

باسمه تعالی

- مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض..... ۱
- خلاصه مباحث گذشته..... ۱
- دلیل چهارم بر خروج مال موقوفه از ملک واقف: تطبیق عنوان صدقه بر وقف ۲
- اشکالات دلیل چهارم..... ۳
- اشکال اول: استناد به ظهور لفظ صدقه درست نیست ۳
- توجیه استدلال به ظهور لفظ صدقه ۴
- رد توجیه استدلال..... ۴
- اشکال دوم: بررسی تطبیق صدقه بر وقف ۵
- تحقیق در تطبیق صدقه بر وقف..... ۵
- اشکال سوم: بعضی وقوف صدقه اند نه همه آنها..... ۷
- جواب مرحوم شیخ از اشکال سوم: وجود اجماع بر عدم فرق وقوف در آثار..... ۷
- اشکال چهارم: مسلم نیست که وجه تبادر خروج در صدقه در موارد وقف هم باشد..... ۸
- جواز مرحوم شیخ از اشکال چهارم ۸
- استدلال پنجم بر خروج مال از ملک واقف: تمسک به لوازم..... ۱۰
- تمسک به دو اثر عدم جواز وطئ واقف و ضمان نسبت به موقوف علیهم دون الواقف..... ۱۰
- نیاز استدلال پنجم به اثبات دو مقدمه: قبول لازم، و قبول ملازمه..... ۱۲
- قبول مقدمه اول از منظر مرحوم شیخ..... ۱۳

مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

خلاصه مباحث گذشته

بحث در ادله خروج مال موقوفه از ملک واقف بود. دلیل سوم را جلسه گذشته بحث کردیم که تمسک به اوفوا بالعقود بود، گرچه مرحوم شیخ به تعبیر «قد یستدل» بیان کردند، ولی به نظر می آید خود مرحوم شیخ هم با آن موافقت و در والتحقیق هم به شکلی همین استدلال را تصحیح کردند.

علاوه بر اشکالاتی که جلسه گذشته عرض کردیم که به نظر می آید نوعی تهافت در کلام مرحوم شیخ وجود دارد. بنابر مختار ما در عدم احراز عقد بودن وقف، اشکالی مبنائی نیز به این استدلال وجود دارد. قبلاً عرض کردیم و دیروز هم اشاره شد که ما در وقف نمی توانیم به اوفوا بالعقود تمسک کنیم چون احراز نمی کنیم که وقف، عقد باشد از طرفی اوفوا بالعقود شامل ایقاعات نیز نمی شود.

بنابراین ولو تهافتهای مذکور در کلام مرحوم شیخ نیز نباشد باز اصل این استدلال بنابر مختار قابل خدشه است.

دلیل چهارم بر خروج مال موقوفه از ملک واقف: تطبیق عنوان صدقه بر وقف

دلیل چهارمی که برای خروج مال موقوفه از ملک مالک اقامه شده است، دلیلی است که در کلمات مرحوم شیخ انصاری آمده است. هر چند به لحاظ تاریخی برای ما روشن نیست که قبل از ایشان نیز به این دلیل به تقریبی که ایشان بیان کرده اند تمسک شده است یا خیر؟

ایشان می فرماید: «یمكن الاستدلال علیه قبل ذلک (اجتماعات و شهرتهایی که مورد استناد بود) بظاهر ادلة لزوم الصدقة». ایشان از ادله لزوم صدقه استفاده می کنند. مانند روایاتی که دال بر لزوم صدقه است با این تعبیر که الراجع فیها (یعنی در صدقه) کالراجع فی قیئه، یعنی کسی که به صدقه اش رجوع می کند مانند کسی است که به آنچه بالا آورده مراجعه کند. این کنایه از این است که این کار، قبیح و زشت است و نمی شود در صدقه مراجعه کرد. یا روایاتی که صدقه را به منزله عتق می داند. در عتق می دانیم که نمی توان رجوع کرد و بنده با عتق از مال معتق خارج می شود. لذا خروج از ملک در صدقه روشن است. پس از این ادعا می شود که به حسب روایات، وقف نیز مصداق صدقه است. مانند روایتی که از حضرت امیر صلوات الله علیه در ماجرای عین ینیع آمده است که امام علیه السلام فرموده اند بشر الوارث هی صدقة بتا بتلا، یعنی

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۶

^۲ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص: ۲۴۴

یک صدقه مقطوعه است فی حجیج بیت الله الحرام. در این روایات امام علیه السلام عنوان صدقه را بر وقف اطلاق فرموده اند. در بسیاری از روایات دیگر نیز این اطلاق آمده است که ما آن را قبلا در بحثی مستوفی مطرح کردیم و دوباره هم به آن می پردازیم.

پس کیفیت استدلال این است که اگر ثابت شد که وقف صدقه است، ظهور عرفی و شرعی لفظ صدقه در این است که از ملک متصدق خارج می شود و در ملک متصدق علیه داخل می گردد.

اشکالات دلیل چهارم

خود مرحوم شیخ رحمه الله علیه اشکالی را نقل کرده جواب می دهند. اشکال دیگری را نیز مطرح کرده که گوئی می خواهند بر آن مستقر شوند ولی در نهایت به آن نیز پاسخ می دهند. و به نظر می آید با مجموع نقض و ابرامهایی که مطرح می فرمایند بر این استدلال مستقر می شوند و در آخر می فرمایند «هذا ما ظهر لنا من الاستدلال».

۲

عرض شد به لحاظ تاریخی نمی دانیم قبل از ایشان نیز به این وجه تمسک شده است یا نه؟ ولی ایشان به عموماً صدقه استدلال کرده اند.

قبل از بیان ایرادات مرحوم شیخ و پاسخهای ایشان می خواهیم اشکالی را که بر اساس مبنای مختار در این بحث داریم عرض کنیم.

اشکال اول: استناد به ظهور لفظ صدقه درست نیست

به نظر می رسد استناد به ظهور لفظ صدقه در اینکه عرفاً و شرعاً مفید زوال ملک است مشتمل بر همان خطایی است که قبلاً اشاره کردیم. در اینجا بحث از سنخ مباحث لفظی و شناخت معنای لفظ صدقه

^۱ الكافي (ط - دار الحديث)؛ ج ۱۳، ص: ۴۶۱ ح

^۲ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

نیست؛ بحث در ماهیت صدقه است که آیا ماهیتی است که از احکام آن زوال ملک متصدق و دخول در ملک متصدق علیه هست یا نه. با دلالت‌های لفظی لفظ صدقه که نمی‌توان احکام آن را بار کرد. باید اول روشن شود که صدقه چه ماهیتی دارد.

صدقه اسبابی شرعی دارد که اگر با شرائطی واقع شود احکامی بر آن مترتب می‌گردد. و اینها را باید از بیرون از دائرة لفظ مثل روایات بدست آورد. با تحلیل لفظ صدقه نمی‌توان احکامش را بار کرد و اشتباه این روش روشن است.

توجیه استدلال به ظهور لفظ صدقه

مگر اینکه گفته شود مقصود از این استدلال و اینکه فرموده اند لظهور لفظ الصدقة، یعنی لفظ صدقه ظهور در ماهیتی دارد که حکمش عبارت است از خروج از ملک و دخول در ملک متصدق علیه. در این صورت استدلال قدری موجه می‌شود که بگوئیم لفظ صدقه عرفا و یا شرعا دلالت می‌کند بر ماهیتی، که این حکم زوال ملک مترتب بر این ماهیت را نه از لفظ صدقه، بلکه از بیرون لفظ و با روایات و غیره می‌فهمیم. روایات می‌گویند هر وقت صدقه به عنوان یک امر عقلائی یا امر شرعی وقوع پیدا کرد و این ماهیت واقع شد چنین آثاری دارد. خلاصه اینکه آثار و احکام را از لفظ صدقه در نمی‌آوریم.

این بیانی است که تا حدی مشکل را برطرف می‌کند.

رد توجیه استدلال

منتهی این توجیه با حرفهای مرحوم شیخ سازگار نیست. ایشان در ذیل إن قلت و قلت های بحث به تبادر تمسک می‌کنند و می‌فرمایند: «و هو أن تبادر خروج العين عن ملك المالك من لفظ الصدقة». این

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

خیلی عجیب است که کسی مانند مرحوم شیخ به این صورت استدلال کند و خروج ملک در باب صدقه را که از احکام صدقه است از مدلول لفظ صدقه بدست آورد و به تبادر تمسک کند.

این مانند این است که بگوئیم از لفظ صلاة تبادر می کند که احکام صلاة چیست. به نظر من این نحوه استدلال کلاً نادرست است.

اشکال دوم: بررسی تطبیق صدقه بر وقف

بحث دیگر با مرحوم شیخ در اصل صدق صدقه بر وقف داریم. اگر یاد دوستان باشد در سال گذشته یکی دو جلسه را در اواسط بحثها به تحلیل مسأله صدقه و رابطه اش با وقف اختصاص دادیم. واقعا بحث دشواری است. چون ما می دانیم در روایات بر وقف صدقه اطلاق شده است. از آن طرف صدقه های بالمعنی الخاص هم داریم که در آن از ملک خارج می شود و به محض قبض صدقه از ناحیه متصدق علیه به ملک او در می آید لذا می تواند {جمع تصرفات اعتباری و تکوینی را نسبت به آن انجام دهد مانند اینکه اگر منزلی است در آن ساکن شود یا} بفروشد یا هبه کند و غیره.

به خلاف وقف که بر آن هم صدقه {اطلاق می شود ولی جمع این آثار را نداد}. در روایات زیادی {برای وقف} عنوان صدقه آمده است. اگر یاد دوستان باشد در برخی از کتب فقهاء حتی لفظ وقف نیامده و در بسیاری از موارد لفظ صدقه بر وقف اطلاق شده است. یعنی وقف را تحت عنوان صدقه آورده اند. مرحوم شیخ طوسی در نهاییه و جای دیگر فرمود وقف و صدقه یکی هستند.

حالا یک بحث، بحث فهم کلمات فقهاء است، یک بحث روایات است. الی ماشاءالله در روایات، عنوان صدقه بر وقف اطلاق شده است.

تحقیق در تطبیق صدقه بر وقف

منتهی تحقیق نهایی ما در آن بحث این شد که به نظر می رسد یک صدقه جامع داریم که له آثار، که آثار جامعی است که برخی را بیان می کنیم. و یک صدقه های خاص داریم. گوئی این صدقه جامع حصصی

دارد. یک حصه اش که توأم است با عدم ارث و عدم امکان بیع و شراء و غیرهم من الاحکام، وقف اصطلاحی می شود. حصه دیگرش عبارت است از صدقه بالمعنی الخاص که متصدق علیه با قبض، مالک می شود. پس ما یک صدقه عام و جامع داریم، که وقتی توأم با برخی خصوصیات می گردد، می شود وقف. و توأم با برخی خصوصیات دیگر می شود صدقه بالمعنی الخاص. آن صدقه جامع هم آثاری دارد فرض کنید یکی از آن آثار عدم جواز رجوع است. عدم جواز رجوع برای آن جامع صدقه است. و آنجا عرض کردیم که ما وقتی به روایات مراجعه می کنیم بعید نیست که برخی از احکام و خواص را برای جامع صدقه ببینیم.

اینکه فقهاء گفته اند وقف و صدقه فرق نمی کند، وقف با صدقه ای که مجامع با آن است یعنی با آن حصه از صدقه که با وقف توأم است تفاوتی ندارد، یا در آن آثار مشترکه فرق نمی کند. و الا مگر می شود این حرف را بنسیم. در صدقه بالمعنی الخاص متصدق علیه مالک می شود. در صورتی که در وقف حتی اگر بگوئیم موقوف علیه مالک می شود زمین تا آسمان با ملکیت متصدق علیه تفاوت دارد. در وقف بر موقوف علیه خاص حتی اگر قائل به ملکیت باشیم چون متعلق حق بطون دیگر است جز در موارد خاص، حق خرید و فروش ندارد و به هیچ وجه ارث برده نمی شود. به خلاف صدقه بالمعنی الخاص که متصدق علیه مالک می شود و می تواند هبه کند و بعد از مرگش هم ملک ورثه اش می شود.

مقصود این است آنهایی که می گویند وقف و صدقه فرقی نمی کنند، حتما نمی توانند بگویند وقف با صدقه بالمعنی الخاص فرق نمی کند. خودشان آخر کتاب الوقف بحث صدقه بالمعنی الخاص را مطرح می کنند و فرقه های این دو روشن است.

پس بعید نیست جمع بندی در باب عنوان صدقه این باشد که وقتی به روایات متعدد مراجعه می کنیم، می بینیم اطلاق صدقه هم بر وقف شده و هم بر صدقه بالمعنی الخاص. پس بعید نیست یک معنای جامع صدقه داشته باشیم که همراه با یکسری خصوصیتها فصل می شود به وقف و با فصل دیگر می شود صدقه بالمعنی الخاص و غیره.

اگر اینطور شد، دیگر استدلال مرحوم شیخ درست نیست. چون تطبیق عنوان صدقه بر وقف، معنایش این نیست که صدقه بالمعنی الخاص است، و معنایش این نیست که خروج از ملک می شود. اینها احکام صدقه بالمعنی الخاص است. آن صدقه جامعی معلوم نیست از آثارش خروج از ملک باشد و چنین چیزی از روایات به دست نیامد. شما دلیلی بیاورید که ثابت کند از احکام صدقه جامعی که مجامع وقف می شود خروج از ملک است. اگر چنین دلیلی باشد استدلال شما درست است، ولی اگر چنین چیزی بود ما مستقیماً به همان استدلال می کردیم، لزومی نداشت که بحث را اینجور بیچانیم.

ولذا به نظر من این راه برای مرحوم شیخ سدّ است. به دلیل اینکه ما عنوان صدقه را که بر وقف تطبیق می کنیم معلوم نیست آن آثاری که ایشان بار کرده یعنی خروج از ملک و دخول در ملک متصدق علیه را داشته باشد. این روشن نیست. بنابراین استدلال صحیح نیست.

اشکال سوم: بعضی وقوف صدقه اند نه همه آنها

اما خود مرحوم شیخ رحمه الله چه فرموده اند؟

اولین اشکالی که خود ایشان بیان کرده اند این است که می گویند ما از این اطلاعات نمی فهمیم که همه وقفها صدقه هستند. غایتش این است که بعضی از وقفها که به دست ائمه علیهم السلام جاری شده است صدقه هستند. این ثابت نمی کند که وقف کلاً این خاصیت را دارد که خروج از ملک در آن هست، چون ثابت نشده است که همه آنها صدقه هستند.

جواب مرحوم شیخ از اشکال سوم: وجود اجماع بر عدم فرق وقوف در آثار

خود ایشان از این اشکال جواب می دهند، می فرمایند: این مسلم است که انحاء وقف در این خاصیت با یکدیگر تفاوتی ندارند. اگر بنا شد در وقف ائمه علیهم السلام ولو به این جهت که عنوان صدقه بر آن تطبیق شده خروج از ملک مسلم باشد، بقیه وقفها نیز همینطور است. چون لعل مجمع علیه باشد که وقفها

در حکم یکسانند. اینطور نیست که بعضی وقفها این حکم را داشته باشند و برخی از وقفها حکم دیگری داشته باشند. این مسلم است. و با وجود این جواب اشکال دفع می شود.

اشکال چهارم: مسلم نیست که وجه تبادر خروج در صدقه در موارد وقف هم باشد

ایشان اشکال دیگری نیز مطرح می کنند، می فرمایند: ممکن است مناقشه در این استدلال از این باب که در صدقه متبادر از لفظ آن همین است که خروج از ملک رخ می دهد. چون در صدقه، مال به ملک متصدق علیه در می آید و واضح است که وقتی در ملک دیگری وارد می شود از ملک متصدق خارج شده است، از این باب است که لفظ صدقه ظهور و تبادر پیدا می کند در خروج مال از ملک متصدق. اما در وقف ما همچنین چیزی نداریم. ما وقفهایی داریم که مسلماً در ملک کسی وارد نمی شود. اقلش این است که در مثل مسجد شما نمی گوئید در ملک کسی وارد می شود. چه بسا در وقف عام هم عده ای عدم ورود را بگویند، یا چه بسا در وقف خاص هم این را بگویند. بنابراین با توجه به اینکه ما در باب وقف به طور کلی این را نداریم که مال موقوفه داخل در ملک دیگری شود، پس آن ظهور و تبادر در خروج از ملک و دخول در ملک دیگری که در صدقه بود در باب وقف وجود ندارد.

لذا ایشان می گوید به نظر می آید این اشکال واقعا به این استدلال وارد است.

جواز مرحوم شیخ از اشکال چهارم

منتهی دوباره ایشان برمی گردد و دعا می کند می گوید اللهم الا أن یدعی، می گوید مگر اینکه ما ادعا کنیم که حتی در صدقه ظهور لفظ صدقه و تبادرش در اینکه خروج مال متصدق بها از ملک متصدق می شود، نه بنخاطر ورود در ملک دیگری است، بلکه به این خاطر است که اصلاً خودش ظهور دارد. صدقه اصلاً اینطوری است. صدقه یک ظهور عرفی و شرعی دارد که وقتی واقع می شود خروج از ملک متصدق پیدا می کند. بنابراین تحقق این ظهور اناطه ای ندارد به دخول مال متصدق به در ملک متصدق علیه، همچنین ظهوری از این جهت ندارد. خودش ظهور دارد، خودش یک تبادری دارد. لذا می توان ادعا نمود که این

ظهور در وقف هم هست. اوقاف مصداق صدقه هستند، و همان ظهوری که در صدقه هست در وقف هم پدید می آید، ولو اینکه در این مورد مسلم نباشد که مال وارد در ملک موقوف علیهم می شود.

این فرمایش ایشان. ولذا آخرش می فرماید هذا ما ظهر لنا من الاستدلال، که ایشان استدلال را تحلیل کرد و مقومات استدلال را هم فرمود و دو تا اشکال را هم رفع کرد.

منتهی به نظر ما عرض کردیم اولاً اشکال به ایشان وارد است که معنای اینکه صدقه را بر وقف اطلاق کرده اند، صدقه به معنی الخاص نیست، تا شما خواص صدقه بالمعنی الخاص را سرایت بدهید به وقف. این استفاده نمی شود. که به تفصیل گذشت و در صدر بحث هم اشاره کردیم.

واشکال دوم هم این است که ایشان دارد از لفظ صدقه اینها را در می آورد. بالا می فرماید: «فإنه إذا ثبت أن الوقف صدقة، ثبت أنه يفيد زوال الملك عن ملك الواقف لظهور لفظ الصدقة عرفاً و شرعاً في ذلك». که به نظرم عجیب است که لفظ ظهور داشته باشد بر احکامی که مترتب بر آن است مانند زوال ملک و غیره. پائین هم فرموده اند که: «نعم يمكن المناقشة في هذا الاستدلال بوجه آخر و هو أن تبادل خروج العين عن ملك المالك من لفظ الصدقة إنما هو باعتبار ظهور الصدقة في دخول العين في ملك الآخر، و المقصود في المقام اثبات الملازمة بين ماهية الوقف و زوال الملك عن ملك الواقف، حتى فيما لا دخول هنا كما في وقف المسجد على القول بأنه فك الملك، و هذا المقصود لا يحصل من اطلاق الصدقة على اوقاف...» و بعد هم جواب داده اند. در هر دو صورت ایشان از تبادل این لفظ در خروج از ملک مالک استفاده کرده است. که به نظر ما این استدلال هم اشتباه است.

پس بنابر این استدلال چهارم از طریق صدق عنوان صدقه درست نیست.

^۱ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

^۲ کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۷

استدلال پنجم بر خروج مال از ملک واقف: تمسک به لوازم

استدلال پنجمی هم در کلمات اصحاب مکرر به نحو بسیار موجز و اشاره وار آمده است که مرحوم شیخ آن را مقداری باز کرده است، به این تعبیر که «و اما الاصحاب فقد استدلوا فی المقام باللوازم».

در کلمات متعددی از فقهاء این مسأله آمده است که به لوازم استدلال کرده اند. مقصودشان این است که می خواهند حکم را از لوازم بفهمند. صورت استدلال این است که می گویند ما در باب وقف احکامی داریم که این احکام با بقاء مال موقوفه بر ملک واقف نمی سازد. خیلی ها به این استدلال کرده اند منتهی نه به وضوحی که مرحوم شیخ بیان کرده است. مرحوم شیخ از اصحاب نقل می کند، بعد خودش تحلیل می کند و مقدماتش را در می آورد و به هر مقدمه ای نیز اشکال می کند. ولی در کلمات دیگران خیلی موجز آورده شده. حالا ما همین فرمایش مرحوم شیخ را با تفصیلش عرض می کنیم.

تمسک به دو اثر عدم جواز وطئ واقف و ضمان نسبت به موقوف علیهم دون الواقف

صورت کلی استدلال این است که می گویند: ما یک سری احکام در باب وقف داریم، اینها با بقاء مال در ملک واقف سازگار نیست. مانند عدم جواز وطئ امة. اگر آقای واقف امة ای را وقف کند بر افرادی یا مکانی یا جهتی، دیگر حق وطئ آن را ندارد، کما اینکه ارث نیز برده نمی شود. دوستان دقت کنند، فرض مسئله این است که دیگر حق وطئ ندارد، لایجوز له. بعد می گویند این عدم جواز لازمه عدم ملکیت است. یعنی اگر در جایی جواز منتفی شد مسلماً ملک نیست، چرا؟ با تمسک به عکس نقیضش، که اگر ملک باشد حتماً جائز است. گوئی از عمومات و روایات می فهمیم که هر کجا ملک یمین شد حتماً جواز وطئ وجود دارد. پس اگر در جایی ما فهمیدیم که جواز وطئ نیست، پس ثابت شده که ملک نیست. این یک لازمه. یعنی از باب یک لازمه ما این را فهمیدیم.

لازمه دیگری که به صورت متعدد در کلمات فقهاء آمده است عبارت است از ضمان. می گویند ضمان شیء تالف تابع ملک است. یعنی اگر بنا شد کسی که مال موقوفه را غصب کرده است به مالک ضامن باشد

معنایش این است که این مال مغضوبه ملک همان فرد است. چون ضمان یک شخص نسبت به دیگری حتماً به همان کسی است که مال در ملک اوست. اگر مال از ملک او خارج شده باشد معنا ندارد که نسبت به او ضمان محقق شود.

حالا در باب وقف گوئی مسلم است که ضمان برای موقوف علیهم است. یعنی اگر یک غاصبی آمد مال موقوفه را غصب کرد، ضامن چه کسی است، ضامن موقوف علیهم است یا ضامن واقف؟ می گویند مسلم است که ضامن موقوف علیهم است و باید مثل و قیمت را به آنها بپردازد. این لازمه، لازمه ملک است. ملک هر کسی هست به او ضامن می شویم. اگر ملک واقف بود، ما باید ضامن او می شدیم، در حالی که ضامن او نیستیم بلکه ضامن موقوف علیهم هستیم.

این هم لازمه دومی که لازمه عدم الملک است.

پس «فقد استدلووا الاصحاب علی المرام (یعنی بر خروج مال از ملک واقف) بالوازم». این لوازم چه هستند؟ حرمت وطی برای واقف لازمه عدم ملک او است. ضمان مال موقوفه متلفه برای موقوف علیهم معنایش این است که از ملک واقف خارج شده است و الا باید ضامن برای او می شدند.

دوستان این مقدمات را خوب دقت کنند، چون هر مقدمه ای یک اشکال و نقضی دارد که باید به آن بپردازیم.

پس این استدلال آقایان است. مثلاً در باب وطی آیه شریفه دارد که "والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم أو ما ملکت ایمانهم فإنهم غیر ملومین".^۱ والذین هم لفروجهم حافظون که مومنین را حافظ فروج می داند یعنی حرام است بر آنها که انتفاع برند مگر از ازواجشان یا ملک ایمانشان. و این عموم دارد، هر کس مالک باشد یجوز له استمتاع به ملک ایمانش. پس از عدم جواز وطی برای واقف که طبق فرض مسلم است، کشف می کنیم که واقف، مالک نیست. و گرنه بر او جائز بود. آیه هم بر همین دلالت می کند.

^۱ مومنون آیه ۵/۶

در مورد ضمان هم همینطور است. چون اقتضاء ملک این است که مثل یا قیمت داخل در ملک کسی شود که در ملک او تلف شده است. اگر بنا باشد مال موقوفه در ملک واقف باقی باشد، پس تلف در ملک او واقع شده است لذا مثل و قیمت هم باید به ملک او درآید. در حالی که ما می دانیم ضمان نسبت به موقوف علیهم پیش می آید، یعنی غاصب ضامن برای موقوف علیهم می شود و باید خسارت را به آنها بپردازد نه به واقف. پس این هم کشف می کند که از ملک واقف خارج شده است.

نیاز استدلال پنجم به اثبات دو مقدمه: قبول لازم، و قبول ملازمه

مرحوم شیخ می فرماید همانطور که پیدا است این استدلال دو مقدمه دارد: یک مقدمه اش این است که خصم مثل ابی الصلاح تسلیم کند بطلان تالی را، یعنی بگوید تالی واقع نیست. یعنی بپذیرد در وقف امه، واقف حق وطئ امه موقوفه را ندارد. و قبول کند که ضمان نسبت به موقوف علیهم است نه واقف. این می شود بطلان تالی. یعنی قبول کند عدم جواز وطئ را و عدم ضمان نسبت به واقف را. این یک مقدمه. پس خصم باید اینها را بپذیرد. اما اگر آقای ابی الصلاح بگوید اصلاً چه کسی گفته است که واقف نمی تواند وطئ کند امه موقوفه را؟ اگر همچنین حرفی بزند دیگر استدلال تمام نیست. یا اگر بگوید چه کسی گفته است که ضمان برای موقوف علیهم است؟ اگر مال موقوفه را غاصب آمد اتلاف کرد ضمان برای خود واقف است و باید مثل یا قیمت را بپردازد به خود واقف. اگر ایشان اینها را بگوید یعنی تالی را باطل نداند، بنابراین استدلال ناتمام است. چون استدلال دو مقدمه داشت، یک مقدمه اش اگر رد شود دیگر استدلال تمام نیست. مقدمه دوم تسلیم ملازمه است بالاطلاق. یعنی بگوئیم هر کجا ملک باشد لازمه اش حتماً جواز وطئ هست. چون ممکن است شخصی مثل ابی الصلاح که به حسب فرمایش قوم خروج از ملک را قبول ندارد، بگوید من قبول دارم که در وقف آقای واقف حق وطئ امه موقوفه را ندارد، این را قبول دارم، ولی چه کسی گفته است که اگر ملک باشد حتماً جائز است؟ نه، ملک باشد ولی این جواز هم نباشد. یعنی ملازمه را نپذیرد.

پس یک مقدمه این است که بطلان تالی را قبول داشته باشد که عدم جواز وطی امه و ضمان موقوف علیهم است. مقدمه دوم این است که ملازمه را هم قبول داشته باشد. بگوید اگر ملک باشد حتما جواز وطی هست، اگر ملک باشد حتما ضمان برای او است نه برای موقوف علیهم. این را باید قبول داشته باشد. این هم بحث است.

پس ما باید بینیم خصم مقدمات را قبول دارد یا نه.

مرحوم شیخ می فرماید: اما مقدمه اول؛ فله منعها، آقای ابی الصلاح می تواند منع کند مقدمه اول را و بگوید تالی باطل نیست. بگوید که چه کسی گفته است که ضمان برای واقف رخ نمی دهد.

قبول مقدمه اول از منظر مرحوم شیخ

البته مرحوم شیخ می گوید این دو تا لازمه بطلانش مسلم است، واضح است که ضمان برای واقف نیست، واضح است که وطی امه جائز نیست برای واقف. منتهی شیخ می فرماید شاید یک لازمه دیگری داشته باشد که تصحیح کند بقاء ملک را. حالا این فرمایش ایشان را انشاءالله جلسه بحث پی می گیریم.

پس بحث ما هم در مقدمه اولی است و هم در مقدمه ثانیه. انشاءالله تا فردا.

«والسلام علیکم ورحمة الله».