**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه255 – 20/ 09/ 1398 حدیث هدم الحائط /نقل های قاعده /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث در حدیث هدم حائط از نقل های قاعده لا ضرر بود. این اشکال مطرح شد که تعلیل عدم جواز هدم حائط خصوصی به لا ضرر صحیح نیست. در تصحیح این تعلیل، آقای سیستانی وجود حق برای همسایه در دیوار را فرض کرده ولی به نظر می رسد، ضرر بدون نیاز به فرض وجود حق در دیوار، صادق است.

در ادامه، حدیث قسمت نخل مشترکه از نقل های لا ضرر در منابع عامه طرح شده و ذیل آن صحیحه غنوی درباره شراکت در شتر مطرح شده و درباره توجیه صحیحه غنوی بحث خواهد شد.

## وجه تعلیل حدیث هدم حائط به لا ضرر

بحث درباره حدیث هدم حائط بود. در ذیل روایت وارد شده، شخص حق ندارد دیوار خصوصی حائل بین خانه خود و همسایه را به جهت اضرار به همسایه تخریب کند و در صورت تخریب، تکلیف به ساخت آن می شود. این اشکال مطرح شد که چگونه این حکم با قاعده تطبیق شده و چگونه لا ضرر و لا ضرار، می تواند تعلیل بر این حکم باشد؟

آقای سیستانی در پاسخ دو وجه، بیان کرده که در وجه اول با توجه به مشابهات، حکم را از غریب بودن و مستنکر بودن خارج می داند. همانگونه که بیان شد، وجه اول نمی تواند موجب توجیه تعلیل به لا ضرر شود.

### پاسخ آقای سیستانی: حق داشتن همسایه نسبت به دیوار

آقای سیستانی وجه دومی را که ناظر به هر دو اشکال است، بیان کرده و می فرماید: اشکال در فرضی است که جدار ملک خصوصی بوده و همسایه نسبت به آن حقی نداشته است. اما قرائن موجود در روایت مقتضی این است که همسایه نسبت به دیوار حق داشته است. شاهد بر حق داشتن همسایه این است که در صورت حق نداشتن، اضرار صدق نکرده و صدق اضرار متوقف بر ذی حق بودن همسایه است. پس بیان «اضرارا بجاره» در سوال، کاشف از وجود حق برای همسایه در دیوار است. آقای سیستانی «لغیر حاجه منه الی هدمه» در کلام سائل را منافی با این برداشت نداشته و آن را حمل بر تعارض دو ضرر می کند به این نحو که اگر خراب کننده حاجتی در هدم دیوار داشته باشد مثل آنکه دیوار در حال سقوط بوده یا منزل او را تنگ کرده است، بقای دیوار ضرر بر او بوده و شارع از باب تعارض ضررین اجازه تخریب دیوار را داده است. اما در صورتی که تنها انگیزه شخص از تخریب دیوار، ضرر به همسایه باشد تعارض ضررین وجود نداشته و ضرر صرف به همسایه است و به همین دلیل جایز نیست. آقای سیستانی این معنا را به صاحب جواهر نیز نسبت داده است.[[1]](#footnote-1)

#### اشکال: صدق ضرر حتی با نبود حق در دیوار

به نظر می رسد، لازم نیست حقی برای همسایه وجود داشته باشد تا فعل شخص موجب اضرار به او باشد. یکی از مصادیق اضرار این است که شخص فعلی انجام دهد که مانع استفاده بهینه و صحیح شخص از ملک خصوصی شود. در این فرض نیز همسایه مالک خانه خود بوده و حتی اگر نسبت به دیوار ملکیت و حقی نیز نداشته باشد، تخریب دیوار مانع استفاده بهینه شخص از خانه خود شده و باعث کاسته شدن قیمت ملک او می شود.

بله اگر تخریب دیوار تنها مانع نفع غیر باشد، ضرر به غیر نخواهد بود مثل آنکه شخص با اثبات صلاحیت های خویش، به مدیریت رسیده و جایگزین مدیر سابق می شود. در این مثال، اثبات صلاحیت، باعث بیکار شدن مدیر سابق است اما حرمتی ندارد. یا مثل آنکه، صاحب مغازه ای در حال فروش جنسی بوده و صاحب مغازه نزدیک به آن مغازه، همان جنس را آورده و با شرایط بهتر به مشتریان بفروشد. در این مثال، صاحب مغازه دوم با این کار به صاحب مغازه اول ضرر وارد کرده و بازار او را راکد می کند. اما این اضرار در شرع ممنوع نیست. در یکی از روایات منقول از دعائم، بیان شده بود: ایجاد پنجره که مشرف به خانه همسایه است، ضرر ممنوع است ولی بالابردن دیوار به حدی که مانع ورود نور در خانه همسایه شود، ضرر ممنوع نیست. یکی از مشکلات قاعده لا ضرر، ملاک و ضابطه تشخیص ضرر ممنوع از ضرر غیر ممنوع، است. برخی با تمثیل به موارد ضرر غیر ممنوع و به علت وجود مخصّص های زیاد، قاعده لا ضرر را از صلاحیت استدلال خارج کرده اند.

در مورد بحث، شخص با تخریب دیوار خصوصی باعث از بین رفتن آسایش همسایه شده و مانع استفاده بهینه شخص از خانه خود شده است. همین میزان ضرر به همسایه بوده و لازم نیست همسایه حقی در دیوار داشته باشد تا تخریب دیوار، ضرر به او محسوب شود.

همانگونه که بیان شد، فارق بین ضرر ممنوع و غیر ممنوع و تعیین ملاک و ضابطه آن، یکی از نکات اصلی بحث بوده و باید در شبهات قاعده لا ضرر درباره آن سخن گفت. اما به هر حال، استعمال «اضرارا بجاره» در کلام سائل، نمی تواند منشأ کشف وجود حق برای همسایه در دیوار باشد.

خلاصه آنکه، تخریب دیوار ضرر به همسایه است حتی اگر حقی برای همسایه در دیوار وجود نداشته باشد اعم از آنکه قصد مالک دیوار از تخریب، اضرار بوده یا حاجتی در هدم دیوار وجود داشته باشد. مانند قضیه سمره که انصاری نسبت به نخل حقی نداشته و سمره با عبور بدون اذن، آرامش اهل خانه را از بین برده و موجب ضرر بر آنها شده است. در نتیجه لازم نیست در رتبه سابق، حقی نسبت به دیوار وجود داشته باشد تا بر هدم حائط، ضرر صدق کند.

نتیجه آنکه، بدون نیاز به تصویر وجود حق برای همسایه در دیوار، ضرر صادق است.

#### تفاوت بین قصد اضرار و حاجت به تخریب دیوار

از اشکال بالا روشن شد: مشکل اصلی روایت این نیست که چرا اضرار در جایی که همسایه نسبت به دیوار حق ندارد، تطبیق شده است؟ بلکه نکته اصلی این است که فارق بین قصد اضرار و حاجت به هدم دیوار بدون قصد اضرار چیست که اولی ممنوع بوده و موجب لزوم بازسازی در صورت تخریب است بر خلاف دومی که جایز بوده و تکلیف به ساخت نیز نمی شود در حالی که هر دو موجب تضرّر همسایه هستند؟ در نتیجه، مفهوم جمله محل اشکال است نه منطوق آن. مفهوم جمله این است که تخریب کردن دیوار در صورت نیاز به هدم و بدون قصد اضرار، جایز است و لو موجب تضرّر همسایه شود.

ممکن است یکی از فرق ها این باشد که قصد اضرار از نظر عقلایی در ممنوع بودن تأثیر داشته باشد. بدین صورت که از نظر عقلایی، ضرر مقصود به الاضرار ممنوع بوده و ضرر متحقق به التضرّر بدون قصد، ممنوع نباشد.

ممکن است جواز تخریب در صورت حاجت، از باب تعارض ضررین توجیه شده و گفته شود: در تعارض ضررین، شخص می تواند در ملک خود تصرّف کند هر چند موجب تضرّر غیر شود. همانگونه که در جلسات گذشته بیان شد: لا ضرر در دایره ملکیت تضییق ایجاد کرده و جواز تصرف در ملک و حق سلطه در ملک را محدود به صورتی کرده که موجب ضرر به غیر نشود.

البته ممکن است گفته شود: هر چند دیوار نبودن موجب ضرر و کاهش ارزش ملک غیر است اما دیوار نبودن نتیجه مجموع تخریب دیوار و نساختن دیوار توسط غیر است. در نتیجه، ضرر مستند به فعل خود شخص بوده و مستند به مالک دیوار نیست. ممکن است با توجه به این نکته، روایت را به صورتی حمل کرد که امکان ساخت دیوار برای غیر وجود نداشته و تنها مکانی که دیوار می توان در آن ساخت، محلّ سابق دیوار است.

## حدیث قسمت عین مشترکه

تا اینجا روایاتی نقل شد که در مجامع شیعه وارد شده و از اینجا به بعد، روایاتی که در مصادر عامه وارد شده، نقل می شود. هر چند این روایات از نظر سندی معتبر نیستند، اما برای فهم معنای لا ضرر و تطبیقات آن مفید است. یکی از این روایات، از حجاج بن ارطاه از رجال صادقین ع نقل شده است:

عن الحجاج بن أرطاة أخبرني أبو جعفر أن نخلة كانت بين رجلين فاختصما فيها إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال أحدهما : اشققها نصفين بيني وبينه فقال النبي صلى الله عليه و سلم : لا ضرر في الإسلام يتقاومان فيها[[2]](#footnote-2)

«اشققها» به این معناست که شخص درخواست نصف کردن درخت و در نتیجه از بین بردن آن را داشته است و چون این درخواست ضرر به غیر بوده، حضرت ع دستور به قیمت گذاری داده است. « يتقاومان» به این معناست که درخت بر هر دو قیمت گذاری شده و یکی از دو شریک، درخت را برداشته و سهم دیگری را پرداخت می کند یا درخت به دیگری فروخته شده و ثمن آن قسمت می شود.

### مشابهت روایت با صحیحه غنوی

آقای سیستانی بیان می کند: این حکم موافق قاعده بوده و فقها نیز مطابق آن فتوا داده و به لا ضرر تعلیل کرده اند. شبیه به این مطلب در صحیح غنوی در کافی وارد شده است. در این روایت، شخصی شتر بیماری را به ده درهم خریداری کرده و شخص دیگری به دو درهم، با مشتری شریک شده و متقاضی سر و پوست شتر است. پس از خرید، بیماری شتر خوب شده و قیمت آن افزایش یافته است. مشتری به شریک می گوید: در قبال دو درهمی که پرداخت کردی، یک پنجم قیمت شتر متعلق به توست. اما شریک می گوید: من تنها سر و پوست شتر را می خواهم. حضرت ع می فرماید: مجبور کردن به نحر شتر، ضرار به او بوده و حق شریک همان یک پنجم است.[[3]](#footnote-3)

#### آقای سیستانی: توجیه صحیحه غنوی با شرط مالکی

آقای سیستانی درباره مفاد روایت، بیان کرده: شریک به میزان دو درهم (ِیک پنجم) در شتر شریک شده و در ضمن عقد این شرط را کرده که در صورت نحر شتر، حق شریک از سر و پوست شتر پرداخت شود. به این علت که نحر شدن مفروغ عنه بوده، شرط تنها ناظر به این فرض بوده و نظارتی به صورت خوب شدن شتر و نحر نکردن، نداشته اند. پس شریک ملکیت مطلقه ای نسبت به یک پنجم شتر داشته و در کنار ملکیت مطلقه، شرط پرداخت سر و پوست در صورت نحر کرده است. پس از خوب شدن شتر، ملکیت یک پنجم باقی بوده و دیگر نحری اتفاق نخواهد افتاد به همین دلیل، پرداخت یک پنجم از قیمت شتر، موجب تأمین حق شریک خواهد بود.

ارتکاز عقلایی نیز مطابق همین صورت بوده و از نظر عقلا، نسبت به یک پنجم شریک است. مانند آپارتمان ها که مالکان، نسبت به زمین ملکیت مشاع داشته و نسبت به ساختمان، هر یک ملکیت مجزایی دارند. امکان دارد قیمت زمین در صورت وجود بنا، کمتر از زمین خالی باشد و با وقوع زلزله و تخریب بنا، قیمت زمین افزایش پیدا کند. در این فرض، مالکان در این زمین شریک بوده و افزایش قیمت، برای تمام مالکان خواهد بود. حتی می توان این گونه تصویر کرد که دو نفر در زمینی مشاع، به صورت مجزا ساختمان ساخته اند و هر یک نسبت به ساختمان خود، حق مختص دارند. اما زمین از اشاعه خارج نشده هر چند هر یک از این دو نفر، تنها از زمین زیر ساختمان خود بهره بردای می کنند.

##### اشکال: امکان توجیه با شرط عقلایی

آقای سیستانی، روایت را با شرط مالکی تصحیح کرده اما به نظر می رسد، در این موارد شرط عقلایی وجود داشته و هر چند طرفین برخی از صور را تصور نکرده و به تبع در قصد و غرض اخذ نکرده اند، اما به نظر عقلایی در این صورت، شراکت در اصل ملک وجود دارد. مثل آنکه، با پرداخت پول خانه توسط دو نفر، از نظر عقلایی این دو نفر در اصل خانه به میزان ثمن پرداختی شریک هستند هر چند در فرض خاصی، ملکیت را در قالب خاص، تقسیم کرده و مفروز کرده باشند. در غیر این صورت خاص، همان نظر عقلایی وجود داشته و شراکت این دو نفر، اثبات می شود. پس در مورد روایت، نحر به علت بیماری مفروغ عنه بوده و به نحو شرط وجوب اخذ شده و با این پیش فرض، حق خود را در سر و پوست شرط کرده است. اما شریک ناظر به صورت خوب شدن نبوده و به همین دلیل، از نظر عقلایی در این فرض، شراکت در میزان ثمن پرداختی وجود دارد.

حاج آقای والد می فرمودند: در بسیاری از موارد، شخص در مقام انشاء، تصور تمام صور را ندارد مانند این روایت که عمه شخصی جاریه داشته و شخص به جاریه او علاقه داشته است. شخص برای جلوگیری از گناه، قسم خورد که هیچ گاه این جاریه را مسّ نکند. پس از مدّتی، جاریه به ارث به خود شخص می رسد. امام ع می فرماید: مرد قسم خورده که کنیز را حراما مس نکند و شاید خدا به او رحم کرده باشد.[[4]](#footnote-4) حاج آقای والد می فرماید: شخص در این روایت، تصور امکان مسّ حلال را نداشته زیرا می دانسته عمه، کنیز را به او تملیک یا تحلیل نکرده و پولی نیز برای خرید نداشته است. پس چون در افق ذهن، مسّ را منحصر در مسّ حرام می دانسته، «ان لا یمسّها» را مقید نکرده و اگر التفات داشت، مقیّد می کرد. به نظر حاج آقای والد، انشاء به واسطه ذهنیات و تصور شخص، تقیّد قهری پیدا کرده است.

در مورد بحث نیز تصور شریک این بوده که شتر نحر شده و نحر مفروغ عنه است. به همین دلیل، شرط او نظارتی به صورت نحر نشدن و خوب شدن شتر ندارد. البته تعیین ضابطه و تفاوت بین دواعی و شرط، مشکل است که باید در جایگاه خویش مورد بررسی قرار گیرد.

خلاصه آنکه، لازم نیست شرط را مالکی تصویر کرده و گفت: از ابتدا شریک، در یک پنجم شریک شده بوده است. بلکه اشاعه به صورت عقلایی است. بدین صورت که شریک تنها ناظر به صورت نحر بوده و سهم خود را در فرض نحر، افراز کرده است اما نظارتی به صورت خوب شدن شتر و نحر نشدن نداشته است. در این فرض، از نظر عقلایی بین دو شریک شراکت وجود دارد هر چند شریک این صورت را تصویر نکرده است.

1. قاعده لا ضرر و لا ضرار (للسیستانی)؛ ص: 67 [↑](#footnote-ref-1)
2. کنز العمال؛ ج 5، ص: 1007 [↑](#footnote-ref-2)
3. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج5، ص293.](http://lib.eshia.ir/11005/5/293/مریضا) مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ يَزِيدَ بْنِ إِسْحَاقَ شَعِرٍ عَنْ هَارُونَ بْنِ حَمْزَةَ الْغَنَوِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ شَهِدَ بَعِيراً مَرِيضاً وَ هُوَ يُبَاعُ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَجَاءَ وَ أَشْرَكَ فِيهِ رَجُلًا بِدِرْهَمَيْنِ بِالرَّأْسِ وَ الْجِلْدِ فَقُضِيَ أَنَّ الْبَعِيرَ بَرَأَ فَبَلَغَ ثَمَنُهُ دَنَانِيرَ قَالَ فَقَالَ لِصَاحِبِ الدِّرْهَمَيْنِ خُذْ خُمُسَ مَا بَلَغَ فَأَبَى قَالَ أُرِيدُ الرَّأْسَ وَ الْجِلْدَ فَقَالَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ هَذَا الضِّرَارُ وَ قَدْ أُعْطِيَ حَقَّهُ إِذَا أُعْطِيَ الْخُمُسَ. [↑](#footnote-ref-3)
4. [تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج8، ص301.](http://lib.eshia.ir/10083/8/301/فماتت) عُبَيْسُ بْنُ هِشَامٍ النَّاشِرِيُّ عَنْ ثَابِتٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَعْجَبَتْهُ جَارِيَةُ عَمَّتِهِ فَخَافَ الْإِثْمَ وَ خَافَ أَنْ يُصِيبَهَا حَرَاماً وَ أَعْتَقَ كُلَّ مَمْلُوكٍ لَهُ وَ حَلَفَ بِالْأَيْمَانِ أَنْ لَا يَمَسَّهَا أَبَداً فَمَاتَتْ عَمَّتُهُ فَوَرِثَ الْجَارِيَةَ أَ عَلَيْهِ جُنَاحٌ أَنْ يَطَأَهَا فَقَالَ إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى الْحَرَامِ وَ لَعَلَّ اللَّهَ أَنْ يَكُونَ رَحِمَهُ فَوَرَّثَهُ إِيَّاهَا لِمَا عَلِمَ مِنْ عِفَّتِهِ. [↑](#footnote-ref-4)