بسم الله الرحمن الرحیم

سه شنبه 22/10/94

### جلسه 1242

بحث راجع به این بود که اگر مالک در ملکش تصرفی انجام بدهد موجب ضرر بر همسایه است، و اگر ترک کند این تصرف را موجب ضرر بر خودش هست، آقای خوئی در اصول فرمود که ما تابع عنوان تصرف در مال غیر هستیم، اگر عنوان تصرف در مال غیر منطبق بود بر این فعل مالک می شود مصداق تصرف در مال غیر بدون اذن او، و این جائز نیست، و اگر مصداق تصرف در مال غیر نبود این اشکالی ندارد.

ما هم این را پذیرفتیم، و لکن به نظر می آید در جائی که فعل مالک تصرف در ملک همسایه نیست عرفا، و لکن اضرار به اوست، و ترک آن موجب ضرر معتدبه بر مالک نیست بلکه موجب محروم شدن اوست از نفع، ما بتوانیم از لاضرر و لاضرار حرمت این تصرف را اثبات کنیم، اگر از ترک این تصرف مالک متضرر می شود از لاضرر ولاضرار نمی شود حرمت این تصرف را اثبات کرد، چون لاضرر و لاضرار موارد تعارض ضررین را شامل نمی شوند، چون در جائی لاضرر نفی می کند ضرر را که ممکن هست نفی آن، در مانحن فیه که فرض می کنیم امر دائر است بین ضرر مالک و یا ضرر جار ولذا رفع ضرر ممکن نیست، اما اگر دوران امر است بین نفع مالک و ضرر جار، اگر این تصرف را مالک انجام بدهد همسایه متضرر می شود و اگر انجام ندهد این مالک محروم می شود از نفع، ما می توانیم با لاضرر ولاضرار اثبات کنیم حرمت این تصرف را، اگر بگوئیم لاضرر نهی از اضرار به غیر است که مدلول مطابقی اش می شود حرمت اضرار به غیر و شامل این مورد می شود، و یا اگر بگوئیم لاضرار مفادش تحریم اضرار به غیر است این هم همینطور است.

و اینکه آقای خوئی فرمود که لاضرر ولاضرار قاعده امتنانیه هست و جائی که خلاف امتنان بر مالک است شامل نمی شود، این درست نیست، لاضرر ولو خلاف امتنان باشد بر غیر چرا جاری نشود، برفرض لاضرر جاری نشود در مواردی که مستلزم خلاف امتنان بر غیر است اما لاضرار چرا جاری نشود، چرا اصرار دارید که لاضرار هم امتنانی هست، آیا تحریم ضرار به غیر باید امتنان بر مکلفی باشد که تحریم می شود بر او ضرار به غیر؟ این را ما از کجا به دست بیاوریم.

ولذا به نظر ما و لو خلاف امتنان بر مالک هست که او را محروم می کنیم از نفع ولکن قاعده لاضرر ولاضرار جاری می شود.

اگر ما آمدیم گفتیم لاضرار نهی از اضرار نیست بلکه ضرار به معنای تعمد الاضرار است و فعل به داعی اضرار است و لاضرر نفی حکم ضرری است باز می توانیم با لاضرر که مفادش نفی حکم ضرری است اثبات کنیم حرمت اضرار به غیر را، چرا؟ زیرا عرض کردیم عدم منع و عدم تحریم اضرار به غیر موقف ضرری است از شارع و لاضرر آن را نفی می کند، ترخیص در اضرار به غیر حکم ضرری است از شارع و می شود با لاضرر این ترخیص در اضرار به غیر را رفع کرد.

طبعا مواردی که ضرر مالک صدق نکند و صرفا محروم شدن مالک باشد از نفع، در اینجا می گوئیم تصرفی که موجب اضرار به همسایگان هست این از لاضرر ولاضرار اثبات می شود حرمتش.

در اینجا مطالب مختصری هست عرض کنم:

**یک مطلب از محقق عراقی است:** فرموده در مانحن فیه ما اگر بخواهیم لاضرر را جاری کنیم باید این لاضرر حاکم باشد بر قاعده سلطنت، و در مانحن فیه امر دائر است بین سلطنت مالک و سلطنت جار، سلطنت مالک اقتضاء می کند که مالک سلطنت داشته باشد بر این تصرف که موجب اضرار به جار هست، و سلطنت جار اقتضاء می کند که مالک این سلطنت را نداشته باشد، بین سلطنت مالک نسبت به حفر بالوعه مثلا و سلطنت جار نسبت به حفظ مالش از این ضرر که ناشی از حفر بالوعه است تزاحم رخ می دهد، اگر بخواهیم قاعده لاضرر را جاری کنیم باید قاعده لاضرر را جاری کنیم و یکی از این دو سلطنت را رفع کنیم، و این هم خلاف امتنان است، لذا قاعده لاضرر جاری نمی شود، ما هستیم و این دو سلطنت متزاحم باید مرجحات را در نظر بگیریم.

**اقول:** این فرمایش به نظر ما ناتمام است، برای اینکه چه تزاحمی دارد سلطنت مالک با سلطنت جار، سلطنت جار بر ملک خودش هست نه بر منع مالک از تصرف در ملک خود مالک، همسایه مسلط است بر مال خودش، برفرض ما مناقشه نکنیم در دلیل قاعده سلطنت که اطلاق لفظی ندارد، بلکه ملتزم شویم که اطلاق لفظی هست در دلیل قاعده سلطنت، اما الناس مسلطون علی اموالهم می گوید آقای همسایه هر کاری خواستی در ملکت بکن، اما از آن استفاده نمی شود که حق ممانعت مالک دیگر را داری از حفر بالوعه در ملک خودش، الناس مسلطون علی اموالهم اگر اطلاق لفظی داشت نسبت به آن مالک دیگر می گوید تو سلطنت داری بر حفر بالوعه در ملک خودت، اینها با هم تزاحمی ندارند تا ما رجوع کنیم به مرجحات، لذا این فرمایش تمام نیست.

بله اینکه من مالک سلطنت بر مال خودم دارم نه بر تصرف در مال همسایه اینکه قصور دلیل سلطنت است نه تزاحم السلطنتین، اصلا دلیل سلطنت مالک قصور دارد از اینکه اقتضاء کند سلطنت او را بر تصرفی که مصداق تصرف در ملک جار هست، این را که ما منکر نیستیم، ما می گوئیم این تعبیر محقق عراقی که گفت تزاحم می شود بین دو سلطنت معتقدیم این تعبیر درست نیست.

**یک مطلب از محقق نائینی است:** فرموده قاعده لاضرر در مانحن فیه جاری شد اثبات کرد که زیان زدن به همسایه حرام است، پس حرمت اضرار به جار را ما از قاعده لاضرر ولاضرار فهمیدیم، معنا ندارد این حرمت اضرار به جار را که از لاضرر ولاضرار فهمیدیم و در طول تطبیق لاضرر و لاضرار اثبات کردیم حرمت اضرار مالک را به جار، بعد بیائیم تطبیق دومی بکنیم، بگوئیم این حرمت اضرار مالک به جار که از همین لاضرر ولاضرار فهمیدیم حکمی است ضرری بر مالک، و با تطبیق دوم بخواهیم همین حرمت اضرار به جار را که با تطبیق اول لاضرر ولاضرر اثبات کردیم با یک تطبیق دوم این قاعده لاضرر ولاضرار را بیاوریم و نفی کنیم این حرمت اضرار به جار را به این بهانه که این حکم ضرری است، این محال است، چرا؟

برای اینکه قاعده لاضرر بالحکومة و النظارة تقیید می زد احکام اولیه را، ناظر باید غیر از منظورٌ الیه باشد، معنا ندارد که لاضرر بخواهد ناظر بر خودش باشد، تطبیق دوم لاضرر ناظر باشد به خود لاضرر نسبت به تطبیق اول، تطبیق اول این بود که لاضرر ولاضرار را تطبیق کردیم گفتیم جواز تصرف مالک در ملکش مستلزم اضرار به جار هست و لاضرر ولاضرار، بعد بیائیم بگوئیم این لاضرر و لاضرار که نفی کرد جواز تصرف مالک را که مستلزم ضرر جار هست یعنی اثبات کرد حرمت این اضرار به جار را، این هم حکم ضرری است، با تطبیق دوم لاضرر بخواهیم این حکم را نفی کنیم، این یعنی لاضرر ناظر و حاکم بر خودش هست، و این معقول نیست، ولذا ایشان فرموده با لاضرر و لاضرار ما اثبات می کنیم حرمت تصرف مالک را که موجب اضرار به جار است، تمام شد و رفت.

**اشکال بحوث به محقق نائینی:**

این فرمایش مواجه شده با اشکالی از بحوث، در بحوث اشکال کرده اند می گویند چرا می گوئید لاضرر ناظر است به خطابات اولیه، لاضرر ناظر به شریعت است چه خطابی داشته باشد چه نداشته باشد، لاضرر می گوید در شریعت اسلام حکم ضرری نیست، شریعت اسلام یک واحد و مجموعه ای هست، لاضرر می گوید در این مجموعه ما حکم ضرری نداریم، حالا در این مجموعه تطبیقات لاضرر هم داخل است، چه فرق می کند، اگر ناظر بود به خطابات اولیه و می خواست آنها را تقیید بزند به غیر حال ضرر، می گفتید خوب دیگر نمی تواند ناظر باشد خطاب لاضرر به خودش، چون ناظر و منظور الیه باید متعدد باشند، اما ناظر است به شریعت ککلٍّ به عنوان یک واحد مجموعی، این واحد مجموعی هست، با تغییرات احکام که این واحد مجموعی به عنوان پیکره شریعت عوض نمی شود، این شریعت به عنوان یک پیکره و یک واحد مجموعی منظور الیه است که وجود دارد قطع نظر از لاضرر، لاضرر می گوید من ناظر به این مجموعه دین هستم و نفی می کنم وجود حکم ضرری را در آن.

**اقول:** به نظر ما نیاز به این مطالب نیست، اگر حرمت اضرار به جار را از لاضرار بفهمیم که خوب دو خطاب است لاضرار ولاضرر، لاضرر ناظر است بر خطابات دیگر که یکی از آنها همین لاضرار است، ولاضرار حکم اولی است یعنی تحریم اضرار به غیر.

اما اگر بگوئیم لاضرار تحریم اضرار به غیر نیست بلکه تحریم فعلی است به داعی اضرار به غیر، و نمی شود مطلقا اضرار به غیر را بگوئیم حرام است طبق لاضرار، و بخواهید از لاضرر استفاده کنید تحریم اضرار به غیر را این با مبانی مرحوم نائینی نمی سازد، چون مرحوم نائینی گفت قاعده لاضرر شامل احکام عدمیه نمی شود، عدم تحریم اضرار به غیر با لاضرر تبدیل نمی شود به وجود تحریم، حکم عدمی اگر مستلزم ضرر بود از او کشف نمی شود که شارع جعل کرده است حکمی را که رافع ضرر هست، ایشان اینجور فرمود.

ولی حالا با قطع نظر از این مبنای محقق نائینی عرض می کنیم که کلا اگر حرمت اضرار به جار مستلزم ضرر مالک باشد، یعنی تعارض الضررین باشد ضرر مالک و ضرر جار، نه با لاضرر می شود اثبات کرد حرمت اضرار به جار را نه با لاضرار:

اما با لاضرر نمی شود اثبات کرد حرمت اضرار به جار را، برای اینکه عرض کردیم لاضرر رافع ضرر است، در دوران الامر بین الضررین رفع ضرر ممکن نیست فقط جابجا کردن ضرر ممکن است، و این هم که نقش لاضرر نیست، لاضرر رفع ضرر می خواهد بکند نه اینکه ضرر را از این مکلف بردارد و بر دوش مکلف دیگر بگذارد، نقل و انتقال ضرر که از لاضرر ساخته نیست، لاضرر رفع ضرر می کند در مواردی که ممکن است رفعش.

اما لاضرار؛ لاضرار بنا بر این تفسیر که می گوید یحرم الاضرار بالغیر، خوب تعارض پیدا می کند با لاضرر، تعارض صدر و ذیل می شود، لاضرر می گوید ما حکم ضرری نداریم، لاضرار می گوید اضرار به غیر حرام است، و نسبت به این اضرار به غیر که حرمتش ضرری است بر مالک لاضرر با لاضرار اختلاف و تعارض دارند، فرض این است که شما می گوئید حکم ضرری نداریم و زیان زدن به دیگران هم نداریم، اینجور معنا کردید، خوب در اینجا از یک طرف ما زیان داریم اگر حرام باشد بر من اضرار به جار، و اگر حرام نباشد اضرار به جار داریم، چون بالاخره یا حرام است اضرار به جار یا حرام نیست، {سؤال و جواب: کلام در این است که اینجا شما بین لاضرر ولاضرار گیر کرده اید، لاضرر می گوید زیان نداریم خوب در اینجا زیان داریم اگر اضرار به جار حرام باشد، و لکن این جمله لاضرر با لاضرار که کنار هم قرار گرفت نسبت به این مورد مجمل می شود خطاب، زیرا شما بیان می کنید که ما در اسلام زیان نداریم و زیان زدن هم نداریم، بنده قبول دارم که لاضرر موارد تعارض ضررین را نمی گیرد چون رفع حکم ضرر بر یک فرد است و اثبات حکم ضرر بر فرد دیگر است، حرمت اضرار به غیر ضرر بر مالک است و عدم حرمت اضرار به غیر ضرر بر آن غیر است، الآن هم این را می گوییم ولکن این جمله لاضرر با لاضرار که کنار هم قرار گرفت نسبت به این مورد مجمل می شود خطاب، زیرا شما بیان می کنید که ما در اسلام زیان نداریم زیان زدن هم نداریم، می گوئیم آقا در مانحن فیه من اگر زیان نزنم به دیگران خودم زیان می بینم، پس این فرد از زیان را داریم که من زیان می بینم تا دیگری زیان نبیند، و اگر حرمت اضرار به غیر نداریم در اینجا، خوب پس لاضرار که یحرم الاضرار بالغیر است اینجا مشکل پیدا کرد، حفظ هر دو فقره عرفی نیست در اینجا}.

اضف الی ذلک که به نظر ما اصلا ضرار به معنای اضرار معلوم نیست باشد، شاید به معنای فعل به داعی اضرار باشد، ولذا به لاضرار هم نمی شود تمسک کرد.

و الا این فرمایش محقق نائینی که لاضرر نمی تواند ناظر به خودش باشد این جوابش را بحوث داد دیگر، چه اشکال دارد ناظر باشد به شریعت ککلٍّ.

{سؤال و جواب: اگر ما دلیل دیگری بر حرمت اضرار به غیر پیدا کردیم حرفی نداریم به او تمسک کنیم، ولی ما دلیلی پیدا نکردیم، و فرض این است در آنجایی که می گوید هذا الضرار ما نفهمیدیم که معنایش این باشد که یعنی هذا اضرار، برفرض بگوید هذا اضرار اما کبرایی که ذکر نکرد که والاضرار حرام، نه دو شریک بودند کبری را که نگفت فقط گفت هذا اضرار، اگر ضرار به معنای اضرار باشد شد هذا اضرار، اما کبری چیست؟ آیا کبری الاضرار لایجور است یا اضرار الشریک بشریکه لایجوز است؟ کبری را که ذکر نکرد در صحیحه هارون غنوی، بلکه گفت هذا الضرار شما معنا می کنید هذا الاضرار -حالا کار نداریم که ما این معنایتان را نپذیرفتیم- خوب هذا الاضرار کی گفته کبرایش این است که و کل اضرار حرام، شاید کبری این باشد که چون اضرار است اضرار شریک به شریک دیگرش در مقام افراز جائز نیست، خوب چه ربطی دارد به اضرار مالک به جار، اینها که با هم شریک نیستند، کبرای که ذکر نشده در صحیحه هارون غنوی، گفت هذا الضرار لیس له ذلک، لیس له ذلک یعنی لهذا الشریک مطالبة افراز الرأس و الجلد، خوب ملتزم می شویم، شریک اگر با مطالبه افراز سهمش زیان بزند به شریک دیگر حق مطالبه افراز ندارد، و این را هم آقایان ملتزم شده اند، از اینکه استفاده نمی شود که کل اضرار حرام}.

برخی ممکن است به مرحوم نائینی اشکال کنند بگویند که شما در بحث حجیت خبر مع الواسطه پذیرفته اید حکومت یک تطبیق را از دلیل بر بقیه تطبیقات آن، دلیل می گوید خبر واصلِ ثقه علم تعبدی است به واقع، اول تطبیق می کنیم این را بر خبر کلینی که در کافی نوشت اخبرنی الصفار، بعد جناب نائینی فرمودید این تطبیق موضوع درست می کند برای یک تطبیق دیگر نسبت به این کبرای الخبر الواصل للثقة حجةٌ أی علمٌ بالواقع، چون خبر الصفار را می کند الخبر الواصل، اول گفتند خبر الکلینی بإخبار الصفار علمٌ بالواقع أی بإخبار الصفار، وقتی این را گفتند خبر صفار شد الخبر الواصل و المعلوم للصفار، شد فرد دیگری از موضوع الخبر الواصل للثقة حجةٌ أی علمٌ بالواقع، و به همین نحو اشکال حجیت خبر مع الواسطه را خواسته اید جواب بدهید، چه جور شد آنجا تصریح می کنید که خبر الثقة علمٌ حکومت دارد بر ادله علم، خوب الخبر الواصل للثقة علم بالواقع تطبیقش بر خبر کلینی حکومت داشت و موجب توسعه تعبدیه شد نسبت به یک فرد دیگر از این کبری که خبر صفار هست، آنجا نگفتید که محال است حاکم و محکوم یکی باشند.

**اقول:** جواب مرحوم نائینی واضح است، می گوید حکومت در خبر الثقة علمٌ به معنای نظارت بر دلیل نیست، حکومت ثبوتیه است نه حکومت اثباتیه، یعنی اگر ما هیچ دلیلی نداشتیم برای اینکه اثر بر علم بار کند، ما بودیم و حکم عقل به منجزیت و معذریت علم، هیچ خطابی نداشتیم، باز صحیح بود که شارع بگوید خبر الثقة علم، یعنی یک فرد اعتباری برای علم جعل بکند ثبوتا، این نظارتی ندارد بر دلیل آخری، ولذا اگر هیچ دلیل آخری نبود باز هم لغو نیست خبر الثقة علمٌ، حکومت ثبوتیه است یعنی در مقام جعل و ثبوت جعل مولا فرد اعتباری جعل می کند برای علم و آثار علم خودبخود بار می شود، این حکومت به معنای نظارت نیست، فرق می کند با حکومت های اثباتیه که نیاز دارد به نظارت دلیل حاکم بر دلیل محکوم و بدون دلیل محکوم دلیل حاکم لغو می شود که مرحوم نائینی می گوید من اینجاها را می گویم باید دلیل حاکم و محکوم دو تا باشند، یک وقت به من اشکال نکنید که این حرفی که در اینجا زدی که محال است لاضرر یک تطبیق دومی داشته باشد که حاکم باشد بر تطبیق اول آن چون دلیل حاکم و محکوم باید متعدد باشند، یک وقت به من نگوئید پس چه شد آنچه که در إخبار مع الواسطه گفتید، نخیر آنجا هم حرفمان حساب شده بود اینجا هم حرفمان حساب شده است، و بین المقامین فرق است، که البته طبق مبنای مرحوم نائینی این جواب جواب درستی هست.

**مطلب دیگری از محقق عراقی**

آخرین مطلب این است که محقق عراقی راجع به بحث ضمان اضرار به جار فرموده ملاک های خودش را دارد، یک وقت شما با مثلا این حفر بئر در ملک خودت موجب نقصان آب چاه همسایه می شوی، خوب این ضرر عینی است ضامن هستی، و یک وقت چاه فاضلاب می کنی باعث می شوی که آب چاه همسایه بدبو بشود، اینجا هم ضامن هستی چون وصف عینی او را تغییر دادی، اما یک وقت باعث می شوی که مردم تنفر طبع پیدا کنند از آن آب، و الا نه باعث نقصان آب شدی و نه باعث تغییر در وصف عینی آن مثل تغییر بو یا طعم آن شدی، فقط باعث تنفر طبع مردم شدی، مردم وقتی می آیند از آب چاه همسایه بخورند یادشان می افتد که یک متری این چاه آب فاضلاب کنده اند و فضولات در آنجا ریخته می شود، آب را زمین می ریزند و می روند، اینجا تنفر طبع است، فرموده اینجا ما نمی توانیم قائل به ضمان بشویم که کاری بکند مالک که موجب قلت رغبت نوعیه بشود از مال مردم، این مثل این می ماند که شما جنس جدید تولید می کنید جنس های قدیم دیگر مرغوب مردم نیست، مردم می گویند دیگر با وجود این ماشین جدید کی می رود فلان ماشین را سوار بشود، خوب شما ضامن نیستید چون موجب تقلیل رغبت نوعیه مردم شده اید از مال غیر، خوب این قانون عرضه و تقاضا همین است دیگر، این مالکی هم که حفر بالوعه کرد کاری نکرد که، همان آب قبلی است توی چاه همسایه می آمد حالا رغبت نوعیه مردم کم شده است.

**اقول:** انصاف این است که این فرمایش تمام نیست:

اما راجع به نقصان آب، یک وقت آب چاه هست و کم می شود، یک وقتاز ریشه آب نمی آید در این چاه، یک چاه عمیقی می زنند آن بالای دِه که هر چی آب در سفره های زیر زمین هست آن چاه عمیق می بلعد، این صاحبان چاه های غیر عمیق اصلا مالک آن آب نشدند، آب های قبلی را که استفاده کردند آب جدید هم که اصلا به ملکشان نیامد، چرا ضامن باشد حافر بئر عمیق، وجهش را بفرمائید چه چیزی مال غیر بود که من اتلاف کردم؟ ما در چاه شما تصرفی نکردیم مال شما را هم اتلاف نکردیم، ولو اضرار هم باشد اما مگر هر اضراری موجب ضمان است، ولو اگر آن حافر بئر عمیق چاه عمیق نکند ضرر نمی کند بلکه عدم النفع است، {سؤال و جواب: روایت می گفت اضرار به دیگری نزنید، اما اینجا بحث در این است که آیا موجب ضمان است اضرار به دیگران مطلقا یا نه، پس و لو تعبدا می گوئیم اضرار به بئر دیگری حرامٌ، اما اینکه موجب ضمان هست یا نیست باید برویم دنبال عنوان اتلاف مال غیر}.

اما راجع به اینکه فرمود مردم دیگر از آن آب تنفر طبع پیدا می کنند، خوب آقا این یک عیب عرفی است در آب، این چه ربطی دارد به قانون عرضه و تقاضا، بلکه مثل این می ماند که در بازار مسکن شایع کنند که خانه فلان مسکون جن است، خوب این چه خانه ای شد، خانه برای انتفاع است، خانه ای که توهم بشود جن در او هست نه صاحب خانه آرامش دارد و نه مردم، اینجور نیست که فقط رغبت نوعیه کم شده باشد که خانه های شیک ساخته اند باعث می شود به خانه من رغبت نشود، و لذا به نظر می رسد که این هم موجب ضمان بشود.

اما بقیه مطالب در جزوه هست، راجع به منفعت ذاتیه یعنی آنهایی که منافع عین است که موجب ضمان است به نظر ما، مثل همین منافع عرفیه خانه که با شایعه پراکنی عرفا این منفعت خانه تقلیل پیدا کرده که موجب ضمان است، یک بحثی مطرح کرده اند در تعلیقه بحوث راجع به اینکه آیا قدرت خرید پول هم جزء منافع ذاتیه پول است و کاهشش موجب ضمان است یا نه؟ ما تمسک به قاعده ظلم و عدوان کرده ایم گفته ایم اگر اختلاف فاحش باشد شما بخواهی هزار تومان پنجاه سال قبل را به طرف بدهی عرفا می گویند ظلم و عدوان به طرف کرده ای، با دلیل حرمت ظلم و عدوان می شود اثبات کرد در موارد اختلاف فاحش و کاهش شدید ارزش پول که ضامن آن هستید، و لکن دیگر این بحث چون خیلی طول کشیده احاله به جزوه می دهیم و استصحاب را فردا شروع می کنیم، والحمد لله رب العالمین.