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

**جلسه352 – 12/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره تعارض ضررین بود. آقای سیستانی برای تعارض ضررین سه صورت را بیان کرد. صورت اول: هر دو ضرر متوجه به یک شخص باشد. صورت دوم: امر دائر بین ضرر یکی از دو شخص باشد. صورت سوم: امر دائر بین تضرّر شخص و اضرار به دیگری باشد. ایشان برای صورت دوم نیز فروعی بیان کرد که در جلسه گذشته درباره فرع سوم که ایجاد ضرر به علت عامل طبیعی باشد، بحث شد که آیا جبران خسارت بر عهده شخصی است که مال او باقیمانده یا باید ضرر تنصیف شود؟

استاد دام ظله این بحث را تکمیل کرده و پس از آن وارد بحث در صورت سوم می شوند.

## دوران امر بین ضرر دو شخص به علت عامل طبیعی

بحث درباره صورتی بود که دوران امر بین ضرر دو شخص به واسطه عامل طبیعی ایجاد شده است. طبیعی است در این فرض باید اقل ضررا را مرتکب شویم و در صورت تساوی دو ضرر، باید مال شخصی را که راضی است اتلاف کنیم و در صورت عدم رضایت هیچ یک، به قرعه و در نهایت حاکم شرع رجوع شود. حال این سوال مطرح است که ضرر را چه کسی باید متحمّل شود؟

 به مشهور نسبت داده شده که کسی که به خاطر او مال دیگر تلف می شود، باید متحمّل تمام ضرر غیر شود. آقای سیستانی فرمود: این مطلب وجهی ندارد و عامل طبیعی هم به گاو و هم به دیگ، ضرر وارد کرده است و فرض آن است که هر دو طرف مطالبه می کنند حالت طبیعی مال آنها برگردد. بنابراین هر دو باید در خسارت وارد شده، شریک باشند و وجهی ندارد یکی از این دو تمام خسارت را متحمّل شود.[[1]](#footnote-1)

محصّل عرض ما این بود که عیبی که به دو مال وارد شده و آنها را از حالت عادی خارج کرده، عامل طبیعی است و هیچ یک از دو طرف در ایجاد این حالت تأثیر نداشته اند و ضمانی متوجه به آنها نیست. بله عامل طبیعی ضرر بالقوه ای به صاحب گاو ایجاد کرده و ضرر بالقوه ای به صاحب دیگ وارد کرده است زیرا می توان با قربانی کردن هر یک از این دو، دیگری را نجات داد. پس از بین بردن دیگ، برای جلوگیری از ضرر بالقوه متوجه به گاو است. در نتیجه باید صاحب گاو هزینه این کار را بپردازد. فرض کنید قِدر یک میلیون تومان ارزش داشته و گاو ده میلیون تومان ارزش داشته باشد. پرداخت تمام ضرر قِدر، باعث جلوگیری از متضرّر شدن صاحب قِدر به میزان یک میلیون تومان است ولی نه میلیون تومان جلوی متضرّر شدن صاحب گاو گرفته شده است. پس سودی که به صاحب گاو رساندیم، بیش از سودی است که به صاحب قِدر رساندیم و جلوی نه میلیون تومان اضرار را گرفتیم. در واقع انتخاب این راه برای جلوگیری از ضرر بیشتر به صاحب گاو است و باید صاحب گاو تمام ضرر متوجه به صاحب قِدر را متوجه شود.

اما این مطلب چنانچه به مشهور نسبت داده شده، مطلق نیست و صور مختلف دیگری نیز دارد:

صورت اول: فرض کنید قیمت گاو و دیگ یک میلیون تومان بود و با قرعه، دیگ را اتلاف کردیم. پرداخت کردن یک میلیون تومان به صاحب دیگ، موجب این می شود که صاحب دیگ هیچ ضرری نکند و صاحب گاو، به طور کامل مال خود را از دست بدهد. به نظر می رسد در این فرض باید قائل به تنصیف شد که باعث می شود جلوی نیمی از ضرر هر یک گرفته شود و برای هر یک به میزان پانصد هزار تومان سود رساندیم و مانع ایجاد ضرر بالقوه هر یک به میزان پانصد هزار تومان شده ایم.

صورت دوم: فرض کنید قیمت گاو ده میلیون تومان و قیمت دیگ، هشت میلیون تومان باشد، در این فرض به نظر می رسد تا سقف نیمی از مال موجود (پنج میلیون تومان) را باید صاحب گاو پرداخت کند. پرداخت پنج میلیون تومان به صاحب قِدر موجب متضرّر شدن صاحب قِدر و صاحب گاو به میزان پنج میلیون تومان است.[[2]](#footnote-2) این مطلب مقتضای قاعده عدل و انصاف و حکم عقلاست.

نتیجه بحث این است که ضرر متوجه شده به کسی که مال او تلف می شود را تا سقف نیمی از منفعت صاحب مال باقیمانده، جبران می کنیم و در این فرض، بیش از ضرر متوجه شده به صاحب مال باقیمانده، ضرری متوجه نشده است.

این نکته نیازمند ضمیمه است که در صورتی که قیمت هر دو مال مساوی باشد (مثلا یک میلیون تومان)، از جهت مالیّت هیچ یک از دو نفر حاضر نمی شوند، مال دیگری تلف شود و میل اولیه هر یک این است که عین مال باقی بماند. پس توجّه خسارت به یکی از دو در این فرض، برای تحصیل سود است. در نتیجه به طور طبیعی باید هر دو از این سود بهره مند شوند و وجهی ندارد تنها به کسی که مال او تلف شده، یک میلیون تومان را پرداخت کنیم. شبیه این بیان نیز در جایی که قیمت مال تلف شده از نصف مال موجود بیشتر باشد، جاری است و نباید بیش از نصف مال موجود به صاحب مال تلف شده، پرداخت شود.

# صورت سوم: دوران امر بین تضرّر شخص و اضرار به دیگری

صورت سوم از صور تعارض ضررین درباره دوران امر بین متضرّر شدن شخص و ضرر زدن به دیگری است که صورت مسأله این گونه طرح شده که تصرّف شخص در مال خودش منشأ ضرر به جارش می شود. آقای سیستانی[[3]](#footnote-3) بحث را به صورت گسترده تر مطرح شده و سه صورت دیگر نیز برای آن بیان کرده است:

صورت اول: تصرّف نکردن مالک در مال خودش، موجب توجّه ضرر به خود اوست.

صورت دوم: تصرّف نکردن مالک در مال خودش، موجب از بین رفتن منفعت اوست.

صورت سوم: تصرّف نکردن مالک در مال خودش، موجب توجّه ضرر و از بین رفتن منفعت نیست.

هر چند آقای سیستانی مسأله را به این سه صورت تعمیم داده است اما استدلالات بیان شده در کلام ایشان، برای هر سه صورت نیست.

آقای سیستانی از مرحوم نائینی نقل می کند که ایشان بحث را اینگونه طرح کرده که آیا قاعده سلطنت مطلقا محکوم قاعده لا ضرر است یا در صورتی قاعده لا ضرر حاکم بر «الناس مسلطون علی اموالهم» است که از عدم سلطنت ضرری متوجه نشود؟

## کلام فاضل سبزواری: ضمان مالک در صورت ایجاد ضرر فاحش به همسایه

آقای سیستانی به تناسب کلامی را از فاضل سبزواری نقل می کنند. فاضل سبزواری در کتاب کفایه از اصحاب نقل کرده که مالک می تواند مطلقا در مال خودش تصرف کند هر چند موجب تضرّر به غیر باشد ولی مرحوم سبزواری این مطلب را نمی پذیرید. عبارت فاضل سبزواری به این نحو است:

المعروف من مذهب الأصحاب أنّ ما ذكر في الحريم للبئر و العين و الحائط و الدار مخصوص بما إذا كان الإحياء في الموات، فيختصّ الحريم بالموات. و أمّا الأملاك فلا يعتبر الحريم فيها، لأنّ الأملاك متعارضة و كلّ واحد من الملاك مسلّط على ماله، له التصرّف فيه كيف شاء. قالوا: فله أن يحفر بئراً في ملكه و إن كان لجاره بئر قريب منها و إن نقص ماء الاولى، و أنّ ذلك مكروه. قالوا: حتّى لو حفر في ملكه بالوعة و فسد به بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان عليه. [[4]](#footnote-4)

ایشان بیان می کند: اصحاب در صورتی که تصرف مالک در مال خودش موجب نقصان مال دیگری و حتی از بین رفتن آن شود، مالک را ضامن نمی دانند. سپس برای آن مثال می زند که شخص خانه خودش که در کنار خانه های مسکونی است را حمام، یا کاروانسرا یا آسیاب یا دکان آهنگری قرار دهد که موجب آزار همسایگان می شود، لأنّ له التصرّف في ملكه كيف شاء.

ایشان در ادامه می فرماید: و يشكل هذا الحكم في صورة تضرّر الجار تضرّراً فاحشاً، نظراً إلى ما تضمّن الأخبار المذكورة عن قريب من نفي الضرر و الإضرار، و هو الحديث المعمول بين الخاصّة و العامّة المستفيض بينهم، به این معنا که در صورتی که بر جار، تضرّر فاحش وارد شود، مشکل است مالک بتواند در مال خودش تصرف کند زیرا «لا ضرر و لا ضرار» وجود دارد و حدیثی است که بین عامه و خاصه مستفیض است و همه بدان عمل کرده اند.

ایشان در ادامه می فرماید: خصوصاً ما تضمّن الأخبار المذكورة من نفي الإضرار الواقع في ملك المضارّ. ظاهرا اشاره به قضیه سمره دارند که موضوع آن این است که سمره در ملک خودش تصرف می کند و مسیر نیز مشترک است و با گذر از مسیر، در نخل خودش تصرّف می کند اما با این حال، «لا ضرر و لا ضرار» شامل آن شده است.

### اشکال صاحب جواهر: تفصیل بین انتساب تصرف در ملک همسایه به مالک و غیر آن

کلام فاضل سبزواری مورد مناقشه صاحب ریاض، صاحب مفتاح الکرامه، شیخ انصاری و دیگران قرار گرفته است که آقای سیستانی کلام صاحب جواهر و شیخ انصاری را نقل می کنند. محصّل کلام صاحب جواهر، تفصیل بین این است که فعل مالک سبب تولیدی در اضرار غیر محسوب شود یا سبب تولیدی محسوب نشود. در صورتی که تصرّف در مال شخص، تصرّف در مال دیگری و فعلی در مال غیر و اتلاف مال غیر تلقّی شود، از آن منع می شود. ایشان می فرماید: قاعده سلطنت تنها تصرّف در مال خود شخص را تجویز کرده و تصرّف در مال دیگری را تجویز نمی کند. پس در صورتی که فعل در مال مالک فعل در مال غیر تلقّی شود، ضمان ثابت است و قاعده سلطنت ضمان را بر نمی دارد. بله در صورتی که تصرف شخص در مال خودش تصرّف در مال دیگری تلقّی نشود، مالک از تصرّف در مال خودش منع نمی شود هر چند مقارن با آن ضرری به مال دیگری وارد شود.[[5]](#footnote-5)

### اشکال مرحوم شیخ: تعارض ضرر مالک و همسایه

شیخ انصاری می فرماید: الأوفق بالقواعد تقدم المالك لان حجر المالك في التصرف في ماله ضرر يعارض بذلك ضرر الغير فيرجع إلى عموم قاعدة السلطنة و نفي الحرج

از عبارت مرحوم شیخ استفاده می شود، منع مالک از تصرّف در مال خودش به طور کلی ضرر است و این ضرر با ضرری که متوجه به غیر است، تعارض می کنند و نمی توان به «لا ضرر» تمسک کرد و باید به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم»، قاعده حرج و این نوع قواعد رجوع کرد.

### کلام آقای سیستانی

آقای سیستانی می فرماید: باید چند مسأله در اینجا مطرح شود.

#### مسأله اول: وجود دلیل عام بر مطلق بودن تصرف مالک

مسأله اول این که آیا دلیل عامی وجود دارد که اجازه تصرف در مال را به صورت مطلق داده شود تا دنبال دلیل معارض بگردیم یا چنین دلیل عامی نداریم که شخص بتواند به طور کلی در مال خودش تصرّف کند؟

برای وجود دلیل عام به دو وجه استدلال شده است:

##### دلیل اول: الناس مسلطون علی اموالهم

در دلیل اول به روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک شده است که صاحب مفتاح الکرامه این روایت را معمول علیه بین مسلمین دانسته و بیان می کند: اخبار ضرار با این خبر معارضه نمی کند و برخی از اخبار ضرر نیز ضعیف السند است. پس اخبار اضرار بر جایی حمل می شود که غرض صاحب مال از تصرّف، تنها اضرار به غیر باشد. در نتیجه، اطلاق قاعده سلطنت اقتضا می کند که مالک بتواند در مالش به هر نحو خواست تصرف کند هر چند مضرّ به ضارّ باشد.

###### اشکال اول به قاعده سلطنت: روایت نبودن یا ضعیف بودن

آقای سیستانی به دو وجه به «الناس مسلطون علی اموالهم» اشکال کرده است.

اشکال اول این است که «الناس مسلطون علی اموالهم» خبر ضعیفی است که به عمل اصحاب نیز ضعف سند آن جبران نشده است. این روایت در هیچ یک از جوامع حدیثی غیر از بحار نقل نشده است و در کتب فقهی نیز شیخ در خلاف آن را نقل کرده و در برخی مصنفات علامه وارد شده و گویا صاحب عوالی اللئالی از علامه اخذ کرده است. بله این مضمون در کلام محقق ثانی بیان شده ولی به روایت بودن آن اشاره نشده است. در کتب مشهور عامه نیز وجود ندارد و در معاجم مفهرس احادیث عامه وارد نشده است و شاید در کتب غیر مشهور عامه این حدیث نقل شده باشد.

بنده در برخی از مباحث به «الناس مسلّطون علی اموالهم» اشاره کردم و طبق تحقیق انجام شده، حتی در کتب غیر مشهور حدیثی عامه نیز وارد نشده است. این مضمون اولین بار در کتاب الام شافعی وارد شده است که شافعی بدون اشاره به روایت بودن، آن را به عنوان قاعده حکایی و عقلایی مطرح کرده است و پس از شافعی تخیّل شده، روایت است. برخی از شراح شافعی نیز برای استدلال بر برخی از مطالب، به این قاعده به عنوان کلام شافعی، استدلال کرده اند به این بیان که شافعی که این قاعده را قبول دارد، علی القاعده نیز این مطلب را پذیرفته است. پس از ایشان، کلام شافعی با کلام نبوی خلط شده است. در خلاف نیز در برخی از موارد، به عنوان روایت نقل شده اما در بیشتر موارد به روایت استناد داده نشده است. در نتیجه، «الناس مسلطون علی اموالهم» اساسا روایت نیست.

###### اشکال دوم به قاعده سلطنت: اطلاق نداشتن «الناس مسلطون علی اموالهم»

آقای سیستانی در اشکال دوم بیان می کند: از «الناس مسلطون علی اموالهم» تنها برداشت می شود مالک در مال خود محجور نیست و در تصرّف نیازمند اذن غیر نیست. اما در بیان جواز تکلیفی و وضعی تمام تصرّفات نیست.

به نظر می رسد «الناس مسلطون علی اموالهم» نمی تواند موردی را که شارع آن را تحریم کرده، شامل شود. بلکه بیان می کند: در صورتی که جواز شرعی کاری ثابت باشد، مالک در مال خودش تسلّط دارد و می تواند هر تصرّفی را انجام دهد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 325 [↑](#footnote-ref-1)
2. مقرّر: بیان استاد دام ظله به این صورت است در حالی که صاحب قِدر سه میلیون متضرّر شده و صاحب گاو پنج میلیون تومان متضرّر شده است. اما شاید مراد این باشد که جلوی متضرّر شدن هر یک از صاحب قِدر و صاحب گاو به میزان پنج میلیون تومان گرفته شده است. [↑](#footnote-ref-2)
3. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 326 [↑](#footnote-ref-3)
4. كفاية الأحكام؛ ج‌2، ص: 556 [↑](#footnote-ref-4)
5. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج‌38، ص: 52

و بالجملة فالغرض أن المسألة لم يكن فيها إجماع محقق على جهة الإطلاق فيمكن أن يقال بمنع التصرف في ماله على وجه يترتب عليه الضرر في مال الغير مثلا بتوليدية فعله، بحيث يكون له فعل و تصرف في مال الغير و إتلاف له يتولد من فعله فعل في مال الغير، لا تلف خاصة بلا فعل منه، و خصوصا مع زيادته بفعله عما يحتاج إليه و غلبة ظنه بالسراية، و قاعدة التسلط على المال لا تقتضي جواز ذلك و لا رفع الضمان الحاصل بتوليد فعله.

نعم لو كان تصرفه في ماله لا توليد فيه على الوجه المزبور و إن حصل الضرر مقارنا لذلك لم يمنع منه، و ربما كان فيما ذكرنا سابقا من مسألة الضمان بتأجيج النار في ملكه إشارة إلى ذلك، فلا حظ و تأمل، بل مر لنا في غير ذلك ماله نفع في المقام، و الله العالم. [↑](#footnote-ref-5)