

تقریر دفتر استاد سید کاظم مصطفوی «زید عزه العالی» از درس خارج فقه استاد سید کاظم مصطفوی؛ 1392/02/29



توضیح تکمیلی درباره حکم تخریب و حفر مسجد برای ازاله نجاست.

نظر صاحب عروه بر عدم ضمان

سید طباطبایی قدس الله نفسه الزکیه در مسئله 7 فرمودند: «لو توقف تطهیر المسجد علی حفر ارضه جاز بل وجوب و کذا لو توقف علی تخریب شیء منه و لا ینجب طم الحفر و تعمیر الخراب نعم لو کان الآجر مما یمکن رده بعد التطهیر وجب».

مرحوم آقای خویی اعمال قاعده احسان را اینجا جاری نمی داند ولی ضمان هم ندارد اینکه اگر کسی ازاله نجاست از مسجد کند و این ازاله منجر به تخریب شود آن ازاله کننده ضامن نیست. و این عدم ضمان براساس قاعده احسان است. سید الاستاد [1] قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند: قاعده احسان اینجا کاربردی ندارد. اولاً کبرویت این قاعده ثابت نیست گرچه قاعده فی الجملة ثابت است. و ثانیاً مسجد از امور حسبیه است و اجازه شرعی می طلبد. امور حسبیه متعلق به شرع و صاحب شرع است از این جهت حسبیه می گوئیم یعنی کل اموری که متعلق به صاحب شرع است. تصرف در آن اجازه صاحب شرع را لازم دارد. اینجا هم باید اجازه احرار بشود و احرار اجازه کار مشکلی است. از کجا این اجازه را دارید که تخریب کنید، شما مجاز هستید ازاله نجاست کنید اما اجازه تخریب را ندارید. اگر بگویید مقدمه است، می گوئیم درست است که مقدمه است منتها آن یک امر عقلی است و حکم شرعی ندارد. اجازه شرعی اثباتش کار مشکلی است. بنابراین در صورتی که مجاز و مأذون نباشد، مشمول قاعده احسان نمی شود اما ضمان در کار نیست

ضمان در جایی است که ملک غیر تلف شده در اینجا سبب ضمان وجود ندارد اما عدم ضمان از ناحیه دیگری است و آن این است که در ضمانات باید اتلاف مال باشد. مالی که ملک هست یعنی ملک شخصی باشد، اگر اتلاف مال مالکی نباشد، ضمان موضوعیت ندارد. بنابراین عدم ضمان براساس عدم دلیل بر ضمان است و زمینه برای ضمان وجود ندارد. در اینجا می فرماید: وقف مسجد فك ملك است نه تمليك ملك. یعنی از

مالکیت کسی بریده شده و دیگر ملك کسی نیست و اتلافش هم اتلاف مال غیر نیست. چون ملکیتی در کار نیست و فك ملك شد. بنابراین مثل این است که عیدی را ازاد کنید لوجه الله که فك رقبه می شود و دیگر به کسی تعلق ندارد و رقیبت و عبدیت در کار نیست. در وقف مسجد مثل آزادی عبد لوجه الله اعطاء مال است لوجه الله و اصلا مال کسی نیست تا تلف شده باشد و اتلاف مال غیر و ضمان آور باشد. بنابراین این تخریب ضمان آور نیست اما دلیلش قاعده احسان نمی تواند باشد بلکه عدم زمینه برای تحقق ضمان است. خود ایشان در سبک بحثشان هم گاهی می گوید سبب برای ضمان وجود ندارد.

تحقیق مطلب قاعده احسان جاری و اتلاف صدق می کند

اما تحقیق این است که قاعده احسان جاری است و اتلاف هم هست. قاعده احسان عمومیتش از عموم قرآن برگرفته است ما علی المحسنین من سیل. در فهم فقهاء هم عمومیت در قاعده احسان مشهود و ملموس است و کبرویت آن مسلم است.

قلمرو قاعده احسان تا جایی است که اتلاف اهم پیش نیاید

قاعده احسان يك قيد دارد و آن این است که اگر احسان منتهی شود به اینکه مقدار ضرری که شما وارد کردید، از مقدار مالی که در صدد حفظش بودید بیشتر باشد. اینجا شك در احسان می کنیم مثلا- شما برای خاموش کردن آتش، يك فرش گران قیمتی را روی آن انداختید و فرش را از بین بردید که چند برابر آن چراغ ارزشش بود، این احسان است اما احسانی که مقدمه اش خیلی بالاتر از آن عمل است اینجا قاعده احسان شامل نمی شود. از آنجا که فرد اگر محسن بودنش ثابت باشد، با توجه به عموم قاعده و با توجه به مسائل اخلاقی و با توجه به مسئله «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» به مصالحه مراجعه کند.

بنابراین همان طور که سید الحکیم قدس الله نفسه الزکیه می فرمایند: اینجا می توانیم از قاعده احسان استفاده کنیم، درست است. ایشان فرموده اند که هر کجا که عمل و خدمت لمصلحه المالك باشد، مجازات و کیفر نیست و ما گفتیم که این اصلش قاعده احسان است و در این متون نیامده بود. براساس حکومت قاعده احسان بر قاعده اتلاف است.

در اعمال قاعده احسان اذن مالک نیاز نیست

نکته ای دیگر که ایشان داشتند، فرمودند باید مأذون باشد. عرض می شود شاید در تقریر اشتباه شده باشد و از شأن ایشان به دور است. جایی که مأذون از طرف مالک باشد جایی برای بحث نیست. بحث در موردی است که اذنی نیست اما تصرف مأذون و مجاز بحثی ندارد و خود اجازه و اذن کفایت می کند و نیاز به قاعده احسان و غیره ندارد، اذن که باشد یعنی يك مالکیت تنزیلی. شاید از بعضی از مقررین این نکته اشتباه ثبت شده باشد چون با شأن ایشان تطبیق نمی کند.

سوال و جواب: قاعده احسان به عنوان قانون مجهول از سوی شرع است مثل قانون لا تعداد در شکل قضیه حقیقیه.

سوال و جواب: گفت ضمان ندارد چون زمینه اش فراهم نیست. نکته اولش این بود که قاعده احسان شامل نمی شود و نکته دوم این بود که علت عدم ضمان، عدم وجود زمینه برای ضمان بود (اتلاف مال غیر، زمینه ساز ضمان بود).

تحقیق این است که خود ایشان و مذاق فقهی، مالکیت را به دو دسته کلی تقسیم می کنند: مالکیت شخص و مالکیت جهت. مالکیت شخص عبارت است از مالکیت برای شخصی

حقيقي و مالکيت جهت عبارت است از مالکيت براي شخصيت حقوقي که هم شخصيت حقوقي مي گوييم و هم جهت مي گوييم مثل مسجد و حسينه و دانشگاه و باغ و پارک و غيره که اينها جهت هستند و شخصيت حقوقي دارند و ملک دارند.

سوال: مالکيت حقوقي همان ماليت دولتي است؟

جواب مالکيت دولتي که مالکيت حکومتي مي گوييم. مالکيت نسبت به دانشگاه و مسجد و حسينه مالکيت نيست. آن مديريت دولتي است که اشراف دارد بر نظم و امنيت اين ملکيت ها. مسجد ملکش براي خودش باشد و مورد تهديد قرار نگیرد و کسي خراب نکند. خود ملک از ناحيه وقف تعيين مي شود و مالک مي شود و جهت مسجد يا حسينه يا دانشگاه و حرما که اينها مالک هستند منتها مالک جهت هستند. دولت، مديريت و اشراف و توليت را داراست و در حقيقت متولي حفظ و حراست اين موارد است و مالک نيست. دولت، مالک حرم، مسجد نيست و از باب حفظ و حراست توليت دارد، اگر مثل جمهوري اسلامي، دولت اسلامي باشد و اگر اسلامي نباشد که منطق در کار نيست.

سبب ضمان نیز وجود دارد و اتلاف هم هست

مي بينيم که مسجد مالک دارد و مالکش جهت است و خود مسجد است و تصرف در مال شخص حقوقي و تصرف در مال شخص حقيقي، فرق نمي کند و دو تائيش مالکيت معتبر شرعي است و شخص مالک به عنوان موجود زنده هيچ دخلي در مالکيت ندارد. مالکيت اعتبار شرع است که يك مرتبه براي شخص است و يك مرتبه براي شخصيت حقوقي است. بنابراين در اینجا که سيد مي فرمايد: اتلافي نيست قطعا اتلاف هست و کسي که ديوار مسجدي را بدون دليل و بدون قصد ازاله، تخريب بکند بلا شبهه ضامن تلف است. با اين توضيح مطلب کامل شد.

سيد طباطبائي در ادامه فرمودند: «و لا يجب طم الحفر و تعفير الخراب نعم لو كان مثل الآجر». فرمود اگر مسجد را به قصد ازاله حفر کنند يا تخريب کند جايز است اما تعمير و پر کردن چاله واجب نيست. براي اينکه مي گوييم دليلي ندارد. او براي تخريب مجوز داشته اما وجوب تعمير يك عملي است که نياز به دليل دارد و دليل نداريم. و اصل براءت ذمه است.

اگر خود شخص مسجد را تنجيس نکرده موجب ضمان نيست

سوال و جواب: سيد اصفهاني و سيد الامام مي فرمايند اگر خود فرد نجس کرده باشد، آن فرد سبب مي شود و از لحاظ حقوقي تخريب مستند به فعل او مي شود. چون سبب شده است. فعل که مستند به سبب شود ضمان آور است.

اما اگر خودش تنجيس نکرده است و ازاله کرد، دليلي بر وجوب تعمير نداريم و واجب نيست. پس فتوا هم اين شد که و لا يجب طم الحفر و تعمير الخراب که فتواي سيد و فتواي فقهاي ديگر همين است که واجب نيست.

سوال و جواب: وجوب ازاله فقط ازاله است اما اگر وقتي تخريب مقدمه ازاله شد، آن مقدمه، احسان است.

يادآوري مالکيت و تأثير آن در لزوم تعمير مثل تخريب

سوال و جواب: رابطه ازاله و ملکيت اين است که ملکيت جهت است و جهت يعني مسجد و شخص نيست. اشياء و قسمت هاي مسجد و ديوار و ستون و صندلي و فرش که اينها براي اين جهت ملک مي شوند. و ازاله مطلب ديگري است و فردي مي بيند که نجاست نفوذ کرده

و از لای آجرها فرو رفته و قابل ازاله نیست، این ازاله واجب است و تخریب مقدمه اش می باشد، این تخریب احسان است و ضمان ندارد. اما اگر برای ازاله لازم نباشد آن جا را تخریب کنیم مثلاً در آنجا چاهی در عمق زیادی که عرفاً آن را جزء مسجد به حساب نمی آورند باشد و نجاست را از آنجا برده و در آن چاه بیندازد تطهیر و ازاله حاصل است..

سوال و جواب: قاعده احسان ضمان را رفع می کند. ملکیت جهت مالک جهت است و مالک جهت که بود قطعاً ضامن نیست. اگر در ملک مالک جهت به قصد احسان کاری انجام بدهد، ضمان ندارد. مثلاً اگر دیدید کتاب گرانبایان که در اتاق است در خطر آتش گرفتن است و کسی قفل را بشکند و در را باز کند ضامن نیست. اگر مالک جهت باشد یا مالک شخص باشد، قصد احسان باشد ضمان ندارد به شرط این که مقدمه احسان اهمیت و هزینه اش بالاتر از خود عمل هدف نباشد.

سوال و جواب: خود سید گفته است که اینجا مالکیتی در کار نیست چون فک ملک است چون ضمان اتلاف ملک مالک است و اینجا ملک نیست و لوجه الله است. گفتم اتلاف ملک مالک است منتها مالکیت دو قسم است: مالکیت شخصی و مالکیت حقوقی. لذا گفتم اگر کسی دیوار مسجد را خراب کند بدون مجوز، قطعاً ضمان دارد.

رسیدیم به آنجایی که فقهاء گفته اند تعمیر خرابی و پر کردن حفره دلیل ندارد. اما تحقیق این است که احوط این است که باید حفره پر و تخریب تعمیر شود، و چون هم از عمومات انما یعمر و هم از مذاق شرع و هم از تعاون علی البر و هم از سیره متشرعه استفاده می کنیم. با این نکات علی الاقل اگر احتیاط لزومی نگوئیم، احتیاط مستحب هست. و چون خلاف مشهور است می گوئیم احوط.

[1] 1. تنقیح العروه الوثقی ، جلد 3 ، صفحه 270 تا 273.