



درس قواعد فقهیه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۲۹ اردیبهشت ۱۳۹۹

موضوع کلی: قاعده لاضرر (تنبیها)

موضوع جزئی: احکام لاضرر - مسئله ششم - بررسی قول مشهور - قول شیخ انصاری و بررسی آن - قول محقق خویی

مصادف با: ۲۴ رمضان ۱۴۴۱

جلسه: ۶۸

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

خلاصه جلسه گذشته

عرض شد در مسئله تصرف مالک در ملک خود به نحوی که مستلزم تضرر جار باشد، جواز این تصرف مطلقا به مشهور نسبت داده شده، یعنی تصرف در ملک ولو منجر به ضرر بر همسایه شود، مطلقا جایز است. سه دلیل بر این قول ذکر شد؛ اموری که به نوعی می تواند در برابر اطلاق ادله ای مثل دلیل سلطنت یا جواز تصرف در اموال مطلقا، مانعیت ایجاد کند، سه امر است که مشهور معتقدند هیچ یک از این سه مانعیت ندارد. نه دلیل حرمت ظلم، نه دلیل اتلاف مال غیر و نه لاضرر. هر سه دلیل ذکر شد، این سه مانع هم ذکر شد و معلوم شد که به نظر مشهور این ها مانعیتی ندارند.

بررسی قول مشهور

گفته شد در اینکه دلیل سلطنت جواز تصرف در ملک مطلقا را اقتضا می کند، بحثی نیست. ادله و عموماً حلیت تصرف در اموال مطلقا، این هم بحثی ندارد. البته دلیل سوم بیشتر در خصوص احیاء موات بود اما این دو دلیل بحثی در دلالیشان در جواز تصرف مطلقا نیست. عمده اختلاف نظر با مشهور در مورد موانع است. آنها سه مانع را ذکر کردند و مانعیت آن سه را رد کردند.

بررسی عدم مانعیت مانع اول

اما اینکه گفته اند دلیل حرمت ظلم و ممنوعیت ظلم مانعیت ندارد (چون اساسا این تعدی و تجاوز به حق غیر نیست)، اینجا یک بحثی است که آیا واقعا در همه صور اگر کسی در ملک خودش تصرف کند، این تعدی به حقوق دیگران نیست؟ مثلا یکی از صوری که در مسئله می توان تصور کرد، این است که شخص در ملک خودش تصرف کند در حالی که نه ترک آن تصرف موجب اشکالی بر او می شود و نه نفعی را از او سلب می کند. حال آیا واقعا می توان گفت تصرفی که هیچ نفع و فایده ای برای مالک ندارد و صرفا برای اضرار و ایصال حَرَج به جار واقع می شود، جایز است؟ آیا این مصداق ظلم نیست؟ آیا مصداق تعدی به حقوق غیر نیست؟

لذا اینکه به نحو مطلق ادله حرمت ظلم را مانع اطلاق ادله سلطنت یا عموم دلیل حلیت تصرف در مال ندانیم، قابل قبول نیست. فی الجمله این دلیل می تواند مانعیت داشته باشد.

سوال:

استاد: اصلاً هیچ نفعی ندارد بلکه فقط می‌خواهد ضرر به او وارد کند. قصد او از این تصرف صرفاً ایصال ضرر به غیر است. منظور این است که نفعی برایش ندارد، ترکش هم ضرری برایش ندارد. یعنی به تعبیر مرحوم شیخ این تصرفی است عبث و لغو و فقط به این منظور انجام می‌شود.

سوال:

استاد: نه منظور این است که این تصرف را برای ایداء او انجام می‌دهد.

پس اینکه بخواهیم به طور کلی بگوییم دلیل حرمت ظلم مانعیت ندارد، نمی‌توانیم به این ملتزم شویم.

بررسی عدم مانعیت مانع دوم

اما اینکه تصرف در مال غیر، بغیر اِذنه در اینجا صدق نمی‌کند این را قبول داریم؛ یعنی اگر کسی در مال خود تصرف کند ولو از قِبَل این تصرف ضرری به همسایه برسد، این مصداق تصرف فی مال الغیر، بغیر اِذنه نیست. پس ما با مشهور موافقیم که این مانعیت ندارد مطلقاً، حتی اگر قصدش از تصرف در ملک خود ایصال ضرر به غیر باشد باز هم تصرف در ملک غیر نیست. این شخص تصرف در ملک دیگری نکرده است؛ بلکه دارد اضرار می‌کند ولی در ملک خودش تصرف کرده است اما به قصد اضرار به غیر. لذا ما این را قبول داریم که مانعیت ندارد.

سوال:

استاد: أَلْتَفَ ضَمَانٍ رَا ثَابِتٍ مِیْ کُنْدَ نَه حَرْمَتِ رَا. بحث ما در حرمت تکلیفی هست و در جلسه قبل هم اشاره شد که اگر دلیل عدم جواز تصرف در ملک غیر هم اگر اینجا صادق باشد، نهایتاً ضمان را ثابت می‌کند نه حرمت تکلیفی را.

بررسی عدم مانعیت مانع سوم

اما مانع سوم که دلیل لاضرر و حدیث لاضرر است، مشهور گفته‌اند که این انصراف دارد به غیر صورتی که ضرر ناشی از تصرف در ملک باشد. مانعیت حدیث لاضرر را به این ترتیب به نظر خودشان مرتفع کردند. لکن این مسئله جای بحث دارد و باید دید آیا واقعا لاضرر همانطور که مشهور گفته‌اند مانعیت ندارد؟

اولاً: از جهتی ادله لاضرر عمومیت دارند؛ یعنی فرق نمی‌کند که این ضرر ناشی از تصرف در ملک خود او باشد یا از ناحیه دیگری باشد. لذا عمومات لاضرر شامل اینجا هم می‌شود. پس این ادعای انصراف شاید چندان وجهی نداشته باشد.

ثانیاً: بعلاوه مورد روایت سُمرة که عمده دلیل قاعده لاضرر است، جایی است که ضرر ناشی از تصرف سُمرة در ملک خودش است. اساساً تصرف در درختی که متعلق به خودش بود، موجب ضرر بر مرد انصاری شد. لذا اگر بگوییم لاضرر منصرف به صورتی است که ضرر ناشی از تصرف در ملک نباشد، این اصلاً با مورد خود روایت سازگاری ندارد.

البته اینجا ممکن است کسی اینچنین پاسخ دهد که اینجا ضرر ناشی از اصل تصرف سُمرة در ملک خودش نبوده است، بلکه ناشی از وارد شدن به منزل انصاری بدون اطلاع و بدون استیذان بوده و این ربطی به مسئله تصرف در ملک ندارد. نهایتش این است که این کار، مقدمه تصرف در ملک بوده نه خود تصرف.

ولی اگر این واسطه را در نظر بگیریم، این هم به نوعی می‌تواند تصرف باشد. پس به نظر ما این اشکال وارد نیست برای اینکه درست است این ضرر بی واسطه از قِبَل تصرف در ملک، متوجه غیر نشده لکن این اضرار بواسطه صورت گرفته است. یعنی این شخص برای اینکه در ملک خود تصرف کند، ناچار بوده به منزل او وارد شود و این ضرر نسبت به غیر رخ دهد.

به هر حال دلیلی برای ادعای انصراف به خصوص این صورت وجود ندارد. چون عموم لاضرر و مورد روایت فی الجمله، اطلاق دلیل سلطنت را محدود می‌کند.

ثالثاً: اساساً اگر این جهت را کنار بگذاریم، بالاخره نسبت بین دلیل لاضرر و عموم سلطنت، نسبت عموم و خصوص من وجه است. یعنی در مواردی ضرر و سلطنت با هم اجتماع می‌کنند. یک سلطنتی است که مصداق ضرر به غیر هم هست. در چنین مواردی فتوا بر این است که جانب حرمت مقدم می‌شود بر جانب جواز و در موارد متعددی انسان در شرع ملاحظه می‌کند که جانب حرمت بر جانب جواز در موارد اجتماع مقدم می‌شود و روایتی را هم به عنوان مؤید نقل می‌کنند که «ما اجتمع الحلال و الحرام إلا و غلبَ الحرامُ الحلال». هیچ جایی حلال و حرام اجتماع پیدا نمی‌کنند الا اینکه حرام غلبه پیدا می‌کند بر حلال. اگر این هم در نظر گرفته شود، می‌توان گفت فوقش این است که در ماده اجتماع به دلیل اینکه لاضرر حرمت تصرف در چنین مواردی را ثابت می‌کند مقدم می‌شود.

رابعاً: اگر این دو دلیل را با هم مقایسه کنیم (دلیل سلطنت و دلیل حرمت تصرف در مقابل دلیل لاضرر و قاعده لاضرر) ظاهرش این است که لسان قاعده لاضرر و دلیل لاضرر ابناء از تخصیص دارد تا لسان دلیل سلطنت. یعنی کأن لاضرر همانند یک حکم عقلی است که تخصیص در آن مثل تخصیص ادله ظلم است. همانطور که ادله ظلم ابناء از تخصیص دارد، گویا دلیل لاضرر هم به نحوی ابناء از تخصیص دارد. لذا این جهت هم می‌تواند باعث شود که مانعیت دلیل لاضرر در مقابل آن ادله، جدی‌تر تلقی شود و اینطور نباشد که مثل مشهور بگوییم لاضرر مانعیت ندارد.

خامساً: مسئله امتنانی بودن دلیل لاضرر هم می‌تواند مؤید باشد که لاضرر مقدم می‌شود بر دلیل سلطنت.

ما فعلاً در مقام استدلال بر یک قول خاص نیستیم و فقط مانعیت لاضرر را بررسی می‌کنیم. مشهور صرفاً به ادعای انصراف لاضرر، می‌خواهند لاضرر را کنار بگذارند و برایش مانعیتی قائل نباشند ولی عرض ما این است که این مانعیت فی الجمله وجود دارد. البته ما نمی‌گوییم همه صور اینچنین است چون در بعضی از صور مانعیتی ندارد که خواهیم گفت.

سوال:

استاد: نه آن دیگر به حسب امتنان نیست. این یک حکمی است مانند بقیه احکام و اگر اینطوری که شما می‌گویید بخواهیم حساب کنیم، آنوقت همه احکام می‌شود امتنانی.

ما در اینجا اجمالاً قول مشهور و دلیلش را ذکر کردیم، یک بررسی اجمالی هم نسبت به قول مشهور صورت گرفت.

قول شیخ انصاری

شیخ انصاری تفصیلی در مسئله داده و ادعا کرده است که تصرف در ملک به سه نحو واقع می‌شود: ۱. گاهی تصرف برای دفع ضرری است که متوجه مالک شده، ۲. گاهی تصرف مالک برای جلب منفعت است، ۳. گاهی هم تصرف مالک بدون جهت و عبثاً و تعمداً للإضرار بغير صورت می‌گیرد.

مرحوم شیخ میفرماید در صورت اول و دوم تصرف جایز است ولو مستلزم ضرر به جار باشد؛ اما در صورت سوم تصرف جایز نیست.

۱. عوالی النالی، ج ۳، ص ۴۶۶، حدیث ۱۷.

ایشان میفرماید ظاهراً مشهور هم که قائل به جواز مطلقاً شده‌اند، نظرشان به صورت اول و دوم است و الا خیلی واضح و روشن است که صورت سوم نمی‌تواند مشمول حکم جواز و عدم ضمان شود. دلیلی که مرحوم شیخ برای تفصیل خودشان ذکر کرده‌اند این است:

دلیل اول

تصرف مالک در این دو صورت (دفعُ الضرر عن نفسه و جلبُ المنفعة) ولو منجر به اضرار بر جار شود جایز است؛ چون اگر مالک را از تصرف در ملک خود منع کنیم، موجب حَرَج بر مالک می‌شود. یعنی جواز را دائر مدار حَرَج کرده. اگر بگوییم شما حق نداری در ملک خود تصرف کنی چون منجر به ضرر بر جار می‌شود، این موجب حَرَج بر مالک می‌شود؛ چون وقتی کسی نتواند در ملک خود تصرف کند و منفعتی ببرد و یا به نوعی جلوی ضرر را بر خود بگیرد، این خودش حَرَج و تنگنا است. این شاید بزرگترین حَرَج باشد؛ یعنی یک کسی در ملک خودش نتواند تصرف کند آنهم برای دفع یک ضرر از خود و جلب یک منفعت، اگر او را ممنوع کنیم، مستلزم حَرَج بر مالک است. و دلیل لاحتجاج بر لاضرر حاکم است، پس در اینجا ولو تصرف منجر به اضرار بر غیر شود، جایز است و منع مالک از تصرف در ملکش جایز نیست.

دلیل دوم

دلیل دوم این است که اگر مالک را از تصرف در ملک خود در این دو صورت منع کنیم (بخاطر اینکه بر غیر ضرر نرسد)، معنایش این است که بین ضرر این و ضرر آن تعارض پیش آمده و ما او را وادار می‌کنیم که تو تحمل ضرر کن برای اینکه او ضرر نبیند، در حالی که قبلاً گفتیم که تحمُّلُ الضرر عن الغير لازم نیست.

اگر این بخواهد تصرف کند، موجب ضرر بر غیر می‌شود، اگر هم تصرف نکند، موجب ضرر بر خودش می‌شود. پس تعارض ضررین پیش می‌آید و در تعارض ضررین، این شخص مقدم بر دیگری است برای اینکه تحمل ضرر عن الغير لازم نیست. این همان بحثی است که قبلاً داشتیم که اگر ضرری متوجه او می‌شود نه اینکه او ضرری را متوجه غیر کند و این دفع، ملازم ضرر بر دیگری است که گفته‌اند اشکالی ندارد و لازم نیست خودش ضرر را متحمل شود.

بنابراین مرحوم شیخ به این دو دلیل قائل به جواز در این دو صورت شده است.^۱

بررسی قول شیخ انصاری

به این دو دلیل اشکالاتی شده که تفصیلش را در آینده بیشتر مطرح خواهیم کرد.

بررسی دلیل اول

مثلاً به دلیل اول اشکال شده که آیا دلیل لاحتجاج در اینجا صدق می‌کند یا نه؟ یعنی اصلاً حَرَج پیش می‌آید؟ اینکه کسی نفع نبرد یا ضرری متوجه او شود، این لزوماً حَرَجی است؟ به عبارت دیگر اشکال صغروی به شیخ شده که معلوم نیست این مصداق حَرَج باشد. بله در بعضی مواقع می‌تواند حَرَجی باشد اما اینکه همواره حَرَجی باشد شاید محل اشکال باشد.

ولی به نظر می‌رسد این حَرَج است. مثلاً یک کسی می‌خواهد در منزلی سکونت کند که حتی نتواند جلوی ضرر خودش را بگیرد، نتواند یک نفعی از آن ببرد وقتی به آن نیاز دارد.

سوال:

^۱ رساله نفی ضرر، ص ۴۶. مکاسب، ج ۳، ص ۲۱۲ و ۲۱۳.

استاد: نه این فرق می‌کند. بله هر چیزی یک چارچوبی دارد ولی صور مسئله را بعدا عرض می‌کنم. وقتی می‌گوییم شما حق نداری تصرفی کنی که جلوی ضرر خودت را بگیری، این واقعا حَرَجی نیست؟ حرجی است.

سوال:

استاد: نه اصلا نفس اینکه این ممنوع باشد از اینکه جلوی ضرر بر خودش را بگیرد، این خودش حَرَج و تنگنا است؛ بر خلاف این مورد که یک کسی می‌خواهد در ملک خودش کاری انجام دهد و نفعی ببرد؛ باید دید در اینجا آیا بر دیگری حَرَج می‌شود یا نه.

سوال:

استاد: مثلا اگر کسی در یک منطقه مسکونی منزلش را تبدیل به آهنگری یا یک ساختمان تجاری و اداری کند(در جایی که تجاری نیست)، اینجا عدم النفع است ولی برای این شخص حَرَج است ولی برای جار حَرَج شدید تری دارد.

سوال:

استاد: فعلا داریم این سخن مرحوم شیخ را بیان می‌کنیم که آیا واقعا اگر کسی از تصرف در ملک خود برای دفع ضرر از خود ممنوع شود یا به منظور نفع بردن، این حَرَجی نیست؟ اینکه بگوییم این مصداق حَرَجی نیست و اشکال صغروی کنیم، این قابل قبول نیست بلکه در واقع حَرَج است بر او. حال شما می‌گویید این حَرَج معارض به حَرَج و ضرر همسایه است، این یک بحث دیگر است؛ اینکه برای این شخص مصداق حَرَج است، آیا این واقعا مصداق حَرَج نیست؟

سوال:

استاد: حَرَج یعنی چه؟ حَرَج یعنی تنگنا و مشقت؛ چون محدودیت اعمال می‌شود، یا یک کسی آزادی را از دیگری سلب کند، آیا این حَرَج نیست؟ بدون تردید از بارزترین مصادیق حَرَج سلب آزادی یک شخص است.

سوال:

استاد: نه هر ممنوعیتی نیست. این تصرف در ملک خودش کرده برای نفع بیشتر. این فرق می‌کند، اینکه در ملک خودش «الناس مسلطون علی اموالهم» اقتضا می‌کند او تصرف کند ولی ما بگوییم تو حق چنین کاری نداری... فوقش این است که این حَرَج مزاحم دیگری و موجب حَرَج بر دیگری می‌شود که این بحثش جداست. پس این مصداق حَرَج است بدون تردید. خود شارع این را اجازه داده؛ ما هم نمی‌گوییم که این شخص یک خواسته فوق العاده دارد.

در مورد دلیل اول یک اشکال کبروی هم به شیخ کردند که اساسا دلیل لاحتجاج مقدم بر لاضرر نیست. اگر دوران امر بین لاضرر و لاحتجاج شود، دلیل لاحتجاج همیشه و همواره مقدم بر لاضرر نیست. اگر در همه جا لاحتجاج را مقدم بر لاضرر کنیم جای بحث دارد؛ یعنی به نحو مطلق چه در صورت دفع ضرر از خودش (صورت اول) و هم در جایی که می‌خواهد برای خودش نفعی ایجاد کند (صورت دوم)، دلیل نداریم که در صورت دوم لاحتجاج را مقدم بر لاضرر کنیم. بنده گفتم از نظر صغروی حَرَج است منتهی باید دید که لاحتجاجی که حرجش بخاطر عدم انتفاع است، مقدم بر لاضرر می‌شود یا نه؟ یعنی آن اشکال شما را می‌توانیم به صورت کبروی نسبت به شیخ مطرح کنیم و الا در اشکال صغروی عرض شد که به نظر می‌رسد آن اشکال وارد نیست. عرض شد اشکال کبروی که بعضی کرده‌اند را می‌توانیم مطرح کنیم و در آن بحث کنیم.

سوال:

استاد: تعارض ضررین بحشش فرق می‌کند. بنده عرض کردم که صور مختلفی وجود دارد، در یک مواردی بین حَرَجین تعارض می‌شود، یک جایی بین ضررین تعارض می‌شود، یک جایی بین حَرَج این و ضرر او تعارض می‌شود و گاهی هم بالعکس. اینکه این حَرَج در چه مرتبه ای باشد و ناشی از چه باشد فرق می‌کند و نمی‌توانیم بطور مطلق و یکسان حکم کنیم. پس اجمالا دلیل اول مرحوم شیخ جای اشکال دارد.

بررسی دلیل دوم

اما دلیل دوم که می‌فرماید اینجا مثل همان مورد قبلی که عرض شد تحمّل ضرر عن الغیر واجب نیست، اینجا هم همان دلیل اقتضا می‌کند که این شخص بتواند در ملک خودش تصرف کند، چون تحمل ضرر عن الغیر بر او واجب نیست. درست است که تحمّل ضرر عن الغیر واجب نیست؛ ما در مسئله چهارم اشاره به این موضوع داشتیم، ولی آیا واقعا اینجا از قبیل آن موارد است؟ یعنی یک ضرری است که متوجه غیر شده و ما بحث می‌کنیم که آیا تحمل برای مالک جایز است یا نه؟ فرض این است که این شخص نمی‌خواهد نفع ببرد. آیا عدم النفع (صورت دوم) یعنی بگوییم شما نفع نبر برای آنکه دیگری ضرر می‌کند، آیا این مصداق تحمّل الضرر عن الغیر است؟ اینکه خود عدم النفع بخواهد ضرر باشد، این اولُ الکلام است. بله آن صورت اول یعنی جایی که برای دفع ضرر از خودش می‌خواهد تصرف کند، ما او را منع کنیم چون به دیگری ضرر می‌رسد می‌توانیم بگوییم که این تا حدی نظیر مسئله تحمّل الضرر عن الغیر است. اما در رابطه با صورت دوم که مسئله عدم النفع باشد، معلوم نیست که بتوانیم بگوییم مصداق تحمّل الضرر عن الغیر است که واجب نیست.

بنابراین کلام مرحوم شیخ و دلیلی که ذکر کردند، مبتلا به اشکال است و نمی‌توانیم آن را بپذیریم هرچند فی الجمله در بعضی از صور که خواهیم گفت، می‌توان این سخن را پذیرفت.

قول محقق خوئی

مرحوم آقای خوئی هم تقریبا همین صور شیخ را با یک تغییر جزئی و اضافه کردن یک صورت ذکر کرده و البته فرموده ظاهرا نظر مشهور هم همین است. یعنی مرحوم آقای خوئی مسئله را چهار صورت کرده و می‌گوید در دو صورت تصرف جایز است و ضمان ثابت نیست، در دو صورت حرام است و ضمان ثابت است. بعد می‌فرماید مشهور هم که قائل به جواز شده‌اند، قطعا نظرشان همین است و الا نمی‌خواهند مطلقا بگویند جایز است و ضمان ندارد. قطعا به نظر مشهور در دو صورت چنین تصرفی حرام است و جایز نیست و ضمان هم ثابت است و البته در دو صورت جایز می‌باشد.

صورت اول: مالک با تصرف قصد اضرار به جار دارد و این تصرف نه برای او نفع دارد و نه ترکش موجب ضرر بر اوست. مثل اینکه کسی در ملک خودش آتشی بر پا کند برای اضرار به غیر.

صورت دوم: تصرف صرفا عبث و بر اساس میل نفسانی است و قصد اضرار هم ندارد؛ مثل اینکه کسی می‌خواهد در منزل خود آتش بر پا کند و این برای غرض عقلایی هم نیست و نمی‌خواهد هم به دیگری ضرر برساند اما خود به خود این سرایت می‌کند و موجب ضرر هم می‌شود.

صورت سوم: تصرف به داعی منفعت و به منظور جلب منفعت است به نحوی که اگر این تصرف را انجام ندهد، منفعت از او فوت می‌شود. مثلاً در ملک خود چاهی حفر می‌کند تا آب باران در آن جمع شود و اگر این کار را نکند، طبیعتاً با کمبود آب مواجه می‌شود و نمی‌تواند درختان را آبیاری کند. البته ملک را فقط خانه در نظر نگیریم بلکه ممکن است یک باغی باشد. صورت چهارم: تصرف مالک در ملک خود برای دفع ضرر از خود است و اگر این کار را نکند خودش متضرر می‌شود. ایشان می‌گویند آنچه که به مشهور نسبت داده شده مبنی بر جواز تصرف ولو اینکه به ضرر جار باشد و ضمان را ثابت نمیدانند، این مربوط به صورت سوم و چهارم است؛ یعنی آنجایی که برای جلب منفعت تصرف می‌کند به نحوی که اگر این کار را نکند منفعت از او فوت می‌شود و یا اساساً برای دفع ضرر از خود است که این دو صورت جایز است.

این تقریباً همان دو صورتی است که مرحوم شیخ گفتند و به مشهور هم نسبت داد که قائل به جواز هستند.

اما در صورت اول و دوم ایشان می‌گویند مشهور هم قائل به حرمت و ضمان هستند. یعنی می‌فرماید بعید است مشهور در این مورد قائل به جواز شود و دلیلش هم روشن است؛ بالاخره از این جهت است که در صورت اول و دوم اضرار غیر عن علم و عن عمد صادق است.

سوال:

استاد: صورت اول اینطور است، صورت دوم هم بالاخره از روی عبث و میل نفسانی این کار را کرده. درست است که قصد اضرار به غیر را نداشته ولی بالاخره اضرار به غیر محقق شده و وجهی هم برای اینکه این حرمت و ضمان برداشته شود وجود ندارد. مسئله اتلاف مال غیر و سببیتش برای ضمان بحث دیگری است که در جای خود مطرح خواهد شد.

بالاخره در این دو صورت عنوان اضرار به غیر صدق می‌کند و حرام است. اما آن دو صورت دیگر اینچنین نیست و آنجا مشهور قائل به جواز و عدم ضمان اند چون عن عمد اضرار به غیر نمی‌کند و اگر برای خودش این تصرف را نکند متضرر می‌شود و با منفعت نمی‌برد.^۱

عمده دلیلی هم که مرحوم آقای خوئی برای مشهور دارند در اینجا، نظیر همان دلیلی است که در بیان مرحوم شیخ گفته شد منتهی اینجا یک بیان کاملتر و متفاوتی است. دو دلیل هم ایشان تقریباً در اینجا بیان می‌کند:

دلیل اول

اگر مالک از تصرف در ملکش ممنوع شود، این حَرَج بر اوست و تصرف در ملک هر چند موجب ضرر بر غیر است، اما دلیل نفی حَرَج حاکم بر ادله لاضرر است چون دلیل نفی حَرَج ناظر به احکام مثبت است و حرمت اضرار به غیر هم یک حکم مثبت است لذا لاضرر آن را نفی می‌کند.

دلیل دوم

دلیل دومی که ایشان ذکر می‌کند و بنده هم به صورت خلاصه عرض می‌کنم این است که بالاخره این شخص که در ملک خود تصرف می‌کند، یا برای دفع ضرر این کار را می‌کند و یا برای جلب منفعت. پس اگر دلیل لاضرر می‌خواهد جلوی تصرف او را بگیرد، باید در این دو نوع تصرف مانعیت ایجاد کند. از یک طرف این شخص می‌خواهد منفعتی جلب کند. دلیل

۱. مصباح الأصول، ج ۲، ص ۵۶۵.

جواز تصرف یا سلطنت به او اجازه این تصرف را می‌دهد؛ یعنی جواز از طریق دلیل سلطنت ثابت می‌شود. از طرفی هم لاضرر اقتضای حرمت دارد و می‌گوید این جایز نیست.

سوال این است که ما کدام یک از این دو را ترجیح دهیم؟ ایشان می‌گویند هیچ ترجیحی نسبت به اینکه این مورد خارج شود یا آن مورد وجود ندارد، پس دلیل لاضرر مجمل می‌ماند. اگر مجمل ماند نمی‌توان در آن مورد به این دو تمسک کرد. با فقدان دلیل، به اصول عملیه رجوع می‌شود. اصل عملی که در اینجا جاری می‌شود براءت است؛ نتیجه این است که مالک شک در حرمت تصرف دارد، آنوقت اصل براءت اقتضا می‌کند که تصرف برای او حرام نیست. این هم نتیجه اش عدم ضمان است و می‌گویند اگر حرمت نبود ضمان هم ثابت نیست.

اصل تفصیل را ملاحظه فرمودید که تقریباً با یک تفاوت جزئی همانند تفصیل مرحوم شیخ است و ایشان به مشهور هم این نسبت را می‌دهد و دلیلشان را هم ملاحظه فرمودید.

عمده این است که باید ببینیم صوری که در این مسئله وجود دارد و جهاتی که می‌تواند منشأ تقسیم و صور مختلف شود چه جهاتی است، آنوقت آن اقسام و صور را یک به یک مورد بررسی قرار دهیم که آیا در آن موارد می‌توان قائل به جواز تصرف شد یا نه که انشاءالله فردا ادامه مطلب را دنبال می‌کنیم.

«والحمد لله رب العالمین»