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

**جلسه348 – 06/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در تعارض ضررین بود . صورت اول تعارض ضررین این است که امر دائر بین دو ضرری باشد که شخص به خودش وارد می سازد و این ضرر ذاتاً مباح می باشد . این صورت به لحاظ منشأ ایجاد ضرر سه حالت دارد : حالت اول این است که منشأ ایجاد ضرر خودش باشد و حالت دوم این است که منشأ پیدایش این ضرر عامل طبیعی باشد که در این دو صورت ضمانی در کار نیست ولی بحث در حالت سوم است یعنی جایی که شخص دیگری منشأ ایجاد این ضرر باشد .

# بیان آقای سیستانی در فرض ارتکاب اشدّ الضررین

اگر شخصی کاری انجام دهد که دیگری مجبور شود یکی از دو ضرر را متحمل شود و فرض این است که هر دو ضرر هم ذاتا مباح است، اگر این شخص اخف الضررین را انتخاب کند بحثی نیست که شخص اجبارکننده ضامن است ولی اگر اشد الضررین را مرتکب شد آقای سیستانی سه وجه را مطرح می کنند:

1. ضمان اشد.
2. ضمان نسبت به جامع الضررین.
3. تفصیل بین کسی که احتمال یا علم به اشدیت داشته و بین کسی که جاهل بوده است که در صورت اول ضمانی برای شخص اجبار کننده نیست و در صورت دوم اجبارکننده ضامن است.

محصل بیان آقای سیستانی این بود که آنچه مسبب الیه غیر است عنوان احدهماست که تعیّن نداشته و نیازمند به یک متمم جعل تطبیقی است و به تناسب وارد بحث متمم جعل تطبیقی شده و مصداقهایش را بیان کردند.

إن التسبيب إلى أحد الضررين لا يستوجب الضمان بهذا العنوان لان عنوان الأحد عنوان انتزاعي جامع بين الضررين، ‌و الحكم بالضمان في كل ضرر إنما يقتضي ثبوت الضمان بالنسبة إلى كل ضرر ضرر معينا لا الأصل الجامع بين ضررين أو أكثر لأن العام ينحل بحسب الأفراد المعينة دون المنتزعة، و لا سبيل إلى الالتزام بثبوت الضمان بالنسبة إلى كلا الضررين كما هو واضح، و لا بالنسبة إلى واحد منهما معينا لان نسبة الأحد إليهما على حد سواء، فتعيين واحد منهما ترجيح من غير مرجح، و على ضوء هذا: يعرض الإبهام في كيفية تطبيق الحكم بالضمان على ذلك. و كلما طرأ الإبهام في متعلق الحكم أو موضوعه من ناحية التطبيق، فإنه تدعو الحاجة إلى خطاب متمم يطبق الماهية على شي‌ء معين ليرتفع الإبهام بذلك، و نحن نعبر عن هذا الخطاب ب (متمم الجعل التطبيقي) تمييزا له عن سائر أنحاء متمم الجعل.[[1]](#footnote-1)

در این عبارت «لا الاصل الجامع» محرف از «لا الاحد الجامع» است که به دلیل شباهت این تحریف رخ داده است .

ایشان می فرماید متمم جعل تطبیقی گاهی اخف الضررین را تعیین می کند و گاهی آن ضرری که در نهایت محقق میشود را متعین میکند و در مواردی که اخف الضررین را بعنوان مسبب الیه تعیین کند و شخص مجبور، اشد الضررین را مرتکب شود در نتیجه مسبب الیه را مرتکب نشده و ضمانی برای اجبار کننده وجود ندارد. لذا وجه اول و دوم نا تمام است چون ضرری که مسبب الیه فعل اجبارکننده است در بدو امر احد الامرین است و در نهایت با توجه به متمم جعل تطبیقی بر اخف الضررین متعین میشود لذا آنچه در خارج محقق شده مسبب الیه و به تسبیب غیر نبوده و آنچه مسبب الیه بوده در خارج محقق نشده است . ایشان در ادامه مثال می زنند که اگر مکلف بین اشد المحرّمین و اخف المحرمّین مضطر شود اگر اشد را مرتکب شد عقوبت اشد از وی ساقط نمی شود .

# اشکال استاد به بیان مذکور(تکوینی بودن تسبیب)

آقای سیستانی می فرماید عقلاء اجبار به احد الضررین را بر اخف الضررین تطبیق می دهند و تنها اخف الضررین را مسبب الیه فعل اجبار کننده می دانند؛ اشکال این است که تسبیب امری تکوینی و واقعی است نه اعتباری؛ بنابراین عقلاء در تعیین مسبب الیه و این که چه چیزی واقعاً به تسبیب فعل اجبار کننده بوده دخالتی ندارند و آنچه واقعا مسبب الیه و به دعوت اجبار کننده بوده احدهما می باشد نه خصوص اخف الضررین.

بله اگر گفتیم متمم جعل تطبیقی، در واقع مربوط به مرحلۀ حکم به ضمان که یک اعتبار عقلائی است می باشد می توان گفت عقلاء اجبار کننده را نسبت به اخف الضررین ضامن میدانند و لکن لحن ایشان این است که در مرحلۀ تعیین مسبب الیه که امری حقیقی و تکوینی است به عقلاء استناد می کنند.

آنچه اجبار کننده به آن تسبیب میکند احدهماست حال اگر شخص مجبور این اجبار را در خصوص اشد یا اخف تطبیق کند باعث نمی شود تسبیب غیر، تغییر کند و به عبارتی تطبیق احدهما بر هر یک از طرفین به دست شخص مجبور است و اجبار کننده تنها بر جامع بین این دو فرد یعنی احدهما اجبار کرده است. به عبارت دیگر میزان دخالت و تسبیب غیر نسبت به هر یک از طرفین که محقق شود به همان میزانی است که اگر طرف دیگر محقق می شد غیر در آن دخالت می داشت و دخالت وی نسبت به تحقق هر یک از طرفین علی السویه است و به خصوص هیچ یک از طرفین دعوت و تحریک نمیکند.

البته مراد از احدهما عنوان آن بما هو عنوان نیست چون نفس عنوان که اهمیتی ندارد بلکه به آن حیثیتی از طرفین خارجی که مشترک است میگوئیم احدهما چون در واقع آن شیء خارجی دو حیثیت دارد یک حیثیتش محقق جامع احدهماست که با طرف دیگر در آن مشترک است و حیثیت دیگرش خصوصیات فردیه اش بوده که در طرف دیگر وجود ندارد و تنها حیثیت مشترک و جامع که در هردو طرف هست مستند به غیر است.

با توجه به این نکته اگر حکم به ضمان برای خصوصیات فردیه احد الطرفین باشد مستند به غیر نمی باشد چون شخص اجبار کننده به هیچیک از خصوصات فردیه اجبار نکرده است ولی اگر حکم به ضمان مربوط به حیثیت مشترکه باشد میتوان آن را مستند به غیر دانست.

خلاصه این که نمی توان مسبب الیه را با حکم عقلاء تعیین کرد و عقلاء تنها می توانند تعیین کنندۀ احکام تسبیب باشند .

# مرحلۀ حکم عقلاء به ترتب احکام تسبیب

اگر در جایی شارع مقدس دلیل خاصی مبنی بر این که با انتخاب اشد الضررین تمام ضمان اشد، برای شخص مجبور ثابت میشود و شخص اجبار کننده ضمانی ندارد، این دلیل متبع می باشد و لکن اقتضای عقلائی این مطلب لولا الدلیل الخاص این است که شخص اجبار کننده ضامن جامع ضرری است که در هردو طرف وجود دارد و آن مقداری از ضرر که در خصوص طرف اشد وجود دارد مستند به خود شخص مجبور بوده و خود او ضامن است .

به عنوان مثال در دوران بین ضرر 100 تومانی و 1000 تومانی آن مقداری از ضرر که در هر دو طرف وجود دارد 100 تومان است و مستند به اجبار کننده است ولی اگر شخص مجبور به انتخاب خودش طرف 1000 تومانی را انتخاب کرد 900 تومان مازاد مستند به غیر نبوده و به اختیار خود شخص است. بنابراین وجهی ندارد در فرض انتخاب اشد الضررین توسط شخص مجبور تمام تقصیر را متوجه او کنیم و اجبار کننده را اصلا ضامن ندانیم چون آن مقدار از ضرر که در هر دو طرف وجود دارد مستند به غیر بوده و ضامن است.

برخی از مثالهایی که ایشان مطرح کردند مثل اضطرار به ارتکاب احد المحرمین است که می فرمایند اگر اشد را اننخاب کند عقوبتش مرتفع نمیشود. اما این پرسش وجود دارد که آیا کل عقوبت اشد متوجه او می شود؟ مثلا اگر حرام اشد 100ضربه شلاق و حرام اخف50 ضربه دارد و شخص حرام اشد را انتخاب میکند آیا تمام 100 ضربه را به او می زنند یا تنها 50 ضربه ای که مازاد بر مقدار مضطرالیه است؛ بعید نیست بگوئیم چون آن مقداری که در اختیار شخص است و مضطر الیه نبوده ، 50 ضربه مازاد است، 100 ضربه به او نمی زنیم.

به نظر می رسد بین جایی که شخص مستقیماً و بدون اضطرار، حرام اشد را مرتکب می شود و جایی که مضطر به احد الحرامین بوده و اشد را انتخاب کرده در میزان تحقق مبغوضی که در اختیار اوست فرق است.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)، ص: 311 [↑](#footnote-ref-1)