



درس قواعد فقهیه استاد ماج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: قاعده لاضرر (تنبیها)

تاریخ: ۳۰ اردیبهشت ۱۳۹۹

موضوع جزئی: احکام لاضرر - مسئله ششم - حق در مسئله - حکم تکلیفی و حکم وضعی آن

مصادف با: ۲۵ رمضان ۱۴۴۱

جلسه: ۶۹

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

خلاصه جلسه گذشته

در مسئله ششم قول مشهور به همراه ادله آنها ذکر شد. طبق نظر مشهور تصرف در ملک ولو مستلزم ضرر بر جار باشد، مطلقاً جایز است. دو دلیل بر این قول ذکر شده و مورد بررسی قرار گرفت. نظر شیخ انصاری و نیز نظر مرحوم آقای خویی که هر دو به نوعی تلاش کردند قول مشهور را از اطلاق خارج کنند ذکر شد. دلیل مرحوم شیخ و دلیل مرحوم آقای خویی هم ذکر شد و اجمالاً مورد بررسی قرار گرفت. طبق نظر این دو فقیه، مشهور قائل به جواز تصرف ولو مستلزم ضرر بر جار باشد مطلقاً نیستند. تقریباً هر دو بر این عقیده‌اند که تصرفی که مستلزم ضرر بر جار باشد، اگر برای اغراض و امیال نفسانی باشد یا به تعبیر دیگر عبث و لغو باشد، جایز نیست.

حق در مسئله

اگر بخواهیم یک بررسی کلی پیرامون این مسئله داشته باشیم، خوب است در گام اول مقام بیان حکم تکلیفی را از مقام بیان حکم وضعی و ضمان تفکیک کنیم. لذا اول مسئله را از حیث حکم تکلیفی یعنی حرمت و جواز بررسی می‌کنیم آنگاه مسئله ضمان و حکم وضعی را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

مقام اول: حکم تکلیفی

از جهت تکلیفی ابتدا، باید صور و اقسامی که برای تصرف در ملک خویشتن به نحوی که موجب ضرر بر جار شود را تصویر کنیم بعد ببینیم در کدام یک از این صور می‌توان قائل به جواز شد و در کدام یک قائل به حرمت شد.

جهات مختلف در تقسیم

جهاتی که می‌تواند منشأ تقسیم و حصول اقسام متعدد شود چند جهت است:

۱. یک جهت این است که آیا اساساً مالک که در ملک خودش تصرف می‌کند، از روی حاجت و نیاز اقدام به تصرف می‌کند یا بدون حاجت و نیاز.

۲. اگر از روی حاجت تصرف می‌کند این حاجت برای دفع ضرر است یا برای جلب منفعت؟

۳. جهت سوم اینکه آیا ضرری که بر جار واقع می‌شود، ضرر عینی است یا حکمی؟ منظور از ضرر عینی این است که در همان زمانی که تصرف در ملک خود می‌کند، موجب ضرر بر همسایه شود. مثلاً چاهی حفر می‌کند و در همان حین حفر چاه باعث سقوط دیوار همسایه می‌شود. ضرر حکمی هم مثل اینکه بنا را بالا می‌برد و ارتفاع می‌دهد به بنا و این جلوی نور

خورشید را برای همسایه می‌گیرد. این ضرر حکمی است. پس ضرر عینی این است که همان لحظه دچار خسارت می‌شود و ضرر حکمی این است که به مرور این اتفاق می‌افتد.

۴. جهت چهارم این است که آیا این ضرر مستند به فعل متصرف است یا مستقیماً به فعل متصرف مستند نیست بلکه یک کاری انجام می‌دهد که به مرور باعث می‌شود این اشکال پدید بیاید مثلاً خانه‌اش را تبدیل به حمام می‌کند. الان نفس تبدیل خانه به حمام برای همسایه ضرری ندارد، اما در دراز مدت باعث سرایت رطوبت می‌شود. یا مثلاً درختی را می‌کارد که الان هیچ آسیبی نمی‌زند اما بعدها باعث می‌شود که ریشه‌اش به دیوار همسایه آسیب برساند.

۵. جهت پنجم این است که مالک عالم است به اینکه این اقدام و تصرف او مضر است یا ظن دارد یا اساساً از این جهت غافل است که این کار او موجب ضرر به همسایه می‌شود؟

۶. جهت ششم اینکه آیا کاری که او انجام می‌دهد، عادتاً مضر است (هرچند متصرف توجه به این ضرر نداشته باشد) یا عادتاً این اضرار نیست؟

۷. جهت هفتمی هم چه بسا بتوان ذکر کرد و آن اینکه گاهی مسئله ضرر مطرح نیست بلکه مسئله حَرَج مطرح است. یعنی چه برای مالک و چه برای جار این تصرف یا عدم تصرف موجب حَرَج می‌شود. گاهی هم ممکن است هر دو باشد یعنی هم ضرر باشد و هم حَرَج باشد.

اینها تقریباً هفت جهت است که به اعتبار این جهات صور مختلفی در ما نحن فیه پدید می‌آید آنگاه در اقسامی که به واسطه این جهات پدید می‌آید باید ببینیم که حکم هر یک از این صور چیست.

برخی از این جهات در بعضی از عبارات و کلمات مورد توجه قرار گرفته، لذا صور کمتری را ذکر کرده‌اند و گاهی هم به همه جهات توجه کردند و صور بیشتری را ذکر کرده‌اند.

صور ششگانه در کلام امام (ره)

امام (ره) اقسام و صور را شش صورت دانسته و تقریباً مدار تقسیم هم ضرر یا حَرَج است. صورت اول: این است که در تصرف مالک ضرر بر جار باشد و در ترک آن، ضرر بر خودش. صورت دوم: اینکه در ترک تصرف مالک حَرَج بر او باشد، و در تصرف، ضرر بر جار باشد. صورت سوم: اینکه در تصرف مالک، حَرَج بر جار باشد و در ترک آن، ضرر بر خودش. صورت چهارم: اینکه در ترک تصرف مالک، حَرَج بر مالک پیش بیاید و در تصرف او، حَرَج بر جار باشد. صورت پنجم: اینکه در تصرف مالک، ضرر یا حَرَج بر جار باشد و در ترک آن، عدم منفعت معتدبه برای خودش. صورت ششم: اینکه در تصرف مالک، ضرر یا حَرَج بر جار باشد اما در ترک این تصرف، نه ضرری بر خود مالک پیش آید و نه عدم النفع گریبان او را بگیرد؛ یعنی کأنّ در این فرض تصرف او لغو است و فایده‌ای ندارد. ایشان صورت قصد اضرار یا ایصال حَرَج به جار را هم داخل در همین صورت اخیر قرار داده است؛ لذا تصرف او یا لغو است یا به قصد ایصال ضرر و حَرَج به جار واقع می‌شود.

در این صور ششگانه‌ای که امام (ره) ذکر کردند، مسئله علم و ظن به حصول ضرر به همسایه مطرح نیست. اینکه ضرر مستند به فعل مالک باشد یا نه، مطرح نشده است.

اینکه ضرر حکمی باشد یا عینی، مورد توجه قرار نگرفته است.

به عبارت دیگر از آن جهات هفتگانه، جهت اول، دوم و هفتم مورد توجه قرار گرفته. اینکه ضرر و حَرَج باشد یا نباشد (حرج را اضافه کرده است). اینکه نیاز به این داشته باشد یا نداشته باشد. اینکه نیازش جلب منفعت باشد یا دفع ضرر. اینها جهاتی هستند که مورد توجه واقع شده است.

بررسی جهات هفتگانه

شاید بعضی از این جهات نیاز چندانی به ذکر و تعرض نداشته باشد. مثلاً اینکه کاری که مالک انجام می‌دهد، می‌داند موجب ضرر است یا نمی‌داند. حال فرض کنیم ظن به ضرر هم ملحق به علم است. این جهت شاید چندان خیلی مهم نباشد برای اینکه اگر متصرف نمی‌داند فعل او موجب ضرر بر جار است (در آن صوری که ممنوع و حرام است)، حرمتی متوجه او نیست. از نظر تکلیفی کار او حرام نیست هر چند ضمان مسئله دیگری است و ثابت می‌شود.

لذا تقریباً این فرض بحثش روشن است و شاید علت اینکه اکثراً این جهت را ذکر نکرده‌اند بخاطر این باشد که تکلیفش روشن است لذا اینکه صاحب عناوین این را به عنوان یک جهت خاص ذکر کرده^۱ و در صور دخالت داده، به نظر می‌رسد که خیلی ضرورتی برای این جهت وجود ندارد.

یک جهت دیگری که صاحب عناوین به آن توجه کرده این است که اگر شخص غافل و غیر عالم به ایجاد ضرر، ضرری ایجاد کند، این ضرر تارةً معتاد و متعارف است هر چند متصرف به آن متنبه نباشد، گاهی هم عادتاً مضر نیست. اینکه به حسب متعارف این فعل مضر باشد یا نباشد، اینهم تأثیری در این جهت ندارد برای اینکه ولو به حسب متعارف این فعل موجب ضرر باشد. وقتی او نمی‌داند، تکلیفی متوجه او نیست به شرط اینکه تقصیر نباشد^۲.

لذا جهت ششم هم به نظر می‌رسد که چندان تأثیری در مسئله ندارد. یعنی جهت پنجم و جهت ششم که صاحب عناوین به آنها اشاره کرده، ضرورتی برای تعرض به آنها نیست.

عمده آن پنج جهت دیگر است که در این پنج جهت مسئله نیاز حاجت یا عدم حاجت خودش جهت خیلی مستقلاً نیست؛ چون تصرف مالک یا برای جلب منفعت است و یا برای دفع ضرر (این دو صورت اهمیت دارد) و گاهی هم لغو و حتی ممکن است به قصد اضرار به غیر باشد. این جهات در کلمات امام (ره) مورد توجه قرار گرفته است.

اما جهت سوم و چهارم که صاحب عناوین به آن اشاره کرده و در بسیاری از کلمات هم ذکر نشده، این است که آیا ضرری که ایجاد می‌شود عینی باشد یا حکمی. یعنی این ضرر بالفعل ایجاد شود یا در آینده و به مرور محقق شود.

به نظر می‌رسد با توجه به برخی مطالبی که خود صاحب عناوین در بحث از حکم وضعی هم گفته و قبلاً هم به مناسبتی اشاره کرده است، این امری است که باید به عرف ارجاع داده شود که آیا عرف این را ضرر حساب می‌کند یا نه. اگر یک

۱. عناوین، ج ۱، ص ۳۳۳.

۲. عناوین، ج ۱، ص ۳۳۲.

ضرر حکمی باشد؛ یعنی چیزی است که بعداً محقق می‌شود ولی عرف آن را اضرار می‌داند و مصداق ضرر به این معنا می‌داند، نمی‌توانیم بگوییم جایز است.

جهت چهارم هم همینطور. جهت سوم و چهارم به یکدیگر وابسته هستند. یعنی یک ضرری که مستند به مالک باشد؛ اصل ضرر بودن و اینکه عرفاً این ضرر باشد و استنادش به مالک متصرف در ملک خودش، مهم است در تعلق حکم تکلیفی و در ضمان و حکم وضعی.

پس درست است که این جهت در برخی از کلمات ذکر نشده ولی به نظر می‌رسد این مطلبی است که ملاک و قاضی در آن عرف است و بالاخره این دو به یکدیگر وابسته هستند. یعنی عنوان ضرر مستند به این متصرف است که موضوع قرار می‌گیرد برای حرمت یا جواز.

به هر حال با اینکه شش جهت از این جهات در کلمات صاحب عناوین ذکر شده، اما به نظر می‌رسد که لزومی به ذکر بعضی از این جهات نیست و البته مسئله حَرَج هم که در برخی از کلمات ذکر شده، مسئله ای است که نمی‌توان از آن غافل شد. چون بالاخره گاهی فعل متصرف موجب ضرر بر جار می‌شود اما ضرری بر خودش ایجاد نمی‌کند. لکن حَرَج برای او پیش می‌آید؛ پس مهم است که برای متصرف حَرَج پیش می‌آید یا نمی‌آید ولو اینکه ضرر و عدم النفع هم برای او حاصل نشود.

حکم صور

۱. طبق مبنای مختار

با توجه به مقدمه ای که ذکر شد، امام (ره) از این شش صورت، تقریباً پنج صورت را جایز می‌داند و یک صورت را جایز نمی‌داند. در پنج صورت اول حکم به جواز کرده، در صورت ششم می‌فرماید جایز نیست.

شاید در چهار صورت اول و نیز صورت ششم تقریباً حکم روشن است و عمدتاً بحث در صورت پنجم است.

صورت اول

مالک اگر تصرف کند ضرر بر جار پیش می‌آید و اگر ترک تصرف کند ضرر بر خودش ایجاد می‌شود، این تصرف جایز است برای اینکه ترک این تصرف موجب ضرر بر خودش است و لاضرر اقتضای تحمل ضرر از غیر را ندارد. به استناد لاضرر لازم نیست که انسان به خاطر دیگری خودش متحمل ضرر شود لذا صورت اول کاملاً واضح است.

سوال:

استاد: آنجا دو صورت داشت. آنجا توجیهُ الضررِ إلی الغیر بود، این توجیه ضرر به سوی دیگری نیست بلکه می‌خواهد خودش تصرف کند ولی از قِبَل این تصرف ضرری به دیگری می‌رسد. این شخص ضرری که متوجه خودش می‌شود را به دیگری متوجه نکرده؛ این فرق دارد با آنجا. اینجا اگر به او بگوییم تصرف نکن چون موجب ضرر بر غیر می‌شود، این تحمل ضرر از ناحیه غیر است و تحمل ضرر غیر به مقتضای لاضرر لازم نیست. لذا بحث در صورت اول روشن است.

صورت دوم

در صورت دوم اینکه اگر تصرف کند موجب ضرر بر جار می‌شود و اگر ترک تصرف کند موجب حَرَج بر او می‌شود، اینجا گرچه در بسیاری از کلمات مطرح نشده، اما امام می‌فرماید که دلیلی برای تحمل حَرَج نسبت به خود او نیست. به چه دلیل برای اینکه به دیگری ضرر وارد نشود خودش متحمل حَرَج شود؟ پس نفی ضرر مقتضی تحمل حَرَج از غیر نیست.

صورت سوم

صورت سوم این بود که اگر تصرف کند موجب حَرَج بر جار می‌شود و اگر تصرف را ترک کند موجب ضرر بر خودش می‌شود. این هم دلیلش روشن است.

صورت چهارم

صورت چهارم هم این بود که اگر ترک تصرف کند حَرَج بر او پیش می‌آید و اگر تصرف کند موجب حَرَج بر جار می‌شود. در این چهار صورت عمده این است که ترک تصرف مالک موجب ضرر بر او یا حَرَج بر اوست. درست است که از قِبَل این تصرف، یک ضرر و یا حَرَجی بر جار وارد می‌شود، اما قصد مالک اضرار و ایجاد ضرر و ایصال حرج به غیر نیست، او به این تصرف نیاز دارد و اگر تصرف نکند ضرر و یا حَرَجی برای خودش پیش می‌آید. لذا به مقتضای لاضرر طبق مبنایی که امام فرمودند و طبق مبنای مختار لاضرر چنین اقتضایی ندارد که مالک دست از تصرف بردارد و خود متحمل ضرر یا حَرَج بشود برای اینکه به دیگری ضرر یا حَرَج وارد نشود. یعنی چنین تصرفی حرام نیست. عرض کردم که ضمان و حکم وضعی یک بحث دیگر است. این حرمت تکلیفی ندارد. به چه دلیل بگوییم این کار حرامی انجام داده؟ پس وضع این چهار صورت معلوم است.

صورت پنجم

اینکه مالک هیچ نیازی ندارد و اگر هم تصرف نکند نه منفعتی را از دست می‌دهد و نه ضرری برای او پیش می‌آید. این هم حکمش روشن است اگر عبثاً و لغوا و یا به قصد اضرار و ایصال حَرَج به همسایه این کار را انجام دهد قطعاً حرام است چون مصداق بارز اضرار علی الغیر است و فرض این است که اضرار به نفس هم نیست، به مقتضای لاضرر قطعاً این مورد حرمت تکلیفی دارد.

صورت ششم

صورت دیگر جایی است که نیاز او به تصرف مبتنی بر این است که می‌خواهد منفعتی ببرد و اگر تصرف نکند، عدم النفع نصیبش می‌شود؛ و اگر تصرف کند، موجب ضرر و حَرَج بر جار است. اینجا دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول: برخی معتقدند عدم النفع هم خودش ضرر فی الجمله است. بالاخره کَانَ در این صورت هم مثل صورت اول اگر مالک تصرف نکند، ضرر بر خودش ایجاد می‌شود. اگر تصرف هم کند موجب ضرر بر جار می‌شود. آنوقت در دَوْران امر بین ضرر بر خود و ضرر بر غیر، طبیعتاً خودش مقدم است و باید کاری کند که ضرر بر خودش وارد نشود. یعنی کَانَ این دو ضرر تعارض می‌کنند و ادله تسلط بلامعارض باقی می‌ماند و او می‌تواند به عموم ادله سلطنت أخذ کند و این کار را انجام دهد.

یا فوقش این است که اگر عدم النفع را ضرر ندانیم، این حَرَج است و در صورت دوم همانطور که گفتیم، اگر ترک تصرف حَرَج بر او باشد و تصرف موجب ضرر شود، این تصرف جایز است.

امام در این صورت حکم به جواز کردند^۱ البته در جایی که عدم منفعت معتدبه باشد نه عدم منفعت غیر معتدبه. اگر عدم منفعت معتدبه باشد، کأن این را ملحق به صورت اول یا دوم کرده اند. چون می‌گوید بالاخره نفس حبس مالک از انتفاع به ملکش حَرَج بر او است. اما اگر این عدمُ النفع به گونه ای بود که حَرَجی نبود و ضرری هم نداشت، در این صورت تصرفی که موجب ضرر یا حَرَج بر غیر شود جایز نیست.

دیدگاه دوم: این است که عدمُ النفع، ضرر محسوب نمی‌شود. بنابراین با ضرر غیر، معارض نخواهد بود. یعنی کأن یک طرف ضرر است و یک طرف هم ضرر نیست بلکه عدمُ النفع است و ادله سلطنت اجازه نمی‌دهد که این به دیگری ضرر برساند. یعنی لاضرر در اینجا جلوی تصرف را می‌گیرد و حکم به منع می‌شود. البته این بر این فرض است که ما این را حَرَج هم ندانیم.

به نظر می‌رسد در مجموع عدمُ النفع همانطور که امام هم فرمودند، اگر نفع معتدبه باشد قهراً عدمش یک حَرَجی است برای مالک ولو اینکه ما آن را ضرر ندانیم. بعید نیست از نظر عرف، ضرر محسوب شود مخصوصاً اگر ضرر معتدبه باشد. در عرف به کسی که منفعت نبرده می‌گویند ضرر کرده است؛ پس عرف عدمُ النفع را ضرر می‌دانند مخصوصاً در جایی که منفعت یک منفعت معتدبه باشد.

به هر حال عدمُ النفع در چنین مواقعی ضرر محسوب می‌شود و اگر ضرر محسوب شود، طبیعتاً مانند صورت اول حکم به جواز می‌شود. اگر هم ضرر محسوب نشود، جایی که منفعت معتدبه باشد بعید نیست گفته شود این حَرَجی است چون بالاخره در یک تنگنایی واقع شده و محدودیتی برای او حاصل شده که از این جهت بگوییم تصرف جایز است و حرمت تکلیفی ندارد.

عرض کردم این دو مسئله با هم خلط نشود؛ اگر می‌گوییم جایز است، یعنی شرعاً مأذون است ولی ضامن هم هست و باید خسارت را بدهد که این بحثی دیگر است. حتی ضرر جار می‌تواند تنزل قیمت ملکش باشد و لزوماً اینطور نیست که یک ضرر به منزل، دیوار و... پیش بیاید؛ حتی تنزل قیمت و کاهش قیمت ملک او هم یک ضرر است و باید این را در مسئله ضمان بررسی کرد.

نتیجه بحث در مقام اول طبق مبنای مختار

بنابراین در مجموع از نظر حکم تکلیفی طبق مبنای مختار به نظر می‌رسد از این صوری که ذکر شد به غیر از آن یک صورت بقیه صور جایز است.

تنها آن دو جهتی که در کلمات صاحب عناوین هم بود، اینکه این ضرر عینی باشد یا حکمی، این به نظر می‌رسد که باید به عرف ارجاع داده شود. عرف قضاوت کند که این ضرر محسوب می‌شود یا نمی‌شود.

و همینطور در جهت چهارم که آیا این مستند به فعل متصرف است یا به مرور واقع شده، واقعش این است که درست است که اگر کسی خانه اش را تبدیل به حمام کند بالفعل ضرری متوجه خانه همسایه نمی‌شود و بعداً که رطوبت به خانه سرایت کرد، مستقیماً نمی‌گویند که این مالک باعث رطوبت و ارسال ماء به این بناء شد، اما بالاخره سبب او است. درست است که

۱. بدائعُ الذرر، ص ۱۳۵ و ۱۳۶.

مباشر نیست، اما سبب است. مثلا می‌گویند چه شد که این خانه رطوبت پیدا کرد؟ می‌گویند چون اینجا را حمام کردند. چه کسی حمام درست کرد؟ مالک.

لذا جهت سوم و چهارم که در کلمات صاحب عناوین اشاره شده، با توجه به اینکه در مسئله ضرر عینی و حکمی، باید عرف را ملاک قرار دهیم و در مسئله استناد به فعل متصرف هم از نظر عرف فرقی بین اینکه بالفعل این مشکل ایجاد شد و یا به مرور ایام این مشکل ایجاد شود نیست، لذا بهتر این است که این مسئله را به عرف واگذار کنیم و عرف آنچه را که اضرار تشخیص دهد، مشمول این حکم قرار می‌گیرد.

نکته

این مطلب هم توجه شود که با اینکه در بعضی صور عرض شد تصرف جایز نیست، ولی این تقریبا همان مطلبی است که شیخ فرموده البته با تنويع بیشتر. بالاخره شیخ هم فرمود آنجایی که عبث و لغو باشد جایز نیست؛ مرحوم شیخ سه صورت کرد، بعضی صورتهای بیشتری بیان کردند، ولی اساس همان است.

اگر بگوییم مشهور قائل به جواز تصرف هستند مطلقا حتی در جایی که عبثا و لغوا این کار را انجام دهد، طبیعتا این قول با نظر مشهور متفاوت می‌شود. اما اگر بگوییم مشهور هم که قائل به جواز مطلقا شدند قطعاً چنین مواردی را از شمول حکم تکلیفی جواز خارج می‌دانند و در این موارد قائل به حرمت هستند، آنوقت دیگر فرقی بین نظری که به مشهور نسبت داده شده و انظاری که چند نمونه‌اش ذکر شد الا در بعضی از جزئیات وجود نخواهد داشت.

۲. حکم تکلیفی طبق مبنای مشهور

در باب لاضرر مشهور معتقدند که لاضرر نفی حکم ضرری می‌کند، آیا طبق این مبنا هم می‌توان گفت تصرف مالک در ملک خودش جایز است؟ ظاهر این است که طبق مسلک مشهور هم می‌توان این را گفت. مرحوم شیخ و بعضی دیگر، مبنایشان در باب لاضرر معلوم است. آنها هم می‌گویند لاضرر نفی حکم ضرری می‌کند و در عین حال در برخی از موارد قائل به جواز هستند و در یک موردی هم قائل به منع.

عمده این است که طبق مسلک مشهور می‌توانیم بگوییم که چون اصولا لاضرر در مقام امتنان وارد شده اقتضا می‌کند که به جز در موارد خاص مانع سلطنت و تصرف نشود. اینکه ما بگوییم کسی در ملک خودش تصرف نکند برای اینکه ضرری متوجه غیر نشود، مخالف امتنان نسبت به مالک است و چه بسا طبق مسلک مشهور در باب لاضرر، اساسا دلیل ضرر منصرف است از جایی که از رفع آن ضرری اثبات شود بر دیگری.

اما اگر مالک می‌خواهد کاری انجام دهد که موجب ضرر بر غیر است ولی برای خودش هیچ ضرری ندارد، حتی عدم النفع هم برایش پیش نمی‌آید، اینجا معلوم است که لاضرر جلوی چنین تصرفی را می‌گیرد.

البته طبق مسلک مشهور، مسئله تعارض ضررین یا تعارض حرجین یا تعارض حرج و ضرر ممکن است پیش بیاید؛ از یک طرف ضرر مالک و از یک طرف هم ضرر جار، یا حرج هر دو، یا ضرر یکی و حرج دیگری، در اینجا بعید نیست که بگوییم قاعده این است که حق مالک مقدم می‌شود چون هم دلیل سلطنت چنین اقتضایی دارد و اگر هم دلیل سلطنت نباشد همانطور که گفته شد اصل عملی برائت بعد از تعارض و تساقط اقتضای جواز دارد.

اگر هم گفتیم حَرَجِ مُقَدَّمِ بَرِ جَانِبِ ضَرَرٍ اسْتِ و حَاكِمِ بَرِ اَنْ، باز حَرَجِ اَيْنِ شَخْصِ اِقْتِضَا مِي كَنْدِ كِه تَصْرَفِ جَايِزِ بَاشَد. و اَلَا هِمَانِ عَمُومَاتِ سُلْطَنَتِ يَا اَصُولِ عَمَلِيَه اِقْتِضَا مِي كَنْدِ اَيْنِ جَايِزِ بَاشَد.

بِه هِر حَالِ اَيْنِ اِجْمَالِي بُوَد اَز حَكْمِ تَكْلِيْفِي.

مقام دوم: حکم وضعی (ضمان)

از نظر حکم وضعی، آنچه سبب ضمان است به طور کلی یا اضرار است یا اتلاف، ادله اتلاف، ضمان را ثابت می‌کند. «مَنْ اَتْلَفَ شَيْئًا ضَمِنَ» معروف است و در جای خودش هم ثابت شده که اتلاف موجب ضمان است. در برخی روایات، اضرار هم به عنوان موجب ضمان معرفی شده. مثل این روایت: «مَنْ اَضَرَ بَشِيئَةً مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَهُوَ ضَامِنٌ»^۱ اینجا کلمه اضرار را آورده.

ادله ضرر هم می‌تواند ضمان را ثابت کند. البته این بحثی است که در آینده خواهیم داشت که اساساً آیا با قاعده لاضرر ضمان ثابت می‌شود یا نه؟ این یک بحث مهمی است که آیا لاضرر و قاعده لاضرر ضمن اینکه نفی حکم ضرری می‌کند طبق نظر مشهور یا دلالت بر منع و عدم جواز اضرار می‌کند، چه اضرار به خود و یا دیگری، آیا ضمان را هم ثابت می‌کند یا نه؟ اگر ما ادله لاضرر و حدیث لاضرر و لا اضرار را دال بر ضمان دانستیم، اینهم خودش می‌شود یکی از ادله ضمان. پس در واقع اسباب ضمان یکی اضرار است و دیگری اتلاف.

طبیعتاً هر جا این ملاک تحقق پیدا کند، ضمان ثابت است. بنده یک معیار کلی می‌دهم و دیگر لازم نیست مثال‌ها و موارد را یک به یک بررسی کنیم.

طبق این ملاک اذن شارع و عدم اذن شارع دخیل نیست. اینکه بعضی مواقع شارع اذن داده دلیل بر این نیست که ضمان ثابت نیست چون گاهی ضمان محقق می‌شود هر چند اذن شرعی هم باشد و هیچ گناهی هم در آن تصرف نباشد. گاهی هم ضمان ثابت نیست.

باید دید در این مسئله (مسئله ششم) تصرف مالک در ملک خود به نحوی که موجب ضرر بر جار شود، آیا اضرار و اتلاف صدق می‌کند یا خیر؟ هر جا اضرار و اتلاف صدق کند، ضمان ثابت است. مهم این است که وقتی می‌گوییم اتلاف، یعنی تلف شدن مال همسایه مستند به تصرف [این] مالک باشد. اینکه گفتیم عرف باید تشخیص دهد و ما در جهت سوم و چهارم هم اشاره کردیم که باید این را به عرف واگذار کنیم که آیا اضرار حکمی از دید عرف ضرر هست یا نیست؟ این را باید عرف تشخیص دهد. اینکه این ضرر مستند به تصرف مالک هست یا نیست را عرف باید تشخیص دهد.

پس هر جا عرف تشخیص دهد که اتلاف صورت گرفته و این تلف مستند به تصرف مالک است، او ضامن است و باید بپردازد. اینجا دیگر ممکن است اختلاف نظر در مصداق باشد. مثلاً صاحب عناوین می‌فرماید^۲ اگر کسی خانه‌اش را به عنوان حمام یا دکان حداد قرار دهد و یا درختی بکارد که در آینده ریشه‌اش به خانه همسایه آسیب می‌رساند، اینها از اسباب معد اتلاف نیست هر چند یقین دارد که بعداً این منشا ضرر می‌شود.

۱. وسائل، ج ۱۹، ص ۱۷۹، باب ۸ از ابواب موجبات ضمان، حدیث ۲.

۲. عناوین، ج ۱، ص ۳۳۶.

یا مثلا می‌گوید اگر آتشی بر پا می‌کند که هوا و باد این را به سوی متاع همسایه می‌برد و باعث آتش سوزی می‌شود و اگر این خاموش نکند آتش سوزی پیش می‌آید، او ضامن نیست ولو اینکه علم دارد باد آتش را می‌برد و متاع همسایه را می‌سوزاند. این شاید از این جهت باشد که دفع ضرر عن الغیر بر او واجب نیست.

ولی بحث این است که آیا واقعا از نظر عرف، این ضرری که متوجه همسایه شده مستند به او نیست؟ نمی‌گویند او این را اتلاف کرده؟ بعید است در چنین مواردی بگوییم این اتلاف مستند به مالک نیست. بلکه ممکن است که ایشان بگوید این اتلاف نکرده بلکه کاری کرده که منجر به تلف شده؛ ولی این بعید است. بالاخره اگر کسی در خواب مالی را از دیگری تلف کند ولو قصد هم ندارد، اینجا نمی‌گویند او تلف کرده است؟ اینجا می‌گویند تلف کرده و تلف مستند به او است ولو اینکه قصد هم نداشته؛ اینجا هم همینطور است.

یا آنجایی که منزلش را تبدیل به حمام می‌کند و باعث سرایت رطوبت می‌شود و آسیب می‌زند، در واقع این از اسباب معد اتلاف نیست؟ نمی‌توانیم بگوییم این اتلاف است؟ نمی‌توانیم بگوییم این مستند به فعل یا تصرف او است؟

به نظر می‌رسد که ورود در این مصادیق خیلی صحیح نیست که بگوییم این اتلاف هست یا نیست بلکه باید اینها را به عرف واگذار کرد. ما اگر یک ملاک کلی دادیم، ملاک در تحقق ضمان در تصرفات مالک در ملک خودش که موجب ضرر بر جار شود، اتلاف و اضرار است. هر جا اتلاف و اضرار تحقق پیدا کرد، موجب ضمان است. لذا ادله ضمان اینجا را در بر می‌گیرد و ضمان را اثبات می‌کند. و هر جا مصداق اتلاف و اضرار نباشد، این را در بر نمی‌گیرد.

بحث جلسه آینده: مسئله هفتم.

«والحمد لله رب العالمین»