**اصول، جلسه 20: 13/7/۱۳۹۹، استاد سید محمد جواد شبیری**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین

و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

بحث سر این است که آیا مالک می‌تواند در مال خودش هر گونه تصرفی بکند ولو این تصرف باعث ضرر زدن به غیرش بشود. این بحث را آقای سیستانی در چند مرحله دنبال کردند. آیا ذاتاً جوازی داریم که جواز تصرفات مالک را در ملکش به نحو مطلق اثبات کند، یا این‌که اگر بخواهیم قائل به حرمت بشویم، نیازمند به یک دلیل دیگری باشیم. یا این‌که نه، ما چنین دلیلی نداریم.

دلیلی که بر جواز مطلق تصرفات هست یکی به الناس مسلطون علی اموالهم ممکن است تمسک بشود، ایشان اشکال کردند که اوّلاً از جهت سندی این روایت قابل اعتماد نیست، ثانیاً مفادش صرفاً عدم محجوریت مالک هست. اما این‌که در مقام بیان جواز تکلیفی نسبت به جمیع انواع تصرفات نیست. شبیه همین دو اشکال را مرحوم آقای صدر هم مطرح کردند. البته اشکال دوم را خیلی موسع‌تر و با یک طول تفصیل بیشتری بحثش را مطرح کردند، که من به آن تفصیل آقای صدر کاری ندارم.

ولی به نظر می‌رسد که در مورد این اشکال دوم یک موقعی ما می‌خواهیم با الناس مسلطون علی اموالهم اثبات کنیم که یک کاری در مال ذاتاً جایز است، این الناس مسلطون علی اموالهم نمی‌تواند اثبات کند. مثلاً فرض کنید بگوییم که انگورش را بخواهد خمر کند، می‌گوییم این جایز هست به تمسک الناس مسلطون علی اموالهم. چون خمر درست کردن ذاتاً کار حرامی است، الناس مسلطون علی اموالهم در مقام تجویز عمل محرم فی نفسه نیست. اگر نه، عمل ذاتاً محرم نیست، به خاطر حقی که دیگری دارد محرم شده. اینجا الناس مسلطون علی اموالهم می‌خواهد بگوید در این مال غیر از مالک کس دیگری حق ندارد. این هم اضرار به غیر اگر ذاتاً حرام باشد، نه از ناحیة این‌که چون غیر حق دارد. ذاتاً حرام باشد، نمی‌شود با الناس مسلطون علی اموالهم از آن حرمت ذاتی‌اش رفعیت کرد. حرام ذاتی بودن نشانه‌اش این است که اگر خود مالک هم اجازه بدهد، این حرمت برداشته نمی‌شود. ولی اگر نه، ذاتاً حرام نیست، ذاتاً اشکالی ندارد، با الناس مسلطون علی اموالهم ظاهراً می‌شود این را اثبات کرد. این‌که بگوییم اطلاق این روایت قصوری دارد، به نظر تام نمی‌آید.

وجه دوم برای اثبات جواز تصرفات. ماحصلش را عرض می‌کنم. ماحصل وجه دوم این هست که یک شیءای که مملوک هست، لازمة مملوکیتش، می‌گوید ملکیت تامه‌ای که داشته باشد، لازمة مملوکیت جواز مطلق تصرفات هست، تکلیفاً و وضعاً. حالا آقای سیستانی تعبیر می‌کند مندمج است در اعتبار ملکیت. حالا آن تعبیر را تعبیر نکنیم، یک مقدار تعبیری است که در مبانی دیگر هم بشود بحث را دنبال کرد مطرح می‌کنیم. آن این است که ملکیت یک نوع تلازمی دارد، اعتبار ملکیت تلازمی دارد با جواز مطلق تصرفات در ملک. هم تصرفات تکلیفاً هم وضعاً. ایشان می‌فرمایند که نه، مطلب اینجور نیست که اعتبار ملکیت تامه لازمه‌اش جواز مطلق تصرفات باشد. بلکه جواز تصرفات فی الجمله از آن استفاده می‌شود، کما این‌که بعضی از حقوقدان‌ها این مطلب را مطرح کردند و آن هم همین مطلب را تأکید می‌کند را که ما می‌گوییم که اعتبار عقلایی ملکیت در آن جواز مطلق تصرفات درج نشده. در حاشیه تقریرات آقای سیستانی یک سری عبارت‌هایی، ۲-۳ تا عبارت از سنهوری در کتاب مصادر الحق فی الفقه الاسلامی و همچنین در کتاب الوسیطش آورده که من تکه‌هایی از این را می‌خوانم. حالا عبارت‌های مبسوطش را در همین کتاب اصلی و همین مطلبی که آقای سیستانی آورده اکتفا می‌کنم. آن این است که ابتداءً ملکت تام را معنا می‌کند که ملک تام در بعضی از کتاب‌های حقوقی، ملک تام را اینجوری معنا کرده: «الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا و منفعة و استغلالا» تا آخر عبارت.

بعد می‌فرماید که ولی، یک جایی چنین عبارتی دارد، سنهوری از بعضی قوانین حقوقی نقل می‌کند. ولی بعد توضیح می‌دهد که اینجوری نیست که این حقی که برای ملک تام در این، و در مادة قانونی اثبات شده مطلق باشد. «و ليس حق المادة مطلقا ... بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار» به شرطی که به همسایه‌اش ضرر نزند. کما این‌که در یک مادة دیگری این مطلب را تصریح کرده.

«للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه فيعلي حائطه و يبني ما يريده ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا» بعد ضرر فاحش را هم اینجور معنا کرده: «الضرر الفاحش بأنه (ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء، و أما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش)»

و بعد اشاره شده که «يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا.»

در این عبارت‌هایی که هست ابتداء سنهوری مقید کرده حق ملکیت را به عدم اضرار به جار، ولی آن استدلالاتی که آورده، این استدلالات اقتضاء نمی‌کند که مقیّد به مطلق عدم اضرار به جار باشد. عدم اضراری که ضرر فاحش باشد. با آن توضیحی که در مورد ضرر فاحش هم داده این یک قسم خاصی از ضرر را گفته شخص حق ندارد در مال خودش انجام بدهد. این یک شکل تقییدی که در مورد، حق ملکیت تام و لازمة شأن ملک تام را توضیح می‌دهد هست. در کتاب الوسیط، از عبارت‌های الوسیط که دارد، آنجا هم همین بحث ضرر جار را مطرح می‌کند. می‌گوید: «يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا و إذا جاز للمالك أن يطلب من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة فلیس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار» اینجا یک نوع تفصیلی بین مضار مألوفه و مضار غیر مألوفه داده و توضیح داده. و در یک مادة قانون مدنی می‌گوید: «على المالك ألا يغلو في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار.» بعد دارد: «و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها و إنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الأخر، و الغرض الذي خصصت له.»

اینجا دو تا ملاک از این عبارت استفاده می‌شود. یک عبارت این هست که مالک حق دارد آن ضررهایی که متعارف هست در مورد ملک‌ها، با تصرف خودش آن ضررها را متوجه غیر کند. این یک عبارت. یک عبارت دیگر این هست که تا جایی که ضرر، ضرر فاحش نباشد، مالک حق تصرف دارد. اینها دو تا مطلب مختلف هستند. از عبارت‌های سنقوری استفاده می‌شود کأنّ اینها با همدیگر ملازم هست و با همدیگر یکسان هست. در حالی که فرق دارد بین این‌که ما ملاک را ضرر فاحش قرار بدهیم، یا ملاک را. ضررهای مألوفه به آن تصویری که می‌کند، ضرری که طبیعت ملکیت آن ضررها را به دنبال دارد. ممکن است یک ضرر، ضرر مألوف نباشد، ولی ضرر فاحش هم نباشد. بین ضرر مألوف و ضرر فاحش یک حد وسطی هم وجود دارد که این عبارت‌های سنقوری در مورد این‌که چه چیزی را مالک می‌تواند، چه مقدار تصرف می‌کند، اینها با همدیگر تفاوت دارد.

مرحوم آقای صدر اینجا هم بحث را در دو مرحله دنبال کردند. در یک مرحله هم این‌که اگر ما قاعدة لا ضرر را نداشته باشیم حکم مسئله چی است. اینجا بحث‌های مفصلی را مطرح کردند. من می‌خواهم وارد مباحث الاصول، در بحث قواعد اوّلیه به غض نظر از قاعدة لا ضرر که بحث را دنبال می‌کنند، توضیحات مفصلی را می‌دهند و کلامی از محقق عراقی نقل می‌کنند، در آخر بحث ایشان نکته‌ای را متذکر می‌شوند، می‌گویند در این‌که مالک چه مقدار در مال حق سلطنت دارد، باید مراجعه کنیم به مدارک قاعدة سلطنت. ایشان البته اصل قاعدة سلطنت می‌گوید قاعدة صحیحی هست، ولی این قاعدة سلطنت دلیل لفظی ندارد. الناس مسلطون علی اموالهم که به آن تمسک کرده، از جهت سندی و دلالی در آن مناقشه می‌کنند. بعد می‌گویند باید مراجعه بکنیم به مدرک قاعدة سلطنت. در مورد مدرک قاعدة سلطنت می‌گویند مدرک این قاعدة سلطنت سیرة عقلاییه است. و سیرة عقلایی را اینجوری توضیح می‌دهند.

«و لا يبعد أن يقال: إنّ السيرة العقلائيّة تقتضي بحسب الارتكاز التفصيل بين ما لو كان المالك لا يتضرّر بترك حفر البالوعة، أو يتضرّر ضررا يكون مندكّا عرفا في مقابل ضرر الجار، من قبيل مثال لوح السفينة الّذي هو للغير، أو الأرض المستأجرة للزراعة لو أرادها صاحبها بعد انقضاء مدّة الإجارة»

مثال لوح سفینه‌ای که برای غیر باشد که اگر وسط دریا این درخواست می‌کند که لوح سفینه را به من برگردانید، آن متضرر می‌شود سفینه‌اش نابود می‌شود از بین می‌رود. اینجا تضررش، تضرر اگر آن مالک متضرر هم بشود، حق ندارد لوح سفینه‌اش را از دیگری مطالبه کند. یا ارض مستأجره‌ای که شخصی برای زراعت ارض را اجاره کرده، ولی به جهت مشکلی یک مقداری باران دیر آمده، هوا سرد شده، یک هفته‌ای هنوز زراعت به ثمر ننشسته، مدت اجاره منقضی شده. اینجا ولو مالک احیاناً متضرر می‌شود، ولی آن تضرری که مالک در این مدت تا این زراعت برسد متکفل می‌شود این در قبال آن ضرری که مستأجر متوجه‌اش هست این مندک هست، بنابراین مالک حق ندارد مطالبة مالش بکند.

«مثلا: أنّه لو لم يحفر البالوعة لانهدام بيته، ففي الأوّل لا يجوز للمالك التصرّف المضرّ بالآخر، و في الثاني له هذا التصرّف» یک موقعی مالک خودش متضرر می‌شود، این مثالی که ایشان زده از مثال‌های ضرر فاحش است. اگر مالک یک ضرر فاحشی می‌بیند، حالا تعبیر آقای صدر این هست که، مثالش ضرر فاحش هست، ولی خود ضابطه‌ای را که ذکر کردند، ضابطه این هست که اگر مالک ضرری می‌بیند که آن ضرر مندک در ضرر غیر نیست، ضرر قابل توجهی مالک می‌بیند. اگر ضرر قابل توجهی می‌بیند: « أنّه لو لم يحفر البالوعة لانهدام بيته، و ما دام ضرر المالك لم يصل في الضالة إلى مرتبة القطع بالاندكاك بنحو يخرج التصرّف بحسب الارتكاز عن سلطنة المالك يكون الأصل هو الجواز.»

ایشان می‌گوید در جایی که ما یقین داریم که ضرر مالک خیلی کم هست، آنجا مالک حق ندارد که در مالش تصرف کند. ولی تا جایی، تا وقتی که هنوز شک داریم که آیا آن ضرر این مقدار کم هست که مندک هست در ضرر غیر، اینجا مالک حق دارد در مال خودش تصرف کند ولو به این تصرف باعث بشود که به غیر هم ضرری وارد بشود. ایشان بحث را به این شکل مطرح می‌کنند.

بعد که وارد کلام به لحاظ قاعدة لا ضرر می‌شوند و این‌که قاعدة لا ضرر چه اقتضایی در مسئله دارد. یک اشکالاتی بر تمسک به قاعدة لا ضرر برای نفی سلطنت مطرح می‌کنند، اشکال این‌که این قاعده ارفاقیه است، می‌گویند این مطلب درست نیست، آن را توضیح می‌دهند. عمدة مطلب، مطلب دومی هست که ایشان مطرح می‌کنند. ایشان می‌گویند یک ادعایی که اینجا نمی‌شود به قاعدة لا ضرر تمسک کرد، این هست که بین دو تا ضرر معارضه هست. از یک طرف اگر بگوییم که مالک نمی‌تواند در مالش تصرف کند. اوّل یک بحث صغروی مطرح می‌کنند، آن این است که آیا هر گونه حرمان مالک از تصرف در مالش این ضرر بر علیه او هست، یا این‌که در بعضی موارد ضرر هست؟ باید یک فرض زائد و مؤنة زائدی را فرض بکنیم تا آن ضرر متوجه مالک بشود. مثلاً فرض کنیم که اگر چاه نکند آب در خانه‌اش جمع می‌شود و بیتش خراب می‌شود و امثال اینها. این یک بحث هست. بعد ایشان بحث را به این شکل. من چکیدة بحث ایشان را عرض بکنم بد نیست. ایشان بعد بحث را به این شکل مطرح می‌کنند که آیا صغرویاً مجرد حرمان مالک از تصرف ضرر هست یا ضرر نیست؟ ایشان می‌فرمایند: «أمّا البحث في الصغرى: فقد قالوا: إنّ تعارض الضررين إنّما يكون عند فرض تلك المئونة الزائدة بأن يكون عدم حفر البالوعة مستلزما لضرر في الدار، و أمّا مجرّد حرمانه عن التصرّف فليس ضررا، و إنّما هو عدم النّفع. و هذا الكلام صحيح إلاّ أنّ تحقيقه: هو أنّ كون مجرّد الحرمان عن التصرّف ضررا من دون فرض المئونة الزائدة‌ أو لا، يتفرّع على أن نرى في المرتبة السابقة أنّ دائرة الارتكاز العقلائي في مقام إعطاء السلطنة للمالك هل تشمل السلطنة على التصرّف الضرري بالنسبة للجار من دون أن يكون في تركه ضرر غير مندكّ على المالك، أو لا؟ فإن شملت ذلك لم نحتج في مقام تصوير تعارض الضررين إلى تلك المئونة الزائدة، و كان مجرّد منع المالك عن التصرّف في ملكه ضررا عليه، و إلاّ احتجنا إلى تلك المئونة، و قد مضى عند التكلّم على مقتضى القواعد الأوليّة أنّ الارتكاز العقلائي لا يساعد على مثل هذه السلطنة، فصغرى تعارض الضررين إنّما تتمّ عند فرض تلك المئونة الزائدة.»

آقای صدر بحث را به این شکل دنبال می‌کنند، که بحث این‌که آیا اینجا مطلق حرمان مالک از تصرف در مالش ضرر تلقی می‌شود، وابسته به این هست که ما در واقع لازمة عقلایی ملکیت را مطلق تصرفات بدانیم. سلطنة مطلقة بر مال بدانیم. اگر سلطة مطلقة بر مال بدانیم، این سلطة مطلق را اگر کسی سلب کند، این ضرری به مالک متوجه کرده. ولی اگر ما گفتیم لازمة این شیء این نیست که، لازمة ملکیت یک نوع حق مطلق عقلایی در این زمینه نیست، بنابراین وقتی لازمه‌اش این حق عقلایی نباشد اگر قرار باشد ضرری اینجا ما تصویر بکنیم، باید یک مؤنة زائده‌ای را تصویر بکنیم تا بتوانیم ضرر را در اینجا داشته باشیم. این بحثی است که مرحوم آقای صدر اینجا مطرح کردند. بعد وارد بحث کبروی شدند. در بحث کبروی محصّل فرمایشی که ایشان مطرح می‌فرمایند این هست. بحث‌های مفصلی را در مورد بحث کبروی مطرح می‌کنند که مرحوم آقای نایینی می‌گویند که لا ضرر تنها به نسبت تصرف مالک جاری می‌شود و تصرف مالک را محرّم می‌داند. ولی ایشان می‌فرمایند که نه اینجور نیست. و نتیجه‌گیری که در نهایت بحث مطرح می‌کنند این هست.

«و قد تحصّل من كلّ ما ذكرناه: أن مقتضى قاعدة (لا ضرر) هو التفصيل بين ما لو كان ترك الحفر موجبا لضرر على المالك كانهدام بيته مثلا أو لا، فإن لم يكن موجبا لضرر عليه جرت القاعدة في حقّ الجار فقط و لم يجز للمالك حفر البالوعة، و إن كان موجبا لضرر عليه تعارض الإطلاق، و كان مقتضى الأصل هو الجواز، و هذه هي نفس النتيجة التي توصّلنا إليها عند ما تكلّمنا على مقتضى القواعد الأوليّة بغضّ النّظر عن قاعدة (لا ضرر)، فقد تحصّل: أنّ إدخال عامل قاعدة (لا ضرر) و عدم إدخاله لا يغيّر من الموقف شيئا.»

این تفصیلی هست که مرحوم آقای صدر در مسئله وارد کردند. در این بحث یک نکته‌ای را ابتداءً عرض بکنم، آن نکته این است که ما برای این‌که بفهمیم مفاد قاعدة لا ضرر چی است، آن روایت سمرة بن جندب را باید به آن دقت کنیم، ببینیم در روایت سمرة بن جندب چجوری قاعدة لا ضرر پیاده شده. در روایت سمرة بن جندب، سمره استدلالی که می‌کند برای این‌که من می‌توانم در مالم تصرف کنم به قاعدة سلطنت عقلایی دارد تمسک می‌کند. می‌گوید که این نخله برای من هست و من حق دارم در مالم تصرف کنم. تعبیری که در روایت هست، این هست که من نباید برای تصرف در مالم از کس دیگری اجازه بگیرم. به خصوص در بعضی از نقل‌هایش این مطلب خیلی روشن‌تر است از این‌که نقل ابن بکیر عن زراره که در فقیه وارد شده که ما آن را نقل معتبری هم می‌دانستیم این هست که هو مالی، از وقتی پیغمبر به سمره می‌گویند که اجازه بگیر، سمره می‌گوید «لا أفعل هو مالي أدخل عليه و لا أستاذن» تمسک می‌کند چون آن مال من هست و من می‌خواهم بروم سراغ مالم و حق دارم در مالم تصرف کنم. یا در آن مرسلة زرارة، عبد الله بن مسکان عن زراره عن ابی جعفر علیه السلام، آن هم همین مضمون وارد شده. فقال: لا أستأذن في طريقي و هو طريقي إلى عذقي. در واقع سمرة بن جندب تمسکش به این‌که پیغمبر فرمودند اجازه بگیر، سمره در مقام پاسخ به این‌که من اجازه نمی‌خواهم بگیرم، تمسک کرده به قاعدة سلطنت. اینجا به نظر می‌رسد که قاعدة لا ضرر و لا ضرر که بر این مورد تطبیق شده، به یک نحوی این ذی حق بودن سمره و سلطه داشتن سمره نفی شده. که لازمة مالیت. حالا آیا این سلطه نبودن را به چه جهت، این‌که بنابر این روایت، این روایت می‌خواهد بگوید که شخص بر مال خودش اینقدر سلطه‌ای ندارد که باعث بشود بتواند به دیگران ضرر وارد کند. یک چنین مضمونی از این روایت استفاده می‌شود که. حالا آیا این سلطه نداشتن مالک به خاطر این هست که شارع مقدس یک حکم تعبدی اینجا جعل کرده؟ یا اصلاً این یک حکم، حکم عقلایی است. به تعبیر دیگر، حتی اگر ما بخواهیم اینجا لا ضرر را هم تطبیق بکنیم، این مطلب را باید توجه کرد که لا ضرر تطبیقش در مورد سمره به عنوان یک حکم تعبدی است، یا نه لا ضرر همان حکم عقلایی را که تنبیه به یک نکتة عقلایی هست. می‌خواهد بگوید که، لا ضرر می‌خواهد همین را گوشزد کند که، ولو عقلا و به تبع آنها شرع برای مالک حق تصرف در مال جعل کرده است. ولی این حق محدود است. این حق محدود به این است که ضرری به وسیلة آن متوجه مال غیر نشود. تصور می‌کنم که اینجا لا ضرر در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست. نمی‌خواهد بگوید که عقلا یک حق مطلقی در مال قائل هستند، لا ضرر می‌خواهد این حق مطلق را مقید کند. کأنّ یک چیزی عقلا یک حق، نه، خود لا ضرر می‌خواهد محدودة آن حق عقلایی را تعیین کند. به این معنا که بعضی امور هست که بدواً اقتضای یک نوع جواز تصرف، سلطه را دارد. اما این‌که شخصی مالی داشته باشد، ملکیت اقتضاءاً اقتضای یک نوع سلطة مطلقه را دارد. ولی از آن طرف یک سری ارتکازات عقلایی هست، این ارتکازات عقلایی، این ملکیتی که اقتضاء سلطة بر مال دارد، این اقتضاء را کأنّ مانعش می‌شود و نمی‌گذارد که این اقتضاء به فعلیت برسد. در واقع خود لا ضرر می‌خواهد تعیین کند محدودة حق بالفعل عقلایی را. یک حق اقتضائی عقلایی برای مالک وجود دارد. سمره به همان حق اقتضایی می‌خواسته تمسک کند. پیغمبر صلوات الله علیه می‌خواهند بفرمایند که این حق اقتضایی در حدی نیست که بتوانیم به غیر به شما ضرر بزنیم. یک نکته‌ای را هم عرض بکنم، آن این است که، این که من، این نکته‌ای که عرض کردم که مقید است به عدم ضرر زدن، این معنایش این هست که ضرر را با توجه به این‌که حق عقلایی من دارم یا ندارم، نباید ملاحظه کرد. ضرر یک امری هست که لو لا آن ثبوت حق، آن حق عقلایی را مقید می‌کند. آقای صدر تعبیرشان کأنّ این هست که یک حق عقلایی وجود دارد، لا ضرر ممکن است یک حق عقلایی باشد، لا ضرر بیاید آن حق عقلایی را محدود کند. نه، به نظر می‌رسد که این شکلی نیست که یک حق بالفعل عقلایی ما باید تصویر بکنیم، لا ضرر بیاید آن حق بالفعل عقلایی را محدود کند. نه، ضرر بودن و ضرر نبودن تابع آن جهت نیست. یک شخصی که یک حق ضرر، خود نفس. این نکته‌ای که می‌خواهم عرض بکنم این هست، توجه بفرمایید. در قضیة سمره، یک موقعی. یک نکتة دیگری را روی آن تأکید کنم مناسب است. آن این است که این‌که شخصی نتواند در مالش تصرف کند، خود همین یک نوع محدودیتی هست برای تصرف در مال انسان، که ما از تصرّف در مال محروم شدنش، یعنی به نظر می‌رسد در مورد همان سمره یک نحو ضررهایی متوجه سمره هست. خود همین‌که ملزم باشد اجازه بگیرد، یا اجازه گرفتن یا خبر دادن، استیذان را هر جور معنا بکنیم. خبر دادن به آن، این خودش یک نوع محدودیتی هست که این محدودیت یک نوع ضرر تلقی می‌شود. ولی به نظر می‌رسد که این از همان ضررهای مألوفه‌ای که هست که در عبارت سنهوری به آن اشاره شده بود. ما باید فرق بگذاریم. به نظر می‌رسد که متضرر شدن دیگری متفرع بر این نیست که حقی داشته باشد یا حقی نداشته باشد. به هر حال حتی در مواردی که ضرر متعارف طرف می‌بیند، ممکن است ما بگوییم عقلا چنین حقی برای غیر قائل نیستند. ولی متضرر می‌شود. یعنی مالی که اگر در مال خودش تصرف متعارف بکند. این تصرف متعارف باعث می‌شود که دیگری یک محدودیتی در استفاده از اموالش برایش ایجاد بشود. این محدودیتی که در استفادة از اموالش هست، این محدودیت خود همین یک نوع ضرر هست. دیگر لازم نیست، فکر می‌کنم که آن تعبیری که آقای صدر اینجا تعبیر می‌کنند که حتماً باید یک مؤنة زائده‌ای ما در نظر بگیریم، این مؤنة زائده را در نظر گرفتن نه این‌که شخصی نتواند در مال خودش تصرف کند، یک محدودیتی هست. ولی عمدة قضیه‌ای که اینجا هست آن این است که عقلا این جور ضررهای خاص را نه این‌که ضرر نمی‌دانند. عقلا اینها را ضرر می‌دانند، خود تعبیر آقای صدر این هست که مالک متضرر می‌شود ضرر غیر مندک، ولو برایش حق قائل نیستند، ولی اصل تضرر مالک را تصویر کرده. می‌گوید مالک متضرر می‌شود ولی آن ضرر محدودی که گاهی اوقات. فکر می‌کنم اینجا یک مقداری باید بحث ضرر مألوف و ضرر غیر مألوف، و ضرر فاحش و ضرر غیر فاحش و اینها را پایش را باز کرد. آن لا ضرر یک امر عقلایی هست، به نظر می‌رسد. در واقع نسبت به ضرر مألوفی که مالک متوجهش بشود، یعنی در تصرف مال، تصرف به نحو مألوف بکند. یک ضررهای مألوفی متوجه به غیر بشود، این ضررها را هیچ وجهی ندارد که ما بگوییم مالک ممنوع از این ضررهای مألوفه است. خود آن ضررهای مألوفه وجهی ندارد. اما اگر ضررها از حد مألوف گذشت، در جایی که بین یک نوع تعارض دو ضرر اینجا هست، یک موقعی مالک اگر بخواهد ضرر به غیر بزند، در مالش تصرف کند، آن غیر ضرر فاحش می‌بیند. یعنی دوران امر بین ضرر غیر مألوف مالک هست و ضرر فاحش غیر. اینجا به نظر می‌رسد، از عبارت مرحوم آقای صدر اینجور استفاده می‌شود که ولو غیر ضرر فاحش می‌بیند، مالک اگر متضرر می‌شود، ضرر غیر مندک. ضرر مندک و غیر مندکی که آقای صدر تعبیر کرده شاید همین را می‌خواهد ایشان تعبیر بکند. یعنی باید دید که فاصلة بین این دو تا ضررها چی است. اگر ضرری که فاصلة این دو تا ضررها در حدی هست که عقلا با توجه به آن ضرری که به هر یک از اینها متوجه‌اش هست، به آن ضرر غیر توجه نمی‌کنند. این را قدری دقت بفرمایید فردا در موردش بیشتر دقت کنیم ببینیم بحث را به چه شکل ادامه بدهیم.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان