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

**جلسه353 – 13/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در تعارض ضررین بود؛ فرع مطرح شده عبارت از این بود که آیا مالک می تواند در مال خودش تصرفی کند که منجر به ضرر دیگری شود .

آقای سیستانی فرمودند مسأله سه صورت دارد چون گاهی در اثر تصرف مالک به شخص مقابل ضرر وارد میشود و گاهی مانع منفعت وی میشود و گاهی هیچ یک از این دو اتفاق نمی افتد .

# کلام آقای سیستانی در مسأله منجر شدن تصرف مالک به تضرر غیر

بحث در جایی بود که تصرف مالک منجر به تضرر غیر شود؛ آقای سیستانی در چند مرحله بحث را دنبال کردند:

مرحلۀ اول این بود که آیا ذاتاً دلیلی که مثبت اطلاق جواز تصرف مالک باشد وجود دارد و این که اگر بخواهیم قائل به حرمت تصرف شویم نیاز به دلیل دیگری داشته باشیم یا نه؟

## وجه اول: قاعده سلطنت

در مرحلۀ اول به «قاعدۀ الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک شده بود که آقای سیستانی فرمودند این روایت هم سنداً غیر قابل اعتماد است و هم مفادش صرفاً عدم محجوریت مالک است و ناظر به جواز تکلیفی و وضعی انواع تصرفات نیست .[[1]](#footnote-1)

شهید صدر شبیه این دو اشکال را مطرح کردند البته اشکال دوم را با تفصیل بیشتر .

## کلام استاد در مورد قاعده سلطنت

در مورد اشکال دوم باید گفت اگر ما بخواهیم با این قاعده ثابت کنیم ذاتاً کاری جائز است تمسک به این قاعده ناتمام است مثل این که بخواهیم بگوئیم تولید خمر با انگوری که ملک من است ذاتاً بر من جائز است.

اگر بخواهیم با این قاعده بگوئیم در عملی که ذاتاً مباح است، غیر از مالک کسی حقی ندارد، اضرار به غیر اگر ذاتاً حرام باشد نه از باب این که دیگری حق دارد، دیگر نمیتوان به این قاعده تمسک کرد و نشانۀ حرمت ذاتی این است که اگر خود مالک هم اجازه دهد نمیتوان آن عمل را انجام داد.

## وجه دوم: ملازمۀ بین ملکیت تامه و جواز تصرف

وجه دوم برای اثبات جواز تصرفات این است که مملوکیت تامه یک شیء ملازم است با جواز تصرفات در آن . البته آقای سیستانی تعبیر می کنند که جواز تصرف مندمج در مملوکیت تامه است ولی ما اینگونه تعبیر نمیکنیم تا روی مبانی دیگر هم بتوان بحث را دنبال کرد. در واقع اعتبار ملکیت یک نحو تلازم با جواز تکلیفی و وضعی مطلق تصرفات در ملک دارد.

ایشان می فرماید اعتبار عقلائی ملکیت صرفاً جواز فی الجملۀ تصرفات را به دنبال دارد و مؤکد این مطلب این است که برخی حقوقدان ها نیز این مطلب را بیان نموده اند.[[2]](#footnote-2)

### عبارات سنهوری در تقیید قاعدۀ سلطنت

در حاشیۀ تقریرات آقای سیستانی چند عبارت از مصادر الحق فی الفقه الاسلامی عبد الرزاق سنهوری و همچنین از کتاب الوسیط وی آورده که بدان اشاره میکنیم:

ابتداءا ملکیت تامه را این گونه معنا میکند که در برخی کتب حقوقی چنین ذگر شده :

 بعد أن نقل إن المادة 11 من مرشد الحيران عرفته على الوجه الاتي: (الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا و منفعة و استغلالا فينتفع بالعين المملوكة و بغلتها و ثمارها و نتاجها و يتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة.[[3]](#footnote-3)

بعد توضیح میدهد که اینگونه نیست که این حقی که در این مادۀ قانونی اثبات شده مطلق باشد :

 ليس حق المادة مطلقا كما توهم عبارة مرشد الحيران، بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار.

در عبارتی دیگر نیز به این مطلب تصریح میکند:

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

 و عرفت المادة 59 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.

بعد از این اشاره میکند :

يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا.

در عبارات سنهوری ابتدا حق ملکیت را به عدم اضرار به جار مقید کرده است ولی استدلالاتش نشان میدهد مراد از آن قید، ضرر فاحش است نه هر ضرری . این یک شکل تقیید در ملک تام است .

در عبارات الوسیط نیز همین بحث ضرر جار را مطرح میکند:

يخب (یجب) 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 فلبس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار، و في هذا المعنى تقول المادة 807 مدني (1 على المالك ألا يغلو في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار.[[4]](#footnote-4)

در این عبارت بین مضار مألوفه و غیرمألوفه تفصیل میدهد و اینگونه توضیح می دهد :

على المالك ألا يغلو في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار.2 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

از این عبارات دو ملاک استفاده می شود:

1. مالک حق دارد آن ضررهایی که متعارف است را با تصرفش وارد بر غیر کند .
2. تا جایی که ضرر فاحش نباشد، مالک حق تصرف دارد .

این دو ملاک متفاوت است ولی از عبارت سنهوری استفاده میشود که گویا این دو ملاک یکی هستند. طبق تفسیری که برای ضرر مألوفه میکند معنای ضرر مألوفه ضررهایی است که طبیعت ملکیت آن را به دنبال دارد ولی این ضررها می تواند فاحش نباشد لذا بین این دو نوع ضرر حد وسطی وجود دارد.

### کلام شهید صدر در مورد قاعدۀ سلطنت (محدود بودن سلطنت به ضرر مندک)

شهید صدر در اینجا بحث را در دو مرحله دنبال کردند :

یک مرحله این است که اگر لا ضرر نباشد حکم مسأله چیست؟ ایشان در آخر بحث نکته ای را متذکر میشوند که برای تعیین حدود و ثغور حق مالک باید به مدرک قاعدۀ سلطنت مراجعه کرد . البته اصل این قاعده را ایشان پذیرفته است ولی می فرماید دلیل لفظی ندارد و در مورد روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» هم سنداً و هم دلالتاً اشکال میکند .

ایشان می فرماید مدرک این قاعده سیره عقلائی است :

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،[[5]](#footnote-5)

می فرماید اگر صاحب تخته کشتی در وسط دریا تخته اش را مطالبه کند باعث غرق شدن کشتی میشود لذا حق ندارد آن را مطالبه کند یا زمین اجاره ای که مثلا اگر بعلت سردی هوا یا قلت باران هنوز به ثمر ننشسته که در اینجا ولو مالک متضرر میشود ولی این مقدار ضرر در مقابل ضرر مستأجر مندک میشود لذا مالک حق مطالبه ندارد.

و ما لو كان يتضرّر ضررا غير مندكّ كأن يفرض مثلا:

أنّه لو لم يحفر البالوعة لانهدام(لانهدم) بيته، ففي الأوّل لا يجوز للمالك التصرّف المضرّ بالآخر، و في الثاني له هذا التصرّف و ما دام ضرر المالك لم يصل في الضآلة إلى مرتبة القطع بالاندكاك بنحو يخرج التصرّف بحسب الارتكاز عن سلطنة المالك يكون الأصل هو الجواز.‏[[6]](#footnote-6)

مثال ایشان به ضرر فاحش است ولی ضابطه ای که ذکر کردند تفصیل بین ضرر مندک و غیر مندک است. ایشان می فرماید اگر ما یقین داریم ضرر مالک خیلی کم هست مالک حق ندارد در مالش تصرف کند ولی تا زمانی که هنوز شک داریم آیا ضررش مندک است یا نه مالک حق دارد در ملکش تصرف کند ولو باعث تضرر غیر شود .

در مرحلۀ دوم ایشان وارد بحث از مقتضای قاعدۀ لا ضرر میشوند؛ ایشان اشکالاتی به تمسک به لا ضرر برای نفی سلطنت مطرح میکنند به این که این قاعده ارفاقی است و این اشکال را رد میکنند ولی عمده اشکالی است که در ادامه مطرح میکنند به این که تمسک به لا ضرر ممکن نیست چون بین ضررین تعارض است.

ایشان ابتداء یک بحث صغروی مطرح میکنند که آیا منع مالک از تصرف مطلقا ضرر بر وی محسوب می شود یا این که تحقق ضرر یک فرض زائدی میطلبد مثل این که اگر چاه نکند خانه اش خراب میشود .

#### کلام شهید صدر در مورد تعارض ضررین و محدوده سلطنت مالک

چکیدۀ بحث ایشان در ادامه اینست که :

آیا صغرویا مجرد منع مالک از تصرف ضرر است یا نه ؟ ایشان می فرماید :

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 إلّا أنّ تحقيقه: هو أنّ كون مجرّد الحرمان عن التصرّف ضررا من دون فرض المئونة الزائدةأو 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 إلّا 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.[[7]](#footnote-7)

ایشان می فرماید این که منع مالک مطلقا ضرر بر وی محسوب شود وابسته به این است که عقلائیا حق مطلقی برای مالک در تصرف در ملکش وجود داشته باشد ولی اگر عقلائیا سلطۀ مطلقه مالک را قبول نکردیم صغرای ضرر در مورد وی نیاز به مؤونه زائده دارد.

ایشان به تفصیل وارد بحث کبروی شده و کلماتی از مرحوم نائینی مبنی بر این که لا ضرر تنها در حق مالک جاری میشود و تصرف مالک را محرم میکند ولی شهید صدر می فرماید این کلام تمام نیست . محصل فرمایش ایشان در بحث کبروی از این قرار است:

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.[[8]](#footnote-8)

این تفصیلی است که ایشان در مسأله ذکر کردند .

# تذکر چند نکته در شناخت صغرای ضرر

1. برای فهم مفاد قاعدۀ لا ضرر باید به قضیه سمره توجه کرد، در قضیه سمره بن جندب، سمره در واقع به قاعدۀ سلطنت عقلائی تمسک میکند و تعبیر میکند من نباید برای تصرف در مالم از کسی اذن بگیریم؛ در برخی از نقلها این مطلب روشن تر است مثل نقل ابن بکیر از زراره در فقیه که نقل معتبری است :

رَوَى ابْنُ بُكَيْرٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ إِنَّ سَمُرَةَ ابْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَ كَانَ مَنْزِلُ الْأَنْصَارِيِّ فِيهِ الطَّرِيقُ إِلَى الْحَائِطِ فَكَانَ يَأْتِيهِ فَيَدْخُلُ عَلَيْهِ وَ لَا يَسْتَأْذِنُ فَقَالَ إِنَّكَ تَجِي‌ءُ وَ تَدْخُلُ وَ نَحْنُ فِي حَالٍ نَكْرَهُ أَنْ تَرَانَا عَلَيْهِ فَإِذَا جِئْتَ فَاسْتَأْذِنْ حَتَّى نَتَحَرَّزَ ثُمَّ نَأْذَنَ لَكَ وَ تَدْخُلَ قَالَ لَا أَفْعَلُ هُوَ مَالِي أَدْخُلُ عَلَيْهِ وَ لَا أَسْتَأْذِنُ فَأَتَى الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ ص فَشَكَا إِلَيْهِ وَ أَخْبَرَهُ فَبَعَثَ إِلَى سَمُرَةَ فَجَاءَهُ فَقَالَ لَهُ اسْتَأْذِنْ عَلَيْهِ فَأَبَى وَ قَالَ لَهُ مِثْلَ مَا قَالَ لِلْأَنْصَارِيِّ فَعَرَضَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ص أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ بِالثَّمَنِ فَأَبَى عَلَيْهِ وَ جَعَلَ يَزِيدُهُ فَيَأْبَى أَنْ يَبِيعَ فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ص قَالَ لَهُ لَكَ عَذْقٌ فِي الْجَنَّةِ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ ذَلِكَ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْأَنْصَارِيَّ أَنْ يَقْلَعَ النَّخْلَةَ فَيُلْقِيَهَا إِلَيْهِ وَ قَالَ لَا ضَرَرَ وَ لَا إِضْرَارَ.[[9]](#footnote-9)

یا مرسلۀ ابن مسکان از زراره :

عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ بُنْدَارَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: إِنَّ سَمُرَةَ بْنَ جُنْدَبٍ كَانَ لَهُ عَذْقٌ وَ كَانَ طَرِيقُهُ إِلَيْهِ فِي جَوْفِ مَنْزِلِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ فَكَانَ يَجِي‌ءُ وَ يَدْخُلُ إِلَى عَذْقِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الْأَنْصَارِيِّ فَقَالَ لَهُ الْأَنْصَارِيُّ يَا سَمُرَةُ لَا تَزَالُ تُفَاجِئُنَا عَلَى حَالٍ لَا نُحِبُّ أَنْ تُفَاجِئَنَا عَلَيْهَا فَإِذَا دَخَلْتَ فَاسْتَأْذِنْ فَقَالَ لَا أَسْتَأْذِنُ فِي طَرِيقٍ وَ هُوَ طَرِيقِي إِلَى عَذْقِي قَالَ فَشَكَا الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ص فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ص فَأَتَاهُ فَقَالَ لَهُ إِنَّ فُلَاناً قَدْ شَكَاكَ وَ زَعَمَ أَنَّكَ تَمُرُّ عَلَيْهِ وَ عَلَى أَهْلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسْتَأْذِنْ عَلَيْهِ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَدْخُلَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَسْتَأْذِنُ فِي طَرِيقِي إِلَى عَذْقِي فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص خَلِّ عَنْهُ وَ لَكَ مَكَانَهُ عَذْقٌ فِي مَكَانِ كَذَا وَ كَذَا فَقَالَ لَا قَالَ فَلَكَ اثْنَانِ قَالَ لَا أُرِيدُ فَلَمْ يَزَلْ يَزِيدُهُ حَتَّى بَلَغَ عَشَرَةَ أَعْذَاقٍ فَقَالَ لَا قَالَ فَلَكَ عَشَرَةٌ فِي مَكَانِ كَذَا وَ كَذَا فَأَبَى فَقَالَ خَلِّ عَنْهُ وَ لَكَ مَكَانَهُ عَذْقٌ فِي الْجَنَّةِ قَالَ لَا أُرِيدُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ قَالَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ص فَقُلِعَتْ ثُمَّ رُمِيَ بِهَا إِلَيْهِ وَ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ص انْطَلِقْ فَاغْرِسْهَا حَيْثُ شِئْتَ.[[10]](#footnote-10)

در اینجا قاعدۀ لا ضرر که تطبیق بر این مورد شده به نحوی حق سمره و سلطه اش را نفی کرده است و بیان میکند مالک این قدر بر مالش سلطه ندارد که بتواند به دیگران ضرر بزند حال یا از باب حکم تعبدی شارع یا از باب تأیید حکم عقلاء به این معنا که تطبیق لا ضرر بر سمره تعبد است یا تنبیه به همان حکم عقلاء است. تصور بنده این است که لا ضرر در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست و نمیخواهد بگوید حق مطلق عقلائی را شارع مقید کرده است بلکه خود لاضرر محدوده حق عقلائی را تعیین میکند به این معنا که برخی امور بدواً اقتضای یک نوع سلطه و جواز تصرف را دارد مثل این که هر شخصی مالی داشته باشد ، اقتضای سلطه مطلقه را دارد ولی از آن طرف یکی سری ارتکازات عقلائی مانع به فعلیت رسیدن این اقتضاء میشود و نمی گذارد این سلطه فعلی شود و در واقع لا ضرر تعیین کنندۀ حق بالفعل عقلائی است .

1. شهید صدر گویا می فرماید ضرر یعنی زیر پاگذاشتن حق بالفعل عقلائی و لکن به نظر میرسد ضرر را نباید زیرپاگذاشتن حق فعلی تفسیر کرد بلکه باید این گونه در نظر گرفت که لولا ثبوت الحق، این حق عقلائی را مقیّد میکند .

منع مالک از تصرف در ملک، یک نحو محدودیت و محرومیت و ضرر است و به نظر می رسد در مورد سمره نیز ضرری متوجه سمره شده است و نفس لزوم خبر دادن یا اذن گرفتن \_بسته به این که استیذان را چگونه معنا کنیم\_ ضرر بر اوست ولی به نظر میرسد این از همان ضررهای مألوفه ای است که در عبارت سنهوری ذکر شده بود .

خلاصه اینکه متضرر شدن دیگری حتی در جایی که حقی ندارد نیز صادق است مثل این که گاهی اشخاص ضررهای متعارفی را متحمل میشوند که عقلاء هم حقی برایشان قائل نیستند ولی ضرر صادق است مثل این که مالک در مالش تصرف متعارفی میکند که باعث محدودیت غیر میشود و این هم نوعی ضرر است لذا تعبیر شهید صدر که مؤونه زائده ای باید در نظر گرفت به نظر تمام نباشد و لکن عمده این است که عقلاء در مورد این ضررهای خاص با این که آن را ضرر می دانند \_ همانطور که شهید صدر تعبیر میکنند ضرر غیر مندک\_ برای وی حقی قائل نیستند لذا به نظر می رسد باید بحث از ضرر مألوف و فاحش را مطرح کرد . ضرر های مألوفی که که در اثر تصرفهای مألوف و متعارف مالک است وجهی ندارد که مالک را از آن منع کنیم . اگر مالک بخواهد در مالش تصرف غیر مألوف کند و غیر هم ضرر فاحش ببیند، این تصرف ممنوع است و تعبیر شهید صدر به ضرر غیر مندک شاید عبارت اخری همین مطلب باشد که باید دید فاصلۀ این ضررها به حدی است که به یکی از ضررها توجه نکنند .

 تفصیل این بحث را در جلسۀ آینده دنبال میکنیم .

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص: 328 و 329 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص: 329 [↑](#footnote-ref-2)
3. مصادر الحق فی الفقه الاسلامی ج 1 ص 31 تحت عنوان الملك التام [↑](#footnote-ref-3)
4. الوسيط ج 8 ص 557 [↑](#footnote-ref-4)
5. مباحث الأصول، ج‏4، ص: 629 [↑](#footnote-ref-5)
6. مباحث الأصول، ج‏4، ص: 630 [↑](#footnote-ref-6)
7. مباحث الأصول، ج‏4، ص: 630 و 631 [↑](#footnote-ref-7)
8. مباحث الأصول، ج‏4، ص: 632 [↑](#footnote-ref-8)
9. من لا يحضره الفقيه، ج‌3، ص: 233 [↑](#footnote-ref-9)
10. الكافي (ط - الإسلامية)، ج‌5، ص: 294 [↑](#footnote-ref-10)