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

**جلسه350 – 08/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره تعارض ضررین بود. این مسأله سه صورت دارد. صورت اول، تعارض بین دو ضرر خود مالک باشد. صورت دوم: تعارض بین ضرر دو مالک باشد. صورت سوم: تعارض بین ضرر شخص و اضرار به دیگری باشد. درباره صورت اول، در جلسات گذشته بحث شد. استاد دام ظله از این جلسه وارد بحث از صورت دوم می شوند.

# صورت دوم: توجه ضرر به دو شخص

بحث دوران امر بین ضررین بود. صورت اول این بود که هر دو ضرر متوجه به یک نفر است. صورت دوم این است که دو ضرر به دو شخص متوجه می شود. مثال معروف آن این است که سر گاو یکی داخل در دیگ دیگری شده است. البته صورت مسأله جایی که یکی از این دو، نفس محترمه نباشد. این صورت نیز سه فرع دارد.

فرع اول: عامل ایجاد دوران امر بین ضررین، فعل یکی از دو مالک است.

فرع دوم: فرد سومی دوران امر بین ضررین را ایجاد کرده است.

فرع سوم: عامل طبیعی دوران امر بین ضررین را ایجاد کرده است.

## فرع اول: ایجاد دوران امر بین دو ضرر با فعل یکی از دو مالک

### کلام مرحوم آقای خویی

مرحوم آقای خویی در فرع اول می فرماید: با توجه به دلیل قاعده ید، یکی از دو مالکی که این حالت را ایجاد کرده، باید مال خود را اتلاف کند و تا حد امکان مال غیر را به او ردّ کند و نمی تواند مال دیگری را اتلاف کند و به او مثل یا قیمت بدهد زیرا ضمان به مثل یا قیمت در صورت عدم امکان ردّ عین است و ردّ عین در اینجا ممکن است.[[1]](#footnote-1)

### کلام آقای سیستانی

آقای سیستانی دو عامل جدید را در بحث داخل کرده است:

اول: آیا مالک مال دیگر، و لو به شرط ضمان، اجازه اتلاف مال خودش را می دهد؟

دوم: اگر مالک مال دیگر اجازه اتلاف را بدهد، باید عامل دیگری را نیز در نظر گرفت که آیا اتلاف هر یک از این دو مال مباح است یا یکی مباح است و دیگری محرّم است یا هر دو محرّم است؟

اگر هر دو مباح باشد، تخییر دارد مرتکب یکی از دو ضرر شود. اگر یکی محرّم و دیگری مباح باشد، باید مباح را انجام دهد و اگر هر دو حرام باشد، در صورتی که دو حرام از نظر احتمال و محتمل مساوی باشند، اختیار دارد و در صورتی که مساوی نباشند، اخف محتملا و اضعف احتمالا را انجام می دهد.

اما اگر مالک مال دیگر، اجازه اتلاف را ندهد، باز بحث مباح بودن مطرح می شود. اگر ایقاع ضرر بر مال شخص ایجاد کننده ضرر، مباح باشد باید ضرر را بر مال خود وارد کند. دلیل این مطلب قاعده ید نیست زیرا لازمه تحقق آن به فعل این شخص، در ید بودن جانی نیست بلکه به این دلیل است که عیبی در مال دیگری ایجاد کرده و باید نقص حاصل شده در مال غیر را از بین ببرد. اما در صورتی که ایقاع ضرر بر مال خود جانی محرّم باشد، تزاحم دو محرّم رخ داده و باید قواعد باب تزاحم را جاری کرد.[[2]](#footnote-2)

#### بررسی کلام مرحوم خویی و آقای سیستانی

ممکن است بحثی که در جلسه گذشته بیان شد در زمینه تبعیت حکم وضعی از حکم تکلیفی، ممکن است در برخی از فروع تأثیر گذار باشد که وارد تطبیقات آن نمی شویم.

اما نقطه مشترکی در فرمایش هر دو بزرگوار وجود دارد که بر فرض مباح بودن، واجب است مال خود را اتلاف کند تا مال غیر را به حالت اولیه برگرداند. اما به نظر می رسد دو حالت در اینجا متصوّر است؛

گاه مالکی که این فعل را انجام داده، با علم و آگاهی اقدام به ضرر کرده است و گاه بدون علم و آگاهی است. مثلا شخص تصوّر می کرده قِدر نیز متعلق به خود اوست و برای شوخی یا نمایش سر گاو خود را داخل در قِدر کرده است یا شخص اطلاع نداشته فعل او منجرّ به گیر کردن سر گاو در قِدر می شود. در این موارد هر چند فعل منتسب به اوست اما فعلی است که فاعل نمی داند موجب معیوب شدن قِدر غیر می شود.

در صورت اول که شخص با علم و آگاهی این فعل را انجام داده است، می توان گفت: قاعده لا ضرر موارد اقدام بر ضرر را شامل نیست یا به تعبیر آقای سیستانی مواردی که شارع مقدّس برای جلوگیری از ضرار، ضررهایی را بر ضارّ جعل می کند از تحت لا ضرر خارج است.

اما در صورت دوم که عامل ضرر، اقدام به ضرر نکرده و توجه نداشته که با فعل او این ضرر ایجاد می شود، حکم به وجوب ردّ عین مهما امکن بر شخص، ضرری است و قاعده «لا ضرر» وجوب ردّ عین مهما امکن را رفع می کند. فرض کنید قیمت دو عین با هم تفاوت جدی دارد و دیگ متعلق به دیگری، قیمت ناچیزی دارد و گاو شخص قیمت بالایی دارد. ممکن است گفته شود: در این فرض، می تواند دیگ را نابود کند تا گاو خود را نجات دهد و به غیر مثل یا قیمت دیگ را پرداخت کند.

##### تشبیه مسأله به کشت بدون علم در زمین غیر

شبیه به این مسأله این است که شخص نمی داند زمین متعلّق به غیر است و با تصوّر ملکیّت نسبت به زمین، در زمین کشت کرد. پس از رویش کشت ها برای او معلوم می شود زمین متعلّق به دیگری است. آیا مالک زمین می تواند زارع را مجبور به کندن کشت کند یا زارع می تواند کشت خود را در زمین نگه دارد و پس از درو کردن، خسارت زمین و اجرت المثل آن را به مالک پرداخت کند؟ به خصوص در جایی که زارع وارد است و کشتی که انجام داده، قیمتی است و می تواند درآمد خوبی از زمین به دست آورد و این درآمد در قبال خسارتی که به مالک پرداخت می کند، بسیار بیشتر است.

اگر زارع غاصب بود و با علم ملکیّت زمین برای دیگری در آن اقدام به کشت کرد، می توان گفت: مالک می تواند زارع را اجبار به کندن کشت کند و بر او صبر واجب نیست. دلیل این حکم، «الغاصب یؤخذ باشدّ الاحوال» نیست زیرا دلیل معتبری بر این قضیه وارد نشده است. بلکه به این دلیل است که زارع، اقدام به ضرر کرده است و باید عیب را از مال دیگری برطرف کند هر چند با وارد کردن ضرر به خودش.

اما در جایی که به اشتباه در زمین کشت کرده است، علی القاعده در این موارد می توان گفت: زارع ملزم نیست نزع کشت را قبول کند و می تواند خسارت زمین را به مالک پرداخت کند و مالک به بدل مال خود برسد. از نظر فتوایی باید مراجعه شود و دید آیا فقها نیز به همین صورت فتوا داده اند؟

فرض روشن مسأله را این گونه در نظر بگیرید که مالک نسبت به عین مال انگیزه خاصی ندارد که عقلا آن انگیزه را محترم بدانند هر چند نوع افراد این انگیزه را ندارند. مثل آنکه در مثال قِدر، این قِدر یادگاری پدر شخص است و برای او ارزشمند است هر چند قیمت بالایی نیز ندارد.

بعید به نظر می رسد شخص در صورتی که بدون علم و آگاهی موجب دوران امر بین دو ضرر شده و غیر نسبت به مال خودش انگیزه خاصی ندارد و قیمت مال غیر کمتر از قیمت مال شخص است، ملزم به از بین بردن مال خود برای حفظ مال غیر باشد. بلکه می تواند با پرداخت قیمت یا مثل، ضرر را بر مال خودش متحمّل نشود و مال غیر را برای حفظ مال خودش، اتلاف کند.

باید دقت داشت: در صورتی که تعارض ضررین نباشد، ردّ عین واجب است و در صورت اثبات تعارض ضررین، ردّ عین واجب نخواهد بود.

## فرع دوم: ایجاد دوران امر بین دو ضرر به فعل شخص ثالث

فرع دوم این است که شخص دیگری غیر از دو مالک این حالت را ایجاد کرده است.

### کلام مرحوم آقای خویی

مرحوم آقای خویی بیان می کند: غیر، مخیّر است یکی از این دو مال را اتلاف کند و مثل یا قیمت آن را به مالک آن پرداخت کند و عین مال دیگر را نیز به مالک آن تحویل دهد زیرا با فرض اینکه ردّ عین هر دو مال ممکن نیست، ردّ یکی از دو مال به نحو تخییری لازم است و در مال دیگر، مثل یا قیمت ثابت می شود. البته در دراسات این قید وارد شده است: إلا إذا كان التصرف في أحدهما أكثر عدوانا في نظر العرف فيجب عليه إتلاف الأخر[[3]](#footnote-3)

### کلام آقای سیستانی

آقای سیستانی می فرماید: ظاهرا نمی توان شخص ثالث را به حکم عقل، مخیّر بین اتلاف یکی از دو مال دانست. بلکه باید از هر دو مالک اجازه بگیرد، اگر تنها یکی از دو مالک اجازه داد، باید مال او را اتلاف کند و مثل یا قیمت را به او پرداخت کند و مال مالک دیگر را حفظ کند. اگر هر دو مالک اجازه دادند، از این جهت مخیّر است که ضرر را بر هر یک از این دو وارد کند. ایشان در ادامه درباره صورتی که هیچ یک از دو مالک اذن ندادند، بحث می کنند.[[4]](#footnote-4)

آقای سیستانی در این صورت، مباح بودن یا محرّم بودن را در بحث وارد نکرده است در حالی که همان مباحثی که در فرع دوم درباره مباح بودن و محرّم بودن بیان کردند در این بحث نیز وارد می شود و بین این دو فرع در این خصوصیات تفاوتی وجود ندارد. شاید «من هذه الجهه» در عبارت آقای سیستانی « فلا مانع له من هذه الجهة في إيقاع الضرر على أيهما شاء» اشاره به این مطلب باشد که بحث هایی که در فرع قبل بیان شد، در این فرع نیز جاری است.

آقای سیستانی در ادامه می فرماید: اگر هیچ یک از دو مالک اذن ندادند و هر دو می خواهند عیب موجود در مال آنها از بین برود و مال آنها به حال طبیعی برگردد، در این فرض باید به حاکم شرع رجوع کرد و حاکم نزاع موجود بین دو مالک و ثالث را حلّ می کند. البته حاکم شرع اختیار ندارد که ضرر را به هر یک از این دو وارد کند بلکه حاکم باید با قرعه، تعیین کند ضرر به کدام مال وارد شود و قیمت یا مثل آن را از ثالث بگیرد. پس نفس جانی حق انتخاب ندارد.[[5]](#footnote-5)

ظاهرا رجوع به حاکم در صورتی است که هر دو مالک و جانی، راضی به قرعه نباشند.

#### بررسی کلام آقای سیستانی

به نظر می رسد در اینجا همان بحثی که در فرع قبل مطرح شد، وارد می شود که باید «لا ضرر» را در مسأله داخل کرد. آقای سیستانی فرمود: اگر یکی از این دو اذن داد و دیگری اذن نداد، بر شخص ثالث واجب است مال کسی را که اذن داده، تلف کند و مثل یا قیمت را به او بپردازد و مال مالکی را که اذن نداده، نجات دهد. این بیان آقای سیستانی اطلاق دارد و شامل صورتی که ثالث بدون توجّه و آگاهی این حالت را ایجاد کرده می شود چنانچه موردی که مال مالکی که اذن داده، قیمت بیشتری از مال مالکی که اذن نداده، داشته باشد را نیز شامل است. اما ممکن است گفته شود: در صورتی که شخص ثالث، بدون علم و آگاهی این حالت را ایجاد کرده و مال مالکی که اذن داده، قیمت بیشتری از مال مالکی دارد که اذن نداده، الزام ثالث به اتلاف مال با قیمت بیشتر و پرداخت مثل یا قیمت، ضرر به ثالث است و با «لا ضرر» این ضرر نفی شده است. مثلا شخص ثالث بدون توجه کاری کرد که سر گاو مالک اول داخل در دیگ مالک دوم شد. صاحب گاو می گوید: اذن داری گاو را تلف کنی و قیمت آن را به من پرداخت کنی ولی صاحب دیگ می گوید: باید دیگ من را سالم برگردانی. در این فرض، الزام شخص ثالث به اتلاف گاو و پرداخت قیمت، ضرر بر اوست زیرا باعث می شود ضمان بیشتری بر ذمّه او ثابت شود. پس «لا ضرر» وجوب دفع مال مالکی که اذن نداده را نفی می کند.[[6]](#footnote-6) در نتیجه، لزوم ردّ عین مال به مالک ضرری است و شخص ثالث، می تواند اخف را مرتکب شود و قیمت یا مثل آن را پرداخت کند. بله در صورتی که شخص ثالث با علم و آگاهی این حالت را ایجاد کرده، چون اقدام بر ضرر کرده است، ملزم به اتلاف گاو و پرداخت قیمت آن و آزاد کردن دیگ است.

در صورت عدم آگاهی شخص ثالث، اگر هر دو عین از نظر قیمت مساوی باشند و هیچ یک از دو مالک اذن در اتلاف ندهند، نوبت به قرعه می رسد.[[7]](#footnote-7)

در جلسه آینده فرع سوم که ایجاد این حالت توسط عامل طبیعی است را بحث خواهیم کرد.

1. دراسات في علم الأصول، ج‏3، ص: 530 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 318 [↑](#footnote-ref-2)
3. دراسات في علم الأصول ؛ ج‏3 ؛ ص530 [↑](#footnote-ref-3)
4. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 319 [↑](#footnote-ref-4)
5. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 320 [↑](#footnote-ref-5)
6. سوال: تلف کردن گاو موجب ضرر نیست زیرا ذبح شده گاو نیز قیمت دارد و قابل استفاده است.

   پاسخ: اولا: بین گاو زنده و گاو ذبح شده، به خصوص در گاو شیرده تفاوت قیمت وجود دارد.

   ثانیا: می توان این گونه فرض کرد که فری اوداج اربعه گاه برای اتلاف آن ممکن نیست و باعث اتلاف آن است.

   ثالثا: می توان به جای گاو، سگ شکاری یا سگ پلیس را در نظر گرفت که مرده آن هیچ ارزشی ندارد اما قیمت زنده آن بسیار بالاست. [↑](#footnote-ref-6)
7. همان گونه که در فرع قبل بیان شد، این قید نیز وجود دارد که هیچ یک از دو مال نسبت به دیگری، ارزش شخصی بیشتری برای مالک نداشته باشد. (مقرّر) [↑](#footnote-ref-7)