

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

چکیده بحث گذشته

بحث در این بود که آیا می‌توان برای ضمان در مقبوض به عقد فاسد، به قاعده «لا ضرر» تمسک کرد؟ عرض کردیم که طبق این مبنا که مفاد «لا ضرر»، نفی حکم ضرری و نفی مجعول ضرری است، که شارع بگوید ما در شریعت، مجعول ضرری نداریم، نتیجه این می‌شد در جایی که مال به تلف سماوی در ید مشتری تلف شده، اگر بگوییم این مشتری ضامن نیست، این «عدم ضمان» يك مجعول ضرری است، ضرر بر مالك است و قاعده «لا ضرر» این را بر می‌دارد.

نقد کلام محقق اصفهانی(ره)

کلام محقق اصفهانی(ره) را بیان کردیم؛ که ایشان منشأ فوت منافع را عمدتاً روی بایع آوردند، که بایع در فرض جهل به فساد، وجوب وفاء را توهم کرده است، و یا بایع بین این عین و بین مشتری را تخلیه کرده است، در نتیجه آن چه که بر آن اصرار داشتند، این بود که این إمساك مشتری؛ کالحجر في جنب الانسان است، و هیچ اثری بر این إمساك مشتری مترتب نیست. مناقشه‌ای که بر فرمایش ایشان وارد است این است که اگر بخواهیم بر اساس دقت عقلي بیان کنیم، مسأله همینطور است. اما اگر بخواهیم طبق عرف پیش بیاییم، عرف می‌گوید در زمانی که در ید این بوده، تلف شده است، تلف در زمانی است که این عین در اختیار او بوده، و لو این شخص، از این عین، هیچ استفاده نمی‌کرده است.

منفعت، منفعتی است که خود به خود فوت شده، اما در این زمان در اختیار این مشتری بوده است. سؤال ما این است؛ بین اینکه این عین در ید این شخص باشد، با اینکه این عین در ید دیگری باشد فرق نیست؟ عرف همین مقدار، و لو مشتری در فوت این منافع، یا در تلف این مال هیچ نقشی نداشته است، اما این مال در زمانی که در ید او بوده، یا خودش تلف شده، یا اگر خودش هم هست، منافعهش فوت شده است. ما عرفاً نمی‌توانیم بگوییم این مشتری؛ کالحجر في جنب الانسان است. بله، اگر بخواهیم با دقت عقلي و واقعی پیش بیاییم، می‌گوییم بایع، وجوب وفاء را توهم کرده است، بین العین و بین مشتری را تخلیه کرده است. اما عرفاً از نظر ظاهری، این مال دست این شخص بوده است، عرف او را طرف حساب قرار می‌دهد. اساساً «علي الید ما أخذت حتي تؤدیة» يك ریشه عرفی هم دارد. لذا جایی که غاصب، مالی را می‌گیرد، ده سال از این مال استفاده می‌کند، يك ساعت هم در ید دیگری قرار می‌دهد، اینجا اگر از نظر عقلي بخواهیم وارد شویم؛ عقل می‌گوید بین اینها فرق وجود دارد، اما عرف می‌گوید این شخص هم ید پیدا کرده است.

همین که ید پیدا کرد؛ «علي الید» شامل او می‌شود و دلالت بر ضمان می‌کند. پس عرف می‌گوید همین که مال دستش بوده و

این سبب شده که مالک نتواند استفاده کند، همین مقدار در ایجاد ضرر بر مالک موثر بوده است. و لو مالک ابتدا آمده مال را به این شخص داده است، و لو بایع بین عین و بین این شخص تخلیه کرده است، اما همین که مشتری این را إمساك کرد، إمساك المشتري عرفاً، ضرر بر مالک و بایع است. با این که کلام ایشان کلام دقیقی است، اما به نظر ما این اشکال بر فرمایش ایشان وارد است.

اما عرف در اینجا، إمساك مشتري را موجب ایجاد ضرر بر بایع می‌داند، و لو خود مشتري هم فکر می‌کرده که این عقد صحیح است، آن هم روی توهم صحت عقد، نگه داشته است. دقت کنید؛ در بحث قانون، بحث يك ساعت و يك روز و يك سال و ده سال نیست، اگر مال کسی با يك عقد فاسد، ده سال در اختیار دیگری قرار داده شده، فرض کنید دیگری هم هیچ استفاده‌ای نکرده است، چون در جایی که استیفاء می‌کند، آنجا مسلماً يك ضرري بر مالک وارد می‌شود، اما در همان جایی هم که استیفاء نمی‌کند، عرف باز می‌گوید اینجا ضرر بر مالک وارد شده است. این منفعت ده ساله فوت شده و این ضرر بر مالک است. بنابراین؛ عرف چنین مطلبي را تشخیص می‌دهد، و لو عقل، آن «توهم البایع بوجوب الوفاء» یا «تخلية بين العين والمشتري» را دخیل می‌داند، اما عرف إمساك مشتري را دخیل می‌داند. بعبارة أخرى؛ عرف، إمساك مشتري را كالحجر في جنب الانسان نمی‌داند.

باید توجه داشت که عقل، دواعی در معامله را موثر می‌داند، اما عرف مؤثر نمی‌داند، یعنی أصلاً در بعضی از جاها عرف در مقابل عقل می‌ایستد، همانطور که گاهی اوقات شرع در مقابل عقل می‌ایستد. مثلاً مقدار آبی که دقیقاً به مقدار کرّ است، اگر يك قاشق چایخوری از این آب بردارید، عقل می‌گوید از کرّیت افتاد، اما عرف در مقابل آن می‌ایستد و می‌گوید این هنوز کرّ است.

دقت کنید؛ ما نمی‌خواهیم در اینجا به حدیث رفع تمسك كنیم. ما اینجا می‌گوییم «لا ضرر» می‌گوید هر جا هر کسی که منشأ ضرر باشد باید خسارتش را بپردازد. ما در بحث حدیث رفع گفتیم «ما لا يعلمون» در احکام وضعیه جریان ندارد. یعنی مشتری چه بداند که دارد ضرر وارد می‌کند و موجب ضمان است و چه نداند، «رفع ما لا يعلمون» اینجا جریان ندارد. اتفاقاً آن کلام ما مؤید اینجا می‌شود. لذا شما می‌گویید ضمان، مطلق است، چه علم باشد و چه علم نباشد. مثلاً کسی فکر می‌کند که این شیشه مال خودش است، أصلاً یقین دارد که مال خودش است، می‌زند و آن را می‌شکند، بعد معلوم می‌شود که مال برادرش بوده، ضامن است. علم و جهل و نسیان و خطاء و اختیار و عدم اختیار در احکام وضعیه راهی ندارد، لأقل در ضمان راه ندارد.

تفاوت میان «ضرر» و «عدم انتفاع»

نکته‌ای که می‌خواهم عرض کنم این است که این مطلبي که در کلمات فقهاء وجود دارد، آیا درست است یا خیر؟ فقها بین «ضرر» و «عدم الانتفاع» فرق می‌گذارند. گاهی در يك جا می‌گویند عنوان «ضرر» وجود دارد و ضمان به دنبالش می‌آورند، اما گاهی می‌گویند اینجا ضرر نیست، بلکه عدم الانتفاع است. آیا واقعاً از نظر عرف، بین این دو مفهوم، فرق وجود دارد؟ از نظر عقلي که روشن است فرق وجود دارد، اما ملاك ما در باب مفاهیم؛ عرف است. اگر عرف واقعاً بین این دو فرق بگذارد، احکام آن نیز متفاوت می‌شود.

مثلاً شخصی يك مغازه‌ای را باز کرده، شخص دیگری می‌آید کنار آن مغازه، همان جنس را ارزانتر می‌فروشد، سبب می‌شود که مردم از او بخرند، و انتفاع شخص اول کم شود. عرف در اینجا نمی‌گوید که این به او ضرر می‌زند. پس در بعضی موارد این دو مفهوم، تفكيك می‌شوند. اما در ما نحن فيه؛ هم می‌توانیم بگوییم «عدم الانتفاع» است و هم بگوییم «ضرر» است. مال کسی ده سال در اختیار دیگری باشد، که اگر آن مال در اختیار خود مالک بود، ده میلیون تومان از آن استفاده می‌کرد، حالا مشتری در خانه گذاشته و استفاده هم نکرده است، این ضرر بر مالک است. اینکه در بعضی کلمات آمده؛ این مجرد عدم الانتفاع است، خیر، این مجرد عدم الانتفاع نیست، بلکه این عنوان «ضرر» را دارد. پس نتیجه این می‌شود که اگر ما این مبنا را قبول کردیم که

«لا ضرر»؛ «نفي مجعول ضرري» مي‌کند، اين فرمايش محقق اصفهاني (ره) تامّ نيست؛ إمساك مشتري، موجب ضرر بر مالك و بايع است و «لا ضرر» مي‌گويد اينجا نبايد ضرر وارد شود. اگر بگويم مشتري، ضامن نيست، اينجا يك ضرري بر بايع وارد مي‌شود. اگر مجعولي به نام «عدم ضمان» باشد، مي‌شود «ضرري»، وقتي «عدم ضمان» نداشتيم، نتيجه‌اش اين است که مشتري، ضامن است.

اشكال محقق ايرواني (ره) بر استدلال به «لا ضرر»

محقق ايرواني (ره) در اين بحث به مباني ديگر اشاره نکرده، ظاهراً اين است که روي همين مبنا پيش آمده است. ما و مرحوم شيخ (ره) در اين بحث دنبال اين هستيم که دليل بر ضمان در «مقبوض به بيع فاسد» و در «اجاره فاسد»، مثلاً کسي خانه‌اي را اجاره به اجاره فاسد اجاره داد، بگويم منافع اين خانه، چه منافع مستوفات و چه غير مستوفات، متعلق ضمان است. يا اگر شخصي ديگري را به نحو اجاره بر اعمال اجير کرد، منتها به اجاره فاسد، بگويم در اينجا اگر بگويم آن مستأجر (يعني اجير کننده) ضامن اين عملي که اجير انجام داده، نباشد، اين ضرري بر خود اجير است. محقق ايرواني (ره) در اينجا چند مطلب دارند (حاشيه مکاسب، ج 2، ص 116). ابتدا با «يُمكنُ أَنْ يُقالَ» فرموده است: «يُمكنُ أَنْ يُقالَ إِنَّ عدم استحقاق الشخص أجره عمله من قبيل عدم الانتفاع بعمله»؛ اگر در اجاره بر اعمال، که اين اجاره‌ي فاسدي بوده است، بگويم اين شخصي که صبح تا غروب کار کرده، در مقابل اين کارش اجرتي را استحقاق ندارد، ايشان مي‌گويد نمي‌شود گفت که اين عنوان ضرر را دارد.

اين معنايش اين است که با اين عملش، نفعي نبرده است. مثل اينکه شخصي بدون اينکه ديگري به او امر کند، برود ديوار خانه او را نقاشي کند، شب هم که مي‌شود هيچ چيزي استحقاق ندارد. اينجا نمي‌گويند ضرري بر خودش وارد کرده، بلکه مي‌گويند از اين عملش نفعي نبرده است. حالا در اينجا يك اجاره فاسدي بوده، شخصي به کسي گفته که صبح تا غروب براي من کار کن، اين مقدار پول به تو مي‌دهم، حالا اجاره فاسد در آمده است. محقق ايرواني (ره) مي‌گويد اگر بگويم اين عمل هدر رفته است، «هدر رفته» يعني اين شخص به عمل خودش نفعي نبرده است. وقتي نفعي نبرده؛ نمي‌توانيم بگويم اين بر خودش ضرر وارد کرده، تا بخواهيم به قاعده «لا ضرر» تمسك كنيم.

جواب اشكال محقق ايرواني (ره)

جواب اين مطلب هماني است که عرض کردم؛ گاهي اوقات در عرف، «عدم الانتفاع» ملازم با «ضرر» است. يعني عرض ما اين است که همه جا نبايد بگويم بين «عدم الانتفاع» و «ضرر» تفكيك است. در بعضي موارد تفكيك وجود دارد، شبیه مثال مغازه‌اي که عرض کردیم. اما در بعضي موارد؛ بين «عدم الانتفاع» و «ضرر» ملازمه وجود دارد. اينجا هم همينطور است. در اينجا اين شخص به يك عقد فاسدي براي ديگري کار کرده، اگر بگويم در مقابل اين عملش، حق اجرتي ندارد، عرف مي‌گويد ضرر کرده است. بله، يك وقت از ابتدا شخص مي‌گويد که من مي‌خواهم تبرعاً کار کنم، در مورد تبرع، يك سال هم کار مي‌کند، اما در اينجا «ضرر» صدق نمي‌کند. اما در جايي که کسي به ديگري مي‌گويد نيم ساعت براي من کار کن، منتها عقد فاسد بوده است؛ او هم پرايش کار کرده، حالا مي‌گويم نه شما اجرتي را استحقاق نداريد؛ اين از مصاديق «عدم الانتفاع بالعمل» است؟! خير، اين از مصاديق واضح «ضرر» است، عرف در اينجا «ضرر» را تطبيق مي‌کند.

اشكال دوم محقق ايروانی(ره)

محقق ايرواني(ره) در ادامه فرموده است: «مضافاً إلی أن اشتغال الذمة بأجرة عمل الغير إذا لم يكن الشخص هو المستوفي له أيضاً ضرراً»؛ اگر شخص دیگری بیايد عمل کند، منتها این عمل به درد آن اجیر کننده نخورد، ایشان اشكال را در اینجا می آورد. يك اجاره فاسدي در اعمال واقع شود، شخصي دیگری را اجیر کند و بگوید بیا منزل ما کار کن، حالا این اجاره فاسد است، آن شخص هم کار می کند، اما اگر این عملش مفید برای آن اجیر کننده نباشد، یعنی به هیچ درد او نخورد، در اینجا محقق ايرواني(ره) می گوید اگر این عمل برای او مفید نباشد و ما بخواهیم مع ذلك بگوییم ذمه ای آن اجیر کننده مشغول به أجرة المثل است، این هم يك ضرري برای اوست. شما برای اینکه بر اجیر ضرر وارد نشود، نمی توانید از راه ایجاد ضرر بر دیگری وارد شوید.

جواب اشكال دوم محقق ايروانی(ره)

این کلام ایشان درست است، اگر دیگری خودش اقدام بر ضرر نکند، این اشكال وارد است، اما همین که آمده دیگری را به عقد فاسد اجیر کرده، این اقدام کرده است، حالا می خواهد عمل او به دردش بخورد یا عمل او به دردش نخورد. لذا قبول داریم بر او ممکن است در بعضي فروض ضرر باشد، اما چون خودش اقدام کرده، این اشکالي ندارد. ایشان فرمود: «مضافاً إلی أن اشتغال الذمة باجره عمل الغير إذا لم يكن الشخص (يعني آن مستأجر در اجارة بر اعمال) هو المستوفي»؛ اگر آن مستوفي نباشد، یعنی این عمل برای او فایده ای نداشته باشد. برای اینکه ما می خواهیم ذمه او را مشغول کنیم، می گوییم کسی اجاره فاسد بسته است، دیگری را به اجاره فاسد اجیر کرد، دیگری می آید عمل می کند، این عمل برای مستأجر نفعی دارد، مثلاً آمده خانه اش را گچکاری کرده و این گچ کاری قیمت خانه اش را بالا برده است. اینجا محقق ايرواني(ره) می گوید اگر بخواهیم بگوییم ذمه اش در مقابل عمل او مشغول است، اشکالي ندارد. اما اگر آمد يك عملي کرد، که این عمل هیچ نفعی برای اجیر کننده ندارد، اگر با این که نفعی ندارد بخواهیم بگوییم ذمه او مشغول است، این ضرر بر اوست. ما جواب می دهیم ضرر باشد، اما چون خودش اقدام کرده، اشکالي ندارد.

اشكال سوم محقق ايروانی(ره)

اشكال سوم: «و مع الغض عن ذلك، فقاعدة نفي الضرر، لا تثبت الاجرة علي الامر بالعمل أو المنتفع به»؛ محقق ايرواني(ره) می گوید قاعده «لا ضرر» همانطور که از لسانش پیداست؛ لسان نفي است، لسان إثبات نیست. قاعده «لا ضرر» نمی تواند أجرة را بر ذمه مستأجر اثبات کند، و لو مستأجر را امر به عمل کرده است، بر آمر به عمل، یا کسی که از این عمل نفع برده «لا تثبت الاجرة علي الامر بالعمل»؛ کسی که آمر به عمل است، یا کسی که از این عمل نفع برده است. این حرف مشهوری در امثال «لا ضرر» و «لا حرج» است. اینها می گویند لسان این قواعد؛ لسان نفي است و اینها مثبت يك حکم نیستند. ما در قاعده «لا حرج» یکی از تنبیهاتی که آورده ایم این است که بر خلاف این حرفی که در السنة فقها مشهور است که «لا حرج» فقط نافی است اما مثبت نیست، مواردی را آورده ایم که خود فقهاء به عنوان مثبت، به «لا حرج» تمسك کرده اند. «لا ضرر» هم همینطور است. این حرف، حرف درستی نیست که بگوییم چون لسانش، لسان نفي است، فقط حکم را بر می دارد. حکم ضرري نیست، اما این که ذمه این مشغول است و این ضامن است، «لا ضرر» این را اثبات نمی کند. این به نظر ما درست نیست.

اشكال چهارم محقق ايروانی(ره)

در آخر محقق ايروانی(ره) مي گويد: «و لا دليل عليه(يعني بر ثبوت أجرت بر ذمه آمر) سوي الاستحسان» ؛ ما دليل فقهي روشني نداريم بر اين كه بگويم در اين اجاره فاسد، اين آمر ضامن است، مگر كسي كه بخواهد استحسان عقلي كند، و از راه استحسان عقلي وارد شود. به ايشان عرض مي كنيم وقتی كسي به ديگري گفته براي من كار كن، اين اجاره هم اجاره فاسد است؛ حالا شما فقيه بزرگ مي گوييد اين امر كننده ضامن نيست؟! اين بيچاره هم كلي زحمت كشيده، زحمات او از كجا بايد جبران شود؟ مي فرمايد: ضرر او بايد از بيت المال مسلمين جبران شود، اما لزومي ندارد كه بگويم اين شخص در اينجا ضامن است.

و صلى الله على سيدنا محمد و آله اجمعين.