بسم الله الرحمن الرحیم

دوشنبه 21/10/94

جلسه 1241

بحث راجع به این بود که مالک تصرفی در ملکش بکند که موجب ضرر بر همسایه هست، و ترک این تصرف یا موجب ضرر خود مالک هست و یا لااقل موجب محروم شدنش هست از منفعت.

مشهور قائل شدند به جواز تصرف ولو منجر به اضرار به همسایه بشود.

آقای خوئی تفصیل داد فرمود اگر عرفا این تصرف شما مصداق تصرف در مال غیر هست عموم لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه شاملش می شود، و طبعا طبق این مبنا حتی اگر همسایه متضرر نمی شود و لکن عرفا چون حفر بالوعه توسط مالک یک تصرف عرفی باشد در ملک همسایه ولو او هیچ متضرر نشود، آب فاضلاب این مالک منتقل می شود به خانه همسایه یا به توابع عرفی زمین همسایه، عرفا او متضرر نمی شود و لکن می گوید من راضی نیستم با این کاری که تو می کنی تصرف بکنی عرفا در مال من.

لازمه فرمایش آقای خوئی این است که وقتی این فعل مالک نسبت به خانه همسایه تصرف عرفی بشود، این حرام باشد تصرفش بدون اذن همسایه، ولو اضرار به آنها نباشد.

به هر حال ایشان فرمود اگر عرفا این تصرف مالک تصرف در ملک همسایه است حرام است لعمومات لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه، و اگر تصرف عرفی نیست در ملک همسایه، در مصباح الاصول فرمود جائز هست این تصرف، و دلیل لاضرر ولاضرار هم نمی تواند جواز این تصرف را بردارد چون خلاف امتنان بر مالک است و چه بسا موجب ضرر بر مالک است، و در فقه ملتزم شد به اینکه حتی اگر تصرف عرفی در ملک جار نباشد ولی اضرار به جار باشد مشمول لایضر اخاه المؤمن هست.

ظاهر کلام مصباح الاصول این است که گاهی اتلاف مال همسایه صدق می کند ولذا موجب ضمان است، اما چون تصرف در ملک همسایه نکرده تکلیفا جائز است، و بین اینها هیچ تنافی نیست که ما بگوئیم جائز است تصرف مالک چون تصرف در ملک غیر نیست و لکن موجب ضمان هست چون اتلاف مال غیر است.

**اقول:** ما این فرق را نفهمدیم، چطور می شود یک کاری بکند این مالک که مصداق تصرف در مال غیر نیست عرفا، و لکن نقص و تلف مال غیر مستند به اوست، با اینکه از اوضح انحاء تصرف در مال غیر اتلاف مال غیر هست، اگر کسی آتشی روشن کند این آتش شعله هایش به فرش همسایه برسد بگوید من تصرف نکردم در مال غیر، فقط اتلاف کردم مال غیر را لذا ضامنم، اما کار حرامی به عنوان تصرف در مال غیر نکردم، مگر بگوئید ظلم و عدوان است و ظلم و عدوان حرام است و الا من تصرف در مال غیر نکردم، این قابل قبول نیست از نظر عرف، مگر می شود اتلاف مال غیر و لو با ایجاد سبب تولیدی آن مثل روشن کردن آتش و رسیدن خودبخود آتش به فرش همسایه این مصداق تصرف در مال غیر نباشد؟ مصداق تصرف در مال غیر هم بر فرض نباشد مشمول لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه قطعا هست.

یا اگر چاه فاضلابی کندید و آب می ریزید به طور مستمر در این چاه فاضلاب که بعد از مدتی دیوار همسایه نشت می کند و نمناک می شود و می ریزد خوب می گویند تصرف کرد در مال غیر، البته این که کاری بکند که چاه همسایه معیوب بشود مثلا خشک شود به این معنا که آب از مجاری زمین نیاید به این چاه، یک چاه عمیقی قبل از این چاه کند که هر چه آب هست آن چاه عمیق می کشد، خوب این بله نه اتلاف مال غیر است و نه تصرف در مال غیر است این صرفا اضرار به غیر است، اما بحث در این است که آقای خوئی فرمود تصرف در مال غیر اگر صدق نکند حلال است منافات ندارد که به عنوان اتلاف مال غیر ما قائل به ضمان بشویم، ما عرض می کنیم که چطور تصویر می کنید که تصرف در مال غیر نیست و لکن اتلاف مال غیر است، شما می فرمائید اضرار به غیر گاهی صادق است و لو تصرف در مال غیر نباشد، خوب این را که ما منکر نیستیم، بحث در این است که اتلاف عینی مال غیر مثل اینکه زمین او نشست کرد بگوئیم ما که تصرف نکردیم در مال غیر، ما آمدیم فاضلاب در ملک خود کندیم و این باعث شد که زمین او نمناک شد و نشست کرد به جوری که اتلاف عینی حساب می شود در آن زمین مثل اینکه ساختمان او فروریخت بخاطر این نشست، آیا ما عرفا تصرف نکرده ایم در مال غیر، اگر در لفظ تصرف هم شما مقداری اشکال داشته باشید قطعا این اتلاف مال غیر مصداق بارز لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه هست و این قطعا حرام است، و این لایحل مال امرئ مسلم اتلاف مال غیر را که شامل می شود قطعا.

ما که می گوئیم تصرف هست ولو تصرف با ایجاد سبب تولیدی، تصرف هم نباشد بخاطر اینکه خیلی تدریجی است این حالت که با فاصله زیاد که سالهای متمادی آب می ریزد در این چاه فاضلاب آرام آرام ساختمان همسایه نشست کرد یک روز برخواستند دیدند که سقفش افتاده، بگوئید که ما عرفا تصرف نکردیم در ملک شما، اما بر فرض این درست باشد اما خود اینکه که اتلاف کردید مال غیر را آیا متعارف عرفی از لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه و حرمة مال امرئ مسلم کحرمة دمه این نیست که این کار حرام هست؟ انصاف این است که عرف استفاده حرمت می کند.

اما این تمسکی که آقای خوئی کرد به مکاتبه محمد بن حسین، در فقه فرمود ما به این نتیجه رسیدیم که حتی اگر تصرف در مال غیر نباشد بلکه فقط اضرار به غیر باشد -اضرار عینی نه فقط اضرار قیمتی- این روایت می گوید که حرام است، در مکاتبه ممد بن الحسین به ابی محمد العسکری علیه السلام آمده است که کتبت الی ابی محمد علیه السلام رجل کانت له رحی علی نهر قریة و القریة لرجل فاراد صاحب القریة ان یسوق الی قریته الماء فی غیر هذا النهر و یعطل هذه الرحی، صاحب قریه که یک نهری داشت آن قریه و یک مؤمنی هم آسیاب داشت در کنار آن نهر، صاحب قریه خواست مجرای این نهر را تغییر بدهد که عملا منجر می شد به تعطیلی آسیاب، سؤال می کند از حضرت که أ له ذلک؟ فوقّع علیه السلام یتق الله و یعمل فی ذلک بالمعروف و لایضر اخاه المؤمن، آقای خوئی فرموده اند که مقتضای این صحیحه این است که اضرار به برادر مؤمن حرام است، ولو شما با ترک این فعل خودت متضرر می شوی بشو ولی به برادر مؤمنت زیان نزن، البته این اضرار عینی است نه اضرار قیمتی که من اگر ساختمان چند طبقه بسازم یا وقف کنم خانه ام را برای مدرسه یا مسجد خانه همسایه ارزان می شود، ارزان شدن مهم نیست مهم ضرر عینی است، آسیابی که آب ندارد این یعنی نقص عینی.

**اقول:** راجع به این صحیحه استدلال ایشان ناتمام است، **اولا:** این صحیحه انصراف دارد از جائی که اگر من مالک تصرف نکنم خودم متضرر می شوم، اگر اینطور بود در سؤال سائل فرض می شد، وقتی در سؤال سائل تعطیلی آسیاب فرض شد که اگر این شخص بخواهد نهر را تغییر بدهد آسیاب آن مؤمن تعطیل می شود ظاهرش این است که این تغییر مجرای نهر برای منافع یا اغراض بود، نه اینکه اگر تغییر نمی داد مالک قریه دچار ضرر معتدبه می شد، اگر اینجور بود این را ذکر می کرد تا سؤال ناقص نباشد، جواب که مطلق نبود بلکه جواب از یک قضیه شخصیه است، و ظاهر سؤال از این قضیه شخصیه این است که این صاحب قریه متضرر نمی شد و الا در سؤال این قید اخذ می شد، یک غرض شخصی داشت مثل جلب منفعت که راه نزدیکتر بشود تا آب بیشتر به روستا برسد، یا از این مجرای جدید استفاده بهینه بکند باغهایش را بهتر آبیاری بکند، و الا اگر متضرر می شد ضرر صاحب رحی را بگوید اما ضرر خود صاحب قریه را نگوید این خلاف ظاهر است.(درست است نوع نفع صاحب قریه را هم در سؤال نگفته اما او از این باب است که انسان عاقل کار لغو که نمی کند، لابد یک نفع و غرضی داشته صاحب قریه در تغییر مجرای این نهر، اما اینکه ضرر معتدبه بکند از تغییر مجرای این نهر ولی سائل ذکر نکند این خلاف ظاهر است).

**ثانیا:** در نقل تهذیب و فقیه بجای لایضر اخاه المؤمن آمده لایضار أخاه المؤمن، خوب خود آقای خوئی فرموده که نهی از ضرار شامل مطلق اضرار به غیر نمی شود، گاهی فعل این شخص هیچ توجیه عقلائی ندارد جز اینکه بگویند هذا ضرار بالغیر، مثل همان شریک در رأس و جلد شتر که در صحیحه هارون غنوی بود که خرید رأس و جلد را از صاحب شتر بیمار، بعد شتر بیمار خوب شد و گران شد، روایت می گفت اگر مشتری رأس و جلد بگوید انی ارید الرأس و الجلد هذا الضرار لیس له ذلک، چون یک غرض عقلائی مترتب نبود بر این اصرار که بگوید من سر و پوست این شتر را می خواهم با اینکه آن زمان که من این را خریدم مریض بود در معرض نحر بود الآن خوب شد و قیمتش چند برابر شد، اینجا هم اگر یک غرض عقلائی مترتب نباشد بر تغییر مجرای نهر می گویند هذا الضرار لایضارّ أخاه المؤمن، اما اگر این صاحب قریه منافعی دارد و نهر هم مال خودش هست و هیچ حقی هم در ضمن عقد و مانند آن برای صاحب آسیاب تعیین نشده است خوب این ضرار نیست، آقا من صاحب این مزرعه بودم تا حالا نهر آبم از این مسیر می آمد شما آمده بودید آسیاب زده بودید، حالا من مصلحتم اقتضاء می کند که مجرای نهر را عوض کنم، اینکه ضرار نیست، نه به قصد زیان زدن به تو این کار را کردم و نه عرف می گوید بدون غرض عقلائی داری این کار را می کنی و این ضرار است، هیچکدام نیست.

اینکه در ذیل این صحیحه راجع به حفر بئر سؤال می کند او یک حکم دیگری دارد، در حفر بئر شرط حفر بئر این است که ان لایضر بالاخری، ضرر به چاه همسایه نزند، او یک حکمی است مختص به دو تا بئر و هر دو هم چاه آب بوده، چاه آبی که شما الآن می زنی نباید مضر باشد به چاه آب همسایه، این یک حکم خاصی است که ان لاتضر احداهما الاخری، این یک حکم خاصی است در بئر، فرض این است که آن آقا قبلا چاه زده شما می خواهی الآن در خانه ات چاه بزنی شارع گفته چاه آب شما نباید عرفا اضرار به چاه آب همسایه باشد، خوب این حکم خاصی است در مورد خودش، ما یک بحث کلی داریم می کنیم، بحث در این است که این همسایه ما می خواهد آهنگری باز کند می خواهد دباغی کند خانه اش را، و با این کار دارد ضرر می زند و این هم ضرر عینی است عرفا که استفاده عرفی از خانه مسکونی مختل می شود، نه اینکه مسجد می سازد کنار منزل ما که در عرف اگر یک خانه ای در جنب مسجد یا مدرسه باشد قیمتش ارزانتر است، نه آن ضرر قیمتی است او مهم نیست، اما بعض امور مثل اینکه آهنگری یا دباغی راه بیاندازد کنار خانه ما این ضرر عینی است عرفا، یعنی منفعت خانه مسکونی به این است که برای آرامش باشد، وقتی آرامش سلب بشود این یک نوع ضرر عینی است.

ممکن است کسی اشکال دیگری به آقای خوئی بکند بگوید این روایت در موردی است که این آسیاب این شخص کلا تعطیل می شود، که گفت یعطّل هذه الرحی، تلف صد در صد می شود به نظر عرف، ربطی ندارد به مواردی که تلف صد در صد نمی شود ملک جار، بلکه فقط نقصی بر او وراد می شود.

**اقول:** این اشکال وارد نیست، چون امام علیه السلام حکم کرد و لایضر اخاه المؤمن، این زیان زدن به او گاهی به این است که صد در صد آسیاب او تعطیل بشود و گاهی به این است که کاری بکند که او صد در صد آسیابش تعطیل نشود ولی متضرر بشود به یک نحوی، باز روایت می گوید لایضر اخاه المؤمن، اما حکم این شخص که می خواهد تغییر بدهد مجرای نهر را این است که به برادر مؤمنش ضرر نزند، حالا اگر بجای تعطیلی آسیاب فرض کنید نیمه کاره شدن آسیاب را، باز هم روایت می گوید زیان نزند به آن صاحب آسیاب، یعنی ضرر معتدبه نزند به صاحب آسیاب چه به نحو تعطیلی رحی باشد یا به کمتر از آن که مصداق اضرار هست.

یک شبهه ای هم ممکن است مطرح بشود در رابطه با کلام آقای خوئی که به نظر ما این شبهه هم قابل جواب است، عمده اشکال به آقای خوئی این است که در نقل فقیه و تهذیب لایضار اخاه المؤمن است، ولی غیر از این اشکال ممکن است یک شبهه ای هم به آقای خوئی وارد بشود و آن این است که گفته می شود که روایت دارد که القریة لرجل، ندارد که النهر لرجل، دارد که رجل کانت له رحی علی نهر قریة و القریة لرجل، نگفته النهر لهذا الرجل، وقتی فرض نشد که نهر برای این رجل هست، و قرینه هست که نهر مال رجل نبود و الا نمی گفت القریة لرجل بلکه می گفت النهر لرجل گفته می شود که پس نهر ملک او نبود، چه حقی داشت کاری بکند در یک مباح عام که مضر به هم نوعان خودش باشد.

**اقول:** جواب این است که ظاهر این است که این نهر هم مال همین قریه بوده، مالک قریه مالک شؤون قریه هم هست که آن نهر القریه است، رجل کانت له رحی علی نهر قریة و القریة لرجل فاراد صاحب القریة ان یسوق الی قریته الماء فی غیر هذا النهر این معنایش این است که مشکلی نداشت این مالک قریه در تغییر مجرای نهر و حق او و مال او بود، فقط امام علیه السلام می فرماید مراعات برادر مؤمنش را بکند و به او زیان نزند، و الا اگر نهر مال این صاحب قریه نبود اصلا حق نداشت تصرف کند در این مباح عام و لو مضر به دیگران نباشد، اینکه محروم بکند دیگران را از نفع آن هم جائز نیست، معلوم می شود که مورد موردی بود که این آقا حق داشت تصرف کند در این نهر لولا اضرار به برادر مؤمن.

{ اگر گفته شود که این روایت خلاف ارتکاز عقلاء است، اگر شرکت اتوبوسرانی در یک مسیری اتوبوس نقل و انتقال می داد و شخصی در آنجا رستوران زد آیا احتمال عقلائی دارد که این شرکت اتوبوسرانی حق نداشته باشد که مسیر را تغییر بدهد بگوید از این بعد از خیابان دیگری عبور و مرور می کنیم و رفت و آمد در این خیابان عملا تعطیل می شود و باعث اضرار به آن صاحب رستوران می شود، بله این حق با شماست، ولی آقای خوئی ممکن است جواب بدهد که این اضرار عینی نیست این عدم النفع است، عقلائی نیست چون عدم النفع است، برخلاف مورد روایت که آسیاب او متضرر می شد چون آسیاب بدون آب مثل ماهی بدون آب است، اما رستوران بدون مشتری این عدم النفع است}.

فلایتم الاستدلال بهذه الصحیحة، حالا آقایان می گفتند چون این خلاف ارتکاز عقلاء است لذا همان مطلبی را می گوئیم که آقای تبریزی استاد ما می فرمودند که این را حمل می کنیم بر جائی که صاحب رحی یک حقی داشته در این نهر در ضمن یک عقد لازمی یا از مالک قبلی به این حق منتقل شده که این صاحب رحی نسبت به این نهر حق دارد، و الا اگر حقی نداشت این خلاف مرتکز عقلائی است که بگوئیم صاحب النهر حق تغییر مجرای نهر را ندارد، این اشکال مرجعش به فرمایش مرحوم استاد است.

به هر حال ما عمده اشکالمان این است که شاید لایضار اخاه المؤمن باشد که مربوط به بحث ما نیست.

آقای سیستانی فرمودند که ما دائر مدار تصرف عینی نیستیم در ملک جار، بعضی تصرفها تصرف عرفی است و لو تصرف عینی نیست، مثل اینکه منزل خود را کارگاه آهنگر و دباعی قرار بدهد، تیشه نزده به خانه همسایه، ولی عرفا تصرف در است، منفعت خانه مسکونی این است که انسان در او آرامش پیدا کند، وقتی که مأمن می کند مالکی ملک خودش را برای آهنگری یا دباغی این یک نوع تصرف عرفی است در خانه همسایه.

بعد ایشان می گوید اگر بگوئید هم که تصرف نیست ولی ما دائر مدار عنوان تصرف نیستیم، لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه یا حرمة مال المسلک کحرمة دمه که عنوان تصرف در شآنها اخذ نشده است، مال مسلم احترام دارد، اگر کاری بکنی که منافی با احترام مال مسلم باشد این تصرفهایی که تصرف عرفی است بر فرض عنوان تصرف بر آن صادق نباشد اما اضرار به جار این خلاف احترام به مال اوست.

بله مواردی که سیره زمان ائمه بوده بر یک مقداری از تصرف های مضر در حق همسایه ها او را ملتزم می شویم، به قول شما بالاخره دنیا دار تزاحم است، در این شهر یک عده ای باید آهنگری و یک عده ای دباغی کنند، به مقدار متعارف اگر اضرار به همسایه ها بخورد اشکال ندارد، اما تصرف هایی که موجب اضرار غیر متعارف در زمان ائمه است این جائز نیست.

**اقول:** به نظر ما این فرمایش ناتمام است، برای اینکه ما دو تا روایت داریم راجع به لایحل مال امرئ مسلم:

یکی معتبره اسدی است که لا یحل لاحد ان یتصرف فی مال غیره الا باذنه،که کاملا موضوع را تصرف مطرح کرد.

دیگری موثقه سماعه است لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه، که اولا: اثر ظاهر از تعبیر به لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه تصرف در آن است نه چیز دیگر مثل انتفاع، زیر چراغ همسایه مطالعه می کند یا از آتش همسایه استفاده می کند گرم می کند خودش را، اینجا که نمی شود گفت لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه، این انتفاع است تصرف نیست، قدر متیقن یعنی اثر ظاهر تصرف است.

ثانیا: وقتی که امر دائر است که متعلقی که محذوف است عنوان تصرف باشد یا مطلق انتفاع، حذف متعلق موجب اجمال است، عرف می گوید ما چه می دانیم متعلق محذوف چیست، مثلا حدیث می گوید نهی النبی عن آنیة الذهب و الفضة اما از چه چیز آن ما را نهی می کنید معلوم نیست، قدر متیقن این است که از اکل و شرب از ظرف طلا و نقره نهی می کند نه از مطلق استعمال و یا انتفاع و لو به عنوان تزئین، اینجا هم لایحل مال امرئ مسلم متعلقش محذوف است عرفا،لایحل التصرف یا لاتحل الانتفاع، این قدر متیقن همان تصرف است.

اما حرمة مال امرئ مسلم کحرمة دمه، به نظر می رسد که این که احترام مال مؤمن مانند احترام خون او هست عرف از او می فهمد که یعنی اتلاف آن و از بین بردن آن حرام است، عرف این را مبرز می بیند عرفا که بخواهد بگوید اتلاف آن حرام است یا تصرف در آن بدون اذن مالک حرام است، اما اینکه مطلق انتفاع حرام است یا کاری بکنیم که او متضرر بشود حرام است؟ این ظهور عرفی ندارد.

ولذا به نظر می رسد که هر کجا عرفا تصرف مالک تصرف در ملک جار باشد یا اتلاف ملک جار باشد عرفا این حرام است، مگر اینکه از ترک تصرف مالک ضرر فاحشی ببیند، اگر از ترک تصرف مالک ضرر فاحشی می بیند اینجا در ارتکاز عقلاء این تصرف ظلم و عدوان نیست به همسایه و جائز است، اما اگر ضرر فاحش نمی بیند تصرفی می کند که عرفا مستلزم اتلاف مال همسایه است خوب لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه شاملش می شود، اما اگر این مالک منزل خودش را محل آهنگری یا دباغی قرار بدهد این اتلاف مال غیر نیست عرفا و تصرف در مال غیر هم نیست عرفا، بلکه شما عملا کاری می کنید که رغبت نوعیه در این خانه های مجاور کم می شود، مثل اینکه یک آقایی که تناسب ندارد با مردم مجتمع مسکونی برود ساکن یکی از واحدهای آن مجتمع بشود، بگوئیم شما با این کارت موجب قلت رغبت نوعیه بقیه مردم شدی در واحدهای دیگر این مجتمع مسکونی، این عرفا مصداق تصرف در مال غیر یا اتلاف مال غیر نیست، ولذا به نظر می رسد که اشکال ندارد.

مرحوم آقای صدر فرموده ما هیچ دلیل لفظی نداریم، باید رجوع کینم به ارتکاز عقلاء، ارتکاز عقلاء اصل را بر حق مالک قرار می دهد، مالک حق دارد مگر اینکه همسایه ضرر فاحشی ببیند از این تصرف مالک و خود مالک از ترک این تصرف ضرر مختصری ببیند، که این ضرر مختصر مندک در آن ضرر فاحش همسایه است، اینجا بله عقلاء می گویند حق با همسایه است، همسایه از این تصرف شما ضرر فاحشی می بیند شما چاه فاضلاب بکنی همسایه خانه اش منهدم می شود، ضرر فاحشی می بیند، ولی اگر چاه فاضلاب نکنی شما ضرر ضئیل و یسیر می بینی که عرفا ناچیز است در مقابل ضرر فاحش همسایه، اینجا بله حق با همسایه است، اما در غیر این صورت حق با مالک است یتصرف فی ماله کیف شاء ولو مضر به همسایه باشد.

**اقول:** به نظر ما این عرفی نیست که بگوئیم ارتکاز عقلاء می گوید اصل بر حق مالک است، اگر مالک ضرر معتدبهی می بیند همسایه هم ضرر معتدبه می بیند از تصرف او، مالک از ترک تصرف ضرر معتدبه می بیند و همسایه از تصرف مالک ضرر معتدبه می بیند آیا واقعا عقلاء ارتکازشان این است که اصالة حق المالک می بینند؟ ما همچنین ارتکازی را احساس نمی کنیم، آقای صدر می گوید ارتکاز عقلاء می بینند برای مالک مگر در یک فرض که ضرر مالک از ترک تصرف کوچک و ضرر همسایه فاحش باشد اینجا حق را به همسایه می دهند، و الا اصل بر این است که مالک حق دارد، که به نظر ما این اصل محرز نیست عند العقلاء، اگر این عمل مصداق تصرف در مال غیر یا اتلاف مال غیر باشد حرام است و الا دلیل بر حرمت آن ما نداریم.

یک مطلبی محقق عراقی فرموده فردا عرض می کنیم و بعد وارد بحث استصحاب می شویم بحول و قوه الهی، و الحمد لله رب العالمین.