

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقریرات درس خارج اصول

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدّسی طباطبائی نردوی دامت برکاته

دوره‌ی دوم - سال یازدهم - سال تحصیلی ۹۳-۹۴

جلسه ۲۲ - سه‌شنبه ۹۳/۸/۲۷

فرع چهارم در بحث تعارض ضررین

اگر امر دائر شود بین تضرر شخص مالک یا إضرار به شخص دیگری، تکلیف چیست؟

این فرع شبیه فرع قبلی است با این تفاوت که در مثال گاو و خمره به هر دو طرف ضرر وارد شده بود و به دنبال حکم و راه تخلّص از ضرر وارد شده بودیم، اما در فرع جاری چنین نیست که ضرر بر هر دو وارد شده باشد. علی‌الاجمال فرض آنست که:

اگر شخصی عملی را انجام ندهد، مثلاً تصرفی نکند ضرر می‌بیند و اگر تصرف کند دیگری ضرر می‌بیند. فرضاً: اگر زید در منزل خود حفر چاه نکند به واسطه‌ی جمع شدن آب باران و ... خانه‌اش آسیب می‌بیند و لذا باید بالوعه‌ای حفر کند و در عین حال اگر بالوعه‌ای حفر کند همسایه‌اش ضرر می‌بیند؛ زیرا مثلاً آب بالوعه به خانه‌ی همسایه سرایت می‌کند و منجر به تخریب خانه‌ی همسایه می‌شود.

صور موجود در فرع چهارم

غیر واحد از اصولیون و لعلّ به تبع مرحوم نائینی^۱ برای توضیح این فرع چهار صورت فرض کرده‌اند؛

۱. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، رسالّة فی قاعدة لاضرر (تقریرات خوانساری)، ص ۲۲۴.

... و نحن قبل التکلم فیما أفاده شیخنا الأنصاری تعرّض للصور التي يلزم من تصرف المالك فی ملكه ضرر علی جاره فنقول تارة يكون المالك محتاجا إلى التصرف فی داره بحيث لو لم يحفر فیها بئرا أو بالوعة يتضرر و أخرى لا يتضرر بترك التصرف بل إنما ينتفع بالتصرف و يفوته النفع لو لم يتصرف و ثالثة لا يتضرر و لا ينتفع بالتصرف بل يكون عبثا و لغوا و هذا علی قسمین لأنّه قد يقصد به تضرر الجار و قد لا

۱. تصرف مالک در ملک خود موجب تضرر همسایه‌اش و عدم تصرف مالک موجب تضرر خودش است.
۲. تصرف مالک در ملکش موجب تضرر همسایه است ولی عدم تصرف مالک در ملکش تنها موجب عدم منفعت برای خودش می‌باشد. به عنوان مثال اگر زید طبقه‌ی دوم و سوم و ... را بر ملک خود نسازد ضرری نمی‌کند اما منفعتی از دست می‌دهد و این طبقات را ندارد، اما همسایه او به واسطه‌ی طبقات اضافی متضرر می‌شود و مثلاً آفتاب بر خانه‌اش نمی‌تابد، به گونه‌ای که سکونت در خانه برای او به نحو عادی ممکن نباشد.
۳. تصرف مالک در ملکش موجب تضرر دیگری است و خود مالک ضرری از عدم تصرف نمی‌بیند و منفعتی نیز از دست نمی‌دهد، بلکه نوعی محدودیت در تصرف او ایجاد می‌شود و نمی‌تواند تصرف دلخواه در ملکش را داشته باشد.
۴. تصرف مالک در ملکش موجب تضرر همسایه می‌شود و برای خود مالک نیز هیچ منفعتی ندارد و محدودیت و ضرری برای مالک ایجاد نمی‌کند و مالک با تصرفش تنها قصد ایذاء همسایه را دارد.

بررسی صور چهار گانه

صورت اوّل

تصرف مالک موجب ضرر همسایه و عدم تصرف، موجب ضرر مالک می‌شود. در این صورت از آنجا که نصّی وجود ندارد علما بر اساس استنباط خود آرای مختلفی برگزیده‌اند؛ مثلاً برخی گفته‌اند به مقتضای «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» مالک می‌تواند حفر بالوعه در ملک خود کند هر چند همسایه متضرر می‌شود و به همین بیان اکتفا کرده‌اند.^۱

در مقابل، عده‌ای گفته‌اند^۲ این صورت مورد اعمال قاعده‌ی «الناس مسلطون ...» نیست، بلکه مورد

يقصد ذلك لكونه غافلا.

۱. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۶۸:

... و لا حریم فی الأملاک لتعارضها. و لكلّ واحد أن يتصرّف فی ملكه كيف شاء، و لو تضرّر صاحبه فلا ضمان، فلو جعل ملكه بيت حدّاد أو قصّار أو حمّام علی خلاف العادة فلا منع.

۲. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۵۵۶:

المعروف من مذهب الأصحاب أنّ ما ذكر فی الحریم للبئر و العين و الحائط و الدار مخصوص بما إذا كان الإحياء فی الموات، فيختصّ الحریم بالموات. و أمّا الأملاک فلا يعتبر الحریم فيها، لأنّ الأملاک متعارضة و كلّ واحد من الملاك مسلّط علی ماله، له التصرف فيه كيف

تطبيق قاعدهی لاضرر است؛ زیرا با تصرف مالک در ملکش به همسایه ضرر وارد می‌شود، پس جواز این تصرف برداشته می‌شود.

این استدلال از سوی محققین پاسخ داده شده است که باید به بررسی این پاسخها پرداخت.

پاسخ سید خوبی^۱

در ما نحن فیه تصرف مالک با حفر بالوعه مشمول لاضرر نمی‌شود زیرا؛ طبق تقریری که از لاضرر به عمل آمد، لاضرر ضررهای مستند به شرع را برمی‌دارد و قاعده «الناس مسلطون...» دستور نمی‌دهد که مالک، حفر بالوعه کند بلکه تنها تجویز حفر بالوعه می‌کند. پس ضرر مستند به شارع نیست و شارع نفرموده است حفر کنید، بلکه اراده و تصمیم مالک موجب ضرر به همسایه شده است و ربطی به شارع ندارد و لا محاله مشمول قاعدهی لاضرر نمی‌باشد.

نقد و بررسی پاسخ سید خوبی^۱

نقد این بیان از ما سبق به دست می‌آید؛ زیرا بیان کردیم اگر چیزی عرفاً استناد به شرع داده شود ولو عدم الحکم باشد، چه رسد به آنکه تجویز باشد، با لاضرر برداشته می‌شود و در ما نحن فیه چنین است؛ زیرا شارع سامان دهندهی زندگانی مسلمین است و حرکت و سکون آنها طبق احکام شرع است و همین مقدار که شارع تجویز کند که فرد می‌تواند بالوعه حفر کند، می‌توانیم بگویید عرفاً این ضرر مستند به شارع است؛ زیرا او اذن داده است. بنابراین انصافاً این تجویز و تسلطی که از قاعدهی «الناس مسلطون...» استفاده

شاء. قالوا: فله أن يحفر بئرًا في ملكه و إن كان لجاره بئر قريب منها و إن نقص ماء الأولى، و أن ذلك مكروه.
قالوا: حتى لو حفر في ملكه بالوعة و فسد به بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان عليه. و مثله ما لو أعد داره المحفوف بالمساكن حمامًا، أو خانًا أو طاحونة، أو حانوت حدادٍ أو قصار، لأن له التصرف في ملكه كيف شاء.
و يشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضررًا فاحشًا، نظرًا إلى ما تضمن الأخبار المذكورة عن نفي الضرر و الإضرار، و هو الحديث المعمول بين الخاصة و العامة المستفيض بينهم، خصوصاً ما تضمن الأخبار المذكورة من نفي الإضرار الواقع في ملك المضار.

۱. مصباح الأصول (ط - مؤسسة احیاء الآثار)، ج ۱، ص ۶۵۶:

الوجه الثاني: أن تصرف المالك في ملكه في المقام لا بد من أن يكون له حكم مجعول من قبل الشارع: إما الجواز أو الحرمة، فلا محالة يكون أحدهما خارجاً عن دليل لا ضرر، و لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيكون دليل لا ضرر مجعلاً بالنسبة إليهما، فلا يمكن التمسك بحديث لا ضرر لشيء منهما، فيرجع إلى أصالة البراءة عن الحرمة و يحكم بجواز التصرف.

و فيه: ما تقدم من أن دليل لا ضرر لا يشمل إلا الأحكام الالزامية، لأنه ناظر إلى نفي الضرر من قبل الشارع في عالم التشريع. و الضرر في الأحكام الترخيضية لا يستند إلى الشارع حتى يكون مرتفعاً بحديث لا ضرر، فحرمة الاضرار بالغير تكون مشمولةً لحديث لا ضرر و مرتفعةً به دون الترخيص.

می شود ضرری است و با لاضرر قابل رفع است.

پاسخی دیگر^۱

لاضرر در حق مالک جاری نیست؛ زیرا قبلاً بیان شد که هرگاه جریان لاضرر خلاف امتنان بر مسلمان دیگری باشد جاری نمی شود و در ما نحن فیه گرچه جریان لاضرر به نفع مالک است، اما جریانش به ضرر همسایه می باشد؛ زیرا لاضرر تجویز حفر بالوعه می کند و حفر بالوعه مساوی با ضرر همسایه است. بنابراین نمی توان تجویز حفر بالوعه را با لاضرر رفع کرد.

بررسی و حلّ مسأله (صورت اول)

برای حل این مسأله باید آن را به دو فرض تقسیم نمود:

فرض الف) تصرف مالک در ملک خودش مستلزم ضرری بر همسایه باشد به گونه ای که این ضرر، غیر منفک از تصرف در ملک همسایه است؛ چنان که اگر بالوعه حفر شود رطوبت بالوعه وارد ملک همسایه می شود و با ورود در ملک او موجب ضرر به همسایه می شود.

فرض ب) تصرف مالک در ملک خودش مستلزم ضرر است اما همراه تصرف در ملک همسایه نیست؛ یعنی هرچند مالک در ملک خود تصرف می کند و ضرر به همسایه وارد می شود، اما این ضرر مستلزم تصرف در ملک همسایه نیست؛ مثلاً کاری می کند که جلوی دید جار یا تابش خورشید به منزل همسایه

۱. مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)، ج ۱۹، ص ۶۸:

و قال فی «الكفاية»: يشکل جواز ذلك بما إذا تضرر الجار تضرراً فاحشاً. أي كما إذا حفر فی ملكه بالوعه و فسد بها بئر الجار و كما لو أهد حانوته فی صفّ العطارین حانوت حدّاد أو جعل داره مطبخة للآجر أو مدبغة.

و نحن نقول: لا معنى للتأمل و الإشكال بعد إطباق الأصحاب عليه تحصيلاً و نقلاً، و الأصل و الخبر المعمول عليه بين المسلمین، و هو «الناس مسلطون على أموالهم» بل هو متواتر، و أخبار الإضرار على ضعف بعضها و عدم مكافأتها لهذه الأدلة تحمل على ما إذا كان لا غرض له إلا الإضرار، بل فيها كخبر سمرة إيماء إلى ذلك، سلمنا لكنّ التعارض بينها و بين الخبر المشهور تعارض العموم و الخصوص من وجه، و الترجيح للخبر المشهور لاعتضاده بالأصل و الإجماع و بآئه قد يستلزم ذلك ضاراً على المالك أشدّ ضرراً من ضرر الجار أو مساوياً أو أقلّ، و الضرر لا يزال بالضرر.

✓ مصباح الأصول (ط - مؤسسة احیاء الآثار)، ج ۱، ص ۶۵۷:

... إن حديث لا ضرر لا يشمل المقام أصلاً لا صدرأ و لا ذليلاً، لما ذكرناه من كونه وارداً مورد الامتنان على الأمة الإسلامية، فلا يشمل مورداً كان شموله له منافياً للامتنان، و من المعلوم أن حرمة التصرف و المنع عنه مخالف للامتنان على المالك، و الترخيص فيه خلاف الامتنان على الجار، فلا يكون شيء منهما مشمولاً لحديث لا ضرر.

گرفته می شود.

به عنوان مثال: کسی در منزل خود در معرض باد و طوفان شدید است و این باد و طوفان به او ضرر می رساند و اگر دیوار بلندی برای حفظ خودش از ضرر احداث نکند متضرر می شود، اما این دیوار در نقطه ای قرار دارد که احداث آن از حیث دیگر به همسایه ضرر می رساند و مثلاً منع نور لازم از منزل همسایه می کند.

بررسی فرض الف

(یعنی تصرف مالک در ملک خود، به گونه ای که موجب ضرر همراه تصرف در ملک دیگری است.)

در این صورت لاضرر کاربرد ندارد، نه در حق همسایه و نه در حق مالک؛ زیرا اگر در حق مالک جاری شود خلاف امتنان در حق همسایه است و بالعکس. پس لاضرر ساقط می شود و باید به ادله اولیه رجوع کرد و دو دلیل وجود دارد:

۱. «الناس مسلطون علی اموالهم» که به اقتضاء این دلیل، مالک می تواند حفر بالوعه کند.

۲. «لا یحل لاحد أن یتصرف فی مال اخیه إلا باذنه»^۱. فرض آنست که بالوعه ای که مالک حفر می کند

باعث سرایت رطوبت به ملک همسایه می شود و این تصرف - هرچند بالواسطه - در ملک همسایه است و مشمول «لا یحل» می شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۵، ص ۱۲۰، ح ۱ (۶۰۸۹):

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قَالَ مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ اتَّيَمَّنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَبِيبَةٍ نَفْسِهِ.

✓ وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۵۴۰، ح ۷ (۱۲۶۷۰):

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ فِي إِكْمَالِ الدِّينِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ السَّنَانِيِّ وَعَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ الدَّقَاقِ وَالْحُسَيْنِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامِ الْمُؤَدَّبِ وَعَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقِ جَمِيعاً عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ قَالَ كَانَ فِيمَا وَرَدَ عَلَيَّ [مِنْ] الشَّيْخِ أَبِي جَعْفَرِ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَانَ الْعُمَرِيِّ قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِي جَوَابِ مَسْأَلِي إِلَى صَاحِبِ الدَّارِ عليه السلام: وَأَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرٍ مَنْ يَسْتَحِلُّ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِنَا وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ تَصَرُّفَهُ فِي مَالِهِ مِنْ غَيْرِ أَمْرِنَا فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ مُلْعُونٌ وَنَحْنُ خُصَمَاؤُهُ فَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله الْمُسْتَحِلُّ مِنْ عِثْرَتِي مَا حَرَّمَ اللَّهُ مُلْعُونٌ عَلَى لِسَانِي وَ لِسَانِ كُلِّ نَبِيٍّ مُجَابٍ فَمَنْ ظَلَمْنَا كَانَ مِنْ جُمْلَةِ الظَّالِمِينَ لَنَا وَكَانَتْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ إِلَى أَنْ قَالَ وَأَمَّا مَا سَأَلْتَ عَنْهُ مِنْ أَمْرِ الضِّيَاعِ الَّتِي لَنَا حَيْتِنَا هَلْ يَجُوزُ الْفِيَامُ بِعِمَارَتِهَا وَأَدَاءُ الْخَرَاجِ مِنْهَا وَصَرَفُ مَا يَفْضَلُ مِنْ دَخْلِهَا إِلَى النَّاحِيَةِ - احْتِسَاباً لِلْأَجْرِ وَتَقَرُّباً إِلَيْكُمْ فَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَكَتَيْفَ يَحِلُّ ذَلِكَ فِي مَالِنَا مَنْ فَعَلَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ لِغَيْرِ أَمْرِنَا فَقَدْ اسْتَحَلَّ مِنَّا مَا حَرَّمَ عَلَيْهِ وَمَنْ أَكَلَ مِنْ مَالِنَا شَيْئاً فَإِنَّمَا يَأْكُلُ فِي بَطْنِهِ نَاراً وَ سَيِّضَلِي سَعِيرًا.

ربما يقال^۱ که این دو اطلاق در ماده‌ی اجتماع تعارض می‌کنند و ساقط می‌شوند و مالک رجوع به برائت و اصل عملی مؤمن می‌کند و در نتیجه می‌تواند بالوعه‌اش را حفر کند. آری، اگر خسارتی به همسایه وارد شود از جهت حکم وضعی ضامن است؛ زیرا «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» شامل او می‌شود، هرچند تکلیفاً مشمول برائت باشد. نظیر اینکه اگر کسی از گرسنگی در معرض تلف باشد و مضطر باشد و جز مال غیر نداشته باشد، تکلیفاً جایز است مال دیگری را به اندازه‌ی نیاز مصرف کند و حرمتی ندارد اما وضعاً ضامن است.

نقد و بررسی این بیان

واقع آنست که قاعده‌ی «الناس مسلطون علی اموالهم» مدرک لفظی دارای اطلاق که حجت باشد ندارد و این روایت در مسانید معتبر شیعی نقل نشده^۲ و تنها شیخ طوسی رحمته الله آن را در *الخلاف* بدون ارائه‌ی سند ذکر کرده است^۳، لذا به اطلاق لفظی آن نمی‌توان تمسک کرد. اما اصل این مطلب واضح است و اساساً معنای ملکیت آنست که فرد می‌تواند هر طور که می‌خواهد در ملک خود تصرف کند، اما آیا این به معنای جواز تصرف در ملک دیگران و مزاحمت با ملک آنان نیست و این مقدار از قاعده به دست نمی‌آید که هرچند مال دیگری از بین برود و یا در ملک دیگری تصرف شود می‌توانید در ملک خود تصرف نمایید. و حتی اگر این قاعده اطلاق داشت بیان می‌کردیم این جواز تصرف از حالتی که موجب تصرف در ملک

۱. مصباح الأصول (ط - مؤسسة احیاء الآثار)، ج ۱، ص ۶۵۷:

و بما ذکرناه ظهر الحكم فيما إذا كان التصرف في مال الغير موجباً للضرر على الغير، و تركه موجباً للضرر على المتصرف، فيجری فيه الكلام السابق من عدم جواز الرجوع إلى حديث لا ضرر، لكونه وارداً مورد الامتنان، فيرجع إلى عموم أدلة حرمة التصرف في مال الغير، كقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه»، و غيره من أدلة حرمة التصرف في مال الغير، و يحكم بحرمة التصرف.

هذا كله من حيث الحكم التكليفي. و أما الحكم الوضعي و هو الضمان فالظاهر ثبوته حتى فيما كان التصرف جائزاً، لعدم الملازمة بين الجواز و عدم الضمان، فيحكم بالضمان لعموم قاعدة الاتلاف. و دعوى كون الحكم بالضمان ضررياً فيرتفع بحديث لا ضرر، مدفوعة بأن الحكم بالضمان ضرري في جميع موارد، فلا يمكن رفعه بحديث لا ضرر، لما تقدم من أن حديث لا ضرر لا يشمل الأحكام المجعولة ضررية من أول الأمر، و حديث لا ضرر ناظر إلى الأحكام التي قد تكون ضررية و قد لا تكون ضررية، و يقيد بها بصورة عدم الضرر.

۲. این روایت تنها در بعض کتب غیر معتبر شیعه آن‌هم بدون ذکر سند نقل شده است:

✓ عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، ج ۱، ص ۴۵۷:

وَ قَالَ عليه السلام النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ.

۳. الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۶:

و أيضاً روى عن النبي عليه السلام انه قال: «الناس مسلطون على أموالهم».

دیگری شود منصرف است.

بنابراین اطلاق «لَا يَجِلُّ لِأَحَدٍ...» محکم است و می‌گوییم حفر این بالوعه در ملک مالک، جایز نیست.

مقرر: سید حامد طاهری

ویرایش و استخراج منابع: محمد عبدالهی