**درس خارج اصول استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه347 – 05/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

در جلسه گذشته، بحث از شمول لا ضرر نسبت به عدمیات به اتمام رسید. در این جلسه استاد دام ظله بحث از تعارض ضررین را آغاز می کنند. ایشان ابتدا کلام آقای سیستانی را در برخی از صور مسأله طرح کرده، آن را مورد بررسی قرار می دهند.

# تعارض ضررین و صور آن

بحث درباره تعارض ضررین است. مرحوم آقای خویی صور مختلفی را برای تعارض ضررین مطرح کرده و آقای سیستانی نیز بر طبق همین صور، بحث را دنبال کرده و علاوه بر آن فروعی را متذکر شده است. ایشان اشاره می کند: تمام مسائل این مسأله مربوط به قاعده لا ضرر نیست اما به تناسب لا ضرر، آن را به صورت جامع مطرح کرده است.

## صورت اول: دوران امر بین دو ضرر متوجه به شخص

صورت اول این است که امر دائر بین دو ضرری است که متوجه خود اوست و باید در یکی از این دو ضرر داخل شود. منشأ این اضطرار سه صورت است:

* یا خود متضرّر این حالت را ایجاد کرده است.
* یا عامل طبیعی این حالت را ایجاد کرده است.
* یا شخص ثالث این حالت را ایجاد کرده است.

ایشان دو مثال برای این صورت می زند:

* مثال اول این است که شخص در حال افتادن است و مخیّر بین افتادن روی یکی از دو جنس خویش است.
* مثال دوم این است که سر گاو داخل دیگ شده، که برای حفظ گاو باید دیگ را از بین برد و برای حفظ دیگ، سر گاو را برید.

آقای سیستانی سه فرع را در این صورت مطرح کرده است:

### کلام آقای سیستانی در فرع اول (اباحه هر دو ضرر)

فرع اول این است که هر دو ضرر ذاتا مباح است.

حکم تکلیفی در این صورت اباحه است و می تواند هر یک از این دو را انتخاب کند و از نظر عقلی تخییر دارد.

از نظر حکم وضعی، در صورتی که منشأ پیدایش این حالت خود شخص یا عامل طبیعی باشد، بحثی در عدم ضمان نیست. البته آقای خویی بحث ضمان را مورد بحث قرار نداده است.

اما در صورتی که دیگری منشأ پیدایش حالت اضطرار باشد، در صورتی که دو ضرر متوجه به شخص مساوی باشد یا با وجود تفاوت، مضطرّ ضرر کم مؤونه و خفیف تر را انتخاب کند، بدون اشکال، غیر که شخص را در اضطرار قرار داده، ضامن است زیرا فعل به او مستند است و در ضمان، مباشرت یا تسبیب در تحقق ضرر، تفاوتی ندارد. اما در صورتی که شخص مضطرّ، ضرر شدیدتر را انتخاب کند، سه وجه محتمل است:

* وجه اول این که غیر، ضامن ضرر اشدّ است زیرا غیر سبب ضرر شده و ضرری که در خارج تحقق پیدا کرده، ضرر اشد است و ضرر اخف در خارج تحقق پیدا نکرده که غیر ضامن آن باشد. پس غیر ضامن آن چیزی است که در خارج تحقق پیدا کرده است.
* وجه دوم این که غیر، ضامن جامع بین الضررین است به این تقریب که مقداری که غیر، اضطرار به آن را ایجاد کرده، جامع بین الضررین است و در اشدّ واقع شدن شخص، به اختیار خود اوست. پس نمی توان اشد را بر عهده او گذاشت. معنای ضمان جامع بودن نیز ضمان اخف است زیرا اخفّ تنها مستند به اوست.
* وجه سوم (تفصیل) این که گاه مضطرّ به اشدیت یکی از دو ضرر عالم است یا احتمال معتنا می دهد یکی از این دو اشدّ باشد، اما با این حال اشدّ را انتخاب کرده است. در این فرض غیر، ضامن هیچ چیزی نیست. اما در صورتی که شخص جاهل به اشدّ الضررین باشد یا احتمالی بدهد که از نظر عقلایی به آن بها داده نمی شود، غیر ضامن ضرری است که مضطرّ مرتکب شده است.

آقای سیستانی وجه سوم را اختیار کرده، در توضیح دو وجه اجمالی و تفصیلی را بیان می کند.

ایشان در وجه اجمالی بیان می کند: غیر اولا و بالذات سبب تحقق احد الضررین است و احد الضررین عنوانی انتزاعی است که در فرض عالم بودن شخص به اشدّیت یا احتمال معتنا به دادن، از نظر عقلایی بر اخف تطبیق پیدا می کند. پس اگر شخصِ مضطرّ اشدّ را انتخاب کرد، مضطرّ الیه ای که به تطبیق عقلایی بر اخف تطبیق پیدا کرده را انجام نداده است. بنابراین غیر، ضامن آن نیست زیرا او ضامن اخف است و آنچه در خارج تحقق پیدا کرده، اشدّ است. بر خلاف صورت جهل به اشدّیت یا احتمال غیر عقلایی که غیر، ضامن چیزی است که در خارج تحقق پیدا کرده است.

ایشان در توضیح بیان می کند: اجبار دیگری بر احدهما باعث نمی شود عنوان احدهما منشأ ضمان شود زیرا احدهما عنوان انتزاعی جامع بین دو ضرر است و این عنوان انتزاعی نمی تواند منشأ ضرر باشد. ایشان تعبیر می کند: و الحكم بالضمان في كل ضرر إنما يقتضي ثبوت الضمان بالنسبة إلى كل ضرر ضرر معينا لا الأصل الجامع بين ضررين أو أكثر[[1]](#footnote-1) مراد ایشان این است که حکم به ضمان در هر ضرری، نسبت به خارج منحلّ می شود و انحلال به افراد خارجی دارد و خارج نیز ظرف تعیّنات است. پس عام نسبت به امور معیّن واقع در خارج انحلال دارد نه نسبت به عناوین انتزاعی.

از طرفی دیگر، نمی توان ضمان را نسبت به هر دو ضرر دانست زیرا در خارج هر دو ضرر اشدّ و اخفّ تحقق پیدا نکرده که شخص ضامن هر دو ضرر باشد.

اثبات ضمان نسبت به یکی از دو ضرر به صورت معیّن نیز صحیح نیست زیرا احدهما نسبت به یکی از این دو مساوی است و تقدیم یکی به صورت معیّن، ترجیح بلا مرجح است.

بنابراین نحوه تطبیق حکم به ضمان در این مورد، ابهام دارد. ایشان می فرماید: هر جا در متعلق حکم یا در موضوع حکم از ناحیه تطبیق ابهامی ایجاد شد، باید خطاب متمّمی وجود داشته باشد که این خطاب، ماهیت را بر شیء معیّن تطبیق کند و ابهام را برطرف کند. ایشان از این خطاب به متمّم جعل تطبیقی تعبیر کرده است. ایشان مثال هایی را برای مواردی که متمّم جعل تطبیقی وجود دارد، بیان کرده است که ما وارد بحث از مثال های ایشان نمی شویم.

#### تطبیق متمّم جعل تطبیقی در قاعده اضطرار

یکی از مواردی که ایشان متمّم جعل تطبیقی را در آن تطبیق داده، قاعده اضطرار است. ایشان بیان می کند: اگر فرض کنیم مکلّف مضطرّ به احد المحرّمین باشد، در بدو امر، اضطرار هیچ یک از این حرام را نمی تواند حلال کند زیرا اضطرار به جامع تعلّق گرفته است و جامع بین المحرّمین، محرّم نیست. در اینجا چون نمی توان قائل شد به علت تعلّق به جامع، اضطرار نمی تواند محرّم را برطرف کند و باید اضطرار، یکی از دو محرّم را حلال کند، برای تعیین مضطرّ الیه باید متمّم جعل تطبیقی وجود داشته باشد. ایشان متمّم جعل تطبیقی را این گونه بیان کرده که از نظر عقلایی، در جایی که طرفین اضطرار، احتمالا و محتملا مساوی باشند، جامع بر فعلی که مکلّف مرتکب می شود، منطبق می گردد به شرط آنکه پیش از آن دیگری را مرتکب نشده باشد. ایشان تعبیر می کند: بموجب هذا المتمم يكون المضطر إليه في مورد التساوي احتمالا و محتملا ما ارتكبه المضطر بشرط عدم سبق ارتكاب الأخر أو مقارنته إياه.[[2]](#footnote-2) به این معنا که در صورت مرتکب شدن هم زمان هر دو، هر دو فعل حرام خواهد بود.

ایشان در فرضی که دو محرّم از نظر احتمال و محتمل مساوی نباشند، مضطرّ الیه عقلایی را اخف احتمالا و محتملا می داند که از نظر مجموع احتمال و محتمل ضرر کمتری دارد. بنابراین اشد احتمالا و محتملا از نظر عقلایی مضطر الیه نیست و ارتکاب اشد مانند جایی است که شخص مضطرّ بین حرام و مکروه باشد و شخص حرام را مرتکب شود.

#### نظر آقای سیستانی در فرع اول

ایشان می فرماید: در بحث حاضر (ضمان غیر)، متمّم جعل تطبیقی احد الضررین را معیّن می کند به این صورت که اگر دو ضرر احتمالا و محتملا مساوی نباشد، عقلا غیر را ضامن اخف می دانند و اگر دو ضرر احتمالا و محتملا مساوی باشد، عقلا غیر را ضامن ضرری می دانند که شخص مرتکب آن می شود.

ایشان در انتها می فرماید: با این توضیح روشن شد که دو وجه اول ناتمام است.

ناتمام بودن وجه اول (ضمان غیر نسبت به اشدّ) به این دلیل است که هر چند شخص اشدّ را در خارج انجام داده است اما غیر سبب ایجاد اشدّ نبوده و غیر سبب ایجاد احد الامرین بوده است که به ضمیمه متمّم جعل تطبیقی، احد الامرین بر اخف تطبیق می شود. پس آنچه غیر سبب آن بوده، در خارج تحقق پیدا نکرده تا ضمانی بر عهده او بیاید. ایشان مثال می زند در جایی که شخص مضطرّ به شرب خمر یا شرب متنجّس باشد، انتخاب شرب خمر باعث از بین رفتن حرمت نمی شود و بر شرب خمر، عقاب خواهد شد. زیرا مضطّر به شرب خمر نیست که عقوبت شرب خمر برطرف شود.

ناتمام بودن وجه دوم (ضمان احد الامرین) به این دلیل است که هر چند مقداری که اولا و بالذات به غیر مستند است، احد الامرین است اما ضمان به احد الامرین تعلّق نمی گیرد و به فرد معیّن تعلق می گیرد و باید با متمّم جعل تطبیقی، مورد ضمان مشخّص شود.

##### بررسی کلام آقای سیستانی: امکان تعلّق ضمان به جامع

آقای سیستانی در این بحث مطلبی را به عنوان مطلب واضح و روشن تلقّی کرده و از آن ساده عبور کرده است در حالی که این مطلب روشن نیست. ایشان بیان کرده: ضمان حتما باید به شیء معیّن تعلق بگیرد. اما به نظر می رسد مانعی ندارد ضمان وابسته به میزان تأثیر عامل باشد هر چند تأثیر عامل بر احد الضررین باشد. در توضیح باید گفت: در صورتی که شخص مضطرّ به یکی از دو امر باشد و یکی از آن دو را در خارج انجام دهد، عمل خارجی دو حیثیت دارد اول آنکه، عنوان احد الضررین بر آن منطبق است و جامع بین دو ضرر است. دوم آنکه، خصوصیات فردیه ای دارد که خارج از جامع است. به عنوان مثال در جایی که شخص تشنه شده، اصل نیاز او به صرف الوجود آب است نه به عنوان یک مفهوم ذهنی صرف بلکه به این معنا که خصوصیات فردیه در نیاز و احتیاج شخص دخالت ندارد. پس بحث این نیست که عامل تحقق ضمان، مفهوم کلی مضطرّ الیه نیست بلکه تحقق خارجی فعل مضطرّ الیه، موجب ضمان است. اما همین شیء خارجی، حیثیات مختلف دارد.

در جایی که شارع امر به صرف الوجود نماز می کند و شخص در خارج فردی را تحقق می بخشد، به وسیله این فرد خارجی امتثال امر به صرف الوجود و طبیعت صرفه تحقق پیدا کرده است در حالی که خصوصیات خارجیه، به دعوت امر نبوده است. امر تنها به جامع دعوت کرده است هر چند تحقق جامع در خارج، در ضمن خصوصیاتی است که این خصوصیات به دعوت امر نیست. آقای سیستانی این مطلب را انکار نکرده که غیر، تسبیب به جامع کرده است اما بیان می کند چون جامع در خارج تحقق ندارد، جامع نمی تواند منشأ ضرر و ضمان باشد. اما این مطلب صحیح نیست زیرا جامع در خارج تحقق دارد البته در ضمن خصوصیت. پس چیزی که در خارج تحقق پیدا کرده، حیث جامع بودن و حیث فرد بودن و خصوصیات فردیه را دارد. در نتیجه، غیر، ضامن حیث جامع است و چون اضطراری به حیث فرد نکرده، ضمانی نسبت به خصوصیات فردیه ندارد. بنابراین تعلّق ضمان به جامع اشکالی ندارد.

در جلسه آینده این بحث بیشتر توضیح داده خواهد شد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 312 [↑](#footnote-ref-1)
2. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 314 [↑](#footnote-ref-2)