**جلسه242 – 02/ 09/ 1398 احادیث شفعه /نقل های قاعده /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث در بررسی قرائنی بود که برای نفی اتصال لا ضرر به حکم به شفعه در کلام پیامبر ص بیان شده است. یکی از این قرائن، کلام مرحوم نائینی است. ایشان بیان کرد: لا ضرر باید با حکم به شفعه رابطه داشته و این رابطه منحصردر علت و حکمت است. علت بودن خلاف وجدان بوده و حکمت بودن نیز متوقف بر کثرت وجود مناط در افراد است. در حالی که وجود تضرّر نادر است. پس لا ضرر متصل به حکم به شفعه نیست.

در این جلسه، کفایت کثرت در حکمت بودن و هم چنین کثیر بودن ضرر در موارد بیع شریک بحث شده و اثبات می شود.

## قرینه چهارم نفی ذیل بودن لا ضرر: علت و حکمت نبودن لا ضرر برای حق شفعه

مرحوم نائینی برای این که لا ضرر و لا ضرار نمی تواند ذیل حکم به شفعه باشد، بیانی را ارائه دادند. محصّل بیان ایشان این بود که ذیل بودن لا ضرر و لا ضرار نسبت به حق شفعه، متوقف بر وجود رابطه بین لا ضرر و حکم به شفعه است. این رابطه یا علت بودن لا ضرر برای ثبوت شفعه یا حکمت بودن است. اگر علت باشد، حکم باید نفیا و اثباتا دائر مدار آن باشد در حالی که حکم این گونه نیست. اگر حکمت باشد باید حداقل در موارد حق شفعه، ضرر کثرت داشته باشد، در حالی که این گونه نیست و صرف وجود ضرر در موارد نادر، مصحّح جعل نیست.

از کلام مرحوم نائینی استفاده می شود لازم نیست حکمت اکثریت داشته باشد و صرف کثرت، کفایت می کند. در بررسی این کلام دو پرسش وجود دارد.

اول آنکه آیا صرف کثرت کفایت می کند یا لازم است، اکثریت داشته باشد؟

دو آنکه، بر فرض کفایت کثرت، چه میزان کثرت کفایت می کند و آیا ضابطه ای وجود دارد که تشخیص دهیم کجا حکمت می تواند باشد؟

### کفایت کثرت در حکمت بودن

در پاسخ باید گفت: دائر نبودن حکم مدار مناط ثبوتی به این دلیل است که موارد خارجی و مصادیق مناط ثبوتی روشن نیست و مکلف نسبت به آنها جهل دارد یا به علت ابهام، می تواند مورد سوء استفاده واقع باشد هر چند برای برخی از مکلّفین معلوم باشد. به طور مثال، اگر شارع برای جلوگیری از دزدی، به مأمورین امر به دستگیری دزدها کند، امکان دارد به علت مشکل بودن تشخیص دزد از غیر دزد، مأمورین اشتباه کنند. این امکان نیز وجود دارد، مأمورین به علت غرض شخصی، فرد غیر دزد را دستگیر کنند. پس به علت روشن نبودن ملاک و وجود ابهام در آن، زمینه برای جهل یا ادعای جهل موجود است. به همین دلیل، شارع موضوع ثبوتی را از دستگیری دزد به موضوع دیگری تغییر می دهد تا ابهام از بین برود. البته این بحث ریزه کاری هایی دارد که باید در بحث حکمت و علت به آن پرداخت.

خلاصه آنکه، شارع مقدس به علت قابل تشخیص نبودن ملاک ثبوتی، مواردی را که این ملاک در آن وجود ندارد را نیز محکوم به حکم قرار می دهد تا ملاک در موارد وجود ملاک، تحصیل شود.

از سویی دیگر، گاه جعل حکم در مواردی که مشتمل بر ملاک نبوده اشکالی نداشته و تنها بدون ملاک است نه آنکه ملاک عدم داشته باشد. مثلا ملاک جعل حق شفعه، جلوگیری از تضرّر شریک در برخی از موارد فروش حصّه شریک به دیگری بوده و در مواردی که شریک متضرّر نمی شود، ملاکی برای ثبوت حق شفعه یا عدم آن وجود نداشت باشد. در این موارد، حتی وجود ملاک برای ثبوت حق شفعه در موارد اندکی حتی در حدود 5 درصد باعث می شود، شارع در تمام موارد فروش حصّه شریک به دیگری، حق شفعه را جعل کند.

اما در غالب موارد، با جعل حکم، مناطی کنار گذاشته می شود. مثلا با جعل حق شفعه، تحمیلی به خریدار ایجاد شده و حق ذاتی مشتری در خرید مال و تملّک آن و سلطنت ذاتی مشتری بر مال که به قانون عقلایی ثابت است را از او سلب کرده است. پس در این موارد، تزاحم ملاکات وجود دارد. از یک سو، ممکن است خریدار ناباب بوده و باعث تضرّر شریک باشد و از سویی دیگر، ممکن است خریدار متضرّر شده یا نفعی از او سلب شود. در نتیجه با جعل حق شفعه، قانون سلطه تضییق شده و سلطه او بر مالش را نفی می کند. به همین دلیل باید بین متضرّر شدن شریک و تضرّر یا عدم نفع خریدار، مقایسه اتفاق افتاده و ملاحظه کرد کدام یک از این دو بیشتر است. پس صرف وجود تضرّر شریک در موارد اندکی از بیع شریک، باعث نمی شود شارع متضرّر شدن خریدار یا عدم نفع او را تجویز کند و تضرّر باید در حدی باشد که باعث شود شارع عدم انتفاع خریدار یا تضرّر او را نادیده بگیرد.

با این توضیح می توان مدعای مرحوم نائینی را این گونه تقریب کرد: متضرّر شدن شریک به حدّی زیاد نیست که باعث شود شارع حق خریدار و سلطه او بر مالش را نادیده بگیرد و موارد موجود از تضرّر شریک، از نظر عقلایی کافی در جعل حق شفعه نیست. مرحوم نائینی از این بیان نتیجه گرفته: لا ضرر و لا ضرار در کلام پیامبر ص متصل به حکم به شفعه نبوده و روات بین حکم به شفعه و لا ضرر و لا ضرار، جمع کرده اند.

آقای سیستانی در پاسخ می فرماید: لا ضرر می تواند حکمت برای جعل حق شفعه باشد و به همین دلیل قرینه ای بر نفی اتصال لا ضرر به حق شفعه در کلام پیامبر ص، وجود ندارد.

### کثیر بودن تضرّر شریک با بیع شریک

برای بررسی میزان تضرّر شریک ممکن است در بدو امر، گفته شود: خریدار از سه حال خارج نیست یا بهتر از شریک اول است یا مساوی با اوست یا بدتر از اوست. پس موارد تضرّر شریک و عدم تضرّر او مساوی است. اما این تقریب صحیح نبوده و موارد تضرّر بیش از موارد عدم تضرّر است. در توضیح باید گفت:

شرکت گاه مانند شرکت حاصل از ارث، شرکت قهری بوده و گاه مانند توافق بر شراکت، شرکت اختیاری است.

شرکت اختیاری معمولا بین دو رفیق یا حداقل دو آشنا به خصوصیات همدیگر ایجاد می شود که همین رفاقت و آشنا بودن باعث کاهش بسیاری از اختلافات است. اما در مواردی که شریک، سهم خود را به دیگری می فروشد، معمولا شریک بایع با خریدار رفیق نبوده و او را نمی شناسد. همین امر باعث می شود در بیشتر موارد شرکت اختیاری، دو شریک اول بهتر از شریک بایع و خریدار با هم سازگاری و توافق داشته باشند.

در شرکت قهری، اگر بین ورثه اختلاف وجود داشته و نتوانند به نحو مشاع از مال استفاده کنند، اموال را قسمت می کنند. پس جدا نکردن مال، نشانگر سازگاری ورثه و رضایت آنها به شراکت با یکدیگر است و لو این سازگاری به علت اهمیت بقای مال باشد. از سویی دیگر، ورثه یکدیگر را می شناسند و همین باعث می شود سازگاری بیشتری نسبت به دو شخص نا آشنا داشته باشند. پس هر چند شرکت در ابتدا قهری است اما بقاء آن را به اختیار خود پذیرفته اند و تحمیل شریک به شراکت با مشتری و فرد جدید، نوعی ضرر بر اوست.

در نتیجه نوع موارد بیع شریک، ضرر بر شریک بایع است. مرحوم نائینی مدعی بود نه تنها اکثریت نیست، بلکه کثیر نبوده و ندرت دارد. اما به نظر ما در اکثر موارد، شرایط جدید برای شریک بایع بدتر می شود.

### تقدیم حق شریک بر حق خریدار

باید دقت داشت: تنها نباید مصلحت شریک بایع را در نظر گرفت و مصلحت خریدار نیز باید در نظر گرفته شود و ملاحظه کرد مصلحت کدام یک از این دو بالاتر است؟ شاید از نظر عقلایی، سبق حق موجب تقدیم باشد و به همین دلیل، حق شریک بر حق مشتری نزد عقلا مقدّم است. یکی از مثال ها که آقای سیستانی به آن اشاره کرده این است که شارع برای زن، حق در اصل ساختمان ایجاد نکرده زیرا ممکن است زن ازدواج کرده و همسر او با ورود در این خانه، فسادی را بر اهل میراث ایجاد کند. این سوال مطرح است که چرا شارع اهل میراث را مقدم کرده است در حالی که زن نیز حق دارد؟ در پاسخ می توان گفت: اهل میراث سبق داشته و اولویتی عرفی برای آنها وجود دارد.

خلاصه آنکه، هر چند به جهت حق خریدار، به نوعی اقتضا برای عدم جعل شفعه وجود دارد اما جهت عقلایی اقتضا می کند حق شریک ملاحظه شود و در نوع موارد، حقی که از نظر عقلایی تناسب دارد رعایت شده و حکم برای عدم تضرّر او جعل شود، حق شریک بایع است نه حق خریدار. به این مطلب باید دقت داشت که در موارد بیع شریک، به طور متعارف برای بایع، اخذ ثمن اهمیت داشته و مهم نیست از خریدار ثمن را گرفته یا از شریک خود بگیرد. پس شارع با جعل حق شفعه، حقی از بایع را از بین نبرده و در تزاحم حق شریک بایع و خریدار، حق خریدار را به جهت سبق حق، مقدم کرده و حق خریدار را نیز به طور کامل از بین نبرده و حکم به پس دادن ثمن او کرده است.

تأثیر این مباحث در استظهار گیری از روایت بدین صورت است که اگر وجود تضرّر برای شریک بایع، نادر باشد، ظهور دلیل از ذیل بودن از بین می رود اما در صورتی که وجود تضرّر نادر نبوده و کثیر باشد، ذیل می تواند حکمت برای جعل حق شفعه باشد و دیگر قرینه ای برای رفع ید از ظهور دلیل در ذیل بودن، وجود ندارد.

با توضیحات بیان شده روشن شد: برای حکمت، اکثری بودن لازم نبوده و کثرت کفایت می کند و حتی اگر اکثری بودن لازم باشد، حقی که در اکثر موارد باید رعایت شود، حق شریک بایع است.

### تأثیر تضرر موجود در اصل شراکت در مورد بحث

آقای سیستانی در ابتدا می فرماید: متضرّر شدن شریک بایع نادر نیست. ایشان ضمیمه ای را بیان کرده که خود شراکت موجب ضرر است. ایشان می فرماید: «بل نفس الشركة في العين بحد ذاتها أمر يوجب كون الشركاء في معرض الضرر ببغي بعضهم على بعض، كما أشير إليه في الآية الكريمة (وَ إِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَ عَمِلُوا الصّالِحاتِ) بناء على تفسير الخلطاء بالشركاء المختلطة أموالهم كما عن جمع من المفسرين.»[[1]](#footnote-1) ارتباط این ضمیمه به بحث روشن نیست. زیرا بحث این است که بیع موجب تغییر شریک شده است و باید ملاحظه کرد تغییر شریک باعث تضرّر بر بایع می شود؟ اما این که اصل شراکت در معرض تضرّر است، ارتباطی به بحث ما ندارد زیرا اصل شراکت مورد تأیید شارع بوده و در حق شفعه، شراکت پیش از بیع شریک وجود داشته و پس از آن نیز موجود است. اما شارع با جعل حق شفعه، امکان از بین رفتن شراکت را از بین برده است.

می توان ارتباط کلام آقای سیستانی را این گونه توضیح داد که اصل شراکت، ضرر است:

 در جایی که شراکت اختیاری باشد، دو شریک به اختیار خود اقدام به شراکت کرده اند و ضرر، مقدم علیه است. اما در بحث ما، شریک شدن شریک بایع با خریدار، مقدم علیه نبوده و اقدام کننده بایع است و نباید شریک بایع با اقدام بایع، متضرّر شود.

در جایی که شراکت قهری باشد، هر چند در ابتدا شرکت قهری است اما بقاء آن به اختیار شرکاست و از سوی دیگر، راه بهتری وجود نداشته تا شارع این راه را متعیّن کند. بله در برخی از اموال به خاطر شرایط اموال مانند حبوه، شارع ورود کرده و اختصاص به ولد اکبر داده است. اما به طور متعارف، تنوع اموال و خصوصیات موجود در ورثه باعث شده بهترین راه، شراکت باشد.

پس در موارد شرکت، یا تضرّر مقدم علیه بوده یا راه بهتری وجود نداشته و به همین دلیل، شارع جلوی این ضرر را نگرفته است اما در موارد بیع شریک، شراکت جدید بین شریک بایع و خریدار مقدم علیه نبوده و راه بهتری نیز وجود دارد.

به عبارتی دیگر، در اصل شرکت زمینه تضرّر برخی از شرکا وجود دارد. در موارد عادی شارع به علت اقدام خود شرکا، ورود نکرده یا راه بهتری وجود نداشته است. پس در شرکت، ایرادی ذاتی وجود دارد که به علت اقدام خود شرکا یا نبود راه بهتر، شارع جلوی آن را نگرفته است. اما در صورتی که معامله ای انجام شود، به علت نبود اقدام و وجود راه بهتر، ایراد تضرّر در اصل شرکت خود را نشان می دهد. پس برای تقریب حکمت جعل حق شفعه، نباید به مقایسه شرکا اکتفا کرد و تضرّر موجود در اصل شرکت در جعل حق شفعه نیز دخالت دارد. به همین دلیل حتی اگر ضرر حاصل از تغییر شریک نادر باشد، اما با ضمیمه تضرّر موجود در اصل شرکت، تضرّر شریک بایع از ندرت خارج بوده و می تواند مصحّح جعل حق شفعه باشد. پس اشاره به تضرّر موجود در اصل شرکت در کلام آقای سیستانی، مطلب صحیحی است.

در نتیجه، اشکال مرحوم نائینی وارد نبوده و قرینه ای بر نفی اتصال بین حکم به حق شفعه و لا ضرر و لا ضرار وجود ندارد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 49 [↑](#footnote-ref-1)