

ادامه بررسی نقطه سوم در مطالب فقه العقود در مورد ملکیت اعمال

بحث در تعلق ملکیت اعتباری به عمل انسان، در نقطه سوم از مطالب فقه العقود بود. ایشان در این نقطه فرمود: در این که آیا احکام ملکیت بر ملکیت خلقیه مترتب می شود یا نه، باید تفصیل داد بین احکام شرعیه تعبدیه و احکام عقلائییه. احکام شرعیه بر ملکیت خلقیه بار نمی شود و موضوعش خصوص ملکیت اعتباریه است، اما احکام عقلائییه، بعضی از آنها بر ملکیت خلقیه بار می شود و بعضی از آنها خیر.

در مقام مناقشه به این مطلب گفته شد: آن چه قابل تصدیق است این است که احکام شرعیه و عقلائییه ملک فقط بر ملکیت اعتباریه بار می شود لاغیر، و مواردی که ایشان فرموده بر ملکیت غیر اعتباری بار می شود، چنین نیست که در این موارد، ملکیت اعتباریه وجود نداشته باشد و احکام ملکیت بار شود، بلکه وجه مطلب این است که این موارد، از موارد وجود ملکیت اعتباری است. بنابراین در جایی که ملکیت اعتباریه محقق نیست، هیچ یک از احکام ملک بار نمی شود، و ترتب احکام در جایی که ملکیت خلقیه وجود دارد، از این باب است که در این موارد ملکیت اعتباریه هم وجود دارد. پس نمی توان از ترتب احکام در بعضی موارد، کشف کرد که موضوع این احکام اعم است؛ چون کشف متوقف بر این است که احراز کنیم که ملکیت اعتباریه وجود ندارد.

نتیجه بحث در ملکیت اعمال

نتیجه بحث در مورد ملکیت اعمال، این شد که همان طور که در عمل عبد یا در عمل حر بعد از وقوع معاوضه، ملکیت اعتباریه ثابت است، در عمل حر قبل از وقوع معاوضه هم ملکیت اعتباریه ثابت است.

فقط مشکل این بود که بالوجدان می بینیم احکام ملکیت اعتباریه بر عمل حر قبل از معاوضه بار نمی شود مثل وجوب حج بر مستطیع یا وجوب خمس، و این کشف از عدم وجود ملکیت می کند. جواب اشکال هم این بود که عدم ترتب احکام، از این باب است که موضوع این احکام مطلق ملک اعتباری نیست، بلکه وجود ملک اعتباری به اضافه خصوصیتی است که آن خصوصیت در عمل حر قبل از وقوع معاوضه وجود ندارد.

ان قلت: اگر قائل به ملکیت اعتباری در عمل حر قبل از معاوضه شویم، التزام به این مطلب موجب این می شود که در باب ضمان فرقی نباشد بین جایی که حابس، حر اجیر را حبس کند یا حر غیر اجیر را، و در هر دو مورد باید بگویید اتلاف ملک موجب ضمان است، در حالی که در حرّ محبوس لا اقل در جایی که حر کسوب نباشد، مشهور قائل به ضمان نشده اند. این که مشهور تفصیل داده اند و ضمان را فقط در اتلاف عمل اجیر یا نهایتاً در اتلاف عمل حر کسوب قائل شده اند، این مطلب کاشف از این است که ملکیت اعتباریه در عمل حر وجود ندارد. (حرّ کسوب حری است که دارای مهارت است و عملش در معرض معاوضه عقلائی است، مثل بناء که اگر حبس شود منفعت متوقع الحصولی را از دست داده است.

ولی حر غیر کسوب یا مهارتی ندارد و یا اگر توانایی دارد، عمل خود را در معرض معاوضه قرار نداده و چنین نیست که اگر کسی او را حبس کند، منفعت متوقع الحصولی را از بین برده باشد).

قلت: باید نکته ضمان بررسی شود و ضمان در مورد عمل حتی بعد از وقوع معاوضه، مسلم نیست که نکته اش اتلاف عمل باشد. اگر در عمل اجیر حکم به ضمان میشود، وجه حکم به ضمان این نیست که حابس اتلاف ملک غیر کرده است؛ چون اتلاف به معنای از بین بردن شیء موجود شده است، و عمل اجیر متحقق و متشخص در خارج نیست تا اتلاف آن محقق شود، بلکه آن چه سبب و نکته ضمان است، عنوان «تفویت» است. عنوان تفویت به این معنی است که حبس موجب فوت منفعت شده است، یعنی در جایی که حصول منفعت متوقع است، اگر کسی موجب عدم حصول منفعت شود، باعث تفویت منفعت شده است به طوری که اگر این عامل نبود منفعت حاصل می شد.

عنوان تفویت عنوان مغایر با اتلاف است و محل بحث است که آیا تفویت در مقابل اتلاف، عنوان مستقل برای ضمان است یا نه؛ یعنی اگر تفویت به اتلاف برنگردد آیا تفویت موجب ضمان می شود یا خیر. برخی گفته اند دلیلی بر سببیت تفویت نسبت به ضمان نداریم. اما اگر تفویت را به عنوان اسباب ضمان قبول کنیم، فرق بین اجیر و حر کسوب، با حر غیر اجیر غیر کسوب روشن می شود.

بر این اساس در مقایسه این سه مورد، وجه حکم واضح است. در حبس اجیر، عنوان تفویت صادق است؛ چون با فرض این که اجیر برای غیر شده بود، آن چه

باعث عدم تحقق منفعت عمل اجیر است، حبس حابس است و حابس موجب تفویت شده است و لذا ضامن است. در مورد حر کسوب هم ممکن است بگوییم در جایی که اجیر آماده کار و عمل است اگر حابس او را حبس کند، مانع تحقق منفعت در معرض حصول شده و لذا عنوان تفویت صادق است. اما در مورد حر غیر کسوب که خود را در معرض معاوضه قرار نداده، حتی اگر حابس او را حبس نمی کرد منفعت و عمل او در معرض تحقق نبود، و وقتی در معرض حصول نبود عدم تحقق آن مستند به حابس نمی شود و لذا عنوان تفویت هم صادق نخواهد بود. بنابراین اگر در عمل حر ولو غیر کسوب قائل به ملکیت اعتباری شویم، این نقض وارد نخواهد بود.

به همین مناسبت، اشاره ای به بحث ضمان در موارد حبس حر کسوب خواهیم داشت.

بررسی ضمان در موارد حبس حر کسوب

بحث ضمان حر کسوب محل اختلاف است. به بعضی از وجوهی که برای ضمان عمل حر کسوب گفته شده اشاره می کنیم. این بحث در مواضع مختلفی از فقه مطرح شده است: در بحث تعریف بیع، و همچنین در کتاب الاجاره به این مناسبت که مرحوم سید یزدی قائل به تفصیل و فرق بین حر کسوب و غیر کسوب شده است. موضع دیگر، کتاب الغصب، و موضع دیگر، در بحث اسباب الضمان در کتاب القضاء است.

مرحوم آقای خوئی در کتاب الاجاره تصریح کرده است که هیچ یک از اسباب ضمان در مورد حر کسوب صادق نیست، جز عنوان تفویت که کبرویا آن را به عنوان اسباب ضمان قبول نداریم.

در فقه العقود گفته اند در حر کسوب می توان حکم به ضمان کرد. وجه ضمان این است که نظر عقلائی و سیره عقلائیه این است که حابس حر کسوب را ضامن می دانند. وقتی بناء و سیره عقلاء بر ضمان حابس بود، با دو راه می توان اثبات ضمان شرعی کرد:

راه اول تمسک به سیره عقلائیه است که از عدم ردع آن احراز امضاء آن می کنیم. راه دوم تمسک به دلیل لاضرر است، به این تقریب که در جایی که عقلاء حابس را ضامن می دانند، اگر شارع حکم به ضمان نکند، موجب ضرر بر مکلف توسط شارع می شود. لاضرر نفی وقوع ضرر بر مکلف می کند، و مستفاد از آن این است که در هیچ جا موقف شارع، موجب حصول ضرر بر مکلف نمی شود.

مرحوم آقای صدر فرموده خود قاعده لاضرر به تنهایی کافی برای اثبات ضمان است، ولو سیره عقلائیه غیر مردوعه بر ضمان حابس وجود نداشته باشد.

جلسه ۴۷

بیان اقوال در بحث ضمان حر کسوب

به مناسبت بحث از نقطه ثالثه در تعقیب فرمایشات مرحوم آقای صدر، کلام واقع شد در بحث ضمان یا عدم ضمان در موارد حبس حر کسوب. قدماء از اصحاب قائل به عدم ضمان حبس حر کسوب شده اند و برخی مثل صاحب جواهر گفته اند

حابس ضامن نیست "بلاخلاف اجد فیه". در این بحث که اگر صنعتگری را حبس کند ضامن است یا نه، مرحوم محقق در متن شرائع فرموده است که ضامن نیست و صاحب جواهر فرموده است بلاخلاف اجد فیه.

«لو حبس صانعا لم یضمن أجرته ما لم ینتفع به فضلا عن غیر الصانع بلا خلاف أجد فیه، بل فی الکفاة هو مقطوع به فی کلام الأصحاب» جواهر ج ۳۷ ص ۳۹

اما در مقابل، مرحوم مقدس اردبیلی قول به ضمان را تقویت کرده است. مرحوم صاحب ریاض هم این نظر را قبول کرده است. از برخی از فقها متاخرین هم این مطلب مورد قبول واقع شده است. آقای خوئی در مستند در کتاب الاجاره قائل به ضمان نشده ولی در بحث مکاسب مصباح الفقاهه قائل به ضمان شده است.

در کلام محقق اردبیلی وجوهی برای ضمان ذکر شده است. مرحوم صاحب جواهر این وجوه را بررسی کرده است و در آخر بحث فرموده این گونه استدلال کردن با مبانی عامه که قائل به قیاس و استحسان هستند هم سازگاری ندارد، فضلا از مبانی امامیه.

محل بحث جایی است که زمینه و توقع حصول عمل وجود داشته ولی عملی از شخص حر صادر نشده است، والا در جایی که کسی دیگری را به کار بگیرد ضمان محل بحث نیست؛ زیرا استیفاء از اسباب یقینی برای ضمان است.

فرمایشات قائلین به عدم ضمان به این بر می گردد که اسباب ضمان در مالیات، اسباب معروفه ای هستند و در مورد حبس حر کسوب هیچ کدام محقق نشده است. اسباب ضمان عبارت اند از: ضمان بالید، اتلاف و استیفاء.

اتلاف یعنی هدم شیء موجود و طبعاً در مقام اتلاف محقق نشده است. ضمان از باب علی الید هم در مانحن فیه محقق نیست؛ چون عمل حر تحت ید حابس قرار نگرفته تا ضمان بالید محقق شود، برخلاف جایی که عبد حبس شود، چون عبد مال خارجی حساب می شود و حبس عبد، ید بر عبد و ید بر منافع او حساب می شود، اما حر از آنجایی که مال نیست، در مورد او نه استیلاء بر عین محقق است و نه استیلاء بر منافع عین.

طبق آن چه در کلام مرحوم آقای خوئی مطرح شده، در مقام فقط عنوان تفویت صادق است؛ چون تفویت یعنی در جایی که شرایط و مقتضی برای تحقق عمل وجود دارد، مانع از تحقق آن شود، به طوری که لولا الحبس لحصلت المنفعه. اما ایشان فرموده است دلیلی نداریم بر این که تفویت از اسباب ضمان باشد. بنابراین، آن چه سبب ضمان است محقق نیست و آن چه محقق است سبب ضمان نیست، لذا دلیلی بر ضمان نداریم.

در مقابل طبعاً کسی که قائل به ضمان است، باید محل بحث را در قالب یکی از اسباب ضمان توجیه کند، حال یا توسط اسباب معروفه و یا توسط برخی از ادله خاصه. به بررسی وجوهی که برای اثبات ضمان ذکر شده است، می پردازیم:

وجه اول، اثبات ضمان از راه تفویت

یکی از وجوهی که برای ضمان ذکر شده و در کلمات صاحب ریاض مطرح شده، این است که در مقام، عنوان تفویت صادق است و تفویت هم موجب ضمان است برای توجیه این نظرمی توان این طور استدلال کرد: از آنجا که بناء و سیره عقلائی بر ضمان در مورد تفویت عمل شخص کسوب است و این سیره مورد ردع شارع قرار نگرفته بنابراین تفویت موجب ضمان است.

مرحوم خوئی در مصباح الفقاهه فرموده به سیره عقلائیه حکم به ضمان می کنیم. فرمایش ایشان به این بر میگردد که با این که هیچ کدام از اسباب دیگر ضمان صادق نیست، اما بناء عقلاء این است که تفویت را هم از اسباب ضمان می دانند.

بررسی کلام صاحب ریاض

صاحب ریاض هم خودش قائل به این مطلب شده، بلکه فرموده باید کلام قدماء که حکم به ضمان نکردند را، حمل کنیم بر جایی که تفویت اتفاق نیفتاده باشد، والا اگر تفویت اتفاق افتاده باشد، قطعاً ضمان ثابت است. فرموده است کلام علامه در تذکره هم باید حمل بر همین مطلب شود؛ چون از یک طرف علامه فرموده در حبس حر کسوب ضمان نیست، و از طرف دیگر فرموده: «منفعة بدن الحر یضمن بالتفویت لا بالفوات». این فرمایش نشان می دهد که فرض عدم حکم به ضمان، فرض فوات است نه فرض تفویت. یعنی اگر دیگری را حبس کند در مدت زمانی که عادتاً اجرتی برای عمل در آن زمان وجود دارد، به طوری که اگر حبس نبود آن را تحصیل می کرد، حبس سبب تفویت منفعت می شود. اما گر به نحوی باشد

که اگر حبس هم نمیشد دنبال انجام عمل نبود، فوت اتفاق افتاده نه تفویت، و مستند به حابس نمی شود. ریاض ج ۱۴ ص ۱۷

صاحب جواهر در این جا بحثی با صاحب ریاض دارد که این توجیه در کلام علامه صحیح نیست؛ چون قرائنی وجود دارد که علامه حتی در فرض تفویت هم حکم به ضمان نمی کند. لذا «تضمن بالتفویت لا بالفوات» باید حمل شود بر معنای غیر معنای ظاهر که آن معنای استیفاء است. یعنی ضمان عمل حرّ، در فرضی است که عمل اتفاق افتاده باشد و او را به کار گرفته باشد یعنی استیفاء محقق شده باشد و این عبارت اصلاً شامل بحث حبس حر کسوب نمی شود. پس تفویت یعنی استیفاء، نه این معنی که لو لم یحبس لحصلها.

شاهد این مطلب، خود کلام علامه است که ایشان در همین محل بحث که کسی صانع را حبس می کند، فرموده موجب ضمان نمی شود، یعنی حتی در جایی که حابس سببیت للفوت داشته باشد موجب ضمان نیست. فرموده اگر عبد را حبس کند، عبد تحت ید قرار می گیرد و منافع عبد هم مورد ید خواهد بود و موجب ضمان است، اما حر بذاته تحت ید واقع نمی شود پس حبس او موجب ضمان نیست. موجب ضمان، وقوع تحت الید و استیفاء است و هر جا استیفاء اتفاق نیفتاد ضمان نخواهد بود. ج ۳۷ ص ۴۰

به نظر ما اشکال صاحب جواهر در این قسمت تمام است و برداشت صاحب ریاض از کلام علامه صحیح نیست، اما اصل مدعی که تفویت موجب ضمان است

یا نه، باید بررسی شود. برای این که تفویت موجب ضمان باشد، به وجوهی استدلال شده است.

مثلا در مجمع الفائده و البرهان به آیه شریفه «من اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» یا آیه شریفه «جزاء سیئه سیئه مثلها» استدلال شده است و فرموده است که این آیات، دلالت می کند در موارد ظلم و تعدی، شخص مظلوم می تواند به همان نحو جبران کند و از این آیات استفاده ضمان کرده اند. تطبیق مثلثیت در مانحن فیه را به این دانسته اند که حابس ضامن اجرت منافع باشد.

علی ای حال در وجه اول برای ضمان حر کسوب، ادعا شده است که تفویت از اسباب ضمان است و در مورد حبس حر، ولو عنوان اتلاف و استیفاء یا تلف فی الید صادق نیست، ولی عنوان تفویت صادق است. لذا اگر کسی برای سببیت تفویت للضمان به سیره عقلائی غیر مردوعه استدلال کند، استدلال تمامی خواهد بود.

جواب اشکالات وجه اول

اشکال آقای خوئی در کتاب الاجاره به این وجه، این است که تفویت از اسباب ضمان نیست. جواب این اشکال همانی است که خود ایشان در مصباح الفقاهه فرموده که سیره عقلاء بر سببیت تفویت للضمان است و عقلاء فرقی قائل نیستند بین این که حر کسوب اجیر حبس شود یا حر کسوب غیر اجیر.

البته صغریا ممکن است اشکال شود که بناء عقلائی معاصر با شارع قابل احراز نیست تا بتوانیم امضاء آن را کشف کنیم، والا اکثر متقدمین مخالفت با بناء عقلائی نمی کردند. ولی از این اشکال جواب داده می شود که فتوای فقها نافی این نیست

که بناء عقلائیه بر ضمان وجود داشته باشد، و شاید مبنای آن ها این بود که سببیت شیء للضمنان احتیاج به تنصیص شارع دارد. تمسک به سیره عقلائیه در کلمات قدماء امری رایج نبوده، ولذا عدم استناد آن ها به سیره عقلائیه کاشف از عدم وجود سیره عقلائیه نیست.

بنابراین، مثل سایر موارد اگر سیره را در زمان حال کشف کنیم و شک در معاصرت آن با زمان شارع داشته باشیم، به حسب وجدان عقلائیه بین ازمینه و امکانه مختلف، اگر لحاظ کنیم و احساس کنیم فرقی بین ازمینه وجود ندارد، معلوم می شود که این بناء عام است و مختص به قوم خاصی نیست. و این که حادثه تاریخی خاصی اتفاق افتاده باشد که موجب تغییر این بناء شده باشد، مقطوع العدم است. پس کشف معاصرت سیره با معصوم در جایی که سیره فعلی را احراز کرده باشیم، مشکلی ندارد. فقط مواردی که علم داریم که موضوع قبلا موجود نبوده، از مواردی است که قطعا سیره عقلائیه در سابق نبوده و داخل بحث سیره عقلائیه مستحدث می شود. لذا وجه اول که استدلال به سیره عقلائیه است وجه تامی است.

در فقه العقود تعبیر شده که ضمان اتلاف عمل در این موارد، مورد سیره عقلاء است. اشکال این است که مانحن فیه از موارد اتلاف نیست و آن چه محقق است، تفویت است نه اتلاف. پس سیره بر ضمان حابس داریم، اما این سیره بر ضمان در مورد تفویت است نه در مورد اتلاف.

وجه دوم، اثبات ضمان از طریق قاعده لاضرر

در فقه العقود فرموده با توجه به سیره عقلائیه از دو راه می توان حکم به ضمان کرد: یکی تمسک به سیره عقلائیه غیر مردوعه، دیگری تمسک به دلیل لاضرر با توجه به این که عقلاء حابس را ضامن می دانند.

ولی در کلمات آقای صدر، به قاعده لاضرر بدون توجه به سیره عقلائیه استدلال شده است، مثل کلام محقق اردبیلی. تقریب تمسک به لاضرر، این است که در موارد حبس حر کسوب، اگر شارع حکم به ضمان نکند، معنایش این است که قانون شارع موجب وقوع مکلفین در ضرر شده است و دلیل نفی ضرر می گوید شارع حکمی که موجب ضرر بر مکلفین باشد ندارد.

در کلام مرحوم آقای صدر تقریب جریان لاضرر این است که: در موارد حبس حر کسوب، به نظر عرف اگر اجرت شخص داده نشود، ضرر عرفی صادق است؛ چون در معرض کار و عمل بوده و منافعش در معرض حصول است؛ لذا ضرر صادق است و اگر شارع حکم به ضمان نکند موجب وقوع ملکف در ضرر است. به این استدلال، اشکالاتی در کلام محقق ایروانی و برخی متاخرین مطرح شده است.

جلسه ۴۸

وجه اول ضمان حبس حر کسوب

حاصل وجه اول این بود که هرچند در مورد حبس حر کسوب، هیچ یک از عناوین معروفه اسباب ضمان (اتلاف، استیفاء، ید) محقق نیست، اما عنوان چهارمی در مقام

صادق است که عنوان تفویت است و دلیل این که تفویت العمل سبب ضمان است، سیره و بناء عقلائیه است؛ چون بناء عقلاء بر ضمان حابس است و از عدم ردع شارع کشف امضاء می کنیم.

اشکال صاحب جواهر به وجه اول ضمان

در اینجا اشکالی از صاحب جواهر نقل شده به عنوان نقض. تعبیر ایشان این است که اگر تفویت را موجب ضمان بدانید (از راه قاعده لاضرر، یا ادله حرمت ظلم، یا ادله جواز مقاصه و امثال ذلک) این مثبت فقه جدید است؛ چون لازمه این حرف این است که در مواردی که شخص دارای عمل از فوائد کار خود منتفع نشده نسبت به آن فوائد هم ضامن باشد. مثلاً در جایی که شخص تاجر است معامله می کند و اگر داخل معامله می شد صد ملیون در این معامله سود می کرد، اگر حابس او را حبس کند، در اینجا منفعت قابل حصولی وجود داشت که حابس سبب تفویت آن شده است. در این مورد نمی توان ملتزم شد به این که حابس ضامن این صد ملیون است به این بیان که صد ملیون فوت شده و حابس سبب تفویت آن بوده است. پس لازمه این که تفویت سبب ضمان باشد، این است که در این موارد قائل به ضمان شوید در حالی که قابل التزام نیست.

مورد دیگری که به عنوان نقض ذکر می شود و از موارد محل ابتلاء است، جایی است که مدیون از پرداخت دین خود امتناع می کند، و دائن برای استیفاء دین خود به محاکم مراجعه می کند و چند روز از شغل خود باز می ماند یا برای اخذ حق خود وکیل می گیرد. در این جا هرچند حبس محقق نشده اما آن چه سبب تعطیلی شغل دائن شده است، امتناع مدیون است که موجب شده فائده در معرض حصول،

حاصل نشود و دائن از کار خود باز بماند، در حالی که نمی توان در این موارد حکم به ضمان کرد؛ چون هیچ کدام از اسباب ضمان مثل اتلاف تحقق پیدا نکرده است.

جواب از اشکال صاحب جواهر

جواب این نقض ها این است که: آن چه به حسب سیره عقلائیه ثابت است وقائیلین به ضمان _ مثل محقق اردبیلی و دیگران _ ملتزم به آن شده اند، این است که تفویت عمل موجب ضمان است، و مراد از تفویت هم سببیت شخص برای فوت عمل است؛ نه این که مراد از سببیت تفویت للضمان، این باشد که تفویت هر فائده ای موجب ضمان باشد. آن چه سیره عقلاء در آن مورد محرز است، ضمان در فرض تفویت عمل است. با توجه به این مطلب، جواب از مثال هایی که صاحب جواهر به عنوان نقض ذکر مطرح کرد معلوم می شود.

در مثال اول که حابس سبب فوت عمل شخص شده است، فقط نسبت به عمل، به مقداری که اجرت عمل است ضامن است. مرحوم آقای خوئی هم که در مصباح الفقاهه در حبس کسی که عمل تجاری دارد قائل به ضمان شده است، مراد این است که اگر شخص شغلش تجارت باشد، حابس، ضامن اجرت عمل است نه ضامن سودی که ممکن بود از این معامله نصیب مالک شود. به عنوان مثال، اگر شخص اجیر یا وکیل باشد و اگر معامله ای برای مالک می کرد صد ملیون به دست می آورد، حابس ضامن اجرت عمل وکیل است، اما نسبت به مالک نهایتاً تفویت فائده ای بر مالک کرده است و تفویت مطلق فائده موجب ضمان نیست.

بنابراین، فائده ای که منطبق بر خود عمل است، تفویت آن موجب ضمان است، نه هر فائده ای. کسی که می تواند عامل مضاربه بشود عمل او دارای ارزش است و حابس ضامن ارزش عمل است، اما ضامن فوایدی که از راه مضاربه می توانست به دست بیاورد، نیست.

اما این که چرا عقلاء خصوص تفویت عمل را موجب ضمان می دانند نه مطلق تفویت را، مهم نیست و ممکن است نکته آن همین مطلب باشد که حکم به ضمان در تفویت مطلق فائده، امری مستغرب و غیر قابل التزام است چون خسارتی پیدا نشده فقط عدم النفع است برخلاف موارد تفویت عمل در حبس کسوب که باتوجه به این که آماده برای کاربود ولولا الحبس اشتغال به کار پیدا می کرد واجرت آنرا تحصیل می کرد درمورد او خسارت می بینند. علی ای حال سیره عقلاء بر ضمان در مطلق موارد تفویت احراراز نشده است و همین کافی است.

لذا کسی ادعا نکرد که منع از رسیدن به مطلق فائده موجب ضمان است تا این نقض وارد باشد، بلکه فقط تفویت عمل را طبق سیره عقلاء موجب ضمان دانستند. اما در مورد نقض دوم که شخص برای استیفاء دین خود به محاکم رجوع می کند و شغل خود را تعطیل می کند، یا برای رسیدن به حقش مخارجی را متحمل می شود، ادعا می شود که در این موارد سیره عقلاء بر این است که مدیون ضامن عمل تعطیل شده و نیز مخارجی است که دائن پرداخت کرده است. جواب این است که هرچند اگر مدیون امتناع از اداء دین نمی کرد، دائن شغل خود را تعطیل نمی کرد و ملیون ها تومان خرج وکیل نمی کرد، اما این ها مستند به مدیون نیست، بلکه خود

دائن به اختیار و رضایت خود، شغلش را تعطیل کرده و برای تحصیل حقش مالی را به وکیل داده است. در این جا ولو فی الجمله امتناع مدیون اثر دارد، اما به نحوی نیست که فوت منافع مستند به مدیون باشد. این موارد در حقیقت از موارد انتخاب عمل به اضطرار و با توجه به شرایط نامناسب است، نه از باب اکراه شخصی شخص دیگر را، لذا همان تفصیلی که در بیع مضطر و بیع مکره داده می شود و بیع مضطر صحیح دانسته می شود به خاطر وجود طیب نفس، به همان بیان می گوئیم در مقام هم از آنجایی که فوت فوائد به مدیون استناد داده نمی شود، عنوان تفویت صادق نیست. لذا این نقض هم وارد نیست و از محل کلام خارج است، چون عنوان تفویت بر مقام صادق نیست.

حاصل بحث این که: مراد از تفویت موجب ضمان این است که شخص سبب فوت عمل باشد، نه سبب فوت هر فائده‌ای (كما فی النقض الاول)، و نه جایی که شخص صرفاً مقدمه فوت عمل باشد و سببیت نداشته باشد (كما فی النقض الثانی)، لذا نقض های صاحب جواهر وارد نیست و قول به سببیت تفویت للضمان، مستلزم فقه جدید نیست.