بسم الله الرحمن الرحیم

دوشنبه 11/03/94

جلسه 1181

بحث در معنای ضرر بود، عرض کردیم ضرر تقابلش با تمام تقابل عدم و ملکه است، چون ضرر فقدان تمام هست، تمام گاهی عبارت هست از نفع موجود، فقد این نفع موجود بعد از وجودش ضرر هست، ولو اگر از ابتداء ما فاقد آن نفع بودیم به ما نمی گفتند که شما متضرر هستید، مثل شخص فقیر، اما اگر شخی غنی بعض مالش را از دست بدهد بدون مقابل می گویند ضرر کرد، پس در موارد وجود نفع و بعد از اینکه نفع وجود داشت تلف بشود صدق می کند ضرر، اما در مواردی که از ابتداء نفع موجود نیست ضرر صدق نمی کند مگر در دو جا:

1- جائی که یا نقص در طرف یعنی نقص در اعضاء انسان کمّا او کیفا باشد که صدق می کند ضرر.

2- و یا به نظر ما در مواردی که مقتضی قریب به فعل برای نفع موجود بشود و مانعی ایجاد بکنند که این مقتضی قریب به فعل نتواند موجود بشود، به نظر ما اینجا هم ضرر صدق می کند.

اینکه آقای خوئی معتقدند که با وجود مقتضی قریب به فعل هم ایجاد مانع از نفع، ضرر نیست، مثل اینکه شخصی می خواست آهویی شکار کند همه چیز مهیا بود یک انسانی صدا کرد و آن آهو فرار کرد، این ضامن نیست نمی گویند که تو ضرر زدی به این صیاد ولذا ضامن او هستی.

 اقول: این فرمایش به نظر ما تمام نیست، اولا: ملازمه نیست بین صدق ضرر و حکم به ضمان، ممکن است ضرر صادق باشد اما عقلاء حکم به ضمان نکنند، چون موضوع ضمان اتلاف مال غیر است، و هنوز مال غیر محقق نشده بود تا اتلاف صدق کند، اما می تواند ضرر صادق باشد، فعلا بحث ما در صدق ضرر هست، حکم به ضمان بحث دیگری است، این را در بحث حبس حر کسوب هم آقای خوئی مطرح کرده اند که اگر کسی حر کسوب را حبس کند، شخصی است کار می کند و کارش مزد دارد -مزد کارش و سود کارش اینجا مطرح است- مثل نقاش که مزد کارش را می گیرد، اگر این را حبس کنیم، این قید را برای این زدم که تاجر را که حبس می کنیم نگاه نمی کنیم به سرمایه اش که این آقا ده میلیارد سرمایه داشت که اگر می رفت سرکارش این ده میلیارد را می توانست بیست میلیارد کند، این مهم نیست، مهم ارزش کار اوست که اگر این تاجر برای دیگری کار می کرد چه قدر مزد می گرفت، بحث ضمان حبس حر کسوب مربوط به این هست، ولذا مثال همان نقاش را بزنیم، حبس کرد این نقاش را، بحث است که آیا ضامن این منفعت مفوته حر کسوب هست یا نیست، برخی مثل امام و آقای سیستانی قائل به ضمان در حبس حر کسوب هستند، آقای سیستانی علاوه بر سیره عقلائیه به قاعده لاضرر هم تمسک می کنند که بعدا بحث می کنیم.

آقای خوئی در ابتداء مصباح الفقاهة ادعای سیره عقلائیه کرده است بر ضمان حبس حر کسوب، در بحث اجاره فرموده است ما یقین داریم به عدم سیره عقلائیه در مورد ضمان حبس حر کسوب، چون اتلاف نکرد مال او را، و بعد مثال می زند به همان صیاد که شخصی مانع می شود از اینکه او بتواند آهو را شکار کند بعد از تمام شدن مقتضی صید با یک سر و صدا این شخص فراری می دهد آهو را از دست صیاد، اینجا عدم النفع است ضرر نیست اتلاف مال غیر نیست.

ما عرضمان چه در بحث این صید چه در بحث ضمان حبس حر کسوب این است که به نظر می رسد مخصوصا در حبس حر کسوب که مقتضی قریب به فعل برای نفع که فراهم هست ضرر صادق است، می گویند تو به این شخص ضرر زدی، حالا آیا این اضرار سبب ضمان هست یا نیست بحث دیگری است، اما ضرر صادق هست.

ما یک مثالی بزنیم برای صدق ضرر در موارد تحقق مقتضی قریب به فعل برای نفع، شخصی یک مغازه نانوایی دارد که همه به او مراجعه می کنند کارش رونق دارد، یک نانوای دیگری در مقابل مغازه نانوائی او نانوائی باز می کند با نان های مرغوب تر و مشتری ها را جذب می کند، بلااشکال این نانوای اول وقتی دید بازارش کساد شده می گوید این آقا به من ضرر زد، نگوئید این مجاز است و تسامح است، نخیر صحت سلب ندارد، اگر کسی بگوید که او به شما ضرر نزد این نانوای بیچاره که زیان دیده می گوید پس کی به من ضرر زد، او به من ضرر زده است دیگر، یا مثال دیگری بزنیم: کالای خارجی وارد می کند کالاهای داخلی بخاطر اینکه مثلا گران تر هست یا کیفیتش پائین تر هست روی دست فروشندگان آن می ماند و ارزان می شود، صدق می کند که اینها متضرر شدند، در این نباید تشکیک کرد، ولذا به نظر ما در مواردی که مقتضی قریب به فعل برای نفع موجود است منع از نفع عرفا ضرر هست.

یک مثالی مرحوم ایروانی زده، چون ایشان هم تمایل دارد که منع از نفع را در موارد مقتضی قریب به فعل ضرر بداند همانطور که در منتقی الاصول هم نظرشان همین است، مرحوم ایروانی مثالی می زند که ما در مثال ایشان مناقشه داریم، می گوید اگر کسی بیاید درخت مردم را که آماده میوه دادن هست با آب متعفن و ناسالم آبیاری کند و باعث بشود که این درختها دیگر میوه ندهند، عرفا این شخص به مالکِ این درختها ضرر زده است، پس صدق می کند ضرر در موارد مقتضی نفع، ولو به دقت عقلیه این مانع از نفع شده است.

 اقول: حواب این است که این مثال را باید همه قبول کنند که ضرر صادق است، برای اینکه مالک درخت مالک قابلیت های این درخت برای میوه دادن هست، و کسی که این قابلیت را اتلاف می کند او بلااشکال ضامن است، آقای خوئی هم قائل به ضمان است در این مثال، چون أتلف مال الغیر، اتلاف کرد مال غیر را به این معنا که وصف عینی مال غیر را اتلاف کرد، این درخت قابلیت میوه دادن داشت قابلیت عینیه او را برای میوه دادن نابود کردید در امسال، چرا ضامن نباشی، قطعا اینجا ضرر صدق می کند علی جمیع المبانی.

این راجع به موردی که مقتضی قریب به فعل برای نفع موجود بشود، اینجا هم به نظر ما اگر مانع بشویم از تحقق نفع ضرر صدق می کند.

این محصل بحث ما هست راجع به معنای ضرر، که اگر بخواهیم خلاصه کنیم می گوئیم الضرر هو فقدان الاثر المطلوب من الشئ الذی به تمام الشئ، و این مصادیقی دارد:

مصادیق این ضرر نقص در نفس و طرف بود که نقص در طرف گاهی کمّی است و گاهی کیفی است، یعنی عضو را قطع نمی کند اما اختلال در آن ایجاد می کند.

و گاهی نقص در عرض است که آبروی شخص را و کرامت شخص را مختل می کند.

و گاهی هم نقص در مال است، این را هم عرض کردیم که مالِ موجود ناقص بشود عینا او مالیةً این ضرر است، کاری بکنیم که ارزش مال مردم پائین بیاید این هم ضرر است، چه تلف کنیم مال غیر را چه ضرر عینی بزنیم به مال غیر و چه ضرر ارزشی بزنیم به مال غیر، مثل اینکه شایع بکنیم که خانه زید مسکون ارواح و جن است و باعث بشود که ارزش خانه زید پائین بیاید، ضرر عینی نزده ایم به خانه او ولی ضرر ارزشی زده ایم، این هم عرفا ضرر هست.

و مصداق دیگر ضرر هم ضرر حقی است که در بحث های آینده راجع به ضرر حقی توضیح خواهیم داد که آیا می شود در این حقوق مستحدثه مثل اینکه شخصی سالها زحمت می کشد کتابی تألیف می کند این آقا با سرمایه ای که دارد می آید این کتاب را تجدید چاپ می کند ارزش کتاب او می آید پائین، ارزش فیلم او می آید پائین، ارزش کالایی که او اختراع کرده می آید پائین، و در حقیقت این شخص حق تألیف او و حق اختراع او و حق نشر او را تضییع کرده، آیا در حقوق مستحدثه ای که امروز مطرح است می شود با قول به اینکه تضییع این حقوق ضرر هست و لاضررَ و لاضرارَ این حقوق عقلائیه مستحدثه را امضاء کنیم یا نه، این را در آینده ان شاء الله بحث خواهیم کرد.

### یقع الکلام فی معنی کلمة ضرار

مشهور در لغت این است که چون ضرار مصدر باب مفاعله است معنایش این است که دو نفر به هم ضرر بزنند، فعل بین الاثنین، در لسان العرب هم می گوید الضرار بمعنی اضرار کل واحد من شخصین صاحبه، فالضرار منهما معا و الضرر فعلُ واحدٍ.

ظاهرا ایشان متأثر است از کلمات علماء ادب عربی که می گویند اصل در باب مفاعله این است که فعل بین الاثنین باشد، و الا در خصوص ضرار ما هیچ استعمالی پیدا نکردیم که مؤید این باشد که ضرار فعل اثنین است، قرآن را که می بینیم می فرماید:

آیه اول: اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا، مبادا زنانتان را نگه بدارید در حالی که به اینها ضرار وارد می کنید، آیا این یعنی بحث در این است که زن و مرد به هم ضرر نزنند؟ اصلا اینجا بحث ضرر زدن زن مطرح نیست بلکه بحث این است که مرد می خواهد ضرار بزند به این زن، یک راه ضرار این بود که در یک خانه نامناسب نگه می داشتند، چون حق زوجه مطلقه این است که در زمان عده برایش مسکن تهیه بشود در عده رجعیه، یک خانه نامناسبی تهیه می کردند برایش یا جوری با او برخورد می کردند در خانه که او مجبور بود برود خانه پدرش، امساک ضرارا حق مسکن این زن در دوران طلاق رجعی تضییع شد، ولاتمسکوهن ضرار لتعتدوا، و من یفعل ذلک فقد ظلم نفسه هر کس که به دیگران ضرار بزند به خودش ظلم کرده است، چون دچار کار زشت و کار ظلم که می شویم اول به خودمان ظلم می کنیم، یک مورد ما پیدا نکردیم که ضرار استعمال شده باشد در اضرار متقابل.

آیه دوم: الذین اتخذوا مسجدا ضرارا و کفرا و تفریقا بین المؤمنین، اینهایی که مسجد ساخته اند به هدف ضرار نه یعنی به هدف ضرار متقابل، بلکه اینها افرادی بودند که دنبال ضرار بودند.

آیه سوم: لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده، مادر فرزند نباید شوهرش به او ضرار بزند، و همینطور مادر نباید به پدر این فرزند ضرار بزند، اینها که در هر کدام فعل شخص واحد هست نه فعل اثنین.

آیه چهارم: و لا یضار کاتب و لاشهید، آنهایی که شاهد بر دِین هستند و یا دِین را می نویسند اینها مبادا به فکر ضرار بیافتند، چه جور به فکر ضرار بیافتند؟ به اینکه امتناع می کنند از اداء شهادت بر اینکه این آقا بدهکار است، این می شود ضرار شهید و ضرار کاتب، باز بحث فعل بین الاثنینی نیست.

آیه پنجم: من بعد وصیة یوصی بها او دِین غیر مضار، نباید میت در وصیت خودش ضرار وارد کند بر ورثه، و یا در اعتراف به دِین نباید ضرار وارد کند بر ورثه.

آیه ششم: اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن، هیچ کدام از اینها اضرار متقابل که فعل الاثنین باشد نبود.

در روایات هم می بینیم در همین قضیه سمره در روایت صدوق از ابی عبیده حذاء دارد که ما اراک یا سمرة الا رجلا مضارا، مگر اضرار متقابل بین سمره و رجل انصاری واقع شده بود، رجل انصاری چه گناهی داشت و چه زیانی می زد بر سمره.

صحیحه حلبی را ببینید عن ابی عبدالله علیه السلام انه سئل عن رجلین کان لهما عبد فاعتق احدهما نصیبه فقال ان کان مضارا کلف ان یعتقه کله، یک عبدی است مشترک بین دو نفر، یکی از این دو نفر سهم خودش را آزاد کرد از این عبد، حضرت فرمود اگر این شخص مضار است یعنی به قصد زیان زدن به شریکش این کار را کرد به او می گویند باید سهم شریک را بدهی و این عبد را کامل آزاد کنی، ان کان مضارا اگر این شریک معتق که سهم خود را آزاد کرد مضار بود یعنی به قصد اضرار به شریک دیگر این کار را کرد کلف ان یعتقه کله، خوب آیا معنا دارد که بگوئیم ان کان مضارا یعنی اگر اضرار متقابل در بین بود اضرار بین الاثنین مطرح بود حکمش این است، این معنا ندارد، و همینطور صحیحه محمد بن مسلم شبیه همین است.

در روایت هارون بن حمزه غنوی عن ابی عبدالله علیه السلام فی رجل شهد بعیرا مریضا، یک شتر بیماری را دید دارند می فروشند، ده دینار داد این شتر بیمار را خرید، یک شخص دیگری آمد گفت من دو دینار می دهم به تو سرش و پوستش برای من باشد، فقُضِی ان البعیر برء، این مشتری خوش شانس ناگهان دید که این شتر از بیماری خلاص شد و خوب شد، فبلغ ثمنه دنانیر، اینها یک دینار خریدند این شتر را که ده دینار است، حالا ارزش شتر شد دنانیر یعنی چندین برابر، فقال لصاحب الدرهمین خمس ما بلغ، فرمود آن شخصی که دو دینار داد دو دینار از ده دینار می شود یک پنجم، حساب می کنیم الان هم یک پنجم قیمت الآن شتر مال اوست، اگر شده پنج دینار یک دینار مال آن صاحب الدرهمین است، فان قال ارید الرأس و الجلد، اگر صاحب الدرهمین گفت من سر و جلد این شتر را خریده ام اصرار دارم که سر و جلد این شتر را به من بدهی، فلیس له ذلک حق این کار را ندارد، هذا الضرار این ضرار است، نه یعنی این اضرار متقابل است بلکه یعنی این تعمد زیان زدن به دیگران است.

ولذا صاحب کفایه متوجه بوده فرموده درست است که اصل در باب مفاعله فعل بین الاثنین است اما ما نمی توانیم ضرار را فعل بین الاثنین بگیریم، ضرار به معنای اضرار هست، در لا ضرر و لاضرار ضرار تأکید همان ضرر هست، الضرار بمعنی الضرر جیء به تأکیدا کما یشهد به اطلاق المضار علی سمرة.

مرحوم محقق اصفهانی فرموده اصلا اینکه گفته اند اصل در باب مفاعله فعل بین الاثنین است ما این را قبول نداریم، نیازی نیست به اینکه مثل صاحب کفایه بپذیریم اصل در باب مفاعله فعل بین الاثنین است و لکن بگوئیم تناسب ندارد ضرار که فعل بین الثنین باشد، تناسب ندارد ضرار که جزاء بر ضرر باشد، ضرار صرفا تأکید ضرر است، محقق اصفهانی فرموده ما چرا بپذیریم که اصل در باب مفاعله بین الاثنین است بعد در مورد ضرار دچار مشکل بشویم، بله مشهور بین علماء ادب عربی این هست و بین اصولیین هم این مشهور شده است که اصل در باب مفاعله فعل بین الاثنین است، و لکن ربّ مشهور لا اصل له، ایشان فرموده ما باب مفاعله را به طور کلی که بررسی می کنیم استعمالات صححیه قرآنیه و غیر قرآنیه را بررسی می کنیم یا مثال هایی است که صحیح و معقول نیست که فعل بین الاثنین باشد، و یا صحیح و معقول هست ولی قرینه داریم که فعل بین الاثنین نیست، بعد مثال هایی می زند:

مثلا یخادعون الله و الذین آمنوا، فرموده قطعا این فعل بین الاثنین نیست، آیا یعنی بین منافقین و بین خدا تخادع و یکدیگر را فریب دادن رخ می دهد؟ قطعا اینطور نیست، اتفاقا بعدش که دارد و ما یخدعون الا انفسهم، یا آیه و من یهاجر فی سبیل الله، این قطعا فعل بین الاثنین نیست، و همینطور آیات دیگر یراءون الناس، نادیناه من جانب الطور الایمن، الذین نافقوا، شاقوا الله و رسوله، مسجدا ضرارا، لا تمسکوهن ضرارا، لا تؤاخذنی بما نسیت، کدام یک از اینها فعل الاثنین است؟ این راجع به آیات قرآن.

اما استعمالات دیگر، عاجله بالعقوبة، بارزه بالحق، باشر الحق، صاعده التوفیق، خالع المرأة، واراه فی الارض، هیچ کدام از اینها فعل الاثنین نیست، بلکه برخی از اینها اصلا معقول نیست فعل الاثنین باشد، واراه فی الارض معقول نیست فعل الاثنین باشد، یا صاعده التوفیق معقول نیست فعل الاثنین باشد.

بعد ایشان اشکال عقلی هم می کند که بعدا اشکال عقلی ایشان را خواهم گفت ان شاء الله.

اما خود ایشان نظرش این است که می گوید به نظر من صیغه مفاعله در جائی که ثلاثی مجرد لازم هست و یا متعدی به حرف جر هست در این موارد شأنی ندارد صیغه مفاعله مگر متعدی کردن آن فعل ثلاثی مجرد بدون نیاز به حرف جر، مثلا جلس این لازم است، برای اینکه متعدی بکنیم او را می گوئیم جالسه، ولی اگر ثلاثی مجرد بود باید می گفتیم جلس الیه، و الا جالسه همان جلس الیه است معنای دیگری ندارد، این در لازم، در متعدی که برای مفعول دومش نیاز دارد به حرف جر: کتب الحدیث الی زید، کتب الحدیث متعدی است و لکن برای مفعول دوم نیاز دارد به حرف جر، بجای کتب الحدیث الی زید می گوئیم کاتب زیدا الحدیث، کاتب زیدا الحدیث غیر از اینکه قائم مقام آن تعدیه به حرف جر شده هیچ معنای دیگری ندارد، همان معناست.

اما اگر در یک جائی ما دیدم ثلاثی مجردمان متعدی بدون واسطه حرف جر است، مثل خدع، خدع زید عمروا، اینجا اگر این خدع را ببریم به باب مفاعله اینجا معنایش تعمد فعل است، خَدعَه ممکن است خدعه بلا تعمد باشد، اما خادعه یعنی خادعه متعمدا، ضرّ زید عمروا، زیان زد زید به عمرو، ممکن است این ضرّ که متعدی است بدون حرف جر این اضرار عمدی نباشد، بی توجه ماشینش خورد به ماشین عمرو شد ضرَّ زید عمروا، اما وقتی می گویند ضارَّ یا زید مضارٌّ یعنی تعمد اضرار دارد، انک رجل مضار یعنی ای سمره تو فقط مضر نیستی بلکه تو مضاری یعنی تعمد اضرار داری، این معنایی است که محقق اصفهانی فرموده است.

ملاحظاتی ما بر فرمایشات ایشان داریم که ان شاء الله فردا بیان می کنیم.