

### باسمه تعالی

- ۱..... مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض
- ۱..... خلاصه مباحث گذشته
- ۲..... بررسی مقدمه اول دلیل پنجم
- ۴..... عدم ملازمه انتفاء بعض آثار با سلب ملکیت
- ۵..... بررسی مقدمه دوم دلیل پنجم
- ۵..... استفاده اطلاق از مای موصول
- ۶..... استفاده عموم از ضمیر جمع (فإنهم)
- ۷..... امکان توجیه عدم ترتب حکم جواز وطی با استثناء از حکم مالک
- ۸..... عدم نقض به عمومیت مستفاده از مای موصول
- ۱۰..... ضمان تابع مالیت است نه ملکیت صرف
- ۱۱..... فرض ضمان برای ملکیت
- ۱۲..... عدم تعمیم ضمان در همه فروض وقف
- ۱۳..... تخصیص حکم ضمان برای مالک در وقف
- ۱۴..... استدلال به روایات جواز بیع موقوف علیهم

## مسئله ۱۶: وقف علی من ینقرض

### خلاصه مباحث گذشته

بحث در ادله خروج مال موقوفه از ملک واقف بود.

بعد از طی برخی از ادله رسیدیم به استدلالی که از کلمات اصحاب اصطیاد می شود و آن استخراج زوال ملک است از طریق عدم ترتب احکام ملک. اصل استدلال به صورت پراکنده در کلمات اصحاب آمده

ولی مرحوم شیخ این استدلال را به صورت روشنتر و واضحتر به حکایت از اصحاب آورده است. در جلسه گذشته اصل استدلال را توضیح دادیم.

مقصودشان این است که از عدم ترتب یا سلب احکام ملک برای واقف کشف کنیم که ملک او نیست. مثلاً از عدم جواز وطئ امه موقوفه برای واقف به این برسیم که امه، ملک واقف نیست یا از عدم ضمان تالف عین موقوفه نسبت به واقف به عدم ملکیت واقف پی بریم چون اگر وطئ امه برای واقف جائز نباشد و همچنین ضمان مثل و قیمت برای واقف ثابت نشود بلکه غاصب ضامن موقوف علیهم باشد، کشف می شود که واقف مالک نیست.

در ذهن دارم که مرحوم شهید اول در دروس از تعبیر کشف معلول از علت استفاده می کند، یعنی از عدم ترتب حکم فهمیده شود که ملک وجود ندارد.

مرحوم شیخ می فرماید این استدلال دو مقدمه دارد و زمانی تام است که هر دو مقدمه استدلال پذیرفته شود: یکی اینکه مخالف زوال ملک مانند ابی الصلاح بطلان تالی را بپذیرد یعنی قبول کند که این احکام مترتب نیستند. و دوم اینکه ملازمه را قبول داشته باشد یعنی معتقد باشد به اینکه هر زمان این احکام نبودند ملک هم نیست. اما اگر هر یک از این دو مقدمه را نپذیرد استدلال تمام نیست.

### بررسی مقدمه اول دلیل پنجم

نسبت به مقدمه اول که پذیرش عدم ترتب این احکام بود مرحوم شیخ می فرماید: «للخصم منع بعض ذلک»، یعنی می تواند مقدمه اول یعنی انتفاء همه احکام ملک را بپذیرد چون بعضی از احکام ملک وجود دارد. مرحوم شیخ نیز میفرماید «و هو کذلک» علی الظاهر هم باید همینطور باشد که مخالف عدم ترتب همه احکام را نپذیرفته است چون اگر بنا باشد کسی مثل ابی الصلاح بپذیرد که همه آثار ملک منتفی می شود دیگر حکم به بقاء ملک فقط یک ثمره علمی خواهد داشت، دیگر هیچ ثمره عملی ندارد. وقتی هم که یک

بحث ثمره عملی ندارد مسلم است که ما نمی توانیم آن را به عنوان یک بحث جدی بپذیریم. اگر ابی الصلاح اصرار می کند که ملک بوسیله وقف از ملک واقف خارج نمی شود، قصد دارد برخی از احکام را بر آن بار کند، و الا اگر تمام احکام ملک، مسلوب است دیگر پیگیری این بحث چه ثمره ای ندارد و لغو است. لذا مرحوم شیخ میفرماید و هو كذلك.

گرچه مرحوم شیخ اذعان می کند که بطلان آن دو حکم از مسلمات است ولی بطلان تمام آثار محرز نیست. درست است که جواز وطی امه موقوفه و ضمان برای واقف، قطعاً مترتب نیست ولی اینکه بعضی از آثار دیگر ملک هم منتفی باشد روشن نیست و خصم میتواند آن را منع کند. به عبارت ایشان: «و اما المقدمة الاولى فله (أی للخصم) منعها فی بعض لوازم الملك، و إن كان بطلان اللوازم المذكورین اتفاقاً (بطلان این دو تا اتفاقی است، یعنی مسلم است که وطی امه موقوفه برای واقف جائز نیست و مسلم است که غاصب ضامن واقف نیست، ضامن موقوف علیهم است، اما بعضی از لوازم ملک را ممکن است خصم مترتب بداند)، ولعل الامر كذلك (باید همنطور هم باشد که عدم ترتب همه لوازم ملک را منع کرده است)، و الا لكان النزاع لغوا (اگر این را نگوئیم اصل نزاع بین الطرفين که خروج از ملک هست یا نه لغو می شود، چه اثری دارد؟ وقتی شما تمام آثار ملک را از مالک که واقف باشد مسلوب می کنید خب ملکش را نیز منتفی بدانید، چون دیگر ملک بدون اثر چه فائده ای دارد)، إذ بعد تسالمهم علی انتفاء جميع لوازم الملك رجع البحث الی مجرد العلم الخالی عن الثمرة العملية، فلا بد لمن يدعی بقاء ملك الواقف بالتزام بعض آثار جدا حتی کون البحث مجدیا».

نسبت به مساله لغویت بحث از حکم به بقاء ملکیت در فرض سلب تمام آثار اکه البته مرحوم شیخ نفرموده لغو است بلکه فقط فرموده «رجع البحث الی مجرد العلم الخالی عن الثمرة العملية» اما آیا معقول است در فرضی که ثمره عملی و آثاری ندارد اعتبار ملکیت شود؟ مرحوم شیخ تصریح نمی کند که آیا لازمه

<sup>۱</sup> کتاب الالتقاطات صفحه ۱۳۸.

انتفاء تمام آثار ملک این است که ملک هم نباشد. اما ما انشاءالله ذیل فرمایش مرحوم سید در بحث مسأله ۶۷ که بحث از خروج مال موقوفه از ملک واقف است یا ذیل برخی از مسائل مرتبط به آن، به این پرسش خواهیم پرداخت. مرحوم سید هم به این پرسش می پردازد و در انتها به همین نتیجه می رسد که اصل این بحث لغو است چون اثری بر آن مترتب نیست. این نتیجه شبیه فرمایش مرحوم شیخ در اینجا است با این تفاوت که مرحوم سید تصریح می فرماید که در جایی که جمیع منافع سلب می شود دیگر اصلاً عقلاء اعتبار ملکیت هم نمی کنند، اما مرحوم شیخ این را در اینجا نفرموده است.

### عدم ملازمه انتفاء بعض آثار با سلب ملکیت

ما درباره اصل محتوای مقدمه اول به عنوان یک مقدمه استدلال بحث داریم. فله منعها که شیخ می فرماید چه اثری در بحث دارد؟ این استدلال دو مقدمه لازم دارد، یکی اینکه بگوئیم بعضی از آثار ملک منتفی است و این بعض آثار با وجود ملک نمی توانند {منتفی} باشند، ما اصلاً کاری به آثار دیگر نداریم لازم نیست ما بگوئیم همه آثار ملک منتفی است، بعضی از آثار ملک منتفی باشد این انتفاء بعض آثار باضمیمه مقدمه دوم اثبات میکند سلب ملکیت را. ما می گوئیم این انتفائها با ملک سازگار نیست. یعنی نمی شود چیزی مثلاً همین امه، ملک واقف باشد ولی در عین حال وطی او جائز نباشد. دوستان دقت کنند استدلال این بود که برخی از این آثار منتفی است و انتفاء اینها با کمک مقدمه دوم ملازم با سلب ملک است. ادعا این بود که ما از شرع فهمیدیم اگر کسی مالک امه باشد جواز وطی برایش ثابت است. اگر او مالک باشد ضمان برای او ثابت است. حالا که این جواز وطی و ضمان نیست پس ملکیت نیست. مدعا این بود پس اینکه گفته شود فله منع بعض اللوازم، بر فرض که همه آثار منتفی نباشد و برخی لوازم ملک نیز مترتب باشد چه ضرری به این مدعا می رساند؟

مگر اینکه به صورت دیگری اشکال کنید و بفرمائید صرف عدم ترتب بعضی از این احکام کشف نمی کند که ملک نیست. که آن در واقع مقدمه دوم ما را باید تشکیل دهد. پس یک حرف این است که این دو اثر منتفی هستند یا نه، می گوئیم اینها منتفی هستند. دوم اینکه انتفاء این دو با انتفاء ملک ملازمه دارد یا نه که این ملازمه مقدمه دوم ما است، اگر اشکال دارید باید در آن مقدمه اشکال کنید.

پس عرض ما این است که این بیان مرحوم شیخ که می گویند اما المقدمة الاولى فله منعها، یعنی خصم می تواند در بعضی لوازم ملک انتفاء را نپذیرد، مانع استدلال نمی شود چون ایشان سلب این دو اثر را می پذیرند: «و إن كان بطلان اللّازمین المذكورین اتفاقیا». و اگر کسی بگوید اگر این دو اثر منتفی بود حتما ملک هم منتفی است، استدلال تمام است. پس ایشان باید در مقدمه دوم اشکال کند بگوید با انتفاء این دو اثر ملک منتفی نمی شود. نه اینکه اینجا در مقدمه اول منع کند.

### بررسی مقدمه دوم دلیل پنجم

اما مقدمه دوم، که آیا بین ثبوت ملکیت و بین وجود این آثار ملازمه هست به نحوی که اگر در جایی این آثار منتفی شد ملک هم نباشد، یا چنین ملازمه ای وجود ندارد؟

مرحوم شیخ به درستی می فرمایند به لحاظ روشی باید بررسی کنیم آیا ادله احکام مترتب بر ملک مثل جواز وطی و ضمان، عموم و اطلاقی دارند که احکام را برای همیشه برای ملک ثابت کنند یا چنین عموم و اطلاقی ندارند.

### استفاده اطلاق از مای موصول

مرحوم شیخ نسبت به حکم اول یعنی جواز وطی امه موقوفه می فرماید این عموم فهمیده می شود من جهة عموم الموصول. چون آیه شریفه می فرماید "والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم أو ما

ملکت ایمانهم فإنهم غیر ملومین"، می گوید کلمه «ما» در ما ملکت ایمانهم عمومیت دارد، یعنی هر آنچه را که مالک باشند و طیش مطلقاً جائز است و از منعی که در آیه قبل بود به صورت مطلق خارج شده است. البته این عموم یا اطلاق مسلماً در مواردی تخصیص خورده است مثلاً اگر این امه، زوجه فرد دیگری باشد یعنی خود مالک به این امه اجازه داده باشد که با دیگری ازدواج کند، و با این اجازه ازدواج با دیگری منعی ندارد و اگر ازدواج کرد دیگر بر مالک حلال نیست.

یا خواهر این امه، زوجه این شخص باشد، دیگر نمی تواند بین همسرش و این امه جمع کند. و یا موارد دیگر که مرحوم شیخ حدود ده مورد را از روایات استفاده می کند که از جواز وطی استثناء شده است. پس در غیر این موارد استثناء جواز وطی امه اطلاق دارد برای هر ملک یمینی پس هر مالکی یجوز له وطی امه مملوکش ولو اینکه مال موقوفه باشد. حال که اطلاق ثابت شد اگر در موردی غیر از موارد استثناء جواز وطی نباشد میفهمیم که ملک نیست. چون اگر ملک بود جواز داشت، ولی مسلماً جائز نیست پس ملک نیست.

### استفاده عموم از ضمیر جمع (فإنهم)

در ادامه ایشان می فرماید: اگر کسی در عموم یا اطلاق این مای موصول اشکال کند، به خاطر اینکه در حیز استثناء از منعی واقع شده است که از والدین هم لفروجهم حافظون فهمیده می شود، ما برای اثبات عموم به عموم ضمیر در «فإنهم غیر ملومین» تمسک می کنیم است. «لأن ضمیر الجمع کالعام یقتضی استیعاب الحکم للآحاد». فإنهم غیر ملومین یعنی همه این افراد مالک یمین غیر ملومین هستند. پس به عموم این ضمیر تمسک می کنیم که مانند جمع است و برای همه عموم دارد «فکل من لا یحفظ فرجه عن ما ملکت یمینه فهو غیر ملوم».

## امکان توجیه عدم ترتب حکم جواز وطی با استثناء از حکم مالک

اینجا چند بحث وجود دارد قبل از اینکه به فرمایش مرحوم شیخ پردازیم باید بینیم اصل استدلال اصحاب چه صورتی پیدا کرد؟!

بنا بود برای تقریب استدلال اصحاب، ملازمه بین ملک و حکم آن ثابت کنند و بگویند اگر ملک امه باشد وطی آن هم باید جائز باشد. چون جواز از وطی نیست پس ملک هم نیست.

ولی روشن نشد که با اثبات موارد متعدد استثناء، چطور استدلال بر سر جای خود باقی است؟! اگر در واقف جواز وطی نیست چرا مانند همان ده موردی که استثناء دانستید این را نیز استثناء نگیریم؟

همانطور که در مورد امه ای که به اذن مالک ازدواج کرده، چون زوجه فرد دیگری است دیگر وطی او برای مالک جائز نیست لذا با وجود ملکیت، قائل به استثناء از حکم جواز وطی شدید در مورد واقف امه نیز بفرمائید که از این حکم استثناء شده است {و مثلاً چون منافع این امه موقوفه در انحصار موقوف علیهم است واقف حق وطی آن را ندارد}. پس همانطور که در آنجا با اینکه ملک هست از حکم استثناء کردید در بحث ما هم ملک را بپذیرید و از حکم استثناء کنید. شما فرمودید ما از روایات استفاده می کنیم که عشرة مواضع از حکم خارج شده است. حال این هم موضع یازدهم باشد. چون خودتان می گوئید مسلم است که واقف نمی تواند امه موقوفه را وطی کند. منتهی شما از این قطعیت می خواهید کشف کنید که ملک نیست. می گوئیم چرا ملک نباشد، ملک باشد ولی از حکمش استثناء کنید.

پس اصل استدلالی که اصحاب کرده اند روشن نیست. اقلش این است که هر دو محتمل است. محتمل است که ما بتوانیم حکم را استثناء بزنیم، بگوئیم ملک هست ولی جائز نیست مثل آن ده موردی که استثناء شده است. و محتمل است بگوئیم از باب عدم ملک است. هر دو ممکن است. پس اصل استدلال تمام نیست.

## عدم نقص به عمومیت مستفاده از مای موصول

این پذیرش اشکال توسط مرحوم شیخ و تعویض عموم مای موصول با عموم ضمیر { نیز عجیب است.

نفهدیم چرا عموم با وقوع در حیز استثناء از عمومیت بیفتد و صلاحیت دعوی اهماال پیدا کند. چرا عموم «ما ملک» در حیز «الا» قرار گیرد مراد از آن «بعض ما ملک ایمانهم» می شود؟! چرا چنین چیزی بگوئیم؟! عموم عبارت که خیلی روشن است. «الا علی ازواجهم او ما ملک ایمانهم» یعنی همه آنهایی که «ملک ایمانهم» چرا بگوئیم چون در حیز استثناء هست اهماال پیدا می کند. انصافا چنین قاعده کلی نداریم که هر آنچه که در حیز استثناء واقع شد از آن اهماال فهمیده می شود و در قوه جزئیه است.

شاید مقصود ایشان نیز این نیست، چون اول به عموم تمسک کردند و فرمودند: «ولو اغضی عن ذلک بملاحظة وقوعها» یعنی اگر چشم بپوشیم از این عموم بخاطر این ادعا که یعنی این ادعا درست نیست و عموم تمام است.

حال اگر عموم تمام نبود بلکه در قوه جزئیه بود، یعنی «أو ما ملکیت ایمانهم» یعنی بعض ما ملک ایمانهم جائز است و بعضش جائز نیست، که علی القاعده در مورد ازواج هم باید همین را بگویند، حالا اگر آمدیم و این را گفتیم آیا عموم با این فرمایش مرحوم شیخ درست می شود که از عموم ضمیر (هم) در «فإنهم غیر ملومین» استفاده کنیم؟

یعنی این «هم» در اینجا مثل جمع است و کاشف از عموم است؟ اینجا دیگر استیعاب حکم برای همه آحاد است؟ «فکل من لا یحفظ فرجه عما ملک یمینه فهو غیر ملوم»؟

به ایشان عرض می کنیم این را از کجا آوردید؟ ضمیر تابع مرجع خود است، «فإنهم غیر ملومین» یعنی همان قبلی هایی که گفتیم هر چه گفتیم آنها غیر ملوم هستند. قبلی ها چه کسانی بودند: «و الذین هم لفروجهم حافظون» اینکه مطلق است، «الا علی ازواجهم او ما ملکیت ایمانهم» که فرمودید این به خاطر وقوع



در حیز استثناء صالح برای افعال است، که معنایش این شد که «عن بعض ازواجهم و عن بعض ایمانهم» اینها غیر ملوم هستند، معلوم می شود که بعضی از ازواج و بعضی از ایمان اگر با آنها نزدیکی کنند به فرمایش شما اشکال دارد. پس این «هم» چطور جمع است {و عموم دارد}؟ عرض مابین است که «هم» یک ضمیر است، برگشتش به مرجع ضمیر است، اگر شما در مرجع ضمیر به خاطر در حیز استثناء واقع شدن قائل به افعال شدید ضمیرتان هم همین است. فرقی را نفهمیدیم که از کجا آوردید عموم را در ضمیر پذیرفتید. ما واقعا این فرمایش شما را درک نمی کنیم. شما ضمیری دارید که طبیعتا به یک مرجعی ارجاع می کند، آن مرجع ضمیر عبارت است از همان چیزهایی که در آیه قبل مذکور بودند که استثنائشان علی وجه الاهی است، کجای آن همچنین عمومی هست که اینها اگر مالک باشند حتما وطی برای آنها جائز است؟ کجا همچنین چیزی استفاده می شود؟

نتیجه اینکه به نظر می رسد حکم اول یعنی جواز وطی امه در مقدمه ثانیه از حیث عموم و اطلاق درست است آنهم با همان بیان اول که مای موصول عمومیت دارد. اما اگر این را نپذیرید با «فإنهم غیر ملومین» نمی توانید عموم را تصحیح کنید.

اما نکته ای که اصل استدلال را به هم می زند این است که چرا این حکم، استثناء نباشد از احکام ملک؟ همانطور که برای احکام مترتب بر ملک ده استثناء بیان کردید یکی هم حکم امه موقوفه باشد. چون خروج امه موقوفه از حکم جواز وطی را مسلم گرفتید می فرمائید چون ملازمه بین ملک و جواز وطی مسلم است پس ملک نیست. ما می گوئیم این ملازمه را از کجا آوردید؟ تخصیص بزیند این ملازمه را. مثل اینکه در ده جا تخصیص زدید این هم یازدهمی باشد چه مانعی دارد.

پس حکم اول در مقدمه ثانیه درست نیست.

## ضمان تابع مالیت است نه ملکیت صرف

در حکم دوم مرحوم شیخ یک بحث دقیقی مطرح میکند. بحث این بود که این را به عنوان یک امر مسلمی در باب گرفته اند که ضمان تالف از ناحیه غاصب ضمان برای موقوف علیه است نه برای واقف. بعد می گویند چون مسلم است که اگر مالک باشد ضمان باید برای مالک ثابت باشد، پس کشف می کنیم که ملک نیست و ملک زائل شده است.

مرحوم شیخ می فرماید این عموم و اطلاق ثابت نیست که اگر ملک بود حتما ضمان باید برای او ثابت باشد. پس این ملازمه روشن نیست در این مثال. حالا چرا این عموم ثابت نیست؟ می فرمایند مسأله ضمان به مثل و قیمت تابع مالیت است یعنی در عوض مالیت است، نه در عوض جرم آن شیء. وقتی غاصب با قصد خودش اتلاف می کند آن ملک را، ضمان او از جهت این است که مالیتش را از بین برده است، والا مردم کار به جهت جرم او ندارند. لذا اگر مالیت او محفوظ بماند گوئی خود شیء باقی مانده است. این یک مسأله در بحث ضمان.

بعد مرحوم شیخ می فرماید در بحث ما که وقف بر منقرضین هست، فرض این است که تمام منافع را با وقف داده به موقوف علیهم. پس مالیت از آقای واقف منتفی است، ولو اینکه مالک شیء باشد ولی مالیتی ندارد. پس وجهی ندارد که ضمان ثابت باشد بالنسبه الی الواقف. ضمان که جبران مالیت است باید برای کسی باشد که مالیت را از او از بین بردیم. مالیت مال موقوف علیهم بود. مثل باب اجاره. در اجاره هم شما باید شبیه همین را بگوئید، اگر منفعت را از بین برد اگر ضمانی هست باید برای صاحب منفعت باشد. مگر اینکه بگوئیم اجاره از این جهت باطل می شود که بحث دیگری است. بالاخره ضمان مثل و قیمت باید در عوض این مالیت باشد. مالیت که در وقف مال واقف نیست. چرا؟ چون آقای واقف تمام منافع را داده به موقوف علیهم. آنوقت چرا غاصب ضامن بشود برای واقف که هیچ مالیتی برای او باقی نمانده؟ باید ضامن بشود برای موقوف علیهم. حتی اینجا ایشان تعبیر می کند که فهو ملک له مسلوب المالیه بل هی ملک

للموقوف علیه. حالا اینکه بگوئیم بل هی ملک للموقوف علیه، این نتیجه استدلال است و نباید اینجا بیاوریم. آن چیزی که مقدمه هست ایشان این را می خواهد منع کند بگوید ما هیچ تلازمی بین ملکیت و بین ضمان برای مالک نداریم. مرحوم شیخ می خواهد این را اثبات کند. بگوید بنابر این مقدمه دوم (ایجاد ملازمه) در این مثال باطل است چون ملک همیشه با ضمان توأم نیست بلکه ضمان دائر مدار مالیت است و اینجا مالک مالیتی ندارد.

### فرض ضمان برای ملکیت

پرسش دیگری که در اینجا از مرحوم شیخ داریم این است که آیا ضمان مطلقا و در همه موارد تابع مالیت است؟

فرمایش شما متین است که عقلاء مثل و قیمت را به لحاظ مالیت می بینند، ولیکن آیا علقه ملکیت هیچ دخلی ندارد؟ مثلا آیا شخص مجاز است که بدون اذن من شیئی که مال من است مانند اسکناس را بردارد و به جای آن اسکناسی دیگری که مال خودش هست را بگذارد؟ ما الان می دانیم که مالیت اسکناسها با هم فرقی ندارد (مگر اینکه یک اسکناسی قلابی باشد که از بحث خارج است)، اگر کسی بیاید یک اسکناسی را جای اسکناس من بگذارد، یک تراول پنجاه تومنی سالم را جای تراول پنجاه تومنی من بگذارد، آیا چنین حقی دارد؟ به نظر می رسد این طور نیست. ممکن است بگوئید این منع بدین خاطر است که از آثار ملک این است که بدون اذن مالک در آن تصرف نکنند. بله این درست است، ولی در باب ضمان چه؟ حق این کار را دارد؟ به نظر من این قابل توجه (نقد) است که ما بگوئیم ضمان کلا برای آن کسی است که مالیت برای او است. مثلا در باب اجاره اگر نگوئیم با تفویض منافع اجاره باطل است، آنوقت اگر فردی این منافع را تفویض نماید مانند اینکه خانه ای را که مورد اجاره است تخریب کرد؛ مثلا مالک خانه آن را برای صد

سال اجاره داد لذا تا صد سال تمام منافع آن مال مستأجر است، این آقای ماجر فقط الان مالک این خانه است، حالا اگر کسی آمد خانه را خراب کرد و ما گفتیم اجاره باطل نیست، چون ممکن است بگوئیم اجاره باطل است از باب اینکه کشف می شود که از اول مالک این منافع نبوده است، حالا اگر این را نگفتیم آیا نتیجه اش این می شود که چون تمام مالیت مال مستأجر است تخریب کننده ضامن مستأجر می شود یا اینکه ضامن خود مالک است و مستأجر اگر اجاره اش درست باشد به مالک رجوع می کند؟

این یک نکته بود که ما در کبرای کلام ایشان بیان کردیم البته نکته ایشان نکته قابل توجهی است. واقعا عند العقلاء ضامن را از باب این جهت (مالیت) لحاظ میکنند ولی خیلی روشن نیست.

### عدم تعمیم ضامن در همه فروع وقف

نکته دوم که بحث خیلی مهمی است این است که ظاهرا مرحوم شیخ فراموش کرده که بحث ما در وقف منقطع الآخر است. گرچه ایشان این بحث را بعد از بحث منقطع الآخر در احکام وقف آورده است، اما حرف ما این است که اطلاق بیان ایشان برای منقطع الآخر که بحث فعلی ما است درست نیست. برای اینکه در منقطع الآخر فرض این است که وقف فقط در یک برهه خاص است. بله اگر ما بگوئیم مال موقوفه حتی بعد از انقراض هم به واقف و ورثه واقف بر نمی گردد و بالمره خارج شده است این یک وجهی پیدا می کند و مثل وقف مؤبد می شود. اما اگر مثل مشهور در منقطع الآخر قائل شدیم بعد از انقراض موقوف علیهم به خود واقف یا ورثه او بازمی گردد، پس کلا از مالیت نسبت به مالکش خارج نشده است. مالک در برهه ای که وقف کرده است تا زمان انقراض موقوف علیهم منافع را به ایشان داده است اما بقیه منافع را نداده است. اگر این باشد پس چرا مالیت نداشته باشد برای مالک؟ این یک ادعایی است در منقطع الآخر.

البته عرض می کنم فرمایش مرحوم شیخ در احکام وقف است که بعد از همین مسأله منقطع الآخر بحث کرده اند. ولیکن بالاخره اگر اطلاق این فرمایش می خواهد همه جا جاری باشد در وقف منقطع الآخر معنا ندارد. آنجا سلب منافع بالمره که نشده است پس چرا مالیت نداشته باشد؟ چرا ضمان برای مالک که واقف است تصویر نداشته باشد؟ این اول کلام است.

### تخصیص حکم ضمان برای مالک در وقف

کلام دیگر اینکه ما همان نکته را که در بحث عدم جواز وطئ امه عرض کردیم که می توان آن را از باب تخصیص دلیل ترتب حکم دانست، بعید نیست در اینجا هم بتوان همان را قائل شد. ممکن است کسی بگوید اگر واقعا مسلم است که ضمان برای موقوف علیهم است، از باب تخصیص دلیل ترتب اثر ضمان برای مالک است به این موارد. تخصیص در ملازمه باشد. پس دیگر اصل این مقدمه باطل است و نیازی هم به این حرفها نباشد و ما کاری به این نداشته باشیم که مالیت کجاست. مگر نمی گوئید که ضمان برای موقوف علیهم مسلم است، خب تخصیص بزیند دلیل را، چه اشکالی دارد؟

پس هر چند مرحوم شیخ حرف درستی می زند ولی به جای اینکه متحمل این همه زحمت شویم و بگوئیم مالیت در ازاء آن جهات منافع و اینهاست، یک کلمه بگوئیم مگر شما نمی گوئید ضمان غاصب نسبت به موقوف علیه مقطوع است، خب همین مسلم بودن، دلیل تخصیص شود. یعنی در اینجا نیز دلیل ترتب ضمان علی الملک تخصیص خورده به این موارد.

ولذا علی الظاهر این مقدمه هم در مورد حکم ثانی مقدمه صحیحی نیست.

نتیجه این می شود که به نظر ما هم مقدمه اول ناتمام است و هم مقدمه دوم، ولذا از این طریق نمی توانیم خروج از ملک را کشف کنیم.

مگر اینکه ادعای ظهور و ملازمه عرفی کنید که ربطی به اینجور استدلال ندارد. مانند اینکه بگوئید از اینکه در شرع این احکام مترتب است عرفا بالاتزام منتقل می شویم به ملازمه و ظهور حجت است. این حرف و استدلال دیگری است. ولی از این راه که ما لوازم را نفی و سلب کنیم و کشف کنیم که پس ملک نیست، با این مقدمات درست نمی شود.

این تمام الکلام در این جهت.

## استدلال به روایات جواز بیع موقوف علیهم

یک دلیل کوچک دیگری مانده عرض کنم تا این مسأله تمام شود:

مرحوم شیخ می فرماید: ویدل علی المطلوب که خروج از ملک است مجموع روایاتی که در بحث بیع وقف برای موقوف علیهم داریم. می گوید ما در آنجا روایات مانعه ای داریم که به صورت مطلقا واقف و موقوف علیه را منع کرده از فروش عین موقوفه. اینکه به بحث ما مرتبط نیست. اما یک سری روایت داریم که دال بر جواز بیع وقف برای موقوف علیهم است. ایشان می فرماید از این روایات در هر حیطة و ظرفی که بیع وقف را تجویز می کند کشف می کنیم که مال موقوفه از ملک واقف خارج شده و در ملک موقوف علیه وارد شده است که موقوف علیه می تواند بفروشد؛ چون لا بیع الا فی ملک،

البته این دلیل هم بحث دارد و ما در اینجا نمی خواهیم آن را بحث کنیم. در اوائل بیع بحثی مطرح شده که محقق اصفهانی و دیگران این را می گویند و درست هم می گویند که همیشه بیع متوقف بر ملک نیست. ما هم این را قبول داریم مثلا کسی که کلی در ذمه می فروشد، صد کیلو گندم را می فروشد، آن کسی که میخرد مالک می شود، اما من با بیع لازم نیست مالک باشم و بفروشم، فقط سلطه و تسلط بر فروش داشته باشم و حق فروش داشته باشم کافی است، لازم نیست من مالک باشم. که این بحث فوق العاده دقیقی است

در ذمه که ما مالک اشیاء در ذمه مان نیستیم. گرچه ذمه ظرفی است که عقلاء اعتبار می کنند و اشیائی را هم در آن اعتبار می کنند بطوری که من می توانم آنها را به نحو کلی بفروشم، منتهی اینکه می توانم بفروشم متوقف بر مالکیت نیست. نیازی نیست مالکیت من اعتبار شود تا بتوانم بفروشم. لذا کبری درست نیست. اگر در اینجا می گوئید بخصوصه دلیلی داریم فیها، ولكن اینکه به نحو کلی بفرومائید لا بیع الا فی ملک، این قابل بحث است، مثالهای دیگر هم وجود دارد.

این تمام الکلام در ادله ای که می توان بر خروج مال از ملک واقف استدلال کرد. به نظر ما هم اجماع تمام است و هم برخی دیگر از ادله. حالا برخی دیگر هم ناتمام است مثل مثالهایی که الان دیدیم یا صدقه ای که مرحوم شیخ به آن تمسک کرد. ولی در مجموع برخی ادله تمام بود خصوصا اجماع.

پس ما الان برگردیم به اصل مسأله. ما در ذیل مسأله ۱۶ داشتیم بحث می کردیم که یک عده ای مثل مرحوم سید و دیگران برای اینکه تکلیف مال موقوفه را بعد الانقراض مشخص بکنند از این راه آمده اند که گفتند این مال، ملک واقف است، چون ملک واقف است بعد از اینکه منع وقف برطرف شد، چون وقف مانع است از ارث و هبه و غیره، این منع وقف که برطرف شد، عین موقوفه به ملک واقف باقی می ماند و به ارث می رسد. حرفشان این بود. ما مقدمه استدلالشان را باطل کردیم، گفتیم از ملک خارج می شود. حالا باید ببینیم تکلیف چه می شود.

بحث دشواری است دوستان باید فکر کنند که ما قبول نکردیم به ورثه موقوف علیهم برسند، گرچه نسبت به واقف بقاء این مال را در ملک واقف بعد الوقف قبول نکردیم، حالا باید تکلیف مال موقوفه بعد از انقراض را تعیین کنیم باید ببینیم راهی داریم یا نه که انشاءالله جلسه بعد بحث می کنیم.

«والسلام علیکم و رحمة الله».