

## بررسی قاعده «الجواز الشرعی ینافی الضمان» با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)

احمد رضوانی مفرد<sup>۱</sup>

نبی سبحانی<sup>۲</sup>

**چکیده:** بر اساس دیدگاهی که برخی از فقها بیان داشته‌اند، هر عملی که اذن شرعی داشته باشد؛ ضمان به دنبال ندارد و بر اساس آن قاعده‌ای با عنوان «الجواز الشرعی ینافی الضمان» در نفی ضمان ایجاد کرده‌اند. در مقابل برخی دیگر ملازمه بین جواز و عدم ضمان را نپذیرفته و در اثبات ادعای خویش به مواردی از اجتماع جواز و ضمان استناد کرده‌اند. در نگاه ابتدایی به نظر می‌رسد امام خمینی در برخی تألیفاتشان قائل به ملازمه و در موارد دیگر قائل به عدم ملازمه بوده‌اند، اما با نگاه دقیق‌تر روشن گردید که نظر استدلالی امام خمینی نفی ملازمه است. در این مقاله با بررسی نسبت بین مصادیق جواز و ضمان و نیز تحلیل مفهومی این دو، نظریه نفی ملازمه تأیید گردیده و ثابت شده است که استناد به «الجواز الشرعی ینافی الضمان» در نفی ضمان زیان‌های ناشی از فعل مجاز، صحیح نیست؛ بلکه ثبوت ضمان در هر موردی تابع بررسی اسباب و شرایط ضمان در آن مورد است.

**کلیدواژه‌ها:** جواز، ضمان، ملازمه، تنافی، اذن شرعی.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه بو علی سینا همدان، همدان، ایران. (نویسنده مسئول)

E- mail: rezvanimofrad@yahoo.com

۲. دانش آموخته دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه بو علی سینا همدان و استادیار گروه معارف دانشگاه ایلام، ایران.

E- mail: sobhani2.nabi@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۶/۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۱۰

پژوهشنامه متین / سال بیست و دوم / شماره هشتاد و هفت / تابستان ۱۳۹۹ / صص ۸۷-۷۵

## مقدمه

گاهی مکلف با انجام فعلی که امتناع شرعی ندارد، سبب ایجاد زیان و خسارت برای دیگری می‌شود. در چنین صورتی این سؤال مطرح است که آیا فعل او موجب ضمان خسارت زیان دیده می‌شود؟ به عبارتی آیا با وجود اجازه شرعی، ضامن دانستن شخص زیان‌رسان صحیح است؟ آیا جمع بین جواز شرعی و ضمان ممکن است؟ غالب فقهای اهل تسنن و برخی از فقهای شیعه حکم به تنافی داده و گفته‌اند: «الجواز الشرعی ینافی الضمان»، در مقابل برخی جمع بین جواز و ضمان را ممکن دانسته‌اند.

## تعریف واژگان

جواز: واژه جواز مصدر فعل جاز و در لغت به معنای گذر کردن و پشت سر گذاشتن است (واسطی ۱۴۱۴ ج ۸: ۳۴؛ ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۵: ۳۲۷).

این واژه در فقه به صورت یک اصطلاح در معانی مختلفی به کار رفته است؛ از جمله:

۱. مخیر بودن مکلف بین فعل و ترک بدون رجحان یکی بر دیگری که یکی از احکام پنج‌گانه تکلیفی است و به آن اباحه به معنای اخص نیز گفته می‌شود (فاضل لنکرانی ۱۳۸۱ ج ۴: ۶۱۰).
۲. چیزی که منع نداشته باشد؛ به عبارت دیگر به معنای عدم حرمت است که اعم از واجب، مستحب، مکروه و نیز شامل مباح به معنای خاص است (اسلامی ۱۳۸۷ ج ۲: ۳۱۷؛ ذهنی تهرانی ۱۴۰۵ ج ۲: ۲۱۷؛ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی ۱۳۸۹: ۳۰۴؛ آغا جمال خوانساری بی تا: ۴۵).
۳. به معنای صحت آمده است که در معاملات و عبادات کاربرد دارد، در جمله «نماز در لباس سیاه جایز است»؛ جایز به معنای صحیح بودن است یا وقتی گفته می‌شود که خرید و فروش فضولات حیوانی جایز است؛ یعنی صحیح است.
۴. عدم لزوم عقد: در جمله «هبه عقدی جایز است»؛ جایز به معنای این است که هبه‌کننده حق فسخ دارد (شاهرودی و دیگران ۱۴۲۶ ج ۳: ۱۳۴-۱۳۲).

جوازی که در عنوان قاعده آمده است، به معنای چیزی است که از نظر شرع ممنوع نباشد که به این معنا در مقابل حرمت است و اعم از واجب، مستحب، مکروه و اباحه به معنای خاص است. ضمان و مسئولیت: کلمه «ضمان» در لغت به معنای پناه‌دادن، پذیرفتن و ملتزم شدن به کار رفته است (معین ۱۳۸۶ ج ۱: ۱۰۰۹) و در اصطلاح فقهی و حقوقی در سه معنا استعمال شده است: ۱. ضمان عقدی یا معاوضی: ضمانتی است که از قرارداد ناشی می‌شود؛ به عنوان مثال در عقد بیع فروشنده ضامن است که کالا را به مشتری بدهد؛ همین‌طور مشتری نیز ضامن است که

بهای توافقی را به فروشنده پردازد. در اصطلاح حقوقی به این نوع ضمان «مسئولیت قراردادی» گفته می‌شود.

۲. ضمان قهری: عبارت است از مسئولیت انجام امری یا جبران ضرری که بدون وجود هرگونه قراردادی بین اشخاص و تنها به حکم شرع و قانون حاصل می‌شود (طاهری ۱۴۱۸ ج ۲: ۲۱۳).

۳. عقد ضمان: عقد ضمان در فقه به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. در معنای عام قراردادی شرعی نسبت به پرداخت مال یا تحویل انسان است. در این معنا شامل عقد ضمان به معنای خاص و حواله و کفالت نیز می‌شود. معنای خاص عقد ضمان، همان است که در ماده ۶۸۴ ق. م آمده است که: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد. [در این صورت] متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند» (طاهری ۱۴۱۸ ج ۴: ۴۱۸).

در متون حقوقی گاهی به جای استفاده از واژه ضمان از کلمه مسئولیت استفاده می‌شود. مسئولیت در لغت به معنای پاسخگوبودن است. اصطلاح حقوقی مسئولیت، متناسب با معنای لغوی آن است.

مسئولیت حقوقی به مسئولیت جزایی و مسئولیت مدنی تقسیم می‌شود. مسئولیت مدنی عبارت از تعهد و الزامی است که شخص نسبت به جبران زیان وارده به دیگری دارد؛ اعم از آنکه زیان مذکور در اثر عمل شخص مسئول یا عمل اشخاص وابسته به او یا ناشی از اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد (حسینی نژاد ۱۳۷۷: ۱۳). مسئولیت مدنی نیز در معنای گسترده خود به دو قسم: مسئولیت قراردادی یا همان ضمان قراردادی و مسئولیت غیرقراردادی یا همان ضمان قهری منقسم می‌گردد (طاهری ۱۴۱۸ ج ۲: ۲۱۳).

منظور از ضمان در عنوان قاعده، ضمان قهری یا مسئولیت غیرقراردادی است.

### معنای قاعده «الجواز الشرعی ینافی الضمان»

اجازه شارع به انجام یا ترک کاری هر چند منجر به خسارت به دیگری شود، قابل جمع با ضمان نیست. اینکه شارع از یک سو اجازه دهد و از سوی دیگر ضامن بداند با هم منافات دارد؛ بنابراین اگر مکلفی به سبب انجام یا ترک امری که اباحه شرعی دارد، زبانی به دیگری وارد کند؛ ضامن خسارت‌های وارده نخواهد بود، چون اجازه شارع رافع مسئولیت و ضمان است؛ مثلاً اگر کسی در ملک خودش چاهی بکند، سپس دیگری بدون اجازه صاحب ملک وارد این ملک شود و در چاه بیفتد و مجروح گردد یا بمیرد مالک چاه ضامن نیست. چون مالک با استناد به «الناس

مسلطون علی اموالهم» (احسائی ۱۴۰۵ ج ۱: ۲۲۲) اجازه شرعی دارد که در ملک خودش هر نوع تصرفی داشته باشد.

### دیدگاه‌ها

به‌طور کلی دو دیدگاه نسبت به این قاعده وجود دارد: بر اساس دیدگاه اول بین جواز و عدم ضمان ملازمه وجود دارد. به بیان دیگر عملی که اجازه و اذن شرعی داشته باشد، ضمان به دنبال ندارد. فقها از این ملازمه با عبارات‌های متفاوتی از قبیل «الجواز الشرعی ینافی الضمان»، «المباح لا یتستعبه الضمان» و «لانه فعل سائغ فلا یتستعبه الضمان» و غیره، در ابواب مختلف فقهی نام برده‌اند. بعضی در مسئله رهاکردن آب در ملک خصوصی که به ملک همسایه سرایت کرده، سبب زیان به همسایه می‌شود؛ با استناد به این ملازمه گفته‌اند که چون مالک مجاز به تصرف در ملک خود بوده است و هر فعلی که مجاز باشد، ضمانتی را هم در پی ندارد. این گروه در نتیجه حکم به عدم ضمان مالک داده‌اند (شیخ طوسی ۱۳۸۷ ج ۳: ۱۰۳). همچنین گفته شده است که هرگاه شخصی جهت رعایت مصلحت در معابر عمومی اقدام به حفر چاه کند و از وجود این چاه رهگذری متضرر شود، شخص متصرف به دلیل داشتن اجازه تصرف ضامن نیست (علامه حلی ۱۴۲۰ ج ۵: ۵۴۰). شیخ مفید نیز نوشته‌اند: اگر کسی در راه، چیزی را احداث کند که خداوند آن را مباح کرده و او و دیگران را در آن یکسان قرار داده [است]، ضمانی بر او نیست (شیخ مفید ۱۴۱۳: ۷۴۹). محقق حلی در بحث عدم ضمان طیب نسبت به ضرر ناشی از طبابتش، به این قاعده استناد کرده است (محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۴: ۲۳۲). فخرالمحققین می‌گوید: هرگاه سبب، به حکم شرع، برای مکلف مباح باشد، هیچ‌گونه ضمانتی را در پی ندارد (۱۳۸۷ ج ۲: ۲۷۹؛ ر.ک. به: شهید اول ۱۴۱۴ ج ۴: ۳۰۰؛ شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۲: ۴۱۸؛ نجفی ۱۴۰۴ ج ۴۳: ۱۹۹).

فقهای اهل سنت نیز با استفاده از تعبیر «الجواز الشرعی ینافی الضمان» در مواردی نفی ضمان را تأیید کرده‌اند (حصفکی ۱۴۱۵ ج ۶: ۷۲؛ محمد بکر ۱۴۱۷: ۲۱۰). در تحریر المجله که برگرفته از فقه اهل سنت است در ماده ۹۱ به این ملازمه تصریح شده است (کاشف الغطاء ۱۳۵۹ ج ۱: ۵۷). در مقابل برخی از اندیشمندان شیعه با استناد به مصادیقی از موارد فقهی جمع بین جواز شرعی و ضمان را ممکن دانسته و منافات بین این دو را نپذیرفته‌اند. گفته شده است: «صرف وجود اباحه شرعی، مقتضی نفی ضمان نیست؛ زیرا میان این دو تنافی وجود ندارد» (طباطبایی حکیم بی تا: ۸۳). صدر نوشته است: «حکم وضعی یعنی ضمانت خسارت‌های وارده به همسایه ربطی به جواز و عدم جواز تصرفات مالک ندارد» (صدر ۱۴۲۰: ۳۹۴).

### دیدگاه امام خمینی

در آثار امام در این خصوص، دو عبارت به ظاهر متفاوت دیده می‌شود. در مواردی اباحه شرعی را ملازم با ضمان ندانسته است؛ از جمله در کتاب *البیع* در بحث معاطات نوشته‌اند: اباحه شرعی که به اجماع ثابت است ملازم با عدم ضمان نیست؛ آنچه به طور یقین از اباحه شرعی بدست می‌آید فقط اباحه است نه نفی ضمان، مثل اباحه خوردن مال دیگران هنگام ضرورت که این اباحه تصرف سبب نفی ضمان اتلاف و ضمان ید نیست (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۲۸۲). همچنین در کتاب *مکاسب محرمة* گفته‌اند: بین جواز استیفای قهری و بین سقوط مالیت و عدم احترام مال دیگران نه ملازمه عقلی هست و نه ملازمه عرفی. بر همین اساس است که اگر کسی ترس از تلف شدن جاننش داشته باشد برای او جایز بلکه واجب است که از مال دیگری استفاده کند؛ هر چند تصرف او قهری باشد، مثل اینکه به زور داخل در حمام دیگری شود و لباسش را بپوشد و سوار بر وسیله نقلیه‌اش شود هر چند صاحب این اموال امتناع نماید، اما با این وجود صاحب این اموال می‌تواند اجاره اموالش را طلب کند و شخصی که استفاده کرده در مقابل انتفاعی که برده است ضامن است (امام خمینی ۱۴۱۵ ج ۲: ۲۸۵).

اما در کتاب *زبدۃ الاحکام*<sup>۱</sup> آمده است: هر چیزی که شخص شرعاً در آن اذن تصرف داشته باشد در مقابل تلف آن ضامن نیست، مانند بیرون آوردن پنجره‌های غیر مضر و نصب ناودان‌هایی که مضر نیستند. اما هر آنچه شخص در استفاده از آن اذن شرعی ندارد ضمان در آن وجود دارد مثل ضرر رساندن در مسیر رفت و آمد مسلمین به هر شکلی که باشد (امام خمینی ۱۴۰۴: ۲۳۵).

در *تحریر الوسیله* که متن کامل مباحث ایشان است؛ بعد از بیان ضابطه ملازمه اذن شرعی با عدم ضمان و ملازمه عدم اذن شرعی با ضمان، در هر دو مورد کلیت این ضابطه را محل بحث و اشکال دانسته است (ر.ک. به: امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۹۴۵).

ایشان در این کتاب علاوه بر اینکه کلیت ملازمه را محل اشکال دانسته است، در مسائلی با وجود اذن شرعی - به معنای عدم المنع - فتوا به ضمان داده است؛ از جمله: در ضمان طبیب فرموده‌اند: اگر مریض یا ولی او به پزشکی که در علم و عمل حاذق است، اذن بدهد؛ بعضی گفته‌اند: ضامن نیست، ولی اقوی ضمان اوست در مالش (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۹۴۳). می‌بینیم که شارع پزشک حاذق را از طبابت منع نکرده است؛ بنابراین پزشک اذن و اجازه طبابت دارد؛ با وجود این اگر زبانی به مریض بزند، ضامن است.

۱. تلخیصی از *تحریر الوسیله* است که برخی از شاگردان ایشان آن را تنظیم کرده‌اند.

در ضمان ناشی از زدن تأدیبی نیز گفته‌اند: «اگر به‌عنوان تأدیب بزند، پس قتل اتفاق بیفتد، او ضامن است؛ خواه زنده زوج باشد یا ولی بچه یا وصی ولی یا معلم بچه‌ها و ضمان در اینجا در مالش می‌باشد» (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲ و ۱: ۹۴۲) زدن برای ادب کردن بچه با شرایط خاصی منع نشده است، بلکه والدین یا کسی که از طرف آن‌ها اذن دارد، می‌تواند بچه را بزند (خویی ۱۴۲۲ ج ۱: ۴۱۲)، اما اگر به‌طور تصادفی آسیبی به بچه وارد شد، ضارب ضامن است.

به نظر می‌رسد که دیدگاه امام در رابطه با ضابطه «الجواز الشرعی ینافی الضمان» همان است که در دو کتاب فقه استدلالی ایشان یعنی کتاب البیع و کتاب مکاسب المحرمه بیان گردیده است. ایشان در این دو اثر ملازمه را نپذیرفته است؛ زیرا در کتاب تحریر الوسیله که یک اثر فتوایی است؛ علاوه بر وارد دانستن اشکال بر کلیت قاعده، در مواردی با وجود اذن شرعی، فتوای به ضمان داده‌اند. در کتاب زبده الاحکام نیز به‌طور مطلق گفته‌اند: هر چیزی که شخص در آن شرعاً اذن تصرف داشته باشد در مقابل تلف آن ضامن نیست. می‌بینیم همان عبارت تحریر الوسیله است که تلخیص‌کننده ادامه عبارت را حذف کرده است؛ بنابراین می‌توان مدعی شد که نظر استدلالی امام نفی ملازمه جواز با عدم ضمان است.

### دلیل نقلی بر اثبات ملازمه

اگرچه در کتب فقهی اهل سنت در موارد بسیاری به این قاعده استناد شده و در کتب قواعد فقهی به‌عنوان یک قاعده فقهی ذکر گردیده است اما عموماً مدرک و مستندی برای قاعده ذکر نکرده‌اند. تنها برخی از نویسندگان با مفهوم مخالف آیات: «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴) «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ» (نحل: ۱۲۶) «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» (شوری: ۴۰) بر این قاعده استدلال کرده‌اند (طلافه ۱۴۲۷ ج ۲: شماره ۴).

بر اساس منطق آیات که در قاعده اتلاف به آن استدلال شده است؛ اگر کسی به شما تعدی کرد یا مرتکب سیئه‌ای شد، مقابله به مثل کنید. با این توضیح که اتلاف مال دیگری بدون اذن صاحب آن، از مصادیق تجاوز و تعدی و سیئه است؛ لذا با مطالبه مثل در مثلی‌ها و قیمت در قیمی‌ها با او مقابله به مثل می‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۱ ج ۲: ۱۹۵؛ محقق داماد ۱۳۸۳ ج ۱: ۱۰۹؛ مصطفوی ۱۴۲۶ ج ۱: ۲۰). مفهوم مخالف آیات این است که اگر کسی تعدی نکرد یا مرتکب سیئه نشد، مقابله به مثل نکنید؛ لذا کسی که فعلی مباح انجام می‌دهد، مرتکب تعدی و تجاوز و سیئه نشده است و نباید با ضامن دانستنش به او تعدی کرد. کسی که با اجازه شارع اقدام به انجام یا ترک کاری می‌کند و در نتیجه سبب ایجاد ضرر بر دیگری می‌شود، مرتکب تعدی و

تجاوز نشده است و چون مرتکب تعدی نشده است، نباید با او مقابله به مثل شود.

### ارزیابی استدلال

در آیه اول و دوم به مفهوم شرط و در آیه سوم به مفهوم وصف استدلال شده است. صحت استدلال به مفهوم شرط - همان طور که در اصول فقه بیان شده است - مبتنی بر اثبات سه مورد است: یکی ترتب تالی بر مقدم؛ دوم رابطه علیت بین این دو؛ سوم انحصار علیت. در آیات ۱۹۴ بقره و ۱۲۶ نحل که به مفهوم شرط استدلال شده است، انحصار علت وجود ندارد؛ یعنی تعدی تنها علت تحقق ضمان است؛ زیرا موارد متعددی وجود دارد که شخص بدون تعدی و ارتکاب سیئه ضامن دانسته شده است. صحت استدلال به آیه ۴۰ شوری، مبتنی بر مفهوم داشتن وصف است که در اصول اثبات گردیده است که وصف مفهوم ندارد (آخوند خراسانی ۱۴۰۹: ۲۰۶).

### استدلال به تباین مفهومی در اثبات ملزومه

ممکن است در اثبات تنافی بین جواز شرعی و ضمان، به تحلیل مفاهیم جواز و ضمان استدلال شود. به دلیل اینکه اوامر و نواهی تابع مصالح و مفاسدند. فعل زمانی امتناع شرعی دارد که مستلزم مفسده ملزومه باشد؛ بنابراین هر جا مفسده ملزومه باشد، امتناع شرعی هست و چون جواز در عنوان قاعده به معنای عدم امتناع شرعی است؛ لذا فعل مجاز فعلی است که مفسده ندارد.<sup>۱</sup> از سوی دیگر ضمان چون جبران خسارت است، نوعی عقوبت و ضرر و مفسده دنیوی برای ضامن است؛ در نتیجه جواز که حکایت از عدم مفسده دارد با ضمان که حاکی از مفسده است، تنافی دارد.

### ارزیابی استدلال

اولاً ضمان ضرر نیست؛ زیرا دلیل ضرری دانستن ضمان، منافات داشتن ضمان با حق تسلط انسان بر ذمه خویش است. انسان بر ذمه خویش تسلط دارد. در پی این تسلط، عقل حکم به بری الذمه بودن انسان می کند و ضمان به سبب مشغول الذمه کردن با برائت الذمه بودن، منافات پیدا می کند؛ در نتیجه ضمان برای ضامن ضرر به حساب می آید.

اما این دلیل مخدوش است؛ زیرا در باب ضمان، عقل قبل از اینکه به برائت ذمه بودن ضامن حکم کند، به ثبوت حق مضمون له بر ذمه ضامن حکم می کند؛ زیرا عقل زمانی به برائت الذمه

۱. منظور از مفسده ملزومه مفسده ای است که اجتناب از آن لازم است.

بودن حکم می‌کند که دلیلی بر اشتغال‌الذمه نباشد. زمانی که شخصی زبانی به دیگری می‌رساند، هم شرع، هم عقل و هم عرف او را مشغول‌الذمه به حق زیان‌دیده می‌دانند؛ لذا با حکم قبلی به اشتغال‌الذمه جایی برای حکم عقل به برائت ذمه نمی‌ماند، پس ضامن برائت ذمه ندارد تا اینکه ضامن با آن منافات داشته باشد و گفته شود ضامن ضرر است (صدر ۱۴۲۰: ۲۲۵). برخی نیز با استناد به نظر عرف منکر ضرری بودن ضامن شده‌اند و ضامن را از لوازم قوام نظام اجتماعی می‌دانند (سبحانی ۱۴۰۸: ۶۶).

ثانیاً بر فرض که ضامن ضرر باشد، ضرری دنیوی خواهد بود و رابطه بین مفسده و ضرر دنیوی، عام و خاص من وجه است؛ زیرا مصلحت و مفسده غیر از مسئله نفع و ضرر دنیوی است. مواردی وجود دارد که فقط ضرر هست، اما مفسده ندارد؛ مثل برخی واجبات که به ظاهر دارای ضرر قطعی هستند، اما درعین حال آن فعل صددرصد مصلحت دارد، از جمله زکات، خمس و حج که دارای ضرر مالی مسلم هستند و درعین حال صددرصد مصلحت دارند و نیز مانند کسی که احسان می‌کند و بخشی از مال خویش را در اختیار دیگران می‌گذارد. در ظاهر متضرر شده و نقصی در مالش پدید آمده است، ولی احسان او مفسده ندارد؛ بلکه صددرصد مصلحت دارد. مواردی نیز دیده می‌شود که فقط مفسده دارد، اما ضرر ندارد؛ همچون برخی افعال حرام که دارای مفسده صددرصدی هستند که برای فاعل نفع دارند، مثل کسی که مالی را غضب یا سرقت کرده است. در ظاهر شخص غاصب یا سارق نفع می‌برد، ولی کارش صددرصد مفسده دارد؛ یعنی حرام و مستحق عقوبت است. گاهی نیز هر دو با هم صدق می‌کنند؛ مثل شرب خمر که موجب زوال عقل است یا استعمال دخانیات که موجب ضرر مالی، جانی و جسمی است؛ در نتیجه هم ضرر دارد و هم مفسده.

### استدلال بر نفی ملازمه

کسانی که ملازمه جواز با عدم ضامن را نپذیرفته‌اند، مواردی را ذکر کرده‌اند که در آن فقها با وجود اذن شرعی حکم به ضامن داده‌اند؛ از قبیل ضامن شخصی که برای حفظ جان به خوردن مال دیگری اضطراب پیدا کرده است (امام خمینی ۱۴۱۵ ج ۲: ۲۸۶).

علاوه بر وجود مصادیقی از اجتماع جواز و ضامن، می‌توان این گونه بر امکان جمع بین این دو استدلال کرد که بحث از جواز در محدوده احکام تکلیفی و بحث از ضامن و عدم ضامن در محدوده احکام وضعی است. بین حکم وضعی و تکلیفی تلازم وجود ندارد. بین مصادیق این دو نسبت عام و خاص من وجه است؛ زیرا در مواردی فقط حکم تکلیفی است، بدون حکم وضعی



و در موردی فقط حکم وضعی و در پاره‌ای موارد هر دو با هم قابل جمع‌اند؛ لذا هیچ کدام تابع دیگری نیستند. این چنین نیست که همیشه حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی و جعل آن تابع جعل حکم تکلیفی باشد یا حکم تکلیفی منتزع از حکم وضعی باشد؛ بلکه احکام وضعی چهار قسم‌اند: قسم اول، احکام وضعی که قابل جعل نیستند نه به‌طور استقلالی و نه به‌طور تبعی مانند منجزیت و معذرت؛ قسم دوم، احکام وضعی که فقط جعل استقلالی دارند مانند زوجیت و ملکیت؛ قسم سوم، احکام وضعی که منتزع از حکم تکلیفی هستند مانند حکم وضعی عزیمت که از حکم تکلیفی حرمت تمام خواندن نماز برای مسافر انتزاع می‌شود؛ قسم چهارم، احکام وضعی که هم قابلیت جعل تبعی دارند و هم قابلیت جعل استقلالی اما آنچه در واقع اتفاق افتاده است، جعل استقلالی است؛ مانند حکومت و قضاوت و ضمان (سبحانی ۱۴۳۱ ج ۴: ۹۷).

بر اساس این تقسیم ضمان از قسم چهارم است؛ یعنی ضمان از احکام وضعی است که هم قابلیت جعل تبعی و هم قابلیت جعل استقلالی دارد. ولی آنچه از بررسی موارد جعل ضمان و ادله آن به دست می‌آید، جعل استقلالی آن است و چون دارای جعل استقلالی است، نمی‌تواند با جواز که یک حکم تکلیفی است، ملازمه داشته باشد. پس دو چیز جدای از هم هستند که گاهی با هم و گاهی جدای از یکدیگر لحاظ می‌شوند.

با توجه به بیان فوق، اجازه و اباحه‌ای که قانون یا شرع به افراد می‌دهد، ممکن است به سه صورت لحاظ شود:

۱. اباحه به شرط شیء؛ یعنی اباحه مشروط به ضمان اگر اذن مقید به ضمان باشد، تنها مفید رفع حکم تکلیفی است. مثل اجازه خوردن مال دیگران به شخص مضطر که مشروط به جبران خسارت است (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۲۸۲) یا انتفاع از مباحات عامه که برای همگان جایز است در صورتی که شخص متصرف سبب ایجاد خسارت برای دیگری شود، به دلیل شرعی «مَنْ أَضَرَّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا، فَهُوَ ضَامِنٌ» ضامن است (شیخ طوسی ۱۴۰۷ ج ۹: ۱۵۸).

۲. اباحه به شرط لا؛ یعنی اباحه که مقید به عدم ضمان است اگر اذن مقید به عدم ضمان باشد، به صراحت مفید رفع ضمان است. گاهی اذن شارع به تصرف یا اتلاف، هم به حکم تکلیفی و هم به حکم وضعی ناظر است؛ مانند حق مارّه، خوردن طعام از خانه خویشان خویشان (ر.ک. به: امام خمینی ۱۳۹۲ ج ۱: ۶۲۶؛ ج ۲: ۱۷۹)، تصرف پدر در مال فرزند به مقدار نیاز (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۲: ۵۸۶). در این موارد اذن شارع به صراحت حکم تکلیفی حرمت را برداشته است و به سبب اطلاق دلیل حکم وضعی ضمان نیز منتفی است.

۳. اباحه لابشرط؛ یعنی در دلیل جواز و اباحه اشاره‌ای به ضمان یا عدم ضمان نشده است. در اباحه به شرط ضمان و در اباحه به شرط عدم ضمان، وضعیت جبران خسارت مشخص است، اما در اباحه لابشرط این گونه پرسش‌ها مطرح است که آیا از دلیل اباحه، وضعیت ضمان روشن است؟ آیا اباحه با ضمان قابل جمع است؟

در صورتی که اباحه شرعی مقید به عدم یا وجود ضمان نباشد، از خصوص دلیل اباحه نمی‌توان حکم ضمان را بیان کرد؛ زیرا ضمان که حکم وضعی است، تابع اباحه نیست که حکمی تکلیفی است؛ بلکه ضمان جعل استقلالی دارد؛ بنابراین در این موارد باید به سراغ ادله ضمان رفت که اگر شرایط و اسباب تحقق ضمان موجود بود، ضمان ثابت است و در غیر این صورت ضمانی نیست.

اسباب ضمان بنا بر نظر مشهور سه چیز است: مباشرت، تسبیب و غضب (علامه حلی ۱۴۱۰ ج ۱: ۴۴۴) و شرایط تحقق ضمان قهری نیز سه چیز است: یکی وجود ضرر، دیگری ارتکاب فعل زیانبار و سوم رابطه سببیت (طاهری ۱۴۱۸ ج ۲: ۳۴۱) در هر موردی که فعل مباحی سبب ایجاد خسارت به دیگری شده است، باید صرف نظر از دلیل جواز، اسباب و شرایط ضمان بررسی گردد؛ زیرا بین اباحه و ضمان رابطه تلازم عقلی و شرعی وجود ندارد. گاهی درحالی که از طرف شارع اذن به تصرف یا اتلاف وجود دارد، ضمان هم محقق است؛ از جمله:

۱. کسی که از روی اضطرار و مخمصه و در حد ضرورت در مال غیر تصرف می‌کند [که] با وجود مأذون بودن از طرف شارع، [باز هم] ضامن است (امام خمینی ۱۴۱۵ ج ۲: ۲۸۶).
۲. اتلاف مال کسی به منظور حفظ جان انسان محترمی، بدون اذن صاحب آن جایز، بلکه واجب است؛ مانند اینکه حفظ جان انسان بیمار متوقف بر استفاده از اموال شخص دیگری باشد، در این صورت نه تنها تصرف در آن بدون اذن مالکش جایز، بلکه واجب است، اما با وجود اذن شرعی ضمان ثابت است (محقق ثانی ۱۴۱۴ ج ۶: ۳۲۸؛ شهید ثانی ۱۴۱۳ ج ۱۲: ۲۴۴).
۳. اتلاف مال کسی برای حفظ مال شخص دیگری، در صورتی که حفظ یکی از آن دو متوقف بر اتلاف دیگری باشد، مانند اینکه سر حیوانی داخل خمره‌ای که مال دیگری است، گیر کند و بیرون آوردن سر حیوان، متوقف بر شکستن خمره باشد؛ در صورت عدم تقصیر دو مالک، اتلاف چیزی که ضررش کمتر است، به شرط جبران خسارت جایز است.
۴. پزشکی که مهارت کافی دارد، طبابتش منع شرعی ندارد، اما در صورتی که به سبب طبابت ضرری به مریض برساند، ضامن است (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۲: ۱۰۹۴۳).

همان‌طور که بین جواز و عدم ضمان ملازمه نیست، بین عدم اذن و ضمان نیز ملازمه وجود ندارد؛ دلیل آن وجود مواردی است که با عدم اذن شرعی ضمان نیز منتفی است؛ مانند اتلاف خمیری که صاحب خمر در صدد تبدیل آن به سرکه است، در این صورت اتلاف آن بدون اذن صاحبش شرعاً حرام است، اما ضمان ندارد.

### نتیجه

فقه‌های اهل تسنن و برخی از فقه‌های شیعه جهت نفی ضمان خسارت‌های ناشی از تصرفات مجاز، به ملازمه بین جواز و عدم ضمان استدلال کرده‌اند. با ارزیابی ادله و بررسی مصادیق متعدد فقهی معلوم گردید که دلیل شرعی بر این ملازمه وجود ندارد؛ زیرا در مواردی با وجود اینکه اذن شرعی دیده می‌شود، باز هم ضمان تحقق داشته است و دلیل عقلی نیز بر ملازمه وجود ندارد؛ زیرا جواز از احکام تکلیفی و ضمان از احکام وضعی است.

بر اساس دیدگاه درست، حکم وضعی از حکم تکلیفی و حکم وضعی از حکم وضعی و حکم وضعی از حکم وضعی - هیچ کدام از یکدیگر - جدا نشده‌اند در نتیجه بین جواز و ضمان قهری تلازم عقلی و شرعی وجود ندارد؛ بنابراین در مواردی که به حکم شرع جواز مقید به ضمان یا عدم ضمان است، ضمان تابع حکم شرع است، اما در مواردی که دلیل جواز نسبت به ضمان و عدم ضمان ساکت است، ادعای ملازمه بین جواز و عدم ضمان صحیح نیست؛ بلکه در این موارد باید اسباب و شرایط تحقق ضمان بررسی گردد. اگر اسباب و شرایط ضمان وجود داشت، ضمان ثابت و در غیر این صورت ضمان منتفی است.

در نگاه ابتدایی به نظر می‌رسد امام خمینی در برخی تألیفاتشان قائل به ملازمه و در موارد دیگر قائل به عدم ملازمه بوده‌اند، اما با نگاه دقیق‌تر روشن گردید که نظر استدلالی امام خمینی که در دو اثر ایشان بیان شده، نفی ملازمه است.

### منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ ق) *کفایة الأصول*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- آغا جمال خوانساری، محمد بن حسین. (بی‌تا) *التعلیقات علی الروضة البهیة*، قم: منشورات المدرسة الرضویة، چاپ اول.
- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق) *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر، چاپ سوم.

- احسایی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۵ ق) *عوالی اللالی العزیزیه*، قم: مؤسسه سیدالشهدا، چاپ اول.
- اسلامی، رضا. (۱۳۸۷) *قواعد کلی استنباط*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ پنجم.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۵ ق) *المکاسب المحرمة*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۹۲) *ترجمه تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ چهارم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۰۴ ق) *زبده الأحکام*، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- حسینی نژاد، حسین قلی. (۱۳۷۷) *مسئولیت مدنی*، تهران: مجتمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول.
- حصفکی، علاءالدین. (۱۴۱۵ ق) *الدر المختار شرح تنویر الابصار*، بیروت: دارالفکر.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۴۲۲ ق) *مبانی تکملة المنهاج*، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول.
- ذهنی تهرانی، محمدجواد. (۱۴۰۵ ق) *تشریح المقاصد فی شرح الفوائد*، قم: حاذق، چاپ اول.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۰۸ ق) *قواعدتان فقهیتان*، قم: مؤسسه سیدالشهداء، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۳۱ ق) *المبسوط فی اصول الفقه*، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- شاهرودی، سید محمود هاشمی و جمعی از محققین. (۱۴۲۶ ق) *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ ق) *تهذیب الأحکام*، تهران: دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۷) *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المكتبة المرتضویة، چاپ سوم.
- شیخ مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری. (۱۴۱۳ ق) *المقنعة*، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ ق) *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ ق) *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۰ ق) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتاب فروشی داوری، چاپ اول.
- صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۰ ق) *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، قم: دار الصادقین للطباعة و النشر، چاپ اول.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ ق) *حقوق مدنی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (بی تا) *نهج النقاہة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول.

- طلافحة، محمد محمود احمد. (۱۴۲۷ ق) «قاعده الجواز الشرعی ینافی الضمان»، *المجلة الاردنيه فی الدراسات الاسلاميه*، شماره ۴.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۲۰ ق) *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامی*، قم: مؤسسه امام صادق<sup>(ع)</sup>، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۰ ق) *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱) *اصول فقه شیعه*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار<sup>(ع)</sup>، چاپ اول.
- - فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷) *إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی. (۱۳۵۹) *تحریر المجلة*، نجف اشرف: المكتبة المرتضویة، چاپ اول.
- محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ ق) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ ق) *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۳) *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- محمد بکر، اسماعیل. (۱۴۱۷ ق) *القواعد الفقهية بین الأصالة و التوجيه*، بیروت: دارالمنار، چاپ اول.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی. (۱۳۸۹) *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول.
- مصطفوی، محمد کاظم. (۱۴۲۶ ق) *القواعد الفقهیه*، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، چاپ اول.
- معین، محمد. (۱۳۸۶) *فرهنگ معین*، تهران: آدنا، چاپ چهارم.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ ق) *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین<sup>(ع)</sup>، چاپ سوم.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ ق) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- واسطی، سید محمد مرتضی حسینی. (۱۴۱۴ ق) *تاج العروس من جواهر القاموس*، لبنان: دارالفکر، چاپ اول.