**اصول، جلسه 21: 14/7/۱۳۹۹، 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

در جلسة قبل کلامی از مرحوم آقای صدر از مباحث الاصول نقل کردیم. ایشان بحثی را در مورد این‌که آیا مطلق حرمان مالک از تصرّف در مالش ضرر هست یا برای ضرر بودن حرمان تصرّف در مال نیاز به یک مؤنة زائدی دارد، این را وابسته به این کردند که عقلا چه مقدار سلطه برای مالک قائل هستند. در مقابلش آیا سلطه‌اش مقید به اضرار به غیر هست، اضرار به غیر نیست و امثال اینها. این بحث را به این وابسته کردند. این بحث ما به گونه‌ای در جلسة قبل بحث را طرح کردیم، باید یک مقداری بحث را، نحوة بیان این شکلی درست نبود، باید تغییر بدهیم. چون امروز، روز آخر هست وارد تفصیل آن بحث نمی‌شوم، اجمالا عرض کنم که به هر حال باید در مورد این‌که ملاک صدق ضرر به چه گونه است، یک تأمل بیشتری بشود و مطالب دیگری هست که باید ضمیمه بشود. فقط من اینجا یک نکته‌ای را ضمیمه بکنم، آن این است که عبارت مرحوم شیخ انصاری موهم این هست که این‌که مالک از تصرّف در مالش منع بشود مطلقا این ضرر هست، اگر مراد ایشان این هست که هیچگونه محدودیتی در استفادة مالک از مالش نباید باشد و الا این داخل در تعارض ضررین و آن بحث‌ها می‌شود، این بر خلاف روایت سمرة بن جندب هست. خود روایت سمرة بن جندب استفاده می‌شود که سمره موظف هست برای جلوگیری از ضرر زدن به غیر اجازه بگیرد. خب اجازه گرفتن سمره خودش یک نوع محدودیت در استفاده از ملکش است. این مقدار محدودیت‌ها را در استفادة از ملک را به هر حال باید مالک متحمل بشود. بعید هم می‌دانم مرحوم شیخ انصاری اینجور چیزها را مرادشان این مقدار توسعه باشد که حتی این موارد را هم می‌گویند مالک اجازه دارد و هیچگونه محدودیتی در اجازة مالک وجود ندارد. در این بحثی که مالک آیا می‌تواند در مالش تصرف کند ولو این تصرف به اضرار غیر بینجامد، نتیجه‌گیری نهایی که در کلام آقای سیستانی هست، نتیجه‌گیری نهایی‌شان این هست که مالک نمی‌تواند در مالش تصرف کند، تصرفی که باعث اضرار به غیر باشد، مگر در صورتی که ترک تصرّف در مال برایش حرجی باشد یا به اضطرار بینجامد که اضطرار هم، یعنی به نحوی باشد که انجام محرمات بر او جایز باشد، اضطرار را به این معنا هم تفسیر می‌فرمایند. بحث را ایشان از مجموع فرمایشات آقای سیستانی استفاده می‌شود که مالک نمی‌تواند تصرّف کند در مالش، تصرّفی که مضر به غیر هست.

نکتة اصلی که ایشان در این بحث تکیه دارند این هست که ایشان دلیل عامی، دلیل مطلقی برای جواز تصرف در مال نمی‌بینند. می‌گویند جواز تصرف در مال، ما یک دلیل مطلقی نداریم. آن دلیلی که از سیرة عقلا، بحث سیرة عقلا را که ایشان مطرح نمی‌کنند. بحث قاعدة سلطنت، اقتضای این‌که شخص بتواند در مالش هر گونه تصرفی را بکند، این قاعدة سلطنت را ایشان قبول ندارند و ما دلیل عامی نداریم که از آن دلیل استفاده بشود که مالک بتواند هر نوع تصرفی در مالش انجام بدهد. از آن طرف اصالة البرائة و قاعدة جواز تصرف در مال می‌گویند، جواز تصرّف مال، جواز تصرف اقتضایی است. یعنی ذاتاً می‌تواند تصرف کند. اینها منافات با ادله‌ای که حرمت اضرار به غیر را اثبات بکند ندارد. ادله‌ای که اضرار به غیر را حرام می‌کند، آنها ازش استفاده می‌شود که تصرّف در مال اگر منشاء اضرار به غیر باشد، این جائز نیست.

نتیجة این بحث این هست که اگر مالک با ترک تصرّفش ضرر زیادی باید متحمل بشود، و آن غیر ضرر کمی می‌خواهد از این تصرّف آن غیر، ضرر کمی متوجه‌اش می‌شود. ولی خودم اگر تصرّف نکنم، مالک اگر تصرف نکند ضرر زیادی باید متحمل بشود. باز هم مالک باید ضرر زیاد را متحمل بشود و در مالش تصرّف نکند، تا این تصرّفش به اضرار کم برای غیر هم نینجامد. مگر در آن حد اینقدر ضرر خود مالک زیاد باشد که حالت اضطرار یا حالت حرج به آنجا بینجامد. این تعبیری که، از مجموع فرمایشات آقای سیستانی استفاده می‌شود. آقای صدر بحث را به این شکل مطرح نمی‌کنند. آقای صدر ولو دلیل لفظی الناس مسلطون علی اموالهم و شبه آن را قبول ندارد، ولی در باب قاعدة سلطنت می‌گوید قاعدة سلطنت یک قاعدة عقلایی هست. قاعدة عقلایی سلطنت را هم به این شکل مطرح می‌کنند. می‌گویند قاعدة سلطنت عقلایی این هست که اگر مالک ترک تصرف مالک ضرری برای مالک نداشته باشد. اصلاً ضرر نداشته باشد. یا این ترک تصرف ضرری برای مالک داشته باشد، ولی این ضررش نسبت به ضرری که غیر از تصرف مالک متوجه‌اش می‌شود مندک هست. اینجا قاعدة سلطنت پیش نمی‌آید. شخص سلطنت ندارد. ولی اگر نه، ضرر متوجه مالک می‌شود. ضرری که مندک در ضرر غیر نیست، اینجا مالک می‌تواند تصرف در مال خودش بکند. بنابراین تصرف مالک در مال خودش تا جایی که این ضرری که متوجه خودش می‌شود مندک در ضرر غیر نباشد، این جایز است. نتیجة فرمایش آقای صدر این هست که اگر ضرری که متوجه مالک هست، ضرر قابل توجهی است، ولی ضرر بیشتری متوجه غیر می‌شود. ولی فاصلة این ضررها هم خیلی نیست. طوری نیست که ما بگوییم که مالک اینجا ضرری نمی‌بیند از ترک تصرف. نه، اگر ضرری که مالک می‌بیند ولو ضرر کمتری باشد. ضرری که از ترک تصرف متوجهش می‌شود ولو ضرر کمتری باشد، و ضرری که متوجه غیر می‌شود ضرر بیشتری باشد، مالک جائز است که سلطه بر مال خودش دارد و مال آن ضرر غیر را می‌تواند تصرف کند و ضرر متوجه غیر بشود. این نتیجه‌گیری که از فرمایش آقای صدر هست.

یک عبارتی آقای سیستانی در تقریراتشان از سنهوری نقل شده. عبارت سنهوری یک مقداری ضابطه‌هایی که در عبارت سنهوری هست، عبارتش هست، یک ضابطة دیگری هست، هم با ضابطة آقای صدر فرق دارد، هم با ضابطة آقای سیستانی فرق دارد. البته به ضابطة آقای صدر نزدیک‌تر باشد. تقریباً تفاوتش با ضابطة آقای صدر خیلی زیاد نیست. البته عبارت‌های سنهوری یک نوع تشویشی در عبارت‌های مختلفش هست. یک ضابطه در آن ذکر نشده.

ضابطة اوّلی که ذکر می‌کند این هست که از یک مادة قانونی آن را نقل 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»

آن چیزی که جواز تصرف مالک را مؤید می‌کند ضرر فاحش هست و ضرر فاحش را هم که تفسیر کرده: «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»

این یک ملاک هست. این ملاک معنایش این هست که اگر ضرر غیر فاحش باشد، مالک می‌تواند در مال خودش تصرف کند. آقای سیستانی در بیانشان این هست که مالک ضرر غیر فاحش را هم در مال نمی‌تواند به غیر بزند.

نکتة دیگری که اینجا هست، این ضابطه‌ای که اینجا ذکر کرده، قید نکرده، ازش استفاده می‌شود ضرر غیر فاحش اگر از تصرف مالک به غیر، ضرری متوجهش بشود، این ضرر، اگر غیر فاحش باشد مانعی ندارد. ولو ترک تصرف برای مالک ضرری نباشد. آقای صدر اگر ترک تصرف برای مالک ضرری نباشد، ایشان می‌فرماید که اینجا مالک حق ندارد تصرف کند. در واقع آن چیزی که باعث می‌شود که مالک بتواند در مالش تصرف بکند، ولو ضرر به غیر بزند، این هست که خودش متضرر نمی‌شود. اگر خودش متضرر بشود می‌تواند در مالش تصرف کند. ولی اگر خودش متضرر نشود باید تصرّف در مالش را انجام ندهد، در مالش تصرف نکند. در حالی در عبارتی که سنهوری نقل می‌کند عبارت این نیست. در جایی که ضرر فاحش به غیر نداشته باشد، ولو این تصرف برای من سودی هم نداشته باشد، منفعتی هم نداشته باشد ولو این تصرّفی که من می‌خواهم بکنم، ترکش برای من ضرر نداشته باشد، باز هم تا وقتی که این تصرف من ضرر فاحشی به غیر نمی‌زند، این لازمة ملکیت این هست که من بتوانم این تصرفات را بکنم. این یک تعبیر هست که در تعبیرات سنهوری وارد شده.

یک تعبیر دیگری در یک مادة قانونی در الوسیط آمده، آن تعبیر یک مقداری فرق دارد. اوّلاً یک تعبیر دارد:

«على المالك ألا يغلو في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار.» این یک تعبیر دارد که البته در بعضی تعبیری که در یک جای دیگری هست: «يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا» آن چیزی که منع کرده این‌که ضرر فاحش را نباید به جا وارد کند. بعد در ذیلش عبارتی که دارد یک مقداری توسعه پیدا کرده.

«و إذا جاز للمالك أن يطلب من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة فلیس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار»

ملاکی که در ذیل هست، می‌گوید که اگر منافع مألوفة، مضرات مألوفه‌ای که در ملک دارد، همسایه باید این مضار مألوفه را تحمل کند. اما اگر مضار غیر مألوفه شد دیگر کأنّ همسایه لازم نیست آنها را تحمل کند. مضار غیر مألوفه این ممنوع است، ولو، در جلسة قبل عرض کردم. مضار غیر مألوفه حتماً ضرر فاحش به آن معنایی که تصویر شده در آن مادة قانونی نیست. ممکن است بعضی مضار غیر مألوفه باشد، ولی فاحش به آن نحوی که هست نباشد. این یک ضابطة دیگری هست که در الوسیط وارد شده. این ضابطة دوم مالک را یک مقداری بیشتر منع می‌کند. با آن ضابطة اوّل فرق دارد.

حالا ببینیم در این بحث چگونه باید مشی کرد. به نظر می‌رسد مضار مألوفه‌ای که هر ملکی دارد، این مضار مألوفه مانعی ندارد که. تصرف یک نوع مضار مألوفه‌ای دارد. اینها را باید همسایه متکفل بشود، و همسایه نمی‌تواند از آن مضار متعارف و معمولی ملک هم بگوید مالک نباید به من این مضار را متوجه من بکند. من فکر می‌کنم آقای سیستانی هم که تعبیر کرده که شخص نمی‌تواند به همسایه‌اش ضرر وارد کند، مرادشان این ضررهای مألوف نیست. بالأخره در همسایگی یک سری محدودیت‌هایی همسایه‌ها نسبت به همدیگر ایجاد می‌کنند. این ضررهای مألوفی که من می‌خواهم ضرر بزنم، یعنی استفادة از ملک من همسایه یک ضررهای متعارفی را مرتکب می‌شود. در حالی که با توضیحاتی که داده در مورد خصوصیات. در خصوصیات ملک و ویژگی‌های مورد و اینها، تفاوت دارد که آن میزان ضرری که، ضرر مألوفه مصداق‌هایش در ملکی، از ملکی تا ملک دیگری تفاوت دارد. فکر می‌کنم آن ضررهای مألوفه و متعارفی که یک ملک دارد، آن ضررها روشن باشد که مانعی ندارد. اصلاً اگر آن ضررهای متعارف، کأنّ قدر متقین الناس مسلطون علی اموالهم این هست که در جایی که تصرف در مال یک سری ضررهای متعارف دارد، این مسلم هست، عقلا مالک را نسبت به مال خودش مسلط می‌دانند و سلطنت برای او قائل هستند. اما اگر از این حد سلطنت گذشت. یک مرحلة دیگر هم شاید روشن باشد که مالک اجازة آن سلطنت‌ها را نداشته باشد. جایی که مالک بخواهد تصرف در مالش بکند و ضرر فاحشی به غیر متوجه می‌شود و به خودش آنچنان ضرری متوجه نمی‌شود. این تعبیری که آقای صدر می‌فرمایند. یا اصلاً ضرر متوجهش نمی‌شود. یا ضرری که متوجهش می‌شود، ضرر اندکی هست، نسبت به آن ضرر فاحشی که آن غیر باید متحمل بشود، عرفاً ضرر را هیچ حساب می‌کنند. به تعبیر آقای صدر مندک تلقی می‌کنند. در این صورت هم به نظر می‌رسد که این شاید روشن باشد که مالک حق یک همچین تصرفاتی که ضرر زیادی به غیر می‌زند، خودش یا اصلاً متضرر نمی‌شود، یا ضرر اندکی متوجهش می‌شود، اینها را حق ندارد.

اما صورتی که مالک ضرری به غیر، یعنی از تصرف مالک غیر متضرر می‌شود. یعنی چند صورت باقی می‌ماند که این چند صورت را باید حکمش بیان بشود. یکی این‌که مالک و غیر هر دو، تصرف مالک در ملکش به غیر ضرر فاحش ایجاد می‌کند. به خود مالک هم ضرر فاحش ایجاد می‌کند، ترک تصرف. این یک صورت. یک صورت این است که تصرف باعث ضرر فاحش به غیر می‌شود. ترک تصرف ضرر فاحش برای مالک ندارد، ولی اینجور هم نیست که ضررش. ضررش هم اینجور هم نیست ضررش مندک باشد. آن هم ضرر زیادی هست، ولی ضرری که مالک باید متکفل بشود کمتر است، در حد ضرر کمتر هست، ولی در حدی هم نیست که عرفاً بگوییم اصلاً مالک کأنّ ضرر ندیده. ضرر دیده، ولی ضرری که کمتر از ضرر فاحشی هست که آن غیر باید متوجه بشود. این دو صورت.

صورت سوم این‌که ضرری که مالک. به غیر ضرر متوجه می‌شود، ضررش هم فاحش نیست، ولی مالک هیچ متضرر نمی‌شود، ولی ضرری متوجه غیر هست، ضرر غیر مألوفه هم هست. ضرر غیر مألوفه‌ای هست که ضرر فاحش هم نیست، ولی مالک هم اصلاً متضرر نمی‌شود. این هم صورت سوم.

صورت چهارم این است که مالک ضرر می‌بیند، ولی ضررش کمتر از ضرری هست که غیر باید متحمل بشود. حالا ضرر غیر فاحش است، یعنی آن ضرر غیر فاحش است، ولی این ضرری که غیر فاحش هست، مالک ضرر کمتری را باید متکفل بشود. ضرر مندک نیست. ضرری نیست که عرفاً نسبت به آن ضرر غیر مندک باشد. ولی ضرری که مالک باید متوجه بشود، کمتر از ضرری هست که از تصرف مال در غیرش متوجه می‌شود.

یک موقعی هست، یک صورت دیگر هم هست که ضرر مساوی، ضرر غیر فاحش است و هر دو مساوی باید ضرر ببینند. از ترک تصرف مالک متضرر می‌شود، ضرراً غیر فاحش. از تصرف غیر متضرر می‌شود، ضررا غیر فاحش. این ضررها هم عرفاً مساوی هستند. تفاوت جدی بینشان نیست. هر چند فاصله‌شان هم اینقدر زیاد بوده، این مساوی هستند.

این صورت‌ها حکمشان چی است؟ شاید بشود گفت در جایی که مالک، فرمایش آقای صدر در جایی که مالک اصلاً متضرر نمی‌شود، حق ضرر زدن به غیر، ضررهای غیر مألوفه را ندارد. حالا ضررهای مألوفه را نه، ولی در مورد ضررهای غیر مألوفه اگر مالک خودش اصلاً متضرر نمی‌شود، یا ضرر بسیار اندکی متوجه مالک می‌شود، اینجا عقلا اجازه نمی‌دهند که مالک به دیگری ضرر بزند. ضرر غیر مألوفه در جایی مالک حق دارد آن ضرر. ولو ضرر فاحش هم نباشد، فاحش بودن آنچنان موضوعیت در اینجا ندارد. اگر ضرری که مالک. مالک اگر اصلاً ضرر متوجهش نشود، این حق ندارد به دیگری ضرر بزند. ضرراً غیر مألوفه. حالا چه آن ضرر غیر مألوفه به اندازة ضرر فاحش باشد، چه به مقدار ضرر فاحش نباشد.

اما جایی که نه، مالک متضرر می‌شود. ولو ضررش هم مندک نیست. ولی آن غیر ضرر فاحشی باید متوجهش بشود. به نظر می‌رسد که اینجا اگر ضرر غیر فاحش باشد، ولو ضرر مالک، ضرر قابل توجهی باشد، ضرر فاحش را نباید به غیر متوجه کند. از تعبیر آقایان. از تعبیر آقای صدر شاید این مطلب برداشت بشود که اگر مالک ضرر زیادی متحمل می‌شود، این حق دارد که با تصرف خودش ضرر فاحش به آن معنایی که معنا شد، آن ضرر را به غیر وارد کند. فکر می‌کنم این عقلایی نباشد که مالک بتواند ضرر فاحش را به غیر وارد کند. بله، اگر ضرر فاحش نباشد، آیا اینجا باید کم و زیاد را در نظر گرفت؟ اگر ضرر مالک کمتر باشد، مالک حق نداشته باشد ضرر بزند، اگر ضرر مالک بیشتر باشد، حق داشته باشد ضرر بزند، یک مقداری نیازمند تأمل هست، مسئلة خیلی واضح نیست که عقلاءً اینجا اجازه ندهند به مالک در تصرف کردن. بنابراین همچنین ادلة شرعیه در حرمت اضرار به غیر آیا اینجور مواردی را که اضرار به غیر حتماً تصرف در مالم که می‌کنم غیر متضرر می‌شود، اضرار به غیر هست، این تصرف در مال من، ولی نه ضرر فاحش آنچنانی. من برای این تصرف در مالم می‌کنم که اگر تصرف نکنم متضرر می‌شوم. آیا اینجاها می‌شود تصرف کرد؟ نمی‌شود تصرف کرد؟ یک مقداری به نظرم بحث، بحث واضحی نیست، باید تأمل کرد که حالا آیا برائت هم، شاید برائت را بشود در اینجاها جاری کرد. آیا آنجا مجرای تمسک به حرمت تصرف غیر هست، همچنان که آقای سیستانی فرمودند، یا ادلة حرمت تصرف از غیر هم از اینجور مواردی که من به این جهت در مال خودم تصرف می‌کنم که از متضرر شدن جلوگیری کنم. این به خصوص در جایی که تضرری که متوجه مالک هست بیشتر از تصرفی باشد که از تصرف در مالم به غیر متوجه می‌شود. این که از بیان آقای سیستانی استفاده می‌شود، اینجا تصرف در مال جائز نیست. به نظرم اینجور نباشد که در جایی که من اگر در مالم تصرف نکنم، تضرر بیشتری نسبت به جایی که اگر تصرف بکنم غیر باید متکفل بشود، باید متکفل بشوم. فکر می‌کنم یک مقداری باید بین زیادتر بودن ضرر و کمتر بودن ضرر تفصیل قائل شد. در جایی که ضررها مساوی باشند، عمده‌اش بحث را در جایی قرار داد که ضررها مساوی باشند. حالا چه ضررهایی که مساوی هستند ضرر فاحش باشد، یا ضرر غیر فاحش باشد، اینها به نظر می‌رسد که محل تأمل هست که در ضررهای مساوی مالک بتواند، آیا مالک می‌تواند در مالش تصرف کند، یا نمی‌تواند در مالش تصرف کند، همچنین به خصوص در جایی که من تصرف در مالم بکنم ضرر فاحش به غیر متوجه بشود. اگر تصرف در مالم نکنم ضرر فاحش به خودم متوجه بشود. اینجاها حکم مسأله چی است؟ شاید نمی‌دانم من باید این مسئله را دقت بیشتری کرد در این‌که چگونه باید در این مسئله مشی کرد.

فکر می‌کنم دیگر بحث‌های لاضرر بحث‌هایش تمام شد، ان‌شاءالله ما بعد از تعطیلات توفیقی باشد بتوانیم خدمت دوستان باشیم. امیدواریم شرایط، شرایطی باشد که حضوری خدمت رفقا برسیم و درس را لااقل با رعایت پروتکل‌های بهداشتی در یک محدودة لااقل بتوانیم برگزار کنیم. ولی حالا ان‌شاءالله بعد از تعطیلات ببینیم بحث به چه شکلی ادامه خواهد داشت.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان