

در بحث ضمان عمل حر کسوب، به وجوهی برای ضمان استدلال شده بود. وجه اول این بود که تفویت عمل موجب ضمان است به دلیل بناء عقلاء، البته تفویت هر فائده ای موجب ضمان نیست، بلکه تفویت خصوص عمل موجب ضمان است و تفویت هم جایی صادق است که فوت به حابس مستند باشد. بنابراین نقض هایی که به این وجه مطرح شد، وارد نیست.

وجه دوم برای اثبات ضمان، تمسک به دلیل لاضرر

تقریب استدلال به لاضرر برای اثبات ضمان، این است که وقتی عمل حر کسوب، در معرض معاوضه بود و اگر حبس نمیشد از آن استفاده می کرد، اگر بگوییم که حابس ضامن نیست، موجب تضرر محبوس است. و از آن جایی که قاعده لاضرر می گوید حکم شارع سبب وقوع مکلفین در ضرر نیست، پس لاضرر نفی می کند عدم الضمان را و در نتیجه اثبات ضمان می شود.

استدلال به لاضرر برای اثبات ضمان حر مکسوب، در کلمات متقدمین هم مطرح شده و یکی از وجوه مطرح شده در کلام محقق اردبیلی، تمسک به لاضرر است.

مناقشه اول

در کلام برخی محققین مثل محقق ایروانی در حاشیه مکاسب، و مرحوم آقای تبریزی در تنقیح مبانی العروه، به این استدلال مناقشه شده است. فرموده اند: اگر شارع حکم به ضمان حابس نکند، از موارد ضرر نیست بلکه از موارد عدم النفع است. این که محبوس در جایی که ضامن او را حبس کرده مستحق چیزی نباشد،

یعنی از عمل خود منتفع نشده است و اجرت عمل خود را نگرفته، نه این که ضرر کرده و چیزی را از دست داده باشد.

در برخی کلمات از این مناقشه جواب داده شده که مانحن فیه از باب ضرر است نه از باب عدم انتفاع. فرض این است که فائده در معرض حصول بوده، و منفعت و فائده در معرض حصول در نظر عرف به منزله فائده موجود حساب می شود، و مثل این است که شخص کار کرده و در مقابل کار او چیزی داده نشده است. این که عدم حصول فائده از باب عدم النفع باشد در بحث لاضرر مورد اشکال قرار گرفته و گفته اند چنین نیست که در همه جا عدم الانتفاع، مصداق ضرر نباشد، بلکه باید تفصیل داد بین منفعتی که در معرض حصول است و منفعتی که در معرض حصول نباشد، و در فرض اول منع از حصول چنین فائده ای موجب صدق ضرر است. به نظر میرسد این جواب تمام نیست و مناقشه اول به استدلال به لاضرر وارد است. در جایی که عملی محقق شود و شخصی عمل دیگری را استیفاء کند، اگر شارع حکم به ضمان نکند مصداق ضرر است؛ چون عمل او انجام شده و هدر رفته است و معاوضه و قراردادی هم نبوده است، اما در جایی که عمل انجام نشده و حابس منع از تحقق عمل کرده است، شخص محبوس چیزی را به لحاظ بدنی خرج نکرده تا گفته شود این خرج کردن، در مقابلش چیزی داده نشده و ضرر صادق باشد. پس مجرد این که عمل و فائده در معرض حصول باشد، موجب صدق ضرر نیست. در مفهوم عرفی ضرر، نقص اخذ شده است و اگر عرف را متنبه کنند که از محبوس

چیزی کم نشده و فقط نتوانسته فائده ای از عمل خود حاصل کند، عرف دیگر مورد را از مصادیق ضرر نمی داند.

پس حاصل اشکال اول این است که لاضرر نفی حکم شرعی موجب ضرر می کند، نه حکم موجب عدم النفع.

مناقشه دوم

مناقشه دوم به استدلال به قاعده لاضرر برای اثبات ضمان عمل حر کسوب، این است که قاعده لاضرر، مثبت حکم نیست و فقط نافی حکم موجب ضرر است، یعنی در جایی که حکم شرعی موجب ثبوت ضرر باشد، لاضرر آن را بر می دارد. در مانحن فیه آن چه موضوع لاضرر گرفته شده «عدم الضمان» است، و عدم الضمان عدم الحکم است در حالی که لاضرر بر احکام وجودیه حکومت دارد نه بر احکام عدمیه.

این اشکال در بحث تنبیهاات قاعده لاضرر مطرح شده و از آن جواب داده شده است. این که ادعا میشود لاضرر شامل احکام عدمیه نمی شود، دو وجه برای آن ذکر شده است:

وجه اول: محقق نائینی فرموده لاضرر ناظر به جعل است و حکومت بر مجعولات شرعیه دارد، و آن چه مجعول شرعی است وجود حکم است، اما عدم حکم جزء مجعولات شرعیه نیست تا لاضرر ناظر به آن باشد.

از این وجه جواب داده شده که در لفظ قاعده لاضرر، عنوان حکم و مجعول نداریم. سیاق لاضرر این است که ناظر به مقام تشریع و قانونگذاری است و «لاضرر

فی الاسلام» یعنی در هیچ کجا موقف تشریعی شارع موجب ضرر بر مکلفین نمیشود، حال این موقف تشریعی موقف وجودی باشد یا موقف عدمی. آن چه از لاضرر استفاده می شود، این است که موقف شارع چه در قالب جعل حکم باشد چه در قالب عدم جعل حکم، نباید موجب ضرر باشد، لذا این وجه تمام نیست.

وجه دوم برای اختصاص لاضرر به احکام وجودیه، این است که هر چند لاضرر مختص به احکام وجودیه نیست و در هر جایی موقف تشریعی شارع موجب وقوع مکلفین در ضرر باشد آن موقف منتفی است چه موقف وجودی باشد چه سلبی، اما از نظر مصداقی محل بحث است و در هیچ جا مصداقا عدم جعل شارع، موجب وقوع مکلفین در ضرر نیست. در این وجه ادعا شده است که همه مواردی که به عنوان مثال برای تطبیق لاضرر بر احکام عدمیه ذکر می کنند، مواردی است که ضرر با قطع نظر از موقف شارع محقق است و اگر شارع حکمی کند موجب تدارک ضرر میشود. قاعده لاضرر هم با توجه به نظر مشهور (غیر از فاضل تونی) اثبات تدارک ضرر نمی کند.

در حر کسوب که ادعا می شود عدم جعل حکم به ضمان موجب ضرر می شود، در همین جا ضرری که وجود دارد، با قطع نظر از موقف تشریعی شارع است و اگر شارع حکم به ضمان کند، موجب تدارک می شود. زیرا فرض این است که شارع نهی از حبس دیگران کرده است، لذا ضرری که واقع شده از ناحیه سوء اختیار حابس است و این ضرر که با قطع نظر از حکم شارع محقق است، مستند به حابس است و اگر شارع حکم به ضمان کند موجب تدارک این ضرر شده است.

موارد دیگری هم که برای تطبیق لاضرر بر حکم عدمی مثال می زنند از همین قبیل است، مثل این که در موارد ضرر و حرج، طلاق به ید زوجه باشد. جوابی که داده می شود این است که لاضرر می تواند بر حکم عدمی هم حکومت داشته باشد، اما خصوصیت لاضرر باید احراز شود و آن خصوصیت این است که حکم شارع موجب ضرر باشد، نه این که حکم شارع موجب تدارک ضرر باشد.

بله در برخی موارد ممکن است گفته شود حکم عدمی مشمول لاضرر است و به وسیله لاضرر نفی آن را نتیجه می گیریم. و آن حرمت اضرار به غیر است که لاضرر تطبیق می شود به لحاظ حکم عدمی و اثبات حکم وجودی می کند. این که شارع حکم به حرمت اضرار مردم به یکدیگر نکند، موقفی است ضرری، ولذا از لاضرر نفی آن را نتیجه می گیریم و حرمت اضرار ثابت می شود، اما بقیه مثال ها از این قبیل نیست بلکه مواردی است که ضرر با قطع نظر از حکم شرعی ثابت است.

مناقشه سوم

مناقشه دیگری که مطرح است، این است که گفته شده لاضرر اثبات تدارک ضرر نمی کند و اثبات ضمان به استناد قاعده لاضرر متوقف است بر این که قاعده لاضرر تدارک ضرر را اثبات کند، به این مطلب در ضمن مناقشه دوم اشاره شد.

مناقشه چهارم و پنجم

اشکال دیگر این است که ولو مقام را از مصادیق ضرر بدانیم و لاضرر فی حد نفسه جریان داشته باشد، اما از جهت دیگر هم لاضرر جاری می شود. چون همانطور که عدم ضمان نسبت به عمل محبوس موجب ضرر بر محبوس است، همینطور هم اگر شارع بخواهد غرامتی به دوش حابس بگذارد در حالی که از عمل محبوس منتفع

نشده، این موجب ضرر بر حابس است و مورد از مواردی می شود که برای لاضرر دو موضوع وجود دارد و از موارد تعارض ضررین می شود؛ چون هم اثبات ضمان موجب ضرر است هم نفی ضمان.

این اشکال در کلام مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب هم مطرح شده است. ایشان فرموده اگر بگوییم حابس با این که استیفاء عمل محبوس نکرده ضامن است، موجب ضرر بر اوست.

«مضافاً إلى أن اشتغال الذمة بأجرة عمل الغير إذا لم يكن الشخص هو المستوفي له أيضا ضرر»

اشکال دیگر هم این است که لاضرر قاعده امتنانی است و در جایی جاری می شود که از جریان قاعده، خلاف امتنان بردیگری لازم نیاید، و الا اگر خلاف امتنان باشد جاری نخواهد بود.

فرق دو اشکال این است که در اشکال قبل، هر دو شق را موضوع لاضرر می دانست و تعارض بین شمول لاضرر نسبت به دو موضوع می انداخت، اما در این وجه، لاضرر فقط به لحاظ محبوس در نظر گرفته می شود نه حابس، و اشکال این است که از جریان آن در حق محبوس، خلاف امتنان بر حابس لازم می آید.

جواب از هر دو اشکال (تعارض لاضرر و خلاف امتنان بودن) این است که چون حابس به سوء اختیار خود اقدام به این جهت کرده است، دیگر لاضرر به لحاظ او و حالات او جاری نمی شود، و این که خلاف امتنان بر او لازم می آید، مانع از جریان لاضرر نیست، چون خود او به سوء اختیار خود موجب این شده است. برای

این مطلب که در موارد سوء اختیار شخص خلاف امتنان بر او مهم نیست، استشهاد می شود به مورد صدور حدیث لاضرر که به نفع رجل انصاری جاری شد، در حالی که برای سمره خلاف امتنان بوده است، اما چون به سوء اختیار او انجام شده و بعد از نهی های مکرر پیغمبر موجب ضرر بر انصاری شده بود، این خلاف امتنان بودن بر او اهمیتی ندارد.

مرحوم آقای خوئی در مصباح الاصول از این مطلب (به لحاظ تعارض لاضرر) جواب داده است که هر چند حبس سوء اختیار داشته و اقدام کرده است، اما «ما أقدم علیه الحبس» ضرر بر خودش که غرامت باشد نیست، بلکه او بر ضرر بر محبوس - که حبس باشد - اقدام کرده است، او بر غرامت اقدام نکرده است تا قاعده لاضرر برای نفی غرامت از او مجری نداشته باشد، لذا مورد از موارد تعارض ضررین خواهد بود.

جلسه ۵۰

بحث در این بود که آیا حبس حر کسوب بدون استیفاء عمل او، موجب ضمان می شود یا نه.

وجه اول برای ضمان این بود که ولو در موارد حبس حر کسوب، عنوان اتلاف، استیفاء و غیره ثابت نیست، اما عنوان تفویت ثابت است و تفویت موجب ضمان است به سیره عقلائی.

وجه دوم تمسک به لاضرر بود که برخی متقدمین هم مثل محقق اردبیلی به این دلیل تمسک کرده اند. مناقشاتی به این وجه مطرح شد.

مناقشه چهارم این بود که لاضرر نمی تواند اثبات ضمان کند؛ چون مورد از موارد تعارض ضررین است زیرا اجراء قاعده برای اثبات ضمان حابس، تعارض دارد با اجراء قاعده به نفع حابس برای نفی ضمان از او. مناقشه پنجم هم این بود که حتی اگر قاعده لاضرر را برای نفی ضمان از حابس جاری نکنیم و مورد جریان لاضرر را فقط اثبات ضمان برای محبوس بدانیم، اما شرایط جریان قاعده فراهم نیست، چون لاضرر قاعده ای امتنانی است و باید به لحاظ نوع امت امتنان محقق باشد، لذا اگر از جریان قاعده، خلاف امتنان بر دیگری لازم بیاید، در مجموع امتنان بر نوع امت محقق نیست و لاضرر جاری نخواهد بود.

جواب از مناقشه چهارم و پنجم

در جواب از این دو مناقشه گفته شد که از آن جایی که در مقام خود حابس اقدام به این عمل کرده و عن ظلم شخص را حبس و اعمال او را تعطیل کرده است، به جهت اقدام خود مکلف بر ضرر، قاعده لاضرر به نفع او جاری نمی شود، پس مورد از موارد تعارض ضررین نخواهد بود چون اقدام بر ضرر کرده است، (لذا مناقشه چهارم جواب داده شد) و از آن جایی که حابس به سوء اختیار خود حرکسوب را حبس کرده است، به ملاحظه سوء اختیار دیگر قابل امتنان نیست تا این امتنان مورد لحاظ قرار بگیرد و مانع اجراء قاعده در حق محبوس باشد. این که نباید خلاف امتنان بر غیر لازم بیاید در جایی است که آن غیر قابل امتنان باشد و کسی که سوء اختیار دارد، قابل امتنان نیست.

مرحوم آقای خوئی نسبت به قسمت اول یعنی تعارض لاضرر، اشکالی به این جواب وارد کرده است. ایشان فرموده است این که بگویید که لاضرر در حق حابس جاری نمی شود چون اقدام بر ضرر کرده است، مطلب صحیحی نیست؛ چون آن چه حابس بر آن اقدام کرده است، ضرر بر محبوس بوده است و نسبت به ضرر بر خود که اقدامی نکرده است. بنا بر این که شرط جریان قاعده لاضرر عدم اقدام مکلف بر ضرر باشد، این مطلب در جایی است که مکلف اقدام بر همان ضرر مورد قاعده کرده باشد. ضرر مورد قاعده، ضمان و غرامت است و حابس نسبت به غرامت که اقدامی نکرده است، بلکه آن چه بر آن اقدام کرده است ضرر و حبس محبوس است. پس وقتی اقدام بر ضرر علی نفسه نکرده، جریان قاعده نسبت به او بلامانع خواهد بود. لذا جریان قاعده برای اثبات ضمان، و جریان آن برای نفی ضمان با هم تعارض می کند.

در ادامه فرموده: اگر بگویید «اقدام محقق شده و مانحن فیه از موارد اقدام است چون ولو اقدام بر نفس غرامت مباشرتا اتفاق نیفتاده، اما اقدام بر چیزی واقع شده (حبس حر) که سبب غرامت است و در حقیقت با واسطه اقدام بر غرامت کرده است»، این حرف مستلزم دور است چون برگشت این حرف به این است که ما اقدام بر ضرر را از راه خود ثبوت حکم به دست آورده ایم. توضیح مطلب این است که: این که اقدام بر ضرر اقدام بر غرامت باشد، در جایی است که اولاً غرامت در این مورد ثابت باشد و ثانیاً حابس هم علم به این غرامت به عنوان حکم شرعی داشته باشد، در حالی که ثبوت غرامت محل کلام ماست. پس این که بگویید اقدام

بر ضرر اقدام بر غرامت است بالواسطه، مستلزم دور است؛ چون صدق اقدام بر غرامت متوقف بر این است که غرامت فی حد نفسه ثابت باشد، در حالی که ثبوت غرامت امری مفروغ عنه نیست و از خود لاضرر می خواهیم اثبات غرامت کنیم. لذا صدق اقدام بر غرامت متوقف بر ثبوت حکم غرامت است، و ثبوت حکم غرامت هم متوقف بر این است که اقدام اتفاق بیفتد (چون اگر اقدام نکرده باشد تعارض ضررین می شود و لاضرر نمی تواند اثبات غرامت کند).

تقریب واضح تر برای این دور در هدایه این است که: اگر حکم ضمان فی حد نفسه به دلیل آخر ثابت بود و حابس عالم به این حکم بود، اقدام او بر حبس حر کسوب، اقدام بر ضرر حساب می شد و دیگر لاضرر نسبت به حابس جاری نمی شد؛ اما فرض این است که ثبوت غرامت محل کلام است و با لاضرر می خواهیم غرامت را اثبات کنیم و این مستلزم دور است. شمول قاعده نسبت به محبوس و اثبات حکم ضمان، متوقف بر این است که حابس اقدام بر ضرر کرده باشد و اقدام حابس بر ضرر هم متوقف بر ثبوت حکم ضمان است.

این حاصل جوابی است که ایشان در مجموع کلمات خود (هم در مصباح، هم دراسات و هم هدایه) فرموده است.

جواب از اشکال مرحوم آقای خویی

این فرمایش تمام نیست. اشکال این است که هرچند برای اثبات حکم ضمان به خود لاضرر استدلال می کنیم (با قطع نظر از مناقشات دیگر)، اما اثبات ضمان از راه قاعده لاضرر متوقف بر صدق اقدام نیست؛ چون کسی که با لاضرر اثبات ضمان

می کند، میگوید اگر شارع حکم به ضمان نکند، شارع سبب برای وقوع ضرر بر مکلف شده است. لاضرر شرایط جریان در حق محبوس را دارد؛ چون عدم ضمان موقف ضرری از ناحیه شارع است و در این تقریب از اقدام استفاده نشده بود تا بگویید دور لازم می آید. اقدام بر ضرر متوقف بر ثبوت حکم ضمان است، اما ثبوت حکم متوقف بر اقدام نبود ابتدائاً به لحاظ مورد اصلی استدلال، منتهی مانع (تعارض ضررین) مطرح شد والا مقتضی جریان به نفع محبوس فی حد نفسه تمام است و متوقف بر چیزی نیست. جوابی که نسبت به مانع داده می شود این است که این مانع محقق نیست، یعنی لاضرر نسبت به حابس شرط جریان ندارد تا تعارض شود چون ضرر مما اقدام علیه الحابس است. در این مرحله که آیا حابس اقدام کرده است یا نه، بله مورد قبول است که صدق اقدام متوقف بر ثبوت غرامت و ضمان است، اما ثبوت حکم غرامت متوقف بر صدق اقدام نیست، بلکه ثبوت حکم، متوقف بر این است که مقتضی موجود باشد و مانع وجود نداشته باشد و همین که مانع احراز نشده باشد، کافی است برای این که اثر مقتضی بار شود. بنابراین، ولو صدق اقدام محرز نباشد، اما همین که مانع احراز نشود کافی است برای ترتب اثر. در همه موارد دیگر هم همین طور است که ثبوت حکم متوقف بر این است که معارض ثابت نباشد_ البته بعد از فحص _ و لازم نیست اثبات عدم مانع کنیم. هر جا معارض واصل نبود، شک در معارض کافی برای تمسک به دلیل است.

در مانحن فیه مورد قبول است که صدق اقدام بر غرامت، متوقف بر این است که شارع حکم به غرامت کرده باشد، اما حکم به غرامت (که فرض این است با لاضرر

درست می شود) متوقف بر این نیست که اقدام ثابت باشد و احراز شود که معارضی وجود ندارد، لذا دوری بودن اقدام در محل بحث، جواب داده می شود. بنابراین مناقشه چهارم و پنجم به تمسک به لاضرر برای اثبات ضمان، وارد نیست و عمده همان مناقشات قبل است. در مجموع لاضرر مثبت ضمان برای حر کسوب نشد.

وجه سوم برای اثبات ضمان

وجه سوم برای اثبات ضمان در موارد حبس حر کسوب، وجهی است که در کلمات بعض اعلام در بحث قاعده لاضرر مطرح شده است. فرموده اند که اثبات ضمان می کنیم به لحاظ فقره «لاضرار» نه به لحاظ «لاضرر»، به این تقریب که همان طور که لاضرر نفی سببیت موقف تشریعی شارع برای ضرر می کند، فقره «لاضرار» هم نفی ضرار می کند، به این تقریب که مفاد لاضرار این است که از نظر شارع، ضرار محقق نیست. برای این که شارع نفی ضرار کند و این نفی به شارع نسبت داده شود (با این که در خارج ضرار وجود دارد)، باید از جهت تکلیفی اضرار به غیر را حرام کند، ولی صرف تحریم تکلیفی کافی نیست و باید به دنبال آن از جهت ضمانت اجراء، قانونی قرار دهد که افراد با توجه به آن، اضرار به یکدیگر را محقق نکنند، و آن قانون این است که اثبات حکم ضمان کند. جلوگیری از ضرار در مثل حبس، به این است که هم تکلیفا حبس غیر را حرام کند و هم از لحاظ قانونی او را ملزم به اداء غرامت کند، والا مجرد حکم تکلیفی موجب ارتداع حابس نمی شود. لذا فرموده اند در موارد دیگر هم که ارتداع مکلف نسبت به عمل منهی عنه، متوقف بر

ثبوت حکم است، ملتزم می شویم که شارع آن حکم را جعل کرده است. در بحث ضمان حر کسوب هم گفته اند این اشکال که تمسک به «لاضرر» برای اثبات ضمان متوقف بر این است که مبنای فاضل تونی (نفی ضرر متدارک) را قبول داشتیم، اشکال واردی نیست، و فقره دوم «لاضرار» کافی برای اثبات ضمان است.

مناقشه در وجه سوم

مناقشه اول

این مطلب مبتنی بر این است که مفاد «لاضرار» را هم نفی بدانیم مثل فقره «لاضرر»، اما اگر «لاضرار» را بگوییم ولو از جهت لفظی «لا» نافی به کار رفته اما این لا نافی، مراد جدی از آن، نهی است مثل «لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج»، دیگر این مطالب جایی برای طرح ندارد و مفاد لاضرار بیش از نهی تکلیفی نخواهد بود.

این که مدلول جدی در این موارد نفی است یا نهی، در فقره «لاضرر» گفته اند چون «ضرر» معنای اسم مصدری دارد بدون لحاظ حیث صدور فعل از مکلف و نهی باید به فعل مکلف قرار بگیرد، به خاطر این محذور، لاضرر را حمل بر نفی می کنیم و نظر مرحوم شیخ الشریعه صحیح نیست. اما در «لاضرار» چون ضرار به معنای مصدری است و حیث صدور از مکلف در آن لحاظ شده، وجهی برای حمل بر نفی ندارد و کلام شیخ الشریعه در فقره لاضرار با توجه به قرائنی که ایشان مطرح کرده تمام است. بنابراین مستفاد از این تعابیر و امثال آن نهی است به لحاظ مضمون و مراد جدی، هرچند لا نافی است.

اشکال دوم این است که بر فرض مفاد «لاضرار» نفی باشد، این که فرمودند باید شارع ضمانت اجراء قانونی هم فراهم کرده باشد و ضمانت اجرائی غیر از تحریم تکلیفی امر دیگری باشد، اشکال این است که در صورتی می توان ضمان را ثابت کرد که آن ضمانت اجرائی منحصر در ضمان باشد، اما اگر حکم آخری وجود داشته باشد که به لحاظ آن حکم و تحریم تکلیفی مجموعاً ارتداع حاصل شود کافی است. مثلاً آن حکم آخر میتواند تعزیر باشد، و اگر شارع حرمت تکلیفی جعل کند به اضافه تعزیر و این مجموع موجب ارتداع باشد، نیازی به ضمان نیست. اگر شک کنیم که حکم ثابت در بین که به حرمت تکلیفی اضافه می شود ضمان است یا تعزیر مورد، فقط احد الحکمین (ضمان یا تعزیر) ثابت می شود نه خصوص ضمان، و اگر ثبوت تعزیر در این موارد مسلم باشد (که معروف از فتاوی همین است)، ضمیمه شدن حرمت تکلیفی به حکم به تعزیر کافی برای ثبوت ضمانت اجراء قانونی است. علی‌ایّ حال خصوص ضمان و غرامت قابل اثبات نخواهد بود.