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

**جلسه354 – 14/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره تعارض ضررین بود. صورت سوم این بود که تصرّف مالک موجب تضرّر غیر می شود. این بحث مطرح شد آیا حرمان مالک از تصرّف به صورت مطلق ضرر بر اوست؟

در جلسه گذشته کلام شهید صدر در این باره نقل شد و در این جلسه درباره صور مختلف تصرّف مالکی که موجب ضرر غیر می شود، بحث می شود.

## بررسی ضرر بودن حرمان مالک از تصرّف در مال

در جلسه گذشته کلامی از شهید صدر در مباحث الاصول نقل کردیم. ایشان این بحث را مطرح کردند که آیا مطلق حرمان مالک از تصرّف در مالش ضرر است؟ یا ضرر بودن حرمان مالک از تصرّف در مال، نیازمند مؤونه زائده است؟ ایشان فرمود: پاسخ به این پرسش مبتنی بر این است که عقلا به چه میزان سلطه برای مالک در تصرّف قرار داده اند که آیا از نظر عقلایی، سلطه مالک بر مال مقیّد به اضرار به غیر هست یا نه؟

بحث به گونه ای در جلسه گذشته طرح شد که باید نحوه بیان را تغییر دهیم که در این جلسه تنها به صورت اجمالی بیان می شود. به هر حال باید درباره ملاک صدق ضرر تأمل بیشتری شود و نکاتی به آن ضمیمه شود.

تنها به این نکته اشاره می شود که عبارت شیخ انصاری موهم این مطلب است که منع مالک از تصرّف در مالش به صورت مطلق ضرر است. اگر مراد ایشان این است که هیچ گونه محدودیّتی در استفاده مالک از مالش نباید وجود داشته باشد و در غیر این صورت داخل در تعارض ضررین می شود، این بر خلاف قضیه سمره بن جندب است و از این قضیه استفاده می شود که سمره برای جلوگیری از ضرر زدن به غیر، برای سر زدن به نخل خود باید اجازه بگیرد و الزام سمره به اجازه گرفتن، نوعی محدودیت در استفاده از ملک است و این میزان محدودیت را باید مالک متحمّل شود. بعید به نظر می رسد مراد مرحوم شیخ این مقدار توسعه باشد به این صورت که حتی در این موارد، مالک اجازه در تصرف دارد و هیچ گونه محدودیتی در تصرف مالک وجود ندارد.

### کلام آقای سیستانی: حرمت اضرار مالک به دیگری با تصرّف در مال مگر در صورت حرج و اضطرار

نتیجه گیری نهایی آقای سیستانی در این بحث که آیا مالک می تواند در مالش تصرف کند هر چند این تصرّف موجب اضرار غیر شود؟ این است که مالک نمی تواند در مالش تصرّفی کند که باعث اضرار به غیر باشد مگر در صورتی که ترک تصرّف در مال، موجب حرج یا اضطرار مالک شود. اضطرار نیز باید به نحوی باشد که انجام محرّمات بر شخص حلال می شود.

تکیه اصلی ایشان بر این است که دلیل عامی برای جواز تصرّف مالک در مال وجود ندارد. ایشان بدون اشاره به سیره عقلا، بیان می کنند: قاعده سلطنت اقتضا نمی کند شخص بتواند در مالش هر گونه تصرّفی را انجام دهد و دلیل عامی نیز وجود ندارد که از آن دلیل استفاده شود، مالک می تواند هر نوع تصرّفی در مالش انجام دهد. از طرف دیگر، اصل برائت و قاعده جواز تصرّف در مال نیز تنها دلیل اقتضایی هستند و بیان می کنند: ذاتا تصرّف در مال جایز است و منافات با ادله دالّ بر حرمت اضرار به غیر ندارند. از ادله حرمت اضرار به غیر استفاده می شود اگر تصرّف در مال منشأ اضرار به غیر باشد، این تصرّف جایز نیست. نتیجه بحث این است که اگر مالک با ترک تصرّف ضرر زیادی را متحمّل شود و از تصرّف مالک، ضرر کمی به غیر وارد می شود، باز هم باید مالک ضرر زیاد ار متحمّل شود و در مالش تصرّف نکند تا این تصرّف به اضرار کم غیر منجرّ نشود مگر در حدی ضرر مالک زیاد باشد که حالت اضطرار یا حرج منجر شود.[[1]](#footnote-1)

### کلام شهید صدر: جواز تصرّف مضرّ به غیر در صورت تضرّر غیر مندک مالک از ترک تصرّف

شهید صدر بحث را به این شکل مطرح نکرده است. ایشان هر چند دلیل لفظی «الناس مسلّطون علی اموالهم» و شبه آن را قبول ندارد ولی در باب قاعده سلطنت می فرماید: این قاعده، قاعده عقلایی است. ایشان قاعده عقلایی سلطنت را در دو مورد وارد نمی دانند؛

* ترک تصرّف مالک، ضرری بر مالک نداشته باشد.
* هر چند ترک تصرّف موجب ضرر به مالک است اما ضرر مالک نسبت به ضرر متوجه به غیر، مندکّ باشد.

 اما در صورتی که ضرری متوجه به مالک شود و این ضرر مندکّ در ضرر غیر نباشد، مالک می تواند در مال خودش تصرّف کند. بنابراین تصرّف مالک در مال خودش تا جایی که ضرر متوجه به مالک مندکّ در ضرر غیر نباشد، جایز است. نتیجه فرمایش شهید صدر این است که اگر ضرر متوجه به مالک قابل توجه باشد ولی ضرر بیشتری متوجه غیر شود و فاصله این ضررها نیز به حدی زیاد نیست که گفته شود مالک از ترک تصرّف ضرر نمی بیند، مالک سلطه بر مال خودش دارد و می تواند در مالش تصرّف کند هر چند موجب ضرر غیر شود.

### کلام سنهوری

در تقریرات آقای سیستانی عبارتی از سنهوری نقل شده است.[[2]](#footnote-2) در عبارت سنهوری ضابطه دیگری بیان شده که هم با ضابطه شهید صدر و هم با ضابطه آقای سیستانی متفاوت است هر چند تفاوت آن با ضابطه شهید صدر، زیاد نیست. در عبارات مختلف سنهوری تشویشی وجود دارد و در آن یک ضابطه ذکر نشده است.

#### ضابطه اول: فاحش نبودن ضرر وارد به دیگری

ضابطه اولی که در کلام سنهوری از یک ماده قانونی نقل شده، این است: 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

در این ضابطه، جواز تصرّف مالک به ضرر فاحش مقیّد شده است. ضرر فاحش را نیز اینگونه تعریف کرده است: 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

معنای این ملاک این است که اگر ضرر غیر فاحش باشد، مالک می تواند در مال خودش تصرّف کند. در حالی که در بیان آقای سیستانی، مالک ضرر غیر فاحش را نیز نمی تواند به غیر وارد کند. نکته دیگری که از این عبارت برداشت می شود این است که تصرّف مالک در مالش در صورتی که موجب ضرر غیر فاحش به دیگری شود، جایز است هر چند مالک از ترک تصرّف، متضرّر نشود. شهید صدر بیان کرد: اگر ترک تصرّف برای مالک ضرری نباشد، مالک حق تصرّف ندارد. در نظر ایشان چیزی که باعث می شود که مالک بتواند در مالش تصرّف کند هر چند موجب ضرر به غیر شود، متضرّر شدن مالک است. اما در صورتی که مالک متضرّر نشود، باید تصرّف در مال را ترک کند. در حالی که در عبارت سنهوری، تصرّفی که موجب ضرر غیر فاحش بر غیر شود، جایز دانسته شده است هر چند این تصرّف سودی برای مالک نداشته باشد و ترک آن نیز ضرری بر مالک نداشته باشد.

#### ضابطه دوم: مألوفه بودن ضرر وارد به دیگری

تعبیر دیگری در الوسیط سنهوری از ماده قانونی نقل شده که مقداری با ضابطه بالا متفاوت است: على المالك ألا يغلو في استعماله حقه إلى حد يضر بملك الجار.

تعبیر دیگری در جایی دیگر وجود دارد: 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،

ابتدای عبارت تنها بیان می کند: مالک نباید تصرّفی کند که موجب ضرر فاحش بر جار شود اما در ذیل عبارت، ملاک توسعه پیدا کرده است که همسایه باید مضارّ مألوفه را تحمّل کند و لازم نیست مضارّ غیر مألوفه را تحمّل کند. از این عبارت استفاده می شود، مضارّ غیر مألوفه جایز نیست هر چند ضرر فاحشی نیست که در ماده قانونی قبل، تفسیر شده است. همانگونه که روشن است، امکان دارد برخی مضارّ غیر مألوفه باشد ولی فاحش نباشد. پس این عبارت، ضابطه دیگری غیر از ضابطه قبل، بیان می کند. مالک در ضابطه دوم، بیش از ضابطه اول منع شده است.

حال در این بحث چگونه باید مشی کرد؟

### صورت های واضح

#### صورت اول: لزوم ضرر مألوف از تصرف مالک

روشن به نظر می رسد که تصرّف مالک به هر حال، مضارّ مألوفه ای دارد که همسایه باید این مضارّ را تحمّل کند و نمی تواند از مضارّ متعارف و معمولی ملک نیز از مالک شکایت کند. به نظر می رسد مراد آقای سیستانی نیز که تعبیر کرده شخص نمی تواند به همسایه ضرر وارد کند، ضررهای مألوف نیست. زیرا بالاخره همسایگی موجب محدودیّت نسبت به همدیگر است و همسایه از استفاده مالک از ملکش، متحمّل ضررهای مألوفی می شود. مصداق ضرر مألوف در خصوصیات ملک و ویژگی های مورد نیز با هم متفاوت است. در نتیجه، ضررهای مألوف و متعارفی که ملک دارد، روشن است که مانعی ندارد. گویا قدر متیقن «الناس مسلطون علی اموالهم» این است که عقلا در صورتی که تصرف در مال موجب ضررهای متعارف به دیگری می شود، مالک را مسلّط بر این تصرّف می دانند.

#### صورت دوم: لزوم ضرر فاحش از تصرّف مالک

از طرف مقابل روشن به نظر می رسد صورتی وجود دارد که تصرّف مالک در ملکش جایز نیست. آن صورت این است که از تصرّف مالک، ضرر فاحشی به غیر وارد می شود و مالک از عدم تصرّف، یا ضرر نمی کند یا ضرر متوجه شده به مالک از ترک تصرّف، در مقابل ضرر فاحشی که به غیر وارد می شود اندک است و به تعبیر شهید صدر، ضرر مندک است.

### صورت های مبهم

اما چند صورت باقی می ماند که باید حکم آنها بیان شود:

* تصرّف مالک باعث ضرر فاحش غیر است و ترک تصرّف، موجب ضرر فاحش خود مالک می شود.
* تصرّف مالک باعث ضرر فاحش به غیر می شود و ترک تصرّف، ضرر فاحش به مالک ندارد اما ضرر زیادی دارد که از نظر عرفی مندکّ نمی شود.
* تصرّف مالک موجب ضرر غیر فاحش غیر مألوفه به غیر می شود ولی مالک از ترک تصرّف متضرّر نمی شود.
* تصرّف مالک موجب ضرر غیر فاحش غیر مألوفه به غیر می شود و مالک نیز از ترک تصرّف متضرّر می شود ولی ضرر مالک نسبت به ضرر غیر، مندک نیست هر چند ضرر مالک کمتر از ضرر غیر است.
* تصرّف مالک موجب ضرر غیر فاحش غیر مألوفه به غیر می شود و مالک نیز به همین میزان از ترک تصرّف متضرّر می شود به نحوی که از نظر عرفی، هر دو ضرر مساوی است.

به نظر می رسد در جایی که مالک از ترک تصرّف متضرّر نمی شود یا ضرر بسیار اندکی متوجه به او می شود، از نظر عقلایی حق ندارد به دیگری ضرر غیر مألوفه را وارد کند هر چند ضرر وارد شده به غیر، فاحش نباشد.

اما در صورتی که ضرر مالک از ترک تصرّف، ضرر زیادی است که مندک در ضرر غیر نیست و فاحش نیز محسوب نمی شود ولی ضرر وارد شده به غیر ضرر فاحش است، مالک حق ندارد به غیر، ضرر فاحش را وارد کند هر چند ضرر زیادی از ترک تصرّف، به مالک وارد شود. شاید از تعبیر شهید صدر نیز این مطلب برداشت شود که در صورتی که مالک ضرر زیادی متحمّل شود، حق دارد در مال خودش تصرّف کند هر چند موجب ضرر فاحش به غیر شود. اما از نظر عقلایی این مطلب صحیح نیست و مالک نمی تواند ضرر فاحش را به غیر وارد کند.

در صورتی که ضرر وارد شده به غیر فاحش نباشد و مالک نیز از ترک تصرّف، ضرر زیاد غیر مندکّ متحمّل می شود، آیا از نظر عقلایی باید بین این ضررها مقایسه انجام داد؟

مسأله از نظر عقلایی واضح نیست که عقلا مالک را از تصرّف منع کنند. هم چنین شمول ادله شرعیه در حرمت اضرار به غیر نسبت به این مورد واضح نیست که شخص برای متضرّر نشدن خود، تصرّف می کند و قصد اضرار به غیر ندارد هر چند از این تصرّف، ضرر غیر فاحش به غیر ایجاد می شود.

در نتیجه، حکم عقلا و شمول ادله «لا ضرر» وضوح ندارد و باید تأمل بیشتری در این مسأله انجام گیرد. آیا این مورد از مصادیق تمسک به ادله حرمت تصرّف در مال غیر است چنانچه که آقای سیستانی فرموده یا ادله حرمت تصرّف در مال غیر از مواردی که شخص برای جلوگیری از تضرّر در مال خودش تصرّف می کند، منصرف است و باید در این موارد به برائت تمسک است؟

از بیان آقای سیستانی استفاده می شود در جایی که ضرر وارد شده بر مالک از ترک تصرّف، بیش از ضرر وارد شده به غیر است، مالک حق این تصرّف را ندارد اما بعید نیست در این مورد، تصرّف مالک در ملکش جایز باشد و عمده بحث در جایی است که ضرر مالک و ضرر غیر مساوی باشد اعم از آنکه ضررهای مساوی فاحش باشند یا غیر فاحش. جواز تصرّف مالک در ضررهای مساوی، محل تأمل است به خصوص در جایی که تصرّف مالک، موجب ضرر فاحش به غیر شود و ترک تصرّف موجب ضرر فاحش به خود مالک می شود.

بحث لا ضرر در اینجا به اتمام می رسد. انشاء الله بعد از تعطیلات به توفیق الهی بتوانیم به صورت حضوری و با رعایت پروتکل ها درس را ادامه دهیم.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 330-335 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 330 [↑](#footnote-ref-2)