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

**جلسه349 – 07/ 07/ 1399 تعارض ضررین /تنبیهات /قاعده لا ضرر**

**خلاصه مباحث گذشته و جلسه امروز:**

بحث درباره تعارض ضررین بود. آقای سیستانی برای تعارض ضررین، سه صورت را مطرح کرده است. صورت اول این بود که هر دو ضرر متوجه به یک شخص باشد. این صورت، سه فرع دارد که فرع اول آن این است که شخص مردّد بین دو ضرر مباح باشد. ذیل این فرع این بحث مطرح شد که اگر یکی از دو ضرر مباح، اخف بوده و دیگری اشد باشد اما با این حال متضرّر، اشد را انتخاب کند، آیا ضرر مستند به غیر است؟ آقای سیستانی ضرر را مستند به غیر ندانسته و استاد دام ظله بیان می کند: جامع بین دو ضرر مستند به غیر است. در این جلسه پس از بیان این فرع، دو فرع دیگر مطرح شده، مورد بررسی قرار می گیرد.

## فرع اول: تردّد ضرر بین دو ضرر مباح

بحث در این باره بود که اگر شخصی به خاطر فعل غیر مجبور است یکی از دو ضرر مباح را متحمّل شود اما ضرر اشد را متحمل شد، آیا غیر، ضامن است و ضمانت او به چه صورت است؟

آقای سیستانی تفصیلی را قائل بود که در مواردی که متضرّر می داند اشدّ کدام است و با این حال اشدّ را مرتکب می شود، غیر، ضامن نیست.

این سوال ممکن است مطرح شود که دو ضرری که شخص مردّد بین ارتکاب یکی از آن دوست، همیشه از یک سنخ نیست مثلا مجبور به ارتکاب ضرر مالی یا ضرر آبرویی است، تشخیص اخف و اشدّ به چه صورت است؟ البته در صورتی که یکی از دو طرف ضرر، ضرر جانی باشد و موجب جراحت یا نقص عضو شود، ممکن است با توجه به دیه ای که برای آن قرار داده شده، اخف و اشد را تشخیص داد.

به نظر می رسد مراد آقای سیستانی از اخف، ضرری نیست که ضمان کمتری دارد. بلکه مراد از اخف و اشد این است که از نظر عقلایی، در صورت توجه دو ضرر به انسان، یکی از دو ضرر قوی تر از دیگری است بدون در نظر گرفتن ضمانی که در آن وجود دارد. پس عقلا اهم و مهم را در باب تضرّر ملاحظه می کنند و در صورت مهم تر دانستن یکی از دو ضرر، حکم ارشادی به تحمّل ضرر کمتر دارند. بنابراین اگر مکلف ضرر بیشتر را مرتکب شد، به اختیار خود او بوده است. هر چند برای غیر فرق ندارد که شخص ضرر کمتر را مرتکب شود یا ضرر بیشتر را. اما در صورتی که دو ضرر مساوی باشد، ارتکاب هر یک از دو ضرر به نظر عقلایی مستند به غیر است.

بیان شد: هر چند عقلا به شخص می گویند ضرر خفیف تر را متحمل شو. مثلا هر دو ضرر مالی است که یکی موجب ضرر یک میلیون تومانی است و دیگری موجب ضرر دو میلیون تومان است. اما این حکم ارشادی عقلا برای تحمّل ضرر کمتر، برای جلوگیری از توجه مازاد است و اصل ضرر یک میلیون تومانی از نظر عقلایی مستند به غیر است. بنابراین اگر شخص ضرر شدیدتر را انتخاب کرد، مازاد ضرر به اختیار شخص است و این مازاد به او مستند است. اختیار شخص نیز در تحقق مازاد است نه کل ضرر شدید زیرا مقدار خفیف به هر حال متوجه اوست و نمی تواند از آن فرار کند. پس ضمان ضرر حداقلی بر عهده غیر است.

### مشکل بودن محاسبه ضمان در برخی از موارد

البته نحوه محاسبه ضمان در برخی از موارد مشکل است. مثلا اگر امر دائر مدار ضرر مالی و ضرر عرضی است و یکی اشدّ و اخف داشته باشد. در این فرض، احکامی که در مورد ضرر مالی بار می شود با احکامی که در مورد ضرر عرضی بار می شود، از یک سنخ نیستند و احکام بار شده در هر یک، به خاطر خصوصیات فردی آن ضرر است. مثلا ضرر مالی موجب ضمان است و ضرر عرضی موجب حبس ضارّ. حال اگر از نظر عقلایی، ضرر مالی اخف از ضرر عرضی باشد و شخص ضرر مالی را مرتکب شد، آیا ضارّ ضامن خسارت وارد شده است در حالی که جامع بین دو ضرر مستند به غیر است نه خصوص ضرر مالی؟ حکم این موارد از نظر عقلایی روشن نیست و عقلا باید تعیین کنند چه حکمی در اینجا وجود دارد. تعبیر آقای سیستانی این بود که عقلا با متمّم جعل تطبیقی، موضوع (مسبّب الیه) را تعیین می کند و حکم (ضمان) به تبع تعیین موضوع (مسبّب الیه) به متمم جعل تطبیقی، تعیین می شود. اما بیان ما این است که عقلا در مواردی که محاسبه ضمان مشکل است، مستقیما باید درباره ضمان و میزان آن نظر دهند نه آنکه مسبّب الیه را تعیین کنند.

## فرع دوم: تردّد ضرر بین ضرر مباح و ضرر محرّم

فرع دومی که آقای سیستانی مطرح کرده، این است که امر دائر بین ضرر مباح و ضرر محرّم است. در این فرض، شخص باید ضرر مباح را مرتکب شود و اگر ضرر محرّم را مرتکب شود، از نظر تکلیفی کار حرامی انجام داده است و از نظر وضعی نیز غیر، ضامن نیست. زیرا مسبّب الیه به متمّم جعل تطبیقی بر ضرر مباح منطبق می شود و شخص باید ضرر مباح را انجام می داد و ضرر محرّم مستند به غیر نیست تا ضمانی بر عهده او بیاید.[[1]](#footnote-1) ایشان در واقع بیان می کنند: حرمت شرعی باعث می شود که شخص موظف به ارتکاب مباح شود.

### بررسی کلام آقای سیستانی

ابتدا به این نکته اشاره می شود که در صورتی که میزان تضرّر وارد شده از ضرر مباح، بیشتر از تضرّر وارد از محرّم باشد (زیرا حرام بودن تلازمی با توجّه ضرر بیشتر ندارد)[[2]](#footnote-2) و شخص، ضرر مباح را مرتکب شود، به نظر می رسد غیر، ضامن ضرر مباح است هر چند میزان ضرر آن زیاد باشد زیرا غیر، شخص را در حالتی قرار داده که به حکم شرع برای جلوگیری از انجام محرّم باید مباح را انجام می داد. آقای سیستانی نیز این مطلب را فرموده و صحیح است.

اما در صورتی که شخص برای فرار از متضرّر شدن به ضرر مباح که در فرض ضرر مالی بیشتری را بر شخص وارد می کند،[[3]](#footnote-3) ضرر محرّم را انتخاب کند، آیا غیر، ضامن حداقل نیست؟ زیرا غیر، نسبت به حداقل سببیت داشته و او حداقل را ایجاد کرده است.

به نظر می رسد این بحث نیازمند تأمل است. بحثی در این نیست که غیر، سبب توجه ضرر حداقل به متضرّر است و این ضرر به او مستند است. اما شخص شرعا ملزم به انجام فعل مباح است هر چند با انجام فعل مباح، ضرر بیشتری به او متوجه می شود، آیا انتخاب تضرّر کمتر محرّم توسط متضرّر بر خلاف الزام شرعی به انتخاب ضرر بیشتر مباح، موجب ضمان بر غیر است؟ در حالی که از نظر عقلایی به تبع الزام شرعی، شخص ملزم به انتخاب ضرر بیشتر مباح است و در صورت ارتکاب ضرر بیشتر مباح، غیر، نیز ضامن آن است. آیا در این موارد، وجود تحریک عقلایی به انجام مباح اشدّ، باعث نمی شود انجام دادن محرّم خفیف تر مستند به شخص متضرّر باشد؟ به عبارتی دیگر، هر چند تحریک غیر به احد الامرین بود اما با توجه به تحریک عقلایی به ضرر شدید مباح، آیا این ضرر منصرف به همین ضرر مباح است یا از نظر عقلایی در مواردی که شخص بر خلاف الزام عقلایی کار را انجام دهد، هنوز ضرر مستند به غیر است و غیر، ضامن حداقل ضرر است حتی در صورت ارتکاب ضرر محرّم توسط متضرّر؟

هر چند بعید به نظر نمی رسد، غیر، ضامن ضرر ایجاد شده باشد و لو شخص ضرر حرام را انتخاب کرده است اما با این حال مسأله روشن نیست و نیازمند تأمل بیشتر است.

تفاوت این مورد با موردی قبلی این است که در این مورد، تحریک عقلایی به عدم انجام محرّم وجود دارد و می تواند در صورت ارتکاب ضرر محرّم، مانع استناد ضرر به غیر باشد. به عبارتی دیگر، همین که عقلا حکم تکلیفی دارند که باید اضطرار را به وسیله مباح مرتفع کنید، کافی در مستند نبودن ضرر محرّم به غیر است. البته تصوّر بدوی بنده بر خلاف این مطلب است و به نظر می رسد، غیر، ضامن حداقل ضرر است هر چند شخص ضرر محرّم را مرتکب شده باشد. زیرا غیر، به مقدار حداقل ضرر زده و این میزان ضرر به او مستند است هر چند شخص متضرّر، ملزم به انجام ندادن حرام الهی است و این الزام، مانع استناد ضرر به غیر نیست. در نتیجه، عقلا برای ضمان سببیت را ملاحظه می کنند و حرمت تکلیفی را مانع برای ضمان نمی دانند. پس قاعده عقلایی اتلاف این موارد را شامل است. البته باز مطلب روشن نیست و جای تأمل بیشتر دارد.

ممکن است بیان آقای سیستانی نیز این باشد که همین که عقلا شخص را ملزم می دانند که اضطرار خود را با مباح مرتفع کند، باعث می شود بر طرف کردن اضطرار با محرّم، مستند به خود متضرّر باشد نه مستند به ضارّ.

## فرع سوم: تردّد ضرر بین دو ضرر حرام

فرع سوم این است که امر دائر بین ضررین محرّمین است. آقای سیستانی می فرماید: در صورت تساوی دو ضرر، هر کدام را که متضرّر مرتکب شود، مضطر الیه است و در صورت تفاوت، اخف محتملا و اضعف احتمالا، مضطرّ الیه است.[[4]](#footnote-4)

در اینجا نیز آقای سیستانی متمّم جعل تطبیقی را مطرح کرده است و بیان ما در فرع اول نیز در اینجا وارد می شود.

# صورت دوم: تردّد ضرر بین ضرر دو شخص

صورت دومی که بحث آن را آقای سیستانی مطرح کرده این است که امر ضررین مردّد بین دو شخص باشد بر خلاف صورت اول که هر دو ضرر متوجه به یک شخص است. مثال معروف این است که سر دابه داخل در قِدر شخص دیگری داخل شده است و یا باید دابه ذبح شود یا قِدر شکسته شود. ایشان بیان می کند: در صورتی که نفس محترمه در قِدر گیر کرده باشد، از محلّ بحث خارج است و روشن است باید نفس محترمه را نجات داد و قِدر را شکست. این صورت، فروع مختلفی دارد که در جلسه آینده بحث خواهد شد.

1. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 316 [↑](#footnote-ref-1)
2. مثلا ضارّ، شخص را از بلندی پرت می کند و شخص پرت شده می تواند برای نجات خود، خود را روی مالی که ارزش زیادی دارد بیاندازد و آن را از بین ببرد یا به زمین بخورد و دستش آسیب ببیند. با این فرض که اضرار به نفس حرام باشد، شخص مردّد بین ضرر مباح کثیر و ضرر حرام قلیل است. [↑](#footnote-ref-2)
3. مثلا متضرّر علم به اعسار ضارّ دارد و می داند ضارّ نمی تواند این ضرر را جبران کند یا پیگیری و درخواست ضمانت از ضارّ سخت است. در این فرض متضرّر برای رهایی از ضرر مالی زیاد مباح، ممکن است ضرر حرام را مرتکب شود. [↑](#footnote-ref-3)
4. قاعدة لا ضرر و لا ضرار (للسيستاني)؛ ص: 317 [↑](#footnote-ref-4)