنند آیا ظهور عموم تقویت می شود؟! یک عمومی است در زمان شارع صادر شده است آن چیزی که آن را تقویت می کند عمل اصحاب در همان قرون متقدم است. حالا فرض کنید اگر چند نفر از افرادی که قریب به مأخذ صدور هستند به این عموم عمل کنند می فهمیم عمومش حجت بوده و این تخصیص عموم را تضعیف نکرده، ولی اگر آنها عمل نکرده باشند عمل متأخرین قرن ۱۲ و ۱۳ برای این بحث چه اثری دارد؟!

این حرفها همینطور اینجا مجمل ماند. نه برای ما روشن کردند که اصلاً قرعه چرا تخصیص اکثر باشد یا تخصیص زیاد باشد. و نه فرمودند در بحث، عمل اصحاب هست یا نیست. اینها همینطور مانده که باید در آنها دقت شود.

فردا انشاء الله دنباله این بحث را بیان می کنیم. دوستان ذیل بحث استصحاب را مطالعه کنند.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف	۹۷
خلاصه جلسه گذشته	۹۷
بررسی مسائل مرتبط با جریان قرعه در مقام	۹۸
اقوال در تقدم قرعه یا استصحاب	۹۹
بیانات مرحوم نائینی در مقام	۱۰۰
مرحوم نائینی: موضوع قرعه اختصاص به اشتباه در موضوع دارد	۱۰۰
اشکال به نظر مرحوم نائینی در موضوع قرعه	۱۰۱
موضوع بودن وجود مضاف به طبیعت یا اول وجود	۱۰۲
استفاده مورد بودن موضوع با دو بیان (عنوان قرعه و اخبار)	۱۰۳
محقق نائینی مورد را مخصص نمی داند بلکه مغیر ظهور می داند	۱۰۶
جواب از دو دلیل محقق نائینی برای اختصاص مورد به موضوعات	۱۰۶
امضائی یا تأسیسی بودن قرعه	۱۱۰
بررسی حق الله و حق الناس بودن مورد قرعه در کلام مرحوم نائینی	۱۱۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

## خلاصه جلسه گذشته

بحث در مساله ۴۹ کتاب تحریر الوسیلة به این بحث دشوار رسید که در زمانی که شک کنیم وقف علی نحو التشریک است یا علی نحو الترتیب، آیا مرجع در مازاد بر حق تشریک بطن اول قرعه است یا چیز

دیگری؟ مرحوم امام ره و عده ای قائل به قرعه شدند. اما مرحوم سید یزدی فرموده صلح قهری. ممکن است برخی نیز قاعده عدل و انصاف را جاری بدانند اگر مفاد آن را با صلح قهری یکی ندانیم.

### بررسی مسائل مرتبط با جریان قرعه در مقام

برای روشن شدن بحث باید بررسی کنیم که آیا واقعا اینجا مصب قرعه است؟ هم به لحاظ اینکه چرا صلح قهری جاری نباشد؟ و هم از باب اینکه اگر اصول دیگر در اینجا موضوع داشته باشند چرا آن اصول جاری نباشند و قرعه جاری باشد؟ آیا آن اصول جاری هستند چون اشتباه و مشکل و مجهول که موضوع قرعه است مرتفع می شود؟ یا بر عکس است و با وجود قرعه آن اصول جاری نیستند؟ مثلا اگر در برخی موارد قرعه، استصحاب یا برائت نیز موضوع داشته باشند، آیا آنها جاری هستند و جای قرعه نیست یا قرعه جاری است و جای آنها نیست. تا به این پرسشها پاسخ داده نشود نمی توان حکم در مقام را روشن نمود.

بسیاری از محشین در اینجا وارد بحث قرعه نشده اند و بحث قرعه به جای خود احاله داده اند. در حالی که مطلب در همان موضع نیز واضح نشده است. خصوصا که در فرع ما بحث صلح قهری نیز مطرح است که نتیجه کاملا متفاوتی از قرعه دارد. حتی بعضی ها احتمالی داده اند که مقام مصب اقل و اکثر باشد. مرحوم شیخ حسن کاشف الغطاء در انوارالفقاهه پس از ذکر احتمال جریان قرعه و صلح قهری این احتمال را مطرح کرده اند که بگوئیم مصداق اقل و اکثر است لذا از اکثر برائت جاری می کنیم. البته این قول صحیح نیست لکن مطرح شده است.

لذا باید نسبت بین این ادله را بررسی کنیم و بحث فوق العاده دشواری است، چون هم لسان ادله مختلف است و هم نسبت سنجی بین ادله واقعا دشوار است.

## اقوال در تقدم قرعه یا استصحاب

عجیب این است که مرحوم شیخ تقدم قرعه بر احتیاط و تخییر و براءت را از باب حکومت یا ورود قرعه می دانند لولا آن نکته که عموم قرعه به خاطر کثرت تخصیص، تضعیف شده است لذا به قرعه فقط در جائی عمل می کنیم که همراه عمل علماء باشد. که این فرمایش خاصی است روی مبانی خاص خودش. مرحوم آخوند هم به وجهی همین تضعیف عمومات قرعه را درست کرده اند منتهی قرعه را مقدم نمی کنند. می فرمایند به خاطر تضعیف عموم قرعه و قوت عموم استصحاب، استصحاب بر قرعه مقدم است. برخی مانند محقق عراقی ره پس از بحثی مفصل در آخر بحث در نسبت بین استصحاب و قرعه می فرمایند: اگر در موضوعی استصحاب و قرعه جمع شوند قرعه مقدم است، چون هر کجا که قرعه می خواهد واقع شود معمولاً یک استصحاب عدمی داریم و اگر بنا باشد استصحاب را مقدم کنیم جایی برای قرعه باقی نمی ماند. به خلاف فرض تقدیم قرعه که موارد فراوانی برای جریان استصحاب باقی می ماند. فرمایش ایشان شبیه بیانی است که مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه در نسبت بین قاعده ید و استصحاب می فرمایند. ایشان ید را مقدم بر استصحاب می دانند چون غالباً در هر جایی که بخواهیم به ید تمسک کنیم حالت سابقه عدم ملکیت و عدم ید نیز وجود دارد لذا اگر استصحاب را مقدم کنیم به صورت کلی، ید بی موضوع یا قلیل المورد می شود. و یکی از راه های حکومت و تقدم یک دلیل بر دلیل دیگر این است که از تقدیم یک دلیل بر دیگری لازم آید که آن دلیل محکوم هیچ موضوعی نداشته باشد ولی تقدیم به صورت عکس چنین لازمه ای نداشته باشد. این خود یکی از وجوه حکومت یک دلیل بر دلیل دیگر است. محقق عراقی نیز در نسبت بین قرعه و استصحاب همین بیان را دارند. که نتیجه فرمایش ایشان عکس نظر نهایی مرحوم شیخ و مرحوم آخوند می باشد.

در برخی فروض که تفصیل آن خواهد آمد محقق نائینی و محقق عراقی می فرمایند تشخیص اینکه آیا مورد، موضوع احتیاط است یا قرعه است یا صلح است یا قاعده عدل و انصاف و مانند آن، به غایت

دشوار است که وجهش خواهد آمد. بعد می فرمایند: بنابراین باید برگردیم به همان حرفی که گفته اند قرعه را هر کجا علماء به آن عمل کرده اند فبها و الا نه.

این ادعا نیز عجیب است. ما عمومات و اطلاعاتی داریم که در هر مجهولی قرعه را جاری می داند. اینکه از اینها رفع ید کنیم و بگوئیم باید علماء به قرعه عمل کرده باشند تا بتوانیم به آن عمل کنیم چه وجهی دارد؟ اینکه خروج اکثر، موجب تضعیف عام می شود نیز قابل بحث است. چه بسا بالتخصّص بیرون باشند، همانطور که خود آقا ضیاء و آقای نائینی هم همینطور می گویند که موارد بالتخصّص خارج هستند. بنابراین یک مسأله فوق العاده دشواری پدید می آید که نسبت قرعه است با این قاعده ها چیست.

### بیانات مرحوم نائینی در مقام

خداوند متعال رحمت کند مرحوم آقای نائینی را، ایشان معمولاً در مباحث با دست پر وارد می شود یعنی ایشان در بسیاری از مطالب دامن دامن مطلب می ریزد و دیگران بر سر سفره ایشان می نشینند، حتی به نظرم خیلی وقتها محقق اصفهانی و محقق عراقی نیز بر سر سفره ایشان نشسته اند، ولو اشکال می کنند و رد می کنند ولی حرف را ایشان طرح کرده اند. ولی اشکال کار مرحوم نائینی عمدتاً این است که بسیاری از مطالبشان دلیل ندارد. حرف را طرح می کند و به قول امروزی ها یک ایده وسط میدان می آورد ولی معمولاً نمی تواند چنان که شایسته است از این حرف دفاع کند.

### مرحوم نائینی: موضوع قرعه اختصاص به اشتباه در موضوع دارد

در همین بحث قرعه ایشان در مقام بیان نسبت بین قرعه و اصول دیگر می فرمایند: اصلاً موضوع قرعه با اصول دیگر در یکجا مجتمع نیست «لأن التبعد بالقرعة إنما يكون في مورد اشتباه موضوع التكليف و تردده بين الامور المتباينة و لا محل للقرعة في الشبهات البدوية سواء كانت الشبهة من مجاری اصالة البرائة و الحل أو من مجاری الاستصحاب»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> فوائد الاصول؛ ج ۴؛ ص ۶۷۸



## اشکال به نظر مرحوم نائینی در موضوع قرعه

پرسش این است که مرحوم نائینی این را از کجا می فرمایند که موضوع قرعه جائی است که اشتباه موضوع تکلیف و ترددش باشد؟ مورد برخی از روایات که خاص بود، و حتی در برخی از آنها اصلاً تعیین واقعی نداشت. آیا در جایی که اصلاً تعیین ندارد، موضوع تکلیف، بین امور متباینه تردد دارد؟! اصلاً تکلیفی ثابت نبود، مولا با قرعه تازه ابهام را درست می کند. شخصی می گوید «اول مملوک املکه فهو حر» و اتفاقاً پنج مملوک را با یکدیگر مالک می شود، آیا در اینجا اصلاً قبل تعیین با قرعه تکلیفی داریم؟ چه بسا اگر روایت نمی گفت قرعه، ممکن بود کسی بگوید اصلاً این عتق باطل است. یا طلاق یکی از دو همسر که برخی علی فرض صحت فرموده اند قرعه بیندازیم اگر روایت نداشته باشد تا تکلیف را معین کند ممکن است کسی بگوید چنین طلاق از اساس باطل است. لذا عرض ما این است که وقتی هنوز اول مملوک وجود ندارد تکلیفتان کجاست؟

**سؤال:** مفروض گرفته.

**جواب:** نه، فرض این است که در زمانی که هنوز مملوکی ندارد می گوید «اول مملوک املکه فهو حر» و اول مملوک او هر پنج تا با یکدیگر هستند. یکدفعه پنج مملوک به او ارث رسیده است. بحث اینجاست. ما در موقع خواندن روایت این را عرض کردیم بعد دیدم بعضی ناظرین به این تصریح می کنند. مرحوم محقق عراقی هم تصریح کرده است که ما دو قسم قرعه داریم: قرعه در جائی که تعیین واقعی است و اشتباه می شود، و در جائی که اصلاً تعیین ندارد و با قرعه معینش می کنیم. مرحوم امام هم در همین بحث و برخی دیگر تصریح کرده اند که قرعه دو قسم دارد.

آنوقت در این روایت که اول مملوک املکه فهو حر خود روایت می گوید که پنج مملوک را با هم مالک شده است لذا اول مملوک ندارد.

## موضوع بودن وجود مضاف به طبیعت یا اول وجود

الا بر اساس مبنایی در معنای اول و مانند آن که نیاز به بحث دارد. اگر یاد دوستان باشد در بحث صرف الوجود، فرق بین اینکه وجود مضاف به طبیعت را موضوع بگیریم یا اول وجود را، برخی صرف الوجود را به اول وجود تفسیر می کنند. یکی از فرقه‌های اینکه صرف الوجود را به اول وجود تفسیر کنیم یا به صرف الوجود یعنی وجود مضاف به طبیعت، همین است. اگر ما صرف الوجود را وجود مضاف به طبیعت تفسیر کنیم نه اول وجود که اینجا اول مملوک گرفته، هر پنج تا را می توانستیم بگوئیم صرف الوجود است. در باب امثال اگر به ما بگویند که «جننی بکأس ماء» اگر عبد پنج کاسه را با یکدیگر بیاورد هر پنج تا مصداق جننی بکأس ماء هستند. نه تنها یکی از آنها. چون اول وجود ندارد. هر پنج تا مصداق هستند چون همه وجود مضاف به ماء هستند. مقصودم این است که اول مملوک یک خصائصی دارد، یکی اینکه اول مملوک بر پنج تا صدق نمی کند. اما اگر یک جائی وجود مضاف به عبد موضوع بود، آنوقت می شد بگوئیم کل پنج تا مصداق وجود مضاف به عبد هستند. حالا این بحث دیگری است که باید سر جای خودش انجام شود.

پس پرسش ما از مرحوم نائینی این است که در جائی که تعیین ندارد از کجا استفاده کردید که موضوع قرعه اشتباه موضوع است؟

از عبارات ایشان دو مطلب استفاده می شود. در یکجا ایشان می گوید متفاهم از قرعه این است.

می گوئیم آیا واقعا لفظ قرعه عرفا می گوید در موضوع باید باشد؟!

**سؤال:** مشتبه انصراف به موضوع دارد.

**جواب:** ایشان نفرموده از مشتبه استفاده می شود می فرماید متفاهم از لفظ قرعه این است. بله در برخی

عبارات محقق عراقی هست که از اشتباه می فهمیم ولی ایشان این را نفرموده است.

**سؤال:** قرعه همیشه بین این و آن است. یعنی از الفاظی است که نیاز به موصوف دارد، پس می شود

شبهه موضوعیه.

**جواب:** بله در بعضی از عبارات ایشان تقریباً به همین اشاره می کند که جوابش نیز خیلی روشن است و خواهد آمد. محقق عراقی نیز به نحو دیگری می خواهد همین را بگوید که آن را نیز عرض خواهیم نمود. محقق نائینی در عبارت دیگری می فرماید ما این را از اخبار استفاده می کنیم.

بعد ایشان می فرماید: «لأن المستفاد من قوله عليه السلام القرعة لكل مشتبه أو مجهول» که البته ما روایتی به این صورت نداریم، ایشان مضمون را فرموده اند. عبارت روایت صحیح «كل مجهول ففيه القرعة» است، یا در روایت عوالی اللثالی تعبیر «ما اشكل» آمده است.<sup>۱</sup> که البته حجیتی نیز ندارد و لذا خیلی هم به بحث نیاز ندارد لکن تعبیر مشتبه یا مجهول در روایات معتبره نیست. «هو مورد اشتباه الموضوع بين الشئین أو الاشياء فيقرع بينهما لخراج موضوع التكليف، و لا معنى للقرعة فى الشبهات البدوية فإنه ليس فيها الا الاحتمالين، و القرعة بين الاحتمالين خارج عن مورد التعبد بالقرعة».

می فرمایند در شبهات بدوی ما دو تا احتمال داریم، قرعه بین احتمالین خارج از مورد تعبد است. می گوئیم چرا؟!۱

### استفاده مورد بودن موضوع با دو بیان (عنوان قرعه و اخبار)

پایین می فرمایند: «و الحاصل أن عنوان المجهول و المشتبه و المشكوك و إن كان يعمّ الشبهة البدوية (که موضوع قرعه است) الا أن المتفاهم من عنوان القرعة هو أن يكون بين الموضوعات المتعددة لا بين الاحتمالين فى موضوع واحد».

پس ایشان می خواهند از مفهوم لفظ قرعه دریاورند که قرعه در دو احتمال بین موضوعات است نه بین خود دو تا احتمال در موضوع واحد.

<sup>۱</sup> دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۵۲۲

بعد می فرمایند: «فالحریّ إنما هو ملاحظة النسبة بين اصالة الاحتياط و التخییر و بین القرعة لا بینها و بین الاستصحاب او اصالة الحل و البرائة» چون این دو تائیدی را می گوید کلاً واضح است که موضوعش فرق می کند.

بعد دوباره تکرار می کند که: «لا اشکال فی أن مورد القرعة إنما هو الموضوعات الخارجية و اما الاحکام الشرعية فلا مجال للقرعة فیها».

اینجا تکرار ادعا است و هیچ استدلال مفیدی در آن نیست الا اینکه متفاهم عرفی از لفظ «قرعه» این است که در موضوع خارجی باشد. ولی این هم اول کلام است. آیا واقعا ما از لفظ قرعه این را می فهمیم؟! این یک ادعا است حتی اگر نگوئیم که «کل مجهول ففیه القرعة» با اطلاقش این نظر را دفع می کند، یا اگر نگوئیم بعضی از روایات خلاف این است مثل همان روایتی که دارد با قرعه واقع را تعیین می کند. واقع اصلاً متعین ندارد، با قرعه داریم تعیین می کنیم. گوئی خداوند می خواهد راه را برای ثبوت حکم خودش باز کند، نه اینکه حکم ثابتی روی موضوع مشتبه واقعی هست که من نمی دانم کدام است و با قرعه می خواهم موضوع حکم را تعیین کنم. اصلاً همچنین چیزی نیست. اول مملوک املکه. یا یوصی بعق ثلث رقبته، می گوید شما ثلث این رقاب را عتق کنید، یکدفعه می بینند که این آقا ده تا عبد دارد، از این ده تا عبد ثلثش را می خواهند آزاد کنند، کدام را آزاد کنند؟ اینجا موضوع مشتبهی ما نداریم، چون تعیینی در واقع ندارد. چه بسا اگر ما بودیم می گفتیم اصلاً چنین عتقی باطل است، چون باید طرف عتق را تعیین کنید. عتق یعنی آزادی از عبد بودن و آثار فراوان دارد. اگر همینطور لا تعیین عتق کند مانند این است که لا تعیین تملیک کند که در مواردی گفتیم این تملیک باطل است، بگوید من تملیک می کنم «شیء ما» را به شما، می گوئیم این تملیک اصلاً باطل است، تملیک «شیء ما» یعنی چه؟! وقتی ما با قرعه داریم این شیء را تعیین می کنیم یعنی اصلاً راه را برای حکم الهی باز می کنیم. چه کسی گفته همه اش اشتباه موضوع است؟! پس این یک ادعا است.

ایشان در ادامه می فرماید: «فلا مجال للقرعة فيها بل إن امکن فيه الاحتياط فهو و الا فالتخير، فأن قوله عليه السلام القرعة لكل امر مشتبه و إن كان بظاهره یعم اشتباه الحكم الشرعی (مشتبه، حکم شرعی را هم می گیرد) الا أن مورد اخبار القرعة هو ما إذا كان الاشتباه فی الموضوع الخارجی».

محقق نائینی می گوید مورد اخبار قرعه، اشتباه در موضوعات خارجی می باشد. می گوئیم شما که بالا می گفتید متفاهم از عنوان قرعه این است، ظاهرش این بود که کاری به اخبار نداشتید، مگر اینکه بخواهیم با تحمیل درست کنیم.

**سؤال:** ایشان می فرمایند عنوان القرعة به معنای اینکه کارکرد قرعه در زمانی که روایت صادر شده است چی بوده است، کارکرد قرعه برای آنهایی که استفاده می کرده اند در موضوعات خارجیه بوده است یعنی عنوان قرعه چه فائده ای دارد و اگر در آن زمان اگر کسی بخواهد از قرعه استفاده کند برای چه چیزی پیشنهاد می دهد و فائده اش چیست.

**جواب:** ایشان نفرموده چه فائده ای دارد. گفته اصلا قرعه در آن زمان چی بوده است.

**سؤال:** این متفاهم همان مضامین اخبار است، یعنی هر دو یک چیز را می گویند.

**جواب:** قرعه قبل از اسلام هم بوده است. اگر آنوقت می گفتند قرعه بیندازیم چی می فهمیدند؟ به روایات کاری نداشتند، از ماهیت قرعه چه می فهمیدند؟!

**سؤال:** اینکه می گویند متفاهم از عنوان قرعه یعنی اگر در دوران جاهلیت هم می گفتند قرعه بیندازید برای وقتی بود که موضوع خارجي مشتبه می شده است.

**جواب:** پس چه ربطی به اخبار دارد؟ چرا می گوید مورد اخبار این است. ما همین را می گوئیم که چه ربطی دارد؟

**سؤال:** مورد اخبار قرعه در اشتباه در موضوع خارجي است. پس دو تا مطلب یکی است.

**جواب:** پس چرا می گوئیم مستفاد از عنوان قرعه؟! عرض ما این است که مستندکلام شما آیا ضیق بودن مورد اخبار است یا اینکه عنوان قرعه ضیق است؟

### محقق نائینی مورد را مخصص نمی داند بلکه مغیر ظهور می داند

ایشان در ادامه وارد این بحث که مورد مخصص نیست می شوند و می فرمایند: من نمی گویم مورد تخصیص می زند، منتهی ظهور درست می کند، «بل ندعی أنه من الموارد يستكشف أن مصب العموم هو خصوص الموضوعات» نه از باب اینکه مفهوم عرفی قرعه این است، بلکه می گوید چون موردش خاص است به عموم مشتبه نباید اخذ کنیم، بلکه درخصوص موضوعات است. این هیچ ربطی به این ندارد که مفاد قرعه عرفا اینطور بوده است. بلکه اینطور بگوئیم که اصلا اگر مفاد لفظ قرعه این بود ولی القرعة لکل مشتبه بود و عموم هم داشت، شما می توانستید با این استدلال آن را ضیق کنید. اگر خود مفهوم قرعه هم اصلا چنین اختصاصاتی نداشت، شما با این استدلالی که ایشان گفته است که عموم روایت بخاطر مورد، عمومش شکسته می شود، لذا بیشتر از این از آن کشف نمی شود می توانستید مطلب را درست کنید. لذا ایشان دارند دو حرف مختلف بیان می کنند.

### جواب از دو دلیل محقق نائینی برای اختصاص مورد به موضوعات

حالا چه ما بگوئیم بخاطر مورد روایات تضییق می کنیم و چه بخاطر مفهوم قرعه، آیا این حرف درست است؟

به نظر ما این استدلال صحیح نیست نسبت به مورد روایات، روایت «کل مجهول ففیه القرعة» که مورد خاص ندارد. شما ادعا می فرمایید مورد خاص دارد ولی ما که در روایت چیزی ندیدیم، در روایت دارد که راوی می گوید سئلته عن مسئلة، حضرت امام ره نیز همچنین می فرمایند، در حالی که در صدر روایت نمی گویند مساله چه چیزی بوده تا بتوانیم از آن بفهمیم که آیا در جایی است که یک زمینه خاص دعوا و تشاح بوده یا نزاعی در میان نبوده است. مساله ای را پرسیده است و نگفته تشاح و تنازع در میان بوده است. «سئلته

عن مسئله و امام علیه السلام فرمود: «کل مجهول فیه القرعة». از کجای این روایت فرمایش ایشان بدست می آید که مورد اخبار هو ما إذا كان الاشتباه فی الموضوع الخارجی، می گوئیم کجای این موضوع خارجی است؟! است؟!

**سؤال:** انصراف به خاطر کثرت استعمال است به خاطر موضوعات خارجیه نیست؟

**جواب:** این انصراف ثابت نیست چه کسی می گوید که ما لفظ قرعه را در خاص استعمال کردیم؟ حتی آنهایی هم که ادعا می کنند موضوع قرعه خاص است می گویند عمومش تخصیص می خورد، نه اینکه ما لفظ قرعه را در خاص استعمال می کنیم. بلکه تصریح می کنند که این تخصیص با وجود این است که لفظ مجهول و مشتبه و مشکل یعمّ الحکم را. پس در خاص استعمال نکردیم.

**سؤال:** ما می گوئیم اطلاقش را منصرف می کنیم به خاطر کثرت استعمال.

**جواب:** پس نگوئید استعمال. انصراف در مراد جدی است در مستعمل نیست که به کثرت استعمال باشد ربطی به استعمال ندارد.

**سؤال:** جهل در حکم معنا ندارد بالاخره راهی برای تعیین حکم وجود دارد. در همان مثالی که در یک طهر چند نفر با کنیز مواجهه کرده بودند آن بچه واقعا راهی برایش نبود؟ راه های شرعی اعم از عموم روایت، اصل یا اماره جاری می کنیم.

**جواب:** مگر ما با روایت اینجور برخورد می کنیم؟ اگر یک روایتی مثل قرعه و به فرمایش محقق عراقی مقدم بر استصحاب می شود مگر اینطوری باید استدلال کنیم که ما راه دیگری داریم؟! اگر اینطور باشد در تقدیم اماره بر اصول بگوئید ما چرا اماره را تقدیم کنیم، با همین اصول تکلیفش را حل می کنیم. اگر می گویند اماره مقدم است چون امارات اینطوری حجت شده اند، پس در قرعه هم ما باید همین کار را کنیم که ببینیم قرعه چطوری حجت شده است، آیا قرعه طوری حجت شده است که وارد یا حاکم می شود

بر اصول یا نه؟ پس این را باید کشف کنیم. نگوئیم که اگر قرعه هم نباشد تکلیفش را حل می کنیم، اگر این باشد ما هم می گوئیم اماره هم نباشد با اصول تکلیفش را حل می کنیم. نقض کردم روی آن فکر کنید.

پس ما هستیم با یک ادعا از یک محقق بزرگ. می فرمایند قرعه فقط بین موضوعات است و پرسش ما این است که این مطلب را بر چه اساسی می فرمایید؟! یکجا می فرمایند متفاهم از قرعه این است و در جای دیگر می گویند مورد اخبار این است. می گوئیم مورد اخبار تخصیص خورده است؟ می فرمایند خیر، مقصودم این است که عمومش می شکند. عبارتشان این شد که: «بل ندعی أنه من الموارد يستكشف أن مصب العموم هو خصوص الموضوعات ولا يعم الاحكام».<sup>۱</sup>

عرض ما این است که اگر یک روایت خاص داشته باشیم و یک روایت عام و این دو مثبتین باشند عام را به خاص تخصیص می زنید؟ در اینجا هر دو روایت قرعه را ثابت می کنند لذا مثبتین هستند آیا شما عموم را به خاص تقیید می زنید؟ این چه وجهی دارد؟! هر دو با هم جمع می شوند. عبارت «کل مجهول فیه القرعة» می گوید در عموم مجهولات قرعه جاری است این چه تهافتی با روایتی که قرعه را در بحث خاص ثابت می کند دارد. چطور شد که يستكشف أن مصب العموم هو خصوص الموضوعات؟! مگر در اصول نمی گوئیم که اگر مثبتین شدند و با هم تنافی نداشتند هر دو جاریند. کل مجهول فیه القرعة که عموم دارد، این مجهولات خاص نیز مجرای قرعه اند هر دو با هم جمع می شوند. از کجا فرمودید که موضوع قرعه خصوص موضوعات است؟

بله اگر بگوئید متفاهم عرفی این اختصاص است مطلب دیگری است. اگر شما بگوئید در مفهوم قرعه این نهفته است یعنی در کل مجهول فیه القرعة خود مفهوم قرعه ضیق می شود. اما حق این است که قرعه اصلاً این نیست. قرعه عبارت است از تسهیم. و تسهیم انحاء مختلف دارد، کما اینکه در روایات، مختلف است. ممکن است در جایی واقع مشتبّه وجود داشته باشد، با تسهیم بنخواهیم آن واقع مشتبّه را معلوم می

<sup>۱</sup> فوائد الاصول؛ ج ۴؛ ص ۶۷۹



کنیم؛ همانطور که ممکن است اصلاً تعین واقعی نداشته باشد و با قرعه بخواهیم به آن تعین ببخشیم و حتی می شود در حکم جاری کنیم. لذا قرعه ثبوتاً شامل هر سه قسم می شود و خود ایشان نیز پذیرفتند که مجهول و شبهه فی حد ذاتها شامل حکم نیز می شود. مثلاً اگر من نمی دانم شرب التتن حرام است یا نه، با قرعه حرمت یا حلیت آن را تعیین کنم این کاملاً معقول است و ثبوتاً مشکلی ندارد؟

**سؤال:** متعارف قرعه در زمان جاهلیت و همچنین روایات باب. جریان قرعه در حکم نبود

**جواب:** اگر اینطور باشد قرعه ای که برای تعیین است نیز نبوده است. مگر در زمان جاهلیت برای تعیین موصی بها یا تعیین عبدی که حرّ است بدون اشتباه خارجی قرعه می زده اند؟ در این موارد که اشتباه خارجی نبوده است، بلکه لا تعین را تعیین می کنیم، اصلاً در واقع تعین ندارد داریم با قرعه تعیینش می کنیم. همچنین چیزی آیا در زمان جاهلیت بوده است؟!

**سؤال:** مسأله این است که یک موضوع خارجی را معین کنیم، فقط اصل اشتباه نیست. مسأله این است که برای تعیین حکم نیست برای معین کردن موضوع است.

**جواب:** در اینجا حکم، برای قرعه شبیه موضوع می شود. می خواهیم تعیین کنیم که این است یا آن، این حکم و موضوع و متعلق و متعلق المتعلق تعبیرات ما اصولیان است. در قرعه اگر گفتم بین وجوب و جواز قرعه می اندازیم اینها موضوع قرعه می شوند. بله به لحاظ تشقیقات، حکم داریم، متعلق داریم، متعلق المتعلق داریم و یک موضوع تکلیف اما اینها ربطی به بحث قرعه ندارد. اینها تقسیمات حکم است. کمی بعدتر در جواب بیان آقا ضیاء عرض می کنم که شما می بینید چه اشتباه عجیب و غریبی می کنند.

پس فرمایش آقای نائینی این است. و به نظر من آنچه که در این فرمایش هست یک ادعا است. یعنی تکرار اصل دعواست و مصادره کامل است. چون بحث سر این است که آیا قرعه در احکام هم می آید و در مصب اصول هم می آید؟ ایشان ادعا می فرمایند نخیر، قرعه فقط در موضوعات است. می گوئیم چرا؟ حاصل حرفی که می شود در آورد این دو کلمه بود: یکی متفاهم از لفظ قرعه این است. که این ادعای واقعا بی دلیل است.

ثانیا اینکه بفرمایند موضوعات به لحاظ مورد تخصیص خورده اند این نیز ادعای صرف است، روایت عام ما تخصیص موردی ندارد. اگر می گوئید به روایات بیرون تخصیص خورده، می گوئیم دلیلی بر کبرای این تخصیص نداریم. نمی توانیم حکم عام مستفاد از یک روایت را به روایت مثبت دیگر تخصیص بزنیم. اگر مولا بگوید «اکرم کل عالم» سپس بگوید «اکرم هذا العالم» نمی توانیم بگوئیم روایت اول به دومی تخصیص می خورد. چنین کاری واقعا از اعجب العجائب است. در اینجا فرموده اند فی کل مجهول قرعه، در آنجا هم فرموده اند در این مجهول هم قرعه است، آیا این تخصیص می زند؟! چه حرف عجیب و غریبی است.

بله اگر ذکر موارد به عام متصل بود ممکن بود بگوئیم از باب قرینیت موجود مثلا عموم را قدری تحت الشعاع خودش قرار می دهد و آن را می شکند. این وجهی داشت. اما بیان منفصل چه وجهی برای تخصیص است. حتی آنجایی هم که متصل باشد قبول نیست. بخاطر اینکه کثیرما در روایات ابتدا القاء کلیات شده و بلافاصله مصادیقی از آن بیان شده است. در این موارد مورد را مخصص نمی دانند.

## امضائی یا تأسیسی بودن قرعه

سؤال: قرعه امضائی است یا تأسیسی؟

جواب: دلیلی نداریم که امضائی صرف باشد. امام ره می فرمایند امضائی است همان چیزی است که عقلاء می گویند. ولی هیچ معلوم نیست، روایات معلوم نیست این را بگویند. بخاطر اینکه در بعضی از مواردی که در روایات آمده اصلا معلوم نیست نظر عقلاء باشد. مثلا در باب تعیین واقع، حرف عقلاء است؟ یعنی اگر ما یکی از دو عبد را آزاد کردیم ممکن است بگوئیم نظر عقلاء بر بطلان عتق است. چرا در جائی که لا تعیین باشد بگوئیم یکی از آنها تعیین می شود؟ معلوم نیست آنچه که ما در قرعه می گوئیم امضائی باشد. البته قرعه در زمان جاهلیت بوده چون مساهمه بوده، اما اینکه آنچه که شارع در باب قرعه می گوید امضاء حرف آنها باشد اول کلام است، چنین چیزی روشن نیست.

بعد هم خصوصاً در آن آیه شریفه که "أَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ"<sup>۱</sup> بعضی ها استفاده می کنند که دارد قرعه را منع می کند، چون استقسام آنجا شبیه قرعه بود.

البته این حرف جواب دارد. چون آنجا به بتها و اینها تمسک می کردند، چه ربطی دارد به جایی که فوضوا امرهم الی الله؟ این زمین تا آسمان فرق می کند.

عرض من این است که معلوم نیست حتی آنجاهایی هم که در میان جاهلیت قرعه ای بوده با ادله قرعه همان امضاء شده باشد با این کیفیت. قرعه به این شکل در اینجا آمده است.

این تمام الکلام راجع به این ادعای محقق نائینی.

### بررسی حق الله و حق الناس بودن مورد قرعه در کلام مرحوم نائینی

بعد محقق نائینی بحثی را مطرح می فرمایند که اجمالش را عرض می کنم. ایشان می فرمایند: موضوع مشبهه تارة مما يتعلق به حق الله تعالى است و اخرى مما يتعلق به حق الناس. در آنجایی که حق الناس است می گوید: وظیفه قد تقتضی اخذ به قاعده عدل و انصاف، مثل آنجایی که درهم عند الودعی مشبهه می شود یا موارد قیام بینات و تردد موضوعش. ایشان ادعا می کند «فإن المتحصل من مجموع الاخبار الواردة فی ذلك و فی باب الدرهم الودعی هو الاخذ بما يقتضيه العدل و الانصاف».

اینکه ما قاعده ای به نام عدل و انصاف داشته باشیم اول کلام است. مستند این قاعده چیست؟ حکم عقلی است یا حکم شرعی؟ اگر می خواهند بگویند حکم عقلی است باید دید موضوعش چیست؟ برخی تصویر می کنند که این قاعده در جایی است که کلاً در همه جهات مساوی باشد، آنجا می گویند مقتضای عدل و انصاف این است که تنصیف کنیم بین اطراف. مرحوم محقق عراقی اینجا حاشیه می زند می گوید اگر قرعه وارد بشود خود قرعه مرجح است عدل و انصاف کجا بود؟! مثل بقیه موارد. مثلاً اگر یک اصلی

<sup>۱</sup> المائدة ، الآية: ۳

جاری می شد شما قاعده عدل و انصاف جاری می کردید؟ نمی کردید. قرعه هم همینطور. وقتی با قرعه تعیین شود دیگر قاعده عدل و انصاف یعنی چه.<sup>۱</sup>

بعد ایشان می گوید: «و قد تقتضى الوظيفة اخراج الموضوع المشتبه بالقرعة»، یک جاهایی اینطور است. بعد هم ایشان می گوید مواردی هم باید احتیاط کرد. اما کجا، هیچ ایشان معلوم نمی کند. خودش هم قبول دارد. بعد می گوید اصلاً تشخیص اینکه مورد قرعه است یا مورد احتیاط است یا مورد تخیر است یا مورد قاعده عدل و انصاف است «فی غاية الاشکال، ولذلك قيل إن العمل بالقرعة إنما يكون فی مورد عمل الاصحاب و لا يجوز الاخذ بعموم اخبارها». می فرماید چون تشخیص موارد اینها خیلی مشکل است می گوئیم در همان مواردی که مورد عمل اصحاب بوده است قرعه را جاری می کنیم.

می گوئیم عمل اصحاب مگر حجیت ذاتی دارد؟! عمل اصحاب طبق فرمایش مرحوم شیخ برای تقویت عموم است، شما عموم ها را که شکانید، می گوئید اصلاً مورد قرعه نیست، به چه چیزش می خواهید تمسک کنید؟! عمل اصحاب مگر فی حد ذاتها یکی از حجج عالم است؟! اگر اجماع باشد یک حرف است، اما اینکه اصحاب آنهم عده ای از آنها عمل خارجی کرده اند به چه درد می خورد.؟!!

جالب این است که مطابق فصیح ناقصی که کردم ظاهراً قدمات اصلاً بحث شک بین ترتیب و تشریک را مطرح نکرده اند تا بفرمایند قرعه بیندازیم یا نه. به این شکل اصلاً بیان هم نشده است لذا عمل اصحابی وجود ندارد. عمل اصحاب قرن ۱۱ و ۱۲ به چه درد می خورد و چه حجیتی دارد؟! عمل اصحاب قدیم هم فی حد ذاتها حجت نیست مگر اینکه از آن اجماعی فهمیده شود که بحث دیگری است که اینجا نگفته اند. بعد می فرماید: از شواهد این اشکال این است که در غنم موطوئه در خبر آمده است که شما یکی را با قرعه بیرون کنید و حکمش را جاری کنید و در الباقی آزادید. ایشان می فرماید غنم موطوئه که اکلش و فروشش محرم است چه فرقی می کند با اشتباه حرام که در حرام این را نمی گوئیم؟!!

<sup>۱</sup> فوائد الاصول ج ۴، ص: ۶۸۰

می خواهند نتیجه بگیرند که اصلاً منقح نیست که موردش کجاست. ایشان در تأیید اینکه خیلی مشکل است می فرماید: «فإنه عند اشتباه الموطوء بغيره في الغنم تجري فيه القرعة كما ورد به النص و اما عند اشتباه الحرام بغيره في غير الموطوء لا تجري فيه القرعة». اگر اشتباه نجس و پاک باشد یا اشتباه خمر باشد با غیر خمر، ما نمی آییم با قرعه تعیین کنیم که یکی را بیرون بیندازیم و بقیه را عمل کنیم. «مع أن الفرق بينهما غير واضح»، چه فرقی با هم می کند. بعد می فرماید: «ولابد من التأمل التام و المراجعة في كلمات الاعلام»<sup>۱</sup>.

نسبت به حق الله هم ایشان فرموده وظیفه قد تقتضي الاحتياط و قد تقتضي التخيير و قد تقتضي القرعة، اما کجا؟ هیچ بیان نمی کند. می گوید و الانصاف، که دوباره همین را فرموده است.

نهایت این می شود که ایشان در بحث کبری چنین ادعایی فرمود که در مورد قرعه مقدمش کنیم بر اصول دیگر، با آن بیان. نسبت به اجراء خارجی هم می گوید اصلاً یک دشواری عجیبی برای تنقیح موضوعش هست و همه را به تردید وا گذاشته اند، چه در مورد حق الله و چه در مورد حق الناس، که قد یكون مصب الاحتياط و قد یكون مصب التخيير و ... و اینها هم تشخیص دشوار است.

به نظر من از ماحصل اینها چیزی در نمی آید الا همان دو نکته ای که در قرعه ایشان گفتند و جوابش داده شد. مقتضای اخبار اینهایی نیست که ایشان می فرماید.

«والحمد لله رب العالمين».

<sup>۱</sup> فوائد الاصول؛ ج ۴؛ ص ۶۷۹/۶۸۰

### فهرست

جایگاه انس با خداوند و توسل محضر اهل بیت علیهم السلام	۱۱۴
خلاصه بحث گذشته	۱۱۸
فرمایشات محقق عراقی ره در بحث قرعه	۱۱۸
فرق گذاشتن بین دو عنوان مشتبه و مجهول با عنوان مشکل	۱۱۸
ضیق بودن موضوع قرعه حتی در عنوان مشتبه و مجهول طبق نظر دقیق	۱۱۹
استفاده خروج موضوعی از این بیان	۱۲۰
مقصود از «لا لعنوانه» در کلام محقق عراقی	۱۲۱
نیاز به نسبت سنجی با وجود خروج شبهات حکمیه و موضوعیه بدویه از موضوع قرعه	۱۲۲
نتیجه گیری محقق عراقی ره	۱۲۳
دو نکته ما حصل فرمایش محقق عراقی	۱۲۳
بررسی ادعای اول محقق عراقی ره	۱۲۳
تأیید ادعای دوم محقق عراقی ره	۱۲۴
ماهیت اجماع در مقام	۱۲۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

### جایگاه انس با خداوند و توسل محضر اهل بیت علیهم السلام

در مورد این جلساتی که در تکریم مقامات اهل بیت علیهم السلام برگزار می شود بنده کلمه ای عرض کنم، گرچه جلسه ما جلسه مختصری است ولی انصافش این است که ما همه به این تذکرها و به این احساس انس با اهل بیت علیهم السلام نیازمندیم. و این مطلبی است که همواره باید به آن متذکر باشیم و عمل کنیم. برخی مخصوصا کسانی که اهل روشنفکری هستند و مسائل را از بُعد جامعه شناسی نگاه می کنند نگاهشان از بیرون این است که عده ای دارند مراسمی

می گیرند. گفتند که این اشکها چیست که می ریزند و این حرفها چیست. ولی واقعیت این است که این اعمال از بعد اجتماعی نیز مهم است. امروزه در زمانه ای هستیم که دارند با همه ابزار سلطه علیه اعتقادات شیعه کار می کنند، و ما نه فقط به شیعه بودن خودمان تعصب داریم، بلکه نگران حقیقتیم. نگرانی از این نیست که فقط چند صد میلیون شیعه ممکن است در اثر این هجمه ها لطمه ببینند، نگرانی از این است که با این هجمه ها حق لطمه می بیند.

و نکته مهمتر این است که از منظر فردی و باطنی انس با حق تعالی و انس با ائمه علیهم السلام رکن وجودی ما است. بحث برگزاری مراسمات به لحاظ بُعد اجتماعی اش و تقویت جانب شیعه در جهان امروزی واقعا اهمیت دارد، علاوه بر اینکه فوائد و عوارض مهم سیاسی و اجتماعی دارد که باید سر جای خودش در آن تأمل کرد. در واقع دولتمردان در هر جایی که هستند باید این مسأله را مد نظر داشته باشند و البته دارند و خیلی بحث مهمی است.

خداوند آیت الله وحید حفظه الله را حفظ کند یقوتی می فرمودند من در این بحثهای ولائی نظرم به امروز نیست بلکه دارم برای دویست سال بعد فکر می کنم که جامعه شیعه حفظ و تقویت شود. و این نگاه واقعا نگاه درستی است باید در برنامه ریزی ها چنین نگاهی داشته باشیم؛ منتهی بنده عرض دیگری دارم و همیشه هم گفته ام که اتصال معنوی ما با اهل بیت علیهم السلام مثل اتصال معنوی به ساحت حق تعالی، این اصلا رکن وجودی ما است. ما استکمالمان به همین است. و در این مسأله ما باید به مقامات ائمه علیهم السلام توجه داشته باشیم. لذا در این ساحت وقتی بحث مدح ائمه علیهم السلام یا پیامبر صلی الله علیه و آله یا ذکر مصائب ایشان مطرح است، علاوه بر اینکه ما وظیفه اجتماعی داریم و آن را انجام می دهیم، باید به این نکته نیز توجه کنیم که اگر کسی با تذکر و توجه و با قصد قربت در این مراسم شرکت کند، در باطنش حبی به این ذوات مقدس پیدا می شود و انسی پیدا می شود که محول حقیقت آدمی است. یعنی این انس مانند کیمیایی مس وجودی انسان را تبدیل به زر می کند.

در روایاتی که بیانگر مقامات ائمه علیهم السلام هستند این مضامین به وفور آمده است. در کتب مختلف روایی مانند اصول کافی که به راحتی در دسترس است یا کتاب بصائر الدرجات و همچنین کتاب با ارزش توحید مرحوم شیخ صدوق سوای اینکه معارف توحیدی حق تعالی به معنای خاص در آن هست، در تفسیر برخی آیات شریفه روایاتی که درباره مقامات اهل بیت علیهم السلام است را ذکر می کند فراوان است. آیه نور واقعا از بهترین و عالی ترین مضامین قرآن است "الله نور السماوات والارض مثل نوره کمشكاة فيها مصباح ... يهدي الله لنوره من يشاء و يضرب الله الامثال للناس و الله بكل

شیء علیم<sup>۱</sup>: این آیه نور از عجائب آیات قرآنی است. علمای بزرگی بر همین آیه تفسیر نوشته اند. در ذیل این آیه در کتاب توحید صدوق روایات تفسیری متعددی آمده است. مرحوم قاضی سعید قمی شرحی بر کتاب توحید دارد و در آن به تفصیل به بحث آیه نور پرداخته است. ظاهراً اگر اشتباه نکنم ملاصدرا هم تفسیری بر این آیه دارد، و علمای فراوان دیگری نیز این آیه را تفسیر کرده اند. اهل الله برای ذکر آیه نور آثار زیادی قائلند. اصلاً ذکر است، مثل لا اله الا الله که ذکر است آیه نور را به عنوان ذکر با اعدادی عمل می کنند. بعضی از بزرگان سفارش می فرمودند برای زیارت حضرت صاحب الامر سلام الله علیهم قرائت این ذکر البته با خصوصیات و کیفیت خیلی خاصی موثر است. یادم هست از بعضی از بزرگان شنیدم که در نوشته های شخصی مرحوم حاج شیخ مرتضی حائری اعلی الله مقامه - که چاپ هم شده ولی شاید این مطلب در آن نباشد ولی در اصلش بوده است - این ذکر را برای رؤیت حضرت صاحب الامر ایشان از کسی گرفته است. (و آنجا ذکر می کند از چه کسی گرفته ام حالا من اسم نمی آورم).

علی ای حال عرض می کنم این آیه، واقعا آیه عجیبی است و تجربه هم شده است. در کتاب توحید صدوق این آیه که در صدرش کلمه مشکات و مصباح آمده تفسیر به رسول الله صلی الله علیه و آله شده است، و همچنین در تفسیر «یهدی الله لنوره من یشاء» در کتاب اصول کافی بابی است که ائمه اطهار علیهم السلام نور الله هستند در آن باب، روایاتی ذکر شده که لنوره را به لائمه برمی گردانند. یهدی الله لنوره من یشاء یعنی یهدی الله للائمة من یشاء. این کلام خیلی مهم می باشد. باید توجه نمود وقتی امام علیه السلام نور الله باشد هدایت به نور آنها به همین صورت حاصل نمی شود. نیاز به توسل به ساحت حق تعالی دارد و باید از خداوند بخواهیم که این دریچه های قلبی که در اثر انحاء اشتباهات و غفلات و خدای نکرده ذنوب (که باید دعای ما «طهرنی من الذنوب والآثام» باشد) و در اثر گرفتاری های دنیائی بسته شده (که «اللهم لا تجعل الدنيا اکبر همنا ولا مبلغ علمنا»<sup>۲</sup> آرام آرام باز شود. و یکی از راه های بسیار مهم که توصیه اولیاء الله است و در کتب مذکور است توسل به ساحت ائمه اطهار علیهم السلام است. انشاء الله همه برنامه دائمی داشته باشیم. لازم نیست انسان شب و روز مشغول باشد. در شبانه روز پنج دقیقه برای توسل کنار بگذارید. ما زیارتهای جامعه کوتاه داریم، تلاوت قرآن کنیم هدیه کنیم به اهل بیت علیهم السلام و به پیامبر صلوات الله علیه. انسان خیلی خوب است با توجه این اعمال را انجام دهد.

<sup>۱</sup> النور، الآية: ۳۵<sup>۲</sup> الإقبال بالأعمال الحسنة (ط - الحديث)، ج ۳، ص: ۳۲۱



مقصود این است که آن غایت عبارت است از حصول انس به ساحت ائمه علیهم السلام و با توجه به این غایت به زیارات برود. آنوقت انسان آرام آرام ممکن است به حالی برسد که حضور ائمه علیهم السلام و پیامبر صلی الله علیه وآله را احساس کند. چون واقعا اینطوری است. ما چون توجهمان به بدنمان است حتی خودمان را نمی شناسیم لذا چگونه می خواهیم عظمت ائمه علیهم السلام را بشناسیم. ما از خودمان فقط به همین بدنمان توجه داریم، این حقیقت عظیم خودمان را که در اختیار ما است در طول عمر نمی بینیم، و تازه بعد مرگ متوجه آن می شویم «الناس نیام فإذا ماتوا انتبهوا»<sup>۱</sup>، وقتی این بدن را مانند پوستی رها کردیم، تازه به خودمان می آییم که ما این بدن نبودیم، چطور عمری انسان خودش را با بدنش اشتباه می کند، آنوقت می خواهید ما نور ائمه علیهم السلام را اینطوری ببینیم؟! باید زحمت کشید و کار کرد. یکی از بهترین کارها همین بحث توسلات و حضور در مجامع ذکر اهل بیت است به همین نیت. البته فوائد بعد اجتماعی اش هم سر جای خودش، به همین نیت که انس با ائمه علیهم السلام پیدا کنیم حاضر شویم و به زیارات برویم.

انشاء الله این اعمال را برنامه زندگی خودمان قرار دهیم. هرکسی از اهل معنا که به جایی رسیده است بدون طی مسیر توسل به ساحت ائمه علیهم السلام نبوده است چون حقیقتا طرف الی الله هستند، ولذا انشاء الله این برنامه ای باشد برای همه ما برای استکمال خودمان، برای اینکه زندگی ما و وجودمان از لغویت بیرون بیاید. والا اگر بنا باشد ما هم مانند بسیاری مشغول به این دنیا باشیم چه فائده ای دارد، حتی اجناس دیگری از موجودات نیز به این حیات اینگونه مشغول هستند، خب ما هم یکی از آنها می شویم. ما برای اینکه خلیفه الله شویم باید خیلی زحمت بکشیم. یکی از مهمترین امور این است که ما به خلیفه الله حقیقی نزدیک شویم. راهش هم توسل به او و انس با او است. کما اینکه این برنامه باید با حق تعالی نیز باشد و با او انس داشته باشیم و الا از او دور می شویم. او نزدیک است و ما دور و مرتب دورتر می شویم. علل دور شدن هم متعدد است: اشتغال به امور دنیایی است، غفلت است، غفلت است، غفلت است، یعنی اگر کسی نگاه به حق تعالی نکرد غفلت است دیگر. عمری انسان غفلت کند. اینکه در مناجات شعبانیه می فرماید: «قد افنیت عمری فی شرة السهو عنک و ابلیت شبابی فی سكرة التباعد منک»<sup>۲</sup>، ما داریم زندگی هایمان را فی شرة السهو از او و سكرة التباعد از او از دست می دهیم. حالا باید با انس به حق تعالی اقتراب پیدا کنیم. انشاء الله برای این توجه و انس با حق تعالی برنامه ای داشته باشیم، اینطور نشود که تا از دنیا رفتیم تازه چشم باز شود که هیچ کاری نکردیم هیچ توجهی و نگاهی به حقیقت عالم هستی که همه امور از اوست نداشتیم. انشاء الله این غفلت پدید نیاید. الحمد لله رب العالمین.

<sup>۱</sup> عوالي اللئالی العزیزة، ج ۴، ص: ۷۳۴۷<sup>۲</sup> الإقبال بالأعمال الحسنة (ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۲۹۷

## خلاصه بحث گذشته

بحث در قاعده قرعه و نسبتش با اصول دیگر بود که بینیم در فرع مبتلی به ما که بحث شک در تشریک و ترتیب است آیا مرجع قرعه است یا اصول دیگر و یا قاعده دیگری مانند قاعده عدل و انصاف و یا به قول بعضی صلح قهری است، دیدیم که بسیاری از بزرگان اینها را در ذیل بحث استصحاب بحث کرده اند.

## فرمایشات محقق عراقی ره در بحث قرعه

از جمله بزرگانی که این بحث را مطرح کرده اند محقق عراقی رحمه الله علیه است. ایشان بحث نسبتا مستوفایی دارند، در اول بحث می فرماید: عنوانی که در موضوع قرعه اخذ شده عنوان مجهول است چون آمده است «کل مجهول ففیه القرعة» بعد می فرماید در بعضی روایات عنوان «مشتبه» نیز آمده است در بعضی روایات دیگر عنوان «مشکل» نیز داریم.

## فرق گذاشتن بین دو عنوان مشتبه و مجهول با عنوان مشکل

ایشان در اینجا طبق تحقیقی که انجام داد می فرماید: عنوان مشتبه و عنوان مجهول مفاد واحدی دارند، کأنّ کل مجهول مشتبه و کل مشتبه مجهول. ولی عنوان «مشکل» با اینها متفاوت است.

ایشان در بیان تفاوت و فرق ادعا می کنند عنوان مشتبه و مجهول در جایی استفاده می شود که آن چیز واقع متعینی داشته باشد اما آن واقع برای ما مجهول و مشتبه شود. پس واقع باید تعینی داشته باشد. به خلاف عنوان مشکل. ایشان اول ادعا می کند که عنوان مشکل در جایی است که واقع اصلا تعین نداشته باشد بلکه ابهام داشته باشد. یعنی آن دو قسمی که ما در تقسیم قرعه ذکر کردیم را ایشان به دو عنوان برمیگردانند. می گوید اگر عنوان مأخوذ در موضوع قرعه «مشتبه» یا «مجهول» باشد، ظهورش این است که واقع متعینی هست که برای ما روشن نیست. اما اگر این عنوان «مشکل» باشد ظهور دارد در جایی که اصلا هیچ تعینی ندارد، مثل جایی که «یوصی لعتق ثلث ممالیکه» یا اینکه می گوید «اول مملوک املکه فهو حر»، یا یکی از دو همسرش را طلاق می دهد به شرط اینکه اصلا چنین طلاقی درست باشد.

بعد می فرمایند: اگر انحصار عنوان مشکل در جایی که ابهام واقعی باشد را نپذیرفتید، با تنزل می گوئیم حتی اگر منظور از عنوان مشکل اموری باشد که در آن برای مکلف صعوبت و حیرت باشد و حل آن برایش مشکل باشد «ما یصعب امره و حله مثلاً» باز نکته ای که مد نظر ما است تمام است. یعنی تعارضی بین قاعده قرعه و اجرای اصول نیست.

بنابراین نظر ایشان این است که اگر عنوان «مشکل» باشد اصلاً تعارضی بین قرعه و اصول عملیه پدید نمی آید چون عنوان «مشکل» اگر به معنای اولش یعنی در جایی که اصلاً واقع متعینی ندارد باشد این موارد که اصلاً جای اجرای اصول نیست چون مجاری اصول در جایی است که واقع، تعین دارد. مثلاً ما در شبهه حکمیه بر سر چه چیزی بحث می کنیم؟ می گوئیم خداوند جعلهایی دارد که برای ما روشن نیست و به ما واصل نشده است آیا براءت جاری کنیم یا نه؟ پس واقع متعینی دارد. نه در جایی که مانند عنوان مشکل باشد به معنای اینکه هیچ تعینی نداشته باشد. در شبهه بدوی همین است، در شبهه مقرون به علم اجمالی نیز همینطور است بنابر اینکه عنوان «مشکل» باشد. چون اینها اصلاً مشکل به این معنا نیستند زیرا واقع متعین دارند.

و اگر موضوع قرعه عنوان «مشکل» به معنای دوش باشد یعنی لازم نیست ابهام محض باشد، بلکه «مشکل» یعنی موردی که حلش صعب باشد و انسان نسبت به حکمش در حیرت باشد، باز هم جای اجتماع با براءت و دیگر اصول نیست تا بحث کنیم که در تعارض کدام مقدم می شود. چون واضح است که با جریان براءت دیگر «ما یصعب حله» نداریم، با جریان براءت حیرتی نداریم، با جریان استصحاب حیرتی نداریم. یعنی نتیجه این می شود که اگر موضوع قرعه «مشکل» باشد، اصلاً جایی برای تعارض بین قرعه و اصول عملیه وجود ندارد. واضح است که آنها یا اصلاً مورد ندارند، در صورتی که مشکل را به معنی ابهام واقعی بدانیم. یا اینکه با جریان براءت و استصحاب و اصول عملیه موضوع قرعه مرتفع می شود در صورتی که مشکل را «ما یعصب حله» بدانیم؛ چون با جریان اصول عملیه کلاً حیرت مرتفع می شود.

اما اگر عنوان در قرعه «مشتبه» و «مجهول» باشد ایشان می گوید در وهله اولی به نظر می آید موضوع قرعه با اصول مشترک می شود لذا بینشان تعارض پدید می آید و لازم است تعارض را حل کنیم. منتهی نظر دقیق این را هم رفع می کند، زیرا اصلاً اصول عملیه مانند استصحاب و امثال آن با قرعه اشتراکی ندارند مگر در موارد خاصی که به آن نیز خواهیم پرداخت. فعلاً بحث ما این است که بنابر اینکه موضوع قرعه، جهل و اشتباه باشد، با قرعه چگونه جمع می شود.

### ضیق بودن موضوع قرعه حتی در عنوان مشتبه و مجهول طبق نظر دقیق

پس الان بحث ما جدای از صحت ادعای ایشان منحصر است در اینکه اگر موضوع قرعه، مشتبه و مجهول باشد با اصول دیگر چه نسبتی پیدا می کنند؟

ایشان می گوید در وهله اولی به نظر می آید که مجهول و مشتبه هم حکم را می گیرد و هم موضوع را می گیرد، هم شبهه حکمیه را می گیرد و هم شبهه بدویه را، و اصول عملیه هم همین است. لکن بعد می گوید دقیق النظر ینفی این حرف را.

## استفاده خروج موضوعی از این بیان

نکته ای که باید به آن دقت نمود این است که شاید کلام مرحوم نائینی نیز همین بود لکن این بیان دقیق را نداشت. ایشان می گوید: ما در قرعه می گوئیم کل مجهول فیه القرعة، مشتبه نیز عنوانی شبیه همین است، و ظهور عبارت این است که قرعه در همان چیزی که مشتبه است جاری است نه در چیزی که حکمش مشتبه است. یعنی ظهور اولی این روایات قرعه مثل هر جای دیگری این است که مراد از اشتباه یا جهل، اشتباه و جهل به شیء است حقیقتاً. به تعبیر دیگر جهل و اشتباه باید وصف به حال خود شیء باشد نه وصف به حال متعلق شیء. ما نمی توانیم در شیء به این اعتبار که حکمش مجهول است، باید خودش مجهول باشد. ایشان این نظر را با این قاعده کلی تقویت می کند که در هر جای دیگری نیز ما عنوانی اخذ کردیم باید وصف، وصف عنوانی خود آن شیء باشد. اگر گفتم اکرم العالم، باید خود شخص عالم باشد. نمی توانم بگویم اکرم العالم حتی ولد عالم را می گیرد چون پدرش عالم است. این وصف به حال متعلق است و اگر گفتند «اکرم العالم» ظهورش این است که وصف عالم مال خود این شیئی است که موضوع است، نه اینکه وصف عالم مال چیز دیگری است که با مجاز و با یک عنایتی حمل می شود بر این موضوع. این حرف کلی درستی است و ایشان این را در عنوان مشتبه که در قرعه آمده است نیز تطبیق می کند لذا در قرعه باید خود چیزی که موضوع است مجهول باشد نه اینکه وقتی حکمش مجهول شد قرعه در موضوع بیندازیم.

ایشان می فرمایند: «دقیق النظر یقتضی خلافه» (خلاف اینکه قرعه همه شبهات را شامل می شود و موضوعش با ادله دیگر مشترک می شود) لظهور عنوان المجهول والمشتبه فی قوله علیه السلام القرعة لكل امر مجهول أو مشتبه فی الاختصاص بالشبهات الموضوعية المقرونة بالعلم الاجمالي و عدم عمومها للشبهات الحکمية مطلقاً و لا الشبهات الموضوعية البدویة». با توجه معلوم می شود که موضوع قرعه اینها نیست. چرا؟ «بداهة ظهور عنوان المشتبه فی قوله القرعة لكل امر مشتبه فی كونه وصفا لذات الشيء المعنون من جهة تردده بین الشیئين أو الاشياء». یعنی خود این

موضوع باید مردد بین اشیاء باشد. «لا وصفا لحکمه و لا لعنوانه لیكون من قبیل الوصف بحال المتعلق»<sup>۱</sup> نه اینکه وصف برای حکمش و لا لعنوانه باشد.

### مقصود از «لا لعنوانه» در کلام محقق عراقی

این «لا لعنوانه» می خواهد شبهات موضوعیه غیر مقرون به علم اجمالی را خارج کند. در شبهه موضوعیه بدویه اینطوری است که من علم دارم به حرمت خمر اما نمی دانم این مایع الان خمر است یا نه. ایشان می فرماید وقتی من شک دارم که این مایع خمر<sup>۲</sup> ام لا، تردد در خود این مایع نیست، بلکه تردد در این است که هذا خمر ام لا. یعنی تردد در انطباق عنوان خمر بر این موضوع است. در حالی که مشتبّه می گوید باید خود آن شیء مردد باشد. این مایع مردد باشد بین اینکه این است یا آن.

ادعای ایشان این است که در باب خمر اگر خمریت مفروغ عنه باشد حکمش هم مفروغ عنه باشد مثل موارد مقرون به علم اجمالی، من می دانم خمری اینجا هست و خمر هم حرام هست ولی نمی دانم این کاسه خمر است یا آن کاسه خمر است، اینجا تردد در خود این شیء می شود. اما اگر شبهه بدویه موضوعیه باشد، من نمی دانم این کاسه خمر است یا نه، شبهه و تردد در موضوعش نیست، تردد در صدق عنوان بر این موضوع است. در حکم هم که واضح است، تردد در حکم آن است، شبهه در حکمش هست نه در خود این موضوع خارجی.

پس ایشان می خواهد با توجه به آن کبرای کلی که هر کجا چیزی مثل شبهه و جهل را اخذ کردیم باید عنوان برای خود موضوع باشد؛ یعنی خود موضوع، مجهول یا مشتبّه باشد. ادعا کند که ما در شبهات حکمیه چه بدویه و چه مقرون به علم اجمالی در حکم موضوع شک داریم نه در موضوع. در حالی که ما می خواهیم قرعه را در موضوع بیندازیم. و در شبهه بدویه موضوعیه هم همینطور است. می فرماید: «بداهة ظهور عنوان المشتبه فی قول القرعة لكل امر مشتبه فی كونه وصفا لذات الشیء المعنون من جهة تردده بین الشیئين أو الاشیاء لا وصفا لحکمه و لا لعنوانه» تردد در معنون است نه در عنوان و نه در حکمش «لیكون من قبیل الوصف بحال المتعلق».

لذا می فرماید: «فالشبهات الحکمیة مطلقا حتی المقرونة بالعلم الاجمالی خارجة عن مورد جریان القرعة، لأن الشبهة فیها إنما هی فی حکم الشیء لا فی ذات الشیء، كما أن الشبهات الموضوعیة البدویة ایضا خارجة عن مورد

<sup>۱</sup> نهاية الأفكار، ج ۴، ص: ۱۰۵

القرعة، لأن الشبهة فيها» که شک داریم هذا خمر أم لا «إنما تكون في انطباق عنوان ما هو موضوع الحكم كالخمر و نحوها على الموجود الخارجي» مانند خمر که شکمان در انطباق عنوان است نه تردد در معنوی که آن موضوع خارجی است. «لا فيما انطبق عليه عنوان الموضوع فارغا عن الانطباق في الخارج بكون هذا أو ذاك» در شبهه بدویه موضوعیه باید این باشد در حالی که این نیست. ما شک داریم که عنوان هست یا نه، نه اینکه معنوی مردد باشد بین این یا آن. این ادعای ایشان است. می فرماید با این بیان ما شبهات حکمیه را مطلقا از موضوع قرعه بیرون می کنیم شبهات موضوعیه بدویه را هم خارج می کنیم، فقط شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی باقی می ماند. خدا رحمت کند مرحوم آقای بجنوردی را، همین حرف را گرفته، حتی عبارتهایش هم تقریبا همین عبارتهای اینجاست.

**سؤال:** شبهه مفهومیه یعنی در خود شیء و مفهوم شک داریم.

**جواب:** بله شبهه این اشکال را ما نیز در شبهه حکمیه داریم.

### نیاز به نسبت سنجی با وجود خروج شبهات حکمیه و موضوعیه بدویه از موضوع قرعه

محقق عراقی در ادامه وارد این بحثی می شود که وقتی شبهات حکمیه مطلقا و شبهه موضوعیه بدویه از موضوع قرعه خارج شد و فقط شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی در تحت موضوع قرعه باقی ماند چرا اصلا بحث کنیم که چه نسبتی بین قرعه و سایر ادله وجود دارد؟ در پاسخ می فرمایند این بحث لازم است و هنوز باید بحث کنیم که آیا در مورد قرعه استصحاب یا احتیاط یا براءت جاری است یا نه.

ایشان می گوید ما که گفتیم شبهات حکمیه و موضوعیه بدویه بیرون هستند، اما در همین موارد باقی مانده یعنی شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی، گاهی علم اجمالی بین دو نفر است، و معمولا علم های اجمالی ما در قرعه بین دو نفر است. مثلا مالی اینجا هست نمی دانم مال من است یا مال دیگری. مشکل این است که علم های اجمالی بین دو نفر معمولا تکلیف را بر یک نفر تنجیز نمی کند که این را در بحث علم اجمالی خوانده اید لذا اصول می توانند جاری شوند. یعنی وقتی من خود علم دارم که این مال، یا مال من است یا مال دوستم. یا حتی اینکه دو مال است دو تا درهم هست مال دو نفر اما نمی دانم کدامش مال چه کسی است. این علم های اجمالی معمولا اثرگذار نیست. مثل اینکه من نمی دانم لباس من نجس است یا لباس دیگری، اینجا که احتیاط لازم نیست. بخاطر اینکه برای احتیاط در باب علم اجمالی مکلف باید علم داشته باشد به یک وجوب اجتناب بر خودش. این علم به وجوب اجتنابی که متعلقش مردد است بین این کاسه و آن

کاسه، احتیاط می آورد. اما وقتی مکلف علم ندارد و می گوید یا این کاسه نجس است یا آن لباس دیگری نجس است که محل ابتلاء من نیست دیگر علم ندارد به وجوب اجتناب برای خودش. در این صورت ممکن است استصحاب و اصول عملیه با وجود علم اجمالی در همین موضوعی که ما علم اجمالی به آن داریم جاری شود لذا باید تکلیف نسبت آن با قرعه را روشن کنیم.

از اینجا ایشان وارد بحث مفصلی می شود که ما نمی خواهیم همه را بیان کنیم. ایشان بحث انحلال و جعل بدل را مطرح می فرمایند که بحث دقیقی است و انشاء الله در آخر بحث علم اجمالی مطرح خواهد شد. ایشان در اینجا اشاره ای اجمالی به آن می کند ولی آخرش می گوید نخیر، قرعه اگر بیاید می تواند جعل بدل هم کند بنابراین مشکلی ندارد، می تواند بر اصول وارد یا حاکم شود.

### نتیجه گیری محقق عراقی ره

بعد ایشان می فرماید: بنابراین تنها دلیل برای اینکه در شبهات موضوعیه ای که اطراف علم اجمالی است و مصب اصول است برای تعیین موضوع و به تبع، تعیین حکم به قرعه عمل نکنیم اجماع و عمل اصحاب است به این بیان که اصحاب در حکم یا در موضوع حکم (که اینجا علی القاعده بحث موضوع حکم است) نیامده اند قرعه بیندازند. ایشان در انتها نیز وارد بحث حق الله و حق الناس می شود که باید ببینیم طرح آن اصلاً لزومی دارد یا نه.

### دو نکته ما حاصل فرمایش محقق عراقی

پس ما حاصل حرف ایشان و انتهاء حرف دو چیز می شود:

یکی: ادعای اینکه موضوع قرعه با توجه به امر مشتبه و مجهول و با توجه به اینکه مشتبه نباید وصف به حال متعلق باشد بلکه باید وصف به حال خود این شیئی که قرعه می اندازیم باشد اختصاص به موضوع دارد. لذا اگر حکم موضوع مشتبه باشد قرعه شامل آن نمی شود. دوم: ادعای اجماع که علماء در بحث تعیین حکم یا موضوع حکم به قرعه عمل نمی کنند.

### بررسی ادعای اول محقق عراقی ره

نسبت به صحت دعاوی ایشان باید گفت ادعای اول ایشان که درست نیست. به نظرم خلط بحثی است. شبیه این را مرحوم نائینی هم داشتند. چرا ما مورد قرعه را ببریم در موضوع خارجی و بعد بگوئیم وقتی شبهه حکمیه دارید این اشتباه

وصف به حال متعلق می شود و اشتباه در حکمش می شود نه در خود موضوع؟! می گوئیم ما می خواهیم در خود حکم قرعه را جاری کنیم. خود حکم مشتبّه است. این را که قبول دارید که خود حکم مشتبّه است، خب در خودش قرعه جاری کنیم. اطلاق کل مجهول ففیه القرعة به ظهور اولی که اینجا را می گیرد و شما نیز این را قبول دارید.

شما می فرمایید که باید تردد و اشتباه و جهل وصف خود موضوع باشد نه وصف حکمش. می گوئیم بله اگر شما نگاه به موضوع کنید در جایی که شبهه حکمیه داریم اشتباه در حکم است نه در موضوع. اما چرا در خود حکم قرعه جاری نمی کنید؟ مگر خود حکم، مشتبّه نیست؟ در خود حکم جاری کنید. شک داریم که آیا شرب تنن حرام است یا جائز است، اینجا قرعه بیندازیم که حرام است یا جائز است. در خود حکم نه در موضوعش.

**سؤال:** حکم اینجا در طول موضوع نیست با توجه به رابطه ای که موضوع و حکم دارند؟

جواب: الان مگر نگفتند که خود حکم مشتبّه است، خب ما در خود حکم قرعه می اندازیم. چرا در موضوع بیندازیم که شما بگوئید قرعه باید در خود مشتبّه انجام بگیرد و اینجا چون حکم مشتبّه است می شود وصف به حال متعلق. می گوئیم ما در خود وجوب یا حرمت مشتبّه قرعه می اندازیم چرا در موضوع قرعه بیندازیم.

## تأیید ادعای دوم محقق عراقی ره

پس ما اینها را کنار بگذاریم بیاییم حرف دیگری بزنیم: اجماع و اعراض علماء از چنین قرعه ای که مسلم است و به نظرم تردید نباید کرد. هیچ احدی قائل به این نشده که ما بیائیم در بحث مثلاً شک در شبهات بدویه حکمیه یا مقرون به علم اجمالی برای تعیین حکم، قرعه بیندازیم.

## ماهیت اجماع در مقام

حالا اینکه این اجماع چه ماهیتی دارد می توانیم بگوئیم اجماع بالالتزام است، می توانیم بگوئیم یک نوع اعراض است که وهن ظهور می کند. اینجا نمی گوئیم اعراض، سند را باطل می کند بلکه می گوئیم وهن ظهور می کند که معلوم می شود مفاد کل مجهول ففیه القرعة این نیست که در حکم قرعه بیندازیم. لذا چنین اطلاقی ندارد. این وهن عموم و اطلاق دلیل قرعه می شود.

به نظرم ایشان باید همان حرفی که در آخر بیان می کنند که تنها مدرک برای اینکه قرعه در این قسم از امور واقع نمی شود که عبارت باشد از اجماع فقهاء بر عدم جریان قرعه را، از اول بیان می کردند، نیازی به این مقدمات نبود. بگوئیم «کل مجهول ففیه القرعه» اطلاق ندارد چون اجماع هست که در شبهات حکمیه بدویه و مقرون به علم اجمالی و امثال آن



حتی شبهه موضوعیه که نمی دانیم آیا این خمر است یا نه، ما قرعه نمی اندازیم. این اجماع است. الا در مورد برخی از شبهات موضوعیه که نص است و روایت داریم والا الباقی اش معرض عنه است.

دوستان روی این مسیر فکر کنند، احتمالاً دیگر نیازی نباشد که ما بقیه بحثها را مطرح کنیم. عمده همین است که اجماعی اینجا محقق است و هیچ کس هم با این اجماع مخالفت نکرده است. و لذا مثل صاحب عناوین و مرحوم نراقی در عوائد اینها همه چون می گویند چون مسلم است و کسی تردید ندارد لذا اجماعی را در این جهت محقق می دانند. به علاوه اجماعات منقولی که انشاء الله عرض می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۲۷
بررسی لزوم تخصیص اکثر در قرعه.....	۱۲۷
جوابهایی برای حل مشکل لزوم تخصیص اکثر.....	۱۲۷
جواب محقق عراقی از تخصیص اکثر.....	۱۲۷
وظیفه در اجتماع مورد قرعه و اصول.....	۱۲۸
تفصیل محقق عراقی بین حق الله و حق الناس.....	۱۲۸
کارکرد قیام اماره یا اصل در بعضی اطراف علم اجمالی.....	۱۲۹
تفاوت انحلال با جعل بدل.....	۱۲۹
جعل بدل یا انحلال توسط قرعه.....	۱۲۹
لزوم تأسیس فقه جدید از جاری کردن قرعه در برخی موارد.....	۱۳۰
بیان محقق عراقی ره در حق الناس.....	۱۳۰
علت عدم جریان احتیاط تام در برخی موارد.....	۱۳۱
موردی برای امکان جریان قرعه.....	۱۳۱
خلاصه سیر بحث جریان قرعه در کلمات محقق عراقی.....	۱۳۱
نسبت سنجی محقق عراقی بین قرعه و استصحاب.....	۱۳۲
علت عدم جریان استصحاب در اطراف علم اجمالی.....	۱۳۲
عدم جریان استصحاب با وجود علم اجمالی بین دو نفر از باب لغویت قرعه.....	۱۳۲
اشکالات به بیان محقق عراقی ره.....	۱۳۳
تصویر وجود اجماع بر عدم عمل به قرعه در شبهات حکمیه.....	۱۳۴
نقش عمل فقهاء در تضعیف ظهور.....	۱۳۵
دلالت التزامی عمل خارجی بر عدم جریان قرعه در شبهه حکمیه.....	۱۳۵
نتیجه وجود تخصیص اکثر.....	۱۳۶
اشاره به فرمایش امام ره در مقام.....	۱۳۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

### بررسی لزوم تخصیص اکثر در قرعه

در شک در ترتیب یا تشریک در وقف مرحوم امام قدس سره قائل به قرعه شدند لذا وارد بحث قاعده قرعه شدیم. بحث به نسبت سنجی بین قاعده قرعه با اصول عملیه رسید. و بحث اینکه آیا اجراء اصول در شبهات حکمیه و در شبهات موضوعیه، چه شبهات موضوعیه بدوی و چه شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی، موجب تخصیص اکثر در عموم یا اطلاق دلیل قرعه می شود یا خیر؟ اگر در همه این موارد، اصول جاری شود از عموم یا اطلاق قرعه که در کل شبهه و در کل مجهول جاری است چیزی باقی نمی ماند، یعنی واقعا تخصیص اکثر می شود. لذا این مشکلی است در بحث قرعه، که باید حل شود.

### جوابهایی برای حل مشکل لزوم تخصیص اکثر

از این جهت فقهای تلاش کرده اند بگویند که خروج این موارد یعنی موارد اجراء اصول در شبهات حکمیه و شبهات موضوعیه بدویه و حتی برخی شبهات مقرون به علم اجمالی خروج بالتخصص و خروج موضوعی از مورد قرعه است نه اینکه موجب تخصیص دلیل قرعه شوند. با این تفاوت که هر کدام طریقی را برای اثبات این حرف پیموده اند. حضرت امام قدس الله نفسه الزکیة نیز برای این خروج موضوعی، مسیری را رفته اند که امروز به آن می پردازیم.

### جواب محقق عراقی از تخصیص اکثر

محقق عراقی ره نیز از مسیر دیگری تخصص را اثبات کرده اند که عده ای آن را پسندیده اند. ملخص حرفشان این است که: اگر موضوع قرعه «مشکل» باشد، این قاعده اصلا هیچ درگیری ای با اصول عملیه ندارد، اگر موضوع «جهل و شبهه» باشد، هر چند بدوا به نظر می آید واقعا موضوع قرعه با اصول عملیه مشترک است، لکن دقیق النظر مقتضی خروج موضوعی است که در جلسه گذشته به تفصیل تقریب آن بیان شد و عمده دلیل ایشان این بود که مجهول که موضوع دلیل قرعه است باید به خود موضوع بخورد و خود موضوع مجهول باشد، نه اینکه حکم موضوع مجهول باشد تا وصف مجهولیت وصف به حال متعلق باشد. پس مجهول باید وصف خود موردی باشد که می خواهد قرعه در آن جاری شود، نمی شود که جهل در حکم موضوع باشد و قرعه را در نفس موضوع جاری کنیم. این نکته اصلی ایشان برای خروج عمده موارد از بحث

بود. لذا در مواردی که شبهه حکمیه است، چون شبهه در حکم است نه در مورد قرعه، این موارد از بحث قرعه خارج است، موارد شبهه موضوعیه بدویه نیز خارج است. چون ما وقتی شک می کنیم که خمر آیا بر این مورد صدق می کند یا نه، شکمان در تطبیق خمر است نه در خود آن موضوع خارجی. و همانطور که تردید در حکم، غیر از تردید در مورد قرعه است تردید در تطبیق عنوان موضوع بر یک شیء غیر از تردید در خود آن شیء است. لذا این موارد تخصصاً خارجند و تنها موردی که می ماند جائی است که تکلیف معلوم است، موضوعش هم معلوم است که خمر چیست اما آن خمری که ما می دانیم چیست و حکمش را هم می دانیم و علم اجمالی داریم که خارج از این دوطرف نیز نیست مردد بین این یا آن شده است.

## وظیفه در اجتماع مورد قرعه و اصول

مطلب قابل بحث در اینجا این است که کدام مقدم هستند؟ ما تا به حال بحث کردیم که برخی موارد بالتخصص از قرعه خارج هستند. اما در جائی که هم قرعه مورد دارد و هم اصولی مانند احتیاط، مورد دارند چرا قرعه مقدم باشد و به علم اجمالی عمل نکنیم؟ مثلاً اگر دو مال اینجا هست یکی از آنها مال من است و یکی از آنها مال دیگری، و نمی دانیم معیناً کدام مال متعلق به کدامیک است. علم اجمالی می گوید من یقین دارم که مال غیری هست نمی دانم این است یا آن است، باید از هر دو مال اجتناب کنم و در هیچکدام تصرف نکنم تا احراز کنم که در مال دیگری تصرف نکرده ام.

آن مال غیری که در میان است یا این مال است یا آن مال و چون هر دو قابل برای ابتلاء من هستند علم اجمالی منجز است. بله اگر یک طرف خارج از محل ابتلاء باشد مثلاً دست یک نفری باشد که اصلاً ابتلاش برای من ممکن نباشد فرق می کند.

طریقی که محقق عراقی بیان فرمود این است که عمده موارد را بالتخصص خارج کرد. یک سری موارد می ماند که باید تکلیفش را حل کنیم. و آن موارد به نظر ایشان جاهایی است که هر دو موضوع دارد، هم قرعه و هم اصول، مانند موردی که هم مورد قرعه است و هم مورد براءت یا اصول احتیاطی. باید ببینیم در این صورت کدام مقدم هستند، تا در فرع فقهی خودمان تکلیف مشخص شود.

## تفصیل محقق عراقی بین حق الله و حق الناس

ایشان می فرماید: آن موضوع گاهی متعلق حق الله است و گاهی متعلق حق الناس. اگر متعلق حق الله باشد معلوم است که باید احتیاط کنیم. حق الله یا تکلیف است یا امثال حدود خاص است که اینها حدّ الله هستند، در این موارد روشن

است که باید احتیاط کنیم و جای قرعه ندارد. ما در تکالیف الزامی که علم اجمالی داریم باید احتیاط کنیم، قرعه معنا ندارد. البته به شرط اینکه با قیام قرعه علم اجمالی از بین نرفته باشد.

## کارکرد قیام اماره یا اصل در بعضی اطراف علم اجمالی

در باب علم اجمالی انشاء الله مفصل می آید که قیام الاماره به یک طرف، بنابر اکثر مبانی موجب انحلال علم اجمالی است چه انحلال حقیقی و چه انحلال حکمی. حتی اگر قیام الاماره را مانند برخی به معنای جعل بدل بدانیم یعنی لسان اماره این باشد که چیزی که اماره بر آن قائم شده بدل از واقع است، این هم مانند انحلال است. البته جعل بدل لبا انحلال نیست گرچه مرحوم نائینی می گوید انحلال است اما مفصل خواهد آمد که انحلال نیست. با تدقیقی که مرحوم عراقی در بحث خودش انجام داده جعل بدل نوعی امثال واقع است. وقتی من علم دارم یکی از این دو کاسه نجس است، باید آن نجس فی البین را اجتناب کنم. وقتی روایت یا اصلی می آید که مفادش جعل بدل است می گوید اگر این طرفی که اجتناب کردی نجس واقعی بود پس طبیعتا امثال صورت گرفته، اما اگر مورد اجتناب تو مصداق واقعی نباشد با این حال بعنوان امثال بجای اجتناب از آن نجس واقعی قبولش می کنم، پس شما امثال واقع کردید ولو تعبدا.

## تفاوت انحلال با جعل بدل

پس لسان انحلال حقیقی یا حکمی با لسان جعل بدل فرق می کند. جعل بدل مانند امثال تبعیدی است و غیر از انحلال است که در آن علم اجمالی از بین می رود. انحلال لبا این است که علمتان از بین می رود منجزتان از بین می رود یا حقیقتا یا حکما. جعل بدل می گوید علمت زنده است، تنجیز هم دارد، ولی برای تو امثال تبعیدی درست می کنم. حالا این فرقی است که آنجا انشاء الله خواهد آمد.

## جعل بدل یا انحلال توسط قرعه

پس پرسش این است که: آیا قرعه با قیامش همچنین کاری می کند؟ مرحوم محقق عراقی اول سعی می کند بگوید قرعه نه انحلال ایجاد می کند و نه جعل بدل ولی در پایان می گوید اگر قرعه اقامه شود مانند امارات جعل بدل می کند. البته گاهی اصول نیز این کار را انجام می دهند، لکن نه بر اساس مبانی محقق عراقی، بلکه روی مبانی محقق نائینی ره، اصولی که بر یک طرف قائم شود کارش جعل بدل می شود. البته در برخی نوشته ها اینطور فرموده اند و بین تقریر اجود التقریرات با فوائد الاصول تفاوت وجود دارد و هر دو جور عبارت دارند. گاهی تعبیر می کنند که قیام اصل النافی در یک طرف، علم اجمالی را منحل می کند، و گاهی می فرمایند جعل بدل می کند.

محقق عراقی در آخر بحث می گوید قیام قرعه انصافا می تواند جعل بدل کند. و طبق این کلام پایانی نتیجه این می شود که پس این علم اجمالی پا برجا نمی ماند. حال پس چرا قرعه جاری نشود؟ ایشان می گوید اینجا قرعه از باب اجماع جاری نیست.

## لزوم تأسیس فقه جدید از جاری کردن قرعه در برخی موارد

باید بررسی شود که چه مشکلی از جریان قرعه پیش می آید که فقها به دنبال عدم جریان قرعه می روند و بر آن اصرار می ورزند؟ دلیلش این است که در مثل علم اجمالی به اینکه این ظرف خمر است یا آن ظرف که به حسب مدعای محقق عراقی می تواند موضوع قرعه باشد - نمی گویند قرعه جاری است می گویند می تواند موضوع قرعه باشد، چون شبهة فی الموضوع مقرون بعلم الاجمالی - اگر در اینجا بگوئیم قرعه جاری است، لازمه اش این است که در هر جا علم اجمالی داریم که یکی از این دو ظرف خمر است می توانیم قرعه بیندازیم کدام خمر است و بقیه را مرتکب شویم. در حالی که هیچ کس به این حرف ملتزم نمی شود.

محقق عراقی اول می خواست بگوید خود آن علم اجمالی جلو قرعه را می گیرد ولی بعد از تحقیق می گوید قرعه مثل امارات، موجب انحلال یا موجب جعل بدل می شوند. حال اگر علم اجمالی به انحلال یا به جعل بدل کنار برود، باید به قرعه عمل شود. پس در تمام این علم های اجمالی ما باید قرعه بیندازیم و تکلیف را حل کنیم. مسلما فقهاء این کار را نمی کنند، و اصلا فقه جدیدی از آن حاصل می شود. مثلا فرض کنید یک کاسه از بین پنج کاسه نجس است، بگوئیم قرعه بیندازیم که کدام نجس است بقیه همه را مرتکب شویم، از این یک فقه جدید لازم می آید. و ایشان می گوید اینجا اجماع داریم که قاعده قرعه جاری نیست.

حالا کسی برگردد به ایشان بگوید جناب استاد محقق! اگر می خواستید به اجماع تمسک کنید از اول می گفتید و خودتان را راحت می کردید، دیگر نیازی به این حرفها نبود.

بله، آن دو قسمی که ایشان تلاش کرد بیرون کند لازم بود، چون تخصیص اکثر در اطلاق یا عموم لازم می آورد. آنها را حل کرد، این قسم را با اجماع درست می کند، می گوید گرچه مورد دارد ولی قرعه از باب اجماع جاری نیست

## بیان محقق عراقی ره در حق الناس

بعد ایشان می فرماید: اما اگر حق الناس باشد، مثلا فرض کنید من علم دارم که یکی از این دو تا درهم مال من است و دیگری مال دوستم؛ در اینجا اگر احتیاط تام ممکن است باید احتیاط شود و قرعه جاری نیست.

## علت عدم جریان احتیاط تام در برخی موارد

اما اگر احتیاط تام ممکن نیست مانند همین مورد ما که لاضرر جلوی جریان احتیاط را می گیرد. فرض کنید دو واحد منزل گران قیمت است که نمی دانم کدامیک مال من است و کدامیک مال رفیق من است آیا احتیاط می گوید هر دو خانه را به او بدهیم؟! محقق عراقی می فرماید اینکه معنا ندارد به دو دلیل: یکی اینکه لاضرر من، جلو این را می گیرد زیرا این کار ضرر عظیم به من است پس نمی توانیم حکم به احتیاط تام کنیم. دوم اینکه: او هم همچنین احتیاطی دارد، آن رفیق من هم آدم مسلمانی است، او هم حق ندارد در هر دو تصرف کند. اگر من هر دو منزل را به او دادم آیا او حق تصرف دارد؟! او هم مثل من علم اجمالی دارد که باید یکی را به من بدهد بلکه هر دو را باید به من بدهد. چون احتیاط تام ممکن نیست می فرمایند اینجا جای احتیاط ناقص است. یعنی حالا که موافقت قطعی نمی شود کرد، مخالفت قطعی نکنیم، یکی را او بگیرد و یکی را من بگیرم که مخالفت قطعی نشود.

## موردی برای امکان جریان قرعه

اما اگر متباینین بطوری باشد که اصلا احتیاط نه تاما و نه ناقصا ممکن نباشد مانند ولد در آن مثالی که چند نفر در طهر واحد آمده ای را وطی کرده اند، که نمی دانیم فرزند مال حر است یا مال کافر است یا مال عبد است. در این ولد پدید آمده، نمی توان احتیاط کرد، بلکه یا حق این است و یا حق دیگری و یا حق سومی و آنهم به وجه خاص، یعنی در یک وجه آزاد است در یک وجه دیگر عبد است. سؤال این است که اینجا باید چکار کنیم؟ می فرمایند اینجا جای قرعه است.

## خلاصه سیر بحث جریان قرعه در کلمات محقق عراقی

پس سیر بحث را ببینید. تا یکجایی می گوید اصلا مورد قرعه نیست، بالتخصص خارج است. کل شبهات حکمیه و شبهات موضوعیه بدویه خارجند، شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی مورد هستند، اما نه اینکه قرعه جاری است در آن. در آنجایی که حق الله باشد باید احتیاط کنیم و جاری نیست. حالا جاری نیست یا از باب زنده بودن علم اجمالی است یا از باب اجماع. در اینجا که متباین هست اگر احتیاط تام بشود کرد جای قرعه نیست، اگر احتیاط ناقص هم بشود کرد جای قرعه نیست، اما اگر مثل این مثال اصلا احتیاط معنا نداشته باشد، اینجا جای قرعه است.

این راجع به مثل جریان احتیاط و امثال این.

## نسبت سنجی محقق عراقی بین قرعه و استصحاب

اما نسبت به استصحاب ایشان می گوید برخی ها گفته اند که استصحاب با قرعه مجتمع نمی شود. چون فرض این است که قرعه در جائی است که موضوع مقرون به علم اجمالی باشد. ظاهرا مرادشان از صاحب این نظر، محقق نائینی علیه الرحمه است.

## علت عدم جریان استصحاب در اطراف علم اجمالی

در اطراف علم اجمالی استصحاب جاری نمی شود چون استصحاب ها تعارض می کنند، و حتی بنابر مبنای محقق عراقی که علم اجمالی را علت تامه می داند و ما نیز قبول داریم حتی یک استصحاب تنها هم جاری نیست. آنهایی که علم اجمالی را علت تامه می دانند، اصل نافی تنها را هم جاری نمی دانند. نه اینکه اصول در اطراف بالتعارض ساقط شوند که بعضی عبائر مرحوم شیخ در رسائل این را می گوید، آقای نائینی هم بعضی جاها می گوید و بعضی جاها می گوید از باب بدل است. شهید صدر و آقای خوئی نیز از باب تعارض، مانع از جریان استصحاب در اطراف علم اجمالی می شوند.

پس یک اصل نافی را باید جاری بدانند. منتهی محقق عراقی و ظاهر آخوند بنابر یک حرف که در علم اجمالی فعلیت تامه واقع باشد، یک اصل هم جاری نیست.

حالا حرف آقاضیاء این است که می گوید: اینکه شما گفتید در اطراف علم اجمالی استصحاب جاری نیست، حال چه به تعارض یا به مبنای علیت تامه، این در جائی است که یک نفر علم اجمالی داشته باشد در دو طرف مبتلا به، آنوقت این حرفها می آید.

## عدم جریان استصحاب با وجود علم اجمالی بین دو نفر از باب لغویت قرعه

اما اگر علم اجمالی بین دو نفر باشد. مانند آن بحث درهم ودعی، که دو نفر هر کدام پیش کسی یک درهم امانت گذاشته اند و یکی از آنها گم شده است لذا درهم باقی مانده یا مال اولی است یا مال دومی؛ هر کدام از این دو برای خودش علم اجمالی ندارد تا بگوئیم استصحاب جاری نیست. اینجا اگر فرض حالت سابقه داشته باشد چرا استصحاب جاری نباشد؟

محقق عراقی می فرماید: اینجا اگر می گوئیم استصحاب جاری نیست از باب لغویت قرعه است. مثل بحثی که در قاعده ید گفتیم ایشان می گوید اگر استصحاب را بر قرعه مقدم کنیم دیگر مورد برای قرعه باقی نمی ماند، چون ادعای



ایشان این است که کم است موردی که قرعه حالت سابقه نداشته باشد. اما اگر به قرعه اخذ کنیم موارد بسیاری برای استصحاب باقی می ماند. پس ما از باب بی موردی یا قلت مورد است که قرعه را بر استصحاب مقدم می کنیم. این نسبت سنجی ای است که ایشان کرده است. و قائل شده است احتیاط بر قرعه مقدم می شود هر جا که تاما ممکن باشد. اگر ناقص هم باشد باز مقدم است. در جائی که هیچ احتیاط ممکن نیست جای قرعه است مثل مثالهایی که ایشان زد. در استصحاب هم ایشان قرعه را بر استصحاب مقدم می کند چون می گوید مورد برای آن باقی نمی ماند.

**سؤال:** این جمله فی کل امر مشتبہ القرعة عام است،

**جواب:** آنچه در روایت صحیح آمده کل مجهول است ظاهرا لفظ مشتبہ یا مشکل در مجامع روایی ما نیست، بعضی گفتند این دو لفظ در اخبار عامه آمده من نرسیدم فحص کنم ولی بعضی دیگر نوشته اند که در عامه هم چنین عبارتی که کل مشتبہ یا مشکل باشد نداریم. البته «ما اشکل» یک جوری در عبارت دعائم هست اما نه کل مشکل، لکن روایت دعائم مشکل سندی دارد. لذا در آن روایاتی که حجت و معتبر هستند همین کل مجهول ففیه القرعة آمده است که عموم دارد.

البته در فرمایش امام ره هم برخی روایاتی که قبلا از کتاب وسائل الشیعه خواندیم می آید که ظاهرش عموم است می گوید: هیچ قومی نیست که تقارعوا و فوضوا امرهم الی الله مگر اینکه سهم محق خارج می شود. این ظاهرش عموم است. یعنی در هر مسأله ای که تقارعوا و به خداوند اتکاء کردند سهم محق خارج می شود. این حرف خوبی است و از این هم عموم استفاده می شود.

دقتی که آفاضیاء نمود این است که گفت ما با نگاه به خود موضوع کل مشتبہ، با توجه به اینکه جهل باید وصف به حال خود مورد قرعه باشد نه اینکه جهل وصف به حال حکمش باشد، آمدند برخی موارد را خارج کردند. لذا تخصیص اکثر لازم نمی آید. کلاً جریان همه اصول در شبهات حکمیه و در شبهات موضوعیه را خارج کردند، چون گفتند آنجا جهل در مورد خود قرعه نیست بلکه جهل در مورد تطبیق عنوان به فرد است یا جهل در مورد حکم آن هست. و این غیر از جهل راجع به خود موضوع است که باید فیه القرعة باشد.

فقط می ماند بحث همین موارد دوران بین متباینینی که احتیاط در آن ممکن نیست و بحث استصحاب هم بخاطر لغویت جاری نمی شود. اینطوری ایشان حل می کند. آنوقت دیگر انصافا تخصیص اکثر لازم نمی آید.

## اشکالات به بیان محقق عراقی ره

بحث مهمی که با ایشان داریم دو نکته است:

نکته اول: این است که آن فرمایشی که شما کردید ولو دقت در آن هست ولی به نظر ما تطبیقش اشتباه است. اینکه شما می گوئید جهل باید وصف به حال خودش باشد کبرایش درست است. هر کجا عنوانی مأخوذ شد چه در روایتی که حکمی از آن مستفاد است و چه در غیر روایت، عنوان باید حفظ شود. و ظاهرش هم این است که حملش باید حمل شایع باشد یعنی واقعا بالذات ثابت باشد نه بالعرض و المجاز. همه اینها درست است. وصف به حال متعلق وصف مجازی و إسناد مجازی است، همه این حرفها درست و کبرای حقی است. اما چرا شما در شبهات حکمیه قرعه را در موضوع حکم جاری می کنید؟! می گوئید نمی شود در موضوع جاری کنیم و حکمش مجهول باشد. می گوئیم در خود حکم جاری کنید. که در جلسه گذشته بیان شد. در خود حکم جاری کنید. اینکه وصفش به حال خودش هست نه به حال متعلقش. وقتی شما شک دارید که آیا شرب التتن حرام أم لا، در حرمتش و جوازش قرعه بیندازید. اینکه دیگر خود حرمت مجهول است، در خود حرمت و جواز قرعه بیندازید. پس آن تحلیل شما مشکل را حل نمی کند. و به نظر ما حلش به همان اجماعی است که خودتان فرمودید، که نکته دوم است.

**سؤال:** شک در حکم همه اش برگرفته از شک در موضوع است شک در حکم همینجوری که معقول نیست بلکه بخاطر شک در موضوع است. رابطه بین موضوع و حکم مثل رابطه علت و معلول است.

**جواب:** نه این حرف صحیح نیست خدا رحمت کند محقق اصفهانی را که متعدد می گوید رابطه موضوع با حکم رابطه علت و معلول نیست. می گوید رابطه غایت و ذوالغایه است، غرض قائم به متعلق. حکم را دعوت می کند، چرا؟ چون موضوع موجود نیست. اصلا اینجا خلط بحث می شود. موضوعی که اینجا می گوئیم متعلق است، فعلی است که هنوز صادر نشده است.

**سؤال:** مقصود ما همین است.

**جواب:** اینجا منظور متعلق است. متعلق که موجود نیست تا علت حکم باشد. خداوند وقتی می فرماید يجب الصلاة، مگر صلاة موجود است که علت باشد. این بحثها دقیق است اگر الان وارد این بحثها شویم بحث ها در آمیخته می شود. پس راهی که مرحوم عراقی رفت به نظر ما بر اساس یک تطبیقی است که درست نیست.

## تصویر وجود اجماع بر عدم عمل به قرعه در شبهات حکمیه

راه درست راهی است که ایشان در آخر بحث حق الله مطرح کرد، فرمود در اینجا اجماع هست.

منتهی شما از ما بحثی را طلب دارید درباره اصل تحقق چنین اجماعی؟ انشاء الله بعد از بحث امام ره می خواهیم این را درست کنیم که در اینجا اجماعی ولو بدلالة التزامية وجود دارد. عمل خارجی که مسلم است. یعنی فقهاء در شبهه حکمیه، در شبهه موضوعیه و حتی در شبهات موضوعیه مقرون به علم اجمالی خیلی جاها اقرار نکرده اند. این عمل خارجی است.

### نقش عمل فقهاء در تضعیف ظهور

انشاء الله مفصل دو بحث را مطرح خواهیم کرد: یکی اینکه عمل خارجی آیا موجب وهن ظهور می شود یا نه؟ وهن سند را ما قبول داریم، اما آیا موجب وهن ظهور هم می شود یا نه؟ که بحث جالبی است. در یکی از جلسات درس پارسال بحثی راجع به اینکه اعراض مشهور چه اثری دارد مطرح شد بنده اصرار می کردم که آنهایی که می گویند اعراض مشهور موهن است می گویند اعراض مشهور سند را تضعیف می کند. بعضی از دوستان می گفتند ظهور را هم تضعیف می کند. ما گفتیم این حرف غلط است. بعد که فحص کردم دیدم حرف ما فی الجملة تأیید شد، یعنی اکثر کسانی که می گویند اعراض موجب ضعف است ضعف سند را می گویند. ولی دیدم برخی ظاهراً مرحوم مامقانی ایشان می گفت اعراض دو جا می تواند اثر بگذارد، هم در سند و هم در ظهور.

پس طلب شما دو نکته است: اینکه عمل خارجی فقهاء حتماً بر اقرار نیست اینکه مسلم است والبته باید شواهد را بیاوریم، آنوقت می خواهیم دو مطلب را پی گیری کنیم: یکی اینکه خود این عمل خارجی ظهور کل مجهول را تضعیف کند. مثل اعراضی که در بحث تضعیف سند داریم. این را باید درست کنیم که سهل هم نیست.

### دلالت التزامی عمل خارجی بر عدم جریان قرعه در شبهه حکمیه

دوم اینکه می خواهیم بگوئیم خود عمل خارجی آنها دلالت التزامی دارد، نمی گوئیم همه جا، اینجا دلالت التزامی دارد. چون عبارتهای شیخ طوسی، ابن ادریس و دیگران را می آوریم که اینها اجماعات مستحکمی نقل می کنند. می گویم این در معرض دیدشان بوده و عمل نکرده اند. پس مرادشان این نبوده است. روی این دو تا مسیر شما فکر کنید، باید شواهد تام بیاوریم.

پس عرض بنده این است که راه معقول اجماعی است که اینطور درست می کنیم. یا اعراض عملی و یا اجماع بر اینکه در اینجا قرعه نینداخته اند. حالا اگر ظهور کل مجهول فیه القرعة را به هم نزنند، آنوقت می شود تخصیص بالا جماع، می شود تخصیص اکثر. اما اگر ظهور را به هم بزنند تخصیص اکثر هم نداریم.

## نتیجه وجود تخصیص اکثر

مشکل فقهاء الان این است که اگر بگوئیم تخصیص اکثر است، عموم یا شکسته می شود یا به تعبیر امام ره فرموده اند تقریباً عموم نیست. (که این تقریباً عموم نیست نمی دانیم یعنی چه. حالا بحثش انشاء الله می آید).

ما باید بحث کنیم در مواردی که تخصیص اکثر پیش می آید چه رخ می دهد؟ آیا عموم از کار می افتد. در این صورت فائده مهمی دارد چون در این صورت حتی در مواردی که عمل فقهاء بر خلاف ثابت نیست نمی توانیم به کل مجهول فیه القرعة عمل کنیم. اما اگر عموم باقی باشد لااقل در جاهایی که عمل فقهاء بر خلاف نباشد می شود به عموم تمسک کرد.

حالا ببینیم در بحث آتی چه پیش می آید. ما با اجماعی که ادعا می کنیم آیا عموم نیز به هم می خورد یا نه. دوستان روی این فکر کنند. پس فرمایش محقق عراقی بنیانش زده شد، چون ما آن کبرایی که ایشان می گوید در اینجا قبول نداریم.

## اشاره به فرمایش امام ره در مقام

باقی می ماند فرمایش امام ره. امام ره مسأله عموم را از طریق دیگری حل می کنند. می فرمایند عموم در اینجا کثرت تخصیص ندارد، و این ادعای خروج اکثر ادعای متأخرین از فقهاء است، در کلمات فقهاء قدماء اصلاً صحبت این حرفها نیست. چرا؟ چون آنها اصلاً عموم نمی فهمیدند تا بخواهند تخصیص اکثر را مطرح کنند. متأخرین این حرفها را گفته اند، مثل شیخ انصاری و قبل و بعد ایشان. اما فقهاء متقدم اصلاً این حرفها در کلامشان نیست.

لذا ایشان بیان مفصلی دارند برای اینکه بگویند مورد قرعه صرفاً جائی است که نزاع و تراحم حقوق باشد.

حتماً دوستان بحث استصحاب امام ره را مطالعه کنند، ایشان در بحث نسبت استصحاب و قرعه مطالب واقعاً جالبی دارند، تقریباً همه روایات مهم را آورده است و کلمات فقهاء در اجماع را هم نقل کرده اند اشاره می کند که موارد قرعه در فقه کجاها هست، و این ادعا را می کنند.

ما با ایشان بحث مفصلی داریم. اولاً دوستان دقت کنند در کلام ایشان در تراحم حقوق و تنازع که ایشان همه را با هم می آورد، ولی آیا اینها یکی هستند؟ یک قرینه ای ایشان می آورد که مربوط به تنازع است، آنجایی که گفته اند القرعه للحاکم، می فرمایند از این تعبیر معلوم می شود که برای جریان قرعه باید دعوا باشد. و این حرف عجیبی است که ما قرعه را مخصوص دعوا بدانیم.

حالا اگر تزامم حقوق فقط خودش تنها باشد ممکن است بدون دعوا هم باشد. تزامم حقوق است، ولی طرفین با هم حلش می کنند. اما اگر بگوئیم کار قضائی می خواهد فقط حاکم می تواند انجام دهد.

عبارتهای امام ره را دوستان نگاه کنند، اصل ادعای ایشان بر اینکه مورد قرعه فقط باب تنازع و تزامم حقوق است، که ایشان مستند می کند به روش عقلاء؟ همه اینها بحث می خواهد. جلسه بعد انشاءالله به تنقیح فرمایش حضرت امام ره می پردازیم.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۳۹
خلاصه بحث گذشته .....	۱۳۹
بیان حضرت امام قده در نسبت بین استصحاب و قرعه.....	۱۳۹
علت از بین رفتن عمومات قرعه .....	۱۳۹
نبود موضوع برای تخصیص اکثر .....	۱۴۰
تحلیل های مختلف در عدم لزوم تخصیص اکثر .....	۱۴۰
تحلیل حضرت امام ره: اختصاص قرعه به باب تنازع .....	۱۴۰
ادعای اول: قرعه مورد بناء عقلاء است.....	۱۴۱
ادعای دوم: روایات امضاء همان سیره عقلاء است .....	۱۴۱
ادعای سوم: اجماعات نیز همین مورد بناء عقلاء را می گویند .....	۱۴۱
تصویر دو قسم قرعه توسط حضرت امام قده .....	۱۴۱
عدم کاشفیت قرعه از واقع در نظر حضرت امام ره.....	۱۴۲
بررسی فرمایشات حضرت امام قده .....	۱۴۳
جواب از وجود بناء عقلائی بر رجوع به قرعه در همه جا.....	۱۴۳
حضرت امام سیره بر قرعه را تعیینی می دانند نه عدل تخییری.....	۱۴۳
عطف تراحم الحقوق با تنازع مجمل است .....	۱۴۴
تشکیک در وجود تراحم حقوق در قرعه.....	۱۴۶
موضوع تراحم در امتثال و ایفاء .....	۱۴۸
خلاصه اشکالات به حضرت امام قده.....	۱۵۰

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

**مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف****خلاصه بحث گذشته**

به مناسبت مساله ۴۹ و شک در وقف ترتیبی یا تشریکی وارد بحث قرعه شدیم و چند نظر را بررسی کردیم. عمده اشکال در تخصیص برخی عمومات و مفاد اجماعاتی است که قرعه را برای کل امر مجهول یا مشکل یا مشبته دانسته اند. البته در روایات معتبر «کل امر مجهول» آمده است.<sup>۱</sup> ولی در دعائم و کتب عامه «ما اشکل» و «ملتبس» نیز آمده است.<sup>۲</sup> عمده مطلب این است که مسلماً فقها به این اطلاعات عمل نکرده اند.

**بیان حضرت امام قده در نسبت بین استصحاب و قرعه**

مرحوم امام ره در بحث استصحاب مانند مشهور که نسبت بین استصحاب و قرعه را بحث کرده اند به تفصیل به این بحث پرداخته اند. انصافاً ایشان از بسیاری از محققین بهتر بحث کرده اند زیرا هم ورود بیشتری کرده اند و روایات عامه و خاصه را آورده اند و هم متعرض اجماعات شده اند و نظر شریف خودشان را نیز بیان کرده اند.

**علت از بین رفتن عمومات قرعه**

در آنجا ایشان اصل اشکال را بیان کرده می فرمایند برخی قائلند در قرعه کثرت تخصیص پیش می آید به نحوی که موجب استهجان شود. یعنی اگر بخواهیم به عموم ادات عموم در «کل مجهول ففیه القرعة» عمل کنیم از خروج مواردی که در آن قرعه جاری نمی شود تخصیص اکثر لازم می آید به نحو الاستهجان، چون تمام شبهات حکمیه و همچنین شبهات موضوعیه بدویه و مانند آن از تحت قرعه خارج می شوند. لذا معتقدند در عامی که عمومش شکسته شود فقط در مواردی که عمل علماء ضمیمه آن باشد به آن عام عمل می کنیم.

حال چرا این صولت عموم شکسته می شود؟ ممکن است بگوئیم خود کثرت خروج این کار را انجام می دهد، و ممکن است به بیان ایشان بگوئیم از کثرت این تخصیصها ما حدس می زنیم که این روایت در بستری که نقل شده اند همراه با قیودی بوده اند که موجب برداشت خاصی از آن می شده است. لذا در زمان حاضر که آن قیود حذف شده است

<sup>۱</sup> ۳۳۷۲-۱۸- مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي النَّهَائَةِ قَالَ رَوَى عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ وَ عَنْ غَيْرِهِ مِنْ آبَائِهِ وَ أَتْبَائِهِ مِنْ قَوْلِهِمْ كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْقُرْعَةُ- فَقُلْتُ

لَهُ إِنَّ الْقُرْعَةَ تُحْطَى وَ تُصِيبُ- فَقَالَ كُلُّ مَا حَكَّمَ اللَّهُ بِهِ فَلَيْسَ بِمُحْطَى. وسائل الشيعة، ج ۲۷، ص: ۲۶۲

<sup>۲</sup> ۱۸۶۴ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ وَ أَيُّ حُكْمٍ فِي الْمُلْتَبِسِ أَثْبَتُ مِنَ الْقُرْعَةِ أَلَيْسَ هُوَ التَّفْوِيزُ إِلَى اللَّهِ جَلَّ ذِكْرُهُ ... دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۵۲۲

خیال می کنیم روایت عام است و می خواهیم به عموم آن اخذ کنیم لکن می بینیم این عموم در موارد متعدد قابل تمسک نیست و کثرت تخصیص لازم می آید. لذا چه معتقد باشیم ضعف ظهور با عمل اصحاب جبران می شود و چه آن را نپذیریم در هر صورت این عموم قابل عمل نیست.

### نبود موضوع برای تخصیص اکثر

ایشان در پایان می فرمایند: اصلاً این کثرت تخصیص و استهجانی که مطرح شده است توسط متأخرین بیان شده است و در کلمات قدماء اصلاً چنین چیزی وجود ندارد. یعنی اصلاً کسی روایات را بر عموم حمل نکرده است تا آن را مواجه با کثرت تخصیص ببیند. بنابراین بحث اشکال کثرت تخصیص و تضعیف عموم اصلاً جا ندارد.

دیگر ما روایاتی که ایشان نقل کرده است را نمی آوریم، عمده همین روایاتی است که خواندیم، در مواردی اضافاتی نیز وجود دارد که بعداً عرض می کنیم. برخی از اجماعاتی که ایشان نقل کرده است نیز قبلاً بیان کردیم و برخی دیگر را نیز انشاء الله بیان خواهیم کرد.

### تحلیل های مختلف در عدم لزوم تخصیص اکثر

مشکل حاضر ما تحلیل کثرت تخصیص است دیدیم مرحوم نائینی ادعا فرمودند قرعه فقط در موضوعات است و در مفهوم قرعه یکجور انحصار به جریان در موضوعات نهفته است. مرحوم عراقی ادعا کردند قرعه در جائی است که ملازم با علم اجمالی در موضوعات باشد. ایشان بیانی داشتند که به نظر خودشان خیلی فنی بود ولی دیدیم که همان بیان در مورد خود احکام هم قابل تفسیر و تطبیق است.

### تحلیل حضرت امام ره: اختصاص قرعه به باب تنازع

مرحوم امام قدس سره الشریف نیز تقریبی دارند که واقعا زیبا است و نمی دانیم که به این صورت توسط دیگران نیز مطرح شده است یا نه، البته فی الجمله شاید در کلمات برخی از محققین آمده است. ادعای اصلی ایشان این است که قرعه مخصوص باب تنازع و تراحم حقوق است.



## ادعای اول: قرعه مورد بناء عقلاء است

ایشان برای اثبات این مطلب اول از عقلاء شروع می کنند و می فرمایند قبل از شرع، عقلاء به قرعه عمل می کرده اند و موردش در نزد ایشان نیز قطعاً باب تنازع و تراحم حقوق است. عقلاء در جایی که تراحم حقوق پیش می آید و تنازع پیش می آید برای اینکه فصل الخصومه کنند و ماده نزاع را رفع کنند قرعه می انداختند. این یک دعوا است.

## ادعای دوم: روایات امضاء همان سیره عقلاء است

ایشان در ادامه می فرمایند آنچه که در روایات آمده طابق النعل بالنعل همان کاری است که عقلاء می کرده اند و هیچ حکم مازادی بیان نمی کند. عقلاء برای فصل خصومت در موارد تنازع و در باب تراحم حقوق قرعه می انداخته اند؛ روایات نیز همین را می گوید. مگر یک روایت که برای آن نیز توجیهی بیان می فرمایند.

## ادعای سوم: اجماعات نیز همین مورد بناء عقلاء را می گویند

بعد هم می روند سراغ اجماعات و می فرمایند اجماعاتی نیز که نقل شده به همین صورت است. مثلاً نسبت به اجماع شیخ طوسی و صاحب سرائر و شهید باقرانی ادعا می کنند که اینها همه مخصوص باب تنازع و تراحم حقوق است. بعد از آن نیز کلمات فقها را نقل می کنند و می فرمایند فقهاء نیز همینجا را استفاده کرده اند و جای دیگری نرفته اند.

بنده در بحث اصول هم عرض کردم که یکی از خصائص آدم های اهل فکر این است که دعوای خودشان را روشن می گویند. ایشان واقعا دعوای روشنی دارد، حالا درستی و عدم درستی آن بحث دیگری است. این روش موجب می شود فضا برای کارکردن دیگران باز شود و کسی که فرمایش ایشان را مطالعه می کنند ببیند می تواند موافقت کند یا نه.

## تصویر دو قسم قرعه توسط حضرت امام قده

نکته مهم در فرمایش ایشان نیز این است که ایشان دو قسم قرعه تصویر می کنند، قسمی که واقع مجهول دارد و ما می خواهیم آن را کشف کنیم. و قسمی که واقع مجهول ندارد بلکه با همین قرعه داریم آن را ایجاد می کنیم، مثل بحث وصیت به ثلث در عتق رقبه. اگر وصیت کرد که ثلث از رقبه هایم را آزاد کنید و معلوم نیست کدام ثلث است با قرعه داریم معلوم می کنیم کدام ثلث است. یعنی داریم واقعی به آن می بخشیم؛ واقعی ندارد که بخواهیم کشف کنیم.

ایشان می فرمایند هر دو قسم هم در نزد عقلاء هست و هم در کلام شارع آمده و همه هم مربوط به باب تنازع و فصل خصومت و تزاحم حقوق است.

### عدم کاشفیت قرعه از واقع در نظر حضرت امام ره

ایشان نکته دیگری نیز اضافه می فرمایند. توضیح اینکه برخی مانند مرحوم آقای بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه می گویند قرعه مانند استخاره کاشف از حقیقت است، و ادعای تخلف آن از واقع صحیح نیست. این ادعا بسیار عجیب است و مرحوم امام ره که هم تیزبین بوده اند و هم در ادعاهایشان قاطع می فرمایند واضح است که اصلاً این قرعه هیچ کاشفیتی از واقع ندارد. بلکه با خود قرعه می خواهیم راه خودمان را تعیین کنیم. همان چیزی که ما عرض می کردیم در اینکه قرعه حکم الله لا تخطیء و شارع با این کار دارد این تردد مرا از بین می برد نه اینکه کشف از واقع کند.

ایشان می فرمایند عند العقلاء قرعه متعارف بود و موضوعش منحصر به تنازع بوده، و کارش هم کشف از واقع نبوده است، بلکه می خواسته این مخاطره ای که در بقاء نزاع و در بقاء تزاحم حقوق وجود دارد را بردارد.

پس ایشان از این مسیر آمده اند که اولاً در بین عقلاء، قرعه مطرح است، موضوعش محدود است و موضوعش کاملاً روشن است که مال باب تزاحم حقوق و دعاوی است، مفادش هم کاملاً روشن است، اصلاً طریقت برای واقع ندارد، فقط می خواهد حل نزاع کند.

بعد می فرمایند: روشن است که روایات هم عموماتش و هم خصوصاتش اینها همه همین را می خواهند بگویند یعنی باب تنازع هستند، و بعد اجماعات هم همین است، اقوال فقهاء هم همین است.

**سؤال:** آیا کشف مستحق نمی کند، مثلاً در جریان حضرت یونس ایشان مستحق بود.

**جواب:** نخیر. اتفاقاً حضرت امام همه این مطالب را ذکر می کنند، اولاً اینکه از این داستانها که مال قبل از اسلام بوده است، معلوم می شود قرعه در میان عقلاء مرسوم بود. مثلاً وقتی حضرت یونس را می اندازند در دریا، اینجا چند نقل است: یک نقل این است که یک عبد آبقی بوده که دنبال او می گشتند، قرعه انداختند به نام ایشان افتاد. اینجا می گویند به معنای کشف واقع است. یک نقل دیگر هست که می گوید نه، عبد آبقی نبوده بلکه یک نفر را باید از کشتی بیرون می انداخته اند تا کشتی سبک می شده، قرعه به نام ایشان افتاد. اولی از باب کشف است و دومی از باب تعیین است. ما خودمان می خواهیم تعیین کنیم کشفی نداشتیم.

## بررسی فرمایشات حضرت امام قده

### جواب از وجود بناء عقلائی بر رجوع به قرعه در همه جا

نسبت به ادعای اول ایشان و وجود قرعه در بین عقلاء واقعا ما نمی دانیم که آیا عقلاء همه جا قرعه می اندازند؟ ایشان این ادعا را بیان می فرماید. مثلا در میان عقلاء زمان ما وقتی اختلاف می شود قرعه می اندازند؟ مثلا اختلاف شد در درهم یا در یک خانه ای، آیا قرعه می اندازند و تمامش را می دهند به یک طرف دعوا؟ آن قاعده انصاف یا صلح قهری که بهتر است را جاری نمی کنند، می گوئیم خانه را نصف می کنند.

سؤال: اگر راه دیگری وجود داشته باشد که نمی گویند قرعه.

جواب: نکته این است که در آنجا هم همین را می گویند. البته مرحوم محقق عراقی این را فرموده اند که قاعده انصاف در جائی است که ترجیح در یک طرف نباشد، و قرعه ترجیح است. اما در صلح قهری که خانه را تقسیم می کنیم الان عقلاء چه می کنند. اگر بر سر مالی دعوایشان شد آیا قرعه می اندازند؟ واقعا برای ما روشن نیست، از کجا به ضرس قاطع می فرمایند که عقلاء در موارد اشتباه در تنازع و در باب تراحم حقوق قرعه می اندازند؟

اگر من و دوستم در مورد این پولی که اینجا هست تردید داریم که مال من است یا مال اوست، آیا اینجا قرعه می اندازند؟ یا می گویند با هم مصالحه کنیم نصفش مال من باشد و نصفش مال شما. نمی دانیم.

سؤال: مراد سیره عقلاء بما هم عقلاء است.

جواب: احراز سیره عملی این است؟! از کجا می گوئیم همه جا اینطور است که عقلاء بما هم عقلاء این کار را کنند لاقلا احراز ثابت نیست.

این یک نکته. حالا روی این دوستان فکر کنند.

### حضرت امام سیره بر قرعه را تعیینی می دانند نه عدل تخییری

سؤال: مگر گفتند معینا این سیره را داشتند مرحوم امام می فرمایند بناء عقلاء بر عمل به قرعه بوده است ممکن به صورتی تخییری بوده است؟

جواب: ایشان می گوید تعیینی اگر کار دیگری هم عقلاء می کردند ایشان می فرمودند.

سؤال: شاید مراد امام تخییر باشد.

**جواب:** اگر باشد باید تخیرش را بگوید. در حالی که می فرماید متداول قرعه انداختن است.

از جمله ایشان می فرماید: «و بالجمله لا اشکال فی معروفیة القرعة لدى العقلاء من زمن قديم، كما أنه لا اشکال فی أنها لا تكون عندهم فی کل مشتبه و مجهول، بل تتداول لدى التنازع أو تزامن الحقوق فقط». اگر قرعه، عدل می داشت باید عدلش را هم می گفت که یا این یا آن. ولی ایشان نگفته است.

در جای دیگر ایشان بعد از نقل کلمات اصحاب می فرماید: «و قد ظهر لی بعد الفحص الاکيد عن اقوال الفقهاء و التأمل التام فی الاخبار الواردة فی الموارد المتقدمة غير ذلك». یعنی غیر از این تخصیص اکثری است که آقایان گفته اند. می گوید چون ما به این رسیدیم که خود موضوع قرعه از اول محدود است.

«و محصل الکلام أنه لا اشکال فی بناء العقلاء على العمل بالقرعة فی موارد تزامن الحقوق مع عدم الترجيح عندهم، سواء كان لها واقع معلوم عند الله أو لا. وبالجمله القرعة لدى العقلاء احد طرق فصل الخصومة لكن فی مورد لا يكون ترجيح فی البين». احد الطرق یعنی دعاوی هست، قسم هست، بینه هست، عقلاء اینها را هم که در قضاء داشته اند. یعنی می خواهند بگویند قرعه هم یک راه فصل خصومت است. «ولا طریق لاحراز الواقع»<sup>۱</sup>.

ایشان هیچ جا نه در بناء عقلاء و نه در روایات عدلی برای قرعه بیان نمی کنند، همه جا قرعه است برای رفع الخصومة. و بعد شاهد هم می آورند، که حالا می خوانیم. چون در بعضی روایات دارد که والی و حاکم قرعه را بیندازد. ایشان تسرع می کند می گوید همین اتفاقاً دلیل بر مدعای ماست. چون حاکم و قاضی فقط در بحث دعواست، پس باید موارد قرعه هم دعوا باشد.

پس الان یک بحث این است که اصلاً طریق عقلاء این هست یا نه.

### عطف تزامن الحقوق با تنازع مجمل است

بحث دوم اینکه ایشان تزامن حقوق را بر تنازع عطف می کنند. گاهی می گویند «أو تزامن الحقوق»، بعضی جاها هم می گویند «و تزامن الحقوق». این خیلی مهم است. چرا؟ چون باب تنازع و فصل الخصومة باب قضاء است، اما تزامن حقوق همه اش باب قضاء نیست. من و شما تزامن حقوق داریم ولی دعوا طرح نمی کنیم و نزد والی نمی رویم. تزامن حقوق یک باب است، و لذا افراد معدودی قائلند که لازم است برای قرعه نزد حاکم برویم. و روایاتی که چنین مضمونی

<sup>۱</sup> الاستصحاب ؛ النص ؛ ص ۳۹۱/۳۹۲

دارند را حمل می کنند. برخلاف فرمایش امام ره، که ظاهراً دارند تعیین می کنند که باید پیش حاکم و والی رفت، چون تنازع است. تنازع غیر از تراحم حقوق است. من و شما ممکن است تراحم حقوق داشته باشیم ولی تنازع و خصومت نداریم، می خواهیم مشکلمان را حل کنیم لذا نیازی به رفتن پیش قاضی نداریم. پیش قاضی برای تنازع فصل الخصومة ای است که هیچ کدام به راه دیگری قانع نمی شود. و لذا اینجا ولو تراحم حقوق باشد می خواهیم با قرعه بین خودمان آن را حل کنیم. لازم نیست نزد حاکم برویم.

پس یک بحث هم این است که ایشان باید حل کند که این عطفهایی که می فرمایند که تنازع یا تراحم حقوق و یا می فرمایند تنازع و تراحم حقوق. این «واو» یا «او» مهم است. برای اینکه روایاتی که بعداً ایشان حمل می کنند می گویند والی یا حاکم، جواب می دهند که ببینید بحث سر تنازع و تخصم بود، مطلق تراحم حقوق که پیش حاکم نمی رود. لذا آنجا را با «واو» می گویند.

**سؤال:** واو معنایش استقلال است نه جمع.

**جواب:** بسیار خوب، پس چرا آنجا حمل می کنند که خود این قرینه است که بحث قرعه مربوط به قضاء و حاکم است؟!

**سؤال:** در معنای روایت می گویند یا محل نزاع خصومتی است یا تراحم حقوق. این چه اشکالی دارد. شما به یک شش اشکال کردید ولی اگر شق اول باشد چه؟

**جواب:** پس آنجایی که «یا» می گویند یعنی اگر تراحم حقوق باشد هم، قرعه می اندازیم. در حالی که آنجا می گویند فقط در فصل الخصومة حاکم باید قرعه بیندازند. اصلاً منحصر به فصل الخصومة است. آنجا ایشان تصریح می کند که این روایات رجوع به حاکم در قرعه معنایش این است که انحصار دارد به فصل الخصومة.

**سؤال:** آیا در در مانحن فیه امر مولوی و ارشادی مدخلیت ندارد؟

**جواب:** اگر عقلائی بگیرید مجبورید ارشادی بگیرید. ولی اول کلام است.

**سؤال:** ارشادی باشد که فکر نمی کنم درست باشد. اگر مولوی باشد بله اینجا قرعه مدخلیت دارد، اگر ارشادی باشد که فکر نمی کنم.

**جواب:** ارشاد هم باشد ارشاد به مدخلیتی است که عند العقلاء دارد. مفروغ عنه می گیرد عمل بین عقلاء را و به آن ارشاد می کند پس باز هم باید متبع باشد منتهی دیگر مولویت ندارد.

ایشان می فرمایند: «و فی مرسله حماد المرویه عن التهذیب عن احدهما علیه السلام قال: القرعة لا تكون الا للامام». لا تكون الا للامام و فقط فصل الخصومة مال امام علیه السلام است دیگر نمی شود ما بگوئیم که در حقوق است. بعد می فرمایند: «و فی صحیحه معاویه بن عمار فی باب النزاع فی الولد قال: اقرع الوالی بینهم. و فی روایة یونس فی قضیة تحریر من علمه آیه من کتاب الله قال: و لا يجوز أن يستخرجه (قرعه را) احد الا الامام علیه السلام. «فحصر القرعة بالامام ليس الا لاختصاصها بموارد الخصومة و تزامم الحقوق». اینجا با او عطفش کرده اند، چون اگر عطف نکنند نمی شود. تزامم حقوق مطلق نزاع نیست فصل الخصومة نیست، لذا الا للامام معنا ندارد.

عرضم این است که یک نکته در کلام ایشان مجمل است، یکجا «او» می آورند و یکجا «واو» می آورند. و این مضر است به بحث والا صرف اختلاف تعبیر نیست، چون بعدا در بحثهای آتی آنجا که ایشان می خواهد روایات را توجیه کند، بعضی ها را فقط با تزامم حقوق درست می کند، نمی تواند با فصل الخصومة درست کند. می گوید ببینید در این روایات تزامم حقوق است. خب تزامم حقوق است اما چه کسی گفته فصل الخصومة است؟! آنجاها با تزامم حقوق درست می کنند و اینجاها را هم با نزاع درست می کنند، بعد همه را با «واو» می آورند. در حالی که خیلی فرق می کند بالاخره موضوع قرعه را اعم گرفتید یا اخص گرفتید؟ اگر اخص گرفتید و فقط در مورد نزاع باشد، درست است که دو سه تا روایت را میتوانید معنا کنید، ولی مشکل پدید میاید آن روایت تزامم حقوق را چکار می کنید؟

این نکته دوم.

## تشکیک در وجود تزامم حقوق در قرعه

نکته سوم اینکه آیا ما در باب قرعه در همه جا تزامم حقوق داریم یا نه؟

فعلا آنجایی را که روشتر است بیان کنیم: در جائی که واقع متعین ندارد، و با قرعه داریم آن را ایجاد می کنیم، امام ره می فرماید اینجا واضح است که تزامم حقوق است، چون همه می توانند از آن متنعم شوند. مثلا اگر وصیت کرد به عتق ثلث عبیدش، هر یک از هر عبید به عنوان آن ثلث حق دارد متنعم شود، می شود تزامم حقوق. آیا این حرف درست است؟

باید دقت نمود که ما با قرعه داریم شخص را صاحب حق می کنیم، چه کسی گفته است قبل از این قرعه همه عبید حق دارند؟! اصلاً کسی بگوید قرعه اینطوری باطل است، اصلاً چه کسی گفته این قرعه درست است؟! با این روایات قرعه داریم قرعه اینطوری را درست می کنیم.

**سؤال:** بالاخره اینها نسبت به حریت مساوی هستند؟

**جواب:** نسبت به حریت مساوی هستند ولی چه کسی گفته برای حریت حق دارند؟!

**سؤال:** عتق آمده روی یکی از این پنج تا.

**جواب:** نیامده روی یکی از این پنج تا، گفته یکی از اینها را ایجاد کند. چه کسی می گوید همه حق دارند؟! ما با قرعه حر را تعیین می کنیم.

**سؤال:** منظور شأنیت برای آزادی است.

**جواب:** شأنیت حرف دیگری است، شأنیت تزاحم حقوق نیست. آیا اینکه می تواند کسی باشد که صاحب حق است، تزاحم درست می کند؟! مثلاً در یک مسابقه ای همه ما داریم می دویم می توانیم صاحب مدال شویم، آیا در مدال تزاحم حقوق می شود؟! خب هر شخصی که دوید و گرفت مال او می شود.

بله! یک شأنیتی داریم، یعنی اگر ما استعدادمان اینطور بود و با آن شرائط به او رسیدیم البته ما هم صاحب حق می شویم.

بنابر این توسعه تزاحم به جایی که یک حق باشد وجهی ندارد. حضرت امام ره حتی در غنم موطوئه هم یکجور می خواهند توجیه کنند که بیان خواهد شد. ولی تزاحم اصطلاحی در جائی است که دو تا حق باشند، و این دو حق در ایصال و وفاء با هم تزاحم کنند. مانند تزاحم در باب واجبات. اگر یک واجب فی البین باشد نمی گوئیم تزاحم واجبات می شود. اما اگر دو تا وجوب باشد فی حد ذاته یعنی لولا التزاحم، مثل اینکه دو نفر دارند غرق می شوند و ما یک قدرت بیشتر نداریم، اینجا می گوئیم آن دو وجوب در مقام فعلیت در خارج تزاحم می کنند، چون هر دو برای انقاذ ملاک دارند و من یک قدرت بیشتر ندارم و باید صرف یکی کنم. دقت شود ما نمی گوئیم وجوب بالفعل دارند، ملاک هر دو موجود است، باب تزاحم در مقابل تعارض را آنجا اینطور درست می کنند.

تزاحم در باب حقوق هم شبیه همین است. اگر دو تا حق ثابت است و ما نمی توانیم هر دو را ایفاء کنیم این دو حق تزاحم می کنند، آنوقت بحث می شود که آیا می شود یکی را ترجیح بدهیم یا تساوی است، چکار باید کنیم؟

**سؤال:** اینجا تراحم امتثالی با تراحم ملاکی خلط شد، شما آمدید که انقض الغریق که تراحم امتثالی است را برای تراحم ملاکی آوردید. مرحوم آخوند صراحتاً این را رد می کند. امام ره هم اتفاقاً حرفشان به تراحم ملاکی می خورد نه تراحم امتثالی.

**جواب:** اتفاقاً مرحوم آخوند از آنهایی است که تراحم ملاکی را قائل است، تراحم واقعی در عالم واقع نه در عالم امتثال را. آنکه همه قبول دارند، در مقام امتثال که همه می گویند تراحم ملاک است. در عالم واقع تراحم ملاکی قبول دارند و می گویند آنجا مرجحات باب تراحم می آید. در حالی که مرحوم نائینی می گویند آن کسر و انکسار واقعی باب تعارض درست می کند. پس تراحم ملاکی را آنجایی که آقای نائینی تعارض می داند مرحوم آخوند و آقا ضیاء تراحم ملاکی می دانند. لذا اجتماع امر و نهی را حتی اگر مجتمع هم نشود مرحوم آخوند از باب تراحم می داند.

**سؤال:** در نجات غریقین که اشاره فرمود آنجا اسمش واجب تخیری نیست؟ اگر واجب تخیری باشد دیگر قرعه راه ندارد.

**جواب:** اولاً در مقام امتثال است و واجب تخیری نیست و ممکن است در جایی که مساوی باشند تخیر عقلی باشد لذا باب تراحم است. واجب عقلی است نه وجوب شرعی تخیری. وجوب عقلی به شرطی تخیر است که هر دو کاملاً مساوی باشند. خلاصه باب تراحم است.

## موضوع تراحم در امتثال و ایفاء

پس عرض ما این است که باب تراحم جائی است که هر دو ملاک باشد، و این دو در مقام امتثال و ایفاء با یکدیگر تراحم می کنند. امتثال در تکالیف و ایفاء حق در باب حقوق. اما در جائی که یک واقع بیشتر نداریم، یک مال فی البین است یا مال من است یا مال شما، تراحم حقوق یعنی چه؟ آن مالی که فی البین است ملک من است و حق من است و شما هم هیچ حقی در آن ندارید، تراحم حقوق یعنی چه.

یکی از موارد قرعه این بود که یک درهم هست یا مال من است یا مال شماست، یک نفر مالک این است، فرض کنید من مالکم، این درهم فی البین ملک من است و من ذی حق هم هستم، شما چکاره اید؟

آن فرزندی که فی الواقع فرزند یکی از سه نفر هست، فی الواقع منتسب به یکی است اگر حر باشد و ملک یکی است اگر عبد باشد و دیگری اجنبی است، این وسط تراحم حقوق یعنی چه؟!



بله در برخی فروض تراحم دارد از جهات دیگری، نه از جهت اینکه این فرزند منسوب به او باشد، از باب اتلاف مثلا حق آمه ای که در بین بوده، آنها بحثهای دیگری است اگر لازم شد عرض می کنم، از باب انتساب این فرزند جز یکی حقی ندارند، چون انتساب به کسی است که این کنیز مال او بوده، کسی که اجنبی است یعنی چه مثلا. درهم واضحتر است. درهم فی البین مال یک نفر است، تراحم حقوق کجا بود.

بله در مقام دعوا این بحث وجود دارد چون هر کسی حق دعوی دارد. الان برویم پیش حاکم بگوئیم این کتابی که دست این آقای است که در خیابان راه می رود مال من است. مدعی ای که ذینفع باشد طرح دعوا حق اوست. ما الان بحث طرح دعوا نداریم. بحث تراحم در حق دعوا نداریم. تراحم سر حق واقع است. در جائی که یک درهم بین دو نفر است تراحم حقوق کجاست؟

ایشان قرعه ای را که کاشفیت ندارد و یک کار تعبدی است و یا اشاره به کار عقلاء دارد می فرمایند موضوعش تراحم حقوق است.

**سؤال:** اینکه می گوید یکی از عدهای من اینجا قرعه به نامش افتاد در مقام ظاهر با هم اختلاف دارند دیگر.

**جواب:** تراحم حقوقش کجاست؟ اگر دعوا شد طرف حق پیدا می کند نسبت به واقع؟ اگر کسی به خلاف و دروغ رفت طرح دعوا علیه کسی کرد کما اینکه حالا در دادگاه ها خیلی اینطور می شود، طرف مالک زمین نیست می رود سند جعلی درست می کند و می گوید من مالک هستم. عرض من این است که کسی که به دروغ می آید طرح دعوا می کند آیا نسبت به واقع حق پیدا می کند؟ حق نسبت به طرح دعوا دارد نه اینکه حق نسبت به واقع داشته باشد. اینکه روشن است. ایشان که می گوید موضوع قرعه تنازع و تراحم حقوق است، تنازع که باید باشد ولی آیا تراحم حقوق هم هست؟ کدام حق با کدام حق تراحم دارند

روی این نکته فکر کنید به نظرم بحث دقیقی است. من می گویم تراحم حقوق را تارة شما نسبت به دعوا طرح می کنید، این یک حرف است. یعنی حق طرح دعوا. این ربطی به حقوق واقعی ندارد. بحث سر حق واقعی بود، شما می خواهید آن فرزند فی البین یا درهم فی البین را حل کنید، آنجا تراحم حقوق می شود؟!

ایشان در مثال غنم موطوئه می گوید آنجا هم شاید بتوانیم تراحم حقوق درست کنیم. چون خیلی وقتها گوسفندها مال صاحبان مختلف بوده، در یک گله ممکن است پنج تا از گوسفندها مال یکی باشد و پنج تا مال دیگری، اینجا هم تصویر می شود. می گوئیم چجور تصویر می شود؟!

سؤال: حق حیات را می گوید.

جواب: حق حیات شیاه را برای یک نفر هم می گوید. حالا به آن هم می رسیم.

پس اشکال سوم ما این است که: اصلا تراحم حقوق که ایشان ادعا فرموده اند، تراحم حقوق واقعی ما نداریم. در مقام طرح دعوا بحث دیگری است.

### خلاصه اشکالات به حضرت امام قده

ما اولاً ادعا می کنیم بحث عقلائی ثابت نیست. اینکه ایشان می گوید انحصارش به اینجا و اینکه در همه موارد اشتباه، عقلاء در دنیا قرعه می اندازند، این اول کلام است. ثانیاً عرض کردیم که تنازع با تراحم حقوق فرق می کند. ممکن است تراحم حقوق باشد و اصلاً طرح دعوا هم نشود. دو تا برادر هستند و خیلی هم با هم رفیق هستند اشتباه شده مالشان فی البین، فرض کنید این باب تراحم حقوق باشد، اما ربطی به تنازع ندارد. ما با هم دعوایی نداریم. دعوا این است که ما پیش والی برویم. ولذا لازم نیست والی برای ما قرعه بیندازد. اگر قرعه معقول است خودمان می اندازیم.

ثالثاً: اصلاً تراحم حقوق یعنی چه؟ آیا در جایی که یک واقع داریم تراحم حقوق تصویر دارد؟

«والحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۵۱
خلاصه بحث گذشته .....	۱۵۱
تفاوت باب تنازع و تراحم .....	۱۵۲
اشکال به اختصاص باب تنازع و تراحم حقوق به قرعه.....	۱۵۳
در اکثر روایات قرعه، بحث رجوع به قاضی نیست .....	۱۵۳
ادعای وجود قرائنی در کلمات فقهاء بر طبق ادعای ایشان .....	۱۵۴
جواب از ادعای وجود قرائن در کلمات فقهاء.....	۱۵۴
برخورد شیخ طوسی ره با روایات قرعه .....	۱۵۶
بعضی روایات که اصلاً بحث نزاع ندارد.....	۱۵۹
احتمالهای مطرح از سوی صاحب وسائل ره نسبت به لا تكون القرعة الا للامام.....	۱۶۰
جواب از بیان حضرت امام ره نسبت به عمومات .....	۱۶۲
قرینه متصله بودن بناء عقلاء و جواب از آن.....	۱۶۲
نتیجه کلی بحث .....	۱۶۳

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

### مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

#### خلاصه بحث گذشته

به مناسبت مساله ۴۹ وارد بحث قرعه شدیم. در ادامه بررسی کلمات علماء در مسئله قرعه رسیدیم به فرمایشات مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة و طریقی که مرحوم امام ره برای رهائی از تخصیص اکثر نبودن قاعده قرعه پیموده اند. ایشان نیز مانند اکثر بزرگان کوشیدند در بحث تخصیص عمومات قرعه یا مواردی که خروج موضوعی دارند، مانند شبهات حکمیه کلیه و شبهات موضوعیه بدویه با ارائه راههائی از اشکال تخصیص اکثر جلو گیری کنند. محقق نائینی ره و محقق

عراقی ره این موارد را خروج موضوعی می دانستند لذا قائل بودند خروج این موارد بالتخصیص نیست. منتهی بیان این بزرگان اشکال داشت که به تفصیل بیان شد.

حضرت امام ره باب جدیدی مطرح کرده و مبحث مهمی را مطرح کردند از این رو که نظر ایشان تضییق فوق العاده خاصی بر روایات قرعه وارد می کند. ایشان فرمودند بعد از امعان نظر کامل و دقت تام در روایات و کلمات فقهاء به این مطلب می رسیم که روایات قرعه مربوط به باب تنازع و دعوا و تشاح و تراحم حقوق است. لذا هم عمومات روایات و هم موارد خاصه ای که در روایات وارد شده و هم کلمات فقهاء را حمل بر همین مورد می کنند و فقط یک مورد را با این اختصاص قابل حل نمی دانند و آن نیز غنم موطوءه است که آن را هم قابل توجیه می دانند.

## تفاوت باب تنازع و تراحم

اولا باید موضوع این ادعای حضرت امام ره روشن شود. تشاح و تنازع و دعوا یک باب است، تراحم حقوق باب دیگری است. در موارد متعددی ممکن است تراحم حقوق باشد ولی طرح دعوا نباشد. دعوا به یک معنا یک مجعول است یعنی خواص شرعی و آثار دارد و حق مدعی است، (حال چه واقعی باشد یا نه ولی حق مدعی هست)، یجب علی القاضی استماع الدعوی، یعنی آثار مهمی دارد. اگر دعوا شد، بینه بر مدعی ای که طرح دعوا می کند و حلف بر من انکر است. و اگر طرفین متداعیین باشند باز اثر دیگری دارد.

عرض ما این است که: دعوا خصائصی دارد. دعوا باید نزد قاضی باشد. والا اگر کسی برود پیش کسی که آدم بسیار خوبی است باز نمی تواند طرح دعوا کند دعوای به معنای مصطلح که آثار بر آن مترتب است تنها در نزد قاضی صحیح است.

شما که می فرمائید روایات قرعه مختص به باب دعوا و قضاء است، چرا تراحم را داخل کردید؟ ممکن است دو تا برادر تراحم در حقوق داشته باشند ولیکن هیچ دعوایی با هم نداشته باشند و حاضر هم نباشند به نزد قاضی در محکمه بروند، دون شأنشان می دانند ولی تراحم در حقوق دارند. لذا باید ببینیم روایات باب این موارد را شامل می شود یا نه؟ ما معتقدیم صد در صد روایات شامل این فرض می شود. برخی از روایات چه عموماتش و چه خصوصاتش این موارد را می گیرد، در حالی که شما اینها را می خواهید خارج کنید.

پس اول باید در این عبارتهای شما، تکلیف را حل کنیم. دیروز عرض کردم گاهی ایشان تراحم را با «واو» عطف به باب دعوا می کند و گاهی با «او» و این تردد خیلی مشکل ساز می شود. ابتدا به همان چیزی که ایشان خیلی اصرار بر آن

دارند می پردازیم. با توجه به قرائنی به نظر می رسد ایشان می خواهند ادعا کنند قرعه مخصوص باب قضاء و دعوا و تشاح و وصول عند القاضی است، چون ایشان در معنای دو روایتی که می گوید «القرعة لیس الا للامام» می فرمایند اختصاص به امام بخاطر این است که باب قضاء است و قضاء فقط برای امام و من ینصبه است. حال اگر مدعی ایشان این باشد این اختصاص چه دلیلی دارد؟

### اشکال به اختصاص باب تنازع و تراحم حقوق به قرعه

ایشان برای اثبات ادعای خود از بناء عقلاء شروع کرده فرمودند بناء عقلاء بر این است که هر کجا باب تراحم حقوق و تشاح شود و هیچ رجحانی وجود نداشته باشد قرعه می اندازند.

ما عرض کردیم این مطلب ثابت نیست چون شاید راه های معقول دیگری هم باشد که در روایات نیز به این راه ها اشاره شده است. در مواردی امام علیه السلام مال را بین دو مدعی تقسیم می کنند. در جائی که از همه جهات مساوی شد هر چند برخی روایات می فرمایند قرعه بیندازند اما روایاتی دیگر تصریح می کنند به تقسیم بین متداعیین. امیرالمؤمنین صلوات الله علیه در قضاء هایی که به عمل آوردند بین متداعیین تسهیم کردند، نه سهام به معنای قرعه. نصف را به این دادند و نصف را به دیگری و مانند صلح قهری عمل فرمودند.

پس اینکه شما می فرمائید در میان عقلاء قرعه دارج است چه دلیلی دارد؟! بعد از جلسه گذشته یکی از دوستان می فرمود ما در تمام عمرمان یکبار قرعه نینداختیم. واقعا همینطور است، من نیز یاد نمی آید در تمام عمرم قرعه انداخته باشم. البته استخاره می کنیم ولی معلوم نیست این استخاره قرعه باشد. بعضی خواسته اند اینها را یک کاسه کنند، ولی واقعا این نیست. این که ما در زندگی مان هر کجا که ترجیح نبینیم حتما قرعه می اندازیم و مشی عقلاء نیز بر همین است، اول کلام است. کلام ایشان به گونه ای است که گوئی روایات طابق النعل بالنعل همین را می گوید در حالی که روایات اینطور نیست.

### در اکثر روایات قرعه، بحث رجوع به قاضی نیست

نکته ای که امروز می خواهیم بحث کنیم این است که: اگر ما بخواهیم فرمایش امام ره را قائل شویم باید برای تمام موارد قرعه اول پیش قاضی بروند و به قول امروزی ها دادرسی قضائی صورت گیرد، یعنی قاضی نگاه کند که مدعی کیست و منکر کیست، به مدعی بگوید بینه بیاور و اگر او بینه نداشت به منکر بگوید قسم بخور باز اگر نکول کرد حلف را به مدعی برگرداند و اگر مدعی نکول کرد به نحو مقتضی تکلیف را روشن کند. پس باید تمام اینها طی شود.

سؤال ما این است که حتی در این روایاتی که در آنها تشاح و تنازع هست آیا پیمودن این مسیر در آنها آمده است؟! پس اولاً ادعای ما این است که در خیلی از روایات باب قرعه تنازع نیست. و آنهایی هم که در آن تنازع هست می گوید اگر امر مشکل شده و راه حلی ندارد قرعه بیندازید. نگفته است بروید پیش قاضی اول تمام مراحل قضاء را طی کنید اگر نشد قاضی برای شما قرعه بیندازد. بلکه در بعضی روایات دارد که مثلاً پیش امیرالمؤمنین علیه السلام می رفتند و ایشان شهود و تعدادشان و حلفشان را بررسی می کردند ولی نیامده است که همه موارد به این صورت بوده است. و ظهور این سکوت این است که مرحله بعدی این تنازع همین قرعه بوده است بدون نیاز به رجوع به قاضی. تحلیل اینکه چطور با وجود تنازع نزد قاضی نرفته اند نیز این است که نخواستند دعوی ایشان را پیش قاضی ببرند؛ خواسته اند خودشان حل کنند. انشاءالله در آخر بحث نظریه ای عرض می کنم؛ اجمالاً این است که می توان به قرعه نگاهی ترکیبی داشت و همه موارد آن را به یک صورت و دارای ماهیت واحد ندانست لذا ضرورتی ندارد تحلیلی ارائه کنیم که لازمه آن اجرای قرعه به صورت واحد در همه موارد باشد. بنابراین این فرمایش ایشان که تمام روایات قرعه را بر باب تنازع حمل می کنند، به نظر درست نیست.

### ادعای وجود قرائنی در کلمات فقهاء بر طبق ادعای ایشان

ادعای دیگر حضرت امام ره این بود که قرعه در کلمات فقهاء نیز همینطور است. حتی ایشان اشاره می کنند که شیخ طوسی اعلی الله مقامه این حرفها را ذیل بحث قضاء و حکم و دعاوی آورده است و این را قرینه ای بر صحت ادعایشان گرفته اند.

### جواب از ادعای وجود قرائن در کلمات فقهاء

به مقداری که فحص کردم این قرائن درست نیست. گرچه برای تکمیل مطلب خیلی جا دارد تدقیق و فحص و تتبع بیش از این صورت گیرد. مرحوم شیخ صدوق در کتاب من لا یحضره الفقیه عنوان باب قرعه و عتق را بعد از بحث وکالت و قبل از کفالت آورده است، البته نمی گوئیم تمام روایات قرعه را اما این دو باب را در بحث قضاء نیاورده است. همچنین مرحوم شیخ طوسی اعلی الله مقامه در کتاب استبصار بعضی روایات قرعه را در ابواب دیگری مثل اینکه «لا عتق الا فی ملک» آورده است. که خیلی مهم است و می خوانم. مرحوم شیخ حر عاملی ره در کتاب وسائل گاهی نه تنها روایات را تقطیع می کند، بلکه گاهی روایات مربوط یعنی روایاتی که معانی غیر از این داشته باشد را نمی آورد. ولی نکته جالب در

کتاب استبصار این است که معانی خلاف را هم می آورد و حل می کند اصلاً به نظر می آید برای بحث قرعه سرنخ های جدیدی می دهد که خواهد آمد.

عرض ما این است اینطور نیست که مثل شیخ طوسی اعلی الله مقامه تمام بحث قرعه را ذیل بحث قضاء و حکم و دعاوی آورده باشند.

**سؤال:** مرحوم امام ره می خواهند بفرمایند در موضوع له قرعه کأن یک مشکلی هست که قرعه می اندازند.

**جواب:** بله مشکل هست اما چرا اختصاص به نزاع می دهید؟!

**سؤال:** بالاخره یک تزاحمی که هست.

**جواب:** ما دو مطلب بیان کردیم: اولاً گفتیم تزاحم حقوق غیر از بحث نزاع است. ثانیاً روایات می گوید در موارد تنازع قرعه بیندازند اما نمی گویند به محکمه بروند. این نوع روایات، علیه استدلال حضرت امام ره است، چون مرحوم امام ره قرعه را منحصر کردند به محکمه. ایشان می فرمایند می دانید برای چی روایت فرمود «لیس القرعة الا للإمام»؟ برای اینکه این بحث قضاء است و فقط عند القاضی درست می شود. عبارتش را برای شما می خوانم. «و فی مرسلة حماد المروية عن «التهذيب» عن أحدهما قال: (القرعة لا تكون إلا للإمام) و فی صحیحة معاوية بن عمار فی باب النزاع فی الولد قال: (أقرع الوالی بینهم). و فی رواية یونس فی قضیة تحریر من علمه آية من کتاب الله قال: (و لا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الإمام). فحصر القرعة بالإمام لیس إلا لاختصاصها بموارد الخصومة و تزاحم الحقوق التي يُرفع الأمر فيها إلى الإمام و الوالی».<sup>۱</sup>

**سؤال:** اینجا می گوید: فإن الروایات علی کثرتها بل تواترها إنما ورد فی مورد تزاحم الحقوق سواء أ كان لها واقع عند الله مجهول لدى الخصمین أو لا، نگفته محکمه بروند.

**جواب:** مرحوم امام در این عبارتی که خواندیم فرموده «فحصر القرعة بالإمام لیس إلا لاختصاصها بموارد الخصومة و تزاحم الحقوق، التي يُرفع الأمر فيها إلى الإمام و الوالی» و همچنین در ذیل این عبارت میفرماید: «فيعلم أن القرعة إنما تكون في موارد يكون الأمر راجعاً إلى الإمام و الوالی».<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> الاستصحاب ؛ النص ؛ ص ۳۹۶/۳۹۵

<sup>۲</sup> الاستصحاب، النص، ص: ۳۹۶

ایشان در این عبارت تصریح می کنند که مواردی که در روایات آمده مانند الامام یقرع، یا در متن روایت دارد اقرع الامام حمل می شود به نزاع و باید بروند پیش قاضی، و اگر نزد شخص دیگری باشد فایده ندارد. یعنی قضائی که مد نظر ایشان است قضاء رسمی عند القاضی است. تنازع را برای این می فرمایند که موضوع قضاء را درست کند. اتفاقا ما نیز به همین استدلال می کنیم و می گوئیم در مورد تنازع نگفته اند بروید پیش قاضی، گفته اند خودتان قرعه بیندازید. بنابراین شما نمی توانید بگوئید قرعه مال باب تنازعی است که پیش قاضی می روند. هم رفتن پیش قاضی لازم نیست و هم اینکه تنازع هم نباشد باز همین است.

### برخورد شیخ طوسی ره با روایات قرعه

اینکه فرمودند قرعه در کلمات فقهاء نیز ذیل بحث تنازع و تشاح و فصل الخصومه است در موارد متعدد صحیح نیست. در کتاب استبصار باب سوم «باب أنه لا عتق قبل الملك» اصلا بحث دیگری است ربطی به بحث تشاح و تنازع و این حرفها ندارد. ۴ روایت در اینجا ذکر کرده اند، دو تای اولش این است که از رسول الله صلی الله علیه و آله نقل کرده اند که «لا طلاق قبل نکاح و لا عتق قبل ملک». روایت بعدی هم باز دارد که قال رسول الله صلی الله علیه و آله «لا عتق الا بعد ملک». این چیزی که ما حدس می زدیم اینجا تقویت می شود. چون خود شیخ طوسی اعلی الله مقامه ذیل این دو بحث قرعه را آورده اند. ما عرض کردیم که اصلا ممکن است در باره کسی که گفته است «اول مملوک املکه فهو حر» کسی بگوید قرعه هم نیندازیم و اصلا بگوئیم این عتقش درست نباشد. مقتضای لا عتق الا فی ملک عدم صحت چنین عتقی است. کسی که الان مملوکی ندارد چطور الان انشاء می کند «هو حر لوجه الله» الان که مالک نیست؟!

بسیار جالب است که مرحوم شیخ طوسی این روایات را برده در باب نذر که اصلا ربطی به نزاع و تنازع ندارد. دو روایت دیگر در این باب است، یکی از آنها می گوید: «قال سألته عن رجل قال اول مملوک املکه فهو حر، فورث سبعة؟ قال: یقرع بینهم و یعتق الذی قرع». که در وسائل هم تقریبا این بود. روایت دوم در همین موضوع اصلا چیز دیگری می گوید. روایت این است: «سألت ابا عبد الله علیه السلام عن رجل قال: اول مملوک املکه فهو حر فاصاب سته»، عین همان موضوع بالا، امام چی فرمودند؟ «قال: إنما کانت نیته علی واحد، فلیختر ایهما شاء فلیعتقه». اصلا قرعه ندارد. می گوید نیتش بوده که یک نفر را آزاد کند، هر کدام را که می خواهد آزاد کند، ربطی به قرعه هم ندارد. همین موضوع است.

البته نیاز است سند روایت بررسی شود و روشن شود آیا اینها دو روایت مختلف هستند یا قابل جمع هستند؟ مرحوم شیخ ره در جائی ظاهرا به نحوی می خواهد بین اینها جمع کند. اما در اینجا ایشان می گوید: «فلا تنافی بین هذه الاخبار»



و الاخبار الاولى (اخبار اوله نداریم فقط دو تا خبر اوله داریم که می گفت لا عتق الا فی ملک) من وجهین». یک مشکل ایشان الان این است که می خواهد تنافی این روایاتی که ظاهرشان صحت عتق قبل از ملک است را با آن روایاتی که می گوید لا عتق الا فی ملک با توجیهی رفع کند. میفرماید یک توجیهش این است که: «أن يكون المراد بهذه الاخبار النذر لله تعالى»، این اخبار پائین که می گوید اول مملوک املکه فهو حر اصلا نذر است «فإنه إذا كان كذلك وجب عليه الوفاء به»، اگر نذر باشد باید به آن وفاء کرد «و من لم یکن كذلك لیس علیه شیء» اما اگر نذر نکرده باشد اصلا چیزی بر او نیست، یعنی قرعه هم لازم نیست بیندازد. ظاهر اینکه چیزی نیست یعنی قرعه هم لازم نیست.

البته ایشان وجه حل تنافی بین قرعه با اینکه هر کدام را می خواهد می تواند انتخاب کند را بیان نکرده اند اما می فرماید هر دوی اینها برای وفاء به نذر است. حال بحث قضاء کجاست؟! امام می فرماید که مرحوم شیخ طوسی در بحث خلاف در ذیل قضاء آورده اند لذا قطعاً مراد اینها هم همین است که ما می گوئیم. در حالی که ایشان در اینجا قرعه را ذیل لا عتق الا فی ملک آورده است و ربطی به قضاء ندارد.

ایشان حتی تراحم حقوق را نیز درست می کند. جلسه گذشته بیان کردیم که در این مورد تراحم حقوقی وجود ندارد و تنها یک حق واقعی محل اختلاف است. و اصلاً در بحث چنین عتقی اصلاً حقی ثابت نیست. در جلسه گذشته ما هنوز این روایت دوم را ندیده بودیم. اینجا که اصلاً می گوید در نیتش بوده که فلیختر ما شاء، اختیار هر کدام که می خواهد ربطی به حقوق آنها ندارد. این روایت نه تنها مربوط به باب تنازع نیست، بلکه حتی تراحم حقوق هم تصویر نکرده است. بیان کردیم که اصلاً تراحم حقوق ثبوتاً معنا ندارد، البته یک جاهایی می شود ولی عمده جاها یک حق واقعی است که بین چند نفر مشتبّه شده است، اینکه تراحم حقوق نیست. حتی اگر به این اشکال نظر نداشته باشیم در این روایت می گوید هر کدام را می خواهد انتخاب کند در حالی که اگر تراحم حقوق بود باید رعایت حق را می کرد نه اینکه خودش انتخاب کند پس اینجا ربطی به تراحم حقوق ندارد.

بعد ایشان می فرماید: «و الوجه الثانی: أن يكون المراد به إذا اراد الرجل أن يفی بما قال و إن لم یکن ذلک واجبا علیه کیف الحکم فیه؟» یعنی سؤال اصلاً از این نیست که اگر کسی بگوید اول مملوک املکه فهو حرّ، چکار کنیم تا بگویند قرعه بیندازد. چون کأن مفروغ عنه است که این عتق باطل است و کاری بر او لازم نیست بلکه روایت می خواهد بگوید اگر می خواهد به این قولی که داده وفا کند یکی را اختیار کند. پس توجیه دوم این است که این عتقش باطل است و لازم الوفاء نیست ولی وفاء به آن حُسن که دارد مانند اینکه مشهور می گویند وفاء به وعده اولی بدون اینکه در ضمن یک عهد و عقدی باشد لازم نیست، قول ابتدائی واجب الوفاء نیست، ولی حتماً مستحسن است بلکه بعضی می گویند واجب است.

حالا آنهایی هم که می گویند واجب نیست مستحسن که می دانند که انسان اگر به کسی قول داد به قولش وفاء کند. ایشان می گوید «أن يكون المراد به إذا اراد الرجل أن يفي بما قال» نه اینکه بر او واجب باشد «و إن لم يكن ذلك واجبا عليه». پس کسی که می گوید «اول مملوك املكه فهو حرّ»، هیچ واجبی بر عهده او نیست، یک قول و وعده ای است، اما اگر بخواهد به این وعده وفاء کند باید چکار کند؟ بعد می گوید: «فأما ما تضمنه الخبران الاولان»، البته خبران اولان نیست بلکه اخیران است، «من استعمال القرعة» استعمال القرعة تنها در ذیل یک خبر بود دو تا خبر قرعه را نگفته «هو المعمول عليه و الاحوط». بعد می فرماید: «ولو أن انسانا عمل على الخبر الاخير و اختار واحدا من المماليك فأعتقه لم يكن عليه شيء»<sup>۱</sup>. یعنی قرعه هم لازم نیست بیندازد.

لذا عرض ما این است که کجای اینها تنازع بود؟ کجای اینها مراجعه به قاضی بود؟ کجا اصلا تنازع حقوق درست کردند؟! حضرت امام ره دو ادعا دارند یکوقت می فرمایند ما خودمان از روایات اینطور می فهمیم، این یک ادعا است. ادعای دیگر این است که می گویند فقهاء هم همین را می گویند. می فرماید با امعان نظر و با فحص و تتبع تام در کلمات فقهاء می فهمیم که آنها نیز این را قائلند. عرض ما این است که از کجا چنین برداشتی فرمودید؟! مرحوم شیخ طوسی که می فرماید: ولو قرعه انداختن واجب نیست ولی اگر می خواهی وفا کنی قرعه بینداز، قرعه معمول به و احوط است، ولی اگر قرعه هم نینداختی و به روایت دیگر عمل کردی و بدون قرعه یکی را اختیار کردی اشکالی ندارد «و لم يكن عليه شيء». پس الان نمی گویم کدام حرف درست است، می گویم شما نباید نظر خودتان را به فقهاء نسبت دهید.

در عبارات فقهاء باز از این قبیل موارد هست. حتی انتساب این مطلب به ابن ادریس که در سرائر قرعه را در ذیل کتاب دعاوی آورده است نیز قابل بحث است. در جاهای دیگر نیز بحث اشکال و اشتباه را گفته اند و انحصاری به بحث تنازع ندارد.

**سؤال:** شاید یک وجه جمع این باشد که امام می فرمایند تا وقتی مراحل تقسیم و راه دیگری هست نوبت به قرعه نمی رسد و وقتی تمام راه ها منسد شد نوبت به قرعه می رسد.

جواب: نمی دانم که این عبارت در کلام امام ره هست یا نه، البته مرحوم امام این را آورده اند که هیچ رجحانی نباشد. برخی از شاگردان ایشان که در بحث قرعه که در قواعد فقهیه شان دارند می گویند کل این بحثها در جائی است که همه راه ها را رفته باشد و منسد باشد. اگر مراد این باشد اول باید بروید سراغ قاضی. تنازع که می گویند باید بروند سراغ

<sup>۱</sup> الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۴، ص: ۵/۶

قاضی. اگر تمام راه ها منسد باشد نوبت به قرعه می رسد اگر نرفتند پس قرعه هم خبری نیست. در حالی که روایات این را نمی گوید.

**سؤال:** روایات ناظر به همانجایی است که قاضی لازم نیست.

**جواب:** پس نگوئید همه راه ها را رفته باشد. بلکه می شود عدل آن راهها باشد. می توانند بروند پیش قاضی، و می توانند خودشان قرعه بیندازند. در حالی که حضرت امام همین را منکر بودند و می گفتند اینطور نیست.

### بعضی روایات که اصلا بحث نزاع ندارد

علاوه بر اینکه بعضی از روایات اصلا نزاع هم ندارد. یکی همین روایتی که خواندیم و روایت دوم وسائل است. عرض ما این است که اصلا اینجا نه نزاع است و نه تراحم حقوق است. شخصی گفت «اول مملوک أملكه فهو حر فورث ثلاثة» امام در اینجا فرمودند «یقرع بینهم فمن اصابه القرعة اعتق قال والقرعة سنة»<sup>۱</sup> اصلا بحث نزاع و تنازع را نیاورده اند. حتی بحث تراحم حقوق هم نیست، چون تازه می خواهد اثبات کند حق را. در بحث وصیت به عتق هم همینطور است.

در روایت چهارم که روایت صحیحه است از جمیل و در آن طیار از زراره پرسید آیا این مساهمه حق است، و زراره پاسخ داد بله حق است؛ بعد طیار گفت مگر نمی گوئید که هر وقت ما قرعه می اندازیم یخرج سهم المحق، زراره گفت بله، چون متن روایت بوده است. گفت پس اگر اینطور است بیا امتحان کنیم، من و شما یک مطلبی را ادعا می کنیم و بعد قرعه می اندازیم ببینیم حق کیست و آیا واقعا حق در می آید. زراره می گوید ما در موارد امتحان و تجارب نگفتیم. گفتیم هر وقت واقعا یک مشکلی پدید آمد و فوضوا امرهم الی الله آنجا خداوند سهم محق را خارج می کند. بعد «فقال الطیار: أ رأیت إن كانا جميعا مدعیین». که دوستان گفتند جمیعا برای تشیه هم می آید که همینطور است «ادعیما ما لیس لهما» اصلا دو نفری که ادعا کرده اند مال هیچکدام نیست و بیخود ادعا کرده اند، اینجا سهم چه چیزی در می آید؟ می فرماید سهم مبیح در می آید.<sup>۲</sup> یعنی یک سهمی خالی می گذارند اگر این کار را کردند مبیحه در می آید. این برای این است که زراره دارد دفاع می کند که قرعه حتما به واقع می خورد.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۷

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۷

عرض من این است که اگر جمیعاً مدعیین بودند خب باید بروند پیش حاکم دیگر، ولی نگفته پیش حاکم بروند. پس می خواهم بگویم کاری به این ندارند که حتماً باید پیش قاضی بروند یا نه. معلوم می شود جعل قرعه برای اوسع از رفتن پیش قاضی است.

البته این فهم زراره است و حدیث نیست، فقط یک فقره در بالا حدیث بود ولی در هر حال نشان می دهند فهم زراره این بوده است و زراره از فقهاء ما کمتر نبوده است. فهم ایشان این است می گوید اگر هر دو نفر مدعی شدند و فی الواقع هم حق هیچ فردی نبود اینجا سهم مبیح درمی آید. یعنی ثبوتاً جا داشته قرعه بیندازند و ثبوتاً سهم مبیح در می آید چون هیچکدام محق نبودند. پس فهم زراره هم این نبود که اگر چنین تنازعی رخ داد باید بروند پیش قاضی. خود قرعه انداختن را یک راه می داند. البته صحت این راه باطلاقه نیاز به بحث دارد ولی ظاهر این روایت این است که نظر و برداشت زراره این بوده است. و برخی روایات دیگر هم هیچ ربطی به نزاع ندارد.

حضرت امام آن روایتی که می گوید «القرعة لا تكون الا للامام» را حمل کرده اند به باب قضاء. در حالی که این مطلق است و به صورت مطلق قرعه را برای امام می داند. حالا اینکه ما می توانیم به این اخذ کنیم یا باید بین این روایت و بین روایات دیگر تخیر قائل شویم بحث دیگری است، ولی در روایت نفرموده بحث مربوط به نزاع است. کما اینکه ما کلمه «امام» را قرینه برای نزاع بگیریم نیز وجهی ندارد. امام یک شأنش قضاء است و یک شأنش هم مثلاً اقراع باشد، چرا باب اقراع را به باب نزاع برگردانیم؟ دلیل ندارد.

### احتمالهای مطرح از سوی صاحب وسائل ره نسبت به لا تكون القرعة الا للامام

مرحوم صاحب وسائل ذیل همین که فرمودند «لا تكون القرعة الا للامام» می فرمایند: «هذا مخصوص بمن يجهل موضعها أو کیفیتها» این حرفشان قابل تفسیر است که عرض خواهم کرد «أو لا يصلح للقضاء لما تقدم من عدم الاختصاص و من عموم حکم القاضي».

۳۳۷۱۳-۴- وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ قَالَ: قَالَ الطَّيَّارُ لِرُزَّارَةَ مَا تَقُولُ فِي الْمُسَاهَمَةِ- أَلَيْسَ حَقًّا فَقَالَ زُرَّارَةُ بَلَى هِيَ حَقٌّ فَقَالَ الطَّيَّارُ- أَلَيْسَ قَدْ وَرَدَ أَنَّهُ يَخْرُجُ سَهْمُ الْمُحَقِّ قَالَ بَلَى- قَالَ فَتَعَالَ حَتَّى أَدْعِيَ أَنَا وَأَنْتَ شَيْئاً- ثُمَّ نُسَاهِمَ عَلَيْهِ وَ نَنْظُرَ هَكَذَا هُوَ- فَقَالَ لَهُ زُرَّارَةُ إِنَّمَا جَاءَ الْحَدِيثُ- بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ قَوْمٍ قُوَّضُوا أَمْرُهُمْ إِلَى اللَّهِ- ثُمَّ افْتَرَعُوا إِلَّا خَرَجَ سَهْمُ الْمُحَقِّ- فَأَمَّا عَلَى التَّجَارِبِ فَلَمْ يُوضَعْ عَلَى التَّجَارِبِ- فَقَالَ الطَّيَّارُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَا جَمِيعاً مُدَّعِيَيْنِ- ادَّعَيْتَا مَا لَيْسَ لِهَـمَا- مِنْ أَيْنَ يَخْرُجُ سَهْمُ أَحَدِهِمَا فَقَالَ زُرَّارَةُ- إِذَا كَانَ كَذَلِكَ جُعِلَ مَعَهُ سَهْمُ مُبَيِّحٍ- فَإِنْ كَانَا ادَّعَيْتَا مَا لَيْسَ لِهَـمَا خَرَجَ سَهْمُ الْمُبَيِّحِ.

ممکن است مقصود این باشد که ما قبلاً گفته ایم که قرعه مال همه است، اختصاصی به شخص قاضی و شخص امام ندارد. هیچکدام. اینکه می فرماید مخصوص بمن یجهل موضعها یعنی این چیزی که امام علیه السلام فرموده است لا تكون القرعة الا للامام برای این کسی است که نمی داند چطور قرعه بیندازد و جای قرعه کجاست. والا اگر جای آن را بداند اختصاصی ندارد نه به قاضی و نه به امام.

ممکن است از بعضی از این عبارتها کسی استفاده کند که لما تقدم من عدم الاختصاص یعنی اختصاص به امام معصوم ندارد، بلکه برای امام است و من نصبه از قضات.

**سؤال:** شاید برای منصب امامت است. یعنی شخص امام مدخلیت ندارد.

**جواب:** منصب امام خود امام معصوم علیه السلام است.

**سؤال:** بله منصب امام، ولذا ما بقى در طول امام معصوم هستند.

**جواب:** پس نگوئید منصب امام، بگوئید و من نصبه. قاضی که منصب امامت ندارد، در طول امام منصب قضاء را دارد. نگوئید منصب امامت، یعنی برخی از شئون امام را با نصب پیدا کرده است.

**سؤال:** می خواهم بگویم در همین روایت هم که می گوید للامام است نه برای شخص امام است بلکه برای جایگاهی است که امام دارد. یکی از چیزهایی که امام دارد بحث قضاء است ولذا ما بقى امام نیستند ولی در طول امام هستند.

**جواب:** جایگاه امام هم همینطور است. همین را عرض می کنم دیگر، اشکال به خودتان وارد است. شما که می گوئید منصب امام، اشکال به شما وارد است.

بنابراین این عبارت که مرحوم صاحب وسائل فرموده اند این می شود که اگر آن معنای اول باشد که مخصوص بمن یجهل موضعها، یعنی هر کسی می تواند متولی بشود فقط باید عالم به موضع و کیفیت اقراع باشد، همین، اختصاص حتی به قاضی هم ندارد. اگر این باشد باز یک شاهدی علیه فرمایش حضرت امام ره است که فرمودند همه اینطور فهمیده اند. زیرا صاحب وسائل اینطور نفهمیده است. اقراع را به عموم گرفته نه فقط باب نزاع.

بله اگر این عبارت فقط می خواهد بگوید مخصوص امام معصوم علیه السلام نیست و به قاضی هم داده شده است، منتهی اینکه می فرمایند لا تكون الا للامام یا برای این است که آن قاضی صالح نبوده، یا برای این است که آن قاضی موضع این را نمی دانسته، یعنی موضوع قاضی باشد. اگر این باشد، البته دیگر نمی شود علیه حضرت امام از آن استفاده کرد.

## جواب از بیان حضرت امام ره نسبت به عمومات

نکته آخر اینکه: دو سه تا روایت عموم داشتیم، از همه بهتر این روایت بود که «کل مجهول ففیه القرعة» امام ره فرمودند که این اطلاق ندارد چون موضوعش معلوم نیست. در روایت از «شیء» پرسیده است. می گوئیم مگر باید موضوعش معلوم باشد؟! ذیل می گوید «فقال لی کل مجهول ففیه القرعة، قلت له إن القرعة تخطئ وتصیب، قال کل ما حکم الله به فلیس بمخطئ».<sup>۱</sup> حتی این ذیل اطلاق را تقویت می کند زیرا می گوید وقتی حکم، حکم الله شد لیس بمخطئ و این در همه جا هست. لذا عرض ما این است که کجای اطلاق این روایت به صرف احتمال اینکه شاید در سؤال چیزی بوده است به هم می ریزد؟! حتی ما در جاهایی می گوئیم سؤال سائل موجب تقیید نمی شود و قدر متیقن در مقام مخاطب درست نیست مگر اینکه در نزد عقلاء قرینه قطعی برای معنای ذیلش باشد، والا صرف سؤال تقیید نمی زند. خب ما سؤال می کنیم و خاص است اما نکته اش اعم است و امام علیه السلام اعم می فرماید، چرا بگوئیم تقیید می زند؟! و خاص است اما نکته اش اعم است و امام علیه السلام اعم می فرماید، چرا بگوئیم تقیید می زند؟!

**سؤال:** این صغری هم ذکر شود باز هم جای اشکال نداشت و کبرای جواب به حال خودش باقی بود.

**جواب:** می خواهند بگویند ممکن است سؤال از بحث تنازع بوده و ذیل هم مخصوص باب تنازع می شود. ما عرضمان این است که اگر حتما هم سؤال از تنازع باشد معلوم نیست مقصود باب تنازع باشد. چه برسد به اینکه سؤال از شیئی کرده اند. در روایت دیگری دارد سؤال از مسئله ای کرده اند. چرا اینها موجب می شود که ما اطلاق ذیل را به هم بزنیم؟

## قرینه متصله بودن بناء عقلاء و جواب از آن

بعضی از علماء حاضر فرموده اند: آن بناء عقلاء قرینه قطعی متصله به این روایات است. می گوئیم واقعا این دعوای عجیبی است. اولاً اصل وجود بناء عقلاء، اول کلام است. و اینکه یک بناء چنان محکمی باشد که مثل قرینه متصله به همه این روایات باشد، این واقعا هیچ دلیلی ندارد. عرضم این است که نه در کلمات فقهاء و نه در روایات ما چیزی نداریم که بتواند قرعه را مخصوص باب تنازع کند.

<sup>۱</sup> ۳۳۷۲۰-۱۱- وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُوسَى بْنِ عُمَرَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَكِيمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنْ شَيْءٍ - فَقَالَ لِي

كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْقُرْعَةُ - قُلْتُ لَهُ إِنَّ الْقُرْعَةَ تُخْطِئُ وَ تُصِيبُ - قَالَ كُلُّ مَا حَكَمَ اللَّهُ بِهِ فَلَيْسَ بِمُخْطِئٍ. وسائل الشيعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۹/۲۶۰

## نتیجه کلی بحث

آنوقت نتیجه این می شود که برگشتیم سر جای اولمان. روایات عامی داریم و برخی روایات خاص هم هست. روایات عام برای هر مشتبّه و مجهولی گفته است. بعضی از روایات از دعائم و جاهای دیگر برای مشکل و ملتبس گفته است. که البته سند ندارد ولی می تواند مؤید باشد. ومصبب اجماعات، همینجاها را مرحوم شیخ طوسی می فرماید ما مکرر گفتیم که در هر مشکلی و مشتبّهی قرعه جاری است. خب اینها چیزهای سهلی نیست که ما از آنها عبور کنیم.

حالا باید چکار کنیم با کثرت تخصیص اگر بخواهیم اخذ کنیم به این عموم، یا اینکه قابل حل است؟

تا فردا دوستان فکر کنند ببینیم راه حل چیست.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۶۴
خلاصه بحث گذشته .....	۱۶۴
ادله اماره نبودن قرعه از نظر امام ره .....	۱۶۵
اشکال به دلیل سوم امام ره .....	۱۶۶
مواجهه منکر اماریت با برخی روایاتی ظاهر در اماره بودن قرعه.....	۱۶۶
دو تفسیر برای «خرج سهم المحق» .....	۱۶۷
بررسی روایت محاجه طیار و زراره.....	۱۶۹
جواب امام ره از روایت محاجه زراره و طیار .....	۱۷۰
جواب از اشکال حضرت امام به روایت محاجه زراره و طیار .....	۱۷۱
تفسیر معقول إذا كان كذلك جعل معه سهم مبیح .....	۱۷۲
بحث مطابقت این ادعای زراره با خارج .....	۱۷۳
از نظر حضرت امام ره تطابق با واقع با اسباب غیبی ربطی به اماریت قرعه ندارد.....	۱۷۴
اشکال به فرمایش ایشان .....	۱۷۴
دو نظریه دیگر در کلام حضرت امام ره.....	۱۷۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

### خلاصه بحث گذشته

به مناسبت مساله ۴۹ وارد بحث قاعده قرعه شدیم، کلام در فرمایش حضرت امام ره در مفاد روایات قرعه بود و دیدیم که ایشان ادعا می فرماید به قرینه بناء عقلاء که قرعه را در موارد تزاحم حقوق و تنازع و فصل خصومت جاری می دانند روایات القرعه لكل امر مجهول را نیز باید به همین موارد حمل کنیم. ایشان در بعضی موارد از قرائن داخلی برخی روایات که مربوط به خصومت است استفاده کردند خصوصا از روایاتی که اقراء را به امام یا والی ارجاع می دهند. و در



برخی عبارات نیز فرموده اند همان بناء عقلاء قرینه صارفه می شود تا از اطلاعات و عمومات روایات دست بکشیم زیرا مفاد روایات تأسیس نیست و امضاء همان حکم عقلاء است.

ما در مقابل عرض کردیم که اولاً در برخی از روایات هیچ قرینه ای بر انحصار به دعوا و خصومت و حتی تراحم حقوق نیست علاوه بر اینکه اصلاً ثبات نیست که بناء عقلاء در چنین مواردی عمل به قرعه باشد. راه های دیگری مانند صلح نیز وجود دارد لذا لا اقل چنین بناء عقلانی احراز نمی شود. و حتی اگر هم واقعا چنین بناء عقلانی وجود داشته باشد اینکه به این حد از استحکام و ابتلاء باشد که بتواند ظهورات را صرف کند ادعایی است که واقعا ثابت نیست.

### ادله اماره نبودن قرعه از نظر امام ره

ایشان در امر ثالث از بحث نسبت سنجی بین قرعه و استصحاب به این بحث مهم می پردازند که آیا قرعه اماره بر واقع است یا نه؟ مرحوم امام ره در آنجا ادعا می فرماید که در نزد عقلاء قرعه اماره نیست و هیچ اماریتی ندارد. بعد دلائلی برای اثبات مدعای خود می شمارند که نقادی این دلائل بماند در جایگاه خودش چون باید حرفهای دیگران نیز در این بحث اماره بودن قرعه مطرح شود و مجموعاً بررسی شود.

مرحوم امام ره می فرمایند: اولاً در میان عقلاء، قرعه اماره نیست و شارع هم در قرعه مسیر دیگری غیر از طریق عقلاء نپیموده است لذا در نزد شارع نیز قرعه اماره نیست و شواهدی نیز بر این مدعا ارائه کرده اند. ثانیاً اماره در جائی است که خودش کشفی داشته باشد و شما بخواهید کشفش را تتمیم و تکمیل کنید در حالی که اصلاً در قرعه کشفی نیست تا بشود تکمیل کرد، بلکه می فرمایند ما در محل خودش گفتیم که اصلاً جعل کاشفیت، مطلقاً معنا ندارد.

البته ذکر این جمله در اینجا فقط باید اعتراضی باشد، چون حتی اگر جعل کاشفیت معنا نداشته باشد باز شما باید به نحوی بین اماره و اصل فرق بگذارید، لذا سوال می شود که آیا همان کیفیتی که شما با آن فرق می گذارید در قرعه موجود است یا خیر؟ این دلیل دومشان، که فقط فعلاً در مقام بیان آن هستیم.

سومین دلیل ایشان بر اماره نبودن قرعه نیز این است که لسان عمومات قرعه مانند «مثل کل مجهول ففیه القرعة» یا «القرعة لكل امر مشتبّه» یا «مشكل» یا «فیما اشكل» لسان اصل و تعیین وظیفه لدی الجهل است نه لسان اماره. نظیر «كل شیء نظیف حتی تعلم أنه قدر» است که قاعده طهارت است.

## اشکال به دلیل سوم امام ره

ما نفهمیدیم که چرا این لسان، لسان اماره نیست. شاید از باب اینکه گفته اند که در کل مجهول فیه القرعة هیچ عنایتی نسبت به کشف از چیزی ندارد. مثلاً در استصحاب می گوئیم «لا تنقض یقین بالشک بل انقضه بیقین آخر» یعنی یقین را نقض نکن و بگو یقین داری. در این عبارت معلوم است که شارع دارد تعبد می کند که یک چیزی نسبت به واقع داری، و همینطور است در بینه و دیگر امارات؛ اما در لسان قرعه هیچ چیزی وجود ندارد که بیان کاشفیت باشد، بنابراین لسانش لسان اصل است نه اماره.

این مطالبی که تا به الان از مرحوم امام مطرح کردیم بحث اصلی ما نیست بحث اصلی ما ذیل این امر ثالث است ایشان در ذیل این بحث به تناسب دو سه تا مطلب جدید می فرمایند. اقلاً دو تا نظریه جدید در باب قرعه مطرح می کنند که هر دوی آنها هم قابل توجه است. حالا اینکه درست است یا نه بحث آخری است ولی انصافاً نظر قابل توجهی است، برخی از شواهدی هم که آورده اند انصافاً همراه ایشان است. اما اینکه همه اشکالات را حل می کند یا نه بحث آخری است.

## مواجهه منکر اماریت با برخی روایاتی ظاهر در اماره بودن قرعه

اولاً: ایشان مواجه می شوند با مسئله ای که ما قبلاً تذکر دادیم، مواجه می شوند با این روایات که «ما یقارع قوم فوضوا امرهم الی الله الا خرج سهم المحق». کسی که می گوید قرعه اصلاً اماره نیست، با این روایات که می گویند با قرعه سهم المحق خارج می شود چکار می کند؟

ما می گفتیم ممکن است معنای این نوع تعبیر روایی اشاره به این باشد که ما با همین حکم به قرعه داریم جعل حق می کنیم، نه اینکه روایت اشاره به حق واقعی باشد. البته دیگران هم فی الجمله این بیان را داشتند اما حضرت امام ره برای حل مشکلشان طریق دیگری را می گویند. ایشان می فرمایند: فعل المراد به این روایت و برخی روایات دیگر این باشد که در مقام قضاء قرعه می اندازیم برای تعیین اینکه چه کسی قسم بخورد، منظور از سهم محق این است نه اینکه سهم محق واقعی را خارج کنیم و نه آن عرضی که ما کردیم و شاید بعضی دیگران هم داشتند. به تعبیر دیگر برای اینکه تعیین کنیم چه کسی قسم بخورد قرعه می اندازیم. در باب قضاء گاهی به کسی که اصل عدم همراه ادعای اوست و منکر محسوب می شود می گویند قسم بخور. قسم بخور کسی است که گوئی حق با اوست. تعبیر «الحق معه» هم گاهی دارند. یعنی چی؟

یعنی بار اثبات بر مدعی است که باید بینه بیاورد. گوئی اگر ما مواجه باشیم با مدعی و منکر، آقای منکر مثل اینکه یک سند همراهش هست طرف باید برای این یک دلیل بیاورد، و الا با یک قسم ذهاب بماله می شود.

## دو تفسیر برای «خرج سهم المحق»

پس آن محقی که روایت می گوید «خرج سهم المحق»، یعنی سهم المحق در باب قضاء. محق در باب قضاء کیست؟ دو تفسیر دارد که با یکدیگر فرق می کند:

یک تفسیر این است که محق کسی است که نظرش مطابق اصل باشد، یعنی منکر. با اینکه منکر، محق نهایی نیست، چون ممکن است مدعی بینه بیاورد. ولی در وهله اولی وقتی مواجه می شویم با منکر نمی گوئیم برو دلیل بیاور، بلکه به مدعی می گوئیم برو دلیل بیاور. گوئی حق را ابتدائاً همراه منکر می دانیم و لذا به مدعی می گوئیم برو دلیل بیاور تا ما رفع ید کنیم. نمی گوئیم حق نهایی. چون حق نهایی بعد از قضاء است. پس این یک تفسیر است، که خرج سهم المحق یعنی با قرعه تعیین می کنیم که چه کسی برود قسم بخورد. نه محق واقعی که بعد القضاء ثابت می شود.

می فرمایند: «فلعل المراد منه ما فی روایات أخر کصحیحة حلبی حیث قال فأیهم قرع فعليه اليمين و هو اولی بالحق». گفته اند وقتی قرعه انداختید به نام هر کسی افتاد تازه بر او است قسم خوردن فعليه اليمين. نه اینکه با قرعه حق واقعی را تعیین کنیم. اگر حق واقعی را تعیین کردیم دیگر فعليه اليمين می خواهد چکار کند. با قرعه تازه معلوم می شود که چه کسی باید قسم بخورد. و هو اولی بالحق است. یعنی گوئی ما منکر را اولی بالحق اولی می دانیم که با قرعه تعیین می شود.

بعد می فرماید: «و صحیحة داود بن سرحان: فهو اولی بالقضاء». آن کسی که قرعه به نامش می افتد اولی بالقضاء است. یعنی گوئی بار استدلال نمی خواهد، آقای مدعی باید دلیل بیاورد، اگر نیاورد منکر با قسم حش را ثابت می کند.

بعد ایشان می فرماید: «أی خرج سهم من هو اولی بالحق والقضاء أی یكون الحق معه فعليه اليمين و علی صاحبه الاثبات و مثل هذا التعبير متداول فی باب القضاء». این تعبیر متداول است که منکر را کسی بدانیم که گوئی حق ابتدائاً با او است «یكون الحق معه ابتدائاً» و چون حق، مشتبه شده با قرعه تعیین می کنیم که چه کسی قسم بخورد. پس خرج سهم المحق یعنی سهم آن کسی که باید یمین به عمل بیاورد و در باب قضاء چنین کسی را محق ابتدائی می دانیم.

این تفسیری است که ایشان برای روایت بیان می کنند چون این روایت باید تفسیر شود اگر این روایت تفسیر نشود در وهله اولی همانطور که همه فهمیده اند و ما هم فهمیدیم ظاهرش این است که سهم محق واقعی خارج می شود. لذا

همانند اماره است. ایشان می خواهد این صولت را بشکند و تفسیر دیگری از عبارت ارائه دهند که یک تفسیر ایشان این است.

در تفسیر دوم نیز می فرمایند این عبارت یعنی «خرج سهم المحق بعد الحلف». نه این است که با قرعه می خواهیم یمین را تعیین کنیم، اگر رسید به قسم و قسم خورد حقش ثابت می شود. حالا دیگر در این عبارتها مجبور می شویم یک چیزهایی در تقدیر بگیریم، «خرج سهم المحق بعد الحلف إذا وصل النوبة الى الحلف». اینها همه باید باشد، والا در باب قضاء اول می روند سراغ مدعی. لذا بحث مفصلی در کتاب القضاء هست که اگر منکر اول قسم بخورد قسمش فایده ندارد. قاضی باید اول به مدعی خطاب کند که «أ لک بینة» کما اینکه در روایت هست، اگر بگوید بینة دارم می گویند بینة ات را بیاور و نوبت به قسم نمی رسد. حتی اگر قسم بخورد نیز فایده ندارد، چون در غیر محل قسم خورده است. اما اگر مدعی گفت بینة ندارم، نوبت به منکر می رسد که می تواند قسم بخورد تا به نفع او حکم شود اما اگر او نکول کند نوبت به مدعی می رسد تا با حلف ادعایش را ثابت کند که اگر او هم نکول کند آنوقت جریان متفاوت می شود که باید چه کرد.

پس ایشان دو راه برای حل مشکل این عبارت روایت ارائه می دهند. تفسیر دوم این است که: «خرج سهم المحق إذا حلف و هو عبارة اخرى عما فی صحیحة البصری عن ابی عبدالله علیه السلام قال: کان علی علیه السلام إذا أتاہ رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم» دو نفر آمدند هر دو شهود دارند، شهودشان در عدالت مساوی اند و تعداد شهود هر یک نیز با دیگری مساوی است «اقرع بینهم علی ایهما تصیر الیمین» قرعه می اندازند که در این وسط چه کسی قسم بخورد. چون متداعیین شدند با قرعه تعیین می کنند که آن کسی که یمین را بجا می آورد چه کسی باشد. چون معمولاً جائی که دعوا است یک مدعی و یک منکر داریم که البته در میزان تشخیص مدعی و منکر اختلاف است. آیا اگر همراه یک طرف، اصل عدمی باشد او منکر شناخته می شود، یا اینکه نه میزان عرف است کما اینکه عده ای مانند مرحوم سید مدعی و منکر را عرفی می دانند و این میزان را قبول ندارند که هر کس اصل همراهش بود منکر است، و بعضی با شرائط دیگری مدعی و منکر را تعیین می کنند. در هر صورت در موارد متداعیین مدعی را با قرعه تعیین می کنیم تا روشن شود «علی ایهما تصیر الیمین، و کان یقول اللهم رب السموات السبع و رب الارضین السبع ایهم کان له الحق فأده الیه، ثم یجعل الحق للذی یصیر علیه الیمین إذا حلف». ایشان به این «إذا حلف» استشهاد می کنند که در این روایت قرعه برای تعیین کسی که باید قسم بخورد پس روایت «خرج سهم المحق» نیز مانند همین است و قرعه برای تعیین کسی که است یمین را به جا می آورد. بنابراین خرج سهم المحق را یا به آن تفسیر اول حمل می کنیم یا تفسیر دوم.

در ادامه می فرمایند: در مرسله داود هم که در بحث اختلاف زوجه است آمده است: «یقرع بین الشهود فمن خرج سهمهُ فهو المحق و هو اولی بها». ایشان می فرمایند این من خرج سهمهُ فهو المحق را بر یکی از دو تفسیر بالا حملش می کنیم: یا اینکه برای تعیین این است که محق اولی که له الیمین چه کسی است. یا می خواهیم بگوئیم محق بعد القضاء إذا حلف چه کسی است. بر یکی از این دو حمل می کنیم.

## بررسی روایت محاجه طیار و زراره

منتهی این تفسیر با یک مشکلی مواجه است، که بعضی دوستان هم به آن اشاره کردند. و آن این است که قضیه محاجه و مباحثه طیار با زراره را چه کنیم؟ آن مواجهه کاملاً روشن است که راجع به واقع است. ایشان کل صحیحه زراره را می آورد که در آنجا طیار به زراره می گوید «ما تقول فی المساهمة أليس حقاً؟ فقال زراره بلى هي حق. فقال الطيار أليس قد ورد أنه يخرج سهم المحق؟ قال بلى. قال فتعال حتى ادعى أنا و انت شيئاً ثم نساهم عليه و ننظر هكذا هو» بیا قرعه بیاندازیم تا ببینیم آیا واقعا وقتی قرعه می اندازیم همان واقع در می آید. زراره می گوید نه، اصلاً بحث این حرفها نیست، «إنما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضوا امرهم الى الله ثم اقترعوا الا خرج سهم المحق» روایت این است که اگر واقعا گرفتار شده اند به محضر حقتعالی رجوع می کنند و امرشان را به او تفویض می کنند در آنجا سهم المحق خارج می شود، نه اینکه من و شما برای امتحان یک چیزی ادعا کنیم. «فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب» ظاهراً مقصودش این است که برای امتحان قرار نداده اند. «فقال الطيار أ رأيت إن كانا جميعاً مدعين ادعيا ما ليس لهما من أين يخرج سهم احدهما؟» می گوید شما اینجا را به این صورت توجیه کردی که باید واقعا مراجعه به حقتعالی کنند تا سهم المحق خارج می شود اما اگر هر دوی آنها دعوای غیر واقعی کرده باشند و اصلاً حقی فی البین نباشد، اینجا چه می شود؟ زراره جواب می دهد که یک سهم مبیح یا منیع قرار می دهیم. «فقال زرارة إذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح» که در نسخه گفته اند منیع، که خود ایشان هم آورده اند «فإن كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيح»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> ۳۳۷۱۳-۴- وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَوَيْلٍ قَالَ قَالَ الطَّيَّارُ لِرُزَّارَةَ مَا تَقُولُ فِي الْمَسَاهِمَةِ- أَلَيْسَ حَقًّا فَقَالَ زُرَّارَةُ بَلَى هِيَ حَقٌّ فَقَالَ الطَّيَّارُ- أَلَيْسَ قَدْ وَرَدَ أَنَّهُ يُخْرَجُ سَهْمُ الْمُحَقِّ قَالَ بَلَى- قَالَ فَتَعَالَ حَتَّى ادَّعِيَ أَنَا وَ أَنْتَ شَيْئاً- ثُمَّ نُسَاهِمَ عَلَيْهِ وَ نَنْظُرَ هَكَذَا هُوَ- فَقَالَ لَهُ زُرَّارَةُ إِنَّمَا جَاءَ الْحَدِيثُ- بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ قَوْمٍ فَوَضُوا أَمْرَهُمْ إِلَى اللَّهِ- ثُمَّ اقْتَرَعُوا إِلَّا خَرَجَ سَهْمُ الْمُحَقِّ- فَأَمَّا عَلَى التَّجَارِبِ فَلَمْ يُوَضَّعْ عَلَى التَّجَارِبِ- فَقَالَ الطَّيَّارُ أ رأيت إن كانا جميعاً مدَّعين- ادَّعينا ما ليس لهما- من أين يخرج سهم أحدهما فقال زُرَّارَةُ- إذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح- فإن كانا ادَّعينا ما ليس لهما خرج سهم المبيح. وسائل الشيعة، ج ۲۷، ص: ۲۵۷

ظاهر این گفتگو با زراره که مستقیماً کلمات ائمه علیهم السلام را نقل فرموده، این است که دعوی بین طیار و او بر سر واقع بوده است. طیار می گفت از کجا این به واقع اصابت می کند، ایشان گفت اگر تفویض امر الی الله کنند اصابت می کند. گفت اگر هیچی نباشد به چه چیزی اصابت می کند؟ گفت یک سهم مبیح هست که به او اصابت می کند.

### جواب امام ره از روایت محاجه زراره و طیار

مرحوم امام می فرماید اولاً مگر فهم آنها برای ما حجت است؟ فهم زراره بخصوصه و فهم آقای طیار که هر دو ظاهرش این است که از خرج سهم المحق واقع فهمیده اند، ایشان می فرمایند مگر همیشه حرف آنها حجت است. بعد قرینه می آوردند می فرماید بنابراین زراره جواب اقناعی و اسکاتی به طیار داده، والا جوابش که درست نیست. زراره از اشکال اخیر طیار که گفت اگر هیچ چیزی در واقع نباشد چطور سهم محق خارج می شود؟ یک جواب اقناعی داده که «غیر صحیح فی نفسه و لا معمولاً به لدی الاصحاب». این جوابی که او داده که در قرعه یک چیز سومی هم قرار بدهیم سفید و پوچ که اگر هیچکدام نباشد او بیفتد، می گوید اصحاب اینطوری قرعه نمی انداختند، پس معمول به بین الاصحاب نیست.

بعد ایشان یک اشکال دیگری می کند که خاص خود ایشان با آن ذهن جوال و دقت فراوان است. می فرمایند: زراره می گوید اگر در مواردی که هیچکدام محق نیستند سهم اضافی قرار می دهیم این را چگونه می فهمیم؟ اگر می دانیم که در بین اینها محق نیست چرا قرعه می اندازیم؟ «مع أنه من أين يعلم القاضي بطلان دعویهما حتی يجعل سهم المبیح و لو علم لا معنی لجعل ذلک» اگر می داند که هیچ حقی این وسط نیست، برای چی این سهم مبیح را قرار داده است؟! «و بالجملة هذا الجواب فراراً عن الاشکال». مصححین کتاب مرحوم امام ره در اینجا نقطه گذاشته اند «مع أن جواب الطیار علی فرض صحة ما فهم من اخبار القرعة أن خروج سهم المحق إنما هو فیما کان محق و مبطل، و الا فالقرعة لا تجعل غیر المحق محقاً».

مع أن جواب الطیار یعنی جواب به طیار باید این می بود که خروج سهم محق در جائی است که محق و مبطلی باشد، در جائی که هیچ کس نیست اصلاً خروج سهم محق نداریم. باید اینطور جواب می دادند در حالی که زراره به صورت دیگری جواب داده است. لذا به نظرم «مع أن» دنبال این است که بگوید جواب، فرار از اشکال است. می گوید اشکال طیار آن بود باید ایشان اینطوری جواب می داد، نه اینکه جواب بدهد که ما مبیح قرار می دهیم. این فرار از اشکال است.

لذا این عبارت را به نحو بدی تصحیح کرده اند. در تصحیح نه‌ایه الدرایه مرحوم اصفهانی از این اشتباهات زیاد رخ داده، چون آنقدر آن کتاب پیچیده است متوجه نمی شده اند یکجایی بیخود نقطه گذاشته اند، بین موضوع و محمول نقطه گذاشته اند. خدا رحمت کند مصححش را انسان خیلی فاضل و متدین و سلیم النفسی بود این اواخر درس ابوی ما می آمد درس آقای وحید هم ایشان را می دیدم، به او گفتم این چه جور تصحیح کردن است؟! شما موضوع را اینجا آوردی پائین صفحه یک نقطه گذاشتی، نصف سطر را سفید گذاشتی رفتی اول صفحه بعد محمول را آوردی. گفتم این معلوم می شود که مشکلی در فهم عبارت است. گفت این ادعا است. گفتم حق با شماست چون من عبارت را نیاوردم، برای می آورم. البته من اینها را در حاشیه کتاب خودم اصلاح کرده ام. این آقایان هم ظاهراً اینطوری کرده اند. اینکه نقطه بگذارند و بعد بروند اول کلام و بگویند «مع انه» معنا ندارد. مع دنباله عبارت قبلی است که فرموده اند بالجمله حرف آقای زراره فرار از اشکال است، با اینکه اگر می خواست جواب بدهد باید اینطوری جواب می داد، نه اینکه آنطور جواب بدهد که سهم مبیح قرار می دهیم.

### جواب از اشکال حضرت امام به روایت محاجه زراره و طیار

عرض من این است که: انصافاً روایت زراره باید بحث بشود. چون واقعاً مفادش ظهور دارد در اینکه فهم اصحاب ائمه از قرعه این بوده است. ایشان می فرمایند فهم اینها برای ما حجت نیست. می گوئیم بله انصافاً برای من ظهوری که یکی می فهمد حجت نیست. ولی اینکه آن فرد چه کسی باشد تکویناً در فهم ما دخیل است نه اینکه حرف او تعبداً اثر دارد. شما به کتاب لغت مراجعه می کنید ولی می گوئید قول لغویین فی حد ذاته حجت نیست. بله حجت نیست، ولی به آنها مراجعه می کنیم تا به نحوی معنا را تحصیل کنیم و اگر اتفاق هست وثوق و اطمینان به آن پیدا کنیم و اگر اختلاف هست تضارب پیدا کنند. مگر ما فارسها علم غیب داریم که لغت عرب چیست. خود عربها هم در بسیار از موارد معنای دقیق لغتها را نمی دانند و به لغویین مراجعه می کنند. بخاطر اینکه اهل لغتی که در قرون متقدم می زیسته اند مانند خلیل بن احمد فراهیدی صاحب العین، اسماعیل بن حماد جوهری صاحب الصحاح، احمد بن فارس صاحب معجم مقائیس اللغة و محمد بن احمد ازهری صاحب تهذیب اللغة، به زمان صدور روایات نزدیک بوده اند، لذا کلماتشان کمک می کند برای حصول اطمینان به مراد از روایات. در غیر این صورت ما علم غیب نداریم که این لغت در زمان صدور و قریب به صدور چه معنایی داشته است تا بتوانیم بعد از بیش از هزار سال ظهور بفهمیم. لذا باید به کمک ابزاری این ظهور را متوجه شویم و زراره ای که متصل بوده به امام علیه السلام و با ایشان محشور بوده و روایات اینچنینی نقل کرده، وقتی روایت را به این صورت می فهمد نمی توانیم بگوئیم فهمش هیچ حجتی ندارد.

لذا ما نیز می پذیریم که به عنوان یک کبرای کلی فهم زراره فی حد ذاتها حجت نیست، مگر زراره امام بوده که فهمش برای ما حجت باشد؟ اما فهم او و طیار برای فهم روایت قرینه بسیار خوبی است.

سؤال: برخی روایت زراره از اهل سنت بوده است. زراره در ابتدا که خدمت امام علیه السلام رسید عالم به علوم اهل سنت بود.

جواب: دارد این روایت را از امام نقل می کند.

سؤال: گفته جاء الحدیث شاید نبوی باشد.

جواب: در روایت ما تعبیر سهم المحقق وارد شده است. زراره هم میگوید إنما ورد الحدیث.

سؤال: مشابه این روایت شاید در روایات اهل سنت هم باشد.

جواب: آن هم که باشد اشکال ندارد و اصلا کمک می کند. برای اینکه زراره وقتی که خدمت امام است که نمی رود از اهل سنت نقل کند، آن هم وقتی با طیار دارد محاجه می کند.

لذا عرض ما این است که فهم آنها فی حد ذاتها حجت نیست، اما قرینه معقولی است. مثل اینکه شما به کتب لغت مراجعه می کنید لغت را معنا می کنند. خصوصا که اینجا دو نفر این را گفته اند نه یک نفر، در واقع هم زراره و طیار اینطور فهمیده اند. این یک نکته.

نکته بعدی که ایشان فرموده که این فرار از اشکال است، نفهمیدیم چرا فرار از اشکال است؟ اتفاقا کسی که قرعه را مصیب به واقع می داند، آنجاهایی که حق هیچکس نیست واقعا اگر فوضوا امرهم الی الله همان پوچ می افتد، چرا فرار از اشکال باشد؟!

### تفسیر معقول إذا کان کذلک جعل معه سهم مبیح

این تعبیر روایت «إذا کان کذلک جعل معه سهم مبیح» به نظرم یک تفسیر کاملا معقول دارد، و به معنای «إذا احتمل ذلک» است و به نظر واضح است، چرا با این احتمال «إذا کان کذلک» را به معنای اینکه برای ما مقطوع باشد که حقی نیست بدانیم؟! إذا کان کذلک یعنی إذا احتمل که هیچ حقی نباشد اینجا قرعه سه طرفی می اندازند و اتفاقا خیلی هم معقول است و فرار از اشکال هم نیست.



به نظر من این تفسیر خیلی طبیعی تر است، اعتماد به فهم زرارہ و طیار کنیم مخصوصا که قرائنی هم در روایات دیگر نیز هست که به ضمیمه آنها مطلب روشن می شود. مخصوصا که طیار نیز در اینجا ساکت شده. یعنی جای این بود که اشکال کند و به زرارہ بگوید این حرفها را از کجا میگی و از کجا می دانی در بینشان محقق نیست. ولی نگفت چون از حرف زرارہ این را نفهمید که او فرض علم به عدم استحقاق طرفین را می گوید. واضح است که نه زرارہ این حرف نامعقول را می زند نه طیار که اینطور دارد محاجه می کند از او می پذیرد. لذا به نظر ما پاسخ زرارہ فرار از اشکال نیست بلکه در واقع تقویت اماریت قرعه است، که وقتی هم که پوچ است اذا فوضوا امرهم الی الله به همان سهم پوچ اصابت می کند.

### بحث مطابقت این ادعای زرارہ با خارج

البته بحث دیگری وجود دارد که آیا خارجا اینطور هست؟ همانطور که حضرت امام ره فرمودند برای ما هم مستبعد است که بگوئیم قرعه اماره ای است که حتی آن وقتی هم که پوچ است حتما قرعه به آن پوچ بیفتد. واقعا خیلی بعید است. فکر می کنم آقای بجنوردی تا آخر هم به همین اعتنا کرده که قرعه مثل استخارات است که ایشان می گوید مجرب هم هست که به واقع اصابت می کند. نمی دانم از کجا فهمیده اند که در استخاره حتما به واقع می رسیم، بلکه از حیرت در می آییم.

**سؤال:** قاضی نمی داند که هیچکدام محق نیستند. وقتی قاضی می فهمد هیچکدام محق نیستند که سه تا کردن معنا ندارد، پس خودش نمی داند، اگر خودش نمی داند که هیچکدام محق نیست باز سه تا کردن معنا ندارد.

**جواب:** چرا؟ اینطور می شود که یکوقتی من احتمال می دهم بین دو نفر است، خب دو نفر را در قرعه می نویسم، سومی ندارد، معنا ندارد پوچ بنویسم. اگر ما یقین داریم که این مال یا مال عمرو است یا مال زید، دیگر معنا ندارد پوچ بنویسم. اما یکوقتی احتمال می دهم که یا مال عمرو است یا مال زید و یا مال هیچ کدامشان نباشد.

**سؤال:** منی که قاضی هستم این احتمال را نمی دهم، مرحوم امام می فرماید او باید اینطور جواب می داد که یا این شخص محق است یا آن شخص.

**جواب:** نخیر ممکن است این احتمال باشد که مال شخص سومی است.

**سؤال:** فعلا که فرد دیگری نیامده.

**جواب:** نیامدن مدعی سوم که با احتمال ثبوتی منافاتی ندارد.

**سؤال:** آقای زرارہ اثباتی جواب می دهد.

**جواب:** چرا؟ به نظر ما که ثبوتی است یا این است که ما بین دو نفر احتمال می دهیم، فقط دو نفر می نویسیم و سهم المبیح یا منیع ندارد. اما اگر بین سه نفر محتمل است، این مال یا مال عمرو است یا مال زید است یا شاید مال شخص سومی باشد.

## از نظر حضرت امام ره تطابق با واقع با اسباب غیبی ربطی به اماریت قرعه ندارد

نکته دیگری که ایشان متعرض آن می شوند این است که حتی اگر ما مفاد این روایات را این بدانیم که خداوند متعال با اسباب غیبی به اراده خودش قرعه را مطابق با واقع می کند، این غیر از اماریت است. «ثم إن الظاهر من قوله ما يقارع قوم فوضوا امرهم الى الله الا خرج سهم المحق، أن القرعة ليست امارة على الواقع، بل الله تعالى إذا فوض الامر اليه يخرج سهم المحق بارادته و اسباب غيبية، وهذا غير اماريتها كما لا يخفى. لكن القول الفصل ما تقدم». چون در ما تقدم ایشان فرموده چون این احتمال که خداوند همیشه یا اکثرا اصابه داشته باشد احتمال مبعدی است.

## اشکال به فرمایش ایشان

حالا اصل این ادعا که ایشان فرمود اگر خداوند به اراده خودش همیشه سهم المحق را در قرعه بیاورد باز هم اماره نیست نمی دانیم این حرف یعنی چه. حتی در مواردی که شما آن را اماره می دانید مگر اصابه هایش از ذاتش در آمده است؟ در واقع اماریتش از اصابه در آمده است. یعنی چون عقلاء دیده اند وقتی کسی حرف می زند ظهور کلامش معمولا با اراده اش یکی است، این اصابه ها موجب شده است که ظهور کلام اماره بشود. در بینه چون عمدتا وغالبا اصابه داشته است بینه را می گویند اماره بر واقع است. کشف از کثرت اصابه پیدا می شود، والا کشف از آسمان که پیدا نمی شود.

**سؤال:** اصابه باید مال خود اماره باشد یعنی نفس آن بینه اصابه به واقع دارد.

**جواب:** اصابه عبارت است از ادعایی که مطابق با واقع می شود. و چیزی از تحت قدرت خداوند متعال خارج نیست. همه جا تحت قدرت خداوند و اسبابی است که خداوند دارد. اگر می گوئید به اسباب غیبی اصابه به واقع می کند. می گوئیم عیب ندارد، در عالم یک اماره ای داریم که با اسباب غیبیه اماره شده، عیبی ندارد.

عرض من این است که اماره مگر چیست؟ همان چیزی است که اصابه اکثری به واقع پیدا می کند و در اموری موجب ظن می شود و این نیست مگر از باب کثرت اصابه.

**سؤال:** اینجا فوضوا امرهم دارد، ممکن است دو تا مسلمان باشند تفویض امر می کنند خداوند هم بخاطر نفس زکیه اینها می آید اصابه می کند. **جواب:** ما هم همین را می گوئیم. ما می گوئیم با همه این حرفهایی که شما می زنید می شود اماره.

**سؤال:** اما این نمی تواند شیوع پیدا کند. **جواب:** چرا نمی تواند؟ با همین قیود که تفویض امر الی الله کنند قرعه اصابت می کند حتی ممکن است دو فاسق نیز تفویض امر الی الله کنند و اصابه به واقع محقق شود. اتفاقا خیلی از اینهایی که بی حساب و کتاب هستند وقتی گرفتار می شوند توسل به حضرت اباعبدالله هم دارند و زیارت عاشورا هم می خوانند و به حضرت حجت هم توسل می کنند. اشکالی هم ندارد. راه هایی که خداوند انسانها را به طرف خودش می کشد انحاء مختلف دارد.

بعد از اینجا ایشان استفاده می کنند که استصحاب مقدم بر قرعه است چون قرعه هیچ اماریتی ندارد بلکه اصل عملی است پس استصحاب حاکم بر آن است. که حالا فردا تتمه اش را عرض می کنیم. اینجا الان بحث ما نیست.

## دو نظریه دیگر در کلام حضرت امام ره

ایشان در ذیل می فرمایند تمام این حرفها که گفتیم بنابر این است که اشتباه و جهل یک معنا داشته باشد. «و ههنا احتمال آخر قریب بعد الدقة فی مجموع الأدلة و التبع فی کلمات الاصحاب»<sup>۱</sup> که اصلاً ایشان صفحه را برمی گردانند. در جلسه گذشته نیز برخی از دوستان گفتند حضرت امام یک چیز دیگری گفته، بله یک چیز دیگری گفته، حرف قبلی نیست. ایشان می فرمایند ولک أن تقول که دو تا بحث دیگر می کند: یکی این است که می گویند قریب است. بعد دوباره همین را هم توسعه می دهند که تبدیل به قول سوم می شود و علی القاعده نظم این اقتضاء را نمی کرد. در ذیل بحث حکومت استصحاب وارد شده اند یک نظریه دیگری در باب ماهیت قرعه بیان می کنند. باز یک نظریه سوم در مفاد قرعه دارند بیان می کنند. کاش اینها را همانجا می آوردند به عنوان نظر دوم و نظر سوم.

فردا انشاءالله این را تکمیل می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> الاستصحاب، النص، ص: ۴۰۲-۴۰۵

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۷۶
خلاصه بحث گذشته .....	۱۷۶
دو احتمال جدید از حضرت امام ره در مفاد قرعه.....	۱۷۷
احتمال اول: قرعه میزان القضاء است در جائی که دلیلی نباشد.....	۱۷۷
قبول عدم جریان این نظریه در همه روایات از طرف امام ره .....	۱۷۸
عدم تطابق این نظریه با کلام ایشان در تحریر .....	۱۷۹
شواهد ایشان بر این نظریه .....	۱۷۹
توجیه «و لم تجر فیه سنه» با وجود سنت بودن خود قرعه .....	۱۸۱
شواهدی از کلمات فقهاء بر این نظریه .....	۱۸۱
واضح بودن تقدم استصحاب بر قرعه طبق این نظریه .....	۱۸۲
بررسی فرمایش امام ره .....	۱۸۳
عدم حل مشکل در فرض جریان دو استصحاب .....	۱۸۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

### خلاصه بحث گذشته

برای روشن شدن تکلیف مسئله ۴۹ یعنی شک در ترتیب و تشریک در وقف وارد بحث قاعده قرعه شدیم دیروز در ادامه بررسی فرمایشات حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه عرض کردیم که ایشان در ذیل بحث تقدم استصحاب و اصول بر قرعه دو نظر خاص در مفاد قرعه غیر از نظری که قبلاً بررسی کردیم بیان فرموده اند:

اولین احتمال جدید مرحوم امام با این عبارت شروع می شود «و ها هنا احتمال آخر قریب بعد الدقة فی مجموع الأدلة و التتبع فی کلمات الاصحاب، و إن کان مخالفا لظاهر بعض الروایات الخاصة». و احتمال دوم را هم در آخر بحث

مطرح می کند و می فرمایند احتمالی که مطرح کرده ایم به همه روایات قابل تطبیق نیست ولی مقصود ما حل عمومات قرعه است و عمومات قرعه را حل می کند.

## دو احتمال جدید از حضرت امام ره در مفاد قرعه

### احتمال اول: قرعه میزان القضاء است در جائی که دلیلی نباشد

در تبیین احتمال اول می فرمایند: تأمل در اکثر این روایات قرعه نشان می دهد که اصلاً بنا نبوده قرعه نسبت به واقع چیزی را تعیین کند. عنوان «اشکال» مطرح در روایات اصلاً اشکال نسبت به واقع نیست. اشکال نسبت به حکم است و برای قاضی است. قاضی برای حل دعوایی که بر او وارد شده است مقدمات و راه معهودی دارد تا بتواند حکم کند. در شرع اول باید دعوا با شرائطی مسموع شود که تفصیل این شرائط در کتب فقهی آمده است از جمله اینکه کسی که دعوا می کند باید ذی نفع باشد، و گرنه کسی بیاید بگوید من به شما شکایت می کنم که فلانی به همسایه اش ظلم کرده، می گویند به شما چه ربطی دارد هر وقت خواست خودش می آید شکایت می کند. الان هم در دادگاه ها همینطور است هر کسی می آید اول می پرسند سیمت شما چیست. شرائط دیگری نیز دارد که بعد از احراز تمام آنها تازه قاضی وارد این می شود که مدعی را از منکر تشخیص دهد و به مدعی بگوید بینه بیاور و به منکر بگوید قسم بخود و دیگر مراحلی که وجود دارد. به مجموع این امور می گویند آئین دادرسی.

مرحوم امام می فرمایند مراد از «مشکل» که در عمده روایات قرعه محل بحث است، مشکلی است که برای قاضی در حین دادرسی پیدا می شود. در بعضی موارد قاضی برای اجرای اصول و قوانین قضاء بین کسانی که تنازع دارند با اشکال مواجه می شود یعنی مواردی پیش می آید که متداعیین تحت این عناوین آئین دادرسی واقع نمی شوند. مثلاً فرض کنید طرفین دعوا هر دو متداعیینی می شوند که از هر جهت با هم یکی هستند. هر دو از هر جهت مساوی شدند. مدعی و منکرش یکی شدند، چه به لحاظ داشتن استصحاب عدمی که هر دو استصحاب عدمی دارند و چه به لحاظ عرفی که هر دو طرف از یک حیث مدعی هستند و از یک حیث منکر، لذا نمی شود به هیچ صورت آنها را از هم جدا کرد. اینجا می گویند قرعه بیندازیم که چه کسی قسم بخورد. که در روایت هم آمده بود.

خلاصه اینکه مرحوم امام کاملاً تصویر بحث را عوض کردند. این نظر ایشان اصلاً صفحه بحث قرعه را برمی گرداند. تا به حال می گفتیم در هر امر مشتبه و مجهول و مشکلی قرعه می اندازیم، یعنی ولو مانند احتمالی که ایشان قبلاً بیان کردند بگوئیم قرعه مختص به باب تنازع است، ولی راجع به آن حق واقعی است. دو نفر با هم بر سر مالی منازعه می کنند برای

تعیین اینکه این مال چه کسی باشد باید قرعه بیاندازیم. اما الان حرف جدیدی می فرمایند که اصلا عند الدقة و التأمل می فهمیم که قرعه برای این نیست که بخواهد آن حق واقعی را حل کند ولو در باب منازعات باشد. قرعه برای این است که مسیر رسیدگی قضائی را که مخصوص خود قاضی است و هیچ کسی حق دخالت ندارد مشخص کند، یعنی اگر آقای قاضی در جریان رسیدگی قضائی با مشکلی مواجه شد برای تعیین نحوه رسیدگی اش قرعه بیندازد نه برای تعیین آن حق واقعی. حق واقعی بعد از اینکه دادرسی او معلوم شد به حسب حکم قاضی کشف می شود حال یا تعبدا یا واقعا.

در موارد معمول امورات قضائی اینطور است که فردی می آید ادعا می کند که این کتابی که دست این آقا است مال من است. آن آقا قاعده ید دارد و اماره و اصل همراهش هست، این طرف می شود مدعی و باید بینه بیاورد یعنی دو تا شاهد عادل بیاورد که آن کتاب مال من است، اگر مدعی بینه آورد از دست منکر می گیرند و به مدعی می دهند و اما اگر بینه نیاورد به منکر می گویند قسم بخور، اگر قسم بخورد تمام است. در روایاتی وارد شده که فردی به امام علیه السلام عرض می کند چطور می شود که مال من را با یک قسم ببرد؟ امام می فرماید بله إذن لذهب بمالك. البته اگر خودش خلاف بگوید روز قیامت تکلیفش روشن است.

پس ببینید این روش قضائی معمول است، با این روش حق را به حسب ظوابط ظاهری تشخیص می دهیم. مقصود این است که این کار قضائی و رسیدگی قضائی تشخیص دهنده حق است. حال مرحوم امام می فرمایند قرعه هم عرض این کار قضائی است. یعنی همانطور که کار قضائی واقع را معین می کند قرعه هم واقع را معین می کند؛ ولو اینکه شما بفرومائید قرعه با وجود شرائط خاصی اعمال می شود. پس ایشان می فرمایند اصلا قرعه مال مشکلی است که برای قاضی در فرآیند دادرسی پیش می آید، لذا اگر قاضی مشکل پیدا نکند اصلا قرعه به کار نمی آید، بلکه با ابزار رسیدگی قضائی تعیین حق می کنیم. ایشان بر اثبات مدعایشان شواهدی نیز می آورند. در تفاوت این دو کلام خوب دقت کنید بحث ظریفی است.

### قبول عدم جریان این نظریه در همه روایات از طرف امام ره

منتهی مرحوم امام خودشان قبول دارند که همه روایات باب را نمی شود بر چنین احتمالی حمل کرد، انصافا نسبت به عده ای از روایات خاصه ای که خواندیم و همچنین نسبت به برخی از عمومات مانند «کل مجهول ففیه القرعة» نمی شود گفت این روایات در مقام بیان این مطلبند که قرعه مربوط به باب قضاء و برای تعیین کار قاضی است گرچه بعضی از روایات چنین نطایقی دارند. مرحوم امام می فرماید عمده نظر ما این است که آن عمومات از این سنخ است و روایات را حمل می کند برای اینکه آن چیزی که عمدتا به درد ما می خورد عمومات است، والا آن موارد خاصه که روایت دارد و به

آنها عمل می کنند. الان عمومات قرعه است که به درد کار ما می خورد. مثلاً در ترتیب یا تشریک بودن وقفی دچار مشکل شدیم باید چکار کنیم؟ باید قرعه بین ترتیب و تشریک بیندازیم یا نه. اینطور که امام ره می فرماید قرعه اصلاً به این بحث ما ربطی پیدا نمی کند، مگر اینکه تنازعی واقع شود و افراد بروند نزد قاضی، و قاضی نتواند آئین و روش دادرسی را تطبیق کند، آنوقت است که باید قاضی قرعه بیندازد. آنهم نه برای اینکه ترتیب باشد یا تشریک، بلکه برای اینکه رسیدگی اش حل شود، که قسم را چه کسی بخورد. برای این قرعه بیندازد. و این احتمال با احتمالی که قبلاً بیان فرمودند زمین تا آسمان فرق می کند.

### عدم تطابق این نظریه با کلام ایشان در تحریر

به نظرم فرمایشات مرحوم امام در اینجا با فرمایش ایشان در مسئله ۴۹ کتاب تحریر خیلی سازگار نیست، در آنجا مرحوم امام فرمود اگر معلوم نشد وقف علی نحو تشریک است یا ترتیب بدون لحاظ هیچ مقدماتی قرعه بیندازند. در حالی که در این بحثها می بینیم برای این کار مراحل وجود دارد، اینطور نیست که فوراً قرعه بیندازند. این فرمایش ایشان.

### شواهد ایشان بر این نظریه

بعد مرحوم امام شواهدی را ذکر می فرمایند:

در برخی روایات وارد شده است که القرعه لكل امر مشکل.

یا آن روایتی که در دعائم هست «أن الأئمة أوجبوا الحكم بالقرعة فيما اشكل، و قال ابو عبدالله عليه السلام ائ حکم فی الملتبس أثبت من القرعة أ ليس هو التفویض الی الله جل ذكره، ثم ذکر قصة یونس و مریم و عبدالمطلب، بعد ایشان همه اینها را می خواهند شاهد بیاورند که در حکم بوده است. فرموده اند: فإن الظاهر منه (از این حدیث) أنهم أوجبوا أن يحكم القاضي إذا اشكل الامر أي فی القضايا المشکلة بالقرعة، و يؤیده بل يدل علیه تمسکه بقصة مریم و یونس، فإن الامر فیهما (قصه مریم و یونس) مشکل بحسب الحكم والقضاء».

شاهد اول ایشان این است که می فرمایند تعبیر «مشکل» برای مطلق مجهول آورده نمی شود و نیز ما به مطلق مشتبه نمی گوئیم مشکل. (بنده فعلاً دارم مدعای ایشان را عرض می کنم و الا این شاهد دلیل علیه دارد که بعداً عرض می کنم)

می فرمایند: «مشکل» در حکم است. وقتی حکم مشتبه شد می شود مشکل، نه وقتی موضوع مشتبه شود بشود مشکل. پس حکم هم مثلاً گرفته اند حکم قاضی. هر وقت حکم قاضی مشتبه شد که مشکل اینجاست، اینجا می گوید قرعه ثابت می شود.

بعد می فرمایند: «و یشهد له ما عن الاختصاص بإسناده عن عبدالرحيم قال سمعت إبا جعفر عليه السلام يقول إن عليا عليه الصلاة والسلام كان إذا ورد عليه امر لم يجئ فيه كتاب و لم تجر فيه سنة رجم فيه، یعنی ساهم». امیرالمؤمنین صلوات الله علیه هر وقت یک امری بر ایشان وارد می شد که در آن کتاب نیامده بود و سنتی هم در آن جاری نشده بود قرعه می انداخت، «فاصاب. ثم قال: يا عبدالرحيم فتلك من المعضلات».

مرحوم امام می فرماید: ظاهر تعبیر «إذا ورد الامر» حکم است. ورود امر یعنی ورد الامر الیه للحکومة. عدم مجيء کتاب و سنت نیز یعنی در این امر قضائی در نحوه رسیدگی اش یک خصوصیتی پیش بیاید که در کتاب و سنت بر آن بیان نیابند. و الا اگر بنا بود قرعه در موضوعات باشد، تمام موضوعات در کتاب و سنت حکم دارد. ما موضوعی نداریم که در کتاب و سنت حکم نداشته باشد. پس اینکه در روایت فرموده اند «إذا ورد عليه امر لم يجئ فيه كتاب أو سنة یا لم تجر فيه سنة» نمی شود مشیر به موضوعات باشد. چون همه موضوعات در کتاب و سنت حکم دارند.

پس مشیر به چیست؟

می گویند مشیر به یک اشکالی است که قاضی در مقام اجراء و عمل بعد از ورود امرین برایش پیش می آید و نمی داند چطور رسیدگی کند. حال یا بخاطر اشتباه موضوعش، مثل اینکه شهود هر دو عدولند و به لحاظ تعداد نیز مساوی هستند، که در روایتی هم داشتیم که شهود همه عدل بودند و تعدادشان هم مساوی بود. در اینجا دارد امیرالمؤمنین علیه السلام قرعه می انداختند که یمین با چه کسی باشد. یعنی در طریق امر قضائی قرعه می انداخت.

بعد ایشان می فرمایند: نتیجه این می شود که «فالمساهمة ميزان القضاء حيث لا ميزان من الكتاب و السنة». '، وقتی میزانی در کتاب و سنت نباشد میزانش قرعه می شود.



## توجیه «و لم تجر فيه سنة» با وجود سنت بودن خود قرعه

بعد می فرمایند: چرا در روایت گفته اند «و لم تجر فيه سنة»، با اینکه قرعه هم خودش یک سنتی است و یک موازینی است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است؟ پاسخ می دهند: شاید مقصود این است که قرعه سنت ابتدائی و تأسیسی نیست بلکه یک سنتی است که بر اساس بناء عقلاء بوده و به تأیید شارع رسیده است. این یک حمل است برای اینکه از این کلیت بیرون بیاید.

بعد هم فرموده اند: «و الحاصل أن المشكل و المعضل الذی هو موضوع القرعة إنما هو من قبيل الامر الوارد على الحاكم و لم یأت فيه كتاب و لم تجر فيه سنة للقضاء و الحكم، تأمل».

## شواهدی از کلمات فقهاء بر این نظریه

بعد می فرمایند: اجماعاتی هم که شیخ طوسی و ابن ادریس و دیگران گفته اند نیز به این فهم کمک می کند. مثلاً شیخ طوسی کل مجهول فيه القرعة را در نهایی آورده، گفته: «حيث قال و كل امر مشكل مجهول يشبه الحكم فيه فينبغي أن يستعمل فيه القرعة، لما روى عن أبي الحسن موسى عليه السلام و عن غيره من آبائه و أبنائه من قولهم: «كل مجهول ففيه القرعة». قلت له: «إنَّ القرعة تخطأ و تصيب!» فقال: «كل ما حكم الله به، فليس بمخطئ»<sup>۱</sup>. البته ایشان روایات دیگر را نیز آورده و قرعه را سنت همه اهل بیت دانسته اند.

حضرت امام ره می خواهند از این یک کاسه کردن مجهول مشکل و مشتبه در عبارت شیخ طوسی استفاده کنند، می فرمایند: شیخ چرا همه را یکی کرده است؟ برای اینکه درست است که لفظ «مجهول» ممکن است غیر باب قضاء را هم بگیرد، اما «مشکل» مربوط به حکم است. آنوقت شیخ ره چون دیده اصلاً بحث قرعه مربوط به موارد اشکال در حکم است، اشتباه و جهل را هم به آن اضافه کرده است. فرموده کل امر مشکل که حکم است که مجهول است يشبه الحكم فيه، امام از این لفظ خیلی استفاده می کند، می گوید این لفظ حکم ربطی به موضوع خاص ندارد، حکم است، و اشتباه در حکم واقع شده است. اشتباه در حکم یعنی همان حکم قاضی.

بعد عبارت دیگران را هم همینطور آورده اند.

<sup>۱</sup> النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص: ۳۴۵/۳۴۶

می خواهند بگویند این عبارتهایی که به عنوان مجهول و مشتبه در کلمات فقهاء هست و ظهورش با موضوعات اولیه نیز سازگار است و اختصاصی به اشتباه قاضی ندارد، همه را حمل می کنیم بر این حکمی که در برخی از کلمات آمده است.

## واضح بودن تقدم استصحاب بر قرعه طبق این نظریه

بعد می گویند اگر اینطور باشد تقدم استصحاب بر قرعه واضح است. چرا؟ کسی می داند چرا؟

**سؤال:** چون با وجود دلیل، نوبت به قرعه نمی رسد.

**جواب:** نه، با این دلیل که تا به حال هم می گفتید که استصحاب موضوع قرعه را می برد. اگر این زحمت امام ره هم نبود و شما استصحاب را اصل محرز می دانستید و قرعه را اصل خالی می دانستید مثل امام ره که می گفت اماره نیست، استصحاب موضوع قرعه را از بین می برد.

نظریه قبلی این بود که اصلاً دائره قرعه در موارد نزاع است. اما اینکه دائر در موارد نزاع است ملازم با این نیست که مختص به کار قاضی در موارد مشکل در کار دادرسی است. نظریه ای که الان امام ره فرموده اند این است که فقط اگر در مقام دادرسی اشکال پیدا شد قرعه جاری می شود آن هم توسط قاضی نه هر کسی و نه نسبت به واقع. قاضی نسبت به واقع را با قضاء درست می کند و تنها برای راه اندازی جریان قضائی قرعه می اندازد. امر قضائی با یک مشکل مواجه می شود که مثلاً چه کسی اینجا قسم بخورد، چه کسی بینه بیاورد، با قرعه تعیین می کند که چه کسی بینه بیاورد و چه کسی قسم بخورد. بعد با قسم و بینه واقع حل می شود.

این بیان جدید ایشان را تکرار می کنم تا فرق این بحث با بحث قبلی روشن شود. آنجا هم امام ره فرمودند قرعه مختص باب تنازع و تراحم حقوق است. اما فرقی این است که اینجا می گویند اصلاً این قرعه را مستقیماً برای رفع اشکال در حقوق متزاحمین انجام نمی دهیم، بلکه می رویم سراغ قضاء، اگر در آنجا مشکلی بود مشکل را با قرعه حل می کنیم و تکلیف واقع با امر قضائی تعیین می شود. یکی بینه می آورد و یکی قسم می خورد، و اگر استنکاف کند دوباره مدعی قسم می خورد و هکذا، با این روشها حکم را روشن می کند.

حال می فرمایند اگر این را ما بگوئیم تکلیف استصحاب روشن است. چرا؟ چون اگر استصحاب داشته باشیم اصلاً اشکالی برای قاضی پیش نمی آید. زیرا کسی که استصحاب دارد قولش مقدم است به این معنا که به دیگری می گویند بینه بیاور. نه اینکه ابتدا به ساکن به او بگویند قسم بخورد. قولش مقدم است یعنی گوئی همراه یک اماره ای است که بار اثبات دعوا را به دوش مدعی می گذارند و الا اول به مدعی می گویند «أ لک بینه»، یعنی مدعی باید بینه بیاورد، منکر لازم نیست

بینه بیاورد. این خیلی داستانش فرق می کند و کارش آسان می شود. منکر که اصل و اماره همراهش است کارش آسان می شود. اگر استصحاب داشته باشیم که عمدتا استصحاب عدمی است تعیین می کند منکر کیست و قضاء را حل می کند.

ایشان می فرماید: «لأن الاستصحاب يرفع الاشكال في مقام القضاء (حل می کند چه کسی منکر است) لأنه إذا كان قول احد المدعين مطابقا للاستصحاب يقضى له و تصير اليمين اليه». و به این صورت استصحاب مقدم می شود. قبلا هم می گفتیم استصحاب مقدم می شود، قبلا می گفتیم موضوع را درست می کند با احرازش اشتباه و اشکال و جهل را رفع می کند. الان این را نمی گوئیم. می گوئیم با استصحاب میزان قضاء تعیین می شود، اصلا دیگر مشکلی برای قاضی وجود ندارد تا بخواهد قرعه بیندازد. بعد می فرماید: «لكن هذا الاحتمال و إن كان قريبا بالنسبة الى جمع من الروايات لكن لا ينطبق على جميعها».

پس قرعه منحصر شد در شک قاضی در موازین قضا و هیچ ربطی هم به شک قاضی در شبهه حکمیه ندارد. اگر قاضی حکم کلی قضاء را نمی داند باید برود فتوا را یاد بگیرد.

**سؤال:** مرحله تشخیص مدعی و منکر صورت گرفته ولی ائ حال الان قاضی نتوانسته تشخیص بدهد. مانند اینکه شبهه در ضمان دارد.

**جواب:** چرا نتوانست؟! اگر مدعی و منکر روشن است خب به مدعی می گویند بینه بیاور و اگر نداشت به منکر می گویند قسم بخور. قسم می خورد حل می شود و اگر منکر از قسم نکول کرد قسم را به مدعی رد می کند و باز موازین قضاء دارد. پس بحث موازین قضایی مفصل است اینجا نمی خواهیم بحث قضاء کنیم. بحث تعارض بیتین هست، بحث تقوم بینه داخل و خارج داستان مفصلی دارد. شک در ضمان و مانند آن یا از باب دعواست، که به همین صورتی که گفتیم حل می شود، یا از باب این است که شبهه حکمیه ضمان را نمی داند چیست، در این صورت یا باید قاضی مجتهد باشد استنباط کند و یا از مقلدش بگیرد که ربطی به این بحث ندارد. مثل اینکه قاضی در خیلی جاها باید شبهه حکمیه امور خودش را بلد باشد، لذا گفته اند در اصل و بالذات باید مجتهد باشد. و الا اگر کسی احکام کلی تقدیم منکر و مدعی را نداند که نمی تواند قضاوت کند.

## بررسی فرمایش امام ره

فرمایشات ایشان اشکالات متعددی دارد.

## عدم حل مشکل در فرض جریان دو استصحاب

یکی از اشکالات این است که: امام ره فرموده طبق این تصویر ما (جزمی می فرمایند فعلی هذا الاحتمال) تقدیم استصحاب بر قرعه روشن و اوضح از قبل است. چون استصحاب اگر جاری شد موازین قضاء را حل می کند.

ولی حق این است که در مواردی هر دو استصحاب جاری است. محقق نائینی نیز به طریقی این مطلب را فرمودند که اگر استصحاب در یک طرف جاری شود جا برای قرعه نیست و مشکل برطرف می شود. البته منظور ایشان مشکل واقعی بود ولی حضرت امام ره مشکل قاضی را می فرمایند. محقق عراقی به محقق نائینی اشکال کردند که هنوز مشکل باقی است. چون گاهی ما علم اجمالی بین دو نفر داریم. گرچه علم اجمالی به حسب نظر محقق عراقی مانع از جریان استصحاب در یک طرف هم هست ولی نکته اش این است که گاهی علم اجمالی بین دو نفر است، بطوری که باید اینطور بگوئیم که آن مورد نفر دیگر، مبتلابه من نیست تا طرف علم اجمالی من شود و مانع از جریان اصل در یک طرف شود. اما اگر هر دو اصل داشته باشند مانند اینکه مالی بین من و شما مشتبّه شده است، هم شما اصل عدم مالکیت این را دارید و هم من اصل عدم مالکیت این را دارم. پس اصل عدمی با هر دوی ما موافق است. در اینجا علی الظاهر باب تحالف می شود. اگر دعوا شد و گفتیم با چیز دیگری حل نمی شود می شود باب تحالف. مثل باب تداعیین می شود. البته در متداعیین نیز بحث است، ممکن است در بعضی صور بینه یک دعوا مقدم شود بر بینه دعوای دیگر اما اگر گفتیم دو دعوا از هر جهت مساوی اند استصحاب جاری تکلیف را حل نمی کند.

نهایتاً این می شود که امام ره فرض گرفته اند که همه جا استصحاب در یک طرف جاری می شود و مشکل حل می شود. می گوئیم نه، می شود یک جاهایی فرض کرد اصل عدمی مثل استصحاب جاری شود و هنوز مشکل باقی باشد چون طرف دیگر هم این اصل را دارد.

**سؤال:** اینکه از فرض خارج است چون تعارض دو استصحاب است. مشخص است که ایشان این فروض را نمی فرمایند چون در آنجا اصلاً بحث از تقدیم مطرح نیست. و باید نسبت ادله تحالف با ادله قرعه بررسی شود.

**جواب:** ایشان فرمودند اگر استصحاب جاری شد حل می شود می گوئیم نه اگر جاری هم بشود حل نمی شود.

**سؤال:** اگر هر دو استصحاب دارند استصحاب هایشان تعارض می کند.

**جواب:** نه، مگر بگوئیم عند القاضی تعارض می کنند، آخر یک نفر نیست که تعارض کنند. یکی یک استصحاب جاری می کند و من هم یک استصحاب جاری می کنم. چه ربطی به هم دارند. دو نفرند آخر. وقتی یک نفر نسبت به یک

کاسه نجس فی البین استصحاب جاری می کند استصحاب در این ظرف با استصحاب در آن ظرف تعارض می شود اما دو نفر استصحاب جاری کنند ظاهراً تعارض وجهی ندارد. مگر بگوئیم که آن چیزی که در دست اوست مبتلابه من هم هست، که منجر شود به علم اجمالی برای من، یا برای قاضی مثلاً، در این صورت وجهی دارد و گرنه دو تا استصحاب دو نفر تعارضی ندارند.

امام ره در چند عبارت برای مدعای خودشان، لفظ حکم استفاده می کنند. می فرمایند در روایت دعائم وارد شده که «أن الائمة اوجبوا الحكم بالقرعة» و حکم غیر از موضوع و به معنای قضاء است.

در این عبارت «القرعة لكل امر مشکل» نیز فرمودند ظهور «مشکل» در حکم است. چون به مشتبّه واقعی نمی گوئید مشکل. اشکال در حکم پدید می آید نه در اشتباه خارجی.

در این فرمایش ایشان دقت خیلی خوبی است، اشکال در حکم پدید می آید و حکم مشکل می شود، و الا کسی به مجهول نمی گوید مشکل، به مشتبّه نمی گوید مشکل. به حکم می گوئیم مشکل. و این حرف دقیقی است.

منتهی به نظرم یک اشکالی در این حرف هست که بله حق با ایشان است که ظاهراً اینطور است که اشکال وصف حکم است نه وصف مشتبّه و وصف موضوع مشتبّه، ولی چرا انحصار به حکم قاضی داشته باشد. وقتی موضوع برای ما مشتبّه می شود، در حکم ما اشکال پیش می آید. ما دو برادریم اصلاً هم نمی خواهیم به قاضی مراجعه کنیم، حتی بین ما مشتبّه می شود، یا مانند همین مثال وقف در مساله ۴۹، بین پدر و فرزند اشکال پدید می آید، چون نمی دانند وقف به صورت تشریک است تا فرزند هم شریک باشد یا ترتیب است که اول باید نسل اول ببرند، خب اصلاً نمی خواهند پیش قاضی بروند. تنازع هم باشد و تراحم حقوق هم باشد نمی خواهند کار قضائی کنند. لذا این اشتباه و جهلی که در موضوع پدید آمده، موجب اشکال در حکمشان شده است. این حکم که مال پدر است یا پسر اشکال پیدا می کند. اشکالمان به ایشان این است که حکم که در واقع مساوق نوعی تصدیق است برای همه پیش می آید، مگر فقط قاضی حکم می کند. قاضی حکم خاص می کند به عنوان فصل الخصومة که موضوع آثار شرعی است، اما حکم که همه انجام می دهند. وقتی من می گویم این آدم بدی است، حکم می کنم. وقتی می گویم این ظرف نجس است، این هم حکم است. می گویم این مال من است، این هم حکم است.

**سؤال:** این ناشی از خلط امور خارجیه است. در صورتی که در بحث اصالة البرائة مهم مشکل از فعل شارع بود.

**جواب:** نخیر اتفاقاً نظر حضرت امام نیز این نیست. وقتی برای قاضی اشتباه می شود که چه کسی قسم بخورد آیا اشتباه از شارع است؟!

من عرضم این است که ایشان در روایت «أن الأئمة أوجبوا الحكم بالقرعة فيما اشكل» می فرمایند «مشکل» در حکم است، می گوئیم باشد، اما در کدام حکم؟ حکم قاضی؟ چه کسی گفته حکم قاضی است؟ بلکه حکم خود آحاد مردم. اشکال برای مردم هم پدید می آید. ما نمی دانیم بگوئیم این مال کیست، حکم به اینکه مال کیست اشکال در آن پدید می آید. روی این فکر کنید تا جلسه بعد.

«والحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۱۸۸
خلاصه بحث گذشته .....	۱۸۸
اختصاص دادن بحث قرعه توسط امام ره به مقام دادرسی قضائی .....	۱۸۹
بیان حضرت امام برای اوسعیت نطاق روایات.....	۱۹۰
معنای «اشکال» .....	۱۹۰
مجموع کلمات حضرت امام ره .....	۱۹۱
فرمایش سوم امام برگشت به قبل است.....	۱۹۲
لزوم بحث مستوفاه از قرعه و تطبیقات فقهی آن .....	۱۹۲
لزوم حل مسئله کثرت تخصیص.....	۱۹۳
موضوع قرعه «مشکل» است نه «جهل».....	۱۹۴
معنای «مشکل».....	۱۹۴
قرعه اصل است نه اماره .....	۱۹۴
ورود تمام ادله بر قرعه بخاطر اینکه موضوع قرعه مشکل بودن است .....	۱۹۶
موضوع عام در باب قرعه عدم ترجیح است .....	۱۹۸
جواب از روایت کل مجهول.....	۱۹۹
نحوه تصویر «مشکل» در دو قسم قرعه .....	۲۰۰
احتمال تقیید موارد اجرای قرعه .....	۲۰۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

**مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف****خلاصه بحث گذشته**

به مناسبت حکم مساله ۴۹ وارد بحث قرعه شدیم. مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه انصافاً بحث دقیقی درباره قرعه ارائه نمودند. اول فرمودند بعد از تتبع تمام در کلمات قوم و در روایات به نظر می آید موضوع قرعه جائی است که تنازع و تراحم حقوق باشد که از جهاتی در این فرمایش اشکال کردیم. گرچه این تعبیر اختصاص به ایشان ندارد و مرحوم نراقی در عوائد الایام می فرمایند عمده روایات قرعه مربوط به باب تراحم حقوق است. در عبارت مرحوم صاحب عناوین نیز تقریباً نظیر این مطلب آمده است.

منتهی با دقت روشن می شود که این مطلب صحیح نیست، خصوصاً در جائی که اصلاً تعین واقعی ندارد در این موارد به بیانی که تفصیلاً عرض کردیم حقوقی ثابت نیست تا تراحم کند.

اخیراً دیدم نظیر این مطلب را مرحوم آقای حکیم در جلد ۱۴ مستمسک در بحث نکاح مطرح کرده اند. در جائی کافری مسلمان شود و بیش از ۴ زوجه دارد که آنها نیز مسلمان می شوند در حالی نمی تواند بیش از ۴ همسر دائم داشته باشد در حکم این مساله روایات مختلف است، برخی صراحتاً می گویند به اختیار خودش هر کدام را می خواهد کنار بگذارد و طلاق دهد. و برخی دیگر می گویند قرعه بیندازند و تسهیم کنند. ایشان در آنجا بحث تراحم حقوق را مطرح می کند و می گوید اینجا که اصلاً حقی ثابت نیست تا تراحم شود. حالا اگر فرصت شود به این فرمایش نیز می پردازیم. ایشان در جلد ۱۴ صفحه حدود ۱۰۲ در چهار صفحه به تناسب بحث قرعه را به اجمال آورده است.

مرحوم امام این قسمت را برای این آورده اند که نسبت قرعه را با ادله حل کنند. ایشان فرمودند اگر موضوع قرعه تنازع است واضح است که ربطی به برائت و استصحاب و تخییر ندارد. در حالی که این مطلب روشن نیست. ممکن است یک در جایی تنازع باشد و محل برائت نیز باشد، یا تنازع باشد و چون طرف علم اجمالی است محل احتیاط باشد یا چون حالت سابقه دارد محل استصحاب باشد. لذا نفهمیدیم که چرا می فرمایند اگر تنازع شد معلوم است که موضوع اصول نیست.



شاید منظورشان این است که چون می روند پیش قاضی و حکم او دیگر مجرای این اصول نیست، در حالی که تنازع اعم از این است که به قاضی رجوع کنند که این نیز یکی دیگر از اشکالات ما به ایشان بود.

### اختصاص دادن بحث قرعه توسط امام ره به مقام دادرسی قضائی

بعد ایشان این نظر خوب و دقیق را مطرح کردند که اصلاً ممکن است بگوئیم قرعه مربوط به قاضی در مقام دادرسی است و ربطی به جاهای دیگر ندارد. قاضی در مقام دادرسی که موازین قضاء مانند طلب بینة و استحلاف و مانند آن را به کار می برد، اگر به هر دلیلی نتوانست روند دادرسی را مشخص کند. مانند اینکه دو طرف دعوا متداعیینی هستند که از همه جهت با هم مساوی اند، مثل اینکه دو نفر ادعا کنند عینی را که در ید شخص ثالث است و آن نیز اقرار دارد که این عین، مال من نیست و بیش از این چیزی نمی داند. در اینجا هر دو مدعی مساوی هستند، لذا متداعیین می شوند. اینجا اگر اقامه بینة باشد یا اگر حلف باشد هر دو مساوی می شوند. قاضی باید چکار کند؟ اگر بگوئیم توقف کلی کند، هرج و مرج لازم می آید لذا باید در این موارد فصل الخصومة شود. همانطور که فصل الخصومة از نکاتی است که موجب می شود اصل قضاء، عقلا و عند العقلاء ثابت شود در اینجا نیز فصل الخصومة موجب لزوم حل تکلیف است مانند اینکه قرعه بیندازند.

امام ره روایات عام را بر این حمل می کند، و بعد خودشان انصاف می دهند و می فرمایند بله بعضی روایات خاصه بر مشکل در امر دادرسی تطبیق نمی شود. می فرمایند: «لكن هذا الاحتمال و إن كان قریباً بالنسبة الى جمع من الروایات لكن لا ينطبق علی جميعها فراجع». بعد می فرمایند: «و المدعی هو تطبیق الاحتمال علی ذاك الاحتمال و هو قریب جداً». عمده را امله عامی می دانند که هم «كل مجهول...» باشد و هم «ما تقارع قوم ثم فوضوا امرهم الى الله...» که اینها را جزء عمومات می آورند. بررسی اینها در جلسه گذشته بیان شد.

## بیان حضرت امام برای اوسعیت نطاق روایات

در ادامه ایشان به دلیل عدم شمولیت این تصویر نسبت به مجموع روایات بیان دیگری ارائه می کنند که همه روایات را شامل می شود. می فرمایند: «ولک أن تقول باوسعية نطاقها من رفع الامر الى القاضی». بگوئیم این روایات مربوط به باب حکومت و قضاء هست اما نه قضاء اصطلاحی که نیاز به رجوع به قاضی دارد. لذا اگر دعوایی را نزد والی و حاکم ببرند مانند دعوای سیاسی و او حکم کند یا نزاعهایی که بین مردم واقع می شود ولی خودشان حل تنازع می کنند و به قاضی رجوع نمی کنند نیز داخل است و در این صورت همه روایات پوشش داده می شود. «و لک أن تقول باوسعية نطاقها من رفع الامر الى القاضی و من رفع الامر الى والی بل و من موارد التشاح بین الرعية مع حفظ أن يكون المراد من الامر المشكل الاشكال فی حل العقدة، سواء كان الاشكال لأجل قضاء القاضی أو الحاكم السياسي أو قضاء المتخاصمين فی حل القضية لعدم الترجيح و عدم طریق الى الحل و على ذلك تنطبق عليه جميع الأدلة فتدبر جيدا»<sup>۱</sup>.

## معنای «اشکال»

ایشان می گویند ما قبلاً تذکر دادیم که اشکال مربوط به حکم است وگرنه شیء بیرونی که مجهول صرف باشد نمی گویند مشکل. مشکل در حکم پیدا می شود. و بر این اساس ایشان آمدند حکم را به حکم قاضی حمل کردند منتهی الان قصد دارند تقریب سومی بیاورند و این را توسعه دهند بکل حکم من القاضی و من والی و حتی متخاصمین در مقامی که اشکال پدید آمده است، یعنی مشکل شده امر و حکم بین المتخاصمین در میان خود مردم، نه اینکه قاضی بخواهد حکم کند. بعد می گویند اگر اینطور بشود همه را شامل می شود.

<sup>۱</sup> الاستصحاب، النص، ص: ۴۰۷

واقعش این است که این توسعه ایشان به نحوی برگشت به اول است. دیگران هم که می گفتند القرعه لکل مشکل هست همین را می گفتند، مگر چیز دیگری می گفتند؟ می گفتند این مشکل عمومیت دارد، شامل قاضی، حاکم و مردم عادی می شود، هر کدام اگر به مشکل برخوردند یعنی نتوانستند ترجیح بدهند و راهی برای حل آن بیابند قرعه می اندازند.

## مجموع کلمات حضرت امام ره

بنابراین ایشان یک مطلب فرمودند سه حرف مستقل داشتند:

حرف اول راجع به تضییق مورد قرعه بود به موارد تزام و تنازع حقوق. فرمودند که چه کسی اینجا حکم کند. فقط موردش را به تنازع و تزام حقوق، ضیق کردند.

در بحث دوم ایشان تدقیق فرمودند که اصلاً قرعه مضیق است به کار قاضی در مقام دادرسی. و این امر سوم یک توسعه و بازگشت است که هم قاضی و هم والی و هم عموم مردم که متخاصم هستند اگر بخواهند حکم کنند در امری که با اشکال مواجه شدند از باب اینکه هیچ ترجیحی در بین نیست برای حل این مشکل قرعه بیاندازد. علی القاعده حل عموم مردم دیگر قضاء به معنای اصطلاحی نیست بلکه حل یک دعواست بین خودشان. و اینکه چگونه این حل انجام شود خود بحث مفصلی است. چون در قضاء فصل الخصومة است، حکم حاکم و قاضی برای همه معتبر است. اگر حکم کرد این مال، مال مدعی است یا مال منکر است همه باید آثار مال او را بر آن مرتب کنند، نمی توانند بخشی را بر آن بار کنند و بخشی را بار نکنند، یعنی نمی توانند قلل به تبعیض شوند، تمام آثار را بیلید بار کنند. اها اگر دو تا آدم در کوچه و بازار با هم دعوا می کنند می خواهند بین خودشان مشکل را حل کنند، این اول کلام است که حق دارند قرعه بیندازند به نحوی که دعوا تمام شود و تمام آثار مال شخص بر آنچه که قرعه به نام او افتاده بار شود.

## فرمایش سوم امام برگشت به قبل است

بنابر این به نظر می رسد این فرمایش امام ره مشکل خاصی را حل نمی کند و کَرّ علی ما فَرّ است و همان بحثها دوباره اعاده می شود. ایشان از مضمون چند روایت مانند قرعه «للوالی» است یا «لیس الا للامام» استفاده کردند که قرعه مختص قاضی است. حال اگر بفرمائید قرعه برای مطلق متخاصمین است به شرط اینکه در مقام حل اشکال باشد، با این روایات چکار می کنید؟ آن استفاده ها همه از بین می رود. بنابراین این حرفها طوری نیست که همه موازین سابق و مطالب مطروحه را بتواند پوشش دهد، بلکه مسیر دیگری را می پیماید.

لذا واقع این است که بحث قرعه انصافا بحث مشکل و مهمی است. لازم است تمام مواردی که در فقه آمده است پیدا کنیم و به تفصیل در رساله ای مطرح کنیم. حضرت امام ره مواردی را ذکر کرده اند. مطالب مرحوم آیت الله فاضل در بحث قرعه تقریبا تکرار فرمایش امام ره است همانطور که مطالب آیت الله سبحانی اینطور است و هیچ بحث خاصی ندارند، اتفاقا این بحث مهم و دقیق ایشان را که قرعه انحصار به مقام دادرسی قاضی دارد را نقل نکرده اند، و این توسعه به این شکل را هم نقل نکرده اند.

## لزوم بحث مستوفاه از قرعه و تطبیقات فقهی آن

در جلسات قبل بیان شد که بیشتر موارد تمسک فقهاء به قرعه را که حضرت امام ره بیان کرده اند مرحوم میرفتاح در عناوین آورده است، مرحوم صاحب عوائد هم بخشی را آورده است ولی هنوز جای کار دارد چون قرعه مساله بسیار اثرگذاری است. هر چند بحث را به صورت تکه تکه در خلال فروع فقهی مطرح کرده اند لکن ثمرات بسیاری در فقه دارد. فروع بسیار زیادی در بحث قضاء دارد، در بحث قسم و مباحث دیگر نیز بحث قرعه می آید. گاهی اختلافی نیست و گاهی هم اختلافی است. مثلا در همان کتاب القضاء در باب متداعیینی که هیچ ترجیح و اصل موافقی نداشته باشند برخی به قرعه مراجعه می کنند و برخی به صلح قهری و امثال آن. لذا مباحث اختلافی نیز دارد که باید حل شود.

آنچه نقداً به ذهن می رسد این است که فرمایش محقق عراقی ره به یک جهت مسئله اشاره داشت و نتوانست مشکل را حل کند. فرمایش مرحوم نائینی هم همینطور. فرمایش مرحوم شیخ ره نیز که بالاجمال در رسائل آورده بودند و قائل شدند کمر عمومات قرعه شکسته است و هر کجا فقهاء به قرعه عمل کردند ما می توانیم عمل کنیم خودش ایجاد مشکل می کند، ممکن است فقهاء در مواردی متفق باشند اما در مواردی نیز اختلاف دارند.

در همین مساله محل بحث به خاطر اختلافی که وجود داشت وارد بحث قرعه شدیم. در بحث وقف در موارد اختلاف بین ترتیب و تشریک بین طبقات به این صورت که نمی دانیم طبقه و نسل اول و دوم مترتّبند یا مشترک، عده ای می گویند قرعه بیندازند، کما اینکه نظر شریف حضرت امام ره این بود در مقابل عده ای از فقهاء مثل صاحب عروه می فرمایند که باید قائل به صلح قهری شویم. یعنی اختلاف در فتوی وجود دارد.

### لزوم حل مسئله کثرت تخصیص

به ذهن می آید مهمترین مساله این است که باید مشکل کثرت تخصیص را حل کنیم. باید ببینیم آیا قرعه عمومی دارد که کثرت تخصیص پیدا کرده و مستهجن شده، لذا اصلاً عموم و اطلاقی ندارد، عبارتی صادر شده و در نزد فقهاء مواردی از قرعه به قرائنی که داشته اند و در این عبارات نیامده است ثابت بوده است. لذا در این مواردی که شک داریم و باید به قرعه مراجعه کرد عمومی و اطلاقی وجود ندارد که به آن مراجعه کنیم. همه این عمومات و اطلاقات از بین رفته اند. ایشان در مقام حل آمد آن بحثها را مطرح کرد. و دیگران مانند صاحب عوائد و میرفتاح و دیگران هم فی الجمله همین طریق را رفته اند.

## موضوع قرعه «مشکل» است نه «جهل»

منتهی مشکل اساسی این است که موضوع برائت و احتیاط «جهل» است و اگر بنا باشد «کل مجهول ففیه القرعة» ثابت باشد نسبت این ادله به چه صورت است؟

به نظر می رسد این مشکل قابل حل است. ما در نهایت به دنبال این هستیم که نظریه ای را پیدا کنیم که بیشترین تطبیق را با همه روایات باب یا با اکثریت آنها داشته باشد. بهترین نظر این است که بگوئیم موضوع قرعه همانطور که در کلمات فقهاء آمده و از برخی از روایات استفاده می شود مطلق جهل نیست، جهلی است که مشکل باشد. مقصود از اشکال نیز این است که بعد از فحص، دست ما از تمام آنچه که می شود مرجح باشد کوتاه مانده و هیچ ترجیحی از هیچ ناحیه ای وجود ندارد و به این خاطر امر برای ما مشکل شده است. اینجا جای قرعه است. پس موضوع قرعه مجهول مشکل است، یعنی موضوع اصلاً اشکال است، و اگر مجهول گفته اند بخاطر اشکال است. که قرینه هایش را عرض خواهیم کرد.

## معنای «مشکل»

پس مراد از «اشکال» این است که موضوع هیچ ترجیحی نداشته باشد. البته نه ترجیح های اعتباری. بلکه ترجیح شرعی و عقلانی پذیرفته شده یعنی آن چیزی که عقلاء صحه بر آن گذاشته باشند. با این بیان به نظر می رسد با عنایت به یک نکته، مشکل حل می شود.

## قرعه اصل است نه اماره

علی الظاهر قرعه اصل عملی است، لسان قرعه جز آن روایاتی که می گوید یخرج سهم المحق آن هم بنا به تفسیری که آن را مشیر به واقع بدانیم، لسان اماره نیست. یعنی حتی این روایات نیز بنابر تفسیر دومی که عرض کردیم می خواهند با قرعه انسان را از حیرت بیرون آورند و مشکل را برای انسان حل کنند. بنابراین مفادش مفاد اصل است. مرحوم امام ره نیز در بحث اماره یا اصل بودن بود قرعه، آن را اصل می دانستند. برخلاف مرحوم آقای بجنوردی که ادعا می کردند قرعه و استخاره اکثراً مصیب به واقع است

و اماره است. ما می گوئیم لا اقل این است که اماریت را احراز نمی کنیم و آن چیزی که برای ما ثابت است این است که قرعه حکمی است برای خروج از تحیر لذا اصل عملی است.

اگر این را بپذیریم به نظر می رسد مشکلی که در باب نسبت سنجی بین قرعه و اصول عملیه بود قابل حل است. و بر این اساس عمومات و اطلاقاتی که از قرعه استفاده می شود بر سر جای خود باقی می ماند.

البته بشرط اینکه موضوع قرعه «مشکل» باشد که به نظر ما با مجموع قرائن موضوع همین است ولی اگر موضوع قرعه «جهل» باشد بحث دیگری دارد. لذا اگر در جایی برائت جاری شود یا مجرای تخییر باشد یا علم اجمالی باشد که مجرای احتیاط است و همچنین با جریان استصحاب اشکال بر طرف می شود، یعنی موضوع دیگر «مشکل» نیست. اگر خداوند متعال در اینجا موضوع را با استصحاب تعیین کند، دیگر اشکالی در کار نیست. اگر با برائت یا با احتیاط تکلیف در موضوع تعیین شود که مشکلی نیست. شبهه ای که آنجا بود این بود که قرعه هم می تواند موضوع برائت و اینها را بردارد. حال اگر قرعه اماره بود شاید همینطوری که می فرمایند نیاز به بحث داشت چون اماره جهل را برمی دارد، اماره، ما لا یعلم را بر میدارد. اما اگر اماره نباشد اصل است و مفاد این اصل ایجاد علم تعبدی نیست در جایی نگفته هو علم، پس حتی تعبد محض بدون اماریت نیز درست نمی کند. پس نه اصل محرز است و نه اماره است، یک اصل صرف برای خروج از حیرت است. اگر این است چطور موضوع اصول را برمی دارد؟ موضوع استصحاب شک بود، موضوع برائت ما لا یعملون بود، موضوع احتیاط هم همینطور، موضوع تخییر هم در جایی که دوران باشد همینطور. کجا قرعه می تواند موضوع آنها را بردارد؟

به نظر می رسد این مطلب بسیار واضح است البته به شرط اینکه موضوع قرعه «جهل» نباشد «اشکال» باشد. چرا می گوئیم جهل نباشد؟ چون استصحاب شاید بتواند جهل را بردارد ولی برائت و احتیاط نمی تواند. اما اگر موضوع قرعه اشکال باشد با جریان اینها اشکال بر طرف می شود.

## ورود تمام ادله بر قرعه بخاطر اینکه موضوع قرعه مشکل بودن است

این بیان را حضرت امام ره و دیگران نیز دارند که اشکال در جائی است که هیچ ترجیحی نباشد و شما در حیرت بمانید که چکار کنید. اما اگر خداوند متعال گفته براءت جاری کن دیگر چه حیرتی داریم؟ اگر خداوند فرموده احتیاط، دیگر چه حیرتی است؟ لذا موضوع قرعه برداشته می شود. یعنی نه فقط حکومت است بلکه اصلا ورود است. درست مثل نسبت قبح عقاب بلایان با ادله می ماند. براءت هم بیاید وارد بر قبح عقاب بلایان است، احتیاط هم بیاید وارد بر قبح عقاب بلایان است. چون لا بیان حقیقتا با ورود براءتی که مضمون براءت با قبح عقاب بلا بیان یکی است برداشته می شود و براءت وارد می شود بر آن. چون قبح عقاب بلا بیان در جائی است که اصلا لا بیان باشد. در قرعه اینطور است که «اشکال» موضوع است و اشکال عبارت است از اینکه هیچ ترجیحی نباشد. اگر شارع خودش گفت در اینجا براءت جاری می شود این ترجیح است. حقیقتا ترجیح است نه اینکه تعبدا ترجیح باشد. ترجیح حقیقی است یعنی اصلا وارد می شود بر قرعه. و همینطور دیگر اصول

**سؤال:** اطلاق براءت محرز نیست ولو اینکه عدم ترجیح ظاهری باشد. ولو شما موضوع قرعه را مشکل بگیرید....

**جواب:** موضوع براءت ترجیح نیست بلکه جهل است.

**سؤال:** بله موضوع براءت جهل است، ولی موضوع قرعه مشکلی است که ترجیحی در آن نباشد.

**جواب:** نه، مشکل اصلا ملازم با این است که ترجیحی نباشد و الا مشکل نیست.

**سؤال:** کدام ترجیح؟ این مشکل واقعی است، یعنی دارید اطلاق می گیرد در موضوع قرعه، می گوئید

این مشکل اعم از این است که ترجیح واقعی یا ظاهری نداشته باشد. این اشکال دارد.

**جواب:** اصلا مشکل همین است. نه ترجیح ظاهری اگر باشد... نه اینکه اطلاق می گیریم بلکه

حقیقت مشکل این است. چرا ما اشکال داریم؟ چون هیچ چیزی برای ترجیح در مقام وجود ندارد. و حتما



حکم ظاهری ترجیح است. حکم ظاهری نه اشکال ظاهری و ترجیح ظاهری، حکم ظاهری حقیقتاً ترجیح است و حقیقتاً اشکال را برمی دارد. اگر شارع با استصحاب یا با اماره یا با یک اصلی به من بگوید تکلیف این اینجا این است من دیگر چه اشکالی دارم؟! اشکال حقیقتاً مرتفع است.

**سؤال:** باز هم شارع گفته.

**جواب:** فرق حکومت و ورود ربطی به این ندارد که شارع بگوید یا نگوید. ربط به این دارد که موضوع حقیقتاً برداشته می شود یا نه.

**سؤال:** ورود تکوینی است ولی در حکومت تعبد هست.

**جواب:** نه نشد، در ورود هم تعبد است.

**سؤال:** تعبد هست ولی ورود و خروجش تکوینی است.

**جواب:** اول بفرمائید فرق ورود و حکومت چیست.

**سؤال:** در هر دو تعبد است، در حکومت تنزیل است، ولی در ورود بحث تنزیل نیست، بلکه خروج حقیقی است.

**جواب:** چه جور با تعبد، خروج حقیقی می شود؟

قبلاً برای شما گفتیم چرا موضوعش حقیقتاً برداشته می شود، مثل قبح عقاب بلا بیان، یک تعبدی شارع می کند، اما موضوع با این تعبد حقیقتاً برداشته می شود. مولا تعبد می کند به یک اصلی مثلاً برائت، با برائت «لا بیان» حقیقتاً برداشته می شود و بیان دار می شود. چون بیانی که ما در بحث برائت در قبح عقاب بلا بیان می گوئیم یعنی «حجت». اصلاً شما بگوئید حجت، تعذیر و تنجیز. اگر می گفتند قبح عقاب بلا بیان یعنی بلا امر معذر او منجز، با قیام المعذر و المنجز چه چیزی رخ می داد؟ درست است که معذر و منجز را شارع ممکن است با تعبد درست کند، اما وقتی درست کرد حقیقتاً منجز مائی واقع می شود. اینجا هم همین را می خواهیم بگوئیم. وقتی شارع برائت می آورد حقیقتاً اشکال مرتفع می شود.

حالا بحث ما این نیست، می خواهیم بگویم حقیقتش این می شود ولی روی بحث ما اثری ندارد بگوئیم حکومت یا ورود، ولی ظاهرش ورود است.

حالا آنچه که ما الان باید دنبال کنیم این است که: آیا این تصویر که موضوع اشکال باشد و حتی در مجهول هم اشکال باشد، و بعد بگوئیم که هر دلیلی که آمد وارد می شود و یا حاکم می شود، آیا این با تمام این روایات باب یا اکثرش جمع می شود که بتوانیم تبیین معقولی از مجموع روایات بدهیم؟

### موضوع عام در باب قرعه عدم الترجیح است

به نظرم این شدنی است. حضرت امام ره در بحث چند روایتی که در باب دادرسی بیان کردند اصرار فرمودند که قرعه مربوط به باب دادرسی است. اصرار ایشان بر این حرف، حرف خوبی را زنده کرده، که اصلا قرعه در آنجا برای این است که بگویند یمین به کدام طرف باشد و چه کسی قسم بخورد تا إذا حلف ثبت له الحق باشد. یعنی قرعه جزء موازین قضاء است و در موازین قضاء هر کجا ماندیم و هیچ ترجیحی نبود قرعه می اندازیم.

حرف ما الان این است که عدم الترجیح موضوع عامی است، چه قاضی، چه والی و چه دیگران در مواردی که هیچ ترجیحی نیست قرعه می اندازند. انصافش این است که اکثر موارد همینطور است. یعنی حتی آنجایی که گفته اند ما تقارع قوم جائی بوده که مشکل بوده است، یعنی پیدا نبوده است که حق، حق چه کسی است، در این صورت می فرمایند سهم الله لا یخطئ. یا مواردی که حتی در بحث وصیت به عتق واقعا وقتی طرف وصیت به عتق می کند بعد الفراغ از اصل صحت عتق، واقعا این مشکل هست که نمی دانیم چه کسی حر است، اینجا با قرعه تعیین می کنیم و قرعه اشکال را رفع می کند.

اینجا یک بحثی دارد بعد عرض می کنم چون یک روایت متعارضی هم داشت.

بنابراین به نظر می آید اکثر موارد با این حمل حل می شود.

## جواب از روایت کل مجهول

اما نسبت به «کل مجهول ففیه القرعة» که عموم روشنی دارد، اشکالش همان چیزی است که مرحوم امام و دیگران فرموده اند. ما نمی دانیم از چه چیزی سوال کرده است. مسئله عن شیء، فیجیب الامام کل مجهول ففیه القرعة، ما نمی دانیم از چه چیزی سؤال کرده اند که امام ره این را فرموده اند. خصوصاً اینکه این اطلاق لامحاله قابل عمل نیست. کل مجهول تمام شبهات حکمیه را می گیرد، تمام شبهات بدویه موضوعیه را می گیرد، شبهات مقرونه به علم اجمالی را می گیرد، معلوم است که همه اینها مشمول قرعه نیست.

به علاوه فقهای که ادعای اجماع کردند مانند مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و خلاف و مرحوم ابن ادریس در سرائر می گویند قرعه در هر مجهول مشکلی است که اشتبه حکمه. یعنی از همین اجماع هم می فهمیم که اطلاق مجهولی که بخواهند به آن عمل کنند حتی در شبهات موضوعیه و حکمیه چنین چیزی نیست. و علاوه بر اینکه رویه عملی فقهاء هم این نبوده است. نه بیانشان ونه رویه عملی شان این نبوده است.

بنابراین به نظر می آید اگر کسی بگوید موضوع قرعه عبارت است از مجهولی که مشکل باشد و موضوع در واقع اشکال است، کثیری از روایات را پوشش می دهد اگر نگوئیم همه را، به علاوه نسبت قرعه با اصول دیگر راحت حل می شود، بخاطر اینکه اصول دیگر وارد یا حاکم هستند.

مسئله ای نیز که مرحوم شیخ انصاری فرمود که عمومات کمرش شکسته است. این درست نیست. غیر از کل مجهول که مشکل دیگری دارد که باید حملش کنیم، بقیه عمومات اینطور نیست، چون از اول موضوعش مشکل است، مثل ما تقارع قوم ظاهرش مشکل است، و بنابراین کمری از اول شکسته و موضوع اشکال بوده است. با ورود اصول و امارات حقیقتاً موضوعش مرتفع می شود.

## نحوه تصویر «مشکل» در دو قسم قرعه

نکته ای که باقی می ماند این است که: ما از اول بحث عرض کردیم که دو قسم قرعه داریم: قرعه ای که واقع متعین دارد، قرعه ای که واقع متعین ندارد بلکه با همین قرعه تعیینش می کنیم. تقریباً عمده فقهای که تعرض به بحث قرعه کرده اند به این مسئله اشاره کرده اند. چیزی که ما با قرعه انداختن تعیینش می کنیم این چه زمانی اشکال محسوب می شود؟ زمانی که ما اصل آن عمل را صحیح بدانیم، مانند اینکه عتق را صحیح بدانیم، آنوقت می گوئیم این عتق صحیح است و باید یک سوم عبید آزاد شوند، کما اینکه در یک روایت امام صادق علیه السلام از قول پدرشان می گویند که ایشان عتق کرده بودند ثلث عبیدشان را و من عتق کردم همین مقدار را یا قرعه انداختم، سؤال این است که: اگر کسی بگوید این عتق باطل است، دیگر اصلاً بحثی نداریم. قرعه نمی شود لکل امر مشکل. بله! یک روایتی داریم باید به روایت عمل کنیم، اما دیگر آنوقت از باب رفع اشکال نمی شود.

ولی به نظر من ظاهر خود روایت هم این است که این را اشکال دیده و از باب رفع اشکال دارند قرعه می اندازند. یعنی یا به دلالت التزامی از همین روایت می فهمیم قرعه صحیح است، که به نظرم در بحث وصیت به همین روایات برای تصحیح چنین وصیتی تمسک کرده اند، یا از خارج می دانیم که وصیت مبهم اینطور صحیح است. که به عنوان فتوی هم همین را می گویند، که در بحث وقف هم بحثش آمد که وصیت به غیر معین صحیح است.

حالا عرض ما این است که بحث اشکال از اینجا زائیده می شود که وصیت به غیر معین صحیح است، اگر گفت دو تا از ده تا عبید من هستند و بعد از دنیا رفت، ما باید قرعه بیندازیم و دو تا را پیدا کنیم. چون وصیتش صحیح است، راهی هم برای ترجیح نداریم، اشکال پدید می آید. تنها مشکلی که هست این است که: اگر وصیت صحیح باشد فقط باقی می ماند وفاء به این وصیت. چرا نگوئیم به اختیار خودش باشد؟

سؤال: اصلاً احتیاطاً همه را آزاد کند.

**جواب:** ملک طرف است مال ورثه است نمی خواهند آزاد کنند.

**سؤال:** برفرض من ورثه ام کدام ملک من است با وجود اینکه یقین دارم یکی از ملکم خارج شده است؟

**جواب:** اگر از باب احتیاط می گوئید واجب است، که جوابش داده شده است، حالا می آوریم.

**سؤال:** می خواستم اشکال به اصل مبنایتان کنم که در غنم موطوئه هم ما می توانیم احتیاط کنیم، و حال اینکه گفته اند قرعه.

**جواب:** همانجا جواب داده اند دیگر. لاضرر جلو آن احتیاط را می گیرد، آن علم اجمالی به لاضرر شکسته می شود و تنجیز احتیاطی آن از بین می رود، و چون از بین رفت آنوقت چی باقی می ماند؟ اگر ما گفتیم وصیت باطل است، که بحثی نداشتیم. اما اگر بگوئیم وصیت صحیح است، ما یک وصیت صحیح داریم به غیر معین، چرا نگوئیم مثل وقف کلی باشد، مثل بیع کلی باشد که اختیار وفائش با خود شخص باشد. یک وصیتی صحیح است. آنوقت این قرینه هم دارد. یعنی اختیار را چکار کنیم؟ این تصویری که اشکال در موارد تعیین بالقرعة را درست می کند یک مسئله دیگر برای ما درست می کند، چون مفروغ می گیرد وصیت صحیح است. اگر وصیت صحیح است لولا این تعبد، چرا انسان آزاد نباشد این را اختیار کند. کما اینکه در یک روایتی که در استبصار خواندیم و فردا این را می آوریم ظاهرا معارض این می شود، چون آنجا می گوید اختیارش با خودش هست هر کار می خواهد انجام دهد.

پس الان ما دو تا کار کردیم:

یکی اینکه به نظر می رسد در وصیت به غیر معین وامثال این با قرعه تعیین می کنیم. ما این را می خواهیم پوشش بدهیم تحت همین عنوان اشکال. گفتیم با این مقدمه که اصل وصیت درست است اشکال پدید می آید.

این حرف درست است، منتهی شبهه ای که پدید می آید این است که چرا به اختیار نباشد؟ چرا قرعه بیندازیم؟

از اینجا من می خواهم به نکته دیگری برسم: به نظر می رسد (خوب دقت کنید این بابی است که ولو برخی در بعضی فروعات این را آورده اند ولی خیلی کار نشده) اینکه گفته اند قرعه رخصت است یا عزیمت است مقصود این است که: در این ابوابی که در باب اشکال هست، آنجایی که اشکال مربوط به قاضی است، که خب تصمیمش را خودش می گیرد، آنجا مسلماً اثرش برای همه ثابت است بلا شبهه. اما آنجایی که بین خود آحاد مردم است و مشکلی پیش آمده، ما الان در وهله اولی گفتیم بیائیم بگوئیم موضوع قرعه کل مشکل است، و نسبتش با روایات برائت و احتیاط و اینها حل می شود.

### احتمال تقید موارد اجرای قرعه

اما یک مسئله دیگری وجود دارد، و آن مسئله این است که آیا در موارد مشکل باطلاقه قرعه لازم است؟ چون قرعه گاهی حق تعیین می کند، قرعه ولد تعیین می کند که ولد به چه کسی ملحق شود، که آثار عجیبی دارد، که ولد بعد ارث می برد، نکاحش با دیگران ممکن است جائز نباشد که ارحامش حساب شوند و هکذا و هکذا، پس آیا قرعه باطلاقه روی مشکل می رود، یا اختیاری است یعنی با تراضی اطراف قرعه می اندازیم؟

عبارت ما تقارع قوم فوضوا أمرهم به نظرم ظهور در یک جور تراضی دارد. معنا ندارد استفاده از تعبیر تقارع در جائی که یکطرف به قرعه انداختن حاضر نیست. مثلاً اگر من حاضر نیستم شما حاضرید آیا می گویند تقارع؟! اگر دو نفر سه نفر قبول ندارند یک نفر قبول دارد آیا می گویند تقارع؟! تقارع ظاهرش انتساب قرعه به همه آنها است و در آن جوری تراضی هست.

حالا فکر کنید برای فردا که آیا آنطوری که در وهله اولی داشتیم تصویر می کردیم این نظریه را که بتوانیم بگوئیم موضوع قرعه مطلق مشکل است حالا مجهول مشکل یا خود مشکل و امثال این، آیا قید

تاریخ: ۱۴۰۱/۰۸/۰۸

درس خارج فقه آیت الله آملی لاریجانی (حفظه الله)

شماره جلسه: ۲۴۷ (سال چهارم)

موضوع خاص: شک فی تربیب او تشریک (مسئله ۴۹)

موضوع عام: کتاب الوقف

دیگری ندارد، در غیر قاضی و اینها بگوئیم تراضی لازم است یا نه. حالا استدامة چه می شود بحث دیگری است.

روی این فکر کنید تا فردا. و الحمد لله رب العالمین.

## فهرست

مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف.....	۲۰۴
خلاصه بحث گذشته .....	۲۰۴
موضوع قرعه با دقت مجدد در روایات.....	۲۰۵
عدم نیاز به لفظ مشکل در روایات و کفایت مفاد آن .....	۲۰۵
بررسی برخی روایات.....	۲۰۶
بررسی روایت کل مجهول فیه القرعہ .....	۲۰۹
اجماع بر موضوع بودن مشکل در کلمات فقهاء .....	۲۱۰

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۴۹: شک در ترتیب یا تشریک بودن وقف

## خلاصه بحث گذشته

به مناسبت حکم مساله ۴۹ وارد بحث قرعه شدیم بعد از طی مباحث مختلف از بزرگان در بحث قرعه گفتیم ما باید برگردیم از نو به خود موضوع قرعه نگاه کنیم که آیا موضوع قرعه مجهول به نحو اطلاق است، و از طرف دیگر محمولش هم یک نحوه اماره است، یا اینکه نه محمولش اصل است، یعنی خود قرعه یک اصلی است که در ناحیه محمولش در آن اماریت و کشفی مأخوذ نیست و در ناحیه موضوعش هم جهل باطلاقه نیست. این خیلی فرق می کند.

مرحوم نراقی و مرحوم صاحب عناوین می فرمایند با فحص و تتبعی که در کلمات فقهاء شد کلمات فقهاء در مسئله قرعه مضبوط نیست، لااقل مضبوط تام نیست، از این جهت ضبط تام ندارد که در موارد بسیاری به قرعه مراجعه می کنند ولی در مشابهنش مراجعه نمی کنند. این موجب شده که این بحث قرعه بحث دشواری بشود در عین اینکه در کثیری از موارد در فقه به قرعه مراجعه می کنند.

لذا بحث مهمی درگرفت که نسبت قرعه با اصول دیگر چیست تا ببینیم اطلاقی باقی می ماند یا نه، آیا عمومش تخصیص کثیر خورده یا نه.



کلمات مختلفی را بیان کردیم، از مرحوم شیخ انصاری که می فرمود عموم موضوع قرعه شامل همه موارد می شود ولی کثرت تخصیص دارد، ولذا نمی شود به آن عمل کرد، مگر در جائی که علماء به این قرعه عمل کرده باشند تا بررسی فرمایش امام ره که از همه منقح تر مسئله قرعه را مطرح کردند و اختلاف نظرشان که مشکلاتی داشت که بصورت مفصل بیان شد.

## موضوع قرعه با دقت مجدد در روایات

حال آنچه به نظر می رسد این است که باید از نو روایات باب قرعه را دید، نمی خواهیم همه روایات را ببینیم، ولی آن نظر اولی که در شروع بحث ما داشتیم خیلی با این نگاه نبود که در روایات، موضوع قرعه چیست، غیر از این عبارت کلی در روایت: کل مجهول فیه القرعة، بقیه روایات را با این زاویه که موضوعشان دقیقاً چیست نظاره نکردیم، که آیا موضوعشان مجهول است، یا مشکل است، یا هیچکدام نیست.

این یک نکته.

نکته دیگر مراجعه به کلمات فقهاء است. دیروز خیلی وقت گذاشتم در فحوص از کلمات فقهاء، به نظر بنده اگر کلمات فقهاء را تتبع کنیم، تقریباً انسان مطمئن می شود که موضوع قرعه چه چیزی است. که حالا عرض می کنم.

## عدم نیاز به لفظ مشکل در روایات و کفایت مفاد آن

نکته مهم که می خواهم عرض کنم این است که با توجه به روایات مختلف باب قرعه، غیر از روایت کل مجهول... که باید جداگانه بررسی شود، می تواند موضوع قرعه را اشکال دانست (به بیانی که خواهد آمد) توجه کنید برای ما لفظ مشکل مهم نیست گرچه در بعضی روایات مثل روایت دعائم لفظ «ما اشکل» ذکر شده است<sup>۱</sup>، که به بحث آینده ما کمک می کند. حتماً دوستان دوباره این باب ۱۳ ابواب حکم و دعاوی را در جلد ۲۷ کتاب وسائل الشیعه با این نگاه ببینند. نگاهتان الان خیلی فرق می کند با آن اول که روایات را خواندیم. الان با دقت می گردیم ببینیم در روایات چه چیزی موضوع قرعه می باشد آیا موضوع قرعه به نحوی هست که جریان اصول حکمیه مثل براءت، مثل احتیاط، مثل تخییر، مثل استصحاب تکلیف را در مورد موضوع قرعه حل کند یا نه. بنابراین حتی اگر ما در روایات لفظ مشکل نداشته باشیم، ولی استنباط کنیم به نحو ما که موضوع طوری است که اگر در آن براءت جاری شود یا احتیاط جاری شود دیگر قرعه موضوع ندارد. لذا

<sup>۱</sup> عن علي و أبي جعفر و أبي عبد الله ع أنهم أوجبوا الحكم بالقرعة فيما أشكل... دعائم الإسلام؛ ج ۲، ص: ۵۲۲

تخصیص اکثری پیش نمی آید و این برای بحث ما کافی است. چرا؟ چون قرعه بنابراینکه اصل محض باشد نه اماره، نمی تواند موضوع آن اصول را که جهل و لا یعلم است از بین ببرد. اما اگر موضوع قرعه لباً عدم ورود بیان وعدم قیام الحجة باشد و جریان این اصول مثل براءت و غیره بیان محسوب بشود در این صورت با جریان اصول جاریه در شبهات حکمیه یا موضوعیه موضوع قرعه برداشته می شود. دیگر ما موضوع قرعه را نداریم، حتی اگر لفظ مشکل هم موضوع نباشد.

این نکته را عرض کردم برای اینکه دوباره به روایات که مراجعه می کنیم ممکن است لفظ مشکل را نیابیم (که نیست بجز یک مورد)، ولی موضوعش طوری است که می شود در خیلی از روایات این را استنباط کرد.

بله! غیر از روایت کل مجهول ففیه القرعة<sup>۱</sup> یا روایت «فلم یعرف الحرّ من المملوک»<sup>۲</sup> که ممکن است گفته شود این روایت موضوعش معرفت است، شاید بتوان از بقیه روایات باب استفاده کرد که موضوع قرعه اشکال است.

گرچه برخی از روایات باب اصلاً خصوص موضوعی بحث نکرده است، که اینها را باید بگوئیم موضوعشان نه اشکال است و نه جهل است.

## بررسی برخی روایات

مثلاً باب ۱۳ از ابواب کیفیت الحکم و احکام الدعوی در روایت ۱۷ آمده که: «سأل بعض اصحابنا ابا عبدالله عليه السلام عن مسألة (که نمی دانیم چیست) فقال هذه تخرج في القرعة، ثم قال: فأى قضية اعدل من القرعة إذا فوضوا امرهم الى الله عزوجل أليس الله يقول فساهم فكان من المدحضين»<sup>۳</sup>. این روایت که نگفته اصلاً آن مسئله چیست. آیا مسئله مشکلی بوده، آیا در آن هیچ حجتی و بیانی نبوده، یا اینکه نه ولو اگر حجت و بیانی باشد ولی جهل را برطرف نکند باز موضوع قرعه هست. به ما نمی گوید چطوری است.

<sup>۱</sup> ۵۹۳-۲۴- مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُوسَى بْنِ عَمْرٍو عَنْ عَلِيِّ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَكِيمٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنْ شَيْءٍ فَقَالَ لِي كُلُّ مَجْهُولٍ فِيهِ الْقُرْعَةُ قُلْتُ لَهُ إِنَّ الْقُرْعَةَ تُخْطِئُ وَ تُصِيبُ فَقَالَ كُلُّ مَا حَكَمَ اللَّهُ بِهِ فَلَيْسَ بِمُخْطِئٍ. تهذيب الأحكام؛ ج ۶، ص: ۲۴۰

<sup>۲</sup> ۷- عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ الْمُخْتَارِ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَأَبِي حَنِيفَةَ يَا أَبَا حَنِيفَةَ مَا تَقُولُ فِي بَيْتٍ سَقَطَ عَلَى قَوْمٍ وَ بَقِيَ مِنْهُمْ صَبِيَّانِ أَحَدُهُمَا حُرٌّ وَ الْآخَرُ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ فَلَمْ يُعْرِفِ الْحُرُّ مِنَ الْمَمْلُوكِ فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يُعْتَقُ نِصْفُ هَذَا وَ يُعْتَقُ نِصْفُ هَذَا وَ يُقَسَّمُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَيْسَ كَذَلِكَ وَ لَكِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ وَ يُعْتَقُ هَذَا فَيُجْعَلُ مَوْلَى لَهُ. الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ۷، ص: ۱۳۸

<sup>۳</sup> وسائل الشيعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۶۱/۲۶۲

این تردیدی که عرض می کنم برای این است که: اگر موضوع قرعه مطلق عدم الحجة باشد و عدم البیان باشد بطوری که دو طرف مساوی مساوی باشند از ناحیه شارع هیچ بیان و حجتی برای ترجیح نیامده باشد، خب اگر این باشد ادله برائت و احتیاط و تخییر و استصحاب وارد می شوند بر آن. مثل قبح عقاب بلایان، که دیروز عرض کردیم. و اگر موضوعش جهل و شک و عدم المعرفة و لایعلم باشد، به صرف جریان برائت که موضوع برداشته نمی شود. بنابراین ما باید ببینیم چیست.

خب این روایت از این حیث که خیلی مجمل است. سأل عن مسئلة، خب نمی دانیم مسئله چه بوده است که امام علیه السلام در جواب فرموده اند هذه تخرج بالقرعة. خب موضوعش را نفرمودند چیست. در طریق دیگری هم که صاحب وسائل این روایت را ذکر می کند شبیه همین متن است «و قد سأل بعض اصحابنا و ذکر مثله».

**سؤال:** از تفویض امر به خدا که در روایت آمده فهم می شود که یک مشکلی بوده است؟

**جواب:** بله آن روایت تفویض را هم می گوئیم. خود تفویض امر الی الله شاید نحوه ظهور دارد که واقعا اشکال در آن هست، یعنی مشکل بوده به همان معنایی که ما می گوئیم. که سر جای خودش می گوئیم.

و در روایت ۱۸ همین باب مرحوم شیخ حر عاملی روایتی که شیخ طوسی در کتاب نهاییه به صورت ارسال آورده را به همان شکل ذکر می کند منتهی یک خصیصه ای دارد که مرحوم امام نیز به آن اشاره فرموده اند. شیخ در نهاییه می فرماید: «قال روی عن ابی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام (که آن روایت اینطور بود) و عن غیره من آبائه و ابنائه من قولهم کل مجهول ففیه القرعة»<sup>۱</sup>. این مضمون روایت را ما با سند صحیح داشتیم، اما این نقل شیخ طوسی روایت مرسله حساب می شود، ولی خصیصه ای دارد که فراتر از آن چیزی است که ما قبلا در روایت صحیح دیدیم. و آن نقل روایت هم از ابناء و هم از آباء، مثل اینکه ائمه متعدد همین مضمون را فرموده اند.

روایت ۱۹ این باب راجع به استخاره است از کتاب امان الاخطار ابن طاوس، روایت ۲۰ هم باز همین است. روایت ۲۱ راجع به نحوه دعا در بحث قرعه است. و در تفسیر عیاشی هم راجع به کیفیت قرعه انداختن است. اینها که تقریبا هیچ ربطی به بحث ما نداشت.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۶۲

اما روایاتی که تعبیر «فوضوا امرهم الى الله الا خرج سهم المحق»<sup>۱</sup> داشت که مکرر در روایات آمده است، به نظر این خودش نحوه اشعاری دارد که موضوعش یک چیزی است مساوق مشکل. چرا؟ برای اینکه اگر این آدمها آدمهایی هستند که تفویض امرشان الى الله می کنند آنوقت اگر خداوند به آنها بگوید که تکلیف اینجا برائت است، باز هم باید قرعه بیندازند؟! یعنی اگر خداوند بگوید اینجا تکلیف احتیاط است باز هم باید بروند قرعه بیندازند؟! خود اینکه فوضوا امرهم الى الله ظاهرش این است که اینجا هیچ راهی نداشتند دیگر تسلیم حق شدند و تفویض امر الى الله کردند. گرچه اهل معرفت همیشه تفویض امر الى الله می کنند، اما مردم عادی اینطور نیستند در این مسئله به یک بغرنجی خورده اند آنوقت اینجا تفویض امر الى الله کرده اند. ظاهرش این است که هیچ راهی برای آنها نبوده است.

کما اینکه این استظهار از مثالهای دیگر پیدا می شود. مثلاً در موارد مکرری مانند وصیت کرده به ثلث مالش، یا وصیت کرده به بعضی از عبیدش، یا گفته اول مملوک که مالک شوم حر است، در اینجا گفته اند قرعه. سؤال این است که موضوع اینجا چیست؟ اگر ما یک اصلی داشته باشیم که تعیین کند چه کسی است، آیا باز هم می گفتند قرعه بیندازیم؟! لا اقل اطلاق جریان قرعه در همه این موارد ثابت نیست. اطلاق اینکه مثلاً اگر وصیت به ثلث عبید کردند قرعه بینداز حتی اگر دلیلی مثل استصحاب یا مثل احتیاط بیاید بگوید که شما باید همه را اینطوری آزاد کنی، حال اگر کسی اصرار هم کند ولی دیگر اطلاقی در این روایات وجود ندارد واقعا، با عنایت به روایات دیگر و با توجه به اینکه خیلی مستبعد است که قرعه را که در جایی است که تفویض امر الى الله می شود که ظاهرش نداشتن چاره است، ما این را بیائیم بگوئیم که حتی اگر استصحابی داشتیم حتی اگر تخییر شرعی داشتیم باز هم نه اینجا فائده ای ندارد و ما باید قرعه بیندازیم.

در مثالهایی که در روایات آمده است مانند روایت «اذا وقع الحر والعبد و المشرک علی امرأة فی طهر واحد و ادعوا الولد اقرع بینهم». به نظر می آید در این مورد که هر سه تا ادعا کرده اند که ولد ما اوست راهی برای کشف وجود نداشته است و هیچ دلیل خاص برای تشخیص نبوده آنوقت فرمودند: «اقرع بینهم کان الولد للذی یقرع»<sup>۲</sup>. و از این قبیل مثال ها در روایات فراوان است.

<sup>۱</sup> ۳۳۷۲۲-۱۳- قَالَ وَ قَالَ الصَّادِقُ ع مَا تَنَازَعَ قَوْمٌ فَقَوَّضُوا أَمْرَهُمْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ- إِلَّا خَرَجَ سَهْمُ الْمُحَقِّقِ- وَ قَالَ أَيُّ قَضِيَّةٍ أَغْدَلُ مِنَ الْقَرْعَةِ- إِذَا قُوضَ الْأَمْرُ إِلَى

الله- أَلَيْسَ اللَّهُ يَقُولُ فَنَسَاهُمْ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ . وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۶۱

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۲۷، ص: ۲۵۷

می خواهیم بگوئیم مجموع روایات را که ما دقت می کنیم موضوع قرعه را جایی دانستن که ما هیچ بیان و حجتی نداشته باشیم و ترجیحی در امر نباشد، منظور از تعبیر مشکل هم همین است، که یعنی هیچ راهی برای ما وجود نداشته باشد. در این موارد فرمودند قرعه بیندازید دقت کنید نمی گوئیم موضوع قرعه لفظ مشکل یا مفهوم مشکل است. بله فقط می ماند آن اطلاق روایت کل مجهول که به نظر می آید عند التامل خلاف ظاهر است که قابل اخذ نیست به بیانی که خواهد آمد.

اگر این برداشت ما از روایات صحیح باشد دیگر ما نه در موضوع قرعه عمومی داریم که کثرت تخصیص داشته باشد، و نه در نسبت سنجی با اصول دیگر گرفتاری دارد. اصول دیگر همه وارد هستند. لذا قرعه در شبهات حکمیه اصلاً جاری نیست. چرا؟ چون شبهه حکمیه خودش مجرای اصول و امارات است. یا اماره داریم، یا اصلی از اصول مثل برائت و احتیاط و تخیر و استصحاب، یکی از اینها جاری است. بنابراین در شبهات حکمیه ما جایی برای قرعه نداریم. در شبهات موضوعیه ای که اصل در آنها جاری باشد هم جایی نداریم، مثلاً در آن برائت جاری باشد، استصحاب جاری باشد، باز هم جای قرعه نیست. پس فقط در جایی است که اصل جاری نباشد مانند موارد علم اجمالی که تعارض کنند یا مانند موارد علم اجمالی که یک طرفش خارج از ابتلاء باشد و به نحو استمرار هم مبتلا به نباشد، و امثال این مواردی ما شک کنیم و اصول جاری نباشند و راهی هم برای کشف نداشته باشیم اینجا قرعه جاری است.

لذا طبق این کلام مشکل نسبت سنجی و مشکل شمول در کل مسئله قرعه از بین می رود، می شود به اطلاق قرعه برای لکل مشکل اخذ کنیم و چیزی از آن خارج نمی ماند.

### بررسی روایت کل مجهول فیه القرعة

روایت کل مجهول فیه القرعة خودش قابل اخذ نیست. چون به اطلاقش شامل همه شبهات حکمیه و موضوعیه می شود، و ما مطمئنیم که در شبهات حکمیه که نمی توانیم قرعه بیندازیم، مثلاً قرعه بیندازیم که شرب تنن حلال است یا حرام است، اینکه واضح است که نمی شود. اینکه می گوئیم واضح است یعنی سیره قطعی و عمل قطعی فقهاء همه روشن می کند که چنین چیزی نمی شود. و اگر این را بگوئیم که موضوع کل مجهول است پس کلاً اکثر موارد تخصیص می خورد. علاوه بر اینکه در روایات دیگر هم این تعبیر نیامده. و همچنین اجماعاتی که نقل شده اینطور نیست که حالا عرض می کنم.

ولذا عنوان مجهول را باید کنار بگذاریم. مگر اینکه کل مجهول را مشکل معنا کنیم، کما اینکه از کلمات فقهاء همین فهم به دست می آید، یعنی آنها هم تقریباً همه شان از مجهول مشکل فهمیده اند. بعضی از آنها تصریح می کنند که «کل مجهول مشتبّه مشکل»، که حالا می خوانیم. بعضی ها می گویند مجهول مشتبّه. همینهایی که می گویند مجهول مشتبّه جای دیگر می گویند مشکل. و مثل مرحوم عراقی که برای خروج شبهه حکمیه به آن مسیر سخت افتاده بود، خودش اول بحث می فرماید مشکل و مشتبّه و مجهول اصلاً یکی هستند. خب اگر یکی هستند و مشکل جائی است که هیچ حجت و بیان و ترجیحی نباشد، چرا شما اینقدر خودت را به زحمت انداختید که بگوئید قرعه جاهایی که شبهه حکمیه باشد جاری نمی شود، چون شک در خودش کردیم نه در موضوعش. اصلاً چه لزومی داشت یک پیچ و تابهایی اینگونه؟!

**سؤال:** شاید بعضی ها اماره گرفته اند، و گفته اند اگر هم موضوعش مشکل باشد باز هم اماره است و باز تعارض بین اصول و اماره مطرح می شود.

**جواب:** ایشان که اماره نگرفته، اگر کسی اماره بگیرد آنوقت مسئله یک قدری فرق می کند. باید ببینیم که می شود اماره ای باشد که موضوعش عدم حجت باشد؟ موضوعش عدم مطلق حجت و عدم قیام هرگونه بیانی باشد ولی محمولش اماره باشد، آیا چنین چیزی می شود؟ نمی دانم می شود یا نه. چون در امارات ما باید یک کشف ناقص داشته باشیم، در موضوعش یک کشف ناقص باشد که آن را متمیم کنیم. در قرعه اگر در موضوعش عدم البیان اخذ کنیم، یعنی چه؟ یعنی اگر هر بیانی بیاید موضوعش برداشته می شود، آنوقت می شود این اماره باشد؟

**سؤال:** از باب یک اماره تأسیسی باشد بعد از نبود حجتها اماره باشد

**جواب:** ظاهراً پذیرش چنین اماره ای که موضوع آن مطلق عدم البیان و نبود هیچ حجتی باشد خیلی سخت است که یک اماره ای اینچنین مجعول باشد.

کلام ما روی فرض این است که قرعه اماره نباشد که حقیقتاً هم نیست، همانطور که حضرت امام ره و دیگران فرموده اند که از آن اماره استفاده نمی شود، فقط برای رفع الحیره است مثل استخاراتی که بعضی ها می کنند.

لذا به نظر می آید طبق این نظریه در موضوع قرعه اصلاً مسئله حل می شود.

## اجماع بر موضوع بودن مشکل در کلمات فقهاء

طبق تتبع ما در کلمات فقهاء به صورت تسلّم همه فقهاء از قرن چهارم تا قرن اخیر، می گویند لأن القرعة لكل امر مشکل، این رویه واحد در بحث خیلی مؤثر است تعبیر «لكل امر مشکل» فراوان در کلمات فقهاء تکرار شده مثلاً میفرمایند

این مورد از مصادیق مشکل است و قرعه جاری است لأن القرعة لكل امر مشکل. یعنی مفروغ عنه گرفته اند لكل امر مشکل. در کتب فقهی حدود صد و هشتاد مورد به عین همین تعبیر لكل امر مشکل آمده است. در بعضی موارد آمده لآنکه مشکل یا مجهول مشتبّه این تعابیر کافی نیست که عرض می کنم. ولی این تعبیر لكل امر مشکل را فقهاء متعدد آورده اند. مانند محقق حلی، علامه حلی، شهید اول، شهید ثانی و دیگران کأنّ این تعبیر را مفروغ عنه گرفته اند. به نظر من اصلا اجماع درست می شود، یک اجماع محصل، غیر از اجماع منقولی که آنها گفته اند. یعنی این تعبیر که قرعه لكل امر مشکل الی ما شاء الله به همین نحو مفروغ عنهی، نه اینکه تردید کنند در عباراتشان وجود دارد. بله گاهی در تطبیقش تردید می کنند. مثلا مرحوم صاحب سرائر به شیخ طوسی ایراد می گیرد که اینجا جای لكل امر مشکل نیست چون مشکلی نیست. محقق صاحب شرایع به برخی ایراد گرفته است که این موردی که شما گفتید جای قرعه نیست، چون مشکلی نیست با جریان مثلا اصلی یا وجود اماره ای، می گوید با وجود آن روایت صحیحیه مشکلی نیست.

این اختلاف در تطبیق هست. اما در اصل پذیرش کبری مفروغ عنه هستند من ندیدم در تمام این موارد فقیهی بگوید خود این کبری هم مشکوک است. یک نفر نگفته است.

مرحوم شیخ طوسی گرچه در مواردی تعبیر می کند قرعه لكل امر مجهول مشتبّه، ولی در استبصار جلد ۳ صفحه ۸۳ می فرماید: «و هذا عندی احوط لمطابقة لما روی من أن كل مشکل یرد الی القرعة»<sup>۱</sup>. این که شیخ می فرماید لما روی مهم است. خیلی ها از فقهای که از این تعبیر استفاده کرده اند نمی گویند لما روی. بلکه می گویند لأن القرعة لكل امر مشکل. این دو تا فرق می کند. لما روی دو تا احتمال دارد هر دوی آنها به درد ما می خورد، یکی اینکه مجهولی که در روایات آمده را همان مشکل معنا کرده اند. که به احتمال زیاد اصلا از مجهول مشکل فهمیده اند، که قرینه بعدی هم دارد که عرض می کنم. یا منظورش اخذ به آن تعابیر باشد که در روایت دعائم آمده (چون ما روایت دیگری که در آن مشکل یا لما اشکل باشد نداریم) لذا به نظر ما این روایت دعائم معتبر می شود و می توان به آن اخذ کرد.

حالا چرا نگوئیم که عموم دیگری داشته باشیم که اعم باشد؟

دلیلش این است که: کسانی مثل شیخ طوسی، مثل صاحب سرائر و دیگران که اجماع نقل می کنند، همان مجهول را هم گاهی می آورند. می گویند لكل مجهول مشتبّه مشکل. کاملا روشن است، مرحوم امام هم همینطور فرموده بود حق هم بود که اصلا اینها مجهول را مشکل فهمیده اند.

<sup>۱</sup> الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۳، ص: ۸۳

**سؤال:** اگر مجهول را مشکل می دانست چرا شیخ گفت احوط؟

**جواب:** بخاطر اینکه چون آنجا یک احتمال دیگر هم هست برای تنصیف و این حرفها، ظاهرا اگر اشتباه نکنم مربوط به آن دو عبدی است که فوض الیهما امرهما که خودشان بروند بخرند بفروشند، یکی می رود از صاحبش دیگری را می خرد و دیگری هم می رود این را می خرد، یک همچنین مشکلی پیدا می شود حالا اینجا باید چه شود. آنوقت روایت مختلف است. اینکه می گوید احوط، بعضی روایات نگفته قرعه بیندازید، گفته ببینید چه کسی اول بوده است. اولیتش هم به فاصله شان قرار داده است. یعنی چند اذرع بوده تا مکانش، هر کدام که کمتر بوده آن اول بوده است تا برود از صاحبش بپرسد و بیع کند. حالا ما فعلا به تطبیقاتش کار نداریم.

بنده احتمال قریب به یقین می دهم ایشان در این تعبیر «لمطابقتها لما روی من أن کل مشکل یرد الی القرعة» که فرموده لما روی. نه از باب تتمیم روایت دعائم باشد بلکه همین روایت مجهول را اینطور معنا کرده اند.

مرحوم شیخ در کتاب خلاف جلد ۴ صفحه ۱۷۸ می فرماید: «دلیلنا اجماع الفرقه علی أن کل امر مشکل أو مبهم ففیه القرعة و هذا من ذلک». می گوید این مورد هم از این قسم است.

یا در موضع دیگر از کتاب خلاف جلد ۶ صفحه ۳۹۹ می فرماید: «دلیلنا اجماع الفرقه و أخبارهم علی أن کل مشکل فیه قرعة». اینکه می فرماید بخاطر روایات؟ ما که فقط در یک روایت دعائم این تعبیر را داشتیم. پس اینها از تعبیر مجهول، مشکل فهمیده اند،

و همچنین از روایات خاصه مانند روایت تقارعوا که موضوعش را مشکل فهمیده اند. نه لفظ مشکل که ما دنبال لفظ مشکل بگردیم ببینیم چه چیزی از آن در می آید. نه، موضوعش جائی است که هیچ بیانی نباشد. و به این نکته صاحب سرائر تصریح می کند که موضوع را جائی می دانند که هیچ بیانی نباشد.

ما اصراری نداریم اینجا لفظ مشکل بما له من المعنی تثبیت شود. چرا؟ برای اینکه ما محل اجرای قرعه را جائی می دانیم که هیچ دلیلی بر آن نداشته باشد، هیچ حجتی بر یک طرف قائم نشده باشد، این جای قرعه است. این را عرف می گوید مشکل. حالا شما نگوئید مشکل، ولی مهم این است که موضوع چیست. جالب این است که برای شما از سرائر قرینه بر این مطلب می آورم.



مرحوم شیخ در کتاب مبسوط جلد ۳ صفحه ۳۴۰ می فرماید: «لأن القرعة تستعمل فی کل امر مشکل». با اینکه خود مرحوم شیخ طوسی در موارد دیگر می گوید قرعه لكل مشتبه مجهول یا مجهول مشتبه ولی در اینجا می گوید لكل امر مشکل.

اینکه که گفتید ممکن است موضوع اعم باشد، در چند مورد هم ظاهرا شیخ دارد و صاحب سرائر بالتصریح دارد که می گویند حق نداریم در جائی که مشکل نباشد قرعه بیندازیم، و هذا مما لا خلاف فيه. این خیلی جالب است.

مرحوم شیخ در کتاب نهاییه می فرماید: «و کل امر مشکل مجهول یشبه الحكم فيه فینبغی أن تستعمل فيه القرعة». مانند این کلام را محقق عراقی می گفت که اشتباه و جهل و اشکال یکی است، حالا ما نمی دانیم واقعا لغتا یکی است، ولی می توانیم بگوئیم مقصود در این روایات یکی است، آنجایی که می گویند مشتبه یا می گویند مبهم یا مجهول مقصود همین اشکال است، حالا لغتا هست یا نه بحث دیگری است. ایشان اینجا همه را در نهاییه با هم جمع کرده است.

مرحوم ابن براج در کتاب المذهب جلد ۲ صفحه ۵۸۰ می فرماید: «و کل امر مشکل فاستعمال القرعة فيه هو الواجب».

و همچنین در کتاب جواهر الفقه صفحه ۱۴۵ می فرماید: «لأن القرعة تستعمل عندنا فی کل امر مشکل» این عندنا مثل اینکه مکرر گفته اند مشعر به اجماع است، یعنی برای همه شیعه اینطور است، کما اینکه در سرائر هم تصریح می کند. مرحوم طبرسی در کتاب المؤتلف من المختلف جلد ۲ صفحه ۷۸ می فرماید: «لاجماع الفرقة علی أن کل امر مشکل ففیه القرعة». ایشان می گوید اجماع داریم بر اجرای قرعه در هر امر مشکلی.

همچنین در جلد ۲ صفحه ۵۶۸ می فرماید: «و يدل علی مذهبنا اجماع الفرقة علی أن کل امر مشکل مجهول ففیه القرعة».

بعد در جلد ۲ صفحه ۵۹۵ می فرماید: «لاجماع الفرقة علی أن کل مشکل ففیه القرعة».

تقریبا تمام این فقهاء که تا الان ذکر کردیم قبول دارند موضوع قرعه مشکل است.

مرحوم ابن حمزه طوسی در کتاب وسیله صفحه ۲۲۳ می فرماید: «کل امر مشکل ففیه القرعة، وتعارض البیتین مشکل». یعنی وقتی تعارض بیتین می شود چون دیگر هیچکدام بینه ندارند می شود موارد مشکل و محل جریان قرعه.

از همه واضح تر کلام مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر است ایشان اول از دیگران نقل کرده بعد می فرماید: «فأما مذهب اصحابنا فی هذه المسئلة فمعروف إذا تقابل البیتان و لم یترجح احدهما علی الاخری بوجه من الوجوه (یعنی هیچ ترجیحی نباشد) و اشکل الامر (اشکل الامر را عطف می کند یعنی عدم ترجیح است) فإنهم یرجعون الی القرعة، لأن اخبارهم ناطقة متظافرة متواترة فی أن کل امر مشکل فیہ القرعة و هم مجمعون علی ذلک، و هذا (موردی که خودش ذکر کرده) امر مشکل»<sup>۱</sup>.

مرحوم ابن ادریس می گوید اخبار ما متظافر و متواتر است فی أن کل امر مشکل فیہ القرعة، می گوئیم ما کجا روایت به این عنوان که لکل امر مشکل داشتیم، لفظ مشکل فقط در یک روایت بود.

پس نکته چیز دیگری است و حق هم با اینهاست. از روایات حتی روایتی که عنوان مجهول و حتی روایاتی که عنوانش را بحث نکرده موضوعش را تنقیح می کنند در مواردی که مشکل است. چرا؟ برای اینکه اگر مثلاً یک دلیلی بیاید تعیین کند که در مسئله وصیت به ثلث چه کنیم در اینصورت که دیگر قرعه نمی اندازیم. اگر روایتی آمد که اگر شخص وصیت کرد به ثلث عبیدش، وصیت باطل است چون مردد مبهم است، کما اینکه در بیع می گوئید، آیا باز هم شما قرعه می اندازید؟! خب وظیفه را تعیین می کند. یا اگر دلیل آمد گفت که اختیار با خود آقای وصی است، آیا باز لازم است قرعه بیندازیم؟!

عرض من این است که: اینها که می گویند اخبار متظافر متواتر، نه اینکه اخبار را ندیده اند و همینطور گفته اند. مگر می شود مثل صاحب سرائر که کلمات شیخ را در استبصار و تهذیب با دقت بررسی می کند که شما آنجا این را گفتید و آنجا این را گفتید، نمیداند که ما اصلاً روایت مشکل نداریم مگر یک روایت آنهم در دعائم، نکته اش این است که از روایات واقعا مشکل را فهمیده اند. بعد ذیلش هم می گوید: و هم مجمعون علی ذلک، یعنی هم می گوید اخبار متظافر است و هم اجماع بر این هست.

یا در جلد ۲ صفحه ۲۰ می گوید: «لأن کل امر مشکل عندنا فیہ القرعة بغير خلاف».

یا در جلد ۲ صفحه ۶۹ می گوید: «لأن الاجماع منعقد علی أن کل امر ملتبس مشکل فیہ القرعة».

یا در جلد ۲ صفحه ۱۷۰ می گوید: «للاجماعهم علی أن کل امر مشکل فیہ القرعة».

<sup>۱</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۱، ص: ۸۷

یا در جلد ۲ صفحه ۱۷۳ می گوید: «و کل امر مشکل مجهول یشتبہ الحکم فیہ فینبغی أن يستعمل فیہ القرعة لما روی عن ائمة الاطهار علیهم السلام و تواترت به الآثار و اجمعت علیه الشیعة الامامیة».

ببینید باز می گوید تواترت علیه الاخبار. در حالی که ما در روایات لفظ مشکل نداشتیم، پس در واقع یک استنباط و اصطیاد می کنند از مجموع روایات و بر همین نیز ادعای اجماع می کنند.

حالا نکته ای که می گفتم اینجا است: در جلد ۳ صفحه ۲۸۲ فرموده است: «ثم إن القرعة لا تستعمل الا فی کل امر مشکل إذا لم یرد فیہ بیان شرعی و لا نص مبین لحکمه... من غیر خلاف بیننا فی هذا الاصل المقرر المحرر». دیگه از این تصریح روشنتر نداریم.

حالا شما ممکن است بگوئید فهم یک فقیه است، ولی انصافش این است که بقیه هم در همین منوال بوده اند فقط این عبارت را نیاورده اند، در همین مسیر بوده اند.

یا در اجوبة المسائل صفحه ۸۹ می فرماید: ثم إن القرعة لا تستعمل الا فی کل مشکل إذا لم یرد فیہ بیان شرعی. دقیقا همان عبارت سرائر.

مرحوم علامه هم مکرر دارد، در کتاب تذکره چاپ جدید جلد ۱۵ صفحه ۴۴۵ می فرماید: «و عندنا إنها تجری فی کل امر مشکل بالنص عن الائمة علیهم السلام». خب ما که نصی از ائمه نداریم الا در همان یک روایت دعائم.

پس اینها در واقع عبارتهایی مثل مجهول را هم مشکل می دانند که می گویند نص ائمه است. یا اصطیادی که از موضوع می کنند.

در فقههای متأخرتر هم که بالدفعات این تعبیر لأن القرعة لكل امر مشکل تکرار شده.

عرض من این است که: مراجعه به کلمات فقهاء و تدقیق در خود روایات نشان می دهد موضوع مشکل است. با این بیانی که عرض کردیم باز فرمایش امام ره اشکال بیشتری پیدا می کند. چرا؟ برای اینکه این اشکال انحصاری به قاضی ندارد. البته قاضی هم هست، چون چند تا روایت داریم که در اینکه یمین به کجا منصرف بشود ما قرعه می اندازیم. ولی یک عنوان همه را جمع می کند. من عرض می کنم فحص در کلمات فقهاء اجماع قطعی درست می کند، نقل اجماع قطعی هم که شده است.

و با این بیانات و با تأمل در برخی روایات به نظر می‌رسد هیچ شبهه‌ای وجود ندارد که عنوانی که برای قرعه هست عنوان اشکال است و تخصیص اکثر هم هیچ لازم نمی‌آید، چون با تخصص شبهاست حکمیه و موضوعیه بدویه همه خارج هستند، چون اصل منقح دارند. می‌ماند جاهایی که یک علم اجمالی باشد که تعارض کرده باشند و امثال این، اینها در مسئله باقی می‌ماند. حالا ما اصلاً دنبال علم اجمالی هم نیستیم، می‌گوئیم هر کجا که اصلی جاری نباشد به هر دلیلی، جای قرعه است و بنابراین فکر می‌کنم حتی اگر روایات هم نبود با همین اجماع فقهاء هم می‌توانستیم مسئله را تمام کنیم. حالا برخی روایات هم واقعا به کمک می‌آید.

این تمام الکلام در تنقیح موضوع قرعه.

مباحث زیاد دیگری پیرامون قاعده قرعه وجود دارد. انشاءالله باید بگذاریم برای یک وقت مازادی که از این مسیر بحث خیلی دور نشویم. اگر چند تا از دوستان جمع شوند و تمام فروع قاعده قرعه را فحص کنند تا بیان بشود در این موارد فقهاء چگونه بکار برده‌اند. تقریباً کمتر فقیه‌ای است که به اهمیت بحث قرعه اشاره نکرده باشد. حق هم این است.

آنوقت یک مسئله باقی می‌ماند که مسئله صلح قهری است، که به او هم باید فی الجمله اشاره ای کنیم. اما با این کبرایی که ما اصطیاد کردیم در جائی که هیچ دلیل مرجحی نباشد به نظر می‌آید که جای قرعه است.

بعد از اینکه برای ما موضوع قرعه منقح شد حالا ببینیم در این فرع شک در ترتیب و تشریک چکار باید کرد.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسائل ۴۹ تا ۵۲: فروع و وقف بر اولاد.....	۲۱۷
خلاصه بحث گذشته .....	۲۱۷
تطبیق قرعه بر مسئله ۴۹ .....	۲۱۸
مقصود از «لو علم من الخارج» .....	۲۱۸
علت تطبیق قرعه بر مقام.....	۲۱۸
عدم مانعیت صلح قهری از قرعه در مقام.....	۲۲۰
تفاسیر صلح قهری و نظر مختار .....	۲۲۱
مسئله ۵۰: حکم وقف بر اولاد ذکور نسلا بعد نسل .....	۲۲۲
فرق است بین ولد بودن ولد البنت و بین عدم انتساب او به جد .....	۲۲۳
مسئله ۵۱: کیفیتهای مختلف وقف ترتیبی .....	۲۲۴
مسئله ۵۲.....	۲۲۵
کلام قابل تأمل آیت الله فاضل در متن و بیان مسئله .....	۲۲۵
تبیین اصل مسئله ۵۲.....	۲۲۶
نکات موجود در مسئله ۵۲.....	۲۲۷

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسائل ۴۹ تا ۵۲: فروع و وقف بر اولاد

## خلاصه بحث گذشته

بحث ما در قرعه تمام شد ولی چند فرع مهم باقی مانده است که لازم است سر جای خود بررسی شود. به نظر می رسد نتیجه ای که در انتهای بحث به آن رسیدیم همان کبرایی است که مورد اتفاق نوع فقهاء است. البته هنوز مشکلاتی باقی مانده که نیاز به حل دارد، از جمله اینکه چرا در برخی روایات قرعه را برای امام قرار داده است؟ اگر قرعه «لکل مشکل» است پس چرا فقط للامام است؟ علی الظاهر باید به این صورت توجیه کنیم که آن مواردی که گفته اند للامام،

موارد رجوع به قاضی است که این منصب ابتدائاً برای امام است و اما «القرعه لكل امر مشكل» عمومیت دارد برای هر مشکلی به آن معنایی که عرض کردیم.

## تطبیق قرعه بر مسئله ۴۹

حال برگردیم به اصل بحث. مسئله ۴۹ این بود که: «لو علم من الخارج وقفية شيء على الذرية و لم يعلم أنه وقف تشريك أو ترتيب، فالظاهر فيما عدا قسمة الطبقة الاولى الرجوع الى القرعة»<sup>۱</sup>.

فالظاهر فيما عدا قسمة الطبقة الاولى، یعنی غیر از آن سهمی که طبقه اولی علی فرض التشریک دارند، چون علی فرض التشریک طبقه اولی یک سهمی دارد و طبقات بعدی هم که با اینها مجامع شده اند سهمی دیگر، مانند پدر و پسری که با هم موجود هستند و هر یک سهمی دارد. آن قدری که طبقه اولی علی ای حال مالک است، چه قائل به ملکیت عین شویم و چه منفعت برای آن طبقه است ما عدای این سهم دائر است که سهم بقیه باشد یا آن هم سهم طبقه اول باشد.

## مقصود از «لو علم من الخارج»

موضوع بحث جائی است که «لو علم من الخارج» یعنی اطلاقی نداشته باشیم، نصی نداشته باشیم، علمی از بیرون نداشته باشیم که مراد واقف چیست، ولی می دانیم وقفی به نحو صحیح واقع شده است، نمی دانیم علی نحو الترتیب بین طبقات است یا علی نحو التشریک.

## علت تطبیق قرعه بر مقام

در اینجا ما نیز مانند حضرت امام قائل به قرعه هستیم. منتهی بنا شد موضوع قرعه جائی باشد که هیچ دلیلی بر هیچ حکمی دلالت نکند یعنی هیچ بیانی وجود نداشته باشد و هیچ اصلی جاری نباشد. این را باید از خارج درست کنیم که اصلی جاری نیست. بحث آن گذشت که ممکن است تصور شود که استصحاب جاری است اما دیدیم که استصحاب معارض است، برائت نیز معارض است، اگر کسی بخواهد نسبت به سهم طبقه دوم برائت جاری کند، حال چه برائت را در حکم وضعی جاری کنیم یعنی در استحقاق، و چه بخواهیم برائت را از حکم تکلیفی حرمت تصرف جاری کنیم، اینها همه معارض است با همین برائت در ناحیه طبقه اول.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

برخی گفته اند جریان قرعه در اینجا با یک اشکال اساسی مواجه است و آن هم جریان برائت است. بخاطر اینکه در اینجا امر بین اقل و اکثر است و از اکثر برائت جاری می شود و استحقاق اقل هم تام است. عبارت دیگری هم اضافه کرده اند که معمولاً ما در سابق هم به این تمسک می کردیم، که چون بحث وقف مانند بیع و امثال آن در معاملات تسبیبی است باید سببیه الوقف ثابت باشد، لذا اگر محرز نباشد اصالة الفساد داریم، ولذا ما اکثر موارد اشتراط را مانند صاحب حدائق و برخی دیگر نمی توانستیم با اطلاق درست کنیم، ولی با اصالة الفساد به معنای اصالت عدم تحقق مسبب عند الشک فی تأثیر السبب درست می کردیم. در اینجا نیز استدلال کرده اند که استحقاق طبق اول معلوم است، و نسبت به استحقاق طبقه دوم اصل عدم تأثیر سبب داریم.

اما هر دو بیان اشتباه است. بیان اول که می گوید اینجا دوران امر بین اقل و اکثر است، اولاً نفهمیدیم که اقل و اکثر را کجا جاری می کنند؟ از عبارتشان به نظر می رسد اقل و اکثر را در اشخاص جاری می کنند. گوئی می خواهند بگویند دائره اشخاص مستحق دائر بین اقل و اکثر است. مثلاً اگر طبقه اول باشند اقل است و اگر با بعدی باشند اکثر است.

این تقریب حتماً اشتباه است. بحث اقل و اکثر به این صورت در افراد جاری نمی شود. اقل و اکثر را در متعلق حکم جاری می کنیم، نه در موضوعات. این مانند این است که در مکلفین اقل و اکثر جاری کنیم!

مثلاً در باب اجزاء نماز، ولو در اجزاء نماز هم فی حد ذاتها برائت جاری نمی شود مگر اینکه متعلق یک وجوبی باشد تا جاری شود و اثر داشته باشد، در واقع آنجا ما می گوئیم ما علم داریم به یک وجوبی که تا ده جزء را گرفته، جزء یازدهم مشکوک است. آنهایی که در اقل و اکثر قائل به برائت اند مانند صاحب هدایة المسترشدين یا برخی دیگر یا مرحوم آخوند در موارد دیگر نه بحث اقل و اکثر، به نظر می آید که می خواهند بگویند هنوز علم اجمالی موجود است، و نمی شود این علم تفصیلی به وجود اقل، علم اجمالی را منحل کند. پس این اختلاف نظر آنجا هست.

عرض ما این است که اقل و اکثر را در متعلق وجوب جاری می کنند تا بگویند در علم اجمالی ما علم به یک حکمی داریم مثلاً علم به وجوب اجتناب از احد النجسین داریم، یا علم داریم به وجوب نه جزء در صلاة شک در وجوب زائدش داریم، آنهایی که قائل به انحلالند می گویند منحل می شود به علم تفصیلی به اقل و شک بدوی در اکثر. پس اگر در افراد می خواهید جاری کنید، که اصلاً این حرف نامربوط می شود و ربطی به بحث ما ندارد.

اما اگر می خواهند برائت را در باب استحقاق جاری کنند، و بگویند استحقاق طبقه دوم مشکوک است و نسبت به آن برائت جاری می کنیم، پاسخ می دهیم نسبت به آن سهم مشکوک، استحقاق طبقه اول هم مشکوک است. آن استحقاقی که متیقن است استحقاق اقل است یعنی استحقاق به اندازه سهم طبقه اول بنابر اینکه تشریک باشد، این مقطوع است و محل

بحث نیست. بحث در تردد آن بخشی است که لو کان تشریکا سهم طبقه دوم می شد اما اکنون نمی دانیم تشریک است یا ترتیب است. لو کان تشریکا طبقه دوم یک سهمی می برند، اگر ترتیب باشد آن سهم را نمی برند. استحقاق نسبت به این در طبقه اول هم مشکوک است و باید برائت جاری کنیم لذا دو برائت با هم تعارض می کنند.

استصحاب عدمی که ما می گفتیم هم تعارض می کند، چون واضح است که هر دو مسبوق به عدم هستند و تعارض می کنند. اصول در اینجا متعارض هستند.

نسبت به سببیت نیز که فرمودند نسبت به سببیت برای طبقه دوم شک داریم پاسخ این است که نسبت به طبقه اول هم شک داریم. این خیلی دیگر بساطت است که ما بخواهیم سبب را به این صورت جاری کنیم. اگر سببیت سبب نسبت به استحقاق طبقه دوم مشکوک است، نسبت به استحقاق مازاد طبقه اول هم مشکوک است، نمی دانیم که آیا این وقف سبب استحقاق مازاد در طبقه اول می شود یا نه. لذا آن هم مشکوک است.

بنابراین علی الظاهر اصل منقحی نداریم و همان اشکالی که در تحقیق بحث قرعه مطرح کردیم اینجا وجود دارد، هیچ راهی برای کشف ترجیح یک طرف نداریم، اینجا مراجعه به قرعه به حسب آن مسئله درست است.

### عدم مانعیت صلح قهری از قرعه در مقام

تنها مانعی که اینجا ممکن است باشد بحث صلح قهری است، که برخی مانند مرحوم سید مطرح کرده اند. علی الظاهر صلح قهری به هر تفسیری که از آن داشته باشیم در اینجا جاری نیست. ما صلح قهری را حکم شرعی به تنصیف می دانیم مانند همان بحث درهم ودعی. که در این صورت چون خلاف اصل است اگر اخذ به این روایت کرده باشند باید به مورد خودش اکتفاء کنیم. ما در درهم ودعی یقین داریم که یا کل آن ملک نفر اول است و یا تمام آن ملک نفر دوم، لذا در صورت تنصیف با این یقین مخالفت کرده ایم لذا تنها در صورت وجود حجتی مانند روایت به آن ملتزم می شویم.

البته بحث مهمی نیز وجود دارد که جایش اینجا نیست و آن اینکه تکلیف آن واقع چه می شود؟ مرحوم آقا شیخ حسین حلی در همان ذیل بحث قطع که مرحوم شیخ بحث درهم ودعی را بحث کرده، بحث صلح قهری را به صورت مفصل و بسیار خوب بحث کرده است و همان مطلبی که ما از مرحوم آقای خوئی در باب حکم حاکم نقل کردم ایشان اینجا می گوید. می گوید اصلا این حکم صلح قهری چه حکم حاکم باشد و چه هر تفسیر دیگر ارائه دهیم، این تنصیف حکم واقعی است. در این صورت بحث بسیاری وجود دارد که آن واقع معلوم چه می شود و چه نسبتی پیدا می کند؟ ایشان



این احتمال را مطرح می کند که ممکن است حکمی نسبت به یک نفر حکم ظاهری باشد اما برای دیگری حکم واقعی، که مطلب عجیبی است، حال اگر به مناسبتی بحث صلح قهری پیش آمد این مطلب را بحث می کنیم.

مقصودم این است که ما تنها چیزی که ممکن است مقابلمان باشد و باید آن را حل کنیم بحث صلح قهری است، چون مرحوم سید همینجا می گوید باید صلح قهری شود، اینجا نیز مانند درهم ودعی است، ما حرفمان این است که این کاملا خلاف اصل اولی یعنی عمومات و غیره در باب اموال و سلطنت و امثال آن است، و تمسک به امثال اینها فقط در جائی است که روایت آمده باشد، و الا ما حق تمسک نداریم. در مثل ترتیب و تشریک که ما شک داریم، نه اصل جاری است، نه آن روایات جاری است چون محلش نیست، علی الظاهر باید به قرعه رجوع کنیم.

**سوال:** قرعه در جایی است که دلیل دیگر نباشد چرا قاعده عدل و انصاف را جاری نمی کنید

**پاسخ:** قاعده عدل و انصاف چیز دیگری است. مرحوم نائینی آن را در همینجا مطرح کردند و محقق عراقی پاسخ دادند قاعده عدل و انصاف در جائی است که هیچ دلیلی نباشد، لذا اگر قرعه باشد حاکم بر قاعده عدل و انصاف است. چون قاعده عدل و انصاف می گوید هیچ ترجیحی نباشد، و قرعه خودش مرجح است.

پس بحث فعلی ما صلح قهری است و موضوع آن محدود است به همان درهم ودعی و مشابهاش که در روایت آمده باشد. هیچ قاعده کلی نداریم که هر کجا دستانمان از ترجیح خالی شد قائل به تنصیف شویم.

## تفاسیر صلح قهری و نظر مختار

قبلا بیان شد که در صلح قهری سه عبارت در کلمات فقهاء هست، هر سه عبارت را مرحوم حلی در کتاب اصول فقه جلد ۶ صفحه ۲۲۷ جمع کرده برای صلح قهری سه تفسیر بیان می کنند:

یکی اینکه: طرفین نزاع به حاکم مراجعه می کنند و حاکم صیغه صلح را جاری می کند و می گوید «صالحتك بكذا وكذا» ولو با عدم رضایت طرفین. گوئی این سمت را از ناحیه شرع پیدا کرده که اجراء صلح کند. که بنابراین عمل حاکم صلحی تعبدی است.

تفسیر دیگر این است که: امر کنند به صلح کردن، حکم کنند به صلح کردن. و نظر سوم این است که: خود شارع ابتداء حکم به تنصیف کند.

نظر ما این سومی بود به این دلیل که روایت بر تنصیف داریم، ولی این مقدمات در روایت نیامده که حاکم شرع با طرفین مصالح کند. گوئی می خواهند با ادله دیگر جمع کنند، که مثلا بگویند در شرع ما نداریم که شارع اجباری کند. می

گوئیم چرا نداریم؟ در این مورد شده که در درهم ودعی با اینکه می دانیم یکی بی حق است و یکی با حق است ولی در عین حال شارع دستور به تنصیف داده است.

این معنای سوم ظاهرا ساده ترین و مطابق ترین معنای صلح قهری است که با روایات انطباق دارد. حالا بقیه اش که بگوئیم حاکم اجرای صیغه صلح کند رغم انف طرفین نزاع، به نظر می رسد هیچ لزومی ندارد، مگر اینکه بخواهند جمع کنند با ادله صلح و کبریات دیگری، والا خود روایت که اینها را ندارد.

پس نتیجه این شد که قرعه در اینجا بخاطر اینکه ما هیچ دلیل منقح دیگری نداریم موضوع دارد و تمام است.

### مسئله ۵۰: حکم وقف بر اولاد ذکور نسلا بعد نسل

مسئله ۵۰: «لو قال وقفت علی اولادی الذکور نسلا بعد نسل، یختص بالذکور من الذکور فی جميع الطبقات و لا یشمل الذکور من الاناث»<sup>۱</sup>

اینجا چند تا نکته است که باید در آنها دقت کنیم:

یکی اینکه اگر بگوئید وقف کردم بر اولاد ذکور نسلا بعد از نسل، این ظهورش در چیست؟ آیا در این است که فقط ذکور از ذکور باشد؟ در اینکه اولش ذکور است که بحثی نیست، چون می گوئید علی اولادی الذکور. نکته ای که قابل بحث است این است که آیا ذکور از اناث هم داخل است یا نه؟

حضرت امام نیز مانند بسیاری از فقها اولاد ذکور از اناث را خارج می دانند و می فرمایند «یختص بالذکور من الذکور فی جميع الطبقات و لا یشمل الذکور من الاناث» لکن این مطلب انصافا قابل تأمل است.

قبلا یک مساله داشتیم که آیا ولد الولد ولدٌ أو لا، یعنی اگر گفت وقفت علی اولادی، فقط اولاد صلب است یا اولاد اولاد را هم می گیرد؟ ما گفتیم اولاد اولاد را هم شامل می شود ولی عده ای مانند صاحب شرایع و شیخ انصاری می فرمودند شامل نمی شود. مرحوم سید هم می گفت حتی اگر نگوئیم ولد الولد ولد از باب ظهور خود این تعبیر شامل اولاد اولاد می شود.

اما بحث حاضر هیچ ربطی به آن مطلب ندارد. بحث دیگری است، اگر بگوئید من وقف کردم بر اولاد ذکور نسلا بعد نسل، آیا از این تعبیر اختصاص به ذکور از ذکور فقط فهمیده می شود؟ یا ظهور در اناث هم دارد؟ حضرت امام نیز مانند

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

بسیار از فقهاء قائلند از «ذکور» فقط ذکور و ذکور از ذکور فهمیده می شود ولی به نظرم این حرف درست نیست. از عبارت واقعا بیش از این نمی شود فهمید که تمام نسلهایی که ذکور هستند تحت وقف هستند، نه ذکور از ذکور. یعنی در واقع ذکورهای همه این نسلها تحت حکم هستند. وقفت علی اولادی الذکور نسلا بعد نسل، یعنی تمام این ذکورها در طول هم هستند، نه اینکه حتما ذکور از ذکور باشد و ذکور از اناث نباشد. این یک قید مازاد است، منظور این نیست که ثبوت این کار ممکن نیست بلکه قید مازاد است که دلیلی بر آن وجود ندارد. هیچ دلیلی ندارد که بگوئیم تعبیر «وقفت علی اولادی الذکور نسلا بعد نسل» مساوق با ذکور از ذکور است.

بله ثبوت می شود و آقای واقف هم می شد اینطور اراده کند کما اینکه می توانست عکس اراده کند، همه جور می توانست اراده کند، ولی اگر این تعبیر آمد و هیچ دلیل بیرونی نداشته باشیم، انصافا ادعای اینکه این ظهور داشته باشد در ذکور من الذکور در تمام طبقات، این ادعای ظاهرا قابل قبولی نیست.

### فرق است بین ولد بودن ولد البنت و بین عدم انتساب او به جد

**سؤال:** اگر ما این استظهار را کردیم که اولاد شامل اولاد دختر نمی شود آنوقت اینجا چه می شود؟

**جواب:** خب اصلا اولاد حساب نمی شود.

**سؤال:** پس طبیعتا باید اولاد ذکور مراد باشد.

**جواب:** حالا اگر یک کسی گفت، خب آنوقت دیگر اصلا اولاد نیست. ولی آن حرف درست نیست. بله در انتسابش عده ای گفته اند، مرحوم شیخ انصاری و قبل از ایشان خیلی می گویند، چون در بحث خمس یک اثر خیلی مهمی دارد، اینکه ولد البنت ولد أم لا، تقریبا خیلی ها من دیده ام الا شد و ندر که تشکیک کنند در این حرف که ولد البنت ولدٌ. خب ولد البنت ولدٌ. منتهی بحث دیگر این است که ولد الولد ولد أم لا، این بحث دیگری است. و بحث سومی این است که ولد البنت هل یتنسب الیه أم لا، این بحث آخری است. انتساب بحث دیگری است. الان در شناسنامه ها هم این کار را نمی کنید، ولد بنت را منتسب نمی کنید. اینکه ولد البنت یتنسب الی الجد، یک بحث است، اما اینکه ولد البنت ولد للجد بحث آخری است. و انتساب داستان فرقی می کند.

ولذا کثیری مثل مرحوم شیخ انصاری این را در بحث خمس آورده اند، این بزرگان قبول دارند که ولد البنت ولد، اما می گویند انتساب یک بحث عرفی است، خصوصا که در روایات هم بعضی ها هست که ولد البنت منتسب نیست نه اینکه ولد نیست.

لذا به نظر می آید این مسئله با توجه به اینکه ما ولد البنت را ولد می دانیم و ولد الولد را هم ولد می دانیم، این استفاده علی الظاهر تمام نیست.

### مسئله ۵۱: کیفیتهای مختلف وقف تربیتی

مسئله ۵۱: «لو كان الوقف تربییا كانت کیفیة تابعة لجعل الوقف، فتارة جعل الترتیب بین الطبقة السابقة واللاحقة ویراعی الاقرب فالاقرب الى الوقف، فلا یشارک الولد اباه».

این حرفها همه اش روشن است. کلا اینکه چگونه بین موقوف علیهم تقسیم شود این به اراده واقف است و البته اراده ای که انشاء می کند. بنابراین اگر گفت ترتیب باشد بین طبقات و اقرب فالاقرب ملاحظه شود، خب فرزند با پدر جمع نمی شود. روشن است.

«و لا ابن الاخ عمه و عمته». یعنی اگر پدرشان فوت کرد، اینها با عمو و عمه شان در استفاده از وقف جمع نمی شوند چون در یک طبقه نیستند. «و لا ابن الاخت خاله و خالته». این هم روشن است.

این را خوب دقت کنید در مسئله بعدی مشکلی وجود دارد. «و اخرى جعل الترتیب بین خصوص الآباء من كل طبقة و ابنائهم».

می فرمایند واقف که می خواهد ترتیب قرار بدهد یکوقت ترتیب را کلی قرار می دهد می گوید تا وقتی که این طبقه اول هست طبقه دوم هیچ نمی برند. یعنی اقرب فالاقرب که فرع اول بود

یکوقت دیگر ترتیب را اینطور قرار می دهد می گوید طبقه اول می برند طبقه دوم هم فقط ترتیب بین آباء و ابناء است، یعنی ابن با وجود آب نمی تواند ببرد. این ترتیب فقط بین پدر و پسر است، اما بین برادرزاده و عمو و برادرزاده و عمه و خواهر زاده و خاله و غیره اینها اشکالی ندارد و می توانند ببرند. یعنی کیفیت جعلش را اینطور می گوید، و این مانعی ندارد.

«فإذا كانت اخوة و لبعضهم اولاد، لم یکن للاولاد شیء مادام حیاة الآباء، فإذا توفی الآباء شارک الاولاد اعمامهم». اگر پدر از دنیا رفت این بچه ها با اعمامشان شریک می شوند، چون در نحوه ترتیب اینها را منع نکرده بود. این

روشن است. «وله أن يجعل الترتيب على أي نحو شاء و يتبع».<sup>۱</sup> این مسئله به نظرم کاملاً واضح است و نیاز به بحث مازاد هم ندارد.

## مسئله ۵۲

مسئله ۵۲: «لو قال: وقفت على أولادي طبقة بعد طبقة فإذا مات أحدهم و كان له ولد فنصيبه لولده، و لو مات أحدهم و له ولد يكون نصيبه له، و لو تعدد الولد يقسم نصيبه بينهم على الرؤوس، و إذا مات من لا ولد له فنصيبه لمن كان في طبقة، و لا يشاركهم الولد الذي أخذ نصيب والده».<sup>۲</sup>

## کلام قابل تأمل آیت الله فاضل در متن و بیان مسئله

مرحوم آیت الله فاضل ره در شرحی که بر تحریر به نام تفصیل الشریعة نوشته اند مطلب عجیبی دارند هم در کیفیت نوشتن متن آن و هم در بیانی که دارند. من این مسئله را از روی شرح ایشان می خوانم. ببینید ایشان چطور نوشته اند، هم به بحثهای قبلی ارجاع می شود و هم نکته های دیگر هست، کلمات فقهاء را نیز بعد این می خوانیم.

ایشان نوشته اند: مسئله ۵۲: لو قال بعد در گیومه گذاشته اند که «وقفت على أولادی طبقة بعد طبقة» گیومه را بسته اند، فإذا مات أحدهم و كان له ولد فنصيبه لولده دوباره در ادامه می آورند ولو مات أحدهم و يكون له ولد يكون نصيبه له. خب این دو تا جمله که یکی بود. ابتدا به ذهن آمد که شاید در نگارش اشتباه کرده اند، بعد دیدم در شرح هم ایشان همینطور آورده است. ایشان در شرح می فرماید: لو قال وقفت على أولادی طبقة بعد طبقة اینها را در گیومه گذاشته اند، بعد نوشته اند: فغاية مفاده ... این نحوه گفتن می خورد که عبارت را همین دیده باشند. فرموده اند: فغاية مفاده أنه مع اجتماع الأب و الولد لا تصل النوبة الى الولد ما دام الأب حياً».

بعد بحثی کرده اند که بعداً عرض می کنم. آخرش گفته اند: فتأهل فإنّ في العبارة تكراراً بلا وجه».<sup>۳</sup> ظاهراً دارند به این تکرار اشاره می کنند. چون مطلب قبل از تأمل چیز دیگری است و حقاً هم اینطور است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

<sup>۲</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳

<sup>۳</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید، ص: ۶۱/۶۰

الان دوباره عبارت را بخوانم، اینطور نوشته اند: **لو قال: «وقفت علی أولادی طبقة بعد طبقة»**، این گیومه ها خیلی بحث انگیز است بعدا می گویم، این مقول قول است، یعنی اگر فقط واقف اینطور بگوید که وقفت علی اولادی طبقة بعد طبقة، حواستان خیلی جمع باشد تا فرقی با حرفهای دیگران معلوم شود. می گوید اگر واقف اینطور بگوید **فإذا مات احدهم و كان له ولد فنصيبه للولده**. اگر واقف اینطور بگوید اگر یکی از این بچه های صلبی از بین بروند سهمش به بچه ای این متوفی می رسد. دوباره گفته اند: **ولو مات احدهم و له ولد يكون نصيبه له**. این عبارت چیست؟!

به نظر من از شرح ایشان پیداست که مقول قول را اضیق دیده است، وقفت علی اولادی طبقة بعد طبقة، چون بعد دیگر چیزی نیآورده است. ولی حق این است که اصلا عبارت مقول قول را زود بسته اند و یک تغییری هم داده اند. من حالا کلمات فقهاء را می آورم که آنها گیومه را زود نبسته اند.

از این حرفها که برویم بیرون، این اشتباهی که در متن رخ داده برای ما مسئله جدیدی درست می کند.

## تبیین اصل مسئله ۵۲

حال اول مسئله را درست کنیم: **لو قال وقفت علی اولادی طبقة بعد طبقة**، این ولو مات دنبال این است، یعنی **لو قال وقفت علی اولادی طبقة بعد طبقة ولو مات احدهم و كان له ولد يكون نصيبه له**، یعنی خود واقف این را می گوید. خیلی بحث فرق می کند. چون اگر آن عبارت باشد ما کاملا می خواهیم تشکیک کنیم، و هم اینکه با حرف قبلی ناسازگار است. که خود آقای فاضل ره هم به این توجه داشته است. ما قبلا داشتیم که اگر واقف بگوید وقفت علی اولادی نسلا بعد نسل، تا زمانی که یک نفر در نسل اول باشد به نسل دوم نمی رسد. یک معنای طبقه بعد طبقه همان نسل بعد از نسل است، شاید توجیه دیگری هم داشته باشد ولی باید بحث کنیم که طبقه بعد طبقه همان نسل بعد از نسل است یا چیز دیگری هم می تواند باشد.

ولی مسئله خارجی واقعی که فقهاء داشته اند اصلا اینها نیست. عبارات فقها را به عنوان شاهد می آورم. مساله این بوده است که: **لو قال وقفت علی اولادی طبقة بعد طبقة بعد خود واقف می گوید فلو مات احدهم وله ولد يكون نصيبه له**، اگر این را بگوید چه می شود؟ همین می شود که **وإذا مات احدهم و كان له ولد يكون نصيبه للولده**. این مطلب را

<sup>۱</sup> در چاپ اخیر تحریر الوسيلة که ضمن موسوعة الامام الخميني چاپ شده است، این مسئله بدین صورت تصحیح گردیده:

برای عبارت بعدی آن می گویند که: ولو تعدد الولد یقسم نصیبه بینهم علی الرؤوس، و مهمتر این است که: و إذا مات من لا ولد له فنصیبه لمن کان فی طبقته، و لا یشاركهم الولد الذی اخذ نصیب والده.

این مسئله مهم مسئله ای طرح شده در کلمات است و راجع به آن بحث کرده اند و ذیل نیز مسئله مهمی است و باید بررسی شود، اما اصل صورت مسئله این نیست که لو قال وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه، چون اگر این را بگوید اصلا مشکل دیگری پدید می آید. مسئله این است که لو قال وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه ولو مات احدهم وله ولد کان نصیبه له، یعنی خود واقف بگوید و تکلیف را حل کند. نگفتم در مسئله قبل این را گفته است، در مسئله قبل گفته بود مسئله کیفیت ترتیب با خود واقف است. حالا آقای واقف اینطور می گوید، می گوید من وقف کردم برای طبقه ولی اینجوری که: اگر ولد من فوت کرد ولد الولد جانشینش می شود، و تا زمانی که ولد فوت نکرده حق ندارد ولد الولد استفاده کند.

## نکات موجود در مسئله ۵۲

این را که بگوید چند تا مطلب از آن در می آید:

یکی همان مضمون خودش هست، که اگر ولد فوت کرد ولد الولد جانشین می شود. که خودش گفته است.

دوم اینکه: اگر ولد فوت کرد و ولد الولد چند تا هستند، تقسیم می شود. این هم حسب قاعده است. چون سهم ولد را می برند بینشان تقسیم علی السویه می شود، که قبلا هم گفتیم.

اما مسئله سوم که مهم است این است که: اگر ولد از دنیا رفت و ولد الولد جانشین شد، حالا آیا ولد الولد سهم دیگران را که ولد ندارند را هم می برد یا نه؟ آن ولد الولدی که طبقه دوم بود و حسب تصریح واقف جانشین پدرش شد آیا تمام آثار جانشینی را می برد، که باید اینجا سهم ببرد، یا نه فقط جانشین پدرش می شود. نگفتند که سهم بقیه را که تقسیم به طبقه اول می شود می برند. چرا نمی برد؟ چون طبقه دوم است. در واقع ولد الولد طبقه دوم است، به حسب طبقات که گفته سهم طبقه اول را نمی تواند ببرد، اما جانشینی اش برای پدر بخاطر تنصیب است. این را من دارم می گویم، که باید دنباله علی اولادی طبقه بعد طبقه در کلام واقف تنصیب به این باشد که ولد جانشین پدرش می شود. پس چون

لو قال: «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه، و إذا مات أحدهم وکان له ولد فنصیبه لولده» فلو مات أحدهم وله ولد یكون نصیبه له، (تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۷۹، موسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی، ۱۳۹۲)

در کلام خود واقف تنصیص شده ما می گوئیم اگر ولد صلبی از دنیا رفت ولد الولد سهم او را می برد. اگر نمی گفت این هم نمی شد. لذا به نظر ما اگر خود واقف نمی گفت حق نداشتیم این را بگوئیم، چون طبقه بعد طبقه مثل نسلا بعد نسل ظهورش این است که این طبقه تا تمام نشده به طبقه بعد نمی رسد.

پس آن مسئله ای که می گفتم برای ما درست شد این است: اگر واقعی اینطور بگوید که وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه، البته این فرع آن مسئله ای نیست که در کتاب تحریر آمده و فقهای دیگر گفته باشند، ولی حالا اگر فرض کنیم اینطور بگوید چطور می شود؟ به نظر من مثل نسلا بعد نسل ظهورش در این است که تا طبقه اول هست به طبقه دوم نمی رسد. و رسیدن به ولدی که طبقه دوم هست در این فرع خودمان از باب تنصیص است.

حالا نگاه کنید فردای درسی انشاء الله کلمات فقهاء را می آوریم، که مکرر در کلام علامه و دیگران وقتی این مسئله طرح می شود که لو قال الواقف وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه این ادامه را به آن عطف کرده اند که و لو مات احد الاولاد ولد جانشینش می شود، این را خود واقف گفته است. من ندیده ام که کسی تا اینجا آورده باشد که لو قال الواقف وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه. بنابراین در متن اینجا یک اشتباهی رخ داده است. البته اگر اشتباه نکنم آیت الله سبحانی حفظه الله درست کرده، هم متن را و هم خودش توجه کرده است به این نکته. و این تصحیح خوبی بوده است.

حالا مراجعه کنید تا جلسه بعد انشاء الله.

«والحمد لله رب العالمین».



## فهرست

مسئله ۵۲: فروع و وقف بر اولاد.....	۲۲۹
خلاصه بحث گذشته .....	۲۲۹
جانشین نشدن ولد اگر واقف بگوید «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه» .....	۲۳۰
وقف بر علماء و مقصود از آن .....	۲۳۲
بحث اول: انصراف «علماء» به علماء شریعت .....	۲۳۲
بحث دوم: مقصود از علماء شریعت .....	۲۳۳
عدم صحت اطلاق انصراف علماء به علماء شریعت .....	۲۳۳
مقصود از علماء شریعت در کلام فقهاء .....	۲۳۴
کلمات فقهاء در مقصود از علماء شریعت .....	۲۳۵
رد اطلاق انصراف به مفسر و فقیه و محدث .....	۲۳۹
مهم اخذ به ظهور لفظ واقف است .....	۲۴۰

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

## مسئله ۵۲: فروع و وقف بر اولاد

## خلاصه بحث گذشته

در ادامه مباحث کتاب تحریر به مسئله ۵۲ کتاب تحریر الوسیلة رسیدیم. مرحوم امام قدس الله نفسه الشریف فرمودند: «لو قال وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه» در بعضی نسخ در ادامه آمده «و إذا مات احدهم و کان له ولد فنصبیه لولده» باز گفته بودند «فلو مات احدهم و له ولد یکون نصیبه له».<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره)، جلد: ۲، صفحه: ۷۹

مرحوم آقای فاضل در کتاب تفصیل الشریعة هم در متن و هم در حاشیه ظاهرا چنین تلقی کرده اند که مسئله و کلام واقف همین مقدار است که «لو قال: وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه». عرض کردیم که این تلقی نه با مسئله مطروح در کلمات فقهاء مطابقت دارد و نه با واقع مسئله.

عنوان مسئله در کلمات فقهاء به این صورت است که لو قال: «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه و إذا مات احدهم و کان له ولد فنصیبه لولده» کل این جمله کلام واقف می باشد. لذا نتیجه چنین وقفی این می شود که اگر یکی از اولاد فوت کرد به حسب تنصیص واقف سهم او به فرزندانش می رسد، اما اگر دیگری از این طبقه فوت کنند دیگر این ولد نصیب آنها را نمی برد. بخاطر اینکه واقف نص بر این امر کرده است که ولد الولد فقط نصیب والد را می برد. اما اگر دیگری از طبقه اول فوت کنند، دلیلی نداریم که ولد الولد از آنها هم سهم ببرد. پس اگر فردی در طبقه اول فوت کرد و هیچ فرزندی نداشت که سهمش به آنها برسد سهم او بین باقی افراد همین طبقه تقسیم می شود و به طبقه بعدی نمی رسد حتی به این ولد الولدی که به حسب تنصیص واقف سهم پدرش را می برد نیز نمی رسد.

البته بعضی دوستان گفتند در کتاب تحریر الوسیله جدیدی که در خود مجموعه آثار مرحوم امام به چاپ رسیده این مسئله اصلاح شده است و مسئله مانند مسئله مطروح در کلمات فقهاء آمده.

این نکته ای بود راجع به اینکه این مسئله اصلا چگونه طرح شده است.

### جانشین نشدن ولد اگر واقف بگوید «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه»

حال جدا از عنوان صحیح مسئله قبل اگر مانند برخی از حاشیه های تحریر چنین فرض شود که واقف فقط بگوید «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه» و دیگر کیفیت سهم بردن نسل بعدی را بیان نکند؛ آیا ولد الولد جانشین ولد می شود؟ به نظر می رسد جانشین نمی شود به خاطر همان بحثی که در باب وقف برای نسلا بعد نسل داشتیم که اگر واقف بگوید «وقف علی اولادی نسلا بعد نسل» ظهور در ترتیب دارد. یعنی نسل اول ببرد بعد نسل دوم، و در آنجا تصریح کرده اند که اگر از نسل اول یک نفر هم باقی باشد آن یک نفر تمام مال را می برد و چیزی به نسل بعد نمی رسد، چون ظهور این عبارت در ترتیب است. وقف بر «طبقه بعد طبقه» هم همین است و هیچ فرقی نمی کند. لذا اگر این مسئله جدید مطرح شود که اگر واقفی گفت «وقف علی اولادی طبقه بعد طبقه» چه حکمی دارد؟ می گوئیم این هم مانند وقف بر نسلا بعد نسل است. اگر کسی از این طبقه فوت کرد به ولدش نمی رسد، بلکه تا زمانی حتی یک نفر از آن طبقه باقی است همه به او می رسد.

البته در همان بحث عده ای تعبیر نسلا بعد نسل را ظاهر در تشریک دانسته اند. مرحوم میرزای قمی در جامع الشتات این مسئله را طرح می کند و می گوید به نظر ما این ترتیب نیست تشریک است. زیرا «نسلا بعد نسل» قید وقف نیست، بیان توالی خود موقوف علیهم در خارج است، بنابراین ظاهر این عبارت، وقف بر همه علی نحو التشریک است. گویی واقف گفته است «این مال را وقف بر همه این نسلهایی کرده ام که پی در پی هم هستند» پس «نسلا بعد نسل» قید برای موقوف علیهم است نه برای وقف. اگر بگوئیم وقف به این صورت است که برای این نسل است و پس از آن برای نسل بعدی است این وقف ترتیبی است. اما اگر بگوئیم برای همه این نسلهای متوالی وقف شده است این وقف علی نحو التشریک است. تمام افرادی که در خارج موجود شوند ولو در دو طبقه و دو نسل باشند از این وقف، منتفع می شوند. منتهی فرمایش مرحوم میرزای قمی خلاف ظاهر است. ایشان می گوید اظهر تشریک است، که ما در آن بحث مانند مرحوم سید صاحب عروه و صاحب وسیله و صاحب تحریر معتقد بودیم از تعبیر «وقف علی اولادی نسلا بعد نسل» ترتیب فهمیده می شود. تعبیر طبقه بعد طبقه مانند نسلا بعد نسل دال بر ترتیب است. ولذا اگر آن ذیل در عبارت واقف نباشد، هیچ دلیلی وجود ندارد که اگر یکی از اولاد واقف فوت کرد فرزندان او شانشین او شوند، مگر اینکه خودش تصریح کرده باشد.

این تمام الکلام در مسئله ۵۲.

**سؤال:** در خود یک طبقه انحلال مطرح نمی شود؟

**جواب:** ربطی به انحلال ندارد. اگر واقف وقف کند به صورت «طبقه بعد طبقه» اگر ظهور دارد که این عبارت، قید وقف است موقوفه، اول برای طبقه اول است بعد برای طبقه دوم.

**سؤال:** این ظهوری که می گوئید اول برای طبقه اول است، ظهورش این نیست که هر کدام از اینها از دنیا رفتند نوبت به بچه های او می رسد.

**جواب:** نخیر نگفته که «هر کدام» گفته «طبقه بعد طبقه» و ظهور این عبارت این است که کل طبقه بعدی بعد از طبقه اول است. کما اینکه نسلا بعد نسل یعنی تمام یک نسل بعد از نسل قبلی است. نه اینکه هر فردی از نسل بعد از هر فردی از نسل قبلی است.

## وقف بر علماء و مقصود از آن

مرحوم امام ره در مسئله ۵۳ می فرماید: «لو وقف على العلماء انصرف الى علماء الشريعة فلا يشمل غيرهم كعلماء الطب و النجوم والحكمة».<sup>۱</sup>

صورت مسئله این است که اگر وقف کنند بر عنوان العلماء، می گویند این منصرف به علماء شریعت است، بنابراین شامل غیرشان مثل علماء طب و نجوم و حکمت نمی شود. برخی عبارت «فنانین» یعنی صاحبان فن را نیز اضافه کرده اند. در این مساله چند نوع بحث وجود دارد:

### بحث اول: انصراف «علماء» به علماء شریعت

یکی بحث از اصل وجود این انصراف است که آیا لفظ «علماء» به علماء شریعت است انصراف دارد؟ واقعا اقوال مختلف است. عجیب است که در اینجا مذاق بزرگانی که بحث کرده اند در نتیجه بسیار اثر گذار بوده است. صاحب مفتاح الکرامه با اینکه فقیه متزلعی است و همه اش با فقهاء کار دارد، ولی چون ظاهرا شاگرد مرحوم بحر العلوم بوده و از نفس عرفانی ایشان بهره برده است می گوید استنادا به روایات مراد از علماء «علماء بالله» است. لذا عده ای از فقهاء در این بحث سراغ روایات رفته اند. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه آن روایتی را که معمولا علماء اخلاق می آورند را ذکر کرده، که عالم آن کسی است که نگاه به چهره اش شما را به یاد خدا بیندازد.

لکن به نظر می رسد درست اس که در متون روایی ما و حتی در آیات شریفه راجع به عالم و اوصاف او مطالب فراوانی داریم و می شود استنباط کرد که عالم از منظر دین چه کسی است، اما پرسش این است که آیا چنین روشی برای فهم مراد واقف کاری درست است؟! آیا رفتن سراغ روایات و امثال آن در جایی که واقعی لفظی را استعمال کرده و مثلا گفته است «وقف على العلماء» صحیح است؟ برای فهم مقصود او باید برویم ببینیم عالم در روایات چیست؟! عالم در روایات هر چه می خواهد باشد، بحث سر این است که واقف چه گفته است. لذا اولین بحث ما این است که آیا چنین انصرافی درست است یا نه.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۳/۷۴

## بحث دوم: مقصود از علماء شریعت

علی فرض قبول انصراف علما به علماء شریعت بحث دوم که باید مشخص شود این است که علماء شریعت چه کسانی هستند؟ جالب این است که آنچه در نگاه اول از تعبیر «علماء شریعت» به ذهنم آمد شمولیت نسبت به متکلمین و اصولیین بود، گفتم اینها را چرا نیاورده اند. بعد دیدم اتفاقا صاحب جامع المقاصد همین بحث را دقیق مطرح کرده است. و عجیب اختلافی است. یک عده ای می گویند علمای اصول چون علم اصول جزء مبادی است جزء علماء نیستند. اما عده ای دیگر حتی نسبت به عالم به ادبیات می فرمایند چون ادبیات در فهم حدیث به درد می خورد اینها جزء علماء شریعت اند. حال اینکه چطور علم ادبیات باشد ولی علم اصول نباشد و کلام نباشد!

## عدم صحت اطلاق انصراف علماء به علماء شریعت

حالا اصل انصراف به علمای شریعت درست است یا نه؟

به نظرم اینها همه اش بحث دارد. اولاً همانطور که در اوائل بحث عرض کردیم بحث ما بحث استظهار از کلام واقف است، باید ببینیم واقف کدام ناحیه بوده است. در واقفهای قدیم این مطالب انصافا بعید نیست. یعنی در محیطهای دویست سال و پانصد سال پیش، اگر کسی می گفت من وقف بر علماء کردم، ظاهرا مراد علمای دین است یعنی همین علمای شریعت، بعید نیست اینطور باشد. اما آیا در زمان حاضر نیز همین است؟! خصوصا اگر آن کسی که وقف می کند در یک محیط خاص باشد. مثلا فرض کنید یک پزشک استاد در دانشگاه تهران می گوید «وقف کردم این مال را برای علماء» آیا واقعا منظور او فقهاء و اصولیین است؟! به نظر من هیچ روشن نیست. چون بسیاری از پزشکها و دیگر عالمان علوم در دانشگاهها چنین موقوفاتی دارند مثلا برای چاپ کتاب یا دیگر مصارف وقف کرده اند. لذا به نظر می رسد اوساطی که واقف در آنجا زندگی می کرده است خیلی مهم است. حتی صاحب الکرامه بعد از اینکه آن حرفها را مطرح می کند در انتها خیلی منصفانه می گوید باید برگردانیم به عرف، که آن عرف چگونه بوده است. ولذا اصل اینکه انصراف به علمای شریعت دارد به عنوان یک اصل کلی برای همه محیطها، واقعا قابل بحث است. مخصوصا اگر محیطهای خاصی باشد، مانند دانشگاه تهران، یا پژوهشگاهی راجع به علم نجوم که واقف خودش منجم است. در غرب اینطور است که گاهی فیزیکدان برجسته اموالش را وقف می کند، اگر او بگوید وقف برای علماء می کنم آیا یعنی علمایی که در دین مسیحیت کار می کنند؟! حتما این نیست. لذا در اینجا نیز حمل علماء بر عالم دین به نحو اطلاق هیچ دلیلی ندارد.

بله ما نیز قبول داریم که در محیطهای خود ما اگر در زمانهای قدیم می گفتند «علماء» بازگشتش به علماء دین است. گرچه لفظ عالم از نظر ادبی شامل غیر علماء دین نیز می شود، اما عرف این نبوده که به غیر علماء دین به نحو اطلاق، عالم اطلاق کنند. می گفتند عالم فیزیک، عالم شیمی، عالم نجوم و کذا، لذا ظهور علماء، به نحو اطلاق، علماء شریعت است. بعضی ها در عبارتشان می گویند ینصرف الی الفقهاء. این هم خودش بحث دیگری است و ما باید بحث در بحث انجام دهیم.

### مقصود از علماء شریعت در کلام فقهاء

بحث این است که اگر تعبیر علماء منصرف به علماء شریعت باشد باید ببینیم علماء شریعت چه کسانی هستند؟ عده ای می گویند منصرف به خصوص فقهاء است. که این دیگر چه دلیل دارد؟ مثلاً آیا عالم تفسیر مصداق علماء نیست؟! عجیب است که مرحوم آیت الله فاضل ره می فرمایند تردید است که شامل علماء تفسیر شود. بعد به این صورت شمول را توجیه می کنند که کسی که تفسیر بلد است آیات احکام را نیز بلد است، لذا از این باب مشمول علماء است. ولی آیا واقعا این لازم است؟! یعنی علماء در محیط دینی اسلامی فقط منحصر به فقهاء هستند؟! جالب این است که برخی علماء دیگر مثل علامه حلی ره واسع المشرب تر بوده اند و قبول کرده اند که اگر عالمی حدیث شناس باشد جزء علماء است. با این وجود ما در اینکه عالمی که مفسر است و کلام خدا را که اصل و ریشه همه چیز است می فهمد، در علماء بودنش تردید کنیم؟! به نظرم اینها واقعا تشکیکهای نادرستی است. پس یک ادعا این است که «علماء» به علماء شریعت منصرف است. که به نظر ما این ادعا به نحو اطلاق اشکال دارد.

**سؤال:** در عرف هم وقتی از علماء صحبت می کنیم سریع ذهنشان می رود سراغ علماء دین.

**جواب:** در محیطهای خاص درست است. مخصوصاً در قم در زمان حاضر حتماً همینطور است. در زمان قدیم را نیز می پذیریم، البته در محیطهای ما، نه محیطهای مسیحی غرب. آنجا ممکن است سراغ فیلسوفان سیاسی شان بروند، یا سراغ حکمائشان بروند، آنجا اگر می گفتند عالم بعید نیست کانت و دکارت به ذهنشان می رسیده است و این چیز بعیدی نیست. اما بین ما همینطور است که شما می فرمایید. اما در محیطهای مختلف معلوم نیست اینطور باشد.

## کلمات فقهاء در مقصود از علماء شریعت

اما نسبت پاسخ به این سوال که علماء شریعت چه کسانی هستند. اختلافات عجیبی وجود دارد. برخی می گویند فقهاء، بعضی ها می گویند نه. مرحوم علامه در بحث وصیت کتاب تحریر مطلبی فرموده اند که به خاطر شباهت بحث وصیت با وقف از این جهت، قابل استفاده است: «و لو أوصی للعلماء أعطی العالم بعلم الشرع فیدخل فیہ الفقه و التفسیر و الحدیث و لا یدخل فیہ سماع الحدیث فقط إذا لم تکن معرفة بالطریق»<sup>۱</sup>.

عنوان عالم بر فردی که فقط حدیث می شنود و علم به طریق و روات ندارد، واضح است که اطلاق نمی شود.

ایشان در قواعد فرموده: «و العلماء ينزل علی العلماء بعلم الشریعة فیدخل التفسیر و الحدیث و الفقه و لا یدخل سماع الحدیث إذا لم یعلم طریقہ». گوئی که اگر طریق را بدانند خودش بخشی از علم شریعت است. اگر روات را بشناسند طرق حدیث را بشناسند. بعد فرموده اند: «و لا الاطباء و لا المعبرون و لا المنجمون و لا الادباء»<sup>۲</sup>. ادباء را ایشان کلا خارج کرد، دیگران هم همین کار را می کنند، اما بعضی تشکیک کرده اند.

**سؤال:** تنجیم منظورشان منجم است؟

**جواب:** حالا این را بحث می کنیم. فی الجملة می گویند نمی شود منجم را داخل کنیم بعد از اینکه نهی شده از نجوم. بعضی گفته اند نهی از نجوم شده اما از آدمش که نهی نشده است، ما وصیت کردیم به آدمش بدهیم نه به نجومش. حالا در فقه بحثی هست که اگر گفتند وقف کردیم بر فقهاء، فقیه کیست؟ این را بحث نکرده اند ما ذیل همین مسئله بعدا بحث می کنیم.

علامه در کتاب تذکره عبارت عجیبی دارد، که در ابتدا فکر کردم شاید اصلا داریم اشتباه می فهمیم، اما دیدم صاحب مفتاح الکرامه و صاحب جامع المقاصد روی این نکته قدری تأکید کرده اند. ایشان اول فرموده اند: «و لو أوصی للعلماء أو لاهل العلم صرف الی العلماء بعلم الشرع و هی التفسیر و الحدیث و الفقه، و لا یدخل فی هذا الاسم الذین یسمعون الحدیث و لا علم لهم بطریقہ و لا باسامی الروات و لا بمتن الاحادیث، فإن السماع المجرد لیس بعلم، و کذا لا یدخل فیہ المعربون و المعبرون».

<sup>۱</sup> تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثه)؛ ج ۳، ص: ۳۷۵

<sup>۲</sup> قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۴۶۳

بعد مطلبی از شافعیه نقل می کند: «قال الشافعية و لا يدخل فيه الادباء والاطباء و المنجمون و الحساب و المهندسون، و هكذا ذكر اكثرهم في المتكلمين». این و هكذا ... ظاهراً حرف خود علامه حلی است. «و قال بعضهم أن علم الكلام داخل في العلوم الشرعية».

در عبارت پایانی مرحوم علامه می فرماید: **والوجه دخول الجميع فيه**، به نظر من همه را دارد می گوید، یعنی ادباء و اطباء و منجمین هم را دارد داخل می کند. چون اول از قول شافعی اینها را بیرون کرد، بعد ایشان گفت هكذا ذکر اكثرهم في المتكلمين، یعنی همین حرف خروج را در متکلمین هم گفته اند، و بعضی هایشان گفته اند نه علم کلام داخل در شریعت است. ایشان می گوید و الوجه دخول الجميع فيه، اصلاً همه داخل هستند.

ایشان اول گفت که منصرف به تفسیر وحیث و فقه است، بعد از شافعیه مطلبی نقل می کند، بعد می گوید والوجه دخول الجميع، شاید نخورد به همه. ولی من دیدم صاحب جامع المقاصد و مفتاح الکرامه هم همینطور فهمیده اند، که عرض می کنم.

بعد می فرمایند: «وفي المنجم اشكالٌ من تحريم صنعة و من حيث أن الوصية له لا في التنجيم».<sup>۱</sup> گرچه این کلامش در مسئله وصیت است ولی همینطور است در باب وقف، وقف را برای منجم کرده اند نه برای تنجیمش تا بگوئید حرام است. بعد راجع به فقهاء گفته اند که بحث دیگری است.

مرحوم شهید اول در کتاب دروس می گوید: «والعلماء الفقهاء و المفسرون و المحدثون إذا علموا الطريق، و في دخول الادباء وجه». بالا همه گفتند ادباء خارج هستند، شهید اول در دروس می فرماید و في دخول الادباء وجه. چرا؟ لتوقف علم الشريعة عليها».<sup>۲</sup>

اگر این معیار باشد می گوئیم علم شریعت به خیلی چیزها متوقف است، یکی از آنها نیز همین علم اصول است. لذا فریاد صاحب جامع المقاصد نیز در آمده است که چرا علم اصول را که بنیان همه این بحثهای فقهی است خارج می دانید. بر خیلی چیزهای دیگر نیز متوقف است تفسیر نیز هست. حتی در مواردی ممکن است تاریخ نیز اثرگذار باشد.

<sup>۱</sup> تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)؛ ص: ۴۶۹

<sup>۲</sup> الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۲، ص: ۳۰۸



در جامع المقاصد ذیل متن قواعد: «و العلماء ينزل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير و الحديث و الفقه و لا يدخل سامع الحديث و الادباء» ایشان می فرماید: «صرح به المصنف وغيره» که صرف الی علماء الشريعة، «و يدخل في ذلك الفقه و الحديث و التفسير». بعد می فرماید: «قال المصنف في التذكرة: وهكذا ذكر أكثرهم في المتكلمين قال وقال بعضهم إن علم الكلام داخل في العلوم الشريعة، ثم قال والوجه دخول الجميع فيه» یعنی ایشان نیز حرف مصنف یعنی صاحب تذکره را همینطور فهمیده است. و فی المنجم اشکال. وقال الشهيد في الدروس و في الأدباء وجه که در ادباء وجهی هست «لتوقف علم الشريعة عليها».

بعد ایشان می فرماید: «و لم اظفر بكلام لهم في الاصول، و ينبغي دخوله بطريق اولی، لأنه من علوم الشرع في الحقيقة و هو اساس الفقه و مبناه، و مباحثه قواعد مسائله، و لعل سكوتهم عنه إذا عرفت ذلك لاعتقادهم دخوله في الفقه». البته اصول که در فقه داخل نیست، ولی آنقدر این ابتناءها روشن است که اینها را یک کاسه کرده اند، یعنی برای اینها فرق نمی کرده است.

ایشان که واقعا آدم منصفی است در ادامه نسبت به متکلمین می فرماید: «و لا ريب أن اخراج علم الكلام المتضمن للمعارف الدينية و هو اساس الدين و مبناه عن علوم الشرع مستهجن، فالقول بدخوله و دخول الاصول قوی، اما دخول الباقيين فللنظر فيه مجال»<sup>۱</sup>.

یعنی گوئی ایشان انصراف را فی الجملة قبول دارد، گرچه یک تردیدی هم در آن دارد چون می فرماید فی دخول الباقيين نظر. ولی اگر منصرف شد انصرافش به فقه و حدیث و تفسیر را ایشان قبول نکرده و حق هم همین است که ایشان می گوید که علوم دیگری که مبادی اینها هستند، مخصوصا مبادی قریبشان، نه مبادی بعید بعید، را حتما باید جزء علوم شرع بدانیم. چون بحث لفظ نیست که ما بگوئیم لفظ علم الشريعة به چه چیزی صادق است. بحث این است که گفته علماء، می خواهیم ببینیم این انصراف به چه چیزی دارد؟ وجهی ندارد که عالم اصولی را مشغول کار بر روی مسائلی است که مطالب فقهی بر آنها مترتب می شود خارج از علماء شریعت بدانیم.

<sup>۱</sup> جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۱۰، ص: ۱۶۳-۱۶۵

نظیر این مطالب را مرحوم شهید ثانی در تمهید القواعد فرموده است: «إذا عرفت ذلك فلا تخفى تفاريع القاعدة من النذور و الاوقاف و الوصايا و غيرها، كما لو نذر أو اوصى أو وقف على اتقى الناس أو ازهدهم أو اعقلهم أو اجهلهم أو احمقهم (چیز عجیبی است) أو اعلمهم و نحو ذلك».<sup>۱</sup> می فرمایند هر چه واقف گفت باید مطابق آن عمل کرد.

در زمان مرحوم امام ره به مرحوم آقای طبسی در مشهد ایراد گرفتند گفتند یک برنامه ای دارند در یک روز سال که پذیرائی آن با طعام خیلی تشریفاتی و اعیانی است. حضرت امام این را منتقل کردند. مرحوم آقای طبسی گفته بود ما تقصیر نداریم. واقفی است {به نام صاحب دیوان که از امرای قدیم خراسان بوده است و اوقافی دارد یکی از این وقفها به این صورت است که در روز ولادت امام حسین علیه السلام بزرگان شهر را دعوت کنید و به صورت مفصل و اعیانی با شیرینی و شربت و انواع غذاها و میوه ها پذیرائی کنید} و برخی اوصاف این مجلس را نیز گفته است. لذا ما باید به این وقف عمل کنیم.

در مفتاح الکرامة در ذیل متن قواعد که فرموده اند «والعلماء ينزل على العلماء بعلوم الشريعة فيدخل التفسير و الحديث و الفقه، فرموده اند: «كما في التذكرة و التحرير و الدروس و جامع المقاصد» بعد خود ایشان می فرمایند: «العلماء من صدق قوله فعله و من لم يصدق فعله قوله فليس بعالم، رواه الطبرسي عن مولانا الصادق عليه السلام، و روى ثقة الاسلام عن السجاد عليه السلام إن العلماء الذين عرفوا الله فعملوا له و رغبوا اليه، قال و قد قال الله سبحانه و تعالى "إنما يخشى الله من عباده العلماء"، و في الاخبار ما يفهم منه أن العالم هو العالم بالمسموع و المطبوع، و الاول العلم بالشرعيات والثاني العلم باصول الدين، و قال الصادق عليه السلام العالم هو الذي إذا نظرت اليه ذكرك الآخرة و من كان على خلاف ذلك فالنظر اليه فتنة».

روایات مهمی است، تعبیر آیه شریفه هم همینطور. منتهی بحث این است که ایشان این را آورده اند ظاهراً فقط برای توجه دادن به اینکه چرا شما به سرعت از لفظ علماء منتقل شدید به علماء شریعت و آن هم فقط مثلاً فقه و تفسیر؟ و الا اگر بخواهند استدلال کنند به این روایات برای اینکه اینها موضوع وقف هستند، که این شیوه درست نیست. ما الان بحثمان استکشاف عالم در قرآن و روایات نیست. بحث فهم مراد واقف است. واقف اصلاً ممکن است مطلع به این آیات و روایات و این فهم ها نباشد، او یک وقفی کرده است. و لذا این را نمی شود شاهد آورد.

<sup>۱</sup> تمهید القواعد الأصولية و العربية؛ ص: ۳۵۹

بعد ایشان در ذیل فرمایش قواعد که فرموده اند: «و لا الاطباء و لا المعبرون و المنجمون و لا الادباء»، فرموده اند: «و لا المهندسون كما في جامع المقاصد و لا الحساب كما نصّت عليه الشافعية». بعد عبارت تذکره را که من خواندم را آورده، و بعد هم عبارت جامع المقاصد را آورده است، همان عبارات که اخراج متکلمین از بحث علماء مستهجن است. ایشان می فرماید: «قلت الأولى الرجوع في ذلك كله إلى عرف الموصي (چون بحث وصیت بوده است) باختلاف الأشخاص و الأعصار و الأمصار و الأدباء الشعراء و من ناسبهم و الأديب هو العالم بسائر الأدبيات كالنحو و المنطق قاله الشهيد في حواشيه».<sup>۱</sup> حالا در فقهاء بحث دیگری است.

پس در کل ما می بینیم که اختلافی اساسی وجود دارد در اصل انصراف. و اگر از انصراف بگذریم این بحث وجود دارد که علماء شریعت چه کسانی هستند.

### رد اطلاق انصراف به مفسر و فقیه و محدث

به نظر ما، هم اطلاق در این انصراف درست نیست، و هم تطبیقاتش به خصوص مفسر و فقیه و محدث. کما اینکه منصفین از این فقهاء هم در مواردی این تعمیم را بیان کرده اند. صاحب مفتاح الکرامة نیز در انتهای بحث فرمودند باید بازگردیم به عرف موصی در وصیت. و در وقف هم همینطور است و حق این است.

لذا اینکه یک نسخه وحدانی بنویسیم درست نیست. اگر چنین مسئله ای را نزد فقیهی آوردند اولاً باید بگویند این اصلاً شأن ما نیست و خودتان بروید فحص کنید به هر چه رسیدید. حالا اگر فقیهی واقعا می خواهد ورود کند، باید تحقیق کند که این واقف کجا زندگی می کرده، با چه کسانی محشور بوده، از اینها یک قرائنی استفاده کند. اگر هم شک کنیم و به مشکل برخوریم بخشی مشمول اصول عملیه است و بخشی مشمول قرعه.

**سؤال:** خود وقف بودن قرینه عامه بر انصراف نمی شود؟ کسی که می فهمد وقف چیست وقف برای خداست اصلاً عنوان وقف را می دانسته و برای دین و اینها وقف کرده است.

**جواب:** اتفاقاً اگر این را بگوئید وجه برای تعمیم درست می شود. در زمان ما وقف برای کسانی که کار موشکی می کنند بهتر از وقف بر فقهاء است، واقعا در روزگار ما این طبیبان متدینی که خدمت می کنند مثلاً اینهایی که در ایام کرونا واکسن درست کردند اینها کارشان خدایی نیست؟ اگر فقیه هم قصد خدایی نکند کارش خدایی نیست. من عرض می کنم

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج ۲۳، ص: ۲۲۶-۲۲۸

امروز در نظام جمهوری اسلامی هر کس کمک کند برای حفظ این نظام به قصد خالص برای اینکه اسلام پابرجا بماند، در اینجایی که این همه دشمن در اطراف هستند، هر کاری کند وقف هم کند برای این کار جزء بهترین کارهاست. خدمت کند به فقراء در این نظام، خدمت است. به علماء فیزیکدانش خدمت است. البته عرض می کنم آنهایی که کارشان در مسیر اعتلاء نظام جمهوری اسلامی باشد. به نظرم این نظامی که بر اساس اسلام و ایمان است همه شان دارند کمک می کنند. پس این چیزی که شما می گوئید اتفاقاً وجه برای تعمیم است. انحصاری ندارد، در یک نظامی که همه باید با هم کار کنند تا این نظام باقی بماند همه کار خدائی می کنند.

در زمان ائمه اطهار و امیرالمؤمنین و زمان پیامبر علیهم السلام هم همینطور بوده است. برخی زره درست می کردند، برخی تیر و کمان و واقعا فنّانین از مسلمانان خدمت می کردند، لذا حفظ آنها خیلی مهم بود.

**سؤال:** واجبات نظام را می توانیم از خارج وارد کنیم پزشک و مدیر را می شود وارد کرد ، اما عالم و مرجع را کجا می توانیم وارد کنیم.

**جواب:** نه نفرمائید. آنها هم نمی شود، در یک سطوحی واقعا نمی شود. الان اگر شما یک فیزیکدان وارد کنید برای شما موشک می سازند؟! به شما واکسن نمی دهند تا چه برسد که برای شما موشک بسازند. واقعا امروز نظام جمهوری اسلامی به همه این علوم باید مسلط باشد از خودش هم مسلط باشند. به آنها اطمینانی نیست. آنها دور از هزاران کیلومتر آنطرف تر برای ما مشکلات درست می کنند. این ویروسهایی که فرستادند برای صنایع هسته ای شوخی که نبود، همه چیز را به هم ریخت، آیا ما عالم به فنون نمی خواهیم که این مشکلات را حل کند؟! اگر آن نکته شما باشد که در روزگار ما نکته درستی هم هست، بعید نیست که ما علماء را اصلاً بگوئیم همه علمائی که دارند به این نظام خدمت می کنند. نه فقط محدث. الان شاید برخی کارهایی که افراد در بحث موشکی و غیره کرده اند برای نظام ما اقوی از کار آن محدثی باشد که عالم به روات حدیث بوده است. واقعا چه کسی می گوید اثر اینها کمتر از اثر آنهاست؟!

### مهم اخذ به ظهور لفظ واقف است

البته من که چیز دیگری می گویم، می گویم واقف لفظی گفته نباید برای او ببافیم باید ظهورش را اخذ کنیم. آنجا فرمودند حتی اگر گفتند وقف برای احمقین باشد باید به احمقهایشان بدهیم. ما که نمی خواهیم بجای واقف مصلحت سنجی کنیم، باید برویم سراغ ظهور حرف او و در هر چه ظهور داشت اخذ کنیم. و این ظهور در مجامع مختلف متفاوت است.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۵۴ الی ۵۸: مصارف در وقف بر اهل مشاهد و اماکن مقدسه	۲۴۲
خلاصه بحث گذشته	۲۴۲
مراد از فقیه	۲۴۳
مسئله ۵۴: وقف علی اهل مشهد	۲۴۴
بررسی شمولیت اهل نسبت به مجاورین	۲۴۴
اختلاف مسئله با دو نگاه موسع و مضیق به وطن و اهل	۲۴۵
لزوم وجود قصد در توطن و اعراض	۲۴۶
مسئله ۵۵: وقف بر مشغولین در یک شهر	۲۴۷
لزوم دو حیثیت در موقوف علیهم	۲۴۷
وطن دوم	۲۴۸
عدم کفایت اعراض عملی	۲۴۹
مسئله ۵۶: وقف بر مسجد	۲۵۰
اشکال در صرف برای خادم و امام جماعت	۲۵۰
جواب از اشکال و توسعه جواز مصرف	۲۵۱
مسئله ۵۷: وقف بر مشاهد مشرفه	۲۵۲
توسعه در مصرف	۲۵۲
مسئله ۵۸: وقف بر سیدالشهداء	۲۵۳

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

**مسئله ۵۴ الی ۵۸: مصارف در وقف بر اهل مشاهد و اماکن مقدسه****خلاصه بحث گذشته**

بحث ما در مسئله ۵۳ کتاب تحریر الوسیلة بود مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة فرمودند: «لو وقف علی العلماء انصرف الی علماء الشریعة فلا یشمل غیرهم کعلماء الطب و النجوم و الحکمة».<sup>۱</sup>

جلسه گذشته عرض شد محل بحث هم در انصراف «علماء» به علماء شریعت است و هم در تطبیق «علماء شریعت» بر بعضی از مصادیق خاص. عده ای فقط صاحبان علومى مانند فقه، تفسیر و حدیث را داخل در عنوان علماء شریعت دانسته اند، و برخی دیگر علماء علوم مقدماتی استنباط مانند علوم ادبی را نیز داخل کرده اند. مرحوم صاحب جامع المقاصد فرمودند چرا علماء علم اصول و علم کلام داخل نباشند؟

بنابراین دو بحث مهم در همین فرع وجود دارد: یکی اصل انصراف است، که به نظر ما اطلاقش نادرست است. و دیگری تفسیری است که از علماء شریعت می کنند. البته مرحوم امام در اینجا علماء شریعت را تفسیر نکرده، اما در کلمات بسیاری از فقهاء این عنوان، تطبیق به علماء فقه و تفسیر و حدیث شده است که نیاز به بحث دارد.

**سؤال:** نمی شود در این اوقاف به قدر متیقن اکتفاء کرد.

**جواب:** نمی توانیم بگوئیم فقط موارد متیقن مراد است. اولاً این قدر متیقنهای خارجی حجیت ندارد؛ شما بفرمائید قدر متیقن همین عالم محله ما است. ثانیاً در وقف مشکل خاصی وجود دارد. در بقیه موارد اگر به قدر متیقن عمل می کنید از این باب است که مطابق احتیاط است و قطعاً ذمه شما را بری می کند، در حالی که در اینجا اکتفاء به قدر متیقن خلاف احتیاط است و ذمه شما را بری نمی کند. اگر وقف واقعاً برای علماء باشد و علماء شامل علمای متکلم و اصولی نیز شود و شما به اینها ندهید دارید تخلف می کنید، لذا نمی توانید به قدر متیقن اکتفا کنید.

بله اگر وقف بر عنوان باشد، و آن را به شخصیت حقوقی تفسیر کنیم همان طور که گذشت و افراد را مصرف بدانیم عمل به قدر متیقن اشکالی ندارد، چون اگر افراد مصرف باشند شما می توانید همه وقف را به یک نفر بدهید. مگر اینکه بدانید خلاف نظر خود واقف است. والا اگر واقف در کیفیت مصرف چیزی نگفته باشد، شما می توانید به نحو غیر مساوی به مصرف برسانید همانطور که می توانید به یک گروه از علماء بدهید، لذا این اشکالی ندارد. ولی ظاهر «وقف علی العلماء»

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۳/۷۴

مصرف نیست، ولذا نمی توانید قدر متیقن بگیرید. بحث هایی که ما در ترتیب و تشریک مطرح کردیم تکلیف این بحث را مشخص کرد. لذا به نظر ما این اطلاعات و ادعای انصراف اشکال دارد.

## مراد از فقیه

وقتی شما «علماء» را به علماء شریعت منصرف کردید و در تطبیق علماء شریعت نیز گفتید مراد فقیه و مفسر و محدث است بحث فرعی دیگری مطرح می شود که منظور از فقیه چه کسی است؟

در وهله اولی به نظر می آید مراد از فقیه مفهومی بالاتر از مجتهد است. صرف اجتهاد، فقه درست نمی کند. فقیه کسی است که متضلع در فقه باشد، یعنی احاطه به فقه داشته باشد. این فرد فقیه است. اما در کلمات حرفهای عجیبی پیدا می شود. مثلاً بعضی می گویند همینکه فردی شیء من الفقه را بداند می شود فقیه. حتی برخی گفته اند بر مشغولین به فقه نیز صدق می کند.

هر چند این مطالب در کلمات آمده ولی انصافاً خلاف ظاهر است. اگر بدانیم مقصود واقف این افراد است بحثی نیست. ولی اگر مقصود واقف را ندانیم و بخواهیم مقصود واقف را از ظهورات الفاظش کشف کنیم، به نظر می آید این فرمایشات خلاف ظاهر باشد. اطلاق «فقیه» به کسی که مشغول به فقه است انصافاً خلاف ظاهر است خصوصاً که برخی تصریح کرده اند که حتی شامل کسی که در بدایت اشتغال به تحصیل باشد مانند کسی که لمعه می خواند نیز می شود. حق این است که مقصود از فقیه کسی است که احاطه به فقه داشته باشد. نه اینکه فقط حتی مجتهد باشد. معلوم نیست ما به مجتهد بتوانیم فقیه بگوئیم. مجتهد کسی است که بالفعل بتواند با مبادی قریب استنباط کند، یعنی واجد مبادی قریب باشد، نه اینکه آدم خوش استعدادی است هر مسئله ای به او می گویند بگوید من دو سال دیگر کتابها را مطالعه می کنم و برای شما در می آورم. پس باید مبادی قریب دستش باشد، اما اینکه بالفعل مستنبط باشد این در مجتهد لازم نیست. اما در فقیه لازم است. کسی که هیچ استنباط نکرده یا مثلاً چند مسئله از هزاران مسئله استنباط کرده، به این فقیه نمی گویند.

علی ای حال این هم یک بحث صغروی است مثل بقیه بحثهای صغروی اینجا.

**سؤال:** به نظر می رسد مجتهد بالاتر از فقیه است، او نسبت به ادله هم تسلط دارد اما فقیه صرفاً به فقه احاطه دارد.

**جواب:** مراد از فقه چیست؟ فقه عبارت است از علم به احکام عن ادلتها، نه اینکه مسئله گو باشد. معروف است از

آیت الله شیخ عبد الکریم حائری بزرگ که گاهی نظرات خودش را از او می پرسیدند می فرمود یادم نیست به آشیخ عبدالله

می گفت نظر ما چی بود. یک مسئله گو همراهشان داشته اند که مسئله را می گفتند. لذا صرف مسئله دانستن، فقیه درست نمی کند، فقیه عالم به احکام از ادله تفصیلی آنها است. اگر استنباط کند می شود فقیه. آن هم نه با استنباط یک یا دو مسئله. این یک بحث استظهاری است و من اصرار نمی کنم بخاطر اینکه نظر من اثری ندارد. شما اگر مبتلا بشوید خودتان باید تصمیم بگیرید. اینها چیزهایی نیستند که فقیه به جای شما تصمیم بگیرد، خودتان باید بروید استظهار کنید، مگر اینکه از حرف فقیه مطمئن بشوید که اینها از حرف غیر فقیه هم ممکن است مطمئن شوید.

### مسئله ۵۴: وقف علی اهل مشهد

مسئله ۵۴: «لو وقف علی اهل مشهد کالنجف مثلا اختص بالمتوطنین و المجاورین و لا یشمل الزوار و المتردین»<sup>۱</sup>.

این مسئله نیز از بحث های استظهاری است. اگر واقفی بگوید من وقف بر اهل نجف، اهل کاظمین، یا اهل کربلا کردم، می خواهیم ببینم چه کسانی را شامل می شود؟

مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند شامل متوطن که می شود، اینها اهل مشهد هستند. مجاور را هم که شامل می شود یعنی کسانی که آنجا ساکن هستند و می مانند، ولی زوار و متردد را شامل نمی شود. حالا ممکن است کسی زائر نباشد ولی متردد باشد، مثلا معلمی است که از روستایش که اطراف نجف است می آید به شهر و باز می گردد. اینکه زائر و متردد را شامل نمی شود واضح است، برای اینکه اینها اهل شهر نیستند.

### بررسی شمولیت اهل نسبت به مجاورین

اما نسبت به مجاور این سؤال باقی می ماند که آیا مجاور هم اهل محسوب می شود؟ برخی تشکیک کرده اند، و شاید این تشکیک فی الجمله درست باشد. مجاور یعنی ساکن. و ساکن چند قسم است: بعضی اوقات فرد مدت زیادی در شهری سکنی دارد، مثلا سی سال در شهر نجف مانده است این فرد اگر بخواهد برگردد به شهر خودش، به این فرد نیز اهل نجف می گویند. لذا خیلی از علمایی که از نجف برگشته اند به اینها نجفی می گویند با اینکه اهل جای دیگری بودند. اما

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴



قسمی از ساکنین شهرها اینطور نیستند، می خواهند دو سال یا سه سال در این شهر بمانند و برگردند، معلوم نیست به اینها بشود گفت اهل بلد.

برخی از علماء برای حل این مسئله بحث را مرتبط کرده اند با بحث وطن در حالی که در اینجا واقف نگفته وقف کردم بر متوطن فلان شهر بلکه گفته وقف کردم بر اهل فلان مشهد. پس باید روی لفظ «اهل» بحث کنیم و از اینکه به چه کسی اهل می گویند رفع ابهام کنیم. البته این نکته را توجه کنید در بحث مثل صلاة مسافر موضوع «توطن» است اما اینکه وطن موضوع حکم باشد علی الظاهر نداریم و شاید یکجا لفظ «وطن» در روایات آمده باشد.

### اختلاف مسئله با دو نگاه موسع و مضیق به وطن و اهل

به نظر ما عنوان «اهل» لحاظات مختلف دارد در جاهای مختلف و با توجه به حیثیات مختلف فرق می کند. یعنی یکوقتی مد نظر از عنوان «اهل» یعنی از این ریشه و آب و خاک باشد حتی ممکن است خودش هم اینجا به دنیا نیامده باشد، پدر و مادرش در این شهر به دنیا آمده اند و به همین جهت به فرزندشان می گویند اهل این شهر. مثلاً ممکن است ما مازندران را ندیده بودیم ولی به ما می گفتند مازندرانی. ما در نجف متولد شدیم و چندین سال اول عمر اصلاً مازندران نرفته بودیم، والدین ما که مازندرانی بودند به ما می گفتند مازندرانی، اگر بگوئید این فرد مازندرانی نیست همه تعجب می کنند می گویند شما مازندرانی هستید.

لذا یک نوع نگاه از معنای اهل یعنی ریشه فرد از آن منطقه باشد بر این اساس وقتی می گویند شما اهل این شهر هستید معنایی از اهلیت در ذهنشان هست که مساوق با توطن هم نیست، لذا لازم نیست متوطن هم باشد، همین کافی است که ریشه فرد از آنجا باشد. در حالی که ممکن است معنای دیگری از «اهل» مد نظر باشد که مساوی با توطن باشد. در برخی از روایات باب سفر آمده است که «حتی یرجع الی اهل» یعنی به همان مکان و جایی که هست. این هم یک نوع نگاه به عنوان اهل است.

پس عرض ما این است که وقتی می گوید «وقف علی اهل نجف»، ظاهرش این نیست که ریشه شان از نجف باشد ولو در نجف متوطن نباشند. اهل نجف یعنی کسی که متوطن در نجف است یا سکونت طولانی دارد که دیگر او را نجفی می دانند. یعنی می خواهیم بگوئیم «اهل» در اینجا به معنای آدم ساکنی است که منتسب باشد، نه اینکه فقط از باب ریشه اش بگویند نجفی است. باید به نحوی ساکن در نجف باشد که او را منتسب به نجف کنند، به چنین فردی می گویند اهل نجف است. لذا اگر بگویند «وقف علی اهل نجف» مراد چنین افرادی است. بنابراین به نظر ما همانطور که برخی نیز فرموده

اند در اطلاق «اهل» بر مجاور اشکال وجود دارد مطلق مجاور، اهل محسوب نمی شود. و لااقل این است که شمولیت اهل نسبت به مجاور مشکوک است لذا مثل بقیه موارد، فقط قسم متیقن داخل می شود و نسبت به افراد مشکوک مطابق همان فروض قبلی باید بحث کرد.

## لزوم وجود قصد در توطن و اعراض

**سؤال:** اگر مجاور طولانی مدت جائی بماند متوطن نمی شود؟

**جواب:** نه، در بحث متوطن، یک وطن اصلی داریم و آن مسقط الرأس است. یک وطن اتخاذی داریم که به نظر آقایان وطن اتخاذی با قصد درست می شود، قصدی که در خارج فعلیت پیدا کند.

**سؤال:** آیا توطن قهری است؟

**جواب:** وطن اتخاذی قهری نیست.

ما در بحث صلاة مسافر در این قصدی که می فرمایند شرط در وطن اتخاذی است تردید کردیم، چون اگر تحلیل کنیم خیلی اوقات این قصد هست. ممکن است فرض کنیم کسی رغم انفش یک جایی بماند، این رغم انف هم لازم نیست قهری باشد مانند اینکه او را زندان کنند بلکه می تواند به خاطر وجود مسائل و مشکلاتی، مجبور به ماندن در این شهر شود. مثلاً بعضی از طلاب آمده باشند در قم تحصیل کنند، همینجا مسائلی پیدا شده که مجبورند مدت مدیدی بمانند و گرنه می روند به یک شهر دیگر. اینها وطن اتخاذی درست نمی کند. پس صرف اینکه فرد یکجا بماند وطن درست نمی کند. اما مجاور ساکن درست می کند و می شود قصدش هم برگشت باشد، ولی به هر دلیلی اینجا باقی مانده است. اینکه ما به این قسم هم بگوئیم اهل نجف، این واقعا دشوار است. مگر اینکه سکونتش به قدری طولانی شود که عرف بگوید این اهل اینجا است بخاطر سکونت طولانی. اینها دیگر بحثهای استظهاری است و بیش از نمی شود بر آن مکث کرد، چون اثر عملی برای ما ندارد مگر اینکه هر کسی مسئله خودش را بیابد. بنده اول بحث عرض کردم اصلاً تقلید در این امور را مشکل می دانم چون معلوم نیست که مراجعه به فقیه برای اینها باشد. مگر اینکه یک احکامی تعبداً در مورد برخی از اینها آمده باشد.

**مسئله ۵۵: وقف بر مشغولین در یک شهر**

مسئله ۵۵: «لو وقف علی المشتغلین فی النجف مثلاً من اهل بلد کطهران أو غیره، اختص بمن هاجر من بلده الیه للاشتغال ولا یشمل من جعله وطناً له معرضاً عن بلده».<sup>۱</sup>

**لزوم دو حیثیت در موقوف علیهم**

مرحوم امام ره می فرماید اگر واقفی وقف کند بر تهرانی هایی که در نجف مشغول تحصیل هستند. یعنی دو حیثیت برای موقوف علیهم قرار دهد، هم اهل تهران باشد و هم مشغول در نجف باشد. چنین وقفی شامل افرادی که از وطن خودشان اعراض کرده و متوطن در نجف شده اند و می خواهند دیگر در نجف باقی باشند نمی شود ولو مشغول باشند. چرا؟ چون می گویند در این وقف دو عنوان بود، اهل تهران باشد و مشغول در نجف باشد، و کسی که اعراض کرده دیگر اهل تهران نیست.

سؤال: حتی اگر ریشه اش تهرانی باشد.

جواب: نکته ای که در بالا در توضیح عنوان اهل گفتم اینجا نیز به کار می آید.

عده ای مثل مرحوم سید صاحب عروه و سید ابوالحسن اصفهانی همین عبارت را قبول دارند. اصلاً شاید این عبارت اصلش از مرحوم سید است، چون عین این عبارت در عروه آمده است.

منتهی به نظرم اولاً باید اهل را با همان نگاهی که گفتیم ببینیم. واقعاً عرف این را می گوید؟! مثلاً نسبت به لاریجان زمانی بود که آنجا وطن مستجدم بود ولی بعد اعراض کردم، اعراض هم لبی است یعنی هیچ وقت قرار ندارم بروم آنجا بمانم. لذا مدتی در آنجا احتیاط می کردم، بعد دیگر جازم شدم که نماز تمام لازم نیست. در این زمان اهالی آنجا خیلی به من ایراد می گرفتند که شما اینجا وطن هست، گفتیم چرا وطن من باشد در حالی که نه وطن اصلی بنده بود و نه وطن اتخاذی.

عرض من این است که: عرف با همان نگاه عرفی حتی وطن و اهل را با یک نگاه موسع از ریشه درست می کند، وقتی می گوید وطنت اینجاست یعنی پدر و مادرت مال اینجا بوده اند و تو هم مال اینجا هستی. البته ما در بحث توطن این را داریم که اگر پدر و مادر اهل منطقه ای باشند تبعاً فرزند را هم اهل آنجا حساب می کنند تا زمانی که خودش مستقل

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

شود. اما اینکه کلا کسی را که پدر و مادرش از یک مکان است اهل آنجا می دانند به آن نگاه خاص به عنوان اهل است. در این مسئله که می فرمایند فرد اهل طهران است آمده نجف ولو اعراض کرده و می خواهد در نجف بماند و مشغول هم هست، این را خیلی ها هنوز تهرانی می دانند، می گویند این آقای تهرانی آمده اینجا. مثلا به مرحوم ملاهادی تهرانی، «تهرانی» می گفتند و این عنوان را از او سلب شده نمی دانستند. پس چنین نگاهی نیز وجود دارد. حتی راجع به وطن نیز برخی به نگاه عرف همینطور می گویند، نمی گویم این درست است، عرف اینطوری خیال می کند.

پس عرض ما این است که این حکم جزمی که در این مسئله آورده اند بسته به این است که مراد واقف را کشف کنیم و اگر هم نمی توانیم جزء همان موارد تردید می شود. اما اگر احراز کردیم مقصود واقف از اهل بلد تهران، یعنی همین الان اهل بلد باشد، صدق می کند اهل بلد تهران. آنوقت مشکل دیگری پدید می آید. اگر کسی میزان زیادی در شهری مثل نجف بماند آیا هنوز هم می گویند اهل بلد تهران است با آن نگاه دوم و مضیقی که نه از باب ریشه است؟ آیا هنوز هم می گویند اهل بلد تهران است؟ معلوم نیست اگر کسی ۳۰ سال است از تهران رفته باشد هنوز به او بگویند اهل تهران. کسی که سالیانی است تهران را رها کرده و ترک کرده دیگر اهل تهران نیست. با یک نگاه مضیقی همین را می گویند.

بنابراین کشف مراد واقف وقتی آن را در قالب این الفاظ می آورد به این سهولتی که آقایان می فرمایند نیست.

نکته دیگر این است که آیا در اهل بلد و وطن عدم اعراضی که اینجا گفته اند لازم است؟ یا اگر معرض نیست، از تهران آمده نجف مشغول شده، معرض از تهران هم نیست، اما مدت زیادی اینجا ساکن شده، آیا هنوز هم به او می گویند اهل بلد تهران که مشغول در نجف است تا بتوانیم وقف را به او بدهیم؟ این هم واقعا به نظرم قابل تردید است. یک کسی از کودکی آمده نجف و پنجاه سال نجف مانده، آیا به این هنوز می گویند اهل تهران است؟ با نگاه موسع می گویند، اما با نگاه مضیق قطعاً نمی گویند. حالا این واقف که گفته «وقف کردم بر اهل بلد طهران که در نجف مشغول باشند» کدامش را می گوید؟ به نظرم باید در این مسئله این تقسیم را می کردند تا ما به دنبال کشفش برویم و اگر نشد هم مثل موارد مردد دیگری می شود که اگر جایی قابل جریان اصل باشد فیها و الا بحث قرعه و امثال آن پیش می آید.

## وطن دوم

**سؤال:** این شاید اشاره به وطن دوم داشته باشد، یعنی نجف وطن اول باشد و تهران را به عنوان وطن دوم قبول دارد و معرض نیست، یعنی دو وطنی باشد.

**جواب:** بله وطن اتخاذی همین است. بنده اتخاذ بیش از دو وطن را مشکل می دانم، دو وطن را هم به شرطی که شش ماه شش ماه بماند. آن روایت معروف در باب توطن که می فرمایند اینکه توطن در جایی داشته باشد ظاهراً اینطور باید باشد که شش ماه شش ماه باشد. اما خیلی ها می گویند این فهم اشتباه است. مقصود از شش ماه این نیست که دائماً باشد و کان یتوطنه معنایش این نیست که یعنی شش ماه شش ماه بماند، بلکه صدق کند شش ماه ماندنی کافی است. و خیلی ها آن را به وطن شرعی حمل می کنند نه وطن اتخاذی و نه وطن واقعی. مرحوم سید سه وطن و چهار وطن را هم قبول دارند، هر کجا دو ماه سه ماه بماند می گویند این چهار وطنه می شود باشد. ولی من اینها را مشکل می دانم.

## عدم کفایت اعراض عملی

**سؤال:** اعراض عملی مهم است یا نیت مهم است؟

**جواب:** به نظر می رسد اعراض عملی هم نیاز به بحث دارد، منتهی اگر قصد نداشته باشد مشکل می شود. ممکن است کسی را ۳۰ سال در شهر دیگری حبس کنند، ولی این آقا یک لحظه هم نخواهد اینجا بماند، آیا به این می گویند از وطنش اعراض کرده است؟!

**سؤال:** بحث کسی که ناچار است جد است.

**جواب:** چرا جد است؟ این نیز اعراض عملی است. مثلاً کسی برای زیارت از وطنش رفته نجف و در آنجا سی سال زندانی شده است و عملاً آنجا مانده است ولی یک لحظه هم نمی خواسته آنجا بماند، به این آقا نمی گویند معرض از وطنش است

**سؤال:** عمل با اختیار باید باشد والا عملی نمی شود.

**جواب:** باید دید مراد از اختیار چیست. اگر یک کسی را زندانی نکرده اند اما مشکلاتی دارد که او را اینجا نگه داشته است، مثلاً گرفتاری برای فرزندش پدید آمده می خواهد حل کند، یا مالی را از او گرفته اند ۵ سال است دوندگی می کند تا آن را پس بگیرد، اگر این حل بشود یک لحظه هم اینجا نمی ماند، آیا به این آقا می گویند معرض از وطن اصلی اش هست؟ نمی گویند واقعاً. بنابراین صرف عدم بقاء کفایت نمی کند، باید قصد باشد تا اعراض محقق شود.

**سؤال:** اینکه می گوئید خود تهرانی بودن ممکن است با ۵۰ سال اشتغال در شهر جای دیگر اطلاق نشود، خود اشتغال مقصودش چیست؟

**جواب:** اشتغال داشته باشد، ولو مشغول تحصیل و تعلیم باشد.

**سؤال:** اگر درس خواندن سی سال طول بکشد از نظر واقف، تهرانی بودن اطلاق می شود.

**جواب:** نه از تهران آمده نجف مانده است.

**سؤال:** خود اشتغال در نجف اینجور نیست که جهت بدهد که تهرانی به آن معنای مضیق نیست؟

**جواب:** اشتغالش موجب می شود تهرانی نباشد یا بودنش در نجف موجب می شود؟ روشن است که به این خاطر است که در تهران نیست. همینکه سی سال در تهران نیست دیگر به او تهرانی نمی گویند. ظاهرش این است که اگر مدت زیادی برود شهر دیگری دیگر به او تهرانی نمی گویند. مگر به یک نظر موسع که حتی بیش از اینها را هم می گویند. ولی واقعا اینها دو نظر است.

## مسئله ۵۶: وقف بر مسجد

مسئله ۵۶: «لو وقف علی مسجد فمع الاطلاق صرفت منافعه فی تعمیره و ضوئه و فرش و خادمه، و لو زاد شیء

یعطی لإمامه»<sup>۱</sup>.

اگر کسی وقف بر مسجد کند به اطلاق، یعنی معلوم نکند که برای چه اموری در مسجد مصرف شود، منابع وقف، صرف تعمیر و نور و فرش و خادم مسجد می شود و اگر چیزی زیاد بیاید به امام جماعت می دهند.

## اشکال در صرف برای خادم و امام جماعت

نسبت به سه قسم اول علی الظاهر بحثی نیست یعنی تعمیر و ضوء و فرش مسجد جزء مقصود واقف هست. اما خادم و امام مسجد چطور؟ مرحوم سید در توجیه اینکه چرا به امام بدهند می گوید این هم یکجور تعمیر معنوی است،<sup>۲</sup> که این مطلب عجیبی است. مگر اصلش بنا بود برای تعمیر باشد که دنبال تعمیر می گردید ولو تعمیر معنوی؟! برخی حتی در خادم اشکال کرده اند گفته اند احوط این است که به خادم ندهید. می گویند این وقتی وقف شد یعنی وقف بر خود مسجد.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

<sup>۲</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۲۵

منتهی به نظرم این اصلاً نگاه اشتباهی است، چون وقتی می گوید «وقف بر مسجد کردم» این وقف برای رونق مسجد است، حالا رونق مادی مسجد یا رونق معنوی آن. بحث این است که مسجد روی پایش باشد، روی پا بودن مسجد که فقط ستونهای گلی و خشتی اش نیست، اتفاقاً آن جهت انسانی اش مهمتر است.

## جواب از اشکال و توسعه جواز مصرف

عرض من این است که وقف مسجد یک معنای عرفی دارد، وقتی می گوید وقف مسجد کردم یعنی می خواهد مسجد رونق داشته باشد، قصد واقف این است. نور مسجدی را خیلی خوب کنیم ولی کسی آنجا نیاید این چه فائده ای دارد؟ یعنی ما مطمئن می شویم که وقتی واقف می گوید وقف مسجد کردم برای هر چیزی است که این مسجد رونق داشته باشد. و لذا اختصاصی به تعمیر و ضو و فرش ندارد. اگر جلسات خوبی در مسجد گرفته می شود در آن احادیث خوبی به سمع مردم می رسد و نصیح اخلاقی می شوند، آیا اشکالی دارد یک چای و قندی هم به اینها بدهند؟! به نظرم هیچ اشکال ندارد. خیلی واضح است که مقصود واقف، رونق مسجد است. نه اینکه فقط ساختمانش را خیلی تر و تمیز کند. البته این هم بخشی از مقصودش است که ساختمان هم برپا باشد ولی واضح است که غرض نهایی اش این نیست.

اگر معیار رونق باشد دیگر لازم نیست مثل مرحوم سید از راه کار تعمیر معنوی استفاده کنیم. خود رسیدگی به امام و خادم قیام مسجد است. همینطور برگزاری جلسات، مخارجی که برای این جلسات می شود و قرائت و تلاوت قرآن در مسجد، اینها همه اش برای مسجد خوب است، و ما یقین داریم که در مقصود واقف هست. اصلاً وقف بر مسجد همین هاست. بله یکوقتی خودش تصریح می کند که من وقف کردم برای مسجد و روشنایی آن و فرشش و تعمیرش، خب این درست است و نمی شود کاری کرد. اما اگر به صورت مطلق وقف کند، اگر نگوئیم جزماً ولی ظهور در این دارد که مقصودش همه اینهاست و همه اینها داخل در آن می شود. لذا پرداخت به خادم هیچ اشکالی ندارد، پرداخت به امام جماعت اشکال ندارد، حتی پرداخت برای جلساتی که در مسجد برای رونق آن برگزار می شود، این هم اشکالی ندارد، و اینجور مضیق دیدن هیچ وجهی ندارد. بله مگر اینکه اراده واقف روشن باشد و قصدش معلوم باشد.

نظیر این مسئله است مسئله بعدی کتاب تحریر.

**مسئله ۵۷: وقف بر مشاهد مشرفه**

مسئله ۵۷: «لو وقف علی مشهد یصرف فی تعمیره و ضوئه و خدامه المواظبین لبعض الأشغال اللازمة المتعلقة

به»<sup>۱</sup>.

در وقف بر مشاهد شریفه هم می گویند اگر وقف کردند برای خود مشهد شریف (چون وقف بر صاحب مشهد بحث دیگری دارد) مثلاً اگر کسی برای خود آستان قدس رضوی، یا مشهد رضوی وقف کند یا برای مشهد فاطمی در قم، می گویند برای تعمیر و ضوء و خدام مصرف می شود.

نسبت به خدام بعضی ها تشکیک کرده اند. می گویند اگر برای مشهد وقف کردند بعضی ها احتیاط کرده اند و بعضی گفته اند اصلاً برای خدام نمی شود مصرف کرد.

**توسعه در مصرف**

ما به همان بیانی که بالا عرض کردیم که وقتی وقف می کنند برای جائی که محل قبر اولیاء و ائمه اطهار علیهم السلام است، برای رونق اینهاست، نه صرف اینکه بخواهند اینجا تزئینی شود ولو هیچ کس داخل آنجا نشود. و روشن است که رونق مشاهد مشرفه نیاز به کارهای دیگر نیز دارد. باید خادمی باشد لبعض الأشغال اللازمة المتعلقة به. و حتی به تعبیر برخی باید یک کارهای جنبی دیگر هم در این مشاهد انجام دهند تا این مشاهد حفظ شوند. مثلاً فرض کنید الان حفاظت هم می خواهد که خرابکاری نکنند، این فرد خادم نیست ولی در عین حال کسی است که اینجا را حفظ می کند، چرا بگوئیم نمی شود از موقوفه خرج اینها کرد؟ اینها همه در طریق همان نیت واقف برای حفظ این مشهد است. حفظ مشهد که فقط حفظ مادی آن نیست. حتی به نظر می رسد تبلیغاتی که برای یک مشهد می شود نیز داخل است. بلکه اگر تأمل کنیم شاید اولی باشد از برخی هزینه های مادی که ما می کنیم. ما می خواهیم مردم علاقه مند به این مشهد رضوی شوند. نگوئید اینها مصالح بیرونی است. نه، وقتی می گوید وقف برای این مشهد کردم، این مشهد به تمام آنچه که رونق آن باشد مقصود واقف است. و تبلیغات نیز مصداق رونق است. عده ای را دعوت کنند راجع به امام رضا علیه السلام صحبت کنند، راجع به این مکان مقدس صحبت کنند کما اینکه در مساجد هم همینطور است. لذا هزینه برای خدام هیچ اشکالی ندارد. حتی علماء را

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴



دعوت کنیم که در اوصاف این بزرگان مطالبی بفرمایند، در شناخت ائمه مطالبی بفرمایند، اینها همه به نظرم رونق این مشاهد است و هیچ اشکالی ندارد.

**سؤال:** چیزهای موردی مثل دستگاه ضد عفونی در ایام کرونا لازم است اینها هم داخل هستند؟

**جواب:** هر چیزی که برپاداشتن این مشهد به بهترین وجه و عقلانی ترین وجه لازم است می تواند مصداق هزینه کردن قرار بگیرد. به نظرم این مورد هم همینطور است، و نیازی نبود که بعضی ها به نگاه خیلی مضیق نگاه کنند.

### مسئله ۵۸: وقف بر سیدالشهداء

بله! یک بحث دیگر وجود دارد، که اگر وقف کردند برای صاحب مشهد، یعنی اگر وقف خود امام رضا علیه السلام کردند وقف امام حسین علیه السلام کردند اینجا چه می شود؟ یک قسمش را در ذیل مسئله ۵۸ فرموده اند.

مسئله ۵۸: «لو وقف علی سید الشهداء علیه السلام یصرف فی اقامة تعزیه من اجرة القاری و ما یتعارف صرفه فی المجلس للمستمعین و غیرهم»<sup>۱</sup>.

آیا در خصوص حضرت سیدالشهداء علیه السلام اینطور است؟ این یک نکته دارد، آن چیزی که می خواستیم بگوئیم اعم از این بود. وقتی که وقف می کنند برای مشهدی، یکوقتی برای خود مکان است یکوقتی برای صاحب مشهد است. حالا حضرت سیدالشهداء علیه السلام بحثش جداست که عرض می کنم. اگر وقف امام رضا علیه السلام کردند، عده ای می گویند که می شود بر این اساس به فقراء داد که ثوابش به امام رضا علیه السلام برسد. این ممکن است یکی از مصارف باشد وقتی وقف امام رضا علیه السلام می شود یعنی کاری کنیم که برای امام رضا علیه السلام خوب باشد، یکی اش این است که به فقراء بدهیم، به علماء بدهیم که برای امام رضا علیه السلام کاری کنند، که حالا یا ثوابش برسد، یا (این را نگفته اند ولی علی القاعده باید بگویند) که ما در مورد امام رضا علیه السلام کار کنیم تا امام را بشناسانیم. تمام کارهایی که برای شناساندن امام رضا علیه السلام باشد، حتی می شود اعم از آن باشد، برای ولایت ائمه اطهار که یکی از آنها امام رضا سلام الله علیه است این هم شاید جائز باشد. اگر ما وقف امام رضا علیه السلام کردیم آن چیزی که مربوط به ایشان است ترویج شود. این هم صحیح است.

بنابراین بین وقف بر مشهد و وقف بر خود امام فرق است از جهت نوع مصرف.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

در مورد حضرت سیدالشهداء علیه السلام شاید خصوصیت دیگری باشد که ظهوری دارد که خصوص تعزیه باشد. چون مصائب ایشان برای شیعیان مصائب خاصی بوده بلکه برای همه اهل السماوات و الارض، بنابراین بعید نیست که صرف در اقامه تعزیه شود با همه آنچه که مربوط به آن است، از جمله اجرت قاری و منبری و مداح و آنچه که در مجالس تعارف صرف دارد، مثل چایی و چیزهای دیگر. اینها هم اشکالی ندارد، اینها هم واقعا برای اقامه تعزیه است. اینها چیزهای تبعی است که در هر تعزیه ای به حساب می آید. این هم علی الظاهر اشکالی نداشته باشد.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

وقف علی الجیران .....	۲۵۵
اقوال سه گانه در وقف بر جیران .....	۲۵۶
قول اول: چهل ذراع .....	۲۵۶
قول دوم: چهل خانه .....	۲۵۶
قول سوم: صدق عرفی .....	۲۵۶
بررسی تفصیلی قول اول و مستندات آن .....	۲۵۷
بررسی تفصیلی قول دوم و مستندات آن .....	۲۶۰
بررسی تفصیلی قول سوم و مستندات آن .....	۲۶۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## وقف علی الجیران

مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه از مسئله ۴۰ وارد بحث تبیین عناوینی مانند فقراء، مسلمین، ولد، ولد الولد، علماء، مشغولین یا اهل مشاهد و مصداقهای هر یک شدند. به مسئله ۵۸ رسیدیم که مربوط به وقف بر حضرت سید الشهداء علیه السلام بود. برخی از فقهاء عناوین دیگری را نیز واکاوی و تبیین مصداق کردند که در کتاب تحریر الوسیله نیامده است. یکی از عناوینی که ایشان مطرح نکرده و اولویتش نسبت به بعضی از عناوینی که طرح شده بیشتر است عنوان جیران است، چون این عنوان در ابواب دیگر فقه مانند نذر یا وصیت هم می آید.

مسئله این است که اگر فردی وقف بر جیران و همسایگانش کرد چه کسانی موقوف علیهم هستند؟ ممکن است مسئله وقف خصوصیتی داشته باشد ولی این عنوان در نذر و وصیت هم تصویر می شود. این فرع در اکثر کتب فقهی مطرح شده است و فقهاء درباره آن بحث کرده اند و با اینکه اختلاف فراوانی در آن واقع شده، اعتنائی به روایات این باب نکرده اند. البته تعلیل این عدم اعتناء را نیز بیان فرموده اند.

## اقوال سه گانه در وقف بر جیران

مجموعاً سه قول در فرع وقف بر جیران در کلمات فقهاء وجود دارد

قبل از بیان اقوال سه گانه در بحث توجه کنید که عده ای از فقهاء متأخر مانند مرحوم حکیم در منهاج الصالحین و محشین منهاج به زاویه دیگری از بحث وقف بر جیران پرداخته اند که اگر واقعی «وقف علی تلامذتی او مشایخی او جیرانی، فالظاهر منه العموم فیجب فیہ الاستیعاب». تقریباً غالبشان استیعابش را پذیرفتند یا لا اقل تشکیک نکرده اند، که اگر وقف کرد بر تلامذه اش یا جیرانش شامل همه می شود. اما به این جهت که جیران چه کسانی هستند نپرداخته اند. اما فقهاء اوائل و اواسط و عده ای از متأخرین این فرع را نیز بحث کرده اند.

### قول اول: چهل ذراع

قول اول قول قدماء از فقهاء است که معتقدند: از هر طرف چهل ذراع جیران حساب می شود و همه افراد این محدوده مشمول این وقف می باشند. و عده ای هم ذراع را ۲۴ انگشت معنا کرده اند، که مثلاً حدود یک چارک یا حدود نیم متر می شود، پس ۴۰ ذراع ۲۰ متر می شود. برخی از فقهاء در این معیار تردید کرده اند چون اگر خانه ها بزرگ باشد حدوداً یک خانه مصداق جیران می شود. و اگر هم خیلی بزرگ نباشد دو یا سه خانه را شامل می شود. در حالی که بعید است جیران فقط این مقدار باشد. در هر حال فقهاء اوائل معیارشان ۴۰ ذراع می باشد.

### قول دوم: چهل خانه

قول دوم این است که: جیران تا چهل خانه صدق می کند. با این حساب به قول برخی از فقهاء قریب زمان ما، ممکن است امروزه تا دو تا خیابان آنطرف تر هم جیران محسوب شوند.

### قول سوم: صدق عرفی

قول سوم این است که: صدق جیران عرفی است. بحث ۴۰ ذراع و ۴۰ دار و امثال آن نیست بلکه معیار صدق عرفی است. چرا؟ برای اینکه کلمات واقف مثل هر فرد دیگری لولا وجود قرینه ای خاص بر معنای عرفی اش حمل می شود.

## بررسی تفصیلی قول اول و مستندات آن

مرحوم شیخ مفید در کتاب مقنعه می فرماید: «و إذا تصدق علی جیرانه أو اوصی لهم بشيء (که وصیت را هم ایشان داخل کرده است) و لم یسمهم بأسمائهم و لا میزهم من غیرهم بالصفات کان مصروفا الی من یلی داره الی اربعین ذراعا من اربعة جوانبها و لیس لمن بعد عن هذه المسافة شيء».<sup>۱</sup>

ایشان معیار را ۴۰ ذراع می دانند و مستندی هم برای قولشان ذکر نکرده اند.

مرحوم ابوالصلاح حلبی در کتاب الکافی فی الفقه می فرماید: «و إن تصدق علی جیرانه و لا یعین و لا علم قصده فهی علی من یلی داره من جمیع الجهات الی اربعین ذراعا».<sup>۲</sup>

مرحوم سلار در کتاب مراسم می فرماید: «من وقف علی جیرانه و لم یسم کان لمن یلی داره الی اربعین ذراعا من اربع جوانبها».<sup>۳</sup>

مرحوم شیخ طوسی در کتاب نهاییه می فرماید: «و إذا وقف الانسان شیئا علی جیرانه أو اوصی بشيء و لم یسمهم بأسمائهم و لا میزهم بصفاتهم کان مصروفا الی اربعین ذراعا من اربع جوانبها و لیس لمن بعد عن هذا الحد شيء».<sup>۴</sup>

مرحوم ابن براج در مهذب می فرماید: «فإن وقفه علی جیرانه و لم یذكرهم بأسمائهم و لا عینهم بصفاتهم کان جاریا علی من بین داره و بین دارهم اربعون ذراعا من اربع جوانبها و لم یکن لمن خرج عن هذا التحدید من الجیران فی ذلک شيء».<sup>۵</sup>

البته مرحوم علامه به این تعبیر کان جاریا علی من بین داره و بین دارهم اربعون ذراعا اشکال کرده اند که جیران خصوص کسی است که بین خانه واقف و خانه آنها چهل ذراع باشد می فرمایند ظاهر این عبارت این است که کمتر از ۴۰ ذراع نباشد لذا باید می گفتید «الی اربعین ذراعا». برخی نیز این اشکال را از ایشان نقل کرده اند.

<sup>۱</sup> المقنعة (للشيخ المفيد)؛ ص: ۶۵۳

<sup>۲</sup> الکافی فی الفقه؛ ص: ۳۲۶

<sup>۳</sup> المراسم العلویة و الأحکام النبویة؛ ص: ۱۹۸

<sup>۴</sup> النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی؛ ص: ۵۹۹

<sup>۵</sup> المهذب (لابن البراج)؛ ج ۲، ص: ۹۱

مرحوم ابن حمزه طوسی در کتاب وسیله می فرماید: «و إن قال علی العلویة ... و جیرانه علی الاطلاق الذین تكون داره من اربع جوانب الی اربعین ذراعا».<sup>۱</sup>

مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه فرموده: « و إذا وقف علی جیرانه و لم یسمهم کان ذلک علی من یلی داره من جمیع الجهات الی اربعین ذراعا بدلیل اجماع الطائفة ».<sup>۲</sup> مرحوم ابن زهره اولین کسی است که ادعا اجماع طائفه می کند. مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر می فرماید: « و إذا وقف الانسان شیئا علی جیرانه أو اوصی لهم بشیء و لم یسمهم باسمائهم و لا میزهم بصفاتهم کان ذلک مصروفا الی من یلی داره الی اربعین ذراعا من اربعة جوانبها ». بعد ایشان قیدی مهمی را بیان می کند که دیگران تصریح به خلافش می کنند، می فرمایند اگر در بین اینها تا اربعین ذراعا آدمهای نابابی باشند اینها داخل نیستند «الا من منع دین الواقف» مگر در میان اینها کسی باشد که دین واقف اینها را منع می کند «و شاهد حاله وفحوی قوله من الوقف علیه» که نمی خواهد به اینها وقف کند. مثلا فرض کنید یک یهودی یا بهائی اینجا هست. آیا می شود او را نیز اطعام کرد؟ ایشان نمی پذیرد. چون مرحوم ابن ادریس از کسانی است که در وقف بر کفار به صورت جزمی معتقد است وقف بر کفار و مانند آن با قصد قربت سازگار نیست؛ لذا می فرماید «علی ما حررنا فیما مضی. و لیس لمن بعد عن هذا الحد شیء».<sup>۳</sup>

مرحوم کیدری در إصباح الشیعة می فرماید: «و إذا وقف علی جیرانه و لم یسمهم کان ذلک علی من یلی داره من جمیع الجهات الی اربعین ذراعا».<sup>۴</sup>

ظاهرا اولین کسی که بحث عرف را مطرح می کند مرحوم محقق حلی در شرایع است. دیدیم از قرن چهارم تا قرن هفتم تمام مشاهیر از فقهاء قائل به چهل ذراع شدند و اگر کسی قائل به عرف نیز شده است ما از آن اطلاعی نداریم. اما مرحوم محقق در کتاب شرایع که تالیف قرن هفتم هجری است می فرماید: «و لو وقف علی الجیران رجع الی العرف» کبرای کلی این است که باید به عرف مراجعه کرد. بعد می فرماید: «و قیل لمن یلی داره الی اربعین ذراعا و هو حسن».<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> الوسيلة إلى نيل الفضيلة؛ ص: ۳۷۱

<sup>۲</sup> غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۹

<sup>۳</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، ص: ۱۶۳

<sup>۴</sup> إصباح الشيعة بمصباح الشريعة؛ ص: ۳۴۷

<sup>۵</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۱۶۹

ایشان این قول دوم را هم حسن می شمارد. اما ایشان در کتاب مختصر تعبیر وهو حسن را نیاورد، می گوید «و يرجع بالجیران الى العرف و قيل بمن یلی دارة الى اربعین ذراعا و قيل الى اربعین دارا و هو مطرح».<sup>۱</sup> این قول هم مطروح است. و نسبت به اربعین ذراع حسن نیز ندارد.

مرحوم فاضل آبی در کشف الرموز همین فرمایش مختصر النافع را بیان کرده و متن مختصر را معنا می کند و می فرماید: «و يرجع فی الجیران الى العرف و قيل هو من یلی دارة الى اربعین ذراعا و قيل الى اربعین دارا و هذا (یعنی این اربعین دارا) قول مستنده رواية عائشة عن النبی (البته عائشة در نسخه بدل کشف الرموز است) صلی الله علیه و آله أنه سأل عن حد الجوار فقال الى اربعین دارا».

محشی کتاب گفته است که ما روایت عائشه ای نیافتیم. روایتی است از پیامبر هست که ابن قدامه در مغنی آورده بنده فحص نکردم این مطلبی است که اینها گفته اند.

بعد صاحب کشف الرموز می فرماید: «و التحدید بالذراع للشیخین و السار و المتأخر و یریدون به اربعین ذراعا من کل جانب، و القول الاول (یعنی عرف) اختیار شیخنا. (چون صاحب کشف الرموز شاگرد محقق بوده است) و هو اشبه، لأن التحدید بالذراع و الدور لم یحده اهل اللغة، و الرواية بذلك من الآحاد قليلة الورد لا یحکم بها، و متی کان التحدید خالیا عن الشرع و اللغة یلزم المصیر الى العرف».<sup>۲</sup>

عجیب است مرحوم فاضل آبی وجه کلام محقق را این می داند که روایت مخالف از آحاد است در حالی که مرحوم محقق به روایت واحد عمل می کند و مانند مرحوم ابن ادریس نیست که بگوید که به روایات آحاد عمل نمی شود و به اجماع و قرائن قطعی و تواتر و مانند آن عمل کند. محقق به روایت صحیحه عمل می کند. در میان روایات نیز حدیث صحیحه هست، چطور ایشان «و الرواية بذلك من الآحاد قليلة الورد» اتفاقاً ۶ روایت وجود دارد که سه روایت را مرحوم صاحب وسائل در این باب نقل کرده، که هم در معانی الاخبار آمده و هم در جاهای دیگر. پس ممکن است در سند اشکال کنند ولی قليلة الورد نیست. آحادش هم باشد ایشان روایات صحیحه را عمل می کند.

<sup>۱</sup> المختصر النافع فی فقه الإمامية؛ ج ۱، ص: ۱۵۸

<sup>۲</sup> کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص: ۵۱

یحیی بن سعید در جامع للشرایع می فرماید: «فإن قال علی جیرانه فعلی من یلی داره الی اربعین ذراعا و روی الی اربعین دارا».<sup>۱</sup>

بقیه موارد هم همینطور است. پس به نظر می آید فقهاء اوائل تا قبل از محقق صاحب شرایع همه جار را به اربعین ذراعا معنا می کنند.

## بررسی تفصیلی قول دوم و مستندات آن

قول دوم همین است که به عرف رجوع کنیم. این مطلب در کلام صاحب کشف الرموز آمد و مستندش هم روشن است، هر کجا کلامی بیاید حمل بر معنای عرفی می شود مگر اینکه قرینه یا دلیل حاکمی وجود داشته باشد.

مکرر عرض کردیم که در این بحثها اصولا به دنبال روایت رفتن درست نیست. به این دلیل که ما به دنبال فهم حرف واقف هستیم. نمی خواهیم کلام شارع را بفهمیم تا دنبال معنای جیران در روایات بگردیم و آن را حاکم و مفسر لفظ وارد در شرع بدانیم و بگوئیم هر کجا شارع فرمود «جار» مراد کسی است که خانه اش تا اربعین ذراعا یا اربعین دار باشد. می خواهیم حرف واقف را بفهمیم. فهم حرف واقف چه ربطی دارد که ببینیم در روایت چه گفته اند.

هم مرحوم سید می فرماید و هم مرحوم آقای خوانساری در جامع المدارک تصریح می کنند که رفتن سراغ روایات ربطی به اینجا ندارد. آن کار برای ترتیب آثار شرعی است بر موضوعاتی که خود شارع در احکامش اخذ می کند. لذا نمی توانید برای ترتیب آثار شرعی بر مفاد لفظی که عرف به کار برده و برای تعیین مراد او از این لفظ به روایات رجوع کنید. راه تعیین مراد از این لفظ، مراجعه به عرف است، آنهایی هم که روایت را پذیرفته اند تخصیص نزده اند که اگر ما نفهمیدیم عرف چه می گوید بعد به روایات رجوع می کنیم.

البته نسبت به اینکه مفاد روایات قائل دارد یا نه، عده ای از فقهاء می گویند ۴۰ خانه قائل ندارد. اما از میان متاخرین مرحوم صاحب حدائق این نظر را پذیرفته است.<sup>۲</sup> ولی باید از ایشان سؤال کنیم چطور شما در اینجا این روایت را پذیرفته اید؟ درست است که این روایت صحیح است و تمام آثار شرعی این معنا را هم باید بار کنیم. اما این در جایی است که

<sup>۱</sup> الجامع للشرائع؛ ص: ۳۷۱

<sup>۲</sup> الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۲، ص: ۲۱۰



خود شارع حکمی را بر جیران مترتب کرده باشد. اما جائی که واقف تأسیسی کرده، این تأسیس دائر مدار اراده و فهم او است، چطور بیائیم این را با معنایی که شارع از جیران کرده روشن کنیم؟!

پس بنابراین اصل این مطلب که برای فهم حرف واقف باید به عرف مراجعه کنیم کاملاً حرف صحیحی است. البته انصاف این است که ممکن است نظر عرف محدد نباشد و در همسایه بودن برخی از افراد شک کند که در این صورت باید به اصول عملیه مراجعه شود. لذا ما معتقدیم این مسائلی که مرحوم امام به تبع فقهاء در این جا مطرح کرده اند لازم نیست. نباید بحث کنند که مشغولین در نحف شامل چه کسانی می شود زیرا مجتهد مخاطب این وقف نیست. هر کسی که مخاطب این وقف است تشخیص او معیار است. بلکه اگر برای مخاطب وقف از حرف مجتهدی که اهل تدقیق است وثوق حاصل می شود می تواند عمل کنند نه از باب تعبد و اطلاعات رجوع جاهل به عالم.

### بررسی تفصیلی قول سوم و مستندات آن

اما قول سوم، چهل دار است. مستند این قول روایات است. برخی از این روایات در وسائل در کتاب الجهاد بحث العشرة باب ۹۰ جلد ۱۲ صفحه ۱۳۲ «باب أن حد الجوار الذی یستحب مراعاته اربعون داراً من کل جانب» آمده است. حال اینکه استحباب مراعات یعنی چه باید روشن شود. بحث ما در حکم وضعی است نه استحباب و تمام کسانی که به روایات تمسک کرده اند مرادشان لزوم است.

روایت اول: محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن جمیل بن دراج عن ابی جعفر علیه السلام قال: «حد الجوار اربعون داراً من کل جانب من بین یدیه و من خلفه و عن یمینہ و عن شمالہ».<sup>۱</sup>

روایت هم سندش خوب است و هم متنش روشن است. لذا در باب ترتیب آثار شرعی در هر جا که شارع در موضوعش «جار» را اخذ کند بدون شبهه جاری است، مگر اینکه معارض داشته باشد که فی الجمله ممکن است معارض داشته باشد. اما به درد بحث وقف ما نمی خورد.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۲، ص: ۱۳۲

روایت دوم: و عنه عن ابيه عن ابن ابي عمير عن معاوية بن عمار عن عمرو بن عكرمة عن ابي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله كل اربعين دارا جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله».<sup>۱</sup> باز هم اربعين دار شد.

روایت سوم: عن محمد بن ابي عمير عن معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له جعلت فداك ما حد الجار؟ قال اربعين دارا من كل جانب».

روایت چهارم: عن ابي عبدالله عن آبائه عليهم السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام: حريم المسجد اربعون ذراعا والجوار اربعون دارا من أربعة جوانبها.<sup>۲</sup>

در اینجا ایشان این ۴ روایت را آورده است. روایتها روشن هستند و هیچ مشکلی هم ندارند منتهی اشکالشان این است که ربطی به بحث وقف و وصیت هم و به طور کلی هر کجا که یک تأسیس عرفی است و مسئله دایر مدار این است که چه چیزی اراده شده است ندارد.

**سؤال:** شاید روایات نیز همان عرف را تعیین می کنند.

**جواب:** خیلی بعید است همسایه بودن تا چهل خانه متعارف باشد. آنهایی که می گویند ۴۰ ذراع می گویند دیگر بعدش حقی نیست یعنی فقط تا بیست متر. اینکه این روایات بر هم تطبیق شود نیز ممکن نیست چون ۴۰ تا خانه در ۲۰ متر یعنی هر کدام نیم متر و این معنا ندارد.

مرحوم محقق فرمودند این قول مطروح است و بالالتزام روایت را هم مطروح می دانند. عده ای از فقهاء هم می گویند مشهور از این روایات اعراض کرده اند چون نظر مشهور خلاف این است. ما اعراض مشهور را قاذح می دانیم، و عمل مشهور را هم جابر می دانیم. برخلاف مرحوم آقای خوئی که هیچکدام را قبول ندارد، و آقای وحید حفظه الله که قائل به تفصیل اند.

**سؤال:** مرحوم صاحب وسائل که مستحب دانستند.

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۲، ص: ۱۳۲

<sup>۲</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۲، ص: ۱۳۲

**جواب:** این استنباط خود صاحب وسائل است روایت که نگفته است. اتفاقا اگر ما باشیم و روایت باید به لزومش عمل کنیم.

نسبت به اینکه مرحوم محقق فرمودند این روایت مطروح است این نیز قابل تأمل است و لذا من جازمانه نمی گویم. چون این مطلبی که ما می گوئیم که اینجا جای رجوع به روایات نیست در ذهن آن بزرگان مانند مرحوم شیخ طوسی و مرحوم شیخ مفید نیز بوده است لذا عدم رجوعشان به این روایات نه از باب اعراض از عمل است، بلکه به خاطر این است که روایات در اینجا عمل ندارند.

توضیح اینکه ما سه قول داشتیم، قول اول قول اوائل از فقهاء بود، فقهای که ما معمولا به حرف شان در بحث اجماعات و شهرات - اگر شهرت را حجت دانستیم - عمل می کنیم اینها همه چیز دیگری گفته اند. کلام محقق هم شاید همین باشد، اینکه می گوید مطرح، یعنی روایت هم مطرح است. البته ایشان نگفته روایت مطرح است گفته قول سوم مطرح است، شاید بالاتزام معنایش این است که این روایت هم مطرح است. ولی فقهای تصریح کرده اند که مشهور فقهاء از این روایت اعراض کرده اند.

اگر اعراض محقق شده باشد به نظر من این حتما موهن است و معنایش این است که روایت حتی اگر صحیح باشد حتما نقصی در صدورش داشته که به آن عمل نکرده اند. لذا کبرای انقداح صحیح است. منتهی بحث مهمی که در اینجا وجود دارد به لحاظ صغروی است که آیا این مساله صغرای آن بحث اعراض هست؟ عرض ما این است که فقهاء اوائل بالصراحة نگفته اند که ما این روایات را قبول نداریم. فقط قول مطابق روایت را قائل نشده اند، برخی به عنوان «قیل» آورده اند ولی قائل نشده اند. حال اگر کسانی مانند شیخ طوسی و شیخ مفید و سلار و ابن ادریس این قول را نپذیرفتند معلوم نیست از باب اعراض باشد، شاید همین حرف ما را قائلند. یعنی در بحث وقفت علی جیران نباید برای فهم مراد از جیران به روایت مراجعه شود باید به عرف مراجعه شود و عرف زمانشان می گفته است بیست ذراع معیار است. البته نمی دانم این تطبیق درست است یا نه، ولی امکان داشته است که به روایات عمل نکرده اند چون محل عمل به روایات نمی دیده اند لذا عمل نکرده اند، پس اعراض محقق نیست.

نتیجه بحث این است که اعراض چه محقق باشد و چه نباشد این روایات به درد بحث ما نمی خورد. اگر اعراض محقق باشد روایت را از کار می اندازد. زیرا ظاهرا نمی توانیم قائل به تبعیض در سند به نحو حیثی باشیم. ممکن است برخی نسبت به اجزاء یک روایت یعنی یک سند نسبت به پنج مضمون تصویر کنند اما یک سند به دو حیث به این نحو که

از حیث دلالت بر وقف و غیر وقف تفاوت داشته باشد بعید می دانیم بتوان به آن قائل شد. لذا بحث از اعراض را کنار می گذاریم. اعراض چه باشد چه نباشد ربطی به بحث ما ندارد.

به نظر من در بحث جیران حق همین است که ما بگوئیم باید به عرف مراجعه کرد. لذا اگر عرف متغیر بود باید به همان متغیر عمل کرد. برخی به عرف واقف و موقوف علیهم تعبیر کرده اند لکن صحیح این است که باید به عرف واقف مراجعه کنیم، چون می خواهیم کشف اراده واقف کنیم لذا باید مراجعه کنیم به عرفی که واقف در آن عرف صحبت کرده و ببینیم آنها از حرف واقف چه می فهمند نه عرف زمان ما. مگر اینکه بتوانیم با استصحابهای قهقرائی این کار را انجام بدهیم، والا باید مراد از جیران را در عرف زمان واقف را بفهمیم.

پس از سه قول این قول اخذ می شود. مگر اینکه کسی آن اقوالی که خواندیم به اضافه ادعای نقل اجماع را برای تحقق اجماع کافی بداند که بسیار بعید است. چون این اجماع مخالف دارد، مرحوم محقق حلی و کثیری از فقهاء بعد از ایشان مخالفند با قول اول که نظر مرحوم شیخ طوسی و برخی دیگران بود. پس اجماع محقق نداریم. مگر اینکه کسی این اقوال را در اجماعات محصل دخیل نداند و گر نه اجماعی که شامل علمائی مانند مرحوم محقق و بعد از ایشان شود وجود ندارد. لذا اصل حرف همان می شود که باید در مفهوم جیران به عرف مراجعه کنیم.

این تمام الکلام در این مسئله.

بحث بعدی مسئله ۵۹ مسئله دشواری است، پنج فرع در مسئله ۵۹ قابل تمیز است دوستان مطالعه کنند تا جلسه بعد.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۵۹: تغییر در وقف	۲۶۵
فروع متعدد مسئله ۵۹	۲۶۶
مقصود از تمامیت وقف	۲۶۸
ادله عدم جواز تغییر در وقف	۲۷۰
دلیل اول: اجماع در مسئله	۲۷۰
دلیل دوم: روایات باب	۲۷۰
مشکل تمسک به اجماع در مقام	۲۷۲
مشکل تمسک به روایات در مقام	۲۷۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۵۹: تغییر در وقف

مسئله ۵۹ تحریر راجع به تغییر وقف در فروض مختلف است. فرموده اند: «لا اشکال فی انه بعد تمامية الوقف ليس للواقف التغير في الموقوف عليه بإخراج بعض من كان داخلا أو إدخال من كان خارجا إذا لم يشترط ذلك في ضمن عقد الوقف، و هل يصح ذلك إذا شرطه؟ لا يبعد عدم الجواز مطلقا لا ادخلا و لا اخراجا، فلو شرط ذلك بطل شرطه، بل الوقف على اشكال، و مثل ذلك لو شرط نقل الوقف من الموقوف عليهم الى من سيوجد. نعم لو وقف على جماعة الى أن يوجد من سيوجد و بعد ذلك كان الوقف على من سيوجد صح بلاشكال»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

## فروع متعدد مسئله ۵۹

در این مسئله فروع مختلفی بحث شده است:

اولین فرع این مسئله که به ظاهر سر راست تر است و مشکل کمتری دارد و نسبت به آن زودتر می شود تصمیم گرفت این است که: اگر وقفی تمام شد واقف حق تغییر موقوف علیهم را ندارد، البته همانطور که در اوائل مباحث وقف خواندیم تمامیت وقف به حصول صیغه با شرائط آن است. شرائط مختلفی را نیز بررسی کردیم مانند کیفیت القاء صیغه، قبض، که روشن شد قبض در وقف شرط صحت است نه شرط لزوم.

بنابراین اگر وقف با تمام شرائطش واقع شد و شرطی در ضمنش نبود مرحوم امام ره می فرماید بدون شبهه دیگر نمی توان هیچ تصرفی در آن نمود. نمی شود برخی را از وقف خارج کرد یا برخی را در وقف داخل کرد، مثلاً بعد از اینکه عینی را وقف بر علماء کرده و قبض هم شده و همه چیز تمام شده، بگوئید من این قسم از علماء را خارج کردم، یا اینکه گروه دیگری را با اینها داخل کند.

مستندات این فرع را بررسی خواهیم کرد حتی نقل اجماع بر این مطلب شده است اما مرحوم شیخ طوسی در کتاب نهاییه مطلبی دارند که ظاهراً خلاف این است.

فرع دوم، این است که اگر واقف در ضمن عقد وقف این تغییر را شرط کند چه حکمی پیدا می کند؟

شرط بر اساس متعلقش دو صورت دارد: صورت اول اینکه در عنوان وقف شرط کند اخراج بعض من کان داخلاً را. و صورت دوم این است که در عنوان شرط کند ورود برخی را، حال یا بالاطلاق یا به خصوص اولاد. باید فرض ادخال را از فرض اخراج جدا کنیم زیرا در این بحث اختلاف نظر فراوانی وجود دارد. با این دو فرع، مجموعاً تا اینجا سه فرع بیان شد.

فرع چهارم مسئله این است که: اگر واقفی چنین شرطی کند باطل است، بعد فرموده اند «بل الوقف علی اشکال». در اینکه آیا در صورت بطلان اشتراط، وقف هم باطل شود بحث است، عده ای از فقهاء قائل به بطلان وقفند.

فرع پنجم مسئله راجع به تمثیل در حکم به بطلان است در فرضی که واقف شرط نقل وقف از موقوف علیهم الی من سیوجد کند. اگر در وقفی که الان موقوف علیهمی دارد و واقف شرط کند زمام امور در اختیار خودش باشد به نحوی که بعداً بتواند وقف را از این موقوف علیهم به من سیوجد انتقال دهد. مانند اینکه اگر خداوند متعال به او اولادی عنایت

کند این وقف از این موقوف علیهم بگیرد و به آن اولاد بدهد. می فرمایند این هم شرطش باطل است و طبیعتاً وقفش هم علی اشکال

مرحوم امام یک صورت را استثناء کرده می فرمایند: اگر وقف بر جماعتی کند، و خود وقف را الی من سیوجد محدد کند اشکال ندارد. مثل اینکه وقف کند بر زید الی سنة ثم علی الفقراء. در بحث وقف علی من ینقرض این قسم از وقف را بررسی کردیم و گفتیم اگر واقعی بگوید این عین، وقف است علی زید الی سنة ثم علی المساکین اشکال ندارد. این حکم به نحوی از روایت خاصه هم استفاده می شد. در فرع ما نیز اگر از اول دائره وقف محدد باشد، به این صورت که وقف می کند بر این جماعت تا زمانی که آن افراد موجود شوند. اصلاً وقفش به این نحو است که غایت وقف بر اینها تا زمان حصول آنهاست و پس از آن، وقف بر این افراد جدید است. این نوع وقف، وقف منقطع هم نیست، فقط غایت زمانی موقوف علیهم بودن دسته اول تا آن زمانی است که سیوجد پدید بیایند. می فرمایند این وقف اشکالی ندارد. «نعم لو وقف علی جماعة الی أن یوجد من سیوجد و بعد ذلک کان الوقف علی من سیوجد صح بلا اشکال».

پس تفاوت این دو نوع این است که در صورت قبل واقف وقف می کند بر این جماعت و برای خودش این حق را قرار می دهد که بعداً بتواند وقف بر این جماعت را نقل دهد و برای دیگری قرار دهد. اما در اینجا از اول دائره موقوف علیهم را ضیق کرده و به آن صورت وقف کرده است. وقف کرده بر این جماعت تا این زمان ثم علی من سیوجد. پس موقوف علیهم را خودش از ابتدا محدد کرده نه اینکه با شرط بخواهد دائره را مضیق کند. حضرت امام ره می فرمایند با شرط نمی شود اما اینکه خودش محدد کند می شود.

لذا در جائی که وقف تمام است واضح است که حق نقل و انتقال ندارد، و حتی اگر شرط کند نیز به نظر ایشان هر دو قسمش باطل است و حق ندارد با شرط عده ای را وارد یا خارج کند.

مرحوم آقای خوئی در کتاب منهاج الصالحین، مانند مرحوم سید در کتاب وسیله و کتاب تحریر می فرمایند: «إذا تم الوقف لا يجوز للواقف ولا لغيره التبديل والتغيير في الموقوف عليه بنقله منهم الی غیرهم و اخراج بعضهم منه و ادخال اجنبی عنهم معهم إذا لم يشترط ذلك، اما إذا اشترط ادخال من شاء معهم فالظاهر صحته، و حينئذ إذا ادخل غیرهم معهم نفذ و إذا لم یدخل احدا الی أن مات بقی الوقف علی حاله الاولى».

اگر وقف تمام شد و شرطی نکرد دیگر نمی تواند آن را تغییر داد اما اگر در ضمن صیغه وقف شرط کند، وقف در اختیار او خواهد بود. لذا اگر گروه یا فردی را وارد کرد نافذ است و اگر هم کسی را داخل نکرد وقف بر همان حالت اول

خودش باقی است. «و إذا اشترط إخراج بعضهم فالظاهر صحته ایضا».<sup>۱</sup> این جمله ذیل، نظر آقای خوئی است که صحیح می داند مانند سید در تکمله عروه تصحیح می کند، یا مرحوم آخوند با یک تفصیلی تصحیح می کند، ولی مرحوم حکیم اشکال می کند، می فرماید: «و إذا اشترط إخراج بعضهم ففي صحته إشکال».<sup>۲</sup>

## مقصود از تمامیت وقف

قبل از بحث فرع اول نکته ای را باید توجه کنیم چون برخی شاید به این دقت نکرده اند که مقصود از تمامیت وقف یعنی وقف با شرائطش تمام شود. حال سؤال این است که: اگر واقعی در ضمن خود عقد وقف شرطی قرار داد، آیا این شرط، جزء ارکان یا متممات خود عقد قرار نمی گیرد؟

اینکه حضرت امام ره می فرمایند: فلو شرط ذلک بطل شرطه، به نظر من واضح است که به همین متن بالا برمی گردد، باید به این امر توجه نمود چون استدلالی که مرحوم آیت الله فاضل در حاشیه ذکر می کنند با این معنایی که از عبارت ارائه دادیم سازگاری ندارد. مرحوم امام در متن می فرمایند اشکالی نیست که بعد از تمامیت وقف، تغییری در آن نیست إذا لم یشرط ذلک فی ضمن عقد الوقف، تصریح می کند که به شرطی که این تغییر را در ضمن خود عقد وقف نیاورده باشد. مفهومی این است که اگر آورده باشد حکمش چیز دیگری می شود. یا این قدر متیقن است دیگر. بعد می فرمایند وهل یصح ذلک إذا شرطه، ظاهرش این است که در ضمن عقد وقف شرط کرده باشد. در این فرض مرحوم امام ره می فرمایند لا یبعد عدم الجواز مطلقاً.

این مطلب را برای این تاکید می کنیم چون مرحوم آیت الله فاضل در حاشیه این مسئله در مقام تعلیل اینکه چرا «لا یبعد عدم الجواز» می فرمایند وقتی وقف تمام شد اقتضائش عدم تغییر است حال آنکه با شرط خلاف مقتضای عقد در واقع دارید آن را تغییر می دهید. حال سؤال این است که اگر شرط در ظرف خود این عقد باشد آیا آن قید که شرط بعد از تمامیت عقد محقق شود محفوظ است؟ به می رسد نیست لذا ظاهراً اینجا اشتباهی رخ داده است. البته این استدلال مخصوص ایشان نیست، در طول تاریخ، بسیاری از فقها به این صورت استدلال کرده اند، منتهی همینطور جواب گرفته اند، که این، داخل در خود عقد است و شرط بعد تمامیت عقد نیست. لذا روشن نیست چرا ایشان بعد از این جواب واضح، دوباره به این صورت استدلال کرده اند. عبارت ایشان این است که فرموده اند: «فقد نفی البعد عن عدم الجواز مطلقاً لا ادخالاً و لا

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (للخوئی)؛ ج ۲، ص: ۲۴۶

<sup>۲</sup> منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)؛ ج ۲، ص: ۲۵۶/۲۵۷



اخراجا، و لعله لاجل كونه منافيا لمقتضى عقد الوقف الذى هو مشاركة الجميع و عدم مشاركة غيرهم. نعم لا مانع من ادخال البعض أو اخراجه فى نفس عقد الوقف». در حالی که در این صورت واقف در نفس عقد وقف این کار را انجام می دهد. بعد فرموده اند: «لأن مرجعه الى تضيق دائرة الموقوف عليه او توسعتهم، و اما الادخال أو الاخراج بعد التمامية كما هو المفروض فلا»<sup>۱</sup>.

سؤال ما این است که کما هو المفروض یعنی چه؟ اگر منظور صدر مسئله است حق با ایشان است. برای همین می گویم در مسئله باید دقتی کرد. صدر مسئله این است که: لا اشكال در اینکه بعد تمامية الوقف نمی شود تغییرداد إذا لم يشترط فى ضمن عقد الوقف. بعد می فرماید: و هل يصح ذلك إذا شرطه، این یعنی إذا شرطه فى ضمن عقد الوقف. اگر فرض، شرط ضمن عقد است چرا ایشان این تعلیل را آوردند؟ ظاهرا نتوانسته اند مستند این فرمایش امام را درست کنند، که البته دشوار هم هست، ایشان در مقام تعلیل می فرمایند چون این خلاف خود عقد است از باب اینکه بعد از تمامیت وقف است کما هو المفروض. کجا مفروض بعد از تمامیت است؟ فرض این است که در خود عقد وقف شرط کردیم، چطور می گوئیم بعد از تمامیت؟!

یک وقت عقد تمام شده یعنی صیغه را اجرا کردیم شرائط را دارد قبض هم دادیم و می خواهیم نسبت به این عقد شرط کنیم ادخال یا اخراج را، در این صورت این استدلال درست است. اما فرض مسئله این است که در خود عقد وقف می خواهیم شرط کنیم. دیگران هم همین بحث را کرده اند. ولذا عده ای پذیرفته اند و می گویند این خلاف مقتضای عقد نیست، چون شما در خود عقد آوردید، و آوردن در خود عقد مثل تضییق از اول است. تنها چیزی که اینجا می شود فرق گذاشت این است. پس این نحوه تعلیل به نظر درست نیست.

همچنین در جهت دوم کلام ایشان هم ملاحظه وجود دارد. مرحوم امام فرموده شرط که باطل است، بل الوقف على اشكال. ایشان می فرمایند: «فقد حكم ببطلان اصل الوقف على اشكال، ولعله لاجل ما ذكر من المنافات (با مقتضای وقف) و إن كان فساد الشرط لا يستلزم فساد العقد مطلقا». اگر لا يستلزم فساد العقد، چرا وقف باطل باشد؟ ما نفهمیدیم یعنی چی.

لذا اگر شرطی مخالف مقتضای عقد شد، چون مخالف است شرط باطل می شود. دو نظر در شرط فاسد بین فقهاء وجود دارد: قسمی می فرمایند شرط فاسد مفسد است و قسمی می فرمایند مفسد نیست. منشا فساد شرط مختلف است،

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و الذور، الکفارات، الصید، ص: ۶۵

یکوقت خلاف کتاب است، و وقت دیگر از باب خلاف مقتضای عقد است. حال اگر شرط خلاف مقتضای عقد فاسد شد چرا موجب بطلان وقف شود؟! لذا فرمودند علی اشکال و توجیهات مرحوم آقای فاضل در اینجا روشن نیست.

## ادله عدم جواز تغییر در وقف

نسبت به اصل عدم تغییر وقف بعد از اتمام آن، دو جور استدلال شده است:

### دلیل اول: اجماع در مسئله

اولا ادعای اجماع شده است. و کثیری از فقهاء اوائل تصریح کرده اند که وقتی وقف تمام شد دیگر نمی شود کسی را داخل کرد یا خارج کرد، و هیچ تغییری نمی شود داد. مانند مرحوم شیخ مفید در مقنعه (البته نکته ای در کلامشان وجود دارد که اشاره خواهیم کرد) یا مرحوم ابن زهره در غنیه که ایشان نقل اجماع هم بر این مطلب کرده اند.

### دلیل دوم: روایات باب

علاوه بر این اگر یاد دوستان باشد در بحث لزوم وقف، روایاتی را بررسی کردیم که اگر وقفی قبض نشد دیگر نمی شود کاری کرد و هو المیراث، یعنی وقف تمام نیست و به ارث ورثه می رسد. در برخی روایات به عتاقه تشبیه کردند، همانطوری که عتق، لله است و دیگر نمی شود از آن برگشت وقف را نیز نمی تواند برگرداند. همچنین این تعبیر وجود دارد که ما کان لله فله، چیزی که برای خدا بود دیگر برای خداست و نمی شود آن را بازگرداند.<sup>۱</sup> لذا روایات مختلفی به این معنا داشتیم که وقف وقتی تمام شد دیگر تمام است و هیچ تغییری در آن ممکن نیست؛ نه می توان آن را فسخ کرد و نه می توانیم حق خیار در آن قرار دهیم بالاجماع و غیره، و از این جهت نمی شود تغییر داد. یکی از ادله عدم تغییر می تواند این باشد که وقتی لازم شد شما باید به مقتضای این عقد عمل کنید، هر تغییری بدهید خلاف مقتضای آن است. وقتی لازم شد یعنی شما باید وفاء به آن کنید، لذا دیگر نمی توانید فسخش کنید. و اگر بعضی را خارج کنید وفاء نکرده اید.

لذا عده ای برای استدلال به اینکه چرا نمی شود گروهی را خارج کرد، می گویند چون این فسخ است و شما حق فسخ ندارید. حال ما نمی گوئیم این فسخ است، ما می گوئیم وفای به عقد نیست و شما باید وفاء به عقد کنید. لذا این مساله هم به لحاظ این مطلب روشن است و هم از باب اقوال فقهاء و هم از باب روایاتی که قبلا در بحث لزوم خواندیم.

<sup>۱</sup> ۵۵۸۷ و رَوَى مُوسَى بْنُ بَكْرٍ ۴ عَنِ الْحَكَمِ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع ... إِنَّمَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَمَا جُعِلَ لِلَّهِ فَلَا رَجْعَةَ فِيهِ لَهُ. مِنْ لَا يَحْضَرُهُ الْفَقِيه؛ ج ۴، ص:

مرحوم شیخ مفید در مقنعه فرموده: «و الوقوف فی الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، الا» این همان نکته ای است که گفتیم در کلام مقنعه است: «الا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معاونتهم و القرية الى الله بصلتهم، أو يكون تغير الشرط فی الوقف الى غيره ارد عليهم و انفع لهم من تركه على حاله».

این مطالبی که ایشان می فرماید، ممکن است کسی بگوید اگر برخی از آن شروط را قبول داشته باشد شرط عمومی است. مثلاً اگر گفتیم که بقائاً وقف باید به حالت قربت باقی باشد. لذا اگر مئونه کفار حربی باشد نمی توان آن را مئونه این افراد کرد، لذا اگر کسی که می خواهد جزو موقوف عليهم قرار گیرد کافر حربی باشد باید او را خارج کنیم. به یک معنایی شاید اصلاً بگوئیم که از عنوان موقوف عليهم به نحوی خارج می شود. چون لبا در موقوف عليهم این امور شرط است لذا وقتی طرف کافر حربی شد اگر وقف بر او را صحیح ندانستیم به خاطر آن است که اصلاً از عنوان بیرون رفته است. مثل اینکه شما وقف کنید بر اولادتان مادامی که مؤمن هستند، خب اگر فاسق شدند خارج می شوند. پس این مساله نیز از این قسم است و الا تغییر نیست. ایشان هم قبول دارد تغییر در وقف نمی شود داد الا اینطور، و این آلاها هم قابل حل است.

«و إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه (همان اقباضی که قبلاً بود) لم یجز له الرجوع فی شیء منه و لا تغییر شرائطه و لا نقله عن وجوه و سبله».<sup>۱</sup> که ایشان دوباره اینجا تصریح می کند.

ابوالصلاح هم در کافی می فرماید: «و یشرط ما شاء من مساواة فی المنافع بین اهلها أو تفضیل بعض علی بعض أو ترتیب الاعلی علی الادنی أو تساویهم، و یؤبدها و یحرم بیعها و نقلها عن جهاتها و تغییر شروطها، فإذا وقعت الصدقة علی هذا الوجه وجب امضائها علی شروطها و حرم تغییر شیء منها».<sup>۲</sup>

یا مانند مرحوم سلار و دیگران که همین نوع مطالب را آورده اند.

<sup>۱</sup> المقنعة (للشیخ المفید)؛ ص: ۶۵۲

<sup>۲</sup> الکافی فی الفقه؛ ص: ۳۲۵

## مشکل تمسک به اجماع در مقام

مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه ادعای اجماع می کند و می فرماید: «و يدل على صحة ما اعتبرنا من الشروط بعد اجماع الطائفة لا خلاف... إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف و لم يجز له الرجوع في الوقف و لا تغييره عن وجوهه و لا سبله الا على وجه نذكره بدليل الاجماع المشار اليه»<sup>۱</sup>.

و این اجماع را دیگران هم گفته اند.

تنها مشکلی که در این اجماع وجود دارد، عبارت مرحوم شیخ طوسی ره در کتاب نهاییه است. ایشان در نهاییه عبارتی دارد در خصوص ولد که از آن فهمیده اند که واقف می تواند داخل کند در وقف ولد را که تحت وقف نبوده، و این قدری مشکل شده است.

متن را از عبارت مرحوم سید عروه می خوانم (چون عبارت شیخ را ضبط نکردم)، مرحوم سید می فرماید: «لا يجوز تغيير الوقف بالاخراج أو الادخال أو التثريك أو غير ذلك بدون الشرط في ضمن العقد. لكن عن الشيخ في النهاية أنه إذا وقف على اولاده الاصاغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الاولاد إن لم يشترط ذلك في العقد

اینجا تعبیر یشترط دارد. ولی ظاهراً این یشترط نه آن یشترط در عقد است، بلکه یعنی خارجاً بعد از تحقق وقف با آنها قرار بگذارد. یعنی ولو در ضمن عقد شرط نکرده، بعداً به آنها بگوید من این وقفی که برای شما قرار دادم اگر برای من اولادی پیدا شود آنها نیز شریکند. روایتی نیز وجود دارد که شاید فی الجمله این حکم از آن فهمیده شود که خواهد آمد.

بعد ایشان فرموده اند: «و عن القاضي موافقة بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين». مرحوم قاضی با یک قیدی قبول کرده، می گوید اگر در متن عقد قرینه و دلیلی نیاورده باشد و از اول گفته که فقط مخصوص به همین عده است، در این صورت دیگر نمی تواند وقف را عوض کند.

البته عبارت مرحوم شیخ در نهاییه خیلی خاص است، مخصوص وقف بر اصاغر است، آن هم تنها نسبت به فرزندان که به وجود می آید اجازه ضمیمه شدن می دهند در حالی که بحث ما خیلی عامتر است، بحث این است که اگر کسی بر عده ای وقف کند آیا می تواند بعضی از موقوف علیهم را خارج کند یا می تواند افرادی را وارد کند؟ پس مطلب مرحوم شیخ در نهاییه مورد خاصی است.

<sup>۱</sup> غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۸

بعد مرحوم سید می فرماید: «و تبعه علی هذا التفصیل صاحب المسالک». مرحوم شهید هم در مسالک این تفصیل را پسندیده است. «و استدل علی ما ذکره الشیخ بجملة من الاخبار».

ما نمی دانیم چرا مرحوم شیخ این را فرموده، ولی روایاتی مانند صحیحہ علی بن یقطین یا صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج و روایات دیگر وجود دارد که از آنها استفاده می شود که جائز است. از آن طرف همین علی بن یقطین روایت دیگری دارد که منع کرده است، روایت جمیل هست که آن هم منع کرده است. هر دو را باید با هم دید.

فعلا یکی از آن روایات این است: «کصحیح علی بن یقطین عن ابی الحسن علیه السلام: عن الرجل يتصدق علی بعض ولده بطرف من ماله ثم یبدوا له بعد ذلک أن یدخل معه غیره من ولده، قال علیه السلام لا بأس بذلک».

در این روایت عنوان صدقه است، ولی قبلا بیان شد که خیلی وقتها در روایات مقصود از صدقه همین وقف است. روایت می فرماید: فردی بخشی از مالش را وقف بر ولدش می کند، بعد به ذهنش می آید غیر از همین عده ای از اولاد که وقف بر آنها کرده، را نیز داخل کند، امام می فرماید لا بأس بذلک.

«و خبر محمد بن سهل عن الرضا علیه السلام عن الرجل يتصدق علی بعض ولده بطرف من ماله ثم یبدوا له بعد ذلک أن یدخل معه غیره من ولده، قال علیه السلام لا بأس به».

این روایت متنش با اولی خیلی قریب بود. اما صحیحہ ابن الحجاج فرق می کند.

«وصحیح ابن الحجاج عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یجعل لولده شیئا و هم صغار ثم یبدوا له أن یجعل معهم غیرهم من ولده، قال علیه السلام لا بأس».

و خبر علی بن جعفر علیه السلام عن رجل تصدق علی ولده بصدقة ثم ابدأ له أن یدخل غیره فیہ مع ولده، أ یصلح ذلک؟ قال نعم، یصنع الوالد بمال ولده ما احب، و الهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غیره». تعلیلی که امام علیه السلام در ذیل این روایت دارند، خب قدری شاید ظهور در چیز دیگری درست کند. چون ظاهر این است که این فرد تصدق یعنی وقف کرده است. لذا اگر این شخص الان تغییر بدهد، این تغییر فقط تغییر والد در ملک ولدش نیست، بلکه تغییر در وقف است. سؤال هم ظاهرا از این جهت است نه از باب تصرف در مال ولد. که البته آن هم یک موضوعی است، در روایات وارد شده است که انت و مالک لایبک.

این موضوعی است که نیاز به بحث دارد. اگر مقصود ملکیت باشد، مرحوم شیخ انصاری در مکاسب می فرماید از این فقه جدید لازم می آید. پس یا یک بحث اخلاقی است علی الظاهر، یا حمل می شود به یک وجوهی از شبهات حکمیه که مثلاً بگوئیم بدون اذن می تواند تصرف کند بعد جای آن بگذارد. و گرنه اینکه به صورت کلی بگوئیم مال فرزند مال خود پدر است برخلاف مسلمات فقه است. البته ربطی هم به بحث ما ندارد.

مقصود این است که ظاهراً سؤال از امام این بوده است که با وجود وقف آیا مجاز در تصرف است نه اینکه سؤال از این بوده است که من در ملک فرزندانم می توانم تصرف کنم یا نه، که آنوقت امام اینگونه جواب فرمودند.

این مجموعه چهار روایت بود که در آنها جواز تغییر وقف است، و در اینها شرط هم نیست. اگر کلام نهاییه را شما شرط بفهمید بحث دیگری است، ولی این عبارتی که نقل شده ذیلش تصریح دارد که وإن لم یشرط ذلك فی العقد.

**سؤال:** منظور این عبارت شیخ در نهاییه است: «فإن وقف علی ولده الموجدین و كانوا صغاراً ثم رزق بعد ذلك اولاداً جاز أن یدخلهم معهم فیه و لا یجوز له أن ینقله عنهم بالکلیة»<sup>۱</sup>.

**جواب:** این عبارت با آن عبارت سید فرق می کند. البته ممکن است این کلام و إن لم یشرط مال سید ماتن باشد اینهایی که متن را اصلاح کرده اند، اشتباهها در گیومه گذاشته اند. باید عبارت نهاییه را ببینیم. این اشکال که با وجود مخالفت اجماع تمام نیست را غیر مرحوم سید نیز بیان کرده اند. دیدم در کتب فقهاء قبل تر نیز آمده است. اگر عبارت نهاییه فقط این باشد حالا شاید از اطلاقش فهمیده اند. باید عبارت شیخ در نهاییه را ببینیم. عبارتی که مرحوم سید نقل می کند «جاز أن یشرط معهم من یتجدد له من الاولاد» بعید است مرحوم سید با این صراحت گفته باشد لکن عن الشیخ فی النهایة، ولی استنباط خودش باشد.

## مشکل تمسک به روایات در مقام

منتهی اشکال تمسک به این روایات در این بحث این است که هم روایات مخالف داریم و هم در طرف مقابل اصول کلی وقف وجود دارد. یعنی همان چیزهایی که در بحث لزوم بود و مسلماتی که اگر وقف تمام شد دیگر نمی شود آن را تغییر داد نیز وجود دارد. ایشان می فرماید: «و المشهور منعوا ذلك و اعرضوا عن هذه الاخبار». لازم است بحث شود که آیا این اخبار واقعا معرض عنه نزد اصحاب است؟ اگر اعراض محقق باشد، برای ما که اعراض مشهور را قاذح می دانیم

<sup>۱</sup> النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی؛ ص: ۵۹۶

اشکالی در این استدلال ایجاد می کند لکن باید ببینیم آیا اعراض واقعا وجود دارد؛ چون برخی از این کسانی که عمل نکرده اند روایت را توجیه می کنند.

می فرماید: اعرضوا عن هذه الاخبار عملا بمقتضى القاعدة (در باب وقف) و بصحيح آخر لابن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبينه لهم (از ابانه) أ له أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن ابانهم بصدقة؟ قال عليه السلام ليس له ذلك الا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له».

صحيحه دوم ابن يقطين از ابي الحسن عليه السلام می فرماید: که اگر شخصی وقف کرد ببعض ماله على بعض ولده، و يبينه لهم، ابان یعنی جدا کرد این را، جدا کرد ممکن است مقصود اقباض باشد که مرحوم سید می فرماید. می گوید اگر این وقف کرد و جدا هم کرد، یعنی به آنها هم داد. چون صرف جدا کردن وقف را تمام نمی کند. من اگر وقف کنم و جدا کنم پیش خودم بماند و اقباض نکنم، این وقف تمام نیست. يبينه لهم یعنی اقباض کرده باشد و وقف تمام است، در این صورت أ له أن يدخل معهم من ولده غيرهم، می شود از اولاد جدیدی که خدا به او می دهد اولاد دیگری را داخل کند. چون وقف بر بعض اولادش کرده بود یعنی بعضی از اولادش باقی مانده بودند، حالا بعض باقیمانده را می خواهد داخل کند، می تواند؟ بعد أن ابانهم بصدقة، بعد از اینکه وقف را برای آن گروه اول از بچه ها جدا کرده، آیا می تواند؟ می فرماید ليس له ذلك، نمی تواند. یعنی وقتی وقف تمام شد دیگر نمی تواند. مگر اینکه شرط کرده باشد که آن من ولد له، کسی که از اولاد برای او حاصل جزو موقوف عليهم شود فهو مثل من تصدق عليه باشد، مثل آن ولدهایی باشد که به آنها تصدق کرده است یعنی با شرط می شود، که بحث آتی ما است. پس بلاشرط را صحيحه صراحتا نفی کرده است. پس آخرش اگر آن روایت درست باشد و نقص دیگری نداشته باشد، می شود معارض با این روایت.

روایت دیگری موید است «المؤيد بخبر جميل: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يتصدق على ولده بصدقة و هم صغار أ له أن يرجع فيها؟ قال عليه السلام لا ، الصدقة لله».<sup>۱</sup> نمی شود برگردد صدقه برای خداست.

اگر یاد دوستان باشد، این از روایات اخذ قصد قربت در وقف بود، که الصدقة لله. بنابراین اگر ما در آن روایات نقصی نبینیم، باز هم نمی شود به آن استدلال کرد زیرا می شود معارض با این روایات.

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقى، ج ۱، ص: ۲۴۴/۲۴۵

غیر از صحیحہ اول ابن یقطین در خود این روایات نقصهایی هم هست. در صحیحہ ابن حجاج آمده فی الرجل يجعل لولده شیئا، نگفته وقف می کند، حتی صدقه هم ندارد که يتصدق لولده شیئا، دارد يجعل لولده شیئا. این از جهت دلالت انصافا مشکل دارد. اینکه اگر يجعل له بعد بنخواهد چیزی قرار بدهد. خب يجعل ممکن است مقصود این باشد که هبه کرده، حالا آیا می تواند در هبه شریک کند؟ ممکن است این باشد.

این روایت واقعا ظهوری در وقف ندارد. حالا در تصدق وجهی بود، چون ما قبلا گفتیم که صدقه خیلی وقتها معنایش وقف است، اما يجعل لولده وجهی ندارد. یا آن روایت علی بن جعفر که نعم يصنع الوالد بمال ولده ما احب و الهبة من الوالد بمنزلة الصدقة، وجهش روشن نیست، یعنی نه اینکه ما بخواهیم بگوئیم امام باید چیزی بگوید که وجهش برای ما روشن باشد. نه، چون تعلیل روشن نیست، ما ممکن است تشکیک کنیم که اصلا مقصود سؤال چه بوده است.

حالا دوستان روی این تأمل کنند تا فردا.

«الحمد لله رب العالمين».



## فهرست

۲۷۷	بررسی مجدد عبارت نهایی
۲۷۹	عدم جواز تغییر در وقف إذا لم یشرط
۲۸۱	عدم جواز تغییر در وقف بر فرض اشتراط
۲۸۲	بررسی تعلیل مرحوم سید در خلاف مقتضا نبودن
۲۸۴	پاسخ صحیح از اشکال خلاف مقتضا

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مجدد عبارت نهایی

در جلسه گذشته به این بحث رسیدیم که مرحوم سید صاحب عروه به مرحوم شیخ طوسی رحمه الله علیهما در کتاب نهایی عبارتی را نسبت داد که گفتیم نیاز به مراجعه دارد با مراجعه معلوم شد که نقل مرحوم سید دقیق نیست چون متن کتاب نهایی این است: «فإن وقف على ولده الموجودين و كانوا صغارا ثم رزق بعد ذلك اولادا جاز أن يدخلهم معهم فيه و لا يجوز له أن ينقله عنهم بالكلية اليهم».<sup>۱</sup> آن عباراتی که صاحب عروه نقل می فرمایند: «جاز ان یشرط معهم» یا «و إن لم یشرط ذلك في العقد»، در کتاب نهایی نیست. مگر توجیه کنیم که «یشرط معهم» یعنی خارجا با آنها قرار بگذارد. ولی بنده احتمال می دهم در عبارت کتاب تکمله اشتباه چاپی یا توسط نسخ صورت گرفته باشد، حال اگر دوستان نسخه دیگری دارند ببینند. ممکن است «يجوز أن یشرکهم معهم» باشد نه «یشرط معهم» باشد. سید اینجور نقل کرده است که: «و عن الشيخ فی النهاية أنه إذا وقف على اولاده الا صاغر جاز أن یشرط معهم من یتجدد له من الاولاد»<sup>۲</sup>، یشرط

<sup>۱</sup> النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۵۹۶

<sup>۲</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۴۴

معهم درست نیست، آن یشرک معهم است، یعنی افراد من یتجدد را با آنها شریک کند. عبارت «أن یشرط معهم» معنی ندارد خصوصاً بعد از آن بگوید «و إن لم یشرط ذلك فی العقد». مگر اینکه توجیه جلسه گذشته را بگوئیم که منظور از یشرط معهم یعنی خارجاً با آنها قرار بگذارد که هر فردی متولد شد موقوف علیهم باشد، در عقد شرط نکرده ولی خارجاً قرار بگذارد. توجیه به این نحو ممکن است لکن باز عبارت نهاییه این نیست.

مرحوم محقق حلی کتابی دارد بنام نکت النهایه که انصافاً کتاب خیلی خوبی است، نکته های خوبی را توضیح داده اند. در همین عبارت شیخ مرحوم محقق نکتی را بیان می کند می فرماید: «کیف یجوز له ذلك و الوقف قد خرج عن ملکه»، اگر کسی اشکال کند که چطور می شود واقفی که وقف علی ولده الموجدین کرده شرط الحاق دیگران را نیز نکرده است فرزنداناش نیز کانوا صغاراً ثم رزق بعد ذلك اولاداً جاز ان یدخلهم معهم فیه؟ چطور می شود در وقفی که بر موجدین شده و عقد نیز تمام شد بقیه را هم داخل در آن کند؟ مرحوم محقق پاسخ داده اند که «هذا الایراد صحیح». یعنی حرف شیخ ره اشکال دارد، «لکن الشیخ ره عول فی ذلك علی روایة عبدالله بن حجاج»<sup>۱</sup> که روایتها را دیروز خواندیم.

در صحیحہ علی بن یقطین تعبیر صدقه آمده اما در روایت عبدالله بن حجاج تعبیر جعل دارد، این نه وقف است نه صدقه، ممکن است یک عمل حقوقی غیر لازم باشد، مانند هبه غیر مقبوضه یا امثال آن.

مرحوم سید و عده ای از فقهاء وقتی صحیحہ علی بن یقطین را نقل می کنند روایت را دو تکه می کنند و می فرمایند صحیحہ اول و صحیحہ ثانی، در حالی که مجموع دو صحیحہ در کتاب تهذیب به صورت یک روایت وارد شده، یعنی دو عبارت در یک نقل آمده است. در روایت علی بن یقطین تعبیر «یُبَیِّنُه لَهم» دارد، ما این لفظ را «یُبَیِّن» (بدون تشدید) خواندیم و ظاهراً این نوع خوانش صحیح تر باشد، چون بعدش دارد که «بعد أن ابانهم بصدقة»، معنای «یُبَیِّنُه لَهم» این است که این شیء را برای آنها جدا کرد، از ماده أبان است. ولی بعضی از نسخی که این روایت را نقل کرده اند با تشدید آورده اند، «حتی یُبَیِّنُه لَهم»، یعنی بیان کرده برای آنها، این هم می شود، ولی به نظرم یبینه لهم بهتر است یعنی جدا کرده است، اگر ما گفتیم «ابانه» اقباض است یعنی به اقباض آنها درآورده و وقف بعد از اقباض تمام می شود.

<sup>۱</sup> نکت النهایه؛ ج ۳، ص: ۱۲۰

## عدم جواز تغییر در وقف إذا لم یشرط

بحث در اولین فرع مسئله بود یعنی اینکه آیا می شود افرادی را از وقف خارج کرد یا افرادی را داخل کرد در حالی که وقف تمام شده و شرطی هم در ضمن عقد مطرح نشده است؟ بیان شد که تغییر بعد از تمامیت وقف ممکن نیست، مجموع ادله مانند روایاتی که در بحث لزوم آمده است و بعضی از روایات دیگر مانند ذیل صحیحہ علی بن یقطین که صراحت داشت بیان شد. اما بررسی روایات مخالف مانند صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج<sup>۱</sup> و روایت جمیل و روایت محمد بن سهل عن ابیه: قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوا له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال عليه السلام لا بأس به<sup>۲</sup> و خبر علی بن جعفر<sup>۳</sup> باقی مانده است. در جلسه قبل دیدیم که همه این روایات این کار را تجویز کرده اند.

برخی از این روایات که سند درستی ندارد، مثل روایت علی بن جعفر و روایتی دیگر. اما دو تا صحیحہ داریم، یکی صحیحہ علی بن یقطین و دیگری صحیحہ ابن حجاج. منتهی دلالت روایت ابن حجاج مشکل داشت. مرحوم سید می فرماید این روایات علاوه بر اینکه برخی از آنها سند ندارد و برخی از آنها دلالت بر مطلب ندارد، با اشکال اعراض مشهور نیز روبه رو است.

می ماند روایت اول علی بن یقطین که هم صحیحہ است و هم تعبیر صدقه دارد، و دلیلی ندارد ما بی جهت رفع ید از این روایت کنیم. پس باید برویم سراغ رادع دیگری. اگر این قسمت را روایت مستقلی بدانیم باید قائل به تعارض دو روایت شویم و در غیر این صورت بگوئیم بین صدر و ذیل روایت تعارض وجود دارد. چون در ذیل که عده ای آن را روایت دوم علی بن یقطین دانسته اند آمده است: «عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبيته لهم» یا «بینه لهم» یعنی اختصاص داده و این مال را هم جدا می کند برای آنها «أله أن يدخل معهم من ولده غیرهم بعد أن ابانهم بصدقة» اینجا دیگر ابانهم متعلقش خود این ضمیر هم است، یعنی بعد از اینکه برای وقف، بعضی از این بچه را جدا کرد

۱- مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَجْعَلُ لِوَلَدِهِ شَيْئًا وَ هُمْ صِغَارٌ ثُمَّ يَبْدُو لَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ مِنْ وَلَدِهِ قَالَ لَا بَأْسَ. الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ۷، ص: ۳۱

۲ تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)؛ ج ۹؛ ص ۱۳۶

۳ ۱۲۹ و سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَصَدَّقَ عَلَى بَعْضِ وَلَدِهِ بِصَدَقَةٍ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ فِيهَا غَيْرُهُ مَعَ وَلَدِهِ أَمْ يَصْلُحُ ذَلِكَ لَهُ قَالَ يَصْنَعُ الْوَالِدُ بِمَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ وَ الْهَبَةُ مِنَ الْوَالِدِ بِمَنْزِلَةِ الصَّدَقَةِ. مسائل علي بن جعفر و مستدرکاتها؛ ص: ۱۳۳

آیا می تواند دیگری را داخل کند؟ «قال ليس له ذلك» امام می فرمایند حق ندارد این کار را کند، اگر وقف کرد بر بعضی از بچه ها و مال را جدا کرد، دیگر حق ندارد که دیگری را ملحق کند «الا أن يشترط أنه من ولد فهو مثل من تصدق عليه فذلك له»<sup>۱</sup>، مگر اینکه در خود این وقف شرط کند که اگر بچه هایی برایش حاصل شد آنها هم مثل همینها باشند. یعنی در خود وقف این مطلب را شرط کند. این روایت با اطلاق روایت اول یا با صدر روایت ناسازگار است.

همچنین با تعبیر روایت جمیل «قلت لابی عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على ولده بصدقة و هم صغار أ له أن يرجع فيها؟ قال لا، الصدقة لله»<sup>۲</sup>.

و نظیر این روایات در باب پنجم وقوف و صدقات که قبلا در بحث لزوم خواندیم مکرر آمده است. لذا ظاهرا در اصل این مطلب که وقف بعد از تمام قابل رجوع نیست هیچ تردیدی وجود ندارد. جز کلام مرحوم شیخ در نهاییه و ابن براج در المذهب که مفاد کلام شیخ را با تقیید می پذیرد، هیچ فقیه دیگری این حرف را نزده است. لذا بعضی ها می گویند اجماع محقق است. منتهی این اجماعات دیگر روی آن اساس حرف ما درست نمی شود، چون احتمال مدرکیتش هست، آن کبرایی هم که ما گفتیم که لو کان لبان چون یک امر مبتلا بهی هم هست دیگر اینجا نمی آید. چون بالاخره با آن اجماع مدعا مانند مرحوم شیخ و ابن براج مخالفت کردند، پس در اینجا نمی توانیم اجماع تعبدی درست کنیم. ولی نکته مهم این است که اعراض مشهور محقق شده است، حالا نسبت به روایت ابن حجاج که ما مشکلی نداریم، اما نسبت به صحیح اول علی بن یقطین که تصریح می کند که لا بأس که من یوجد از ولد را داخل کند علی الظاهر اعراض مشهور محقق شده است، بلکه به حدی است که در واقع عده ای گفته اند اجماع است، چون جز شیخ و ابن براج آن هم با یک قید، هیچ فقیه دیگری این حرف را نزده است. پس اعراض مشهور هست. و ما کبرای قادح بودن اعراض مشهور را قبول داریم. پس (به تعبیری) به صحیح اولی علی بن یقطین نمی شود عمل کرد.

به نظر می آید که علی الظاهر با توجه به قواعد عامه در باب وقف، و روایات که می فرمایند بعد القبض لازم می شود و حق تغییر نداریم، و روایات متعدد دیگر مثل همین صحیح ای که خواندیم، مشکلی در این بحث نیست که بدون شرط ما نمی توانیم کسی را داخل در وقف کنیم یا خارج از وقف کنیم. وقف باید به حال خودش باقی باشد. و روایاتی که

<sup>۱</sup> تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)؛ ج ۹؛ ص ۱۳۷

<sup>۲</sup> تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)؛ ج ۹؛ ص ۱۳۵

در وقف خواندیم که لا یوهب و لا یورث، یا حبس الاصل و سبل الثمرة همه اینها به نحوی دلالت می کند که ما نمی توانیم تغییری در وقف بدهیم.

بعضی ها هم خواسته اند به عموماتی مثل الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها تمسک کنند که آنهم درست نیست، برای اینکه فرض این است که وقف در اینجا واقع شده و شرطی هم در آن نشده است، لذا این روایت تأکید می کند که این وقف باید به اطلاق خودش صحیح باشد.

بنابراین علی الظاهر در این فرع اشکالی نیست.

### عدم جواز تغییر در وقف بر فرض اشتراط

بحث بعدی جواز تغییر در فرض اشتراط است. مرحوم امام ره فرمودند ما حق نداریم کسی را داخل در وقف کنیم یا کسی را خارج کنیم إذا لم یشرط ذلك فی ضمن عقد الوقف، و هل یصح ذلك إذا شرطه، آیا اگر شرط کرد می تواند این کار را انجام دهد؟

شرط دو نوع است: شرط اخراج، شرط ادخال این دو نوع شرط هم در اقوال فقهاء و هم در بعضی استدلالها فرق می کند، لذا لازم است هر یک به صورت مستقل بررسی شود. در شرط اخراج اگرچه اختلاف وجود دارد ولی ادعای اجماع شده است و تقریباً می شود گفت بیش از مشهور قائل هستند به اینکه ما حق اخراج نداریم حتی اگر شرط شده باشد.

در کتاب مفتاح الکرامة که شرح کتاب قواعد است در متن قواعد فرموده است: «ولو شرط اخراج من یرید بطل»، ایشان فرموده: «كما فی المبسوط و الشرائع و التذکرة و التحریر و الارشاد و التبصرة و الدروس و جامع المقاصد و الروض و المسالك و المفاتیح و هو قضية کلام السرائر و الجامع بل و التنقیح، و فی المبسوط أنه لا خلاف فی» که اگر حتی شرط کند اخراج من یرید را باطل است. «فظاهره نفیه بین المسلمین». چون در مبسوط عبارت به نحوی است که لا خلاف بین المسلمین از آن استفاده می شود. «و فی المسالك و المفاتیح الإجماع علیه و هو ظاهر الکفاية حیث نسبه الی الاصحاب، و فی السرائر الإجماع علی ما اقتضاه کلامه لأنه شرط مناف لمقتضى الوقف لأن بنائه علی اللزوم إذ هو بمنزلة اشتراط الخيار، و مع ذلك کله قال فی الکفاية فی اشکال نظرا الی الدلیل، و لعله اراد عمومات الباب و غیره». پس یک بحث اقوال فقهاء است، طبق این نقل مکرر فقهاء این را فرموده اند که شرط اخراج من یرید باطل است.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۵۲۱

باید توجه نمود که در این فرض، تعلیق بر من اراد کرده است لذا ممکن است اراده نیز نکند. تعلیق بر من اراد کرده است. لذا از سنخ وارد کردن کسی است که می خواهد اراده کند. و این غیر از دخول خود شخص یا اشخاصی در وقف است که بحثش را خواهیم کرد. فرق بسیاری است بین ادخال من یرید و بین دخول بعضی اشخاص که با شرط داخل شوند. بین این دو فرق واقعی وجود دارد. در جامع المقاصد توضیح این نکته آمده است که انشاءالله بحثش خواهد آمد.

این راجع به کلمات که در مسالک و مفاتیح ادعای اجماع نیز شده است.

منتهی با اینکه مرحوم سبزواری در کفایه طوری نقل می کند که ظاهرا می خواهد اجماع برای اصحاب درست کند، ولی اشکال می کند و می گوید نظرا الی الدلیل. که احتمالا مقصودشان وقوف و امثال اینها باشد، و رد اینکه خلاف مقتضای عقد است. مرحوم سید هم اینها را آورده و در مورد کلام صاحب کفایه میفرماید حق با ایشان است.

بنابراین یک بحث این است که آیا اگر ما شرط کنیم که اخراج من یرید به اختیار آقای واقف باشد که بعد از تمامیت وقف هر کسی را خواست بیرون کند اگر هم نخواست وقف به همین صورت باقی بماند، این خلاف مقتضای عقد است؟

### بررسی تعلیل مرحوم سید در خلاف مقتضا نبودن

مرحوم سید اشکال می کند که می گوید این خلاف مقتضای عقد نیست، بخاطر اینکه خود این شرط هم داخل در مقتضای عقد است.

عبارت ایشان این است که فرموده اند: «و کونه منافیا لمقتضی الوقف ممنوع إذ مع الشرط مقتضاه ذلک»<sup>۱</sup>.

و این استدلال عجیبی است، اولاً اگر اینطور باشد پس هیچ شرط مخالفی نداریم. تمام شروط دیگر هم وقتی در خود عقد داخل بشود می گوید خلاف مقتضای عقد معنا ندارد. این عبارت را که شما آوردید که إذ مع الشرط مقتضاه ذلک همه جا می آید، تمام مواردی را هم که شما شرط مخالف عقد شمردید از همین قسم است. در حالی که این حرف درست نیست، و تحلیلش هم به نحو اثباتی بدون اینکه بخواهیم نقض هم کنیم این است که: مقصود از خلاف مقتضای عقد یعنی عقدی مثل بیع عند العقلاء برای نقل و انتقال است. اگر شما ولو در خود همین عقد بیع که هنوز تمام نشده شرط کنید که نقل مال نشود، آیا می توانید؟ بگوئید بعثتک هذا بذاک بشرط ان لا یتنقل، ولو بگوئید با ملاحظه همین شرط عقد واقع شده. رابطه شرط و مشروط غیر از رابطه اجزاء و ارکان یک عقد است. این شرط اصلاً عقد را بی مفهوم می کند. چون ما عقدی

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۴۳

داریم که کارش جابجایی است و حقیقتش مبادله مال بمال است، جابجایی دو مال در حیث ملکیت است. اگر در خود عقد شرط شود که جابجایی نشود دیگر عقد بیع نیست.

پس ما نمی توانیم بطور کلی استدلال خلاف مقتضای عقد را اینطور باطل کنیم که خود این شرط هم جزء همین عقد است، و دیگر خلاف مقتضا نیست. مقتضیات عقود چه به لحاظ مقومات ماهوی و چه به لحاظ لوازمی که از آن جدا نمی شود مانند بحث جواز و عدم جواز تصرفات که ممکن است داخل در ماهیت بیع نباشد اما از لوازم عقد بیع باشد از اموری اند که با شرط خلاف قابل تغییر نیستند. اگر بیع محقق شود حتماً باید فی الجمله حق تصرف در ثمن را داشته باشد البته ممکن است با یک دلیل بیرونی بتوانیم تصرف استمراری را موقتاً یا در فروضی خاص، محدود کنیم ولی باید فی الجمله بایع بتوانند تصرف کند لذا اگر در ضمن معامله شرط شد که بایع هیچ تصرفی در آن نکند آیا چنین شرطی صحیح است؟ بنابر این گاهی شرط مخالف مقومات خود عقد است، گاهی مخالف مقتضیات لزومی عقد است که نباید از آن جدا شود. حال چه اموری که عقلائی است و شارع با امضاء آن را تایید کرده است چه اموری که به صورت تاسیسی آن را بیان کرده است. در مثل بیع و امور دیگر عقلائی است، عقلاء وقتی بیع می کنند ماهیتش را بر جابجایی ملک قرار می دهند، حالا شما شرط کنید که جابجا نشود خلاف مقتضای عقد نیست؟!.

**سؤال:** شرط فاسد است و از فساد شرط عقد هم باطل است؟

**جواب:** آن فرع دیگر است که امام ره هم فرمودند بل العقد علی اشکال فرع الان این است که این شرط باطل است چون خلاف مقتضای عقد است. من دیروز عبارت مرحوم آقای فاضل را خواندم و تعجب کردیم که مرحوم فاضل می گویند شرط فاسد مفسد نیست، ولی از باب خلاف مقتضای عقد باطل است. اینکه خلاف مقتضای عقد است خب شرط فاسد است چرا عقد فاسد باشد.

بحث این است که هل الشرط باطل ام لا، اما از چه باب باطل است، از باب اینکه خلاف مقتضای عقد است، اگر شرط از باب خلاف مقتضای عقد بودن باطل باشد معنایش این نیست که عقد باطل است. خلاف مقتضای عقد بودن یعنی شما حق ندارید چیزی را شرط کنید که خلاف مقتضای عقد باشد ولی معنایش این نیست که عقد باطل است، آن بحث دیگر است که شرط فاسد مفسد هست یا نه.

الان بحث ما با سید کبروی است. سید می فرماید وقتی این شرط به عقد ضمیمه می شود، با وجود این شرط دیگر خلاف مقتضای عقد نیست. می گوئیم این حرف غلط است. چون شرط خلاف مقتضای عقد در جاهائی است که خود عقد اقتضائاتی دارد و بین این موارد تفاوتی وجود ندارد پس بطور کلی نمی توانید بگوئید با وجود این شرط دیگر خلاف مقتضا

نیست. بلکه یک حرف دیگری وجود دارد که بگوئیم اصلاً این شرط خلاف مقتضای عقد ولو بدون شرط نیست. عرضم این است که خلاف مقتضای عقد یا وفق مقتضای عقد بودن را با خود عقد باید بسنجید نه با عقد به اضافه این شرط. این را حل کنیم بعد بحث دیگری کنیم که اصلاً چرا این شرط خلاف مقتضای عقد است؟ عقد وقف مگر چه اقتضائی کرده که این خلاف مقتضای عقد است؟! این حرف درست است.

### پاسخ صحیح از اشکال خلاف مقتضا

اول ما باید این مطلب را با مرحوم سید حل کنیم بعد برویم سراغ اصل بحث، با این استدلال مرحوم سید نمی تواند اشکال خلاف مقتضای عقد را جواب بدهد، ولی یک حرف دیگر هست که مستقیماً برویم سراغ این ادعا که میفرمایند اگر شرط کنیم اخراج من یرید را این شرط خلاف مقتضای عقد است. و ما می خواهیم بگوئیم اینکه این شرط خلاف مقتضای وقف هست حرف صحیحی است. چرا؟ برای اینکه ظاهر عقد وقف چه به اجماع و چه به روایاتی که ما داشتیم این است که وقتی که عقد وقف تمام شود دیگر نمی شود آن را عوض کرد.

**سؤال:** شرط ضمن عقدی که تمام نشد.

**جواب:** بلکه دیروز این بیان را کردیم حالا می خواهیم جواب بدهیم.

ما می گوئیم این عقد تمام شود، و عقد وقف با اقباض تمام می شود، حال اگر شرطی در ضمن این عقد کنید با اقباض، عقد وقف تمام شده در حالی که هنوز شرط را اعمال نکردید. عقد آنما هم که باشد صیغه اش خوانده شده و اقباض هم محقق شده لذا عقد وقف تمام شده است، حال شما می خواهید اخراج یک نفر از موقوف علیهم را اراده کنید در حالی که بعد از تمام شده عقد چه حقی دارید او را اخراج کنید؟

برگردیم به یک حرف دیگری: اصلاً وقف إذا تمّ یعنی إذا اقبض دیگر تمام می شود، و شما حق تغییر ندارید و لازم می شود. بحث لزوم که داشتیم یعنی قابل فسخ نیست، قابل تغییر نیست، لزوم دارد یعنی باید به آن وفاء کنید بعینه.

**سؤال:** وقف تحریر ملک نیست بلکه تحریر منافع است.

**جواب:** ما معتقدیم بعد از حصول وقف مال از ملک واقف خارج می شود. همانطور که در مباحث گذشته گفتیم دو نوع بحث در اینجا مطرح است، یکی ورود در ملک موقوف علیهم است و یکی خروج از ملک واقف. بحث دخول در ملک چند فرع بعد می آید، و البته آنجا خروج از ملک هم می آید. ما خروج از ملک را به تناسب بحث علی من ینقرض به تفصیل بحث کردیم که نهایتاً قائل شدیم که بلکه خروج از ملک صورت می گیرد از باب اجماع و بعضی ادله دیگر. خروج



از ملکش تمام است. حتی در آنجایی هم که تحریر باشد خروج از ملکش تمام است. بحث در این است که دخول در ملک کسی می شود یا نمی شود، که آن بحث دیگری است.

حالا عرض ما این است که (دخیل در بحث ما هم الان نیست) عقد وقف علی ما هی علیه لزوم دارد. الان شما وقف کردید برای یک عده ای، ولو شرط کردید که بعدا اخراج به اختیار شما باشد، خب بعد که این عقد تمام شد خود این عقد را شما می توانید به لحاظ وقفش عوض کنید؟ نمی توانید، پس شرط تغییر بعد، خلاف مقتضای عقد است. شما در همین عقد دارید شرط می کنید که من بعدا بتوانم تغییر بدهم. من می گویم بعد تمامیه الوقف شما حق ندارید عوض کنید.

**سؤال:** تمامیت وقف مشروط بود نه مطلق.

**جواب:** نه، تمامیه الوقف مشروط نیست.

**سؤال:** وقف را به گونه ای خواندم که من حق این کار را داشته باشم.

**جواب:** شما انشاء کردید، وقتی که تمام می شود دیگر نمی شود تغییرش داد بخاطر همان ادله لزوم، نمی شود آن را تغییر داد و باید به آن وفاء کرد.

**سؤال:** این حق برای من اثبات شده یا نشده؟

**جواب:** این اول کلام است. شما شرط کردید، اما چه چیزی را شرط کردید؟ تغییر وقف بعد تمامیه را. در حالی که حق نداشتید چون عموماتی که لزوم وقف را درست کرد می گوید بعدش شما نمی توانید تغییر بدهید. لزوم یعنی لا بیاع و لا یوهب. اگر شما شرط کردید که من بتوانم هبه کنم با لزوم نمی سازد، حالا بحث فروش وقف یا عود عند الحاجة را عده ای برای نقض طرح کردند، ولی به نظر من نقض نیست، درست است خلاف این استدلال است ولی می شود خروج بالتعبد. چون عده ای معتقدند همانطور که می شود شرط کنیم که عند الحاجة برگردانیم، که ما مفصل بحثش را قبلا کردیم، چون روایات خاص دارد و صحیحه هم در آن هست که عند الحاجة اگر شرط کردید برگردد برمی گردد به ملک. منتهی دو فرق وجود دارد، که در کلام مفتاح الکرامه و دیگران هست، ولی ما می گوئیم این فرع بالتعبد خارج می شود.

پس ما می گوئیم مقتضای عرفی و عقلانی وقف این است که لا بیاع و لا یوهب و لا یورث، تغییر پیدا نکند، اصلا مقتضای عرفی اش این است، روایات هم که همین را ثابت کرد، شما دارید شرط می کنید در ضمن عقد که من بعدا بتوانم کاری کنم که با همین لا بیاع و لا یوهب و لا یورث مخالف است.

**سؤال:** یک شرائط وقف داریم و یک شرائط موقوف علیه. اگر ما شرطی قرار دهیم که با مقتضای خود وقف ناسازگار بود بله ایراد دارد، ولی اگر شرطی که ناظر به شرائط موقوف علیهم باشد چه اشکالی دارد.

**جواب:** تغییر وقف جزء لوازم خود وقف است. شما اگر وقف را تغییر بدهید ولو از حیث اینکه تغییر بدهید در موقوف علیهم جائز نیست. این جزء خصوصیات خود وقف است.

**سؤال:** شرائط موقوف علیهم از شرائط وقف است؟

**جواب:** نه شرائط موقوف علیهم، تغییر وقف از حیث آنهاست. مثلاً اگر شما وقف کردید بر این بیست نفر، شرط هم نکرده باشید، بعد از تمامیت بگوئید دو نفر از این خارج کردم، این دخالت در چیست؟ در شرائط موقوف علیهم است؟ نخیر، در خود وقف تصرف می کنید. پس شما باید اول در غیر شرط را حل کنید. اگر وقف بر بیست نفر هست و شما دو نفر را اخراج کنید شما دارید تصرف می کنید در خود وقف.

**سؤال:** در مورد مصرف بحث نمی کنید؟

**جواب:** مصرف هم بحثش می آید. حالا فعلاً وقف بر جمعی است می خواهیم اینها را خارج کنیم.

یک فرع دیگر هم هست، که اشتباه بشود در مصرف، که آنها بحثهای دیگری است.

بحث این است که وقتی وقف تمام شد دیگر ادله لزوم، شامل آن می شود. ادله ای که می گوید تغییر نمی توانید بدهید مانند اینکه فرمود لیس له ذلک که بتواند ادراج کند.

**سؤال:** عموم روایت الوقوف را چکار می کنیم؟

**جواب:** ما که اطلاق الوقوف را قبول نداریم وقائیم اصلاً در مقام تصحیح وقوف نیست. بلکه می گوید وقفهایی که به ادله خودش صحیح است واقف در اخذ برخی شرائط در موقوف علیهم و غیره اختیار دارد. مثل اینکه بگوئیم با واقف است که بگوید من وقف کردم بر این افراد الی سنة ثم علی الفقراء. اینها را می تواند بگوید، اما نمی تواند تصحیح کند وقفی را که شک در اصل صحتش داریم. در جلسات سال گذشته به تفصیل بررسی کردیم که روایت اصلاً در مقام این جهت نیست.

**سؤال:** اینجا نهایت ادله عام وقف با ادله المؤمنون عند شروطهم تعارض می کند، چون ادله وقف می گوید وقف لازم است المؤمنون عند شروطهم می گوید شرطت درست است، اینها کدام مقدم می شود؟

**جواب:** اولاً شرط خلاف مقتضا که داخل در المومنون عند شروطهم نیست روایت شرطهای صحیح را می گیرد.

**سؤال:** شرط درست است، مخالف کتاب و سنت که نیست.

**جواب:** شرط خلاف مقتضای عقد هم باطل است.

از خصوصیات خود وقف این است که لا یباع و لا یوهب و لا یورث، تغییر پیدا نکند. عقلاء نهاد وقف را اصلاً برای همین قرار داده اند که این وقف تغییر نکند باقی باشد تا منافعش در بشود. در منافع برای همین است، یعنی وقف ثابت بماند در منافع شود. عقلاء هم همین را می گویند که وقف این است، امضاء هم که شده همینطور امضاء شده، روایات لزوم هم همین را می گوید. عبارت فقهای هم که تمسک می کنند همین را می گویند. بناء الوقف علی عدم تغییر به این امور است. در بحث خیار هم ما به آن اشاره می کنیم. چون اینجا عده ای گفته اند که الا این شرط مثل شرط خیار است، در حالی که به اجماع شرط خیار در وقف باطل است. لذا در آنجا نیز همین را گفته اند که بناء وقف اصلاً برای این است که باقی باشد و تغییر نکند. این نکته خیلی مهمی است. ممکن است بعضی عقود اینطور نباشد. نهاد وقف برای این است که یک چیزی باقی باشد لا یوهب و لا یورث باشد تا در منافع آن شود.

**سؤال:** مقتضای الزام وقف غیر از این مقتضایی است که می گوئید؟

**جواب:** مقتضا دو جور است، می شود مقتضای از باب مقوماتش باشد، یا مقتضایی باشد که لازم الرعایة است.

**سؤال:** یعنی الزام جزء مقوماتش هست؟

**جواب:** الزام را کار نداریم، می گوئیم تغییر نباید پیدا کند.

آنوقت یک وقف اینچنینی وقتی لازم می شود، ما ملزمیم به وفاء آن. ولی آن شرط می گوید شما این الزام را ندارید. شرط می گوید می توانی بعضی را اخراج کنی پس شرط خلاف مقتضای عقد می شود.

پس لب ادعا این است که این شرط خلاف مقتضای عقد است. مرحم سید آمدند کلیتاً درستش کنند که خلاف مقتضای عقد نیست، چون با لحاظ این شرط دیگر خلاف مقتضا نیست. گفتیم این سبک جواب غلط است. اما خود این مسئله با صرف نظر از استدلال صاحب عروه خلاف مقتضای عقد هست؟ می گوئیم بله خلاف مقتضای عقد است. چرا؟ چون عقد وقف اصلاً مبنی بر این است که بعد از تمام شدن تغییر پیدا نکند. وقف نهاد خاصی در میان عقلاء است. لذا شرط خیار هم به این دلیل باطل است چون خلاف مقتضای عقد است.

حالا راجع به این انشاء الله فردا بیشتر بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

خلاصه مطالب گذشته	۲۸۹
اجماع بر عدم جواز اشتراط	۲۸۹
عبارات موهم خلاف در متقدمین	۲۸۹
بررسی عبارت فقهاء	۲۹۰
ادله بطلان اشتراط	۲۹۲
۱- مخالفت اقتضای عقد	۲۹۲
۲- این شرط نوعی فسخ است	۲۹۳
جواب مرحوم سید	۲۹۳
جواب از بیان مرحوم سید	۲۹۳
نقض به عود عند الحاجة	۲۹۴
دو جواب از نقض	۲۹۴
۳- اعطاء سببیت سبب به دست واقف	۲۹۶
جواب از استدلال سوم	۲۹۷
ادله موافقین صحت اشتراط	۲۹۷
۱- تمسک به عمومات	۲۹۷
جواب از دلیل اول	۲۹۸
۲- برگشت شرط به نحوی تقیید و تحدید	۲۹۸
جواب از دلیل دوم	۲۹۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در فروعات متعدد مسئله ۵۹ کتاب تحریر الوسیله بود فرع اول این بود که بعد از تمامیت وقف، واقف حق ندارد افرادی را در موقوف علیهم داخل و یا خارج کند إذا لم یشرط ذلک فی ضمن عقد الوقف. فرع دوم مسئله این است که اگر شرط کند اخراج من یرید را آیا صحیح است؟

## اجماع بر عدم جواز اشتراط

همانطور که در جلسه گذشته بیان شد بر بطلان چنین شرطی علی الظاهر اجماع هم محصلش و هم منقولش وجود دارد، اگرچه مخالفینی را ذکر کرده اند منتهی در میان قدمات از فقهاء نیست، حتی در میان فقهاء متأخر مانند مرحوم محقق و علامه نیز مخالفی نقل نشده است. بله مرحوم سبزواری صاحب کفایه در این عدم جواز اشکال کرده و فرموده نظرا الی الدلیل،<sup>۱</sup> که مقصودشان از دلیل همان عموماتی مانند الوقوف و اطلاقات است که ادعا می شود. و مرحوم سید هم فرموده اند حق با ایشان است. منتهی این مخالفت ها در اجماع مدعا اخلاص ایجاد نمی کند چون مخالفین متعلق به زمان خیلی متأخر هستند اصولا هم در تحقق اجماع مورد اعتناء و قابل عنایت و هم در شکسته شدن اجماع، فقهاء اوائل تا متأخرینی مثل مرحوم محقق و علامه مهم است و از قدمات نقل خلاف نشده است و مخالفت های زمان های بعد خللی در اجماع وارد نمی کند و وجه حجیت اجماع که کاشفیت اجماع باشد.

## عبارات موهم خلاف در متقدمین

عباراتی در کلمات قدمات از فقهاء وجود دارد که ممکن است از این عبارات، استفاده جواز شود مثلا بعضی از قدمات می فرمایند که واقف می تواند شرطهایی را بیاورد و وقتی این شرطها را آورد دیگر بعد از آن نمی شود تغییر وقف بشرائطها داد. ممکن است کسی از اطلاق این موارد استفاده کند و بگوید این شروط ما نحن فیه را هم شامل می شود. ولی حق این است این تعبیر نیاز به تفسیر دارد، منظور از شرطهایی که آنها می گویند که گاهی مثالهایش را هم ذکر کرده اند، مثل شرط نحوه تقسیم یا شرط تقدیم یا شرط نسلا بعد نسل و امثال این نوع شروط را گفته اند نه شروطی مانند بیع الوقف یا شرط اخراج بعضی از موقوف علیهم. ما در جلسات قبل بعضی از این عبارات را خواندیم مانند مرحوم شیخ در کتاب المبسوط

<sup>۱</sup> کفایة الأحکام؛ ج ۲، ص: ۱۴

ادعای لا خلاف عندنا دارد، مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر می گوید اجماع داریم، و مرحوم شهید ثانی در مسالک نیز این اجماع را پذیرفته است. بعضی از عبارتی که ویژگی خاصی دارد را می خوانم

## بررسی عبارت فقهاء

مرحوم شیخ مفید در کتاب مقنعه می فرماید: «إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجوهه و سبله». این عبارت ذیل وضوح در ما نحن فيه دارد منتهی قبل از این عبارت، میفرماید نمی شود وقف را تغییر داد مگر افراد موقوف علیهم از تحت آن عناوین مورد وقف بیرون بروند یا اگر ما تغییر بدهیم منافعش بهتر می شود. «و الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و القربة إلى الله تعالى بصلتهم أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره أرد عليهم أنفع لهم من تركه على حاله»<sup>۱</sup>.

این عبارات صدر برای برخی اشکال ایجاد کرده در اینکه مقصود شیخ مفید چیست، و صاحب سرائر اینها را نقل می کند و رد می کند.

منتهی حق این است که برخی از قسمتهای کلام ایشان قابلیت توجیه دارد که بعضی از این توجیهات را عرض کردیم بعدا دیدم صاحب جواهر هم همین را فرموده است. در مثل ما يمنع الشرع من معونتهم و القربة إلى الله بصلتهم از باب این است که اینها قربت را لازم می دانند و باید مستمر باشد، اگر مورد به نحوی باشد که قصد قربت نشود کرد خودش خارج می شود. این مثل عناوین مأخوذه در وقف می شود که شخص از تحت عنوان بیرون برود.

عبارت ابی الصلاح را قبلا خواندیم دیگر نمی خوانم.

مرحوم شیخ در کتاب مبسوط عبارتی دارند که ظاهرش دال بر اجماع است، می فرماید: إذا وقف وقفا و شرط فيه أن يبيعه أي وقت شاء كان الوقف باطلا (که این راجع به بیع است)، لأنه خلاف مقتضاه، لأن الوقف لا يباع، و إن شرط أن يخرج من شاء منهم و يدخل في ذلك من شاء و أن يفضل بعضهم على بعض إن شاء أو يسوي بينهم إن شاء، كان ذلك كله باطلا لأنه شرط لنفسه التصرف فيما هو ملك لغيره، هذا بلا خلاف. و قد روی اصحابنا أنه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم.

<sup>۱</sup> المقنعة (للشيخ المفيد)؛ ص: ۶۵۲

روایت جواز ادخال را بعضی از اصحاب قبول کرده اند. و اما الاخراج و النقل فلا خلاف عندنا ایضا فیه<sup>۱</sup>، که این شرط جائز نیست.

همانطور که ملاحظه فرمودید مرحوم شیخ در کتاب مبسوط ادعای اجماع بر بطلان دارد گرچه در کتاب نهایی بدون شرط ادخال را (نه اخراج را) در یک صوری که ولد باشد و اصغر باشند و بعد ولد دیگر را بخواهد منضم کند، در این موضوع کاملاً خاص، ایشان بدون شرط هم پذیرفته است. و دیروز خواندیم عبارت محقق در نکت النهایه را، که توجیه می کند می گوید وجهش تمسک به صحیحہ عبدالرحمن بن حجاج است، منتهی محقق می گوید از اینها اعراض شده نمی شود به آنها عمل کرد، یا اینکه حملش می کنیم، چون تعبیر یجعل فیها دارد، ندارد صدقه است.

مرحوم ابن ادریس هم در سرائر ادعای اجماع می کند، ایشان بعد از نقل کلام شیخ مفید که بعضی از تغییرات را پذیرفتند مثل جایی که از قصد قربت بیرون برود یا تغییر ارد و انفع باشد، کلام ایشان را قبول نکرده اند، می فرمایند: «والذی یقتضیه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقبیضه لا یجوز الرجوع فیه و لا تغییره عن وجوه و سبله و لا بیعه سواء کان بیعه ادرّ علیهم ام لا. و سواء اخربه الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة من سلطان و غیره أو یحصل بحیث لا یجدی نفعاً، لأننا قد اتفقنا جميعاً علی أنه وقف و أنه لا یجوز حله و لا تغییره عن وجوه و سبله، فمن ادعی غیر ذلک فقد ادعی حکماً شرعياً یحتاج فی اثباته الی دلیل شرعی»<sup>۲</sup>.

پس ایشان هم تعبیر یقتضیه مذهبنا، یا تعبیر قد اتفقنا جميعاً علی أنه وقف و لا یجوز تغییره دارد.

عرض ما این است که در میان این فقهاء فقیه که به صراحت بگوید اگر واقفی شرط اخراج من یرید کند درست است نداریم. بله عبارتهایی در برخی کلمات پیدا می شود که اگر کسی شرط کند می شود به شرطش عمل شود، نه شرط اخراج، بعد مثال می زنند به کیفیت مصرف و اینها. بنابراین عبارتشان اطلاقی ندارد که بخواهیم از آن خلاف این اجماع را بفهمیم.

پس می شود گفت اینکه وقف را نمی شود تغییر داد و نمی شود شرط اخراج کرد هم اجماع محصل و هم اجماع منقول وجود دارد.

<sup>۱</sup> المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۳، ص: ۳۰۰

<sup>۲</sup> السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص: ۱۵۳

**سؤال:** اینها واقعا اجماع بوده اند یا لاخلاف؟

**جواب:** تعابیر مانند یقتضیه مذهبنا، یا قد اتفقنا، بلا خلاف نیست.

**سؤال:** عبارت شیخ لا خلاف عندنا است.

**جواب:** بعید نیست بلاخلاف عندنا واقعا اجماع باشد، چون محل ابتلاء بوده بحث می شده، اینطور نبوده که از باب سکوت مطلق بگوید لا خلاف عندنا. مسئله مطروحه ای بوده است. علاوه بر اینکه ایشان می گوید یقتضیه مذهبنا یا قد اتفقنا، اینها را نمی توانیم بگوئیم از باب عدم ذکر و سکوت مطلق است.

## ادله بطلان اشتراط

حال دلیل بر این بطلان چیست؟

## ۱- مخالفت اقتضای عقد

علاوه بر اجماع دلائل مختلفی بیان شده، جلسه گذشته یکی از ادله که شاید قوی ترین آنها بود بیان شد، که گفتن این شرط خلاف مقتضای عقد است. مرحوم سید به این دلیل پاسخ دادند که گفتیم پاسخشان صحیح نیست. ایشان با یک عبارت کلی فرمودند که عقد به اضافه این شرط دیگر خلاف اقتضای نمی شود، که در جواب نقضی گفتیم در همه شروط ولو در شروطی که بطلانش مسلم است مثل شرط بیع و امثال آن این استدلال شما می آید در حالی که مسلما شما در آن موارد نمی پذیرید.

و جواب حلش این بود که ما اقتضائات عقد را باید سوای این شرط تشخیص بدهیم. تشخیص چگونه است؟ یا با مراجعه به عقلاء در اموری که امضائی است و یا با مراجعه به ظواهر شرع است. و در باب وقف واقعا همینطور است، هم بناء عقلائی اش این است و هم بناء شرعی اش این است که این وقف یک چیز ثابتی بماند و تغییر نکند. اگر شما این وقف را به اراده خود آقای واقف معلق کنید که هر وقف خواست کسی را داخل کند یا خارج کند یا تغییر بدهد یا خیار فسخ داشته باشد که حالا بعدا عرض می کنم، این اصلا فائده ای ندارد، این چه جور وقفی است؟ این مسلما خلاف اقتضای وقف است.

پس علاوه بر اجماعی که به نظر می آید منقولا و محصلا قابل تحصیل است، این هم یک استدلالی بود که مطرح شد و رد مرحوم سید هم صحیح نیست.



## ۲- این شرط نوعی فسخ است

استدلال دیگری که در مقام مطرح است، (البته فعلا بحث اخراج است، چون بعضی از این استدلالها به درد ادخال هم می خورد منتهی او را جداگانه بحث می کنیم چون بحث اجماعش و غیره فرق می کند): ادعا کرده اند که اگر شرط اراده اخراج بعضی از موقوف علیهم شرط قابل قبولی باشد این مثل فسخ بالنسبة الی الاشخاص است. اگر شما بپذیرید که واقف بتواند در وقف شرط کند که هر وقت خواست افرادی را از وقف بیرون کند، در واقع شما دارید لبا شرط خیار می کنید برای خودتان نسبت به این اشخاص که بتوانید نسبت به این اشخاص وقف را فسخ کنید. مثل اینکه وقف نسبت به بطونی یا بطنی ابطال شود. اگر یادتان باشد ممکن است واقفی وقف کند علی زید ثم بعده علی الفقراء، ممکن است آن علی زیدش بخاطر علتی باطل باشد، گفتیم این وقف منقطع الاول می شود یا اگر آخرش باطل باشد وقف منقطع الآخر می شود، مقصود این است که اگر این شرط را بپذیریم یک نوع قبول حق فسخ در وقف است نسبت به برخی که شما می گوئید خارج کنید. چون اگر وقف نسبت به او باقی باشد که حق اخراج او را ندارید. نمی توانید با وجود اینکه این داخل در موقوف علیهم هست شما بگوئید که من می توانم حکمش را نیاورم. پس شما باید نسبت به او حق داشته باشید که او را از وقف بیرون کنید تا به او منفعت را ندهید. و الا نمی توانید منفعت را از او منع کنید با وجود اینکه موقوف علیهم است. پس می گویند قبول این شرط بالمآل برمیگردد به جواز فسخ و بحث صحت شرط خیار. درحالی که فقهاء معتقدند اشتراط خیار در عقد بالاجماع ممنوع است.

## جواب مرحوم سید

مرحوم سید در پاسخ می فرماید آن شرط خیاری که ممنوع است این نوع نیست. آن اشتراط خیاری که ممنوع است این است که من حق فسخ داشته باشم برای برگرداندن مال به ملک خودم، اما اشتراط خیار که من حق فسخ داشته باشم که دو نفر را بیرون کنم چه کسی گفته ممنوع است.

## جواب از بیان مرحوم سید

این پاسخ به نظر ما صحیح نیست چون یکی از استدلالی که در بحث ممنوعیت اشتراط خیار می کنند اجماع است، و اجماع هم تقریباً اجماع محکمی است. گرچه بعضی از فقهاء از عبارت کتاب مبسوط و مانند آن میخواهند استفاده کنند که اگر شرط خیار شود حق خیار ثابت است. در حالی که مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می گوید ما هر چه فحص کردیم در مبسوط همچنین عبارتی وجود ندارد. ظاهراً در بحث ممنوعیت اشتراط خیار اجماع تمام است.

البته شاید مهمترین دلیلی که بر عدم جواز اشتراط خيار کرده اند همین خلاف مقتضای عقد بودن است. گفته اند شرط خيار برای واقف که بتواند فسخ کند بتواند رجوع کند خلاف مقتضای وقف است. بناء وقف بعد التمامية بر لزوم است. شما اگر اشتراط خيار کنید آنوقت دائما متزلزل است.

## نقض به عود عند الحاجة

برخی ها عدم جواز اشتراط را به اشتراط عود عند الحاجة نقض کرده اند، چون این را ما قبول داریم فقهاء هم قبول کرده اند.

## دو جواب از نقض

مرحوم صاحب مفتاح الكرامة یک جوابی می دهد و ما هم یک جوابی. جوابی که ایشان می دهد که درست هم هست این است که می گوید ما چنین شرطی را پذیرفتیم ولی تبدیل به حبس می شود. اگر عود عند الحاجة را شرط کرده، برمیگردد ولی از باب حبس می شود. و اینطور نیست که کلاً از ملک خارج شده باشد یعنی وقفی که کرده و می گوید عند الحاجة عود پیدا کند این لم یصح وقفاً لکن یصح حبساً الى مادام الحاجة، حبس می شود و حبس هم لازم است. نکته ایشان این است که حقیقت عقدش تبدیل شد به چیز دیگری که تا یک زمانی لازم است. اما اینکه ما یک وقفی داشته باشیم شرط خيار کنیم که از اول جائز باشد نقضش و رجوع در او، می گوید این واضح است که خلاف بناء وقف است. بنای وقف بر این است که این ملک، این زراعت و اموری که وقف شده باقی باشد و نشود تغییرش داد و فقط منافعش استفاده شود.

**سؤال:** عود در ظرف احتیاج است، وقتی احتیاج از بین برود دوباره همان وقف باقی باشد.

**جواب:** رجوع دوباره مالی که به ملک واقف در آمده دلیل می خواهد. بحث رجوع عند الحاجة را مفصل بیان کردیم که اگر مال برگشت، دوباره به وقفیت برنمی گردد و هو واضح.

پاسخ ما در صحت شرط عود عند الحاجة این است که وقف در این موارد به یک تعبد شرعی باقی است. تعبد دارند می گویند وقف هست یا حبس هست. ممکن است ما در آنجا این را بگوئیم. در آنجا عده ای قبول ندارند، مانند ظاهراً صاحب سرائر که می گوید ما قبول نداریم که عند الحاجة برگردد، ولی در عود عند الحاجة روایت صحیحه داریم، ما بالتعبد او را پذیرفتیم. مثل اینکه خلاف مقتضای عقد باشد ولی شارع بالتعبد بگوید من وقف در اینجا را قبول دارم خب بالتعبد باشد. این ربطی به بحث ما الان ندارد که ما می گوئیم خلاف مقتضای وقف هست یا نیست و به این جهت باطل است.

**سؤال:** این افراد تک تکشان رکن وقف هستند که اگر ما بعضی را خارج کنیم به اصل وقف ضربه بزنند؟

**جواب:** این را با دقت تکرار کردم، که بالنسبة اليهم وقف می شود. می گوید اگر شرط کردید اخراج من یرید را، شما بالنسبة الی این اشخاص وقف را فسخ کردید.

**سؤال:** مگر چند تا وقف است؟

**جواب:** این را هم فکر کرده بودم لذا مثال انقطاع اول و آخر را برای این عرض کردم. که وقف بعید نیست اینطور باشد که یک انحلالی داشته باشد، که ما سابقا آوردیم برخی از فروع کتاب مبسوط را که اینها انحلال را قبول دارند. مثلا اگر گفت نسلا بعد نسل الی کذا، اگر مثلا یک نسل مشکل دارد خب فقط همان باطل شود چرا بقیه وقفها باطل باشد، دلیلی بر بطلان وقف بالنسبة الی الباقي ندارد. مانند وقف علی زید الی سنة ثم علی الفقراء، و بر فرض زید عبد باشد نشود وقف بر او کرد، در اینجا وقف منقطع الاول می شود. وقف بالنسبه هم می شود که بگوئیم وقف بالنسبة در او رجوع شده و فسخ شده، اینطور نیست که وحدانی باشد و یا باید برای همه باشد و یا برای همه نباشد. این را می شود تصویر کرد.

**سؤال:** در اصل وقف اطلاق می شود که فسخ شده.

**جواب:** ما بحث این نداریم که اصل وقف فسخ شود. نسبت به این افراد فسخ شده است. می گوئیم کل فسخ وقف بعد قرارش ولو بالنسبه به هر کسی باشد باطلاقه ممنوع است. چرا؟ به دو دلیل: یکی اجماع، یکی هم اینکه خلاف مقتضای عقد است. وقف عقدی است که مبنی بر لزوم است، اینکه جائز باشد و به دست خودتان باشد که ولو نسبت به برخی این را فسخ کنید این خلاف مقتضای وقف است.

**سؤال:** شما اگر بگوئید انحلال است منقطع الاول می شود.

**جواب:** مثل وقف منقطع الاول می شود.

**سؤال:** تصریح می کند که انشائی محقق شده.

**جواب:** وقف که محقق شده، شما می خواهید با شرط نسبت به بعضی این را منحل کنید.

**سؤال:** مقتضای عقدی که مربوط به این بحث است شرط مقوم خود وقف است نه موقوف علیهم.

**جواب:** نگفتیم شرط مقوم وقف است. دیروز عرض کردیم اموری که مقتضای وقف را تشکیل می دهد بعضی مقوم هستند و برخی شرط لازم هستند. شرط خارج از مقوم است، مثلا شما در بیع اگر بگوئید بیع می کنم ولی منتقل نشود، خب انتقال جزء ماهیت بیع است و مقوم آن است. اما اگر بگوئید من بیع می کنم که او هیچ وقت حق تصرف نداشته باشد. حق تصرف از لوازم است، جزء ماهیت بیع که نیست. ماهیت بیع انتقال در ملک است، اما از لوازمش جواز تصرف است، شما

بگوئید مطلقاً حق تصرف در هیچ زمانی نداشته باشی. اگر محدود بگوئیم نداشته باشد خلاف مقتضای عقد هم نیست، اما اگر بگوئیم بالمره حق تصرف نداشته باشد این اشکال دارد. نه از باب اینکه خلاف مقوم عقد است، بلکه خلاف لازمه عقد است. یک لازم های است که نباید از آن عقد جدا شود. اینجا هم همینطور است، بحث لزوم وقف یک چیزی است که هم اجماعی است و هم مقتضای خود عقد وقف است، بنای وقف بر این است که باید باقی باشد و نشود تغییرش داد. اگر شرط شود در واقع لازمه اش را از بین برده اید.

عرض من این است که عبارتی که عده ای از فقهاء گفته اند در تعلیل اینکه چرا نمی توانیم اراده اخراج را به عنوان شرط صحیح در اینجا قبول کنیم، چون یتتهی الی خیار فسخ ولو بالنسبة آن بعضی که یرید اخراج. این به نظر می آید حرف درستی است. استدلال بر ممنوعیت شرط خیار هم مطلق است. اینطور که مرحوم سید فرموده، که این شرط خیار اشکال ندارد، آن شرط خیاری اشکال دارد که فسخ کند بگوید عود ملک به من بشود. در اطلاق اجماعات همچنین چیزی وجود ندارد. آنهایی که گفته اند اگر شرط رجوع کند شرط باطل است، یا عقد هم باطل است (البته این بحث آخری است که بعضی از همین قدمای فقهاء گفته اند وقف هم علاوه بر شرط باطل است) اینها نگفته اند که آن خیاری که شرطش باطل است خصوص آن شرط خیاری است که به ملک من برگردد. اینکه نیست. این را مطلق گفته اند. علاوه بر اینکه در همانجا استدلال می کنند که خلاف مقتضای عقد است. خب خلاف مقتضای عقد بودن فقط نسبت به آن شرط خیاری نیست که به ملک من برگردد. حالا ایشان قبول ندارد بحث دیگری است. آنهایی که استدلال کرده اند و گفته اند ممنوع است حرفشان این است، و درست هم می گویند، چه برای من برگردد و چه برای دیگری، رجوع در وقف علی الظاهر خلاف مقتضای عقد است.

### ۳- اعطاء سببیت سبب به دست واقف

عده ای استدلال سومی در مقام بیان کردند که اگر ما بپذیریم که این شرط اخراج من یرید الواقف درست باشد، لازمه اش این است که سببیه السبب را که کار شارع است به دست واقف داده ایم. چرا؟ چون به اراده او گذاشته ایم که سببیت وقف را در مورد چه کسی تمام کند و در مورد چه کسی تمام نکند.

این استدلال در کتاب جواهر هست، در جاهای دیگر هم هست.

## جواب از استدلال سوم

مرحوم سید می فرماید این استدلال صحیح نیست. معنای اینکه این شرط را ما قبول کنیم این نیست که سببیت سبب دست ما باشد. ولذا در اشتراط خيار در بيع مگر کسی این را گفته است؟ ما اگر در عقد بيع خيار فسخ را شرط کنیم، آیا کسی در آنجا گفته است که پس سببیت سبب دست ما است؟ شرط خيار را هم قبول کرده اند که من حق فسخ داشته باشم، کسی هم نگفته است که لازمه این حرف این است که سببیت السبب که کار شارع است دست آقای بايع که شرط کرده است باشد. اینجا هم همین است. می گوید فرقی نمی کند.

این کلام حق است. منتهی یک بیانی دارد در فرمایش مرحوم آخوند که انشاءالله آنجا عرض می کنیم. ظاهرا این حرف درست است که معنایش سببیت السبب نیست.

ما استدلال خلاف مقتضای عقد بودن را پذیرفتیم چون شما شرطی کردید خلاف مقتضای عقد. نه اینکه سببیت سبب را دست شما داده ایم که بگوئیم از این جهت باطل است. همچنین چیزی از آن در نمی آید.

در واقع تا اینجا برای منع علاوه بر اجماع سه استدلال بیان شد. مرحوم سید بعضی را رد کرده است. ولی به نظر ما از این سه استدلال اقلا دو استدلالش صحیح است، هم استدلال به ممنوعیت اشتراط فسخ و شرط خيار در وقف و هم خلاف مقتضای عقد بودنش، اما بحث اجماع. بنظر ما اجماع واقعا تمام است. مرحوم سید اول بحث از مسالك نقل می کند که هذا عندنا موضع وفاق. بعد هم که می خواهد نظر بدهد می گوید بل الاقوى الصحة إن لم یکن اجماع. سید بالصراحة نمی گوید اجماع نیست. و ظاهرا اجماع هم محصلش و هم منقولش وجود دارد. و مخالفت مثل محقق سبزواری و بعدش قادح نیست.

## ادله موافقین صحت اشتراط

برای صحت چنین اشتراطی دلائلی بیان شده

## ۱- تمسک به عمومات

استدلال اول تمسک به عمومات مانند الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها .

## جواب از دلیل اول

ما مکرر عرض کردیم الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها اصلا ربطی به تشریع اسباب ندارد. مقصود این است وقفی که با سببها تشریع شده و تصحیح شده، آقای واقف می تواند یک شرائطی را در بعضی قسمتهایی قرار دهد، مثل تقدیم و تأخیر یا اینکه زمان و امد را تعیین کند که مثلا وقف باشد تا یک سال برای فلانی و بعدا مال فقراء، و امثال این نوع شرائط. اما اینکه اصل وقف را با الوقوف تصحیح کند این معنا ندارد. چون مفروض در الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، وقفهایی است که صحت و تشریعش تمام است به لحاظ اخذ بعضی شرائط خاص می شود تمسک به الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها شود، نه شرائطی که به اصل تصحیح وقف برمیگردد.

## ۲- برگشت شرط به نحوی تقیید و تحدید

استدلال دوم برای صحت که در کلمات عده از فقهاء مانند صاحب جواهر نیز آمده ولی چون مرحوم سید استدلال ها را در یکجا جمع کرده از ایشان نقل می کنم ایشان می فرماید: طریق دیگر برای تصحیح این است که بگوئیم مرجع شرط به یک نوع تقیید و تحدید برمیگردد. اینجا دوستان دقت کنند بحث دشواری است چون کلا نظیر این نوع استدلال شده مبنای مرحوم آخوند در بحثی که خواهیم گفت. که مرجع این شرط به یک نوع تضییق و تحدید در وقف است مثل بقیه تحدیدهایی که در وقف است. آنوقت دیگر اصلا خروج به اختیار شخص واقف نیست بلکه تحت عنوان خودش هست. مثلا اگر شما می گفتید که من وقف کردم بر اولادم ماداموا فقراء، خب چی می شد؟ تا وقتی فقیرند تحت عنوان وقف می روند وقتی فقیر نیستند خارج می شوند. می گوید این شرطی که ما می کنیم یکجور تقیید این عنوان وقف است. بنابراین مادام که تحت این عنوان هستند وقف هست. اگر این آقای واقف خروج را اراده نکرده، تحت عنوان وقف باقی می ماند و اگر اراده خروج کرد از عنوان بیرون می رود. مثل آن مثال که ماداموا فقراء بودند تحت عنوان هستند اگر اغنیاء شدند بیرون می روند، این هم اگر اراده آقای واقف صورت گرفت بیرون می رود.

می فرماید: «مع أنه يمكن أن يقال إن مرجع الشرط المذكور إلى اشتراط عنوان في الموقوف عليه مثل ما إذا قال وقفت على اولادی الى أن یصیروا اغنیاء أو ماداموا فقراء»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۴۳

مطلب دیگری که ایشان می خواهد از آن کمک بگیرد این است که می گوید: شرط اخراج من یرید با شرط ادخال من یرید فرقی نمی کند. در حالی که در اشتراط ادخال من یرید خیلی ها قبول کرده اند، کثیری از فقهاء گفته اند این شرط صحیح و باید به آن عمل شود. و اگر شرط کرد که یک عده ای را در وقف داخل کند، گفته اند می شود و صحیح هم هست. ایشان می گوید اینها از یک وادی هستند، اشتراط اخراج من یرید مثل اشتراط ادخال من یرید است همانطور که آنجا اشکال ندارد اینجا هم اشکال ندارد.

## جواب از دلیل دوم

دلیل دوم مرحوم سید که فرمود شرط اخراج من یرید را برگردانیم به یک عنوانی در وقف بطوری که مادامی که لم یرید تحت عنوان هستند مثل فقراء در ماداموا فقراء، و وقتی اراده خروج از عنوان کرد بیرون می روند و مثل اغنیاء بشوند استدلال صحیحی نیست ما که نمی خواهیم صوری حل کنیم. این کاری که شما می کنید و فی الجمله مرحوم آخوند و عده ای از فقهاء مطرح کرده که بحثش می آید، به نظرم حل صوری است. نکته ای که در کلام مخالفین بود یعنی کسانی که مخالف صحت این شرط هستند، حرفشان این است که فرق است بین دخول تحت العنوان و بین ادخال تحت العنوان بارادة الواقف و الشخص. خیلی فرق بین این دو است. و عده ای از فقهاء به این فرق توجه کرده اند، مثل صاحب جامع المقاصد و دیگرانی که بالتبع این را قبول کرده اند. می گویند دخول من یکون تحت العنوان بوصفه این طبیعی است. شما می گوئید من وقف علی الاولاد کردم ماداموا فقراء، دخول اولادی تحت این عنوان وقتی متصف به فقر هستند، خب این درست است، این از همان شرائطی است که گفتیم واقف می تواند اخذ کند. اما اگر شما می خواهید ادخال من یرید اخراج را به این شکل می خواهید قرار بدهید، ممکن است او را هم یک جور شرطی صوری درست کنید، گوئی می گوئید وقف کرده است به این عنوان که مادام که لم یرید اخراج، فإذا اراد خارج بشود. درست است صوری درست کردید، ولی به اراده واقف معلق کردید. زمین تا آسمان فرق است معلق کردن به عنوانی که قهرا و تکوینا اموری داخل هستند و اموری خارج هستند، افرادی داخل می شود و افرادی خارج می شوند تکوینا، با معلق کردن به اراده واقف. وقتی شما به اراده واقف معلق می کنید، اختیار این وقف را به دست او داده اید که هر وقت می خواهد به هم بزند. در حالی که اگر گفتید وقف بر اولاد هست ماداموا فقراء از اختیار همه خارج است. نکته اصلا همین است. که وقف بنائش بر لزوم است فإذا تم لا یمکن تغییره که اجماع فقهاء هم بود. نکته اش هم این است که ماداموا فقراء منافات با این لزوم ندارد، با این وصف همیشه وقف لازم است و قابل تغییر هم نیست. اما اگر شما آمدید صوری معلق به وصف درست کردید ولی در واقع تعلیق بر اراده واقف باشد لزومی نمی ماند واقف هر وقت خواست می تواند عوضش می کند.

سؤال: اراده هم نوعی وصف است.

جواب: تعلق به اراده یعنی دیگر اصلاً لزوم معنا ندارد. وقتی شما هر آنی بلافاصله بعد الوقف هم می توانید اخراج کنید، چه فرقی کرد. یعنی کلاً این نحوه ارجاع یک ارجاع صوری است ولذا وجهی ندارد.

اما ادعای اینکه اخراج من یرید با ادخال من یرید فرقی ندارند این ادعا هم صحیح نیست انشاءالله فردا این بحث را انجام می دهیم.

«والحمد لله رب العالمین».



## فهرست

خلاصه مطالب گذشته	۳۰۱
بیان مرحوم آخوند در مقام و دفاع از صحت این شرط	۳۰۳
اشکال به مناقشه مرحوم آخوند در اجماع	۳۰۳
راه حل مرحوم آخوند برای تصحیح این شرط	۳۰۳
اشکالات فرمایش مرحوم آخوند	۳۰۴
بحث شرط ادخال من یرید	۳۰۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۵۹ کتاب تحریر الوسيلة بود مرحوم امام ره فرمودند زمانی که وقف تمام شد واقف به هیچ وجهی حق تغییر در آن را ندارد. فی المثل نمی تواند عده ای را از تحت وقف خارج یا داخل کند. و این عدم جواز تغییر وقف در صورتی است که شرط تغییر را در ضمن وقف نیاورده باشد «اذا لم يشترط ذلك في ضمن عقد الوقف». در ادامه وارد این فرع شدند که «و هل يصح ذلك إذا شرطه؟».

ما سه فرع در فرض شرط کردن واقف تصویر کردیم. فرع اول شرط اخراج بعض موقوف علیهم است فرع دوم شرط ادخال بعض موقوف علیهم است و فرع سوم انتقال از موقوف علیهم به دیگران است. و فرع دیگری هم که باید بحث کنیم این است که در صورت بطلان شرط آیا عقد وقف نیز باطل است یا نه؟

بحث در فرع اشتراط اخراج است. جلسه گذشته به تفصیل ادله مختلف بطلان را بررسی کردیم. اولین دلیل ادعای اجماع بود. به نظر ما این ادعا درست است. کلمات فقهاء اوائل تا زمان محقق و علامه متمرکز بر بطلان شرط اخراج من یرید است. بله برخی از متأخرین اشکال کرده اند و چنین شرطی را صحیح دانسته اند. مانند محقق سبزواری که می فرماید: «نظراً إلى الدلیل» و بعضی از فقهاء معاصر مانند مرحوم سید. ولی به نظر ما اجماع، تحصیلا و نقلا بر خلاف نظر آنها است. جلسه قبل عبارت کتاب مبسوط را خواندیم که دلالت روشنی بر اجماع بر بطلان چنین شرطی داشت.

دلایل دیگری نیز بر بطلان این شرط اقامه شده بود؛ مانند اینکه این شرط خلاف مقتضای عقد یا مساوق با شرط خیار است که این دلایل را نیز پذیرفتیم و اشکالاتی را که مرحوم صاحب عروه بیان کردند جواب دادیم.

لذا ما نظر مرحوم امام ره را که می فرماید شرط اخراج باطل است پذیرفتیم و از کلام ایشان دفاع کردیم اما در میان فقهای قریب عصر ما تقریباً عمده شان (تا جائی که دیدم البته فحوص تام نکرده ام) قائل به صحت هستند. مرحوم آقای حکیم در متن منهاج شرط ادخال را صحیح می داند و در مورد شرط اخراج می گوید علی اشکال.

مرحوم شهید صدر در تعلیقه این عبارت (ففی صحته اشکال) می فرماید: «و الاقرب الصحة بارجاعه الی تقييد فی الموقوف علیه».<sup>۱</sup> این همان تعلیلی است که مرحوم سید بیان کردند.

ولی عرض کردیم این حرف درست نیست. و فرق است بین اینکه بازگشت شرط ادخال را به این بدانیم که واقف شرط می کند دخول من یوجد یا دخول برخی دیگر را، که این اشکالی ندارد. چنین شرطی لبا به تقييد یا توسعه در موقوف علیهم ارجاع می شود و لذا ایرادی ندارد و مانند این است که واقف از ابتدا موقوف علیهم را به این صورت بیان کند.

اما اخراج من یرید اخراجه متفاوت است. فرق است بین اشتراط دخول من یدکر و بین شرط اخراج من یرید اخراجه، که یعنی امر اخراج و ادخال به دست خودش باشد به این صورت که وقتی وقف تمام شد واقف آزاد باشد که هر کسی را خواست از تحت وقف خارج کند. این حرف که دو مقام با هم فرقی ندارد درست نیست. ممکن است برخی بگویند شرط اخراج با بحث ادخال فرقی ندارد که بحث انشاء الله می آید، اما نمی توانند بگویند بین این دو قسم فرقی نیست. یعنی اشتراط خروج عده ای که لبش باز می گردد به تضییق دائره موقوف علیهم از اول تفاوتی ندارد با اشتراط اخراج من یرید اخراجه، که اگر نخواست خارج نکند و اگر خواست خارج کند. زیرا این شرط به این معنا است که وقتی وقف تمام شد و سیغه خوانده شد و قبض و اقباض هم صورت گرفت، تازه آقای واقف آزاد است هر فردی را می خواهد خارج کند و هر فردی را می خواهد خارج نکند. اشکال سر این است. این است که خلاف مقتضای عقد است. اینکه ما اینها را همسان کنیم و بگوئیم ارجاع به آن صورت می باشد، درست نیست.

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، ص: ۲۵۷

## بیان مرحوم آخوند در مقام و دفاع از صحت این شرط

از اینجا ما وارد بحث مرحوم آخوند می شویم. ایشان که محقق فطن و زیرکی است پس از دقت در این مطالب تحقیق خاصی دارند و پس از طرح اشکالات بطلان و جوابهای آنها و رد برخی و پذیرش برخی دیگر تفصیل عجیبی بیان می کنند و می فرمایند: «و التحقيق أن يقال أنه لا فرق بين الشرطين» بین شرط ادخال و اخراج هیچ فرقی نیست «لولا لم يكن اجماع عليه» اگر اجماعی نباشد «و لا اجماع لوجود الخلاف في كل منهما» چون هم در شرط ادخال و هم در شرط اخراج، مخالف وجود دارد.

## اشکال به مناقشه مرحوم آخوند در اجماع

اولین حرفی که ما به آن اشکال داریم نپذیرفتن اجماع است ظاهراً منظور مرحوم آخوند از مخالفت، مرحوم سبزواری است. و این حرف اصلاً درست نیست. دخول این علماء در اجماع اصلاً اثری ندارد. اجماعی که می توان آن را به عنوان حاکی از رأی معصوم حساب کرد اجماع فقهاء اوائل است، حتی بعضی در تأثیر اقوال متأخرینی مانند مرحوم محقق و علامه در تحقق اجماع تشکیک می کنند. اقوال موثر در تحقق اجماع اقوال متقدمین مانند علی بن بابویه قمی و ولدش مرحوم صدوق و ابن جنید اسکافی و شیخ مفید و ابو صلاح حلبی و سلار دیلمی و شیخ طوسی و ابن براج و ابن زهره تا ابن ادریس و قریب به آن است. ولی قول فقهای بعدی مثل محقق سبزواری که مربوط به قرن ۱۱ است اثری ندارد. بنابراین کلام مرحوم آخوند صحیح نیست که می فرماید لولا الاجماع این دو شرط یکی هستند و بعد هم می گوید اجماع هم نیست لوجود الخلاف در هر دو. بله کلام ایشان در شرط ادخال که اجماع نداریم حق است که بحثش می آید.

## راه حل مرحوم آخوند برای تصحیح این شرط

حالا بحث مهم ایشان این است که می فرمایند: «و إن الشرط فيهما (شرط در ادخال و اخراج) إن كان راجعاً الى دخول من اراد دخوله في ما اخذ في الموقوف عليه من العنوان و اندارجه تحته أو خروج من اراد خروجه منه بحسب ما اخذ فيه من القيود و الحدود بالاشتراط أو غيره من انحاء ما يفيد تقييده و تحدیده، كان الشرط فيهما كالوقف صحيحاً».

کلام ایشان مثل همان کلامی است که مرحوم سید هم داشت می فرماید اگر شرط برگردد به اخذ قیود در عنوان موقوف علیهم، كان الشرط فيهما كالوقف صحيحاً، هم شرط صحیح است و هم وقفش صحیح است. «و كان الدخول

کالخرج عند ارادته من مقتضیات الوقف لا منافیا له»، اگر ما شرط را به عنوان موقوف علیهم برگردانیم، دیگر اخراج من یرید اخراجه و ادخال من یرید ادخاله از مقتضیات خود عقد می شود. وقتی در عنوان موقوف علیهم مأخوذ است، از مقتضیات خود وقف می شود «لا منافیا له، ولم یکن بمنزلة الخيار الباطل» داخل در خود عنوان موقوف علیهم است چرا شبیه شرط خیار باطل باشد. «و ان كان راجعا الى جعل سلطنة له فی ادخال من لا ينطبق عليه عنوان الموقوف عليه اصلا فی الوقف و اخراج من ينطبق عليه عنوانه منه» ولی اگر برگردد به اینکه واقف برای خودش حق و سلطنتی قرار بدهد که کسانی را از تحت عنوان وقف خارج کند و کسانی که داخل تحت عنوان نیستند را داخل کند صحیح نیست. «بأن يكون امره بیده و تحت اختیاره فی ضم غیر الموقوف علیهم الیهم و تشریکه معهم فی الوقف و الانتفاع به» این نسبت به طرف ادخال، اما نسبت به اخراج می فرمایند «و استثناء بعضهم بأن لا یشاركهم فيه كان باطلا» اگر عنوان شامل می شود ولی می خواهد اینها را استثناء کند و بیرون کند، که اختیار را بدهد به دست خودش، به صورتی که سلطنت داشته باشد کسانی که عنوان وقف بر آنها صادق هست را استثناء کند و از موقوف علیهم بیرون کند در این صورت شرط باطل است. چون وقف لازم است. «للزوم الوقف بحيث لا یقبل التغير و التبديل "و من بدله فإنما اثمه علی الذین یبدلونه"»، البته این آیه راجع به وصیت است ولی در وقف هم می آید. «و بذلک یمکن التوفیق بین کلمات الاصحاب فی الباب و أن نظر کل من القائلین بالصحة أو البطلان الی غیر ما هو نظر الآخر. و من هنا ظهر ما هو التحقيق ایضا فیما لو شرط نقله»<sup>۱</sup> خب ایشان در التحقيق به این نتیجه رسیدن که یمکن التوفیق بین کلمات الاصحاب.

که به نظر ما این کلام نادرست است.

## اشکالات فرمایش مرحوم آخوند

ما حصل تحقیق ایشان این است که حتی در جائی که شرط اخراج من یرید اخراجه می کند اگر شرط را بازگردانید به عنوان مشکلی نیست. پس کلا فرق دو مسئله صوری محض می شود. واقف الان اخراج من یرید را شرط کرده است باید ببینیم بالاخره این شرط به چه چیزی بازگشت دارد؟ ایشان می فرماید هر چه باز گردد به عنوان موقوف علیهم اشکالی ندارد پاسخ می دهیم شرط هم مثل بقیه برمیگردد به عنوان، چرا برنگردد. لذا باید دقت کرد زیرا اشکال چیز دیگری است. اشکال ماهوی است نه صوری که ایشان بفرماید اگر برگردانیم به موقوف علیهم اصلا اشکالی نیست چون جزء ماهیت

<sup>۱</sup> کتاب فی الوقف (للاخوند)، ص: ۴۶

خود عقد است و عنوان موقوف علیهم است، و اخراج من یرید، جزء عنوان موقوف علیهم شده است لذا اگر واقف بعدا اراده اخراج برخی کند در واقع به عنوان موقوف علیهم عمل کرده است چون در آن نهفته بود و عنوانش این بود که مثلا اولاد و من اراد الواقف ادخاله یا من اراد الواقف اخراجه.

عرض ما این است که در اینجا خطائی رخ داده است. این ارجاعات نمی شود صوری باشد. بلکه آنجاهایی که ما می گوئیم ارجاع، از سنخ دخول و خروج است. یعنی شما شرط می کنید دخول یک عده ای را، این عین این است که از اول بگوئید اوقف علی ولدی و این پنج نفر. اینکه اشکالی ندارد. اما وقتی می گوید اوقف علی ولدی و من اردت ادخالهم یا ارید ادخالهم داستان فرق می کند، چون معلق کرده به اراده خودش. اشکال این است. لذا صاحب جامع المقاصد رد می کند کلام صاحب مسالک را که می گوید اینها یک کاسه اند و در بحث شرط ادخال تعلیلی می آورد که اصلا بناء وقف بر ادخال من یوجد است. و وقتی که در وقف شرط ادخال من یرید شده است این شرط که خیلی ضعیف تر از ادخال من یوجد است پس به اولویت اینجا ثابت است. مرحوم صاحب جامع المقاصد می گوید این خلط است. ادخال بر من یوجد، عنوان ثابتی است که تعلیق به اراده کسی ندارد، اما در ادخال من یرید دارد معلق به اراده می کند، این کاملا با ثبوت وقف ناسازگار است. نکته، یک بحث ماهوی واقعی است. ظاهر عقلاء و عبارات شارع که لا یوقف و لا یوهب و کذا و کذا، این است که نمی خواهند هیچ تغییری در وقف داده شود. این ادعا که تغییر داده نشود نمی خواهند بگویند صوری است، این صحیح نیست که ما یک عنوانی بیاوریم که خود وقف هر نوع تغییری را شامل شود. عقلاء و شارع می خواهند وقف تغییر پیدا نکند. در این صورت قیاس مع الفارق است. آنجایی که ما شرط می کنیم دخول عده ثابتی را مشکلی ندارد مانند اینکه وقف کنیم بر اولاد و اشتراط دخول علمای این مدرسه کنیم در این صورت مشکلی نیست و مانند این است که از اول علماء داخل در موقوف علیهم باشند. چه به صورت شرط بیان شود یا غیر شرط فرقی ندارد.

**سؤال:** آخوند هم همین مطلب را دارد بیان می کند ایشان که نگفت ظهور در دومی دارد.

**جواب:** ایشان قضاوت کرده و می فرماید می شود اخراج من یرید اخراجه برگردد به عنوان و اگر برگردد به عنوان اشکالی ندارد. اگر اخراج من یرید بشود قید بحیث که بعدا بتواند و مجاز باشد که اخراج کند اشکال ندارد. حالا عبارت را می خوانم من هم اول در ذهنم آمد ولی عبارت را بالا پائین کردم دیدم جا نگذاشته یک جوری گفته که یعنی اخراج من یرید. ایشان می فرمایند: «و ان الشرط فیهما ان کان راجعا الی دخول من اراد دخوله فیما اخذ فی الموقوف علیه من العنوان و اندارجه تحته أو خروج من اراد خروجه» در عنوان اخذ بشود، نه خروج یک عده خاصی، خروج من اراد خروجه را. بعد هم می گوید در این صورت به حسب ما اخذ من القیود «کان الشرط فیهما کالوقف صحیحا و کان

**الدخول كالخروج عند ارادته من مقتضيات الوقف.** می گوید وقتی تمام شد، بعدا اگر اراده کرد خروج را یا دخول را، دیگر این خروج و دخول عند الاراده از مقتضیات وقف است، چرا؟ چون در عنوان آورده است. ما می گوئیم شما دارید صوری بحث می کنید. نذر نکرده ایم که هر گاه باز گردد به عنوان درست می شود. اشکال چیز دیگری بود و آن اینکه وقف نباید تبدیل بشود ولو با این راهکاری که شما به کار بردید. وقف نباید تغییر کند، ولی شما دارید کاری می کنید که وقف با آن تغییر می کند، لذا اخذ این اراده در عنوان. فرقی نمی آورد.

بنابراین مدعای ما این است که بحث مقتضیات وقف صوری نیست، این است که این وقف وقتی تمام شد دیگر کسی دست در این وقف نبرد. شما می گوئید چون در عنوان اخذ شده من دستی در آن نبرده ام. می گوئیم دست نبردن شما صوری است، می گوئید چون در عنوان اخذ شده است من دستی در آن نبرده ام. می گوئیم این صوری محض است به اراده واقف معلق کردید، اگر شما این را هم نمی گفتید و می گفتید شرط خیار کرده مثل همین می شد، چه فرق می کند؟ اگر اینطور باشد شرط خیارش هم همینطور است.

**سؤال:** این حکومت در عنوان است؛ یعنی واقف اجازه دارد عنوان را بر کسی تطبیق کند یا از او بگیرد، این چه ایرادی دارد؟

**جواب:** بله ایشان هم همین را می گوید، ایرادش این است که ما می گوئیم بازگشت خلاف مقتضای وقف به یک امر واقعی است نه صوری، یعنی این وقف تغییر نکند و ورود و خروج افراد به اراده کسی هم معلق نباشد. ظاهرش این است.

**سؤال:** ما در جایی که عناوین را اعتباری بدانیم که قطعا این را می پذیریم. مثلا اگر وقف شود بر وکلاء.

**جواب:** حالا عناوین که اعتباری نیستند. عنوان وکیل که اعتباری نیست، عالم که اعتباری نیست، وکیل حقیقی هم اعتباری نیست کسی است که حق وکالت داشته باشد.

**سؤال:** اگر وقف کند بر هر کسی که فلانی تشخیص دهد.

**جواب:** آن هم همین اشکال را دارد.

**سؤال:** اگر وقف کند بر کسانی که در کنکور فلان قبول می شوند.

**جواب:** نه، کسانی که در کنکور قبول می شوند واقعی دارند هست یا نیست مثل بقیه است، اما اینکه بگوئیم ما منوط می کنیم این را به هر کس که فلانی میلش کشید داخل باشد یا خارج باشد به این صورت که هر کسی را او خواست داخل

در موقوف علیهم باشد صحیح نیست. ما یک وقفی کنیم بر علماء بعد هم بگوئیم به شرط اینکه فلانی هر کس را اراده کرد داخل شود یا خارج شود. این معنایش تغییر وقف است و صحیح نیست.

**سؤال:** آنها مصرف هستند.

**جواب:** نخیر. مصرف یک مطلب دیگری دارد. همه این حرفها روی این اساس است که وقف بحقیقت در مورد اینها ثابت باشد، یعنی موقوف علیهم باشند، مالک باشند لو قلنا بملک العین یا مالک منفعت بشوند لو قلنا. مصرف هیچکدام از اینها نیست.

**سؤال:** به صورت کبرای کلی می شود گفت؟

**جواب:** نه، اراده استثناء و ادخال و اخراج منظور است. اما اینکه ما وقف بر علماء کنیم مثلا و بگوئیم در مقام تشخیص در خارج ایکال کنید. خب شاید ناظر وقف یکی از کارهایش همین باشد. وقتی ناظر و متولی برای وقف قرار می دهیم داریم به احرازهای او اعتماد می کنیم. ظاهرش این است دیگر.

**سؤال:** پس صرف اعمال اراده باعث بطلان نمی شود.

**جواب:** اراده در چی؟ اراده در ادخال و اخراج یا تشخیص مصادیق، یعنی ما وقف کنیم بر کسی بعد اخراج و ادخال بعضی را در اختیار خودم قرار دهم. خب تغییر ممنوع همین است ولی وقتی وقف بر عالم می کنیم اما می گوئیم با تشخیص فلانی، تغییر وقف نمی دهیم، متهمی در مقام اجراء یک کسی باید اجراء کند می گوئیم به نظر متولی، به نظر ناظر، و لذا اگر متولی اشتباه کرد ممکن است که موقوف علیهم بروند پیش حاکم طرح دعوا کنند و بگویند او دارد اشتباه می کند. اما این غیر از این است که ما کل ادخال و اخراج را در اختیار او قرار بدهیم بگویند ولو که عالم است من خارجش کردم. الان بحث این است.

این فرمایش مرحوم آخوند. و به نظرم در این مسئله با توجه به این نکات، دشوار است که بگوئیم شرط صحیح است. و حق همین است که امام ره فرمودند ادخالا و اخراجا اشکال دارد. الان فعلا بحث شرط اخراجش شد بحث شرط ادخال را بیان خواهیم کرد. این تمام الکلام در بحث اخراج. عرض کردم که علمای فعلی تقریبا همه شان می گویند صحیح است، آقای حکیم می گویند علی اشکال ولی آقای خوئی می گویند اخراجش هم صحیح است. بقیه علمایی که روی منهاج الصالحین آقای خوئی حاشیه زده اند معمولا چیزی نگفته اند یعنی قبول کرده اند که اخراجا هم صحیح است. البته شاید

هم اصلا در این نکته دقت نداشتند که بین اخراج عناوین واقعی و بین اخراج من اراد غیره فرق است. البته تعبیر یرید را دارند، ولی بیان تفصیل و فرق بین این دو قسم نمی کند. فقط گفته اند اخراج من یرید هم اشکالی ندارد.

ما اشکالمان روشن است، ما می گوئیم هم اجماع است، که این آقایان توجهی به این اجماعات نکرده اند، حالا یا از آنهایی هستند که محتمل المدرکی می دانند و غیره، ولی ما که اشکالی نمی دانیم، و این خلاف مقتضای عقد هم به نظر من حرف تمامی است، و استلزام چنین شرطی به شرط خیار هم همینطور است، بنابراینکه شرط خیار یک اجماع جدائی داشته باشد نه اینکه فقط همین اجماعات باشد. چون در شرط خیار هم غیر از بحث خلاف مقتضا بودن ادعای اجماع شده است. این تمام الکلام در این مسئله.

**سؤال:** پس کل وقف باطل شد، وقتی مقتضی دارد از بین می رود وقف را از بین می برد.

**جواب:** نگفتیم شرط خلاف مقتضای عقد مقتضا را از بین می برد. گفتیم چنین شرطی باطل است

**سؤال:** فرض این است که واقع شده است بر این شرط.

**جواب:** یک وقفی می کنیم که شرط در آن خلاف مقتضا است، شرط باطل است و کأن لم یکن می شود.

**سؤال:** چرا فقط شرطش باطل شود؟

**جواب:** آن بحث دیگری است که آیا شرط فاسد مفسد است یا نه،

**سؤال:** آن هم نباشد اینجا باطل است چون ذات و مقوم دارد از بین می رود.

**جواب:** دقت کنید ما گفتیم شرط خلاف، تارة خلاف مقوم است، نگفتم مقوم را از بین می برد. مگر می تواند؟ شرط خلاف که خودش باطل است مقوم را از بین ببرد؟ من گفتم شرطی که خلاف مقتضا است تارة خلاف مقوم عقد است، مثل اینکه در بیع بگوئیم شرط است که مالک نشوی. تارة خلاف مقتضا است، یعنی خلاف مقوم نیست بلکه خلاف لوازمی است که لا ینفک است. مثل اینکه در بیع درست است ما می توانیم تضییق کنیم دائره جواز تصرفات مالک را، ولی نمی توانیم بگوئیم بالمره هیچ تصرفی نتواند کند للتالی. یعنی لازمه بین و روشن مالک شدن به بیع این است که مشتری فی الجملة بتواند در مبیع تصرف کند. اگر بایع شرط کند بر مشتری که من این را به تو می فروشم به شرط اینکه هیچگونه تصرفی در آن نکنی، نمیگوید مالک نشوی، مالک بشو ولی هیچگونه تصرفی نکن، این شرط خلاف مقتضا است یعنی خلاف لوازم لا ینفک مالکیت است، شما نمی توانی به مالک بگوئی که للتالی هیچ تصرف نکن.



سؤال: انشائش اینطور بوده است.

جواب: انشاء کار منشی است، شرائطش از سنخ تصوراتش و تصدیقاتش هست و افناء لفظ در معنا، شرط به این برگردد یعنی چه. اگر شما یادتان باشد در شرائط انشاء و منشأ ما مفصل بحث کردیم، انشاء کار منشی است بله شرائط دارد ولی شرائطش اینها نیست.

سؤال: انشاء به این نحو و با این شرط که واقف هر کسی را اراده کرد موقوف علیهم قرار دهد دارای اثر هست؟

جواب: اصلاً آن شرط، شرط انشاء نمی تواند باشد. شرط باید از عوارض خود شیء باشد. می تواند یک چیز دیگری شرط این باشد؟! خب شرط این باشد یعنی چه؟ شرط یعنی متمم فاعلیت فاعل باشد یا متمم قابلیت قابل باشد، وقتی می گوئیم شرط است. خب این چیست؟ این انشاء عبارت است از ایجاد المعنا باللفظ برای ترتیب اثر، این ایجاد المعنا باللفظ مشروط باشد به اینکه ما شرط اخراج کردیم این یعنی چی اصلاً؟!

## بحث شرط ادخال من یرید

بحث بعدی بحث اشتراط ادخال من یرید ادخاله هست. انصافاً فقهاء قبلی با وجود اینکه فاصله زمانی طولانی با ما دارند ولی حرفهایشان دقیق است.

مرحوم علامه در قواعد می فرماید: «ولو شرط ادخال من یولد»، این از آن قسم عناوین ثابت است، بعد عطفش می کند و می گوید: «أو من یرید مع الموقوف علیهم جاز». یعنی این دو را دو باب کرد.

صاحب مفتاح الکرامه انصافاً در مقام تتبع در کلمات فقهاء بی نظیر است. گاهی ایشان اثرات حرفها را در می آورد و حتی گاهی ایشان اشتباهات صاحب ریاض را هم کشف می کند از جمله در همین بحث ما. ایشان فوق العاده آدم متبعی است، یعنی من ندیده ام تمام این فقهای که ما مراجعه می کنیم کسی به اندازه ایشان بر کلمات مسلط باشد. مرحوم صاحب جواهر کثیراً از حرفهای ایشان استفاده می کند. خیلی روشن است که از تتبعات ایشان استفاده می کند ولو اسم نمی برد، البته گاهی هم تعبیری می کند که کاشف از این است.

علی ای حال، ایشان نسبت به همین نکته مرحوم علامه که گفته شرط ادخال من یولد أو من یرید، می گوید اینکه یک سنخ کردند گفتند هر دو جاز ولی جدا کردند اشعاری دارد. والا چرا جدا می کردند؟ اگر حرف صاحب عروه و مرحوم آخوند صحیح بود که من یرید می تواند عنوان باشد، من یولد نیز مانند همان است؛ چه فرقی می کند. البته این اشعار است، می شود یک جوری توجیه کرد.

اصل محتوا این است که ایشان می گوید در متن قواعد آورده اند که لو شرط ادخال من یولد أو من یرید مع الموقوف علیهم جاز سواء كان الوقف على اولاده أو غیرهم. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «أي جاز كما فی الشرایع و التذکره و التحریر و جامع المقاصد و الارشاد و الروض و المسالك و هو معنی ما فی النافع و التبصرة و الرياض حیث قیل فیها و لو شرط ادخال من یوجد صح».

اینکه ادخال من یوجد صحیح است خیلی روشن نیست که ادخال من یرید هم صحیح باشد. آن ادخال من یولد است نه من یرید.

بعد ایشان نکته ای می فرماید که من در آن تشکیک دارم، می فرماید: «و فی الغنیة و السرائر: و یتبع فی الوقف شرط الواقف من ترتیب الاعلی علی الادنی و اشتراکهما» که نسلها یا بطون به نحو اشتراک باشد یا به نحو ترتیب، «أو تفضیل فی المنافع أو مساوات فیها الی غیر ذلک بخلاف، انتهى و قولهما و غیر ذلک یتناول ما نحن فیه». چون در آنهایی که اسم بردند شرط ادخال من یرید نبود، می گوید این الی غیر ذلک شامل می شود.

ولی حالا انشاءالله جلسه بعد می خوانیم، من واقعا تشکیک دارم، بعضی از فقهاء اینها را قبول دارند ولی بعد تصریح می کنند که اگر شرط ادخال و اخراج کند باطل است. می گویند اگر شرط کند ترتیب بین اعلی و ادنی یا تشرکشان را یا شرط کند تفضیل در منافع را یا مساوات در منافع را، اینها همه قبول است، ولی تصریح می کنند که لو شرط ادخال را باطل است، مثلا مبسوط یکی از اینهاست که می گوید اگر شرط کند ادخال یا اخراج من یرید را باطل و وقف هم باطل است. هم وقف باطل است و هم شرط باطل است. و بعد هم تعبیر بلا خلاف عندنا دارد، که از این اجماع فهمیده می شود.

پس این الی غیر ذلک، یعنی غیر ذلک از این سنخ که در واقع به دست خود واقف است و از الوقوف می شود این را فهمید. نه اینکه اشتراط من یرید ادخاله یا اخراجه که تعلیق بر اراده او باشد.

بعد ایشان گفته: «و فی الاربعة الاول» یعنی در شرایع و تذکره و تحریر و جامع المقاصد «أنه لافرق بین کون الوقف علی اولاده أو غیرهم»، که این هم خودش یک بحثی است. «و هو ظاهر من المسالك».

بعد ایشان وارد می شود در بحثی با صاحب ریاض و احتمالا با صاحب مفاتیح که مرحوم فیض باشد، می گوید: «وفی الرياض أنه أی اشتراط ادخال من یوجد لا خلاف فیه یظهر، و به صرح بعض، و فی المسالك الاتفاق علیه». بعد ایشان می خواهد دنبال کند بگوید که آن صرح بعض می گوید احتمالا صاحب مفاتیح است و عبارتش را نقل می کند. بعد

می فرماید هر دوی اینها از حرف صاحب مسالک توهم کرده اند. بعد عبارت مسالک را ایشان دقیق می آورد و می گوید اصلا عبارت مسالک این نیست که اینها می گویند. هیچ اتفاقی از آن استفاده نمی شود.

دقت کنید! ما در بحث اخراج اتفاق ادعا کردیم بر اینکه اخراج باطل است. الان صاحب ریاض و احتمالا صاحب مفاتیح می خواهند از کلام مسالک اتفاق بر عکس را نسبت به ادخال استفاده کنند و بگویند در ادخال من یرید دخوله یا من یوجد در هر دو این اجماعی است که صحیح است. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه ولو مواردی را نقل کردند که قائل به صحت هستند، ولی می فرماید ادعای اجماع اشتباه است و مخالف داریم. گرچه آنها این حرف را زده اند. خودش هم ظاهرا بی میل نیست چون استدلالهایی که می کند ظاهرا پذیرفته است که می شود ادخال من یرید کرد. حالا انشاءالله بحثش را می خوانیم.

این صورت مسئله است. حالا جلسه بعد ما هم باید بحث صاحب مسالک را بیاوریم ببینیم چه چیزی از آن استفاده می شود و بعد هم استدلالها را بیاوریم. حالا از اجماع که خبری نیست مسلما، نه این طرف و نه آن طرف. لذا باید بحث کنیم که پس ادله در آنجا چیست؟ هم ایشان وهم صاحب جواهر و دیگران ادله را هم آورده اند.

«و الحمد لله رب العالمین»

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۳۱۲
تفصیل مرحوم آخوند بین وصف بودن و اشتراط .....	۳۱۳
کلام صاحب جواهر ره .....	۳۱۴
جواب از کلام صاحب جواهر .....	۳۱۴
شرط نقل .....	۳۱۷
بررسی شرط نقل .....	۳۱۷
وقف بر جماعتی الی أن یوجد من سیوجد .....	۳۱۸
تفاوت دو فرع اخیر .....	۳۱۸
ادله بطلان شرط نقل .....	۳۱۹
ادله قول به صحت شرط نقل .....	۳۲۰
وجوه اشکال مرحوم علامه به مسئله .....	۳۲۲
عمده اشکال به شرط نقل .....	۳۲۳

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در بیان فروعات مسئله ۵۹ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بود.

اولین فرع این بود که آیا واقف حق تغییر موقوف علیهم را دارد به این صورت که بتواند افرادی را از تحت وقف خارج کند یا افرادی را داخل کند بدون اینکه در ضمن عقد این مطلب را شرط کرده باشد؟ بیان شد که ظاهراً اجماع بر عدم جواز تغییر مستقر است و این فرع ابهامی ندارد.

فرع دوم صورتی است که واقف در ضمن عقد وقف شرط کند که بتواند بعضی از موقوف علیهمی که اراده می کند را خارج کند. در این فرع نیز علی الظاهر اجماع بر عدم صحت داریم گرچه مرحوم محقق سبزواری و عده ای از فقهاء بعد ایشان، قائل به جواز شدند؛ لکن قبل از محقق سبزواری قائل به جواز نداریم. علاوه بر وجود اجماع، چنین شرطی خلاف

مقتضای عقد نیز هست. به علاوه اینکه چنین شرطی در معنا مساوقت دارد با اشتراط خيار در وقف در حالی که بر بطلان اشتراط خيار اجماع وجود دارد. نکته اینکه فقهاء در مقام استدلال بر بطلان شرط خيار علاوه بر اجماع، معتقدند شرط خيار خلاف مقتضای عقد هم می باشد. لذا استدلال بر بطلان شرط خيار با استدلال بر بطلان شرط اخراج یکسان است گرچه تحقق اجماع بر عدم صحت شرط خيار تقریبا قطعی است.

فرع سوم مساله صورتی است که واقف در ضمن عقد وقف شرط کند ادخال بعض موقوف علیهمی که اراده می کند. پس پرسش این است که آیا واقف می تواند در ضمن عقد وقف شرط کند که ادخال عده ای به اراده شخص او منوط باشد؟

بیان شد که این شرط نیز خلاف مقتضای عقد است و لذا علی الظاهر نادرست است. بنابراین حق با مرحوم امام است که هم در شرط اخراج من یرید و هم در شرط ادخال من یرید، در هر دو قسم اشکال کرده اند. بر خلاف مرحوم آقای حکیم که شرط ادخال را صحیح می دانند گرچه در شرط اخراج می فرماید در صحت چنین شرطی اشکال وجود دارد.<sup>۱</sup> و بر خلاف مرحوم آقای خوئی و کثیری از فقهاء که هر دو قسم از شرط را صحیح می دانند، هم شرط ادخال من یرید را و هم شرط اخراج من یرید را صحیح می دانند. ما مثل مرحوم امام ره معتقدیم که شرط ادخال من یرید مانند شرط اخراج من یرید اشکال دارد، چون دارد با چنین شرطی عقدی که بنائش بر لزوم و عدم تغییر است را منوط به اراده شخص واقف می کند.

### تفصیل مرحوم آخوند بین وصف بودن و اشتراط

در جلسه گذشته مفصلا فرمایشات مرحوم سید و فرمایشات مرحوم آخوند را بررسی کردیم مرحوم آخوند قائل به تفصیل شدند می فرمایند اگر شرط ادخال و اخراج به صورت وصف در عنوان وقف قرار بگیرد اشکال ندارد. مانند بقیه عناوین می شود مثلا اگر فردی تحت عنوانی بود ولی بعدا خارج شد آیا در این خروج اشکال است؟! مثلا اگر واقف گفت: «هذا الدار وقف لاولادی ماداموا فقراء» و سپس فرزندی از فقر خارج شود دیگر از تحت آن عنوان خارج می شود و در این خروج اشکالی نیست. در اینجا هم همینطور است.

<sup>۱</sup> (مسألة ۱) إذا تم الوقف لا يجوز للواقف ولا لغيره التبديل والتغيير في الموقوف عليه بنقله منهم الى غيرهم وإخراج بعضهم منه وإدخال أجنبي عنهم معهم إذا لم يشترط ذلك أما إذا اشترط إدخال من يشاء معهم فالظاهر صحته وحينئذ إذا أدخل غيرهم معهم نفذ وإذا لم يدخل أحدا الى ان مات بقي الوقف على حاله الاولى وإذا اشترط إخراج بعضهم ففي صحته إشكال منهاج الصالحين (المحشى للحكيم)، ج ۲، ص: ۲۵۶/۲۵۷

بعد فرمودند بله! اگر از این سنخ نباشد، بلکه به صورت شرط اخراج یا ادخال من یرید باشد که گوئی به اراده واقف بعد از تمامیت وقف باز می گردد. یعنی واقف بخواهد در وقف شرط کند که سلطنت داشته باشد افرادی را که تحت عنوان موقوف علیه هستند بیرون ببرد و یا کسانی را داخل در موقوف علیهم کند در حالی که تحت عنوان نیستند، اشکال دارد.<sup>۱</sup>

## کلام صاحب جواهر ره

مرحوم آخوند همه این مطالب را از صاحب جواهر اخذ کرده است. هم این تفصیل را، و هم این مطلب را که اگر شرط برگردد به اینکه تسبیب سبب به دست خود آقای واقف باشد، اشکال دارد.

گویا مرحوم صاحب جواهر برخی از این مطالبی که ما بیان کردیم را پیش بینی کرده بودند لذا می فرمایند اگر این شرط به عنوان برگردد اشکالی ندارد، یعنی همین مطلبی که مرحوم آخوند فرمودند. سپس می فرمایند: اگر کسی بگوید که اراده از آن قبیل اوصافی نیست که بتواند قید موقوف علیهم واقع شود - که ما جلسه گذشته عرض می کردیم - این حرف درست نیست و صرف ادعا است.

بعد ایشان فرموده اند: «إذ قد عرفت أنَّ المتبَّه الصحة مع جعل الإرادة وصفا للدخول و الخروج». یعنی من اراد خارج بشود. مانند اینکه بگوید وقف کردم بر این افراد و کسانی که اراده می کنم خروج و دخول آنان را، «فیدخل حينئذ و يخرج من اتصف بها من غير ادخال و اخراج منه، كما أنَّ المتبَّه عدمها (یعنی عدم جواز این هست) مع اشتراط الادخال و الاخراج بمعنى جعل السلطنة اليه في الادخال و الاخراج».<sup>۲</sup> فکر می کنم عبارت دیگری هم ایشان دارد.

در این عبارت ایشان ادعا می کند که اگر شما اراده را وصف این دخول و خروج قرار بدهید صحیح است. یعنی «من اراد الواقف» مانند «الفقراء» می شود. اگر وصف قرار دادید می شود وصفا للدخول و الخروج فیدخل حينئذ و يخرج من اتصف بها من غير ادخال و اخراج منه.

## جواب از کلام صاحب جواهر

عبارت ایشان را برای همین یک جمله آوردیم. این حرف عجیبی است. اگر این حرف درست بود آنوقت جواب ما هم داده می شد. ما عرض کردیم که شما نمی توانید این شرط را صوری به عنوان برگردانید. برگشت شرط به عنوان و

<sup>۱</sup> کتاب فی الوقف (لآخوند)؛ ص: ۴۵/۴۶

<sup>۲</sup> جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۷۹

عدمش صوری نیست که مرحوم آخوند فرمود اگر این اراده برگردد به عنوان، مثل سائر شرائط می شود و هم اشتراط ارادة الدخول و هم اشتراط ارادة الخروج هر دو درست می شود، و اگر برگردد هر دوی آنها اشکال دارد. عرض کردیم این شرط صوری نمی تواند باشد که شما بگوئید اگر برگردد کذا و اگر برگردد کذا. بلکه ماهوی اشکال دارد. اشکالش این است که وصف هم باشد وصف منوط به اراده واقف است، معنایش این است که هر وقت اراده کرد این شخص خارج باشد و هر وقت اراده نکرد این شخص داخل باشد. این منوط به اراده بودن اشکال دارد چون با آنچه که وقف بناء بر آن شده است نمی سازد.

مرحوم صاحب جواهر نیز همین را می فرماید: **أَنَّ الْمَتَجَهَّ الصَّحَّةَ مَعَ جَعْلِ الْإِرَادَةِ وَصْفًا لِلدَّخُولِ وَالْخُرُوجِ فَيَدْخُلُ حِينَئِذٍ وَيَخْرُجُ مِنْ اتِّصَافِهَا مِنْ غَيْرِ ادِّخَالٍ وَإِخْرَاجٍ مِنْهُ.** این حرف غلط است، اگر اراده را وصف هم بگیرید، باز منوط به اراده واقف می شود، که هر فردی را او خواست ادخال می کند و هر فردی را او خواست اخراج می کند دیگر این عبارت معنی ندارد «من غیر ادخال و اخراج». و این نشان می دهد که این کار صوری است چون باز تحت اراده اوست. چطور ایشان می فرماید من غیر ادخال و اخراج منه. بعد از اینکه شما قید را به صورتی آوردید که اراده دخول و خروج را قید گرفتید، روشن است که ادخال و اخراج به دست او می افتد، یعنی در بحث ادخال، اگر واقف اراده نکرد خارج است و اگر اراده کرد آن شخص که خارج است داخل می شود. مثلاً فرض کنید وقف بر اولاد کرده و من یرید الواقف و بعد برادرش را داخل در این موقوف علیهم می کند مرحوم صاحب جواهر می فرمایند این وصف خود موقوف علیهم است. این حرف درست است اما الان وقف تمام شده، لذا اینکه اگر این واقف اراده کند افرادی داخل می شوند و اگر اراده نکند خارج هستند موجب معلق شدن این وقف به اراده این شخص می شود، حال چطور شما می گوئید من دون اخراج و ادخال؟!

به نظر من این مسئله خیلی روشن است که اگر ما برگردانیم به وصفی و قیدی برای موقوف علیهم، نهایتاً باز تابع اراده آقای واقف می شود، و همین اصل اشکال است، چون وقف بنائش بر لزوم و بقاء و حفظ صورت آن است.

تشبیه به بحث عود عند الحاجة یا اینکه وقف کنیم بر فقراء ثم بر علما که از دست فقراء بیرون می رود، جوابش داده شد که آنجا اراده واقف یا هر فرد دیگری واسطه نیست. تکویناً از میان فقراء خارج می شود و داخل در علما می آید لذا بحث دیگری است.

نتیجه اینکه به نظر ما مساله روشن است و حق هم با حضرت امام ره است، که هم شرط من یرید خروجه و هم شرط من یرید دخوله هر دو را اشکال دارد. برخلاف اکثر فقهای معاصر که ظاهراً هر دو را تصحیح می کنند.

**سؤال:** اشکال امام این است که پس باید اصل وقف را باطل بدانید؟

**جواب:** اصل بطلان وقف بحث دیگر شد.

**سؤال:** تمام این استدلالهایی که شما آوردید به اصل وقف می خورد مثل خلاف مقتضا بودن و ....

**جواب:** این شرطی که خلاف مقتضا است مقتضا را که عوض نمی کند چون خودش باطل است. چیزی که خودش باطل است است مگر می تواند عقد را به هم بزند.

**سؤال:** ما قصد لم يقع دیگر.

**جواب:** الان ما نمی خواهیم بحث آیا شرط فاسد مفسد است؟ پردازیم. مبنا داریم بحث می کنیم. آن بحث نیاز به چند ماه کار دارد. آنجا بحثهای مختلفی دارد. ما قصد لم يقع درست نیست چون شرط فی ضمن العقد است نه اینکه عقد مشروط باشد. شرط فی ضمن العقد، یعنی عقد تمام است و یک شرطی هم در ضمنش هست. بله به لحاظ عالم اراده لبی ممکن است اینطور باشد که به هم پیوند داشته باشند، اما در لحاظ مقام انشاء جدا هستند. شما در مقام اراده لبی در غایات بیع هم ممکن است بگوئید بیع به آنها تعلق دارد، اما غایت بیع اگر تخلف شود موجب این نیست که بیع تخلف شده است. کسی بیع می کند برای اینکه سود زیادی ببرد، اتفاقا سود نمی برد، آیا شما می گوئید این تخلف غایت موجب می شود که بیع باطل باشد؟! یا بیع می کند به خیال اینکه این را می تواند تا یک ماه دیگر بفروشد، مثلا ماشینی یا ملکی می خرد به این هدف که تا دو ماه دیگر با قیمت خوب بفروشد، اتفاقا بازار راکد می شود که با وجود آن نمی تواند بفروشد، این موجب نمی شود که معامله اش باطل باشد، با اینکه غایتها به لحاظ لبی اراده را لبا مقید می کنند، یا به تعبیر دقیقتر لبا مضیق می کنند، اما نه اینکه آن امر انشائی را که در آن هیچ شرطی نیست مضیق کنند.

**سؤال:** منشأ با غایت فرق دارد، همه کاسبها ظن سود دارند تجارت می کنند.

**جواب:** بله من دارم تشبیهی می کنم، تضییق حاصل از شرط در ضمن عقد به یک معنایی از این سنخ است نه از سنخ مشروط بودن.

**سؤال:** منشأ مشروط است؟

**جواب:** معامله مشروط نیست، معامله مشروط که اگر تعلیق باشد، از باب تعلیق باطل است. یعنی وقف کرده، در ضمنش شرط می کند که من یرید هم داخل باشد. از قبیل شرط فی ضمن العقد است نه از قبیل عقد مشروط. عقد مشروط خودش باطل است از باب تعلیق، این ربطی به بحث ما ندارد.



## شرط نقل

فرع چهارم مساله ۵۹ که اکثر فقهاء نیز بحث کرده اند این است که مرحوم امام ره می فرماید: اگر واقفی شرط کند که این وقف تا یک زمانی برای این اشخاص باشد و بعد منتقل شود به من سیوجد. این شرط نقل نیز اشکال دارد.

## بررسی شرط نقل

اگر کسی وقف کند و شرط کند نقلش را به دیگری، می گویند این اشکال دارد. تشریک دیگری را هم اشکال کرده اند. در این بحث نیز مانند بحث قبل اجماع بر بطلان این نقل وجود دارد. در عبارت مرحوم امام ره نکته ای وجود دارد که نیاز به دقت دارد فرموده اند: «و مثل ذلک لو شرط نقل الوقف من الموقوف علیهم الی من سیوجد»،<sup>۱</sup> مثل فرع من یرید خروج و من یرید دخوله این فرع هم اشکال دارد.

شرط نقل از جهتی واقعا ابهام دارد چون شرط نقل دو معنا می تواند داشته باشد، شرط انتقال وقف یا شرط نقل کردن واقف. لو شرط نقل الوقف یک معنا این است یعنی شرط انتقال الوقف؛ و معنای دیگر این است که شرط کنیم نقل را یعنی نقل کردن به دست واقف باشد. ظاهرا منظور از نقل این معنای دوم است یعنی، داریم شرط می کنیم نقل کردن واقف را.

**سؤال:** انتقال که قهری است.

**جواب:** بخاطر همین این را عرض کردم عده ای از فقهاء به معنای اول گرفته اند لذا می فرمایند این چه فرقی می کند با مثل وقف بر فقراء ثم علی العلماء، اگر آمدیم وقف کردیم بر فقراء و فقیر تمام شد مال علماء می شود. این انتقال قهری است. وقتی در انتقال قهری درست است اینجا هم همینطور است در حالی که این فرع ما اصلا این نیست. عبارت مرحوم شهید ثانی در مسالک را می خوانیم که ایشان می گوید در اینجا که به اختیار باشد اولی است. می پرسیم چه چیزی اولی است؟ می گویند چون اگر نقل را اختیار کرد، تازه می شود مثل وقتی که ما انتقال را شرط می کنیم، اگر هم هیچ اختیار نکرد وقف بجای خودش باقی است. لذا این اضعف است پس اولی در صحت است.

به نظر ما کل این شکل تصویر مسئله غلط است. در آنجا که وقف بر فقراء است و انتقال به علماء پیدا می کند، از باب این است که انتقال قهری است، موضوع تمام می شود. البته یک تعبیر دیگر هم وجود دارد که آنجا به یک معنایی

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

وقف بر جهت فقر است. لذا انتقال پیدا می کند. اما در جائی که شما نقل به معنای نقل کردن را به اختیار واقف قرار می دهید که او منتقل کند، خیلی فرق می کند. این همان اشکالی است که در جاهای دیگر میز بیان کردیم که خلاف مقتضای وقف است. وقف بنائش بر لزوم و بقاء این هیئتی است که هست، به این صورت که باقی باشد و از آن انتفاع ببرند، در حالی که شما دارید این را عوض می کنید. فرق هم نمی کند به چه صورت عوض کنید، از باب نقل وقف از موقوف علیهم الی من سیوجد باشد، شما نقل کنید نه اینکه خودش منتقل شود.

### وقف بر جماعتی الی أن یوجد من سیوجد

مباحث فرع شرط نقل باقی مانده ولی برای اینکه تفاوت این فرع با فرع بعدی روشن شود فرع بعدی را عرض می کنم مرحوم امام ره می فرماید: «نعم لو وقف علی جماعة الی أن یوجد من سیوجد و بعد ذلک کان الوقف علی من سیوجد صحّ بلا اشکال».<sup>۱</sup>

### تفاوت دو فرع اخیر

فعلا با این عبارت «بلا اشکال» کاری نداریم چون علی ما هو الظاهر از فرمایش مرحوم علامه در قواعد این است که اینجا هم اشکال هست. صاحب ایضاح الفوائد که ولد خود مرحوم علامه بوده این اشکال را نقل می کند و بعد می گوید این را من به مصنف (که پدر خودش هست) عرضه کردم و ایشان همین را تأیید کرد که وجه اشکال این است. اما مرحوم صاحب مفتاح الکرامه وجه دیگری برای اشکال می گوید، که حق هم با ایشان است و الان این را می خوانیم.

مقصودم این است که فرق فرع که با نعم طرح شده با قبلش در چیست؟ قبلی هم عبارتش شبیه به همین بود، «مثل ذلک (در بطلان) لو شرط نقل الوقف من الموقوف علیهم الی من سیوجد، نعم لو وقف علی جماعة الی أن یوجد من سیوجد و بعد ذلک کان الوقف علی من سیوجد. فرق این دو تا چیست؟

فرقش همان است که گفتیم، این فرع آخری این است که از اول دارد عناوین را معین می کند، به اراده کسی منوط نکرده است. این فرع آخری که ایشان می گوید نعم صحّ بلا اشکال این است که دارد وقف می کند بر این عده تا یک زمانی و از آن زمان به بعد مال یک عده دیگری، مثل وقف بر فقراء ثم علی العلماء که بگوید وقف کردم بر فقراء تا یک سال بعدش برای علماء. می گویند اصح این است که اشکال ندارد. اما قبلی اش که ایشان می گوید مثل ذلک فی الاشکال این

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

است که دائر مدار نقل واقف کنیم. من دوباره دارم تأکید می کنم، نقل به معنای نقل کردن واقف باشد نه انتقال انتقال همان فرع آخری است، اما فرع «لو شرط نقل الوقف من ناحية الواقف». یعنی در اختیار او باشد که نقل کند از موقوف علیهم به عده دیگری. ایشان می گوید این فرع نیز مثل فرع قبل اشکال دارد.

اشکال فرع شرط نقل چیست؟

## ادله بطلان شرط نقل

اولا اجماع نقل شده است. در متن قواعد اینطور دارد: «ولو شرط نقله عن الموقوف علیهم الی من سیوجد بطل علی اشکال». صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «البطلان خیرة جامع الشرایع و الشرایع و التذکرة و التحریر و الارشاد و التبصرة و الايضاح و جامع المقاصد و المفاتیح، و کذا المسالك و الوسيلة، و هو ظاهر المبسوط أو صریحه، و قد سمعت کلامه برمته و نفيه فيه الخلاف مرتین و فی المسالك و الکفاية و المفاتیح أنه المشهور، و فی هذه الثلاثة و جامع المقاصد أنّ الشیخ ادعی الاجماع علیه» یعنی اجماع داریم بر اینکه اگر شرط کند نقل را، باطل است. «والظاهر انهم فهموا ذلك منه من نفيه الخلاف». چون ما قبلا عبارت مبسوط را خواندیم که مرحوم شیخ همه اینها را ردیف کرده بود و فرموده بود: لو شرط اخراج من یرید اخراجه و شرط ادخال من یرید ادخاله و شرط النقل لا خلاف فی البطلان عندنا. می فرماید از این لا خلاف، اجماع فهمیده اند.

خب لاخلاف صریح در بطلان نیست، ولی آن زمانی که یک مسئله مبتلا به بوده علی الظاهر می خواهد از لا خلاف ادعای اجماع کند. «إذ ظاهره أن الاول منفي بين المسلمين و صریحه أن الثانی عندنا. و فی التنقیح اتفق الكل علی أنه لا يجوز النقل عن الاصاغر و غیرهم، و هو باطلاقه يتناول ما إذا اشترط أو لم يشترط كعبارة النهاية».

ببینید این عبارت که لا يجوز النقل عن الاصاغر، به اطلاقش هم نقل به اشتراط را می گیرد و هم نقل بدون اشتراط را. عبارت کتاب نهاییه مرحوم شیخ هم همینطور است. بنابراین بعید نیست اینها با اطلاقشان بخواهند بگویند که با اشتراط هم نمی شود.

پس تا اینجا عده زیادی از فقهاء شرط نقل را باطل می دانند، و از کلام شیخ هم استفاده اجماع می شود و نقل اجماع شده است.

## ادله قول به صحت شرط نقل

اما در مقابل، مرحوم شهید در کتاب دروس فرموده اند: «الاقرب جوازه»، و در کفایه هم گفت اند: «لعله الاقرب». بعد صاحب مفتاح الکرامة می فرماید: «و قد سمعت ما فی الغنیة و السرائر نفی الخلاف». ما عبارات کتاب غنیه و سرائر را جلسه قبل خواندیم هیچ صراحتی در صحت چنین شروطی ندارد، آنجا گفته اینها اشکال ندارد و غیر ذلک. می گویند از این غیر ذلک اینها هم فهمیده می شود، هم ادخال من یرید و هم اخراج من یرید و هم این قبیل شروط، همه را آنها گفته اند برای آقای واقف جائز است شرط کند و شرطش هم وفاء دارد، دو سه تا را شمردند بعد گفته اند و غیر ذلک. می خواهند از این و غیر ذلک در بیاورند تجویز اشتراط من یرید دخوله و من یرید خروجه و من جمله نقل را. خب این انصافا خلاف ظاهر است. غیر ذلک اینها نیست. مخصوصا بعضی از کسانی که تعبیر غیر ذلک دارند تصریح کرده اند که اخراج من یرید اخراج اشکال دارد. پس از این تعبیر نمی شود این را فهمید.

بعد صاحب مفتاح الکرامة که آدم دقیقی است در شرط نقل وارد نزاعی با صاحب ریاض و حدائق و مفاتیح می شود، می گوید اینها از کتاب تذکره قول به صحت را حکایت کرده اند و حکایت کردند أنه ادعی علیها الاجماع. در حالی که ما الان حدود پانزده کتاب را از چند مؤلف نام بردیم تعدادی از این کتب مال خود علامه بود که تصریح به بطلان داشت. صاحب مفاتیح (یعنی مرحوم فیض) و صاحب ریاض و صاحب حدائق از تذکره قول به صحت را و أنه ادعی الاجماع بر صحت را نقل می کنند.

بعد ایشان می گوید «و هو غلط محض»، می فرماید این نقل حتما اشتباه است. (این نوع تتبع از خصائص کارهای مفتاح الکرامة است، ما اینجور تتبع کردن را در میان فقهاء ندیدم) می گوید اینها یعنی مفاتیح و ریاض و حدائق از مسالک گرفته اند. مسالک حرفی که از علامه نقل کرده است که اینها نیست، عبارتش این است: «و هو غلط محض قد توهموه من توجيهه في المسالك القول بالصحة بعموم المؤمنون عند شروطهم و قول العسكري عليه السلام و أنه يجوز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين و قد ادعي في التذكرة على صحته الإجماع انتهى فتوهموا من هذا الإجماع أنه يحكى على ما نحن فيه مع أن كلام المسالك في آخره نص صريح في أنه على غير ما نحن فيه».

شهید ثانی در کتاب مسالک برای قول به صحت سه استدلال می آورد، یکی به عموم المؤمنون عند شروطهم، یکی به قول امام عسکری علیه السلام که الوقوف على حسب ما يقفها اهلها، و أنه يجوز الوقف على أولاده سنة ثم على المساكين. بعد صاحب مسالک می گوید: «و قد ادعي في التذكرة على صحته الإجماع». حق این است که عبارت مسالک که می گوید

قد ادعی صاحب تذکره الاجماع را، به این حرف اخیری می گوید. چون حرف اخیری این بود که و أنه يجوز الوقف على اولاده سنة ثم على المساكين، بعد صاحب مسالك برای اینکه حرف خودش را تقویت کند می گوید: و قد ادعی فی التذکره على صحته، یعنی صحت این حرف، که اگر ما وقف کنیم بر اولاد الی سنة ثم على المساكين، اجماع بر صحتش هست. صاحب مفتاح الکرامه می گوید: «فتوهموا من هذا الإجماع أنه يحكى على ما نحن فيه». صاحبان این سه کتاب خیال کرده اند اینکه صاحب مسالك می گوید تذکره گفته على صحته الاجماع، بر مسئله ما که نقل اختیاری واقف است اجماع وجود دارد، در حالی که این نیست، بلکه جمله اخیر را می گوید. لذا می فرماید: «مع أن كلام المسالك في آخره نص صريح في أنه على غير ما نحن فيه». چون می گوید وقف بر اولاد کند الی سنة ثم على الفقراء. مسئله ما که الان این نیست که یعنی وقف بر عناوین قطعیه ای شود که انتقالش قهری باشد و اراده واقف در میان نباشد. آن مسئله ای که گفته اجماع بر صحتش است آن مسئله است و این هیچ ربطی به بحث ما ندارد.

بعد ایشان می گوید من عبارت تذکره را مکرر بررسی کردم: «إذ هذا الإجماع (یعنی اجماع بر این امر اخیر) موجود في التذكرة قال لو قال هذا وقف على ولدي سنة ثم على المساكين صح إجماعا». عبارت تذکره این است و مسالك این را از تذکره نقل کرده است. «و ليس فيها إجماع على الصحة فيما نحن فيه كما تبعنا ذلك مرارا» تتبع کردیم که ببینیم آیا تذکره آیا همچنین حرفی در ما نحن فيه دارد یا نه، دیدیم همچنین چیزی نیست. «و إنما فيها التصريح بالبطان كما حكينا عنها» در تذکره گفته اگر شرط کند نقل را باطل است، چطور با این می تواند اجماع بر صحت نقل کند؟!

بعد در پایان می فرماید: «ثم إنه كان الواجب نقل حكايته لا حكايته» یعنی آن سه کتاب مفاتیح و ریاض و حدائق باید حکایت نقل کلام مسالك می کردند، نه خودشان از تذکره حکایت کنند. و راست هم می گوید. ایشان می گوید: «و حكي في المفاتيح و الرياض و الحدائق عن التذكرة القول بالصحة». می گوید شما که تذکره را ندیده بودید باید حرف مسالك را نقل می کردید نه اینکه خودتان حکایت مستقیم کنید. عبارت ایشان یک پیچی دارد که كان الواجب نقل حكايته لا حكايته، نباید خودشان حکایت می کردند باید حکایت مسالك را می گفتند. این هم دقت ایشان است.

حالا این حرفها که نقل اقوال بود. ادله چیست؟

ایشان می گوید: علاوه بر ادله ای که در مسالك دیدید که مسالك سه تا دلیل آورد، عموم المؤمنون عند شروطهم، عموم قول العسکری علیه السلام که الوقوف على حسب ما يقفها اهلها، و اینکه اجماع داریم بر اینکه وقف بر اولاد الی سنة ثم على الفقراء درست است. ایشان می گوید عده ای علاوه بر این سه دلیلی که بر صحت آورده اند دلیل دیگری هم

آورده اند. که می گویند: «یصح الوقف باعتبار صفة للموقوف علیه كالفقر». می گوید شما که وقف بر صفت را که قبول دارید اینجا هم مثل همان است چه فرقی می کند.

## وجوه اشکال مرحوم علامه به مسئله

بعد ایشان می گوید: اشکالی که مرحوم علامه فرموده علی اشکال همین دو وجهی است که ما گفتیم، وجه بطلانش آن اجماع و خلاف مقتضای عقد بودن است، و وجه صحتش هم همین سه مطلبی است که گفته شده است. خود ایشان توجه دارد و قبلاً هم ما مکرر عرض کردیم که فرق اساسی است بین مثالی که ذکر کردند و الآن گفته شد که انتقال از ولد الی سنة ثم فقراء که انتقال قهری است با مسئله ما در این امثله ربطی به اراده ندارد، در حالی که آنجا منوط به اراده است.

من دوباره به دوستان عرض می کنم دقت کنید که اینجا ایشان تصریح می کند که در نقل، اختیار واقف واسطه است. می فرماید: در وقف بر فقراء، فرق است «بین ما هنا و بین الوقف باعتبار الصفة بأنه ليس على الموقوف علیه بل على الجهة». در جائی که صفت است مثل جهت است، اگر گفتیم وقف کردیم بر فقراء مثل این است که بگوئیم بر جهت فقر وقف کردیم، به خلاف جائی که بر شخص وقف می شود. «فإذا زالت (جهت) كان في معنى عدم الموقوف علیه بموت و نحوه، فلا نقل هنا عن الموقوف علیه». وقف بر فقراء ثم علی العلماء مثل وقف بر جهت باشد وقتی جهت مرتفع شد، یعنی اگر فقر از بین رفت این معنایش این نیست که در عین حال که موقوف علیهم هستند می خواهیم از آنها نقل کنیم به دیگری کنیم. این نیست. جهت که منتفی می شود مثل این است که موقوف علیهم فوت کند. اگر موقوف علیهم فوت کند کسی نمی گوید شما وقف را از موقوف علیهم منتقل به دیگری کردید، بلکه خودش قهراً انتقال پیدا می کند. می فرماید: در مانحن فیه «و نقله عنه بالاختیار مناف لتملیکه بالوقف»،<sup>۱</sup> اینکه آقای واقف بالاختیار بخواهد از موقوف علیهم نقل کند این منافات با وقف دارد به خلاف آنجا.

حالا در مثل وقف بر اولاد ثم علی الفقراء، آن هم یک بحث دیگری دارد که عرض می کنیم.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج ۲۱، ص: ۵۲۵-۵۲۷

## عمده اشکال به شرط نقل

در هر حال اشکال عمده در این بحث نقل، همان چیزی است که قبلاً گفتیم که خلاف مقتضای عقد است، به لحاظ اینکه عقد وقف، اقتضاء می کند لزومش را و ثبوتش را، و شما با تعلیق بر اختیار واقف بنابر این معنا که نقل یعنی به اختیار نقل کند خلاف مقتضای عقد می شود. لذا در این فرع نیز حق با فرمایش امام و همه کسانی که اینطوری نظر داده اند است. البته در اینجا میخوایم یک چیزی اضافه کنم (برای بحث فردا) که این ذیلی که امام قده می فرماید «صحّ بلا اشکال» صحّ درست است، اما اینکه فرموده بلا اشکال بحث می خواهد که فردا عرض می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه جلسه گذشته .....	۳۲۴
ادعای بلا اشکال بودن مسئله از منظر امام ره .....	۳۲۵
اشکال مرحوم علامه در مسئله .....	۳۲۵
مقصود از اشکال در کلام علامه از منظر ایضاح .....	۳۲۶
مقصود از اشکال در کلام علامه از منظر مفتاح الکرامه .....	۳۲۸
مسئله ای مشابه مانحن فیه .....	۳۲۹
بررسی بطلان وقف در مقام .....	۳۳۰
ادله بطلان وقف .....	۳۳۰
عدم تمامیت دلیل اجماع در مقام .....	۳۳۱
عدم وضوح تعبیر «علی اشکال» در کلام امام ره .....	۳۳۳
مسئله ۶۰: معلوم نبودن مصرف وقف .....	۳۳۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در فرع چهارم از مسئله ۵۹ کتاب تحریر الوسیله بود. فرمودند اگر واقف شرط کند نقل وقف را از افرادی که بر آنها وقف کرده به دیگرانی مانند سیولد یا سیوجد یعنی اولادی که بعدا به دنیا می آیند، جائز است یا خیر؟ بیان شد که این فرع اختلافی است، در این فرع دیگر اجماع بر بطلان شرط وجود ندارد، عدّه کثیری قائل به صحت شده اند، حتی ادعای اجماع بر صحت شده است، که طبق تحقیق صاحب مفتاح الکرامه این ادعا صحیح نمی باشد دلایل دیگر قول به صحت مانند عمومات را نیز در جلسه گذشته بررسی کردیم.

به نظر ما شرط در این فرع نیز مثل فروعات قبل باطل است چون نقل به معنای اختیاری و فاعلی، نه به معنای مفعولی که انتقال است باطل است. نقل به معنای اینکه واقف شرط کند که اختیار داشته باشد برای نقل وقف از موقوف علیهم به



دیگران، چه به این صورت که دیگران را در وقف شریک کند یا اینکه کلاً نقل کند به دیگران، به نظر ما مخالف مقتضای وقف است و از این جهت شرط باطل است. مرحوم امام در اینجا فرمود: «ومثل ذلك» یعنی همان حکم فرع قبلی که بطلان شرط باشد در این فرع نیز جاری است و ایشان وقف را نیز باطل دانسته اند البته علی اشکال.

## ادعای بلا اشکال بودن مسئله از منظر امام ره

در ادامه مرحوم امام ره فرمودند: «نعم لو وقف علی جماعة إلى أن يوجد من سیوجد و بعد ذلك كان الوقف علی من سیوجد صح بلا إشکال».<sup>۱</sup> اگر وقف کند بر جماعتی تا زمانی که مثلاً فلان فرد متولد یا موجود شود بعد از آن وقف منتقل بر من سیولد شود، چنین شرطی صحیح است بلا اشکال.

## اشکال مرحوم علامه در مسئله

برخلاف نظر مرحوم امام ره در این مسئله مرحوم علامه حلی اشکال کرده اند. گرچه ایرادی ندارد که عالمی مثل مرحوم امام با آن دقت نظرش بفرماید بلا اشکال و هیچ اشکالی در ذهن شریفشان منقذ نشود ولی مرحوم علامه می فرماید علی اشکال حال این اشکال چیست قابل بحث است که عرض خواهد شد.

مرحوم علامه در کتاب قواعد درباره اصل مطلب می فرماید: «و کذا الاشکال لو قال علی اولادی سنة ثم علی الفقراء». اینکه مرحوم امام ره در فرع آخر فرمود بلا اشکال به دلیل این است که در میان فقهای قریب به زمان مانند ارسال مسلم است که اگر واقف وقف کند علی شخص الی سنة ثم علی المساکین هیچ عیبی ندارد. چون این وقف نه وقف منقطع الاول است و نه منقطع الوسط و نه منقطع الآخر لذا وقفی تام است. اما مرحوم علامه در متن قواعد می فرماید: «و کذا الاشکال لو قال علی اولادی سنة ثم علی الفقراء».

مرحوم صاحب مفتاح الکرامة می فرماید: «الاصح الصحة کما فی التحریر و الايضاح». تحریر الاحکام کتاب دیگر علامه است، ایشان در قواعد فرموده علی اشکال ولی در تحریر فرموده اصح، و کتاب الايضاح برای ولد علامه می باشد. «و به جزم فی جامع المقاصد و المسالك و الکفاية و هو ظاهر المفاتيح و قد عرفت أنه حکى عليه الاجماع فی التذکرة»، حکایت شده که مرحوم علامه در کتاب تذکره در این قسم که بگوید وقف کردم بر اولادم ثم علی الفقراء، فرموده است که

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

اجماع بر صحت این وقف وجود دارد. «و قال فی جامع المقاصد لا سبیل الی البطلان لأن الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة»، فرمایش علامه که نقل اجماع کرده است حجت است.

منتهی فقیه متنبعی مانند صاحب مفتاح الکرامة می فرماید اصلاً قبل از مرحوم علامه هیچ فقیهی به صحت فتوی نداده است. البته ما فحص نکردیم تا بینم دعوی ایشان درست است یا نه، ولی ایشان فرد بسیار متنبعی است و قاعدتاً می شود در این تتبعات به ایشان اعتماد کرد. ایشان می فرماید اصلاً قبل از مرحوم علامه هیچ فقیهی فتوی به صحت نداده است آنوقت چطور شما می گوئید این اجماع منقول به خبر واحد حجة. در واقع حرف ایشان این است که مرحوم علامه ادعای اجماعی کرده است که هیچ شاهی ندارد.

فرموده: «بل قد یلوح من کلام المبسوط الذی سمعته آنفا انه لا خلاف فی بطلانه»، بلکه از کلام مرحوم شیخ در کتاب مبسوط که چندین شرط را باطل می داند مانند شرط اخراج من یرید شرط ادخال من یرید کنار هم ردیف کرد و در همه این شروط فرموده است لا خلاف عندنا که باطل است. البته در آن موردی که گفته لاخلاف بر بطلان مشابه مورد ما است، مثل همان نقل به سیولد، لذا گفته «و قد یلوح منها» چون تصریح به این مورد ما نیست.

«و كأنه استنباطی من الاجماع علی صحة اشتراط الدخول»، یعنی مرحوم علامه که فرموده اینجا اجماع بر صحت است اصلاً در این مسئله فقیهی فتوی نداده اند تا ما بفهمیم اجماع هست، احتمالاً یک اجماع استنباطی است. که این مطالب تاریخی است و باید بررسی شود.

### مقصود از اشکال در کلام علامه از منظر ایضاح

لذا در این مسئله اجماع بر هیچ طرف وجود ندارد چون اختلافی است، اما اینکه فرموده علی اشکال وجه اشکال چیست؟ یا دلیل قائلین صحت چیست؟

مرحوم فخر المحققین صاحب ایضاح می فرماید: وجه اشکال این است که آیا اصلاً موقوف علیه مال وقف را مالک می شود یا نه؟ اگر مالک شود، در اینصورت چنین وقفی باطل است، چون زوال ملک موقوف علیهم اوله نیاز به دلیل شرعی دارد. اگر کسی اشکال کند که خود وقف دلیل است و دارد این ملک را از آنها به موقوف علیهم جدید نقل می دهد ایشان پاسخ می دهد در شرع، ملک موقت نداریم. در بحث ملک موقت به تفصیل بحث کردیم که مرحوم شیخ انصاری می فرمود ملک موقوف معقول نیست ولی مرحوم آخوند و سید می فرمودند ملک موقت معقول است مانند نکاح موقت، چون یک اعتبار است و اعتبار قلیل المؤونه است و می تواند غایت داشته باشد. منتهی از عبارات مرحوم شیخ استظهار می شد که می

خواهند بفرمایند محال است. ما شواهدی از کتابهای دیگر شیخ در قضاء و غیره آوردیم که مقصود ایشان استحاله واقعی نیست، تا برخی اشکال کنند این حرفهای فلسفی چیست. البته ایشان دلائل فلسفی مطرح کردند مانند اینکه در اعراض قید نمی آید. لکن شواهدی آوردیم که ایشان می خواهند بفرمایند چنین اعتباری در نزد عقلاء نداریم و عقلاء چنین ملکیت موقتی را اعتبار نکرده اند. بنابراین یکی از حرفها در آنجا هم این بود که می گفتند ما اصلاً در شرع ملک موقت نداریم.

**سؤال:** اگر وقف منقطع را پذیرفتیم و قائل به ملک هم باشیم به چه صورت تصویر می شود؟

**جواب:** آنجا مفصل بحث کردیم، همانجا این بحث پیش آمد. ما نیز ملک موقت را قبول نکردیم البته نه از باب اینکه شیخ می فرماید بلکه از باب اینکه اطلاق و عمومی نداشتیم تا بتوانیم آن را تصحیح کنیم.

ایشان اینجا ادعا می کند که چون ملک موقت نداریم، باید مزیل ملکیت داشته باشیم، یعنی باید ملکی را که به وقف مالک شده زائل کنیم و به موقوف علیهم بعدی منتقل کنیم و به لحاظ شرعی مزیل نداریم. صرف اینکه ما شرط کنیم موجب ازاله ملک نمی شود، باید مطلب درستی را شرط کنیم با شرط که امر باطل صحیح نمی شود. ما معتقدیم ملک موقت نداریم که تا زمانی باشد و بعد منتقل شود. مگر یک مزیلی بیاید یعنی سبب آخری بیاید مانند بیع، شراء و امثال آن تا بتواند ملک را منتقل کند.

بنابراین اگر ما قائل به ملکیت موقوف علیه شویم این نوع وقف که وقف علی ولده مثلاً سنة ثم علی الفقراء غلط است و این وقف درست نیست. عدم صحتش بخاطر این نیست که منوط به اراده است بلکه مزیل ندارد. این نوع وقف از سنخ همان فرعی است که مرحوم امام ره فرمودند «لو وقف علی جماعة إلی أن یوجد من سیوجد و بعد ذلك کان الوقف علی من سیوجد صح بلا اشکال».<sup>۱</sup> مرحوم علامه در همین نوع وقف می گویند اشکال است، البته نفرموده اند وجه اشکال چیست چون قواعد کتاب فتوایی است، ولی ولد ایشان در ایضاح الفوائد چگونگی اشکال را بیان می کند.

بعد می فرماید: اما اگر گفتیم در باب وقف موقوف علیهم مالک نمی شود، مالک خداست و موقوف علیه مصرف اند. در این صورت دیگر اشکال ندارد، می شود وقف کند بر ولد که مالکش خداوند است مصرفش ولد است الی سنة ثم علی الفقراء، آنها هم مصرف هستند مالک خداوند است. می گوید اگر این باشد اشکال ندارد. پس ایشان وجه اشکال را این دیده اند که آیا موقوف علیه مالک می شود یا نمی شود.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴

بعد ایشان فرموده اند: «ثم لما سئلناه (یعنی پدر بزرگوارش را) عن هذا الاشكال قَرَّرَ ما ذكرناه»<sup>۱</sup>، یعنی مرحوم علامه اشکال را تقریر فرموده به همین نحوی که ایشان فرموده است.

### مقصود از اشکال در کلام علامه از منظر مفتاح الکرامه

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه که واقعا آدم مؤدبی است و با وجود تتبع و اینکه بعضی اشکالات به ذهنش می آید همیشه نمی گوید این حرف شما اشکال دارد، بلکه حرف حق را می گوید. اینجا می فرماید: خود مرحوم علامه در کتابهایش جزء قائلین به ملکیت موقوف علیهم است. خب حالا وقتی کسی قائل به ملکیت است و می گوید علی اشکال ظاهر اولی اش این است که روی مبنای خودش اشکال هست. نه اینکه روی اختلاف مبانی اشکال است. آن اشکال هم تصویر دارد و نمی گوئیم محال است، ولی اینکه فقیه در مساله ای اشکال کند به خاطر اینکه مبانی دیگری در مساله وجود دارد، معمول نیست و مصنفین و مخصوصا فقهاء وقتی می گویند علی اشکال، یعنی روی مبنای خود ما اشکالی وجود دارد و دو جهت هست.

صاحب مفتاح الکرامه می فرماید مرحوم علامه جزء قائلین به ملکیت موقوف علیهم است، شما روی این فرض ملکیت موقوف علیه باید اشکال را تصویر کنید و هم برای صحت وجه بیاورید و هم وجه برای بطلان. نه اینکه وجه صحت را روی مبنای دیگران قرار دهید و وجه بطلان را روی مبنای مرحوم علامه. «قلت: إن المصنف يذهب في كتبه الى أنه يملك فهو المشهور المعروف». که حالا انشاءالله جزء مسائل آتی است که باید مفصل بحث کنیم. البته اگر یاد دوستان باشد در بحث ملکیت دو فرع به هم مرتبط داریم، یکی اینکه آیا وقف از ملک واقف خارج می شود و دوم اینکه آیا در ملک موقوف علیهم وارد می شود.

ما خروج از ملک واقف را مفصل بحث کردیم، و به نظر ما نهایتا گفتیم خروج از ملک واقف تمام است، و عمده دلیل ما اجماع بود، و فروض مختلف مسئله و استدلالهایش را آوردیم. اما دخول در ملک موقوف علیهم را ان شاء الله در مسئله اش به تفصیل بحث می کنیم. ایشان می گوید مصنف در کتبش ذاهب به این مسلک است که موقوف علیه مالک می شود «فینبغي تقریر الاشکال علی هذا القول». بنابراینکه مالک می شود شما باید تقریر اشکال کنید.

<sup>۱</sup> إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، ج ۲، ص: ۳۸۴

خود مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید ممکن است تقریر اشکال اینطور باشد که بگوئیم: بنابر ملکیت موقوف علیهم وجه صحت همین دلائلی است که قبلاً گفتیم. یعنی عمومات وفاء به شرط، عمومات «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» و مانند آن. اینها چیزهایی بود که برای صحت آوردند تا بفرمایند اینها وجه صحت است. و وجه بطلان همان چیزی است که در ایضاح گفته است که پس از ثبوت ملک نیاز به مزیل داریم و در مقام مزیلی وجود ندارد.

این وجه اشکال است. ولکن ایشان اول بحث می فرماید الاصح الصحة. چون خود وقف مزیل است. وقف اصلاً یک نهاد حقوقی است که می تواند به این صورت تملیک کند. مگر کسی بگوید ملکیت موقت نداریم که بحث دیگری می شود.

### مسئله ای مشابه مانحن فیه

بعد ایشان مطلبی از تذکره در یک جای مشابهی نقل می کند. فرموده اند: «وقال فی التذکره لو قال هذا وقف علی ولدی مدة حیاتی ثم بعد مماتی للمساکین صح اجماعاً».<sup>۱</sup> اینجا مرحوم علامه ادعای اجماع بر صحت کرده البته در اینجا تعبیر سنة نیست بلکه ایام حیاتی است. و ایشان به نظر می آید می خواهد بگوید این هم شبیه به مسئله ما است.

منتهی صاحب ایضاح الفوائد خودش این را متوجه این تفاوت است چون می فرماید ایام حیاتی با سنة فرق می کند. چون حیات شرط ملکیت است، این ربطی به ملکیت موقت ندارد، در حالی که الی سنة می شود ملکیت موقت.

منتهی به نظرم این استدلال صاحب ایضاح هم درست نیست. حیات شرط ملکیت نیست. شما الان بیع می کنید و کتابی را به دیگری می فروشید، تملیک می کنید آن را بعوض، نه اینکه تملیک او می کنید مدة حیاته. تملیک شما بالاطلاق است، منتهی اگر حیات نباشد موضوع، قابل برای ملکیت نیست نه اینکه ملکیت موقت است. فرق است بین اینکه موضوع برای ملکیت نباشد و بین اینکه ملکیت موقت باشد. حیات شرط ملکیت نیست، بلکه حیات دارد دائره قبول قابل برای ملکیت را مضیق می کند و می گوید در این ایام است. مانند کتابی که یک رنگی را می پذیرد اگر اصل کتاب نباشد این نیست که رنگ موقت است البته من نمی گویم ثبوتاً محال است همانطور که ظاهر فرمایش مرحوم شیخ انصاری استحاله بود. بحث سر این است که ما در شرع، تملیک حاصل از بیع یا صلح یا هبه نداریم که تملیک را موقت کند. ولذا اینکه مرحوم صاحب ایضاح می فرماید بین اشتراط به حیات با توقیت به سنة تفاوت وجود دارد؛ اگر بگوئیم وقف کردم بر این شخص ایام حیاته ثم علی الفقراء درست است، اما اگر بگوئیم الی سنة اشکال دارد، به این توجیه که حیات شرط ملکیت است ولی سنة نمی شود، این حرف درست نیست و ثبوتاً حرف صحیحی نیست.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیث)، ج ۲۱، ص: ۵۲۸/۵۲۹

نتیجه اینکه وجه اشکال روشن شد، ولی حق این است که ما اینجا دیگر نه اجماعی داریم و نه اقتضاء خود وقفی داریم. چون اقتضاء وقف این بود که وقف تغییر نکند. و در اینجا وقف تغییر نمی کند. عناوین مأخوذش هم عناوین تکوینی واقعی است، دائر مدار اراده واقف یا غیر واقف هم نیست. شرط نکرده که با اختیار خودش وقف را نقل کند بلکه گفته انتقال پیدا کند. وقف می کند این ضیعه را یک سال برای ولدش باشد بعد هم علی الفقراء. همه چیزش تکوینی واقعی است یعنی انتقالش از این عنوان به عنوان آخر قهری است. لذا هیچکدام از اشکالات سابق وجود ندارد. لذا علی الظاهر این وقف صحیح است. فقط خواستم بگویم اینکه حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند صحیح بلا اشکال اشکالی در کلمات قوم مذکور است، حال این اشکال به حدی نباشد که اصلاً امام اشکال ببیند مطلبی است اما اشکال مذکور است.

این تمام الکلام در این فرع.

## بررسی بطلان وقف در مقام

بحثی که الان باقی ماند بحث صحت و بطلان خود عقد وقف است. در فرمایش امام ره آمده بود که: «و هل یصح ذلک إذا شرطه؟ (شرط ادخال و اخراج من یرید و مانند آن) لا یبعد عدم الجواز مطلقاً لا ادخالاً و لا اخراجاً» که ما همین فرمایش امام ره را نهایتاً پذیرفتیم و گفتیم به اطلاق حرف ایشان درست است. «فلو شرط ذلک بطل شرطه» این فرمایش هم صحیح است، چون شرط مخالف مقتضای عقد است. «بل الوقف علی اشکال» یعنی ایشان وقف را هم باطل می داند ولی علی اشکال یعنی وجهی برای صحتش هم هست و نتوانسته اند اینجا تصمیم بگیرند که آیا باطل هست یا نیست.

## ادله بطلان وقف

منتهی وجه برای بطلان چیست؟

محشین کتاب تحریر علت بطلان را درست تبیین نکردند. مثلاً مرحوم آیت الله فاضل که فرمایش امام ره را تبیین می کنند، در اینجا کلام قابل تاملی دارد می فرمایند لعل وجه بطلان خلاف مقتضا بودن باشد لو اینکه شرط فاسد مفسد نباشد. عبارت ایشان را بخوانم بینم عبارت را درست متوجه شدیم. می فرمایند: «و اما من الجهة الثانية فقد حکم ببطلان اصل الوقف علی اشکال، و لعله لاجل ما ذکر من المنافاة و إن کان فساد الشرط لا یستلزم فساد العقد مطلقاً».

منافاتی که گفته اند لاجل ما ذکر من المنافاة منظور منافات شرط با مقتضای عقد بود که در جهت اول بحثش گفت. ایشان در بالا فرمودند: «عدم جواز مطلقاً لا ادخالاً و لا اخراجاً و لعله لاجل کونه منافياً لمقتضى عقد الوقف الذی هو

مشاركة الجميع و عدم مشاركة غيرهم»<sup>۱</sup>. یعنی در این عناوینی که مأخوذ است. خب از باب خلاف مقتضای عقد بودن شرط باطل است. حالا در پائین می فرمایند: «و لعله لاجل ما ذكر من المنافات» از باب اینکه این شرط، شرط خلاف مقتضای عقد است خود عقد باطل است. البته ممکن است گروهی از باب اینکه فساد شرط مقتضی فساد معامله است وقف را باطل بدانند ولی شما که می گوئید «و إن كان فساد الشرط لا يستلزم فساد العقد مطلقاً». بسیار عجیب است که شما می گوئید فساد شرط لا يستلزم فساد عقد را مطلقاً، بعد دوباره میفرمایید لعله لاجل آن منافات باشد؟! آن منافات حداکثر فساد شرط را می آورد بیشتر از این را که قبول نداشتید لذا این بیان حتماً درست نیست.

**سؤال:** شاید منافات با مقتضا و ماهیت عقد منظور است؟

**جواب:** شرط می شود شرط خلاف ماهیت عقد و فاسد می شود.

**سؤال:** نیازی نیست که هر شرط فاسدی مفسد باشد تا عقد را باطل کند اگر با مقتضای عقد مشکل داشت کافی است.

**جواب:** پس آن شرط باطل می شود و کالعدم می شود. اگر شما شرط کالعدم در عقد بیاورید عقد را باطل می کند؟! پس این بیان درست نیست. مگر اینکه کسی بگوید در باب خود وقف هم اجماع بر بطلان است. یعنی همانطور که

ما در مورد شرط گفتیم که بطلانش اجماعی است کسی بگوید بطلان وقف هم اجماعی است. اتفاقاً خیلی از کلمات قوم بر بطلان خود وقف نیز صراحت دارد. ما نمی دانیم مبنای آنها چیست. آیا از باب اینکه فساد الشرط ینجزی الی فساد العقد یا نه، ولی بطلان وقف را گفته اند.

## عدم تمامیت دلیل اجماع در مقام

ولی یک اشکال دیگر باقی است، حتی اگر ما بتوانیم اجماع بر بطلان وقف هم درست کنیم، نمی توان اجماع را در همه موارد درست کرد. در مورد اشتراط اخراج من یرید، ما اجماع بر بطلان شرط داریم که خیلی از مجمعین گفته اند خود وقف هم باطل است، ولیکن در مورد اشتراط ادخال من یرید که نگفته اند شرط باطل است، اکثر فقهاء می گویند صحیح است. پس اگر بخواهد اجماع، مستند بطلان باشد دیگر اجماع عامی نداریم که مرحوم امام بفرماید که در هر دو قسمت وقف هم باطل می شود علی اشکال پس این نمی تواند دلیل باشد.

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و الذنور، الکفارات، الصید؛ ص: ۶۴/۶۵

از باب فساد شرط هم نمی شود، چون مرحوم امام ره از کسانی نیست که شرط فاسد را مفسد بدانند. وجهش واقعا مشکل می شود که علی اشکال چیست. عرض می کنم احتمال می دهم که قضیه اجماع باشد ولی اجماع در یک قسمش آمده است.

**سؤال:** اگر مرحوم امام شرطیت تعیین را مطلقا معتبر بدانند، همین مقدار که متوقف می شود بر اراده واقف این موجب بطلان است. علی اشکال به این جهت است.

**جواب:** متوقف نیست؟ دیروز بعد از درس توضیح دادیم که این شرط، عقد مشروط نیست شرط فی ضمن العقد است.

**سؤال:** وجه امام این است که متوقف بر اراده است. نه اینکه معلق بر اراده شده،

**جواب:** فرق متوقف با معلق چیست؟ که متوقف بر اراده هست ولی معلق بر اراده نیست.

**سؤال:** همینکه تا او اراده نکند ادخال و اخراجی صورت نمی گیرد همین یعنی ابهام در وقف.

**جواب:** چرا ابهام در وقف باشد؟ شرط فی ضمن العقد است. انشاء الله در بحث شرائط فی ضمن العقد بیان می کنیم. می گویند غرر در بیع موجب بطلان است، اما غرر در شرط را خیلی ها می گویند موجب بطلان نیست. چرا؟ چون شرط درست است که در ضمن العقد است اما نه اینکه عقد، مشروط به او است، مثل اینکه یک عقدی تمام است، یک شرطی و یک عهدی و قراری در ضمن آن آوردیم. حال اگر این قرار دوم مشکلی دارد قرار اول چه مشکلی دارد؟ اناطه ندارد. دیروز عرض کردم ممکن است کسانی بگویند که در لب الاراده اراده اش مضیق است، اما تضییق اراده ثبوتی غیر از اراده معاملی است. خدا رحمت کند والد ما را به تناسب مکرر می گفتند که ظاهرا در خود مکاسب هم هست و حرف حقی هم هست که اراده معاملی که از مقومات صحت معامله است غیر از اراده لبی است. من ممکن است به لحاظ عالم لب، اراده ام در انجام این معامله به غرض و غایت سود بردن باشد و اتفاقا سود نیز نبرم؛ در اینجا اراده لبی من مضیق به سود بردن است اما اراده معاملی ام اینطور نیست. من وقتی با شما بیع می کنم تملیک عین بعوض می کنم نه مشروط به چیزی. اراده ای که پشت این انشاء برای حصول یک معامله ای هست به حمل شایع، هیچ اراده مضیقی نیست. اراده وقف هم همینطور است، چون این در ضمن وقف است نه اینکه وقف در ضمن این باشد. شرط باطل شده است.

**سؤال:** مرحوم امام ره این تفصیل را قبول دارند؟



**جواب:** بله، این را همه کسانی که بعد از مرحوم شیخ انصاری بحث معاملات را عن دقة بحث کرده اند قبول دارند. اتفاقاً این بحث در شرط فاسد مفسد است خیلی می آید، اصلاً یکی از ارکان آن بحث است. آنجا بعضی از کسانی که دلیل می آورند بر اینکه شرط فاسد مفسد است همین را می گویند. می گویند اراده درست است تقییدش در معامله مذکور نیست، ولی لبا کسی که شرط می کند حصه ای از آن اراده اش واقعاً متعلق به این شرط است. خیلی وقتها دیدید در معاملات یک معامله ای می کند بیشتر نظرش به آن شرطی است که در ضمن عقد آورده است. ولذا چطور ما می توانیم بگوئیم که اراده معاملی اش هیچ ارتباط ندارد؟ این را گفته اند. ولی جوابش این است که عقلاء کاری به آن بواطن امور ندارند. اراده های معاملی که در انشاء جدی اطراف معامله بداعی حصول المعاملة متجلی می شود این موضوع آثار عقلانی است. اما اینکه در باطن امر اراده ها و قصود و اغراضی دارند آن ربطی به بحث معاملات ندارد. باید این بحث در آنجا مطرح شود. ما باید اینجا علی المبنی بحث کنیم.

### عدم وضوح تعبیر «علی اشکال» در کلام امام ره

پس عرض من این است که این علی اشکال در کلام امام ره خیلی روشن نیست، اگر از باب مفسد بودن شرط فاسد است، که خود ایشان قبول ندارد. و اگر از باب اجماع است اگر تتبع تامی کنیم شاید بشود بخشهایی را درست کرد، بخشی از کلمات فقهاء را که دیدم اینها قبول دارند و می گویند شرط باطل است وقف هم باطل است، بلکه ممکن است اصلاً ضمیر در بطل در کلمات فقهاء اول به وقف برگردد که یعنی بطل الوقف. و در عین حال اگر اجماع هم تمام شود در یک حصه است یعنی در شرط اخراج من یرید است، والا در شرط ادخال من یرید که اکثراً قائل به صحت شده اند و دلیلی نداریم که آنجا اجماعی باشد.

**سؤال:** بعد از تمایم وقف من حق ادخال کسی ندارم چون سلطنت به مالم ندارم، پس مشکل از این جهت است.

**جواب:** نه، وقفش درست است حق ندارد ادخال من یرید کند. ببینید بحث سر این است که ما وقفی داریم و شرط فی ضمن العقدی. شرط کرده ادخال من یرید یا اخراج من یرید را، که ما هم مثل امام ره پذیرفتیم در هر دو صورت شرطها باطل است، ولی وقفش درست است. یعنی وقف صحیح است اما آقای واقف حق ندارد ادخال من یرید و اخراج من یرید کند. این چه مشکلی دارد؟ می گویم شرط باطل است و شما دیگر حق ندارید کسی را داخل یا خارج کنید اما وقف به حال خودش باقی است. مثلاً وقف کرده بر علماء، شرط کرده بود که حق داشته باشد کسانی را داخل کند کسانی را خارج کند، خوب نمی تواند، اما وقف بر علمائش صحیح است و مشکلی ندارد.

**مسئله ۶۰: معلوم نبودن مصرف وقف**

مسئله ۶۰: «لو علم وقفیة شیء و لم یعلم مصرفه و لو من جهة نسیانه»، اگر کسی می داند وقفی هست و تمام است ولی مصرفش را نمی داند، چون مثلاً نسیان پیدا کرده است. «فإن كانت الاحتمالات متصادقة غیر متباینة یصرف فی المتیقن». اگر اطراف این احتمالات مصرف، متباین نیست و در یکجا قابل جمع است، مثلاً نمی دانیم مصرف وقف در عالم است یا فقیر، برویم یک عالم فقیری پیدا کنیم و به او بدهیم، این می شود محل جمع. آنوقت محشین هم برخی فرموده اند بخاطر اینکه این قدر متیقن است و مشکلی ندارد. «كما إذا لم یدر أنه وقف علی الفقراء أو الفقهاء فیتصر علی مورد تصادق العنوانین»، دراین صورت نه باید به فقیر غیر عالم بدهد و نه به عالم غیر فقیر فقط باید به عالم فقیر بدهد. این در جائی است که غیر متباین باشند.

«و إن كانت متباینة»؛ یعنی اگر دو طرف احتمال متباین باشند، نمی دانیم وقف بر این مسجد کردیم یا وقف بر آن مسجد کردیم، اینها قدر جامع ندارند، «فإن كان الاحتمال بین امور محصورة»، مثلاً دو تا مسجد است یا دو مشهد است یا یک مسجد و یک مشهد است یا سه تا مسجد است یا سه نفر مختلف است، «كما إذا لم یدر أنه وقف علی المسجد الفلانی أو المشهد الفلانی أو فقراء هذا البلد أو ذاک، یقرع و یعمل بها»، اینجا باید قرعه بیندازیم، مثل آن بحثهای قبلی که داشتیم. «و إن كان بین امور غیر محصورة، فإن كان بین عناوین و اشخاص غیر محصورة»، اینجا که امور غیر محصوره است ایشان فرق می گذارد که اشخاص غیر محصور باشند یا جهات غیر محصور باشند، می گوید: اگر بین عناوین و اشخاص غیر محصوره باشد، «كما علم أنه وقف علی ذریة احد افراد المملكة الفلانیة»، بر ذریه یکی از افراد مثلاً اهل عراق یا شهر نجف وقف شده نمی دانیم کیست، هزاران نفر هستند «و لا طریق الی معرفته، كانت منافعه بحکم مجهول المالك فیتصدق بها بإذن الحاكم علی الاحوط و الاولی أن لا یرجح التصدق عن الاحتمالات مع کونه موردا له». اگر احتمالات برخی از آنها معلوم هستند، مثلاً ما یک عده ای را می شناسم که در نجف هستند، و مورد تصدق هم هستند یعنی غنی نیستند، باید به آنها اقتصار کنید و نباید به فرد دیگری بدهید. پس اگر تردد بین عناوین و اشخاص باشد، اینجا مجهول المالك است. «و إن كان مرددا بین الجهات غیر المحصورة كما علم أنه وقف علی جهة من الجهات و لم یعلم أنها مسجد أو مشهد أو قنطرة أو تعزیه سیدالشهداء علیه السلام أو اعانة الزوار و هكذا، تصرف المنافع فی وجوه البر بشرط عدم الخروج

عن مورد الاحتمالات<sup>۱</sup>. بالا گفتند اولی این است که از احتمالات خارج نباشد. اینجا می گویند اولاً در وجوه بر مصرف کند مطلقاً، منتهی به شرط عدم الخروج عن مورد الاحتمالات.

اینجا بحثهایی وجود دارد. من یک طرح سؤالی می کنم دوستان فکر کنند تا فردا. چون این سؤال برای تصمیم گرفتن در مورد این بحثهایی مهم است. این مطلبی که فرموده اند: لو علم وقفیه شیء ولم يعلم مصرفه ولو من جهة نسیانه بعد گفتند احتمالات متصادق غیر متباین باشد به قدر متیقن اکتفاء کنیم. سؤال این است که: مسئله ما دقیقاً چیست؟ آیا وقف شده بر آحاد، مثل اینکه خودشان فرمودند که اگر لم یدر أنه وقف علی الفقراء أو الفقهاء، وقف بر اینها کرده ولی نمی داند که مصرفش چیست. اینجا به نظرم فرمایش ایشان اشکال دارد. اکتفاء به احتمالات متصادق چرا؟ اگر ما قائل به ملکیت باشیم چه نسبت به اعیان و چه نسبت به منافع، چه حقی داریم به مورد متصادق بدهیم؟ اینجا هم علی الظاهر مثل بحث شک در تشریک و ترتیب است که قدر متیقن از سهم را به (عالم فقیر) می دهیم، باقی سهام را باید قرعه بیندازیم چون بحث محصور است. وجه اینکه فرمودند بر احتمالات متصادق بدهیم چیست؟ عجیب است که محشی محترم می فرماید چون در متیقن امثال حاصل می شود. مگر اشتغالتان چی بوده که به این متیقن امثال می شود؟ اگر اشتغالتان به ملکیت باشد، یعنی باید ملکیت آحاد را مراعات کنید، چه جور این حل می شود با این قدر متیقن؟! اگر وقف بر فقراء باشد، و فرض کنید فقراء محدود باشند مانند فقراء این بلد. یا وقف کرده بر علمای این بلد، و پنج فقیر یا عالم داریم، در این صورت همه فقراء سهم می برند، اگر وقف بر فقهاء باشند همه شان سهم می برند، چطور شما می فرمائید به مورد متصادق یعنی عالم فقیر بدهیم؟ حق این کار را نداریم. بله عالم فقیر متیقن هست به شرط اینکه آن مقداری که برای یک فقیر و یک عالم هست به او بدهیم. وجه این قدر متیقن گیری چیست؟

بله! اگر وقف باشد بر جهات به آن معنایی که ما درست کردیم، یعنی وقف بر شخصیت حقوقی باشد و عالم و فقیر فقط مصرف باشند، تعبیر اینکه ولم يعلم مصرفه به ذهن می آورد که اصلاً اینچنین باشد، منتهی بعد در مثال ایشان می فرماید که اگر لم یدر أنه وقف علی الفقراء، اگر ما مصرف بدانیم دیگر وقف بر آنها نمی شود وقف بر آن جهت می شود، و فقراء و علماء مصرف می شوند. حالا دوستان دقت کنند، جا داشت که در طرح مسئله اینها را جدا می کردند، که وقف بر آحاد بشود یا وقف بر جهت بشود که عنوان شخصیت حقوقی است و مصرفش آحاد باشند. در مصرف حق است، وجهش هم روشن است حالا فردا توضیح می دهیم. اما اگر وقف بشود بر آحاد، مشکل می شود.

«الحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۴/۷۵

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۳۳۶
محتملات متصادق العناوین باشد.....	۳۳۷
مراد از قدر متیقن در اعم و اخص و حکم آن.....	۳۴۲
فرع تباین در احتمالات و عدم حصر.....	۳۴۵
تشکیک در اطلاق تصدق در مانحن فیه.....	۳۴۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما رسید به مسئله ۶۰ کتاب تحریر الوسیله که مشتمل بر چند فرع می باشد. صورت مسئله این بود که اگر کسی وقفیت شیء را بداند ولی ولو من جهة النسیان مصرفش را نداند، فرض مسئله همانطور که مرحوم سید در تکمله عروه فرمود در جائی است وقف تمام است لذا ما حق نداریم حکم به بطلان وقف کنیم.

دوستان عنایت کنند، یک مسئله دیگری وجود دارد که ممکن است با این مسئله خلط شود، اگر واقف صیغه وقف را جاری کند ولی موقوف علیه را ذکر نکند یا جهت وقف را ذکر نکند، در آن مسئله خیلی ها قائل به بطلان هستند. ولی مسئله ما آن نیست. مسئله ما در فرضی است که وقف واقع شده و تمام است، اما الان واقف یا متولی (مثلا بخاطر فراموشی) مصرفش را نمی دانند. یعنی در جای خودش محل مصرف وقف ذکر شده، مثلا در صیغه وقف مصرف را نوشته اند ولی این نوشته گم شده، حال شک می کند که آن مصرفی که ذکر کرده بود چی بود، آیا وقف بر علماء بود یا بر فقراء.

کثیری از فقهاء این نوع وقف را قبول کرده اند مانند مرحوم امام ره در کتاب تحریر الوسیله و مرحوم آقای حکیم در کتاب منهاج الصالحین و کتب متعدد دیگری که بر منوال منهاج نگارش شد.

## محتملات متصادق عناوین باشد

اولین فرع مسئله ۶۰ در جائی است که احتمالات مصرف وقف، محل تصادق دارند و با هم تباین ندارند مانند وقفی شده نمی دانیم بر علماء وقف شده یا فقراء اگر در مصداقی مانند عالم فقیر دو عنوان جمع شود، این دو عنوان متصادق هستند و متباین نیستند، مرحوم امام ره و اکثر علمای معاصر در این فرع حکم به صرف در متیقن (عالم فقیر) کرده اند.

جلسه گذشته در مورد همین فرع نکته ای عرض کردم ندیدم کسی به این نکته توجه کند، در این مسئله که وقف مسلم است، ولی نمیدانیم بر عنوان علماء هست یا عنوان فقراء، خود عنوان و جهت دو لحاظ دارد: تارة عنوان قنطره برای فرد است، وقتی می گوید وقف بر فقراء کردم مقصودش آحاد فقراء است، وقف کردم بر علماء مقصود آحاد علماء است.

تارة خود عنوان و جهت موضوع است. در این لحاظ تنها محتمل معقول پیش ما این است که او را شخصیت حقوقی مفروض بدانیم و با این وقف، شخصیت حقوقی خودش مالک می شود اگر گفتیم مالک می شود و مصادیق علماء و فقراء مصرف می شوند.

این دو لحاظ را از هم جدا نکرده اند. و ما فکر می کنیم جدا کردن این دو در احکامی که می آید اثرگذار است.

این حکم که اگر دو عنوان متباین نبودند مثل علماء و فقراء فرمودند که یصرف فی المتیقن که اکثر فقهاء این را گفته اند و برخی از محشین تحریر و غیره استدلالشان این است که این قدر متیقن است. در حالی که اگر وقف بر آحاد باشد، قدر متیقن این نیست. چه قدر متیقنی است؟! بله قدر متیقن به این معنا که این حصه یعنی عالم فقیر قطعاً موقوف علیه هست، این درست است، اما سهمش متیقن نیست. مثل تشریک و ترتیب می شود، یک حصه ای از آن متیقن می شود، الباقی اش چون میزان سهامش مشکوک است باید قرعه بیندازیم راه دیگری نداریم. ولی اینجا این را نگفته اند بلکه گفته اند همه را به این عالم فقیر بدهید این حکم علی نهج الاول درست نیست یعنی اگر وقف بر آحاد باشد، اینجا باید بین همه تقسیم و توزیع شود.

بله! در فرضی که غیر محصور باشد. برخی ها در غیر محصور می گویند به همان اندازه که دسترسی دارد بدهد. ما می گفتیم نه این خودش بحث دارد که اگر معسور شد نمی تواند کار دیگری کند، تا حدی که عسر و حرج نیاید باید به

همین افراد بدهد، ممکن است بگوئیم مقداری از آن سهام را تا اندازه ای که معقول است نگه داشته باشند، در جایی امانت باشد تا بتوانند به افراد دیگر بدهند. این بحث که چگونه باید عمل کرد در جایی که موقوف علیهم محصور یا غیر محصور باشند در مسئله ۴۱ تحریر گذشت. نکته مهم این است که اگر گفتیم مالک عین یا ثمره می شوند، همه شان مالک می شوند و وجهی ندارد که شما به قدر متیقن ها بدهید. اگر علماء موقوف علیهم باشند همه علماء مالک می شوند، اگر فقراء موقوف علیهم باشند همه فقراء مالک می شوند.

گرچه عالم فقیر از حیث مالکیت متیقن است، اما ما حق نداریم همه سهام را به این بدهیم ما در دو قسمتی که نکته فارق هستند یعنی عالم غیر فقیر یا فقیر غیر عالم، نسبت به سهام باید قرعه بیندازیم.

**سؤال:** ما به الافتراق اصلاً مشکوک است.

**جواب:** ما در موارد شک نیز قرعه جاری می کنیم مالی هست نمی دانید مال زید است یا مال عمرو قرعه می اندازید که به کدام بدهید. بله یک حرف دیگری اینجا هست و آن قاعده عدل و انصاف است که به تنصیف تقسیم کنیم. که ما این قاعده را قبول نداریم، چون قاعده عدل و انصاف جایی است که هیچ راه دیگری نباشد، در حالی که قرعه خودش یک راه شرعی است. اگر یادتان باشد برخی از روایات باب قرعه در مورد حقی است که نمی دانیم مال کدام است، قرعه می اندازیم که به چه کسی بدهیم.

**سؤال:** در اینجا متیقنی فی البین داریم

**جواب:** از حیث اینکه محل مصرف است متیقن است، اما میزانش چقدر است؟ آیا میزانش چقدر است متیقن است؟

**سؤال:** تمام موقوف را به اینها بدهیم.

**جواب:** این پاسخ در فرض آحاد غلط است.

**سؤال:** اثباتاً آنچه متیقن ما است همین عالم فقیر است.

**جواب:** وقتی می گوئید احتیاط، یعنی با کارتان دارید ثبوت را حفظ می کنید. معنای احتیاط این است.

**سؤال:** منهاج آقای خوئی و آقای وحید علی نحو المصرف را قسیم علی نحو التملیک قرار داده اند.

**جواب:** نه در این فرع ما ندارد. بله آیت الله سیستانی حفظه الله نکته دارند که می گویند این حکم صرف در متیقن

زمانی است که استیعاب لازم نباشد «إذا لم يعتبر في المصرف التوزيع علی نحو الاستیعاب» ولی اگر استیعاب در توزیع را

لازم دانستیم دیگر حق نداریم به متیقن بدهیم. تصریح می کنند که حالا این را می خوانم. بنده تنها کسی که دیدم ظاهراً شبیه همین حرف ما را دارند ایشان است. بفرمائید کجا قید علی نحو التملیک را گفته اند؟

**سؤال:** مرحوم خوئی در مسئله ۱۱۸۴ منهاج الصالحین می فرماید: إذا جهل مصرف الوقف فإن كانت الاحتمالات متصادقة صرف في المتیقن كما إذا لم یدر أن الوقف وقف على العلماء مطلقاً أو على خصوص العدول منهم، أو لم یدر أن الوقف وقف على العلماء أو الفقراء فإنه یصرف في الفرض الأول على العلماء العدول و في الفرض الثاني على العلماء الفقراء.

و إن كانت الاحتمالات متباينة فإن كانت غير محصورة تصدق به إذا كان التصديق من الوجوه المحتملة للوقف و إلا صرفه في وجه آخر من الوجوه المحتمل و إن كانت الوجوه محصورة كما إذا لم یدر أن الوقف وقف على المسجد الفلانی أو على المسجد الآخر أو إنه وقف لزيد أو لعمر و علی نحو المصرف أو علی نحو التملیک فالأقرب الرجوع إلى القرعة في تعیین الموقوف علیه<sup>۱</sup>.

**جواب:** نه نشد ایشان فقط در یک شق از محصور این تفصیل را فرمود ولی در فرع مذکور ما این تقسیم را ندارد. در محصور یک مورد را می گوید، در آن وقف لزيد أو لعمر و این را می گوید و الا ایشان بقیه را قبول دارد.

**سؤال:** عرض بنده این است که مصرف و تملیک را مقابل هم قرار داده اند

**جواب:** در همه فروع نیاوردند در همین فرع محل بحث ما نیاوردند فقط در یک قسمش این بحث را مطرح کردند و حال اینکه این بحث در همه می آید. هم در حصر و هم در عدم حصر می آید.

در یک مثالش اینطور گفته اند ولی در فرض صدر مسئله (در جایی که قدر متیقن دارد) همان حکم صرف در متیقن را قبول کردند. با اینکه علی وجه التملیک را در جایی که متیقن دارد نیز میتوانست مطرح کند. ایشان متیقن را دو جور گرفته اند: متیقن گاهی از قبیل عموم و خصوص است، و اخیری از دو عنوانی که مجمع دارند. هر دو را مثال زده است. اصلاً نگفته است که علی وجه التملیک یا علی وجه المصرف باشد فقط در این شق می گوید که اگر علی وجه التملیک باشد. ما حرم این بود که در کل شما باید این احتمال را بدهید، که آیا علی نحو التملیک است که همه و کل فرد مالک می شوند، یا علی نحو المصرف است که افراد مالک نمی شوند. در فرض مصرف، حکم به صرف در متیقن صحیح است،

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (للخوئی)؛ ج ۲، ص: ۲۴۷

چون در مصرف اصلاً لازم نیست به همه بدهیم. اگر وقف بر علماء علی نحو مصرف باشد شما می توانید به یک عالم بدهید. خب اگر اینطور است ما به قدر متیقن بدهیم تکلیفمان حل است. اما اگر وقف بر آحاد باشد، کما اینکه ظهور اولی این است که وقف بر آحاد است، وقتی می گوید وقف علی العلماء و علی الفقراء، یعنی بر آحاد فقراء. اینجا باید توزیع بشود و استیعاب هم باید باشد مگر میسر نباشد. و همه مالک می شوند. این حرف را، آقای حکیم و آقای خوئی و آقای وحید نگفته اند فقط آقای سیستانی دارد.

آقای سیستانی فرموده: «إذا جهل الموقوف عليه فإن كانت الشبهة غير محصورة فالأظهر جواز صرفه في وجوه البر»، که بحثش بعداً می آید، ولی اگر شبهه محصوره باشد اگر اطرافش فی الجملة عناوین متصادقه باشد «تعين صرف المال في المجمع»، مثل بقیه گفته است. البته در محصوره، چون در غیر محصوره که نمی توانیم این حرف را بگوئیم. و بعد می فرماید اگر احتمالات متباین باشند باید قرعه بیندازیم مانند موردی که ندانیم وقف بر مسجد فلانی است یا مسجد آخر است، یا وقف لزید است و اولاد ذکور و یا عمرو و اولاد ذکورش، می گویند «فالاقرب الرجوع الى القرعة و يراعى في عدد السهام درجة الاحتمال قوة و ضعفا في جميع الأطراف»، که این خودش یک بحثی است که آقای صدر هم مطرح کرده اند که انشاء الله می آوریم. بعد از بیان شقوق فقط ایشان برخلاف دیگران که مسئله را ادامه ندادن می فرماید: «هذا كله فيما إذا لم يعتبر في مصرف التوزيع على نحو الاستيعاب» نمی گویند کجا، مقصودشان همانی است که قبلاً بحثش شده است که اگر وقف بر آحاد باشد توزیع می شود علی نحو الاستیعاب. در فرع های قبلی ما این را بحث کردیم. بله اگر مصرف باشند لازم نیست. و الا اگر توزیع علی نحو استیعاب لازم باشد و الا **اختلف الحال فيه عما ذكر في الجملة**، از آن حرفهای بالا یک خرده داستان فرق می کند. چه می شود؟ همین عرضی که کردیم، فرموده: «ففي موارد العناوين المتصادقة لابد من الرجوع الى القرعة في غير مورد الاجتماع». دیروز این را عرض کردیم، که به مورد اجتماع به اندازه حصه ای که اگر توزیع می شد می دهیم. این را ایشان نگفته ولی باید می گفت. حصه مورد اجتماع به اندازه ای از سهام وقف می برد که اگر توزیع بین همه می شد. خب بقیه چی؟ بقیه سهام باید بین آنها به وسیله قرعه توزیع شود. گفته اند که: «لابد من الرجوع الى القرعة في غير مورد الاجتماع. و ايضا لو كان الوقف على نحو يوجب ملكية المنافع فالمرجع فيه عند التردد في الشبهة المحصورة هو القرعة». اگر مالک ثمره شود، این حکم را دیگران نیز فی الجملة دارند، مانند شهید صدر و دیگران که تفصیل می دهند در این ثمره بین آنچه که قبل القبض مالک می شود و آنچه که بالقبض مالک می شود. این دقت خیلی خوبی است، این نکته در فرمایش حضرت امام ره نبود. چرا؟



یک جاهایی مثل وقف بر آحاد، وقتی وقف بر آحاد می کنند، ثمره را آحاد، مالک می شوند ولو بدون قبض. چرا؟ برای اینکه خود وقف بالقبض یا مالک شده یا در تصرف او آمده وقف تمام شده، ثمره دیگر مال همین موقوف علیهم هست. خب حالا این ثمره که مال موقوف علیهم هست اگر مردد بین محصور شد، وجهی ندارد ما بگوئیم که مجهول المالك است لذا باید قرعه بیندازیم. این البته در فرمایش امام ره و دیگران هم هست، که گفتند اگر بین محصور شد قرعه می اندازیم.

مطلبی که عده زیادی اشاره نکردند این است که: برخی موارد در وقفها مثل وقف بر جهات عامه، در جهات عامه اشخاص قبل القبض اصلا مالک نمی شوند. قبل از اینکه به فقیر بدهند فقیر که مالک نمی شود. چرا؟ چون مصرف است. وقتی مصرف شد، با اقباض کسی که له حق الاقباض مثل حاکم و متولی و ناظر وقف، او مالک می شود.

حال سؤال این است که: اگر مصرف مجهول شد و شبهه هم محصوره باشد، قبل القبض که مالک نیست، چه دلیلی دارد که شما قرعه بیندازید؟ دلیل بر قرعه نداریم. خب باید چکار کنیم؟ می گوید ایصال به یکی کنید مانند جائی که افراد، مصرف وقف بودن.

**سؤال:** صدقه را مطرح نمی کند؟

**جواب:** وجهی برای تصدق از او ندارند. چون تصدق در جائی است که مجهول المالك باشد و بعد بگوئیم با اذن حاکم یا بی اذن حاکم تصدق از مالکش کند. اگر یک وقفی علی الجهات بود و فقراء مصارفش، قبل القبض اصلا مالک نمی شوند، مالک نیست تا بگوئیم مجهول المالك است، پس چیست؟ این مال را باید به احد المصارف ایصال کنیم. اگر هم نشد مثلا قرعه بیندازیم و غیره، راه دیگری نداریم یعنی اینکه ما فکر کنیم که ما اینجا می توانیم تصدق کنیم چون در عبارت امام ره و اینها تصدق به نحو وجه عام دارد، این وجهی ندارد.

**سؤال:** عنوان شخصیت حقوقی که می گویند آن عنوان و جهت مالک شده است دیگر.

**جواب:** آن عنوان مالک می شود این آحاد مصرف هستند.

**سؤال:** اینها تطبیق هستند دیگر.

**جواب:** نه دیگر ما آنجا بحث کردیم این تطبیق نیست. تطبیق در جائی است که بر عنوانی که حاکی از عنوان باشد وقف کند. اما اینجا اصلا عنوان کاره ای نیست بلکه قنطره بر افراد است. چون نمی توانسته در عبارت جمع کند بگوید زید و عمرو و بکر تا آخر، یک عنوان العالم گفته. که مفصل سال پیش بحث کردیم که عنوان قنطره برای افرادش است یا نه،

عنوان قنطره برای افراد نیست، خود عنوان. البته اینکه عنوان مالک بشود معنا کردیم گفتیم تصویر ما این است که مثل شخصیت حقوقی بشود، یعنی عقلاء او را اعتباراً شخص بدانند، که می تواند مالک بشود، می تواند بفروشد می تواند بخرد می تواند اقباض کند، آنجا این عنوانی که مالک می شود می آید به آحاد به نحو مصرف می دهد در این صورت می تواند وقف را فقط به یک نفر بدهد.

حالا می فرماید: «و ایضا لو كان الوقف على نحو يوجب ملكية المنافع فالمرجع فيه عند التردد في الشبهة المحصورة هو القرعة و في غير المحصورة يعامل مع النماء معاملة مجهول المالك فيتصدق به». در جائی که مالک ثمره بشود «و لابد أن يكون التصديق على المستحقين من اطراف الشبهة و لا يجوز التصديق على الخارج عنهم مع تسير التصديق عليهم»<sup>۱</sup>. این هم یک احتیاطی است که علی الظاهر لازم هم هست، بالا هم ایشان گفته است.

پس ببینید آن شق دیگر را نگفته اند که اگر مالک نشود چطور می شود. اگر مالک نشود مال این آحاد نیست. حالا اگر ما قدر متیقنی بدانیم به آن مصرف متیقن می دهیم، و اگر ندانیم یا باید قرعه بیندازیم یا طریق دیگری. بالاخره این راهی که الان اینجا گفته اند که در غیر محصوره تصدق از مالک کنیم، این در جائی که اقباض و قبض لازم است نمی آید، چون هنوز طرف مالک نشده تا ما تصدق از مالکش کنیم.

## مراد از قدر متیقن در اعم و اخص و حکم آن

نکته دیگری در مقام این است: آقای حکیم، مثل فرمایش امام و دیگران همین مسئله را دارند که قدر متیقن باشد، منتهی در قدر متیقن دو مثال ذکر می کند. یک وقتی مورد اعم و اخص در آن فرض دارد مانند وقف بر علماء شده ولی نمی دانیم به اطلاق بر علماء وقف شده یا بر علمای عدول. خب اینجا به همان اساس می گویند اگر شما به قدر متیقن بدهید ذمه تان بری می شود شهید صدر در این قسم تعلیقه بر کلام مرحوم حکیم دارند. یا مثال وقف بر علماء یا بر فقراء، که در مجمع قدر متیقن دارند. پس دو جور مثال دارند. هر دو را می گویند شما به قدر متیقن که بدهید مشکل حل می شود.

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (للسیستانی)؛ ج ۲، ص: ۴۷۲/۴۷۳

در مثال اعم و اخص شهید صدر حاشیه ای دارد که بنده وجهش را متوجه نشدم فرموده اند: «لا یبعد جواز الصرف علی الاعم عند الدوران بینہ و بین الاخص»<sup>۱</sup> می گوید صرف در اعم کنیم.

ببینید اگر اینجا که جای تفصیل داشت همان تفصیلی که ما دادیم، اگر علی نحو الملكية بر آحاد باشد و آحاد مصرف نباشند باید توزیع بشود، گرچه در قدر متیقن مالک می شوند منتهی مقدار سهام او مقداری است که اگر توزیع می شد. نسبت به محل افتراق که مثلاً در اعم و اخص فقط یک طرف افتراق دارد یعنی عالمی که عادل نیست، اینجا ما باید قرعه بیندازیم که آیا به اینها هم چیزی برسد یا فقط مال بقیه باشد، و اگر دو طرف افتراق دارد آن هم همینطور، نسبت به اینها باید قرعه بیندازیم. یعنی سهامی هست نمی دانیم مال علماء است یا مال فقراء است، قرعه بیندازیم که مال چه کسی باشد.

نسبت به جائی که اعم و اخص است باید در سهم غیر متیقن قرعه بیندازیم بین بقیه علماء که عدول نیستند و علماء عدول مثل باب تشریک و ترتیب. که اگر ما شک داشتیم که آیا تمام وقف مال این نسل اول است یا اینکه نسل اول و دوم و سوم مشترک هستند، می گفتیم نسل اول که حتماً ذیحق هستند، منتهی چقدر؟ به اندازه ای که لو کان تشریکاً، این را برای او قرار می دهیم، نسبت به باقی بین اینها و بقیه قرعه می اندازیم که آن باقی سهام را بدهیم به همینها که کلاً نسل اول مالک بشود یا بدهیم به بقیه. همین حرف را در اعم و اخص هم باید بزنیم اگر علی نحو الملكية باشد. باید بگوئیم آن قدر متیقن را که مالک می شود، اما چقدر مالک می شود؟ به اندازه ای که لو کان موزعاً بین الجميع. خب الباقی را چکار کنیم؟ باید قرعه بیندازیم بین بقیه علماء که عدول نیستند و علماء عدول اگر قرعه به نام علماء غیر عدول افتاد به آنها هم توزیع کنیم، و اگر به نام علماء عدول افتاد الباقی را به علماء عدول بدهیم در اینصورت تماماً مال علمای عدول می شود. این علی فرض الملكية است. اما علی فرض المصرف، خب قدر متیقن مصرف در عالم عادل است. ما راهی برای امثال قطعی داریم.

اینکه ایشان می فرماید به اعم بدهیم نفهمیدیم وجهش چیست. نه علی فرض الملكية فهمیدیم وجهش چیست و نه علی فرض المصرف. علی فرض الملكية باید قرعه بیندازیم. علی نحو المصرف باید به این مجمع بدهیم که قدر متیقن است و یقین می کنیم با این مصرف حتماً به وقف عمل کردیم. اما اگر شما به اعم بدهید از کجا یقین دارید که عمل به وقف کردید. در جائی که امثال یقینی مقدور است چطور ما حق داریم توسعه بدهیم.

سؤال: از باب برائت از اکثر نیست مثل دوران بین تعیین و تخییر.

جواب: برائت معنا ندارد، ما یقین داریم، اشتغال یقینی داریم، وقف شده است.

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (المحشی للحکیم): ج ۲، ص: ۲۵۸

**سؤال:** الکلام در همه مواردی که تعیین و تخییر است.

**جواب:** چرا تعیین و تخییر می فرمایید؟! اولاً در تعیین و تخییر که اکثر علماء قائل به اشتغال هستند. البته ما یک وجهی گفتیم حدس میزنم که آقای صدر هم در یک حصه ای قائل باشد، ما هم یک وجهی گفتیم که در دوران امر بین تعیین و تخییر برائت می شود، ولی تقریباً ممشای همه این بزرگان همه شان اشتغال است من ندیدم کسی قائل به برائت باشد می گویند اشتغال یقینی فراغ یقینی اش ممکن است با اخذ به متیقن. حالا این بحث دارد.

منتهی اینجا دوران بین تعیین و تخییر در مصرف است. یعنی ما اشتغال یقینی داریم که وقف شده و این را باید به مصرف خودش برسانیم. بحث این است که آیا امتتالش ممکن است یا نه. بحث این است. و الا ما در مقام اشتغال شک نداریم. ما یقین داریم که باید به مصرف خودش برسانیم. منتهی نمی دانیم امکان امتثال دارد یا نه. خب اینجا امکان امتثال دارد. اگر مصرف باشد به مجمع بدهید و اگر ملکیت باشد قرعه بیندازید.

مقصود این است که این حاشیه ای که ایشان زده که (لا یبعد جواز الصرف علی الاعم عند الدوران بینه و بین الاخص)، ما نفهمیدیم.

خدا آقای آسید کاظم حائری را حفظ کند، شهید صدر در این مسئله چند حاشیه دارند: آقای حائری در بعضی از تحشیه ها از استادش دفاع می کند. ولی در اینجا سکوت کرده است. احتمال دارد که ایشان این حاشیه را قبول نداشته که دفاع نکرده، والا در حاشیه دوم این مسئله ایشان می فرماید استاد ما اینطور فرموده و نعم ما افاد. دفاع می کند از آن کلام و آن دفاع حق هم هست که می خوانیم.

مقصود این است که وجه این حاشیه شهید صدر برای ما روشن نیست. حالا دوستان فکر کنند که این توجیه معقول است یا نه.

**سؤال:** مصرف در اعم بشود یعنی فقط به عالم بدهیم به عدول ندهیم.

**جواب:** نه، جواز صرف به اعم است. چرا می گوئید فقط؟ یعنی ما می توانیم به همه علماء بدهیم چه عدول باشند چه نباشند.

**سؤال:** موضوع ما یا عالم است یا عالم عدول است، ایشان می گوید اگر ما به عالم بدهیم هم به عالم دادیم و هم به عالم عدول آنوقت ما اطمینان پیدا می کنیم.

**جواب:** چطور اطمینان پیدا می کنید؟ اگر واقعا مصرف عالم عادل باشد آیا شما حق دارید به عالم غیر عادل بدهید؟ حق ندارید دیگر.

پس ببینید علی آئی حال به نظرم هر جور شما حساب کنید چه علی نحو الملكية و التوزيع شما باید قرعه بیندازید و چه علی نحو المصروف قدر متیقن دارد و قابل امتثال است. وجه این عبارت لا یبعد جواز الصرف علی الاعم، برای ما روشن نیست.

## فرع تباین در احتمالات و عدم حصر

یک قسمت دیگری باز ایشان بحث دارد، در متن فرموده اند: «أو لم یدر أن الوقف وقف علی العلماء أو فقراء، اینجا گفته اند فإنه یصرف فی الفرض الاول علی العلماء العدول أو الفقراء، و فی الفرض الثانی علی العلماء الفقراء، و إن کانت الاحتمالات متباینة، که قدر مجتمع نداشته باشد، فإن کانت غیر محصورة تصدق به»، از ناحیه مالک این مال موقوفه را تصدق می کنند،

اینکه در غیر محصوره از ناحیه مالکین تصدق بدهند، این از باب مجهول المالک است. حرفشان این است که یک ملکی هست، مالکشان چون غیر محصوره است پیدا نمی کنیم، مثلا مرحوم امام و مرحوم سید اصفهانی و مرحوم سید اینطور مثال زده اند بگویند اولاد فلان شخص در یک کشور دیگری، خب هیچ دسترسی به اینها هم نداریم که چه کسانی هستند. البته این تعبیر که در متن امام ره هست که و لیس له طریق الی معرفتهم، این را باید تفصیل داد، چون ممکن است شبهه غیر محصوره باشد و بعضی اطرافش معلوم باشد و ایصال منفعت به آنها ممکن باشد. که برخی از محشین منهاج به این توجه کرده اند و این را آورده اند که اگر ممکن است به بعضی اطراف بدهیم به همان اطراف بدهیم. پس باید یکی یکی حساب کرد، شبهه غیر محصوره است. اینجا بالاطلاق در متن گفته اند تصدق، امام ره هم فرموده اند تصدق.

یک بحث این است که چرا تصدق؟ که بخشش را می کنیم.

## تشکیک در اطلاق تصدق در مانحن فیه

یک بحث این است که اطلاقش درست است یا نه؟ شهید صدر درباره اطلاقش بحثی دارند. می فرماید: «هذا (که می گوئیم تصدق) إذا کان الوقف علی نحو تكون ثمرته ملکاً للفرد أو للافراد»، به شرطی که ثمره ملک برای فرد و افراد بشود، شما حق دارید بگوئید ما از طرف مالک تصدق بدهیم. چون مجهول المالک می شود ما دسترسی به مالک نداریم، نمی دانیم مالکها چه کسی هستند. می دانیم این ثمره ملک مالکین شده ما هم دسترسی نداریم، می شود مجهول المالک.

حالا در آنجا هرچه گفتیم، آیا مطلقا می شود تصدق از مالک کرد یا به اذن الحاکم و غیره. می گویند اگر ملک بشود، فإن الثمرة حينئذ يطبق عليها (یا یطبق علیها) حکم مجهول المالک، و هو التصدق. آنوقت یک نکته هم در تصدق هست، و إذا امکن التصدق فی هذه الحالة علی بعض الاطراف فی غیر المحصور تعین». این مطلب را امام هم به نوعی داشتند، فرمودند اگر مثلاً گفته اند اولاد یکی از افراد ساکنین نجف، و ما دونفر از ذریه آن فرد از ساکنین نجف را پیدا کردیم گرچه تعدادشان خیلی هست و ما همه را نمی دانیم ولی دو تا از آنها را می شناسیم و اتفاقاً موضوع برای صدقه هم هستند، می گوید باید به همین دو نفر بدهید. و این هم واضح است و احتیاط هم همین را اقتضاء می کند.

سؤال: صدقه چرا؟ خودش مالک است.

جواب: نه، فرض این است که مجهول است، همه را می خواهیم به اینها بدهیم.

سؤال: یکی از افراد که هست.

جواب: یکی اش است، همه را می خواهیم به اینها بدهیم، اگر مالک باشند که همه را نمی توانیم به اینها بدهیم. ولی چون مالک مجهول هستند و شد مجهول المالک، فرض این است که می خواهیم تصدق از مالک کنیم، خب به این آقا تصدق کنیم. البته نکته شما هم جالب است، ممکن است بگوئیم اگر اینطور شد و می داند که او حتماً یکی از این افراد هست، بگوئیم اندازه خودش که تملیک خودش می شود الباقی اش را از باب تصدق بدهد. این هم نکته ای است.

بعد می فرمایند: «و اما إذا كانت الثمرة علی نحو لا یملکها الافراد الا بالقبض»، نگفته اند کجا؟ ولی آقای حائری توضیح داده است، مثل وقف بر جهات عامه که مالک نمی شود الا بالقبض. آنجا می گوید «فکون الوظيفة هی التصدق به محل اشکال». می گوید اینجا ما بگوئیم تصدق کنند از مالک اشکال دارد، چرا؟ چون مالک نیست الا بالقبض، و مالک هم که نشده بالاقباض، وجهی ندارد به کسی که مالک نیست بگوئیم این مجهول المالک می شود و تصدق کنیم.

پس چکار کنیم؟ می فرماید: «بل لا یبعد کفاية ایصال المنفعة الی احد الاطراف فی غیر المحصور و إن لم یکن علی سبیل التصدق».<sup>۱</sup>

ایشان ادعا می فرماید اینجا بعید نیست کفایت کند حکم به ایصال منفعت به یک شخص حتی از غیر باب تصدق.

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، ج ۲، ص: ۲۵۹

باید فکر کرد که حکم به ایصال از چه باب است. فرض این است که از باب مجهول المالک نیست. باید برویم در یک کبرای دیگری. یا باید بگوئیم به حسب آن روایت ابن راشد که می فرماید تصدق، ولی ایشان می گوید تصدق هم نباشد مهم نیست. یا از باب اینکه این ایصال مطلق بر است.

آنوقت باید بررسی کنیم دلیل این وجه چیست حتی در متن هم فرموده اند مطلق بر. این دلیلش چیست؟ مرحوم نراقی نکته ای درباره دلیل صرف در مطلق بر در جهات بیان می کند و معمولاً روایت ابن راشد را می آورند که علی الظاهر برای این کار صحیح نیست. فردا انشاء الله بحث می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۳۴۸
تفصیل مسئله و احکام آنها.....	۳۴۸
وجه صرف در اقرب به نظر واقف.....	۳۵۱
فتاوایی به صرف در وجوه برّ.....	۳۵۲
تمسک به روایت ابی علی بن راشد برای صرف در وجوه برّ.....	۳۵۳
سند روایت.....	۳۵۳
متن روایت و کیفیت استدلال به آن.....	۳۵۴
اشکالات بعضی فروعات مسئله ۶۰ با توجه به روایت.....	۳۵۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث در مسئله ۶۰ تحریر بود که اگر وقفیت شیء را بداند ولی مصرفش را نداند و لو از جهت نسیان، در صورتی که محتملات متصادقه باشند و غیر متباین، در متیقن صرف می شود.

## تفصیل مسئله و احکام آنها

در جلسه گذشته بیان شد که برای حصول نتیجه در این فرع نیاز است روشن شود که وقف به صورت تملیک صورت گرفته است یا به صورت مصرف. اگر به نحو تملیک نسبت به آحاد موقوف علیهم باشد، این حکم صحیح نیست که: «یصرف فی المتیقن» به خاطر اینکه همه مالک هستند علی نحو التوزیع، لذا علی الظاهر باید بین همه اطراف قرعه انداخته شود. ولی اگر به نحو مصرف باشد، یعنی تملیک آن شخصیت حقوقی یا عنوان شود و مصرفش فقهاء یا فقراء باشند باید ما در مجمع که متیقن است صرف شود زیرا بنابر مصرف، لزوم ندارد بین همه توزیع شود. لذا نظر حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه در این فرع نیاز به تفصیل دارد.



ایشان در ادامه فرموده اند: اما اگر احتمالات متباین باشد، باید دید آیا این دو عنوان بین امور محصوره هستند یا امور غیر محصوره. در امور محصوره مثل اینکه نمی دانیم وقف برای این مسجد شده یا آن مسجد، وقف برای فقراء این ده شده یا ده دیگری، به قرعه عمل می شود ولی اگر بین امور غیر محصوره باشد، علی الظاهر دیگر قرعه معنا ندارد، چون اینها امور غیر محصوره هستند و «لا طریق الی معرفته».

مثلا ذریه واقف در یک کشور دیگر هست که ما الان نمی دانیم اینها کجا هستند و معرفت هم به حالشان نداریم، در این صورت قرعه معنا ندارد و این مال می شود مال مجهول المالک، که باید صدقه داده شود.

عرض شد همانطور که عده ای فرموده اند در اینجا نیز باید قائل به تفصیل شد بین اینکه وقف به نحوی است که قبل القبض موقوف علیهم ثمره را مالک می شوند؛ که در این صورت این حکم صحیح است و آن ثمرات، مملوک اشخاصی است که نمی شناسیم آنها را و مجهول هستند، لذا می شود مال مجهول المالک و بنابر قاعده باید صدقه داد. البته احتیاط نیز در این است که با نظر حاکم این کار انجام شود. اما اگر مالی است که موقوف علیه بدون قبض، مالک نمی شود. مثل اینکه وقف باشد بر جهات عامه، که در این صورت، آحاد مصرفند و قبل از قبض مالک نیستند، در این صورت چه وجهی دارد که از ناحیه مالک صدقه داده شود؟! این مال به افراد ارتباطی ندارد. لذا باید دید این صورت چه حکمی دارد؟

این مال می شود یک مال وقفی که بالفعل مالکی ندارد چون هنوز قبض محقق نشده است و در دست واقف یا متولی و ناظر وقف و یا حاکم است، از طرفی نمی توانیم بگوئیم این مال مجهول المالک است، چون فرض این است که این افراد مصرف اند و قبل القبض مالک نمی شوند. لذا باید بگوئیم این مال جزء اموالی است که در دست حاکم است و یا اگر در دست اشخاص است باید به حاکم بدهند. ظاهرا راه دیگری در این صورت نیست. و حاکم نیز مانند بقیه اموالی که باید به مصارف خودش برساند رفتار می کند، و ربطی به آحاد مورد وقف پیدا نمی کند.

مرحوم امام در همین فرض که فرمودند به اذن حاکم تصدق کنند می فرمایند: اولی این است که «أن لا یخرج التصدق عن المحتملات مع کونها موردا له» صدقه از اطراف هم خارج نشود تا اگر واقعا یکی از این اطراف، مالک باشد مال به دستش رسیده باشد و اگر نباشد از باب صدقه مال را تملیک کند. البته به شرط اینکه این فرد، مورد صدقه باشد، نه اینکه متمول باشد. بنابراین اگر یکی از محتملات مورد صدقه باشد باید مال را به او بدهیم و این اولی است چون موجب رعایت احتیاط می شود گرچه این احتیاط وجوبی نیست، زیرا ادله تصدق عن المالک عمومیت دارد و دلیل ندارد ملزم به رعایت جهت وقف نیز باشیم.

«و إن كان مرددا بين الجهات غير المحصورة» فرض بالا بین آحاد و عناوین غیر محصور بود، از باب اینکه مالک می شوند و تصدق از مالک مجهول معنا دارد. اما در جهات، ولو قائل به ملکیت هم بشویم مورد اختلاف است که آیا مسجد مالک می شود؟ آیا مشهد خاص یا قنطره مالک می شود؟ و علی الاصول مانعی ندارد مگر اینکه عقلاء یک جائی این کار را انجام ندهند. منتهی نکته اش این است که در فرض بالا مجهول المالک درست کردیم و گفتیم تصدق عن المالک شود به اذن حاکم، در حالی که در اینجا تصدق عن المسجد معنا ندارد. لذا اینجا جور دیگری بحث کرده اند و جهات را از عناوین و افراد جدا کرده اند. می گویند اگر آن امور غیر محصوره جهات باشند نمی دانیم جهت مسجد است یا مشهد است یا پل است یا تعزیه سیدالشهداء است یا کمک به زوار است و هکذا، بطوری که این عناوین جهات غیر محصوره باشد. در این صورت فرموده اند «تصرف المنافع فی وجوه البر بشرط عدم الخروج عن مورد الاحتمالات».<sup>۱</sup> حکم در اینجا را این دانسته اند که در امور بر مصرف شود و هم شرط کرده اند که از مورد احتمالات خارج نشود. به دلیل اینکه بعد از اینکه ثابت شد باید در یکی از این جهات باید صرف شود، در صورت خروج از همه اینها متیقن می شود که به وقف عمل نشده است.

وجه اینکه می فرمایند منافع در وجوه بر صرف شود شاید این باشد که ما وقفی داریم حال چه علی نحو التملیک باشد نسبت به مشهد و مسجد و قنطره و چه علی نحو المصرف باشد که علی القاعدة وقف جهات که می شود علی نحو المصرف است؛ در هر صورت وقفی داریم که اصل وقف بودنش ثابت است فرض این است که در صحتش شک نداریم لذا وظیفه ای برای حاکم یا متولی و ناظر پدید آمده که باید به این وقف عمل شود. حال اگر می توانند کلاً آن را امتثال و وفاء کنند که باید انجام دهند ولی وقتی نمی شود نمی توان گفت می توانند آن را رها کنند بلکه باید به هر مقدار که می توانند عمل کنند و علی الظاهر صرف منافع در وجه بر به شرط عدم خروج از احتمالات از این باب است که خرج در وجوه بر اقرب به نظر واقف است.

اشترط عدم خروج هم روشن است. چون اگر صرف منافع از احتمالات خارج شود موجب مخالفت قطعیه در عمل به وقف می شود در حالی که اگر در یکی از این احتمالات صرف شود فی الجمله ممکن است موافقت شده باشد لذا موافقت احتمالی شده است. وقتی موافقت قطعیه ممکن نیست باید موافقت احتمالی نمود نه اینکه مخالفت قطعیه انجام

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۵

داد. پس وجه عدم خروج این است که مخالفت قطعی نشود. و اصل اینکه تصرف المنافع فی وجوه البر، نیز شاید از باب اقریب به نظر واقف باشد.

## وجه صرف در اقرب به نظر واقف

منتهی دو تا بحث اینجا وجود دارد:

یکی اینکه چرا باید اقریب الی نظر الواقف را رعایت کنیم. ما که نمی خواهیم قیاس یا استحسان کنیم تا بگوئیم حال که نظر واقف به تمامه انجام نشده است حداقل این کار انجام شود؟!

گاهی وقف به این صورت است که ما از ظهور حال واقف را یا خارجا از قرائن می فهمیم که وقتی واقفی وقف برای مدرسه می کند در واقع دو خواست طولی دارد، یکی اینکه این مال صرف مدرسه شود دیگر اینکه اگر نشد مدرسه بما هو مدرسه باقی بماند و به وقف از این جهت وفاء کنیم، حداقل با آن کار خیری انجام دهیم. لذا اگر واقف در وقفش دو قصد طولی دارد و ادله وقف این وقف را تنجیز کرد، گوئی خواسته های واقف در طول را نیز قبول دارد.

البته این یک ادعا است، و شاید بتوان گفت که قرائن عرفی بر صحت آن نیز وجود دارد. وقتی می گویند الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» این وقف در طول نیز وقف بوده، به این معنا که هم می خواسته کار خیری انجام دهد، و هم می خواسته این کار خیر در قالب مدرسه یا مسجد یا پل، متبلور شود. در واقع مانند تعدد مطلوب است. البته اگر بتوانیم این قصد طولی را احراز کنیم کما اینکه شاید خیلی وقتها بشود این احراز را کرد.

**سؤال:** مسجد، مشهد، قنطره، تعزیه، وجه جامعشان همان بر است.

**جواب:** درست است اما چه کسی می گوید من به خصوص اینها وقف کردم؟

**سؤال:** از خصوص همین چیزی که گفته است.

**جواب:** جامع را شما درست کردید، به ما گفته ما احتمال می دهیم یا مدرسه باشد یا قنطره باشد یا امور دیگری که غیر محصور هم هست.

**سؤال:** همه شان تحت عنوان بر هستند، غرض واقعی واقف برای ما روشن می شود.

**جواب:** حالا چه کسی می گوید باید هر غرضی که واقف دارد را انجام داد؟ غرضی را که در وقف متبلور شده است باید انجام دهید چون وقف تصحیح شده است. مگر هر غرضی که واقف داشته باید انجام شود؟

پس عرض ما این است که بعید نیست ادله وقف، اغراض طولی واقف را که در وقف متبلور می شود (نه هر غرضش) را در بر بگیرد و بگوئیم واقف وقتی مدرسه ای را وقف می کند انصافاً می خواهد کار خیری کند، کار خیرش را در مدرسه متبلور می کند. در واقع تعدد مطلوب است، اینطور نیست که اگر مدرسه نبود هیچ چیزی نخواهد. اگر ما این را استظهار کردیم، صرف در وجوه بر علی الظاهر اشکالی ندارد. آن اشتراطش هم روشن است.

## فتاوی به صرف در وجوه بر

از لحاظ فتاوی ظاهر عبارات مرحوم علامه و برخی دیگر این است که در جایی که ارباب وقوف معلوم نیستند باید وقف را صرف در وجوه بر نمود. در متن قواعد فرموده اند: «ولو اندرس شرط الوقف قسم بالسوية» اگر شرط و قیدی که در وقف بود از بین رفت، به سویه تقسیم می گردد و فعلاً کاری به این نداریم که به ورثه باز می گردد یا خود واقف. «فإن لم يعرف الارباب صرف فی البر». مطلقاً می فرمایند اگر ارباب وقف معلوم نباشند باید صرف در بر شود. ما گفتیم اگر مصرف وقف معلوم نباشد شقوقی دارد، یک شقش این است که بین محصور باشد، و شق دیگرش این است که بین عناوین مختلف جامعی وجود داشته باشد و متباین نباشند، و اگر متباین بودند محصور باشد زیرا اگر محصور نباشد شرائطش فرق می کند. ولی مرحوم علامه بالاطلاق می فرمایند اگر ارباب وقف معلوم نیستند در وجوه بر مصرف می شود. و وجوه بر غیر از تصدق است. چون صدقه امری عبادی است، و اگر مجهول المالک شد علی الظاهر باید تصدق عن المالک باشد نه هر صدقه ای و این غیر از این است که در وجوه بر مصرف شود.

صاحب مفتاح الکرامة گفته در جامع المقاصد وجه این مطلب را «لتعذر الجهة الموقوف علیها» می داند. یعنی چون ما نمی توانیم به جهت موقوف علیها وفاء کنیم باید در وجوه بر مصرف شود. «فجری مجری الوقف علی مصلحة فبطل رسمها و لم یمكن الصرف اليها».<sup>۱</sup> در حالی که در آنجا نیز همین بحث پیش می آید. اگر کسی وقفی کند و این وقف از بین برود حال یا خود وقف از بین برود به صورتی که دیگر قابل مصرف دیگر نباشد مانند اینکه مخروبه بشود، یا اینکه استفاده کننده ای وجود نداشته باشد مانند اینکه وقف مدرسه علمیه شده است کما اینکه در برخی استانها چنین مدارس موقوفه ای داریم ولی هیچ طلبه ای وجود ندارد که از آنجا استفاده کند. ایشان می گوید این هم مانند آن است در حالی که آنجا نیز همین پرسش مطرح است که از کجا می گوئیم باید اقرب به نظر واقف را رعایت کنیم؟

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)؛ ج ۲۱، ص: ۸۰۴

علی الظاهر همین است که ما وقفی داریم که مسلماً نسبت به آن وجوب وفاء داریم، حال اگر عمل به تمام آن ممکن باشد که باید وفاء کرد، ولی اگر نمی شود باید به همان حدی که می شود وفاء کرد، بعد از ادعای اینکه اینجا حالت تعدد مطلوب دارد هم مدرسه را خواسته است و هم کار خیر را، هر دو خواست و اراده، تحت وقف متبلور شده و همه اش تحت ادله امضاء رفته است. والا صرف خواستهای واقف که مهم نیست. مثل این می ماند که یک بایعی بیع می کند خواستهای زیادی دارد. در این صورت تمام خواسته های او که امضاء نمی شود، ولی خواست او که در معامله متجلی می شود با ادله امضاء، امضا و تصحیح می شود. در وقف هم همین را بگوئیم، یعنی «الوقف علی حسب ما یقفها اهلها» نه فقط آن عنوان خاص وقف را می گیرد، بلکه شامل اغراض و خواستهای واقف که در وقفش به ظهور عرفی متجلی می شود نیز می شود. یعنی عرف می گوید واقعا صرف در خیر خواست واقف بوده در وقف، (نه هر خواستی که ملازم باشد) در وقف می خواسته کار خیر کند و ادله امضاء و وقف نیز شامل این خواست طولی که به صورت تعدد مطلوب است بشود و این را امضاء کند تا بتوانیم صرف در وجوه بر را تصحیح کنیم.

### تمسک به روایت ابی علی بن راشد برای صرف در وجوه بر

برخی برای استدلال به اینکه باید در وجوه بر، صرف شود تمسک کرده اند به روایت ابی علی بن راشد.

### سند روایت

این روایت هم در کافی آمده و هم مرحوم شیخ آن را از مرحوم کلینی نقل می کند و هم مرحوم شیخ صدوق. ما که همه این کتب را حجت می دانیم لذا سند روایت بحثی ندارد اما آنهایی که در رجال روایات تدقیق می کنند، روایت کافی را مجهول می دانند و طبیعتاً روایت شیخ در تهذیب هم همینطور می شود چون ایشان هم از کافی نقل می کند. و لذا مرحوم مجلسی اول که معمولاً روایات را در روضه المتقین تصحیح می کند می فرماید این روایت قوی کالصحیح، اما خود علامه مجلسی ره در ملاذ الاختیار که شرح تهذیب است و در مرآت العقول که شرح کافی است در هر دو جا می گوید این روایت مجهول است همانطور که دأب ایشان سختگیری در این موارد است و اکثر روایات کافی را ایشان مجهول می داند. و لکن روایت فقیه را ایشان صحیح می داند.<sup>۱</sup> بنابراین همین روایت واحد از طریق صدوق هم آمده علی نهج الصحة و لذا باید به این روایت عمل کرد.

<sup>۱</sup> مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول ج ۲۳، ص: ۶۳- ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۴، ص: ۳۹۷

## متن روایت و کیفیت استدلال به آن

روایت در کافی به این صورت است: «محمد بن جعفر الرزاز عن محمد بن عیسی عن ابی علی بن راشد قال سئلت ابا الحسن علیه السلام قلت: جعلت فداک اشتریت ارضا الی جنب ضیعتی بالفی درهم فلما وقّیت المال خبرت أن الارض وقف، فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فی مالک، ادفعها الی من أوقف علیہ. قلت لا اعرف لها ربّا. فقال تصدق بغلتها»<sup>۱</sup>.

در اینجا بحثی وجود دارد که برخی می گویند مستند کسانی که گفته اند در وجوه بر مصرف شود این روایت است. مرحوم نراقی در رسائل و مسائلش می فرماید: ما برای صرف در وجوه بر هیچ مستند و روایتی نیافتیم بلکه روایت ابی علی بن راشد هست ولی این روایت نگفته در وجوه بر شود بلکه گفته تصدق شود و تصدق اخص از وجوه بر است.<sup>۲</sup> فرمایش ایشان صحیح است. اگر به شما گفتند در وجوه بر مصرف کنید، می توانید برای علماء هم صرف کنید، می تواند برای کارهای خیر دیگر صرف کنید، اما تصدق باید بر فقراء باشد. روایت نیز می گوید آن غله ای که تحصیل می کنی داخل در مال خودت نکن و تصدق کند. نمی گوید می توانی در وجوه بر مصرف کنی. و این نکته مهمی است.

اینکه عبارت این دو روایت قدری تفاوت دارد هیچ اثری در بحث ندارد. مثلاً در کتاب کافی دارد «الی جنب ضیعتی» و در کتاب فقیه دارد «جنبی». در روایت کتاب تهذیب دارد که «فلما وفّرت المال» که مرحوم مجلسی می فرماید یعنی «اقبضت المال وافر» یعنی بتمامه اقباض کردم. بعد مرحوم علامه مجلسی می فرماید در برخی نسخ کافی بجای «وفرت» دارد «وزنت» و در برخی نسخ دیگر دارد «وفیت». ایشان می فرماید «و هما اظهر».<sup>۳</sup> آیا منظور از «هما اظهر» این دو تعبیر اخیر است؟ خب واقعا «وزنت» اظهر است از وفّرت المال؟! حالا نمی دانیم ایشان همچنین ادعایی فرموده اند. وفیت هم در یک نسخه ای است. اما نهایتاً در بحث ما تفاوتی ندارند.

پس سائل از امام علیه السلام سؤال می کند من زمینی در کنار ضیعه خودم خریدم و پول آن را نیز تماماً دادم و اقباض کردم حالا خبردار شدم که این وقف است چه کار کنم؟ امام می فرماید غله اش را داخل ملک نکن و به صاحبان وقف

<sup>۱</sup> الکافی (ط - الإسلامية)؛ ج ۷، ص: ۳۷

<sup>۲</sup> رسائل و مسائل (للنراقی)، ج ۱ بخش ۲، ص: ۲۲۱

<sup>۳</sup> ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار؛ ج ۱۴، ص: ۳۹۸

بده. می گوید من صاحبش را نمی شناسم، می گوید تصدق کند. و همانطور که مرحوم نراقی می فرماید مضمون روایت خاص صدقه است و صرف در مطلق بر نیست.

حالا می خواهیم نکته دیگری بیان کنیم مبنی بر اینکه این روایت علی الظاهر نسبت به فروعاتی که در مسئله ۶۰ خواندیم مطلق است گرچه موضوعش این است «لا اعرف لها ربا». در این مساله گفتیم که مصرف وقف را نمی دانیم. ولی مساوق با مفاد این روایت می شود. چون ریش را نمی شناسم یعنی نمی دانیم در کجا باید مصرف شود. در اینجا که نمی دانیم کجا مصرف شود باید چکار کنیم؟ در فرع ۶۰ چند شق درست کردیم، اینجا مطلقا گفته «تصدق بغلتها». اولاً نگفته «تصدق بغلتها عن مالکها». و این یک مسئله است، چون بعضی از احتیاطات آنجا شاید دیگر شرط نباشد. نکته دوم این است که به اطلاق می گوید تصدق. آیا در فروعات مختلف آنجا، مثلاً در جایی که گفتند که تصدق دهید به نحوی که اقلاً به برخی از احتمالات برسد از باب مجهول المالک. آیا دلیل داریم که تصدق به خصوص از جهت مجهول المالک بودن است؟ دلیل نداریم. چون اگر مجهول المالک بشود علی الظاهر لا اقل احتیاط اقتضاء می کند که عن المالک باشد، ولی اینجا به اطلاق گفته تصدق بغلتها.

اثر دیگرش اینجا ظاهر می شود که در وقفی که بر جهات باشد، اگر گفتیم «لا اعرف لها ربا» اطلاق ترک استفسالی دارد نسبت به اینکه حتی در وقف بر جهات هم این حرف صدق کند. امام ره و دیگران فرموده اند مصرفش در مطلق وجوه بر باشد منتهی از این اطراف خارج نشود، یعنی بزی باشد برای مسجد یا برای مشهد یا کذا. اما روایت می گوید تصدق بغلتها و اگر تصدق به غله هست نباید در مسجد و مشهد و مانند مصرف شود زیرا تصدق برای فقراء است.

در آن شق اخیری که مرحوم امام فرض کردند که بین جهات غیر محصور باشد ایشان و برخی دیگر از فقهاء فرمودند صرف امور بر شود لکن از احتمالات هم خارج نشود. عرض ما این است که اگر این ذیل، اطلاق داشته باشد و این صورت را نیز بگیرد می گوید تصدق به غله شود لذا باید به فقراء باید بدهد نه اینکه صرف امور بری که مربوط به این مشاهد است بشود و از اینها نیز خارج نشود.

لذا دوستان فکر کنند، روایت که صحیحه است علاوه بر اینکه ما روایت را قبول داریم چون هم در کافی آمده است و هم در تهذیب و فقیه، در هر سه کتاب نقل شده. و اگر بتوانیم برای این ذیل اطلاق درست کنیم ولو از باب ترک استفسال، آنوقت در برخی از فروعاتی آن مساله باید تجدید نظر شود. اینکه صرف بر بشود دیگر درست نیست، باید تصدق داده شود. و به علاوه آنجایی هم که ما تصدق را قبول کردیم گفتیم عن المالک باید باشد، در حالی که این تصدق اطلاق دارد و دلیل ندارد که عن المالک باشد، بلکه مطلقاً اینطور است.

**سؤال:** زمین زراعی بود، و اصلاً اطرافی نداشته است. الان گندم زمین را چکار می توانند بکنند؟ باید صدقه بدهند به فقراء و اینها، دیگر اینجور نبوده که مشهدی و اطراف دیگری باشد.

**جواب:** ما نمی دانیم برای چه چیزی وقف شده، فقط دارد اوقففت. امام علیه السلام می فرماید ادفعها الی من اوقفف علیه. اگر ما این را اطلاق بگیریم از باب ترک استفصال که به شخصیت های حقوقی بخورد یا به جهات هم نسبت داده شود، می گوید وقف را بدهید به مالکینش.

**سؤال:** بعد اگر مالکینش را نمی شناسید صدقه بدهید. چون وقتی مالک را نمی شناسیم غله را چه کنیم، اولین چیزی که به ذهن می رسد این است که باید به فقراء بدهیم دیگر، مشهد و اینها مطرح نیست.

**جواب:** چرا؟ لولا روایت را می گوئید یا با روایت می گوئید؟ اینکه فرموده تصدق، خب واضح است که به فقراء باید بدهیم چون صدقه است دیگر. زمین زراعی وقف است و وقف برای یک چیزی است یعنی باید حاصلش را صرف کسی یا چیزی کنیم، آن چیز را ما نمی دانیم چیست. نمی دانیم شخصی هست یا نیست. ممکن است شما بگوئید من اوقفف علیه. ولی واقعا اینجا ترک استفصال است. ممکن است یک مسجدی باشد.

الان بحث سر این است که آیا می توانیم در وجوه بز مصرف کنیم یا باید تصدق باشد بخصوصه؟ مرحوم نراقی می فرماید تصدق اخص از بز است، بز خاصی است، قصد قربت می خواهد، فقراء باید طرفش باشند به آنها باید تصدق شود. در حالی که می فرمایند صرف در وجوه بز شود.

## اشکالات بعض فروعات مسئله ۶۰ با توجه به روایت

پس عرض ما این است که باید در فتوای امام ره در تحریر در شقوق مختلف نگاه شود. یعنی چند نوع بحث داریم، اگر اطلاق این روایت را قبول کنیم اولاً آن شق اخیر که فرمودند صرف در وجوه بر بشود چه دلیل دارد؟ مطابق روایت باید تصدق کنیم. در شق قبلی که فرموده اند در غیر محصور، مجهول المالک می شود باید تصدق از مالک کنند. می گوئیم آن هم وجهی ندارد، روایت مطلق تصدق را بیان کرده و نگفته از طرف مالک باشد. البته نسبت به شق قبلتر بحثی نداریم، چون اگر محصور باشد به نحوی علم داریم، لذا صدق نمی کند که لم اعرف لها ربا. آنجا این صدق نمی کند. اگر محصور باشد و دائره اش محدود باشد یکی از این دو نفر هستند. اگر بدانم خارج از این دو نفر نیست نمی توانم بگویم لم اعرف لها ربا. بلکه اعرف لها ربا که یکی از این دو نفر است.



بنابراین شقوق قبلیش را من نمی گویم، آنجایی که متباین باشد و محصور بحثی نیست، اما دو شق اخیرش که محصور نباشد یا در مورد اعیان باشد و اشخاص یا در مورد جهت باشد مثل مسجد و قنطره و مشهد و اینها، علی الظاهر اگر روایت اطلاق داشته باشد نه صرف در مطلق برّش وجهی دارد نه تصدق خاص از باب مجهول المالک در شق قبلی.

حالا روی این فکر کنید تا جلسه بعد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۶۱: منافع متجدده وقف	۳۵۸
فروغات مسئله ۶۱	۳۵۹
فرع ۱: دلالت اطلاق بر دخول تام منافع	۳۵۹
فرع ۲: امکان تخصیص بعض منافع	۳۵۹
بررسی تعبیر «اقوی ذلك» در متن	۳۶۰
اثرگذاری مبنا در تملیک وقف و عدم آن در مانحن فیه	۳۶۱
سرنوشت بحث بنابر تملیک به موقوف علیهم	۳۶۵
مسئله ۶۲: وظیفه هنگام ابطال رسم موقوفه	۳۶۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۶۱: منافع متجدده وقف

«مسألة ۶۱ : لو كان للعین الموقوفة منافع متجددة و ثمرات متنوعة، يملك الموقوف عليهم جميعها مع إطلاق الوقف، ففي الشاة الموقوفة يملكون صوفها المتجددة و لبنها و نتاجها و غيرها، و في الشجر و النخل ثمرهما و منفعة الاستغلال بهما و السعف و الأغصان و الأوراق اليابسة، بل و غيرها مما قطعت للإصلاح، و كذا فروخهما و غير ذلك، و هل يجوز في الوقف التخصيص ببعض المنافع حتى يكون للموقوف عليهم بعض المنافع دون بعض؟ الأقوى ذلك»<sup>۱</sup>.

بحث ما به مسئله ۶۱ از کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام ره رسید. می فرمایند: «لو كان للعین الموقوفة منافع متجددة و ثمرات متنوعة». بحث در منافع متجدده است قید «متجدده» در این مسئله مقابل قید «الثمر الموجود» در مسئله ۶۵ است

<sup>۱</sup> تحریر الوسیله؛ ج ۲، ص: ۷۵

که بحث ثمرات و منافع موجود است این دو صورت هم از نظر موضوع و هم از نظر حکم متفاوتند. «لو كان للعین الموقوفة منافع متجددة و ثمرات متنوعة يملك الموقوف عليهم جميعها مع إطلاق الوقف. ففي الشاة الموقوفة يملكون صوفها المتجددة و لبنها و نتائجها و غيرها، و في الشجر و النخل ثمرهما و منفعة الاستغلال بهما و السعف و الأغصان و الأوراق اليابسة» یعنی همه آنچه را که منافع حساب می شود حتی چوب خشک یا برگ درخت هم جزء منافع است. و اینها هم داخل در منافع موقوف علیه است. بل و غيرها مما قطعت للإصلاح. حتی چوبهایی را که برای اصلاح درخت مثمره قطع می کنند نیز جزء منافع محسوب می شود. و کذا فروخهما و غیر ذلك. فروخ هم همان حواشی و پاجوش درخت و امثال اینهاست که بر اصل اضافه می شود. جمع فروخ. البته فروخ به معنای جوجه نیز می باشد. ولی در مسئله ما به همان معنای اول است. اصحاب لغت تصریح می کنند به این معنا که مراد چیزهایی است که کنار اصل درخت پدید می آید.<sup>۱</sup> گرچه در برخی کتب فروخ را به معنای محصولی که تازه میخواید ظاهر بشود هم گفته اند.<sup>۲</sup>

## فروعات مسئله ۶۱

مسئله ۶۱ مشتمل بر دو فرع مختلف است:

### فرع ۱: دلالت اطلاق بر دخول تام منافع

نسبت به منافع متجدده یک بحث استظهاری وجود دارد. یعنی اطلاق وقف مقتضی آن است که همه منافع داخل در وقف باشد مگر اینکه خود واقف چیزی گفته باشد. و لذا همه منافی که برای یک گوسفند متصور است یا برای یک درخت متصور است داخل در وقف می باشد مثلاً اگر گوسفندی موقوفه باشد با اطلاق، پشم و شیری که از آن حاصل می شود داخل در منافی است که موقوف علیهم می توانند استفاده کنند لذا این مباحث روشن است.

### فرع ۲: امکان تخصیص بعض منافع

منتهی آنچه که در ذیل آورده اند بحث بسیار مهمی است. «و هل يجوز في الوقف التخصیص ببعض المنافع» آیا واقف می تواند بعضی از منافع را برای موقوف علیهم ثابت کند حتی یكون للموقوف عليهم بعض المنافع دون بعض، که در اینصورت فقط بتوانند از بعضی منافع استفاده کنند؟ الأقوی ذلك.

<sup>۱</sup> و فروخ شجرهم فراخاً كثيرة و هي ما يخرج في أصوله من صغاره. أساس البلاغة ج ۱ ص: ۴۶۸

<sup>۲</sup> الفوخ: ولد الطائر، هذا الأصل، و قد استعمل في كل صغير من الحيوان و النبات و الشجر و غيرها، لسان العرب، ج ۳، ص: ۴۲

## بررسی تعبیر «اقوی ذلک» در متن

محشین تحریر در این تعبیر الاقوی ذلک تدقیقی نکرده اند خب قول مقابل اقوی مستندش چیست؟ اقلا یک قول قویی هم مقابلش هست که می گویند این اقوی است، حتی اگر نگوئید قول مقابل، قوی است لا اقل یک قول معقول دیگری مقابلش هست، آن قول معقول دیگری که نفی تخصیص می کند چه مستندی دارد؟ من ندیدم توجه به این مسئله کرده باشند، خیلی راحت حکم این مسئله را به دلیل «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» پذیرفته اند. در حالی که ما قبلا گفتیم که الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها اطلاقی ندارد که بخواهد تمام اوقاف را تصحیح کند. بلکه بعضی از شرائط را تصحیح می کند، اگر این شرط را مثل بقیه شرائط حساب کنیم شاید این مورد را نیز شامل شود، منتهی اول باید مسائل و فروع و مبانی آنها که هر کدام آثار بخصوصه دارد تنقیح شود حال آنکه هیچ توجه به آنها نشده است.

در این عبارت مرحوم امام ره که می فرمایند: «هل يجوز فی الوقف التخصیص ببعض المنافع؟» اولین بحثی که باید تنقیح شود این است که اگر تنها برخی از منافع را به موقوف علیهم تخصیص دادید تکلیف بقیه منافع چه می شود؟ آیا مقصودتان این است که بقیه ثمرات به ملک واقف باقی می ماند؟ لذا ابهام عجیبی در اینجا وجود دارد.

در اینجا ممکن است چند فرع تصویر شود. تصویر اول این است که یک شیئی که دارای چند منفعت است، برخی از منافعی را به عده ای از موقوف علیهم تخصیص بدهیم، و باقی منافعی را هم به عده دیگری از موقوف علیهم. پس در این تصویر، واقف وقف تام کرده و همه ثمرات نیز برای دیگران است، منتهی بخشی از آن ثمرات برای این عده است و برخی برای عده دیگر. تصویر دوم این است که بقیه منافع، در ملک واقف باقی باشد. باید این صورت را نیز بررسی کنیم که ممکن است یا خیر؟

نکته ابهامی که در متن وجود دارد این است که این تخصیص نسبت به مابقی با فرض بقاء این قسمت در ملک واقف است یا بدون بقاء ملک در ملک واقف؟ یعنی وقتی واقف تخصیص به بعضی از منافع می دهد، ما بقی منافع در ملکش باقی می ماند؟ این مطلب با اینکه ملکیت عین به مال واقف باقی باشد یا از ملکیت او بیرون آمده باشد چطور فرض می شود؟ این را هم روشن نکرده اند، فقط فرموده اند الاقوی ذلک.

این را روشن نکرده اند که اگر اصل وقف از ملک واقف خارج شود چطور می تواند ثمره اش در ملک او باقی بماند؟ در حالی که تبیین ما بقی مهم است چون اگر بگویند بقیه اش به ملک واقف باقی است به نظر ما اشکال دارد. لذا عرض ما این است که باید بیان می کردند که وقتی می گوئید ممکن التخصیص، تکلیف بقیه چه می شود. اگر مقصودتان این است

که بقیه به ملک واقف باقی بماند، این محل اختلاف است، بعضی مثل مرحوم سید می فرمایند اصلاً اگر بگوئیم به ملک واقف هم باشد اشکالی ندارد. ما در جلسات سالهای گذشته دلیل خروج عین موقوفه از ملک واقف را تمام دانستیم. تقریباً کمتر فقیهی در خروج از ملک تشکیک کرده است. اگر این باشد می خواهیم بگوئیم عدیل اینکه می گوئید «هل يجوز فی الوقف التخصیص» چه فرضی است؟ آیا یعنی بقیه اش به ملک واقف باشد؟! اینکه نمی شود.

**سؤال:** همان اول اینجور وقف می کند.

**جواب:** بقیه منافع کجا می رود؟ باید ببینیم می شود که در ملک خودش باقی بماند یا خیر؟

### اثر گذاری مبنا در تملیک وقف و عدم آن در مانحن فیه

حال فرض کنیم منافع از ملک واقف بیرون می آید نکته بعدی این است که مبنایتان در مورد تملیک وقف چیست؟ لاقلاً در اوقاف خاصه چه می گوئید؟ آیا موقوف علیهم مالک عین می شوند یا مالک نمی شوند؟ این بحث هم فی الجمله اثر گذار است، البته نه تماماً، یعنی اینطور نیست که اگر بگوئیم ملک موقوف علیهم می شود حل تکلیف بحث به نحوی است و اگر ملک آنان نشود به نحو دیگری، ولی فی الجمله اثرگذار است. اگر ما قائل به تملیک شویم و ملک موقوف علیهم شود، چگونه تخصیص به بعض می شود؟ علی القاعده باید از قبیل اشتراط باشد یعنی وقف به این صورت، لباً شبیه به اشتراط است. مثل اینکه در بیع شما می گوئید بعت هذا بذاک به این شرط که تا این مدت شما از این منافع محروم باشید، یا این خانه را به تو به این قیمت فروختم به این شرط که من در این خانه فی الجمله سکنی داشته باشم. آنوقت این بحث مهمی پیش می آید که این شرط نباید خلاف مقتضای عقد باشد. این نکته را محشین گفته اند بدون اینکه اشاره کنند که آیا ریشه اش اشتراط خلاف مقتضای عقد است یا چیز دیگری است. گفته اند اگر آن تخصیص ببعض المنافع و اخراج بعض منافع دیگر، اخراج منفعتهای اصلی وحید باشد که مقصود است مثل الثمره علی الشجره، ممکن است بگوئیم اشکال دارد. کسی بگوید من وقف کردم این درختان را برای اولادم به شرط اینکه از میوه اش استفاده نکنند و میوه اش مال افراد دیگری باشد؛ دو نفر از محشین از اعلام فرموده اند اگر اینطور بگویند درست نیست. متن اینطور نگفته است، متن کتاب تحریر به اطلاق می گویند می شود تخصیص به برخی از منافع بزند و اقوی این است که درست است. ظاهر اطلاق این است که حتی اگر آن ثمره ومنفعتی که استثناء می شود منفعت اصلی هم باشد ظاهرش این است که وقف درست است. مگر اینکه شما بگوئید متن از این منصرف است، و لذا باید بحث کنیم که آیا اینطور هست یا نه.

پس اگر ما تملیک موقوف علیهم را پذیرفتیم و تخصیص به بعضی منافع را از سنخ اشتراط دانستیم، باید ببینیم که این شرط خلاف مقتضای عقد هست یا نه؟ مثلاً اگر من خانه ام را به شما بیع می کنم، ولی می گویم سکنایش برای خودم باشد. باقی منافع مال تو. آیا این درست است؟ معلوم است که نادرست است، چون این خلاف مقتضای عقد بیع است. یا بگویند سکنا نصف از خانه للتالی الی الابد مال من باشد. این بحث در وقف هم می آید. برخی در ثمره وحید معتقدند نمی شود چنین ثمره ای که ثمره وحیده مقصوده عام مردم است را استثناء کنیم حال اگر آمدیم ثمره غیر رئیسه استثناء شود آیا درست است یا نه؟ یا حتی اگر در یک فروضی ثمره مهم استثناء بشود مطلقاً باطل است آنطوری که برخی گفته اند یا نه؟ مثلاً اگر مال که وقف می کند و از ملک خودش هم خارج می کند، منافع موقوف را به دو گروه اختصاص دهد، بگوید منافع مهمش مال این گروه، و منافع غیر مهمش هم مال آن گروه، آیا این اشکال دارد؟ پس چرا محشین فرموده اند اگر منفعت وحیده مقصوده را استثناء کند اینجا می گوئیم باطل است؟! نباید بگوئیم باطل است، باید ببینیم که اگر دو گروه باشند، و مثلاً عین موقوفه باغ بزرگی است که واقف محصولش را برای گروه قرار داده است و همه حواشی اش از چوبهایی که بریده می شود و برگهایی که وجود دارد را برای گروه دیگری قرار داده باشد که این منافع غیر مقصوده است، آیا این وقف باطل است؟ چه کسی می گوید باطل است؟ یعنی اینکه برخی از محشین فرموده اند که اگر فقط منافع وحیده مقصوده که مثلاً در باب شجر میوه اش مقصوده است نه چوب خشکش، آیا استثناء شود باطل است چه وجهی دارد؟

سؤال: دیگر وقف یا عمری می شود یا رقبی می شود یا در آن مثال سکنی می شود.

جواب: چرا عمری شود، عمری که مال اعیان است. فرض کنید باغ بزرگ میوه ای که منفعت وحیده آن ثمره درختانش است. اگر واقف به این صورت وقف کرد که این ثمرات مال این گروه، بقیه حواشی هم مال گروه دیگر، این چه اشکالی دارد؟ فرموده اند که اگر وقف اینطوری باشد باطل است، یعنی آن بخشی که برای دیگران است باطل است در حالی که انصافاً هیچ وجهی ندارد. نکته اش این است که این فروض را از هم جدا نکرده اند.

حال بحث دیگری را مطرح کنیم: حتی اگر ما قائل به تملیک نشویم باز می توانیم بگوئیم واقعیت وقف به عنوان یک نهاد حقوقی یا نهاد شرعی، به این صورت است که باید علقه اش از واقف بریده شود و منافعتش به موقوف علیهم اختصاص یابد و لذا نمی شود برخی از منافع را استثناء کنیم. این تصویر نیز ممکن است و ربطی به تملیک نیز ندارد. یک استظهاری است در مورد اوقاف به عنوان یک نهاد شرعی یا حقوقی، که می گویند این نهاد که باید به صورت عقلانی درست شود یعنی نهادی باشد که شارع امضائش کرده یا خود شارع تأسیس کرده، از روایات وقف استظهار می کنیم که واقف باید علقه

اش را از ملکش قطع بکند و منفعت مقصوده اش برای موقوف علیهم باشد. پس می شود هم ما روی بنای ملکیت برای موقوف علیهم و هم عدم ملکیت برای آنها، فروض مسئله را تصویر کنیم.

حالا بیائیم روی مبنا: عرض می کنم این عبارت که هل يجوز في الوقف التخصيص ببعض المنافع، اگر مقصود این است که بقیه منافع برای واقف بماند، به نظر می آید این خلاف وقف است. حتی ما در بحثهای گذشته که بحث خروج وقف از ملک واقف را داشتیم، عده ای از فقهاء تصریح می کردند که دلیلش استظهار از روایات وقف است که واقف علقه خودش را از ملکش قطع می کند، بنابراین نه مالکیت عین باقی می ماند و نه منافعش. لذا عود الوقف عند الحاجة را از باب یک استثناء تعبدی پذیرفته اند، چون روایت خاصه داشت. حتی آن را هم برخی اشکال کرده اند، گفته اند چون مضمون این روایت خلاف مقتضای عقد است.

**سؤال:** در این صورت سبل الثمره صدق نمی کند.

**جواب:** اصل تسبیل صدق می کند گرچه بعضی از منافع را تخصیص می زند که دیگر مطلق نیست.

**سؤال:** اگر انحلال در وقف نسبت به منافع شود، چه مشکلی دارد؟

**جواب:** ماهیت وقف وقتی می گویند شما چیزی را وقف می کنید باید از خودتان بریده کنید.

**سؤال:** نسبت به منافع ما انحلال فرض می کنیم یعنی نسبت به تک تک افراد وقف را از خودش بریده است.

**جواب:** عرض ما این است هل يجوز في الوقف التخصيص ببعض المنافع، به ما نگفتید طرف مقابلش چیست. اگر بگوئید مقصودتان این است که و یبقی الثمرات المستثناة علی ملک واقفها، می گوئیم این اشکال دارد. چرا؟ چون ما در بحث قبل گفتیم نه فقط از باب اینکه به ملک واقف باقی است، چون ممکن است بگوئید به ملک واقف باقی است ولی همه ثمرات را خارج کرده است، که این یک ادعایی است که بعضی ها گفته اند. ولی بحث ما این است که وقف اصلاً یک نهادی است شرعی و عقلانی که خاصیتش قطع کردن علقه این مال از خودش هست. ولذا در آنجایی که حتی شرط کند که خودم استفاده کنم گفتیم وقف باطل است. حتی اگر شرط کند که مثلاً فرزندش استفاده کند یک صورش گفتیم نادرست است، مثل آنجایی که نفقه اش بر خودش واجب است بیاید شرط کند که این از باب نفقه حساب شود. همه اینها را گفتیم اشکال دارد. بله مگر اینکه بگوید اولاد و دیگران خودشان داخل در موقوف علیهم باشند و استفاده کنند. که این بحث دیگری است.

**سؤال:** اگر منافع به نحو انحلال باشد به هر حال نسبت به بعض منافع مال از واقف قطع شده است.

**جواب:** معنای اینکه که قطع بشود این است که از خودش اینها را جدا می کند.

**سؤال:** نسبت به بعض المنافع جدا می شود. بعض منافع دیگر بر ملکش باقی مانده.

**جواب:** نه اصلاً بحث انحلال نیست. می گوئیم وقتی مالی را وقف می کنیم یعنی کلاً او را از خودمان قطع کردیم. این استفاده ای است که هم از روایات می شود که لا یوهب و لا یورث و لا کذا. و هم نهاد وقف در عرف به این صورت است، یعنی عقلاء وقتی یک چیزی را وقف می کنند از خودشان قطع می کنند.

حالا جالب است برخی از محشین که در اینجا هیچ تفصیلی نداده اند، در بحث عود عند الحاجة و امثال آن تصریح کرده اند که وقف به این صورت است و در نظر عقلاء نیز همین است. از خود روایات هم بعید نیست این استفاده شود، وقتی مالی وقف می شود از من جدا می شود. سوال این است که اگر شما شرط می کنید که یک عده ای از منافع باقی بماند خلاف مطلبی است که در آنجا پذیرفتید.

بنابراین، نسبت به این عبارت حضرت امام که «هل يجوز في الوقف التخصيص ببعض المنافع» می گوئیم این عبارت اطلاق دارد، آیا بقی باقی علی ملک المالك؟ این اشکال دارد. اما اگر مقصودتان این است که باقی برای عده دیگر از موقوف علیهم باشد نه برای اینها؟ این تصویر دارد. این مثل این است که شما بر حسب نظر واقف کیفیت مصرف این منفعت را معلوم کنید، این عیبی ندارد. منفعت اصیل مال عده ای، منفعت غیر اصیل مال دیگران باشد. همه این مطالب بنابر این فرض بود که عین موقوفه از ملک واقف خارج شود.

اما اگر کسی بگوید به ملک واقف باقی است، آیا می شود کل منافع را از ملک او سلب کنیم؟ شما الان در صدر مسئله دارید می گوئید که مال موقوفه اگر به اطلاق باقی باشد تمام منافعش می شود مال متجدد و مال موقوف علیهم، حالا سؤال این است که: آیا می شود چیزی ملک مالک باشد و تمام منافعش از او سلب شود؟

ما در بحثهای قبلی گفتیم اعتبار ملکیت عند العقلاء برای ترتیب اثر است. اگر شما تمام آثار ملکیت را از آن بردارید دیگر بقاء به ملک مالک معنا ندارد یکی از ادله خروج از ملک واقف همین نکته است، که ما در اوقاف غالباً تمام منافع را به موقوف علیهم می دهیم به هر نحوی که خواستیم، لذا دیگر از واقف قطع می شود. و اگر منافع از او قطع شد اعتبار ملکیت برای او لغو است. و به نظرم این حرف درست است.

منتهی مرحوم سید در مطاوی کلماتش می فرماید چه اشکال دارد با وجود سلب تمام آثار ملکیت هنوز ملکیت باقی باشد. البته با وجود اینکه ملکیت یک امر اعتباری برای ترتیب اثر است علی الظاهر این حرف معنا ندارد.



## سرنوشت بحث بنابر تملیک به موقوف علیهم

اما بر اساس این مبنا که عین موقوفه به ملکیت موقوف علیهم درآید. در این صورت علی القاعده منافع تابع ملک است، لذا باید همه منافع بدون هیچ قیدی، مال موقوف علیهم باشد. همان حرفی که در صدر آمده و درست هم هست. اما اگر تخصیص زدند، به نظر می آید غایت این تخصیص این است که مفادش مثل مفاد شرط باشد چون وقف حسب ما یقفها اهلها هست گوئی می تواند خروج بعضی از منافع را شرط کند. می گوید من تملیک موقوف علیهم می کنم برای استفاده از منافعش به شرط اینکه این منافع هم خارج باشد. و علی القاعده باید به این شرط هم وفاء کرد، منتهی تا جائی که خلاف مقتضای عقد نباشد.

حالا سؤال این است که خلاف مقتضای عقد عرفا تا کجاست؟ فقط جائی هست که تنها منفعت مقصوده استثناء شود که برخی از محشین گفته اند، یا نه به کمتر از این هم خلاف مقتضای عقد صدق می کند؟ شما در بیع اگر آمدید خانه ای را به کسی فروختید و شرط کردید این خانه ای که پنج تا اتاق دارد ملکیتش مال تو، اما من چهار اتاقش را سکنی کنم و یک اتاقش هم مال تو، تا آخر عمر و نسلهای بعدی من نیز به همین صورت استفاده کنند، آیا این شرط، خلاف مقتضای عقد نیست؟ به نظر ما که خلاف مقتضای عقد است. بیعی که تملیک عین بعوض است که عمدتا تملک اشیاء برای ثمرات آن است، حتما ثمرات عمده اش مد نظر است نه تنها ثمره وحیده اش. ثمره خانه مسکن آن است، شما یک پنجم را دادید به مالک جدید و چهار پنجم برای خودتان باقی است للتالی الی الابد که بعد هم نسلهای بعدی استفاده کنند.

### سؤال: تبعض صفقه نمی شود؟

**جواب:** تبعض صفقه بحث دیگری است. ثمره تبعض صفقه حصول خیار است و چیزهای دیگر، ربطی به این بحث ندارد. آنجایی است که بشود صفقه را متبعض هم کرد مثلا چند تا کتاب مانند هم را فروخته، آنجا دو تا خراب از کار درآمده، آنجا می گوئیم تبعض صفقه است به شرط اینکه وحدت قصد هم برای مشتری نباشد، ربطی به بحث ما ندارد.

همینجا برخی از محشین فرموده اند که این مسئله روشن است شبیه این است که انسان یک خانه دارد پنج تا اتاق دارد یک اتاقش را وقف کند.

به نظرم این مثال خیلی اشتباه است. بحث در منافع متجدده است. منفعت غیر از این اتاقی است که الان یک عین موجود است و فرض این است که تبعضش هم معقول است در مثل خانه، می توان از جزئی که یک اتاق است استفاده مستقل نمود، ولذا می شود کسی آن را اجاره کند. چون اینطور است در اختیار واقف مالک هست که کل خانه را وقف کند

یا یک اتاق را. اما بحث منافع که به تبع ملکیت است، نیاز به بحث دارد که اگر به ملک موقوف علیهم در آید آیا می توان قائل به استثناء شد.

اگر می خواهید به بابهای یک خانه مثال بزنید باید این مثال را بزنید که: ما یک خانه پنج اتاقه را بفروشیم به کسی و به ملکیت او هم دربیایید، ولی شرط کنیم که نتواند از چهار اتاق للتالی الی الابد استفاده کند. به نظر می رسد این شرط خلاف مقتضای عقد است.

لذا باید در عبارت «الاقوی ذلک» که در ذیل عبارت آمده تامل نمود زیرا از جهات مختلف مبهم است و همه این فروض واقعا قابل بحث است، و حتی در فرض عدم قول به ملکیت برای موقوف علیهم هم باز بحث مطرح است که بگوئیم ظهور وقف در این است که وقتی برای کسی وقف می کنیم باید حدی از ثمرات در اختیار او باشد که عرفا بگویند تسبیل ثمره شده است. اگر شما از یک خانه پنج اتاقه چهار اتاقش را استثناء کنید و بگوئید برای خودم باقی است، آیا صدق می کند که شما تسبیل ثمره کردید؟ نمی دانم این حرف درست است یا نه؟! حتی اگر ما بگوئیم به ملک موقوف علیهم در نمی آید، آیا عرفا صدق می کند شما تسبیل ثمره کردید بالنسبه یا نه؟

**سؤال:** یک اتاق تسبیل الثمره است؟

**جواب:** فرق می کند، اگر از اول شما بگوئید یک خانه پنج اتاقه دارم که اجزائش هم قابل استفاده است مستقلا، یک اتاق را وقف کنید، اینکه حتما اشکالی ندارد. اما اگر حرف دیگری شما بگوئید که کل خانه را وقف کردم، ولی استفاده از چهار اتاقش برای خودم باقی است فقط استفاده از یک اتاقش مال شما. بحث الان این است. لذا آن تمثیل درست نیست. بحث در این است که ما یک باغی را که پر از درخت مثمر است وقف می کنیم ولی می گوئیم نه دهم ثمراتش برای خودم. نه دهمش استثناء می شود برای خودم یک دهمش برای موقوف علیهم، این درست است یا نه؟ عرض من این است که وقف باید طوری باشد که اولاً از خود واقف قطع شود، هرگونه برگشت وقف به خودش اشکال دارد، حتی از اول هم اگر بگوید اشکال دارد، چون معنایش این است که از خودش خارج نکرده است. البته این فرع غیر از مسئله ای است که ثمراتی الان بالفعل بشود، بعد بیاید بگوید از این ثمراتی که الان موجود شده یک دهمش مال شما بقیه اش مال خودم، این عیبی ندارد. لذا می گویم تشبیه به خانه ای که پنج اتاق دارد اشتباه است. پنج اتاق بالفعل موجود است، شما می توانید بگوئید یکی را وقف کردم بقیه را وقف نکردم. اگر ثمرات امسال این باغ باشد، ثمره هم الان موجود است، بگوید یک دهمش را من وقف کردم بقیه را نه. حالا این بحث دیگری است، و شاید شما بگوئید اصلاً وقف در میوه جاری نیست. ولی اگر شما

کل باغ را وقف کنید، آیا می توانید استثناء کنید نه دهم منافعش را برای خودتان؟ اینکه به نظرم حتما خلاف مقتضای عقد است. وقف مقتضایش اخراج از واقف است.

اما استثناء منافع برای عده دیگر ممکن است وجهی داشته باشد، به شرطی که عدیل داشته باشد، بگوئیم نه دهمش مال یک گروه یک دهمش مال گروه دیگر. این هم علی الظاهر اشکالی ندارد.

**سؤال:** اینکه در ملک مالک باقی بماند از حیث این است که مالک است یا از حیث اینکه جزء موقوف علیهم است؟ یعنی از جهت این باشد که واقف جزء موقوف علیهم است یا از جهت اینکه مالک است؟

**جواب:** نه خیر، فرض ماکیت است، وقف کرده یعنی عین را تملیک کرده ولی ثمره اش را برای خودش استثناء کرده است. همه را وقف کرده یعنی عین را تملیک کرده به موقوف علیهم می گوید ثمره اش برای خودم باشد. این نمی شود.

**سؤال:** بدلی شمردید؟

**جواب:** بله، لذا ما دو بحث طولی داریم. می گوئیم یکوقت می گوئید از ملک مالک خارج نمی شود و در عین حال می گوئید ثمره اش برای خودش باقی باشد، می گوئیم این اشکال دارد. ما در بحث قبلی گفتیم عین موقوفه از ملک مالک خارج می شود ثمره اش هم باید خارج شود. دوم اینکه حتی اگر نگوئیم از ملک مالک خارج می شود، بحث ما این است، این هم اشکال دارد. حتی جور دیگری بگوئیم، بگوئیم از ملک مالک خارج می شود و به ملک موقوف علیهم در می آید ولی استثناء می کند استفاده خودش را. این هم اشکال دارد. تمام این فروض با حقیقت وقف تنافی دارند.

در موقوف علیهم هم فروض مختلفی وجود دارد، که اگر گفتیم ملک است تشقیقش و تخصیصش از چه باب است اگر از باب اشتراط است که گفتیم نباید خلاف مقتضای عقد باشد. به نظرم فروض مختلفی در این بحث تصویر می شود. لذا اقوی ذلک به اطلاق درست نیست. یک جاهایی این حرف درست است، و در فروضی نیز صحیح نیست.

این راجع به مسئله ۶۱.

**مسئله ۶۲: وظیفه هنگام ابطال رسم موقوفه**

مسألة ۶۲ «لو وقف على مصلحة فبطل رسمها كما إذا وقف على مسجد أو مدرسة أو قنطرة فخربت و لم يمكن تعمیرها أو لم تحتج إلى مصرف لانقطاع من يصلي في المسجد و الطلبة و المارة و لم يرج العود صرف الوقف في وجوه البر، و الأحوط صرفه في مصلحة أخرى من جنس تلك المصلحة و مع التعذر يراعى الأقرب فالأقرب منها»<sup>۱</sup>

مسئله ۶۲ مسئله مبتلابهی است. اگر کسی وقف کند بر مصلحتی. الان بحث در خود مسجد و قنطره نیست، بحث در وقف بر اینهاست. اگر کسی وقف کند بر مدرسه ای یا پلی یا مسجدی فبطل رسمها، یعنی آن موضوع برای صرف وقف از بین رفت، حالا از بین رفت به تخریب، یا از بین رفت که مصرف ندارد دیگر. مثلاً مدرسه هست ولی طلبه ندارد، یا اینکه مسجد هست مصلی ندارد، یا اینکه قنطره هست ماره ندارد که بر این قنطره عبور کند چون اصلاً راه عوض شده مثل بعضی از این پلهایی که در کویرها هست و دیگر استفاده نمی شود. حالا سؤال این است که اگر وقفی بر اینها باشد، که مثلاً یک عینی گذاشته اند گفته اند ثمره اش برای تعمیر این پل. پلی که ماره ای ندارد که عبور کند تعمیرش کنند که چه بشود؟ این کار لغو است.

اقلاً اینجا دو تا نظر ممکن است از عبارت استفاده شود یک نظر از عبارت و یکی هم نظر مقابلش هست. منتهی بالدقة تقریباً ۴ نظر مختلف در مسئله هست.

آن چیزی که در متن است اولاً این است که می فرماید: صرف الوقف فی وجوه البر، که صرف وقف در وجوه بر تقریباً قول مشهور در بحث است، که انشاءالله اقوال را می خوانیم. منتهی یک احتیاطی کرده اند، این احتیاط یک قول دیگری است، که ما در مطلق وجوه بر نمی توانیم مصرف کنیم. باید در یک مصلحت دیگری که جنسش لااقل با این یکی باشد، یعنی وقف کرده برای این قنطره اگر نشد برای یک پل دیگری که الان مردم استفاده می کنند هزینه شود. یا وقف کرده برای این مسجد، اگر نشد برای مسجد دیگری مصرف شود، برای تعمیر مسجد دیگری. جنس آن وقف محفوظ بماند ولو فردش نیست. و فرموده اند اگر تعذر دارد که در جنس مصرف کنیم اقرب فالاقرب باشد. اینها احتیاط است.

منتهی مستند مطلق بر چیست؟ مستند اینکه رعایت جنس مصلحت بشود چیست؟ ما در بحثهای گذشته فی الجملة اشاره کردیم که اگر واقعی بر یک مصلحتی وقف می کند، تعدی از این مصلحت علی الظاهر در وهله اولی جائز نیست و صرف در مصلحت دیگر اول کلام است که مطابق با احتیاط باشد. چرا؟ چون یک قول این است که برگردد به مال واقف و

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۵

ارث. خب شما اگر بنخواهید در مصلحت دیگری که از جنس این باشد می گوئید احوط است چرا آن احوط است؟ خب شما ملک دیگری را دارید تصرف می کنید، مال ورثه را دارید تصرف می کنید، چه چیزی از آن احوط است؟ فرموده اند و الاحوط صرفه فی مصلحة اخرى.

بله احوط به کار واقف این است. اما وقتی که وقف از ملک او بیرون رفت و به یک عنوانی تبدیل شد، که در یکی از فروضش از سنخ منقطع الآخر می شود، یعنی وقف می آید تا یک جایی و تمام می شود، حالا در آنهایی که معمولاً انقطاع حاصل می شود یا نه، اتفاقی انقطاع حاصل شود، فرض اتفاق، قدر متیقن است، اگر اتفاقی انقطاع در موقوف علیهم حاصل شد، باید چه کنیم؟ عده ای در آن بحث گفتند برمی گردد به مال واقف و ورثه. اگر این حرف باشد، خب کنجایش احتیاط است که ما صرف در مصلحت اخرى کنیم؟! دو تا امر احتیاطی مقابل هم هست، هم حفظ مال مالک و ورثه او هست، و هم حفظ غرض واقف هست. فروض مختلف در آن قابل تصویر است، فردا انشاءالله فرضهای آن را بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۳۷۰
اقوال مسئله .....	۳۷۱
بررسی بحث رجوع به مالک و رد آن.....	۳۷۱
اجماع یا شهرت بر صرف در وجوه بر.....	۳۷۲
بررسی اقوال فقهاء.....	۳۷۳
دو بیان و دلیل برای مصرف در وجوه بر.....	۳۷۷
عبارات مرحوم صاحب عروه.....	۳۷۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۲ کتاب تحریر الوسیله بود مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند اگر برای مصلحتی وقف نماید و شکل و رسم آن از بین برود مانند اینکه وقف بر مسجد یا مدرسه یا پلی کند سپس آنها خراب شوند و تعمیر آنها ممکن نباشد، «لو وقف علی مصلحة فبطل رسمها كما إذا وقف علی مسجد أو مدرسة أو قنطرة فخریت و لم يمكن تعمیرها» یا اینکه خراب نمی شوند لکن مصرف از آنها متعذر می شود یعنی احتیاج به مصرف ندارند مانند مسجدی که مصلی ای برای آن وجود ندارد یا طلبه ای برای این مدرسه وجود ندارد، یا قنطره ای که به خاطر احداث راه جدید کسی از آن عبور نمی کند، و امیدی به بازگشت استفاده از آنها نیست، در این موارد می فرمایند وقف در وجوه بر مصرف می شود. «أو لم تحتج إلى مصرف لانقطاع من يصلي في المسجد و الطلبة و المارة و لم يرج العود صرف الوقف في وجوه البر» و در انتها می فرمایند: احتیاط آن است که آن را در مصلحت دیگری از جنس همان مصلحت وقف مصرف نماید. «و

الاحوط صرفه فی مصلحة اخرى من جنس تلك المصلحة». و اگر صرف در هم جنسش ممکن نباشد باید رعایت الأقرب فالأقرب به آن مصلحت، شود. «و مع التعذر یراعی الاقرب فالاقرب منها».<sup>۱</sup>

در این مسئله چند بحث مطرح است:

## اقوال مسئله

بحث اول پیرامون اقوال در مسئله است دو قول در این مسئله استظهار می شود: قول اول صرف در مطلق وجوه برّ است و قول دوم صرف در مصلحتی هم جنس مصلحت سابق است که با «والاحوط» بیان فرمودند. ظاهراً احوط اینجا استحبابی باشد چون مسبوق به فتوی است، فتوای ایشان صرف الوقف فی وجوه البر است اما احتیاط صرف در مصلحت هم جنس مصلحت سابق است. برخلاف احتیاط ایشان برخی از فقهاء قائلند بعد از اینکه مورد وقف خراب شد یا صرف در مصلحت متعذر شد باید وقف در مصلحت دیگری از جنس همین مصلحتی که مورد وقف بوده مصرف شود و اگر هم متعذر شد باید مراعات اقرب فالاقرب شود. این دو قولی است که در متن تحریر ذکر شده است. اما دو تفصیل دیگر هم وجود دارد.

## بررسی بحث رجوع به مالک و رد آن

بحثی که قبل از بیان این تفصیل باید توجه شود عدم ذکر احتمال رجوع مال موقوفه به ملک واقف یا ورثه واقف است. این احتمال را در این مسئله طرح نکردند هر چند عده ای از فقهاء در وقف منقطع الآخر این احتمال را مطرح کرده اند. حال پرسش مهم این است که تفاوت این مسئله با مسئله وقف منقطع الآخر چیست که در وقف منقطع الآخر عده ای معتقدند بعد از اتمام موقوف علیهم مال به واقف و ورثه اش باز می گردد ولی در مسئله ما اصلاً این احتمال مطرح نشده است.

بحث وقف منقطع الآخر ممکن است هم در من ینقرض عادتا و هم در من لم ینقرض عادتا قابل تصویر باشد. مثال وقف علی من ینقرض مانند وقف کردن بر اولاد و اولاد اولاد است به صورتی که واقف دیگر موقوف علیهم را ادامه ندهد. روشن است که این مقدار معمولاً منقرض می شوند البته اگر گفتیم این وقف صحیح است، آنوقت نتیجه ای که معمولاً

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۵

مشهور خلافاً لنظر ما می گویند این است که وقتی وقف تمام شد میراث می شود و برمی گردد به واقف و ورثه اش. مرحوم شیخ مفید فرموده بود برمی گردد به ورثه موقوف علیه، که علی الظاهر نمی شد هیچ مستندی برای آن ارائه داد.

البته در آن بحث برخی گفته اند که ممکن است بگوئیم که وقف بر من ینقرض عادتاً باطل است، ولی اگر بر کسی که لم ینقرض الا نادراً و لم ینقرض عادتاً، وقف کند و اتفاقاً انقرض، اینجا به واقف و به ورثه اش برمی گردد.

در بحث وقف منقطع الآخر این دو قول بیان شد و ما در آن بحث عرض کردیم بعد از خروج این وقف از مال مالک دلیلی بر عود به مال مالک نداریم، سببی برای عود وجود ندارد، مخصوصاً که استصحاب بقاء هم داریم، همچنین در قول رجوع به ورثه موقوف علیهم نیز گفتیم این حرف وجهی ندارد لذا نتیجه گفتیم علی الظاهر باید در وجوه بر مصرف شود مثل حکم در اموالی که یا بلا صاحب است یا مجهول المالك و امثال آن، که در اختیار حاکم قرار می گیرد و در وجوه مصلحت صرف می کند.

**سؤال:** کسی هست که در وجوه عامه بگوید برمی گردد به ملک واقف؟

**جواب:** معمولاً نمی گویند لذا مرحوم صاحب مسالك می گوید چه فرقی بین این باب و منقطع الآخر است. و مرحوم شیخ به عنوان یک مسئله طرح می کند که چه فرقی هست بین فرضی که جهت منقطع شود و بین فرضی که موقوف علیهم منقطع شوند؟ بله در بحث جهت عمدتاً یکی از دو حرف را زده اند، یا گفته اند صرف در بر شود یا گفته اند صرف در مصلحت شود، نگفته اند برگردد به ملک واقف. گرچه صاحب مسالك می گوید اینها در وهله اول شبیه هم هستند بعد توجیهاتی بیان می کنند که خواهد آمد.

پس اولاً چرا برنگردد به خود مال واقف و ورثه اش؟ و ثانیاً اگر بر نمی گردد علت حکم مشهور به صرف در وجوه بر چیست؟ همچنین این حکم که باید در مصلحت خاص صرف شود و اگر نشد در مصلحت دیگری همجنس این مصلحت صرف شود، مانند اینکه اگر وقف بر مسجد خاص شده و الان قابل استفاده نیست باید در مسجد دیگری مصرف کنیم و اگر نشد باید اقرب فالاقرب صرف شود چه دلیلی دارد؟

## اجماع یا شهرت بر صرف در وجوه بر

مشهور بودن حکم صرف در وجوه بر هم حکایت شده و هم قابل تحصیل است، بلکه ادعا اجماع نیز شده الا من النافع. البته مرحوم محقق حلی در کتاب مختصر النافع قول مشهور را رد نکرده، ایشان فقط گفته قیل یصرف فی البر، و هیچ نظری نداده است. بله بعضی از شاگردان ایشان مانند فاضل آبی و برخی محشین کتاب نافع به مرحوم محقق اشکال کرده



اند که چرا شما تردید کردید؟ اصلاً جای تردید نیست که باید در وجوه بَر مصرف شود. خلاصه اینکه اگر نگوئیم اجماع در این مسئله است مسلماً شهرت هست که در وجوه بَر مصرف شود.

## بررسی اقوال فقهاء

حالا برخی از این کلمات را عرض کنم:

در مقنعه شیخ مفید می فرماید: «و إذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل ذلك في وجوه البر».<sup>۱</sup>

مرحوم شیخ طوسی نیز در کتاب نهاییه می فرماید: «و إذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل في

وجه البر».<sup>۲</sup>

معانی مختلفی از بطل رسمها متصور است گاهی به معنای از بین رفتن مورد وقف است و گاهی به معنای تعذر در استفاده و گاهی هم به معنای از بین رفتن موقوف علیهم نه جهتش است. مثلاً واقف وقف می کند برای یک چشمه آبی تا اهالی این روستا از آن استفاده کنند، یا وقف برای پاکسازی این چشمه و نگهداری این چشمه می کند که در حال حاضر چشمه هست، آب هم دارد، مالی که صرف بشود نیز هست، مثلاً یک زراعتی است که گفته شده منفعتش برای نگهداری این چشمه باشد، اما اهالی آن رفته اند اصلاً کسی نیست. یعنی موقوف علیهم باد اهلها شد، آنها نیستند. یا بطل رسمها که ظاهرش این است که خود آن موردی که باید وقف صرف آن شود از بین رفته است. یکی هم تعذر است، از بین نرفته ولی تعذر صرف دارد به انحاء تعذراتی که معقول است، مثل از بین رفتن موقوف علیهم و غیره. حالا باید دقت کرد، خیلی وقتها عبارت فقط بطل رسمها است اما در بعضی عبارات فرض تعذر را هم به این عطف کرده اند و گفته اند فرقی ندارد.

مرحوم ابن براج در کتاب المذهب می فرماید: «و إذا وقف انسان شيئاً على مصلحة فانقرضت أو بطل رسمها

جعلت منافعها على وجه من وجوه البر».<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> المقنعة (للشيخ المفيد)؛ ص: ۶۵۴

<sup>۲</sup> النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، ص: ۶۰۰

<sup>۳</sup> المذهب (لابن البراج)؛ ج ۲، ص: ۹۲/۹۳

مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه می فرماید: «و متى بطل رسم المصلحة التي الوقف عليها أو انقضى اربابه (صاحب غنیه انقضى اربابه را عطف می کند به بطل رسم المصلحة) جعل ذلك في وجوه البر. و روى أنه يرجع الى ورثة الواقف و الاول احوط».<sup>۱</sup>

ظاهراً روایتی که بگویند برمی گردد به ورثه واقف نداریم، مگر به یک استنباطهای خاصی که قبلاً بحث شده است. مرحوم ابن حمزه در کتاب وسیله می فرماید: «و إن وقف على مصلحة و اندرس رسمها صرف في وجوه البر».<sup>۲</sup> مرحوم ابن ادریس نیز در کتاب سرائر می فرماید: «و إذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها يجعل في وجه البر بلا خلاف و لا يجوز عوده على الواقف و لا على ورثته. و هذا ايضا دليل على صحة المسئلة المتقدمة و فساد قول المخالف فيها».<sup>۳</sup> که بحث دیگری است.

مرحوم محقق حلی در کتاب شرایع می فرماید: «و لو وقف على مصلحة فبطل رسمها صرف في وجوه البر».<sup>۴</sup> البته مرحوم محقق حلی در کتاب مختصر النافع فرموده: «ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر».<sup>۵</sup> این نقل قیل ایشان شبیه در مسئله ایجاد کرده است. فقیهی قبل از ایشان حکم به غیر مشهور نداده بلکه بعضی از متأخرین، و معاصرینی کلامی غیر از قول مشهور را دارند. ولی کلمات قدماء از فقهاء یا حتی در کتاب شرایع فرمودند صرف فی وجوه البر، و فقط در مختصر می فرماید قیل يصرف الى البر.

مرحوم محقق در حاشیه بر کتاب نهاییه مرحوم شیخ طوسی به نام نکت النهایه در ذیل این متن مرحوم شیخ که می فرماید: «و إذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل في وجوه البر» کلامی را از مرحوم شیخ نقل می کند: «و قال قبل هذا: و متى وقف الانسان شيئاً في وجه من الوجوه أو على قوم باعياهم و لم يشترط بعد انقراضهم عوده على شيء بعينه فمتى انقضى ارباب الوقف رجع الوقف على ورثة الواقف». این وقف در جائی است که وقف کرده بر

<sup>۱</sup> غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۹

<sup>۲</sup> الوسيلة إلى نيل الفضيلة؛ ص: ۳۷۱

<sup>۳</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۳، ص: ۱۶۶

<sup>۴</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۱۶۹

<sup>۵</sup> المختصر النافع في فقه الإمامية؛ ج ۱، ص: ۱۵۸

اشخاصی باعیانهم و شرط هم نکرده است که بعد از انقراض این افراد به فرد دیگری برسد، یعنی وقف منقطع الآخر علی نحو وقف علی من ینقرض عادتا. چون وقف بر قومی باعیانهم کرده است. خب این قوم یکوقتی تمام می شوند، در اینجا می فرماید وقف به ورثه واقف برمی گردد.

محقق حلی می فرماید: اگر از اختلاف بین این دو کلام پرسیده شود «الجواب: اما الوقف علی المصلحة فمثل القناطر و اصلاح الشوارع و مساكن القوافل و ما شاكلها فالوقف فی التحقيق علی المسلمین المتتفعین» این تعبیر فالوقف فی التحقيق علی المسلمین نکته اساسی قائلین به قول صرف در وجوه بر است. بعد از ایشان عده کثیری از فقهاء مانند صاحب مسالك، صاحب ریاض، صاحب مفتاح الکرامه، صاحب جواهر و مرحوم شیخ انصاری فی الجملة و دیگرانی از همین استدلال بهره بردند که در وقف علی الجهة لبا وقف بر مسلمین است. پس موقوف علیهم از بین نمی روند «فالوقف فی التحقيق علی المسلمین المتتفعین فزوال تلك المصلحة لا یخرجه عن الوقفية الاصلية، فلهذا یصرف فی وجوه البر». البته برخی به این استدلال پاسخ داده اند که بررسی خواهد شد.

این در وقف بر جهت است. «اما الوقف علی قوم باعیانهم أو وجه من الوجوه غیر الوجوه المختصة بالمصالح العامة للمسلمین»، اینها را خوب دقت کنید، چون بعدا صاحب عروه در تکلمه در نقض این کلام می گوید اگر این حرف شما درست باشد پس من اگر بر زید وقف کنم لاجل مصلحة اگر آن مصلحت نشد باید به فرد دیگری بدهند، درحالی که هیچ فقیهی این حرف را نگفته است. ایشان می گوید: أو وجه من الوجوه غیر الوجوه المختصة بالمصالح العامة، ما مصالح عامه را داریم می گوئیم، وجه اینچنینی، نه حتی اعیانهم بوجه خاص خودشان، می گوید ما این را نمی گوئیم، به وجهی که مربوط به مصالح عامه باشد. می گوید: «اما الوقف علی قوم باعیانهم أو وجه من الوجوه غیر الوجوه المختصة بالمصالح العامة للمسلمین فإنه حبس صریح» در من ینقرض که بر جهات عامه و بر مسلمین نیست که معمولاً منقرض نیستند در این صورت می فرمایند یرجع بحبس، بنابراین حبس هم زمان دارد، «یرجع الی ورثة الواقف عند انقراض القوم، و إن کان فی هذه قولان» یعنی گرچه در همین مورد در من ینقرض عادتا که منقطع الآخر می شود دو قول است: «أحدهما اختاره المفید رحمه الله أنه یتنقل إلی ورثة الموقوف علیهم. و الآخر اختاره الشیخ رحمه الله أنه یتنقل إلی ورثة الواقف».<sup>۱</sup> گرچه بعد از اینکه ما در وقف بر اعیان و اشخاص و وجهی که ینقرض عادتا باشد که وقف منقطع الآخر است، می گوئیم برمی گردد به ورثه، ولی دو قول در آن هست: مرحوم مفید می گویند برمی گردد به ورثه موقوف علیهم، و مرحوم شیخ

<sup>۱</sup> نکت النهایة؛ ج ۳، ص: ۱۲۸

طوسی می فرماید برمی گردد به ورثه واقف. و این قول، قول اکثر و مشهور است که برمی گردد به ورثه واقف نه ورثه موقوف علیهم، چون وجهی ندارد که به ورثه موقوف علیهم برگردد.

پس خود مرحوم محقق صاحب شرایع توجه دارد به اینکه بحث بطل رسمها که بحث فعلی ما است شبیه انقراض است ولی می گوید اینها با هم فرق دارند، در آنجا بر اعیانی است که منقرض می شوند، ولی در وقف بر جهت لبا وقف بر مسلمین است و مسلمین که انقراض ندارند، یک قومی ممکن است از بین بروند. ما مسجد یا قنطره ای در یک ده درست کردیم، گرچه در وهله اولی خیال می شود این قنطره برای این ده است ولی لبا برای جهت عامه است در واقع لکل مارة من المسلمین است. ولو عابرین اهل اینجا نیستند، حال که وقف بر مسلمین است، باید در وجوه بر برای همه مصرف شود. چرا می گوئید افرادش نیستند؟ از اول هم لبا برای همه وقف بوده است، حال اگر در این مورد خاص ممکن بود مصرف می کنیم، نشد جای دیگر برای مسلمین مصرفش می کنیم. و ما دیگر اقوال را بیان نمی کنیم لکن لا اقل این است که شهرتی در اینجا منعقد است، منتهی حالا باید ببینیم استدلالها چیست.

**سؤال:** این تعلیل به آن حکم نمی خورد. وجوه بر فقط مال مسلمین نیست. اگر وجوه را صدقات بگیریم بر کفار هم می شود خرج کرد. لذا اینکه شما فرمودید چون مال مسلمین است تعلیل برای وجوه بر است این از آن در نمی آید، یعنی دلیل اخص از مدعاست.

**جواب:** عکسش می گفتید بهتر بود. که اگر مسلمین شد که این را شیخ انصاری می فرماید باید در مصالح مسلمین مصرف کنیم، چه کسی گفته مصالح مسلمین حتما وجوه بر است؟! آن طرفش را گفته است، می گوید مصالح مسلمین چه کسی گفته فقط وجوه بر است؟! بعد ایشان در پایان می گوید حالا ممکن است بگوئیم یک قسمی از مصلحت هم همین صرف خیرات کردن است. منتهی انصافا اگر کل مصالح مسلمین باشد معلوم نیست وجوه بر به معنای صرف خیرات کردن باشد. ممکن است کسی این را بگوید. ولذا ایشان اول اشکال می کند. این اشکال شاید بهتر باشد. حالا شما برّ را هم ممکن است بگوئید فقط مسلمین نیست. یعنی آنهایی که می گویند صرف فی وجوه البر باید ببینیم آنها چه می گویند. شاید برّ مختص به مسلمین می گویند نمی گویند به کفار بدهید.

**سؤال:** چون صدقه را همه می گویند به کفار می شود داد.

**جواب:** حالا کفار حربی را که حتما نمی گویند، غیر حربی را هم شاید قید داشته باشد یعنی آنجایی که یک تلافی برای مسلمین در آن باشد قائل باشند نه اینکه مطلقا بگویند.

## دو بیان و دلیل برای مصرف در وجوه بر

دو دلیل برای حکم به صرف در وجوه بر وجود دارد که چرا در وجوه بر مصرف شود:

استدلال اول این است که ما بگوئیم بعد از اینکه خراب وقف پیش آمد ما شک می کنیم که آیا هنوز وقف باقی است یا نه. استصحاب بقائش کنیم که وقف باقی است. و چون نمی توان صرف در محل وقف نمود بگوئیم صرف در وجوه بر شود از باب جمع بین حقیقین، بین استصحابی که می گوید وقف است لذا باید به آن وفاء و عمل کنیم، و بین اینکه راه دیگری نداریم بگوئیم صرف در وجوه بر می شود. پس استدلال بر اینکه صرف در وجوه بر شود از باب این است که استصحاب بقاء وقف داریم و اینکه راه دیگری نداریم برای مصرف، بگوئیم در وجوه بر صرف شود.

استدلال دوم این است که: (البته ما قبلا این را عرض کردیم ولی ندیده بودم این عبارتها را، ولی بعد دیدم تقریبا اکثرا به این طریق پناه برده اند) بگوئیم نحوه وقف واقف در واقع منحل به ارادات طولی و به مطلوبات طولیه می شود. وقتی کسی بر مسجدی وقف می کند می گوید درآمد این زمین من برای این مسجد، غالبا در امور خیر اینطوری است، درست است که دارد برای این مسجد وقف می کند، اما این عملش در طول اصل وقف برای مساجد است بلکه برای مصالح مسلمین و امور خیر است. انسان قصد دارد پولی را برای خیر به مسلمین صرف کند، بعد می بیند که در این شهر مسجد لازم است می گوید مسجد بسازیم بعد می بیند مسجد خاص در محل خودش لازم است، می گوید وقف کردم برای مسجد در این محل، در واقع اگر از خود واقف بپرسیم که جناب آقای واقف تو وقف کردی این پول صرف این مسجد شود، این مسجد حالا خراب شده، آیا نظرت این نیست که برای کل مساجد صرف شود؟ می گوید بله. اگر به او بگوئیم که مساجد الان، همه بانی دارند و نیاز ندارند، در امر خیر دیگری می خواهی مصرف بشود؟ می گوید بله. یعنی احراز کنیم که یک طلبهای طولی و اراده های طولی دارد اگر در جائی احراز بشود. حالا مدعی صرف در خیرات می گوید اصلا من احراز می کنم که واقفین وقتی برای اینجور امور وقف می کنند واقعا برای خیرات وقف می کنند منتهی خیرات خاص. به اصطلاح اصولی اش اینجا تعدد مطلوب است، یک مطلوبش این است که در مطلق خیر صرف شود، و مطلوب دیگرش این است که آن خیر در این مورد خاص که مسجد است مصرف شود. حالا که دومی متعذر شده است اولی به جای خود باقی است. پس یک راه برای اینکه ما اثبات کنیم که اگر مورد وقف از بین رفت و ما الان نمی توانیم در آن صرف کنیم بتوانیم در مطلق مبرات صرف کنیم از باب تعدد مطلوب است. بسیاری از فقهاء این را طرح کرده اند اعم از اینکه این را بپذیرند یا نپذیرند.

برخی این راه را قبول ندارند. شاید فی الجمله هم درست می گویند. یعنی این بیان که ما بگوئیم احراز می کنیم همه واقفین اینچنین هستند مستندی ندارد. شاید واقعا واقفی مسجد محل برایش مهم بوده می گوید من برای این مسجد وقف کردم نه برای همه مساجد در عالم، مطلوبش همین مورد باشد در این موارد اینکه اگر ممکن نبود در جای دیگری صرف شود از کجا همچین احرازی کردید؟ فعلا وقف بر خاص کرده، و اگر این خاص از بین رفت چه دلیلی داریم عام را واقعا اراده کرده باشد؟ اگر هم یک جا می گوئید می شود به صورت موردی صحیح است. پس بنابراین راهی برای احراز اینکه تمام اوقاف عالم اینچنین هستند نداریم. بله به صورت موردی اگر احراز کردیم به صورتی که اگر از واقف می پرسیدیم و می دانستیم، بله صرف در اقرب ممکن است.

### عبارات مرحوم صاحب عروه

لذا مرحوم سید بعد از اینکه طرفین این بحثها را طرح می کند می گوید: «والاقوی أنه إن كان يظهر من حال الواقف الاعراض عن المال الذي وقفه أبدا و بالمرة، بحيث لو سئل إذا لم يمكن الصرف في كذا كيف يصنع به يقول يصرف في سائر الخیریات، فالحکم هو الصرف في وجوه البر الأقرب إلى ذلك فالأقرب». می گوید اگر از حال واقف بفهمیم که کلا از خودش قطع کرده نمی خواهد برای خودش و ورثه اش و غیره این باقی باشد، و لذا اگر از او می پرسیدیم به نحو قضیه شرطیه که آقای واقف اگر در اینجا نشد مصرف کنیم در کجا؟ می گفت در مطلق خیرات خرج کنید. اگر اینطور است، می گوید بله اینجا فالحکم هو الصرف في وجوه البر الأقرب إلى ذلك فالأقرب، ما باید در وجوه بر صرف کنیم آن هم علی القاعدة در اقرب فالاقرب به نظر واقف است، چون می دانیم در همچین چیزی می خواسته صرف کند. «و إن لم يظهر من حاله ذلك»، اما اگر چنین چیزی را احراز نکردیم، اصلا وقف باطل می شود «بطل و رجع إلى الواقف أو وارثه، و لعل مرجع ما ذكره المسالك أيضا هذا»، چون مسالك هم تفصیلی می دهد که حالا می خوانیم. «بل لا یبعد أن محل كلام المشهور أيضا في مثل هذا لا مطلق الوقف».<sup>۱</sup> حالا این دیگر یک ادعای بالاتری است چون مشهور به نحو اطلاق گفته اند که لو وقف انسان مالا علی مصلحة فبطل رسمها گفته اند که یصرف فی وجوه البر، این حرف مشهور بود، ایشان می گوید مشهور هم در اینجا این را می گویند، یعنی در جائی که احراز کرده اند که واقف حالش طوری است که کلا مال را از خودش قطع کرده و اگر از او می پرسیدیم که این مال موقوفه اگر مصرفش از بین رفت چکار کنیم، می گفت در مطلق خیرات مصرف کنید. می گوید مشهور هم فتوی داده اند بعید نیست که محل کلامشان اینجا باشد.

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۲۵۰

ولی انصافاً حمل این اطلاق کلام مشهور به تفصیلی که سید فرمود بعید است چون هیچ قرینه برای حرف ایشان وجود ندارد.

بله برخی از فقهاء این مسئله طولیت را مطرح کرده اند، و این شاید قرینه شده برای ایشان، والا اکثر فقهای اوائل که عمدتاً حرف آنها از جهت شهرت و اجماعات مد نظر است هیچکدام چنین تفصیلی نداده اند، هیچ قرینه ای در کلامشان بر این تعدد مطلوب نیست، مطلق گفته اند صرف فی وجوه البر.

در حالی که مرحوم سید در تکلمه عروه مدعی چنین تفصیلی می شود، اینکه خودشان قائل شوند اشکالی ندارد اما نسبت دادنش به دیگران مشکل است. این تعلیل اینکه چرا در وجوه بر اقرب فالاقرب به نظر واقف صرف شود.

یک بیان دیگر هم همان حرفی است که از مرحوم محقق و بعد صاحب مسالک و دیگران استفاده می شود که: وقف بر جهت در واقع وقف بر مسلمین است. و وقتی ما یک چیزی را وقف بر مسلمین می کنیم، اگر آن مورد خاص از بین رفت مسلمین که از بین نرفته اند، یعنی در وقف بر مسلمین روشن است که اصل وقف بر مسلمین محفوظ است. و این دیگر استظهاری است که از این وقفها می کنیم. اگر گفت من دارم وقف می کنم بر این جهت عامه، این لبا یعنی بر مسلمین. آنوقت در مسلمین هم ما استظهار کنیم، یعنی در هر حال وقف بر مسلم است ولو که این موردی که من الان گفتم قابل صرف نباشد. بعید هم نیست واقعا که ما در وقف بر مسلمین استظهار کنیم که وقف است بر مسلمین، ولو اینکه این جهتی که الان ما گفتیم یک موردش از بین برود، ولی وقف بر مسلمین باقی است. به تعبیر عده ای اصل الوقف بر مسلمین منحفظ است، موردی که واقف ذکر کرده به هر دلیلی از بین رفت ولی اینجا ما بهتر از آن مثالهای مرحوم سید می توانیم استظهار کنیم که وقف بر مسلمین وقتی کرد مد نظر خود مسلمین هستند واصل خود مسلمین هستند. آدم احراز می کند که شخص مالک از خودش قطع کرده است برای مسلمین. این حرف دیگر در موارد وقف بر اعیانی که دو نسل هستند و از بین می روند نمی آید. این تعلیل فقط برای مسلمین می آید، چون مسلمین استمرار دارند و یک حالتی است که وقتی کسی وقف بر مسلمین می کند معلوم است که از خودش قطع کرده است. این ظهور حال این است، از خودش قطع کرده بر مسلمین. البته اینجا ممکن است شما بگوئید بر مسلمین وقف کرده، که سید هم همین را می فرماید، بر مسلمین وقف کرده، ولی این خاص است، این خاص از بین رفت چه کسی می گوید عام هست؟

می گوئیم استظهار می کنیم، وقتی وقف بر مسلمین می کند می خواهد این برای مسلمین بماند، حالا این مصرف خاص نماند، در این مسجد این محل نماند، خب مسجد دیگری، باز هم برای مسلمین است.

این استظهارش خیلی راحت تر است تا اینکه بگوئیم همه جا در همه واقفین یک تعدد مطلوبی هست، حتی در وقف بر اولاد هم بگوئیم اگر وقف بر اولاد کرد باز این را می فهمیم که وقف بر اولاد کرده و اگر اولاد از بین رفتند وقف کرده بر کل خیرات. نخیر ممکن است کسی این را قبول نکند؛ اما در وقف بر جهاتی که منافع مسلمین است، نمی گوئیم منفعت خاص است، منافع مسلمین است بعید نیست انسان بگوید استظهار می کنیم اولاد قطع ملک را از مالک، و ثانیاً استظهار می کنیم که مسلمین محفوظ در نظر واقف است، نمی خواهد این وقفش از مسلمین قطع شود. لذا اگر محل صرف خاصی که ذکر کرده از بین رفت در جهت دیگری که باز به مسلمین برسد مصرف می شود، آنوقت دیگر الاقرب فالاقرب هم طبیعی است. به نظر می آید این حرف معقولی است و لذا این حرف در کثیری از کلمات هم دوران پیدا کرده است. به نظر می آید حرف درستی است.

حالا فردا برخی از نکاتی را که مرحوم شیخ انصاری و مرحوم آخوند فرموده اند متعرض می شویم، در آنها علاوه بر این نکات دیگر هم وجود دارد.

**سؤال:** شاید بر مسلمین آن منطقه خودش وقف کرده مثل آندلس، آنوقت مسلمین آن منطقه که از بین رفت صرف برای همان منطقه اش کند نه سایر مسلمین.

**جواب:** اشکال ندارد. یک قسمتش استظهاری است دیگر. اگر کسی وقف بر مسلمین می کند اگر آمدیم این جهت خاصش از بین رفت آیا نمی خواهد وقف برای مسلمین باقی باشد؟ من که به نظرم خیلی روشن است. اگر نگوییم یقین داریم اقلاً استظهارش وجود دارد.

**سؤال:** فرض کنیم مسلمین آن منطقه کلاً از بین رفتند.

**جواب:** خب بروند جای دیگر بدهند چه اشکالی دارد؟

**سؤال:** نه، وجوه البر می شود دیگر، ربطی به عنوان مسلمین ندارد.

**جواب:** نه، حالا این باز یک بحث دیگری است، که حالا که مصلحت شد آیا مصلحت وجوه بر است یا مصلحت می شود غیر وجوه بر باشد که عرض می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».



## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۳۸۱
قول سوم: تفصیل صاحب مسالک.....	۳۸۱
اشکالات کلام مرحوم شهید در مسالک.....	۳۸۵
اشکالات سه گانه مرحوم شیخ بر کلام صاحب مسالک و بررسی آنها.....	۳۸۵
قول چهارم: تفصیل مرحوم سید.....	۳۸۸
تمسک به روایات برای اصطیاد قاعده.....	۳۸۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

در تبیین مسئله ۶۲ کتاب تحریر الوسيله بودیم. مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة فرمودند اگر برای مصلحتی که از نوع جهت است وقف نماید ولی رسم آن از بین برود یا دیگر احتیاج به مصرف نداشته باشد آن وقف باید صرف در وجوه بر شود، و البته احتیاط آن است که آن را در مصلحت دیگری از جنس همان مصلحت وقف، مصرف کنند و اگر صرف در هم جنس ممکن نباشد باید رعایت الأقرب فالأقرب نسبت به آن مصلحت شود.

همانطور که در جلسه گذشته عرض کردیم که در این مسئله چهار قول وجود دارد که دو قول آن از متن کتاب تحریر استفاده می شود: یک نظر بصورت فتوای بیان شد و دیگری هم در قالب احتیاط ذکر شد، گرچه برخی از فقهاء این حکم احتیاطی را به صورت فتوی و قول اتخاذ کرده اند.

## قول سوم: تفصیل صاحب مسالک

قول سوم در مسئله، تفصیلی است که مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک بیان می فرماید، ایشان بعد از طرح مسئله تحقیقی دارند که در آن صورت مسئله را به سه نوع ترسیم می کنند و حکم خاص هر کدام را بیان می فرماید. و در نهایت با اضافه کردن یک قید، رعایت مصلحت را ترجیح می دهد. مرحوم محقق در شرایع می فرماید وقف در این صورت صرف

در وجوه بر می شود که همان قول مشهور است برخلاف آنچه ایشان در نافع آورده و از آن یک تردید استفاده می شود، در شرایع ایشان می گوید «صرف فی وجوه البر» مرحوم شهید ثانی در مسالک وجه کلام محقق را روشن می کند که در جلسه گذشته بیان شد. می فرماید: «والتحقیق أن المصلحة المذكورة الموقوف عليها لا يخلو إما أن يكون مما ينقرض غالبا أو مما يدوم غالبا أو يشبه الحال».

مرحوم شهید ثانی در مسالک مسئله را دایره مدار انقراض غالبی آن مصلحت و عدم انقراض غالبی یعنی دوام غالبی و اشتباه حال آورده اند. می گویند این سه تا موضوع دارد و در سه فرض باید بحث کنیم:

اولین صورت فرض مانند وقف بر مصلحت یک درخت است که ینقرض غالبا، مثلا فرض کنید درخت توتی وقف است، بعد می آید یک وجهی قرار می دهد از یک زمین برای اینکه این درخت توت را نگه دارند تا عموم مردم استفاده کنند. معلوم است که درخت یک عمر محدودی دارد و لا یدوم غالبا، یعنی آن موقوف علیه موردی است که ینقرض غالبا. ایشان این فرض را مانند منقطع الآخر بلکه مصداق منقطع الآخر می داند؛ و مشهور در منقطع الآخر معتقدند که بعد از انقطاع برمی گردد به واقف یا ورثه واقف و البته قول دیگری هم هست که به ورثه موقوف علیه برگردد. ایشان می فرماید در این فرض «فیرجع بعد انقضائه الی الواقف أو ورثه علی الخلاف» اینکه به خود واقف برگردد یا به ورثه اش اختلافی است «حیث لا یجعله بعده لمصلحة اخرى یقتضی التأیید». آقای واقف نیامده بعد از انقراض بگوید به چه کسی می رسد، لذا وقف اینجا تقطیع می شود و مصداق وقف منقطع الآخر می شود که ما تکلیفش را قبلا بررسی کردیم. البته ما معتقد بودیم در این موارد وقف به واقف یا ورثه اش بر نمی گردد ولی مشهور شاید همین را می گفتند.

اولین نکته قابل توجه در التحقیق ایشان، تشکیک در اطلاق کلام فقهاء است که به طور کلی گفتند صرف فی وجوه البر در حالی که باید شقوق مختلف مسئله را تصویر می کردند و حکم هر کدام را جداگانه بیان می کردند، مثلا در فرض اول که از قبیل لایدوم غالبا است باید حکم به ارجاع وقف به واقف یا ورثه اش می کردند، چرا گفتند صرف فی وجوه البر؟!

دومین صورت فرض در موردی است که غالبا بقاء دارد. «و الثانی کالوقف علی مصلحة عين من ماء مخصوص و نحوه مما تقضى العادة بدوامه» اگر وقف بر چشمه ای کند که غالبا باقی هست، و بگوید این مال را صرف در اصلاح و تعمیر این چشمه آب کنید تا مردم استفاده کنند، این مورد از آن مواردی است که مما یدوم غالبا، در این فرض دوم اگر آمدم اتفاقا این چشمه خشکید، دیگر جایی برای صرف درآمد وقف نیست، ایشان در صورت دوم می فرماید همان حکم

اصحاب که فرمودند صرف فی وجوه البر متجه است. «و المتجه فيه ما ذكره الاصحاب، لخروج الملك عن الواقف بالوقف، فعوده اليه يحتاج الى دليل و هو متف». دلیلش هم این است که مال با وقف از ملک واقف خارج شده است و دلیلی که ثابت کند مال دوباره به ملکش برگردد در مقام وجود ندارد.

«و صرفه فی وجوه البر انصب بمراعاة غرضه الاصلی إن لم یجز صرفه فیما هو اعم منه». ایشان می گوید حال که معلوم شد به ملک واقف بر نمی گردد، باید این درآمد را در جائی که انصب به غرض اصلی او است هزینه کرد چون غرض اصلی اش مصالح مسلمین بود، حال این چشمه نشد در یک چشمه دیگری که مورد استفاده است صرف کنند. یا اینکه بگوئیم در مطلق برّ که خیرات برای مسلمین باشد صرف شود.

سومین صورت فرضدر مواردی است که هر دو احتمال ممکن است مانند وقف بر مسجدی در یک قریه صغیره یا وقف بر مدرسه در یک ده کوچک، که هم احتمال انقطاع مصلحت وجود دارد و هم احتمال دوام مصلحت. مثلاً فرض کنید در یک برهه ای طلبه ای برای این مدرسه پیدا نشد ولی واقعا احتمال می دهد سال دیگر محصلی برای این مدرسه پیدا شود، یا مسجدی است که شش ماه است کسی نیامده در آن نماز بخواند ولی احتمال می دهیم بعد بیایند در آن نماز بخوانند. حالا به هر دلیلی احتمال بقاء می دهیم. ایشان می فرماید: «و فی حملها علی أی الجهاتین نظر»، در الحاق این صورت به صورت اول (منقطع الآخر) یا به صورت دوم (یدوم غالباً) نظر است. «من اصاله البقاء فیکون کالمؤبد» استصحاب بقاء آن مصلحت و ملاک کنیم لذا مثل مؤبد شود «و الشک فی حصول شرط انتقال الملك عن مالکة مطلقاً» یا اینکه بگوئیم چون شک در حصول شرط انتقال داریم لذا شک در مشروط یعنی حصول اصل انتقال می شود. در این موردی است که فی الجملة خلّو از مصلحت شد از اول شک می کنیم که ملک از واقف به موقوف علیه انتقال پیدا کرد یا نه. در وقفی که ما نمی دانیم تکلیفش در ادامه از حیث استفاده و بقاء مصلحتی که بنابر آن وقف شده چیست، می گوئیم از اول ما در انتقال ملک از واقف تردید داریم، بنابراین جائی برای استصحاب بقاء ملک نیست. لذا می فرمایند: «فلا یحکم الا بالمتیقن منه و هو خروجه عن ملکة مدة تلك المصلحة». وقتی ما از اول شک داریم که آیا خروج مطلق پیدا کرده یا نه و یا فقط برای یک قطعه ای از زمان خارج از ملک واقف شده، باید به قدر متیقن تمسک کنیم و الباقی را داخل در ملک خود واقف باقی بداریم. البته اینها همه اش بحث دارد.

سؤال: اینجا استصحاب کلی می کنیم؟

**جواب:** بله مگر آن تفصیل مرحوم شیخ را معتقد باشیم که ایشان می فرماید در مواردی که ما عموم عامی داریم و یک استصحاب، باید ملاحظه کنیم که آیا حکم به نحو تكثر است، که در این صورت جا برای عموم عام است و جا برای استصحاب نیست، و یا به نحو غیر تكثر است که مرحوم آخوند در کفایه می گوید باید در هر دو طرف این دو لحاظ ملحوظ شود، هم حکمی که در عام آمده به لحاظ ازمان، استمراری است یا نه، و هم حکم مخصص را باید ببینیم چه جوری است. ممکن است در این فرض هم کسی همین را بگوید که این مورد جای استصحاب بقاء وقف است چون آن برهه اول قبول دارید که از ملک خارج شده، بگوئیم الباقی اش را با استصحاب درست می کنیم. کسی برگردد بگوید من استصحاب در جایی می توانم جاری کنم که از اول اقتضائش ناقص نباشد. ممکن است کسی بگوید از اول برهه برهه، خارج شده و جا برای استصحاب نیست. حالا این دو تا حرف هست.

**سؤال:** منظور ما استصحاب کلی آمده، نمی دانیم در فرض قصیر یا طویل بود، می گوئیم اصل وقفیت و خروج از ملک هست.

**جواب:** آیا استصحاب کلی اش اثر دارد؟ چه کسی می گوید اثر دارد؟ جامعش آیا موضوع اثر است؟ استصحابهای کلی منوط به این است که آن جامع موضوع اثر باشد. مثل بعضی جاها که اصل نجاست شیئی باشد ممکن است کسی بگوید جامع نجاست اثر دارد. و الا دلیلی نداریم، استصحاب کردید باید ذواتر باشد. این فرمایش ایشان.

پس اولین کاری که شهید ثانی انجام داد این است که یک تفصیلی درست می کند که در یک قسمش می گوید قطعا به وارث برمی گردد، در قسم دومش می گوید حرف مشهور درست است که صرف فی وجوه البر، و در قسم سوم که مشتبّه بود توقف می کند چون دو طرفش دلیل دارد و ایشان ترجیح و اولویت نسبت به یک طرف ندادند.

بعد می فرماید ممکن است بگوئیم اصلا وقف بر مصالح خاصه در حقیقت وقف بر مسلمین است، و آن نکته ای که در جلسه قبل گفتیم که واقف در واقع ارادات طولی دارد، وقتی وقف می کند برای یک مصلحتی برای مسلمین، این مصلحت یک جهت عمومی دارد و یک مطلوب عمومی است، و یک مطلوب خصوصی هم دارد. حالا مطلوب خصوصی و خاصش اگر به هر دلیلی نشد آن عمومی اش باقی است، بنابراین این باید بگوئیم هنوز می تواند در یک مصلحت دیگری صرف شود.

بعد می فرمایند: «و حینئذ فلا يلزم من بطلان المصلحة بطلان الوقف بل يصرف الى سائر مصالح المسلمين أو يتعين الاقرب الى تلك المصلحة فالاقرب فيصرف وقف المسجد الى مسجد آخر و المدرسة الى مدرسة اخرى و القنطرة الى مثلها».<sup>۱</sup> این هم تفصیل ایشان در مسئله.

## اشکالات کلام مرحوم شهید در مسالک

به این تفصیل مرحوم شهید ثانی اشکالات مختلفی را ناظرین به کلام ایشان مطرح کردند. یکی از عمده ترین اشکالات این است که می گویند آن قسم اول که شما در تفصیل آوردید اصلاً مد نظر فقهاء در این بحث نیست. جائی که غالباً منقرض هستند و منقطع الآخر اند مد نظر نیست و فقهاء در اینجا نظرشان بر مواردی بوده که غالباً باقی است.

این اشکال را خیلی ها مانند صاحب جواهر و مرحوم شیخ انصاری و دیگران مطرح کرده اند. حتی برخی از فقهاء تصریح کردند به اینکه بحث ما در جائی است که از اول مما یدوم غالباً باشد. منتهی واقعه این است که کلمات فقهای اوائل اطلاق دارد، آنها همچنین تقییدی نکرده اند. کلاً گفته اند اگر کسی وقف کرد علی مصلحة فبطل رسمها صرف فی وجوه البر. نگفته اند که موقوف علیه در وقف، مما ینقرض غالباً است یا مما یدوم غالباً است یا مجهول و مشتبه است. اینها را که نگفته اند، به اطلاق گفته اند که وقف اگر بر مصلحتی شد فبطل رسمها صرف فی وجوه البر. انصافش این است که با آن اطلاقی که در کلمات فقهاء اوائل وجود دارد فرمایش مرحوم شهید جا دارد. منتهی خود ما در قسم اول هم قائل به صرف در وجوه بر هستیم، در بحث منقطع الآخر گفتیم. این تفصیل برای ما جایگاهی ندارد ولی کسانی که در وقف منقطع الآخر گفته اند که به ملک واقف و ورثه اش برمی گردد، این تفصیل یک تفصیل معقولی است.

## اشکالات سه گانه مرحوم شیخ بر کلام صاحب مسالک و بررسی آنها

مرحوم شیخ انصاری در تقریراتشان سه اشکال بر کلام شهید ثانی وارد می کند، بعضی از اشکالات نقضی است و بعضی حلی و بعضی به نحو معارضه است. می گویند در این بیانی که کردید نقض می کنیم به منقطع الآخری که به شکل مصلحت هم باشد. مانند جائی که وقف می کنیم بر زید به جهت مصلحتی مثل تعمیر خانه اش، مثل اصلاح کتبش، مثل مئونه مطالعه اش، وقف می کنیم برای زید برای این جهات مصلحتی «فبطل الجهة مع بقاء زید. فإن مقتضى الفرق المذكور أن لا يقال في مثله بالعود الى ملك الواقف و لا اظن أنه يلتزم بذلك». ایشان می فرماید: اگر ما حرف شهید را بپذیریم

<sup>۱</sup> مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۵، ص: ۳۴۷/۳۴۸

که در منقطع الآخر برمی گردد به ملک واقف ولی در مصالح بر نمی گردد، اگر وقف بر زید کنیم متاهی یک جهت مصلحت خاصه دارد باید طبق این مبنا برنگردد، در حالی که در همینجا می گوید برمی گردد. و ایشان می گوید من فکر نمی کنم ایشان ملتزم باشد. لذا مرحوم شیخ دارد نقض می کند، متاهی نمی دانیم این نقض بر شهید وارد است یا نه. چون آنها در موردی که مصلحتش مما یدوم بقاء باشد مد نظرشان است نه جائی که مما ینقرض باشد بحثشان در مصالح عموم مسلمین است که به بقاء مسلمین مصلحت باقی باشد نه مصلحت برای شخص زید. روشن است که مصلحت زید در بقاء مانند خود زید است، اگر وقف بر زید کند که مما ینقرض غالبا است، مصلحت او هم از همین قسم است فرقی با منقطع الآخر ندارد باید بگوئیم برمی گردد. ایشان نقض کرد که در این مورد نباید بگوئیم برمی گردد در حالی که ملتزم هستند که برمی گردد.

من عرض می کنم این چه لازمه ای است که شما به عهده شهید می گذارید؟ مرحوم شهید آنجایی که می گوید بر نمی گردد مصالح مسلمین است آنجاها را می گوید بر نمی گردد. و تقریبا توجیه هم همینطور کرده بود که وقتی موقوف علیهم در مصالح عمومی، کل مسلمین هستند، پس مسلمین از بین نمی روند موقوف علیهم که از بین نمی رود شما می توانید در یک جهت دیگری از مصلحت او صرف کنید. مقصودم این است که علی الظاهر نقضش به مرحوم شهید وارد نیست.

اشکال دوم مرحوم شیخ، اشکال حلی است، فرموده: «وثانیا: بالحلّ و هو أنّ الوقف علی المسلمین لا ینافی کون التملیک علی وجه مخصوص و کیفیة خاصة و هو الصرف فی الجهة المعینه فبعد بطلان الخصوصية یبطل اصل التملیک ایضا». این اشکال شبیه همان اشکالی است که مانند مرحوم سید و دیگران بر علیه این نظر مشهور فرموده اند.

ایشان می گوید حالا در جهات عامه قبول کنیم که موقوف علیهم داریم و آن مسلمین هستند و مسلمین باقی هستند، اما آن جهتی که برای آن جهت واقف وقف کرده چه دلیلی بر تعدی از آن دارید؟ واقف برای همین مسلمینی که دوام دارند و منقرض هم نمی شوند یک مصلحت خاصه ای وقف کرده مثلا فرض کنید این پلی که اینجا هست، اصلا نظر به این خاص دارد، چه کسی می گوید نظر عمومی دارد؟

یعنی برگشت کلام ایشان به این است که: یک بحث در موقوف علیه داریم، یک بحث در آن جهتی که واقف وقف کرده داریم، هر کدام یک حسابی دارد. در موقوف علیه شما ولو دوام را اثبات کنید، این ثابت نمی کند آن جهتی که برای آن وقف شده دوام دارد. بله! اگر آن نظریه تعدد مطلوب را مطرح کنیم مشکل حل می شود و خود ایشان هم بعدا این را تصویر کرده اند که ممکن است به لحاظ عرفی به این صورت باشد اما بدون آن طریق، حل نمی شود. خلاصه اشکال شیخ

این است که تصویر اینکه موقوف علیهم مسلمین هستند کفایت برای حل مطلب نمی کند، شما باید نظر واقف را بر تعمیم درست کنید و با این درست نمی شود.

و ثانياً بالحل و هو أن الوقف على المسلمين لا ينافي كون التملك على وجه مخصوص و كيفية خاصة و هو الصرف في الجهة المعينة فبعد بطلان الخصوصية يبطل اصل التملك ايضا و لو كان ذات المالك موجودا، فرض کنید تمليك به مسلمين می شود، مسلمين باقی هستند ولی جهت تملكشان باقی نیست. بنابراین بقاء خودشان فائده ای ندارد. اگر ما گفتیم نظر واقف را بعینه می خواهیم اخذ کنیم. حالا اگر راهی برای توسعه داشتیم بحث دیگری است.

بعد ایشان حرف سومی مطرح می کند و می فرماید: «و ثالثاً بالمعارضة لان الوقف على الجهة إن رجع الى تملك المسلمين من غير اعتبار نفس الجهة فيه لزم صرف الوقف بعد بطلان رسمها في مصالح المسلمين لا في وجوه البر».

این هم نقض دیگری است. ایشان می گوید خیلی خوب، حالا موقوف علیهم مسلمین هستند، ما هم از حال واقف فهمیدیم که در مصالح مسلمین می خواهد صرف کند تا وقتی که این مصلحت خاصه هست در این خصوص می خواهد صرف کند، حالا آمدیم خصوصش متعذر شد، در مصلحت عمومی صرف شود. ایشان می گوید مصلحت عمومی غیر از وجوه بر است. بر یعنی خیرات کردن، کاری که خیر باشد، اما مصالح مسلمین امر اخصی است، ممکن است یک چیزی خیر باشد ولی مصالح عمومی مسلمین نباشد.

البته آخرش ایشان برمی گردد می فرماید: الا أن يقال إن وجوه البر ايضا من مصالحهم. وقتی می گوئیم در خیرات یعنی در منافع یعنی اموری که خیر محسوب می شود. خیرات هم یک قسم از مصالح مسلمین است. مصالح مسلمین اقسامی دارد: یک وقت این است که موشک درست کنند، یک وقت هم این است که نانشان آماده باشد. مثلاً نان در این کشور وجود داشته باشد، خب خیرات کنند نان به مردم تحویل دهند یعنی خیرات جدای از مصالح نیست. بله ممکن است مصالح دیگری هم فراتر و عمومی تر پیدا شود، ولی این هم یک مصداقی از مصلحت است، بالاخره غیر نیست. اگر ما گفتیم در مصلحت مسلمین بالاطلاق از تعدد مطلوب واقف فهمیدیم، خب یک قسمش هم وجوه بر است. این اشکال نیست.

بنابراین تنها اشکالی که از این سه اشکال شیخ بر صاحب مسالك معقول است همین اشکال معروفی است که قبل از شیخ هم مطرح بوده است، که حتی اگر مسلمین هم موقوف علیهم باشند، ما باید نظر واقف را در وقفش ملاحظه کنیم. اگر نظرش قنطره یا مسجد این ده باشد نمی شود از آن تعدی کرد، اگر بطل رسمها دیگر عمومی وجود ندارد. مگر اینکه ما

تعدد مطلوب را کشف کنیم. کشف که لازم نیست یقینی باشد اطمینان هم باشد کافی است. اگر اطمینان پیدا کنیم که واقف دو تا مطلوب طولی داشته است، مشکل حل می شود.

بنابراین غایت اشکال مرحوم شیخ همان اشکال معروف است و جوابش هم روشن است. البته این جواب کلی نیست چون ما همیشه نمی توانیم احراز کنیم که واقف حتما دو تا مطلوب داشته است، ولی معمولا اینطوری است، از حال واقف می شود فهمید که چه نظری داشته است.

### قول چهارم: تفصیل مرحوم سید

قول چهارم در مسئله، تفصیل مرحوم سید در مقام است. ایشان تفاوت قائل شده بین جائی که از حال واقف احراز کنیم اراده صرف دائمی مالش در مصالح مسلمین با جایی که این را احراز نکنیم. مرحوم شهید ثانی معیار را احراز حال واقف ندانست، معیار ایشان انقراض و عدم انقراض وقف بود، که آیا ممن ینقرض غالبا است یا یدوم غالبا یا مجهول الحال ولی مرحوم سید می گوید اگر از حال واقف احراز کردیم که غرضش دوام این وقف است و از خودش و ورثه اش قطع کرده و می خواهد دائما در مصالح مسلمین صرف شود در این صورت دیگر به مالک بر نمی گردد. ولی اگر این را احراز نکنیم به واقف و ورثه اش باز می گردد. تفصیل بر اساس احراز حال واقف است.

بعضی ها می گویند ما از کجا حال واقف را کشف کنیم، این دست ما نیست. منتهی این حرف درست نیست، این بحث ظهور حال است مثل بقیه موارد کشف می کنیم ظهور حال متکلم را، ظهور حال واقف، ظهور حال شخصی که مکلف است الی آخر. این هم یکی از ظهورات حال است. اگر واقعا مجموع اوضاع و احوال واقف نشان می دهد که آدمی است نمی خواهد بگوید به هر دلیلی اگر این وقف باطل شد برگردد به خودم. می گوید من از خودم قطع کردم. خیلی از واقفین واقعا ظهور حالشان همین است. بنابراین تفصیل مرحوم سید تفصیلی خوبی است به شرط اینکه در قسم اول ما قبول داشته باشیم که به ملک واقف برگردد، منتهی ما قبول نداریم.

**سؤال:** آنجایی که ظاهر حال واقف مجمل می شود اصل این است که تعدد مطلوب دارد یا نه؟

**جواب:** نه اصلی وجود ندارد، معیار کشف ظهور حال است هر جا که بود.

**سؤال:** لذا اگر کشف نکردیم برمی گردد دیگر.



**جواب:** اگر کشف نکردیم طبق فرمایش مرحوم سید برمی گردد منتهی ما قبول نداریم. ما می گفتیم همه جا حتی در منقطع الآخر در ممن ینقرض غالبا استصحاب بقاء داریم به اضافه اجماع خروج از ملک مالک. آن اجماع اطلاق دارد. به نظر ما آن اجماع بر خروج، اطلاق دارد ولذا به نظر می آید که راهی برای اینکه دوباره برگردد وجود ندارد.

## تمسک به روایات برای اصطیاد قاعده

مطلبی که اینجا باقی می ماند روایات است. یک سری روایاتی وجود دارد که ادعا می شود از این مجموع روایات ما میتوانیم یک قاعده استفاده کنیم (مرحوم صاحب جواهر که این را قطعی می گیرد) که هر کجا مالی تعذر در صرف در محل خودش پیدا کرد، صرف فی وجوه البر می شود. یک قاعده کلی در ابواب مختلف مثل وصیت یا نذر یا در بحث هدیه به بعضی مزارات و مشاهد و کعبه و غیره این قاعده جاری می شود. می گوید از مجموعشان یک قاعده کلی اصطیاد می شود که هر کجا که مالی صرفش در آن جهتی که قرار داده شده متعذر شد صرف در وجوه بر شود. آنوقت می گویند در بحث ما هم همینطور است. منتهی در این کبری تشکیک می شود. حالا روایاتی که ایشان و دیگران تمسک کرده اند این است:

از جمله روایتی است که در بحث وصیت: «عن انسان اوصی بوصیة فلم یحفظ الوصی الا بابا واحدا منها کیف یصنع بالباقی؟ فوقع علیه السلام: الابواب الباقیة اجعلها فی البر».<sup>1</sup>

آقایی در جهات مختلفی وصیت کرده است، و وصی فقط یک جهت یارش مانده و بقیه را یارش نیست که بقیه اموال را در چه چیزی باید صرف کند، یک قسم از اموال را یارش هست که کجا موصی گفته هزینه کند. امام فرموده ابواب بقیه را اجعلها فی وجوه البر. این می شود یک مورد از این کبری کلی.

روایت دیگر این است که: «لو اوصی رجل بترکته الی رجل و امره أن یحج بها عنه، قال الوصی فنظرت فإذا شیئ یسیر لا یکنفی للحج، فسئلت الفقهاء من اهل الکوفة فقالوا تصدق به عنه».

می پرسد آقایی وصیت کرد به وصیش که مالی را هزینه برای حج من کن. وصی نگاه کرد دید این مال برای حج کفایت نمی کند. می رود از فقهاء کوفه که ظاهر اهل سنت بودند می پرسد که ما چکار کنیم؟ می گویند از طرف او تصدق

<sup>1</sup> 844- 21- سَهْلُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الرِّثَّانِ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ عَ أَشْأَلُهُ عَنْ إِنْسَانٍ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَلَمْ يَحْفَظِ الْوَصِيَّ إِلَّا بَاباً وَاحِداً مِنْهَا كَيْفَ يَصْنَعُ فِي

الْبَاقِي فَوَقَّعَ الْأَبْوَابَ الْبَاقِيَةَ اجْعَلْهَا فِي الْبِرِّ. تهذيب الأحكام؛ ج ۹، ص: ۲۱۴

بده، ایشان هم از طرف او صدقه می دهد. «ثم لقي بعد ذلك ابا عبد الله عليه السلام فسأله و أخبره بما فعل». امام عليه السلام می فرماید اگر مبلغش به حج از مکه کفایت می کرد باید حج می کردی، یعنی حج نائی لازم نیست باشد بلکه از مکه هم باشد کافی است. می گوید ولی اگر به این هم کفایت نکرد شما چیزی ضامن نیستی. می فرماید: «إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان و إن كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن».<sup>۱</sup> می خواهند بگویند اگر می توانستی حج از مکه کنی، خب این اشتباه بوده که به تو گفته اند تصدق کن. اما اگر این وجه حتی به حج از مکه هم نمی رسیده، در این صورت تو ضامن نیستی.

کأن از این اینطور فهمیده اند که امام علیه السلام وقتی می فرمایند تو ضامن نیستی یعنی تصدقی که کردی بجا بوده و مشکلی نیست و آن تصدق صحیح بوده است. پس معلوم می شود در جایی که قابل برای صرف در محل خودش نیست می شود تصدق داد.

منتهی تردیدی در این وجود دارد، چون در روایت فرموده اند ضمانی بر تو نیست. حالا اگر که تصدق هم اینجا درست نباشد ولی چون ید این شخص امانی بوده و محسن هم بوده و بر محسن که سبیلی نیست، حالا آنکه در حج ضامن است ممکن است وجه دیگری داشته باشد. حالا آن حج به گردنش هست ممکن است کسی بگوید این کوتاهی کرده که سؤال نکرده است. ولی ممکن است این قسمتش از باب این باشد که امین بوده و ضمانی بر او نیست، نه از باب اینکه تصدقش درست است. این عدم ضمان جای تأمل دارد. اگر هم این مضمون در وصیت هم تمام بشود آیا معنایش این است که تصدق از او در وصیت درست بوده؟ نمی دانم تأملی باید در آن کرد.

روایات متعدد وجود دارد که مضمونش این است که اگر برای کعبه یا مشاهد عبدی یا چیز خوراکی هدیه کردند، امام علیه السلام فرموده اند برای زوار مصرف کنید چون کعبه لا یأکل و لا یشرّب. پس کانه مستدلین می خواهند بگویند که این محل مصرف از باب عدم امکان صرف در محل خودش هست. طرف آمده مثلاً چند شتر نذر برای کعبه کرده، امام علیه السلام می فرمایند شتر را بدهید برای زوار. خب من شتر را برای کعبه قرار دادم برای زوار یعنی چه؟ امام فرموده کعبه

۱- ۸۹۶- ۴۶- عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ وَ يَعْقُوبَ الْكَاتِبِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ زَيْدِ النَّوْسِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُزَيْدٍ صَاحِبِ السَّابِرِيِّ قَالَ أَوْصَى إِلَيَّ رَجُلٌ بِتَرْكِيهِ وَ أَمَرَنِي أَنْ أُحْجَّ بِهَا عَنْهُ فَتَطَرْتُ فِي ذَلِكَ فَإِذَا شَيْءٌ يَسِيرٌ لَا يَكُونُ لِلْحَجِّ فَسَأَلْتُ أَبَا حَنِيفَةَ وَ فَقَهَاءَ أَهْلِ الْكُوفَةِ فَقَالُوا تَصَدَّقْ بِهَا عَنْهُ فَلَمَّا حَجَّجْتُ حُجَّتْ إِلَيَّ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فَقُلْتُ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاكَ مَاتَ رَجُلٌ وَ أَوْصَى إِلَيَّ بِتَرْكِيهِ أَنْ أُحْجَّ بِهَا عَنْهُ فَتَطَرْتُ فِي ذَلِكَ فَلَمْ يَكُنْ لِلْحَجِّ فَسَأَلْتُ مَنْ عِنْدَنَا مِنَ الْفُقَهَاءِ فَقَالُوا تَصَدَّقْ بِهَا قَالَ قَمَا صَنَعْتَ قُلْتُ تَصَدَّقْتُ بِهَا قَالَ صُمِنَتْ أَوْ لَا يَكُونُ يَبْلُغُ يُحَجُّ بِهِ مِنْ مَكَّةَ فَإِنْ كَانَ لَا يَبْلُغُ يُحَجُّ بِهِ مِنْ مَكَّةَ فَلَيْسَ عَلَيْكَ ضَمَانٌ وَ إِنْ كَانَ يَبْلُغُ أَنْ يُحَجَّ بِهِ مِنْ مَكَّةَ فَأَنْتَ ضَامِنٌ.

لا یشرب و لا یأکل. مستدلین می خواهند بگویند چون در جای خودش قابل هزینه کردن و صرف نیست پس امام فرموده اند در وجوه بر.

صاحب جواهر این موارد را به عنوان مؤید آورده ولی مرحوم سید و دیگران در این روایات اشکال می کنند. گفته اند: اولاً روایت اولی که خواندیم در نسیان بود. یعنی وصیت بود و نسیان کرده، این غیر از بحث ما است. ثانیاً برخی از این روایات مثل بحث نذر برای کعبه و امثال اینها از اول مقصود امام شاید این است که علی الظاهر هم باید این باشد که کعبه لا یأکل و لا یشرب، بنابراین نذر برای کعبه از اول معلوم است که برای زوار آن است. یعنی اراده ناذر هم همین است. نه اینکه نذر واقعاً برای کعبه است که شتر را صرف کعبه کنند. اینکه امام علیه السلام می فرماید کعبه لا یأکل و لا یشرب است، ظاهراً این است که پس ناذر هم مقصودش این نبوده که ما گوشتش را به کعبه بدهیم، بلکه مقصود این بوده که برای زوار کعبه کشته بشود، از اول مقصود این بوده است. فرق می کند با بحث ما که وقف برای یک مصلحت خاصه است مثل قنطره یا مسجدی در این ده، حالا صرف در او ممکن نیست، می گویند صرف فی وجوه البر. با این روایات نمی شود این مسئله را تأیید کرد.

پس بنابراین در مسئله ۶۲ که وقف بر مصلحتی شده صرف فی وجوه البر لو بطل رسمها، به نظر ما به اطلاق این حرف درست است. هم از باب اطلاق قول فقهاء که علی الظاهر می شود گفت اجماعی هم هست چون هیچ حرف خلافی نقل نشده الا از نافع، که آن نیز خلاف نیست، بلکه فقط خودش نظر نداده و گفته قیل صرف فی وجوه البر، بعضی ها گفته اند این ناظر به نقص یا تردیدی در حکم است، و الا قول فقهاء اوائل همه این است که صرف فی وجوه البر. پس بعید نیست کسی ادعای اجماع کند که این ادعا کرده اند.

علاوه بر این، بعید هم نیست که ما از حرف خود واقف یک عمومی در مطلوب بفهمیم، از این جهت به بقیه وجوه بر توسعه بدهیم. شبهه اینکه مصلحت مسلمین غیر از وجوه بر باشد جوابش در فرمایش خود شیخ انصاری که مبدع این شبهه بود آمد که الا آن یقال که وجوه بر هم یکی از مصادیق مصالح مسلمین است. لذا علی الظاهر حکم متن تحریر اشکالی ندارد. آن هم که می گوئیم در مصالح رعایت هم جنسش شود و اگر نشد اقرب فالاقرب، از باب احتیاط غیر وجوبی صحیح است و اشکالی ندارد.

بنابراین مبانی مسئله ۶۲ مسئله روشنی می شود.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۶۳: وظیفه در صورت خراب شدن بناء مسجد	۳۹۲
بررسی حقیقت وقف مسجد	۳۹۳
عدم دخالت نظر عرف در مانحن فیه	۳۹۵
مقصود از بعضی الفروض در عبارت امام ره	۳۹۹
مسئله ۶۴: تفاوت وقف منفعت و وقف انتفاع	۳۹۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### مسئله ۶۳: وظیفه در صورت خراب شدن بناء مسجد

یکی از مصداق خاص از بحث وقف که مرحوم امام ره در مسئله ۶۳ کتاب تحریر الوسیله به آن پرداخته اند، خراب شدن مسجد است. اگر مسجدی خراب شود آیا عرصه آن از مسجدیت خارج می شود و احکام مسجد از آن سلب می شود یا کما فی السابق احکام مسجد مترتب است.

در مسائل وقف، فروض مختلف خراب شدن مطرح می شود. مانند خراب شدن عین موقوفه یا از بین رفتن و خراب شدن جهت موقوف علیهمی که وقف برای آن جهت شده گرچه مال موقوفه باقی است مانند اینکه برای مدرسه ای وقف کرده اند، و آن مدرسه خراب می شود یا به خاطر نبود محصل، تعذر مصرف پیدا می کند، که حکم فرض اخیر را که صرف در برّ یا مصلحت مشابه یا اقرب فالاقرب است در جلسه گذشته بررسی کردیم.

اما در مورد موضوع مسجد نکات فارقی با موضوعات سابق وجود دارد. فرموده اند: مسئله ۶۳: «إذا خرب المسجد لم تخرج عرصته عن المسجدية فتجری علیها احکامها الا فی بعض الفروض، و کذا لو خربت القرية التي هو فیها بقی المسجد علی صفة المسجدية»<sup>۱</sup>.

اگر مسجد خراب شد، از مسجدیت خارج نمی شود و آن عرصه و زمینی که باقی می ماند مسجد است و احکام مسجد بر آن مترتب است مگر در بعضی از فروض، که آن را توضیح نداده اند. همینطور اگر قریه ای که این مسجد در آن هست خراب شود، و دیگر کسی نیست که از آن مسجد استفاده کند، مسجد از مسجدیت زائل نمی شود و احکامش باقی است.

این مسئله بخاطر مبتلا به بودنش مهم است، مثلاً زلزله ای می آید قریه ای را خراب می کند از جمله مسجد خراب می شود، حالا تکلیف این چه می شود آیا احکام مسجد کماکان باقی است یا نه؟

## بررسی حقیقت وقف مسجد

بحث مسجد در فقه ما بحث دشواری است. در اوائل بحث کتاب وقف کلمات فقهاء را در موضوع مسجد بررسی کردیم. جز عده ای از فقهای متأخر عمده فقهاء مسجد را نوع خاصی از وقف می دانند. درست است که هر وقفی مسجد نمی شود ولی هر مسجدی وقف است. البته وقفی که فقط برای نماز خواندن باشد، برای مسجدیت کافی نیست، هر چند اخیراً دیدم برخی ظاهراً در این نیز تشکیک می کنند و معتقدند وقف برای نماز خواندن مصلی نیز کفایت می کند برای تحقق مسجد، ولی علی الظاهر اینطور نیست. ما در مسئله دوم کتاب تحریر گفتیم که مسجدیت مثل خود موضوع وقف یک مجعول اصالی مستقل است، مسجد مثل احکام وضعی می ماند. حالا چه تأسیسی باشد و چه امضائی. ممکن است عقلاء برای جایی که معد برای عبادت است عنوانی قرار دهند و آثاری مترتب کنند. در اسلام مسجد اینطوری است، عنوان مسجد یا تأسیس یا امضائاً برای یک چنین مکان خاصی جعل شده. و مسجد نیازی به بناء مثل درب و سقف و پیکر ندارد، لذا می توان زمینی را به عنوان مسجد قرارداد. حال آیا برای تکوّن عنوان مسجد، وقفیت هم لازم است یا نه؟ ما در آن بحث عرض کردیم چنین قیدی لازم نیست و عنوان مسجد یک مجعول اصالی مستقل است و ملازمه ای نیز با عنوان وقفیت ندارد گرچه مشابهتی با موضوع وقف دارد مانند اینکه ملکی که مسجد می شود تحریر ملک است یعنی دیگر ارتباط این ملک از مالکش قطع می شود و به مالک بر نمی گردد، بله اگر کسی حقیقت وقف را همین مقدار بداند، مسجد نیز وقف

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۵/۷۶

است. اما ما در وقف گفتیم که وقف یک مجعول اصالی مستقل است، یعنی عنوان وقف مثل ملکیت و زوجیت، جعل می شود. لذا شاید منظور فقهای مانند صاحب عروه ره و مرحوم امام ره که گفته اند وقف ایقاف است این باشد و الا تعریف وقف به اینکه الوقف ایقاف معنای محصلی ندارد چون ایقاف همان وقف منتسب به واقف است، مثل ایجاد و وجود می ماند. اینکه بگوئیم وقف ایقاف است چیزی را حل نمی کند، وقف و ایقاف از یک ماده هستند و ماده اشتقاقشان واحد است با این تفاوت که یکی منتسب به فاعل است و یکی نیست. ولی آن چیزی که ما عرض کردیم این است که وقف یک مجعول اصالی است مثل زوجیت و ملکیت. جعل وقفیت مانند ملکیت و زوجیت برای ترتیب آثار است. وقتی یک چیزی را می گوئیم وقف، بعد از تمام شدن وقف، آثار خاصه وقف بر آن مترتب می شود در نزد عقلاء برای ترتیب آثار عقلانی و عند الشارع برای ترتیب آثار شرعی همانند ترتب احکام زوجیت بر «هذا زوج» که یعنی این دو نفر علقه زوجیت دارند، لذا آثار و احکام مرتبط به آن جاری است در وقف نیز همینطور است.

عرض ما این بود که از یک جهتی مسجدیت مثل وقفیت است. اینکه بگوئیم مسجد باید وقف باشد معلوم نیست که آیا یعنی وقتی ما عنوان مسجد را جعل می کنیم و این را به عنوان یک مجعول استقلالی از ناحیه شارع می دانیم و احکام بر آن مترتب می دانیم، بالالتزام داریم جعل وقفیت نیز می کنیم؟ معلوم نیست چنین چیزی لازم باشد. بله! آنهایی که وقف در این ابواب را صرف تحریر ملک می دانند ممکن است بگویند این تحریر به نحو ضرورت حاصل می شود. وقتی ما برای اینجا جعل مسجدیت می کنیم از لوازمش این است که از ملک خودمان بیرون کردیم و برای نماز همه مسلمانان قرار دادیم، اینکه بتوان تقیید خاصی در نمازگزاران آورد محل بحث است. علی القاعده بسیاری از فقهاء نپذیرفته اند که ما بتوانیم در مصلین مسجد تقییدی بیاوریم. این خودش کاشف از این است که جعل مسجدیت غیر از جعل وقفیت آن است. چون در وقف ما می توانیم انحاء شرائط را بیاوریم اما در مسجد این کار را نمی توانیم انجام دهیم.

حالا عرض ما این است که تصور عده ای این است که اگر در و دیوار مسجد خراب شد این از عنوان مسجدیت بیرون می رود و این اشتباه محض است. به خاطر اینکه مسجدیت مسجد به در و دیوار آن نیست، بلکه به تحقق صحیح آن جعل شرعی است؛ و جزء شرائط این جعل شرعی در و دیوار نیست، بلکه زمین هم می تواند مسجد شود.

لذا اگر مسجدی خراب شد به صرف اینکه عرف بگوید دیگر این مسجد نیست از مسجدیت بیرون نمی رود. برخی از محشین درباره اینکه امام ره فرمودند «الا فی بعض الفروض» اینطور معنا کرده اند که در بعضی از فروض مثل مسجدی که بخاطر ضرورت در مسیر خیابان بیفتد و از مسجدیت بیرون رود چون دیگر عرف آن را مسجد نمی داند. به نظرم این استدلال نادرست است. یا گفته اند اگر حکومت جائری بیاید این مسجد را خراب کند، این دیگر ممکن است از مسجدیت

بیرون برود. ولی حق این است که صرف تخریب مسجد آن را از مسجدیت بیرون نمی برد. در فرض تخریب فرق نمی کند زلزله خراب کند یا اینکه شما بولدزر بنداژید مسجد را خراب کنید و جزو شارع عمومی کنید. لذا این محشی محترم به این نکته توجه دارند و در زلزله پذیرفته، می گویند اگر زلزله آمد و مسجد خراب شد از مسجدیت خارج نمی شود. سوال این است اگر شما بولدزر گذاشتید و مسجد را خراب کردید و در شارع عمومی قرار دادید آیا مسجد از مسجدیت بیرون می رود؟ به این توضیح که این دومی را عرف دیگر مسجد نمی داند.<sup>۱</sup>

اولا به لحاظ صغروی ممکن است عرف در جایی هم که زلزله بیاید و کلا در و دیوار را خراب کند عرف این را مسجد نگوید.

### عدم دخالت نظر عرف در مانحن فیه

ثانیا آیا نظر عرف در این موضوع اثر دارد؟ اگر در اینجا شارع مجعول مسجدیت را پذیرفته آیا ما باید از عرف بپرسیم که این را مسجد می دانی یا نمی دانی. مثل اینکه شارع می گوید دم نجس است، عرف بگوید من این را نجس نمی دانم. حرف ما الان این است که مسجدیت یک حکم وضعی است و یک مجعول اصالی است، مثل طهارت و نجاست که برای برخی اشیاء جعل می شود. شما نمی توانید بگوئید که عرف می گوید من این را طاهر نمی دانم. به عرف چه ربطی دارد؟! وضع، یک نوع حکم است، اینکه عرف بگوید من این را طاهر نمی دانم چه ربطی به او دارد؟! بله شاید در صدق عرفی اتاق بر جایی که درب ندارد بتوان تشکیک کرد و گفت چون در ندارد دیگر صدق نمی کند اینجا اتاق است، این را می تواند بگوید، چون اتاق یک مفهومی است که ممکن است تطبیق عرفی داشته باشد یا ممکن است لفظش معنای عرفی داشته باشد و یا نداشته باشد. اما عناوینی که حکم هستند مانند طهارت، نجاست، زوجیت، ملکیت دیگر در دست عرف نیست. مثلا فرض کنید که عرف نسبت به دو زوجی که بینشان تکوینا بینونت واقع شده است مانند اینکه پنج سال است همدیگر را ندیده اند، بگوید دیگر اینها زوج نیستند، زوجیت یک علقه ای است که مجعول است، اینکه عرف بگوید نیست یعنی چه؟! به او چه ربطی دارد که بگوید نیست.

می خواهم بگویم اینکه برخی از محشین فرموده اند که عرف در این موارد می گویند مسجد نیست، یا فقهای که می گویند وقتی زلزله آمد و مسجد خراب شد، دیگر از عنوان مسجدیت بیرون می رود. کلامی عجیب بیان می کنند. البته این محشی گرامی در خرابی از زلزله می فرماید که احکام مسجد بار است و لم یخرج عن المسجدية، ولی در مواردی مانند

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و الذور، الکفارات، الصید، ص: ۶۸/۶۹

اینکه در شارع عمومی بیفتد می فرمایند از مسجدیت خارج می شود و کلام مرحوم امام ره را که فرمود در بعض الفروض خارج می شود حمل به چنین مواردی کردند. ولی آنجا هم واقعا همین بحث هست.

مگر بحث ضرورت و امثال آن مطرح شود که بحث دیگری است. ولی اگر ما باشیم و این مسئله، استدلال بر اینکه در این فروض مطرح شده دیگر مسجد نیست چون عرف آن را مسجد نمی داند استدلال عجیبی است.

**سؤال:** آیا فرق است بین گفتن اینکه اینجا مسجد بسازید و بین قرار دادن این مکان به عنوان مسجد.

**جواب:** مسجد بسازند کافی نیست، باید مسجد قرار بدهند، ساختن تکوینا مسجد درست نمی کند. لذا فتاوا هم همین را می گویند که اگر شما جائی برای نماز خواندن بسازید، این مسجد نمی شود. مرحوم شیخ انصاری در ذیل همین بحث می فرماید: خیلی فرق است بین اینکه شما جائی را جعل کنید برای مصلاهی عمومی با اینکه مسجد قرار دهید. با مصلا قرار دادن حتی برای عموم، این مکان مسجد نمی شود، باید قصد مسجدیت کنید با شرائطش تا مسجد واقع شود.

**سؤال:** حتی اگر اصلا قصد وقفی هم نداشته باشد.

**جواب:** این نزاع دیگری است الان داخل در بحث نیست، فقهاء می گویند وقف هم می شود یا باید باشد. ما آنجا عرض می کردیم که ظاهرا تلازمی ندارد. حالا این را بگذاریم کنار تا ذهن مشوب نشود. الان بحث خود مسجد است. اینکه شما وقف قرار دادید که بعد مسجد بسازند، حرف دیگری است. بسازند یعنی قرار بدهند. یکوقت می گوئید این زمین را مسجد قرار دادم، بعد بیایند بنائی بر آن بسازند. یکوقت می گوئید من این زمین را داده ام که بعد مسجدش کنند، مثل اینکه شما وکیل می کنید یک عده ای بروند مسجد بسازند. ساختن مسجد هم فقط در و دیوار نیست بلکه باید آن را مسجد قرار دهند و جعل کنند مسجدیت این مکان را، چون اثر دارد اینکه شارع این را به عنوان مسجد پذیرفته موجب می شود این مکان مسجد باشد و آثار بر آن مترتب شود. لذا الان اکثر فقهاء فتوی می دهند جائی را که شما فقط مصلی قرار دهید آثار مسجدیت ندارد. یعنی منع عبور و مرور جنب و حائض که در احکام مسجد مطرح است در اینجا لزوم رعایت ندارد.

بنابراین عرض ما الان این است که: این جائی که الان مسجد واقع شده با همان شرائط خاصش، آیا با زلزله از مسجدیت بیرون می رود؟ می گوئیم نه. عده ای می گویند باید ببینیم عرف چه می گوید. می گوئیم به عرف چه ربطی دارد؟ این حکمی شرعی است مانند بقیه احکام. مگر شما به عرف مراجعه می کنید که زوجیت باقی است یا نه؟! به عرف چه ربطی دارد که بگوئید زوجیت باقی است یا نه. یا به عرف مراجعه کنید که ملکیت باقی است یا نه، به او چه ربطی دارد. بله مگر در باب امضائیات از بناء عقلاء که بحث دیگری است.



**سؤال:** اینکه فرمودید مسجد یک عنوان اصلی است معنایش این می شود که شارع در دین اسلام برای مسجد یک عنوان جدیدی جعل کرده است؟

**جواب:** حالا چه جدید باشد چه نباشد بالاخره جعل است.

**سؤال:** در ادیان سابقه مسجد بوده مثل مسجد الحرام و مسجد الاقصی، خب در اینجا دیگر مجعول اصلی صدق می کند؟

**جواب:** بله مجعول اصلی است مانند ملکیت. مگر ملکیت را شارع ما تأسیس کرده است؟ ملکیت یک مجعول اصلی است حالا مجعول اصلی را تارة عقلاء دارند و شارع امضاء می کند و تارة خود شارع تأسیس می کند، فرقی بین این دو نیست.

وقتی عنوان مسجد را مولا پذیرفته، می شود یک حکم وضعی، مثل طهارت و ملکیت و زوجیت، حالا ما بگوئیم عرف این را مسجد می داند یا نمی داند. خب بداند یا نداند چه ربطی به او دارد؟ مگر ما در احکام به عرف مراجعه می کنیم؟!

**سؤال:** وقتی عرف روی زوال موضوع نظر دارد، در آن مثالی که فرمودید اگر شخصی تصادف کند و این حیات نباتی را عرف حیات نداند، موضوع منتفی می شود.

**جواب:** : برای اینکه بفهمیم این انسان، حیات دارد یا ندارد تا موضوع تقسیم میراث و امور دیگر روشن شود به عرف مراجعه می کنید و این درست است. اما این ربطی به امثال زوجیت ندارد. شما با خود زوج کار دارید به زوجیت کار ندارد.

**سؤال:** تخریب مسجد به خاطر زوال موضوع خارجی است نه زوال حکم.

**جواب:** باید دقت شود این مقدمه را برای همین چیدم که مسجودیت خودش حکم وضعی است مثل ملکیت است، اینکه موضوعش نباشد مثل اینکه یک دفعه زمین فرو برود آن حرف دیگری است.

**سؤال:** آنوقت لازم نیست آن منطقه را مجدد بسازند.

**جواب:** نه، این معنایش این است موضوع یک حکم وضعی از بین رفته است. شما الان می گوئید این آب طاهر است. در طهارتش عرف دخیل نیست. ولی یک دفعه این آب می ریزد، خب دیگر موضوع ندارد و این حرف دیگری است.

شما اگر موضوع وقفتان از بین رفته حرف دیگری است. اما خود مسجد که زمینش هست اینکه می گوید به عرف مراجعه می کنیم که این زمین مسجد است ام لا صحیح نیست.

**سؤال:** اگر زمین باشد و ساختمان خراب شود عرف اسناد می دهد به زوال موضوع.

**جواب:** صرف زمین برای مسجد کافی است.

**سؤال:** اصلا عرف موضوع مسجد را به بناء می گوید.

**جواب:** نخیر، این را باید مراجعه کنید. اینکه عرض کردیم بحث مسجد، بحث دشواری است به خاطر همین بود. ما اول بحث وقف مفصل بحث کردیم که شیخ طوسی و دیگران این بحث را دارند و شاید از روایت هم استفاده شود، چون آنجا در روایت قریب به این مضمون است که به امام علیه السلام عرض می کند ما از جایی عبور می کنیم چند تا سنگ می گذاشتند به قصد مسجدیت چه حکمی دارد می فرمایند مسجد است. می خواهیم بگوئیم از خود این روایت هم استفاده می شود که برای مسجدیت بنائی لازم نیست. الان فتوی هم همینطور می دهند که این زمین می شود مسجد.

پس یک بحث این است که چه چیزی موضوع مسجد است.

البته یک بحث دیگری وجود دارد که آنوقت هم ما بحث کردیم، که همانطور که زمین مسجد می شود آیا بناء هم مسجد می شود؟ یعنی اگر آمدید بناء را مسجد عنوان کردید به نظر می آید آن هم می شود. آنوقت اثرش این است که اگر دیوار این مسجد را تنجیس کنید این تنجیس مسجد است و آثار آن را دارد. ما نمی خواهیم بگوئیم که دیوار مسجد خارج از مسجدیت است اگر داخل در خود آن مجعول اصالی باشد. شما یک ساختمان را که بناء می کنید کلش را قصد مسجدیت می کنید با بنائش، کلش می شود مسجد، لذا در غیر فروض مجوزه اش تخریب بنائش هم جائز نیست. نه فقط تخریب خود زمینش جائز نیست بلکه تخریب بنائش هم جائز نیست.

مقصود این است که: ما در تحقق عنوان مسجدیت نیاز به بناء نداریم، ولی اگر بر بناء عنوان مسجدیت جعل کردیم مسجد واقع می شود، ظاهرا می شود و با زمینش مسجد می شود و اشکالی هم ندارد. حالا این یک بحث فرعی دیگری است که آنجا طرح شد.

بنابراین نتیجه ای که می خواهم عرض کنم این است که: اینکه در بعضی از کلمات دائر شده مثلا فقهای جوانتر در کلماتشان هست که وقتی در و دیوار و اینها زلزله آمد خراب شد باید ببینیم عنوان مسجد عرفا صدق می کند یا نه. به نظر

این حرف بر اساس ادله، مطلب صد در صد خلاف ظاهری است و درست نیست. مسجد بودن، عرفی نیست که ما به عرف مراجعه کنیم.

## مقصود از بعض الفروض در عبارت امام ره

مشکلی که باقی می ماند این است که مراد ایشان از «بعض الفروض» چیست؟ ما که نتوانستیم مراد ایشان را تشخیص دهیم، مگر اینکه کسی بگوید بعض الفروض باب ضرورات است. یعنی فتجری علیه احکامها در مثل مسجدی که در شارع می افتد، خب حتی تصرف عبوری اش هم جائز نیست، چون مسجد جای نماز خواندن است نه جای عبور ماشین. الا فی بعض الفروض نه از باب اینکه از مسجدیت خارج شده، بلکه از حکم خارج شده است. لذا گفته اند فتجری علیه احکامها مگر در جائی که ضرورت اقتضاء کند که رفع ید کنیم از جریان حکمش. نه اینکه بگوئیم از مسجدیت کنار می رود. مسجد است، منتهی مسجدی است که ضرورت پیدا کرده مردم از آن عبور کنند. می گوئیم جائز است البته اگر کسی بگوید. فقهیه مانند مرحوم امام ره می خواست که بگوید این کار را انجام دهید. در همین قم این کار را انجام دادند.

پس این راه هست که بگوئیم بر اساس ضرورت احکام مسجد مترتب نمی شود ولی عنوان مسجد از بین نمی رود. مرحوم آقای خوئی ره در بحث عبور از اراضی مغضوبه ای که در خیابان می افتد، یکی از حرفهایشان این است که دیگر مصداق اتلاف است یعنی دیگر آن زمین اتلاف شده است. لذا کسی که این کار را کرده ضامن است ولی الان دیگر عبور دیگران اشکالی ندارد. این مثل عین متلفه می ماند که کسی بخواهد تصرف کند، که دیگر این مال از مالک خودش قطع می شود. البته ما در آنجا نیز واقعا شبهه داریم، بعدها کسی در این مسائل به ما مراجعه نکند، چون برایش خیل سخت می شود. داستانی نقل می کنند از مرحوم صاحب جواهر که وقتی می خواست از دنیا برود مردم را به شیخ انصاری ارجاع داد و به ایشان فرمود «قلل من احتیاطاتک». حالا هم باید اینطوری باشد بر مردم سهل کند، حالا آقایان خودشان یک راه سهولتی پیدا کنند.

پس نظر ما در مسئله ۶۳ این شد که مسجد با خراب شدن از مسجدیت بیرون نمی رود، نسبت به استثناء بعضی فروض نیز توجیه برخی محشین به نظر ما مشکل است.

## مسئله ۶۴: تفاوت وقف منفعت و وقف انتفاع

مسئله ۶۴: لو وقف داراً علی أولاده أو علی المحتاجین منهم، فإن أطلق فهو وقف منفعة.

بحث این مساله که بحث قابل توجهی نیز هست این است که: ما در باب وقف تارة وقف را برای استفاده منافعش قرار می دهیم که منفعت به موقوف علیهم تملیک می شود، به این می گوئیم وقف منفعت. اما یک جاهایی وقف انتفاع است، یعنی ما منفعتی را تملیک موقوف علیهم نمی کنیم فقط بهره برداری از آن را برای آنها قرار می دهیم، مثل سکناى خانه. در این صورت به موقوف علیهم، منفعت سکونت را تملیک نمی کنیم بلکه سکناى دار را به آنها می دهیم.

در جائی که ما منفعت را به موقوف علیهم تملیک می کنیم، هم خودشان می توانند استفاده کنند و هم می توانند به دیگران تملیک کنند و در قبالش عوضی بگیرند. مثلا شخصی خانه اش را وقف اولادش می کند به نحو وقف منفعت. یعنی تملیک می کند منافع این خانه را به اولادش طبقه بعد طبقه، حال وقتی این اولاد مالک منفعت خانه شدند و این منفعت نیز سکونت در این خانه است لذا اولاد می توانند خودشان ساکن خانه شوند و منفعت را استفاده کنند و می توانند آن را اجاره دهند. یعنی آن منفعتی را که مالک هستند تملیک به دیگری کنند و پولش را بگیرند و مصرف کنند. اما در وقف انتفاع اینطور نیست. واقف وقف می کند این خانه را برای سکناى اولادش. نگفته من منفعت را تملیک شما کردم تا بتوانند اجاره دهند. گفته فقط خودتان سکونت کنید مباشرة طبقه بعد طبقه. دلش می خواهد اولادش در این خانه سکونت کنند. می گوید سکنی را می توانید استفاده کنید، اما نمی توانند خانه را که عین موقوفه است بفروشند و اجاره نیز نمی توانند بدهند یعنی تملیک منافع کنند چون مالک منفعت نیستند. واقف منفعت را تملیک به آنها نکرده، بلکه انتفاع را که سکناى دار است به آنها داده است. پس کاری که می توانند بکنند این است که بروند آنجا ساکن شوند. این راجع به این تقسیم است.

حال در آنجایی که وقف منفعت است انحائی از فروض متصور است که در تمام این فروض کیفیت تقسیم بین موقوف علیهم تابع نظر واقف است. می شود بین طبقات تشریک باشد می شود ترتیب باشد. در جائی که ترتیب است که اول این نسل و بعد نسل بعد است، کیفیت تقسیم منفعت هم تابع نظر واقف است، ممکن است بگوید علمائشان دو برابر غیر علماء ببرند یا خصائص دیگری قرار دهد، همه اش تابع نظر اوست و اشکالی ندارد. اما اگر مطلق قرار دهد به حسب مقتضای طبع اطلاق، باید قائل به تسویه شویم بین همه منتفعین و وجهی برای ترجیح احدی بر احدی نیست.

در وقف انتفاع هم همینطور است. منتهی در وقف انتفاع ممکن است مشکلاتی پیش آید. در وقف منفعت هم ممکن است پیش آید ولی راه حل دارد. مثلا فرض کنید اگر در وقف منفعت تشاحی بین منتفعین پیش آید این راه وجود دارد که عین موقوفه را اجاره دهند و ثمن را تقسیم کنند. مثلا یک دستگاه آپارتمانی است ده تا واحد در آن هست ده تا اولاد هم فعلا هستند، هر کدام می توانند بروند یک واحد بنشینند. اما اگر در طبقات اختلاف شد و نشد اختلاف را بین خودشان حل کنند می توانند کل ساختمان را اجاره دهند و ثمنش را بالتسویه تقسیم کنند. اما در وقف سکنی که وقف انتفاع باشد

این کار را نمی شود کرد، نمی شود اجاره داد، باید اختلاف در همین سکنای را نحوی حل کنیم. لذا در بحث وقف انتفاع در مثل سکونت، فرموده اند اگر سکنی به اندازه همه باشد بروند استفاده کنند. ولی اگر بینشان تشاح شد در همان جایی که به اندازه همه می شود اگر متولی دارد نظر متولی متبع است و اگر متولی نبود باید قرعه بیندازند. و اگر سکنی برای همه کفایت نمی کند و فقط بعضی می توانند استفاده کنند، یک نفر نمی تواند منع دیگران کند، کما اینکه در فرض بالا نیز نمی تواند منع دیگران کند یعنی در فرضی که برای همه سکنی هست یکی بیاید مانع دیگری بشود بگوید من دو تا واحد را می خواهم بگیرم و شما نباید ساکن باشید صحیح نیست و بحث خواهیم نمود که اگر این کار را کرد چه حکم دارد.

در متن تحریر نسبت به جائی که کفایت کند برای سکنای همه و یکی مانع شود، مطلبی فرموده اند فقط تکلیف را گفته که نباید منع کند. ولی به لحاظ وضع فرموده چه می شود. برخی از محشین فرموده اند اینجا باید اجرة المثل بدهد. فرموده اند اگر سکنی برای همه کافی بود کسی نمی تواند منع کند و اگر فردی دیگری را که می خواست استفاده کند منع کند باید اجرت حصه او را بدهد، البته اینها همه بحث دارد، ما فعلا در مقام تقریب هستیم.

حالا اگر آمدیم و سکنی برای همه کفایت نمی کند، مثلاً ده تا واحد است و اینها پانزده فرزند هستند، می گویند یا باید مصالح کنند بر مهایه. مهایه که در بحث شرکت می آید کلمه ای است از ماده هیأ به معنای آماده برای استفاده کردن، مقصود این است که به لحاظ مکانی یا به لحاظ زمانی به صورتی تقسیم کنند که همه بتوانند به ترتیب استفاده کنند. مثلاً به لحاظ مکانی دو نفر در واحد بزرگتر بنشینند به لحاظ زمانی نیز روشن است. این پانزده نفر به سه گروه پنج نفره تقسیم می شوند و هر سال دو گروه در این ده منزل ساکن می شوند سال بعد یک گروه جابه جا می شود و همینطور. که این هم یک راه است. یعنی چه به لحاظ مکانی جابجا بشوند و همه شرکاء استفاده کنند و چه به لحاظ زمانی. به این می گویند مهایه. بحثی واقع است که مهایه حقیقتش چیست؟ مهایه بین شرکاء واقع می شود. ظاهراً قراردادی است که در آن تعویضی صورت می گیرد. چون به لحاظ طبیعی وقتی شریک هستند، در تمام ذرات این عین شریک هستند و در منفعت به دست آمده هم همه شریک هستند. ظاهراً مهایه قراردادی است که منفعت را جا به جا می کند، مانند افزایش است که به صلح حاصل می شود. وقتی دو شریک که مالک خانه اند عین را افزایش می کنند و تقسیم می کنند که ضلع شرقی مال یکی باشد و ضلع غربی مال دیگری این افزایش در خود عین است در منفعت نیز همین امر تصور دارد و می شود منفعت را بالمهایه تقسیم کنند. لذا مهایه علی الظاهر قرارداد و معاوضه خاصی است که پس از آن هر یک مالک منفعت حصه خودشان می شوند و به لحاظ منفعت شراکت تمام می شود. منتهی این بحث وجود دارد که آیا مهایه عقد لازم است یا جائز، فقهاء عمدتاً جائز می دانند. لذا این مشکل وجود دارد پس از انعقاد عقد مهایه، یک نفر حصه خودش را استفاده کرد و ساکن

شد و پس از استفاده این عقد را فسخ کرد دوباره در همه منافع شریک می شود. لذا اگر مهایا را عقد جائز بدانیم ممکن است این مشکل پدید آید.

مرحوم حضرت امام ره فرموده اند: «لو وقف دارا علی اولاده أو علی المحتاجین منهم، فإن اطلق فهو وقف منفعة». این هم یک نکته استظهاری است و نکته قابل توجهی است که اگر وقف کرد بر اولاد می شود وقف منفعت و منفعت را مالک می شوند. «كما إذا وقف عليهم قرية أو مزرعة أو خانا و نحوها يملكون منافعتها، فلهم استنمائها» می توانند استفاده کنند از این منافع «فيقسمون بينهم ما حصل منها باجارة و غيرها علی حسب ما قرره الواقف من الكمية و الكيفية، و إن لم يقرر كيفية فی القسمة يقسمونه بينهم بالسوية» تا اینجا علی الظاهر مشکلی ندارد. «و إن وقفها عليهم لسكنائهم فهو وقف انتفاع و يتعين لهم ذلك و ليس لهم اجارتها» چون اجاره تملیک منافع است، من در وقف انتفاع، مالک منفعت نیستم تا بخواهم تملیک کنم، «و حينئذ إن كفت لسكنی الجميع فلهم أن يسكنوها و ليس لبعض أن يستقل به و يمنع غيره» این هم روشن است. چون حق همه است و کسی نمی تواند دیگران را منع کند. «و إن وقع بينهم تشاح فی اختیار الحجر» یعنی حجره ها «فإن جعل الواقف متوليا يكون له النظر فی تعيين المسكن للساکن و كان نظره و تعيينه هو المتبع. و مع عدمه كانت القرعة هی المرجع» اگر در اختیار گرفتن حجرات این خانه، اختلاف و تشاح شد، در این صورت واقف اگر متولی قرار داده باشد به متولی مراجعه می کنیم و نظر او متبع است. «و لو سكن بعضهم ولم يسكنها بعض فليس له مطالبة الساكن باجرة حصته إن لم یکن مانعا عنه» در جایی که یکی از موقوف علیهم سکونت نکند و دیگری بیاید سکونت کند، اگر از باب منع باشد، این یک داستان است، که نفرموده اند نتیجه اش به لحاظ وضعی چه می شود، اما گفته اند حق ندارد منع کند. این درست است. حالا اگر کسی نیامد سهم خودش را استفاده کند دیگری استفاده کرد نه بالمنع، خود طرف نیامد بالاخیار، حق ندارد بگوید چون تو آمدی حصه مرا استفاده کردی باید اجرت بدهی. «بل هو لم یسكن باخیاره أو لمانع خارجی و إن لم تكف لسكنی الجميع فإن تسالموا علی المهایاة أو غيرها فهو» اگر به صورت مصالح باشد یا مهایاتا باشد این حل است.

سؤال: مهایات یک نوع صلح نیست؟

جواب: عنوان صلح که ندارد، یک قراری است دیگر.

سؤال: چون می گوید تسالموا علی المهایاة.

**جواب:** می گوید تسالموا علی المهایاة أو غیرها، خب در بیع هم یک تسالمی هست دیگر. تسلیم و تسالم آنجا هم هست یک جوری دیگر. تراضی هست در آنجا هم. عنوان صلح ندارد. مثلاً همین صلح ممکن است در فروضی بگوییم جائز نیست یعنی حق ندارند آن را فسخ کنند، اما مهایاة را می گوید می توانند فسخ کنند.

«و الا» یعنی اگر تسالم نشد «كان المتبع نظر المتولی من قبل الواقف لتعيين الساكن، و مع فقده فالمرجع القرعة فمن خرج اسمه يسكن و ليس لمن لم يسكن مطالبته باجرة حصته».<sup>۱</sup> آن کسی که قرعه به نامش افتاد ساکن می شود و کسی که قرعه به نامش نیفتاد حق اجرت از حصه خودش را هم ندارد.

به نظر من چند تا از این فرعهایی که ذکر شد نیاز به بحث دارد که لااقل اطلاقش درست است یا نه. دوستان مطالعه کنند برای جلسه بعد انشاءالله.

«الحمد لله رب العالمين»

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### فهرست

خلاصه مطالب گذشته	۴۰۴
تفصیل مسئله	۴۰۴
بررسی و اشکالات مسئله	۴۰۵
اجمال عبارت و اشکال به قرعه در مقام	۴۰۵
اشاره ای به شرائط متولی	۴۰۹
بررسی فرض عدم سکنی به اختیار	۴۰۹
بحث ضمان حبس حر کسوب	۴۱۳

### خلاصه مطالب گذشته

#### تفصیل مسئله

بحث در مسئله ۶۴ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام ره بود. ایشان تفصیلی بین وقف منفعت و وقف انتفاع مطرح کردند و فرمودند اگر وقف به نحوی است که برای تملیک منافع به موقوف علیهم باشد، موقوف علیهم می توانند خودشان از منفعت استفاده کنند و می توانند منفعت را به دیگری تملیک کنند و نفع حاصل از آن را بین خودشان تقسیم کنند. و کیفیت تقسیم بین موقوف علیهم هم تابع نظر واقف است، و اگر چیزی نگفته مقتضای اطلاق تقسیم بالسویه بین همه است. این قسمت از مسئله را جلسه گذشته بیان کردیم تجدید این بحث برای تصویر تقابل وقف منفعت با وقف انتفاع است.

اما اگر وقف برای انتفاع موقوف علیهم باشد، یعنی فقط می توانند مباشرتاً خودشان استفاده کنند، در این صورت باید تفاوت قائل شد بین مواردی که یسع مال موقوفه برای انتفاع همه و مواردی که لا یسع. اگر مال موقوفه به نحوی است که همه می توانند استفاده کنند، مانند اینکه عین موقوفه ده واحد آپارتمان است و ده نفر هم موقوف علیهم بیشتر در این



نسل نیستند، لذا همه می توانند استفاده کنند. در اینجا بحثی وجود ندارد و هیچکدام از اینها حق ندارند دیگران را منع از انتفاع کنند. زیرا به حسب وقف، متعلق حق دیگری است. حکم صورتی که این منع محقق شود نیز خواهد آمد.

اگر در این وقف انتفاع که امکان استیفاء همه وجود دارد تشاهی صورت گیرد مانند اینکه موقعیت یکی از این واحد ها بهتر است و همه خواهان آن هستند اگر متولی ای منصوب است باید به او رجوع کنند و نظر او متبع است که چه کسی کجا ساکن شود. اما اگر متولی نیست، فرموده اند باید قرعه بیندازند چون برای همه متعلق حقی وجود دارد و نزاعی نیز در گرفته است لذا جای قرعه است. و هر کدام که قرعه به نامش افتاد استفاده می کند.

در این فرض که امکان سکونت همه هست، اگر فردی از حق سکونتش استفاده نکرد و فرد دیگری رفت سکونت کرد بدون اینکه مانع آن شخصی که سکونت نکرده باشد چیزی بر او نیست و آن کسی که سکونت نکرده حق ندارد اجرت حصه اش را طلب کند، چون خودش استفاده نکرده است نه اینکه دیگری مانع شود. تقریباً این مطلب را مسجل گرفته اند، منتهی نکته ای وجود دارد که خواهد آمد. تمام این شقوق در فرضی است که سکونت برای همه میسر باشد.

اما اگر کفایت سکونت برای همه در این مال موقوفه وجود ندارد، «لم یسع لسکونة الجميع». اینجا علی القاعده باید موقوف علیهم قرار ی به عقد محایاة و امثال آن با هم بگذارند. عرض کردیم محایاة عقدی هست بین افراد شرکاء در یک جائی که امکان انتفاع جمیع نیست با هم قرار می گذارند که به حسب مکان یا زمان یا غیره تقسیمی صورت بگیرد تا بتوانند همه استفاده کنند. پس اگر مصالحه یا محایاتی محقق شود به همان عمل می کنند. اما اگر تسالم بر عقد محایات نشد و تشاح همچنان باقی ماند، در این صورت اگر متولی وجود دارد نظر متولی متبع است، اما اگر متولی وجود نداشت فرموده اند برای تعیین اینکه چه کسی استفاده کند مرجع قرعه است. و در این حکم نیز علی الظاهر مشکلی نیست. «فمن خرج اسمه یسکن، و لیس لمن لم یسکن مطالبته باجرة حصته»، آن کسی که قرعه به نامش افتاد ساکن می شود و آن کسی که ساکن نشده حق ندارد اجرت حصه خودش را طلب کند.

## بررسی فروض مسئله

من از این نکته اخیر شروع کنم:

## اجمال عبارت و اشکال به قرعه در مقام

در اینجایی که ایشان می فرماید قرعه می اندازند، پرسش این است که قرعه انداختن برای چیست؟ عبارت اجمال دارد. می فرمایند «فمن خرج اسمه یسکن و لیس لمن لم یسکن مطالبته باجرة حصته». فرض ما این نیست که قرعه

بیندازیم که کسی که قرعه به او اصابه نمود به تنهایی ساکن شود و همه حقوق را استیفاء کند بدون اینکه هیچ اثر بعدی داشته باشد، بلکه قرعه انداختن برای این است که اولین منتفع را تعیین کند. تشاح در این بود که الان چه کسی ساکن شود، بطوری که اقتضای عدالت و غیره این است که اگر امسال این آقا ساکن شد دفعه بعد بدون قرعه بقیه ساکن شوند. مگر اینکه بین آنها هم تشاح شود و آنها هم قرعه بیندازند.

مقصود این است که قرعه برای تعیین آن چیزی است که مجهول است. در اینجا اصل حق مجهول نیست امکان استیفاء نیز وجود دارد. یک وقتی اصل حق مجهول است، یا اصل حق معلوم است اما امکان استیفاء ندارد، آنجا ما برای استیفاء فردی قرعه می اندازیم اما در فرض ما اصل حق برای همه روشن است امکان استیفاء آن در طول زمان نیز وجود دارد لذا شما نمی توانید با قرعه او را از استیفاءی که حقش هست ولو در عمود زمان منع کنید.

لذا این عبارت اجمال عجیبی دارد، می فرمایند اگر اینها تشاح کردند «فمن خرج اسمه یسکن» این روشن است اما اینکه «و لیس لمن لم یسکن مطالبته باجرة حصته» یعنی چه؟! مقصودتان این است که کسی نامش خارج شد للتالی و برای همیشه ساکن شود و فرد بعدی اصلا ساکن نشود؟ اینکه دلیل ندارد. این قرعه ثابت نمی کند که دیگری اصلا ساکن نشود. قرعه برای این بود که چه کسی ابتدا ساکن شود. و تشاح را از بین ببرد. نسبت به حق که ما شک نداریم، همه حق دارند. نسبت به استیفاء در طول زمان هم شک نداریم. می توانند یک سال یک سال ساکن شوند. اشکال این است که الان همه با هم می خواهند ساکن شوند که ممکن نیست لذا برای حل این مشکل باید قرعه بیندازیم.

مقصودم این است که وقتی قرعه انداختیم، معنایش این نیست که فرد بعدی اصلا بالمرة حقش ساقط شود که شما می فرمائید که و لیس لمن لم یسکن مطالبته باجرة حصته. مگر بناست برای همیشه ساکن نشود؟! لذا این تعبیر عجیبی است. لیس لمن یسکن مطالبته باجرة حصته، مگر بناست تا آخر لم یسکن باشد که شما این را می گوئید؟!

**سؤال:** همان زمانی که قرعه به نامش نیفتاد لم یسکن است.

**جواب:** بله در این زمان که قرعه به نامش نیفتاد لم یسکن است ولی بعدا که ساکن می شود.

**سؤال:** برای الانش که ساکن نشد نباید مطالبه اجرت کند.

**جواب:** اینکه واضح است که اگر قرعه به نام یک نفر افتاد دیگری نباید از او طلب اجرت کند.

اما اگر معنایش این است که یک قرعه انداختند به نام این شد تمام، اگر سال بعد می خواهند بنشینند دوباره قرعه بیندازند، ممکن است دوباره به نام همین بیفتد. این نیز معنا ندارد. به دلیل یک امر عقلی و یک امر شرعی مرکبا. شرع با

وقف گفته همه این نسل ذی حق هستند، حال که تشاحی شده یا امکان نداشته همه با هم ساکن شوند قرعه انداختیم برای تعیین اینکه چه کسی اول ساکن شود، نه برای اینکه چه کسی ذی حق باشد. ذی حق بودنش ثابت است، در طول عمود زمان هم قابل استیفاء است لذا حق نداریم در این موارد قرعه بیندازیم. مثل اینکه ما بخواهیم حق کسی را بدهیم، مانند اینکه دینی بر گردن میتی نسبت به سه نفر هست در مقام وفاء بین این سه نفر تشاح می شود که اولین نفر چه کسی باشد فرض کنید حقوق ماهیانه میت الان کفاف دین یک نفر را می کند ولی این سه طلبکار می توانند در طول عمود زمان طلبشان را بگیرند، دعوا شده که چه کسی اول بگیرد، بگوئیم قرعه می اندازیم که اول این آقا حقوق را به عنوان دینش بگیرد، بعد بگوئیم بقیه هم حقی ندارند ما بقی را طلب کنند. مگر می توان چنین حکمی کرد؟! دینی بوده، با حقوق ماهیانه میت می توان همه را در طول زمان اداء کرد لذا همه می توانند دینشان را استیفاء کنند. تشاحی در اصل این نداشته اند تشاحشان در شروع بوده، قرعه انداختیم در شروع معلوم کردیم اول چه کسی بگیرد، ولی معنایش این نیست که بقیه نمی توانند استیفاء کنند.

**سؤال:** باجرة حصته اتفاقا خلاف فرمایش شما را می گوید. اگر می گفت باجرته کلا تا آخر عمر، فرمایش شما درست بود.

**جواب:** حصه دیگر مال این زمان و آن زمان ندارد.

**سؤال:** می دانم، حصته که گفته یعنی پس قبول است که این هم حق دارد.

**جواب:** با اینکه حصه دارد امام می فرماید لازم نیست بدهی.

**سؤال:** چون انتفاع مال نیست حسابش جداست.

**جواب:** اینکه انتفاع مال نیست حرف نادرستی است. مال قابل انتقال نیست نه اینکه مال نیست. اگر مال نباشد پس

اتلافش هم ضمان ندارد، اما اینطور است؟

**سؤال:** خرج سهم المحق یعنی چی؟

**جواب:** سهم محق در منتفع اول. ما در سهم المحق بحث کردیم که یعنی چه. احتمال زیاد دارد که محق یعنی محق

به همین قرعه. معنایش این باشد. ما در این شک داریم که چه کسی اول استفاده کند، با قرعه تعیین می کنیم می شود محقق.

منظور از «اجرة حصته» از دو حال خارج نیست، من می گویم اجمال دارد، عبارت تحریر الوسیلة کأن می خواهد بگوید وقتی قرعه انداختیم و به نام این افتاد دیگر تمام شد. و این آقا برای همیشه استفاده کند. در حالی که تمام نشده و وقتی که کسی که قرعه به نامش در آمد سال اول استفاده می کند بقیه نیز باید به حقوق خودشان در طول عمود زمان برسند. لذا با این تفسیر وجهی برای این جمله نیست که «لیس لمن یسکن مطالبته باجرت». لم یسکن حالاست، برای همیشه که لم یسکن نیست. اگر پنج نفر در طول عمود زمان استفاده می کنند آیا جا دارد بگوئیم لیس لمن لم یسکن؟ لم یسکن نیست، بلکه در طول عمود زمان یسکن است. من می گویم این عبارت یک اجمالی نسبت به باقی منتفعین در طول عمود زمان دارد.

بله! مگر همین فرمایش را بگوئیم که به لحاظ زمان استیفاء چون حالا ننشسته اجرت نمی گیرد. ولی این چه گفتنی است؟! واضح است که وقتی قرعه افتاد این آقا دیگر نمی رود ساکن شود، شما این را نگوئید که پس بنابراین وقتی ساکن نشد اجرت حصه اش را نباید بگیرد. اجرت حصه نباید بگیرد بخاطر این است که فردا می خواهد برود در خانه بنشیند. در حالی که عبارت قابل هست برای این معنا که وقتی قرعه به نام او افتاد دیگر تمام است. مانند مواردی که یک حق بین دو نفر بود، که می گفتیم قرعه می اندازیم حق مال فردی می شود که قرعه به نامش افتاد و تمام. در حالی که بحث ما شبیه آنجا نیست که بعد از قرعه کار تمام شود، چون استیفاء حق در اینجا ممکن است، ولی آنجا ممکن نبود.

**سؤال:** استیفاء حق فعلی، دوباره فردا وقتی نوبت او شد من دوباره استیفاء حق از او هم می کنم و حصه از او هم می گیرم.

**جواب:** این ممکن نیست، معلوم می شود تذکر ما تذکر خوبی بود؛ می خواستیم همین را دفع کنم. چون حق ثابت است و استیفاءش در عمود زمان برای همه ممکن است. آن چیزی که ممکن نیست اول بودن برای همه است، در استفاده اول از حق، قرعه میندازیم. نه در اصل صاحب حق بودن.

آیا در جایی که همه می توانند استیفاء حقشان کنند می توانیم قرعه بیندازیم که برخی استیفاء حق نکنند؟! این حرف معنا ندارد. مثل دینی می ماند که قابل ایفاء به همه هست، فقط بعضی ها زودتر می توانند بگیرند، ولی همه با هم نمی توانند بگیرند. بگوئیم ما قرعه می اندازیم که بعضی ها اصلا نگیرند. این معنا ندارد. این مثل آن می ماند.

**سؤال:** در نظر متولی اجمال هست، چون متولی هم تعیین ساکن می کند.

**جواب:** فرض الان بعد از نبود متولی است والا متولی هر چه گفت نظرش متبع است.

## اشاره ای به شرائط متولی

در بحث متولی نکته ای عرض کنم البته مفصل آن بماند برای محل خودش. در این مواردی که گفته اند نظر متولی متبع است علی الظاهر باید یک قیدی وجود داشته باشد که می آید. چون در متولی بعضی می گویند عدالت شرط است، ولی اگر آن را هم نگوئیم قدر متیقن امانت و وثاقت هست. اگر ما بگوئیم نظر متولی هر جور که باشد متبع است، آیا متولی می تواند بگوید فقط این آقا تا آخر بنشیند؟! روشن است که این ممکن نیست زیرا با وثاقت و امانت سازگار نیست. یعنی بعد از اینکه ثابت شد که وقف برای همه موقوف علیهم است و همه بالسویه ذی حق هستند، معنا ندارد متولی بگوید تنها یک نفر استفاده کند للتالی.

فرض ما این است که یک مال موقوفه ای داریم که بالسویه باید انتفاعش بین همه تقسیم شود. فرض بحث این است. در منفعت هم همینطور. لذا اول بحث گفتند که اگر واقف درباره کمیت یا کیفیت یا تفاضلا کلامی بگوید همان اخذ می شود، اگر نگفته باشد اطلاق کلام یقتضی التسویه در منفعت و انتفاع. الان بحث این است تشاح پیش می آید در اولویت استفاده، در حل این مسئله نظر آقای متولی متبع است، اما نمی تواند حق یک نفر را بالمره ساقط کند، چون فرض این است که از وقف استفاده شده است و متولی ناظر بر اجرای وقف است، نمی تواند وقف را عوض کند تا چیز دیگری بشود. بنابراین آقای متولی نمی تواند بگوید من این آقا را ساکن می کنم للتالی و بقیه هم بروند دنبال کار خودشان.

## بررسی فرض عدم سکنی به اختیار

فرض دیگر مساله این است که اگر این ملک قابل سکونت برای همه هست، ولی برخی ها خودشان به اختیار ساکن نمی شوند. در اینجا هم اجمالی در عبارت وجود دارد. در متن قبل از این می فرمایند: «و حیثئذ إن کفت لسکنی الجمیع فلهم أن یسکنوها و لیس لبعضهم أن یستقل به و یمنع غیره». این روشن است، که از حق دیگری نمی شود منع کنند «و إن وقع بینهم تشاح فی اختیار الحجر فإن جعل الواقف متولیا یكون له النظر فی تعیین المسکن للساکن کان نظره و تعینه هو المتبع، و مع عدمه کانت القرعة هی المرجع. ولو سکن بعضهم و لم یسکنها بعض فلیس له مطالبة الساکن باجرة حصته إن لم یکن مانعا عنه».

این عبارت آخر هم یک اجمالی دارد این را می خواهیم حل کنیم. صورت مسئله روشن است، می گوید در جائی که سکنی برای همه کفایت می کند، اگر آقایی نرفت استفاده کند، دیگری می تواند استفاده کند، و لیس برای این شخص طلب اجرت حصه اش، چون او فرد که مانع نبوده این خودش نرفته است.

سؤال این است که: مسئله را کجا دارید طرح می کنید؟ فرض کنید ما یک آپارتمان ده واحدی داریم ده نفر هم بیشتر نیستند به همه می رسد، فردی نیامد از یکی از واحدها استفاده کند، مقصودتان این است که دیگری بیاید از این واحد استفاده کند در این صورت لیس له طلب حصته چون خودش نیامده؟ یا اینکه از این واحد استفاده نکرده؟ اگر استفاده نکرده یعنی چه که لیس له طلب اجرة حصته؟! پس فرض شما این است که دیگری از این واحد استفاده کرده، حالا سؤال این است که اصلاً چه حقی برای استفاده دارد؟

فرض مسئله این شد که: ما یک وقفی داریم، و وقف انتفاع است، وقف انتفاع هم گفتیم هر جور که آقای واقف بگوید هو المتبع، اگر نگفت اطلاقش اقتضاء تسویه می کند و إن لم یقرر کیفیة فی القسمة یقسمونه بینهم بالسویة، حال که این منفعت سکنی به سویه است. پرسش این است که: یک آقای نمی آید استفاده کند، من مانعش نشدم ولی من رفتم استفاده کردم، خب از چه چیزی استفاده کردم؟ از حق خودم یا حق او را؟ اگر حق او بوده، اصلاً چه کسی می گوید حق داشتم بروم حق او را استفاده کنم. این مثل این می ماند که اگر من یک خانه خالی دارم خودم استفاده نمی کنم شما بروید آنجا بنشینید، آیا این می شود؟!

**سؤال:** فرض این است که مال همه است.

**جواب:** بله مال همه هست. حالا در مال شریک اگر شما افزاز نکردید حق دارید بروید استفاده کنید؟!

**سؤال:** سکنایش وقف شده دیگر برای ده نفر.

**جواب:** سکنای برای ده نفر وقف شده، حالا فرض این است که اینها نیامده اند جدا کنند که یکی برود واحد شرقی و یکی برود واحد غربی، نیامدند این کار را کنند، ولكن برای سکنای جمیع ممکن است، حالا سؤال این است که این آقای که رفت استفاده کنند به اندازه حق خودش استفاده می کند یا بیشتر؟

**سؤال:** بیشتر استفاده کرده.

**جواب:** ایشان در عبارت به صراحت نمی گوید بیشتر. آن حق خودش را هم که استفاده کرده به نحوی مشاع بوده، اگر فقط این است یک جور بحث است، چون راه دیگری نبوده به این صورت استفاده کرده است. هر کسی از این ده واحد یک حصه ای دارد، مگر این آقا بیشتر از حصه خودش استفاده کرده که شما می فرمائید نمی توانند از او مطالبه اجرت کنند؟ پس از اینکه بحث طلب اجرت را پیش کشیده اند معلوم می شود گوئی این شخصی که رفته استفاده کرده بیش از

حصه خودش استفاده کرده است که می فرمایند آن شخصی که لم یسکن نمی تواند مطالبه کند اجرت حصه ای را که استفاده نکرده. حالا سؤال این است که این اصلاً چرا رفته بیش از حصه خودش استفاده کرده است؟

فرض کنید ده واحد آپارتمان هست إن وقع بینهم تشاح، می گوید اگر متولی هست نظر او متبع است و اگر نیست با قرعه تعیین می کنند. بعد می فرمایند و لو سکن بعضهم و لم یسکنها بعض، یعنی گویا قرعه را انداختیم تعیین شده مال افراد کجاست، ظاهرش این است، یک کسی نرفته ساکن بشود بعدی ساکن شده است.

یعنی عرض من این است که در اینجا باید فروض مسئله را روشن می کردند. اگر بعد از تعیین با قرعه است، که جای هر کسی معلوم است. اگر یک آقای نرفته استفاده کند، آیا دیگری حق دارد جای او را بگیرد؟ این یک فرض است. عبارت می گوید اگر تشاح شد اگر متولی دارد اول به متولی مراجعه کنند و اگر نشد قرعه، بعدش می گویند و لو سکن بعضهم و لم یسکنها بعض، نمی دانیم این بعد از تعیین است یا قبل از تعیین است. حالا قبل از تعیین باشد باید چکار کرد؟

آیا قبل از تعیین حق دارد برود از یک جائی استفاده کند؟ این هم اول کلام است. اینکه می گوئید لم یسکن، ممکن است لم یسکن باشد، ولی با آن تشاح می کند که کجا مال من باشد و کجا مال شما باشد. و لو لم یسکن. خیلی ها اینطور هستند که می گوید من حق خودم را می خواهم حالا استفاده کند یا نکند. فرض کنید در ورثه خیلی وقتها دعوا می شود می گوید من حقم را از این خانه می خواهم و لو نیاید استفاده کند، خب بقیه ورثه حق ندارند بروند جای او بنشینند، آنجایی که مشاع است روشن است، اینجا هم همینجور می شود. اگر تشاح شد چه جور می شود و اگر تشاح نشد چه جوری است.

مقصودم این است که یک عبارت مجملی نوشته اند و نتیجه گرفته اند که لیس له مطالبه حصته. می گویند لیس له مطالبه حصته چون خودش نرفته است. ولی او حق داشت برود استیفاء کند؟ در یک فروضی واقعا به نظر می آید ضمان هست و لو من نروم ساکن شوم. مثالش را عرض کردم مثل کسی که خانه خالی دارد نمی رود استیفاء منفعت کند دیگری برود داخل آن بنشیند. حالا من نرفتم استفاده کنم آیا دیگری می تواند برود داخل آن بنشیند یعنی استیفاء منفعت کند و ضمان هم نداشته باشد؟ البته در اینجا منفعت نیست انتفاع است ولی در حکم، فرقی نمی کند، یا این حق را اتلاف کرده یا استیفاء کرده است و در ضمان تارة از باب اتلاف است و اخری از باب استیفاء است. شما اگر بروید در خانه کسی بنشینید دارید استیفاء منفعت می کنید، در اینجا ضامنید و لو اگر شما استفاده نمی کردید خود مالک نیز نمی رفت استفاده

کند. پس ولو اگر فردی استیفاء نکند منفعت از بین می رود چون خود مالک استفاده نمی کند و اجاره نیز نمی دهد اما اگر غاصبی رفت آنجا نشست، ضمان دارد و باید ضمان آن منفعت را بدهد.

پس شما که می فرمائید که لو سکنها بعضهم و لم یسکنها بعض، اول بفرمائید که چه حالتی بوده؟ بعد از تشاح و تعیین بوده؟ اگر این بوده چه حقی داشته که بنشیند. و اگر قبل از تعیین بوده، چه مقدار بوده؟ به اندازه خودش رفته نشسته؟ حالا این شاید وجهی داشته باشد، بگوید تشاح شده و قرعه هم نینداختند و به هر دلیلی نشده قرعه بیندازند و متولی هم نبوده، می گوید نمی شود حق من ضایع بشود از باب لا ضرر هر چه هست می رود در آن خانه به اندازه خودش می نشیند. این حالا شاید وجهی داشته باشد. اما اینکه بطور اطلاق ما بگوئیم که ولو سکن بعضهم و لم یسکنها بعض، این اول کلام است، خب به اندازه خودش برود بنشیند، چرا دو تا واحد را رفته نشسته است؟

**سؤال:** در مال مشاع نیز این اشکال می آید؟

**جواب:** در مشاعش نیز مشکل است. من می گویم چرا دو تا واحد را رفته بنشیند؟! اینکه الان شما دارید می گوئید که نمی تواند اجرت حصه اش را طلب کند علی القاعده یعنی رفته حصه او را نشسته، و الا که گفتن نداشت. سؤال این است که بعد از تعیین بود یا قبل از تعیین. قبل از تعیین هم چه مقدار رفته استفاده کرده؟ به اندازه دو نفر؟ خب مسلما دارد خلاف می کند. چون به اندازه یک نفر حق دارد. و اگر به اندازه یک نفر استفاده کرده شبهه این است که حصه من لم یسکن هم داخل در این باشد. حالا این شاید یک وجهی داشته باشد که چون این آقا مانع نشده و تعیین هم به هر دلیلی انجام نشده و ممکن نشده، یا طرف نیامده قرعه بیندازد یا متولی در کار نبوده، حالا این شاید وجهی داشته باشد، چون ضرر بر این ساکن هم جائز نیست، وقتی متولی نبود و طرف هم نیامده قرعه بیندازد که تعیین کند، مجبور بوده از یکی از این خانه ها استفاده کند، این وجهی دارد. لذا آن حصه از او که در همین یک واحد هست نمی تواند تقاضای اجرت حصه اش کند، حالا این وجهی دارد و معقول است. اما اگر طرف به اندازه دو نفر استفاده کند جای آن نفری هم که نیامده برود استفاده کند، مثالش هم روشن است ده واحد بوده برای ده نفر است، نه نفرشان قرعه انداخته اند و رفتند نشستند یکی نیامده، خب یک واحد خالی مانده، من می روم واحد خودم را استفاده می کند از واحد او هم استفاده می کنم، آیا چنین حقی دارد؟ و می شود بگوئیم حق ندارد اجرت حصه خودش را بخواهد چون این آقای ساکن مانع نبوده؟! خب مانع نبوده ولی او نمی توانسته استفاده کند.

عرض من این است که این عبارت واقعا اجمال دارد باید فروزش تفکیک می شد چون هر کدام یک حکمی دارد.



از اینجا فرض دیگری مطرح می شود، مرحوم آقای فاضل در تحشیه تقریباً این را واضح گرفته اند «فلیس له مطالبه الساکن باجرة حصته إن لم یکن مانعا»، و لکن اگر مانع بشود، به اجرت حصه اش برمی گردد.<sup>۱</sup>

## بحث ضمان حبس حر کسوب

اینجا شاید یک بحثی لازم باشد. در باب منافع، هم می شود ضمانش از باب اتلاف باشد و هم می تواند از باب استیفاء باشد. یعنی اگر غاصبی نگذارد من خانه ام را اجاره دهم، ضامن است، چون بر من منفعت را اتلاف کرده. حال اگر خودش بیاید در خانه بنشیند و از منفعت استفاده کند، از باب استیفاء المنفعة ضامن است. اینجا روشن است. حالا در باب سکنی که انتفاع است، منفعت نیست اگر غاصبی بیاید من را از استیفاء منع کند، بر من اتلاف کرده، آیا اتلاف در این موارد ضمان می آورد یا نه؟

در بحث ضمان عمل حر، نسبت به حر غیر کسوب برخی قائل به ضمان نیستند، با اینکه عمل حر منفعت است، ولی در حر کسوب خیلی ها قائل به ضمان اند. مخصوصاً از متأخرین مرحوم سید در حاشیه مکاسب این را قائلند. و حق هم همین است، عقلانی اش همین است. اگر کسی فرد دیگری را که هر روز صبح ساعت ۸ می رفته تا غروب ۸ ساعت کار می کرده و نانی برای خانواده اش می آورده است را یک سال در خانه ای حبس کند و نگذارد کار کند، این حر کسوب بوده از پا افتاده ای نبوده ای که در گوشه خانه اش نشسته باشد، این به نظر عقلاء واقعاً ضمان دارد و نسبت به منفعی که ولو استیفاء نکرده ولی اتلاف کرده ضامن است. بله اگر خود طرف کاری نبوده، همیشه در خانه اش می خوابیده، حال کسی بیاید او را زندانی اش کند، خب معلوم است که اینجا اتلاف صدق نمی کند، چون اتلاف در جایی که یک علت قریبه دیگری وجود دارد صدق نمی کند. علت قریبه اش تنبلی خود این آقا است که کار نمی کرده، صدق نمی کند که او اتلاف علیه این عمل را و نگذاشته کار کند. اینجا روشن است.

در اول مکاسب به تناسب بحث بیع که مرحوم شیخ بحث عمل حر را مطرح می کنند، عده ای از فقهاء گفته اند اگر نگذارید حر کار کند و مثلاً حبسش کنید، این کارتان کار حرامی است اما ضمانی ندارید. من می گویم آنهایی که آنجا آن حرف را زده اند در باب سکنی چه می گویند؟ علی الظاهر باید بگویند کار این آقای مانع از سکنای کسی، کارش حرام است، اما قابل بحث است که آیا ضامن این انتفاعات می شود؟ حالا در منافع شاید آنجا هم کسی بگوید نمی دانم می گویند یا نمی گویند، از منافع استیفاء نشده اتلاف منافع باشد، در مکاسب به تناسب می گویند در باب اجاره هم می گویند، بحث

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و الذنور، الکفارات، الصید، ص: ۷۰/۷۱

مفصل می کنند ضمان منافع مستوفاه و ضمان منافع غیر مستوفاه، ضمان منافع غیر مستوفاه بحث می خواهد واقعا. حالا منافع غیر مستوفاه له وجه، اما انتفاعات غیر مستوفاه، یعنی من حق ندارم منفعت را به دیگری بفروشم و تملیک کنم اما کسی آمد جلو من را گرفت نگذاشت بروم در خانه بنشینم، حالا اینجا او ضامن انتفاع هست یا نه؟

ایشان در حاشیه فرموده ضامن است. ولی به نظرم مربوط می شود به آن کبری که آیا ما در باب اتلاف اینجور انتفاعات غیر مستوفاه آیا ضمان داریم یا نه. اگر طرف خودش می رفت می نشست آنجا، باز یک وجهی داشت، اما خودش هم ننشسته است، فقط اتلاف کرده بر من انتفاع را، آیا ضمان هست یا نه؟ البته به لحاظ عقلایی به نظرم ضمان هست. عقلاء هم در منافع و هم در انتفاعات اگر کسی مانع بشود برای او ضمان قائل هستند، اما به لحاظ فتوایی بحث دیگری است.

**سؤال:** انتفاع قوامش به این شخص است وقتی این شخص نشد دیگر موضوعش از بین رفت. برخلاف منفعت.

**جواب:** این غاصب انتفاع را استیفاء کرد و خودش رفت نشست

**سؤال:** من مانعش نشدم خودش نیامد موضوعش برداشته می شود و من ضامن حصه اش نیستم.

**جواب:** اگر خودش نیامد شما حق دارید حق او را استیفاء کنید؟

**سؤال:** بله می توانم چون موضوع انتفاع این است بر خلاف منفعت.

**جواب:** انتفاع به اندازه حصه خودش را حق داشت نه بیشتر.

**سؤال:** قوامش به خودش بود نیامد تمام شد.

**جواب:** این آقای که ساکن است علاوه بر حصه خودش حصه ای را ننشسته، چه کسی می گوید حق دارد این حصه

را بنشیند؟

**سؤال:** آن حصه را به فقراء بدهیم.

**جواب:** نه به فقراء که نمی شود داد چون فرض وقف انتفاع است. دادن به فقراء در وقف منفعت معنا دارد که منفعت

را به فقراء بدهد، اما الان بحث وقف انتفاع است که فقط خودش مباشرتا می تواند استیفاء کند.

**سؤال:** اگر نیامد وقف باطل می شود؟

**جواب:** چرا باطل بشود؟ به اختیار خودش نمی رود استفاده کند. مثلا زمینی است برای کشت اگر امسال نکاریم مگر

وقف باطل می شود؟ باطل نمی شود، استیفاء نمی شود.

سؤال: افراز نکرده اند.

جواب: افراز نکرده باشند، آیا شما حق دارید دو تا واحد بنشینید. شما حقتان از این موقوف چه مقدار بود؟ مقصودم این است که شما دارید مخالفت قطعی می کنید.

صورت مسئله می گوید: و إن لم یقرر کیفیة فی القسمة یقسمونها بینهم بالسویة. یعنی فرض مسئله این است که واقعی آمده وقف کرده سکنی را نه منفعت را، و بعد هم لم یقرر کیفیة خاصة و از آن فهمیدیم که بالسویة تقسیم می شود. این را فهمیدیم. پس فرمائید که می تواند از مجموع استفاده کنند. بالسویة باید بین همه تقسیم بشود.

سؤال: واقف می خواهد از انتفاع سکونت این ملک استفاده شود.

جواب: ولی بالسویة، فرض این است که بالسویة شد.

سؤال: الان این خودش اعراض کرده است.

جواب: اعراض نکرده، استیفاء نمی کند. من نخواستم یک سال بیایم. اگر اینطور که شما می گوئید خیلی کار را بر موجرین و مستأجرین دشوار می کنید. طرف مثلا موجر است حالا یک سال نمی خواهد خانه اش را اجاره بدهد، شما می فرمائید که فرد دیگری می تواند برود در خانه او بنشیند؟ اینکه نمی شود. بلکه ممکن است در فرض ملک غصب صدق کند اینجا صدق نکند، اما سوال این است آیا یک نفر اینها می تواند حق دو نفر را استفاده کند؟

سؤال: مثل آنجائی که اگر موقوف علیه استفاده نکرد برگردد به دیگران با معیار اقرب الوجوه.

جواب: آنجا فرض اشتباه بوده، یعنی نسیان کرده اشتباهی رخ داده حالا نمی توانند آن را کشف کنند، حق آنجا مشتبه است. ربطی به بحث ما ندارد. اینجا حق واضح است، مال پنج نفر بوده، هر کسی هم یک سکنی بیشتر حق ندارد به اندازه یک اتاق، اصلا چه کسی گفته حق دارد برود در دو اتاق بنشیند؟ این قطعا دارد از حق دیگری استفاده می کند.

لذا اگر من صاحب حق استفاده نکردم انتفاعش از بین می رود. من حق خودم را استیفاء نکردم. مثل اینکه در غله، منفعت را تقسیم می کنید من غله را نمی خورم فاسد می شود. بگوئیم وقف باطل است؟ استفاده نکرده چرا وقف باطل باشد.

ظاهرا این مسئله ۶۴ بحث دیگری ندارد. اصل مسئله راجع به تفکیک بین منفعت و انتفاع بود، و به نظر می آید در منفعت و انتفاع لولا تعیین خاصی بالسویة است، در منفعت حق دارد خودش استفاده کند و یا به دیگری بدهد استفاده کنند

و اجرتش را بگیرند و تقسیم کنند، و در انتفاع فقط خودشان مباشرتا می توانند استفاده کنند. کیفیتش هم به تفصیل بیان شد، اگر عرض ما درست باشد سه جا از این مطالب نیاز به تفصیلی دارد که عرض کردیم.

این تمام المطلب راجع به مسئله ۶۴.

مسئله ۶۵ انشاءالله فردا.

والحمد لله رب العالمین.

## فهرست

مسئله ۶۵: تکلیف ثمرات موجود حال الوقف .....	۴۱۷
کلمات فقهاء .....	۴۱۹
عرف عمده دلیل مسئله .....	۴۲۲
علت فرق بین لبن و صوف با حمل و ثمر .....	۴۲۲
مسئله ۶۶: تکلیف تربیعی بودن یا تشریکی بودن طبقات متأخره .....	۴۲۴
مسئله ۶۷: تکلیف مال موقوفه از حیث مالکیت موقوف علیهم .....	۴۲۷

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۶۵: تکلیف ثمرات موجود حال الوقف

رسیدیم به مسئله ۶۵ کتاب تحریر الوسیلة که راجع به تعیین تکلیف ثمرات و منافع موجود حال الوقف مال موقوفه است. تفاوت این مسئله با مسئله ۶۱ که قبلاً بیان شد این است که مسئله ۶۱ راجع به منافع و ثمرات متجدده عین موقوفه بعد الوقف بود. گفتیم که مسلماً اینها مال موقوف علیهم است. شخصی که درختی را وقف می کند، ثمره ای که بعد الوقف پیدا می شود معلوم است که مال موقوف علیهم است. اگر رمه ای از شاة را وقف کرد، حملهایی که بعداً پیدا می شود و گوسفندی که به دنیا می آید حتماً مال موقوف علیهم است، اما مسئله الان ما راجع به ثمرات و منافع است که در حال وقف موجود است می خواهند تکلیف این منافع را مشخص کنند.

مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة می فرماید: «الثمر الموجود حال الوقف على النخل و الشجر لا يكون للموقوف علیهم بل هو باق على ملك الواقف و كذلك الحمل الموجود حال وقف الحامل. نعم فی الصوف على الشاة و اللبن فی ضرعها اشكال فلا يترك الاحتياط»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۶

در مورد ثمری که حال وقف بر نخل و شجر موجود است، می گویند این بر ملک واقف باقی است و به موقوف علیهم داده نمی شود. و همینطور حمل موجود در حال وقف که حامل او را متضمن هست آن نیز مال خود واقف است. نسبت به پشم و شیری که در ضرع آن هست فرمودند اشکال فلا یترک الاحتیاط. این قید فی ضرعها، قید لازمی است، محل و مورد اختلاف آنهایی که این حکم را می گویند و کسانی که این حکم را نمی گویند در صوفی است که بالفعل بر شاة است و در لبنی است که الان در ضرع است. اما اگر این پشم چیده شده یا این شیر دوشیده شده است و پس از آن گوسفند را وقف کنند، مسلم است که این منافع داخل در موقوفه نیستند. پس آن چیزی که محل اختلاف است و ایشان فرموده اند در آن اشکال است فلا یترک الاحتیاط به اینکه حتما صلح کنند یا کاری مانند آن را انجام دهند درباره صوفی است که بر پشت شاة است که در تعابیر فقهاء می گویند صوف علی ظهرها و لبن فی ضرعها. اما آن لبنی که دوشیده شده و در گوشه ای می باشد بحثی ندارد.

پس حضرت امام قدس سره ثمره بر درخت را که موجود است و حملی که الان موجود است را مال خود واقف می دانند و جزو وقف نمی داند و الباقی وقف می شود. البته اگر خود واقف تصریح کند که مال موقوفه این موارد را هم شامل شود، بحثی ندارد. البته در مانند لبن که قابل وقف کردن نیست چون فاسد می شود، اما در حملی که در شکم این گوسفند است می تواند آن را نیز وقف کند. اما اگر نگوید می فرمایند در ملک واقف باقی است.

این مسئله دشوار است از جهت اینکه این دو مورد چگونه از هم تفکیک می شوند؟ اینکه حمل و ثمر را یک طرف بیاوریم، و بحث صوف علی الشاة و لبن را طرف دیگری بیاوریم. مرحوم امام ره در صوف بر گوسفند و لبن فی ضرع الشاة گفته اند علی اشکال است و احتیاط است، اما بسیاری از فقهاء می گویند اصلا این مال موقوف علیهم است. به خلاف ثمر و حمل که می گویند مال واقف است. در این مسئله اختلاف هست و باید ببینیم وجه کلامشان چیست.

**سؤال:** حال وقف یعنی حال اجراء صیغه وقف؟

**جواب:** حال وقف یعنی وقتی که وقف تمام می شود، چون ممکن است صیغه را واقف بخواند ولی وقف مشروط به قبض است و این قبض نکرده باشد در اینصورت وقف تمام نیست. حال اگر وقفی تمام شد و مال موقوفه دارای حملی باشد می فرمایند این حمل، مال خود واقف است.

**سؤال:** تحبیس الاصل و تسبیل الثمره معنا دارد؟

**جواب:** معنا که دارد، بحث از ظهور این وقف، یک بحث عرفی است، برخی از فقهاء مانند صاحب مسالک و صاحب جامع المقاصد و مرحوم صاحب مفتاح الکرامه تصریح می کنند که این بحث یک بحث عرفی است که وقتی چنین وقفی واقع شود این را به چه چیزی حمل می کنند؟ وگرنه هیچ بحث ثبوتی مهمی ندارد. ثبوتش این است که اگر واقف واقعا نظرش این باشد که آن حمل هم مال موقوف علیهم باشد، مال ایشان می شود. یا بر عکس از نظرش این باشد که مال آنها نباشد، در ملک خودش باقی می ماند. شما از اصل عین می توانستید چیزی را جدا کنید اینجا هم همینطور.

**سؤال:** عرف بدون دلیل اطلاق را نمی تواند کنار بگذارد.

**جواب:** نه اطلاق، بلکه عرف چی می فهمد؟ یک وقتی می گوئید که عرف حق ندارد این کار را انجام دهد، می گوئیم این بحث ظهور است، عرف حق ندارد یعنی چه. یعنی واقفی آمده گفته من این درخت را وقف کردم، می گویند این ثمره ای که بر این شجره هست چون یک امر موجود بالفعلی است و غیر از شجر است، بنابراین داخل در وقف شجر نیست. آن کسی که می گوید داخل است، علی القاعده می گوید این به تبع داخل است. مثل مواردی که به تبع در بیع داخل است. آنهایی که در صوف و لبن می گویند که آنها به تبع داخلند، با اینکه این صوف و لبن هم یک وجودی غیر از خود شاة دارند ولی در عین حال به نحوی از باب تبعیت عرف این را داخل می کند. بحث در عرف است.

بله یک اشکالی را طرح می کنند که اگر هم داخل باشد باید داخل در وقف باشد، چرا آن را ثمره حساب می کنید. ولی این اشکال جواب دارد و بیانش می آید.

## کلمات فقهاء

مرحوم شیخ در کتاب مبسوط فرموده اند: «و إن ذکر أن الغنم و ما يتوالد عنها وقف فإنما لهم من اللبن و الصوف لا تجب عليهم الزكاة لما قلناه من عدم الملك»<sup>۱</sup>. این بحث زکات در اینجا بحث مهمی است که مال موقوفه زکوی نمی شود، اما حالا چه چیزش می شود و چه چیزش نمی شود بحث دیگری است، لازمه این کلام فقهاء که گفته اند زکات بر آن نیست، خیلی مهم است، چون معنایش این است که مالک نمی شوند. حالا چه چیزی را؟ خود اعیان را؟ این موضوع برای مسئله ۶۷ کتاب تحریر بحث بسیار مفیدی است، که اگر گفتند زکات بر اینها لازم نیست ولو به نصاب رسیده باشند پس معلوم می شود داخل در ملکشان نمی شود. گرچه ریشه واجب نشدن زکات دو چیز است: یکی اینکه ملکشان نباشد. یکی اینکه ملکشان باشد و متعلق حق دیگران باشد، که حالا مفصل می آید.

<sup>۱</sup> المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۱، ص: ۲۰۵

مقصود این است که بحث ارتباط وقف با زکات خودش یک بحث دیگری است.

اما ایشان می فرماید **فإنما لهم منافعها من اللبن و الصوف**. نگفته فقط لبن و صوف متجدد. ظاهرش مطلق است. یعنی لبن و صوف حال وقف نیز داخل در وقف است. بعدا مفصل توضیح می دهیم و قبل از ایشان دیگران توضیح داده اند که مقصود از اینکه داخل وقف است یعنی بما هو ثمر، نمی گوئیم داخل در مال موقوفه است که باید خودش بماند. روشن است که لبن نمی ماند. مقصود این است که لبن نیز داخل در منافع است مثلا در باب بیع، تبعیت برخی از امور نسبت به مبیع که تبع هستند. وقتی درب را می فروشد کلیدش را هم می فروشد. کلیدش را جدا نمی فروشد. یعنی وقتی شما بیع می کنید یک چیزهایی تبع مبیع است. در وقف هم همین است، تبع است، اما آنجا تبع مبیع است، اما اینجا تبع عین موقوفه نیست بلکه جزو منافع است مانند منافع متجدده است.

مقصود این است که علی ای حال فقهای مانند شیخ طوسی، ابن ادریس، مرحوم علامه و مرحوم محقق صاحب شرایع نسبت به صوف و لبن تقریبا مصرح هستند که همان چیزی هم که در حال وقف موجود است (نه متجدد) مال موقوف علیهم است نه واقف. شاید اینکه مرحوم امام فرموده «اشکال»، از باب همان احتمال باشد مثل کلامی که در حمل می گوئیم در اینها هم بگوئیم. ولی کلمات علماء خلو از این معناست.

در قسمت دیگر از کتاب مبسوط می فرمایند: «إذا وقف شاة كان صوفها و لبنها من منافعها و هي للموقوف عليه».<sup>۱</sup> البته در کتاب مبسوط به صوف و لبن موجود حال الوقف تصریحی نداشت، به اطلاق درست کردیم. اما در کلام محقق صاحب شرایع و علامه و دیگران به صوف و لبن موجود حال الوقف تصریح می کنند.

محقق حلی در کتاب شرایع می فرماید: «و إذا وقف شاة كان صوفها و لبنها الموجود داخل في الوقف ما لم يستثنه». صوف و لبن موجود داخل در وقف است، ، مادامی که استثناء نکرده باشد. مرحوم شیخ هم ظاهرا یک جائی فرموده باشد که اگر خود واقف لبن موجود و صوف موجود را استثناء کند. واضح است و معلوم است که به استثناء او عمل می شود. «نظرا الى العرف»، یعنی از باب اخذ به عرف است که عرف در وقف اینها را داخل در وقف می داند. «كما لو باعها»<sup>۲</sup>، اگر می فروخت اینها را تبع می دانستند. کسی گوسفند را الان فروخته و شیر هم در ضرع آن است، نمی گویند این شیر را

<sup>۱</sup> المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۳۰۱

<sup>۲</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۱۶۶



باید جدا کنیم مال مالک است، مگر استثناء کند، و الا به تبع مبیع فروخته شده است. این غیر از شیری است که الان آن را دوشیده و کنار گذاشته است.

**سؤال:** این قیاس است واقعا. چون در وقف ما داریم اصل مال را وقف می کنیم.

**جواب:** چرا قیاس است؟ خواسته اند تقریب به ذهن کنند که از باب تبعیت است. تبعیت یک مطلبی است که در بیع هم هست اینجا هم هست. قیاس نیست.

**سؤال:** در عرف مشخص است، چون طرف دارد مال را می فروشد منفعت را هم دارد می فروشد، ولی در وقف اینطور نیست فقط تحبیس الاصل می کند.

**جواب:** نه معلوم نیست مثلا فرض کنید این گوسفند یک بره هم دارد که به دنبال او راه می افتد، اگر من بگویم این میش را فروختم آیا یعنی بره او را هم فروختم. هر چیزی که همراهش باشد که جزو مبیع نیست.

**سؤال:** اگر حمل داخل شکمش باشد چی؟

**جواب:** بله ظاهرش فروش حمل نیز هست. در وقف هم همین را می گوئیم. البته این از باب تقریب است. لذا خودشان هم گفته اند که بیع با وقف فرق می کند. تبعیت در مبیع با تبعیت در وقف تفاوت های بسیاری دارد. از جمله اینکه در مبیع متبوع داخل در مبیع می شود. یعنی مثل جزء واقعی و اصلی مبیع می شود. اما در وقف اینطور نیست، داخل در مال موقوفه نمی شود بلکه تبع است به لحاظ ثمره بودن. بر همین اساس مشتری این متبوع را مالک می شود. در حالی موقوف علیهم عین موقوفه را مالک نمی شوند. ما که می گوئیم اینها داخل در وقف است نه اینکه در مال موقوفه داخل می شود به معنای اینکه مایبقی و لا یوهب و لا یورث و لا یباع مثلا، این نیست. وقتی می گوئیم داخل در عقد است به لحاظ اینکه این ثمره هم با وقف انتقال پیدا می کند همین مقدار، نه اینکه مال موقوفه می شود. لذا می خواهیم بگوئیم بین وقف و بین بیع فرق است. ولی تقریب مرحوم محقق این بود که تبعیتی که در مبیع هست فی الجملة در جای دیگر مانند وقف نیز هست.

مرحوم علامه هم در قواعد می فرماید: «و یملک الموقوف علیه المنافع المتجددة ملکا تاما، بعد پائینتر می فرماید:

و یملک الموقوف علیه الصوف و اللبن الموجودین وقت الوقف ما لم یستثنه»<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۳۹۴

در کتاب تحریر هم ایشان فرموده: «السابع إذا وقف شاة دخل فيه الصوف و اللبن الموجودان حالة الوقف ما لم يخرج منه بالاستثناء»<sup>۱</sup>.

بقیه فقهاء نیز همینطور فرمودند. این از لحاظ قول فقهاء و ظاهراً اینطور که من هم خودم دیدیم و هم دیگران نقل کرده اند مخالفی که بگوید این شیری که در ضرع هست و صوفی که علی الظاهر است اینها جزء مال موقوفه نیستند بلکه ببقی علی ملک المالك وجود ندارد. بلکه فقهای قریب به زمان ما مثل مرحوم سید و دیگران این نظر را دارند و مرحوم امام ره نیز از مخالفین بود.

### عرف عمده دلیل مسئله

هر چند ولو فی الجملة در میان قداماء از فقهاء در این مساله اختلافی نبوده ولی عمده بررسی دلیل است. و دلیل عرف است. آن چیزی که ادعا می شود عرف است؛ گفته می شود که در تبعیت لبن و صوف، عرف اینها را تابع می داند. مقصود از تابع دانستن یعنی تبع در وقف می داند نه اینکه در مال موقوف علیهم داخل باش که توضیح آن بیان شد. یعنی تبع است به این معنا که داخل در ثمرات این وقف است. داخل در وقف است نه اینکه مال موقوف می شود. داخل در وقف است به این معنا که این هم جزء ثمرات است مثل ثمرات متجدده.

### علت فرق بین لبن و صوف با حمل و ثمر

اشکال مهم این است که فرق لبن و صوف با حمل و ثمر بر شجر چیست؟

ادعا کرده اند که عرف بین اینها فرق می گذارد. عمده ریشه فرق از نظر عرف این است که می گویند: در مثل حمل و مثل ثمره ای که الان بر درخت هست، تفکیک این ثمره و جدا بودنش از درخت واضح است، چون این یک وجودی دارد و درخت وجود دیگری. عرف این را ملحق نمی کند. حرف همین است. ادعا این است که در لبنی که در ضرع است و در صوفی که علی الظاهر است با اینکه آنها هم وجودشان غیر از وجود آن شاة است ولی ادعایشان این است که عرف اینها را ملحق می کند. ادعای عمده فقهای که این تفکیک را مطرح می کنند، می گویند عرف ثمری را که الان به درخت هست را جزء درخت نمی دانند. لذا اگر کسی بگوید من درخت را وقف کردم این ثمره داخل نمی باشد. و همینطور نسبت به حمل در بطن شاة.

<sup>۱</sup> تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية (ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۲۹۱

و هیچ دلیل دیگری واقعا وجود ندارد، عمده اش همین است.

پذیرفتن این تفکیک هم مشکل است. با اینکه تقریبا همه فقهای که متعرض شده اند مانند صاحب مسالک و صاحب جامع المقاصد و صاحب مفتاح الکرامه و صاحب جواهر (که البته ایشان اشکالی نیز بیان کرده اند)، تنها مایز را عرف می دانند و می گویند عرف صغریا اینطوری می گوید.

اما من واقعا تردید جدی دارم که عرف اینطوری بگوید مطلقا، در ثمر بر شجر مطلقا چنین چیزی بگوید. فرض کنید الان درختی می خریم که بر آن محصولی هست. اگر این محصول بدست آمده باشد یعنی محصول رسیده است شاید حتی در بیع نیز این را به مبیع ملحق نکنند. یک باغ مرکبات چند هکتاری در مازندران هست که وقت چیدن محصولش رسیده است، می گوید من باغ را فروختم، معلوم نیست که میوه اش را فروخته باشد. و لذا معمولا تصریح می کنند به تکلیف این محصول، که این محصول چه می شود. اما در فرضی که تازه ثمره بر درخت ظاهر شده، واضح است که ملحق است. با اینکه وجودش غیر از درخت است ولی عرفا ملحق است. همین حرف در باب حمل نیز می آید. اگر یک میوه ای به درخت هست و وقفش کرده، خصوصا در جائی که در اوائل کارش باشد یعنی موقع مثلا چیدن محصول نباشد یا موقع وضع حمل این شاة نباشد، در مواردی که ثمره تازه ظاهر شده به نظر می رسد عرف اینها را ملحق می داند. مثلا این حیوان یک ماهه باردار است و یک بچه کوچک در شکم دارد، یا بر این درخت ثمره کوچکی هست، وقتی من وقف می کنم همه را وقف می کنم. یعنی به نظرم این ادعا که عرف به اطلاق ثمره بر شجره و حمل این شاة حامل را مال واقف می داند، حرف درست نیست. بحث ظهور عرفی است. اگر واقفی بگوید من این شاة را وقف کردم و تازه باردار است چه کسی گفته این ملحق نیست؟! یعنی پنج ماه شش ماه صبر کنیم تا این گوسفند بزاید بعد بگوئیم حالا این مال خود آقای واقف است.

بحث دیگری نیز وجود دارد، که تعلیف این حیوان حامل را چه کسی انجام داده، وقتی در سبب شریک شدند همانطور که بعضی گفته اند باید به نحو شرکت قائل باشیم.

علی ای حال مقصود این است که یک چنین ظهوری که این بزرگواران در تمییز اینها ادعا کرده اند علی الظاهر تمام نیست.

حالا شاید امام ره هم که در صوف و لبن احتیاط فرموده اند، از این طرفش را می گویند، می گویند خود اینها هم مثل آنهاست. صوف علی الظهر و لبن فی الضرع هم مثل حمل و ثمر است. کسی اینطور بگوید. ولی فقهاء تفکیک کرده اند. به نظر من همه این مسائل از یک باب بیشتر نیست و بحث عرفی است. بله در جائی که میوه واقعا رسیده و موقع چیدنش باشد یا حمل الان موقع زائیدنش است ممکن است اگر واقفی بگوید من وقف کردم درخت را یا شاة را کسی

اینجا بگویید، که دیگر این موارد را داخل نمی دانند که با خود درخت یا شاة یکی باشد، اما در آنهایی که اوائل کارشان است بعید نیست تبع باشد. و لذا اطلاق این فرمایشی که در کلام فقهاء و مرحوم امام هم هست علی الظاهر مشکل است. این مسئله ۶۵.

### مسئله ۶۶: تکلیف ترتیبی بودن یا تشریکی بودن طبقات متأخره

مسئله ۶۶ راجع به بحثی است که یک رکنش قبلا گذشته است، و آن این است که اگر کسی وقف کند بر اولاد و اولاد اولاد، یکوقتی عطف بوسیله واو می گوید، می فرمایند در اینجا ظاهرش تشریک است بین ولد و ولد ولد، که قبلا تا حدی اینها بحث شده است. و اگر بگویید وقفت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی، اینجا بین اینها ترتیب است. اینها قبلا گذشته است.

آن نکته ای که سبب شد این مسئله دوباره بیان شود این است که اگر گفت وقفت علی ولدی ثم علی ولد ولدی، اینجا که بین اینها ترتیب است، اما بطون بعدی چه می شود؟

اگر یاد دوستان باشد در مباحث گذشته هم مرحوم امام و هم برخی از فقهاء بزرگ مثل مرحوم سید معتقد بودند که این عبارت «وقفت علی اولادی ثم اولاد اولادی» خودش یک بیان عرفی است که یعنی وقف للتالی، چه ولد الولد را ولد بدانیم مثل ما که معتقد بودیم صدق می کند، چه ولد الولد را ولد ندانیم مثل مرحوم سید، این تعبیر وقفت علی اولادی ثم اولاد اولادی ممکن است ظهور عرفی داشته باشد که بخواهد بگوید نسلا بعد نسل. می گوید این خودش یک بیان عرفی است که یعنی للتالی. حالا به هر بیانی که گفتیم. ما می گوئیم ولد الولد ولد است، آنها می گویند ولو ولد الولد هم ولد نباشد ولی به این صیغه یعنی للتالی.

حالا سؤال این است که اگر ما از این بیان فهمیدیم که اولاد الاولاد للتالی موقوف علیهم هستند، نسل اول به ترتیب است، چون گفته وقفت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی، حالا بحث این است که نسبت به طبقات آتی از اولاد، تشریک است یا ترتیب است؟ اینجا می فرمایند لایبعد که به نحو تشریک است نه ترتیب. می گویند مگر اینکه قرینه ای قائم شود مثل اینکه گفتن اینکه وقفت علی اولادی ثم اولاد اولادی برای تمثیل باشد، یعنی بقیه نسل ها هم به همین منوال و الا اگر ما باشیم و این عبارت که وقفت علی اولادی ثم اولاد اولادی ما بین اولاد و اولاد اولاد ترتیب قائل می شویم اما نسلهای بعدی دیگر تشریک هستند.

حق مطلب این است که واقعا وقتی می گوید وقفت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی، تمثیل است، یعنی می خواهد بگوید بقیه للتالی هم همینطور، یعنی طبقه بعد طبقه و نسلا بعد نسل، ولذا ظهور در ترتیب دارد نه تشریک.

مسئله ۶۶: «لو قال وقفت علی اولادی و اولاد اولادی شمل جمیع البطون کما مر، فمع اشتراط الترتیب أو التشریک أو المساوات (مساوات در منافع موقوفه) أو التفضیل أو الذکورة أو الانوثة أو غیر ذلک یکون هو المتبع. که قبلا بحثش گذشت. ولو اطلق فمقتضاه التشریک و الشمول للذکور و الاناث و المساوات و عدم التفضیل. اگر تصریحی نکرده و فقط همین را گفته است که وقفت علی اولادی و اولاد اولادی، ظاهرش تشریک است، یعنی نسل اول و نسل دوم همه از منافع موقوفه استفاده می کنند، و ذکور و اناث فرق ندارد و مساوات در سهم آنها هست.

ولو قال وقفت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی افاد الترتیب بین الاولاد و اولاد الاولاد قطعا. و اما بالنسبة الى البطون اللاحقة فالظاهر عدم الدلالة علی الترتیب فیشرک اولاد الاولاد مع اولادهم در طبقات بعد الا إذا قامت القرينة علی أن حکمهم کحکمهم مع الاولاد، مگر اینکه قرینه قائم بشود که حکم بعدی ها مثل حکم طبقه دوم است نسبت به طبقه اولی، همانطور که آنجا ترتیب بود اینها هم ترتیب است. و إن ذکر الترتیب بین الاولاد و اولاد الاولاد من باب المثال و المقصود الترتیب فی سلسلة الاولاد. یعنی کلا می خواسته بگوید این سلسله همه اش به نحو ترتیب است نه فقط دوتای اولی. و أن الوقف للاقرب فالاقرب الی الواقف»<sup>۱</sup> مگر قرینه واقع شود.

کبرای این حرف درست است که مگر قرینه واقع شود. منتهی ما می خواهیم عرض کنیم که ظاهرا خارجا همین است. یعنی وقتی این عبارت را بیاورند که وقفت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی که شما از این برای همه بطون، را فهم کردید، همانطور که می فهمید همه بطون، یعنی علی هذا المنوال ایضا طبقه بعد طبقه.

**سؤال:** «ثم» دلالت بر تراخی و ترتیب می کند، آنجا قبول ولی در طبقات دیگر گفتید تشریک.

**جواب:** چرا آخر؟ اصلا از کجا وقف برای بقیه را ثابت کردید؟ دو تا بیشتر که نگفته است.

**سؤال:** ترتیبش را که از ثم فهمیدیم.

**جواب:** نه، ثم که ترتیب بین اولاد و اولاد اولاد درست می کند، اصلا چه کسی گفته نسلهای بعد داخل در وقف

هستند.

**سؤال:** از همانی که بعدش گفته اولاد اولادی دیگر.

**جواب:** اولاد اولادی که فقط اولاد اولاد را شامل می شود. چون این بحث اعم از این است که ما ولد الولد را ولد بدانیم یا نه. چون خود امام هم ظاهرا ولد الولد را ولد نمی دانست، حتی اگر ندانیم هم می خواهند بگویند اینطوری هست. حالا حضرت امام ره ظاهرا تصریح ندارند، ولی مرحوم سید در ملحقات تصریح می کند که حتی اگر ما ولد الولد را ولد ندانیم اگر بگویند وقت علی اولادی ثم علی اولاد اولادی این یعنی نسل به نسل را شامل می شود.

من عرضم این است که تسریه حکم وقف به نسل بعد از اولاد اولاد از باب ظهور است. یعنی وقتی گفته اولادی ثم اولاد اولادی، می خواهد بگوید بقیه هم مثل همین و علی نهج الترتیب باشد.

**سؤال:** در بطن اول اولادی فقط تشریک معنا دارد ترتیب معنا ندارد. به قرینه مقابله او هم تشریک است.

**جواب:** ما از تعبیر «ثم علی اولاد اولادی» می فهمیم وقف علی نحو الترتیب هستند ولو بعضی از اولاد اولاد هم همزمان با اولاد موجود باشند، بحث سر نسل های بعدی است، می گوئیم همانطور که ظهور دارد که نسلهای بعد هم در وقف داخل هستند به نظر می آید ظهور هم دارد که علی هذا النهج که گفت اولادی ثم اولاد اولادی یعنی طبقه بعد طبقه دخیلند.

**سؤال:** شاید نظرش این است که فقط به اولاد و اولاد آنها باشد و دیگر ادامه نداشته باشد.

**جواب:** بحث ما استظهاری است، فرمایش شما ممکن است ثبوتا صحیح باشد اما بحث ظهور عبارت است. شما اصلا ممکن است چیز دیگری بگویید، بگوئید اصلا نظرش این باشد که فقط به نسل اول و نسل دوم بدهیم این ثبوتا ممکن است، ولی ما داریم بحث استظهاری می کنیم. می گوئیم وقتی گفت اولادی ثم اولاد اولادی، ظاهرا نمی خواهد همینجا توقف کند، بلکه می خواهد بگوید بطون بعد به همین نهج داخلند. این یک بحث استظهاری است. ثبوتا احتمال خلاف این هم می شود، می شود همانطور که شما گفتید بگوئیم اصلا ادامه نداشته باشد. ولی این خلاف ظاهر است، بحث الان سر استظهار از کلام واقف است.

این تمام الکلام در مسئله ۶۶ که بحثی ندارد.

**مسئله ۶۷: تکلیف مال موقوفه از حیث مالکیت موقوف علیهم**

اما مسئله ۶۷، مسئله مهمی است و بسیار اثرگذار است در تمام مباحثی که قبلا بوده و مباحث آینده. و آن این است که تکلیف مال موقوفه را از حیث اینکه داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا نه، حل کنیم. این بحث گاهی در نتایج و گاهی در نحوه استدلالها اثرگذار است و ما در مسائل قبلی مکرر این را اشاره کردیم.

مسئله ۶۷ در واقع مشتمل بر دو بحث به هم گره خورده است، قسمت اول بحث را قبلا مطرح کردیم درباره خروج مال موقوفه از ملک واقف با وقف که علی الظاهر هیچ مخالفی وجود ندارد. در کلمات فقهاء فقط ابی الصلاح صاحب کافی را گفته اند مخالف است بخاطر استدلالی که به حبس الاصل و سبل الثمره کرده اند، بعضی ها هم ظاهرا با یک کنایه ای می خواهند بگویند از میان ما ابی الصلاح مثل عامه گفته.

ولی حق این است که به نظر می آید ابو الصلاح هم این را نگفته است. ما عبارتش را سابقا مفصل خواندیم، یک عبارت مبسوطی دارد، این استنباطی که از عبارت ایشان شده علی الظاهر صحیح نیست. این راجع به بحث کلمات فقهاء در موضوع خروج از ملک. علی الظاهر خروج از ملک بحث چندانی ندارد، اجماع هم هست، مگر در وقف منقطع الآخر که مرحوم امام تشکیکی دارد و عده ای از فقهاء.

**سؤال:** سید صاحب عروه هم تشکیک دارد.

**جواب:** صاحب عروه که داستان دیگری دارد، ایشان کلا اصل خروج را تشکیک می کند نه فقط در منقطع الآخر. اول می فرماید که خروج مقطوع و مسلم است. ولی ایشان عجیب است یکدفعه وسط بحث یک مطلب را کلا منقلب می کند. لذا اینهایی که حرفهای سید را تا آخر نمی خوانند گاهی اشتباهات عجیبی می کنند. حتی در تعریف وقف ایشان اول حبس الاصل و سبل الثمره را می گوید، ولی بعد می رود جلوتر می گوید ایقاف. الان در همین بحث ایشان می گوید خروج از ملک جزء مسلمات است و مخالف ندارد الا ابی الصلاح، و ایشان تمام می کنند. می رود وسطهای بحث و می گوید اصلا ایقاف است و حتی آن چیزی هم که ما قبلا گفتیم که خروج از ملک می شود دلیل ندارد.

ما دیگر به این بحث خروج از ملک مالک نمی پردازیم. عمده دلیل خروج از ملک مالک از باب هم اجماعی است که واقعا وجود دارد و هم این نکته که جعل ملکیت برای او لغو است. چون این مقدارش مفروض است که تصرفات واقف در این ملک ممنوع است بآی نحو کان. آنوقت بحثی که شده این است که اگر تصرف کسی در یک شیء بآی نحو کان ممنوع باشد ملکیت لغو است و مالک بودنش معنا ندارد. مرحوم شیخ طوسی به این حرف تصریح می کند و می گوید ما

که می گوئیم از ملکش خارج می شود چون هیچ تصرفی دیگر نمی تواند کند. حتی این تعبیر را هم آورده: و لا نغنی بالخروج عن الملك الا هذا که هیچ تصرفی نمی تواند کند.

مقصودم این است که به دو بیان می توان خروج را ثابت کرد: یکی اجماع و دیگری اینکه مسلم است که واقف دیگر نمی تواند تصرف در ملکش کند. با این تسلیم آیا معقول است باز مالک بدانیم؟ جعل ملکیت لغو است. یعنی چه که ملکیت باقی باشد.

مرحوم سید آنوقت یکجایی می گوید حتی آن حرف که ما گفتیم با وجود منع از همه تصرفات ملک معنا ندارد، این هم درست نیست، چه اشکالی دارد ملک باشد؟ حالا به آن هم می رسیم. ما در جای خودش مفصل بحث خروج از ملک مالک را کردیم. و به این دو دلیل نمی شود واقف مالک باشد.

بحثی که الان در مسئله ۶۷ خیلی مهم است این است که آیا مال موقوفه داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا نه؟ اینجا یک تفصیل حسابی هست انشاء الله فردا. «والحمد لله رب العالمین».



## فهرست

خلاصه جلسه گذشته .....	۴۲۹
متن مسئله ۶۷ .....	۴۳۰
مفاد مسئله ۶۷ .....	۴۳۰
تفصیل تملیک به موقوف علیهم در وقف خاص و وقف عام .....	۴۳۲
عدم ارتباط حکم مسئله به ایقاف بودن وقف .....	۴۳۳
تحلیل مجعول استقلالی بودن وقف .....	۴۳۶
کشف ملکیت از ترتب آثار ملکیت .....	۴۳۷
خلط بین وقف عام و وقف بر جهات در کلام برخی از فقهاء .....	۴۳۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه جلسه گذشته

بحث در تنقیح مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام قدس سره بود. بعد از پذیرفتن اینکه مال موقوف از ملک واقف خارج می شود بحث این است این مال موقوفه به ملک چه کسی منتقل می شود. در واقع بحث دو شق دارد: یکی اینکه بعد از وقف، مال موقوفه از ملک واقف بیرون می رود. ما چون این بحث را مفصل در بحث وقف منقطع الآخر مطرح کردیم دیگر اینجا اعاده نمی کنیم. نتیجه آن مطالب این بود که به دو دلیل عمده خروج از ملک واقف ثابت است.

دلیل اول اجماع بود و کلام مرحوم ابی الصلاح را که در ظاهر مخالف بود تفسیر کردیم، و دلیل دیگری این است که اصل عدم جواز تصرفات مالک در ملک که وقف شده مسلم است و کسی در این تردید ندارد. منتهی آیا با این عدم تصرف، خروج از ملک لازم می آید یا نه؟ گفتیم علی الظاهر لازم می آید، زیرا جعل ملکیت از ناحیه عقلاء برای چنین کسی لغو است و شارع نیز ملکیت را به صورتی امضاء نکرده است که از یک دلیل شرعی بیانی تعبدی برای مالکیت شخص داشته باشیم در حالی که علم داریم که هیچ تصرفی از ناحیه او مضمناً نیست. به این دو دلیل، خروج از ملک واقف مسلم است.

البته قبلا عرض کردم که مرحوم سید در میانه بحث (نه ابتدای بحث) ادعاء می کند که نه ما می توانیم بگوئیم با وجود اینکه ملکیت هیچ اثری ندارد ولی ملکیت باقی است. شاید ما دوباره در ادامه متعرض این بیان شویم اما بحث الان ما این نیست.

بعد از فراغ از خروج از ملک واقف عمده بحث مربوط به این است که چه به سر این ملک می آید. و اینجا محل اختلاف اساسی هست. ما در ابتدا متن کلام امام ره در کتاب تحریر را می خوانیم بعد اقوال چندگانه در مسئله را عرض می کنیم و برای نمونه بعضی از کلمات فقهاء را تبیین می کنیم و در نهایت دلائل و مستندات اقوال را بررسی خواهیم کرد.

### متن مسئله ۶۷

مسئله ۶۷: «لا ينبغي الإشكال في أن الوقف بعد تماميته يوجب زوال ملك الواقف عن العين الموقوفة إلا في منقطع الآخر الذي مرّ التأمل في بعض أقسامه، كما لا ينبغي الريب في أن الوقف على الجهات العامة كالمساجد و المشاهد و القناطر و الخانات و المقابر و المدارس و كذا أوقاف المساجد و المشاهد و أشباه ذلك لا يملكها أحد، بل هو فك الملك و تسبيل المنافع على جهات معينة، و أما الوقف الخاص كالوقف على الأولاد و الوقف العام على العناوين العامة كالفقراء و العلماء و نحوهما فهل يكون كالوقف على الجهات العامة لا يملك الرقبة أحد، سواء كان وقف منفعة بأن وقف ليكون منافع الوقف لهم فيستوفونها بأنفسهم أو بالإجارة أو ببيع الثمرة و غير ذلك، أو وقف انتفاع كما إذا وقف الدار لسكنى ذريته أو الخان لسكنى الفقراء، أو يملك الموقوف عليهم رقبة ملكا غير طلق مطلقا، أو تفصيل بين وقف المنفعة و وقف الانتفاع، فالثاني كالوقف على الجهات العامة دون الأول، أو بين الوقف الخاص فيملك الموقوف عليه ملكا غير طلق، و الوقف العام فكالوقف على الجهات؟ وجوه، لا يبعد أن يكون اعتبار الوقف في جميع أقسامه إيقاف العين لدرّ المنفعة على الموقوف عليه، فلا تصير العين ملكا لهم، و تخرج عن ملك الواقف إلا في بعض صور المنقطع الآخر كما مرّ»<sup>۱</sup>.

### مفاد مسئله ۶۷

می فرمایند: لا ينبغي الإشكال في أن الوقف بعد تماميته يوجب زوال ملك الواقف عن العين الموقوفة. على القاعده باید وجه لا ينبغي الاشكال هم استدلال دوم باشد و هم از باب اجماع که دلیل اول بود مگر منقطع الآخر الذي مرّ

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۷

التأمل في بعض أقسامه. که در آن بعضی از اقسام گفتند از اول ما دلیلی بر خروج نداریم مانند وقف بر من ینقرض غالبا. حالا من لا ینقرض الا فی بعض الاحیان بحث دیگری دارد. اما اگر وقف کند بر من ینقرض غالبا مثلا بگوید بر ولدم و ولد ولدم و ولد ولدم و همین، دیگر بعدی در نظر نگیرد مثلا نگوید ثم علی الفقراء. در اینجا اگر فرض شود سه نسل ۱۵۰ سال عمر می کنند، و واقف می داند اینها منقرض می شوند، در این نوع وقف عده ای از فقهاء فرموده اند از اول از ملک بیرون نمی رود، بعد هم عده ای می گویند این اصلا حبس است وقف نیست، چون از اول معلوم است که قصد اخراج دائمی ندارد. چون قصد اخراج دائمی ندارد یکجور حبس است نه وقف. مباحث مختلفی در اینجا وجود دارد که بحثش گذشت.

بعد می فرمایند: **كما لا ينبغي الريب في أن الوقف على الجهات العامة كالمساجد و المشاهد و القناطر و الخانات و المقابر و المدارس و كذا أوقاف المساجد و المشاهد و أشباه ذلك لا يملكها أحد، بل هو فك الملك و تسبيل المنافع على جهات معينة.**

مرحوم امام ره می فرماید لا ینبغی الريب در اینکه وقف بر جهات نیز فك ملک است. بعد مثال می زنند به مساجد و مشاهد. قبلا عرض کردیم که این عبارت «وقف على الجهات العامة كالمساجد» دو جور معنا می شود، ، یک معنی این است خود مسجد را وقف کنیم و زمین را برای مسجد وقف کنیم. معنای دیگرش این است که وقف بر مسجد کنیم. مسجدی که وقفش تمام شده مثلا فرش را وقف بر آن کنیم. در بسیاری از موارد بین این دو را جدا نکرده اند و با یک عبارت می آورند که به هر دو قابل حمل است ولی در مسئله ۶۷ این دو فرض را از هم جدا کرده اند، اول که می فرماید: **كما لا ينبغي الريب في أن الوقف على الجهات العامة مثال می زند به مساجد و مشاهد و كذا، بعد می گوید كذا أوقاف المساجد و المشاهد.** از اینکه در عبارت جدا کرده اند معلوم می شود تعبیر اولی منحصر در وقفی است که با آن مسجدی درست می کنیم و وقف می کنیم، وقفی که با آن یک مشهد شریف را وقف می کنیم، یا پلی که وقف می کنیم، خود پلی که وقف می شود منظور است. و عبارت بعدی که می فرمایند كذا أوقاف المساجد و المشاهد و كذا، گفته اند لا ريب که اینها هم لا يملكها أحد، بل هو فك الملك و تسبيل المنافع على جهات معينة. ما در این عبارت لا يملكها احد بحث جدی داریم که انشاء الله می آید. البته قبلا بحثش را کردیم ولی مجبوریم اینجا اجمالش را بگوئیم. بخاطر اینکه باید ببینیم می شود تصویر وقف بر جهت بدون اینکه وقف بر احدی باشد یا نه. چون می فرمایند «لا يملكها احد بل هو فك الملك». باید ببینیم آیا در وقف بر جهات به این صورت است؟ البته مسجد خصوصیتی دارد که باید آن را مستقلا بحث کنیم کما اینکه مرحوم علامه و دیگران آن را مستقلا بحث کرده اند، اما مثل خانات و قناطر و مقابر و مدارس که وقف بر جهات

است آیا در این موارد موقوف عليهم نداریم و لا يملكها احد بلکه فک ملک صرف است؟ یا نه، مثلاً در وقف بر جهات عامه هم اینطور است.

### تفصیل تملیک به موقوف عليهم در وقف خاص و وقف عام

بعد می فرمایند: و أما الوقف الخاص كالوقف على الأولاد و الوقف العام على العناوين العامة كالفقراء و العلماء و نحوهما فهل يكون كالوقف على الجهات العامة لا يملك الرقبة أحد، سواء كان وقف منفعة بأن وقف ليكون منافع الوقف لهم فيستوفونها بأنفسهم أو بالإجارة أو ببيع الثمرة و غير ذلك، أو وقف انتفاع كما إذا وقف الدار لسكنی ذریته أو الخان لسكنی الفقراء؟

در وقف خاص و وقف عام منتهی عامی که روی عنوان رفته است نه وقف بر جهات (که حالا نکته ای دارد عرض می کنم)، آیا در اینها مثل وقف بر جهات است که هیچ فردی مالک نیست، و فک ملک می شود؟ أو يملك الموقوف عليهم رقبته ملكا غير طلق مطلقاً؟ یا اینکه در همه فروض در وقف خاص و عام چه وقف انتفاع و چه وقف منفعت بگوئیم مالک می شوند یعنی هم در عناوین عامه مالک می شوند و هم در وقف خاص مالک می شوند منتهی ملکاً غیر طلق. چرا؟ چون نمی توانند بفروشند یا با هبه و غیره اخراج از ملک کنند، ولی انحاء تصرفات را می توانند انجام دهند و در یک شرائطی قابل فروش هم هست؟

أو تفصيل بين وقف المنفعة و وقف الانتفاع. فالثاني (که وقف انتفاع باشد) كالوقف على الجهات العامة که در وقف انتفاع منتقل نمی شود، دون الأول که وقف منفعت باشد بگوئیم منتقل می شود؟

یا نه، تفصیل بین وقف عام و خاص بدهیم. بگوئیم در وقف خاص مثل وقف بر اولاد و اشخاص که وقف خاص هستند در این موارد ملک منتقل می شود. اما در وقف بر عناوین عامه مثل فقراء و مساکین و غیره منتقل نمی شود. فيملك الموقوف عليه ملكا غير طلق، و الوقف العام فكالوقف على الجهات؟ در وقف خاص بگوئیم به نحو ملک غیر طلق منتقل می شود، ولی در وقف عام نه. می فرماید: وجوه. همین وجوهی که گفتیم.

أنوقت مختار خود ایشان این است که: لا يبعد أن يكون اعتبار الوقف في جميع أقسامه إيقاف العين لدر المنفعة على الموقوف عليه، فلا تصير العين ملكا لهم، و تخرج عن ملك الواقف إلا في بعض صور المنقطع الآخر كما مر.

آنچه که ایشان فرموده اند «وجوه لا یبعد...» فرمایش مرحوم سید در تکلمه عروه است. ایشان هم نهایتاً می فرماید تحقیق این است که وقف ایقاف است، بنابر این در مثل اینجا لا تصیر العین ملکا لهم، ولی اخراج از ملک واقف را قبول دارند بخاطر همان نکته ای که بالا اشاره کردیم مثل اجماع و غیره، اما در ورود به ملک موقوف علیهم، در جمیع صورش می فرماید ما می گوئیم ایقاف است و خارج نمی شود. این حرف مرحوم سید است و عده ای از شاگردان امام ره و دیگران هم این حرف را پذیرفته اند.

### عدم ارتباط حکم مسئله به ایقاف بودن وقف

منتهی انصافش این است که: این حرف بظاهره که محصلی ندارد، قبلاً هم عرض کردیم که وقف ایقاف است چیزی از آن در نمی آید. چون فرق بین وقف با ایقاف در انتساب است وقف ماده ای است که وقتی انتساب به فاعل پیدا کند می شود ایقاف مثل وجوب و ایجاب، مثل وجود و ایجاد. اینکه بگوئیم وقف ایقاف است چیزی را حل نمی کند. ولذا به نظرم واقعا یک بیان غیر مفیدی است.

بله ما در تحقیقی که در بحث ماهیت وقف کردیم گفتیم که حقیقت وقف اصلاً یک مجعول اصالی است مثل ملکیت و زوجیت. و آثار این مجعول اصالی مانند دیگر مجعولاتی همچون ملکیت و زوجیت از آثاری که عقلاء بار می کنند و شارع امضاء می کند یا خودش مستقلاً مترتب می کند فهمیده می شود. ما می دانیم یک مجعول عقلائی داریم به نام ملکیت. می گوئیم ملکیت چه اثری دارد؟ می گویند دایره مدار این است که عقلاء در میان خودشان چه آثاری بر آن بار کرده اند و به لحاظ شرعی چه مقدار از این آثار امضاء شده و چه مقدار شارع آثار تأسیسی مترتب کرده است. زوجیت هم همینطور است، ولایت هم همینطور است. عقلاء بین خودشان ولایت را اعتبار می کنند، مثلاً اگر بچه کوچکی هست پدرش را ولی می دانند، بعد بر این عنوان ولایت آثاری مترتب می کنند، و هر اثری مترتب کردند این می شود آثار ولایت مجعوله استقلالی. مرحوم آخوند در بحث احکام وضعی می گوید قضاوت و امثال آن نیز از این شکل است. ممکن است صغریا در تک تک اینها کسی بحث کند. ما فعلاً بحثمان در وقف است. ما آنجا اختیار کردیم که معقولترین حرف این است که وقتی نهادی در میان عقلاء و شارع به نام وقف پذیرفته شده است، بهترین تصویری که در وهله اولی برای آن وجود دارد این است که وقف خودش یک مجعول اصالی است، که آثارش را از احکامی که بر آن مترتب کرده اند می فهمیم.

ما بعد از رسیدن به این نتیجه احتمال دادیم که فرمایش مرحوم سید و امام ره هم همین باشد. اینکه می گویند وقف ایقاف است هر چند به لحاظ ظاهر محصلی ندارد، و مانند این است که بگوئیم وجوب ایجاب است، لذا معنایی ندارد. وقف منتسب به واقف می شود ایقاف. منتهی به نظر می رسد این بزرگان می خواسته اند حقیقتی را بیان کنند لکن در این

قالب بیان کرده اند و حقیقت مدعایشان این است که وقف خود، مجعول مستقلی است. دنبال این نباشید که وقف تملیک کسی باشد. چون ما قبلا در کلام شیخ انصاری ره به تفصیل آوردیم شاید به مناسبت مقداری از آن بحث را تکرار کنیم، که اگر کسی در وقف بگوید الوقف نوع تملیک خاص، که تملیک غیر طلقی است. تملیک می کند ملک را، کما اینکه بیع تملیک به عوض است، وقف یک تملیک بدون عوض است بنحوی که ملکیتش خاص است. اگر کسی این را بگوید آثار بسیاری بر آن مترتب می شود، در واقع وقف می شود تملیک واقفی و نه تملیک شرعی و نه تملیک بالملازمه. می شود تملیک مالکی. ما در بیان فرمایش مرحوم شیخ انصاری که فوق العاده دقیق بود، آوردیم که ما یک تملیک مالکی تصویر می کنیم، یک تملیک شرعی تصویر می کنیم و یک تملیک بالملازمه. حالا این را بگذارید بعدا بحث کنیم فعلا در ذهنتان باشد.

**سؤال:** طلق که قطعا نیست.

**جواب:** ملک طلق که قطعا نیست کسی بحث ندارد.

این ملک غیر طلق که فقط لا بیاع و لا یوهب و لا یورث، این آیا تملیک می شود به تملیک مالکی؟

ما اگر گفتیم وقف ایقاف است، تملیک مالکی نیست ولو اینکه ملازمه با تملیک هم داشته باشد. دیگر تملیک مالکی نیست، یعنی مثل تملیک بیعی نیست که انشاء کنیم مضمون تملیک را بداعی حصول الملكية للمشتري و بقصد حصول الملكية فی الخارج، این نیست، حتی اگر ملازم با تملیک هم باشد.

این حرف فوق العاده دقیقی است، اگر لازم بود فرمایش شیخ انصاری را دوباره بیان می کنم آنوقت این مطالب روشن می شود. الان ذهنتان مشغول نشود فقط خواستم احتمالات مختلف در مقابل ایقاف را تشریح کنم.

ما عرضمان این است کلام مرحوم سید ره و مرحوم امام ره که گفتند وقف ایقاف است لعل حمل بر مجعول اصالی شود گرچه برخی عبارشان قابل حمل نیست. خصوصا که هیچ جا تمثیل به ملکیت و زوجیت نکرده اند در حالی که میتوانند بگویند وقف ایقاف است به معنای اینکه مجعول اصالی است مثل ملکیت و زوجیت، هیچ جا تمثیل نکرده اند. نه مرحوم سید و نه امام ره. امام چند جا فرموده اند وقف ایقاف است.

**سؤال:** یک معنای دیگری در وقف ایقاف می توان در نظر گرفت و آن اینکه بگوئیم منظور این است که قبول نمی خواهد مثل ایقاع می ماند کالعتق، فقط فک ملک است.

**جواب:** اینکه فائده ای ندارد، چون مگر دیگرانی که گفتند تملیک است همه گفته اند قبول لازم است؟!

**سؤال:** می خواهند بگویند ایقاع است.

**جواب:** مرحوم سید می فرماید: «والاقوی أن حقيقة الوقف هو الايقاف و لازمه الخروج عن ملك الواقف إذا كان مؤبداً لأنه إذا كان ممنوعاً عن التصرف في العين و المنفعة لا يبقى له تعلق بها و لا يعتبر العقلاء بقاء ملكيته و امکان دارد استفاده این مطالب از روایاتی که می گوید صدقه بتا بتلا، که بت و بتل به معنای انقطاع است. البته ایشان از این کلامشان عدول می کند که بعداً می خوانم. بعضی به همین حرف اولی که ایشان خروج از ملک را قبول دارد معامله کلام نهائی کردند حال آنکه بعد می خوانم که این نیست. در ادامه می فرماید: و اما دخوله فی ملک الموقوف علیه أو انتقاله الی الله تعالی فلیس من لوازم الايقاف و لا دلیل علیه»<sup>۱</sup>.

مرحوم امام ره تعبیرش این است که می فرماید: «الوقف ... إيقاف ... فلا تصیر العين ملكاً لهم»<sup>۲</sup>. این فائی که ایشان آورده مرحوم سید جور دیگری آورده است. سید ره می گوید وقف ایقاف است هیچ ملازمه ای با تملیک ندارد و دلیلی هم بر آن نیست. خب این یک قدری ضریفتر و لطیفتر است. اما ایشان می فرماید: وقف ایقاف است فلا تصیر العين ملكاً لهم. خب فلا تصیر العين ملكاً لهم یعنی چه؟ این را از کجای ایقاف بودن وقف استخراج می کنید؟

**سؤال:** اگر ایقاع باشد مثل عتق است.

**جواب:** ربطی به آن ندارد. می گوید فلا تصیر العين ملكاً لهم، اگر وقف ایقاف باشد و ایقاع باشد، به صرف گفتن «وقف» به همراه شرائطش، دیگر تمام می شود.

**سؤال:** خب در ایقاف فک ملک می شود.

**جواب:** چه کسی می گوید فک ملک است؟ ما می گوئیم تملیک است.

**سؤال:** ایشان گفت تملیک نیست دیگر.

**جواب:** چرا عنایت نمی کنید، می گویم تملیک هم می شود ایقاعی باشد. مثل هبه ای که گفتید قبول نمی خواهد. کجا ما دلیل داریم که ایقاع تملیکی و تملیک ایقاعی نداریم؟ بله اگر یادتان باشد ما سالهای گذشته بحثی داشتیم که عده ای می گویند ما تملک قهری در عالم نداریم. که ما گفتیم حرف درستی نیست، ما در ارث تملک قهری داریم. می گویند نمی شود رغم انف شخص ما چیزی را در ملکش داخل کنیم، و اگر ما تملیک ایقاعی داشته باشیم معنایش این است که

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۳۲

<sup>۲</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۷

اگر آن هم نخواهد من می توانم در ملکش وارد کنم. می گوئیم خب ارث که هست. تملک قهری دارد. نمی تواند شخصی بگوید من ارث نمی خواهم. بلکه وارد ملکش می شود نمی خواهد برود هبه کند یا اعراض کند یا امثال آن، ولی قهرا وارد ملکش می شود. اگر ما در عالم ورود قهری در ملک داریم که تملک قهری است، چه کسی گفته که ایقاع به معنای تملیک قهری نمی توانیم داشته باشیم؟ این بحث خاص می خواهد. یعنی به صرف اینکه ما بگوئیم ایقاع است، با این ملازمه نمی توانیم درست کنیم که پس تملیک نیست. این اول کلام است. پس از کجا می فرمائید که فلا تصیر العین ملکا لهم؟!

### تحلیل مجعول استقلالی بودن وقف

چرا ما این را عرض کردیم؟ وقتی ما وقف را یک مجعول و نهاد اصالی مستقل عقلائی دانستیم که عقلاء دارند و احکام بار می کنند و شارع امضاء می کند یا احکام خاصی بر آن مترتب می کند، این حرف معنایش این نیست که نمی تواند ملازم تملیک باشد. خوب دقت کنید، معنای حرف ما این نیست. تنها چیزی که از آن در می آید این است که خودش تملیک نیست، چون اگر بود که دیگر ملکیت بود. ما می گوئیم یک مجعول استقلالی است دلیل ما هم ظهورات است. وقتی واقف می گوید «وقف»، چه کسی گفته این وقف خودش انشاء تملیک است؟

آن چیزی که مهم است این است که ما بعد الاستقلال چه تحلیلی از این ماهیت داریم؟ چه بسا لازمه اش تملیک باشد. اینکه امام ره فرموده اند «فلا تصیر العین ملکا لهم» واقعا نتیجه ای نیست که از الوقف هو الایقاف به دست بیاید. ظهورش که اصلا به نظرم محصلی ندارد. حمل الوقف هو الایقاف به این معنای مجعول اصالی لازمه اش این نیست که لا تصیر العین ملکا لهم.

**سؤال:** ملک شدن را هم شما دلیل ندارید.

**جواب:** ما اصلا نگفتیم ملک می شود. می گویم اگر وقف ایقاف شد به معنایی که ما می گوئیم وقف مجعول اصالی است، ثبوتا ممکن است تملیک باشد، باید ادله را نگاه کرد.

حرفی که می خواهم بگویم این است که: به صرف اینکه وقف مجعول اصالی است یا الوقف هو الایقاف نمیتوانیم بگوئیم فلا تصیر العین ملکا لهم. بلکه بسته به این است که ماهیت این ایقاف چیست. اگر شما تمام آثار ملک را بر آن بار می کنید تملیک هم هست.



## کشف ملکیت از ترتب آثار ملکیت

استدلالی که مرحوم شیخ طوسی و بعد از ایشان عده ای دارند حرفشان همین است (حالا اطلاق و غیر اطلاق را بعد بحث می کنیم)، که می گویند آثار ملکیت بر وقف بار است، از جمله ضمانی که برای متصرف در وقف گفتند، ضامن موقوف علیهم است، اگر کسی تصرف کند در باغی که وقف اولاد است، ضامن اولاد می شود. پس ضمان وجود دارد. یدی که اینها می توانند اثبات کنند، یدشان را بر باغ می گذارند، این ید را بر ملک می گذارند. و امثال این آثار. می گویند امثال این امور کاشف از این است که ملک است. یکجاهایی تعبیر مشابه این دارند که لا نعنی بالملک الا ترتیب همین آثار.

سؤال: مثل تحجیر می شود.

جواب: نه تحجیر فقط حق است مالک نمی شود، شما نمی توانید ملک تحجیر را بفروشید در حالی که مال وقفی را در صورتی می شود فروخت. اتفاقاً همین را هم آورده اند که در یک فروضی می شود آن را بیع کرد. شما منافع این زمین محجر را مالک نمی شوید حتی منافعش را، مگر اینکه شما احیاءش کرده باشید. در بحث احیاء ارض محجره گفته ایم، مگر اینکه شما احیاءش کنید، والا شما فقط برای احیاء حق اولویت دارید. همین. اگر یک منفعی دارد معلوم نیست برای شما باشد.

و همینطور اگر کسی تصرف کرد ضمان دارد، آنقدری که حق شماست ضمان برای شماست، بقیه ضمان برای کیست؟ در اینجا اگر اتلاف کرد، مانند اینکه ارض محجره را یک جوری نابودش کرد، آیا ضامن است؟ ضامن چه کسی است؟! ضامن شخصی است که تحجیر کرده؟ نخیر. فقط به اندازه حق اولویت او ضامن است بقیه چیزهایش نیست. در حالی که در مال موقوفه که الان بطن اول در دستشان هست اگر این را اتلاف کند ضامن است برای همینها، به همین آقایان ضامن است، ضامن همین عین متلفه است.

از همین جهت است که تقریباً عمده فقهای که متعرض شده اند ملک را فی الجمله قبول کرده اند، که فعلاً به تفصیلش کار نداریم، مثلاً در وقف خاص، انتقال را قبول کرده اند می گویند چون آثار ملک هست وقتی آثار ملک هست کشف می کنیم خود ملک هست. در حق تحجیر در امثال مواردی مثل اباحه و امثال اینها که جواز تصرف برای کسی هست آثار ملک نیست. جواز تصرف فقط یک اثر است، ده ها اثر دیگر وجود دارد، مثلاً ضمان است، اگر یک کسی مالی را به دیگری اباحه کرد و او دارد استفاده می کند، یا به عاریه در اختیار او گذاشته دارد استفاده می کند، در این موارد جواز تصرف هست ولی جواز تصرف کاشف از مالکیت او نیست. چرا؟ برای اینکه اگر یک غاصبی این مال را غصب کرد و

اتلافش کرد، ضامن برای من مستعیر نمی شود، ضامن برای معیر می شود، باید این عینی را که تلف کرده قیمت یا مثلش را به معیر بدهد نه به فردی که دارد استفاده می کند. در حالی که در وقف باید به موقوف علیهم بدهد نه به واقف. بنابراین از همین آثار کشف می کنند که بنابراین ملکیت هست. انشاء الله بحث مستوفایش را طرح خواهیم کرد.

مقصود این است که از صرف اینکه وقف ایقاف است در نمی آید که فلا تصیر العین ملکا لهم، بلکه باید ببینیم این وقفی که یک ماهیت مستقله دارد چه آثاری دارد، همان راهی است که فقهاء رفته اند آثار را بحث می کنند انحاء را از هم جدا می کنند یکی یکی آثار را باید ملاحظه کنیم.

این یک نکته در ذهن دوستان باشد.

### خلط بین وقف عام و وقف بر جهات در کلام برخی از فقهاء

ما راجع به وقف جهت مجبوریم دوباره بحث کنیم، الان فقط خواستم دوستان این را توجه کنند که بسیاری از فقهاء وقف بر جهات عامه را از وقف عناوین جدا کرده اند. گفته اند ما یک وقف بر جهت داریم، مثل وقف بر مسجد، قنطره و خانات و ... و وقف برای مسجد و امثال آن داریم، که اینها یک باب هستند. یک وقف خاص داریم، مثل وقف بر اولاد و امثال آن. یک وقف بر عناوین کلیه داریم مثل وقف بر فقراء و مساکین. مرحوم امام ره در اینجا اینها را از یکدیگر جدا کرده اند، مرحوم سید و برخی دیگر نیز در اصل مطلب جدا کرده اند بین وقف بر جهات و وقف خاص و وقف عام.

اما برخی از فقهاء وقف بر جهات عام را به همین وقف بر مساکین و فقراء مثال می زنند. مثل مرحوم عمید الدین اعرج صاحب کتاب کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد که انصافا کتاب خیلی قابل توجهی است و مرحوم شیخ انصاری هم خیلی به حرفهای عمید الدین توجه می کنند هم فقهاء و هم اصولا، ایشان در شرح کلام علامه در قواعد وقف بر جهات عامه را مثال می زند به وقف بر فقراء و مساکین.<sup>۱</sup> این هم خودش یک داستانی است.

**سؤال:** منافات ندارد، اینجا هم وقف عام در مقابل وقف خاص را گفته کالعناوین العامة، ولی قبلاًش گفته وقف بر جهات، یعنی ممکن است جهات هم یکی از مصادیق وقف عام باشد.

<sup>۱</sup> و إن كان على جهة عامة فالأقرب أنه ينتقل إلى الله تعالى، و ذلك كالوقف على المساكين أو على العلويين. كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، ج ۲، ص: ۱۳۷

**جواب:** ایشان در صدر دارد تقسیم می کند، می گوید لا ینبغی الریب در خروج از ملک در جهات عامه، و اما الوقف الخاص و الوقف العام، می گوید خروج از ملک که مسلم است، لا ینبغی الریب که در جهات عامه فک ملک است، اما الوقف خاص و الوقف العام هل هی کالجهات العامة؟ اگر خودش جهات عامه باشد که نمی گوید کالجهات العامة.

نکته ای که می خواستم بگویم این بود که جهات عامه چی هست؟ خودش یک بحث مهم دارد که شاید اشاره کردیم. فقط این تداخل در کلام برخی را من خواستم اشاره کنم که آمده اند وقف بر عناوین عام را جهات عامه گرفته اند. مصداق آن گرفته اند. می خواهند مثال بزنند برای جهات عامه میگویند کالوقف علی المساکین و الفقراء و العلماء و کذا. می خواهیم بگوئیم که این بحث را دشوار می کند.

امام ره اینها را جدا کرده اند کما اینکه مرحوم سید و عده ای از فقهاء جدا کرده اند. وحق هم همین است. منتهی حالا وقف بر جهات چه می شود، انشاءالله فردا بحث می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین»

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۴۴۰
ارتباط دخول در ملک موقوف علیهم با معنای وقف.....	۴۴۰
جواب از فرمایش امام ره.....	۴۴۱
فرمایشات مفصل حضرت امام در کتاب البیع درباره معنای وقف.....	۴۴۱
بررسی فرمایشات کتاب البیع.....	۴۴۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسیلة بود. عرض شد که این مسئله مشتمل بر دو فرع است: فرع اول مربوط به این پرسش است که آیا مال موقوفه بعد از اتمام وقف از ملک مالک خارج می شود یا نه؟ و فرع دوم این است که آیا مال موقوفه داخل در ملک موقوف علیهم می شود یا نه؟

نسبت به خروج از ملک مالک جز شبهه ای که مرحوم صاحب عروه مطرح فرمودند ظاهراً بحثی وجود ندارد. این مطلب را در جلسات سالهای گذشته به تفصیل مطرح کردیم و اگر ضرورت داشت به آن اشاره می کنیم.

## ارتباط دخول در ملک موقوف علیهم با معنای وقف

اما بحث مهمتر، ورود مال موقوفه در ملک موقوف علیهم است. در متن کتاب تحریر الوسیلة مانند برخی کتب فقهی ابتدائاً موقوف علیهم را به سه قسم تقسیم کرده اند. قسم اول مثل مسجد و قنطره و مانند آن و همچنین اموالی که برای اینها وقف می شود. قسم دوم وقف خاص و قسم سوم وقف عام، منتهی نهایتاً مرحوم امام رحمه الله می فرماید آنچه که در همه این اقسام انجام می گیرد ایقاف است چون حقیقت وقف ایقاف است، و عین موقوفه در هیچ کدام ملک موقوف علیه نمی

شود. «وجوه، لا یبعد أن یكون اعتبار الوقف فی جمیع اقسامه ایقاف العین لدرّ المنفعة علی الموقوف علیه فلا تصیر العین ملکا لهم»<sup>۱</sup>.

## جواب از فرمایش امام ره

ما در جلسه گذشته عرض کردیم که در این تفریع اشکالی وجود دارد. اولاً تعریف وقف به ایقاف خیلی ماهیت وقف را روشن نمی کند که توضیح بیشتری عرض خواهیم کرد. ثانیاً ایشان به ملکیت در نیامدن عین موقوفه برای موقوف علیهم را بر ایقاف بودن وقف متوقف و منوط کرده اند که به نظر نادرست است و جزء آثار مترتبه بر اینکه اعتبار وقف در جمیع اقسامش ایقاف باشد نیست. پس صرف اینکه وقف ایقاف باشد حتی با آن توجیهی که ما ارائه دادیم که مرجع این قول این باشد که وقف یک مجعول اصالی مانند ملکیت و زوجیت است و آثاری دارد، موجب این نیست که بگوئیم «فلا تصیر العین ملکا لهم» و این مطلب دلیلی ندارد.

## فرمایشات مفصل حضرت امام در کتاب البیع درباره معنای وقف

مرحوم امام ره در کتاب البیع با تفصیلی بحث وقف را طرح کرده اند و بحث انتقال را به تناسب بحث بیع وقف مطرح می کنند، چون در بحث بیع وقف اول راجع به ماهیت وقف بحث می کنند می گویند باید ببینیم که بین ماهیت وقف و نقل و انتقال منافاتی است یا نه، اگر منافات باشد اصلاً وقف اقتضای برای بیع ندارد لذا نیازی به فحص از دلیل مانع از روایات و امثال آن نیست. اما اگر خود ماهیت وقف فی حد ذاتها منافاتی با نقل و انتقال نداشته باشد، باید برای کسی که می گوید بیع وقف صحیح نیست دنبال دلیل مانع بگردیم و ادله منع را بررسی کنیم. که ایشان انحاء اینها را بحث کرده اند. ما هم فی الجملة این بحثها را می آوریم چون در کلمات دیگران نیز آمده است. در آنجا بعد از اینکه تعبیر «حبس الاصل و سبل الثمرة» را مطرح می کنند و کلمات محقق اصفهانی را در بحث حبس می آورند و پاسخ می دهند، می فرمایند: «المختار فی تعریف الوقف و الذی یمکن أن یقال: إن اعتبار الوقف فی جمیع الموارد ایقاف الشیء علی جهة أو شخص أو غیرهما لتدر المنافع منه علیها، فبقوله «وقفت علیه» مع التعدية ب«علی» المقتضية للعلو كأنه جعل العین فی الاعتبار علی رأس الموقوف علیه، لا تتعداه لتدر منافعها علیه و لا تتعدی المنافع عنه تبعا لعدم تعدی نفس العین عن رأسه

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۷

اعتباراً و هذا المعنى مع كونه موافقاً للاعتبار العقلاني صادق في جميع الموارد<sup>۱</sup>. این تعبیر «صادق في جميع الموارد» برای این است که قبلاً در بحث مسجد گفتند که بعضی ها می گویند وقف در مسجد تحریر است در اوقاف عامه هم وقف علی المسلمین است، و در وقف خاص هم تملیک است. ایشان میفرماید اینکه سه تا معنا شد و خلاف ظاهر است که وقف در کاربردهای مختلفش و در موارد متعدّدش معنایش فرق کند در حالی باید گفت این موارد متعلق وقف فرق کرده است، وقف یک چیز است. متعلقش تارة مسجد است و اخري یک امر دیگری. لذا ایشان می فرماید: آن امر وحدانی که در همه وجود دارد ایقاف است.

در مقابل این کلام کسانی مثل مرحوم اصفهانی هستند که فرموده اند وقف به معنای سکون در مقابل حرکت است، و ما در وقف ملکیتی که جهت نقل و انتقالش را منع کردیم منتقل می کنیم. به تعبیر دیگر مرحوم اصفهانی می فرماید ما قبول داریم در وقف، منشأ مطلق تملیک نیست که مثل بیع شود، بلکه آن جهت محصور و محبوس بودن ملکیت است. اگر هم می گوئید انشاء تملیک می شود این جور تملیک خاص مقصود است یعنی جهت حصري و حبسی آن. وقف ناظر به آن جهت است. و محقق اصفهانی می گوید مراد از سکون، سکون در مقابل حرکت مکانی و خارجی که نیست، پس سکون به لحاظ نقل و انتقالهای اعتباری است. اگر ما می گوئیم وقت داریم انشاء می کنیم سکون و حصر این تملیک را از حیث نقل و انتقال وضعی و قراردادی و اعتباری نه از حیث مکانی.

مرحوم امام ره این حرفها را رد می کنند در مقابلش می فرمایند وقف ایقاف است. «و علی ما ذکرناه ليس بين ماهية الوقف و جواز النقل أو نفس النقل مضادة و منافرة. چند سطر بعد دوباره می فرمایند: فتحصل مما ذكر أن الوقف بنفسه غير مانع عن النقل فلا بد من اقامة دليل على المنع»<sup>۲</sup>.

## بررسی فرمایشات کتاب البیع

عرضمان این است که در این نوع بحث یک اشکال اساسی وجود دارد که در کلمات فقهاء مکرر است، حتی محققین دقیقی مثل مرحوم اصفهانی هم در مواردی مرتکب این اشتباه شده اند. آن شتباه این است که:

ما یکوقتی بحث در مفهوم می کنیم و اینکه چه مفهومی اعتبار شده است. در اینجا ممکن است انحاء مختلفی از مفهوم استفاده شود. مرحوم امام ره طبعاً به تبع مرحوم سید عروه می فرمایند وقف ایقاف است، و ظاهراً تا آنجایی که ما

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۲۵

<sup>۲</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۲۶

دیدیم مرحوم سید اولین فقیهی است که فرموده وقف ایقاف است. البته ممکن است تعبیر اعتبار هم اضافه شود کما اینکه در متن تحریر فرمودند اعتبار وقف، ایقاف است. و یا در اینجا نیز در تعریف فرمودند که اعتبار وقف در جمیع موارد ایقاف الشیء است.

حال سؤال این است اینکه به تعبیر ایشان ما مفهوم ایقاف را اعتبار کنیم؛ قراردادن «شیء علی رأس الموقوف علیه کأنه لاتتعدی عنه» را اعتبار می کنیم، اینکه این شیء را اینجا گذاشته و از این نباید عبور کند، تا در منافع شود. آیا با این نوع تعبیر روشن می شود که ماهیت وقف چیست؟ یا مرحوم اصفهانی که می فرماید مفهوم وقف نوعی از معنای سکون مقابل حرکت است (چون وقف ایستادن است)، البته این مقابله در مکان خارجی نیست، چون ما وقتی می گوئیم این خانه را یا زمین را وقف کردیم نمی خواهیم بگوئیم در عالم خارج حرکت نکند. بلکه مقصود این است که یک نقلی واقع نشود، آن نقل در وعاء اعتبار است، یعنی بیع نشود شراء نشود. امام ره همین را اشکال می کنند، هم از این جهت که می گویند وقف سکون نیست، بلکه ایستادن چیزی و قراردادن چیزی است مثلاً علی رأس الموقوف علیه که لاتتعداه. می گوید وقف مقابل تجاوز است وقف در مقابل عبور کردن است نه در مقابل حرکت کردن. این یک اشکال.

بعد هم مرحوم امام می فرماید: بنابراینکه واقف اصلاً این حرکت و سکون را در وقفش در نظر بگیرد، چون ممکن است بگوئیم واقف در مقام وقف کردن این مفاهیم را در نظر نمی گیرد. نقل این مطالب از محقق اصفهانی یا مرحوم امام برای این نیست که این مطالب را قبول نداریم و می خواهیم نقد کنیم، بلکه منظور ترسیم نوع نگاه مثل مرحوم اصفهانی و جواب ایشان است که در واقع رفته اند سراغ مفهوم وقف که این مفهوم وقف آیا در آن حرکت و سکون لحاظ شده یا یک امری مقابل تجاوز و عبور کردن است. ایشان می فرماید اولاً مفهوم وقف مقابل تجاوز است، بعد هم می فرماید که اصلاً واقف اینها را لحاظ نکرده. در این وقفی که دارد ایجاد می کند در مفهومش اصلاً اینها را لحاظ نکرده است.

همانطور که قبلاً هم عرض کردم اینکه ما چه مفهومی را اعتبار کنیم اهمیت چندانی ندارد. بجای اینکه در بیع تملیک اعتبار کنیم دیوار را اعتبار کنیم، این ثبوتاً مشکلی نداشت که ما اعتبار دیوار بودن شیء کنیم و بگوئیم بر اعتبار دیوار، این امور مترتب می شود. اشکال ثبوتی نداشت، منتهی این خلاف ذوق عرف است و تناسب ندارد. ما وقتی در باب بیع و شراء می خواهیم یک نقل و انتقالی صورت بدهیم تا مشتری، مالک به حمل الشایع از ناحیه عقلاء شود، متناسب این است که همین مفهوم را انشاء و اعتبار کنیم. اما باید دقت نمود که حقیقت بیع از مفهوم تملیک در نمی آید. دوباره تکرار می کنم: ما یک حقیقت وضعی اعتباری عند العقلاء داریم بالحمل الشایع که ملکیت یا زوجیت است یا بقیه وضعیات مثل ولایت یا قضاوت یا مانند آن. اینها اعتباراتی عقلانی هستند. اینکه این اعتبارات حقیقتشان چیست برمی گردد به مؤلفه های همین

واقعیت بالحمل الشایع به اضافه آثاری که بر آن بار می کنیم. اینها کشف از واقعیتش می کنند. اما مفهوم ملکیتی که ما اعتبار می کنیم از درون این شما نمی توانید در بیاورید که آیا بیعش درست است یا درست نیست، نقل و انتقالش جائز است یا جائز نیست. در وقف هم همینطور است. لذا این تحقیقی که ایشان در معنای وقف به تبع مرحوم سید در ملحقات عروه فرموده اند، از آن در نمی آید که آیا ماهیتش با نقل و انتقال منافات دارد یا ندارد. چطور ایشان نتیجه گرفتند که وعلی ما ذکرنا لیس بین ماهیه الوقف و جواز النقل أو نفس النقل مضادة أو منافرة؟ از کجا این را استخراج کردند؟!

چرا این را عرض می کنم؟ ممکن است در مفهوم ملکیت یا مفهوم وقف که واقف انشاء می کند چگونگی نقل و انتقال نفهته نباشد، اما در آن وقفی که عقلاء بالحمل الشایع می پذیرند نفهته باشد.

دوباره تکرار می کنم چون ممکن است دوستان به این فاصله خوب عنایت نکرده باشند. فاصله زیاد است بین انشاء تملیک یا اعتبار متبایعین و بین اعتبار عقلاء بالحمل الشایع. بایع در بیع انشاء تملیک می کند یا اعتبار تملیک می کند علی اختلاف المبني، و مشتری هم می گوید قبلت که آن نیز انشاء قبول است. این دو انشاء به اضافه مجموعه ای از شرائط موضوع برای اعتبار عقلاء می شود. آن چیزی که بالحمل الشایع بیع و تملیک کار عقلاء است. حالا اینکه عقلاء چه جوری این کار را می کنند دو تصویر از آن هست:

یکی اینکه بگوئیم عقلاء فی کل مورد که انشاء بشود اعتبار ملکیت می کنند، که این خیلی بعید است، بلکه صحیح این است که به نحو قضیه حقیقه می گویند: هر زمانی که بایع و مشتری انشاء ایجاب و قبول کردند و این شرائط حاصل بود ما اعتبار ملکیت داریم. مثل انشاءات قضیه حقیقه شارع. (مقصودم از قضیه حقیقه همین چیزی که دارج در کلمات اصولیین مثل مرحوم نائینی است من قضیه حقیقه فلسفی نمی گویم). عقلاء چنین چیزی را انشاء می کنند به نحو کلی. وقتی متبایعین این موضوع را ایجاد کردند به تعبیر محقق اصفهانی دارند تسبیب می کنند برای تحقق آن بیعی که عقلاء دارند اعتبار می کنند یا آن تملیکی که عقلاء اعتبار می کنند، این تسبیب است. کار متبایعین در اینجا تسبیب است نه مباشری. کار مباشری آنها انشاءشان هست، اما آن انشائی که می کنند تسبیب لا اعتبار العقلاء. چرا؟ برای اینکه موضوع درست می کنند برای اینکه آن اعتبار عقلانی بالحمل الشایع پدید بیاید.

حالا حرف ما این است که: آن چیزی که منشأ آثار است و باید دنبالش بگردیم که چه محققاتی دارد و چه لوازمی دارد آن کار عقلاء است، آن اعتبار ملکیتی است که عقلاء به دنبال اعتبارات و انشاءات متبایعین دارند آن هم بالحمل الشایع آن. چون عقلاء ممکن است بگویند اعتبار کردند ولی اینش مهم نیست، مهم این است که در این اعتبار چه چیزی نفهته است و چه آثاری بر آن بار است.



حالا در وقف همین را می خواهیم عرض کنیم. وقتی واقعی وقف را انشاء می کند، موضوع می شود برای اعتبار عقلائی برای وقف یا موضوع می شود برای اعتبار شارع تأسیسا یا امضائا (که مهم نیست، هر کدام می خواهد باشد). شما باید وقتی را که عقلاء بالحمل الشایع پس از کار واقف می آورند یا شارع می آورد بشکافید. اینکه می گوئید وقف با نقل و انتقال منافاتی ندارد این را از کجا می گوئید؟ اگر عقلاء اعتبار وقفی شان ملازمه با تملیک باشد، چه خواهید گفت؟ از من نپرسید دلیل چیست، من دارم ابداء احتمال در مقابل شما می کنم، شما از کجا فهمیدید که ماهیت وقف لا منافاة بین و بین النقل؟! باید اول فهمید که آیا در اعتبار وقفی عقلاء بالملازمة یا اصلا در درون اعتبار وقفی شان این حکم نهفته باشد که نمی توان عین موقوفه را نقل و انتقال کرد؟ لذا اشکال این است که شما از بطن معنای وقف خواستید این مطلب را استفاده کنید در حالی که درست نیست. درست است که در معنای وقف این نیست که بشود نقلش کرد یا نشود نقلش کرد. این حرف درست است. اما چرا سراغ همچنین مطلبی رفتید، شما باید سراغ وقف بالحمل الشایع می رفتید، آن اعتبار عقلائی که واقف بالتسبیب می خواهد ایجادش کند. کما اینکه در باب بیع آن اعتبار عقلائی که متبایعین بالتسبیب می خواهند آن را ایجاد کنند مهم است و شما باید حل کنید که چه چیزی در بطنش نهفته است.

**سؤال:** ایشان هم آمد اعتبار شرعی یا عقلائی وقف را درست کرد.

**جواب:** البته اعتبار عقلائی، شرعی را اصلا ایشان قبول ندارد که حقیقت متشرعه داشته باشد، می گوید حقیقت متشرعه ندارد.

**سؤال:** ایشان گفته اصل آن اعتبار عقلائی ایقاف الشیء است، یعنی لا یتعدی من موقوف علیهم الی غیره، ایشان نمی تواند استفاده کند ولی من هر استفاده ای ولو نقل می توانم از آن کنم.

**جواب:** اگر این را از مفهوم میفمید اشتباه است. چون عقلاء ممکن است اعتبار یک مفهوم کنند و بگویند لازمه اعتبار ما این است که هیچ نقلی نکنیم.

**سؤال:** یعنی شرط اضافی بیاورند؟

**جواب:** نه شرط، می گویند اصلا حکمش این است. مگر اعتبارات برای ترتیب آثار نیست.

**سؤال:** باید یک چیزی می آوردند دلالت کند.

**جواب:** پس امام ره نمی تواند بگوید فثبت أنه لا منافاة بین الوقف و نقل و انتقال این را نمی تواند بگوید.

**سؤال:** به اصالة الظهور تمسک می کنیم. عقلاء وقتی این را گفتند لازمه اش هم این است دیگر، اگر لازمه ای می داشت می گفتند.

**جواب:** اصالة الظهور برای کشف مفهوم است.

**سؤال:** برای کشف مراد جدی است.

**جواب:** ما که نمی گوئیم جدی نیست. اعتبارات عقلاء را باید استکشاف کنیم از جهات شتی، باید ببینیم چه بنائی گذاشته اند. اعتبارات برای ترتب آثار است، اگر وقف را اعتبار کردند و این را گفتند که وقف یک نهادی است که لازمه آن این است که هیچ نقل و انتقالی در آن نشود. اگر این را می گفتند اشکالی داشت؟ بنابراین ایشان نمی توانند بگویند که ماهیه الوقف لا یضاد نقل و انتقال را. چرا؟ اول باید استکشاف کنید که در آن وقف بالحمل الشایع عقلاء نقل ندارند بعد این را بگوئید. اگر این را بگوئید می شود مصادره به مطلوب. چون الان بحث ما همین است، که آیا وقف نقل و انتقال می پذیرد یا نه. ایشان می خواهند از مفهوم این را در بیاورد می گوئیم این درست نیست.

اگر بگوئید ایشان می گوید ما رفتیم فحص هایمان را کردیم که عقلاء چنین اعتباری ندارند که نقل و انتقال نمی شود کرد. می گوئیم خب این مصادره به مطلوب است و بحث ما الان همین است. پس آن مقدمات را شما برای چه چیدید؟! شما از اول بگوئید که ما فحص کردیم عقلاء اصلا در نقل و انتقال می گویند مانعی ندارد. این حرف دیگری است. من عرضم این است که باید مسیر روشن باشد و کیفیت استدلال معلوم باشد، ما هم باید فحص کنیم، آخرش هم ممکن است به اصول عملیه پناه ببریم، بگوئیم ما دلیلی نداریم برای چنین منعی. لم یثبت لنا اعتبار العقلاء لمنع النقل و الانتقال این را آخرش می توانیم بگوئیم. ولی حرف من این است که مسیر روشن باشد از توی مفهوم ایقاف نمی توانیم در بیاوریم. اینکه ایشان هم در بحث بیع و هم در اینجا می گوید که لا یبعد ان یکون الوقف هو بمعنی الایقاف (اعتبار ایقاف باشد) فلا یدخل فی ملک الموقوف علیهم، می گوئیم این یعنی چه. اینطوری عرض می کنم که: اگر حقیقت وقف عند العقلاء که به تسبیب واقف صورت می گیرد، حقیقت وقف یک حقیقتی باشد که یدخل فی ملک الموقوف علیهم، اگر این باشد ایشان چطور می تواند جلو آن را بگیرد؟ بنابراین ما یک تحقیق جدا لازم داریم که اگر وقف عقلائی است (که ایشان عقلائی می داند) عقلاء چه آثاری بر وقف بار کرده اند؟ و اگر عقلائی نیست و تأسیس شرعی است ببینیم شارع چه آثاری بار کرده است. کسانی که می گویند در وقف خاص تملیک می شود، آنها می گویند ما از عقلاء می فهمیم که آنها در وقف خاص تملیک می کنند، حالا یا این را بالمطابقة می فهمیم، یا بالالتزام از آثاری که دارد. امام ره آن التزامها را جواب می دهد که ما حالا بحث می کنیم چون دیگران هم جواب گفته اند. مثل بحث ضمان، مثل بحث استفاده از منافع، مثل بحث صدقه و امثال آن

که اینها را جواب می دهند. من حرفم این است که جواب دادن امام ره به این استدلالات یک بحث است و اینکه آنهایی که می گویند داخل در وقف می شود آنها چه می گویند؟ حرفی دیگر. آنها حرفشان این است که اعتبار عقلایی در باب وقف منافاتی با تملیک و در ملک موقوف علیهم وارد کردن ندارد یعنی لازمه این اعتبار این است. من اینجا اصرارم بر روش بحث است که بفهمیم چکار باید کنیم. مقصود ما این است که اثبات کنیم در این بحث ما باید برویم سراغ آن وقف بالحمل الشایع. ببینیم نزد عقلاء یا شارع چیزی احراز می شود که چه کرده اند، و اگر احراز نشد به اصول عملیه پناه ببریم، بگوئیم لم یثبت لنا من ناحیه العقلاء که اینها قائل به خروج از ملک هستند و دخول در ملک موقوف علیهم. این برای ما ثابت نشده و چون ثابت نشده زیر بار نمی رویم. ایشان این حرفها را نمی زند. امام ره نمی فرماید که لم یثبت لنا و از باب اصل باشد بلکه می فرمایند از توجه به مفهوم وقف ثبت که ماهیه الوقف لا مضادة بینها و بین نقل و انتقال می گوئیم این را از کجا شما ثابت کردید؟!

**سؤال:** شاهدش این است که وقتی صیغه وقف خوانده شد همه می گویند الی الابد مال اینها شد. از صیغه وقف این را می فهمند. این یعنی مفهوم دیگر.

**جواب:** چه کسی اینها را می گوید؟ خود ایشان که اینها را جواب گفته است و منکر است، و می فرماید صرف اینکه ما بگوئیم وقف مؤبد است و دوام دارد معنایش این نیست که یک چیزی نمی شود ناسخ و فاسخ آن باشد. و الا در نکاح هم شما نکاح دائم دارید.

**سؤال:** وقتی صیغه می خوانیم همه می فهمند دیگر.

**جواب:** حالا نظائرش را در عکسش ما می خواهیم بگوئیم که عرض می کنیم. اگر کسی بگوید که واقف می گوید من این را وقف مؤبد کردم و شارع بگوید انشاء وقف مؤبد یعنی تا ۵۰ ساله آیا این اشکالی داشت؟ آیا منافاتی داشت ما انشاء کنیم وقف مؤبد را للتالی و الی غیر النهایه، شارع بگوید هر وقت واقفی اینطور وقف کرد من این وقف را تا ۵۰ سال قبول دارم، آیا اگر می گفت اشکالی داشت؟

**سؤال:** مقصودم لولا الشارع است.

**جواب:** شما گفتید از بطن معنایی که آقای واقف انشاء می کند این در می آید من براتان مورد نقض آوردم.

**سؤال:** صیغه که در وقف می خوانیم همه این را می فهماند.

**جواب:** صیغه ای که خوانده می شود کار مباشری واقف است، این حقیقت وقف نیست. ما در بیع و وقف و صلح و کذا، یک کار مباشری برای متبایعین یا واقف یا مصالح داریم، یک کار تسبیبی داریم برای کار عقلاء. آن چیزی که صلح بالحمل الشایع، اونی است که کار عقلاء است. حتی کسانی که می گویند اطلاق بیع بر ایجاب و قبول می شود مفهوم بیع را می گویند نه بیع بالحمل الشایع را. اینکه واضح است. بخاطر اینکه شرائط باید به آن ملحق شود. یک کسی صیغه را می خواند ولی شرائط را ندارد، آیا این وقف بالحمل الشایع است؟

**سؤال:** خب این کاشف از همان مرادش و مفهوم می تواند باشد.

**جواب:** روی این کلام بنده فکر حسابی کنید، یک کاری متبایعین یا واقف یا مصالح می کنند که یا انشاء است یا اعتبار است که اگر ضمیمه شود به همه شرائط، موضوع اعتبار عقلائی واقع می شود. صلح و وقف و بیع بالحمل الشایع آن اعتبار عقلائی است. اگر می گوئیم تم الوقف یعنی آن اعتبار عقلائی یا شرعی آمد، والا صیغه خواندن واقف که بود تم الوقف یعنی چه؟ اگر گفتیم صیغه ای که خوانده شد مادام که لم یقبض لا یتیم الوقف، یعنی چه؟ یعنی وقف بالحمل الشایع نیست. آن وقفی که اعتبار عقلاء است نیست، والا آقای واقف که اعتبار کرده و انشاء هم کرده است. اگر گفتیم صحت هبه به قبض مشروط است یعنی انشاء هبه که کرده و ممکن است طرف هم قبول کند یعنی عقد دو طرفش تمام است، اما قبض شرط صحت است، تا قبض نشود اصلاً هبه تمام نیست. پس هبه بالحمل الشایع عبارت است از آن اعتباری که عقلاء می کنند که یک رکنش عبارت است از آن صیغه ای که خوانده می شود و یک رکنش شرائطی است که شارع یا عقلاء دارند. مقصود من این است که: وقف و صلح و بیعی که محل بحث است کار عقلاء است.

حالا این تفکیک برای این لازم است که شما از بطن معنای وقف که واقف اعتبار می کند نتیجه ای استخراج نکنید چون اثری ندارد. شما ببینید اعتبار عقلاء چه بوده است.

این حرف اصلی ما است در مقابل کلام مرحوم سید و مرحوم امام.

بله خود ما هم که الان می خواهیم تحقیق کنیم باید ببینیم که آیا عقلاء و شارع بر آن وقف بالحمل الشایع چه چیزی بار کرده اند؟

حالا فردا ما باید اینها را بحث کنیم. اول می رویم سراغ مسجد و ما شابهه. بعد جهات عامه، و همچنین وقف بر این موارد. آیا در اینها تحریر است؟ مرحوم امام ره و برخی دیگر فرموده اند یک جاهایی صاحب جواهر ره هم می گوید وقف نمی شود در هر موردی یک چیز باشد. امام می فرماید نمی شود که اینجا تحریر باشد بعد یک جای دیگر تملیک باشد.

فردا می خواهیم بحث کنیم که اولاً در مثل مسجد و امثال این تحریر است. در جهات عامه امام ره می فرماید بلا شبهة و لا ریب اینها تملیک نیست. خب این بلا شبهة و لا ریب را از کجا آوردید؟! کلمات فقهاء مشحون از این است در غیر مسجد، حتی مسجد را هم ممکن است بگوئیم، اگر اشتباه نکنم مرحوم شهید در دروس حتی مسجد را هم می گوید بگوئیم وقف در آنجا علی المسلمین است.<sup>۱</sup> در جهات عامه کلمات فقهاء مشحون است که ما می توانیم بگوئیم این وقف علی المسلمین است. چرا بگوئیم فقط تحریر است؟ وقف علی المسلمین است. اینکه ایشان می گوید بلا شبهة و لا ریب تملیک نیست این اول کلام است.

بعد آمده اند سر وقف خاص و وقف عام، اینجا را هم می گویند بلا شبهة، آنجا می گویند وجوهی است، که بعد می گویند در همه اینها ما بگوئیم ایقاف است.

ما فردا بحثمان تازه از اول شروع می شود بعد از جواب از این نحوه استدلال. که ما در مسجد باید ببینیم چه چیزی داریم؟ در باب جهات عامه آیا می شود تملیک مسلمین فرض کرد؟ اصلاً وقف بر جهات یعنی چه؟ امام ره وقف را بر احجاج را معنا می کنند می گویند درست است، خب وقف احجاج یعنی چه. اصلاً از همین جهت به دیگران اشکال می کنند.

**سؤال:** نظر خودتان را در آن حمل شایع بفرمائید تا بتوانیم تطبیق کنیم.

**جواب:** وقتی ما این لوازم مثل ضمان و مالکیت و صدقه و امثال این را بحث کردیم، آنوقت معلوم می شود آن چیزی که ما به عنوان مجعول اصالی می دانیم چه آثاری دارد. اینها را قبول داریم یا نه، و لازمه اش تملیک است یا نه، انشاءالله می آید.

«الحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۲، ص: ۲۷۷

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۴۵۰
مجعول اصالی بودن کاشف از دخول در ملک موقوف علیهم نیست.....	۴۵۱
دخول در ملک موقوف علیهم را باید از لوازم فهمید.....	۴۵۱
اجماع بر ورود در ملک موقوف علیهم.....	۴۵۲
عبارت فقهاء در دلالت بر دخول در ملک موقوف علیهم.....	۴۵۲
شهید و راوندی مسجد را وقف علی المسلمین میدانند حقیقتاً.....	۴۶۰
استدلال امام ره در کتاب البیع به اجماع.....	۴۶۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسيلة بود این مسئله بخاطر ارتباط خیلی از مسائل قبل به این دارای اهمیت خاصی است. بیان شد این مسئله مشتمل بر دو فرع است اول اینکه آیا مال موقوفه از ملک مالک خارج می شود یا نه؟ که مفصلاً بررسی شد و دیگر اینکه آیا این مال به ملک موقوف علیهم در می آید یا در نمی آید یا اینکه باید تفصیل داد؟ برخی از فقهاء متقدم به اطلاق گفته اند داخل در ملک موقوف علیهم می شود و هیچ تفصیلی نداده اند. مرحوم علامه قائل به تفصیل است که قبلاً خواندیم فرموده اند: در مسجد و امثال آن تحریر است، در امور و جهات عامه ملک خداوند می شود و در وقف خاص ملک موقوف علیهم می شود. در خصوص مسجد و امثال آن می گویند تحریر است. مرحوم امام بعد از اینکه این اقسام را ذکر می کنند در آخر می فرمایند، در همه موارد وقف به معنای ایقاف است فلا یملکه الموقوف علیهم. دیروز مفصل نحوه استدلال ایشان و اشکال کلامشان را بیان کردیم.

## مجعول اصالی بودن کاشف از دخول در ملک موقوف علیهم نیست

ما نیز که وقف را یک مجعول استقلالی می دانیم باید دلیل داشته باشیم که آیا پذیرش مجعول اصالی بودن وقف، دخول مال موقوفه در ملک موقوف علیهم هست یا خیر؟ و علی الظاهر ما نمی توانیم از صرف آنچه که بین عقلاء هست چیزی را استکشاف کنیم یعنی لا اقل محرز نیست. اینکه گفتیم محرز نیست یعنی از نگاه به خود این مجعول اصالی ما نمی توانیم استخراج کنیم که یکی از مقدماتش نقل و انتقال به ملک موقوف علیهم هست.

## دخول در ملک موقوف علیهم را باید از لوازم فهمید

بلکه باید این امر را از ترتب لوازم بفهمیم. حال برخی از این لوازم، لوازم عقلائی است تأسیسا که شارع آنها را امضاء کرده است و برخی دیگر را خود شارع تأسیس کرده است. لذا باید ببینیم آیا از احکام و تعبیراتی که در باب وقف آمده است می شود استفاده کرد یا نه. البته برخی از روایات هم مورد استناد واقع شده که آنها را هم باید بحث کنیم. لذا باید مقداری اینجا مکث کنیم.

اختلاف عجیبی در این بحث وجود دارد، دیدید که مرحوم امام مثل مرحوم صاحب عروه فرمودند که اصلا عین موقوفه به ملک موقوف علیهم در نمی آید. اما کثیری از فقهاء قریب به زمان ما و فقهاء فعلی قائلند که به ملک موقوف علیهم در می آید. مرحوم آقای خوئی در منهاجشان می فرماید در وقف خاص ملک موقوف علیهم می شود، و خیلی از شاگردانشان هم می گویند ملک موقوف علیهم می شود. لذا بحث خیلی دشواری است که سند این اقوال چیست.

ابتدائاً باید برخی از کلمات فقهاء را بخوانیم، بعید نیست حتی ادعا کنیم که اجماع بر اینکه به ملک موقوف علیهم در می آید لا اقل نسبت به وقف خاص محقق است، بلکه در وقف عام نیز به همین صورت است البته در وقف بر جهات مانند مسجد نمیتوان ادعای اجماع کرد. به خاطر اینکه مثل مرحوم علامه مطلب دیگری می فرمایند. گرچه قبل از محقق همه قائل بودند که علی نحو اطلاق به ملک موقوف علیهم در می آید.

**سؤال:** مخالفت بعد از علامه ایرادی ندارد چون مخالف معلوم است.

**جواب:** منظور ما از اجماع در اینجا غیر از اجماع دخولی است.

## اجماع بر ورود در ملک موقوف علیهم

منتهی نکته ای که در این اقوال وجود دارد این است که کلمات این بزرگان خیلی منقح نیست، حتی مثل شیخ طوسی استدلال نیز ذکر می کند. اگر کسی این اجماع را محتمل المدرك بداند، از حجیت ساقط است. و الا علی الظاهر اجماع تمام است و ما نیز قبول داریم. تنها مطلبی که برخلاف این اجماع مطرح است کلام دو فقیه است که ادعا شده مخالفت دارند یکی مرحوم ابی الصلاح است که ایشان اصل خروج از ملک را قبول ندارد. و دیگری یحیی بن سعید است. لکن علی الظاهر هیچکدام از ادعاها تمام نیست. ابی الصلاح را مفصل بحث کردیم اگرچه ایشان در اول بحث که صدقات را تقسیم بندی می کند ظاهرا وقف را از آن قسمی قرار داده که از ملک بیرون نمی رود. منتهی ذیل همین بحث تصریح می کند که وقتی قبض کرد به ملک موقوف علیهم در می آید. جالب اینکه افرادی که کلام ابی الصلاح را جزو مخالفین نقل می کنند می گویند بله ذیل عبارتش یک همچنین چیزی دارد ولی این را باید حمل کنیم. خب چرا این کار را کنیم، باید برای صدر چاره ای کرد. ما آن زمانی که عبارت خود ایشان را آوردیم مفصل خواندیم و گفتیم به نظر ما کاملا قابل توجیه است که ایشان یک حرف جدیدی نمی زند، در جائی که اجماع قطعی بر خروج از ملک واقف وجود دارد بعید است ابی الصلاح با توجه تحقق اجماع قبل از ایشان بیاید بر خلاف همه فقها حکمی را قائل شود. لذا به نظر ما عبارت ایشان قابل حل است. اما نسبت به کلام یحیی بن سعید که عبارت را می خوانیم ایشان مخالفت نکرده، بلکه فرموده قیل که موقوف علیهم مالک می شوند و قیل که آنه یصیر ملکاً لله. از اینکه تعبیر به قیل کرده بعضی ها خواسته اند مخالفت بفهمند در حالی که صرف تعبیر به «قیل» واقعا تصریح به مخالفت فهمیده نمی شود لعل شبهه ای داشته اند و برایشان ثابت نبوده است وعدم ثبوت برای فقیهی که اجماع را به هم نمی زند.

بنابراین به نظر ما در مجموع نسبت به دخول در ملک موقوف علیهم اجماع ثابت است. همانطور که امام ره می فرماید خروج از ملک واقف عمده دلیلش اجماع است، به نظرم دخول در ملک موقوف علیهم لااقل در مثل وقف خاص بلکه وقف بر عناوین نه جهات، این هم علی الظاهر اجماعی است. حالا من بعضی از این عبارت را می خوانم.

## عبارت فقهاء در دلالت بر دخول در ملک موقوف علیهم

مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط می فرماید: «فإذا وقف شيئاً زال ملكه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولى عنه و إن لم يقبض لم يمتض الوقف و لم يلزم»<sup>۱</sup>. این راجع به خروج از ملک واقف. بعد می فرماید: «إذا وقف أرضاً أو

<sup>۱</sup> المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۲۸۶



دارا أو غیرهما و قبضه فإنه يزول ملك الواقف كما يزول بالبيع و قال بعضهم إنه لا يزول، فإذا ثبت أنه يزول (از ملک واقف) و هو الصحيح فإنه ينتقل الى الموقوف عليه وهو الصحيح، و قال قوم ينتقل الى الله تعالى ولا ينتقل الى الموقوف عليه».

بعد استدلال می کند، این را هم دوستان در ذهن داشته باشند چون بعدا در جواب امام ره از این استدلالات می خواهیم استفاده کنیم. مرحوم شیخ طوسی می فرماید: «و إنما قلنا إنه ينتقل الى الموقوف عليه لأنه يضمن بالغصب و يثبت عليه اليد و ليس فيه أكثر من أنه لا يملك بيعه على كل حال».<sup>۱</sup> استدلال شیخ در مبسوط این است که با غصب ضمان نسبت به موقوف علیهم محقق می شود. ما بعدا از همین استدلال یضمن بالغصب و یثبت علیه اليد می خواهیم استفاده کنیم خب اگر ملک اینها نیست یثبت علیه اليد یعنی چه؟ یثبت علیه اليد برای موقوف علیهم نه برای کس دیگری. جمله «و ليس فيه أكثر ...» دارد دلیل مخالف این کلام را تبیین می کند که نمی تواند بفروشد. می گوید اینهم یک لازمه اعمی است، معنای اینکه نمی تواند بفروشد این نیست که ملک او نیست، کما فی ام ولد، ام ولد که از خود این مولا ولد پیدا کرده، با اینکه ملک مولا هست ولی نمی تواند او را بفروشد. یا در رهن با اینکه ملک راهن هست ولی نمی تواند بفروشد مادام که در رهن است. پس صرف عدم جواز بیع و عدم صلاحیت للبیع کاشف از این نیست که ملک آقای راهن نیست.

سؤال: صرف ید هم شاید حق الاختصاص باشد.

جواب: ید بر این عین دارد. حق الاختصاص ید بر عین نیست، او حق اختصاص دارد.

سؤال: علی اليد ما اخذت حتی تؤدی یعنی چی؟

جواب: عین را باید تأدیه کند نه اختصاصش را. حتی تؤدی یعنی خود عین را به شما بدهد، تأدیه عین کند نگفته تأدیه اختصاص کند. تارة تأدیه اختصاص می کند عین محل آن است، برای تأدیه اختصاص، عین را می دهد تبعاً. اما اینجا می گوید خود عین را بدهد و تأدیه خود عین کند. یکی از استدلال ما در پاسخ به امام ره همین نکته است، ایشان هم ضمانتها را درست می کند و می گوید ضمانتها معنای اعمی دارد، ولی این حمل درست نیست، چون در همینجا هم که می گوید یضمن بالغصب، اگر غاصب اتلاف کرد، می گوئیم باید مثل یا قیمتش را به موقوف علیهم بدهد. بدهد یعنی تملیک کند. معنای بدهد این نیست که فقط در دست آنها بگذارد، بلکه ظاهرش این است که باید تملیک کند. لذا اینکه بفروماید

<sup>۱</sup> المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۲۸۷

ضمان هست ولی نه به معنای اینکه تملیک او کند بلکه باید در اختیار موقوف علیهم قرار دهد تا از آن استفاده کنند، خلاف ظاهر است. آنهایی که می گویند ضمان ثابت است یعنی چی؟ یعنی ضمان را مفروغ عنه گرفته اند به این معنا که ضمان مثل و قیمت دارد، یعنی مثل و قیمت را باید تملیک اینها کند. کما اینکه در ضمانات دیگر نیز همینطور است. اگر مالی وقف نباشد و دیگری آن را تلف کند باید مثل یا قیمت آن را بدهد. مراد از «بدهد» این نیست که در اختیار او قرار دهد بلکه یعنی به او تملیک کند. بنابراین بحث بعد الفراغ از این است که ضمان به معنای تملیک کردن ضامن باشد. فعلا ما بحثی در صحت محتوا نداریم بلکه داریم استدلال کلام ایشان را بیان می کنیم چون به آن کار داریم. پس «یضمن» یعنی قیمت را به او بدهد، و این دادن به معنای تملیک کردن است.

**سؤال:** چون مالیت دارد مضمون شده، چون بین مالیت و ملکیت فرق است. بعضی مالها ملک نیست، اینجا شاید از باب اینکه مال است غصب مضمون است.

**جواب:** مفصل بحثش را مطرح می کنیم ما می خواهیم بگوئیم کشف از مالکیت می کند.

**سؤال:** تملیک در صورتی است که شما قبلا مالک نباشید، وقتی شما مالک باشید دیگر تملیک معنا ندارد. شما قبلا مالک بودید الان در اختیار شما قرار دادند. تملیک که نکردند.

**جواب:** در اختیار قرار دادن یعنی چه؟ باید تملیک کند. باید ببینیم ضمان یعنی چه؟ وقتی کسی ضامن می شود چکار می کند؟ ضمان تارة در مثل علی الید است که عین باقی است در این صورت ضامن باید خود عین را رد کند به صاحب آن. در اینجا تملیک معنا ندارد چون اصلا تحت مالکیت مالک هست و باید از ملکیت او خارج نشده است، اما در ضمان به مثل و قیمت، باید مثل و قیمت را بدهد، که به معنای تملیک کردن به او است. اگر ضامن مثل و قیمت را تملیک نکند به او، پس در ملک خودش باقی است.

**سؤال:** اصلا در ملکش نیامده.

**جواب:** ضامن مثل و قیمت را از کیسه خودش می دهد. مالک نیست یعنی چه؟ ضامن از جیب خودش جبران خسارت می کند. یعنی پول خودش را می دهد به آقایی که مالش را تلف کرده است که در اینجا موقوف علیهم هستند، این اگر تملیک نکند یعنی پس هنوز به ملک خودش باقی است. لذا از عهده ضمانش بر نیامده است.

فرمایشات مرحوم امام را بیان خواهیم کرد ایشان بهترین دفاع را از عدم ملکیت می کند هم در ضمانش، در نفعش، در بیعش، در صدقه اش و در جواب روایات، بهترین جوابها را ایشان اینجا مطرح کرده برای اینکه چرا لازم نیست وارد در ملک او شود که مفصل می آید.

پس شیخ در مبسوط می گوید همین که ید ثابت می شود و نیز با غضب، ضامن می شود کاشف از ملکیت است. مرحوم راوندی در کتاب فقه القرآن تقریبا همین عبارات شیخ طوسی ره را می آورد، فقط ذیلش مطلبی را اضافه می کنند: «و إذا وقف دارا و قبض فإنه يزول ملك الواقف كما يزول بالبيع و ينتقل الى الموقوف عليه، و هو الصحيح» که نظرشان را فرموده اند «و قال قوم ينتقل الى الله تعالى و إنما قلنا ذلك لأنه يثبت عليه اليد و ليس فيه أكثر» تا اینجا عین عبارت مبسوط بود. در پایان می فرمایند: «و الوقف على المساجد و ما فيه صلاح المؤمنين إنما يصح إن كانت هذه الاشياء لا تملك، لأن الوقف عليها لمصالح المسلمين فالوقف عليها (در مساجد و امثال این) وقف على المسلمين و المسلمون يملكون»<sup>۱</sup>.

امام ره در کتاب تحریر می فرماید لا ریب در اینکه در این موارد تحریر است. می گوئیم چرا لا ریب؟! می خواهیم بگوئیم آخرش این بود که این هم مثل وقف عام است و ایقاف است، اما در عین حال لا ریب ظاهرا از باب اینکه اینها وقف جهت هستند و جهت مالک نمی شود. که حالا این جوابش مفصل می آید. علی الظاهر از این باب می گویند لا ریب. جهت یعنی آن حیثیت مثل حیثیت مسجدیت و مثل حیثیت قنطره بودن و حیثیت مدرسه بودن، این حیثیات جهت هستند، وقف علی الجهات معنا ندارد که بگوئیم یدخل الملك فی الجهة. ظاهرا از این باب که خود جهت را موقوف علیه می دانند می گویند لا ریب که لا یدخل فی ملک الموقوف علیه.

ما انشاء الله در بحث بررسی اقوال عرض می کنیم که این تحلیل صحیح نیست و تحلیل دیگری دارد. مقصودم این است که شما ببینید مرحوم راوندی دارد تصریح می کند که فالوقف علیها در امثال مساجد که جهت هستند فالوقف علیها وقف علی المسلمين و المسلمون يملكون. بله معنا ندارد خود جهت و مسجد مالک باشند، که البته آن نیز مستبعد نیست که عرض می کنیم، ولی مسلمین که می توانند مالک بشوند. و فی الواقع وقف علی المسلمين. حالا در کلمات شهید در درس هم این مطلب خواهد آمد.

<sup>۱</sup> فقه القرآن (لراوندی): ج ۲، ص: ۲۹۳

مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه می فرماید: «و إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف و لم يجز له الرجوع في الوقف ... و ينتقل الملك الى الموقوف عليه لأنه يملك التصرف فيه و قبض منافعه، و هذا هو فائدة الملك. و تعلق المخالف بالمنع من بيعه لا يدل على انتفاء الملك لأن الراهن ممنوع من بيع المرهون و إن كان مالكا له، و السيد ممنوع من بيع ام الولد في حال عندنا و عندهم في كل حال و هو مالك لها. بعد بحث دیگری دارند، که این را مرحوم شیخ طوسی هم دارد، اینکه ما می گوئیم بیع نمی شود این هم مطلق نیست، علی أنه يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعاً و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة و دعتهم الضرورة الى بيعه، بدليل اجماع الطائفة».<sup>۱</sup> که اصلاً یک جاهایی می شود وقف را فروخت.

پس اولاً عدم جواز فروش مانع از ملکیت نیست، ثانیاً یک جاهایی می شود فروخت.

مرحوم ابن ادریس می فرماید: «فإذا وقف شيئاً زال ملكه عنه». این هم مثل فرمایش دیگران. بعد می فرماید: «فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك و لا التصرف فيه ببيع و لا هبة و لا غيرهما و لا يجوز لأحد من ورثته (الواقف) التصرف فيه» می گوید چون از ملک واقف خارج شده است، «سواء احدث الموقوف عليه ما يمنع الشرع من معونته أو لم يحدث». این کنایه به فرمایش مرحوم شیخ مفید در مقنعه است، ایشان گفته بود که یدخل فی ملک الموقوف علیه مگر اینکه موقوف علیه در وقف یک احداث امری کند که شارع یمنع من معونته، اینجا می گویند که از ملکش خارج می شود. ایشان دارد اشاره می کند که این حرف صحیح نیست و مطلقاً از ملک واقف بیرون می رود. لأنه بعد قبضه قد صار ملكاً من املاكه و مالا من امواله فله حكم سائر امواله».<sup>۲</sup> دوباره ابن ادریس تصریح می کند که بعد القبض می شود مال آقای موقوف علیه و ملک او می شود. در ذیل می فرماید: «قد قلنا إنه إذا قبض الوقف زال ملك الواقف عنه و صار ملكاً للموقوف عليه فإذا ثبت أنه يزول و هو الصحيح فإنه ينتقل الى الموقوف عليه، و قال قوم ينتقل الى الله و لا ينتقل الى الموقوف عليه». بعد پائینتر می گوید حق هم همین است که ما می گوئیم. بعد استدلال می آورد مثل استدلال مرحوم شیخ که من دیگر تکرار نمی کنم، که ضمان به غصب دارد و ید برای او اثبات می شود و اینکه مانع از بیع داشتن معنایش عدم ملک نیست.

بعد یک نکته ای را اضافه می کند که از آثار این بحث است، لعل ما به اینها هم نیاز داریم دوباره برگردیم، چون مرحوم سید اعلی الله مقامه که یک فقیه جسوری است می گوید وقف ایقاف است و اصلاً وارد ملک آنها نمی شود، بعد

<sup>۱</sup> غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۸

<sup>۲</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، ص: ۱۵۲

می گوید آن چیزی هم که اول ما پذیرفتیم که از ملک واقف خارج می شود آن نیز قابل تردید است. چه کسی گفته است که اگر چیزی هیچ اثری برای کسی ندارد نمی تواند ملک شود؟! نه این هم عیب ندارد. حالا اینها را هم کار نداریم. بعد ایشان می گوید: بحث از انحاء نظرهایی که در مورد ورود وقف در ملک موقوف علیهم هست اثری ندارد که بگوئیم وارد ملکش می شود یا نمی شود. آن چیزی که مسلم است این است که منافع مال موقوف علیهم است و می توانند در آنها تصرف کنند، این عین هم در اختیار اینها هست و نمی توانند آن را بیع کنند چون متعلق حق بطون بعد هم هست. لذا می فرمایند بعد از اینها بحث از ملکیت اثری دارد؟ و اگر بفرمائید فقهاء در طول تاریخ فقه آثاری بر آن بار کرده اند. می گوید بله آن آثاری هم که ذکر کرده اند به نظر ما مترتب نیست، آنوقت ایشان چند اثر را آورده است. یکی از آن ثمرات را ابن ادریس می گوید، این را من یادم نیست در زمره آثاری که مرحوم سید می گوید هست یا نه. آنجا بحث نفقه هست، بحث زکات هست که آیا تعلق می گیرد یا نه، بحث پرداخت زکات فطره هست که حالا اگر وقف کردیم شاید آنها را هم بحث کردیم، فکر کنم قبلا به یک مناسبتی برخی از اینها را بحث کرده باشیم. حالا یکی از مواردی که به عنوان اثر مرحوم ابن ادریس می گوید این بحث این است که می گوید: اگر گفتیم به ملک موقوف علیهم در می آید در دعوی در مورد این مال می شود به یک شاهد و یمین اکتفا کرد. این یک بحثی در کتاب القضاء است که در دعاوی مالی (نه غیر مالی) می توان به یک شاهد و یمین اکتفا کرد، یعنی یمین جای شاهد دوم را می تواند بگیرد. چون علی القاعدة البينة علی المدعی و الیمین علی من انکر است یا در بعضی تعبیر روایات، علی المدعی علیه است. در امور مالی روایت خاص داریم که شاهد و یمین واحد کافی است. ایشان می گوید اگر منتقل شد به موقوف علیهم و دعاوی مالی شد ظاهر این است که می شود به یک شاهد و یک یمین اکتفا کرد. اما اگر گفتیم داخل در ملک موقوف علیهم نمی شود ما نمی توانیم در این دعاوی بشاهد واحد و یمین اکتفا کنیم. مثلا اگر گفتیم ملک خداوند می شود نمی شود اکتفا کرد. «فعلى هذا التحرير فهل يقبل فى الوقف شاهد واحد و یمین المدعی أم لا؟ من قال ينتقل الى الله قال لا تقبل فى ذلك الا شهادة شاهدین، و من قال ينتقل الى الموقوف علیه قال تقبل فى ذلك شهادة واحد و یمین المدعی الذى هو الموقوف علیه، لأن شهادة الواحد و یمین المدعی تقبل عندنا فى كل ما كان مالا أو المقصود منه المال، والوقف مال أو المقصود منه المال بغير خلاف»<sup>۱</sup>.

این فرع به عنوان یک ثمره برای اینکه در ملک موقوف علیهم وارد می شود یا نه در کلمات فقهاء بعدی هم تکرار شده است. حالا بعدا باید بررسی کنیم اگر مرحوم سید اینها را جواب نداده خب یکی از اشکالات کار ایشان می شود. چون گفته فائده ای ندارد این بحث که آیا به ملک موقوف علیهم در می آید یا نه، چه اثری دارد؟ در حالی که آثارش همین است.

<sup>۱</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، ص: ۱۵۳

از عجائب این است آنچه الان در خاطر من است باید با دقت بیشتری کلام ایشان را نگاه کرد، می گوید اثری ندارد ولی بعد خود ایشان می گوید اگر به ملک دربیاید و یک امه ای باشد و منحصر باشد، خب اگر جمع کند واقف بین خودش و این امه، خب تدرأ عنه الحد، حد زنا برای او نیست. اما اگر ملکش نباشد و تصرف کند زنا می شود. حالا در آن اول هم ممکن است بگوئیم متعلق حق دیگران است چون بطون آینده دارد اما فرض کنید انحصاری باشد، یعنی بر اولادش وقف کرده و از اولاد هم فقط همین یکی مانده و این یکی هم امه در اختیارش قرار گرفت، علی الظاهر جمع شدن با او و وطی آن امه نباید منعی داشته باشد، خب آنوقت اگر ملکش نباشد زنا است و حد دارد، ولی اگر ملکش باشد چرا زنا باشد، مشکلی ندارد ملکش بوده.

عرض من این است که: این اثر را خود ایشان هم دارد، حالا چطور می گوید اثر ندارد نمی دانیم. مقصودم این است که در ذهن دوستان باشد، در طی این کلمات این آثار هم به آن اضافه شده است.

مرحوم کیدری در اصباح الشیعه می فرماید: «و إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف... و ينتقل الملك الى الموقوف علیه».<sup>۱</sup>

محقق صاحب شرایع در لواحق بحث وقف نیز همین مطلب را قبول دارد می فرماید: «و فيه مسائل الاولى الوقف ينتقل الى ملك الموقوف علیه لأن فائدة الملك موجودة فيه و المنع من البيع لا ينافيه كما في ام الولد، و قد يصح بيعه علی وجه».<sup>۲</sup>

اما مرحوم یحیی بن سعید که گفتم عبارتش را بعضی علیه انتقال به ملک موقوف علیهم آورده اند این است که فرموده: «و الوقف لازم لا يجوز للواقف الرجوع فيه حيا و لا لورثته، و قيل ينتقل الوقف الى الموقوف علیهم و إن لم يجز لهم بيعه، فعلى هذا لو اقام الموقوف علیه شاهدا واحدا و حلف معه حکم به (در دعاوی) و قيل يصير الله تعالى و لا يملكونه. و لا خلاف أنه يضمن بقيمته».<sup>۳</sup> این هم یک نکته مهمی است که در عین حال که ایشان برایش ثابت نیست ولی می گوید و لا خلاف أنه يضمن بقيمته، که این را ما باید بحث کنیم که یضمن بقيمته لازمه اش ملک نیست؟ که بحث آتی است انشاء الله.

<sup>۱</sup> إصباح الشيعة بمصباح الشريعة؛ ص: ۳۴۶

<sup>۲</sup> شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۱۷۲

<sup>۳</sup> الجامع للشرائع؛ ص: ۳۶۹

علی بن محمد قمی در جامع الخلاف در ابتدا بحث خروج از ملک را مطرح می کند، و در پایان می فرماید: «و یتنقل الی الموقوف علیه لأنه یملک التصرف و قبض منافعه و هذا هو فائدة الملك. و تعلق المخالف بالمنع من بیعه لا یدل علی انتفاء الملك»<sup>۱</sup>، که دیگران هم گفته اند.

مرحوم علامه حلی در کتاب ارشاد می فرماید: «الوقف یتنقل الی الموقوف علیه فلو وقف حصته من العبد ثم اعتق أو اعتق الموقوف علیه لم یصح»<sup>۲</sup> که واضح است که اگر از ملک خودش بیرون کرد و عتق کرد خب عتق ما لا یملکه است دیگر، وبخاطر آن صحیح نیست. ولی حالا محل استشهاد این است که الوقف یتنقل الی الموقوف علیه.

مرحوم علامه در کتاب تحریر الاحکام می فرماید: «السادس إذا صح الوقف زال به ملک الواقف عنه و الاقرب أن الموقوف علیه یملکه ملکا غیر تام فیثبت بشاهد و یمین و من قال بانتقاله الی الله تعالی لا یثبت الا بشاهدين»<sup>۳</sup> که قبلا نکته اش گذشت.

مرحوم علامه در کتاب قواعد می گوید: «الفصل الثانی فی الاحکام: الوقف إذا تم زال ملک الواقف عنه ثم...» اینجا شروع یک تفصیل است، تا به حال در این عباراتی که بیان کردیم از کلمات فقهاء تا زمان علامه هیچ تفصیلی وجود نداشت که تفصیل بدهند بین مسجد و غیر مسجد، یا بین وقف بر جهات و غیر جهات. اما اینجا مرحوم علامه در قواعد می فرماید: «إذا تم زال ملک الواقف عنه ثم إن کان مسجدا فهو فک ملک کالتحریر و إن کان علی معین فالاقرب أنه یملکه و إن کان علی جهة عامه فالاقرب أن الملك لله تعالی»<sup>۴</sup> اینجا شروع تفصیل بین سه قسم است.

در کتاب مختلف هم شبیه همین را ایشان می فرماید: «الوجه عندی الاول» که زال ملکه و ملکه الموقوف علیه علی الصحیح. بعد می فرماید قول مخالف هم هست لکن الوجه عندی الاول. که موقوف علیه مالک می شود.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> جامع الخلاف و الوفاق، ص: ۳۶۸

<sup>۲</sup> إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۱، ص: ۴۵۴

<sup>۳</sup> تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)؛ ج ۳، ص: ۲۹۰/۲۹۱

<sup>۴</sup> قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۳۹۴

<sup>۵</sup> مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۶، ص: ۲۹۴

مرحوم عمید الدین در کتاب کنز الفوائد که شرح کلام علامه در قواعد است ایشان نیز همین مطلب بیان می کند. فخرالمحققین هم دوباره همین را قبول کرده است که انتقال پیدا می کند و در ادامه فرمایش مرحوم علامه را توضیح می دهد. و به دو روایت هم تمسک می کند که می خوانیم، که علی الظاهر برخی از آنها اشکال دارد و دلالت ندارد، محقق ثانی در جامع المقاصد به این روایات پاسخ داده است.

### شهید و راوندی مسجد را وقف علی المسلمین میدانند حقیقتاً

شهید اول را هم بخوانم چون یک نکته ای دارد و دیگر تمام می کنیم. می فرماید: «الوقف إذا تم لم یجز الرجوع فيه سواء حکم به حاکم أو لا و یتقل الی ملک الموقوف علیه علی الاقرب» بعد می فرماید: «اما الجهات العامة فالظاهر أن الملك لله تعالى». و در مقام استدلال می فرماید «لامتناع اضافته الی المسجد و الرباط» نمی شود ملک را به مسجد و رباط اضافه کنیم. «و لو قيل بانتقاله الی المسلمین امکن». حتی در مسجد، ایشان می گوید أمکن. «لأنه فی الحقيقة وقف علیهم» (حتی در مسجد وقف بر مسلمین است) اما جعل البقعة مسجدا فهو فک ملک کالتحریر. چون یکوقت ما می آییم یک ارضی را مسجد می کنیم و یک وقت بقعه ساخته شده ای را، می گوید این ظاهراً فک ملک است «و لا یحتاج فيه الی المالک و یمکن القول بانتقاله الی المسلمین»<sup>۱</sup>.

پس نکته مهم این است که حتی در جهات عامه و حتی در مسجد هم فقیهی مثل مرحوم راوندی یا شهید اول تصریح می کنند که این وقف علی المسلمین است حقیقتاً، و می شود اینطور باشد و بنابراین انتقال به خداوند هم پیدا نکند، چون انتقال به خداوند هم توجیه می خواهد یک معنایی می خواهد که انشاءالله آن را نیز عرض می کنیم.

فقهائ بعدی هم تقریباً همینطور است، ما کسی را ندیدیم تا این اواخر که اینها بگویند وارد ملک موقوف علیهم مطلقاً نمی شود. در جهات یا مسجد گفته اند نمی شود، اما در مورد وقف خاص نگفته اند.

پس به نظر می آید رد اینجا هم یک اجماعی است، همانطور که در خروج از ملک بود. و ما سابقاً برای خروج از ملک به اجماع تمسک کردیم.

<sup>۱</sup> الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۲، ص: ۲۷۷



## استدلال امام ره در کتاب البیع به اجماع

اخیرا دیدیم که مرحوم امام ره در کتاب البیع برای خروج از ملک می گویند این ادله ای که گفته اند به درد نمی خورد و سند فقط اجماع است بر اینکه بعد الوقف از ملک واقف خارج می شود. البته ایشان به یک بحث ارتکازی عقلائی هم تمسک می کند ولی سند اجماع است. به نظر می آید که آن اجماع در ورود در ملک موقوف علیهم نیز تمام است و ما قول مخالف علی الظاهر نداریم.

حالا فردا می خواهیم مجموعه استدلالها را بخوانیم. اگر اجماع را پذیرفتیم خودش یک دلیل مستقل است که من فکر می کنم تمام است، اگر نپذیرفتیم استدلالهای دیگری که برای دخول در ملک موقوف علیهم شده را بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته .....	۴۶۲
دخول واقف در وقف در جهات عامه .....	۴۶۳
بررسی کلام با مبانی در تعریف وقف .....	۴۶۵
وقف بر معانی مصدريه مثل احجاج .....	۴۶۵
تنظیر مقام به خمس و زکات و بحث شخصیت حقوقی .....	۴۶۶
ادله دخول در ملک موقوف عليهم .....	۴۶۸
دلیل اول: ملکیت نمائات .....	۴۶۹
دلیل دوم: ضمان غاصب نسبت به موقوف عليهم .....	۴۷۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در قسمت دوم مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسیلة بود که آیا بعد از وقف مال موقوف وارد ملک موقوف عليهم می شود یا نه؟

جلسه گذشته کلمات فقهاء را نقل کردیم برخی از فقهاء به اطلاق فرموده اند مال موقوف داخل در ملک موقوف عليهم می شود و برخی از فقهاء قائل به تفصیل بین مسجد و جهات عامه و وقف خاص شدند و برخی نیز جهات عامه و مسجد را یکی کرده اند و همه را تحریر می دانند و در وقف خاص می گویند وارد ملک موقوف علیه می شود. البته گاهی وقف عام (نه جهات عامه) و وقف خاص را یکی می کنند، مثل وقف بر فقراء و علماء و غیره، که آن را مانند وقف خاص می دانند که عین موقوف، داخل در ملک می شود. و گاهی وقف عمومی را با وقف بر جهات یکی می کنند، که قبلاً اشاره کردیم که بعضی ها اینطور فرموده اند.

جلسه گذشته عرض کردیم بعید نیست بر ورود مال موقوف در ملک موقوف علیهم در وقف خاص اجماع محقق باشد. چون فقهاء یا به نحو اطلاق فرموده اند، یا بخصوص وقف خاص. فقهاء متقدم مثل شیخ طوسی، ابن زهره و ابن ادریس و دیگران تا زمان مرحوم علامه همه معتقدند مال موقوف داخل در ملک موقوف علیهم می شود. پس اقلش این است که در وقف خاص و در وقف عام غیر از وقف بر جهات مثل وقف بر مسجد می توانیم بگوئیم که مال موقوف داخل در ملک موقوف علیهم می شود.

## دخول واقف در وقف در جهات عامه

در مورد وقف بر جهات یک بحث مهمی وجود دارد که در مسئله ۲۴ یعنی بحث لزوم خروج خود واقف از وقف مطرح شد. در آنجا بیان شد که واقف نمی تواند بر خودش وقف کند. لذا به هر نحوی وقف کند که به خودش برگردد این وقف باطل است. حال بالنسبه باطل است یا همه اش باطل است، این دیگر تابع کیفیت وقف است.

لذا در ذیل این مسئله فقهاء مسئله دیگری را طرح کرده اند، گفته اند اگر بگوئید من وقف کردم بر خودم و اولادم یا بگوئید وقف کردم بر اولادم و اینکه مادامی که هستم خودم استفاده کنم، در همه این موارد وقف نسبت به خودش باطل است. اما همین فقهاء معتقدند اگر وقف کند بر عناوین عامه و خودش مصداق قرار بگیرد اشکالی ندارد. یا فرموده اند اگر وقف بر جهات عامه کرد و خودش مصرف شد اشکال ندارد. البته ما آنجا تفصیلاتی را مطرح کردیم چون وقف بر عموم دو جور است: یکوقت وقف بر عموم است به نحو سرایت، در این فرض ما به تبع عده ای اشکال کردیم گفتیم فرقی نمی کند که به نحو وقف خاص بگوئید برای خودم وقف کردم یا برای خودم در ضمن موقوف علیهمی که تسمیه می کند مثلاً می گوید اولادم و خودم، یا به نحو وقف بر عنوان عامی باشد که بالسرایه مرا هم شامل می شود، فرقی در این جهت نمی کند و چنین وقفی نیز اشکال دارد. ولی همین را عده ای تصحیح کرده اند. پس در جائی که وقف بر عنوان باشد به این صورت که وقف بر عنوان برای کل واحد واحد باشد نه به صورت مصرف، در صحت وقف اشکال هست، اما اگر وقف شود بر عنوانی که کل واحد، مصرف باشند، عرض شد که در اینجا باید وقف شود بر عنوان به نحو شخصیت حقوقی، بطوری که این عنوان مالک شود؛ آنوقت آحاد می شوند مصرف. یعنی واقف تملیک می کند به عنوان، عنوان فقیر می شود مالک، عنوان علماء می شود مالک و خود واقف می گوید مصرفش اینها باشند. آنوقت در مصرف نه تقسیم لازم است نه ملاحظه نسبت لازم است، به هر فردی که داد اشکال ندارد من جمله خودش هم همینطور است. این علی الظاهر اشکال ندارد.

الان بحث ما راجع به این این است که موقوف علیهم در جهت چی می باشد، چون عده ای می گویند در وقف بر جهت که روشن است که شمولش نسبت به خود طرف اشکالی ندارد. اگر کسی وقف کرد بر مدرسه به نحو جهت، استفاده خود واقف از این مدرسه در صورتی که مصداق موضوع باشد اشکالی ندارد. زیرا عنوان مالک نیست تا بگوئیم عنوان به تسریه شامل واقف نیز می شود. اما اگر گفتیم وقف بر علماء، وقف بر مدرسین، به نحو سرایت باشد در این صورت شامل واقف نیز می شود و نسبت به حصه این واقف باطل است اما این اشکال در وقف بر جهت وجود ندارد. وقف بر حیثیت عالمیت است. بر حیثیت مدرسیت و امثال آن است. این حیثیت ها مالک می شوند لذا منعی ندارد. البته ممکن است مالک شدن جهت را همه نپذیرند. مرحوم سید معتقدند جهت می شود موقوف علیه باشد. ما آنجا بحث کردیم گفتیم به نظر می رسد که این حرف قابل تصویر نیست. علی الظاهر در وقف اینطوری است که یک واقعی هست و یک جهت وقفی هست و یک منتفعی هست که موقوف علیه است. موقوف علیه در این موارد منتفعین این وقف هستند. معمولش که اینطور است. آنوقت در وقف بر جهت، اگر جهت موقوف علیه باشد معنا ندارد که جهت انتفاع برد. اگر بر حیثیت ما وقف کنیم جهت انتفاع ببرد معنایش روشن نیست. ممکن است ما شخصیتهای حقوقی درست کنیم عقلائی باشد، عمده بحث این نیست که محال است یا نه، عمده بحث این است که عقلائی هست یا نه، آیا عقلاء این کار را می کنند؟ ما در باب شخصیت حقوقی اگر پذیرفتیم می گوئیم ما وقف می کنیم بر این شخصیت حقوقی که یک شرکت است یا یک موسسه خیریه است، اگر شخصیت حقوقی را پذیرفتیم خب وجهی دارد، عقلاء در عالم دارند این کار را می کنند. مثلا در اساسنامه دانشگاه ها می آورند که بخشی از منابع مالی شان از کمکها و مساعدتهای خیریه است یا مساعدتهای اشخاص خاص یا هبه و هدیه و امثال این. خب به چه کسی هبه می کنند؟ مردم که نمی آیند به آحادی مثل رئیس دانشگاه یا هیئت علمی هبه کنند، بلکه به دانشگاه هبه می کنند. یعنی در دنیا این معقول شمرده شده است چون فرضشان قبول شخصیتهای حقوقی است که خودمان به قرار و اعتبار و جعل می سازیم. کثیری از علماء این را قبول ندارند. البته فی الجمله شخصیت حقوقی را قبول دارند مثل امامت و غیره، اما اینکه ما با اعتبار و جعل خودمان شخصیت حقوقی بسازیم را قبول ندارند. ما البته قبول داریم و به تفصیل در جای خودش گفتیم.

حالا عرض ما این است که بحث یک بحث عقلائی است، آیا عقلاء در جهت واقعا می پذیرند که حیثیت مدرسیت موقوف علیه شود، حیثیت فقر موقوف علیه شود؟ مرحوم صاحب مسالک می آید جهت را معنا می کند می گوید در وقف بر جهت فقر شده بعدش می گوید فقراء موقوف علیهم هستند. این به چه معنا است؟ ممکن است به این صورت تفسیر کنیم که جهت فقر حیثیت و جهتی است که داعی واقف برای وقف کردن است. این حرف خوبی است، اما آیا در این فرض، جهت وقف خودش موقوف علیه است؟

## بررسی کلام با مبانی در تعریف وقف

ما بعد از اینکه از بحث اجماع و از آن تحلیل مرحوم امام که با صرف اینکه وقف را به معنای ایقاف بدانند می خواستند مسئله را حل کند فارق شدیم و اشکال نظر ایشان را نیز بیان کردیم، گفتیم طبق تعریف ما از وقف که مجعول اصلی است تحلیل ماهیت این مجعول اصلی مهم است که چه آثاری بر آن مترتب است. آثار را هم ما نمی توانیم کشف کنیم مگر با مراجعه به عقلاء در آنجائی که عقلائی است و مراجعه به شرع در آنجایی که اثر شرعی است. حال در پی آن اثرها هستیم و شروع کردیم به پیدا کردن آن اثرها. اولین اثر، بحث وقف بر جهت است که در وقف بر جهت چه چیزی رخ می دهد. ما در وقف بر جهت می گوئیم وقف در واقع بر مسلمین است یا بر عموم کسانی که قابلیت انتفاع دارند مثلاً مدرسین، وقف بر آنهاست. عده ای از فقهاء نیز به این مطلب تصریح کرده اند مانند شهید اول در دروس یا قطب الدین راوندی در فقه القرآن یا شهید ثانی در مسالک که قائلند وقف در این جهات عامه بر خود آحاد مسلمین است که در جلسه گذشته خواندیم.

لذا عرض ما این است که موقوف علیه نمی شود جهت باشد. نمی شود نه اینکه محال است بلکه عقلائی نیست، یعنی عقلاء وقف بر خود حیثیت نمی کنند.

## وقف بر معانی مصدریه مثل احجاج

با این توضیح می خواهیم اشکال دیگری بر کلام مرحوم امام ره وارد کنیم. امام رحمت الله علیه هم در بحث اصل تعریف وقف و هم در بعضی استدلالهای آتی می گویند ما وقف بر معانی مصدریه هم داریم مثل احجاج، وقف بر بردن به حج که معنای مصدری است، وقف بر ارسال مشاهد، کسی وقف کند منافع و پولی که از مزرعه یا باغ یا از اجاره منزلش در می آید برای فرستادن عده ای برای زیارت مشهد. ایشان می گوید بر خود این ارسال وقف می کنند که معنای مصدری است. یا وقف بر حیوانات که بحث دیگری است. ما می خواهیم بگوئیم آنجا هم علی الظاهر درست نیست. ما وقف بر احجاج نمی کنیم، ممکن است عبارت اینطوری بگویند اما لبش وقف بر مسلمین است یا عده ای خاص است، مثلاً می گویند علماء را به حج ببرید یا به زیارت حضرت ثامن الحجج علیه السلام ببرید. یک دایره ای داریم از آحاد یا کل مسلمین یا عده خاصی، این احجاج جهت وقف آن است، موقوف علیهم یا مسلمین هستند یا گروه خاصی از مسلمین هستند و جهت انتفاعشان احجاج است. در باب ارسال به مشاهد هم همینطور است. مرحوم امام هم در بحث تعریف برای نقض به کسانی که گفته اند وقف تملیک و مانند آن است، می فرماید تملیک به معنای مصدری که معنا ندارد، ما می گوئیم به همین دلیل وقف بر معنای مصدری هم معنا ندارد. ایشان این را مسلم گرفته اند که وقف به معانی مصدریه مثل احجاج معنا دارد

و چون تملیکش معنا ندارد استنباط می کنند که پس وقف تملیک نیست. ما عرض می کنیم وقفش هم درست نیست. اگر بالدقه می خواهید بگوئید وقف بر جهت مصدري، عقلائی نیست. چون در وقف یک موقوف عليهم داریم و یک جهت انتفاع داریم. ظاهر اوقاف این است. پس در اینجا هم در واقع مسلمین و مانند آن موقوف عليهم هستند و احجاج جهت انتفاع است. مثل اینکه من بگویم من وقف کردم بر اولادم انتفاع از این دار را، انتفاع از دار جهت انتفاع است و ربطی به موقوف عليهم ندارد.

**سؤال:** احجاج یعنی حج بردن، مثلاً یک مؤسسه ای است من وقف این مؤسسه کردم مصدري اش این است که مؤسسه احجاج می کند.

**جواب:** پس در این صورت مؤسسه موقوف علیه می شود.

**سؤال:** کاروانهایی کارشان حج بردن است.

**جواب:** کاروانها کارشان احجاج است، وقف بر این کاروان کردید یا وقف بر جهت احجاج کردید؟

**سؤال:** من وقف بر جهت احجاج کردم که با اینها دارد تحقق پیدا می کند.

**جواب:** ما می گوئیم همانهایی که دارند انتفاع می برند موقوف عليهم هستند. همان کاروان و مؤسسه و آحادی که دارند می روند حج، ما می گوئیم اصلاً اینها موقوف عليهم هستند.

**سؤال:** می برند حج، یعنی کارشان این است.

**جواب:** اینکه بحث انتفاعش هست، مقصود این است که آحادی هستند منتفع می شوند آنها موقوف عليهم هستند.

## تنظیر مقام به خمس و زکات و بحث شخصیت حقوقی

ما در باب زکات و خمس و امثال این که مرحوم سید هم مثال زده اند آنجا عرض کردیم تارة بر طبیعی فقیر است، در آنجا سرایت را به کثرات قهری می دانیم، لذا این مال باید بین همه تسهیم شود. مثل اینکه خودش تصریح کند که من بر کثرات وقف کردم. اما یکوقت بر عنوان الفقیر است. عنوان الفقیر را باید معنا کنیم. در کلمات بسیار آمده است که عنوان مالک می شود. عنوان مالک می شود یعنی چی؟ عنوان طبیعی است، طبیعی مالک می شود یعنی چی؟ طبیعی در کثراتش سرایت دارد.

ما آنجا این را حل کردیم به اینکه عنوان بشود شخصیت حقوقی. یعنی یک اعتباری پشت آن است. عناوین بما هو عنوان امر تکوینی است، مثل طبیعی انسان و طبیعی فقیر. این سرایتش در کثراتش تکوینی است. کسی نمی تواند بگوید من جلو این را می گیرم، بلکه همه مالک می شوند. مگر اینکه ما بگوئیم که وقف یا تملیک یا زکات هر چه گفتیم، خود عنوان مالک می شود یعنی به عنوان شخصیت حقوقی بدهیم. این تابع یک جعل و قرار و اعتبار مسبوق است، که ما الفقیر را یک شخصیت اعتباری برایش قائل باشیم که مثل آحاد شخص حقیقی مالک می شود، آنوقت بگوئیم مصرفش آحاد فقراء هستند نه اینکه تطبیق عنوان بر آنها می شود. آن حرف معقولی است. این حرف را ما آنجا گفتیم، البته من ندیدم کسی بگوید الا در بحث شخصیت حقوقی آقای حائری حفظه الله می فرمود که علماء شخصیت حقوقی هستند، ما آنجا به ایشان اشکال کردیم و اشکال هم وارد است، که صرف العلماء شخصیت حقوقی نمی شود، مثل بقیه عناوین عامه است. از این جهت مثل طبیعی انسان می ماند. حالا در علم اشتقاقی است، انسان مثلاً نوع طبیعی است، ولی از این جهت یکی هستند که یک کلی است حاکی از محکیات خودش.

اصلاح حرف ایشان در آنجا و در بحث ما این است که اگر العلماء را شخصیت حقوقی قرار بدهیم با همان جعلها و قرارها، همانطور که با اساسنامه ما شرکت درست می کنیم و شخص حقوقی می شود، العلماء را نیز با قرارمان شخصیت حقوقی قرار بدهیم، آنوقت می شود تملیکش کنیم بنابراینکه شخصیت حقوقی بشود مالک شود، بشود هبه کند، بشود خرید و فروش و امثال این داشته باشد.

پس عرض ما این است که در وقف بر جهات نمی گوئیم ثبوتاً محال است، شما وقف بر دیوار هم ممکن است بگوئید ثبوتاً می شود کرد ولی عقلانی نیست. تحلیل ما این است که عقلاء در باب وقف یک واقفی دارند یک موقوف علیهمی دارند و یک جهت انتفاع دارند. در وقف علی الجهات موقوف علیه شان مسلمین هستند حتی اگر هم تصریح نکنند یا گروه خاصی که متناسب با او هستند. مثلاً اگر وقف می کند بر جهت مدرسه، واضح است که متفعینش کسانی هستند که تدریس و تدریس داشته باشند نه کسی که شغلش مثلاً مکانیکی است. از اینجا دایره موقوف علیهم را می فهمیم. حالا اینها دیگر بحثهای اثباتی است، ثبوتش همان بود که گفتیم.

**سؤال:** وقف بر پرده کعبه مال کیست؟

**جواب:** یا برای مسلمین قرار می دهیم لا انتفاعهم چون این پرده یک آثاری برای آنها دارد. یا اینکه نه وقف برای خود کعبه می کنیم، به کعبه شخصیت حقوقی می دهیم می گوئیم مثل یک انسان می تواند ملکیت را بپذیرد، ولی چه کسی قبول

می کند؟ حالا یا متولی یا حاکم قبول می کند. اگر ما پرده را برای کعبه قرار می دهیم کعبه می شود مالک. وقف کعبه می کنیم، کعبه می شود آن شخصیت حقوقی که قبول می کند. تفصیل بیشتر در ضمن بحثهای حضرت امام ره خواهد آمد.

عرض ما این بود که این تعبیری که در فرمایش ایشان هست که می فرمایند: خروج از ملک لا ریب فیه بعد می فرمایند: «كما لا ینبغی الریب فی أن الوقف علی الجهات العامة کالمساجد و المشاهد و القناطر و الخانات و المقابر و المدارس و کذا اوقاف المساجد و اشباه ذلک» (هم خود مساجد و هم اوقافی که برای مسجد می شود) لا یملکها احد، بل هو فک الملک و تسبیل المنافع علی جهات معينة»<sup>۱</sup>.

من عرض می کنم اگر مقصود از لا ریب که می فرماید این است که چون وقف بر جهت است کسی مالک نمی شود، که این درست نیست، که الان توضیحش را دادیم. بله یک حرف دیگری اینجا ممکن است گفته شود که به همان دلیل که بعدا ایشان انکار می کند که در وقف خاص هم آحاد مالک شوند، اینجا هم کسی مالک نمی شود. اگر این باشد آنوقت باید استدلال آتی را بحث کنیم. من مقصودم این است که ایشان اینجا می گوید لا ریب، اما در وقف بر خاص و بر عام و وجوهش ایشان می فرمایند وجوه لا یبعد که وقف ایقاف باشد. در بقیه می گویند وجوه لا یبعد کذا در اینجا می گویند لا ینبغی الریب. لا ینبغی الریب ظاهرا برای این است که وقف بر جهت که می شود جهت کسی نیست که به او تملیک شود و تملیک به او معقول نیست. چون در استدلالهای کتاب البیع می گویند و اینجا هم بحثش می آید، مثل احجاج می ماند، معنای مصدری است مثلا، تملیکش معقول نیست، از این حیث می گویند لا ینبغی الریب. اگر این مقصود است الان جوابش را دادیم.

اما اگر مقصود این است که کلا در باب وقف موقوف علیهم مالک نمی شود چون وقف ایقاف است، این را هم که جوابش را گفتیم، پس ایشان می گوید ادله ای که برای مالکیت اقامه کرده اند، همه را رد می کنیم پس دلیلی نداریم.

## ادله دخول در ملک موقوف علیهم

حالا باید شروع کنیم در این ادله. تقریبا ایشان در کتاب البیع به تفصیل این ادله را آورده اند، شاید از کتب فقهی دیگر بهتر ایشان جمع کرده اند، تمام ۵ دلیل اقامه شده برای اینکه موقوف علیهم مالک نمی شوند را ایشان ذکر می کنند. این حرف در وقف خاص هم می آید، در وقف عام هم می آید، در وقف بر جهات هم می آید.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۷



## دلیل اول: ملکیت نمائات

اولین دلیل افرادی که می گویند مال موقوفه داخل در ملک موقوفه می شود این است که: نمائات مال موقوف علیهم هست لذا اگر کسی اتلاف کند ضامن است. پس باید موقوف علیهم مالک باشد تا متلف ضامن شود.

امام ره هر دو را جواب می دهند. می گویند:

اما نماء، اینکه نماء مال موقوف علیهم هست، این دلیل بر ملکیت نیست. در اجاره منفعت مال مستأجر است ولی مستأجر مالک نیست، مستأجر فقط مالک انتفاع و منفعت است، مالک عین نمی شود. خب در باب وقف هم همینطور.

اینجا کسی مطلبی بیان کرده و ایشان با یک کلمه که قبول نداریم رد می کنند. و آن این است که: یک فرقی وجود دارد بین وقف و بین اجاره. اجاره مدت محدودی است لذا در اجاره باید وقت ذکر کنند که یک سال و دو سال و ده سال و صد سال اما در باب وقف تأبیدی است، ولو بر کسانی باشد که یقراض غالباً ولی حد نباید قرار بدهید. گرچه عده ای از فقهاء با قرار دادن حد هم وقف را قبول دارند مثل مرحوم سید، ولی عموماً قبول ندارند. مقصودشان از تأبید یا دوام هم همین است، می گویند نباید شما ذکر کلمه ای کنی که محدود کنی و زمان را محدود کنی، ولو اینکه خارجاً غالباً بداننی که دیگر بعد از دویست سال نیست، ولی نباید وقف را محدود کنید. لذا ممکن است کسی به مرحوم امام بفرماید فرق است بین باب اجاره و بین باب وقف، چون در بحث وقف شما حد نمی توانی قرار دهی. اگر کسی این ادعا را کند که مالکیت منفعت نامحدود ملازم با ملکیت است، نمی توانید آن را نقض به مستأجر کنید. می فرماید: «و ملازمة كون النماء دائماً له للملكية كما في الوقف اول الكلام»<sup>۱</sup>.

چرا اول الکلام؟! البته ممکن است بگویند این هم ملازمه ندارد. ولی بعید نیست عقلاء در جائی که منافع یک شیئی للتالی به نحو نامحدود در اختیار شخصی باشد بگویند این مالک آن است. چون اعتبار کردن دوباره ملکیت لغو است. منتهی شما ممکن است بگوئید بطون بعد هم هست. می گوئیم بله، ولی فرض این است که همین بطن اول هیچ زمان برای او قرار نداده اند. اصلاً فرض کنید این آقا اگر ادامه حیات می داد مال چه کسی بود؟ باز هم مال همین آقا بود. اگر این آقا هزار سال هم عمر می کرد للتالی باقی بود و عمرش هم همیشه دوام داشت منافع مال این بود، سؤال این است که اگر ما یک نهادی داریم به نام وقف که در آن تملیک منافع است برای بطن اول فعلاً، و این جوری است که اگر بطن اول للتالی عمر کند تماماً منافع مال او است، سؤال این است که آنوقت باز مالک نیست؟ در وقف اینطوری است. حتی اگر خارجاً دائره

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۲۹

اش محدود شود، شما در وقف جز تملیک منفعت دائمی کار دیگری نمی توانید انجام بدهید. باید تملیک منفعتتان دائمی باشد. سؤال این است که تملیک منفعت دائمی چرا با ملک ملازم نباشد؟

نکته ای که من اینجا می گویم و برای بحثهای دیگر هم لازم است این است که: ما که نمی توانیم بگوئیم جور دیگر محال است، اما نکته این است که بحث ملکیت یک بحث عقلائی است، خود جعل اصل ملکیت عقلائی است، به این معنا که تنها راه منحصر نیست. اصلاً جعل حکم وضعی و یک نهادی به نام ملکیت، تنها راه ثبوتی نیست، چون می توانستند از اول با حذف احکام وضعی فقط احکام تکلیفی آن را بیاورند. بجای اینکه بگویند اگر زن و مردی گفتند زوجتک بکذا و کذا و آن هم گفت قبلت، بعد بگوئیم بر اثر این عقد تسبیب می شود برای یک امر وضعی به نام زوجیت حتی یترب علیه الاحکام، از اول می گفتیم هر وقت دو نفر اینطوری انشاء کردند و قبول کردند این احکام مترتب است. ثبوتاً اشکالی نداشت. گاهی امام ره رفته اند سراغ اینکه بگویند مثل اینکه راه دیگری هم هست. می گوئیم بله راه دیگری هم هست، ولی وضع عقلائی چیست؟ اصلاً جعل نهاد ملکیت برای این است که ترتب آثار را تسهیل کند. یک ملکیت بیاورد بگوید صد تا حکم بر آن بار است. جای دیگر گفته احکام را، وقتی ما می گوئیم این ملک است آن ملک است، می نگوئیم آقا اگر انشاء کردند این صد تا اثر هست، اگر آن انشاء را کردند این دویست تا اثر هست. اینها را نگوئیم. ما بگوئیم هذا ملک، یکجا هم بگوئیم ملک که شد این آثار را دارد. زوجیت را یکجا بگوئیم و بعد بگوئیم هر وقت دو نفر زوج شدند دیگر این آثار را دارد. می نرویم تک تک آثار را بشماریم. برای تسهیل امور عقلائی است. اگر آمدیم در باب وقف واقف گفت نمائات به نحو نامحدود برای این آقای موقوف علیه است، خوب چرا نگوئیم ملک او است؟ عقلائی این است که ملک است.

**سؤال:** چون اباحه هم فرض دارد، ممکن است کسی مالی را بر کسی مباح کند تا هزار سال و اجازه بیع و هبه را نداشته باشد.

**جواب:** چون آثار دیگری که مشعر به ملکیت است دارد من جمله منفعت را می تواند نقل کند حتی ملک را می تواند در یک فروشی بفروشد.

**سؤال:** مال مباح را هم می توانم به دیگری بدهم بخورد.

**جواب:** نه، در اباحه معلوم نیست شما اولاً بتوانید به دیگری دهید مگر اینکه اذن داده باشد. مثلاً در باب اکل می گوید سر سفره من بنشینید دارد طعام را اباحه می کند.

**سؤال:** به بچه مان هم می دهیم.

جواب: نمی توانید بگذارید در جیتان و ببرید بفروشد. حالا اذنه‌ای بالالتزام را من کار ندارم که اگر میزبان شما مثلاً برادرتان هست اگر ببرید در خانه تان هم مصرف کنید بگویند اشکال ندارد.

سؤال: پس می شود ملک دیگر.

جواب: اگر یادتان باشد در خود اباحه در بحث معاطات گفته اند که اگر آثاری باشد که مترتب بر ملک است باید آنما قبلش بگوئیم ملک حاصل شده. مثلاً جواز وطی امه در امه ای که در اختیار او قرار داده است، خب یا باید مالک باشد یا به یک طریقی جواز بیاورد. یا اگر یک کسی می گوید این برای تو مباح است و اجازه فروش هم برای خودت داری خب وقتی می فروشد باید یک جوری مالک باشد.

در باب وقف چون آثار دیگری هم دارد و آن اینکه در صورتی می تواند بفروشد که اتفاقاً همین را هم فقهاء می گویند، از جمله در جایی که خراب شود می تواند بفروشد که ثمن را هم خودش بگیرد نه اینکه جای دیگری مصرف کند، یا اگر له حاجة شدیده، گفته اند می تواند بفروشد.

سؤال: دلیل خاص است بخاطر لا تباع و لا توهب.

جواب: عیب ندارد، بعد از دلیل خاص عرض می کنیم. ما اصلاً دنبال آن دلیل خاصها می گردیم که دلیل خاص در باب وقف چه چیزی را ثابت می کند. همین ادله خاص را وقتی دنبالش را می گیریم آیا لازمه اش ملکیت موقوف علیهم هست یا نه. همین ادله خاصه را می خواهیم، فقهاء هم همین را گفته اند.

## دلیل دوم: ضمان غاصب نسبت به موقوف علیهم

ثمره دوم ضمان است. حالا ضمان یک بحث دقیقتری می خواهد انشاءالله جلسه بعد عرض می کنیم که امام ره یک جواب واضحی می دهد، می گوید ضمان چیزی جز این نیست که بخواهد خسارت را جبران کند، می گوید ضمان این است که جای آن چیزی که از بین بردی بگذاری. لب حرفشان این است، آن خسارت را بدهی. در آن تملیک مضمون له نخواهیده است. می گوید در باب وقف، اگر شما مال موقوف علیه را اتلاف کردید، باید مالی جای وقف بگذارید، اما چه کسی گفته تملیک است؟ کما اینکه مال اولی تملیک نبود این ضمان هم که می آید تملیک او نیست، جای او می نشیند. یعنی چه؟ یعنی می شود همان موقوف علیهم از این استفاده کنند. لذا ایشان می گوید ضمانات یک امر عقلائی است. در باب رهن هم ما داریم، اگر یک کسی مال مرهونه را اتلاف کند، هم نسبت به راهن که رهن دهنده هست ضامن است و هم

نسبت به مرتهن که رهن گیرنده است ضامن است. به هر دو ضامن است. در حالی که مرتهن مالک نیست. ما ضامنش می شویم ولی مالک نیست. ایشان می خواهد استفاده کند که ضامن، التزامی و ملازمه ای با مالکیت مضمون له ندارد.

یا در وقف بر حیوانات، اگر کسی این مال موقوفه را اتلاف کرد، تملیک حیوان که نمی کنیم، ضامن که نمی آید مثل و قیمت را تملیک حیوان کند، بلکه ضامن می آید مثل و قیمت را جای متلف می گذارد می شود وقف برای حیوانات.

خلاصه حرفشان این است که این ضمانی که بسیاری از فقهاء به آن تمسک کرده اند برای اثبات اینکه مال موقوف داخل در ملک موقوف علیه می شود چون اتلافش را ضامن هستند، ایشان می گوید اصلاً ضمان ملازمه ای با ملکیت ندارد. این فرمایش ایشان.

حالا دوستان روی این فکر کنند: اولاً آیا از کلمات فقهائی که خواندیم و ظاهرش اجماع بود بر ورود در ملک موقوف علیه، آیا نمی شود استفاده کرد که مالکیت موقوف علیه لمال المضمون را این را مالک می دانند. من عرضم این است که ماهیت این ضمانها چیست؟ ماهیت ضمان تملیک به مضمون له است؟ یا نه، فقط یک دادن خسارت است که این دادن به معنای تملیک نیست بلکه هر جایی یک معنائی دارد. در این موارد جای موقوف گذاشتن است. دیگر رابطه اش با موقوف علیه و واقف لحاظ نمی شود هرچی عین موقوفه بود این همان است. ضمان این است که جای موقوف و متلف بگذاریم، همین.

**سؤال:** یک نوع جریمه باشد

**جواب:** جریمه هم باید تملیک شود. ایشان می گوید چه جریمه حساب کنیم چه هر چیزی تملیک مضمون له نمی شود.

من عرضم این است که ما دو سه مسیر را می خواهیم در جواب ایشان دنبال کنیم: یکی اینکه آیا از خود کلمات فقهاء اجماعی به دست نمی آید که وقتی کسی عین موقوفه را تلف می کند ضامن می شود برای موقوف علیه ملک را، ضامن می شود، به معنای اینکه آن را تملیک می کند. یعنی مثل و قیمت را اگر مثلی و قیمی است باید تملیک کند. آیا این استفاده نمی شود؟ به نظرم استفاده می شود. این یک مسیر.

مسیر دیگر که حالا دوستان فکر کنند انشاء الله بحث مفصل می کنیم این است که: می شود ضمان هر کجا یک چیز باشد؟ یک جا تملیک باشد و یکجا نباشد؟ این را فکر کنید تا جلسه آینده.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته .....	۴۷۳
بررسی فک ملک بودن مسجد .....	۴۷۴
استدلال مرحوم شیخ بر تحریر بودن مسجد .....	۴۷۴
مرحوم امام تمام اقسام وقف را ایقاف می دانند .....	۴۷۵
کلام شیخ انصاری ره در اقسام مختلف وقف در ملکیت وقف یا فک بودن آن .....	۴۷۶
اشکال با قول به ذومراتب بودن ملک .....	۴۷۹
جواب مرحوم شیخ از اشکال .....	۴۷۹
اشکال به وجود ضمان و جواب مرحوم شیخ .....	۴۷۹
تقضای ثبوت ضمان در غیر ملک .....	۴۸۱
قول حق ثبوت ضمان و استلزام ضمان للملکیه است .....	۴۸۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در این فقره مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسيلة بود که آیا مال موقوفه وارد در ملک موقوف علیهم می شود یا خیر؟ بیان شد که بحث دشواری است. مرحوم امام ره فرمودند در وقف بر جهات مانند وقف مساجد و قناطر و رباط و مدارس و نیز وقف برای این موارد، شکی نیست که فک ملک است و تسبیل منافع علی جهات معینه.

برخلاف مرحوم امام ره که فرمود «لا ینبغی الریب» عرض کردیم مسئله به این وضوح نیست. و همچنین برخلاف مرحوم سید و مانند آن که فرموده اند در وقف بر جهات، وقف بر خود جهت است بنابراین لازم نیست که بر مسلمین یا مؤمنین

یا گروه خاصی باشد، عرض کردیم به نظر می آید که در وقف بر جهات وقف بر مسلمین یا گروه خاصی از مسلمین و مانند آن است. و یا مرحوم امام ره که وقف بر جهت را داخل در موارد فک ملک کرده اند، مورد این اشکال ما نیز است،

## بررسی فک ملک بودن مسجد

اما هنوز بحث اصلی مسئله باقی است که در وقف مساجد و مدارس و قناطر یعنی وقفی که خودش مسجد و قنطره و مدرسه شود و نیز در اوقاف بر اینها، چرا فک ملک نباشند؟ خصوصا مسجد چرا فک ملک نباشد؟

مرحوم شیخ انصاری هم در کتاب بیع و هم در تقریرات وقفشان می گوید مسجد فک ملک است و بقیه را هم ملحق به مسجد می کنند که فک ملک باشند. گرچه در وقف عام و وقف بر جهات ایشان بعید نمی داند که وقف بر مسلمین باشد.

ایشان وقف را به سه قسم تقسیم می کند و در وقف بر مسجد می فرماید وقف بر مسجد مسلما باید فک ملک باشد، اما بقیه را ایشان ملحق می کند ولی می گوید برخی دیگر در وقف مدارس و امثال آن گفته اند اینها از قبیل وقف بر مسلمین است یعنی موقوف علیهم دارد. بر خلاف مسجد که فک ملک است. فرق اساسی اش هم این است که در فک ملک تحریر است مثل تحریر عبد می ماند و به نحوی شبیه مباحات می شود و موقوف علیهمی ندارد افراد بخصوصی که باید منتفع بشوند ندارد. ما الان این را نتوانستیم رد کنیم. مرحوم شیخ حرف کلی اش این است که می گوید در اینها نوع وقف، طوری است که اشخاص نه حاکم و نه مسلمین و نه متولی و نه فرد خاصی حق تصرف ندارد بای نحو کان و منتفع هم نمی شود، الا انتفاع بنحو مخصوص مثل صلاة در مسجد و دفن در مقابر. پس حق انتقال منفعت ندارد چون انتفاع برای او است آن هم انتفاع خاص مانند نماز خواندن. پس نه می تواند در عین تصرف کند و نه در منافع، فقط له انتفاع خاص. لذا نظر نهایی ایشان این است که وقف در این موارد تحریر است چون بیش از این بلا دلیل است.

## استدلال مرحوم شیخ بر تحریر بودن مسجد

پس استدلال ایشان این است که آن چیزی که در مسجد داریم این است که هیچ فردی حتی حاکم، حق تصرف در عین را ندارد. همچنین حق تصرف در منافع را هم ندارد، اگر مسجد منفعتی دارد نمی توانند منتقل کنند و در ازای آن پول بگیرند یا اباحه کنند، بلکه مسجد فقط انتفاع خاص دارد. مقابر هم همینطور است. و البته ایشان حتی مدارس و کتب علمیه وقف شده را هم از این قبیل می داند. حالا مسجد را بررسی کنیم تا به بقیه برسیم.

## مرحوم امام تمام اقسام وقف را ایقاف می داند

قبل از بیان فرمایش مرحوم شیخ انصاری نکته ای در کلام مرحوم امام ره بیان کنم ایشان اول می فرماید که لاریب اینکه در وقف مساجد و امثال آن و در وقف برای مساجد و امثال آن و در وقف جهات «لا یملکها أحد، بل هو فک الملک» ولی در ذیل مسئله می فرماید: «وجوه لا یبعد أن یكون اعتبار الوقف فی جميع اقسامه ایقاف العین لدر المنفعة علی الموقوف علیه» آیا مرحوم امام این قسم وقف مساجد را هم ایقاف می داند یا نه؟ ظاهر این عبارت این است که این قسم را هم ایشان ایقاف می داند.

**سؤال:** منظور وقف خاص و عام را می گوید.

**جواب:** نه ایشان در وقف خاص و وقف عام انحائی از وجوه را گفتند، بعد می گویند که لایبعد که در جمیع اقسامه، نگفتند فقط در وقف عام و خاص بلکه گفتند فی جمیع اقسامه ایقاف العین لدر المنفعة.

این سؤال را برای چی مطرح می کنم؟

برای اینکه خود امام ره در کتاب البیع یکی از اشکالاتی که به کسانی که در وقف، صور متعددی تصویر می کنند و می فرمایند وقف در یکجا تملیک است و موارد دیگر فک است، این است که وقف یک معنا و یک حقیقت بیشتر ندارد و فقط متعلقاتش فرق می کند، والا وقف همه جا یک حقیقت دارد که مثلاً ایقاف است. اگر ایشان این ایقاف را که بیان می کنند در این اقسام اخیر یعنی وقف خاص و عام بحث می کنند یعنی وجوهی که بیان کردند و فرمودند بعید نیست که اعتبار وقف در جمیع اقسامش به معنای ایقاف باشد، مختص به این دو دسته است و بالا را همچنان فک ملک می دانند در ابتدا به نظر می رسد همان اشکال بر خودشان وارد است. بالا فرمودند: «كما لا ینبغی الریب فی أن الوقف علی الجهات العامة کالمساجد و المشاهد والقنابر والخانات و المقابر و المدارس و کذا اوقاف المساجد و المشاهد واشباه ذلک لا یملکها احد بل هو فک الملک».<sup>۱</sup> سؤال این است که آیا همان اشکالی که خود ایشان گفتند، به خودشان وارد نیست؟! چرا یکجا وقف را فک ملک می دانند و یکجا ایقاف می دانند؟ ایشان فرمودند: «لا ریب أن الوقف علی الجهات مثل کذا و کذا لا یملکها احد» این یک حکم «بل هو فک الملک» این وقف بر جهات مثل مساجد و اینها فک الملک است. ما جلسه گذشته یک اشکال کردیم که وقف بر جهات وقف بر مسلمین است. منتهی کسانی غیر از مرحوم امام ره مانند مرحوم شیخ انصاری

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۷

مسجد و جهات عامه را جدا می کند. ولی مرحوم امام ره یکی کرده اند. به امام ره این اشکال وارد است که جهات عامه وقف بر مسلمین است. اما در مسجد خصوصیتی هست که بعد باید ببینیم آیا این خصوصیت به مثل مدارس و کتب و این نوع موارد هم تسریه پیدا می کند یا نه. پس باید متمرکز روی مسجد شویم. منتهی قبل از اینکه تفصیل استدلال شیخ انصاری ره را عرض کنم آیا امام ره که اینجا می گوید بل هو فک الملک آیا این ایراد به خودشان وارد نیست که شما در جای دیگر گفتید ایقاف و اینجا می گوئید فک الملک؟!

به نظر من کلام یک مصنفی مثل امام ره را باید حل کنیم و بفهمیم و آن را از حالت اضطراب دریاوریم. به نظر من آن ایقافی که ذیل مسئله می گویند برای همه اقسامش می گویند.

**سؤال:** ایشان می گویند فلا تصیر العین ملکا لهم، مگر معنا دارد ملک برای مسجد؟ مسجد که مالک نمی شود مگر اینکه قائل به شخصیت حقوقی باشیم. این قرینه است که مرادش همان اوقاف خاصه و عامه است.

**جواب:** ما باید صدر و ذیل مسئله را درست کنیم.

ایشان در بیع بهتر از اینجا فرموده است. در بیع عبارتهایی که کاشف از این باشد که وقف همه جا ایقاف است بهتر از اینجا است و تصریح می کند که وقف در همه جا ایقاف است و یک حقیقت واحد دارد. و تفاوت بر اقسام و اینکه در یکجا ملک بشود و در جای دیگر ملک نشود بنابر اختلاف متعلقات وقف است.

برای اینکه ما این اضطراب را حل کنیم می گوئیم آنجا که فرمودند لاریب که ملک نمی شود بلکه فک ملک است، به لحاظ معمول فرموده اند. اما بعد که فرموده اند همه جا ایقاف است می گوئیم یعنی در مسجد هم ایقاف است، در خانات و امثال آن نیز مثل مسجد ایقاف است، در وقف بر اینها هم ایقاف است، در وقف خاص و عام هم ایقاف است، همه جا ایقاف است. منتهی این ایقاف یکجا لازمه اش فک ملک است، یکجاهایی نه، مثلا در باب وقف خاص ولو در عینش ما نگوئیم تملیک است اما در منافعش تملیک است. ما در مساجد این تملیک را نداریم. اینها از لوازم وقف در موارد خاصه است نه اینکه از باب خود حقیقت وقف باشد، بلکه حقیقت وقف یک حقیقت وحدانی است.

قبل از ورود به فرمایش شیخ انصاری لازم بود این نکته در کلام مرحوم امام ره تبیین شود مرحوم شیخ ره نمی گوید ایقاف است بلکه اوقاف را تقسیم می کند که عرض می کنم.

## کلام شیخ انصاری ره در اقسام مختلف وقف در ملکیت وقف یا فک بودن آن

مرحوم شیخ انصاری ره، وقف را به سه قسم تقسیم می کند:



قسم اول امثال مسجد است نکته اش این است که در این موارد نه عین و نه هیچ منفعتی قابل نقل و انتقال و تصرف نیست، فقط انتفاع خاص است، مانند نماز خواندن و دفن کردن.

قسم دوم امثال جهات عامه است. در این موارد منفعت وجود دارد و منافع را استفاده می کنند، منتهی بحث در این است که آیا مسلمین اینجا مالک می شوند یا نه؟

قسم سوم مواردی است که موقوف علیهم ابتدائاً حق ندارند منفعت را انتقال دهند، مثل اجزاء مسجد، مانند چوبی که در زمان ساخت برای مسجد بکار می برند و حالا شکسته است و برای مسجد کاربردی ندارد. منفعت این چوب از ابتدا برای حتی مسلمین هم نبود چون مال مسجد بود و مسجد هم انتفاع بود، اما نکته اش این است که ممکن است در حالاتی مثل اینکه این چوب بشکند و دیگر فایده برای این مسجد نداشته باشد، تصرف در عین به نقل و انتقال جایز باشد ولو به این صورت که وقتی نقل پیدا می کند باید عوض این بیاید بنشینند نه اینکه مسلمین یا افراد استفاده خاص کنند. در مثل مسجد این خصوصیت وجود دارد که در موارد خاص می شود تصرفاتی مانند بیع و شراء کرد اما به شرط اینکه برگردد به خود مسجد نه اینکه برای انتفاع ما باشد. این هم یک قسم است. ایشان می گوید در هر کدام باید حساب کرد که آیا مستلزم ملک هست یا نه. بحث دشواری است،

مرحوم شیخ هم در تقریرات و هم در کتاب مکاسب بحث مسجد را مفصل بحث کرده اما بحث ضمان را خیلی کوتاه بحث کرده اند. مرحوم اصفهانی نیز آنجا خیلی خوب بحث کرده است. وجوه استدلال برای انتقال ملک به موقوف علیهم را بیان کرده و بحث ضمان و کیفیت دلالتش را خوب بحث کرده، اول منکر می شود و بعد وجهی در مورد وقف خاص و عام درست می کند، و بحث عمده ای از فرمایش حضرت امام ره هم متخذ از حرف مرحوم اصفهانی است.

**سؤال:** پس مرحوم شیخ مفروغ گرفته اند که ماهیت وقف مساوق با ملکیت نیست.

**جواب:** نه مساوق نیست، می گویند یکجاهایی مساوق با ملکیت است و یکجاهایی نه. و این تابع میزان جواز نقل و انتقالی است که برای موقوف علیهم ثابت می شود. ایشان می گوید در مسجد مسلم است در مسجد هیچ فردی حق ندارد تصرف در عین و در منفعت کند، شما فقط می توانید انتفاع خاص ببرید.

**سؤال:** مثلاً اگر یک مسجدی مکان خوبی برای امور تجاری باشد.

**جواب:** نمی توانند چون دلیل نداریم.

بحث دقیقی که هم مرحوم اصفهانی فی الجمله اشاره دارد و مرحوم امام نیز مطرح کردند راجع به این است که آیا اصلا در مسجدیت وقف لازم است یا نه. ما در اوائل مباحث وقف عرض کردیم به نظر می آید مسجد نیز یک مجعول اصالی مستقل است غیر از بحث وقفیت است آنوقتی که این مطلب را می گفتیم کلام این بزرگان را ندیده بودیم. بعد دیدم مرحوم امام ره و مرحوم اصفهانی در این بحث فی الجمله اشاره می کند، منتهی نکته اش این است که فقهاء در اعصار متقدم عمده شان این را دارند که مسجد وقف است. یعنی غیر از حیث مسجدیت که مسلم باید قصد کونه مسجدا را داشته باشد که بحثی در آن نیست، چون به صرف وقف فائده ندارد ولی می گویند علاوه بر آن قصد، وقف نیز باید باشد. حالا این نکته دیگری است، این برای ارتباط بحث مسجد به وقف است. و الا اگر این نباشد اصلا بحث مسجد را در وقف آوردن بی جهت است اگر بگوئیم مستقل است.

**سؤال:** بخاطر غلبه وجودی این حرف را زده اند و این انصراف به وجود آمده که غیر از وقف نمی شود مسجدیت فرض کرد. ظاهرا قبلا اینجور زیاد بوده که مساجد را بیشتر وقف می کردند، بخاطر همین غلبه وجودی در وقف بوده است.

**جواب:** ثبوت صرف وقف مانند صرفا برای صلاة وقف کند این فایده ندارد، حتما باید قصد مسجدیت کند. خب اگر این قصد مسجدیت می کند وقفش اصلا برای چیست؟ اگر کسی اینطور بگوید که وقتی قصد مسجدیت می کنیم یقع مسجدا وله احکام، هیچ تصرفی در عین و منافعهش نمی توانیم کنیم. می شود این را بگویند.

خدا رحمت کند شیخ را، انصافا اینجاها خوب بحث کرده حتی کلمات قدماء را هم آورده، آن نکته ای که ما به آن توجه کردیم من این را نگاه نکرده بودم ایشان این را هم توجه کرده است که قدماء اصلا تا زمان محقق می گویند منتقل می شود وقف به موقوف علیهم مطلقا، اصلا هیچ تفصیلی بین اقسام سه گانه نداده اند. ولذا لازمه اطلاق کلامشان این است که مسجد هم منتقل شود.

ولی در میانه بحث ایشان می گوید که حرف آنها توجیه دارد. می گوید به نظر می آید مثل مرحوم محقق صاحب شرایع و دیگران که مطلقا گفته اند اوقاف به موقوف علیهم منتقل می شود منظورشان در مثل اوقاف عام و خاص و مانند آن است که یک موقوف علیهم مشخصی دارد، اما در مسجد اصلا نگاهشان به مسجد نبوده که در آن تحریر است، و روشن است که تحریر است.

ایشان وقتی وقف را چند قسم می کند می فرماید در مثل مسجد چون خودش و منفعتش قابل انتقال نیست دلیلی بر ملکیت نداریم.

## اشکال با قول به ذومراتب بودن ملک

بعد ایشان در ذیل بحثی را مطرح می کند که اگر کسی اینطور بگوید که در مسجد بالاخره له نحو منفعة، همین نمازی که در آن می خوانند، یا در مقابر بالاخره استفاده ای دارد، بعد مستشکل می گوید ملک لازم نیست همیشه طلق باشد. اینکه چه میزان ملک است یک بحث است، اینکه اصلاً ملک نباشد حرف دیگری است. خود همین یک نحوه ملک است. الملک له مراتب، از جمله در زمینهای مفتوح عنوه با اینکه تصرفات مطلق نمی شود مگر اینکه در شرائطی بتواند بفروشد والا حق ندارد آن را بفروشد، ولی یک نوع از ملک وجود دارد لذا در مساجد و قناطر هم بگوئیم ملک بمرتبه برای مسلمین حاصل می شود که از خصوصیات این مرتبه این است که فقط به این صورت خاص استفاده کنند.

## جواب مرحوم شیخ از اشکال

مرحوم شیخ میفرماید: ما که در لفظ ملک با شما مشاحه و نزاعی نداریم. شما لفظ ملک را می خواهید اطلاق کنید. مهم آثار ملکیت مثل فروش و نقل و انتقال و اینهاست. آن آثار خاصه ای که شما از ملک انتظار دارید در مثل مسجد درست نمی شود، اسم این را هم ملک بگذارید ما با شما بحثی نداریم، ولی آن آثار را نخواهد داشت. بر خلاف اوقاف خاصه وقتی ما می گوئیم مالک می شود می تواند منافعش را تملیک کند و در صورتی می تواند عین را بفروشد، اما همچنین چیزی هیچوقت در مسجد نیست حتی اگر مسجد منتهی به خراب هم شود مسجد را نمی شود فروخت و منافع مسجد را به هیچ وجه نمی شود اجاره دارد، حاکم هم نمی تواند این کار را انجام دهد. چون مسجد به حسب شرع معدّ برای صلاة است و شما حق ندارید این را برای کار دیگری واگذار کنید.

بنابراین حرف ایشان این است که از ویژگی و اختصاصات که برای مسجد ذکر شده می شود فهمید که ملک نیست. بعد هم نکته شان این است که می گویند لم یحرز، لم یکن دلیلاً علی الملكية، شما همچنین دلیلی ندارید بر خلاف اقسام دیگر.

## اشکال به وجود ضمان و جواب مرحوم شیخ

بحث دیگری که باید بررسی شود مسئله ضمان است مستشکل به شیخ می گوید در مورد مسجد و مدارس و مقابر و مانند آن فقهاء قائل به ضمان می شوند. یعنی اگر کسی آمد اتلاف کرد ضمان دارد، و ضمان ملازم با ملکیت است. اگر شما در موارد اتلاف ضامن شوید معنایش ملکیت است، یعنی باید آن موقوف علیهمی که هستند مالک شوند.

مرحوم شیخ پاسخ می دهند که ضمان مساوق با ملکیت نیست و مستلزم تملیک نیست. ایشان بحث ضمان را در کتاب مکاسب فقط در چند سطر بیان می کنند و می فرمایند: «لو اتلف متلف» این اوقاف را یعنی همین مساجد و قناطر و اینها

«ففى الضمان وجهان». ایشان آنجا نمی پذیرد که حتما ضمان هست، بلکه می فرماید ففى الضمان وجهان، یک وجهش که وجه ضمان است می گوید چون علی الید اینجا صدق می کند که بالاخره کسی آمده ید گذاشته بر یک مدرسه ای و تقویت کرده منافعش را لذا باید ضمان داشته باشد، و علی الید اینجا صدق می کند. در وجه عدم ضمان می گوید این است که خب منافع این مدرسه را کسی نمی توانست منتقل کند. مالک نبود. در مدارس اشخاص مالک نیستند وحق نداشتند منفعت این مدرسه را تملیک به کسی کنند. حالا اگر یک غاصبی آمد منفعتی را که ملک کسی نیست تقویت کرد ضمانش یعنی چه؟! منفعتی که ملک کسی نبوده این اگر تقویت بشود چرا ضمان داشته باشد؟! و در نهایت نیز از این دو وجه طرفی را تقویت نکرده آنطور که خاطریم هست.

اما در اینجا در اصل ثبوت ضمان اشکال نمی کند ولی می فرماید ضمان مستلزم ملکیت نیست. می گوید شما می خواهید بگوئید که در مسجد ما گفتیم فک ملک است و صرف تحریر است، شما می خواهید اشکال کنید به صرف تحریر و بگوئید به ملک مسلمین مثلا وارد می شود. از شما پرسیدیم دلیلتان چیست دلیلی نداشتید. حالا می خواهید بگوئید که از باب استلزام ضمان، مالک هستند. ایشان می گوید ما همچنین چیزی نداریم که ضمان بطور کلی مستلزم ملکیت باشد.

در ادامه ایشان چند ان قلت بیان می کنند، که یکی همانی بود که عرض کردم که می گویند ملک ذومراتب است. ایشان می گوید من در اصطلاح ملک مشکل ندارم در واقع ملک بحث دارم.

اشکال دوم این است که گفته اند: «فإن قلت قد صرح فی الدروس و غیره فی باب الغصب أنه من اثبت یده علی مسجد أو مدرسة ضمن العين و المنفعة»، اگر عین مدرسه هم تخریب شد ضامن می شود منفعتی هم که تقویت می شود ضامن می شود. مثل اینکه یک غاصبی بیاید مدرسه ای را غصب کند برود داخل آن بنشیند به عنوان استفاده خانه اش، یا محرض قرار بدهد برای اینکه وسائلش را در آنجا بگذارد. می فرمایند: در دروس و غیر ایشان هم فرموده اند که ضامن است. بعد مستشکل می گوید والضمان دلیل علی الملك لان غیر الاموال لا یضمن و لا یدخل تحت الید، اگر ملک کسی نباشد هم ضمانش معنا ندارد و هم تحت ید در نمی آید. وقتی مال کسی نیست بگوئیم تحت ید من آمده و از باب علی الید ما اخذت باشد معنا ندارد. چرا؟

البته مستشکل خیلی توضیح نمیدهد، مرحوم اصفهانی در حاشیه کتاب البیع بیانات خیلی خوبی دارد، هم جهت ثبوتی که آیا علی الید به جهت ضمان ثبوتی معقول است یا نه، بحث خیلی خوبی دارد که حالا انشاءالله ما فردا عرض می کنیم، و هم به لحاظ اثباتی آیا علی الید معنا دارد یا نه. چرا؟ برای اینکه علی الید ما اخذت حتی تؤدّی، یعنی انتهای اداء هم باید

داشته باشد. به چه کسی اداء کنند اگر مالک ندارد؟ این بحث اثباتی است. به چه کسی اداء کنند و تأدیه به چه کسی بشود؟ وقتی مالک ندارد تأدیه معنا ندارد.

پس یک بحث اثباتی در علی الید هست از باب اینکه اگر مالکی نباشد تأدیه معنا ندارد. یک بحث ثبوتی در ضمان هم هست، اگر مالک نباشد ضمان معنا دارد؟ چرا نه؟ من حالا صورتش را می گویم دوستان فکر کنند تا فردا. به نظر می آید ضمان یک پدیده سه طرفه است، یک نهاد معقول عقلانی است سه طرف دارد: یک مضمون له دارد، یک ضامن دارد، یک شیئی که نسبت به آن ضمان پیدا می شود.

در باب ضمانات اگر مثل یا قیمت در ذمه آمد یک ضامن وجود دارد که مثلاً من هستم که عقلاء ذمه ای برای من اعتبار کرده اند که مثل و قیمت در ذمه من می آید، ثانیاً شیئی هست که می آید در ذمه من که مثل یا قیمت است، و ثالثاً یک مضمون له وجود دارد که او مالک این ذمه است. پس وقتی اعتبار ذمه می کنیم همینطور بگوئیم من اعتبار می کنم ذمه را که چه بشود؟ دقت شود بحث دقیقی است به درد خیلی جاهای دیگر هم می خورد. ما ذمه را اعتبار می کنیم که یک آقایی در ذمه من مالک بشود. اگر آن آقا نیست اعتبار ذمه اصلاً یعنی چه.

پس ما در باب ضمانات اگر مالکی نباشد یک مشکل ثبوتی داریم و یک اشکال اثباتی. حالا اینها را مرحوم شیخ به این شکل بحث نکرده است. مرحوم شیخ می فرماید که: «لا ملازمة بین الضمان و الملكية، لأن الضمان يتبع دليله مثل علی الید و نحوه، فربما یجری فی غیر الاموال إذا کان شیئاً یتنفع به، لأن قوله علیه السلام علی الید ما اخذت عام للاموال و غیره».<sup>۱</sup> اینجا شیخ تقریباً با یک نقضی می خواهد مطلب را حل کند. ولی انصافاً با این نقض حل نمی شود. شما هم باید اثبات علی الید ما اخذت را درست کنید به لحاظ حتی تودی. هم باید آن بحث ثبوتی ضمان را درست کنید. بحث ثبوتی را ایشان طرح نکرده و این بحث اثباتی را نیز لااقل در اینجا بیان نکرده اند.

## نقضهای ثبوت ضمان در غیر ملک

ایشان چه جور می خواهد بگوید؟ می گوید ما در علی الید نیاز نداریم بگوئیم که مال کسی باشد. ولذا ایشان مثال می زند می گوید اگر یک صغیری مغضوب بشود یعنی یک کسی بیاید بچه صغیر کسی را بگیرد و در دست او تلف شود، اینجا

<sup>۱</sup> کتاب التقاتل التقات ۲۸ ص ۱۲۳

ضمان دارد. با اینکه آدم حر که تحت ید در نمی آید. پس ضمان اعم است از تحت ید آمدن اینطوری و اعم است از اینکه ملک کسی باشد. صغیر ملک کسی نیست اما تلف الصغیر فی ید الغاصب مضمون است. این یکی.

سؤال: ضمان است یا دیه؟

جواب: می گوید ضمانش ثابت است، دیگران هم گفته اند فقط شیخ نیست.

و همینطور در بحث بضع؛ می گوید اگر کسی بضع را بر کسی تلف کرد فضلا عن الاستیفاء. می گوید اگر چنین امری شد اینجا ضمان ثابت است، با اینکه بضع چیزی نیست که تحت ملکیت در بیاید اما ضمان ثابت است. پس ضمان تلازمی با ملکیت ندارد.

این دو نقضی بود که مرحوم شیخ بیان کرد سؤالهایی که در باب ضمان هست هم ثبوتی است و هم اثباتی، باید روی آن فکر کرد.

حالا قبل از اینکه فرمایش مرحوم اصفهانی را ادامه بدهیم فرمایش مرحوم شیخ را تمام کنیم. لذا حرف آخرشان این است که شما در مسجد چون مالکیت منفعت ندارید، مالکیت عین هم به هیچ وجه ندارید حتی از آن قسمی هم نیست که قد یكون له اجازة البیع، مثل بعضی از اوقاف و اینها، بنابراین وجهی برای مالکیت نیست. ضمان را هم اینطوری با نقض جواب می دهند.

## قول حق ثبوت ضمان و استلزام ضمان للملكية است

اما انصافا بحث ضمان در بحث ما بحث مهم ودشواری است. البته ما قبل از اینکه این فرمایش شیخ را عرض کنیم در جلسات قبل گفتیم به نظر می رسد ورود در ملکیت موقوف علیهم اجماعی است و تا زمان مرحوم محقق این اجماع ثابت بوده وعمده اجماعات که دارای اهمیت است تا این زمان است، و خلاف بعدی ها خیلی اثری ندارد.

به اضافه اینکه عرض کردم بعید نیست که اصل ضمان هم اجماعی باشد. حالا اینکه آیا ضمان مستلزم ملک است نکته دیگری است. ما از ضمان چی می فهمیم؟ من این ادعا را کردم، البته ادعاست.

بعید هم نیست که این مطلب نیز اجماعی بگیریم که فقهاء اقدم، ضمان را مستلزم ملک می دانستند. شیخ طوسی در مبسوط اصلا در مقام تعلیل اینکه وقف داخل در ملکیت موقوف علیهم می شود می فرماید لانه مضمون و یثبت علیه الید. دیگران هم دنبال همین رفته اند و همین حرف را زده اند. من از این می خواهم استفاده دیگری کنم. هم ضمان مجمع علیه است و

هم مستلزم ملک بودنش را اجماعی بگیریم. یعنی فقهاء اقدم واقعا اینطوری فکر می کرده اند که ضمان مستلزم ملک است مخالف این نگفته اند. اینجا مرحوم شیخ انصاری با دو نقض جواب می دهند، که باید روی آن فکر کرد.

انشاء الله در جلسه آینده هم فرمایش مرحوم اصفهانی و هم تکمله فرمایش مرحوم شیخ را بیان خواهیم کرد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته .....	۴۸۴
عدم دلیل بر ورود مسجد در ملک موقوف علیهم بما هو مسجد .....	۴۸۵
اشکال مرحوم اصفهانی از استدلال به ملک منفعت .....	۴۸۶
اقسام وقف و احکام آنها از جهت دخول در ملک .....	۴۸۷
بررسی محقق اصفهانی نسبت به حکم اقسام وقف .....	۴۸۸
قصر عین بر شخص که ماهیت وقف است، بدون تصور ملکیت تصویر ندارد .....	۴۸۹
از نظر محقق اصفهانی کار وقف قصر این عین در جهت ملکیتش هست .....	۴۹۰
اشکال حضرت امام به محقق اصفهانی .....	۴۹۰
بررسی اشکال مرحوم امام ره .....	۴۹۲
خلاصه سه ایراد مطروح .....	۴۹۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث در ورود یا عدم مال موقوفه در ملک موقوف علیهم در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسيلة بود. بیان شد هم به لحاظ ادله و هم به لحاظ نوع اقوالی که در مسئله وجود دارد بحث بسیار دشواری است. فقهاء اوائل بین اقسام وقف هیچ تفصیلی نداده اند و به صورت مطلق فرموده اند مال موقوفه وارد ملک موقوف علیهم می شود. از این تقسیم بندی که وقف مسجد و ما شابهها را یک قسم قرار دهند و وقف بر جهات را یک قسم دوم و وقف بر خاص و عامی که از این سنخ است مثل وقف بر عناوین را یک قسم قرار دهند هیچ اثری در کلام آنها نیست. این تقسیم بندی از مرحوم علامه ره نقل شده و گرچه مرحوم شیخ انصاری مدافع این تقسیم است ولی خود ایشان هم قبول دارد که در کلمات فقهاء اوائل مانند مرحوم شیخ



طوسی، ابن زهره و صاحب سرائر تا محقق صاحب شرایع تقسیمی وجود ندارد، و به صورت مطلق می گویند مال موقوفه وارد در ملک موقوف علیهم می شود. منتهی مرحوم شیخ اینکه چرا اینطور فرموده اند را توجیه می کند.

ما در مقام بیان و بررسی ادله ورود مال موقوفه به ملک موقوف علیهم بودیم فقهاء حدوداً پنج دلیل ذکر می کنند که دلیل اول و البته عمده دلیل این است که مالکیت موقوف علیهم نسبت به منفعت یا انتفاع و نیز ضمان متلف بر اینها که ضمان نسبت به موقوف علیهم دارند مقتضی ملکیت موقوف علیهم است.

مرحوم شیخ فرمودند که در مسجد واضح است که این حرف درست نیست و معتقدند در مسجد فک ملک و تحریر ملک است. که البته دلیل این حرف برای ما روشن نیست. طریق مرحوم شیخ برای اثبات این کلام این است که می فرمایند ما دلیلی برای ورود در ملک نداریم و اصل هم عدم آن است. البته این استدلال برای ما نیز کارائی دارد لذا در اقسام بعدی اگر نتوانستیم دلیلی برای ورود در ملک موقوف علیهم پیدا کنیم اصل عدم ورود آن است.

فقط بحث مالکیت منفعت یا انتفاع باقی می ماند که بحث دیگری است و باید بررسی شود. نسبت به مسجد نیز گاهی می گوئیم مسجدیت توأم با وقف است اما اگر بگوئیم مسجدیت یک اعتبار مستقل است حتی اگر بگوئیم وقف هم باید باشد جدا باید لحاظ شود. که ما همین نظر دوم را قبول کردیم که اصلاً مسجدیت توقفی بر وقف ندارد، و خود یک جعل مستقل است که احکامی دارد. شاهد صحت این ادعا این است که اگر شما جائی را برای نماز مصلین وقف کنید، این مکان احکام مسجدیت ندارد و احکام مسجد بر آن مترتب نیست.

### عدم دلیل بر ورود مسجد در ملک موقوف علیهم بما هو مسجد

اگر ما فقط مسجد را به ما هو مسجد لحاظ کنیم حق این است که هیچ دلیلی نداریم که مسجد وارد ملک موقوف علیهم شود. ما موقوف علیهمی نداریم که مسجد وارد در ملک او شود. اعتبار مسجدیت یک اعتبار خاصی است، در شرع آمده، در روایاتی که از آن استفاده می شود یک زمینی را می شود دورش سنگ گذاشت و قصد مسجد کرد. و احکام مسجد بر آن مترتب می شود. در اینجا که وقف نیست تا بحث شود که آیا وقف مسجد وارد در مال موقوف علیهم می شود یا نه. مسجدیت یک مجعولی است و اثرش هم احکامی است که بر آن مترتب می شود، در آن هم نیست که ملک کسی شود. بنابراین اگر ما بودیم و فقط مسجدیت، طریق مرحوم شیخ انصاری خیلی روشن است. بلکه از آن روشنتر این است که اصلاً ما در باب مسجد موقوف علیهمی نداریم.

اما اگر گفتیم مسجد وقف هم می شود، حالا چه بگوئیم به عین مسجذیت وقف می شود یا بگوئیم باید وقف جداگانه کنند، اینکه مسجد بعد از وقف داخل در ملک موقوف علیهم نشود دلیل می خواهد. یعنی ما باید ببینیم آیا استدلالهایی که در ادامه آمده مانند بحث تلازم مالکیت منفعت و انتفاع، و بحث صدقه و بحث عقد بودن وقف و بحث جواز فروش و غیره اینجا می آید یا نه، لذا باید این ادله یک به یک بررسی شود گرچه علی الظاهر نمی آید. که به هر کدام در ضمن بررسی آن دلیل می پردازیم. مثل فروش که قطعا نمی آید، مثل عقد بودنش ممکن است کسی بگوید که ما دلیل نداریم که وقف در باب مساجد عقدی است که نیاز به قبول دارد و هكذا. حالا من اجمالا می گویم تفصیلش را باید ذیل آن ادله بگوئیم.

بنابراین در مسجد به لحاظ مسجذیت انصافا دلیل نداریم که وارد ملک موقوف علیهم شود، چون موقوف علیهم ندارد. اما اگر وقف هم شد بعید نیست ما حرف مرحوم شیخ را بپذیریم که دلیلی برای ورود در ملک موقوف علیهم نداریم. که البته تعیین نتیجه مبتنی بر بررسی تفصیلی ادله است.

### اشکال مرحوم اصفهانی از استدلال به ملک منفعت

در غیر مسجد مرحوم محقق اصفهانی از حیث ملک اشکال می کند. پس فعلا بحث ضمان نیست و باید جدا بررسی شود ایشان نسبت به ملک می فرماید شما می خواهید از باب تلازم ملک منفعت با ملک عین بگوئید اگر کسی مالک منفعت شد مالک عین هم می شود. این مطلب دلیلی ندارد. بله اگر ملک منفعت به تبع ملک عین بود خوب اگر ما مالک منفعت می شدیم باید عین را هم مالک بودیم، چون این تبع آن است. اما در باب وقف فرض این است که مالکیت ما نسبت به منفعت به تبع عین نیست یک مالکیت استقلالی است مثل مالکیت مستأجر لمنافع العین المستأجرة چون موجر به مستأجر آن منافع را بالاستقلال تملیک می کند نه به تبع عین. عین را که تملیک نکرده است. در وقف هم چنین چیزی رخ داده است. اگر این باشد ما از کجا ملازمه مالکیت منفعت را که بالاستقلال است با مالکیت نسبت به عین را بفهمیم؟ ایشان می فرماید دلیلی نداریم.

البته ما در جلسه گذشته در جواب امام ره عرض کردیم که ظاهرا بین تملیک منافع مستقل در مثل اجاره و وقف فرق است. در اجاره ما یک زمان محدودی داریم، در اینجا زمان نداریم، چون اگر زمان بگذارند موجب بطلان وقف است مگر روی مبنای برخی. لذا بحث این است که اگر تمام منافع یک عینی به صورت نامحدود منتقل شد آیا معنا دارد که ما آن را از اعتبار ملکیت جدا کنیم؟ گفتیم که بحث عقلانی و عرفی است اینجا که اگر به ما گفتند شما تمام منافع این عین را مالک هستی، دیگر بقاء عین به ملکیت مالک معنا ندارد، بی مالک هم که وجهی ندارد. وجهی ندارد یعنی اینکه درست

است که ثبوتاً ممکن است تفکیک بین این دو محال نباشد ولی اعتبار الملكية عند العقلاء اصلاً برای تسهیل امور است، کما اینکه اعتبار وضعی در قبال تکلیف برای تسهیل امور است. بنابراین به نظر می آید عقلاء در جائی که تمام منافع یک شیء را منتقل می کنند این ملازمه را قبول دارند. این یک حرف در جواب محقق اصفهانی.

اما نکته مهمتر این است که مرحوم اصفهانی با اینکه دلالت مالکیت منفعت لمالکة العین را منکر است و در عین حال که ضمان را قبول دارد بدون دلالت بر ملکیت که بحث آن خواهد آمد وجهی ذکر می کنند که به تعبیر خودشان احسن الوجوه است، می فرمایند: در این قسم که مالک منفعت می شوند خود مفاد وقف مستلزم مالکیت موقوف علیهم را بوجه، که ایشان می گوید احسن وجه و ادق همین است فافهم و اغتنم. با یک بیان ظریف و دقیق می فرماید در این قسم خود وقف مستلزم مالکیت موقوف علیهم است نه اینکه مالکیت منفعت مستلزم باشد. حال کدام است؟

## اقسام وقف و احکام آنها از جهت دخول در ملک

ایشان قبل از اینکه وارد استدلال شود می گوید در باب وقف ما چهار قسم را می توانیم از یکدیگر جدا کنیم:

۱- قسم اول مانند اوقاف خاص است که موقوف علیهم منفعت را مالک می شود، همچنین وقف عام که وقف بر عناوین است، شبیه وقف جهات است ولی وقف بر عنوان است نه بر جهت، مثل وقف بر فقراء و وقف بر مساکین. این یک قسم است.

در اینجا به فرمایش ایشان به خود تسلیط واقف، موقوف علیهم مالک منفعت می شوند. چون موارد دیگر هم داریم که به تسلیط واقف نیست، در اینجا به تسلیط خود واقف در عقد وقف یا ایقاع وقف موقوف علیهم مالک می شوند.

۲- قسم دیگر باب انتفاعات است. در آنجا شخص مالک منفعت نمی شود اما انتفاع را مالک می شود. یعنی فقط می تواند از این شیء انتفاع ببرد. حالا تعبیر مالکیت هم شاید دقیق نباشد ولی اختصاص به او پیدا می کند که بتواند انتفاع ببرد.

۳- یک قسم دیگری است که به تملیک یا به تخصیص واقف نیست، به حکم شرع است. مانند مساجد که در باب مسجد شخص فقط اعتبار مسجدیت می کند نه مالکیت اشخاص نسبت به منفعت و نه حتی انتفاع. شارع است که می گوید تو می توانی در آن نماز بخوانی. من فقط جعل مسجدیت می کنم که مولا فرموده، می شود مکانی یضاف الی الله و می شود بیت الله به یک معنایی. مسجد است و آثاری دارد. در اینجا کسی که جعل مسجدیت می کند به آنهایی که منتفع هستند منفعت یا انتفاع را تملیک یا تسلیط نمی کند، شارع اینکار را می کند. شارع فرموده است که افراد می توانند بیایند در مسجد و از این مسجد برای نماز و دعا و ذکر و امثال آن استفاده کنند. پس تسلیط از طرف شارع است.

۴- یک قسم دیگر نیز وجود دارد که هیچکدام از این موارد که گفتیم نیست، حتی تسلیط شرعی هم نیست. مثل تزیین مشاهد شریفه. در واقع کسی که این کار را انجام می دهد یک تشریفی برای این مکان است، نه برای اینکه کسی خوشش بیاید یا بدش بیاید. برای این نیست که زوار استفاده ای ببرند. اصلاً این نیست. شارع هم که حکمی نکرده برای اینکه زوار استفاده ببرند. من خودم برای اینکه این مشهد شریف زیبا باشد این را قرار می دهم. من برای اینکه کعبه شریف زیبا باشد یک پرده ای بر آن می اندازم. این برای تزیین آن مکان است نه برای اینکه زوار خوششان بیاید تا بگوئیم یک نحوه انتفاع برای آنها هم هست. اینجا نه تسلیط من الواقف است نه حکم من الشارع است بلکه یک کاری است نسبت به این عین موقوفه، اصلاً ربطی به موقوف علیهم ندارد.

### بررسی محقق اصفهانی نسبت به حکم اقسام وقف

نسبت به قسم اول که مهمترین بحث را دارد محقق اصفهانی می فرمایند ما در صدر بحث گفتیم که مالکیت منفعت هیچ ملازمه ای با مالکیت عین ندارد چون در اینجا به تبع عین نیست. اما وقف در واقع قصر عین بر شخصی یا شیئی است، که این عین محبوس باشد بر او و از او تعدی نکند. سؤال ایشان این است که قصر این عین بر این شخص از چه بابی است؟ چطوری قصر می شود بر او؟ چطوری مقصور می شود یک عینی برای شخصی؟ اگر این عین با آن شخص ارتباطی نداشته باشد، قصره علیه اصلاً چه معنا دارد و چه ربطی به او دارد که بگوئیم این عین قصر بر اوست؟ هر چند ایشان تصریح نمی کنند اما از لابلای فرمایشاتشان استفاده می شود که در اینجا دو نکته وجود دارد: یکی اینکه این عین فقط برای اوست و لم یتعدها، به کسی دیگر تعدی نمی کند، حالا بطون دیگر بحث دیگری است، اما الان فقط بر اوست. دوم اینکه قصر بر او هست که او هم نمی تواند به نحو انتقال به غیر در آن تصرف کند. یعنی ما وقتی عین را بر شخصی محبوس و مقصور می کنیم دو خصوصیت دارد: هم از او به دیگری تعدی نمی شود و مقصور به خود این است، و هم اینکه خود این آقا نمی تواند نقل و انتقالی کند. یعنی مقصوریت بر او نیز هست، «علیه» او هم هست. این علیه مهم است چون وسط کلام ایشان می گوید این وقف «علیه» اوست نه «له»، برخلاف منفعت که «له» است. حالا این ذهنتان را مشوش نکند، مقصود این است که ایشان می خواهد از لابلای واقعیت وقف یک جوری در بیاورد که در قسم اول که شخص مالک منفعت می شود تملیکش هم می شود. چون حقیقت وقف در جائی است که قصر این عین بر شخص اتفاق بیفتد، این عین با این شخص موقوف علیهم چه ارتباط و اضافه ای دارد؟ باید اضافه داشته باشد. بی اضافه که قصر بر او نمی شود. آن اضافه چیست؟ ایشان می گوید این اضافه عبارت است از ملکیت و اختصاص خاصی. بعد می گوید اختصاصی که مطلق است ملکیت است بقیه اختصاصات مع القید هستند. اختصاص مطلق از هر حیث می شود ملک.

## قصر عین بر شخص که ماهیت وقف است، بدون تصور ملکیت تصویر ندارد

اگر کسی شبهه کند که مگر شما نمی گوئید موقوف علیهم مالک منفعت است؟ این برای اضافه کافی است. پس این ملک موقوفه اضافه به موقوف علیهم پیدا کرد. شما می گوئید که قصر و محبوس بودن عین بر موقوف علیهم یک اضافه ای باید داشته باشد با موقوف علیهم تا این محبوسیت علیه محقق بشود. می گوئیم مالک منفعت است و این کافی است. ایشان از این شبهه جواب دقیقی می دهند. می فرمایند این مالکیت منفعتی که در اینجا می گوئید استقلال است نه به تبع عین، حال مالکیت منفعتی که استقلالی است و تبع عین نیست به چه صورت قصر وقف بر عین می آورد؟ در واقع منفعت یک چیزی است که آقای موقوف علیهم در استفاده از آن آزاد است، تعبیر ایشان این است «و المنفعة له لا علیه»، خوب دقت کنید! در اینجا من گفتم با اینکه ایشان تصریح ندارد ولی می شود استفاده کرد که ایشان در تعبیر قصر الوقف علی الموقوف علیهم دو نکته را می خواهد ایفاد کند: یکی اینکه یقصر علیه من جهة عدم تعدی از این شخص به شخص آخر. وقتی ما وقف می کنیم بر این فرد، دیگر به فرد دیگری تعدی نمی کند. نکته دیگر اینکه قصر عین بر او از این باب است که این آقا در تقلیب و تقلبش مقصور و محبوس می شود. یعنی موقوف علیهم حق ندارد در عین موقوفه تقلیب و تقلب داشته باشد و بخواهد این را از ملک اخراج کند، هبه کند یا صلح کند. پس تعبیر قصر عین بر موقوف علیهم، مشتمل بر این دو جهت است حال در باب منافع که موقوف علیهم در آن آزاد هستند حتی میتوانند تملیک دیگران بکنند یا اجازه بدهند مصحح این قصر عین بر موقوف علیه می شود میفرمایند نه. و راست هم می گوید.

پس دقت ایشان این است که قصر عین بر شخص که ماهیت وقف را پیش ایشان تشکیل می دهد، این اصلاً بدون اینکه ملک او بشود تصویر ندارد. ما اوائل که این مسئله را بررسی میکردیم این نکته به ذهنمان نیامده بود ما بحثی که آن زمان مطرح کردیم این بود که خود حقیقت وقف آیا استلزام تملیک دارد یا نه؟ ولی واقعا این وجه به ذهنمان نیامده بود، وجه دقیقی است، که قصر عین بر شخص که ماهیت وقف را پیش ایشان تشکیل می دهد، این اصلاً بدون اینکه ملک او بشود تصویر ندارد. درست است مالک منفعت است اما مالک منفعتی که انسان آزاد است می تواند نقل و انتقال کند و کذا چطور تصویر قصر عین بر او می کند؟ عرض کردم ظاهر در دو جهت هست: هم از جهت اینکه لم يتعداها الی شخص آخر و هم اینکه خود آقای موقوف علیه مقصور و محبوس است از تقلیب و تقلب در این عین. منفعتی که من آزادم هر کاری با آن کنم چطور مصحح این است؟

بنابراین حرف ایشان این است که: در این قسم که مفروض است انسان مالک منفعت است، نه به اقتضاء مالکیت منفعت، بلکه به اقتضاء خود قصر الملک و قصر العین علی الشخص که محتوای وقف است ما باید قبول کنیم وارد ملک او می شود و تملیک می شود و بدون این تصویر ندارد.

مرحوم امام به ایشان در بحث ماهیت وقف که چه چیزی است، ایشان اشکال می کند به مرحوم اصفهانی که این حرف شما درست نیست که می فرمایید حقیقت وقف قصر الملک علی الشخص است.

### از نظر محقق اصفهانی کار وقف قصر این عین در جهت ملکیتش هست

حالا قبل از اینکه فرمایش امام ره را عرض کنم، این نکته را بگویم که مرحوم اصفهانی که این بحث را کرده مفصل هم بحث کرده قبل از این در ماهیت وقف، که ایشان می گوید ماهیت وقف ممنوعیت من التصرف نیست، اینکه حکم است. و حبس به معنای مطلق حبس هم نیست که همان ممنوعیت معنا می شود، بلکه قصر العین علی الشخص است از حیث تقلیب و تقلبهای وضعی، که اخراج از ملک کند، ادخال در ملک کند، عوض او بشود، صلح بشود و امثال این. این قصر است. ایشان در اینجا با اینکه پذیرفت که در این قسم خاص وقف، تملیک رخ می دهد، اما کار وقف را صرف انشاء تملیک نمی داند. ایشان تصریح می کند که کار وقف تسبیب الی الملكية نیست، می گوید اگر اینطور باشد مثل بقیه اسباب مانند بیع و شراء می شود، بلکه کار وقف قصر این عین در جهت ملکیتش هست. کار وقف مقصور کردن ملکیت است بشخص و غیره البته با آن تفسیری که ما کردیم، یعنی مقصورش می کند هم به شخص یا اشخاص و هر کسی که موقوف علیهم هست، و هم آنها را مقصور می کند از اینکه بتوانند تقلیب و تقلب کنند. بنابراین ما در باب وقف نمی توانیم بگوئیم داریم انشاء تملیک می کنیم مثل بیع و شراء. بعد می فرمایند حتی اگر کسی اصرار کند که ما در وقف، انشاء تملیک می کنیم، حتما باید مقصودش انشاء تملیک خاصی باشد که اینچنین مقصور است، والا وقف معنا ندارد.

### اشکال حضرت امام به محقق اصفهانی

حضرت امام ره به ایشان اشکال می کند، بعد از اینکه کلام ایشان را تکه تکه نقل می کند و البته قسمتهایی را هم نقل نمی کند، می فرمایند: و قد يقال إن الحبس هو قصر الملک علی شخص أو جهة بحيث لا يتعداهما، بعد می گوید الی أن قال و آخرش هم می گوید انتهی.<sup>۱</sup> کلام محقق اصفهانی مفصل است، همه را نقل نکرده اند ولی دو سه فقره از کلام

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني): ج ۳، ص: ۱۲۳

ایشان را آورده اند. امام ره به ایشان اشکال می کنند می گویند اگر ماهیت حبس یعنی وقف، قصر ملک بر شخصی باشد، و حقیقت وقف آن جهت قصر ملک باشد و تفاوت ملک حاصل به وقف و ملک حاصل به بیع تفاوتی در حیث ملک ندارند الا اینکه در وقف جهت قصر ملک مقصود است، اگر این است در جاهایی که ملک اصلا معقول نیست وقف نباید معقول باشد.

ایشان می گوید شما اگر می گوئید معنای حبس، قصر ملک است که توضیح نیز می دهند مرحوم اصفهانی کجا این مطلب را قائل شده است، در یک قسم که روشن است در وقف بر خاص یا عامی که مثل خاص است مانند عنوان علماء، الان دیدیم که محقق اصفهانی استدلال کرد که یستلزم ملک اینها را، امام میفرماید اگر وقف هم مستلزم ملک است و مثل بیع می ماند و فرقی فقط به یک امر خارجی است و آن قصر بودن وقف بر شخص و غیر شخص که در وقف وجود دارد ولی در بیع نیست، اگر فرق فقط این است پس اگر در یک جایی مالکیت تصویر نشود، وقف هم نیست، در حالی که مسلم است در مواردی مالکیت تصویر نمی شود ولی وقف هم هست. مانند وقف بر حیوانات، یا وقف بر معانی مصدري مثل احجاج و ارسال به مشاهد مشرفه. کسی پولش را وقف می کند برای حج بردن، برای فرستادن علماء به زیارت حضرت رضا سلام الله علیه، واقف برای همین فرستادن وقف می کند، می گوید وقف بر اینها شده، لذا در این موارد یا باید بگوئید وقف نیست، که خلاف واقع است و قطعاً وقف می شود، یا باید بگوئید که باغ حیوانات یا خود حیوانات می توانند مالک شوند، که این نیز قابل التزام نیست. یا باید بگوئید معنی مصدريه مثل احجاج مالک می شود، این هم که معنا ندارد. چون هیچکدام از این دو لازمه که بگوئیم وقف نیست یا بگوئیم اینها مالک هستند قابل التزام نیست.

از آن طرف ایشان می گوید ممکن است کسی التزام سومی پیدا کند و راه چاره تصویر کند، بگوید وقف هر کجا یکجور است، آنجاهایی که ملک می شود باشد، وقف تملیک است، آنجاهایی که وقف نمی شود باشد، تملیک نیست چیز دیگری است. که به نظر ایشان اشکال این طریق نیز کمتر از دو فرض قبلی نیست.

پس می گوید شما نمی توانید وقف را انکار کنید، و نمی توانید هم بگوئید که اینها مالک هستند، و نمی توانید بگوئید وقف هر کجا یک چیز است. بنابراین چاره ای ندارید الا اینکه بگوئید وقف در اینجاها مستلزم تملیک نیست.

این اشکال ایشان است. بعد می فرمایند این اقسامی که برای وقف شمرده اند در واقعا اقسام خود وقف نیستند متعلقات وقف فرق می کند، یکجا مسجد است و یکجا جهت است. ماهیت وقف یا تعریف مختار خود ایشان هم آمد که وقف یک اعتبار ایقافی است برای درّ المنافع.

## بررسی اشکال مرحوم امام ره

اولین پرسشی که از حضرت امام ره داریم این است که: اصلا در مثل احجاج و ارسال که معانی مصدری است اینها موقوف علیه است؟ این چه حرفی است؟ شما با تمسک به تعبیر لغوی و لفظی می خواهید بر ما نقض بیاورید، اینکه حتما درست نیست. واقف می گوید من برای احجاج وقف کردم، وقف کردم برای ارسال به مشاهد شریفه، یعنی ارسال که معنای مصدری است موقوف علیه است، که شما این را مسلم گرفتید بعد دارید نقض می کنید؟! این چه حرفی است؟ ارسال مثل انتفاعش می ماند، در واقع اشخاصی که ارسال می شوند موقوف علیه هستند. شما یک وقتی ارسال را در دایره همه مسلمین یا مؤمنین می بینید یا در دایره علماء یا اهالی این شهر می بینید، هر چه گفتید، آنها در واقع موقوف علیهم هستند، ارسال برای مشهد شریف و برای حج این آن نفعی است که باید به آنها برسد. اینکه خود معنای مصدری موقوف علیه است تنها یک اخذ لفظی است و معقول نیست که معنای مصدری موقوف علیهم باشد. ارسال موقوف علیهم است یعنی چه؟! قبلا عرض کردیم که به نظر می آید وقف یک مجعول سه رکنی است: واقف، موقوف علیه و مال موقوفه برای انتفاع موقوف علیهم از جهات شتایی، حالا نفعش برای آنهاست یا انتفاعش یا هر چیزی که هست.

شما در باب ارسال هم باید همین را تصویر کنید. در مثل حیوانات ایشان فرموده واضح است که وقف بر آنها می شود یا در بستان حیوانات هم ایشان می گوید که وقف در آنجا مسلم است ولی مالکیتی نیست.

اولا آنجا هم ممکن است کسی بگوید وقف در آنجا لبا منصرف است به آحاد، برای اهالی شهر وقف است که از این بستان و حیوانات استفاده کنند، نه وقف بر حیوانات. کسی ممکن است این را بگوید. حالا شما اصرار کنید که وقف بر حیوان است یا بر باغ حیوانات است، خب چه اشکالی دارد مالک بشوند. شما در باب مسجد مگر نمی گوئید این فرش مال مسجد است و تملیک مسجد است. البته برخی اشکال کرده اند ولی دلیلی ندارد. الان از شیخ انصاری و قبل از ایشان و بعد از ایشان تصویر می کنند که مسجد مالک باشد.

**سؤال:** عرف شخصیت حقوقی می بیند.

**جواب:** باغ حیوانات هم می تواند شخصیت حقوقی باشد. آنجا که شخصیت حقوقی می بیند نه از باب این است که نمی توانند مالک شوند، بلکه از باب این است که می خواهند مسجدیتش باقی باشد. و الا چه اشکال دارد بگویند ما تملیک همین در و دیوار کردیم و اینها مالک هستند. اثر باید داشته باشد. بعد ایشان جای دیگر می گوید چه کسی قبول کند؟ می گوئیم همان کسی که متولی یا حاکم است. شما در باب صغیر آیا صغیر را مالک نمی دانید؟ این نقض قطعی است.



اگر ولی صغیر رفت با مال صغیر بیع کرد، چه کسی مالک می شود؟ صغیر مالک می شود. مگر صغیری که فرض کنید یک بچه پنج ساله است می فهمد؟!

**سؤال:** اما صغیر شأنیت دارد ولی دیوار شأنیت ندارد.

**جواب:** شأن بحث دیگری است، الان فهم مالکیت ندارد ولی مالک می شود. و دوم اینکه چه کسی قبول می کند؟ آیا خودش قبول می کند؟ خب ولی قبول می کند. ما در باب وقف بگوئیم همانطور که حاکم ولی ممتنع است ولی همه امور زمین مانده نیز هست، از جمله ولی اینجور کارها هم هست که اگر متولی دارد متولی قبول می کند اگر متولی ندارد حاکم قبول کند چه مانعی دارد؟ مثل ولی که برای صغیر قبول می کند.

**سؤال:** آنجا دلیل خاص داریم.

**جواب:** پس ثبوتاً نگوئید محال است که بگوئیم التزام نمی شود پیدا کرد. چرا نمی شود؟

پس حرف این است که ثبوتاً ممکن است، اثباتاً می گوید وقت لهذا الملك ولهذا البستان. خب مالک شود، عیش چیست.

**سؤال:** عدم اعتبار عقلاء است؟

**جواب:** چرا عدم اعتبار عقلاء است؟ اتفاقاً اگر امروز برای شهر قم باغ پرندگان درست کردند، یک عده ای می بینند که این باغ نیاز به خرج دارد، بگویند ما وقف این باغ کردیم، چه مانعی دارد؟

**سؤال:** معمولاً عقلاء تمتع و استیفاء را شرط می دانند.

**جواب:** مسجد استفاده می کند چون تعمیرش می کنند. روشنش می کنند. یک کسی می گوید من وقف کردم این مشعلها را برای این مسجد یا مشهد شریف، شما می گوئید مشاهد مالک نمی شوند، خب چرا مالک نمی شوند؟

این یک چیز عقلانی است و شدنی هم هست. پس لااقل این را بگوئیم که دائر مدار اعتبار عقلاء است، نگوئیم کلاً نمی شود. وقف برای مشاهد یا مساجد می کنید، یا یک باغی را مثلاً فرض کنید وقف کرده اند برای طلاب علوم دینی برای گشت و گزار خودشان و خانواده هایشان، بعد یک آقایی می گوید این باغ نیاز دارد به هزینه، من این مزرعه و زمین و خانه را وقف کردم برای اینکه از اجاره اش برای نگهداری این باغ استفاده بشود، این مانعی دارد؟!

## خلاصه سه ایراد مطروح

ما حرفمان این است که در این نوع اوقاف از ظهور عبور کنیم بگوئیم لباً وقف بر مسلمین یا مؤمنین یا نیازمندان است، و مصرفش این باغ و این حیوانات هستند. این یک طریق است. و راه دیگرش این است که اصلاً ابقاء کنیم بر این ظهور و بگوئیم وقف بر این موارد اشکال ندارد.

پس هر دو قسم اشکال ایشان به مرحوم اصفهانی درست نیست.

بله! یک حرفی نهایتاً باقی می ماند که آیا وقف اگر یک ماهیت وحدانی دارد در جاهای مختلف چه کنیم؟ این اشکالی است که همه با آن مواجه هستند، آنهایی که می گویند وقف ایقاف است، ممکن است خودشان را راحت ببینند، ولی کسانی که وقف را تقسیم می کنند که یکجا تحریر است یکجا وقف بر جهت است و یکجا وقف بر کذا، باید راه حلی پیدا کنند. این را انشاءالله باید بحث کنیم ببینیم راه حلی وجود دارد یا نه.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته .....	۴۹۶
اقسام وقف از نگاه مرحوم اصفهانی و احکام آنها نسبت به ملکیت .....	۴۹۶
قسم اول .....	۴۹۶
قسم دوم .....	۴۹۶
قسم سوم .....	۴۹۷
قسم چهارم .....	۴۹۷
بیان قسم دوم و صور آن .....	۴۹۷
حکم صورت اول قسم دوم .....	۴۹۸
حکم صورت دوم قسم دوم .....	۴۹۸
بیان قسم سوم و چهارم .....	۴۹۸
بررسی و اشکالات کلام مرحوم اصفهانی در قسم اول .....	۴۹۹
اشکال مبنای به مرحوم اصفهانی .....	۴۹۹
اشکال بنائی به مرحوم اصفهانی .....	۵۰۰
بررسی قسم دوم در کلام مرحوم اصفهانی .....	۵۰۱
دلالت ضمان بر ملکیت موقوف علیهم .....	۵۰۲
بررسی توقف ضمان بر ملکیت و عدم آن .....	۵۰۳
تفاوت ذمه و عهده در باب معاملات .....	۵۰۳
تفاوت اثبات ضمان با قاعده ید یا قاعده من اتلف .....	۵۰۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين. الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بود در بررسی قسمت دوم مسئله بودیم یعنی ورود مال موقوفه در ملک موقوف علیهم بعد الوقف که بحث بسیار اثر گذاری است.

در جلسه گذشته بالاجمال فرمایش محقق اصفهانی در مقام را بیان کردیم که ایشان می فرمود ما در وقف ۴ قسم داریم، در دو قسمش به نحو ما ایشان می پذیرد که وقف دال بر ملکیت است و در دو قسم دیگر نمی پذیرد.

## اقسام وقف از نگاه مرحوم اصفهانی و احکام آنها نسبت به ملکیت

### قسم اول

قسم اول از اوقاف، وقفی هستند که موقوف علیهم مالک منفعت می شوند مانند وقف خاص یا وقف عام از نوع عناوین عامه مثل علماء و فقراء و غیره، در این موارد واقف با وقفش موقوف علیهم را به عینی برای جهت انتفاع تخصیص می دهد. در این موارد منفعت تملیک می شود. آنوقت ایشان می فرماید اینجور اختصاص موقوف علیهم به یک عینی برای انتفاع، این دال بر ملکیت (عین) است، نه به جهت اینکه مالک منفعت می شوند بلکه از باب آن قصر الموقوف علی الموقوف علیهم است. این قصر الموقوف علی الموقوف علیهم می گوید این لازمه اش این است که یک اضافه ای بین موقوف علیهم و بین این مال موقوفه پدید بیاید تا این قصر معنا داشته باشد. لذا ایشان ادعا فرمود: «اضافة العین إلیه او الاختصاص المطلق الغير المقید بشيء» این یعنی ملکیت. جلسه گذشته فرمایشات مرحوم امام ره در جواب به ایشان عرض شد.

ما فعلا در مقام بیان اقسام چهارگانه ای هستیم که محقق اصفهانی مطرح کردند.

### قسم دوم

قسم دوم اوقافی است که در واقع موقوف علیهم مالک منفعت نمی شوند فقط انتفاع می برند، منتهی از ناحیه خود واقف این انتفاع بردن انشاء می شود، به خود حقیقت وقف موقوف علیهم انتفاع از مال موقوفه پیدا می کنند که با انشاء واقف حاصل می شود.

## قسم سوم

در قسم سوم در واقع نوعی از انتفاع است که نه به حکم واقف است و نه به تملیک واقف است بلکه به حکم شارع است. مثل چی؟ مثل مسجد. در مسجد کسی که جعل مسجدیت می کند او که نمی آید انتفاع یا منفعت را تملیک موقوف علیهم کند، او جعل مسجد می کند، شارع است که می فرماید این مسجد برای انتفاع مصلین است بیایند استفاده کنند. پس این انتفاع، ملکی اگر در آن هست به حکم شارع است.

## قسم چهارم

اوقافی که نه انتفاع هست به انشاء واقف و نه به حکم شارع، هیچکدام، مثل تزیینات و تعلقاتی که برای مشاهد هست، برای تزیین مشهد است، کاری به زوار ندارد که بگوئیم برای انتفاع زوار قرار دادند نه. برای تزیین خود این مشهد است انتفاعی تصویر نشده که واقف تملیک به زوار کرده باشد، گرچه ممکن است زوار هم انتفاع ببرند که بحث دیگری است. و این انتفاع حتی مجعول شارع هم نیست که حکم کند که شما منتفع شوید مانند مسجد، بلکه یک تزیینی است برای مشهد.

## بیان قسم دوم و صور آن

ایشان در قسم دوم که خود واقف انتفاع از مال موقوفه را برای موقوف علیهم قرار میدهد، می گوید این قرار دادن انتفاع دو صورت دارد: یکوقتی صرف تسلیط است، مثل عاریه. واقف عین موقوفه را در اختیار موقوف علیهم قرار میدهد فقط تسلیط آنها می کند، می گوید اینجا شما سکونت پیدا کنید. حتی منفعت اینجا را تملیکشان نمی کند، حتی منفعت خاص را تملیک نمی کند، بلکه می گوید این در اختیار شماست که ساکن بشوید. البته خودتان ساکن بشوید چون نمی تواند منفعت را نقل به دیگری کند. ایشان می گوید در این صورت واضح است که کاشف از مالکیت موقوف علیهم نیست بلکه کاشف از عدم مالکیت است. چون واقف به اینها منفعت خاصه را تملیک نکرد. بنابراین او اصلاً نمی خواسته تملیک کند والا اگر تملیک عین می کرد منفعت هم تملیک می شد. فرض این است که منفعت خاصه هم تملیک نشده (خاصه به توضیحی که الان می دهیم)، این شاهدی است بر عدم ملکیت عین چون اگر مالک عین بود که مالک منفعت هم می شد. اما تصویر دوم از قرار دادن انتفاع، تملیک منفعت خاصه است. یعنی آقای واقف می آید سکونت خاص را که سکونت من باشد به من تملیک می کند، نه مطلق سکنی را که بتوانم به دیگری اجاره بدهم. نه، می آید این عین را در اختیار من قرار می دهد و تملیک می کند سکنای خودم را، یعنی این حصه خاصه از سکنی را تملیک من می کند و من مالک می

شوم. یا می آید سکنی را به من تملیک می کند شرط می کند در ضمن عقد که فقط خودم از این منفعت استفاده کنم، یعنی سکنی را به نحوی خاصش می کند. چون اگر منفعت عام باشد قسم اول می شود. قسم اول این بود که عین را در اختیار موقوف علیهم بگذارد بنحوی که مالک منفعت شوند حتی بتوانند اجاره بدهند یا نقلش کنند و امثال این. قسم دوم این است که مالک منفعت به نحو اطلاق نمی شود که بتوانند منفعت را تملیک کنند یا نقل کنند. می توانند انتفاع ببرند. و این قسم دوم خودش دو صورت دارد: یکی اینکه انتفاع صرفاً از باب تسلیط باشد هیچ تملیکی نباشد، صورت دوم تملیک منفعت خاص باشد، که همین تملیک منفعت خاص گاهی اینجور گفته می شود که حصه خاصه ای از منفعت که منفعت خودت باشد تملیک شما شد، و گاهی مطلق منفعت را تملیک می کند ولی به شرط، به شرط اینکه این منفعت را فقط خودت ببری مثلاً سکنی را فقط خودت مباحثرتا استفاده کنی. که اینها فرق زیادی با هم نمی کنند.

### حکم صورت اول قسم دوم

حرف ایشان این است که صورت اول این انتفاع که تملیکی در آن نیست بلکه صرف تسلیط است، نه فقط دال بر ملکیت نیست بلکه دال بر عدم ملکیت است. چون اگر ملک عین بود که ملک منفعت هم می آمد. پس حالا که ملک منفعت نیامده، این معلوم می شود که دال بر عدم ملکیت است.

### حکم صورت دوم قسم دوم

اما صورت دوم که خودش دو نحوه بود، ایشان می گوید در این صورت مالکیت مانعی ندارد به همان بیانی که در قسم اول گفتیم یعنی مالکیت منفعت، کاشف از ملکیت عین نیز است. چون دوباره همان حرفها می آید که الان واقف آمده به من حصه خاصه منفعت را تملیک کرده. خب اگر بین من و عین اضافه خاصه نباشد، صرف این مالکیت منفعت، آیا صدق قصر وقف بر این شخص را درست می کنم یا نه؟ ایشان می گوید اگر مالکیت عین نیاید صدق نمی کند. اینها بحث دارد، ما فعلاً در مقام نقل فرمایش ایشان هستیم.

خلاصه اینکه ایشان ادعا کرد که در این قسم دوم یک قسمش دلالت بر تملیک نیست و یک قسمش دلالت بر تملیک است.

### بیان قسم سوم و چهارم

اما در قسم سوم و چهارم از وقوف ایشان می فرماید که واضح است که دلالت بر تملیک نمی کند. چون در این اقسام واقف که انشائی نکرده و حداکثر در قسم سوم مانند وقف مساجد مولا فرموده است شما می توانید انتفاع ببرید. مولا در

حکمش بحث تملیک منفعت نکرده که مثلاً بفرماید استفاده مصلین را تملیکشان کردم. همچنین چیزی نیست، یکی از احکام مسجد این است که مصلین می توانند بروند استفاده کنند.

اوضح از کل اقسام در عدم دلالت بر ملکیت قسم چهارم است. یک واقفی اعیانی را برای تزیین مشاهد شریفه قرار می دهد. برای زوار و امثال آن تملیکی صورت نمی گیرد.

خب این چهار قسمی است که ایشان فرموده است.

اصل بحث الان در قسم اول است که جلسه گذشته هم فرمایش ایشان را به تفصیل عرض کردیم. و هم اشکال مرحوم امام ره را ذکر کردیم که ایشان می فرمود قصر وقف بر شخص اگر دال بر ملکیت باشد نقضهایی دارد که پاسخی ندارد که ما گفتیم نقضهایتان قابل جواب است.

## بررسی و اشکالات کلام مرحوم اصفهانی در قسم اول

فارق از اشکالات مرحوم امام ره آیا کلام مرحوم اصفهانی درست است یا نه؟

به نظر بنده پذیرش فرمایش ایشان مشکل است، به این دلیل که:

## اشکال مبنای به مرحوم اصفهانی

اولاً ممکن است بحث مبنائی با شما کنیم، همانطور که امام ره در اصل بحث فرمودند، که چه کسی گفته است وقف قصر الموقوف علی الموقوف علیهم است؟ چه کسی گفته که در وقف ما داریم می گوئیم مال موقوفه مقصور به این موقوف علیهم است یا ملکیت موقوف علیهم قصر می شود؟ این را از کجا می گوئید؟ ظاهراً ایشان از معنای حبس می خواهد این معنی را استنباط کند، نه ممنوعیتی که خودشان قبول ندارد. می گوید وقتی می گوئید حبس العین علی الموقوف علیهم این حبس العین علی الموقوف علیهم مشیر به قصر از حیث وقف است.

منتهی آیا واقعا وقف همین است؟ ما که خودمان این را قبول نداریم. ما معتقدیم وقف یک مجعول اصالی است. اینکه از وقف چه چیزی استخراج می شود تابع حرف عقلاء است، ممکن است از آن ملکیت هم استخراج کنیم ولی نه از این بابی که شما دارید می گوئید، بلکه ممکن است از احکامش بفهمیم که او باب دیگری است که قبلاً هم اشاره کردم و بعداً هم عرض می کنم. اما اینکه شما از مفهوم وقف قصر مال موقوفه به موقوف علیهم بفهمید و بگوئید لازمه این قصر این است، این روشن نیست.

این راجع به مبنای وقف.

## اشکال بنائی به مرحوم اصفهانی

حالا از این مبنا هم بگذریم، خود تعبیر قصر مال موقوفه به موقوف علیهم واقعا ملازم با تملیک است؟

ایشان اینجا بحث دشواری را مطرح می کند، می گوید اگر ما نگوئیم که اضافه بین موقوف علیهم و مال موقوفه ملکیت است، تصویری برای این قصر ملکیت پدید نمی آید.

خب می گوئیم قصرش به این است که ممنوع از تقلیب و تقلبات است، قصرش از این باب باشد. چرا شما می خواهید از داخل مفهومش یک قصری دریاورید؟

اگر نظر واقف این باشد که تملیک منفعت کند و هیچ بنای تملیک به موقوف علیهم هم نداشته باشد، اما در عین حال منفعت را به موقوف علیهم تملیک می کند به نحوی که نمی تواند نقل و انتقال کند، ولو از احکامش باشد، ما به این کاری نداریم، می گوئیم در عالم یک نهادی وجود دارد به نام وقف، وقتی مصداقی از این نهاد را واقف انجام می دهد و ایجاد می کند بالتسبیب، اثرش این است که تملیک منافع بشود و ممنوع از نقل و انتقال باشد. آن چیزی که قصر را درست می کند که داخل در ماهیت وقف هم نیست ولو از لوازش باشد این است، ممنوع از نقل و انتقال است، چه چیز بیشتری ما می خواهیم؟

**سؤال:** اشکال شما اثباتی است به مرحوم اصفهانی، اشکال ثبوتی چیست؟

**جواب:** ایشان می خواست از لحاظ عالم ثبوت بگوید ما هیچ تصویر ثبوتی نداریم برای قصر مال موقوفه به موقوف علیهم الا اینکه ملک آنها باشد. چرا؟ چون گفت اگر ملک نباشد خب یک کسی بگوید منفعت هست. می گوئیم منفعتی که طلق است، چون منفعت برای آنها طلق است می تواند اجاره اش بدهد می تواند نقلش کند، این چیزی که آزاد است در نقل و انتقالش، اینکه موجب قصر نمی شود. حرف ایشان این بود. می گوئیم خیلی خوب حرف شما درست، این موجب قصر نمی شود، اما ممنوعیت از نقل و انتقال که دارد، به عنوان حکم. آن چیزی که وقف را وقف می کند آثار خاصه اش هست من جملتها احکام آن، شما چرا می خواهید از داخل انشاء وقف این را در بیاورید؟

**سؤال:** این ممنوعیت در وقف را از ادله خارجی دارید میفهمید این یعنی دارید اثباتی بحث می کنید. ولی ایشان می گوید اگر ما به خارج و ادله ای که داشتیم توجه نکنیم نقل و انتقالش هم اشکال ندارد.



**جواب:** چرا می گوئید اثباتی؟ این جزء احکام و جزء لوازم وقف است هم عند العقلاء و هم عند الشارع، لوازم واقعی آن است. و اگر در عالم ثبوت فی حد الذات اگر شارع ممنوع نکرده بود قصری هم نبود. مثلاً می فرمود اگر وقف صورت گرفت می شود نقل و انتقال کرد، اگر همچنین چیزی گفته بود قصر هم نبود، چه اشکالی داشت؟

ما که حرفمان روشن است، مثل امام ره که فرمود وقف ایقاف است، ما که می گوئیم وقف مجعول اصالی است اینکه چه چیزی بر آن مترتب می شود از لوازمش استفاده می کنیم، که عقلاء و شرع مثلاً اضافه می کنند، از آنها می فهمیم که چه لوازمی دارد. و الا وقف مثل بقیه مجعولات است. اگر در باب ملک مثلاً بگویند هذا ملک، چه اثری دارد؟ خب تابع عقلاء و شرع هستیم که ببینیم ملک چه آثاری دارد. اینجا نیز همینطور است.

بنابراین در اصل ادعای ایشان اولاً مبنا را ما قبول نداریم که وقف این باشد. ثانیاً چه کسی گفته در عالم ثبوت تنها تصویری که برای اختصاص و قصر مال موقوفه به موقوف علیهم می شود ملکیت است که ایشان می گوید؟

### بررسی قسم دوم در کلام مرحوم اصفهانی

ایشان در قسم دوم می گوید: اگر ما گفتیم که انتفاع به موقوف علیهم منتقل می شود، قسم دوم این بود که گاهی تسلیط صرف است و گاهی تملیک انتفاع خاص است. ایشان می گوید اگر انتفاع خاص را تملیک کردیم این قسم نیز مثل قسم اول می شود چرا؟ ببینید در قسم اول در جواب کسی که می گفت در وقف کاری که واقف می کند تملیک منفعت است، همین معنا لازمه اش قصر ملکیت است، چون فقط تملیک منفعت است تملیک عین نکرده است. ایشان می گفت منفعتی که قابل نقل و انتقال است و قابل اجاره دادن عین است، این قصر ملکیت را درست نمی کند، به تعبیر ایشان، این منفعت له است نه علیه است. حالا در مثل منفعت قسم دوم که شما می گوئید خاص هست، می گوئید منفعت خاصه است، حصه خاصی از منفعت است که عبارت است از سکناى دار به توسط همین اشخاص. خب اینکه دیگر قصر است، چرا شما می گوئید قصر نیست. قصر عین است بخاطر اینکه انتفاعتان مختص به همین مباشرین است. خب اینجا می شود قصر ملکیت بر همینها دیگر، قصر عین می شود بر اینها، بخاطر اینکه انتفاع خاص تملیک شده است. بنابراین اینکه ایشان می فرماید هیچ تصویری ندارد، حالا فرض کنیم در بالائی که منفعت بود گفتید در اینجا چرا می گوئید؟ ایشان در اینجا می فرماید این مورد نیز عین همان قسمی که در بالا گفتیم است.

می فرمایند: «و اما الثانی (قسم دوم) فنقول أن ملك الانتفاع يتحقق من قبل الموجب باحد وجهين، إما بتسليط منه... و إما بتملیک حصّة خاصّة من المنفعة المتخصّصة بمباشرة المنتفع».<sup>۱</sup> خب اگر به مباشرت منتفع مختص شده همین قصر را درست می کند. پس لااقل در این قسم چرا شما می گوئید؟ در حالی که پائین ایشان فرموده این قسم نیز مثل قسم اول می شود که کاشف از ملکیت باشد. این هم حرف درستی نیست.

لذا به نظر من گرچه ایشان خیلی زحمت کشیده و خودشان هم فرمودند برای اینکه ما مالکیت موقوف علیهم را تصویر کنیم هذا احسن وجه ، ولی انصافا این بیان تمام نیست.

ما هنوز استدلالهای دیگری داریم که بحثش می آید. ما گرچه تملیک را می پذیریم اما از باب اجماع درست کردیم. اجماع بر اینکه تملیک است.

### دلالت ضمان بر ملکیت موقوف علیهم

یک از ادله بحث ضمان است در باب ضمان یک بحث ثبوتی وجود دارد که ضمان سه طرف می خواهد: یک مالی که در ذمه می آید دوم: مضمون له، سوم: مضمون علیه. اینکه سه طرف دارد و اینکه در ضمان مال مضمون تملیک به مضمون له می شود ، از این می توان دو جور استفاده متقابل کرد: یک گروهی از این نکته می خواهند استفاده کنند که اصلا ضمان را در جایی که مالک ندارد منتفی کنند. مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید: فلو اتلف هذا القسم از مال موقوفه را مثل مسجد و مدرسه و خانات را، در اینکه ضمان باشد یا نه دو نظر هست، یکی اینکه علی الید اطلاق دارد و می آید، این دلیل بر ضمان است. یکی دیگر اینکه می گوید منافعش مضمون نیست پس عینش هم مضمون نیست.

در همین راستا اگر کسی گفت ما در مال موقوفه در خانات در مسجد و مشاهد و اینها مالک نداریم، در ضمان ما مالکی می خواهیم که مال مضمون را تملیکش کنیم چون حقیقت ضمان این است، خب اگر این دو تا را کنار هم بگذاریم چه نتیجه ای می شود؟ نتیجه این می شود که اصلا اینجا ضمان نیاید، چون اگر ضمان بیاید مالک می خواهد و اینها هم مالک ندارند. این یکجور استفاده این است.

یک استفاده مقابل این است، می آید مفروض می گیرد که اینجا ضمان هست، یعنی لو اتلف متلف مال موقوفه را ضمان هست، حال یا به اجماع یا به سیره قطعی یا هر چیزی دیگری ثابت است پس نمیشود گفت اگر کسی رفته اموال

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۱۰۱

مسجد را اتلاف کرده یا مسجد را خراب کرده بگوئیم ضمانتی نیست. نخیر ایشان حتما ضامن است. خب حالا حتما ضامن است، اگر ما در عالم ثبوت یا اثبات که حالا بحثش می آید ضمان یک طرف می خواهد که تملیک او بشود، پس از ضمان می توانیم کشف از مالکیت در وقف کنیم. این استفاده عکس اولی است. خوب دقت کنید چی شد. استفاده اول مال گروهی مثل شیخ انصاری و دیگران است که می گویند ما اینجا مالکیت نداریم ولی ضمان را با یک اصلاحی درست می کنیم. گروه دوم مثل شیخ طوسی و مثل فقهاء متقدم، که ضمان را مسلم گرفتند و همچنین ضمان را کاشف از مالکیت می گرفتند. لذا دو جور استفاده مختلف شده البته چه جوری ضمان، کاشف از مالکیت است را نگفته اند.

### بررسی توقف ضمان بر ملکیت و عدم آن

مرحوم اصفهانی در ضمن بحث اتلاف، نکته ای دارد که جالب توجه است می فرماید آیا ما در بحث ضمان ثبوت یا اثبات مالکیت مضمون له را می خواهیم یا نه. اگر گفتیم مالکیت مضمون له را می خواهیم به اضافه ادعای قطعی ضمان، راه جدیدی برای اثبات مالکیت موقوف علیهم می باشد. دقیقا همان کلامی که شیخ طوسی، ابن زهره، صاحب سرائر فرمودند، که معتقدند بخاطر ادله ای مال موقوفه داخل در ملک موقوف علیهم می شود که یکی از ادله بحث ثبوت ضمان است گرچه نحوه استدلال را توضیح ندادند ممکن است تبیین مرحوم اصفهانی بیانی باشد بر اینکه چرا ضمان دلیل بر ورود در ملک موقوف علیهم است.

اگر به استدلالها پاسخ دادیم، کما اینکه خود مرحوم اصفهانی می گوید می شود ضمانی تصویر کرد بدون مالکیت مضمون له، آنوقت دیگر این استدلال ساقط می شود.

ما می خواهیم وجه ثبوتی کلام مرحوم اصفهانی را بحث کنیم که آیا ضمان ثبوت مالکیت مضمون له می خواهد یا نه.

### تفاوت ذمه و عهده در باب معاملات

ایشان می فرماید، یک بابی است در بحثهای معاملی که ما یک ذمه ای داریم و یک عهده ای. ذمه را برای اموال یک وعاء اعتباری می دانند. مثلا من می توانم تملیک کنم به شما صد من گندم را که موجود نیست، کلی صد من گندم را تملیک شما می کنم، شما می شوید مالک صد من گندم در ذمه من. ذمه چیست؟ ذمه یک وعاء اعتباری است برای اموالی. صد من گندمی که شما مالکش هستید نوعی مال است در وعاء اعتباری که عقلاء اعتبار می کنند. و لذا شما می توانید صد من گندمی که در ذمه من هست را منتقل کنید. البته اینکه قبل از قبض می شود فروخت یا نه کار ندارم، بالاخره شما مالک هستید، می توانید ابرائش کنید می توانید تهاتر کنید و امثال آن.

یک بحث دیگری دارند، می گویند ما غیر از ذمه یک وعاء تعهد هم داریم، یعنی عقلاء همانطور که ذمه اعتبار می کنند یک وعاء تعهد هم اعتبار می کنند. تعهد چیست؟ تعهد وعاء اعیان است. در باب ذمه وعاء اموال است به نحو کلی. کلی مال می آید در ذمه. اما اگر عین خارجی است من ید بر آن گذاشته ام، خود عین در عهده من می آید نه در ذمه من. فرقی چیست؟ می گویند عهده یک وعاء اعتباری است برای اعیان. که اگر ید غصبی باشد، ید غاصبانه و عدوانی باشد این عهده آثاری دارد، یک اثرش تکلیفی محض است که رد العین است. یک آثار وضعی هم دارد، اثر وضعی اش چیست؟ اگر اتلاف کردیم باید قائم مقام این قرار بدهی. وقتی یک چیزی در عهده من می آید آثار متفاوت دارد یک آثار تکلیفی و یک آثار وضعی. اثر وضعی اش قرار دادن قائم مقام آن متلف است.

### تفاوت اثبات ضمان با قاعده «ید» یا قاعده «من اتلف»

خب اگر این باشد آنوقت ما در باب ضمان می گوئیم تارة از باب ید می خواهیم بحث کنیم، اخیری از باب من اتلف مال الغير فهو له ضامن می خواهیم بحث کنیم. هر کدام اقتضائاتی دارد. اولی که علی الید است فقط در عهده می آورد. عهده دو تا اثر دارد: رد العین، که اگر عین هست باید رد العین کنیم. اگر اتلاف شد نمی گوید که در ذمه شما چیزی تملیک مالک می شود.

خوب دقت کنید این پیچ را مثل مرحوم اصفهانی برای چی انجام می دهند؟ برای اینکه اگر شما در بحث ضمان نتوانستید از آن مشکل آزاد شوید که در ضمان ملکیت و تملیک برای مضمون له داریم، اگر گفتید ثبوتاً مجبوریم تملیک را قبول کنیم، اگر نتوانستیم او را حل کنیم، اصلاً از ابتدا در ید ما ذمه را قبول نمی کنیم.

اما در قاعده من اتلف مال الغير فهو له ضامن که یک قاعده اصطیادی است باید او را بحث کنیم، چون هم تعبیر ضامن داریم، هم مال غیر که ظاهرش اضافه تملیکی است.

پس ما اول باید فرق این دو را حل کنیم تا بعد برویم سراغ ادله اش. حرف ایشان این است که اگر ما باشیم و عهده، ما در عهده مسئله را حل کردیم. اگر عین هست رد می شود، و اگر تلف شد ما نگفتیم در ذمه ما چیزی برای مالک پدید می آید که تملیک می شود برای موقوف علیهم که حق دارند. این را که نگفتیم. ما می گوئیم آثار عهده این است که بدل متلف یا تالف بدلس برود جای خودش بنشیند. خب آن اصل چکار می کرد؟ اصل در اختیار موقوف علیهم بود استفاده کنند بدل هم می شود جای او. قیمی اش هم همین است.

سؤال: در قیمی اش مشکل پدید می آید.

**جواب:** قیمی اش هم این است که پولی که می گیرند این می رود جای او می نشیند. چون قیمت مرتبه ای از خود عین است که قیمت می گیریم آنوقت باید بروند جای مال تلف شده قرارش بدهند، بروند با این قیمت یک عینی اتباع کنند و جای او قرار بدهند.

**سؤال:** باید یک مالک داشته باشد.

**جواب:** نه مالک نمی خواهد. در مثلی می گوئیم جای همان قبلی رفته. در قیمی هم قیمت مال موقوف علیهم می شود که باید با آن قیمت عینی جای او قرار دهند. که مرحوم کاشف الغطاء و مرحوم شیخ انصاری و دیگران می گویند حتی این موارد دیگر انشاء وقف جدید هم نمی خواهیم، چون جانشین همان می شود. انشاء وقف هم نمی خواهیم، این خودش موقوفه می شود. بخاطر اینکه به ادله ضمان این فقط جانشین او می شود. همین مقدار ثابت می شود. حالا روی این فکر کنید تا بیائیم سر بحث ضمانش.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۵۰۶
ملازمت ضمان با مالکیت.....	۵۰۷
تفاوت مقام اثبات ضمان و مقام ایفاء.....	۵۱۰
تحلیل ماهیت ضمان.....	۵۱۳
بررسی دلیل اجماع.....	۵۱۵
اشکال هم در مقام ثبوت هم در مقام اثبات.....	۵۱۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بود در ادامه بررسی این فرع از این مسئله بودیم که آیا در وقف، عین موقوفه وارد ملک موقوف علیهم می شود؟

بیان شد که شقوق مختلفی در بحث وجود دارد. یک شق نسبت به عناوینی مانند مسجد است، و شق دیگر نسبت به عناوینی است که جهت هستند. برخی از فقهاء مانند مرحوم امام ره این شق را به شق قبل ملحق کرده اند، بیان شد که به نظر می رسد این دو مانند یکدیگر نیستند. مهمترین شق، وقفهای خاص اند و یا وقفهای عامی که از این جهت مثل وقف خاص هستند، مانند وقف بر فقرائی که وقف بر جهت نباشد بلکه وقف بر عنوان باشد. ما وقف بر جهت را کلاً به این نوع دوم حمل می کنیم. اما برخی در این قسمش که وقف بشود بر فقراء و علماء فرق می گذارند.

فعلاً بحث ما در شق وقف خاص مانند وقف بر اولاد است که آیا در این نوع از اوقاف، مال موقوفه داخل در ملک موقوف علیهم وارد می شود؟

استدلالهای متعددی در مقام بیان شده است. یک استدلال از ناحیه مالکیت منفعت است که در کلمات قدمات نیز آمده است، به این بیان که چون موقوف علیهم، مالک منفعت هستند پس مالک عین هم هستند. اشکالی که به این استدلال شده است این است که در اجاره و مانند آن نیز ملکیت منفعت هست ولی ملکیت عین وجود ندارد.

ما از اشکال پاسخ گفتیم که در اجاره، زمان موقت است، در حالی که در وقف بدون قید است. ولی در عین حال ممکن است کسی بگوید که با وجود اینکه منافع به نحو اطلاق و تا زمان حیات در اختیار شخص است باز هم این مطلب، دلیلی بر مالکیت عین نمی شود؛ که این مباحث گذشت.

فرمایشات مرحوم اصفهانی در مقام را نیز به صورت تفصیلی مطرح کردیم و بیان کردیم که با همه دقتی که در کلامشان هست، ولی هم مبناش و هم بنائش قابل خدشه است. پس تا اینجا نتیجه این است که ما نمی توانیم از مالکیت منفعت به ملازمه، مالکیت عین را استفاده کنیم.

## ملازمت ضمان با مالکیت

بحث دشوار دیگری که مطرح شده است استفاده از ضمان برای استدلال بر ملکیت است. فرموده اند ضمان مال موقوفه مسلم است، هم ضمان یدی و هم ضمان اتلافی نسبت به مال موقوفه مسلم است، و لازمه ضمان مالکیت است.

این استدلال در کلمات فقهاء اوائل آمده که فرموده اند علامت مالکیت موقوف علیهم همین است که اگر عین موقوفه اتلاف شود متلف نسبت به این مال ضامن است و لازمه این امر ملکیت موقوف علیهم است. یعنی اگر کسی این مال را اتلاف کرد، باید مثل و قیمت را به موقوف علیهم بپردازد. در حالی که اگر اینها مالک باشند باید به آنها بپردازد و الا وجهی برای این حکم نیست.

مرحوم امام قدس سره الشریف می فرمایند ضمان یک امر و تأسیس عقلائی است و تأسیس شرعی نیست. مفاد «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» که یک قاعده اصطیادی است اخص از ضمان عقلائی است و مفاد ضمان عقلائی اوسع از ملکیت است. در من اتلف مال الغير ظاهر عبارت اضافه مالکیت دارد، چون «مال الغير» ظهور دارد که ملک غیر باشد، و در این فرض ضمان را اثبات کرده است در حالی که مفاد ضمان عقلائی اوسع است. عقلاء حتی جایی که مالکیت هم نیست قائل به ضمان هستند. مثلاً در رهن اگر شخصی مالی را که رهن به مرتهن داده تا وثیقه نزد او باشد از بین ببرد، هم نسبت به رهن که رهن دهنده است ضامن است و هم نسبت به مرتهن که رهن گیرنده است ضامن است و باید خسارت هر دو را جبران کند. ضمان در نزد عقلاء، خسارت است لذا وقتی کسی مال رهن را از بین می برد باید مالی را جای آن بگذارد.

این خسارت یعنی مثل یا قیمت، به جای مال مضمون قرار می گیرد، با همان نسبتی که به افراد مختلف دارد. اگر ملک کسی بوده می شود ملک او و اگر طرف حق کسی بوده می شود طرف حق او. در وقف هم همینطور است، اگر کسی مال موقوفه را از بین ببرد، باید مالی اعم از مثل یا قیمت را جایگزین او کند، و وقتی جای او گذاشت، همان نسبت قبلی را با همه اطراف پیدا می کند. عین موقوفه ای که تلف شده نسبت به موقوف علیهم هر رابطه ای داشته است این مال جدید نیز همان رابطه را پیدا می کند. بنابراین لازم نیست که این ضمان به معنای تملیک به او باشد. اگر مال موقوفه ملک موقوف علیهم نباشد که به نظر مرحوم امام نیست، با ضمان، این مال جدید ملک موقوف علیهم نمی شود زیرا این خسارت جای مال قبلی می نشیند و همان نسبت را با اطراف پیدا می کند. در نتیجه کار ضمان عقلائی جز این نیست که خسارتی است که جای آن امر از بین رفته می نشیند.

در ضمان ید هم چیزی شبیه به این محقق می شود. تا زمانی که ید بر این عین هست باید خود عین مردود شود و دلیلی نداریم که باید ملک کسی باشد که به او رد می کنیم یا با این رد به ملکیت او درآید، تنها حکم تکلیفی و جواب رد وجود دارد و باید مردود شود تا بتواند انتفاع و نفعش را ببرد نه اینکه مالک شود. اگر هم که از بین رفته باشد مثل یا قیمت آن در ذمه یا عهده اش است، که لازمه اش این است که باید برای آن مال جانشین درست کند. لذا ایشان می فرماید ما دلیلی برای بیش از این نداریم. لذا در اوقاف عامه اگر کسی پلی را خراب کرده، آن چیزی که به عهده اش می آید این است که این پل را تعمیر و درست کند، و اگر کلاً از بین برده مثلش را جای آن بگذارد. خسارت این است. اما اینکه پس از تعمیر یا بازسازی این پل چه نسبتی با موقوف علیهم پیدا می کند پاسخ این است که همان نسبتی را پیدا می کند که قبل از این ضمان داشته است. لذا به تعبیر عده ای از فقهاء، پس از تعمیر یا بازسازی نیازی به انشاء وقف نیز ندارد، همچنین در باب رهن، انشاء جدید نمی خواهد، این خسارت جای مال رهنی می نشیند.

مرحوم امام بعد از این، مطلبی را می فرماید که دیگر در کلمات محقق اصفهانی وجود ندارد: «بل ضمان الاتلاف محقق حتی فی الوقف علی الحيوانات و علی الامور المصدریة کالاحجاج، فلا بد للضامن من جبران الخسارة و اعطاء قيمة المتلف لیتباع نحوه و یكون وقفا علی الموقوف علیه».<sup>۱</sup> اگر چیزی را وقف بر حیوانات کرده باشد روشن است که حیوان مالک نمی شود یا در باب امور مصدریه مانند «احجاج» که وقف بر حج بردن است یا وقفهایی مانند آن همچون فرستادن به زیارت حضرت ثامن الحجج علیهم السلام به معنای مصدری، که وقفهای درستی است، در این اوقاف، مالک

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۲۹



وجود ندارد و فقط یک جهت وقف است. اگر کسی مال موقوفه را ابطال کرد باید جای آن بگذارد اما نه به این معنا که تملیک کند، وگرنه به حیوان یا معنای مصدری که نمی شود تملیک کرد. پس ضمان دارد یعنی به جای این قرار می گیرد که به همین کار بیاید، یعنی نفعش به حیوانات یک باغی برسد یا نفعش به ارسال به زیارت خانه خدا و مشاهد مشرفه برسد. ما نسبت به این دو مثال در کلام مرحوم امام ره قبلاً بحث کردیم، گفتیم اصلاً این فرمایشات نه صغریا و نه کبریا درست نیست. در این نحوه از اوقاف هم مالکیت معنا دارد، و هم اینکه در این نوع اوقاف مانند وقف بر حیوانات تملیک صحیح است و درست است که حیوان تملک نمی کند به این معنا که خودش طرف قبول باشد، ولی اشکالی ندارد فرد دیگری از طرف او قبول کند. مانند بیع برای صغیر است، در آنجا صبی مالک می شود نه ولی، ولیکن ولی قبول می کند، صبی که نمی تواند قبول کند. در معانی مصدریه نیز آن کسی که ذی نفع است در واقع موقوف علیه است نه معنای مصدری مانند احجاج؛ آنها موقوف علیهم هستند و این جهت وقف است. این را قبلاً توضیح دادیم.

باقی می ماند اصل بحث که ایشان فرمودند ضمان یک امر عقلانی است. هر چند کلام محقق اصفهانی خیلی دقیقتر است، اما ایشان نیز در نهایت این استدلال را نمی پذیرد و همین چیزی را می فرمایند که مرحوم امام ره هم فرموده اند. لذا ما در اینجا با این بزرگواران دو بحث داریم:

اول اینکه شما می گوئید این شیء جای آن می نشیند، این یعنی چی؟ بالاخره ضامن که مثل و قیمت را جای مال تلف شده می گذارد چکار می کند؟ منظور جا گذاشتن مکانی که نیست. بالاخره از ملک خودش خارج می کند، آیا اصلاً تملیک به کسی نمی کند یا تملیک کسی می کند؟ بدون اینکه تملیک کسی کند از ملک خودش خارج می کند، آنوقت چطوری اصلاً از ملک خودش خارج شده؟ ماهیت این کار چیست؟ هبه است؟ صلح است؟ یا چیز دیگری است؟

ایشان می فرماید ضمان یک امر عقلانی است و اوسع از این است. «فلو اتلف العين المرهونة ضمن للمرتهن كما يضمن للراهن و صار المضمون بعد اخذه رهنا».<sup>۱</sup> پرسش این است که به چه صورت، «صار رهنا»؟

ما در باب ضمان اتلاف، لازم نیست که ایفاء کنیم تا ضمان محقق شود؛ ضمان قبل از ایفاء است. وقتی من کتاب شما را از بین بردم باید چیزی را به جای آن بگذارم. اینکه جای آن بگذارم یعنی چکار کنم؟ یعنی بگذارم در کیف شما؟ یا اینکه باید به شما تملیک کنم؟ چون جا گذاشتن یعنی تملیک کردن. جا در وعاء عقلانی، تملیک کردن است. حال باید به چه کسی تملیک کنم؟ پس این یک مطلب است که اصلاً جا گذاشتن یعنی چه.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۲۹

## تفاوت مقام اثبات ضمان و مقام ایفاء

یک مطلب مهمتر این است که: در بحث ضمان، ضمان ربطی به این دادن خارجی ندارد. دادن خارجی ایفاء است. اصلاً ممکن است یک آدم قلدری باشد که آن خسارتی را که ایجاد کرده جبران نمی کند. اینکه خارجا نمی دهد ربطی به ضمان ندارد این فرد ضامن است ولو خارجا نداده است. اینکه ایشان می فرماید «بعد اخذه صار رهنا» می گوئیم ضمان مال قبل از اخذ خارجی است. یک آقای زده مال مرهونه را از بین برده است، قبل از اینکه بخواهد چیزی بدهد خارجا، ضامن است. ضامن است یعنی چه؟ اینجاست که مرحوم اصفهانی کاملاً دقت می کند که این ضمان یعنی چه. می گوید ممکن است عده ای بگویند از معنای ثبوتی ضمان ما ملکیت را استخراج می کنیم. بعد البته ایشان خودش انکار می کند. حالا ببینیم حرف ایشان چیست؟

پس ضمان به این معنا که عرض کردیم غیر از عهده است که قبلاً بحث کردیم و حالا بعداً هم اشاره می کنیم. ضمان این است مثل یا قیمت در ذمه بیاید. و لذا ضمان کاری به ایفاء خارجی ندارد، هر چیزی که در ذمه آمد اگر بعداً بخواهد ایفاء شود ایفائش به تعیین خارجی اش است. مثل اینکه شما صد من گندم را در ذمه تان می فروشید مشتری مالک صد من گندم در ذمه شما می شود، ایفائش به این است که شما صد من گندم را به او بدهید، هر وقت که اخذ کرد می شود مالک آن عین خارجی. قبل از ایفاء، او مالک این صد من گندم در ذمه شما است، در ضمان هم همین است. شیء می آید در ذمه ضامن و این ربطی به اعطاء و ایفاء خارجی ندارد. لذا دادن بیرونی که امام ره می فرماید با آن مال رهن می شود فعلاً مطرح نیست، ما در عالم ضمان هستیم، ضمان مربوط به ذمه است. حال سؤال این است که ذمه بدون مالک تصویر دارد یا نه؟ روی این فکر کنید. شیئی در ذمه من می آید، من کسی هستم که بدهکارم ضامنم، شیئی می آید در ذمه من، صد من گندم در ذمه من است. بدون اینکه کسی مالک باشد در ذمه من است چه معنایی دارد؟ حالا این را باید دقت کنید که آیا می توانید بپذیرید یا نه، مفهوم کون الشیء فی الذمه این است که یک طرفی دارد که نسبت به او در ذمه مان هست. بدون اینکه شما شخصی را تصور کنید که در واقع ضلع سوم ذمه هست نمی توانید تصویر ذمه کنید. در ذمه ما یک کلی ای داریم که آن چیزی است که می آید در این وعاء ذمه، یک شخصی داریم که در ذمه او واقع می شود وعرف یک وعائی را برای او اعتبار کرده، می شود ذمه او، و یک ضلع سومی دارد که کسی است که مالک آن شیء در ذمه من هست. این را باید دقت کنیم که بدون مالکیت کسی معنا دارد که شیئی در ذمه من است یا نه؟ شیء در ذمه من است یعنی چی؟

سؤال: ضمان یک حکم است مثل باقی احکام.

**جواب:** این حکم جنبه وضعی ندارد؟ یعنی شما خسارت را در ذمه او مالک نمی شوید؟ اگر ضامن عصیاناً نخواست بدهد. اگر فقط تکلیف باشد اگر عصیان کند دیگر تمام است اما آیا شما چیزی از ضامن طلب ندارید؟ اگر شخصی کل خانه شما را خراب کرد، شما می گوئید در اینجا فقط یک تکلیف به اداء است، و اگر تخلف کرد هیچ بدهکار شما نیست.

**سؤال:** میروم محکمه و او را مجبور به ادا می کنم.

**جواب:** وقتی که عصیان کردیم مجبور به اداء چه چیزی می کنید؟

**سؤال:** عوض واقعی

**جواب:** مگر شما مالکید که من عوض واقعی را اداء کنم؟!

وجوب اداء تابع آن حکمی وضعی است که برای مضمون له ثابت کرده اند. چون شارع و عقلاء برای مضمون له یک مالکیتی و اگر مالک نباشد حقی تثبیت می کنند بر ذمه مضمون علیه، و بر اساس آن وجوب اداء پیدا می کند. وجوب اداء در اینجا هم از باب وجوب اداء هر کلی ذمی است. وقتی من به شما صد کیلو گندم می فروشم، شما مالک این صد کیلو در ذمه من می شوید. وجوب ادائش اثر تکلیفی مالکیت شماست نه اینکه بدون مالکیت، وجوب پرداخت مبیع باشد. پس حرف این است که در باب ضمان اتلاف به معنای اینکه کون شیء فی ذمه المضمون علیه، مضمون علیهی داریم که شیء در ذمه اش می آید و شیئی داریم که در وعاء ذمه واقع می شود، آیا بدون تصویر مالکیت ما می توانیم این را تصویر کنیم؟ یعنی چه شیئی در ذمه من هست؟!

**سؤال:** اگر قول کسانی که میگویند کلیت بنعته در خارج موجود است، تصویر شود مشکل حل می شود.

**جواب:** بدون مالکیت چه چیزی حل می شود؟ اگر خارج هست ذمه را برای چه می خواهید؟

**سؤال:** مالک منفعت است ضرورتی ندارد مالک عین باشد

**جواب:** الان متلف، ضامن چه چیزی می شود؟ وقتی عین را تلف کرده است فقط ضامن منفعت می شود؟! پس روشن است که ضامن عین می شود. حال اینکه ضامن عین شده این به چه معنا است؟ باید این را تصحیح کرد. اگر ضمان به معنای آمدن مثل یا قیمت در ذمه باشد آیا می شود تصویر کرد که کلی ای در ذمه من باشد بدون اینکه مالک داشته باشد.

**سؤال:** حق اختصاص سبب می شود که ضمان ثابت شود.

**جواب:** حالا حق اختصاص را فرض نکنید بفرومائید تکلیف عین چه می شود؟ این صد من گندمی که در ذمه من هست، مال چه کسی است؟

بحث این است که آیا تصویر می شود کلی در ذمه من باشد بدون اینکه کسی آن را مالک باشد؟ نمی گویم متعلق حق کسی بودن تصویر ندارد. زیرا تصویر دارد.

**سؤال:** همینکه برای مالکیت یک عدلی پیدا کردید که ثبوت ذمه بخاطر آن عدل باشد نه بخاطر مالکیت کافی است.

**جواب:** اینکه حتما هست، بخاطر اینکه شما اگر مال موقوفه را هم از بین ببرید نسبت به عینش هم ضمان پیدا می کنید. در اینکه بحثی نیست. بحث الان این است که می خواهیم ضمان اتلاف را بفهمیم، اول شما این را درست کنید. در مورد شخص خاص که مالک یک عین است، مانند اینکه کتاب این آقا را از بین بردید، می فرمائید مثل یا قیمتش در ذمه می آید، آیا بدون مالکیت کسی این معنا دارد؟ اول این را درست کنیم تا برسیم به بحث وقف.

ما در حق اختصاص ضمان را تصویر می کنیم و مشکلی ندارد، پرسش این است که نسبت به عینی که از بین بردید ضامن می شوید یا نمی شوید. شما نسبت به حق اختصاص تصویر می کنید عیب ندارد، اما نسبت به عینی که اتلاف شده ضمان تصویر می کنید یا نمی کنید. اگر ضمان تصویر می کنید به معنای ذمه، کلی می آید در ذمه شما، مثل و قیمت می آید در ذمه شما. سؤال این است که من که مضمون علیه هستم، این شیء هم که شیء کلی است در ذمه، در ذمه من هست یعنی چی؟ یعنی شخصی مالک این در ذمه من هست. والا در ذمه من هست یعنی چه؟ یعنی اعتبار می کنم چیزی در ذمه من؟ خب باشد.

**سؤال:** این کلام شما در مثلی معنی دارد ولی در قیمی تصویر ندارد

**جواب:** فرق نمی کند، در قیمی هم آن پول می آید در ذمه من.

پس اولین بحث با حضرت امام این است که وقتی ایشان می فرمایند ضمان یکجور امر عقلائی است و یکجور خسارت است، و خسارت عبارت است از اینکه این را جای آن شیئی که از بین رفته بگذاریم. ایشان دارند به ضمان یک معنای عرفی می دهند ولی این باید تحلیل شود. «جای آن» به چه معنا است؟ می فرمایند یعنی همانطور که شیء تلف شده رهن بود این هم رهن می شود.

## تحلیل ماهیت ضمان

این مطلب ایشان ثبوتاً یک مطلب است، اما قبل از این حرفها باید روشن کنند که ضمان عرفاً چه چیزی است. اولاً ضمان جای تلف شده گذاشتن نیست. به خاطر اینکه فرض این است که قبل از ایفاء خارجی در ذمه می آید، حالا برویم سراغ ذمه، ذمه یعنی چه؟ آیا بدون مالکیت تصویر دارد؟ به نظر من خیلی دشوار است. مرحوم اصفهانی هم این دقت را کرده، در عین حال ایشان از این حرف عدول می کند. این دقت را می کند که ظاهراً مفهوم ذمه یک امر سه ضلعی است، مضمون علیه، شیء مضمون و مضمون له که مالک در ذمه باشد. شما چیزی که باید روی آن فکر کنید این است که آیا می شود شیء کلی را در ذمه تصویر کرد بدون مالکیت کسی یا نمی شود. اگر می توانید یک بحث است. مرحوم اصفهانی بعداً می گوید همینقدر که «له مساس به»<sup>۱</sup> برای تصویر ذمه کفایت می کند. ولی به نظر من این حرف درست نیست. اصلاً ما این جمله را نمی فهمیم که بگوئیم این شیء در ذمه من هست. که چی؟!

**سؤال:** معنا و تعریف مالکیت اصلاً چیست؟

**جواب:** مالکیت یعنی اعتبار خاصی که له آثار. مالکیت به معنای یک اعتبار خاص نه معنای لفظ مالکیت.

**سؤال:** آیا در تعریف مالکیت وجود عین در خارج نهفته است یا نه؟

**جواب:** نه لازم نیست که عین باشد، در ذمه هم ما مالک می شویم. اینها که مفروغ عنه است.

بحث در این است که آیا موقوف علیهم مالک می شوند یا نه، از آنجا کشیده شدیم به این بحث. یکی از علائم مالک شدن ثبوت ضمان است. قدمایی مثل شیخ طوسی و ابن ادریس و دیگران گفته اند چون ضامن می شوند عند الاتلاف للموقوف علیهم پس اینها مالک هستند.

امام ره هم که مالکیت موقوف علیهم را منکر است قبول دارد که ما مالک ذمه می شویم. در اینکه ایشان بحث ندارد. ثبوتاً قبول دارد که انسان مالک کلی در ذمه دیگری می شود. بحثشان یک بحث خارجی راجع به ضمان است که آیا در ضمان لازم است که حتماً مضمون له مالک شود؟ می فرماید نه. به تعبیر مرحوم اصفهانی همینقدر که له مساس کفایت می کند برای ضمان. می پرسیم ضمان چیست که کفایت می کند؟ می گویند همان ذمه است. محقق اصفهانی که فرد دقیقی است، عهده را از ذمه جدا می کند. می گوید در مورد عین ما عهده داریم، شیء می آید در عهده، و عهده غیر از ذمه است.

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۱۰۰

یک وعاء دیگری است که عقلاء اعتبار می کنند. درس گذشته ما وعاء تعهد آمده اما صحیح آن وعاء عهده است اینها ریشه شان یکی است ولی ما داریم عهده را یک وعائی تصویر می کنیم مثل ذمه. نگفتیم وعاء تعهد. چون ممکن است این در ذهن بیاید که تعهد یعنی تعهد کردن. ما برای تعهد کردن به عنوان یک فعل متعهد، عالمی تصویر نکردیم. ما عهده را می گوئیم. چون تعهد کردن ممکن است ظهور داشته باشد در فعل متعهد. آن وعاء ندارد. قبول دارم ریشه اینها یکی است ولی ما آنجا تصریح کردیم عهده.

بنابراین آقای اصفهانی مثل خیلی از فقهاء فعلی یک ظرفی به نام عهده قائلند و یک ظرفی به نام ذمه قائلند. عهده اثرش این است که خود عین هنوز هست آمده در عهده. اثر عهده دو چیز است: یکی ردّه ان کان موجودا و دادن خسارت لو کان تالفا. این اثر آن عهده است کاری به ذمه ندارد. اما در ذمه ابتدائا ایشان می گوید یک بحث ثبوتی لازم است که ما طرف سوم می خواهیم یا نمی خواهیم. عده ای می گویند تصویر نمی شود، بعد ایشان می گوید نه، همینکه له مسائس کافی است. من عرضم این است که ظاهرا همان حرف اول درست است. ما ذمه را ولو که یک امر عقلائی است بدون ضلع سومش تصویر نمی کنیم. اگر شما می گوئید وقتی ما تلف کردیم این در ذمه ما می آید، یعنی در ذمه ما برای کسی به تملیک. و الا اگر ملکیت نباشد اصلا این در ذمه من یعنی چه. صد کیلو در ذمه من، خب این چیست؟

حالا روی این فکر کنید، آن طرف مطلب هم آدمهای عالمی و فکوری قبول کرده اند مثل مرحوم اصفهانی و مرحوم امام، که بله بدون ملکیت می شود. ولی من نمی توانم تصویر کنم. شما الان محل بحثتان روشن شد که باید روی آن فکر کنید، آیا بدون ملکیت می شود یا نه. این یک بحث. اگر گفتیم نمی شود آنوقت حرف ما و فقهاء اینجا تمام است. آنهایی که مثل شیخ طوسی و ابن زهره و ابن ادریس که فرموده اند در اوقاف یا بالاطلاق گفته اند که اکثر قدماء بالاطلاق گفته اند مال موقوفه به ملکیت موقوف علیهم در می آید، یکی از علائمش را ملک منفعت گرفته اند و یکی از علائمش را ضمان گرفته اند، حرفشان تمام می شود چون لازمه ضمان این است.

اگر گفتید نه، بدون ملکیت، ذمه و ضمان تصویر می شود، دیگر واقعا دلیل اینجا تمام نیست و حرف مرحوم اصفهانی و امام تمام می شود که می شود تصویر کرد. آنوقت این ضمان از دلالت ساقط می شود.

## بررسی دلیل اجماع

منتهی ما قبلا راه دیگری را نیز تصویر کردیم و آن پناه بردن به اجماع فقهاء در ملکیت است، گفتیم ظاهرا در میان قدامت تمام است که موقوف علیهم مالک می شوند. لذا بعضی از فقهاء می گویند لولا الاجماع ما دلیلی نداریم. انگار جرأت نمی کنند این را بگویند ولی ظاهرا این هست.

ثانیا حرف دیگری که تا به حال مطرح نشده ولی قابل طرح است این است که آیا نفس نظرشان به دلالت ضمان بر ملکیت، بالالتزام نمی رساند که ضمان را اصلا اینطوری می فهمند. یعنی به حضرت امام و محقق اصفهانی عرض می کنیم در باب ضمان دو محتمل وجود دارد یکی اینکه ضمان را بدون مالکیت مضمون له تصویر کنیم و احتمال دوم اینکه با مالکیت مضمون له، هر دو تصویر ممکن است. سؤال این است آیا کلامی که فقهاء اوائل فرموده اند که ضمان دلیل مالکیت است، بالالتزام نمی رساند که ضمان اصلا پیش این بزرگواران مستلزم مالکیت است؟ از باب اجماعشان بر این معنای متعارف و لازمه کلامشان ما استدلال کنیم نه از باب مالکیت موقوف علیهم که مستقیم به آن قائل شده اند. این به درد بحثهای دیگر هم می خورد، که ضمان آیا در نزد قدامت مورد اتفاق بوده که در آن مالکیت هست یا نه؟

**سؤال:** در این موارد که مدرک داریم.

**جواب:** ما که اجماع مدرکی را اشکال نمی کنیم.

**سؤال:** اطلاق دارد؟

**جواب:** اطلاق داریم؛ چرا نداریم؟ همه شان گفته اند. در خصوص وقف هم گفته اند.

مرحوم امام ره می فرماید هیچ مورد ندارد. مرحوم اصفهانی هم می گوید مورد ندارد اما از باب دیگر مالکیت را اثبات کرد. اینکه ضمان مستلزم ملک باشد را هیچ جا قبول نکرده اند. عرض ما این است که لازمه حرف فقهاء این است که ضمان مستلزم است. این خودش اجماع درست نمی کند؟

این بحث به چه درد می خورد؟ برای این است که غایت مطلبی که مرحوم امام یا مرحوم اصفهانی درست کرده اند این است که ضمان عقلانی بدون مالکیت تصویر دارد. اما ما سؤالمان این است که این ضمانی که در شرع اسلام آمده با مالکیت است یا بی مالکیت؟ این را باید بفهمیم. من می خواهم بگویم از کلمات فقهاء فهمیده می شود که ضمانشان توأم با مالکیت است نه آن تصویر ثبوتی که این آقایان درست کرده اند ولو ثبوتا آن را قبول کنیم.

## اشکال هم در مقام ثبوت هم در مقام اثبات

پس بحث ما دو رتبه ای شد:

اولا ما می گوئیم اصلا در عالم ثبوت به نظر ما تصویر ضمان بدون مالکیت ذمه مشکل است. این حرفی که امام ره درست کرده مال مقام ایفاء است. که اصلا بحث در مقام ایفاء نیست، باید ضمان ابتدائا در ذمه درست کنید. در مقام ایفاء هم اصلا این جای او می نشیند یعنی چه؟ جای او نشستن به معنای مکانی که نیست. در ملکیت جای او می نشیند. ایشان می گوید در همین نسبتی که داشتند. می گوئیم چه کسی می گوید ضمان این است که در همان نسبتی که داشتند ایفائش به این است؟ اولاً شما ضمان را در ذمه درست کنید. این یک مطلب.

مطلب دوم اینکه ما تصویر ثبوتی شما را قبول می کنیم، ثبوتا ممکن است عقلاء هر دو جور را بگویند. اما به لحاظ اثباتی هم عقلاء، و از آن مهمتر شرع (که ما به اجماع می خواهیم تمسک کنیم) ضمان را چه می دانند؟ ثبوتا هر دوی اینها ممکن است. یعنی می شود مولا یا عقلاء ضمانی تصویر کنند که معنایش خسارتی به نسبت همان چیزی که تلف شده باشد. ولی می شود که به معنای مالکیت فی الذمه باشد. و من عرضم این است که ظاهر فقهاء این است که همین را فهمیده اند. آیا خود همین اجماع درست نمی کند برای مفهوم ضمان؟

**سؤال:** این استدلال اخص از مدعا می شود این استدلال در مواردی است که ضمان باشد میگویند ملکیت است در مواردی که ضمان نیست که ملکیت ثابت نمی شود

**جواب:** اصلا ضمان نباشد؟ حالا اول کلام است که ضمان نباشد. مرحوم شیخ انصاری در مثل وقف مسجد ادعا کرده اند که در اینجا دو قول است، یک قول که ضمان هست و یک قول که ضمان نیست، یکی از ادله اش شاید همین عدم تصویر ضمان باشد. ایشان می گوید از باب اینکه مالک منفعت نیستند مالک انتفاع هستند در مسجد.

منتهی جواب اینها داده شده، در مسجد هم تصویر ضمان می شود، به اینکه شخصیت حقوقی باشد برای مسلمین. در کلام شهید آمد که حتی در مسجد می شود بگوئیم ملک مسلمین است. پس این حرف تصویر دارد، اینکه بالمره پذیرفته اند معلوم نیست درست باشد.

این بحث کلی ما است. این البته به نظر من اگر بخواهد تتمیم بشود یک بحث جدی تر می خواهد در کلمات فقهاء، چون نه فقط اینجا به درد می خورد بلکه در بحث ضمانات به صورت کلی به درد می خورد، که ضمانی که در کلمات فقهاء هست آیا اجماعی بر آن وجود دارد که آن را مستلزم مالکیت لما فی الذمه بدانند یا بر خلاف آن از ضمانی که در



کلمات فقهاء تثبیت می شود اجماعی در نمی آید که در آن مالکیت نیز باشد. فقط جانشینی نسبت به مضمون له است در آن نسبتی که هست، هر نسبتی که دارد. ضمان بیش از این نیست. ولی به نظر من کلمات فقهاء بیش از این است و در آن مالکیت است. فقهای مانند مرحوم شیخ طوسی و ابن زهره و ابن ادریس و عده دیگری تصریح کرده اند. حالا دوستان روی این فکر کنند تا فردا، شاید یک فحص بیشتری لازم باشد که ببینیم فقهای دیگر اینجا چه می گویند.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

خلاصه مطالب گذشته.....	۵۱۸
استدلال آقای خوئی ره بر ورود موقوفه در ملک موقوف علیهم.....	۵۱۹
ادامه ادله مالکیت موقوف علیهم.....	۵۲۰
۳- وقف عقد است و نیاز به قبول دارد.....	۵۲۰
جواب محقق اصفهانی از دلیل سوم.....	۵۲۱
جواب مرحوم امام از دلیل سوم.....	۵۲۱
۴- مال بدون مالک نمی شود.....	۵۲۵
جواب امام ره از دلیل چهارم.....	۵۲۵
بررسی پاسخ حضرت امام ره.....	۵۲۶
۵- وقف صدقه است لذا باید تملیک باشد.....	۵۲۷
جواب حضرت امام از دلیل پنجم.....	۵۲۷
بررسی فرمایش حضرت امام ره.....	۵۲۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### خلاصه مطالب گذشته

بحث در قسمت دوم کلام مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه در مسئله ۶۷ تحریر الوسیله بود. پرسش این بود که آیا مال موقوفه وارد ملک موقوف علیهم می شود یا نه؟ در وقف خاص بسیاری از فقهاء قائل به ورود در ملک اند منتهی نحوه استدلالها متفاوت است. در جلسات گذشته استدلال از طریق مالکیت منافع و ضمان را بررسی کردیم و گفتیم اگر ضمان را در اتلاف مال موقوفه بپذیریم که علی الظاهر کسی منکر آن نیست، ظاهراً لازمه اش مالکیت موقوف علیهم است، برخلاف استدلال محقق اصفهانی و مرحوم امام و برخی دیگر از فقهاء.

## استدلال آقای خوئی ره بر ورود موقوفه در ملک موقوف علیهم

مرحوم آقای خوئی در میان فقهاء متأخر از کسانی است که ورود مال موقوفه را به ملک موقوف علیهم مسلم گرفته است و حتی در مثل اوقاف عامی که روی عنوان عام رفته اند مثل علماء و فقراء هم ملکیت را می پذیرند حتی بالاتر از آن در وقف بر جهات هم می گویند بعید نیست همینطور باشد.

شاگردان ایشان هم عمدتاً جز آقای وحید که در حاشیه منهاج تأمل کرده اند، بقیه ورود به ملک موقوف علیهم را قبول دارند. آقای خوئی در کتاب البیع استدلال محقق اصفهانی را تماماً پذیرفته و استدلال ایشان را در سه صفحه بیان می فرمایند البته نه به آن دقتی که خود محقق اصفهانی دارند آن هم بدون هیچ استنادی به ایشان.

بیان ایشان را ظرف چند دقیقه عرض کنم و از آن عبور کنم. ایشان در بحث بیع در موسوعه می فرمایند: در مثل اوقاف خاص مال موقوفه در ملک موقوف علیهم وارد می شود. تمام استدلال ایشان این است که ما در وقف لفظ «علی» را بکار می بریم. می گوئیم: وقف «علیهم» و این «علی» خودش می رساند که باید ملک آنها بشود که با این «علی» داریم ملک را بر آنها و به ضررشان تضییق می کنیم. تضییق ملک بر آنها و به ضرر یعنی اینکه اینها نمی توانند نقل و انتقال کنند، لذا ملک قصر بر آنها می شود. اگر کسی اشکال کند که اینها مالک منفعت هستند در جواب می گویند در موارد مالک منفعت بودن «علیهم» نمی آورد. چون مالک منفعت هستند لذا می توانند منفعت را جابجا کنند.

این مطلب تماماً نظر محقق اصفهانی است. ایشان می گفت برای اینکه وقف، «علی» موقوف علیهم باشد باید قصر ملک بر آنها شود و اگر بگوئید که با ملک منفعت این «علی» بودن محقق می شود، می گوئیم ملک منفعت «لهم» است نه «علیهم». در ملک عین است که این قصر ملک بر موقوف علیهم، «علیهم» است، اما در ملک منفعت «لهم» است نه «علیهم». چون می توانند این منفعت را جابجا کنند یا با دیگری معاوضه کنند و ثمنش را بگیرند و استفاده کنند یا اجاره بدهند.

پس فرمایش ایشان همان حرف مرحوم اصفهانی است. گرچه مرحوم اصفهانی تشقیق شقوق می کند اما آقای خوئی به همین اکتفا کرده است.

ایشان بعد از این می فرمایند همین حرف در فقراء و مانند آن نیز می آید، همین حرف درجائی که ملک انتفاع باشد هم می آید. و بیان ایشان این است که ملک انتفاع مسامحه است چون انتفاع قابل مالکیت نیست. این مواردی که ما می گوئیم ملک انتفاع، در واقع ملک منفعتی است که باید مابشری باشد.

این مطلب نیز حرف محقق اصفهانی است. در آنجا گفتیم که محقق اصفهانی صور مساله را سه شق کرده، و در شق ملک انتفاع می گوید یکوقتی این ملک انتفاع، برگشتش به این است که ملک منفعت است به نحو شرط یا از اول ملک منفعت خاصه است، که در هر دو صورت، استدلال قصر الملک علی موقوف علیهم می آید. بله قصر ملک در اینجا به یک معنای دیگری می آید، چون مانع از این نیست که مالک بشوند، مالک عینی که قصر ملک شده باشند و انتفاع اینطوری ببرند. پس لازمه اینکه وقف باید له مساسا به موقوف علیهم باشد این است.

فرمایش مرحوم آقای خوئی تماما همین لفظ «علی» است که می خواهند از آن ملکیت استفاده کنند. البته ایشان ضمان را نیز به عنوان شاهد آورده است. خیلی بحث مهمی ندارد ولی خیلی جازمانه می گوید این ملک داخل ملک موقوف علیهم می شود حتی در مثل فقراء به نحو کلی البته نه اشاعه و حتی در مثل ملک انتفاع به آن بیانی که گفته شد. این فرمایش ایشان است.

پس تا اینجا به نظر ما علاوه بر آن ملکیت، می توان از کلمات فقهاء اجماع را نیز اصطیاد کرد، لذا همانطور مرحوم امام اجماعی بودن خروج از ملک واقف را پذیرفته اند به نظر می آید دخول در ملک هم تا زمان محقق علی الظاهر مخالفی ندارد لذا این اجماع دلیل دیگری است در مقام.

عبارتی از مرحوم ابن زهره را که نقل کرده اند به نظر ما مربوط است هم به خروج از ملک مالک و هم به ورود در ملک موقوف علیهم. بنابراین آنهایی که می گویند در خروج اجماع داریم در ورود در ملک موقوف علیهم هم باید بگوئیم اجماع داریم.

### ادامه ادله مالکیت موقوف علیهم

برای مالکیت موقوف علیهم استدلالهای دیگری نیز مطرح می باشد که قابل توجه است. مرحوم امام ره شاید از دیگران مفصل تر آورده اند، مرحوم اصفهانی هم سه تا از این استدلالها را آورده اند.

### ۳- وقف عقد است و نیاز به قبول دارد

غیر از استدلال به ملک منفعت و ضمان که معمولا در کتب فقهاء هست، یکی از استدلالها که صاحب جواهر نقل می کند این است که وقف عقد است و در عقد قبول لازم است، با قبول وارد ملکش می شود، و الا اگر وارد ملک موقوف علیهم نمی خواست بشود برای چه قبول لازم باشد، با همان گفته واقف تمام می شد و نیازی به قبول نداشت. مگر خروج از ملک قبول موقوف علیهم می خواهد؟ چه ربطی به او دارد که قبول کند. اگر وقف فقط خروج از ملک بود، مثل تحریر

بود در آزاد کردن عبد، به قبول کسی نیاز نداشت. از اینکه در وقف قبول لازم است معلوم می شود عین موقوفه می خواهد وارد ملک موقوف علیه شود.<sup>۱</sup>

و حضرت امام ره می فرماید: «و حاصل الاستدلال أن الوقف عقد و العقد مقتضاه خروج العين عن ملك الموجب و دخولها في ملك القابل».<sup>۲</sup>

### جواب محقق اصفهانی از دلیل سوم

محقق اصفهانی نیز همین دلیل را آورده، و فقط در رد و نقض آن به نقض کبری پرداخته، که مقتضای عقد، ورود عین در ملک قابل نیست، بخاطر اینکه ما عقود داریم که در آنها دخول در ملک وجود ندارد. مثلاً در عقد نکاح یا صلح علی الدعوی با اینکه عقد هستند دخول در ملک در کار نیست. با این قبول نکاح توسط زوج چیزی به ملکش داخل نمی شود و در خود نکاح چیزی وارد ملک قابل یعنی زوج نمی شود. و در صلح بر دعوی هم همینطور است. و حتی در مثل رهن نیز چیزی در ملک مرتهن واقع نمی شود، بلکه شیئی را وثیقه می گیرد نه اینکه در ملکش وارد شود. بنابراین ما عقود داریم که عقد هستند و قبول لازم دارند ولی با آن چیزی در ملک کسی وارد نمی شود. این اشکال مرحوم اصفهانی است که امام ره هم فرموده اند.

### جواب مرحوم امام از دلیل سوم

اما امام ره مطلبی اضافه کرده اند، که اصلاً عقد بودن وقف درست نیست. وقف عقد نیست. بخاطر اینکه ما مواردی داریم که لا یعقل أن یکون عقداً. مثل وقف بر کبوترهای بیت الله، یا بر وحوش حرم الله که غذا یا دانه ای به آنها بدهند. می فرمایند عقد بودن اینها معقول نیست و قبولشان لازم نیست. و لا ثالث فی مثله یقبل العقد، کس دیگری هم نیست که از طرف اینها قبول کند. بنابراین یا باید بگوئید اینها وقف نیستند، که خلاف است، اینها وقفند، یا باید بگوئید وقف دو معنا دارد گاهی ایقاع است و گاهی عقد است، اینجایی که لا یعقل طرف داشته باشد ایقاع است و جاهای دیگر عقد است. که این را نیز نمی شود پذیرفت و وقف یک ماهیت بیشتر ندارد. (که البته صاحب جواهر خودش هم این حرف را قبول دارد و مکرر فرموده است). یا باید بگوئید در اینجاها وقف باطل است، که این را هم نمی توانید بگوئید، این وقفها درست است

<sup>۱</sup> جواهر الکلام ۲۸: ۸۸.

<sup>۲</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني): ج ۳، ص: ۱۳۰

و هم عقلائی، واطلاقات صحت وقف هم اینها را می گیرد. و می گوید سیره هم بر این واقع شده که در بسیاری از وقفها مثلا مساجد و خانات و قناطر و غیره در بلاد مسلمین، رسم نبوده که در اینها قبول واقع شود؟ می گوید چنین چیزی نیست. می گوید چرا ما ملتزم شویم به یک چیزی به نام قبول در مثل وقف بعد دچار تکلف شویم که اینها چی هست.

منتهی ما قبلا گفتیم که این نقضها علی الظاهر وارد نیست و دیگر تکرار نمی کنیم. شما در مثل بیع برای صغیر چه می گوئید، با اینکه او طرف قبول نمی تواند واقع شود. اینکه شأنیت دارد بیست سال بعد، ربطی به الان ندارد که قبول او درست است از ناحیه ویش. با اینکه بیع برای آن صغیر واقع می شود از ناحیه ویش و او هم الان قابلیت ندارد. پس بنابراین استیحا ش نباید کرد که یک همچنین چیزی در آنجاها هم رخ دهد. در آنجاها هم متولی قبول می کند یا حاکم قبول می کند. این حرف ثبوتا که معنا دارد. حالا شما می فرمائید سیره هست که در مثل خانات و اینها اینچنین است اما واقعا اینطور هست؟ نمی دانم واقعا. معمولا اینطور بوده وقفها به دست علماء انجام می گرفته و پای آن شاهد هم می گذاشتند. من یادم هست اوقافی مال اجداد ما هست در مازندران، همه اینها نوشته علماء است، و عجیب است می بردند علمای بعدی هم زیر آن را امضاء می کردند، که این محکم کاری شود و بماند. اصلا کی گفته بنا نداشتند این کار را انجام دهند؟! علماء صیغه وقف را اجراء می کردند، ممکن است این مواردی که قابل نبوده خودشان را مجتهد می دانستند قبول می کردند. تا به حال اینطور بوده دیگر، اینها خودشان را حاکم می دانستند، وقتی یک حکومت مسلطی نبود و حکومت طاغوتی بود خب هر مجتهدی می گفت من حاکم هستم و می توانم اینها را اجازه کنم. مقصودم این است که چه کسی گفته دارج نبوده است. این ادعایی است که ثابت نیست.

بنابراین اگر ما عقد بدانیم، از این جهت اشکال وارد نیست. اما ممکن است این کبری درست نباشد که لازمه هر عقدی که در آن قبول هست این است که مالی به ملک قابل وارد شود.

بله یک نکته ای وجود دارد که امام ره هم می پذیرد، می گوید اگر ماهیت وقف تملیک بود قبول تملیک دیگر به نظر می آید لازمه اش ورود در ملک قابل هست، چون ماهیتش تملیک است مثل بیع. وقتی شما قبول می کنید دیگر باید بگوئید وارد ملک قابل می شود. بنابراین به نظر می آید که اگر ما وقف را تملیک بدانیم یا مستلزم تملیک بدانیم این هست. منتهی ایشان روی مبنای خودش می فرماید که وقف تملیک نیست و ایقاف است. که قبلا هم گفتیم. و خیلی های دیگر هم همین حرف را می گویند. و اگر یاد دوستان باشد سالهای گذشته عبارتهای مرحوم شیخ انصاری را آوردیم که ایشان تتبعی کرده بود و صوری را بحث می کرد که حقیقت وقف را تملیک می دانست او یستلزم التملیک. می فرمود مانند صلح مفاد اصلی اش استقرار سلامت و غیره است ولکن یستلزم التملیک. و لذا در صلح غیر دعوایی باید قصد تملیک هم کند تا

تملیک واقع شود به عقد صلح، والا اینطور نیست که اگر بدون قصد تملیک باشد تملیک واقع شود. ایشان ابتدائاً وقف را از این قسم گرفته اند ولی بعد عدول کردند و فرمودند معلوم نیست که وقف این باشد. کسانی که وقف را ایقاف می دانند خیلی روشن است که مفاد وقف را تملیک نمی دانند. ممکن است یک جایی حکمش تملیک باشد اما نه اینکه یک امر تملیکی است از ناحیه خود واقف. ممکن است اثر تملیک را به اعتبارات عقلائی و شرعی داشته باشد، اما نه مثل بیع است که بایع باید انشاء کند به قصد التملیک و قبول شود و شارع همین را امضاء کند. این نیست. وقف یک نهادی است. این با وقت و امثال این انشاء می شود، قصد جدی هم باید داشته باشد برای ترتیب آثار. این آثار مختلف است یک جا ممکن است ملک باشد و یک جا چیز دیگری. پس بنابراین کار واقف به فرمایش این بزرگواران تملیک نیست. ولذا به این استدلال نمی شود اتکاء کرد.

سؤال: شما وقف را عقد دانستید یا ایقاع؟

جواب: برای ما ثابت نیست، لذا در آنجا ما گفتیم باید قبول کنیم از باب اصل نه از باب اینکه حقیقتاً عقد است. لذا ما به اوفوا بالعقود نمی توانیم تمسک کنیم. اما لازم می دانیم برای اینکه وقف تمام شود احتیاطاً یعنی از باب اشتغال و از باب عدم تمامیت سبب در موارد شک، قبول را شرط می دانیم نه از باب اینکه عقد است.

سؤال: عقود را اگر به عهود معنا کنیم لااقل وقف عهد هست.

جواب: ما به تفصیل بحث کردیم و شما هم نمی توانید بگوئید اوفوا بالعقود مطلق عهد است. فقهاء هم این را نپذیرفته اند، ولذا فقط عهد فی ضمن العقد را در مثل شروط قبول می کنند والا اینکه مطلق عهد ابتدائی را نیز مشمول «اوفوا بالعقود» بدانیم خیلی مشکل است.

سؤال: اگر من وقف کردم بر کبوترها با اینکه هیچ کس قبول نکرده می توانم برگردم از این وقف؟

جواب: نه نمی توانید برگردید.

سؤال: پس ایقاع است دیگر

جواب: بله ایشان به این دلیل می گوید ایقاع است. ما می گوئیم حتی اگر عقد هم باشد ورود در ملک ثابت نمی شود.

این استدلال یک صغری داشت و یک کبری، که این عقد است یحتاج الی القبول و کل عقد یحتاج الی القبول یستلزم دخول در ملک را. امام ره به هر دو اشکال کرد هم کبری و صغری، ما به کبرایش اشکال کردیم و تمام. اما به صغری اشکال

نکردیم چون مفصل در اوائل بحث وقف مسئله عقد یا ایقاع بودن وقفرا بحث کردیم ما نمی دانیم، ظاهر بسیاری از فقهاء این است که وقف عقد است، بلکه تصریح می کنند، ظاهر عقد بودن این است که قبول در آن لازم است، ولی متأخرین اکثرا منکر شده اند، مثل امام و مرحوم سیدیزدی برای ما مشخص نیست که واقعا عقد است و قبول لازم است یا ایقاع است؟

سؤال: منظور از اصل که فرمودید چیست؟

جواب: در موارد شک، اصالت عدم ثبوت مسبب عند الشک فی السبب جاری است.

سؤال: در ضمان در محضر قاضی که طرف می آید مالش را بگیرد اینجا که ضامن است یعنی تملیک می کند؟

جواب: بله دیگر، پس چکار می کند؟ باید به او مثل یا قیمت را تملیک کند.

سؤال: آخر تملیک سبب می خواهد.

جواب: تملیک می کند از باب خسارت.

سؤال: آنوقت چرا این تملیک حساب می شود؟

جواب: برای اینکه اگر تملیک نکند از ملکش خارج نشده و در ملک او هم داخل نشده است. حالا وقف را بگذارید کنار، ضمان که فقط مال وقف نیست. الان کسی می آید کتاب من را از بین می برد، شما می گوئید ضامن است، اگر مثلی است مثل را می آورد، اگر تملیک نکند آن کتاب روی زمین مانده، این کتاب روی زمین چه ربطی به من دارد؟

سؤال: وقتی من مالک ذمه او شدم کأن دیگر مالک شدم و نیاز به تملیک او نباشد چون مال من را تلف کرده است.

جواب: آنکه مالک است آنوقت خارجا هم باید این را تملیک کند یا ایفاء کند. ما اصلا بحثمان در این است که ملک او می شود یا نمی شود. آقایان می گویند در ذمه هم ملک نمی شود یعنی مالک ذمه هم نمی شود. آنوقت باید خارجا ایفاء کند به این. مثل کلی ذمی. شما صد من گندم به کسی می فروشید، او مالک ذمه شما می شود، آنوقت شما خارجا اقباض می کنید از باب مصداق آن ملک، می شود تملیک او. لذا او با قبضش مالک می شود. چرا مالک می شود؟ چون کار شما یک جوری مصداق آن ملکیت واقعیه است و دارید به او تملیک می کنید پس مالک می شود.

این یک استدلال بود.



## ۴- مال بدون مالک نمی شود

استدلال دیگری را مرحوم صاحب جواهر مطرح می فرمایند که موقوفات اموالی هستند که با تلف، مورد ضمان واقع می شوند، «و هو أنَّ هذه الموقوفات أموال تضمن بالتلف وليس في الشرع مال بلا مالک و الفرض خروج الواقف عنه و ليس غير الموقوف عليه مالک فلا بد من مالکيته»<sup>۱</sup>. وقتی ضامن باید مال مضمون را بدهد چکار کند؟ استدلال ایشان تا حدودی شبیه بحثی است که مطرح کردیم. نمی شود که این مال بدون مالک بماند. چنین چیزی در شرع نداریم که مال بی مالک باشد. و همچنین نمیتوانیم بگوئیم مال واقف است چون این عین موقوفه از ملک واقف خروج پیدا کرده است. و همچنین نمی توانیم بگوئیم مال دیگری است که هیچ مسامسی به وقف ندارد؛ پس مال موقوف علیهم می شود.

## جواب امام ره از دلیل چهارم

مرحوم امام می فرماید شما چه می خواهید بگوئید؟ آیا می خواهید بگوئید اصلاً در عالم مال بی مالک نداریم؟ که این حرف نادرستی است، چون مباحات هستند. ما مباحات اولیه داریم معادن داریم، اینها ملک کسی نیست، مال هستند ولی ملک کسی نیست، و هر کسی با حیازت می تواند تملک کند. اگر مقصودتان این است که در شرع مال یک اصطلاح خاصی دارد که بدون مالک نمی شود، این هم صحیح نیست چون ما در شرع چنین اصطلاح خاصی نداریم که مالی که شارع قبول دارد حتماً باید مالک داشته باشد. و اگر مقصودتان بحث ضمان است که می خواهید از ضمان، ملکیت را استفاده کنید، ما قبلاً گفتیم که ضمان مستلزم ملک نیست. و اگر می خواهید بگوئید در شرع ضمان یک معنای خاصی دارد، می فرمایند این را هم ما قبول نداریم که در شرع ضمان معنای خاصی داشته باشد. شارع همان چیزی را تأیید کرده که عقلاء می گویند. علاوه بر اینکه ما در باب رهن هم ضمان داریم با اینکه مرتهن مالک نیست. شخصی که مال رهنی را اتلاف کند نسبت به مرتهن هم ضمان دارد با اینکه مالک نیست.

خب ما بخشی از این حرفها را جواب گفتیم. در مثل رهن، یک ضمانتی نسبت به مرتهن داریم و یک ضمانتی نسبت به رهن داریم. ضمان نسبت به رهن تملیک است. شما عین او را زدید از بین بردید خب باید آن را تملیکش کنید. و برخی موارد دیگر را.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۳۱

## بررسی پاسخ حضرت امام ره

هر چند کبرایی که امام ره می فرماید درست است و ما دلیلی نداریم که کل مال مملوک لاحد، ولی ظاهرا در وقف به این صورت است لذا این را علی الظاهر ارسال مسلم گرفته اند، که در وقف وقتی می گوئیم وقف علیهم - حال در مثل مسجد که علیهم ندارد و تحریر است که از نظر فقهاء عموما چنین است بحث دیگری است - در جائی که ما می گوئیم وقف هذا البیت علیهم، ظاهر اینجا اضافه به شخص به نحو مالکیت درست می شود. در واقع این می شود که مال موقوفه ای که مالک نداشته باشد نداریم. حرف این است. البته منکر دارد، فقهاء متأخر، خود امام ره، مرحوم سید و به یک بیانی مرحوم آخوند در مواردی تصریح می کند که در باب وقف، خروج از ملک واقف می شود و دخول در ملک موقوف علیهم هم پیدا نمی کند. این چیست؟ می گویند یک چیزی است در عالم به نام وقف که کارش همین است که در اختیار موقوف علیهم باشد و از آن انتفاع ببرند، ملک کسی هم نیست. اما عرض ما این است که ما نمی گوئیم همچنین چیزی محال است، اما آیا وقفی که قبل از اسلام بوده و در اسلام ادامه پیدا کرده و با تأیید شارع به این نحو درآمده، چنین وقفی اصلا ما داریم که بدون مالک باشد؟ معلوم نیست این حرف درست باشد. ظاهر وقف این است که مال موقوفه ملک کسی است. تا زمانی که ملک مالک است که ملک مالک است در یک صوری، مثل منقطع الآخر اگر گفتیم خروج از ملک رخ نمی دهد که ما این را هم تشکیک داریم، و آنجاهایی که خروج از ملک مالک هست داخل در ملک موقوف علیهم می شود.

یعنی می خواهیم بگوئیم این کبری که ما مال بلامالک نداریم به نحو کلی، نقض می شود. اما اینکه در وقف مال موقوفه بدون مالک می تواند باشد این یک کبرای دیگری است در حیطه وقف است، و محال هم نیست که بی مالک باشد، این هم درست است، اینجا بحث محالات نیست. اما آیا این نهاد وقفی که عقلاء جعل کرده اند و شارع پذیرفته به این صورت است که مال موقوفه بی مالک باشد؟ این اول کلام است. عرض من این است که تلقی فقهاء اوائل حتی تا زمان محقق صاحب شرایع واقعا این نیست که اینها می گویند. و لذا مرحوم شیخ هم این حرف را نقل می کند که عده ای می گویند مال موقوفه بدون مالک نمی تواند باشد. یعنی گویی ارسال مسلم کرده اند که بدون مالک نمی تواند باشد.

لذا من عرضم این است که چه بسا کسی ادعا کند مفاد وقف این است. ما نمی گوئیم ثبوتا محال است بلکه این نهادی که جعل کرده اند این است که مال موقوفه حتما مالک داشته باشد. مثل اینکه اگر بیع کردند در آن خیار فسخ هم قرار می دهند. این بیع یک نهادی است خصوصیتی دارد در آن خیار فسخ هم هست. وقف هم همینطور است. ما نمی گوئیم محال است که شارع یا عقلاء در مال موقوفه بگویند بی مالک هم می شود بشود. نه محال نیست، ولی خارجا این است؟ به نظرم خارجا همین درست است. کلام صاحب جواهر و اینها را هم می شود به همین حمل کرد. اینکه امام ره این

را می برند در کل مال بلا مالک، دلیل ندارد. اینکه در بحث وقف دنبال محالیت باشیم که محال است بلا مالک، این هم وجهی ندارد، ولی این می شود معقول باشد که وقف چگونه نهادی است در عالم؟ آیا این جعل و اعتباری که عقلاء دارند در آن مال موقوفه بلا مالک هست؟ ممکن است بگوئیم نه، خصوص وقف و خاصیت وقف به این صورت است که مال موقوفه ملک کسی است، نه اینکه کلاً از ملکیت آحاد بیرون برود. این نیست. به نظرم اگر مطلب منظور صاحب جواهر باشد حرف معقولی است، ظاهر فقهاء هم همین است، چه بسا بشود گفت اجماعی نیز بر این مسئله هست که مال موقوفه بلا مالک نیست. اگر گفتید در صورتهایی مال خود واقف است فبها، اگر نگفتید مال موقوف علیه می شود، چون مال دیگری هم معنا ندارد باشد، چون کسی که اجنبی بالمره است از مال موقوفه معنا ندارد که مالک باشد.

به نظر من اگر فرمایش صاحب جواهر و عده دیگری را که این فرمایش را فرموده اند اینطوری بفهمیم به عنوان یک امر واقع بفهمیم علی الظاهر خیلی از انکارها قابل رد است.

## ۵- وقف صدقه است لذا باید تملیک باشد

یک استدلال دیگری از مرحوم صاحب جواهر نقل کرده اند که وقف قسمی از صدقات است، بنابراین باید تملیک باشد. گوئی اینطور دارند می گویند که وقف قسمی از صدقات است و در صدقه هم تملیک هست.

## جواب حضرت امام از دلیل پنجم

مرحوم امام اولاً در کبری تشکیک می کند، که در صدقات به نحو کلی تملیک باشد. می گوید «فإن جعل عين محررة موقوفة على المسلمين أو على سبيل الخير صدقة عليهم مع انه ليس تمليكا، و اثبات أن الوقف كالزكاة و غيرها مما يملكه الآخذ يحتاج الى دليل مفقود».<sup>۱</sup> کسی بگوید وقف هم مثل زکات است که آخذ با اخذش مالک می شود. ایشان می گوید دلیلی ندارد.

بنابراین یک حرف این است که ما کبرای اینکه صدقه تملیک است را انکار کنیم. منتهی آن چیزی که صاحب جواهر ره بیان کرده و ثابت کرده در آن ملکیت وجود دارد صدقه خاص است، و این نظر صحیح است. در صدقه خاص، ملکیت وجود دارد. ولذا کسی که صدقه می گیرد، حالا چه زکات باشد و چه صدقه بالمعنی الخاص باشد می تواند با آن خرید و فروش کند، مالک می شود بلا شبهة و لا ریب.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۳۲

منتهی مرحوم امام غیر از اشکالی که در صغری می کنند می گویند ما ممکن است عکس بگوئیم. چرا شما می گوئید در قسم خاصی از صدقه مالک می شوند پس در این قسم هم که وقف صدقه مالک می شوند؟ اصلا عکس بگوئیم. بگوئیم در مثل وقف که صدقه مالک نمی شوند، پس در آن قسم صدقه هم مالک نمی شوند.<sup>۱</sup>

## بررسی فرمایش حضرت امام ره

من نمی گویم این استدلال پنجم خیلی عجیب است، عکسش عجیب است. چون از روایات و فتوای فقهاء صددرصد این روشن است که در صدقات مالک می شوند. حتی ابن زهره ای که در وقف یک عبارت مجملی داشت که از آن فهمیده اند خروج از ملک نمی شود، صدقه خاص را قبول کرده که مالک می شود، می تواند مالی را که صدقه گرفته، بیع و شراء کند و می تواند هبه کند خود عین را. عینی را که صدقه می گیرد با آن همه کار مالکانه انجام می دهد. از ملک خودش خارج می کند آن را هبه می کند. اینی که ایشان می فرماید ما عکس می گوئیم، یعنی چه؟ ما نفهمیدیم. حالا شما در وقف بگوئید صدقه ای است که نمی شود فروخت، بگویند چون اینجا این را می گوئیم پس در آنجا هم بگوئیم آن صدقه هم مثل همین مالک نمی شود. این خیلی حرف عجیبی است.

این می شود کبرایش.

اما نسبت به صغری اینکه می گویند وقف صدقه ظاهرا دارد یک خلطی اینجا رخ می دهد. این حرف را امام ره اینجا زده اند و حرف درستی هم هست. وقف صدقه ولی کدام صدقه است؟ آن صدقه ای که ما می گوئیم مسلم است به ملک مصدق علیها وارد می شود آن صدقه خاصه است و حصه ای از صدقه است. چه کسی گفته تمام آنچه صدقه است همچنین خاصیتی دارد؟ وقف صدقه، اما چه کسی این را می گوید که تمام انحاء صدقه وارد در ملک متصدق علیها می شود؟

امام ره در ضمن بیان این مطلب برمی گردند می گویند اصلا وقف عرفا و شرعا صدقه نیست. این خیلی حرف عجیبی است. می فرمایند: «مع أن الوقف إذا لم تقصد به القربة لیست صدقة بل معنى الوقف غیر معنى الصدقة لغة و عرفا». و این از عجایب است. شیخ طوسی وعده ای از فقهاء اصلا کتاب وقف را به عنوان صدقات وارد می شوند. و مرحوم شیخ طوسی در کتاب نهاییه تصریح می کند که صدقه و وقف یکی هستند فرقی نمی کند. آنوقت امام ره می فرماید بل معنى الوقف غیر معنى الصدقة لغة و عرفا، در حالی که واقعا این نیست. اصلا عرف فقهاء اوائل این بوده که وقف صدقه است.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۳۳

امام ره باید به همین اکتفاء کنند که صدقه دو حصه دارد. چون در روایات ما هم عمدتاً وقف به عنوان صدقه آمده، شاید ده درصد موارد وقف به عنوان خودش آمده است. فقهاء هم در تعبیرشان همین را دارند.

مقصود این است که در روایات ما و در کلمات فقهاء اوائل وقف و صدقه فرقی نمی کرده. اینکه اول قربت را گفته اند و بعد با اضراب می گویند بل معنی الوقف غیر معنی الصدقة لغة و عرفاً. این اضراب و استدراک با «بل» و ترقی که کرده اند واقعا عجیب است. که اول می فرمایند چون قصد قربت لازم است در صدقه و وقف قصد قربت نمی خواهد پس صدقه نیست، بعد می گویند لغة و عرفاً هم صدقه نیست. که این حرف حتماً درست نیست. بخاطر اینکه وقف لغة و عرفاً هم صدقه است، عرف فقهاء و روایات هم همین بوده است.

بله شما یک حرف دیگری می توانید بگوئید همانطوری که ما اوائل بحث روایات صدقات را بررسی می کردیم می توانید بگوئید صدقه یک نوع عام است و حصص دارد و اقسام دارد، یک قسمش که صدقة خاصه است در آن ملکیت حاصل می شود. یک قسمش که وقف است که لا تباع و لا توهب و لا تورث می فرماید این قسمش در ملکیت وارد نمی شود و آثار ملک در خود عینش را ندارد. بنابراین این بیان درست است، اما اینکه بگوئیم کلاً وقف صدقه نیست این حرف عجیبی است.

اما اینکه ایشان فرموده اند که مع أن الوقف إذا لم تقصد به القربة ليس صدقة، این درست است در صدقه خاص ما قصد قربت می خواهیم، اما چه کسی گفته در وقف ما قصد قربت نمی خواهیم؟ فتوای شاید مشهور این است که در آنجا قصد قربت می خواهیم و استدلالهایی هم کرده اند. البته مرحوم امام قبول ندارد و مرحوم سید صاحب عروه هم قبل از ایشان قبول نکرده اند و عده دیگری. می خواهیم بگوئیم در مقام نقض این حرف درست نیست. شما دارید نقض می کنید، خیلی از کسانی که به آنها نقض می کنید قربت را در وقف قبول دارند. فرموده والوقف لا يشترط فيه القربة فليس كل وقف صدقة، این خیلی حرف عجیبی است، کثیری از فقهای که شما دارید به آنها نقض می کنید آنها قربت را قبول دارند، چه نقضی بر آنهاست؟! بعد فرمودند: «و التفصيل بين ما كان صدقة و غيرها لا يرضى به القائل ايضاً»<sup>۱</sup>.

پس بنابراین استدلال به اینکه وقف صدقة و در صدقه وارد ملک متصدق عليها می شود اشکالش در کلیتی است که ذکر کرده اند. درست است آن صدقه ای که وارد در ملک می شود مسلماً، صدقه خاصه است. اما اینکه وقف صدقة است

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۳۳

به معنای عامی از صدقه درست است، و دلیل نداریم که مصداق آن صدقه ای باشد که در ملک وارد می شود. بنابراین این استدلال از این جهت اشکال دارد.

**سؤال:** اینکه قید زده اند به صدقه جاریه معلوم می شود با آن فرق می کند. چون در اینجا حبس الاصل و سبیل الثمره معنا دارد ولی آنجا معنا ندارد.

**جواب:** درست است شاید چون جاری است اما در صدقه خاص جاری نیست، ممکن است بفروشد و برود. بله درست است. ولی بالاخره غیر از این است که ایشان می گوید لغة و عرفا صدقه نیست. یا می گوید قصد قربت لازم نیست پس صدقه نیست. این استدلالها درست نیست. متتهی اصل این حرف حق است که صدقه خاصه ملک می شود و دلیل نداریم که وقف صدقه خاصه بشود. این حرف درست است.

**سؤال:** دلیل نداریم ولی محتمل هست؟

**جواب:** محتمل نیست، وقف صدقه به معنای عام است و این غیر از این قسم خاص است.

**سؤال:** چون در روایات اطلاق شده می گوئید صدقه است؟

**جواب:** هم در آن هست و هم در عرف فقهاء هم همین است.

**سؤال:** امکان ندارد اطلاق مجازی باشد؟

**جواب:** اگر کسی بخواهد از این طریق استدلال کند آن شبهه می آید، ولی عرض ما این است ایشان که می گوید خلاف عرف و لغت است از کجا می گویند؟ عرف که دارند اطلاق می کنند چطور شما می گوئید خلاف عرف است؟ و در کلمات فقهاء هم هست، اصلاً تعبیر مرحوم شیخ طوسی این است که وقف و صدقه یکی است کما صرح فی النهاية.

**سؤال:** این فهم متقدمین حجت است؟

**جواب:** عیب ندارد ولی استدلال امام هم دیگر درست نیست، از کجا می گویند عرف و لغت این نیست؟ عرف که دارد اطلاق می کند، و در لغت هم که این حرف وارد شده است. در لغت ما عبارتها را آوردیم که در لغت وقف به معنای صدقه هم آمده است. حالا اینکه ایشان می گویند نیست نمی دانم از کجا می گویند.

«والحمد لله رب العالمین».

### فهرست

- ۵۳۱..... ۶- استدلال برای دخول در ملک موقوف علیهم به صحت بیع وقف
- ۵۳۲ ..... جهات اربعه برای تقریب استدلال به این وجه
- ۵۳۳ ..... جواب از همه جهات این استدلال ششم
- ۵۳۴ ..... خلاصه ادله مسئله
- ۵۳۷ ..... مسئله ۶۸: تغییر وقف
- ۵۳۹ ..... جهات مورد بحث در مسئله ۶۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين.

### ادامه بررسی ادله

بحث در قسمت دوم کلام مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه در مسئله ۶۷ کتاب تحریر الوسیله بود. پرسش این بود که آیا مال موقوفه وارد ملک موقوف علیهم می شود یا نه؟ در مقام بررسی استدلال قائلین به ورود به ملک موقوف علیهم بودیم

### ۶- استدلال برای دخول در ملک موقوف علیهم به صحت بیع وقف

از جمله استدلالهایی که برای مالک بودن موقوف علیهم شده بحث جواز بیع وقف در برخی موارد است. صحت بیع وقف که جزء فروعات آتی است و فی الجمله مقبول است ادعا شده است که از جهات مختلفی دلالت بر مالکیت موقوف علیهم می کند. مرحوم امام این مساله را در ذیل همین بحث بیع آورده اند، و البته مسبوق است به فرمایش مرحوم آخوند در رساله وقف و جوابهایی که ایشان داده است و همینطور فرمایشات مرحوم اصفهانی.

به چهار جهت استدلال شده است که بیع دال بر اثبات ملکیت است:

## جهات اربعه برای تقریب استدلال به این وجه

می گویند در مواردی نصاب و فتوی جواز بیع وقف ثابت است و از همین می شود فهمید که موقوف علیهم مالک هستند. و الا اگر مالک نباشند بیع نسبت به چه چیزی واقع می شود؟ به تعبیر دیگر بیع مبادله دو تا مال در ملکیت است که جابجا می شوند، یعنی عین از مال بایع بیرون می رود و جای آن ثمن می نشیند و از طرف دیگر عین در مال مشتری واقع می شود و ثمن خارج می شود. همینکه می گوئیم ثمن می آید جای این می نشیند، این یعنی قبلا عین ملک بایع بوده که ثمن جایش می نشیند، پس عین موقوفه ملک موقوف علیهم است. یعنی از این منظر می خواهیم بگوئیم که بیع مبادله مال است در ملکیت، پس این ملکیت داشته است که جابجا شده است. این یک جهت استدلال به بیع.

جهت دیگر این است که مشتری بعد اشتراش مالک این عین موقوفه می شود، و با تأمل روشن می شود که مالکیت مشتری نسبت به این مال موقوفه حتمی است، و مالکیت مشتری متفرع از مالکیت موقوف علیهم است، اگر آنها مالک نباشند چطور ملکیت را به مشتری داده اند؟! این تقریب می خواهد از یک وجهه دیگری دلالت بیع بر مالکیت موقوف علیهم را اثبات کند، از جهت اینکه مشتری قطعا مالک می شود در حالی که مالکیت مشتری متفرع بر مالکیت بایع است، اگر بایع مالک نباشد چه جور مشتری می خواهد مالک شود؟

جهت سوم دال بر ملکیت، تصدی للبیع است. در مواردی که تجویز می کنیم مال موقوفه فروخته شود، چه کسی متصدی انجام این معامله است؟ روشن است که خود موقوف علیهم این کار را می کنند و این دلالت بر مالکیتشان می کند. چون اگر مالک نباشند چه نقشی دارند و چکاره اند که بخواهند متصدی بیع شوند. خود جواز تصدی دلالت بر ملکیت می کند.

جهت چهارمی هم گفته اند که البته به قبلی ها قرابتی دارد، و آن اینکه ثمن در بعضی صور در ملک بایع وارد می شود، پس خود مبیع هم باید داخل در ملک او می بود تا این جای او بنشیند. والا معنا ندارد که ثمن بیاید در ملک من بدون اینکه چیزی از ملک من خارج بشود. این چه جور بیع و معامله ای است؟ پس باید مبیع در ملک من می بود تا با خروجش ثمن ملک من شود.

البته این هم واضح است که در بعضی از صور ما می گوئیم ثمن ملک موقوف علیهم می شود والا در خیلی از صور دیگر این ثمن باید برود صرف همان وقف بشود. حالا آنجاهایی که ما می گوئیم گوئی ثمن این مال موقوفه، کالمنفعة است، لذا موقوف علیهم می توانند همان ثمن عین موقوفه ای را که فروخته شده است استفاده کنند، در اینجاها می گوئید ثمن در



ملک موقوف علیهم وارد شده، حال چه چیزی از ملکش خارج شده که ثمن وارد شده است؟ نمی شود همینطوری در بیع ثمن آمده باشد. پس مبیع در ملک او بوده که حالا ثمن جای آن آمده است.

اینجا چهار وجه از جواز بیع است که می خواهند هر کدام به بیانی استفاده کنند که چرا موقوف علیهم مالک هستند.

## جواب از همه جهات استدلال ششم

منتهی همه این جهات جواب دارد:

اما جهت اولی که می فرمایند اصلاً بیع مبادله مال به مال است در ملکیت، پس باید موقوف علیهم مالک باشند تا جابجایی در ملکیت صورت گیرد. از این استدلال جواب داده اند و مرحوم امام ره نیز بیان کرده اند. قبل از ایشان نیز مرحوم محقق اصفهانی و قبل از ایشان مرحوم آخوند در رساله و در حاشیه مکاسب و عده ای دیگر بیان کرده اند در بیع لازم نیست که بایع را مالک بدانیم تا بتواند بیع کند، فقط لازم است که او حق بیع داشته باشد. کافی است «له أن یملک» باشد. و مصداق هم دارد، مثل بیع کلی در ذمه. فرد، مالک ذمه خودش نیست، بلکه تملیک می کند صد من گندم را به مشتری و او بعد از تمام شدن بیع، مالک صد من گندم در ذمه بایع می شود. اما خود بایع، مالک صد من گندم در ذمه خودش نبود که حالا بخواهد به مشتری تملیک کند.

پس ما مواردی داریم که شخص مالک نیست ولی له آن یملک هست و تملیک می کند بدون اینکه مالک باشد.

یا نظیر آلات مسجد که دیگر از کارافتاده باشد و نفعی نداشته باشد و نتوانند برگردانند به مسجد، اینجا می گویند حاکم یا متولی می فروشد. در اینجا مالک نیستند، حاکم مالک آلات مسجد نیست ولی له آن یملک هست، وقتی می فروشد ثمنش را می آید خرج مسجد می کند، ولی مالک نبوده است.

و لذا این کبرای کلی که در بدایت بحث مکاسب معمولاً در ذهن خیلی ها هست که انسان باید مالک باشد تا بتواند بفروشد، این درست نیست. لا بیع الا فی ملک یا لا عتق الا فی ملک یا لا وقف الا فی ملک، در معنایش تحلیل کرده اند که الا فی ملک یعنی چه. نمی شود معنایش این باشد که بدون اینکه انسان مالک باشد بیع نمی تواند کند. معنایش این نیست. علاوه بر اینکه اینجا علی الظاهر سند درستی ندارد. این راجع به جهت اول از استدلال.

اما این استدلال که مشتری وقف را مالک می شود و ملکیت او متفرع بر ملکیت بایع است. الان جوابش روشن شد که در بیع کلی در ذمه، مشتری مالک می شود صد من گندم را در ذمه من به تملیک من، اما من مالک صد من گندم در ذمه خودم نیستم. من مالک صد من گندم نبودم تا آن را از باب ملکیتم تملیک مشتری کنم. بلکه «لی أن املکه» من این حق را

دارم که تملیک او کنم و با این بیع من و با شرائطش مشتری مالک می شود. پس مالکیت مشتری متفرع بر مالکیت بایع نیست، متفرع بر حق تملیک اوست که او بتواند تملیک کند.

در استدلال سوم که تصدی موقوف علیهم للبیع است هم صغریا خدشه شده است و هم کبرویا. اولاً چه کسی گفته موقوف علیهم متصدی است؟ ممکن است بگوئیم متصدی او نیست. گرچه به نظر می آید اقرب اشخاص موقوف علیهم است، ولی اگر وقف متولی دارد خود متولی می فروشد چرا موقوف علیهم بفروشند؟ حتی یک جاهایی ممکن است بگوئیم حاکم این کار را انجام می دهد مثلاً اگر متولی هم نیست. چه کسی گفته اصلاً موقوف علیهم حق دارند بفروشند؟ مخصوصاً که در محل اتهام هم هستند. اگر بیع دست خود موقوف علیهم باشد ممکن است برخی به ادنی احتمالی بگویند مجوز بیع حاصل شد و برونند وقف را بفروشند، در حالی که اگر دست ناظر وقف و متولی وقف یا حاکم باشد این تضييعات نسبت به وقف رخ نمی دهد. پس اولاً دلیل چیست که متصدی بیع خود موقوف علیهم هستند؟

ثانیاً فرض کنیم آنها متصدی باشند کما اینکه ادعا شده از برخی روایات استفاده می شود خودشان بفروشند، سؤال این است که نحوه تصدی اینها مانند تصدی ولی باشد. چرا مالک باشند؟ مگر هر کسی که متصدی بیع می شود باید مالک باشد. الان ولی صغیر متولی بیع می شود مگر مالک است؟ حاکم متولی بیع می شود مگر مالک است؟ بنابراین هر کجا که بیع از طرف شخصی صحیح باشد معنایش این نیست که او حتماً باید مالک باشد تا بیع او صحیح باشد، بلکه له حق تملیک است اما بدون اینکه خودش مالک باشد.

بنابراین نه صغری و نه کبرای این استدلال که موقوف علیهم متصدی بیع هستند و متصدی بیع مالک است درست نیست و لذا جواز بیع در برخی از صور که بعداً می آید نمی تواند کشف از ملکیت کند.

### خلاصه ادله مسئله

بنابراین در مجموع ادله که بیان کردیم به نظر ما همان دو دلیلی که معمولاً در کتب قوم مذکور است بیشتر دلالت دارد که عبارت است از اجماع که واقعا در کلمات قوم این اجماع قابل تحصیل است برخلاف مثل مرحوم آخوند که حتی اجماع در خروج از ملک مالک را هم ایشان قبول ندارد و می فرماید «محصله لم يحصل و منقوله لم یعتبر» است، در حالی که این عبارت مطلبی کلی است که ایشان در موارد متعدد به کار می برند. و به نظر می رسد از روی فحص نیست. ما در کلمات فقهای قبلی تا زمان محقق مخالفی نداریم. حتی به اعتراف مرحوم شیخ انصاری تا زمان مرحوم محقق و خود شخص محقق اصلاً تفصیلی بین اقسام وقف نداده اند. نه مسجد را جدا کرده اند و نه مشاهد را جدا کرده اند و نه وقف

بر جهات را جدا کرده اند و نه وقف بر عناوین را جدا کرده اند. کلا گفته اند مال موقوفه یخرج عن ملک المالك و یدخل فی ملک الموقوف علیه. تصریح کرده اند. خب از این واقعا می شود یک اجماعی استفاده کرد و مخالفی ندارد.

بله اگر یاد دوستان باشد کتاب غنیه را گفته اند که ایشان اصلا اصل خروج از ملک را قبول ندارد، که ما جواب دادیم. به علاوه در خروج از ملک که عمدتا اجماع را پذیرفته اند. کلامی از یحیی بن سعید حلی موجود است که ایشان نگفته وارد ملک موقوف علیهم نمی شود، بلکه نسبت به ورود در ملک موقوف علیهم گفته قیل یدخل در ملک موقوف علیهم. می گویند از این تعبیر قیل فهمیده می شود که یعنی کسانی هستند که قائل نیستند یا خود ایشان هم قبول ندارد که می گوید قیل، و الا اختیار می کرد. همین مقدار. و الا ایشان بالصراحه نگفته است که وارد ملک موقوف علیهم نمی شود.

خب در کنار این کلمات دیگران هست، علاوه بر اینکه ادعای اجماع کرده اند. ظاهرا ابن ادریس و غنیه می گویند آن چیزهایی که ما قبلا گفتیم به اجماع است، یکی از آنها همین است که یدخل فی ملک موقوف علیهم. بنابراین به نظر می آید هم اجماعش قابل تصحیل است. و هم اجماعش از این جهت منقول است.

این یک استدلال است بر اینکه وارد در ملک موقوف علیهم می شود.

استدلال دیگر بحث ضمان است. که ما دیروز بحث کردیم. به نظر من ضمانی که مسلم و مفروغ هست که مسلما ضمان در اتلاف هست، لازمه تصویر ثبوتی ضمان در ذمه ظاهرا ملکیت است. وبدون این نمی شود تصویر کرد یا اگر باشد تصویر غیر عرفی است.

بنابراین همانطور که فقهای اوائل فرموده اند که یدخل فی ملک الموقوف علیهم و یشهد علیه یا یدل علیه مالکیتهم للمنفعة و ضمان المتلف لهم، یعنی ضمان را کاشف گرفته اند.

ما در میان بحثها علاوه بر اینکه خودمان به تبع استدلالی که مرحوم اصفهانی کرده (و البته رد می کند ولی ما پذیرفتیم اصل استدلال را) که خود ضمان دلالت بر ملکیت می کند، از یک جهت دیگر نیز استدلال را تقریب کردیم که این تعبیری که در کلمات فقهاء هست شاید این هم یک نحوه اجماعی باشد، که ضمانی که در فقه ثابت هست به نحو ملکیت است. ما یک وقتی خودمان می گوئیم ضمان تصویر نمی شود الا من جهة الملكية، این استدلال مستقل است. یک وقتی مراجعه به استدلال فقهاء می کنیم. فقهای که آمدند گفته اند ضمان یدل علی الملك یعنی چه؟ یعنی آنها ضمان را اینطور می فهمند. این هم یک راه دیگری است که ما برویم تحقیق کنیم که ضمان در کلمات فقهاء معنایش این است ولو اینکه ثبوتا تصویر داشته باشد که ضمان بدون حصول ملک برای کسی حاصل شود. یعنی فرض کنیم تصویر شود ضمان اتلاف به مثل و

قیمت در ذمه هست ولو مالک نخواهد، ولی آیا ضمانی که در فقه ما مطرح است این است؟ آیا می توانیم بگوئیم به استدلالی که فقهاء در اینجا و موارد مشابه می کنند استفاده می شود که ضمانی که قائلند مستلزم ملکیت است. یعنی این اقوال فقهاء را به نحو اجماع یا غیر اجماع کاشف قرار بدهیم از اجماعی که در شرع ثابت است. و این چیزی نیست که ثبوتاً بعضی ها احتمال می دهند. و راه دیگری است.

البته عرض کردیم در مسیر استدلال بعضی ها مثل مرحوم اصفهانی خواسته اند از خود مفاد وقف این را در بیاورند. از باب اینکه وقت علی...، و مرحوم آقای خوئی هم تبعیت کرده اند بدون اینکه مطلب را به ایشان استناد بدهند لکن همان حرف مرحوم اصفهانی را به تفصیل آورده اند ولی به نظر ما درست نیست. لکن جلسات قبل عرض کردم که یک راه دیگری پیش راه ماست که باید روی آن فکر کرد. ما از خود نهاد وقف استفاده کنیم نه از باب قصر التملیک علی موقوف علیهم که بگوئیم از «علی» استفاده می کنیم که علیهم هست و قصر است. بلکه از باب خود این حقیقت نهاد وقف قائل شویم. ولو خود وقف را یک مجعول اصالی است و یا به تعبیر مرحوم سید ایقاف می دانیم لکن بگوئیم عقلاء لازمه این را تملیک برای موقوف علیهم می بینند. و شارع هم آن را امضاء کرده است.

این هم یک راه است. که اگر صغرای آن تمام بشود که یک سیره عقلائییه مستمر بوده تا زمان شارع و قبل از شرع هم بوده و در نظر عقلاء، وقف وارد ملک موقوف علیهم می شده با امضاء شارع مطلب تمام است، البته این مطلب به صورت قطعی و جزمی برای خود ما روشن نیست که اوقاف از قبل از شارع به این صورت بوده است که وقتی وقف می کردند عین موقوفه وارد ملک موقوف علیهم می شده است بطناً بعد بطن. ولی در هر صورت این نیز یک راه مورد توجه است که باید روی آن فکر کرد و دید آیا می شود شواهد و قرائن بیشتری برای آن پیدا کرد.

**سؤال:** برفرض هم که باشد ولی این همه روایات منع از بیع داریم پس شارع همه چیزش را امضاء نکرده است.

**جواب:** ما گفتیم خود عقلاء هم در وقف حتماً مانع از بیع می شوند والا دیگر وقف نیست. در نزد عقلاء نیز در وقف مانع از نقل و انتقال می شوند یعنی در نزد ایشان نیز همان لا بیاع و لا یوهب و لا یورث است. این مقدار که روشن است اما عرض ما این است که اصلاً وقف یک نهاد اینطور باشد که به ملک موقوف علیهم در می آید بدون اینکه بتوانند بفروشند و هبه کنند و صلح کنند، و فقط می توانند انتفاع ببرند یا منفعتش را جابجا کنند. اینکه معلوم است که یک قصر و منعی از این جهت هست، ولی بحث این است که آیا در ملک وارد می شود یا نه. ممکن است اصلاً نهاد وقف واقعاً همین باشد و در ملک بیاید. منتهی این شاهد بیشتری می خواهد و به همین مقدار نمی شود ادعا کرد.

در مجموع با همان بحث اجماع و ضمان و مؤید قرار دادن این وجه به نظر می رسد اقرب این است که بگوئیم عین موقوفه به ملک موقوف علیهم در می آید. کما اینکه بعضی از فقهای معاصر و بسیاری از فقهاء متقدم به همین فتوا داده اند. تا زمان محقق که تقریباً همه گفته اند، از محقق به بعد مثل مرحوم علامه و دیگران به تفصیل گفته اند، یک قسمش مانند مسجد را گفته اند تحریر صرف است و یک قسم دیگر یعنی وقف بر جهات را گفته اند که ملک الله می شود و یک قسم مثل اوقاف خاص و حتی فقراء و علماء را که عناوین هستند گفته اند به ملکشان در می آید. ولی به نظر من حق این است که در همه اینها به ملک در می آید، فقط در مسجد لا یبعد که چون اعتبار جدایی است و ربطی به اعتبار وقفی ندارد احکام خودش را داشته باشد. به نظر من این حرف اقرب است کما اینکه برخی دیگر هم همین را فرموده اند.

این تمام الکلام در مسئله ۶۷.

**سؤال:** به قرینه لا بیاع و لا یوهب و لا یورث بفهمیم مالک است.

**جواب:** حتی اگر مالک هم نباشد لا بیاع و لا یوهب هست.

**سؤال:** اگر مالک نباشد اصلاً مقتضی ندارد.

**جواب:** همین حرفی که تا به حال بحث کردیم که بیع متوقف بر مالکیت نیست. الان حاکم آلات مسجد را که از کار افتاده می فروشد مگر خودش مالک است؟ یا ما بیع می کنیم کلی فی الذمه را، مگر مالک فی ذمه نفسی هستیم؟ نیستیم. پس آن دیگر حکمی است که لا بیاع و لا یوهب.

**سؤال:** در اراضی مفتوح عنوة هر کسی زمین را بردارد شما می گوئید مالک زمین هم می شود یا فقط مالک منفعت می شود؟

**جواب:** در مفتوح عنوة بحث است دیگر، حالا زمان غیر حکومت اسلامی ممکن است یک جور باشد، در زمان حکومت اسلامی که حاکم وجود دارد ممکن است آنجا هم اجازه خاص بخواهد واقعا. الان هم ما همین را می گوئیم. اراضی عراق را که عده ای می گویند کلش مفتوح عنوة است، شاید بخشهایی از ایران هم همینطور باشد، اینها ممکن است برای نظم امور مسلمین لازم باشد اجازه خاص بگیرند و هر کسی مجاز نباشد آن را تملک کند. آنوقت در وقف هم آثار دارد لذا بعضی ها هم تفصیل داده اند.

## مسئله ۶۸: تغییر وقف

مسئله ۶۸ راجع به تغییر وقف است. این هم مسئله مهمی است چون واقعا مبتلابه است.

می فرماید: «لا يجوز تغيير الوقف و ابطال رسمه و ازالة عنوانه ولو الى عنوان آخر كجعل الدار خانا أو دكانا أو بالعكس. نعم لو كان الوقف وقف منفعة و صار بعنوانه الفعلي مسلوب المنفعة أو قليلها في الغاية لا يبعد جواز تبديله الى عنوان آخر ذي منفعة كما إذا صار البستان من جهة انقطاع الماء عنه أو لعارض آخر لم ينتفع به، بخلاف ما إذا جعل دارا أو خانا»<sup>۱</sup>

مسئله ۶۸ یک مسئله مبتلا بهی است، اینکه آیا می شود مال موقوفه را تبدیل کرد ولو به یک عنوان دیگری، یعنی همان موقوفه باشد ولی عنوان دیگری باشد، یا ابطال رسمش، نه اینکه وقف را از بین ببریم، بلکه این هیئتی که دارد از بین ببریم، یک کار دیگر کنیم. مثلاً زمین زراعی وقف بوده بیائیم این را پارک بازی درست کنیم، یا زمین کشاورزی موقوفه بوده بیائیم خان و دکان درست کنیم. می گویند این تغییر وقف جائز نیست، ولو تبدیل به عنوان آخر، یعنی کلاً آن را از بین ببریم بلکه آن را دکان کنیم. الان واقعا مبتلا به است، این زمینهای کشاورزی که در داخل شهر واقع می شود که خیلی از آنها ممکن است وقف باشد، در همین قم هم هست، وقف حضرت معصومه سلام الله علیها است، حالا اینها یا اینکه آبشان قطع شده یا اینکه به هر دلیلی دیگر آن انتفاع را ندارند، مثلاً محصولش انارهای ترش در آن است، خب این چه محصولی است، در حالی که اگر این را دکان کنند صدها برابر نفع دارد، آیا حق داریم زمین کشاورزی را تبدیل به دکان کنیم؟ یک پاساژ در آن بسازیم ممکن است میلیاردها تومان استفاده داشته باشد، آیا حق داریم این کار را انجام دهیم یا نه؟

اینجا فرموده اند که نمی شود، مگر اینکه وقف منفعت باشد. یعنی وقف انتفاع را بیرون کرده اند. گوئی می خواهند بگویند در وقف انتفاع که باید مباشرتاً خودش استفاده کند نمی شود کار دیگری کند. واقف آمده به اولادش گفته شما از این خانه به عنوان مسکن استفاده کنید، نمی توانند بگیرند پاساژش کنند، چرا؟ چون واقف نظر داشته به همین که اینها در اینجا مباشرتاً انتفاع ببرند. اما اگر وقف منفعت باشد، یعنی وقف کرده تملیک منافع شده که از منافعش استفاده ببرند ولو به اجاره دادن، اینجا گفته اند اگر این منفعتش کلاً مسلوب شود یا کم شود قلیل شود که در قیاس با آنچه مقصود واقف باشد چیزی نباشد اینجا فرموده اند لا یبعد جواز تبدلش. حالا این زمینهای کشاورزی دیگر فائده آنچنان ندارند تبدیل کنیم به مغازه و پاساژ و ... و آنوقت از اجاره آن استفاده کنیم.

کما إذا صار البستان من جهة انقطاع الماء عنه أو لعارض آخر لم ينتفع به، اگر یک باغی از جهت انقطاع مائش یا لعارض مثل اینکه سرما زده و درختهایش خشک شده این لم ينتفع به، البته معنایش این است که مثلاً جانشین هم نتوانیم

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۸

بکنیم، اینها همه فرض مسئله است دیگر، بخلاف ما إذا جعل دارا أو خاناً، خب از این نمی شود استفاده کرد اما اگر در این بیایند خانه سازی کنند یا یک کاروانسرای درست کنند در زمان قدیم یا حالا پاساژ کنند این خیلی منافعش بیشتر است، آیا حق داریم وقف را تبدیل کنیم یا نه؟ در متن می فرمایند اگر وقف منفعت باشد و منفعتش خیلی کم بشود یا هیچ باشد، اینجا لا یبعد جواز تبدیل.

الان ما چند تا بحث داریم: اولاً سند مسئله چیست؟

برخی محشین دیدم عین متن را تکرار فرموده اند و هیچ سندی ذکر نکرده اند.

ولی بعید نیست که بگوئیم بر این مسأله اجماع فقهاء هست. علاوه بر این به روایتی از امام کاظم علیه السلام تمسک شده است که به نظر ما دلالت ندارد. خود صاحب جواهر هم که نقل می فرماید میگوید لعل اصلاً وجهش چیز دیگری باشد. منتهی یک بحث سومی وجود دارد، که دوستان روی آن فکر کنند، و آن این است که ما کلاً در بحثهای وقف برخی از احکام را ناشی از اراده واقف می دانیم. ما «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» را برای امضاء اصل معامله قبول نداریم، اما برای تحکیم برخی از مرادات واقف که قبول داریم. اگر واقف یک خصوصیتی در وقفش اخذ کرده باشد الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها این را تثبیت می کند. یکی از آنها هم همین است. حال باید ببینیم جوهری وجود دارد که بتوانیم اثبات کنیم با وجود این ضرورتها تبدیل آن وقف جائز باشد بلکه در برخی صور ممکن است تبدیل کردن به اختیار هم جائز باشد. یعنی حتماً لازم نیست تبدیل شود به یک ضرورت یا دیگر کلاً منفعت نداشته باشد تا حکم به جواز تبدیل بدهیم. نه حتی اختیاراً هم جواز تبدیل باشد.

مرحوم صاحب جواهر چهار صورت برای این مسئله ذکر می کند که برمی گردد به اراده های واقف. و بعد از ایشان هم دیگران ذکر کرده اند، ظاهراً مرحوم سید یا دیگران نیز این چهار وجه را ذکر کرده اند.

## جهات مورد بحث در مسئله ۶۸

پس الان پیش روی ما سه مطلب وجود دارد: یکی نقل کلمات فقهاء که ببینیم می شود اجماع تحصیل کرد یا نه. دوم بحث مفاد خود اراده واقف است، ببینیم آیا در صورتی به ما اجازه می دهد که تغییر وقف بدهیم یا نه. و جهت سوم اینکه آیا روایتی وجود دارد که از آن استفاده بشود که تغییر جائز نیست؟

دوستان دقت کنند اینجا گاهی در کلمات قوم بحثها خلط می شود، ما یک بحث جواز بیع و عدم جواز بیع داریم، که نقل موقوفه است. بحث الان ما بحث نقل نیست بحث تبدیل است، که اصلاً ممکن است خود واقف این کار را کند.

نمی خواهد بفروشد، زمین زراعی است وقف کرده برای حضرت معصومه سلام الله علیه، حالا خودش دارد تبدیلیش می کند، نمی فروشد به کسی، هبه نمی کند، نقلش نمی کند، بلکه تبدیلیش می کند و بعد منافعش را برای موقوف علیهم استفاده می کند. یعنی می خواهیم بگوئیم بحث بیع وقف یک بحث است، بحث ابطال وقف به معنای هدم وقف یک بحث دیگر است، که قبلاً داشتیم، حالا بحث تغییر هیئت وقف است، نه بیع است و نه هدم، بلکه تغییر هیئت وقف است، آیا این جائز است یا نه؟ مثلاً فرض کنید زمین زراعی بوده آقای واقف می گوید این یک هکتار زمین را شما کشت کنید. حالا یک جای زیبایی در مازندران ما است جای زیبا و تفریحی است و مردم هم می آیند، گرفته دو تا کلبه هم در آن ساخته، زراعی آن هم جای خودش باشد زراعت کنند، به اندازه دو تا کلبه از این کم کرده و خلاصه یک تغییری داده، آیا این جائز است یا نه؟

ببینید این فرع را خلط نکنیم به دو تا فرع بعدی که بحث بیع است و فروغ بعدی که بحث هدم است، إذا انهدم مال موقوفه تکلیف چیست. این نه هدم است و نه بیع و نقل، بلکه بحث تغییر هیئت است. ولذا همه فقهای قبلی هم متعرض نیستند، ولی از بعضی هست و تصریح هم کرده اند که تغییر هیئت و رسوم و شرائط و سبل وقف جائز نیست. سبل وقف عبارتی است که می سازد هم با تغییر هیئت و ممکن است اطلاق به نقل و انتقال هم بشود. دوستان بروند مطالعه کنند تا فردا انشاء الله بحث کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».



## فهرست

خلاصه جلسه گذشته	۵۴۱
ادله عدم جواز تغییر وقف الا در موارد خاص	۵۴۲
۱- بیان کلمات فقهاء و اجماع در مسئله	۵۴۲
۲- روایت مورد استدلال در مسئله و بررسی آن	۵۴۷

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در مسئله ۶۸ کتاب تحریر الوسیله بود که مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند تغییر وقف و مال موقوفه جائز نیست.

ما در گذشته بحثهایی داشتیم درباره هدم مال موقوفه که مسئله و تکلیف آن را بیان کردیم. الان بحث هدم نیست، بلکه بحث تغییر دادن مال موقوفه به شکل دیگری است. اسباب این تغییر نیز مختلف است. گاهی مجبوریم به این تغییر، گاهی بحث این است که اصلاً اختیاراً هم تغییر ممکن است یا نه؟ مثالش همان است که جلسه گذشته بیان شد، زمین کشاورزی مال موقوفه است الان که داخل شهر واقع شده است تبدیلیش کنیم به مدرسه ای یا پارکی که بشود از آن استفاده کرد. آیا اصلاً استثناء داریم یا نداریم؟ که در مقام استثناء بر این عدم جواز ممکن است بتوانیم در مواردی جواز تبدیل را نتیجه بگیریم. مثلاً آنجایی که نفعی که مد نظر واقف بوده یا اصلاً ممکن نباشد یا خیلی خیلی کم باشد که در این موارد می شود تبدیل کرد. یا استثناء از این بالاتر است، حتی لازم نیست که مال موقوفه هیچ فائده نداشته باشد یا کم فائده باشد، بلکه اگر این تغییر انفع باشد نیز برای جواز تبدیل کفایت کند و جزء استثناء از عدم جواز باشد. که این فعلاً بحث ما نیست و بعداً بحث خواهیم کرد. بحث حاضر در اصل جواز تغییر است؟

جلسه گذشته عرض کردم که عدم جواز را می توانیم از سه مسیر کشف کنیم. در متن فرموده اند: «لا يجوز تغییر الوقف و ابطال رسمه و ازالة عنوانه ولو الى عنوان آخر، کجعل الدار خانا أو دکانا أو بالعکس. نعم لو کان الوقف...»

در این نعم ایشان می گوید اگر این وقف، وقف منفعت باشد، یعنی همین اول ایشان راه را جدا کرد که ظاهرش این است که در وقف انتفاع این نمی آید. یعنی اگر واقف به فرزند خودش گفت که تو خودت مباشرتا باید از اینها استفاده کنی نسلا بعد نسل، ظاهرا هیچ استثنائی قرار نداده اند. اما اگر وقف منفعت باشد، ظاهرش این است که جائی که آن منفعت کلا مسلوب باشد یا قلیل الفائده باشد استثناء شده است و بعید نیست جواز تبدیل این عین موقوفه به عنوانی دیگر. و عقلائی هم همین است. و اگر واقعی وقف کرده برای یک منفعتی که الان آن منفعت خیلی در دسترس نیست یا امکان حصول ندارد، خب آن را تبدیل کنند به یک چیز دیگری که آن نفع را ببرند. که اقسامش را عرض می کنیم.

### ادله عدم جواز تغییر وقف الا در موارد خاص

نسبت به مستند به نظر می رسد به سه مطلب می توان تمسک کرد: یکی کلمات فقهاء است که از آنها اجماع محصل استفاده می شود و نقلا نیز ادعای اجماع شده است. دوم روایتی است که از امام کاظم سلام الله علیه نقل کرده اند و به نظر نمی آید دلالتی داشته باشد. مرحوم صاحب جواهر نیز روایت را نقل کرده و می فرمایند لعل مراد چیز دیگری باشد. سومین طریق نیز اثبات از راه اراده های خود واقف است. یعنی بنابر «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» باید ببینیم واقف به چه صورت وقف کرده است. و این در نتیجه موثر است.

**سؤال:** ماهیت وقف تأثیرگذار نیست؟ چون ماهیت وقف تغییر را نمی پذیرد.

**جواب:** بله ممکن است کسی بگوید خود نهاد وقف هم یک جوری است که اجازه تغییر نمی دهد.

### ۱- بیان کلمات فقهاء و اجماع در مسئله

اما کلمات فقهاء، از مرحوم مفید در مقنعه تا فقهای بعدتر، همه همین را فرموده اند که تغییر جایز نیست، ظاهرا مخالفی نیز وجود ندارد. البته مرحوم شیخ مفید قدس الله نفسه استثنائی بیان می فرمایند که به نظر می رسد ربطی به اصل بحث نداشته باشد. لذا مرحوم ابن ادریس و برخی دیگر این استثناء را بر ایشان خورده گرفته اند لکن بیان خواهد شد که آن مطالب ربطی به اصل بحث ما ندارد، قبلا در بحث وقف بر کفار و فساق این بحث را مطرح کرده و عبارت مقنعه را هم آوردیم.

مرحوم مفید در مقنعه می فرماید: **و الوقوف فی الاصل صدقات لا یجوز الرجوع فیها.** این را با کلام امام ره بسنجید که فرمودند وقف نه لغتا و نه شرعا صدقه نیست. در حالی که مرحوم مفید و کثیری از فقهاء وقف را صدقه می دانند. شیخ

طوسی در نهاییه تصریح کرده که وقف و صدقه یکی هستند و فرقی نمی کنند. البته این تحلیل لازم دارد ولی تصریح می کنند که وقف و صدقه یکی هستند.

می فرماید: والوقوف فی الاصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معונتهم والقربة الى الله تعالى بصلتهم. این جمله (لا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معונتهم) ظاهرش استثناء از عدم جواز رجوع در وقف است، این الان ربطی به بحث ما ندارد، که موقوف عليهم یک دفعه بشوند کسانی که يمنع الشرع من معונتهم. مثلا ما برای فرزندانمان که آدمهای مسلمان مؤمنی بودند وقف کردیم و در زمانی از میان آنان جمعی مرتد شدند که در این صورت وقف صحیح نیست چون نیاز به قربت الی الله دارد، ما نمی توانیم به کافری که مثلا اینچنین است قربت داشته باشیم. آنجا مفصل بحث شد ما الان وارد آن بحث نشویم. الان ربطی هم به بحث ما ندارد.

بعد می فرماید: اگر انفع هم باشد می شود وقف را تغییر دهیم. بعد محل بحث ما این است که شیخ مفید می گوید: و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شيء منه. وقتی واقف به اقباض موقوف عليهم درآورد دیگر نمی تواند تغییر دهد، و لا تغییر شرائطه و لا نقله عن وجوه و سبله. این تعبیر نقل از وجوه و سبله در کلمات فقهاء هم مکرر آمده، و همین شامل بحث ما است. و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه بيع أو هبة و لا يغيروا شيئا من شروطه، الا أن يخرّب الوقف...<sup>۱</sup> که بحث خراب وقف وهدم وقف و فروشش جزء آن مستثنیات عدم جواز بیع است که به تفصیل خواهد آمد.

پس الان مصب استدلال ما این است که در جاهایی که عوارضی مانند خراب وقف که جزء مستثنیات بیع است نباشد وقف قابل تغییر نیست. مرحوم شیخ مفید تصریح می کند که وقتی اقباض در وقف صورت گرفت لم يجز له الرجوع في شيء منه و لا تغییر شرائطه و لا نقله عن وجوه و سبله.

البته باید دقت نمود که ظاهرا فاعل این افعال در این موارد خود واقف است. یعنی واقف نقل نکند. ولی واضح است که به او منحصر نیست. و لذا بعدا هم می فرمایند ارباب وقف هم نباید در وقف به بیع و هبه تصرف کنند و لا یغیروا شیئا من شروطه، لذا واضح است که این مسئله اختصاصی به واقف ندارد، بلکه کلا وقف را نمی شود تغییر داد، قاعدتا یا واقف باید این کار را کند یا موقوف علیه، بقیه که اگر تغییر دهند متصرف عدوانی می شوند.

<sup>۱</sup> المقنعة (للشيخ المفيد)، ص: ۶۵۲

مرحوم ابو الصلاح هم در کتاب کافی فرموده: «و یشرط ما شاء من مساواة في المنافع بين أهلها، أو تفضيل بعض على بعض، أو ترتيب الأعلى على الأدنى أو تساويهم و يؤبدها یعنی تأبید می کند وقف را، بعد یک عبارتی دارد که دو جور می شود خواند: و یحرم بیعها یعنی خودش این کار را می کند، این قرینه دارد که اینطور بخوانیم، هم سیاق این را می گوید مثل يؤبدها، و هم قرینه بعدش هست، ولی می شود جور دیگری هم خواند که بگوئیم یحرم بیعها و نقلها عن جهاتها و تغییر شروطها. اگر همینجا بایستیم اینطوری هم می شود خواند. اما اینطور بگوئیم که و يؤبدها و یحرم بیعها و نقلها عن جهاتها و تغییر شروطها، بعد می گوید فإذا وقعت الصدقة على هذا الوجه وجب امضاؤها على شروطها و حرّم تغییر شیء منها<sup>۱</sup>. یعنی آنجا بگوئیم واقف تأبید کند، واقف تحریم بیع کند، نقل از جهات را منع کند، و تحریم کند تغییر شروطش را، اگر وقفی اینچنین واقع شد وجب امضاؤها على شروطها و از جمله اینکه حرم تغییر شیء منها. این طور هم می شود قرائت کرد آن طور هم می شود خواند، و يؤبدها یعنی تأبید کند که در این صورت تمام می شود وقف، و یحرم بیعها و نقلها عن جهاتها و تغییر شروطها، هر دوی این دو قرائت ممکن است و مشکلی نیست.

در هر حال اصل مطلب درست می شود که تغییر شروط و نقلش از جهات درست نیست. لذا مزرعه ای که برای کشت بوده اگر آن را تبدیل کنند به پاساژ، واضح است که مصداق نقل از جهات و تغییر شروطه است، مگر به آن بیانی که در قسمت سوم خواهد آمد که لازمه بعضی از فروض این است که اختیارا هم بشود تغییر داد، که بحث دیگری است. فعلا این است که من دون ملاحظه کاری که واقف در آنجا می کند می خواهیم حکم جواز تغییر را بررسی کنیم.

مرحوم سلار در کتاب مراسم فرموده: «و لا یخلو الحال فی الوقف و الموقوف علیهم فی أن یتقی و یتقوا علی الحال التي وقف فيها، أو یتغیر الحال. فان لم یتغیر الحال، فلا یجوز بیع الموقوف علیهم الوقف و لا هبته و لا تغییر شیء من أحواله». محل استدلال این تعبیر است که وقتی وقف تغییر حال پیدا نکرد، حالا بعد معنا می کند که تغییر حال یعنی چه، تا زمانی که وقف تغییر حال پیدا نکرده لایجوز بیع الموقوف علیهم الوقف و لا هبته و لا تغییر شیء من أحواله. محل استدلال همین (و لا تغییر شیء من أحواله) است. ما بحثمان همین بود که نمی شود وقف را تغییر داد.

<sup>۱</sup> الکافی فی الفقه: ص: ۳۲۵

بعد تغییر حال را معنا کرده، می فرماید: و ان تغير الحال في الوقف حتى لا يتنفع به على أي وجه كان، أو يلحق الموقوف عليهم حاجة شديدة، جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم<sup>۱</sup>. بحث مستثنیات حرمت بیع در وقف است که خواهد آمد.

پس محل استشهاد ما در وضع طبیعی که حالا خرابی پیش نیامده حاجت شدیده ای برای موقوف علیهم نیست یا اختلافی که موجب ضرر و هدم و فساد (که بحث بعدی است می آید) بشود، نباشد لا يجوز تغییر شیء من احواله.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب نهاییه می فرماید: «و إذا وقف ملكا و اخرجه عن يده و ملكه لم يجز له بعد ذلك الرجوع فيه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله»<sup>۲</sup>. نقل از وجوه و سبلش هم نمی شود کرد که همین تغییر دادنش هست.

مرحوم ابن براج نیز در کتاب مذهب هم تقریبا همین عبارت شیخ طوسی را دارد که: «و إذا وقف الانسان شيئا ثم اخرجه من يده و ملكه لم يجز له تغيير شيء من شروطه و لا الرجوع فيه و لا في شيء منه و لا نقله عن وجوهه و لا عن شيء منها»<sup>۳</sup>. که انحاء تغییرات را دارد منع می کند.

مرحوم ابن زهره هم در کتب غنیه شبیه همین مطالب را دارد فقط یک خصوصیت مازاد دارد که نقل اجماع نیز بر این مطلب می کند و این یک نکته مهمی است. می فرماید: «و إذا تكاملت هذه الشروط زال ملك الواقف و لم يجز له الرجوع في الوقف و لا تغييره عن وجوهه و لا سبله الا على وجه نذكره (که در مستثنیات می آید). چرا؟ بدلیل الاجماع المشار اليه»<sup>۴</sup>. قبلش ایشان ادعای اجماع کرده، می گوید اصل وقف اینچنین است و صیغه اش اینطوری است، و می گوید همه اینها بر حسب اجماع است من جمله همین.

مرحوم ابن ادریس در سرائر نیز شبیه همین عبارت را دارد که: ... إذا تكاملت هذه الشروط بدليل الاجماع المشار اليه.

<sup>۱</sup> المراسم العلوية و الأحكام النبوية؛ ص: ۱۹۷

<sup>۲</sup> النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى؛ ص: ۵۹۵

<sup>۳</sup> المذهب (لابن البراج)؛ ج ۲، ص: ۸۸

<sup>۴</sup> غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۸

می فرماید: و الذی یقتضیه مذهبنا (این هم شبیه اجماع است بلکه بالاتر است) أنه بعد وقفه و تقبیضه لا يجوز الرجوع فيه و لا تغییره عن وجوه و سبله و لا یعه سواء كان یعه ادرّ علیهم ام لا. اینجا دارد کنایه می زند به مرحوم شیخ مفید، چون شیخ مفید فرموده بود که مگر اینکه موقوف علیهم دخالتی کنند در وقف که شارع جائز نمی داند کمک کردن آنها را در حالی که وقف قصد قربت می خواهد و در سبیل الله است. بعد هم فرموده بود و نیز در جاهایی که کار دیگر برای آنها ادرّ باشد، در منفعتی که در وقف باید باشد، اگر وقفی ادرّ باشد بر آنها و انفع باشد. یعنی مرحوم شیخ مفید منفعت بیشتر داشتن جواز نقل را و تغییر سبل را آنجا آورده است. که حالا ما بحث خواهیم کرد که آیا این هست یا نه قدر متیقنش چیز دیگری است. اما مرحوم ابن ادریس مطلقاً می گوید نمی شود، یعنی هم در حالت عادی نمی شود تغییر داد و هم اینکه ولو کار دیگر انفع باشد نمی شود، من الان دارم کشاورزی می کنم گندم می کارم، فرض کنید از این گندم کاشتن در این مزرعه صد میلیون تحصیل می کنم، اگر پاساژ بسازم ۵۰۰ میلیون سالیانه استفاده می کنم، من حق ندارم بروم پاساژ بسازم چون وقف این بوده نه چیز دیگری. می گوید ادرّ هم باشد حق ندارد. حتی ابن ادریس بالاتر از این فروض مانند خراب وقف را هم می گوید، «سواء اخربه الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة من سلطان و غیره أو یحصل بحیث لا یجدی نفعاً».<sup>۱</sup> بعد استدلال می کند که چرا ما این را می گوئیم.

مرحوم کیدری هم در کتاب اصباح الشیعه همین را فرموده است. می گوید: «و إذا تکاملت هذه الشروط زال ملک الواقف و لم یجز له الرجوع فی الوقف و لا تغییره من وجوه الا علی وجه مذکره».<sup>۲</sup>

این تقریباً کلمات عده ای از فقهاء است، بعدی ها هم شبیه همین را دارند، به نظر من مخالفی در اینجا وجود ندارد. فقط یکجایی مرحوم فاضل آبی در کشف الرموز یک تشکیکی در اجماع می کند. و لکن شما عبارتها را دیدید که هیچ مخالفی نقل نشده است. و مرحوم ابن زهره هم ادعای اجماع می کند و ابن ادریس هم می گوید یقتضیه مذهبنا. به نظرم با وجود چنین تصریحات متعدد به اینکه اگر تکاملت الشروط لا یجوز تغییر الوقف عن شروطه و سبله و جهاته و اینکه هیچ مخالفی هم پیدا نکردیم، به نظرم روشن است که یک اجماعی در عدم جواز محقق است.

<sup>۱</sup> السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۳، ص: ۱۵۳

<sup>۲</sup> إصباح الشیعة بمصباح الشریعة؛ ص: ۳۴۶

## ۲- روایت مورد استدلال در مسئله و بررسی آن

اما روایتی که در اینجا به آن استدلال کرده اند در جلد نوزدهم وسائل آمده است، در باب دهم باب کیفیة الوقوف و الصدقات و ما يستحب فيها و جملة من احكامها، روایت چهارم از عبدالرحمن بن حجاج است: «قال: أوصى ابوالحسن عليه السلام بهذه الصدقة، این هم از امام موسی کاظم علیه السلام است. در این روایت چهارم آخرش اینطوری است که: تصدق موسی بن جعفر بصدقة هذه و هو صحيح صدقة حبسا بتلا مبتوتة [بعضی جاها دارد مبتوتة] لا رجعة فيها و لا رد ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة، این صورت وقفی است که امام علیه السلام انجام داده اند. لا يحل لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها و لا يبتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغير شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الله الارض و من عليها»<sup>۱</sup>.

این تعبیر (و لا ينحلها و لا يغير شيئاً مما وصفته عليها)، این فی حد ذاتها خیلی به درد ما می خورد که و لا يغير شيئاً مما وصفته عليها. چون بحث لا يبيع و لا يوهب و لا يورث در کثیری از روایات آمده است. اما اینجا این تعبیر آمده که لا يغير شيئاً مما وصفته عليها حتی يرث الله الارض و من عليها. این نکته مهمی است که در آن اشاره به عدم تغییر هست.

منتهی اگر دوستان دقت کنند این روایت دارد بیان می کند صیغه ای را که به آن صیغه امام کاظم علیه السلام صدقه را اجراء فرموده اند. نه اینکه حکم وقف است بعد تمامیتها. امام علیه السلام می فرماید من این را صدقه قرار دادم، موسی بن جعفر تصدق بصدقة هذه و هو صحيح، من در کمال صحت دارم صدقه می کنم صدقة حبسا بتلا مبتوتة یا مبتوتة که یعنی به صورت قطعی قطع شده، لا رجعة فيها و لا رد، اینها همه چیزهایی است که خود امام علیه السلام دارد در وقفش می فرماید. لا رجعة فيها و لا رد ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة لا يحل لمؤمن كذا که جائز نیست برای مؤمنی که تغییر بدهد این را، بفروشد، هبه کند، منحلش کند، و لا يغير شيئاً مما وصفته، و تغییر بدهد شیئی را.

ممکن است کسی بخواهد به این هم استدلال کند. این نیاز به مقدمات دیگری دارد. فعلاً آن چیزی که در این روایت هست آن نیست که اگر وقفی تمام شد لا يجوز تغییر شیء منها. بلکه امام علیه السلام دارد میفرماید که من دارم این وقف را انجام می دهم و کسی جائز نیست این کار را انجام دهد. یعنی چون امام علیه السلام با این وصف دارد انجام می دهد غایت چیزی که از این روایت استفاده می شود این است که امام و واقف وقتی چنین وقفی بکند لا يجوز تغییرها. مثل اینکه

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة؛ ج ۱۹، ص: ۲۰۲/۲۰۳

بگوئیم واقف در وقفش بگوید که من اگر نیازمند شدم بتوانم استفاده کنم. که روایت می گوید می تواند استفاده کند. یا واقف در وقفش بگوید کسی هیچ تغییری در این وقف ندهد. در این صورت به دلالت التزامی می رساند که وقتی امام علیه السلام این را می فرماید یعنی واقع هم می شود. یعنی چه؟ یعنی وقتی امام علیه السلام فرمود من در حال صحت دارم وقف می کنم وقفی که به قصد قربت الهی است و از واقف بتا بتلا جدا می شود و کسی حق تغییرش ندارد و بیع و شراء و حق هیچگونه تغییری ندارد، این وقف اینچنینی البته به دلالت التزامی می رساند که چنین وقفی را نمی شود تغییر شرائط داد. این درست است. اما موضوعش چیست؟ جائی است که خود واقف تصریح کرده به اینکه تغییر این جائز نیست.

اگر دوستان یادشان باشد یکی از فقهاء که الان خواندیم با یک قرائتی که خواندیم گفت یوئدها ما گفتیم این را هم می شود این خواند که و یحرم بیعها و هبتها و تغییر شروطها فإذا وقع بهذه الصفة لایجوز بیعها و شرائها و تغییر صفتها. یعنی واقف هم در خود وقفش بیاورد این نکته را که یحرم بیعها و شرائها و تغییر شرائطها. اگر بهذه الصفة واقع شد دیگر نمی شود وقفش را عوض کرد. این غیر از بحث ما است که یک وقفی به نحو اطلاق واقع شده است. آقای واقف گفته وقت هذا الدار لاولادی، وقت این زمین را مزرعه را برای فرزندانم تا استفاده از منافعش کنند. دیگر نگفته لا یجوز بیعها و شرائها و کذا و کذا. پس این لا یجوز نمی خواهد بیان احکام الله را کند، بلکه دارد شرط ایجاد می کند برای کار خودش. شرطی که به دلالت التزامی می رساند که اگر شرط واقع شد این نتایج را هم می دهد. مخصوصا که توسط امام علیه السلام انجام شده است. حال اگر فرد عادی این را بگوید ممکن است بگوئیم بیخود تصور کرده اگر شرط کند نتیجه اش این می شود. اما امام علیه السلام وقتی می فرماید اینچنین، می فهمیم اگر این شرائط را واقف اخذ کند لا یجوز بیعها و شرائها و کذا. لذا عرض ما این است که بحث ما در اعم از این بود. بله این مقدار با این روایت ثابت می شود که اگر واقف خودش شرط کند عدم تغییر را، دیگر تغییر جائز نیست. به نظرم از این روایت این را می شود فهمید. اما بیشتر از این را که به اطلاق اگر گذاشتیم وقف را لا یجوز، این دلیلی ندارد.

**سؤال:** امام علیه السلام دارند ماهیت وقف را می گویند، و این اتفاقا دال بر این مطلب هست که نمی شود تغییر داد به قرینه فقرات دیگری که می فرماید لا رجعة فیها و ... سیاق می گوید که ماهیت وقف این است.

**جواب:** امام می خواهد بیان احکام بعد الفراغ را بگوید یا همینها اصلا یک نحوه شرط است یعنی می گوید من دارم وقفی می کنم و کسی حق ندارد این را بفروشد و کذا و کذا. یعنی شما بعد از اینکه امام علیه السلام اینها را در متن وقف آوردند آیا دلیلی دارید که اگر نمی آورند هم احکامش همین بود؟ از کجا می گوئید؟ یعنی این روایت دلالت نمی کند. این روایت بیش از این نمی گوید که اگر واقعی اینها را آورد به این شکل باید مراعات شود.



**سؤال:** دارد ماهیت وقف را برای ما بیان می کند که وقف این است.

**جواب:** نه برعکس امام علیه السلام دارد یک خصوصیتی می گوید. مثلاً تصدق موسی بن جعفر بصدقه و هو صحیح صدقه حبسا بتا بتلا مبتولة لا رجعة فیها، دارد نحوه صدقه خودش را بیان می کند که من اینچنین صدقه ای کردم که عبارت اخراجی از وقف است. خود روایت دارد که و لا یغیر شیئا مما وصفته علیها دارد که یعنی چون گفتم اینطور است.

**سؤال:** در کتاب کافی لفظ «وضعته» دارد.

**جواب:** فرق نمی کند، «وضعته» یا «وصفته» فرق نمی کند. وضعته که بهتر است. به نظرم این نکته مما وصفته بحث شرائطی است که امام علیه السلام خودش اخذ کرده است.

بنابراین روایت امام کاظم علیه السلام نمی تواند آن مدلول مسئله ما را به اطلاق حل کند. بله به نظر من این مقدار که اگر واقف شرط کند و اینچنین قیودی را بیاورد دیگر نمی شود تغییر شرطش داد. انشاء الله ادامه مسئله را در جلسه آینده بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه جلسه گذشته	۵۵۰
راه های تعیین تکلیف بحث	۵۵۱
بررسی ارتباط مسیر سوم به بحث	۵۵۲
انواع اراده های واقف و احکام آنها	۵۵۲
فرعی در رابطه نهاد وقف با اراده های واقف	۵۵۹
دو جواب در مقابل این فرع و شبهه	۵۶۰

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در مسئله ۶۸ کتاب تحریر الوسیله بود. مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه فرمودند تغییر وقف و ابطال بالمره وقف و همچنین تبدیل وقف از هیئتی به هیئت دیگر، جائز نیست، مثلاً جائز نیست که زمین کشاورزی را تبدیل به کاروانسرا کنند یا به قول امروزی ها پاساژ بسازند.

البته ایشان در ادامه می فرمایند: اگر وقف، وقف منفعت باشد و به وضعیتی درآید که کلاً مسلوب المنفعة گردد یا قلیل المنفعة فی الغایة باشد یعنی کاملاً کم منفعت باشد: «لا یبعد جواز تبدیله الی عنوان آخر ذی منفعة»<sup>۱</sup> مثل اینکه باغی از جهت انقطاع ماء یا عارض دیگر همچون سرما دیگر قابل انتفاع نباشد، در این صورت می شود آن را تبدیل به چیز دیگری مانند خانه یا کاروانسرا تبدیل کنیم، پس این جواز در صورتی است که به خاطر موانعی نفع ندارد اما اگر آن را به خانه ای تبدیل کنند یا یک خانی در آن بسازند این پر منفعت می شود. در اینجا لا یبعد که بگوئیم جواز تبدیل دارد.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیله، ج ۲، ص: ۷۸

## راه های تعیین تکلیف بحث

ما عرض کردیم که سه مسیر برای تعیین تکلیف این بحث بسیار مهم داریم. امروزه در بسیار از اوقاف این بحث مطرح می شود و مسئله مبتلا بهی است، بسیاری از اوقاف که سابقاً به یک حالی وقف شده اند امروز دیگر ممکن است آن منفعتشان کلاً مسلوب شده باشد یا قلیل شده باشد. در خود مشهد اینطور که می گویند ۸۰ تا ۸۵ درصد زمینهای آن وقف است. خب اینها زمین کشاورزی بوده، الان هم هنوز باغات آن هست، منتهی حالا یا متعمدانه یا غیر متعمدانه درختها خشک می شود. در این صورت آیا هنوز باید به عنوان باغ باشد و از میوه آن استفاده کنند یا می شود آن را به چیزی که فایده بیشتری دارد مانند هتل تبدیل کنند. در شهر قم نیز بعضی از زمینها به همین صورت است، اینها را چه باید کرد؟

عرض کردیم سه مسیر بلکه چهار مسیر برای روشن شدن حکم وجود دارد که ما در بحث به آن می پردازیم:

مسیر اول اجماع بود که بیان شد. به نظر ما این اجماع هم محصلش و هم منقولش ثابت است، مرحوم ابن ادریس در کتاب سرائر تصریح کرده بود که بر این مطلب اجماع وجود دارد، شاید ابن زهره هم همین را فرموده بود.

مسیر دوم روایت بود. یک روایت از امام کاظم علیه السلام بود که خواندیم، شاید روایتهای دیگر هم به این مضمون باشد، ولی هیچ دلالتی نداشت. چون ظاهر روایت این بود که امام سلام الله علیه خودشان شرط می کند در وقف که لایع و لا یورث و اینکه هیچ تغییری داده نشود. حتی اگر ما متن روایت را اینطور معنا کنیم که دارد حکم را بیان می کند، ولی بالالتزام روشن است که حکمی است که مترتب بر انشائی که واقف کرده است. امام علیه السلام یک جور وقف کرده که لا یباع و لا یورث، گوئی دارد شرط می کند که اینطوری باشد ولو حکمش باشد، و اینکه هیچ تغییری در آن داده نشود. لا اقل جای این احتمال وجود دارد لذا نمی شود به این روایت بر عدم تغییر استدلال کرد. این دو مسیر را جلسه گذشته بیان کردیم.

مسیر سوم بحث اراده های خود واقف است. چون قاعده «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» دیگر در این موارد قابل تطبیق است. گرچه ما دلالت روایت را بر تصحیح اوقافی که شک در صحت و فسادش داریم نپذیرفتیم چون در مقام تصحیح اوقاف نیست. «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» یعنی وقوفی که شرائط صحت کلی را دارند علی حسب ما یقفها اهلها از جهت اخذ برخی شرائط و چیزهایی که در اختیار واقف هست، نه اینکه بخواهد اصل وقف را تصحیح کند. ولی این را ما قبول داریم که اگر واقف در خود وقف یک شرائطی بیاورد که با ماهیت وقف ذاتاً یا بالالتزام منافات نداشته باشد باید به این اخذ کرد طبق الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها.

## بررسی ارتباط مسیر سوم به بحث

حالا باید ببینیم در اینجا این کبری چه ارتباطی به بحث ما دارد. کاملاً ربط دارد و لذا صاحب جواهر هم فی الجمله این را بحث کرده است.

## انواع اراده های واقف و احکام آنها

وقتی واقف می خواهد خانه ای را برای اولادش وقف می کند چند صورت دارد:

۱- یکوقتی از اول که وقف می کند وقفش مقصور است به اینکه تا زمانی که این خانه باقی است. لذا از اول اراده واقف مقصور به بقاء خانه است. این خانه را دارد وقف می کند مادام که این خانه هست. وقتی این خانه از بین می رود یا منفعتش کاملاً از بین می رود، اینجا به نظر می آید که از قبیل وقف منقطع الآخر می شود یعنی وقف تمام می شود. در صورت هدم که خیلی روشن است، چون مادام بود، منتهی اگر ما «مادام» را اینطور تفسیر کنیم که یعنی مادامی که خانه ای باشد که کسی انتفاع می برد، و الا یک خانه ای که امکان مصرف ندارد، به درد نمی خورد. حالا راجع به این شق هم من بعداً انشاء الله بحث می کنم. حالا آن چیزی که متعارف است که یک واقفی یک خانه ای را وقف می کند اگر قصدش این باشد که مادام که این خانه سرپا هست، حالا آنوقتی که کلاً از بین برود واضح است که منقطع الآخر می شود، اگر به این قید وقف کرده باشد، و اگر مسلوب المنفعة بشود عرفاً شاید مثل زوال باشد از جهت اینکه واقف وقتی می گوید خانه سرپا باشد یعنی سرپا باشد بما له من الانتفاع، وقتی انتفاعش از بین برود آن هم از تحت اراده وقفی او خارج است می شود منقطع الآخر. تکلیف منقطع الآخر را قبلاً گفتیم عده ای می گویند برمی گردد به واقف و می شود ارث، ما سر جای خودش گفتیم به ادله ای این حکم شک داریم. این یک صورت است.

۲- احتمال دیگر این است که وقتی خانه را وقف می کند، مقصودش این نیست که مادام این خانه سرپا است وقف باشد بلکه وقف می کند این خانه را برای انتفاع، اتفاقاً مصادف با این خانه شده است. ولی مقصودش انتفاع از این دار هست، منتهی انتفاع از دار هست به صورتی که باقی باشد و بشود از او انتفاع ببرد نه هیئت خانه. این هم یک جور است.

حالا اینجوری که ما بحث کردیم این صورت بحث حسابی دارد. ما باید بعداً این بحث را به صورت مستقل مطرح کنیم که همه این حرفهایی که می زنیم در شرائط عادی است، اما اگر مصلحت بیشتری داشته باشد تکلیف چه می شود؟ آیا مصلحت بیشتر داشتن که در عبارت شیخ مفید ره ارد و انفع آمده بود مجوز تغییر است، یا فقط آنطور که امام ره فرموده اند باید مسلوب المنفعة بالمره بشود یا منفعتش بسیار کم شود تا جواز تغییر باشد؟ مقصود این است که الان وقف کرده

خانه را برای اولادش و مشروط نیست به مادام کونه دارا. وقف اصلاً اینطور نیست، وقف کرده این خانه را برای اولاد، اتفاق آنه یکون دارا، واین تا یک زمانی که باقی است این وقف باقی است. حالا بعدش چه می شود؟ اگر آمدیم و این خانه خراب شد، آیا عرصه از وقف بیرون می رود یا بر وقف باقی است؟

اثر این بحث خیلی زیاد است. اگر بگوئیم این وقف باطل می شود، آنوقت نتیجه اش این می شود که اگر باطل شد دیگر وجهی ندارد برای فرع بعدی که الان در مورد خراب وقف چه تصمیمی بگیرند. وجهی ندارد بگوئیم وقف را اصلاح کنند. ما الان بحثمان خصوص هدم نیست بلکه انحاء وقف واقف را بحث می کنیم، می خواهیم بگوئیم ثمره اش آنجاها ظاهر می شود، که اگر این خانه را وقف کرد و مشروط به بقاء نکرد، وقتی که هدم پیدا کند آیا باطل می شود؟ اگر باطل بشود آنوقت وجهی برای این ندارد که ما بگوئیم بروند دوباره درستش کنند. وقتی که باطل شد برمی گردد به ملک ورثه و میراث می شود. گرچه در وقف منقطع الآخر برخی قول به بطلان را اختیار نکردند و چیز دیگری گفتند، ولی اگر ما بگوئیم باطل می شود علی القاعده باید برگردد میراث شود.

گرچه ما آنجا تشکیک کردیم و لذا گفتیم باید به دست حاکم برسد، ولی تقریباً فتوای مشهور این است که در منقطع الآخر چون وقف تمام می شود عین موقوفه باید برگردد و میراث شود. استدلال مشهور این است و مرحوم سید نیز در عروه آورده اند و شاید مرحوم آخوند نیز همینطور فرموده اند که میزان خروج مال موقوفه از ملک مالک به همین اندازه یعنی تا زمان انقطاع وقف بوده است. یعنی اصلاً چه کسی گفته از اول بیش از این زمان از ملک مالک خارج شده است تا بخواهیم دلیل بر دخول در ملک بیاوریم؟ نمی گوئیم جدیداً دوباره برگردد به ملک مالک تا بگوئید سبب چیست. سببی نداریم. کما اینکه عده ای از فقهاء گفته اند. منتهی می گوئیم اصلاً سبب نمی خواهد، از اول این میزان بیشتر خارج نشده است.

ما آنجا مفصل گفتیم که بحث اینکه عین برای قطعه ای از زمان از ملک مالک خارج شود و وقف باشد و الباقی به ملک مالک باقی بماند، هم بحثهای ثبوتی مهم دارد و هم بحث اثباتی. بحث ثبوتی همان است که مرحوم شیخ انصاری ره مطرح کردند و فرمودند: ملک قابل تقطیع و توقیت نیست. در جلسات دو سال پیش بحث مهمی درباره عبارات مرحوم شیخ در تقریرات وقف ایشان کردیم که همان تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی است. مرحوم شیخ آنجا به صورت مفصل بحث کردند که توقیت ملکیت معنا ندارد. و چون در اوائل بحث وقف را ایشان نحوه ای از تملیک گرفته بود لذا می گفت تملیک الی مدة معنا ندارد اصلاً. این یک اشکال است.

یک اشکال هم از باب بحث اثباتی است. همان بحثی که هم مرحوم شیخ در استصحاب دارد و هم مرحوم آخوند در بحث استصحاب و در بحث تخصیص دارد که ما آیا در جایی که یک حکمی در یک برهه زمانی ثابت است و بعد تمام می شود آیا اینجا جای استصحاب به حکم مخصص است یا جای تمسک به عموم عام است؟ اینجا اختلافی هم هست، عبارت مرحوم شیخ در استصحاب بسیار دشوار است. یک عبارتی در حاشیه نوشته بعضی ها گفته اند شطب علیه و بعضی ها گفته اند نه، یک عبارت مشکلی است که مرحوم نائینی می گوید نسخه ای که ما داریم عبارت اینطوری است. مرحوم شیخ مثل مرحوم آخوند نیست. مرحوم آخوند بصورت خیلی واضح دلیل عام را و دلیل مخصص را دو جور تقسیم می کند که آیا حکم مستمر است یا به صورت کثرات در زمان است. خیلی راحت تصمیم می گیرد، اما مرحوم شیخ این کار را نکرده است.

پس یک بحث اثباتی است که ما دلایل را چطور ببینیم، یعنی کیفیت دلالت دلیل چطوری است؟ آیا به نحو تکثیر زمانی است؟ خب کل زمان زمان حکم خودش را دارد، در یک برهه ای وقف رفته بیرون ولی بقیه زمانها هست، به عموم دلیل اصلی رجوع می کنیم و مخصص را به اندازه خودش خارج می کند.

اما اگر مستمر دیده بشود، آنوقت مهم است که چه چیزی مستمر دیده شود؟ حکم عام مستمر باشد یا حکم خاص مستمر باشد یا هر دو مستمر باشد، اینها فروض مختلفی است که در کفایه متعرض شده اند.

مقصودم این است که: کسانی که می گویند در وقف منقطع الآخر بعد از انقطاع و بطلان وقف لما بعد، عین موقوفه بر می گردد به ملک و میراث ورثه واقف یا اگر خود واقف زنده است ملک خودش می شود باید این فروض را نیز حل کنند، هم توقیت زمانی ملکیت را لو قلنا بان الوقف هو التملیک أو لازمه التملیک اینها همه را آنجا بحث کردیم. کسانی که می گویند وقف ایقاف است مقدمه اول را قبول ندارند اما بحث ثانی اثباتی را بحث مهمی می دانند.

عرض ما این است که در بحث ما بنابراینکه اراده واقف از اول مقصور نباشد، بحث این است که آیا بعد از هدم دار مثلا یا مسلوب المنفعه شدنش تکلیف ماعدا چیست؟ آیا از وقف خارج می شود؟ ما واقعا دلیلی نداریم. ما در مورد مابقی زمان دلیلی بر خروج نداریم. فرض کنید این خانه هدم شد یا مسلوب المنفعه شد، عرصه که به وقفیتش باقی است، چرا از وقفیت خارج شود؟

حالا مسلوب المنفعه شده است، باید دوباره نگاه کنیم اراده واقف چیست. ممکن است اراده واقف اینطوری باشد که می خواهد خانه باشد ولو منفعتش کم شود. افرادی هستند که می گویند من خانه ای که در آن بزرگ شده ام می خواهم

همینطور بماند. وقف می کند برای اولاد و می گوید همینطور باشد. و مقصودش این نیست که فقط نفعی به بچه ها برساند، بلکه دلش می خواهد به بچه ها نفع برسد در چارچوب همین خانه که باقی باشد. می گوید خانه پدری نسلا در نسل ما است می خواهیم باشد. و همینطور بعضی اشیاء دیگر. باغی هست می گوید این باغ مال جد ماست می خواهم همینطور للتالی آن را نگه داشته باشید آن را نو کنید. به فرزندان می خواهد نفع برساند اما به فرزندان می گوید در این چارچوب می خواهم به شما نفع برسانم که این باغ باشد.

خب اگر اینطور شد اولاً روشن است که شما اختیاراً نمی توانید تغییر بدهید. یکی از احکامی که ایشان در متن نیاورده بالصراحه ولی از اطلاق لا يجوز تغییر الوقف می فهمیم که اصلاً جائز نیست اختیاراً. در جائی است که اگر مسلوب المنفعه شد یا قلیل المنفعه شد شما فرمودید که می شود این کار را کرد. اختیاراً چی؟ اگر تغییر بدهد جائز است؟ می گوئیم در این قسم که اراده واقف به این تعلق گرفته که این هیئت باقی باشد نمی شود تغییر داد گرچه اینجا بحثی وجود دارد از ناحیه ماهیت وقف که بعداً عرض می کنم.

۳- حالا اگر آمدیم واقف اراده اش نوع سوم بود، یعنی وقف کرده این عینی را که الان هیئتی نیز دارد، می گوید خانه ام را وقف کرده ام برای اولادم، اما هیچ قصد خاصی نسبت به هیئت خانه بودن ندارد، مقصود ایصال منفعت به بچه ها است. الان خانه است می گوید استفاده کنید.

اگر این است به نظر می رسد اولاً اختیاراً هم می شود تغییر داد. مگر یک دلائلی دیگری جلو آن را بگیرد که عرض می کنم. والا از باب اراده واقف ما مانعی نداریم. اراده واقف تعلق نگرفته به این دار بما هو دار که قصدش این باشد که این باقی باشد. اتفاقاً یکهون دارا. من ملکی دارم می خواهم بدهم بچه هایم استفاده کنند، وقف می کنم برای اولادم، اتفاقاً الان در آن خانه ای هست که نوساز است و حیف است آن را خراب کنیم می گوئیم از این خانه استفاده کنند ولی اراده من به هیچ وجه به خصوص خانه تعلق نگرفته است اگر هیئتش عوض شود از حیث اینکه مالک این خانه ام حرفی ندارم. بنابراین آقای مالک که واقف است اراده خاصی به خانه ندارد. در اینجا علی الظاهر باید بگوئیم تغییر این هیئت اختیاراً جایز است. در متن این فرع نیامده است، ممکن است بخاطر نکته ای باشد که عرض می کنم. ولی به نظر می رسد در این صورت اختیاراً می شود عوض کرد. حالا اگر من دون اختیار مسلوب المنفعه بشود یا قلیل المنفعه شود اینکه به طریق اولی روشن است که می شود آن را تغییر داد.

تنها چیزی که ممکن است اینجا مانع بشود یک نکته است، و آن همان مسیر چهارمی است که ما می خواهیم طرح کنیم. و آن این است که گفته می شود که ماهیت وقف هم خودش لوازمی دارد، چه به لحاظ عقلانی، و می شود تأییدی

هم آورد از مثل حبس الاصل و سبل الثمرة، یا از روایاتی که می گوید این وقف است لا بیاع و لا یوهب و لا یورث الی آن یرث الله السموات و الارض، یعنی از اینها بعید نیست بشود استفاده کرد نهاد وقف برای ابقاء آن چیزی است که وقف شده علی ما هی علیه. اصلش در وقف این است. حالا به استثنائاتش می رسیم. مثل اینکه در یک صوری جواز بیع داشته باشد و کذا. ولی اصل وقف این است. پس ممکن است شما بگوئید گرچه اراده واقف مطلق است اما آیا با خود نهاد وقف منافات ندارد؟ این بحث مهمی است.

ما گفتیم چهار راه موازی وجود دارد، نسبت این طروق هم مهم است. شما وقتی مؤلفه اراده واقف را نگاه می کنید صوری دارید که:

۱- مقید باشد به هیئت داریت.

۲- خارجا متفق بشود با کونه دارا ولی می خواهد نفع به اولادش برساند تا می شود در همین هیئت، باز هم جواز تغییر اختیاری نداریم.

۳- اینکه وقف می کند می خواهد نفع به اولادش برساند هیچ غرض خاصی در خانه بودن این خانه ندارد، فقط اتفق آنه یکون دارا، و نمی خواهد که به لحاظ منفعت حتما در چارچوب این خانه منفعت برسد، این نیست. خب اینجا گفتیم که اختیارا هم می توانند تغییر بدهند.

حالا سؤال این است که اختیار می شود در این صورت تغییر بدهد، اما خود این صورت با ماهیت وقف منافات ندارد؟ آیا نمی شود گفت که درست است که آقای واقف همچنین اراده ای می خواهد کند، اما مثل این می ماند که یک بایعی می گوید من می خواهم بیع کنم ولی این بیع من زمانی است و مثلاً تا دو سال هست. حالا در غرب بیع زمانی دارند برخی در کشور ما هم می خواهند درست کنند بیع زمانی و بیع ازمان را. ولی معلوم نیست این مطابق با ضوابط بحث بیع باشد. بگوئید من می خواهم بیع کنم ولی زمانی باشد. خب می گوئیم تو دلت می خواهد زمانی باشد و انشاء هم می کنی زمانی و می گوئی بعثک هذا بذاک الی سنتین، اما آیا نهاد بیع به شما همچنین اجازه ای را می دهد؟ آنجا ممکن است بگوئیم اصلاً نهاد بیع اجازه نمی دهد. یک نهادی است عقلانی، کسی که وارد این نهاد شد یعنی ثمن و مبیع جابجا شده اند للتالی.

حالا در وقف هم ممکن است همین را بگوئیم، که آقای واقف دلش می خواهد که وقف کند این ساختمان را برای اولادش، منتهی هیچ نظری به ساختمان بودنش ندارد فقط می خواهد نفع برساند. ممکن است بگوئیم نهاد وقف همچنین



چیزی را قبول نمی کند، نهاد وقف برای اینجور نفع رساندن آنها نیست. نهاد وقف خصوصیت هایی دارد از جمله بقاء عین بحالها مثلا، در این نهفته است مگر مستثنیاتی برای آن بیاید. یعنی نهاد وقف ویژگی هایی دارد که به آن ویژگی ها جلو اراده واقف را می گیرد.

و این حرف بعید هم نیست. چون وقف یک خصائصی دارد از جمله ظاهرش این است که می خواهد آن شیء باقی باشد. گاهی مصلحت هم این را بقاء را اقتضاء می کند، نه فقط اراده های بی مبنای واقف است که می گوید من دوست دارم این خانه ام باشد للتالی همینطور که هست. فقط این نیست. بلکه گاهی مصلحت هم همین را اقتضاء می کند. چرا؟ برای اینکه وقتی تغییر و تبدیل می دهند آرام آرام راه باز می شود برای تصرفات مالکانه و بعد هم مالک می شوند و وقف می رود پی کارش. خیلی از وقفها اینطور از بین رفته اند روی مصلحت سنجی ها وقف را تغییر داده اند مثلا زمین کشاورزی بود همه می دانستند وقف است، برداشتند تکه تکه کردند خانه ساختند و بعد هم آرام آرام به بچه هایشان دادند و رفتند و فروختند. یعنی خارجا ممکن است با این کار وقف در معرض تلف قرار گیرد.

مقصودم این است که نهاد وقف را که عقلاء درست کرده اند یا شارع امضاء کرده و یا تأسیس کرده، بعید نیست که ما مستثنیاتش را قبول کنیم ولی بگوئیم اصلش بنا بر عدم تغییر است. اگر این باشد آنوقت آن احتمال سومی که در اراده های واقف گفتیم علی الظاهر یک اراده خلاف مقتضای عقد می شود.

**سؤال:** وقتی نهاد وقف صدقه باشد یعنی هر نوع صدقه ای که فی سبیل الله باشد.

**جواب:** صدقه دو نوع است.

**سؤال:** وقتی صدقه می شود یعنی هر جور که بیشتر بشود فی سبیل الله از آن استفاده کرد بهتر است و با ماهیت وقف هم مشکل ندارد.

**جواب:** صدقه اقسامی دارد. یک نوع صدقه، صدقه بالمعنی الاخص است که شما تملیک می کنید به متصدق علیها و او آن را با اقباضش مالک می شود به نحو طلق و لذا آن را می فروشد می خرد هبه می کند. اما صدقه ای که در وقف می گوئیم و اطلاق دارد، حتی اگر بگوئیم ملکیت برای موقوف علیهم حاصل می شود که ما بنا را بر همین گذاشتیم، ولی طلق نیست، یعنی لا بیاع و لا یورث و کذا.

**سؤال:** نکته صدقه فی سبیل الله بودنش است، وقتی شما می دانید اگر تبدیل به احسن کنید بیشتر فی سبیل الله مصرف می شود پس دیگر مشکل ندارد.

**جواب:** خب سبیل الله خصوصیت دارد باید با حبس باشد. حبس الاصل و سبل الثمره فی سبیل الله. یعنی این را حفظ کنید که تحبیس اصل بشود تسبیل ثمره بشود، این مرکب فی سبیل الله باشد.

**سؤال:** خانه یک طبقه را خراب کنیم به یک مدرسه یا یک خانه ده طبقه تبدیل کنیم بهتر فی سبیل الله کار انجام می شود دیگر، با ماهیت وقف هم می سازد.

**جواب:** اولاً عده زیادی که اصلاً قصد تقرب را لازم نمی دانند مثل امام و صاحب عروه و آقای خوئی رحمهم الله.

**سؤال:** من قصد تقرب را عرض نمی کنم، بهره وری را می گویم بیشتر است.

**جواب:** اگر سبیل الله لازم نباشد این بحث شما معنا دارد؟

**سؤال:** بحث تقرب غیر از ثواب است.

**جواب:** یعنی قصد تقرب هم ندارید ثواب می برید؟ عرضم این است که فی سبیل الله داخل در ماهیتش نیست، ما ماهیت وقف را داریم می گوئیم. البته ما هم شک داریم که تقرب داخل هست یا نه، ولی این بزرگانی که می گویند نیست دیگر این مسیر بسته است. پس وقف چیست؟ تحبیس اصل و تسبیل ثمره. من عرض می کنم تحبیس اصل و تسبیل ثمره بعید نیست ما ادعا کنیم که به لحاظ عرفی و عقلانی نهاد وقف اصلاً برای ابقاء خود وقف است، ابقاء وقف و انتفاع بردن است. آنوقت اینکه شما اختیاراً تبدیلیش کنید به چیز دیگر این دلیل می خواهد.

**سؤال:** تحبیس در برابر تصرف حقوقی و وضعی است نه تصرف تبدیلی.

**جواب:** در معانی تحبیس اصل و تسبیل ثمره می گویند مقصود ممنوعیت از نقل و انتقالات وضعی. اما چه دلیلی دارد؟ تحبیس اصل یکی از نکات مهمش این است که این عین باقی باشد.

**سؤال:** الان اگر تصرف غیر وضعی بشود سلب تحبیس از او حقیقت دارد؟

**جواب:** بله دیگر. شما این عین را تحبیس نکردید.

**سؤال:** حقیقت ندارد، چون اینجا تصرف حقوقی نشده است.

**جواب:** چه کسی این را می گوید صرف تصرف حقوقی است؟ اول شما این را ثابت کنید. معمولاً می گویند نقل و انتقالات وضعی. من عرض می کنم تحبیس اصل یعنی این را حفظش کنید و شما اگر زمین کشاورزی را تبدیل کردید به پاساژ آیا تحبیس اصل کردید؟ نه.

**سؤال:** یعنی تحبیس صدق نمی کند؟

**جواب:** نخیر تحبیس صدق نمی کند، بخاطر اینکه شما تغییرش دادید کلاً. البته همین فرمایش شما را عده ای گفته اند، عده ای مثل صاحب جواهر و دیگران شاید همین را داشته باشند که مقصود از تحبیس یعنی تحبیس از نقل و انتقالات وضعی، می پرسیم چرا؟ اتفاقاً عقلاء می گویند اگر یک خانه ای وقف شد این تحبیسش این اصل که عین را نگه داشته باشیم بهیئته و کذا (استثنائات که بی منفعت یا کم منفعت شد را بگذاریم کنار که بحث دیگری است).

### فرعی در رابطه نهاد وقف با اراده های واقف

حالا یک نکته دیگری عکس این مطلب عرض کنم، که خواستم ذهن دوستان باشد چون در متن مطلبی نیامده که مشیر به این باشد و آن رابطه نهاد وقف و اراده های واقف است. ما مستقلاً این را بحث مطرح نکردیم ولی بحث جالبی است، بله در بحث خلاف مقتضای عقد نباشد یک قدری به این نکته کار داشتیم، ولی مفصل بحث نشد، حالا من می خواهم یک نکته عکس بگویم که این رابطه در آن اثر دارد:

اگر یک واقفی بیاید بگوید من وقف کردم خانه ام را و به همین هیئت می خواهم باقی باشد حتی اگر هیچ منفعتی هم ندارد. (برای اینکه فرمایش امام ره را می خواهیم بگوئیم). اگر تصریح کرد که من به اولادم این را دادم و وقفشان کردم ولی این دار باید باقی باشد حتی اگر منفعتش صفر بشود و یا بسیار کم باشد، و این شدنی است. چون قدیمها در خانه های قدیمی زندگی می کردند. و الان اکثراً نحوه زندگی شان خیلی بالا رفته، درآمد ندارند ولی ادعایش را دارند که می گویند حتماً باید خانه اینطوری و آنطوری باشد. حاضر نیستند بروند در این خانه. این خانه را چه کنند؟ یعنی نه اینکه دار از قابلیت سکونت افتاده بلکه نمی روند استفاده کنند. حالا سؤال این است که این از همین مصادیق است که قلیل فی الغایه و منفعت ندارد، آیا می توانیم عوضش کنیم؟ آقای واقف گفته صد در صد باید همین خانه را حفظش کنید، اگر هم شده (کما اینکه در فرع بعدی می خوانیم) از درآمد استفاده کنید تا آن را حفظ کنید. حالا یک سؤالی می خواهم کنم: اگر یک واقفی اینطوری وقف کرد آیا جا دارد ما بحث کنیم رابطه این اراده به اضافه وقوف حسب ما یقفها اهلها با نهاد وقف چیست؟

ممکن است کسی بگوید نهاد وقف که عقلاء جعل کرده اند برای اینجور تصلبها نیست. نهاد وقف اصلش برای انتفاع و استفاده کردن مردم بوده، گفته اند عین را نگه داشته باشیم تا این استفاده اش در طول زمان مستمر باشد، اما اگر یک واقفی بیاید بگوید ملک خودم هست من اینطوری می خواهم وقف کنم که حتی اگر هیچ منفعت هم ندارد وقف باقی باشد و حق تغییر نداشته باشیم، دیگر می شود اراده واقف و مشمول الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها شود.

من می گویم درست است که اینها را دارم، ولی از طرف دیگر نهاد وقف هم داریم لعل کسی بگوید و این هم بعید نیست که نهاد وقف اصلاً برای اینجور تصلبها مجعول نیست. نهاد وقف اصلش برای انتفاع رساندن بوده است در طول زمان با ابقاء خود عین. اما اگر هیچ انتفاع نمی شود برد بعید نیست که بگوئیم اینجور خواست و اراده واقف ممضاه نیست. یا باید بگوئیم وقفش باطل است، یا باید بگوئیم این وقف درست است اما آنقدری از آنکه منفعت می رساند درست است الباقی آن اصلاً شارع امضاء نکرده است.

بنابراین در تعبیر مرحوم امام و دیگران که فرموده اند اگر صار بعنوانه الفعلی مسلوب المنفعة أو قلیلها فی الغایة لا یبعد جواز تبدیلیها الی عنوان آخر ما دو تا راه داریم در قبال شبهه ای که من عرض کردم، باید این را حل کنیم اگر واقف آدم متصلبی است و اصرار کرده من وقف کردم و اراده ام اینطوری است که این دار ولو مسلوب المنفعة است باید وقف باشد. آنوقت چه جور می شود با الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها بگوئیم لا یبعد جواز تبدیلیش؟ دو تا راه دارد:

### دو جواب در مقابل این فرع و شبهه

یک راه ثبوتی دارد، این است که بگوئیم نهاد وقف برای اینجور تصلبها نیست. در نهاد وقف اگر می خواهی داخل این نهاد بشوی باید قواعد این نهاد را قبول کنی. قواعدش این است که باید نفع معقولی داشته باشد، اگر نفع معقول ندارد صحیح نیست.

یک راه اثباتی هم دارد، و آن اینکه واقف آدم عاقلی است، ظهور حالش این است که وقتی وقف می کند با اینجور اراده است، احتمال اینکه او اراده داشته باشد که این ساختمان وقف باشد حتی اگر هیچ منفعت ندارد اثباتاً خلاف ظاهر است. و چون خلاف ظاهر است می فرمایند لا یبعد جواز تبدیل. یعنی ما وقفی که واقفش اینطوری وقف کند نداریم از باب اینکه خلاف ظاهر حال خود واقف است.

پس ما در قبال این قسم که کسی بگوید واقف نحوه اراده اش ابقاء مال بوده حتی بدون منفعت یا با منفعت خیلی کم (که مقابل حرف امام ره می شود) دو تا راه داریم برای جواب: ادعای ثبوتی که بگوئیم اصلاً نهاد وقف همچنین چیزی را نمی پذیرد. که آنوقت درباره اینکه نتیجه اش چه می شود باید بحث کنیم، آیا بطلان است، یا نتیجه اش قبول اراده او است تا آنجایی که نهاد وقف اجازه می دهد و الباقی اش نادرست است. یک راه اثباتی هم دارد که بگوئیم ظهور حال واقفین این نیست که چنین وقفی کنند. به نظرم با این دو راه می شود فرمایش امام ره و دیگرانی که این حرف را فرموده اند تمام کرد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه	۵۶۱
اقوال در مورد عرصه	۵۶۳
علت لزوم احتیاط در انشاء وقف جدید	۵۶۴
فروع اصل بحث	۵۶۵
بررسی بقاء عرصه در وقفیت	۵۶۵
دلایل بقاء عرصه بر وقفیت	۵۶۶
دلیل اول	۵۶۶
دلیل دوم	۵۶۷
بررسی اجماع در مقام	۵۶۹
تعیین تکلیف با حل دو مقدمه	۵۷۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه

بحث ما به مسئله ۶۹ کتاب تحریرالوسیله رسید. موضوع این مسئله در جایی است که وقف خراب و منهدم شود و عنوان آن از بین برود، بحث در این است که ما نسبت به این مخروبه چه وظیفه ای داریم. مساله صور مختلفی دارد. بحث جواز بیع این وقف در مسائل آتی می آید، و فرع اصلی این مسئله که در کلمات فقهاء نیز مطرح می باشد این است که تکلیف عرصه این وقف چیست. اگر خانه وقفی از بین رفت و منهدم شد، تکلیف عرصه آن چیست؟ آیا عرصه از وقف بیرون می رود و یا بر وقفیت باقی است؟ یا درختی است که از داخل باغ به صورت اختیاری یا غیر اختیاری کنده شده است و به چوب تبدیل شده است، تکلیف ما نسبت به آن چیست؟ وقتی صورت شجریتش را از دست داده این چوب به

وقفیت باقی است یا از وقفیت خارج می شود. در مسائل قبلی هم داشتیم که یک نوعی جانشینی و مانند آن را مطرح می کردند، اما این غیر از مسئله الان ما است.

مسألة ۶۹: «لو خرب الوقف و انهدم و زال عنوانه کالبستان انقلعت أو یبست أشجاره، و الدار تهدمت حیطانها و عفت آثارها فإن أمکن تعمیره و إعادة عنوانه و لو بصرف حاصله بالإجارة و نحوها لزم، و تعین علی الأحوط، و إلا ففي خروج العرصة عن الوقفية و عدمه فیستتمی منها بوجه آخر و لو بزرع و نحوه و جهان بل قولان، أقواهما الثاني، و الأحوط أن تجعل وقفا و يجعل مصرفه و کیفیاته علی حسب الوقف الأول»<sup>۱</sup>.

مسئله ۶۹ این است که: لو خرب الوقف و انهدم و زال عنوانه. خانه ای بود که منهدم شد دیگر خانه نیست، هر چند ممکن است آلات یا عرصه اش باشد. کالبستان انقلعت، یک باغی است که کلا از بین رفته است، أو یبست أشجاره، و الدار تهدمت حیطانها و عفت آثارها. از اینجا شروع می کنند در حکم مسئله: فإن أمکن تعمیره و إعادة عنوانه و لو بصرف حاصله بالإجارة و نحوها لزم. این مسئله مهم است نیاز به بحث و تأمل دارد. فرموده اند اگر ما بتوانیم این وقف را به عنوان خودش برگردانیم خانه خراب شده را بسازیم تا برگردد به همان عنوان داریت، یا برای باغ خشک شده آب بخریم و نهال بکاریم تا دوباره باغ شود، می گویند این کار را انجام دهید ولو بصرف حاصله بالإجارة و نحوها. پس إن أمکن تعمیره ... لزم و تعین علی الأحوط، این لزوم و تعین را علی الاحوط گرفته اند. البته در متن مرحوم سید ظاهرا علی الاحوط ندارد، اینجا ایشان فرموده اند علی الاحوط.

نکته ای که لازم است در ادامه بحث به آن پردازیم این است که آیا اینکه «إن أمکن تعمیره و إعادة عنوانه ولو بصرف حاصله لزم» درست است؟، زیرا این وقف موقوف علیه دارد و حاصل باید به مصرف آنها برسد، مثلا این خانه باید اجاره داده شود و منافعتش به تعدادی از ایتم برسد. حالا می گویند اگر خراب شد شما ولو با اجاره ای که بناست نفعش به ایتم برسد بیائید اینجا را بسازید. این را باید تأمل کرد. به این راحتی که اینجا نوشته شده نیست. گرچه صور دیگرش ممکن است برای ایتم اشکل باشد، ولی باید ببینیم وجه اینکه ما می توانیم منفعتی که به حسب وقف برای افراد خاصی است را صرف عین موقوفه کنیم چیست؟ این باید روشن شود.

سؤال: حداقل دیگر علی الاحوط غلط است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۸

**جواب:** حالا یک خصوصیتی دارد که عرض می کنیم. یک خصوصیتی دارد که ممکن راه را باز کند برای اینکه این علی الاحوط درست شود.

**سؤال:** احتیاط مستحب است؟

**جواب:** نه، این حکم «لزم علی الاحوط» مسبوق به فتوی نیست.

**سؤال:** احتیاط دوم در ذیل بحث آمده نیز همینطور است؟

**جواب:** نه آنجا فرق می کند، آنجا راجع به وقف کردن است که بحثش می آید. علی الظاهر آن احتیاط اصلاً خلاف احتیاط است.

حالا این اولی که مسبوق به فتوی هم نیست، فکر می کنم در کتاب وسیله مرحوم سید ره احتیاط هم ندارد فرموده لزم و تعین.<sup>۱</sup> علی الاحوط ندارد.

تا به اینجا راجع به اینکه اگر این خانه ی که وقف شد و از بین رفت و قابل برای برگرداندن هست ولو با اجاره خود همین زمینی که باقی مانده ما این کار را انجام دهیم، لزم و تعین، حالا احتیاط یا بدون آن.

بحث دیگر راجع به جهت دیگر بحث یعنی تکلیف عرصه این وقفی است که از بین رفته است؟

می فرماید: و إلا ففي خروج العرصة عن الوقفية و عدمه فيستتمى منها بوجه آخر و لو بزرع و نحوه و جهان بل قولان.

## اقوال در مورد عرصه

در مورد عرصه دو وجه بلکه دو قول وجود دارد:

یکی اینکه ما بگوئیم هیئت خانه که از بین رفت عرصه هم از وقفیت بیرون می رود و دیگر وقف نیست. و قول دوم این است که وقف هست، لکن باید به صورت دیگری از آن تحصیل فوائد کنند ولو اینکه در آن زراعت کنند. خانه را اجاره می دادند حالا تبدیل شده به یک زمین خالی برای کشت اجاره دهند یا برای انبار. دو وجه بلکه دو قول است. أقواهما

<sup>۱</sup> وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)؛ ص: ۵۴۳

الثانی، که از وقفیت بیرون نرود و به وقفیت باقی باشد و به هر کیفیتی که می توانیم به همین صورت وقفی از آن استفاده کنیم.

در ادامه ایشان احتیاطی کرده می فرمایند: و الأحوط أن تجعل وقفاً و يجعل مصرفه و کیفیاته علی حسب الوقف الأول. در یکی از این رساله هایی که از امام ره چاپ کرده اند و در این نرم افزار نور هست، نه این توضیح المسائل عملی، بلکه از این زبدة المسائل، این را آورده ولی این قسمتی که و الأحوط أن تجعل وقفاً را نیاورده، فقط دنبالش را آورده که «و يجعل علی حسب الوقف الأول»<sup>۱</sup>. اصلاً نگفته وقف دومی هست که بعد بگوئید بر طبق وقف اول است. اگر بگوئیم و الأحوط أن تجعل وقفاً، یعنی احتیاط این است که دوباره همین عرصه را وقف کنیم منتهی مصرفش را و کیفیته را درست مثل وقف اولی قرار دهیم. خانه ای بوده از بین رفته، این خانه ای که از بین رفت اجاره بود و منافعش برای موقوف علیهم بود که اولادش بودند بطناً بعد بطن. می گوید دوباره بعد از اینکه خانه از بین رفت شما این عرصه را وقف کنید و مصرفش و کیفیته را مثل وقف اول قرار دهید. خب ما باید وقف دوم داشته باشیم تا به وقف اول اشاره کنیم. در آن رساله هیچ اشاره به وقف دوم نشده است.

## علت لزوم احتیاط در انشاء وقف جدید

وجه اینکه فرموده احوط این است که تجعل وقفاً، اینجا ممکن است این احوط استحبابی باشد. چون ایشان گفته اقواهما الثانی. ایشان این فتوی را اختیار کرده اند که عرصه از وقفیت بیرون نمی رود. وقتی بعد از این فتوی فرموده اند احوط ان تجعل وقفاً این احتیاط، مستحبی است.

ولی سؤال این است که چرا چنین احتیاطی کنیم؟ احتمالاً و علی القاعده از باب اینکه اگر قول اول درست باشد و از وقف بیرون رفته باشد، خب ما وقف کنیم که اقلاً بر حسب وقف این منافع استفاده شود. این درست است منتهی با کمی دقت اشکالی به ذهن می رسد که از محشین کلام حضرت امام آنهایی را که دیدم کسی متعرض نشده است الا مرحوم آیت

<sup>۱</sup> (مسألة ۱۲) لا إشكال في أنه بعد تمام الوقف ليس للواقف التغيير في الموقوف عليه، كما أنه لا يجوز تغيير الوقف و إبطال رسمه و إزالة عنوانه و لو إلى عنوان آخر، نعم لو خرب الوقف و انهدم و زال عنوانه فان أمكن تعميره و إعادة عنوانه لزم و تعین علی الأحوط، و إلا فلا يخرج العرصة عن الوقفية، و الأحوط أن يجعل مصرفه و کیفیاته علی حسب الوقف الأول. زبدة الأحكام (للإمام الخميني)؛ ص: ۱۷۸



الله گلبایگانی ره.<sup>۱</sup> و آن نکته این است که شما چرا این احتیاط را فرمودید؟ از جهت اینکه نکند این عرصه بعد از انهدام دار از وقفیت خارج شده می گوئید دوباره وقفش کنید. اشکال این است که اگر از وقفیت بیرون رفته باشد می شود مال واقف یا ورثه واقف یا حتی مانند ما که قائلیم مورد تصرف حاکم می شود، پس احوط این است که برای وقف دوباره از آنها اذن بگیرند، اگر اذن نگیرند چه احوطی است که مال مردم را وقف کنید. پس به نظر می آید باید اینطور بگوئیم که «و الاحوط أن تجعل وقفاً و يجعل كذا و كذا بعد الاذن من الواقف أو ورثته أو من الحاكم» طبق نظری که آنجا انتخاب کردیم. و البته اگر بخواهیم خیلی احوط باشد از موقوف علیهم هم اذن بگیریم. بخاطر اینکه اگر یادتان باشد مرحوم شیخ مفید می فرمود در منقطع الآخر برمی گردد به ورثه موقوف علیهم. پس اگر در اینجا بخواهد احوط واقعا احوط باشد باید مراعات این جهت نیز بشود. و الا ما نمی خواهیم بگوئیم در این صورت احتیاطش بیشتر است بلکه اگر اذن نگیرند اصلاً احوط نیست. چون این وقفی که انجام می دهید شاید در مال دیگری واقع بشود، اینکه احوط نمی شود. پس حتماً باید اذن را ضمیمه کنیم تا این احتیاط صحیح شود.

## فروعات اصل بحث

حالا بیائیم سر اصل بحث که اگر وقف منهدم شد و زال عنوانه کالبدستان و کذا و کذا، اگر ممکن است تعمیرش و اعاده عنوانش و لو به صرف آنچه از اجاره حاصل می شود، باید این کار را انجام دهیم. در اینجا لا اقل دو نکته قابل بحث است: یکی اینکه اگر منهدم شد آیا از وقفیت بیرون می رود یا نمی رود؟ اول این را حل کنیم. اگر از وقفیت بیرون نرفت باید آنوقت بحث دوم را انجام دهیم.

بحث دوم این است که اگر از وقفیت بیرون نرفت و منافی دارد باید منافع صرف موقوف علیهم بشود. شما می گوئید صرف خود این دار بشود و یک خانه دیگری به همین کیفیت ساخته شود. این یک بحث مترتب و دومی است.

## بررسی بقاء عرصه در وقفیت

نسبت به دلیل بحث اول یعنی بقاء در وقفیت به نظر می رسد در اصل اینکه اگر انهدام پیدا کند و عنوانش از بین برود بر وقف باقی است شهرت بلکه اجماع وجود دارد، کما اینکه مرحوم شیخ انصاری ادعا می کند اجماع هست که با

<sup>۱</sup> (مسألة ۵۲۰) إذا خرب الوقف و انهدم و زال عنوانه، كأن بیست أشجار البستان أو زالت و انهدمت الدار و عفت آثارها، فإن أمكن تعميره و إعادة عنوانه و لو بصرف أصله بالإجارة و نحوها، لزم و تعین و الأحوط أن يكون ذلك بإذن الموقوف علیهم أو المتولي. و إلا فالأقوى عدم خروج الأرض عن الوقفية فيستفاد منها بوجه آخر، و إن كان الأحوط أن يستأذن الواقف أو ورثته و يجعل وقفاً و يجعل مصرفه و کیفیاته علی حسب الوقف الأول هداية العباد (للگلبایگانی)؛ ج ۲، ص: ۱۵۴

انهدام عنوان، وقفیت از بین نمی رود. البته ما اجماع را نمی دانیم ولی در بعضی کلمات هست که از بین نمی رود. و ممکن است شما بگوئید بعضی از کلمات شیخ طوسی اعلی الله مقامه ممکن است مفادش این باشد که از بین می رود، ولی بحث می خواهد که حالا عرض می کنیم.

نکته ای که علاوه بر اجماع در کلمات قوم گفته اند این است که ما به نهاد خود وقف توجه کنیم. وقف یک نهادی است که برای تأبید است. وقف برای بقاء است. لذا اگر عرصه باقی است وجهی برای عدم تأبیدش نیست. بعد الفراغ از اینکه ممکن است ما جور دیگری هم استدلال کنیم بگوئیم وقفی که روی خانه می آید روی تمام اجزایش می آید. ما وقتی خانه را وقف می کنیم، خانه مگر چیست؟ یک مرکب اعتباری است از دیوار و در و زمین. حالا در و دیوارش از بین رفت اما زمینش که باقی است. وقف از اول منحل شده روی همه اینها، دو تا از متعلقات وقف از بین رفت و دیگر موضوع ندارد، چرا نسبت به زمین موضوع نداشته باشد؟ این بیان سر جای خودش هست.

این یک بیان است برای اینکه چرا عرصه بر وقفیت باقی باشد. چون وقتی که وقف از بین می رود اگر عرصه هم از بین می رفت دیگر چیزی نبود که بخواهد قابل اعاده باشد. هیچ می شد. منتهی الان عرصه باقی است و قابل برای اینکه بنای دیگری در آن بسازند. اول تکلیف خود عرصه را حل کنیم، بعد بیائیم سراغ دار که آیا دار باقی هست به وقفیت، یا با وجود اینکه عرصه هست دار باقی به وقفیتش نیست.

## دلایل بقاء عرصه بر وقفیت

پس در مرحله اول باید تکلیف خود عرصه را حل کنیم. برای بقاء عرصه به وقفیتش دو استدلال کرده اند.

## دلیل اول

یکی اینکه عرصه بخشی از متعلق وقف است. گوئی وقتی می گوید وقف دارا کذا، یعنی وقف در را و دیوار را و عرصه را. حالا در و دیوارش از بین رفت اما عرصه اش باقی است. همانطور که مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه در بیع مثال می زند، شما در بیع، در هبه، در صلح چکار می کنید؟ تملیک می کنید عین را. حالا اگر آمدیم بعد از تملیک یک بخشی از عین از بین رفت، شما نمی گوئید که بخش دیگر متعلق تملیک نیست. بلکه آن نیز هنوز متعلق تملیک هست. چون وقتی شما یک مرکب را تملیک می کنید گوئی تملیک به تمام اجزایش تعلق پیدا می کند. حالا یک قسمتش از بین رفت و موضوع ندارد، خب نداشته باشد، بقیه اش مملک است.

در مثل وقف در دار که انهدام پیدا می کند صورتش و در دیوارش از بین می رود ولی عرصه اش هست همینطور است.

این یک بیان است برای بقاء وقفیت عرصه.

## دلیل دوم

بیان دوم آن چیزی بود که عرض کردم که وقف برای تأیید است. البته مثل صاحب مسالک که این دو تا را کنار هم می آورد<sup>۱</sup> ممکن است کسی بگوید این دو بیان مکمل همدیگر هستند، ولی به نظر من دو تا استدلال جدا هم می توانند باشند. استدلال اول که روشن است. استدلال دوم این است که وقف برای تأیید است. گوئی ایشان می خواهد بگوید نهاد وقف برای تأیید عین و تسبیل ثمره است. اگر عرصه می تواند باقی باشد باید باقی باشد. این بیان دیگری است.

سؤال: عین دیگر نیست. عین که بستانیت بود رفت.

جواب: عرصه اگر عین نیست پس چیست؟ عرصه عرض و حالت است؟ اینطور نیست بلکه عین است. در واقع خانه مرکب اعتباری بود از چند تا عین که آنها را یکی حساب کرده بودید گفتید خانه. چون مرکب اعتباری برخلاف مرکبهای حقیقی که مثل صورت و ماده حقیقی باشند یک واقعیت ندارد پنج تا واقعیت است. شما با اعتبار خودتان آن را «یک» اعتبار کردید. این خانه را عرف یک شیء اعتبار می کند، والا یک شیء نیست. درش یک چیز است دیوارش یک چیز است عرصه اش یک چیز است وسائل الکترتیکی و لوله های آبش یک چیز است. عرف همه را با هم یکی حساب می کند. حالا که یک حساب می کند این را می گوید خانه. ولی این یک حساب کردن منافات ندارد با اینکه وقتی وقف وارد بر این دار می شود بر همه اجزایش وارد شود. مثل اینکه شما خانه را یک مرکب اعتباری می دانید، می گوئید ملک تک هذا الدار بهذا الثمن، مشتری هم می گوید قبلت، می شود تملیک شما. حالا سؤال این است که بعد از تملیک اگر آمدیم صورت خانه بودنش از بین رفت آیا کل مبیع از بین می رود؟!

پس یک استدلال دومی وجود دارد از باب اینکه توجه به خود نهاد وقف کنیم که به ما می گوید وقف برای تأیید عین است تا زمانی که ممکن است. در بعضی روایات بود الی أن یرث الله السموات و الارض. می خواهد باقی بماند. خب

<sup>۱</sup> مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۵، ص: ۳۹۸

عرصه هست، پس نهاد وقف ملازم با این است که عرصه را نگه داشته باشیم و از منافعتش استفاده بشود ولو منافعتش کم باشد. این هم یک استدلال است.

در اینجا باید دو صورت را بررسی کنیم صورت اول اینکه خود واقف دار را بما هی دار و در واقع مشروط به دار بودن وقف کرده است حال چه این اشتراط مضمرا باشد و چه مصرحا، یعنی وقف کرده مادامت کان دارا. و صورت دوم این است که واقف ملاحظه خاصی نکرده ولی وقف را روی عنوان دار برده، نمی گوید مادامت دارا، می گوید من خانه را وقف کردم، ولی «خانه» را وقف کرده است. در هر دو صورت می خواهیم ببینیم تکلیف این وقف بعد الخراب و الانهدام چه می شود؟ اول باید این را حل کنیم. آیا دار به وقفیت باقی می ماند و باید تعمیرش کنیم؟ یا نه، اگر ما گفتیم دار از وقفیت خارج می شود این حکم اولی متن که فإن امکن تعمیره و اعاده عنوانه ولو بصرف حاصل کذا، این چه دلیلی دارد؟ پس باید این را حل کنیم که از وقف بیرون می رود یا نه.

در صورت اول که واقف اشتراط کرده در واقع وقفش می شود وقف منقطع الآخر. وقف را به صورتی تقیید می زند که وقفش از اول منقطع الآخر است. زیرا در جائی این وقف قطع می شود. در وقف منقطع الآخر نیز سه قول وجود داشت: یک قول این بود که برمی گردد به مال واقف، حالا خودش یا ورثه اش، که این هم اختلافی بود و در جاهایی اثر داشت ولی ما این دو صورت را یک قول حساب می کنیم. قول دوم این بود که مال موقوف علیهم می شود، که قول شیخ مفید بود. و قول سوم نیز این بود که ما اختیار کردیم که گفتیم چون برای ما ثابت نیست آن نکته هایی که گفتند که به برخی از آنها اشاره می کنیم، بنابراین بعید نیست بگوئیم دیگر به مال واقف دیگر عود نمی کند از باب یک اجماعی که به نظر ما قابل تحصیل است برای خروج از ملک مالک. و دلیلی هم بر اینکه ملک موقوف علیهم شود نیست. بنابراین ملکی است که علی الظاهر باید بگوئیم تحت ید حاکم است تا این را به آن کسی که اقرب به نظر واقف است بدهد، و گرنه می شود مالی در اختیار حاکم که آن را صرف مطلق مبرات و امثال آن کند. که این خودش یک بحث دیگری است.

عرض ما این است که در منقطع الآخر مبنا باید حل شود. مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع که راجع به بیع وقف بحث می کنند به اینجا که می رسد می گویند این حرف که خروج از وقفیت پیدا کند وجهی ندارد للاجماع علی خروجه عن ملک الواقف که عود به او پیدا نمی کند.

اجماعی که ایشان گفته اند علی الظاهر صحیح است. منتهی عده ای قبول ندارند. یاد دوستان هست که در منقطع الآخر عده ای مثل مرحوم سید و حتی امام ره در چند جا که همینجا هم حاشیه زده بودند یا در متن تحریر فرمودند الا فی

بعض الصور از ملک واقف بیرون نمی رود، همین بود، در منقطع الآخر ایشان تردید داشت که اصلا از ملک واقف خارج می شود یا نه. و مرحوم سید می گفت لولا الاجماع می گوئیم اصلا از اول از ملک واقف خارج نشده. بعد هم فرمود برای ما روشن نیست اجماعی وجود داشته باشد. بنابراین مستقر شدند که اصلا وقف منقطع الآخر از اول بیش از همین مقدار وسط از مال واقف بیرون نرفته است. نمی گوئیم که يرجع الی المالك یا يعود الی المالك، تا اشکال کنید که عود الی المالك سبب می خواهد و سبب چیست، که این اشکال را کرده اند. نمی گوید يعود الی المالك. می گوید از اول فقط به اندازه این وسط که وقف بود از ملک واقف خارج شد، الباقی آن به ملک مالک باقی هست.

ما هم در مباحث گذشته و جلسه قبل اشاره کردیم که این خودش بحث می خواهد که آیا یک همچنین تقطیعی ممکن است یا نه، طبق مبانی ای که جلسه گذشته عرض کردیم. به نظر ما چنین تقطیعی در ملک به حسب زمان درست نیست.

#### سؤال: مخالفت سید مضر به اجماع نیست؟

جواب: نه مخالفت امثال سید صاحب عروه مضر به اجماع نیستند. اجماعی که ما می گوئیم اجماع قدمائی را می گوئیم حداکثر تا زمان محقق و علامه و نظرات متاخرین تأثیری ندارد. آن نکته ای که ما می گوئیم نسلا عن نسل گرفته باشند همان نسلهای اولی شاید باشد. حتی توسعه به مانند مرحوم علامه نیز وجهی ندارد زیرا اینها علمای قرن هشتمند لذا واضح است که مخالفتشان، قاذح اجماع نیست. ولی می خواهیم بگویم این حرف مخالف داشته. نکته اش این است که می گویند از اول از ملک خارج نشده است. اینکه مرحوم شیخ می فرماید اجماع علی انه اذا خرج عن ملک الواقف لا يعود الیه. خب بله. این منافات با حرف سید ره ندارد. سید می گوید اصلا خارج نشده از ملک واقف. منتهی ما این عدم خروج را تحلیل کردیم. گفتیم عدم خروج برمی گردد یا به ملک زمانی و یا ملازم با آن است، و هردوی اینها به نظر ما اشکال دارد. البته با تفصیلی که گفتیم که کیفیت تقطیع انحاء سه گانه دارد، یک نوعش مثل واجب معلق است، یک نوعش مثل واجب مشروط است و یک نوع دیگر که آنها را مفصل بحث کردیم.

### بررسی اجماع در مقام

عرض ما در اینجا این است که اول باید این را تصویر کنیم. به نظر می آید اجماع ثابت است بر اینکه خروج از ملک واقف شده که چند جلسه پیش هم گفتیم بعد در بحث وقف منقطع الآخر هم به تفصیل گفتیم. به نظر می آید اجماع واقعا بر خروج از ملک واقف محقق است.

بنابراین از نظر اجماع حرف سید و دیگران علی الظاهر اینجا تمام نیست، فعلا به استدلالهای دیگر کاری نداریم. حال اگر از ملک واقف خارج شد، ولی آیا دلیلی داریم که به وقفیت باقی باشد؟ ممکن است بگوئیم از ملک واقف خارج شده، وقف هم نیست، مثل بقیه املاکی است که مالک ندارد. در اختیار ولی فقیه قرار می گیرد برای اینکه در مبرات و مصالح مسلمین و غیره صرف کند. مثل بقیه اموالی که بلا مالک هستند. یکی از موارد ورود فقیه اموال بدون مالک است که اگر به هر دلیلی بلا مالک شده در اختیار حاکم قرار می گیرد. پس صرف اینکه ما اجماع داریم که مرحوم شیخ می فرماید بر خروج از مال واقف، این کفایت نمی کند.

مرحوم شیخ علاوه بر این به کلام صاحب جواهر اشکال وارد می کند، یک قسمت اشکال این است که می فرماید: **اقول یرد علی ما قد یقال**، چون یک قد یقالی مرحوم صاحب جواهر دارد که ما حصل قد یقال این است که اگر عنوان از بین رفت وقف هم باطل می شود. ایشان می گوید بر آن ما قد یقالی که ایشان گفته یرد براین مطلب که: **بعد الاجماع علی أن انعدام العنوان لا یوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البیع....** این بل را برای این آوردند که در این مسئله ای که الان ما در آن هستیم که انهدام دار است عده ای از فقهاء گفته اند که لا یبطل الوقف و لا یجوز بیعه، یعنی عده ای لا یجوز بیعه را هم به آن اضافه کرده اند. دو تا حکم آورده اند: لا یبطل الوقف، و لا یجوز بیعه. بعضی ها لا یجوز بیعه را نیاورده اند. صاحب مفتاح الکرامه فرموده همان لا یبطل الوقف این را هم درست می کرد؛ و لذا شیخ در مبسوط به عدم جواز بیع اکتفا کرده چون «لا یجوز بیعه» ناشی از «لا یبطل وقفه» است. بنابراین حکمی که اینجا هست این است که لا یبطل الوقف، اثرش هم این است که لا یجوز بیعه، بگویند یا نگویند هم فرقی ندارد، چون لا یبطل الوقف. این در فرمایش مرحوم شیخ انصاری است که دارد نسبت می دهد به فقهاء که بعد الاجماع علی أن انعدام العنوان لا یوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البیع، نه موجب بطلان وقف می شود و نه جواز بیع. **و إن اختلفوا فیه عند الخراب أو خوفه**، باید دقت شود تا بحثها خلط نشود. بحث اول ما انهدام بود. از آن بحث منتقل شدیم به یک بحث دیگری که مرحوم صاحب جواهر راه انداخته، که در وقف یک عنوان اگر عنوان عوض شود، مستلزم با خراب نیست. و لذا مرحوم شیخ می فرماید **و إن اختلفوا فیه عند الخراب أو خوفه لکنه غیر تغیر العنوان کما لا یخفی**<sup>۱</sup>. یک بحث بحث تغیر عنوان است و یکی بحث انهدام است. ما بحثمان انهدام بود. اما در انهدام رسیدیم به یک بحث دیگری که اگر وقف روی عنوان برود و عنوان از بین برود که همیشه مستلزم این نیست که هدم شده باشد، آیا صرف تغییر عنوان که در هدم هم تغیر عنوان هست و در اعم از هدم هم تغیر عنوان هست،

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص: ۷۵

آیا تغییر عنوان موجب بطلان وقف می شود؟ مرحوم صاحب جواهر یک استدلالی آورده که می خوانیم، و مرحوم شیخ جواب ایشان را می دهد که این حرف درست نیست. در این یرد علی ما قد یقال این حرف را ایشان آورده است که تغییر عنوان موجب بطلان وقف نیست.

ما الان نقلمان برای این جمله اجماع ایشان بود. (چون استدلال صاحب جواهر را نخواندیم می خوانیم). می گوید اجماع فقهاء هست بر اینکه تغییر عنوان موجب بطلان وقف نیست.

حالا ببینیم آیا این حرف واقعا اجماعی است؟ این یک مسئله است که مقتضای خود نهاد وقف در این مسئله چیست. اگر ما وقف کردیم بر عنوانی و عنوان تغییر کرد مقتضای وقف چیست؟ آیا جوابی که شیخ می دهد درست است؟ دوم ملاحظه اراده واقف است. اگر واقف بگوید من وقف کردم به این عنوان بخصوصها، نگوید مادام که اشترط باشد، بگوید من روی این عنوان بردم. این شبیه اشترط می شود؟ و لازمه اش بطلان وقف منقطع الآخر نمی شود؟ چرا؟ اگر آقای واقف از اول همین را بگوید و مرادش هم همین باشد چرا نشود؟ آنوقت چرا عبارتهای مرحوم شیخ، مرحوم آقای خوئی در اینجا همه مطلق است، اما در کتاب دیگرش قید می زنند به شرط اینکه از اول مراد واقف نباشد. این نکته مهمی است.

## تعیین تکلیف با حل دو مقدمه

پس ما دو تا ملاحظه داریم برای اینکه بتوانیم متن را حل کنیم و بگوئیم تکلیفش چیست:

یک ملاحظه این است که اگر تغییر عنوان شد، چون با انهدام تغییر عنوان می شود، اگر تغییر عنوان وقف شد آیا وقف باطل است یا نه؟

دوم اینکه: در تغییر عنوان نه از باب مقتضای نهاد وقف بلکه از باب اراده واقف حکم چیست؟ واقف از اول ببرد روی عنوان، بگوید برای من ولو این مرکب اعتباری است و لو که سه تا جزء دارد، ولی مقصود من این هیئت خاصه است، من این را وقف می کنم برای اولادم. آیا این اراده ملحوظ است یا نه، یعنی مورد نفوذ قرار می گیرد در وقف یا نه به حسب الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها و نتیجه اش چه می شود بطلان وقف است یا نه؟ دوستان فکر کنند تا فردا.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته	۵۷۲
حکم عرصه بعد از خراب عنوان	۵۷۳
بررسی حکم با توجه به سه مؤلفه	۵۷۳
بررسی کلمات قوم	۵۷۳
کلام وسط در بین	۵۷۶
اقتضاء رفتن وقف روی عنوان و جهات مختلف آن	۵۷۹
بررسی کلام مرحوم صاحب جواهر	۵۷۹
نقل کلام شیخ طوسی ره	۵۷۹
اختلاف دو نوع لحاظ در مقام	۵۸۱
اشکال شیخ اعظم ره به صاحب جواهر	۵۸۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۹ کتاب تحریرالوسیله مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة بود که اگر وقفی مانند خانه منهدم و خراب شود و عنوان بودنش از بین برود ولی عرصه اش باقی باشد. نسبت به تکلیف ما نسبت به نوسازی و برقرار کردن همین خانه فرمودند احتیاطاً باید تعمیر و اعاده اش کنیم ولو با اجازه دادن آن، و در صورتی در کلمات فقهاء می آید که فرموده اند ولو با فروش بعضی از آن برای اعاده بعضی دیگر.



## حکم عرصه بعد از خراب عنوان

یک بحث مهم دیگر در این مساله که اصلاً ممکن است این فرع برای همین بحث منعقد شده باشد تکلیف عرصه است که آیا عرصه از وقف بیرون می رود یا نه؟

## بررسی حکم با توجه به سه مؤلفه

ما جلسه گذشته عرض کردیم که مثل فرع قبلی در واقع باید در سه مؤلفه دقت کنیم:

یکی کلمات فقهاء است. مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه می فرماید ما اجماع داریم که اگر دار منهدم شود و عنوانش عوض شود البته ممکن است تبدیل به چیز دیگری بشود که باز نفع داشته باشد، اجماع داریم که وقف باطل نمی شود.

مؤلفه دوم مراد خود واقف است. وقتی می گوید «وقف هذا الدار للفقراء» مقصودش از این دار چیست؟ و متعلق وقف چیست؟ به تعبیر مرحوم شیخ انصاری مفعول به، در «وقف الدار» چیست؟ در واقع دار است بما هو دار؟ یا نه، دار اتفاقاً الان دار است، اینکه واقف، دار را ذکر می کند به خاطر یک امر اتفاقی است که الان در این زمین ساختمانی وجود دارد، والا مرادش این نیست که این دار بما هو دار وقف است، بلکه مرادش این است که اگر تحول به چیز دیگر هم پیدا کرد وقف است. پس باید این مؤلفه را نیز بررسی کنیم که ملحوظ واقف چیست و چقدر در بحث ما تأثیر دارد.

مؤلفه سوم این است که: مقتضای خود وقفیت چیست؟ به تعبیر امروزی ها نهاد وقف چه اقتضائی دارد؟ مرحوم صاحب مسالک می فرماید به خاطر تابیدی که در وقف هست عرصه نیز باید وقف باشد که که لب این ادعا به اقتضای نهاد وقف بر می گردد، یعنی نهاد وقف یقتضی بقاء العرصه علی الوقفیه، ولو اینکه آقای واقف اصلاً مد نظرش نباشد.

## بررسی کلمات قوم

از لحاظ کلمات قوم، گرچه بقاء بر وقفیت استفاده می شود ولی بعید می دانم بشود از آن یک اجماعی استخراج کرد. چون وقتی مرحوم صاحب جواهر می خواهد اقوال را نقل کند، می گوید کما هو فی کلمات علامه و شهیدین و بعدی ها، یعنی نمی رود سراغ قبلی ها بگوید آنها هم همین حرف را بیان کردند.

منتهی در کتاب مبسوط یک جمله ای هست که باید بررسی شود و همچنین در کلمات صاحب سرائر، و در یکی دو کتاب دیگر که معمولا کلمات شیخ طوسی را تکرار می کنند مانند مؤتلف مرحوم طبرسی که بعید است که تتبع مستقلى انجام داده باشند.

مرحوم شیخ طوسی ره در خلاف می فرماید: «إذا خرب الوقف و لا یرجى عوده فى اصحابنا من قال یجوز بیعه». در اینجا هم قید خرب الوقف است و هم لا یرجى عوده. این یک قید مهمی است. چون اگر در کلام مرحوم امام ره تأمل کرده باشید ایشان می گوید اگر می شود باید آن را اعاده کنیم. پس مورد بحث کتاب تحریر الوسيلة لا یرجى عوده نیست. بعد فرموده اند «و إذا لم یختل لم یجز». یعنی اگر اختلال کلی پیدا نکرده، ظاهرا این را می خواهد بگوید که خرب الوقف ولی می شود از منافع آن استفاده کرد، فروشش جائز نیست «و به قال احمد بن حنبل و قال الشافعی لا یجوز بیعه علی حال» بعد می فرماید: «دلیلنا الاخبار المروية عن الأئمة»<sup>۱</sup> که حتما لا بیاع و لا یوهب و لا یورث و امثال آن است. ایشان در اینجا ادعای اجماع نمی کند. برخلاف خیلی جاهای دیگر که می فرماید دلیلنا اجماع الطائفة و اخبارها، اینجا ایشان حتی نقل اجماع نکرده، بلکه می گوید دلیلنا الاخبار المروية.

پس مسئله این است که إذا خرب الوقف و لا یرجى عوده بعضی اصحابنا گفته اند یجوز و إذا لم یختل لم یجز. دلیلنا اخبار مرویه است که اگر خراب شد و لا یرجى عوده یجوز البیع، و إذا لم یختل لم یجز. این دو تا حکم آورده. قید لا یرجى عوده در بعضی روایات هست که مثلا اگر فتنه ای بشود که موجب اختلاف و امثال آن شود بیعش جائز است که در چند فرع آتی در مجوزات بیع می آید. اما و إذا لم یختل لم یجز. اگر اختلال پیدا نشد لم یجز یعنی البیع، و دلیل را اخبار مرویه می دانند.

در کتاب مبسوط در فرع اینکه اگر سیل بیاید و بدن میت را آب ببرد و کفنش باقی بماند راجع به ملکیت کفنش چه می شود؟ اگر کفن را مثلا قرار داده بوده و مثلا وصیتی کرده بوده و حالا موضوعش منتفی شده، این کفن مال چه کسی است؟ می گویند برمی گردد مال خود ورثه است. بعد عده ای وقف را به آنجا مثال زده اند. ولی می گویند وقف با آنجا خیلی فرق دارد. آنجا کفن به به ملک او باقی بوده وقتی موضوعش منتفی شد ورثه مالک می شوند، به خلاف وقف.

<sup>۱</sup> الخلاف؛ ج ۳، ص: ۵۵۱

حالا آن چیزی که در مبسوط آورده و به درد بحث ما می خورد این است که: فأما إذا وقف دارا على قوم ثم انهدمت الدار لم يكن للموقوف عليهم بيع العرصه، این دیگر نسبت به بحث ما نص است که اگر دار منهدم شد عرصه را نمی توانند بفروشند. قال احمد لهم بيع العرصه لأنهم لا يتوصلون الى الانتفاع بها الا على ذلك الوجه. على القاعده احمد بن حنبل است که قائل شده است به جواز بيع، چون به غیر فروش نمی توانند از آن استفاده کنند. بعد مرحوم شیخ می فرماید و قد بینا مذهبنا أنه يجوز بيع الوقف إذا خيف خرابه و بطلانه أو خيف خلف بين الارباب<sup>۱</sup>، که جزء مسوغات و مجوزات بيع خواهد آمد یکی از آنها خراب دار است البته به جوری که لا یرجى عوده، یا اختلافی بین موقوف عليهم بوجود آید که خوف فتنه و قتل و اینجور چیزها می رود، آن هم یکی از مجوزات است. هفت هشت مجوز هست اینها هم بعضی از آنهاست. حال آن چیزی که الان به درد بحث ما می خورد این است که اگر داری را بر قومی وقف کردند انهدمت الدار لم يكن للموقوف عليهم بيع العرصه.

می خواهم نکته ای عرض کنم چون بعدا می خواهم نزاع صاحب جواهر و شیخ را بحث کنیم: صاحب جواهر هم در اینجا و هم در جائی که ما وقفی می کنیم برای منفعتی ولی هیچ منفعتی ندارد قائل به بطلان وقف می شود، می گوید وقف باطل است. حتی در برخی از این موارد که جواز بيع وجود دارد ایشان می گوید چون وقف باطل می شود جواز بيع هست. که همین هم مورد اشکال شیخ و دیگران واقع شده است.

حال در صورتی که دار منهم شود و عرصه باقی بماند کلام شیخ این است که ما عرصه را نمی توانیم بفروشیم و به وقفیتش باقی است، حال آیا آن حیث دار هم هنوز به وقفیتش باقی است یا نه؟ دار از بین رفته موضوعش منتفی است آیا به وقفیت باقی است یا نه؟ اثر این حرف این است که اگر وقف باقی باشد بگوئیم لا يبطل الوقف بالانهدام إذا كان بحيث که یرجى عوده، این را قبول کنیم که اگر ممکن است برگردد وقف باطل نمی شود. خب اثرش این است که یلزم بر متولی وقف یا حاکم که اگر بتوانند از اجاره و منافع دیگر آن وقف را آباد کنند.

اما اگر گفتیم وقف باطل می شود باید ببینیم مراد از بطلان وقف چیست؟ آیا یعنی کل وقف باطل می شود که عرصه هم از وقف بیرون می رود؟ که قول بعضی ها است. صاحب جواهر ظاهرش این است که وقتی می گوید وقف باطل شد یعنی همه اش باطل می شود، که عرصه هم از وقفیت بیرون می رود. حالا بعد می گویم ایشان چه استدلالی می کند. آن قد یقالی که مرحوم صاحب جواهر نقل می کند که ظاهرا حرف خود ایشان است و ممکن است از کسی گرفته باشد به

<sup>۱</sup> المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۳۰۰

عنوان یک نظر بیان می کند و رد هم نمی کند و می خواهد این را بقبولاند و بعد مرحوم شیخ می گوید آن قد یقالی که شما گفتید این اشکالات را دارد. در آن قد یقال گفته می شود که عرصه درست است الان باقی است ولی بخشی از آن دار بود. وقتی دار از بین رفت موضوع وقف از بین رفت کلاً وقف باطل می شود، وقتی باطل شد عرصه هم دیگر وقف نیست. که مرحوم شیخ اینها را جواب می دهد که به آن می رسیم.

## کلام وسط در بین

عرضی که ما اینجا می خواهیم بیان کنیم این است که آیا نمی شود حرف وسطی زد که بگوئیم: دار چون هیئتش از بین رفت ولو در برخی از صور که حالا توضیح می دهیم، دار از وقفیت بیرون می رود، اثرش این است که دیگر لازم نیست تعمیرش کنیم و دوباره عود کند به حال اول. اما عرصه به وقفیتش باقی باشد. دلیلی بر خروج عرصه از وقفیت نداریم. و آن دلیلی که مرحوم صاحب جواهر در قد یقال می گوید جوابش داده می شود. ولی آیا وقتی جواب او را دادیم معنایش این است که هیئت دار هم به وقفیتش باقی است که لازمه آن لزوم تعمیر و عود به حال اول باشد، یا نه، ما دیگر هیچ الزامی نداریم؟ اثرش در فهم کلام امام در تحریر هم اثر دارد. چون در تحریر فرمودند اگر ممکن است خانه خراب شده را برگردانید ولو به مثل اجاره همین دار منهدم، اجاره بدهید تا این را دوباره بسازید. ممکن است اصلاً یک وظیفه مهمی باشد، آیا ما همچنین وظیفه ای داریم؟ آیا ناظر یا متولی یا موقوف علیهم یا حاکم وظیفه دارند خانه ی را که از بین رفته است را به حالت اول برگردانند ولو به لطایف الحیلی مانند اینکه اجاره بدهند برای کشت و کار؟ فرض کنید هزار متر زمین خانه بوده خراب شده اجاره بدهیم در آن کشت و کار کنند بعد از پنج سال اجاره اش را بگیریم بعد خانه را بسازیم. همچنین دلیلی داریم؟

پس یک حرف وسطی هم می شود بیان کرد که ثمرات مهمی دارد و بر اساس آن می توانیم کلمات فقهاء را نیز بفهمیم. مرحوم شیخ به صاحب جواهر می فرماید کلام شما خلاف اجماع است که می گوئید وقف باطل می شود. چون اجماع فقهاء است که انهدام دار موجب بطلان وقف نمی شود<sup>۱</sup> این را مرحوم شیخ انصاری از کجا آورده است؟! اگر این است آیا نمی شود از عبارتهای فقهاء نیز همین حرف وسط را بفهمیم و یا لا اقل محتمل نیست؟ آن حرف وسط این است که فرموده اند: فاما إذا وقف دارا علی قوم ثم انهدمت الدار لم یکن للموقوف علیهم بیع العرصه، موقوف علیهم عرصه را

<sup>۱</sup> أقول: یرد علی ما قد یقال بعد الإجماع علی أن انعدام العنوان لا یوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البیع... کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة).

نمی توانند بفروشند، که کاشف از وقفیت آن است، که عرصه به وقفیت باقی است، اما دلالت نمی کند که دار هم به وقفیتش باقی است. پس کجاست آن اجماعی که مرحوم شیخ ادعا می کنند. من نمی گویم حتما نیست، بلکه همینکه ما احتمال بدهیم اجماعی که مرحوم شیخ ادعا کرده که لو انهدمت الدار وقف باطل نمی شود این را از کجا می گویند؟ علاوه بر اینکه اگر بگوئیم باطل نمی شود به نظر من لازمه اش این است که پس باید بروید آن را تعمیر کنید و دوباره آن را اعاده کنید إذا كان بحيث يرجی عوده و این کار ممکن باشد.

مرحوم ابن ادریس در سرائر می فرماید: والذی یقتضیه مذهبا أنه بعد وقفه و تقيضه لا يجوز الرجوع فيه و لا تغييره عن وجوه و سبله که در فرع قبلی عبارتها را خواندیم، و لا بیعه سواء كان بیعه ادرّ علیهم أم لا، که اشاره به کلام شیخ مفید دارد، و سواء خرب الوقف (اینجا اخرب دارد در نسخه بدل خرب دارد که به عبارت بهتر می خورد) و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا یجدی نفعا، لأننا قد اتفقنا جميعا على أنه وقف».<sup>۱</sup>

مرحوم صاحب سرائر استدلال می کند می گوید ما اجماع داریم که این وقف هست، ولی خروجش از وقفیت را بعضی گفته اند، ولی این کافی نیست و ما باید برای خروج هم اجماع داشته باشیم. حالا کار به استدلال ایشان نداریم، ولی ایشان قبول دارد که بعضی گفته اند که از وقف خارج می شود. می فرماید و أنه لا يجوز حله و لا تغييره و ...، لأنه لا اجماع منا على ذلك که بشود این کار را انجام داد، لأن بعض اصحابنا يذهب اليه در جواز تغيير و فروش و کذا، و الباقون يمنعون منه. پس معلوم می شود بعضی از اصحابنا تجویز کرده اند این فروش و تغییر و امثال این را. پس اجماعی که مرحوم شیخ انصاری می فرماید که لو انهدمت الدار اجماع کرده اند که این از وقفیت بیرون نمی رود، از کجا ادعا می فرمایند. آن بعض اصحابنا لعل همین را دارند می گویند که اگر انهدمت الدار یا خرب الوقف اصلا از وقفیت بیرون می رود. دلیلشان ممکن است این باشد. بنابراین مرحوم شیخ که ادعای اجماع می کند، از کجا آورده است؟

بله! اگر می گفتند که عرصه هم از وقفیت خارج شده کما اینکه ظاهر کلام صاحب جواهر این است، شاید بشود استفاده کرد. اینجا البته عبارت لان بعض اصحابنا يذهب اليه را نگفته اند از چه باب است. آیا اینها عرصه را هم بیرون می دانند یا نه؟ ولی مرحوم شیخ تصریح کرد که عرصه بیرون نیست از وقف و عرصه هنوز وقف است. منتهی عرصه وقف است دلیل بر این نیست که دار هم وقف است.

<sup>۱</sup> السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، ص: ۱۵۳

ولذا من می خواهم در فرمایش مرحوم شیخ انصاری تشکیک کنم، و این تشکیک مبتنی بر این است که داستان عرصه یک داستان است که باید جدای از هیئت حساب کنیم. باید ببینیم آیا تلازم دارد؟ به نظر ما تلازم ندارد. این نکته ای که ما داریم تحلیل می کنیم اثر عملی هم دارد، اثرش همان بحث اعاده دار است. با توجه به این تحلیل دیگر شاید اصلا نشود اجماعی برای هیات تحصیل کرد. شاید برای عرصه اجماع وجود دارد که از وقف خارج نمی شود که البته آن را هم زیاد متعرض نشده اند. عرض کردم مرحوم صاحب جواهر وقتی می خواهد بگوید که عرصه یبقی علی وقفیه، می فرماید کما هو مصرح در کلام علامه و شهیدین و کذا، قبلتر نمی رود. اما در کلام شیخ طوسی در مبسوط هم هست. دیگر بقیه تصریحی نکرده اند. الان همینجا مرحوم سرائر خصوص عرصه را تصریح نکرده، می گوید وقف کلا وقتی وقف شد دیگر از وقفیت بیرون نمی رود. خب این یکجور دلالتی دارد، اما راجع به عرصه تصریح نکرده است. افراد دیگری که متعرض این نکته شده باشند نداریم. بعد می رود سراغ محقق حلی و علامه و شهیدین. یعنی راجع به این جهت فقهاء اوائل جز این کلام شیخ طوسی و صاحب سرائر مطلبی نقل نکردند تا ما بگوئیم یک اجماع کلی وجود دارد.

**سؤال:** این فرمایش شما درست است منتهی عبارت شیخ در مقابل صاحب جواهر است که می گوید عرصه هم خارج می شود چون می گوید اجماع داریم که از وقفیت خارج نمی شود.

**جواب:** بله، ولی عبارت شیخ این نیست. می فرماید اجمعوا اگر عنوان عوض شد، چون بحث صاحب جواهر سر تغییر عنوان است، ما حالا خیلی بحث داریم روی تغییر عنوان، ایشان می گوید اجماع داریم که اگر عنوان عوض شد وقف باطل نمی شود. خب این اجماع کجاست؟ اینها که ندارند که اگر عنوان عوض شد.

خوب دقت کنید البته مرحوم شیخ اهل فکر است، ایشان بین تغییر عنوان و خراب فرق می گذارد. راست هم می گوید. چون ممکن است عنوان عوض بشود ولی خراب بالمره نشده باشد. این دار یک جوری بشود یا مثلا این باغ یک جوری بشود دیگر عنوانش باغ نباشد ولی بی فائده نباشد. ممکن است این خانه دیگر قابل سکونت نباشد تعمیرش می کنند میراث فرهنگی و گردشگری می شود. دیگر دار به معنای محل سکونت نیست، محل گردشگری است، انتفاع دارد. پس خراب بالمره نیست ولی دار هم دیگر نیست. بحث مرحوم صاحب جواهر این است که اگر عنوان عوض شد که عوض شدن عنوان اعم است از اینکه بالمره خراب بشود یا نه. مرحوم شیخ انصاری می گوید تغییر عنوان غیر از خراب است، این هم حرف حقی است. منتهی آیا تغییر عنوان همه جا در بطلان وقف بی اثر است؟ مرحوم شیخ این را می خواهد بگوید، می گوید اجمعوا بر اینکه تغییر عنوان موجب بطلان وقف نمی شود. ما سوالمان این است این اجماع کجاست؟

من عبارت خود شیخ را بیاورم، می فرماید: اقول یرد علی ما قد یقال بعد الاجماع علی أن انعدام العنوان لا یوجب بطلان الوقف»، می فرماید انعدام عنوان لا یوجب. بعد پائینتر می فرماید: إن ارید بالعنوان ما جعل مفعولا فی قوله وقفت هذا البستان<sup>۱</sup>، یعنی این بستان عنوان است. بعد ایشان جوابی می دهد که هم مفصل است و هم دقیق و باید مطرح کنیم. این راجع به اجماع.

## اقتضاء رفتن وقف روی عنوان و جهات مختلف آن

نسبت به مولفه دوم یعنی تاثیر اراده و انشاء واقف. یعنی نه فقط اراده بلکه انشاء واقف رفته روی طبیعی بستان، این چه اقتضاء می کند؟ اگر بدانیم وقتی می گوید وقفت بستانا به خصوص قصد بستان کرده است چه تکلیفی دارد؟

## بررسی کلام مرحوم صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر می گوید اگر وقف روی عنوان بستان برود، و بستان عوض شود به نحوی که «لا یرجی عوده» وقف باطل می شود.

عبارت ایشان در مسئله ۸ از لواحق این است: إذا انهدمت الدار و لم یبق من آثارها شیء لم تخرج العرصة بذلك عن الوقف و لم یجز بیعها بلا خلاف اجدہ فیہ بین من تعرض له. این بحث اول ایشان است که صاحب شرایع می فرمایند اگر دار منهدم شد عرصه از وقف بیرون نمی رود و بیعش جائز نیست. مرحوم صاحب جواهر می فرماید: بلا خلاف اجدہ بین من تعرض له، کالفاضل (مرحوم علامه) و الشہیدین و غیرہم، لأن الخراب لا یصلح لنقض الوقف و ابطاله مع بناءه علی التأیید و عدم جواز بیعه و لان العرصة من جملة الموقوف و هی باقیة. اینها دو دلیلی است که معمولا در کلام فقهاء برای بقاء عرصه آمده است.

## نقل کلام شیخ طوسی ره

پائین تر ایشان کلامی را از شیخ طوسی نقل می کند، مرحوم شیخ طوسی در ذیل فرع دوم که لو انقلعت النخلة من الوقف که این عین بحث ما است، چون صدرش هم بعد از بحث دار می فرماید و منه یعلم الحکم ایضا فیما لو انقلعت النخلة من الوقف. ذیلش می فرماید: و ظاہرہما (کہ کلام مبسوط و خلاف است) بطلان الوقفية المقتضية لحبس العين و

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۴، ص: ۷۵

عدم جواز بیعها، می گوید این وقفیتی که مقتضی حبس عین و عدم جواز بیعش بود می گوید بطلان الوقفیه بطلان المنفعة التي وقفت العين... لارادة استيفائها. اگر آقای واقف شجر را برای استفاده ثمره اش گذاشته، نه اینکه چوبش را آتش بزیند بفروشید هیزمش کنید، شجر را وقف کرده برای استفاده ثمرش، اگر قلع شد و نمی شود از ثمرش استفاده کنید، می گوید ظاهر شیخ طوسی اعلی الله مقامه در مبسوط و خلاف بطلان وقف است به بطلان منفعتی که این وقف برای استیفاء آن منفعت بوده است. بعد می گوید به شیخ اشکال کرده اند. البته مرحوم علامه گفته نزاع شیخ و سرائر نزاع لفظی است، اما ایشان می گوید لفظی نیست، بل لعل کلام الشيخ لا يخلو من قوة و إن خالفه من تأخر عنه که وقف باطل نمی شود. شیخ طوسی گفته وقف باطل می شود، مرحوم شیخ انصاری می گوید وقف باطل نمی شود. ولی صاحب جواهر می گوید لعل کلام شیخ طوسی که گفته باطل می شود لا يخلو من قوة. بعد می گوید خصوصا مع ملاحظة الواقف ذلك قيدا في وقفه»<sup>۱</sup>

حالا برمیگردیم به بحث خودمان: ما دار یا بستان را وقف کردیم، اولین مطلب این است که این دار یا بستان منهدم شود. همین کلامی که در وقف به لحاظ ثمره گفته اند در بستان هم می آید. ما بستان را وقف کردیم که از سایه اش و از ثمره اش استفاده کنند، حالا خشک شد. همان حرف مرحوم شیخ طوسی می آید و همین تقویت مرحوم صاحب جواهر هم می آید، عنوان بستان دیگر عوض می شود. اگر عنوان بستان عوض شد و آن ثمره ای که به لحاظ آن ثمره می خواستیم ولی ثمره دیگر دارد می توانیم بعد اجاره اش بدهیم برای اینکه شخم بزنند زراعت کنند و گندم بکارند، ولی این ثمره ای نیست که واقف برای این ثمره وقف کرده است.

پس یکی اینکه اگر عنوان عوض شد گفت وقف هذا البستان لكذا و عنوان عوض شد، مرحوم صاحب جواهر می فرماید وقف باطل است، هم از کلام مرحوم شیخ استفاده می کند، و هم خودش در آن بحث می فرماید که: هذا كله مع عدم ملاحظة الدارية في وقفه، اما إذا لاحظ الواقف في وقفه لها حيثية كونها دارا فمتى بطل كونها كذلك بحيث خرجت عن قابلية ذلك يمكن الحكم ببطلان الوقف حينئذ بذهاب موضوعه، بل يمكن التزامه في النخلة الموقوفة الملاحظة في وقفها تسبيل ثمرتها أيضا إذا سقطت كما ستسمعه انشاء الله تعالى»<sup>۲</sup>. که الان برای شما خواندیم.

<sup>۱</sup> جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۱۱۱/۱۱۲

<sup>۲</sup> جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۱۱۰



## اختلاف دو نوع لحاظ در مقام

ما در اینجا دو بحث ما داریم:

یکی اینکه اگر ملحوظ واقف واقعا حیث داریت باشد وقف باطل است عبارت ایشان این نیست که به خاطر خروج از اراده واقف است بلکه می فرمایند چون ذهاب موضوع شده است، و دیگر دار نیست باطل است. ایشان می فرماید: ولعل مرجعه الی نظیر ما سبق من جواز الوقف فی منفعة خاصة، ما وقف کنیم برای منفعت خاصه، این منفعت از بین برود ولو منفعت دیگر هم داشته باشد. وقف باقی است یا نه؟ ممکن است بگوئیم وقف باطل است، کما اینکه در نخله این را گفته اند. این فرمایش ایشان است. این را با قد یقال می گوید که مضمونش تغییر عنوان است.

## اشکال شیخ اعظم ره به صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب به این اشکال می کند به وجوه مختلف. می گوید بعد از اینکه ما اجماع داریم که عنوان اگر عوض شد وقف باطل نمی شود بعد از اینکه وارد یک بحث می شود که اصلا تغییر عنوان چرا تغییر وقف باشد؟ و می گوید که ما در بحث تملیکها در بیع در هبه در جاهای دیگر اگر تملیک می کنیم یک عین را، اگر بعد این عین در دست مشتری عنوانش عوض شد آیا شما می گوئید بیع باطل است؟! خب وقف هم مثل همان است. حالا به تفصیل انشاءالله بحث خواهیم کرد.

مرحوم شیخ این مطلب را دارد می گوید باطل نیست، صاحب جواهر می گوید باطل است. مرحوم نائینی تفصیل می دهد و آقای خوئی به تفصیل ایشان اشکال می کند و می گوید حرف حق با مرحوم شیخ انصاری است. انشاءالله جلسه بعد بررسی خواهیم کرد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته	۵۸۲
احتمالات اراده واقف	۵۸۳
وظیفه نسبت به احتمال اول	۵۸۵
بررسی احتمالات دیگر	۵۸۵
عبارت صاحب جواهر ره	۵۸۶
اشکال مرحوم شیخ به صاحب جواهر ره	۵۸۷
اقتضاء حقیقت وقف	۵۹۰
اشکال به فرمایشات مرحوم شیخ	۵۹۰
تفاوت عدم قابلیت استفاده با استفاده نکردن موقوف علیهم	۵۹۲
علت بحث قابلیت و صلاحیت	۵۹۳

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۶۹ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة بود که اگر وقفی مانند خانه منهدم و خراب شود و عنوان خانه بودنش از بین برود ولی عرصه اش باقی باشد.

بر این موضوع احکامی را مترتب کرده اند: اول اینکه احتیاط این است اگر ممکن است این خانه را به حال اول برگردانند که بشود از آن استفاده کرد ولو با اجاره دادن وامثال آن لازم است این کار شود. دوم اینکه این عرصه از وقفیت خارج نمی شود که شاید این حکم اصلی در این مسئله باشد. در جلسات گذشته بحثهای متعددی را مطرح کردیم راجع به اینکه اولاً در این مسئله باید توجه کنیم که از چه زاویه ای داریم نگاه می کنیم:

سه مؤلفه در این بحث ما دخیل است: مؤلفه اول بحث اقوال فقهاء است و اجماع، چون اگر اجماعی وجود داشته باشد حاکم است بر آن نکاتی که بعداً خواهیم گفت. این یک منظر است. منتهی ما در این بحث نتیجه گفتیم همچنین اجماعی که تغییر عنوان موجب تغییر در وقف نشود پیدا نکردیم. در مصب اجماع دقت کنید، یکوقت بحث ادعای اجماع بر بقاء عرصه بر وقفیت است. خوب شاید بشود گفت این اجماع تمام است گرچه عبارت کتاب سرائر را خواندیم که ایشان گفت در همینجا هم عده ای گفته اند این از وقفیت بیرون می رود و قابل بیع است. الان ما بحثمان سر تغییر عنوان است که اگر گفت وقف دارا یا بستانا، وقتی دار یا بستان تغییر پیدا می کند، آیا وقف این بستان یا دار بما هو بستان یا دار آیا وقفش باطل می شود یا نه؟ بحث این است.

مرحوم شیخ انصاری در جواب صاحب جواهر ادعا کردند که اجماع بر این هست که وقف دار یا بستان با تغییر دار و بستان باطل نمی شود.

ما عرض کردیم که چنین اجماعی علی الظاهر محقق نیست. که در جلسات گذشته بالتفصیل بیان کردیم.

مؤلفه دوم که در بحث ما مؤثر است: عبارت است از اراده واقف، که البته در انشائش متجلی باشد، و الا مطلق ارادات واقف یا متعاملین یا کسانی که ایقاع می کنند صرف اراده های آنها که کفایت نمی کند. اراده ای که در وقف انشاء می شود و مطابق او انشاء کرده، اینهم باید ببینیم چه بوده است. چون فرق می کند چه چیزی را با این انشاء می خواهد ایجاد کند. این هم یک مسئله است.

البته اراده و همراه کردنش با انشاء نیز تمام العلة نمی شود. چون گاهی اراده ها خلاف مقتضای خود وقف می باشد یا وقف یک اقتضائاتی دارد که مراد واقف را تضییق یا توسعه می دهد. باید ببینیم که اثر دارد یا نه.

اما راجع به اراده واقف که انشاء می کند در واقع اینکه منشأش چی هست این حتماً اثرگذار است. مخصوصاً در بحث آتی که نزاع مرحوم شیخ با صاحب جواهر را مطرح می کنیم به این مسئله ما نیاز داریم که این را هم حل کرده باشیم.

## احتمالات اراده واقف

مرحوم صاحب جواهر می گوید ما اگر تأمل کنیم برای وقف این خانه چهار صورت می توانیم فرض کنیم:

یکی این است که: وقف می کند دار منتهی مقیداً بما دامت دارا، مادامی که این این بناء خانه باشد. این وقفش اصلاً اینطوری است. وقف می کند دار را منتهی مقیداً بمادامت دارا. این وقف اگر درست باشد وقف منقطع الآخر است. و وقف منقطع الآخر تحت آن کبری می آید که قبلاً بحث کردیم، که بعضی ها اصلاً چنین وقفی را قبول ندارند. بعضی ها به این

وجه که اصلا از ملک واقف جز در این حیطة بیرون نرفته و ماهیتا مثل حبس است تصحیح می کنند. و برخی هم می گویند اصلا وقفش همین است و از ملک مالک هم خارج می شود و استدامة هم به ملک مالک وارد نمی شود.

پس در صورت اول وقف منقطع الآخر می شود. ولذا بعد از انهدام دیگر وقف نیست اما اینکه تکلیفش چی هست داستان دیگری است.

احتمال دوم: این است که وقف می کند دار را به این معنا که یتفع به دارا، نه مادام کونه دارا. دارد وقف می کند این خانه را برای اینکه از این خانه استفاده دار بودن بشود و از این بستان استفاده بستان بودن بشود تا زمانی صالحه لذلك باشد.

فرق این با فعلیت این است (ولو کلامشان اجمال دارد وبعدا توضیح میدهم) که می گویند: مادام که بستان است یا دار است و الظاهر آنها وقف كذلك ما دامت صالحه لذلك، و إن انهدمت) ولو تصریح هم می کنند که وإن انهدمت، یعنی اگرچه الان منهدم شده ولی صالح برای بستان و دار هست. پس واقف وقف می کند برای بستان، که این بما هو بستان از آن استفاده شود، یعنی انتفاع بستانی از آن برده شود، بطوری که اگر منهدم هم شد دوباره احیاء شود. منتهی حالا چه جور با اجاره و غیره، مادامی که قابل برای بستان هست به عنوان بستان از آن انتفاع شود.

آنوقت نتیجه این حرف این است که شما اختیارا نمی توانید آن را عوض کنید. چون مقصود واقف این است که این بما هو بستان از آن انتفاع برده شود، مانند استفاده از سایه، میوه، گردشگری ولی نه اینکه مثلا شما این بستان را تبدیل به پاساژ کنید. نه نمی خواهد اینطور بشود. حتی نظرش این است که اگر منهدم شده ولی قابلیت استفاده بستانی هست باید همان جهت استفاده شود، پس شما حق ندارید اختیارا آن را تغییر بدهید.

احتمال سوم: می گوید مقصود این باشد که وقف کند این خانه را، منتهی این خانه بودنش اتفاقی است، مقصود این است که از این دار انتفاع برده شود هر جور انتفاعی، ولو پاساژ درست کنند، می گوید اگر چنین وقفی کند که اتفاق باعث شده الان دار است، والا مقصود او این است که از این عین در هر صورتی که انتفاعی دارد از آن انتفاع برده شود.

در این صورت وقف با انهدام دار نه دلیلی بر برگشتش داریم، به علاوه بعید نیست که اصلا اختیارا هم بتواند تغییر عنوان بدهد، چون اصلا مقصود واقف این نبود که عنوان داریت آن حفظ شود. این یک صدفه محض بود که الان دار است، مقصودشان این عین است. این عینی که الان صورت خانه دارد من مقصودم این است که این عین را بما هو عین وقف می کنم برای اینکه هر انتفاعی که از آن بما هو عین می شود برد، برده شود، ولو طرف به اختیار خودش هم این صورت خانه بودن آن را عوض کند، ولی عین باید باقی باشد.

احتمال چهارم: فرق این صورت با صورت قبلی اندک است، و آن اینکه وقف می کند این دار را و اراده دوام را هم دارد یعنی می خواهد که این دار باقی باشد، ولی فائق انهدامها. اینجا ما نمی توانیم بگوئیم اختیار را می تواند تغییر بدهد. چون وقف کرده خانه را و مقصود واقف هم این است که بما هو دار از آن استفاده شود، و اتفاقاً منهدم شده است. اینجا می گویند که اگر انهدام پیدا کرد جاز له الانتفاع بها علی غیر وجه الداریه. ولی صورت قبل می گفت که قصد کرده این دار را یا بستان را بطوری که مادام یکون صالحاً له بما هو دار، از آن استفاده شود. شق چهارم ندارد که بما هو صالح له. الان دار است، آن هم اراده اش این است که بما هو دار از آن استفاده شود، اما نه به این اطلاق در فائده که اگر قابل برای داریت بود ولو انهدم صورت گرفت باز دار باشد. این را نگفته. اما مادامی که دار هست بما هو دار از آن استفاده شود. فائده اش این است که شما اختیار را نمی توانید آن را عوض کنید. نمی توانید عنوان را تغییر بدهید.

این چهار حالتی که برای واقف متصور است و آثار هر کدام نیز فرق می کند.

## وظیفه نسبت به احتمال اول

نسبت به شق اول که تکلیف روشن است. اگر وقف کند بستان را یا دار را بما هی بستان یعنی مادام بستانا، پس هر زمان وقف منهدم شد می شود وقف منقطع الآخر، مسلم دیگر وقف نیست. حالا باطل می شود وقف یا نه وقفش باطل نیست بلکه آمد داشته و زمانش تمام می شود. اینجا بحثهایش را قبلاً کردیم که وقف مدت دار می توانیم داشته باشیم بنابراینکه تملیک باشد یک جور است و بنابراینکه حقیقت وقف مجعول اصالی باشد یک جور است، ولی بالاخره وقف آمد دار است نه اینکه وقف باطل می شود.

## بررسی احتمالات دیگر

در غیر شق اول در آنجایی که واقف یک بستان را و دار را با همین عنوان وقف می کند، و مقصودش هم این است که موقوف علیهم از حیث بستانی و خانه بودن او استفاده کنند، مقصودش هم این است. یعنی وقف می کند بستان را یا دار را، و مقصود واقف هم این است که موقوف علیهم از همین حیثش استفاده کنند. خب شما ممکن است این بستان را تبدیل کنید به پاساژ، نمی خواهد این کار بشود.

حالا سؤال این است که: اگر عنوان عوض شد و چیز دیگری شد، مثلاً باغی را وقف کرده است، وقف هم رفته روی عنوان بستانی و عنوان باغ بودن، و منظورش هم این است که از همین حیث باغ بودن استفاده بشود. حالا سؤال این است

که اگر این عنوان باغ بودن عوض شد، مثلاً اگر فرض کنید قنات آبی داشته این قنات امسال آب ندارد و این درختها خشک شد، آیا این تغییر عنوان موجب می شود وقف باطل شود یا نه؟

## عبارت صاحب جواهر ره

مرحوم صاحب جواهر در باب وقف ذیل بحث نخله که اگر یک نخله و درختی را از میان باغ بکنند، دیگر فایده ثمر ندارد که به این لحاظ آقای واقف وقف کرده بوده است. در مورد نخله شیخ طوسی اعلی الله مقامه عبارتی دارد که ظاهرش بطلان وقف است زمانی که منتفی شود ثمره ای که برای او این شجره وقف شده بود. می گوید وقف باطل می شود. مرحوم صاحب جواهر می فرماید کلام شیخ طوسی که وقف باطل بشود لا یخلو من قوة گرچه بعدی ها کسی این حرف را قبول نکرده است.

بعد ایشان می فرماید در بحث ما در مورد بستان هم همین است. مثلاً بستانی را وقف کرده، و وقف نیز روی این عنوان رفته، نه اینکه روی عین رفته باشد و اتفاق آنه یکون بستانا، نه، وقف روی عنوان بستان رفته باشد، حالا آن انتفاعی که از بستان بما هو بستان برده می شود منتفی شود، آیا وقف باطل است یا نه؟ ظاهر صاحب جواهر این است که می فرماید وقف اینجا باطل است. چون وقف روی عنوان رفته بود و عنوان هم منتفی شده است. مثل جائی که وقف را برای جهت منفعتی قرار بدهیم و منفعت منتفی شده باشد، چطور می گوئیم وقف آنجا باطل است اینجا هم همین است. وقتی روی عنوان می رود این عنوان اگر منتفی شود وقف باطل می شود. این نظریه است که ایشان در کتاب الوقف بیان کردند.

البته در بحث بیع ایشان یک قدری واضحت صحبت کرده و عبارت مرحوم شیخ که جلسه قبل خواندیم که فرموده که این «قد یقال» نادرست است، «قد یقال» تعبیری نیست که در کتاب الوقف گفته باشد بلکه در بیع فرموده است،

مرحوم صاحب جواهر در کتاب البیع می فرماید: «كما انه قد یقال بالبطلان ایضا فی انعدام عنوان الوقف فیما لو وقف بستانا مثلاً ملاحظاً فی عنوان وقفه البستانیة فخرت حتی خرجت عن قابلیة ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها اصلاً لامکان الانتفاع بها داراً مثلاً لکن لیس من عنوان الوقف. و احتمال بقاء نفس العرصة علی الوقف...»<sup>۱</sup> بعد ایشان در تبیین آن قد یقال وارد در یک بحثی می شود که کسی می گوید اگر گفته بشود که عرصه به وقفش باقی است چون بخشی از این بستان بوده و وقفیت اینها با هم تلازم ندارد. جواب داده که: گرچه عرصه جزئی از بستان هست و متعلق وقف هست،

<sup>۱</sup> جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۲، ص: ۳۵۸/۳۵۹

اما در ظرف این بستان عرصه وقف شده است. در واقع در حال توأمیت با بقیه اجزاء وقف شده است. درست است که خودش هم متعلق وقف است اما بالاستقلال که نیست. در ضمن بستان وقف شده است، اگر بستان منتفی شد عرصه هم منتفی می شود.

عنایت شود مسئله عرصه یک قضیه است، مسئله خود عنوان بستان و هیئت بستان قضیه دیگری است. ما الان بحثمان متمرکز در این است که وقف بستان آیا باطل می شود یا نمی شود. بحث سر این است.

### اشکال مرحوم شیخ به صاحب جواهر ره

این کلام را ایشان دارد و مرحوم شیخ به همه اینها اشکال می کند. در کتاب مکاسب می فرماید: «اقول: یرد علی ما قد یقال، اولاً می گوید اجماع داریم أن انعدام العنوان لا یوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البیع و إن اختلفوا فیه عند الخراب أو خوفه، ولكنه غیر تغیر العنوان».<sup>۱</sup> که تغیر عنوان همیشه مستلزم با خراب بالمره نیست.

پس اولاً ایشان ادعای اجماع کرده است. در جلسات قبل نسبت به اجماع بحث کردیم و گفتیم ما همچنین چیزی در کلمات قوم که یک حکمی رفته باشد روی تغیر عنوان غیر از بحث عرصه، ما این را نداریم ظاهراً. خصوصاً که غیر از شیخ طوسی و سرائر کلام دیگری اینجا یافت نشد تا زمان مرحوم محقق و علامه و شهیدین و اینها. یعنی در فقهاء اوائل فقط همین دو بزرگوار هستند که این را فرموده اند. البته در کتاب مؤتلف من المختلف هم هست که آنها هم تبع شیخ طوسی هستند و تقریباً هیچ جا ندیدیم که اختلافی داشته باشند.

**سؤال:** ممکن هم هست که اصلاً اجماع مدرکی باشد؟

**جواب:** اجماع مدرکی را ما اینجاها اشکال نمی کنیم چون اینها مسائل مبتلابه است و در اینها ما اشکال نداریم. منتهی اجماعی نیست.

آن دو تا بزرگوار هم که فرموده اند یعنی مرحوم شیخ در مبسوط و مرحوم ابن ادریس در سرائر، بحثشان را روی تغیر عنوان وقف نبرده اند، بلکه روی بحث عرصه برده اند، که لو انهدمت الدار تکلیف عرصه چه می شود. پس اجماعی ثابت نیست.

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۴، ص: ۷۵

مرحوم شیخ اعظم علاوه بر اجماع یک اشکال دیگری دارد، دوستان دقت کنند ایشان اشکال فنی ای می کند. می گوید در جاهایی که تملیک و معامله و امثال آن که روی عنوان می رود مگر استدامة دائر مدار عنوان هستیم؟ می گوید این حرف اشتباه است و کبرای حرفتان غلط است. می گوید شما گفتید که وقف رفته روی عنوان، اگر عنوان تغییر کرد وقف منتفی می شود. می گوید این چه حرف عجیبی است. شما در بیع و در هبه و صلح تملیک می کنید، این عین را تملیک می کنید. تملیک عین تملیک به شراشر وجود و اجزاء این عین است و کاری به عنوان ندارد. لذا اگر بعد از بیع عنوان تغییر کرد، خب تغییر کند چه ربطی به تملیک دارد؟ تملیک صورت گرفته به تمام اجزاء این عین. اتفاقا بعد از اینکه تملیک تمام شد در دست مشتری این عنوانش عوض می شود. خب بشود، کسی نگفته بیع باطل می شود. شما وقف کردید روی عنوان بستان، آنوقت که بستان بوده است مثل کتابی که موقع فروش کتاب بوده است، می گوید من این کتاب را به شما فروختم به صد هزار تومان، بعدا اتفاقا آمدیم تحولی شد و کتاب پاره شد و از بین رفت، کسی نمی گوید که بیع باطل است، بلکه می گوید در دست مشتری تلف شد. حالا ما وقفی داریم که روی عنوان بستان رفته، بستان تغییر کرده تغییر کند. می گوید این چه ربطی دارد به بحث ما؟

می فرمایند: «إن ارید بالعنوان ما جعل مفعولا فی قوله وقفت هذا البستان فلا شک فی أنه لیس الا کقوله بعث هذا البستان أو وهبته، (وقفش مثل بیع و هبه بستان است)، فإن التملیک المعلق بعنوان لا یقتضی دوران الملک مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملکا فقد ملک منه کل جزء خارجی و إن لم یکن فی ضمن عنوان البستان، و لیس التملیک من قبیل الاحکام الجعلیة المتعلقة بالعنوانات». تملیک مثل برخی از احکام مجعوله که روی عنوان می روند نیست. مثلا فرض کنید نجاست روی کلب رفته، حالا کلب رفت توی شوره زار سالها ماند و تبدیل به نمک شد، حالا این نمک نجس است؟! خب کلب نجس بوده ربطی به نمک ندارد.

پس بنابراین حرف ایشان این است که تملیک مثل آن احکام مجعوله ای نیست که روی عنوان به خصوص می رود که اگر عنوان فرق کرد این حکم هم تغییر کند. این نیست. تملیک به جزء جزء اجزاء این بستان تعلق می گیرد، عنوان بستان هم عوض بشود باز هم مملوک است.



بعد فرموده اند: «و إن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم. ولا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظاً أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه»،<sup>۱</sup> و اگر منظورتان چیز دیگری است که نه در عرف ثابت است و نه پیش اهل علم ثابت است پس ناچارید که بیان کنید.

این را هم احتمال می دهیم برای این باشد که مرحوم صاحب جواهر در ضمن بحثهایش آنجا وقتی کلام شیخ طوسی را نقل می کند می گوید خصوصاً که شیخ تعبیر اشتراط آورده است. می گوید این هم کمک می کند که گاهی ممکن است بستانیت واقعا مثل شرط باشد برای انتفاع. این دارد آن استفاده خصوصیت بستانیت را در وقف تأیید می کند.

این فرمایش مرحوم شیخ است. و من تعجب می کنم مرحوم شیخ با آن دقتش و با آن صلابت کلامش ولی اینجا به نظرم فقط علیه مرحوم صاحب جواهر یک حرفی آورده ولی استدلالی در آن نیست.

ما در تعیین تکلیف وقف سه چیز می خواهیم: یکی کلمات فقهاء اگر از آنها اجماع دربیاید. دوم نظر خود واقف که الوقوف حسب ما يقفها اهلها، ما الوقوف را برای تصحیح عقود قبول نداریم اما برای مقاصد واقف که قبول داریم. اگر واقف بر حسب ما اراد من الوقف یک تضییقی در وقف بیاورد، وقف حسب ما اراد الواقف است، خوب اگر در بحث بستان یک همچنین چیزی باشد، واقف این بستان را که وقف می کند می خواهد بما هو بستان از آن انتفاع برده شود، از سایه اش، از میوه اش، نمی خواهد در این خانه بسازند، آیا نباید رعایت شود؟ و حالا اگر هم نباید رعایت شود چون ممکن است بعضی استدلال داشته باشند حالا فرمایش مرحوم اصفهانی و اینها را بعداً می آوریم، اگر هم کسی بگوید لازم نیست رعایت شود باید استدلال کند که لازم نیست. چطور اراده واقف و آنچه را که انشاء کرده و اصلاً فرض کنید گفت وقف بستان و تصریح کند که مقصود من این است که بما هو بستان از آن استفاده شود، از سایه اش و میوه اش و تفرج گاهی که هست، اما نه اینکه برود در آن خانه بسازند و استفاده کنند، اگر تصریح کند آیا الوقوف حسب ما يقفها اهلها اینجا ما را ملزم می کند رعایت کنیم یا نه؟ چطور مرحوم شیخ اصلاً هیچ کاری به این ندارد و می فرماید ما در بیع کذا. اصلاً قبل از این چه کسی گفته وقف مثل بیع است؟ اگر کسی ماهیت وقف را تملیک بداند تازه باید بیاید دو تا مسئله دیگر را که ما داریم می گوئیم بحث کند. وقف تملیک باشد ولی آیا اراده واقف که انشاء شده و تصریح به آن شده باید رعایت شود یا نه؟

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)؛ ج ۴، ص: ۷۵/۷۶

## اقتضاء حقیقت وقف

و علاوه آیا خود حقیقت وقف چه اقتضاء می کند؟ نباید بحث کنیم که آیا این مجعول اصالی یا این چیزی که به عنوان قصر الملكية علی الموقوف علیهم هست آیا این خصوصیتی دارد یا ندارد؟ خب چرا بحث نکنیم؟ فرقی این است که در بحث تملیک بیعی ما تملیک می کنیم به مشتری تمام می شود. اما اگر در وقف ما گفتیم تملیک است که حالا بحث داریم، اگر گفتیم تملیک است تملیک خاصی است، تملیکی است در اوقاف خاصه به موقوف علیهم به این نحو که قصر ملکیت بر موقوف علیهم شده است، نمی توانند نقل و انتقال کنند، باید از این عین انتفاع ببرند. حالا سؤال این است که اگر در کیفیت انتفاع از این وقف آقای واقف تضییعی آورد، آیا باید مراعات شود یا نه؟ بگویند من بستان را وقف می کنم که حقیقتش تملیک است ولی اینطوری دارم وقف می کنم که از آن بما هو بستان استفاده بشود یعنی انتفاع بستانی برده شود. اصلاً تصریح می کند که وقف من این است. آیا اگر موضوعش منتفی شد که دیگر بما هو بستان نمی شود استفاده کرد وقف باطل می شود یا نه؟

سؤال این است که جناب شیخ! شما گفتید مثل تملیک بیعی است، چه کسی گفته مثل تملیک بیعی است؟ از چند جهت: اولاً وقف تملیک است؟ این حرف درست نیست، روی مبنای ما که درست نیست، روی مبنای خیلی ها هم درست نیست. اما مرحوم شیخ می فرماید در قسمی از اوقاف تملیک است، اما نمی دانیم آیا وقف خودش تملیک است یا یستلزم التملیک. در تقریرات مفصل ایشان بحث کرده، اولاً میفرمود که وقف تملیک است یا یستلزم التملیک مثل صلح که منشأ تسالم است اما یستلزم التملیک. اما بعداً خودش عدول کرد گفت واقعا بعضی از حرفهایی که فقهاء در باب وقف می زنند با این مسئله که حقیقت وقف تملیک باشد سازگار نیست. یک عدول عجیبی وسط تقریرات، یعنی تا وسط راه مرحوم شیخ آمده بعد نظرش عوض شده است.

## اشکال به فرمایشات مرحوم شیخ

حالا عرض ما این است که اولاً روی مبنا وقف یک مجعول اصالی است، مثل ملکیت و زوجیت. اینکه چه آثاری دارد از لوازمش فهمیده می شود. چه کسی گفت تملیک است تا شما بگوئید مثل هبه و بیع است. ثانیاً بر فرض تملیک باشد اما عرض کردیم این تملیک خاصی است، چه کسی گفته این تملیک بیعی یا هبه ای است؟ تملیک خاصی است که رعایت خواست واقف که انشاء شده به حسب الوقوف حسب ما یوقفها اهلها باید رعایت شود. شما در بیع یک همچنین چیزی ندارید که اگر بایع تملیک کرد و نسبت به بعد از عملیه بیع اگر نظری داشت باید رعایت شود. ولی در وقف دارید. گوئی

در وقف آقای واقف با وقفش و الوقوف همینطور دنبال وقفش هست، از ملک خودش خارج کرده اما کاری کرده که دنبال وقفش ایستاده است که وقفش یک جور خاصی از آن استفاده شود. اما شما در بیع نمی توانید این کار را کنید. بله شروطی می توانید قرار دهید که ما الان بحث شرط را نداریم، در بیع بدون شرط، مال منتقل به آقای مشتری می شود تمام. اما در وقف بدون شرط وقتی روی عنوان بستان می رود به این نحو خاص که مورد اراده واقف است شارع فرموده الوقوف حسب ما یقفها اهلها. یک چیزی پشت سرش هست. نحوه انتفاع از این ملکیت خیلی خیلی با بیع و هبه فرق می کند. شما از کجا فرمودید این با او یکی است؟ مقصودم این است که شیخ برخلاف دقتهای جای دیگر اینجا لااقل باید متعرض می شد که ما بحث حقیقت وقف را و بحث الوقوف را باید ملاحظه کنیم، بعد اگر به هر دلیلی قانع نمی شد بگوید از آن ناحیه هم ما تضییعی نداریم، و از آن ناحیه هم دلیلی بر این نداریم که تغییر عنوان موجب بطلان وقف می شود. خب هیچ تعرضی نکرده و ایشان در مقام استدلال به تشبیه به بیع و هبه اکتفاء کرده است،

پس به نظر من هم در اینکه وقف تملیک باشد حرف ایشان نادرست است، و هم غیر از بحث مبنائی اگر تملیک هم باشد این دو تا خصیصه را باید رعایت کنیم، نهاد وقف ممکن است خصوصیت داشته باشد، خود تملیک در اینجا خصوصیت داشته باشد،

**سؤال:** قبلا فرمودید خدا وقفیت را قرار داد تا واقف ثوابی ببرد، لذا این مشکلات خود اصل وقفیت را خراب نمی کند. حالا همان حرف الان نمیشود اینجا بیاید،

**جواب:** ما یک وقت بحث استظهاری داریم که آقای واقف چطور اراده کرده، این یک بحث است. ما بحث ثبوتی داریم، الان بحث استظهاری نداریم، بحث استظهاری ممکن است. اما اگر آمدیم آقای واقف تصریح کند که من این بستان را وقف کردم منتهی به این کیفیت...

**سؤال:** شاید بستان موضوعیت نداشته باشد، که حتی عرصه اش هم باقی بماند می خواهم ثواب ببرم.

**جواب:** می گویم اگر تصریح کرد که این بستان را وقف کردم که بما هو بستان مورد انتفاع قرار بگیرد...

**سؤال:** محل بحث فکر نمی کنم این باشد.

**جواب:** مرحوم صاحب جواهر در قد یقالش تصریح می کند بما هو بستانیتش. عبارت را برای شما خواندم که ایشان تصریح می کند که بما هو بستانیتش وقف کرده است.

عبارت کتاب البیع صاحب جواهر این است می فرماید: **كما أنه قد يقال بالبطلان أيضا في انعدام عنوان الوقف فيما لو وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية (یعنی بما هو بستان) فخریت حتی خرجت عن قابلية ذلك (که بستانیت باشد) فإنه و إن لم تبطل منفعتها اصلا لامكان الانتفاع بها دارا مثلا (این را قبول کرده که انتفاع داری می شود برد می گوید ولی این انتفاعی نیست که در وقف مورد ملاحظه واقف بود. واقف این را نمی خواهد. تصریح می کند) لكن ليس من عنوان الوقف...».**

**قید (ملاحظا في عنوان وقفه البستانية)** داریت عنوان وقفی نیست که ملاحظ آقای واقف بود. ایشان همین را تقویت می کند. بعد هم بحث وصیت را قرار می دهد. بعد می گوید: **نعم لو لم تكن الدارية و البستانية مثلا عنوانا للوقف و إن قارنت وقفه...»**، می گوید عنوان نباشد، الان می گوید بستان را وقف کردم اما نه بما هو بستان، بلکه بما هو عین که قارنت وقفه. تصریح می کند و این غیر از آن است.

**سؤال:** بحث این بود که اگر شما یک باغی را برای بستانیت وقف کردید و بستانیتش باقی بود ولی من تا آخر عمر از بستانیتی که برای من وقف کرده استفاده نمی کنم، آیا این موجب بطلان وقف می شود؟ اگر عنوان مهم باشد باید بگوئیم وقف باطل است دیگر.

**جواب:** عدم استفاده موقوف علیهم غیر از عدم ثمره است. عدم استفاده موقوف علیهم که موجب بطلان نمی شود.

**سؤال:** آن عنوانیت کأن لم یکن است تا آخر. عنوانیت محفوظ است ولی موقوف علیهم برای عنوانیت عنوان قائل نشد تا آخر.

**جواب:** یکوقتی وقف به همانجور که واقف وقف کرده سرپاست و منفعت خودش را هم دارد، ولی آقای موقوف علیهم نمی خواهد استفاده کند، خب نکند. مگر عدم استفاده موقوف علیهم موجب بطلان می شود.

## تفاوت عدم قابلیت استفاده با استفاده نکردن موقوف علیهم

**سؤال:** اگر عنوان موضوعیت داشته باشد وقتی عنوان استفاده نشود باطل می شود دیگر.

**جواب:** دو جور میشه بحث کرد، یک اینکه قابل استفاده نیست، یا اینکه خارجا استفاده نمی کنند و نمی خواهند استفاده کنند. این حرف دیگری است. یعنی یک عده از موقوف علیهم اینطوری هستند. اینکه موقوف علیهم وقف را رها کنند این خودش موضوع یک مسئله دیگری می شود، تکلیفش چه می شود؟ امام ره یک بحث مهمی دارد در همین بحث

بیع در اینجا که اینجور تولی های موقوفات خاص با کیست؟ اینجور تولی ها، که یعنی اگر تغییر عنوان شد انهدمت الدار و نیاز به بیع شد مثلا. ایشان حرف جالبی می فرماید که اصلا در اینجاها متولی ولی فقیه است نه موقوف علیهم. چون موقوف علیهم قصر منفعت به آنها شده که استفاده کنند. حتی ایشان می گوید متولی هم حق این کار را ندارد. متولی روی عنوان وقف و کیفیت استفاده اش باید نظارت کند، فروش او را چه کسی می گوید متولی حق دارد؟

به نظرم بحث خیلی مهمی است، مقصودم این است که یک جاهایی ممکن است این بحث هم پیش بیاید، که وقفی هست واقفی وقف کرده، ثمره هم دارد منافع هم دارد، اصلا هیچ مشکلی ندارد، اصلا باغ سر پا است، میوه هم دارد، ولی به هر دلیلی موقوف علیهم نمی خواهند استفاده کنند، اینجا چه می شود؟ چون رها شدن آن هم تضییع است. مرحوم شیخ در بحث بیع یکی از موارد را تضییع منافع دانسته است. حالا تضییع به علل مختلف ممکن است باشد، مثلا فرض کنید دعوا می شود بین موقوف علیهم، اگر آنها را رها کنند تضییع می شود، این ممکن است یکی از وجوه فروش باشد. یعنی به هر دلیلی موقوف علیهم با هم دعوا دارند یا هر چه هست از یک وقفی استفاده نمی کنند، یک باغ بزرگی است منافع هم دارد ثمره هم دارد ولی نمی روند استفاده کنند...

اما بحث الان ما سر تبدیل عنوان بود، انهدمت الدار یا بستان، بحث اینجا بود، ما فعلا بحثمان در جایی نیست که بستان سرپا هست منافع هم دارد موقوف علیهم به هر دلیلی استفاده نمی کنند. مثل آن بحث مسجد که به هر دلیلی نماز خوانها نمی آیند در این مسجد یا نمازخوان ندارد، خب این حرف دیگری می شود. حالا در مسجد یکجور است، در اینجا ممکن است بگوئیم حاکم یا متولی باغ را باید بفروشند و مثلا یک جور دیگر به منافی که به اینها برسد که استفاده کنند بدهد. که این بحث آخری است. بحث ما این نیست. بحث این است که تغییر عنوان متعلق وقف شود. بستان تبدیل می شود به یک مشت درخت خشکیده، آیا اینجا وقف باقی است؟

استدلال مرحوم شیخ واقعا به نظر من خیلی خیلی در مقابل صاحب جواهر ضعیف است، منتهی هنوز جا برای بحث وجود دارد که آیا ما استدلال صاحب جواهر را بپذیریم که وقف باطل می شود یا راه های دیگری وجود دارد.

## علت بحث قابلیت و صلاحیت

یک نکته ای که در بحث یک مقداری اجمال ایجاد می کند این قابلیت است. می فرمایند: بشرط اینکه دیگر قابل نباشد و صلاحیت نداشته باشد و ان انهدمت. این برای این است که اگر مثلا بتواند اجاره دهند عین را و با آن بیایند تکمیل کنند و بسازند و بستان را آباد کنند، این هم یک فرعی است نیاز به تأمل و تحقیق شقوق دارد، دلیل دارد که مثلا متولی را

ملزم کنیم که شما اجاره بده این وقف را و با اجاره اش دوباره خانه ای بنا کن. کیفیت وقف مهم است، اگر این آقا وقف کرده این را بما هو دار و بستان، چرا صاحب جواهر می گوید که چون دیگر قابل نیست برای دار بودن و بستان بودن؟ خب دو جور است، گاهی قابل هست و گاهی قابل نیست. مثلاً فرض کنید یک باغی را که از این باغ یک سال آب قطع شد و خشکید ولی ریشه هایش زنده است ولذا اگر سال دیگر به او آب بدهند احیاء می شود، یا امسال خشکسالی بوده قنات خشک شده سال دیگر قناتش راه می افتد احیاء می شود، سؤال این است که آیا ما اینجور بی مؤونه احیاء شدن را دوباره بگوئیم این وقف باقی است و مثل جائی است که اصلاً کلاً ریشه کن شود و ریشه ها هم خراب شود؟ از نو موظف کنیم متولی را که شما پنج سال این زمین را بدهید شخم بزنند در آن گندم بکارند بعد از پنج سال پولها را جمع کنید از نو نهال بکارید باغ جدید بشود، ما همچنین دلیلی داریم؟ این بحث می خواهد. یعنی بحث را بردند گفته اند قابل نباشد صلاحیت برای بستانیت نداشته باشد قابل برای دار شدن نباشد، این را از کجا میفرمائید که زمانی بطلان وقف یا جواز بیع پیش می آید که کلاً این از قابلیت ساقط شده باشد؟

اینکه مرحوم امام و دیگران فتوی همین را دارند که اگر می شود ولو بالاجاره برای زمین و کشت و زار و با پول آن بتوانند احیاء کنند دار را می گویند این کار را انجام دهید. احیاء دار یعنی چه؟ یعنی دوباره بسازیم. آیا دلیلی داریم که وقف همیشه اینطوری است؟ حالا اگر آقای واقف نظرش این باشد ممکن است کسی بگوید متولی با قبول تولیت این کار را باید انجام دهد. اما اگر نظر واقف این نبوده، و در صورت انهدمت الدار و وقف مادام استفاده داریت باشد بوده این را از کجا می فرمایند که باید حتماً از نو ساخته شود؟

این را عرض کردیم برای توضیح این قسمت عبارت که فرمودند: لو یکن صالحاً، و لم یکن قابلاً، انشاء الله بحث بالتفصیلش بماند جلسات آینده.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه .....	۵۹۵
خلاصه مطالب گذشته .....	۵۹۵
تلاش محقق اصفهانی برای تصحیح فرمایش صاحب جواهر .....	۵۹۶
دو راه مرحوم اصفهانی برای تصحیح انحصار در انتفاع خاص .....	۵۹۷
عدم توجه مرحوم اصفهانی برای تصحیح قسم دوم .....	۶۰۱
تفصیل مرحوم نائینی .....	۶۰۳

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه

### خلاصه مطالب گذشته

بحث در این بود که اگر در وقف عنوان، مانند وقف بستان و دار، متعلق وقف منهدم شود دو مساله مطرح می شود. اول اینکه تکلیف وقفی که روی عنوان رفته چه می شود؟ و دوم اینکه تکلیف عرصه ای که باقی می ماند چه می شود؟ راجع به عنوان دیروز بحث کردیم، فرمایش صاحب جواهر این بود که در صورتی که این عنوان بخصوصه متعلق وقف باشد به نحوی که نظر واقف این باشد که بستان بما هو بستان و دار بما هو دار مورد انتفاع قرار گیرد، پس از انهدام ظاهرا وقف باطل می شود. مرحوم شیخ به ایشان اشکال کردند و بیان شد که علی الظاهر اشکالات مرحوم شیخ ره وارد نیست، چون ظاهرا ایشان به مؤلفه های مؤثر در بحث توجه نکرده اند. هم باید بررسی شود که اراده واقف که در انشاءش متجلی شده چیست و هم باید به اقتضائات خود وقف توجه شود. مرحوم شیخ بدون اینکه شقوق اراده های واقف را مطرح نمایند به صورت کلی می فرمایند اجماع وجود دارد که وقف باطل نمی شود و مثل ملکیت است که در جلسه گذشته پاسخ این مطلب را بیان کردیم.

مرحوم محقق اصفهانی در ذیل همین بحث که مرحوم شیخ فرموده اند «أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان» بحث دقیقی مطرح می کند و از صاحب جواهر با دو وجه دفاع می کنند و فرمایش ایشان را تصحیح می کنند. ایشان به این نکته توجه دارند که بدون توجه به شقوق وقف واقف نمی توان برای مساله تصمیم گرفت و عجیب است که این توجه در کلمات مرحوم شیخ اعظم وجود ندارد.

مرحوم آقای خوئی ره فرمایش مرحوم صاحب جواهر و اشکال مرحوم شیخ به ایشان را نقل کرده و بدون مناقشه در آن تفصیل مرحوم نائینی در بحث را نیز مطرح می کند و در نهایت بحث می فرمایند اشکالاتی که مرحوم شیخ به صاحب جواهر بیان کردند به مرحوم نائینی نیز وارد است لذا فرمایش مرحوم شیخ متین است و وقف در اینجا باطل نمی شود.

اگر فرصت شود فرمایش مرحوم آقای خوئی را نیز می خوانیم و لکن اشکال وارد به مرحوم شیخ به ایشان نیز وارد است که در بحث هیچ اشاره ای به اراده واقف و کیفیت وقف نکرده اند. عجیب است که بخواهیم برای بحثی که مرتبط با کاری است که واقف انجام داده بدون در نظر گرفتن فعل و نیت او تصمیم بگیریم و حکم به بطلان یا عدم بطلان وقف کنیم.

### تلاش محقق اصفهانی برای تصحیح فرمایش صاحب جواهر

مرحوم محقق اصفهانی در ابتدای بحث به این نکته توجه می دهند که در باب وقف مانند تمام معاملات دیگر یا احکام وضعی تعلق این امور هم به طبیعت خارجی ممکن است و هم به کلی. ما می توانیم نسبت به حصه ای از بستان که اینجا محقق است وضع داشته باشیم، مانند اینکه نسبت به آن ملکیت داشته باشیم و ممکن است ملکیت نسبت به طبیعی بستان داشته باشیم. به خلاف جائی که متعلق اوامر و نواهی باشد. در متعلق اوامر و نواهی نمی توانیم به جزئی خارجی امر و نهی داشته باشیم. در بحث اصول مفصل و مکرر گفته شده که متعلق امر و نهی نمی تواند خارج باشد، خارج ظرف سقوط اراده است نه ظرف ثبوت اراده. ما اراده مان به چیزی تعلق می گیرد که من جهة مفقود باشد و من جهة موجود باشد. در ذهن موجود باشد و در عالم خارج مفقود باشد. ما به شرب ماء امر می کنیم و از شرب خمر نهی می کنیم، منتهی شرب خمری که محقق نشده را نهی می کنیم که محققش نکن. به کسی که برای زنده ماندن باید شرب ماء داشته باشد امر می کنیم که شرب ماء را محقق کند؛ و گرنه شرب ماء محقق خارجی که نمی تواند متعلق امر باشد.



حالا این بحث داستان مفصل و دشواری دارد که در متعلقات اوامر و نواهی بحث شده است. لذا ایشان می فرمایند متعلق اوامر و نواهی عناوین هستند اما بما هو فان فی الخارج. خود خارج نیست بدون سرایت من العنوان الی المعنون. اما در مورد احکام وضعی و در مثل وقف و بیع و امثال آنها، تعلق به عنوان بما هو کلی اشکال ندارد همانطور که تعلقش به شخص خارجی اشکال ندارد. من مالک همین دار جزئی می شوم. اینها کلیاتی است که برای روشن کردن بحث خوب است.

ایشان دقتی نیز دارند که ما در بحثمان لااقل به این تفصیل مطلب را باز نکردیم، که وقتی وقف به بستان تعلق می گیرد و صاحب جواهر می فرماید دار و بستان متعلق وقف است، آیا دار کلی و بستان کلی متعلق وقف است؟ به نظر می رسد این طور نیست و ما قبلا این را در وقف کلی بحث کردیم. محقق اصفهانی می فرمایند کلی نمی شود متعلق وقف باشد، منتهی دقت ایشان این است که اگر گفتیم وقف تملیک یا حبس است، تعلق تملیک مطلق و حبس مطلق به کلی اشکالی ندارد. لذا در من من الحنطة ما کلی را تملیک می کنیم و در این یک من گندم خارجی هم شخص خارجی را تملیک می کنیم. پس گاهی کلی تملیک می شود و گاهی شخص، مشکلی نداریم. در حبس هم همینطور است، حبس کلی فی حد ذاتها اشکالی ندارد. اما وقف کلی نکته ای دارد که موجب اشکال می شود. چون وقف، هر چند حبس شیء است اما برای انتفاع از او است و کلی بما هو کلی ثمره ندارد تا انتفاع داشته باشد. و اگر بفرمائید مقصود این است که بعد از تطبیق ثمره دارد، اشکال این است که پس کلی وقف نشده است. شما باید بگوئید بستان کلی بعد التطبیق به این فرد وقف شده است تا ثمره داشته باشد و این می شود وقف جزئی. لذا ما در وقف کلی اشکال کردیم و ایشان نیز همین را می فرمایند.

نتیجه این می شود که تمام اقسامی را در جلسه گذشته از قول صاحب جواهر بیان کردیم باید به این صورت تصویر کنیم که وقتی می گوید وقف البستان بعنوانه یعنی هذا البستان بعنوانه. یعنی باید برود روی عین، منتهی برای اینکه آن اقسام چهارگانه را تصویر کنیم بگوئیم رفته روی این عین و روی این بستان خاص بما هو له من الانتفاع از بستانیتش. یعنی اینها را قید او قرار بدهیم.

## دو راه مرحوم اصفهانی برای تصحیح انحصار در انتفاع خاص

حالا به اینجا که می رسیم، مرحوم اصفهانی می گوید: برای تصویر این انحصاری که در انتفاع خاص می خواهیم ببینیم دو راه وجود دارد: یکی اینکه اصل تملیک وقفی یا خود وقف را به هر تصویری که از آن داریم مقید کنیم، اگر

تملیک است تملیکش را زمانا مقید کنیم، یعنی بگوئیم «وقف هذا البستان مادام بستانا» که قسم اولی بود که صاحب جواهر فرمود و پس از خراب بستان، وقف، منقطع الآخر می شود. منتهی منقطع الآخری که در بحثهای قبلی داشتیم به لحاظ انقطاع موقوف علیهم بود، اینجا به خاطر انقطاع مال موقوفه است. پس یکوقت ما وقف را روی همین عنوان خاص بردیم، می گوئیم این عنوان بما هو بستان مورد وقف است. این یک جور است. بعد عده ای شواهدی آورده اند، ایشان شواهد را رد می کند می گوید اصل حرف را ما قبول داریم، اگر وقف تملیک باشد، تملیک زمانی بالذات نداریم - همانطور که قبلا به تفصیل اشکالات مرحوم شیخ را در بحث تملیک زمانی بحث کردیم - چون ملکیت در واقع امر قاری است، اما اگر آن را زمانی محسوب کنیم یعنی به لحاظ زمانی که بر آن مرور پیدا می کند می توانیم آن را تقیید کنیم و مانند زوجیت موقته، ملکیت موقته نیز داشته باشیم.

پس یک راه این است که بنابر اینکه وقف، تملیک باشد با اینکه اصل تملیک قابل تخصیص به لحاظ زمان نیست اما بعد از لحاظ زمانی بودنش می شود آن را تقطیع کنیم و تملیک زمانی داشته باشیم، پس وقف زمانی هم می توانیم داشته باشیم به این معنا که از اول واقف وقف کند بستان را مادام کونه بستانا که یک برهه ای می شود. این یک نحوه است که برگردد به تقیید خود وقف.

ایشان می فرمایند یک راه دیگر اشتراط است. اشتراط دو جور است یکی اینکه اشتراط رجوع به ملک واقف باشد. ما در بحثهای قبل خولندیم که واقف می تولد شرط کند برگشت وقف را به خودش عند الحاجة و بلکه مطلقا. البته ممکن است کسی بگوید این خلاف وقف است ولی روایت خاصه داشتیم که می تواند این کار را انجام دهد. گرچه بعضی در این روایت خاصه تشکیک کرده اند ولی علی الظاهر دلالتش نیز تمام بود و ما آن را پذیرفتیم، مرحوم امام نیز در متن تحریر<sup>۱</sup> و مرحوم سید در متن وسیله<sup>۲</sup> پذیرفتند که می شود واقف وقف کند و قصدش هم تأبید باشد، منتهی بگوید عند الحاجة بتوانم رجوع کنم. و معنایش رجوع بالفعل هم نیست، و لذا ممکن است اصلا رجوع نکند ولی این حق را برای خودش قرار می دهد، روایت می گوید این شرط اشکالی ندارد وقف هم صحیح است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة، ج ۲، ص: ۶۷

<sup>۲</sup> وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص: ۵۳۳

پس یک راه این است که وقف کند و تأیید هم در آن باشد ولی حق رجوع برای خودش قرار بدهد. مادام که بستان است وقف است و هنگامی که منهدم شد واقف حق رجوع داشته باشد، یعنی یک جور حق رجوع در زمان خاص برای خودش قرار بدهد. می گویند این می شود.

تصویر دیگر شرط که ایشان آن را نمی پذیرند این است که بستان را وقف کند و بعد شرط کند که عند الانهدام تمام شود و وقف نباشد و ملک موقوف علیهم نباشد. به نظر ایشان این شرط صحیح نیست زیرا بناء وقف بر تأیید است. لذا اولاً چنین شرطی مخالف مقتضای وقف است و ثانیاً اصلاً شاید نتوانیم با این شرط قصد تأیید را در واقف تصویر کنیم. این دو نحوه اشکال است: یکوقت ما می گوئیم چنین اشترای که شرط کنم عند الانهدام ملک موقوف علیهم نباشد مخالف مقتضای وقف است. چون وقف اقتضاء می کند دوام را و واقف دارد شرط می کند که دوام نداشته باشد.

اشکال دیگر این است که می گوید بلکه بالاتر از این ممکن است بگوئیم اگر بخواهد به این صورت بگوید قصد جدی از او متمشی نمی شود. مگر نمی خواهد قصد تأیید کند؟ او می خواهد بگوید وقف کردم مؤبداً حال چگونه بگوید که عند الانهدام برگردد. می فرمایند این شرط چطور این با قصد تأیید می سازد؟

اگر کسی بگوید شما در نوع اول شرط که عند الانهدام برای خودش حق رجوع قرار بدهد چطور نگفتید منافات دارد، آنجا هم یک جوری دارد با قصد تأییدی که از اول لازم است منافات پیدا می کند.

ایشان به درستی جواب می دهد که این دو متفاوتند. یک وقت از اول می گوئیم عند الانهدام اصلاً ملک نباشد. این با قصد شما منافات دارد و با حقیقت وقف هم منافات دارد. اما یک وقتی می گوئید که من قصد تأیید دارم، منتهی یک حقی برای خودم قرار می دهم برای رجوع. مانند این است که شما بیه می کنید (این مثال از من است). یعنی تملیک می کنید برای مشتری این مبیع را و او ثمن را به شما تملیک می کند للتالی، نمی گوید که من مقیداً تملیک می کنم، اما این منافات ندارد که بعد بیه دیگری برای مشتری عارض شود و برای مشتری انتهاء آمد پیدا کند. اگر مشتری بعداً آن را فروخت یا شما حق خیار داشتید برای فسخ، معنایش این نیست که از اول قصد بیه ندارید. من قصد بیه دارم، قصد تملیک جدی هم دارم، منتهی من می دانم که این ملکیتی که من به مشتری منتقل می کنم تا ابد نمی ماند، یک سببی می آید، یا از دنیا می رود به ارث ورثه اش می رسد، یا اینکه بیه می کند به دیگری و آن را منتقل می کند، این ملک للتالی الی الابد نمی ماند. این را من می دانم. اما با اینکه می دانم وقتی من این ملک را تملیک می کنم نمی گویم تملیک شما می کنم تا پایان عمرت و وقتی عمرت تمام شد دیگر ملک شما نیست. من که این کار را نمی کنم. من ملکیت مرسله و مطلقه را به شما منتقل می کنم، منتهی ممکن است سبب دیگری بیاید این ملک را اخراج کند.

در وقف هم همینطور است. در آنجایی که واقف برای خودش حق رجوع قرار می دهد، به تعبیر ایشان ما به صورت ملک مرسله و به نحو ارسال وقف می کنیم، یعنی مال للتالی برای ابد وقف است، منتهی منافات ندارد که بعد یک سببی بیاید و آن سبب موجب انتقال و رجوع و غیره شود. ولذا ایشان می فرماید:

«وعدم كونه ملكا عند زوال العنوان (به نظرم اشکال در عبارت وجود دارد) ولیس كزوال الملكية عند زوال العنوان، فإن الزوال و الرجوع لا ینافی ارسال الملكية و ابدیتها». اینجا فکر می کنم یک چیزی افتاده است، حالا یا در اصل نسخه که از آن گرفتند یا در این تایپ، باید اینجور می بود که: و لیس كزوال الملكية عند الرجوع بزوال العنوان، لذا بعد می گوید فإن الزوال و الرجوع لا ینافی الارسال چون در صورت اول شرط زوال عند الرجوع را بیان کرد، می گوید این زوال ملکیتی که شما شرط کنید که عند الانهدام خود بخود ملک نباشد وقف نباشد، این منافات دارد هم با ذات وقف و هم منافات دارد با قصد جدی برای تملیک ارسالی و مطلق. به خلاف جائی که شما شرط رجوع قرار می دهید مثل شرط خیار، منافاتی با قصد تملیک جدی ندارد. اگر اینطوری باشد هر کسی که شرط خیار قرار می دهد باید بگوئیم قصد تملیکش بصورت مطلق نمی آید اصلا و نمی شود تملیک بیعی داشته باشد. که این حرف درستی نیست.

سؤال: این تفصیل برمی گردد به شرط نتیجه و شرط فعل.

جواب: اگر عرض من را عنایت می کردید آنجا حق رجوع قرار داده در حالی که ممکن است اصلا رجوع هم نکنند.

سؤال: پس نکته این نیست که یک سبب آخری بیاید یا نه، نکته این است که آیا منافات با آن قصدش دارد یا نه.

جواب: ما اگر حق رجوع قرار بدهیم خلاف مقتضای عقد نیست و خلاف قصد و نیت هم نیست.

سؤال: شما تشبیه کردید به باب بیع که لعل بخاطر سبب دومی باشد.

جواب: بله رجوع مثل سبب دوم می ماند.

سؤال: اما آنجایی که سبب نیاید شرط نتیجه می شود دیگر. عبارت ایشان هم همین است که اصلا وقف نباشد یا واقع نشود.

جواب: نگوئید شرط نتیجه بله چنین شرطی که این وقف نباشد ملک نباشد. این اشکال دارد.

نتیجه بحث این است که محقق اصفهانی می فرمایند با دو راه می شود فرمایش صاحب جواهر را تصحیح کنیم. یکی اینکه بگوئیم از اول وقف را ملکیت مقیده انشاء می کند. وقفش از اول مقید است. و یکی هم اشتراط به نوع اول که حق رجوع باشد. نه به نوع دوم که خودبخود برگردد.

بعد ایشان می فرماید: «الا أن ظاهر کلامه فی باب الوقف (همین عباراتی که خولندیم) هو الاول و أنه كالوقف المنقطع الآخر، غاية الامر أن المفروض فی الوقف المنقطع انقضاء الموقوف عليه و هنا انقضاء أمد الموقوف».<sup>۱</sup>

### عدم توجه مرحوم اصفهانی برای تصحیح قسم دوم

باید دقت شود که آن چیزی که ایشان در باب وقف بیان کردند و آن چیزی که در بحث بیع فرمودند علی الظاهر باهم متهافت نبود. اقسام مرحوم صاحب جواهر چهار قسم است. و قسم اولش همان است که ایشان می فرماید، چون گفت: وقف می کنیم بستان را مادام کونه بستانا. این می شود وقف منقطع الآخر، از اول وقف ما محدد است. دو نوع دیگر از این چهار نوع ربطی به این بحث پیدا نمی کند:

چون یکی این بود که وقف می کند بستان را نه بما هو بستان بلکه به عنوان یک عینی که له منافع. و لذا اصلا برای او انتفاع بستانیت مهم نیست. در اینجا گفتیم چه بسا اصلا جواز تغییرش اختیارا نیز ممکن باشد.

اما یک نوع دیگر هم در کلام ایشان بود که ما وقف می کنیم بستان را، بما هو بستان، منتهی به این معنا که مادام له قابلية البستانية وقف باشد. خوب دقت کنید فرقی با اولی چیست. ظاهرا مرحوم اصفهانی به این فرق توجه نکرده است. می گوید مادام که بستانیت برایش صلاحیت دارد وإن انهدم الان. یعنی چه؟ یعنی نظر واقف طوری است که می گوید من وقف کردم این بستان را، منتهی اگر انهدام هم پیدا کرد اگر می شود تجدید کنید باید تجدید کنید. یعنی بماند بما هو بستان تا زمانی که می شود.

عرض من این است که این هم یک جور است. حالا اگر آمدیم و نشد بما هو بستان به هر دلیلی، از جمله اینکه اصلا نفع دیگرش اینقدر نیست که ما بتوانیم این بناء چند طبقه را تجدید بناء کنیم یا بستان صد هکتاری که خشکیده است را از اول باغ درست کنیم. خب با چه اجاره ای ما این باغ را دوباره درست کنیم؟ یا آب قنات خشک شده باید برویم آب بخریم ولی آبی نیست. یعنی می خواهیم بگوئیم که تجدیدش ممکن نیست. عرض من این است که لایمکن

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب المكاسب (للاصفهاني، ط - الحديث)، ج ۳، ص: ۱۳۹

تجدید قسم دوم است، اینجا هم بحث بطلان وقف می آید، چرا محقق اصفهانی می فرماید که کلام صاحب جواهر در باب وقف این است که این وقف منقطع الآخر است به اشتراط برنمی گردد. عرض من این است که بعضی عبائر مرحوم صاحب جواهر حالا چه بگوئیم اشتراط است و چه بگوئیم عنوان است، به منقطع الآخر برنمی گردد. الان اینجوری که ایشان می گوید من وقف می کنم بستان را، نمی گوید مادام بستانا، بلکه مادامی که صلاحیت بستانیت را دارد، و صلاحیت بستانیت را ممکن است للتالی تا ابد داشته باشد، این وقف منقطع الآخر نیست، یعنی ممکن است بعد از دویست سال این دار منهدم بشود، ولی بعد قابلیت دارد دوباره زمینش را اجاره بدهند و بعد اصلاحش کنند. مکرر این دوام داشته باشد. دلیلی بر انقطاعش نیست. صاحب جواهر این را هم گفته است.

حالا در چنین شقی به هر دلیلی اگر آمدیم این وقف قابل برای برگشت نبود چه می شود؟ به نظر بطلانی که صاحب جواهر می گفت اینجا هم می آید. پس انحصار ندارد به وقف منقطع الآخر. ممکن است محقق اصفهانی بفرماید این از صدق شرط است، ولی شرط رجوع هم نکرده است.

پس تصحیح هایی که مرحوم اصفهانی می کند به درد همه شقوق نمی خورد. ایشان می گوید با شرط رجوع درست کنیم، می گوئیم اینجا که شرط رجوع نکرده است. واقف می گوید این بستان را تا مادامی که صلاحیت بستانیت دارد ولو انهدم فی آن ما و فی زمان ما، این را من وقف می کنم که اینطور نگهداری بشود. این اگر شرط هم محسوب بشود شرط رجوع نیست. شرط خود وقف است، یعنی وقف چه جوری باشد.

سؤال: باطل می شود.

جواب: بله ما همین را عرض می کنیم، باطل بشود.

سؤال: فرض این است که باطل نیست.

جواب: نه، ایشان می خواهد حرف صاحب جواهر را تصحیح کند که بعد از انهدام مثل وقف منقطع الآخر برمی گردد.

دقت کنید مرحوم صاحب جواهر چهار صورت مطرح کردند، محقق اصفهانی تلاش می کند قسم اول کلام صاحب جواهر را تصحیح کند به مثل حق رجوع. تعبیر حق رجوع اصلا در کلام صاحب جواهر نیست، ولی عیبی ندارد که راهی برای تصحیح باشد. سؤال ما این است که قسم دومی که صاحب جواهر گفته چطور درست می شود؟ حرف من این است که ایشان قسم دوم را تصحیح نکرده است.

پس مرحوم اصفهانی با بیان قسمی از تقسیمات مرحوم صاحب جواهر را درست نکرده، که وقف می کنیم بستانی را که بما یکون بستانا محل انتفاع واقع شود، منتهی اینطور، نه مادام بستانا، بلکه مادام که قابلیت بستانیت داشته باشد، که اگر انهدام هم پیدا کند منافات ندارد و دوباره از نو بنایش کنیم و ایجادش کنیم. نتیجه این قسم این است که اگر به هر دلیلی دیگر قابل برای تجدید عنوان نبود و نتوانستیم احیاءش کنیم علی الظاهر باید باطل باشد، چون قابل انتفاع خاصی که مد نظر واقف هست نیست، ولو اینکه انتفاع دیگر داشته باشد. مثلاً اگر بستان دیگر از قابلیت بستانیت افتاد می شود در آن زراعت کرد، این نفعی نیست که مورد نظر واقف باشد. خوب دوستان عنایت کنند ما می خواهیم نتایج را بر تحریر منطبق کنیم. ما الان عرضمان این است که اگر واقف بستان را به نحو مادام بستانا و منقطع الآخر وقف کرد، واضح است که بعد الانعدام وقف تمام می شود. حالا اینکه به چه کسی برمی گردد داستان دیگری است. به موقوف علیهم یا واقف یا ورثه واقف، هر مبنایی که در بحث منقطع الآخر اختیار کردیم و ما آن را مفصل بحث کردیم. نوع دوم این است که اینچنین باشد که صلاحیت بستانیت داشته باشد، توجیه های محقق اصفهانی این را درست نمی کند. ما می خواهیم بگوئیم لازمه حرف مرحوم صاحب جواهر این است که آنجایی که این صلاحیت هم از بین برود وقف باید باطل باشد. حالا اینکه به چه کسی برمی گردد بحث دیگری است که پس مال موقوف علیهم می شود یا دیگری. ولی وقف باطل می شود چون قابل برای آن انتفاعی نیست که مد نظر واقف بوده است. کلام محقق اصفهانی این را درست نمی کند. این بحث ما است روی آن فکر کنید.

### تفصیل مرحوم نائینی

مرحوم نائینی اینجا یک تفصیلی می دهد، می گوید ما در تغییر عناوین دو قسم داریم، که من صورتش را می گویم تفصیلش بماند برای جلسه آینده: در یک قسم اصلاً صورت نوعیه عوض می شود. مثالی که می زند خشب است. می گوید این شجری که الان آقای واقف وقف کرده برای استفاده از ثمرش، شجر با چوب خشکی که بعداً عند الانقلاع آنجا می افتد اصلاً صورت نوعیه اش فرق می کند. می گوید اینجا درست است وقف باطل می شود.

اما یک جاهایی تغییر عنوان هست ولی صورت عوض نمی شود. در دار ایشان می گوید اینچنین است. که نفهمیدم وجهش چیست. می گوید وقتی ما یک دار داریم، دار لیس الا عرصه و بناء، اگر بناء منهدم شد عرصه که هست، صورت نوعیه عوض نمی شود. اینجا مثل این است که از حالی به حال دیگری دربیاید. عنوان عوض شده ولی صورت نوعیه عوض نشده. اینجا وقف باطل نیست.

حالا دوستان فکر کنند تا جلسه بعد که مفصل بحث کنیم. ایشان هم مثل مرحوم شیخ و آقای خوئی که کلامش ناظر به این کلام است، اصلاً کاری به اراده های واقف ندارند. من تعجب می کنم. چطور تصمیم می گیرید که اگر صورت نوعیه عوض بشود باطل است و اگر عوض نشود باطل نیست؟ به چه حساب باطل است؟ بخاطر اقتضائات خود وقف می گوئید، یا بخاطر نوع اراده واقف که در انشاءش متجلی بود می گوئید؟ هیچ بیان نکرده لند چرا. حالا روی این فکر کنید تا جلسه بعد.

«الحمد لله رب العالمین».



### فهرست

مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه	۶۰۵
خلاصه مطالب گذشته	۶۰۶
تفصیل مرحوم نائینی در بحث انهدام	۶۰۶
اشکال آقای خوئی به مرحوم نائینی	۶۰۶
بررسی بیانات محقق نائینی و آقای خوئی	۶۰۷
تفاوت صور ثبوتی با مقام اثبات	۶۰۸
بررسی متن مسئله ۶۹	۶۰۹
فرع اول	۶۰۹
بررسی فرع اول	۶۰۹
فرع دوم مسئله	۶۱۲
بررسی فرع دوم	۶۱۲
فرع سوم مسئله	۶۱۳
جواب از فرع سوم	۶۱۳
حاشیه آقای گلپایگانی و جواب از آن	۶۱۴
مسئله ۷۰ و فروع آن	۶۱۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

**مسئله ۶۹: وظیفه در مقابل وقف مخروبه و تکلیف عرصه**

## خلاصه مطالب گذشته

بحث در مسئله ۶۹ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام ره بود صور مختلف انهدام وقف بیان شد. مرحوم صاحب جواهر چهار صورت را به لحاظ عالم ثبوت، و توالی و لوازمش تصویر کرده بودند که بررسی کردیم. در جلسه گذشته دفاع مرحوم محقق اصفهانی از صاحب جواهر در مقابل اشکال مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه را نیز بیان کردیم.

## تفصیل مرحوم نائینی در بحث انهدام

مرحوم آقای خوئی در بحث مکاسب مطلبی را از مرحوم میرزا نقل می کنند که در منية الطالب هم آمده است و مربوط به تفصیلی خاص در بحث انهدام است. ایشان ادعا می کنند که وقتی وقفی منهدم می شود دو قسم دارد: یکوقت آن انهدام موجب می شود که صورت نوعیه این شیء عوض شود. مثال ایشان برای این صورت درخت زنده ای است که ثمره می دهد و بعدا خشک می شود و تبدیل به چوب می گردد. در اینجا صورت نوعیه این درخت عوض شده است. و در مقابل گاهی انهدام موجب تغییر صورت نوعیه نمی شود، مثل دار، که حقیقت آن چیزی نیست جز عرصه و بناء. یعنی دارد شیء مرکبی است از عرصه و بناء. لذا اگر بناء منهدم شود و عرصه باقی بماند نمی توانیم بگوئیم صورت نوعیه اش عوض شده است. بلکه دو تا جزء داشت یک جزئش از بین رفت و جزء دیگرش باقی است و صورت نوعیه ای از بین نرفته است. بر این اساس ایشان در مواردی که صورت نوعیه از بین برود وقف را باطل می دانند و دیگر وقفی در کار نیست چون موضوعش منتفی است. اما در داری که بنائش از بین می رود و عرصه باقی است، می فرمایند وجهی ندارد که وقفیت عرصه از بین برود و وقفیت عرصه باقی است.

## اشکال آقای خوئی به مرحوم نائینی

مرحوم آقای خوئی به این حرف که صورت نوعیه در قسم اول از بین می رود اشکال می کند به این که ما در مقام وقف کردن، خود صورت نوعیه را وقف نمی کنیم. صورت نوعیه مثل یک حالی می ماند برای ماده اش که جسم است، منظور از ماده نیز در اینجا هیولای فلسفی نیست، ماده ای که اینجا می گوئیم جسم است. در واقع این خشب جسم خاصی است وقتی زنده است، و وقتی که از بین می رود می شود جسم غیر آن حال و درست است که وقف آمده روی این جسم در این حال ولی روی همه اش متبعض می شود و اینطور نیست که فقط روی صورت نوعیه برود که اگر صورت نوعیه از بین رفت شما بگوئید وقف باطل شده، جسم که عرصه است باقی می ماند و به واقف برمی گردد.

بعد ایشان می فرمایند می شود به صورت دیگری نیز تصویر کنیم: آیا این واقف وقتی این دار را وقف می کند جسم را برای خودش نگه می دارد و صورت نوعیه را وقف می کند؟ اینکه حتما درست نیست، چون صورت نوعیه در مقام وقف کردن اصلاً قابل استقلال نیست. واقف، صورت نوعیه عارض بر این جسم را و مجموعه عرصه و وضعی که دارد را وقف می کند؛ و حال که کل آن وقف می شود، تبدل حالش اثری ندارد همانطوری که مرحوم نائینی فرمود. در خشب هم همینطور است، اگر درختی مثمر است واضح است که نمی توان فقط حیث زنده بودن درخت را متعلق وقف قرار داد، بلکه کل این شیء متعلق وقف است. و وقتی که منهدم می شود آن چیزی که باقی می ماند تحت وقف باقی است و وجهی برای فرمایش مرحوم نائینی نیست.

در نهایت ایشان می فرماید بنابراین همان فرمایش مرحوم شیخ حرف متینی است و از آن دفاع می کنند.

### بررسی بیانات محقق نائینی و آقای خوئی

ما در جواب از مرحوم شیخ این مطالب را جواب دادیم. این حرف درست است که صورت نوعیه بالخصوص متعلق وقف نیست، اما اگر مجموع متعلق باشد و صورت نوعیه از بین برود قابل انکار نیست که متعلق وقف از بین رفته است. چطور ایشان می گوید عرصه باقی است؟ عرصه در ضمن بستان و عرصه در ضمن دار معروض وقف بوده و اثباتاً انحلالی هم نیست. یعنی نباید مباحث ثبوتی و اثباتی را خلط کرد ثبوتاً می شود انحلالی باشد که ما چهار صورت بیان کردیم و روشن شد که در برخی صور انحلالی است و در برخی دیگر نیست. بحث آقای خوئی نیز ثبوتی است. می گوئیم در عالم ثبوت می شود تصویر کرد که مجموع این هیئت و ماده اش که ایشان می گوید جسمیت است یا هر چیزی دیگری است معروض وقف باشد اما اگر مجموع متعلق وقف بود مانند اینکه این بستان با این هیئت و این قوامی که بخصوصها دارد وقف شود معنا ندارد بعد از بین رفتن این هیات و صورت هنوز بر وقفیت باقی باشد.

نکته دیگری نیز که در لابلای بحثها عرض کردیم و در نتیجه بحث مؤثر است این است که: بطلان وقف در هیئت داریت و بستانیت و مانند آن منافاتی با بقاء عرصه بر وقف ندارد. زیرا نظر واقف دو صورت دارد: یکوقت به این صورت است که کل را بما هو کل می بیند، در اینجا وقف کلاً باطل است و عرصه هم از وقف بیرون می رود. اما صورت دیگر این است که کل را بما هو کل ندیده، ولی ما اینطور می فهمیم که وقتی هیئت از بین رفت این بخش از وقف دیگر از وقفیت بیرون رفته است.

اثر این تفصیل در بحث ما که به نظر می رسد اکثر کسانی که در این مسئله قلم زده اند به آن توجه نکرده اند این است که اگر وقف در هیئت باطل شد دیگر دلیلی بر اعاده آن نداریم. در این بحثها همیشه فقهاء به این صورت بحث کرده اند که وقف باطل نمی شود عرصه به وقف باقی می ماند. ما عرض می کنیم یک حالت وسط هم دارد و آن اینکه عرصه به حال وقف باقی بماند ولی هیئت داریت و بستانیت از وقفیت بیرون بروند.

شما ممکن است بگوئید بیرون رفتن این هیئت که واضح است. پاسخ این است که اینطور نیست، اگر هیات بالمره از وقف بودن خارج می شود پس چرا می فرمائید اگر احیاء آن ممکن باید دوباره آن را احیاء کنند. چرا احیاء کنند؟ اگر وقف هیئت از بین رفته، وقف داریت از بین رفته است اعاده حیث داریت و بستانیت، وجهی ندارد. لذا این نیز شق دیگری است که باید در بحث ملحوظ بداریم.

در انحاء تصویرهایی که می شود واقف ملک خودش را وقف کرده باشد، این هم یک نکته ای است. پس در بعضی از صور ما می توانیم حکم به بطلان عنوان وقف دار و بستان (به عنوان هیئت به معنایی که معقول است) کنیم اما بگوئیم عرصه بر وقفیت باقی است و فائده اش این است که دیگر دلیلی بر لزوم اعاده نداریم. برخلاف اینکه بگوئیم وقف اصلاً باطل نمی شود ولو انهدم الدار. چون در یک صوری واقف وقف می کند این بستان یا دار را تا مادام که صالح برای داریت است از آن انتفاع برده شود. لذا وقتی منهدم می شود دوباره می شود آن را ایجاد کرد. خیلی وقتها بستان را دوباره می شود ایجاد کرد. حالا کیفیتش با چه مالی است مربوط به فرعهای بعدی است، اما امکان ایجاد دوباره آن وجود دارد.

پس بنابراین صرف اینکه می گوئیم وقف هیئت باطل می شود معنایش این نیست که وقف عرصه هم باطل می شود. عبارتهای تحریر و امثال آن همه اش همین است که این دو را ملازم گرفته اند که اگر گفتیم باطل، یعنی عرصه هم از وقف برود بیرون، در حالی که این دلیل ندارد.

## تفاوت صور ثبوتی با مقام اثبات

حالا ما ثبوتاً چهار نوع را تصویر کردیم این حالت واسطه را هم دیدیم، البته مسئله اثباتی را هم باید ملحوظ بداریم تا بعد بیائیم سر عبارتهای متن تحریر.

مسئله این است که ثبوت چهار یا پنج صورت دارد، اما در مقام اثبات لولا قرائن خاصه، ظاهر حالی کسی که وقف می کند واقعا این وقف را از خودش بالمره قطع کرده است و می خواهد این برای امور خیر به کار برده شود، متتهی خیری که آن را به هیمنجا متحصص کرده است. مانند تعدد مطلوب است. واقعا واقف دو مطلوب دارد: یکی اینکه در این دار

منفعت حاصل شود و استیفاء شود، و یک مطلوب دیگرش این است که کلاً در خیر مصرف شود. ممکن است واقعا اینطور باشد. در خیر هم ممکن است بگوئیم ظهور اولی این است که قریب باشد به این کاری که مد نظر واقف است. مثلاً کسی مدرسه ای را وقف می کند، واقعه این است که اگر این مدرسه بالمره از هر انتفاع مدرسه بودنی خارج شود مانند اینکه مدرسه مجهزی دیگری در این روستا ساختند و این مدرسه خراب شد و دیگر از این مدرسه استفاده نمی شود؛ معلوم نیست که نظر واقف این باشد که این تبدیل به زمین کشاورزی شود. می خواهد از این استفاده شود در هر امر خیری که به مقصودش نزدیکتر است. ظهور عرفی اولی واقفین عمدتاً این است. ولی در عین حال خیلی وقتها ممکن است قرائن بر خلاف این هم باشد. مثل کسی که برای استفاده کردن از بستان واقعا نظر دارد، می گوید این باغ را وقف می کنم مردم بیابند در آن استفاده تنزهی کنند. اگر کسی مثلاً در وسط شهر زمین خوبی دارد آن را پارک می کنند، این می خواهد همین باقی باشد پر از درخت و گل و گیاه باشد تا مردم اینجا تفریح کنند. نمی خواهد بعداً پاساژ خیلی خوبی بسازند تا نفع مادی بیشتری ببرند. پس ممکن است انحاء قرائن وجود داشته باشد، منتهی لولا این قرائن بعید نیست آن چیزی که اولاً و بالذات واقفین در نظر دارند تعدد مطلوب باشد می خواهد یک کار خیر خیلی خوبی کنند و می خواهند آن خیر در این قسم خاص مانند مدرسه باشد. حال اگر به هر دلیلی مدرسه نشد نمی خواهند بگویند برگردد به ملک واقف یا امور دیگری که احتمالات بحث است. می خواهد در یک کار خیری مصرف شود که اقرب به مراد واقف است. لذا در آن بحثهای قبلی این را ما فی الجملة پذیرفتیم. بحثهای ثبوتی که ما اینجا کردیم برای این بود که نسبت به حالات ممکن بصیرت داشته باشیم و توجه کنیم که بدون قصد واقف نمی توانیم برای صور این مساله تصمیم بگیریم. حال باید اقسام بحث را یک به یک بررسی کنیم.

## بررسی متن مسئله ۶۹

### فرع اول

متن مسئله ۶۹ این است: لو خرب الوقف و انهدم و زال عنوانه کالبستان انقلعت أو یبست أشجاره، و الدار تهدمت حیطانها و عفت آثارها فإن أمکن تعمیره و إعادة عنوانه و لو بصرف حاصله بالإجارة و نحوها لزم و تعین علی الأحوط».

### بررسی فرع اول

اینجا ما چند تا مطلب داریم:

اول اینکه اطلاق این حرف که «لزم و تعین علی الاحوط» درست نیست. ما چهار حالت داشتیم، یک جا که اصلا می شود وقف منقطع الآخر، و مرحوم امام مانند مرحوم سید در وقف منقطع الآخر می گویند احتمال می دهیم اصلا عین موقوفه از ابتدا از ملک مالک خارج نشده است. و اگر هم خارج شده که بعضی ها می گویند ممکن است بگویند این برهه وسط فقط خارج شده است. قبلا ملک مالک بوده، در برهه ای خارج شده، و نسبت به برهه سوم که حالت انقطاع وقف منقطع است اصلا از اول در ملکش باقی است. یعنی یک عده ای ملکیت را متبعض می کنند، می گویند در یک قسمت وسط آن وقف می شود الباقی بیرون است. یعنی وقتی موقوف علیهم یا خود عنوان وقف از بین رفت، وقف تمام می شود و عین به ملک واقف برمی گردد. که برگشت هم در اینجا یک تعبیر مسامحی است، در واقع از اول در ملک مالک بوده.

**سؤال:** سبب نمی خواهد؟

**جواب:** عرض شد که از ابتدا باقی بوده، لذا سبب نمی خواهد. از اول آن برهه سوم از ملک مالک خارج نشده تا بخواهد دوباره برگردد. بله آنهایی که قائلند از ملک خارج می شود باید دلیل بر برگشت بیاورند که عمدتا هم مشکل دارند و همین را هم گفته اند.

پس اولین مسئله ای که اینجا وجود دارد این است که بر چه اساس قائل به «لزم و تعین» شدید؟ ثبوتا که صوری دارد، اگر منقطع الآخر باشد که خودش شما نمی فرمایید. و اگر روی عنوان بستان و دار برود، نه به صورت مادامت، بلکه برود روی اینها تا زمانی که این عنوان محفوظ است، باز هم باید بگوئیم بستانیت و داریت باطل می شود. چرا فرمودید اگر ممکن است که آن را اعاده کنیم لازم است و متعین است؟! شما دارید الزام می کنید به متولی یا حاکم که این ساختمان خراب شده را یا این مدرسه مخروبه را دوباره از نو بسازند، ولو با با اجاره همین مال موقوفه، دلیلتان چیست؟ پس اطلاق اینکه «لزم و تعین» در صوری درست نیست، و در صوری درست است.

به لحاظ مقام اثباتی اگر ایشان این فتوی را بدهند، عرض می کنیم که بله در یک حالاتی ممکن است ولی واقعا قرینه کلی نداریم که کسی که می گوید وقف بستانا واقعا بستان یک حالی باشد برای وقف او. ما واقعا دلیلی نداریم که اثبات کند، ظهور حال متکلمی نداریم، بلکه این حرف کلی را که در فقه و اصول بیان می کنند که اگر حکمی رفت روی عنوانی، عنوان علی الظاهر ظهور در عنوانیت دارد مگر یک قرائنی بگوید که این عنوان خصوصیت ندارد. اینها همه کمک می کند به اینکه اگر بگوید وقف بستانا واقعا بستان را وقف کرده باشد که اگر هدم بشود از تحت وقفیت بیرون برود. بنابراین اقلش این است که اطلاق «لزم و تعین علی الاحوط» درست نیست.

نکته دوم این است که: فرموده اند «علی الاحوط». در متن مرحوم سید اصفهانی علی الاحوط ندارد،<sup>۱</sup> می فرماید لزوم و تعین، امام می فرماید علی الاحوط. فرموده اند علی الاحوط برای اینکه در حالاتی احتمال خروج از وقف می دهیم. لذا می گوئیم لزوم و تعین علی الاحوط، احتیاطا می گوئیم لازم است این کار، چون اگر از وقف بیرون رفته باشد که لازم نیست. منتهی برخی از بزرگان توجه کرده اند، من خودم هم که نگاه می کردم این نکته به ذهنم آمده بود، دیدم مرحوم آیت الله گلپایگانی این مطلب را متعرض شده و درست هم هست، که این علی الاحوط یک جوری خلاف احتیاط است، به این دلیل که اگر از وقفیت بیرون رفته باشد، یا باید بگوئیم برمی گردد مال خود واقف و وارثین می شود، یا اینکه در صورتی اختیار حاکم قرار می گیرد، که ما می گفتیم. خب در هر حالت لزوم و تعین خلاف احتیاط است. در آنجایی که به مال واقف برگردد که خیلی روشن است. شما دارید نسبت به مال مالک که واقف باشد یا وارثین می گوئید که بروند دوباره بسازند. یعنی رغم انف آنها بروند و در ملک آنها این کار را انجام دهند. اینکه خلاف احتیاط است. بنابراین ایشان حاشیه زده اند که احوط این است که با اجازه واقف یا وارث او باشد. و حق همین است، که باید اجازه باشد، یا اجازه متولی در صورتی که ما نگفتیم به ملک واقف برمی گردد، و در اختیار حاکم یا متولی قرار می گیرد تا در آنچه که اقرب است یا خیر مطلق است مثلاً مصرف کنند. حالا شما اگر می فرمائید که الزام داریم که برگردانیم باید آنها اجازه بدهند، آنها هم اجازه شان علی القاعده باید روی مصالح وقف باشد. پس این یک چیزی است که به نحو اطلاق درست نیست که بگوئیم علی الاحوط لزوم و تعین. بلکه باید بگوئیم لزوم و تعین علی الاحوط به شرط اذن موقوف علیهم یا متولی و حاکم در جایی که به آنها مربوط می شود.

باید به این نکته هم دقت نمود که در این مساله عین موقوفه در بعضی صور به واقف و ورثه برمی گشت. برخی صورش مال موقوف علیهم است. مثل جایی که می گوید وقفت بستانا ولی می خواهد این عنوان حفظ شود. اگر بستان از بین رفت دیگر وقف بستان از بین می رود. عرصه برای موقوف علیهم می ماند. چرا شما می گوئید تعین که اجازه بدهند و اینها را بسازند؟

باز یک صور دیگرش هیچکدام از اینها نیست، نه واقف است و نه موقوف علیهم است، بلکه متولی است و حاکم. مثل اینکه ما در وقف منقطع الآخر می گفتیم به دلیل اجماع و غیره خروج از ملک واقف قطعی است و به واقف و ورثه آن باز نمی گردد، وقف هم که باطل شده می شود لذا عین موقوفه مالی است که یا بگوئید بلا صاحب است یا بگوئید مالی

<sup>۱</sup> وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص: ۵۴۳

است که فی الجمله ما می دانیم در امر خیر باید مصرف شود، لذا باید در اختیار حاکم باشد تا در مصالح مسلمین و یا امر خیر و یا ما اقرب الی قول الواقف لو قلنا که تحفظش لازم است مصرف کند. این دیگر با حاکم است. پس یک جاهایی احوط این است که نظر متولی و حاکم را بگیریم.

پس باید به لحاظ عالم ثبوت تصویرها را مختلف کنیم و بر هر تصویری از کسی اذن بگیریم تا این علی الاحوط درست شود.

## فرع دوم مسئله

اما نسبت به قسمت که اگر وقف خراب و منهدم شد و قابل درست شدن نیست «وإلا ففي خروج العرصه عن الوقفية و عدمه فیستتمی منها بوجه آخر و لو بزرع و نحوه وجهان». اگر به هیچ وجه قابل درست کردن نیست در اینکه آیا عرصه از وقف بیرون می رود یا نه، و اگر از وقف بیرون نرفت یعنی وقف باقی ماند استفاده کنیم از این وقف به وجه آخر مثل زرع و غیره دو وجه وجود دارد «بل قولان، أقواهما الثاني» که عرصه از وقف بیرون نمی رود و باید استفاده دیگری از آن کنیم.

## بررسی فرع دوم

با مباحثی که مطرح کردیم روشن می شود که قبل از این «والا...» یک حالت وسط هم دارد که قطعاً عرصه وقف باشد ولی عند الانهدام وقف این بستان و دار هم از بین برود از حیث دار بودن و بستان بودن، ولی عرصه باقی باشد. بنابر این یک حالت وسطی بین صدر و این الا حاصل می شود. لذا این استثناء به اطلاقه درست نیست.

ایشان بالا فرمودند که اگر ممکن است اعاده باید اعاده کند. می گوئیم نه، یک جاهایی اصلاً اعاده لازم نیست و حالت وسطی است که اگر اعاده ممکن نیست این عرصه استنماء بشود بنماء و فائده دیگری. ما می گوئیم اطلاق «و الا» از این جهت درست نیست.

اما نسبت به اینکه وقف از عرصه خارج می شود یا نه، این تابع آن بحثهای ثبوتی ما است. اطلاق اینکه ایشان فرمودند اقواهما الثاني هم درست نیست. تابع آن حالات ثبوتی است. بله! اگر در مقام اثبات ایشان واقعا برایش روشن است که هر وقف شخص می گوید وقف داری ظاهرش این است که این دار را وقف کردم تا زمانی که ممکن است، بعد هم به صورتی که شد از آن استفاده شود حق با ایشان است. منتهی واقعا ما چنین استظهاری نداریم که واقف وقتی می گوید وقف بستانی



یا داری معنایش این باشد که ایشان می فرماید. ممکن است واقعا خود بستانیت مد نظرش باشد. آنوقت نتیجه اش این نمی شود. یک صورتش که مقصود بستان باشد و علی نحو الترتب می گوید اگر بستان نشد از عرصه اش استفاده دیگری کنند. این همانی است که ایشان می فرماید. اما صورت دیگری هم دارد، می خواهد بستان باشد، اگر بستان نشد وقف اصلا باطل باشد یا برگردد به مال خودش آنطور که مرحوم محقق اصفهانی تصویر کرده بود و با آن کلام صاحب جواهر را توجیه کرده بود. بنابراین صور مختلف دارد، این نیست که اقواهما الثاني مطلقا.

این هم فرع دوم در اینجا.

### فرع سوم مسئله

یک نکته سوم هم هست که حال چه اسمش را فرع بگذاریم و چه نگذاریم این است که می فرماید: و الأحوط أن تجعل وقفا و يجعل مصرفه و کیفیاته علی حسب الوقف الأول»<sup>۱</sup>.

و احتیاط هم این است که وقف کنند دوباره این زمین و عرصه را و مصرف و کیفیاتش را نیز حسب وقف اول قرار دهند.

### جواب از فرع سوم

ما نمی فهمیم چرا احتیاط این است. اگر مقصود این است که ما احتمال می دهیم عرصه از وقف بیرون رفته می خواهیم دوباره وقفش کنیم که باقی بر منافع باشد. اگر این است، اینکه خلاف احتیاط است. چون اگر از وقف بیرون رفته دلیلی بر این کارها نداریم. اینکه از وقف بیرون می رود یا برمی گردد به ملک واقف و ورثه اش و یا این است که به موقوف علیهم برمی گردد از باب اینکه می توانند بفروشند، که یکی از مسوغات بیع بعدا می آید که اگر منهدم شد و بحیثی است که هیچ انتفاع دیگری ندارد، باید آن را بفروشند بدهند به موقوف علیهم. وجه اینکه ایشان می فرماید دوباره وقفش کنند چیست. اصلا تعجب است. اگر از وقف بیرون رفته دوباره وقف کردن به چه حساب و دلیلی است. یک وقتی شما می گوئید واقف وقتی وقف می کرد طوری وقف کرده است که با انهدام دار از وقف بیرون نمی رود. که در این صورت همان وقف اول هست. اما اگر طوری وقف کرده که با انهدام از وقف بیرون می رود، الان شده یک مالی که این مال یا صاحبش خود واقف و ورثه اش هستند، یا به یک معنایی موقوف علیهم هستند و با بیع باید به آنها بدهند، یا اینکه دست حاکم است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۸

در هر صورت اینکه شما بگوئید و الاحوط آن تجعل وقفا و يجعل مصرفه کذا درست نیست. و ظاهرا این عبارت در خود متن سید هم هست.

**سؤال:** نمی خواهد که صیغه جدید بخوانند بلکه با او معامله وقف اول کنند.

**جواب:** نه می فرماید آن تجعل وقفا حسب الوقف الاول.

**سؤال:** خب می دانیم حسب الوقف الاول یعنی با آن معامله وقف اول کنند، نه اینکه بیایند صیغه جدید بخوانند.

**جواب:** عبارت می گوید آن را وقف کنند.

**سؤال:** یعنی شما می گوئید صیغه جدید خوانده شود.

**جواب:** بله.

**سؤال:** پس چرا گفت علی حسب الوقف الاول؟

**جواب:** برای اینکه کیفیتش تغییر نکند. چون احتمال بقاء وقف را می دهند. اگر آن وقف باقی باشد این وقف باطل است، و آن وقف قبلی سر جای خودش هست، اگر آن وقف نباشد آنوقت این وقف جدید معادل همان وقف می شود. منتهی ما می گوئیم چه کسی چنین وقفی را اجازه داده؟ چون دو حالت دارد: اگر وقف اول صحیح باشد، این وقف اشکالی ندارد، چون باطل است، مثل یک انشاء لغوی می ماند. اما اگر وقف اول باقی نباشد، شما مالی را که وقف نیست به اجازه چه کسی دارید وقفش می کنید؟ مال چه کسی است که دارید وقفش می کنید؟ در یک صوری مال واقف و ورثه اش هست، در یک صوری مال موقوف علیهم است، در یک صوری در اختیار حاکم است، وقف می کنیم یعنی چه؟

## حاشیه آقای گلپایگانی و جواب از آن

مرحوم آقای گلپایگانی در اینجا حاشیه زده اند که با اذن الواقف و ورثه واقف. منتهی اگر اذن گرفتیم خب البته اشکال ندارد اگر مال آنها باشد می شود وقف کرد. اما همیشه آنها نیستند، گاهی موقوف علیهم است، و گاهی هم خود حاکم و متولی است. حالا متولی اش یک جاهایی قابل تأمل است، چون ممکن است وقتی خروج از وقف شود متولی کاره ای نباشد، ولی حاکم هست. ولذا تصویر خیلی روشنی ندارد. البته عرض می کنم این عبارت ظاهرا در متن سید هم هست.

**سؤال:** این ساختمان اگر زمینش باقی بماند یعنی چی با آن معامله وقف قبلی می کنیم؟

**جواب:** اگر وقف باقی است چرا با آن معامله وقفی کند، وقف که باقی است دیگر پس واضح است که می گوید قرار دهد یعنی وقف ثانی کنند، ولی اگر همان هم باشد باز خلاف است. اگر بگویند با زمین ملک مردم معامله وقف کنید، خب این خلاف است. این مثلا برگشته به ملک واقف اول یا ورثه اش، به چه حساب با این معامله وقف اول کنیم؟

**سؤال:** بخاطر حبس اصل.

**جواب:** دقت کنید، صوری که ما داشتیم یکی از آنها انقطاع وقف بود. در وقف منقطع امام ره چه می فرمود. اصلا دو جا حاشیه زده بود هم در اینجا و هم در آن بحث انقطاع وقف که اصلا خروج از ملک واقف اول کلام است. اینطوری فرموده بودند، مرحوم سید هم همینطور فرموده بودند، که اصلا خروج از ملک واقف اول کلام است. اگر از ملک واقف خارج نشده مال او یا ورثه او است. پس اینکه با آن معامله وقف کنیم یعنی چه؟ چه حقی داریم این کار را کنیم؟ معامله وقف یعنی متولی اجاره دهد در آن مصارف وقف مصرف کند در حالی که این ملک شخص دیگری است.

**سؤال:** اینجا با منقطع الآخر فرق می کند اینجا آمدند وقف ابدی کردند یک دفعه خراب شده، ولی در منقطع الآخر از اول ضیق فم الرکیه است.

**جواب:** ما صور ثبوتی که تصویر کردیم چهار تا بود، اولیش انقطاع بود، پس نگوئید فرق می کند. یکی از آن چهار قسم این بود که من وقف کردم دار را و بستان را مادام کونه دارا و بستانا، به این عنوان، مادامی که این عنوان محفوظ است. این با تأیید منافات ندارد. چون این را اگر شما بگوئید، در وقف بر اولاد هم اشکال پیدا می شود. این با تأیید منافات ندارد. و لذا همه گفته اند می شود منقطع الآخر. و توضیح هم داده اند کما اینکه مرحوم سید صاحب عروه هم می گوید که منقطع الآخر تارة به انقطاع موقوف علیهم است، که آن بحث قبلی بود، اخری به انقطاع عنوان وقف است. ایشان این را در همین بحث مطرح می کند. اینجا از این قسم است، این تأثیر در بحث ندارد، می شود منقطع الآخر. می خواهیم بگوئیم در منقطع الآخر نه اینکه ما حق نداریم انشاء وقف ثانی کنیم بلکه معامله وقف هم با آن نمی توانیم کنیم، ملک مردم است، معامله وقف کنیم یعنی چه؟ بنابراین احتیاطش اینجا مشکل می شود.

این راجع به مسئله ۶۹، که به ظاهر سهل می آمد ولی دیدیم که خیلی پیچ و تاب داشت.

## مسئله ۷۰ و فروع آن

مسئله ۷۰: إذا احتاجت الأملاك الموقوفة إلى تعمیر و ترمیم و إصلاح لبقاتها و الاستنماء منها فان عین الواقف لها ما یصرف فیها فهو، و إلا یصرف فیها من نمائها علی الأحوط مقدما علی حق الموقوف علیهم، و الأحوط لهم الرضا بذلك، و لو توقف بقاؤها علی بیع بعضها جاز.<sup>۱</sup>

اگر وقفی برای بقائش و برای استفاده کردن از آن نیاز به تعمیر و اصلاح داشت، یعنی نفع داشته باشد تا موقوف علیهم استفاده کنند اما نیاز به تعمیر دارد. مثل خانه ای که دارد خراب می شود. باید آن را بازسازی و تعمیر کنند. اگر خود واقف پول جدایی گذاشته یا یک مصرف جدایی گذاشته و گفته این برای بقاء این وقف است، مانند اینکه مدرسه ای ساخته و وقفی هم برای آن کرده یا یک جور مالی هم برای آن گذاشته گفته این برای این است که این مدرسه سرپا نگه داشته شود، در این صورت تکلیف روشن است.

اما اگر این نباشد گفته اند که وقتی در حال خراب شدن است و نیاز به تعمیر دارد، از نماء خودش استفاده کنند، یعنی به موقوف علیهم ندهند بلکه برای تعمیر این مال موقوفه مصرف شود، البته علی الاحوط مقدما علی حق الموقوف علیهم.

وجه احوط باز برای این است که مال موقوف علیهم است لذا باید راضی باشند به کار. احوط لهم که راضی باشند. آیا این احوط لهم است؟ باید ببینیم.

سوم اینکه لو توقف بقائها علی بیع بعضها جاز. این حرف سومی است. تا حالا گفتند که شما از نمائات این وقف استفاده کنید تعمیر کنید که باقی باشد. حال حرف سومی می گویند که اگر برای تعمیر نیاز باشد که بخشی از آن را بفروشیم تا بتوانیم بقیه را حفظ کنیم البته باید توقف بر این داشته باشد یعنی هیچ چاره دیگری نداشته باشیم. اگر بانی پیدا می شود یا خود واقف مالی گذاشته باشد حق بیع نداریم اما اگر آنها نبود، و استنمائش هم به این نحو ممکن نبود و نمائی نداشت که بتوان با آن تعمیر نمود مانند اینکه خانه در حال تخریبی است که هیچ فردی حاضر نیست برود در آن بنشیند، در این صورت باید یک قسمت آن فروخت و صرف قسمت دیگر نمود.

پس اینجا ما یک حرف داریم، اصل حرف آیا درست است که در چنین صورتی تعمیر مقدم است؟

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۸

در وهله اولی به نظر می رسد این حرف به اطلاقه اشکال دارد. چون دوباره آن حالات واقف را در نظر نگرفته اند، چه بسا کیفیت وقف او فرق کند. دوم گفته اند که احوط برای آنها رضایت است، یا برای دیگری احوط است یا اصلاً احوط هست یا نه. مسئله سوم هم بحث بیع آن است. فردا انشاء الله این فروع را بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین»

## فهرست

مسئله ۷۰: تعمیر و اصلاح مال موقوفه.....	۶۱۸
خلاصه مطالب گذشته.....	۶۱۸
اقوال در بحث و عدم اجماع در مسئله.....	۶۱۹
دو مسئله مجزا در بحث.....	۶۱۹
نفقه مملوک موقوفه.....	۶۲۰
دلیل مسئله.....	۶۲۱
متن مسئله.....	۶۲۲
دلیل اول: تقدیم تعمیر موقوفه بخاطر اراده واقف للبقاء.....	۶۲۲
دلیل دوم: انصراف حاصل از غلبه در وقفها.....	۶۲۳
تهافت کلام مرحوم امام و آقای خوئی در مانحن فیه و در بحث بیع.....	۶۲۳
تشکیک مرحوم آخوند در بحث.....	۶۲۴
احوط گفتن در مانحن فیه درست نیست و مسئله دشوار است.....	۶۲۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۰: تعمیر و اصلاح مال موقوفه

### خلاصه مطالب گذشته

بحث در مسئله ۷۰ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة بود که اگر املاک موقوفه برای بقاء و منفعت دار بودن نیاز به تعمیر و ترمیم داشته باشد چگونه باید عمل کرد؟

مرحوم امام قدس سره الشریف فرمودند: که اگر واقف چیزی را برای صرف در تعمیر و اصلاح معین کرده باشد مطابق نظر او عمل می شود و گرنه از نماء خود موقوفه برای تعمیر و اصلاحش استفاده می شود علی الاحوط مقدما علی حق

الموقوف علیهم. بعد می فرمایند: و الاحوط لهم (موقوف علیهم) الرضا بذلك، برای موقوف علیهم احتیاط این است که به آن راضی باشند. و لو توقف بقائها علی بیع بعضها جاز، اگر بقاء این موقوفه متوقف بر این شد که بخشی از آن را بفروشند و صرف تعمیر کنند جائز است.<sup>۱</sup>

احتیاط اول احتیاط وجوبی است. شاید این احتیاط دوم نیز وجوبی باشد ولی مشکل این است که اصلا روشن نیست معنای عبارت و الاحوط لهم الرضا بذلك چیست.

آنچه موجب تعجب است این است که هم مرحوم امام و هم مرحوم آقای خوئی و ظاهرا مرحوم آقای حکیم در منهاج تعمیر و اصلاح را مقدم میدانند، البته بصورت احتیاط در منهاج نیامده بلکه به صورت فتوی آورده اند درحالی که در بحثهای بیع علی الظاهر عکس این مطلب را بیان می کنند و همان نیز صحیح است.

## اقوال در بحث و عدم اجماع در مسئله

در این بحث اقوال زیادی وجود ندارد. مخصوصا از متقدمین بحث زیادی وجود ندارد. مرحوم علامه در تذکره این بحث را مطرح کرده اند و مرحوم آخوند در کتاب وقف<sup>۲</sup> می فرمایند: ذهب الشيخ<sup>۳</sup> علی ما حکى عنه و المحقق... مرحوم صاحب مفتاح الکرامه که معمولا اقوال را نقل می کند به اینجا که می رسد مانند دیگران همان دو خطی که در تذکره آمده است را تکرار می کنند.<sup>۴</sup>

## دو مسئله مجزا در بحث

دو مسئله در اینجا وجود دارد که مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع وقتی وارد بحث وقف می شود این دو را مترتب بر هم ذکر می کند: یکی بحث فروش بخشی از وقف است، مثلا وقف خراب شده، فروش بخشی از وقف و خرج ثمن آن در

<sup>۱</sup> مسألة ۷۰ إذا احتاجت الأملاك الموقوفة إلى تعمیر و ترميم و إصلاح لبقاتها و الاستئناء منها فان عین الواقف لها ما یصرف فیها فهو، و إلا یصرف فیها من نمائنها علی الأحوط مقدما علی حق الموقوف علیهم، و الأحوط لهم الرضا بذلك، و لو توقف بقاؤها علی بیع بعضها جاز. تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۷۸

<sup>۲</sup> کتاب فی الوقف (لأخوند)؛ ص: ۵۴

<sup>۳</sup> المبسوط فی فقه الإمامية؛ ج ۳، ص: ۲۸۸

<sup>۴</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)؛ ج ۲۱، ص: ۷۱۳

تعمیر بقیه یک فرع است و فرع دوم اصلاح بر اساس نمائات آن وقف است که متفرع بر آن شده است با اینکه معیار هر دو یکی است البته با اختلافی که مرحوم امام در بحث ثمن نقل می کنند، که عرض می کنیم.

## نفقة مملوک موقوفه

مساله دیگری که قریب به بحث عمارت وقف است، بحث از نفقه مملوک است. چون مملوک را می شود وقف کرد و اگر گفتیم با وقف این مملوک به ملک موقوف علیهم در می آید احتمال دارد بگوئیم موقوف علیهم خودشان باید نفقه مملوک را بدهند. اما اگر بگوئیم ملک آنها نمی شود، بحث اساسی وجود دارد حالا که فقط منافع این عبد مال موقوف علیهم هست، نفقه این را چه کسی بدهد؟

در آن بحث فقهاء فرموده اند اگر خود واقف نحوه پرداخت نفقه را معین کرده مانند اینکه مالی را برای این کار قرار داده است به همان عمل می شود و گرنه عبد باید خودش برود کسب کند، و اگر کسب نکرد چون ملک موقوف علیهم نیست دلیلی نداریم که نفقه آن را به عهده موقوف علیهم بگذاریم لذا اگر کسی از او محافظت نمی کند باید نفقه او را از بیت المال بدهند. چون روح زنده ای است که صون از هلاک دارد و باید او را کمک کرد. در تمام مواردی که حفظ جانی واجب است و عده ای که نفقه بر آنها واجب است نمی پردازند یا در برخی فروض که نفقه بر کسی واجب نیست باید از بیت المال بدهند.

در ذیل بحث نفقه مملوک، مرحوم علامه به صورت مفصل بحث می کند که نفقه مملوکی که وقف است از کجا پرداخت می شود. بعد چون عمارت موقوف را شبیه به نفقه مملوک می دانند می فرماید: و **عمارة العقار الموقوف من حیث شرطه الواقف نفقه تعمیر را باید از آنجایی که واقف قرار گذاشته بدهند.** اگر از مال خودش قرار گذاشته فبها، یا گفته اجاره بدهید و خرج کنید باید طبق همان عمل کنند و **إن لم یشرط شیئا فمن غلته** اگر برای این زمین چیزی را شرط نکرده بود از غله ای که از آن تحصیل می کنند بدهند. **فإن لم یحصل منه شیء لم یجب علی احد عمارته کالملك الخالص**، اما اگر زمین به هر دلیلی هیچ فایده ای نمی دهد، یا فرض کنید زمین نیست چند تا ساختمان است که همه در حال خرابند و هیچ منفعتی هم الان ندارد، چیزی نیست که صرف تعمیرش شود **لم یجب علی احد عمارته بر کسی واجب نیست**، **کالملك الخالص** اگر ملکی وقف نبود و در حال خراب است بر دیگران واجب نیست تعمیرش کنند، این هم همینطور است. یعنی درست است وقف است و منفعتش برای موقوف علیهم است، ولی وقتی خراب شده و نفعی ندارد که حتی بتوانیم خرج خودش کنیم بر دیگران لازم نیست آن را تعمیر کنند **بخلاف الحيوان تصان روحه**.<sup>۱</sup> این قیاس عمارت با حیوان تا یکجایی است،

<sup>۱</sup> تذکره الفقهاء (ط - القدیمه)؛ ص: ۴۴۲



والا به اینجا که برسد که خرابی دارد که قابل هیچ منفعتی هم نیست که اقلا با منفعت خودش، خودش را اصلاح و تعمیر کنیم، همینطور می ماند البته اینکه موجب مسوغات بیع می شود بعدا مطرح می کنیم. اما در مورد مملوک به این نقطه نمی رسد، چون اگر کسی نباشد نفقه بدهد یا بر کسی واجب نباشد باید بیت المال بدهد. چون روح حیوان باید از هلاک حفظ شود.

این تعبیر تقریبا در تمام عبارات دیگر تکرار شده است. در قواعد، شرح قواعد، جامع المقاصد و مسالك و حتی جواهر آمده است و نوعا دلیلی نیز نیآورده اند مگر جمله ای که صاحب جواهر دارند و بعد فرمایش مرحوم سید آن را بیان می کنیم. نتیجه اینکه در مقام اجماعی نداریم. در عبارات قدماء اصحاب که ظاهرا اصلا نیامده و در میان متاخرین نیز یک جمله مرحوم علامه دارند که بقیه تکرار کرده اند.

## دلیل مسئله

نکته ای که وجود دارد و باید به آن توجه کرد و مانع صاف شدن مساله می شود این است که اینجا مورد تزاحم حق موقوف علیهم هست با موقوف علیهم بطون لاحقه. الان برای چه این وقف را تعمیر می کنیم؟ یکوقت برای منفعت داشتنش برای همین نسل فعلی است. اینکه علی الظاهر نباید بحثی در آن کنیم مگر موردی که خواهیم گفت. برای اینکه وقف برای استفاده است، اگر استفاده نداشته باشد حتی برای موقوف علیهمی که الان هستند، ممکن است کسی بگوید که ما از غله این استفاده کنیم تا اقلا برای همین نسل فائده داشته باشد. این خودش بحثی است که مطرح می کنیم.

بحث دیگر تزاحم حق موقوف علیهم بطن فعلی است با بطون آینده. به این معنا که الان وقفی داریم که بخشی از آن خراب شده مثلا آپارتمانی است ده واحد دارد چهار واحد آن خراب شده و قابل سکونت نیست بقیه اش قابل سکونت است. باید آن مقداری که قابل سکونت است در اختیار موقوف علیهم قرار گیرد. اگر کسی بگوید آن چهار واحدی خراب شده را از درآمدهای این شش واحد باقیمانده تعمیر کنیم و حق نسل بعدی را مقدم بر حق موقوف علیهم فعلی کنیم تا ده واحد همه قابل استفاده باشد می گوئیم این چه دلیل دارد؟ ممکن است بگوئیم به خاطر این است که اگر این شش واحد را در اختیار بطن فعلی قرار دهیم تا از آن استفاده کنند ممکن است تا زمانی که این بطن از بین بروند این شش واحد هم خراب شود و بطن بعدی دیگر بی حق شوند. در واقع تعمیر وقف در بسیاری از فروض برای حفظ حقوق بطون آینده است.

مسئله این است که برای تعمیر وقف باید از حقوق و منافع بطن فعلی بزنید برای حفظ حقوق بطون آینده و این امر چه دلیلی دارد؟

## متن مسئله

حالا متن را بخوانیم، عبارت متن مطلق است: **إذا احتاجت الاملاک الموقوفة الان بحث بیع نیست فقط بحث تعمیر است** نه فروش بخشی از وقف **الی تعمیر و ترمیم و اصلاح لبقائها و الاستنماء منها** این اطلاق دارد چه برای بقاءش برای بطن اول یا بقاء برای بقیه بطون یعنی ولو برای بقائش للبطون الآتیة. والاستنماء منها هم اطلاق دارد، یعنی استنماء بشود فقط برای بطن اول یا برای اینکه بشود از آن فائده جلب کنیم حتی برای بطون آینده. یعنی فرض مسئله که ترمیم و اصلاح است اطلاق دارد چه ترمیم و اصلاح کنیم تا وقف بماند برای بطون آینده و چه برای بطن فعلی و فائده داشتنش نیز اطلاق دارد. چون این اطلاق وجود دارد در برخی فروض تزاحم پیدا می شود. مثل اینکه الان نفعی ولو کم دارد که بطن اول می تواند از آن استفاده کنند. می توانیم این شش آپارتمان سالم را اجاره بدهیم و پولش را بدهیم به این بطن فعلی. ولی شما می گوئید ترمیم چهار واحد بقیه، مقدم بر حق بطن اول است ولو این ترمیم الان برای این بطن نباشد بلکه برای بطون آینده باشد. می گویند باید این کار را انجام دهید ولو نفعش برای بطون آینده باشد.

پرسش این است که وجه این کار چیست؟ دو دلیل بیان شده است. قبل از آن اول باید متن را بفهمیم، ظاهر اطلاق عبارت این است که باید ترمیم انجام شود ولو مقدم بر حق بطن اول باشد. **فان عین الواقف لها ما یصرف فیها فهو و إلا یصرف فیها من نمائها علی الأحوط مقدما علی حق الموقوف علیهم**. ایشان احتیاط کرده اند، یعنی به ضرس قاطع فتوی نداده اند و فرموده اند احتیاطا مقدم بر حق موقوف علیهم است، لعل بخاطر همین نکاتی است که اشاره شد. **و الأحوط لهم الرضا بذلك** چرا این احوط لهم؟ برخی دوستان می فرمودند لهم را به رضا بنزیم، یعنی و الاحوط لهم الرضا بذلك، ولی این خلاف ظاهر است، و اگر این هم باشد باز هم مشکل می شود.

حالا استدلال چیست؟ کلا دو تا استدلال از مجموع این کلمات که زیاد هم نیست می شود استفاده کرد.

## دلیل اول: تقدیم تعمیر موقوفه بخاطر اراده واقف للبقاء

یکی بیان صاحب جواهر است، که دیگران هم فی الجملة دارند که این کار را انجام می دهیم مقدما علی حق الموقوف علیهم. به آنها می گوئیم اجاره امسال و سال بعد و سال بعد را به شماها نمی دهیم برای تعمیر وقف درحالی که این مال، حق این موقوف علیهم است که باید به آنها بدهیم. مرحوم صاحب جواهر می گوید لمعلومية ارادة الواقف برای بقاء وقفش. برای ما محرز است که واقف وقتی وقف می کند می خواهد وقفش باقی باشد. اگر ما می دانیم اگر خرج این وقف نکنیم وقف از بین می رود، خلاف اراده واقف است.

بعضی همین مطلب را به عبارت دیگری می گویند. می گویند وقتی واقف وقف می کند برای کسانی که لم ینقرض عاداتا، به دلالت التزامی می گوید من می خواهم این وقف باقی باشد، چون برای کسانی که لم ینقرض عاداتا وقف کرده است، برای کسانی که می داند در طول زمان دویست ساله سیصد ساله پانصد سال باقی هستند نسل اندر نسل، وقتی می گوید من وقف می کنم برای اینها، به دلالت التزامی می گوید من می خواهم وقفم باقی باشد لذا طوری عمل کنید که وقف برای اینها باقی باشد. گویا این را شرط کرده اصلا. اگر شرط می کرد که هیچ بحثی نداشتیم. در جایی هم که شرط را نگفته باشد و به دلالت التزامی این شرط را بفهمیم همینطور است. پس این دو بیان در اینجا هست.

### دلیل دوم: انصراف حاصل از غلبه در وقفها

مرحوم سید نیز که همین مطلب را پذیرفته دلیلی بیان می کند و می فرماید: از باب انصراف حاصل از غلبه در وقفها، که واقفین غالبا این را می گویند که از خود این وقف و منافعش صرف نگهداری اش کنید در وقفی که این را نگفته باشند نیز همین را می فهمیم. پس چون خارجا واقفین معمولا این را گفته اند و غلبه با این مطلب است موجب انصراف وقفهای مطلق می شود.

منتهی همه اینها مورد اشکال قرار گرفته است.

### تفاوت کلام مرحوم امام و آقای خوئی در مانحن فیه و در بحث بیع

حالا از عجائب است که خود امام ره هم در بیع همه اینها را نفی می کند. حالا ذیلش که راجع به بیع است یکجور، و خود این مسئله را هم که متفرع بر بحث بیع مطرح کرده اند یکجور. ایشان صراحتا همه این حرفها را رد می کنند. می گوید مگر بر اساس کلام بعض محققین یعنی مرحوم اصفهانی، ولی نسبت به آن هم اشکال می کند و می گوید جوابش را دادیم. یعنی به نظر من نهایتا آنچه را که ایشان در بیع آورده معنایش این است که چنین تقدیمی درست نیست. مطلب آقای خوئی هم همینطور است و ایشان نیز در اینجا می فرماید مقدم است، اما در بحث بیعشان همین فرمایش امام ره و دیگران را دارند که دلیلی بر تقدیم نیست.

در منهاج در مسئله ۱۱۸۱ فرموده اند: إذا احتاجت الاملاک الموقوفة الى التعمير أو الترميم لاجل بقائها و حصول النماء منها فإن عين الواقف لها ما يصرف فيها عمل عليه و إلا صرف من نمائها وجوبا مقدما على حق الموقوف عليهم. اینجا احوط هم نفرموده فتوی می دهد. و إذا احتاج إلى التعمير بحيث لولاه لم يبق للبطون اللاحقة فالظاهر وجوبه، آنجا برای این بود که منافع باقی باشد یا عین باقی باشد، اما اگر آمدیم و یکجور تراحم شد بین این و بین بقائش، می گوید والظاهر

وجوبه و إن أدى إلى حرمان البطن السابق<sup>۱</sup>. این بطن فعلی ولو حرمان هم پیدا کنند باید منافی که حاصل می شود را صرف تعمیر کنند تا بطنهای بعدی استفاده کنند.

در مسئله ۹۷ که راجع به فروش وقف است، در ذیل مسئله می فرمایند: «و إذا خرب الوقف و لم يمكن الانتفاع به و أمكن بيع بعضه و تعمیر الباقي بثلثه فالأحوط: الاقتصار على بيع بعضه و تعمیر الباقي بثلثه»<sup>۲</sup>. در حالی که اگر شما بخشی از آن را فروختید عین بحث فرع دیگر در آن می آید که این ثمن مال بطن موجود است یا ثمن را می توانیم به بطن موجود ندهیم و بیائیم خرج وقف کنیم تا برای بطون لاحق بماند. عین همان بحث قبلی در مورد ثمن هم می آید. الا اینکه مرحوم امام در باب ثمن یک نکته ای دارند که آن را عرض خواهیم کرد.

### تشکیک مرحوم آخوند در بحث

قبل از مرحوم آخوند ندیدم کسی تشکیک کند. مرحوم آخوند به صورت مفصل در کتاب وقف تشکیک کلی می کند که اصلاً در تزامم بین حق بطن سابق و بطون لاحق چه دلیلی داریم که ما از حق این بطن فعلی رفع ید کنیم و بدهیم به بطن لاحق. خصوصاً نکته مهمی اینجا وجود دارد، و آن اینکه بطن فعلی حقشان فعلی است، الان این بطن موجود است و حق فعلی دارد، بطون آینده که هنوز نیامده اند یک حق شأنی دارند، خب ما از یک حق فعلی بخاطر یک حق شأنی رفع ید کنیم دلیلش چیست؟!

ایشان می گوید آخرش همان نکته ای است که صاحب جواهر نیز فرموده اند که به ظهور حال واقف در اینکه مال موقوفه باید مؤبد باشد تمسک کنیم. ولی این اشکال دارد زیرا معنای تأبید که این نیست. معنای تأبید این است که اشتراط توقیت نکند. یعنی لازم نیست انسان لفظ ابدا بیاورد در وقف، فقط نباید موقتش کند. بنابراین همینکه بگوید من این ملک را قرار دادم برای این کار نسلاً بعد نسل، کافی است. لذا ایشان می گوید اینکه اراده واقف این است که اگر خراب شد باید از منافعش بگیری و آن را تعمیر کنید را از کجا درآوردید؟!

اینکه اقتضای وقف تأبید است را قبول داریم. اما تأبید به چه معنا است؟ یعنی مادامی که این ملک هست از نمائاتش استفاده شود. اما اینکه اگر این ملک خراب شد این را به نحوی اجاره بدهید یا استفاده دیگری کنید تا منافی کسب کنید و با آن این را تعمیر کنید و بازسازی کنید که از تأبید در نمی آید، اینها را از کجا درآوردید؟ اگر بگویند از اراده واقف. می فرماید اراده واقف که در انشائش متجلی نشود فائده ای ندارد. این نکته ای است که مرحوم آخوند می گوید و درست هم هست.

<sup>۱</sup> منهاج الصالحین (للخوئي)؛ ج ۲، ص: ۲۴۶

<sup>۲</sup> منهاج الصالحین (للخوئي)؛ ج ۲، ص: ۲۶

می گوید ما ملتزمیم به آن چیزهایی که از ظاهر وقف استفاده می شود. اگر واقف اغراضی دارد و آنها را در وقفش بیان کند درست است، اما اگر اغراض را بیان نکند فائده ندارد. ولذا قبلا هم که ما می گفتیم اراده واقف، مقصود آن اراده ای است که در وقفش متجلی شود، والا مطلق اراده در ذهن واقف اثری ندارد.

حالا می گوئیم این نکته که اگر وقف خراب شود و دیگر قابل استفاده نباشد ما باید آن را اجاره دهیم یا کار دیگری کنیم و منافعی به دست بیاوریم تا این را بازسازی کنیم، اینها را از کجا آوردید؟! خصوصا آنجایی که مزاحمت بین حق فعلی یک بطن است با حق شأنی بطن بعدی. الان بحث ما این است که می خواهیم این را درست کنیم که حق بعدی ها مقدم بر حق موقوف علیهم است. چرا مقدم است؟ الان فرض کنید این خانه هایی که خراب شد برای سکونت فایده ندارد، حاضرند این را اجاره کنند انبارش کنند به نصف قیمت، حالا نصف قیمت پولش در آمد، چرا موقوف علیهم نگیرند؟ شما می گوئید این را متولی یا حاکم بگیرد یا خود موقوف علیهم واجب است صرف کنند برای بازسازی این تا بطن بعدی هم استفاده کنند. می گوئیم این به چه دلیل؟ یعنی یک حق فعلی برای بطن فعلی وجود دارد.

**سؤال:** حق فعلی مستقر نشده، چون دارد خراب می شود. اول دعوی است، شما دارید تمسک می کنید به چیزی که مورد دعوی است.

**جواب:** خب خراب شود. مگر ما ملتزمیم که خراب نشود؟

**سؤال:** معلوم نیست من حق فعلی داشته باشم وقتی خراب است.

**جواب:** اولاً بحث این است که بخشی از آن خراب شده نه همه آن. ما می خواهیم بگوئیم منافع قسمت موجودش را با اینکه این منافع متعلق حق موقوف علیهم است بدهیم برای تعمیر للبطن الآتیة.

**سؤال:** برای آیندگان هم بوده، در این فرض معلوم نیست دیگر که فقط مال من می شود.

**جواب:** هر چه شما بگوئید بیش از این که نیست که بگوئیم متعلق حق بطون است، منتهی بطن فعلی حق فعلی دارند بقیه شأنی. بیش از این که نیست.

**سؤال:** در شرائط عادی بله، ولی الان که دارد خراب می شود معلوم نیست حق فعلی برای من هم الان ثابت باشد.

**جواب:** یعنی چی معلوم نیست، وقف است دیگر. وقف منافعش برای بطون است.

**سؤال:** بطون نه فقط بطن موجود.

**جواب:** فرض ما این است که یک وقتی می گوئیم ما از وقف واقف فهمیدیم که باید چه کنیم، که بحثی نداریم و روشن است. ولی فرض این است که از وقف نمی فهمیم که باید صرف منافع کنیم. ما هستیم و یک وقفی که اقتضای وقف این است که منافع برای موقوف علیهم باشد، که الان بالفعل برای بطن حاضر است. فرض این است. مقتضای وقف این است. شما نگوئید که اول کلام است. فرض این است که ما شرط بیرون نداریم، ما هستیم و وقف، وقف اقتضا می کند برای بطن باشد، بطن اول مانع از بطن دوم است و بطن دوم مانع از بطن سوم و ...

**سؤال:** در شرائط عادی بله.

**جواب:** این عادی را شما اضافه می کنید، وقف دو قسم ندارد که عادی و غیر عادی. اطلاق وقوف همین است. اطلاق این است که برای بطن است هر بطنی هم که موجود است منفعت را می برد و مانع از بردن بطن بعد می شود. الان این بطن موجودند. اینکه ما این را صرف کنیم برای حق بطن آتی، هیچ دلیلی ندارد. آخرش یک تراحمی است بین حق شانی و حق فعلی، هیچ دلیلی نداریم که حقوق شانی اینجا مقدم شود.

**سؤال:** اگر خرابی به حدی باشد که برای بطن فعلی هم منفعت نباشد...

**جواب:** این را اول بحث هم جدا کردم، که اگر طوری باشد که خود همین بطن فعلی هم نتواند استفاده کند مطلقاً، بعید نیست اینجا در فروضی که وقف باطل نشود بعید نیست که ما بگوئیم باید مقداری که نیاز است صرفش کنیم که لااقل بطن اول بتواند استفاده کند. چرا؟ چون در غیر این صورت این وقف لغو می شود. چون استفاده ای دارد منفعتی دارد که آن منفعت اصلی نیست. بعید نیست کسی بگوید این مقدار را ما از وقف می فهمیم. آنوقت همینجا هم فروض متعدد دارد، چون این بطن اول هم در آن افراد مختلف هستند، اینکه فرض کنید در این بطن یکی زودتر می میرد این نباید استفاده کند بقیه استفاده کنند دلیلش چیست؟ یعنی اگر تمام افراد ذی حق بطن اول با هم نتوانند استفاده کنند ممکن است کسی بگوید اینجا قرینه ای هست که واقف بعید است بخواهد که همین بطن اول هم استفاده نکنند. ولی خود بطن اول هم در طول زمان مختلف هستند. اینکه ما بیائیم ثمراتی که الان به این پیرمرد می رسد را به او ندهیم و بگوئیم این را ما می خواهیم تعمیر کنیم و پنج سال دیگر این منافع اصلی اش را به دست بیاورد، این را از کجا می گوئید؟ مثل نسبت به بطن لاحق می شود.

### احوط گفتن در مانحن فیه درست نیست و مسئله دشوار است

بنابراین علی الظاهر این مسئله دشواری می شود. پس اینکه اینطور فرموده اند که احوط این است که مقدم کنند، اولاً احوط چرا؟ وقتی که متعلق حق بطن لاحق است خودش از جهتی خلاف احتیاط است. چه احوطی است که ما بگوئیم تعمیرش کنند؟ بله از حیث اینکه ما احتمال می دهیم ثبوتاً مثل قول بعضی از فقهاء که این شرط باشد ظهور حال واقف باشد یا به

دلالت التزامی مقصودش صرف نمائات باشد، برای حفظ این احتمال ثبوتی احتیاط می کنیم. اما یک خلاف احتیاط دیگر داریم مرتکب می شویم، حق موقوف علیهم را داریم از بین می بریم. این خلاف احتیاط است. احتمالش را که می دهیم. بنابراین احوطی در این تقدیم وجود ندارد.

حالا انشاء الله فردا فرمایش مرحوم امام ره را در کتاب البیع می خوانیم و همینطور فرمایش مرحوم خوئی ره را، و ملخص فرمایش آخوند را هم که عرض کردم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۰: تعمیر موقوفه برای بقاء و استنماء.....	۶۲۸
خلاصه مطالب گذشته.....	۶۲۸
فروع مسئله.....	۶۲۹
بیان حضرت امام و ذکر اقوال در مسئله.....	۶۳۰
بررسی فرمایش حضرت امام ره.....	۶۳۲
بیان مرحوم آقای خوئی ره.....	۶۳۲
علت الزام بطن اول به اصلاح موقوفه توسط آنها.....	۶۳۳
بیان مرحوم آخوند و مرحوم نائینی.....	۶۳۳
بیان مرحوم اصفهانی ره.....	۶۳۴
اشکالات حضرت امام ره به مرحوم اصفهانی و بررسی آنها.....	۶۳۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۰: تعمیر موقوفه برای بقاء و استنماء

### خلاصه مطالب گذشته

بحث در مسئله ۷۰ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام ره بود که بحث مبتلابهی است چون به مرور زمان برخی از اوقاف تخریب می شوند، این تخریب گاهی در بخشی از وقف صورت می گیرد و گاهی درهمه آن صورت می گیرد. مسئله ۷۰ متکفل این نکته است که اگر وقف به هر صورتی تخریب شد تکلیف متولی یا حاکم یا هر کسی که گفتیم نسبت به تعمیر و احیاء آن تکلیف دارد چیست؟ آیا وظیفه، بازسازی موقوفه مخروب است تا بقاء وقف و فائده دار بودن آن حفظ شود، و این کار مقدم بر حق موقوف علیهم باشد، یا نه؟



البته در همین مساله دو فرع تصویر می شود:

## فروع مسئله

فرع اول اینکه بقاء وقف برای همین بطن موجود، یا استنماء وقف برای همین بطن موجود، نیاز به صرف وجه دارد و در اینجا تکلیف چیست؟

فرع دوم این است که این بطنی که الان موجود هستند، می توانند به صورت معقول از وقف استفاده کنند، اینطور نیست که فائده اش خیلی کم باشد بطوریکه غیر قابل استفاده محسوب شود، مثلاً آپارتمانی است که چند واحدش خراب شده و چند واحدش هم آباد و قابل استفاده است، یا تمام این آپارتمان فعلاً قابل استفاده است و هیچ مشکلی ندارد ولی اگر به آن نرسند بیست سال بعد دیگر قابل استفاده نیست. این هم یک فرض دیگر است.

در فرض اول که وقف بنحوی است که الان دیگر قابل استفاده نیست و همین بطن اول نیز نمی توانند استفاده کنند، چون یا کلاً دارد تخریب می شود یا قابل استفاده ای که مد نظر واقف بوده نیست. می فرمایند برای کار دیگری این را اجاره بدهند مقدماً بر حق موقوف علیهم، به مدت مثلاً یک سال یا بیشتر اجاره دهند و فوایدش را برای بازسازی وقف خرج کنند و بعد از آن موقوف علیهم می توانند از آن استفاده کنند.

البته این صور همه در زمانی است که خود واقف شرط نکرده باشد، والا اگر شرط کند که بحثی نداریم. مثلاً تصریح کند که مقدماً بر حق موقوف علیهم وقف را به صورت متعارف نگهداری کنید. این صورت بحثی ندارد. عمده بحث در جایی است که شرط نکرده باشد.

در جلسه گذشته عرض کردیم که دلیل این تقدیم چیست؟ ممکن است بگوئیم دلیلش ظهور حال واقف است در اینکه این وقف باقی باشد. چون تأیید در وقف یک نحوه ظهور در بقاء دارد.

منتهی اشکالش این است که این ظهور از کجا آمده است؟ یک فرض معقولش این است که وقتی از حیث منافع مد نظر تخریب می شود، موقوف علیهم اجاره بدهند و پولش را بگیرند خودشان استفاده کنند. چرا؟ چون این اجاره ای که می دهند، مثلاً یک بستانی وقف شده تا از میوه اش استفاده شود، حالا الان تخریب شده و ثمره ای ندارد، الان آنجا را می شود بعنوان گاراژ استفاده کرد، این گاراژ را اجاره بدهند و از پولش استفاده کنند. این پولی که موقوف علیهم می گیرد آیا می توانند خودشان صرف کنند، یا باید بروند صرف آبادی این باغ کنند تا آن غرض مطلوب واقف حاصل شود؟ بحث این است که دلیل بر این حرف چیست؟ معنای تأیید این است که مادام که این ساختمان هست از آن استفاده شود. حتی آن

صوری که از صاحب جواهر نقل کردیم که اگر به حیث بستانیت و داریت منفعت نداشت اما به حیثهای دیگر منفعت داشت و گفتند از این منفعت استفاده کنند اما از صرف وقف کردن یک دار یا یک بستان فهمیده نمی شود که اگر خراب شد و منفعت مد نظر، قابل نیست ولی منفعت دیگر دارد باید از آن منفعت استفاده کنیم و آن را صرف کنیم تا این منفعت اولی زنده شود. این چه دلیل دارد. لذا این متن در همین قسمتش هم مشکل است.

فرع مشکل تر مواردی است که بطن موجود منافعش حفظ است، الان از این باغ می تواند استفاده کند، ولی اگر به این باغ توجه نکنند بیست سال دیگر از بین خواهد رفت، اگر منبع آب آن مانند قنات رسیدگی نکنند یا به خود باغ نرسند و درخت جدید نکارند از بین می رود. این نسل موجود تا هست می تواند استفاده کند، اما برای نسل بعد منفعت باقی نمی ماند بلکه به آنها باغ خراب می رسد. اینجا شما دارید تصریح می کنید که یجب بر این بطن موجود که باید به اصلاح این باغ پردازند مقدما علی حق خودشان. این را به چه دلیل می گوئید؟ چون علی الظاهر این حرف را یا از باب تراحم حقوق می گوئیم یا به دلیل ظهور تأیید در وقف. اگر از باب ظهور تأیید است که جوابش داده شد و اگر از باب تراحم حقوق است یعنی این باغی که الان هست فقط برای بطن موجود نیست بلکه برای بطون آینده هم هست، آنها هم حق دارند در این باغ؛ هر چند این حرف درست است. منتهی نتیجه این تعلق حق چیست؟ یک حق شأنی است و یک حق فعلی است، اینها که با هم تراحمی ندارد، بنابراین دلیلی بر اینکه این موجودین از حق خودشان رفع ید کنند و صرف بازسازی این باغ کنند تا اینکه بیست سال بعد بطون بتوانند استفاده کنند، واقعا دلیلی ندارد.

در جائی نیز که اگر بخشی از این باغ را بفروشند ثمنی حاصل می شود که با آن می توانند مابقی را احیا کنند همین بحثها می آید. آیا موقوف علیهم می توانند از این ثمنی که از فروش بخشی از باغ یا خانه یا پاساژ حاصل می شود استفاده کنند؟ چون خود ثمن این وقف مثل منافع می ماند، آیا اینها می توانند از آن استفاده کنند؟ یا باید ثمن را صرف بازسازی این وقف کنند. وحتى گفته اند که اگر بازسازی نمی خواهد ولی می شود با آن، عین مشابهی خریداری کنند مثلا داری یا باغ کوچتری بخرند باید این کار را انجام دهند در صورتی که دلیلی بر این احکام نداریم؟

## بیان حضرت امام و ذکر اقوال در مسئله

مرحوم امام می فرمایند اینجا وجوهی قابل طرح است:

یک قول این است که بگوئیم این بطن فعلی حق فعلی دارد لذا مال اینهاست. و قول دیگر این است که بگوئیم مال بطون متأخره است از جهت کثرت و اهمیت آنها.

حال کثرت بطون متاخر مطلبی است که فی الجملة مقبول است اما وجه اهمیت آنها را متوجه نشدیم، چه کسی می گوید بطون متأخره اهم هستند؟ مثلاً فرض کنید واقفی وقف کرده برای اولادش نسلاً بعد نسل در طول زمان دویست سال سیصد سال جمعیتی می آیند میروند نسل بعد از نسل از اولاد، کثرتشان قابل تصویر است، اما اهمیتشان را نمی دانیم.

می فرمایند این قول که ما «لاجل کثرتهم و اهمیت مراعاتهم»<sup>۱</sup> بگوئیم اصلاً حق مال اینها باشد، یعنی بطن موجود از حق خودش رفع ید کند و بیاید صرف ساختمان کند تا آن بطنهای آتی که الان معدوم هستند و حق بالفعل ندارند در ظرف خودش بتوانند استفاده کنند. این هم یک قول است.

می فرمایند یک قول هم این است که در اینجا تراحم حقوق می شود، باید قرعه بیندازیم. قول چهارمی نیز ایشان نقل می کنند، که می گویند ما تفصیل بدهیم بین نقد و غیر نقد. البته این قسمت عبارت مربوط به بحث فروش است نه در صرف مصرف کردن منفعت وقف در بخش دیگر، این درباره بخشی است که فروختیم. اگر آنچه که فروختیم ثمنش نقد است، بگوئیم در نقد بطن فعلی حقی ندارد و با حقوق بعدی ها یکجور است. چون ثمن به صورت نقد فائده ای ندارد. فائده ای که آقای واقف قرار داده بود فائده این دار بود نه فائده ثمن لو فرض له فائده. پس فائده ثمن ربطی به این دار ندارد. آن چیزی که موقوف علیهم مالک آن می شود عبارت است از منافع دار. حالا به هر دلیلی شما مسوغ و مجوز پیدا کردید برای بیع وقف و بخشی از آن را فروختید، این ثمنی که به دست آمده اگر هم فائده داشته باشد ربطی به فائده وقف ندارد. بنابراین اینکه در اول بحث گفته شد بطن فعلی حق فعلی دارد نسبت به منافع ولی بطون تالیه حقشان شأنی است، در این فرض درست نیست. یعنی بطن فعلی هم حقی به فائده ثمن ندارد. بنابراین با هم یکی می شوند. آنوقت باید یا قرعه بیندازیم یا نحوه دیگری.

ولی اگر ثمنی که می گیریم غیر نقد باشد، مثلاً به جای این باغ خراب که حالا فقط به درد گاراژ ماشین می خورد آمده اند باغ کوچکتري داده اند که آن باغ منفعت دارد. در این صورت، منفعت این باغ جدید بدل منفعت وقف است. بنابراین بطن موجود نسبت به آن حق دارد.

پس بنابراین یک قول هم این می شود که در جائی که بخشی از وقف را می فروشند تفصیل بدهیم بین ثمنی که نقد است و ثمنی که غیر نقد است. در نقد بگوئیم چون منفعتش منفعت وقف نیست متعلق حق بطن موجود نیست، اما اگر غیر نقد بود متعلق حق بطن موجود است و از این جهت بطن موجود مقدم می شود بر اصلاح وقف.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۲۲۸

## بررسی فرمایش حضرت امام ره

منتهی کل این فروضی که ذکر شد همه اش مبتنی بر این است که فرض اول درست نباشد. در حالی که به نظر می آید حق بطن اول واقعا یک حق فعلی است، حتی در جایی که بفروشند و ثمنش هم نقد باشد اینطور است، متعلق حق که هست. اگر نگوئیم که کل ثمن بحسب منفعة لهم و اصلا مال اینهاست، کما اینکه عده ای از فقهاء فرموده اند که وقتی وقف را می فروشند مال موقوف علیهم می شود. بلبه عده ای فرموده اند که مال موقوف علیهم نمی شود، موقوف علیهم باید بروند تبدیل کنند به یک وقف دیگری و از منافعتش استفاده کنند.

در هر حال عرض من این است که چه بگوئیم بروند وقفی را بخرند که از منافعتش استفاده کنند و چه بگوئیم کل ثمن منفعت است، متعلق حق بطن موجود است فعلا. حتی اگر نگوئیم می توانند از منفعتش استفاده کنند ولی متعلق حقشان هست به اینکه می توانند این پول را بدهند و یک وقف دیگر بگیرند. امام ره از این تعبیر می کند مع الواسطه. یکوقتی ما اینطوری می توانیم بگوئیم که بطن موجود له حق فعلی بالنسبة الى المنفعة إما مستقیما و إما مع الواسطة، بالاخره حق دارند. و با وجود این حق دیگر دلیلی بر اینکه به نسلهای بعدی می رسد و می توانند رعایتا لحقهم و تقدیما لحقهم حق موقوف علیهم فعلی را بردارند، انصافا خیلی مشکل می شود و وجهی ندارد.

## بیان مرحوم آقای خوئی ره

مرحوم آقای خوئی بیانی دارند که شاید بتوان گفت تفصیلی در مساله است. ایشان همین بیان را دارند و می فرمایند در جایی که برای تعمیر هزینه کمی لازم است این را باید انجام دهند. مثلا اگر سقف خانه آب می دهد و با قیمت کمی می توان آن را تعمیر کرد ایشان مقدارش را هم می گوید (بل إلى عشرة فلس مثلا)،<sup>۱</sup> در این صورت اینکه ما بگوئیم موقوف علیهم به این دست نزنند و فعلا استفاده کنند مثلا تشتی یا چیزی زیر آن بگذارند که امکان دارد دو سال دیگر سقف بریزد صحیح نیست. زیرا بعید نیست بگوئیم اینجور جهات مثل شرط است، درست است که ما به اغراض و اراده های واقف که در انشائش ظاهر نشود را معتبر نمی دانیم، ولی بعضی از شروط در واقع مثل شروط مبنی علیه العقد است، یا شروط ضمن عقد مضمّر است، یعنی گفتن نمی خواهد واضح است که اینطور هست.

۱ مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۰

انصافش این است که اینطور هست. یعنی کسی که وقف می کند و تأیید وقف هم در نظرش هست، حالا اگر بگوئیم در عمود زمان اگر خراب شد شرط باشد که حتماً بیایند درستش کنند، ولی این درست است که اگر دو سال بعد از وقفش یک گوشه اش ترکی برداشت که اگر با یک ثمن کمی حلش نکنیم سقف می ریزد، واضح است که عقل هم این را می گوید و عرف هم این را می گوید که واقف حتماً مقصودش این است، مقصودی که هر کسی وقف را ببیند می گوید عقدش بر اساس همین مقصود بوده است و مأخوذ در وقفش هست. بنابراین این مقدار را می شود تصحیح کرد. اما اینکه بیش از این بگوئیم کل منافع اینجا را صرف کنیم برای بطون آتی، این وجهی ندارد.

**سؤال:** در همین موارد هم چون یقین دارند موقوف علیهم بالفعل می روند به نفع خودشان درست می کنند اصلاً شرط ارتکازی نیست. به طور عادی موقوف علیهم می روند درست می کنند.

**جواب:** شاید درست نکنند. اگر درست نکنند واقعا واقف نمی خواهد این کار بشود؟ ولو آنها طبیعتاً خودشان انجام دهند. منافات با شرط ارتکازی ندارد.

## علت الزام بطن اول به اصلاح موقوفه توسط آنها

بحث مهم دیگری اینجا وجود دارد، که چرا ما بگوئیم بعد از خرابی صورت این عین باید تعمیر شود همین بطن اول موظف است این را اصلاحش کند؟

## بیان مرحوم آخوند و مرحوم نائینی

یک بیانی مرحوم آخوند و مرحوم نائینی دارند، انشاء الله در بحث بیع این را می آوریم، آنها می خواهند ادعا کنند که اصلاً وقف دو مرتبه ای است. ما وقتی یک عینی را وقف می کنیم، در واقع داریم تحبیس اصل می کنیم و تسبیل ثمره نسبت به شخص این عین، ولی همین حالا واقف مقصودش این است که اگر شخصش هم نبود مالیتش حفظ بشود و از بین نرود. یعنی این بزرگواران ادعا می کنند چنین ترتبی اصلاً در خود عقد وقف به نحو ارتکازی موجود است. این مطلب در بحث مسوغات بیع در مسائل آتی انشاء الله می آید که بحث می کنیم. چون حدود ۸ مورد مسوغات بیع هستند یکی از آنها این صورت است.

## بیان مرحوم اصفهانی ره

مرحوم اصفهانی هم یک بیانی شبیه به همین دارد، منتهی بیانش با مرحوم آخوند فرق می کند. امام ره این کلام را در اولین مسوغ برای بیع نقل می کنند، و می فرماید بعضی اهل التحقیق اینطور فرموده اند، چهار پنج اشکال هم به ایشان مطرح می کنند انصافا اشکالها هم قابل توجه است.

حرف مرحوم اصفهانی این است که وقتی کسی عینی را وقف می کند، اصلش را تحبیس می کند و منفعتش را تسبیل می کند و تسبیل منفعت اقتضاء می کند که دائره وقف را توسعه دهیم. چون تسبیل منفعت یعنی در منفعت شود، منفعت حاصل شود از آن و داده شود به موقوف علیهم. حال این منفعتی که باید داده شود اگر شخص همین وقف منفعتش از بین می رود اما مالیتش باقی باشد و مالیتش منفعت دارد به اینکه می توانند آن را جابجا کنند یا بفروشند یا اصلاحش کنند و امثال این، می گوید تعبیر تسبیل المنفعة اقتضاء می کند که دائره موقوف علیه را توسعه دهیم به مالیت. که اگر شخص این عین قابل استفاده نشد ولی مالیتش هست، مالیتش را حفظ کنیم ولو در ضمن یک عین دیگر.

از آن طرف ایشان می گوید تحبیس الاصل اقتضاء می کند تأبید را و تأبید اقتضاء می کند تضییق را. نه تضییق منفعت را، تضییق کار موقوف علیهم در استفاده را. یعنی بر موقوف علیهم تحبیس اصل شده، قبلا هم گفتیم که قصر ملکیت بر آنها می شود نه اینکه برای آنها «له» می شود، بلکه «علیه» آنها می شود. یعنی موقوف علیهم یک چیزهایی هم علیهمان هست از جمله اینکه نمی توانند نقل و انتقال کنند. تأبیدی که از تحبیس استفاده می شود این تضییق را نیز برای آنها می آورد که باید مراعات آن جهت تأبیدی را هم بکنند، کاری کنند که وقف باقی بماند. تسبیلش دائره وقف را توسعه می دهد، تأبیدش استفاده های موقوف علیهم را تضییق می کند.

بنابراین ایشان می گوید حالا آمدیم و این عین شخصی خراب شد، از آن طرف مالیت دارد، مالیتش اقتضاء می کند این حفظ شود و استفاده از مالیت برده شود. از آن طرف بر آقایان موقوف علیهم تضییق شده که کاری کنند که این مال موقوفه باقی بماند، تأبید باشد. پس یک اقتضائی از تحبیس می فهمیم و یک اقتضائی از تسبیل می فهمیم. ولذا این دو تا را که کنار هم می گذاریم نتیجه اش این می شود که از آن برای نگهداری این عین استفاده کنند و بر منافع آنها مقدم می شود ، چرا؟ بخاطر آن تضییق. لذا مقدم بر حق اینهاست که از تأبید و تحبیس فهمیدیم که دائره اش مضیق شده است.

بنابراین ایشان می گوید مجموع این دو تا ما را اصلا به این می رساند. و لذا اگر بیع هم لازم است که یک گوشه آن را بفروشیم و خرج کنیم، آن هم همینطور است.

**سؤال:** این تحبیس اصل روایت است یا اصطلاح است؟

**جواب:** روایت نبوی است. ما به دوستان گفتیم زحمتی بکشند فحصى کنند در کتب فقهاء، خیلی از فقهاء این را ذکر کرده اند. اگر به حدی باشد که به آن اتکاء کرده باشند، به نظر ما دیگر مشکلی ندارد.

**سؤال:** یک روایتی پیدا کردیم که می گوید حبس الاصل ابتغاء وجه الله. شبیه همین حبس الاصل و سبیل الثمره.

**جواب:** نه ابتغاء وجه الله فرق می کند. الان مرحوم اصفهانی از سبیل الثمره اش استفاده می کند. فرق می کند. آن روایت در کتب عامه نقل شده که پیامبر صلی الله علیه و آله در جواب اینطوری فرمودند که حبس الاصل و سبیل الثمره، و فقهاء خیلی به این تمسک کرده اند، منتهی یک فحص دقیقی می خواهد که از چه قرنی به این تمسک کرده اند و آیا واقعا اعتماد به این روایت کرده اند یا به صورت مؤیدات آورده اند، این دو فرق می کند. من واقعا برایم محرز نیست، یک مقداری موارد را دیدیم ولی واقعا برایم محرز نیست که فقهاء صرفا به این روایت اعتماد کرده باشند. از باب سیره گاهی تمسک می کنند، به روایاتی که در باب هست تمسک می کنند و امثال این.

## اشکالات حضرت امام ره به مرحوم اصفهانی و بررسی آنها

امام ره چند اشکال به مرحوم اصفهانی کرده اند. مرحوم اصفهانی در لابلای بحث همانطور که عرض کردم از غرض واقف استفاده کرد. گفت غرض واقف که می گوید تحبیس الاصل و تسبیل الثمرة، توسعه دایره وقف و منفعت است و تحبیسش که از آن تأبید استفاده می شود تضییق دائره استفاده موقوف علیهم هست.

اگر کسی به ایشان اشکال کند که مگر غرض واقف لازم الاتباع است؟ ایشان متفطن این مطلب هست لذا می فرماید بله اگر غرض عقدی شد، لازم الاتباع است.

امام ره که اینجا بنا دارد تکه تکه حرفهای مرحوم اصفهانی را نقد کند، یکی از اشکالات را معطوف به همین قسمت می کند می فرماید: علاوه بر اینکه تعبیر غرض عقدی یک تعبیر مناسبی نیست، واقعا شبیه جعل اصطلاح می ماند و تا حالا هم ما نشنیدیم غرض عقدی.

ولی مقصود مرحوم اصفهانی به نظرم روشن است. مقصود یعنی غرضی که در عقد متجلی شده باشد. و مرحوم اصفهانی خودش در مواضع متعدد تصریح می کند. در عقود، اغراض دخیل در عقد نیستند. من ممکن است این کتاب را به شما به صد تومان بفروشم، ولی گمان می کنم با این صد تومان شما خیلی کار می توانم برسم، اما ناگهان تورم شدیدی پیش آمد و نتوانستم آنچه را می خواهم خریداری کنم. نمی شود بگوئیم چون غرض من این بود که با این پول آن شیء را

خریداری کنم پس معامله باطل است. اغراضی که بایع و مشتری و مصالح و غیره در معاملات دارند اغراض مقید معامله نیست که اگر غرض حاصل نشد معامله باطل بشود. ولی اگر غرض متجلی شد در عقد یعنی به نحوی در عقد آورده شود که به نظر می رسد مقصود ایشان از غرض عقدی این است که در انشاء آورده شد. چون ایشان تمام تعلیلش این بود که از تسبیل، توسعه می فهمیم و از تحبیس تضییق می فهمیم. یعنی آن غرضی که مقصودش بوده را در عبارت هایش آورده است. یعنی وقتی می گوید «وقف» لبش این است که یعنی «حبست العین و سبلت المنفعة».

آنوقت امام ره مبنی بر آن اشکال، اشکال دیگری دارند و این اشکال را تسجیل می کنند. می فرمایند: اصلا در باب وقف ما یک امر مرکبی نداریم که واقف دو چیز انشاء کرده باشد، تحبیس اصل و تسبیل الثمرة، دو تا نیست. بلکه او می گوید وقف. این وقف تحلیل می شود به جهت تحبیس و تسبیل، نه اینکه دو انشاء مستقل دارد که بنابر آن بگوئیم دو لازمه دارد. چنین چیزی نیست. این جوابی است که ایشان داده است.

منتهی به نظر این جواب خیلی درست نیست. چون مرحوم اصفهانی مقصود و استقلالش مبتنی بر این نیست که تحبیس و تسبیل انشاءشان مستقل باشد. شما در بیع می گوئید بعثک هذا بذاک، ولی بعد از اینکه شما عند التحلیل حقیقت بیع را تملیک عین بعوض دیدید، از همین تملیک عین بعوض ده ها مطلب در می آورید. لذا می گوئید اگر بیعی کند که عوض نداشته باشد باطل است. چرا می گوئید بیع نیست؟ اینکه گفته بعثک هذا بذاک. می گوئید بیع نیست چون حقیقت بیع تملیک عین به عوض است. اگر شما گفتید که من این را به شما هبه می کنم در عوض هبه، شما به من چیزی بدهید. می گوئیم این بیع نیست، با اینکه عوض دارد ولی بیع نیست. با اینکه هبه تملیک است و تملیک مشروط به تملیک است و در قبال تملیک دیگر است ولی بیع نیست. چرا؟ چون در بیع ما مقابله مبیع با ثمن را انشاء می کنیم، نه مقابله تملیک با تملیک را. یعنی می خواهم بگویم تمام این نکاتی و احکامی که مرحوم شیخ انصاری اعلی الله مقامه و فقهاء قبل از ایشان و فقهاء بعد از ایشان استفاده می کنند از تحلیل ماهیت بیع استخراج می کنند، که أنه تملیک عین بعوض است. در باب اجاره هم همینطور است، ما می گوئیم اجاره تملیک منافع به عوض است. بعد می گوئیم اگر آمد منافع خانه ای را تملیک کرد برای ده سال ولی خانه سر هشت سال خراب شد، می گوئیم بالنسبة اجاره باطل است. خب چرا می گوئیم باطل است؟ بخاطر اینکه می گوئیم تملیک منافع بود منفعت نداشت. لازم نیست در اجاره بگوید که ملکتمک منافع هذا الدار بهذا الثمن، در بیع هم آنطور بگوید. بیع حقیقتش این است و اجاره هم حقیقتش آن است. البته در اجاره تحلیلهای دیگر هست در بیع هم ممکن است باشد، من مثال می زنم. مثلا مرحوم سید در اجاره می فرماید تسلیط علی العین لیتنفع به نه تملیک المنافع. الان بحث صغروی نداریم، می گوییم آنهایی که تحلیل می کنند اثرهایی از این می بینند.



بنابراین در بحث وقف، مرحوم اصفهانی لازم نیست مرتکب این ادعا شود که ما دو تا انشاء مستقل داریم تا امام ره بفرماید که وقف دو انشاء مستقل نیست.

**سؤال:** بالاخره گفته وقت نگفته عین را به شما دادم که عین مضیق باشد و منفعت رها باشد.

**جواب:** تضییق را از تحبیس و تأبید می فهمند. ما در دفاع از مرحوم اصفهانی می گوئیم این غرض یک جوری مذکور است. تحبیس در آن نهفته است که این عین باقی باشد. بنابراین غرضی نیست که لم یذكر فی العقد. غرض عقدی هم ظاهراً مقصودشان همین است.

امام ره میفرمایند: فيه مواقع للنظر،... منها: أنه على فرض تسليم كون الوقف من الماهيات المركبة، لا يلزم منه أن يكون كل جزء منه تحت الإنشاء، حتى يكون إنشاء الوقف إنشاء حبس مستقل، وإنشاء تسبيل مستقل، بل الواقف بحسب النوع لا ينشئ إلا الوقف على الذرية مثلاً، و هو ينحل إلى الحبس و التسبيل، لا أن الإنشاء تعلق بالحبس و التسبيل معاً، حتى يكون أحدهما بمنزلة العلة، و يوسع دائرة الوقف»<sup>۱</sup>.

بعد هم ایشان می فرماید: حتی اگر اینجوری انشاء کند که حبست و سببت منفعتها، می گوید اگر این صیغه در وقف هم درست باشد مفهومش همان وقت است. نه اینکه یک انشاء مستقل حبس است و یک انشاء مستقل تسبیل.

عرض ما این است که مگر مرحوم اصفهانی نیاز دارد به انشاء مستقل؟ انشاء می کند وقف را که عند التحلیل این دو در آن هست، و این دو هم بالاتزام یک توسعه و یک تضییق می آورند. مگر دائرمدار استقلال در انشاء است؟ من نفهمیدم از کجای فرمایش ایشان این استخراج شد.

نکته دیگری که می فرمایند که این هم بحث دقیقی است این است که می فرمایند: اگر ما تسلیم کنیم که در جای دیگر ما توسعه و ضیق داریم بالعلة، ولی در باب معاملات معقول نیست. ما در لا تشرب الخمر لانه مسکر ممکن است بگوئیم که معقول است که بخاطر ذکر علت توسعه بدهیم متعلق یا متعلق المتعلق را، که البته آنجا هم بالدقة توسعه نیست، اینطور نیست که لا تشرب الخمر مفادش شرب خمر باشد که منهی شده، بعد با لانه مسکر توسعه بدهیم خمر را به اعم. نه، از اول از مجموع این عبارت معلل می فهمیم که یعنی لا تشرب المسکر. این در باب تکالیف.

۱ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۸۸

در باب معاملات اصلا این حرفها نیست. مثلا فرض کنید یک کسی خانه اش را می فروشد می گوید لانی محتاج الی ثمنها. خب آیا شما از این می فهمید که هر چیزی را که محتاج بوده فروخته؟ این حرف معنا ندارد. یا فرض کنید یک کسی یک عینی را می فروشد می گوید لانی لا احتاج الیهها، آیا یعنی هر چیزی را که در خانه به آن احتیاج ندارد فروخته با همین عبارت؟ یعنی ذکر علت در باب معاملات حتما توسعه نمی دهد.

**سؤال:** در غرر همه می گویند، می گویند این معامله باطل است لانه غرر، هر جا هم غرر بیاید همین است.

**جواب:** لانه غرر را پیغمبر صلی الله علیه و اله فرموده است نه اینکه من بگویم. من که بیع می کنم که نمی گویم لانه غرر. پیامبر فرموده این بیع منفی است لانه غرر. الان بحث سر این است که کسی که انشاء می کند تعلیل آورده، من دارم مثلا کتابم را می فروشم می گویم من کتابم را میفروشم چون احتیاج به آن نداریم، آیا معنایش این است که هر چیزی که احتیاج ندارم فروختم؟ واضح است که این حرف نامربوط است. یعنی ذکر علت در باب معاملات موجب توسعه یا تضییق نمی شود.

منتهی مرحوم اصفهانی حواش هست، می گوید نه فقط ذکر علت است، بلکه در واقع غرض واقف است که در انشاءش متجلی شده است. یعنی مفاد عقد اوست. مثل اینکه شما تملیک خاص کنید<sup>۱</sup>. این هم جواب مرحوم اصفهانی است که در متن عقد یکجوری غرض واقف متجلی شده است. صرف این غرضی نیست که ما می خواهیم با علت توسعه اش دهیم. این هم یک مطلب است.

چند اشکال دیگر هم ایشان کرده است که انشاء الله جلسه بعد برخی از آنها را طرح می کنیم، که البته محل اصلی اش هم در بحثهای بعدی است که مسوغات بیع است. حالا اینجا چون مرحوم اصفهانی بیانی داشت که از آن می شد توسعه را استفاده کرد این را ذکر کردیم.

الحمد لله رب العالمین.

۱ ما می گفتیم که الفاظ فارسی را تنوین ندهید، تنوین مال زبان فارسی نیست، یک دفعه دیدم یک متنی از مرحوم آخوند است که ایشان فرموده من این مطلب را شفاها و کتبا و تلگرافا گفته ام.

## فهرست

خلاصه مطالب گذشته .....	۶۳۹
اختلاف در فهم ظهور حال واقف .....	۶۳۹
بیان محقق اصفهانی ره .....	۶۴۰
اشکال مرحوم امام به محقق اصفهانی .....	۶۴۰
بیان محقق خراسانی ره .....	۶۴۲
اشکالات حضرت امام به بیان محقق خراسانی .....	۶۴۲
جواب از دو اشکال مرحوم امام به محقق خراسانی .....	۶۴۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## خلاصه مطالب گذشته

بحث در مسئله ۷۰ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام ره بود که اگر وقفی خراب شد و نیاز به بازسازی داشت آیا وظیفه، لزوم بازسازی موقوفه مخروب است که در این صورت این بازسازی مقدم بر حق موقوف علیهم است یا می شود مقدم کرد، یا حق موقوف علیهم مقدم است؟ بحث ثبوتی به پایان رسید.

اما مساله به لحاظ بحث اثباتی قابل تأمل است. اگر کسی ادعا کند ظاهر حال واقف لولا قرائن خاصه این است که می خواهد این وقف باقی باشد. گوئی از اول اینطور وقف کرده که این عین بشخصه مورد انتفاع قرار گیرد و هنگامی که خراب شد اگر قابل تعمیر است تعمیر شود.

## اختلاف در فهم ظهور حال واقف

البته کیفیت این ظهور و فهم آن مختلف است. یکوقت مانند برخی ادعا می کنیم از اساس ظهور حال واقفین همین است که وقتی نسبت به این مال از خودش رفع ید می کند و آن را در اختیار اولاد نسلا بعد نسل قرار می دهد یا برای

علماء قرار می دهد، معلوم است که مقصودش این است که می خواهد این وقف باقی باشد. لب آن تأییدی که در وقف وجود دارد همین است. لذا اگر این عین موقوفه خراب شد ولی قابل تعمیر هست باید تعمیر شود. این خواست واقف است که در ظهور حال او تجلی پیدا کرده است. باید توجه نمود که ما دلیلی بر لزوم تبعیت صرف خواسته های واقف نداریم. می گوئیم این خواستی که ظهور حال اوست به صورتی که در کشف مراد و مُنشأ او در مقام انشاء دخیل است حجت است.

## بیان محقق اصفهانی ره

محقق اصفهانی نیز بیانی داشتند که در واقع می خواست همین را درست کند، منتهی فرق تقریب ایشان این بود که ایشان ادعای ظهور حال متکلم نمی کردند و می فرمودند اصلاً حقیقت وقف و تسبیل ثمره در آن بر همین دلالت می کند. یعنی چه ما قائل باشیم که تسبیل ثمره و منفعت بخشی از مُنشأ وقف است یعنی وقف مرکب است از حبس اصل و تسبیل ثمره، و چه قائل باشیم تسبیل ثمره بیرون از وقف است ولی لازمه وقف است، در هر حال مفاد وقف عبارت است از تسبیل ثمره. و تسبیل ثمره به بیانی که در جلسه قبل گذشت به نوعی بر توسعه در وقف دلالت دارد. چون تسبیل در منفعت یعنی در منفعت بشود للتالی. واقف عین را وقف و حبس می کند و منافعتش را تسبیل می کند برای اینکه بماند و ادامه پیدا کند و در منفعت شود. خود همین، نوعی توسعه در وقف ایجاد می کند. که اگر این عین هست و منافعتش در می شود فبها، اما اگر از این عین، در منفعت نمی شود چون مفاد وقف تسبیل منفعت است به این معنا است که اگر امکان دارد کاری کنیم که تسبیل منفعت شود. لذا باید آن را بازسازی کنیم و از منفعتش استفاده کنیم، و اگر نمی شود باید عینی مانند آن تهیه کنیم که جانشین این عین مخروبه در ثمره و منفعت شود. [البته در تعابیر جلسه گذشته در موردی به جای توسعه در وقف توسعه در موقوف علیهم آمده که صحیح نیست تعبیر محقق اصفهانی توسعه در وقف است، که می توان به توسعه در موقوفه نیز تعبیر نمود اما تعبیر توسعه در موقوف علیهم اشتباه است.]

## اشکال مرحوم امام به محقق اصفهانی

مرحوم امام ره به کلام ایشان چند اشکال کردند. اشکال اول اشکال در تعبیر ایشان است. چون مرحوم اصفهانی در میان عبارات از تعبیر «غرض عقدی» استفاده کردند و فرمودند اینکه واقف می خواهد این وقف باقی بماند جزء اغراض عقدی واقف است، مرحوم امام ره می فرمایند این تعبیر مناسب نیست. چون به این صورت که شما تصویر می کنید و وقف را مرکب می دانید، تسبیل منفعت که همان مالیت وقف است بخشی از مفاد وقف است پس چرا شما می گوئید

غرض عقدی؟ این تعبیر مناسب نیست. بعد می فرمایند علاوه بر اینکه این مطلب درست هم نیست. به دلیل اینکه شما در وقف یک کار انجام می دهید که وقف می کنید. وقف دو بخش ندارد و در آن دو انشاء ندارید یکی انشاء حبس عین و دیگری انشاء تسبیل منفعت، بلکه یک انشاء بیشتر نیست و این مطالبی که می فرمائید از آن استفاده نمی شود. همانطور که عرض کردیم محقق اصفهانی از حبس اصل، تضییق استفاده از این عین یا منفعت را می فهمند و از سبیل الثمره، توسعه وقف به منافع تا آنجایی که ممکن است را استفاده می کنند. مرحوم امام می فرمایند یک انشاء بیشتر نداریم، شما با این یک انشاء چه کاری انجام می دهید؟ اگر مقصودتان این است که هم تحبیس اصل می کنید و هم تسبیل منفعت، یعنی شخص این عین را تا زمانی که باقی هست و استفاده دارد استفاده کنید و گرنه تبدیل به بدل کنیم، اینهایی که شما می گوئید دو انشاء می خواهد، و با یک انشاء محقق نمی شود.

بعد ایشان اشکال دیگری بیان می کنند، که در حدود بیست صفحه قبلتر<sup>۱</sup> از این بحث این اشکال را به تفصیل بیشتری بیان کردند و در اینجا نیز ارجاع می دهند.<sup>۲</sup>

اشکال ایشان حاوی مطلب دقیقی است. ایشان در اول بحث بیع وقف در اقسام وقف و ضمن بیان قسم اول آن می فرمایند: وقتی شما می خواهید این عینی که وقف است را بفروشید، چندین محتمل در آن وجود دارد:

اینکه شما وقتی وقف می کنید شخص عین را وقف کرده باشید. یا بما له المالیه وقف کرده باشید به طوری که مالیت حیث تعلیلی باشد. یا بما له المالیه وقف کرده باشید که مالیت حیث تقییدی باشد، یا اینکه خود مالیت را وقف کرده باشید، یا مالیت این عین را به نحو تقیید وقف کرده باشید. پس در ارتباط بین شخص عین و مالیت قائمه به آن و مالیت مطلقه انحاء صور ممکن است.

ایشان بعد از بیان این احتمالات می گویند حقیقت این است که در عالم واقع این احتمالات هیچ ارزشی ندارند، آن چیزی که درست است این است که خود عین را وقف می کنند و مالیت اصلاً قابل وقف نیست. ایشان در واقع هم جواب می دهد به مرحوم آخوند و هم به مرحوم نائینی و هم به مرحوم اصفهانی. محشین و معلقین وقتی در پانوشت ارجاع می دهند مرحوم اصفهانی را هم داخل این بحث کرده اند. یعنی مرحوم امام ره به همه این بزرگان جواب می دهد که مالیت اصلاً قابل وقف نیست. زیرا مالیت اصلاً منفعت ندارد. منفعت مربوط به عین است. شاهد این مطلب این است که اصلاً

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۷۶

<sup>۲</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۹۱

مالیت بعد از حصول تمدن و زندگی های اجتماعی انتزاع یا اعتبار می شود. در حالیکه منافع قبل از این نیز وجود دارد. مثلاً اشیاء حتی قبل از اینکه اجتماعی هم محقق شود منفعت دارند. درخت منفعت دارد، ساختمان منفعت دارد و منافع اشیاء دائرمدار حصول اجتماع انسانی نیست. لذا می بینیم که مالیت یک امر متأخر است. اما منافع قائم به خود عین هستند و وقف به چیزی که دارای منافع است تعلق می گیرد. پس مالیت را ما نمی توانیم وقف کنیم چون دارای منافع نیست.

ایشان با این کلام هم به مرحوم آخوند پاسخ می دهند و هم به محقق نائینی و مرحوم اصفهانی رحمهم الله.

### بیان محقق خراسانی ره

نسبت به مرحوم آخوند چون قبلاً هم اشاره کردیم که مرحوم آخوند در کتاب البیع در حاشیه بر فرمایش مرحوم شیخ می فرمایند: واقف وقتی وقف می کند، عین را وقف می کند و در زمانی که این عین خراب شد یا دیگر قابل استفاده نیست وقف می کند بدل را علی نحو تعدد مطلوب. مرحوم نائینی نیز ترتب درست می کند بین وقف عین و آن مالیتی که در بدل مثلاً محقق می شود. مرحوم اصفهانی نیز توسعه در مالیت دادند، گفتند که مفهوم وقف به نحوی دلالت بر توسعه در وقف می کند که معنایش این است که اگر عین خراب شد مالیتش محفوظ بماند.

### اشکالات حضرت امام به بیان محقق خراسانی

امام ره فرمودند اصلاً مالیت قابل وقف کردن نیست. قبلاً به همه این بزرگواران این اشکال را بیان کردند که اصلاً ما یک عبارت بیشتر نداریم، شما در عبارت واحد می خواهید هم انشاء کنید وقف این عین را و هم وقف بدلس را در صورتی که عین نیست. درحالی که با یک عبارت نمی توانید بیش از یک کار انجام دهید لذا شما نمی توانید چنین کاری انجام دهید. یک اشکال دیگر این است که: مالیتی که در کلام این بزرگواران به عنوان امر بدیل آمده است که وقتی عین نیست آن مالیت را حفظ کنیم به این صورت که مالیتش را ولو در ضمن بدل وقف کنیم، می فرمایند مالیت قابل وقف نیست چون منفعت ندارد.

### جواب از دو اشکال مرحوم امام به محقق خراسانی

منتهی هر دو اشکال مرحوم امام قابل تأمل است:

اما اشکال اوله که فرمودند ما یک عبارت داریم و با آن نمی توانیم دو انشاء کنیم، به نظر می رسد درست نیست، به این دلیل که ما یک عبارت داریم ولی می توانیم دلالتهای التزامی متعدد داشته باشیم. به علاوه اینکه این یک عبارت شاید در بطن خودش ترکب داشته باشد. محقق اصفهانی فرمودند که وقف بنا به نظر برخی مرکب از حبس عین و تسبیل منفعت است. بعد فرمودند حتی اگر تسبیل را خارج از وقف بدانیم می شود یک لازم غیر مفارق. و اثر این لازم غیر مفارق نیز مانند همان است. مثل این است که جزء شیء باشد. مقصودم این است که کسانی که می گویند ما هر دو را انشاء می کنیم، منظورشان این است که ما وقتی وقف را انشاء می کنیم و می گوئیم «وقف هذا العين» لبا وقف این عین می کنیم ولی در ضمن آن وقف مالیت نیز هست از باب ترکب این وقف، یا از باب دلالت التزامی. دلالت التزامی هم خودش یک وادی گسترده ای است. کثیری از حرفهایی که ما می زنیم مدلولهایش التزامی است. بنابراین هیچ اشکالی ندارد که به مدلول التزامی هم انشاء کنند. دو تا انشاء کنند با دو تا مدلول این هیچ اشکال ثبوتی ندارد.

و احتمال زیاد هم همین را می خواهند بگویند. ما در جلسه گذشته احتمالش را عرض کردیم با مراجعه مجدد دیدیم قطعا فرمایش محقق اصفهانی همین است. ایشان تصریح می کند که این توسعه در وقف یا از باب مدلول مطابقی است و یا مدلول التزامی. پس در انشاء وقف اگر وقف مرکب باشد این توسعه به مالیتی که بعد از خراب آن حاصل می گردد می شود مدلول مطابقی آن، و اگر مرکب نباشد می شود مدلول التزامی آن. چه این توسعه در ضمن خود این عین باشد مثل عرصه ای که باقی می ماند یا در ضمن بدل دیگر، به نظر می آید دلیل لزوم این وقف همان «وقف» ای است که اول واقف می گوید. یعنی یک جوری می خواهند اراده خود واقف را متوجه این معنا کنند.

**سؤال:** مدلول التزامی در کنایه می آید، در صیغه کنایه را قبول ندارند.

**جواب:** کنایه یک قسم خاصی از مدلول التزامی است، همه جا اینطور نیست. اگر می گوئید اصلا مدلول التزامی را قبول ندارند، می گوئیم مگر می شود مدلول التزامی را قبول نکنند؟ اکثر عبارتها مدلول التزامی دارند. انکار مدلول التزامی که نمی کنند. مگر اینجا بگویند مدلول التزامی ندارد، که این حرف دیگری است. می شود دعوای صغروی که بر اساس آن مرحوم آخوند یا دیگران می توانند بفرماید مدلول التزامی اینجا هست و ایشان بگویند نیست. ولی نمی توانند بگویند که با یک عبارت بخواهیم دو تا انشاء کنیم نمی شود.

پس اشکال این است که نتیجه فرمایش این بزرگان این نیست که می خواهیم با یک عبارت دو تا انشاء کنیم. اگر دلالت را به صورت صحیح تصویر کنیم معلوم می شود با دو دلالت و دو معنا دو انشاء می کنیم. ما در موارد کنایه وقتی می گوئیم «زید کثیر الرماد» ممکن است مفاد مطابقی این کلام نیز واقعا منظورمان باشد، اتفاقا زید هم آدم جوادی است و

هم واقعا خاکستر کنار خانه اش زیاد است. لذا می گویم زید کثیر الرماد است. در بسیاری از موارد می توان اراده هر دو مدلول مطابقی و مدلول التزامی را تصویر نمود.

بنابراین این اشکال منتفی است.

اشکال بی منفعت بودن مال نیز قابل تأمل است. یک وقت می خواهیم مالیت جدای از عین را وقف کنیم، شاید این اشکال وارد باشد. اما اگر بگوئیم عین بما هو مال وقف است، چه اشکالی دارد؟ اتفاقا خیلی وقتها منافع شاید دائر مدار همین باشد. به تعبیر دیگر مالیت اشیاء همانطور که در زایش ارزش برای اشیاء دخیل هستند، مثلا اگر کسی ساختمان خیلی مجللی را وسط یک بیابان بسازد، به لحاظ ارزش بسیار متفاوت است با اینکه این ساختمان را در جای خوب شهر بسازد. در اینجا فیزیک ساختمان که فرق نمی کند، ماده و هیئتش که فرق نمی کند، فرقی به ارزش و مالیت آن است. مالیت، آن جهت ارزشی است که قائم به شیء است. پس مالیت واقعا ارزش شیء را تغییر می دهد بلکه عین خود ارزش شیء است یا آن را تغییر می دهد.

مقصود این است که اگر کسی اینطور بگوید که ما در اوقاف نمی آییم فقط یک جسم را از حیث جهت فیزیکی اش فقط وقف کنیم. بلکه این اجسام را بما له من المالیه وقف می کنیم، لذا سخن گزافی نگفته است. ما عین را بما له من المالیه وقف می کنیم. پس اگر این عین صورتش عوض شد، واقف مایل است این مالیت باقی بماند و این میل و این خواست او در خود وقف متجلی است.

**سؤال:** بخاطر منفعت است.

**جواب:** بله، چون عین که از بین رفتنی نیست هیئتش از بین می رود. در واقع این عینی که صورتش تغییر پیدا کرده، بما له من المالیه هنوز مورد وقف است و می خواهد این مالیت در ضمن همین عین محفوظ بماند. حال اگر به هر دلیلی نشد آن را حفظ کنند باید تا جایی که می شود بازسازی کنند چون واقف می خواهد این عین بما له من المالیه باقی بماند و اگر قابل بازسازی نیست، آن را در مثلش حفظ کند.

محقق اصفهانی در اینجا بیانی دارند، می فرمایند ما وقتی مثل یا بدل یک شیء را جانشین آن می کنیم، عرف این بدل را واقعا حافظ مالیت شیء سابق می داند، گرچه به دید دقی مالیت اشیاء، قائم به شخص آن اشیاء است. مالیت این شیء و مالیت آن شیء فرق می کند. و مالیت هر شیئی به خودش قائم است. ما نمی توانیم بگوئیم مالیت این شیء در آن شیء حقیقتا محفوظ شده است. اما بعید نیست عرف در مواردی بگوید که آن شیء مالیت این را حفظ کرده است. این



تسامح عرفی است. و همین برای صدق حفظ مالیت کافی است و کار واقف را عاقلانه می کند. و الا واقف نمی تواند مالیت شیء دیگر را وقف کند.

این مطلب نکته مهمی است که خود محقق اصفهانی به آن قائل است. و عجیب است که در اینجا وقتی مرحوم امام اشکال می کند که مالیت شیء دیگر ربطی به این شیء ندارد و مالیتها خودشان حصصی دارند که قائم به اعیان خاصه هستند، عده ای در آنجا اشکال را به کلام محقق اصفهانی نیز ارجاع داده اند؛ در حالی که خود مرحوم اصفهانی کاملاً متفطن به این نکته هست و در جواب مرحوم آخوند که می فرماید واقفین عین و مالیت بدل را وقف می کنند، محقق اصفهانی به مرحوم آخوند ره اشکال می کند که مالیت بدل که در ضمن بدل است، چه ربطی به واقف دارد؟ واقف اصلاً چه حقی نسبت به آن بدل دارد که بخواهد آن را وقف کند؟ مادام که این عین موجود است واقف نسبت به آن بدل مالکیتی ندارد که بخواهد وقف کند. وقتی شخصی منزلی را وقف می کند، ما که صحبت از بدل می کنیم می گوئیم هیئت این منزل از بین رفت و قابل بازسازی نیز نیست این را بفروشد و خانه دیگری جای آن بگیرند. آن خانه دیگر که بدل است آقای واقف که مالکش نبود که بخواهد آن را وقف کند. حالا ما داریم می فروشیم جابجا می کنیم، از اول که واقف مالک نبوده است. اینجا مرحوم اصفهانی می فرماید که جناب مرحوم آخوند! مالیت در ضمن این عین مال خود این عین است و مالیت در ضمن بدل مال خود بدل است و ربطی به هم ندارند که شما بخواهید آن را وقف کنید. بنابراین واقف نسبت به بدل، کاری ندارد، نسبت به خود عین صحبت می کند. مرحوم اصفهانی روی همین بیان می خواهد بحث را تکمیل کند. می گوید واقف عین را وقف می کند بما له من المالیه. لذا اگر مالیتش در ظرف این عین قابل حفظ نیست عقلاً می گویند مالیت بدل عرفاً حافظ مالیت همین عین است. با اینکه مالیتها دو تا است، ولی می گویند اگر شما تبدیل کردید و آن را جانشین این قرار دادید، حافظ مالیت این عین بما له من المالیه شده است.<sup>۱</sup>

بنابراین بعید نیست ما بگوئیم که واقف نمی آید از اول مالیت بدل را وقف کند، حق ندارد این کار را کند. این عین را بما له من المالیه وقف می کند. بقیه نیز باید حفظ این وقف کنند و حفظ این وقف به این است که آن مالیت بدل را جانشین مالیت مبدل قرار بدهیم. کلام ایشان این است، نه اینکه آن بدل را وقف می کنند.

بنابراین عرض ما این است که: می توانیم اینطور بگوئیم که واقفین اعیان را بما له من المالیه وقف می کنند و در صورت حصول خراب اگر قابل بازسازی است تا این مال دوباره صورتش حفظ شود این کار لازم است و تحت اراده واقف

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۱۱۵

است، زیرا این مطلب از خود توسعه ای که از سبل الثمره فهمیده می شود بدست می آید، و اگر عین به کلی از بین رفت و قابل انتفاع نیست به این هیئت قابل بازسازی نیز نیست می توانیم بگوئیم باید بدل مشابهی برای آن بگیرند که عرف آن را حافظ مالیتی می داند که در ضمن این شخص بود و بما له من المالیه وقف شده بود.

امام ره توجه دارند به این نکته که مالیت در حصص خاصه هر شیئی مختص به خود اوست و اینطور نیست که مالیت این شیئی با آن شیء یکی باشد، ایشان می فرماید اصلا مالیت مرسله حرف بی معنایی است. ما مالیت مرسله نداریم یک مالیتی که همه جا شیاع داشته باشد.

یادم هست در جلسه استفتائی عالم بزرگواری از این مالیت مرسله دفاع می کرد. ما آنجا به ایشان می گفتیم که حصص مالیت فرق می کند. گفت باز شما فلسفه را داخل کردی. معلوم شد که امام ره هم همین فلسفه را اینجا داخل کرده اند و می فرمایند که مالیت حصص مختلف دارد. به ذهنم می آید که مرحوم آقای خوئی قائل است به یک مالیتی که منحفظ در همه این اموال است. حالا این چطور تصویر می شود؟ ما می توانیم مال کلی در نظر بگیریم نه مال مرسله خارجی. بله می شود مال کلی داشته باشیم که اینها مصداقش باشد. اما مالیت مرسله خارجی نداریم. این مثل این می ماند که مثلا یک طبیعتی در خارج در میان همه کثرات خارجا سیلان داشته باشد. همچنین چیزی ما در خارج نداریم.

**سؤال:** فرد مردد نمی شود ولی فرد منتشر می شود.

**جواب:** ما در خارج فرد منتشر نداریم همانطور که فرد مردد نداریم، در خارج فقط کثرات است. و لذا طبیعت هم در خارج به نهج کثرت است، ما به نهج وحدت نداریم که طبیعت در خارج باشد.

**سؤال:** جثنی برجل مفید به وحدت است.

**جواب:** خب مفاد رَجُل چیست؟ نکره را باید ببینیم مفادش چیست.

**سؤال:** می گویند طبیعت است.

**جواب:** بله می گویند ولی نمی توانند آن را حل کنند.

**سؤال:** لا بشرط مقسمی هم می گویند ولی وحدت در آن نهفته است.

**جواب:** حالا خیلی فرق می کند، لا بشرط مقسمی که اصلا این حرفها نیست. لا بشرط مقسمی لا بشرط از اقسام مختلف لحاظ ماهیت است، لحاظ به شرط لائی و به شرط شیئی و لا بشرط قسمی، لا بشرط از اینها می شود لا بشرط

مقسمی. این ربطی به این بحث ما ندارد. اینکه حالا مفاد نکره چی هست خودش یک مشکله ای است، اما آن مشکله را نمی شود اینطوری حل کنیم. مفاد نکره اگر فرد مردد باشد، ما فرد مردد نداریم حقیقتاً، یعنی یک فردی که یا این باشد یا آن. مقصود از اینکه فرد مردد معقول نیست این است، که در خارج یک فرد داشته باشیم که این باشد یا آن. ما در خارج یا و یا نداریم، در خارج همه اشیاء متعین هستند. در ذهن هم یا و یا نداریم. بله ما یک وقتی علم به یک شیء متعینی داریم، جهل داریم به انطباقش به اشیاء مختلف. آنجا تردید در انطباق یک مفهوم بر خارج است. و الا نه در ذهن و نه در خارج ما فرد مردد نداریم. انشاء الله در بحث علم اجمالی این را به تفصیل بحث می کنیم که فرد مردد اینطوری به هیچ جور معقول نیست، برخلاف عده ای که ادعا می کنند ولی درست نیست.

**سؤال:** واقعا واقف بما له المالیه وقف نمی کند، شاید ترکیب باشد، یعنی بما له المالیه را لحاظ می کند بدون اینکه بداند، بما له المالیه بخاطر اینکه موقوف علیهم بتوانند انتفاع ببرند دارد این کار را انجام می دهد. و لذا ذهن امام ره که رفته است به سمت انتفاع، چون که واقعا واقف به دنبال این بوده است حال در ضمن خود این عین یا در ضمن بدل **جواب:** نه، انتفاع که حتما هست....

**سؤال:** پس نفرمایید وقف بما له المالیه را فقط واقف دارد وقف می کند.

**جواب:** نگویید فقط، انتفاع که بلا شبهه هست، منتهی انتفاع بر چه چیزی سوار می شود؟ بر شخص عین بما هو عین یا بر شخص عین بما له من المالیه؟ ظاهرش این است که بما له من المالیه است. **سؤال:** پس ترکیب است.

**جواب:** عیب ندارد، شما اگر ترکیب را قبول کنید فرمایش محقق اصفهانی درست می شود.

**سؤال:** عرض همین است که باید ترکیب بگوئیم تا فرمایش محقق اصفهانی درست شود.

**جواب:** بله. اما امام ره این را قبول ندارد. می فرماید این تقیید و این چیزها که همه اش غلط است، چون مالیت منفعت ندارد. ما می گوئیم مالیت مستقل ممکن است منفعت نداشته باشد، اما عین بما له من المالیه این منفعت دارد، و اصلاً عقلاء معمولاً منافع را برای همینها بار می کنند، چون مالیت ارزش زا است برای شیئی یا عین ارزش شیء است. لذا وقتی وقف می کند مقصودش فقط جسم این اشیاء نیست. ممکن است آن هم باشد، ولی این جسم را و این هیئت را و این هیکل را بما له من المالیه دارد وقف می کند، حالا بگوید یا نگوید، تصریح کردنش لزومی ندارد، مقصودش این است. آنوقت اگر این هیئت از بین رفت، می گوئیم در وقف مالیت مقصود است ولو در یک هیئت دیگری. آنوقت اینکه اگر

هیئت از بین رفت دوباره باید اعاده کنیم از کجا؟ بگوئیم از همین ظهور حال متکلم یا از مفاد وقفش، که مفاد وقف همین است که شما تسبیل منفعت این عین بما له من المالیه کنید. تسبیلش، این است که تا زمانی که امکان دارد از منفعت آن استفاده کنید نگهش دارید چه در ضمن عین و چه با بازسازی و چه در ضمن بدل.

این ادعایی است که مرحوم اصفهانی بیان کرده است.

من عرضم این است که اشکال امام ره به این صورت وارد نیست. حالا اگر اشکال دیگری مطرح است باید بررسی کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۰: تعمیر موقوفه برای بقاء و استنماء	۶۴۹
خلاصه و تطبیق مسئله ۷۰	۶۴۹
بررسی معنای کلمه تعمیر	۶۵۰
خلاصه ادله در مقام و بررسی آنها	۶۵۲
سیر بحث در مسائل آتی	۶۵۴
بررسی مسئله ۷۱	۶۵۴
بحث ملحقات	۶۵۶
اقسام وقف از حیث ملکیت و عدم آن	۶۵۷
بررسی بیع مسجد	۶۵۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۰: تعمیر موقوفه برای بقاء و استنماء

### خلاصه و تطبیق مسئله ۷۰

بحث در مسئله ۷۰ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام ره بود تقریبا مطالب این مسئله تحقیق شد. قبل از تطبیق مطالب بر متن نکته ای عرض کنم.

ماحصل نکته پایانی این شد که مرحوم محقق اصفهانی راهی را برای توسعه وقف به مالیت طی کردند. مرحوم امام به ایشان اشکال کردند که اصلا در باب اوقاف ما به مالیت کاری نداریم، آن چیزی که تحت وقف می رود اعیان و منافع آنهاست، و مالیت غیر از اینهاست. مالیت اصلا منفعت ندارد که بخواهیم آن را وقف کنیم.

جلسه گذشته عرض کردیم که می توان توجیهی برای فرمایش ایشان ارائه کرد بلکه می شود گفت منصوص کلام محقق اصفهانی همین بیان است که ما یک وقف داریم، خود این وقف تحلیل می شود به حبس عین و تسبیل منفعت، یا اینکه تسبیل منفعت خارج از این ذات است ولی لازمه آن است. در هر حال این تسبیل منفعت توسعه به مالیت می دهد. منتهی ما مکرر عرض کرده بودیم اینکه واقف در وقف خودش دقیقاً مقصودش این باشد که بگوید من عینی را بما له من المالیه یا منافع وقف می کنم و این معنایش توسعه ای باشد که عند الخراب باید بیائیم این را اصلاح و تعمیر کنیم با وجود اینکه منافع ملک موقوف علیهم است یا خود عین ملک موقوف علیهم است، این انصافاً خیلی روشن نیست. ما ممکن است در مواردی قرائنی داشته باشیم که واقف به لحاظ آن تأییدی که می کند مقصودش این باشد که این عین هر جور که شد تا جائی که ممکن است باقی باشد و حتی موقوف علیهم از حق خودشان بگذرند و این عین باقی بماند و حتی اگر از بین رفت دوباره از نو ساخته شود. ممکن است واقعا در مواردی این امور مقصود واقف باشد و آن را نیز به نحوی بیان کند، اما انصافش این است که همیشه نمی توان از وقف چنین استنباطی کرد. باز هم عرض می کنم قصود و اراده های واقف که ما به آن مراجعه می کنیم مقصود قصودی است که در انشاء وقف تجلی و ظهور پیدا کرده باشد، و الا دلیلی بر اتباع مطلق مقاصد واقف نداریم. مرحوم شیخ اعلی الله مقامه هم در اوائل بحث بیع وقف به این نکته تصریح می کند و دیگران هم فی الجمله متذکر این مطلب شده اند و کلام صحیحی هم هست که ما باید به قصود و اراده های واقف تا آنجایی که در انشائش ظهور پیدا کرده ملتزم باشیم نه بیشتر.

مسئله ۷۰ این بود که: إذا احتاجت الاملاک الموقوفة الی تعمیر و ترمیم...

## بررسی معنای کلمه تعمیر

بعضی ها از ناظرین به کلام امام ره در استفاده از لفظ تعمیر اشکال کرده اند آیت الله سبحانی حفظه الله در شرح همین مسئله فرموده که تعمیر لفظ غلطی است، و عمر به معنای عمر زیاد کردن است و از همین باب است استعمال معمر، در عربی برای ترمیم ساختمان از لفظ عمارت استفاده می کنند.<sup>۱</sup>

ولی اطلاق سخن ایشان درست نیست. در کتب قوم «عمر المنزل» به معنای اینکه حی باشد و اهل داشته باشد که در آن زندگی کنند هم آمده است، یا «عمر الثوب» را به معنای اینکه نسجش خوب باشد آمده است. تعمیر به نظر من از

<sup>۱</sup> أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية الغراء، صفحه: ۱۹۱

این گرفته شده است، و هیچ اشکالی هم ندارد. البته عرض می کنم حتی لغت هم تعمیر را مستقیم به معنای ساختمان و اصلاح نیاورده اند. عمر المنزل را گفته اند یعنی جعله أهلاً، أهل یعنی کسی در آن سکونت داشته باشد و أهل داشته باشد.<sup>۱</sup> تعمیر نیز کنایه از همین معنا است که جعل المنزل أهلاً یعنی ساختمان به صورتی باشد که کسی بتواند در آن زندگی کند. معنای عمر این است، غلط نیست.

**سؤال:** معنای عمارت هم که آقای سبحانی گفته اند ممکن است از همین باب باشد که به کنایه عمر او را طولانی می کند.

**جواب:** بحث بر روی واژه عماره نیست، اصلاً عماره به معنای تعمیر کردن است. در آیه شریفه "عمارة المسجد الحرام"<sup>۲</sup> هم به همین معنا آمده است فرمایش ایشان در این جهت صحیح است. ایشان می فرماید عمر به معنای معمر بودن است و استعمال تعمیر در مورد ما غلط است و این سخن درست نیست. اصلاً عمر را آورده اند برای همین معنا که جعل المكان أهلاً. أهلاً یعنی آن را محل زندگی قرار دادن. در ثوب دارد که عمر الثوب یعنی نسجش را خوب قرار داده است. این خیلی شبیه به معنای تعمیری است که گفته می شود. یعنی وقتی می گویند عمر المنزل یا بناء را، یعنی کاری کرده که قابل برای سکونت باشد، و این معنا کاملاً عرفی است و هیچ مشکلی ندارد.

در متن می فرمایند: «إذا احتاجت الاملاك الموقوفة الى تعمیر و ترميم و اصلاح لبقاتها و الاستئناء منها، فإن عین الواقف لها ما يصرف فيها فهو» روشن است که اگر خود واقف برای اصلاح و تعمیر چیزی قرار داده از همان باید بگیرند، و طبیعتاً اگر مالی را بیرون از نمائات عین موقوفه تعیین کرد که ظاهر عبارت «عین الواقف لها ما يصرف فيها» نیز همین است واجب است همین کار را انجام دهند به این معنا که دیگر نمی توانند از حقوق موقوف علیهم بردارند، منافع متعلق حق موقوف علیهم است لذا نباید از نمائات وقف برای تعمیر استفاده کنند. لذا بحث درجائی است که واقف چیزی تعیین نکرده باشد.

«و الا يصرف فيها من نمائها على الاحوط مقدماً على حق الموقوف عليهم.» در جلسات گذشته عرض کردیم که این فتوی علی الظاهر مشکل است، علی الاحوطش هم درست نیست چون فقط از یک حیث مراعات جانب احتیاط شده است یعنی از این حیث که اگر تعمیر را مقدم نکنند مخالفت کرده باشند با این نظر که مقدماً باید بیاید. در حالی که

<sup>۱</sup> القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، ص: ۲۶۱

<sup>۲</sup> أَجْعَلْتُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَ عِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ جَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَوُونَ عِنْدَ اللَّهِ وَ اللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿١٩﴾ سورة التوبة

از جهات دیگر مخالفت با احتیاط شده است چون تقدم حق موقوف عليهم نیز محتمل است، شما در تقدیم تعمیر دارید خلاف حق موقوف عليهم حکم می کنید لذا از این جهت احوط نیست.

## خلاصه ادله در مقام و بررسی آنها

نسبت به حکم به تقدیم سه منشأ محتمل است: اقوال فقهاء، وجود نص و یا اینکه از باب خود محتوای وقف یا قصود واقف باشد.

نسبت به اقوال فقهاء و نص ما چنین دلیلی نداریم که بعد از خراب وقف بر اساس آن حکم به لزوم تعمیر وقف مقدما بر حقوق موقوف عليهم کنیم.

اما نسبت به خود وقف، مطلب مطابق همین بحثهایی است که مطرح شد. اگر حقیقت وقف را حبس عین و تسبیل منفعت بگیریم و از تسبیلش توسعه بفهمیم می توانیم چنین حکمی کنیم اما علی الظاهر نمی توان توسعه ای فهمید که بگوید عند الخراب باید وقف را تعمیر یا بازسازی کنیم. لذا ما نمی توانیم چنین چیزی را از مفهوم وقف استفاده کنیم.

نسبت به قصود واقف آن مقداری از قصود که در انشاء او متجلی شده است می توانیم به آن عمل کنیم، ولی نسبت به آنهایی که با انشاء حاصل نشده است نمی توانیم. در انشاء واقف فی حد ذاتها چیزی که کاشف از این باشد که تعمیر و بازسازی وقف مقدم بر حق موقوف عليهم باشد واقعا وجود ندارد. بله در مواردی ممکن است قرینه باشد. کما اینکه در مواردی ممکن است درست قرینه بر خلافش باشد. مانند اینکه واقف بگوید من این عین را برای این منافع وقف کردم، ولی اگر خراب شد اشکالی ندارد آن را در منفعت دیگر استفاده کنید. بستانی است تا وقتی آب هست و خارج از شهر است از میوه آن استفاده کنید اما اگر آب از بین رفت و خشک شد و اگر تبدیل به پاساژ کنید منافع بیشتری دارد می توانید تبدیل به پاساژش کنید، ممکن است واقف حرفی نداشته باشد. وقف کرده برای اولادش، در واقع مقصودش این است که در هر چه برای آنها اصلح و انفع است استفاده شود. باغی در وسط شهر قم هست آب کشاورزی ندارد لذا اندکی محصول بی کیفیت دارد بهتر است آن را پاساژ کنند تا برای این اولادش منفعت داشته باشد. می گوید این کار را انجام دهید.

مقصود این است که در موارد زیادی ممکن است قرینه درست خلاف این باشد. اینکه به اطلاق در اینجا فرموده اند و الا یصرف فیها من نمائها علی الاحوط مقدما علی حق الموقوف عليهم، این علی الاحوط به نظر ما درست نیست، این اصلا احوطش احوط حقیقی نیست چون با یک احوط دیگر معارض است که آن رعایت حق موقوف عليهم است. از احوط هم که صرف نظر کنیم این اطلاق مشکل است. و تنها در مواردی درست است.



بعد فرموده اند: و الاحوط لهم الرضا بذلك. مقصود این است که احوط برای کسانی که دارند تعمیر می کنند، چه موقوف علیهم باشند و چه حاکم یا متولی و ناظر، این است که رضایت موقوف علیهم را اخذ کنند. الاحوط لهم الرضا بذلك خیلی ضمیرهایش روشن نیست. باید اینطور باشد. همینطور هم قاعدتا معنا می کنند. احوط لهم یعنی احوط برای کسانی که می خواهند تعمیر کنند این است که رضایت موقوف علیهم را تحصیل کنند. وجهش هم روشن است.

**سؤال:** عبارت قبلش که تعمیرکنندگان ندارد.

**جواب:** باید تقدیر گرفت تا معنی پیدا کند

**سؤال:** موقوف علیهم چه اشکال دارد؟

**جواب:** احوط برای موقوف علیهم؟ ممکن است آن کسی که تعمیر می کند موقوف علیهم نباشد مثلاً متولی باشد.

**سؤال:** هر کسی می خواهد باشد ولی موقوف علیهم باید راضی باشد ربطی به متولی ندارد.

**جواب:** اینکه واضح است، موقوف علیهم باید راضی باشند اینکه بحثی نیست، اما احوط برای کیست؟ آن کسی که دارد تعمیر می کند احوط برای او این است که بدون اجازه آنهایی که ذی حق هستند تصرف نکند. چون تصرف خلاف حقوق موقوف علیهم است.

**سؤال:** ولو اینکه تعمیرکار بعض موقوف علیهم باشد.

**جواب:** ولو بعضی باشند باید از بقیه اجازه بگیرند. هر کسی که تعمیر می کند دارد در مال وقف تصرف می کند. چون این مال موقوفه محل حق موقوف علیهم هست احتیاط در این است که برای این کار از آنها اجازه بگیرد. وجه احتیاط و عدم فتوی این است که اگر بگوئیم واقعا موقوف علیهم حقی ندارند و به حسب عالم ثبوت تعمیر مقدم بر حق آنها است دیگر اجازه آنها لازم نیست لذا احتیاط برای همین است که اگر فی الواقع موقوف علیهم حقی داشته باشند رعایت شده باشد.

**ولو توقف بقائها علی بیع بعضها جاز»<sup>۱</sup>** اگر این تعمیر و اصلاح و ترمیم متوقف بر فروش بخشی از این بناء باشد این کار جایز است. این در واقع یکی از صغریات مسائل آتی است، که مسوغات بیع وقف کجاست؟ یکی از آنها همین است که عند الخراب می شود مال موقوفه را فروخت علی تفصیل که یأتی انشاءالله. این یکی از مصادیق آن مساله است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۸

## سیر بحث در مسائل آتی

مسئله ۷۱ راجع به فروش اموال موقوفه است. و مسئله ۷۲ راجع به اجاره و تصرفات غاصبانه و امثال آن است. در خصوص اوقاف عامه ای که مثل مساجد و مشاهد باشد، چون قبلاً عرض کردیم که ما مسجد و مشاهد را جدا می کنیم، برخی مدارس و قناطر و غیره را هم ملحق به اوقاف عام می دانند که وقف به صورتی است که عموم استفاده کنند، ادعایشان این است که در این موارد نیز فک ملک صورت گرفته است نه تملیک به مسلمین. اما در اوقاف خاصه، مثل وقف بر اولاد، یا دیگر اوقاف عامه مثل وقف بر عناوینی مانند عالم و فقیه و فقیر اینها قسم دیگری است، که در این موارد می گویند فک ملک نیست بلکه تملیک است.

بحث فعلی در مسئله ۷۱ درباره مساجد و مشاهد و بالتبع آن اوقافی است که در آنها گفته می شود فک ملک است. آیا در این موارد بیع جائز است؟ در مسئله ۷۲ بحث اجاره و غصب و امثال اینها می آید که نسبت به منافع است. در مسئله ۷۳ بحث بیع اوقاف خاص می آید.

بنابراین از این مسئله بحث بیع اوقاف که بحث مهمی است شروع می شود. البته به حسب سیر بحثهای فعلی عمده بحثها باید در مباحث کتاب البیع بیاید. ولی چون جهت بیع وقف است در بحث وقف هم این مباحث را مطرح کرده اند.

## بررسی مسئله ۷۱

مسألة ۷۱ الأوقاف على الجهات العامة التي مَرَّ أنها لا يملكها أحد كالمساجد و المشاهد و المدارس و المقابر و القناطر و نحوها لا يجوز بيعها بلا إشكال في مثل الأولين. در مثل مسجد و مشهد می گویند هیچ خلافتی وجود ندارد که حق فروش نداریم. و على الأحوط في غيره، یعنی در مثل مدارس و مقابر و قناطر و نحوها، در اینها هم على الاحوط بیعش جائز نیست و إن آل إلى ما آل، هر چه پدید آید و اینها به هر صورتی در آیند قابل فروش نیستند. برخلاف اوقاف دیگر که اگر خرابش به یک حدی برسد که به هیچ وجه قابل استفاده نباشد و یا مسوغات دیگر بر آن عارض شود قابل فروشند. حتی عند خرابها و اندراسها بحيث لا يرجی الانتفاع بها في الجهة المقصودة أصلاً، مسجد خراب می شود یا مندرس می شود یا اصلاً نمازگزار ندارد، شما نمی توانید آن را بفروشید، حتی نمی توانید بگوئید در جای دیگر مسجد دیگری بنا می کنم. چون اثر این فروش چیست؟ اگر غرض این است که این وقف از مسجدیت بیرون رود چنین چیزی محقق نمی شود. در مشاهد هم همینطور.

سؤال: شما لا يرجی فرمودید، اینجا (نرم افزار نور) لا یجری دارد.

**جواب:** نه، لا یجری که معنی ندارد می گوید حتی اگر لا یرجی الانتفاع هم باشد شما حق ندارید بفروشید. چون در فروعی مانند وقف خاص می آید که اگر یرجی انتفاعها حق فروش ندارند. اما اگر لا یرجی الانتفاع بها شد حق فروش پیدا می کنند. این همان یرجی درست است، یجری معنا ندارد.

یعنی اگر هیچ امیدی به انتفاع در جهت مقصوده هم نباشد ما مسجد و مشهد را نمی توانیم بفروشیم. بل تبقی علی حالها، همینطور می ماند.

هذا بالنسبة إلى أعيانها، و أما ما يتعلق بها من الآلات و الفرش و ثياب الضرائح و أشباه ذلك فمادام يمكن الانتفاع بها باقية على حالها لا يجوز بيعها. راجع به اعیان که نظر ایشان روشن است، البته راجع به مشهد و مسجد می گویند بلا خلاف و واضح است، ولی در مدارس و مقابر و قناطر حکم مساله علی الاحوط است. مثلاً پلی کلاً از بین رفته و قابل استفاده نیست، فرض کنید کسی حاضر است این مکان را بخرد برای یک کاری مانند اینکه این پل قدیمی کنار خانه اش افتاده، می خواهد از این استفاده کند داخل منزلش کند، می گوید من این را می خرم، آیا حق فروش داریم یا نداریم؟ در اوقاف خاصه حتماً حق فروش داریم. اما در اینجا می فرمایند احوط این است که این هم نمی شود. وجه نشدنش بعداً مفصل می آید که یا از باب تعبد خاص است و یا از باب اینکه مالک ندارد که بخواهد آن را بفروشد.

اما در مورد اشیائی که به اینها ملحق هستند مثل فرش مسجد، یا چوبی که در سقفش بکار رفته و امثال این اگر بتوان به همین صورتی که هستند از آنها انتفاع برد اصلاً حق فروش نیست. و إن أمكن الانتفاع بها في المحل الذي أعدت له بغير ذلك الانتفاع الذي أعدت له بقیة علی حالها أيضاً، در همین محلی که الان هست بتوان انتفاع دیگری از آن برد، مثلاً فرش برای زیر پا است اما هیچ نیازی به آن نیست، فرشهای دیگری آمده، ولی از این فرش می توانند برای پرده استفاده کنند که هوای سرد داخل مسجد نشود یا گرما داخل مسجد نشود، می گویند خب برای همین استفاده کنید. یعنی اگر استفاده دیگری از این اعیان می شود که برای مسجد هست باید آن را در همین جهت استفاده کنند. فالفرش المتعلقة بمسجد أو مشهد إذا أمكن الافتراض بها في ذلك المحل بقیة علی حالها فيه. و لو فرض استغناء عن الافتراض بالمرة، لكن يُحتاج إلى ستر يقي أهله من الحرّ أو البرد مثلاً تجعل ستراً لذلك المحل.

اما فرضی که هیچ استفاده ای برای مکان اول نداشته باشد «و لو فرض استغناء المحل عنها بالمرة بحيث لا يترتب علی إمساكها و إبقائها فيه إلا الضیاع و الضرر و التلف اگر فرش در اینجا هیچ استفاده ندارد نه برای زیر پا مناسب است و نه استفاده دیگری دارد این را تجعل في محل آخر مماثل له، بأن تجعل ما للمسجد لمسجد آخر، و ما للمشهد لمشهد

آخر، فان لم يكن المماثل أو استغنى عنها بالمرة جعلت في المصالح العامة. هذا إذا أمكن الانتفاع بها باقية على حالها، و أما لو فرض أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا ببيعها و كانت بحيث لو بقيت على حالها ضاعت و تلفت بيعت و صرف ثمنها في ذلك المحل ان احتاج اليه، و الا ففي المماثل ثم المصالح حسب ما مر<sup>۱</sup>.

اینجا ما بحثمان فعلا در مسجد و مشهد است، بعد باید توسعه بدهیم ببینیم بحث آیا در مطلق قناطر و مدارس نیز حکم همین است یا نه.

## بحث ملحقات

بحث مهمی بعدی راجع به ملحقات است، که این ملحقات آیا مثل خود مسجد هستند، تا اینجا معلوم شد مثل خود مسجد نیستند. اما آیا رعایت این مراتبی که گفته شد در اینجا نیز لازم است؟ آیا اشیائی که برای مسجد است یک جور است؟ مثلاً مرحوم شیخ اعلی الله مقامه می فرماید که اینجا یک جور نیستند. و درست هم می فرماید.

ما یک وقتی مسجد می سازیم و فرش را هم وقف این مسجد می کنیم. و یکوقت دیگر اینطور است که ما از منافع فرش می خریم و تملیک مسجد می کنیم نه اینکه وقف مسجد کنیم. مثلاً متولی از اهالی محل و نماز گزاران پول جمع می کند و یک فرش برای مسجد می خرد، این فرش را وقف مسجد نمی کند تملیک مسجد می کند. البته بنابراینکه تملیک به مسجد معنا داشته باشد. انشاء الله اگر فرصت شد این مطلب را بحث می کنیم، قبلاً هم به این اشاره کردیم، به نظر ما کاملاً این معقول است و تملیک به مسجد عقلائی است، مثل ملکیت شخصیت حقوقی و به نظر ما این نظر صحیح است و خیلی ها هم قائلند که مسجد مالک این اشیاء می شود.

اگر فرض این دومی باشد دیگر نیازی به این مراحل نیست. ملک مسجد است متولی هرآنچه که مصلحت مسجد باشد با آن رفتار می کند، اختیاراً هم می تواند بفروشد. قبل از خراب این آلات مسجد هم می تواند بفروشد. فرش نو را هم می تواند بفروشد، مثلاً مشتری خوب برای آن پیدا می شود فرش را می فروشد با پولش دو تا فرش می خرد یا کار دیگر برای مسجد می کند. اینها همه اش ممکن است، منتهی به شرط اینکه وقف برای مسجد نباشد.

وقف مسجد هم که باشد، از سنخ خود مسجد و مشهد نیست، بلکه قسم دیگری از وقف است مثل اوقاف خاصه که در آنجا تصرفات، ملاحظات خاص خودش را دارد و غیر از خود مسجد و مشهد است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۸/۷۹

ما قبل از ورود به این بحثها، خوب است چند نکته را روشن کنیم بعد وارد این بحث شویم:

## اقسام وقف از حیث ملکیت و عدم آن

نکته اول این است که ما در باب وقف تا به حال مکرر بحث کردیم و مرحوم شیخ هم در اول بحث بیع این نکته را می آورد که اوقاف من حیث الملكية دو قسم هستند: یک قسمشان فک ملک هستند و یک قسمشان تملیک هستند. البته همه اینها به لحاظ اقوال فقهاء اختلافی بود. حالا در خصوص مسجد یا مشاهد شاید اختلافی نباشد اما در بقیه اش اختلافی بود. فعلا قبل از اینکه بخواهیم تعیین مصداق کنیم ثبوتا اینطوری است، یکوقتی وقف، فک ملک است، یعنی واقف از خودش فک می کند اما تملیکی در آن رخ نمی دهد. اگر هم کسی بگوید ما مال بلا ملک نداریم، می گوئیم چرا، چه اشکالی دارد؟ مال هست اما ملک کسی نیست. بعضی ها اینها را ملک خداوند می دانند، اما ما چون نمی توانیم ملک اعتباری را برای خداوند متعال تصویر کنیم ودلیلی هم نداریم که واقف وقتی از خودش فک می کند حتما ملک خداوند بشود لذا این عین می شود ملکی که مالک ندارد. پس یک قسم این است، صرفا فک ملک است. مثل تحریر عبد. چطور در تحریر عبد فک صرف است، در آنجا نمی گوئیم که این عبد ملک خداوند می شود. اینجا هم همینطور، فک صرف است و در آن تملیک کسی نیست حتی خداوند.

قسم دوم تملیک است. مانند اوقاف خاصه، یا اوقاف عامه مثل عنوان فقیر یا عنوان عالم، که در اینها علی الظاهر تملیک صورت می گیرد. این مباحث در جای خود به تفصیل بحث شد و دیگر اعاده نمی کنیم. ما تملیک را قبول داریم. گرچه مرحوم سید صاحب عروه اعلی الله مقامه و حتی خود امام رضوان الله علیه ظاهرا تملیک را قبول نکردند و ایقاف را قبول کردند. مرحوم سید می فرماید وقف ایقاف است، مرحوم امام هم فرموده اند که ایقاف است. متهمی در جای خودش عرض کردیم که ما وقف را مجعول اصالی می دانیم که لعل مراد قائلین به ایقاف هم همین باشد، ولی هیچ منافاتی با این ندارد که این وقفی که مجعول اصالی است در یک جاهایی تملیک شود. شبیه اینکه ممکن است کسی بیع را اصالی بداند، در بعث هذا بذاک در واقع بیع یک حقیقت اصالی است ولی در عین حال در آن تملیک واقع می شود همچنین است در اجاره. بنابراین منافاتی ندارد که ما وقف را ایقاف بدانیم به معنای مجعول اصالی، ولی در یک قسم آن تملیک صورت بگیرد. که مفصل بحث کردیم و دیگر اعاده نمی کنیم، هم قرائنی وجود دارد و هم ظاهرا اجماع محقق است به اضافه بحث ضمان نسبت به موقوف علیهم نیز هست که گفتیم علی الظاهر نمی توان بدون تملیک ضمان را تصویر کرد، اگر کسی موقوفه را غصب کند یا اتلاف کند نسبت به موقوف علیهم ضامن می شود و ظاهرا این مستلزم با ملکیت موقوف

علیهم است، کما اینکه عده ای از فقهاء همین را فرموده اند. بنابراین به این قرائن تملیک صورت می گیرد و در قسم دوم وقف تملیک است. لذا هر کدام از اینها در بحث بیع حساب جداگانه ای پیدا می کند.

## بررسی بیع مسجد

در مورد مسجد بخصوصه که ما نمی توانیم مسجد را بفروشیم و همینطور در مشاهد شریفه ادعا شده که به لحاظ فتوی اختلافی وجود ندارد.<sup>۱</sup> اگرچه بعضی از فقهاء در فروضی قائل به جواز هستند.<sup>۲</sup> اما نکته ای که در مسجد وجود دارد این است که ما در مسجد یک جهت وقف داریم اگر وقف باشد، و یک جهت مسجدیت داریم. ما در بحثهای سابق عرض کردیم جهت مسجدیت غیر از جهت وقف است. خود مسجدیت باز یک مجعول است و این مجعول غیر از جهت وقفیت آن است. خداوند تبارک و تعالی به حسب روایات و دیگر ادله این جعل را قبول دارند که اگر فردی مکانی را مسجد قرار بدهد که این مسجد محل صلات هست اما نه صرفا به عنوان محل صلات. شما ممکن است جائی را وقف کنید برای محل صلات ولی مسجد نمی شود. لذا مسجد احکام و آثاری دارد چه احکام تکلیفی و چه احکام وضعی ولی باید قصد مسجدیت شود. به حسب نصوص با قصد این عنوان می توان زمین یا محلی را مسجد قرار داد.

حالا کسی که مسجد را می خواهد بفروشد می خواهد چکار کند؟ این مکان را از مسجدیت ازاله کند؟ آیا چنین چیزی امکان دارد؟ یعنی سوای عدم الخلافی که در عدم جواز بیعش گفته اند به این نکته هم باید توجه کنیم که در خصوص مسجد چکار می خواهیم انجام دهیم؟ این مسجد را بفروشیم طرف چکار کند با این مسجد؟ به عنوان مسکن استفاده کند

<sup>۱</sup> فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ۴، ص: ۵۴

<sup>۲</sup> هذا لو فرض في صورة الإطلاق و عدم الشرط، خرابه على وجه لا يمكن الصلاة فيه أبدا و لا يرجع عوده، أو عرض مانع من الصلاة فيه أبدا مع عدم خرابه، أمكن دعوى خروجه عن المسجدية أيضا، و لكن الأحوط إجراء أحكامه عليه، و كذا لو غصبه غاصب لا يمكن الانتزاع منه أبدا، بل يمكن أن يقال بجواز بيعه و إخراجه عن المسجدية، إذا غلب الكفار عليه و جعلوه خانا أو دارا أو دكانا، بل الأولى أن يباع إذا جعلوه محلا للكتافات أو جعلوه بيت خمر مثلا، صونا لحرمة بيت الله عن الانتهاك «و الحاصل» أنه لا دليل على أن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبدا. تكملة العروة الوثقى؛ ج ۱، ص: ۲۴۷

و من الغريب جدا ما ذكره الأستاذ «قده» من صحة جعل منفعة الأرض المستأجرة مائة سنة مثلا مسجدا و كذا جعل الأرض مسجدا إلى مدة ثم تزول المسجدية مع ان من القواعد المسلمة انه لا وقف إلا في ملك و انه لا يصح وقف المنافع و ان الوقف يقتضي التأيد هذا في الوقف و هو أهون من المسجدية التي هي تحرير مؤبد، و أغرب من ذلك تصريحه بجواز بيع المسجد في صورة خرابه أو عروض مانع من الصلاة فيه. تحرير المجلة، ج ۳، ص: ۹۰

و خروج از مسجدیت پیدا کند؟ شما که نمی توانید چنین کاری کنید. ما دلیلی نداریم. در وقف ما مال موقوفه را می فروشیم و برای مشتری از وقف بیرون می رود. اما در مسجد که نمی توانیم آن را از مسجدیت خارج کنیم.

بحث دیگر این است که آیا به صرف عروض مسوغات بیع و جواز بیع، وقف باطل می شود یا وقف به بیع باطل می شود؟ این یکی از بحثهایی است که خواهیم کرد.

اما قبل از آن عرض ما این است که در مسجد شما مسجد را می فروشید که با آن چکار کنید و چه اثری پیدا کند؟  
**سؤال:** از مسجدیت خارج می شود و آن جعل از بین می رود.

**جواب:** دلیلتان چیست؟ در وقف، مسوغ فروش وقف می گوید وقف باطل می شود، پس طرف در یک ملک طلق تصرف می کند، اما در مسجد کجا چنین چیزی داریم؟

**سؤال:** طبق مبنای شما به مشکل بر می خوریم، اما اگر مسجد را جعل مستقل ندانیم بلکه وقف بدانیم همان احکام را دارد.

**جواب:** ندانیم یعنی چه؟ مسجد آثار تکلیفی و غیره دارد، شما که نمی توانید این مکان را سلب از این اثر کنید؟ کجا است دلیلی که بگوید مسجد را از مسجدیت می توانیم بیرون ببریم؟ آخرش این است که شما می خواهید روایت علی بن ابی راشد و دیگران را در باب وقف مثال بزنید، درحالی که آن روایت مال وقف است که لا يجوز شراء الوقف بعد بگوئیم یک مسوغاتی برای آن آمده است و از آن استثناء شده است، اما در مسجد مسوغتان برای اینکه از مسجدیت هم خارج بشود کجاست؟ هیچ دلیلی نداریم.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت	۶۶۰
خلاصه مطالب گذشته	۶۶۰
اشتباه پیوند زدن بحث مسجدیت با وقفیت	۶۶۱
تهافت نظرات مرحوم صاحب عروه در بحث مسجد با بحث وقف	۶۶۲
عبارات مرحوم سید در باب وقف	۶۶۴
عبارت مرحوم سید در باب مسجد	۶۶۶
ادله عدم خروج از مسجدیت	۶۶۷
دلیل اول: تسالم	۶۶۷
دلیل دوم: عدم اطلاق در جعل مسجد	۶۶۷

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت

## خلاصه مطالب گذشته

بحث ما به مسئله ۷۱ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام ره رسید این مسئله راجع به فروش اوقاف عامی است که خصوصیتی دارد مانند اینکه به ملک کسی در نمی آید مانند مساجد و مشاهد. البته مرحوم شیخ و عده ای از فقهاء، مدارس و رباط و مشاهد را به مساجد ملحق کرده اند.<sup>۱</sup> فرع بعدی در این مسئله درباره فروش وسائل و آلات مسجد است که انجائی دارد. ما در جلسه گذشته متن مسئله ۷۱ را خواندیم.

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیث)، ج ۴، ص: ۶۰



بحث الان درباره بیع مسجد است. آیا اگر مسجد به نحوی خراب شد که لا یرجی عوده مانند اینکه مسجد در وسط بزرگراهی قرار گیرد و آن را تخریب کردند و جزو اتوبان کردند. یا این مسجد دیگر مصلی ندارد مانند اینکه در کنار مسیر عبور کاروانها از بیابان ساخته شده است که مسیر جدید بهتری درست کرده اند و دیگر این راه قدیمی مسیر عبور و مرور نباشد و به هیچ صورت رجائی به عود مسافر نیز نباشد که کسی در آن نماز بخواند، آیا می شود آن را فروخت یا نه؟

مرحوم امام ره می فرماید: لا یجوز بیعها بلا إشکال و إن آل الی ما آل، یعنی به خراب یا هر وضعیت دیگری بینجامد نمی شود مسجد را فروخت.

هر چند ممکن است در ابتدا کسی بگوید این مساله مشکلی ندارد و حل شده است چون همانطور که عرض کردیم ظاهراً خلافتی در این بحث نیست. مرحوم شیخ اعلی الله مقامه، صاحب جواهر، صاحب مفتاح الکرامه می فرمایند خلافتی در این مسئله نیست. مرحوم محقق خوئی ره در بحث بیعشان می فرمایند کسی در این مسئله بحثی ندارد چون در مقام فتوی قائل به جواز فروش نداریم.<sup>۱</sup> منتهی بعد از مطالبی که در جلسه گذشته بیان کردیم دوستان با فحوصی که انجام دادند عبارتی از مرحوم سید را پیدا کردند که ایشان می فرمایند مسجد هم ممکن است از مسجدیت بیرون برود لذا می شود مسجد را فروخت، بلکه در مواردی باید مسجد را فروخت. که به صورت مستقل به آن خواهیم پرداخت.

### اشتباه پیوند زدن بحث مسجدیت با وقفیت

وقتی کلمات قوم را در این بحث بررسی می کنیم مشاهده می شود که مسئله مقداری پیچیده می شود. یکی از آن پیچیدگی ها این است که بحث مسجد و وقف را با هم دمج کرده اند. بسیار از فقها در مقام استدلال بر عدم امکان فروش مسجد آن را به بحث وقف مرتبط ساخته فرموده اند وقف مسجد به صورتی است که قابل فروش نیست. لکن عرض کردیم که بحث مسجد و وقف دو بحث مستقل است، یعنی یک اعتبار مسجدیت داریم و یک اعتبار وقفیت، اینها با هم فرق می کند. محقق اصفهانی ره نیز در حاشیه مکاسب در بحث بیع وقف به این مطلب تصریح کرده اند.<sup>۲</sup> مرحوم شیخ در تقریرات وقفشان پذیرفته اند که بین حقیقت مسجدیت و وقف فرق است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۶

<sup>۲</sup> حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۱۰۵

<sup>۳</sup> کتاب التقاطات التقاط ۳۹ صفحه ۱۶۶

اما عده ای از فقهاء بحث مسجد و وقف را به نحوی به یکدیگر پیوند داده اند از جمله مرحوم عاملی صاحب مفتاح الکرامه ره. ایشان در بحث فروش آلات مسجد فرموده اند: «و الفاضل من حصر المسجد و آلاته یصرف فی مسجد آخر».<sup>۱</sup> این راجع به آلات است اما ایشان در فرع عدم جواز بیع مسجد چند استدلال برای عدم جواز بیع خود مسجد آورده اند: یکی اینکه «لا خلاف» دوم تمسک به استصحاب است. ایشان می فرماید اگر چیزی مسجد شد و خراب شد ما شک داریم از مسجدیت بیرون رفته، استصحاب می کنیم بقاء مسجدیت را، و در ادامه می فرماید بناء وقف بر تأیید است و ما نمی دانیم آیا می شود چنین وقفی را ولو عند الخراب تبدیل به چیز دیگری کرد یا نه.<sup>۲</sup> یعنی هم می خواهند از حقیقت وقف استفاده کنند، و هم از استصحاب مسجدیت، یعنی بحث مسجد و وقف را به نحوی به یکدیگر پیوند داده اند.

منتهی ما برای حل مسئله باید بحث وقف را از مسجدیت جدا کنیم. بحث ما خصوص مسجدیت بما هو مسجد است که آیا با خراب شدن یا با عدم وجود مصلی بالمره بحیث لا یرجی عوده و بازگشتش به حال اولش، از مسجدیت بیرون می رود یا نه؟

### تهافت نظرات مرحوم صاحب عروه در بحث مسجد با بحث وقف

نظر بعضی از فقهاء عجیب است. مرحوم سید در بحث وقف با صراحت می فرماید چه کسی گفته مسجد از مسجدیت بیرون نمی رود؟ مسجد هم می شود از مسجدیت بیرون رود. بعد هم می فرماید حتی بالاتر از این اصلاً می توانیم بگوئیم مسجد می تواند تنها برای مدتی مسجد باشد. ایشان می فرماید لولا الاجماع علی بطلان الوقف الی مدة می توانستیم بگوئیم مسجد برای یک مدت معینی مسجد باشد و بعد برگردد. از جمله می گوید چه اشکالی دارد مکانی را برای مدت صد سال اجاره کنند و آن را مسجد کنند، و بعد از صد سال که باید زمین اجاره ای به مالک برگردد، مسجد هم از مسجدیت خارج شود. پس به نظر ایشان لولا الاجماع که تأیید در وقف لازم است و نمی شود الی مدة وقف کرد مدت دار بودن مسجد اشکال ندارد.

این همان مرحوم سیدی است که در بحث تأیید و وقف الی مدة یک دفعه وسط بحث برگشت و فرمود اگر حق صریح را می خواهید اجماعی بر تأیید نداریم، حجیتی هم که دلالت بر تأیید کند در اینجا نیست و وقف الی مدة جائز است. ما این عبارتها را قبلاً در فرع وقف الی مدة خواندیم. اول ایشان فرمود لولا الاجماع، یعنی همین کلامی که اینجا می گوید.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۷۹۸

<sup>۲</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، ج ۲۱، ص: ۷۲۸

بعد در ادامه تصریح می کند می گوید لو اردت صریح الحق در مسئله را اصلا وقف الی مدة مانع ندارد، اجماع هم در اینجا محقق نیست یا حجیتی ندارد.<sup>۱</sup> اینجا هم می گوید لولا الاجماع، در حالی که شما اجماع را قبول ندارید. و اصلا چرا بحث مسجد را به وقف گره زدید؟! مسجد خودش داستان مستقلى دارد.

شب گذشته فحص مفصلی انجام دادم و از عجائب این است که بحث مسجد را در دو جا بحث می کنند یکی در بحث وقف و دیگری در احکام مساجد که معمولا در ذیل مکان مصلی بحث می کنند ولو بعضی مثل مرحوم علامه در قواعد ظاهرا این را ندارد، ولی دیگران بحث کرده اند. خود مرحوم سید در عروه ذیل مکان مصلی می فرماید فی بعض احکام المسجد. در آنجا احکام مسجد را بیان می کند اولین فرع راجع به حرمت تزیین مسجد است و فرع دوم این است که مسجد به هیچ وجه قابل فروش نیست چون مسجد هیچوقت از مسجدیت بیرون نمی رود.

مرحوم سید در عروه در ذیل احکام مسجد تصریح می کند که هیچگاه مسجد از مسجدیت بیرون نمی رود و چون از مسجدیت بیرون نمی رود نمی شود آن را فروخت. مرحوم آقای خوئی و دیگران هم همین استدلال را کرده اند، و هیچ یک از نجفی ها مانند آقای حکیم، آقای خوئی و آقای سیستانی حاشیه نزنده اند. اما مرحوم امام ره در آنجا می فرماید: فی إطلاقه تأمل.<sup>۲</sup> تأمل است یعنی چه؟ یعنی یک وقتی می شود مسجد از مسجدیت بیرون برود. امام ره آنجا تأمل می کند اما اینجا در بحث بیع می فرماید از واضحات است که مسجد هیچوقت از مسجدیت بیرون نمی رود؛ یعنی دو مطلب عکس هم. پس مرحوم صاحب عروه اینجا در بحث وقف می فرماید چه اشکال دارد مسجد از مسجدیت بیرون برود، اما در متن عروه می گوید بیرون نمی رود. و دیگران هم اکثرا حاشیه ندارند، فقط امام ره آنجا حاشیه دارد که در اطلاقش تأمل است اما امام ره اینجا می فرماید بیع وقف درست نیست چون از وقفیت خارج نمی شود و می گوید معنا ندارد زیرا مسجد نیز مانند دیگر مشاعر است مانند منا و مشعر، معنا ندارد ما بگوئیم یک وقتی منا از منا بودن بیرون برود چون این مشعر بودنش به خاطر همین اختصاص خاص خودش است. شما نمی توانید یک منای دیگری در ایران درست کنید. بگوئید ما آن را فروختیم یک منا در ایران درست کردیم! همین مکان منا است، همین مکان مشعر است، همین مکان عرفات است. بنابراین به هر دلیلی اگر از استفاده هم بیرون رفت مکان سر جای خودش هست، چون همین مکان خاص است و بدل ندارد. مرحوم امام ره در بیع اینگونه استدلال می فرماید، که بعید هم نیست.

<sup>۱</sup> و إن شئت الحق الصریح نقول: لا دلیل علی اعتبار التأیید أصلا و أنه یصح حتی الموقت إلى مدة، و الإجماع المدعی ممنوع، تكملة العروة الوثقی، ج ۱، ص: ۱۹۴

<sup>۲</sup> العروة الوثقی (المحشى)، ج ۲، ص: ۴۰۵

**سؤال:** از «الله» آیه «انما المساجد لله» نیز می شود استفاده کرد.

**جواب:** ممکن است مساجد در این آیه محل سجود باشد نه مسجد مصطلح.

## عبارات مرحوم سید در باب وقف

مرحوم سید در ملحقات عروه مسئله ۲۷ در بحث لواحق وقف می فرماید: اذا خرب المسجد أو القرية التي هو فيها لم تخرج عرصته عن المسجدية و لا يجوز بيعها ويجرى عليها احكام المسجد من الاحترام و عدم جواز التنجيس و نحوهما. اگر مسجد خراب شود یا قریه ای که مسجد در آن هست خراب شود، عرصه آن از مسجدیت خارج نمی شود و فروشش جائز نیست مع امکان الصلاة فيها للمارة و غیرهم، إذ العمدة فيه العرصة، در مسجد عمده اش عرصه است، اگر بشود در آن یک ماره ای نماز بخواند این باقی است، و هی باقیه خصوصا مع احتمال عوده أو عود القرية الى العمارة.

تا اینجا فرض این است که امکان استفاده از مسجد وجود دارد ولو به اینکه امید به عود استفاده وجود دارد می فرمایند در اینجا که نمی شود فروخت. لذا تا اینجا مرحوم سید مانند دیگران است. ولی بعد می فرماید اگر خود واقف که مسجد را وقف کرده شرط کند که تا عند الخراب مسجد است واضح است که از مسجدیت بیرون می رود. نعم لو شرط الواقف في وقفه مادام لم يخرب أو مادامت القرية معمورة أو جعل داره مسجدا مادامت على هيئتها أو نحو ذلك يمكن الحكم بخروجه. اگر آمديم واقف از اول طوری مسجد را وقف کرده که غایت خرابش باشد، یا اینکه دار بهیئة خاصه باشد، که اگر خراب شد از مسجدیت بیرون می رود، يمكن الحكم بخروجه.

الان بحث مهم این است که آیا مسجد هیچ زمانی از مسجدیت بیرون می رود یا مانند کلام مرحوم امام که فرمود ولو آل الی ما آل چه خراب شود و چه استفاده نشود از مسجدیت بیرون نمی رود؟

مرحوم سید این حکم را دارد رد می کند. می فرماید اینکه شما بگوئید که ولو آل الی ما آل از مسجدیت بیرون نمی رود، چه دلیلی دارد؟ اگر خود واقف شرط کرده باشد که تا زمان خراب مسجد باشد واضح و روشن است که وقف و مسجد تا زمان خراب است. و اگر خراب شد از مسجدیت خارج می شود. و دعوی أن المسجد لا يخرج عن المسجدية ابدا محل منع.

ولذا لو كان في الارض المفتوحة عنوة التي هي للمسلمين فخر و لم يبق من آثاره شيء خرج عن كونه مسجدا. در مفتوح عنوه ای که ملک جمیع مسلمین است و کسی نمی تواند آن را تملک تام کند، یعنی اگر هم گفتیم می شود آن را

تملك كرد تملك خاص است، يعنى تملك مادامى كه محيَاة است، در حالى كه اصلا ممكن است بگوئيم ملك مسلمين است و قابل تملك نيز نيست و فقط حق اولويت و استفاده دارد. حال اگر در اين زمينها مسجدى ساختيم و اين مسجد خراب شد چطور مى گوييد از مسجديت بيرون مى رود. در اينجا كه شرط شده است نيز مانند همان است.

**و كذا لو كان فى ارض مستأجرة فانقضت مدة الاجارة.** از اين عبارت معلوم مى شود كه ايشان معتقد است كه اگر زمينى را براى سى سال يا پنجاه سال اجاره كنيم مى توانيم آن را مسجد قرار دهيم و بعد از اين مدت نيز از مسجديت بيرون مى رود. زمينى را براى خودش اجاره كرده لذا مالك منافع اين ارض مى شود و يكى از كارهايى كه مى تواند در اين زمين انجام دهد اين است كه در آن مسجد بسازد و با قصد مسجديت اين بنا مسجد مى شود و بعد از انقضاء مدت اجاره از ملك موجر بيرون مى رود و ديگر مسجد نيست. همانطور كه مسجد به عرصه اش مسجد مى شود، به بنائش هم مسجد مى شود البته نه به سقف و ديوارش ولى به سطحش مسجد مى شود. به صرف ديوار نمى توانيم حكم مسجديت كنيم. گرچه مى شود كل يك بناء ساخته شده را با زمين قصد مسجديت كنيم در اينصورت آلتش نيز مسجد مى شود. اما اگر بعدا بخواهيم چيزى اضافه كنيم بقصد المسجدية آيا مسجد مى شود بعضى ها اشكال كرده اند، ولى به نظر ما آن نيز اشكالى ندارد. رواياتى هست حالا اگر لازم شد مى خوانيم از پيامبر صلوات الله عليه كه چند بار به خواست مؤمنين مسجد را اضافه كردند، بعد از اينكه مسجد بود اضافه كردند و همه اش شد مسجد. اصلا مسجد كه توسعه بدهيم همه اش مى شود مسجد، ديوار و آلتش هم مى شود جزء مسجد كه بحث ديگرى است كه به آن خواهيم پرداخت.

بحث در اين است كه زمينى را اجاره كرده اند و قصد كرده اند كه اين زمين استيجارى، مسجد باشد و در آن به عنوان مسجديت بناء مى سازند. ايشان مى فرمايد وقتى اجاره تمام شد مسجديت هم تمام مى شود.

**و دعوى عدم صدق المسجد عليه حينئذ ممنوع.** كسى بگويد كه اصلا چه كسى گفته اين مسجد مى شود؟ ايشان مى گويد اين دعوى ممنوع است.

بعد مى فرمايد: **بل لولا الاجماع على بطلان الوقف الى مدة امكن أن يقال بجواز جعل مكان مسجدا الى مدة.** اين يك سخن بالاترى است، قبلا مى گفتيم به تبع زمينى كه مدت دارد و اجاره است يا خراب پيدا مى شود مسجد از مسجديت بيرون برود، اما حالا مى فرمايد اصلا از اول جعل مسجديت الى مدة باشد. مى گويد البته به شرط اينكه لولا الاجماع على بطلان الوقف الى مدة.

خب شمای بزرگوار که در بحث خودش فرمودید که وقف الی مدة باطل نیست، الان دیگر چرا این سخن را می فرمائید؟

**فیخرج عن ملک المالك فی تلك المدة.** وقتی که مسجدیت را تا پنج سال قصد می کند ، در این پنج سال از ملک من مالک بیرون می رود می شود مسجد، بعد از پنج سال برمی گردد به ملک خودم. **فیخرج عن ملک المالك فی تلك المدة** ثم يعود الیه بعد انقضائها. هذا لو فرض فی صورة الاطلاق و عدم الشرط خرابه علی وجه لا یمکن الصلاة فیہ ابدأ و لا یرجى عوده أو عرض مانع من الصلاة فیہ ابدأ مع عدم خرابه امکن دعوی خروجه عن المسجدية ایضا.

ایشان می گوید یک بحث این است که عبارت خود واقف دال بر تقييد باشد. اما در فرضی که کلام واقف مطلق باشد و شرط نکرده باشد، آنوقت اینجا ما می توانیم بگوئیم خرابش به حیث کذا و کذا مستلزم خروج از مسجدیت است. ولكن الاحوط اجراء احكامه علیه. وكذا لو غصبه غاصب لا یمکن الانتزاع منه ابدأ. در مورد خراب ایشان می گوید امکن خروجه عن الوقفية، و همینطور اگر یک غاصبی بیاید مسجد را غصب کند بطوری که نشود از مسجد را از پس گرفت که در این صورت نیز به نظر ایشان بعید نیست از مسجدیت خارج شود.

**بل یمکن أن یقال: بجواز بیعه و إخراجہ عن المسجدية إذا غلب الکفار علیه و جعلوه خانا أو دارا أو دکانا.** اگر یک کفاری آمدند مسجد را گرفتند و چون اعتقادی به مسجد ندارند آمدند آن را کاروانسرا یا منزل یا دکان قرار دادند، می گوید اینجا بعید نیست ما قائل به جواز بیع شویم که این مسجد را به خود کفار بفروشیم برای اینکه از حالت مسجدیت بیرون برود تا هتک نشود. **بل الأولى أن یباع إذا جعلوه محلا للکثافات أو جعلوه بیت خمر مثلاً صونا لحرمة بیت الله عن الانتهاك.** و الحاصل انه لا دلیل علی أنّ المسجد لا یخرج عن المسجدية ابدأ<sup>۱</sup>.

### عبارت مرحوم سید در باب مسجد

عبارت مرحوم سید در احکام مسجد در عروه این است، یک حکمش راجع به حرمت تزیین مسجد است، که فرع اولی است. فرع بعدی این است: **الثانی لا یجوز بیعه و لا بیع آلاته و إن صار خراباً و لم یبق آثار مسجدیه و لا ادخاله فی الملك (یعنی لا یجوز) و لا فی الطريق فلا یخرج عن المسجدية ابدأ**<sup>۲</sup>. محشین جز حضرت امام ره که فرموده فی

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۴۷

<sup>۲</sup> العروة الوثقی (المحشى)؛ ج ۲، ص: ۴۰۵

إطلاقه تأمل کسی حاشیه نزده است. مرحوم آقای خوئی هم اینجا یک توضیح کوتاهی داده، که می فرماید وجهش این است که وقتی عروض عنوان مسجدیت شد فک ملک می شود از ملک بیرون می رود، و وقتی از ملک بیرون رفت چه کسی می خواهد بفروشد. در بحث بیع مرحوم آقای خوئی فقط به همین دلیل تمسک می کند. که در کلام مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در مکاسب نیز هست. برای اینکه چرا نمی شود مسجد را فروخت یک استدلال این است که می گویند: مسجد مثل تحریر است، پس الان ملک کسی نیست، و لا بیع الا فی ملک. این یک استدلالی است که بحثش می آید.

## ادله عدم خروج از مسجدیت

این منعهایی که مرحوم سید بیان فرمودند همه اش ادعا است. اما برای عدم خروج مسجد از مسجدیت می توانیم چند استدلال ارائه کنیم:

### دلیل اول: تسالم

استدلال اول: نظرات فقهاء است. ظاهراً بین فقهاء متسالم علیه است که هم مساجد و هم مشاهد شریفه، چه مشهد انبیاء و چه اولیاء را نمی شود فروخت ولو اینکه مندرس و مخروبه شده باشد. البته نمی توانیم بگوئیم اجماع وجود دارد به دلیل اینکه تا زمان ظاهراً مرحوم محقق و علامه تصریحی به اینکه مسجد را نمی شود فروخت وجود ندارد. راجع به کلی وقوف اطلاقاتی وجود دارد اما راجع به مسجد بما هو مسجد تصریحی نکرده اند و بحث ما فعلاً بر سر مسجد است. و ملازمه ای با وقف درست نمی کنیم، چون این بحث را دشوار می کند، ما قبول هم نداریم که ملازمه دارد.

اگر ما تسالم را پذیرفتیم آنطوری که آقای خوئی می فرماید کسی در این بحثی ندارد و کسی قائل به جواز نشده، یا مرحوم شیخ در مکاسب می فرمایند لا خلاف فیه، مرحوم صاحب جواهر می فرمایند لا خلاف فیه، مفتاح الکرامه می گوید لا خلاف فیه، و این عدم خلاف ها انسان را قانع کند که مسئله عدم جواز بیع مسجد یک چیز واضح و متسالم علیهی بوده این خودش یک استدلال است.

### دلیل دوم: عدم اطلاق در جعل مسجد

استدلال دوم: که در مقابل منع های مرحوم سید مطلب مهمی است این است که اگر بپذیریم مسجد یک اعتبار اصالی است آنطوری که ما عرض کردیم، یعنی یک جعلی است که خداوند پذیرفته و خودش امر فرموده، و یا سابقاً بوده و شارع امضاء کرده است با تمسک به روایات در اصل آن اشکالی نداریم. مانند روایاتی که می گوید شخصی به امام صادق علیه

السلام عرض می کند ما در مسیر مکه بودیم چند تا سنگ را قرار دادیم آیا آن مسجدی که می گویند این همه ثواب دارد همین است؟ حضرت فرمودند بله همین است. یا گفته اند مسجد ولو مثل قفس قطاط و شبیه آن باشد همان ثواب را دارد. با تمسک به این اطلاقات در باره اینکه جعل مسجد ثواب دارد بحثی نداریم، اما نسبت به اینکه آیا می توانیم مسجد موقت درست کنیم؟ و آیا مسجد اگر خراب شود از مسجدیت بیرون می رود؟ ما دلیلی نداریم که مسجد به این صورت واقع شود. اطلاقی هم نداریم.

این را نباید با بحث وقف مرتبط کنیم. ما در وقف نیز اطلاق را قبول نداریم، اما بعضی مثل مرحوم سید قبول دارند. اما بحث مسجد غیر از وقف است. لذا همانطور که مرحوم اصفهانی و دیگران آورده اند که اگر شما مکانی را برای صلاة وقف کردید این غیر از مسجد است و مانند مصلی ها می شود. مصلی ها مسجد نیستند، مصلی ها ممکن است وقف باشند برای صلاة اما مسجد نیستند، چون مسجد احکامی دارد، حرمت تنجیس دارد حرمت اخراج شیء از آن دارد و مانند آن.

عرض ما این است که ما در باب مسجد و چگونگی تحقق مسجد عبارت مطلقى نداریم تا بگوئیم به اطلاقش تمسک می کنیم که جعل مسجد الی زمان هم درست است و وقتی خراب شود درست است که از مسجدیت نیز بیرون برود. ما چنین چیزی نداریم. آن چیزی که داریم جعل مسجد فی الجملة هست، چون روایات مطلقه نداریم باید از آن روایات قدر متیقن بگیریم، و قدر متیقن این است که اگر مسجد مسجد شد للتالی مسجد است، یعنی قدر متیقن این است که چنین مسجدی را می توانیم جعل کنیم. مسجد به اسبابش حاصل می شود. اینکه این اسباب می توانند مسجد الی مدة درست کند، می تواند مسجد در ارض مستأجره درست کند، همه اینها ادعا است. در قبال این ادعا می گوئیم متیقن از دلیل مسجد غیر از اینهاست، در جائی است که للتالی باشد و در ملک عین باشد نه منافع و مانند آن.

**سؤال:** یعنی مجمل است که به قدر متیقن تمسک می کنید

**جواب:** نه اینکه مجمل است، اصلاً اطلاقی نداریم تا بگوئیم قدر متیقن در مقام مخاطب دارد یا قدر متیقن خارجی دارد. این حرفها مال اطلاق است. اگر گفتند اکرم العالم، بحث است که آیا اگر قدر متیقن در مقام مخاطب داشتیم این اطلاق را تقیید می زند یا نه. در اینجا اطلاقی اصلاً نداریم. یک آقایی داشته آنجا عبور میکرده دو تا سنگ کنار هم گذاشته به امام علیه السلام عرض کرده آقا آن مسجدی که می گویند این همه ثواب دارد همین است، امام علیه السلام فرموده بله همین است. خب این یک مورد است این اطلاق ندارد و عبارتی نیست که اطلاقی داشته باشد که بگوئیم شامل مسجد الی مدة نیز می شود.



سؤال: اگر صیغه وقف نخوانند چی؟

**جواب:** آن بحث دیگری است. چون یکی از فروعاتی که در عروه آورده همین است که باید صیغه وقف هم اجراء کنند. بعدی ها مثل آقای خوئی اشکال می کنند، خصوصا که اگر ما بگوئیم وقف غیر از مسجدیت است، چرا باید صیغه وقف بخوانند؟ مسجد ربطی به وقف ندارد، مسجد خودش اعتبار مستقلى است. البته اینکه می گویم ربطی ندارد ماها می گوئیم، اما قدماء عمدتا می گفتند ربط دارد. این را در اول بحث وقف مسئله ۲ بحث کردیم.

بنابر این دلیل برای تحقق مسجدیت و اسباب تحققش همین روایاتی است که بیان شد و تنها نقل عمل خارجی شده است و هیچ ابرازی نسبت به آن عباراتی که با آنها مسجد درست می شود نشده است تا ما بفهمیم اطلاق دارد یا ندارد. یک عمل خارجی بوده و کاری را انجام داده اند گفته اند مسجد می شود. یا عباراتی است که هیچ دلالتی بر اینکه چگونه مسجد می شود ندارد، یعنی لیان حکم آخر است. مثلا گفته اند اگر کسی مسجدی درست کرد به چه مقدار نقره و طلا و زبرجد به او می دهند. و این ربطی به کیفیت جعل مسجدیت ندارد.

مقصودم این است که مرحوم سید اعلی الله مقامه که با شجاعت و بلکه با تهور می فرماید هذا محل منع، می گوئیم اطلاقی نیست که مسجدیت را درست کند تا شما بگوئید اینها محل منع است. اول باید یک اطلاقی درست کنید بعد بگوئیم اینکه شما می گوئید لم یخرج عن المسجدية ابدأ این محل منع است. شما اطلاق درست کنید که مسجد بصورت موقت صحیح است و در ارض مستأجره و کذا و کذا. پس علاوه بر اینکه علی الظاهر عدم امکان این مسجد متسالم علیه است دلیل بعدی این است که ادله تحقق مسجد که علی الظاهر ما اصلش پذیرفته است و به همین روایات اثبات می شود مورد متیقنش غیر از آن چیزی است که مرحوم سید می فرمایند. لذا مسجد باید للتالی باشد، مسجد باید در زمان عمومیت داشته باشد و این قدر متیقن از آن ادله است. در غیر این صورت اصلا محل کلام است که مسجد واقع می شود. و دو دلیل دیگر نیز وجود دارد که فردا انشاء الله بیان خواهیم کرد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت .....	۶۷۱
خلاصه مطالب گذشته .....	۶۷۱
دمج وقفیت و مسجدیت در کلام صاحب المکرمه .....	۶۷۱
عدم دلیل بر خروج از مسجدیت واستصحاب بقاء مسجدیت .....	۶۷۲
استدلال بر عدم صحت بیع به خاطر مالک نداشتن از باب فک ملک بودن وقف .....	۶۷۳
تشکیک در نیاز به مالک بودن در بیع .....	۶۷۳
استدلال بر عدم صحت بیع به خاطر خصوصیت عدم قابلیت تملک در مساجد .....	۶۷۴
اولویت مشاهد از مساجد در عدم جواز بیع .....	۶۷۶
تصحیح بیع مدارس و قناطر و مشابهاات اینها .....	۶۷۶
حکم به جواز بلکه وجوب بیع مساجد و مشاهد در برخی موارد توسط صاحب عروه .....	۶۷۹
نقض به فرمایش صاحب عروه و رد کلام ایشان .....	۶۷۹
اجاره مساجد یا مشاهد .....	۶۸۰
تجویز اجاره توسط کاشف الغطاء .....	۶۸۰
عدم تجویز اجاره توسط آقای خوئی ره .....	۶۸۰
طبق همان استدلال اجاره مسجد و مشاهد صحیح نیست .....	۶۸۰
جواز اجاره مدارس و مشابهاات .....	۶۸۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت

### خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۷۱ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام ره بود که راجع به فروش اوقافی مانند مساجد و مشاهد شریفه است که مدارس و رباط نیز به آنها ملحق شده است. مسئله ۷۲ نیز مربوط به اجاره این نوع اوقاف است، و مسئله ۷۳ راجع به بیع اوقاف خاصه است.

### دمج وقفیت و مسجدیت در کلام صاحب مفتاح الکرامه

قبل از بیان ادامه بحث لازم است تتمیمی نسبت به مطلبی از جلسه گذشته بیان کنیم. نکته ای از صاحب مفتاح الکرامه درباره پیوند مسجدیت با وقفیت نقل کردیم که عبارت آن را بیان نکردیم. عبارت در جلد ۶ مفتاح الکرامه صفحه ۲۴۶ به حسب طبع جدید در بحث احکام مسجد آمده است. در آنجا ایشان می فرماید: «کیفیت وقف المسجد قال المصنّف الإمام العلامة توجّه الله بتاج الکرامة: المطلب الثاني في المساجد. المسجد حقيقة شرعية في المكان الموقوف على المسلمين للصلاة». ایشان این مطلب را که در حقیقت مسجد، وقفیت نیز اخذ شده است در موارد دیگر نیز تکرار کرده اند، و اصلاً مسجد را حقیقت شرعیه ای می دانند که در آن وقف علی المسلمین للصلاة نهفته است. من دون اختصاص ببعض دون بعض. این قید هم یکی از قیود مهمی است که اینجا آورده اند، چون بعدها بحث می شود که آیا می شود مسجدی را برای گروه خاصی جعل یا وقف کرد، مثلاً بگوئیم ما این مسجد را وقف می کنیم فقط برای علماء که مسجد علماء باشد، یا فقط مسجد شیعیان باشد. عده زیادی می گویند این کار ممکن نیست چون در مسجد، مالک باید از خودش فک ملک کند و مسجدیت چیزی نیست که اختصاص پذیر باشد، برخی نیز می گویند می شود. ایشان از کسانی است که این قید را از اساس در حقیقت مسجد اخذ کرده است که باید من دون اختصاص ببعض دون بعض باشد. مع الصلاة فيه أو قبض الحاكم. قبض در باب وقف برای این است که وقف تمام شود.

كما يفهم ذلك من كلامه (يعني علامه) في مسألة من بنى مسجداً لنفسه و أهله و أراد تغييره. آنجا عده ای گفته اند اگر کسی در منزلش بگوید من اینجا را مسجد قرار دادم که فقط خودم و اهلم استفاده کنیم این مسجد نمی شود، لذا تغییرش جائز است و اشکالی ندارد. و قال الشهيد و الكرکي و الصیمري في الذکری و جامع المقاصد و کشف الالتباس: إنّما تصیر البقعة مسجداً بالوقف، إنّما بصیغة وقف و شبهها، و إنّما بقوله جعلته مسجداً و يأذن في الصلاة فيه، فإذا صلی

فیه واحد تمّ الوقف. یعنی وقف و مسجد را کاملاً در هم دمج کرده اند، یعنی اصلاً مسجد بدون وقف نمی شود. البته در طرف مقابل قائل نشده اند که به صرف وقف، مسجد محقق می شود ولی می گویند مسجدیت بدون وقف نمی شود. و لو قبضه الحاكم أو أذن في قبضه فكذا، لأنّ له الولاية العامة<sup>۱</sup>.

در ادامه نیز مساله دیگری که مربوط به بحث ما نیست را مطرح می کنند که اگر صرفاً نیت بناء مسجد و مسجدیت کند برای تحقق مسجد کافی است یا نه؟ برخی ها گفته اند از عبارت شیخ کفایت استفاده می شود و برخی هم قبول ندارند. که محل بحث ما نیست. لذا آن عبارت مفتاح الکرامه که می گفتیم دمج کرده اند وقفیت و مسجدیت را این عبارت بود. فرعی که فعلاً محل بحث از مساله ۷۱ است بحث مسجد است و مشاهد را بعد بحث می کنیم و بعد هم به مواردی که ملحق شده است می پردازیم. مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف فرموده اند در مساجد و مشاهد بلا اشکال بیعش جائز نیست به هر صورت که در بیاید و هر جور که از انتفاع بیفتد آل الی ما آل بیعشان جائز نیست بلا اشکال در مساجد و مشاهد اما در بقیه حکم را علی الاحوط دانستند.

اولین بحثی که باید در مسجد انجام دهیم این است که آیا مسجد اصلاً از مسجدیت خارج می شود یا نه؟

### عدم دلیل بر خروج از مسجدیت واستصحاب بقاء مسجدیت

در جلسه گذشته عرض کردیم که می شود از عبارتها و بیانات مختلف ثابت کرد که مسجد از مسجدیت خارج نمی شود. عمده دلیل علاوه بر عدم خلافتی که در عدم خروج مسجد از مسجدیت و عدم جواز بیعش وجود دارد این استدلال است اصل اینکه می توانیم مسجد ایجاد کنیم به ادله شرعی ثابت است اما اطلاقی نداریم که بگویید می توان تا زمان خاصی مسجد ایجاد کرد یا تا زمان خراب مسجد است و بعد از مسجدیت بیرون می رود. چنین دلیلی نداریم، بنابراین نمی توانیم بگوئیم مسجد موقت هم داریم. علاوه بر اینکه استصحاب بقاء مسجدیت هم وجود دارد. اما مهم بررسی تأثیری است که این مطلب در بحث بیع وقف دارد. قبل پرداخت به این مطلب مناسب است استدلال دیگری که برخی بر عدم صحت بیع مسجد و مانند آن بیان کرده اند را متذکر شویم.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثه)؛ ج ۶، ص: ۲۴۶/۲۴۷

## استدلال بر عدم صحت بیع به خاطر مالک نداشتن از باب فک ملک بودن وقف

برخی گفته اند دلیل اینکه در باب مساجد و مشاهد و مدارس و مقابر و قناطر و مانند آن، نمی توانیم آنها را حتی در صورت خراب و عدم انتفاع بفروشیم این است که در اینها فک ملک است، واقف فک ملک می کند؛ و وقتی از ملک واقف بیرون می رود و به ملک کسی هم در نمی آید دیگر قابلیت برای تملیک بیعی ندارد چون لا بیع الا فی ملک. پس بیع ممکن نیست چون ملک کسی نیست. به خلاف اوقاف خاصه و غیره، که در آن تملیک صورت می گیرد. یا اوقافی که وقف برای عنوان عام است مثل علماء که تملیک به آنها می شود. اما این سنخ از اوقاف عامه مثل مسجد و مشاهد، ملک کسی نیست و چیزی را که ملک کسی نیست نمی توان بیع کرد.

## تشکیک در نیاز به مالک بودن در بیع

منتهی ما قبلاً گفتیم، مرحوم محقق اصفهانی مکرر بیان کردند که برای تحقق بیع لازم نیست انسان مالک باشد. مرحوم امام ره نیز به تبع این مطلب را آورده اند و حتی مرحوم آقای خوئی که در اینجا فرمایش عجیبی دارند در جاهای دیگر این کبری را قبول کرده اند. لذا در عمل حر بنابر اینکه انسان مالک عمل خودش نیست چون اعتبار ملکیت در این موارد لغو است می فرمایند می تواند عملش را به دیگری به اجاره، تملیک کند. من عملم را به مستأجر تملیک می کنم در مقابل ثمنی و او مالک عمل من می شود، ولی خودم مالک عملم نیستم چون عده ای قائلند اعتبار ملکیت شخص نسبت به عملش لغو است.

همچنین در باب فروش کلی، بایع مالک صد من گندم در ذمه خود نیست. اعتبار ملکیت نسبت به اشیاء در ذمه، عقلائی نیست. ما نمی توانیم مالک هزاران میلیون تومان در ذمه خودمان باشیم. اما می توانیم مبلغی را به صورت کلی به دیگری تملیک کنیم و او مالک این مبلغ در ذمه من می شود. پس برای بیع لازم نیست من مالک چیزی باشم که می خواهم آن را تملیک کنم.

در بحث بیع مسجد و مانند آن نیز برخی مانند مرحوم شیخ در بحث بیع همین استدلال را مطرح کرده می گویند در مسجد و مشاهد و قناطر و مانند آن فک ملک شده است، پس کسی مالک نیست در حالی که لا بیع الا فی ملک لذا نمی توانیم بیع کنیم. منتهی این کبری درست نیست. ما کبرای شرعی تمامی نداریم که بگوید «لا بیع الا فی ملک». بلکه این مطلب، مفهومی است که برخی اصطیاد کرده اند، و این اصطیاد حجیتی نیز ندارد. و به لحاظ فنی هم تملیک نیازی به

ملکیت مملک ندارد، در بیع کلی ذمی و تملیک عمل حر در اجاره به این صورت است که ملکی وجود ندارد و نیازی به ملک نیز نیست. بنابراین این استدلال برای اینکه عدم صحت بیع مساجد و مشاهد و مقابر را اثبات کند درست نیست.

### استدلال بر عدم صحت بیع به خاطر خصوصیت عدم قابلیت تملک در مساجد

ولکن در خصوص بحث ما نکته مهمی اینجا وجود دارد که می تواند عدم جواز بیع را حل کند. نه از باب اینکه چون مالکی ندارد بیع صحیح نیست بلکه با توجه به مقدمه ای که در جلسه گذشته بیان کردیم و در صدر بحث امروز نیز به آن اشاره کردیم که مسجد در هیچ حالی از مسجذیت بیرون نمی رود.

توضیح اینکه در بحث بیع کلی یا اجاره حرّ نفسه بتملیک عملی که در هر دو مالکیت عمل و کلی ذمی شرط نیست، دو نکته وجود دارد که بیع را تصحیح می کند. اول اینکه هر چند کسی که تملیک می کند مالک نیست، ولی ولایت بر تملیک دارد. به تعبیر برخی «له ملکة التملیک، له حق التملیک» بایع یا ماجر در اینجا حق و ولایت بر تملیک کلی یا عمل را دارد. در مسجد نیز نسبت به ابزار و آلات مسجد اگر در برخی حالات فروش این اشیاء جائز باشد همین مساله پیش می آید که هر چند این اشیاء مالک ندارد یا مسجد مالک آن است اما ولیّ فقیه و حاکم مسلمین حق تملیک دارد لذا متولی امر فروش می شود. پس در بحث کلی ذمی علی رغم اینکه ما قبول داریم لازم نیست انسان مالک کلی در ذمه خودش باشد تا کلی را به دیگری تملیک کند، ولی لازم است ولایت بر تملیک داشته باشد، والا چه حقی دارد تملیک کند؟

نکته دیگر این است که طرف مقابل نیز بتواند با این تملیک، مالک شود. به عبارت دیگر او مانعی از مالکیت نداشته باشد و بتواند مالک شود.

اما در باب مسجد هیچکدام از این دو نکته وجود ندارد. درست است که صرف عدم مالکیت مسجد کفایت نمی کند برای اثبات عدم صحت بیع، چون چنین کبرایی اثبات نشده است که بایع الزاما باید مالک باشد. اما نکته مهم این است که مسجد چون لا یخرج عن المسجذیة ابدًا، ولایت و حق تملیک آن برای کسی ثابت نیست، چه کسی گفته حاکم یا متولی حق تملیک مسجد را دارد؟! برخلاف کلی ذمی و عمل حر که چنین حقی ثابت شده است. در باب کلی ذمی از باب بناء عقلائی بر تملیک ما فی الذمه که مورد امضاء شارع نیز قرار گرفته است یا صحت بیع سلم که مبیع از قبل فروخته می شود و به نحو ذمی است و بر حسب روایات ثابت شده است، می فهمیم حق چنین بیعی داریم، پس مالک می تواند کلی ذمی را تملیک دیگری کند و با تملیک، دیگری مالک ذمه او شود. اما در باب مسجد چه کسی گفته ما چنین حقی داریم که تملیک کنیم؟

نکته دیگر اینکه امکان ملکیت برای مشتری این مسجد نیز ثابت نیست. نباید بحث وقف و مسجد نباید خلط شود. در اوقافی که بیعشان استثناء شده و مرحوم شیخ در کتاب مکاسب هشت صورت برای آن تصویر کرده است، در مواردی که ما مجوز فروش پیدا می کنیم بحثی دارند که آیا به صرف مجوز بیع، وقف باطل می شود یا وقف به تحقق بیع خارجی باطل می شود؟ هر کدام باشد وقتی شما بیع کردید وقف باطل می شود و این مال موقوفه ای که مبیع شده به ملک مشتری درمی آید، یعنی خریدار می شود مالک ملکی که الان طلق است. نه اینکه مالک وقف می شود. چون طرف نمی خواهد مال موقوفه بخرد، چون وقف بما هو وقف قابل خرید و فروش نیست.

از همین رو برخی مانند صاحب جواهر بر حسب اینکه مال وقفی لا بیاع و لا یورث می فرمایند به صرف جواز بیع، وقف باطل می شود و نیازی به تحقق بیع در خارج نیست. البته مرحوم شیخ این مطلب را نمی پذیرند که مطلب دیگری است و تاثیری در بحث ما ندارد. حتی اگر ما قائل شویم به تحقق بیع خارجی وقف باطل می شود باز وقف باطل می شود و این عین موقوفه ملک دیگری می گردد. یعنی در باب فروش وقف دو امر رخ می دهد: هم به ادله مجوزه حق تملیک داریم، و هم مشتری، مالک می شود. اما در مسجد چه کسی گفته این دو امر محقق است؟ حتی اگر مسجد را وقف بدانیم فعلاً به جهت وقفیتش کاری نداریم. از حیث مسجد بما هو مسجد هیچ دلیلی وجود ندارد که کسی حق تملیک آن را داشته باشد. و هیچ دلیلی وجود ندارد که از مسجدیت خارج شود و ملک مشتری درآید، بلکه ادله وجود دارد که از مسجدیت خارج نمی شود. و اگر از مسجدیت خارج نشود چطور مشتری مالک مسجد می شود؟!

پس بنابراین مسئله دومی که مرحوم صاحب عروه در احکام مسجد بیان کردند که **الثانی: لا یجوز بیعه و لا بیع آلاته و إن صار خراباً و لم یبق آثار مسجدیته، و لا إدخاله فی الملك و لا فی الطريق، فلا یرج عن المسجدیة أبداً**<sup>۱</sup>. به همین نکته است که از ادله فهمیده می شود که مسجد به ملک کسی در نمی آید. در حالی که ما می خواهیم با بیع آن را به ملک مشتری در بیاوریم لذا ممکن نیست.

نتیجه اینکه مسجد خصوصیتی دارد، نه از جهت وقف بودنش، وقفش ممکن است مثل بقیه اوقاف باشد، از جهت مسجد بودن یک خصائصی دارد، و این نکته ای است که باید به آن توجه کنیم. اینکه مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید چون ملک نیست نمی شود فروخت استدلال درستی نیست. اما می توانیم استدلال کنیم که در مسجد چون دلیلی بر این نداریم که بایع حق تملیک دارد و دلیلی نداریم که مشتری حق تملک دارد، از این جهت بیعش درست نیست.

<sup>۱</sup> العروة الوثقی (المحشی)، ج ۲، ص: ۴۰۵

## اولویت مشاهد از مساجد در عدم جواز بیع

در این مسئله مشاهد هم با مسجد مشترک هستند، بلکه از جهتی حکمشان روشتر است. دلیلی نداریم که بتوان مشاهد مثل عرفات و منا و مقابر اولیاء الله را بفروشد. درست است که ما در بیع، مالکیت کسی را لازم نداریم و اینها هم ملک کسی نیستند، ولی دلیلی هم نداریم که کسی حق تملیک اینها را داشته باشد. به چه دلیلی بگوئیم حق تملیک اینها را دارند. همچنین دلیلی نداریم که طرف با بیع بتواند مشاعری مانند منا و عرفات را مالک شود. ممکن است کسی این مشاهد اولیاء را از خودش فک کرده باشد و به ولی خدا هبه کرده باشد، مانند اینکه افرادی که زمینهایشان در جوار مضجع شریف امیرالمؤمنین علیه السلام یا بارگاه رضوی علیه السلام است از این زمینها فک ملک کرده اند در راه این حضرات لذا ثابت نیست ما حق تملیک مشاهد یک ولی خدا و فروختن آن را داشته باشیم و همچنین دیگری حق تملک آن را داشته باشد.

بنابراین مشاهد اولیاء از این جهت مانند مسجد می شود و همانطور که در متن فرمودند علی الظاهر اشکالی وجود ندارد که بیعشان صحیح نیست بلا اشکال فی مثل الاولین که مساجد و مشاهد است و ظاهراً فرمایش ایشان صحیح است و هیچ اشکالی نیست در اینکه نمی توانیم بیع کنیم آل الی ما آل.

**سؤال:** دلیل بر جواز نداریم یا دلیل بر منع بیع وجود دارد؟

**جواب:** دلیل جواز نداشته باشیم کافی است، چون اینها تسبیبی است.

**سؤال:** عمومات اوفوا بالعقود شامل اینها می شود و اگر منعی نباشد تمسک می کنیم.

**جواب:** نخیر حق تملیک ندارید و برای تمسک به «اوفوا بالعقود» باید قابلیت شیء برای بیع را از خارج ثابت کرده باشید با تمسک به این آیه نمی توانید قابلیت مبیع برای بیع را اثبات کنید. اگر شک دارید این مایع خمر است یا آب است، می توانید با اوفوا بالعقود بیع این را تصحیح کنید؟! شما قابلیتها را باید از خارج درست کنید. و اینجا هم همینطور است، چون قابلیت تملک ثابت نیست، مثل دائر بودن مبیع بین خمر و آب است، تمسک به اوفوا بالعقود در اینجا تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام است.

## تصحیح بیع مدارس و قنابر و مشابهاات اینها

مرحوم امام ره پس از اینکه بیع مساجد و مشاهد را بدون اشکال جائز ندانستند نسبت به مدارس و مقابر و قنابر و مانند آن احتیاط می کنند «علی الاحوط فی غیره و إن آل الی ما آل». نسبت به مقابر ممکن است نکته ای داشته باشد که بعداً



عرض می کنیم اما چرا مدارس و قناطر و نحوهما را به مساجد و مشاهد عطف کرده اند؟ از باب این است که در اینها هم فک ملک می دانند.

ما قبلاً عرض کرده بودیم که در اینها تصویر تملیک مسلمین هم ممکن است. مرحوم شیخ انصاری در مکاسب اگرچه این مطلب را قبول ندارد ولی اصل امکان ثبوتی اش را متفی نمی داند، بلکه تصریح می کند که عده ای به این قائلند که در مدارس و قناطر و غیره تملیک مسلمین می شود. اما نظر شریف خودشان که حق نیز هست این است که در این امور فک ملک رخ می دهد، زیرا از واقف که فک ملک می شود اما اینکه تملیک مسلمین شده مورد شک است و اصل عدم آن است. اصل عدم این است که به ملکیت مسلمین درآمده باشد. چون اگر به ملکیت مسلمین در بیاید، ممکن است برخی آثار و احکام خاص خودش را داشته باشد، مثل اینکه حاکم مسلمین از طرف مسلمین به مصالحشان بتواند در آن تصرف کند. اما اگر فک صرف باشد دیگر مالک ندارد. حال پرسش این است که آیا فک ملک صرف، برای ادراج این موارد در حکم مساجد و مشاهد کافی است؟ به نظر می رسد کافی نیست. گرچه مرحوم شیخ در مکاسب و عده ای دیگر از فقهاء این کار را می کنند و مرحوم امام نیز این موارد را بهم عطف کرده ولی بیع مشاهد و مساجد را بلا اشکال جائز نمی دانند و در بقیه می فرمایند علی الاحوط جائز نیست آل الی ما آل اما این کافی نیست.

بحث ما در جائی است که اینها به حالی در آیند که خراب بالمره هستند و هیچ استفاده ای از آنها نمی شود یا استفاده مورد نظر از آنها نمی شود، اما صورتی که ممکن است از آنها استفاده دیگری شود محط نظر نیست. مثلاً مسجد کلا تخریب شده ولی می شود در آن کشاورزی کرد. ما الان بحثمان اینجاهاست که منفعتی که مقصوده او بوده مطلقاً قابل نیست.

به نظر می رسد در مدارس و قناطر و اینها مسئله فرق می کند. آن دو نکته ای که ما در باب مشاهد و مساجد گفتیم اینجا نمی آید. البته در این نکته مشترکند که اگر گفتیم فک ملک است مالک بالفعل ندارد. لذا اگر کسی مانند شیخ انصاری ره ملکیت را در باب تملیک شرط بداند بتواند عدم صحت بیع را اثبات کنند هر چند به این بیان که فک صرف باشد و عدم ملکیت مسلمین لا اقل بالاصل ثابت شود لذا علی الظاهر نمی شود بیع کرد. چون چه کسی بیع کند؟ کسی مالک نیست تا بیع کند.

اما ما که به تبع محقق اصفهانی، مرحوم امام و دیگران، مالکیت بایع را شرط نمی دانیم، باید استدلال دیگری بیاوریم. در مشاهد و مساجد خصوصیتی وجود داشت، در مسجد لا یخرج عن المسجد، اما قناطر و مدارس و مقابر چرا لا یخرج عن الوقفیه؟ چون عمده مشکلش وقفیت است. می خواهیم بگوییم اینجا نیاز به دقت دارد، مسجد خودش یک عنوان استقلالی داشت که دارای آثار و احکامی بود، ما در مسجد از باب وقفیت اشکال نکردیم بلکه از باب مسجدیت اشکال

کردیم. اما در مدارس و قناطر اگر به حالی درآید که هیچ استفاده مقصوده ای نداشته باشد چرا از وقفیت بیرون نرود؟ ما قبلاً مشابهش را بحث کردیم، از جهات مختلف می شود بحث کرد. هم از جهت اقتضای وقف که آیا بیرون می رود یا نه، و هم از جهت قصد واقف. به نظر من شکی نمی شود کرد که اگر کسی زمینی را داده و برای مردم پل ساخته، و این پل کلاً از بین رفته است، حال فرض کنید این پل فضائی را اشغال می کند مثلاً از دو طرفی که این پل کنار رودخانه قرار گرفته پانصد متر مربع را اشغال کرده است؛ سؤال این است که این آقایی که زمین را داده و پل را ساخته، وقتی وقف می کند واقعا مقصودش این است که اگر پل هم از بین رفت و هیچ استفاده ای هم ندارد این زمین هم بیفتد آل الی ما آل؟! این را از کجا می گوئید؟! عقلائی هم نیست. ما یقین می کنیم و اطمینان پیدا می کنیم که واقف در این امور مقصودش استفاده همه بوده است، نمی گوئیم تملیک به همه کرده است، مقصودش استفاده همه بوده است. بنابراین در جائی که بالمره از استفاده بیفتد کاملاً معقول است که از عنوان وقفیت خارج شود. کما اینکه مشابهش را قبلاً گفتیم. به خلاف مساجد و مشاهد که واقعا فرق می کند. خود عرفات موضوعیت دارد برای احکام لذا نمی توانیم بگوئیم عرفات را بفروشیم تا از عرفات بودن بیرون برود یک عرفات دیگری درست کنیم، دست ما نیست. شخص این مکان موضوع آثار و احکام است، کما اینکه کعبه اینطور است.

عرض من این است که: در مدارس و قناطر و غیره با توجه به نکته ای که واقف علی القاعده بر اساس آنها وقف کرده، انسان یقین می کند یا اطمینان کامل پیدا می کند که اگر تخریب شد به نحوی که دیگر هیچ استفاده معهوده نداشت، در این صورت از وقفیت بیرون می رود. ما که می گوئیم از وقفیت بیرون می رود، که بحث قبل بود، و اگر هم از وقفیت بیرون نرود علی القاعده باید بشود این را فروخت برای استفاده دیگری، مثلاً فرض کنید مدرسه بزرگی است ما بتوانیم نصفش را بفروشیم نصف دیگرش را احیاء کنیم مسلم یقین داریم که نظر واقف این است، و این نیست که این باید مدرسه باشد ولو تخریب شود و آل الی ما آل اینطور نیست. در قناطر هم همینطور است، لذا اگر مدارس تخریب بالمره بشود به صورتی که به هیچ نحوی نشود از آن استفاده کرد و نشود آن را بازسازی کرد، باز هم به نظر ما منتهی به فروش و جواز بیع می شود، و الا تزییع این مال است و عقلائی نیست که واقف چنین نظری داشته باشد.

فرق است بین مساجد و مشاهد با مدارس، که مرحوم شیخ اینها را فرق نگذاشته است، امام ره هم در اینجا فقط به همین مقدار که بلا اشکال فی الاولین و علی الاحوط فی غیره فرق گذاشته است.

به نظر ما اصلاً در غیره علی الاحوط هم ندارد. عقلائی اش این است که موقوفه، تزییع نشود اتلاف نشود، بنابراین باید بشود بیع کرد. حالا اینکه چه کسی بیع می کند بحث دیگری است. می تواند متولی باشد یا حاکم و یا فرد دیگری، که

بحثش خواهد آمد که هر کسی که له حق البیع از این جهت، آنها را بیع می کند. ما که می گوئیم اصلاً از وقفیت بیرون می رود، از وقفیت هم بیرون نرفت حق بیع آن وجود دارد و با بیع از وقفیت بیرون می رود. مثل بقیه موارد خروج وقف از وقفیت بالبیع.

بنابراین در باب مدرسه طلبگی مثلاً بگوئیم این همینطور بیفتد تا زمان ظهور حضرت، این به نظرم هم تضييع است و هم کار عقلانی نیست، و لذا در اینجاها ما باید بیع را تجویز کنیم. برخلاف مساجد و مشاهد که ربطی به این بحث نداشت.

### حکم به جواز بلکه وجوب بیع مساجد و مشاهد در برخی موارد توسط صاحب عروه

مرحوم سید در اول مسئله می فرماید دلیلی بر خروج از مسجد نداریم منتهی ایشان در ذیل مسئله سخن عجیبی داشت و فرمود در مواردی باید بگوئیم بیع مسجد حتماً جائز است، مثل اینکه کفار بیایند مسجد را محل سکونتشان قرار بدهند، یا خانی قرار بدهند برای عبور و مرور مردم و اینکه میانه عبورشان اتراق کنند، یا کار دیگری انجام دهند. بعد ایشان می فرماید بل یجب، مثل اینکه خدای ناکرده مسجد را محل کثافات قرار دهند. ما باید این کار را کنیم که هتک نشود. جواب کلی ایشان را که ما دادیم که مسجد خصوصیت دارد. خود شما در عروه در مسئله دوم احکام مسجد فرمودید لا یخرج عن المسجدیة ابدًا، نمی دانم چرا اینجا اینطور فرمودید.

### نقض به فرمایش صاحب عروه و رد کلام ایشان

ولی نکته دیگری در این ذیل وجود دارد، و آن مورد نقض است. اگر شما این نکته را کافی می دانید نعوذ بالله برای کعبه هم می دانید؟ یعنی اگر غاصبی در کنار حرم امن الهی کارهای خلافی انجام داد می فرمائید ما اینجا را از حرم بودن خارج می کنیم تا هتک نشود؟! ظالمی دارد هتک می کند، اگر از دستان برآید باید جلوی او را بگیریم و اگر هم از دستان بر نمی آید مثل بقیه اموری که از دستان بر نمی آید. اینکه ما بیائیم حرم الهی را از حرم بودن بیرون ببریم که هتک نشود درست نیست. یا فرض کنید در منا و عرفات ظالمین می آیند کارهای خلاف می کنند، بگوئیم چون این هتک مشاهد شریفه است اینها را از منا بودن و عرفات بودن بیندازیم تا هتک نشود، این خیلی چیز عجیبی است. ایشان می گوید ما این مسجد را از مسجدیت بیرون ببریم تا هتک نشود. این چه استدلالی است؟ شما آنجاها چه می کنید؟ اگر کسانی رفتند عرفات و مشعر و منا را تصرف کردند و کارهای خلاف آنجا انجام دادند ما بگوئیم از مشاعر بودن بیرون برود که مشعر الهی هتک نشود؟! یا در کنار خانه خدا بگوئیم ما این مکان را از خانه خدا بودن بیندازیم که نکند هتک شود؟! اینها به نظر انصافاً

استدلال درستی نیست و نقض روشن دارد، و بنابراین مسجِدیت با این سخنان از مسجِدیت نمی افتد کما اینکه خودشان هم فتوی داده اند، و همچنین با این عناوین نمی شود بیعش کرد.

## اجاره مساجد یا مشاهد

بحث دیگری که این است که: آیا می شود مساجد و مشاهد شریفه را برای زراعت اجاره بدهند؟ فرض کنید مشهد رضوی کنارش زمینهای است، بگوئیم اگر اینها خراب شد زمینهایش را بدهیم کشاورزی و منافعش را صرف خود همین حرم کنیم یا در مشاهد شریفه دیگر یا در مساجد، آیا می شود این کار را کرد؟

## تجویز اجاره توسط کاشف الغطاء

مرحوم کاشف الغطاء ادعا فرموده اند که بله می شود همچنین کاری کرد. البته با تضمینات و اینکه در کتابات وقفیتش احکام بشود که نکند بعدا با این تصرفات بشود ملک کشاورزی مردم و مسجِدیتش کلاً فراموش بشود. می گوید با ثبتش در دفاتر و کذا وقفیتش احکام شود و همچنین لحاظ جهات دیگر، جهات دیگر قاعدتاً یعنی اهانت نباشد آن کار دیگری که می خواهیم انجام دهیم توهین نشود به مسجد، مثلاً زراعت کنند، می گوید در اینصورت اشکالی ندارد.<sup>۱</sup>

## عدم تجویز اجاره توسط آقای خوئی ره

مرحوم آقای خوئی در اینجا می فرماید اجاره اش نیز مثل بیع است. مرحوم آقای خوئی در بیع مثل مرحوم شیخ استدلال کرده بود، که چون مالک نیست نمی تواند بیع کند، می گوید چون مالک نیست و فکّ ملک است نمی تواند اجاره هم دهد. وقتی فکّ ملک است چه کسی مالک منفعت است که بخواهد اجاره بدهد؟ در اجاره شما باید تملیک کنید منافع را، چه کسی مالک است که می خواهد تملیک کند؟!<sup>۲</sup>

## طبق همان استدلال اجاره مسجد و مشاهد صحیح نیست

ما در باب اجاره هم شبیه بیع می گوئیم مالکیت لازم نیست مثل عمل حرّ که تملیک می کند عمل خودش را که مالک نیست. ولی دوباره همان بحثها می آید که موجد باید حق تملیک داشته باشد. چه کسی می گوید ما نسبت به منافع

<sup>۱</sup> شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر، ص: ۲۳۲

<sup>۲</sup> مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۶

غیر مقصوده مسجد حق تملیک داریم؟ اول آن را درست کنید. چه کسی می گوید متولی یا حاکم نسبت به منافع مسجد حق تملیک دارد. چه کسی می گوید منافع مسجد قابل تملک است به مثل زراعت تا بگوئید حق تملیک داریم؟! بنابراین در باب مسجد از این جهت اجاره مانند بیع است. اینکه مرحوم کاشف الغطاء بین اینها فرق گذاشته است به نظر ما دلیل روشنی بر این فرق وجود ندارد. اگر ما از کسانی هستیم که در بیع و در اجاره، ملکیت عین یا منفعت را شرط می دانیم، که روشن است که در فک ملک مالکی وجود ندارد تا بخواهد تملیک کند. و اگر از آنها نیستیم می گوئیم از باب نداشتن حق تملیک و حق تملک طرف مقابل، جواز ثابت نیست حتی در منافع. بنابراین ما از این جهت هم اجاره را نادرست می دانیم ولو در مثل مشهد و مساجد وغیره.

### جواز اجاره مدارس و مشابهاً

بله در مثل مدارس مخروبه و مانند آن بحث دیگری است. آنجا هم به تبع بحثی که بالا کردیم به نظر می آید در وجوهی اجاره اش هم اشکال ندارد، و مالکیت طرف مقابل هم اشکال ندارد، بنائاً علی الخروج من الوقفیه که روشن است، خارج هم نشود بعید نیست بگوئیم در اینجور امور حاکم حق تملیک دارد و طرف هم مالک می شود به بیع و به اجاره و اصلاً از وقفیت هم بیرون می رود و مالک می شود. علی الظاهر از این جهت اشکالی نیست.

بحث بعدی ما در همین فرع ۷۱ عبارت است از فروش آلات و امور مرتبطه و متعلقه به این مساجد و مشاهد که جدا بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت	۶۸۲
خلاصه مطالب گذشته	۶۸۲
کلام کاشف الغطاء ره در جواز اجاره مسجد	۶۸۳
بررسی کلام کاشف الغطاء توسط مرحوم شیخ	۶۸۳
کلام محقق اصفهانی ره در مقام	۶۸۵
بررسی کلام محقق اصفهانی ره	۶۸۷
کلام حضرت امام در مقام و اشکال ایشان به مرحوم کاشف الغطاء	۶۸۸
اشکال حضرت امام ره به محقق اصفهانی	۶۹۰
نقض حضرت امام به مرحوم اصفهانی	۶۹۰
بررسی کلام حضرت امام ره	۶۹۱
جواب از نقض حضرت امام ره	۶۹۳
نتیجه بحث	۶۹۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت

### خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۷۱ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام ره بود. این مساله مربوط به فروش اوقافی مانند مساجد و مشاهد شریفه است و مدارس، مقابر، رباط و امثال آن نیز به اینها ملحق شده است. تحریر بحث به اینجا رسید که خود مسجد و به تبع مشاهد مشرفه را نمی توانیم

بفروشیم. دلیل این حکم نیز این است که مسجد فک ملک است و این عنوان به حیث همین مکان قیام دارد یعنی اینطور نیست که بدل مسجد نیز فی حد ذاتها مسجد باشد بلکه مسجد شدنش نیاز به مقدمات خاص خود دارد. لذا این پرسش مطرح می شود مگر مسجد شرائط فروش دارا است؟ مگر مسجد قابل تملک است که بتوان آن را فروخت؟ و کسی که می خواهد مسجد را بفروشد مگر حق تملیک دارد؟ این اشکال اصلی بود. لذا نسبت به فروش مسجد مساله روشن است و بحث در امکان انتفاعات دیگر از مسجد است.

### کلام کاشف الغطاء ره در جواز اجاره مسجد

نسبت به اینکه بعد از خراب و مندرس شدن مسجد بتوان با حفظ شئون و احکام مسجد انتفاعات دیگر از آن برد مانند اینکه بدون اینکه مسجد را نجس کنند اجاره بدهند برای انبار یا در آن زراعت کنند مرحوم کاشف الغطاء فرموده است با تحفظ بر احکام مسجد و تحفظ بر اینکه احکام کنند وقفیت آن مکان را تا بعدا آثار وقف و مسجد بودن از بین نرود اجاره مانعی ندارد، و باید با مال الاجاره همین مسجد را دوباره بناء کنند یا مسجد دیگری بناء کنند یا اگر نشد در مصالح مسلمین هزینه کنند.

### بررسی کلام کاشف الغطاء توسط مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید این کلام حسن است، به شرط اینکه مسجد ملک مسلمین باشد نه اینکه فقط فک ملک باشد. چون مرحوم شیخ از کسانی است که قائلند بیع و اجاره تنها در ملک صحیح است. لذا وقتی می خواهند تعلیل بفرمایند که چرا نمی شود مسجد را فروخت، می فرمایند چون مسجد فک ملک است و لا بیع الا فی ملک. ایشان از این باب عدم

جواز بیع مسجد را درست می کند که کسی مالک نیست که بخواهد بفروشد، در حالی که بیع در ملک است. لذا ظاهراً فرمایش ایشان در جواب مرحوم کاشف الغطاء نیز از این باب است. ایشان پس از اینکه عبارات مرحوم کاشف الغطاء را بعینه نقل می کنند می فرمایند:

«و فيه ان اجارة الارض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين ولو على نحو الارض المفتوحة عنوة، لكنه غير ثابت (که ملک مسلمین باشد) و المتيقن خروجه عن ملك مالكة (فک ملک صورت گرفته) اما دخوله في ملك المسلمين فمنفى بالاصل»<sup>۱</sup>.

بر فرض که مطلب ایشان صحیح باشد و دخول در ملک مسلمین به اصل منفی باشد اما چرا اجاره صحیح نباشد؟ ظاهراً از باب این است که منافع هم ملک کسی نیست. گوئی ایشان کبری را قبول دارد که تملیک چیزی که مالک نیستیم ممکن نیست. در بیع، تملیک عینی که مالک نیستیم امکان ندارد و در اجاره تملیک منفعتی که مالک نیستیم امکان ندارد. بنابراین نکته عدم صحت اجاره در نزد مرحوم شیخ منوط به عدم ملکیت است، ولذا اگر ملک مسلمین باشد ایشان اشکال نمی کند.

همانطور که در جلسه گذشته بیان شد ما به تبع محقق اصفهانی، مرحوم امام و عده ای دیگر از محققین، مالکیت را برای تحقق تملیک شرط نمی دانند اما به دلیل دیگری بیع و اجاره مسجد را درست نمی دانیم که در جلسه گذشته بیان شد.

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۴، ص: ۵۵



## کلام محقق اصفهانی ره در مقام

محقق اصفهانی در اینجا می فرماید: اعتبار مسجدیت با اعتبار وقفیت دو اعتبار مختلف است، لذا این امکان وجود دارد که این دو اعتبار از هم جدا شوند. مانند اینکه ما مکانی را فقط برای نماز وقف کنیم که در این صورت دیگر مسجد نمی شود. یا اینکه قصد کنیم مسجدیت را و غفلت کنیم از عنوان وقفیت. در این صورت مسجد محقق می شود ولی وقف نیست. پس می شود که حیث مسجدیت و حیث وقف از هم جدا شوند.

حال کلام محقق اصفهانی این است که: وقتی جائی مسجد شد و وقف شد، به لحاظ حیث مسجدیت بدلی ندارد که ما بخواهیم این را بفروشیم و بدلش را تهیه کنیم. به عبارت اخری فروش اوقاف به این صورت درست می شود که واقف وقتی وقف می کند این عین را بما له من المالیه وقف می کند لذا اگر امکان نداشت عین باقی بماند باید مالیتش که وقف است باقی بماند. لذا چون این مالیت می تواند در بدل متجلی شود، باید بدل را تهیه کنند یا بروند صورتش را بازسازی کنند تا بشود بدل آن.

اما در باب مسجد این امر ممکن نیست. چون قوام مسجدیت به خود این عین است. مسجدیت اینطور نیست که قائم باشد به این و مالیت فی ضمن المسجد، تا اگر این مسجد از بین رفت بتوان برای حفظ مالیت، مسجد دیگری درست کرد. حتی اگر شما تکوینا ملکی را به جای آن مسجد بخرید بدل آن مسجد نمی شود تا قصد عنوانش کنید تا مصلین مثلاً در آن باشد و قبضش کند.

مقصود این است که مسجدیت مثل منا و عرفات و مشاهد و مشاعر است که قائم به همین ارضند. بنابراین به نظر محقق اصفهانی شما نمی توانید مسجد را بفروشید چون قائم به همین ارض است. اما نسبت به انتفاعات به نظر ایشان اگر انتفاعی باشد که منافات و مزاحمت با حیث مسجدیت نداشته باشد، علی الظاهر اشکالی ندارد. چون فرض این است که از باب مسجدیت منافاتی ندارد، از باب وقفیت هم بنابراینکه وقف خراب شده نمی توانیم از خود آن عین استفاده کنیم، اما چون می توانیم از جهت مالیتش استفاده کنیم همین جهت را مورد استفاده قرار می دهیم مثلاً آن را اجاره می دهیم تا از آن منافع حاصل شود تا برای اقامه خود آن مسجد استفاده کنیم و در صورت عدم امکان برای مسجدی دیگر یا برای اقرب الی مصالح المسلمین که بحث آن گذشت.

پس نظر محقق اصفهانی این است که وقتی مسجدی خراب می شود یک حیث مسجدیت دارد، چون این حیث مسجدیت به شخص این عین باقی است قابل فروش نیست چون دیگری نمی تواند آن را تملک کند. اما نسبت به حیث استفاده از منافع این عین، به شرط اینکه استفاده از این منافع، منافات با مسجدیت و احکام آن نداشته باشد، مانند اینکه برای کشتارگاه اجاره ندهند تا ملازم با تنجیس مسجد باشد، یا منافات با حیث مشهد شریف نداشته باشد اشکالی ندارد.

نکته ای که نیاز به تأمل دارد این است که ایشان در عبارتی می فرمایند: «چون فرض هم این است که خراب مسجد پیش آمده و دیگر نمی توان از آن انتفاع برد.»<sup>۱</sup> این عبارت را ایشان

<sup>۱</sup> حیث إن المفروض عدم التمكن من الانتفاع به في الصلاة أو عبادة أخرى. حاشية كتاب المكاسب (للأصفهاني، ط - الحديث)، ج ۳، ص: ۱۰۵

برای چه بیان کردند؟ برای اینکه می خواهند بگویند پس مزاحمتی با مسجدیت بما هو مسجد ندارد. چون مسجد خراب شده است. مسجد جای نماز بود و فرض این است که نمی شود در آن نماز اقامه کرد. پس اگر ما اجازه بدهیم مزاحمتی با آن نکته ای که به خاطر آن نکته این مکان، مسجد است ندارد. این عبارت را برای تصحیح این مطلب بیان کردند، نه برای اینکه دو تا مورد را از هم جدا کند و بگویند دو قسم مسجد داریم، مسجدی که حی است و مسجدی که خراب شده است. در یکی از آنها اجازه اشکال دارد و در دیگری اشکال ندارد. این را نمی خواهد بگوید. چون مرحوم امام به محقق اصفهانی اینطوری اشکال می کند که فرمایش شما رجما بالغیب است. نخیر رجم بالغیب نیست، بلکه می خواهند بفرمایند شرط شما برای جواز اجازه دادن و استیفاء منافع در جائی است که مزاحمتی با خصوصیات مسجد مانند نماز خواندن نداشته باشد. وقتی خراب شده است فرض این است که دیگر جائی برای اقامه نماز نیست، لذا آن را اجازه می دهیم. اجازه یعنی استیفاء منافع دیگری که مضاد با این نیست و تزاممی ندارد.

### بررسی کلام محقق اصفهانی ره

این کلام مرحوم اصفهانی کلام خوبی است. مگر اینکه کسی به صورت کلی این طور استفاده ها را هتک مسجد بداند. مثلاً زراعت کردن هتک مسجد است. ولی واقعا این هم معلوم نیست که هتک باشد. مسجد بزرگی است زلزله آمده و کلاً مخروبه شده، جائی برای استفاده برای نماز و دیگر عبادات نیست، نه مصلی ای وجود دارد نه جائی برای اقامه نماز دارد، حالا اگر کسی آمد گفت ما این را اجازه بدهیم حد مسجدش روشن است، و مثلاً در دفاتر اسناد رسمی می رویم وقفیتش را ثبت و ضبط می کنیم که اینجا مسجد است و اجازه اش بدهیم. معلوم نیست واقعا هتک باشد.

### کلام حضرت امام در مقام و اشکال ایشان به مرحوم کاشف الغطاء

مرحوم امام ره کلام دیگری دارند. ایشان در اشکال به مرحوم کاشف الغطاء می فرماید بیان شما برای اجاره درست نیست. اولاً یک اشکال به عبارت می کنند. چون مرحوم کاشف الغطاء در ابتدا گفته بودند که وقف عام نیز ملحق به مشاعر می شود. مرحوم امام می فرماید منظورتان از وقف عام اگر خصوص مسجد و مشاعر و مشاهد است مطلب درستی است، اما اگر مقصودتان از وقف عام همین اصطلاح دارج مقابل وقف خاص است مثل خانات و مدارس و قناطر اشکال می کنند که چه کسی گفته اینها از مشاعر هستند؟! مشاعر مثل منا و عرفات و یا خود مسجد است، اما چه کسی گفته پل و کتابخانه و مدرسه از مشاعر هستند. این یک اشکال عبارتی است که به مرحوم کاشف الغطاء دارند.

اما نسبت به اصل بحث، اگر مقصود کاشف الغطاء از وقف عامی که نمی توان آن را فروخت، مسجد باشد، وجه این حکم با آنچه حضرت امام ره فرموده اند متفاوت است اما فعلاً محل بحث ما بیع نیست پرسش ما این است که آیا می توان آن را اجاره داد؟ مرحوم امام ره می فرمایند این سخن شما درست نیست که می شود اجاره داد. زیرا اولاً: خلاف ارتکاز متشرعه است. «و کیف کان یرد علیه فی مثل المساجد و المشاهد المشرفة مضافاً الی مخالفة ذلک لارتکاز المتشرعة»، خلاف ارتکاز متشرعه است که ما بیائیم مسجد یا مشهدی را اجاره بدهیم. ثانیاً به لحاظ فنی واقف در مسجد، دائره انتفاع را مقید به نماز خواندن کرده است. لذا چه کسی به شما اجازه داده که این مسجد را اجاره بدهید و انتفاع دیگری از آن ببرید؟ واقف که چنین اجازه ای نداده است.

ایشان یک بیان به اجمال دارند که بیان جالبی است که ما در ضمن یک مثال آن را توضیح می دهیم. اگر واقف زمینی را برای جمعی وقف کرده بود و دایره منتفعین را مضیق کرده بود، آیا شما می توانستید از این تعدی کنید و افراد دیگری را از این زمین منتفع کنید؟ مثلاً فرض کنید واقف گفته این زمین وقف است بر علماء، آیا شما می توانستید عایدات آن را مصرف کنید در فقرائی که عالم نیستند؟ نمی توانستید چون دایره انتفاع را خود واقف تعیین کرده است. در مسجد نیز به همین صورت است. در مسجد واقف دایره انتفاع را حصر کرده به اعمال عبادی مانند نماز خواندن یا کارهائی که از شئون مسجد است مانند قضاء در مسجد که امیرالمؤمنین سلام الله علیه در مسجد به قضاوت می نشسته اند. حتی ایشان می فرمایند سکناى فى الجملة مانند اینکه چند ساعتی در مسجد مکث کنند، که بعید نیست جواز آن مطابق ارتکاز متشرعه باشد. اما برای اینکه بتوان منفعت مسجد را که در محدوده اراده واقف نیست اجاره داد باید در رتبه سابق اثبات شود که حق چنین استفاده ای را داریم. دایره منافع مسجد، دایره ای است که واقف تعیین می کند.

پس استدلال مرحوم امام ره برای عدم جواز اجاره این است که واقف دایره وقف را مضیق کرده است و طبق روایت الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها، امضاء شارع نیز پشت این عمل واقف است لذا به همان اندازه حق استفاده از مسجد وجود دارد نه بیشتر. این مانند بقیه حدودی است که واقف تعیین می کند. لذا اجاره مسجد درست نیست.

## اشکال حضرت امام ره به محقق اصفهانی

حضرت امام سپس به نقد کلام محقق اصفهانی می پردازند. زیرا می فرمایند: «و وجهه بعض الاجله بأن للمسجد حیثیتین: حیثیة المسجدیة و لها احکام خاصة و حیثیة کونه وقفا عاما» این عبارتها فرمایشات محقق اصفهانی است.

مرحوم امام ره بعد از اینکه نظر مرحوم کاشف الغطاء در جواز اجاره را سخن غریبی می داند می فرمایند: «و اغرب مما ذکر التوجیه المتقدم» اغرب از خود کلام کاشف الغطاء که می گوید ما باید مسجد را اجاره بدهیم توجیه محقق اصفهانی است. «فإنَّ ضعفه مما لا یخفی، ضرورة أن الجهة المسجدیة فی المساجد لیست فی الخارج غیر حیثیة الوقف» اصلاً حیث مسجدیت و وقف در خارج از هم جدا شدنی نیست. بنابراین مسجد بما هو مسجد، وقف است، و اینکه عقلاء آن را تحلیل کنند به مسجدیت و وقفیت اثری ندارد، در خارج اینها متحد هستند و یک عنوان هستند.

اشکال ایشان این است که چرا شما دو حیثیت مسجدیت و وقفیت را یکدیگر جدا کردید؟ اگر مسجد را نمی شود فروخت همینطور مسجد را نمی شود اجاره داد. اینکه به حیثیت وقفیتش بتوانیم اجاره دهیم صحیح نیست. فالمسجد احد مصادیق الوقف، والمصدق عین العنوان فی الخارج لا امر منحاز عنه له حکم خاص و الانحلال العقلی غیر مفید».

## نقض حضرت امام به مرحوم اصفهانی

مرحوم امام ره نقضی نیز بر محقق اصفهانی وارد کرده می فرمایند: اگر مسئله اینطور بود که شما می گوئید که تنها مشکل در بحث اجاره مسجد، مزاحمت این کار با اختصاص منافع

مسجد به موارد خاص مانند نماز و مانند آن است لذا وقتی مسجد خراب شد چون این مزاحمت نیست اجاره مسجد اشکال ندارد، باید قائل باشید که وقتی مسجد سرپاست یا نسبت به مشاعر و حتی حرم امن الهی اگر بتوانیم منفعتی را تصور کنیم که مزاحم با کار اینها نباشد، مثلاً مزاحم طواف و نماز نباشد، باید بتوانیم مسجد الحرام را اجاره بدهیم یا کعبه را برای آن منافع که مزاحم نیست اجاره بدهیم در حالی که این کلام مما لا ینبغی التفوه به.

مثالی نیز که ایشان برای منفعت غیر معارض بیان می کنند «کالاجارة لوضع الامتعة علی رفوفهما» است. طاقچه ای دارد ما اجاره بدهیم که وسائلشان را بگذارند روی آن در حالی که «و هو کما تری ممّا لا ینبغی التفوه به».<sup>۱</sup>

### بررسی کلام حضرت امام ره

این لازمه ای که مرحوم امام ره فرمودند علی الظاهر درست است اما به یک شرط. چون محقق اصفهانی علاوه بر اینکه فرموده بودند این منافع مزاحم نباشد فرموده بودند احکام و شئون این اماکن نیز رعایت شود. اگر کسی بگوید بالای کعبه را اجاره بدهند و بعد نردبان بگذارند تا مردم بروند بالای کعبه و وسائلشان را بگذارند این هتک کعبه است. محقق اصفهانی تصریح کرده بودند برای صحت اجاره مسجد باید منافع داشته باشد که با استیفاء منافع مسجدیت و حفظ آداب مسجد منافاتی نداشته باشد. یکی از این آداب این است که هتک نشود. ایشان مثالی بیان نکردند من در ضمن تقریر عرض کردم اگر کسی می خواهد بیاید اینجا را اجاره کند محل جمع

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۸۴، ۱۸۵

آوری زباله کند ولو موجب تنجیس هم نباشد این را هم قبول نمی کنیم و می گوئیم هتک مسجد است.

عبارت محقق اصفهانی این بود: «لا يجوز بيع المسجد بما هو مسجد، و اما بعض الاحكام الاخر الثابت للوقف العام الذي لا يكون منافيا للمسجدية فالمقتضى له موجود و المانع عنه مفقود، كاجارته للزراعة و نحوها متحفظا على الآداب المخصوص بها المسجد كما في كلام كاشف الغطاء»<sup>۱</sup> پس آداب مخصوص بها المسجد را باید حفظ کند. اگر در آنجا زباله بریزند حفظ آداب مسجد نیست.

پس کلام محقق اصفهانی دو قید دارد: یک قیدش این است منافی که می خواهید به اجاره استیفاء کنید منافی منفعت مسجدیت نباشد «لا يكون منافيا للمسجدية» دوم اینکه با حیثیات مسجدیت هم منافات نداشته باشد از حیث اینکه حرمت مسجد و آداب مخصوص به مسجد را نیز حفظ کند. شما در مسجدی که دائر است نمی توانید زباله بریزید لذا در مسجد خراب نیز نمی توانید این کار را انجام دهید. اشکال این عمل فقط از باب منافات با مسجدیت و مزاحمت با نماز نیست؛ حتی اگر پشت بام مسجد که روی آن نماز نمی خوانند را در نظر بگیرید باز نمی توانید آن را به شهرداری اجاره دهید تا محل جمع آوری و انتقال زباله ها قرار دهد. اشکالش این است که هتک مسجد است.

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب مکاسب (للأصفهاني، ط - الحديث)، ج ۳، ص: ۱۰۵



## جواب از نقض حضرت امام ره

اما نسبت به مثال نقضی که مرحوم امام ره آوردند فرض کنید اگر مسجد قابل اجاره دادن باشد برای امور غیر منافی با نماز که هتک مسجد نیز نباشد، مثلاً مسجدی هست کتیبه های خیلی زیبا و هنری دارد، عده ای از مسلمانان می گویند اجازه بدهید ما از اینها با دقت فیلمبرداری و عکس برداری کنیم زوایایش را در بیاوریم کاشی کاری هایش را ببینیم تا در امور هنری استفاده کنیم. نحوه ورود و خروجشان و مکثشان نیز هیچ منافاتی با مسجدیت نداشته باشد. نمازگزارها هستند اینها بدون اینکه مزاحمت برای احدی ایجاد کنند می خواهند فیلمبرداری کنند، این چه مانعی دارد؟ ما اجازه بدهیم مسجد را یک ماه به این افراد که بیایند کارشان را انجام دهند. حتی نسبت به کعبه نیز می شود این را گفت، چه اشکالی دارد؟ یعنی اگر اموری باشد که نه منافاتی با اعمال بیت الله داشته باشد و نه هتک باشد اجازه دادن برای این کار چه اشکال دارد. می خواهند از مسجد فیلمبرداری کنند بدون اینکه مانع از طواف طائفین یا برگزاری نماز شوند در گوشه ای هستند و هیچ اضرائی اعمال عبادی نمی رساند چند روز به اینها اجازه بدهند چه اشکالی دارد؟

**سؤال:** اشکال حضرت امام در کما تری این بود که منافع غیر منافی، نادر است؟

**جواب:** نخیر، ایشان در کما تری می خواهند بفرمایند اگر ما مسجد را اجازه بدهیم برای اینکه مردم در طاقچه هایش امتعه بگذارند واضح است که این باطل است و صحت چنین اجازه ای کما تری است عبارتش این است: «و علیه فلا بد من القول بصحة اجارتهما عند عدم المزاحمة او بنحو لا تزاحمهما كالأجارة لوضع الامتعة على رفوفهما و هو کما تری مما لا

ینبغی التفوه به»<sup>۱</sup>. یعنی اجاره صحیح نیست. مگر ندرت منفعت اشکال دارد؟ مثلاً اگر فردی آلبوم عکس پدری خود را به شما اجاره بدهد تا استفاده کنید، آیا اشکالی دارد؟ ولو اینکه منفعت نادر باشد.

**سؤال:** اینکه بیائید بحث را آنقدر ضیق کنید که مواردش نادره بشود در اجاره این را می گویند کما تری است.

**جواب:** اگر اینطور بود می فرمودند منفعت نادره است ولی می فرمایند اصلاً صحیح نیست. لذا ایشان اجاره را باطل می داند به این جهت که واقف دائره منفعت را مقصور کرده به مسجدیت. و می فرمایند اگر توجیه محقق اصفهانی در فرض خراب درست بود در مسجد آباد نیز باید اجازه می داشتیم اجاره بدهیم به شرط اینکه منافات نداشته باشد. ولی واضح البطلان است که نمی شود اجاره داد. نه از باب این که نادر است چون نادر هم باشد اشکال ندارد. مگر اجاره برای منفعت نادره اشکال دارد. علاوه بر اینکه نادر هم نیست، به نظرم مقصود ایشان از این جهت روشن است.

و به نظر ما نقض ایشان وارد نیست، بخاطر اینکه اگر بر دو جهتی که در کلام محقق اصفهانی هست تحفظ شود اجاره دادن مسجد هیچ اشکالی ندارد. البته معمولاً اجاره دادن در استیفاء منافی است که مزاحم با مسجد است لذا نمی شود اجاره داد. یا غالباً ممکن است موجب هتک بشود، مانند اینکه بگوئیم مردم بیاورند چمدانهایشان را در مسجد بچینند، این یک

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۸۶

جور هتک مسجد می شود. بله اگر اجاره های خاصی باشد مثل همین استفاده از کتیبه های زیبای مسجد که عرض کردم و هیچ مزاحمتی هم با نماز خواندن نمازگزاران ندارد مانعی ندارد.

**سؤال:** آیا میتواند اجاره کند که هر روز در مسجد تدریس کند

**جواب:** اگر مزاحمت با منافع صدق کند نمی تواند چون ممکن است مصلی بخواهد آنجا نماز بخواند.

**سؤال:** از مسجد هزار متری چند متر در گوشه ای را بخواهیم استفاده کنیم چه اشکالی دارد.

**جواب:** مناقشه در مصداق نداریم اگر مزاحمت با صلاة مصلین و امورات متعلق به مسجد نشود اشکالی ندارد. لذا بعضی علماء که در مساجد درس می دادند و درسشان گاهی طول می کشید تا زمان قبل از اذان، برخی ها شبهه می کردند می گفتند شما دارید مانع نماز آنها می شوید ولو اینکه برخی می خواهند قبل ظهر نافله ای بخوانند.

البته ظاهراً تدریسهای فقهی و حدیثی مرکوز بوده و اصحاب ائمه علیهم السلام در مساجد جلسات روایت خوانی برای مردم داشته اند لذا اینها منافاتی با مسجدیت ندارد، همانطوری که بعضی از این موارد را مرحوم امام ره فرمودند.

اما نسبت به اصل توجیه حضرت امام برای عدم اجاره که می فرمایند: واقف منافع این مسجد را در حیث صلاة قرار داده است و به آن محدود کرده است لذا نمی توانید کار دیگری انجام دهید. آیا این نظر درست است؟ آیا اگر واقعا واقفی مسجدی درست کرده و غرضش هم این است که در آن نماز خوانده بشود، و می داند که یک زمانی خراب می شود، و می داند که ممکن است این مسجد منفعت دیگری نیز دارد که چون خراب شده منافاتی با نماز خواندن

ندارد و هتک هم نمی شود و احکام مسجد هم رعایت می شود، آیا واقعا قصدش نیست که استفاده بشود؟ بر عکس عقل اقتضاء می کند که ما بگوئیم واقفین که آدمهای عاقلی هستند غرضشان اعم از این است. بنابراین اصل ادعای حضرت امام که فرمودند که منافع، مقصور به استفاده در مسجدیت است این هم محل اشکال است.

### نتیجه بحث

بنابراین علی الظاهر همانطور که مرحوم کاشف الغطاء فرمودند و مرحوم شیخ نیز در جائی که ملک مسلمین باشد اشکال نکردند، و ما نیز چون در باب اجاره، ملکیت را لازم نمی دانیم از این جهت هم اشکال نمی بینیم به نظر می آید اجاره مسجد اشکالی نداشته باشد. مگر در جائی هتک باشد که بحث دیگری است.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت	۶۹۷
خلاصه مطالب گذشته	۶۹۷
بیانهای مختلف برای بطلان اجاره مساجد و مشاهد	۶۹۸
بیان شیخ انصاری و جواب از آن	۶۹۸
بیان صحیح بر بطلان اجاره مساجد و مشاهد	۶۹۹
تصحیح اجاره توسط مرحوم اصفهانی	۷۰۰
توضیح بیان مرحوم اصفهانی ره	۷۰۱
اشکال حضرت امام به مرحوم اصفهانی و جواب به آن	۷۰۱
بیان حضرت امام بر بطلان اجاره	۷۰۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت

### خلاصه مطالب گذشته

بحث ما در مسئله ۷۱ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام ره بود. این مساله مربوط به فروش اوقافی مانند مساجد و مشاهد شریفه است و خانات و مدارس، مقابر، رباط و امثال آن نیز به اینها ملحق شده است. و بحث بعدی این مسئله راجع به فروش اموال و آلاتی است که متعلق به مسجد و مشاهد است مانند فرش و ضریح و مانند آن، چه این وسائل ملک آنها باشد یا وقف شده برای آنها یا برای آنها خریداری شده باشد که هر صورت نیاز به بحثی مستقل دارد.

ما تا به حال بحث درباره بیع مساجد و مشاهد بود. روشن شد که بیع این اوقاف ممکن نیست، ولذا به هر صورتی که در آیند باید باقی باشند و به تبع این بحث وارد بحث اجاره مساجد شدیم، چون در کلام بعضی الاساطین یعنی مرحوم کاشف الغطاء بحث اجاره بعد از بحث بیع مطرح شده است لذا باید آن را تمام کنیم گرچه اولی این بود که بحث اجاره را در مسئله ۷۲ که صدرش بحث اجاره است طرح می کردیم. مرحوم کاشف الغطاء می فرماید مساجد و مشاهد به شرط اینکه وقفشان احکام شود و استیفاء منافع از آن منافاتی با آداب مسجدیت نیز نداشته باشد می توان اجاره داد. مرحوم شیخ انصاری متن کلام کاشف الغطاء را در کتاب مکاسب آوردند و فرمودند این کلام حسن است به شرط اینکه مساجد و مشاهد ملک مسلمین باشد و الا نه.

## بیانهای مختلف برای بطلان اجاره مساجد و مشاهد

سه راه برای عدم صحت اجاره مسجد وجود دارد.

## بیان شیخ انصاری و جواب از آن

طریق نخست کلام مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در کتاب مکاسب است، ایشان معتقدند که هم بیع و هم اجاره باید در ملک باشد تعلیل ایشان در باب بیع صریح است و از ذیل کلامش عدم جواز اجاره نیز به همین تعلیل استفاده می شود. یعنی اجاره از کسی که مالک منفعت است معنا دارد و باید مالک منفعت عین بود تا بتوان آن را اجاره داد. اگر ما این کبری را بپذیریم از آنجا که در مسجد و مشاهد مشرفه فک ملک می شود اجاره آن صحیح نیست و حتی اگر کسی فک ملک را نپذیرد و شک کند که آیا اینها در ملک مسلمین وارد می شود یا به ملک مسلمین در نمی آیند، اصل عدم جاری است، بنابراین با این بیان سهل مرحوم شیخ، نمی توانیم مساجد و مشاهد را اجاره بدهیم چون این امور نه عینشان ملک است و نه منافعشان ملک کسی است، و کسی می تواند شیئی یا ملکی یا خانه ای را اجاره بدهد که مالک منفعت باشد. در مقام نه حاکم و نه متولی مالک منافع مسجد نیستند.

منتهی این بیان و طریق اشکال دارد. از جمله کسانی که به این طریق اشکال دارند محقق اصفهانی است که هم در حاشیه مکاسب و هم در کتاب اجاره به صورت مکرر می فرمایند: در اجاره و بیع و امثال آن لازم نیست مالک باشیم تا بتوانیم تملیک کنیم. نقض ایشان به بیع کلی و امثال آن است. زیرا در بیع کلی بایع، مالک کلی در ذمه خویش نیست تا آن را به مشتری تملیک کند، بلکه حق تملیک و سلطنت بر تملیک دارید. این سخن را مرحوم امام نیز پذیرفته اند. مرحوم آقای خوئی در بعضی بحثها نیز این کبرای کلی را پذیرفته و معتقد است که لازم نیست ما مالک باشیم. لذا حر می تواند خودش را اجاره دهد، در واقع حر در اینجا موجر می شود و عمل خودش را تملیک می کند به مستأجر و کسی که او را اجیر کرده است در حالی که خود موجر مالک نیست بنابراینکه با وجود ملک تکوینی ملکیت اعتباری در باب حر لغو است. لذا بدون اینکه ملک اعتباری داشته باشد تملیک اعتباری می کند.

البته اینکه مبدع این سخن چه کسی است از اهمیت زیادی برخوردار نیست. برای ما روشن نیست به لحاظ تاریخی آیا قبل از محقق اصفهانی نیز این بحث مطرح بوده است؟ اما در هر صورت این سخن صحیحی است و ما هیچ دلیلی نداریم که برای صحت بیع و اجاره بایع و موجر باید مالک باشند. مثال نقض به کلی ذمی هم درست است لذا لازم نیست شخص مالک باشد تا تملیک کند.

پس بیان اول برای عدم صحت اجاره در مساجد و مشاهد درست نیست. البته بحث خانات و مدارس بحث مستقلی است که در ادامه خواهد آمد.

## بیان صحیح بر بطلان اجاره مساجد و مشاهد

بیان دوم: آن عرضی بود که ما گفتیم و ندیدیم که بعینه در عبارتها آمده باشد. آن اینکه در این مسئله اگرچه مالکیت بایع و موجر برای صحت عقد لازم نیست اما بایع و موجر باید حق تملیک داشته باشند، باید سلطنت بر تملیک داشته باشد. نمی توان گفت شخص می تواند تملیک کند در حالی که مالک نیست و حق تملیک نیز ندارد. برای اینکه بیع و اجاره تحت ادله امضاء مانند «أوفوا بالعقود» قرار گیرد باید بایع و موجر

حداقل سلطنت بر تملیک داشته باشند و در غیر این صورت تملیک عین یا منفعت حاصل نمی شود. چون کار طرفین عقد که تملیک بالحمل الشایع نیست. این مثل این می ماند که فردی در خیابان منزل من را بفروشد این اثری ندارد. اینجا شما حق تملیکی ندارید. ما عرضمان این است که در باب مساجد و مشاهد دلیلی نداریم که کسی حق تملیک داشته باشد. نمی گوئیم دلیل نداریم کسی مالک است، بله کسی مالک نیست، ولی ما در تملیک ملکیت لازم نداریم، نه در بیع و نه در اجاره. ولذا این طریق مسدود است، منتهی سخن دیگری می گوئیم: در مساجد و مشاهد لم یثبت حق التملیک و السلطنة علی التملیک لاحد حتی برای ولی فقیه. خواهد آمد که حضرت امام ره اصرار دارند بیع تمام اوقاف حتی اوقاف خاصه به معنایی با ولی فقیه است اما این در جائی است که اصل این حق ثابت باشد. ولی وقتی اصل حق ثابت نیست نه ولی فقیه حق دارد و نه متولی یا شخص دیگری چطور این اجاره صحیح باشد. در مساجد که به نحوی اضافه به خداوند دارد و در مشاهد به ولی از اولیاء، از کجا ثابت شد که حق تملیک منافع وجود دارد؟!

بنابراین اشکال ما در بحث اجاره مثل بحث بیع در حق تملیک است. این راه دوم است.

### تصحیح اجاره توسط مرحوم اصفهانی

محقق اصفهانی فرمودند در بعضی از فروض می توان مساجد را اجاره داد که بیانش در جلسه قبل گذشت. محصل بیان ایشان این بود که مسجدیت و وقفیت دو حیثیت جداگانه اند. مسجدیت یک حیثیت و اعتبار است، وقفیت یک حیث و اعتبار دیگر. به حیث مسجدیت حق نداریم مسجد را اجاره بدهیم، چون مسجدیت حتی در منافعش قائم به شخص است. لذا دلیلی نداریم بتوان این منافع را به دیگری منتقل نمود. اما به لحاظ وقفیت و آثار مطلق اوقاف، به نظر ایشان اوقاف عامه آثاری دارد: از جمله اینکه عند الخراب و عدم الانتفاع بنحو المعتد به، ممکن است آنجا بگوئیم می توانیم برای حفظ وقف آن را اجاره بدهیم. که بخشی از بحثهای آن قبلاً گذشته است. ایشان می فرماید به حیث وقف تحت آن ادله عامه می توانیم در مواردی مسجد را اجاره بدهیم به شرط اینکه منافات و مزاحمت با حیث مسجدیت نداشته باشد و آداب مسجدیت رعایت بشود. بعد ایشان می فرماید: در مورد مساجد خراب این محقق است.



## توضیح بیان مرحوم اصفهانی ره

در انتهای جلسه گذشته بیان شد که مرحوم اصفهانی نمی خواهد بگوید ما دو موضوع مستقل داریم. یک مناط و معیار در مساجدی است که حی است و در آنها می شود نماز خواند، و یک حکم و مناط برای مساجد مخروبه است. این را نمی خواهد بگوید. ایشان می گوید در مساجد مخروبه فرض این است که مسجدی نیست تا در آن نمازگذاری باشد تا مزاحمتی ایجاد بشود. معیار اجاره عدم مزاحمت است با آن خصوصیتی که در مسجد هست. مسجد جای نماز خواندن و پاره ای از اعمالی است که به لحاظ سیره متشرعه ما می توانیم صحت آن در مسجد را دریابیم، شاید برگزاری درس و بحث در مسجد نیز فی الجمله به حسب سیره متشرعه جایز باشد، شاید تصمیم گیری راجع به جهاد هم در مساجد می شده است. آن اموری که به حسب ادله در مساجد می شود اجاره وقف نباید منافات با اینها داشته باشد. لذا مرحوم اصفهانی می گوید وقتی که این مسجد خراب شد دیگر منافات با این مصالح هم ندارد لذا اجاره دادن با حفظ حرمت مسجدیت اشکال ندارد.

اینکه بحث را تکرار کردم بخاطر ذیلش هست که عرض می کنم.

## اشکال حضرت امام به مرحوم اصفهانی و جواب به آن

مرحوم امام در اشکال به محقق اصفهانی می فرمایند این کلام مرحوم اصفهانی خیلی غریب است، چون حیث مسجدیت و حیث وقفیت اصلاً در خارج یکی هستند. در خارج مسجد بما هو مسجد وقف است. «و اغرب مما ذکر التوجیه المتقدم» توجیه محقق اصفهانی برای کلام مرحوم کاشف الغطاء «فإن ضعفه مما لا يخفى، ضرورة أن جهة المسجدية في المساجد ليست في الخارج غير حیثية الوقف، فإن المسجد بما هو مسجد وقف لا مسجد وقف. فالمسجد احد مصادیق الوقف والمصدق عین العنوان

فی الخارج لا امر منحاز عنه له حکم خاص و الانحلال العقلی غیر مفید<sup>۱</sup>. ظاهر کلام ایشان این است که حیث مسجدیت و وقفیت را در خارج نمی توانیم از هم جدا کنیم.

اما در جلسه گذشته بیان شد که روشن نیست که مرحوم امام چه اشکالی را مطرح می کنند، مسجدی هست و وقفی که در خارج با هم یکی هستند، محقق اصفهانی می فرمایند این مسجد که خراب شده است و اثری ندارد را بما هو مسجد نمی توانیم اجاره دهیم. اما بما هو وقف اجاره اش اشکال ندارد. مرحوم امام می فرمایند هر دوی اینها به همین زمینی که از در و دیوار مسجد خلو شده، قائم است. اما این چه اشکالی به بیان محقق اصفهانی وارد می کند؟ این زمین دو حیثیت دارد که می گوئید در خارج انفکاک پیدا نمی کنند، حالا ما فرض می کنیم این درست باشد، انفکاک پیدا نمی کنند، و می فرماید که این زمین به حیث مسجدیت وقف است. حالا به حیث مسجدیت که الان آثاری ندارد، یعنی اثرش همین احکام شرعی است، با این وضعیت خراب که نمی شود در آن نماز خواند، می گوئید این مسجد بما هو مسجد وقف است، بسیار خوب، می خواهیم ببینیم اشکال دارد بما هو وقف اجاره اش بدهیم؟ این مسجد بما هو مسجد وقف است، عیبی ندارد، بما هو وقفش می توانیم اجاره بدهیم؟ مرحوم اصفهانی می گوید بما هو وقف اقتضاء دارد و مانعی هم ندارد. این کلام ایشان کجایش اشکال دارد؟ فرض کنیم این فرمایش امام ره همه اش هم درست باشد که این مسجد بما هو مسجد وقف است و در خارج دو حیثیت از هم جدا نمی شوند. خب نشوند. ایشان می گوید این دو تا حیثیتی که از هم جدا نمی شوند یک حیثش مانع حیث دیگر نیست. این سخن چه اشکالی دارد؟

**سؤال:** ظاهراً حضرت امام ره برخلاف محقق اصفهانی متعلق تکلیف را معنون می گیرند.

**جواب:** این حرف شما از اول بنیانش خراب است، اینها که تکلیف نیست. نه مسجدیت و نه وقف هیچکدام تکلیف نیستند.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۸۵

**سؤال:** قبول است همین وضعی که دارند به یک معنون تعلق گرفته است.

**جواب:** یک معنون است که دو تا حیثیت در آن وجود دارد.

**سؤال:** امام می فرماید مهم معنون است که در خارج یک معنون است.

**جواب:** چرا؟ لذا ما فرض صغروی را قبول کردیم و فرض کنید این دو حیثها به یک مصداق قائم هستند و اصلاً مسجد بما هو مسجد وقف باشد، که البته همه اینها نیاز به تأمل دارد. اما بنابر این فرض کلام مرحوم اصفهانی چه اشکالی دارد؟ می گوید منافع مسجد بما هو مسجد قابل انتقال نیست اما چرا بما هو وقف نشود منافعش را در جایی که با مسجدیت منافات ندارد انتقال داد؟ فرض این است که این مسجد مخروبه شده، و دیگر نمازگذاری ندارد و کاری که مربوط به مسجد است در آن انجام نمی گیرد، پس اگر ما آن را اجاره بدهیم با آثار مسجدیت منافاتی ندارد. به نظر ما حتی اگر فرمایش مرحوم امام در بحثهای صغروی اش درست هم باشد کبرایش مانعی ایجاد نمی کند.

**سؤال:** دو حیثیت متضاد عقلی درست کنیم؟

**جواب:** نه متضاد نیستند. به تصریح ایشان جواز اجاره در صورتی است که استیفاء این منافع منافاتی با مسجدیت ندارد. لذا اقتضاء صحت اجاره را دارد. البته نمی گوید همیشه می شود اجاره داد، می گوید آن احکامی که در وقف عام گفتیم که در وقف عام در مواردی می توان اجاره داد، این حکم کلی وقف عام چون در مسجد مخروب مانعی ندارد و مزاحمتی ندارد با کارهایی که مربوط به مسجد بوده است جاری است. بله اگر با آداب مسجد منافات پیدا کند مانند اینکه وهن باشد، صحیح نیست. اما در جاهایی که با استیفاء کار مسجدیت منافات ندارد علی الظاهر این مسئله مشکل ایجاد نمی کند.

مرحوم امام در کتاب البیع در حدود ۶۰ صفحه قبل از بحث فروش مسجد و اجاره آن در اول بحث وقف در آنجایی که ایشان می گویند **المختار فی تعریف الوقف** می فرمایند: وقف حبس عین و تسبیل منفعت و امثال آن نیست و آن بیان مرحوم اصفهانی که گفت قصر الملكية علی المنافع یا قصر الملكية علی

الشیء است را نیز نپذیرفتند و فرمودند وقف همان چیزی است که مرحوم سید می فرمایند با تفسیری که بیان کردیم که وقف ایقاف برای درّ منفعت است، بعد ایشان فرمودند: «و هذا المعنى (که ایقاف باشد) مع كونه موافقا للاعتبار العقلاني صادق في جميع الموارد، یعنی چه وقف خاص باشد و چه عام باشد. عامش چه مسجد باشد و چه غیر مسجد باشد. چه عنوان عامش وقف بر فقراء باشد یا مثل خانات و مدارس باشد، همه جا این صدق می کند که وقف ایقافٌ لدّر المنافع. این در صفحه ۱۲۵ جلد ۳ کتاب البیع ایشان است.

بعد ایشان می فرمایند: (این را برای این می گویم که ما مکررا از امام ره نقل کردیم که ایشان مثل مرحوم اصفهانی مسجدیت و وقفیت را دو اعتبار جدا می دانند. بعضی از دوستان عبارتهای اینجا را که دیدند گفتند با آنچه شما نقل کردید سازگار نیست. بعد به آنها عرض کردم ممکن است این عبارت با آن کلام امام ره که گفته اند مسجد و وقف دو تا است قابل جمع باشد، حالا عبارتهای ایشان را می خوانیم، اینکه می شود بینشان جمع کرد نکته ای است که عرض خواهیم کرد.

می فرماید: نعم لا یبعد فی المساجد و المعابد التی فی سائر الادیان أن یكون اعتبارها غیر اعتبار الوقف و هو اعتبار المسجدية و المعبدية و هو امر آخر غیر الوقف. آنوقت در این بحث ایشان می گوید حیث مسجدیت و وقف یکی است. پس اینجا ایشان تصریح می کند که مسجدیت و معبدیت اعتبارش غیر از اعتبار وقف است. و هو امر آخر غیر الوقف و إن اشترک معه فی بعض الاحکام. فرمایش امام ره دقیق است شاید بشود یک راه جمعی بین دو سخن پیدا کرد. می فرمایند: فلو قال وقفت هذا المكان لا انتفاع المسلمين فی عباداتهم لا یصیر مسجدا تترتب علیه احکامه. این وقف برای مصلین است. وقف برای صلاة غیر از مسجدیت است. لذا ایشان کاملا وقف را از مسجدیت جدا می کند. اصلا وقف بما هو وقف نمی شود مسجد بشود، مگر اینکه قصد عنوان مسجدیت هم کنید. پس از این طرف اگر کسی مکانی را وقف کند هیچ قصد مسجدیت نکند این لا یقع مسجدا و فقط وقف است. ولو قال جعلته مسجدا یصیر مسجدا تترتب علیه الآثار ولو كان غافلا عن الوقف عن المسلمين. که وقف نمی شود و فقط مسجد می شود.

در اول بحث کتاب وقف خیلی فکر کردم روی این مسئله دیدم ملازمت اینها دلیلی ندارد. البته دوستان استغراب می کردند چون در کلام فقهاء و مخصوصا فقهاء اوائل مشحون است از اینکه مسجد باید وقف باشد. و ما آنجا می گفتیم چه ملازمه ای هست. حالا اینجا مرحوم امام تقریبا تصریح کرده اند. پس می تواند وقف باشد مسجد نباشد، و می تواند مسجد باشد و وقف نباشد. ولو قال وقف علی المسلمین لیکون مسجدا لهم صح مسجدا و یکون وقفا موافقا لسائر الموارد»<sup>۱</sup>.

پس ایشان قبول کردند که حیث وقفیت غیر از حیث مسجدیت است. منتهی در این مثال سوم می گویند می شود وقف علی المسلمین کنیم لیکون مسجدا. آنوقت صح این مکان کونه مسجدا و کونه وقفا. حالا در آنجا که ایشان می فرماید که مسجد بما هو مسجد وقف است، منافاتی به نظر من با این شق سوم ندارد. ممکن است بگوئید که ایشان توضیح ندادند که چه جوری می شود. ولی شاید منافات با این حرف سوم نداشته باشد که اگر کسی وقف کند لیکون مسجدا لهم، این هم مسجد می شود و هم وقف می شود.

منتهی حالا سؤال ما این است که عبارت آنجا این است که مسجد بما هو مسجد وقف. این درست می شود با حرفهایی که اینجا هست. مسجد بما هو مسجد وقف یا ما یک زمینی داریم به این زمین قصد کردیم مسجدیت را یقع مسجدا، و قصد وقفیتش را هم کردیم یقع وقفا. نه اینکه مسجد بما هو مسجد وقف شده است. به تعبیر آخر شما خودتان مگر بالا نفرمودید که اگر بگوئیم جعلته مسجدا و غفلت کنیم از وقفیتش، مسجد واقع می شود اما وقف نمی شود. اما بعد می گوئید اگر بگوید وقف علی المسلمین لیکون مسجدا لهم، هم مسجد می شود و هم وقف می شود. نفرمودید چطوری.

به نظر می آید معنایش با توجه به حرفهایی که بالا فرمودند این است که این زمینی که ما آن را مسجد قرار می دهیم، به اعتبار مسجدیت می شود مسجد، به اعتبار کونه وقفا که حتما باید در آن انشاء صیغه باشد

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۲۵

می شود وقف. به تعبیر دیگر هم مسجدیت و هم وقفیت انشائی هستند، لذا این تعبیر را امام ره فرمودند که: ولو كان غافلا عن الوقف على المسلمين مسجد واقع می شود. نگفتند که وقف واقع نمی شود، یعنی واقع نمی شود، چون من انشاء وقفیت نکردم. در واقع هم وقف انشائی است و هم مسجد انشائی است و اعتباری. اگر در این مکان من اعتبار مسجدیت کردم و انشاء کردم حالا به عملم و چه به صلاة المصلین که حالا در بحث خودش آمد، این می شود مسجد که تا قبض واقع شود. و به انشاء الوقفية وقف واقع می شود. پس چرا امام ره در جواب مرحوم اصفهانی فرمودند که این زمین لیس مسجدا و وقفا بل یكون بما هو مسجد وقف؟ این بیانی که الان شما اینجا دارید در واقع بیان همین است که یک زمین، یک خانه بما هو دار که قصد به کونه مسجدا کان مسجدا و قصد به وقفا کان وقفا، خب می شود مسجد و وقف. درست است که هر دو به همین دار واقع می شود. مرحوم اصفهانی که بیش از این نمی خواست که دو تا حیثیت جدا باشد. تعبیر اینکه بما هو مسجد وقف بطوری که مسجد یکی از مصادیق وقف می شود. آیا واقعا اینطوری است؟ با این بیانی که شما فرمودید مسجد بما هو مسجد یکی از مصادیق وقف است، یا قد اجتمع عنوانین در یک معنوی واحد، نه اینکه مسجد بما هو مسجد وقف. دلیلتان چیست. مگر شما خودتان نمی فرمائید که مسجد می شود مسجد بشود به قصد و اعتبار مسجدیت، پس چرا می گوئید بما هو مسجد وقف؟! مگر شما قبول ندارید که زمین را می شود وقف کرد؟

پس بنابراین این زمین دو حیثیت دارد، هم قصد کردید مسجدیتش را و هم قصد کردید وقفیتش را، هر دوی آنها واقع می شود، چه اشکالی دارد؟ می شود مسجد و وقف. بله هر دو به شیء واحد قائم هستند. البته شیء واحد هم قدری اینجا مجاز است، مثل افعال در متعلق تکالیف، تازه آنجا سخت تر است، مثل غصب و صلاة در خانه غصبی، چطور دو تا حیثیت درست می کنند، اینجا هم همینطور است.

**سؤال:** آنجا متعلق حکم را معنوی می گیرند لذا مشکل پیش می آمد.

**جواب:** در احکام تکلیفی که اصلا نمی شود معنوی باشد.

**سؤال:** آنهایی که قائل به استحاله شدند همین را گفته اند دیگر.

**جواب:** ما هم در اجتماع امر ونهی قائل به استحاله هستیم، اما نمی گوئیم به معنون تعلق می گیرد، چون محال است. محال است که احکام و ارادات و شوق و امثال این از صقع نفس عبور کند برود به خارج بخورد. خارج ظرف سقوط است نه ظرف ثبوت حکم. ما متعلق احکام را نمی توانیم بگوئیم عین خارجی است، فعل خارجی است. آیا فعل خارجی که هنوز موجود نیست متعلق حکم است؟! و اگر خود خارج به حمل شایع مقصود باشد که آن ظرف سقوط احکام است. پس باید یک تحلیل دیگری کرد. آنجا مرحوم اصفهانی می فرماید در واقع وجود مضاف به فعل است منتهی وجود تقدیری (حالا یا عنوانی یا تقدیری). و مقصود این است که به معنون به معنای خارج نمی شود متعلق بشود. حالا آن سر جای خودش.

این مطلب ربطی به آن ندارد. چون ایشان در اینجا فرموده مسجد یک امر وضعی است و احکام وضعی می شود به خارج تعلق بگیرند، ما همین شیء خارجی را می گوئیم نجس است، برخلاف احکام تکلیفی. لذا خلط نشود. احکام وضعی به خارج تعلق می گیرد. ولی اشکال حرف ایشان این است که آیا مسجد بما هو مسجد وقف؟ یا اینکه این شیء خارجی دو تا حیثیت دارد حیث مسجدیت و حیث وقفیت. همین شیء واحد دو تا حیثیت دارد، حیث مسجدیت و حیث وقفیت. عرض ما این است که این بیانی که ایشان در اینجا مطرح کردند و پذیرفتند که مسجد می شود واقع بشود بدون اینکه وقف بشود چون غفلت کرده از حیث وقفیت بر مسلمین و ظاهرا با این غفلت وقف واقع نمی شود، چون انشاء نکرده وقفیت را. بنابراین جعلته مسجدا با غفلت از وقفیت حکم می شود به مسجد بودنش بدون اینکه وقف باشد.

بنابراین عرض ما این است که شما که چنین تصویری دارید چرا استیحاş می کنید که این شیء بیرونی هم مسجد باشد و هم وقف باشد ولو هر دو قائم به این شیء باشند.

به نظر لزوم نداشت امام ره بفرماید که مسجد بما هو مسجد وقف بحیث که مسجد از مصادیق وقف می شود. مسجدیت یک حیث است و وقفیت یک حیث است ولو به شیء واحد واقع بشوند. بنابراین این اشکال به مرحوم اصفهانی علی الظاهر وارد نیست.

حالا برگردیم به حرف اولمان یعنی ادله منع اجاره چیست؟

یکی بیان مرحوم شیخ بود. یکی بیان ما بود.

## بیان حضرت امام بر بطلان اجاره

یک بیان سومی خود مرحوم امام دارند که بحث دقیقی است. امام ره می فرماید: دلیل عدم صحت اجاره این است که: وقف در باب منافع یک حصری ایجاد کرده است کما اینکه اگر شما وقف می کردید بر فقراء نمی توانستید در علماء مصرف کنید، چون واقف مقصور کرده منفعت را بر فقراء، شما حق ندارید به عنوان دیگری ببرید. در مسجد واقف حصر کرده بر منافع مسجدیت که عبارت است از صلاة و برخی از منافع که سیره متشرعه بوده بر استفاده از این منافع در مساجد. اما سوای این دیگر واقف منفعتی را قصد نکرده است. الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها هم همینقدر را تنفیذ کرده است. آنوقت حضرت امام ره یک تعبیری دارند که اینها بحث می خواهد. می فرمایند. بقیه منافع را اسقاط کرده اند. فرموده اند: و کیف کان یرد علیه فی مثل المساجد و المشاهد المشرقة مضافا الی مخالفة ذلک لارتکاز المشرعة، دارند جواب کاشف الغطاء را می دهند، یکی اینکه ارتکاز متشرعه اجازه نمی دهد ما اجاره بدهیم. حالا این یک بحث است. بعد می فرمایند: أن الواقف فی المساجد و تلحق بها الخانات و المدارس و ما جعلها لانتفاع خاص قصر جميع آثار الملك فی ذلک، یعنی در صلاة و در این چند تا امری که تابع او مثلا هست، و الشارع الاقدس انفذه بقوله علیه السلام الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها اهلها، فکما أن الوقف علی جهة أو عنوان بجعل الواقف و انفاذ الشرع لا یتعدی الی غیر المجمعول، همانطور که بر عنوان عالم یا فقیر به جعل واقف است، و اگر وقف بر اینها کنند شما نمی توانید منافعش را به غیر اینها بدهید، کذلک قصر المنافع علی منفعة خاصة کسکنی الطلبة و نزول المارة و نحو ذلک و انفاذ الشرع الاقدس یسقط سائر المنافع. اگر واقف قصد کند قصر منافع را بر صلاة و امثال این، و شارع هم به عمومات نفوذ این را انفاذ کند، لازمه اش اسقاط سائر المنافع است. فلا منفعة للمسجد غیر العبادة فیها و الانتفاعات المتداولة منها کالقضاء ونشر الاحکام بل و السکنی بنحو لا تزاحم الصلاة مما جرت السيرة علیها ودلت الادلة علی جواز هذا



**العمل.** مثلاً فرض کنید یک نصف روزی برود گوشه مسجد بنشیند. یک جور سکنایی که منافات با نماز نداشته باشد. اما المنافع الاخر فساقطة عنها و اشباهها من المدارس و الخانات.

بعد هم فرموده اند اگر کسی توهّم کند که اگر بنا باشد قصر منافع بر این بشود، پس باید بگوئیم بقیه منافع به ملک واقف باقی مانده، ضروری البطلان است و جواب دیگری نمی دهند. می گویند این توهّم هم ضروری البطلان است.

بعد فرمودند که ولو وقف محلاً للتدريس و المكتبة و نحو ذلك، فكما لا يجوز التعدى عن جعله لا يجوز اجارته و لو مع عدم الانتفاع الخاص و تعذره. لأن اختصاص الوقف بجهة خاصة يجعل العين مسلوقة بالمنفعة بحسب جعله و انفاذ الشارع<sup>۱</sup>.

این بیان یک بیان خاصی است. و ایشان یک جا می فرماید که منوط به نظر واقف است و انفاذ شارع، و واقف گفته فقط این منافع، پس بقیه منافع ساقطة، اینجا تعبیر می فرمایند به اینکه مسلوب المنفعة است به حسب جعل واقف و انفاذ الشرع.

حالا ما فردا می خواهیم بحث کنیم که این طریق سوم برای منع اجاره آیا درست است یا نه، و این مقدماتی که ذکر فرموده اند صحیح است یا نه. دوستان فکر کنند تا فردا.

«الحمد لله رب العالمين».

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني): ج ۳، ص: ۱۸۵/۱۸۴

## فهرست

مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت	۷۱۰
خلاصه مطالب گذشته	۷۱۰
بیان تحلیل امام در عدم جواز اجاره در مانحن فیه	۷۱۰
بررسی تحلیل حضرت امام ره	۷۱۳
بررسی صحت قصر منافع در باب وقف	۷۱۴
فائده قبول قصر منفعت در وقف	۷۱۶
جمع بندی بیانات مختلف بر عدم صحت اجاره	۷۱۷
بیع و اجاره خانات و مدارس و امثال آن	۷۱۷
نتیجه بحث	۷۲۰
بیع و اجاره آلات مسجد و تفصیل در آن	۷۲۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۱: فروش اوقاف عام دارای خصوصیت

### خلاصه مطالب گذشته

به تبع مسئله ۷۱ کتاب تحریر الوسیلة که درباره بیع مسجد و مشاهد بود وارد بحث اجاره مسجد و مشاهد شریفه شدیم. چند تحلیل بر عدم صحت اجاره مساجد مطرح شده است که دو تحلیل را در جلسات گذشته بررسی کردیم.

### بیان تحلیل امام در عدم جواز اجاره در مانحن فیه

تحلیل سومی در بیان مرحوم امام قدس سره الشریف مطرح شده بود که جلسه قبل صورت این تحلیل بیان شد به این صورت که عدم صحت اجاره نسبت به منافع که مقصود واقف نبوده ناشی از این است که

واقف در مقام وقف، منافع مد نظر از ملکش را به منافی خاص مقصور کرده است. مثلاً مسجد را قرار داده برای این منفعت که مصلین در آن به عنوان مسجدیت نماز بخوانند و در مشاهد شریفه هم همینطور. لذا اینکه منافع دیگری بیاید جانشین این منافع شود اصلاً داخل در قصد واقف نیست. و آن چیزی که با «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» نفوذ پیدا کرده، همان چیزی است که واقف قصد کرده است.

به تعبیر دیگری از ایشان، چون واقف منافع خاص را قصد کرده است، مسجد و مشاهد نسبت به منافع دیگر مسلوب المنفعه اند. یا به تعبیر دیگر واقف منافع دیگر را اسقاط کرده است.

ما تحلیل دیگری بیان کردیم که ربطی به این تحلیل نداشت. شبهه ما این بود که از کجا حق تملیک وجود دارد؟ مرحوم شیخ فرمود چون ما مالک عین و منافع نیستیم نه بیع صحیح است و نه اجاره. ما کبرای نیاز به ملکیت در بیع و اجاره را نپذیرفتیم اما به جای آن پیشنهاد دادیم بگوئیم بایع و موجر، سلطنت بر تملیک بیعی و تملیک اجاری ندارند.

شخصی نسبت به ملکش جعل مسجدیت کرده، عنوان مسجد را قصد کرده و مسجدیت تحقق پیدا کرده است حال اینکه وقف نیز هست یا نیست بحث دیگری است؛ یا در مشاهد شریفه، زمینی را وقف مشهد شریف کرده و داده شبستان برای حرم ساخته اند، پرسش این است که چه کسی در این موارد حق تملیک منافع دیگر را به حاکم یا متولی یا هر شخص دیگری که قصد فروش یا اجاره را دارد داده است؟ اگر هم شک کنیم که چنین حقی وجود دارد اصل عدم آن است، نه حق تملیک عین دارند و نه حق تملیک منفعت. ما این راه را برای عدم صحت بیع و اجاره مساجد و مشاهد ارائه کردیم. راه سوم راه امام ره است، که می خواهند بحث صحت بیع و اجاره را وصل کنند به قصود واقف و حقیقت وقفی که محقق می شود. ایشان می فرمایند واقف در مثل مسجد و مشاهد شریفه قصر کرده منافع این زمین را بر خصوص مسجدیت و مشهد شریف بودن. و شارع هم همین را نافذ کرده است. بعد از این تنفیذ شرعی بقیه منافی که نسبت به این زمین ممکن است ساقط است شرعاً و این ملک مانند ملک مسلوب المنفعه می شود. لذا شما حق ندارید این زمین را به لحاظ منافع دیگر اجاره بدهید. اصلاً آن منافع عند الشارع ساقط است و گویا این

منفعت را ندارد؛ چون اسقاط شرعی مانند اسقاط تکوینی است. و شما نمی توانید منفعت نداشته را تملیک کسی کنید. بیان ایشان بسیار دقیق است و در واقع بیانی است از باب قصر منافع ملک بر وجهی خاص.

**سؤال:** قصر منافع آیا موجب قصر مسجدیت هم می شود؟ یعنی در غیر آن منافع اصلا مسجد محقق نمی شود؟

**جواب:** منافع این مکان را به امورات مرسوم در مسجد مقصور کرده لذا منافع دیگر مانند زراعت را کأنه الغاء کرده است.

حال مهم این است که واقف منافع این زمین را مقصور کرده است به مسجدیت. چون وقف کردن یعنی مقصور کردن به مسجدیت، یا کل عنوان مسجدیت این است که منافع مقصور شده باشد به این موارد خاص. بنابراین فرمایش امام ره این است که منافع دیگر اسقاط شده است. پس دلیل عدم تعدی از منافع مسجد به منافع دیگر، مانند عدم تعدی در موارد اخذ عنوان، از فقیر به عالم و از عالم به فقیر است. اگر زمینی را برای فقراء وقف کنند نمی توان منافعش را به علماء داد در اینجا هم همین است. شما وقتی وقف کردید برای مسجدیت، نمی توانید منفعت را در جای دیگری مصرف کنید. فقط باید در جهت مسجدیت باشد.

پس ایشان بحث ما را به قصد واقف و انفاذ شرعی آن گره زده اند. و فرموده اند: و کیف کان یرد علیه (بر حرف کاشف الغطاء) فی مثل المساجد و المشاهد المشرفة مضافا الی مخالفة ذلک لارتکاز المتشريعة أن الواقف فی المساجد و تلحق بها الخانات و المدارس و ما جعلها لانتفاع خاص قصر جميع آثار الملك فی ذلک (در آن جهتی که واقف قرار داده است) و الشارع الاقدس انفاذه بقوله الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها اهلها.

فكما ان الوقف على جهة أو عنوان بجعل الواقف و انفاذ الشرع لا يتعدى الى غير المَجْعُول، كذلك قصر المنافع على منفعة خاصة كسكنى الطلبة و نزول المارة و نحو ذلك و انفاذ الشارع الاقدس يسقط سائر المنافع».<sup>۱</sup> در ادامه نیز شبیه همین عبارتها آمده است.

## بررسی تحلیل حضرت امام ره

ما در چند نکته با ایشان بحث داریم:

نکته اول: این است که ایشان در این بیان هیچ استفاده ای از مسجدیت نکرده اند. آیا مسجدیت هیچ مانعی برای اجاره دادن ندارد؟ در عبارتی که جلسه گذشته از صفحه ۱۲۸ خواندیم ایشان فرمودند: اعتبار مسجدیت یک اعتبار است و اعتبار وقفیت یک اعتبار دیگر؛ ممکن اعتبار کند مسجدیت را و غفلت کند از وقف «فیقع مسجدا» گرچه تصریح نکرده اند اما ظاهراً مرادشان این است که «فیقع مسجدا و لا وقفا» و الا نمی شود بگوئیم که غفلت کرده اند از وقف و قصد وقفیت هم نکرده ولی وقف واقع می شود پس فقط یقع مسجدا.

حالا پرسش این است که: اگر بناست تحلیل عدم امکان اجاره مطلبی باشد که اینجا بیان فرموده اند، اگر قصد مسجدیت کرد و به تعبیر ایشان غفلت کرد از وقف کردن، دیگر این مسجد مانعی برای اجاره دادن ندارد. چون شما تحلیل را بردید روی وقف و قصد واقف.

می خواهم بگویم بر عکس، دخل مسجدیت در عدم صحت اجاره خیلی بیشتر از دخل وقفیت است. چون در فروضی ممکن است بتوان وقف را فروخت یا همانطور که محقق اصفهانی فرمودند ممکن است بتوان بما هو وقف اجاره داد، چون جهت مسجدیت و مشهد شریف بودن است که نمی گذارد ما آن را اجاره بدهیم. چون قوام به خود این شخص دارد. ما مشهد را وقتی خراب شد نمی توانیم بفروشیم یک مشهد دیگری جای دیگری برپا کنیم. فرض این است که این مسجد و مشهد به نحوی خراب شده است که

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۸۴

لا یرجی عوده. با این حال نمی توانیم اینها را بفروشیم و مسجد یا مشهدی در جای دیگر بنا کنیم. اگر مشاعر خراب شدند و قابل عود نبودند نمی توانیم در جای دیگری بنا کنیم چون مخصوص آن مکان اند. پس یک نکته ای است که ایشان در استدلالشان هیچ استفاده ای از مسجِدیت نکردند. آیا مانعی از این حیث نمی بینند؟ باید تحلیل جوری باشد که حیث مسجد و مشهد را نیز شامل شود و منحصر در مال وقف نباشد.

### بررسی صحت قصر منافع در باب وقف

نکته دیگر اینکه آیا فرمایش ایشان در همان باب وقف درست است؟ آیا واقفین به همین صورت که ایشان می فرمایند قصد می کنند؟ یعنی واقعا واقفین می خواهند منافع را در همین سنخ از استفاده ها مقصور کنند؟ اگر واقعی واقعا از عاقبت امور مطلع باشد و بداند این جایی که برای مسجد وقف کرده یا برای عنوان مسجِدیت قصد کرده صد سال دیگر از بین می رود و به هر دلیلی قابل عود نیز نیست، آیا واقعا منظورش این است که این مکان بیهوده و بدون استفاده بماند؟ مثلاً می داند در اطراف این مسجد فقرائی زندگی می کنند که می توان با زراعت در زمین مسجد تعدادی از آنها را سیر کرد با اینکه زراعت با منفعت مسجد خیلی تفاوت دارد آیا واقعا قصد ندارد از این مکان به این صورت استفاده کنند؟! چرا نداشته باشد. اینکه واقف منافع را در موارد خاصی قصر کرده است مربوط به زمانی است که مسجد برپا باشد، مربوط به زمانی است که به عنوان مسجِدیت از آن استفاده شود. اگر این مسجد کلاً مخروبه شده و لایرجی عوده چرا واقف قصد نداشته باشد که بتوان آن را اجاره داد؟

البته ما نمی گوئیم می شود اجاره داد، چون اشکال دیگری داریم، عرض ما نسبت به بیان ایشان است که به نظر می رسد تحلیل درستی نیست. اشکال اجاره را به خاطر قصود واقف بدانیم آیا واقعا همه واقفین همینطور فکر می کنند که اگر مسجد صد سال دیگر کلاً از بین رفت و هیچ امیدی به برگشتن آن نبود همینطور للتالی بیفتد ولو پنجاه فقیر هم در کنار این مسجد باشند که بتوان با کشت زمین مسجد به آنان

رسیدگی کرد. خب اگر کشت کنند بدون اینکه هتک حرمت مسجد کنند چه اشکالی دارد؟ این هم اشکال دوم به استدلال ایشان.

اینکه فرمودند اجاره خلاف ارتکاز متشرعه است ارتکاز متشرعی نیز بعنوان دلیل و بیان مستقلى است، ارتکاز متشرعه بما هو متشرعه در واقع مانند سیره است، و سیره متشرعه خود کاشف است و نیاز به امضاء هم ندارد. ایشان فرموده اند **مضافا الى مخالفة ذلك لارتکاز المتشرعة** سپس این استدلال را بیان کرده اند. اشکال ما الان به تحلیلشان در استدلال دوم است.

اگر از این نکته بگذریم و فرض کنیم فرمایش ایشان در قصود واقفین درست است، آیا لازمه این قصد خاص در واقف این است واقف بقیه منافع را اسقاط کرده است؟ واقفی زمینش را وقف کرده برای مسجدیت و واقعا هم مقصودش قصر منافع بر مسجدیت است و هیچ قصدی هم نکرده که اگر بعد از صد سال این مسجد از بین رفت و لا یرجى عوده در آن کشت کنند و برای منافع دیگر استفاده کنند، سؤال این است که آیا بقیه منافع را اسقاط کرده است تا بتوانیم بگوئیم با تنفیذ شارع به لحاظ وعاء شرعی و شاریعت و قانونیت منافع اسقاط شده است؟ یا ربطی به اسقاط ندارد، آقای واقف قصر کرده منافع ملکش را بر مسجدیت و هیچ قصد مازادی هم نکرده، آن منافع دیگر تا وقتی مسجد دائر است از باب مزاحمت نمی توانند بیایند. در این زمینی که قصد مسجدیت کرده و قرار داده برای صلاة مصلین، نمی شود زراعت کرد. کشت این زمین یک منفعت است، و عدم امکان استیفاء این منفعت به این دلیل است که مزاحم با آن منفعتی است که واقف برای این زمین قرار داده است.

مقصود این است که درست است که وقتی واقف نظرش استفاده از منافع خاص مانند صلات است ما نمی توانیم در منفعت مزاحم با صلاة مصرف کنیم، ولی آیا این از باب اسقاط آن منفعت مزاحم در وعاء شرع است بطوری که بحسب مسلوب المنفعة؟ یا نه به خاطر تزاحم خارجی منفعت با منفعت مقصوده است؟

## فائده قبول قصر منفعت در وقف

فائده و ثمره این بحث در مثل غصب و ضمانات پیدا می شود. اگر واقعا باقی منافع اسقاط شود کسی که غصب می کند و تصرف عدوانی می کند در واقع یک منفعت مسلوبه را استفاده کرد. وقتی در نظر شارع این منفعت اصلا منفعت نیست مانند خمر و خنزیری است که مالیت ندارد. اگر کسی پایش خورد به خمر یا ماشینش خورد به خنزیر و خمر ریخت یا خنزیر مرد، روشن است که ضمان ندارد. مگر اینکه استفاده های دیگر داشته باشد که ممکن است ضمان داشته باشد، اما اگر فرض کنیم که شارع اسقاط مالیت اینها را کرده باشد، آیا باز هم ضمان دارد؟!

اگر در اینجا شارع منافع را اسقاط کند و مسجد در وعاء شرع مسلوب المنفعه محسوب بشود، در صورت تصرف عدوانی باید بگوئید اصلا ضمان ندارد. مرحوم شیخ از باب دیگر می گوید ضمان ندارد که ربطی به بحث ما ندارد لذا آن را در فرع بعد بحث می کنیم، اما الان می خواهیم فایده این مطلبی را که عرض کردیم بیان کنیم. اگر قصر منافع در نظر واقف به خصوص مسجدیت و مشهد شریف بودن معنایش این است که بقیه منافع را اسقاط کرده باشد به طوری که شارع با الوقوف... اسقاط واقف را نافذ کرده باشد بطوری که این مسلوب المنفعه محسوب شود دیگر استفاده عدوانی از این منافع موجب ضمان نیست. اما اگر تحلیلیمان این بود که قصر منافع به نظر واقف به این معنا است که به حسب نظر واقف ما نمی توانیم از این زمین استفاده دیگری ببریم. بنابراین در جائی که واقف مسجد قرار داده و انفاذ شرعی نیز شده است حق نداریم زراعت کنیم چون این زراعت منفعت مزاحمه با نماز است. در این صورت اگر به هر دلیلی این مسجد تخریب شد به نحوی که امید به بازگشتش به حالت اول نیست و فرد غاصبی آمد اینجا را کشت کرد و استفاده کرد چرا ضامن نباشد؟ در حالی که اگر تحلیل حضرت امام ره را بپذیریم باید بگوئیم ضامن نیست. به دلیل اینکه مسلوب المنفعه است و منافعه شرعا ساقط شده است، مثل اینکه اصلا منفعت ندارد، گوئی استیفائی نشده است. و این علی الظاهر درست نیست، با ارتکاز متشرعه نیز سازگار نیست که غاصب بیايد استفاده کند و ضامن نباشد. خود ایشان قبلا در فرضی که خراب نباشد مثال زده بودند به اینکه غاصبی



بیاید طلاب را از مدرسه علمیه بیرون کند و آن را مثلاً انبار کالای خویش قرار دهد یعنی به انتفاعاتی که ارزش عرفی دارد انتفاع ببرد. حضرت امام ره نیز فرمودند خانات و مدارس و مانند آن نیز به مساجد و مشاهد ملحق می شود. حال اگر این منافع شرعاً مسلوب باشند دیگر دلیلی بر ضمان نداریم. چون این منفعت شرعاً ساقط است و وقتی شرع اصلاً این را منفعت نمی بیند چرا ضامن باشد؟

لذا اثر این بحث ما در اینجا ظاهر می شود و بیان ایشان برای عدم صحت اجاره، درست نیست.

### جمع بندی بیانات مختلف بر عدم صحت اجاره

نتیجه تا اینجا این شد که سه بیان برای عدم صحت اجاره ارائه شده است. بیان مرحوم شیخ را که قبول نداریم. بیان مرحوم امام را هم همینطور. آن بیانی که مختار خودمان است این است که ولایت و سلطنت بر تملیک عین یا تملیک منفعت اصلاً وجود ندارد إما حقیقتاً و قطعاً و إما به اصل که چنین اجازه ای که بتوانیم این را اجاره بدهیم از جهت کونه مسجد و مشهد ثابت نشده است. حال یا اصل عدم ازلی یا نعتی. در زمان قبل از اینکه اینجا مسجد باشد چنین اجازه ای نبوده است الان نیز نیست.

مرحوم شیخ هم در تملیک به غیر، می گوید در مثل مسجد و مشاهد شریفه و خانات و مدارس اصل فک از واقف که ثابت است، اما نسبت به اینکه تملیک دیگری بشود اصل عدم است. این خوب است. البته این عین بحث ما نیست، ولی ما هم می توانیم بگوئیم اصل عدم سلطنت است، ثابت نیست که شخص چنین سلطنتی دارد که می تواند این را تملیک کند و بفروشد یا اجاره بدهد. این تمام الکلام در بحث اجاره در مساجد و مشاهد.

### بیع و اجاره خانات و مدارس و امثال آن

اما نسبت به خانات و مدارس و مانند آن مرحوم امام ره اینها را ملحق به مساجد و مشاهد کرده اند. مرحوم شیخ نیز همین کار را کرده اند اما تفاوتی بین این دو وجود دارد. مرحوم امام ره دقت نموده و حکم

را در مساجد و مشاهد به صورت قطعی بیان می کنند و در خانات و مدارس و قناطر به صورت احتیاطی.

لذا عبارتشان این است که: و علی الاحوط فی غیره و إن آل الی ما آل.<sup>۱</sup>

به نظر ما بحث در خانات و مدارس فرق می کند. اولاً همانطور که قبلاً هم گفتیم بعید نیست که در مثل خانات و مدارس و امثال آن تملیک به همه مسلمین باشد نه اینکه فک ملک صرف باشد. البته این بحثی استظهاری است، هم برمی گردد به کیفیت وقف، و هم به ادله نفوذ قصد واقف. به نظر ما در این موارد معمولاً واقفین می گویند این مدرسه را وقف کردیم برای عموم طلاب. می گویند این کتابخانه را برای عموم وقف کردیم، این پل را وقف کردیم برای عموم. البته لفظ «برای عموم» منحصر نیست به اینکه تملیک بشود. ممکن است منظورش این باشد که فک ملک است تا منفعتش به عموم برسد. ثبوت این احتمال ممکن است. ولی به نظر ما ظهور اولی کار واقفین در مثل ساختن پل و مدرسه و کتابخانه های عمومی، تملیک به مسلمین است یا به آن عنوان مثل علماء یا طلاب. و چون غیر محصور هم هست علی نهج المصرف است. یعنی تملیک به عنوان می شود و آحاد می شوند مصرف. ظاهرش تملیک است.

این مطلب بر اساس مبنای مرحوم شیخ که خیلی اثر دارد، چون شیخ اعلی الله مقامه در جائی که ملک نباشد تملیک را جائز نمی داند نه تملیک عین را و نه تملیک منفعت را. ولذا در جواب کاشف الغطاء می فرماید این کلام شما یعنی اجازه دادن علی نهج حفظ الآداب و إحکام الوقف حسن است به شرط اینکه تملیک مسلمین باشد، و الا نه. این «والا نه» یعنی اگر تملیک نباشد چون مالک نیست نمی تواند تملیک کند.

ما عرض می کنیم که ظهور اولی، تملیک به مسلمین است علی نهج المصرف. اگر اینطور باشد به نظر می آید که آن اشکالی که در بیع و اجازه مسجد و مشاهد شریفه بیان کردیم که سلطنت بر تملیک ثابت نیست، دیگر سخن صحیحی نیست. چون اینجا عنوان مسلمین و عنوان طلاب مالک می شوند و مصرفش آحاد هستند، لذا علی القاعدة حاکم یا متولی می تواند این عین موقوفه را در موارد بیع تملیک کند و در

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۸

اجاره منفعت آن را تملیک کند و از این حیث مانعی ندارد. یعنی آن مانعی که ما برای بیع و اجاره بیان کردیم که عدم سلطنت بر تملیک بود منتفی می شود.

اما اگر این را نگفتیم، و قائل شدیم در باب خانات و امثال آن، فک ملک است، به نظر می رسد باز جای بحث وجود دارد. یعنی هر چند ما اشکال مرحوم شیخ در فک ملک که چون فک ملک است و مالک ندارد تملیک عین و منافع صحیح نیست را قبول نداریم؛ اما اشکالی که خودمان از باب عدم سلطنت نیز شاید قابل جواب باشد. از این جهت که وقتی فک ملک می شود، می شود ملک بلا مالک و اختیار ملک بلا مالک با فقیه است. ما در مساجد و مشاهد اشکال می کردیم از باب اینکه مسجد خصوصیت دارد. در خصوص مسجد که بیت الله است و قابل جابجایی نیست اشکال کردیم که کسی چنین سلطنتی را برای حاکم قرار نداده است. اما در صورت فک ملک ولی فقیه می تواند در ملک بلا مالک به مصالح مسلمین تصرف کند.

مرحوم شیخ در ذیل بحث از اجاره و بحث از کلام کاشف الغطاء می فرماید: این که شما می فرمائید اجاره می شود داد کلام حسن است بنابراینکه ملک مسلمین شود. و معنایش این است که اگر ملک مسلمین نشد نمی شود اجاره داد. ایشان در ذیل می فرمایند ما قبول داریم که این وقف مخروبه شبیه مباحات می شود. و هر کسی که سبق پیدا کند می تواند از این مباح استفاده کند.

به نظر ما این مطلب اول کلام است. معلوم نیست مطلق مباحات قابل سبق باشند این حکم مربوط به مباح خاصی است. در مباح اصطلاحی یعنی مباحات اولیه این حکم وجود دارد ولی به چه دلیل وقفی که خراب شد مانند مباحات اولیه می شود؟ وقف مخروبه، ملک بلا مالک است. چه کسی گفته مثل مباحات اولیه است که با احتطاب و امثال آن به تملک در می آید یا با تحجیر نسبت به آن حق پیدا می شود تا بعدا آن را احیا کنند؟ اینجا وقفی است که با تخریب ملک بلا مالک می شود و نسبت به ملک بلا مالک نیز ممکن است بگوئیم امرش حسبیه یا از باب ولایت، با فقیه است. فقیه در آن به مصالح مسلمین عمل می کند. چه کسی گفته مباح اولیه است که هر کسی از راه رسید و این مدرسه مخروبه را زراعت کرد مال خودش باشد؟

**سؤال:** جهت فارق مساجد با دیگر موضوعات این است که چون مسبوق به وقف است؟

**جواب:** جهت فارق خود مسجدیت است نه وقفیت، ما می گوئیم مسجدیت خصوصیت دارد و به خصوص همین مکان است و نمی شود شما آن را جابجا کنید. نکته مسجدیت این است. اما وقف بما هو وقف به نظر ما که تملیک مسلمین است اما حتی اگر فک ملک باشد با جاهای دیگر تفاوت دارد. ملک بلا مالک می شود. ملک بلا مالک روی مبنای مرحوم شیخ قابل تملیک نیست اما روی مبنای ما قابل تملیک است. امام ره هم قبول دارد که می شود تملیک کرد. در جاهای مختلف ایشان فرموده است. تملیک نیاز به این ندارد که شما مالک باشید.

لذا عرض ما این است که حالا ما رسیدیم به یک مدرسه مخروبه، مرحوم شیخ می گوید این مثل مباحث می شود و قابل تملک است. در حالی که چرا این حرف را بزنی؟ می شود ملک بلا مالک نه مباح اولیه که هر کسی بتواند برود تصرف کند. بنابراین امرش با ولی فقیه است که در مصالح مسلمین هزینه کند. البته اینها همه در فرضی است که لا یرجی عوده. در فرضی که یرجی عوده قبلا مفصل مسئله اش گذشت.

### نتیجه بحث

بنابراین نتیجه بحث این می شود که در این فرع که امام ره می فرماید در مشاهد و مساجد بلا اشکال بیع نمی شود، ما هم معتقدیم بیع صحیح نیست بلا اشکال. بخشی از بیان ما همان فرمایش حضرت امام ره است که شما با بیع چه انتظاری دارید؟ اگر می خواهید مشهد را جابجا کنید این شدنی نیست. اما در این بخش از کلام امام که فرمود «و علی الاحوط فی غیره و إن آل الی ما آل»، ما این را اشکال داریم. به دلیل اینکه معلوم نیست این احوط باشد. قبلا هم ما گفتیم که احوط من حیث است. اگر تصرف باشد در املاک مسلمین، چه کسی می گوید این احوط است، که شما این را رها کنید آل الی ما آل خراب شود. این اگر ملک مسلمین باشد باید منافعش به مسلمین برسد مصرفش هم آحاد این مسلمین هستند. اگر در این زمین

می شود زراعت خوبی انجام داد و درآمد خوبی هم دارد، صحیح نیست شما حق مسلمین را ضایع کنید و بگوئید الاحوط کذا؟!!

پس این احوط بودن بنابراینکه ملک مسلمین باشد که واضح است درست نیست، ملک مسلمین هم نباشد به آن بیانی که عرض کردیم به نظر ما اختیارش با ولی فقیه است. این راجع به مدارس و قناطر و مقابر و امثال اینها که غیر از مساجد و مشاهد هست.

### بیع و اجاره آلات مسجد و تفصیل در آن

اما نسبت به بحث بیع اجزاء و آلات مسجد به نظر می آید اجزاء و آلات مسجد هم شبیه مسجد است الا اینکه در مواردی مانند چوب مسجد که به حدی برسد که دیگر عرف آن را از ضایعات به شمار آورد و بگویند از مسجدیت خارج شده است.

مرحوم شیخ می فرماید در اینجاها حق فروش ندارند چون حکم مسجد را دارد لذا تا ممکن است در مسجد دیگر بکار ببرند، و اگر برای آنجا نیاز نشد برای همین مسجد به نحوی مصرف کنند مانند اینکه برای مسجد بسوزانند، ولی حق فروش و اجاره ندارند. ولی معلوم نیست این حرف ثابت باشد. یعنی معلوم نیست در نظر عرف در مثل چوبی که از سقف مسجد جدا می شود و دیگر هیچ استفاده ای ندارد مسجدیت ثابت باشد آل الی ما آل

نسبت به اموری که متعلق به مسجد است و اجزاء نیست، مثل فرش و اینها به دو صورت می توان بحث کرد:

عده ای می گویند فرش مسجد و امثال آن چون مال مسجد است تا زمانی که می شود از آن استفاده کرد نمی توانید کار دیگری کنید. و این روشن است. اگر منفعتی که برای آن قرار داده اند مثل فرش شدن ممکن است باید به همان صورت استفاده کنند. اما اگر این منفعت ممکن نیست اما در همین مسجد منفعت دیگری دارد، فرش مندرسی است که به درد اینکه زیر پای نمازگزار پهن کنند نمی خورد اما می توانند

جلوی در آویزان کنند که مانع ورود سرما به داخل مسجد شود به نظر می آید در این صورت نیز باید باقی باشد و به این صورت استفاده کنند. چون بعید است که وقتی شخص چیزی را وقف مسجد می کند اگر چنین استفاده ای از آن ممکن باشد بتوانیم بگوئیم این نحوه منفعت خارج از مقصود او است.

اما اگر هیچکدام نشد، نه آن منفعتی که برای آن وقف شده مثل افتراش، نه منفعتی که برای آن وقف نشده ولی منفعت برای مسجد است باید چکار کرد؟

بعضی ها گفته اند چون هنوز قابل استفاده در منفعت قریب به این هست مانند اینکه در مسجد دیگری استفاده شود باید مصرف شود. این شاید از باب این باشد که این کار به نظر واقف نزدیکتر است و در این صورت اختیار کرده ایم اقرب الی قصد الواقف را. و اگر این هم نباشد یعنی هیچ انتفاعی جز فروش نداشته باشد، یعنی مسجدهای دیگر هم در آن نزدیکی ها همه پرده و فرش دارند و نیاز ندارند، پس امرش دائر می شود که این فرش جمع شود و در کنار مسجد بماند تا خراب بشود و از بین برود یا اینکه بفروشیم. در اینجا قائل می شوند که صحت بیع هست و لعل اجاره هم همینطور باشد، چون امرش دائر بین ضیاع است و بین فروش و اینکه ثمنش را بیاورند در همین مسجد و مشهد شریف مصرف کنند.

اینجا یک نکته دقیقی وجود دارد و مرحوم شیخ هم متعرض شده است: اشیائی که مال مسجد است دو قسم هستند:

قسم اول اموالی هستند که وقف مسجد می شود یعنی از اقسام وقفی است که تملیک در آن صورت گرفته، و مسجد می شود مالک. در این صورت همانطور که بیان شد مانند دیگر اوقاف باید مراحل مختلفش را طی کنیم تا بتوانیم جواز بیع و اجاره داشته باشیم.

قسم دوم اموالی هستند که وقف نیست، تملیک مسجد است. البته اینکه مسجد می تواند مالک شود یک بحث مبنایی است. به نظر ما می شود مالک شود. مرحوم سید در کتاب ملحقات عروه نقل می کند از برخی از فقهای قبل که آنها هم مالکیت مسجد را قبول کرده اند، و خود ایشان هم ظاهراً نظرش این است

که مسجد می تواند مالک بشود. و این کلام خوبی است، مسجد یک شخصیت حقوقی است و عرفاً و عقلاً می تواند مالک شود. حال بنابراینکه مسجد مالک شود بدون اینکه وقف باشد فرشی را وقف مسجد نمی کند تملیک مسجد می کند حتی تصریح هم کند که وقف نکردم تا بحث ظهوری پیش نیاید که مقصودش چه بوده است، در اینجا درست است که این ملک مسجد است و باید برای مسجد هزینه شود، ولی فرقی این است که اصلاً متولی یا حاکم لازم نیست که رعایت جهات وقف را کند که مقصود واقف چه بود. این فقط تملیک مسجد است و می تواند در مصالح مسجد مصرف کند ولو اینکه ضرورت بیع هم نداشته باشد. همینکه فروش آن به مصلحت مسجد باشد کافی است. لازم نیست که این به حدی باشد که در حال از بین رفتن باشد و امرش دائر بین ضیاع و عدم ضیاع باشد تا جواز بیع یا اجاره پیدا کند. همینکه به مصلحت است کافی است. فرض کنید فرشی را تملیک مسجد کرده اند و مصلحت این است که این فرش را الان بفروشیم و سرمایه کنیم برای مسجد. این چه اشکالی دارد؟ ملک مسجد است، امر اداره این ملک هم با متولی مسجد و حاکم مسلمین است، آنها تشخیص می دهند که الان به این فرش نیازی نیست یا نیاز مهمی نیست، مانند اینکه مسجد موکت خوبی دارد و روی آن فرش نیز انداخته اند، سقف مسجد نیز نیاز به تعمیر دارد متولی می گویند همین موکت باشد فرش را می فروشیم در خرابی های مسجد مصرف می کنیم.

یعنی در امور متعلق به مسجد حتماً ما باید این تفصیل را بدهیم که آیا این شیء متعلق به مسجد، وقف للمسجد یا ملک للمسجد بلا وقف. اینها فارق دقیقی پیدا می کنند.

ظاهراً بحث ما در مسئله ۷۱ تمام شد. بخشی از مسئله ۷۲ را هم همینجا حل کردیم. انشاء الله جلسه آینده مسئله ۷۲.

«الحمد لله رب العالمین».

### فهرست

مسئله ۷۲: اجاره اوقاف عام.....	۷۲۴
بررسی مسئله ۷۲.....	۷۲۴
عدم انحصار بحث از صحت بیع و اجاره به زمان خراب موقوفه.....	۷۲۵
اراده عدم جواز وضعی از تعبیر «لا يجوز».....	۷۲۶
بحث غصب اوقاف عامه.....	۷۳۱
تأمل در عبارت مسئله.....	۷۳۳
دلیل بر ضمان و عدم ضمان در کلام شیخ اعظم ره.....	۷۳۶
بررسی ادله ضمان.....	۷۳۶
اختلاف بین ادله ضمان.....	۷۳۷
بی اثر بودن بحث صدق غصب در مانحن فیه.....	۷۳۸
بررسی مفردات قاعده ید و صدق آنها در مانحن فیه.....	۷۳۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### مسئله ۷۲: اجاره اوقاف عام

#### بررسی مسئله ۷۲

بحث ما در کتاب تحریر الوسیله به مسئله ۷۲ رسید، مرحوم امام ره می فرمایند: **كما لا يجوز بيع تلك الاوقاف** (یعنی مشاهد و مساجد و ما يلحق بها مانند مدارس، خانات و امثال



آن) الظاهر أنه لا يجوز اجارتها.<sup>۱</sup> همانطور که نمی شود مساجد، مشاهد شریف و دیگر اوقاف ملحق به آنها را فروخت، اجاره هم نمی شود داد. ما بحث از اجاره را به صورت مستوفی در ذیل فروع مساله ۷۱ بحث کردیم. فقط چند نکته باقی مانده است که متذکر می شویم.

### عدم انحصار بحث از صحت بیع و اجاره به زمان خراب موقوفه

یک نکته این است که عدم جواز اجاره یا بیع این اوقاف انحصاری به زمان ویرانی و خراب شدن اینها ندارد. اینکه بحث را در فرض خراب این اوقاف مطرح نموده اند چون واضح است اگر مسجدی سرپا است و مورد استفاده در منافع مختص به خویش است قابل فروش و اجاره نیست لذا مساله را در این فرض مطرح کرده اند که اگر خراب شد به نحوی که لا یرجی عوده، آیا می شود آن را برای زراعت اجاره داد یا نه.

مرحوم محقق اصفهانی نظر شریفشان این است که تا زمانی که مسجد برقرار است اجاره آن جایز نیست. البته نظر شریف ایشان این شد که تا زمانی که سرپا هست جایز نیست، چون نمی شود برای آن، منافع غیر مزاحم تصویر کرد. اما در جائی که همین مسجد خراب شود چون می شود فرض کرد منافی داشته باشد که مزاحم نماز و دیگر منافع مسجد نباشد از این رو که دیگر امکان نماز خواندن و دیگر بهره ها از آن وجود ندارد بحث از صحت اجاره مطرح می شود.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۹

پس یک نکته این است که بحث در اینجا اوسع است و اختصاصی به فرض خراب ندارد. در هر دو صورت این بحث مطرح است که آیا این اوقاف را می شود اجاره داد یا اجاره صحیح نیست.

### اراده عدم جواز وضعی از تعبیر «لا یجوز»

نکته دیگر درباره تعبیر «لا یجوز» است. ظاهراً در اینجا مراد عدم جواز وضعی است. یعنی اینطور نیست که تحریمی را برای بیع کردن یا اجاره دادن ثابت می کنیم. چون ثابت نیست بیع و اجاره بما هو بیع و اجاره، حرام تکلیفی باشد، مگر اینکه بر اساس آن اقباض یا تصرفاتی صورت گیرد که آن تصرفات حرام است. معلوم نیست صرف بیع ولو با قصد جدی باشد حرام باشد. پس وقتی می فرمایند «لا یجوز بیع تلک الاوقاف» یعنی انجام ندهید که واقع نمی شود، لا یجوز بیعها اجارتهای یعنی این بیع و اجاره محقق نمی شود.

دلائل عدم جواز بیع مسجد و مشاهد شریف در ضمن مساله قبل به تفصیل بیان شد. سه بیان مطرح شد یکی بیان مرحوم شیخ اعلی الله مقامه الشریف که می فرمودند بیع باید در ملک باشد. ما به تبع برخی از محققین این کبری را قبول نداشتیم.

بیان دیگر مربوط به مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه بود که می فرمودند این مشاهد، خاص هستند و مربوط به وضع و مکان خاصی هستند. لذا اگر مقصود از این بیع این است که این مشاهد شریف را در جای دیگری قرار بدهید، ممکن نیست. ما این استدلال را در بیع پذیرفتیم. بنابراین در مشاهد شریف اینکه بیع نمی شود از واضحات است. اما در موارد الحاقی مانند مدارس و خانات و مکتبات و امثال اینها که خیلی از بزرگان ملحق به مساجد و مشاهد شریفه

کرده اند، ظاهراً از باب اینکه تحریر و فک ملک هستند و در آنها ملک نیست حکم به عدم جواز بیع شده است.

منتهی واقع مطلب این است که ما فک ملک را در اینها قبول نداریم. و بعید نیست در غیر مشاهد شریفه و مساجد، ظهور حال واقف، تملیک به مسلمین باشد لذا اینها مالک دارند حال چه تملیک به مسلمین شده باشد علی نحو المصرف و چه علی نحو العنوان الکلی که قبلاً تفاوت این دو قسم را بیان کردیم. بنابراین در اینجا صغرای تحریر اصلاً درست نیست. و اگر مسلمین مالک باشند حتی بر اساس مبنای مرحوم شیخ انصاری و تابعین ایشان که در بیع و اجاره، مالکیت بایع و موجر را شرط می دانند بیع و اجاره اشکالی ندارد.

البته اینکه می گوئیم بیع در اعیان اشکال ندارد در فروض خاص است، و الا بیع مطلق که معلوم است که جائز نیست. چون یکی از آثار وقف این است که محدوده تصرفات باید در حدی باشد که واقف معین کرده است. واقف حبس عین و ایقاف عین کرده، یا مجعول اصالی به نام وقف را ایجاد کرده است که لازمه اش لزوم بقاء عین است، لذا حق ندارید این را با بیع و امثال آن تبدیل کنید. اینکه در وقف علی الاصول و به حکم اولی بیع جائز نیست روشن است، بحث این است که آیا بیع مدارس و خانات و امثال آن حتی عند الخراب هم ممکن نیست؟

به نظر ما عند الخراب هیچ مانعی از صحت بیع و اجاره نیست البته بنابر تفصیلی که قبلاً بیان کردیم. یعنی عند الخراب اول باید تا آنجا که می شود خود این بناء را تجدید کرد و نگه داشت و در فروضی نیز لازم نیست این مال موقوفه را نگه داشت و می توان آن را فروخت و بجای آن بدل دیگری گرفت با همین عناوین. حالا چه قائل باشیم باید آن بدل را نیز وقف کنیم و بگوئیم صرف بدل برای وقفیت کافی است که مساله را باید در محل خودش بحث کنیم.

پس در مورد اوقافی که وقف عام محسوب می شود نتیجه این می شود که ما اطلاق «لا یجوز بیع تلک الاوقاف» را قبول نداریم. در مسجد و مشاهد شریفه قبول داریم، در اوقاف دیگر نیز در زمانی که این وقف غیر مخروب است و قابل استفاده در منافی که برای آن وقف شده است می باشد، بیع به حسب مفاد وقف و به حسب قصود واقف و به حسب برخی ادله لفظی جائز نیست. اما اگر خراب شد تفصیل دارد.

پس هم اطلاق عبارت ایشان درست نیست. و هم تجویزی که ما می کنیم مطلق نیست. بعد از خراب نیز دارای تفصیل است. در مواردی ممکن است بگوئیم حتی بعد از ویرانی نیز بیع جائز نیست باید اجاره بدهند و با منافع حاصل از آن بناء را بازسازی کنند. به صورت کلی تعیین حکم مساله تابع ظهور حال واقف است که چهار قسم داشت. مرحوم صاحب جواهر این اقسام را بیان کردند و ما نیز پذیرفتیم و هر قسم دارای حکمی بود.

البته باید توجه نمود این مطلبی که مرحوم امام در این مساله بیان فرمودند که «لا یجوز بیع تلک الاوقاف» در اوقافی مثل مسجد و مشاهد شریفه و خانات و قناطر و امثال این که از سنخ تحریر هستند. اما ما اوقاف عام دیگری نیز داریم، مثل وقف برای علماء، وقف برای فقراء، وقف مزرعه یا بستانی برای مسجد که اینها حکمش فرق می کند. چون در اینها تحریر نیست و تملیک است البته نه از سنخ تملیک برای منافع شخص بلکه برای منافع عموم یا حتی ممکن است تملیک به مسجد باشد. پس وقف به صورتی که منافع تملیک شود برای این موارد فعلا از این مساله خارج است، بحث ما الان در وقفی است که به نظر آقایان از سنخ تحریر است و ما در این مورد در اطلاق حکم اشکال داریم.

نسبت به جواز اجاره هم بحث گذشته است. ما در خصوص مسجد و مشاهد شریف اجاره را قبول نداریم. اما در مثل مدارس و خانات و مانند آن که مرحوم امام و عده دیگر مانند مرحوم شیخ انصاری به مساجد و مشاهد ملحق کرده اند اشکال داریم. به این دلیل که این امور به نظر ما ملک مسلمین است، حالا چه ملک مسلمین باشد و چه ملک عنوان مسلمین باشد و مسلمین مصرف باشند و در هر حال ملکی تحقق پیدا می کند. لذا چون ملک مسلمین است به صورت ابتدائی اجاره این املاک از ناحیه متولی یا حاکم و ولی فقیه جائز نیست و باید در جهت منافع که واقف تعیین کرده است مصرف شود لکن در صورتی نیز اجاره اشکال ندارد. مانند اینکه این اوقاف خراب شوند یا از انتفاع ساقط شوند به صورتی که دیگر نتوان این منفعت را به موقوف علیهم رساند. مثل اینکه بخاطر موانعی مردم آنجا را ترک کرده اند در این صورت هر چند خراب نشده است ولی دیگر قابل استفاده نیست. لذا می توان مکان را برای فایده ای اجاره داد و منافع آن را در جهتی که مد نظر واقف است مصرف نمود.

در هر صورت استدلال بر منع در اجاره مشاهد شریفه و مساجد و خانات بنابر قول به الحاق سه مسیر وجود داشت:

یکی راه مرحوم شیخ انصاری بود که می فرمود از باب عدم مالکیت صحیح نیست چون اینها تحریر و فک ملک هستند. به نظر ما این حرف از دو جهت درست نبود: اولاً در غیر مسجد و مشهد که ملحق هستند ملک تصویر می شود. ثانیاً در مسجد و مشهد شریف نیز که ملک نیست به صورت کلی در بیع و اجاره ملک لازم نیست.

راه دوم نیز فرمایش مرحوم امام ره بود در بحث اجاره. که ما این را هم نپذیرفتیم. چون ایشان فرمودند وقتی کسی وقف می کند قصر به منافع است، و شما نمی توانید در منافع دیگر مصرف کنید.

اشکال ما این بود که این حرف چه دلیلی دارد؟ چه کسی گفته قصد واقف این نیست که تا زمانی که این وقف خراب نشده و قابل استیفاء منفعت برای موقوف علیهم است به همین صورت استفاده شود و بعد از آن اگر منافع دیگری دارد در همان موارد استفاده شود. این امر هم ثبوتاً معقول است و هم ظهور حال واقف در این است.

لذا این تعبیر ایشان که دیگران نیز فی الجمله دارند که اگر این اوقاف خراب شد و آل الی ما آل حق تصرف در آن ندارید نه به بیع و نه به اجاره، سخن عجیبی است. یعنی واقعا واقفین همین را می خواهند بگویند؟ حالا در مسجد و مشهد شریف خصوصیتی دارد که عرض می کنیم. اما در غیر اینها، مانند مدرسه ای که برای طلاب درست کرده اند و این مدرسه خراب شده، قابل عود هم نیست که ما اصلاحش کنیم دوباره طلبه در آن بیاید، زمین این را برای انبار اجاره بدهند یا ساختمان دیگری مانند مسافرخانه در آن بنا کنند و اجاره بدهند، چه کسی گفته این اشکال دارد؟ اینکه بگوئیم خلاف نظر واقف است واقعا روشن نیست. که به تفصیل بحث از آن گذشت.

البته ما راه سومی داشتیم، عرض می کردیم در مشاهد شریفه و مساجد از باب اینکه نمی دانیم آیا حق تملیک و حق اجاره داریم یا نداریم، ثبوت حق تملیک ثابت نیست لذا نمی توانیم اجاره بدهیم. اما در جاهای دیگر که منفعت مملوک است یا حتی اگر مملوک هم نباشد مانند خانات و مدارس، ظهور حال واقف این است که می خواهد در فرض خراب به هر صورت که

می شود از منافع آن استفاده شود، ولی فقیه یا متولی می توانند اینها را اجاره بدهند. این راجع به این بحث.

### بحث غصب اوقاف عامه

بحث دیگری که در مسئله ۷۲ هست و بحث دشواری است بحث غصب است. فرموده اند:

«ولو غصبها غاصب و استوفی منها غیر تلك المنافع المقصودة منها كما إذا جعل المسجد أو المدرسة بيت المسكن فلا يبعد أن تكون عليه اجرة المثل في مثل المدارس و الخانات و الحمامات دون المساجد و المشاهد و المقابر و القناطر و نحوها، و لو اتلف اعيانها متلفٌ فالظاهر ضمانه فيؤخذ منه القيمة و تصرف في بدل التالف و مثله»<sup>۱</sup>.

در غصب دو فرع ضمنی مطرح شده است:

یکی اینکه غاصبی غصب کند و منفعی جز منفعی که برای آن وضع شده را استیفاء کند، مانند اینکه مسجد را مسکن قرار دهد، یعنی منفعتی را استیفاء می کند، آیا موجب ضمان است؟ در حرمت تکلیفی این کار هیچ شکی نیست. کسی که مسجد را غصب کند کار حرامی مرتکب شده است. بحث در ضمان است. بحث جدی ای در این واقع شده است.

بحث دیگر این است که آیا مسجد و مشهد شریف جدا هستند و بقیه جدا، یا اینکه تمام این مواردی که تحریر می شود یک جور هستند؟

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۹

در متن فرموده اند که در مثل مسجد و مشهد شریف و مقابر و قناطر و نحوها ضمان به اجرة المثل وجود ندارد. چون ضمان در اینها اگر بخواهد باشد ضمان به اجرة المثل است، ضمان معاوضی نیست. ولی در مثل مدارس و خانوات و حمامات ایشان گفته اند بعید نیست ضمان به اجرة المثل باشد. این در منافع.

در اتلاف اعیان، ایشان ظاهراً کلاً قبول دارد که اگر غاصبی یا متلفی اعیان اینها را اتلاف کرد ضامن عین هست حتی در مسجد و مشهد، و باید بدل تالف را بیاورد. یعنی قیمت از او گرفته می شود تا بدل تالف آورده شود یا ساخته شود.

**سؤال:** در مسجد غاصب بدل را به چه کسی بدهد؟

**جواب:** به حاکم شرعی. هر کجا که کاری زمین بماند یا از باب قدر متیقن حاکم است یا از باب اینکه اصلاً ولی فقیه شئونش همین است و این امور با اوست. نسبت به متولی نیز قابل بحث است که آیا برای مسجد بما هو مسجد می توانیم متولی قرار بدهیم یا نه؟ اگر آنرا پذیرفتیم و مسجد متولی داشت قابل بحث است و شاید به او نیز بتوان داد.

مرحوم امام ره بحثی دارند که حتی اوقاف خاصه که متولی هم دارند حق بیعش و اجاره و امثال این و تصرفات در آنها با حاکم شرعی است نه با متولی. متولی باید نظارت کند و تولیت بر کیفیت اجراء وقف را داشته باشد نه اینکه خودش متولی اجراء باشد. و می گویند دلیلی نداریم که حق چنین کاری داشته باشد. حالا این بحث آتی است انشاء الله باید یک جائی این را در همین فروع بحث کنیم. امام ره این را در بیعشان بحث کرده اند و یک بحث خیلی خوب و عملی هم هست، چون اینها مبتلا به است. ما وقتی که در قوه قضائیه بودیم بحث اوقافی پیش



می آمد که به حسب قول واقف متولی داشت که اینها واقعا اهل نبودند. این هم یک بحث مهمی است. که انشاء الله در فروع آتی بعد بحث تولیت و نظارت در تحریر خواهد آمد. بحث می شود که اگر متولی عادل نباشد چطور است و... بحث امام ره در صورتی است که متولی عادل است، بسیاری از اوقاف مهم وجود دارد که منافع بسیاری دارند و بخشهای عظیمی از آنها وقف خاص است، و در مواردی متولیان به صورتی که دلشان می خواهد در اینها تصرف می کنند. می فروشند می خریدند و مانند آن. لذا بعید نیست که در این موارد حتی در اوقاف خاص هم حاکم شرعی از باب حفظ مصالح عموم بتواند دخالت کند زیرا در این موارد هر چند خاص است ولی وقتی مواردش زیاد است ولی فقیه می تواند دخالت کند.

### تأمل در عبارت مسئله

بحثی فرعی در اینجا درباره متن وجود دارد درباره نحوه جدا کردن موارد. امام ره می فرماید در مساجد و مشاهد و مقابر و قناطر و نحوها، که نحوها نمی دانیم یعنی چه، چون قبلا که می گفتند نحوها در آنها مدارس و خانات و حمامات بود، الان که می گویند نحوها قسیم قرار داده اند برای مدارس و خانات و حمامات. اول ما بفهمیم که این قسیم قرار دادن یعنی چه. در مدارس و خانات و حمامات فرموده اند بعید نیست که اجرة المثل ثابت باشد، اما در مشاهد و مساجد و مقابر و قناطر و نحوها نیست. فرق اینها چیست؟

در بحث قبل که در اجاره بود، تمام اینها را با هم حمل می کردند از باب اینکه همه فک ملک هستند، حمامات هم که اینجا گفته اند آن حمامی است که فک ملک باشد، نه حمامی که اجاره بدهند و منفعتش را به جایی مانند مسجد بدهند زیرا در این صورت واضح است که مثل

بقیه موارد وقف است. مقابر و قناطر و مدارس و خانات و حمامات را تا به حال به خاطر فک ملک بودن یکسان می دانستند.

لذا باید ببینیم آن نکته ای که در باب غضب می گوئیم چیست؟ به نظر می رسد چند نکته و استدلالی که برای عدم ضمان گفته اند همه این موارد را شامل می شود و تفاوتی میان اینها نیست. لذا باید یک به یک اینها را بحث کنیم.

**سؤال:** آیا سیره بر این هست که نسبت به مسجد اجرت بگیرند؟

**جواب:** ما که نگفتیم در مساجد ضمان هست. می گوئیم معیار تفکیک بین اینها چیست.

**سؤال:** فرقی همین است که اگر جایی از مسجد یا مشهد را غضب کنید سیره بر اخذ ضمان نیست، اما در حمام و خانات ممکن است همچنین سیره ای باشد.

**جواب:** اگر فردی آمد در مدرسه و مانع شد از اینکه طلبه یک روز از اتاقش استفاده کند، آیا اینجا سیره هست که باید اجرت بدهند؟

**سؤال:** در آنها بعید نیست که اجرت بگیرند اما اینجاها اصلاً سیره نیست.

**جواب:** چرا بعید نیست، آیا تا حالا یک مورد هم نقل کردند مثل همین فیضیه که نگذاشتند طلبه ها استفاده کنند آیا رفتند از آنهایی که نگذاشتند طلبه ها استفاده کنند اجرتش را گرفتند؟

یا در مثال خانات و کاروانسراهایی که در وسط راه است، اگر غاصبی بیاید نگذارد دو نفر استفاده کنند، با اینکه آمده اند لب کاروانسرا ایستاده اند و حق دارند استفاده کنند ولی این نگذارد، آیا از او اجرة المثل می گیرند؟ چنین سیره ای وجود ندارد لذا باید از راه دیگری اینها

را درست کنیم. من الان تصمیم نگرفتم و چیز جازمانه ای نگفتم که در مسجد و مشهد آیا اجرة المثل هست یا نه. مقصود این است که این تفکیک برای چیست. این یک مسئله است.

بعضی از اعلام اینجا فرموده اند لعل این جهت برای این باشد که اجرت در مثل مساجد و مشاهد اعتبار نشده ولی در آنها اعتبار شده است. می فرماید: «ثانیهما التفصیل بین الامور المذكورة فی المتن، و الظاهر أن الوجه فيه هو عدم اعتبار الاجرة فی مثل المسجد و المشهد دون مثل الخانات و الحمامات»<sup>۱</sup>.

یعنی چه که اعتبار اجرت نشده است؟ اگر می خواهند بگویند که اجرت نمی گیرند، که اصلاً بحث در همین است، زیرا اگر اجرت بگیرند ضمان ثابت است، و اگر نگیرند ضمان ثابت نیست. بحث در همین است که تحلیل این چیست که اجرت در یکجا ثابت باشد و در یکجا ثابت نباشد. اینکه امام می فرمایند ثبوت الاجره همین ضمان است و چیز دیگری نیست.

**سؤال:** مسجد برای خدا هست ولی بقیه للمسلمین است.

**جواب:** پس بگوئید چون مسجد و مشاهد لله است و ما مالکش نیستیم ضمان ندارد، که این نیز قابل بحث است.

پس در تحلیل این تفکیک متن که بعضی اینطور فرموده اند: **والظاهر أن الوجه فيه هو عدم اعتبار الاجرة فی مثل المسجد و المشهد**، می گویم این تکرار ادعاست، شما باید دلیل این را

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید؛ ص: ۸۰

بیاورید نه اینکه بگوئید والظاهر عدم اعتبار الاجرة، اعتبار الاجره همین بحث ضمان است چیز دیگری نیست.

### دلیل بر ضمان و عدم ضمان در کلام شیخ اعظم ره

مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید: در ضمان این موارد دو جهت وجود دارد. وجه برای ضمان، عموم قاعده ید است که علی الظاهر مقصود ایشان اطلاق قاعده ید است.. قاعده ید اطلاق دارد و همه این موارد را می گیرد. حالا نگفته اند خصوص مسجد و مدرسه، گفته اند اطلاق ید همه این موارد فک ملک را می گیرد.

و وجه برای عدم ضمان این است که مسلم گرفته اند که در مثل مسجد و مشهد شریف و خانات و مدارس و ... منافع مستوفاتش از طرف غاصب حتما ضمان ندارد بنابراین عینش هم ضمان ندارد. لذا لو اتلفه متلف اصلا هیچ ضمانی نیست. چون ملازمه گرفته اند بین ضمان منافع و ضمان عین و می گویند ضمان منافع قطعاً در اینجا نیست پس ضمان عین هم نیست.

در میان فقهاء البته این خیلی بحث نشده است. مرحوم شهید در دروس عبارتی دارد ایشان می گوید لو غصب غاصب مسجدی را و مشهدی را هم ضمان عین ثابت است و هم ضمان منافع هر دو.<sup>۱</sup>

### بررسی ادله ضمان

حالا استدلال را باید ببینیم چیست؟

<sup>۱</sup> و لو أثبت یده علی مسجدٍ أو رباطٍ أو مدرسة علی وجه التغلب و منع المستحق فالظاهر ضمان العین و المنفعة، لتنزله منزلة المال. الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛

عمده استدلال در باب ضمانات اولاً قاعده ید است و ثانیاً قاعده اتلاف است که یک قاعده مصطاده است از موارد متعدد در روایات که کسی که تسبیب کند برای اتلاف، ضامن است. سومین دلیل نیز سیره و یا ضرورت فقه است که بعضی ها ادعا می کنند، که غاصب حتماً ضامن است. و هر کدام از اینها بحثی دارد.

### اختلاف بین ادله ضمان

ولی قبل از اینکه آن بحث را بیان کنیم لازم است به این نکته توجه شود که میان این ضمانات نیز اختلاف وجود دارد.

قاعده من اتلف تسبیب در اتلاف را موضوع قرار می دهد. و عقلائی هم هست و مسلماً امضاء نیز شده است. اگر کسی چیزی را اتلاف کند فهو له ضامن. این قاعده مصطاده از روایات متعدد به اضافه اینکه بناء عقلاء هم هست و حتماً هم این بناء عقلاء تأیید و امضاء شده، اصل این قاعده واقعا درست است. درحالی که در ضمان ید لازم نیست که شخص ذوالید خودش تسبیب برای اتلاف کرده باشد. همینکه تحت ید او و لو به اتلاف سماوی تلف بشود او مأخوذ به ضمان است و باید مثل یا قیمت را بپردازد. تا زمانی که آن عین مأخوذه موجود است فهو ضامن له بعینه، یعنی در عهده اش هست، اگر تعبیر ضمان نکنیم تعبیر عهده می کنیم، فهو فی عهده، خود عین در عهده طرف است و شخص باید برگرداند. و اگر تلف شد فهو ضامن له، ولی لازم نیست این تلف حتماً به تسبیب او باشد. اگر به تسبیب از ناحیه غاصب باشد که روشن است، من خانه ای را غصب می کنم و بعد آن را خراب هم می کنم، خب در اینجا که ضامن است و بحثی ندارد. اما اگر غاصبی خانه ای را گرفت در حینی که ید غاصبانه او مستقلاً بر این خانه هست زلزله آمد و خانه خراب شد باز هم این شخص ضامن است، چون علی الید ما

اخذت حتی تؤدیه. و علی الید می گوید این عین در عهده اوست حتی تؤدیه. اگر عین هم تلف شد اطلاق تؤدیه می گوید باید به چیزی که تأدیه او باشد برگرداند، ولو اینکه عند التلف به مثل و قیمت تأدیه کند، باید تأدیه انجام گیرد.

لذا یک فرق مهم و دقیقی بین قاعده اتلاف و بین قاعده ید و امثال این وجود دارد.

اگر ما اطلاق علی الید را قبول کنیم بگوئیم علی الید ما اخذت در مسجد هم می آید، در مشاهد شریفه هم می آید، در خانات و مدارس هم می آید، بنابراین اگر این عین را که تصرف کرده و استیلاء پیدا کرده، هست باید عینش را برگرداند، و اگر نیست باید بدلش را بیاورد، علی الید ما اخذت اطلاق دارد.

### بی اثر بودن بحث صدق غصب در مانحن فیه

منتهی در اینجا بحث مفصلی در تعریف غصب کرده اند. بسیاری از فقهاء بحث غصب را در وقف نیاورده اند در بحث غصب آورده اند. در باب غصب از انحاء غصب و ثبوت ضمان بحث کرده اند که یک نوع غصب هم غصب اوقاف به انحاء مختلف وقف است. مرحوم میرزا حبیب الله رشتی در کتاب الغصب این را بحث کرده، عده دیگری هم در غصب آورده اند، خود امام ره هم در تحریرالوسیله در بحث غصب این را آورده اند.

بحثی راجع به غصب است که آیا اصلاً غصب در مثل مسجد صدق می کند یا نمی کند. در جائی که ملک و یا مالیت نباشد غصب اصلاً صدق می کند یا نه؟ مرحوم شهید وقتی در مسجد و مشاهد می گوید لو غصب غاصب ضامن است لتزله منزلة المال. گوئی این مال هست

ولو که نگوئیم ملک کسی است. آنوقت خیلی بحث کرده اند که غصب در اینجاها صدق می کند یا نمی کند.

به نظرم در بحث ما که بحث ضمان است کل آن بحث بی اثر است. چون ادله ضمان روی غصب نرفته است. ادله ضمان روی ید رفته است و ید امانی تخصیص خورده است. علی الید هست ولی نگفته بعنوان الغصب. علی الید ما اخذت حتی تؤدیه، منتهی در یک مواردی مثل اجاره و وکالت و اعاره و امثال آن، ید تخصیص خورده چون ید در این موارد امانی است. اما عنوان غاصبانه بودن در ید اخذ نشده است که به تعریف غصب پردازیم. به صورت مطلق حکم روی ید رفته و موارد خاصی به دلیل خارج شده است.

بنابراین بحث در اینکه آیا در مسجد و مشاهد شریفه و قناطر و خانات و امثال این صدق غصب می کند یا نه از باب اینکه اینجا فک ملک و تحریر هستند و عدوان در آنجا معنا ندارد چون مالکی وجود ندارد تا عدوان علیه آن صادق باشد و چه آن بحث صغروی ما بیاید که اینجا ملک مسلمین هستند و عدوان صدق می کند تفاوتی ندارد و نیازی به این بحثها نیست. حتی ملک مسلمین هم نباشد فک ملک هم باشد، ما که دنبال عنوان غصب نیستیم. ما دنبال صدق موضوعات ضمان هستیم. یکی از آنها من اتلف است، یکی ید است و یکی هم سیره است، باید ببینیم موضوع اینجا چیست و آیا صادق است یا نه.

### بررسی مفردات قاعده ید و صدق آنها در مانحن فیه

بنابراین بحث عمده ما این است که آیا قاعده ید اینجاها می آید یا نه؟

آنهایی که منکر صدق ید در مقام و شمول قاعده ید هستند، عمدتاً حرفشان این است که دو نکته از علی الید ما اخذت حتی تؤدیه استفاده کرد:

یکی اینکه باید اخذ صدق کند، و اخذ در جایی است که مالک داشته باشد. اگر مالک نباشد این چه اخذی است و اخذ از چه کسی است؟ اخذ باید از کسی باشد، و در موارد فک ملک اخذ از کسی نیست. اگر شما ملکی را مثل مسجد از خودتان فک کردید دیگر مالک ندارد تحریر است. شما از چه کسی اخذ کردید؟ اخذ صدق نمی کند. این یک ادعا است.

یک ادعا در صدق تأدیه است به خاطر حتی تؤدیه. اگر کسی مالک نباشد به چه کسی تأدیه کنند؟

پس هم عنوان اخذ موجود در علی الید و هم عنوان تأدیه اش به نظر این بزرگواران مستلزم این است که مالکی داشته باشد یا اقلاً ذی حقی داشته باشد که به او تأدیه شود، و هیچکدام از این دو در فک ملک نیست. وقتی فک ملک می شود از من رها می شود، می شود یک مال بلا مالک. مسجد یک مال بلا مالک است اگر بگوئیم مال است، بلا مالک است، بنابراین نه اخذ در آن معنا دارد و نه تأدیه. این بزرگواران این را می گویند.

در مقابلش به نظر می آید بتوانیم بگوئیم که هم مفهوم اخذ و هم مفهوم تأدیه نیازی به وجود مالک و حتی ذی حق هم ندارد. هم اخذ عرفاً صدق می کند و هم تأدیه. روی این فکر کنید تا جلسه بعد انشاءالله.

«الحمد لله رب العالمین».



## فهرست

مسئله ۷۲: اجاره اوقاف عام.....	۷۴۲
بررسی مسئله ۷۲.....	۷۴۲
حکم تلف اعیان مساجد و مشاهد و ملحقات.....	۷۴۲
توجیه عدم جواز بیع و اجاره بخاطر ملک نبودن.....	۷۴۳
جواب از این توجیه.....	۷۴۳
وجه ضمان.....	۷۴۳
فرمایش محقق اصفهانی و جواب از آن.....	۷۴۴
نتیجه بحث.....	۷۴۵
تصویر ضمان در آنچه فک صرف است.....	۷۴۶
تصویر ضمان در صورتی که جریمه باشد نه ذمه.....	۷۴۸
دو راه در باب اطلاق.....	۷۵۰
راه اول.....	۷۵۰
راه دوم.....	۷۵۰
ثبوت ضمان در مساجد و مشاهد فقط بخاطر سیره.....	۷۵۱
مسئله ۷۳: فروش اوقاف خاصه و وقف بر عناوین.....	۷۵۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۲: اجاره اوقاف عام

### بررسی مسئله ۷۲

بحث ما در مسئله ۷۲ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام ره بود. صدر مساله در باره عدم جواز بیع اوقافی مانند مساجد و مشاهد و همچنین خانات و مدارس و امثال آن بنابر الحاق به مساجد و مشاهد بود. در ادامه فرمودند «الظاهر أنه لا يجوز اجارتها» که اجاره این امور نیز جائز نیست.<sup>۱</sup> اصل بحث را در جلسات گذشته به تفصیل بیان کردیم.

آن چیزی که باقی ماند ذیل این مسئله است که فرمودند اگر غاصبی اینگونه از اوقاف را غصب کرد و منافی غیر از منافی که برای آن قرار داده شده اند را استیفاء کرد، مثلاً مسجدی که برای نماز است یا مدرسه ای را که برای درس و بحث و سکونت طلاب است را محل سکونت شخصی قرار داد، در مساجد و مشاهد و مقابر و قناطر و مانند آنها ضمانی نیست، اما در مدارس، خانات، حمامات و مانند آنها ضمان ثابت است و باید اجرة المثل را بپردازد. این درباره فرض استیفاء منافع.

### حکم تلف اعیان مساجد و مشاهد و ملحقات

نسبت به ضمان اعیان فرموده اند اگر متلفی اعیان این موقوفات را تلف کند حتی در مساجد، مشاهد، مقابر و قناطر که استیفاء منفعتش اجرت المثل ندارد، فالظاهر ضمانه. و ضمانش به این است که قیمت اینها را بگیرند و صرف در بدل تالف یا مثل تالف کنند.

در اینجا بحثهای متعددی وجود دارد که در مباحث سابق برخی از آنها را فی الجمله به مناسبتی بحث کردیم. اولاً همانطور که بیان شد به نظر می رسد تفکیک بین این موارد توجیه روشنی ندارد. حضرت امام در مباحث دیگر تمام موارد فک ملک و تحریر را همسان می دیدند و می فرمودند وقف در این موارد، فک ملک است و لذا آثار خاصی نیز بر آن مترتب است مانند اینکه به ملک کسی در نمی آید و مانند آن. به چه دلیل در این بحث این موارد را از یکدیگر جدا کردند. چه تفاوتی بین مشاهد و مساجد و قناطر و مانند آن با مدارس و خانات و حمامات وجود دارد که هرکدام را در یک دسته قرار دادند؟! آیا مدرسه با پل از این جهت فرقی دارد؟!

<sup>۱</sup> مسألة ۷۲ كما لا يجوز بيع تلك الأوقاف الظاهر أنه لا يجوز إيجارتها،.... تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۹

بحث بعدی این است که چه ملحق باشند و چه نباشند، در مساجد و مشاهد و هر جا که گفتیم اجرت المثل ندارد، چه وجهی وجود دارد که در اینها ضمان وجود ندارد؟

## توجیه عدم جواز بیع و اجاره بخاطر ملک نبودن

عجیب است که برخی از محشین عدم جواز بیع و هم عدم جواز اجاره و هم بحث حاضر را بر این اساس توجیه کرده اند که ملک وجود ندارد. فرموده اند ماتن چون قائل به ملک در اینها نیست و وقف را در این موارد فک و تحریر ملک می داند قائل به عدم جواز بیع و اجاره اوقاف شده است چون بیع و اجاره باید در ملک باشد، و طبیعتاً عدم ضمان را در مثل مساجد و مشاهد به همین دلیل می دانند.

## جواب از این توجیه

منتهی این تحلیل برای فرمایش متن قدری عجیب است. چون ما قبلاً از امام ره آوردیم که ایشان هم مانند محقق اصفهانی ملک را برای بیع و اجاره شرط نمی داند. البته ملک به معنای سلطنت بر بیع و سلطنت بر اجاره بحث دیگری است اما ایشان ملک خود عین را شرط نمی دانند. ایشان برای عدم ضمان در منافع مستوفات از مساجد و مشاهد استدلال دیگری داشتند و می فرمودند کَانَ شارع منافع را که در وقف نیامده است را شرعاً و تعبداً اسقاط کرده است و دیگر این عین، مسلوب المنفعه محسوب می شود. البته ما این استدلال را نپذیرفتیم لکن استدلال ایشان این است نه آنچه برخی از محشین فرموده اند که چون امام ره ملک را در این موارد قائل نیست پس بیع و اجاره را قائل نیست. لذا این نسبت درست نیست.

## وجه ضمان

اما نسبت به وجه ضمان در مواردی که قائل به ضمانیم مانند تلف عین که ایشان قائل شدند، طبق مبنای کسانی که این اوقاف حتی مساجد و مشاهد را ملک می دانند روشن است که اگر کسی ملکی را اتلاف کند ضمان دارد به این معنا که با تلف، در ذمه تالف می آید برای مالک.

اما اگر قائل به مالک برای این موارد نباشیم قبلاً بیان شد که به نظر می آید هم ثبوتاً و هم اثباتاً تصویر ضمان در جائی که ملک نباشد مشکل است. دلیلش هم این است که ظاهراً وقتی ما می گوئیم چیزی در ذمه می آید، در ذمه آمدن به تعبیر مرحوم اصفهانی یک امر سه ضلعی است. یعنی ۱. یک مالک عین می خواهد که مضمون له باشد و مال تلف شده در

ذمه تالف برای او باشد، ۲. یک ضامن می خواهد که ذمه اش برای مضمون له مشغول می شود و ۳. یک عین یا هر چیزی دیگری که مضمون است. اگر مالک نباشد تصویر اینکه چیزی در ذمه ضامن آمده است به چه صورت است؟ در ذمه تالف آمده است که چه بشود؟ پس اشکالی که ما قبل می کردیم این است که سه ضلعی بودن ضمان، اقتضاء می کند که ما مالکی داشته باشیم تا بگوئیم این شیء در ذمه ضامن آمده است برای او؛ وگرنه ضمان تصویر صحیحی ندارد.

## فرمایش محقق اصفهانی و جواب از آن

محقق اصفهانی با اینکه خودش در مقام تحلیل این سه ضلع را از هم جدا می کند، ولی در ادامه می فرماید لازم نیست ملک باشد بلکه همینکه آن عین تلف شده له مساس باحد مثل موقوف علیهم، برای آمدن شیء در ذمه کافی است. لذا ایشان برای تصویر اینکه شیء در ذمه کسی برای شخص دیگر بیاید همینقدر را کافی می دانند که آن شخص له مساس به این عین.

ما در آن بحث عرض کردیم که بعید است که این تصویر قابل قبول باشد. له مساس انحاء مختلفی دارد، در جایی که ملک است تصویر روشن دارد. اما در جایی که ملک نیست دشوار است. البته ممکن است کسی حق را هم فی الجمله بپذیرد گرچه به نظر ما آن نیز مشکل است، ولی اینکه له مساس بکل وجه کافی است مطلب بسیار دشواری است.

مرحوم امام که فرموده اند لو اتلف عینها متلف فالظاهر ضمانه، تصویرشان این است که می گویند با اینکه این عین، ملک موقوف علیهم نیست ولی ضمان یک امر عقلائی است تأسیس شارع نیست. عقلاء می گویند اگر کسی چیزی را تلف کرد باید چیزی جای آن بگذارد. این جای آن گذاشتن ضمان است. ضمان چیزی نیست مگر یک نوع خسارت که وقتی کسی چیزی را تلف می کند باید بدل آن امری که تلف کرده قرار بدهد. این ضمان است. و شارع هم در اینجا هیچ تأسیسی ندارد. این را نیز برای این می گویند که «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» یک قاعده اصطیادی است و محمولش ضمان است لذا ممکن است کسی تشکیک کند که در ضمان، ملکیت طرف لازم است. ضمان صرف این خسارتی که شما می گوئید که گرفتن چیزی از متلف و جای عین تلف شده گذاشتن نیست و نیاز به ملکیت نیز دارد. از این رو حضرت امام ره در آنجا می فرماید که ضمان یک امر عقلائی و تابع نظر عقلاء است و شارع در آن تأسیسی ندارد. اصرار ایشان بر عدم تأسیس برای حل این مطلب است که این قاعده اصطیادی باید در آن چارچوب اوسع فهمیده شود. ظاهراً در کلمات فقهاء ضمان معنای اخصی از تعریف ایشان دارد و عبارت است از مثل و قیمت در ذمه متلف برای مالک. حضرت امام ره با آن جمله که می فرماید ضمان یک امر عقلائی است و تأسیسی نیست می خواهد این را حل کند، تصریح هم می فرمایند که

ضمان عقلائی اوسع از این تعریف فقهی است. یعنی اگر کسی چیزی را تلف کرد باید جای این متلف چیزی را به عنوان خسارت قرار دهد. ضمان عند العقلاء این است و اختصاصی به آنچه که در ذمه می رود به صورت مثل یا قیمت برای مالک ندارد. پس در ضمان عرفی این اقتصار و انحصار لازم نیست.

ما در آن مسئله ۶۷ به صورت مفصل بحث کردیم و اشکال فرمایش ایشان را بیان کردیم. خلاصه اینکه فرمایش ایشان که ضمان در کلمات شارع خصوصیت ندارد و به همان تأسیس عقلائی باز می گردد اول کلام است. هر چند ما عبارت مطلقى از ناحیه شارع مانند «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» نداریم ولی این مطلب از موارد متعدده اصطیاد شده است.

ثانیا: خود عقلاء چکار می کنند؟ تصویر ضمان در فرض عدم ملکیت در نزد عقلاء روشن نیست. آیا وقتی عقلاء چیزی را در ذمه می آورند تصویر می کنند که در ذمه بیاید بدون اینکه عین تلف شده مالکی داشته باشد؟! این معلوم نیست. لذا فرمایش حضرت امام ره هم به لحاظ ادعای اینکه شارع امر تأسیسی ندارد صرف یک ادعا است، و هم به لحاظ تصویری که ایشان از ضمان عقلائی دارند. پذیرش آن به نظر دشوار است. ما قبلا این بحث را کردیم. این که عرض کردم محصل آن بحث است.

### نتیجه بحث

نتیجه بحث ما این است که در مساجد و مشاهد اگر بقیه امور را هم به آنها ملحق کردید مثل مقابر و قناطر و مانند آن اگر شما ملکیت تصویر نکنید علی الظاهر ضمان هم تصویر نمی شود. ضمان به معنای ذمه، ظاهرا نیاز به طرف دارد که مالک باشد، عهده هم همینطور است، اگر عین باقی باشد و تلف نشده باشد و شیء در عهده بیاید باید برای شخصی باشد و مطلقا در عهده آمدن علی الظاهر معنا ندارد.

بنابراین به نظر ما تصویر ضمان بدون مالکیت مالک مشخص، دشوار است. و این شاید یکی از مؤیداتی بر این باشد که موارد مختلف مذکور در اینجا ملک است. فقط مساجد و مشاهد باقی می ماند، که بعید نیست اینها نیز فک ملک باشد لذا مساله ای در اینجا پدید می آید.

ما قبلا در بحث ملکیت موقوف علیهم به مناسبت ادله ملکیت بحث کردیم که تقریبا همه فقهاء متقدم، ضمان را در این موارد مسلم می دانند و می گویند این کاشف از ملکیت موقوف علیهم است. تشکیک حضرت امام، موجب تشکیک در ورود مال موقوفه در ملک موقوف علیهم هم می شود.

## تصویر ضمان در آنچه فک صرف است

بنابراین تصویر ضمان در هر کجا که صرف فک ملک بدانیم مشکل می شود. بقیه موارد غیر از مساجد و مشاهد را که فک ملک صرف نمی دانیم، می گوئیم یا ملک مسلمین است یا ملک عنوان مسلمین است که به مصرف مسلمین می رسد. مثل شخصیت حقوقی که مسلمین مصرف باشند. لذا مالک پیدا می شود و ضمان معنا پیدا می کند.

ما فقط مسئله ای که ممکن است برایمان پدید بیاید مسجد و مشاهد است که ظاهراً فک ملک است نه تملیک مسلمین. در این موارد برای کسانی مثل ما که می گوئیم تصویر ضمان در مواردی که ملک نیست دشوار است مشکل می شود. آیا اگر فردی مسجد یا مشهد شریفی را خراب کرد بگوئیم فقط گناه کردی و دیگر هیچ مسئولیتی نداری؟! این حرف دشوار است.

**سؤال:** بگوئیم ملک خداست و حاکم هم نائب اوست.

**جواب:** ما قبلاً بحث کردیم که ما برای خداوند ملک اعتباری قائل نیستیم و تصویر ملک اعتباری خداوند متعال نیز مشکل است.

**سؤال:** عقلاء صرف وجود موقوف علیهم را برای ضلع سوم کافی می دانند.

**جواب:** این بحث گذشته است، آیا این موجب صحت تصویر ذمه می شود؟ اگر این مال در ذمه من بیاید، چه ربطی به آنها دارد؟ مرحوم اصفهانی همین را می فرمود لذا فرمود باید مساسی باشد، اما له مساس یعنی چه؟ یعنی اگر ملک طرف نیست بگوئیم آمده در ذمه من برای کسی که له مساس به این؟ این یعنی چی؟

**سؤال:** ضامن است به اینکه مشهد مشرفه را درستش کند تا مردم استفاده کنند.

**جواب:** به لحاظ عرفی همین است امام هم فرموده بود، می خواهیم بگوئیم ضامن هستید یعنی چی؟ این را درست کنید. ضامنید به معنای اینکه در ذمه بیاید. اصلاً ذمه یعنی چه؟ این را باید تحلیل کنیم که در ذمه آمدن یعنی چی؟ وقتی می گوئیم صد من گندم در ذمه من است، می گوئیم در ذمه شماست برای کسی، یعنی آن آقا مالک ذمه من می شود. اما ما بگوئیم در ذمه من آمد این یعنی چی؟

**سؤال:** استحقاق ذمه است.

**جواب:** استحقاق کی؟

**سؤال:** آن آقایان نسبت به ذمه تو استحقاق دارند نه علی حد الملكية چه منفعت ملکیت و چه عین.

**جواب:** این مساسی که محقق اصفهانی می گفت همین است. من الان اینجا نشسته ام هزاران هزار امر در ذمه من می تواند بیاید. ما در جایی که ملک باشد می گوئیم آن آقا مالک ما فی الذمه من است، اما اگر مالکیت او نباشد اینکه در ذمه من هست، چیست و نسبت به چه کسی است؟

علاوه بر اینکه نکته دیگری که وجود دارد این است که اگر ملک او نباشد بعد که من می خواهم این را ایفاء کنم ملک من هنوز باقی می ماند، یا خارج می شود؟ قهرا خارج می شود؟ شما قبل از ایفاء ضمان را درست می کنید، قبل از ایفاء گفتید من جایی را خراب کردم و ساخت آن در ذمه من آمده است. اینکه در ذمه من آمده یعنی چکار کنم؟ یعنی این را بسازم. به عهده من یا در ذمه من ساختن اینجا آمده. وقتی در ذمه من آمده با ساختن این مصالح از ملکیت من خارج می شود؟ یا هنوز به ملک من هست؟ من پول می دهم و این مسجدی را که خراب کردم می سازم اعیان این مصالحی که به کار می برم ملک چه کسی است؟ امام می فرمود عرف می گوید این را جای آن گذاشتیم. لذا جزء یکی از مباحثی که انشاء الله در مسئله ۷۳ بحث می کنیم فروعاتی است که مرحوم شیخ هم در مکاسب بحث کرده که وقتی جانشین می کنیم آیا باید دوباره صیغه وقف بخوانیم. امام ره می فرماید نه، مرحوم شیخ هم می فرماید نه. ما در جایی که وقف را می خریم این شیء را بدل او قرار می دهیم. ضمان هم مثل همین است. امام می گویند لازم نیست دیگر انشاء وقف کنیم. همینکه این را که جای او می گذاریم خود همین می شود وقف. واقعا این درست است؟ در باب ضمان این را جای او می گذاریم یعنی چه؟ ما آنجا بحث کردیم. منظور از جا مکان تکوینی که نیست. وقتی شما می گوئید که آنچه را که متلف الان جای متلف می گذارد، جای او می گذارد یعنی در ملکیت؟ خب حرف ما می شود. اگر ملکیتی نباشد جای او گذاشتن یعنی چه؟ تکوینا از ملک من بیرون می رود؟ جای او گذاشتن اصلا یعنی چه؟ اگر در مکان بود می گفتیم او را بگذارید در کیف بنده؟! بحث این که نیست. مراد از جانشینی جانشین در ملک کردن یا در چیز دیگری است. آیا بدون قصد من خودش تکوینا و قهرا جای او قرار می گیرد و وقف می شود؟ واقعا تصویر اینها دشواری است. ما که می گوئیم باید ملک باشد می آید جای او در ملک می شود. در ضمان می گوئیم آقای متلف در ذمه اش می آید یعنی وضع بدل یا قیمت مال متلف للمالک در ذمه اش می آید. یعنی جانشینی این بدل نسبت به متلف می شود در ملکیت. این معنا دارد. حالا اگر ملکیت نبود جانشین چه چیزی می شود؟ تصویر روشنی ندارد. روی این فکر کنید این اشکالی بود که قبلا می کردیم.

حال فرض کنید ما در تصویر ضمان بدون ملک اشکال کردیم و قبول کردیم که ملکیت باید باشد، حال در مواردی که خود ما هم ملکیت را قبول نداریم مسجد و مشاهد شریفه اگر کسی آمد آنها را خراب کرد چه باید کرد؟

ممکن است بفرومائید گناه بزرگی کرده ولی چیزی به عهده اش نیست. همانطور که امام ره و مرحوم شیخ انصاری و دیگران در استیفاء منافع تصریح کردند. الان امام ره اینجا هم تصریح می فرمایند. در منافع می گویند فقط تلف کرده، متلف غاصب مرتکب گناهی شده است اما اجرت المثلی در کار نیست پس در منافع ضمانی در کار نیست. ممکن است کسی در عین هم همین را بگوید. بگوید همانطور که شما در منافع گفتید در عینش هم همین را بگوئید. تفکیک بین عین و منافع برای چیست. چطور شما در منافع پذیرفتید که اجرت المثلی نیست حالا چه به بیان امام که مسلوب المنفعه است یا اسقاط منفعت شده یا به هر بیان دیگری مثل مرحوم شیخ، همان حرفی را که آنجا زدید در عین هم بفرمایید، چه فرقی می کند؟

### تصویر ضمان در صورتی که جریمه باشد نه ذمه

بیان دیگری به ذهن می رسد، که ما یک وقت ضمان را از سنخ ذمه می دانیم، یعنی مثل و قیمت در ذمه متلف بیاید، می گوئیم ذمه تصویر ندارد مگر اینکه مالکی نسبت به مال متلف وجود داشته باشد بگوئیم آمده مثل و قیمت در ذمه من برای آن آقای مالک. اما اگر ضمان را یک نوع خسارت و جریمه بدانیم که مرحوم حضرت امام ره نیز در ضمان، تعبیر خسارت را به کار می برند مشکل حل می شود. البته منظور از خسارت نیز تصویری نیست که باز دوباره بشود ذمه. بلکه منظور جریمه است. و ظاهراً جریمه نیاز به ملکیت ندارد. اگر مقنی بگوید اگر کسی عینی را تلف کرد باید این مقدار جریمه بدهد. و خودش تعیین کند که این جریمه را به چه کسی بدهند مانند اینکه بگوید بدهید به بیت المال یا بگوید جریمه کسی که مسجد را خراب کرد این است که آن را دوباره بسازد. ساختن مسجد نه از باب این است که اتلاف موجب آمدن چیزی به ذمه تالف است. بلکه یک جریمه ای است. این جریمه را می توانستند بگویند بده به فقراء، می توانستند بگویند بدهید به بیت المال ولی حالا می گویند جای آن، مسجد بساز.

البته ما حال دلیلی بر این نداریم. اگر مسلم باشد که اگر متلفی مسجد را اتلاف کرد و ساختمانش را از بین برد باید بسازد می گوئیم به عنوان یک جریمه است، نه به عنوان اینکه ضمانی است که در جاهای دیگر ثابت است که مثل و قیمت در ذمه می آید. از آن سنخ نیست و ظاهراً جریمه نیازی به این ندارد که کسی مالک باشد. در تخلفات راهنمایی و رانندگی برای متخلف جریمه می بندند. لازم نیست که این جریمه مثل و قیمت چیزی باشد در ذمه کسی. جریمه این است که چیزی را پردازد حال اینکه به چه کسی پردازند را خود قانونگذار تعیین می کند می تواند بگوید به بیت المال یا فقراء بدهند و می شود بگویند بجایش همانجا را بساز. این جایش همانجا را بساز را تارة از باب یک حکم مستقل جریمه ای در نظر می گیریم و تارة می خواهیم در کبرای ضمان بیاوریم. اشکال قبلی ما این بود که در کبرای ضمان نمی گنجد، چون ضمان به معنای مثل و قیمت در ذمه تصویر نمی شود. اما یک جریمه مستقلی شارع بیاورد و به چه کسی پردازیم را هم



خودش تعیین کند هیچ اشکالی ندارد. و اینکه نظر شارع را از طریق سیره عقلاء یا صورت دیگری کشف کنیم اهمیتی ندارد.

پس عرض ما این است که اگر ما در مثل مسجد و مشاهد شریف بگوئیم سیره متشرعه یا سیره عقلاء در همه معابد وجود داشته و امضاء شده یا سیره متشرعه مستقلاً وجود دارد، اگر چنین امر مسلمی باشد که مقابل نفی ضمان از مساجد و مشاهد بایستد و به صورت قطعی اثبات کند می تواند توجیهش این باشد که همین دلیل یعنی سیره امضاء شده یا سیره متشرعه خودش کاشف از این است که این یک جریمه مستقلاً است، نه اینکه از باب آن ضمان کلی است که ما در ابواب دیگر می گوئیم.

**سؤال:** شما قبلاً این حرف را قبول نکردید که ضمان خسارت است.

**جواب:** به معنای جریمه را اصلاً ما طرح نکردیم. خسارت را امام ره فرمودند، اما همین ذمه را درست کردند. امام ره همین ذمه را به عنوان خسارت درست کردند، گفتند امر عقلانی است یک خسارتی است که در ذمه می آید.

ما قبول نکردیم، چون خسارتی که در ذمه بیاید همان اشکال را دارد. جریمه خسارت نیست در ذمه. جریمه امر مستقلاً است نه در چارچوب ضمان و آمدن در ذمه. یک خسارتی را می گیرند اینکه به چه کسی پردازیم هم با خود مقنن یا شارع است. و زمانی باید زیر بار این حرف برویم که اصل جریمه بدلیل مستقل ثابت باشد. حال آن دلیل می تواند سیره عقلاء باشد یا سیره متشرعه باشد.

**سؤال:** مسجد مالک می شود.

**جواب:** مسجد مالک خودش که نمی تواند باشد. اگر بخواهیم مسجد را تملیک کنیم باید آن را ملک مسلمین کنیم.

**سؤال:** خودتان فرمودید شخصیت حقوقی است.

**جواب:** شخصیت حقوقی مالک خودش که نمی تواند باشد، شخصیت حقوقی مالک چیزهای دیگر می شود. شخص حقوقی مثل شخص حقیقی می ماند، شخص حقیقی مالک خودش که نمی تواند بشود.

**سؤال:** مالک آن ضمان و دین طرف می شود دیگر.

**جواب:** ما برای اینکه ذمه را تصویر کنیم مالکی می خواهیم نسبت به متلف. بگویم حالا که من تلف کردم این عین را، مثل و قیمتش می آید در ذمه من للمالک. شما اگر مسجد را مالک خودش بدانید مطلبی است، اما این معنا ندارد. البته

نسبت به اعیان دیگر و نسبت به مملکات مسجد ممکن است. یعنی ممکن است کسی بگوید فرش و آلات مسجد اینها ملک مسجد است. اما خود مسجد که عرصه باشد یا عرصه و اعیان باشد، نمی شود ملک مسجد باشد چون نمی شود مسجد ملک خودش باشد. پس ما باید یک مالکی برای آن پیدا کنیم تا عین تلف شده را که مسجد باشد بگوئیم می آید در ذمه من للمالک. حالا مالک یا مسلمین هستند یا هر چیزی اگر گفتیم. آنوقت الآن اشکال در جایی است که ما مالک برایش نبینیم و بگوئیم مثلاً مسجد تحریر محض است.

## دو راه در باب اطلاق

عرض ما این است که دو راه در باب اطلاق وجود دارد:

### راه اول

اگر مثل امام ره در باب منافع گفتیم که اطلاق محض است و هیچ ضمانی در کار نیست، خب در عین هم بگوئیم. این تفکیکی که امام ره قرار داده اند نمی دانیم وجهش چیست.

### راه دوم

و اگر ما در آنها هم گفتیم می خواهیم عرفاً به لحاظ سیره متشرعه یا سیره عقلائیة مسلم است که اجرت المثل هست و در عینش هم مسلم است که چیزی باید بدهد، این آقای غاصب نباید مفت و مجانی در برود و بگوئیم فقط تو گناه بزرگی کردی. نخیر، یک مسجد بسیار مجللی را بگیرد با بولدزر خراب کند و بگوئیم گناهی کردی خداحافظ. بگوئیم نه، عقلاء در اینجا اصل جریمه را ثابت می دانند آنوقت ما این را جریمه محسوب کنیم. این راه دارد. اشکال ذمه هم پیش نمی آید. می گوئیم این یک جریمه مستقل است. البته جریمه هم باید بگوئیم ملک چه کسی می شود. در امور عرفی هم همینطور است. مثلاً می گویند این قبضه‌هایی که راهنمایی رانندگی می نویسد به عنوان جریمه، اینها می رود در خزانه. یک جایی باید باشد برای رفتن جریمه، ولی اشکال ذمه پدید نمی آید. ما در آنجا می گوئیم جریمه است، و خود این دلیلی که می گوید جریمه ثابت است علی الظاهر او هم می گوید به چه کسی بدهند مثلاً به فقراء یا مانند آن بدهند. اگر سیره عقلائیة یا متشرعه است تعیین می کنند که به کجا برود.

بنابراین دو تا راه برای ذیل مسئله هست.

## ثبوت ضمان در مساجد و مشاهد فقط بخاطر سیره

ما پذیرفتیم در مثل مسجد و مشاهد که تحریر محض باشد و ثابت نیست که ملک مسلمین باشد. شک هم کنیم اصل عدم است. بنابراین در ضمانش بعید نیست مجبور بشویم پناه ببریم به همین بحث سیره عقلاء یا سیره متشرعه در اینکه نباید راحت از غاصب و متلف عامدانه عبور کرد. این همان ارتکاز عقلانی است که می گوید یک جریمه و خسارتی باید به عهده اش بیاید. نه به معنای ضمانی که آنجا گفتیم ولی یک جریمه ای ثابت باشد که خود شارع یا مقنن تعیین کند که کجا برود.

**سؤال:** عنوان هتک در مساجد و مشاهد هست.

**جواب:** اونکه گناه و معصیت است.

**سؤال:** بخاطر این هتک خسارتش پررنگ تر می شود.

**جواب:** حالا اون مصلحت سنجی اش هست.

**سؤال:** این تفصیل بین مقابر و مشاهد با حمامات و خانات را متوجه نشدیم.

**جواب:** عرض کردیم وجهی ندارد تفکیکش. ما که وجهی پیدا نکردیم. مرحوم آیت الله فاضل در آنجا تحشیه فرموده اند به اینکه لعل در اینهایی که گفتیم غیر از مشاهد و مساجد از باب این است که عقلاء در مشاهد و مساجد اجرت را اعتبار نمی کنند در موارد دیگر اعتبار می کنند. ما نفهمیدیم این یعنی چی. این خودش بیان آخری برای اصل مسئله است و مصادره است. اینکه اجرت را یعنی همان ضمان را تصویر می کنند. ما می خواهیم ببینیم چرا. بحث این است که عقلاء چه فرقی می بینند اگر همه فک و تحریر باشد فرق مدرسه با پل مثلاً چیست؟ پل هم یک استفاده عمومی دارد و مدرسه هم یک استفاده عمومی دارد البته در همان قسمتی که خودش هست. اگر کسی نخواهد عبور کند منفعت پل به او نمی رسد، در مدارس برای مثلاً طلاب هم کسی که طلبه نیست واضح است که این نفع به او نمی رسد. یعنی نفهمیدیم فرق این دو تا چیست. اینکه در یک جائی اجرت را اعتبار می کنند و در جائی اعتبار نمی کنند چیزی را حل نمی کند. این تکرار ادعاست. می خواهیم ببینیم آیا عقلاء همچنین کاری می کنند و تفکیک قائل می شوند بین این دو تا؟ چرا و نکته اش چیست که عقلاء همچنین کاری انجام می دهند؟

**سؤال:** در مقبره و امثال آن وقف منفعت نیست.. در حالیکه در مدارس که ممکن است وقف منفعت باشد..

**جواب:** چطور می شود؟ اصلا خود امام ره جاهای دیگر این را تصویر کرده اند. یک جاهایی خود شیخ انصاری می فرماید امام ره هم ظاهرا فرموده اند اگر وقف باشد به این صورت که تملیک منفعت باشد، که واضح است که می شود اجاره بدهند. این منفعتی را که مالک شده اند را اجاره می دهند دیگر. یعنی عین را اجاره می دهند لتملیک منافعش. اما وقف یکوقتهایی از قبیل انتفاع است. مثل مدارس. مدارس برای این نیست که منفعتش را تملیک علماء و طلاب کرده باشند که بتوانند اجاره بدهند. نه، وقف انتفاع است، یعنی وقف می کند که این آقایان استفاده کنند نه اینکه منافعش را تملیک کنند. حالا که اینطور شد اگر غاصبی آمد این را غصب کرد، اینها که مالک منفعت نبودند مالک انتفاع بودند، حالا غصب کرد چرا اجرت المثل برای آن هست. این بحث است.

حالا عرض می کنم یا باید ما ملکیتی درست کنیم بگوئیم ضمان نسبت به کل ملکیتهاست. در انتفاع اگر یاد دوستان باشد مرحوم اصفهانی ملک انتفاع را دو جور تحریر کرده بود، می گفت در اینجا ملک منفعت خاصه است. ملک منفعت است به صورت حصه یا به صورت اشتراط. که انتفاع لبش ملک منفعتی است به نحو خاص. پس منفعت را مالک می شوند بنحو خاص، اگر کسی آن را اتلاف کند می شود ضامن. این تصور پیدا می کند. اما در جایی که هیچ ملکیتی نباشد آنوقت دشوار می شود مثل همین بحثی که کردیم. حالا صور مختلف است.

این فرمایش امام ره در متن از جهات شتایی اشکال دارد، مخصوصا تفکیکهایی که فرموده اند. حالا اصل ضمانش هم به نظر ما به این نحو کلی که فرموده اند از اشکال خالی نیست، حالا دیگر صور مختلف و احتمالات همه گذشته است.

### مسئله ۷۳: فروش اوقاف خاصه و وقف بر عناوین

مسئله ۷۳: راجع به اوقاف خاصه است. تا به حال ما راجع به مساجد و مشاهد و ما يلحق بها لو قلنا باللحوق بحث کردیم. در مسئله ۷۳ بحث اوقاف خاصه است و اوقاف عامه ای که روی عنوان می رود مثل وقف بر فقراء. که نکته اش این است که تحریر نیست، تملیک به فقراء است. حالا عنوان الفقیر بطوری که فقراء مصرف بشوند، یا نه اصلا وقف فقراء باشد، که این مستبعد است چون فقراء کثیر و غیر محصور هستند، اگر ما وقف برای خود اعیان فقراء کنیم نتیجه اش این می شود که همه در وقف شریک می شوند و تقسیم لازم می آید و اصلا وقف قابل انجام و اجراء نیست. بنابراین در مثل فقراء و هر کجا که تملیک به غیر محصور صورت می گیرد معمولا تصویر این است که وقف عنوان می شود و افراد مصرف هستند.

خب در همه اینها الان بحث است که آیا در مواردی امر وقف به فروش وقف منتهی می شود ، در جائی که وقف خاص مثل وقف بر اولاد باشد، یا وقف بر فقراء که وقف عامی است که در آن تملیک است.

مرحوم امام می فرمایند: مسألة ۷۳ الأوقاف الخاصة كالوقف على الأولاد و الأوقاف العامة التي كانت على العناوين العامة كالفقراء لا يجوز بيعها و نقلها بأحد النواقل إلا لعروض بعض العوارض و طرو بعض الطوارئ، و هي أمور»<sup>۱</sup>.

واضح است در باب وقف خاص و عناوین عامه اصل اولیه عدم جواز فروش است. و وجه عدم جواز هم عمدتاً سه دلیل است: یکی اجماع است. یکی روایت خاصه ابی علی بن راشد است. یکی هم قصود واقف است. و یک راه هم که راه چهارمی است که از لوازم خود وقف باشد یعنی خود ماهیت و نهاد وقف این اقتضاء را دارد مرحوم شیخ این وجه چهارم را در کلام نیاورده اند و لازم بود بیاورد.

لذا بخاطر این وجوه ثلاثه یا اربعه وقف را نمی شود فروخت، ولی مواردی استثناء شدن از حکم اولی مانند جائی که وقف خراب شود مرحوم امام ره در متن چهار مورد را بعنوان مجوز ذکر میفرمایند،

یکی از موارد که اولین مورد است خراب وقف است به صورتی که هیچ انتفاعی از آن برده نشود مگر به بیع، که بفروشیم و جای آن چیزی بخریم. مثالش هم می گویند مثل حصیری که از بین رفته است، یا گوسفندی که ذبح شده است. ظاهراً مقصود این است که گوسفند خودش وقف بوده حالا مجبور شده اند که ذبحش کنند، حالا چکارش کنند؟ نمی شود بگوئیم گوسفند مذبح وقف بماند. بلکه این گوسفند را بفروشند. حالا آن را بفروشند چکارش کنند بحثش می آید، که مثل آن را بخرند یا امثال این.

پس اولین مورد جواز البیع در جائی است که دیگر امکان استفاده وقفی نباشد مگر به فروش که بحث فردا ما می باشد انشاء الله.

«الحمد لله رب العالمين».

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۷۹

## فهرست

مسئله ۷۳: بیع اوقاف خاص و وقف بر عناوین	۷۵۴
بررسی مسئله ۷۳	۷۵۴
موارد مسوغات بیع اوقاف خاص	۷۵۵
لزوم بررسی وجود مقتضی در بحث بیع	۷۵۵
بررسی وجوه موانع بیع	۷۵۶
تصورات ثبوت مقتضی	۷۵۶
تصویر اول	۷۵۶
رد تصویر اول توسط مرحوم امام ره	۷۵۷
بررسی کلام مرحوم امام ره	۷۵۷
تصویر دوم برای اقتضاء	۷۶۱
بررسی تصویر دوم	۷۶۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۳: بیع اوقاف خاص و وقف بر عناوین

### بررسی مسئله ۷۳

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریرالوسیله مرحوم امام ره درباره بیع اوقاف خاصه است و همچنین اوقاف عامه ای که مثل اوقاف خاصه وقف روی عنوان رفته است و به معنایی تملیک در آنجا صورت گرفته است. تفکیک این قسم از وقف عام با اوقاف عامه ای که در مسئله ۷۱ و ۷۲ بحث کردیم به این خاطر است که روی مسلک قوم آن اوقاف عامه مثل خانات و مدارس مانند مسجد تحریر و فک ملک است. البته ما این مطلب را قبول نداشتیم و می گفتیم آن عناوین هم مثل

عنوان الفقیر است اما کسانی که آن موارد را در آن بحث مانند مساجد می دانستند در عناوینی مثل عنوان فقیر می گویند وقف برای فقراء وقف عنوان است باید قائل به تفکیک شوند. حتی اگر هم تملیک نگویند و ایقاف بدانند حکمش را مثل وقف اولاد میدانند، نه مثل اوقافی که متضمن تحریر محض باشد.

## موارد مسوغات بیع اوقاف خاص

بحث در این است که در اوقاف خاصه و اوقاف عامه ای از این سنخ که تحریر نباشند و یا بطور کلی مطابق مبنای ما، مسوغاتی که برای بیع این اوقاف داریم چه مواردی هستند. در مسئله ۷۳ جهات مجوز و مسوغ برای بیع را ۴ مورد ذکر کرده اند. برخی نیز موارد دیگری ذکر کرده اند زیرا برخی از این مسوغات قابل انحلال اند. مثلاً مرحوم شیخ در مکاسب ۸ مورد را ذکر کرده که ممکن است با بعضی استثنائاتش ۱۰ مورد شود.

## لزوم بررسی وجود مقتضی در بحث بیع

مرحوم شیخ در کتاب مکاسب می فرماید: مانع از بیع وقف سه چیز می تواند باشد: اجماع، روایت خاصه مانند لا یجوز شراء الوقف، و قصد واقف، که ایشان همه را رد می کند.

منتهی قبل از بررسی این سه وجه جای یک سؤال از مرحوم شیخ وجود دارد و آن اینکه بر فرض که این موانع دفع شوند آیا بیع اوقاف مقتضی صحت دارد؟ اگر مانعی برای بیع وقف نباشد این بیع صحیح است؟! لذا لازم بود ایشان در ابتدا بحثی درباره مقتضی برای بیع انجام می داند که در اینجا اگر موانع نبود مقتضی بیع تام بود.

مثلاً اگر ما قائل باشیم که در این اوقاف خاصه نیز مثل وقف جهات، تملیک نیست و فقط ایقاف است و از طرفی ما از آن کسانی بودیم که مانند مرحوم شیخ برای صحت بیع، ملکیت را لازم می دانستیم دیگر نمی توانستیم به عمومات تمسک کنیم. باید قبل از بحث اثباتی در عمومات صحت بیع به لحاظ ثبوتی نیز امکان انجام بیع صحیح را بررسی می کردیم. از همین رو محقق اصفهانی در ابتدای بحث می فرماید به لحاظ عالم ثبوت چون ما ملکیت را قبول داریم بیع ثبوتاً اشکالی ندارد مگر اینکه مانعی وجود داشته باشد و به لحاظ اثباتی نیز ادله اوفوا بالعقود و عمومات دیگر وجود دارد.

پس لولا المانع اولاً باید هم ثبوتاً و هم اثباتاً بیع وقف اقتضاء داشته باشد. در حالی که مبانی مختلف است و بنابر برخی مبانی اقتضاء وجود ندارد. لذا این بحث لازم است و یک بحث نظری صرف نیست. بخاطر اینکه اگر موانعی که شیخ

بیان فرمودند قابل دفع بدانید مانند اینکه اجماع بر عدم جواز بیع را قابل دفع بدانید و روایت لا يجوز شراء الوقف را دفع کنید چه از باب انصراف یا به هر صورت دیگر، اینکه قصد واقف مانع وقف باشد را نیز دفع کنید باز چه کسی می گوید بیع وقف صحیح است؟ باید اولاً ثابت کنید که اقتضاء صحت برای بیع در وقف هست تا اگر این موانع نبود مقتضی اثر کند.

## بررسی وجوه موانع بیع

حتی در موانع نیز اگر بخواهیم آنها را به صورت صحیح دسته بندی درست کنیم باید آنها را به سه دسته تقسیم می کردیم زیرا یا مانع، مانع شرعی است اعم از اینکه دال بر آن اجماع یا روایت باشد. یا منافع، قصد واقف است و یا اینکه اقتضاء نهاد وقف است، که مرحوم شیخ مانعیت نهاد وقف را نیاورده است اما قصد واقف را آورده است. حال بنابر طریقی که مرحوم شیخ بیان کرده است باید بگوئیم موانع عبارتند از، اجماع، روایت خاصه، قصد واقف و خود نهاد وقف کما اینکه عده ای نهاد وقف را نیز از جمله موانع ذکر کرده ند.

مرحوم امام در اول بحث از مسوغات بیع این دقت را فرموده اند، دیگران هم بحث کرده اند ایشان از همانها اصطیاد کرده اند منتهی نظمی به بحث دادند. می فرمایند اول باید در مقتضی بحث کنیم و سپس در اینکه آیا با فرض مقتضی مانعی وجود دارد یا نه؟

## تصورات ثبوت مقتضی

تصورات مختلفی برای ثبوت مقتضی بیان شده است.

## تصویر اول

یک تصویر برای ثبوت مقتضی بیان مرحوم آخوند و مرحوم نائینی است که قبلاً به آن اشاره شده است. می فرمایند وقتی واقف وقف را انشاء می کند، در واقع دو وقف می کند، یکی وقف این عین تا زمانی که هست، و دیگری وقف بدل آن یا مالیت آن در فرض انعدام عین موقوفه که هر دو تعبیر در کلمات اصحاب آمده است، اعم از اینکه این انعدام به جهت زوال صورت عین باشد یا به جهت تبدیل صورت عین و به جهت عدم انتفاع آن. جامع این جهات این است که تا زمانی که می شود از عین انتفاع برد در واقع انشاء وقف خود عین است و وقف مالیت یا بدل این عین هست در زمانی که نشود انتفاع برد.



اگر این مطلب صحیح باشد اقتضاء تامی برای صحت بیع درست می کند، که اگر موانع از بین بروند می توانیم به این اقتضاء عمل کنیم و بیع تحت عمومات امضائی وارد می شود. انشاء وقفی شده و در آن تملیکی صورت گرفته، مانعی برای تملیک بیعی نیست، لذا بیع آنها صحیح است.

## رد تصویر اول توسط مرحوم امام ره

همانطور که قبلاً هم عرض کردیم مرحوم امام نسبت به این فرمایش محقق خراسانی که شبیه آن را محقق نائینی نیز می فرمایند شدید المنع هستند. مرحوم آخوند با عبارت «بدل» تقریر می فرمایند و مرحوم نائینی با عبارت «مالیت». مرحوم امام رفته اند سراغ این بحث که مالیت اصلاً قابل وقف نیست. آن چیزی که معقول است و درست است وقف کنیم عین است. ما عین را ما وقف می کنیم به لحاظ منافع مترتبه اش. مالیت اصلاً منفعت مترتب ندارد، عین است که منفعت مترتب دارد.

در ادامه ایشان بحثی سیاسی اجتماعی را نیز داخل بحث کرده می فرمایند: اصلاً مالیت مال ظرف اجتماع عقلاء است در صورت وجود تمدن است که ما مالیت را برای اشیاء تثبیت می کنیم وگرنه قبل از ظرف تمدنی تنها اشیاء هستند و منافعی و مالیتی برای اشیاء اعتبار و انتزاع نمی شود. اگر مالیت عبارت است از آنچه عقلاء بیذلون بازائه شیء یا مال، اختصاص دارد به ظرف عقلانی و تحقق اجتماع و مراوده و معامله بین مردم. و الا اگر اینها نباشد، اشیائی در عالم هستند و منافع آنها دیگر مالیت چه معنایی دارد؟

## بررسی کلام مرحوم امام ره

قبل از بررسی فرمایش این بزرگواران عرض ما نسبت به اشکال مرحوم امام این است که در همین ظرف اجتماع که به نظر ایشان مالیت محقق است آیا واقعا مالیت، منافع ندارد؟ اتفاقاً اشیاء بما له من المالیه خیلی از منافع را دارند، لذا چطور منفعت مالیت را انکار کنیم؟ درست است که مالیت یک اعتبار یا یک انتزاع در ظرف اجتماع و در ظرف مبادلات است، این سخن ایشان صحیح است اما حال که اجتماع حاصل شده و معاملات بین مردم هست، مالیت قائم به این خانه، مالیت قائم به این میز و صندلی، منفعت ندارد؟ چرا ندارد؟ اصلاً خرید و فروشها بخاطر مالیت است. زمانی که بحث بیع را خدمت آیت الله وحید حفظه الله بودیم و قاعده علی الید بحث می شد، به ایشان عرض می کردیم که در علی الید فقط این جسم تحت سلطه و ید قرار نمی گیرد بلکه بما له من المالیه تحت ید می آید. و آنوقت وجه فرمایش فقهاء که می گویند اگر کسی یخ را در تابستان گرفت در زمستان داد تادیه نکرده است روشن می شود. چون این شیء بما له من المالیه تحت ید

رفت. می خواستیم از این بیخ استفاده کنیم که در زمستان ارزشی ندارد. لذا بالا و پایین شدن ارزش کالاها در ضمان دخیل است. شما سکه طلائی را از کسی گرفتید قیمتش بوده ۳۰ میلیون تومان بعدا فرض کنید این بشود ۱۰ میلیون تومان، ما می گفتیم آن ۳۰ میلیون تومان تحت ضمان آمده، چون این طلا بما له من المالیه است. آن زمان حضرت استاد این را نمی پذیرفتند، البته حالا نمی دانم، ما می خواستیم ضمان این تورمها را درست کنیم. و من فکر می کنم خیلی عقلائی است، بما له من المالیه تحت ید رفته است.

می خواهیم بگوئیم مالیت عند العقلاء موضوع آثار است چرا نیست. موضوع منافع است چرا نیست. شما در خرید و فروشها مالیت را در نظر می گیرید خرید و فروش می کنید نه فقط جسم فیزیکی را. خیلی از خرید و فروشها الان بخاطر مالیت است. این یک بحث است.

منتهی ما الان بحثی نداریم در این جهت. چون بحث دیگری وجود دارد که اصلا بحث به اینجا نمی رسد. ظاهر کلام مرحوم آخوند این است که ما وقتی انشاء وقف می کنیم داریم تسبیب می کنیم برای وقف عین، مادام له الانتفاع و وقف بدل این عین وقتی که انتفاع تمام شد. امام ره به این هم اشکال دارند. می فرمایند: این نحوه انشاء معقول نیست. چون معقول نیست که با انشاء واحد دو امر مرتب بر هم را انشاء کنیم. معقول نیست انشاء کنیم وقف این را و عند عدم این، انشاء وقف بدلش باشد.

ما نفهمیدیم چرا معقول نیست. به نظر دارد بین انشائی که سبب است و بین مسبب آن خلط می شود. انشاء در اینجا تسبیب است برای تحقق یک امر عقلائی. کما اینکه در بیع ما با انشاء ایجاب و قبول داریم تسبیب می کنیم برای تملیک بالحمل الشایع اعتبار عقلائی. لذا انشاء یا اعتبار بیع من المتبایعین، مباحثی است. ما مانند محقق اصفهانی می گوئیم عمل متبایعین انشاء است و آقای خوئی و دیگران می گویند اعتبار یا اعتبار مبرز. در هر صورت این انشاء یا اعتبار کارش تسبیب است برای اینکه موضوع قرار بگیرد برای اعتبار عقلائی.

حالا سؤال این است که: اگر کسی بگوید این انشاء «وقف هذا العین» تسبیب است برای دو امر عقلائی، چه مانعی دارد؟ هم تسبیب است برای این امر عقلائی که وقف این عین باشد مادام له الانتفاع، و تسبیب است عند العقلاء برای بدل این شیء مادامی که لم یمكن منه الانتفاع. این چه مانعی دارد؟ تسبیب انشاء برای دو تا امر مترتب باید لحاظ عقلاء را دید، چون انشاء که خودش خفیف المئونه است، مهمش این است که موضوع اعتبارات عقلائی واقع شود. اگر عقلاء گفتند هر وقت کسی به عنوان واقف انشاء وقف کرد ما دو اعتبار طولی داریم، یک اعتبار داریم برای عین مادام له الانتفاع، و یک اعتبار داریم برای بدل حین عدم انتفاع العین. مانعش چیست؟

مرحوم امام می فرمایند این امر ثبوتاً معقول نیست. ایشان در بحث مسوغات اشاره می کند می فرماید «تقدّم» که منظور جلد ۳ صفحه ۱۷۶ چاپهای جدید بیع است. می فرماید: «و اما حدیث تعلقه بالعين و بیدلها عند طرو عارض بدعوى تعدد المطلوب، ففيه أن الانشاء الوجداني لا يعقل أن يكون متكفلاً لوقف العين مادام لم يعرض لها عارض موجب للبيع و لوقف البدل عند عروضه الكذائي. می فرمایند لا يعقل أن يكون متكفلاً لوقف. ما می گوئیم انشاء با قصد هابی که در باب معامله لازم است سبب است برای اعتبار عقلاء و ایشان نیز به این نکته توجه دارند لذا می فرمایند «لا يعقل أن يكون متكفلاً لوقف العين»، انشاء تسبیب برای وقف عین است. چون اعتبار وقف مال عقلاء است نه مال ما. ما در بحثهای معاملی تسبیبی اگر عقد است متامعلین انشاء می کنند یا اعتبار می کند و اگر ایقاع است یک نفر انشاء یا اعتبار می کند و این اعتبار و انشاء، موضوع درست می کند برای اعتبارات عقلائی. وقف یک اعتبار عقلائی است که موضوعش انشاء ما است. چه اشکال دارد که عقلاء دو تا وقف و اعتبار طولی داشته باشند؟ مانعش چیست؟ می فرمایند: **ضرورة كون الثاني مترتباً على الاول**. بله، وقف دوم مترتب بر اول است. و **لا يعقل انشاء شيء و ما يترتب عليه بلفظ واحد**. خب چرا؟ این تکرار مکرر است. به نظر ایشان در اینجا بین انشاء و اعتبار عقلائی خلط می کنند. چون می فرمایند و **لا يعقل انشاء شيء و ما يترتب عليه بلفظ واحد و الانشاء بلفظين ممكن**».

**سؤال:** شاید به خاطر این است که این امر موجب استعمال لفظ در اکثر از یک معنا است.

**جواب:** چرا استعمال در اکثر از معنا باشد؟ دو معنا نمی خواهیم. ما می گوئیم چه اشکالی دارد انشاء «وقف هذا العين» موضوع شود برای ده اعتبار عقلائی؟ دلیلی ندارد هر اعتبار عقلائی نیاز به یک انشاء داشته باشد و روی هر انشاء یک اعتبار عقلائی برود. در نزد عقلاء مانعی ندارد ما یک انشاء کنیم و ده تا اثر داشته باشد و عقلاء بر اساس آن اعتبارات متعددی داشته باشند چون این کار ما نیست کار عقلاء است.

البته ممکن است کسی به این صورت توجیه کند که ما یک انشاء می کنیم و این بالالتزام انشاء دیگری نیز هست و هر انشائی هم موضوع یک اعتبار عقلائی است. این تصویر نیز معقول است اما ما اصلاً این را نمی گوئیم. در مباحث سابق در بحث ملکیت موقوف علیهم در ضمن بحث ضمانات این تصویر را فی الجملة مطرح کردیم و گفتیم اشکالی ندارد که یک انشاء بالالتزام انشاء دیگری باشد. اما بیان حاضر مطلب دیگری است چون ما تمام سبب برای وقف نیستیم. ما انشاء می کنیم تسبیب می کنیم برای اعتبار عقلائی. پرسش این است که چه اشکالی دارد یک انشاء موضوع برای ده اعتبار عقلائی باشد؟

توضیح اینکه واقف یک کار انجام می دهد و عقلاء کار دیگری. واقف لفظی می گوید معنایی را اراده می کند لفظ را در معنا افناء می کند، حتی علاوه بر انشاء باید قصود خاص هم داشته باشد مانند اینکه باید قصد جد داشته باشد برای تسبیب وقف نه تسبیب بیع. اگر بگویند وقف، بیع واقع نمی شود. پس باید قصد تحقق وقف هم داشته باشد. و قصد تحقق وقف غیر از قصد معنای لفظ است. قصد معنای لفظ، مراد استعمالی است. لذا در بیع وقتی می گوئیم یکی از شرائط قصد تملیک است، این قصد تملیک غیر از قصد تملیکی است که در انشاء وجود دارد. ما یک قصد تملیک در انشاء داریم که قصد معنا است، و یک قصد معاملی داریم که فراتر از این قصد معنا در انشاء است و عبارت است از قصد تحقق آن نهاد عقلانی یا اعتبار عقلانی به انشاء. من وقتی انشاء می کنم که یک عمل و فعل گفتاری من است، در این انشاء که لفظ هست، معنا هست و افناء لفظ در معنا هست اگر شما بخواهید لفظ را در دو معنا افناء کنید ممکن است استعمال لفظ در اکثر از معنا پیش بیاید. اما بحث ما در این است که این انشاء به اضافه شرائط دیگر از جمله قصود، از جمله عدم ابهام و دیگر شرائط، موضوع می شود برای اعتبار عقلاء. ادعای ما این است که ممکن موضوع برای ده اعتبار شود و لزومی ندارد آن را محصور در یک اعتبار کنیم. لذا مدعای ما ارتباطی به استعمال لفظ در اکثر از معنا ندارد. آن بحث مربوط به انشاء است، و بحث ما در امکان این است که کار واقف، موضوع ده اعتبار از ناحیه عقلاء قرار گیرد.

بنابراین به نظر ما فرمایش مرحوم امام قدس سره درست نیست. این مثال محل بحث لازمه اش آنچه ایشان می فرماید یعنی دو تا انشاء مترتب نیست. ایشان می خواهد بگویند باید دو تا انشاء مترتب باشد و معقول نیست با یک انشاء دو تا انشاء مترتب کنیم. ولی به نظر ما دو تا انشاء مترتب نیاز ندارد. یک انشاء است که موضوع چند اعتبار عقلانی قرار می گیرد، اعتبار وقف از ناحیه واقف نیست عقلاء دارند اعتبار می کنند. لذا تقریر مرحوم آخوند و محقق نائینی این اشکال ثبوتی را ندارد.

البته ممکن است شما به لحاظ اثباتی اشکالی کنید و بفرمائید واقفین این کار را نمی کنند. که ایشان این اشکال را نیز کرده است. ایشان در قبل از اینها می فرماید این حرف که بگوئیم وقف مالیت یا وقف بدل می شود، تصوراتی است که «لا واقع لها و لا واقعية ضرورة...». در ادامه می فرمایند: كما أن الاوقاف المتداولة لم تتعلق في مورد من الموارد بمالية الاشياء لا مستقلا و لا بنحو التركيب أو التقيد<sup>۱</sup>. و این ادعا بسیار عجیب است. مگر شما همه موارد را استقراء کردید که می گوئید هیچ کجا اینچنین نیست. می فرمایند لم تتعلق في مورد من الموارد بمالية الاشياء. حتی اگر این فرض باطل هم

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۷۵

باشد شما نمی توانید بگوئید هیچ کجا تعلق نگرفته است. چرا فرض نشود که واقفی هوس کند و بگوید من وقف کردم این عین را و مالیتش را؟ پس نفرمائید هیچ موردی نبوده است.

به نظر می رسد این مدعای مرحوم آخوند و مرحوم نائینی فی الجمله مطابق ارتکاز نیز هست. بخاطر اینکه واقفین معمولاً مال موقوفه را از خودشان قطع می کنند. لذا علاوه بر اجماع این ارتکاز هم هست که وقتی واقف می گوید من وقف کردم مدرسه را یا پل را از خودش قطع کرده است. حال در فرضی که این عین داخل ملک موقوف علیهم شود مانند وقف علی الفقراء که داخل در ملک عنوان کرده پرسش این است وقتی از خودش نفی کرده و داخل در ملک عنوان قرار داده و برایش واضح است که این املاک، امدی دارد و یک زمانی تمام می شود، دیگر برای بعدش هیچ فکری نمی کند؟ مگر می شود آدم عاقلی این کار را انجام دهد؟ یعنی وقف کند خانه ای را که برای فقراء در حالی که می داند این خانه بعد از ۱۰۰ سال خراب می شود و هیچ تصمیمی برای این صورت نگیرد؟ لذا به نظر ما این یک ارتکاز است، و شما شروط ارتکازی را نیز قبول دارید، وقتی وقف عین را انشاء می کند، در این انشاء تصمیمی هم راجع به بعد از خرابش دارد، حال چه به نحو تعدد مطلوبی که فرموده اند یا نحو دیگری.

نتیجه اینکه فرمایش مرحوم آخوند نه تنها ثبوتاً اشکال ندارد که حضرت امام فرمودند ثبوتاً اشکال دارد، اثباتاً نیز تحلیل و توجیهش بر اساس ارتکازی است که در واقفین موجود است. و لااقل فی الجمله این ثابت است، نمی توانیم بالمره بگوئیم این حرف نادرستی است. لذا این یک بیان برای اقتضاء می شود. یعنی اگر کلام مرحوم نائینی و مرحوم آخوند مطلقاً درست باشد یا حداقل در مواردی درست باشد، هر کجا که درست هست اقتضاء بیع تمام می شود، چون واقف با این کار دارد فروش بعد از خراب عین موقوفه را تجویز می کند و امکان فروش و تحقق بدل را درست می کند. فقط باید نسبت به وجود مانع بررسی کنیم که اگر موانع را آنطور که مرحوم شیخ و دیگران فرمودند رفع کنیم اقتضاء تمام می شود.

## تصویر دوم برای اقتضاء

بیان دیگر برای اقتضاء فرمایش محقق اصفهانی است، که ما قبلاً به تفصیل به آن پرداختیم. ایشان فرمایش مرحوم آخوند و مرحوم نائینی را نمی پسندد. نمی فرمایند انشاء وقف، موضوع دو اعتبار طولی است. منتهی بیان دیگری دارند و می فرمایند مقتضای خود وقف، توسعه در استیفاء منافع است. در «حبس الاصل و سبل الثمره» خود تسبیل ثمره، معنای توسعه ای دارد به این معنا که عند الخراب باید این منفعت حفظ شود ولو به بدلش. چون عرف بدل این خانه را حفظ مصلحت و حفظ منافع این خانه می دانند. گرچه به دید دقی اینها دو تا هستند، یک خانه ای خراب شده، آن را فروخته ایم

و خانه کوچکتري خريده ايم. لذا به لحاظ فلسفي اينها دو عين هستند و دو ماليت هم دارند و واضح است كه منافع آنها نيز متفاوت است زيرا منفعت هر چيزي به قائم به خود آن چيز است، لكن عرفا بدلي كه براي اين موقوفه خريده مي شود مرتبه اي از وجود همان است. عرف مي گويد اين بدل، به نحوي آن وقف را حفظ كرده است. اينكه عرف مي گويد آن وقف را حفظ كرده يعني تسبيل ثمره آن را توسعه داده به تحققش در بدل اين يك توسعه است و ربطی به اين ندارد كه انشاء وقف مستلزم يك اعتبار عقلائي ديگر باشد. ايشان مي فرمايند اصلا خود مفاد وقف همين است. اين هم يك توسعه است.

**سؤال:** صدر روايت كه مي گويد تحبيس الاصل را لحاظ نميكنند و ذيل روايت را اخذ مي كند

**جواب:** نه اينكه لحاظ نكرده مي گويد حالا كه تحبيس اصل ممكن نيست. وقتي ممكن نيست ديگر بحث ارتكازي و ظهوري است، مي گويد واقفي كه اين حرف را زده آدم عاقلی است و توجه دارد كه انتفاع از اين عين يك جاهایی تمام مي شود، پس معلوم مي شود توسعه دارد تسبيلش به حفظش در بدلش. مرحوم امام ره به اين تصوير اشكالات متعددي كرده اند، ما قبلا اينها را آورديم ديگر نبايد تکرار كنيم.

## بررسی تصویر دوم

به نظر ما اين بيان مرحوم اصفهانی نيز في الجملة اشكالي ندارد. و لااقلش اين است كه خیلی از موارد واقعا در قصود واقف هم دخیل است. مثلا از جمله اشكالات اين است كه شما يك تصوير ثبوتی كرديد چه ربطی به واقف دارد. مگر همه اغراض واقف حجيت دارد؟ ايشان مي گويد نه، غرض عقدي دخیل است. و اينجا ايشان معتقد است كه اين مفادي كه من مي گويم در عقد وقف است در انشاء وقف هست. به اين معنا كه وقتي شخص مي گويد من وقف كردم يعني حبست اصلها و سبليت ثمرتها، خود مفاد اين، توسعه در تسبيل منفعت است. اين ديگر ربطی به آن اشكالات ايشان ندارد.

به نظر من اين هم يك راه است واقعا. اگر اين راه درست باشد باز يك تبیین و تحليل ديگري است براي وجود اقتضاء براي بيع. يعني في حد ذاتها انشاء وقف مقتضي بيع آن در هنگام تحقق خراب و عدم انتفاع آن است به اين حيث كه توسعه مصداق پيدا كند براي تبديلش به بدل كه ملازم با فروش آن باشد لذا باز اقتضاء براي بيع وقف تمام است و بايد از حيث وجود موانع بررسی شود.

ان شاء الله در جلسه آینده فرمایش مرحوم امام را بررسی خواهیم کرد که بحث مهمی را مطرح می فرمایند. چندگزاره تحت این استدلال ایشان نهفته است اولاً می فرمایند تمام اوقاف برمی گردد به وقف بر عناوین ثانیا حالا که وقف عناوین شد امرش با ولی امر است نه متولی لذا بیع آن با حاکم مسلمین است که مصالح مسلمین را در نظر می گیرد.

والحمد لله رب العالمین

## فهرست

۷۶۴	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۷۶۵	ادامه مقتضیات بیع وقف خاص و وقف عناوین
۷۶۵	بیان سوم برای مقتضی: بیان صاحب جواهر ره
۷۶۶	ثمره تفاوت فرمایش صاحب جواهر با دیگران
۷۶۷	اشکال مبنائی به صاحب جواهر ره
۷۶۸	اشکالات بیع وقف
۷۶۹	تقریب چهارم برای مقتضی: فرمایش امام ره
۷۷۰	تصویر عنوان خاص و عنوان عام در کلام امام ره و بررسی آن
۷۷۱	اشکال دیگر فرمایش امام ره

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریرالوسیله مرحوم امام ره بود که آیا در اوقاف خاصه مثل وقف بر اولاد یا اوقاف عامه ای که وقف روی عنوانی مانند فقیر می رود که بنابر نظر مشهور مستلزم تملیک است و فک ملک و تحریر نیست، بیع وقف در صورتی جائز است یا نه؟ لذا بحث در مسوغات بیع وقف است.

اولین موردی که مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در مکاسب فرموده در جائی است که: وقف خراب شود یا قابل انتفاع نباشد، به نحوی که مطلقاً نتوانیم انتفاع ببریم. مرحوم شیخ در اول بحث می فرمایند چون مانعی برای بیع وجود ندارد پس بیع جائز است، جلسه گذشته موارد موانع بیع را در کلام شیخ اشاره کردیم و مفصل نیز خواهد آمد.



## ادامه مقتضیات بیع وقف خاص و وقف عناوین

همانطور که در جلسه گذشته بیان شد شایسته بود مرحوم شیخ در ابتدا وجود مقتضی را اثبات کنند تا اگر موانع نبود به اساس آن مقتضی، بیع وقف را تجویز کنیم. مقصود از مقتضی هم ثبوتی است و هم اثباتی. مقتضی ثبوتی مالکیت یا هر چیز دیگری است که ثبوتاً بیع را اجازه می دهد. و مقصود از مقتضی اثباتی نیز این است که مشمول ادله امضائی واقع شود. علی الظاهر اقتضاء اثباتی وجود دارد و «اوفوا بالعقود» یا «احل الله البيع» آن را اثبات می کند لذا اگر مشکل ثبوتی نداشته باشد و مانع نیز نباشد، احل الله البيع می گوید این بیعی که انجام دادید صحیح است. وقتی موقوف علیهم یا متولی یا حاکم عین موقوفه را در هنگام خراب شدن یا در صورت عدم امکان انتفاع می فروشد، این مصداق بیع است و تحت «احل الله البيع» یا «اوفوا بالعقود» واقع می شود.

نسبت به مقتضی ثبوتی در جلسه گذشته دو بیان ارائه شد: یکی بیان مرحوم آخوند و محقق نائینی ره و یکی هم بیان محقق اصفهانی ره.

برخی تعبیر و تفصیل در این دو بیان به نظر اشکال دارد که مرحوم امام نیز به آن اشکال کرده اند، اما ظاهراً می شود برخی از تفسیرها و تحلیلها را برای این بیانها ارائه داد که اشکالات ایشان بر آنها وارد نباشد.

مرحوم آخوند فرمودند در واقع واقف این عین را وقف می کند که تا زمانی که انتفاع از آن ممکن است از آن انتفاع برده شود و بعد از آن نیز تبدیل به بدل شود تا از بدلش انتفاع برده شود. مرحوم امام اشکال کردند که انشاءات مترتب معقول نیست که در جلسه گذشته به تفصیل توضیح دادیم که چنین چیزی لازم نیست. واقف یک انشاء وقف می کند که عقلاء دو اثر بر آن مترتب می کنند. هم می گویند از عین انتفاع برده شود و هم از بدلش عند انتفاء این انتفاع. و هر وقت انتفاع منتفی بود از بدلش استفاده شود. این تقریر اقتضاء درست می کند. یعنی لولا الموانع، بیع را تجویز می کند و بیان محقق اصفهانی نیز همینطور است.

## بیان سوم برای مقتضی: بیان صاحب جواهر ره

مرحوم صاحب جواهر ره نیز بیانی برای مقتضی دارند که تقریب سوم در مساله بشمار می رود و مرحوم امام نیز آن را نقل می کنند. مطابق نقل مرحوم امام صاحب جواهر می فرمایند: ما منع مالکی را در ماهیت وقف دخیل می دانیم علاوه بر اینکه در وقف خاص و عام تملیک را نیز می پذیریم بنابر این وقف واقف مشتمل بر دو امر است: هم تملیک به اولاد یا فراء است، و هم اینکه در ماهیت وقف منع مالکی نهفته است. و این منع مانع از این می شود که در حال عادی بتوانیم

وقف را بفروشیم. چون طبق «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» این منعی که توسط واقف در ماهیت وقف نهاده شده است توسط شارع امضاء شده است.<sup>۱</sup>

یعنی در جایی که مسوغات بیع نیست مثلاً اختلافی بین ارباب وقف نیست ما نمی توانیم عین موقوفه را در جایی که نفع قابل توجهی دارد بفروشیم چون توسط مالک از این کار منع شده ایم. وقف واقف به این صورت است که لا بیاع و لا یوهب و لا یورث باشد و وقتی وقف به این صورت واقع شود پس حق نداریم بفروشیم. چون منع مالک نه از باب یک حکم شرعی ثابت برای وقف است، بلکه داخل در ماهیت وقف است.

پس مالک دو کار کرده است: یکی اینکه تملیک کرده به موقوف علیهم، و دیگری منع مالکی کرده است. منع مالکی در زمان خراب وقف یا عدم امکان انتفاع نیست، چون مسلم است که مالک در زمانی که وقف می کند نمی خواهد ملکش ضایع شود. در حالی که اگر منع مالکی مالک مستمر باشد و شامل فرض خرابی و عدم انتفاع عین نیز بشود، معنایش این است که این موقوفه للتالی رها شود و این عقلانی نیست. یعنی ما یقین می کنیم منع مالکی تا زمان انتفاع است. و در جائی که نشود انتفاع برد حتماً منع مالکی نیست. لذا اگر منع مالکی در حقیقت وقف اشراب شود در صورتی که منع مالکی نباشد اصلاً وقف باطل است برخلاف مسالک دیگران که منع مالکی را در حقیقت وقف نمیدانند می گویند صرفاً وقفی است که منع مالکی وجود ندارد.

### ثمره تفاوت فرمایش صاحب جواهر با دیگران

و لذا ثمره فرمایش مرحوم صاحب جواهر با دیگران در این است که: اگر شما منع مالکی را در وقف اشراب کنید یعنی حقیقت وقف عبارت است از تملیکی که در آن حبس عین و تسبیل منفعت وجود دارد و واقف مانع از فروش و انتقال شده است. اصلاً حقیقت وقف این است، لذا هر کجا که منع برداشته شود حقیقت وقف هم کنار می رود یعنی باطل می شود. اما مرحوم شیخ و دیگران روی مبانی خودشان می گویند تا زمانی که بیع نکردید وقف باطل نیست. مرحوم صاحب جواهر می گوید به صرف تجویز بیع وقف باطل می شود و نیازی به تحقق بیع خارجی نیست.

قبلاً اشاره کردیم که در مقام نزاعی وجود دارد که مرحوم شیخ ره نیز به آن پرداخته اند و محشین هم به آن اشاره کرده اند که در جائی که مسوغات بیع وجود دارد آیا با تحقق بیع خارجی وقف باطل می شود یا آن زمانی که تجویز می

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۹۲--- (الظاهر أن التأیید المزبور من مقتضیات الوقف و مقوماته، كما أن نفي المعاوضات علی الأعیان مأخوذ فيه ابتداءً،

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص: ۳۵۸)

آید ولو هنوز بیع هم نشده به صرف تجویز بیع، وقف باطل می شود؟ مرحوم صاحب جواهر می فرمایند به صرف تجویز. چون واقعیت وقف را به منع مالکی می دانند، و زمانی که منع مالکی برداشته شود و تجویز بیاید دیگر وقف باطل است، حالا خارجا بیع محقق شود یا نشود تاثیری ندارد. و وقتی وقف باطل شد و تملیک هم در وقف حاصل است، موقوف علیهم مالک هستند و وقف هم نیست، علی القاعده می توانند بیع کنند. مگر اینکه مواعی که شمرده اند مانند اجماع و دلیل خاص وجود داشته باشد.

پس اقتضاء بیع تمام است. چون به صرف خروج وقف عن الانتفاع بالخراب أو بمنع آخر منع مالکی برداشته می شود و حقیقت وقف باطل می شود، ما هستیم و یک تملیک خارجی که به موقوف علیهم شده، آنها الان مالک هستند و دیگر خبری از وقف نیز نیست. لذا می تواند بفروشد مگر آن مواعی که مرحوم شیخ ذکر کرده اند وجود داشته باشد.

### اشکال مبنائی به صاحب جواهر ره

البته یک بحث مهم اینجا وجود دارد که این مبنا علی الظاهر نادرست است. چون منع مالکی در ماهیت وقف نیست. ما که وقف را یک مجعول اصالی می دانیم که روشن است که منع مالکی در آن نیست. وقف مانند ملکیت و زوجیت است. اگر منع مالکی هم باشد از آثار و احکام این وقف است، نه اینکه داخل در ماهیت وقف باشد. ماهیت وقف مثل ملکیت و زوجیت است. یک «جعلت هذا وقفا» و یک اعتبار است که لا یجوز أن یباع و لا یجوز أن یورث و لا یجوز أن یوهب و موارد دیگر از آثار وقف است والا خود وقف عبارت است از یک مجعول اصالی. مرحوم امام و مرحوم صاحب عروه نیز که وقف را ایقاف می دانند می فرمایند چون وقف ایقاف است بحث منع مالکی در ماهیت وقف دخیل نیست. البته اگر منظور این بزرگان از ایقاف همان مطلبی باشد که ما عرض می کنیم.

نتیجه اینکه روی مبنای صاحب جواهر اقتضاء تمام است، منتهی اصل مبنا نادرست است که بحث دیگری است. مرحوم امام نیز این مسالک را در بیان تقریب مقتضی آوردند و هیچکدام را نپذیرفتند و ما دو تا تقریب اول را فی الجمله پذیرفتیم. خودشان بر اساس ایقاف بودن وقف مطلب را مطرح می کنند و می فرمایند تقریب المقتضی علی مسلک الحق.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۹۳

تقریب ایشان را بیان می کنیم ولی جای دقت دارد که ایشان که محقق دقیقی است و مطالب را بدون حساب و کتاب مطرح نمی کند در اینجا مطلبشان روشن نیست و به نظر می رسد چند اشکال را در یکدیگر دمج می کنند. و گوئی می خواهند همه این اشکالات را یکجا حل کنند. البته اصل این کار اشکالی ندارد ولی برای ما صورت مسئله را مشکل می کند.

## اشکالات بیع وقف

ما در باب وقف اشکالات متعدد داریم. قبل از تبیین کلام امام ره لازم است اشکالات را تحریر کنیم تا پس از آن ببینیم بیان ایشان چیست. ما در وقف بر بطون اشکالات متعدد داریم. اگر یاد دوستان باشد ما سالهای گذشته در بیان تقریرات شیخ انصاری در مباحث مربوط به وقف منقطع الآخر و غوغایی که ایشان در تصویر ملکیت بطون متأخره به پا می کند. گفتیم در وقف برای ولد و ولد و ولد و ولد و ولد الی آخر نسلا بعد نسل، بنابراینکه وقف تملیک باشد واقف عین را به این ولدی که در حال حاضر موجود است تملیک می کند. پرسش این است که نسبت به نسلی که نیست چطور تملیک می شود؟ تملیک نسلهای متاخر چطور است؟

پاسخهای متعددی مطرح شد که یکی از آنها این بود تملیک به صورت واجب مشروطی (شأنی) باشد، پاسخ دیگر این بود که به صورت واجب معلقی باشد، یعنی از حالا تملیک کنیم به یک امر متأخری. و صور دیگری که وجود داشت. منتهی با همه این حرفها ملاحظه نسلهای بعد چطوری می شود؟ یک اشکال این است که معدوم بما هو معدوم که مالک نمی شود. البته اگر به نحو قضیه مشروط باشد درست می شود. می گوئیم نسلهای بعد وقتی که به دنیا آمدند و قابل مالکیت شدند مالک می شوند با این قید که نسل اول از بین رفته باشند، چون مالکیت آنها در طول این مالکیت است. پس ملکیت نسل بعد ملکیتی است مشروط به عدم نسل اول و وجود خود موضوعش چون وجود موضوع نیز شرط است. همچنین است هر نسل بعدی نسبت به نسل قبل از خودش. پس اینجا تملیک وقفی را بشکل واجب مشروطی تصحیح کردیم همچنین که می توان تملیک به صورت واجب معلق تصویر نمود. پس این یک اشکال است که باید آن را به صورت واجب مشروطی یا واجب معلق یا صورت دیگری حل کنیم.

یک مشکل دیگر در وقف که الان در آن هستیم این است به هر صورت که ملکیت بطون لاحقه را تصویر کردید آیا مسوغ بیع داریم یا نداریم؟ در مسوغ نیز هم باید ملاحظه مقتضی بیع را داشته باشیم و هم موانع بیع را که مرحوم شیخ بیان کردند بحث می کنیم، الان در مقام بیان مقتضی هستیم.

## تقریب چهارم برای مقتضی: فرمایش امام ره

مرحوم امام ره می خواهند مسلک خودشان را در مقتضی بیان کنند. ایشان به صورتی تحریر کردند که به نظر ما دو سه اشکال را در هم دمج می کنند تا راهی مستقل برای آن درست کنند. می فرمایند: بر مسلک ما وقف ایقاف است لدرّ المنفعة. درّ المنفعة هم داخل نیست در ماهیت وقف بطوری که اگر درّ منفعت نشد وقف باطل باشد، بلکه غایت برای وقف است. ولی ما می پذیریم اگر وقف از اول هیچ منفعتی نداشته باشد وقف باطل است. نه از باب اینکه درّ المنفعة داخل در ماهیت باشد شبیه آنچه که مرحوم صاحب جواهر در باب منع مالکی می گفت. بلکه به این خاطر که اگر عین موقوفه از اول هیچ منفعتی نداشته باشد وقف آن عقلائی نیست. چیزی که هیچ منفعت ندارد نمی شود بگوئیم نسبت به آن، حبس عین و تسبیل منفعت می کنیم. نمی توانیم بگوئیم ایقاف می کنیم لدرّ المنفعة. آن غایت حاصل نیست.

پس اگر از اول عینی هیچ منفعت نداشته باشد وقفش معنا ندارد و عقلائی نیست. اما اگر این عین تا زمانی منفعت دارد و پس از آن منفعتش تمام می شود این مانع ندارد. من ایقاف می کنم لدرّ المنفعة ولو درّ المنفعة اش بیست سال است. دیگر عقلائی است که من ایقاف کنم لدرّ المنفعة. آن چیزی که عقلائی نیست این است که از اول هیچ منفعت نداشته باشیم. و نکته مهمی که امام ره روی آن تأکید می کند این است که می گوید درّ المنفعة در ماهیت وقف دخیل نیست که لازمه اش این باشد که هر وقت منفعت تمام شد اصلاً خود وقف متلاشی شود و باطل شود. تصویر کنیم که منفعت اشراب در ماهیت وقف بود و چون الان دیگر نیست پس بگوئیم وقف نیست. ایشان می گوید این سخن درست نیست.

پس به نظر ایشان وقف ایقاف است منتهی به غایت درّ المنفعة و این منفعت هم باید اول کار باشد. همینکه در ابتدا درّ منفعت باشد من ایقاف می کنم لدرّ المنفعة ولو للتالی الی الابد نباشد.

ایشان در ادامه به این مسئله مهم که وقتی نمی توانیم برای معدوم وقف کنیم وقف برای بطون لاحق به چه صورت محقق می شود می پردازند؟ این بحث از این جهت به بحث ما مربوط می شود که ما وقتی می خواهیم بیع کنیم باید ملاحظه بطون لاحق را نیز بکنیم زیرا آنها نیز حقی دارند. حال پرسش این است که بطون لاحق در وقف چه کاره هستند؟ با وقف چه چیزی برای آنها پدید می آید؟ وقتی نیستند مالک چه چیزی هستند؟ حتی ذی حق بودنشان نیز محل کلام است. کسی که نیست نسبت به چه چیزی حق دارد؟!

بنابر نظریه ملکیت موقوف علیهم، بطن فعلی مالک این عین است ولو به نحوی که لا تباع و لا تورث، اگر امکان انتفاع این نسل منفی شود مقتضی برای بیع عین موقوفه پیدا می شود، حال اگر متعلق حق بطون لاحق باشد باید کسی که

از طرف آنها سلطنت دارد نظر بدهد، حال چه متولی باشد یا حاکم و یا خود همین نسل از موقوف علیهم. مرحوم شیخ این مطلب را می پذیرد. منتهی مرحوم امام می فرمایند اول باید ببینیم اصل تصویر چیست تا روشن شود چه کسی متولی است. به نظر ایشان در باب وقف بر عناوین که روشن است، وقف بر عنوان است وقف بر آحاد نیست که اگر معدوم بودند ما مشکل پیدا کنیم که موجود نیست و فقیری که موجود نیست چطور مالک شود و چطور وقف به او متعلق شود.

اما اگر وقف خاص بود مانند اینکه وقف کرده بر ولدش و ولد ولدش و الی آخر، اینجا چه رخ می دهد؟ مرحوم امام می فرمایند اینجا هم وقف بر عناوین است. این سخن تازه ای از مرحوم امام ره در اینجا است. به نظر ایشان در وقف خاص هم وقف بر عناوین است. چون در وقف خاص نسل بعدی مانند ولد الان موجود نیستند و معدوم نیز نمی شود مالک باشد، زیرا در منفعت برای معدوم ممکن نیست پس این وقف نیز باید برای عنوان باشد در مثال عنوان ولد و ولد الولد نیز از عناویند و وقف بر آنها می شود وقتی افرادش در خارج محقق شد، عنوان بر آنها منطبق می شود. پس مرحوم امام می خواهند حق مطلب را در مورد وقفی که خودشان می فهمند بیان کنند و می خواهند بگویند برخی اشکالات دیگر نیز برطرف می شود.

## تصویر عنوان خاص و عنوان عام در کلام امام ره و بررسی آن

اگر کسی اشکال کند با این تصویر، وقف خاص در مقابل وقف عام دیگر چیست؟ ایشان پاسخ می دهند وقف عام مثل وقف بر فقراء و کذا است، وقف خاص مثل وقف بر ولد و خاله و عمه و کذا است.

البته ما منظور ایشان را متوجه نشدیم. آیا با صرف این بیان ایشان فاصله بین این دو قسم درست می شود؟ ایشان می فرمایند: إِنَّ الْوَقْفَ لَا يَبْطُلُ بِالْخَرَابِ وَ عَدَمِ النِّفْعِ، وَ الْمَتَصَوِّرُ مِنْهُ عَقْلًا أَنْ يَكُونَ عَلَى عِنَانِ «الذَّرِّيَّةِ طَبَقَةً بَعْدَ طَبَقَةٍ» أَوْ عِنَانِ «الْأَوْلَادِ ذُكُورًا وَ إِنَاثًا» لَا عَلَى الْمَعْدُومَاتِ، لَعَدَمِ تَعَقُّلِ كَوْنِهَا بِمَا هِيَ مَعْدُومَاتٌ مُورَدُ الْجَعْلِ وَ الْإِشَارَةِ حَتَّى الْعَقْلِيَّةِ، فَالْوَقْفُ فِي الْأَوْقَافِ الْخَاصَّةِ وَ الْعَامَّةِ عَلَى الْعِنَانِ.

پرسش این است که اگر در اوقاف خاصه هم بر عنوان است و در اوقاف عامه هم بر عنوان است پس فرقیان چیست؟ در پاسخ می فرماید: و الفرق بينهما: أَنَّ الْوَقْفَ الْعَامَّ عَلَى عِنَانِ عَامٍّ كَ «الْفُقَرَاءِ» وَ «السَّادَةِ»، وَ الْخَاصَّ عَلَى عِنَانِ خَاصٍّ كَ «الذَّرِّيَّةِ» وَ «الْإِخْوَةِ» وَ «الْخَالَاتِ» وَ نَحْوِهَا، وَ لَا يَعْقِلُ جَعْلَهَا لِلْأَفْرَادِ حَقِيقَةً.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۹۴/۱۹۳

حضرت امام برای اینکه مشکل وقف بر معدوم را حل کنند می خواهند بفرمایند ما وقف بر معنوی یعنی افراد خارجی نکردیم وقف بر عنوان کردیم در حالی که ما منظور از عنوان خاص را نمی فهمیم. قبلاً عرض کردیم در وقف بر عنوان شما باید عنوان را یک شخص حقوقی بگیرید. و گرنه اینکه بفرمائید عنوان عمه و خاله محدود هستند کارگشا نیست چون همینکه عنوان شد متطرق به کثرات و معنونات می شود. هر عنوانی را که شخصیت حقوقی ندانید لذا به کثرات سرایت پیدا می کند. هر چند ممکن است در زمان حاضر مصادیق خاله محدود باشند ولی محصور به افراد موجود نیست و ممکن است در طول زمان مصادیق متعدد پیدا کند که الان معدوم هستند. عنوان «ذریه» نیز همینطور است. ذریه هم نسلاً بعد نسل است. در خاله و ابن الخاله و ابنة الخاله الی آخر که برخی می گویند باید به این صورت وقف کند تا وقف ادامه پیدا کند نیز به همین صورت است. مقصود این است که ایشان می فرمایند وقف بر عنوان است نه معنونات تا مشکل وقف بر معدوم را حل کنند در حالی که اگر عنوان محض باشد می شود طریق برای کثرات مگر اینکه شخصیت حقوقی بدانید که باز متفاوت نیست. حضرت امام ره برای فرار از اشکال وقف بر معدوم می فرمایند در همه جا وقف بر عناوین است و تصریح می کنند که لا یعقل جعلها للأفراد حقیقتاً پس وقف بر عنوان است. در این صورت فرق ولد با فقراء چیست؟ در آنجا می فرمایند عنوان عام و اینجا می فرماید عنوان خاص، اصلاً عنوان خاص ما داریم؟ عنوان همیشه عام است و به همه کثرات قابل تطبیق است می خواهد در خارج پیدا شود می خواهد نشود. عنوان خاص معنای محصلی ندارد.

پس حضرت امام ره می فرمایند ما وقف بر عنوان می کنیم و مراد ایشان غیر از معنوی است چون اصلاً برای حل این مشکل این مطلب را می فرمایند که بر معدوم وقف نشود. چرا؟ چون عنوان الفقیر هست ولو مصداقهایش نباشند. وقف بر عنوان کردیم وقف بر معدوم نکردیم. ما عرضمان این است که اصلاً این حرف که وقف بر عنوان کردیم و وقف بر معنوی نکردیم در جایی است که وقف بر شخصیت حقوقی بشود، و الا اگر شخصیت حقوقی نباشد سرایت طبیعت در کثراتش و عنوان در معنوناتش و محکیش مسلم است. شما وقتی می گوئید وقف بر فقراء کردم یعنی وقف بر محکی فقراء کردم. لبش این می شود. مگر فقیر را شخصیت حقوقی قرار بدهید، که بگوئید وقف برای این عنوان است به عنوان شخصیت حقوقی و فقراء خارجی مصرف هستند. پس بیان ایشان برای حل مشکل صحیح نیست و خود دارای مشکل است.

## اشکال دیگر فرمایش امام ره

به علاوه بیان ایشان دمج اشکالی در بحث دیگری است. ما الان بحثمان در مقتضی بود می خواهیم مقتضی برای بیع وقف را تصویر کنیم. در حالی که ایشان می خواهند مشکل دیگری را حل کنند که وقف بر معدوم چگونه می شود. این را در جای خود بحث کرده ایم که وقف طبقات لاحق به چه صورت است.

در نقل فرمایش شیخ انصاری مفصل بحث کردیم که آیا طبقات بعدی شریک می شوند یا طبقات ولو اینکه به لحاظ وجود مترتب باشند اما به لحاظ مالکیت با نسل فعلی شریک نیستند و مالکیشان مترتب بر مالکیت قبلی به صورتی پدید می آید که هیچوقت شرکت خارجی واقع نمی شود. این نسل وقتی از بین رفت تازه نسل بعدی مالک می شود. شرکتی در کار نیست. این حرفهای مرحوم شیخ بود در آنجا با تصویرهای مختلف.

ما یک مشکلمان این است که نسلهای بعد چگونه مالکیشان تصویر می شود؟ این یک بحث است. یک بحث دیگر این است که آیا مقتضی برای بیع وجود دارد این بحث حتی برای نسل موجود که تملیک وقفی اش مانع ندارد مطرح می شود و ربطی به کیفیت تصویر ملکیت معدوم ندارد.

لذا به نظرم می رسد حضرت امام ره دو اشکال را در هم دمج می کنند و حلی برایش ارائه می کنند. ما می گوئیم اصلا دمج این اشکالات درست نیست چون بحث را پیچیده کرده است. شما اصلا بحث مالکیت بطون متأخره را بگذارید کنار، آن نیز مشکل دیگری است که باید حلش کنیم اما الان در مسئله مقتضی هستیم.

حالا حضرت امام از این حرف خودشان نتیجه ای می گیرند فردا انشاء الله. «الحمد لله رب العالمین».



### فهرست

۷۷۳	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۷۷۳	خلاصه جلسه گذشته
۷۷۴	توضیح تقریب امام ره برای مقتضی
۷۷۴	ذکر مفصل فرمایشات امام ره در این بحث
۷۷۶	بیان انحاء وقف در کلام امام ره
۷۷۷	فرق وقف بر طبقه آتی به نحو واجب معلق یا مشروط
۷۷۹	بررسی فرمایشات حضرت امام ره و عدم ارتباط آنها با بحث
۷۸۳	نتیجه رد فرمایشات حضرت امام ره

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام ره بود. بحث درباره مسوغات بیع اوقاف خاص یا اوقاف عامی است که روی عنوانی مانند فقیر رفته است. حتی اگر اقسام دیگر وقف را مفید تملیک ندانیم علی الظاهر بنابر منبای مشهور در این قسم وقف موجب تملیک است.

مرحوم شیخ در کتاب مکاسب فقط به بحث موانع بیع اکتفاء کرده اند عرض کردیم قبل از بحث از موانع، لازم است نسبت به مقتضی بیع نیز بحث کنیم. چون اگر موانع را دفع کنیم ولی مقتضی برای صحت بیع نداشته باشیم برای حکم به

صحت بیع کافی نیست. لذا مدققینی مانند حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه و مرحوم محقق اصفهانی می فرمایند باید اول مقتضی را تصویر کنیم.

مرحوم امام ره در آغاز تصویری از مقتضی که در کلام مرحوم آخوند و مرحوم نائینی آمده را بیان کردند و به مبنای ایشان اشکال کردند. سپس بیان محقق اصفهانی در اثبات مقتضی را آوردند و فرمودند مبنای ایشان را نیز قبول ندارند. مبنای مرحوم صاحب جواهر را نیز بیان کردند که در ماهیت وقف منع مالکی وجود دارد و وقف عبارت است از جعل و اعتباری که در درونش منع مالکی نهفته است، بطوری که هر کجا منع مالکی رفع شد حقیقت وقف هم رفع شود یعنی وقف باطل شود. مرحوم امام این بیان را نیز نپذیرفتند. اینکه چگونه این مبانی اقتضاء را می سازند در بحثهای گذشته آمد. در دو جلسه گذشته گفتیم که چطور این مسالک در تصویر مقتضی برای صحت بیع وقف دخیل هستند.

### توضیح تقریب امام ره برای مقتضی

نسبت به نظر مختار مرحوم امام فرموده اند: تقریب المقتضی علی المسلك الحق: ایشان در این تقریب همانطور که جلسه گذشته عرض کردیم رفته اند سراغ این بحث که وقف حتی در اوقاف خاصه روی عنوان می رود. به دلیل اینکه وقف بر معدوم که معنا ندارد. وقتی وقف می کند بر اولاد و اولاد اولاد و اولاد اولاد طبقه بعد طبقه، خب آنها که معدوم هستند، وقف بر معدوم چگونه می شود؟ ایشان می گوید وقف بر معدوم معقول نیست، پس باید وقف بر عنوان باشد مثلاً عنوان ولد و ولد الولد و این عنوان بعداً بر آن ولد در ظرف خودش صدق می کند، بر ولدی که در ظرف خودش موجود می شود. و الا الان که معدوم است و بر معدوم هم صدق نمی کند. واقف می آید بر اولاد نسلاً بعد نسل وقف می کند. این اولاد بر اولاد فعلی بالفعل صدق می کند و بر اولاد آتی در ظرف خودش صدق می کند. صدقش بر اولاد در آتی است اما وقف بر این عنوان الان هست.

### بررسی فرمایشات مرحوم امام ره در این بحث

ایشان در ادامه وارد این بحث می شوند که بر این اساس، فروش وقف دیگر ربطی به موقوف علیهم ندارد، چون وقتی وقف روی عنوان می رود نسلهای آتی هم موقوف علیهم می شوند، و نسل فعلی هیچ ولایت و سلطنتی از طرف نسلهای آتی ندارد تا بتواند برای آنها بفروشد. پس متولی وقف باید حاکم مسلمین باشد که یرعی صلاح المسلمین از جمله این مسلمین خاص که طبقات آتی هستند و الان موجود نیستند و به دنبال طبقه بالفعل می آیند. حاکم می تواند در صورتی برای حفظ مصالح آنها عین موقوفه را بفروشد.

در ادامه می فرماید: **بالجملة: المتصور في الوقف على البطون اللاحقة المعدومة یکی از سه راه است: إما الجعل للعنوان أو على العنوان** (که فرق این دو روشن نیست، ما یک تفسیری داریم لعل فرمایش ایشان این باشد که بیان خواهد شد) **أو انشائه على نحو القضية الشرطية**. به نحو قضیه شرطیه بگوید هر وقت آن نسل موجود شدند یا آن اولاد موجود شدند برای آنان وقف باشد که در این صورت نیز وقف بر عنوان است منتهی به نحو مشروط. هر وقت آنها به دنیا آمدند وقف بر آن اولاد است، کما اینکه در اولاد فعلی هم ایشان می گوید وقف بر عنوان است نه بر مصداق خارجی.

منتهی به نظر ایشان وقف برای عناوین به نحو مشروط که هر وقت موجود شدند وقف بر آنها باشد غیر وجیه است از باب اینکه خارجا اینطور نیست که واقفین به نحو مشروط وقف کنند. آوردن وقف به نحو مطلق برای نسل فعلی و به نحو مشروط برای نسلهای آتی مثنونه زائد می خواهد. و در کلمات واقفین به نحو متعارف این واقع نشده است. پس نه اینکه ثبوتا ممکن نیست بلکه اثباتا واقع نشده است.

در ادامه ایشان این بحث را مطرح می کنند که چون در این اوقاف به نحوی رعایت مصالح مسلمین وجود دارد در اوقاف عامه که کل مسلمین است، در فقراء و امثال آن هم یک عمومیتی هست، حتی در وقف بر اولاد هم همچنین مطلبی هست که ولایت بر بیع برای موقوف علیهم قرار داده نشده و حتی اگر متولی هم داشته باشد و به تعبیر ایشان در اوقاف مطلقه یعنی در اوقافی که متولی اش به نحو اطلاق گفته شده است. شاید منظور این باشد که تصریح نشده است که متولی، متولی بیع و شراء نیز باشد فقط همین را گفته اند که فلانی متولی است. به نظر ایشان برای اینکه متولی تولیت بر فروش پیدا کند این مقدار کافی نیست. «بل قد اشرنا سابقا إلى أن متولى الوقف من قبل الواقف في الاوقاف المتعارفة المطلقة لا ولاية له على البيع و ابطال الوقف و تبدیله»<sup>۱</sup>.

اوقاف متعارفه مطلقه یعنی چه؟ حدس من این است که یعنی ما متولی اش را قرار داده باشیم ولی نگفته باشیم متولی این کار را می تواند کند.

در صفحه ۱۸۲ که این را ارجاع داده اند در آنجا ایشان فرموده اند: «و هل يجوز لمتولى الاوقاف الاستبداد ببيعها (یعنی خودش تنهایی بفروشد) فيه اشكال، لان المتولى إذا كان من قبل الواقف، اگر متولی را خود واقف تعیین کرده باشد حدود ولایتش بر اوقاف حفظ اوقاف است نه حفظ مصالح موقوف علیهم. کار متولی حفظ وقف است علی حدی که واقف

<sup>۱</sup> کتاب البيع (للإمام الخميني)؛ ج ۳، ص: ۱۹۵

ترسیم کرده است. و تكون حدود ولايته على الاوقاف حفظها وصرف منافعها في المصارف المقررة، و اما حفظ مصالح الموقوف عليهم بيع الوقف و اشتراء البديل من ثمنه و جعله وقفا لهم فليس من حدود التولية».

بعد مرحوم امام میفرماید بله اگر واقف شرط کند که متولی قدرت بیع وقف و اشتراء بدل را داشته باشد و ما بگوئیم شرطش نافذ است بیع جائز است اما این خارج از بحث ما است. چون بحث ما در جائی است که جعل الشيء وقفا و جعل شخصا متوليا عليه. (همین مقدار) و ليس من حدود التولية إبطال الوقف و لا وقف شيء بدله....

این احتمالا تفسیر آن عبارت «اوقاف متعارفه مطلقه» است یعنی جعل تولیت کرده بالاطلاق، نگفته اگر موقوفه خراب شد متولی می تواند بفروشد. اما اگر این را بگویند و ما شرط را نافذ بدانیم می توانیم بگوئیم خود متولی می تواند وقف را فروخته و تبدیل کند، ولی در اوقاف مطلقه که فرض بحث ما است چنین چیزی نیست. این بحث قبلی ایشان هست، که ایشان می فرمایند «قد اشرنا».

آخرین نکته ایشان نیز این است که بعد از اینکه به نحو کلی فرمودند که وقف بر اولاد نیز وقف بر عنوان است شبهه ای طرح می شود: در جائی که وقف بر عنوان می شود ما قائل بودیم اگر این را به صورت شخص حقوقی درست کنیم افراد مصرف می شوند. ممکن است کسی به ایشان اشکال کند که شما که وقف بر عنوان می دانید پس اولاد هم می شوند مصرف، لذا متولی می تواند به صورت متفاوت تقسیم کند و به یکی کمتر بدهد و به دیگری بیشتر. در حالی که خود شما در بحث توزیع فرمودید اگر وقف بر اولاد مطلق باشد بطور مساوی توزیع می شود مگر اینکه خود واقف شرط کرده باشد. ایشان می فرماید اصلا مسئله توزیع غیر از مسئله وقف بر عنوان است. توزیع ناشی از این است که محصور باشند یا نباشند، نه اینکه ناشی از وقف بر عنوان باشد.

بعد دوباره ایشان برمی گردند به بیان انحاء الوقف برای اینکه این شبهه را پاسخ دهند که در وقف بر معدومین که باید به صورت وقف مشروط به زمان پدید آمدن آنها باشد حاکم می تواند متولی شود یا نه؟ که این شبهه بیان خواهد شد.

## بیان انحاء وقف در کلام امام ره

ایشان در ابتدا انحاء وقف را بیان می کنند و می فرمایند اینکه در بالا گفتیم حاکم متولی شود در فرضی است که تحقق وقف بر عناوین بالفعل باشد. اما اگر وقف بر عناوین به نحو مشروط باشد، آنوقت این جای بحث است.

می فرمایند: و اما فی غیره، که غیرش همان وقف بر عنوان به نحو اشتراط بود، فمحل اشکال و تأمل، بعد در توضیحش میفرمایند: وقف بر عنوان گاهی به صورت وقف بر یک عنوان وحدانی است، مانند وقف بر مسلمین، وقف بر علماء، وقف بر ذریه که عناوین وحدانی اند. این عنوان وحدانی هم شامل فرد فعلی می شود و هم فرد آینده. وقتی می گوئیم وقف کردیم بر ذریه، هم بر ذریه فعلی تطبیق می شود، هم بر هر ذریه ای که به دنیا بیاید. اگرچه صدقش در آینده است ولی وقف بر عنوان، فعلی است و مشکلی ندارد.

اما قسم دوم این است که وقف شود بر عناوین متعدده، مثل اینکه ما وقف کنیم بر این عنوان و پس از آن وقف بر عنوان دیگر کنیم. یعنی وقف بر عناوین متعدد کنیم. ایشان می فرماید در اینجا می شود دو قسم تصویر کرد: یکوقتی از حالا وقف می کنم بالفعل برای طبقه آتی علی نهج واجب معلق. و یکوقت دیگر الان وقف بالحمل الشایع ندارم، می گویم وقف می کنم بر آن طبقه آتی عند تحققه به نحو واجب مشروط.

### فرق وقف بر طبقه آتی به نحو واجب معلق یا مشروط

فرق بین این دو این است که اگر واقف بر طبقه آتی به نهج واجب معلق وقف کند، یعنی الان بالحمل الشایع دارد وقف می کند برای آن عنوانی که مصداق آن در آینده می آید. اما اگر به نهج واجب مشروط باشد یعنی وقف او مشروط است، الان بالحمل الشایع تحقق ندارد و فقط انشاء او الان محقق است. مانند واجبات مشروطه است که وقتی شارع می گوید «إذا زالت الشمس وجبت الصلاة والطهور» الان وجوبی نیست. وقتی زوال شمس محقق شود صلاة و طهور واجب می شود. در بحث ما نیز وقتی وقف نسبت به عناوین آینده مشروط است یعنی وقف، بالحمل الشایع نیست، و فقط انشاءش هست، این انشاء عند تحقق آن طبقه بالفعل می شود.

حضرت امام ره می فرماید: در قسم اول که یک مفهوم وحدانی داریم، واقف دارد بر این عنوان بالفعل وقف می کند، منتهی برخی از مصادیق این عنوان الان هست و برخی در آینده پدید می آید اما وقف بر عنوان بالفعل است.

در جائی که وقفها متعدد است، مثل وقف بر این طبقه و سپس وقف بر طبقه دیگر، متعلق وقف ما متعدد است، ایشان می فرماید در اینجا اگر علی نهج قضیه واجب معلق باشد باز هم وقف بالفعل است. و در این دو قسم ورود حاکم شرعی بلا اشکال است. به دلیل اینکه باید مصالح نسلهای آتی حفظ بشود و چون دلیلی بر سلطنت متولی و یا خود موقوف علیهم بر نسلهای آینده نداریم حاکم باید متولی بشود.

اما در قسم سوم که به نحو واجب مشروطی است ایشان شبهه ای می کنند. می فرمایند: حالا که وقف در این صورت بالفعل نیست ورود حاکم در مصالح مبنا می خواهد، ممکن است اینطور تصویر کنیم که درست است که چون وقف مشروط است الان وقف نسبت به عناوینی که فعلا مصداق ندارند محقق نیست و فقط برای نسل فعلی بالفعل است، ولی در عین حال چون این اوقاف در آتی بالفعل می شود و مصالح آن موقوف علیهم های آتی را باید رعایت کرد لازم است که حاکم متولی حفظ آن مصالح شود. و این تصویر مانند این است که عده ای در واجبات مشروطه گفته اند و لو اینکه شرط الان محقق نشده باشد ولی چون می دانیم شرط بعدا می آید نمی توانیم واجب مشروط را تفویت کنیم.

در بحث واجب معلق برای تبیین فائده واجب معلق بحث مفصلی شده است. یکی از مباحث مطرح شده این است که حتی اگر تصویرمان به صورت واجب معلق هم نباشد و مشروط به شرط متأخر کنیم که مثل واجب معلق می شود، یا مشروط به شرط مقارن کنیم که می دانیم بعدا بالفعل می شود حق تفویت ملاکی نداریم. با اینکه مشروط است و الان وجوب نیست. مثلا اگر یک ساعت مانده به وجوب نماز الان وجوب نماز نیست، مکلف نیز آب دارد و می داند وقتی ظهر که شد باید با آن آب وضو بگیرد و نماز بخواند دیگر نمی تواند اختیارا تیمم کند. اما اینکه آیا می تواند آب را بریزد یا حق ندارد؟ به نظر ما نمی تواند حتی اگر واجب معلق نباشیم که ما نیستیم، و حتی اگر تصویرمان واجب به شرط متأخر نباشد که وجوب الان بالفعل می شود، ولی با اینکه الان وجوب نیست تفویت ملاک صحیح نیست. وقتی می دانید که عمل بعد از زوال ملاک دارد و شما آنوقت فاقد القدرة می شوید اختیارا نمی توانید خودتان را در این موارد فاقد القدرة کنید، یعنی اختیارا تفویت ملاک کنید. حضرت امام ره می فرماید نظیر آنجاست.

حال آیا حاکم مسلمین که می داند در آینده ملاک بالفعل می شود باید متولی شود؟ ممکن است ایشان بگویند نظر دیگر این است که حاکم مسلمین متولی ملاکات است که بالفعل هستند نه ملاکات آتی. لذا ایشان می فرمایند اشکال ناشی از این دو وجه است. گرچه ایشان می گویند اقرب همان احتمال اول است که ما بگوئیم حتی اگر وقف بر عنوان مشروط هم بود و ملاک بعدا هم بالفعل می شود حاکم باید الان متولی شود، چون الان اگر متولی نشود دیگر فائده ندارد مصالح نسل بعدی تفویت می شود. چون نسل فعلی وقف را می فروشند و ممکن است حق نسلهای بعدی ضایع شود. پس الان آقای حاکم باید متولی بشود ولو ما می دانیم که وقف آتی بالفعل نشده و موقوف علیهمشان الان بالفعل ملاک ندارند، ولی در عین حال حاکم باید متولی بشود. این تقریبا تمام فرمایش ایشان است.

## بررسی فرمایشات حضرت امام ره و عدم ارتباط آنها با بحث

ما با ایشان سه بحث داریم:

یکی اینکه بحث راجع به اصل مقتضی است که محل بحث ما بود. تصویر مقتضی در کلام ایشان. دوم اینکه آیا وقف بر عناوین ضرورت دارد یا تصویر دیگر هم دارد؟ و سوم اینکه آیا تولی حاکم ضرورت دارد یا ندارد؟

دو بحث آخر حاشیه ای است. چون بحث ما فعلاً در اقتضاء بود. و اینکه من دیروز هم عرض کردم امام ره دارند مشکلات را در هم دمج می کنند و می خواهند یک راه حل درست کند این بود. ما بحثمان در اقتضاء بود شما خودتان زحمت کشیدید چند نظریه در باب اقتضاء را از کلمات قوم اصطیاد فرمودید. بعد فرمودید می خواهیم مقتضای مسلک حق خودمان را بیان کنیم. سؤال اول این است که از مجموع این بیانات چه مسلکی در اقتضاء درآمد؟ ما که متوجه نشدیم. هر چه ابتدا تا انتهای کلام را واری کردیم متوجه نشدیم. تصویر اینکه وقف بر معدوم چگونه ممکن است مشکل دیگری است. تصویر اینکه چه کسی متولی بشود مسئله دیگری است. اقتضاء را چطور تصویر کردید؟ حال دوستان نیز تامل نماید ما که هر چه فکر کردیم متوجه نشدیم که این بیان چه بیانی برای اقتضاء وقف برای بیع در صورت عدم مانع است.

فقط در آخر بحث ایشان دو جمله دارند می فرمایند که آن موانعی که شما گفتید در این موارد که وقف عناوین است نمی آید. در حالی که ایشان اول باید اقتضاء را درست کنند. خودشان فرمودند اول باید اقتضاء را درست کنیم. سه نظریه را از چهار تن از اعلام آوردید نظر آخوند و مرحوم نائینی که مانند هم بود، نظر مرحوم اصفهانی و نظر مرحوم صاحب جواهر و بعد هم خواستید نظر خودتان را بیان کنید و فرمودید نظر ما در اقتضاء علی مسلک الحق این است. ما که متوجه نشدیم بیان شما چیست و مجموع این بحث که تصویر وقف بر معدومین و وقف بر عنوان، چه ربطی به تصویر اقتضاء دارد. اینکه به لحاظ رعایت مصالح مسلمین اشکالی ندارد که حاکم متولی می شود صحیح است و مانند این است که شما گاهی تصویر می کنید که متولی آقای ناظری باشد که واقف گفته یا متولی اصلاً خود موقوف علیهم باشند، اینها تولیت و سلطنت بر بیع داشته باشند، اما این مطلب چه ربطی به اقتضاء دارد؟

شما در اقتضاء باید بگوئید لولا آن موانع، بیع وقف تحت ادله اوفوا بالعقود می آید. یعنی ارکان بیع من المالکة یا سلطنت بر تملیک و بقیه شرائطش محفوظ است اطلاقات اوفوا بالعقود یا احل الله البیع می آید، فقط مشکل ما موانع است باید موانع را برطرف کنیم. در حالی که شما اینها را بحث نفرمودید که بنابر مسلک «الوقف هو الایقاف» چه جوری می فرمایید که ارکان تصحیح بیع موجود است؟ ما که در این عبارات ندیدیم.

**سؤال:** برخی از موانع از جهت مخالفت با مقتضای می آیند و برخی دیگر از خارج می آیند. مرحوم امام می فرمایند مانعی از جهت مخالفت با مقتضای وقف درست نمی شود چون ما مقتضای وقف را این می دانیم لذا مانعی از این جهت نیست.

**جواب:** نخیر، خود وقف اقتضاء دارد که صحت بیع داشته باشد؟ باید اینها را ایشان درست کند. مثلاً اگر کسی بگوید که در بیع ما ملکیت می خواهیم شما هم که ملکیت درست نکردید شما فک ملکیت هستید. اینها را باید ایشان بحث کند که ما فک ملکیت هستیم ولی چون سلطنت بر بیع دارد صحیح است. اینها را باید ایشان درست کنند ولی درست نکردند.

**سؤال:** ایشان وقف را ایقاف می داند.

**جواب:** بله وقف ایقاف است، ولی ایقاف ایشان فک ملکیت است، این مسلم است که فک ملک است. البته این حرفها را ایشان قبول دارد ولی اینجا نگفته حالا ممکن است در جای دیگر در بیع گفته باشند.

**سؤال:** یعنی امام در اوقاف خاصه هم فک ملکیت است؟

**جواب:** بله در آنجا هم فک ملکیت است تصریح هم می کند، می گوید ما که فک ملکیت هستیم حتی در باب بیع هم مثل مرحوم شیخ نمی فرمایند که لازم است ملکیت وجود داشته باشد. این را هم ایشان تصریح کرده، در یک جای عبارت تصریح کرده اند که لازم نمی دانیم مالک باشد، باید سلطنت و مالکیت بر بیع داشته باشد. اما اینکه آیا سلطنت و مالکیت بر بیع در اینجا هست؟ ممکن است بگوئیم این بحثها اصلاً برای همین بوده که بگوئیم حاکم سلطنت دارد. اما اینکه حاکم متولی مصلحت است باید در خصوص باب اوقاف هم روشن شود که سلطنت دارد و به کدام دلیل این را می گوئید؟ این را باید درست کنیم. به نحو کلی حاکم متولی مصالح مسلمین است، اما در وقف باید بگوئید اقتضائاتش تمام است. مگر شما بخواهید از لوازم اینها استفاده کنید که خیلی مستبعد می دانم که به این صورت بشود اقتضاء برای صحت بیع درست کرد. شاید مقصودشان همین بوده که بگوئید ما برای حاکم سلطنت بر بیع را در اینجا درست کردیم، ولی واقعا درست نکرده اند. آیا اطلاعات اینکه حاکم متولی مصالح مسلمین است، سلطنت بر بیع را در مثل وقف درست می کند؟ به نظر این روش صحیح نیست و باید بخصوص وقف بحث کنیم. ممکن است نکته ای در باب وقف وجود داشته باشد مانند اینکه در ذاتش خصوصیتی باشد که منافات داشته باشد لذا باید این موارد را درست کرد.



در هر حال ممکن است توجیه کلامشان همین باشد که سلطنت بر بیع در اوفوا بالعقود و یا احل الله البیع لازم است، و این سلطنت را با حاکمیت حاکم بر مصالح مسلمین درست می کنیم. در هر حال لازم بود که ایشان هم مثل بقیه اول اقتضاء را به این شکل درست کنند.

بحث دوم این بود که: آیا وقف بر عناوین ضرورت دارد. این بحث دوم است، ولی به نظرم بحث عرضی است و جایش اینجا نیست. ولی اجمالا عرض می کنم که دوباره به این بحث برنگردیم، به نظرم هیچ ضرورتی ندارد. ایشان آنچه که از آن فرار می کنند این است که وقف بر معدوم درست نیست. این را تقریباً همه قبول دارند، در شرائط وقف فرموده اند که وقف باید بر موجود باشد بر معدوم وقف صحیح نیست. اما آیا این نکته ای که همه قبول دارند منتهی می شود به این که ما وقف بر عنوان کنیم؟

عرض ما این است که همین تصویری که ایشان برای وقف بر عناوین به نهج واجب معلق یا واجب مشروط کرده اند چرا در افراد نیاید؟ ما وقف کنیم بر افراد آتی به نحو واجب معلق. این چه مانعی دارد؟ وقف بر معدومین نمی کنیم چون اگر بگوئیم الان بالحمل الشایع دارم وقف می کنم برای معدومین. روشن است به قول ایشان وقف بر معدوم حتی در اعتباریات معنا ندارد اما اگر الان دارم می بینم که ماه آینده فرزندی متولد می شود و الان وقف می کنم بر آن موجود آتی. بر موجود آتی نه بر معدوم. این چه مانعی دارد؟

شما که وقف معلق بر عناوین را تصویر می کنید بر شخص آتی هم تصویر کنید. شما که وقف مشروط بر عنوان را در طبقه آتی پذیرفتید بپذیرید که بر آن فرد موجود وقف کنیم. ایشان می فرمایند وقف بر افراد و بر مصادیق ممکن نیست. خب چرا؟ من وقف کنم بر آن فرد آتی مشروطاً، مشروط به اینکه متولد شود و محقق و موجود شود. این چه مانعی دارد؟

**سؤال:** امام می گویند خلاف ظاهر عبارات واقف است.

**جواب:** نه، نمی گویند خلاف ظاهر است، چون قطعاً خلاف ظاهر نیست. اگر من بگویم وقف کردم بر زید، این خلاف ظاهر است که بر شخص است؟

**سؤال:** آنجایی که می گویند وقفت علی افراد الذریه می گویند درست است که وقفت علی افراد الذریه وقف بر افراد حاضر است، اما این در وقف علی الذریه خلاف ظاهر است.

**جواب:** نگفتند خلاف ظاهر است. می گویند اصلاً معقول نیست و عقلاً متصور نیست. ایشان می فرمایند: إن الوقف لا یبطل بالخراب و عدم النفع و المتصور منه عقلاً أن یكون علی عنوان «الذریه طبقه بعد طبقه»، أو عنوان «الاولاد

ذکورا و اناثا»، این معقول و متصور است، لا علی المعدومات. ما عرضمان با ایشان این است که علی المعدومات که واضح است که نمی شود، اما طرف دیگرش اینکه شما می فرمائید نیست. این یک قسم هست و می شود اینطور باشد، اما ثبوت می شود بر خود فرد هم باشد. ایشان می گوید نمی شود لعدم تعقل کونها بما هی معدومات مورد الجعل و الاشارة حتی العقلية، این درست. فالوقف فی الاوقاف الخاصة و العامة علی العناوین. این نتیجه چطور بدست آمد؟

در عبارات پائینتر که خیلی صریح است می فرمایند: والفرق بینهما (در عامه و خاصه) أن الوقف العام علی عنوان عام كالفقراء و السادة و الخاص علی عنوان خاص كالذرية و الاخوة و الخالات و نحوها که دیروز گفتیم. این هم تصویر روشنی ندارد. و لا یعقل جعلها للأفراد حقیقتاً<sup>۱</sup>. این چیز عجیبی است؟ شما معدومات را گفتید نمی شود، اما جعل برای افراد چرا نمی شود؟ من جعل کنم بر زید و بعدش بر عمرو و بعدش بر بکر همینطور للتالی.

البته ممکن است افراد قابل إحصاء نباشند لذا مجبور باشیم بر عناوین بما هی حاکیات قرار بدهیم. یعنی من وقف می کنم بر اولاد، عنوان اولاد را می آورم وقف بر اشخاص اولاد است نه بر عنوان اولاد.

فقط یک نکته در اینجا وجود دارد که ما احتمال می دهیم که نسبت به افراد که ایشان صراحتاً نفی کرده لذا نمی توان توجیه کرد اما آنجایی که ایشان می فرمایند که إما الجعل للعنوان أو علی العنوان. للعنوان وقف برای عنوان باشد، علی العنوان وقف برای عنوان حاکی از محکیات باشد. ما عبارت ایشان را برای خودمان اینطوری درست کردیم. ما به دلیل این که مجبوریم در غیر محصور از عنوان استفاده کنیم، ولی عنوان حاکی از محکیات است، نه اینکه خود عنوان وقف باشد. منتهی ایشان بالا می فرماید اصلاً لا یعقل جعلها للأفراد حقیقتاً. من نمی دانم چرا. البته در گفتگو با حضرت امام ره اصرار نداریم که بگوئیم ایشان حتماً این کلامی را که نادرست است فرموده اند.

به نظر ما حق مطلب این است که وقف بر عنوان ثبوتاً معقول است منتهی قبلاً مفصل بحث کردیم وقف بر عنوان اگر شخص حقوقی نشود حاکی می شود از معنوناتش. یعنی وقف بر معنونات می شود لباً، بر آحاد می شود یا جمعیتی که محکی عنوان باشند مثل طبقه عن طبقه مثلاً. والا اگر می خواهید وقف بر کلی ای باشد که اینها مصرف باشند باید وقف بر خود عنوان کنید بطوری که شخصیت حقوقی باشد.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۹۴/۱۹۳

بنابراین انکار این سخن که وقف بر شخص ممکن باشد درست نیست. می شود وقف بر شخص بشود به نهج واجب معلق برای آنهایی که واجب معلق را قبول دارند. ما واجب معلق در وجوب را قبول نداریم در ملکیت را در بحثهای سابق خیلی اشکال نکردیم. به نهج واجب مشروطی هم می شود. وقف کنیم بر آن زید آتی ای که به دنیا می آید عند تحقیقه و ثبوته و تولده در عالم خارج. این هم می شود. این هیچ اشکال ثبوتی هم ندارد.

### نتیجه رد فرمایشات حضرت امام ره

بنابراین هیچ نیاز به تمام این بحث ایشان نبود. چون اولاً ربطی به بحث ما ندارد. حتی بحث حاکم که بحث سوم است و انشاء الله جلسه بعدی بحث می کنیم اگر با عنایات ایشان درست باشد و کبرای کلی اش قابل تطبیق باشد، فرقی بین عنوان و فرد نمی کند. باید مصالح توسط حاکم حفظ بشود چه نسبت به افراد آتی که نیامدند باشد و چه نسبت به عنوان آتی باشد. فرقی ندارد. لذا این بحث در اینجا واقعا ذی مدخل واقعا نیست، حالا ایشان یک تحقیقی اعم از اینکه درست یا نادرست بیان داشتند، ولی واقعا ذی مدخل نیست.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۷۸۴	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۷۸۵	موانع فروش وقوف خاص یا عناوین مخروبه
۷۸۵	مانع اول: ادعای اجماع
۷۹۰	عدم وجود اجماع در مقام بر منع
۷۹۰	مانع دوم: استدلال به روایت ابی علی بن راشد
۷۹۰	سند روایت
۷۹۱	مضمون روایت
۷۹۳	دقت امام ره در روایت (تمسک به عموم و اطلاق معا)
۷۹۴	استثنائی از فرمایش امام ره
۷۹۵	علت انصراف روایت از وقف مخروبه
۷۹۵	تفصیل امام ره بین مقام تعلیم و مقام افتاء
۷۹۶	قرائن امام ره بر مقام افتاء بودن روایت و عدم جواز تعمیم

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام ره درباره مسوغات بیع اوقاف خاص یا عناوین عامی مانند فقیر بود. در جلسات گذشته عرض شد که لازم است این مسئله از دو جهت بررسی شود هم از جهت وجود مقتضی و هم از جهت عدم مانع.

چهار تقریب برای اثبات مقتضی بیع، بیان شد. ما فی الجمله هم تقریب مرحوم آخوند و مرحوم نائینی را پذیرفتیم و هم تقریب محقق اصفهانی را، و معتقدیم که این تقاریب می توانند اقتضاء را برای بیع ثابت کنند که اگر موانع وجود نداشته باشد کسی که حق بیع دارد چه موقوف علیهم و چه حاکم یا متولی می توانند وقف را عند الخراب بفروشند.

## موانع فروش وقوف خاص یا عناوین مخروبه

جهت دوم بحث، بررسی موانع است. مرحوم شیخ بحث موانع را در صفحه ۳۵ و صفحه ۶۱ جلد چهارم مکاسب بیان می کند. در صفحه ۶۱ می فرمایند مانع از بیع یا اجماع است یا تعبیر «لا يجوز شراء الوقف» است که در خبر اُبی علی بن راشد وارد شده است، یا «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» است بر اساس اینکه حق واقف است و یا استصحاب. البته استدلالی نیز ایشان مطرح کرده است که خواهد آمد. بحث ایشان در اینجا در صورت اول است یعنی جایی که عین موقوفه خراب شود بطوری که امکان استفاده از آن نباشد. در مجموع مرحوم شیخ موانع را منحصر در این چند مورد می داند که می فرمایند همه اینها مندفع است.

در این جلسه به بررسی هر یک از این موانع می پردازیم:

## مانع اول: ادعای اجماع

اما اینکه اجماعی بر منع باشد ثابت نیست. مرحوم شیخ در اول بحث، کلمات قوم را مفصل نقل می کند، و انصافش این است که ما چنین اجماعی بر منع بالمره نداریم. در صفحه ۳۸ به بعد در همین مجلد مرحوم شیخ بحث می کند، می گوید کلمات فقهاء مختلف است. بعضی مثل مرحوم ابن ادریس و ظاهر کلام مرحوم ابن براج این است که حق فروش در وقف مؤبد مطلقاً حتی عند الخراب وجود ندارد. مرحوم

ابن ادریس به این مطلب تصریح کرده است. مرحوم شهید اول در کتاب دروس می فرماید که کلام ابن ادریس نادر است ولی قوی است.<sup>۱</sup>

ما قبلا عبارت ابن ادریس را خوانده بودیم. عبارت ایشان ناظر به کلام شیخ مفید است، مرحوم مفید برای بیع وقف مواردی را تجویز کرده بود. در یک جا فرموده بود که اگر ادرّ باشد و منفعت بیشتر داشته باشد می توانند بفروشند. گرچه ممکن است صدر و ذیل کلام ایشان مقداری با هم تهافت داشته باشد چون بعد می فرماید بعد از اینکه وقف تمام شد و اقباض شد دیگر نمی توانند بفروشند، ولی در صدر عبارت در چند مورد فروش را تجویز می کنند.

مرحوم ابن ادریس بعد از اینکه این کلام مقنعه را نقل می کند در مقام مخالفت با ایشان می فرماید: والذی یقتضیه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقبیضه لا یجوز الرجوع فیه و لا تغیره عن وجوهه و سبله و لا بیعه سواء کان بیعه ادرّ علیهم أم لا، که اشاره به کلام مرحوم شیخ مفید است، چه بیع برای آنها ادرّ باشد و چه نباشد. و سواء خرب الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة من سلطان و غیره أو یحصل بحیث لا یجدی نفعا أم لا». در این صور فرقی نمی کند که کسی باشد که این وقف مخروبه را عمارت کند و یا نباشد چنین فرقی نمیکند بین صورتی که خراب بشود و هیچ نفعی نداشته باشد و یا نه، در همه صور فروش جائز نیست.

ایشان در این قسمت ادعای اجماع نکرده است اما در وقف موبد ایشان میفرماید که این نظر اجماع فقهاء است. منتهی نقل این اجماع علی الظاهر صحیح نیست. هم قبل از مرحوم ابن ادریس کسانی مانند شیخ مفید در مقنعه و مرحوم شیخ طوسی هم بعد از ایشان مکرر بالتصریح مواردی از بیع را اجازه داده اند. بنابراین اینکه ایشان می گوید در وقف مؤبد همه گفته اند بیع جائز نیست و اجماع است کلام درستی نیست.

<sup>۱</sup> الدروس الشرعية في فقه الإمامية؛ ج ۲، ص: ۲۷۹

بله مرحوم شیخ نظر مرحوم ابن ادریس را آورده است که می فرماید اینکه خلاف است در جواز بیع عین موقوفه، در فرض وقف غیر مؤبد است، یعنی در منقطع و مانند آن، اما در وقف مؤبد بلا شبهة اجماع هست بر عدم جواز بیع بلا خلاف بین اصحابنا. البته مرحوم شیخ می فرماید: «و فيه نظر يظهر مما سیأتی من ظهور اقوال کثیر من المجوزین فی المؤبد» که در وقف مؤبد هم در صوری بیع وقف جائز است.

بعد فرموده اند: «و حکى المنع مطلقا عن الاسکافی و فخر الاسلام ایضا». اصل این نقل را مرحوم تستری در مقابیس الانوار از مرحوم اسکافی و فخر الاسلام آورده است و بر اساس آن مرحوم شیخ می فرمایند «حکى...». مرحوم شیخ برای مرحوم تستری احترام بسیاری قائل است. ایشان هم عصر مرحوم شیخ و کمی مقدم بر ایشان است و فرد مدققى بوده است.

مرحوم شیخ عبارت اسکافی را هم می آورد البته اصل عبارت ابن جنید را ما نداریم، معمولاً بر اساس نقلهای کتاب مختلف و امثال آن به نظر وی پی می بریم. ظاهراً کتاب مرحوم ابن جنید در دست مرحوم علامه بوده است که اینها را نقل کرده است، الان اصل کتاب موجود نیست، گرچه بعضی ها فتاوی ابن جنید را از کتاب مختلف و امثال آن جمع کرده اند و بصورت مستقل چاپ کرده اند.

مرحوم شیخ کلام مرحوم اسکافی را از کتاب مختلف و کلام فخر الاسلام را از کتاب ایضاح نقل می کند و می فرماید هر دوی اینها در صوری بیع را تجویز کرده اند. پس معلوم می شود حکایت مرحوم تستری هم از اسکافی و فخر الاسلام درست نیست. مثلاً فخر الدین در ایضاح می فرماید و الاصح عندی جواز بیعه و صرف ثمنه فی المماثل ان امکن و الاففی غیره.<sup>۱</sup> تصریح کرده است که و الاصح عندی جواز بیعه.

البته از لحاظ اسناد دقت کنید که در بالا تعبیر فخر الاسلام داشت و اینجا فخر الدین دارد. فخر الاسلام شاید فرد دیگری باشد از شاگردان فخر الدین. چون در مفتاح الکرامه گاهی وقتی می گوید فخر الاسلام، ما

<sup>۱</sup> ایضاح الفوائد ۲: ۴۰۷.

آن عبارتی که ایشان می گوید را گاهی در ایضاح پیدا نکردیم. لعل فخر الاسلام اشاره باشد به کسی که شاگرد فخر الدین بوده و مثلاً کلمات او را نقل می کرده است.

مرحوم تستری می گوید فخر الاسلام مرحوم شیخ گمان کرده است که مراد فخر الدین پسر مرحوم علامه است، و عبارت ایضاح الفوائد که شرح قواعد علامه است را آورده است. لذا ممکن است این درست نباشد. هر چند اهمتی زیادی نیز ندارد. فقط از این باب بیان شد که زمانی دنبال عبارت فخر الدین و فخر الاسلام در کلام مفتاح الکرامه گشتیم به نظر آمد ممکن است این دو یکی نباشند.

اینها هر دو تصریح کرده اند که در مواردی بیع جائز است، پس آن نسبتی که مرحوم تستری می دهد درست نیست. قول دومی نیز که ایشان نقل می کند که خروج از عموم المنع در منقطع فی الجملة آن هم در کلام ابن براج و دیگران هست.

آن چیزی که الان بحث اصلی ما است جواز بیع در وقفهای مؤبد است، که آیا در وقف مؤبد می شود عین موقوفه وقتی خراب شد فروخت؟ اینجا آن ثالثی است که مرحوم شیخ در صفحه ۴۳ فرموده است. الثالث یعنی خروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز فی المؤبد فی الجملة.

در اینجا افراد متعددی قائل به جواز شده اند. مرحوم شیخ مفید که عبارتش را قبلاً مکرر خواندیم. مرحوم سید مرتضی نیز در انتصار می فرماید: و قال فی الانتصار علی ما حکى عنه و مما انفردت الامامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا یجدى نفعا جاز لمن هو وُقف علیه بیعه و الانتفاع بثمره. و أن ارباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بیعه (که مجوز دیگری برای بیع است)، و لا یجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة. بعد مرحوم سید مرتضی إحتج باتفاق الامامية ثم ذکر خلاف ابن الجنید و رده بگونه مسبوقا و ملحوقا بالاجماع. این فرمایش سید مرتضی ره است که می فرماید ابن جنید فرمایشی کرده که هم قبلش اجماع بوده و هم بعدش اجماع بوده بر جواز، لذا منع او وجهی ندارد.



البتة ایشان تعبیر تندی نیز دارد، می فرماید: و أنه إنما عوّل في ذلك على ظنون له و حسابان و اخبار شاذة لا يلتفت الي مثلها.

بعد در ادامه میفرماید که هم فقر شدید و هم نیاز شدید ، مجوزات بیع وقف هستند.

مرحوم شیخ طوسی فرموده: قال في المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، در مواردی موقوف علیهم می توانند بیع کنند، و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب... انتهى. که الان بحث ما این است، جواز بیع وقف عند الخراب از موارد تصریح مرحوم شیخ طوسی در مبسوط است. البتة حاجت ارباب وقف و مانند آن نیز بحثهای دیگری است. بعد از انتهی مرحوم شیخ انصاری فرموده: ثم احتج على ذلك بالاخبار، شیخ طوسی به اخبار هم احتجاج کرده است.

کسانی که مکاسب را تصحیح کرده اند به یک نکته ای توجه داده اند، گفته اند در مبسوط ذیل این کلام، احتجاج به اخبار نیست. می گویند ظاهراً ناشی از مسامحه ای است که صاحب جواهر داشته که آنطور گفته است، و ظاهراً مرحوم شیخ نیز بر اساس نظر جواهر این را فرموده است. و لکن مرحوم شیخ طوسی در خلاف بعد از این که این مطلب را گفته به اخبار تمسک کرده است. بنابراین، اینکه فرموده اند اینجا کلام مبسوط را نقل کرده اند و فرموده اند ثم احتج بعد ذلك بالاخبار، این ظاهراً درست نیست. البتة این مطلب مهمی نیست حاشیه بحث است.

مرحوم سلار هم فیما حکى عنه فرمودند: و لا يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التي وقف فيها أو يتغير الحال<sup>۱</sup>. بعد در تغیر احوال گفته آنجاهایی که خراب حاصل می شود، یا حاجت شدید باشد یا به نحوی باشد که هیچ نفعی نداشته باشد، می توانند بیع کنند.

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۴، ص: ۴۵/۴۶

کلام ابن زهره هم هست که من دیگر نمی خوانم. مرحوم شیخ موارد کلمات فقهاء تا زمان محقق ثانی و بعد از آن را آورده، از جمله محقق صاحب شرایع، علامه و دیگران را که اینها عند الخراب تجویز کرده اند.

## عدم وجود اجماع در مقام بر منع

بنابراین اگر کسی می خواهد در مقابل اقتضاء برای بیع به اجماع منع تمسک کنند، با وجود این اقوال ما اجماعی بر منع نداریم.

## مانع دوم: استدلال به روایت ابی علی بن راشد

اما روایت علی بن راشد؛ که تعبیر «لا یجوز شراء الوقف» در آن وارد شده است. برخی به اطلاق این عبارت استدلال کرده اند و گفته اند در هیچ صورتی نمی توان وقف را خرید و طبیعتاً نمی شود آن را فروخت، و این اطلاق محکم است، و در واقع این مانع است.

مرحوم شیخ می فرماید: این عبارت انصراف دارد بغیر هذه الحالة. و ممکن است اشکال شود وجه انصراف بغیر هذه الحالة چیست؟

## سند روایت

این روایت هم در کافی وارد شده و هم در من لا یحضره الفقیه. روایت کافی چنین است: محمد بن یعقوب عن محمد بن جعفر الرزاز عن محمد بن عیسی (که ابن عبیده یا عبیدی است) عن ابی علی بن راشد، قال: سئلت ابا الحسن علیه السلام قلت جعلت فداک اشتریت ارضا الی جنب ضیعتی بالفی درهم فلما وقّرت المال خُبرت أنّ الارض وقفٌ. فقال: لا یجوز شراء الوقوف و لا تدخل الغلة فی ملکک، إُدفعها الی من اوقفت علیه. قلت لا اعرف لها ربا؟ قال تصدق بغلتها.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> الکافی (ط - دار الحدیث)؛ ج ۱۳، ص: ۴۱۸/۴۱۷ و سائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۱۸۵

مرحوم صدوق هم این روایت را نقل کرده است. منتهی در مشیخه سند را به محمد بن عیسی می رساند و در طریق مرحوم صدوق به محمد بن عیسی، محمد بن جعفر رزاز نیست. بلکه طریق ایشان این که رویت عن ابی عن سعد بن عبدالله عن محمد بن عیسی. لذا روایت صدوق بلا شبهه صحیح است. البته ما در این روایتها تشکیک نمی کنیم و اینها را معتبر می دانیم. آنهایی هم که اهل تشکیک هستند و دنبال وثوق راوی می گردند، آن روایت فقیه بدون هیچ شبهه ای معتبر است.

در محمد بن جعفر رزاز که در طریق کلینی هست بحثی کرده اند، می گویند توثیق صریح نشده است. ولکن جزء مشایخ کلینی و برخی دیگر از بزرگان بوده، لذا از این جهت هم می گویند شواهد بر وثوقش هست. و حتی اگر این نیز نباشد روایت صدوق به همین مضمون هست، لذا از حیث سندی بحثی ندارد. ما نیز که نیازی به این توثیقات نداریم چون هم روایات کتب من لا یحضر مرحوم صدوق را حجت و معتبر می دانیم و هم کافی مرحوم کلینی را.

## مضمون روایت

نسبت به مضمون روایت مرحوم امام رحمة الله علیه دقت خوبی دارند هم به لحاظ مضمون روایت و هم به لحاظ متن روایت. در کتاب بیع حاشیه ای از ایشان نقل کرده اند، که آنجا ایشان گلایه می کنند که این روایت خیلی اختلاف نسخه دارد، و عجیب است که حتی در متاجر شیخ (حالا در یک نسخه در متن است یا در نسخه بدلش) وفرت را عمّرت گفته است. بعد یک کسی در مقام جواب به استدلال به اطلاق این گفته این اطلاق ندارد چون راجع به عمارت است نه توفیه مثلا. بعد امام ره می فرماید اصلا هیچ یک از نسخه بدلهای کتب حدیث عمّرت ندارد. این عمّرت را از کجا آورده اند؟ ظاهرا اشتباه ناسخین بوده است. آنوقت ایشان گلایه ای می کند که شاید گلایه به حقی هم هست، می فرمایند: این شیوه معروف قدماء که استادان و شاگردان متون روایات را برای هم می خوانده اند، بعد از توسعه فقه و اصول دیگر ادامه نیافت و دیگر این کار را نمی کنند و تعبیر تأسف آمیزی می کنند که این از بین رفت و حیف است. و آنوقت این اشکالات پدید می آید. چون اختلاف نسخه ها وجود داشته، و این اختلاف نسخه ها اثرگذار است. مثلا

وَقَرَّتْ يَكْجَائِي تعبير وزنّت دارد، یا وفیت. که حالا اینها همه اش اثر خاصی در این جهت که مال را تأدیه کرده است ندارد. یا مثلاً اینجا وقوف دارد، بعضی جاها وقف دارد. ممکن است این الوقوف که الف و لام روی جمع آمده، تأثیری در عموم داشته باشد که الوقف ندارد. لذا اینها فی الجمله اثرگذار است. یا تعبیر اینجا «فی ملکک» است درحالی که در بعضی نسخ «فی مالک» دارد. لذا اختلاف نسخه اینجا زیاد وجود دارد.

در هر صورت مفاد همین متن موجود این است که: ابی علی بن راشد خدمت امام علیه السلام می رسد می گوید من ضیعه ای دارم کنارش زمینی بود زمین را خریدم، وقتی پول را دادم به من گفتند که این وقف است. حالا سؤال این است که چکار کنم؟ امام علیه السلام فرموده است که فروش وقف جائز نیست. لب لا يجوز شراء الوقف این است که خرید تو بی فایده است. غله ای هم که از آن به دست می آوری در ملک و مال خودت داخل نکن و اینها را برگردان الی موقوف علیهم، ضمیر إدفعها هم به غله بازمی گردد و هم به زمین، إدفعها الی من اوقفت علیه. زمین را یا این غله را برگردان به کسی که بر او وقف شده است. ابی علی بن راشد می گوید که به امام علیه السلام عرض کردم که من موقوف علیهم را نمی شناسم، امام علیه السلام فرمودند تصدق بغلتها. در مباحث قبل در جائی که ما موقوف علیهم را شناسیم نیز حکم همین شد که باید از طرف آنها تصدق کنیم.

آن چیزی که الان در اینجا محل بحث است این است که: اطلاق لا يجوز شراء الوقف اطلاقش جلو بیع وقف را کلاً می گیرد. در واقع خواسته اند به عموم کلمه «الوقف» تمسک کنند که عمومش جلوی بیع وقف را بالعموم گرفته نه بالاطلاق. البته اگر الوقف بود باید به اطلاق تمسک می کردند، اما چون در این نسخه «الوقف» آمده می توانند به عمومش تمسک کنند.

## دقت امام ره در روایت (تمسک به عموم و اطلاق معا)

امام ره اینجا یک دقت خیلی خوبی کرده اند، فرموده اند بله اگر نسخه همین باشد الف و لام الوقوف دال بر عموم است. منتهی شما به عمومش نمی خواهید تمسک کنید. چرا؟ چون عموم برای تسریه حکم به همه افراد است. الان ما نمی خواهیم فردی را بالمره از تحت عموم خارج کنیم. بلکه می خواهیم حالی از احوال یک فرد را بیرون کنیم. یعنی ما اوقافی داریم، این اوقاف دو حال دارند، یک حال عمران دارند، که شما که نمی خواهید آنها را بیرون کنید، یک حال خراب دارند، شما می خواهید جواز بیع را در حال خراب این فرد ثابت کنید. پس شما دارید به اطلاق فرد تمسک می کنید نه به عمومش. البته عموم هم باید باشد، اما نه اینکه به عموم دارید تمسک می کنید تماما. عموم برای تسریه به همه کثرات است. این البته باید باشد. بعد در هر فردی باید به اطلاقش تمسک کنید برای اینکه عند الخراب هم نمی شود فروخت.

**سؤال:** احوال می توانند افراد باشند؟

**جواب:** به صورت عادی که نمی تواند باشد مگر چیزی که خواهیم گفت. ولی احوال افراد نیستند. زید دو حال دارد، حال ایستاده و نشسته، آیا این دو فرد است؟ نمی شود بگوئیم که دو فرد است. به نحو طبیعی واقعا احوال، احوال هستند و مکث و مفرد نیستند و فرد درست نمی کنند، و فرمایش امام ره واقعا درست است.

البته این را هم باید توجه کنیم اینطور که من یادم هستم امام ره دائما می فرمایند که ما نمی خواهیم به عموم تمسک کنیم. ولی به عموم باید تمسک کنیم برای اینکه همه افراد را شامل بشود، بعد می گوئیم در کل فرد هم باید به اطلاقش تمسک کنیم تا تمام احوال یک فرد را شامل بشود، چه عند الخراب و چه عند العمران. لا يجوز شراء الوقف، یعنی لا يجوز بيعه طبیعتا. اگر کسی می خواهد به اطلاق منع خبر ابی علی بن راشد تمسک کند به این معنا اطلاق درست است، به عموم به صرفه نمی تواند.

## استثنائی از فرمایش امام ره

منتهی یک نکته ای وجود دارد که استثناء بر فرمایش امام ره است. مرحوم شیخ هم در استصحاب و هم در مکاسب این بحث را مطرح کرده اند که در مواردی جای تمسک به عموم عام است یا به استصحاب مخصص. یعنی اگر ما یک عمومی داشتیم، یک فردی از تحت عموم بیرون رفت. بعد در حال دوم یعنی بعد از مدتی شک کردیم که آیا در این حال هم هنوز فردی که خارج شده خارج از عموم است یا نه. اینجا جای تمسک به عموم عام است که بیائیم عام را تثبیت کنیم یا جای بقاء حکم مخصص است که هنوز خارج باشد از تحت عام. این را بحث کرده اند. آنجا مرحوم شیخ دو وجه بیان می کند، که مرحوم آخوند می گوید باید چهار وجهش کنید. هم در عموم عام باید نگاه کنیم که آیا به لحاظ زمان استمرار دارد یعنی یک حکم مستمر است، یا احکام متعدد است. و هم در فرد باید ما لحاظ کنیم که در فرد آیا زمان مکرر است یا نه.

در بعضی از احکام ممکن است زمان مکرر باشد، یعنی کل فرد در هر زمانی یک فرد است. یا به لحاظ احوال متکثر باشد، یک طوری باشد که احوال مکرر این فرد باشند. آنوقت به عموم عام تمسک می کنیم. اما اگر حکم به نحوی است که برای این فرد بالاستمرار ثابت است. یعنی لسان حکم این است، تکثیری در آن وجود ندارد. جای عموم عام نیست باید استصحاب حکم مخصص کنیم.

اینجا هم باید به امام ره عرض کنیم که شما که می فرمائید که جای عموم نیست و جای اخذ به اطلاق است، که البته حق با ایشان است، لسان ادله عموماً اینطوری است که احوال عارض فرد می شود، اینطور نیست که برای یک فرد در زمان مرتب تکثیر کنند یا حالات مختلف باشد. اما ثبوتاً ممکن است که در مواردی نگاه به فرد در طول زمان متکثر باشد یا احوال او را متکثر کند. مثلاً اگر ده تا حال در روز پیدا می کند گوئی به لسان ادله این در واقع مثل ده تا فرد برای عموم عام می ماند. اگر اینطور شد دیگر فرمایش امام ره درست نیست. یعنی برای منع کافیت به همان عموم الوقوف تمسک کنیم.

حالا اگر این هم نباشد، عموم را تثبیت می کنیم، به اطلاق فرد نسبت به حالات می توانیم منع را تثبیت کنیم. پس روایت لا يجوز شراء الوقوف به حسب ظهور اولی اش به صورت مطلق از بیع وقف منع می کند. منتهی دو نکته اینجا هست:

## علت انصراف روایت از وقف مخروبه

یکی فرمایش مرحوم شیخ است، که می فرماید این روایت منصرف است. عده ای از وجه انصراف پرسیده اند. وجه انصراف روایت این است که این روایت ظاهرا مربوط به زمانی است که وقف عامر است و غله دارد و لذا امام علیه السلام می فرماید این غله را بده به خود صاحبانش یا همراه زمینش به موقوف علیهم برگردان. یعنی ظاهرش در مقام بیان حکم این وقف عامر است که لا يجوز شراء الوقوف.

مگر اینکه کسی بگوید که این ظاهر عبارت حضرت القاء یک قانون کلی است که لا يجوز شراء الوقوف و لذا اطلاق دارد.

به نظر می آید حرف مرحوم شیخ بعید نیست که یک انصرافی داشته باشد از این مورد. چون باید ثابت کنید که در مقام بیان است.

البته ما به تبع مرحوم آخوند و عده ای دیگر در محل شک در مقام بیان بودن اصل را بر در مقام بیان بودن می دانیم. برخلاف جاهای دیگر که اصل عدمی جاری است در اصول عقلائی، این اصل را می گوئیم در مقام بیان است. چون به نظر می آید اگر این را نگوئیم اطلاقی در عالم ثابت نمی شود. بنابراین اگر شک کنیم که در مقام بیان هست یا نه؟ اصل بر بیان است.

منتهی انصراف متضمن این ادعا است که اصلا واضح است در مقام بیان چیز دیگری است.

## تفصیل امام ره بین مقام تعلیم و مقام افتاء

مرحوم امام باز یک نکته قابل توجه دیگری در ذیل این روایت مطرح کرده اند. نکته ایشان یک قالب کلی است. می فرمایند: اینکه وقتی سائلی خدمت امام علیه السلام می رسد و سؤالی می کند با اینکه سؤالش

ممکن است جزئی باشد اما ما از آن یک حکم کلی می فهمیم برای این است که ظهور حال سائلی که از اصحاب جلیل القدر امام علیه السلام است یا نحوه سؤال که می گوید رجل کذا، نمی خواهد یک حادثه مبتلابه را بحث کند. سائل می گوید رجل اشتری کذا یک رجل فرضی را دارد می گوید مثل رجل مقدرة الوجود در قضایای حقیقیه، به این نحو سؤال می کند. لذا وقتی جواب امام علیه السلام مثلا این باشد که لا یجوز شراء الوقوف، می گوئیم این جواب نیز کلی است و انحصاری به مورد سؤال ندارد. اصلا مورد سؤال مورد خاصی نبوده است. یا یک سائلی بوده که نحوه سؤالش می رسانده است که سؤال از کلی می کند یا سوال از فرد مقدرة الوجود است که می تواند شامل هر فردی شود.

اما در مواردی وقتی سائل سؤال می کند اماراتی در خود روایت وجود دارد که سائل محل ابتلاش بوده است که سؤال کرده است. اینجا ما نمی توانیم از آن کبرای کلی بفهمیم. (و این را من اضافه می کنم در کلام امام ره نیست) سائلی که یک ابتلاء بالفعل داشته سؤال کرده لعل نکات دیگر خاصی بوده که آن هم در کنار این سؤال بوده، لذا مورد خاص است و تعمیم از این مورد خاص به عموم مشکل است.

### قرائن امام ره بر مقام افتاء بودن روایت و عدم جواز تعمیم

مرحوم امام در اینجا قرائنی می آورند برای اینکه اینجا مورد خاص است:

از جمله اینکه سؤال ابی علی بن راشد این است که واقعا ضیعه ای داشته و در کنارش زمینی بوده وقف از کار درآمد بوده، پول را تأدیه کرده بعد فهمیده وقف است، و همه اینها کاشف از این است که این حادثه مبتلا به برای ابی علی بن راشد است.

در ادامه ایشان می فرمایند خیلی بعید است که ابی علی بن راشد نداند که وقف را نمی شود فروخت. بحث ایشان برای این است که ثابت کنند اصلا لا یجوز شراء الوقوف آن جمله مورد تأکید در روایت نیست. این مبین حکمی نیست که مورد سؤال سائل بوده است. چون بعید است در زمان ابی علی بن راشد این حکم واضح شرعی اسلامی که وقوف را نمی شود فروخت اصلش مورد شک بوده، که امام علیه السلام به



این آقا بفهماند که لا يجوز شراء الوقوف. لذا برای این اصحاب واضح بوده لا يجوز شراء الوقوف. سؤال در واقع از نکته دیگری است. چون صاحب این مال را نمی دانسته که می گوید لا اعرف لها ربا، امام می فرماید تصدق بغلتها. البته این یک حکم دیگری است.

پس به این قرینه، و به قرینه اول که یک حکم مبتلابه بوده است، ما نمی توانیم بگوئیم ترک استفصال در این روایت کاشف از اطلاق است.<sup>۱</sup> ترک استفصال در آن روایتی که راوی به نحو کلی و فرضی می پرسد که امام علیه السلام در آن مورد فرضی استفصال نمی دهد مانند اینکه این آقا که این را خریده چطور خریده است. می گوئیم ترک استفصال کاشف از این است که مطلقا نمی شود فروخت. اما اگر مورد جزئی است، ترک استفصال در جزئی معنا ندارد. مورد جزئی یک مورد خاص بوده است، و در این مورد خاص نمی شود بگوئیم ترک استفصال کاشف از این است که شراء نمی شود کرد. البته ممکن است شما بگوئید که در این مورد امام علیه السلام داشته می دیده که عامر است، لذا وقف عامر ملحوظ او بوده است. ترک استفصالش تعمداً و تأکیداً بر اینکه این را می دانسته امام علیه السلام و اعتماد کرده بر این علمش که عامر است لذا فرموده نمی شود فروخت. ترک استفصال در اینجا نمی گوید که بنابراین لا يجوز شراء الوقوف چه عامر باشد چه نباشد. فرض کنید ملکی است جلو چشم امام، سؤال می کند این ملک من است و من این را خریده ام بعد وقف از کار درآمده است، اینجا نمی شود بگوئیم ترک استفصال چون لازم نیست که امام اینجا به ترک استفصال عنایت داشته باشد که از ترک استفصال اطلاق بفهمم. امام علیه السلام ممکن است اعتماد کرده اند به همینکه این عامر است آنوقت در عامر لا يجوز شراء الوقوف.

حرف امام ره این است که مصب استدلال در اینجا متوقف بر این است که سؤال سائل در بستری باشد که ربطی به خودش ندارد و فرض عالم خارج است، این ترک استفصال دلیل می شود. اما در جایی که یک مورد مبتلابه روشن دارد، ممکن است خصائص این مورد، مد نظر امام علیه السلام بوده است. در این مورد

۱- امام ره به تبع برخی مثل میرزا مهدی اصفهانی و واقعه فی ذلک السید السیستانی بین مقام تعلیم و مقام افتاء تفصیل می دهند.

مفروض، امام علیه السلام فرموده اند لا يجوز شراء الوقوف، نه اینکه در همین مورد مفروض ترک استفصال کشف کند که این مورد لو کان خراباً هم لا يجوز! آیا واقعا لازم است؟! وقتی از یک مورد جزئی که در آن خصائصی هست از امام می پرسند امام باید اینها را بیان کند تا بگوئیم ترک استفصال کاشف از اطلاق است؟ علاوه بر اینکه آن نکته ای که گفتیم که لا يجوز شراء الوقوف اصلا ممکن است در مقام این جهت نباشد، و بلکه آن تصدق بغلتها موضوع اصلی حکم باشد.

بنابراین این فرمایش مرحوم شیخ با این بیان امام ره هم تمام می شود، که روایت منصرف باشد از اینجا، یا بیان حضرت امام که می گوید اصلا جائی برای اطلاق گرفتن نیست.

حالا روی این فکر کنید تا فردا.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۷۹۹.....	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۰۱.....	مانع سوم: تمسک به روایت الوقوف
۸۰۲.....	جواب شیخ ره از مانع سوم
۸۰۲.....	اشکال به کلام مرحوم شیخ
۸۰۳.....	بیان دوم مرحوم شیخ در اشکال به مانع سوم
۸۰۵.....	تقریب سوم شیخ ره در جواب از مانع سوم

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس سره درباره موارد مسوغات بیع وقف بود. بحث فعلا در صورت اول است یعنی جائی که وقف خراب می شود بنحوی که قابلیت انتفاع ندارد مگر اینکه آن را بفروشند و از ثمنش استفاده کنند چون بحث صورت مختلفی دارد که فعلا به این صورت می پردازیم. مرحوم امام ره در متن تحریر می فرمایند: « و لا الانتفاع بها إلا بیعها و الانتفاع بثمنها »<sup>۱</sup>. مرحوم شیخ در کتاب مکاسب نیز صورت اول بحث را همین قرار می دهند.<sup>۲</sup> و سپس صورت دومی را مطرح می کنند که انتفاع دارد ولی به قدری کم است که عرف آن را کالعدم می داند. عده ای دیگر از فقهاء نیز به این صورت پرداخته اند که بحث بعدی ما است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیله؛ ج ۲، ص: ۷۹

<sup>۲</sup> کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ۴، ص: ۶۱

در این صورت اول مرحوم شیخ فرمودند ادله منع بیع جاری نیست، ما مانند بعضی از بزرگان عرض کردیم که اول باید اقتضاء بیع را درست کنیم بعد سراغ دفع موانع برویم. زیرا اگر مانع هم نباشد ولی اقتضاء برای جواز بیع نباشد فائده ای ندارد. از این رو چند جلسه از بحث را به این امر اختصاص دادیم تا اقتضاء را تشخیص بدهیم. نتیجه این شد که علی الظاهر اقتضاء هست. هم اقتضاء ثبوتی مثل ملک یا حق تملیک، و هم اقتضاء اثباتی که اطلاق ادله امضائی مانند «اوفوا بالعقود» و «احل الله البیع» است.

رسیدیم به بررسی ادله منع. مرحوم شیخ بحث موانع را در دو جا مطرح فرمودند: یکی صفحه ۳۱ از جلد چهارم از مکاسب و دیگری هم صفحه ۶۱ از همین مجلد. یکی از موانع اجماع است که جلسه گذشته آن را بررسی کردیم و عبارات را خواندیم، روشن شد چنین اجماعی بر منع بیع وقف باطلاق وجود ندارد. وقتی وقف عامر است و مسوغاتی مثل نیاز و اضطرار نیامده، اجماع بر منع وجود دارد، اما در صورتی که وقف خراب شود چنین اجماعی نداریم. عبارتهایی را خواندیم که تصریح داشتند که عند الخراب یا عند خوف الخراب جواز بیع هست. پس اجماعی در وقتی که منتهی به خراب می شود یا خوف خراب است ثابت نیست.

بحث دوم روایت ابی علی بن راشد بود که در جلسه گذشته متن آن خوانده شد و عرض شد که مرحوم امام ره نکاتی را ذیل این روایت بیان کردند که انصافاً نکات خوبی است مرحوم شیخ این روایت را منصرف از موارد خراب دانستند که بعید هم نیست. به دلیل اینکه روایت خاصه است، همانطور که امام ره تحلیل کردند و تحلیل جالبی هم بود ظاهر صدر تا ذیل روایت این است که فرض سوال مورد ابتلاء سائل بوده است، نه اینکه از مواردی باشد که شاگردان ائمه علیهم السلام از ایشان سؤال شرعی یعنی جعل کلی الهی می پرسیده اند و سوال را به صورت پرسشی فرضی مطرح می کردند که رجل کذا و کذا و امام علیه السلام نیز جواب می دادند. حتی اگر در آن موارد جواب امام در مورد سؤال نیز باشد ولی از آن کلیت فهمیده می شد. در حالی که روایت ابی علی بن راشد اینطور نیست. ظاهر تمام روایت از ابتدا تا انتها این است که راوی از فرض مورد ابتلاء خودش سؤال می کند لذا اگر کسی بخواهد در این روایت از جهات مختلفی اطلاق بگیرد روایت باید در مقام بیان از این جهات باشد. در حالی که ظاهر روایت این است که در مقام بیان حل مشکل پدید آمده برای راوی است، نه پاسخ به جواز بیع وقف. گوئی ابی علی بن راشد و دیگر اصحاب در زمان ائمه متأخر علیهم السلام می دانستند که شراء وقف جائز نیست. مشکلشان این بوده که ارباب این وقف مشخص نیستند. امام علیه السلام فرمود باید هم ارض را و هم غله اش را به ایشان برگردانید و حال که مالکان این وقف یعنی موقوف علیهم را نمی شناسیم سؤال این است که با این غله چکار کنیم؟ که امام علیه السلام فرمود تصدق کنید.

پس روایت اصلا در مقام بیان این جهت که لا يجوز شراء الوقف نیست تا اطلاقی داشته باشد که حتی در وقت خراب هم این حکم هست. حتی به ترک استفصال هم نمی توان تسمک کرد زیرا ترک استفصال در جائی است که روایت در مقام بیان باشد و ما احتمال ندهیم که متکلم برای بیان مقصودش بر وضعیت موجود بین خودش و سائل اعتماد کرده است در این صورت است که ترک استفصال می آید.

در جلسه گذشته نکته ای بیان شد که باید آن را اصلاح کنیم. عرض شد که ترک استفصال در مورد خارجی نمی آید. صحیح این است که ترک استفصال در آنجا هم ممکن است بیاید. منتهی نکته ای اصلی در جریان آن که در جلسه گذشته بیان شد این است که در جائی که ممکن است متکلم اعتماد کرده باشد بر جزئیات واقع بین خودش و سائل، دیگر نمی توانیم با تکیه بر ترک استفصال اطلاق بگیریم و بگوئیم هر دو حال را شامل می شود. زیرا شاید علت عدم ذکر برخی از قیود اعتماد بر وجود آن قید در محل بحث یا روشن بودن آن در نزد سائل است. مثلاً در بحث همین روایت، ممکن است امام که فرموده اند «لا يجوز شراء الوقف» فقط مخصوص وقف عامر است اما امام علیه السلام نفرموده اند «لا يجوز شراء الوقف العامر» تا وقف خراب بیرون برود چون مفروض سؤال سائل همین وقف عامر بوده است. از روایت واضح است که وقف عامر بوده چون سوالش از این است که این وقف زمین آبادی است و غله دارد و امام علیه السلام نیز بر همین نکته که بین ایشان و سائل وجود داشته داشته اعتماد کرده و قید را نیاورده اند. لذا ترک استفصال جاری نیست علاوه بر اینکه اصلاً پرسش اصلی درباره حکم وقف نبوده است تا امام علیه السلام تکیه نکند به معلومات راوی در مورد این زمین که زمین عامر است. سوال اصلی از حکم غله در فرض مجهول بودن موقوف علیه است و امام علیه السلام در مقام بیان از این حیث بوده اند.

بنابراین قرائن همه نشان می دهد که نمی توانیم از روایت اطلاق بگیریم. حالا یا انصراف مرحوم شیخ را می پذیریم یا بیان مرحوم امام را که آن هم بیانی وافیه است.

## مانع سوم: تسمک به روایت الوقوف

مانع سوم تسمک به روایت «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» است به این بیان که بقاء وقف و عدم جواز فروش آن از مقتضیات وقف است. لذا واقف بر همین اساس وقف را انشاء می کند و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها همین وقفی را که واقف انجام داده به این صورت که لا تباع و لا تورث و لا توهب را امضاء می کند. امام علیه السلام می

فرمایند در شرع اسلام وقف علی ما هی علیه پذیرفته می شود. بنابراین ما حق نداریم وقفی را که به قصد واقف بناست باقی باشد للتالی بفروشیم.

## جواب شیخ ره از مانع سوم

مرحوم شیخ در مقام اشکال به این استدلال می فرمایند عدم جواز فروش وقف از احکام وقف است نه از خصوصیات مأخوذه در وقف، بطوری که الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها بخواهد آن را در وقف تثبیت کند. به تعبیر مرحوم شیخ الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها در مقام تثبیت کیفیات مرسومه در خود وقف است که مراد ایشان شرائط و احوالی است که در خود وقف مأخوذ است. واقف می گوید من این را وقف کردم برای اولادم به این صورت که بین ذکر و انشی به صورت مساوی تقسیم کنید، یا اول برای اولاد باشد و بعد به علماء برسد، اینها کیفیات مرسومه در وقف است. مفاد الوقوف می گوید طبق نظر واقف عمل می شود.

مرحوم شیخ می فرماید عدم جواز بیع از این خصوصیات که واقفین در وقف اخذ می کنند نیست. این جزء احکام وقف است.

## اشکال به کلام مرحوم شیخ

به نظر من این بیان درست نیست. بخاطر اینکه منافاتی ندارد که عدم جواز بیع از احکام وقف باشد ولی واقف نیز بخواهد به نحو شرط اخذ کند. چه مانعی دارد؟ واقف بگوید من وقف می کنم این را به این صورت که حتی هنگامی که خراب شد نیز کسی آن را نفروشد و هیچ وقت از وقف بیرون نرود. چه مانعی چنین شرطی داشته باشد؟

به نظر می رسد در کلام مرحوم شیخ اعلی الله مقامه خلطی صورت گرفته است. ایشان می فرماید: عدم جواز بیع از احکام وقف است و **إن ذکر فی متن العقد**. اگر در متن عقد هم بیاید از احکام است، **للاتفاق علی أنه لا فرق بین ذکره فیه و ترکه**. چون اتفاق وجود دارد بر عدم جواز بیع و شراء وقف، چه واقف در متن عقد بیان کند و چه در متن عقد نیاید، پس عدم جواز بیع، حکم است،

این کلام درست است اما منافات ندارد که آقای واقف بخواهد به نحو شرط هم اخذ کند. و فرقی این است که این اگر حکم باشد ممکن است به حسب روایات تخصیص خورده باشد و اختصاص پیدا کرده باشد به فرضی که عامر است. اما اگر شرط خود واقف باشد و الوقوف هم پشت سرش باشد دیگر نمی توان آن را فروخت.

شما الان الوقوف را دارید جواب می دهید که عدم جواز بیع از احکام است و اخذ نشده در خود متن، و اگر اخذ هم بشود از احکام است. ما می گوئیم چرا نتواند شرط نیز باشد. علاوه بر اینکه حکم هست، شرط نیز شده باشد. فرقی این است که آن حکم دیگر عند الخراب وجود ندارد، ولی آن چیزی که شرط است می تواند باقی باشد والوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها شاملش شود حتی عند الخراب.

پس مقصود این است که اگر ما برای آقای واقف این حق را قائلیم که نحوه وقف در دست اوست که علی الظاهر نیز هست، چون ملک او است، و همانطور که می تواند به انحاء مختلف بفروشد، هبه کند، صلح کند، کیفیت وقفش را نیز می تواند تعیین کند، بگوید من این را وقف کردم که باقی باشد للتالی. و الوقوف هم این را تأیید می کند. فرقی با عدم جواز بیعی که حکم است این است که این شرط به کمک الوقوف تبدیل به حکم می شود. و به نظرم این می تواند مانع باشد.

## بیان دوم مرحوم شیخ در اشکال به مانع سوم

البته مرحوم شیخ عبارتی دارد که خارجا مطلب صحیحی است، و آن این است که نکته ای که واقفین در وقف مد نظر دارند استفاده موقوف علیهم است. واضح است که نمی خواهند مالشان را تضییع کنند می خواهند به موقوف علیهم نفعی برسانند. اگر طبق فرض هیچ نفعی دیگر برای موقوف علیهم ندارد دیگر واقف چه قصدی دارد؟ انصافا واقفی که عاقل باشد نمی آید وقف کند مثلا زمینش یا ساختمانش را برای موقوف علیهم منتهی بعد از اینکه خراب می شود بگوید همینطور باشد تا ضایع بماند. واضح است که کسی به این صورت وقف نمی کند. کسی که از ملک خودش برای به دست آوردن ثواب می گذرد نمی آید چنین تضییعی انجام دهد. و این کلام شیخ درست است.

عبارت مرحوم شیخ در مقام خیلی واضح نیست. آیا این مطلب را از باب اینکه واقفین علی القاعده و علی الاصول بما هو عاقل چنین قصدی نمی کنند می فرمایند یا می خواهد بفرمایند نهاد وقف به این صورت است و عبارت نیست از آن مجعولی که عند الخراب هم هنوز باشد. اصلا نهاد وقف چنین اقتضائی ندارد. نهاد وقف برای استیفاء منافع برای موقوف علیهم است. اصلا این مجعول در عالم اسلام یا مطلق اقوام برای این است که استفاده بشود. لذا نمی توانیم تعیین کنیم عبارت ظهور در کدام محتمل دارد.

می فرمایند: ولو سلم أن المأخوذ فی الوقف إبقاء العین فإنما هو مأخوذ فیه من حیث کون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العین، و المفروض تعذره هنا، چون فرض این است که هیچ فائده ای ندارد.

عبارت «من حیث کون المقصود انتفاع البطون» ظاهرش این است که قصد واقف مقصور به این است. اما جمله اول می سازد با اینکه خود وقف اینطور باشد. می فرمایند: ولو سلم أن المأخوذ فی الوقف إبقاء العین، اگر ما بپذیریم ابقاء العین در خود وقف هم هست، فإنما هو مأخوذ فیه من حیث کون المقصود کذا. ممکن است بگوئیم مقصود شیخ این است که اگر ابقاء العین هم در نهاد وقف باشد، وقف حقیقتش حبس الاصل و سبل الثمره است که اصل این شیء و عین باقی باشد و تسبیل ثمره شود. اگر بپذیریم که مفاد وقف ابقاء عین است، ابقاء عین از حیث استفاده و انتفاع موقوف علیهم است. یعنی نهاد وقف اصلاً مجعول اینطوری است. بنابراین در فرض ما که هیچ فائده ای برای موقوف علیهم ندارد اینجا دیگر نمی آید و این قید اثر نمی کند که بخواهد مانع از بیع شود. و می شود آن را به قصد واقف حمل کنیم. بگوئیم ولو سلم أن المأخوذ فی الوقف إبقاء العین یعنی من حیث قصد الواقف ابقاء العین است. می گوئیم واقف که ابقاء العین را شرط می کند برای استفاده موقوف علیهم است، و الا اگر دیگر هیچ فائده ای برای موقوف علیهم نداشته باشد قصد بقاء بر وقف را ندارد. . علی الظاهر هر دو احتمال ممکن است.

نتیجه اینکه اگر بخواهیم بر اساس قصد واقف بیان کنیم می گوئیم واقف آدم عاقلی است در زمان عدم نفع مطلق، حتما اصراری ندارد که این عین تحت وقف باشد. اگر نهاد وقف را می گویند، می گوئیم آن چیزی هم که در نهاد وقف عقلاً یا شرعاً هست بیش از این نیست که تا انتفاع موقوف علیهم باشد باقی باشد. اگر هیچ انتفاعی نیست منع بالمره برداشته می شود.

پس مانع سوم که عبارت بود از وقوف علی حسب ما یوقفها اهلها هم به لحاظ قصد واقفین و هم به لحاظ نهاد وقف علی الظاهر مانعی در حین الخراب برای بیع درست نمی کند.

در نهایت مرحوم شیخ می فرماید و الحاصل. ایشان دو والحاصل بیان می کنند که به نظر می رسد دومی از آنها والحاصل مصطلح نباشد و خود استدلال جدیدی باشد. اما اولی آنها شاید به نحوی حاصل ما سبق باشد.

«والحاصل ان جواز بیعه هنا غیر مناف لما قصده الواقف فی وقفه» به این جهت که ما بگوئیم خارجاً با توجه به وضعیت واقفین که قصدشان خیر رساندن به دیگران است و انسانهای عاقلی هستند و نمی آیند وقف کنند برای بقاء بر وقف الی التالی حتی در فرض خراب که قرنهای این زمین به صورت خرابه باقی بماند بدون اینکه هیچ استفاده ای از آن داشته باشند. حتماً قصد واقف این نیست.



«والحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذ اجتمع اذن البطن الموجود مع اولياء سائر البطون و هو الحاكم أو المتولى»<sup>۱</sup>.

پس جواز بیع هست، منتهی این وقف کما اینکه الان ملک بطن موجود است مورد ملک یا حق بطون آتی هم هست، پس باید به نحوی ولایت آن بطون لاحق را برای تملیک هم داشته باشیم. حال یا متولی چنین ولایت و سلطنتی دارد یا امر احاله به حاکم شرع می شود. به هر حال به ضمیمه این امر می تواند بیع صورت گیرد. ایشان فرموده اند والحاصل. این و الحاصل دوم است که به نظر می آید واقعا حاصل ما قبل نیست و استدلال جدیدی است و قابل بحث. خدا رحمت کند مرحوم امام ره را، در فقره فقره این عبارتهای مرحوم شیخ که چند مطلب به هم ضمیمه شده است بحثهای جدی و درستی دارند.

## تقریب سوم شیخ ره در جواب از مانع سوم

این والحاصل که تقریب دیگری برای جواز بیع است این است که ما بیائیم مسئله را بشکافیم ببینیم در وقف خراب موقوفه چه کارهایی می توانیم انجام دهیم. می فرمایند سه کار بیشتر نیست:

یا این وقف را به حال خودش رها کنیم تا خراب شود. مثلاً یک مقدار چوب از این خانه وقفی مانده، یا یک مقداری از وسائل این خانه وقفی هست، آهن امروز ارزش دارد و در گذشته چوب ارزش داشته. یا باید بگوئیم هیچ فردی هیچ استفاده ای نکند بگذاریم همینطور بماند تا تلف شود. و یا بگوئیم که بطن موجود استفاده کند و به مقداری که می شود اتلاف کند. یا بگوئیم این چیزی که موجود است را ما تبدیل کنیم و بفروشیم و جای آن یا بخشی از همین وقف را اصلاح کنیم که قبلاً گفته بودیم، یا یک بدلی بگیریم که مشابه همین منافع را داشته باشد، یا ثمنش را بگیریم در جای دیگری صرف کنیم. وجوه مختلف که می شود فرض کرد همین است.

ایشان می گوید پس سه احتمال بیشتر مقابل شما نیست. اما احتمال اول این است که وقفی را که خراب شد رهاش کنیم، می گوئیم این کار تضييع مناف لحق الله، تضييع لحق الواقف، تضييع لحق موقوف عليهم. پس این قطعاً معنا ندارد.

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۴، ص: ۶۱/۶۲

پس معلوم می شود استصحاب منع در حین عمران وقف نیز جاری نیست. چون الان اگر ما استصحاب منع را جاری کنیم مواجه می شویم با عملی نامعقول که تضييع حق خداوند بشود، تضييع حق واقف بشود، تضييع حق موقوف عليهم بشود. هر کدامش کافی است برای اینکه مانع از جریان استصحاب منع شود.

پس یک دلیل برای اینکه نمی توانیم منع موجود در زمان وقف عامر را استصحاب کنیم، همین است که یقین داریم این منع نمی تواند در زمان ثانی باشد.

**سؤال:** تضييع حق الله چه جوری می شود؟ یعنی کار حرامی می کند؟

**جواب:** مرحوم امام ره با یک بیان روشنی وجوه مختلف اینها را بحث کرده اند و همه را اشکال می کنند. که حالا می آوریم و آنها را بحث می کنیم.

جای بحث از استصحاب منع اینجا نیست و باید آن را به صورت مستقل بحث کنیم ولی چون داریم عبارت شیخ را می خوانیم ایشان می گوید استصحاب منع ممنوع است چون یقین داریم منتهی به تضييع می شود لذا جاری نیست. پس یقین داریم منع در زمان ثانی نیست.

البته مرحوم شیخ استدلال دیگری نیز بر علیه استصحاب منع بیان می کنند. می فرمایند چون این منعی که قبلا بود در ضمن وجوب عمل بمقتضای وقف بود حالا که این مقتضای وقف دیگر بخاطر تعذرش نیست دیگر آن منع سابق نیز نیست.

این فرمایش ایشان نیاز به بحث دارد که این چیزی که ایشان می فرماید چه معنایی دارد. که به آن می رسیم. مرحوم شیخ دلیل استصحاب را میانه شق اول آوردند در حالی که باید آن را به صورت مستقل بحث کرد تا بحث در بحث نشود.

پس شق اول این بود که ما موقوفه را رها کنیم همینطور بماند. یا بطن فعلی از آن استفاده کند و آن را اتلاف کند، مانند اینکه چوب را برای ایجاد گرما بسوزاند. یا اینکه بگوئیم هیچکدام جائز نیست و باید آن را بفروشند و بجای آن بدلی برای وقف بگیرند. که مرحوم شیخ این وجه را مطلوب می دانند.

چون اشکال راه اول این بود که منافی حق الله و حق وقف و حق موقوف عليهم است. اشکال راه دوم این است که اگر ما بگوئیم بطن موجود اتلاف کند منافات با حق بطون آتی دارد. آنها نیز نسبت به این وقف حقی دارند؛ به چه دلیل بگوئیم می توانند اتلاف کنند؟! ثانیاً شما اگر پذیرفتید اتلاف را، پس نقل به بیع را نیز پذیرفته اید. چه فرقی می کند اتلاف

وقف یا نقلش به بیع؟ پس با پذیرش اینکه این بطن موجود می تواند این را اتلاف کند جواز نقل را نیز پذیرفته ایم. پس در واقع مرحوم شیخ دو تا اشکال به این شق دارد.

نتیجه اینکه هر دو احتمال باطل شدند، اینکه وقف را رها کنیم که تضييع بشود بالمره، و یا اینکه بگوئیم بطن موجود فقط استفاده کند، چون منافی حق بطون آتی است و معنایش تجویز بیع است، فرقی نمی کند اتلاف و بیع. پس می ماند شق سوم و هو المطلوب که بفروشد و آن را تبدیل کنند.

بعد ایشان یک نعم دارند که مهم نیست و بحث حاشیه ای است.

فردا ما می خواهیم اینها را یک به یک بحث کنیم. اولاً شق اول را که ایشان فرمودند تضييع مناف لحق الله و لحق الواقف و لحق الموقوف علیهم، اولین راه این است که اول این سه حق را تصویر کنیم، چه جور حق الله است؟ هم از حیث اینکه حق الله آن یبعد، هم از حیث ثواب، و هم از حیث برخی روایات خاصه دارند و همچنین نسبت به واقف هم حقی ثابت کرده اند و نیز نسبت به موقوف علیهم هم همینطور که حضرت امام تصویر کرده اند اینکه نظر حضرت امام را مطرح می کنیم چون امام ره مفصل بیان کردند. فردا این بحث را انشاء الله مطرح می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۸۰۸	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۰۹	جواب مرحوم شیخ از استدلال به استصحاب
۸۱۱	بیانات امام ره بر تصویر تزییع حق الله
۸۱۱	بیان اول
۸۱۲	بیان دوم
۸۱۴	بیان سوم
۸۱۴	ضمیمه بیان سوم
۸۱۵	جواب امام ره از بیانات ثلاثه
۸۱۷	بیان مرحوم مطهری در مناشئ حق

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس سره درباره مورد اول مسوغات بیع وقف بود. بعد از اینکه عرض کردیم می شود اقتضاء بیع را از ادله ای که ذکر شد کشف کرد بحث در موانعی است که مرحوم شیخ برای بیع وقف بیان کردند.

مرحوم شیخ در صورت اول مسوغات که عبارت بود از جائی که اصلاً بیع هیچ نفعی نداشته باشد سه دلیل مانع برای جواز بیع ذکر کردند، مانع اول اجماع بود، برخی از عبائر را خواندیم و روشن شد اجماعی بر منع بطور کلی نداریم. مانع دوم روایت ابی علی بن راشد بود که در آن امام علیه السلام فرمودند «لا یجوز

شراء الوقف». با مطالبی که در جلسه گذشته بیان شد روشن شد که یا انصراف ادعا شده توسط مرحوم شیخ را می پذیریم و یا می گوئیم اصلاً ترک استفصال و اطلاقی در اینجا وجود ندارد. مانع سوم، روایت «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» بود، بعد از اینکه ادعا شود منع از بیع در خود وقف اشراب شده است، حال یا به اینکه گفته شود قصد واقف بقاء وقف للتالی است، یا اینکه بگوئیم نهاد وقف اینچنین است. در هر حال این مانع درست می کند. و جواب این مانع نیز در جلسه قبل بیان شد.

بعد مرحوم شیخ دو تا والحاصل دارند: والحاصل اولش فی الجملة مربوط به تلخیص بحث قبل است. ولی الحاصل بعدی ظاهراً یک استدلال جدید سه شقی است، که وقتی وقف خراب می شود در مقابل ما سه احتمال وجود دارد، در مقابل جواز بیع دو احتمال دیگر نیز وجود دارد که آن دو احتمال قابل اخذ نیست، بنابراین تنها گزینه این است که بگوئیم این وقفی را که خراب شده یا غیر قابل انتفاع است به انتفاعی که مورد نظر واقف بوده، بفروشد و تبدیل به بدلی کند که جانشین این مبدل در انتفاعاتش گردد. مرحوم شیخ می فرمایند این احتمال سوم هو المطلوب. آن دو احتمال دیگر در مساله یکی این بود که این وقف را رها کنیم تا همین کیفیتی که هست للتالی باقی بماند. یا بگوئیم که بطن و نسل موجود و موقوف علیهمی که موجود هستند این را اتلاف کنند، مانند اینکه چوبی هست بعنوان هیزم استفاده کنند تا از بین برود.

مرحوم شیخ راجع به احتمال اول یعنی رها کردن وقف مخروب فرمودند این تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف علیه. و راجع به احتمال دوم که فقط نسل فعلی استفاده کنند، فرمودند اولاً منافات با حق سائر بطون دارد علاوه بر اینکه شما که می گوئید نسل فعلی اجازه دارد با استفاده اش اتلاف کند بیع هم مثل همین می ماند، چه فرقی می کند. بنابراین این دو شق قابل قبول نیست و شق سوم مطلوب است و مدعای ما را اثبات می کند.

### جواب مرحوم شیخ از استدلال به استصحاب

مرحوم شیخ در ضمن این استدلال، استدلال به استصحاب منع را هم جواب داده اند، با اینکه یک استدلال مستقل برای عدم جواز بیع است. به این تقریب که قبل از خراب شدن این وقف، بیعش ممنوع بود،

بعد از خراب یا عدم امکان انتفاع، شک می کنیم آیا منع هست یا نه، استصحاب می کنیم بقاء منع را. مرحوم شیخ می فرمایند اولاً این استصحاب بقاء منع مرفوع است، چون یقین داریم که مرتفع شده است. (البته این استفاده ای است که ما از متن می کنیم). چرا؟ چون بقائش به همین کیفیت که لازمه استصحاب است به معنای تضييع حق الله و حق واقف و حق موقوف عليهم است. پس یقین داریم این مرتفع شده، تضييع که جائز نیست. پس استصحاب منع مرتفع است بجهت قطع و یقین به عدم بقاء منع.

بعد جواب دومی می دهند و می فرمایند مضافاً به اینکه این منع سابق در ضمن وجوب عمل به مقتضای وقف در حین عمران بود، و زمانی که همه بطون می توانستند از عینش استفاده کنند. اما وقتی که این وقف از بین می رود و به حال اولش نیست و بطون لاحق نمی توانند استفاده کنند، دیگر آن منعی که در ضمن وجوب عمل به مقتضای وقف بود باقی نیست، فلا یبقی ما کان فی ضمنه، لذا نمی شود آن را استصحاب کرد. منتهی این مطلب نیاز به بحث دارد که انشاء الله عرض خواهد شد.

مرحوم امام قدس ره بحثی را مطرح کرده اند که نیاز به دقت دارد. ایشان می فرمایند: «التشبیح لبطلان بیع الوقف بالحقوق الثلاثة». البته ایشان نفرموده اند که دارند کلام مرحوم شیخ را تفسیر می کنند، چون اگر این بود تفسیر کلام شیخ نمی شد. کلام شیخ این است که ما سه احتمال مقابلمان داریم: یا بگوئیم وقف را همینطور رها کنیم. یا بگوئیم فقط این بطن فعلی اتلاف کند. یا بگوئیم بفروشیم و عین دیگری را با ثمنش جایگزین کنیم تا همه بطون استفاده کنند. که این احتمال ثالث صحیح است.

بحث مرحوم شیخ در بیع نیست. وقتی می گوید تضييع لحق الله و حق الواقف و حق موقوف عليهم می گویند اگر بگوئیم وقف را رها کنیم تا به همین صورت مخروبه بماند تضييع للحقوق الثلاثة است. مرحوم امام بحث دیگری فرموده اند و لکن کل بحثشان برای تبیین فرمایش شیخ و جواب از فرمایش شیخ به درد ما می خورد. مرحوم امام ره بحث را برده اند روی بطلان بیع که بیع باطل است لتعلق الحقوق الثلاثة. ایشان این سه حق را یک به یک تقریب می کنند و قبول نمی کنند لکن تقریب می کنند که چگونه حقوق خداوند و حق واقف و حق موقوف عليهم به این اعیان متعلق می شود و مانع از بیع وقف می شود.

پس مرحوم امام ره بحث را روی بیع وقف برده اند در حالی که کلام مرحوم شیخ این نیست. پس باید به این نکته توجه نمود که درست است که اصل کلام مرحوم شیخ در بیع وقف است، اما وقتی ایشان می گوید «تضییع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف علیه»، مقصودشان این نیست که چون الان متعلق حق اینهاست هنوز بیع نمی شود کرد. بلکه می فرماید اگر وقف را رها کنیم به همین صورت بماند و نفروشیم موجب تضییع حقوق ایشان است.

**سؤال:** آن مطلبی که امام ره دارد شیخ هم دارد.

**جواب:** اول بحث را ایشان گفته اند که متعلق حقوق هست، اما اینجا این بحثی که می کنند آن بحث نیست که راجع به بحث بیع باشد. مقصود این است که اگر رها کنیم و نفروشیم تضییع لحقوق الثلاثه می شود. می خواستم به فرق اینها توجه شود.

اما بحثی که شده به درد بحث ما می خورد. چرا تضییع لحق الله می شود؟ اصلاً حق الله در باب وقف چیست؟

## بیانات امام ره بر تصویر تضییع حق الله

امام ره در اینجا بحث خوبی کرده اند. می فرمایند:

### بیان اول

یک بیان این است که بگوئیم همانطور که در مساجد و مشاعر حقی برای مصلین پیدا می شود به این صورت که حق پیدا می کنند که در مسجد نماز بخوانند. و حقی نیز برای خداوند پیدا می شود که در مسجد عبادت شود. مصلین حق دارند که یعبد الله فیه، و خداوند حق دارد که یعبد فیه، مانند حق الطاعه ای که بر مکلفین هست برای خدا، اگر مصلین حق دارند که در مسجد عبادت خداوند کنند، برای خداوند متعال نیز این حق هست که آن یعبد فیها. بعد می فرمایند نظیر این در باب تصدق هم هست. البته عبارت کتاب به نظرم دقیق نیست. چون اول بحث گفته اند **نظیر المشاعر و المساجد** و بعد از توضیح دوباره می گویند و

كذا الحال فى المشاعر و المساجد. كه همان مطلب است. بعد مى فرمايند فيقال فى التصديق على الذرية. مقصودشان اين است كه و كذا الحال فى التصديق على الذرية كذا...

پس در مشاعر و مساجد اينطور تعلق مى شود كه وقف حق الهى درست مى كند نسبت به مال موقوفه.

در مورد تصديق بر ذريه مى گويند وقتى تصديق بر ذريه مى شود در اين وقف عبادتى صورت مى گيرد. هم آن منتفعين ممكن است با آن كار عبادت كنند، و هم واقف دارد با تصديقش عبادت مى كند. براى خداوند نيز حقى ايجاد مى شود كه آن يعبد فى وقف الواقف و فى انتفاع المنتفعين. خداوند حق دارد كه تعبد به او بشود در وقف كردن واقف و در انتفاع بردن منتفعين. چون بالاخره منتفعين وقتى انتفاع مى برند واقف ثواب مى برد. اين ثوابى كه واقف مى برد يك جور تعبد او است و يك جور حقى براى او درست مى كند. براى خداوند نيز حقى درست مى شود كه تعبد شود و مورد عبادت قرار گيرد در اين وقفى كه صورت گرفته است. اين هم يك بيان است.

## بيان دوم

يك بيان ديگر اين است كه در مورد صدقات همانطور كه در آيه ۱۰۴ سوره توبه آمده است "الم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده و يأخذ الصدقات"، يعنى خداوند يأخذ الصدقات. و در روايتى از رسول الله صلى الله عليه و آله وارد شده «ما تقع صدقة المؤمن فى يد السائل حتى تقع فى يد الله ثم تلى الآية»

فالصدقة تكون لله أولا ثم للمتصدق عليه فهو يتلقى الصدقة من الله عزوجل.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> كتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۵۷/۱۵۸



این بیان این است که بگوئیم صدقات که وقف یکی از آنهاست در ید الله واقع می شوند. پس اول در ید الله واقع می شود بعد به متصدق علیها می رسد که الان در بحث ما موقوف علیهم هستند.

**سؤال:** تمسک به روایت که صدقه برای خداست قدری مجاز گویی است و سخت است. اما اگر بگوئیم مولا یک مطلوبی داشته ملاکی یا مصلحتی در وقف داشته دارد فوت می شود روشتر است.

**جواب:** ما قبل از اینکه بخواهیم بحث بیع کنیم می خواهیم تعلق حق الله به وقف را تشخیص بدهیم. با مصلحت چطور تشخیص می دهیم؟

**سؤال:** حق الله از این جهت است که مصلحت و ملاک در آن بوده و شارع این را دوست داشته اگر آن را رعایت نکنیم آن مصلحت فوت می شود.

**جواب:** ما الان کار به رعایت نداریم، ما می خواهیم تصویر کنیم تعلق حق الله را به مال موقوفه که این چطور می شود. بحث این است.

**سؤال:** بالاخره یک حکم تکلیفی یا وضعی باید فوت شود. حق الله چیست؟

**جواب:** حق یک وضع است مثل بقیه حقوق. ما می گوئیم جدای از بحث فروش اگر وقف را رها کنیم تضییع حق خداوند می شود.

**سؤال:** حق حکم وضعی است؟

**جواب:** بله حق حکم وضعی است.

منتهی ما الان تضییعش را کار نداریم می خواهیم تشخیص بدهیم که چطور حق الله می شود؟ در وقف ما به عین چطور حق الله داریم؟ مرحوم امام به این صورت وجود حق الله را توجیه می کنند. بگوئیم وقف صدقه است، بنابر این آیه شریفه و روایتی که یک جور مفسر این آیه هست صدقه یقع فی ید الله اولاً ثم منه الی السائل، بنابراین همینکه یقع فی ید الله تعالی بگوئیم این یک جوری مثل اینکه متعلق حق الله است بعد به سائل می رسد.

## بیان سوم

ثالثه روایاتی که مفادش عدم رجوع در صدقات است، مانند روایت حکم که قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام إن والدی تصدق علیّ بدار ثم بدا له أن يرجع فیها و إن قضاتنا یقضون لی بها، روای می گوید پدرم خانه ای را به من تصدق کرد، که علی الظاهر این را حمل بر وقف کرده اند، بعد بدا له أن يرجع فیها، می خواهد برگردد و از من بگیرد، قضات نیز به نفع من و بر علیه والدیم حکم می کنند به اینکه وقتی تو وقف کردی و اقباض هم کردی حق نداری برگردی. بعد امام فرموده اند نعم ما قضت به قضاتکم و بئس ما صنع والدک، إنما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فیه... امام تأیید کردند، می فرمایند قضات شما خوب حکمی کردند و کار پدرت هم کار بدی بوده که می خواسته در وقف یا صدقه ای که واقع شده برگردد. صدقه لله عزوجل است، فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فیه. بحث سر این کبرای موجود در ذیل است، و استفاده از آن این است که می خواهند بگویند صدقه لله است. وقتی لام می آوریم یا ملک است یا حق است. باز دوباره فرموده اند فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فیه. بلکه تعبیر فلا رجعة له فیه ظاهرا از باب این مقدمه است که جعل لله، یعنی چون متعلق حق الله واقع شده فلا رجعة له فیه، نمی شود رجوع کند در آن. متعلق حق دیگران است، حق رجوع ندارد. مثل اینکه ما چیزی را ملک کسی می کنیم نمی توانیم رجوع کنیم. حق نیز همینطور است. این هم یک استفاده از روایت.

## ضمیمه بیان سوم

یک نکته ضمیمه هم اینجا لازم است، اگر کسی اینطور شبهه کند که در مثل صدقات خاص آن هم لله است، و حال آنکه در آن صدقات، طرف مالک می شود و بعد نقل و انتقال هم می کند، چطور لله بودن در آنجا مانع از بیع نیست. ظاهرا مرحوم امام خواسته اند به این صورت اشکال را پاسخ گویند که در آن صدقات، حدوث صدقه امری عبادی است و واقع می شود. بعدا اگر نقل و انتقال کند منافات با آن حدوث ندارد. اما

در وقف این امر مستمر است. در وقفی که صدقه بودنش و لله بودنش مستمر است اگر شما در ادامه نیز بخواهید نقل و انتقال کنید با صدقه منافات دارد و هدم آن به شمار می آید به خلاف صدقه خاصه.

بعد علی القاعده به حسب شروع بحث ایشان می خواهند بگویند چون متعلق حق است شما حق ندارید بفروشید. شروع بحث امام ره این است. ما الان بحث فروش نداریم. برعکس می خواهیم بگوئیم که اگر ما این وقفی را که خراب شده است را رها کنیم و آن را نفروشیم این تضييع لحق الله و... ما می خواهیم از فرمایش ایشان استفاده کنیم که در واقع چطور حق الله است.

### جواب امام ره از بیانات ثلاثه

امام ره کل این وجوه را رد می کنند. می گویند اما حدیث حق خداوند بأن یعبد می گوید اولاً چه کسی گفته این حق است که آن یعبد. اصل اینکه حتی در مساجد و مشاعر هم بگوئیم در اینجا یک حقی است مورد پذیرش نیست، ایشان توضیح نداده اند اما شاید مقصودشان این است که یک حکم است. ما خداوند را در مشاعر و مساجد عبادت می کنیم. اما اینکه حقی برای خداوند متولد می شود، یا مسبوق بر این حکم یک حقی برای خداوند هست که آن یعبد فی المساجد دلیلی ندارد.

ثانیاً به لحاظ صغروی آیا انتفاع طبقات موقوف علیهم عبادت است؟ انتفاع آنها چه عبادتی است؟ وقف کرده اند بر سکناى ذریه، بودن ذریه در این خانه چه عبادتی برای خداوند است؟ یا در مورد خود واقف هم همینطور است. واقف هم همیشه کارش عبادت نیست. بنابراینکه تقرب در وقف لازم نباشد که مرحوم امام و عده ای از فقهاء به آن قائلند، عمل خود واقف و وقف او نیز عبادت نیست مگر اینکه قصد قربت کند تا مصداق عبادت می شود.

بنابراین اصلاً تشبیه انتفاع موقوف علیهم به مساجد و مشاعر درست نیست. در آنجا کار مصلین عبادت است لذا ممکن است بگوئیم چون مصلین لهم حق العبادۃ، لله حق أن یعبد فیها، اما در اینجا صغرایش هم

نیست، چه کسی می گوید انتفاع متفعین در وقف عبادت است؟ چه کسی می گوید کار واقف همیشه عبادت است؟

در استدلال به روایاتی که می گفتند خداوند صدقات را اخذ می کند ایشان می فرماید اولاً این ظاهرش یک تشریف از طرف خداوند است، نه نکته ای که بشود از آن بحث فقهی استفاده کرد. لذا می گوئیم اینکه صدقه یقع فی ید الله قبل ان یقع فی ید السائل، تشریفی است برای صدقه، و اینکه صدقه ابتداءً از ناحیه خداوند تقبل می شود و سپس به سائل می رسد.

ثانیاً آن چیزی که روایت می گوید این نیست که الله یعنی حق لله، ظاهر روایت این است که به ید خداوند می رسد و از او به سائل، یعنی خداوند آن را به سائل می رساند. از کجای این، حق استفاده می شود؟ اولاً اینکه تشریفی است، مع أنه لو فرض وقوعها فی یده أو التبع بوقوعها فیها (اگر تصویر نکنیم وقوع فی ید الله را بگوئیم تبعد کنیم به وقوع فیها) فلا یوجب ذلک حدوث ملک أو حق له تعالی، بل هو علی الفرض واسطة لایصال الصدقة الی السائل»<sup>۱</sup>.

اما تعلیلی که در روایت آمده که فرموده اند که: صدقه لله است، ما کان لله لا رجعة فیه، این لام اصلاً لام چیست؟ لام ملک است یا لام حق است یا لام غایت است؟ ایشان می فرماید این لام غایت است. صدقه لله است یعنی لاجل تقرب الی الله است، نه اینکه الله است یعنی صدقه ملک خداوند است یا حق خداوند است، بلکه برای تقرب است و البته ملک موقوف علیهم که انتفاع ببرند. صدقه لله است نه اینکه ملک خداوند است یا حق خداوند است.

بعد می فرمایند واضح است که واقف یا کسی که متصدق است صدقه را به خداوند متعال تملیک نمی کند. وقف را تملیک به خداوند نمی کند. اگر تملیک هم می کند به موقوف علیهم تملیک می کند. پس

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۵۸/۱۵۹

منظور از اینکه صدقه لله است بنابر اینکه مراد از آن وقف باشد یا صدقه خاص باشد این است که صدقه لاجل تقرب الی الله است، و ربطی به ملک و به حق ندارد.

البته باید توجه کنیم که این استدلال به همین مقدار کفایت نمی کند. اینکه شیئی لاجل تقرب الی الله باشد مانع از این که حق الله هم باشد نیست. متهمی امام ره می توانند بگویند ما دلیلی نداریم، همین کافی است، والا نمی توانند نفی کنند.

### بیان مرحوم مطهری در مناشئ حق

مرحوم شهید مطهری در همین گفتارهایشان که بعد به صورت مقاله چاپ شده یکی از گفتارها راجع به حق و ریشه حق است، ایشان کلا در یکی از این گفتارها غایت را یکی از مناشئ حق می دانند. اگر می گوید «والارض وضعها للانام» ولو اینکه لام تملیک نباشد لام غایت باشد، می گویند حق برای انام درست می کند نسبت به زمین. یعنی اگر گفتیم چیزی را به غایت کسی خلق کردیم، برای او حق درست می کند. یکی از ریشه های حق این است. لذا در اینجا ولو لام غایت باشد و به قصد تقرب باشد حق درست می شود. بنابراین ما باید بگوئیم دلیلی و احراز نداریم برای اینکه حقی در اینجا متولد شود. بیش از این نمی شود گفت. ایشان شواهدی هم ارائه کرده اند که دیگر نیازی به طرح آنها نیست.

نتیجه این می شود که ما نتوانستیم یک حق الله متعلق به وقف درست کنیم. البته بحث امام ره درباره بیع است که به آن کاری نداریم اما از مرحوم شیخ می پرسیم شما می فرمایید که اگر این وقف را رها کنیم تضييع حق خداوند متعال می شود. می پرسیم کدام حق الله؟ تصویر صحیحی برای حق الله ثابت نیست که ما بگوئیم تضييع شده است؟

**سؤال:** اگر الان کسی بگوید الصلاة لله نماز مال خداوند است معنایش چیست؟ باید بگوید مراقبت کن. این معنایش این است که اگر صلاة را نخوانی آن ملاکات فوت می شود.

**جواب:** حق که دائر مدار احتیاج نیست. مگر حق الطاعه ای که خداوند بر بندگان دارد تابع ملاکات است؟ مگر برای نیاز خداوند است؟

**سؤال:** صلاة حق الله است ولی اموال حق الناس است. حالا وقتی می گوید صلاة را رعایت کن یعنی نگذار ملاکاتی که در صلاة هست فوت شود.

**جواب:** صلاة ملاکی دارد، اما ملاکش نیز به مکلفین برمی گردد، به خداوند که برنمی گردد، خداوند نیاز ندارد. حق برای چه کسی درست می شود؟ برای خداوند؟! یا برای مکلفین؟ اگر بناست این ملاک به مکلف برسد که حق بهتر است به مکلف برسد.

**سؤال:** ما اگر به آن ملاکات می رسیدیم به خداوند نزدیک می شدیم.

**جواب:** شما از بحث قصد اقتراب و قربت به ملاکات آمدید. من می گویم ملاکات که به خداوند نمی رسد، او که بی نیاز مطلق است. ملاکات به مکلفین می رسد. پس اگر بناست حقی باشد باید برای مکلف باشد نه برای خداوند.

**سؤال:** نیازی ندارد ولی سزاوار این هست که ما رعایت کنیم.

**جواب:** سزاوار است حکم ما است یعنی عقل ما حکم می کند که خداوند را عبادت کنیم. اینکه حق درست نمی کند، حکم عقلی است.

**سؤال:** الان در حق الطاعه می گفتیم مولا یک حقی دارد همان حرف را در اینجا می گوئیم.

**جواب:** بله مولا یک حقی دارد درست است.

**سؤال:** در اینجا هم بگوئیم.

**جواب:** مولا در طاعت حق دارد، شما بفرمایید در وقف چرا حق دارد؟

**سؤال:** وقتی وقف را رعایت کنیم چیزی را که خدا دوست داشته رعایت کردیم.

**جواب:** اینکه آنچه محبوب مولاست رعایت کنیم حق مولاست آن بحث دیگری است. آن حق الطاعه است. نه اینکه حقی به وقف متعلق شده باشد.

**سؤال:** این حقی که در مقابل تکلیف است، حقی که در عالم تشریع و اعتباری است که ما در معاملات از آن استفاده می کنیم خارج از این بیانی است که در روایات هست.

**جواب:** در روایات ما که اصلا تعبیر حق نبود.

**سؤال:** بله ولی بیان تکوینی است. والا و لله ملک السموات والارض....

**جواب:** الان چرا این بحث را می کنید؟ اگر در روایت لفظ حق بود می توانستیم بحث کنیم که آقا این حق تکوینی است یا حق تعبدی است و کذا اعتباری است. چنین مضمونی که در روایات نیست. الان دنبال این می گردیم که اصلا چیزی به عنوان حق ثابت شده برای خداوند؟ ما دنبال این هستیم.

**سؤال:** عرض می کنم حقی که در عالم اعتباری است یا ملکیت می گوئیم لله ملک السموات و الارض اصلا منطبق با این معنای ملکیت ما نیست.

**جواب:** رفتید جای دیگری. من می گویم لفظ ملک که اینجا نیامده تا ما بحث کنیم که آیا ملک تکوینی است یا اعتباری. ما الان دنبال این هستیم که از این روایات که صدقه یقع فی ید الله یا صدقه لله است آیا حق اصلا استفاده می شود یا نمی شود. شما نفرمائید که چرا ما می گوئیم حق، حق اعتباری است. ما اصلا چیزی نگفتیم چون در اینجا حقی نیامده تا ما بگوئیم.

**سؤال:** عرضم این است که در اینجا الصدقة لله اعتباری نیست تکوینی است.

**جواب:** این تکوینی است؟ اینکه خیلی حرف عجیبی است. الصدقة لله یعنی صدقه ملک تکوینی خداوند است؟ اینکه حتما درست نیست. صدقه لله یا غایت است یعنی لاجل تقرب الی الله است یا الله است یعنی متعلق حق اعتباری خداوند است، کسی نگفته ملک خداوند است اینکه روشن است.

**سؤال:** شما حق را در اینجا چه جور معنا می کنید، باید معنای حق روشن شود.

**جواب:** ما لفظ حق نداریم تا معنا کنیم. بلکه لام داریم، که امام ره می فرماید این لام اصلا حق نیست. اما مقصود ما از حق چیست؟ حق اعتباری است که متعلق به وقف شود و مانع شود و تضييعش اشکال داشته باشد. این اشکالش چیست؟

بحث ما این است که آیا این لام در الصدقة لله دال بر حق هست یا نه؟ می پرسیدید کدام حق؟ می گوئیم حق اعتباری تا تضييعش اشکال داشته باشد. خب این سه تا مقدمه دارد کجایش اشکال دارد؟ لله یعنی حق، حق اعتباری، تضييعش هم اشکال دارد. حرف امام ره این است که لام در اینجا حق ثابت نمی کند. البته امام این را نگفته اند ما داریم از آن استفاده می کنیم که پس شیخ که می فرماید هذا تضييع لحق الله، حقی نیست که تضييع بشود. این بحث بود.

**سؤال:** مطلوب مولا دیگر فوت می شود.

**جواب:** مطلوب مولا؟ مطلوب مولا ربطی به این ندارد. مطلوب مولا کار واقف است. در بحث واقف خواهد آمد که اگر مطلوبی هست و امر محبوبی هست کار واقف است. اگر اطاعتی هست مربوط به کار واقف است. آن اطاعت مورد حق خداوند است خب باشد حق الطاعة است. ما می خواهیم بگوئیم عین بیرونی مورد حق خداوند است، بطوری که رها کردن این عین به صورت مخروبه تضييع لحق الله المتعلق بالعین، حتی اگر حق الطاعة هم تضييع شود چه ربطی به این عین دارد؟

پس جلسه بعد ما حق واقف و حق موقوف علیهم را بحث می کنیم.

«الحمد لله رب العالمین».



## فهرست

بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین	۸۲۱
جواب محقق اصفهانی و حضرت امام از تصویر حق الله	۸۲۳
تصویر حق واقف	۸۲۳
جواب مرحوم اصفهانی و حضرت امام از تصویر حق واقف	۸۲۴
عدم کفایت غرض واقف برای اثبات حق واقف در عدم جواز بیع وقف	۸۲۵
بیان غرض عقدی بودن و جواب از آن	۸۲۵
از منظر حضرت امام ره ثواب تفضل است	۸۲۷
از نظر حضرت امام ثواب در ازاء نفس انشاء وقف است	۸۲۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

### بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریرالوسیله مرحوم امام قدس سره درباره مورد اول مسوغات بیع وقف بود.

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در کتاب مکاسب برای صورت اول که عبارت بود از جائی وقف بنحوی خراب شود که هیچ نفعی نداشته باشد سه دلیل مانع از جواز بیع ذکر کردند، اجماع، روایت ابی علی بن راشد و روایت «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها» که فرمودند این موانع نمی تواند مانع از بیع شود. بررسی تفصیلی این مطالب در جلسات گذشته بیان شد.

ایشان در ادامه دو «و الحاصل» بیان کردند که علی الظاهر والحاصل دوم ما حصل مطالب قبل نیست، با مراجعه روشن شد که مرحوم محقق اصفهانی نیز همین را فرموده که این والحاصل اخیر نتیجه کلمات سابقه که فرمودند نیست. و نکته دیگری نیز که با مراجعه به کلمات محقق اصفهانی پیدا شد این است که خیلی از بحثهای مرحوم امام نیز متخذ از محقق

اصفهانى است. متتبعى مرحوم امام ره مطالبى نیز خودشان استفاده کرده اند، و مطالبى را هم ظاهر را به دون اینکه نامى ببرند به صورت تعریض به محقق اصفهانى بیان می کنند که توضیح آن خواهد آمد.

ما حصل فرمایش مرحوم شیخ که على الظاهر والحاصل قبل نیست این است که یک برهان سه شقى درست کرده اند. می گویند وقفى که خراب می شود یک شق این است که نمى شود آن را فروخت، که این شق خود دو عدل دارد یکی اینکه عین موقوفه همینطور للتالى باقى باشد بدون اینکه هیچ فردى از آن استفاده کند. و دیگری اینکه فقط بطن موجود از آن استفاده کنند. این دو صورت، عدل آن شق سوم هستند که بگوئیم آن را بفروشند و با ثمنش بدل تهیه کنند. هر دو عدل اشکال دارد. اینکه ما بگوئیم فقط بطن موجود استفاده کنند، اشکالش این است که انحصار استفاده به بطن موجود چه دلیلى دارد؟ فرض کنید چوب این ساختمان باقى مانده، ما بگوئیم همین بطن استفاده کنند و بسوزانند و تمام بشود، یعنى این بطن اتلاف کنند. این اولاً با اینکه متعلق حقوق دیگران هست چه وجهى دارد. یا اینکه در غیر زمین اگر چیزهای دیگر هست که می شود اتلافش کنند، بگوئیم اتلاف کنند و به نسل بعد هم نرسد و بدل هم ایجاد نکنند. یا شق دیگرش این است که بگوئیم هیچ فردى استفاده نکند. این خانه ی وقفى ۵۰ سال از آن بهره برده اند و الان خراب شده را رها کنیم همینطور للتالى بماند و هیچ فردى هیچ تصرفى در آن نکند.

مرحوم شیخ می فرماید اگر بگوئیم فقط بطن موجود استفاده کنند، این مخالف حق بطون بعد است. به علاوه اینکه اتلاف با نقل چه فرقى می کند؟ اگر شما می گوئید می شود اتلاف کرد خب نقلش هم باید بگوئیم می شود کرد.

در شق اول که ما همینطور رها کنیم، ایشان می فرماید منافی با حق الله است، منافی با حق واقف است و منافی با حق بطون لاحق است. بحث در این بود که تصویر این حقوق چگونه است. ایشان در اوائل بحث نیز آنجایی که می خواهد موانع بیع را برشمارد این تعبیر را دارد که بیع منافی حق واقف است، منافی حق بطون است، منافی حق الله است. در آنجا محقق اصفهانى می فرمایند هیچکدام از این حقوق ثلاثه که شما شمردید واقعا حق ثابتى نیست و ایشان تفصیلى بیان می کنند که مرحوم امام عمدتاً مطالب ایشان را آورده اند، البته همراه با اضافاتى.

در جلسه گذشته در مورد حق الله بحث شد که اصلاً تصویر حق الله چیست؟ تصویری که می شود این است که بگوئیم این صدقه و وقف چون در راه خدا و للتقرب الى الله بوده حقی پیدا شده است.

## جواب محقق اصفهانی و حضرت امام از تصویر حق الله

همانطور که حضرت امام نیز فرموده اند محقق اصفهانی می فرماید اولاً: صدقه به این معنا که بدیل چیزی نیست. اینکه ما می گوئیم لله است، نه برای این است که خداوند مالک چیزی می شود و حق به چیزی پیدا می کند. یعنی للاقتراب الی ساحة الله است. قصد قربت چه حقی درست می کند؟ این اول کلام است که حقی از ناحیه خداوند درست شود. البته الان یادم نیست که مرحوم اصفهانی جایی بیان کرده اند که آیا تقرب را جزء شرائط وقف می دانند یا نه. اما مرحوم امام ره بالصراحه تقرب را شرط نمی دانند. لذا اینجا اشکال صغروی نیز به این تقریب دارند که این حرف در جائی است که شخص بخواهد تقرب پیدا کند. در صورتی که در وقف تقرب لازم نیست؛ پس مصداقاً هم نمی توانید استدلال کنید که خداوند تبارک و تعالی از باب تقربی که حاصل می شود حق دارد.

بنابراین در مورد خداوند تبارک و تعالی تصویری نداریم که اثبات کند حقی فراتر از اینکه این عمل لله است وجود دارد. و لله بودن هم برای حق نیست، لله بودن برای اقترب به ساحت خداوند است. یعنی باید امثال ما به داعی امر الله باشد، اما با به داعی امر الله بودن حقی برای خداوند متعال ثابت نمی شود.

## تصویر حق واقف

نسبت به واقف می خواهیم حق را بنابر این فرض که در وقف، رابطه ملکیت با واقف قطع می شود تصویر کنیم. یعنی واقف از خودش ملک را خارج کرده و تملیک کرده به بطون دیگر یا ایقاف کرده به معنای فک ملک و تحریر، که در هر صورت از خودش ملک را خارج کرده و دیگر علقه ملکیت با عین موقوفه ندارد. محقق اصفهانی می فرماید تصویر حق در مورد واقف جز این نیست که چون وقف صدقه جاریه است و مالک منافع عین موقوفه را به موقوف علیهم تملیک کرده است بین استیفاء این منافع با امور معنوی و ثوابی که از این جهت حاصل می شود ارتباطی وجود دارد. گوئی این ثواب بدیل استیفاء منافی است که موقوف علیهم می کنند. لذا در بیع اینکه می گویند «حق الواقف یمنع عن البیع»، معنا پیدا می کند. زیرا اگر وقف را بفروشید دیگر استیفاء منافع از ناحیه منتفعین که موقوف علیهم هستند حاصل نمی شود، و به تبع، آن ثوابهای معنوی برای واقف مترتب نمی شود در حالی که واقف حقی دارد برای به دست آوردن این ثوابها و شما حق ندارید این ثوابها را قطع کنید و این حق او را با فروش موقوفه تضییع کنید.

## جواب مرحوم اصفهانی و حضرت امام از تصویر حق واقف

محقق اصفهانی به این تقریب دو جواب می دهد و مرحوم امام ره نکات دیگری هم اضافه می کنند. البته بحث مرحوم شیخ در بیع است لذا همه بحثهای آنجا مفید برای بحث اثبات حق نیست اما نکته ای می فرمایند که برای بحث ما نیز مفید است. می فرمایند: درست است که واقف غرضی دارد در انتفاع معنوی بردن اما پرسش این است که حقوق چگونه پدید می آیند؟ آیا با اغراض واقف پدید می آیند یا با یک جعل الهی یا با امضاء جعلهای عقلانی توسط شارع؟ حقوق اینطور اند که یا عقلاء آنها را قبول دارند و امضاء می شود شرعا. یا ابتدائاً مولا جعل می کند من دون امضاء. حق را باید اعتبار کنند. ما دلیلی برای اعتبار حق برای واقف نداریم.

بله این هست که واقف غرضی دارد در اینکه انتفاع معنوی و ثواب ببرد از انتفاعاتی که موقوف علیهم می برند. اصلاً صدقه جاریه بودن به این تصویر است که بگوئیم مدام که موقوف علیهم استفاده می کنند گوئی یک ثمره و پاداشی به عنوان ثواب به واقف می دهند. پس گویی ثواب که غرض واقف است به عنوان صدقه جاریه وقف، دائر مدار انتفاع منتفعین است. حال بر فرض که این استدلال درست باشد، آیا به درد منع از بیع در فرض ما می خورد؟ اینکه واقف چنین حقی دارد که اگر بفروشد مانع از رسیدن واقف به ثوابش می شود در محل بحث ما که این وقف خراب شده و فرض این است که دیگر انتفاع موقوف علیهم وجود ندارد چه اثری دارد؟ در مقام چه تصویری می توان برای تضييع حق واقف ارائه دارد؟ تصویر وجود ندارد. یعنی حتی اگر این تصویر تمهلی و تکلفی که غرض واقف به این صورت تعلق گرفته است که به ازاء انتفاع منتفعین ثوابی داشته باشد و بیع قاطع این ثواب است، درست نیز باشد که بیان خواهد شد پیش فرضش درست نیست باز این حرف در بحث ما نمی آید. چون در بحث ما فرض این است که این انتفاع از بین رفته است. لذا تعبیر اینکه تضييع حق واقف می شود درست نیست چون خودش از بین رفته است. لذا مرحوم آخوند می فرمایند «هذا ضیاع لا تضييع». چون از ناحیه فروش موقوفه نیست.

بله نکته ای که وجود دارد این است که کسانی که می گویند بفروشدن عمدتاً می گویند باید بدلی بخرند که این بدل مورد انتفاع موقوف علیهم قرار بگیرد. ممکن است کسی بگوید ممکن است نظر کسانی که بیع را جائز دانسته اند این باشد که با تجویز فروش کاری کرده ایم که واقف با استمرار انتفاع موقوف علیهم ثوابش مستمر و جاری شود.

## عدم کفایت غرض واقف برای اثبات حق واقف در عدم جواز بیع وقف

منتهی نکته ای که وجود دارد این است که آیا علاوه بر اینکه ما نیاز داریم یک دلیلی اثبات حق کند که ما فاقد چنین دلیلی در مقام هستیم، آیا غرض واقف کافی است برای حق؟ ما دلیلی نداریم که اثبات حق کند، نه از باب امضاء و نه مستقلا. اما این را می شود قبول کرد که آقای واقف یک همچنین غرضی دارد. اصلا غرض واقف حجت است؟ فرض کنیم ما میدانیم که واقف غرضش استمرار تحصیل ثواب است به استمرار استفاده موقوف علیهم، پس نمی شود بیع کرد که قاطع این استفاده می شود. حالا همچنین غرضی واقعا حجت است؟ دلیلی نداریم چنین غرضی حجت باشد.

## بیان غرض عقدی بودن و جواب از آن

اگر کسی بگوید این غرض، غرض عقدی است یعنی در مضمون انشاء واقف نهفته است و «الوقوف حسب ما یقفها اهلها» این را اثبات می کند. محقق اصفهانی در جواب می فرماید هر چند بعید نیست «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» در اینجا جاری شود و ظاهرا صغرای آن نیز درست است که واقف در انشائش این غرض را به نحوی ابراز کرده است اما نهایت این است که شارع امضاء کرده که وقف باید مستمر باشد لکن اینکه حقی را برای واقف اثبات کرده باشد از کجا استفاده شد؟ غایت چیزی که از الوقوف می شود فهمید امضاء ما انشاء الوقف است.

ایشان می فرماید در معاملات دیگر هم همینطور است، مثلا موجب که بایع است و قابل که مشتری است انشاء می کنند و شارع نیز این انشاءات اختیاری متعاقبین را امضاء می کند اما آیا با این کار حقی فراتر از امضاء معامله برای طرفین حاصل می شود؟ چنین چیزی درست نیست. مضمون انشاء اگر تملیک است، تملیک را امضاء کرده است، اگر مضمون انشاء حق است، حق را امضاء کرده است. در وقف مضمونش عبارت است از تملیک یا ایقاف. این را مولا امضاء کرده است. اما دلیلی وجود ندارد که یک حق مازادی هم اعتبار کرده باشد. مگر امضاء مضامین انشائی حق فراتری ایجاد می کند؟

اگر بگوئیم بقاء جزء مضمون انشاء است و شارع نیز آن را امضاء کرده است دیگر استدلال عوض می شود و به اینکه ماهیت وقف مشتمل است بر مضمون ابقاء استدلال شده است که بحث آن قبلا گذشت و بعدا هم بحثش می آید که این حرف درست نیست، ابقاء، داخل در ماهیت نیست.

الان بحث این است که آیا فراتر از مضمونی که در انشاء هست و امضاء می شود حقی اثبات می شود؟ می گوئیم نه. اگر مضمون انشاء حق باشد امضاء می شود، اما مضمون وقف، انشاء حق نیست.

**سؤال:** ما می دانیم واقف می خواهد ثواب ببرد و یک راه بیشتر ندارد و آن اینکه بفروشیم و بدهیم به موقوف علیهم.

**جواب:** شما دارید استدلال مرحوم شیخ را تکرار می کنید. ما می گوئیم در رتبه سابق اول حق را درست کنید. نکته مرحوم اصفهانی خیلی دقیق است. ایشان می فرماید شما حق را چطور اثبات می کنید؟ یا شما باید ابتدا عبارتی از شارع داشته باشید مانند حق خیار مجلس که در مقام چنین چیزی نداریم، یا حق عقلانی است که شارع امضاء کرده است هر چند حقی باشد که واقف برای خودش قرار داده است. و چنین چیزی نیست یعنی دلیل مستقلى نداریم که بگوید واقف له حق فی العین الموقوفة.

**سؤال:** حق به این معنا که مطلوب و محبوب است.

**جواب:** نخیر این دیگر مبنائی است باید جای دیگر حلش کنیم. حق که محبوب و متعلق اوامر نیست. اگر اینطور باشد مولا وقتی امر می کند به یک چیزی که محبوب اوست باید بگوئیم حق دارد.

**سؤال:** نسبت به صلاة می گویند حق الله است و در مورد دیون می گویند حق الناس است اینجا هم همینطور است.

**جواب:** مگر اطلاق حق در این موارد به خاطر محبوب بودن است؟ وقتی می گویند حق الناس بخاطر این است که دلیل اثباتی دارد که حق است. والا دین چون محبوب است حق است؟ من اگر خیلی خانه شما را دوست دارم می شود حق من؟! لذا نگوئید حق. باید اول در باب حق مبنایی را اختیار کنید، یا ما حق واقعی را قبول داریم که ما فی الجمله قبول داریم که مناشئ خاص خودش را دارد که باید بحث کرد. یا می گوئیم همه مجعول هستند، کما اینکه ظاهر کلام محقق اصفهانی ره و عده ای از فقهاء در بحث حق و ملک ظاهرا مجعولیت همین حقوق است. اینجا ایشان تصریح می کند. فرض کنیم همین مبنا که مجعول باشند را بپذیرید، اما دلیل اثباتی اش کجاست؟ ما باید دلیلی داشته باشیم که اثبات حق کند آن دلیل را نداریم.

فقط یک نکته باقی می ماند که ایشان بحث می کند، که آقای واقف یک غرضی دارد آن غرض این است که ادامه پیدا کند و ثواب ببرد. می خواهیم بگوئیم این غرض حجیتی دارد برای دیگران؟ چنین دلیلی نداریم که هر چیزی که غرض واقف است باید واقع شود.

کسی آمده دقت کرده می گوید این غرض غیر از غرضهای خارج از عقد است، غرض عقدی است، یعنی در خود وقف این غرض متجلی شده با انشاء واقف.

می گوئیم باشد این هم عیبی ندارد، آقای واقف غرضی را در وقف خودش ابراز کرده است. سؤال این است که بعد از انضمام الوقوف حسب ما یقفها اهلها که دلیل امضاء وقف است چه چیز ثابت می شود؟ امضاء وقف به همراه غرض واقف که می خواهد این عین باقی باشد و این ربطی به حق الوقف ندارد. امضاء کردن مفاد انشاء وقف است هر چه که هست. مسلماً ابتدائاً در آن حق واقف نیست. یعنی اینطور نیست که واقف بگوید لی حق فیها. چون اگر بگوید اصلاً وقفش باطل است. چون عود چیزی از وقف به واقف موجب ابطال آن است. پس نمی تواند بگوید من این را وقف کردم و حق از من به این تعلق داشته باشد. پس در انشائش حق نهفته نیست، و به تبع آن امضاء شارع نسبت به این انشاء نیز حق را اثبات نمی کند. اینکه ثواب یک حق است این حرفی است که شما می زنید. ثواب در قبال کاری است که انجام داده خداوند ثواب به او می دهد. اینکه شخص با وقفش حق متعلق به عین پیدا می کند به این معنا که ثواب باید ببرد واضح است که چنین چیزی نیست.

### از منظر حضرت امام ره ثواب تفضل است

نکته ای که مرحوم اصفهانی فرموده و حضرت امام ره بیان فرمودند و مطلب جالبی است این است که محقق اصفهانی ثواب را در این توجیه، در قبال استفاده و انتفاع موقوف علیهم قرار می دهد. بعد می فرمایند بنابراین غرض واقف این چنین است.

مرحوم امام بدون اینکه اشاره به کلام مرحوم اصفهانی کنند می فرمایند اصلاً ثواب در قبال انتفاعات نیست. ثواب تفضل من الله است. ایشان می گوید حتی در معروفترین عبادات مثل صلاة و صوم نیز ثواب تفضل است، ما استحقاقی نداریم. این دیگر از آن سخنان عرفانی است. که ما استحقاقی نداریم، ثواب همه اش تفضل است. ما کی هستیم که استحقاق داشته باشیم. البته این سخن مقداری خلاف بحثهای اصولی خود ایشان هم هست که ما می گوئیم عقل می گوید به امثال ما مستحق ثواب می شویم. اینجا ایشان می فرماید همه اش تفضل است.

یادم هست یکوقتی آیت الله وحید حفظه الله در مسجد سلما سی بحث می کردند در براءت به مناسبتی در قاعده تسامح در ادله سنن بود ایشان همین را می فرمود که حق این است که ثواب تفضل است، ما چه استحقاقی داریم نسبت به خداوند.

**سؤال:** در واجبات بله ولی در مستحبات مثل وقف و اینها من خودم دارم چیز اضافه ای ایجاد می کنم.

**جواب:** در واجبات هم شما با امثال استحقاق ثواب پیدا می کنید.

**سؤال:** نه پیدا نمی کنیم، خدا دارد تفضل می کند، وظیفه من است که امتثال کنم تا عذاب نشوم.

**جواب:** در مستحبش هم همین است. شما با تمام وجود خودتان که مستعار است امتثال می کنید همه از جای دیگر آمده است.

**سؤال:** در مستحبات خداوند الزامی ندارد من خودم دارم می آورم.

**جواب:** خودم؟؟ همه وجودمان و تمام حالاتمان و تمام هستی مان از جای دیگر آمده است، همه اش از آنجاست آنوقت می فرمایید ما مستحق چیزی هستیم.

**سؤال:** این دیدگاه با اینهمه تشویقی که به عمل کرده اند جور در نمی آید.

**جواب:** عمل تمهیدات و معداتی است برای اینکه خداوند فضل بیشتری کند.

مثلا این حکایتی که شیخ عباس قمی در کتاب مفاتیح نسبت به زیارت عاشورا نقل می کنند، داستان عجیبی است، می فرمایند: یک کسی رفیقی داشت که آدم درستی نبود و اهل ملاحی بود و از دار دنیا رفته بود، او را در خواب در حال نیکو می بیند می پرسد چطور حالت این است؟!، می گوید من گرفتار عذاب بودم، اما از شب قبل از عذاب راحت شدم. می پرسد چرا؟ می گوید دیشب خانمی را به این قبرستان آورده، دفن کردند. او همسر فلانی بود. هنگامی که او را به قبرستان آوردند، حضرت اباعبدالله الحسین علیه السلام تشریف آوردند به زیارتش، از آن لحظه به بعد از تمام این قبرستان عذاب برداشته شد. فردا این فردی که خواب دیده بود می رود تفحص درباره نامی که شنیده بود بعد از پرس و جو آن فرد را می یابد می پرسد شما همسران از دار دنیا رفته؟ بله. بعد جریان خوابش را تعریف می کند و ازش می پرسد چطور به این مقام رسید؟ می گوید همسر من در خواندن زیارت عاشورا مداومت داشت.<sup>۱</sup>

در روایات باب شفاعت مؤمن در بعضی از روایات آمده که اقل کسی که مؤمن در آخرت شفاعت می کند چهل نفر هستند. یا در روایت داریم همسایه برای همسایه شفاعت می کند. حالا آن همسایه ای که اهل ملاحی بوده همسایه اش مثلا شفاعتش می کند، پس اینها هم عوامل و اسباب عالم هستند.

اصلا یک چیز دیگر به شما عرض کنم: من زندگی خودم را نگاه می کنم حال خودم را، ما که کاری نکردیم، نعماتی که بر ما حاصل می شود بخاطر دعای دیگران است. پدری، مادری، دوستی که برای انسان دعا کنند. خود شما هم همینطور

<sup>۱</sup> مفاتیح الجنان ص ۵۶۳



هستید. مثلاً زیارت می رود در آنجا دعایی برای شما می کند، شما چشمتان نمی بیند ولی از باطن دارد به شما بر اثر دعای او کمک می رسد. این باطن است که دارد کار می کند. حالا ما در اصول که بحث می کنیم می گوئیم استحقاق ها، ولی وقتی می آییم سر اصل معنا می بینیم همه اش تفضل است.

**سؤال:** تفضل سبب نمی خواهد؟ بدون علت که نمی شود.

**جواب:** سبب ظهور حقتعالی است در محبتش به خلقش، ظهور حقتعالی است در کرامتش، می خواهد ظاهر کند کرامتش را. و الا واقعا اینهایی که ما می خوانیم نماز است؟ واقعا می گویم ما دستی که بلند می کنیم به سمت حق تعالی که همه تصورمان در همین دست و بدنمان هست این در واقع نمازی است که حقتعالی می خواهد؟ بر اساس این نماز به ما استحقاقا چیزی بدهد؟ در نمازی که همش به یاد کارهای دیگرمان هستیم، یک قدری مسئله اصولی حل می کنیم، و یک قدری مسئله فقهی حل می کنیم و امثال آن نماز مطلوب واقع می شود؟

یک وقتی خدمت یکی از اساتید بزرگمان می رسیدیم ایشان کتاب من را در بحث فلسفه علم اصول دیده بود، روزی بعد از نماز خدمت ایشان رفتم تا کتاب را تقدیمشان کنم، بعد از نماز ایشان گفت از باب اینکه هر چی انسان یادش می رود در نماز یادش می آید ما راجع به اعتباریات در فلان بحث کار کردیم شما ببینید. صوم و صلات ما اینطوری است، بعد بگوئیم که بخاطر اعمالمان استحقاق پیدا کردیم که خدا به ما ثواب بدهد.

پس این فرمایش حضرت امام مطلب قابل توجهی است و دیگران هم دارند.

مرحوم امام یک دقت مضاعف دیگری نیز کرده که در کلام مرحوم اصفهانی نیست.

### از نظر حضرت امام ثواب در ازاء نفس انشاء وقف است

ایشان می فرماید این ثواب استحقاقا یا تفضلا که ایشان می گوید تفضل است به ازاء وقفی است که واقف انجام داد نه استفاده منتفعین برای اصل وقف کردنش دارند به او تفضل می کنند. یعنی در ازاء وقف واقف که انشاء می کند و با قصود و شرائط وقف حاصل می شود. ثواب مترتب می شود.

حالا اگر وقف کرد و موقوف علیهم اصلاً استفاده نکردند آیا به او ثواب نمی دهند؟ ثواب بخاطر این است که آمده مال را از خودش کنده قرار داده برای خیراتی که موقوف علیهم استفاده کنند، ربطی به کار واقف ندارد اگر به هر دلیلی موقوف علیهم کم استفاده کردند یا بیشتر استفاده کردند. کاری که واقف باید می کرد این بود که مالش را در راه خدا بدهد امتثالاً لامره، این را انجام داده، خداوند به ازاء این کار دارد به او تفضل می کند یا استحقاقاً ثواب می دهد، ربطی به استفاده

موقوف علیهم ندارد. بلکه ممکن است صدقه جاریه را به آن عنایت بگویند، ولی ثواب به ازاء همان وقف اول واقف است ربطی به استفاده آنها ندارد می خواهد کم باشد می خواهد زیاد باشد.

این هم نکته جالبی است که مرحوم امام ره می فرماید.

«والسلام علیکم ورحمة الله»

## فهرست

بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین .....	۸۳۱
خلاصه مباحث گذشته .....	۸۳۱
بررسی حق موقوف علیهم نسبت به وقف .....	۸۳۲
دو دلیل بر نفی مالکیت عرضیه موقوف علیهم توسط محقق اصفهانی ره .....	۸۳۳
نفی مالکیت طولیه موقوف علیهم بر وقف .....	۸۳۴
اشکال بر ادعای محقق اصفهانی ره .....	۸۳۵
ادامه فرمایشات محقق اصفهانی (قول به ملکیت شأنیه) .....	۸۳۷
اشکالی به کلام مرحوم اصفهانی ره .....	۸۳۹
درست شدن حق عقلائی بخاطر شأنیت تملک .....	۸۴۰
نتیجه بحث .....	۸۴۴
قبول تضييع بودن راه اول نسبت به حق موقوف علیهم .....	۸۴۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس سره درباره مورد اول از مسوغات بیع وقف بود. مرحوم شیخ برای عدم وجود مانع از بیع وقف از حیث حقوق مالکین استدلالی سه شقی را مطرح فرمودند به این شکل که درباره وقفی که خراب می شود یا قابل انتفاع در جهت مد نظر واقف نیست یا باید بگوئیم آن را رها کنند للتالی، یا باید بگوئیم

این بطن موجود استفاده کند و آن را اتلاف کند، یا بگوئیم بفروشند و با ثمنش بدلی تهیه کنند. حال یا باید وقف نیز بکنند یا خودش وقف هست که بحثش خواهد آمد. بنابراین احتمال، تمام بطون آتی نیز می توانند از وقف استفاده کنند. ایشان دو شق اول را باطل می دانند و می فرمایند بنابراین اوقافی که خراب می شوند یا قابل استفاده نیستند باید حتما تبدیل شوند. پس بحث ما در جواز بیع موقوفه بود ولی مطابق این استدلال همانطور که محقق اصفهانی نیز فرموده اند بیش از جواز را اثبات می کنیم و می گوئیم لازم است این کار را انجام دهند، چون دو شق دیگرش باطل است و فقط یک شق باقی می ماند که بفروشند و بدلش را تهیه کنند تا بطون لاحقہ بتوانند از آن استفاده کنند.

مرحوم شیخ در مورد بطلان شق اول یعنی رها کردن عین موقوفه للتالی خلاف حق خداوند و خلاف حق واقف و خلاف حق موقوف علیهم است.

ما در بررسی و تشخیص این حقوق سه گانه مکث کردیم نه فقط برای حل این عبارت مرحوم شیخ، بلکه برای مشخص شدن اینکه آیا حقوقی برای خداوند یا واقف یا موقوف علیهم در باب اوقاف ثابت می شود یا نه؟ این بحث از اهمیت بسیاری برخوردار است. مرحوم آخوند در رسالۀ وقف می فرمایند واقف با وقفی که انجام می دهد این مال را از ملک خودش بیرون می کند و دیگر این مال ارتباطی به واقف ندارد که حقی نسبت به آن داشته باشد.

در خصوص صحت این ادعا مطابق بحثهایی که در جلسات گذشته بیان شد به نظر می رسد ما نسبت به خداوند متعال علی الظاهر نمی توانیم دلیل روشنی پیدا کنیم که حقی برای خداوند ثابت شود، البته غیر از اینکه خداوند بملک تکوینی و ملک تکوینی مالک ملک در تمام عوالم است. ولی غیر از این آیا ملک اعتباری تعبدی هم برای خداوند قابل اثبات است یا حق تعبدی قابل اثبات است، این بحث است، و ما در جای خودش نپذیرفتیم که خداوند ملک اعتباری یا حق نسبت به مخلوقات داشته باشد. به اضافه اینکه در بحث وقف بخصوصه تصویر ملکیت خداوند علی الظاهر تصویر روشنی هم ندارد، زیرا از این باب بود که با وقف، ثواب برای واقف درست می شود و برای موقوف علیهم تعبد درست می شود، و حق خداوند است که به این عمل تعبد شود. که پاسخ آن گذشت.

## بررسی حق موقوف علیهم نسبت به وقف

بحث حاضر در حق موقوف علیهم است. آیا در باب وقف، موقوف علیهم حقی نسبت به عین موقوفه دارند؟

این بحث هم برای حل عبارت مرحوم شیخ لازم است، که فرمودند اگر ما رها کنیم وقف را للتالی، وقف با حقوق ثلاثه که یکی از آنها حق موقوف علیهم است منافات پیدا می کند؛ علاوه بر اینکه خودش بحث مهمی است که آیا در باب اوقاف، موقوف علیهم حقی نسبت به عین دارند یا ندارند؟

محقق اصفهانی می فرماید اگر در اینجا حقی تصویر شود از باب این است که موقوف علیهم ملک دارند و تملیک آنها شده است و حق دیگری مازاد بر مالکیت بطون لاحقه نسبت به عین از باب موقوف علیهم بودن، وجود ندارد. واضح است که اعتبار دیگری از ناحیه شارع یا عقلاء نشده است که بگویند موقوف علیهم در بطون لاحقه یک حق مازادی بر مالکیتشان دارند. پس اگر بحثی هست در مالکیت آنهاست. لذا باید ببینیم آیا مالکیت آنها با مالکیت این بطن موجود تنافی دارد؟ مانند اینکه ملکیتشان مانع از بیع اینها می شود یا نمی شود. چه نسبتی پیدا می کند؟ آیا یک حق فعلی وجود دارد یا نه؟

به عنوان نکته حاشیه ای باید توجه نمود که ممکن است حق غیر فعلی هم به نحوی تضییع در آن تصویر شود، اما فعلا می خواهیم ببینیم آیا بطون لاحقه از موقوف علیهم بنابراینکه در باب وقف تملیک محقق شود که ما نیز این مبنا را در اوقاف خاصه و برخی از اوقاف عامه پذیرفتیم در عرض بطن فعلی، ملکیتی دارند یا نه؟ چون واضح است حق دیگری غیر از این مالکیت وجود ندارد.

## دو دلیل بر نفی مالکیت عرضیه موقوف علیهم توسط محقق اصفهانی ره

مرحوم اصفهانی می گوید به دو دلیل ما نمی توانیم مالکیت آنها را بپذیریم، نه استقلال و نه اشتراک.

دلیل اول این است که دو مالکیت مستقل یا مشترک بر تمام عین تصویر نمی شود. نکته اشکال در تمام العین بودن است، وگرنه در باب اشاعه و املاک مشاع دو مالک داریم که بالاشتراک مالک هستند، اما اینطور نیست که هر کدامشان مالک تمام عین باشند. مالک هستند عین را بالاشاعه. بنابراین در دو شریک، درست است که هر دو مالک مشترک هستند، اما نه نسبت به تمام العین، بلکه به نحو اشاعه است، یعنی در واقع هر کدام سهمی دارند، یک دوم عین ملک هر کدام است نه یک دوم خاص، یک دوم کل این عین به نحو اشاعه که در تمام قطعات این عین که تصویر عقلائی شود هر دو شریک هستند.

پس مالکیت مستقلا یا مشترکا نسبت به تمام العین در باب وقف نداریم. و کسانی که می گویند بطن موجود مالک عین موقوفه هستند می گویند مالک بر تمام عین می باشند. لذا در کنار مالکیت تمام عین نه ملکیت استقلالی دیگری قابل تصویر است و نه ملکیت اشتراکی دیگری.

دلیل دوم نیز نسبت به منافع عین موقوفه است. الان بطن موجود مالک تمام منافع زمان حاضر عین موقوفه است. اگر شما بگوئید بطن لاحق نیز به نحو اشتراک مالک است پس باید بخشی از منافع هم مال آنها باشد، در حالی که اینطور نیست. پس ما می توانیم به جهت این دو دلیل بگوئیم که مالکیت بطون متأخره هم عرض مالکیت بطن فعلی قابل تصویر نیست.

**سؤال:** بحث فلسفی نیست که بگوئیم توارد علتین بر معلول واحد محال است. یک بحث اعتباری است چه اشکالی دارد بگوئیم هم برای این است و هم برای بطن بعدی؟

**جواب:** در باب اعتبار کار متناقض که نمی توانیم انجام دهیم. فرض این است که بطن فعلی بر عین تماما مالکیت دارد.

**سؤال:** هر دو مالیکت که بالفعل نیست، نسبت به بطن حاضر فعلی است و نسبت به بطن لاحقه شأنی است.

**جواب:** بحث الان ما ملکیت فعلی دو بطن در عرض همدیگر است. آنچه فعلا در صدد بیان بطلان آن هستیم این است که بطون لاحقه مالکیت بالفعل هم عرض مالکیت بطن موجود داشته باشد. تمام شقوق را خود مرحوم اصفهانی بیان کرده است که به آن می رسیم.

پس این صورت که اگر کسی بگوید بطون لاحقه هم عرض بطن فعلی مالکیت بالفعل دارند به این دو دلیل تصویر ندارد.

### نفی مالکیت طولیه موقوف علیهم بر وقف

اگر کسی بگوید بطون لاحقه مالکیت طولیه دارند، سؤال مرحوم اصفهانی این است که مالکیت طولیه به چه معنا است؟ یعنی بطن بعدی در طول مالکیت بطن فعلی مالکیت بالفعل دارد؟ یعنی ولو در طول باشد از همین حالا تملیک کرده ایم به آن بطن آتی بالفعل که مالک باشد. یعنی قبول داریم الان تملیک کردیم به بطن فعلی پس مالک این عین است، همین حالا تملیک کردیم بطن لاحق را برای بعد از بطن فعلی، ولی الان تملیک کردیم و الان مالکیت هست.

مرحوم اصفهانی می گوید این کار لغو است و عقلاء کار لغو انجام نمی دهند. و ملکیت اعتباری تمام قوامش به اعتبار است و عقلاء اعتبار غیر عقلانی نمی کنند. اینکه الان تملیک کنند مالکیت فعلی بطن متأخر را چه فائده ای دارد؟

**سؤال:** بیع سلف را چه می گوئید؟

**جواب:** بیع سلف الان هست.

**سؤال:** الان پیش خرید می کنیم چیزی را که نیست. آن ساختمان اصلاً ساخته نشده.

**جواب:** ساختمان خودش نیاز به بررسی مفصل دارد. در باب بیع میوه و امثال آن که اجازه میدهند تازه آنجا هم باید بدو صلاح شده باشد والا حق ندارید بیع کنید. یعنی یک چیزکی باید باشد. در باب ساختمان تصویر پیش خریدش خیلی مشکل است که اصلاً این چی هست و چه صورتی دارد.

محقق اصفهانی می فرماید: «و لیست مالکیه فعلیه طولیه لاستحالة المالکیة الفعلیه للبطن اللاحق للعین فی زمانه» یعنی استحاله دارد که بگوئیم الان اعتبار می کنیم مالکیت عین را در زمان متأخر. بداهه آنکه اعتبار لغو لا یصدر من عاقل فضلا عن الشارع، إذ لیس الملك الاعتباری الا ما یتقوم بالاعتبار (اینجا نوشته ما یتقوم به الاعتبار، ظاهراً غلط است. مالکیت اعتباری چیزی نیست الا ما یتقوم بالاعتبار نه به الاعتبار) فالاعتبار الفعلی للمالکیة فی زمانه غیر معقول»<sup>۱</sup>.

## اشکال بر ادعای محقق اصفهانی ره

این ادعای ایشان است. ولی به نظر درست نیست. این همین چیزی است که مرحوم سید اعلی الله مقامه مکرر گفت و ما هم قبول کردیم که ملکیت به نحو واجب معلق هم تصویر دارد. البته ما نیز مانند برخی محققین نسبت به حکم تکلیفی، واجب معلق را قبول نداریم، اما در باب احکام وضعی علی الظاهر هیچ مانعی وجود ندارد که از حالا امر آتی را تملیک کنیم.

فقط اشکال لغویت ایشان باقی می ماند. که البته اشکال قابل توجه ای است، منتهی پاسخ آن این است که این اعتبار لغو نیست. چون شما باید یک اعتباری انجام بدهید. اگر اعتبار ملکیت فعلی متأخر مئونه بیشتری بر اعتبار مشروط داشته باشد اشکال لغویت وارد است اما شما که بالاخره باید اعتبار کنید ولو به

<sup>۱</sup> حاشیه کتاب مکاسب (لأصفهانی، ط - الحدیث)، ج ۳، ص: ۸۲

نحو مشروط، الان واقف که می خواهد تکلیف این وقف را برای بطون معلوم کند باید کاری انجام دهد، حال با این انشائش چکار می کند؟ برای بطن فعلی، که ملکیت فعلی است، برای بطون آتی باید ملکیت را مشروط کند یا یک کاری دیگری انجام دهد. آیا مثنوی اعتبار فعلی برای نسل متأخر بیش از اعتبار مشروط است؟! چه فرقی می کند؟ اینکه ایشان می گوید لغو است حرف عجیبی است. لغو زمانی است که بر این اعتبار من اثری مترتب نباشد. اثر که مترتب است. می گوئید چرا از حالا این کار را انجام می دهید؟ اگر از حالا انجام ندهد، باید یک انشائی مشروط کند که در زمان خودش فعلی شود، به این دو چه تفاوتی وجود دارد؟!

این شبهه را شاید در کفایه در باب واجب مشروط هم کرده اند. که این چه فائده دارد؟ مانند اینکه در ازل یا صبح مولا انشاء کند وجوب نماز بعد از زوال را به شرط زوال این یک انشائی است بلا اثر، چه فائده دارد؟ همانجا مرحوم آخوند می گوید اثرش این است که وقتی شرط آمد فعلی می شود. مولا که یک کاری باید انجام بدهد تا این تکلیف بر شخص بیاید، حالا یا مشروط می آورد یا معلق، چه تفاوتی دارد.

در اینجا هم همینطور است. بالاخره واقف در تملیکش باید کاری انجام دهد تا تملیک بطون متأخر شود، خب چکار کند؟ شما علی القاعده می گوئید به نحو مشروط باشد، یعنی انشاء کند برای بطن فعلی و بطون آتی که طبقه بعد طبقه یا نسلا بعد نسل، که خود همین نسلا بعد نسل اماره است بر تملیک مشروط. پس باید یک انشائی انجام دهد. حالا انشائش تملیک مشروط باشد یا واجب معلق باشد، چه فرقی می کند؟ از حالا تملیک نسل آتی کند چه ایراد دارد اعتبار هم که قلیل المثنوی است.

بله در وجوب ما به تبع محقق اصفهانی و محقق نائینی و دیگران، اشکال داریم و به وجوه مختلف واجب معلق را قبول نکردیم به خاطر نکته ای که در ماهیت الزام وجود دارد، به نظر ما از حالا الزام امر متأخر معنا ندارد. معنا ندارد از حالا بالفعل الزام داشته باشیم به چیزی که قابل التزام نیست و قابل انجام و امتثال نیست. این به خاطر یک خصوصیتی است در حیث لزوم و ربطی به ملکیت ندارد. ملکیت امر متأخر



هر کجا که مانع نداشته باشد کار عقلائی است اعتبار می شود، اینجا هم همینطور است. نمی فهمیم چرا محقق اصفهانی آن را لغو و بنابراین محال می دانند.

**سؤال:** اشکال لغویت به اصل اعتبار که نبود، به آن متعلق اعتبار است که چرا الان انجام می دهید. بله اصل اعتبار لغو نیست.

**جواب:** اگر شما یک کاری باید انجام بدهید ولو به نحو مشروط، پس مئونه تان فرق نمی کند.

**سؤال:** لغو می دانند عند العقلاء که الان فعلی اعتبار کنند. اشکال مرحوم اصفهانی در اصل اعتبار نیست تا جواب بدهیم که قطعاً باید اعتبار کند، لغویش در این است که الان فعلی شود در طول آن. چون هیچ غرض عقلائی بر فعلیت الان تعلق نمی گیرد.

**جواب:** پس این اعتبار لغو نیست و اثرش این است که در زمان خودش ملکیت حاصل می شود

**سؤال:** ولی این نهج اعتبار لغو است ولو اصل اعتبار لغو نیست.

**جواب:** یک کاری باید انجام بدهد. مشروط باشد یا فعلی چه فرقی می کند؟ زمانی می گوئید این لغو است که اثری نداشته باشد. ولی اثر که دارد. می گوئید الان اثر ندارد، خب نداشته باشد. مگر انشاء مشروط ملکیت الان اثر دارد؟ معلوم است که ندارد. اما لازم نیست داشته باشد. من اعتبار می کنم ملکیت فعلیه بطن لاحق را به نحو معلق. دو کار عدیل هم هستند، یا باید مشروط باشد یا معلق، فرقی با هم ندارند. اگر هیچ اثر نداشته باشد لغو است ولی در زمان خودش اثر دارد. می گوئید الان اثر ندارد، می گوئیم خب انشاء شما هم الان اثر ندارد. فرقی از این جهت نمی کند.

### ادامه فرمایشات محقق اصفهانی (قول به ملکیت شأنیه)

با توجه به این اشکالاتی که محقق اصفهانی بیان فرمودند تنها راهی که برای ایشان باقی می ماند این است که بطون لاحق ملکیت شأنیه داشته باشند. یعنی ملکیت فعلیه هم عرض که نیست، ملکیت فعلیه طولی هم که نیست، فقط ملکیت شأنیه هست.

در ادامه ایشان تذکر می دهند که باید توجه کنیم ملکیت شأنیه نوع آخری از ملکیت نیست، که بگوئیم الان یک ملک شأنی جعل شده، و ملک شأنی مانع بیع است یا ملک شأنی حقی برای موقوف علیهم در بحث ما درست می کند. ایشان می گوید ملک شأنی چیزی جز شأنیت وجود نیست. یعنی یک وجود شأنی است. نه اینکه یک چیزی الان موجود است به نام ملکیت شأنیه تا بگوئیم مانع می شود از بیع در بحث مانعیت از بیع، یا در بحث ما یک حق بالحمل الشایع درست می کند.

بنابراین آن چیزی که خارجا وجود دارد عبارت است از یک انشاء حاصل از واقف به نحو تام، مقصود از تام این است که از قبل انشاء نقصی وجود ندارد، فقط منتظر این است که موقوف علیهم حیات و وجود پیدا کنند و نوبت به آنها برسد، نسل بعد محقق بشوند، آنوقت یک مالکیت بالفعل پیدا شود. پس به نظر ایشان آن چیزی که الان موجود است یک انشائی است تام از این جهت. و انشاء تام آن اعتبار ملکیت نیست که شما به دنبالش هستید.

ایشان اول بحث فرمودند حق موقوف علیهم تصویر دیگری ندارد الا در مالکیتشان. چون در مقام، حق دیگری که اعتبار نشده است. نسبت به مالکیت نیز مالکیت بطون لاحقه به صورت هم عرض معنا ندارد، مالکیت مترتبه به نحو واجب معلق هم که معنا ندارد. البته تعبیر ایشان معلق نیست بنده برای تقریب به ذهن آوردم که از حالا ملکیت فعلیه نسل متأخر باشد. باقی می ماند یک انشاء شأنی از ناحیه واقف. این انشاء شأنی به تعبیر ایشان یتسبب برای اعتبار فعلی از طرف عقلاء. مثل بیع و موارد دیگری. واقف انشائی می کند، موضوع قرار می گیرد برای اعتبار عقلانی تا شارع امضاء کند، یا موضوع قرار می گیرد برای اعتبار شارع ابتدائا. یعنی شارع فرموده الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها، آقای واقف یک انشائی می کند می گوید وقف هذا علی کذا، بعد شارع می گوید من امضاء کردم ابتدائا. بنابراین می شود یک اعتباری من الشارع که روی انشاء آقای واقف می آید.

کلام ایشان این است که می گوید: الان که این بطن موجود است ما نسبت به بطون متأخره چیزی نداریم که حق آنها محسوب شود. مالکیتی ثابت نیست. بلکه فقط یک انشائی از ناحیه واقف است که این

انشاء می تواند وقتی زمان خودش برسد و نسلها جابجا شوند بالفعل شود. آیا انشائی که می تواند بالفعل شود حق بالفعل برای کسی درست می کند؟ پس حق بالفعلی برای موقوف علیهم نسل بعد تصویر نمی شود.

بحث حاضر بسیار مهم است و تنها به جهت اصلاح عبارت مرحوم شیخ نیست. الان یک بحث مستقل روبروی ما است که در باب اوقاف چه حقی در نسبت بین وقف و خداوند یا بین وقف و واقف و یا بین وقف و موقوف علیهم پیدا می شود؟ محقق اصفهانی و مرحوم امام نسبت به وجود حقی چه برای خداوند و چه برای واقف و چه برای موقوف علیهم شدید الانکار هستند.

### اشکالی به کلام مرحوم اصفهانی ره

منتهی ما این بیان اخیر ایشان را که فرمود مالکیت بالفعل نسل متأخر معنا ندارد که در میانه کلام اشاره کردند را نفهمیدیم. اگر ما این مالکیت را تصویر کنیم آن چیزی را که به دنبال آن بودیم پیدا کردیم، نسلهای متأخر همین حالا مالک این عین هستند به نحو طولی لذا ممکن است بگوئیم بطن موجود نمی تواند این را بفروشد و حقی هم برای بطن متأخر نسبت به عین موقوفه ثابت می شود، و کلام مرحوم شیخ که می گفت رها کردن این وقف للتالی مخالف حق الله و حق واقف و حق موقوف علیهم است نسبت به موقوف علیهم کلامشان صحیح می شود و حقی برای آنها پیدا می شود. برای صحت استدلال مرحوم شیخ همین نیز کافی است، که این رها ساختن مخالف یک حق ثابتی باشد، موجب ظلم یا تضییع حقی باشد. حتی اگر ما در مورد خداوند و واقف حق تصویر نکردیم، همینقدر که حق موقوف علیهم باشد و رها سازی وقف للتالی مخالف حق موقوف علیهم باشد استدلال مرحوم شیخ تمام است. لذا بر خلاف فرمایش مرحوم امام و برخلاف فرمایش مرحوم اصفهانی، به نظر می رسد می توان حق بطون متأخر نسبت به این عین را تصویر کرد.

## درست شدن حق عقلائی بخاطر شأنیت تملک

اما نسبت به مطلب بعدی ایشان که ما نسبت به بطون متأخر الان اصلا نمی توانیم مالکیتی تصویر کنیم. بله مثل واجب مشروط در زمان خودش که این نسل پدید بیاید و نسل قبلی منقرض شود، موضوع مالکیت بالفعل می شود و اینها هم می شوند مالک. فرض کنیم این درست باشد. پس در زمان بطن فعلی هیچ شریکی در ملکیت وجود ندارد ولو به نحو طولی. فقط بطون متأخر به نحو انشائی یک اقتضاء و شأنیتی برای آنها وجود دارد.

سؤال ما این است آیا این شأنیت برای تملک در زمان خودش یک نحوه حق عقلائی درست نمی کند؟ این بحث ما شبیه بحث تفویت غرض در بحث واجب معلق است، مثل عدم جواز رفع موضوع واجب مشروط قبل از زمان خودش. آیا مکلف می تواند به بهانه اینکه هنوز وقت داخل نشده و نماز واجب نیست آب وضوء را قبل از وقت بریزد؟ بحثهای مختلفی در اینجا وجود دارد. یکوقت ممکن است به روایات تمسک کرد که بحثی نیست. اما اگر بخواهیم به کبریات کلی در باب واجب مشروط تمسک کنیم در وهله اولی ممکن است این را بگویند که واجب مشروط وجوبش قبل از تحقق شرطش بالفعل نیست پس مقدمه واجب هم واجب نیست. خصوصا اگر قریب و متصل به زمان خود واجب نباشد. مثلا دو ساعت قبل از زمان وضوء نماز ظهر من آب دارم می توانم آب را بریزم و تیمم کنم؟ بسیاری از فقهاء قائل شده اند جائز نیست. با اینکه مقدمه واجبی نداریم تا ریختن آب مخالفت با آن باشد. حتی الان ملاک بالفعلی نیز نداریم تا از باب تفویت ملاکی جائز ندانیم بلکه از باب اینکه ملاک را در ظرف خودش داریم تفویت می کنیم جائز نیست. اگر شما الان آب را بریزید، ملاک در ظرف خودش که بعد از وقوع زوال است تفویت خواهد شد. شما از حالا دارید آن ملاکی که در ظرف خودش فعلی می شود را تفویت می کنید. این جائز نیست. چون اینکار موجب تفویت ملاک در ظرف خودش می شود و این جائز نیست. یعنی وقتی وقت داخل می شود نماز با وضوء یعنی با طهارت مائیه پر از ملاک می شود، و شما الان کاری کردید که آنوقت نتوانید آن ملاک

را تحصیل کنید. می شوید فاقد قدرت. پس خود را از قدرت انداخته اید یعنی دیگر قدرت عقلی ندارید، بنابراین ملاک بالفعل شده و شما تفویت کردید.

آیا نمی شود شبیه همین مطلب را در اینجا گفت؟ بگوئیم درست است بطون متأخر الان مالک نیستند بعدا مالک می شوند، اما آیا ما توانیم کاری کنیم که بعدا مالک نشوند؟ آیا واقعا عقلاء نمی گویند بطون متأخر یک حقی نسبت به این عین دارند؟ آقای واقف عینی را وقف کرده برای این بطن فعلی و در طول آن برای بطون متأخره. آیا همین که این نسل فعلی بعد از مدتی از بین می رود و بطون بعدی حقشان بالفعل می شود کافی نیست؟ الان عقلاء یک حقی را قائل نیستند؟

یعنی تمام زحمتی که مرحوم اصفهانی و مرحوم امام می کشند برای این است که اثبات کنند ملکیت فعلی وجود ندارد لذا حقی تصویر نمیشود در حالی که نکته این است که حتی اگر ملکیت فعلی هم وجود نداشته باشد همینکه قبول کنیم اوضاع به نحوی است که اگر این نسل از بین رفت نسل بعدی مالک می شود، دیگر حق ندارید این را تفویت کنید.

می خواهیم با این قرینه روشن کنیم که به نظر می آید عقلاء حقی برای بطون لاحق قبول دارند. نه حق شائی، فرض کنیم ملکیت شائیه باشد. ما که می گوئیم ملک بالفعل است. مرحوم اصفهانی و دیگران که می گویند ملک بالفعل نیست می گوئیم مگر نمی گوئید در آینده بالفعل می شود، اما اگر شما بفروشید الان دارید ملک آینده را تفویت می کنید آیا این کار جائز است؟

من می خواهم بگویم که حتما عقلاء این کار را قبول ندارند. اگر شما الان تفویت نکنید ملک او می شود، منتهی شما دارید بستر را از بین می برید، مثل این است که شما قبل از رسیدن وقت نماز، آب را بریزید، دیگر جایی برای وضوء گرفتن ندارید.

**سؤال:** امر دائر است که یا خودش تلف شود یا تبدیل شود یا ....

**جواب:** نه تبدیل که شق سوم است که هو المطلوب. بحث این است که اگر رها کنیم للتالی چه می شود. این سخن نیکوی بود، بله فرض کنیم نسبت به خداوند و واقف گفتید ما حقی نمی توانیم تصویر کنیم، اما نسبت به موقوف علیهم چرا حق نیست؟

حالا فرض کنید ملکیت بالفعل نیست، اما آیا واقعا عقلاء می گویند اشکال ندارد؟ تنها نفر نسل قبلی که یک ماه بعد از دنیا می رود و این آقا یک ماه بعد مالک می شود، بگوئیم هیچ ارتباطی بین این بطن متأخر و این عین نیست؟

**سؤال:** فرق مانحن فیه با واجب مشروط این است که نکته در واجب مشروط علم به غرض مولا بود.

**جواب:** نه غرض فعلی ندارد، غرض شائی است که در ظرف خودش فعلی می شود.

**سؤال:** غرض فعلی ندارد ولی علم داریم به غرض مولا در آن ظرف زمان.

**جواب:** مقصودم این است که غرض فعلی نیست علم دارید به تحقق غرض مائی.

**سؤال:** تحقق غرض مائی از شارع فی زمان ما، همین را عقلاء واجب التبعیه می دانند. آنجا محقق اصفهانی وامام ره بیانشان این است ولی مانحن فیه غرضی برای موقوف علیهم حاصل می شود، چه لزوم تبعیتی عقلاء می بینند؟

**جواب:** نه نشد. غرض مولا که یک ماه بعد پیدا می شود می گوئید با اینکه غرض فعلی نیست ولی تفویت نباید کرد ولی مالکیتی برای موقوف علیهم یک ماه بعد پیدا می شود آیا حق دارید آن را تفویت کنید؟ این مثل همان است.

**سؤال:** بخاطر اینکه آن غرض مولاست، عقلاء بخاطر حفظ غرض مولا می گویند شما آب را نمی توانید بریزید و تعجیز نفس کنید. بخاطر اینکه چون مولا است

**جواب:** نخیر نکته که این نیست. ما می گوئیم غرضی که به ملکیت نسل بعد در یک ماه بعد قائم است را شما الان دارید تفویت می کنید و ملکیت را از بین می برید.

بیان دیگری داشته باشیم. آیا تفویت اغراض فعلی جائز بود؟ آن غرض هم مثل این می ماند. با اینکه این غرض مال مولا نیست، الان این ملکیت فعلی را می توانستید تفویت کنید؟! همانطور که شارع با الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها ملکیت فعلی را امضاء کرده ملکیت آتی را هم امضاء کرده است. نمی گوئیم الان ملکیت دارد، همینکه یک قضیه شرطیه که شرطش در آینده می آید را تفویت می کنید مانند همان است. ملکیت در زمان خودش مولویت شرعی پیدا می کند زیرا الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها پشتش هست و شارع آن را امضاء کرده است. پس اوقاف یک نحوه مولویت شرعی نیز پیدا می کنند و گرنه نسبت به همین بطن فعلی نیز لزوم رعایت نداشت. پس همانطور که در بطن فعلی رعایت وقف واقف مستند است به الوقوف، آن ملکیت آتی هم به الوقوف مستند است. نمی گوئیم الان ملکیت هست، ملکیت شانی است، ولی می دانیم ملکیتی می آید که شارع الوقوف را پشت سرش دارد.

**سؤال:** یعنی اطلاق الوقوف می گوید الان ملکیت شانیه را رعایت کنیم.

**جواب:** نه الان، در جای خودش و در زمان خودش.

**سؤال:** آنکه زمان خودش می شود ملکیت فعلیه.

**جواب:** همین را عرض می کنم، من می گویم در واجب مشروط الان که وجوب نیست، می گوئیم وجوبی که در زمان خودش می آید را باید رعایت کنید. چون در غیر این صورت از حالا دارید آن را تفویت می کنید. در اینجا نیز ملکیتی را که در زمان خودش می آید و الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها آن را امضاء می کند تفویت می کنید.

**سؤال:** از الان لزوم حفظ ندارد چون روایت نسبت به آن اطلاق ندارد.

**جواب:** چرا ندارد؟ چه فرقی می کند؟ آن ملکیت یک ماه بعد امضاء شارع دارد و شما از حالا دارید تفویت می کنید آن را، مثل تفویت وجوب می ماند.

## نتیجه بحث

پس عرض ما این است که تمام همّ محقق اصفهانی و مرحوم امام مصروف این شد که ملکیت فعلیه درست کنند تا بگویند اگر می خواهید حق باشد باید این ملکیت باشد. و چون ملکیت نیست حق هم نیست. در حالی که به نظر می رسد اصلاً نیاز به این استدلال نباشد. تفویت ملکیت در ظرف خودش هم جائز نیست. مرحوم شیخ می گوید اگر شما این وقف را رها کنید للتالی ملکیت آن بطون متأخره را تفویت کردید. چون ملکیت بر این عین مخروبه و بدون فائده چه اثری دارد؟ این را چه کار کنند؟ نه اینکه این عین مخروبه ای که باقی مانده را مالک نمی شوند اما این ملکیت بی اثر است. پس این کار تفویت ملکیت آنهاست در ظرف خودش. نه الان، الان مالک نیستند، اما در ظرف خودش دارید تفویت می کنید. و همانطور که نسبت به مالک فعلی اگر شما ملکیتش را از بین ببرید تضييع است نسبت به آن آینده هم تضييع است چه فرقی می کند؟

## قبول تضييع بودن راه اول نسبت به حق موقوف عليهم

بنابراین به نظر ما به تبع ملکیت می تواند برای موقوف عليهم حق ثابت باشد. و هم یک جور حق عقلائی امر متأخر ممکن است پیدا کند ولو ملک نباشد. عقلاء این را جائز نمی دانند. به نظر می آید یک نحوه امر وضعی که حق است دارند قائل می شوند که می گویند این کار شما ظلم است و تضييع است. و همین مقدار برای مرحوم شیخ کافی است. ایشان که فرمود اگر وقف را رها کنیم تضييع می شود حق الله و حق واقف و حق موقوف عليهم، ما در مورد خداوند و واقف نتوانستیم تصویر کنیم، لزومی هم ندارد. شما این کارتان تضييع حق موقوف عليهم هم باشد کافی است. شما حق ندارید این کار را انجام دهید. یعنی شق اول فرمایش مرحوم شیخ و شق دوم هر دو باطل می شود و شق سوم هو المطلوب تمام می شود که باید بفروشد این را تبدیل کنند به یک مال موقوفه ای که ثمراتش برای بطون آتی باقی باشد.



پس این استدلال هم جواز بیع را درست می کند و هم در کنارش لزوم بیع را درست می کند فرارا من التضييع.

«الحمد لله رب العالمين».

## فهرست

۸۴۶	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۴۶	خلاصه مباحث گذشته
۸۴۸	نظر مرحوم امام در مورد مالکیت بطون متأخر
۸۵۰	بررسی نظریه حضرت امام ره
۸۵۰	وقف بر عنوانی که فانی در معنوی است
۸۵۳	تصویر شخصیت حقوقی
۸۵۳	تفاوت ثمره بین دو تصویر
۸۶۰	نتیجه فرع اول

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در اولین مورد از مسوغات بیع وقف در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس سره بود. در تصویر ثبوت حق موقوف علیهم بر مال موقوفه این بحث مطرح شد که آیا حقی برای بطون متأخره ثابت است؟ بطن حاضر در هر صورت مالک منافع هستند چه وقف را مشتمل بر تملیک بدانیم که در این صورت نسبت به انتفاعات صاحب حق می شوند. و چه وقف را ایقاف نسبت به عین بدانیم ولی قائل باشیم نسبت به منافع مالک می شوند. اما نسبت به بطون متأخره این بحث مطرح است که چه نسبتی با مال موقوفه دارند؟ آیا مالک هستند و آیا حقی برای آنها ثابت است یا خیر؟

نظر محقق اصفهانی ره در جلسه گذشته بیان شد. ایشان می خواستند اساسا انکار کنند که در زمان مالکیت بطن موجود حقی برای موقوف علیهم در نسلهای متأخر وجود داشته باشد تا بتواند در بحث صحت بیع، مانع از بیع شود، یا در این بحثی که فعلی که تبیین فرمایش مرحوم شیخ است موجب تضییع حقی از موقوف علیهم شود.

منتهی جلسه گذشته دیروز عرض کردیم که ظاهرا هم تملیک فعلی بطون متأخره تصویر دارد و بر خلاف نظر محقق اصفهانی هیچ لغویتی نیز در آن نیست؛ چون بالاخره واقف برای تعیین تکلیف نسلهای آینده باید انشائی انجام دهد، این انشاء نسبت به بطون متأخر یا باید به نحو واجب مشروطی باشد البته مانند آن چون بحث وجوب نیست بحث ملکیت است پس در واقع به نحو ملکیت مشروط باشد که در زمان هر نسلی بوجود آمد تازه ملکیت بالفعل شود؛ یا باید مانند واجب معلق به نحو تعلیق باشد به این صورت که از زمان وقف یا در زمان فعلیت نسل فعلی و ملکیت آنها، ملکیت نسلهای متأخر هم بالفعل باشد. لذا این کار لغو نیست چون در هر صورت واقف باید انشائی انجام دهد که یا انشاء مشروط است یا معلق. لذا به نظر می آید که هیچ لغویتی ندارد و می شود ملکیت را تصویر کرد.

علاوه بر این عرض کردیم چه بسا کسی اینطور بگوید که حتی اگر ملکیت هم مشروط باشد همانطور که در باب واجب مشروط می گوئیم قبل از وصول زمان شرط، تفویت واجب جائز نیست با اینکه الان وجوب بالفعل هم وجود ندارد، در باب ملکیت هم اینطور بگوئیم که درست است که بطون متأخره الان در زمان بطن فعلی مالک نیستند، ولكن ما می دانیم بالاخره این بطن موجود یک عمر محدودی دارد، اینها از بین که بروند ملکیت بطن بعدی فعلی می شود. لذا ما نمی توانیم کاری انجام دهیم الان که ملکیت متأخر آنها را از بین ببریم. و این حرف معقولی است.

البته باید توجه نمود که کیفیت استفاده از این مقدمه در بحث مانعیت حق بطون متأخره از بیع یک مسئله است که در قبل مطرح شده و شاید بعدا هم مجبور شویم طرح کنیم. فعلا این بحث را برای مقصود دیگری مطرح می کنیم که آیا بعد از خراب وقف و عدم امکان استفاده از منافع وقف مطابق نظر واقف اگر

بالمرة این وقف را رها کنیم و آن را تبدیل نکنیم آیا موجب تضییع حق موقوف علیهم می شود؟ مرحوم شیخ فرموده بود تضییع حق موقوف علیهم می شود. مرحوم اصفهانی، مرحوم امام و برخی، ادعایشان این است که اصلا حقی اینجا نیست تا تضییع حق بشود.

ما عرض کردیم می شود در اینجا حقی تصویر کرد، هم از باب ملکیت و هم از باب خود حقیت بعد از تسلیم اینکه ملک بالفعل نباشد.

### نظر مرحوم امام در مورد مالکیت بطون متأخر

مرحوم امام در این بحث تقریبا همه این شقوق را آورده اند، هم این احتمال را که به نحو واجب مشروطی باشد و هم این احتمال را که به نحو واجب معلقی باشد. منتهی ایشان در خود اینها به خصوص نمی کند. اینها را ایشان می گوید اگر اینطور باشد تأثیرش را در بحث بیع بررسی کرده اند. منتهی الان بحث ما این نیست.

آن بحثی که الان به ما مربوط است این است که ایشان بعد از اینکه ملکیت نسلهای آینده به نحو واجب مشروط یا واجب معلق را تصویر می کنند می فرمایند: و اما منع حق البطون اللاحقة فإن قلنا بأن الوقف تملیک فعلی لجميع البطون عرضا و إن کانت المنافع تدرّ علیهم طبقة بعد طبقة، این یک فرض است که اثرش را در بیع گفته اند و محل بحث ما نیست، بعد فرمودند: و إن قلنا بأن الوقف تملیک للبطون الموجودة فعلا و للبطون المتأخرة بعد انقراض البطن الموجود أى تملیک طبقة بعد طبقة. این هم یک فرض است.

بعد از بیان این دو شق می فرمایند: هذا إذا قلنا بإمكان تملیک المعدوم. ما بحثمان با حضرت امام ره از اینجا شروع می شود. ایشان می گویند این دو تصویر که تصویر تملیک بطون متأخره علی نحو واجب معلق یا واجب مشروطی است مبتنی بر امکان تملیک معدوم است، ولکن اگر بگوئیم که تملیک معدوم غیر ممکن کمالکته (المعدوم)، فإن المعدوم لا يمكن الإشارة الیه و لا جعله طرف الاضافة، حالا که معدوم

نمی شود مالک بشود، نمی شود به او اشاره کرد، نمی شود طرف اضافه بشود، بنابراین در وقف باید انشاء تملیک متعلق به عنوان الطبقات شود مانند ذریه یا طبقه بعد طبقه. فالتملیک علی القول به لعنوان واحد منطبق علی کل طبقه فی حال وجودها أو لعناوین عديدة حسب الطبقات. چون معنومان معدوم است باید انشاء روی عنوان برود، عنوانی که انطباقش بر نسلها بعد از وجودشان هست، والا بر معدوم هم تطبیق نمی شود.

بعد ایشان می فرمایند: وعلی القول المنصور که وقف تملیک نیست بلکه ایقاف است آنجا هم همینطور است، ایقاف روی عناوین می رود، چون ایقاف برای معدوم هم معنا ندارد. پس ایقاف هم اگر باشد روی عنوان می رود. و علی القول المنصور من أن الوقف لیس تملیکا فالایقاف لعنوان واحد أو عناوین عديدة کل فی حال وجود الطبقة و لا یكون علی الفروض لافراد الطبقات الموجودة و المعدومة حق متعلق بالعين الموقوفة. افراد موجود و معدوم هر دو را با هم نمی تواند بگیرد. ولی نکته اش این است که افراد معدومه چون اصلا نمی شود طرف تملیک باشند تا حق داشته باشند، و إنما هم مصرف المنافع، وقف رفته روی عنوان، آنوقت آحاد هم می شوند مصرف. وقتی مصرف بشوند دیگر حقی هم ندارند، لذا شما می توانی به بعضی بدهید و به بعضی ندهید، کالفقراء و السادة فی الزكاة و الخمس علی احتمال موافق للاعتبار».

بعد مرحوم امام ره وارد این بحث می شوند که ایقاف «علیهم» است یا «لهم» است. که این را بحث می کنیم. بعد به تفصیل وارد بحث قضیه حقیقیه می شوند، گرچه می گویند در جای خودش تحقیق کردیم. به نظر من ضرورتی ندارد ولی ایشان ورود کرده اند و باید ببینیم لازم است بحث کنیم یا لزومی ندارد.

**سؤال:** طرف اضافه واقع نمی شود یعنی چی؟

**جواب:** یعنی نمی توانیم معدوم را طرف ملکیت قرار بدهیم. نمی توانیم به معدوم اشاره کنیم.

**سؤال:** با اعتبار که می شود؟

**جواب:** ایشان اینجا تقریباً دو سه بحث دارد، می گوید حتی در اعتبار هم ما نمی توانیم برای معدوم اعتبار کنیم. نمی توانیم بگوئیم چون معدوم است برای آن اعتبار ملکیت می کنیم. و این را محال می دانند.

**سؤال:** پس چطور وقف نسلاً بعد نسل یا طبقه بعد طبقه را تصحیح می کنند.

**جواب:** اتفاقاً می گویند همین طبقه بعد طبقه برای عنوان ما مصداق درست می کند. وقف روی عنوان طبقه رفته است. حالا که معدوم است بر آن طبقه صدق نمی کند اما وقتی که موجود شد بر آن صدق می کند. اگر گفتیم ذریه، برخی از ذریه الان موجود هستند و بعضی از آنها معدوم هستند. عنوان در زمان حاضر بر معدوم تطبیق نمی شود، بلکه عنوان ذریه بر هر کسی که فعلاً بالحمل الشایع وجود دارد و ذریه هست صدق می کند. و بعد از اینکه اینها از بین رفتند و طبقه بعدی از ذریات آمدند بر آن ذریه در حال وجودش صدق می کند.

### بررسی نظریه حضرت امام ره

اولین بحثی که ما با ایشان داریم که قبلاً فکر می کنم اشاره کردم این است که: آیا کسانی که وقف را در محل بحث وقف بر افراد گرفتند نه وقف بر عناوین یا وقف را تملیک دانستند، نسبت به بطون متاخره به معدوم تملیک کرده اند؟ یعنی آنهایی که می گفتند که ما وقف می کنیم به نحو واجب مشروطی یا به نحو واجب معلق، به معدوم تملیک کرده اند؟ ظاهر فرمایش مرحوم امام ره این است که یا باید به شخص اشاره کنیم، که می فرمایند معدوم قابل اشاره نیست مگر وقتی وجود پیدا کند، و یا باید روی عنوان برود که پس وقف بر عنوان می شود.

### وقف بر عنوانی که فانی در معنون است

عرض ما این است که این کلام درست نیست، شق ثالثی نیز داریم که در واقع همین شق اصل در مقام است. وقتی وقف را روی عنوان می برید عنوان، فانی در معنوناتش هست. اگر بگوئید اکرام عالم کن، درست است اکرام را بردید روی عنوان عالم، ولی این عالم در واقع فانی می شود در معنونات خودش که عالمهای

خارجی هستند. منحل می شود روی آنها. اشاره به آنها دارد. عرض من این است که اگر گفتید اکرم العالم، نمی شود وجوب برود روی عنوان بدون سرایت به معنوناتش. این معنا ندارد.

البته توجه شود که این مطلب نسبت به عالم که متعلق المتعلق است مطرح است نه نسبت به متعلق. درباره متعلق در بحث اجتماع امر ونهی و ضد بحثی است که آیا در متعلقات وجوب و حرمت، حکم از عنوان متعلق به خارج سرایت می کند؟ در آنجا ممنوعیتی وجود دارد از باب اینکه امثال ظرف سقوط تکلیف است لذا نمی تواند ظرف ثبوت تکلیف باشد. اما نسبت به متعلق المتعلق که عالم است، وقتی حکم روی عنوان عالم می رود، عالم در کثراتش فناء ذاتی دارد و نسبت به کثراتش سرایت طبعی دارد. در آنجا وجوب روی عنوان مقصور نمی ماند. وقف هم همینطور است. مقصود این است که اگر بگویند «وقف علی ذریته» در واقع لبا بر آحاد ذریه اش وقف کرده است. حال بحث این است که اگر وقف روی عنوان ذریه رفته است و ذریه را حاکی از ذریه در حال وجود بدانیم که حضرت امام نیز در قضیه حقیقه همین را می گویند، این دیگر ربطی به وقف بر عنوان ندارد. ما در وقف بر عنوان تازه باید یک شخصیت حقوقی برای عنوان درست کنیم تا او مالک شود و کثرات و افراد مصرف باشند. و الا وقتی وقتی روی عنوان موقوف علیهم می رود طبیعت آن عنوان فانی در کثراتش می شود و سرایت در کثرات پیدا می کند و همه افراد را شامل می شود. این را در وقف بر کلی به تفصیل بحث کردیم.

مقصود این است که در اینجا شق ثالثی هم تصویر می شود حتی اگر قبول می کنیم که وقف، تملیک باشد مثلاً بر ذریه، نمی گوئیم در حال عدم وجود ذریه به او تملیک می کنیم. ما داریم تملیک را انشاء می کنیم چه به صورت واجب مشروطی و چه به صورت واجب معلق بر ذریه در ظرف تحققش، بر ذریه در ظرفی که موجود می شود. ما نگفتیم بر معدوم. فکر نمی کنم کسی هم بگوید ما بر معدوم بما هو معدوم تملیک می کنیم. بر آن موجود در ظرف خودش تملیک می کنیم.

**سؤال:** موجود ظرف خودش الان موجود است یا معدوم؟

**جواب:** الان معدوم است، من دارم انشاء روی عنوان می کنم، عنوان بر معنوی خودش در ظرف خودش تطبیق می شود.

**سؤال:** پس طرف اضافه انشاء یک چیز معدوم است

**جواب:** الان اضافه اش نمی کنم. من الان می برم روی عنوان عالم. می گویم اکرم العالم. آیا در عالم هم شما می گوئید محال است؟ می گوئید در اکرم العالم منحل هم نمی شود؟ روشن است که منحل می شود با اینکه بعضی عالمها الان موجود نیستند. من اگر بگویم اکرم العالم یا اکرم العلماء به نحو اطلاق یا عموم، الان که همه افراد موجود نیستند، شما می گوئید نسبت به معدوم چکار کردید؟ ما نسبت به معدوم کاری نکردیم، ما بردیم روی عنوان عالم. هر وقت مصداق عالم پیدا شد حکم بر آن تطبیق می شود. ما وجوب را روی عنوان بردیم ولی عنوانی که فانی در معنونات خودش در ظرف خودش می شود نه معنونی که الان معدوم است.

فکر نمی کنم از کسانی که مرحوم امام در مقابل آنها بحث می کنند کسی قائل باشد که ما بر معدوم بما هو معدوم وقف کردیم. کما اینکه در باب وجوب هم این حرف را نمی زنند که ما ایجاب می کنیم برای عالم اعم از عالمی که الان هست و عالمی که معدوم است. مگر می توانیم الان وجوب اکرام بیاوریم برای عالم معدوم؟! ما وجوب اکرام را روی عنوان عالم می بریم. عنوان عالم بر هر عالم در ظرف خودش که موجود است تطبیق می شود.

**سؤال:** منظور امام هم از وقف بر عنوان همین است

**جواب:** پس چطور می فرماید افراد مصرف هستند؟ اگر شما می فرمائید که وقف بر عنوان اصلا همین وقف بر افراد است می پرسیم پس چرا می گویند افراد مصرف هستند. با این تصویر که افراد موقوف علیهم می شوند. اگر وقف می رود روی عنوان، مثل وجوبی است که روی اکرام عالم رفته است. اگر وقف منحل



می شود، منحل می شود به همین کثرات، چه موجودین آنها و چه معدومینشان. باید منحل بشود، چرا اینها مصرف بشوند؟

### تصویر شخصیت حقوقی

در بحث وقف بر کلی مفصل بحث کردیم که ظاهراً مصرفی که در باب زکات و خمس می گویند و مصرفی که در باب وقف می گویند ظاهراً بنابراینکه وقف بر طبیعی باشد تصویر ندارد، مگر اینکه به طبیعی یک شخصیت حقوقی بدهیم، آن را یک واحد حساب کنیم و شخصیت را برای آن اعتبار کنیم و بگوئیم این شخص مالک می شود. منتهی منافات ندارد که شخص مالک بشود، ولی به حسب امر مولوی مجبور باشد منافعی را که به دست می آورد در یک حیطه خاصی مصرف کند. مانند اینکه در افراد همین عنوان مصرف شود.

### تفاوت ثمره بین دو تصویر

این بحث فائده بسیاری دارد. یعنی با یکدیگر قابل قیاس نیستند. اگر شما بگوئید منحل می شود و آحاد مالک می شوند در این صورت باید چه در وقف محصور و چه در وقف غیر محصور منافع مال موقوفه را بالسویه تقسیم کنید، حتی اگر غیر محصور باشند. هم در کتاب تحریرالوسیلة بود و هم در کتاب جواهر بود که حتی در غیر محصور اگر گفتیم اینچنین است باید برخی از منافع را برای نسلهای بعدی نگه بداریم و اگر در اقطار دیگر هستند باید جستجو کنیم تا آنها را پیدا کنیم.

منتهی همانطور که بیان شد این نحوه وقف خودش یک کاشف طبیعی عرفی است بر اینکه وقف به نحو عنوان شخصیت حقوقی شده تا افراد مصرف شوند. و الا ما وقف کنیم بر کثراتی که باید دنبال آنها در اقطار ارض بگردیم و اموالی را به آنها بدهیم. بعد بحث می کنند که حرج است یا نه و آن قسمتی که حرج باشد حکمش چیست که در آن بحث به تفصیل بیان شد.

ولذا اینکه وقف بر عنوان باشد یا افراد، به لحاظ ثمره بسیار متفاوت است. این که مرحوم امام نظر دیگران را این می دانند به نظر صحیح نیست و در مقام سه صورت متصور است، وقف کنیم بر عنوان و بر طبیعتی که به کثرتش سرایت کند که لازمه اش وقف بر افراد است، منتهی چون راهی به افراد نداشتیم از عنوان عام استفاده کردیم.

در آن بحث عبارت صاحب جواهر را بیان کردیم و از همه روشتر فرمایش مرحوم آخوند در رساله وقف بود که ایشان تصریح می کنند که طبیعت، طریق برای افراد خود هست. لذا واقف در واقع وقف بر افراد کرده است، به خلاف وقف بر عنوان به عنوان شخصیت. بنابراین وقف بر افراد غیر ممکن نیست.

**سؤال:** اینکه در ظرف خودش مالک می شود یعنی عدم مضاف؟

**جواب:** چرا عدم مضاف؟ عدم مضاف مثل عدم زید است. ما به عدم زید نمی خواهیم وقف کنیم. ما می خواهیم بر زید در زمان خودش وقف کنیم زمانی که موجود است. ظرفی که موجود است.

سپس ایشان بحثی را مطرح می کنند که مناسب است به آن بپردازیم. می فرمایند احتمال دیگری در حقیقت وقف وجود دارد غیر از ایقافی که مبنای ما (مرحوم امام ره) است به این بیان که وقف فک ملک است و جعل الشیء محبوسا و موقوفا، و اینکه منافع عین موقوفه در بر عده ای هست را جزء لوازم وقف بدانیم نه حقیقت آن، حقیقت وقف تنها فک ملک است و اینکه شیئی را که فک می شود محبوس کنیم. و این غیر از ایقاف علی الموقوف علیهم است که تا به حال می گفتیم. و این نظر بعد از نظر منصور بهتر از همه احتمالات در واقعیت وقف است، که بگوئیم وقف فک است به اضافه حبس این عین و منع از نقل و انتقالات. فایده این نظر این است که منع از نقل و انتقال در ماهیت خود وقف اشراب شده است.

ما قبلا این مطالب را بحث کرده ایم. نکته ای که باعث شد این بحث را در اینجا مطرح کنیم این است که می فرمایند اگر این را گفتیم: «إنما یقال «إنهم الموقوف علیهم» (در مسلک ایشان) لاجل هذا الدرّ لا

لاجل الايقاف عليهم. می فرمایند و إن شئت قلت: لأجل الايقاف لهم. اگر ما اینطور گفتیم که در منفعت بر موقوف علیهم از باب این است که ايقاف لهم است نه ايقاف علیهم.

ما فرمایش ایشان را واقعا نمی فهمیم. به نظرم همان شبهه ای که اول بحثها داشتیم که ايقاف بودن وقف معنای محصلی ندارد، اثرش را نشان می دهد. ما وقف را یک مجعول اصالی دانستیم و فرمایش مرحوم سید و مرحوم امام را که می فرمودند وقف ايقاف است تفسیر کردیم که شاید مقصودشان همین باشد. قرائنی هم وجود داشت، در همین کتاب البیع یکجا مرحوم امام ره فرمودند وقف یک اعتبار است، کما اینکه مرحوم آخوند در رساله وقف می فرمایند وقف یک نوع اعتبار است. اینکه بگوئیم وقف یک نوع اعتبار است قریب می شود به آن ادعایی که ما می کردیم که وقف یک مجعول اصالی است.

منتهی به این عبارتها که می رسیم فهم مطلب مشکل می شود. وقف علیهم، وقف لهم چه تأثیری در بحث دارد؟

ما با مفاهیم انشاء می کنیم. این انشاءات و مفاهیمی که انشاء می شود مهم نیست مهم آثاری است که بر این انشاء مترتب می شود و عنوان اعتباری است که به وسیله انشاء تسبیب برای حصول آن می شود و مفهوم انشاء شده تنها باید به لحاظ عرفی با آثار مناسبت داشته باشد.

ما وقتی می خواهیم ملکی را از تقلیب و تقلب و بیع و شراء نگهداریم اگر عنوان و مفهوم وقف و سکون را بیاوریم به لحاظ عرفی خیلی بهتر از این است که مفهوم حرکت را بیاوریم. اگر شما می خواهید بر خانه ای این آثار را بار کنید که بعدا آن را نفروشند، نخرند، هبه نکنند، خوب است که از مفهوم وقف و سکون استفاده کنید بجای اینکه از مفهوم حرکت استفاده کنید. اما باید متوجه باشیم استفاده از این مفاهیم فقط یک جنبه عرفی دارد، لب مطلب هیچ انحصاری به هیچ مفهومی ندارد. در انشاء به وسیله مفاهیم مهم این است که آن عنوان اعتباری که با این کار برای حصول آن تسبیب می کنید چه چیزی است. شما در بیع، ایجاب و قبول مضمون بیع را انشاء می کنید و بایع می گوید «ملکتک هذا بذاک» و مشتری نیز می گوید «قبلت». اینکه با چه مفهومی انشاء کنید اصلا اهمیتی ندارد. مهم این است که اگر شما این انشاء را کردید

عقلاء بگویند این موضوع اعتبار ما است. در وقف اگر شما انشاء کردید وقتت هذا علی کذا یا لکذا، واقعا هیچ فرقی در مقام انشاء ندارد. مهم این است که عقلاء این انشاء وقف را تسبیب برای اعتبار خودشان می دانند. مثلا اگر گفتیم وقف یک مجعول اصالی است باید ببینیم چه چیزی را موضوع آن وقف اعتباری خودشان قرار داده اند. چه تعبیر ایقاف لهم و چه ایقاف علیهم تفاوتی ندارد. شارع فرموده الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها که دلیل امضاء است یعنی دلیل اعتبار شارع است باید ببینیم موضوعش چیست؟ یک انشائی است از واقفین. حال چه این انشاء وقف علیهم باشد یا وقف لهم باشد. این علیهم و لهم واقعا در مقام انشاء چه تأثیری دارد؟ پس اشکال اول ما این است که واقعا ایقاف لهم و علیهم چه تأثیری در مقام انشاء دارد.

ثانیا: اگر از اول ماهیت وقف را فک ملک و منع ملک از تقلیب و تقلب و انحاء اعمال حقوقی که می تواند روی آن انجام شود بدانیم اشکالی ندارد اما اگر گفتیم وقف ایقاف لهم است، چطور می شود این را فهمید و قائل به منع از بیع شد؟

**سؤال:** یعنی ذات وقف این است که دیگر قابل فروش نیست.

**جواب:** این مطالب را از ایقاف لهم شما می فهمید؟ از کجایش فهمیدید که این در ایقاف علیهم نیست در ایقاف لهم هست.

**سؤال:** از عرف

**جواب:** واقعا عرف این را می فهمد. اگر مرحوم امام این مطلب را فرموده بودند شما الان این کلام را می فرمودید؟ ابداء. جمله «ایقاف علیهم» یک مفهوم «ایقاف» دارد و یک مفهوم «علیهم»، از کجای این جمله استفاده می شود که در ذات این، منع از بیع نخواهیده اما در «ایقاف لهم» که همین «ایقاف» است با «لهم» نهفته است که باید منع از بیع باشد؟! واقعا اینها سخن درستی نیست. دلیلش این است که ایقاف لهم باشد یا ایقاف علیهم به معنای انشاء این مفاهیم، اصلا اثر چندانی ندارد. مهم این است که آن وقفی که اعتبار

می شود چه آثاری دارد. این ایقاف لهم یا ایقاف علیهم انشائی است که موضوع یک اعتبار عقلائی یا شرعی را محقق می کند. مهم این است که وقتی آن اعتبار عقلائی برای کسی آمد که ممکن است آن اعتبار اصلاً با انشاء دیگری نیز بیاید چه آثاری دارد.

در مسائل ابتدائی کتاب وقف درباره اینکه صیغی که با آنها می شود وقف را انشاء کرد چیست، فرمودند صیغه صریح، وقف است و صیغ غیر مصرح هم دارد. بحث شد که آیا انشاء با غیر مصرح ها درست است؟ بعضی مثل مرحوم شیخ انصاری فرمودند حتی اگر مجازی باشد اما قرینه داشته باشد اشکالی ندارد. یعنی شما با مفاهیم غیر وقف هم می توانید وقف را انشاء کنید، مهم این است مضمونی که می خواهید وقف کنید را ابراز کنید و موضوع آثار شرعی و عقلائی واقع شود. یعنی آنها آن چیزی را که وقف اعتباری می دانند اعتبار کنند و آثار بر آن مترتب باشد.

اینکه آیا در بطن وقف، منع از بیع نهفته است یا نه، یک مطلبی است که باید از ماهیت آن اعتبار کشف کنیم نه از ایقاف لهم و ایقاف علیهم. اینها هیچ ملازمه ای هم با اینکه عدم البیع داخل در متن وقف باشد یا نباشد ندارد. ایشان ایقاف علیهم را می گویند خارج است و در اینجا وقف مشتمل بر منع از بیع نیست، اما اگر ایقاف لهم شد اینطوری است.

**سؤال:** کیفیت اعتبار را چطور بدست بیاریم؟

**جواب:** از مجموع آثاری که در روایات بر آن بار شده، یا عقلاء بار می کنند. عقلاء بالاخره وقتی چیزی را وقف می دانند آثاری بر آن بار می کنند ما از آن آثار می توانیم بفهمیم و راه دیگری نیز نداریم.

**سؤال:** کیفیت اعتبار واقف هم دخیل است؟

**جواب:** خود اعتبارش دخیل است نه کیفیت اعتبارش. اعتباراتی که مجعول اصالی هستند مثل احکام وضعیه، باید موضوع آثار واقع شوند، چون اگر موضوع آثار واقع نشوند لغو می شود. عقلاء وقتی چیزی را وقف می دانند که موضوعش عبارت است از انشاء واقف به اضافه قصود خاص، وقتی برای چیزی اعتبار

وقف می کنند آثاری برای آن قائلند، من جمله اینکه نمی توان آن را فروخت یا صلح کرد یا هبه کرد. همین آثار کاشف هستند که ماهیت وقف چیست. ما دلیل دیگری نداریم. اگر از شما بپرسند ملکیت چیست؟ می گوئیم یک حکم وضعی است، یک اعتبار عقلائی است که این آثار را دارد. وقتی چیزی ملک انسان شود باعتبار عقلائی و به نظر ما باید امضاء شرعی نیز بشود، مالک می تواند در این ملک تصرف کند، دیگران ممنوع از تصرف هستند، مالک می تواند آن را وضعاً موضوع آثار قرار بدهد به بیع و صلح و دیگر آثاری که در شرع آمده است. مقصودم این است که ماهیت اعتبارات را از آثار مترتبه کشف می کنیم، نه از آن مفهومی که انشاء می شود.

این مطلب در بسیار از عبارات خلط شده است حتی در کلمات محقق اصفهانی با تمام دقتش گاهی خلط شده است می خواهند از آن مفهوم انشاء شده چیزی در بیاورند. در حالی که به نظر ما از صرف مفهوم انشاء شده چیزی در نمی آید. شما باید ببینید آن اعتباری که روی مفهوم رفته چیست. حتی می خواهم بگویم در جاهایی که اعتباراتی روی انشاء نمی آید. مثل انشاء بعث، که در آنجا اعتباری از ناحیه عقلاء نداریم. انشاء بعث به داعی جعل الداعی به قول مرحوم اصفهانی می شود بعث. آنجاها مفهومی که انشاء می شود چندان مهم نیست. گرچه سلیقه عرف و آن نگاه عرفی می گوید آن چیزی که انشاء می کنید تناسب داشته باشد. ولی هیچ ضرورتی ندارد. شما ممکن است با هیئت امر بعث کنید، با ابعثک هم بعث کنید، با جمله خبری هم بعث کنید بداعی البعث، همه اینها ممکن است.

#### سؤال: پس بجای انکحت بگوئیم بعث

جواب: در متعه برخی تعبیر اجر را دارند. سخن ما این است که به لحاظ عرفی باید تناسب رعایت شود. به لحاظ عرفی نباید اینطور باشد چون عرف تناسبی می بیند. لذا اعتبار ملکیت و اعتبار زوجیت روی انشاء به این نحو رفته است. چه بسا در باب انشاءات در مواردی بگویند باید لفظ مصرح باشد، باید در انشاء تصریح وجود داشته باشد و در موارد دیگری بگویند تصریح در انشاء لازم نیست. مقصودم این است که شما در موضوع اعتباراتان ممکن است یک ضیق بیاورید. چون دلالتهای عرفی بر آن هست. عقلاء می گویند

هر وقت که ما اعتبار ملکیت می خواهیم کنیم شما باید که انشاء بیعتان خاص باشد. بجای بیع نگوئید اجاره. اگر گفتید آجرتک کذا ما اثر بیع بر آن بار نمی کنیم. این اشکالی ندارد. مضیق کردم موضوع اعتبار به دست عقلاء است. لذا از درون مفهوم انشاء شیء، این مطالب در نمی آورید. بخاطر اینکه اعتباری که عقلاء کرده اند دائره اش ضیق است.

پس این نحوه بحث که مرحوم امام ره در اینجا فرموده اند و دیگران هم در جای دیگر فرموده اند علی الظاهر صحیح نیست، و ما در باب اعتباریات چنین ضیقی ثبوت نداریم. اما اثباتا باید ببینیم عقلاء کجا اعتبار کرده اند. این مسئله اصلی در اینجا است.

بعد مرحوم امام در آخر بحث می فرمایند: مانعیه حقوق البطون اللاحقة، البته بحث امام در مانعیت از بیع است، منتهی ما الان دنبال حق می گشتیم و وارد این بحث شدیم. می فرمایند: «و کیف کان مانعیه حقوق البطون اللاحقة مبنیه علی بعض الاحتمالات غیر الصحیحة بل غیر المعقولة من کون الوقف ملکا للمعدوم أو حقا له و یكون المعدوم مالکا و ذا حق و هو امر غیر معقول».<sup>۱</sup> به نظر ما هیچ امر غیر معقولی هم نیست، چون مقصود کسانی که این حرف را می زنند این نیست که بگویند معدوم ذی حق باشد. می گویند آن آقا در ظرفی که موجود است ذی حق باشد، چه اشکالی دارد. بگوئیم آن طبقه متأخره که دو سال بعد موجود می شوند نسبت به همین مال موقوفه حقی دارند. این ثبوتاً چه اشکالی دارد؟ نمی گوئیم معدوم مالک است، می گوئیم موجود در ظرف خودش، مالک است. به نظر ما هیچ اشکالی ندارد.

بعد حضرت امام ره وارد این بحث می شوند که چرا غیر معقول است که برای معدوم اعتبار کنیم. می فرمایند «لأن ثبوت شیء لشیء فرع ثبوت مثبت له». رفتند داخل قاعده فرعیه. بعد می فرمایند که ملکیت ولو اعتباری است، ثابت اعتباری است اما ثبوتش اعتباری نیست.

<sup>۱</sup> کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۳، ص: ۱۶۴/۱۶۳

این هم بحث مهمی است، دوستان بر اساس آن بحثهایی که در اصول کردیم دنبال کنند. نمی شود بگوئیم ثابت، اعتباری است ثبوتش اعتباری نیست. ثابت و ثبوت متحد بالذات هستند فرقی با هم نمی کنند. و از مثالی که امام ره ذکر کرده اند به نظر می آید ایشان نظر به نکته ای دارند که بیانشان برای رساندن آن وافی نیست. و آن نکته این است که ملکیت اعتباری برای زید علی نحو الحقیقه داریم غیر از علی نحو الاعتبار. و این مطلب درستی است. ما وقتی اعتبار می کنیم ملکیت را برای زید در خارج، این ملکیت اعتباری بالحمل الشایع برای زید است. گاهی ممکن است همین ملکیت اعتباری هم برای زید نباشد، اعتبار کنیم مجازا بگوئیم مالک است. یعنی اعتبار در اعتبار باشد. این معنایش این نیست که ثابت، اعتباری باشد ثبوتش واقعی. این ممکن نیست. اگر در خارج ما چیزی به نام ملکیت بالحمل الشایع نداریم و تنها اعتبار است، روشن است که ثبوتش هم اعتباری است، چه فرقی کرد؟ ما فرمایش ایشان را متوجه نشدیم. همان بحثی که ما در اصول با آقای وحید حفظه الله کردیم اینجا هم می آید. ثابت و ثبوت متحد بالذات هستند فرقی با هم ندارند.

**سؤال:** امام ایجاد و وجود را متفاوت می داند؟

**جواب:** بعید است امام بگویند ایجاد و وجود مختلفند. ممکن است در ثابت و ثبوت توجیه دیگری داشته باشند، ولی ایجاد و وجود را بگویند مختلف است و تغایرشان اعتباری نیست، خیلی عجیب است اگر گفته باشند.

این فرمایش ایشان.

## نتیجه فرع اول

نهایت بحث ما در مسئله فرع اول که عبارت بود از اینکه وقف اگر هیچ منفعتی نداشته باشد آیا جائز است بیعش یا نه، بعد از اینکه ما اقتضاء را به بیانات مختلف بیان کردیم وارد بررسی موانع شدیم، علی الظاهر مانع از فروش تمام نیست. چون این مانع هایی که بیان کردیم برای بیان مرحوم شیخ بود، ولی مانعی



از اصل بیع عند الخراب و عند عدم الانتفاع نمی شود. قدر متیقن این مانعها چه عبارت شرعی باشد چه حق بطون لاحق بیش از این نیست. حتی اگر بطون لاحق حق هم داشته باشند ما نمی خواهیم با بیع حق آنها را ضایع کنیم. چون اگر این حق الان را رها کنیم ضایع می شود. اما اگر تبدیلیش کنیم به مورد دیگری که بیشتر منفعت دارد موجب می شود حق بطول لاحق استیفاء شود.

لذا به نظر می آید فرع اول در تحریر و در فرمایش مرحوم شیخ که آیا وقف عند الخرابی که نشود از آن استفاده کرد جائز است یا نه، علی الظاهر جائز و تمام است.

نسبت به ادامه بحث باید تصمیمی اتخاذ کنیم. مرحوم شیخ ۸ فرع را ذیل این مسئله بحث کرده است که فرع های بسیار مهمی هستند. مثل اینکه اگر جواز فروش هست وقتی می خواهیم بفروشیم چه کسی متولی فروش است؟ اگر جواز فروش داریم وقتی عوض و بدلش را خریدیم باید وقف کنیم یا خودش وقف می شود؟

مرحوم شیخ در مکاسب این مطالب را آورده و برخی دیگر مانند مرحوم آقای خوئی نیز بیان کرده اند. بحثهای مهمی است. به نظر می رسد مناسب است ما نیز بحث کنیم گرچه بحث ما را طولانی می کند ولی فرع های بسیار مهمی هستند اینها در بحث فروش وقف که بسیار مبتلا به است اثر دارد. شما مکرر وقف را باید بفروشید، خب وقتی فروختید آن عوضی که می خرید خود بخود وقف می شود؟ عده ای اینطور می گویند که خودش وقف می شود و مرحوم شیخ هم فی الجمله این را پذیرفته است. یا باید آن را وقف کنیم؟ چه کسی این را می فروشد؟ موقوف علیهم یا متولی یا ناظر یا آنطور که امام ره می فرماید که در همه این موارد ولی فقیه و نائب او می توانند این کار را انجام دهد. موقوف علیهم حق ندارند و حتی متولی و ناظر هم حق این کار را ندارند و هکذا. اینها بحثهای مهمی است که اگر فرصت بشود اینها را بحث کنیم انشاء الله.

«والسلام علیکم ورحمة الله».

## فهرست

۸۶۲	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۶۲	خلاصه مباحث گذشته
۸۶۴	استثناء دوم: خروج از انتفاع کامل و وجود انتفاع بسیار قلیل
۸۶۶	استثناء سوم: موارد اشتراط واقف
۸۶۷	مستند استثناء سوم
۸۶۸	ادله دیگر استثناء ثالث و بررسی آنها
۸۷۰	معیار شرطی که خلاف مقتضای عقد است
۸۷۲	نتیجه در استثناء سوم

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به این بود که در اوقاف خاصه مانند وقف بر اولاد و همچنین در اوقاف عامه، مال موقوفه را نمی شود فروخت و نمی شود به وسیله یکی از نواقل منتقل کرد. اصل بحث به تفصیل گذشت.

فرع اول این مسئله درباره مستثنیات این کبرای کلی عدم جواز بیع است. مرحوم امام چهار استثناء را برشمرده اند اما مرحوم شیخ انصاری رحمه الله ده مورد را ذکر کرده اند، و برخی دیگر از فقهاء نیز مواردی را به عنوان استثناء مطرح کردند.

قبل از تعطیلات به تفصیل استثناء اول را بررسی کردیم که اگر وقف خاصی یا عامی که روی عنوان فقراء و امثال آن رفته به نحوی خراب شود که امید به عود آن نیست و هیچ منفعتی نیز ندارد و به هیچ نحوی نیز نمی شود از آن استفاده کرد می توانند آن را بفروشند که صور مختلف آن را به تفصیل بحث کردیم و دلیلی را که مرحوم شیخ بر این امر در مکاسب بیان کردند ذکر کردیم. همچنین فرمایش مرحوم امام و محقق اصفهانی را بیان کردیم و در نهایت به وجوه مختلف جواز بیع وقف در این صورت را پذیرفتیم. زیرا منع از بیع وقف در مقام استدلال می تواند به خود نهاد وقف مستند شود همچنان که می تواند به اراده واقف مستند شود و دلیل شرعی نیز می تواند مستند آن قرار گیرد. پس از بررسی تفصیلی بیان کردیم هیچکدام از این سه دلیل در جایی که وقف به صورت کامل از انتفاع ساقط شود جاری نیست لذا اقتضائی برای منع وجود ندارد. بلکه اقتضاء برای بیع موجود است چون اگر گفتیم موقوف علیهم مالک اند که روشن است، و اگر مالک نیز نباشد علی الظاهر در اینجا کسی که حق فروش دارد می تواند این عین موقوفه را بفروشد.

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه ذیل این فرع مسائل مهمی را طرح می کند که ما فعلا از آنها عبور می کنیم چون مرحوم امام ره در کتاب تحریرالوسیلة متعرض آنها نشده اند هر چند در کتاب البیع به آنها پرداخته اند. مرحوم سید صاحب عروة نیز در ملحقات برخی از این مسائل را متعرض شده اند از جمله اینکه اگر عین موقوفه را فروختیم، تکلیف بدل و ثمنی که از این بیع حاصل می شود چیست؟ مال بطن موجود است یا اینکه این ثمن مال همه است و مال بطن معدوم نیز هست و در واقع وقف است؟ بحث از اینکه چه کسی می تواند این عین موقوفه را بفروشد نیز بحث مهمی است.

بحث دیگر این است که اگر عینی به عنوان بدل گرفته شد آیا باید انشاء وقف نمود و صیغه وقف را اجرا کرد یا این عین، خودش وقف است و نیازی به انشاء مستقل ندارد؟ مانند عین مرهونه که اگر بدلی به جای آن قرار گیرد خودش رهن است و نیازی به انشاء رهن مجدد ندارد. اگر کسی مال مرهونه را از بین برد و چون ضامن بود بدلی برای آن قرار داد خود این بدل رهن است و دیگر نیازی به رهن کردن ندارد.

این بحث نیز وجود دارد که اگر ثمن این معامله از نقدین بود چه کار باید کرد؟ چون در امکان وقف نقدین بحث است. در جایی که بحث وقف مالیت باشد و نقدین مانند اموال اعیان محسوب شود ممکن است امکان وقف آن پذیرفته شود والا به عنوان نقدین که آن را عوض کالا یا خدمات قرار می دهیم روشن است که قابل وقف نیست چون بقاء ندارد. حال در این صورت خود نقدین وقف است یا باید با آن عین دیگری تهیه کرد و آن را وقف نمود؟

پس در مجموع مرحوم شیخ هشت مسئله در ذیل این فرع ذکر می کنند که ما نمی خواهیم در اینجا این مسائل را مطرح کنیم چون هر کدام از این مسائل فرصت زیادی را می گیرد و بناداریم در بیان مسائل تسریع کنیم و انشاء الله این فروع را پس از اتمام مسائل تحریر به نحو متفاوتی پی می گیریم.

## استثناء دوم: خروج از انتفاع کامل و وجود انتفاع بسیار قلیل

مورد دوم از مواردی که جواز بیع دارد کمی شبیه فرع اول است. و آن این است که مال موقوفه به واسطه خرابی یا امثال آن از انتفاع معتد به خود بیفتد اگرچه فی الجمله منفعت دارد اما منفعتش ملحق به عدم است، به این معنا که با وجود این منفعت ضئیل، عرف آن را دارای منفعت نمی داند. مانند اینکه خانه مجلل چند طبقه ای آرام آرام از بین رفته و به یک زمین خالی تبدیل شده است که حاضرند زمین آن را برای انبار چوب به یک هزارم ارزش آن منزل اجاره کنند. روشن است که عرف این منفعت را ملحق به عدم می داند پرسش این است که آیا در این موارد بیع جایز است؟

مرحوم شیخ و دیگر فقهای که این فرع را مطرح کرده اند در یک فرض، بیع را مجاز نمی دانند و آن فرضی است که حتی با فروش نیز منفعت بیشتری حاصل نشود. یعنی با ثمن آن می توان چیزی خرید که منفعتش در همین مقدار است که در این صورت می فرمایند مسلماً نمی توان عین موقوفه را فروخت و تبدیل کرد. در همین مثال خانه مخروبه اگر با ثمنی که در مقابل فروش زمین بدست می آید نمی توان خانه یا باغی خرید که منفعت بیشتری از این اجاره قلیل از آن حاصل شود مسلم است که نمی توان این زمین را فروخت لذا این فرض مورد بحث نیست. اما اگر با فروش این زمین می توان خانه ای خرید که اجاره اش بسیار بیشتر از اجاره ای از که برای زمین خالی پرداخت می شود در این صورت در جواز بیع بحث وجود دارد.

در اینجا مشهور فقهاء قائل به منع هستند. چون مسوغ بیع را متوقف کردند بر اینکه عین موقوفه هیچ منفعتی نداشته باشد، و در اینجا منفعت وجود دارد هر چند مقدارش اندک است به حدی که عرف می گوید چیزی نیست، ولی در هر صورت منفعت دارد. پس اگر به ظاهر نظر اکثر و مشهور فقهاء اخذ کنیم باید قائل شویم که در اینجا هم منع وجود دارد.

ولکن همانطور که مرحوم سید می فرماید اقوی این است که اینجا هم جائز است به همان دلیلی که بالا گفتیم. یعنی همانطور که مواردی که بالمره هیچ نفعی ندارد از تحت ادله ثلاثه مذکوره خارج است یعنی نه نهاد وقف مانع از بیع آن است و نه اراده واقف، و از شمول ادله شرعیه مانع از بیع نیز خارج است. حتی چه بسا مشهور نیز که از عباراتشان استظهار می کنیم که در این صورت بیع وقف را جائز نمی دانند مقصودشان این نباشد. بلکه مقصودشان از اینکه جواز بیع

را بر منفعت نداشتن، معلق کرده اند این باشد که منفعت معتدبه و منفعتی که عرف بگوید منفعت قابل توجهی است نداشته باشد. لذا در جایی که منفعت معتدبه ندارد از تحت منع آنها نیز خارج است. به عبارت دیگر ثابت نیست که مشهور که گفته اند که یجوز البیع در موردی که هیچ منفعت ندارد، این هیچ منفعت نداشتن شامل موارد منفعت بسیار کم منفعت نباشد. پس ممکن است عرفا بگوئیم شامل اینجا نیز می شود و یا اقلا مقصود مشهور فقهاء روشن نیست تا با تمسک به آن بتوانیم در فرض منفعت نادره بیع وقف را منع کنیم. پس این قسم هم علی الظاهر داخل در جواز بیع است.

مرحوم امام می فرماید: «الثانی ان یسقط بسبب الخراب أو غیره عن الانتفاع المعتقد به حیث کان الانتفاع به بحکم العدم بالنسبة الی امثال العین الموقوفة بشرط أن لا یرجى العود کما مرّ (به اینکه ما بتوانیم این را برگردانیم به حال اول» این قبلا مفصل بحث شده است، البته امام ره همه جا شرط کرده ولی ما تفصیل می دادیم که قبلا بحثش گذشته است)، کما إذا انهدمت الدار و اندرس البستان فصار عرصه لا یمکن الانتفاع بها الا بمقدار جزئی جدا (که در مکاسب هم شبیه به همین تعبیر را دارد) یمکن بحکم العدم بالنسبة الیهما، لکن لو بیعت یمکن أن یشتری بثمانها دار أو بستان آخر أو ملک آخر تساوی منفعتہ منفعة الدار أو البستان أو تقرب منها أو تكون معتدا بها.

حالا اگر این عرصه قابل فروش باشد که تبدیل کنیم به یک خانه ای، بستانی و چیزی که به اندازه همان بستانی که خراب شده نفع داشته باشد یا نفعش نزدیک به همان مقدار باشد، و یا حداقل منفعت معتد بها باشد؛ چون فرض این است که ساختمان خراب شده و ما زمین را فروختیم می خواهیم جای آن خانه ای یا چند واحد آپارتمان بگیریم، در این صورت علی الظاهر نفع این به اندازه نفع آن اولی نمی شود، ولی معتدبه است، مثل این نیست که تقریبا نفعی ندارد. در اینجا بحث است و دو تا نظر وجود دارد و مرحوم امام همین نظر را قبول دارد که اینجا هم قابل فروش است.

ولو فرض أنه علی تقدیر بیعها لا یشتری بثمانها الا ما یمکن منفعتها کمنفعتها باقیة علی حالها أو قریب منها لم یجز بیعها وتبقى علی حالها».

این هم همان موردی است که مرحوم شیخ و دیگران بیان کرده اند، که اگر شما این را بفروشید نفعش به اندازه همین منفعت فعلی اش هست که الان می گوئید خیلی کم است. اگر همین مقدار است اصلا حق فروش ندارید.

این مورد دوم از استثناء علی الظاهر فرمایش صحیح است. مرحوم سید هم در ملحقات همین فرمایش را دارد، که اقوی این است که اینجا می شود فروخت خلافا لاکثر اگر ما فرمایش اکثر را به وجه اول تفسیر کنیم. اما اگر فرمایش اکثر

را که جواز بیع مشروط به این است که هیچ نفعی نداشته باشد حمل بر عدم نفع عرفی کنیم دیگر نظر ما با نظر مشهور مخالفی نیز ندارد.

## استثناء سوم: موارد اشتراط واقف

قسم سوم از اقسام جواز بیع جائی است که خود واقف شرط کند. «ما إذا اشترط الواقف فی وقفه أن یباع عند حدوث امر مثل قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو المخرج أو وقوع الخلاف بین اربابه أو حصول ضرورة أو حاجة لهم أو غیر ذلك، فلا مانع من بیعه عند حدوث ذلك الامر علی الاقوی»<sup>۱</sup>.

اینجا که می گویند «أو وقوع الخلاف بین اربابه»، نمی خواهند بحث خلاف بین ارباب وقف را مطرح کند، چون این صورت مربوط به استثناء چهارم است. بلکه می گویند واقف شرط می کند که اگر یکی از این امور حادث شد بتوانند وقف را بفروشند. مثلاً می گوید اگر منفعت کم شد این را می توانند بفروشند. یا اگر از این زمین خیلی خراج می گیرند می توانند آن را بفروشند و کار دیگری انجام دهند. یا اگر مخارج آن موقوفه خیلی زیاد شد یا بین ارباب وقف اختلاف افتاد می توانند بفروشند. پس این به اشتراط واقف است و غیر از این است که خود خلاف بین ارباب، مسوغ بیع باشد که بحث بعدی ما است. یا حصول ضرورة که اگر گرفتاری ای برای ارباب وقف پیش آمده و مقدار پولشان کم است نمی رسد برطرف کنند موقوف علیهم می توانند بفروشند و از ثمن این استفاده کنند، أو غیر ذلك، اینجا فرموده اند: فلا مانع من بیعه عند حدوث ذلك الامر علی الاقوی.

نکته ای که مناسب است قبل از پرداختن به دلیل این قسم به آن توجه نمود این است که حضرت امام ره در این فرع نیز مانند فرع قبل فرموده اند که پس از فروش عین موقوفه، تکلیف چیست؟ اگر واقف شرط کرد که موقوف علیهم می توانند این عین را بفروشند آیا همین نسل موجود از موقوف علیهم ثمن را بگیرند و مصرف کنند، یا اینکه ثمن، وقف است چون متعلق حقوق بطون آینده که معدوم اند نیز هست؟ خواهیم خواند روایتی که فقهاء برای جواز بیع به آن تمسک می کنند از حضرت امیرالمؤمنین صلوات الله علیه به صورت تقریباً نص وارد شده است که موقوف علیه فعلی می تواند عین را بفروشند و از آن استفاده کند و ملحق کند به ملک خودشان لذا ظاهراً حکم این نیست که با ثمن عینی بخرند و وقف کنند که بطون لاحق نیز بتوانند استفاده کنند.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۷۹/۸۰

## مستند استثناء سوم

روایتی که در اینجا برای جواز فروش مطرح است، یکی روایتی است که از حضرت امیرالمؤمنین صلوات الله علیه است در کیفیت وقف مالشان در عین ینبع وارد شده است. روایت مفصل است. امام علیه السلام پس از وقف مالشان در انتهای روایت می فرمایند: «فإن اراد (یعنی الحسن علیه السلام) أن یبیع نصیبا من المال فیقضی به الدین فلیفعل إن شاء و لا حرج علیه فیه». با اینکه در صدر روایت تصریح شده است که امیرالمؤمنین علیه السلام عین ینبع را برای بنی هاشم و عده ای دیگر وقف کرده اند در انتها می فرمایند اگر امام حسن علیه السلام خواست آن مال را بفروشد می تواند «فیقضی به الدین و فلیفعل إن شاء و لا حرج علیه فیه، و إن شاء جعله سری المملک» در برخی از نسخ آمده است «شرو المملک» در برخی دیگر وارد شده است «شراء المملک» که هر کدام می تواند معنایی داشته باشد.

در لغت «سری» به معنای نفیس و شریف است. مرحوم علامه مجلسی در شرح تهذیب ملاذالاجار می فرمایند «سری المملک» به معنای نفیس الاملاک است.<sup>۱</sup> لذا عرض می کنم که ظاهر «و إن شاء جعله سری المملک» این است که اگر خواست می تواند این عین ینبع را از وقفیت بیرون ببرد و از نفائس ملک خودش قرار بدهد.

در ادامه آمده است که «و إنَّ ولد علی علیه السلام و موالیهم و اموالهم الی الحسن بن علی علیه السلام» که این جمله را ما نمی فهمیم یعنی چی؟ مجموع اینکه ولد علی بن ابیطالب و موالیش و اموالشان الی الحسن بن علی باشد. در برخی نسخ اموال ندارد و مصحح تهذیب می گوید این اولی و اصح است.<sup>۲</sup> و ظاهر هم همینطور است. بعید نیست معنای «إن ولد علی علیه السلام و موالیهم الی الحسن» این باشد که امام حسن علیه السلام وقف را خودشان تملک کنند و اولاد علی علیه السلام و موالی ایشان به امام حسن علیه السلام رجوع کنند. چون در وقف امام فرموده بودند برای بنی هاشم و مصارف خیر و مانند آن است و حالا که امام حسن علیه السلام این وقف را از نفیس اموالش قرار دادند «أن ولد علی و موالیهم الی الحسن بن علی» باشند یعنی به او مراجعه کنند.

در نسخی که «شروی» وارد شده است گفته اند این لغت مانند شری (نه شراء) به معنای مثل است، شروی المملک به معنای مثل ملک است که باز یعنی وقف را ملک خودش قرار بدهد و معنا از این جهت تقریبا با صورت قبلی یکسان است. البته این فقره که ولد علی علیه السلام الی الحسن بن علی باشد تأثیری در بحث ما نیز ندارد.

<sup>۱</sup> ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۴، ص: ۴۳۵

<sup>۲</sup> تهذیب الاحکام (تصحیح علی اکبر غفاری)، ج ۹، ص ۱۷۲ (حدیث ۵۳)

بعد می فرمایند: «و إن كانت دار الحسن بن عليّ (ع) غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه». اگر امام حسن علیه السلام جائی که در آن زندگی می کند غیر از این خانه ای است که وقف و صدقه قرار داده شده، یعنی خانه ای دارد که از این بی نیاز است، می تواند این را بفروشد و لا حرج علیه فيه، مشکلی ندارد اگر بخواهد بفروشد. منتهی بعد فرموده اند «ان باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله، و يجعل ثلثا في بني هاشم و بني المطلب، و يجعل الثلث في آل أبي طالب»<sup>۱</sup>.

پس آن چیزی که مصب بحث ما است این است که امام علیه السلام در هنگام وقف به نحوی امکان بیع را برای آن قرار داده اند و فرموده اند بر امام حسن علیه السلام حرجی نیست که آن را بفروشند. ما روایت را قبول داریم چون در کافی و تهذیب آمده است بنابر مبنای مشهور نیز روایت صحیحه است.

علی ای حال آن چیزی که مستند است این دو عبارت است، یکی صدر که «إن اراد یعنی الحسن أن يبيع نصيبا من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء» می تواند بخشی از این مال را بفروشد و دینش را اداء کند. یا اینکه ظاهرا آن را ملک خودش قرار بدهد، چون نگفته ملک خودش، گفته جعله سری الملك یا شرو الملك، علی الظاهر یعنی ملک خاص خودش. عبارت دیگر نیز در پایین است که می گوید اگر خانه خودش غیر از این صدقه هست می تواند بفروشد.

پس گوئی در اینجا تقریبا روشن است که واقف که امیرالمؤمنین صلوات الله علیه است شرط می کند جواز فروش را برای امام حسن علیه السلام در این موارد. و بر اساس این، بسیاری از فقهاء بیع را صورت اشترط واقف، تجویز کرده اند از جمله صاحب عروه ره در ملحقات و امام ره هم اینجا این قسم را پذیرفته است و مرحوم شیخ و دیگران هم تقویت می کنند که با اشتراط واقف بتوانند بفروشند.

**سؤال:** این شرط خلاف مقتضای وقف نیست؟

**جواب:** این هم گفته اند ولی نیست. که توضیحی عرض می کنم.

## ادله دیگر استثناء ثالث و بررسی آنها

یکی از ادله دیگری که در این قسم مطرح شده است ادله وفاء به شرط است که مرحوم سید در ملحقات عروه به آن شرط تمسک کرده اند. منتهی این مطلب نیاز به بحث دارد: تارة ما ادله وفاء به شرط را در مطلق شروط قبول داریم ولو

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۲۰۰



شرط ابتدائی. که در این صورت واضح است که تمسک به این ادله در اینجا مشکل ندارد. منتهی اگر قائل شدیم برای وجوب وفاء به شرط باید شرط در ضمن عقد باشد، تمسک به ادله منوط به این بحث مبنایی می شود که آیا وقف عقد است؟ کسانی که وقف را عقد گرفته اند و قبول را در آن شرط دانسته اند، می توانند به این ادله تمسک کنند. ولی فقهای مانند مرحوم امام ره و کثیری از فقهاء و ما که در این اشتراط شک داریم دستشان از تمسک به این ادله کوتاه است. مرحوم امام و برخی دیگر فتوی می دهند که قبول در وقف لازم نیست وقف را عقد نمی دانند. لذا شرط فی ضمن الوقف در نظرشان شرط فی ضمن العقد نیست بلکه مثل شرط ابتدائی است و دلیلی بر وجوب وفاء به آن نداریم. مگر اینکه کسی بگوید اگر در ضمن ایقاع هم کسی شرط کند کافی است، که این هم دشوار است.

ما نیز شک داریم که وقف، عقد است چون شک داریم آیا قبول در آن شرط است. لذا قائل شدیم باید از باب احتیاط و از باب اشتغال در شک در اسباب قبول را محقق کنند. در اینجا نیز نمی دانیم که این شرط واقف از موارد شرطی که یجب الوفاء به هست یا نه. در واقع کسانی که به این ادله تمسک می کنند قائلند این شرط واقف چون لزوم عمل دارد این وقف را از عمومات و اطلاقات لزوم عقد وقف خارج می کند اما به نظر ما شبهه مصداقیه «المؤمنون عند شروطهم» می شود، بنابراین نمی شود به ادله شروط تمسک کرد. لذا آنهایی که عقد می دانند علی الظاهر می توانند به ادله شروط هم تمسک کنند مگر از باب اینکه شرط مخالف مقتضای عقد باشد که خواهد آمد.

از دیگر ادله ای که مرحوم سید به آن تمسک کرده است روایات «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» است. در بحثهای سابق بیان شد که درست است که حتما مفاد این روایت مواردی را در بر می گیرد و برخی از اموری که واقف در انشاء وقفش اخذ می کند تحت این می آید. منتهی این روایت مصحح وقف عند الشک فی اشتراط شیء أم لا نیست. و بحث ما هم الان شک در شرائط وقف نیست، شک در این است که آیا شرطی که واقف اخذ کرده تحت لزوم وفاء می رود یا نه؟ و وقف به همین شکل واقع می شود یا نه. البته به نظر ما اشکالی ندارد که الوقوف را اینجا بکار ببریم. مگر اینکه ما بگوئیم این شرط اصلا خلاف مقتضای خود عقد وقف است. که دیگر الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها نمی تواند شامل شرطی شود که مخالف خود نهاد وقف باشد. بنابراین تمسک به المؤمنون عند شروطهم و الوقوف یک رکن اساسی دارد و آن رکن این است که این شرط مخالف با مقتضای خود نهاد وقف نباشد.

## معیار شرطی که خلاف مقتضای عقد است

برای بررسی این امر ابتدائاً باید توجه نمود که صرف اینکه لولا الشرط عقد وقف به صورتی اجرا می شود و با انجام شرط، تضییقی در آن ایجاد می شود موجب این نمی شود که شرط خلاف مقتضای عقد باشد وگرنه همه شروط به همین صورت هستند. اگر بنا باشد هر تضییقی را که شرط می آورد خلاف مقتضای عقد بدانیم دیگر هیچ شرط واجب الوفائی نداریم چون همه شرطها خلاف مقتضای عقد می شود.

بنابراین معیار شرط مخالف مقتضای عقد این نیست که این شرط تضییقی می آورد که در خود عقد نبوده است. بلکه معیار همانطور که مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در اینجا و موارد دیگر فرموده اند این است که آیا این شرط کارش این است که اطلاق مفاد وقف را تضییق می کند یا با اصل وقف منافات دارد؟

گاهی شرط با اطلاق آثار وقف مخالف است، یعنی دائره آن را تضییق می زند. روشن است که چنین شرطی اشکال ندارد، زیرا همه شروط همین کار را می کنند. اما گاهی شرط ما در اصل آن ماهیت وقف تأثیر می گذارد. مثلاً فرض کنید اگر گفتیم وقف حبس العین است و تسبیل المنفعه است، یکوقت شرط با اصل این تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه منافات دارد، و یکوقت با اطلاق تسبیل منافات دارد. اگر شرط نبود ما منفعت را برای همه علماء تسبیل می کردیم. حالا که شرط آمده، الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها می گوید دائره اش مضیق به علماء فقه است. اینکه اطلاق را تضییق کنیم اشکالی ندارد.

اما یکوقت شرط می کند خلاف تحبیس اصل است مانند شرط توقیت که برخی آن را مخالف تحبیس می دانستند و ما هم فی الجمله مخالف می دانستیم، درست است که وقف روی مبنای ما یک مجعول اصالی است و مطابق مبنای مرحوم امام و مرحوم سید ایقاف است و در لفظ ایقاف بقاء نهفته نیست، اما ظاهراً عقلاء در باب وقف بقاء العین للتالی را قبول دارند مگر در صورتی که عوارض خاصی محقق شود. اما اینکه خود واقف بتواند آن را توقیت کند ممکن نیست. مرحوم سید صاحب عروة توسعه می دهند و می فرمایند توقیت هم اشکالی ندارد. ولی این درست نیست. به نظر ما توقیت با حقیقت وقف عند العقلاء منافات دارد. نهاد وقف برای بقاء است. اینکه خارجاً باقی نماند یک بحث است، اینکه نهاد وقف برای بقاء است بحث دیگری است. حالا اگر شما شرط کنید که برای یک سال وقف باشد، به نظر می آید که این خلاف مقتضای وقف است.

پس یک وقت شرط، موجب تقیید اطلاق یک اثری از آثار وقف می شود که اینجا اشکالی ندارد. اما وقت دیگر اصل مفاد وقف را که تحبیس الاصل و تسبیل المنفعه است یا ایقاف است به اضافه اینکه عقلاء ایقاف را نهادی برای للتالی و لبدی بودن می دانند تضییق می کند. حتی اگر خارجا عین موقوفه از بین برود باز عقلاء، وقف را نهادی برای للتالی می دانند لذا ما حق ندارم این وقف را به یک سال تضییق کنیم این خلاف مقتضای عقد است.

**سؤال:** شیخ می گوید در جائی که شرط باعث تغییر موضوع شود ماهیت را به هم می زند.

**جواب:** بله ما نیز فرمایش مرحوم شیخ را بیان کردیم. گفته اند اگر خلاف اطلاق باشد اشکال ندارد اگر خلاف ماهیت باشد اشکال دارد. موضوع عوض می شود یعنی ماهیت را عوض می کند یعنی وقف دیگر وقف نیست.

**سؤال:** در مانحن فیه همینطور است دیگر.

**جواب:** چرا وقف نیست. شرط کنند که بگویند من این را وقف می کنم للتالی منتهی اگر نیاز پیدا شد می توانید بفروشید.

**سؤال:** یک شرط مطلق داریم، که مرحوم آخوند می گوید نمی شود. اما یک عروض حالتی داریم مثل خرابی که میگوید میشود.

**جواب:** نخیر حضرت امیر در روایت همین را فرمودند که امام حسن علیه السلام هر وقت خواست می تواند این را بفروشد.

**سؤال:** آخوند می گوید چنین شرطی درست نیست.

**جواب:** خب شاید این شرط را خلاف مقتضای وقف می داند.

**سؤال:** پس وقف منقطع الآخر را چطور علماء قبول کرده اند.

**جواب:** عده ای همین جواب را داده اند، منتهی به نظر من فرق می کند. آنجا در وقف منقطع الآخر هم کثیری قبول کرده اند، کسانی قبول کرده اند که توقیت را قبول ندارند. می گویند فرقی این است که یکوقت شما در خود وقفتان می گوئید من وقف را تا این زمان می کنم. این معنا ندارد، وقف ماهیتش للتالی است. یکوقتی خارجا مقطوع می شود، و این بحث دیگری است. حتی اگر شما علم هم داشته باشید که این وقف تا ابد نمی ماند، این علم شماست نه تحدید وقف. یعنی می خواهیم بگوئیم که فرق است که شما از اول جعل وقف مضیق کنید، و بین اینکه وقفتان للتالی باشد. مثل بیع. در

باب ملک چطور مرحوم شیخ بحث کرد که تملیک زمانی معنا ندارد، اما خودش می دانست که این تملیک یک وقتی با بیع هم خارج می شود. من این کتاب را به شما تملیک می کنم ولی می دانم شما دو ساعت دیگر هم می فروشی و از ملک شما بیرون می رود. ولی من تملیک تا دو ساعت دیگر به شما نکردم. من تملیک کردم ملک را به نحو الاطلاق و للتالی، نه زمانی. من ملک را به صورت مطلق به شما واگذار کردم ولی خارجا ملک شما قطع می شود. این غیر از این است که من به شما تملیک تا زمان خاص کنم. فرق است بین اینکه مصداق آن نهادی که من ایجاد می کنم خودش مضیق باشد. و این فرق را عده ای که اهل دقت بوده اند در آنجا گفته اند. گفته اند شما نمی توانید به ما نقض کنید که شما که می گوئید بقاء وقف و عدم التوقیت را شرط کرده اند که یکی از شرائط صحت وقف عدم التوقیت است، پس چطور منقطع الآخر را می پذیرید؟ می گویند منقطع الآخر خارجا واقع می شود. ها وقف می کنیم برای زید و اولادش و اولاد اولادش و... و اتفاقا اولادش منقطع می شوند. اینکه خارجا وقف منقطع شده است غیر از این است که من بگویم من وقف می کنم تا دو سال دیگر. هر چند مرحوم سید همین را هم گفته است اشکال ندارد. ولی این به نظر ما اشکال دارد.

### نتیجه در استثناء سوم

این راجع به قسم سوم که عبارت بود از اینکه در ضمن عقد وقف به چنین اموری را شرط کنیم. عرض کردیم ظاهرا روایت امیرالمؤمنین که روایت صحیحیه هم هست کفایت می کند. اما اگر بخواهیم به الوقوف و به المؤمنون عند شروطهم تمسک کنیم باید توجه داشته باشیم به بحث عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد و اینکه شرط اگر به عنوان شرط بخواهد تحت المؤمنون عند شروطهم باشد باید در ضمن عقد باشد و ببینیم که آیا وقف عقد هست یا نه. که این بحث مبنایی است. اما الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها این مشکل را ندارد، عنوان شرط در آن نیست. یکی از موارد علی حسب می تواند همین شرط باشد که در صورت بروز حالات خاص موقوف علیهم بتوانند وقف را بفروشند. بنابراین علی الظاهر اشکالی از این جهت نیست و به این شرائط باید عمل کرد به یکی از این وجوه و روایت هم روشن است.

تامل بفرمائید تا فردا انشاء الله.

والحمد لله رب العالمین.

## فهرست

۸۷۳	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۷۳	خلاصه مباحث گذشته
۸۷۵	موانع سه گانه جواز تصرف در وقف
۸۷۵	بررسی خلاف مقتضی بودن شرط
۸۷۵	تفاوت بین شرط خلاف مقتضی با خلاف اطلاق
۸۷۶	تبیین ادعای محقق خوئی ره
۸۷۷	بررسی ادعای محقق خوئی
۸۷۹	شرط بیع خلاف مقتضای وقف نیست
۸۸۰	طریق مرحوم خوئی برای جواز بیع
۸۸۱	نتیجه بحث تمسک به ادله
۸۸۱	بررسی استدلال مفسد بودن شرط در مانحن فیه

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

در ادامه بحث مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة درباره مستثنیات کبرای کلی عدم جواز بیع رسیدیم به مورد سوم از مستثنیات که اشراط بیع توسط واقف است. مرحوم امام ره می فرمایند: «الثالث: ما إذا اشترط

الواقف فی وقفه أن یباع عند حدوث امر مثل قلة المنفعة أو كثرة الخراج أو المخارج أو وقوع الخلاف بین اربابه أو حصول ضرورة أو حاجة لهم أو غیر ذلك، فلا مانع من بیعه عند حدوث ذلك الامر علی الاقوی»<sup>۱</sup>.

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه در کتاب مکاسب همین بحث را آورده اند و می فرمایند اصل این مسئله که با اشتراط واقف بشود جواز بیع را ثابت کرد اختلافی است، حتی فقیهی مانند مرحوم علامه در دو کتابش دو نظر داده است. در جائی تجویز کرده و در جای دیگر میفرماید علی اشکال مرحوم فخرالدین ولد علامه دو وجه را برای جواز اشتراط و عدم جواز بیان می کند و سپس منع از بیع به صورت مطلق را تقویت می کند.<sup>۲</sup>

برخی از فقهاء نیز قائل به تفصیل شده اند به این صورت که بگوئیم هر کجا بیع وقف درست است یعنی جزء مسوغات است شرطش نیز درست است، و هر کجا بیع وقف درست نیست شرطش هم درست نیست. ولی مرحوم آقای خوئی می فرمایند این تفصیل در بحث نیست، چون قائلین به تفصیل می خواهند بگویند آنجایی که جایز هست به استناد شرط جایز باشد نه اینکه شرط تنها نقش تأکید بر جوازی داشته باشد که قبلاً ثابت شده است. بحث در این است که آیا با شرط بایع نسبت به بیع در موارد خاص می توانیم جواز بیع را اثبات کنیم؟ نه اینکه بیع جائز باشد و پس از آن، شرط بیع نیز محقق شود زیرا حکم جواز بیع دیگر مستند به این شرط نیست. بنابراین این تفصیل، تفصیل در بحث محسوب نمی شود.

عرض کردیم که دلیل صحت این شرط نزد آنهایی که آن را صحیح می دانند مانند شیخ انصاری اعلی الله مقامه یا مرحوم سید در ملحقات و مرحوم امام ره که در اینجا فرموده اند علی الاقوی درست است، ممکن است تمسک به المؤمنون عند شروطهم یا تمسک به عموم «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» باشد. روایت خاصی نیز در مقام وجود داشت که در جلسه گذشته بیان شد.

البته درباره شروط باید دو مطلب را بررسی کنیم یکی مخالفت شرط با مقتضای عقد وقف که در جلسه گذشته نیز اجمالاً به آن پرداختیم و دیگری مخالفت شرط با سنت که قبلاً نکاتی در باره آن بیان کرده ایم.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۰

<sup>۲</sup> کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۴، ص: ۸۴

## موانع سه گانه جواز تصرف در وقف

اگر یاد دوستان باشد در موارد متعدد عرض کردیم که ما برای منع تصرف در وقف باید سه امر را ملاحظه کنیم یکی مخالفت این تصرفات با اراده واقف، دیگری مخالفت آنها با نهاد وقف و سومی مخالفت آنها با مقتضای روایات خاصه ای که از این تصرفات منع می کند.

در محل بحث فقط باید دو امر اخیر را بررسی کنیم زیرا فرض این است که تصرف بیعی در عین موقوفه در شرائطی که واقف تجویز کرده با اراده او مخالف نیست زیرا واقف جواز بیع را شرط کرده است لذا واقف اراده ای برای تعمیم و اطلاق منع از بیع ندارد. لذا باید دو امر باقی را بررسی کرد و برخی از فقهاء به امر اخیر یعنی مخالفت با مقتضای روایات نپرداخته اند. مثل مرحوم نائینی و عده ای دیگر که روایات «لا يجوز شراء الوقف» که در مباحث سابق به تفصیل به آن پرداختیم اینکه چه نسبتی با بحث حاضر دارد نپرداختند زیرا ممکن است کسی بگوید این شرط واقف، شرط مخالف با این سنت (لا يجوز شراء الوقف) است و شرط مخالف سنت هم باطل است. و اگر فاسد شد آیا مفسد وقف است یا نه.

پس وقتی واقف شرط می کند که عند حدوث این امور بیع وقف جائز باشد علاوه بر بررسی مخالف عقد بودن این شرط، مخالف سنت بودن آن را نیز بررسی کنیم.

## بررسی خلاف مقتضای بودن شرط

اما نسبت به لحاظ خلاف مقتضای عقد بودن این شرط، همانطور که در جلسه قبل اشاره شد مرحوم شیخ میفرماید به نظر ما خلاف مقتضای عقد نیست، بلکه بنابر اینکه وقف، عقد باشد ممکن است خلاف مقتضای اطلاق عقد باشد. یعنی اگر وقفی کرد و در این وقف شرط و قیدی نیامد اقتضای چنین وقفی این است که دوام داشته باشد، همچنین اقتضائش این است که تغییر و نقل و انتقالی در آن حادث نشود چون حبس العین بالاطلاق است و قیدی هم نیاورده و این به آن معنا است که تصرفی در عین واقع نشود، این مقتضای اطلاق وقف است. پس اگر این اطلاق با شرطی تقیید بخورد، این شرط می شود شرط خلاف اطلاق نه خلاف اصل وقف.

## تفاوت بین شرط خلاف مقتضای با خلاف اطلاق

پس ما دلیلی نداریم که اشتراط جواز بیع عند حصول امری مانند خلاف بین موقوف علیهم یا احتیاج ایشان، خلاف اصل عقد و وقف باشد. بلکه خلاف اطلاق آن است. و فرق است بین اینکه مثلاً در بیع بگوئیم بعتک هذا بذاک و شرط کنیم

این بیع، ثمن نداشته باشد. که خلاف مقتضای بیع است. با اینکه در باب وقف بگوئیم این عین را وقف می کنیم مؤبداً، ولی اگر برای موقوف علیهم حاجتی عارض شد بتوانند آن را بفروشند. معنای این شرط این نیست که واقف دارد شرط خلاف مقتضای اصل وقف می گذارد بلکه وقف را به صورت موبد انشاء می کند اما شرط می کند که اگر عارضی طاری شد بتوانند آن را بفروشند و این خلاف مقتضای اطلاق است، و اطلاقش هم که با این شرط واقف به هم خورده است پس خلاف وقف نشده است. این فرمایش مرحوم شیخ است و علی الظاهر هم کلام صحیحی است.

### تبیین ادعای محقق خوئی ره

مرحوم آقای خوئی در اینجا بحثی دارند، میفرمایند باید ببینیم این شرطی که واقف می گذارد چه نوع شرطی است، اگر شرطی که می کند معنایش این باشد که عند عروض این امور این وقف را حق دارد بفروشد. ایشان می فرماید این خلاف مقتضای وقف است. چون دو شق دارد که مرحوم شیخ ره نیز متعرض آن شده است. گاهی واقف می گوید موقوف علیهم می توانند بفروشند و پولش را خودشان بگیرند و استفاده کنند، که ظاهر بحث این است و روایت امیرالمؤمنین علیهم السلام هم همین است. گاهی منظورش این که می توانند آن را بفروشند و با ثمنش عین دیگری تهیه کنند که آن هم وقف باشد و جای این عین را بگیرد.

بحث حاضر ما در شق اول است یعنی آیا آقای واقف می تواند جواز بیع را برای موقوف علیهم شرط کند به حیثی که وقتی فروختند، ثمن را خودشان استفاده کنند نه اینکه با آن وقف دیگری تهیه کنند؟

اینکه می گوئیم خودشان استفاده کنند منحصر در استفاده نسل موجود نیز نیست تا اشکال از این حیث باشد که با حق نسلهای بعدی مخالف است بلکه می تواند به این صورت باشد که بالاشتراک استفاده کنند. مهم این است که از وقف بیرون بیاید و ملک طلق شود ولو اینکه ملک مشترک باشد و مختص به نسل موجود هم نباشد مهم این است که دیگر وقف نباشد. مثلاً واقف برای پنج نسل وقف کرده و نسل اول هنگام عروض حاجت، وقف را می فروشند و برای هر نسلی هم سهمی قرار می دهند. پس معنای اینکه می گوئیم وقف نباشد این نیست که فقط مال نسل موجود باشد مهم این است که طلق باشد ولو اینکه نسل موجود با معدومین مشترک باشند.

محقق خوئی ادعا می کنند که این صحیح نیست. می فرمایند معقول نیست بیع باشد بطوری که ثمن جای مثنی نشیند. ایشان می فرمایند مکرر گفتیم در بیع باید چیزی که ثمن واقع می شود جانشین مثنی با تمام خصوصیاتش شود. اگر مبیع و مثنی شما طلق نیست و وقف است، ثمن هم باید وقف باشد، والا بیع معنا ندارد. پس ادعای ایشان این است



که خلاف مقتضای بیع است و عقد بیع معنا ندارد نه اینکه مقتضای وقف است. مگر اینکه از وقفیت بیرون کنیم، که آن شق بعدی است که عرض می کنم.

پس اگر صورت شرط این است که در عین حالی که این وقف است لهم آن یخرجوه بالبیع، بیع کنند و وقتی بیع کردند این عین از وقفیت بیرون رود چون ملک مشتری می شود و ثمن هم ملک بطن موجود شود وقف نشود این معقول نیست چون حقیقت بیع محقق نمی شود.

### بررسی ادعای محقق خوئی

به نظرم این قابل بحث است. چرا در بیع باید ثمن تمام خصوصیات مثنی را داشته باشد؟ چه کسی گفته معنای بیع این است؟! اگر بیع مبادله مال بمال باشد ممکن است اطلاقش این باشد که تبادل در مالیت شده، اما طلقیت که داخل در مالیتش نیست. اگر که در واقع بیع تملیک عین بعوض باشد که اختیار مرحوم شیخ این است چه کسی گفته عوض باید جانشین مبیع بشود به تمام خصوصیاتش؟ این را از کجا آوردید؟

لذا این اشکال مرحوم آقای خوئی در اشتراط بیع از ناحیه واقف برای موقوف علیهم از باب اینکه می گوید اگر مقصودتان این است که ثمن برود در کیس موقوف علیهم و وقف نباشد دیگر بیع معنا ندارد. اشکال ثابتی نیست

**سؤال:** عینی که طلق نیست اصلاً صدق مال بر او نمی شود لذا مبادله مال به مال محقق نشده است

**جواب:** این فرمایش شما از عجائب است. این بازارچه ای که کلش وقف است مال نیست؟

**سؤال:** مال وقفی است و محبوس است

**جواب:** نگوئید محبوس است. بحث ها را با هم خلط نکنید. زمانی می گوئید عین محبوس است لذا اصلاً نمی تواند آن را خارج کند و نمی تواند آن را بیع کند، آن بحث دیگری است. زمانی می گوئید نه جواز بیع داریم ولی اگر بنا باشد ثمن به جیب موقوف علیهم برود و وقف نباشد بیع محقق نمی شود. شما جواز اخراج را که گرفتید، چون با تحقق شرط می شود اخراج کنیم بخاطر اطلاق یا عموم المؤمنون عند شروطهم، اشکال آقای خوئی این است که بیع محقق نمی شود. می گوئیم چرا بیع محقق نمی شود؟ اگر می فرمائید مال نیست؟ اشکالش این است که خلاف واقع است. وقتی حاضرند به ازایش پول بدهند چرا مال نیست؟ مال یعنی ما ببذل بازائه المال و ما یرغب فیه العقلاء است، پس هم ملک است و هم مال است. حال ملک چه کسی است بحثی است که قبلاً مطرح شده اما بدون شبهه مال می باشد.

فرض الان این است که این مال موقوفه با تحقق شرط و با آن اجازه ای که ما از المؤمنون عند شروطهم داریم می خواهیم بیع کنیم. اشکال که گفتند این است که آیا اصلا بیع صدق می کند؟

**سؤال:** در حینی که وقف است بیع کنیم؟

**جواب:** بله وقف است و بیع می کنیم و با بیع از وقف خارج می شود.

مرحوم صاحب جواهر ره معتقد است در این موارد وقتی مجوز بیع آمد موقوفه از وقفیت خارج می شود وقف اصلا باطل می شود بعد بیع می شود. فعلا با این نظر کاری نداریم فعلا بنابر اینکه هنوز وقف است بحث می کنیم همانطور که مرحوم شیخ می فرمایند هذا وقف يجوز بيعه، نه اینکه يخرج عن الوقفية ثم يبيعه.

زمانی می گوئیم يخرج عن الوقفية به ادله شروط ثم يبيعه. اما ما الان این را نگفتیم. مرحوم شیخ می فرماید ما نمی گوئیم يخرج عن الوقفية ثم يبيعه، بلکه هذا وقف له أن يبيعه. و این تصویر درست است یعنی فعلا مفروض این است که واقف شرط کرده است که للموقوف عليهم أن يبيعوا الوقف. و در همینجا مرحوم آقای خوئی میفرمایند بیع معنا ندارد و محقق نمی شود چون ماهیتش متقوم به این است که ثمن جای ثمن بنشیند. مفروض ما این است که می خواهیم ثمن وقف نباشد و به نظر ایشان نمی توان گفت ثمن وقف نباشد. پرسش ما این است که شما این قاعده را از کجا آوردید؟ مبادله مال بماله تملیک عین بعوض، بلکه جانشینی شیء لشیء، چون مرحوم اصفهانی میفرمایند بیع، نه مبادله مال بمال است و نه تملیک است چون بعضی جاها بیع تملیک نیست، ولذا می فرمایند باید جانشین شود یک شیئی جای شیئی دیگر، جعل شیء بازاء شیء در حیثی، حالا حیث ملکیت است یا حقیت است و امثال آن ولی در هر صورت جانشینی شیء لشیء است فی حیث. چون جانشینی یک حیثیت می خواهد، وقتی می گوئیم این جای او بنشیند یعنی چی؟ گاهی از حیث مکان در جای او می نشیند، گاهی به حیث ملکیت جای او می نشیند، و گاهی هم می گوئیم به حیث حقیت جای او می نشیند. گاهی در مقام تحلیل می گویند خود حق را می فروشیم، گاهی می گویند خود حقیت راه باز می کند برای اینکه متعلقات حق در حقیت جابجا شوند، این هم نوعی بیع است. حالا ممکن است کسی این را بگوید، که در بحث تعریف بیع مفصل اینها آمده، محقق اصفهانی، مرحوم امام و دیگران در همانجا بحث کرده اند. به عنوان نقض به این سخن که بیع، جانشینی در ملکیت است، همین بیع وقف است، همچنین بیع آلات مسجد بنابراینکه بشود فروخت، با اینکه مالک ندارد بیع می کنند آنجا جانشینی صورت نمی گیرد و امثال این. یعنی نه ملکیت مبیع لازم است و نه جانشینی اش حتما لازم است در این جهت. باید مبادله باشد، مبادله حیث می خواهد اما اینکه باید جانشین او بشود در تمام خصوصیات، این دلیل ندارد.

پس این کلام درست نیست، می شود وقف را فروخت و بیع هم صدق می کند، و اگر شرط کرده باشد این شرط هم خلاف حقیقت بیع نیست.

## شرط بیع خلاف مقتضای وقف نیست

حال که خلاف مقتضای بیع نیست باید به این پرسش پاسخ دهیم که آیا خلاف مقتضای وقف هست؟ همانطور که در جلسه گذشته بیان شد به نظر می آید خلاف مقتضای وقف هم نیست. وقف اقتضاء نمی کند تأیید به این معنا را که للتالی عارض نیاید. چنین چیزی دلیل ندارد. در وقف منقطع الآخر عرض کردیم فرق است بین وقف منقطع الآخری که محل اختلاف است و بعضی ها قائل به صحت آنند و بین توقیت. توقیت این است که در خود وقف بگویند من وقف کردم برای بیست ساله بر عدم صحت این امر اجماع وجود دارد. اما اگر بگویند وقف کردم بر زید و اولادش و اولاد اولادش و اولاد اولادش پنج نسل، که خارجا اینها تمام می شوند اما این توقیت نیست. ینتهی آمدش خارجا. دلیلی نداریم این خلاف اجماع باشد. محل بحث است، عده ای قبول کرده اند و عده ای قبول نکرده اند.

بنابراین اشتراط بیع برای موقوف علیهم به این صورت خلاف مقتضای عقد هم نیست، علی الظاهر مورد عمومات قرار می گیرد و اشکالی هم ندارد.

ما مفصل بحث کردیم که توقیت در وقف خلاف اجماع است. ما نکته دیگری که در آنجا بیان کردیم اینکه بگوئیم چه بسا توقیت خلاف نهاد وقف نیز است، نه فقط خلاف اجماع است. چون این امور باید عقلانی باشد. غربی ها تعبیر نهاد می کنند ما تعبیر اعتبارات عقلانی می کنیم. بیع هم همین است. یعنی اگر شما می خواهید بیع جزئی را خارجا بین خودتان و مشتری ایجاد کنید، این باید مسبوق باشد به یک اعتبار عقلانی که روی انشاء شما اثر بار کرده باشد، و الا لغو است. من به شما بگویم: «بعتک هذا بذاک» و شما بفرمائید: «قبلت» و اصلا عقلاء راجع به بیع چیزی نداشته باشند. خب این کار غیر عقلانی است، چون اگر شما ترتیب اثر عقلانی می خواهید. بیان شد که شاید توقیت با خود حقیقت وقف منافات داشته باشد. این یک دلیل بود و دلیل دیگر نیز مخالفت با اجماع بود. دیگر برنگردیم به بحثهای قبلی. عدم توقیت یکی از شرائط وقف است. البته نگفته اند همه قبول کرده اند. به نظر ما اجماع تمام است، اما مجتهد شجاع و جسوری مثل صاحب عروه ره که انصافا آدم خیلی شجاعی است می گوید از این هم می گذریم و یک قدم جلوتر می رویم چه کسی گفته توقیت اشکال دارد؟ من می توانم وقف ۵ ساله هم کنم چه کسی گفته اشکال دارد؟

ولی ما این جرئتها را نداریم، دلیلش این است که ما اقوال را آوردیم به نظر ما اجماع تمام است که ما وقف موقت نداریم. حالا علاوه بر این آن بحث مهم هم وجود دارد که اگر وقف تملیک باشد تملیک زمانی نیز صحیح نیست یا به جهت دلیل فلسفی که از ظاهر کلام مرحوم شیخ استفاده می شود، و یا به جهت تفسیری که ما بیان کردیم که توقیت در باب تملیک عقلائی نیست. تملیک منافع درست است چون عقلائی است. عقلاء می گویند منفعت ۵ سال این مسکن را تملیک می کنم. اما در اعیان عقلاء این کار را نمی کنند، ملکیت اعیان را للتالی قرار می دهند به نحو الاطلاق نه پنج ساله و ده ساله.

پس توقیت درست نیست. اما اینکه برخی وقف منقطع الآخر را به آن تشبیه می کنند نیز صحیح نیست. وقف منقطع الآخر توقیت نیست. همانطور که دیروز عرض کردم من بیع می کنم با دیگری، در بیع تملیک می کنم بنحو الاطلاق این مبیع را للمشتري ولكن می دانم مشتری دو ساعت دیگر به شخص ثالثی می فروشد. اینکه این ملکیتی که من به مشتری منتقل می کنم خارجا دو ساعت دیگر تقطیع می شود ربطی به این ندارد که تملیک من بالاطلاق بوده است نه موقتا. من تملیک کرده ام به مشتری للتالی، منتهی خارجا اسبابی عقلائی برای انتقال وجود دارد که به لحاظ شرعی نیز امضاء شده است که مشتری با آن ملک را منتقل می کند.

پس بحث به اینجا منتهی شد که مرحوم آقای خوئی می فرماید: چنین بیعی نادرست است و بحث دیگری نیز وجود دارد که آیا خلاف مقتضای وقف است یا خیر که به نظر ما این مطلب دلیل ندارد و وقف صحیح است.. چون اشترای نمی گوید من وقف را موقت کردم. بلکه اشترای لازم اش این است که خارجا قد یقطع الوقف، مثل اینکه در بیع خارجا قد یقطع البیع. بیع من قطع می شود به بیع دیگری. من تملیک به مشتری می کنم و مشتری از ملکش خارج می کند. پس ملکیتی که من تملیک کردم آمد پیدا می کند خارجا نه به تملیک من. در وقف هم همین می شود. بنابراین این اشترای خلاف مقتضای عقد نیست، خلاف اطلاق است و خلاف اطلاق هم اشکالی ندارد.

### طریق مرحوم خوئی برای جواز بیع

مرحوم آقای خوئی پس از اشکال به این صورت می فرمایند بلکه صورت دیگر برای این بیع اشکال ندارد، و آن این است که شرط کند که عند الحاجة یا عند عروض این عوارض مثل خوف فتنه در میان موقوف علیهم و امثال اینها، عین موقوفه یخرج عن الوقفية. در این صورت قبل از اینکه موقوف علیهم این عین موقوفه را بفروشند با اشترای این عین از وقفیت خارج می شود لذا بیعش اشکال ندارد. چون تنها اشکال متوهم این است که خلاف مقتضای وقف باشد، و توضیح

دادیم که این خلاف مقتضای وقف نیست چون با اصل وقفیت اشکالی ندارد که عند عروض عوارضی از وقفیت خارج شود و به تبع، بیع هم روی فرض ایشان درست می شود. مثلاً واقف شرط کرده است که عند عروض فتنه و خوف اختلاف بین موقوف علیهم این عین از وقفیت خارج شود پس با تحقق فتنه این وقف می شود طلق برای موقوف علیهم. موقوف علیهم این ملک طلق را می فروشند و ثمن هم می آید جای همین می نشیند لذا آن نیز طلق است لذا روی مبنای ایشان مشکلی ندارد. ما نیز که اصل مطلب را اشکال نمی کنیم.

### نتیجه بحث تمسک به ادله

پس نتیجه این شد که به نظر ما همانطور که عده ای از فقهاء مثل مرحوم شیخ و دیگران که تمسک می کنند به المؤمنون عند شروطهم (که ما دیروز قیدی برای این آوردیم) و به الوقوف که علی الظاهر در اینجا تطبیقش اشکال ندارد، برخلاف بحثهای قبلی ما است که راجع به اصل ماهیت شروط وقف گفتیم اشکال دارد، اینجا اشکال ندارد، شرطهایی است که واقف دارد انجام می دهد. اگر ما به اینها تمسک کردیم علی الظاهر خلاف مقتضای وقف صورت نگرفته، خلاف اطلاق است و این هم اشکال ندارد، اینها حجت هستند، اشکال آقای خوئی هم قابل پاسخ است.

### بررسی استدلال مفسد بودن شرط در مانحن فیه

در اینجا لازم است متذکر نکته ای شویم که قبلاً نیز عرض کردیم که اگر کسی این شرط را خلاف مقتضای عقد دانست مسلماً شرط فاسد است، اما آیا این شرط مفسد نیز است؟

کثیری از فقهای که شرط فاسد را مفسد نمی دانند شرط خلاف مقتضای عقدی را که فاسد است مفسد می دانند. اگر یاد دوستان باشد امام ره در جایی فرموده بودند که خلاف مقتضای عقد، فاسد است و مفسد است. ما آنجا اشکال کردیم که این چه خصوصیتی دارد. شرط خلاف مقتضای عقد البته عقلائی نیست و عقلاء این شرط را قبول ندارند و فاسد است، اما چرا مفسد باشد. کسانی که کبرای کلی شرط فاسد مفسد را می پذیرند در تطبیق آن بر اینجا مشکلی ندارند اما کسانی که شرط فاسد را مفسد نمی دانند مثل امام ره و مرحوم آقای خوئی، چرا شرط خلاف مقتضای عقد را که فاسد است مفسد هم می دانند؟

**سؤال:** چون شرطش تناقض دارد با حقیقت وقفش که اراده کرده

**جواب:** خب وقتی تناقض گفت آن جمله ای که تناقض را ایجاد کرده باطل است. چرا عقدش باطل باشد؟!

عبارت مرحوم آقای خوئی در اینجا این است که می فرمایند: «لکونه مناقضا» این استدلال مانند آن است که من یک استدلال ریاضی دقیق بیاورم و بعد هم یک سخن مناقض این بیاورم، خب سخن مناقضم بی اثر است چه ربطی دارد که آن استدلال را باطل کند.

می خواهم توجیهی بیان کنم که منجر به تفصیلی در بحث می شود که آنوقت شاید فرمایش امام ره هم توجیه شود. مثالی که مثل آقای خوئی می زنند اینطور است که شرط خلاف مقتضای عقد مثل این است که بگوید من بیع کردم به شرط اینکه ثمن نداشته باشد. نه اینکه ثمن به تو ندهم، اصلا ثمن نداشته باشد. می فرماید این شرط خلاف مقتضای عقد است. بیع باید ثمن داشته باشد. ما مبیعی را در ازاء ثمن می دهیم. اگر ثمن ندارد ازاء معنا ندارد، لذا حقیقت بیع محقق نمی شود. ولی این کلام که فرمود «لکونه مناقضا» کلام عجیبی است. قاعدتا باید مطلبی که مناقض است باطل باشد چرا سخن اولم که حق است باطل باشد. من می گویم بعثک هذا الكتاب بذاک الثمن بعد در ضمن این عقد یا عقد آخر شرط می کنم که بیع من ثمن نداشته باشد. این شرط بی خود و بی ثمر است چرا بیع باطل باشد؟

ممکن است شما بگوئید در امثال این مثال که بگویم «بعثک هذا الكتاب بهذا الثمن» و شرط کنم بر مشتری که ثمن نداشته باشد، با این شرط اجمالی در اراده من در تحقیق عقد درست می کند که ما دیگر کاشف نداریم از اینکه بایع قاصد چنین بیعی است که شیئی را به ازاء شیئی قرار بدهد. حال عرض ما این است که در کثیری از مواردی که می گویند یک شرطی خلاف مقتضای عقد است اینچنین نیست. ما می گوئیم نکته ای نمی فهمیم در صرف مناقضه. چون مناقضه ممکن است با ده تا واسطه ثابت شود. گاهی با یک استدلال دقیقی ثابت می کنم که وقتی شما چنین شرطی می کنید این لوازم را دارد از جمله اینکه لازمه اش این است که شما ثمن نداشته باشید. زمانی دیگر همینطوری می گویم که بعثک هذا الكتاب بذاک الثمن و اشترط علیک أن لا یکون له ثمن در این معامله، اگر اینطور بگویم این خودش یک دلالت عرفی لفظی دارد بر اینکه من اراده جدی به بیع ندارم. چون بیع عبارت است از جعل شیء بازاء شیئی در حیث ملکیت یا حقیقت یا امر دیگری.

اما همیشه شرط خلاف مقتضا اینطور نیست از جمله در همین وقف. در وقف آنهایی که می گویند اگر ما شرط کنیم بیع را خلاف مقتضای عقد است از باب این می گویند که اگر بشود بیع کرد با آن تأبید مخالفت دارد. خیلی ها این را قبول ندارند که با آن تأبید مخالفت دارد. حال اگر در چنین بستری واقعی بیاید وقف کند آیا شما می توانید به عهده اش بگذارید که اراده جدی به وقف نداشته است؟ چه کسی این را می گوید؟ حال مثال نظری کلی آن این است که خلاف مقتضای عقد دو نوع است: گاهی خلاف مقتضایی است که بدلالة عرفية ظاهرة کشف می کند که من اراده جدی ندارم. چون بایع و

مشتري و واقف و مصالح انشاء می کند شما باید کاشف از اراده اش داشته باشید. اصالة الظهورها کاشفند و به عهده او می گذارند بیع را، صلح را، وقف را. اما اگر شما قرائنی برخلاف داشته باشید کاشفی از اراده او ندارید. باطل است از باب اینکه اراده جدی او را کشف نمی کنید.

اما برخی از خلاف مقتضاها اینطوری نیست. هیچ کشفی از عدم اراده به مضمون ندارد. بلکه ظهور کلام واقف این است که در وقف جد هم داشته، وقفش را مشروط به شرطی کرده که روی بعضی استدلالهای دقیق اصولی و فقهی منتهی می شود به اینکه تأییدی که لازمه وقف است به هم می خورد. آیا این واقعا کاشف از این است که او اراده تأیید نداشته؟ نه همچنین چیزی نیست.

بنابراین کسانی که شرط خلاف مقتضای عقد را که فاسد است مفسد می دانند در این قسم که کلام کسی که عقد را انشاء می کند به صورتی باشد که دلالت داشته باشد بر اینکه او اراده جدی ندارد مطلب صحیحی است. و الا اگر بشود اراده جدی داشته باشند و با یک بحث نظری به این خلاف مقتضای عقد رسیده باشند به نظر می آید ما دلیلی بر این نداریم که شرط فاسد مفسد باشد.

روی این فکر کنید تا جلسه بعد انشاء الله.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۸۸۵	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۸۵	خلاصه مباحث گذشته
۸۸۵	بررسی موضع محقق خوئی در مقام
۸۸۶	بررسی مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد
۸۸۶	خلاف سنت بودن شرط بیع وقف و بررسی آن
۸۸۷	عدم اطلاق روایت دال بر بطلان شراء
۸۸۹	فرمایش مرحوم نائینی و اختلاف در تحریر آن
۸۸۹	نسبت تفصیل به مرحوم نائینی توسط آقای خوئی ره
۸۸۹	اشکال به تحریر آقای خوئی از بیان مرحوم نائینی ره
۸۸۹	عبارت مرحوم نائینی در منیة الطالب
۸۹۱	برداشت صحیح از کلام مرحوم نائینی
۸۹۳	نتیجه بحث در قسم سوم
۸۹۴	بررسی مفاد ادله شروط
۸۹۴	مورد چهارم جواز بیع

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين



## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۷۳ کتاب تحریرالوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة درباره مستثنیات کبرای کلی عدم جواز بیع بود. به قسم سوم از مسوغات بیع وقف رسیدیم یعنی جائی که خود واقف شرط کند که هنگام وقوع امری مانند وقوع اختلاف بین موقوف علیهم یا حاجت آنان بتواند عین موقوفه را بفروشند.

علی القاعده برای صحت هر شرطی باید مخالفت این شرط را با سه امر محاسبه کنیم مخالفتش با اراده خود واقف با نهاد وقف و شرع؛ اما در بحث حاضر نیازی به بررسی مخالفت شرط با اراده واقف نیست چون فرض این است که خود واقف این شرط را قرار داده است لذا تنها دو صورت دیگر نیاز به بررسی دارد.

در جلسه گذشته عرض کردیم که علی الظاهر این شرط مخالف اقتضای وقف نیست چون بیع، مخالف اصل وقف نیست، و لذا در مواردی ما مسوغ بیع عین موقوفه را داریم و همه بر آن اتفاق دارند مانند جائی که مال موقوفه به صورت کلی از انتفاع بیفتد. پس بیع، مخالف وقف نیست، مخالف اطلاق وقف است. یعنی اگر وقف مطلق باشد و قیدی نداشته باشد اثرش این است که نمی شود آن را فروخت. اما اگر قید را بیاورید دیگر خلاف اطلاق هم از بین می رود، چون اطلاق در جائی است که قیدی نیامده باشد اما وقتی خود واقف می گوید وقف مشروط به این شرط است خود این قید مانع تحقق اطلاق در وقف می شود.

در بیع نیز اگر شرطی نباشد مسلماً با تحقق بیع مشتری باید ثمن را معجل بدهد به خاطر ظهور حال اما اگر مشتری شرط تأجیل ثمن کند و برای آن مدت قرار دهد اشکال ندارد و کسی نمی گوید شرط تأجیل، مخالف مقتضای عقد بیع است. با اینکه اطلاق عقد بیع مقتضی تعجیل است و تأجیل درست نیست، منتهی وقتی اطلاق نبود و با قید از بین رفت این مانعی ندارد.

### بررسی موضع محقق خوئی در مقام

در جلسه گذشته بیان شد که مرحوم آقای خوئی این شرط را خلاف مقتضای بیع میدانند، که توضیح دادیم، اما شرط را خلاف مقتضای عقد وقف یا ایقاع وقف نمیدانند.

در ادامه ایشان بحث دیگری مطرح کرده که خیلی ها مطرح نکرده اند که از باب شرط مخالف سنت آیا این شرط فاسد است یا نه؟

نسبت به شرط خلاف مقتضای عقد توضیح دادیم که معمولاً می گویند شرط خلاف مقتضای عقد، فاسد است و مفسد هم هست. ما در اطلاق این سخن اشکال داشتیم که در جای خود باید بررسی شود. برخی نیز همانطور که ما تحلیل کردیم قائلند که اشکال شرط خلاف مقتضای عقد از این باب است که نمی شود مُنشی دو اراده متنافی داشته باشد. و این در جایی است که ملتفت باشد. اگر واقعا التفات به این تنافی نداشته باشد انشائش اشکال ندارد، لذا در واقع شرط او می شود شرط فاسد و بیش از این نیست.

### بررسی مفسد بودن شرط خلاف مقتضای عقد

البته این بحث بسیار مهم و تاثیر گذار است و در شرائط صحت شرط در باب شروط در ذیل بحث اختیارات در ذیل شرط پنجم از شروط شرط صحیح به تفصیل بحث شده است که باید شرط، خلاف مقتضای عقد نباشد. کما اینکه مخالف کتاب و سنت نباید باشد، مجهول نباشد و مانند آن. مرحوم شیخ در آنجا می گوید شرط خلاف مقتضای عقد مثل شرط مجهول منجر می شود به اینکه خود عقد مانند بیع نیز مجهول باشد.<sup>۱</sup> منتهی اینها همه بحث دارد، که نسبت به بحث ما عرضی است و باید سر جای خود به آن پرداخت.

چیزی که ما در این بحث می فهمیم این است که اطلاق اینکه شرط خلاف مقتضای عقد موجب فساد شود قابل تأمل است گرچه ظاهر عبارات مرحوم شیخ در آن بحث این است که این مطلب اجماعی است. منتهی فکر نمی کنم در آن بحث اجماعی وجود داشته باشد بر اینکه شرط خلاف مقتضای عقد بالاطلاق موجب فساد است حتی در آنجایی که خلاف اقتضاء را بالاستلزام بفهمیم. آیا در جایی که انشاء کننده عقد توجه ندارد که این شرط منافی مقتضای عقد است و منافی با انشاء او به همراه قصدش می باشد نیز عقد فاسد است؟ این بحثی است سر جای خودش و لذا شرط بیع در فرض احتیاج مثلاً، خلاف مقتضای عقد نیست و از این جهت اشکالی ندارد.

### خلاف سنت بودن شرط بیع وقف و بررسی آن

اما بحث مهم دیگری که اینجا وجود دارد این است که آیا این شرط، خلاف سنت هست یا نه؟ به خاطر اینکه در روایات متعددی شبیه این تعابیر آمده بود که لا يجوز شراء الوقف و اطلاق این روایات جلو چنین شرطی را می گیرد و این شرط، خلاف کتاب و سنت می شود لذا خودش فاسد است.

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۶، ص: ۴۴

اگر ما گفتیم شراء وقف درست نیست و این اطلاق داشته باشد و منصرف از این مواردی که واقف آن را شرط کند نباشد پس شرط ما می شود شرط خلاف کتاب و لذا فاسد است، اما دلیلی بر بطلان خود وقف نداریم مگر بر اساس این مبنا که شرط فاسد را مفسد بدانیم. اما انصافاً این مبنا هم درست نیست و اختلافی است و باید سر جای خودش بحث شود. دلیل اصلی قائلین به این مبنا این است که شرط التزام فی ظرف التزام است، نه التزام مستقل تام، التزام اول مقیداً به التزام دوم لحاظ می شود لذا وقتی شرط نیست مشروط هم نیست. این تعبیری است که بسیار متذکر شده اند در حالی که این تعبیر صحیح نیست. مشروط در آنجا که ما می گوئیم شرط فی ضمن العقد، مشروط به معنای حقیقی نیست تا التزام اول به التزام شرطی مقید شود. بلکه التزام اول که بیع است یا وقف است التزامی است مطلق، منتهی در ظرفش یک التزام دیگری هم داریم. البته به لحاظ لبی و به لحاظ غائی ممکن است اغراضی از منشی در بیع، در وقف، در اجاره یا در صلح، به نحوی به مفاد شرط تعلق داشته باشد. گاهی اصلاً ممکن است شرطها برای این شخص مهمتر از خود آن مضمون انشاء باشد. ولی اینها غایت است و غایاتی که مد نظر منشی است در معامله اثر ندارد. آن چیزی که در معامله هست عبارت است از یک انشاء مطلق بیع، و سپس در ظرف این بیع بایع شرط می کند که فلان کار را نیز برای من انجام بده. در اینجا نیز انشاء مطلق وقف کرده است و در ظرفش شرط کرده که آقایان موقوف علیهم عند الاختلاف بتوانند بفروشند. اینطوری نیست که التزام اول مقید به التزام دوم باشد. بنابراین شرط اگر فاسد هم باشد دلیلی بر بطلان وقف نداریم، بنابراین از این جهت اشکالی وجود ندارد.

نتیجه این است که شرط، صحیح نیست ولی وقف صحیح می باشد بنابراین مجاز به فروش نیستند.

### عدم اطلاق روایت دال بر بطلان شراء

منتهی نکته ای که وجود دارد این است که آیا قبول داریم این روایاتی که شراء را منع می کند، مفادش این است که شراء را مطلقاً منع می کند حتی در جائی که واقف شرط کرده باشد؟

واقعاً دلیلی بر این مدعا نداریم، روایات منصرف است و اصلاً در مقام بیان این جهات نبوده است. اگر نگوئیم که روایت در مورد خاص بوده است حداقل این است که منصرف از این موارد است. خصوصاً روایتی که از امیرالمؤمنین صلوات الله علیه نقل شده (که قبلاً خواندیم) که ایشان به امام حسن علیه السلام این اجازه را داده اند که اگر ایشان خواستند می توانند آن را بفروشند و اگر خواستند می توانند «شرو الملک» یا «سری الملک» قرار بدهند. سری مانند نفیس است لفظاً و معنأً، یعنی می توانند جزء ملکهای خوششان قرار بدهند. شرو الملک یعنی مثل الملک قرار بدهند. یعنی در اختیار امام حسن

علیه السلام است و روایت هم صحیح است. مرحوم شیخ می فرماید هذه الرواية صحيحة، و بعد هم می فرماید رد کردن مضمونش مشکل است و عمل کردن به آن اشکل است.<sup>۱</sup>

ما نفهمیدیم یعنی چه که عمل کردن به این روایت اشکل است! چه مشکلی دارد، روایت از امیرالمؤمنین علیه السلام آمده و این است. گوئی می خواهند بگویند خلاف برخی از قواعد در باب وقف است. این که اشکالی ندارد.

**سؤال:** وصیت به صدقه است، احراز وقفیتش مشکل است.

**جواب:** نه ادعا فرموده اند که این را ممکن است حمل بر وصیت کنیم. منتهی حمل بر وصیت درست نیست، متن آنجاها قرائن متعدد دارد که این وقف بوده نه وصیت.

**سؤال:** اولش وصیت امام کاظم علیه السلام، بعد ذیلش دارد صدقة، از این صدقه احراز وقفیت می کنید؟

**جواب:** اکثر روایات وقف صدقه است. درصد زیادی از روایات وقف با تعبیر صدقه آمده، و مرحوم شیخ طوسی در نهایت تصریح می فرماید که صدقه و وقف یکی هستند. یعنی اصلاً اصطلاح رائج در زمان ائمه علیهم السلام بوده است. این غیر از آن وصیت است.

**سؤال:** این وصیت امیرالمؤمنین علیه السلام بوده که صدقة برای اولاد بنی هاشم.

**جواب:** امام علیه السلام در آن روایت تصریح می کنند که صدقه است. بعد می فرماید امام حسن علیه السلام این کار را کند و امام حسین علیه السلام اینطور بعد از ایشان انجام دهد و انواع تخصیصها را بیان می کنند. همانطور که مرحوم آقای خوئی و مرحوم نائینی فرموده اند هیچ اشکالی در التزام به روایت امیرالمؤمنین علیه السلام نداریم، لذا به مضمونش عمل می کنیم. در واقع شرط کرده که هر وقت خواست این را مثل ملکش قرار بدهد یا بفروشد، این شرطها محقق است، اشکالش چیست که ما بگوئیم عمل به آن اشکل است؟ وجهی ندارد. جز اینکه بگویند خلاف برخی قواعد در باب وقف است. که می گوئیم مطالبی را که قبلاً گفتیم تخصیص می زند. این فرمایش مرحوم آقای خوئی، البته ایشان یک تعلیق دارد که بعداً عرض می کنم.

<sup>۱</sup> و السند صحيح، و التأويل مشكل، و العمل أشكل. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ۴، ص: ۸۸

## فرمایش مرحوم نائینی و اختلاف در تحریر آن

مرحوم نائینی در اینجا بحث دیگری را مطرح می فرماید. مرحوم آقای خوئی فرمایش مرحوم نائینی را اینطور تحریر می کند که ایشان می گوید مفاد انشاء منشی که بیع را شرط می کند اگر در واقع حق فسخ برای موقوف علیهم باشد در اینجا اشکالی ندارد. شرط حق الفسخ اشکالی ندارد و دلیلی هم نداریم که اجماعی بر علیه آن باشد چون اختلافی است. و شرط خیار به معنای حق الفسخ منافات با حقیقت وقف هم ندارد. بلکه خلاف اطلاقش است مانند خروجهای دیگری که در انقطاع و مانند آن محقق می شود.

## نسبت تفصیل به مرحوم نائینی توسط آقای خوئی ره

بنابراین ایشان به مرحوم نائینی نسبت می دهد که قائل به این تفصیل در بحث شده اند که اگر منشی در وقف خلاف تأیید را شرط کند در واقع تصریح می کند به تأیید ولی در عین حال شرط می کند که هر وقت خواستند می تواند مال موقوفه از وقف بیرون رود که این مشکل است اما اگر منشی وقف کند و اشتراط تأیید نکرده بلکه به تعبیر آقای خوئی حق فسخ را شرط می کند در این صورت اشکالی ندارد و موقوف علیهم آزاد هستند که وقف را فسخ کنند و خیار دارند که بتوانند بیع کنند یا ملک خودشان قرار بدهند. سپس مرحوم نائینی به روایت امیرالمؤمنین علیه السلام تمسک می کند.

## اشکال به تحریر آقای خوئی از بیان مرحوم نائینی ره

وقتی به عبارات مرحوم نائینی مراجعه می کنیم می بینیم ایشان از تعبیر «خیار» استفاده کرده اند. در اول بحث که اصلاً بحث فسخ و خیار و اینها نیست بکله می فرمایند شرط کند که موقوف علیهم بتوانند آن را وقف منقطع قرار دهند و در اختیار آنها قرار بدهد. همین مقدار آمده است. در آخر عبارت نیز می فرمایند «يجعل له الخيار».

سوال این است که آیا مرحوم نائینی با این تعبیر «يجعل له الخيار» این فرض را مطرح می کند که واقف، حق فسخ قرار میدهد، یعنی می گوید اگر واقف شرط کرد حق الفسخ را برای موقوف علیهم اشکال ندارد؟ یا اینکه فرضشان این است که واقف، خیار جعله ملکا له می کند یا خیار جواز بیع می کند؟ به نظر شما اینها با یکدیگر فرق نمی کند؟

## عبارت مرحوم نائینی در منیة الطالب

مرحوم آقای نائینی در منیة الطالب، می فرماید: «إذا عرفت ذلك فنقول لو كان التأیید من منشآت الواقف فاشترط بیع الوقف عند الحاجة مناف لمقتضاه. و اما لو كان من مقتضیات الاطلاق فلا مانع منه، یعنی تأیید را ما از اطلاق فهمیدیم،

آنوقت قید می زنیم که تأیید نباشد. این یک بحث. «ثم إن شرط بيعه عند الحاجة على قسمين، لأنه تارة يشترط بيعه وشراء غيره بثمانه» یک فرض این است که شراء یک وقف دیگر شود که مرحوم آقای خوئی هم این فرض را بیان کردند. واقف شرط می کند که برای موقوف علیهم جائز است که این عین موقوفه را بفروشند و با ثمنش وقف دیگری تهیه کنند که در این صورت بر اساس مبنای محقق نائینی اشکالی وجود ندارد. این مبنا را قبلاً بحث کردیم که مرحوم امام ره نیز به شدت مخالف بودند که حقیقت وقف عبارت باشد از حبس جامع بین عین به شخصه و مالیت آن ولو در ضمن شیء دیگری. مرحوم نائینی در اینجا می فرمایند واقف جامع بین اصل این عین عند امکانه و مالیته ولو فی ضمن صورة اخرى عند عدم امکانه را وقف کرده است. بنابراین اطلاق مقتضی این است که همین عین باشد، اما اگر به هر دلیلی شما شرط کردید در ضمن عین دیگری قرار می گیرد و مخالف با مقتضای وقف نیست. فقط این شرط، مخالف با اطلاق است که اشکالی نیز ندارد. «نعم مقتضى الاطلاق أن يتعلق الوقف بعينها و تعلقه ببدلها في طول تعلقه بعينها فيحتاج الى مثونة زائدة. و اما لو اشترط التبدیل فمرجه الى جعل الوقف متعلقا بالجامع بين المال و بدله.»

پس این صورت که واقف شرط کند که موقوف علیهم عند حصول امری مانند حاجت و غیره بتوانند بفروشند و وقف دیگری جایگزین آن کنند، اشکالی ندارد. منتهی معمولاً مواردی که واقف شرط می کند این است که موقوف علیهم بفروشند و خودشان استفاده نکنند نه اینکه وقف دیگر بخرند. کما اینکه روایت امیرالمؤمنین صلوات الله علیه ظاهرش همین است که امام حسن علیه اسلام برای خودشان استفاده نکنند نه اینکه بجایش یک چیز دیگری وقف کنند یا وقف بشود.

اما در جایی که شرط این نیست که عین دیگری جایگزین وقف کنند: «و اما القسم الثانی فیبتنی صحته علی صحة الوقف المنقطع الآخر و كونه وقفا لا حبسا و حیث إن المختار صحته لا سیما اذا كان مرددا بین الانقطاع و عدمه فیصح شرط جواز البيع لبعض البطون» چرا؟ «فإن مرجع شرطه الى أن له أن يجعله منقطعا و أن یبقیه علی حاله، و علی هذا تنزل الرواية الشریفة.»

عرض ما این است که فرمایش مرحوم نائینی این است که مرجع شرط به این است که «له أن يجعله منقطعا أو یبقیه علی حاله».

پایین هم ایشان می فرماید: و کیف كان فبنائا على ما اخترناه من أن جواز البيع لا يستلزم البطلان» که حرف مرحوم صاحب جواهر بود «فلا مانع من جعل الواقف الخيار لبعض البطون حتى البطن الاول كما في صدقة اميرالمؤمنين صلوات الله عليه و آله الطاهرين»<sup>۱</sup>.

### برداشت صحیح از کلام مرحوم نائینی

پس شاید مراد مرحوم نائینی وجهی دقیقتر از آن چیزی باشد که مرحوم آقای خوئی تقریب فرمودند. آن چیزی که ایشان گفته این است که مرجع شرط واقف این است که للموقوف علیه أن يجعله منقطعا أو يبقیه على حاله باطلاقة. پایین هم می گوید خيار قرار داده است. سؤال این است که این خيار، خيار فسخ است، یا خيار أن يجعله منقطعا است و خيار أن يبقیه است؟ اینها با هم فرق می کند. فرق چیست؟

فرق همان چیزی است که قبلا هم مرحوم شیخ فرمود و ما هم عرض کردیم که بحث در این است که آیا با شرط می تواند وقف را بفروشد، که يكون وقفا و بیاع؟ یا نه، يخرج عن الوقفية ثم يبيعه؟

آن چیزی که آقای خوئی ره دارد نسبت می دهد که می گوید حق فسخ وقف داری، ظاهرش این است که وقف را فسخ می کند بعد می شود طلق. آنوقت حالا یا خودش تملک می کند یا می فروشد یا هر کار دیگری می کند. اما عبارت آقای نائینی این نیست، کلام ایشان این است که شرط کنیم بیع وقف را یعنی يكون وقفا و عند حصول الشرط يخرج عن الوقفية بالبيع نه بالفسخ. بالبيع يخرج عن الوقفية. و در پایین هم که گفته اند خيار دارد، نگفته خيار فسخ، خيار أن يجعله منقطعا، یعنی بگوئیم او اجازه دارد با همین شرط وقف را ملک خودش کند لازمه اش انقطاع وقف است، لازمه اش خروج از وقف است.

خیلی فرق دارد بین فسخ که یک عملیه انشائی موقوف علیهم است و واقف بگوید موقوف علیهم حق فسخ دارند و آنها وقف را فسخ می کنند و عین موقوفه ملک طلق می شود، حال مال چه کسی هست بحث دیگری است، بعد موقوف علیهم این ملک طلق را تملک می کنند یا می فروشند. با اینکه بگوئیم این وقف است و همین وقف با شرط يخرج عن الوقفية بالبيع، يخرج عن الوقفية بجعله ملكا له. آقای موقوف علیه بخاطر شرط واقف به أن يجعله ملكا له، با جعل ملک لنفسه از وقف خارجش می کند نه اینکه اول از وقف خارج می کند و می شود ملک طلق بعد مانند یک ملک مباحی آن را

<sup>۱</sup> منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج ۱، ص: ۳۵۱/۳۵۲

حیازت میکند و اصطیادش می کند و تملک می کند. نه، اصلاً شرط این است که این وقف را تو می توانی برای خودت قرار بدهی. با قرار دادن برای خودت از وقف خارج می شود. عبارتهای آقای نائینی ظاهراً این است، نه آن چیزی که آقای خوئی فهمیده که ایشان حق فسخ قرار داده است.

**سؤال:** خیار در فروش قرار داده است.

**جواب:** بله ولی آقای خوئی می گوید حق فسخ.

آقای خوئی می فرماید: «ولكن الميرزا قد اختار في المقام صحة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفا دائما ولكنه جعل للموقوف عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا».<sup>۱</sup> آقای نائینی تعبیر الفسخ متى شاؤوا ندارد. آقای نائینی می گوید لهم الخيار به اینکه این را وقف منقطع قرار بدهند، به چه نحو؟ نه به فسخ، بلکه به اینکه او را بفروشند. وقتی بفروشند می شود منقطع. یا يجعلون لانفسهم.

**سؤال:** اینجا هم انفساخ قهراً حاصل می شود.

**جواب:** بگوئید خروج از وقف نه انفساخ.

**سؤال:** خروج از وقف قهراً حاصل می شود و تقریباً یکی می شود.

**جواب:** نه، اصلاً فسخ نکرده است. فسخ یک عملیه انشائی است. بله لازمه بیع خروج از وقفیت است.

برای روشن شدن بحث پرسش دیگری مطرح کنیم. در استثناء اول که وقف هیچ انتفاعی ندارد، شما می گوئید که موقوف علیهم می توانند عین موقوفه را بفروشند. آیا آنجا فسخ می کنند؟! روشن است که وقتی می فروشند عین موقوفه از وقف خارج می شود اما فسخ نیست. یعنی فسخ یک عملیات برای خروج از وقف است، و برخی کارهای دیگر که در ضمن مجوزها بود عملیتهای دیگر. صاحب جواهر مطلبی را مطرح کرده بود که اینجا مرحوم نائینی می گوید اخذه من شیخه، ظاهراً مرحوم کاشف الغطاء باشد، که آیا نفس اجازه فروش، موقوفه را از وقفیت خارج می کند؟ یا فروش خارجی مُخرج از وقفیت است؟ مرحوم شیخ این را طرح می کند و می گوید کلام صاحب جواهر اشتباه است، چون با صرف اجازه فروش، خارج از وقفیت نمی کند، چه بسا تا نفروختند، وقف باشد. بیع خارجی خارج می کند. خیلی سخن دقیقی است. جلسه گذشته عبارت شیخ را برای شما خواندم که می فرماید ما نمی گوئیم یخرج عن الوقفية ثم بیعه، بلکه می گوئیم هذا

<sup>۱</sup> موسوعة الإمام الخوئي، جلد: ۳۷، صفحه: ۲۹۶



وقفّ یجوز له بیعه، که البته وقتی بیع می کند یخرج عن الوقفیه. خیلی فرق می کند که شما بگوئید اول از وقفیت خارج می شود یک ملک طلقی می شود بعد میفروشد، یا بگوئید نه وقف است، منتهی وقفی است که مجاز است به فروش آن، حالا هم فروخت با فروش هم از وقفیت بیرون برود، این فسخ نیست. روی این فکر کنید.

**سؤال:** یک نکته ای را که باید لحاظ کرد که وقف را حبس بدانیم یا ندانیم.

**جواب:** فرض این است که حبس نیست، منقطع الآخر هم باشد حبس نمی شود وقف است. فرض این است که اینها وقف هستند. حالا این وقف با فروش این حال را پیدا می کند. این تمام الکلام در قسم سوم.

### نتیجه بحث در قسم سوم

نتیجه بحث در قسم سوم که شرط آقای واقف است این شد که این شرط خلاف مقتضای عقد نیست، خلاف اطلاق لایجوز شراء الوقف هست، اگر کسی عمل کند به این لا یجوز بالاطلاق ولو از باب ترک استفصال و غیره، آنوقت می شود شرط فاسد، و ما شرط فاسد را مفسد نمی دانیم، می شود یک وقفی که شرطش درست نیست. آنوقت علی الظاهر دیگر مجاز نیست به فروش، بخاطر اینکه شرطش فاسد بوده است.

اما اگر گفتیم لا یجوز شراء الوقف منصرف است از این موارد و در مقام بیان این جهات نیست، آنوقت این شرط هم هیچ اشکالی پیدا نمی کند و خلاف سنت هم نیست. علاوه بر این اخذ به مفاد روایت امیرالمؤمنین علیه السلام نیز هیچ اشکالی ندارد، ظاهراً مفادش هم از این حیث روشن است. حمل صدقه بر وصیت هم هیچ وجهی ندارد، کما اینکه مرحوم شیخ و اکثر تابعینشان که بحث کرده اند همین را فرموده اند که حمل بر وصیت دلیلی ندارد، تعبیر صدقه است و در خیلی از موارد در روایت صدقه همان عنوان وقف است و چیز دیگری نیست.

نتیجه این شد که مسوغ سوم که عبارت است از واقف شرط کند عند عروض اموری بیع جایز باشد و ملک موقوف علیهم شود و مانند آن علی الظاهر شرط صحیح است و به آن عمل نیز می توان نمود. بنابراین عند عروض این عوارض مثل اختلاف و غیره به شرط عمل می کنیم و هیچ اشکالی از این جهت ندارد.

**سؤال:** آخرش اینجا ادله نفوذ شرط را قبول کردید یا نه؟

**جواب:** بله دیگر. چه اشکالی دارد. چون فرض این است که این شرط التزام فی ضمن الالتزام هست و ادله شروط اینجا را می گیرد، مگر اینکه شرط خلاف مقتضای عقد باشد، شرط خلاف کتاب و سنت باشد که نیست.

## بررسی مفاد ادله شروط

**سؤال:** پس وقف را شما عقد می دانید. التزام فی التزام باید باشد؟

**جواب:** ما وقف را عقد نمی دانیم، در جلسه اول عرض کردیم که بحث مبنائی است. یکوقت ما می گوئیم در مفهوم شرط اخذ شده که التزام فی ظرف الالتزام العقدی باشد، که خیلی بعید است، لغت درباره «شرط» چنین چیزی نگفته است. مرحوم شیخ هم با اینکه این معنا را اتخاذ می کند که شرط، التزام فی ظرف الالتزام ولی می گوید این لغوی نیست. بلکه این از باب مفاد روایات و اجماع است، که قدر متیقنش به نظر من این است که فی ظرف الالتزام باشد، اما اینکه التزام عقدی باشد ممکن است کسی در این خدشه کند، بگوید مطلق التزام ولو در باب ایقاعات هم باشد اشکالی ندارد. روی آن باید تأملی کرد، یعنی اینقدر روشن نیست که فقط انحصار به عقد داشته باشد. در اول بحث من این را گفتم که اگر شما التزام فی ظرف الالتزام را عقدی بگوئید، کسانی که وقف را عقد نمی دانند مانند مرحوم آقای خوئی و مرحوم امام ره و دیگران، علی الظاهر اینجا مشکل پیدا می کنند و دیگر نباید این کلام را بگویند. ما این نکته را اول عرض کردیم. ما نیز که عقد نمی دانیم ولی احتیاط می کنیم. منتهی ممکن است کسی بگوید قدر متیقن خروج شروط از جایی است که در ضمن چیزی نباشد بلکه شرط ابتدائی محض باشد، اما در ظرف ایقاع هم باشد مثل عقد هر دو شرط است.

**سؤال:** قدر متیقن اتفاقاً اینطرف است، قدر متیقن التزام فی ضمن الالتزام است.

**جواب:** نخیر باید قدر متیقن از اجماع مانع را در نظر بگیرید. اجماع مانع قدر متیقنش التزام در ظرف التزام عقدی است اما اگر در ضمن یک ایقاع هم باشد اشکال ندارد. حالا این مسئله تأمل می خواهد. این تمام الکلام در قسم سوم.

## مورد چهارم جواز بیع

قسم چهارم از موارد جواز در جایی است که وقوع خلاف شود بین موقوف علیهم به حیثی که بحث تلف مال و انفس پیش آید. در متن کتاب مکاسب همین مورد را چهار فرض کرده که یکی از آنها این است و همه را با هم بحث می کنند. دوستان مطالعه کنند تا فردا.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۸۹۶	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۸۹۶	خلاصه مباحث گذشته
۸۹۶	مسوغ چهارم
۸۹۷	رابطه مسوغ چهارم تحریر با مسوغات هفتم تا دهم مکاسب
۸۹۹	دلیل مرحوم شیخ در مسوغات چهارگانه
۸۹۹	نقص بررسی کلام شیخ توسط آقای خوئی ره
۹۰۰	ادله شیخ ره بر منع در صور هشتم تا دهم
۹۰۲	تمسک به استصحاب بر منع بیع
۹۰۳	بررسی مکاتبه ابن مهزیار به عنوان دلیل وارد
۹۰۷	سؤالاتی پیرامون متن مکاتبه ابن مهزیار
۹۰۷	تجویز فروش مال امام با وجود اینکه امام که اختلاف نداشته
۹۰۸	بررسی تجویز حق فروش برای واقف
۹۰۹	تجویز بیع با وجود عدم قبض امام علیه السلام
۹۱۱	دو استظهار متفاوت از مکاتبه

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیله مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة درباره مستثنیات کبرای کلی عدم جواز بیع بود. مرحوم امام ره برخلاف برخی فقهاء مانند مرحوم شیخ از موارد متعدد مسوغات بیع فقط چهار صورت را بحث کرده اند. که ما سه صورت را بحث کردیم. به مسوغ چهارم بیع وقف رسیدیم.

### مسوغ چهارم

مسوغ چهارم در کلام مرحوم امام ره عبارت است از اینکه میان ارباب وقف اختلاف شدیدی پدید آید به نحوی که «لا یؤمن معه من تلف الاموال و النفوس»، همین تعبیر در کلمات بسیاری از فقهاء مانند شیخ انصاری و دیگران آمده است. فرض هم این است که این اختلاف از بین نمی رود و حسم نزاع نمی شود مگر بوسیله بیع عین موقوفه که در این صورت فروش موقوفه مجاز است حال اگر با این فرض که عین دیگری را بدل این عین موقوفه قرار دهند که وقف باشد رفع اختلاف ممکن است باید همان کار را انجام دهند و اگر می توانند با ثمن فروش این عین خرید عین دیگری کرد و وقف کرد نزاع را بر طرف کنند باید به همین اکتفا کنند ولی اگر رفع اختلاف منوط به فروش موقوفه و تقسیم ثمن آن بین همین افراد است می شود وقف را فروخت و ثمن را تقسیم کرد.

در ادامه این بحث مطرح شده است که متولی این بیع چه کسی است؟ فرموده اند اگر وقف متولی دارد وی متولی فروش نیز هست و اگر متولی ندارد حاکم یا منصوب از قبل حاکم این کار را انجام می دهد.

### رابطه مسوغ چهارم تحریر با مسوغات هفتم تا دهم مکاسب

مرحوم شیخ در کتاب مکاسب ده مسوغ برای بیع وقف ذکر کرده اند که مسوغ هفتم و هشتم و نهم و دهم را با هم آورده اند. مرحوم آقای خوئی و عده دیگری هم همین کار را کرده اند. وجه این کار این است که دلیل بر جواز این چهار قسم، منحصر است در روایتی از علی بن مهزیار است و گر نه این چهار قسم شباهت خاصی با یکدیگر ندارند. مسوغ چهارمی که مرحوم امام در تحریر ذکر می کنند در واقع صورت ثامنیه ای است که مرحوم شیخ در مکاسب بحث کرده است. صورت سابعه این است که «أن يؤدی بقائه الی خرابه علما أو ظنا و هو المعبر عنه بخوف الخراب فی کثیر من العبائر المتقدمة» اگر علم یا ظن داشته باشیم که اگر این وقف بماند منتهی به خراب می شود و خراب غیر از تلف است، خراب این است که عینش باقی است ولی منفعتی ندارد. در این صورت مباحث متعددی نسبت به علما أو ظنا، کیفیت انتهاء این وقف و تکلیف بطون دیگر مطرح است که مرحوم شیخ فی الجمله به آنها پرداخته اند. و نکته عجیب این است که مرحوم شیخ از این چهار فرع تنها همین صورت سابعه را قبول کرده و در بقیه موارد بیع را جائز نمی دانند. و مرحوم آقای خوئی همین صورت را نیز نمی پذیرند و از ده صورت تنها دو مسوغ را قبول می کنند.

صورت بعدی یعنی صورت ثامنه همین است که محل بحث ما است: «أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس و إن لم يعلم أو يظن بذلك».

در عبارت مرحوم شیخ بحث اختلاف شدید که در متن تحریر آمده است مطرح نشده است. نکته دیگر این است که مراد از مال در «لا يؤمن معه تلف المال أو النفس» کدام مال است. خود وقف است یا هر مال دیگری نیز می تواند باشد؟ و نکته آخر اینکه اختلاف باید در همین وقف باشد یا هر اختلافی است؟ اینها بحثهایی است که انشاء الله در ذیل روایت بحث می کنیم. بنابراین صورت ثامنه مرحوم شیخ همین صورت رابعه ای است که حضرت امام ره در تحریر بحث کرده اند.

صورت تاسعه ای که مرحوم شیخ بحث کرده اند این است که: «أن يؤدى الاختلاف بينهم الى ضرر عظیم (نه به خوف تلف مال یا نفس) من غیر تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف». نه به تلف مال مطلق قید خورده است و نه به تلف وقف بلکه ضرر عظیم بر انسان وارد بشود. و صورت عاشره نیز این است که: «أن يلزم فسادٌ يستباح منه النفس». اختلاف نیست بلکه فسادی پیش می آید که خوف جان افراد است.

این چهار قسم را مرحوم شیخ با هم بحث کرده است. در حالی که برخی از این موارد استدلالهای خاص دارد، ولی استدلال ایجابی برای اینکه بگویند در این موارد بیع جائز است در هر چهار مسوغ در کلمات فقهاء منحصر به روایت علی بن مهزیار است. البته نسبت به جهت سلبی و وجه عدم جواز بیع ممکن است هر کدام جهات خاصی داشته باشد.

## دلیل مرحوم شیخ در مسوغات چهارگانه

آنهايي که می گویند در این چهار صورت هفتم تا دهم مسوغ بیع وجود دارد به روایت علی بن مهزیار تمسک می کنند و گرنه این فروض با یکدیگر متفاوتند. مثلاً اینکه خوف خراب باشد یک بحث است و اینکه خوف خراب نیست ولی بین موقوف علیهم اختلاف است و موجب این می شود که مشاجره و دعوا کنند یا موجب ضرر عظیم بشوند بحث دیگری است. مرحوم امام اصلاً صور دیگر را نیاورده اند ولی ما به برخی از آنها می پردازیم.

## نقص بررسی کلام شیخ توسط آقای خوئی ره

مرحوم آقای خوئی که می خواهد کلام شیخ را نقل کند، می گوید فرمایش شیخ یک ادعای سلبی دارد و یک ادعای ایجابی. ادعای سلبی این است که در آن سه مورد، بیع جایز نیست. ایجابی اش این است که اگر منتهی به خراب شود بیع جایز است. بعد وارد بحث با شیخ انصاری در این شق شده که می گوید اینجا هم کلام شما درست نیست.

ما الان دنبال بررسی مسئله خودمان هستیم یعنی مسئله هشتم. و عجیب است مرحوم آقای خوئی قسمت ایجابی را بحث می کنند اما به قسمت سلبی نمی پردازند. اما در آخر می فرمایند نتیجه اینکه در دو جا بیشتر مسوغ بیع نداریم در حالی که در این موارد اختلاف نمی فرمایند جهت سلبی چه بوده است. البته ایشان روایت را می آورند و جواب می دهند، و شاید به همین اکتفاء کرده اند گوئی مستند هر چهار مورد همین روایات است. مانند مرحوم شیخ که تنها مستند را این روایت می دانند و به استدلال به آن پاسخ داده اند. اما مرحوم شیخ بحث کرده است.

## ادله شیخ ره بر منع در صور هشتم تا دهم

مرحوم شیخ در ادامه همین بحث می فرماید: و اما المنع فی غیر هذا القسم من الصورة السابعة و فیما عداها من الصور اللاحقة لها ایشان برای صورت هفتم و سه صورت بعد استدلالی بیان می کنند که آن را در کلام آقای خوئی ره پیدا نکردیم.

اولین دلیل ایشان عموم قوله علیه السلام: لا يجوز شراء الوقف (که در ذیل روایت ابن راشد بود) و لا تدخل الغلة فی ملک<sup>۱</sup>. این غله ای هم که از این زمین به دست می آوری داخل ملکیت نکن. چون بعد از اینکه این آقا ضیعه را که ظاهراً در جوار ملکش بود را خرید، فهمید این وقف است، امام علیه السلام می فرماید خرید وقف جائز نیست که ظاهراً لا يجوز بیشتر به حکم وضعی می خورد، یعنی وقف را نمی شود خرید، نه اینکه فقط تکلیفاً باشد که یعنی گناه کردی وقف را بخری. اصلاً خرید آن واقع نمی شود. پس می فرمایند نخر که نمی شود. یعنی امر تکلیفی است می خواهد کشف کند که وضعش نیست نه اینکه می خواهد بگوید تکلیف هست. یک چیزی که واقع نمی شود اصلاً می شود به او تکلیف کرد؟

بنابراین لا يجوز شراء الوقف یعنی وقف بیعش واقع نمی شود چون در ملک نیست. بعد هم فرموده اند آن غله ای که از این زمین به دست می آوری را داخل ملکیت نکن. مرحوم شیخ می فرماید این روایت اطلاق دارد، خصوصاً از ترک استفصال. با اینکه مورد جزئی

<sup>۱</sup> ۳۵- مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرٍ الرَّزَّازُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ رَاشِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ قُلْتُ جُعِلْتُ فِدَاكَ اشْتَرَيْتُ أَرْضاً إِلَى جَنْبِ صَيْغَتِي بِالْقِي دُرْهَمٍ فَلَمَّا وَفَّيْتُ الْمَالَ خَبَرْتُ أَنَّ الْأَرْضَ وَفَّتْ فَقَالَ لَا يَجُوزُ شِرَاءُ الْوَقْفِ وَ لَا تُدْخِلُ الْغَلَّةَ فِي مَالِكَ ادْفَعَهَا إِلَى مَنْ أَوْفَقْتَ عَلَيْهِ قُلْتُ لَا أَعْرِفُ لَهَا رَبّاً قَالَ تَصَدَّقْ بِغَلَّتِهَا. الكافي (ط)



بوده امام علیه السلام نپرسید که این شخص می داند که اختلافی بین افراد موقوف علیهم پیدا می شود یا نمی شود، پس معلوم می شود که مطلقاً لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فی ملک. و الا اگر حکم مسئله فرق کند باید امام علیه السلام سؤال می فرمودند که بگو حالا که این وقف است بین ارباب وقف اختلافی هست، نیست، مشکلی پدید می آید، نمی آید، در حال که هیچ سؤالی نکردند. پس معلوم می شود اطلاق دارد، چه اختلاف بین موقوف علیهم پدید بیاید و چه نیاید.

و در دلیل دیگر می فرمایند: وكذا قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله؛ از باب اراده واقف، واقف وقتی این زمینش را للتالی ابداء وقف کرده است به این معنا که یثها مالک السموات و الارض چه دلیلی وجود دارد که بتوان از تحت انشاء واقف خارج نمود؟ چرا اختلاف بین موقوف علیهم موجب این امر شود؟ بروند اختلافشان را حل کنند. مثل بقیه اختلافات. دو تا همسایه اگر در ملکشان با هم اختلاف پیدا می کنند چکار می کنند، می روند پیش قاضی حل می کنند. این دو موقوف علیهم هم اختلاف دارند بروند پیش قاضی حل کنند. چرا وقف را بفروشد.

البته اینکه گفتم بروند پیش قاضی حل کنند سخن بنده بود. ولی مرحوم شیخ می فرماید که اطلاق اینجا را می گیرد. هر راهی برای حل اختلاف در موارد دیگر وجود دارد در اینجا هم به همان عمل کنید.

و ما دل علی أنه یترک حتی یرثها وارث السموات و الارض. باید مال موقوفه را رها کرد تا یرثها مالک السموات و الارض، یعنی نباید تبدیلی در آن ایجاد کرد. اطلاق این روایات منع می کند از بیع الا ما خرج بالدلیل. ما دلیل مخرج نداریم.

### تمسک به استصحاب بر منع بیع

در ادامه می فرماید **هذا كله** (علاوه بر این اطلاقات که مانع است) استصحاب هم در جمیع این صور داریم. تا قبل از پدید آمدن این اختلاف یقین داریم وقف بوده و مانع از تصرف بوده، شک داریم با وقوع اختلاف هل يجوز التصرف، استصحاب می کنیم بقاء وقف و منع از تصرف را حتی بعد البیع.

بعد ایشان می فرماید: مگر اینکه دلیلی جلوی استصحاب را بگیرد، یعنی مجوز بیاید. اگر مجوز بیاید هم آن اطلاقات را تقیید می زند و هم جلوی استصحاب را می گیرد. و ایشان می فرماید **و عدم الدلیل الوارد علیه** (یعنی بر استصحاب) **عدا المكاتبه المشهورة التي انحصر تمسک کل من جوّزه فی هذه الصور فیها**.<sup>۱</sup>

عده ای از فقهاء مانند صاحب ریاض نیز مانند مرحوم شیخ فرمودند، البته یک استدلال کوچکی مانده که می آید، اما عمده دلیل مجوزین عبارت است از همین روایت علی بن مهزیار. تنها دلیلشان در هر چهار صورتی که مرحوم شیخ و مرحوم آقای خوئی و دیگران گفته اند تمسک به این روایت است.

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۴، ص: ۹۲/۹۳

این روایت از جهات شتایی بحث دارد که خواهد آمد. ایشان می فرماید هیچ دلیلی وارد بر استصحاب نداریم الا این روایت. اشکالات متعددی بر این روایت طرح شده. مرحوم شیخ هم خیلی در اینجا کَر و فَر دارد. اول می گوید با توجه به مخالفت این مکاتبه با قواعد متعدد نمی شود به آن عمل کرد، بر خلاف مشهور. بعد دوباره ایشان می گوید شهرت شاید جابر باشد از جهت دیگری. بعد دوباره اشکال می کند و دوباره حل می کند، تا آخر معلوم نمی شود نهایتا ایشان این را می پذیرد یا نمی پذیرد. شاید به نحوی پذیرش این محتوا باشد نه کل آنچه که در این روایت آمده است.

بنابراین الان ما دلیل مانعه داریم، اطلاعات به اضافه استصحاب بقاء منع، استصحاب عدم جواز تصرف، استصحاب بقاء وقف، همه اینها جاری است. مگر اینکه دلیل وارد باشد. دلیل وارد همین روایت است که بخوانیم و بحث کنیم ببینیم آیا دلیل می شود یا نمی شود.

## بررسی مکاتبه ابن مهزیار به عنوان دلیل وارد

مکاتبه ابن مهزیار به صورت دو روایت در کتاب وسائل نقل شده است.<sup>۱</sup> مضمونش هم همین است. کتبت الی ابی جعفر الثانی (امام جواد سلام الله علیه، ابی جعفر کنیه دو امام است، یکی امام باقر سلام الله علیه و یکی امام جواد علیه السلام، که معمولا امام جواد علیه السلام را با ثانی بیان می کنند): أن فلانا ابتاع ضیعة فوقفها. در این روایت اول اصلا بحثی از اختلاف

<sup>۱</sup> ظاهرا در کتاب وسائل الشیعه مکاتبه علی بن مهزیار به صورت دو روایت آمده ولی در کتب اربعه بصورت یک روایت تقطیع نشده آمده است. الکافی (ط - الإسلامية)؛ ج ۷، ص: ۳۶ --- من لا یحضره الفقیه؛ ج ۴، ص: ۲۴۰ --- الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۴، ص: ۹۸ --- تهذیب الأحکام؛ ج ۹، ص: ۱۳۰ --- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۱۸۸

بین موقوف علیهم نیست ولی به آن تمسک کرده اند و باید دید آیا می شود این روایتی را که هیچ بحث اختلاف در آن نیست مقید کنیم به اختلاف و بگوئیم در مورد اختلاف است. کتبت الی ابی جعفر الثانی علیه السلام: أن فلانا ابتاع ضیعة فوقفها و جعل لك فی الوقف الخمس. ما قبلها هم این روایت را به جهت دیگری مفصل بحث کردیم. آقای ضیعه ای خریده و این را وقف کرده است، خمس این وقف را هم برای امام قرار داده است. این وقف است، چون می گوید و جعل لك فی الوقف الخمس، نه اینکه خمس مالش را برای امام قرار داده است و الباقی را وقف کرده است. در بحث ما این نکته اش مهم است. كل ضیعه را وقف کرده ولی بخاطر ارادتش به امام گفته یک پنجمش مال امام علیه السلام. حالا وقف امام است یعنی مال امام، مثل بقیه اوقاف، حالا ملك امام می شود یا نمی شود بحث دیگری است. و یسئل عن رأیک فی بیع حصتك من الارض. این آقای واقفی حالا سؤالی دارد، البته علی بن مهزیار از طرف او از امام علیه السلام می پرسد که می توانم حصّة شما را از این زمین را بفروشم، او یَقُومُهَا عَلٰی نَفْسِهِ بما اشتراها به یا به همان قیمتی که خریده سهم امام را ارزش گذاری کند و عین را برای خودش بردارد و آن سهم امام را بپردازد. او یدعها موقوفة، یا اینکه هیچکدام از این کارها انجام نشود، نه بتواند بفروشد، نه تقویم بر خودش کند و سهم امام را بدهد، بلکه به صورت موقوفه آن را رها کند. فکتب الیّ أعلم فلانا، آقای علی بن مهزیار می گوید امام علیه السلام به من جواب داند که به او ابلاغ کن که اُنّی آمره ببيع حصتی من الضیعة، من امرش می کنم به بیع حصه ام از ضیعه. امام علیه السلام هم زرنگ بوده می دانسته اند اگر بگذارد معلوم نیست چه می شود، می فرمایند همین الان بفروشید و نقدا به ما بدهید. اِنّی آمره ببيع حصتی من الضیعة و ایصال

ثمن ذلك الى إن ذلك رأی انشاء الله تعالى. بعد فرموده اند: أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك اوفق له، شاید برای آقای بایع راحت تر باشد که تقویم کند بر خودش، نرود به دیگری بفروشد، اگر تقویم کردن بر خودش اوفق له است این کار را انجام دهد.

قال: و کتبت الیه. از نظر نسخه بدل بعضی از نسخ دارد فکتب الیه. در بعضی نسخ مصححه گفته اند که آمده قال و کتبت الیه، چون این روایت ذیل همان روایت قبل است و کتبت الیه أن الرجل (یعنی همان آقای که در روایت بالا گفتیم) ذکر أن بین من وُقِفَ علیهم بقیه هذه الضیعة اختلافاً شدیداً (شدیدی که حضرت امام ره در تحریر فرمود از این روایت است، در کلام همه فقهاء نیست) و أنه لیس یأمن أن یتفاقم ذلك بینهم بعده. تفاقم از فقم و فقم است. البته فقم هم داریم. فقم، فقم و فقم یک معانی دیگری دارد غیر از اینکه میخوایم عرض کنیم، حتی فقم (به سکون قاف) به معنای دهان هم می آید. اما فقم و فقم به معنای اینکه یک شیئی از استواء برود بیرون هم آمده است، امرٌ شدید که از استواء برود بیرون. به این معنا آمده است. تفاقم هم به همین معنا آمده است. لیس یأمن أن یتفاقم ذلك یعنی این مسئله امر عظیمی بینشان بشود که از استواء و اعتدال خارج بشود. لیس یأمن أن یتفاقم ذلك بینهم بعده فان کان تری ان یبیع هذا الوقف و یدفع الى کل انسان منهم ما وُقِفَ له من ذلك أمرته.

در این روایت دوم به امام علیه السلام عرض می کند که این آقای که آن وقف را کرده و آن حرفها را زده، اینطور می گوید که بین کسانی که بقیه ضیعه بر آنها وقف شده اختلاف شدیدی هست، و امن هم از این جهت ندارند که یک امر عظیمی از نتایج غیر قابل قبول که از حالت اعتدال بیرون رود بینشان واقع شود. مانند اینکه جنگ و جدالی بشود و مشکلی پیدا بشود. آیا

نظر امام این است که این شخص وقف را بفروشد و به هر شخصی از آنها آنچه را که بر او وقف شده بپردازد؟ اگر اینطور است امر کند آن رجل را. فکتب بخطه الي: و أعلمه أنّ رأيي له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبيع. به نظرم اینجا یک واو می خواهد حالا دوستان نگاه کنند، یعنی و أنّ بيع الوقف أمثل فليبيع، ظاهرا یک واو می خواهد، نسخه بدل هم اینجا نوشته اند، برای فلیبع نسخه بدل نوشته اند اما نگفته اند اینجا واو می خواهد. ظاهرا بدون واو جمله درست در نمی آید.

**سؤال:** این امثل همان مختلف فیه است که یعنی اختلافشان در این است که آیا امثل است یا نیست.

**جواب:** نه، البته این به لحاظ معنایی درست می شود ولی بحث سر این نیست. بحث سر این نیست که بیع امثل است یا نه، بلکه بینشان اختلاف افتاده است در جهات مختلفی، با هم نمی سازند. نه اینکه با هم اختلاف دارند که بیع امثل است یا نه. عرض می کنم ساختار جمله غلط نیست، ترابط این دو تا با همدیگر جور نمی آید.

**سؤال:** در بعضی نسخ مانند من لایحضره الفقیه با «واو» آمده.

**جواب:** خب حالا قبول کنید ما که می گفتیم باید داشته باشد.

**سؤال:** البته کافی و تهذیب واو ندارد.

**جواب:** آنهایی که واو ندارد باید ببینند چطور حلش می کنند، با واو روشتر است.

من ندیده بودم، عجیب است این آقایانی که مکاسب را تحقیق کردند که خیلی هم خوب تحقیق کردند نیاوردند که نسخه بدل واو دارد. مکاسبهای ۶ جلدی خیلی تحقیق خوبی کردند ولی این را نیاورده اند.

پس امام علیه السلام اینجا فرمودند اگر اختلاف بین ارباب وقف باشد حالا یا نتیجه اش این است که بیع وقف امثل است یا اینکه اگر بیع وقف امثل است بفروشند. مهم این تعلیل است که: **فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس**. این تعلیل فلیبع است، یعنی بیع معلل است به اینکه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس.

### سؤالاتی پیرامون متن مکاتبه ابن مهزیار

این دو خبر علی بن مهزیار هستند که به هم مربوط می باشند. چون در خبر دوم می گوید و کتبت الیه أن الرجل، همان آقایانی که آن بالا آن بحثها را کرده بود ذکر آن بین من وقف علیه کذا است. نکته اول در روایت همان است که قبلا نیز اشاره کردیم که سوال در روایت اول از جواز تقویم بر خودش یا فروش آن است و اصلا بحث اختلاف مطرح نیست.

### تجویز فروش مال امام با وجود اینکه امام که اختلاف نداشته

نکته دوم: اگر کسی بگوید از روایت دوم ما می فهمیم که روایت اول هم موردش همین بوده است، یعنی در یک مسئله واحد سائل دو سؤال پرسیده است، نه اینکه یک دفعه سؤال کرده از خمس وقف که مال امام است، و بعد از گذشتن زمانی اختلاف شدیدی پیدا شده لذا به امام علیه السلام نامه نوشته و سوال دیگری پرسیده. بلکه در یک مورد هم اختلاف بوده و هم خمس

امام بوده است. هر دو سؤال را به این صورت پرسیده است لذا سؤال اول را هم مقید کنیم به فرض اختلاف.

هر چند این برداشت خلاف ظاهر روایت است ولی اگر کسی این احتمال را بدهد سؤال دوم این است که اختلاف بین چه کسانی بوده است؟ در روایت دوم آمده است که «أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا». روشن است که امام علیه السلام با آنها اختلاف نداشته است لذا اگر معیار اختلاف است پس چرا می خواهد مال امام علیه السلام را بفروشد؟

نکته ای را مرحوم آقای خوئی متذکر می شوند که لازم توجه نمود و آن اینکه امام علیه السلام در اینجا نمی خواسته اند اعمال ولایت کند و از باب امامت و اعمال ولایت این کارها را انجام بدهد. ایشان ادعا می کند ظاهر روایت این است که امام به طبع قضیه جواب می دهند. یعنی گوئی لولا جهت امامت و ولایتشان دارند حکم الله را بیان می کند و شبهه حکمیه را جواب می دهد که اگر بین ارباب وقف اختلاف شدیدی شد می توان وقف را فروخت. نه اینکه وقتی از خمس وقف که مال ایشان است می پرسند امام بخواهد اعمال ولایت کند. پس این اختلاف بین اینها نبوده است.

## بررسی تجویز حق فروش برای واقف

نکته سوم این است که امام علیه السلام فرمودند که این آقا بفروشد در حالی که این آقا واقف است و واقف پس از وقف ضیعه و اتمام وقف با قبض دیگر اجنبی از وقف است و دیگر حقی برای فروش ندارد. یا باید بگوئیم متولی باید امر فروش را به عهده بگیرد و یا حاکم بفروشد



و ربطی به واقف ندارد مگر اینکه بگوئیم امام وقتی اجازه می دهند از باب اجازه ولایی و حکم حکومتی است یا اینکه واقف خودش را متولی قرار داده باشد که در روایت چنین چیزی نیست، و امام ترک استفصال کرده است لذا هر دوی این احتمالات خلاف ظاهر است. بنابراین این سؤال پیش می آید که واقعی که خمس عین را برای امام قرار داده است و بعد از تمامیت وقف، دیگر اجنبی از وقف است چرا باید حق فروش را داشته باشد؟!

در روایت بحث نیابت نیز نیامده است که بگوئیم به نیابت از امام یا موقوف علیهم می فروشد. نسبت به تعیین متولی نیز حضرت استفصالی نفرموده اند. مگر اینکه بگوئیم روایت منصرف است از این استفصالتها، والا ترک استفصال محقق است و امام سؤال نکرده اند که آیا واقف متولی قرار دادی یا قرار ندادی، که متولی بفروشد. در روایت هیچ قرینه ای نیز نیست که واقف خودش متولی است از باب حکم حکومتی نیز نمی توانیم بدانیم چون خلاف ظاهر است و همانطور که آقای خوئی فرمودند ظاهر روایت این است که امام علیه السلام بر اساس طبع مساله پاسخ می دهند.

### تجویز بیع با وجود عدم قبض امام علیه السلام

نکته چهارم: برخی از فقهاء مانند صاحب ریاض و دیگران اشکال می کنند مگر امام علیه السلام این حصه خودشان را قبض کرده اند تا وقف تمام باشد. لذا روایت را حمل می کنند به فرض قبل از قبض. چون ظاهر روایت این است که جعل خمس برای امام کرده و تحویل نداده است. مگر این رجل وکیل امام بوده که قبض کند؟ در روایت این امور که نیامده است. پس اصلا قبل القبض بوده و قبل از قبض وقف تمام نیست. این پاسخ این شبهه را حل می کند، ولی

شبهه دیگری درست می کند پس امام علیه اسلام چطور می فرمایند من مالک شدم بیع کنید سهم من را به من بدهید؟

ظاهر روایت این است که امام علیه اسلام از این وقف اطلاعی نداشته اند و با همین مکاتبه به امام اعلام می شود که خمس این را برای شما قرار دادیم، و حالا می پرسد چکارش کنیم. لذا پرسش اصلی این است که آیا فرض قبض هم شده است؟ اگر قبض نباشد که وقف تمام نیست و نیازی به این بحثها نیست. منتهی دیگر ربطی به بحث پیدا نمی کند همانطور که آقای خوئی اول بحث همین را می گوید که این روایت ولو تصریح دارد وقف است اما با توجه به قرائن ظاهرش این است که قبض نشده و قبض هم نشود اصلا ربطی به بحث بیع وقف پیدا نمی کند، چون وقف بدون قبض تمام نیست.

**سؤال:** کنار امام چند نفر دیگر بودند که ارباب وقف بودند و اختلاف داشتند قبض آن بعض کفایت می کند.

**جواب:** به چه دلیل؟ نسل موجود مگر وکیل امام بودند. نسبت به بطون متأخره ما تقریباً اجماع مسلم داریم که اگر بطن حاضر قبض کردند دیگر نیازی به قبض بطون لاحقیه نیست. اما در حاضرین اگر یک نفر قبض کند کفایت می کند؟ چه کسی گفته کفایت می کند؟ مگر اینکه آن یک نفر وکیل یا نائب باشد.

پس عده ای می گویند ظاهر این روایت این است که در فرض اختلاف جائز است وقف را بفروشد و ثمن را بین حاضرین تقسیم کنند، این معنا با چند قاعده مسلم در وقف مخالف است. از جمله اینکه مرحوم شیخ و دیگران نیز بیان کرده اند که تقسیم ثمن بین حاضرین معنایش

عدم اعتناء به حقوق لاحقین است؟ باید بگوئیم به آنها هم بدهند، آنها هم در این وقف حق داشته اند. لذا این هم یکی از موارد خلاف قاعده است و موارد دیگر هم هست که می خوانیم.

## دو استظهار متفاوت از مکاتبه

ولی نکته مهم این است که آیا این یک روایتی از امام علیه السلام در شبهه حکمیه است آیا اشکالی دارد یک روایتی بیاید چند تا قاعده را که لولا الروایة ثابت بود تخصیص بزند، می شود یا نه؟

در آخر نیز ممکن است ما برسیم به دو استظهار مقابل هم: استظهار کنیم وقف را و جواز بیع وقف را، و تمام این قواعد را تخصیص بزنیم. یا نه بگوئیم با وجود این قرائن، ما می گوئیم اصلاً قبض نبوده است، تعبیر وقف نیز یعنی انشاء وقف کرده است نه اینکه وقف بالحمل الشایع تمام شده است. انشاء وقف کرده بعد دیده آنهایی که برایشان وقف کرده بینشان اختلاف عظیم هست منجر به یک نزاعی می شود منجر به تلف مال و انفس می شود. پس بحث این است که با وجود این قرائن در مخالفت قواعد مسلمة کتاب الوقف باید چکار کنیم؟ یک راهش این است که بگوئیم امام علیه السلام بیان شبهه حکمیه کرده است ولو مخالف همه آنها باشد. یک راه این است که بگوئیم نه، ما این روایت را نمی فهمیم رد علمها الی اهلها می کنیم، که آقای خوئی در آخر بحث همین را می گوید.

**سؤال:** شاید وقف منقطع است.

**جواب:** نه، ظاهر وقف وقف مؤبد است.

**سؤال:** مال امام که منقطع است چون گفته مال شما و نگفته بعد شما مال چه کسی باشد.

**جواب:** صاحب ریاض و برخی دیگر می گویند عدم ذکر الاعقاب خودش قرینه است که این وقف منقطع است. حالا ببینیم این حرف درست است یا نه. مرحوم شیخ این را قبول نمی کند.

«الحمد لله رب العالمین»

## فهرست

۹۱۳	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۹۱۳	خلاصه مباحث گذشته
۹۱۵	انتخاب طریق در مسئله
۹۱۸	کلام آیت الله فاضل ره در مقام (جواز بیع از باب شبهه تزاحم)
۹۱۸	بررسی تزاحم توسط آیت الله خوئی ره
۹۱۹	نتیجه گیری آیت الله خوئی ره
۹۲۰	بررسی فرض مسئله
۹۲۱	اشکال به صغری در مسئله
۹۲۴	نتیجه بحث

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة درباره مستثنیات کبرای کلی عدم جواز بیع بود. به مسوغ چهارم بیع وقف رسیدیم. یعنی جائی که بین موقوف علیهم اختلاف شدیدی واقع شود که موجب خوف از تلف اموال و انفس شود. مرحوم امام ره مانند عده ای از فقهاء، بیع را به شرط اینکه رفع این مشکل متوقف بر بیع باشد تجویز فرموده اند و در ادامه می فرمایند اگر بشود این رفع اختلاف با خریدن مال دیگری که وقف باشد یا با تبدیل به یک مال موقوفی محقق شود باید همین کار را انجام دهند،

بطوری که بدل از وقف موجود باشد. ولی اگر این کار مقدور نباشد وقف را می فروشند و بین موقوف علیهم تقسیم می کنند که علی الظاهر یعنی همین موقوف علیهم حاضر و موجود.

نسبت به اینکه این بدل خودش قهرا وقف می شود یا باید آن را وقف کنند اختلاف است که شبیهش را در مال رهنی نیز بیان کرده اند. ما به این بحث نپرداختیم و جزء همان هشت مطلب مهمی بود که مرحوم شیخ ذیل قسم اول مسوغات بیان کردند.

در این مسئله آنهایی که جواز بیع را قبول ندارند مانند مرحوم شیخ و عده دیگری از فقهاء متأخر، استدلالشان همان کبریات روایی است مانند «لا يجوز شراء الوقف» یا «لا تدخل الغلة فی ملکک» و «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» بعد از استظهار اینکه واقف همین عین را للتالی وقف کرده و اخراج آن از وقف، خلاف الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها می شود. علاوه بر اینها، مرحوم شیخ به استصحاب هم تمسک فرمودند.

در مقابل این مانعین، قائلین به جواز به روایت علی بن مهزیار تمسک کردند، در جلسه گذشته بیان شد که مرحوم شیخ می خواهند چهار قسم هفتم تا دهم را با این روایت علی بن مهزیار حل کند. لکن بیان شد که در این روایت جهات مختلفی وجود دارد که به نظر می آید قرائنی بر استبعاد استدلال به این روایت اند. مانند اینکه در این روایت ذکر نشده که حتما تلف، تلف این مال وقف باشد، یا تلف انفسی که به خاطر این وقف باشد. لذا مرحوم شیخ میفرمایند اگر بخواهیم به عموم این روایت اخذ کنیم یعنی هر فتنه ای در عالم پدید می آید ما می توانیم این مال وقف را بفروشیم و آن مشکل را حل کنیم. درحالی که این نوع حکم خلاف فتوای مشهور است زیرا برخی از مشهور که به این روایت تمسک کرده اند به این نحو از عموم تمسک نکرده اند.

علاوه بر اینکه فروش وقف و اعطاء ثمن آن به موجودین، خلاف حق بطون متأخره است. موارد دیگری از ابهام نیز وجود داشت که در جلسه گذشته ذکر کردیم. و مجموعاً قرائنی پدید می آورد که امکان تمسک به روایت را مستبعد می کند.

## انتخاب طریق در مسئله

ما در روایت بین دو احتمال هستیم، یکی اینکه بگوئیم همه این مواردی که اشکال کرده اند خلاف قاعده است، اما روایت معتبره است لذا هر چند خلاف این قواعد کلی است اما به آن اخذ می کنیم. احتمال مقابل این است که بگوئیم این قواعد جزء مسلمات بین فقهاء است، و دشوار است که همه این قواعد را با چنین روایتی تقیید بزنیم. اینکه فقهای مانند مرحوم شیخ، مرحوم سید و دیگران می گویند در مقابل این تقییدات اخذ به این روایت مشکل است دلیلش این است که می مانند چه کنند. مخصوصا که این روایت از جهات خیلی مهمی ابهام دارد، مثل اینکه قبل از قبض امام بوده یا بعد از قبض بوده، ظاهرش این است که امام علیه السلام قبل از این اعلام نمی دانستند که خمس وقف مال خودشان است لذا علی القاعده قبض هم نکرده بودند. و قبل القبض، وقف تمام نیست پس چطور روایت را بر بیع وقف حمل کنیم.

لذا عده ای از فقهاء مثل صاحب ریاض و دیگران می گویند اصلا این روایت مربوط به قبل القبض است که مالکیت موقوف علیهم تمام نیست و هنوز در ملک مالک است. اگر این باشد باز اشکال دیگری پدید می آید که اگر این عین هنوز در عین واقف است این سوالها برای چیست و چطور امام می فرمایند سهم من را برای من بفرستید؟! مگر اینکه بگوئیم اصلا سؤال برای این است که به دلالت التزامی بفهمد که این عین هنوز در ملک واقف است یا از آن خارج شده است؟ که همه اینها تمسک به روایت را مستبعد می کند. یعنی اخذ به هر طرف مشکل است. لذا مرحوم آقای خوئی در آخر بحث می فرماید که باید علم به این روایت را به اهلش رد کنیم زیرا ما نمی فهمیم مفاد این روایت چیست.

علاوه بر اینکه عرض کردیم این روایت در کتاب وسائل در قالب دو روایت آمده ولی در کتب روایی بصورت یک روایت با دو «کتبت» ذکر شده که در کتبت اول اصلا بحث اختلاف شدید نیست. در این کتبت دوم نیز در صدرش که حکم می کند اختلاف شدید ندارد، البته این نکته مهمی است که در کلام سائل آمده اختلاف شدید، اما در جواب امام ندارد اختلاف شدید. گفته اگر اختلافی واقع می شود و اگر بیعش امثل است (حالا با واو یا بی واو بخوانیم) فلیبع.

بعد امام علیه السلام می فرماید چه بسا این اختلاف منجر به تلف اموال و نفوس باشد. عبارت روایت این است که سائل می پرسد: «و کتبت إلیه إنّ الرجل ذکر إن بین من وقف علیهم بقية هذه الضیعة اختلافا شديدا، (تعبیر شدیدا در کلام سائل آمده و در فرمایش امام علیه السلام نیست) فکتب إلیه بخطه و أعلمه أن رأی إن کان قد علم الاختلاف ما بین ارباب الوقف... فلیع». فقط اختلاف را ذکر کرده اند، حتی ندارند که اختلافی که موجب تلف اموال و نفوس بشود. پس در حکمی که کرده اند موضوعش اختلاف بین ارباب وقف است و حکمش هم فلیع. منتهی در تعلیل فرموده اند: «فإنه ربما جاء فی الاختلاف تلف الاموال و النفوس»<sup>۱</sup>، این تعلیل است. اگر ما این تعلیل را واقعا علت حقیقی بگیریم علی القاعده مثل لا تأکل الرمان لانه حامض می شود که می توانیم بگوئیم موضوع عبارت است از اختلافی که منتهی به تلف اموال و نفوس شود. اما مرحوم شیخ اعلی الله مقامه می فرماید اینجور اخذ به این علت هم مشکل است، چون معنایش این است که هر اختلاف اموال و نفوسی که در عالم رخ دهد و هر فتنه ای پدید آید ما می توانیم بیع وقف کنیم. پس بعید است تعلیل بخواهد در اینجا علت تامه باشد، ممکن است نکته ای برای حکم باشد و به تعبیر ما حکمت حکم باشد.

**سؤال:** به قرینه خود روایت مراد این است که در وقف اختلافی شود که منجر به اتلاف اموال یا نفوس بشود. چرا می فرمایند عموم اختلاف در هر جائی؟

**جواب:** امام فرمودند تلف اموال و نفوس، نفرومودند تلف خود وقف.

**سؤال:** به مناسبت حکم و موضوع روشن است که مراد چیست.

**جواب:** کجا روشن است؟ اگر بین موقوف علیهم دعوا می شود فامیلهايش هم که داخل در موقوف علیهم نیستند می ریزند وسط از بین می روند. این فرض را چه می گوئید؟ آیا می فرمائید این خارج است و بیع وقف جایز نیست چون غیر موقوف علیهم کشته می شوند؟! علت ممکن است همان اختلاف و

<sup>۱</sup> وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۱۸۸



درگیری که پیش می آید باشد، نه درگیری که خصوص موقوف علیهم دارند. یک وقف دارید و یک موقوف علیهمی که بینشان دعوا و اختلاف واقع شده است، این اختلاف باعث می شود یک عده ای کشته بشوند، حالا اعم از اینکه خود موقوف علیهم باشند یا فامیل هایشان باشند، فرقی می کند؟ ممکن است فرق نکند. یعنی مطلب مستبعدی نیست. شما این را مستبعد گرفته اید و روایت را ظاهر در خصوص نفوس و اموال وقف می گیرید. در حالی که ممکن است در باب وقف دعوا شود و این دعوا منجر به این می شود که بولدز بیاورند و خانه همسایه را خراب کنند.

لذا تلف اموال را مطلق گذاشته اند و اینکه حملش کنیم به خصوص مال موقوفه ظاهرا مئونه می خواهد. البته این بحث استظهاری است.

**سؤال:** این مشکل که ممکن است حق بطون بعدی ضایع شود معلوم نیست نسبت به ذیل مطرح شود. چون ذیل ممکن است موقوف علیهم معینی دارد که الان همه آنها موجود اند و اینطور نیست که حتما بطون بعدی داشته باشد چون وقف خاص است.

**جواب:** اگر مؤبد نباشد که داستان دیگری می شود. این هم خودش یک بحثی است که آیا وقف در اینجا مؤبد است یا نه. بر اساس عدم ذکر اعقاب عده ای از فقهای گفته اند اصلا وقف مؤبد نیست و وقف منقطع است. وقف منقطع یعنی وقف کنیم بر موقوف علیهمی که خارجا تمام می شوند. مرحوم شیخ در وقف منقطع می گوید این در واقع حبس است. و اگر ما وقف منقطع را مثل مرحوم شیخ و عده ای از فقهاء بگوئیم لبش حبس است نتیجه بحث عوض می شود، چون در حبس، ملک در مال مالک باقی می ماند. البته ما نمی گوئیم وقف منقطع حبس است، آنهایی که می گویند وقف منقطع حبس است می گویند از ملک مالک خارج نشده است، بنابراین موقوف علیهم اصلا نمی توانند بفروشند، چون ملکشان نیست که بتوانند بفروشند.

پس یک جهت اجمال دیگر در روایت این است که آیا وقف در روایت مؤبد است یا نه. و همین اجمالات است که واقعا تمسک به این روایت را مشکل می کند. اگر ما بگوئیم تمسک به روایت مشکل

است ما هستیم و ادله مانعه. حتی اگر ما بگوئیم تمسک به لا يجوز شراء الوقف دشوار است که دلیلی نداریم و بگوئیم منصرف است، ولی استصحاب هنوز باقی است، ما برای بقاء وقفیت و عدم جواز بیع می توانیم به استصحاب تمسک کنیم.

### کلام آیت الله فاضل ره در مقام (جواز بیع از باب شبهه تزاحم)

برخی مانند مرحوم آیت الله فاضل بحثی را مطرح کرده اند که البته از دیگران گرفته اند و آن اینکه ما در این بحث اصلاً نیاز به این روایت و بحث از اشکالاتی که به این روایت وارد کرده اند نداریم. بلکه لولا این جهت روایت، با محاسبه دوران دو طرف، موظفیم که جواز بیع را اخذ کنیم. شبهه باب تزاحم. مرحوم آقای خوئی بحث را ضمن باب تزاحم قرار می دهند ولی مرحوم آقای فاضل نفرموده اند «تزاحم». می گویند در فرض چهارم دوران امر است بین اینکه ما این وقف را باقی بگذاریم که علماً یا ظناً موجب اختلافی می شود که در آن تلف اموال و انفس باشد، یا بگوئیم تلف اموال و انفس عقلاً درست نیست یا عقلاً درست نیست. بنابراین رفع ید کنیم از عدم جواز فروش وقف و بگوئیم اگر رفع این فتنه متوقف بر بیع است جواز بیع دارند. بنابراین تجویز نیاز به دلیل خاص ندارد و خود ملاحظه این دوران برای حکم کفایت می کند.

ایشان این بیان را در شرح تحریرشان فرموده اند.<sup>۱</sup> لکن مرحوم آقای خوئی می فرمایند برخی این را طرح کرده اند به عنوان تزاحم، تزاحم بین عدم جواز بیع وقف و بین حرمت تلف مال و انفس.

### بررسی تزاحم توسط آیت الله خوئی ره

مرحوم آقای خوئی می فرمایند اولاً تزاحم در جائی است که دو جعل یا یک جعل، دو تکلیف را ثابت می کند ولی در مقام قدرت بر یک امثال داریم ما این قدرت را باید خرج یکی از دو تکلیف کنیم. تزاحم اصطلاحی است مربوط به مقام امثال است. وقتی شما یک قدرت دارید بر امثال ولی دو تکلیف دارید که اینکه از ناحیه یک جعل باشد یا دو جعل اهمیتی ندارد لکن باید دو تکلیف باشد که قدرت بر امثال یکی

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و الذنور، الکفارات، الصید، ص: ۸۶

بیشتر نیست. اما در اینجا چنین چیزی نیست، ما در مانحن فیه دو تکلیف نداریم که با هم در مقام امتثال تراحم کنند. در ادامه می فرمایند البته بعید نیست نسبت به حرمت وقف بتوانیم تراحم را جاری کنیم، بگوئیم در یک طرف حرمت تصرف در وقف داریم و از طرف دیگر حرمت تلف اموال و انفس. و فرض این است که اگر بخواهیم حرمت تصرف را امتثال کنیم، حرمت تلف اموال و نفوس نیز فعلیت پیدا می کند. و این دو قابل جمع نیست و نمی توانیم هم حرمت تصرف در وقف را امتثال کنیم و هم حرمت تلف مال و انفس را. اگر بخواهیم وقف را حفظ کنیم مال و انفس تلف می شوند، و اگر بخواهیم مال و انفس را حفظ کنیم باید دست از حرمت تصرف در وقف برداریم. پس می شود تراحم را فرض کرد.

درفرمایش ایشان در مقام دو نکته مهم وجود دارد که تأمل در آنها شاید صورت مسئله را یک قدری عوض کند. اولاً: تراحم در احکام تکلیفی است مثل این حرمت‌هایی که ما شمردیم. اما احکام وضعی منوط به قدرت نیست. مثلاً اگر دست نائم به کوزه کسی بخورد و آن را بشکند، ضمان هست، گرچه حرمت تصرف نیست. ضمان به عنوان یک حکم وضعی منوط به قدرت در حین تعلق خطاب نیست. احکام وضعی چون منوط به قدرت نیستند بنابراین تراحمی هم در آنها وجود ندارد.

ثانیاً: در جائی که تراحم پیدا می شود حرمت‌ها و احکام تکلیفی به مقداری که مزاحم است از مهم برداشته می شود و اهم فعلیت پیدا می کند. اما امضاء بیع و امضاء آن تصرف وضعی بر چه اساسی است؟! در باب تراحم دلیل داریم که مکلف دو قدرت برای صرف در امتثال دو تکلیف ندارد لذا عقل می گوید قدرت را صرف اهم کن. حال چه ترتبی باشیم و خطاب مهم را بپذیریم و چه نپذیریم و آن را ساقط بدانیم، پس در صورت اهم فعلیت پیدا می کند. اما حکم وضعی چرا امضاء بشود؟ حرمت تصرف از بین می رود اما چرا معامله صحیح باشد؟ چرا بیع صحیح باشد؟ این اشکال ایشان است.

## نتیجه گیری آیت الله خوئی ره

از مجموع مسوغات بیع در باب وقف که مرحوم شیخ ده مورد را برشمردند مرحوم آقای خوئی دو مورد را قبول می کنند و حتی مسوغ هفتم یعنی خوف خراب وقف است را که مرحوم شیخ می پذیرد

ایشان قبول نمی کند. مورد اول جائی است که شرط کنند، و دوم آنجایی که بالفعل فائده دیگری نداشته باشد و از انتفاع بیفتد یا قریب به این باشد و قابل تعمیر هم نباشد. همین دو مسوغ را ایشان قبول می کند.<sup>۱</sup>

## بررسی فرض مسئله

حالا آن چیزی که در بحث عقلی یا عقلائی می شود مطرح کرد این است که اصل فرض این مسئله چطور است؟

مرحوم آقای خوئی می فرماید تزاحم تصرف را مجاز می کند اما امضاء نمی کند. اینجا بحث در تصرف وضعی است، بیع که حرمت تکلیفی که ندارد، و بعید است کسی قائل به حرمت تکلیفی بیع شود آن چیزی که در باب این امور تسبیبی هست عمده اش این است که ممضاه نیست یعنی آن تصحیح عقلائی در کار نیست. اما اینکه انشاء آن حرام تکلیفی باشد معلوم نیست در بحث فضولی ما در ملک دیگری انشاء می کنیم و معلوم نیست این حرمت داشته باشد. اگر فضول ملک دیگری را بفروشد انشاء بیع کند و حتی قصد جدی هم دارد، چه کسی می گوید این حرام است؟ این معلوم نیست به عنوان یک حرمت نفسی حرام باشد. بله ممضاه نیست، که یک بحث آخری است.

فرض مسئله چهارم این است که اختلاف شدیدی واقع شود و رفع این اختلاف متوقف است به بیع این عین موقوفه. آیا این تزاحم بالنهاییه به تزاحم در تکلیف منجر نمی شود؟ اگر رفع فتنه از اموال و انفس متوقف بر بیع باشد، اگر بیع ممضاه نباشد آن فتنه واقع می شود و مرتفع نمی شود. در این صورت این دوران عقلا یا عقلائیا درست است چون اگر ما تصرف وضعی را مجاز بشماریم و عین را بر وقفیت باقی بگذاریم و تنها بگوئیم تصرف مجاز است در حالی که تصرف تکلیفی در اینجا مصب اهتمام نیست، چون اصلا ممکن است حرمت نداشته باشد. ما اگر تصرف وضعی را جائز ندانیم و معامله را باطل بدانیم به تلف مال و انفس منتهی می شود، چون فرض این است که فتنه در اموال و انفس رفعش به بیع است، پس باید بیع انجام شود

<sup>۱</sup> مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۴/۲۳۵

تا فتنه رفع شود. چطور ایشان فرض کرده که ما تراحم در تکلیفی را قبول می کنیم در وضعی را قبول نداریم؟ کلام ایشان در جاهای دیگر حق است اما ظاهرا اینجا بالاخره منتهی می شود. باید چکار کرد؟ آیا وقف را باقی بگذاریم؟ در این صورت نتیجه اش این است که تلف اموال و انفس واقع می شود. می فرمائید بیع نکنند؟ فرض این است که اگر بیع نکنند موجب تلف اموال و انفس شده است. ظاهرا این استدلالی که گفتند در این دوران عقلا یا عقلا باید یکی را ترجیح بدهیم درست است.

### اشکال به صغری در مسئله

منتهی سخنی که بنده می خواهم عرض کنم آیا اصلا به لحاظ صغروی این درست است که مواردی وجود دارد که رفع فتنه متوقف بر خصوص بیع باشد؟

اگر واقعا در عالم ثبوت رفع فتنه اموال و نفوس در وقف متوقف بر بیع صحیحی باشد که موجب خروج عین از ملکیت باشد و آن طرف هم ثمن در ملک اینها داخل شود باید تراحم را قبول کنیم البته با این تقریب که تراحم ابتدئا در حکم وضعی واقع نمی شود، نهایتا در احکام تکلیفی اش واقع می شود.

منتهی وقتی بر می گردیم به فرض مسئله این پرسش مطرح می شود که آیا خارجا فرض دارد که رفع فتنه به خصوص فقط بیع متوقف باشد؟ مثلا اگر صلح کنند رفع نمی شود؟ ممکن است در عالم ثبوت بیع یکی از موارد باشد و رفع فتنه به بیع منحصر نباشد، آنوقت دیگر دلیلی در دوران نداریم. اگر رفع فتنه به مجموعه اموری متوقف باشد مانند صلح یا بخشش مثل اینکه عده ای می گویند ما سهامان را می بخشیم، ما انتفاع نمی خواهیم، دعوا دیگر مرتفع می شود. یعنی می خواهیم بگوئیم اینکه فرض کرده اند رفع فتنه متوقف بر بیع باشد، یک فرض فوق العاده نادری است که خصوص بیع لازم باشد و صلح ممکن نباشد، یا آن عده ای که مورد اختلاف هستند نتوانند با هبه رفع فتنه کنند فقط بیع در عالم رفع فتنه کند آن هم به نحوی که ثمن بیاید در کیس موقوف علیهم، واقعا روشن نیست چنین فرضی خارجا باشد و اگر هم باشد نادر است.

**سؤال:** فرض روایت این است که فقط بیع حلال مشکل است و لذا حرف آقای خوئی با توجه به فرض روایت است.

**جواب:** نه بر عکس، آقای خوئی میفرماید ما اینجا دلیلی نداریم که حکم وضعی امضاء بشود. اشکال می کردم به ایشان که بزرگوار اگر در جایی متوقف باشد حقیقتاً رفع فتنه بر خصوص بیع چرا نگوئیم دوران است، نهایتاً به تزامم امور تکلیفی هم برمی گردد. باید این را بپذیریم. منتهی آیا فرض دارد که رفع فتنه به خصوص بیع توقف داشته باشد؟

**سؤال:** مورد روایت همین بیع است.

**جواب:** گفتم فرض مسئله نگفتم روایت، ما به روایت عمل نکردیم. مرحوم آقای خوئی نیز کاری به روایت ندارد. می فرمایند عده ای بحث تزامم را مطرح کرده اند. مثلاً آقای فاضل ره می گوید ما کاری به روایت هم نداریم بخاطر اینکه به روایت اشکالاتی وارد شده و برخی از این اشکالات قابل جواب هم هست، ولی کار به روایت نداریم، ما لولا روایت هم می گوئیم دوران این را می گوید که بتوانیم بیع کنیم چون تلف اموال و انفس است و نمی شود آن را پذیرفت. لذا فرض مساله با توجه به روایت نیست. می گویند روایت را بگذاریم کنار اقتضاء خود حکم مسئله این است.

متن مرحوم امام ره در کتاب تحریر این است: «الرابع ما اذا وقع بين ارباب الوقف اختلاف شديد لا يؤمن معه من تلف الاموال و الانفس و لا ينحسم ذلك الا ببيعه...»<sup>۱</sup> یعنی فرض کرده اند عدم حسم ماده اختلاف و فتنه را الا به بیع. ما می گوئیم این اصلاً تصویر دارد که مثلاً با صلح حسم نشود؟ چه چیزی است که با بیع حسم می شود با صلح نمی شود؟

**سؤال:** اتفاقاً فرض کثیر است مردم دنبال مال هستند و بیع انفع است نسبت به صلح.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۸۰

**جواب:** چرا بیع انفع است؟ صلح خیلی وقتها فائده بیع را دارد. و حتی ممکن است انفع باشد. ممکن است صلح که می کنیم مصالحه به عوض می کنیم. ممکن است در بیع مشکلاتی مانند جهالت و غرر وجود باشد ولی در صلح این اشکال نیاید و حاضرند همان پول بیع را بدهد.

صلح ممکن است خصوصیات بیع را نداشته باشد. ممکن است در صلح شما خیار مجلس نداشته باشید، اما پولی که مد نظر موقوف علیهم هست در صلح هم بدهند.

**سؤال:** چون در بیع آدم با پول هر کاری می تواند انجام دهد برخلاف صلح.

**جواب:** در صلح شما نمی توانید عوضی را که گرفتید در آن تصرف کنید؟!

**سؤال:** قائل بشویم به اعم از جواز صلح یا بیع.

**جواب:** آخر صلح هم خصوصیت ندارد. اگر در بین موقوف علیهم آدمهای خوبی هم هستند چند نفرشان آمدند گفتند ما سهم خودمان را هبه کردیم، یعنی می خواهم بگویم فروض مختلف می شود فرض کرد برای رفع اختلاف. لذا عرضم این است که دقت ایشان درست بود. می گوید اینکه شما بیع را بخواهید امضاء کنید می گوئید برای اینکه آن دوران هست، می گوید چه خصوصیتی دارد؟ در باب تکالیف اگر تراحم ایجاد بشود باید رفع تراحم کنیم. اما احکام وضعی که منوط به قدرت نیستند. می گوید این وسط مشکل شما با رفع حکم تکلیفی حل می شود، چرا بیع را می خواهید امضاء کنید و صحیح باشد؟ ما عرض کردیم چرا یک فروضی واقعا هست، فرض رابع مرحوم امام در تحریر و دیگران که هست فرض این است که لا ینحسم ماده اشکال و فتنه الا بالبیع. خب اگر این باشد ظاهرا حق با آنهاست. منتهی این فرض کجاست، و اگر باشد خیلی نادر است. این را باید دقت کرد. اینکه اینجا به راحتی گفته اند لا ینحسم ذلک الا ببیعه معلوم نیست مصداق داشته باشد و برای رفع نزاع انواع راه ها وجود دارد.

## نتیجه بحث

لذا نتیجه این می شود که دیگر معلوم نیست لزوم داشته باشد بیع امضاء شود. چون بحث در مسوغات بیع بود نه در تجویز هبه و امثال اینها. دیگر معلوم نیست که ما بتوانیم بیع را عند الدوران تصحیح کنیم. روی این فکر کنید تا فردا این بحث مهمی است.

«والحمد لله رب العالمین».



## فهرست

۹۲۶.....	بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین
۹۲۶.....	خلاصه مباحث گذشته
۹۲۷.....	بررسی دو مورد دیگر از مسوغات
۹۲۷.....	مورد اول: بقاء وقف منتهی به خراب می شود ولی خراب فعلی نیست
۹۲۸.....	تفاوت این قسم با قسم اول
۹۲۸.....	حکم مورد اول
۹۲۹.....	نظر مرحوم شیخ در حکم مورد اول
۹۲۹.....	بیان مرحوم نائینی در مقام
۹۳۰.....	اشکال آقای خوئی ره بر مرحوم نائینی
۹۳۲.....	بررسی این قسم
۹۳۴.....	استدلال صاحب تنقیح رائج بر جواز بیع در مقام
۹۳۴.....	اشکال آقای خوئی به کلام صاحب تنقیح الرائج
۹۳۵.....	بررسی اشکال آقای خوئی ره
۹۳۶.....	تحلیلی در تبذیر
۹۳۸.....	عدم پذیرش مسوغ هفتم
۹۳۹.....	مورد دوم: اعود بودن بیع
۹۴۰.....	ادعای اجماع در ما نحن فیه
۹۴۱.....	مانع بودن خود ادله وقف در مقام
۹۴۲.....	مسوغ نبود این صورت دوم لاحقه

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## بررسی مسئله ۷۳. فروش اوقاف خاصه و عناوین

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در مسئله ۷۳ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة درباره چهار مورد از مستثنیات عدم جواز بیع بود که به پایان رسید.

در قسم چهارم یعنی إذا وقع بین أرباب الوقف اختلاف شدید لا یؤمن معه من تلف الأموال و النفوس به روایت علی بن مهزیار تمسک شده بود که با وجود قرائنی که بیان شد در نهایت نمی توانیم به آن تمسک کنیم چون معلوم نیست منظور این روایت چیست.

در بحث دوران بین تلف مال و انفس در یک طرف و بیع وقف به نظر می آید هر کجا چنین توقفی باشد جواز درست است اما اینکه مرحوم آقای خوئی می فرماید این کلام صحیح نیست و دوران هم اگر باشد اهم و مهم در باب تزاحم در تکالیف است نه در وضعیات، سخن صحیحی نیست. زیرا اگر واقعا توقفی باشد و قرار باشد جلوی تلف المال و الانفس گرفته شود باید به لحاظ وضعی بیع صحیح باشد لذا تفاوتی ندارد لکن بیان شد که خارجا خیلی مستبعد است که رفع تلف مال و انفس منوط به خصوص بیع و صحت بیع باشد و اگر هم محقق شود

نادر است زیرا بیع خصوصیتی برای رفع تنازع ندارد، با صلح یا هبه نیز می توان به همین مقصود رسید.

نتیجه اینکه در قسم چهارم اگر رفع تنازع و تلف مال و انفس متوقف بر بیع باشد، باید بیع شود. هم عقل حاکم است که در این دوران، جانب بیع مقدم است و هم روش عقلاء اینچنین است و هم از مذاق شرع می فهمیم راضی به نابودی انسانها برای حفظ مال موقوفه نیست. منتهی اینکه خارجا چنین چیزی واقع شود قابل تأمل و تردید است لذا فهم روایت را نیز به اهلش واگذار می کنیم. اما اگر این فرض واقع شود اشکالی در عمل به روایت نیست و برخلاف آقای خوئی به اطلاق ادله مانعه از بیع و شراء وقف تمسک نمی کنیم و آن روایات را تخصیص می زنیم. این تمام الکلام در چهار قسم.

## بررسی دو مورد دیگر از مسوغات

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه و عده دیگری ده مورد از مسوغات را بحث کرده اند، ما نمی خواهیم آنها را بحث کنیم، اما دو موردش به نظر مهم است.

## مورد اول: بقاء وقف منتهی به خراب می شود ولی خراب فعلی نیست

مورد اول نزدیک به قسم اولی است که بحث کردیم ولی عین آن نیست. مرحوم شیخ این را مسوغ بیع می دانند، ولی مرحوم آقای خوئی و دیگران اشکال کرده اند و امام ره هم نیاورده اند، و آن این است که: اگر در جائی بقاء وقف منتهی شود به خراب وقف و عدم انتفاعش. حال عدم انتفاع بالمره یا عدم انتفاع معتد بها که در قسم اول بحث کردیم. اینجا هم مرحوم شیخ میفرماید که به نظر می آید مسوغ بیع هست.

## تفاوت این قسم با قسم اول

فرق این قسم با قسم اول در این است که در قسم اول الان وقف از انتفاع افتاده است، و دیگر نفعی ندارد، ولی در این قسم در حال حاضر عین موقوفه دارای منفعت است نفعش نیز معتدبه و قابل توجه هست، منتهی اگر این وقف را رها کنیم ممکن است مثلاً ده سال دیگر از بین برود و هیچ نفعی نداشته باشد.

درباره قسم اول یعنی موردی که وقف هیچ نفعی ندارد و اگر نیاز به تعمیر دارد امکان تعمیر و اصلاح وجود ندارد بحث شد بنابراینکه موقوف علیهم مالک عین موقوفه می شوند اقتضاء ملکیت این است که بیع صحیح باشد، فقط نباید مانعی وجود داشته باشد. اصل وقف مانع از بیع بود، باید ببینیم وقف در این قسمی که بالمره از انتفاع افتاده یا انتفاعش به حدی است که عرف می گوید این ملحق است به عدم الانتفاع، مانع هست یا نه؟ به نظر ما در این صور مانع وجود ندارد، زیرا از تحت اراده و انشاء واقف خارج است، واضح است که واقف نمی خواهد مال موقوفه اش در گوشه ای بدون هیچ فائده ای بیفتد. همچنین این موارد از تحت روایت لا یجوز شراء الوقف خارج است چون منصرف از این موارد است، از لا تجعل غلته فی ملک هم خارج است. لذا دلیلی بر منع وجود ندارد.

## حکم مورد اول

صورتی که الان داریم بحث می کنیم مورد هفتم در کتاب مکاسب است یعنی موردی که مال موقوفه الان نفع دارد، نفعش هم معتدبه و قابل توجه هست، منتهی اگر این وقف را رها کنیم

ممکن است پانزده سال دیگر از بین برود و هیچ نفعی نداشته باشد، آیا الان مجوزی برای بیع آن داریم یا نه؟

## نظر مرحوم شیخ در حکم مورد اول

مرحوم شیخ می فرماید: در این صورت نیز حکم همان است که گفتیم ظهورات آن روایت مانعه، از این مورد نیز منصرف است. لا يجوز شراء الوقف این موارد را شامل نمی شود. چون این شخص را مالک می دانیم اقتضاء برای بیع هست و اطلاقات بیع شامل این مورد می شود و ادله مانعه در وقف نیز از این مورد منصرف است، از تحت اراده واقف نیز خارج است بخاطر اینکه واقف نمی خواهد وقفی را که للتالی و برای ابد قرار داده ده سال دیگر تمام شود. پس نتیجه این می شود که: اگر امکان داشته باشد با فروش آن، وقف دیگری به جای آن تهیه کنند به نظر مرحوم شیخ واضح است که اشکال ندارد، چون مسلماً همین تحت اراده واقف است، نه اینکه می خواهد وقفش تمام شود. اما در جائی که بفروشد و نسل موجود و بطن موجود فقط استفاده کنند، بحثی وجود دارد که مطرح می کنیم. این فرمایش مرحوم شیخ.<sup>۱</sup>

## بیان مرحوم نائینی در مقام

مرحوم آقای نائینی می فرماید: این قسم هم اصلاً در قسم اول درج می شود. چون بحث ما این است که علما یا ظنا یا حتی احتمالاً، که مرحوم شیخ می گوید بعضی ها تعبیر خوف خراب دارند. خوف خراب با یک احتمال عقلانی هم سازگار است، پس ممکن است بگوئیم اینجا هم مصداق خوف خراب است.

<sup>۱</sup> کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۴، ص: ۸۹

سؤال این است که: این چه جور حکایت از واقع می کند؟

مرحوم نائینی می گوید: اصلاً این مفاهیم طریقی هستند، طریقی هستند برای آن خرابی که واقع می شود. خرابی که واقع می شود مثل خراب حال است چه فرقی می کند؟ پس مرحوم نائینی می فرماید چون این مفاهیم طریقی هستند داریم نگاه می کنیم به آن خرابی که ده سال بعد واقع می شود مانند نگاه به خرابی که پیش روی ما است، چه فرقی می کند؟ همانطور که در موارد خراب فعلی گفتیم از تحت ادله بیرون است در این موارد نیز بیرون است.<sup>۱</sup>

## اشکال آقای خوئی ره بر مرحوم نائینی

مرحوم آقای خوئی می فرمایند این سخن مرحوم نائینی خیلی عجیب است. درست است که مفاهیم طریقی هستند و ما الان داریم نگاه می کنیم به ده سال بعد، اما سؤال این است که از تحت ادله هم بیرون هستند؟ در مورد وقفی که الان خراب است می گوئیم از منصرف روایات خارج است. بخاطر اینکه الان یک بطن مواجه شده با وقفی که هیچ استفاده ندارد، لذا می گوئیم حتماً تحت نظر واقف نیست که به همین صورت خراب بماند. شارع هم که می گوید لا یجوز شراء الوقف به این نوع وقف نمی گوید. چون در آن روایت نسبت به ضیعه ای که کنار مزرعه شخص بود و آن را خریده بود در حالی که نمی دانست وقف است فرمودند: «لا یجوز شراء الوقف». نمی توانی آن را بخری، حالا که فهمیدی دیگر مال تو نیست. به اضافه غله اش هم وارد ملکات نکن «لا تدخل غلته فی ملکک» پس غله و استفاده داشته است. لذا واضح است عدم صحت بیع درباره وقفی است که نفع داشته است و غله داشته است. لذا اگر زمینی بخاطر اینکه

<sup>۱</sup> منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ص: ۳۵۲

آب ندارد یا شوره زار شده هیچ منفعت ندارد و غله هم از آن در نمی آید، هیچ فائده دیگر هم ندارد، مشمول ظهور این روایت نیست.

مرحوم شیخ و آقای خوئی می فرمایند در اینجا که فرض کردیم خراب بالفعل از تحت ادله خارج است به خاطر عدم نفع بالفعل است. اما اگر تا ده سال دیگر نفع دارد و این نسل می توانند از این زمین استفاده کنند، هم زمین آب دارد و شوره زار نیست و غله هم می دهد، منتهی می دانند در عمود زمان منتهی به خراب می شود آیا موظف هستند الان بفروشند برای اینکه به خراب منتهی نشود و نسلهای آتی استفاده کنند یا نه خودشان استفاده کنند تا زمانی که منتهی به خراب شود و پس از حصول خراب همان کاری را کنند که در قسم اول گفتیم یعنی بفروشند یا کار دیگری انجام دهند.

مرحوم آقای خوئی می فرماید چه کسی گفته این مورد از منصرف ادله بیرون است؟ خصوصا اگر مفروض این باشد که این نسل فعلی که دارند استفاده می کنند اگر این را تبدیل کند یا بفروشد و بخواهد موقوفه دیگری با ثمن آن تهیه کنند چند سال طول می کشد تا به اینها منفعت برساند.<sup>۱</sup> مثلا باغ موقوفه دائر است منتهی درختهای آن پیر شده، هنوز محصول می دهد، ولی می دانیم ده سال دیگر پانزده سال دیگر نابود می شود، بگوئیم الان بفروشند و باغی که نهال تازه دارد بخرند، این نهال باید پنج سال صبر کنند تا محصول دهد، آیا دلیلی داریم که بطن موجود لازم است از باغی که الان به آنها نفع می دهد صرف نظر کنند و آن را بفروشند و باغی بگیرند که ده سال بعد، پانزده سال بعد به آنها نفع می دهد. چرا باید خود را از نفع فعلی محروم کنند؟

<sup>۱</sup> موسوعة الإمام الخوئي، جلد: ۳۷، صفحه: ۲۹۹

## بررسی این قسم

ما در بحث تعمیر نیز تشکیک کردیم. چرا ما باید تعمیر کنیم خصوصا اگر برای این باشد که نسلهای آتی بخواهند استفاده کنند؟ حتی صرف خود منافع وقف در تعمیرش به نحوی که بطن موجود از منفعت فعلی محروم شوند نیز دلیلی ندارد. معلوم نیست در اینجا مصداق تزاحم باشد. چرا باید بطن فعلی از حقش بگذرد و منافع وقف را صرف تعمیر کند تا برای ده سال دیگرش بماند، یا برای حق بطن لاحق بماند؟، چه کسی می گوید بطن لاحق که هنوز مصداق فعلی وقف نشده ملکیت بالفعل دارند بنابر اینکه ملکیت را به نحو واجب معلقی تملیک نکرده باشیم بلکه به نحو واجب مشروطی تملیک کرده باشیم که هنوز بالفعل مالک نشده اند و سر وقت خودش مالک می شوند و حق پیدا می کنند حقشان با حق فعلی بطن حاضر مزاحم می شود و می تواند جلوی حق فعلی را بگیرد؟ دلیلی ندارد. در این بحث نیز سخن مثل همان است و هیچ فرقی نمی کند.

اینکه بیع را جائز بدانیم به این معنا است که حق آنها را مقدم کردیم. و الا اگر حقی ثابت نیست با وجود ادله مانعه چرا بتوانیم بفروشیم. جواز بیع در مقام بعد از ثبوت وقف است، واقف وقف را برای این موقوف علیهم انشاء کرده است و از تصرف در این وقف منع کرده است با جواز بیع این منع در تصرف را از بین می بریم که دلیلی ندارد.

مرحوم شیخ نیز می فرماید جواز بیع در واقع اعدام منافع است که با غرض واقف نمی سازد. چون تا ده سال دیگر منفعتی را از بطن فعلی سلب می کند. منتهی ایشان جواب می دهند: به همان دلیلی که در جایی که الان خراب است می گوئیم از تحت اراده واقف خارج است،



آنجایی که در ده سال بعد هم خراب می شود خارج است چون واقف تمام ظروف را دیده است. و منفعت آتی را حاصل می بیند.

**سؤال:** تا آن زمان متصدی وقف دوباره خودش می فروشد یک کاری می کند.

**جواب:** نخیر نمی تواند دوباره بفروشد. فرض این بود که خراب می شود، دیگر نفع پیدا نمی کند سؤال این است که واقف آیا بین این نسل و نسل آتی فرق گذاشته است؟ که بحث مفصلی دارد مرحوم امام ره هم بحث کرده بودند ما فرمایش ایشان را مطرح کردیم و گفتیم با وجود حق فعلی بطن حاضر آیا حق بطون آتی نیز مانند این است؟ ممکن است برای بطن آتی ما حق قائل باشیم، اما فرق مهمش این است که بطن فعلی بر اساس اینکه ایقاف نباشد مالکیت دارد اما بطن آتی مالکیت ندارد مگر اینکه تملیک وقفی به صورت واجب معلق باشد.

**سؤال:** ملک آنها در طول اینهاست، وقتی بطون آتی هنوز محقق نشده اند اصلا موضوع محقق نیست.

**جواب:** ولی مالکیت را همین حالا دارند. واجب معلق معنایش این است که نه فقط حق دارند بلکه ملک هم بالفعل است. واجب معلق معنایش این است که واقف در همین زمان انشاء به نسل آتی تملیک می کند. همین الان دارد تملیک می کند و تملیکش هم بالحمل الشایع است. مثل وجوب بالحمل الشایع برای مستطیع در ظرف خودش. منتهی حالا اینکه عقلاء ملکیت واجب معلق دارند آن هم در مثل وقف، اول کلام است. ما باید این انشاء وقف را عرفی بفهمیم. اینکه الان در وقف آقای واقف واجب معلق را تصویر کرده و از حالا دارد تملیک برای آتی می کند، اینها حرفهایی است که ما در ظرف تحلیل و ابراز فروض می گوئیم، اما کاری که عرف می

کند حتما از این قسمها نیست. بنابراین به نظر می آید از این قسم ادله ای که اینجا ذکر کرده اند، درست نیست.

## استدلال صاحب تنقیح رائج بر جواز بیع در مقام

استدلالهایی که برای تصحیح بیع در ما نحن فیه شده همه پاسخ داده شد و نتیجه این شد که علی الظاهر دلیلی برای خروج مقام از تحت ادله منع نداریم البته استدلالی را مرحوم فاضل مقداد در التنقیح الرائج بیان کرده می فرماید: عدم جواز بیع در صورت علم یا ظن به اینکه بقاء مؤدی به خراب می شود، در واقع مصداق تبذیر است. وقفی دارید، که الان زنده است، اما می دانید که اگر الان نفروشید و تعمیر نکنید خراب می شود و از بین می رود و دیگر هیچ نفعی ندارد. می گوید این مصداق تبذیر است و تبذیر هم حرام است، پس همین حالا باید بیع کنید.<sup>۱</sup>

## اشکال آقای خوئی به کلام صاحب تنقیح الرائج

مرحوم آقای خوئی می فرمایند: اینکه انسان مال خودش را رها کند تا خراب شود اصلا مصداق تبذیر نیست، مصداق اسراف نیست. علاوه بر اینکه این بحث تبذیر در اموال طلق انسان نیز جاری است اگر انسان مال طلقی دارد که اگر آن را رها کند از بین می رود آیا می گوئید این اسراف است؟ تبذیر است؟ لذا می فرمایند این استدلال صحیح نیست.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> و أما إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث يتعطل و لا يتنفع به أصلا فيجوز بيعه و الا لكان إبقاؤه إتلافا و إضاعة للمال و هو منهي عنه

شرعا. التنقیح الرائج لمختصر الشرائع، ج ۲، ص: ۳۳۰

<sup>۲</sup> موسوعة الإمام الخوئي، جلد: ۳۷، صفحه: ۳۰۱

## بررسی اشکال آقای خوئی ره

ولی به نظر بنده این کلام خیلی عجیب است. در مال طلق هم همین است. شما اگر یک لباسشوئی خیلی گرانیمتری دارد اگر این را رها کنید فرض کنید شش ماه دیگر از بین می رود، این مصداق تبذیر است، چرا مصداق تبذیر نباشد؟ این مانند این است که کسی در جیبش یک سکه طلا دارد بیاندازد داخل دریا. بله الناس مسلطون علی اموالهم ولی حدود این تسلیط را شارع تعیین می کند. اینکه مصداق تبذیر است. اگر ما اسراف را تبذیر بدانیم نهی صریح قرآن است: "... لا تبذر تبذیرا، أن المبذرين كانوا اخوان الشیاطین و کان الشیطان لربه کفورا" <sup>۱</sup> با وجود چنین منع روشنی چطور می گوئید اشکال ندارد و مصداق اسراف نیست.

**سؤال:** عمل سفهی است.

**جواب:** نه تبذیر هم هست، بالاخره اسراف است، ممکن است آدم سفیه هم تبذیر کند. نگوئید تبذیر نیست، مگر اسراف چیست؟ مصرف برقی که به آن نیازی نداری و بی جهت است اسراف و تبذیر است، مثلا آدم در یک اتاق می تواند مطالعه کند بیاید تمام چراغ های اتاقهای خانه و حیاط را روشن کند و مثل روز کند، خب واضح است که این اسراف است. حالا گرچه یک روایتی داریم که در نور اسراف نیست ولی معنایش این است که اگر به چراغ و نور بیشتر احتیاج داری کم نگذار که چشمت آسیب ببیند. والا بیش از حد نیاز روشن کند اسراف است حتی مرحوم امام می فرمود ضمان هم دارد.

**سؤال:** اینها که اسراف در محقرات است همه جا حکمش حرمت نیست.

<sup>۱</sup> الإسراء ، الآية: ۲۶/۲۷

**جواب:** ایشان مطلقاً می فرماید اسراف نیست حال اگر ایشان می گفت حکم اسراف و تبذیر جاری نیست ممکن بود بگوئیم مراتبی از اسراف و تبذیر تحت حکم کراهت است، از باب اینکه رویه عقلاء این بوده و مثلاً منع شرعی روشن نداریم، که البته در تمام این مطالب بنده تشکیک دارم، ولی می گویم یک توجیهی بود، ولی ایشان می گوید اسراف نیست، تبذیر نیست.

میفرمایند: «أن ترک المال ولو مال الانسان نفسه الذی له السلطنة علیه الی أن یخرب بنفسه و طبعه لا یعدّ اضاعاً و لا اسرافاً»<sup>۱</sup>.

**سؤال:** اسراف نیست چون من که خودم با دست خودم از بین نمی برم، خودش دارد خود به خود از بین می رود.

**جواب:** این وسیله که اختیار ندارد عقل و شعور ندارد در اختیار من است. مانند این می ماند که شما حیوان زنده را رها کنید و بگوئید من که آن را نمی کشم، خودش از تشنگی می میرد، آیا این به نظرتان درست است؟ این سخن درست نیست. واضح است که رها کردن مال، تضییع و تبذیر است. حالا اگر در حکمش شما تشکیک می کردید می گفتید همه مراتب اسراف اینطور نیست یک بحثی بود نگوئید اسراف نیست.

## تحلیلی در تبذیر

منتهی بنده تحلیل دیگری دارم: بله این روشن است که خیلی اوقات ما نمی توانیم همه رها کردن ها رو حرام بدانیم مثلاً در زندگی خودمان وسیله ای دارد خراب می شود قدری

<sup>۱</sup> موسوعة الإمام الخوئي، جلد: ۳۷، صفحه: ۳۰۱

رهایش می کنیم، بگوئیم اینها همه حرام است!، نکته اش این است که خیلی وقتها مزاحم با کار دیگری است که به هر دلیلی خیال می کنیم اهم است. فرض کنید یخچال دارد خراب می شود بگوئیم امروز درس دارم و تعمیر آن را عقب بیندازیم، دلیلش این است که مزاحمی پیدا می کنم که آن مزاحم را عقب می اندازم. درس را نمی خواهم ترک کنم، نمی خواهم کار علمی ام را رها کنم، همش تأخیر می اندازم. حالا در درک و فهمم درست بودم یا نبودم بحث آخری است. می خواهیم بگوئیم نکته این نیست که مطلقا بدون مزاحم این تبذیر نباشد. بلکه ممکن است در موقعیتی که مزاحم دارم در صدق تبذیر بر این عمل تشکیک شود. پس نکته عدم تبذیر این است. نه اینکه رها کردن شیئی در سلطنت خود انسان تبذیر نیست. شما اگر بیائید صد تا سکه طلا را در دریا بیندازید و بگوئید نمی خواهم، این قطعاً تبذیر است.

**سؤال:** بریزم بلکه ولی اگر بایستم آب خودش ببرد نه.

**جواب:** اگر میدانید حفظ نکنید آب میبرد چه فرقی می کند؟ اگر مشکلاتان استناد است عرف اینها را به شما مستند می کند، اگر اینطور باشد بگوئیم گوسفندی را بدون آب و غذا رها کنید تا بمیرد، آیا به من مستند نیست؟! عرف اینها را به شما مستند می داند. در جائی که شما اختیار و توانائی دارید که این نفس محترم را حفظ کنید باید انجام دهید. مخصوصاً در نفوس انسانی، اگر رها کنید حتماً معاقب هستید. شما می توانید نفس محترمه ای را حفظ کنید مانند اینکه تصادفی شده فردی مجروح شده است بگوئید به من ربطی ندارد و رهایش کنید تا بمیرد. صاحبان کتب فقهی به لزوم حفظ جانش تصریح کرده اند.

**سؤال:** در حج داریم حیوانات را کاری نکنید تا خودشان بیایند بیرون.

**جواب:** اگر حیوانی بیرون نمی آید رها شود تا بمیرد؟ حتی در بحث لقطه داریم اگر حیوانی به عنوان لقطه نزد شماست باید آب و علفش را بدهید و اگر خواستید قصد کنید و ضمانش را از مالک بگیرید.

محصل بحث این شد که ما در صغرای بحث تبذیر اشکال نمی کنیم، اما عملاً در خارج خیلی وقتها مصداق تراحم است. در این مورد هم همینطور است، اگر بخواهیم در مثل خراب تطبیق کنیم این آقایانی که الان دارند انتفاع می برند شما می گوئید اینها از انتفاع خودشان چشم پوشی کنند برای اینکه خراب نشود. به این تبذیر نمی گویند. چون من دارم انتفاع می برم. شما به بطن حاضر حکم می کنید که انتفاع نبرند تا آنها خراب به دستشان نرسد. چرا؟ آن یک انتفاع است و نسل حاضر نیز یک انتفاع هستم، دلیل ترجیحش چیست.

به نظر می رسد پاسخ بر جواز استدلال این است نه اینکه رها کردن مال موقوفه مصداق تبذیر نیست و تبذیر هم در اینجا اشکال ندارد.

## عدم پذیرش مسوغ هفتم

نتیجه بحث این شد که ما دلیل قاطعی برای رفع مانعیت مقتضیات وقف از جواز بیع در این فرض نداریم. به خلاف جائی که الان این مال موقوفه خراب باشد. بنابراین مسوغ هفتمی که در مکاسب مطرح است و دیگران نیز بحث کرده اند به نظر می آید مسوغ صحیحی برای بیع نباشد.

**سؤال:** از این خطاب ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين ما می توانیم اراده الهی را کشف کنیم و کشف جعل حرمت برای اسراف و تبذیر کنیم؟

**جواب:** نهی است مانند دیگر نواهی. حکم اولی اش این است مگر قرینه ای یا رویه ای از متشرعین یا رویه ای از عقلاء که امضاء شده باشد مانعش باشد، والا مثل همه نواهی دیگر نهی است. لا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق، لا تقربوا الزنا، اینها همه نهی و زجر هستند و حرام هستند.

**سؤال:** دلیل آقای خوئی را نفرمودید که می گوید لا یعد اسرافا الا لزوم تعمیر الاوقاف المشتركة.

**جواب:** عرض کردم که مرحوم خوئی معتقد است اگر اینطور باشد آدم باید ملک خودش را هم تعمیر کند تا منتهی به خراب نشود. ما می گوئیم بله آنجا هم باید همین کار را بکند. اگر در جائی می گوئیم لازم نیست از باب مزاحمت است. مثلا قسمتی از خانه ام خراب شد دنبال تعمیرش نمی روم و هر روز خرابتر می شود مثلا لوله آب نشتی پیدا کرد چکه می کند تأخیر می اندازم، اگر واقعا می دانم منتهی به یک خرابی می شود و هیچ مانعی هم از تعمیر ندارم نروم ممکن است مصداق تبذیر باشد. الان من رها کنم یک بخشی از خانه خراب بشود بعد بگویم صد میلیون باید هزینه کنم. این کاری غیر عقلانی است و حتما تبذیر است. ولی گاهی اینها اشکال ندارد بخاطر تزاحم با کار مهمتری، مسئولیت مهمتری دارد که فکر می کند آن مسئولیت مهمتر از این است، این را رها کند و منتهی شود به خرابی بیشتر.

## مورد دوم: اعود بودن بیع

بحث انتهایی ما در مسوغات همان مسوغ رابع در مکاسب است که خیلی بحث مهم و مبتلابهی است. الان در افواه حتی متشرعین هم می شنوید می گویند چون وقف انفع است می

توانند بفروشند. چون صلاحش بیشتر است می توانند بفروشند. بحث این است که آیا اگر بیع انفع برای موقوف علیهم باشد، حق دارند بفروشند.

صورت رابعه مکاسب این است که: «ان یكون بیع الوقف انفع و اعود للموقوف علیهم»<sup>۱</sup> یعنی نه الان بالفعل خراب هست به صورتی که هیچ نفعی نداشته باشد، نه نفعش آنقدر کم است که ملحق به عدم النفع باشد، نه مسوغات دیگر را دارد، فقط این است که فردی خانه ای دارد قدیمی این را به یک میلیون تومان در ماه اجاره می دهد، ولی اگر این را بفروشد جای آن می تواند خانه نوسازی بگیرد و مثلاً ماهی پنج میلیون اجاره بدهد، آیا حق دارد این کار را انجام دهد یا نه؟

این فرعی بسیار مبتلا به است و خیلی ها حتی بعضی از متشرعین می گویند ما فروختیم این وقف را چون انفع و اصلح بود، آیا مسوغ هست یا نه؟

## ادعای اجماع در ما نحن فیه

ظاهراً اتفاق فقهاء بر منع است و فقهاء انفع بودن و اعود بودن را مجوز بیع نمی دانند. مگر کلامی از شیخ مفید در مقنعه که سابقاً مکرر عبارت ایشان را خواندیم، می فرمود: مقتضای وقف این است که در هیچ حالی حق فروش ندارید الا آن یكون اعود و انفع للموقوف علیهم.<sup>۲</sup> این عبارت موجب شده که این بحث مطرح شود. اولاً معلوم نیست صرف خروج مرحوم شیخ مفید قراح اجماع باشد. ثانیاً کلام مرحوم شیخ مفید قابل تفسیر است. مرحوم علامه در کتبش این

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیث ج ۴ ص ۷۸)

<sup>۲</sup> المقنعة (للشیخ المفید)؛ ص: ۶۵۲



عبارت را حمل می کند. مرحوم شیخ مفید بعد از بیان استثناء می گوید بنابراین در هیچ حالی نمی شود وقف را فروخت. البته ما نفهمیدیم جمع این دو عبارت به چه صورت است. ممکن است گفته شود اطلاق کلامش را مقید به جائی که تصریح کرده می کنیم. در هر حال بعید نیست در کلام شیخ مفید هم فی الجمله اجمالی باشد. ولی حتی اگر نظر ایشان هم این باشد، این قاذح اجماع به نحو بالمره نیست. البته شاید برای ایشان اشتباهی رخ داده، نمی شود که فقهاء قبل از ایشان و بعد ایشان همه بگویند صرف انفع بودن مجوز بیع نیست، بعد بگوئیم تنها ایشان این مطلب را فرموده اند. تعبیر دال بر اجماع نیز در عبارات فقهاء آمده قبلاً اشاره کردیم که ادعای اجماع در کلام مثل شیخ طوسی و صاحب سرائر و امثال آن فقط به معنای بیان نظر خودشان نیست بلکه اجماع این است که فقهای که معتنا به بودند در عالم شیعه همین نظر را داشته اند و در این وسط فقط شیخ مفید است لذا ما نمی توانیم احتمال بدهیم که از زمان امام علیه السلام رأی امام این بوده تمام فقهاء تا زمان شیخ مفید ره متوجه نشده اند و یک دفعه شیخ مفید متوجه این حکم شده است و گفته است. این خیلی مستبعد است.

### مانع بودن خود ادله وقف در مقام

علاوه بر این، ادله منع تصرف دروقف مانند نظر واقف بر تایید که در وقفش انشاء کرده مانع از تصرف به بیع می شود و همچنین روایات مانند لا یجوز شراء الوقف یا لا تدخل غلته فی ملک همه دال بر همین است، شما نمی توانید بگوئید از مواردی که فروش وقف اعود است انصراف دارد. کجا همچنین انصرافی هست؟ چه بسا ترک استفسالی که در کلام امام علیه السلام است مانند اطلاق منع دلالت بر منع کند. امام فرمودند که حالا شما که می گوئید این را من خریدم آیا اعود و انفع بوده برای موقوف علیهم که فروخته اند یا نبود است. هیچ سؤالی نکرده

اند. پس ترک استفصال امام علیه السلام خودش کاشف است که موضوع لا يجوز شراء الوقف یک موضوع مطلق است.

بنابراین ادله منع وقف سر جای خودش هست، علاوه بر اراده واقف بعید نیست بگوئیم نهاد وقف خودش اقتضاء می کند عدم تصرف را مگر اینکه دلیل قاطعی بیاید. صرف انفع بودن واقعا عند العقلاء دلیل قاطع نیست برای اینکه نهاد وقف که بنائش بر بقاء است را تقطیع کنیم.

## مسوغ نبود این صورت دوم لاحقه

بنابراین ما بر صحت صورت رابعه (بر طبق تقسیم مرحوم شیخ در مکاسب) هم دلیلی نداریم. مرحوم آقای خوئی در انتهاء بحثشان می فرماید ما از مجموع این مسوغات دو مورد را بیشتر نمی پذیریم یکی خراب بالفعل و یکی هم شرط. بقیه این ده مورد هیچکدامشان دلیلی بر جواز بیع نیست.

عده ای دیگر هم همینطور. مرحوم شیخ هم علی الظاهر سه مورد را می پذیرد و الباقی را ایشان نمی پذیرد. ما آن چهار مسوغی که از کتاب تحریر خواندیم سه تا مسوغ را قبول داریم و مسوغ چهارم را با آن قیدی که عرض کردیم تصحیح می کنیم. این دو مورد الحاقی هم که امروز طرح کردیم برای ما تمام نیست.

الباقی مسوغات را هم دیگر بحث نمی کنیم چون خیلی طول می کشد، دوستان به مکاسب مراجعه کنند.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

۹۴۳	بررسی مسئله ۷۴: جواز اجاره وقف
۹۴۴	اقسام وقف و حکم آنها
۹۴۶	ابداع قسم سومی در مسئله
۹۵۰	حکم خراب شدن بعضی از وقف و فروض مختلف آن
۹۵۱	حکم فرض امکان تعمیر از منافع بخشی که نیاز به تعمیر دارد
۹۵۲	حکم فرضی که که تعمیر با منافع آن بخش ممکن نیست
۹۵۲	حکم فرض تعمیر برای توفیر منفعت
۹۵۴	حکم فرضی که ثمن به مقدار خرید موقوفه نیست
۹۵۴	بررسی صور بیان شده

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله

الطاهرين

### بررسی مسئله ۷۴: جواز اجاره وقف

بحث ما در کتاب تحریرالوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة به مسئله ۷۴ یعنی جواز اجاره وقف و عدم آن رسید. پرسش این است که آیا ما می توانیم عین موقوفه را اجاره دهیم؟ مرحوم امام می فرمایند: «لا اشکال فی جواز اجارة ما وقف وقف منفعة سواء كان وقفا خاصا أو عاما على العناوين أو على الجهات و المصالح العامة كالدكاكين و المزارع الموقوفة على

الأولاد أو الفقراء أو الجهات العامة، حيث أن المقصود استئماؤها بإجارة و نحوها و وصول نفعها إلى الموقوف عليهم. بخلاف ما كان وقف انتفاع كالدار الموقوفة على سكنى الذرية و كالمدرسة و المقبرة و القنطرة و الخانات الموقوفة لنزول المارة، فإن الظاهر عدم جواز إيجارتها في حال من الأحوال»<sup>۱</sup>.

### اقسام وقف و حکم آنها

می فرمایند وقف بر دو نوع است: وقف منفعت و وقف انتفاع. گاهی واقف مالی را برای اولاد که خاص باشد، یا بر عناوین عامه مانند فقراء یا علماء به صورت وقف منفعت وقف می کند؛ یعنی غرض این است که منفعت این مال موقوفه به موقوف عليهم برسد. در این صورت منافاتی ندارد که این وقف را اجاره بدهند. مثلاً واقف مغازه ای را به نحو وقف منفعت برای علماء وقف می کند، منافات ندارد که این مغازه را اجاره بدهند و منفعتش را به علماء برسانند. در وقف خاص نیز به همین صورت است لذا وقف خاص و عام از این جهت تفاوتی ندارند که اگر وقف منفعة باشد می توان مال موقوفه را اجاره داد و منفعتش را برای موقوف عليهم صرف کرد. چون از اساس مفاد وقف منفعت همین است.

برخلاف جائی که وقف انتفاع باشد یعنی وقف شده باشد به این صورت که خود اشخاص موقوف عليهم از عین موقوفه منتفع شوند. همانطور که عاریه را ملک انتفاع می دانند در مقابل

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۸۰/۸۱

اجاره که ملک منفعت است در این نحو از وقف نیز بنابر مطالبی که در جای خود گذشت واقف به مانند صورت قبل منفعت را به موقوف علیهم تملیک نکرده است حال یا اینکه تملیک منفعت بنحو خاص شده است یا در وقف انتفاع اصلاً تملیک منفعت نشده است، فقط انتفاع از عین موقوفه برای موقوف علیهم قرار داده شده و آنها فقط حق انتفاع دارند.

شما گاهی خانه تان را اجاره می دهید و شرط مباشرت هم نمی کنید، یا شرط می کنید که او حق دارد اجاره هم بدهد، در این صورت مستاجر می تواند این خانه را به دیگری اجاره دهد. شما به مستاجر منفعت را تملیک کرده اید، مستاجر نیز همین منفعتی را که مالک است به دیگری منتقل می کند. اما گاهی شیئی را به کسی عاریه می دهید. در عاریه شما تملیک منافع به مستعیر نمی کنید، بلکه حق انتفاع یک عین را به مستعیر می دهید، بیش از این نیست. لذا او حق ندارد این عین را به کسی اجاره دهد یا حتی منفعتی که در اختیارش قرار داده شده است را به دیگری هبه کند یا اذن در استفاده به دیگری بدهد.

تصویر عاریه و تصویر وقف انتفاع در اینجا چند صورت دارد ولی در نهایت همه این صور در این امر مشترکند که حق ندارد منفعت را به دیگری منتقل کند، یک تصویر این است که بگوئیم اصلاً منفعت به موقوف علیهم منتقل نمی شود، تصویر دیگر این است که منفعت تملیک می شود اما بنحو خاص که فقط خودش استفاده کند. مثل اینکه شما در اجاره تملیک کنید منفعت را به مستاجر و بگوئید فقط شخص خودت می توانی از این منفعت استفاده کنی یعنی استفاده مباشری را در عقد اجاره شرط کنید. در هر صورت هر تصویری باشد موقوف علیهم در وقف الانتفاع نمی توانند آن را اجاره بدهند.

مرحوم امام ره مثالی را که از لحاظ صغروی برای وقف انتفاع می آوردند این است که موقوفه ای برای سکناى ذریه شده است به نحو وقف انتفاع. آقایى خانه ای را برای ذریه خودش وقف کرده و می خواهد خانه در دست اولاد خودش باشد، اصلاً نمی خواهد فرد دیگری استفاده کند، لذا وقف سکناى ذریه می کند، می گوید ذریه من هر کدام خواست و توانست بیاید استفاده کند. نه اینکه بروند این را اجاره بدهند پولش را بگیرند. می خواهم این خانه برای استفاده اولاد خودم و نسلهای بعدی از آنها برقرار باشد. یا مثل مدرسه که برای طلاب وقف می شود. در وقف مدرسه برای طلاب اینطور نیست که مدرسه را برای نفع طلاب قرار بدهند که بتوانند اجاره بدهند و از پولش استفاده کنند. بلکه مدرسه برای انتفاع طلاب است که بیایند در آن سکنا کنند و استفاده کنند. مقبره، قنطره، خانات موقوفه لنزول الماره هم همینطور است. مثلاً وقف کاروانسراها برای این نبوده که وقف مارّین باشد بوقف منفعة که ماره بتوانند از کنار کاروانسرا عبور کنند و پول اجاره اش را بگیرند. بلکه کاروانسرا برای این بوده است که هر فرد عابری اگر نیاز دارد برود از آن استفاده کند. این صغریات عرفی است برای وقف انتفاع. و حکمش در نظر ایشان این است که: «فإن الظاهر عدم جواز اجارتها فی حال من الاحوال».

### ابداع قسم سومى در مسئله

در اینجا بحثی به ذهن می رسد که برخی از محشین به آن توجه نکرده اند. به نحو طبیعى حکم مساله همینی است که مرحوم امام فرموده اند که اگر وقف انتفاع باشد نمی شود اجاره داد، اما اینکه فرموده اند «بحال من الاحوال» به نظر می رسد قابل بحث است. این مطلب در بسیاری از صور صحیح است. وقتی مقصود واقف واقعا سکناى ذریه است در هیچ حال نمی شود آن را اجاره داد اما ثبوتاً تصویر دیگری وجود دارد که بحث اثباتی نیز دارد. فرض کنید واقف منزلش

را وقف ذریه کرده است و توجه دارد که دوست دارد تا زمانی که ذریه هستند از اینجا استفاده کنند. اما در ذهنش این نیز هست که اگر نسلی از ذریه خواستند بروند در شهر دیگری که امکانات تحصیل بهتری دارد چند سال تحصیل کنند که غالباً سالهای متمادی طول می کشد، مانند علمایی که برای تحصیل به نجف اشرف مشرف می شدند و بعد باز می گشتند، مرحوم والد (رحمة الله علیه) ما بیش از سی سال نجف مانند و بعد برگشتند. حال سؤال این است که واقف وقتی می گوید این منزل را برای ذریه قرار دادیم یعنی می خواهد سی سال این منزل خالی بیفتد؟ شاید نظرش این است که ذریه من تا جایی که می توانند خودشان استفاده کنند و اگر نمی توانند منفعتش را استفاده کنند. یعنی ممکن است وقف انتفاع همه جا یکنوع و مطلق نباشد، ترکیبی از دو نوع در آن تصور شود. فروض منحصر در این نیست که یا وقف منفعة است و یا وقف انتفاع. اگر اینطور بگوئیم که آقای واقف تصویرش این است که این منزل را برای موقوف علیهم قرار داده به این صورت که تا جایی که خودشان می توانند بهره ببرند استفاده کنند و جایی که نمی توانند منفعتش را استفاده کنند، چه مانعی دارد اجاره بدهند؟ لذا به لحاظ ثبوتی واقعا ممکن است انشاء واقف به این صورت باشد و به آن تصریح کند. پس ما فقط دو قسم نداریم که وقف منفعة و وقف انتفاع، بلکه یک قسم مرکب هم داریم. مرحوم امام ره اگر این صورت را نیز تصویر می فرمودند دیگر لازم نبود بگویند اجاره فی حال من الاحوال صحیح نیست. باید می فرمودند اگر این وقف انتفاع، با وقف منفعت ترکیب می شود نتیجه اش این می شود.

نسبت به بحث اثباتی، ظهور حال اولی واقفین در مثل وقف انتفاع، اراده طولی و تعدد مطلوب است. اگر ما دقت کنیم واضح است که اگر غرض ثانوی مطرح نباشد به طبع اولی واقف نمی خواهد منزلی که وقف اولاد کرده بیست سال خالی بیفتد. زیرا این عقلانی نیست.

پس به نظر می آید اگر ما اینها را ملحوظ بداریم یک تعدد مطلوبی در مثل وقف انتفاع پدید می آید. غرض عقلائی دارد که وقف انتفاع باشد مادامی که ممکن انتفاع برای خصوص ذریه، اما اگر ممکن نباشد طولیا مطلوب دیگر دارد که نفعش به همین ذریه اش برسد. اینکه عقلائی نیست ما بگوئیم بیست سال این خانه همینطوری بیفتد و هیچ فردی استفاده نکند. آیا واقعا واقفین اینطوری قصد می کنند؟! ممکن است ثانویا جائی یک غرضی پیدا شود که دلش نخواهد هیچ غریبه ای در این خانه بیاید، اما ظهور حال واقفین این نیست.

لذا اگر ما وقف مرکب را تصویر کنیم اعم از اینکه بتواند داخل در عبارت حضرت امام ره باشد یا نباشد، به لحاظ اثباتی تصویر وقف مرکب خیلی اثرگذار است. در وقف انتفاع عمدتا ظهور حال اولی واقفین این است که کلی استفاده موقوف علیهم را وقف می کنند ولو به مثل اجاره دادن. یعنی در وقف انتفاع باید تعدد مطلوب را ظهور اولی برای واقفین بگیریم یعنی مطلوبشان این است که خصوص این ذریه استفاده کنند مادامی که ممکن. بنابراین در جائی که این مطلوب خاص نشد آن مطلوب عمومی سر جای خودش هست که بالاخره به استفاده ذریه اش برسد و لو به اجاره دادن.

لذا با تصویر چنین وقفی در مقام اثبات نمی شود همه جا در وقفهای انتفاع گفت **فإن الظاهر عدم جواز اجارتها فی حال من الاحوال**. به لحاظ اثباتی نیز در وقفهای انتفاع به نظر می رسد تعدد مطلوب نسبت به استفاده خاص موقوف علیهم از عین موقوفه لحاظ می شود و اگر این استفاده ممکن نشد، غایتش این است که نسبت به آن قسم می گوئیم وقف منفعة می شود. نتیجه این ترکیب در وقف این است که ما می توانیم بر تعدد مطلوب حمل کنیم و دیگر در مقام اثبات نمی توانیم بگوئیم **فإن الظاهر عدم جواز اجارتها فی حال من الاحوال**.



ممکن است شما عبارتهای حضرت امام را حمل کنید، بگوئید این در جائی است که حیث انتفاعش مسلم باشد. اما اثبات این است که واقفی گفته «وقف هذا الدار لاولادی وقف انتفاع» و به نظر ما لبا در وقف انتفاع نهفته است که مادام می‌کن. و ما یقین داریم مراد واقف لبا این است. البته مرادی است که عقل می‌گوید داخل در منشأش هم هست، چون صرف ارادات واقف کافی نیست، عقل می‌گوید لبا مقصود او در این انشاء این است، یعنی داخل در منشأش هست لبا، که مثلاً اگر امکان نداشت استفاده به او برسد بتواند اجاره دهد. وقف انتفاع به این صورت است.

این تبیین با بیان مرحوم اصفهانی در وقف انتفاع نیز بهتر سازگار است. ایشان می‌گفت در وقف انتفاع تملیک منفعت هست، منتهی در ضمن آن شرط کرده که این منفعت را خود موقوف علیهم استفاده کنند. حال درجایی که عمل به این شرط ممکن نیست به مقتضای تملیک منفعت عمل می‌کنند که مالک می‌شود و می‌تواند اجاره دهد.

**سؤال:** استدلال شما در عاریه نیز می‌آید؟

**جواب:** نخیر نمی‌آید عاریه نکته اش غیر از وقف است. فرض کنید دوستان می‌آید می‌گوید ماشینت را یکسال نیاز دارم به من اعاره بده شما نیز ماشین را در اختیار او می‌گذارید واقعاً قصد شما تعدد مطلوب است که اگر نیازش بر طرف شد بتواند بدهد دیگری استفاده کند یا آن را اجاره دهد از اجاره اش استفاده کند؟! این بحث صرفاً استظهاری است و گونه از لحاظ ثبوتی که تکلیف روشن است. اگر مقصود معیر این باشد که خود شخص استفاده کند، که حقیقت اعاره این است نمی‌تواند به دیگری واگذار کند اما اگر می‌گوئید می‌تواند به دیگری تملیک کند یعنی در واقع علاوه بر اعاره کار دیگر هم کرده مانند اینکه منفعت را نیز به او فی الجمله

تملیک کرده است مانند اینکه به او هبه نیز کرده است. لذا عرض ما این است که مقتضای انشاء اعاره این نیست. به خلاف وقف. در وقف بر ذریه چون یک نکته لبی وجود دارد، می خواهم بچه هایم استفاده کنند، نمی خواهم بلا استفاده اینجا بیفتد. اما در اعاره اینطور نیست، وقتی استفاده نمی کند برگرداند به مالکش. بحث اثباتی در باب اعاره هیچ دلالت بر هبه منفعت نمی کند. می گوئی به من عاریه بده و من هم اعاره دارم. حقیقت عاریه هم استفاده مستعیر است، همین. اینکه یک قرینه لبیه بگوید که اگر آقای مستعیر خودش نخواست استفاده کند به دیگری بدهد در مقام وجود ندارد در حالی که در وقف این قرینه لبی وجود دارد که می خواهد ذریه استفاده کند و این مخصوص وقف است.

لذا اصل مسئله ۷۴ مسئله روشنی است و هیچ مشکلی ندارد تنها ذیل مسئله آنجا که مرحوم امام ره فرمودند فی حال من الاحوال جایز نیست عرض کردیم ممکن است با این بیانی که گذشت در صوری اجاره را نیز جایز دانست.

### حکم خراب شدن بعضی از وقف و فروض مختلف آن

مسئله ۷۵ مسئله ای است که بخشی از آن مربوط به مباحث قبلی است. در این مسئله حضرت امام ره فروض مختلفی را طرح فرموده اند که قابل بحث است. مسئله این است که: اگر بخشی از مال موقوفه به صورتی خراب شد که مطابق مصححات بیان شده در آن مصحح بیع وجود دارد و بخشی از آن قابل تعمیر است، پس از فروش نسبت به تعمیر چه حالی دارد؟ آیا وقتی بخشی از عین را فروختیم باید صرف تعمیر کنیم؟

می فرمایند فروض مختلف است در بعضی از فروض باید صرف تعمیر شود ولی در بعضی از فروض می فرمایند صرف تعمیر نشود. بعد فروض دیگری که تعمیر نیاز حقیقی نباشد و تنها اصلح باشد را مطرح می کنند و می فرمایند باید اینها بررسی شود چون هر فرضی حکم مخصوص به خود را دارد.

مسألة ۷۵: «لو خرب بعض الوقف بحيث جاز بيعه و احتاج بعضه الآخر الى التعمير لحصول المنفعة فإن أمكن تعمير ذلك البعض المحتاج من منافعه فالأحوط تعميره منها، و صرف ثمن البعض الآخر في اشتراء مثل الموقوفة، و ان لم يمكن لا يبعد أن يكون الأولى بل الأحوط أن يصرف الثمن في التعمير المحتاج اليه، و أما جواز صرفه لتعميره الموجب لتوفير المنفعة فبعيد، نعم لو لم يكن الثمن بمقدار شراء مثل الموقوفة يصرف في التعمير و لو للتوفير».

اگر یک بخش از وقف به صورتی خراب شود که مصحح بیع وجود دارد و بخشی دیگر برای استفاده و حصول منفعت نیاز به تعمیر دارد. در اینجا می فرمایند «لحصول المنفعة» یک فرض دیگر این است که «لتوفير المنفعة» گاهی می گوئیم برای اینکه منفعت حاصل بشود باید تعمیرش کنم، گاهی می گوئیم برای اینکه منفعتش بیشتر بشود تعمیرش کنم. هر کدام یک حساب دارد.

### حکم فرض امکان تعمیر از منافع بخشی که نیاز به تعمیر دارد

می فرمایند: فإن أمكن تعمير ذلك البعض المحتاج من منافعه فالأحوط تعميره منها. آن قسمتی که خراب نشده اما احتیاج به تعمیر دارد، احتیاط این است که اگر ممکن باشد از منافع

خود همان بخش استفاده شود و ثمنی که از فروش قسمت دیگر حاصل می شود صرف خرید یک وقف دیگری کنند.

و صرف ثمن البعض الآخر في اشتراء مثل الموقوفة. که حالا این خودش بحث داشت، امام ره مثل اکثر فقهاء بر این مستقر شد که اگر فروختیم مثل موقوفه را بخریم جای آن بگذاریم که همه نسلها استفاده کنند.

پس در این فرض آن بخشی که تعمیرش لازم است منافی دارد که می توان از خود آن منافع گرفت و صرف تعمیرش کرد باید این کار را انجام بدهند و ثمن فروش را صرف تعمیر نکنند بلکه وقف دیگر تهیه کنند که برای همه نسلها بماند.

### حکم فرضی که که تعمیر با منافع آن بخش ممکن نیست

و ان لم یمكن، اگر تعمیر آن بخش خراب که نیاز به تعمیر دارد از منافع خودش نمی شود، لا یبعد أن یكون الأولى بل الأحوط أن یصرف الثمن في التعمیر المحتاج الیه. وقتی آن بخشی را که خراب است و مصحح بیع دارد فروخیم اولی بلکه احوط این است که بیائیم ثمن حاصل را خرج این قسمتی کنیم که سرپا است و نیاز به تعمیر دارد، صرف این کنیم و تعمیرش کنیم، به شرط اینکه از خود این قسمتی که نیاز به تعمیر دارد نتوانیم آن هزینه را تأمین کنیم.

### حکم فرض تعمیر برای توفیر منفعت

و أما جواز صرفه لتعمیره الموجب لتوفیر المنفعة فبعید. فرض سوم این است که یک قسمت سرپاست تعمیر ضروری نمی خواهد، ولی اگر تعمیرش کنیم توفیر منفعت می شود. مثلاً خانه قدیمی است الان اجاره هم می کنند، اجاره اش مثلاً سه میلیون تومان در ماه است، اما اگر

آن را بازسازی کنیم پنج میلیون می شود، آیا می توانیم آن قسمت خراب وقف را که مجوز فروش داشت بفروشیم و پولش را صرف بازسازی قسمت دیگر کنیم تا توفیر المنفعه شود، یا اینکه نخیر این باید سر جایش باشد و آن مخروب را بفروشید و جایش یک بدل بخرید برای همه نسلها باشد نه برای توفیر منفعت.

عمده دلیل بر حکم دوم یکی اقتضائات خود وقف است، و یکی هم تعلق حقوق بطون لاحقه. این ثمن که الان با آن وقف جدیدی خریده می شود متعلق حقوق بطون لاحقه هم هست، اما اگر شما این را بفروشید و خرج تعمیر قسمت دیگر کنید ممکن است برای نسل حاضر توفیر منفعت داشته باشد اما لااقل بخشی از آنچه را که به بطون لاحقه می رسد از بین می برد و معلوم نیست اینکار درست باشد. نمی گوئیم از آنها منتفی می شود، چون ممکن است با بخشی از ثمن وقف جدید بخرید، اما بخشی از آن صرف بازسازی ای شده که ایجاد توفیر منفعت برای نسل حاضر می کند و ممکن است این بازسازی ده سال هم بکار بیاید و منفعتش هم بیشتر باشد و بعد به حال اول برگردد. مثلاً شما رنگ به خانه قدیمی می زنید، ده سال کار می کند. در این ده سال بیست میلیون نسل حاضر گرفته اند، اما این به نحوی از آن نسل لاحق کم شده است، چون اگر ثمن مال آنها بود برای نسل آتی یک خانه بهتری می خرید، اما مجبور شدید یک خانه کوچکتری بخرید تا باقی آن را صرف تعمیر کنید.

بنابراین دلیل منع متشکل از دو نکته است اول تعلق حق بطون لاحقه دوم مقتضیات خود وقف است، وقتی ما وقف می کنیم باید به وقف طبق مقتضای خودش عمل کنیم. اصل در تصرفاتی که موجب جابجائی در وقف می شود منع است مگر اینکه دلیل خاصی اقتضاء کند.

**سؤال:** اطلاق این مطلب مورد قبول نیست. مثلاً اگر مثل پیدا نشد عقلاء می گویند توفیر همین بهتر از این است که غیر مثل بخریم.

**جواب:** این مواردی که شما می فرمائید مثالهای خاص است، که به آن نپرداخته ایم ولی واقعاً جای بحث داشت، که اصلاً مثل لازم است یا نه. عده ای اصلاً منکرند که مثل لازم است، می گویند از کجا؟ وقتی مجوز بیع دارید بروید بفروشید. حتی بعضی ها می گویند همین نسل فعلی بگیرند و مصرف کنند، در بعضی از مسوغات اینطوری است. و لذا اینها فروض مختلف دارد. ممکن است آنجایی که مثل پیدا نشود بحث دیگری است، ولی در مثل خانه و اینها چرا مثل پیدا نشود؟ مثل پیدا می شود و حتی در جهت وقف هم پیدا می شود، ما مثل را بخریم و همانطور وقف کنیم یا بدون وقف خودش وقف بشود، که بعضی ها گفته اند.

### حکم فرضی که ثمن به مقدار خرید موقوفه نیست

بعد فرموده اند: نعم لو لم یکن الثمن بمقدار شراء مثل الموقوفة یصرف فی التعمیر و لو للتوفیر. وقتی فروختید اگر آن ثمن به مقداری نیست که شما بخواهید با آن یک خانه بخرید، مثل الان که در فلان نقطه تهران خانه شد متری صد میلیون تومان، با صد میلیون می شود یک متر خرید. اینکه نمی شود. حال که نمی شود می گویند بیاید صرف قسمتهای باقیمانده کنید ولو للتوفیر، چون کاری دیگری با آن نمی توانید کنید.

### بررسی صور بیان شده

ما در اینجا چند مطلب که از قبل گفتیم را می خواهیم تطبیق کنیم:

یکی اینکه فرموده اند: اگر آن بخشی که قابل تعمیر است اگر منفعت داشت فإن امکن تعمیر ذلك البعض المحتاج من منفعه فالاحوط تعميره منها.

ما قبلا بحث کردیم، که نه احوط بودنش معلوم است و نه به نظر می آید لازم باشد. چون شما دارید می گوئید که حق بطون لاحقه را بیایند صرف اینجا کنند، یا بر عکس حق بطن فعلی را صرف تعمیری کنند که به درد بطون لاحقه می خورد، جواز این از کجا است؟! یک فروزش صرف منافع دیگران است، یک فروزش صرف منافع مال. حال مثال عرض کنم:

یک وقتی استفاده خود حاضرین از این وقفی که نیاز به تعمیر محتاج است به صرف ثمن است در این صورت اشکالی ندارد، ما الان منفعتی را که ما باید استفاده کنیم صرف تعمیری می کنیم تا خودمان استفاده کنیم. این یک صورت است.

گاهی اینطور است که این ساختمان الان نیاز به تعمیر ندارد ولی اگر الان تعمیر نکنم ده سال دیگر قابل استفاده نیست. شما می فرمائید که ما منافع الان را که مال نسل حاضر است بیایم صرف تعمیر کنیم که آن افرادی که ده سال بعد می آیند استفاده کنند. این را از کجا می گوئید؟! خب این یک حقی است مزاحم حق من با حق بطون لاحقه است، میفرمائید که ما اینجا تعمیر کنیم که بطن های لاحق به مشکل نخورند. این چه دلیلی دارد؟ این اول کلام است؟

نوع سومی نیز وجود دارد که ترکیب اینهاست. یعنی الان وقفی در دست من است، بخشی از آن مسوغ بیع دارد، این بخشی از آن که قابل تعمیر است طوری است که اگر تعمیر نکنم نه من می توانم استفاده کنم و نه بطون لاحقه. می گوئیم منافع را صرف تعمیر کنید.

این صورت تعمیر درست است یعنی ولو اینکه بطون لاحقاً هم استفاده می کنند، ولی طوری است که من اگر الان صرف نکنم خودم هم نمی توانم استفاده کنم. مطمئناً نظر واقف این بوده که این وقف باقی باشد و مورد استفاده قرار بگیرد، خود مقتضیات وقف هم همین است که وقف باقی باشد. ولو منافع الان مورد استفاده و نفع شماسست، ولی ما یقین داریم که مقصود واقف از انشاء و مقصود از نهاد وقف برای کسانی که نهاد وقف را تصحیح کرده اند من العقلاء والشارع، این است که وقف باقی باشد و از آن استفاده شود. چون ما این را می دانیم می توانیم این را بگوئیم که صرف منفعت حاضر نه تنها جائز است بلکه لازم است که منفعت این نسل صرف بشود برای تعمیر تا هم خودشان استفاده کنند و هم نسلهای بعد استفاده می کنند.

بنابراین فروض این مسئله سه تا است. اینکه ایشان فرموده اند **فإن امکن تعمیر ذلک البعض المحتاج من منافعه فالاحوط تعمیره منها**، می گوئیم سه فرض دارد، در بعضی از فروضش باید تعمیر کنند، در بعضی از فروض دلیل نداریم مثل این قسمی که الان تعمیر برای حالا لازم ندارد، بلکه الان تعمیر لازم دارد برای حفظ حق بطون لاحقاً. این تزامم حقوق است، معلوم نیست چنین چیزی داشته باشیم که الان هم باید این کار را کنیم. نسل حاضر خودشان استفاده می کنند بعداً که خراب می شود مسوغات بیع ایجاد می شود آن را می فروشند و به جای آن چیز دیگری می خرند و وقف می کنند. می شود وقف برای همه بطون. یا می فروشند و ثمن را تقسیم می شود بنابر بحثی که در مسوغات بیع داریم. بنابراین اطلاق این سخن باید تقیید شود.

نسبت به فرض بعدی که اگر نشود که از خود این وقف صرفش کنیم، بیائیم ثمن را که از فروش بخش دیگر داریم برای تعمیر اینجا صرف کنیم. این هم به خاطر همان بحث قبلی قابل



بحث است. در فروضی روشن است که این ثمن باید صرف این بشود ولی در فروضی معلوم نیست، چون بخشی از این ثمن مال نسل حاضر است یا تمامش مال نسل حاضر است بنابر اختلافی که هست. علی القاعده احوطش این است که مال همه نسلها باشد. اینکه شما بگوئید ثمنی که بخشی از آن مال نسل حاضر است برای تعمیری باشد که برای حفظ حقوق نسل آینده است و این نسل محروم بمانند دلیلی ندارد. همان بحثی که بالا کردیم در اینجا نیز نسبت به ثمنی که می خواهد صرف شود مطرح می شود. این هم یک قسم است.

نسبت به فرض توفیر، حق با ایشان است. ما دلیلی نداریم که ثمنی که متعلق حق بطون است لازم باشد یا جائز باشد برای توفیر منفعت بطن حاضر یا بطن آینده صرف شود. معلوم نیست ما ملزم باشیم یا مجاز باشیم با ثمنی که باید بدل از مال موقوف قرار بدهیم تعمیری انجام بدهیم که توفیر منفعت می آورد.

**سؤال:** چرا فرض توفیر را از ثمن مطرح کردند چرا فرض استفاده از منفعت را در باقیمانده نگفته اند؟

**جواب:** ممکن است کسی بگوید آن بخشی که نیاز به تعمیر دارد منافی داشته باشد که در راستای توفیر منفعت استفاده شود، ممکن است این حکم آنجا هم بیاید. این فرمایش درستی است که دلیلی بر توفیر منفعت نداریم.

بله در جائی که هیچ کاری با این ثمن نمی توان انجام داد و امر دائر است بین اینکه نسل حاضر کلاً این ثمن را استفاده کنند، یا اینکه برای همه نسلها باشد. معقول این است که تعمیری

کنند که برای همه نسلها باقی باشد. این اقرب است هم به مراد واقفی که می دانیم لذا در انشائش هست و هم با نهاد وقف. این بیان به نظر می آید حرف صحیحی است.

این تمام کلام در مسئله ۷۵. مسئله ۷۶ که بحث افراز وقف است بحث مهمی است انشاءالله جلسه آینده بررسی خواهیم کرد.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۶: افراز وقف.....	۹۵۹
متن مسئله ۷۶.....	۹۶۰
فروض مسئله.....	۹۶۰
فرض اول: جواز افراز وقف از ملک طلق.....	۹۶۰
فرض دوم: افراز وقف از ملک طلق با تعدد واقف و موقوف علیه.....	۹۶۰
فرض سوم: افراز در صورت تعدد وقف و وحدت واقف.....	۹۶۱
فرض چهارم: فرض متلاحق بودن طبقات وقف.....	۹۶۱
فرض پنجم: فرض نزاع بین موقوف علیهم.....	۹۶۲
بحث وقف مشاع.....	۹۶۵
وقف مشاع در کلمات.....	۹۶۵
مورد روایت حبس الاصل و سبل المنفعة وقف مشاع است.....	۹۶۶
انحاء ثلاثه قسمت.....	۹۶۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶: افراز وقف

مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة مربوط به بحثی است که مبتلابه است و آن افراز وقف از ملک طلق است. گاهی پیش می آید که دو نفر در مالی شریک هستند، یکی از آنها سهم خودش را وقف می کند. بحث در این واقع شده است که اگر مالی مشائی مشترک بین شرکین یا شرکاء است و برخی از شرکاء سهم خویش را وقف

می کند در نتیجه حصه وقف از این مال به صورت اشاعه است و سهم مابقی ملک طلق مشاع است حال می توانند سهامشان را افراز کنند؟

## متن مسئله ۷۶

مرحوم امام ره در مسأله ۷۶ می فرماید: «لا إشكال في جواز إفراز الوقف عن الملك الطلق فيما إذا كانت العين مشتركة بينهما، فيتصداه مالك الطلق مع متولي الوقف أو الموقوف عليهم، بل الظاهر جواز قسمة الوقف أيضا لو تعدد الواقف و الموقوف عليه، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما حصته المشاعة على أولاده، بل لا يبعد الجواز فيما إذا تعدد الوقف و الموقوف عليه مع اتحاد الواقف، كما إذا وقف نصف داره مشاعا على مسجد و النصف الآخر على مشهد، و لا يجوز قسمته بين أربابه إذا اتحد الوقف و الواقف مع كون الموقوف عليهم بطونا متلاحقة أيضا، و لو وقع النزاع بين أربابه بما جاز معه بيع الوقف و لا ينحسم إلا بالقسمة جازت، لكن لا تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة، و لعلها ترجع إلى قسمة المنافع، و الظاهر جوازها مطلقا، و أما قسمة العين بحيث تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة فالأقوى عدم جوازها مطلقا»<sup>۱</sup>.

## فروض مسئله

### فرض اول: جواز افراز وقف از ملک طلق

می فرمایند: لا إشكال في جواز إفراز الوقف عن الملك الطلق فيما إذا كانت العين مشتركة بينهما، فيتصداه مالك الطلق مع متولي الوقف أو الموقوف عليهم. مرحوم امام ره در این قسمت هم اصل جواز افراز را بیان می کنند و هم اینکه توسط چه کسی صورت گیرد. می فرمایند اگر عینی مشترک بین طلق و وقف بود متصدی افراز از طرفی مالک ملک طلق است و از طرف دیگر متولی وقف یا موقوف عليهم هستند.

### فرض دوم: افراز وقف از ملک طلق با تعدد واقف و موقوف عليه

بل الظاهر جواز قسمة الوقف أيضا لو تعدد الواقف و الموقوف عليه. در صورت اول یکی از شریکین وقف کرده بود و فرض تعدد واقف را نداشتیم، و در این صورت فرض تعدد واقف و موقوف عليه را مطرح می فرمایند. مانند اینکه:

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۱

کما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما حصته المشاعة على أولاده. هر دو شریک حصه خود از خانه را وقف کرده اند. در صورت اول یک قسمت مال وقف است و قسمت دیگر آن طلق، نتیج افراز در آنجا این بود که شریک که مالک طلق بود قسمت خود را می گیرد و قسمت دیگر وقف می باشد. ولی فرض دوم بحث این است که هر دو قسمت وقف هستند، لذا افراز در وقف می شود به شرط که واقف متعدد باشد و موقوف علیهم هم دو متعدد باشند، مثل اینکه دو نفر در یک مالی شریکند، هر دو حصه مشاعه خودشان را وقف می کنند، یکی برای اولاد خودش للتالی و بطون لاحقه آن، و دیگری هم برای اولاد خودش للتالی. در این صورت وقف را افراز می کنیم تا از یکدیگر جدا شود و هر کدام یک قسمت از عین را بگیرند. بحث حاضر در افراز واقعی عین است، در ادامه فروضی نیز مطرح خواهد شد که تنها صورت افراز ظاهری دارد.

باید توجه داشت که بحث افراز و قسمت در ابواب مختلف فقه مطرح می شود مانند کتاب القضاء، کتاب الشركة، کتاب الشفعة، کتاب الوقف. پس موارد اجرای افراز مورد اول در مالی است که قسمتی از آن وقف باشد و قسمتی از آن طلق و دیگری در جائی که دو وقف باشد منتهی به این صورت که دو نفر دارای ملک طلق مشاع هستند و هر فرد سهم و حصه خود از این مال مشترک را وقف می کند. کما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما حصته المشاعة على أولاده.

### فرض سوم: افراز در صورت تعدد وقف و وحدت واقف

فرض بعد که با ترقی بیان می شود این است که واقف یک نفر باشد ولی دو تا وقف کرده باشد. بل لا یبعد الجواز فیما إذا تعدد الوقف و الموقوف علیه مع اتحاد الواقف، کما إذا وقف نصف داره مشاعاً على مسجد و النصف الآخر على مشهد. فردی مالک خانه است، می گوید نصف این را به نحو الاشاعه وقف مسجد می کنم، و نصف دیگرش را هم به نحو الاشاعه وقف مشهد می کنیم. در اینجا هم می گویند علی الظاهر افراز اشکال ندارد، چون منشأش دو مالکیت مشاعه است ولو مالکش یک نفر باشد.

### فرض چهارم: فرض متلاحق بودن طبقات وقف

فرض بعدی در کلام مرحوم امام ره وقفی است که واقف و اصل وقف واحد است: و لا یجوز قسمته بین أربابه إذا اتحد الوقف و الواقف مع كون الموقوف علیهم بطونا متلاحقة أيضاً. واقفی خانه اش را بصورت بطون متلاحقه وقف برای اولاد می کند. اینجا واقف یکی است، وقف هم یکی است، منتهی موقوف علیهم بطون متلاحقه هستند. در اینجا

قسمت به معنای تقسیم بین خود این حاضرین است. مثلاً وقف کرده بر اولادش و پنج ولد دارد، اولاد می گویند ما نمی خواهیم به نحو مشاعی از این وقف استفاده کنیم، لذا وقف را بین خودمان تقسیم می کنیم، هر کدام از این بچه ها از این خانه هزار متری دویست متر بگیرند بگویند ما دویست متر می گیریم هر کسی بهره خودش را از آن مقدار ببرد. می فرمایند این کار جائز نیست و عمده دلیل بر عدم جواز قسمت در این فرض، حق بطون لاحقه است. چون در فرض تقسیم بناست عین به همین صورت تقسیم شده باقی بماند و دیگر با هم اشتراک نداشته باشند. در حالی اگر تقسیم نمی شد شاید سهم بطون بعدی متفاوت می شد. مانند اینکه یکی از بطون اولاد نداشته باشد که سهم او به بقیه می رسد یا تعداد اولاد در بطون بعدی متفاوت باشد که سهام نیز متفاوت می شود.

نکته اصلی نیز این است که بطون بعدی وقف را از خود واقف تلقی می کنند نه اینکه از بطن اول ارث ببرند. گوئی واقف در انشاء وقف در عمود زمان به بطون مختلف تملیک کرده است با این تفاوت که تملیک نسبت به بطن موجود بالفعل است و نسبت به بطون لاحقه به صورت اشتراط یا به صورت تصویر واجب معلق. بنابراین حق نداریم سهم هایی را که بعداً ممکن است جور دیگر باشد به این صورت تقسیم کنیم. بنابراین به نظر ایشان در فرضی که وقف یکی باشد و واقف هم یکی باشد و موقوف علیهم به این صورت بطون متلاحق باشند، قسمتش بین ارباب وقف درست نیست.

### فرض پنجم: فرض نزاع بین موقوف علیهم

و لو وقع النزاع بین أربابه بما جاز معه بيع الوقف و لا ینحسم إلا بالقسمة جازت. اگر بین موقوف علیهم نزاعی صورت گیرد از نوع نزاعی که با آن جواز بیع می آید، و این نزاع ختم نمی شود مگر با تقسیم و جدا سازی وقف، مرحوم امام ره در ابتدا تقسیم را جایز می داند ولی بعد، از این نظر عدول می کنند. منتهی می گویند: **لكن لا تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة**، این تقسیم نسبت به بطون لاحقه نافذ نیست.

پرسش این است که اگر تقسیم عین نسبت به آنها نافذ نیست پس چه چیزی را قسمت کرده اند؟ می فرمایند: و **لعلها ترجع إلى قسمة المنافع**. عین را که نمی توانند تقسیم کنند، چون تقسیم لازم است، وقتی قسمت شد و تراضی حاصل شد دیگر حصه هر فردی ملک خودش می شود. لذا بطون لاحقه باید از قبلی شان تلقی کنند در حالی که این درست نیست. لذا ایشان می فرمایند وقتی می گوئیم جازت، یعنی جایز است تقسیمی که نسبت به بطون لاحقه نافذ نباشد که می شود تقسیم ظاهری و لبش تقسیم منافع است. مثلاً خانه ای وقف بر اولاد شد که در این بطن پنج اولاد وجود دارد که با هم اختلاف پیدا کردند، نمی توان عین را در میان آنها تقسیم کرد ولی می شود منافع بالفعل را در میانشان تقسیم نمود چون

مالک منافع اند و مانند بقیه اموالی که ملک مشاع است قابل تقسیم است. نسبت به منافع مالکیم، نسبت به عین هم اگر مالک باشیم به این نحو غیر طلق مالکیم، حق نداریم این را جابه جا کنیم. بنابراین حقوق بطون لاحق به باید سر جایش باقی باشد.

لذا می فرمایند: **لكن لا تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة، و لعلها ترجع إلى قسمة المنافع، و الظاهر جوازاها مطلقا.** مرجع ضمیر هاء در «جوازاها» «قسمة المنافع» است یعنی قسمة المنافع مطلقا جایز است چه نزاع باشد و چه نباشد. در بالا گفتند که اگر لا ینحسم الا بالقسمة جازت منتهی نسبت به آیندگان نافذ نیست، و لعل لبش تقسیم منافع باشد، بعد می گویند تقسیم منافع جایز است به صورت مطلق، چه نزاعی باشد چه نباشد، حسم بشود یا نشود. چون منافع در این زمان ملک خود موقوف علیهم است و می توانند بین خودشان تقسیم کنند.

**و أما قسمة العین بحیث تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة فالأقوی عدم جوازاها مطلقا.** این مطلقا یعنی چه نزاع شود و حسم نزاع متوقف بر قسمت باشد و چه نباشد.

در بحث مسوغات بیع گفتیم اگر بین موقوف علیهم نزاع شود به گونه ای که بدون فروش وقف برطرف نمی شود مجوز بیع داریم. در اینجا نیز در ابتدا به نظر می رسد بتوانیم مانند آنجا بگوئیم اگر بین موقوف علیهم نزاعی درگرفت که بدون قسمت عین موقوفه برطرف نمی شود قسمت جائز است، لکن ایشان قسمت را جائز نمی دانند و نکته ای دارد که بیان خواهیم کرد لکن اول باید مراد از عبارت را روشن کنیم.

به نظر می رسد مقصود ایشان این است که: **لا یصح قسمة العین بحیث تكون نافذة بالنسبة إلى البطون اللاحقة.** یعنی متولی قسمت اعم از اینکه بطن حاضر باشد یا متولی وقف یا حاکم، نمی تواند عین را بین موقوف علیهم در مواردی که واقف و وقف واحد است تقسیم کند به حیثی که نسبت به بطون آینده نیز نافذ باشد. نمی تواند این کار را انجام بدهد یعنی نافذ نیست.

نکته عدم جواز نیز این است که ممکن است در نسلهای بعد، سهم یکی بیشتر و سهم یکی کمتر شود. اما اگر بین نسل فعلی تقسیم شود به این صورت که این تقسیم للتالی باشد و برای همه بطون نافذ باشد حق بطون آینده و سهم هر یک از وقف را به هم می ریزد.

پس صحت جدا کردن عین بطوری که نسبت به بطون لاحقه نیز نافذ باشد مطلقا جایز نیست «فالاقوی عدم جوازها مطلقا».<sup>۱</sup> چه نزاعی بشود و حسم ماده نزاع متوقف بر این افراز باشد و چه نزاعی نشود این جدا سازی صحیح نیست.

البته این عدم جواز فقط در این صورت است و الا در صور گذشته بیان شد که افراز اشکالی ندارد، مانند صورتی که دو واقف داریم هر کدام سهم مشاع خودشان را وقف کرده اند. اما در جائی که واقف واحد باشد و وقف هم واحد باشد اینکه نسبت به افراد موجود تقسیم کنیم به طوری که مؤثر برای بطون لاحقه باشد اشکال دارد. والا آنجا چون از اول از مالک مختلف تلقی می کنند و یا اگر از مالک واحد تلقی می کنند در واقع به دو ملک مختلف بوده است. وقتی واقف مالک شش دانگ این ملک است در واقع مالک دو تا سه دانگ مشاع نیز هستم سه دانگ مشاع را به مسجد می دهد و سه دانگ مشاع را به مشهد شریف، لذا اشکالی ندارد و مانند این است که دو تا مالک ملک خودشان را تقسیم کنند. آن چیزی که الان محل بحث است جائی است که مالک واحد باشد و وقف هم واحد باشد فقط تعدد موقوف علیهم بالبطون است، آیا اینجا جائز است تقسیم بطوری که نسبت به بطون بعدی نافذ باشد؟ می گویند اقوی این است که جایز نیست حتی اگر نزاع شود و حسم نزاع نیز بر این تقسیم مترتب باشد بطوری که اگر وقف قسمت نشود نزاع باقی می ماند.

**سؤال:** چه اشکالی دارد که الان بین خودشان تقسیم کنند و وقتی که بطون لاحقه نوبتشان رسید برگردد به حالت سابق.

**جواب:** ایشان اول همین را فرمودند. «جائز و لعلها ترجع التقسیم الی المنافع» چون اگر تنها برای خودشان نافذ است و نسبت به نسلهای بعدی نافذ نیست اثرش منحصر در منفعت است. و مانند این است که منفعت را تقسیم کرده اند که اشکالی ندارد. و مطلقا هم اشکال ندارد، چه نزاع باشد و چه نباشد. اگر عینی را تقسیم کنید ولی بگوئید نسبت به بطون لاحقه هیچ اثری ندارد این یعنی تقسیم واقعی نیست، این لبا و حقیقتا تقسیم عین نیست. چون اگر تقسیم عین باشد باید یک قسمت مال شما باشد و قسمت دیگر نیز مال من و دیگر تمام می شود.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۱



## بحث وقف مشاع

ظاهراً مرحوم امام ره در کتاب تحریر الوسیلة بحث وقف مشاع را مطرح نکرده اند. مرحوم آیت الله فاضل در پانوشت فرموده اند: «بعد ما عرفنا من أنه يجوز وقف المشاع».<sup>۱</sup>

ما در جلسه ۱۹۶ فی الجملة وقف مشاع را بحث کردیم و قبلش وقف کلی فی المعین را مطرح کردیم. ورود ما به آن بحث نه برای خود بحث وقف مشاع بود. مرحوم آخوند در آنجا وقف غیر معین را به وقف مشاع تشبیه کردند و فرمودند: وقف مشاع لا بحث فیه فتوی و نصاً، ما برخی از حرفها را در آنجا بیان کردیم منتهی خود بحث وقف مشاع بحث مهمی است که در کلمات فقهاء به صورت مستقل بحث شده، از مرحوم شیخ طوسی و محقق حلی و علامه حلی گرفته تا علمای معاصر، وقف مشاع را بحث کرده اند است. متن شرایع، متن قواعد، متن ارشاد بحث وقف مشاع را آورده است گاهی بعضی از فقهاء در سه باب بحث وقف مشاع را مطرح کردند. در کتاب الشركة به تناسب قسمت در میان شرکاء سراغ قسمت وقف مشاع با ملک طلق یا با وقف می آیند. در کتاب القضاء نیز از باب اختلافی که حاصل می شود بحث کرده اند و همینطور.

ما الان اول باید بحث کنیم اصلاً وقف مشاع درست است یا نه. بعد مستندش چیست. چون تمام این بحثها بر سر وقف مشاع است، اگر وقف مشاع درست نباشد این بحثها نمی آید، و موضوعی برای تقسیم ایجاد نمی شود.

## وقف مشاع در کلمات

مرحوم محقق حلی در کتاب شرایع می فرماید: «و یصح وقف المشاع». مرحوم صاحب جواهر می فرماید: «بلا خلاف اجدد فیه عندنا» که وقف مشاع صحیح است. من مالک سه دانگ این مزرعه یا خانه به نحو مشاع هستم آن را وقف می کنم. «بل الاجماع بقسمیه علیه، بل نصوص التصدق به مستفیضة أو متواترة» که ما می توانیم تصدق کنیم به نحو الاشاعه. بعد خود ایشان می داند که باید یک مقدمه ای اضافه کند، می فرماید: «فیدخل فیه الوقف»، یا وقف تحت اطلاق صدقه می آید، «أو یراد منه»، یعنی مقصود از صدقه وقف است.

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید، ص: ۹۱

<sup>۲</sup> نعم، لو کان هناك ملک بین وقف و طلق؛ بأن کان نصفه المشاع وقفاً لصحة وقف المشاع و نصفه طلقاً. فارید إفرار الطلق عن الوقف یصح ذلك، تفصیل الشریعة

- المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...، ص: ۱۳۵

## مورد روایت حبس الاصل و سبل المنفعة وقف مشاع است

«بل فی الغنیة أنه مورد قوله حبس الاصل و سبل الثمرة» صاحب غنیة فرموده اصلا مورد قول پیامبر صلوات الله علیه و آله که فرمودند حبس الاصل و سبل الثمرة همین وقف مشاع است. مرحوم صاحب مفتاح الکرامه مقدم بر صاحب جواهر بحث را بسیار خوب و منقح مطرح کرده است. هم به لحاظ اقوال و هم این نکته که چرا مورد حبس الاصل و سبل الثمرة وقف مشاع است. این روایت حبس الاصل که از ناحیه اهل سنت آمده پاسخ حضرت رسول صلی الله علیه و آله است نسبت به سوالی از عمر، چون پیامبر صلی الله علیه و آله راجع به ثواب وقف مطالبی مطرح کرده بودند او از پیامبر سوال می کند که من میخواهم نسبت به سهم خودم از خیر کار خیری انجام دهم. پیامبر فرمودند صلی الله علیه و آله «حبس الاصل و سبل الثمرة» که ریشه وقف است. نکته ای که وجود دارد این است که حضرت در خیر اموال را تقسیم نکردند، بلکه تعدیل سهام کرد.<sup>۱</sup> که در اشاعه مطرح خواهیم کرد.

خدا رحمت کند حضرت امام را بحث افراز را مطرح کرده اند ولی برخی مشکلات این بحث را که در قواعد و ارشاد و مفتاح الکرامه آمده است را مطرح نکرده اند. مانند بحث تعدیل و رد. اگر شما همینطوری بخوانید شاید متوجه نشوید ولی مقصود رد برای تقسیم است، که حالا در ذیل بحث تقسیم بحث رد خواهد آمد و بسیار مهم است. در جلسه آینده عرض خواهد شد که این در بحث ما که بحث تقسیم است چه اثری دارد. در آنجا گفته می شود که پیامبر صلوات الله علیه نیامدند خیر را بین افراد تقسیم کنند بگویند نفر اول دویست متر دارد و دیگر صد متر. بلکه تعدیل کردند. چون خیر یک جاهایی از آن خوب بوده یک جایی از آن خوب نبوده، تعدیل سهام کرده اند.

## انحاء ثلاثة قسمت

در بحث قسمت سه صورت وجود دارد:

اول افراز بالنسبة است، اگر کسی دو سهم دارد از شش سهم و دیگری چهار سهم دارد، واقعا تقسیم کنند دو سهم از زمین را به او می دهند و چهار سهم را به دیگری. این می شود افراز. اما گاهی تعدیل می کنند. می آیند یعنی حساب می کنند می بینند قسمتی از این زمین که کنار خیابان است گرانتر است و یکجای آن ارزانتر است می آیند. سهم کنار خیابان را کمتر می دهند و پشت آن را بیشتر. ولی همین زمین را تقسیم می کنند. عین تقسیم می شود. به این می گویند تعدیل.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)؛ ج ۲۱، ص: ۶۵۴

صورت سوم رد است: یعنی نمی شود این عین را به این صورت تقسیم کرد. یعنی در این تقسیم یک طرف مجبور می شود یک چیزی از جیبش مازاد بدهد تا بتواند آن سهم را بردارد. یعنی عده ای از صاحبان این مال مشاع وقتی می خواهد مال تقسیم شود باید خارج از این مال مشاع چیزی بگذارند و به دیگر شرکاء رد کنند تا بتوانند این قسمت را بگیرند. مثال معروفش این است که اگر یکی از موقوف علیهم از جانب خود رد را نپردازد اصلاً راه پیدا نمی کند. می آیند به این راه می دهند ولی باید یک چیزی به دیگران بدهد که به او راه داده اند. صورتی است که با تعدیل هم قابل قسمت نیست. شما اگر یک کمی هم بیشتر به این زمین بدهید حل نمی شود، باید یک راه بدهید تا اطراف همه این زمینها. می گویند یک چیزی بیاید بدهد تا آنها از زمینهای خودشان به این واگذار کنند. در مقام جدا سازی و قسمت، با رد تقسیم حاصل می شود.

فقهائی آمده اند بحث رد را در بحث ما هم آورده اند، که انشاء الله فردا عرض می کنیم. در خیر تعدیل در سهام بوده است. یعنی به اشاعه در ملک باقی مانده، پیامبر (ص) به همین شخصی که آمده تقاضای یک کار خیر کرده فرموده همان سهم مشاعت که تقسیم هم نشده آن سهم مشاعت را، که لبش این است ولو اسم نبرده اند اشاعه، گفته اند حبس الاصل، او مالک ملک مشاع بوده، مالک ملک طلق نبوده است.

پس بل فی الغنیة أنه مورد قوله عليه السلام حبس الاصل و سبل الثمرة. که اصلاً مورد قول پیامبر ملک مشاع بوده است. پس بنابراین واضح است که مشاع را می شود وقف کرد. این استدلال غنیه است.

حال تنها مخالفی که نام می برند فردی از عامه، بنام شیبانی است، آن هم از باب اینکه گفته مشاع را نمی شود قبض کرد. مرحوم صاحب شرایع بدون ذکر نام او با تعلیلی نظر او را رد می کند و می فرماید: **لأن قبضه قبضه فی البیع**، چطور در بیع مشاع قبض می کنند، قبض وقف مشاع هم مانند آن است. لذا جز این شخص، کسی در وقف مشاع تشکیک نکرده.<sup>۱</sup> منتهی در بحث وقف مشاع و روایاتش، ظرائفی وجود که انشاء الله بررسی خواهیم نمود وگرنه در اصل مسئله به لحاظ فتوایی و نصی واقعا مخالفی وجود ندارد.

«الحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۸، ص: ۲۰.

## فهرست

۹۶۸	افراز وقف .....
۹۶۹	اقوال در افراز وقف .....
۹۷۲	بررسی ذیل روایت ابی بصیر .....
۹۷۴	تأیید وقف مشاع .....
۹۷۵	بررسی بحث قسمت .....
۹۷۵	اشکال در کلام حضرت امام ره .....
۹۷۶	بررسی کلام علامه در کتاب قواعد .....
۹۷۸	دلیل مملک بودن تقسیم .....
۹۸۰	بحث ردّ در تقسیم از ناحیه مالک طلق و موقوف علیهم .....
۹۸۳	توجیه عبارت علامه توسط صاحب مفتاح الکرامه .....

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## افراز وقف

بحث ما در مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به تقسیم و افراز وقف بود. فروعاتی در این مسئله طرح شد اولین صورت افراز بین ملک طلق و وقف بود و به دنبال آن صورت افراز دو وقف از یکدیگر مطرح شد. چون به لحاظ فتاوی بعضی از این فروض متفاوتند نیاز به بحث مستقل دارند. قبل از ورود به اصل بحث نیاز به بحثی موضوعی درباره آن داریم که آیا اصلاً وقف مشاع صحیح است؟

در جلسه گذشته بیان شد که به لحاظ فتوی اتفاق فقهاء بر صحت وقف مشاع است. به دلیل اینکه اطلاقات وقف مانند حبس الاصل و سبب الثمرة شامل وقف مشاع نیز می شود. چون مالک مال مشاعی نیز می تواند تحبیس اصل و تسبیل ثمره کند. علاوه بر این در باب نهم وسائل از ابواب وقوف و صدقات روایاتی وجود دارد که دلالت واضح بر صحت وقف مشاع دارد.

## اقوال در افراز وقف

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه در بیان اقوال فقهاء می فرماید: «فی الخلاف و الغنية و التذکره الاجماع على صحة وقف المشاع، و فی المسالك و المفاتيح و الرياض أنه لاخلاف فيه، و لعله الظاهر من جامع المقاصد حيث اقتصر على حكاية الخلاف عن بعض العامة». یعنی شاید ظهور کلام صاحب جامع المقاصد نیز لا خلاف فيه باشد ایشان در مقام بیان مخالف به بیان اینکه برخی در میان عامه مخالف هستند اکتفا کرده است و همین تعبیر کفایت می کند که ایشان نیز قائل به عدم مخالف است.

«قلت: و هو محمد بن الحسن الشيباني والباقون موافقون. و قد صرح به فی المقنعة و النهاية و المبسوط و المذهب و فقه الراوندي». اینها گفته اند که وقف مشاع می شود. و سائر ما تأخر من البطون حتى التبصرة و اللمعة، و إنما خلا عنه بعض المختصرات كالمراسم و الكافي و الوسيلة، و لكنّه قد يستفاد من إطلاقاتهم». اطلاقات ادله وقف شامل وقف ملک مشاع نیز می شود.

بعد می فرمایند: «و قد عقد لذلك باباً في الوسائل بل سرد فيه ثمانية عشر خبراً و فيها الصحاح كصحيحة الحلبي...» که می خوانیم.

فرموده اند در آن باب ۱۸ خبر آمده، در کتاب وسائل در باب نهم به لحاظ شمارش ۷ خبر هست، منتهی اکثر این اخبار به چند طریق نقل شده و ایشان هر طریق را یک خبر گرفته است. و این غلط نیست، چون هر طریق یک خبر است. اما اگر منظور تعداد به لحاظ مضمون مخبر عنه باشد هفت مضمون وجود دارد. اگرچه نکته ای که در شمارش بالعجالة وجود دارد ۱۷ طریق بود که ممکن است بعضی خبرها دو حکایت داشته باشد. با توجه به اختلاف مضامین روایات، در مقام تواتر شکل نمی گیرد لذا مهم، روایات صحاح است.

اولین روایتی که بررسی می کنیم صحیحہ حلبی است: قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم و تصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار، فقال: يجوز. قلت: أ رأيت إن كان هبة؟ قال: يجوز».

سؤال می کند از خانه ای که علی القاعده به ارث رسیده و هنوز تقسیم نشده است. البته تصریح ندارد که میراث است لذا ثبوتاً ممکن است دو شریک این خانه را خریده باشند تقسیم نکرده باشند ولی ظاهرش این است که میراث بوده است. و تصدق بعض اهل الدار بنصيبه من الدار، بعضی از این اهل خانه ی که تقسیم نشده و شریک دارد نصیب خودش را صدقه قرار داده، که از آن وقف استظهار می شود چون مکرر بیان شد که صدقه در لسان روایات یا یک عنوان عامی است که وقف نیز یکی از مصادیق آن است یا اینکه اصلاً خصوص وقف است. سپس راوی از امام سؤال می کنند قلت: أ رأيت إن كان هبة، اگر این سهم مشاع را هبه بدهیم چطور؟ فرمودند قال: يجوز».

در صحیح ابی بصیر آمده: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صدقة ما لم يقسم و لم يقبض». صدقة دادن ملک یا مالی که لم يقسم و لم يقبض. «فقال: جائزة»، حالا جائزة یعنی جائز است، یا ماضی است، چون جواز در روایات به معنای مضی هم هست. إنما أراد الناس النحل فأخطئوا». این عبارت نیاز به توضیح دارد ولی محل استشهاد صدر روایت است جائی که سائل از امام صادق علیه السلام درباره صدقة دادن به مال مشترکی که هنوز قسمت و قبض نشده می پرسد؟ که امام علیه السلام در پاسخ فرمودند جائزة.

ممکن است شبهه ای در فرض سوال به ذهن رسد. چطور وقف مالی که قبض نشده و بالتبع اقباض هم نشده صحیح است درحالی که قبض دخیل در ماهیت وقف است، یعنی وقف بدون قبض صحیح نیست. جواب این است که واقف انشاء وقف مالی می کند که لم يقبض است ولی تمامیتش به اقباض است. پس از اینکه مال را قبض کرد آن را به موقوف علیهم اقباض می کند. اینها مقتضیات خود وقف است و ربطی اصل تحقق وقف ندارد.

در هر دو روایت به نظر می آید با توجه به اینکه صدقه در اصطلاح روایات عمدتاً همین وقف است دلالات تام دارد. صاحب مفتاح الکرامه در تایید اراده وقف از صدقه می فرماید لذا محمدون ثلاثه یعنی صاحبان کتب اربعه وقف را ذیل بحث صدقات آورده اند چون وقف را صدقه می دانسته اند. بنابراین اگر این استظهار صدقه به عنوان وقف تمام باشد که علی الظاهر در لسان روایات تمام است، دلالت این روایات بر وقف مشاع خیلی ظاهر است، چون سائل تصریح می کند مالی که لم يقسم را می خواهد وقف کند، امام فرمودند جائز است.

پس موضوع بحث ما در مسئله ۷۶ تحریر که درباره وقف مشاع است به لحاظ فتوی هم در آن نقل اجماع بر صحت وجود دارد بطوریکه مخالفی نیز در آن نیست، و هم این اجماع قابل تحصیل نیز می باشد. مانند تصریح شیخ مفید در المقنعه، شیخ طوسی در النهایه و راوندی در فقه القرآن و غیره.

### بررسی ذیل روایت ابی بصیر

در ذیل روایت مذکور امام علیه السلام فرمودند **إِنما اراد الناس النحل فأخطئوا**، نحل یعنی هبه. مقصود امام علیه السلام از عبارت «**إِنما اراد الناس النحل فأخطئوا**» چیست؟ صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «و لعل المراد أن الناس ارادوا من لفظ الصدقة في مثل صدقة الدار النحل و الهبة فأخطئوا في ذلك، بل المراد الوقف. فتأمل»<sup>۱</sup>.

سؤال می شود از امام در مورد صدقه، امام میفرمایند جائز است، بعد می گوید اراد الناس النحل، اراده هبه کرده اند فأخطئوا. ایشان می فرماید شاید مراد از عبارت این باشد که آنها اراده هبه کرده اند و اشتباه کرده اند و وقتی می گویند صدقه وقف است. پرسش این است که مگر وقف قصد نمی خواهد؟ آیا اگر آنها اراده هبه داشتند وقف واقع می شود؟! این توجیه صاحب مفتاح الکرامه خیلی عجیب است ایشان می فرماید و لعل المراد أن الناس ارادوا من لفظ الصدقة في مثل صدقة الدار النحل و الهبة فأخطئوا في ذلك، بل المراد الوقف. اگر اینها با لفظ صدقه قصد نحل را کرده اند، فأخطئوا، آیا با خطای ایشان وقف واقع می شود؟ وقف قصد می خواهد، چطور می شود قصد هبه داشتند ولی وقف واقع شود؟! شاید منظور از فتأمل همین نکته باشد.

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثه)؛ ج ۲۱، ص: ۶۵۳/۶۵۲



**سؤال:** شاید منظور از «ناس» در کلام صاحب مفتاح الکرامه این معنا باشد که وقتی افراد در معاملاتشان لفظ صدقه بکار می برند اهل سنت از این صدقه هبه می فهمند، حضرت دارد فهم اهل سنت را تخطئه می کند که از صدقه هبه می فهمند. فإخطئوا در اینکه هبه می فهمید باید وقف بفهمید. اگر این باشد دیگر اشکال شما وارد نیست.

**جواب:** بله ممکن است. ظاهر اراد الناس یعنی همین کسانی که دارند صدقه می دهند. چون در صدر روایت که گفت سئلت عن صدقة ما لم يقسم، راجع به صدقه همین افراد می پرسند. امام در پاسخ می فرمایند اراد الناس.

**سؤال:** غالبا تعبیر از ناس یعنی اهل سنت.

**جواب:** اگر تعبیر اراد العامة بود شاید ولی ناس خصوصیتی به اهل سنت ندارد.

به نظرم وجه روشنتر در تفسیر عبارت این است که صدقه در روایات گاهی به معنای هبه آمده است. در روایت بعدی روایت محمد بن ابی الصباح: قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إِنَّ أُمَّي تَصَدَّقَتْ عَلَيَّ بِنَصِيبٍ لَهَا فِي دَارٍ. خب تصدقت یعنی یکوقتی وقف بر من کرده یکوقتی هبه کرده.

به نظر می رسد خیلی روشنتر می شود این عبارت حضرت را فهمید به این بیان که از لفظ صدقه در بعضی از روایات اراده هبه شده است، یعنی از لفظ صدقه هبه را اراده کردند فإخطئوا. خطا کردن در بکار بردن لفظ صدقه. صدقه جایش این نیست که بجای هبه بیاید. جایگاه استعمال صدقه وقف است، ولی آنها گفتند تصدقت علیّ امی یعنی وهبت لی. لبش این است. یعنی اینطور می شود: إنما اراد الناس از تصدق نحل را فإخطئوا، آنها اگر مرادشان نحل و هبه است نباید

تصدق بکار ببرند که به معنای وقف است، می گویند تصدقت ولی در واقع وهبت است. به نظرم این عبارت خیلی روشتر است، مخصوصا در مثل این عبارت «إن امی تصدقت علی بنصیب لها فی الدار» که ظاهرش هبه است، نه وقف کردن. بنابراین وجهی ندارد که ما در مواردی که قرینه وجود دارد که هبه است حمل بر وقف کنیم.

در هر حال محل استشهاد صدر روایت است ذیل روایت محل استشهاد نیست. صدرش صدقه است و ظاهر صدقه در اینجا به معنای وقف است.

بنابر صحت این تفسیر نتیجه فرمایش امام این می شود که در هر کجا باید توجه کنیم چه قصد کرده اند. باید قرائن را ملاحظه کنیم، نه اینکه مطلقا بگوئیم هر کجا «تصدقت» گفته اند بگوئیم یعنی وقف کرده اند.

### تأیید وقف مشاع

علی ای حال چه به لحاظ اجماع و عدم خلاف و چه به لحاظ روایات اصل صحت وقف مشاع مسلم است. اطلاق روایت «حبس الاصل و سبل الثمرة» و «اطلاق الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» نیز شامل وقف مشاع می شود.

به علاوه اینکه همانطور که صاحب غنیه فرمود مورد وقف در حبس الاصل و سبل الثمرة خیر بوده است، که در آنجا سهام تقسیم نشده بود بنحوی که ملک طلق افراد شود. بلکه آنجا شراکت بوده که حضرت فرمود وقف کن. پس وقف مشاع می شود.<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> و فی وقف المشاع بقوله علیه السلام لعمر فی سهام خیر: حبس الأصل و سبل الثمرة. و السهام كانت مشاعة، لأن النبی صلی الله علیه و آله و سلم ما قسم خیر و إنما عدل السهام. غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ ص: ۲۹۷

## بررسی بحث قسمت

بحث دیگری که باید وقف مشاع بررسی شود بحث قسمت است. به نظر می رسد اطلاق کلام مرحوم امام در متن تحریر که افراز وقف از ملک طلق در همه جا ممکن است صحیح نباشد.

مرحوم امام ره در مسئله ۷۶ تحریر می فرماید: «لا اشکال فی جواز افراز الوقف عن الملك الطلق فيما إذا كانت العين مشتركة بينهما فیتصداه مالک الطلق مع متولی الوقف أو الموقوف علیهم»<sup>۱</sup>. در بحث قسمت گاهی افراز در مقابل تعدیل و رد است. افراز آنجایی است که سهام قابلیت تقسیم بالنسبه را دارد مثلاً تنصیف یا تثلیث یا تربیع تقسیم شود. و در مقابل تعدیل که با افزایش سهم برخی همین سهام را تقسیم می کنیم. و رد که در آن باید یک گروه مالی مازادی را به گروه دیگر بدهند تا بتوانند سهمی را بردارند.

## اشکال در کلام حضرت امام ره

مرحوم امام ره در این مسئله فرمودند افراز وقف از ملک طلق در عین مشترک جایز است تارة مقصود از افراز معنای لغوی افراز است یعنی تقسیم کردن که هر سه قسم در آن لحاظ شده. در این صورت فرمایش ایشان اشکال پیدا می کند زیرا در برخی از اقسام قسمت بالردّ دلیل نداریم که بتوانیم مال وقفی را تقسیم کنیم که خواهد آمد. و اگر لفظ افراز شامل تعدیل و رد نباشد، اشکالش این است که شما افراز را بیان کردید چرا ردّ و تعدیل را بیان نمی کنید، باید آن

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۱

را نیز بیان کنید چون در بحث تقسیم ردّ هم عدل افراز است که یک صورش جائز است و صور دیگری جائز نیست که باید بیان بفرمائید.

لذا در هر صورت کلام ایشان نقصی دارد، یا از باب اینکه شامل فروض رد نیز می شود که برخی فروض اشکال دارد پس اطلاق کلام ایشان صحیح نیست؛ و یا اینکه شامل رد نیست و افراز مقابل تعدیل و رد منظور است، که در این صورت بحث به لحاظ موضوع ناقص می شود. باید بقیه را هم ذکر می فرمودند.

### بررسی کلام علامه در کتاب قواعد

مرحوم علامه در کتاب قواعد راجع به قسمت می فرماید: «و تصح قسمة الوقف من الطلق الا ان يتضمن ردا الى الطلق منه».<sup>۱</sup> نکته قابل توجه استثنائی است که در کلام علامه آمده اگر اطلاق، موارد رد را هم شامل شود علی الظاهر اطلاق افراز در کلام مرحوم امام صحیح نیست. لذا مرحوم علامه در قواعد می فرماید: الا، یعنی تصح قسمة الوقف و افراز الوقف عن الطلق الا أن يتضمن ردا الى الطلق منه. این نکته قابل توجه ای است.

مرحوم علامه در قواعد می فرماید در جائی که فرض رد لازم بیاید، یعنی در تقسیم باید یک گروه مقدار اضافه ای به گروه دیگر بدهند مثلا پولی اضافه بدهند تا بتوانند سهمی که دارند بردارند. مانند اینکه سهم هر گروه نصف است ولی نمی توانیم تعدیل کنیم یعنی به یک گروه مقدار بیشتری بدهیم تا سهم خودش را از این ملک بگیرد. به هر دلیلی مانع دارد. پس یک گروه

<sup>۱</sup> قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۴۰۱

باید پولی به آن طرفی که ارزش یک دوش کمتر است بدهد تا اینکه با رضایتشان این تقسیم واقع شود.

فرض مسئله ما جائی است که یکی مالک یک دوم طلق است و یکی مالک یک دوم وقف است. اگر طوری باشد که صاحبان وقف چیزی را به صاحب طلق رد کنند و یک دوم را بگیرند، این علی الظاهر نباید اشکال داشته باشد. چون اشکال متصور در مقام از باب ردّ این است که حقیقت تقسیم یا بیع است که عامه می گویند ما قبول نداریم، یا خودش معاوضه ای مستقل و سببی مستقل است که مملک است نه بیع است و نه صلح. در قسمت بالاخره جابجایی ای صورت می گیرد. وقتی ما مشاعا مالکیم هر یک از شرکاء در تمام اجزاء این ملک به نحو الاشاعه مالک هستند وقتی قسمت می شود یک جابجایی صورت می گیرد. من معینا مالک یک بخش می شوم و شما هم معینا مالک بخش دیگر می شوید. یک جابجایی صورت گرفته است. حقیقت این جابجایی چیست؟ عده ای از اهل سنت می گویند بیع است. بین شریکین یک جور بیع صورت گرفته است. ولی فقهای ما می گویند ما هیچ دلیلی نداریم که این بیع است. یک قراردادی هست و این قرارداد نه بیع است و نه صلح و امثال آن. به حسب آنچه که از فتاوی و اجماع و روایات می فهمیم تقسیم خودش یک مملک است در عالم. یک قرارداد مستقل است بین طرفینی که شریک هستند و با این قرارداد هر کدام مالک مستقل می شوند. پس خود قسمت مملک است. و این مهم است که قسمت و تقسیم و افراز را بیع یا صلح بدانیم یا اینکه یک معاوضه و معامله مستقل بدانیم. چون اگر بیع شد، باید خواص بیع را باید داشته باشد، مانند وجود خیار مجلس و یا ضمانت بایع از مال تلف شده قبل از قبض، و مانند آن. اما اگر بیع نباشد خیار مجلسی در کار نیست، و همچنین احکام مختص به بیع.

مرحوم اردبیلی در حاشیه ارشاد تصریح می کند که حق این است که قسمت، خودش مملک است و لازم نیز هست. یعنی وقتی با شرائطش واقع شود مملک است و لازم، لذا نمی شود یک طرف به هم بزند. حالا اینکه چه موقع يجب التقسیم، خواهد آمد.

### دلیل مملک بودن تقسیم

سوالی که به نظر می رسد در اینجا مطرح شود این است که دلیل مملک بودن تقسیم چیست؟ مثلاً در بیع می گوئیم بیع یک معامله است و دلیل امضاء بیع، اوفوا بالعقود و احل الله البيع است. حال دلیل مملک بودن تقسیم چیست؟

یکی از دلائل می تواند اتفاق فقهاء بر حکم به وجوب اجابت دعوای شریک باشد که از این اتفاق، مملک بودن قسمت نیز استفاده می شود. می فرمایند «إذا دعا احد الشريكين الآخر الى التقسيم يجب اجابة دعوته إذا لم يكن مضراً له» اگر ضرری به شریک نمی رسد واجب است درخواست تقسیم شریکش را قبول کند و در این حکم ادعای اتفاق شده. از این حکم استفاده می شود اصل قسمت مورد اتفاق و اجماعی است، لا اقل در جائی که ضرری به کسی نرسد. بله ممکن است در مواردی تقسیم مضر باشد، مانند اینکه خانه مجللی است که اگر تقسیم کنند ارزش هر قسمت معادل نصف ارزش کل نیست. اما در بسیاری از موارد اینطور نیست، ده کتاب مانند یکدیگر به ما ارث رسیده است لذا در آن شریکیم، میگوئیم پنج تای آنها مال من پنج تا مال شما، چه مشکلی دارد؟ احد الورثة نمی تواند بگوید من نمی خواهم تقسیم کنم، من در تمام ده تا شریکم شما هم در تمام ده تا شریکید. به لحاظ شرعی می گویند إذا دعا احد الشريكين الى التقسيم و لم يكن مضراً على الآخر اجابة دعوته، و اگر امتناع کرد قاضی و حاکم بر

تقسیم اجبارش می کنند. به این خاطر که در این مساله اتفاق وجود دارد و از اتفاق در فرع، اتفاق بر اصل که جواز تقسیم است فهمیده می شود.

دلیل دیگری که در لابلای کلام فقهاء استفاده می شود، از باب ایصال حق به صاحب حق است. چون بقاء مال برای همیشه به حالت مشاع آسیب رسان خواهد بود. در واقع مالک ملک مشاع در صورت تداوم شرکت گاهی از استیفاء حقتش منع می شود.

این دلیل نیاز به بحث و تدقیق دارد چون ممکن است در پاسخ گفته شود حق شریک به همین مقدار اشاعه است. ولی واقعش این است که در ملک مشاع هر شریک نسبت به جزء جزء این ملک حق دارد و می خواهد از حقتش به نحو طلق استفاده کند. در واقع طلق استفاده کردن نحوه ای است که علی الظاهر از اطلاقات استفاده کرد. شخص می گوید من حق دارم و حقم را می خواهم استیفاء کنم.

در هر حال این نوع استدلال اگرچه خالی از شبهه نیست، ولی در کلمات قوم آمده است که حقیقت تقسیم عبارت است از تمیز الحق. در برخی تعبیر آمده است والاولی تعیین الحق، صاحب جواهر می فرماید: قسمت تعیین الحق و تمیز حق است دلیل صحتش در خودش نهفته است نیازمند اعتبار قصد خاصی نیست. وقتی شریکین نسبت به مال حق دارند، همین اقتضاء می کند که من بتوانم حقم را استیفاء کنم.<sup>۱</sup> بنظرم این کلام نیازمند تحقیق است. شاید مستند بهتر همان فتاوی باشد که هیچ خلافی در آن نیست، که ما در باب شریکین قسمت داریم. و اذا دعا

<sup>۱</sup> الفصل الثاني: في القسمة و هي تمیز الحق لكل شريك من غيره و لا ريب في أنها أمر برأسه ليست بيعا و لا صلحا و لا غيرهما سواء كان فيها رد أو لم يكن كما لا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص: ۳۰۹

احد الشریکین بلا تضرر من الآخر يجب قبول دعوته. این دو دلیل بر اصل ممضاة بودن قسمت به عنوان یک مملک.

**سؤال:** سیره نیز می تواند دلیل باشد؟

**جواب:** بله ممکن است بناء عقلاء در اصل تقسیم ثابت باشد.

### بحث ردّ در تقسیم از ناحیه مالک طلق و موقوف علیهم

در مواردی که قسمتی از مال وقف است و قسمت دیگر طلق است و برای تقسیم نیاز به رد وجود دارد بنابر استدلالی که بیان شد، تقسیم، مملک است، پرسش این است که: اگر این رد از ناحیه موقوف علیهم باشد یعنی موقوف علیهم باید از اموال شخصی شان چیزی به مالک طلق بدهند تا بتوانند سهمشان را بگیرند چون سهمشان بهتر است و به هر دلیلی تعدیل ممکن نیست در این صورت واضح است اشکالی ندارد موقوف علیهم از جیب خودشان یک چیزی بدهند تا سهم بهتری بگیرند حالا اینکه معادل این مبلغ اضافه چه حکمی دارد بحث دیگری است که مرحوم امام ره به آن پرداخته اند اما انشاءالله به آن اشاره می کنیم.

اما نکته مهم این است که اگر صاحب طلق بخواهد رد به موقوف علیهم کند تا سهم بهتر را بگیرد فرموده اند ممنوع است. دلیل آن بنابر نظر کسانی که می گویند قسمت، بیع است که روشن است. آقای واقف در این تقسیم دارد سهم آنها را می خرد در حالی که مسوغات بیع وجود ندارد.

اما اگر مانند مرحوم مقدس اردبیلی در شرح ارشاد آن را بیع ندانسته و معاوضه ای مستقل دانستیم اشکالش این است موقوف علیهم یا متولی حق ندارند وقف را معاوضه کنند. استدلال



این است که منع از معامله وقف، مخصوص بیع نیست. وقف قابل صلح یا هر معاوضه دیگری نیز نیست. اصل تقسیم هم مستلزم معاوضه است. منتهی صحت اصل تقسیم بر اساس اجماعات منقول و حتی اجماع قابل تحصیل و روایاتی که خواندیم با وجود اینکه مستبطن نوعی معاوضه است مورد قبول و پذیرش شارع می باشد. اما اینکه آقای مالک طلق چیزی بدهد که بخشی از سهام وقف را بگیرد، دلیلی بر صحت ندارد. بلکه دلیل بر منع دارد، اقتضاء وقف منع می کند. و روایات مسوغ تسهیم و تقسیم این را درست نمی کند.

بله اگر این رد به ازاء سهمی نباشد، مانند اینکه سهم طلق و وقف هر کدام یک دوم باشد و نیازی نیست مثلاً برای گرفتن راه بخشی از مال موقوفه را در مقابل عوض بگیرند اشکالی ندارد. اما اگر بخواهد بخشی از مال موقوفه را بگیرد و چیزی به آنها بدهد حق انجام این کار را ندارد. علاوه بر اینکه موقوف علیهم نیز حق ندارند، این کار هم خلاف مقتضیات وقف است، هم خلاف روایات وقف است و هم خلاف حق بطون آتی است.

اما گاهی رد مقابل سهم نیست مقابل جوده و بهتری سهم است. اینجا علی الظاهر می گویند اشکال ندارد. چون شما سهم را عوض نکردید. یک دوم یک دوم است، منتهی سهم مالک طلق در این تقسیم می خواهد بهتر باشد، از باب بهتریش پولی به موقوف علیهم می دهد. که در این صورت گفته اند اشکالی ندارد. برای اینکه شما معاوضه ای در سهم قرار ندادید و نقصانی در سهم ایجاد نمی شود. آن چیزی که وقف است وقف است، مشاع یک دوم بوده الان هم یک دوم است. لکن چون اصل تقسیم به حسب روایات و اتفاق جائز است در قبال جوده آن قسمت دیگر چیزی گرفتید، این را گفته اند علی الظاهر اشکال ندارد.

**سؤال:** سهم را کمی حساب می کنید کیفی حساب نمی کنید؟

**جواب:** اینکه می گویند جوده یعنی کیفی، سهم یعنی مقدار.

**سؤال:** اگر مشاع شد هم در کم است و هم در کیف. یک زمینی یک طرفش می خورد به خیابان و یک طرفش می خورد به کوچه، اینکه ما بگوئیم اگر نصف کردیم و سهم کوچه را دادیم به طرف وقف و طرف دیگر را دادیم به طرف طلق...

**جواب:** اینکه ما حتی در فرض جودت یک قسمت در همه شریکیم واضح است، منتهی ادله تقسیم به ما می گوید جائز است تقسیم کردن. اطلاق هم دارد بر اینکه ما اینجور موارد را تقسیم کنیم. تقسیم هم کردیم و سهممان را گرفتیم. اگر بخشی از این سهم که یک دوم است در اثر رد بخواهد برود طرف مالک طلق، مصداق معاوضه در این وقف است و حق نداریم. اما اگر سهممان را می گیریم و فقط جوده اش را واگذار می کنیم به نظر می رسد بر اساس اتفاقی که وجود دارد و استدلالی که در باب حق می کنند علی الظاهر نباید اشکالی وجود داشته باشد. اینها فروع بحث بود. اصل بحث ما این بود که اطلاق فرمایش امام ره که فرمود لا اشکال فی افراز الوقف اگر افرازش شامل همه نوع افراز باشد حتی تعدیل و رد، به نظر می رسد مشکل باشد. رد مالک طلق به موقوف علیهم مسلماً اشکال دارد ولی رد موقوف علیهم به مالک طلق اشکال ندارد، لذا موقوف علیهم می توانند از جیب خودشان مبلغی بپردازند و حصه ای از ملک طلق را بگیرند. لذا اطلاق فرمایش امام ره اشکال دارد. اگر هم به نظر ایشان افراز در مقابل تعدیل و رد باشد در واقع مطلب را مهمل گذاشته اند دو قسم دیگر را که قسم مهمی بود را فرمودند. پس این عبارت علی ای حال اشکال دارد.

## توجیه عبارت علامه توسط صاحب مفتاح الکرامه

اما بررسی متن کتاب قواعد که مرحوم علامه فرمودند «و تصح قسمة الوقف من الطلق الا أن يتضمن ردا الى الطلق منه»، مگر اینکه متضمن رد به طلق باشد. اگر این رد همان رد اصطلاحی باشد اینکه مورد اشکال نیست. خود علامه در کتب مختلفش گفته رد موقوف علیهم الی مالک الطلق اشکالی ندارد. اما رد مالک طلق الی موقوف علیهم اشکال دارد. چون وقتی مالک طلق رد می کند می خواهد یک چیزی از موقوفه را ضمیمه ملک خودش کند این اشکال دارد. پس عبارت الا أن يتضمن ردا الى الطلق منه اشکال دارد.

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: «قوله: الا أن يتضمن ردا الى الطلق منه، لعله اراد الا أن تتضمن اخذا من نفس الوقف الى الطلق» نه رد اصطلاحی. یعنی قسمت صحیح است مگر اینکه متضمن این باشد که بخشی از وقف را ما بدهیم. که بخشی از وقف را بدهیم در قبال رد مالک طلق. مالک طلق وقتی رد می کند اصطلاحا یعنی پولی می دهد و بخشی از وقف را می گیرد. اینجا تعبیر صاحب قواعد که فرموده «الا أن يتضمن ردا الى الطلق منه» رد را نه رد اصطلاحی بگیریم که اشکالی ندارد و خود علامه در کتب مختلف می گوید رد موقوف علیهم به مالک طلق اشکال ندارد. بلکه بگوئیم رد یعنی رد وقف. یعنی بخشی از وقف را بدهیم به مالک طلق. هر کجا که تقسیم متضمن این جهت باشد که بخشی از وقف را بدهیم اشکال دارد. اینجور معنا کنیم.

«لعله اراد الا أن تتضمن اخذا من نفس الوقف الى الطلق ليوافق قوله هنا قوله في قضاء الكتاب: و لو تضمنت ردا جاز من صاحب الوقف خاصة».<sup>۱</sup> علامه تصریح کرده است در کتاب قضائش که صاحب الوقف فقط می تواند رد کند، اما صاحب طلق نمی تواند رد کند. چون رد صاحب وقف متضمن این نیست که بخشی از وقف را بدهیم، اما رد صاحب طلق متضمن این است که بخشی از وقف را بگیرد و این نمی شود. ایشان در ادامه عبارتهای دیگری نیز آورده و بعد می فرماید استوضحه این معنا را آنچه را که علامه در کتاب تذکرة الفقهاء فرمودند.

این ما حصل آنچه را که در صور باب افراز باید ملحوظ بداریم.

نکته های دیگری نیز در بحث وجود دارد که انشاء الله جلسه آینده بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمين».

<sup>۱</sup> مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)؛ ج ۲۱، ص: ۸۰۰

## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۹۸۵
افراز دو وقف و فروض آن	۹۸۶
تعدد وقف و موقوف علیه واحد	۹۸۶
تعدد وقف و تعدد موقوف علیهم	۹۸۸
حقیقت تقسیم	۹۸۹
کلام صاحب قواعد	۹۹۲
ذکر ادله مجوزین و منکرین در مفتاح الکرامه	۹۹۳
ادله تقسیم	۹۹۵
ادله تقسیم در کلام مرحوم آیت الله فاضل و رد آنها	۹۹۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

بحث ما در مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به تقسیم و افراز وقف بود. فروعاتی در این مسئله طرح شد. هر چند ظاهر این مساله آسان به نظر می آید ولی با تعمیق در مطالب روشن می شود که دارای مطالب دشواری است.

اولین فرع مسئله ۷۶ بحث افراز مال وقف از ملک طلق است که حضرت امام ره می فرمایند: «لا اشکال فی جوازه» و حق هم با ایشان است، چون جلسه گذشته بحث کردیم که در اینجا ادعای اجماع شده است و بعید نیست که بتوان آن را تحصیل کرد. عده ای نیز ادعای لاخلاف کردند که با توجه این ادله، حکم این فرع روشن است.

علاوه بر اینکه ممکن است کسی بگوید اگرچه قدر متیقن اولیه از بحث قسمت در باب شرکت مواردی است که هیچ وقف نباشد ولی این مواردی که وقف با ملک طلق مشترک است نیز داخل در قدر متیقن است. البته بحث اینکه چه کسی متصدی این کار است بحث دیگری است که خواهد آمد.

## افراز دو وقف و فروض آن

فرع بعدی مسئله ۷۶ راجع به دو وقف است. آیا دو وقف را نیز می شود از یکدیگر افراز کنیم؟ در این فرع چند فرض وجود دارد:

## تعدد وقف و موقوف علیه واحد

گاهی فرض تقسیم در مالی است که هم وقف و هم واقف واحد است برای موقوف علیهم که واحد ملحوظ شدند مثلاً آقای وقف کرده برای بطون متلاحقه خود نسل بعد نسل، اینجا موقوف علیهم ولو بنحو ترتبی واحد هستند، آیا اینجا تقسیم صحیح است؟ تقسیم به این معنا که مال وقفی را بین موقوف علیهم بالفعل تقسیم کنیم و حصه هر فرد بعد از او به ذریه اش برسد. مرحوم امام در این فرض تقسیم را صحیح نمی دانند. چون به حسب وقف این مال متعلق به همه نسلها و بطنهای متلاحقه است، چه بسا اگر تقسیم نباشد به بعضی از نسل بعدی سهم

بیشتری برسد. ممکن است بعضی از این افراد فعلی نسلشان از بین برود و دیگر اولاد نداشته باشند پس به نسل بعدی بیشتر می رسد. در حالی که اگر بنا بود در نسل اول تقسیم شود سهم کسی که وارث نداشته باشد تکلیف خاص خودش را دارد. مقصود این است که اگر موقوف علیهم واحد باشند به این معنا که مثلا نسلهای بطنا بعد بطن متلاحقه باشند و واقف هم یکی باشد تقسیم صحیح نیست. البته فرض وحدت واقف لزومی ندارد ولی فعلا مفروض ایشان این است.

می فرمایند: «و لا يجوز قسمة بین اربابه إذا اتحد الوقف و الواقف مع کون الموقوف علیهم بطونا متلاحقة ایضا».<sup>۱</sup> پس موقوف علیهم هم واحد است، تعددش از باب بطون متعدده است. در این صورت ما نمی توانیم وقف را تقسیم کنیم بطوری که ذریه هر فرد مالک قسمت او بشود. بلکه تمام هر نسلی بعد از تمام شدن نسل قبلی مالک یا موقوف علیهم بنابر اختلاف مبانی می شود.

این فرع نیز تقریبا روشن است و بحثی ندارد، چون علاوه بر اینکه در این فرع مخالفی بر عدم صحت تقسیم وجود ندارد، از باب اینکه می تواند متعلق حق بطون آینده قرار گیرد اطلاق حکم درست نیست.

بله مطابق فرمایش امام ممکن است قائل به قسمت ظاهری شویم که بازگشتش به تقسیم منافع است.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۱

## تعدد وقف و تعدد موقوف علیهم

بحث عمده در این فرع است که موقوف علیهم دو تا باشند و واقف هم دو تا باشد، مانند اینکه دو نفر در یک منزل شریکند و هر یک سهمش را برای ذریه خودش وقف می کند. لذا دو وقف داریم و دو موقوف علیه. حضرت امام ره در این صورت می فرمایند: **بل الظاهر جواز قسمة الوقف أيضا لو تعدد الواقف و الموقوف علیه.**

بعد توسعه می دهند به فرع دیگری که واقف یکی باشد ولی دو تا موقوف علیهم داشته باشیم. که این بحث بعدی است. راحت تر و روشنترش این است که دو تا واقف باشند و دو تا موقوف علیه.

حضرت امام ره در اینجا با دقت مطلب را بیان می کنند در بالا می فرمایند: «لا اشکال» در صحت قسمت بین وقف و ملک طلق. چون واقعا مخالف نداشت، بلکه اجماع نقل شده بود، بلکه بعید نیست اجماع محصل هم تحصیل بشود. ما نیز در اصل صحت تقسیم اشکال نکردیم در اطلاقش در فرضی که نیاز به رد از ناحیه مالک طلق باشد اشکال کردیم. اما در این فرع می فرمایند: «بل الظاهر».

یک بحث که در جای خودش باید بررسی شود این است که حقیقت قسمت چیست؟ فقها به این بحث در ذیل بحث شرکت پرداخته اند. ذیل بحث افراز در کتاب القضاء هم بحث شده است. در کتاب القضاء محقق رشتی بحث بسیار خوبی هست که ما احتمال خیلی بالا می دهیم که این کتاب، تقریرات درس شیخ انصاری باشد. کما اینکه کتاب القضاء مرحوم آشتیانی و ملا حسینقلی همدانی و مرحوم نجم آبادی نیز به همین صورت است که هر چند به نام این اشخاص



است اما با مقایسه مواضع متعدد معلوم می شود که مفادش عمدتاً یکی است، گرچه ممکن است گاهی یکی از مقررین مطلبی را از خودش اضافه کرده باشد. ظاهراً کل شان فرمایش شیخ انصاری است. در کتاب القضاء مرحوم رشتی بحث بسیار خوبی راجع به حقیقة الاشاعة آمده است که اول بفهمیم دو تا شریک به چه صورت مشترکاً عین را مالک هستند. و بعد از حقیقت تقسیم بحث کرده اند.

### حقیقت تقسیم

یکی از نکات مهمی دیگری که باید به آن توجه نمود بحث از دلیل تقسیم است. اشاره کردیم حقیقت تقسیم نه بیع است، نه صلح است، حتی معلوم نیست معاوضه برآسه باشد، بلکه یک سبب مستقل است که نکات متعددی بر این امر مترتب می شود. مثلاً همانجا مرحوم میرزا حبیب الله رشتی نقل می کند که در بحث ربا اگر مثل صاحب شرایع قائل باشیم ربا در کل معاوضات جاری است اعم از معاوضات صوری و معنوی، ممکن است بگوئیم در اینجا نمی آید. چون این تقسیم معاوضه ای مستقل نیست. نه بیع است، نه صلح است و نه معاوضه. ولی سبب مستقل هست.

ایشان در ادامه بحث می کند که آیا قسمت عقد أو ایقاع، او موضوع رُتب علیه احکام شرعیة کالاحتطاب. موضوع، نه موضوعات تکوینی خارجی مثل ماء. موضوعی که رُتب علیه احکام شرعیة مثل احتطاب. در احتطاب سببیت است، مثل حیات که در آن سببیت تملک است، پس ولو موضوع است اما احتطاب یک عمل خارجی است که شما انجام می دهید، حیات یک عمل خارجی است که شما انجام می دهید، منتهی اگر بدواع خاص باشد سببی است که مملک

است، شما آن بوته هایی که می چینید و قصد تملکش را دارید، مالک می شوید و می روید می فروشید. یا ملکی را حیازت می کنید، می شوید مالک. پس باید دقت شود که آن چیزی که آقایان نفی می کنند که بیع نیست، صلح نیست، و لیس معاوضة مستقلة حتى يترتب عليه الربا لو قلنا بشموله لكل معاوضة، شامل این نمی شود، چون معاوضه نیست. ولكن نمی خواهند بگویند سبب هم نیست. چون قسمت سبب می شود. سبب تملک است لباً و سبب تعیین است ظاهراً. ما دو تا شریک هستیم به نحو الاشاعه، با این تقسیم، متعلق حَقمان را تعیین می کنیم. لباً یک جابجایی صورت می گیرد، ولی ما داریم تعیین می کنیم. این قسمت یک تسبیب عرفی است و شارع هم این را پذیرفته است. به حسب بعضی از آیات شریفه و روایات فی الجملة اصل قسمت را پذیرفته، بعید نیست بگوئیم که بناء عقلائی بر اصل قسمت وجود داشته و تا زمان شارع هم ادامه پیدا کرده است و نفی هم نشد، مثل دو تا شریک که مال را بین خودشان قسمت می کردند یا ارث را قسمت می کردند. و شارع هم پذیرفته و امضاء کرده است. نهی که دال بر ممنوعیت قسمت ارث باشد نداریم، بلکه خلافش را در قرآن و روایات داریم که اصل قسمت را ثابت می کند. اما باید دقت نمود که از اینها اصل مشروعیت فقط فهمیده می شود.

پس ما چیزی به نام قسمت داریم که علی الظاهر یک سبب برای تعیین است. سبب هم که می گوئیم یعنی سبب عرفی که امضاء شده و شرعیت پیدا کرده است. منتهی عرف این را معاوضه نمی بیند، می گوید حق من را در اینجا تعیین کرده. لباً یک نوع جابجایی در آن صورت گرفته بلا شبهه. شما در جزء جزء این ملک مالک بودید اما بعد از تقسیم دیگر یک طرف رفتند.

شما در تک تک ذرات این عین به نحو الاشاعه مالک بودید. وقتی با تقسیم و قسمت افراز می کنید و شما یک قسمت را می گیرید لباً جابجایی صورت گرفته است، ولكن عرف این را

جابجایی نمی بیند می گوید تعیین است. این را معاوضه نمی بیند می گوید تعیین است، و این تعیین را شارع هم پذیرفته و کار عقلائی هم در آن دارد صورت می گیرد. تعیین خودش یک کاری است، این کار تسبیباً صورت گرفته است و در تسبیبات لازم نیست ملکیت باشد. مگر تسبیبات شارع فقط ملکیت است؟ در نکاح مگر شما ملکیت دارید؟ ما با تسبیبات کارهای مختلف انجام می دهیم، یک کار هم تعیین است که با انشاء به یک داعی خاص حاصل می شود و بدون انشاء هم حاصل می شود. چون این فرضی که مرحوم رشتی در کتاب القضاء فرمود برای همین بود که ما اصلاً در آنجا عقد و ایقاع مثل انشاء قولی نداریم. تقسیم ممکن است انشاء باشد یعنی یک کاری می کنیم بداع خاص، و این سبب تعیین است، لذا ممکن است جابجایی باشد اما عرفاً می گویند حصه حق خودش را در اینجا تعیین کرده است.

حالا در همینجا که دو واقف داریم و دو موقوف علیه اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقهاء منع کرده اند گفته اند تقسیم اینجا نمی آید، بعضی گفته اند می آید. و لذا بالا امام ره می فرماید بین ملک طلق و وقف لا اشکال. که البته اطلاقش را گفتیم در فرض رد به موقوف علیهم اشکال دارد. اینجا می فرماید بل الظاهر. چون اختلافی است. بعضی از فقهاء در جائی که دو تا وقف است و دو تا واقف یا یک واقف است و دو تا وقف است به این معنا که همان فرضی که امام ره فرمودند که یک آقای مالک کل عین است، نصفش را به نحو الاشاعه برای مسجد قرار می دهد و نصفش را به نحو اشاعه برای یک مشهد شریفی قرار می دهد. واقف یکی است اما دو تا موقوف علیه دارد. اینجا هم فرموده اند قسمت می شود.

## کلام صاحب قواعد

مرحوم علامه بعد از اینکه فرمودند تقسیم بین وقف و طلق واقع می شود، در متن قواعد فرموده اند: «و هل يجوز قسمة الوقف على نفرين، الاقرب المانع مع اتحاد الواقف و الموقوف عليه. که همان قسمی است که امام ره هم فرمود نمی شود. اما این قسمت بحث ما است که اما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فاشکال»<sup>۱</sup>. یعنی برای ایشان سر راست نیست که اینجا می شود. و بعد صاحب مفتاح الکرامة می فرماید: «اصحه المانع». و این منع را از خود علامه در کتب دیگرش نقل می کند.

می فرمایند: «اما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فاشکال اصحه المانع. همینجایی که امام ره فرمود والظاهر أنه يجوز التقسيم، اینها فرموده اند منع. كما في الايضاح، ايضاح الفوائد که مال فرزند علامه است. وهو الذي قربه في التذكرة. علامه در تذکره هم همین اصحه المانع را تقریب کرده است. و في الحواشي أنه قوي، و اختير في التحرير و المسالك و مجمع البرهان الجواز. علامه ای که در کتاب تذکره می گوید اشکال و منع را تحریر می کند، اما در کتاب تحریر جواز را پذیرفته است، شهید ثانی هم در مسالك جواز را پذیرفته است، مرحوم مقدس اردبیلی در مجمع البرهان هم جواز را پذیرفته است. و في جامع المقاصد أن فيه قوة، محقق کرکی فرموده در همین جواز قوت هست.

<sup>۱</sup> قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۴۰۱

پس اختلافی است، عده ای می گویند تقسیم در اینجا جائز است و عده ای می گویند نمی شود. لذا از اجماع دیگر خبری نیست. ما در آنجا به اجماع تمسک کردیم، به نقل اجماع، امکان تحصیل اجماع، عدم خلاف، و البته اصلش را هم گفتیم ممکن است کسی به قدر متیقن تمسک کند در باب تقسیم. اما اینجا این استدلالات نمی آید. چون اجماع دیگر در کار نیست که بگوئیم اجماع بر جواز تقسیم است. همچنین چیزی نیست.

### ذکر ادله مجوزین و منکرین در مفتاح الکرامه

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه می فرماید: حجة المجوزین انهما وقفان فلكل حکم نفسه فجاز تمييز احدهما عن الآخر و لا مانع إذ لا ضرر». مجوزین می گویند دو تا وقف است، هر کدام حکم خودشان را دارد، بنابراین تمییز یکی از دیگری جائز است چون ضرری هم در آن نیست. ولی انصافا این دلیل جواب روشنی دارد.

«حجة المانعين اطلاق الفتاوى مع ما نسب الى الاصحاب من الاطلاق ايضا». می گویند اصحاب که منع از تقسیم وقف بین نفرین یا بین افراد موقوف علیهم کرده اند، کلامشان اطلاق دارد. نگفتند که آیا متعدد باشد یا یکی باشد. وقف دو تا باشد یا یکی باشد. اطلاق دارد. در همه فروض ظاهرشان منع است.

بعد فرموده اند: و انهما وقفا مشاعا فلا يجوز تغیره». وقتی وقف مشاع کرده اند چطور می شود آن را تغییر داد؟ حال چه دو نفر باشند چه یک نفر، مشاع را وقف کرده اند، باید وقف علی ما هی علیه باشد، مشاعا وقف شده باید به حال خودش باشد.

کسی از این نحوه بیان جواب می دهد، که درست است که وقف مشاع شده است ولی یکی از خصوصیات مال موقوف علیهم این است که قابل تقسیم باشد. چطور وقتی ملک مالک بود ملک طلق بود و می توانست آن را تقسیم کند، در هنگام وقف نیز با همین خصوصیت یعنی قابلیت تقسیم وقف شده است، این از خصوصیات ملک بوده است، با همین خصوصیت وقف شده است، بنابراین شما نمی توانید بگوئید چون وقف شده بنحو الاشاعه باید علی ما هی علیه بماند. به نحو الاشاعه ای وقف شده که در آن نهفته است که قابل تقسیم است لذا پس از وقف نیز می توانند تقسیم کنند.

منتهی ایشان می گوید این استدلال هم جواب دارد. بخاطر اینکه کسی ممکن است بگوید همانطور که جواز تقسیم وجود دارد جواز ابقاء هم دارد. اگر آمدیم نسلهای متلاحقه جواز ابقاء را پذیرفتند، مگر با هم شریک نیستند؟ برای تقسیم، دو شریک باید تراضی کنند، نسل حاضر تراضی کرده اند اما اگر نسل بعدی بگوید من می خواهم به حالت اشاعه باقی باشد، شما چه می کنید؟ او هم حقی دارد. دوستانی که بعدا کلام ایشان را مطالعه می کنند متوجه باشند، که اینجا می فرماید مگر اینکه کسی بگوید آن مال مشاع با این وصف که قابل تقسیم است وقف شده است.

بعد می فرماید: و فیه، أن من جملتها جواز ابقائه علی حاله، فلو اختارت البطون الاخر بقاءه علی حاله هل تلزم هذه القسمة فی حقهم و إن اختاروا جميعا عدمها...<sup>۱</sup>. اگر بطون متلاحقه بعدی بخواهند باقی بر اشاعه باشند، چه حقی این بطن فعلی برای تقسیم دارند؟

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج ۲۱، ص: ۸۰۲

بنابراین از این راه نمی توانیم بیائیم. و نتیجه بحث این شد که اجماعی نداریم با توجه به اینکه مخالف نیز وجود دارد و همچنین از اطلاق فتاوی برخی نیز مطلبی اثبات نمی شود.

بنابراین ما هستیم و بحثی سه ضلعی از طرفی بحث تقسیم وادله آن وجود دارد و از طرف دوم بحث وقف و ادله آن و طرف سوم نیز حقوقی است که برای نسلهای بعدی هست. همه اینها را باید با هم ملاحظه کنیم.

برخی از علمای معاصر وقتی می خواهند عبارتهای امام ره را توجیه کنند، عین همین عبارتهای امام ره را بیان کرده اند، جمله ای که عمدتاً آورده اند این است که: «لعدم اختصاص ادلة صحة التقسیم بما إذا كان کلاهما طلقین».<sup>۱</sup> این اصل مطلب است.

## ادله تقسیم

پس ما در اولین قدم باید سراغ ادله تقسیم برویم. آیا ادله تقسیم اطلاقی دارد که شامل این موارد شود. زیرا دستمان از فتاوی و اجماع کوتاه است چون فتاوا با وجود اینکه مخالف دارد حجت نیست. باید برویم سراغ ادله تقسیم که چیست، آیا علاوه بر موارد ملکهای طلق که مشاع است و می توان آن را تقسیم نمود و افراز و تعدیل و رد می شود شامل مال وقفی نیز می شود؟ این را باید نگاه کنیم. ایشان فرموده: لعدم اختصاص ادلة صحة التقسیم بما إذا كان کلاهما طلقین.

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - الوقف، الوصیة، الأیمان و النذور، الکفارات، الصید؛ ص: ۹۱

## ادله تقسیم در کلام مرحوم آیت الله فاضل و رد آنها

من قبل از اینکه فرمایش شیخ انصاری یا محقق رشتی را در کتاب القضاء بیاورم که دلیلشان بر صحت تقسیم چیست تا ببینیم در بحث وقف هم می آید یا نه، می خواهم فرمایش مرحوم آیت الله فاضل را بیاورم. ایشان این را در کتاب الشرکه در بحث تقسیم آورده است. در توجیه عدم الاختصاص می فرمایند: «و يدل على مشروعية القسمة الكتاب كقوله تعالى "و إذا حضر القسمة اولوا القربى"».

من فرصت نکردم تفاسیر را ببینم. اولاً ممکن است قسمت بین وراث نباشد. احتمالاً عرض می کنم بدون مراجعه، چون ارث احکام دیگری هم دارد، مثل جدا کردن دیون میت از ما ترکی که می خواهد به ارث برسد که این جدا کردن نیز نحوی از قسمت است. البته ممکن است بگویند ظهورش در مقام قسمت بین وراث است که اگر اولوا القربى آمدند چیزی هم به آنها بدهند. پس ظاهرش مقام قسمت بین خود وراث است اما آیا آیه شریفه که راجع به حضور اولی القربى عند القسمة است نسبت به وقف اطلاق دارد. این کلام بسیار عجیب است. می فرمایند يدل على مشروعية القسمة یعنی اصل المشروعیة، در این مطلب حق با ایشان است، یعنی در اسلام ما قسمت داریم. اما در بحث ما که ایشان می فرماید لعدم اختصاص ادلة صحة التقسیم بما إذا كان كلاهما طلقین که اینجا را شامل می شود، واقعاً آیه شریفه که راجع به حضور اولوا القربى در قسمت ارث است فرض هم کنیم ظاهرش تقسیم ارث است این اطلاق دارد که وقف را بگیرد؟ واضح است که نیست.



و عجیتر این است که فرموده: از جمله آیات دال بر مشروعیت این است که در سوره قمر آمده: و قوله تعالى: **"وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءُ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ"**.<sup>۱</sup> خب این راجع به تقسیم ماء بین آحاد بوده است. آیا این شرکت در ماء به نحو مالکیت بوده؟ ما نمی دانیم، شاید مباحی بوده که پیغمبر آن قوم بینشان تقسیم کرده تا نزاعی پیش نیاید.

اصلا فرض هم کنیم که اینطور بوده که در یک قنات یا چاهی مالک بوده اند پیغمبر مالشان را تقسیم کرده تا نزاع نشود، آیا این اطلاق دارد که وقف را می گیرد؟ مگر مال وقفی بوده؟ یک حادثه خاصی در اعصار قبل از پیغمبر ما بود است. مقصود این است که قسمت در هر جائی که طرفین تراضی داشتند می آید؟ اولاً اینجا که اصلاً بحث تراضی نیست. یکی از شرائط قسمت در بحث شرکت تراضی است. بله اگر در جائی احد الشریکین دعا الی التقسیم و لا ضرر علی شریکه اینجا یجب اجابته و ممکن است بگوئیم حاکم هم علی رغم انف شریک دیگر تقسیم می کند، تراضی لازم نیست ولی به شرط عدم تضرر است. من آنطور که یادم می آید در آن آیه شریفه که مربوط به شتر حضرت صالح است عده ای از این تقسیم حضرت راضی نبودند و به دنبال سهم بیشتری بودند تراضی در کار نبوده، پیغمبرشان تقسیم کرد.

**«إِنَّا مُرْسِلُو النَّاقَةِ فِئْتَةً لَهُمْ فَارْتَقِبْهُمْ وَاصْطَبِرْ» ﴿۱۰﴾ وَ بَيْنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَظَرٌ ﴿۱۱﴾ فَنادَوْا صَاحِبَهُمْ فَتَعَاطَى فَعَقَرَ.»<sup>۱</sup>**

<sup>۱</sup> سورة القمر الآية: ۲۷-۲۹

مقصود این است که معلوم نیست این تقسیم بین چه کسانی است و تقسیم بین این افراد هم که باشد نمی دانیم ملکشان هست یا نه. و تقسیم در ملک هم که باشد پیغمبری آمده به حسب وحی اموال را تقسیم کرده، این اطلاقی دارد که ما بتوانیم ثابت کنیم در بحث وقف؟ البته استدلال آنجای ایشان درست است، اصل مشروعیت فی الجملة قسمت در عالم هست، دلیل بعدی ایشان نیز عجیب بنظر می رسد:

«والسنة، فقد روى أن عبدالله بن يحيى كان قساما لامير المؤمنين عليه السلام».

اینکه کسی قسام حضرت بوده اطلاق ندارد که حتی درباره وقف نیز می توان تقسیم نمود. اصلا روشن نیست که چه چیزی را قسمت می کرده است.

«وقد قسم رسول الله خير علي ثمانين عشرة سهما»،<sup>۱</sup> اینکه اصلا به نظرم استدلال اشتباهی است. اگر یادتان باشد در غنیه استدلال کرده بود بر اینکه ما وقف مشاع داریم چون می گویند پیغمبر در خیر افراز نکرد، تعدیل کرد، نه تعدیل باب قسمت، بلکه یعنی سهام را تعدیل کرد که سهم ها معین باشد به نحو الاشاعه. ولذا صاحب غنیه فرمود که در آن روایت عمر از پیغمبر پرسیده بود که من می خواهم کار خیری انجام دهم، پیغمبر فرموده بود حبس الاصل و سبل الثمره، یعنی وقف را بر مشاع تطبیق کرد، و صاحب غنیه در استدلال بر اینکه مشاع را می شود وقف کرد این روایت را آورده است. آنوقت شما چطور می فرماید قد قسم رسول الله خیر را؟ چون تقسیمی که اینجا می گوئیم یعنی تعیین بشود قسمتها هر فرد مالک بخش خاص باشد. آنجا استظهار فقهاء این است که تقسیم اصطلاحی نبوده است. بلکه تعدیل سهام بوده، نه تعدیل

<sup>۱</sup> تفصیل الشریعة - المضاربة، الشراكة، المزارعة، المساقاة، الدین و...؛ ص: ۱۱۵

اصطلاحی که عدل افراز است، بلکه یعنی سهام را متساوی قرار داد بدون اینکه افراز کرده باشد، ولذا وقف مشاع از آن استفاده کرده اند. مرحوم صاحب جواهر هم همین را نقل می کند، صاحب مفتاح الکرامه هم همین را نقل می کند، که این وقف مشاع بوده، چه ربطی به قسمت دارد؟

میخواهم بگویم فهم مثل صاحب غنیه و دیگران وقف مشاع است، پس این تقسیمی که پیغمبر کرد تقسیم افرازی نبوده است. سهم هر یک را مشخص کردند و برخی مانند عمر سهم مشاع را وقف کرده، دو سهم از هزار سهم مشاعا وقف است، تمام. نه اینکه تعیین کرده ملک را. الان بحث سر این است که آیا شریکین می توانند تعیین کنند بگوید آقا این دو تا کتابی که ما ارث بردیم این یک کتاب مال من این کتاب مال تو. بحث این است. کجای این روایت و آن آیه اطلاقی دارد که شامل دو وقف را از ناحیه واقف یا دو واقف شود بطوری که بتوانند تقسیم کنند؟ انصافا این نیست.

بنابراین استدلال ایشان که درست نیست. لکن صاحب کتاب القضاء (محقق رشتی یا شیخ انصاری) استدلال دیگری دارند که تمسک به اجماع و لاضرر است. انشاء الله جلسه آینده بررسی می کنیم.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۱۰۰۰
خلاصه بحث گذشته	۱۰۰۰
ادامه بررسی ادله قسمت	۱۰۰۱
تقریرات مختلف کلام مرحوم شیخ در کتاب القضاء	۱۰۰۴
حقیقت کار قسمت	۱۰۰۵
فائده بررسی حقیقت قسمت	۱۰۰۸
تبیین کلام مرحوم نجم آبادی ره	۱۰۰۹
نتیجه بحث در حقیقت قسمت	۱۰۱۲

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على  
محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

### خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به تقسیم و افراز وقف بود. فرع دوم این مسئله این بود که اگر دو وقف داشته باشیم و موقوف علیه متعدد بودند، مرحوم امام ره فرمودند در اینجا نیز می توان وقف را قسمت نمود اگر موقوف علیهم

واحد بود و واقف هم واحد یا گاهی متعدد ولی موقوف علیهم بطون متلاحقه بودند تقسیم جائز نیست، چون متعلق حق بطون متأخر است که این دلیل را به تفصیل بررسی می کنیم.

در مسئله قسمت وقف حتی در جائی که واقف و موقوف علیهم متعدد باشند - مانند اینکه هر یک از دو شریک سهم خود از منزلی که بینشان مشاع است را وقف ذریه خود نسلا بعد نسل کند - سؤال این است که قسمت درست است یا نه؟ عین موقوفه را تقسیم کنند و هر نیمه را به موقوف علیهم یکی از دو شریک بدهند. در اینجا اختلاف است و برخی این تقسیم را جائز شمرده اند و برخی آن را صحیح نمی دانند.

مراجعه به فتاوی چیزی را حل نمی کند. ظاهرا فتاوی مشهور منع است، در مفتاح الکرامه فرموده «اصحه المنع» و عده ای از فقهاء ظاهرا از باب اطلاق فتاوی اخذ به این حکم می کنند، و مشهور هم همین است، مرحوم صاحب عروه هم در این بحث می فرماید در جائی که بین وقف و طلق می خواهیم قسمت کنیم لا اشکال فیه و بحثی ندارد، اما اگر بخواهیم بین دو تا وقف قسمت کنیم اینجا مشهور مخالف هستند، که به این معنا است که با تمام صورش مخالف هستند. البته ایشان مثل مرحوم امام ره قبول دارند مواردی از این صوری که گفتیم اشکال ندارد.<sup>۱</sup> لذا باید ادله قسمت را بررسی کنیم تا ببینیم شامل این موارد می شود یا خیر؟

## ادامه بررسی ادله قسمت

در بررسی ادله قسمت اولین جائی که نیاز به تمرکز دارد بررسی وجود اطلاق یا عمومی است که شامل اینجا شود. برخی از فقهاء در اصل مشروعیت به برخی آیات شریفه و برخی

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۶۴/۲۶۵

روایت تمسک می کنند، به ضرورت فقه نیز تمسک شده است و مرحوم آشتیانی به حکم عقل تمسک کرده اند.

جلسه گذشته بیان شد که بحث اثبات اصل مشروعیت قسمت را ممکن است از بعضی آیات استفاده کرد مانند آیه شریفه "و اذا حضر القسمة اولوا القربی" <sup>۱</sup> بنابر اینکه قسمت میراث به لحاظ خود وارثین باشد، که ظاهراً همینطور حمل کرده اند، البته برخی می گویند مخاطب وارثین نیستند بلکه بحث وصیت است و مخاطب موصی هست، ولی تأثیری در بحث ما ندارد، در هر صورت ظهور آیه شریفه قسمت است، لکن آیه دال بر اصل مشروعیت قسمت است، یعنی در اسلام قسمت آمده است. اما نسبت به آیه شریفه "و نبئهم أن الماء قسمة بینهم" <sup>۲</sup>، علی الظاهر ربطی به بحث ما ندارد چون ضمیر «هم» در نبئهم مربوط به همه است، اما ضمیر «هم» در أن الماء قسمة بینهم می گوید آب بین ناقة و بین دیگران تقسیم شده است. یعنی حسب تقسیم حضرت صالح علی نبینا و آله و علیه السلام این آب باید قسمت بین ناقة و آنها شود، به این نحو که یک روز مال حیوان است و روز دیگر مال آنها. اما آیا این قسمت اصلاً ربطی به بحث قسمت ما دارد؟ یعنی مثلاً ناقة هم مالک بوده و دیگران هم مالک بودند و بینشان تقسیم شده؟ لذا ظاهراً معلوم نیست حتی اصل مشروعیت قسمت در بحث ما از این آیه استفاده شود. اما روایت پیغمبر صلوات الله علیه و آله در بحث خیبر، همانطور که عرض شد مورد تمسک فقها قرار گرفته است. مرحوم آشتیانی روایت را آورده و فرموده در روایات آمده است که حضرت

<sup>۱</sup> سورة النساء: ۸<sup>۲</sup> سورة القمر: ۲۸

رسول خیبر را دوازده قسمت کردند. لکن برخی مانند صاحب غنیه از روایت خیبر مطلب دیگری است که آن را دال بر صحت وقف مشاع دانسته اند چون ظاهراً حضرت رسول خیبر را تقسیم به معنای قسمت تعیین ملک، نکرده بودند والا معنا نداشت از آن صحت وقف مشاع استفاده شود.

نسبت به کیفیت تقسیم پیغمبر اگرچه به سیره ابن هشام مراجعه اجمالی شد ولی به نظر میرسد نیاز به فحص تاریخی دارد. در این کتاب گفته اند خیبر هزار و هشتصد سهم شده و بر حسب این گزارش هر صد سهمی را حضرت رسول به مسئولی سپرده اند. دیگر معلوم نیست این هزار و هشتصد سهمش به چه صورت تقسیم شده است. اگر سهم ها تقسیم به معنای قسمت شرعی شده و تعیین ملک شده بود دیگر معنای این جمله که هر صد سهم را به یکی سپرده اند چیست؟ لذا به نظر می رسد هم به لحاظ روایات و هم به لحاظ تاریخی نیاز به کار تتبعی دارد تا معلوم شود تقسیم پیغمبر به چه شکلی بوده است.

چنین اجمالی در گزارشهای تاریخی و روایی کار را برای استناد سخت می کند. لذا علی الظاهر از روایت استفاده نمی شود که بگوئیم قسمت پیغمبر همین قسمت تعیینی بوده پس اصل مشروعیت تقسیم ثابت است. منتهی اصل مشروعیت قسمت در اسلام مسلم است، هم آیه شریفه فی الجملة دلالت دارد و هم سیره متشرعه هست و هم به نحو ضرورت فقهی ثابت است که ما قسمت در عالم اسلام به عنوان تعیین داریم، ولی بحث الان ما این نیست. اشکال جلسه گذشته ما هم همین نکته بود که ما درصدد اثبات اصل مشروعیت قسمت نیستیم اصل مشروعیت فی الجملة قابل اثبات است ما نیاز به اطلاق و عمومی داریم که در مقام شک بتوانیم به آن تمسک کنیم و به نظر می رسد چنین عموم یا اطلاقی وجود ندارد.

## تقریرات مختلف کلام مرحوم شیخ در کتاب القضاء

یکی از بهترین منابع برای اخذ فرمایشات مرحوم شیخ انصاری کتاب القضاء مرحوم میرزا حبیب الله رشتی است که ظاهراً تقریرات ایشان می باشد. کتاب القضاء مرحوم آشتیانی نیز به همین صورت است با توجه به اینکه ایشان از خودشان نیز نکاتی دارند. مثلاً می فرمایند هکذا افاد استاذنا العلامة ولكن فيه... که معلوم می شود این اشکالات از خودش هست، ولی عمده اش بیانات استادشان می باشد. ایشان خیلی با احترام صحبت می کنند، یکجا می فرماید که بعضی به الناس مسلطون علی اموالهم و لا ضرر تمسک کرده اند ولله در الاستاذ العلامة که باب اشکال به این ادله را باز کرد. ما انشاءالله چگونگی اشکال مرحوم شیخ به تمسک به این روایات و حلش را نقل خواهیم کرد. برخی از مقررین مرحوم شیخ به همین مقدار اشکال و جواب اکتفاء کرده اند ولی مرحوم آشتیانی مطالب بیشتری بیان کرده اند. یکی دیگر از تقریرات که ظاهراً از همین قسم تقریرات مرحوم شیخ است کتاب القضاء میرزا آقا محمد نجم آبادی است که در چهار مجلد چاپ شده است و کتاب بسیار خوبی است. مطالب و ترتیب مباحث این کتاب بسیار شبیه با کتاب مرحوم آشتیانی است. هم در معنای قسمت ورود کرده اند و در معنای اشاعه، به بحث شیاع و شرکت و چگونگی حصول آن نیز پرداخته اند. همه اینها به همان ترتیبی است که در قضاء مرحوم آشتیانی و محقق رشتی آمده است. بیانات این کتاب نیز بسیار سلیس و روان است و آدم بسیار دقیقی هم هست. دوستان را ارجاع می دهم اگر فرصت کردند حتماً این کتاب را نگاه کنند برای بحث ما هم خیلی خوب است.

بنابراین فرق است بین اصل مشروعیت و تمسک به اطلاقات و عمومات. ایشان در اول بحث می گوید اثبات اصل مشروعیت از آیات و روایات مسلم است - گرچه ایشان آیات و



روایات نمی آورد - و مورد اتفاق فقهاء است یا ضرورت فقه است، ولی در طول بحث چند بار تکرار می کند که ما عموم و اطلاقی در باب قسمت نداریم که به آن مراجعه کنیم. برخلاف مثل بیع، صلح و هبه که در اینها عمومات و اطلاقات ثانوی داریم مثل اوفوا بالعقود، احل الله البيع و امثال آن، اینها عمومات و اطلاقاتی است که اگر شک کنیم به آنها مراجعه می کنیم، اما در اینجا چنین چیزی نداریم.

ایشان در جلد ۳ صفحه ۳۶۶ می فرماید: «ثم إنه لم نظفر فی الباب علی دلیل عام یقضی بشرعيتها علی سبیل العموم بحیث یكون بمنزلة الاصل فی الباب، بل المرجع فی مسائلها غالباً الی قواعد الاصحاب و نحن نذكر المهم من مسائلها بعون الله الملك الوهاب انشاء الله».<sup>۱</sup>

در جای دیگر نیز ایشان این سخن را بیان می کند.

## حقیقت کار قسمت

نکته مهم دیگر که در بحث قسمت خیلی مهم است و در تطبیقاتش در وقف هم مهم است، این است که قسمت چکار می کند؟ تا آخر بحث تدقیقات عجیبی روی این شده است، اصل مسئله در باب قسمت این است که قسمت یک جعل و تسبیب عرفی است که از ناحیه شارع امضاء شده است. هر چند ممکن است خود شارع در مواردی آن را ابتدائاً بگوید. مهم الان این نیست که امضائی است یا نه، ولی یک جعل است برای اینکه دو شریک که بالاشاعه مالک تک تک اجزاء هستند، ملکشان را از یکدیگر تمیز بدهند و در حصه خاص تعیین کنند. این یک جعل است یک اعتبار عرفی است و سببیتش برای این کار عرفی است، امضاء شارع که پی آن

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (آغامحمدنجم آبادی) ج ۳ ص ۳۶۶

باشد می شود سبب شرعی. والا شما حق نداشتید تک تک اجزای را که شریک شما در آن مالک است تعیین کنید در این قسمت. یا تک تک اجزائی که خودتان مالکید را بدهید به دیگری. این کار معاوضه نیست و مفصل بر روی آن بحث کرده اند، به این استدلال که معاوضه انشاء و قصد می خواهد. کسی که تقسیم می کند نمی آید انشاء کند معاوضه آن بخشهایی که مال دیگری است با بخشهایی که مال خودش است بلکه کارش تعیین است، ولکن این تعیین لبا مستلزم یک جابجایی است. این را قبول می کنند و این یک دقت واقعا مهم در بحث ما است. دیروز هم عرض کردم در تقریرات مرحوم محقق رشتی هم بود در تقریرات مرحوم آشتیانی نیز آمده که آثار معاوضه بر تقسیم بار نیست، با اینکه در اینها نیز نهایتا یک جابجایی صورت می گیرد، من و شریکم در ذره ذره این عین مشترک مالک بودیم، بعد از تعیین من فقط مالک یک قسمتم و او مالک یک قسمت دیگر است. مثلا فرض کنید دو تا کتاب عین هم بوده که ما در ذره ذره این دو کتاب با هم مالک بودیم به نحو الاشاعه، بعد التقسیم من مالک یک کتاب می شوم و شریکم مالک کتاب دیگر می شود. در این کار نهایتا لبا یک جابجایی صورت می گیرد، اما این جابجایی مورد انشاء مقتسمین نیست، مورد انشاءشان نیست لوازم این کار است.

لذا مرحوم شیخ و دیگران تدقیقی در بحث دارند که هبه عبارت است از تملیک مجانی، ولو اینکه معاوضه باشد و به دنبالش یک عوض بیاید. زیرا این عوض داشتن در ماهیت خود هبه دخیل نیست. یا بحث کرده اند که صلح یک جاهایی اثر بیع را دارد، مثل اینکه صلح می کند بعوض، این عین بیع است. یک جایی اثر هبه را دارد، صلح می کند بلا عوض. سؤال این است که آیا صلح واقعا اینطوری است که در جاهای مختلف مساوی آن معامله ای است که نتیجه اش هست؟

تحقیق مرحوم شیخ و عده دیگر از محققین این است که صلح ماهیتی است که وقتی ما مفهومش را می خواهیم بیان کنیم به فارسی می گوئیم سازش کاری. ما صلح را به عنوان یک سبب می دانیم که دو طرف با هم در امری سازش می کنند که گاهی نتیجه بیع را دارد و گاهی نتیجه هبه را، نه اینکه صلح، بیع یا هبه باشد. چون در بیع آثار خاصی داریم مثل خیارات خاص بیع، همچنین در هبه آثار خاص داریم مثل اینکه در هبه باید قبض محقق شود و گرنه هبه باطل است و صحیح نیست نه اینکه لزوم ندارد، مثل وقف که قبض در آن شرط است. شما نمی توانید بگوئید چون صلح در جائی نتیجه هبه را می دهد قبض در آن لازم است. عقلاء، صلح را مقوله مستقلی می دانند و می گویند اگر یکی از متصالحین به دیگری بگوید «صالحک هذا علی هذا یا بهذا» و او نیز قبول کند، مقوله ای به نام صلح واقع می شود. کما اینکه وقتی بگوییم «بعتك هذا بذاک» همراه با شرائطش، چیزی به نام بیع واقع می شود. پس اینکه نتیجه این امر در مواردی با بیع یکسان باشد معنایش این نیست که بیع می شود.

همین کلام در قسمت هم می آید. در قسمت کاری که اعتبار عقلائی و جعل عقلائی است این است که می گویند: با تقسیم، ملک هر شریک تعیین می شود. ایشان این مثال را بیان میکند که: اگر اشیاء متعلق به شخصی با اشیاء متعلق به دیگری در عالم حس مخلوط شود این فرد یک یک اموالش را از بین آنها جمع می کند می آورد یکجا و می گوید این اشیاء من است، در عالم واقع در ملک مشاع ما نمی توانیم این کار را انجام دهیم، اما گویی در وعاء اعتبار، عقلاء دارند این کار را انجام می دهند که هر شریک اجزاء ملکش را جمع کرده و در حصه خاص تعیین کرده است.

## فائده بررسی حقیقت قسمت

کسی اگر بگوید این تدقیقات چه فائده ای دارد؟ می گوئیم برای بحثهای آینده بسیار مهم است. مثلاً بنابر یک مبنا تمسک به «الناس مسلطون» منوط به همین نکته است، که آیا ما در باب قسمت عرفاً به تعبد و تشریع داریم مال خودمان را تعیین می کنیم نه اینکه مال دیگری را با مال خودمان معاوضه کنیم. این خیلی بحث مهمی است. در بحث اینکه آیا ما در جائی که بالجبر و الاجبار می خواهیم قسمت کنیم آیا می توانیم به الناس مسلطون تمسک کنیم عده ای مثل مرحوم شیخ ابتدا اشکال می کنند و بعد جواب می دهند. الان نمی خواهیم بحث الناس مسلطون را مطرح کنیم چون بحث آتی ما است. می خواهیم این را عرض کنیم که فهم اینکه با قسمت چکار می کنیم حتی برای تطبیقات الناس مسلطون هم مهم است. آیا قسمت دارد معاوضه می کند حق شریک را با حق شریک دیگر؟ مرحوم شیخ جازماً می فرمایند اینطور نیست و این بزرگواران هم در تقریراتشان جازماً پذیرفته اند که چنین چیزی نیست. کار قسمت، تعیین است ولو لبا مستلزم یک جابجایی در نهایت امر باشد. می گوید در عالم معاملات خیلی وقتها اینطور است. شما ممکن است صلح کنید که لبا یستلزم معاوضه را، ولی نمی گوئید حقیقت صلح، بیع است. ممکن است صلح کنید که لبا یستلزم هبه را، ولی نمی گوئید هبه است. برای اینکه آن چیزی که انشاء می کنید و به عنوان یک سبب عرفی تسبیب می کند صلح است نه هبه یا بیع. در اینجا نیز همینطور است.

## تبیین کلام مرحوم نجم آبادی ره

ایشان می فرماید: فاعلم أن الجواب الصواب الذي لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب (یعنی ما مبدعش هستیم، که ظاهراً فرمایش شیخ است) أن يقال: إن الوجه في كون القسمة افرازا لا بيعا و لا معاوضة و سرّ هذه العبارة الموروثة من القدماء أن مجرد انتقال مال من واحد الى آخر ليس معنى المعاوضة و المبادلة، و شتان ما بينهما. فإن المعاوضة تحتاج في تحققها الى قصد انشاء النقل و الانتقال من الطرفين». این یکی از ارکان مهم این بحث است که ما انشاء معاوضه نکردیم. و لم يتحقق شيء منه من احد منهما، که وقتی قسمت می کند بگوید من دارم معاوضه می کنم سهم خودم را مشاعاً در ملک این قسمت با سهم تو در این قسمت. دو شریک در قسمت، انشاء چنین معاوضه ای نکرده اند. بل لم يقصد الا تعيين حقهما و تمييز ما لهما من المال بين المجموع بادعاء أن الحصة المفروزة لكل منهما عين حقه». ادعاء اینکه این حصه ای که جدا کردیم این در واقع حق من است. گوئی التقاط کردم از داخل مال تو و این اجزاء را داخل کردم در مال خودم. یعنی اموال من که در مال شما بود را التقاط کردم آوردم اینجا، نه اینکه مبادله با مال تو کردم.

بیان ذلك: أن القسمة كالبيع و الصلح و الهبة و نحوها من المعاني التي اعتبرها اهل العرف و امضاها الشارع باضافة شرائط فكما أن البيع عندهم عبارة عن تمليك عين بعوض و الصلح عبارة عن التراضي على امر من مبادلة أو تجاوز عن حق أو مال خارجي و ليس معناه الحقيقي المبادلة و إنما هي من جملة متعلقاته، یعنی وقتی ما صلح می کنیم در واقع سازش کردیم بر چیزی، تراضی کردیم بر چیزی، و شارع نیز این را امضاء کرده، که یکی از لوازمش

بعضی نقل و انتقالات است. و الهبة عبارة عن تملیک المال بلا عوض و إن كان معوضة، فإن الهبة المعوضة عند التحقيق هبة مشروطة بهبة اخرى لا معاوضة مال بمال. با اینکه نتیجه اش یکی است. مرحوم شیخ نیز در کتاب مکاسب در اول بیع در تحقیق ماهیت بیع فرموده نقض نکنید به هبه معوضه. چون هبه معوضه عبارت است از تملیک مجانی به شرط تملیک مجانی موهوب له، نه تملیک عین بعوض. با اینکه نتیجه خارجی اش یکی است، یک چیزی شما دادید و یک چیزی گرفتید. تحلیل حقوقی این دو ماهیت نیز خیلی آثار متعدد دارد. اگر حقیقتش بیع باشد خیار مجلس در آن می آید، تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه می آید، در حالی که در هبه این نمی آید.

بعد می فرمایند: فکذلک القسمة عندهم لیس الا تميز الحق و تعیینه، بمعنی أنهم ينزلون الحصة المعينة المفروزة بمنزلة الاجزاء الماثوثة و يجعلونها عبارة عنها جعلاً و ادعائاً كالمجاز الادعائي.

لب قسمت این است که هر یک از شریکین می گوید قسمتی از مال من که در آنجا بود همه اش اینجا معین شد. البته واقعا اینطور نیست چون هر یک در ذره ذره این مال مالک اند اما به ادعاء تعیین می شود کالمجاز الادعائي.

منتهی نکته مهم این است که این ادعاء که یک تسبیب عقلائی است به میزانی که ادله امضاء شامل آن شود امضاء شرعی شده است و شارع این تسبیب را پذیرفته است.

فكما أنه لو فرض امتزاج صاع حنطة من زيد بصاع شعير من عمرو، اگر ساعی از گندم عمرو با ساعی از جو زید مخلوط شود، آقای عمرو و زید که مالک این دو ساع بودند خودشان

را به زحمت می اندازند دانه دانه گندمها و جوها را از هم جدا می کنند، می فرمایند اینجا ادعائاً ملک من در اینجا تعیین شده است، نه اینکه یک سبب مملک جدید درست شده است. گرچه لبا انتقال است، لبا تملیکی واقع می شود، اما ادعائاً تملیکی صورت نگرفته است، گوئی من ذرات خودم را آوردم اینجا تعیین کردم. فاتعبا انفسهما فی تمیزهما ففرق الحنطة من الشعير فیصدق حقیقتاً الافراز و التمییز و التفضیل و التعین لحق کل منهما عن حق صاحبه. اگر خودشان را به زحمت انداختند و تک تک جو و گندمها از یکدیگر جدا کردند یک افراز واقعی صورت می گیرد و گندمها و جوها تعیین می شود.

فکذلک فی قسمة المشاع، (واقعا که نمی شود این کار را کنند) فإنهم ينزلون الحصة المفروزة منزلة الحصة الشایعة و يدعونها أنها هی. اینکه اینجا تعیین کردیم همان حق من است که در مال شما هم بود. يدعون أنها هی لا أنها غيرها و قد اخذت بدلا منها. نه اینکه در تعیین و قسمت ما بگوئیم این حصه ای که گرفتم غیر از مال خودم می باشد بدلش را از شما گرفتم، أو مركبة منها و من غيرها و ابدلت تنصیفها من نصف الاصل، و هذا المعنى واضح لمن له ادنی خبرة بطريقة العرف و اقل ملاحظة لاعتباراتهم و جعلیاتهم»<sup>۱</sup>.

عبارات مرحوم آشتیانی نیز همین مضمون را دارد و به نحوی این مطالب در تحقیقات محقق رشتی نیز آمده است، که معلوم می شود همه اینها تقریرات مرحوم شیخ هستند.

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (آغامحمدنجم آبادی) ج ۳ ص ۳۵۱، ۳۵۰

## نتیجه بحث در حقیقت قسمت

سخن نهایی این است که قسمت یک سبب جعلی برای تعیین است که ماهیتش مبادله و معاوضه نیست ولو استلزم نوعاً لبا من الانتقال و کل انتقال و نقل لیس معاوضة انشائية، مثل بیع نیست، یکوقتی بگویم من عبايم را با عباي شما معاوضه می کنم این بیع نیست ولی معاوضه ای است که یک معامله برأسه است، قسمت هیچکدام از اینها نیست. قسمت تعیین است، و یک تعیینی است که قد يستلزم نقلی را، و این ربطی به بحث معاوضه ندارد.

**سؤال:** اگر انشاء باشد به قصد نیاز ندارد.

**جواب:** بحث ما الان راجع به نقل و انتقال است می فرمایند گوید، می گوئید معاوضه اش انشاء نیست، انشاء معاوضه نمی کنید، آن انشاء قصد هم می خواست اگر می خواست معاوضه باشد. لذا نه قصد معاوضه دارند نه انشاء معاوضه، معاوضه نیست. اما در باب تسبیب که این تسبیب است حتماً ارتکازاً این کار را می کنند، مگر نمی خواهند تعیین کنند؟ قصد تعیین پس می کنند، چیز دیگری نمی خواهد. همینکه دو نفر که شریکند می گویند بیائید تعیین کنیم قسمتهای خودمان را. تعیین می کنیم در این و تعیین می کنیم در او. همین. تسبیب همین است.

**سؤال:** همین انشاء است؟

**جواب:** بله با همین کار دارند انشاء می کنند. الان اگر از عرف بپرسند انشاء چیست نمی داند ولی کار را دارد انجام می دهد، تحلیل همین است که تحلیل کنند انشاء چیست إخبار چیست. ما الان نمی خواهیم آن کار را کنیم، می گوئیم تعیین یک اعتبار عرفی است، یک کاری است که عرف انجام می دهد شارع در آنجاهایی که ادله شاملش شود این را امضاء کرده است.



**سؤال:** تعیین و تعین عرفا چیزی بیش از این معاوضه نیست. تعیین و تعین را که دارد انشاء می کند در واقع دارد همان انتقال را انجام می دهد. تعیین و تعین چیزی بیش از این ندارد در مسئله قسمت. چیزی بیش از انتقال سهامهای مشاع نیست.

**جواب:** نه دقت نکردید اگر کار مثل شیخ انصاری اعلی الله مقامه ماندگار شد بخاطر تحلیل اینهاست. بزرگواری یک کتاب اصول نوشت یک جلد کوچک، گفته بود تمام اصول این است و بقیه اش وقت تلف کردن است. دیدم هر کجا رسیده می گوید ظاهر مطلب این است و بقیه اش هم اشتباهه.

اینی که شما می فرمایید بخشی از آن حتما درست است، یعنی تعیین لازمه اش هم نقل و انتقال است. ولیکن نکته دقیقشان این است که آیا این نقل و انتقال انشائی است یعنی انشاء می کند معاوضه را؟

**سؤال:** معاوضه می کند. وقتی تعیین و تعین را اراده می کند در ناخودآگاهش دارد انتقال سهام را اراده می کند، تعبدا که یک لفظ خاصی ندارد.

**جواب:** یعنی انشاء می کند معاوضه را؟ بحثهای اجتهادی فائده اش همین است دیگر، که فروض مختلف روشن بشود برای شخص، اینطور نباشد که تا رسید به صلح که قد یتج بیع را، بگوید صلح گاهی بیع است و گاهی هبه است، بفهمد که صلح می شود یک امر مستقل باشد قد یتج نتیجه بیع را و قد یتج نتیجه هبه را. این را که فهمیدیم در قسمت هم باید نگاه کنیم. در باب قسمت بلا شبهة و لا ریب تعیین هست، بلا شبهة و لا ریب یک نقل و انتقالی در آنجا هست، این را هم کسی انکار نکرده است. بحث سر این است که تعیین یک کار عرفی و یک

اعتباری است که عرف دارد مثل بقیه اسباب. یعنی در باب مشاعیات عرف قبول می کند که دو تا شریک قدر متیقنش عند التراضی (حالا اجبارش را بگذاریم کنار) می توانند تعیین کنند حقشان را.

با اینکه من در ذره ذره این مال شریک بودم. یعنی تسبیب تعیین را برای مالکیت شخص بر این متعینا پذیرفته، عرف می پذیرد و شرع هم می پذیرد. این مقدار که بحث ندارد. و اینکه این امر لبا مستلزم نقل و انتقال است این هم بحث نیست. اما بحث این است که نقل و انتقال انشائی صورت می گیرد یعنی معاوضه می کنیم؟ انشاء می کنیم معاوضه را؟ یعنی در تعیین می گویم من دارم معاوضه می کنم آن قسمت خودم را با قسمت شما در این بخش؟ انصافا این نیست.

این بحث مفهوم قسمت بود که کار قسمت چیست، حالا بحث مهمترش این است که آیا ما دلیلی داریم که عند الشک بتوانیم به آن مراجعه کنیم که يجوز لنا التقسیم و این تقسیم ممضاة است؟ دلائلی مطرح شد ولی عمده اش دو دلیل است: یکی الناس مسلطون علی اموالهم، یکی هم لا ضرر.

دوستان مطالعه کنند تا فردا، می خواهیم این دو تا دلیل را بررسی کنیم که درست است، اگر درست باشد در کل مقامات می آید و در بحث ما هم می آید. اگر درست نباشد آنوقت باب بسته می شود و ما عموم و اطلاقی نداریم.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۱۰۱۵
خلاصه بحث گذشته	۱۰۱۵
بررسی وجود عمومات در مقام	۱۰۱۶
تطبیق قاعدة الناس مسلطون علی اموالهم در مقام	۱۰۱۸
سه اشکال در تمسک به الناس مسلطون	۱۰۲۲
اشکال اول: عدم سلطنت بر مال دیگری	۱۰۲۲
اشکال دوم: الناس مسلطون سبب ساز نیست	۱۰۲۲
اشکال سوم: تعارض الناس مسلطون دو شریک	۱۰۲۴
بررسی قاعدة لاضرر در مقام	۱۰۲۵
اشکال اول: ضرر از ناحیه نقص ملک است نه تقسیم	۱۰۲۵
اشکال دوم: تعارض ضررین	۱۰۲۶
جواب از تمسک به بقیه قواعد در مقام	۱۰۲۷
رجوع شیخ ره از اشکال به تمسک به عمومات	۱۰۲۷

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

## خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به تقسیم و افراز وقف بود. فروعاتی در این مسئله طرح شد. اولین صورت، افراز بین ملک طلق و وقف بود و صورت دوم موردی است که هر دو وقف باشند. در این صورت، فروض مختلفی مطرح

است که حکم آن نیز اختلاف وجود دارد؛ برخی از فقهاء در همه فروض آن تقسیم را جائز نمی دانند و برخی دیگر می گویند جائز است. بیان شد که باید شمول ادله قسمت را نسبت به این موارد بررسی کنیم و این ادله در ابواب مختلفی از فقه بررسی می شود. هم ذیل بحث شرکت می آید که عمدتاً در این باب آورده اند و بعضی تحت عنوان کتاب القسمة بحث کرده اند و برخی نیز به جهت مناسبتی ذیل بحث قضاء به آن پرداخته اند.

بهترین مرجع در بحث قسمت کتاب القضائی است که مرحوم آشتیانی و محقق رشتی و مرحوم نجم آبادی دارند، که اینها در واقع تقریر بیانات مرحوم شیخ انصاری هستند، البته مرحوم آشتیانی در مواردی به کلام استاد خویش اشکال می کند و مطالبی می آورد با عناوینی مانند «هكذا قال الاستاذ العلامة و لكن فيه ...» اگر اشکالات ایشان را کنار بگذاریم، تمام مطالب این سه کتاب تقریرات هستند. به خاطر اطمینان به این امر چند روز این کتب را با یکدیگر تطبیق کردیم تقریباً با اختلافاتی جزئی عین همدیگر هستند، لذا معلوم است که همه اش تقریرات شیخ انصاری است.

## بررسی وجود عمومات در مقام

بحث الان ما بررسی ادله تقسیم است بدین جهت وارد این بحث شدیم که ببینیم آیا می توانیم از ادله تقسیم، عمومات و اطلاقاتی به دست آوریم تا در موارد شک در اجرای قسمت به آن تمسک کنیم. مانند بحث ما که در قسمت وقف شک داریم.

مطالبی که در کتاب القضاء بحث می شود شاید تمام آن مرتبط بحث وقف ما نباشد اما مطالب مربوط به وقف در آن وجود دارد من جمله بحث از عمومات که آیا عموم و اطلاق وجود

دارد؟ البته مقصود از این بحث در آن باب رفع مشکلات خود باب است. ما نیز چند بحث مختص داریم که اتفاقاً به نحوی کمک می کند که ما بعضی از استدراکهای متن تحریر را نیز متوجه شویم. مثلاً بحث می کنند که آیا در جائی که در تقسیم اجبار نیست باید قرعه نیز انداخته بشود یا نه؟ باید قرعه قبل از تقسیم باشد یا بعد از تقسیم؟ باید رضای طرفین نیز باشد یا لازم نیست؟ در آنجا عده ای می روند سراغ اینکه آیا ما عموماتی یا اطلاقاتی داریم که تنقیح کند که اگر شک کردیم که با وجود رضای شریکین برای تقسیم آیا باید قرعه نیز انداخته شود آیا اطلاق یا عمومی داریم تا بتوانیم به آنها رجوع کنیم و بگوئیم تقسیم در اینجا نیز درست است؟.

با اینکه بحث آنجا موضوعش با ما فرق می کند ولی مراجعه به عمومات به درد بحث ما نیز می خورد. البته ممکن است وقتی ما عمومات را تحصیل کردیم در خصوص بحث وقف، خصائصی داشته باشیم، مانند اینکه در جائی که نیاز به رد داشته باشد تقسیم ملک طلق اشکالی ندارد اما در ردّ از ناحیه مالک طلق به موقوف علیهم مشکل پیدا می شود چون تصرف در وقف است. نظیر این در بحث ما هم پیش می آید.

ما با مراجعه به مباحثی که در کتاب القضاء مرحوم شیخ ذیل این بحث انجام داده می خواهیم ببینیم که آیا اصلاً کبرا و عمومی اصطیاد می کنیم تا بعد خصوصیات باب وقف را بسنجیم و ببینیم آیا در باب وقف اشکالی پیدا می شود.

در ذیل این بحث که آیا بعد از تراضی و تعدیل، قرعه نیز نیاز دارد یا تراضی و تعدیل برای قسمت کافی است در موردی که سهام مال مشاع متماثل هستند و اوصافشان یکسان است، مانند حبوبات، نه در جائی که نیاز به تعدیل سهام خاص باشد یا رد لازم باشد، مرحوم شیخ دفاع می

کند از اینکه رضایت دو طرف کافی است و نیازی به قرعه نداریم، و اطلاعات بحث قرعه را هم بحث می کند که ما الان کار به آنها نداریم.

در یک قسمت می فرمایند: «و اما ما ذکر حجة للقول الاخير ففيه: أنه ليس فی نصوصنا ما يدل على شرعية القسمة بقول مطلق حتى يؤخذ باطلاقه إن لم نقل باعتبار القرعة فی مفهوم القسمة على ما قال به أو مال اليه بعضهم».<sup>۱</sup> اگر بگوئیم مفهوم قرعه در خود تقسیم نهفته است، که خیلی سخن بعیدی است، گرچه عده ای قائلند. اما اگر این را نگوئیم اطلاقی نداریم که نسبت به اجراء قرعه بعد از تراضی جاری شود و تقسیم را صحیح کند.

ایشان هم در این فرع و هم در فروع بعدی دو بحث را مطرح می کنند:

### تطبيق قاعدة الناس مسلطون على اموالهم در مقام

یکی رجوع به قاعده سلطنت «الناس مسلطون على اموالهم» است. برخی گفته اند اگر الناس مسلطون درست شود قاعده ای عمومی است و از عجائب کلام مرحوم شیخ این است که در اینجا نهایتاً این قاعده را درست می کند. لذا در باب قسمت یک قاعده عمومی ثانوی داریم مانند «الناس مسلطون على اموالهم»، مثل «اوفوا بالعقود»، مثل «احل الله البيع»، در اینجا هم «الناس مسلطون على اموالهم» جاری است.

منتهی ایشان در ابتدا مانند همان مطلبی که در مکاسب و موارد دیگر می فرماید و سخن حقی نیز هست، «الناس مسلطون على اموالهم» را به این معنا می داند که مردم در جمیع تصرفات

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (آغامحمدنجم آبادی) ج ۳ ص ۳۷۲

بر مالشان مسلط هستند و سلطه بر تقلیب و تقلبات تکلیفی و وضعی دارند در چارچوب اسبابی که تشریع شده است ولی «الناس مسلطون علی اموالهم» نمی گوید که شما مسلط بر تشریع هستید. نمی گوید شما مسلطید که یک سببی را سبب قرار دهید. مثلاً بگوئید اگر ما کف زدیم بدون قصد انشاء و غیره بیع واقع شود.

پس قاعده الناس مسلطون نگفته که شما مسلطید بر جعل اسباب که چیزی را سبب چیزی قرار بدهید. بلکه به این معنا است که در چارچوب تسبیبات و احکام شرعی می توانید انحاء تصرفات در این مال را انجام دهید. مالک لیوان آبی هستید به لحاظ تکلیفی سلطنت دارید آن را بنوشید و به لحاظ وضعی می توانید این آب را با شرایطی که در بیع گفته شده بفروشید. یعنی شما سلطنت بر بیع دارید می توانید بفروشید یا نفروشید. می توانید آب را هبه کنید می توانید نکنید. پس شما می توانید انحاء تقلیب و تقلبات و تصرفات تکلیفی و وضعی را در چارچوبهایی که مجعولند انجام دهید نه اینکه شما می توانید جعل سبب کنید.

بنابراین در باب تقسیم، اینکه به صرف تراضی تقسیم می شود اول کلام است. چون تقسیم یکی از اسباب است. قبلاً هم اشاره کردیم که بحثی واقع شده که «هل التقسیم عقد أو ایقاع أو حکم» یا همانطور که بعضی می گویند «أو موضوع ذی حکم». همین تقریرات در این بیان با یکدیگر تفاوت دارند ولی مقصودشان روشن است، یعنی آیا عقد است، ایقاع است یا هیچکدام نیست، بلکه یک موضوع دارای احکام است، مثل موارد دیگر که در انحاء بیع و شراء و امثال آن وجود دارد. موضوعات ذی احکام هستند. قسمت نیز از این نوع است.

ولی این موضوع ذی حکم موضوع تکوینی صرف نیست، بلکه تقسیم، یک سبب است، سبب می شود برای نقل و انتقالی که ما آن را انشاء نمی کنیم. ما در واقع تعیین می کنیم بجعل

عرفی عقلائی و توسط شارع نیز امضاء شده، این تعیین خارجا مستلزم نقل و انتقال سهم شریک است در آن قسمتی که برای من تعیین شده است به ملک من و نقل سهم من است در آن قسمتی که برای او تعیین شده است به ملک او. همه اینها خلاف اصل است زیرا اصل در اینجا اصاله الفساد است. یعنی تقسیم واقع نمی شود مگر با شرائط متیقن آن یا جایی که دلیلی شامل آن شود. و الا عموم یا اطلاقی که مطلقا تقسیم شریکین را با رضایت جعل کند نداریم.

هدف ما فعلا تحصیل کبری است تا پس از آن بر مساله خودمان تطبیق کنیم لکن باید دقت شود که در عبارتهای حضرت امام رحمه الله بحث رضایت و عدم رضایت و قرعه و مانند آن نیامده است. ممکن است توجیهش این باشد که اینها مربوط به باب قسمت است. ما در اینجا می خواهیم بگوئیم همان قسمتی که آنجا گفته اند اینجا هم می آید. ولی این توجیه تمام نیست. چون در باب وقف خصائصی وجود دارد، من جمله بحث ردّ که در اصل تقسیم از هر طرف که باشد ردّ مشکل نداشت، اما اینجا ردّ به موقوف علیهم اشکال دارد. همین تراضی نیز ممکن است تطبیقش در وقف مشکل داشته باشد. نحوه مواجهه مرحوم شیخ ره با این مسئله را بیان کردیم اگرچه مسئله اصلی ما این نیست و مهم استنادات ایشان است.

برخی خواسته اند به تجارة عن تراض نیز تمسک کنند. مشکل این تمسک این است که معلوم نیست تقسیم اصلا تجارت باشد. در تقسیم انشاء نقل و انتقالی نمی شود تا بگوئیم تجارت است و مصداق آیه شریفه تجارة عن تراض قرار می گیرد.

این یک قسم اشارات ایشان بود بحث مهمتر این مسئله بحث اجبار است. یکی از فروعاتی که در تقسیم بحث می شود این است که: آیا قسمت بالاجبار درست است؟ برای آن فروض متعددی بیان کرده اند، فرض روشنش این است که در جایی که اشیاء و اوصافشان متماثل باشند،



مانند اینکه دو نفر در صد کیلو از حبوبات که عین یکدیگر هستند شریکند و می خواهند به دو تا پنجاه کیلو تقسیم کنند. حال اگر یکی از دو شریک با فرض اینکه از این تقسیم ضرری بر او وارد نمی شود از این تقسیم امتناع کرد، آیا امتناعش جائز است؟ می تواند بگوید مال خودم است نمی خواهم تقسیم کنم. یا اینکه حاکم می تواند ممتنع را بر تقسیم الزام کند.

در آنجا شاید اتفاقی باشد که حق امتناع ندارد و بر تقسیم ملزم می شود. البته همانطور که بیان شد در فرضی که متماثل باشند و اوصاف نیز مانند هم باشد و ضرری نیز بر شریک بر اثر تقسیم وارد نشود. می گویند اگر دعا احد الشریکین الآخر للتقسیم يجب علیه اجابته، و اگر هم امتناع کند یجبره الحاکم. حالا می خواهیم ببینیم این درست است؟ و دلیلش چیست؟

استدلالهای مختلفی بیان کرده اند که چرا لازم است بر شریک آخر امتناع نکند و چرا حاکم باید او را اجبار بر تقسیم کند؟ در مفتاح الکرامه آمده است «بعد الاتفاق و عدم الخلاف بقاعدة حرمة الظلم و وجوب ایصال الحق الى المستحق». که این عبارت وجوب ایصال حق الى المستحق در بسیاری از متون در کتاب القسمة آمده است. و قاعدة سلطنة الناس على اموالهم، و قاعدة نفی الضرر و الضرار، و بأن للانسان ولاية الانتفاع بماله (که همان قاعده سلطنت است)، و الانفراد اکمل نفعاً<sup>۱</sup>.

پس به چند دلیل تمسک شده است که عمده آن دو دلیل است، هر چند به ظلم و ایصال حق نیز تمسک شده است لکن عمده دلیل، الناس مسلطون و قاعده نفی ضرر است. تقریر الناس

<sup>۱</sup> القضاء (نجم آبادی)، جلد: ۳، صفحه: ۳۹۱

مسلطون روشن است. می گویند انسان مسلط بر مال خودش هست، من می خواهم مالم را به نحو استقلال و افراز داشته باشم.

## سه اشکال در تمسک به الناس مسلطون

### اشکال اول: عدم سلطنت بر مال دیگری

اشکال اول و روشنی که به الناس مسلطون هست این است که: الناس مسلطون علی اموالهم، شما مالتان مشاع بود بر این مال مشاع مسلطید هر کار می خواهید انجام بدهید. اما اینکه مال مشاع را از مشاع بودن دریاورید و آن را ملک طلق کنید از انحاء سلطنت شما نیست. سلطنت شما بر همین مال بود با حفظ خصوصیات آن مال. این مانند این است که بگوئید من سلطنت دارم بر گلابی که آن را به سیب تبدیل کنم. اینکه ربطی به بحث ما ندارد. شما سلطنت بر مالتان دارید، لذا می توانید هرگونه تقلیب و تقلب در آن انجام دهید، در این مال مشاع بما هو مشاع می توانید تقلیب و تقلب انجام دهید و تصرف کنید در چارچوبهایی که هست، ولكن اینکه شما بگوئید من آزادم سلطنت دارم که مال خودم را از این اشاعه در بیاورم و تقسیم کنم، این ربطی به الناس مسلطون علی اموالهم ندارد.

### اشکال دوم: الناس مسلطون سبب ساز نیست

نکته دوم این است که: الناس مسلطون همانطور که قبلا مکرر گفته شده و خود شیخ هم اینجا اشاره می کنند در اسبابی که تشریع شده است می آید. در حالی که تقسیم در اینجا مواجه است با امتناع و عدم رضایت احد الشریکین، آیا این تشریع شده است؟ سببیت تقسیم احد الشریکین که مواجه است با عدم رضایت شریک آخر برای تحقق قسمت، در جایی درست شده

است؟ اگر مقصودتان عمومات است، ما چنین عموم و نصی نداریم که بگویید هر تقسیمی که احد الشریکین انجام داد این ممضاة است. قبلا هم عرض کردیم که اصل اولی فساد این اسباب است، یعنی عدم تأثیرگذاری سبب است مگر اینکه یک عمومی سبب را تصحیح کند یا قدر متیقن بگیرید مثل اینکه ما در باب وقف عمدتا اینجور عمل کردیم.

در جلسه گذشته عرض شد که تقسیم مفادش نقل وانتقال نیست یعنی انشاء نقل و انتقال نیست، تقسیم تعیین است، ولكن لبا بالالتزام در آن نقل وانتقال نیز هست. چون شریک مالک بخشی از حصه ای است که می خواهد برای شما معین شود همانطور که شما هم مالک بخشی از مالی هستید که می خواهید به او بدهید. لبا یک نقل و انتقالی صورت می گیرد. حالا سؤال همین است که شما بر مال خودتان تسلط دارید، اما بر اخراج مال او نیز تسلط دارید؟ شما در واقع دارید تصرف در مال دیگران می کنید.

**سؤال:** ولی اصل اینجا نمی آید چون احتمال این عام هست.

**جواب:** اصل اولی فساد و عدم تأثیرگذاری تعیین است، شما باید قاطعی بر این اصل اولی داشته باشید. قاطع این اصل عملی باید یک عمومی باشد. الناس مسلطون به سه دلیل و نکته نمی تواند اینجا را بگیرد. دلیل اول این است که الناس مسلطون می گوید شما بر مال خودت مسلطی، بر مال دیگران که نمی گوید مسلطید. در حالی که شما اگر تقسیم را انجام دهید معنایش این است که مال شریک را از مال خودت بیرون کردی و شما چنین سلطنتی بر مال او نداشتید؟ به چه دلیل می گوئید با الناس مسلطون می توانید تصرف در مال دیگری کنید؟

حتی بالالتزام نیز نمی توانید این کار را انجام دهید. چون می خواهید با تسبیب شرعی یعنی با اعتبار عرفی که شرعا امضاء شده است این کار را انجام دهید و ما می خواهیم بینیم که آیا الناس مسلطون تصرف شما را در مال دیگری ولو بالالتزام تشریع می کند؟ شما می توانید بیعی کنید که تصرف در ملک شماست و بالالتزام تصرف در ملک دیگری است؟ یعنی می توانید مالتان را بفروشید در فرضی که بالالتزام تصرف در ملک دیگری است؟ نمی توانید چنین کاری کنید. فرق نمی کند که تصرف شما مستقیم باشد یا بالالتزام باشد.

دلیلی دوم بر عدم شمول الناس مسلطون این است که این دلیل تشریع سبب نمی کند؟ در اینجا فرض این است که شما مواجه هستید با یک تقسیم و تعیینی که رضای طرف مقابل نیست. چه کسی می گوید که چنین تعیینی من ناحیه احد الشریکین با وجود عدم رضایت دیگری که میخواهد منتهی به اجبار او شود سببیت دارد؟ الناس مسلطون می گوید در چارچوب اسباب شرعی شما می توانید تقلیب و تقلب و تصرف کنید، اما می تواند سبب برای من درست کند؟! ممکن است کسی بگوید سببی که ما در اینجا داریم فقط همینقدر است. الناس مسلطون تعداد اسباب را زیاد نمی کند، بلکه در دائره اسباب مجعوله می گوید شما حق تصرف دارید. چه کسی می گوید اینجا اسباب مجعوله است؟ این اول کلام است.

## اشکال سوم: تعارض الناس مسلطون دو شریک

مشکل سوم تعارض است. الناس مسلطون نسبت به این شریک با الناس مسلطون نسبت به شریک دیگر تعارض می کند. زیرا او نیز مسلط بر مال خویش است، او می گوید چنین تعیینی را نمی خواهم. می گوید در آن نصفه ای که تو میخواهی با تعیین جدا کنی من حقم را نمی

خواهم از دست بدهم و با چیزی عوض کنم، نمی خواهم ولو بالالتزام نقل شود. من مالک مشاع است در تمام ذرات این عین با شما به نحو اشاعه مالکم، نمی خواهم این را عوض کنم چون سلطنت است و مال من است و اختیارش را دارم. اینکه مالک نصف مشاع هستم یعنی در تمام ذرات این مال بنحو الاشاعه ملک دارم. شما می گوئید دست از ملک بردارم و در جای دیگری آن را تعیین کنم، نمی خواهم این کار انجام دهم، می خواهم به ملک خودم باقی باشد. چه کسی مرا مجبور به این تصرف می کند؟ پس الناس مسلطون هر شریک، معارض با الناس مسلطون طرف مقابل می شود.

## بررسی قاعده لاضرر در مقام

نسبت به جریان لاضرر گفته اند لاضرر اینجا می آید. چون از عدم تقسیم، ضرر بر شریک طالب تقسیم وارد می شود.

## اشکال اول: ضرر از ناحیه نقص ملک است نه تقسیم

در پاسخ می توان گفت ضرر در اینجا از عدم تقسیم نیست، از نقص نحوه ملکیت خود شریک است. بحث دقیقی است. مرحوم شیخ می فرماید اینجا مشکل ملک خود شریک است، او ملک ناقصی دارد. مثل این که در وقف مانند وقف خاص اگر گفتیم مالک می شویم ملک طلق نیست، ملک متعلق حقوق بطون است و به نحو عدم طلق است، لذا موقوف علیهم نمی توانند اخراج از ملک کنند. کسی می تواند بگوید اینجا لاضرر است؟ این چه ربطی به لاضرر دارد؟ ملک شما از اول همینجور است، یعنی همین اقتضاء را دارد، ملک معین نیست تا بتوانی بفروشی. از اول به نحو الاشاعه بود.

در اینجا می خواهیم بگوئیم ضرر از ناحیه خود عین شماسست، ملک شما ناقص است، نه از ناحیه حکم شارع آمده تا بخواهید حکم ضرری را بردارید. کلام مرحوم شیخ ره این است که در واقع اینجا اگر لا ضرر جاری نشود شریک مازاد بر اقتضاء ملکش نفعی نمی برد، نه اینکه با وجود تحفظ بر آن ملک ناقص، ضرری کند. اگر مولا تعیین را جعل نکند شریک چه ضرری می کند؟ او مالک ملک مشاعش هست. عدم تقسیم در حالی که مالک ملک مشاع است ضرری بر او وارد نمی کند. اگر متضمن ضرر بود تمسک به لا ضرر درست بود اما اینگونه نیست.

بله اگر تقسیم نافذ بود نفعی به خواهان تقسیم می رسید، ملک مشاعش تبدیل به ملک طلق می شود و در بازار افزایش قیمت پیدا می کرد. اما این ربطی به لاضرر ندارد، لاضرر ضرر را برمی دارد اثبات نفع که نمی کند.

## اشکال دوم: تعارض ضررین

علاوه بر این لاضرر هم متعارض است. لاضرر شریک اول با لاضرر شریک دوم متعارض است. اولی مایل است که اینجا تعیین بشود چون در عدم تعیین ضرر می بیند. طرف مقابل هم می تواند بگوید من نیز متضرر می شود. البته در صورت مسئله علماء گفته اند ولم يحصل ضرر للشریک لکن در اینجا تعارض ضررین را تصویر کرده اند لذا باید به صورتی فرض کنیم که از تقسیم برایش ضرر حاصل می شود.

این بیان مرحوم شیخ در ابتداء بحث است برای اینکه بگویند الناس مسلطون و لا ضرر جاری نمی شود.

## جواب از تمسک به بقیه قواعد در مقام

بقیه موارد ظلم و امثال آن نیز با همین بیان حل می شود. چون ظلم در جائی است که نگذارند مالک در مالش تصرف کند در حالی که کسی مانع از تصرف در ملک مشاع نشده است. شریک می گوید شما نمی توانید مال مشاع را متعین کنید و تصرف در مال من کنید، این چه ظلمی است؟

با دلیل ایصال حق به مستحق هم منافات ندارد. شما استحقاق ملک مشاع دارید، کسی شما را از آن منع نکرده است. شما به دنبال یک چیز بالاتری هستید که شریک آن را اجازه نمی دهد. بله اگر مانعی از حق شما و استفاده شما از ملک مشاع خودتان ایجاد کند البته اشکال دارد. اما اگر مانع از استفاده از ملک مشاع نیست منتهی می گوید من با تعیین موافق نیستم، این هیچ ربطی به منافات با ایصال حق به مستحق ندارد.

## رجوع شیخ ره از اشکال به تمسک به عمومات

مرحوم شیخ از این اشکال رجوع می کنند و می فرمایند ولکن می شود جواب دهیم عما آوردناه که بیان عجیبی ارائه می فرمایند که تمام رشته هایی را که بر علیه تمسک تابیده بودند باز می کند. وجه عدول ایشان و امکان تمسک به الناس مسلطون و لاضرر را در جلسه آینده بحث خواهیم کرد. هم مرحوم نجم آبادی و هم محقق رشتی بدون تصرف جواب مرحوم شیخ را بیان کرده اند، ولی مرحوم آشتیانی بعد از اینکه این برگشت شیخ را بیان می کنند اشکال می کنند و می گوید این کلامی که شما می فرمائید درست نیست، شاید اشاره هم کرده باشد که با بعضی مبانی خودتان هم نمی سازد.

حالا مقصود این است که اگر عدول شیخ که فردا می خوانیم درست باشد یک ابزار قوی ای به دست ما می دهد تا در بحث بتوانیم موارد مشکوک را حل کنیم. دوستان خوب مطالعه کنند تا فردا انشاءالله.

«الحمد لله رب العالمین».



## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۱۰۲۹
خلاصه جلسه گذشته	۱۰۲۹
جواب دادن از اشکال به تمسک به الناس مسلطون و لاضرر	۱۰۳۲
تقسیم موضوعی عرفی است مثل بقیه موضوعات	۱۰۳۲
عبارات مرحوم شیخ	۱۰۳۳
شیخ ره: مصداق هم مثل مفهوم از عرف گرفته می شود	۱۰۳۴
تطبیق بر مقام	۱۰۳۵
تمثیل دوم	۱۰۳۶
مثال به نقض در لا تنقض الیقین بالشک برای نحوه نگاه عرف	۱۰۳۶
جمع بین دو کلام شیخ ره	۱۰۳۷
منافی نبودن صحت تقسیم با مسبب نبودن الناس مسلطون	۱۰۳۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

## خلاصه جلسه گذشته

بحث ما در مسئله ۷۶ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیة راجع به تقسیم و افراز وقف بود. فروعاتی در این مسئله وجود دارد ما به جهت روشن شدن حکم این فروعات وارد بحث قسمت شدیم به این بحث رسیدیم که اگر ما به جهت اختلاف در فتاوی و عدم وجود دلیل خاص در جواز تقسیم مال مشاع در موردی شک کنیم آیا در باب قسمت اطلاعات

یا عموماتی داریم که بتوانیم در مواضع شک به آن تمسک کنیم؟ آیا در افراز مال دو شریک دلیلی داریم که بگوید هر کجا طرفین با رضایت تقسیم کردند یا در شرائطی بالاجبار تقسیم کردند این تقسیم تحت ادله عامه می رود و ممضاة است.

اگر دلیل عامی به دست آید در صور مختلف وقف که واقف و موقوف علیهم یکی باشند یا متعدد باشند بالتراضی باشد یا بالاجبار باشد اگر در صحت این تقسیم در این صور اختلاف فتاوی وجود داشته باشد می توانیم عند الشک به آن دلیل عام تمسک کنیم.

**سؤال:** در کتاب مکاسب در بحث خیار رؤیت روایت خاص بر تقسیم آورده می فرماید: «قال فی الحقائق فی توضیح معنی هذا الخبر ما رواه فی الکافی عبدالرحمن بن الحجاج عن منهال القصّاب و هو مجهولٌ قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعةً، ثمّ تُدخَلُ داراً، ثمّ يقوم رجلٌ على الباب فيُعَدّ واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثمّ يخرج السهم؟ قال: لا يصلح هذا، إنّما تصلح السهام إذا عدلت القسمة...»<sup>۱</sup>.

**جواب:** اصل تشریع قسمت را که کسی بحث ندارد، بعضی از آیات شریفه و روایات هم فی الجمله دلالت می کرد، بحث سر وجود اطلاق یا عمومی است که شامل همه موارد شود چون جلسه گذشته عرض کردیم که اصل اولی فساد است، مخصوصاً در جائی که تراضی نباشد، شما می خواهید در جائی که به شریک ضرر وارد نمی شود قسمت بالاجبار را هم درست کنید، آیا شریک حق دارد شریکش را بر قسمت اجبار کند؟

<sup>۱</sup> کتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثية)؛ ج ۵، ص: ۲۴۶---الکافی (ط - الإسلامية)؛ ج ۵، ص: ۲۲۳

بحث سر این بود که آیا ادله ای مانند الناس مسلطون می تواند تعمیم درست کند و برای مالک چنین سلطنتی بیاورد که ملک مشاع خودش را تعیین کند؟ همچنین قاعده لاضرر، عدم ظلم، لا یحل مال امرء مسلم الا بطیبة نفسه و امثال آن.

مرحوم شیخ از استدلال به این ادله پاسخ داده فرمودند الناس مسلطون علی اموالهم، دلالت دارد که مالک در مال مشاعش علی نحو الاشاعه سلطنت دارد. اما دلالت ندارد که مالک سلطنت دارد مال دیگری را جابجا کند ولو از باب استلزام و بالملازمه که توضیحش جلسه گذشته بیان شد.

علاوه بر اینکه قاعده لاضرر هم اینجا نمی آید چون مفاد قاعده لاضرر این است که اگر حکمی بخواهد ضرر ایجاد کند بنابر مسلک مرحوم شیخ حکم ضرری برداشته می شود یا موضوعش برداشته می شود. یعنی شارع گفته وضو بگیر اگر از وضوء ضرری پدید آید آن را برمی دارد. ولی در هر حال در جائی که ضرر از ناحیه نقص خود موضوع باشد، مانند اینکه موضوع عبارت است از مال مشاع که ضرر به خاطر نقص خودش می باشد شریک همین مقدار مالک است و ملک مشاع دارد، تمسک به لا ضرر برای صحت تقسیم و تعیین مال مشاع، ایجاد نفع برای اوست نه دفع ضرر از او؛ لذا نمی توان به لا ضرر تمسک کرد.

مرحوم شیخ فرمودند اصل اولی اصالۃ الفساد است و تقسیم و تعیین یک کار تسبیبی است، شما دارید تعیین می کنید و می گوئید این تعیین، واقع شود، خصوصا که تقسیم، مستلزم نوعی نقل و انتقال است که خودش خلاف اصل است و خلاف الناس مسلطون شریکتان هم هست چون او در تک تک ذرات این عین مشاع با شما شریک بود، شما می گوئید سهمش را در یک طرف تعیین کند، و این خلاف اصل است و چنین حقی ندارید.

## جواب دادن از اشکال به تمسک به الناس مسلطون و لاضرر

مرحوم شیخ اعلی الله مقامه بعد از این همه تلاش برای پاسخ به ادله طرح شده دوباره از کلام خودش بر می گردند و می فرمایند: «هذا، و يمكن الذب عما اوردناه على القواعد المذكورة بأن عمدة ما اوردنا عليها عدم كون الافراز من انحاء السلطنة على الملك المشاع». یکی از پاسخ های مرحوم شیخ در این بحث این بود که الناس مسلطون تشریع اسباب نمی کند. مکرر مرحوم شیخ در مکاسب در وقف، فرمودند الناس مسلطون تسلط بر تشریع سبب درست نمی کند، به شما اجازه نمی دهد که بگوئید من مالک مالم هستم می خواهم مثلاً با سوت زدن مالم را بفروشم.

قاعده الناس مسلطون می گوید تو مسلطی در انحاء تصرفات من الامور التکلیفیه والوضعیة در چارچوبی که شارع برای قرار داده و تسبیباتی که تشریع شده است. به تعبیر دیگر الناس مسلطون مشرّع نیست، بلکه می گوید در چارچوب تشریع های واقع شده می توانی انحاء تصرفات را انجام دهی.

ایشان از این دیدگاه برمی گردد. و مقدمه ای برای این مطلب بیان می کنند که اصل بحث بر محور آن شکل می گیرد.

## تقسیم موضوعی عرفی است مثل بقیه موضوعات

مقدمه این است که ما در اشکال بر تمسک به این ادله گفتیم که قسمت در واقع یک امر جعلی از ناحیه عقلاء برای تعیین است که بالاستلزام نقل و انتقال ایجاد می کند. حال ایشان می فرماید تقسیم یک امر عرفی است مثل بقیه موضوعات. تقسیم و تعیین در مال، دو چیز درست

نمی کند که یکی مال مشاع باشد و یکی مال معین. بلکه در نزد عرف با تعیین، همان مال معین شده است.

در مقام مثال می فرماید: اگر شما می توانستید گندمهای که در بین جوهای شریکتان قاطی شده را دانه دانه جدا و معین کنید، نمی گفتند که شما مال دیگری را بدست آوردید. می گفتند شما مال خودتان را التقاط کردید. مال خودتان را که مبنی و پراکنده شده بود جمع کردید در یکجا و معین کردید. تعیین عند العرف لبا مانند التقاط و جمع آوری آن امر محسوس و مبنی است. گرچه این کار جعلی است، ولی عرف وقتی این کار را انجام میدهد حقیقتاً یک معنایی از تعیین را ایجاد می کند. ولو یک تعبدی در تعیین هست ولی در نهایت عرف می گوید من مال خودم را اینجا جمع کردم و تعیین کردم، نه اینکه یک تصرفی بین مال شریک و خودم انجام داده باشم و مال شریکم را از ناحیه خودم پس زدم و برعکس مال خودم را به او دادم. می فرمایند لعل عرف اصلاً نقل و انتقال هم نبیند.

## عبارات مرحوم شیخ

مرحوم شیخ در تقریرات مرحوم نجم آبادی می فرماید:

و لكن فيه: أن القسمة على ما حققناها سابقاً عبارة عند أهل العرف عن إفراز المال و تعيينه و اخراجه عن التفرق و الانبثاث الى التعيين و الامتياز، فكأنه كان متصلاً بمال الشريك الآخر ففصل منه أو كان متفرقاً فيه فجمع أو كان مشتبهاً به فميّز أو كان منبثاً فيه فالتقط. این قسمت درست مثل این است که گندمهای فرد در میان جوهای طرف دیگر پراکنده شده باشد بعد آن ها را جمع کند و در جای مستقلی بگذارد. و ليس هذا ملكاً جديداً و تملكاً متجدداً في

نظر اهل العرف. وقتی ما تعیین می کنیم تملک جدید نیست ملکیت جدید نیست همان ملکیت خودم اینجا معین شده است. و لا ريب أن فصل المالك ماله عن مال غيره وجمعه من بينه و تمیزه منه و اخراجه عنه من انحاء تصرفاته في ماله و تسلطاته عليه و تقلباته فيه فتشمله القواعد المذكورة. تمام این مقدمه برای این یک نکته اخیر بود.

کلام ایشان این است حال که تصویر عرف از قسمت و تقسیم این است که در واقع مال خودم را اینجا معین کردم، گوئی آن امور پراکنده را اینجا جمع کردم، بنابراین اگر چنین تسلطی داشته باشم تسلط بر مال غیر نیست تسلط بر مال خودم هست. اگر همچنین کاری کردم نمی گویند مال غیر را شما نقل کردید. مال خودم را آوردم این طرف.

### شیخ ره: مصداق هم مثل مفهوم از عرف گرفته می شود

بعد ایشان می فرماید: و بیان اوضح مقتضی قوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على اموالهم مثلا سلطنة الملاك على جميع انحاء التصرفات في اموالهم كيف شائوا كما ان تشخيص المال و السلطنة محول الى اهل العرف. فرمایش ایشان بحثی فنی است که همانطور که تشخیص مال و سلطنت در الناس مسلطون على اموالهم به نظر عرف است ظاهرا به قرینه مقابله معنایش این است که مفهوم مال و مفهوم سلطنت را از عرف می گیریم ، فکذلك تشخيص مصاديق السلطنة محول اليهم. فكل ما يعدّ عرفا من انحاء السلطنة فهو مجعول للمالك و مأذون فيه يحكم له، و من انحائها عندهم تمیزه عن مال الشريك و تفریقه عنه و قسمته، فليكن مسلطا عليه.

همانطور که ما مفاهیم مانند مفهوم سلطنت و مفهوم مال را از عرف می گیریم مصداقهای سلطنت را هم از عرف می گیریم. اگر عرف بگوید یک چیزی سلطنت است این داخل در اطلاق الناس مسلطون می شود و این سلطنت امضاء می شود، تصرفاتی که از این سنخ سلطنت باشد ممضاه است.

## تطبیق بر مقام

اگر عرف تعیین و تمیز را از مصادیق سلطنت بر مال خود می داند نه سلطنت بر مال شریک، با تمسک به الناس مسلطون اشکال ندارد که من مالم را تمیز بدهم و تقسیم کنم.

«فإذا كان مسلطاً عليه لم يكن لشریکه منعه عنه لمنافاته لحصر السلطنة له وقصرها عليه

و تخصیصها به» اگر بنا شد تصرف تعیینی و تمیزی و افزایی به نظر عرف سلطنت من بر مال خودم باشد، ادعای ایشان این است که عرف این را سلطنت بر مال دیگری نمی بیند، سلطنت بر مال خویش می بیند، لذا مصداق الناس مسلطون است. و شما نمی توانید بگوئید شریک می تواند منع کند. چون اگر منع کند معنایش است که من در مسلط بودنم بر مال خودم مضیق شدم. و در سلطنت من حصری و قصری ایجاد شود، در حالی که الناس مسلطون می گوید برای تو مطلق سلطنت در مال خودت وجود دارد.

اشکال قبلی این بود که می گفتیم الناس مسلطون می گفت بر مال خودت سلطنت داری و مال من مال مشاع است. بیش از این نمی توانم تصرف کنم. من در مال مشاعی که ذره ذره آن ملک دیگری نیز هست به نحو اشاعه، مالکیتی ندارم. حالا بعد از آن مقدمه ایشان می فرماید

عرف تعیین را مثل جدا کردن ذرات ملک خودم در اینجا می داند. پس تعیین را تصرف در مال خودم می بیند نه تصرف در مال شریکم.

## تمثیل دوم

ایشان مثال دیگری بیان می فرمایند: اگر دابه من در خانه کسی هست، آیا آن طرف می تواند از تصرف من مثل بیرون آوردن حیوان، منع کند؟ فرض کنید که ملک مشاع مثل خانه آقای شریک است. من دابه ام در ملک اوست نمی توانم دابه ام را بیرون بیاورم؟! بگوییم آن طرف می گوید من می خواهم هیمنطور دابه تو در ملک من باشد، مگر حق دارد چنین سخنی بگوید.

این نوع استدلال باب جدیدی است، این نه فقط به درد اینجا می خورد موارد دیگر را نیز شامل می شود. اگر عند العرف تعیین ملک در این حصه از انحاء تصرفات من در مال خودم محسوب شود و ما علاوه بر مفهوم سلطنت، مصداقش را نیز از عرف می گیریم دیگر تعیین و افراز به لحاظ عرفی تصرف در مال خودم و مصداق الناس مسلطون است. و منع شریک مثل این است که دابه من که در خانه ش هست بگوید من نمی خواهم شما ببری بیرون.

## مثال به نقض در لا تنقض الیقین بالشک برای نحوه نگاه عرف

ایشان برای تثبیت این نکته که نگاه عرفی گاهی مصداقی درست می کند تا اطلاقی درست شود، به بحث نقض در لا تنقض الیقین بالشک مثال می زنند که فوق العاده بحث دقیقی است، آنجا بحث است که نقض در لا تنقض با لحاظ روائی و شرعی است؟ یعنی باید بینیم لسان ادله چیست یا لا تنقض باید به لحاظ عقلانی نقض باشد؟ می گوئیم هیچ یک دلیل ندارد، بلکه معیار عرف است پس لا تنقض می گوید نباید نقض کنی هر چه که نقض عرفی محسوب شود. عرف



برخی موارد را اگر رفع ید کنیم نقض می داند. مثل شک در مقتضی. ممکن است در موارد شک در مقتضی اگر انسان رفع ید کند عقلا نقض نباشد، بلکه اسراء یک موضوعی به موضوع دیگری باشد، اما عرف می گوید این نقض است. در شک در مقتضی اگر شما قبلا یقین داشتی این امر هست و حالا شک داری که هست یا نیست، عرف می گوید اگر الان بگوئی نیست هذا نقض لحکم السابق. چون عرف می گوید نقض است، لاتنقض الیقین شامل آن می شود. لذا در استصحاب در بحث اینکه آیا معیار نقض و معیار وحدت آیا نظر عقل است یا میزان مراجعه به لسان دلیل است یا عرف است؟ می گوئیم عرف است. در اینجا نیز سخن ایشان این است که عرف این را سلطنت من بر مال خودم می بیند. پس مصداق الناس مسلطون است.

## جمع بین دو کلام شیخ ره

بعد ایشان می فرماید: بین این سخن ما و آن سخنی که گفتیم معنای اشاعه این است که در تک تک این ذرات طرف مالک است هیچ تهافتی نیست. چون «فإن کون المملوک قبل القسمة أمرا منبثا فی المال مشاعا فی جمیع اجزائه و ذراته»، اگر اشاعه را این دانستیم که در تمام ذرات این شیء، هم من مالکم و هم شریکم مالک است منافات ندارد که قبل القسمة این است، ولی عرف بگوید تعیین عبارت است از اینکه شما آنها را در این حصه جمع کنید. «لا یأبی عن قبوله للتعيين الجعلى الذی هو من المعانى الواقعية عند اهل العرف».

ایشان می فرماید این اشاعه ای که ما گفتیم و پای آن هم ایستادیم که اشاعه یعنی در ذره ذره مال هم من مالکم و هم شریکم، منافات با این که عرف تعیین جعلی کند ندارد الذی هو من المعانى الواقعية عند اهل العرف. ایشان این را می گوید برای اینکه می خواهد اطلاق الناس

مسلطون را درست کند. اطلاق، فرد واقعی را می گیرد، فرد جعلی عرفی را نمی گیرد. جعلی شارع بحث دیگری است. شارع چون حاکم است می تواند بگوید من زید غیر عالم را می گویم عالم است، اما عرف وقتی به من بگویند اکرم العالم عرف نمی تواند بگوید من جاهلها را عالم اعتبار می کنم و مصداق اکرم العالم می شود. عرف چنین حکومتی ندارد که زید جاهل یعنی زیدی که مصداق عالم نیست را عالم قرار بدهد.

بنظر می رسد مرحوم شیخ ناچار بود که این جمله را اینجا بگوید، گرچه فقط همین یک جمله است و دیگر هم تکرار نمی شود، چون اگر نمی گفت و به صرف تعیین جعلی اکتفاء می کرد می گفتیم تعیین جعلی، مصداق واقعی تعیین که نیست، لذا مصداق واقعی الناس مسلطون نمی شود. لذا ایشان می گوید این تعیین جعلی من المعانی الواقعية عند العرف.

### منافی نبودن صحت تقسیم با مسبب نبودن الناس مسلطون

بعد ایشان می فرماید: قبلا گفتیم الناس مسلطون مشرّع نیست جعل سببیت نمی کند، چون بحث ما در اجبار است در جایی است که یکی از دو شریکند می خواهد تقسیم شود و شریک دیگر ممتنع است، اگر از تقسیم ضرری بر او وارد نمی شود حاکم می تواند او را اجبار بر تقسیم کند. آنجا ما گفتیم که الناس مسلطون که نمی تواند سبب درست کند. نمی تواند بگوید تقسیمی که شریکش ممتنع است نافذ است. اصلا بحث در الناس مسلطون راجع به اسباب مختلف است، نمی گوید سببشان چیست. اسباب مختلف تشریع شده را می گوید شما می توانید در چارچوبش تصرف کنید.

الان ایشان می فرماید آن چیزی که ما قبلا گفتیم که الناس مسلطون مشرّع نیست اضرار به سخن ما نمی رساند. «كما لا ينافي ما حققناه سابقا من أن قاعدة السلطنة لا تثبت سببية كل قسمة فرضت، لأنها لا تفيد سوى اصل السلطنة، و اما اسباب حصول المقاصد فلا». یعنی الناس مسلطون نمی تواند سببیت شیئی برای نتایج و مسبباتش را جعل کند. حال چرا منافات ندارد: و ذلك لأن غرضنا في المقام ليس اثبات سببية القسمة لا عن رضا الممتنع. چون ما نمی خواهیم قسمتهایی که در آن رضای ممتنع نیست را نیز سبب قرار بدهیم.

«و إنما غرضنا اثبات جواز اجبار الممتنع عليها بسببها المقرر في الشريعة». ما فقط می خواهیم جواز اجبار ممتنع به تقسیم را اثبات کنیم و لو به سبب مقرر خودش در شرع.

بعد ایشان می گوید: با توجه به این استدلال، دیگر اشکال تعارض دو الناس مسلطون که قبلا طرح شد بر طرف می شود بخاطر اینکه الناس مسلطون شریک خواهان تقسیم می گوید او می خواهد در مال خودش تصرف کند لذا تعارضی با الناس مسلطون شریکش ندارد. اگر او بخواهد از تقسیم منع کند مثل منع صاحب الدار می شود از اخراج دابه دیگری.

بحثی نیز در سابق بود که علاوه بر اشکال تمسک به لا ضرر و الناس مسلطون اگر این ادله جاری باشد ما یک قاعده عام ثانوی در باب قسمت داریم، در حالی که خلاف مدعای فقهاء است زیرا فقهاء می گویند در باب قسمت ما یک قاعده عام نداریم. ایشان بعد می فرماید: و أي مانع من الالتزام بعموم ما اقتضته القواعد المذكورة (الناس مسلطون و لا ضرر) في جميع مقامات القسمة والحكم بدخول الاجبار فيها الا ما ثبت خروجه عنها موضوعا أو حكما على تفصيل يأتي انشاء الله». چه اشکالی دارد که ما بگوئیم قاعده عامه داریم. منتهی ایشان نمی گوید

قاعده عامه برای نفوذ هر تقسیمی داریم. می گوید برای اجبار داریم، چون اینجا بحث اجبار است. در نهایت ایشان می گوید: با توجه به این بحثی که ما کردیم عمده این مقدمه است که تعیین عرفی مثل جمع کردن و التقاط اجزاء مال خودم است لذا همه اشکالات مرتفع می شود.

«و بما ذکر نعلم وجه استقامة الاستدلال بقاعدة حرمة الظلم و قاعدة نفی الضرر، فإن منع المالك عن التصرف في ماله ضرر عليه وظلم». بعد از اینکه تعیین و افراز، تصرف من در مال خودم می باشد، اگر شریک بگوید من نمی خواهم تقسیم بشود موجب می شود من در مال خودم ضرر بینم چون مالم تعیین نشده است.

سپس می فرماید فذلک المرام این است که: «أن اهل العرف يعدون قسمة مال المشترك كاخراج الدابة عن دار الغير من انحاء التصرفات والتقلبات في المال (مال خودم)، و كما أن صاحب الدار إذا امتنع عن اخراج الدابة رفع امره الى الحاكم فأجبره هو، فکذلک فی المقام فللحاكم اجباره على القسمة». بحث مهم دیگری که باید به این استدلال ضمیمه شود تا نتیجه دهد این است که «و ثبوت مشروعية القسمة في الجملة كاف في الحكم بمشروعيتها في المقام بعد ملاحظة القواعد المذكورة الجارية فيه بحكم العرف. و ليس فيها على ما ذكر تصرف في مال الغير حتى تكون ممنوعة بحكم قوله صلى الله عليه و آله: لا يحل و غيره (که قبلا به آن استدلال کرده اند)، بل ليس فيها نقل و انتقال عندهم». حتی نقل و انتقال هم اصلا نیست. چون اگر بگویند هست خلاف اصل است، لذا می فرماید به نظر عرف نقل و انتقال هم نیست. و علی فرض اشمالها علیهما... بعد می فرماید بر فرض اینکه نقل و انتقال نیز در آن صورت بگیرد منعی از التزام به این سخن وجود ندارد وقتی سبب ثانوی عامی وجود دارد مثل احل الله البيع

که بیاید نقل و انتقال را هم تجویز کند، و علی فرض اشمالها علیهما فلا مانع من الالتزام بهما بعد مساعدة القواعد الثانوية القاضية بدخول الاجبار فيها.<sup>۱</sup> بعد وارد تفصیل موارد می شود. به نظر ما مواضع متعددی از این جواب اشکال دارد. انشاءالله جلسه بعد بحث می کنیم. و اگر چنین اطلاق درست باشد بحث مهمتر چگونگی تطبیق آن بر بحث وقف است.

«الحمد لله رب العالمین».

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (آغامحمدنجم آبادی) ج ۳ ص ۳۹۷، ۳۹۶

## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۱۰۴۲
خلاصه بحث گذشته	۱۰۴۲
بحث مرحوم شیخ در کتاب القضاء	۱۰۴۴
استدراک مرحوم شیخ ره	۱۰۴۴
شیخ عرف را مرجع در تشخیص مصادیق هم می داند	۱۰۴۵
اشکالات کلام مرحوم شیخ	۱۰۴۶
اشکال اول: صغریا اینجا نقل است	۱۰۴۶
شاهدی بر صحت اشکال اول	۱۰۴۷
اشکال دوم: به نظر ما عرف فقط در مفاهیم مرجع است نه در مصادیق	۱۰۴۹
تردید در مسبب بودن یا بعد التسبیب بودن الناس مسلطون	۱۰۵۱

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على  
محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

### خلاصه بحث گذشته

بحث در مسئله ۷۶ تحریر الوسیله در تقسیم وقف بود. اولین فرع این بود که اگر بین وقف و ملک طلق شراکتی  
ایجاد شد می توان مال مشاع را تقسیم کرد و سهم هر یک را مشخص نمود. نظر حضرت امام قدس الله نفسه الزکیه را بیان

کردیم. در مواردی که تقسیم نیاز به رد به موقوف علیهم داشت باید تقيیدی بیان می شود که گذشت. ولی اصل مسئله اجماعی بود و بحث چندانی نداشت.

اما فروع دیگر مساله که بحث تقسیم بین دو وقف است حال چه واقف و وقف و موقوف علیهم مختلف باشد یا نباشند، صور مختلفی تصویر می شود که به صورت کلی محل اختلاف است. مرحوم امام در متن تحریر صحت تقسیم را در مواردی پذیرفته اند مانند اینکه واقف دو نفر باشند خانه ای به آنها به ارث رسیده، هر کدامشان سهمشان را وقف می کنند برای اولادشان نسلا بعد نسل، در این صورت بطنهای اول می توانند عین موقوفه را بین خودشان تقسیم کنند. همچنین اگر واقف واحد است اما نیمی از ملکش را مشاعا وقف مشهد شریفی کرده و نیمه دیگرش را وقف مسجد، که در این صورت نیز تقسیم صحیح است. اما در جائی که موقوف علیهم واحد باشند نسلا بعد نسل، اشکال پیش می آید. چون اگر بطن موجود عین موقوفه را تقسیم کنند. ممکن است نسبت به حق نسلهای بعد تضییعی رخ دهد. مانند اینکه بعضی از موجودین اصلا نسل بعدی نداشته باشند یا نسبت به دیگران تعداد کمتری داشته باشند، و اگر تقسیم نشود به نسل بعد بیشتر برسد. در این موارد تقسیم منع دارد گرچه مرحوم سید اعلی الله مقامه در ملحقات عروه حل مساله را به این می دانند که حاکم تقسیم کند که بحث دیگری است.

بنابر این با وجود اختلاف در مساله باید سند جواز تقسیم وقف را بررسی کنیم. برخی فرموده اند عمومات ادله تقسیم شامل موارد اختلافی نیز می شود. ما ادله ای که دال بر مشروعیت اصل تقسیم باشد داریم مانند برخی آیات شریفه. هر چند بیان شد که برخی از آیاتی که ادعا شده اصلا بر اصل صحت تقسیم هم دلالت نمی کند، مانند "لکل منهم شرب مقسوم" یا "نبئهم أن الماء قسمة بینهم..." لذا این آیات هیچ ربطی به بحث ندارند. ولی در آیات حضور اولوا القربی در زمان تقسیم میراث، مفروغ عنه دانسته شده که می توان ارث را قسمت کرد. البته بنابر اینکه ظاهر آیات، قسمت ارث نسبت به وراث باشد نه بحث دین و مانند آن. منتهی نکته این است که این ادله راجع به اصل مشروعیت است. اما اطلاق و عمومی نداریم که در موارد شک بتوان به آن مراجعه نمود.

عبارت بزرگان مانند مرحوم شیخ انصاری را نیز آوردیم که عمومی و اطلاقی که دال بر امضاء تمام موارد تقسیم عرفی باشد نداریم مخصوصا که در مواردی تقسیم می خواهد اجباری باشد. مرحوم امام متعرض این نکته نشده اند که در چه مواردی تقسیم بین دو وقف صحیح است. اگر یک بطن از وقف بگوید که من می خواهم تقسیم کنم ولی بطن دیگر نپذیرد آیا مانند موارد امتناع مال مشاعی که تقسیم موجب ضرر به شریک نمی شود می توانیم بطن دیگر را مجبور به تقسیم

کنیم؟ در همان بحث نیز به چه دلیلی بگوئیم اگر برخی از شرکاء از تقسیم امتناع کردند چه عمومی داریم که بر اساس آن حکم به اجبار بر تقسیم کنیم؟!

## بحث مرحوم شیخ در کتاب القضاء

بحث را از تقریرهای مختلف از بحث مرحوم شیخ در کتاب القضاء پیگیری کردیم. در چند تقریر مرحوم شیخ ابتدائاً استدلال می کند بر عدم تقسیم و می فرماید عمومی و اطلاقی نداریم که دلالت کند تقسیم به صورت مطلق ممضات است. هم الناس مسلطون مانع است و هم لاضرر. البته بحث ظلم و تصرف در مال غیر را هم به آن ضمیمه کرده اند.

در مقام، دو شریک در تمام ذرات این مال شریکند چون اشاعه تصویرهای مختلفی دارد که علی الظاهر تصویر معقولتر آن همین است که دو تا شریک در تمام این عین به نحو اشاعه مالکند نه در یک کلی که تطبیق می شود، یک نحوه از ملکیت در عالم به این صورت است که شریک اول در تمام ذرات این شیء به نحو اشاعه مالک باشد و شریک دیگر نیز در همین ذرات به نحو اشاعه. لذا اینکه با تقسیم ملکیتها جا به جا شود به طوری که من فقط این بخش را تماماً مالک باشم و کس دیگری مالک نباشد و شریک من هم قسم دیگر را مستقلاً مالک باشد، علی الظاهر خلاف اصل است، خلاف تسلط انسانها بر اموالشان است چون شریک نیز در همین حصه تسلط دارد، همچنین خلاف لا ضرر است چون ممکن است ضرر بر طرف دیگر واقع شود، ظلم است، چون در مواردی بر خلاف رضای شریک در مال او تصرف می کنید. حتی اگر رضا هم باشد قابل بحث است. اگر دو نفر راضی باشند به بیع ربوی، مگر بیع درست می شود؟ یعنی حتی بعد از تراضی باید دلیل امضاء وجود داشته باشد.

## استدراک مرحوم شیخ ره

مرحوم شیخ از این مطب بازگشته اند که در جلسه گذشته مفصلاً برگشت شیخ را بحث کردیم. ایشان می فرمایند استدلال به الناس مسلطون و لاضرر و تایید به صدق ظلم و تصرف در مال دیگران به غیر طیب نفس، همه متوقف است بر یک تصویر خاص از بحث تعیین و قسمت. اگر قسمت را به این صورت ببینیم که برخی از اموال شریک با تقسیم وارد در ملک من می شود و تعیین می شود، صدق می کند که کار من تصرف در ملک اوست لذا الناس مسلطون و لا ضرر مانع آن می شود همچنین صدق می کند که ظلم و تصرف در مال دیگری است.

اما اگر گفتیم که عرف وقتی تقسیم می کند نمی آید معاوضه کند و چیزی را در ملکیت جا به جا کند. گوئی ملک خودش را جابجا می کند. مثل اینکه اگر حنطه یکی و شعیر دیگری با هم مزج شود، و صاحب گندمها دانه دانه گندمهایش



را جدا کند. در این صورت نقل در ملکیت نشده است بلکه مال خودش نقل شده است. اگر تصویر در باب تعیین عرفی و قسمت عرفی که حقیقتش تعیین است این باشد، گوئی انسان در مقام تقسیم در واقع اجزاء ملک خودش را التقاط می کند و در یکجا جمع می کند. لذا تمام اشکالات مندفع می شود. الناس مسلطون مانع نیست چون در مال دیگری تصرف نمی کنم، مال خودم را از آن جدا می کنم. لاضرر جاری نیست چون لاضرر نمی تواند جلو تصرف من در مال خودم را بگیرد. لاضرر فقط جلوی تصرف من در مال او را در صورتی که موجب ضرر بر او شود می گیرد. مانند اینکه دابه کسی برود درخانه دیگری و می خواهد آن را بیرون آورد ولی صاحب خانه می گوید همینجا باشد. حتی اگر از بیرون رفتن دابه صاحب خانه ضرر می کند مانند اینکه هم از زیبایی این حیوان لذت می برد و هم ممکن است از سرگینش استفاده کند لذا می گوید اگر این را ببری ضرر می کنم، لذا واضح است که لاضرر جاری نیست، چون لاضرر را که نمی توانید در اموال دیگران جاری کنید و بگوئید پس باید پیش من باشد. در اینجا نیز همینطور است. پس فرمایش مرحوم شیخ این است که اگر تعیین در نظر عرف کالاتقاط باشد یعنی مالک ملک مشاع، مال خودش را در این حصه جمع می کند لذا تمام اشکالات مرتفع می شود.

### شیخ عرف را مرجع در تشخیص مصادیق هم می داند

ایشان در ادامه نکته مهمی بیان می کنند که در موارد دیگر نیز کاربرد دارد. ایشان می فرماید: همانطور که عرف در معنای الفاظ دخیل است، معنای مال و سلطنت در حدیث شریف «الناس مسلطون علی اموالهم» را نیز عرف برای ما تعیین می کند. مصداق سلطنت را نیز عرف به ما می گوید. مانند اینکه در استصحاب عرف مواردی را نقض می بیند لذا لا تنقض الیقین صدق می کند.

پس الناس مسلطون تابع رؤیت عرف نسبت به سلطنت است و فرض این است که عرف با این تصویر که تقسیم را تعیین می داند آن را شبیه اخراج دابه از ملک دیگری می داند، چون تعیین در ملک مشاع را جمع کردن ذراتی که مال مالک است می داند. لذا الناس مسلطون اینجا هم صدق می کند، چون این عمل مصداق سلطنت بر مال است. لذا الناس مسلطون تایید می کند که مالک بتواند ذرات مربوط به خودش را التقاط کند.

**سؤال:** پس چرا در همان مورد لاضرر که سمره می خواست برود در باغ انصاری از درخت خودش استفاده کند پیامبر صلی الله علیه و اله اجازه نداند؟

**جواب:** روایت سمره بحث دشواری دارد، ولی یک فهم این است که او در عبور و مرورش مازاد بر حق عبورش استفاده می کرد. هر وقت می خواست بیاید بدون اعلام ورود می کرد. درست است که علی الظاهر صاحب درخت بالالتزام حق ورود دارد اما نه هر کیفیتی، نحوه ورود او اضرار به غیر بود که پیامبر فرمودند نمی توانی این کار را انجام دهی. او بدون اطلاع ورود پیدا می کرد و برای خانواده انصاری زحمت ایجاد می کرد، این اشکال دارد. این حق او نبود که بدون اعلان ورود کند. او فقط نخله داشت لذا می توان گفت برای آب دادن یا استفاده از میوه آن حق عبور هم دارد؛ ولی حق ندارد ورود اضراری را انتخاب کند.

## اشکالات کلام مرحوم شیخ

ما در اینجا دو اشکال صغروی و کبروی با مرحوم شیخ داریم:

## اشکال اول: صغرویا اینجا نقل است

مرحوم شیخ در بحث موضوعی فرمودند عرف در واقع تقسیم را نقل و انتقال نمی بیند حتی بالالتزام، نسبت به اینکه تقسیم واقعا معاوضه انشائی نیست فرمایش ایشان صحیح است و مطلب روشن است اما آیا این عمل بالالتزام نیز نقل نیست؟ قبلا می گفتیم با تقسیم بالالتزام نقل می کند، و عبارت مرحوم شیخ نیز همین بود که بالالتزام نقل می کند اما حال می فرمایند عرف این را نقل نمی بیند، التقاط اجزاء مال خودش می بیند. ولی به نظر می رسد این فرمایش صغرویا درست نیست. بحث تقسیم یک بحث عرفی است، قبل از شرع هم بحث تقسیم بوده است، در آن زمان وقتی عرف تقسیم می کرده است چه کاری انجام می داده است؟

این تفسیر که عرف می گوید اجزاء مال خودم را اینجا می آورم با فهم اشاعه مختلف است. باید ببینیم عرف شرکت در مال را به چه صورت می فهمیده است. کسانی که اشاعه را به شراکت هر دو شریک به این نحو که در هر جزء جزء مالک هستند تفسیر می کنند، ادعایشان این نیست که ما به این صورت تفسیر می کنیم بلکه ادعایشان این است که دارند کار عرف را می فهمند. عرف وقتی ملکیت شراکتی تصویر می کند چه چیزی تصویر می کند؟ می گوید در کل جزء هر دو نفر شریک هستند. شما که این را قبول کردید، پس چطور می فرمائید عرف در تقسیم می گوید من اجزاء مال خودم را اینجا آوردم. با وجود اشاعه، اجزاء مال خودم معنا ندارد.

پس می خواهیم بگوئیم شما که قبل از شرع می خواهید فهم عرفی را بدست بیاورید اول روشن کنید که فهم عرف از شرکت چیست؟ آیا عرف شرکت را فهمیده است؟ بالاخره شراکت چیزی نیست که ما از شارع گرفته باشیم. عرف هم

شراکت در اموال را قبول دارند اینکه خودشان را شریک می دانند یعنی چه می دانند؟ کسانی که در باب اشاعه و شرکت چند تحلیل ارائه کرده اند، در واقع ادعایشان این است که کار عرف را تحلیل می کنند. می خواهند بگویند این شراکتی که در بین مردم هست تحلیلش این است. یک تحلیل این است که در کل ذرة ذرة خودمان را مالک می بینیم، که مرحوم شیخ ره نیز همین را پذیرفتند. ایشان وقتی شرکت را تحلیل می کنند نمی خواهند بگویند برداشت ما از شرع این است فهم عرف را بیان می کنند. برخی نیز مانند مرحوم صاحب جواهر تفسیر دیگری دارند که یک نحوه تطبیق یک مالکیت کلی می داند. آن سخن دیگری است.

**سؤال:** اینها دو مقام است، چه اشکالی دارد فهمش به این صورت باشد اما عرف در تطبیقش اینجوری عمل می کند.

**جواب:** داشتیم همین را روشن می کردیم. عرفی که اشاعه را به معنای مالکیت در کل ذرة ذرة می بیند، چطور می گوئید وقتی تقسیم می کند مانند این می داند که ذرات خودش را آورده اینجا؟! وقتی حنطه با شعر مخلوط می شود هنوز حنطه ها بخصوصه و معینا مال من است نه بالاشاعه. لذا مثال مرحوم شیخ کاملاً مع الفارق است. وقتی که جو و گندم قاطی می شوند، اگر امکان جدا کردن هست در واقع من مالک آن ذرات گندم هستم متعینا بدون اشاعه، طرف دیگر نیز مالک ذرات جو هست متعینا بدون اشاعه. در اینجا شما می گوئید اگر انسان بتواند کل گندمها را دانه دانه جدا کند و در جایی جمع کند می شود مالک این گندمها. در حالی که این مطلب واضح است و ربطی به تقسیم ندارد. تقسیم در جایی است که شرکت هست و شرکت یعنی عرف خودش را مالک ذره ذره می داند بالاشاعه. فرض این است که عرف اینطور می بیند، و در این صورت التقاط معنا ندارد.

## شاهدی بر صحت اشکال اول

شاهد بر صحت مدعا این است که مرحوم شیخ از اول بحث تا اینجا چند بار تکرار کردند که مقصود از تقسیم تعیین واقعی نیست که واقع معینی را می آوریم، بلکه تقسیم تعیینی تنزیلی است مانند مجاز سکاکی که حقیقت ادعائی است. تصریح کرده اند که مثل حقیقت ادعائی است. یعنی عرف دارد مغایرت را می بیند. در مجاز ادعائی اینطور است که می دانیم زید غیر از اسد است و ادعا می کنیم أنه اسد. ایشان در یکی از این تقریرات تصریح کرده بود که هذا تعیین تنزیلی کالحقیقة الادعائية. یعنی در عین حال که می دانیم در تک تک اینها شریک هستیم ولی با تعیین می گوئیم ما داریم ادعا می کنیم که این حصه ملک من است معینا. و اینکه این سببیت و تسبیب عقلائی به نام تعیین از ناحیه شارع امضاء شده باشد

عیبی ندارد، زیرا مانند تسبیب و تسببات عقلائی است. همانطور که من می توانم از ملک خودم اخراج کنم، اینجا هم یک همچنین کاری دارم می کنم. ولی دیگر نمی توانید بفرمائید اصلا عند العرف بدون مسامحه هذا تعیین حقیقتا.

در یکی از عبارات به صورت بسیار عجیبی مرحوم شیخ در مقام استدراک می فرمایند حتی به نظر عرف در تقسیم نقل و انتقالی هم نیست. این خیلی عجیب است که با وجود اینکه عرف اشاعه را می فهمد و خودش را مالک تک تک ذرات می داند چطور نقل و انتقال نمی بیند؟!

لذا به نظر ما اصل آن مقدمه که ایشان برای عدولشان بیان کردند تمامش نادرست است و نتیجه این می شود که هنوز آن ملک، ملک آنهاست و اصل فساد این تقسیم است زیرا تقسیم، مستبطن نقل و انتقالی است ولو این نقل و انتقال انشاء نشود. ولذا اصل فساد و عدم تأثیر حاکم است مگر در مواردی که با دلیل صحت تقسیم اثبات شود. الناس مسلطون هم نمی تواند آن را تصحیح کند چون مشرع نیست. الناس مسلطون نمی گوید چه تقسیمی نافذ است. علاوه بر اینکه اصل اینکه تقسیم سلطنت عرفیه من است اول کلام است. من سلطنت عرفیه بر مال خودم دارم نه بر مال دیگری. لذا به نظر ما همان حرفهای اول مرحوم شیخ درست است و این عدول ایشان درست نیست.

اکثر مقررین به مرحوم شیخ اشکال نمی کند زیرا معمولا در مقام اشکال نیستند. مرحوم آشتیانی این را آشکار می کند که این مطالب فرمایش شیخ است، می گوید هکذا قال الاستاذ العلامة و لکن فیه، و در بسیاری از موارد مطالب خودشان را نیز می آورد. ایشان در اینجا به مرحوم شیخ اشکال کرده و می گوید ما نمی فهمیم این کلام شما را که می گوئید عرف واقعا در اینجا به شکل تعیین واقعی می بیند و اصلا نقل و انتقال نمی بیند یعنی چه. عرف اینطور نیست که شما می گوئید و در واقع همان سخن اول درست است. که به نظر ما نیز این اشکال صحیح است.

بنابراین نتیجه مهمی که به دست می آید این است که اگر حرف مرحوم شیخ درست بود همانطور که بالصراحه فرموده اند یک اصل ثانوی در باب تقسیم ایجاد می شود چون الناس مسلطون و دیگر ادله وجود داشت و نه تنها مانع از تقسیم نمی شد بلکه می گفت شما می توانید تقسیم کنید. لا ضرر نیز می گفت شما می توانید رغما لأنف شریک ولو راضی نباشد تقسیم کنید فقط نباید ضرر بر او وارد شود تا لا ضرر بتواند شامل شود. این لا ضرر برای متقاضی تقسیم جاری می شود و شریک ممتنع لا ضرر ندارد چون بر او ضرری وارد نمی شود. فرض مسئله در تقسیم این است که شریک راضی نباشد و لکن ضرری نیز بر او وارد نشود که در این صورت گفته اند بالاجبار می شود تقسیم کرد.

ولکن اگر ما تقسیم را عرفا انکار کنیم دیگر الناس مسلطونی نداریم. الناس مسلطون شریک و لا ضرر او حاکم است، من از این جهت لا ضرر ندارم. چون لا ضرر می گوید شما می توانی در ملک خودت تصرف کنی که ملک اشاعی است، اما اینکه بگوید می توانی ملک اشاعی خود را به ملک طلق تبدیل کنی تا انفع شود دلیلی ندارید.

## اشکال دوم: به نظر ما عرف فقط در مفاهیم مرجع است نه در مصادیق

بحث مهم دیگری که نیاز به دقت فوق العاده دارد این است که ما در اصول مکرر بیان کردیم که نزاعی هست که ما در کجا به عرف مراجعه می کنیم؟ در اخذ مفاهیم؟ یا علاوه بر مفاهیم در مصادیق هم به عرف می توانیم مراجعه کنیم؟ بحث مهم دشواری هم هست، و خیلی از محققین انکار می کنند که ما در مصادیق به عرف مراجعه کنیم. البته بحث خلط نشود، بناء عقلاء بحث دیگری است، عرف غیر از بناء عقلاء است. اینکه عقلاء یک بنائی داشته باشند و چیزی را ثابت کنند و ردع نشده باشد بحث دیگری است. بحث سر عرف است. اگر می گویند توضاً بالماء، ما مفهوم ماء را از عرف می گیریم، اما آیا موظفیم مصداقهای ماء را نیز سلباً و ایجاباً از عرف بگیریم؟ یعنی اگر یک جایی عرف اصلاً تشخیص نداد این آب است ولی من یقین دارم این آب است آیا می توانم با آن توضی کنم؟ از آن طرف اگر عرف ایجاباً یک چیزی را ماء می داند و من نمی دانم، آیا نظر عرف بر من حجت است؟ در توضاً بالماء ما نمی توانیم با آب مشکوک وضوء بگیریم، چون یک اشتغال ذمه یقینی داریم فراغ یقینی می خواهیم؛ مایعی وجود دارد که قطع دارم آب نیست یا شک دارم آب است ولی عرف می گوید آب است، آیا حرف عرف حجت است؟

مرحوم آخوند، محقق عراقی، محقق اصفهانی تا جایی که من یادم می آید غیر از مواردی که بتوانیم اطلاقی جاری کنیم خیلی از موارد تصریح کرده اند که ما مفهوم را از عرف می گیریم نه مصداق را. حتی به نظرم می آید مرحوم نائینی هم چند جا این را فرموده است. ولی اینطور که از سابق در ذهنم هست در بحث عموم و خصوص یکجا می فرماید اینکه گفته اند ما فقط مفاهیم را از عرف می گیریم درست نیست، ما می توانیم مصداق را نیز از عرف بگیریم. به نظرم مرحوم امام نیز در مواردی به این نکته تعرض کرده اند که ما مصداق را هم از عرف می توانیم بگیریم، یعنی اگر عرف بگوید این مصداق است حجت است. منتهی ما این دیدگاه را به نحو کبروی قبول نداریم.

**سؤال:** مطلقاً مصداق را قبول ندارید، یا مصداق را می گیرید که به مفهومیه برگردد را قبول دارید؟

**جواب:** شبهه مفهومی که محل بحث ما نیست بحث در جائی که مفهوم روشن باشد، مثلاً اگر بگویند سفر هشت فرسخی موجب قصر است و کسی در مصداق هشت فرسخ تشکیک کند یعنی مفهوم روشن است ولی مصداقش را تشکیک کنند که فاصله من تا آنجا چقدر بود هشت فرسخ هست یا نه. بحث الان در شبهه مصداقیه است.

**سؤال:** کلام مرحوم نائینی و مرحوم امام ره ظاهراً در شبهه مصداقیه ای است که شبهه مفهومی دارد.

**جواب:** خیر، شبهه مفهومی خیلی قائل دارد، فقط ایشان نیستند. شبهه مفهومی تارة مردد بین اقل و اکثر است و تارة مردد بین متباینین است، اینها قائلهای مختلف دارد. یکوقتی عموم فوقانی دارد و یکوقتی ندارد، اینها بحثهای مفصلی دارد که سر جای خودش بحث شده و ربطی به این بحث ندارد. این بحث که مرحوم آخوند می گوید ما مفهوم را از عرف می گیریم مصداق را نمی گیریم، در جائی است که مفهوم روشن است ولی عرف آمده یک مصداق تعیین کرده است. می خواهیم ببینیم این مصداق تعیین کردن عرف حجت است یا نه. این یک بحث کبروی است.

در اینجا مرحوم شیخ می گوید ما مصداق سلطنت را هم از عرف می گیریم، و در باب تعیین، عرف برای خودش در تقسیم سلطنت می بیند و این مصداق الناس مسلطون علی اموالهم است. ما می گوئیم اصلاً مگر تعیین مصداق از ناحیه عرف حجت است؟ عرف می تواند مفهوم سلطنت را بیان کند اما به لحاظ مصداقی شما باید دقت کنید که آیا مصداق الناس مسلطون وجود دارد؟ مصداق را باید مکلف احراز کند نه عرف. بله اگر عرف تشخیص بدهد و تشخیص او حیث تعلیلی برای علم من شود بحث دیگری است و گرنه مصداق را باید مکلف خودش تشخیص دهد. اگر گفتند دم نجس است، مفهوم دم را از عرف می گیریم، مثلاً فرض کنید عرف دم را یک سیال قرمز رنگ مأخوذ از بدن انسان بداند، اگر شما همین مواد شیمیایی حاصل در خون را در آزمایشگاه درست کنید عرف به این نمی گوید خون، چون در آن مفروض است که باید از بدن انسان گرفته شود. مفهومش روشن است. اما معلوم نیست مصداق اینکه از بدن انسان گرفته اند یا نه با عرف باشد، یا مثلاً این مایع سیال قرمز نباشد زرد رنگ باشد اما از بدن انسان گرفته اند آیا این خون است یا نه؟ تشخیصش با عرف نیست. ممکن است من کشف کنم آن خونی که از بدن انسان گرفته می شود موادش این است و یک مایع قرمز رنگ دیگری از بدن انسان گرفته می شود و اصلاً آن مواد را ندارد این دیگر خون نیست. لذا می خواهیم بگویم تشخیصش با مکلف است یا کسی که جانشین مکلف است مثل مجتهد. تشخیصش با عرف نیست. این یک بحث کلی است.

اما نسبت به تشبیه به نقض که مرحوم شیخ فرمودند به نظر می رسد این دو با یکدیگر تفاوت دارد، اتفاقاً در موقع مطالعه قبل از اینکه تشبیه ایشان را بخوانم در ذهنم آمده بود که ممکن است به نقض مثال بزنند. ولی در استصحاب بحث فوق العاده دقیقی وجود دارد که بر اساس آن تشبیه به نقض جواب دارد. به نظر ما رجوع به عرف در نقض از باب این

نیست که مصداق نقض را عرف تعیین کرده بلکه از این باب است که خود مفهوم لا تنقض الیقین را به عرف عرضه می کنیم. ما می گوئیم در خود لا تنقض نهفته که باید نقض عرفی باشد. ولی در اینجا می گویند مصداق سلطنتی که عرف تشخیص می دهد بر من حجت است.

**سؤال:** پس مصداق را تصحیح می کنند؟

**جواب:** بله ما نیز همین را گفتیم. عبارت ایشان را خواندیم البته نمی دانم در همه تقریرات هست یا نه. می فرمایند: «و بیان اوضح: مقتضی قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلطون على أموالهم» مثلاً سلطنة الملاك على جميع أنحاء التصرفات في أموالهم كيف شاءوا، كما أن تشخيص المال والسلطنة محوّل إلى أهل العرف، (که ما از این می فهمیم یعنی مفهوم مال و سلطنت) فکذلك تشخيص مصاديق السلطنة محوّل إليهم»<sup>۱</sup>.

این خیلی عجیب است. یعنی اگر عرف سلطنت ندانست ولی مکلف سلطنت فهمید نمی تواند به آن عمل کند تا ببیند عرف چه می گوید.

### تردید در مسبب بودن یا بعد التسبیب بودن الناس مسلطون

مطلب دقیقتری نیز در اینجا وجود دارد که در مواردی مثل توضاً بالماء که مفهوم شما یک امر واقعی است، مستبطن یک تصرف امضائی یا تسبیبی نیست، ماء یک امر تکوینی خارجی است. البته اینجا آن بحث کبروی می آید. اما فرض کنید ما تسلیم می کنیم که در مثل جاهایی که این مصداق خودش تسبیبی است، و مصداق خودش نیاز به امضاء دارد، در مقام مصداق سلطنت شدن و در جاهایی که مصداق یک معنا خودش تسبیبی است، مثل سلطنت، سلطنت یکوقت تکوین است، یعنی من محیط باشم به این شیء، این مثل ماء می ماند و همان بحث کبروی در آن جاری است. اما می خواهیم مطلبی علاوه بر آن بیان کنیم که حتی اگر در توضاً بالماء شما بگوئید مصداق را هم از عرف می گیریم، در مثل الناس مسلطون بحث دیگری وجود دارد. چون در اینجا موضوع سلطنت است. سلطنت خودش یک امر جعلی تسبیبی است. سلطنت اینجا سلطنت مجعوله است و خودش امضائی است.

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (آغا محمد نجم آبادی) ج ۳ ص ۳۹۶

حالا یک بحثی پیدا می شود که آیا وقتی شارع می گوید الناس مسلطون، در واقع دارد حکم را می برد در موضوعی که تسبیبی است پس باید تسبیبش را قبول داشته باشد؟ یا نه در این موضوعات تسبیبی هم ممکن است بگوید همان تسبیهای که عرف می کند من قبول دارم.

بحث مهمی است و اختلافی هم هست. من قبلا فکر می کردم که اصلا عرف جا ندارد تا امضاء نشود. مرحوم محقق اصفهانی در موردی این بحث را بیان کرده . می فرماید در مواردی دلیل، دلیل امضاء است، مانند احل الله البيع، یا اوفوا بالعقود، اینجا ما می دانیم که موضوع باید عرفی باشد، چون دلیل امضاء است و اگر نخواهد موضوع عرفی را امضاء کند یعنی بیع شرعی را امضاء می کند که لغو است.

پس بحث فوق العاده دقیقی وجود دارد که ادله ای داریم که ظاهرش ادله امضاء است لذا باید موضوعش عرفی باشد. نمی توانیم بگوییم بیع شرعی را امضاء می کند چون لغو است. بیع شرعی که دیگر امضاء نمی خواهد. پس در اوفوا بالعقود یا احل الله البيع مجبوریم موضوعش را عرفی بدانیم چون لسان، لسان امضاء است اما در مثل البيعان بالخيار موضوع خيار، البيعان است، در اینجا به تناسب حکم و موضوع شارع وقتی می گوید البيعان بالخيار، یعنی بیعانی که من قبول دارم بالخيار. البيعان بالخيار در مقام امضاء بیع نیست تا شما بگوئید حتما موضوعش باید بیع عرفی باشد. البيعان بالخيار دارد یک حکم دیگری را بر بیع بار می کند. وقتی مولا می گوید البيع كذا، مثلا من باع له الخيار، من باع له الاقاله، دارد حکمی را بر بیع بار می کند، به تناسب حکم و موضوع، موضوع این قضیه بیعانی است که خودش قبولش دارد، یعنی بیع باید امضاء شده باشد.

حالا ما در الناس مسلطون می گوئیم اگر شما این را لسان امضاء تمام اسباب عرفیه بگیرید، عیبی ندارد و معنایش این می شود که مثل اوفوا بالعقود موضوعش عرفی باشد. اما یقوت الناس مسلطون را جور دیگری معنا می کنید مرحوم شیخ نیز جور دیگری معنا کردند و گفتند الناس مسلطون در مقام امضاء تشریعات عرفی نیست؛ در این مقام است که در چهارچوب اسباب تشریع شده شما آزادید خارجا تصرفات انجام دهید. انسان وقتی که مالی را بأسبابها الشرعیه مالک شد مسلط است تکلیفا که اکل و شرب و دیگر تصرفات تکوینی و اعتباری انجام دهد نه اینکه مسلط است یک سبب اخراج جدید درست کند. یقوت هم ممکن است بگوئید در مقام امضاء اسباب است.

شما باید این تصمیم را فقهیا بگیرید و فکر کنید الناس مسلطون دارد چکار می کند. خود مرحوم شیخ مکرر در مکاسب فرموده اینجا هم در اول بحث گفته اند که الناس مسلطون در مقام امضاء اسباب عرفیه نیست بطوری که تشریع را اجازه دهد و بگوید شما اینجا دو نفر نشستید می توانید یک سبب جعل کنید، یا عقلاء می توانند اسباب جعل کنند. بلکه



در صورت وجود اسباب شرعی، اعم از اینکه عقلاء گفته باشند و شارع امضاء کرده باشد یا شارع خودش ابتدا تأسیس سببی را قرار داده باشد. در ظرف مسببات بأسبابها المشروعه شما آزادی و سلطنت دارید. دارد این را برای شما جعل می کند. یعنی اطلاق تصرفات را در این چهارچوب برای شما درست می کند.

اگر این دومی را گفتید، پس شما به تناسب حکم و موضوع باید سلطنت را مثل البیعان بالخیار سلطنت شرعی بگیرید. یعنی در جاهایی که انسان سلطنت دارد و این سلطنت را شارع قبول دارد من می توانم تصرف کنم. اما اگر بگوئید لسان آن امضاء هر سلطنتی است که عرف قبول دارد مانند احل الله البیع می شود.

در البیعان بالخیار، مرحوم اصفهانی اینطور می گفت و ما هم تا زمانی این را قبول داشتیم، الان هم قبول داریم می گوئیم تناسب حکم و موضوع است، منتهی همانجا نیز ظاهراً مرحوم سید در حاشیه مکاسب و برخی دیگر می گویند اشکال ندارد. مولا که می گوید البیعان بالخیار منظورش می تواند این باشد که کل بیعان عرفی بالخیار. یک سری بیعها را شارع قبول ندارد مثل بیع ربوی که آنها را خارج می کند ولی بقیه تحت اطلاقند. پس مطلق البیعان عرفی بالخیار مگر آن بیع هایی که شارع آن را بالتخصیص خارج کرده است.

حالا دوستان بروند فکر کنند که الناس مسلطون در مقام امضاء سلطنت های عرفیه است یا الناس مسلطون بعد الفراغ از سلطنت امضاء شده شرعی در مقام تجویز مطلق تصرفات در این چهارچوب است.

**سؤال:** اصلاً الناس مسلطون سند ندارد نه در شیعه نه در سنی. می گویند این از قوانین رم باستان بوده.

**جواب:** حتی اگر این باشد ولی امضاء شده باشد کافی است.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف	۱۰۵۵
خلاصه بحث گذشته	۱۰۵۵
ثمره مشروع بودن و نبودن الناس مسلطون	۱۰۵۵
نتیجه بحث	۱۰۵۶
کلام مرحوم ملا علی کنی در مقام	۱۰۵۷
بررسی کلام ملا علی کنی ره	۱۰۵۸
بررسی دو فرع ذیل مسئله ۷۶	۱۰۵۸
سه تشکیک در کلام امام ره در مقام	۱۰۵۹
تشکیک اول: اشکال صغروی و کبروی در اینکه اگر نزاع لا ینحسم الا بالقسمة جازت القسمة	۱۰۵۹
تشکیک دوم: اشکال به لعها ترجع الی قسمة المنافع	۱۰۶۰
تفاوت بحث اثباتی و ثبوتی	۱۰۶۱
اشکال سوم: تشکیک در اطلاق جازت در فرض نزاع غیر منحسم	۱۰۶۱
اجاره وقف از طرف بطن اول و انقراضشان قبل از اتمام	۱۰۶۲
متن مسئله ۷۷	۱۰۶۲
اختلاف نظر در مسئله	۱۰۶۳
بررسی موت موجر قبل از انقضاء در ملک طلق و موت موجر در وقف	۱۰۶۴

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على

محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۶ تحریر: افراز وقف

### خلاصه بحث گذشته

بحث در مسئله ۷۶ تحریر الوسيله در تقسیم وقف بود. در مقام بررسی حکم قسمت در فروعات مختلف از تقسیم دو وقف بودیم. بحث اصلی این است که باید بینیم آیا ادله تقسیم در این موارد جاری است؟ چون مسئله اختلافی است. عده ای از فقهاء مطلقاً تقسیم در باب وقف را منع کرده اند و برخی مانند صاحب مسالك آن را تجویز کرده اند. پس اجماعی در این صورت وجود ندارد. و باید دلائل را بررسی نمود.

مرحوم شیخ دلائل منع را مانند الناس مسلطون و قاعده لاضرر و امثال آن بیان کردند که در نهایت از تمسک به این ادله عدول کردند به این دلیل که فرمودند در نزد عرف، تعیین به معنای جابجایی نیست و حتی ادعا کردند که در هنگام تقسیم، نقل و انتقالی عند العرف لازم نمی آید، بلکه تقسیم که به معنای تعیین است مانند التقاط اشیاء خود آدم می ماند و معنایش این می شود که با تقسیم هر شریک الناس مسلطون را در مال خودش جاری می کنم. و لاضرر را نسبت به مال خودش جاری می کنم.

جلسه گذشته پاسخ این استدلال بیان شد به این بیان که عرف قبل از مراجعه به شرع، اشتراک می فهمد و اشاعه می فهمد و اشاعه همین چیزی است که شما آن را معیار نقل و انتقال قرار دادید، گفتید که بالاستلزام تقسیم، موجب نقل و انتقال است. شما لازمه اشاعه را اصالة الفساد در تقسیم دانستید، چون لازمه اش اموری است مانند تصرف در مال دیگران است لذا اصل فساد است مگر ما دلّ الدلیل علیه. با این وجود چطور می فرمایید عرف تقسیم را ملازم انتقال نمی بیند؟!

### ثمره مشرع بودن و نبودن الناس مسلطون

علاوه بر اینکه عرض کردیم الناس مسلطون (که سند درست ندارد ولی ظاهراً مقبول فقهاء بوده است و به آن تمسک کرده اند) اگر دلیل امضاء باشد حق با شماست. یعنی اگر اطلاق داشته باشد تمام سلطنت های متصور عرفی را امضاء می کند. مانند احل الله البيع و اوفوا بالعقود که شامل بیع عرفی و عقد عرفی می شود چون اینها دلیل های امضاء هستند و دلیل امضاء نمی شود موضوعش عقد و بیع شرعی باشد زیرا لغو می شود چون با امضاء می خواهیم شرعیت را درست کنیم. و اگر استظهار ما از دلیل این شد که دلیل امضاء است، لامحاله موضوعش عقد عرفی است. اما اگر دلیلی حکمی را بر این موضوعات بار کرد مانند البیع بالخیار، بیان شد که محقق اصفهانی مکرر فرماید که چنین احکامی که موضوعشان را مفروغ

عنه گرفته اند، ظهورشان این است که هر قائلی که می گوید منظورش موضوع از نظر خودش است، اگر عرف می گوید منظورش موضوعی است که از منظر خودش تمام باشد و اگر شارع می گوید منظورش موضوعی است که از منظر خودش تمام باشد. پس ظاهر البیعان بالخیار یعنی کسانی که به نظر شارع بیعان هستند دارای حق خیار می باشند.

در مقابل این نظر دیدگاه دیگری نیز مطرح است مانند مرحوم سید یزدی در حاشیه مکاسب که می فرماید البیعان بالخیار مثل هر دلیل دیگری ظهور اولی اش بیع به معنای عرفی است. لذا باید به بیع عرفی اخذ کنیم.

این اختلاف در الناس مسلطون نیز می آید. الناس مسلطون علی اموالهم اگر دلیل امضاء سلطنت باشد، ظاهرش این است که باید موضوعش سلطنت عرفی باشد، همان که مرحوم شیخ فرموده بود. البته ما حتی طبق این مبنا نیز استدلال مرحوم شیخ را پاسخ گفتیم و معتقدیم عرف هم این کلام شما را نمی گوید که بحث دیگری است.

منتهی اگر گفتیم الناس مسلطون اصلاً در مقام امضاء سلطنت های عرفی نیست، همانطور که خود مرحوم شیخ مکرر اذعان فرمودند که اصلاً در مقام تشریع نیست که بگویند هر چه شما می گوئید را من درست کردم. بلکه در مقام این است که در سلطنت های تشریع شده به اسباب خودش، به صورت مطلق حق تصرف دارید اعم از تصرف تکلیفی و وضعی. نمی خواهد بگویند شما سلطنت دارید می توانید یک سبب جدیدی در کنار بیع و صلح و امثال آن ایجاد کنید. بلکه در مقام این است که این اسبابی که در شرع هست شما در ظرف آن می توانید بالاطلاق تصرف کنید به تصرف تکلیفی و وضعی. این ما حصل عرض ما نسبت به فرمایش مرحوم شیخ.

## نتیجه بحث

نتیجه اینکه ما هیچ دلیل مصححی از عمومات و اطلاقات نداریم که در مرحله شک به ما کمک کند و اثبات کند که ما می توانیم تقسیم و تعیین کنیم. لذا طبیعتاً باید به قدر متیقنها اخذ کنیم مانند مواردی که اجماع هست، یا دلیل خاصی وارد شده است.

تطبیقش در بحث ما نیز روشن است. بحث ما این بود که صوری از وقف وجود دارد، اختلاف واقف، اختلاف وقف، اختلاف موقوف علیهم، و گاهی با وحدت اینها. ما در همه آن فروض می گوئیم دلیلی بر صحت تعیین نداریم. لذا به نظر ما متن امام قدس الله نفسه الزکیه که در همه فروض جز یک مورد تقسیم را جاری دانستند درست نیست. ایشان در فرضی که واقف یکی باشد، وقف هم یکی باشد، منتهی موقوف علیهم در طول متعدد باشند یعنی بطون مختلف، اینجا را ایشان منع کرده و واضح هم هست که ممنوع است.

## کلام مرحوم ملا علی کنی در مقام

به جهت تکمیل بحث مراجعه ای به کتاب القضاء مرحوم ملا علی کنی کردیم. ظاهرا مرحوم ملا علی کنی تلمذ در محضر شیخ انصاری نیز داشته است تاریخ حیات ایشان نیز با شاگردی مرحوم شیخ منافاتی ندارد<sup>۱</sup>، نمی دانیم در کتاب القضاء از کارهای مرحوم شیخ استفاده کرده است یا نه. ولی با تقریرات مختلف قضاء شیخ، یعنی قضاء مرحوم آشتیانی، مرحوم رشتی و مرحوم نجم آبادی خیلی فرق دارد.

نکته ای که می خواهیم به لحاظ تاریخی عرض کنم این است که ایشان بحث تقسیم را مفصل در جلد پنجم از کتاب القضاءشان که اخیرا به صورت منقح و مطلوبی چاپ شده است آورده اند. ایشان روایات مختلفی که به آنها تمسک شده را هم آورده اند، فرموده اند: «و إنما اطلنا فی نقل الاخبار ولو بطریق الاختصار لیان امور».

اولین امری که می فرمایند این است: احدها: أن يعلم أن القسمة لا تنحصر دلیها فی الاجماع و آیه حضور اولی القربی و قسمة الماء و حدیث قسمة خیر و نصب القاسم من ناحية امیرالمؤمنین علیه السلام كما قد یتوهم من اقتصار اکثر الاصحاب علیها. اکثر اصحاب در مقام به آوردن این چند دلیل اکتفا کرده اند. و لعله لذا قال فیما مر من الجواهر فی<sup>۲</sup> اوائل البحث إنه لیس فی القسمة عموم أو اطلاق یقتضی ذلک کی تكون حینئذ امرا مستقلا برأسها. معلوم می شود صاحب جواهر هم منکر اطلاق و عموم در باب تقسیم است. و علل توقف اللزوم علی الرضا بعد القرعة فی غیر قسمة منسوب الامام بقوله اقتصارا فیما خالف الاصل علی المتیقن بعد أن لم یکن اطلاق یقتضی ترتب الاثر.

سپس ایشان چند عبارت از صاحب جواهر ذکر می کند که دال بر این است که ایشان منکر وجود اطلاق و عموم در بحث است. بعد می فرمایند: و نحوه فی موضع آخر... بعد کلام استادش را رد می کند، می فرماید: و هو كما ترى بعد ما سمعت من الاخبار و أی اطلاق یرید بعد ذلک، مع أن طریقه فی غیر موضع التمسک باطلاق اجماع منقول و جعله

۱- ملا علی کنی متولد و متوفی (۱۲۲۰-۱۳۰۶) هستند، تقریبا معاصر شیخ است. شیخ متولد و متوفی (۱۲۱۳-۱۲۸۱) است. مرحوم شیخ این همه آثار علمی را در حدود ۶۸ سال کار کرده است.

۲- ایشان شاگرد صاحب جواهر نیز بود و مکرر کلمات صاحب جواهر را نقل می کند و می گوید شیخنا.

قاعدتا يرجع اليها في مواضع الشك»<sup>۱</sup> می گوید ایشان حتی در باب اجماعات منقول به اطلاق معقد اجماع مراجعه می کند، آنوقت چطور به این اخبار عمل نمی کند. بعد ما سمعت من الأخبار؟ و آیا اطلاق یزید بعد ذلک؟

## بررسی کلام ملا علی کنی ره

این فرمایش ایشان از عجائب است. اولاً در قسمة الماء که ظاهراً هیچ ربطی به بحث ما ندارد. ثانیاً در آنجا عرض کردیم دلیلی که می آورند از مثل آیه اولی القربی که در موقع قسمت ارث حضور پیدا کنند اطلاق یا عمومی فهمیده نمی شود یا حدیث قسمت خیبر که به لحاظ تاریخی اختلاف در کیفیت آن وجود دارد اینکه اصلاً به چند سهم تقسیم شده و اصلاً تعیین شده یا نشده، برخی از مورخین گفته اند پیامبر صلوات الله علیه خیبر را به ۱۸۰۰ سهم تقسیم کرد، برای هر صد سهم یک متولی قرار داده اند ولی این چه ربطی به تعیین دارد؟ اگر معین بود که به دست خود مالکینش می دادند، چرا هر صد سهمش را به دست یک نفر بدهند. یعنی معلوم نیست حادثه چه بوده است. خصوصاً که صاحب غنیه در استدلال بر اینکه وقف مشاع صحیح است تمسک به همین روایت خیبر کردند. گفتند پیغمبر ص به عمر فرموده بود حبس الاصل و سبل الثمره با اینکه ملک عمر مشاع بود. یعنی استدلال صاحب غنیه این است که در بستری پیغمبر فرمود حبس الاصل و سبل الثمره که هنوز ملک عمر مشاع بوده، مشخص می شود از این فرمایش پیامبر ص اصلاً کشف تعیین نکردند.

علاوه بر همه اینها، مورد تمسک اصحاب به این ادله برای اصل مشروعیت است نه اطلاق در موارد شک لذا روشن می شود که موارد خلط فراوانی در این کلام هست.

ایشان می فرماید: و هو (این حرفهای صاحب جواهر) کما تری بعد ما سمعت من الاخبار. در حالی که این اخباری که شما نقل کردید عمده اش از همین قسم بوده، اطلاقی در کار نیست، آنها اصل مشروعیت را می گوید. لذا همانطور که صاحب جواهر و مرحوم شیخ در اول بحث و عده ای از مستدلین گفته اند ما در ادله تقسیم اطلاق و عمومی نداریم.

## بررسی دو فرع ذیل مسئله ۷۶

دو نکته در فرع ۷۶ باقی می ماند:

<sup>۱</sup> کتاب القضاء (ملاعلی الکنی الطهرانی) جلد ۵ صفحه ۱۹۶/۱۹۵

در متن مسئله ۷۶ فرموده اند: «ولو وقع النزاع بين اربابه بما جاز معه بيع الوقف و لا ينحسم الا بالقسمة جازت، لكن لا تكون نافذة بالنسبة الى البطون اللاحقة ولعلها ترجع الى قسمة المنافع.

اگر آمديم و اختلاف شد بين مستحقين اوقاف و لا ينحسم الا بالقسمة جاز، می شود قسمت کرد. منتهی می گویند نسبت به بطون بعد نافذ نیست. ولعل این برگشتش به تقسیم منافع باشد.

بعد فرموده اند: **والظاهر جوازها مطلقا**، یعنی اگر گفتیم تقسیم منافع است، تقسیم منافع جائز است مطلقا، چه نزاع باشد و چه نباشد. این هم روشن است. چون منافع که مملوک صاحبان وقف است، ملک آنهاست، بنابراین می توانند تقسیم کنند. بحثی در آن نیست. منتهی بعد فرموده اند: **و اما قسمة العين بحيث تكون نافذة بالنسبة الى البطون اللاحقة فالاقوى عدم جوازها مطلقا**.<sup>۱</sup>

### سه تشکیک در کلام امام ره در مقام

عرض ما این است که اگر نزاع بین ارباب وقف واقع شد و لا ينحسم الا بالقسمة جازت.

### تشکیک اول: اشکال صغروی و کبروی در اینکه اگر نزاع لا ينحسم الا بالقسمة جازت القسمة

صغرویا آیا فقط قسمت رافع یک نزاع است؟ یعنی فقط تقسیم بخصوصه رافع نزاع باشد نه عدیل و بدلای دیگر. برای ما روشن نیست که در عالم چنین فرضی داشته باشیم که اختلاف تنها با قسمت بر طرف شود و عدل دیگری نداشته باشد.

اولا اگر نزاع لا ينحسم الا بالقسمة جازت القسمة اول کلام است. ما نزاع در عالم زیاد داریم، خب به قاضی مراجعه کنند. نزاع که در تقسیم نیست، نزاع بین ارباب وقف در استفاده از وقف است. اگر دو نفر نزاع در استفاده از منزل دارند، همان اول بگوئیم باید بیع جائز باشد هبه جائز باشد یا صلح جائز باشد. این روش صحیح نیست. در موقع نزاع می روند پیش قاضی، او مورد نزاع را پیدا می کند بعد آنجا به حسب موازین شرعی حکم می کند. اینکه اگر لا ينحسم الا بالقسمة جازت یعنی مراجعه به قضات را کلا گذاشتیم کنار. این چه دلیلی دارد؟ باید مانند بقیه نزاعات عمل کرد.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۱

در بیع ادله ای داشتیم که مفادش این بود که اگر موجب قتل یا امور دیگری شود که با قضاء حل نمی شود جواز بیع وجود دارد که بحث دیگری است.

حال اگر همه این بحثها را بپذیریم که این نزاع در وقف لا تنحسم الا بالقسمة و جازت. مرحوم امام می فرمایند: لکن نسبت به بطون لاحقه نافذ نیست. این درست است و این کلام واضحی است، چون متعلق حق بطون لاحقه است و نمی شود نافذ باشد.

### تشکیک دوم: اشکال به لعها ترجع الی قسمة المنافع

بعد فرموده اند: و لعها ترجع الی قسمة المنافع. سوال این است که این مطلب چه دلیلی دارد؟ اگر ما چنین فرضی کردیم که وقفی داریم که لا تنحسم نزاعش الا بالقسمة، و نگفتیم اول بروند نزد قاضی بلکه گفتیم جازت القسمة. چرا برگشت این به تقسیم منافع باشد؟ آخرش این است که این تقسیم عین است، منتهی نسبت به بطون لاحقه می شود فضولی. مگر تقسیم فضولی برگشتش به تقسیم منافع است؟ تقسیم فضولی، تقسیم عین است فضولتا، این تقسیم نسبت به نسل حاضر که فضولی نیست و نسبت به نسل بعدی هم ممکن همین قسمت را اجازه کنند. لذا تقسیم این عین نسبت به بطن اول که نافذ است، نسبت به بطون دیگر می شود فضولی. شاید آنها نیز همین تقسیم را بپذیرند. ما دلیل نداریم که حتما رد کنند لذا لعها ترجع الی قسمة المنافع یعنی چه.

ممکن است ما اصلا منکر جریان تقسیم باشیم مانند ما که می گوئیم اصلا تقسیم در وقف بین دو تا وقف جاری نمی شود، در این صورت منافع مشترک است لذا می توانند قرار بگذارند و آن را تقسیم کنند و مشکلی ندارد. اما اگر شما قبول کردید تقسیم عین را که بالا قبول کردید تقسیم عین را، بعد می فرمایید لعها ترجع...، لعها ترجع یعنی چه؟! یعنی بحث اثباتی می کنید، یعنی اگر دو تا صاحبان وقف با هم نشستند و تقسیم کردند، اثباتا می گوئیم مراد جدی شان تقسیم منافع است. بحث اثباتی است. یعنی اگر ثبوتا گفتند ما عین را می خواهیم بین خودمان تقسیم کنیم، می فرمایید کلا باطل است، نه به معنای بطلان فضولی، باطل است کلا حتی نسبت به خودشان؟ چرا؟! لعها ترجع الی قسمة المنافع یعنی چه؟! **سؤال:** در اراضی مفتوح عنوة من دارم این را می فروشم ولی در واقع منفعت را دارم می فروشم مال من نیست مال امام است.

**جواب:** در اموال مفتوح عنوه شما هیچ مالک نیستید، اینجا من مالک عین هستم. در بحث وقف فرض این است که موقوف علیهم مالک عین هستند منتهی ملکشان متعلق حق بطون لاحقه هستند. چون مالک عین هستند تقسیم می کنند،



اینکه متعلق حق بطون لاحق است اشکالی ایجاد نمی کند، نسبت به آنها می شود فضولی اما نسبت به خود ما که تقسیم عین اشکالی ندارد. چرا برگشت به تقسیم منافع پیدا کند.

## تفاوت بحث اثباتی و ثبوتی

لذا یک وقت بحث اثباتی می کنید، یعنی می گوئید خارجا این آقایان وقتی می گویند ما تقسیم عین می کنیم تقسیم منفعت می کنند. این یک ادعای اثباتی است. ما اصلا ممکن است بگوئیم دو تا اهل وقف تقسیم عین کردند، جد هم داشته باشند تصریح هم کنند که ما داریم تقسیم عین می کنیم. اینجا بفرمایید چکار باید کنیم؟ این به تقسیم منافع بر نمی گردد. به حسب فرمایش شما می شود یک تقسیم صحیحی که متعلق حق دیگران است در بطون آینده نه حالا، حق آنها بعدا بالفعل می شود، بنابراین نسبت به آنها فضولی است. وقتی زمان آنها رسید می توانند این تقسیم را نقض کنند، برگردانند به حال اول می توانند هم ابقاء کنند، ممکن است همه ابقاء کنند بگویند پدران ما این وقف را اینطور تقسیم کرده اند و ما هم همه قبول داریم. بنابراین هیچ دلیلی نداریم که لعلها ترجع الی قسمة المنافع.

بنابراین اولاً: در این فرع اصل تقسیم در اوقاف را ما قبول نداریم. تقسیم منافع اشکالی ندارد چون مملوک مستحقین است.

ثانیاً: سلمنا که مثل مرحوم امام گفتیم تقسیم در وقف در صورتی جائز است، اینکه بگویند لعل برگشت این تقسیم به تقسیم منافع است، وجهی ندارد.

## اشکال سوم: تشکیک در اطلاق جازت در فرض نزاع غیر منحسم

نکته سوم اینکه فرمودند اگر لا ینحسم الا بالقسمة جازت، بر فرض اینکه موضوعش هم محقق بشود اطلاق جازت درست نیست. ما باید بگوئیم مثل هر نزاعی دلیل داریم که در تنازع به قضات و حاکم مراجعه کنند. و حاکم نمی آید اول تقسیم کند. حاکم می گوید منشأ نزاعتان چیست. باید به ادله مراجعه کند. یکی می گوید من مالک دو سهم اینجا و شریکم مالک یک سهم هست ولی دیگری ادعا می کند که به صورت نصف نصف شریکم، می رویم به حسب موازین قضاء بینیم چه حکمی می کند. تقسیم یعنی چه؟ مثل بقیه موارد تنازع است. می خواهیم بگوئیم اینکه اگر ادعا کنیم که لا ینحسم الا بالقسمة برویم سراغ جازت القسمة این اول کلام است. دلیل ندارد. پس سه موضع از این متن قابل خدشه است، و ما هم معتقدیم که اصلا در وقف به این شکل تقسیم هم جاری نیست.

سؤال: شما که تقسیم را قبول نداشتید.

**جواب:** بله این تنزلی است. گفتم تنزلا اگر ما تسلیم کردیم که تقسیم در باب وقف جاری است دیگر وجهی ندارد به منافع برگردد.

**سؤال:** چطور تقسیم عین جایز بدانیم در حالی که حق بطون لاحق است.

**جواب:** فضولی می شود و نسبت به بطون بعد نافذ نیست.

**سؤال:** گفتید نمی توانند تقسیم عین کنند، تا ما بگوئیم فضولی است.

**جواب:** خلط بحث نشود طبق مبنای ما ادله تقسیم اینجا نمی آید، تمام، اما اگر طبق مبنای آنها بیاید تقسیم عین نسبت به بطون بعد می شود فضولی. فضولی معنایش بطلان مطلق که نیست، معنایش عدم نفوذ نسبت به آنهاست معلقا بر اظهار نظرشان که اگر راضی هستند به این تمام، و گرنه نه.

## اجاره وقف از طرف بطن اول و انقراضشان قبل از اتمام

مسئله بعدی بحث اجاره وقف از ناحیه بطن اول است. منتهی مسئله این است که اگر انقراض پیدا کنند قبل از اتمام زمان اجاره چه حکمی دارد که بحث مهم و دقیق و دشواری است.

### متن مسئله ۷۷

در متن می فرمایند: لو آجر الوقف البطن الاول و انقضوا قبل انقضاء مدة الاجارة بطلت بالنسبة الى بقية المدة، الا أن يجيز البطن اللاحق فتصح على الاقوى».<sup>۱</sup>

بحث این است که اگر بطن اول عین موقوفه اجاره بدهند مثلا برای ۲۰ ساله قبل از ۲۰ سال کل بطن اول از بین بروند. اینجا فروضی هست که متن متعرض نشده، مرحوم شیخ در تقریراتشان متعرض شده اند، نکته های دقیقی دارد که عرض می کنیم. صورت مسئله این است که: قبل از انقضاء مدت بطن اول که اجاره داده اند کلشان از بین بروند. اینکه کل بطن اول را بیان می کنند برای این است که تا یک نفر از این بطن باقی باشد نوبت به بطن دوم نمی رسد. در اینجا فرموده اند بطل بالنسبة الى بقية المدة. نسبت به بقیه مدت اجاره باطل است. این حرفی است که در خیلی جاها می زنند. مثلا کسی خانه ای را بیست ساله اجاره می دهد و پس از پانزده سال خانه خراب می شود، کشف می کند که مالک از اول مالک منافع

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۲

بیش از ۱۵ سال نبوده است. پس بالنسبه منافع تقسیم می شود به اجاره، نسبت به اجاره موازی و معادل پنج سال اجاره باطل است علی القاعده باید ثمن را برگرداند. در بحث ما نیز چون می رسد به بطن بعد همین حکم جاری است، مگر اینکه بطن بعدی اجازه بدهد، در این صورت تصحیح علی الاقوی.

برخی از شراح می گویند مسئله روشن است و مانند موارد موت موجر قبل زمان الانقضاء است. در بحث موت موجر و موت مستأجر اختلاف نظر زیادی بین فقهاء هست. اگر کسی اجاره داد ملکی را برای ده ساله اما سر پنج سال موجر فوت کرد، تکلیف چیست؟ آیا اجاره باطل است کلاً؟ یا اجاره بالنسبه باطل است، چون متوفی، در زمان حیاتش منافع را که تا پنج سال مالک بود لذا اجاره به این نسبت درست است اما نسبت به منافع بعدی باطل است؟ یا نه اجاره درست است؟ در مساله اختلاف نظر است.

## اختلاف نظر در مسئله

بسیاری از فقهاء چه افراد قریب به عصر ما و چه متقدم تر مانند زمان مرحوم محقق حلی پذیرفته اند که در صورت موت موجر اجاره اصلاً صحیح است. لذا ملک مسلوب المنفعه منتقل به وراثت می شود. چون آقای موجر مالک عین بود. این بحث غیر از مسئله ما است، مسئله موت موجر است لذا الان ربطی به وقف ندارد ولی برای بحث ما اهمیت دارد. موجر مالش را اجاره داده برای ده ساله و قبل از ده سال فوت می کند، بحث این است که آیا اجاره اش صحیح است؟ که لازمه اش این است که این ملکی که اجاره داده بود مسلوب المنفعه به وراثت می رسد. مسلوب از حیث این منفعتی که اجاره داده است. یا نه، کلاً باطل است اجاره اش، یا اینکه بالنسبه باطل است، نسبت به آن قسمتی که موجر زنده بوده است و منافع ملک او بوده است صحیح است و نسبت به آن قسمتی که مالک منافع نیست باطل است.

علی الظاهر قول اول درست است. منتهی درست بودنش ناشی از نکته ای است که معمولاً در بحث وقف به آن توجه نکرده اند. درست بودنش ناشی از این است که انسان وقتی مالک عین می شود، مالک منافع هم هست بالتبع، مالک منافع بالاستقلال دیگر نیست. من وقتی مالک کتابم هستم، وقتی مالک خانه ام هستم، مالک منافعش بالانداماج در ملک عین هم هستم. یعنی من هم مالک عینم، هم مالک منفعتم و هم مالک انتفاعم، منتهی همه در طول مالکیت عین هستند و مندمج در آن هستند.

این را به این جهت می گوئیم که نسبت به منفعت می شود تضییق به زمان کرد. می توانم بگویم من مالک یک روزم، مالک منفعت پنج روزم، مالک منفعت یک ماه هستم تا دو ماه تا صد سال اگر ما بودیم و مالکیت منافع، چون ملکیت

منفعت می تواند زمانی باشد و تقیید به زمان می خورد، کاملاً نتیجه موت موجد هم این می شد که موجد تملیک کرده منافع را در اجاره. تملیک منافع هم چون زمانی است طبیعتاً موجد منفعت تا زمان موت خودش را مالک بوده است، منفعت بعد را نمی شود. نگوئید منفعت زمان بردار نیست. منفعت زمان بردار است. لذا شما در اجاره می گوئید منافع ده سال این خانه را به شما تملیک کردم. پس منفعت زمان بردار است. اگر منفعت قابل لحاظ استقلالی در کنار ملک عین بود، آقای موجد طبیعتاً جز زمان حیات خودش مالک منفعت نبود. پس باید همه می گفتند که یا اجاره موجد که قبل از انقضاء مدت الاجاره از دنیا برود مطلقاً باطل است یا بالنسبه باطل است. اما بسیاری از محققین می گویند اجاره کاملاً صحیح است و عین مسلوب المنفعه منتقل می شود به وراثت. با اینکه شما وقتی نگاه می کنید می بینید منفعت قابل تقسیم به لحاظ زمان است، و لذا موجد می گوید من منافع این خانه را تا ده سال به شما می مستأجر تملیک کردم. بنابراین اگر تا ده سال زنده نیست لبا می فهمیم این مالک پنج سال بیشتر نبوده است مثلاً.

### بررسی موت موجد قبل از انقضاء در ملک طلق و موت موجد در وقف

پس چرا مشهور محققین می گویند اجاره موجد در تمام مدت اجاره صحیح است ولو قبل از انقضاء از دنیا برود. نکته اش این است که من موجد اولاً مالک عین هستم و مالکیت منفعت من به تبع ملکیت عین است، و ملکیت زمانی عین معنا ندارد. من وقتی مالک خانه هستم، مالک خانه هستم به صورت استمرار، نه اینکه مالک خانه تا زمان موتم هستم. بحث بسیار دقیق است، کسانی که اینجا در وقف این سخنان را گفته اند به این نکته توجه نکرده اند. ولی مرحوم شیخ چون خودش ملک اعیان را زمانی نمی داند در این بحث وقف همینجا به آن اشاره می کند. آیا ما برای اعیان ملکیت زمانی قائلیم تا بیع از زمانی که در غرب دارج شده درست باشد یا نه، آنطور که شیخ می فرماید ملکیت عین زمانی نیست؟ من وقتی مالک خانه هستم للتالی هستم، بنابراین ملکیت منفعت به تبع این ملکیت عین مستمره است. در اینجا شما مستقل نگاه نمی کنید به منفعت، تا بگوئید تا این زمان مالک هستم. نگاه به منفعت به تبع عین است. لذا همانطور که عین را نمی گوئید تا ده سال دیگر من مالکم و ملکیت عین استمراری است یعنی زمان ندارد در منفعت نیز به همین صورت است. بله ملک بالموت و غیره منتقل می شود، اما نه اینکه تا زمان بیع شما مالک هستید. پس انسان مالک عین به قید تا زمان بیع یا تا زمان هبه نیست. بلکه مالک عین است للتالی، منتهی می شود دلیلی بیاید و رافعی برای آن درست کند. مثل احکام، که احکام مغیبه به نسخ نیستند، احکام للتالی مستمرند، منتهی ممکن است یک ناسخ برای آنها بیاید که معنایش این نیست که از اول مغیبه به زمان هستند. این تصویر در موجد.

اما نسبت به وقف پرسش این است که اگر انسان مالک عین است و مثل موجر مالک منفعت بالتبع است، چرا به این وضوح در متن فرمودید که بطلت بالنسبة الى بقية المدة؟ شما مگر در ملک طلق در موجری که قبل از انقضاء مدت اجاره از دنیا برود نمی فرمایید مسلوب المنفعة به ورثه منتقل می شود. امام ره هم همین را می فرماید، باطل نمی شود بالنسبة. شما چطور در موجر بالنسبة باطل نمی دانید ولی در وقف باطل می دانید؟ روی این فکر کنید تا فردا انشاءالله.

«الحمد لله رب العالمين».

## فهرست

مسئله ۷۷ تحریر: اجاره بطن اول.....	۱۰۶۶
خلاصه بحث گذشته .....	۱۰۶۶
نکات بحث.....	۱۰۶۷
نکته اول: بررسی شرطیت انقراض جمیع بطن اول.....	۱۰۶۷
بررسی تصحیح اجاره با اجازه بطن دوم در مقام.....	۱۰۶۸
انکار تصحیح با اجازه توسط مرحوم آخوند .....	۱۰۶۹
توجیهات رد فرمایش مرحوم آخوند ره.....	۱۰۶۹
تحلیل اول .....	۱۰۷۰
تحلیل دوم.....	۱۰۷۰
تصویر صحت در مقام .....	۱۰۷۲
تصویر اول .....	۱۰۷۳
وجه تصویر اول.....	۱۰۷۳
اشکال تصویر اول .....	۱۰۷۳
تصویر دوم برای صحت در مقام .....	۱۰۷۶
فائده تصویر دوم.....	۱۰۷۶

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۷ تحریر: اجاره بطن اول

### خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۷ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزكية پیرامون اجاره وقف از ناحیه بطن اول بود. فرض مسئله این است که عین موقوفه را برای مدتی اجاره داده اند ولی بطن اول قبل از انقضاء مدت اجاره، انقراض

پیدا کرده اند. مانند اینکه بیست سال اجاره دادند و قبل از بیست سال بطن اول منقرض شده اند. اینجا تکلیف این اجاره چه می شود؟

مرحوم امام ره فرمودند: اجاره نسبت به بقیه مدت باطل می شود. منظور از بطلان مانند بطلان فضولی است یعنی با اذن بطن بعدی قابلیت تصحیح دارد. ولذا در ادامه فرمودند مگر اینکه بطن لاحق اجازه کند فتصحح علی الاقوی. فرع بعد در جائی است که متولی اجازه بدهد، که فروض متعددی دارد که به آن می رسیم.

پس اگر بطن اول اجازه دهد و قبل از انقضاء مدت همه شان منقرض شدند، اجاره به نسبت خودشان در زمان حیات صحیح است و در باقی زمان اجاره نسبت به بعد موت باطل است و با اجازه بطن بعد درست می شود.

## نکات بحث

نکات متعددی در این فرض مطرح است که برای تنقیح بحث لازم است بررسی شود:

### نکته اول: بررسی شرطیت انقراض جمیع بطن اول

اولین نکته راجع به صیغه جمع «انقرضوا» است مرحوم امام ره و کثیری از فقهاء به همین نحو صیغه جمع آورده اند، یعنی همه نسل اول منقرض شوند، در این صورت اجاره نسبت به بطن اول درست است، و نسبت به بطون لاحق نیاز به اجازه دارد بنابراینکه از سنخ عقد فضولی شود.

دقتی که باید در این بحث لحاظ شود همانطور که مرحوم شیخ در تقریراتشان ذکر کردند این است که اگر همه بطن اول از دنیا نرفتند و مثلاً یک نفر باقی مانده، در این صورت موقوفه به بطن دوم منتقل نمی شود، تمام مال متعلق به این شخص باقی مانده از بطن اول است. معیار فضولیت اجاره نسبت به بطون آتی بعینه در فرضی که یک نفر از بطن اول باقی مانده نیز وجود دارد. فرد باقی مانده از بطن اول در زمانی که بطن اول اجاره می داد یکی از شرکاء بوده است و تنها به اندازه خودش اجازه داده است، لکن با انتقال تمام اموال به او، نسبت به این اموال جدیدی که به او منتقل شده چه حکمی جاری است؟ آیا حق ابطال یا امضاء اجاره دارد؟ لذا مانند انتقال از بطن اول به بطن دوم می ماند که بحث فوق العاده دقیقی است.

تا الان بحث ما در جائی بود که بطن اول اجاره داده و تمام بطن اول منقرض شدند و عین موقوفه به بطن دوم رسیده است. ظاهر «انقرضوا» این است که کل بطن اول منقرض شده اند تا رسیدن نوبت به بطن دوم معنا داشته باشد. در این فرع

بحث کرده اند که نسبت به بقیه مدت باطل می شود، چون می رسد به بطن دوم که مالک نبوده اند. حال فرض این است که اگر در خود بطن اول برخی از موقوف علیهم از دنیا بروند و مثلاً یک نفر بماند، در این فرض تمام این وقف به او می رسد. آیا می تواند نسبت به غیر حصه خودش اعمال اذن کند یا ردّ کند؟ چون همان نکته ای که هنگام انقراض جمیع بیان شده است در اینجا هم می آید. وقتی برخی از موقوف علیهم از دنیا رفتند مال منتقل شده به یک نفر از بطن اول، روشن است که این عده نسبت به بعد موت خودشان مالک نبودند. و این درست همان نکته ای است که در مورد بطن اول نسبت به بطن دوم وجود دارد.

**سؤال:** فرقیان این است که در اینجا بطن اول همه حاضر بودند و عقدی که خوانده شد همه اجازه دادند.

**جواب:** اولاً عقد بطن اول که فضولی نیست، بحث این است که می گویند نسبت به بطن دوم فضولی است نسبت به آن زمان بعد از موت، مرحوم شیخ می فرماید همین نکته دقیقاً نسبت به آحاد بطن اول که فوت می کنند نسبت به مابقی از زمان فوتشان تا زمان انتقال به بطن دوم درباره افرادی که از بطن اول باقی مانده اند جاری است.

**سؤال:** شخصیت حقوقی بطن اول مالک بودند نه همه شان. شخصیت بطن اول مالک بوده حالا ده نفرشان مردند.

**جواب:** اگر می گوئید عنوان مالک است پس افراد می شوند مصرف و این خلاف فرض است. ما روی این فرض که موقوف علیهم مالک هستند بحث می کنیم. همه افراد بطن اول مالکند، منتهی برخی از مالکها از دنیا می روند، اما عده از این بطن اول باقی مانده اند که تمام اموال به آنها منتقل می شود. اینهایی که از دنیا رفتند سهم خودشان را اجازه دادند، لذا نسبت به ایام بعد موتشان فضولی می شود.

این مطلب مرحوم شیخ تصویر کاملاً روشنی دارد و کلام بجایی است. چون کسانی که فوت کردند حق داشتند تا زمان موتشان اجازه بدهند نه تا بعد از موتشان.

## بررسی تصحیح اجاره با اجازه بطن دوم در مقام

نکته دوم بحث نکته فوق العاده دقیقی است: اگر بطن اول همه منقرض شدند و بطن دوم مالک شدند منتهی قبل از انقضاء وقت اجاره یعنی هنوز از اجاره ای که بطن اول داده مدتی مانده است. فرمودند تا زمانی که بطن اول هستند اجاره شان صحیح است و نسبت به مازاد باطل می شود، مگر اینکه بطن دوم اجازه بدهند. که امام ره می فرماید فتصح علی الاقوی. یعنی آن اجاره ای که داده بودند با اجازه، علی الاقوی صحیح است، مثل بیع فضولی، مثل اجاره فضولی در موارد دیگر. شریکی می آید ملک شریک خودش را اجاره می دهد یا تمام ملک خودش و شریک را اجاره می دهد، این اجاره



نسبت به سهم خودش درست است و نسبت به شریکش فضولی است، اگر او اذن بدهد اجازه و تمام تعهدهایی که در ضمنش شده است درست است. حال این بحث مطرح می شود که آیا با اجازه صحیح می شود یا نه؟

## انکار تصحیح با اجازه توسط مرحوم آخوند

مرحوم آخوند در رساله وقف صحت اجازه با اذن مالک را انکار می کنند. می فرمایند: این نسل اول برای خودش اجازه داده بود، نسل دوم اگر اجازه بدهد این اجازه برای همان نسل اول واقع می شود نه برای نسل دوم. زیرا نسل اول برای خودشان اجازه داده بودند اگر نسل دوم همان اجازه را اذن می دهند که برای نسل اول اجازه صحیح شود معنا ندارد چون آنها از دنیا رفتند. پس اذن و اجازه اینها نسبت به معامله ای که آنها کردند نتیجه ای برایشان ندارد.

مرحوم آخوند می فرماید: در حاشیه مکاسب<sup>۱</sup> گفتیم که دو تصویر در بیع فضولی غاصب متصور است، مرحوم شیخ در کتاب مکاسب چند شق تصویر می کند، دو تصویر معروفش این است که: غاصب تارة از ناحیه مالک بیع می کند، حال چه با غضبش خودش را مالک بداند یا نداند، از ناحیه مالک بیع می کند. در این صورت حکم روشن است با اجازه شخص نسبت به این معامله، معامله را تصحیح می کند. دقت شود که الان اشکال در تصحیح معامله بطن اول است. در بیع اگر غاصب از طرف مالک انشاء کرده باشد و تملیک من قبل المالك کرده باشد با اجازه مالک تمام می شود.

اما تصویر دیگر که شاید معمول نیز باشد این است که غاصب برای خودش بیع کند، معمول همین است که غاصب ملک کسی را برای خودش غضب می کند و می فروشد. در این صورت عده ای اشکال کرده اند که این نحوه از فضولی با اجازه تصحیح نمی شود. اجازه آن فضولی ای را تصحیح می کند که فضولتا از طرف مالک انشاء شده باشد. چون انشاء بوده است اما این معامله بی اجازه بوده و وقتی مالک اجازه میدهد تمام می شود. فقط انتساب به مالک لازم بود که انتساب به او هم با اجازه تمام می شود. اما اگر غاصب از طرف خودش فروخته باشد، با اجازه مالک بیع خودش درست می شود نه بیع مالک. چون غاصب انشاء تملیک عین بعوض از طرف خودش کرده و ملک نیز همین را اجازه می کند، لذا بیع از طرف غاصب واقع می شد که مد نظر مالک نیست. او می خواهد معوض به ملک او درآید نه به ملک غاصب.

## توجیهات رد فرمایش مرحوم آخوند ره

برای حل این اشکال تحلیلهای و توجیهاتی مطرح شده است:

<sup>۱</sup> حاشیه مکاسب (لأخوند)، ص: ۵۶/۵۷

## تحلیل اول

یکی از توجیهات بیان مرحوم شیخ است که عده ای هم پذیرفته اند: که در واقع وقتی غاصب از قبل خودش بیع می کند دو کار انجام می دهد. لبا عند التحلیل غاصب هم می داند که باید بیع از قبل مالک باشد. غاصبی که خودش را حقیقتاً مالک نمی داند، ادعائاً خودش را مالک جا می زند، ولی می داند که مالک به حمل الشایع دیگری است. لذا غاصبی که می داند مالک فرد دیگری است در واقع دو کار می کند: اولاً از قبل مالک انشاء می کند، ثانیاً ادعا می کند من مالک هستم. لبا آقای غاصب باید این کار را کرده باشد و الا معنا ندارد از غیر قبل مالک بفروشد. می داند که بیع از غیر قبل مالک محقق نمی شود. پس آقای غاصبی که می داند از غیر قبل مالک فروخته نمی شود خودش را ادعائاً مالک دانسته است و پشتوانه ادعایش قهر و غلبه اش هست، ادعا می کند من مالکم و از قبل مالک می فروشد.

با این تحلیل این نوعی فضولی نیز با اجازه تصحیح می شود. چون مجیز در واقع دارد اجازه می کند انشاء از طرف مالک را، نه ادعای غاصب را. آن ادعای غاصب بی ثمر است. انشاء کرده از قبل مالک و ادعا کرده من مالکم. این ادعای من مالکم به درد خودش می خورد، اما انشاء از طرف مالک را تجویز می کنیم لذا بیع از قبل مالک تمام می شود. این تحلیل مرحوم شیخ است.

## تحلیل دوم

برخی به صورت دیگری درست می کنند: می گویند اصلاً در باب معاملات انتساب به مالک مقوم معامله نیست و تنها مقوم اوفوا بالعقود است. یعنی موضوع «اوفوا بالعقود» یا «احل الله البيع»، «عقودکم»، یا «البيع عندکم» است چون معنا ندارد اوفوا بالعقود را به این معنا بگیریم که هر فردی به هر عقدی وفا کند. در عالم میلیونها عقد واقع می شود، نمی خواهند امر کنند که هر کسی در این عالم به هر عقدی که خوانده می شود وفاء کند. اینکه معنا ندارد. لبش این است که اوفوا بعقودکم. اضافه عقد به این ضمیر «کم» که لبا فهمیده می شود، اضافه اش از باب متعلق وجوب وفاء بودن است نه از باب اینکه مقوم بیع است یا مقوم عقد است. عقد به همین مبادله مال بمال واقع می شود. لب معامله، انشاء تملیک عین بعوض (که مرحوم شیخ می فرماید) یا خود تملیک عین بعوض (که محقق اصفهانی می فرماید) است. انتساب این انشاء به مالک یا غیر مالک امری بیرون از دایره خود معامله است. بله این وجوب وفاء به ما می گوید به عقد وفاء کن و ما طرفین عقد هستیم. پس مقوم وجوب وفاء است نه مقوم عقد.

در باب فضولی، انشاء تملیک عین بعوض که صورت گرفته و نقصی ندارد، فقط اضافه به مالک وجود ندارد و به جای آن اضافه به غاصب شده که این نیز فائده ندارد لذا معامله تمام است، فقط اضافه به مالک نیست تا موضوع اوفوا بالعقود قرار بگیرد. اگر اجازه داد این اضافه هم درست می شود و موضوع اوفوا بالعقود می شود.

پس ما در جایی که شخص فضولی ابتدائاً از ناحیه مالک نمی فروشد بلکه از قبل خودش می فروشد دو تا تحلیل می توانیم ارائه کنیم که تصحیح این معامله را از طرف مالک به دنبال داشته باشد:

یک تحلیل این است که بگوئیم در فروش غاصب در اینجا یک ادعایی صورت می گیرد که من مالکم ثم بیع عن المالک، با اجازه فضولی این قسمت بیعش تمام می شود. و تحلیل دیگر اینکه اصولاً اضافه به مالک، خارج از ماهیت معامله است. بله اضافه لازم است برای اینکه اوفوا بالعقود بگوید چه کسی باید وفاء کند، عقد من که شد من باید وفاء کنم. پس از ماهیت خود عقد بیرون است. ماهیت عقد مبادله مال بمال است که محقق شده است. آقای غاصب هم این مبادله را انشاء کرده است، طرف هم قبول کرده است. پس معامله از حیث معامله تمام است. از حیث وجوب وفاء مشکل است که با اجازه حل می شود و انتساب به مالک پیدا می کند.

مرحوم آخوند در اینجا صحت اجازه با اجازه بطن دوم را رد کرده است و به نظر ما جوابش همان دو وجهی است که در بیع فضولی داده اند.

ایشان می فرماید: «و من هنا ظهر بطلان الاجارة فيما اذا انقضى بعض البطن و انتقل حصته الى الباقيين ... که فرض اول ما است. بعد فرموده: ثم إن الاجارة بالاضافة الى البطن الثاني أو الباقي من الاول (که نکته اولی بود که گفتیم) لا تصح بالاجازة منهم لها. برخلاف آنچه که مرحوم امام ره و عده ای از فقهاء در اینجا فرموده اند که بطن دوم یا باقی از بطن اول می توانند اجازه کنند و معامله را تصحیح کنند. لا تصح بالاجازة منهم لها، فإنهم آجروا لانفسهم. بطن اول اجازه برای خودش داده. فكيف تقع باجازه المستحقين لهم. آنوقت چطور این مستحقینی که همین بطن دوم هستند اجازه کنند تصحیح می شود؟ معامله برای خودشان واقع می شود. و لا يصغى الى ما قيل في اجازة بيع الغاصب إذا كان لنفسه من أنه في الحقيقة يبيع للمالك و يبنى أنه المالك. این تحلیلی است که در مکاسب هم آمده است. و هاهنا يقال كذلك، که در فرض ما نیز همان توجیه را مطرح کنیم و بگوئیم بطن اول وقتی اجازه می دهد از قبل مالک اجازه می دهد، و مواردی را که مالک نیست مدعی می شود که من مالکم. فإنهم آجروا عن المستحقين في مدة الاجارة و اعتقدوا أنهم المستحقون

فی تلك المدة. در واقع بطن اول از طرف مستحقین اجاره می دهند و خودشان را برای تمام این مدت مستحق می دانند ادعائاً.

ایشان می فرماید: آن توجیه که در بیع غاصب گفته اند و تطبیق آن در اینجا لا یصغی،

لما حققناه فی حاشية المكاسب من أن الغاصب إنما يبيع لنفسه إذ بنى على أنه المالك كما إذا باع المالك الحقيقي، وهكذا الموجر ههنا فراجع<sup>۱</sup>.

جواب این استدلال مرحوم آخوند به دو وجه داده شد:

وجه اول این است که اجاره از طرف مالک است ولی همراه با این ادعا که آنه هو المالك و عن المالك دارد اجاره می دهد یا بیع می کند. وجه دوم هم اینکه اصلاً اضافه به مالک، خارج از ماهیت عقد است و داخل در وجوب وفاء است ولذا مجموع عقد که مبادله مال بمال واقع شده است ولو غاصب انشاء کرده باشد و یا بطن اول در انشاء اجاره در اجاره ملک هیچ کاستی نگذاشتن، فقط انتساب به مالک نیست، که انتساب به مالک هم با اجازه درست می شود.

و لذا با این دو وجه فرمایش مرحوم امام ره که فرموده اند: إلا أن يجيز البطن اللاحق فتصح على الأقوى. تقویت می شود.

## تصویر صحت در مقام

تا الان قول کسانی که میگفتند بالنسبه الى البطن الاول صحيح است و نسبت به بقیه باطل به معنای بطلان فضولی ای که با اجازه تصحیح می شود را بررسی کردیم.

حال قائلین به صحت چنین عقدی تحلیلشان چیست و صحت در مقابل بطلان قول بالا را به چه معنا گرفته اند؟ ندیدیم کسی به این بحث توجه کرده باشد جزء مرحوم شیخ اعلی الله مقامه.

مرحوم شیخ می فرمایند برای صحت در اینجا دو معنا تصویر می شود:

<sup>۱</sup> کتاب فی الوقف (لآخوند)؛ ص: ۷۲

## تصویر اول

تصویر اول معنای صحت این است که بگوئیم: بطن اول که مالک عین است، کما اینکه مال عین است مالک منافع است للتالی و برای همیشه. پس می تواند برای صد سال هم اجاره بدهد، لذا می گوئیم صحیح است، تاما. و لذا اگر هم بعد الموت به بطن دوم منتقل می شود، درست مانند انتقالی منزلی است که موجر اجاره داده برای صد ساله و بعد از دنیا رفته است، مسلوب المنفعه به وراث می رسد. عده ای ممکن است تصحیح را اینگونه بیان کنند.

## وجه تصویر اول

وجه مقبولیت این تصویر مانند موت موجر می ماند. چطور در موت موجر که مشهور اجاره را تصحیح می کنند می گویند: آقای موجر مالک عین بود مالک منافع نیز بود للتالی در عمود زمان حتی برای صد سال مثلا در حدی که عقلاء قبول کنند و تکلیف وراث این است که ترکه را ارث می برند هر چه که باقی ماند، الان این عین مسلوب المنفعه باقی مانده، این به وراث می رسد. اینجا نیز شبیه همانجا است.

## اشکال تصویر اول

این تصویر درست نیست و به تعبیر مرحوم شیخ واضح الفساد است. چون اینجا نسبت به حق مستحقین اجحاف می شود. نکته ای در وقف وجود دارد که توجهی به آن نمی شود، و آن اینکه آیا در وقف، بطن دوم تلقی ملک از بطن اول می کند مثل ارث، یا تلقی ملک از واقف می کنند؟ و ظاهرا صحیح این است که از واقف تلقی می کند. یعنی عقد وقف یا ایقاع چیزی است که در طول زمان تملیک می کند، ولو با تملیک اطلاق ولی تملیک موقت زمانی نمی کند، بلکه در طول زمان به بطون تملیک می کند، بطوری که بعد از موت بطن اول تملیک بطن دوم شده است. یعنی مستحقین بطن دوم تلقی ملک و منفعت از واقف می کنند، نه از بطن اول که شبیه ارث شود. چون مفاد وقف همین است. واقف در وقفش می گوید من این مل را تملیک کردم به بطون نسلا بعد نسل. پس او دارد به بطون تملیک می کند. نمی گوید من به بطن اول تملیک کردم تمام، بطن دوم از بطن اول ارث می برد. چنین چیزی نیست. که اگر این بود خیلی لوازم داشت. در حالی که واقف با عقد وقفش یا ایقاع وقفش دارد این کار را انجام می دهد. پس بطون دارند از واقف می گیرند. بنابراین بطن اول اینطور نیست که مالک عین باشد و منفعت به نحو الاستمرار للتالی تاما بدون تعلق حق دیگری برای او باشد.

پس نمی خواهیم بگوئیم بطن اول عین را به نحو موقت مالک می شود. ملکش للتالی است ولی متعلقا لحق الغير است. اینکه چه زمانی متعلق حق غیر می شود قابل بحث است. الان متعلق حق غیر است؟ ممکن است کسی اینطور تصویر

کند که الان حقی از بطون دیگر بالفعل است. ولی این یک اشکالاتی دارد، از بطن دوم هیچ فردی موجود نیست، آنوقت چه کسی الان ذی حق بالفعل است. ثانیاً: ولو حتی بعضی شان موجود باشند، وقتی این حق تابع ملکشان هست و هنوز ملک بالفعل ندارند چرا حق بالفعل داشته باشند؟

ممکن است شما سؤال کنید: اگر الان بطن اول مالک است، بطن دوم هنوز نیامده تا مالک شود، حق فعلی هم برای بطن دوم نیست چه مانع دارد بطن اول اجاره بدهند؟

نکته اش این است که ما در جاهای مختلف گفتیم اگر ما می دانیم که یک فعلیتی پیش می آید، و اگر موضوعش را الان از بین ببرم در واقع ملاک را تفویت کرده ام. تفویت ملاک مثل خود تفویت واجب می ماند. مثل عصیان واجب می ماند. در بحث واجب معلق و بحث واجب مشروطی در موردی که یعلم بحصولها، این استدلال را مطرح کرده اند. خصوصاً در واجب معلق که مفصلاً گفته اند، کسانی که ثمره برای واجب معلق درست می کنند، می گویند اگر ما واجب معلق بگوئیم، الان ما فعلیت حج علی المستطیع داریم، در حالی که اگر واجب به استطاعت مشروط باشد، الان اصلاً وجوبی ندارم.

در پاسخ عده ای گفته اند نیاز به این کلام نیست، ولو ما الان وجوب نداریم، اما به حکم عقل، تفویت ملاکی که می دانیم فعلی می شود قبیح است. الان دارم کاری می کنم که ملاک در ظرف خودش تفویت شود. این عقلاً مثل عصیان می ماند و فرقی نمی کند.

اینجا هم شبیه آن می شود. یعنی اگر بطن اول مالک بالفعل است، بطن دوم مالک نیست، حق تابع ملک هم نیست، چه مانع دارد اجاره بدهم للتالی برای بطون؟

**سؤال:** این ذی حق که گفته اند منشأش آن انشاءات است نه مالکیت. همین انشاء سبب می شود آنها حقی پیدا کنند ولی فعلیت حق ندارند.

**جواب:** بله این انشاء برای بطون در طول زمان مالکیت می آورد اگر گفتیم وقف تملیک است مالک آن می شوند و اگر گفتیم منفعت را مالک می شوند مالک منفعت می شوند. اما باید ببینیم چطور در طول مالک می شوند. مالکیت بطن اول بالفعل است مالکیت بطن ثانی و ثالث که بالفعل نیست.

**سؤال:** فعلیت ملکیت متوقف بر آمدن آنهاست نه اینکه ملکیت در آن زمان می آید. مثل تحقق موضوع است، از همین الان وجوبش آمده، یعنی الان آنها هم ذی حق هستند.

**جواب:** نه نمی شود به جهت اینکه فرض این است که طولی است، فرض این است که مالکیتشان در عمود زمان است بعد از انقراض بطن اول. لذا تا زمانی که بطن اول هست موضوع مالکیت آنها محقق نیست. درست است که وقتی بطن اول منقرض می شوند به انشاء واقف مالک می شوند چون به بطن دوم نیز توسط وقف تملیک کرده، اما چطور به بطن دوم تملیک کرده؟ در موضوع انقراض بطن اول تملیک کرده است.

مثل وجوب نماز ظهر است قبل از زوال. وجوب صلاة ظهر قبل از زوال چه جوری است؟ مولا که از ازل انشاء کرده علی نحو قضیه حقیقه. وجوب قبل از زوال بالفعل نیست. یعنی وجوب بالحمل الشایع نیست.

**سؤال:** ولی انشاء او را شامل می شود.

**جواب:** شمول یعنی المكلف إذا تحقق فی الخارج، چون ممکن است اصلاً زنده نباشد یا به دنیا نیامده باشد، المكلف إذا تحقق فی الخارج و كان عاقلاً و بالغاً و كذا و كذا و زال عنه الشمس اینجا بالفعل می شود. هر کدام از اینها نباشد بالفعل نیست. اینجا هم همین است. انشاء هست اما فعلیت وجوب نیست، اینجا هم فعلیت ملکیت نیست.

**سؤال:** پس ثمره این انشاء چیست؟

**جواب:** همین شبهه را در واجب مشروط هم کرده اند که ثمره انشاء چیست؟ مرحوم آخوند در کفایه می فرماید ثمره اش این است که وقتی موضوع پیدا شد انشاء جدید نمی خواهد همان انشاء کفایت می کند. آقای واقف انشاء وقف کرده و بطن ثانی به صرف انقراض مالک می شود و دیگر انشاء از طرف واقف نمی خواهد. همان انشاء اولی که برای همه بطون در طول زمان کرده مثل انشاء قضیه حقیقه از شارع می ماند، دیگر انشاء جدید نمی خواهد.

شبهه ای که باقی می ماند این است که: الان ملکیت بطن دوم بالفعل نیست، و اگر گفتیم حق تابع ملک است حقشان هم بالفعل نیست لذا نتیجه این می شود که بطن اول مالک است، حق هم به بطن دوم متعلق نیست، ولی می داند روزی موت بر او حاصل می شود و این ملک، ملک دیگران می شود، یک راه دفع شبهه این است که بگوئیم مثل تفویت ملاکی در باب واجب معلق است. من می دانم ملک تالی می آید، می دانم حق پیدا می کنند، پس حق ندارم که از حالا هزارساله اجاره بدهم تا حق همه را باطل کنم. این تفویت حق آنهاست ملاکا و مناطاً، نه تفویت یک ملکیت بالفعل و یک حق بالفعل. تفویت ملاکی آنهاست، یعنی الان دارم کاری می کنم که در ظرف خودش ملاکشان باطل شود. این تفویت درست نیست.

در نتیجه تصویر اول برای صحت باطل است. ارتکازاً می فهمیم باطل است، به تعبیر مرحوم شیخ علاوه بر اینکه واضح است فسادش مخالف با بنای وقف است، وقف برای استفاده همه بطون است شما وقتی الان هزار ساله اجاره بدهید

حق همه بطون را از بین بردید. پس فسادش هم واضح است و هم مخالف بنای وقف است. وقف بنایش بر این است که بطون استفاده کنند، و بطن اول با اجاره مانع آن شده اند. پس مقابل بطلان، این معنای از صحت معنا ندارد و تصویر ندارد.

## تصویر دوم برای صحت در مقام

اما مرحوم شیخ می فرماید: معنای دیگری از صحت نیز وجود دارد، به این معنا که بگوئیم: از طرفی بطن موجود مالکیت بر عین دارد و ملکیتشان نیز استمراری است، و از طرف دیگر منافع هم مندمج در خود عین است لذا ملکیت بر منافع نیز مثل اصل عین موقت نیست پس بطن اول می تواند صد ساله اجاره بدهد، فقط یک نکته هست که باید ضیاع حق بطون بعد و تفویت حق بطون بعد نشود. عدم تحقق تفویت حق را می توانیم به این صورت تصویر کنیم که بگوئیم مثل فضولی بالنسبه باطل است. چون آقای ماجر مالک مستمر عین بود مالک مستمر منافع هم هست، چون منافع مندمجا در عین به ملک بطن اول درآمد، نه مستقل تا بگوئیم یک سال و دو سال و پنج سال است. ملکیت بطن اول نسبت به منافع به تبع عین است، مثل مالکیت ملک طلق می ماند. نه مثل مالکیت مستأجر لمنافع المسکن که وقتی مستأجر ده سال اجاره می کند فقط منافع ده سال را مالک می شود بعینه در طول زمان، منافع معینه را مالک می شود. اینجا اینطور نیست، من مالک عین هستم به تبعش مالک منفعت هستم مستمرا.<sup>۱</sup>

## فائده تصویر دوم

فائده این تصویر این است که ماجر در این فرض اصلا فضول نیست به معنای اینکه تصرف در حق دیگران کرده باشد تا باطل باشد. ملک و منافع خودش را تملیک کرده است و این مانعی ندارد. فقط شبهه تفویت منافع موقوف علیهم باقی می ماند که اگر این را بگوئیم، می گوئیم باید جلو این تفویت را بگیریم. می گوئیم معامله صحیح است، نیازی به اجازه ندارد، تمام کلام شیخ برای این جمله نیازی به اجازه ندارد است، پس اگر بطن اول مال اجاره را تسلیم کرده بطن دوم می تواند بالنسبه به زمان خودش برود آن را اخذ کند تا حقش از بین نرود. می گوید اجاره صحیح است چون عین للتالی ملک من بوده است، منفعت هم للتالی ملک من است، موقتا نیست. پس من وقتی اجاره دادم اجاره در ملک خودم دادم. بله اگر بگوئیم مثلا سیصد سال اجاره بدهند و تمام پولش هم مال بطن اول باشد خب این خلاف مقتضای وقف و ضیاع حقوق می شود اما اگر گفتیم بطن دوم بالنسبه به زمان خود برود حقش را از مال الاجاره استیفاء کند مشکلی پدید نمی آید. روی این فکر کنید تا جلسه آینده.

«الحمد لله رب العالمین»

<sup>۱</sup> کتاب الالتقاطات النقاط ۴۰



## فهرست

مسئله ۷۷ تحریر: اجاره بطن اول.....	۱۰۷۸
خلاصه بحث گذشته .....	۱۰۷۸
اقوال در اجاره بطن اول با اجازه ملحقه .....	۱۰۷۹
بررسی قول به صحت در مقام و دلیل آن .....	۱۰۷۹
جواب مرحوم شیخ از تمسک به عمومات برای صحت اجاره.....	۱۰۸۰
وجه صحت از منظر مرحوم شیخ.....	۱۰۸۱
علت لزوم برگرداندن ثمن به بطن دوم در فرض صحت.....	۱۰۸۳
وجوه عدم جواز اختصاص تمام الثمن به بطن اول موجر .....	۱۰۸۵
راه پیشنهادی ما و بررسی آن در مقام .....	۱۰۸۷
حکم اجاره دادن متولی .....	۱۰۹۰
مسئله ۷۸: بحث تولیت .....	۱۰۹۳
متن مسئله ۷۸ و اقسام تولیت .....	۱۰۹۳
ادله صحت انحاء تولیت .....	۱۰۹۴
تمسک به الناس مسلطون و جواب از آن.....	۱۰۹۴
استدلال به شرط الواقف و بررسی آن .....	۱۰۹۵

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على

محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۷ تحریر: اجاره بطن اول

### خلاصه بحث گذشته

بحث در مسئله ۷۷ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزكية درباره اجاره وقف از ناحیه بطن اول است در نگاه بدوی بنظر می رسد حکم مسئله روشن است، ولی عند التحقيق روشن شد که برخی از بزرگان در حکم مساله مخالفت کردند.

فرض مسئله این است که بطن اول عین موقوفه را برای مدتی اجاره داده اند ولی بطن اول قبل از انقضاء مدت اجاره، انقراض پیدا کرده اند. مرحوم امام ره می فرمایند: «بطلت بالنسبة الى بقية المدة الا أن يجيز البطن اللاحق فتصح على الاقوى».<sup>۱</sup> اجاره نسبت به بقیه مدت باطل می شود البته بطلان به معنای این است که تأثیری ندارد مگر با اجازه. و اگر بطن لاحق اجازه بدهد علی الاقوى صحیح می شود.

این از باب این است که به صورت ظاهر مسئله را حل کرده اند و برخی از محشین حکم مسئله را روشن دانسته اند چون وقتی بطن اول قبل از اتمام منقرض می شود کشف می شود که آنها نسبت به منافع بقیه مدت مالک نبوده اند، لذا اجاره آنها نسبت به باقی مدت فضولی است، لذا اگر بطن دوم که پس از موت آنها مالک می شوند اجازه بدهند صحیح می شود.

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۸۲

## اقوال در اجاره بطن اول با اجازه ملحقه

در مقابل این مطلب دو نظر دیگر نیز در مقام وجود دارد. یکی نظر مرحوم آخوند در رساله وقف که می فرمایند: این مسئله با اجازه بطون لاحق هم تصحیح نمی شود، چون بطن اول برای خودش می فروشد نه برای بطن دوم لذا اگر بطن دوم اجازه دهد معنایش این است که اجازه برای همان بطن اول واقع می شود.

ما مفصل فرمایش ایشان و دو پاسخی که در مقام وجود دارد را عرض کردیم پاسخ اول پاسخ مرحوم شیخ و دیگران است که می فرمایند در فضولی ولو شخص فضول برای خودش می فروشد ولی با اجازه مالک این عقد تصحیح می شود. دو وجه معروف دارد که شاید وجوه دیگر نیز داشته باشد و ما آن را مفصل بحث کردیم و دیگر به آن نمی پردازیم. لذا اشکال مرحوم آخوند وارد نیست.

## بررسی قول به صحت در مقام و دلیل آن

نظر مهمتری که در مسئله وجود دارد این است برخی قائل به صحت اجاره نسبت به بقیه مدت اند. اما این صحت به چه معنا است؟ اگر بطن اول مثلاً برای هزار سال عین موقوفه را اجاره دهد اگر صحت اجاره به این معنا باشد که تمام ثمن به ملک بطن اول در می آید به تعبیر مرحوم شیخ واضح الفساد است علاوه بر اینکه خلاف مقتضای وقف هم هست. وقف برای این است که تسبیل منفعت برای همه بطون شود. اینکه بطن اول بیاید تمام این منافع را للتالی ببرد معنا ندارد.

احتمال دیگر این است که مراد از صحت این باشد که بطن بعدی حق ندارند این اجاره را باطل کنند و وقتی زمان آنها فرا رسید اجاره را به نسبت خودشان اخذ می کنند؛ یعنی صحت اجاره به این معنا است که بطن دوم حق ندارند اجاره ای را که بطن اول منعقد کرده باطل کنند و فقط اگر بطن اول همه مال الاجاره را از مستاجر گرفته است به نسبت به سهم خودشان می توانند از آنها طلب کنند و چون فرض این است که آنها از بین رفته اند از اموالشان می گیرند.

مرحوم شیخ می فرمایند: برخی برای این وجه به عمومات اجاره تمسک کرده اند تا اجاره بطن اول را تصحیح کند.

### جواب مرحوم شیخ از تمسک به عمومات برای صحت اجاره

ایشان می فرمایند: این سخن صحیح نیست. چون اشکال مربوط به شمول عمومات نبود. اشکال مربوط به این بود که بطن اول اصلاً نسبت به منافع بعد از زمان حیات خودشان مالک نیستند تا بتوانند اجاره بدهند و پس از آن عمومات شامل اجاره آنها شود. آنها مالک منافع للتالی نیستند، بنای متن امام ره و تمام فقهای که گفته اند بطلت بالنسبة و فرموده اند که اگر بطن دوم این فضولی را اجازه کنند تصحیح می شود، این است که اصلاً بطن اول مالک این منافع نیستند تا عمومات اجاره شامل عقدشان نسبت به زمان بعد از خودشان شود لذا می فرمایند اجاره شان صحیح نیست. عمومات اجاره، اجاره ای را می گیرد که شرائطش را داشته باشد. وقتی مالک منفعت نیستند شرط صحت را ندارد. مانند این است که کسی برود مال دیگری را اجاره بدهد و بگوئیم عمومات اجاره آن را شامل می شود. وقتی کسی مالک نیست چه چیزی را می خواهد تملیک کند. پس این وجه درست نیست.

## وجه صحت از منظر مرحوم شیخ

ولی مرحوم شیخ می فرماید: اولی این است که بگوئیم وجه صحت اجاره این است که بطن اول مالک عین به نحو استمرار است به تبع مبنای ایشان که مالکیت اعیان را موقتی نمی بیند. یعنی نمی توانیم برای ملکیت عین توقیت قرار دهیم و بگوئیم من مالک کتابم تا ۲۰ روز، این معنا ندارد. حالا اینکه معنا ندارد یا به این خاطر است که استحاله فلسفی دارد که از عبارتی از شیخ استفاده می شد و مرحوم آخوند و مرحوم سید به آن اشکال کردند که این نوع استدلال ربطی به بحث فقه ندارد، و ملکیت امری اعتباری است که می شود اعتبار آن موقت باشد یا مستمر باشد.

یا وجه معنا نداشتن آن چیزی باشد که ما بعد از مراجعه به تقریرات کلام شیخ استفاده کردیم که عقلاء چنین اعتباری در باب ملکیت اعیان نمی کنند. نه اینکه ثبوتاً محال است، بلکه اثباتاً عمل و رویه شان این نیست. عقلاء باید اعتبار ملکیت کنند، و برای اعیان اعتبار مستمر می کنند. نمی آیند اعتبار موقت کنند و بگویند من برای بیست روز مالک کتابم، یا من مالک خانه هستم برای یکسال. چنین چیزی از عقلاء دیده نشده، و ملکیت یک امر اعتباری است، یعنی اگر برای نحوه اعتبار سند نداشته باشیم حجیتی ندارد. سند، اعتبارات عقلانی است که امضاء شرعی شده باشد و ما چنین اعتبارات موقتی در بین عقلاء نداریم.

اینکه مرحوم آخوند و سید نقض می کنند به نکاح موقوف و امثال آن نیز جوابش خیلی روشن است، در آن موارد اعتبار موقت واقع شده حال یا امضائاً یا تأسیساً، ولی اینجا واقع نشده است. پاسخ مرحوم شیخ می تواند این باشد.

نکته مهم دیگر این است که در زمانی که من مالک عین هستم ملکیت منفعت نیز مندمج در همین ملکیت عین است. درست است که ملک منفعت می تواند مستقل باشد مثل باب اجاره. من در تملیک سکناى دار به نحو استقلالى منافع را تملیک می کنم و مستاجر مالک منفعت می شود و اگر مباشرت شرط نباشد او هم می تواند این را تملیک کند. اما در جائی که من مالک عین هستم دیگر منفعت مندمج در همین است.

این نکته را برای این عرض کردم که مرحوم شیخ ملکیت منفعت را قابل تحدید زمانی می داند، ملکیت عین را قابل تحدید نمی داند. وقتی ملکیت عین قابل تحدید نیست، پس الان این آقای که مالک عین است مالک منافع هم هست مستمرا. این جمله را برای این می گوئیم. من مالک عین هستم مستمرا، به تبع مالک منفعت هستم مستمرا للتالی، البته منافات ندارد که ناقض بیاید و انقطاع ایجاد کند مانند مالک کتابی که بعد آن را بفروشد و از ملکش بیرون رود. این به این معنا نیست که او مالک کتاب است تا زمان بیع. بلکه ملکیت او للتالی است و البته دلیل رافع هم می تواند بیاید.

اگر این تصویر را بپذیرید آنوقت سؤال این است که: بطن اول که مالک عین است مالک منفعت هم هست پس چه اشکالی دارد للتالی تملیک کند و معامله اش للتالی صحیح شود؟  
منتهی باید به این نکته توجه نمود که مرحوم شیخ صحت به معنای اول را که بگوئیم للتالی تملیک کند و ثمن را بیاورد در جیب خودش بگذارد قبول نکردند و گفتند واضح الفساد است و خلاف مقتضای وقف است. ولی این تملیک عین و منفعت للتالی را فضولی نمی دانند، چون مالکند لذا تملیک می کنند.

## علت لزوم برگرداندن ثمن به بطن دوم در فرض صحت

حالا سؤال این است که: اگر اینطور است چرا باید ثمن را بالنسبة برگردانیم به بطن دوم؟ در باب موجری که عین را اجاره می دهد و از دنیا می رود ملک مسلوب المنفعه به ارث می رسد، شما نمی گوئید بالنسبه باطل است و وراثت می توانند بروند بالنسبه مال الاجاره را از مال این وارث بگیرند مثلاً اگر کسی اجاره داد و از دنیا رفت، نمی گوئید بالنسبه باطل است و فضولی است و مراجعه کنند. یا نمی گوئید اقلاً ثمنش را بگیرند. اینطور نیست که اگر این مال اجاره را آقای موجر استفاده کرده بود وراثت بتوانند بروند از بقیه اموالش به عنوان طلب خودشان بگیرند. حال چطور شد اینجا مرحوم شیخ می فرمایند بطن دوم می توانند به بطن اول مراجعه کنند؟

عبارت ایشان در تقریرات مرحوم میرزا حبیب الله رشتی چنین است: **فالاولی أن یقال، این وجه تصحیح مرحوم شیخ است در قبال آن صحت اولی که بگوئیم للتالی اجاره می دهد و ثمنش هم مال خودش باشد، «فالاولی أن یقال: وجه صحة الاجارة هو أن البطن الاول باعتبار كونهم مالکین للعین فی حال عدم البطن الثانی كانوا مالکین لتمام منافعها كما فی الملك المطلق نظراً الى أن ملک المنفعة إنما یثبت لمالک العین بعین ملكية العین لا بملكية مغایرة».**

این را چرا مرحوم شیخ می گوید؟ بخاطر اینکه اگر ما می توانستیم در کنار ملکیت عین، ملکیت منفعت را هم مستقلاً در نظر بگیریم خب ملکیت منفعت می شود توقیت شود. ملکیت بطن اول نسبت به منافع می شد موقت باشد. اما شیخ می خواهد تصحیح کند اجاره را، می گوید ملکیت منفعت در جائی که من مالک عین هستم مندمج در او است، بنابراین ملک عین مستمر است، ملک منفعت به تبع او مستمر است، من مالک منافع هم هستم لذا اجاره می دهم استمراراً.

می فرمایند: و لازم ذلك أن يكون مالك العين مالكا لتمام المنفعة و هو يقتضى لصحة الاجارة، لأن اجارة المالك لا يتوقف على اجازة الغير، بطن اول مالك همه چیز است، هم مالك عين و هم مالك منفعت و الان هم ملكيت بطن دوم مطرح نیست، فاجارة البطن الاول اجارة صحيحة صدرت من المالك لا من الفضول. بحث دقیقی است، در قبال فرمایش مرحوم امام و فقهای که فرمودند فضولی بودن اینجا روشن است و بنابراین بالنسبة باطل است مگر اینکه اجازه بشود. می گوید اصلا مالک بوده و فضول اینجا نیست.

حال مشکلی پدید می آید خب اگر مالک است و فضول نیست پس چرا همه ثمن مال خودش نباشد؟ وقتی مالک است، مالک منفعت هم هست اجاره هم داده برای دویست سال، بطن اول تمام منفعت را تملک کند، این چه مشکلی دارد؟

می فرمایند: ثم إذا تجدد البطن الثاني كان لهم الاجرة قضائاً لحق الوقف من تسبيل الثمرة و انتقال العين بعد انقراض البطن الاول الى البطون اللاحقة»<sup>۱</sup>.

بعد ایشان یک اشکالی می کند می گوید ملکیت عین هم موقت است، سپس پاسخ می دهند که ما قبلاً گفتیم ملکیت عین نمی تواند موقت باشد. و این اشاره است به همان بحث مفصلی که ما سالهای قبل کردیم.

<sup>۱</sup> کتاب الالتقاطات التقاط: (۴۱)



## وجوه عدم جواز اختصاص تمام الثمن به بطن اول موجد

پس اینکه بطن اول نمی تواند ثمنی را که از منافع در طول زمان گرفته همه را به خودش اختصاص دهد چه دلیلی دارد؟ می فرمایند این مقتضای وقف که می گوید تسبیل الثمرة است همچنین مقتضای انتقال عین به بطون لاحق بعد از انقراض بطن اول.

اول به بررسی این دلیل دوم می پردازیم. می فرمایند: لازمه تسبیل ثمره و انتقال عین به بطن دوم این است که آن مقدار از ثمن را که به موازات این منافع گرفته به اینها برگردانند اما معامله باطل نیست و اینها هم حق اجازه و ابطال ندارند، بخاطر اینکه اصلاً فضولی واقع نشده است.

ایشان این وجه صحت را بیان کرده و هیچ اشکالی به آن مطرح نمی فرمایند لذا به نظر می رسد مختار ایشان با مبانی ای که ذکر کرده اند همین باشد. اما سؤال این است که وجه این کلام چیست؟ این را فهمیدیم که می گوئید مقتضای استمرار عین و منفعت این است که فضولی نباشد، و اگر فضولی نبود چرا همه اش مال خودش نباشد؟ می فرمایند: نتیجه اینکه وقف تسبیل ثمره است و نتیجه انتقال العین بعد انقراض البطن الاول الى البطون اللاحقة این است.

ابتدا به دلیل دوم پردازیم. انقراض بطن اول شد و به بطن دوم رسید، چرا نگوئیم مثل ارث مسلوب المنفعة به آنها رسیده است؟! بله ما نمی گوئیم بطن دوم از بطن اول ارث می برد، بلکه همه بطون در طول زمان از خود واقف تلقی می کنند. واقف یک انشاء کرده تملیک کرده به بطون در طول زمان، هر بطنی در زمان خودش از واقف تلقی می کند. بنابراین نمی گوئیم بطن دوم از بطن اول ارث می برد تا اشکال کنید که این قیاستان مع الفارق است. در وارث، مسلوب المنعة ارث برده می شود اما اینجا ارث نیست. ما فقط تشبیه کردیم، می گوئیم اگر تملیک منفعت

از ناحیه بطن اول درست است و فضولی هم نیست، چه وجهی دارد که شما به میزان منفعت این بطن دوم باید پول را از بطن اول برگردانید؟ چرا مثل ارث مسلوب المنفعة نباشد؟ نمی گوئیم دقیقاً مصداق آن است تا بگوئید بطن دوم تلقی از واقف می کند نه از بطن اول. ولی تشبیه می کنیم، بعد از اینکه بطن اول مالک عین هستند و مالک منفعت نیز هستند حتی اگر برای دویست سال اجاره بدهند کارشان فضولی نیست، اطلاعات اجاره شامل عقدشان می شود لذا چه دلیلی دارد که باید بالنسبة به بطن بعدی برگردانند؟! لذا صرف اینکه بعد از انقراض بطن اول ملک به بطن دوم منتقل می شود برای حصول این نتیجه کافی نیست و مانند این است که در ارث منتقل می شود. پس این کافی نیست.

اما اینکه می گویند مقتضای خود وقف تسبیل ثمره است هرچند صحیح است که مقتضای وقف تسبیل ثمره للبطون است اما به شرط اینکه قبلاً موضوعش مرتفع نشده باشد. اگر شما مالکیت بطن اول را نسبت به عین و منفعت تمام می دانید، حتی تنظیر کردید کالملك المطلق، بطن اول با اجاره دادن موضوع این تسبیل را نسبت به بطن دوم منتفی می کند. مثل این است که بطن اول که استفاده کرد به بطن دوم که می رسد اصلاً موضوع از بین برود، فرض کنید این مسکن به هر دلیلی کلاً از بین رفت، زمینی بود کلاً خراب شد موضوع مرتفع شد، آنجا چکار می کنید اینجا هم همینطور است. پس صرف اینکه وقف تسبیل ثمره در طول زمان است، منافات ندارد که ما موضوعش را به دلیل شرعی مرتفع کنیم.

مگر اینکه شما بتوانید ملک بطن اول را به صورتی متعلق حق بطون آتی قرار بدهید. ما در جلسات گذشته عرض کردیم دشوار است که بتوانیم برای بطون آتی یک حق فعلی درست کنیم. دلیلش این است که اصلاً بسیاری از بطن آتی نیستند، کسانی که نیستند چطور می توانند حق

بالفعل داشته باشند؟ این معنا ندارد. من فکر می کنم امام رحمت الله علیه هم در بحث بیع وقف بعضی جاها به همین اشاره فرموده بودند که بطن آتی نه ملکیت بالحمل الشایع دارد و نه حق بالحمل الشایع دارد. پس به این طریق نمی توان مشکل را حل کرد.

## راه پیشنهادی ما و بررسی آن در مقام

بله ما در جلسه گذشته راه دیگری پیشنهاد کردیم، گفتیم مواردی داریم که در عین حال که در حال حاضر متعلق حق نیست، ولی اگر عملی انجام شود که مصداق تفویت حق دیگران در ظرف خودش باشد یعنی مانند واجب مشروطی که ما می دانیم ملاک در ظرف خودش محقق می شود، یا مثل واجب معلق که اگر الان تفویت کنید در ظرفش قابل امتثال نیست مانند اینکه شما استطاعت دارید و می دانید اگر زاد و راحله اش را فراهم نکنید سه ماه بعد نمی توانید در مکه باشید. الان دارید تفویت می کنید واجب را در ظرف خودش، این هم اشکال دارد. درست است که اگر به صورت واجب مشروطی تصویر کردیم اگر الان زاد و راحله را ایجاد نکنید در ظرف خودش وجوب حج بالفعل نمی شود، الان هم که بالفعل نیست، ولی ما می دانیم در ظرف خودش، ملاک بالفعل می شود و شما دیگر قادر به انجام آن نیستید. این می شود مصداق تفویت ملاکی. و بحثی مهم وجود دارد که تفویت ملاک مثل عصیان است. تفاوتی ندارد که وجوبی باشد و آن را عصیان کنید، یا ملاکی بالفعل بشود که شما اختیارا قبل از فعلیت آن کاری کنید که در زمان فعلیت، تفویت شود، لذا عقلا تفویت ملاک با عصیان فرقی نمی کند.

لذا ما می خواهیم این بحثی را که در بحث واجب مشروط و مقدمات مفوته گفته اند به اینجا تعمیم دهیم و بگوئیم می توانیم برای صحت اجاره ای که مرحوم شیخ فرمودند به صورتی

که بطون لاحقه نتوانند آن را باطل کنند ولی ثمن به جیشان برود ولی نتوانستند آن را مستدل کنند استدلالی بیاوریم و بگوئیم در حینی که بطن اول هست و وقف هست، بطن دوم حق بالفعل ندارد، ولی اگر شما اجاره بدهید و ثمنش را بگیریید تفویت حق آنها در ظرف خودش می شود. و شما حق این کار را ندارید.

اگر این دلیل را آوردیم دو تا راه پیش روی ما هست:

یکی اینکه بگوئیم این تفویتی که شما می گوئید لازمه اش این است که اختیار بطن دوم را هم زنده کنید. شما که می گوئید عقلاً تفویت ملاک برای بطن دوم جائز نیست می پرسیم بطن دوم چه ملاکی داشت؟ فقط ثمن نبود، اختیار هم داشت مالک شود، بطن دوم مالک منفعت می شد که لازمه اش این بود که اگر اجاره می داد ثمن به جیش می رفت. پس هم اختیار دار بود و هم اگر اجاره می داد ثمن به جیش می رفت. بطن اول با اجاره دادن نسبت به زمان آنها هم اختیار آنها را تفویت کرد و هم حصه ثمن آنها را و حق این کار را نداشتند لذا هم اختیار آنها زنده می شود، هم ثمن.

بنابراین کسانی که اینجا گفته اند فضولی است حق داشته اند این را بگویند البته نه به معنای متعارفش. معنای متعارف در فضولی این است که من می آیم ملک دیگری را میفروشم یا منفعتی که ملک دیگری است را تملیک می کنم، یا نه منفعت یا ملکی که متعلق حق بالفعل دیگری است را تملیک می کنم. همه اینها مصداق فضولی است. مثال این قسم اخیر رهن است که اگر مالک بیاد عینی را که به وثیقه داده بفروشد، در اینجا چون ملک خودش را فروخته از این باب فضولی نیست، ولی متعلق حق مرتهن است لذا از این حیث فضولی می شود.

در اینجا هم می توانیم بگوئیم فضولی است اما نه مثل موارد عدم مالکیت بایع یا موارد عدم مالکیت موجر، حتی مثل موارد بیع راهن نسبت به عین المرهونه نیز نیست که بالفعل متعلق حق مرتهن است، هیچکدام از اینها نیست ولی در عین حال نوعی از فضولی است. از باب اینکه اگر ما نگوئیم فضولی است و بگوئیم بطن اول که مالک است حق اجاره دارد اختیار بطون آتی را و منافعشان را تفویت کردیم و این عقلا درست نیست همانطور که در باب واجبات می گوئیم. لذا به نظر می آید یک نحوه فضولی دیگری اینجا پدید می آید که تا به حال از آن بحث نکرده بودیم، ولی به نظر می آید می شود از آن دفاع کرد. و بر اساس آن فرمایش متن را با توسعه فضولی به این سنخ از فضولی ها توجیه نمود. یعنی عقل می گوید بطن اول با اینکه مالک فعلی عین و منفعت است ولی حق ندارد برای بعد از موتش اجاره دهد، و اگر اجاره دهد اختیار دیگران را سلب کرده است و عقلا حق چنین کاری ندارد.

لذا نتیجه اینکه این را نحوی از فضولی بدانیم این است که اولاً صحت به معنای دومی که شیخ فرمود درست نمی شود. بطن دوم می توانند وقف را ابطال کنند، چون مقتضای اختیار آنها است و عقل می گوید بطن اول حق ندارد این اختیار را تفویت کند. همچنین اگر اجازه کردند ثمن نیز مال آنها می شود.

بنابراین فرمایش متن را که فرمایش بسیاری از فقهاء نیز هست شاید بتوان به این صورت توجیه کرد با وجود اینکه ما مثل مرحوم شیخ ملک عین را مستمر می دانیم و به تبع ملک منافع را نیز مستمر می دانیم. بنابراین به تمام کسانی مانند محشین این عبارت تحریر همچون مرحوم آیت الله فاضل و دیگران که فضولی بودن اجاره را در این فرض خیلی روشن گرفته اند می گوئیم این سخن درست نیست، این دیگر خیلی ساده انگاری است، بخاطر اینکه مالک وقف

مالکٌ للعين مستمرا، به تبع مالک منفعت نیز هست، ما سخن شیخ را از این جهت قبول داریم، ملکیت عین توقیت نمی شود. لذا فضولی به معنای معروف و مشهورش از بحث خارج می شود. من بطن اول مالک هستم للعين مستمرا و للمنفعة. منتهی به کلام اخیر برمی گردیم که از باب تفویت للبطن الثانی عقلا می توانیم بگوئیم نه حق تفویت اختیار بطن ثانی را داریم و نه حق تفویت منافع آنها را. و لذا یک نحوه از فضولی توسعه یافته را در اینجا قبول کنیم به این نحو که نه شخص فضول مسلوب الملك للعين است و نه مسلوب المنفعة است و نه مسلوب الحق نسبت به تملیک است، ولی از باب عقلی نمی تواند عقدش را نسبت به بطن دوم توسعه دهد. این یک راهی است برای حل و تصحیح این عبارت **بطلت بالنسبة الى بقية المدة الا أن يجيز البطن اللاحق فتصح على الاقوى**. ما هم این متن را قبول کردیم البته با توسعه.

تا به اینجا در جایی است که بطن اول اجاره انجام دهد.

## حکم اجاره دادن متولی

اما اگر متولی این کار را انجام دهد، ما هنوز بحث تولیت را نکردیم، فرع بعد بحث تولیت است، بنابراینکه تولیت بر اساس شرط باشد و بر اساس مقتضای الناس مسلطون باشد که برخی از اینها را ما اشکال داریم، اگر گفتیم بحث تولیت علی القاعدة است، آنوقت متولی کارش این است که هم مصلحت وقف را و هم مصلحت بطون را رعایت کند، در این صورت اگر اجاره متولی به مصلحت وقف یا مصلحت جمیع بطون باشد علی القاعدة اجاره صحیح است و بطون بعد هم حق ابطال اجاره ندارند و فضولی هم نیست، کار متولی همین است، مصلحت وقف و بطون را بسنجند. پس اینجا نیازی به اجازه بطون بعدی ندارد و اجاره هم صحیح است.

اما اگر متولی برای مصلحت تنها یک بطن ایجار کند، اینجا علی الظاهر صحت اجاره مشکل است چون باید مصلحت بطون آتی نیز رعایت می شد لذا علی الظاهر بالنسبه به بطن دوم اجاره درست نیست. فرموده اند: «ولو أجره المتولی فإن لاحظ فيه مصلحة الوقف صحت و نفذت بالنسبة الى البطون اللاحقة بل الاقوى نفوذها بالنسبة اليهم لو كانت لأجل مراعاتهم دون اصل الوقف و لا تحتاج الى اجازتهم».<sup>۱</sup> مراعات بطون کرده باشد. یعنی توجه دارد که بطون مختلف هستند و با رعایت مصلحت همه بطون اجاره داده باشد. مثل اینکه می بیند موجر خیلی خوبی هست با قیمت خوبی اجاره می کند برای بطون بعد هم تورم بانک مرکزی را ملاحظه کرده باشد شرط هم کرده باشد که ضرر نکنند برای همه بطون اجاره بدهد و بگوید ثمن در زمان به همان نسل برسد که مشکلی پیش نیاید. در این صورت اشکال ندارد و لا تحتاج الى اجازتهم.

بحث بعدی را ایشان مطرح نکرده که اگر این مراعات ها نباشد چه حکمی دارد ولی از مفهومش استفاده می شود که اگر به مصلحت همه بطون اجاره نداده باشد بلکه به مصلحت یک بطن باشد (ظاهرا مرحوم شیخ دیگر به این مفهوم تصریح می کند) علی الظاهر دیگر بالنسبه صحیح نیست، چون متولی باید غبطه وقف و بطون را رعایت کند لذا نمی تواند فقط به مصلحت یک بطن تصرف کند. حق ندارد رعایت مصلحت بطن اول کند و اجاره بدهد و همه ثمن را برای آنها قرار دهد لذا اگر این کار را کرد علی القاعده باید بگوئیم بالنسبت باطل است و مانند صورت قبل فضولی می شود. اما اگر مراعات مصلحت وقف را کرده باشد یا بطون را علی الظاهر اشکالی نیست.

<sup>۱</sup> تحریر الوسیلة؛ ج ۲، ص: ۸۲

**سؤال:** اگر ملاحظه مصلحت خود وقف را کرده باشد ولی ملاحظه مصلحت بطون را نکند؟

**جواب:** لازم نیست هردو را لحاظ کند چون مراعات مصلحت وقف با مراعات مصلحت بطون ممکن است مختلف باشد ولی در هر دو صورت متولی حق دارد. چون متولی کارش این است.

**سؤال:** اگر مصلحت عین موقوفه باشد ولی مصلحت موقوف علیهم نباشد ظاهرش این است که نمی شود. بخاطر همین الاقوی فرمودند.

**جواب:** نه اگر واقف اینطور شرط کند که من این آقا را متولی قرار دادم که مصلحت وقف را رعایت کند، این چه اشکالی دارد. شرط وقف است دیگر.

**سؤال:** راحت تر این است که عبارت الا أن یجیز بطن اللاحق را به این صورت معنا کنیم که مثل اجازه ورثه نسبت به اکثر من الثلث باشد، که هم پولش مال خودشان می شود و هم عینش مال خودش می شود.

**جواب:** نخیر مال خود آنها می شود. در آن مثال ورثه وصیت را تنفیذ کرده می گوید همانی که هست باشد. این مثل این می ماند که مالک بگوید این آقای غاصب که برای خودش فروخته مال خودش باشد، اگر گفت، باشد، مگر اشکالی دارد؟

اما عبارت الا أن یجیز می گوید فضولی است. تصریح کرده اند که فضولی است. در فضولی نمی گویند که مال آن طرف می شود، مگر به صورت خاص بگوید من بیع را برای خودت قبول کردم، والا همه می گویند در فضولی یقع للمالک نه برای فضول، مگر اینکه خود مالک بگوید مال خود فضول باشد، که بحث دیگری است، ربطی به این بحث ما ندارد. و همه هم فضولی را



همینطور توجیه کرده اند و در همینجا می گویند بالنسبة باطل است چرا؟ چون ملک بطون دیگر است، بطون دیگر هم اگر اجازه کردند مال خودشان می شود. البته نقل کردم مرحوم آخوند قبول ندارد، که البته ایشان کلا قبول ندارد در بیع هم قبول ندارد، جوابش هم روشن است.

این تمام الکلام در مسئله ۷۷.

## مسئله ۷۸: بحث تولیت

مسئله ۷۸ شروع در بحث تولیت وقف است تا مسئله ۹۱. البته بعید است ما تا آخرش را بخوانیم. ولی من پیشنهادم این است که دو سه مسئله اول را بخوانیم تا واضح شود اصل مسئله تولیت از چه باب است. این مساله درباره این است که تولیت به انحاء مختلفش از ناحیه مالک واقع می شود.

## متن مسئله ۷۸ و اقسام تولیت

در مسئله ۷۸ می فرمایند: يجوز للواقف أن يجعل تولية الوقف و نظارته لنفسه دائما أو الى مدة مستقلا و مشتركا مع غيره و كذا يجوز جعلها للغير كذلك (یعنی دائما یا الى مدة یا مستقلا و مشترکا) بل يجوز أن يجعل أمر جعل التولية بيد شخص، این دیگر نوع خاصی است، خودش تولیت قرار ندهد نه برای خودش و نه برای شخص دیگری ولی بگوید امر تولیت را به او واگذار کردم یعنی او معین کند چه کسی متولی باشد. تعیین متولی را به عهده شخص دیگری بگذارد. فيكون المتولى من يعينه ذلك الشخص، اگر اینطور گفت متولی کسی است که آن شخص معلوم کند. بل يجوز جعل التولية لشخص و يجعل امر تعيين المتولى بعده بیده، این هم می شود ترکیبی باشد، تولیت را برای یک شخص قرار بدهد، بعد بگوید که فعلا تولیت با

تو است، تولیت برای بعد را خودت تعیین کن. و هكذا یقرّر أنّ کل متولّ یعین المتولی بعده»<sup>۱</sup> می گوید که تو متولی هستی، متولی بعدی را تو تعیین کن و بعدی اش را هم خود متولی آن زمان تعیین کند و بعدش اش را هم متولی بعدش تعیین کند همین منوال اداره شود للتالی. می فرمایند همه اینها ممکن است.

## ادله صحت انحاء تولیت

هر صورت از این صور نیاز به بحث دارد.

## تمسک به الناس مسلطون و جواب از آن

کسانی که بحث جعل تولیت در این وجوه مختلف را اینطور طرح کرده اند می گویند از باب الناس مسلطون علی اموالهم اشکالی ندارد. و این البته بحث می خواهد، مثلاً الناس مسلطون را آیت الله فاضل فرموده اند، شاید نقل از مرحوم سید باشد که قاعده سلطنت مقتضیه للجواز فی جمیع الفروض المذكورة.

به نظر من این سخن اشکال دارد. اولاً ما قبلاً گفتیم الناس مسلطون تشریع نمی کند. الناس مسلطون می گوید مردم مسلط هستند بر اموالشان در چارچوبی که شرع قرار داده حالا امضائاً یا تأسیساً. اینکه ما در وقف می توانیم تولیت قرار بدهیم که خیلی آثار مهمه ای دارد مخصوصاً در زمان ما آثار بسیار مهمی دارد که آقای متولی وقف باشد و نظارت بر وقف از دست موقوف علیهم در بیاید و دست یک نفر باشد، ولو شرط شده باشد که متولی غبطه را رعایت کند، می

<sup>۱</sup> تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۸۲

گویند این با خود آقای واقف است که چطوری قرار بدهد، برای خودش یا برای دیگری، تا مدتی یا بیشتر، مشترکا یا مستقلا، یا اینکه برای شخصی قرار بدهد که او تعیین کند متولی بعدی را همه این صورت را صحیح می دانند به خاطر الناس مسلطون.

ولی به نظر ما این سخن درست نیست. الناس مسلطون تصحیح می کند که فرد مالش را به عنوان وقفیت خارج کند اما اینکه چه جور خارج کند و بتواند متولی تعیین کند این اول کلام است که با الناس مسلطون درست شود. اگر شارع بگوید تو نمی توانی متولی را تعیین کنی و باید حاکم متولی باشد کما اینکه از بعضی بحثهای امام ره اینطور در می آید چه در وقفهای خاصه و چه در وقفهای عامه البته در اوقاف خاصه جائی که شرط نکرده باشند ایشان می گوید همه اش با حاکم است. در این صورت با صرف الناس مسلطون علی اموالهم نمی توانیم تعیین متولی را تصحیح کنیم. خصوصا اینکه ما باید نگاه کنیم خود نهاد وقف و اعتبار وقف چه چیزی اقتضاء می کند. اگر کسی ادعا کند که وقف اقتضاء این چیزهایی که شما می گوئید ندارد، شما باید این را حل کنید.

بنابراین باید ببینیم که راه دیگری هست یا نه؟

## استدلال به شرط الواقف و بررسی آن

عده ای از بزرگان از راه شروط استدلال کردند، می گویند در واقع اینجا نه از باب الناس مسلطون است بلکه از باب وفاء به شروط است. یعنی آقای واقف وقف می کند و در ضمن وقفش شرط می کند یا بالتصریح یا ضمنا که خودش متولی باشد یا دیگری متولی باشد. از باب اوفوا بالشروط، اوفوا بالعهود که وفاء به شرط بالاطلاق لازم است. متاهی باید دید چه کسی این

مطلب را بیان می کند. کسانی که قبول را در باب وقف شرط نمی دانند و می گویند قبول لازم نیست و با صرف انشاء واقف وقف تمام می شود، آیا اینها می توانند این دلیل را طرح کنند که اینجا اگر شرط کرد تولیت خودش را یا دیگری را از وفاء بالشروط مأخوذه در ضمن عقد است. و برخی از محشین فرموده اند که ما نمی گوئیم مطلق اوفوا بالشروط تا شما اشکال کنید، اینجا شرط فی ضمن العقد است که دیگر باید وفاء کنند. منتهی کدام عقد؟ نه مرحوم امام عقد بودن وقف را قبول داشته نه محشی خودش قبول داشته، چطور شده وقف در اینجا شده عقد؟ روی این فکر کنید تا فردا.

«الحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۸: تولیت در وقف	۱۰۹۷
خلاصه بحث گذشته	۱۰۹۷
ادله تعیین تولیت	۱۰۹۸
ادعای لاخلاف در مسئله	۱۰۹۸
بررسی لاخلاف در مسئله	۱۱۰۰
بررسی تمسک به الناس مسلطون در مقام	۱۱۰۱
بررسی تمسک به المؤمنون عند شروطهم در مقام	۱۱۰۱
تمسک به الوقوف در مقام	۱۱۰۴
راهی برای تمسک به الناس مسلطون در مقام	۱۱۰۵
خلاصه تمسک به ادله	۱۱۰۸
بررسی لزوم رعایت مصلحت وقف یا موقوف علیهم در تولیت	۱۱۰۸

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۸: تولیت در وقف

### خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۸ کتاب تحریر الوسيلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه درباره تولیت وقف بود. گفتیم واقف می تواند تولیت وقف را برای خودش دائما یا الی مدة، به نحو استقلال یا به نحو اشتراک قرار

دهد، و همینطور می تواند برای غیر قرار دهد. برای غیر هم چند نوع ممکن است، غیر را متولی قرار دهد، یا اینکه تعیین متولی را نیز در اختیار او قرار دهد همه این وجوه را صحیح و بدون مشکل می دانند.

## ادله تعیین تولیت

استدلال چیست؟

## ادعای لاخلاف در مسئله

به لحاظ اقوال فرموده اند که در مسئله خلافی نیست. در متن کتاب قواعد آمده «و يجوز أن يشترط النظر لنفسه» صاحب مفتاح الكرامة در شرح این متن می فرماید «كما في المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التحرير و الإرشاد و التبصرة و المختلف و الدروس و اللعة و المقتصر و التنقيح و جامع المقاصد و المسالك و الروض و الروضة و الكفاية و المفاتيح و الرياض و في الأخير (یعنی ریاض) أن عليه عامة من تأخر، و في المختلف و إيضاح النافع و المسالك أنه لا خلاف فيه و في الثاني (یعنی در ایضاح النافع) أنه قطعي و هو في معنى الإجماع و في التنقيح لم نسمع فيه خلافا إلا من ابن إدريس و في جامع المقاصد أنه لا شبهة في أن اشتراط النظر لنفسه لا ينافي الوقف بل ربما كان أدخل في جريانه، و يدل عليه أيضا الأصل بمعنى العمومات كتابا و سنة. و قد نسب في المختلف الخلاف لابن إدريس و تبعه المتأخرون».

تمام این فقهایی که ذکر کرده اند گفته اند خلافی حاصل نشده در بحث مگر از مرحوم ابن ادريس در کتاب سرائر، که آن را مرحوم علامه در کتاب مختلف نقل می کند، و تبعه المتأخرون

که گفته اند ابن ادریس خلاف کرده است و خودشان مراجعه نکرده اند، «و لم ينقل تمام عبارته و كأنهم لم يلحظوا آخرها»<sup>۱</sup>.

مرحوم ابن ادریس در مقام شمارش شروط برای وقف فرموده: «و منها أنه لا يدخله شرط خيار الوقف في الرجوع فيه و لا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو».

از جمله شروط آورده اند که نباید شرط خيار کند چون خلاف مقتضای وقف است قبلاً هم گفتیم که موجب بطلان می شود. و لا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو، ظاهرش این است که یعنی تولیت را به عهده نگیرد نه خودش و نه غیرش متى شاء هو.

بعد اینجا بحث واقع شده است که اصلاً عبارت ابن ادریس آیا واقعا راجع به تولیت است؟ آیا ایشان دارند منع می کنند به عهده گرفتن تولیت توسط خودش یا دیگری را؟

اولا اگر مقصود تولیت است تعبیر «متی شاء هو» یعنی چه؟ اینکه با تولیت خودش نمی سازد که بگوئیم بحث تولیت است. لذا بعضی گفته اند که مقصود عزل است، یعنی خودش هر وقت خواست کنار برود یا دیگری را عزل کند، این نمی شود.

بعضی ها چیز دیگری گفته اند، اینجا صاحب مفتاح الکرامه می گوید در دو تا نسخه صحیح «أو بغيره» نیست، «أو بغيره متى شاء» است، یعنی صیغه مضارع نه بغيره. مرحوم شیخ در تقریراتشان نیز همین مطالب را آورده اند گفته اند کما حُکی که در دو نسخه صحیح از سرائر فعل مضارع است «ویغیره»، که دیگر اصلاً ربطی به بحث تولی ندارد، که يتولاه هو بنفسه

<sup>۱</sup> مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديث)، ج ۲۱، ص: ۵۳۴

او یغیره متی شاء، یعنی حق ندارد وقف را تغییر بدهد، «یتولاه بنفسه» این عزل یا تغییر را خودش متولی شود یا «یغیره متی شاء» هر وقت بخواهد تغییر بدهد، نمی تواند این کار را کند.

پس حتی اگر در عبارات ابن ادریس دقت شود معلوم نیست که ایشان از مخالفین باشد. و حتی اگر مخالف هم باشد، در مقابل نظر همه فقهاء اهمیتی ندارد.

### بررسی لاخلاف در مسئله

نکته ای که در نقل مرحوم صاحب مفتاح الکرامه وجود دارد این است که از میان کتبی که ایشان ذکر کرده اند فقط کتاب مبسوط مربوط به قدماء است، بقیه متعلق به فقهاء قرون بعد می باشد. مثلاً کتاب شرایع و نافع، متعلق به محقق حلی متوفی ۶۷۶ است یا کتاب تذکره، تحریر و ارشاد متعلق به علامه حلی متوفی ۷۲۶ است، و همچنین کتاب دروس و لمعه و مقتصر و تنقیح نیز متعلق به قرن هشتم و نهم و دهم می باشند. پس از فقهاء اوائل جزء صاحب مبسوط فقیه دیگری وجود ندارد، و دیگران نیز در اینجا ادعای لاخلاف دارند نه اجماع. در ادامه گفته اند که در ایضاح نافع آمده: **و فی الثانی قطعی و هو فی معنی الاجماع.**

لذا معلوم نیست از این لا خلاف اجماع فهمیده شود، چطور اجماع ثابت شود درحالی که از قدماء فقط شیخ طوسی به مساله پرداخته است و روشن است که اگر فقیه دیگری نیز مطلب داشت حتماً مرحوم صاحب مفتاح الکرامه نظرش را ذکر می کرد چون ایشان متعهد است اقوالی را که فحص می کند بیاورد، بعید است که چیزی باشد و ایشان نیاورده باشد.

بنابراین اجماع قدمائی ثابت نیست و تنها عدم خلاف است. حال این بحث است که آیا ما این لا خلاف را یک نوع تسالم حساب کنیم و بگوئیم که با وجود این تسالم دیگر وجهی ندارد ما در اصل حکم تشکیک کنیم همانطور که عمدتاً فقهاء نیز همین را گفته اند. مثلاً مرحوم



صاحب عروه بدون هیچ استدلالی می گوید لا شبهة و لا اشکال در اینکه واقف می تواند تولیت را برای خودش یا برای غیر قرار بدهد مشترکا و مستقلا. اما اینکه استناد چیست را نگفته اند. اگر اجماع بود می فرمودند للاجماع. ایشان می گوید لا خلاف، لا اشکال. و در ادامه می فرماید: و خلاف ابن ادریس غیر محقق<sup>۱</sup>.

فارغ از بحث استفاده اجماع از لاخلاف برای اثبات حکم دلائل دیگری نیز در این مسئله ذکر شده مانند الناس مسلطون و المؤمنون عند شروطهم و الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها.

### بررسی تمسک به الناس مسلطون در مقام

جلسه گذشته درباره قاعده الناس مسلطون گفتیم که این قاعده در مقام تشریع نیست. بنابراین اگر شما شک کنید در یک وقف که آیا این وقف ممضاة است یا نه، الناس مسلطون نمی گوید همچنین وقفی ممضاة است. البته بحثی وجود دارد که هست که انشاء الله خواهد آمد.

### بررسی تمسک به المؤمنون عند شروطهم در مقام

دلیل بعدی تمسک به قاعده المؤمنون عند شروطهم است بنابراینکه شرط، شرط ابتدائی نباشد، یعنی آنچه که ما از کلمات فقهاء احراز کردیم این است که المؤمنون عند شروطهم اطلاق ندارد که هر آنچه که شرط بر آن اطلاق شود وجوب وفاء داشته باشد. قدر متیقن آن هم نه قدر متیقن خارجی بلکه قدر متیقن در مقام استظهار این است که شرط باید در ضمن عقد باشد. نمی گوئیم مفهوم شرط به غیر واقع در ظرف عقد صدق نمی کند ولی المؤمنون عند شروطهم روشن نیست که نسبت به شرطهایی که در ضمن عقد نیست اطلاق و تعمیم داشته باشد و آنها را نیز

<sup>۱</sup> تکملة العروة الوثقی؛ ج ۱، ص: ۲۲۷

واجب الوفاء کند. البته بنابر اینکه اکثر فقهاء ما تقریباً اینطور هستند، البته وجوب شرط ابتدائی نیز قائل دارد.

**سؤال:** یعنی فقط فهم مشهور فقهاء مانع از اطلاق است؟

**جواب:** بله چون ممکن است اینطور بگوئیم که اعراض مشهور و عمل مشهور همانطور که در سند دخیل است در حجیت آن ظهور هم دخیل است.

حال اگر بخواهد نظر مرحوم امام در مسئله با المؤمنون عند شروطهم درست شود که بعضی از محشین اینطور درستش کرده اند مشکل این است که مرحوم امام ره وقف را عقد نمی دانند. جالب اینکه برخی از محشینی که به این قاعده استدلال کرده اند در وقف قبول را شرط نمی دانند و لذا عقد نمی دانند. اما محشی محترم در ذیل به جای اینکه این مسئله را حل کنند رفته اند سراغ اینکه می گویند حتی اگر عقد جائز هم باشد به نظر ما شرط مأخوذ در عقود جائزه نیز واجب الوفاء است تا زمانی که این عقد جائز پا برجا باشد. که این هم خودش یک بحث جالب و مهم است، که آن اشتراطی که ما از مشهور فقهاء می فهمیم آیا اخذ در عقد لازم است که عده ای می گویند، یعنی شرط باید در ضمن عقد لازم باشد تا واجب الوفاء باشد، یا شرط در ضمن عقد جائز هم موضوع المؤمنون عند شروطهم هست.

منتهی عرض من این است که این کبری که یک بحث مهمی هم هست ربطی به بحث ما ندارد. ظاهراً اینجا خلط کرده اند. وقف عقد جائز نیست، بلکه به نظر حضرت امام اصلاً عقد نیست چون قبول را در آن شرط نمی دانند. شاید ظاهر عبارات صاحب جواهر هم همین باشد، و محشی محترم هم در آنجا به تبع امام ره فرموده اند که در وقف قبول شرط نیست، پس شما وقف را عقد نمی دانید نه اینکه لازم نمی دانید تا بفرمایید که ولو ما عقد را لازم ندانیم در عقود

جائزه هم ما المؤمنون عند شروطهم را جاری می دانیم. خب بدانید، چه ربطی به بحث ما دارد؟ اینجا در وقف که شما قبول را شرط نمی دانید، اصلا این عقد نیست می شود شرط ابتدائی.

لذا مرحوم آخوند در رساله وقف در ضمن بیان ادله «المؤمنون عند شروطهم» را نیز ذکر می کنند بنابراین آن را به مطلق عهود توسعه دهیم تا شامل ایقاعات نیز شود، ولیکن می فرمایند احراز نشده است که شرط به مطلق عهود توسعه پیدا کند و ثابت نیست که بر شرط ابتدائی نیز تطبیق شود.<sup>۱</sup> بنابراین اگر کسی دنبال حل این مسئله از باب المؤمنون عند شروطهم باشد مشکل می شود.

**سؤال:** اگر وجه فهم مشهور از المؤمنون عند شروطهم این باشد که التزام فی ضمن التزام است نه حتما شرط فی ضمن العقد، و با توجه به اینکه ولو وقف را عقد هم ندانیم ولی شما یک التزام قطعی میدانید لذا دیگر التزام فی ضمن الالتزام محقق است.

**جواب:** اولاً آیا در باب ایقاع اصلا صدق می کند التزام است؟ علاوه بر اینکه آنهایی که می گویند در ضمن عقد، روشن است منظورشان التزام خاصی است. التزام ایقاعی را نمی پذیرند لذا مرحوم شیخ در شرط در ضمن ایقاع اشکال می کند و آن را شرط ابتدائی می داند.

**سؤال:** اما در مسئله بعدی تصریح می کند می گوید ایقاع هست ولی می شود شرط هم کرد.

**جواب:** آنهایی که عقد می گویند واضح است منظورشان التزام خاصی است نه هر التزامی. تصریح می کنند که باید شرط فی ضمن العقد باشد، در مقابل شرط ابتدائی. حالا اگر کسی توسعه بدهد به شرط فی ضمن الایقاع، یا توسعه بدهد به شرط ابتدائی که قائل هم دارد

<sup>۱</sup> کتاب فی الوقف (لأخوند)، ص: ۱۴

این بحث دیگری است. آنهایی که می گویند شرط فی ضمن العقد، مسلماً واضح است که التزام ابتدائی را که نگفته اند. پس از این راه نمی شود تصحیح کرد.

## تمسک به الوقوف در مقام

اماتمسک به قاعده «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها»، ما از اوائل بحث تا اینجا هر وقت بحث کردیم عرض کردیم همانطور که مرحوم آخوند و صاحب ریاض و بسیاری از فقهاء می فرمایند این عبارت در مقام تشریع اسباب وقف نیست. امام علیه السلام نمی خواهند با این عبارت بفرمایند هر سببی را که عقلاء مسبب و مشرع قرار بدهند امضاء کردیم. بلکه بعد از فراغ از اینکه وقف به اسبابش حاصل می شود می گویند اگر قیودی قرار دادند علی حسب ما یقفها اهلها.

منتهی نکته ای که اینجا وجود دارد این است که: در مقام ما نمی خواهد سببیت وقف را با الوقوف درست کند ظاهراً از باب اشتراط است. واقف وقتی جعل تولیت می کند گوئی یک شرطی در ضمن وقف دارد می آورد. البته نمی گوئیم عقد وقف تا اشکال سابق پدید آید. و الوقوف اقلش این است که قیود و شروط فی ضمن الوقف را شامل می شود. عده ای که گفته اند الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها مشرع نیست و در مقام تشریع اسباب وقف نیست برخی گفته اند معنایش این است که بعد از فراغ از اصل وقف در جعل شرائط و قیود برای وقف مطابق نظر واقف عمل می شود از جمله به جعل الولاية و التولية مثال زده اند. لذا بعید نیست که الوقوف شامل بحث ما بشود. چون اینجا در مقام تشریع اصل وقف نیست بلکه در مقام این است که اگر واقف شرطی در ضمن وقفش آورد ممضاة است و کار الوقوف همین است که بعضی شرائط و قیودی که واقف می آورد را تصحیح کند.

این دیگر ربطی به بحث المؤمنون عند شروطهم ندارد که بگوئیم باید در ضمن عقد باشد. این کاری به عقد و ایقاع ندارد با توجه به «الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها» است. اشکالی که ما قبلا می کردیم راجع به این بود که با این الوقوف بخواهیم سببی را تشریع کنیم. مانند اینکه بخواهیم وقف منقطع را حجت کنیم یعنی بگوئیم وقف ممضاتی است، این ممکن بود بگوئیم اشکال دارد. اما اینجا نمی خواهیم این کار را انجام دهیم. آقای واقف وقف را حسب آنچه در باب شبهات حکمیه بر او لازم است انجام داده است، در ضمنش یک شروطی آورده است این شروط مصداق الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها است و بعید نیست این حرف درست باشد.

### راهی برای تمسک به الناس مسلطون در مقام

از اینجا می خواهیم برگردیم به قاعده الناس مسلطون. ما در الناس مسلطون گفتیم اسباب عقود و ایقاعات و تسبیبات را تشریع نمی کند. بلکه در مقام این است که در چارچوب اسباب تشریع شده در شرع اسلام شما در انجام یا عدم انجام آزادی داری، می خواهی فعل را انجام بده می خواهی انجام نده. می خواهی تسبیبی را انجام بده می خواهی نده. مثلا بیع با شرائطش تشریع شده است که باید تملیک عین به عوض باشد، عوضین در آن معلوم باشند، غرر در آن نباشد، اینها همه تشریع است، حالا که چنین سببی در عالم اسلام وجود دارد اگر کسی یک ملکی دارد حق دارد که آن را به این سبب مجعول شرعی از ملکش اخراج کند، نه اینکه خودش سبب را تشریع کند.

این تعلیل درست است. منتهی در بحث ما آیا اگر واقف تمام قیودی را که در سببیت وقف لازم است رعایت کند و وقف را انجام دهد و در ضمنش شرطی بیاورد آیا الناس مسلطون این را نمی گیرد؟ بعید نیست ما این را بگوئیم که وقتی قیدی یا شرطی در ضمنش می آورد در مقام تشریع سببیت وقف نیست. در مقام تشریع نیست.

در واقع الناس مسلطون می گوید لك السلطنة على جميع التصرفات من التصرفات التكليفية و الوضعية. ما می گوئیم این تصرفات وضعی اگر مقصود تشريع اسباب باشد این خلاف ظاهر است. اما تصرفات وضعی که به شکل قيد در این وقف و این سبب تشريع باشد بعيد نیست مشمول اطلاق تصرفات الناس مسلطون باشد.

**سؤال:** چه فرقی است بين شرطی که ما شک داریم در شرعیتش با سببی که شک داریم مشرع است.

**جواب:** بخاطر اینکه این شرط نمی خواهد سبب معامله بشود.

**سؤال:** ما گفتیم الناس مسلطون مشرع نیست، حالا یکبار مشرّعیتش در سبب است یکبار مشرّعیتش در شرطی است که شک داریم این شرط شرعی است یا نه.

**جواب:** اگر اینطور باشد پس الوقوف على حسب ما یقفها اهلها هم همینطور است، در حالی که اقلش همین کارهاست.

**سؤال:** الوقوف شاید، به جهت وقف بودنش ناظر به وقف است.

**جواب:** شما در باب الناس مسلطون غایتش این است که تشريع اسباب نمی کند. یعنی نمی تواند بگوید من الناس مسلطون دارم پس هرچیزی مانند پریدن پرنده ای سبب اخراج از ملک باشد. این را نمی تواند بگوید.

می خواهیم بگوئیم اطلاق الناس مسلطون که ما داریم می گوید همه تصرفات هست، حتی مرحوم اصفهانی در آن بحث می فرماید حتی اطلاق تصرفات، تصرفات وضعی را باسبابها می گیرد. یعنی همان چیزی که می گوئید تشريع نیست، ایشان می فرماید منظور از تشريع چیست؟ اطلاق الناس مسلطون به ما می گوید که تمام تصرفات وضعیه شما یعنی مطلق اخراجات از

ملک شما بکل سبب ممضاة است. منتهی حق مطلب این است که ظاهر این است که واقعا در مقام تشریع اسباب نیست. اما اگر بخواهم در ضمن یک سببی یک قیدی بیاورم بر این نیز سلطنت ندارم؟! در واقع برگشتش به این می شود که اطلاق تصرفات وضعی که از الناس مسلطون فهمیده می شود که مقید به عدم تشریع می شود، متعلق این عدم تشریع چیست؟ مراد عدم تشریع اسباب است یا عدم تشریع هر چیزی در عالم؟

روشن است که الناس مسلطون دارد تشریع می کند. الناس مسلطون مگر برای ما تشریع سلطنت نکرده؟ تشریع سلطنت چیست؟ یعنی شما حق دارید تصرفات وضعی و تکلیفی انجام دهید مانند اخراج از ملک که یک تصرف وضعی توسط جمیع اسباب.

پس می گوئیم واقعا خلاف ظاهر است که بخواهند به شخص بگویند که شما حق داری تصرف وضعی کنی با هر چیزی که خودت می خواهی سبب قرار بدهی. اما اگر ما یک امر مسببی مثل وقف را قرار دادیم به سببی که خود شارع جعل کرده است، و در ضمنش قیودی می آوریم، بعید نیست صحت آنها را از اطلاق الناس مسلطون بفهمیم.

مقصود این است که اکثر فقهاء گفته اند ما حق داریم برای خودمان یا دیگران جعل نظارت کنیم و از آن مهمتر می توانیم شرط کنیم که بعدا تولیت را تعیین می کنیم یا شرط کنیم که شخص دیگری حق داشته باشد تولیت را معین کند، چنین اجازه هایی مخصوصا در اوقاف مهمه باید همراه با مستند قوی باشد. به صرف وجود لا خلافی که که نمی دانیم دائره آن کجا است نمی توانیم حکم کنیم. واقعا در تمام این مواردی که بالاشتراک یا بالاستقلال متولی باشد، خود این شخص متولی باشد یا بتواند متولی را تعیین کند. استفاده همه این صوری که فقهاء فرموده اند از یک لا خلاف انصافا مشکل است. اولاً که لا خلاف دال بر اجماع ابتدائاً نیست و ثانياً احراز دائره آن با این همه توسعه واقعا مشکل است.

## خلاصه تمسک به ادله

پس ما باید دنبال دلیل بگردیم. قاعده المؤمنون عند شروطهم قابل تمسک نمیتواند باشد اما قاعده الناس مسلطون به این بیان که عرض کردم شاید بتواند. ولی الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها بعید نیست برای استدلال در مقام به آن تمسک شود.

ما بحث عدالت را نمی خواهیم اینجا انجام دهیم، چون یک بحث بسیار دشوار و مهمی است، عده ای به صورت گذرا از آن عبور کرده اند. محشین کلام امام ره و دیگران چند نکته گفته اند و عبور کرده اند. ولی مرحوم شیخ در تقریراتشان بحثهای خیلی مهمی دارند، که آیا عدالت طریق است یا موضوع است، اگر موضوع است چطور موضوعی است؟ ما الان وارد این بحث نمی شویم.

ولی یک بحث مهمی را شیخ در ضمن این بحث مطرح می کنند که آیا واقف می تواند تولیت را بالاطلاق برای متولی قرار بدهد اعم از اینکه عادل باشد یا فاسق یا باید حتما عادل باشد که به درد اینجا هم می خورد.

## بررسی لزوم رعایت مصلحت وقف یا موقوف علیهم در تولیت

و آن بحث این است که: آقای واقف وقتی که متولی جعل می کند، تارة از این جهت است که متولی حفظ مصلحت وقف یا موقوف علیهم کند. که حفظ مصلحت وقف به نحوی ممکن است به مصلحت موقوف علیهم هم برگردد. اینجا کار متولی للموقوف علیهم است نه علی الموقوف علیهم است. چون به مصلحت آنها می خواهد کار کند. خلاف اصلی نیست اگر آقای واقف بگوید که من متولی قرار دادم که رعایت مصلحت موقوف علیهم وقف کند. این علیه آنها نیست تا بگوئیم آیا خلاف اصل است یا نه.



اما در تولیت چیز دیگری هم هست، مثل اینکه آقای متولی ولو از باب تشخیص خودش کاری کند که یک جور نقصی در ملکیت مالکین و ولایت آنها باشد. مثل قرار دادن اختیار امر وقف در اختیار ناظر، مثل همین بحث قبلی ما که برای بطون لاحقه اجاره بدهد. ولو از دیدگاه خودش به لحاظ مصلحت است، ولی اختیار موقوف علیهم را سلب می کند. آیا این خلاف مقتضای عقد وقف نیست؟ سؤال در واقع این است که: جعل التولية والنظارة بحیث که موجب رفع اختیار موقوف علیهم شود و این آقای متولی در واقع بیاید اجاره بدهد یا تصرفات دیگری کند آیا خلاف مقتضای وقف نیست؟ از جهت اینکه اگر گفتیم وقف تملیک است خلاف تملیک به موقوف علیهم نیست؟ وقتی شما به موقوف علیهم تملیک می کنید در واقع دارید به آنها برای تسلطشان و ولایتشان بر ملک خودشان اختیار می دهید. اگر بیاید کسی را متولی قرار بدهید خلاف مقتضای این نیست؟

روی این فکر کنید تا فردا انشاء الله.

«والحمد لله رب العالمین».

## فهرست

مسئله ۷۸ تحریر: بحث تولیت	۱۱۱۰
خلاصه بحث گذشته	۱۱۱۰
بررسی مشرع بودن الناس مسلطون در شروط برخلاف سبب	۱۱۱۲
مشکل تمسک به المؤمنون عند شروطهم در مقام	۱۱۱۳
امام ره شروط ابتدائی را شرط نمی دانند	۱۱۱۳
موضع کسانی که وقف را عقد نمی دانند	۱۱۱۴
عدم جواز تولیت للنفس و للغير بعد از تمامیت وقف	۱۱۱۶
قطع ارتباط واقف با ملکش به وسیله وقف	۱۱۱۶
خروج مال از ملک واقف طبق همه مبانی	۱۱۱۷
اطلاق عقد بر ایقاع در کلمات برخی اوائل و بررسی آن	۱۱۱۸
عبارتهای مرحوم امام ره در بحث شرط	۱۱۱۹

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على محمد و آله الطاهرين

## مسئله ۷۸ تحریر: بحث تولیت

## خلاصه بحث گذشته

بحث ما در مسئله ۷۸ کتاب تحریر الوسیلة مرحوم امام قدس الله نفسه الزکیه درباره جعل تولیت به انحاء مختلف در وقف بود. طبق نقل صاحب مفتاح الکرامه بسیاری از فقهاء از مرحوم شیخ طوسی تا مرحوم شهید آن را صحیح دانسته اند و ادعای عدم خلاف در بحث نیز شده است.

بیان شد که اگر از این تعبیر اجماع فهمیده شود که اینک برخی از فقهاء از تعبیر «قطعی» در عبارت ایضاح النافع، اجماع فهمیده اند و یا از آن تسالم بر این فهمیده شود که صحت جعل تولیت به انحاء مختلفش

مفروع عنه است می تواند به عنوان دلیل مطرح شود. وگرنه حکم مشکل می شود به دلیل اینکه صرف عدم الخلاف اجماع نیست. مخصوصا که از قدماء اصحاب جزء از شیخ در مبسوط، از فقیه دیگری نقل جواز نشده است.

علاوه بر اینکه مسئله تولیت دارای اهمیت ویژه ای است خصوصا در زمان ما و به ویژه در موقوفاتی که از وسعت و ارزش مالی فراوانی برخوردارند. امروزه وقفهای بسیار بزرگی وجود دارد که ادعا می شود وقف خاص هستند. در زمانی که در قوه قضائیه بودیم چند پرونده بسیار مهم از اوقاف بزرگ بود که وقف خاص بودند و حضرت آقا به ما ارجاع دادند، در برخی یکی از نواده های واقف مشغول اداره بود به کیفیتی که معلوم نیست مصلحت و غبطه وقف نیز حاصل شود. لذا اینکه اصل این تولیتها با حرف واقف جعل می شود بحث مهمی است که باید بررسی شود.

ظاهرا این را که واقف می تواند جعل تولیت کند مفروع عنه گرفته اند با همین نکته که نقل خلاف نشده است. منتهی جلسه گذشته عرض کردیم که ممکن است کسانی بخواهند به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» یا «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کنند که اشکالات آن را بیان کردیم و به نظر می رسد بهترین دلیل تمسک به روایت «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها ان شاء الله» باشد چون اشکال مشرع نبودن این روایت در اینجا نمی آید چون در اینجا نمی خواهد جعل اسباب وقف یا تشریع اسباب کند. بلکه می گوید می توان در وقفهایی که به ادله خود تشریع شده است قیودی آورد. و یکی از این قیود و شروط نیز همین تعیین متولی و ناظر است.

بلکه بعید نیست با این بیان بتوانیم الناس مسلطون را نیز تصحیح کنیم. و آن اشکالی همیشگی مشرع نبودن را پاسخ بگوئیم به این صورت که درست است که الناس مسلطون مشرع نیست، ولی اگر به شرط در ضمن وقف از باب اینکه مصداق سلطه و تسلط مالک بر ملک خویش است عمل کنیم، اشکالی ندارد و مصداق الناس مسلطون است بدون اینکه بخواهد تشریع سبب کند. ما نمی گوئیم الناس مسلطون وقف را تشریع کند، می گوئیم شرطی که در ضمن وقف آمده را از باب سلطه معتبر می کند و این اشکالی ندارد.

اطلاق سلطه تمام تصرفات تکلیفی و وضعی را شامل می شود، منتهی به قرینه خارجی تلقی عرف الناس مسلطون نمی تواند مشرّع باشد، نمی گوید شما آزادید هر چیزی را سبب قرار دهید.

اینکه الناس مسلطون در باب اسباب مشرّع نیست، متفاوت است از اینکه من سلطه داشته باشم به این تصرف که برای وقف خودم قیدی بیاورم، این دو تلازمی با یکدیگر ندارند.

### بررسی مشرّع بودن الناس مسلطون در شروط برخلاف سبب

برخی از دوستان در جلسه گذشته اشکال می کردند که اگر الناس مشرّع است در هر دو چه در سبب و چه در شرط تصویر دارد و اگر مشرّع نیست در هر دو جا نیست. جواب این سخن این است که: قبل از شرع، به لحاظ نظر خود عقلاء نیز چنین تفکیکی پذیرفته است. عقلاء در محیط های خودشان نمی آیند به خودشان اجازه تشریع اسباب به هر چیزی بدهند. واضح است که عقلاء چنین حکم و بناء کلی ندارند که طرفین در هر عقدی یا منشیء در هر ایقاعی آزادند تا هر چیزی را سبب قرار دهند زیرا موجب می شود نظم امور به هم ریزد و اختلال نظام ایجاد شود.

اما همین عقلاء «المؤمنون عند شروطهم» را دارند. زیرا بعید است که این قاعده تأسیس جدیدی از طرف شارع باشد، بلکه امضاء همان چیزی است که بین عقلاء هست که اگر در ضمن عقدی شرط کردند باید به آن وفاء کنند.

پس همین عقلاء که ظاهراً در باب سلطه ها نمی آیند یک تسلط عمومی بدهند که هر چیزی را سبب هر چیزی قرار بدهند، همین عقلاء به شروط در ضمن معاملات عمل می کنند. یعنی این مقدار تسلط را برای مالک یا برای کسی که له الولاية قبول دارند که بتواند در ضمن معاملات اخذ شرط کند. در اینجا نیز الناس مسلطون مشرّع نیست اما اخذ شرط من الواقف یکی از آن انحاء اعمال سلطه در ملک خویش است و علی الظاهر نباید اشکال داشته باشد.

## مشکل تمسک به المؤمنون عند شروطهم در مقام

همانطور که جلسه گذشته عرض شد تمسک به المؤمنون عند شروطهم این مشکل را دارد که به درد کسی می خورد که وقف را عقد بداند. اگر عقد ندانیم کما اینکه مرحوم امام ره عقد نمی داند نمی توانیم به آن تمسک کنیم مگر اینکه شروط ابتدائی را هم تحت المؤمنون عند شروطهم بدانیم که درست نیست.

## امام ره شروط ابتدائی را شرط نمی دانند

با مراجعه سریعی که به فرمایش امام ره در بحث بیع داشتیم ایشان تصریح می کنند که اصلاً شرط بر شروط ابتدائی صدق نمی کند، نه اینکه مانند مرحوم شیخ آن را شرط بدانند و بگویند با اجماع خارج می شود. می فرمایند اگر به این برسد ما اجماع را قبول نداریم. لکن شرط ابتدائی اصلاً شرط نیست تا مصداق المومنون عند شروطهم باشد.

منتهی هنوز جای این بحث هست که هر چند شرط نیست اما آیا التزام فی الالتزام هست؟ ظاهر عبارتهای حضرت امام ره این است که باید در ضمن عقد باشد. گرچه ایشان عبارتی دارد که می فرماید: اگر ادله شروط به التزام فی ضمن الالتزام یا قرار فی ضمن القرار اختصاص نداشت تعمیم می دادیم، که ممکن است اینجا کسی از آن ایهام بفهمد که مقصود از شرط، التزام فی الالتزام و قرار فی القرار است، ولی واقع این است که قرائن متعدد دیگری هست که ایشان در ضمن عقد بودن را لازم می داند که برخی از آنها را می آوریم. هرچند به نظرم نیاز به فحوصی کامل دارد و با چند عبارت نمی شود مختار ایشان را تحصیل کرد. ممکن است در بزنگاه ها مطلب را بیان کرده باشند مانند این بحث که آیا شرط در ضمن طلاق واجب الاتباع هست یا نه؟ معمولاً می گویند نیست، باید ببینیم ایشان در آنجا چه می فرمایند و چگونه می گویند نیست.

**سؤال:** روشن است که دلیلشان لغت و عرف است. و لغت می گوید شرط، التزام در ضمن التزام است.

**جواب:** فکر نمی کنم همه لغتها به این صورت باشد؟ هر چند یقین ندارم ولی به نظرم برخی از لغتها التزام در ضمن عقد می دانند نه در ضمن التزام.

**سؤال:** اگر مدرک اجماع باشد از شیخ طوسی تا زمان ما به شرط در ضمن طلاق تمسک کرده اند. در کلام شیخ و ابن ادریس و فاضل آبی هست مواردی که تمسک می کنند ولی غالباً در ضمن عقد آوردند.

**جواب:** ذیل عقدش که روشن است ولی اینکه در ضمن طلاق تمسک کردند باید بررسی شود.

**سؤال:** التزام هست یا نیست؟ التزام ایقاعی نمی شود؟

**جواب:** حالا فرض کنید التزام باشد، ولی عقد نیست. ما عرضمان این بود که ممکن است شرط التزام فی ظرف العقد باشد نه التزام فی ظرف الالتزام مطلق.

عبارت ایشان را می خوانم ظاهر کلام امام ره ضمن عقدیت است. منتهی اعتماد ندارم به این چند عبارتی که می خوانم چون محل بحث اصلی نبوده است. آنجایی که بحث التزام در ظرف مطلق الالتزام مثل ایقاعات می شود آنجا ما باید بگردیم که نظر مبارک ایشان چه بوده است.

### موضع کسانی که وقف را عقد نمی دانند

اشکال فعلی این است که المؤمنون عند شروطهم برای کسی مفید است که وقف را عقد بدانند. مرحوم امام ره در بحث قبول مانند مرحوم سید و برخی دیگر می فرمودند اقوی این است که قبول اصلاً داخل در وقف نیست. وقف با انشاء واقف با شروطش تمام می شود و قبول شرط نیست. البته در برخی موارد قبولهایی شرط است ولی ربطی به عقد ندارد. مثل اینکه اگر شخصی را متولی قرار بدهند باید قبول کند تا تولیت برای او محقق شود. ولی این ربطی به قبول در اصل تحقق وقف ندارد.

برخی از محشین ایشان که در آنجا فرمایش ایشان را پذیرفته اند در اینجا می گویند وقف عقد است و اینجا التزام فی ضمن العقد است، لذا نگوئید که عقد لازم است و اگر جائز هم بود اشکال نداشت. اصلاً بحث ما الان نیست. شما می گوئید قبول داخل در وقف نیست، اصلاً عقد نیست تا جائز باشد یا لازم باشد.

این اشکالی است که به کلامشان وارد است.

پس اگر ما به الناس مسلطون و به الوقوف تمسک کنیم بحث عقد یا ایقاع در آن نمی آید، می خواهیم به الناس مسلطون تمسک کنیم تا این قیدی که واقف آورده است مشمول اطلاق سلطه قرار گیرد و بگوئیم حق دارد این کار را انجام دهد. الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها نیز شامل این شکل از وقف می شود. این ربطی به صدق شرط ندارد. اما المؤمنون عند شروطهم دائر مدار صدق شرط است. و اگر گفتیم شرط عبارت است از التزام فی ضمن العقد یعنی عبارت است از قراری فی ضمن العقد بخصوصه، آنوقت دیگر به درد کسانی که قبول را لازم نمی دانند نمی خورد. ما نیز نمی توانیم تمسک کنیم، چون برای ما روشن نیست که قبول واقعا شرط است یا نیست، لذا ما لزوم قبول را از باب اشتغال درست کردیم نه از باب اینکه می دانیم وقف عقد است و قبول واقعا در آن لازم است.

بنابراین ما به المؤمنون عند شروطهم نمی توانیم تمسک کنیم کما اینکه تا به حال به اوفوا بالعقود هم تمسک نمی کردیم. کما اینکه برخی از محققین مانند مرحوم آخوند نیز همینطور عمل کرده اند. برخلاف مرحوم سید مرحوم آخوند می فرماید: برای ما روشن نیست که وقف، عقد است. مگر اینکه اوفوا بالعقود ایقاعات را نیز شامل شود ولی می فرمایند از طریقه فقهاء محرز نیست که اوفوا بالعقود ایقاعات را نیز بگیرد. این فرمایش مرحوم آخوند در رساله وقف. که ما هم نتیجه حرفمان تقریبا مانند همین است.

نتیجه اینکه به نظر می آید با روایت الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها می توانیم حکم متن را درباره تولیت و نظارت درست کنیم، البته بعید هم نیست با الناس مسلطون نیز بتوانیم مسئله ۷۸ را درست کنیم. در مسئله ۷۹ یک بحث دیگری مطرح می شود.

## عدم جواز تولیت للنفس و للغير بعد از تمامیت وقف

مسئله ۷۹: «إنما يكون للواقف جعل التولية لنفسه أو لغيره حين إيقاع الوقف و في ضمن عقده، و اما بعد تماميته فهو اجنبی عن الوقف فليس له جعل التولية و لا عزل من جعله متوليا الا إذا اشترط فی ضمن عقده لنفسه ذلك، بأن جعل التولية لشخص و شرط أنه متى أراد أن يعزله عزله»<sup>۱</sup>.

مسئله ۷۹ این است که: واقف که می تواند برای خودش جعل تولیت کند یا برای دیگری حال بالاستقلال یا بالاشتراك، تمام این شقوق در فرضی است که در حین انشاء وقف این امور را ذکر کند. اما اگر وقف را بدون اخذ این امور تمام کرد، بعد از آن نمی تواند خودش را متولی قرار بدهد یا شخص دیگری را متولی قرار بدهد، یا متولی را عزل کند. حق هیچکدام از اینها را ندارد.

## قطع ارتباط واقف با ملکش به وسیله وقف

چون با تحقق وقف، ارتباط مالک با ملکش قطع می شود. وقف یا عبارت است از تحریر ملک که باعث می شود عین از ملک واقف بیرون رود، یا عبارت از تملیک است که عین به ملک موقوف علیهم در می آید. حتی اگر بگوئیم ایقاف است و به آن معنای صحیحش تفسیر کنیم که یعنی یک جعل مستقل است، وقف مثل تملیک و تزویج و مانند آن است باز علی الظاهر بعد از ایقاف یعنی انشاء وقف با شرائطش، واقف دیگر نمی تواند هیچ تصرف دیگری در مال داشته باشد نه تصرف تکوینی و نه تصرف وضعی، بقائش بر ملکیت واقف لغو است. این استدلالی است که ایقافیهها می کنند. می گویند اگر ایقاف هم باشد در جائی که وقف مؤبد است ارتباطش با من مالک قطع می شود چون بقائش بر ملکیت لغو است و هیچ اثری ندارد، چون من مالک حق هیچ تصرفی در مال موقوفه ندارد لذا بقاء ملکیت لغو است.

مرحوم سید که ایقافی است و مرحوم امام هم علی الظاهر این مبنا را از ایشان اخذ کرده اند در آنجایی که بحث تملیک به موقوف علیهم و خروج از ملک مالک مطرح است این مطلب را بیان می کنند. در ابتدای

<sup>۱</sup> تحریر الوسیله ج ۲ ص ۸۲



بحث هم می فرماید که اگر ایقافی هم باشیم خروج از ملک را قبول می کنیم ولو دخول در ملک موقوف علیهم را قبول نکنیم. چون بقاء عین موقوفه بر ملک مالک لغو است چون نمی تواند هیچ تصرفی در آن داشته باشد. ولی آخر بحث می گوید در تمام این چیزی که علماء استدلال کرده اند ما اشکال داریم حتی فیما قلناه که خروج از ملک می شود. و می فرمایند چه اشکالی دارد ملکی داشته باشیم که هیچ تصرفی در آن نمی توانیم انجام دهیم. ما در ضمن آن بحث بیان کردیم که این فرمایش بسیار عجیب است که ما اعتبار ملکیت کنیم ولی هیچ اثر تکلیفی و وضعی نداشته باشد، واضح است که چنین اعتباری لغو است.

### خروج مال از ملک واقف طبق همه مبانی

بنابراین اگر ما در باب وقف قائل باشیم که تملیک است یا قائل باشیم تحریر است یا قائل باشیم ایقاف است، در هر سه صورت به نظر می آید عین موقوفه با وقف، از ملک واقف خارج می شود. اگر ما در خود وقف شرط در تعیین متولی و ناظر نکرده باشیم که با الناس مسلطون و با الوقوف بتوانیم آن را تصحیح کنیم بعد از تمامیت وقف دیگر این عین موقوفه ارتباطی با واقف ندارد، نه الناس مسلطون جاری است چون دیگر ملک من نیست، بر اساس الوقوف هم علی حسب ما یقفها اهلها هم چون شرطی نداشته همینطور به صورت بدون شرط تمام می شود و دیگر ارتباطی با واقف ندارد. به تعبیر دیگر بعد از اینکه وقف تمام شد واقف اهل آن نیست تا بتواند تغییر حاصل کند.

بنابراین فرمایش امام مثل فقهای دیگری که فرموده اند که بعد از تمامیت وقف دیگر حق ندارد برای خودش تولیت یا برای دیگری قرار بدهد یا متولی را عزل کند فرمایش متینی است.

در ادامه فرموده اند مگر اینکه در ضمن عقد وقفش بگوید که من هر وقت خواستم بتوانم متولی را عزل کنم که در این صورت حق تعیین و تعویض متولی را دارد. بنابراین اصل بحث مسئله ۷۹ حل است و تمام است. الا این تعبیر ایشان که می گوید **إِذَا اشترط فی ضمن عقده**، زیرا ایشان وقف را عقد نمی داند لذا عبارت قدری عجیب است.

**سؤال:** منظورشان از عقد، صیغه است.

**جواب:** صیغه عقد هم که باشد باید ایجاب و قبول داشته باشد که ندارد.

**سؤال:** لازم نیست قبول داشته باشد با ایجاب صیغه صدق می کند.

**جواب:** ما به صرف ایقاع می گوئیم عقد؟! ایشان تعبیر عقد دارند.

**سؤال:** نظرشان صیغه است.

**جواب:** صیغه ای که یک طرف دارد مثل طلاق، آیا به صیغه طلاق می گوئیم عقد؟ نمی گوئیم.

### اطلاق عقد بر ایقاع در کلمات برخی اوائل و بررسی آن

زمانی یکی از دوستان می فرمود در کلمات فقهاء اوائل حتی مرحوم شیخ طوسی موارد زیادی وجود دارد که به ایقاع هم عقد می گفتند. یعنی عقد در کلمات قدیمی ها قسیم نبوده است. من گفتم تبعی ندارم. اتفاقاً داشتم عبارات کتاب مبسوط را نگاه می کردم تصریح فرموده بود که هذا عقد لا ایقاع، یعنی به روشنی تقابل درست کرده بوند. لذا اینکه در کلمات اوائل عقد بر ایقاع هم اطلاق می شده برای ما روشن نیست. البته شاید مواردی را در برخی کلمات فقهاء پیدا کرده باشند اما در مبسوط تصریح به تقابل عقد با ایقاع کرده است. بنابراین به نظر می رسد این تعبیرها از مرحوم امام در اینجا تسامحی است، یا از باب تسالم است نسبت به آنهايي که می گویند عقد است.

حال اگر ایشان شرائط فی ضمن الایقاع را هم قبول داشته باشد راه دیگری می شود که باید بررسی کرد. در هر صورت تعبیر ضمن عقده از ایشان که قبول را شرط نمی داند درست نیست. اما اینکه اگر وقف ایقاع باشد شرطی که در ضمن ایقاع شده قبول است یا نه، تابع بحث ایشان است.

## عبارتهای مرحوم امام ره در بحث شرط

چند عبارتی که از ایشان پیدا کردیم بیان می کنیم. به نظر می آید ایشان شرط را در ضمن عقد می داند والا اگر ایقاع باشد شرط نمی دانند هر چند باید تتبع بیشتری کرد.

در مکاسب در بحث شرط که در آن راجع به حقیقت شرط و خصوصیات شرط صحیح بحث می کنند. شرط ثامن که مرحوم امام مطرح می کنند این است که **أَنْ يَلْتَزِمَا بِهِ فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ**. شرط باید این خصوصیت را داشته باشد که در ضمن عقد به آن ملتزم شوند. اینجا دیگر بحث تسامح یا تسالم نیست، چون بحث شروط صحت شرط است، که شرطی که در باب شروط معاملی به آن عمل می شود و اخذ می شود و موضوع احکام است کدام شرط است؟ هشتمین نکته و شرط در باب شروط این است که **«أَنْ يَلْتَزِمَا بِهِ فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ وَ فِي كَوْنِ هَذَا الشَّرْطِ مِنْ شُرُوطِ الصَّحَةِ اشْكَالٌ»**. امام ره دقتی در بحث دارند و می فرمایند: اینکه این شرط هشتم از شروط صحت شرط باشد اشکال است. نه از باب اینکه بدون این صحیح است، بلکه از باب اینکه می گوید اصلاً عنوان شرط صدق نمی کند و شروط صحت در جائی است که عنوان منحفظ باشد. مثلاً می گوئیم عالم عادل، خب عالم باید باشد بعد شرط عادل را داشته باشد. اگر طرف اصلاً عالم نیست مصداق عالم عادل بودن دیگر معنا ندارد. می فرمایند اگر شرط در ضمن عقد نباشد اصلاً شرط نیست. پس تعبیر شروط صحت درست نیست. شروط صحت بعد از فراغ از صدق عنوان است. و فی کونها من شروط الصحة اشکال لأنه مبني على امرين: أحدهما صدق الشرط عرفاً و لغتاً على الشروط الابتدائية، اگر ما بگوئیم شرط بر شروط ابتدائی صدق می کند آنوقت می توانیم بحث کنیم که این شروط ابتدائی که شرط هستند چه شرائط صحتی دارند. **إِذْ مَعَ عَدَمِهِ**، یعنی اگر ما شرط ابتدائی را شرط ندانیم، **كما هو الاظهر لغتاً و عرفاً على ما تقدم تفسيره في بيع المعاطات** که ما گفتیم لغتاً و عرفاً شرط نیست. موضوع شرط فی ضمن العقد است، و اگر در ضمن عقد نباشد اصلاً شرط نیست. آنوقت اگر اینطور باشد **يَكُونُ**

ذلک دخیلا فی صدق عنوانه، اخذ در ضمن عقد در عنوان شرط دخیل می شود. و قد مرَّ أنَّ التعرض لشروط صحة الشيء لابد و أن يكون بعد الفراغ عن شروط التحقق و صدق العنوان.

این یک امر، ثانیهما قیام دلیل علی تقييد عموم دلیل الشرط بگونه فی ضمن العقد. این نیز باید باشد که ایشان بعد می گوید و هو مفقود، بعد ایشان بحث کرده و می گوید اجماع احتمالا مدرکی است. البته لفظ مدرک نمی آورد، مستندش شاید همین باشد که فقهاء عنوان شرط را قبول نداشتند در غیر عقد. چون التزام فی ظرف الالتزام را عقد می دانستند لذا در شروط ابتدائی قبول ندارند، نه اینکه یک اجماع تبعی باشد. متتهی ما که اینها را قبول نداریم و در باب اجماعات، مدرکیت را قاذح نمی دانیم.

در ادامه ایشان مطلبی می فرماید که ربطی به بحث فعلی ما ندارد، می گویند حتی اگر نسبت به قیودی که بایع و مشتری و دیگران در ضمن بیع می آورند، عنوان شرط نیز شرعا یا عرفا صدق نکند، ممکن است ما بگوئیم عقلاء در لزوم وفاء، سعه ای قائلند و هر آنچه را در ظرف عقد اخذ شود لازم الوفاء می دانند. یعنی القاء خصوصیت در موارد لزوم می کنند.

دو صفحه بعد در جلد ۵ صفحه ۲۰۵ فرموده اند: فتحصل من ذلك أن الشرط عبارة عن قرار مستقل فی قرارته مقابل قرار البيع. ایشان بحث مبسوطی کرده اند که دیگران نیز بحث کرده اند که آیا شرط فی ضمن العقد موجب تقييد خود بیع می شود یا نه؟ چون خیلی این در ذهنها به عنوان یک اشکال مطرح است که شروط فی ضمن العقد نهایتا خود بیع را مقید می کند از باب اینکه اگر من با شما بیع می کنم و مثلا کتابی را مقابل ثمنی به شما می فروشم و در ضمنش شرط می کنم که یک عبابی هم برای من بدوزید، دوختن عبا خودش امر مهمی است، بنابراین به نحوی دخیل در اغراض من از آن معامله اولی است. متتهی بحث مهمی است که کجای بیع دخیل می شود؟ امام ره بالمره می گوید چه در عوضین و چه در خود بیع در انشائش در منشأش هیچ جا دخیل نیست بلکه التزام فی ضمن الالتزام است.

بعد می فرمایند: فتحصل من ذلک که شرط خودش یک قرار مستقلى در قراریت است. شرط یک قرار است و بیع هم یک قرار دیگری است. منتهی قرراً فی ضمن القرار است. «فتحصل من ذلک أن الشرط عبارة عن قرار مستقل فی قراریته مقابل قرار البیع، لكن يعتبر فی تحقق عنوانه و تحققه أن يقع فی ضمن العقد».

لذا ایشان در عبارتهای متعدد می فرمایند شرط، التزام و قراری در ضمن عقد است. و اگر ایشان ایقاع را هم قبول داشت می گفت اعم از عقد و ایقاع، چرا خصوص عقد را می گویند. لکن ما تدرّب پیدا کردیم که گاهی بزرگان در ضمن مباحث اصلی کلام دیگری بیان می کنند لذا تتبع می خواهد که آیا امام ره شرط فی ضمن الایقاع را هم شرط می داند؟ یعنی اینکه فرموده اند عرف در عنوان شرط دخیل می داند که در ضمن عقد باشد آیا در ضمن ایقاع هم کافی است برای آن عنوان عرفی یا نه؟ نیاز به تفحص بیشتر دارد.

«الحمد لله رب العالمین. و آخر دعوانا الحمد لله رب العالمین».