**باسمه تعالی**

[ادامه (صورت سوم) 1](#_Toc35460344)

[صورت چهارم: عدم إمکان ردع مالک در زمان دفن 2](#_Toc35460345)

[صورت پنجم: پشیمان شدن مالک از إذن 4](#_Toc35460346)

**موضوع**: احکام اموات/مکروهات دفن میّت/ مسائل

بسم الله الرّحمن الرّحیم 20/01/1396 – یکشنبه – ج 114

###### ادامه (صورت سوم)

بحث ما در صورت ثالثه بود، که میّت را نسیاناً در مکان غصبی دفن کرده­اند. آیا نبشش، جایز است؛ یا جایز نیست؟

مرحوم خوئی فرمود بر دیگران، نبش واجب نیست؛ چون سایر مکلّفین، به وظیفه­ی­شان عمل کرده­اند. ناسی، تکلیف ندارد؛ پس به امر دَفِّنوا موتاکم عمل شده است. اما بر مالک، نبش جایز است. از این باب که در اینجا دو حقّ است، و با هم تزاحم می­کنند؛ حقّ میّت و حقّ مالک. أوّلاً ممکن است بگوئیم حقّ مالک مقدّم است. اگر بنا باشد که میّت مدّت مدیدی در اینجا بماند، قیمت زمینش کم می­شود. حال در چند دقیقه­ای به میّت بی احترامی شود؛ مشکلی ندارد. اگر نگوئیم حقّ مالک، مقدّم است؛ لا أقلّ مساوی هستند، و هیچ کدام مرجّح ندارد. و با توجه به «الناس مسلطون علی أموالهم» می­تواند إخراجش بکند. اینجا هم مثل جهل و عصیان، نبش جایز است؛ منتهی آنجا بر همه جایز بود؛ ولی اینجا بر خصوص مالک جایز است. و آنجا به ملاک اینکه امتثال نشده است؛ و اینجا به ملاک اینکه حقّ مالک، مقدّم است.

مرحوم خوئی در ذیل کلامش فرموده پس نسیان هم مثل آنها شد. که عرض ما این است که نسیان، ربطی به آنها ندارد. در عصیان و جهل، بر همه واجب بود؛ اینجا بر همه واجب نیست. در عصیان و جهل فرمود که امر به دفن را آنها امتثال نکرده­اند؛ و اینجا می­گوید امتثال کرده­اند. آنجا می­گفت که بر سایرین، واجب است؛ و اینجا می­گوید بر مالک جایز است. اصلاً اینها ما به الإشتراک ندارند. خوب بود این ذیل را نمی­آورد. حال این ذیلش، مهم نیست.

آن جور که ما عرض کردیم، می­گوئیم همین کلام مرحوم سیّد درست است که فرموده «عصیاناً أو جهلاً أو نسیاناً». در نسیان هم می­گوئیم که کافی نیست. اگر مالک و لو به بذل مال راضی نمی­شود؛ باید مکلّفین این را إخراش بکنند؛ و در جای دیگر دفنشش بکنند. یک منبّهی که ابتداءً عرض می­کنیم، این است اگر الآن مردم شک داشتند که مالک اجازه داده یا نه، و او را دفن کردند، ایشان می­گوید که باید درش بیاورند؛ اما اگر قبلاً می­دانستند این زمین مال مردم است، و راضی نیست؛ و بعداً یادشان رفت، و میّت را دفن کردند، می­گوید لازم نیست که درش بیاورند. که این حرف، نسبت به بقاء، عرفیّت ندارد. من البعید جدّاً که در اینجا جهل و نسیان فرق داشته باشد.

مضافاً إلی بُعد الفرق، عرض ما این است که فرقی بین نسیان و جهل نیست؛ چون تکلیف مکلّفین تنها این نبوده که در زمان قبر گذاشتن جایز باشد؛ بلکه باید بقاءً هم جایز باشد. اگر نسیان، مرتفع شد؛ و مالک گفت راضی نیستم، یا شما اطلاع پیدا کردید که مالک گفته راضی نیست؛ خطاب دَفِّنوا موتاکم داعویّت پیدا می­کند. ما که گفتیم یک امر و یک نهی داریم؛ هنوز آن امر باقی است؛ و امر می­گوید که باید این دفن، به نحو صحیح واقع شود. و لا تغصب می­گوید که این دفن، محذور دارد.

ثالثاً ایشان فرموده اینجا دو حقّ است، که با هم تزاحم می­کنند؛ حقّ میّت که باید بقاءً احترام شود. و از آن طرف حقّ مالک؛ که حقّ مالک، مقدّم است. و اگر مقدّم نباشد، تساقط می­کنند، و مرجع «الناس مسلطون علی أموالهم» است. عرض ما این است ملکیّت که حقّ می­آورد، همان سلطه است. مالک دو حقّ ندارد، یکی به لحاظ اینکه مالک است؛ و یکی به لحاظ اینکه «الناس مسلطون علی أموالهم» آن را شامل می­شود. حقّی که برای ملکیّت است، همان مفاد «الناس مسلطون علی أموالهم» است. نه اینکه دو حقّ داشته باشد، تا یک حقّ با حقّ میّت، تزاحم کرده و تساقط بکنند؛ و مرجع، دومی باشد. مالک یک حقّ بیشتر ندارد؛ و آن حقّ مکلیّت است؛ که حقّ ملکیّت، برایش سلطه می­آورد. ملکیّت غیر از حقّ داشتن است؛ ملکیّت، یک موضوع است؛ و حقّی که ملکیّت می­آورد، موضوع دیگری است؛ منتهی موضوع حقّ مالک، ملکیّت است. آن حقّش که به لحاظ ملیّکت آمده است، با حقّ میّت که به لحاظ احترامش آمده است؛ با هم تزاحم می­کنند. شاید هم می­خواهد بفرماید حقّی که ملکیّت آورده است، که عبارت از سلطه باشد؛ أقوی از حقّ میّت است. و مقدّم بر حقّ میّت است.

تحصّل: که لا فرق بین جهل و نسیان، به بیانی که عرض کردیم. اما اینکه به این بیان ایشان فرق باشد، می­گوئیم عرفاً بعید است. استدلال بر فرق به اینکه مالک حقّ زایدی داشته باشد را نمی­توانیم بپذیریم.

###### صورت چهارم: عدم إمکان ردع مالک در زمان دفن

صورت چهار این است که دفن میّت، از روی عصیان و از روی جهل و نسیان نیست؛ بلکه به إذن مالک ذفن شده است؛ و دفن مشروع است؛ و هیچ غصبی در حدوثش نیست؛ منتهی در زمان دفن، مالک امکان ردع نداشت. به این کیفیّت که زمین را اجاره داده و گفته هر کاری می­خواهید بکن؛ و این شخص مستأجر هم گفت که این تصریح به عموم است؛ و زمین را به مردم داد که أمواتشان را در آنجا مجاناً دفن بکنند. و بعد از یک سال، زمین را به مالک برگرداند؛ و بعد مالک گفت تا الآن رضایت من شرط نبود، چون منافع ملک من نبود؛ ولی از امروز راضی نیستم که أموات باقی بمانند. حدوثاً دفن در مکان غصبی نبوده است؛ ولی بقاءً مشکل پیدا شده است.

مرحوم خوئی فرموده اینجا بر مکلّفین، نبش واجب نیست؛ چون آنها به وظیفه­ی­شان عمل کرده­اند.

اما آیا بر مالک جایز است که اینها را از اینجا ببرد؛ مالک می­تواند بگوید بودن اینها در اینجا برای من ضرری است؛ و «لا ضرر و لا ضرار» بگوید که مالک می­تواند إجازه إبقاء ندهد.

مرحوم خوئی قبلاً در یکی از صور، قضیّه لا ضرر را مطرح کرده است. که جواب آنجایش، با جوابی که در اینجا مطرح نموده، فرق می­کند. در آنجا دو جواب داد. أوّلاً فرموده که ضرری نیست. تازه می­تواند پول بگیرد. ولی اینجا گفته معلوم است که زیر زمین باشد، ضرری است؛ و مردم این را نمی­خرند. اینجا تثبیت کرده است که ماندن میّت در این زمین، ضرری است. در حقیقت از آن جواب أوّلی آنجا، عدول کرده است. قبول کرده ماندن میّت در اینجا ضرری است؛ ولی فرموده لا ضرر، جاری نیست. چون خود این مالک، إقدام بر ضرر کرده است؛ خودش گفته که حتّی مرده­ها را می­توانید دفن بکنید. و با توجه به اینکه در ارتکاز متشرّعه هم دفن أبدی است؛ چون نبشش جایز نیست. پس اینکه اجازه داده است؛ معنایش این است که و لو برای من ضرر دارد، ولی اجازه می­دهم. هم حدوثاً و هم بقاءً إقدام بر ضرر کرده است. و از آن طرف، أدلّه­ی حرمت نبش و أدلّه­ی وجوب احترام میّت می­گوید که باید احترام میّت را نگه داشت، و نبش کردن جایز نیست. لا ضرر اینجا را نمی­گیرد، چون خودش اقدام بر ضرر کرده است؛ و ادلّه­ی حرمت و حقّ میّت، اینجا مرجع ماست.

بعضی­ها یک اضافه­ای هم کرده­اند، و آن شرط ارتکازی است. گفته­اند مقتضای شرط ارتکازی هم این است که نبشش نکنند. چون وقتی که زمین را اجاره می­دهد، و می­گوید که می­توانید میّت را هم دفن کنید؛ چون نبش حرام است، یک شرط ارتکازی هم هست که به شرط اینکه من میّت را إخراج نکنم. و عمل به شرط ارتکازی، واجب است؛ پس به مقتضای این شرط ارتکازی، نباید میّت را إخراج بکند.

و لکن در تنقیح[[1]](#footnote-1) فرموده شرط­های ارتکازی، دو جور است. یک شرط ارتکازی، عقلائی است؛ و عقلاء قبول دارند که در آنجا و لو طرفین غافل از شرط باشند، چون در بین عقلاء رایج است، همان شرط ارتکازی کافی است. در بین عقلاء شرط ارتکازی، این است که اگر مبیع، خلاف در آمد، خیار دارید؛ در آن شرط عقلائی چون عقلائی است، و شما هم از عقلاء هستید، در ارتکاز شما هست، و لو غفلت تفصیلی دارید. ولی شرط­هائی که در عرف­های خاص است؛ وقتی اعتبار دارد که در حین معامله، به آن التفات داشته باشید. فرموده داستان اینکه نباید نبش بکنید، امر عقلائی نیست؛ و این را شرع مقدّس فرموده است. احترام این میّت است، و اجماع است که نباید اخراجش بکنند؛ و چون در اینجا شرط ما، شرط عقلائی نیست، به نحو مطلق نمی­توان این را قبول کرد. اگر اجازه به دفن داده و ارتکاز به حرمت نبش داشته است، این شرط وجود دارد. در شرایطی که عرف خاص باشد، و عقلائی نباشد؛ التفات حین معامله لازم است.

فرموده در اینجا شرط ارتکازی در بعض جاها مؤثّر است؛ نه در تمام جاها. بخلاف وجه قبل که إقدام بر ضرر باشد. مقتضِی موجود است، چون هتک مؤمن است؛ و مانع هم که لا ضرر باشد، مفقود است؛ این است که نسبت به سایرین فرموده جایز نیست؛ و نسبت به مالک هم رضایتش شرط نیست، و هتکش جایز نیست.

این مطالب، روی مبنای خود ایشان است که فرموده اگر در اینجا دفن کردند، تکلیف آنها نسبت به دفن، ساقط است؛ و نسبت به إبقاء، هیچ تکلیفی ندارند.

ما گرچه این مبنای ایشان را قبول نداریم، ولی در اینجا می­گوئیم فرمایش ایشان قبول است. در ذهن ما اینن است که این مالکی که اذن می­دهد حتّی برای دفن؛ نه بر دیگران نبش جایز و نه بر خودش جایز است. البته نه از باب اینکه إقدام بر ضرر کرده است؛ چون إقدام بر ضرر همه جائی نیست. چنانچه شرط ارتکازی هم همه جائی نیست. کسی که الآن دفن را اجازه می­دهد، بقاءً نمی­تواند اخراجش بکند. درست است که در شریعت هست که نبش حرام است، ولی در میان عقلاء هم این هست. در میان عقلاء با قطع نظر از حرمت شرعی، وقتی أموات را دفن می­کنند، برای این است که همیشه مدفون بمانند. خصوصاً که نیازی نیست که اطلاع از حرمت نبش داشته باشد، اینکه در میان متشرّعه که دفن می­کنند؛ و دفن إلی الأبد هست، و بعد از دفن، بیرونش نمی­آورند؛ وقتی که إذن می­دهد، و می­گوید عیبی ندارد که أموات دفن شوند، همان دفنی است که مشترّعه مرتکب می­شوند. دفن ماندگار را اذن می­دهد؛ و معنی اینکه دفن ماندگار را إذن می­دهد، این است که احترام مالش را از بین برده است. إذن در دفن مستمرّ، إلغای احترام مالش هست بقاءً. کسی که می­گوید در زمین من دفن کن، یعنی دفن ماندگار. اجاره، یک ساله است؛ ولی مأذون، دفن ماندگار است. آن دلیلی که حقّ را برای مرده ثابت می­کند؛ همانطور که حدوثاً مزاحمی نداشت، بقاءً هم مانعی ندارد. إذن در شیئی که استمرار دارد، إلغای احترام مالش هست؛ لذا دلیل حرمت نبش، بلا معارض باقی می­ماند. همانطور که حدوثاً نمی­تواند نبش بکند؛ بقاءً نمی­تواند؛ چون خودش إذن داده است.

###### صورت پنجم: پشیمان شدن مالک از إذن

مالک می­توانسته إذن ندهد، ولی الآن اذن داده است؛ اما در ادامه، پشیمان شد. اگر مالک در أوّل، إذن داد؛ و دفن با اذن مالک محقّق شد؛ ولی بعد از دفن، مالک پشیمان شد؛ آیا نبش جایز است، یا جایز نیست؟ اینجاست که مرحوم خوئی با مرحوم همدانی اختلاف دارند. مرحوم همدانی فرموده جایز نیست. و مرحوم خوئی می­گوید جایز است.

1. - موسوعة الإمام الخوئي؛ ج‌9، ص: 357 (و قد يقال في هذه الصورة إن إجارة الأرض للدفن أو لما يعمه يقتضي بحسب الارتكاز جواز الدّفن فيها بقاء أيضاً، و هو من الشرط في ضمن العقد ارتكازاً. و هذه الدعوى ليست بعيدة فيما إذا علم المؤجر و المستأجر بما ذكرناه من عدم جواز النبش لا للمالك و لا لغيره حينئذ و كانا ملتفتين إليه، و أما إذا كانا جاهلين أو غافلين عنه فلا إذ لا اشتراط حينئذ بوجه، و الشرط الارتكازي الذي يثبت مطلقاً و لو مع غفلة المتبايعين إنما هو الشرط الذي يكون ثابتاً عند العقلاء كما في خيار الغبن، فإنه ثابت للمتعاقدين و لو مع غفلتهما، و في أمثال المقام حيث ثبت الشرط شرعاً لا عند العقلاء فلا يثبت إلّا مع الالتفات). [↑](#footnote-ref-1)